

2021年浙江省法学会国际经济法学研究会年会暨
“新时期国际经济法的变革与发展”专题研讨会

论 文 集

主办单位：浙江省法学会国际经济法学研究会

承办单位：浙江农林大学文法学院

协办单位：浙江外国语学院“一带一路”学院

赞助单位：浙江前湾律师事务所

浙江 杭州 临安

2021 年 5 月 29 日

目 录

海南自贸港自由贸易账户制度构建法治化路径研究	1
陈利强 葛梦军	
海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建研究	15
陈利强 邱梦婷	
WTO 多边贸易体制的困境与解决方案研究	27
刘 勇 柯欢怡	
美国集团仲裁判例规则的演变及启示	58
严 红	
美国 232 调查的现实主义理论基础探析	72
张 蹇 钱 清	
论国际法发展中的系统论思维	85
宋 阳	
日本福岛核废水排海的国际法分析及我国的因应对策	101
李媛媛 郑 偲	
后 TPP 时代 RTA 原产地规则国际比较与我国应对策略研究	125
赵世璐 李雪松 崔仁杰	
金融科技视阈下金融基础设施域外适用的法治保障	143
张永亮 陆宗亮	
浅析中美两国人工智能对知识产权保护的挑战与应对制度	158
王红燕 徐天冉	
“一带一路”背景下中国企业“走出去”法律问题思考	171
沈芳君	
论传统医药知识保护的基础和机制	186
马旭霞	
浙江省跨境电商融合境外经贸合作区的路径探析	186
黄伟锋 王雨帆	
浙江自贸区仲裁制度创新路径研究	207
徐狄栋	
美国主导的国有企业国际新规及中国的应对研究	221
徐 昕 赵雪莹	
竞争中性原则的引入及批判应用	233
周旭东	
数字经济时代的国际贸易壁垒新形态及应对浅析	240
朱学孟 董 锋	
公司决议效力之诉的法律思考	247
徐金锋 章 炯	
长三角港航一体化中的央地关系制度悖论	256
陈 豪	
浙江数字自贸区建设的法治化路径研究	266
李 霞	
欧盟数据跨境标准合同新发展及其启示	280
李 嘉 胡海东	

商事仲裁风险的防范和化解	293
金 鑫	
信用长三角建设视角下构建以信用为基础的新型监管机制研究	303
汪 珍	
简析商务部《阻断办法》的阻断对象	313
肖 刚	
算法权力的失范及规制	319
林盛浩	
可持续发展导向下的国际投资法新思路	330
潘守一	
论欧盟“绿箱”措施的演进及启示	342
乔文清	
欧盟投资法庭裁决的双重执行机制研究	348
桑远棵	
私营部门跨国碳贸易内部化的需求和机遇	363
孙啸宇	
《外商投资法》中“间接征收”认定及补偿条款研究	371
孙宇辉	
美国对伊制裁影响下海上货物运输合同免责条款与相关责任保险浅析	377
谭远劲飞	
刍议《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》	398
王倪颖	
国际人工智能法律监管之比较分析	412
王晓波	
法治话语霸权的生成逻辑与应对策略	423
王雪慧 沈秋豪 陈瑶琳	
碳排放权法律属性的公私法检视与立法建议	431
项如意 陈真亮	
从 RCEP 展望 CPTPP：知识产权条款分析及对我国的启示	442
严 驰	
碳关税贸易壁垒应对策略：碳税制度落地	458
周文溢	
卡尔沃主义复苏下的投资争端解决机制改革实践与中国因应	472
俎文天	
“绿色贸易壁垒”对我国环境标志的启示	492
康家梁 张李进	
“一带一路”倡议下非物质文化遗产国际保护的中国进路	501
刘 晓	
破产管理人解除不动产租赁合同的问题探析	510
房晓铁 陈思好	
E 版权时代图片侵权保护途径	517
张梦玲 沈炫汝	
大数据时代个人信息保护的民事路径探析	524
劳景璟 许薇薇	

海南自贸港自由贸易账户制度构建法治化路径研究

陈利强 葛梦军

摘要：法治化路径是海南自贸港自由贸易账户制度构建的关键因素。当下海南自贸港自由贸易账户制度法治化路径探索在实践中存在国家事权交叉难以下放、自由贸易账户制度属于中央立法权范畴以及账户监管制度欠完善等主要难题。海南自贸港自由贸易账户制度构建应坚持“事权法治制度环境一体化”的方略和路径，“为改革调法”的核心理念，“立改废释并举”的方法论，破解上述难题，培育法治化营商环境，实现贸易自由化目标。建议采取创新机构以明确事权分配、特别授权以完备法律体系以及强化监管以实现风险管控等具体法治化路径。

关键词：海南自贸港；自由贸易账户；法治化路径

一、选题的缘起

自由贸易账户是银行为客户在自贸区内开立的以人民币为本位币，账户规则统一的本外币账户，该专用账户归属于央行账户体系，涵盖存、汇、兑、融四大主要业务，具有资金自由划转、降低资金成本等优势。2020年6月中共中央国务院正式公布的《海南自贸港建设总体方案》（以下简称《建设总体方案》）提出，“构建多功能自由贸易账户体系，为海南自贸港与境外实现跨境资金自由便利流动提供基础条件。”^①自由贸易账户制度作为助力金融改革、贸易投资及跨境资金流动自由便利的重大制度安排，其法治化构建具有落实改革政策、推动涉外经济立法以及促进跨境投融资便利化三个维度的重大价值。其一，政府高度重视自由贸易账户制度的构建，颁发了包括《建设总体方案》在内的诸多政策性文件，对制度建设予以支持。其二，海南自贸港对标、对接高标准的开放规则，呈现高水平开放形态，海南自贸港内企业跨境交易需求高，自由贸易账户制度构建法治化路径的探索一定程度上可以作为涉外经济立法的切入点。其三，自由贸易账户服务实体经济，具有市场化和国际化的价值取向，有利于建立资金“电子围网”，提升企业投融资及跨境资金流动自由便利程度，进而推动“贸易+金融”的贸易附加值功能实现。

作者简介：陈利强，浙江外国语学院“一带一路”学院执行院长、国际法教授，浙江省法学会自贸园（港）区法治研究中心主任，研究方向：国际经济法。

葛梦军，浙江工业大学法学院研究生，研究方向：国际经济法。

基金项目：2020年度国家社会科学基金一般项目“海南自贸港建设法治保障创新研究”（20BFX201）。

^① 《海南自贸港建设总体方案》（三）跨境资金流动自由便利。坚持金融服务实体经济，重点围绕贸易投资自由化便利化，分阶段开放资本项目，有序推进海南自贸港与境外资金自由便利流动。9.构建多功能自由贸易账户体系。以国内现有本外币账户和自由贸易账户为基础，构建海南金融对外开放基础平台。通过金融账户隔离，建立资金“电子围网”，为海南自贸港与境外实现跨境资金自由便利流动提供基础条件。

自 2019 年 1 月至 2020 年 3 月末，中国银行、工商银行等十家银行上线自由贸易账户，共开立主账户 1.49 万个，但账户活跃度不算高，部分企业开设自由贸易账户后，仅在银行指导下办理过一两次业务。从政府、银行以及企业三个向度看，自由贸易账户制度构建仍面临较大挑战。从政府向度看，一方面自由贸易账户相关事权主要集中于国家层面，地方管理权限少，难免导致创新举措落实难；另一方面海南自由贸易港金融改革政策实施细则暂未出台，金融创新缺乏政策依据。从银行向度看，当下金融机构暂未具备基于自由贸易账户开展存、融、汇、兑、投等业务的成熟运作管理机制；自由贸易账户体系构建涉及面广，包括核算体系、业务应用系统、规章制度等方面。从企业向度看，资金划转的政策限制以及境内外人民币汇率价格差减小导致企业资金自由划转及资本成本节约的诉求未能实现；监管严格致使业务办理手续繁琐，导致企业体验感差。

本文认为，海南自由贸易港自由贸易账户制度集成创新的关键在于法治化路径设计。以事权法治制度为分析框架，在自由贸易账户制度构建过程中应对上述挑战，将面临国家事权交叉难以下放、自由贸易账户制度属于中央立法权范畴以及账户监管制度欠完善等主要难题。为破解以上主要难题，培育法治化、国际化、便利化营商环境，实现贸易自由化目标，海南自由贸易港自由贸易账户制度构建应该坚持“事权法治制度环境一体化”的方略和路径，“为改革调法”的核心理念，“边破边立”、“边立边破”、“立改废释并举”的方法论，实现事权与立法权关系视域下的有效赋权、法治保障、制度创新、营商环境四位一体高度统一。^①

二、海南自由贸易港自由贸易账户制度构建的主要难题

通过海南自由贸易港自由贸易账户制度实践成效考察，对照国内外经验，不难发现海南自由贸易港自由贸易账户自上线以来虽取得一定成效，但制度建设进展较为缓慢。究其根源，关键在于“央地关系”视域下事权与立法权关系厘定以及“政企关系”视域下政府权力与市场经济关系平衡，即中央对于海南自由贸易港的有效赋权，立法层级及模式的确定以及市场自由调节经济与政府干预之间平衡点的把控。本文认为，推动海南自由贸易港自由贸易账户制度构建法治化，存在以下三方面主要难题：一是国家事权交叉难以下放；二是自由贸易账户制度属于中央立法权范畴；三是自由贸易账户监管制度仍需完善。

（一）事权层面：国家事权交叉难以下放

党的十九大报告明确提出，“赋予自由贸易试验区更大改革自主权”。在事权与立法权关系视域下，海南自由贸易港在“政策文件”中纳入法治政策保障要求，党中央、国务院加大

^① 参见陈利强. 中国特色自贸区（港）法治建构论[M]. 北京：人民出版社，2019. 59-67

授权力度支持海南全面深化改革开放。^①《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》（以下简称《总体方案》）明确要求，深化机构和行政体制改革，加快政府职能转变，强化法制保障。

^②自由贸易账户制度属于金融基本制度，其业务创新和金融监管归属于国家事权范畴，账户制度构建及运行过程中涉及商务部、中国人民银行、外汇管理局等多部门事权，当地金融监管部门的管理权限较少。自由贸易账户制度实践中存在国家事权交叉难以下放，有效赋权难以实现，金融创新举措难以推进等问题。

（二）法治层面：自由贸易账户制度属于中央立法权范畴

从法治层面看，当下海南自由贸易港自由贸易账户制度构建主要存在以下两方面难题：其一，自由贸易账户制度属于中央立法权范畴，国家立法方式的时滞性与自由贸易账户制度创新弹性需求存在冲突；其二，自由贸易账户制度相关法律法规呈碎片化，尚未形成体系。

1. 立法时滞与制度创新弹性需求冲突

海南自由贸易港自由贸易账户制度属于《中华人民共和国立法法》（2015 修正）（以下简称《立法法》）第 8 条列示的中央立法权范畴，即中央专属立法权/国家立法权的“权力清单”。自由贸易账户制度创新涉及调整现行法律或行政法规时，经济特区立法权及海南地方立法权均无权进行规制调整，只能通过国家立法确立其运行规则。而国家立法方式的时滞性与自由贸易账户制度创新弹性需求相矛盾。换言之，由全国人大及其常务委员会制定和修改海南自由贸易港自由贸易账户制度的实体法和程序法，灵活性有所欠缺，难以及时应对自由贸易账户在实践运行过程中产生的新问题。

2. 法律法规呈碎片化且未成体系

海南自由贸易港自由贸易账户制度构建的政策框架主要为《建设总体方案》、《总体方案》、《中共中央国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》及《海南自由贸易账户业务

^① 2018 年 4 月 14 日公布的《中共中央 国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》（中发〔2018〕12 号）提出“（三十）强化政策保障。本意见提出的各项改革政策措施，凡涉及调整现行法律或行政法规的，经全国人大或国务院统一授权后实施。中央有关部门根据海南省建设自由贸易试验区、探索实行符合海南发展定位的自由贸易港政策需要，及时向海南省下放相关管理权限，给予充分的改革自主权。按照市场化方式，设立海南自由贸易港建设投资基金。深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制，实行法院、检察院内设机构改革试点，建立法官、检察官员额退出机制。支持建立国际经济贸易仲裁机构和国际争端调节机构等多元纠纷解决机构”。

^② 《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》（十六）深化机构和行政体制改革。赋予海南省人民政府更多自主权，科学配置行政资源，大力转变政府职能，深化“放管服”改革。探索建立与自贸试验区建设相适应的行政管理体制。支持自贸试验区探索按照实际需要加大同类编制资源的统筹使用。深化完善综合行政执法体制改革。实行包容审慎监管，提高执法效能。（二十七）强化法制保障。本方案提出的各项改革政策措施，凡涉及调整现行法律或行政法规的，经全国人大及其常委会或国务院统一授权后实施。各有关部门要支持自贸试验区在各领域深化改革开放试点、加大压力测试、加强监管、防控风险，做好与相关法律法规立改废释的衔接，及时解决试点过程中的制度保障问题。海南省要加强经济特区立法，建立与试点要求相适应的管理制度，建立公正透明、体系完备的法制环境。

同业操作指引》等，并未按照“三层次联动推进模式”^①制定法律规范。金融改革政策实施细则暂未出台，金融创新缺乏政策依据；账户运行缺乏实施细则，在账户资金类型及划转范围^②等方面存在诸多限制，影响资金自由划转目的实现。由此可见，海南自由贸易港自由贸易账户制度构建的相关法律法规呈碎片化甚至趋近于空白，尚未形成体系。

（三）制度层面：自由贸易账户监管制度仍需完善

当下海南自由贸易港自由贸易账户监管制度的规范化及数字化均未实现。金融开放的风险性、金融风险的波及性以及配套监管法规的不完善性在一定程度上会增加现行运行模式之下自由贸易账户的资金跨境转移风险、资金套利风险以及洗钱风险。

首先，分业经营体制催生法律层面“一行两会”的分业监管制度，因此中国人民银行、证监会、银保监会均可作为自由贸易账户的监管主体。此外，自由贸易账户要实现的是“规则统一的本外币账户”以及“本外币资金自由汇兑”。资本项目汇兑属于外汇管制体制改革的内容，因此国家外汇管理局也可作为自由贸易账户的监管主体。综上，“一行两会”及国家外汇管理局均可作为自由贸易账户的监管主体，但监管主体及其职责范围尚未通过法律加以明确。监管主体的复杂性以及配套监管法规的缺失使得监管职责划分不清，容易造成监管主体推诿责任承担的现象。

其次，繁琐的业务办理手续影响企业体验感，进而降低账户实际活跃度，阻碍账户可持续发展。为实现风险有效管控，监管部门对自由贸易账户资金划转施行“一线宏观审慎，二线有限渗透+严格管理”政策，业务办理需要递交多项材料，手续繁琐，部分业务仅可到柜办理。尽管“白名单”制度^③在一定程度上简便了优质客户业务办理手续，但开设自由贸易账户的企业整体体验感仍较差。当下海南自由贸易港通过上海自贸试验区向人民银行“T+1”日报送监管数据，同时向本地人民银行报送监管报表，以实现监管数据专项报送^④。从长远角度看，自由贸易账户监管在政策法规制定、业务手续设置以及监管数据报送上需要更大协同，保障资金汇兑自由，从而实现金融更大程度的开放。

三、海南自由贸易港自由贸易账户制度构建的国内外经验借鉴

海南自由贸易港自由贸易账户是海南自由贸易港离岸金融市场发展的关键一环。美国对外贸易区、新加坡自由贸易港、迪拜自由贸易港、韩国自由贸易园区等国际知名自由贸易区

^① 参见陈利强.中国自由贸易试验区法治建构论[J].国际贸易问题,2017(01):3-14.

^② 自由贸易账户资金向境内区外同名账户划转主要有3+X种方式：经常项下业务；偿还自身名下且存续期超过6个月的人民币贷款；新建投资、并购投资、增资等实业投资及人民银行上海总部规定的其他跨境交易。

^③ 中国银行海南省分行制定出台《海南自由贸易账户业务同业操作指引》对大型国企、跨国集团等经营稳定、业务操作规范的优质客户实施“白名单”制度，给予凭支付指令对外收支款项，资料后补的便利。

^④ 参见宋延瑞.自由贸易账户体系建设情况分析[J].中国信用卡,2019(11):68-76.

（港）离岸金融市场发展较为成熟，美国和新加坡离岸金融市场均有特殊账户安排，因此本文主要选取上述自由贸易区（港）作为国外经验的参照系。本文从国内经验角度，选取上海自贸试验区作为参照系。尽管上海自贸试验区金融开放层面尚存不足，但一方面上海自由贸易账户自 2014 年上线至今功能和主体范围不断拓展，比如联合国际金融机构开展并购融资，业务便捷性不断提升，例如浦发银行推出“FT 网银小额结售汇在线交易”；另一方面，只有上海和海南全面铺开自由贸易账户业务，基于金融风险防范的原因，各地自由贸易账户在很大程度上借鉴较为成熟的上海经验并取得一定成效，比如广东和天津。为解决海南自由贸易港自由贸易账户制度构建法治化存在的主要难题，本文对国内外经验的梳理从行政、立法、监管三个方面展开，具体如下：

（一）行政经验借鉴

迪拜采取港口、自由贸易区、海关“三位一体”的管理模式，通过迪拜港务局统一管理和经营港口及自贸区以实现政企合一的运营和管理，同时给予自贸区一定的政策自由。美国对外贸易区和新加坡自由贸易区的管理体制均由两级构成：一是国家层面的宏观管理体制，二是对外贸易区层面的微观管理体制。美国国际银行设施（IBF）^①受限于美国联邦储备系统、联邦储备银行以及州。美国本国银行及外国银行在美国的分行和代理机构建立国际银行设施（IBF）必须向金融当局申请。新加坡的金融机构经政府许可后方可通过内设组或部门运营亚洲货币经营单位（ACU）^②。

从事权与立法权关系视角厘定改革与法治/法治与改革关系，目前中国的主要做法有三种，一是将法治政策保障要求纳入“政策文件”（改革方案）之中，二是为“政策文件”（改革方案）制定配套的或者执行的“调法方案”，三是在推进“政策文件”（改革方案）落地实施进程中统筹协调改革创新与法治保障/法治保障与改革创新之间的关系。上海市人大常委会为支持浦东新区改革开放再发展主要采取第二种方式^③，上海自贸试验区则是第三种做法的经典实例。^④

（二）立法经验借鉴

从设区与立法关系来看，国内外自贸区（港）存在思维逻辑差异，国外的经验通常是立

^① 1981 年 6 月 9 日，美国联邦储备理事会通过了“国际银行设施”（International Banking Facilities, IBF）方案，允许美国的商业银行和外国银行的美国分行及代理机构建立 IBF。IBF 本质上是上述金融机构为记载其在美国开展国际银行业务收支状况而设立的资产负债账户。

^② 1968 年 10 月 1 日，美洲银行新加坡分行被允许在内部设立亚洲货币经营单位（Asian Currency Unit, ACU）。

^③ 2019 年 5 月 31 日审议通过的《关于支持浦东新区改革开放再出发实现新时代高质量发展的若干意见》与 2019 年 7 月 26 日起施行的《上海市人民代表大会常务委员会关于促进和保障浦东新区改革开放再出发实现新时代高质量发展的决定》（上海市人民代表大会常务委员会公告第 22 号）。

^④ 参见陈利强. 中国特色自贸区（港）法治建构论[M]. 北京：人民出版社，2019. 56-57

法先行，先立法、后设区；先中央/联邦立法、后地方/州立法。美国对外自由贸易区形成了包含联邦法律、行政法规、规章以及方案的四层次法律法规体系。新加坡自贸区运行过程中的贸易自由、金融自由及日常管理均以《自由贸易区法》为依据，该法对新加坡自贸区的定位、功能、监管等多个方面均有所规制。韩国在设立自由贸易园区前会出台国家层面的专门立法，如韩国于 2000 年制定的《关于自由贸易区的指定及运营的法律》。

上海自贸试验区的建设路径，坚持“自下而上的自主改革创新路径”，局部采取“三层次联动推进模式”。“三层次联动推进模式”虽存在一定不足，但解决了“凡属重大改革都要于法有据”这一政治课题。^①上海自由贸易账户制度法治化路径构建的成果主要集中于地方立法/政策文件保障方面，部分规定如表 1 所示，

表 1 上海自由贸易账户相关规定

效力级别	发布主体	名称
国务院规范性文件	国务院 (国发[2013]38号)	《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》
部门规范性文件	中国人民银行 (银发[2013]11号)	《关于金融支持中国(上海)自由贸易试验区建设的意见》
地方规范性文件	中国人民银行上海总部 (银总部发[2014]46号)	《中国(上海)自由贸易试验区分账核算业务实施细则(试行)》
		《中国(上海)自由贸易试验区分账核算业务风险审慎管理细则(试行)》
	中国人民银行上海总部 (银总部发[2015]8号)	中国人民银行上海总部关于印《中国(上海)自由贸易试验区分账核算业务境外融资与跨境资金流动宏观审慎管理实施细则(试行)》的通知
	中国人民银行上海总部 (银总部发[2015]26号)	《中国人民银行上海总部关于启动自由贸易账户外币服务功能的通知》
中国人民银行上海总部 (银总部发[2015]59号)	《中国人民银行上海总部关于上海市金融机构开展自由贸易账户金融服务有关问题的通知》	

^① “自下而上的自主改革创新路径”，即“问题导向/市场主体需求导向→地方政府推动→形成专业化和系统化改革说理方案→向中央寻求政策突破→重构中国开放型经济(涉外经贸)制度体系(涉外经贸政策体系与涉外经贸法治体系)”。“三层次联动推进模式”，即“先国家授权(全国人大常委会和国务院‘双授权’)→再部委支持→后地方立法/政策文件保障”。具体参见陈利强.中国特色自贸区(港)法治建构论[M].北京:人民出版社,2019.68-101.

	国家外汇管理局上海市分局 上海汇发[2014]81号	《国家外汇管理局上海市分局关于（中国）上海自由贸易试验区自由贸易账户数据采集要求的通知》
	国家外汇管理局上海市分局 上海汇发[2019]62号	国家外汇管理局上海市分局关于印发《进一步推进中国（上海）自由贸易试验区外汇管理改革试点实施细则（4.0版）》的通知
地方工作文件	上海市政府	中国人民银行、商务部、银监会、证监会、保监会、外汇局、上海市人民政府关于印发《进一步推进中国（上海）自由贸易试验区金融开放创新试点加快上海国际金融中心建设方案》的通知
	中国银行业监督管理委员会上海 监管局 (沪银监办通[2015]152号)	《上海银监局办公室关于商业银行开展自由贸易账户下理财业务适用业务监管规则的通知》

数据来源：表格内容借助北大法宝检索汇总

根据表格内容可知，上海自由贸易账户制度运行主要由部门规范性文件、地方规范性文件以及地方工作文件提供支撑，内容涵盖账户监管、账户功能、账户实际操作等多个方面，其制定主体包括中国人民银行、中国人民银行上海总部、国家外汇管理局上海市分局、上海市政府等部门。

综上，海南自由贸易港自由贸易账户立法可资借鉴的国内外经验如下：一是以自贸区（港）法为自由贸易账户运行提供法律支撑；二是以“多层次联动推进模式”构建完备法律体系；三是多部门、多维度制定其他规范性文件，为账户运行提供依据。

（三）监管经验借鉴

迪拜自由贸易港货币兑换自由，无外汇管制，资金汇出境外不受金融和货币限制。新加坡全面取消外汇管制，融资汇兑自由，全国电子数据交换系统贸易网的推出、电子窗口与平台的开设以及企业信用管理系统的建立实现了监管数字化及便利化。美国无外汇及利率管制，美国国际银行设施（IBF）的原则为“内外分离”，银行专设部门对 IBF 进行运营管理，将美国国内与境外的美元业务分离。为了防范风险而采取业务限制性监管措施，在存款业务和资金用途方面对其加以限制。荷兰鹿特丹港的外汇管理措施宽松，外汇交易无需特别许可证，外资企业的资金汇出及支付币种选择不受外汇管理限制。此外，荷兰鹿特丹港借助先进的信息网络服务系统，对港口进行高效且全方位的监管。

“放松事前审批、加强事中和事后监管”是央行对于自由贸易账户的监管要求。央行通过自贸区资金监测系统（FTZMIS 系统）^①对资金流动进行实时监测。《中国（上海）自由贸易试验区条例》第四十一条明确，“在自贸试验区建设统一的监管信息共享平台，促进监管信息的归集、交换和共享。”^②“标识分设、分账核算、独立出表、专项报告、自求平衡”这二十字，是在实践层面上海市级金融机构开展自由贸易账户相关业务的具体要求。实际操作过程中仍较为繁琐的资金汇兑事前审批手续在一定程度上影响了企业自由贸易账户的活跃度。为实现金融监管制度完善及企业贸易自由度提升的目标，上海自贸试验区多次进行金融创新，部分金融监管创新案例如表 2 所示。金融监管的创新举措在一定程度上提升了上海自贸试验区内企业的体验感，正如浦东新区金融服务局与国家统计局调查队 2016 年的调查数据^③所示，区内金融机构对金融监管创新政策满意度平均分高达 85.3 分（百分制）。

表 2 上海自贸试验区金融监管创新案例经验

案例批次	案例名称	案例简介	借鉴价值
第五批 (2015/12/7)	自贸试验区银行业务创新监管互动机制	上海银监局首创银行业务创新监管互动机制。设立绿色通道以解决法规未覆盖困境，允许上海自贸试验区内的银行业金融机构通过“自主申请、监管指导、个案突破、持续评价”的方式，就拟先行先试的非行政许可类的新产品新业务率先试点。	1. 设立绿色通道以解决法规未覆盖困境。 2. 创新事前监管，加强事中事后监管。 3. 优化监管与市场关系。
	保险专业中介机构股权信息监管改革试点	上海保监局委托第三方机构管理与维护保险专业中介机构股权登记系统，审查信息的完备性，保监局负责审核股权信息合规性，工商局可以通过本系统实施相应的管理。	“互联网+保险中介监管”方式进行信息管理具有即时性、远程性及便捷性，有利于提高监管效率。

数据来源：上海市浦东新区人民政府官网^④

^① 自贸区资金监测系统（FTZMIS 系统）专门用于采集与自由贸易账户有关的资金流动信息的电子监测系统，直接和金融机构核心业务系统对接，可以实现直接采集业务数据并实时上报（T+1）。

^② 《中国（上海）自由贸易试验区条例》第四十一条 在自贸试验区建设统一的监管信息共享平台，促进监管信息的归集、交换和共享。管委会、驻区机构和有关部门应当及时主动提供信息，参与信息交换和共享。管委会、驻区机构和有关部门应当依托监管信息共享平台，整合监管资源，推动全程动态监管，提高联合监管和协同服务的效能。监管信息归集、交换、共享的办法，由管委会组织驻区机构和有关部门制定。

^③ 2016 年，浦东新区金融服务局与国家统计局调查队通过问卷调查、电话访谈、座谈会等多种形式对 370 家随机抽取的已开展自贸区金融业务的企业开展金融服务满意度调查，该调查共收到 138 家企业（其中外资企业 24 家，中资企业 114 家；科技型企业 70 家，贸易型企业 40 家）和 38 家金融机构（银行 12 家，证券 11 家，保险 15 家，其中外资占 16%）的反馈。

^④ 表格数据来源：上海市浦东新区人民政府官网 <http://www.pudong.gov.cn/shpd/>

综上，海南自由贸易港自由贸易账户监管可资借鉴的国内外经验如下：一是金融机构专设部门予以管理；二是监管主体及职能法定，创新事前监管，加强事中、事后监管；三是针对法规未覆盖未明晰的领域，设绿色通道；四是以“互联网+”模式实现数字化监管；五是实施宽松的外汇管理措施，提升跨境资金流动自由便利化程度。

将海南自由贸港自由贸易账户在行政、立法及监管三个方面的国内外经验借鉴进行归纳整理，具体如下表 3 所示：

表 3 国内外经验整理

类别	国内外贸易账户经验
行政层面	<p>国外经验：</p> <ul style="list-style-type: none"> ◇ 迪拜政企合一的运营管理模式。 ◇ 美国对外贸易区和新加坡自由贸易区的管理体制均由国家层面的宏观管理体制及对外贸易区层面的微观管理体制两级构成。 ◇ 美国本国银行及外国银行在美国的分行和代理机构建立国际银行设施（IBF）必须向金融当局申请，新加坡金融机构运营亚洲货币经营单位（ACU）需经新加坡政府许可。 <p>上海自由贸易账户：</p> <p>在推进“政策文件”（改革方案）落地实施进程中统筹协调改革创新与法治保障/法治保障与改革创新之间的关系。</p>
立法层面	<p>国外经验：</p> <p>立法先行：先立法、后设区，先中央/联邦立法，后地方/州立法。</p> <ul style="list-style-type: none"> ◇ 新加坡《自由贸易区法》。 ◇ 美国对外自由贸易区形成多层次法律法规体系。 ◇ 韩国在设立自由贸易园区前出台国家层面的专门立法。 <p>上海自由贸易账户：</p> <ul style="list-style-type: none"> ◇ 以“三层次联动推进模式”构建完备法律体系。 ◇ 多部门、多维度制定其他规范性文件，为账户运行提供依据。
监管层面	<ul style="list-style-type: none"> ◇ 金融机构专设部门予以管理。 ◇ 监管主体及职能法定，创新事前监管，加强事中、事后监管。 ◇ 针对法规未覆盖未明晰的领域，设绿色通道。 ◇ 以“互联网+”模式实现数字化监管。

◇实施宽松的外汇管理措施，提升跨境资金流动自由便利化程度。

数据来源：表格内容根据本文第三章归纳整理

四、海南自由贸易港自由贸易账户制度构建的法治化路径建议

海南自由贸易港自由贸易账户制度构建应坚持“事权法治制度环境一体化”的方略和路径，“为改革调法”的核心理念，“边立边破”、“边破边立”及“立改废释并举”的方法论，借鉴国别经验并围绕旅游业、现代服务和高新技术产业三大主导产业，提供针对性金融服务，因地制宜形成海南自由贸易港自由贸易账户制度构建的法治化路径，实现海南自由贸易港自由贸易账户制度集成创新。

海南自由贸易港自由贸易账户制度事权尚未法治化，其制度构建可资借鉴中国自贸试验区“多层次联动推进模式”之授权立法的“浙江路径”，即推动“授权改革”/“事权下放”模式，其本质为事权下放→地方立法→制度创新→营商环境。^①为解决海南自由贸易港自由贸易账户制度构建法治化存在的三方面主要难题，海南自由贸易港自由贸易账户制度构建的法治化路径构建可从以下三个向度展开：一是创新机构以明确事权分配；二是特别授权以破解立法时滞与制度创新弹性需求矛盾，从多层次构建完备法律体系以实现账户运行有法可依；三是监管主体及职能法定以实现监管规范化，以“互联网+”模式实现监管数字化。

（一）创新机构以明确事权分配

海南自由贸易港自由贸易账户制度管理机构的创新旨在破解商务部、国家外汇管理局、中国人民银行等多部门事权交叉难以下放以及各部门对海南自由贸易港自由贸易账户制度相关机构的授权及管理难题，保障自由贸易账户制度落实。党中央、国务院应进一步支持海南全面深化改革，加大授权力度以实现国家事权下放，有效赋予改革自主权。《建设总体方案》要求，“深化政府机构改革。推动职能相近部门合并”。^②海南自由贸易港应继续采取将法治政策保障要求纳入到“政策文件”的做法。首先，商务部、外汇管理局等相关部门应明确国家事权与地方事权划分，下放自由贸易账户制度部分事权，比如账户功能试点案例创新审批权限。其次，明确管理机构，海南自由贸易港可以采取单一部门管理模式或者多部门联合管理模式。单一部门管理模式，即新设管理部门以统筹管理。多部门联合管理模式，即依托现有部门，整合分散在各部门相似的功能职责，推动职能相近部门合并以优化事权分配，通过联席工作制度发挥多方合力，实现体制机制改革。最后，明确管理方案，细化管理措施，

^① 参见陈利强.中国特色自贸区（港）法治建构论[M].北京：人民出版社，2019.80-83

^② 《海南自由贸易港建设总体方案》二、制度设计（九）社会治理。27.深化政府机构改革。进一步推动海南大部门制改革，整合分散在各部门相近或相似的功能职责，推动职能相近部门合并。控制行政综合类公务员比例，行政人员编制向监管部门倾斜，推行市场化的专业人员聘任制。

借助“互联网+”、大数据、区块链等信息技术，加强数据共享，进行精准化、规范化及数字化的管理。

（二）特别授权以完备法律体系

解决国家立法时滞与海南自由贸易港自由贸易账户制度创新弹性需求冲突难题，要求适应制度集成创新需求。对海南自由贸易港制度创新案例进行实证分析，在“多层次联动推进模式”下，“地方立法保障”，即地方性法规和地方政府规章起主导性作用，其他地方规范性文件则在一定程度上发挥了政策支撑作用，国务院及国家部委的授权支持力度大但成效并不显著。

《建设总体方案》明确要求，“给予充分法律授权，加快推动制定出台海南自由贸易港法”。^①因此，立法时滞与制度弹性需求冲突难题的解决需在不违背《立法法》第8条的前提下，以事权划分为基准，优化中国自贸试验区“多层次联动推进模式”，进而构建“特别授权法模式”，由作为中央特别授权法的“海南自由贸易港法”加以规制，开展特别授权立法修法活动，从而构建完备的法律体系。具体可从以下三个层次推进：第一层次，自由贸易账户制度的国家事权下放和委托行使，海南自由贸易港在遵循现行法律法规的前提下围绕旅游业、现代服务和高新技术产业三大主导产业开展自由贸易账户制度因地制宜创新，并由行使自由贸易账户事权的部门制定暂行办法。同时，支持海南发挥经济特区优势，行使经济特区立法权，制定经济特区法规。第二层次，通过中国人民银行、外汇管理局等部门的部门规范性文件为账户功能、监管、运行提供保障。比如，细化账户资金类型及划转范围以提升资金划转自由度；明确允许证券机构在自由贸易账户下开展其普通账户已开展的业务，个别业务如基于风险防控和监管目的存在审批或备案的必要性，可单独列明；政策支持账户功能试点案例创新等。第三层次，根据实践成效，将优秀经验规范化，通过作为中央特别授权法的“海南自由贸易港法”加以规制，为海南自由贸易港自由贸易账户运行提供原则性、基础性的法治保障。

（三）强化监管以实现风险管控

金融风险管控和法治环境形成是自由贸易账户有效运行的关键因素。资金跨境转移风险、资金套利风险以及洗钱风险是自由贸易账户在现行运行模式下可能出现的主要金融风险。适宜的监管措施有利于实现漏洞弥补和金融风险规避目的，而且有助于形成稳定的法治环境。

^① 《海南自由贸易港建设总体方案》三、分步骤分阶段安排（一）2025年前重点任务。15.给予充分法律授权。本方案提出的各项改革政策措施，凡涉及调整现行法律或行政法规的，经全国人大及其常委会或国务院统一授权后实施。研究简化调整现行法律或行政法规的工作程序，推动尽快落地。授权海南制定出台自由贸易港商事注销条例、破产条例、公平竞争条例、征收征用条例。加快推动制定出台海南自由贸易港法。

借鉴国内外经验,结合海南自由贸易港自由贸易账户实践情况,自由贸易账户监管制度完善可从以下两个层面展开:

1. 主体及职能法定以实现监管规范化

首先,按照“多层次联动推进模式”,加强账户监管的法律法规制定,实现监管主体及职能法定,让监管有法可依。法规未覆盖区域设绿色通道经申请先行先试,充分发挥海南自由贸易港改革创新试验田功能。其次,自由贸易账户主体比如企业及金融机构根据自身交易重点制定相适宜的内控制度,推进自由贸易账户的发展。最后,中国人民银行、银保监会等监管主体加强合作关系,尝试设立信息共享机制,以央行为主导,发挥多方合力,构建多元化监管体系。

2. 以“互联网+”模式实现监管数字化

为提升自由贸易账户的整体活跃度,实现资金汇兑自由,应进一步简化自由贸易账户事前审批手续并以过程监督为重点,开通电子窗口先行先试创新事前监管,借助互联网技术构建高效的信息网络服务系统以加强数据有序共享。同时,依托资金流信息监测管理系统,建立健全资金流动监测和风险防控体系,实现海南自由贸易港自由贸易账户资金流动实时高效监控;借助数据单证以保障事中事后真实性与合规性监管;优化资源和数据整合以实现信息登记、管理和查询的即时性、远程性和便利性。

参考文献

- [1] 丁伟. 上海自贸试验区法治创新的轨迹[M]. 上海: 上海人民出版社, 2016.
- [2] 李善民主编. 中国自由贸易试验区发展蓝皮书(2017-2018)[M]. 广州: 中山大学出版社, 2018.
- [3] 陈利强, 陈杰. 中国特色自由贸易港“基本法模式”探究[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2019, 34(06): 1-14.
- [4] 曹晓路. 海南自由贸易港金融创新的法律规制[J]. 海南大学学报(人文社会科学版), 2020, 38(03): 38-44.
- [5] 陈方余. 浅析 FTA 账户体系现存问题及对策[J]. 现代经济信息, 2019(20): 269-270.
- [6] 封丽霞. 中央与地方立法事权划分的理念、标准与中国实践——兼析央地立法事权法治化的基本思路[J]. 政治与法律, 2017, 0(6).
- [7] 龚柏华. 中国自贸试验区到自由贸易港法治理念的转变[J]. 政法论丛, 2019(03): 109-120.
- [8] 李姝. 上海自贸发展及未来自贸区 FT 账户发展建议[J]. 市场研究, 2019(08): 64-65.
- [9] 刘志云, 史欣媛. 论自贸区金融创新立法的完善[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2017(05): 27-38.
- [10] 南翔. 建设中国特色自由贸易港的实施路径及法律保障[J]. 贵州省党校学报, 2019(05): 92-100.

- [11] 王瑶. 上海自贸试验区自由贸易账户的法律探析[J]. 现代经济信息, 2018(15):311.
- [12] 翁潇潇. 自贸区自由贸易账户法律制度研究[D]. 西北大学, 2019.
- [13] 肖本华, 潘恽. 上海自贸试验区自由贸易账户功能拓展研究[J]. 上海金融学院学报, 2016(05):14-20.
- [14] 尹红, 陈利强. 破解中国自贸试验区国际贸易“单一窗口”制度难题研究[J]. 海关与经贸研究, 2018, 39(05):66-80.
- [15] 余童璐. 自由贸易账户的风险与法律监管对策——从金融监管法角度出发[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2018, 20(S1):27-30.
- [16] 以制度集成创新促海南自由贸易港建设[N]. 第一财经日报, 2020-06-03(A02).
- [17] 赵晋平, 孙鹏. 打造中国特色自由贸易港更高水平的开放形态[J]. 南海学刊, 2020, 6(01):13-19.
- [18] 赵晋平. 展望海南自贸港的服务贸易自由化之路[J]. 今日海南, 2020(03):8-11.
- [19] Sebastian Heilmann. Policy Experimentation in China's Economic Rise[J]. Studies in Comparative International Development, 2007(1):1-26.
- [20] Sherzod Shadikhodjaev. International Regulation of Free Zones: An Analysis of Multilateral Customs and Trade Rules, Word Trade Review, 2011, 10(2):189-216.

Research On The Path Of Legal Construction Of Free Trade Account In Hainan Free Trade Port

Abstract:The path of legalization is the key factor for the establishment of free trade account in Hainan free trade port.At present, there are some specific problems in the practice of the legalization of free trade account system in Hainan free trade port,such as the decentralization of free trade account's overlapping administrative power, the category of central legislative power,and the inperfect supervision system.In order to solve these problems, cultivate a legal business environment and achieve the goal of trade liberalization,the free trade account system of Hainan free trade port should adhere to the strategy of "integration of administrative power,rule of law,institution and environment",the core concept of "Adjusting Law for reform",and the methodology of "simultaneous development of establishment,reform,abolition and interpretation".The specific measures are as follows:institutional innovation to clarify the distribution of administrative power;special authorization model to build a complete Legal system;strengthen supervision to achieve risk control.

Key words:Hainan Free Trade Port;Free Trade Account;The Path Of Legal Construction

海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建研究

陈利强 邱梦婷

摘要:多元化纠纷解决机制是营造国际一流自由贸易港法治环境和营商环境的重要制度保障。随着海南自由贸易港涉外商事的发展,建立多元化商事纠纷解决机制成为其打造法治化、国际化、便利化营商环境的迫切需要。目前,机制的构建面临改革授权力度小、商事纠纷解决专门立法不足、制度不完善等主要难题。中国特色自贸区(港)“事权法治制度环境一体化”的方略和路径以及“特别授权法模式”可以为海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建提供思路和方法。

关键词:海南自由贸易港;商事纠纷解决机制;特别授权法模式

一、问题的提出

海南在逐步建设中国特色自由贸易港的过程中,因其实施一系列措施,如降低市场准入门槛、优化海关监管环境、对企业税负的优惠等,外来投资将大幅度提升,自由贸易港的商贸活动会愈发频繁。^①因此,自由贸易港中各类民商事纠纷,尤其是涉外贸易、跨境法律纠纷将频繁产生。海南自由贸易港迫切需要打造一个法治化、国际化、便利化的营商环境,从而保障商贸活动的安全有序以及纠纷的平稳解决。诉讼因其成本高、程序繁琐、耗时长等缺点逐渐不再成为人们解决纠纷的唯一选择,在纠纷解决的方式选择上,国际上也越来越偏向纠纷的多元化解决,因此多元化纠纷解决机制应运而生。^②2019年11月,国务院副总理、推进海南全面深化改革开放领导小组组长韩正表示,“海南要对标世界最高水平的开放形态,努力在政策和制度体系上实现重大突破”。^③贸易自由和投资自由是海南自由贸易港政策和制度体系设计的主要价值取向,具体表现为12个方面的海南自贸港政策和制度信息。其中自由贸易港法治体系^④应当认定为海南自由贸易港“最核心政策和制度体系”^⑤内容之一。在

作者简介:陈利强,浙江工业大学硕士生导师、浙江外国语学院“一带一路”学院执行院长、国际法教授;邱梦婷,浙江工业大学法学研究生。

基金项目:本文系2020年度国家社科基金一般项目:“海南自由贸易港建设法治保障创新研究”的阶段性研究成果,项目编号:20BFX201。

^① 参见王琦:《海南全面深化改革进程中的国际商事纠纷调解机制研究》,《海南大学学报》人文社会科学版2019年第3期。

^② 多元化纠纷解决机制是指一个社会中各种纠纷解决方式、程序或制度(包括诉讼与非诉讼两大类)共同存在、相互协调所构成的纠纷解决系统。参见范愉:《当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示》,《中国应用法学》2017年第3期。

^③ 参见新华社:《韩正主持召开推进海南全面深化改革开放专家座谈会和领导小组全体会议》, http://www.gov.cn/guowuyuan/2019-11/09/content_5450519.htm, 中华人民共和国中央人民政府网,2020年1月9日访问。

^④ 参见新华社:《韩正主持召开推进海南全面深化改革开放专家座谈会和领导小组全体会议》, http://www.gov.cn/guowuyuan/2019-11/09/content_5450519.htm, 中华人民共和国中央人民政府网,2020年1月9日访问。

^⑤ 参见陈利强:《中国特色自贸区(港)法治建构论》,人民出版社2019年版,第177页。

2020年5月两会召开期间，全国人大常委会工作报告提出将制定海南自由贸易港法。《海南自由贸易港建设总体方案》（以下简称“《总体方案》”）明确指出要建立以海南自由贸易港法为基础，以地方性法规和商事纠纷解决机制为重要组成的自由贸易港法治体系。^①2020年6月，习近平总书记对海南自由贸易港建设作出重要指示，强调要把制度集成创新摆在突出位置，要支持海南大胆创新，要高质量高标准建设海南自由贸易港。^②作为海南自由贸易港法治体系的重要组成部分和制度创新的重要载体，多元化商事纠纷解决机制的构建是海南自由贸易港构建国际一流（稳定、公平、透明、可预期）法治环境或法治化营商环境中必不可少的一环。

法律规定的“诉讼和仲裁制度”是国家专属事权（中央专属立法权/国家立法权）。因法律缺位，制度集成创新不足等因素，海南自由贸易港尚未形成专业、高效、便利的多元化商事纠纷解决机制。解决这一问题的关键在于厘清国家事权（中央专属立法权）与地方立法权的关系，在分步骤、分阶段建立自由贸易港政策和制度体系进程中，必须处理好改革与法治的关系。因此，本文运用中国特色自贸区（港）“事权法治制度环境一体化”^③的方略和路径，旨在破解多元化商事纠纷解决机制构建所面临的主要难题，从“事权、法治、制度”三个层面提出完善建议，以期为机制构建提供理论支撑与实践思路。

二、海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建的主要难题

海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制的构建，重点在于集诉讼解决机制与非诉讼解决机制于一体，完善国际商事纠纷案件集中审判机制，提供国际商事仲裁、国际商事调解等多种非诉讼纠纷解决方式。^④当前，构建这两种机制都面临立法不足与制度不全的难题，而纠纷解决的立法与国家事权紧密相连，厘清其关系成为破解法治与制度难题的基础。下文将分别在诉讼解决机制与非诉讼解决机制两大层面，对多元化商事纠纷解决机制构建的主要难题进行“事权-法治-制度”三个层次的剖析。

（一）诉讼解决机制

立足中国国情与海南省情，诉讼方式在商事纠纷解决中仍是一种重要途径。自自贸区设立以来，有关专门法庭积极探索自贸区审判体制机制改革创新。但是，目前的改革创新是探索性质的，成熟改革经验尚未完全形成并转化为立法，涉及现行诉讼法律法规的调整，海南自由贸易港缺少立法权、修法权，制度集成创新难于深入推进。

^① 参见新华社：中共中央 国务院印发《海南自由贸易港建设总体方案》，http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020年6月2日访问。

^② 参见《习近平对海南自由贸易港作出重要指示强调要把制度集成创新摆在突出位置 高质量高标准建设海南自由贸易港》，http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-06/01/c_1126059817.htm，新华网，2020年6月2日访问。

^③ 中国特色自贸区（港）“事权法治制度环境一体化”的方略和路径，高度聚焦国家战略实施中的事权分配、法治保障、制度创新、营商环境四位一体高度统一，针对的是中国特色自贸区（港）建设中的“立体式改革”，旨在为加强改革“系统集成、协同高效”提供破题思路和路径选择。参见前引②，第47-52页。

^④ 参见新华社：中共中央 国务院印发《海南自由贸易港建设总体方案》，http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020年6月2日访问。

1. 事权层面：立法权受限导致诉讼机制法律缺失

依据《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第8条的规定，“诉讼和仲裁制度”属于国家事权事项，诉讼机制中涉及的法律，制定或者修改需要遵循《立法法》的规定。

《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》），其制定和修改主体为全国人大常委会。涉及上述法律，海南省人大在没有经过全国人大常委会的特别授权之前不具有立法或者修法的主体资格，地方立法机关只拥有地方立法权（包括一般立法权与特殊立法权），无权对《民事诉讼法》进行调整。因此，针对海南自由贸易港的涉外商事纠纷，有必要对有关法律的部分规定以及制度进行完善，例如调解的自愿性规定、涉外民事诉讼程序中的部分规定。从当前海南自由贸易港事权与立法权关系的实践角度看，不管是地方立法权还是经济特区立法权，都无法完全满足政策文件中的“立改废释”等法治保障重大需求。^①即需要对法律进行修改，但海南自由贸易港并无调法（即“立改废释”）的权限。

2. 法治层面：商事纠纷案件审判机制尚未系统形成

自海南自贸区设立以来，最高人民法院《关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》（法发[2018]16号）（以下简称“《意见》”）强调要建立国际商事纠纷案件集中审判机制。2018年4月，最高人民法院第一巡回法庭在海南成功挂牌。2019年9月，海南分别设立了第一、第二涉外民商事法庭和海口知识产权法庭。这些新型法庭的设立是海南自贸区审判机制的改革创新，但是还存在优势资源紧缺、案件审判水平不够高等问题。涉外民商事法庭行使完全的司法主权，在审理过程中存在判决迟延、难以应对国际商事争议中的技术问题等弊端。^②对于海南而言，《意见》是政策上的引导，但难以将其应用于实践之中。因此，如何将《意见》的精神体现在具体规则中是自贸区专门法庭改革创新的重要任务。在司法实践工作中，法院应当在多元化纠纷解决机制中发挥主导作用，但因其受制于有限的影响力与物质条件，难以发挥引导与监督的功能。^③在国家政策层面，法院需要发挥引导、推动、保障之功能，但在实际操作过程中，司法必须配合立法的脚步，无法越过立法进程。

3. 制度层面：诉讼与非诉讼程序划分不清

法院的“保障”作用贯穿于机制构建的全过程中，但只有在纠纷解决体系健全、制度完备、队伍精良的前提下，司法保障才能被视为一种主流和常规状态。^④传统法院的调解模式是存在弊端的，表现为调解主体与审判主体界限不清、审判程序与调解程序划分不清。在程序上，审判员仍秉持传统的司法理念，即将调解视为与审判一样的司法职权，而不是当事人自治解决纠纷。^⑤这说明两种纠纷解决方式在程序上出现混乱。而外部问题则表现为机构之

^① 参见赵爱玲：《建设自由贸易港 助力全面开放新格局》，《中国对外贸易》2017年第11期。

^② 参见王淑敏，李忠操：《海南自由贸易港拟建国际商事法庭应重点聚焦国际化改革》，《政法论丛》2019年第3期。

^③ 参见江苏省泰州市中级人民法院课题组，徐军：《矛盾纠纷多元化解机制的实践困境与路径探析》，《中国应用法学》2017年第3期。

^④ 参见蒋惠岭：《引领—推动—保障：司法作用的发展进阶》，《人民法院报》2015年4月10日。

^⑤ 参见刘晓红：《构建中国本土化ADR制度的思考》，《河北法学》2007年第2期。

间对接出现的“断裂”现象。多元化纠纷解决方式如调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等皆有其独立的主管部门，各种程序处于独立运作状态，相互之间缺乏协调配合，同时纠纷解决资源无法实现共享。

（二）非诉讼解决机制

非诉讼纠纷解决机制的国家立法并不健全，仲裁、调解机制层面的地方立法权受限。海南有关纠纷解决机构的国际化程度不高，专门规则与制度不全，机构之间对接规则不清晰。

1. 事权层面：立法权受限导致非诉讼机制法律缺失

海南自由贸易港的发展定位是新型特殊经济功能区，普适意义上的国家法律在自由贸易港并不完全契合。其中，有关法律如《中华人民共和国人民调解法》（以下简称《人民调解法》）《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）的制定与修改主体为全国人大常委会，地方人大并无立法或修法的权限，这对非诉讼解决机制的法治建构产生了较大阻碍。海南自由贸易港中商贸纠纷频发，所涉案件多为与贸易、投资相关的商事纠纷，因此，对解决商事纠纷的法律有着更为具体的要求，但海南自由贸易港又无权直接调整商事纠纷解决中涉及的法律。为了支持海南自贸试验区的建设与发展，2020年4月，全国人大常委会授权国务院在海南自贸试验区暂时调整适用有关法律，^①对其提供了强有力的法治保障。作为核心政策和制度的纠纷解决体系，因尚未在法律适用上进行相应调整，导致海南自由贸易港在贸易投资纠纷解决中缺乏竞争性与可比性，从而可能丧失贸易与投资的机会。

2. 法治层面：商事纠纷解决专门法律缺失

有关多元化纠纷解决机制的立法规范数量虽然较多，如《仲裁法》《人民调解法》已经吸收了仲裁、调解等非诉讼纠纷解决方式并对其作了相应的规定，但在商事仲裁、商事调解领域尚欠缺法律规范。就目前的实施情况来看，上述的法律也并未在纠纷解决中得到广泛的应用，解决纠纷效果不佳。^②《仲裁法》仅有80个条文，有些条文因过于原则性和概括性在应用中存在难度，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》（2008调整）在《仲裁法》实行了多年以后才出台，说明仲裁制度的发展是较慢的。而在调解方面，除人民调解外，其他如商会、行业协会及调解机构的专门规则也处于缺位状态。以上情况制约了仲裁和调解制度的发展。^③因国家层面尚无专门立法规制商事调解、仲裁等纠纷解决方式，海南地方立法机关也就难于取得立法突破。2020年6月，海南省人大常委会通过了《海南省多元化解纠纷条例》（以下简称“《条例》”），明确了商事调解组织的设立主体和调解范围，同时也界定了国际商事调解机构的案件受理范围，但规定较为原则且专业化程度不够，在实务中会遇到操作难题。目前，尚未存在相关法律或者专门条例，规制海南自由贸易港商

^① 参见《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国（海南）自由贸易试验区暂时调整适用有关法律规定的决定》，http://www.gov.cn/xinwen/2020-04/29/content_5507538.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020年5月1日访问。

^② 参见江苏省泰州市中级人民法院课题组，徐军：《矛盾纠纷多元化解机制的实践困境与路径探析》，《中国应用法学》2017年第3期。

^③ 参见刘晓红：《构建中国本土化ADR制度的思考》，《河北法学》2007年第2期。

事纠纷解决。海南省关于仲裁与调解的地方立法成果，如《海南经济特区劳动争议仲裁规定》（1997）《海南省实施〈中华人民共和国人民调解法〉办法》（2017），在商事仲裁与调解方面的立法规范存在缺失。

3. 制度层面：商事纠纷解决组织与规则短板

在仲裁与调解机制方面，2018年至2020年成立的海南国际仲裁院、海南国际仲裁院省企业联合会仲裁调解中心、中国贸促会（中国国际商会）海南调解中心、中国贸仲委海南仲裁中心在一定程度上为海南自由贸易港商事纠纷解决提供了法治保障，但与国际一流的商事纠纷解决机构差距较大，其国际化、法治化、便利化程度都不足以令国外商事主体趋向选择。

三、中外多元化商事纠纷解决机制构建经验与启示

通过分析机制构建的主要难题，本文认为有必要对国内外商事纠纷解决机制构建经验进行类型分析，为海南自由贸易港提供经验借鉴。法治是机制构建的统领要素，而制度体系则是该机制不可或缺的组成部分。在发展多元化纠纷解决机制过程中，世界各国依据自身的法律与制度条件，建立了不同的纠纷解决机制。

（一）机制的立法模式

多元化纠纷解决机制的构建不能缺少立法的指引。域外替代性纠纷解决机制（Alternative Dispute Resolution；简称ADR）立法规范的途径主要包括成文法、案例法、组织机构的流程规则、政府政策以及法院规则与政策。纵观世界各国的立法，模式有所不同，包括国家统一立法，如综合法或者单行法；国家授权立法，如美国联邦和各州的ADR立法；国家通过宪法支持非诉讼纠纷解决程序，如南非宪法规定通过调解实现社会和解。^①

1. “国家统一立法模式”

很多国家的ADR机制或者多元化商事纠纷解决机制采用“国家统一立法模式”加以确立，因此该模式下的法律具有规范性和普遍性，效力最高。“国家统一立法模式”下纠纷解决机制立法可以概括为三种法律形式：综合型立法、单行型立法、融合型立法。美国在1998年颁布的《ADR法》授权和鼓励联邦机构使用ADR方式解决纠纷，主要用于行政争议的解决，这是世界上第一部《ADR法》。2012年，德国生效了《法庭外争议解决促进法》，在此基础上通过了《调解法》，并修改了《劳动法》《民事诉讼法》等法律。^②前述法律虽不能称作严格意义上的国家统一法，但对纠纷解决机制的统一立法有重要的参考作用。相比于综合促进法，单行型立法显得更为专业，其直接对非诉讼纠纷解决方式进行调整和规制。2008年，欧盟颁布了《关于民商事调解若干问题的2008/52号指令》，此后大多数成员国修改了法律中关于调解的规定，以此证明该指令具有参考价值以及引导功能。^③2018年，联合国国际贸易法委员会（以下简称“联合国贸法会”）通过了《贸易法委员会国际商事调解示范和

^① 参见龙飞：《替代性纠纷解决机制立法的域外比较与借鉴》，《中国政法大学学报》2019年第1期。

^② 参见张泽涛、肖振国：《德国〈调解法〉述评及其启示》，《法学评论》2013年第1期。

^③ 同注^①。

调解所产生的国际和解协议示范法》，^①同年，联合国大会会议审议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》，公约旨在解决国际商事调解达成的和解协议的跨境执行问题。^②在仲裁制度的发展过程中，1985年联合国贸法会制定了《国际商事仲裁示范法》，为各国提供了仲裁立法参考。最有影响力的是《承认和执行外国仲裁裁决公约》，即《纽约公约》，已有157个成员国加入该公约。还有国家将非诉讼纠纷解决机制与诉讼体制进行融合立法，如德国的和解法官制度和转介调解制度就体现在其2012年修订的《民事诉讼法》中。^③英国在民事司法改革中制定《民事诉讼法》，其中对调解制度有较多规定，旨在推行调解方式。

2. “国家授权立法模式”

相比于“国家统一立法模式”法律的普遍效力，“国家授权立法模式”则为经济功能区的发展提供了高效的法治环境。迪拜的经济繁荣与其高度法治化有重要联系，在国际一流的法治化营商环境中，高效、公平的多元化商事纠纷解决机制保障了迪拜国际金融中心的成功运行。迪拜通过立法设立了自由贸易区，在司法保障方面，为自由贸易区设置了与国际标准统一的纠纷解决服务标准，而这些并不影响迪拜的司法主权。^④在中国国内，上海自贸试验区也采取了法律调整先行的做法。2014年，上海国际仲裁中心（上海国际经济贸易仲裁委员会）制定并发布了《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》（以下简称“《自贸区仲裁规则》”）。^⑤《自贸区仲裁规则》将临时措施决定机构的范围从法院扩展到了仲裁庭和紧急仲裁庭，但前提是临时措施执行地所在国或地区的法律规定仲裁庭有权做出临时仲裁措施决定。^⑥可见，《自贸区仲裁规则》在不与现行法律规定冲突的情况下，进行了有益创新，而这也为国家层面的仲裁立法提供了良好的基础。

（二）机制的制度建设

不同国家和地区的商事纠纷解决机制的制度建设呈现多元化发展趋势，主要以诉讼、商事调解、商事仲裁方式为主，发展到后来，涌现出越来越多的合作型、综合型纠纷解决中心或机构。例如，呈现市场化发展趋势的美国司法仲裁调解服务公司，抑或是国际纠纷解决机

^① 参见《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》（2018年），https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation，联合国国际贸易法委员会网，2020年6月2日访问。

^② 参见新华社：中国签署《新加坡调解公约》，http://www.xinhuanet.com/2019-08/07/c_1124849699.htm，新华网，2020年1月10日访问。

^③ 德国2012年通过修订《民事诉讼法》，建立和解法官制度和转介调解制度，第278条第五款修改为：“法院可以让当事人参加由非主审法官组织的和解庭审，以及其他试图解决该纠纷的其他形式的尝试（和解法官制度）。和解法官可以采用所有纠纷解决的形式，包括调解。”参见齐树洁：《外国ADR制度新发展》，厦门大学出版社2017年版，第23-24页。

^④ 参见赵蕾，邓迪心，何晓懿：《沙漠金融中心之门——迪拜国际金融中心的纠纷解决机制》，《人民法院报》2017年7月14日。

^⑤ 参见上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）：《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》，<https://www.china-shftz.gov.cn/PublicInformation.aspx?GID=3ca690fe-ac4b-4558-8a31-03fc086a64a6&CID=953a259a-1544-4d72-be6a-264677089690&MenuType=1&navType=0>，中国（上海）自由贸易试验区管理委员会网，2020年1月10日访问。

^⑥ 参见袁杜娟：《上海自贸区仲裁纠纷解决机制的探索与创新》，《法学》2014年第9期。

构“集散地”——新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心^①，都为多元化商事纠纷解决机制各机构的国际化协同发展提供了便利。

1. 纠纷解决服务市场化

1979年，美国联邦最高法院原首席大法官沃伦提议创建了美国司法仲裁调解服务股份有限公司（Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc；简称“JAMS”）。JAMS公司是非营利的法律服务机构，在全球设有26个纠纷解决中心，在册纠纷解决工作人员超过300人，这些“中立第三人”由美国法律专业人士组成，其中大部分是法官与律师，并且在之前就从事纠纷解决工作。JAMS为委托人提供多样化的纠纷解决服务，包括中立分析评估、调解、仲裁、企业法务ADR方案等，专业、保密、高效则是其服务特点，该公司由此吸引了大量的客户。JAMS根据纠纷解决服务项目不同，实行不同的收费标准，收费标准由解决纠纷的“中立第三人”确定，当事人、案件管理人与当事人律师协商定价作为补充。JAMS不仅仅提供专业的纠纷解决服务，通过宣传ADR的优势，同时也发展了美国的纠纷解决服务市场。^②

2. “一站式”纠纷解决中心

近年来，新加坡作为亚洲地区最重要的纠纷解决中心备受全球瞩目，其前瞻性的ADR纠纷解决机制的顶层设计、战略布局以及纠纷解决服务产业化、“一站式”服务的理念等，其产生的实际效果显示了强劲的竞争力。麦克斯韦多元纠纷解决中心选址在新加坡中央商业区，将“一站式”纠纷解决服务引申为一种多元化纠纷解决服务，满足顾客除纠纷解决工作之外的需求，增强了客户的纠纷解决体验。目前多家国际纠纷解决机构都入驻了该中心，例如，世界知识产权组织仲裁和调解中心（WIPO）、国际商会仲裁院（ICC）等。同时，新加坡本土争议解决机构也入驻该中心，国际著名的埃塞克斯大律师事务所也在该中心设立了分所。麦克斯韦多元纠纷解决中心是全球第一个纠纷解决服务聚集程度很高的中心，最大程度地满足了国际纠纷解决市场的需求。麦克斯韦中心的设计思路、管理模式不仅取得了成功，而且实现了示范效应、规模效应以及带动效应。^③

（三）对建立多元化商事纠纷解决机制的启示

中国多元化纠纷解决机制与域外ADR机制有很多的相似之处。从20世纪80年代开始，世界各国通过发展ADR推动司法和社会治理体系改革。^④各国纠纷解决机制的法律与制度呈现了丰富的纠纷解决文化，可以为海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制的构建提供有益经验。在立法方面，通过授权海南进行多元化商事纠纷解决机制的相关法律调整是可行的。

^① 麦克斯韦多元纠纷解决中心的成立旨在为在新加坡开展替代性纠纷解决（ADR）服务提供一站式的、一流的设施和服务，目前，大约有50个著名的国际纠纷解决机构入驻该中心。参见赵蕾：《打造“一带一路”国际纠纷解决机构“集散地”——新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心的启示》，《法制日报》2018年3月7日。

^② 参见赵蕾：《纠纷解决服务市场化运行的领跑者——美国司法仲裁调解服务公司的最新发展》，《人民法院报》2018年6月22日。

^③ 参见赵蕾：《打造“一带一路”国际纠纷解决机构“集散地”——新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心的启示》，《法制日报》2018年3月7日。

^④ 参见齐树洁、许林波：《域外调解制度发展趋势述评》，《人民司法（应用）》2018年第1期。

例如，通过修改《民事诉讼法》对有关调解的条款作更符合现代纠纷解决理念的修改，海南可充分利用地方立法权，在商事调解、商事仲裁等专业领域，制定专门规则；在制度建设方面，推动多元化商事纠纷解决机制的社会自治和市场化发展。司法由于其地位、功能以及资源的限制，并不足以应对所有不经分流而涌入法院的纠纷。市场化运作模式可以促使非诉讼纠纷解决机制健康发展，保持长远的发展活力和竞争力。不过在市场化发展的过程中，保持行业自律也尤为重要。

四、构建海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制的建议

海南探索建设中国特色自由贸易港，应当坚持“事权法治制度环境一体化”的方略和路径以及“为改革调法”的核心理念，^①前文运用该方略破解了海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建的难题，解决这些难题的重点在于把握“央地关系”动态框架，厘清国家事权与立法权的关系，强化法治保障力度，以及建设集成化而非碎片化的制度体系（见图1）。

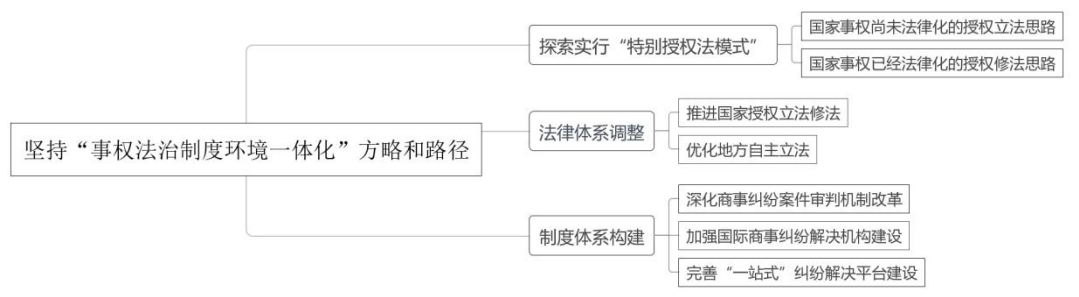


图1：多元化商事纠纷解决机制构建框架

（一）探索实行“特别授权法模式”

海南自由贸易港的建设，不能局限于传统法学意义上的立法、司法、执法、守法之法律保障逻辑，而是国家事权及中央专属立法权与地方事权划分、地方立法权、经济特区立法权与国家立法权行使等复杂的事权分配及其法治化问题。^②换句话说，传统的法治保障很难实现海南自由贸易港高度的法治化，因此更为切实可行的途径是转换思维，运用“特别授权法模式”^③，授权特定主体进行立法、修法，完善自由贸易港的法治建设。

1. 国家事权尚未法律化的授权立法思路

对于国家事权尚未法律化的内容，建议由国家事权主体以及专属立法权资格主体授权特定主体进行立法。海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制亟需一部综合性的条例，来构建其整体框架，调整机制内法院与各非诉讼纠纷解决主体的关系。国务院制定的法规在全国范围内具有相同效力，并不只对海南自由贸易港存在约束力，自由贸易港尚在快速发展阶段，结合资源以及效率因素分析，海南自由贸易港更适合走特别授权立法路径。相关专属立法权

^① 参见陈利强：《中国特色自贸区（港）法治建构论》，人民出版社2019年版，第143页。

^② 同注①，第136页。

^③ “特别授权法模式”是学界新的理论创新，模式特点注重央地关系的梳理，涉及面广，包括立法、修法、法律豁免等法律调整活动，陈利强教授首次提出了该模式，并对其进行了深刻研究与论证。参见前引①，第103-107页。

资格主体授权海南自由贸易港，制定“中国（海南）自由贸易港多元化商事纠纷解决机制促进条例”，以实现资源利用最大化，这也是构建海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制的合适选择。

2. 国家事权已经法律化的授权修法思路

海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制，如调解、仲裁事项属于国家事权且已经法治化^①，主要成果为《民事诉讼法》《仲裁法》《人民调解法》等法律。因此，此类法律的调整路径可以由制定法律的主体，例如全国人大常委会行使国家立法权，授权国务院为“已经法律化的国家事权”事项进行修法。落实到海南自由贸易港，即为国务院授权海南自由贸易港对相关法律进行调整，如暂停使用或者修改（见表1）。

国家事权尚未法律化：授权立法	国家事权已经法律化：授权修法
1. “中国（海南）自由贸易港多元化商事纠纷解决机制促进条例”	1. 《民事诉讼法》 第 93 条，第 96 条自愿性原则 第 122 条“先行调解原则”但书部分 将自愿性原则解读为对调解结果的是否自愿接受，而非开启调解程序的自愿。
2. “中国（海南）自由贸易港商事调解规则”	
3. “中国（海南）自由贸易港商事仲裁规则”	

表 1：海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制特别授权法律调整基本思路

（二）法律体系调整路径

通过健全多元化商事纠纷解决机制立法，为海南自由贸易港多元化商事纠纷解决机制地方性法规的制定奠定基础，加快推进地方性法规的立法进程，构成有效的地方立法体系。

1. 推动国家授权立法

在机制构建过程中，通常会出现职能部门多且乱、职责功能划分不清、纠纷解决标准不严谨、调解仲裁与诉讼之间不协调等问题，这些是单项法规无法解决的问题。目前，多元化商事纠纷解决机制的法律地位与基本制度皆处于空白状态，应予以明确，从而保障纠纷解决工作有效开展。^②立法机关应当考虑构建纠纷解决机制的整体框架，将零散的法律法规进行规整，明确行政机关、各社会组织以及仲裁、调解机构等在纠纷解决中行使的职能；将各职能部门的权力进行合理划分，明确其功能与制度，科学系统地推动该机制的构建与完善。^③在立法技术方面，应避免出现过多原则性规定，减少抽象的表达；在必要情况下，同时出台相关解释，辅助法律的准确运用。海南省应当积极争取国家对自由贸易港多元化商事纠纷解决

^① 参见陈利强：《中国特色自贸区（港）法治建构论》，人民出版社 2019 年版，第 142 页。

^② 参见王淑敏、沈敬怡、何悦涵：《海南自由贸易港发展 ADR 的必要性及可行性研究》，《南海法学》2019 年第 3 期。

^③ 参见江苏省泰州市中级人民法院课题组，徐军：《矛盾纠纷多元化解机制的实践困境与路径探析》，《中国应用法学》2017 年第 3 期。

进行授权立法，在多元化商事纠纷解决机制、商事调解、商事仲裁领域进行立法，例如“中国（海南）自由贸易港多元化商事纠纷解决机制促进条例”“中国（海南）自由贸易港商事调解规则”“中国（海南）自由贸易港商事仲裁规则”等。

2. 优化地方自主立法

国家为推进海南自由贸易港的建设提供了强大的政策基础，但是政策没有立法支撑则无法落地实施，因此亟需加快推进海南自由贸易港的地方立法。2015年，中国第一部关于多元化纠纷解决的地方性法规出台，即《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》。之后，有关多元化纠纷解决机制的地方立法在多地先后开始筹备制定。^①《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》中提出了“强化法制保障”，地方立法可发挥积极补充作用，在立法上更具针对性。^②在2020年6月新出台的《条例》的基础之上，以及不与上位法冲突的情况下，海南可以进行有关地方立法的探索，旨在解决国际商事纠纷。

（三）制度体系完善路径

随着司法体制改革各项措施的落实，司法应回归其本质属性，提供“法治保障”服务，发挥其后台推动与保障的功能，将市场的活力注入到纠纷解决机制的构建中，稳步推进“一站式”纠纷解决服务平台的建立，从而带来更多良性发展。

1. 深化商事纠纷案件审判机制改革

作为自贸区审判机制改革创新试验田，涉外民商事法庭可在总结审判经验的基础上，逐步形成新型涉自贸区审判机制。^③首先，在条件成熟时，借鉴已建立的国际商事法庭的经验，在海南设立具有自由贸易港特色的“自由贸易港国际商事法庭”。其次，通过赋权改革，法院应该被赋予“先行先试”的权力，而这种权力可以通过立法或者其他规范加以授予，重点应放在外国法查明途径的拓宽，送达程序的高效便利化以及司法协助的实质化等方面。法院在提升专业素养的同时也需发挥组织协调与监督功能。^④随着多元化纠纷解决方式越来越被社会所接纳，法院也被赋予推动多元化机制发展的使命。例如在诉调对接上，通过修法，将《民事诉讼法》第93条、第96条以及122条但书部分对于调解自愿性的规定解释为对调解结果的意愿自由，授权法院进行调解或者委托调解，从而来开启调解程序。在委托调解过程中，法院应尽引导与监督之责，协助调解协议进入司法确认程序，提高调解的正当性。^⑤

2. 加强国际商事纠纷解决机构建设

《意见》明确提出支持建立多元化国际商事纠纷解决机构，^⑥《条例》规定允许境外商

^① 参见龙飞：《多元化纠纷解决机制立法的定位与路径思考—以四个地方条例的比较为视角》，《华东政法大学学报》2018年第21期。

^② 参见王淑敏、沈敬怡、何悦涵：《海南自由贸易港发展ADR的必要性及可行性研究》，《南海法学》2019年第3期。

^③ 参见王琦：《探索自贸区自由贸易港纠纷解决新机制》，《海南日报》2019年12月13日。

^④ 参见梁平：《多元化纠纷解决机制的制度构建—基于公众选择偏好的实证考察》，《当代法学》2011年第3期。

^⑤ 参见范愉：《自贸区建设与纠纷解决机制的创新》，《法治研究》2017年第1期。

^⑥ 参见最高人民法院《关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》，

事调解机构，依照国家有关规定参与商事调解。^①目前海南自由贸易港较为缺乏一流的商事纠纷解决机构，应积极借鉴国内自贸区商事纠纷解决机构的经验，例如上海国际仲裁中心，尝试建立国内一流的商事调解机构以及商事仲裁机构，同时积极引进国际商事纠纷解决机构，比如国际商会仲裁院（ICC）、国际投资争议解决中心（ICSID）等。政府在此过程中应发挥主导力量，积极提供政策及资金支持。

3. 完善“一站式”纠纷解决平台建设

对于“一站式”纠纷解决服务平台的建设，海南自由贸易港具有政策基础与实践基础。^②纠纷解决机构应当积极引导当事人优先选择高效、对抗性弱的方式解决纠纷，力争建成多层次递进的“一站式”纠纷解决平台。^③通过和解、调解或者仲裁程序的分流后，再启动诉讼程序，既能高效利用司法资源，同时也推动了非诉讼纠纷解决机制的发展。《海南省优化营商环境行动计划（2018-2019年）》中指出，要为投资者营造良好的法治环境，将对标一流国际交易秩序、国际机构运营规则，同时构建争端解决多元化机制，对采取调解方式解决争端的企业给予财政鼓励支持。^④纠纷解决市场化发展已经成为海南的选择，海南省政府在“一站式”纠纷解决平台构建方面制定了多项待实施的政策，并划定了责任，制定了任务分配计划。在机构设置方面，建议海南自由贸易港在海南省人民政府的支持下，借鉴美国纠纷解决服务市场化以及新加坡麦克斯韦多元纠纷解决中心的经验，重视开发社会资源与市场资源，积极引进国际知名仲裁机构以及尝试建立国际商事纠纷调解机构，同时纳入已经设立的海南国际商事仲裁院等国际纠纷解决机构，以此逐步建设成体系完善的“一站式”纠纷解决服务平台。此外，海南自由贸易港也需要通过立法将人才引进计划规范化、法律化，加强国际纠纷解决人才、技术、服务的法律保障。

<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-111631.html>，中华人民共和国最高人民法院网，2020年1月9日访问。

^① 参见《海南省多元化解纠纷条例》，http://www.hnft.gov.cn/zcfg/zcwj/hnzc/202006/t20200619_3281935.html，海南自由贸易港网，2020年6月20日访问。

^② 最高人民法院设立国际商事法庭，牵头组建国际商事专家委员会，支持“一带一路”国际商事纠纷通过调解、仲裁等方式解决，推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，形成便利、快捷、低成本的“一站式”争端解决中心，为“一带一路”建设参与国当事人提供优质高效的法律服务。参见中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm，中华人民共和国中央人民政府网，2020年1月9日访问。

^③ 参见王琦：《探索自贸区自由贸易港纠纷解决新机制》，《海南日报》2019年12月13日。

^④ 参见海南省发展和改革委员会：《海南省优化营商环境行动计划（2018—2019年）》，<http://www.hainan.gov.cn/hainan/zxxx/201812/c0a9e0fb9d1448a7b1ab228163299f83.shtml>，海南省人民政府网，2020年3月6日访问。

Research on the Construction of Diversified Commercial Dispute

Resolution Mechanism in Hainan Free Trade Port

Abstract: A diversified dispute resolution mechanism is an important institutional guarantee for creating a world-class free trade port's legal environment and business environment. With the development of foreign-related commercial affairs in the Hainan Free Trade Port, the establishment of a diversified commercial dispute resolution mechanism has become an urgent need for it to create a legal, international, and convenient business environment. At present, the construction of the mechanism is facing major problems such as small reform authorization, insufficient special legislation for commercial dispute resolution, and imperfect systems. The strategy and path of the “integration of powers and legal system environment” in the Free Trade Port with Chinese characteristics and the “special authorization law model” can provide ideas and methods for the establishment of a diversified commercial dispute resolution mechanism for the Hainan Free Trade Port.

Key Words: Hainan Free Trade Port; Commercial Dispute Resolution Mechanism; Special Authorization Law Model

WTO 多边贸易体制的困境与解决方案研究

——以 USTR 《上诉机构报告》为切入点

刘勇 柯欢怡

内容摘要：在美国的持续阻挠下，世界贸易组织（WTO）成员对上诉机构法官的继任人选长期不能达成一致，最终于 2019 年 12 月 10 日导致上诉机构因法定人数不足而彻底停止工作。美国贸易代表关于上诉机构问题的报告反映出，美国的刻意阻挠仅是上诉机构停摆的表面原因，而 WTO 的体制性缺陷以及制度性不足才是导致上诉机构停止运行的深层次因素，例如 WTO 造法功能日益萎缩、实体性规则与程序性规则均有不足，争端解决程序的定位不明等。为此，WTO 应适度修复其造法功能，加快通过立法性解释；改革专家组与上诉机构的工作程序，适当限制两者的审查权，确立成员驱动与规则导向之间的合理边界；推动实施诸边模式的谈判机制等。

关键词：WTO；USTR；上诉机构；成员驱动；规则导向

一、问题的提出

在世界贸易组织（World Trade Organization，以下称 WTO）成立 25 周年之际，它正面临着严重的体制性危机。自 2016 年 8 月以来，美国政府在多个场合批评上诉机构的运行，并数次阻挠上诉机构既有法官的连任或新任法官的遴选。根据《关于争端解决程序与规则的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，以下称 DSU）第 2 条第 4 款的规定，上诉机构法官的确定应由争端解决机构（Dispute Settlement Body，以下称 DSB）全体成员协商一致通过。美国的刻意阻挠致使空缺席位始终无法得到填补。2019 年 12 月 10 日后，WTO 上诉机构仅剩一名中国籍法官赵宏女士，其他法官均因任期届满且未获连任而离职，^①这使得上诉机构无法满足合法裁判所需要的最低人数要求。^②之后，上诉机构实际上处于停摆状态，不再审理停摆之后成员方提起的上诉申请，但仍将完成停摆之前已经启动的上诉案件。^③2020 年 11 月 30 日，上诉机构最后一名法官赵宏女士亦因任期

基金项目：国家社科基金项目“发达经济体‘非市场经济规则’的新发展与中国因应研究”（项目编号：19BFX211）。本文仅为初稿，尚未发表，请勿引用，谢谢。

作者简介：刘勇，浙江财经大学法学院教授，法学博士；柯欢怡，浙江财经大学法学院 2019 级国际法专业硕士生

^① 2019 年 12 月 10 日，优加·巴提亚（Ujal Bhatia）与托马斯·格拉厄姆（Thomas Graham）两名法官的第一个 4 年任期届满，在美国的阻挠下无法获得连任，故离开上诉机构。

^② DSU 第 17 条第 1 款规定，上诉机构由七名法官组成，其中三名法官组成合议庭（上诉法庭）审理特定的案件。

^③ 例如，2020 年 2 月 6 日上诉机构发布“加拿大诉美国超级亚光纸反补贴措施案”的报告，上诉法庭由优

届满而离职。

上诉机构的停摆不仅迫使正常的争端解决程序被阻塞和停滞,已经发布的专家组报告不能被 DSB 所通过,^①而且还导致以规则为导向的多边贸易体制处于深度危机之中,其约束力和权威性遭遇极大的减损,甚至可能诱发新的单边贸易保护措施。^②为缓解此危机,2020 年 4 月 30 日中欧等 20 个成员方通过 DSB 发布了一项公告,依据 DSU 第 25 条^③组建了“多方临时上诉仲裁安排”(Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement, 以下称 MPIA),参加该 MPIA 的成员方将通过一个仲裁庭来部分替代上诉机构的功能。^④MPIA 极具创造性地将仲裁作为专家组报告的临时上诉渠道,其实质在于“依托仲裁,替代上诉”。MPIA 既有别于通常意义上的仲裁,也不同于 WTO 普通诉讼程序中的上诉审议。^⑤不过,MPIA 只是一个临时性安排,作为替代性上诉程序满足参加方的特殊需要,只在上诉机构停摆期间发挥作用,且并不自动适用于所有 WTO 成员。所以,为维护多边贸易体制的统一性、持久性与稳定性,成员方还需寻找一个解决危机的综合性方案。

2020 年 2 月 11 日,美国贸易代表(United States Trade Representative, 以下称 USTR)办公室发布了一份有关上诉机构违反 WTO 规则的报告(以下称《报告》)。^⑥该《报告》结合

加·巴提亚、托马斯·格拉厄姆与赵宏女士组成。此时距其停摆已有 2 个多月之久。美国对此大加鞭挞,主张此报告并非 DSU 第 17 条意义上的有效的法律文件,因为优加·巴提亚、托马斯·格拉厄姆离任后已经不具有上诉机构成员的资格,却仍在审理此案。尽管如此,DSB 会议仍于 3 月 5 日通过了此报告。Communication from the United States United States – Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada, WT/DS505/12, 22 April 2020.

^① 按 DSU 第 16 条第 4 款的规定,DSB 应在专家组报告发布后 60 天内开会通过此报告,除非争端方提起上诉,或成员方一致反对通过此报告。因此,一旦争端方在专家组报告发布后提起上诉,必将导致争端解决程序处于停滞状态,其“定分止争”的功能陷于瘫痪。例如,2020 年 1 月 16 日,美国与印度就“印度诉美国热轧钢反补贴措施案”(执行之诉)的专家组报告向 DSB 发出通知称,美国已经于 2019 年 12 月 18 日向 DSB 表达了上诉的意愿,但未提交正式的上诉文件;双方决定待上诉法庭可以有效组建时,再提交各自的上诉请求。Joint Communication from India and the United States, United States-Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Steel Flat Products from India: Recourse to Article 21.5 of the DSU by India, WT/DS436/22, 16 January 2020.

^② 2019 年 12 月 11 日,欧盟委员会向欧盟理事会以及欧洲议会提交报告称,欧盟将考虑在气候变化政策中采用碳边境调节机制(Carbon Border Adjustment Mechanism, 以下称 CBAM),以应对各国温室气体减排措施的差异所带来的非公平竞争以及碳泄漏问题。CBAM 是一种与气候变化相关的贸易保护措施,如欧盟对进口产品按其温室气体排放量开征碳税,或要求外国产品的生产商或出口商提交欧盟所要求的碳排放配额,从而增加该产品的出口成本。故此,一旦欧盟正式实施 CBAM,必将引发激烈而广泛的贸易战,再次严重冲击多边贸易体制的权威性。Communication From The Commission To The European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, 11 December 2019, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/european-green-deal-communication_en.pdf. 最后访问时间:2021 年 1 月 30 日。

^③ DSU 第 25 条规定,WTO 体制内的仲裁机制可作为争端解决的一种替代性方案,审理由争端方所决定的事项。除非 DSU 另有规定,争端方只有在争端解决程序达成一致意见的情况下才可诉诸于仲裁。该仲裁协议应在仲裁开始前通知全体成员方。参与仲裁的争端各方应遵守仲裁裁决。

^④ DSB, Statement On A Mechanism For Developing, Documenting And Sharing Practices And Procedures In The Conduct Of WTO Disputes. JOB/DSB/1/Add.12, 30 April 2020.

^⑤ 关于 MPIA 的深入分析,请参见石静霞:《WTO 多方临时上诉仲裁安排:基于仲裁的上诉替代》,《法学研究》,2020 年第 6 期,第 167-185 页。

^⑥ USTR, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization ,

争端解决案件的实例，系统阐明了美国阻止上诉机构继续运作的根本原因，即上诉机构在三个方面的违法之处：一是违反了 DSU 有关审查期限、法官任职资格等规则；二是错误地解释了 WTO 的实体性规则，损害了成员方管理国际经贸关系的自主权；三是带来了体制性危机，创造了事实上的先例拘束原则，从而背离了上诉机构的法定角色与功能，损害了成员方通过谈判达成的权利与义务平衡。

从表面上看，美国的刻意阻挠与单边行动是上诉机构停摆的直接原因。但从深层次来分析，一方面，上诉机构的危机是当前国际政治经济环境发生重大转折、逆全球化思潮兴起的背景下，国际经贸关系多边化与法治化进程正在遭遇挫败的重要体现，同时也是 WTO 各成员力量对比发生变化与利益冲突加剧导致上诉机构法官的任命越来越趋向政治化的结果。^①另一方面，上诉机构的停摆也是 WTO 长期存在的体制性难题与制度性缺陷的“终极爆发”，例如 WTO 缺乏针对上诉机构的监督与约束机制、协商一致决策模式下 WTO 的造法功能陷入瘫痪状态、WTO 的部分实体性规则存在固有的缺陷且长期没有得到澄清或修补、制度供给难以及时回应成员方的利益诉求以及国际政治经济环境的新变化等。特别是，很长一段时间以来，上诉机构被要求就某些敏感、困难的法律诉求与问题作出裁决，而这些问题本来应该由成员方通过谈判、制定新规定或修改过时的规定等途径来获得解决的。^②从多哈回合谈判“延宕日久、名存实亡”，到上诉机构停止工作，这是一个必然导致的结果。WTO 正面临其成立以来最大的一场危机，该危机的深层次根源与解决方案值得学界进行系统的研究。由此可见，“如果成员方将上诉机构的改革作为 WTO 工作的优先选项，那就是一种本末倒置，因为上诉机构的停摆是 WTO 危机的症状，而不是造成危机的原因”。^③本文试图以上诉机构停摆为切入点，首先剖析《报告》所提出的“美国理由”，在此基础上探明导致 WTO 危机的系统性原因，并提出可行的解决方案。

二、停摆上诉机构的“美国理由”——基于 USTR《报告》的分析

（一）《报告》对上诉机构的主要抨击

1. 程序性问题

第一，无视 90 天的审查时限

DSU 第 17 条第 5 款规定，通常情况下上诉机构应在成员方提出上诉之日起 60 天内散发

https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf

最后访问时间：2021 年 1 月 20 日。

^① 石静霞：《世界贸易组织上诉机构的危机与改革》，《法商研究》，2019 年第 3 期，第 150-152 页。

^② Cosette D. Creamer, From the WTO'S Crown Jewel to Its Crown of Thorns, American Journal of International Law, Unbound, 2019, Vol.113, pp.52-53.

^③ Marco Bronckers, Trade Conflicts: Whither the WTO? Legal Issues of Economic Integration, 2020, No.3, p.234.

报告，任何情况下该时间都不应超过 90 天。报告认为，2011 年以来，上诉机构长期无视上述时间要求，甚至没有与上诉各方进行磋商就延长时间，有些案件甚至超过 1 年之久。此行为不仅损害了成员方及时抵制不公平贸易行为的权利以及他们对多边贸易体制的信任，而且使得争端解决期间不公平贸易行为仍得以持续。考虑到 WTO 提供的救济是非追溯性的，即仅要求败诉方纠正与 WTO 不符的争议措施而无需对此造成的损害进行赔偿，上述行为削弱了公平竞争的国际贸易秩序。

第二，错误地允许上诉机构成员在离任后继续审理案件

DSU 反映了成员方对于任命上诉机构成员的共识，只有 DSB 才有权力决定由谁来担任上诉机构成员以及该成员的任期有多长。DSU 第 17 条第 2 款规定，DSB 应任命上诉机构成员，任期四年，且可以连任一次。因此，只有成员方才有权通过 DSB 来任命或再任命某一位上诉机构成员。但是，通过《上诉审工作程序》第 15 条^①的规定，上诉机构事实上可以在未经 WTO 成员方同意的情况下，再次任命一位任期已满的上诉机构成员。从而违反了 DSU 第 17 条第 2 款。另一方面，DSU 规定了 WTO 争端解决程序，上诉机构的做法相当于修改了此程序，而本来修改 DSU 需要全体成员的协商一致。

2. 实体性问题

第一，错误地解释“公共机构”

上诉机构对《补贴与反补贴协定》中的“公共机构”进行了错误的解释，使得非市场经济体可以通过国有企业来提供补贴却不受制裁。在上诉机构看来，除非一个实体拥有或实施政府的职能，否则它不得被视为一个公共机构。此解释既缺乏条约的明确规定，也不符合“公共机构”的通常含义。正确的解释应该是，当政府有权控制某一实体，或该实体的行为进行了利益的传输，那么该实体就是公共机构。上述狭义的解释排除了大量受到政府控制的实体（如国有企业），削弱了成员方抵制进口产品之补贴的能力，同时也动摇了 WTO 所坚持的市场经济原则。

第二，错误地禁止“归零法”的使用

“归零法”将没有倾销（即出口价格高于正常价值）的交易活动排除在倾销幅度的认定过程之外。报告认为，无论是《反倾销协定》的条约文本、谈判历史，还是 WTO 成员方的行动，都表明，成员方并没有明确主张应禁止归零法。但是，上诉机构通过禁止归零法，向

^① 《上诉审工作程序》第 15 条规定，任何一名已经离职的上诉机构成员，在获得上诉机构授权并通知 DSB 的情况下，可以完成其在任期间已经启动但没有完成的上诉审。Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, 16 August 2010.

成员方施加了 WTO 条约所没有规定的义务，同时还违反了《反倾销协定》第 17 条第 6 款^①所规定的评审标准。《反倾销协定》的部分条款被刻意地设计为允许多种解释或多种方法，但是上诉机构不承认这一点，这导致进口导致成员方不得不人为地减少倾销幅度以及相应的反倾销税率，不能有效地抵消倾销带来的损害，使本国受损的产业与个人不能获得充分的救济。

第三，错误地确立“外部比较基准”的适用标准

在确立补贴金额所依赖的比较基准时，《补贴与反补贴措施协定》允许成员方在补贴国因没有市场决定的价格（例如因政府干预导致涉案产品的所有国内市场价格都受到了扭曲）故而缺少国内比较基准时，寻求适当的外部比较基准（即第三国的可比价格）。上诉机构要求调查机关证明补贴国的国内价格为非市场导向的价格，并通过定量分析来证明其使用外部基准的正当性。《报告》认为，这增加了调查机关的举证责任与执法成本，使得进口成员难以充分保护其产业与工人。上诉机构对外部基准的错误解释，使得进口成员方不能有效地应对带来贸易扭曲的补贴，特别是来自非市场经济体的补贴。

第四，错误地确定保障措施的实施要件

上诉机构要求进口成员在实施保障措施前应证明进口产品快速增加以及国内产业受损属于“未预见的发展”。上诉机构还要求进口成员在损害认定时应评估进口产品之外的导致国内产业受损的其他因素，并将其他因素与进口产品所致的损害进行量化和区分。报告认为，《保障措施协定》第 1 条，本协定确立了适用于保障措施的规则，该措施应被理解为 GATT1994 第 19 条所规定的措施。GATT1994 第 19 条第 1 款尽管提及“未预见的发展”，但它并没有明确规定调查机关在采取保障措施前应证明“未预见的发展”，也没有要求在其裁决报告中呈现此证明。另外，《保障措施协定》第 4 条第 2 款^②只是要求就进口成员不得将其他损害国内产品的因素错误地归咎于进口产品，并没有规定将不用的损害性因素进行区分。由此，上诉机构的解释增加了 WTO 条约所没有规定的义务并提高了进口成员采取保障措施的难度。

第五，错误地认定“双重救济”

上诉机构对《补贴与反补贴措施协定》第 19 条第 3 款^③中的“适当的金额”（appropriate

^① 《反倾销协定》第 17 条第 6 款，在审查第 5 款所指的事项时：(i) 在评估该事项的事实时，专家组应确定主管机关对事实的确定是否适当，及他们对事实的评估是否无偏见和客观的。如事实的确定是适当的，且评估是无偏见和客观的，则即使专家组可能得出不同的结论，而该评估也不得被推翻；(ii) 专家组应依照关于解释国际公法的习惯规则，解释本协定的有关规定。在专家组认为本协定的有关规定可以作出一种以上允许的解释时，如主管机关的措施符合其中一种允许的解释，则专家组应认定该措施符合本协定。

^② 《保障措施协定》第 4 条第 2 款规定，调查机关应依据客观证据，在进口产品增加与国内产业受损之间确立因果关系。当进口产品之外的其他因素同时导致国内产业受损时，不得将此类损害归咎于进口产品。

^③ 《补贴与反补贴措施协定》第 19 条第 3 款规定，反补贴税应在每一个调查案中，在非歧视的基础上，以

amounts) 进行了错误的解释。上诉机构认为, 进口成员不得同时对原产于非市场解决国家的产品征收反补贴税与反倾销税, 除非调查机关已经采取合理措施以避免由此引发的双重救济问题。报告认为, 第 19 条既不涉及反补贴税的计算, 也不涉及同时征收反倾销税与反补贴税是否合法的问题。此外, 尽管上诉机构承认, WTO 各条约并未禁止对享有国内补贴的进口产品同时征收反倾销税与反补贴税, 但是它又指出, 同时征收两税会造成救济效果的重叠, 这并非《补贴与反补贴措施协定》意义上的“适当的金额”。《报告》认为上诉机构对“适当的金额”的宽泛解释以及对避免“双重救济”的非法要求, 增加了成员方适用反补贴规则的不确定性与不可预知性以及调查机关的执法成本, 因为要计算补贴对出口价格以及倾销幅度的影响, 会涉及高度复杂的经济学分析, 而且这也削弱了成员方应对来自非市场经济体的贸易扭曲性补贴的能力。

总之, 《报告》认为, 上诉机构通过错误地解释实体性规则, 填补了 WTO 各条约的空白之处, 向成员方施加了 WTO 所没有规定的义务。

3. 体制性问题

第一, 错误地赋予其报告先例效力

DSU 第 3 条第 2 款规定, 争端解决机制是保障多边贸易体制的安全与可预见性的中心环节。它的功能是维护成员方在各涵盖协定下的权利与义务, 并根据解释国际公法的通常规则来澄清涵盖协定下的条款。DSB 的建议与裁决不得增加或减少成员方在各涵盖协定下的权利与义务。但是, 上诉机构曾明确声称, 专家组应遵循以往上诉机构报告中的法律解释, 除非存在“强效理由”(coherent reason)^①可以背离此解释。但所谓“强效理由”并无 WTO 条约文本的依据。此外, 上诉机构报告所具有的事实上的先例拘束效力, 使得专家组和上诉机构可以仅依赖以往上诉机构报告中的法律解释(而不是经由成员方认真谈判而达成的条约)即可作出裁决。以上做法的结果是在未经成员方同意的情况下就改变了它们的权利与义务, 使部分成员无需进行艰苦的谈判就能获得相应的好处, 同时也抑制了成员方谈判新贸易协定的动力。《报告》认为, 上诉机构这一做法再次违背了上诉机构的职能, 扩大了自身权限, 使得 WTO 条约解释出现错误和混乱, 削弱了以规则为基础的多边贸易体系的权威性。

第二, 错误地审查专家组报告中的事实问题

适当的金额来征收。

^① 上诉机构在“墨西哥诉美国不锈钢反倾销措施案”(WT/DS344)中首次提出了所谓的“强效理由说”。该案专家组采纳了之前被上诉机构推翻的专家组报告的观点。上诉机构对此进行了批驳, 并进一步指出: DSU 第 3 条第 2 款中关于争端解决机制保证多边贸易体制的“安全与可预见性”的规定意味着, 在没有强效理由的情况下, 裁判机关须在嗣后的案件中依相同方法解决相同法律问题。换言之, 专家组原则上应尊重与遵循上诉机构之前所做的裁决理由或法律解释。柳驰:《论法律解释方法的逻辑基础——兼论两个 WTO 涉华裁决的解释问题》, 法律出版社 2019 年版, 第 9-12 页。

上诉机构的裁判权利来自成员方的授权。DSU 第 17 条第 6 款规定，上诉仅限于专家组报告中的法律问题以及专家组所作出的法律解释。但是，上诉机构经常性地审查专家组的事实认定，并将成员方的国内法作为一个法律问题来看待，尽管成员方早已决定成员方的国内法作为事实问题不受上诉审查。由此，上诉机构忽视 WTO 规则，扩张其权限以及审查范围。更重要的是，成员方并未授权上诉机构对其国内法进行解释。上诉机构错误地解释了美国以及其他成员的国内法，迫使其不必要地废止或修改涉诉的国内法。《报告》认为，上诉机构这一做法扩大了自身权限，增加了世贸组织争端的复杂性、重复性和拖延性，使其无法在 90 天审限内作出裁决，同时也大大降低了专家组程序的效力。

《报告》最后认为，上诉机构的角色定位仅在于协助 DSB 决定某一成员方的措施是否违反了 WTO 规则，从而使得 DSB 建议该成员方将违法的措施调整为与 WTO 保持一致。但是，上诉机构的上述行为极大地超越了其应有的角色与权限。该“越权行为”一方面使得争端解决机制背离了其本来的目的（即解决争端），导致成员方不能有效地保护其在 WTO 各协定下的贸易利益；另一方面也损害了 WTO 的谈判功能，因为它怂恿某些成员通过诉讼获得它不能在多边谈判中获得的好处，同时导致其他成员无动力去谈判新协定、作出新承诺，它们不能确定上诉机构会尊重谈判达成的规则。进一步来说，上诉机构的越权行为还抑制了成员方应对损害性进口的能力，使美国企业无法在一个公平的环境中与外国国有企业竞争，还使美国国会通过的法律由“坐在日内瓦的未经民选的一小撮人”来评判其是否违反了 WTO 法。

（二）对“美国理由”的检视

1、“美国理由”的偏私之处

我们应辩证看待上述观点。一方面，美国的立场有颇多可质疑之处，因为很多批判意见实质上反映了“美国偏好”与“利益导向”，没有理性审视 WTO 法及争端解决机制，故存在不少谬误之处。

例如，《报告》的一个基本逻辑是“法无禁止即可为”，只要 WTO 各协定未明确禁止“归零法”等特殊做法，那么成员方就拥有采取此类措施的自主权。本文以为，尽管 GATT1994 第 6 条以及《反倾销协定》均未明确禁止“归零法”，但该方法并非成员方善意履行 WTO 条约义务的方式，同时其实施效果也已经违反了《反倾销协定》第 2 条第 4 款项下“对出口价格与正常价值进行公平比较”这一要求。^①进言之，如果任由成员方在 WTO 各协定的“空白之处”进行“肆意的填补”，那么客观上将增加成员方在协定下本不享有的权利，而且多

^①刘勇：《论反倾销调查程序中的“归零法”》，《法治研究》，2008 年第 10 期。第 62-74 页。

边贸易体制的安全与可预见性也将难以获得保障，后退至关贸总协定时期“纲纪不振、规则体系支离破碎”的困境，而构建以规则导向的、统一化的国际经贸关系正是 WTO 区别于关贸总协定的关键所在。

再如，《报告》对于专家组报告中的法律问题与事实问题的区分过于狭隘。两者之间固然存在明确的分野，“前者是实际发生了什么的问题，而后者是对实际发生的事情，根据法律秩序的标准应如何处置的问题”。^①但有时两者并非泾渭分明，因为当某一事实与规则相关故而具有了法律意义，或对当事人的权利义务或判决结果产生影响，或者当某一事实通过法律用语来表达时，就变成了法律问题。^②正如上诉机构在“美国诉印度农业化学品与药品专利保护案”中所言，在国际公法中，国际法庭可以从多个角度来对待国内法。国内法可以作为事实的证据，也可以成为国家实践的证据。但是，国内法也可以构成是否遵守国际义务的证据。^③国际法权威著作《奥本海国际法》也指出，“在什么范围内，一个国家在国际法上有义务制订使它可能履行它的国际义务的法律，或者被禁止制订使它违反或可能违反国际义务的法律，是不大确定的。如果有一项法律允许或可以允许作出某行为，违反国家的国际义务，或者如果没有制订履行这些义务所要求的法律，该国也处在可能违反国际义务的地位。”^④进一步来说，美国的观点也违背了成员方在 WTO 项下承担的国际法义务。上诉机构对法律问题的审查通常要依赖于对案件事实的考量，因为成员方的国内法本质上就是 WTO 视野下的一个法律问题。《WTO 协定》第 16 条第 4 款明确规定，每一成员都应保证其法律、法规与行政程序与其在各附件协定下的义务保持一致。为实现此目标，国内法就不能仅仅被作为事实问题来看待。^⑤

又如，《报告》对于上诉机构拖延裁判、突破 90 天审限的批判，显然过于苛责，因为它忽略了 WTO 案件快速增加这一客观因素。据统计，实践中专家组的审理期限已经长达一年半，而根据 DSU 第 12 条第 9 款的规定，专家组应在设立之日起半年内作出报告。^⑥DSU 的

^① [德]卡尔·拉伦茨，黄家镇译：《法学方法论》，商务印书馆 2020 年版，第 388 页。

^② 英国学者赞德曾举了一个恰当的例子：某一盲人购买了存在瑕疵的汽车。假如规则的实施有赖于购买人对汽车进行检视的能力，那么购买人为盲人这个事实就成为法律问题并成为判决理由的一部分；假如汽车的瑕疵对盲人与普通人一样明显或一样隐蔽，那么这个事实就不会成为法律问题与判决理由的一部分。转引自高鸿钧等主编：《英美法原论》（上），北京大学出版社 2015 年版，第 181-182 页

^③ India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WT/DS50/AB/R, adopted on 16 January 1998, para.65.

^④ [英]詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第一卷第一分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 46-48 页。

^⑤ Tania Voon and Alan Yanovich, The Facts Aside: The Limitation of WTO Appeals to Issues of Law, *Journal of World Trade*, 2006, No.2, pp.239-242.

^⑥ Giorgio Sacerdoti, The WTO Dispute Settlement System and the Challenges to Multilateralism: Consolidating a Common Global Good, in D.Prevois *et.al.*(eds.), *Restoring Trust in Trade-Liber Amicorum* for Peter Van den Bossche, Hart, 2018, pp.90-91.

缔造者们在规定此审限时并没有预判到 WTO 成立后争端解决案件的数量之多以及法律问题之复杂性。因此，美国单纯地其批判上诉机构违反 DSU 的上述规定，是一种不合理和非建设性的观点。更加合理的选择应当是在多边谈判中倡导修改 DSU，允许专家组和上诉机构延长其审查期限。

最后，美国对于上诉机构“越权”创设事实性先例的指责也有一定的谬误之处。法律的确性与可预见性是何立法者追求的目标之一。上诉机构在坚持个案报告仅对涉案当事方具有拘束力的同时，强调保持特定条约款项的解释判理稳定性之重要性，目的是为保证 WTO 争端解决机制的可靠性和可预测性。尽管此类稳定性判理或许具有事实的先例效果，但肯定不是具有遵循先例性质的可适用法，只是对嗣后判案具有很强的指导性。^①

2. “美国理由”的合理之处

另一方面，美国的主张也有一定的可取之处，因为它间接地揭示了 WTO 面临的若干体制性难题与制度性不足，这些因素才是导致上诉机构停摆、WTO 陷入危机的根本原因。例如，上诉机构的运行缺乏适当的监督与约束机制，导致其在条约解释、法律推理等方面的自主权过大；在协商一致的决策模式下，多哈回合多边谈判陷入僵局，制度供给能力严重不足，WTO 的造法功能日益萎缩；WTO 部长会议与总理事会的工作处于低效率状态，不能对现有规则的模糊或空白之处进行及时的立法性解释或修正等。

美国阻止上诉机构运行只是一种手段，根本目的还是迫使其他成员尽快启动 WTO 改革的谈判。有学者犀利地指出，美国政府将阻止上诉机构运转看作是“撬动”WTO 体制性改革的惟一杠杆；如果没有美国兼具破坏性与建设性的领导力，成员方将不会严肃和积极地讨论 WTO 的改革问题。^②可资佐证的是，美日欧三大经济体多次发表联合声明，主张应修改《补贴与反补贴措施协定》，具体包括增加禁止性补贴的种类、明确规定当出口国内市场存在扭曲时进口国调查机关可采用的“外部比较基准”、降低“公共机构”的认定标准、完善补贴国的通知义务、加重可诉性补贴的提供国的举证责任（应证明其补贴不会对国际贸易产生严

^① 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，第 52-54 页。

^② Henry Gao, Disruptive Construction or Constructive Destruction? Reflections on the Appellate Body Crisis, in Chang-fa Lo et.al. (eds.) *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer 2020, p.233; Robert Mcdougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, *Journal of World Trade*, 2018, No.6, p. 868.

重的负面影响)等。^①上述意见与《报告》对上诉机构的批驳有颇多相互呼应之处。

美国的真实意图也在《报告》中有所呈现。《报告》在其结尾处重申,迄今为止,对于上诉机构背离其应有角色的讨论十分稀少,某些成员所提出的改进上诉程序的建议也远远不足以解决此危机;成员方必须进行真诚与坦率的讨论以充分理解造成目前困境的深层次问题(underlying problems);在完成此理解之前,任何通过制定新规则来解决问题的尝试都是徒劳的。换言之,在识别、理解并解决“深层次问题”之前,美国并不打算重新启动上诉机构法官的选任程序。故此,美国很明确地将瘫痪上诉机构作为“重建 WTO”的推动力。

在上诉机构正式停摆前,由时任 DSB 主席的新西兰常驻 WTO 大使大卫·沃克尔(David Walker)牵头的工作小组,经过与各成员方的广泛磋商,于 2019 年 11 月 28 日发布了一份名为“上诉机构的功能”的总理事会决议(草案),内容涉及必要时延长 90 天的审限、限定上诉审的审查范围、规范上诉机构报告的先例效力、制止越权裁判、建立 DSB 与上诉机构之间的经常性磋商机制以强化成员方对后者的监督等。^②这一指南性文件对美国所关注的重点已经进行了初步的回应,本来可作为各方进一步讨论上诉机构改革方案的重要基础与基本原则。但美方仍然表示反对,理由是成员方并没有充分理解为何上诉机构会背离其应有的角色定位,在“为什么”的问题没有解决之前,任何解决方案都是徒劳无益的。^③基于此,从长远来看,成员方应就引发上诉机构停摆的深层次问题进行研究,以尽力达成共识,并提出系统的解决方案。下文将从体制性缺陷与制度性不足两个角度来揭示上诉机构停摆的内在原因。

三、WTO 的体制性缺陷与制度性不足

(一) 体制性缺陷

1、制度供给能力存在严重不足

《报告》的核心观点在于,上诉机构通过越权裁判,错误地填补了 WTO 各协定的空白之处,或者不合法地澄清了各协定的模糊之处,从而在未经谈判的情况下改变了成员方的权利与义务,涉及其对“公共机构”、“出口价格与正常价值之间的公平比较”、“适当金额的反

^① Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/january/joint-statement-trilateral-meeting-trade-ministers-japan-united-states-and-european-union>, 最后访问时间: 2021 年 1 月 20 日。

^② General Council, Functioning of the Appellate Body(Draft Decision), WT/GC/W/791, 28 November 2019.

^③ Inside US Trade, U.S. opposes Appellate Body decision at WTO General Council; EU laments ‘unprecedented’ situation, <https://insidetrade.com/daily-news/us-opposes-appellate-body-decision-wto-general-council-eu-laments-situation>, <https://insidetrade.com/daily-news/us-opposes-appellate-body-decision-wto-general-council-eu-laments-situation>, 最后访问时间: 2021 年 1 月 20 日。

补贴税”、“未预见的发展”等 WTO 关键术语的理解。上诉机构的“肆意解释”，再辅以事实上的先例拘束原则，客观上使其拥有了“法官造法”的功能。之所以上诉机构的裁判会产生“法官造法”的实际效用，是因为 WTO 各协定难以避免地存在空白、模糊甚至相互冲突或不协调之处，而上诉机构必须对这些“立法不足”的地方进行澄清，因为 DSU 并不存在上诉机构可以“法无明文规定”为由而拒绝司法的机制。WTO 本可以通过及时、适当的造法来修补上述不足与缺陷，但它的制度供给能力存在严重的不足。在 WTO 的语境下，制度供给可以理解为成员方通过部长级会议或总理事会来谈判新条约、作出权威解释（具有普遍约束力的立法解释）或修正条约。实践中，以上三种制度供给的途径都存在很大的问题：

首先，就新条约的谈判而言，多哈回合的多边谈判基本上处于“名存实亡”的状态，目前尚在进行的是成员自愿参加的诸边谈判，涉及服务贸易、信息技术、电子商务、渔业补贴等有限的谈判主题。《报告》多次提及的反倾销与反补贴规则属于多哈回合规则谈判的内容，但是迄今规则谈判工作组（Rules Negotiating Group）并未取得任何实质性的进展，而且自 2017 年 12 月后事实上处于停滞状态。^①更糟糕的是，保障措施并非多哈回合的谈判议题，所以美国也不可能期望成员方通过谈判来纠正 GATT1994 第 19 条与《保障措施》第 2 条之间的冲突。

其次，就现有条约的“立法解释”而言，部长会议或总理事会从未行使或尝试行使《WTO 协定》所赋予的专有解释权，尽管对于该解释的客观需求始终存在甚至十分强烈。例如，对于“归零法”在《反倾销协定》下的违法性，专家组与上诉机构在不同案件中曾有不同的意见。其争议核心是，WTO 应全面禁止“归零法”（即反倾销初始调查与复审程序均不得使用“归零法”），还是应部分允许其使用（即“归零法”仅适用于反倾销复审程序）。^②此时，部长会议或总理事会如能就《反倾销协定》第 2 条第 4 条中的“出口价格与正常价值之间的公平比较”一词作出立法解释，就“归零法”合法与否作出专门的规定，即可彻底消解相关争议以及美国的不满。^③

最后，就现有条约的修正而言，已经生效的修正案只有《贸易便利化协定》^④与《与贸

^① WTO 官网可检索到的最新一份规则谈判工作组主席报告的发布时间是 2017 年 12 月。NEGOTIATING GROUP ON RULES REPORT BY THE CHAIRMAN, H.E. MR WAYNE McCOOK TO THE TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, TN/RL/28/Suppl.1, 6 December 2017.

^②张乃根，《论条约的“立法”解释及有关问题——以 WTO 争端解决为视角》，《法治研究》，2017 年第 1 期。刘勇：《论反倾销调查程序中的“归零法”》，《法治研究》，2008 年第 10 期，第 62-74 页。彭岳：《WTO 争端解决先例价值之争》，《法学评论》，2019 年第 6 期，第 84-92 页。

^③ 当 WTO 在“归零法”问题上踌躇不前的时候，区域性经贸协定已经先行一步。2020 年 11 月 15 日签署的《区域全面经济伙伴关系协定》第 7 章（贸易救济）第 13 条明确禁止缔约方在反倾销初始调查与复审程序中采用归零法。

^④ 从法律形式上讲，《贸易便利化协定》是作为《WTO 协定》的修正案而被纳入附件 1A（多边货物贸易协

易相关的知识产权协定修正案》。^①两个修正案的贸易议题并非十分重要，只涵盖货物跨境运输与清关的便利化、以公共健康为目标而放松专利强制许可的条件。对于《报告》中多次提及的贸易救济规则，WTO 未有实质性的进展。

WTO 的造法困境与当下国际政治经济环境的变化有密切的联系。WTO 多边贸易体制是在美国主导下、由日、欧、加等主要经济体参与构建的。彼时，美国的绝对经济实力处于全球第一、无人挑战的位置。推行贸易自由化可加快货物、服务、技术等经济要素的跨境流动，这符合美国的国家利益，使其具有强烈的政治动力来构筑较高法治水平的多边机制，通过制度设计与执行来锁定、巩固并扩张其贸易收益。同时，在“强弱分明”的全球贸易格局下，美国可以在付出很小成本的前提下就可说服其他国家接受其贸易主张和利益诉求。当前，在逆全球化、“本国优先”思潮以及新冠疫情的冲击下，国际经贸关系的多边化、统一化与法治化已非部分经济体的首要目标。对美国来说，WTO 多边贸易体制给其带来的制度红利日益减少，而要通过修改规则来获取新的贸易收益则难度太大。为此，以《美墨加协定》为代表、“国别特色”愈加明显的巨型自贸协定开始将部分国际经贸关系纳入多极化、区域化的轨道，美国主导下的国际经贸治理模式也从法治化程度较高的“规则倾向性”转向以国家实力为基础的“契约倾向性”。^②再加上中美两大主要经济体之间实力对比的此消彼长、战略竞争的加剧以及政治互信的减少，WTO 全体成员就某一贸易议题达成普遍的共识，绝非易事。

2、决策机制的效率比较低下

根据《WTO 协定》，WTO 目前拥有三种决策模式：协商一致、正式投票与反向协商一致模式。^③WTO 的造法包括通过条约解释、修正案或制定新条约三种形式，而这些均需要部长级会议或总理事会通过协商一致或正式投票来完成，反向协商一致仅适用于争端解决程序，包括 DSB 成立专家组、通过专家组或上诉机构的报告等事项。

协商一致是指只有在任何成员都没有正式反对的情况下相关决议才能视为获得通过。协商一致模式具有非常鲜明的政治属性，充分反映了 WTO “成员驱动”的特质，因为它可以确保作出的决定没有主要成员反对，从而更容易得到实施。发达成员方担心正式投票时其数

定)，所适用的法律依据是《WTO 协定》第 10 条的修正程序，而不是第 9 条的决策程序。该协定于 2014 年 11 月 2 日由总理事会通过，并于 2017 年 2 月 22 日生效，仅对批准该协定的成员方有约束力。Protocol Amending the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, WT/L/940, 28 November 2014.

^① 该修正案于 2005 年 12 月 6 日由总理事会通过，并于 2017 年 1 月 23 日生效，仅约束批准该修正案的成员方。Amendment to the TRIPS Agreement, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm. 最后访问时间：2021 年 1 月 10 日。

^② 徐崇利：《变数与前景：中美对国际经济治理模式选择之分殊》，《现代法学》，2019 年第 5 期，第 182-185 页。

^③ WTO 决策机制主要规定于《WTO 协定》第 9 条（决策）、第 10 款（修订）与第 12 条（加入），另外 DSU 第 6 条（专家组的成立）、第 16 条（专家组报告的通过）、第 17 条（上诉审）也有所涉及。

量不占优势，而发展中成员则担忧正式投票的结果若违反发达成员的意图则难以得到执行，两者达成了一种政治默契。所以，尽管这并不是一个最优选择，但它是一个不利影响最小的选择（the least bad alternative）。^①通过讨价还价达到共识的做法是多边贸易谈判和 WTO 体系发挥作用的核心。协商一致则增强了这一体制的保守倾向，因为一项要求改变体制的议案，只有在极少数反对都不存在情况下才能被接受。^②故而，协商一致模式的优越性在于充分尊重了所有成员方的主权，在国际规制与国家主权之间保持微妙的平衡，使得通过后的规则具有坚实的政治基础与可执行性，但其最大的缺陷在于效率低下，特别在成员国众多的情况下，经常出现一个议题久拖不决的情况。

尽管协商一致天然地存在效率低下的弊端，但 WTO 成员仍选择固守此决策模式，正式投票只在 WTO 成立初期才得到了采用。例如，1995 年 5 月总理事会在表决是否接受厄瓜多尔为新成员时，采用了邮寄投票的方式，因为当时有部分成员没有出席会议，难以满足《WTO 协定》第 12 条第 2 款所要求的三分之二多数投票通过。^③为避免此类“被迫投票”情况的再度发生，总理事会于 1995 年 11 月通过一项决议，在决定加入或义务豁免事项时，首选的决策方式是协商一致，其次才是正式投票；成员方的缺席将被默认为对此决议没有反对意见，因此不影响协商一致的达成。^④此后，对于新成员加入等重要事项，WTO 成员方均毫无例外地选择了协商一致模式。^⑤总之，正式投票机制已经被成员方束之高阁，从未被启用。例如，虽然《WTO 协定》规定部长级会议及总理事会可以四分之三多数票通过对《WTO 协定》及其附件各协定的解释，但成员方从未尝试援用这一条款。^⑥就上诉机构成员的选任而言，在协商不成的情况下，成员方本可以通过正式投票来突破此僵局。但是，迄今没有一个成员正式地建议 WTO 应启动投票机制来遴选上诉机构成员。^⑦该情况并非个例，多哈发展议程下的诸多议题至今都未有谈判结果，部分原因就是源自决策机制的低效率。这直接导致了 WTO 实体规则领域的巨大空缺不能得到及时的填补，已经无法有效地调整日益变化的国际贸易实践。

^① Lorand Bartles, The Separation of Powers in the WTO: How to avoid Judicial Activism, *International and Comparatively Law Quarterly*, 2004, No.3, pp.865-866.

^② 伯纳德·霍克曼等著，刘平等译，《世界贸易体制的政治经济学：从关贸总协定到世界贸易组织》，法律出版社 2000 年版，第 33-34 页。

^③ General Council, MINUTES OF MEETING Held on 31 July 1995, WT/GC/M/6, 20 September 1995.

^④ General Council, Decision-Making Procedures Under Articles IX and XII of the WTO Agreement, WT/L/93, 24 November 1995.

^⑤ JAIME TIJMES-LHL. Consensus and Majority Voting In the WTO, *World Trade Review*, 2009, No.3, pp.417-420.

^⑥ 张乃根，《论条约的“立法”解释及有关问题——以 WTO 争端解决为视角》，《法治研究》，2017 年第 1 期

^⑦ Ernst-Ulrich Petersmann, How Should WTO Members React to Their WTO Crisis? *World Trade Review*, 2019, No.3, pp.503-505.

美国报告数次强调上诉机构行使了超越其权限范围的职能,通过事实上的先例拘束原则、条约解释等减少或增加了成员方的权利或义务,而这些权力本应由全体成员方代表组成的部长级会议或总理事会行使。美国认为,上诉机构的行为事实上是“将对 WTO 协定作出权威性解释的权力从成员方移交至对 WTO 或其成员不负责任的个人。这种权力转移破坏了民主和民众代表性。如果一个公民不喜欢他或她的国家在世贸组织的运作方式,他或她可以投票来更换政府。但是,加入 WTO 的各国公民如果不喜欢上诉机构成员对某一项协议的解释,他们就无能为力。”^①这段话表明,美国担忧的核心在于制定规则的权力从由成员国主导的部长级会议或总理事会向负责适用规则的上诉机构和专家组转移。这种运行程序上的改变以及成员方的担忧反映了争端解决机制的规则导向特性与 WTO 机制整体上的成员国导向特点之间的矛盾,这种矛盾最终导致 WTO 体系内部的撕裂,在上诉机构的运行上陷入僵局。

总之, WTO 一直处于不平衡的运行模式中。受制于成员驱动的政治逻辑与特殊的决策机制,“立法权力”的行使过于低效(以协商一致为原则),而“司法权力”的采用又十分高效(反向协商一致),导致 WTO 争端解决机制已经实际上取代了部长会议和总理事会的部分职能和作用。

3、争端解决机制的定位不明

WTO 是一个成员驱动型国际组织,^②因此新成员的加入条件、各协定的修改、权威解释以及谈判新协定等重大问题均由全部成员方组成的部长会议或总理事会来决定,决策程序以协商一致为原则,专家组与上诉机构的报告须由 DSB 通过后才具有可强制执行的效力,这些报告的执行应置于 DSB 的监督之下,直到有关程序全部完成。理论上,由各成员方组成的 DSB 可以通过否决上诉机构的报告来行使监督权,但“反向协商一致”决策程序下上诉机构的报告获得了“准自动通过”,再加上 DSU 第 17 条将制定上诉程序的权利直接授予上诉机构,导致 DSB 对上诉机构的约束与监督根本无从谈起,上诉机构事实上已经成为一个独立运行的准司法机构,这显然与 WTO 的“成员方驱动型”特质相背离。归根结底, WTO 争端解决机制的定位到底是成员驱动型还是规则导向型,现有的规则(即 DSU)是不够明晰的。进一步来说, WTO 争端解决机制的设计初衷与实际运作之间的背离亦是引发上诉机构危机的一个重要原因。

^① USTR, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf 最后访问时间: 2021 年 1 月 20 日。

^② WTO 官网明确指出, WTO 由成员方政府来推动(The WTO is run by its member governments)。WTO, What We Do, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/what_we_do_e.htm。最后访问时间: 2021 年 1 月 20 日。

在乌拉圭回合谈判中，谈判者在构建争端解决机制时曾面临一个两难境地：一方面，希望提高该机制的独立性与强制性，赋予专家组和上诉机构独立裁判的权利，同时确保该裁判能经常性地生效从而具有强制拘束力，保障贸易规则得到普遍的遵守，因为关贸总协定时期，争端解决专家组的成立、其报告的通过经常因采用“协商一致”决策模式、败诉方阻挠而不能通过，争端裁决不能生效是关贸总协定的一个沉痾。^①美国、澳大利亚等缔约方希望增强争端解决机制处理贸易纠纷的能力，扩张其司法属性，特别是通过“反向协商一致”的决策方式来确保专家组和上诉机构的报告获得 DSB 的准自动通过，以此来限制或阻止败诉方行使其否决权。^②除了“反向协商一致”外，DSU 的“规则导向”特质还体现在以下方面：专家组与上诉机构应根据解释国际公法的通常规则来澄清涵盖协定中的条款（第 3 条）、WTO 对争端拥有强制管辖权，一方提出磋商请求即可启动争端解决程序，无须取得另一方的同意（第 4 条）、当某一成员方试图针对另一方违反涵盖协定的行为寻求法律救济，它应诉诸于 WTO 争端解决机制，而不是采取单边行动（第 23 条）等。

另一方面，以美国为首的缔约方又不希望拟订中的 WTO 争端解决机制成为一个完全独立的“国际贸易法院”，因为它可能作出越权裁判而侵害成员方的自主权，当初计划中的“国际贸易组织”就是因美国国会担忧其“威胁美国主权”而最终胎死腹中。^③因此，DSU 不仅在体系设置上试图弱化专家组与上诉机构的司法属性，最典型之处就是它们的功能仅是协助 DSB 作出裁决或建议、其报告须经 DSB 通过后才能生效，而且 DSU 在很多用词上都体现了刻意淡化司法色彩的谈判立场。例如，用“上诉机构成员”而不是“上诉机构法官”，用“澄清”而不是“解释”，强调专家组和上诉机构的裁决“不得增加或减少成员方在涵盖协定下的权利与义务”。

有关创设上诉机构的构想，一直到乌拉圭回合后期才被提出来，其出发点是，考虑到专家组报告将获得准自动通过，需要有一个二审机制来纠正报告中可能存在的错误，同时也有助于确保争端解决结果的统一性。^④上诉机制还能增强法律裁判的专业性，“设立上诉机构的

^① 在 WTO 成立前夕，美国曾试图就欧盟禁止在动物饲养中使用激素而起诉欧盟，但它设立专家组的请求被欧盟所阻止。这是美国主张在 WTO 争端解决机制中采用“反向协商一致”的重要原因之一。Jennifer Hillman, *Three Approaches To Fixing The World Trade Organization's Appellate Body: The Good, The Bad and The Ugly*, <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>, 最后访问时间：2021 年 1 月 30 日。

^② 屠新泉、石晓婧：《国家主权与国际规则：美国对世界贸易组织争端解决机制的态度变迁》，《太平洋学报》，2020 年第 6 期，第 4 页。

^③ Mitsuo Matsushita, *Reforming the Appellate Body*, in Chang-fa Lo et al. (eds.) *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer 2020, pp.43-52.

^④ Robert Mcdougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, *Journal of World Trade*, 2018, No. 6, p.874.

目的是摆脱争端的具体事实，使之作出更具法律透辟力的分析”。^①形式上，专家组和上诉机构只有咨询、建议与协助 DSB 做出裁决的功能。但是，由于缺少细致的工作指引以及有效的监督机制，专家组和上诉机构实质上已经成为了强制管辖、独立裁判的“国际贸易法院”。我国学者赵维田先生也认为，DSU 建立了一套相对独立而又自我完备、自行运转的司法体制。DSB 的职能属于司法管理，而司法的实权一般握在专家组和上诉机构的手中。从成员的资格、职能、审理程序来看，后两者的断案具有“贸易法院”的主要特征。^②

进一步来说，DSU 为争端解决机制规定了过多的目标，导致其实际运行存在混乱之处，没有一个最优先的价值取向。^③例如，争端解决机制被视为确保多边贸易体制的安全性与可预见性的中心环节，应按照“解释国际公法的通常规则”来澄清各涵盖协定。但美国认为，争端解决机制的首要目标是快速解决争端；为实现此目标，上诉机构在解释与适用涉案条款时应展现适当的灵活性，避免作出过于刚性的裁判意见。美国的立场完美体现了 WTO 的“成员驱动”特质。但是，上诉机构的实际运行表明，它主要致力于保障 WTO 规则的实施，维护多边贸易体制的安全与可预见性，事实上的先例拘束原则正是此导向的重要体现。“成员驱动”与“规则导向”之间存在难以调和的矛盾，甚至有学者认为，美国刻意阻止上诉机构的正常运行，这是 WTO “成员驱动”的治理模式给国际贸易关系的法治化进程带来的损害，导致“公共物品”的缺失以及“司法困局”。^④

总之，WTO 争端解决机制是“成员驱动”（实力导向）与“规则导向”两种价值取向交织在一起的产物。^⑤DSU 的缔造者试图在强化 WTO 争端解决机制的司法性、独立性与强制性的同时，对专家组与上诉机构的运行施加诸多约束，防范与抑制司法功能的过度扩张，以保证成员方对争端解决过程的控制权。这是 WTO 争端解决机制的设计初衷。但是，受到各种因素的影响，专家组与上诉机构的实际运行日益脱离缔造者的初衷，没有在“成员驱动”与“规则导向”之间取得适当的平衡，甚至走上了“司法能动”的道路。可资佐证的是，尽管美国赞同 WTO 建立强制性争端解决机制，但是 WTO 成立后不久，美国就开始希望能恢复独立的司法体制与成员方干预之间的平衡，并在多哈回合中提出了谈判意见，但未获其他成员的普遍支持。^⑥这也是美国最终选择“停摆”上诉机构的客观原因之一。

^①赵维田：《WTO 的司法机制》，上海人民出版社 2004 年版，第 161 页。

^②赵维田：《世贸组织（WTO）的法律制度》，吉林人民出版社 2000 年版，第 468-473 页。

^③ Robert Mcdougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, *Journal of World Trade*, 2018, No. 6, p.875.

^④ Ernst-Ulrich Petersmann, *Between 'Member-Driven' WTO Governance and 'Constitutional Justice': Judicial Dilemmas in GATT/WTO Dispute Settlement*, *Journal of International Economic Law*, 2018, No.1, pp.103-122.

^⑤ 屠新泉：《WTO 争端解决机制：规则与权力并重》，《世界经济与政治》，2005 年第 4 期，第 66-71 页。

^⑥ Robert Mcdougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, *Journal of*

（二）规则体系的不足

当代法学理论普遍承认，司法造法内生于不完备的规则体系之中。^①条约文本并不总是完美的。国际条约的缔约实践表明，受制于缔约者的谈判经验、语言表达能力的不足，或者受到尽快结束谈判的政治压力，最终达成的条约文本可能只是一个“匆匆而就”、难以清晰表达全体缔约者真实意图的结果，或难以杜绝立法技术上的瑕疵。造成上诉机构“越权裁判”、“错误裁判”的原因之一就是 WTO 规则体系本身存在的不足。

1、实体规则的不足

第一，规则的空白之处

例如，《报告》认为，“归零法”不受 WTO 多边纪律的约束，因为 GATT1994 第 6 条与《反倾销协定》均未明确禁止“归零法”。又如，《报告》主张，进口国在进口产品同时征收反倾销税与反补贴税时不承担避免“双重救济”的义务，其理由之一就是 GATT1994 第 6 条第 5 条只规定缔约方不得对同一产品的倾销与出口补贴同时征收反倾销税与反补贴税，所以国内补贴不受此限。但是，国内补贴同样有可能扭曲产品的出口价格且该扭曲被计入倾销幅度，那么进口国在针对国内补贴与倾销采取双反措施时并不能绝对避免“双重救济”的发生。因此，尽管上诉机构对于进口方调查机关应禁止使用“归零法”以及避免“双重救济”的裁决意见自有其妥当之处，但是立法空白客观上也为美国提供了“法官造法”的指控理由。

第二，规则的模糊之处

例如，依据《补贴与反补贴措施协定》第 1 条，政府或公共机构向企业提供财政资助是补贴的构成要件之一。但该协定却未对公共机构作出明确的界定，导致在反补贴领域，围绕公共机构的定义产生了诸多争议案件。其中，最为典型的是“中国诉美国对特定产品的反倾销与反补贴案”（以下简称为 DS379 案）。上诉机构在该案中一方面正确地推翻了专家组的“政府控制论”观点（国有企业因受政府控制而成为公共机构），并提出了“政府职能论”观点（国有企业只有在履行特定的政府职能时才可成为公共机构），另一方面却没有澄清“政府职能”的含义，同时也没有要求调查机关在政府职能多元化的背景下证明特定的“政府职能”与“财政资助”之间的联系。^②上诉机构的裁决给美国继续滥用“公共机构”的认定标准、遏制中国国有企业的正常经营活动提供了法律空间。^③

World Trade, 2018, No. 6, pp.878-880.

^①彭岳：《WTO 争端解决报告先例价值之争》，《法学评论》，2019 年第 6 期，第 84 页。

^② United States—Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, adopted 25 March 2011, paras.310-318.

^③胡建国、刘柒，《美国对华反补贴中“公共机构”的泛化及法律规制》，《法学》，2019 年第 10 期，第 62-65 页。

又如，每一个新成员的加入议定书均明确规定，该议定书应视为《WTO 协定》不可分割的组成部分。^①因此，理论上我们应将加入议定书与《WTO 协定》及其附件看做是一个单一的法律文件，或者是看做各成员经过艰苦谈判所达成的一个权利义务相平衡的综合体，成员方加入议定书与《WTO 协定》及其附件之间不能相互割裂。问题在于，“不可分割的组成部分”这一用词过于模糊，并未彻底理顺加入议定书与《WTO 协定》及其附件之间的关系。中国、越南、俄罗斯等 WTO 成员在其加入议定书中作出了不少超越 WTO 一般纪律的承诺（超 WTO 义务），如取消或限制出口税的使用。那么，中国在征收出口税时能否援引 GATT1994 第 20 条的“环境例外”，以体现《中国加入议定书》中的出口税义务与 GATT1994 的“环境例外权利”属于不可分割的组成部分？这一问题是“美欧墨诉中国原材料出口限制案”的一个核心争议。该案专家组与上诉机构均裁决中国不享有援引“环境例外”的权利，并引发了中外学界的广泛批判与指责，因为它显然错误地割裂了加入议定书与 GATT1994 之间的有机联系。^②

第三，规则的冲突之处

例如，关于保障措施适用条件，GATT1994 第 19 条与《保障措施协定》第 2 条（条件）之间存在明显的差别，这也是导致专家组与上诉机构秉持不同立场并最终引发美国不满的客观原因之一。具言之，GATT1994 第 19 条提及“未预见的发展”，而《保障措施协定》第 2 条却未作此规定。既然两者同属《WTO 协定》不可分割的组成部分，^③那么我们应如何看待这种条约文本上的差异呢？一种观点认为，《保障措施协定》规定了进口国应遵守的实体性与程序性规则，从而取代了已经过时的 GATT1994 第 19 条；另一种观点则认为，既然 GATT1994 被纳入《WTO 协定》的附件，那么就应给予其相应的效力，因此 GATT1994 第 19 条与《保障措施协定》应同时适用于保障措施，那么“未预见的发展”应叠加适用于保障措施。^④在“欧共同体诉韩国乳制品保障措施案”（WT/DS98）中，专家组采纳了第一种观点，而上诉机构基于“有效解释原则”选择了第二种观点，并在嗣后发生的“欧共同体诉阿根廷鞋类保障措施案”（WT/DS121）、“新西兰、澳大利亚诉美国羊肉保障措施案”（WT/DS177、WT/DS178）

^① 例如，《中国加入议定书》第 1 条第 2 款规定，本议定书，包括工作组报告书第 342 段所指的承诺，应成为《WTO 协定》的组成部分。

^② 刘勇：《WTO 框架下中国自然资源出口管制政策与法律问题研究》，法律出版社，2014 年版，第 130-140 页。

^③ 《WTO 协定》第 2 条第 2 款规定，附件 1、2、3（“多边贸易协定”）为《WTO 协定》不可分割的组成部分，对所有成员均有约束力。GATT1994 第 19 条与《保障措施协定》属于附件 1。

^④ 造成此冲突的根本原因在于，缔约方在乌拉圭回合期间本应对 GATT1947（GATT1994 的前身）进行适当的修改后再将其纳入该回合达成的一揽子文件中，但考虑到全面修改 GATT1947 的难度太大，甚至等同于打开“潘多拉魔盒”，最终 GATT1947 被原封不动地转化为 GATT1994。Rudiger Wolfrum, WTO-Trade Remedies, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.260-261.

中得到了遵循。

2、程序性规则的不足

第一，解释性规则不够清晰

根据 DSU 第 3 条第 2 款的规定，专家组和上诉机构应“根据国际公法的通常规则来澄清各涵盖协定”，并“不得增加或减少成员方的权利与义务”。对此规定，上诉机构在早期裁决的“美国汽油标准案”（WT/DS2）与“日本酒税案”（WT/DS8）已经明确指出，《维也纳条约法公约》第 31、32 条已经具有了条约解释的国际习惯法的地位。嗣后无论是专家组还是上诉机构均严格遵循以上条款（特别是第 31 条）来解释 WTO 各协定的系争条款。正如 WTO 前任总干事拉米所言，此举清楚地表明“WTO 希望自己尽可能被完整地纳入到国际法律秩序中”。^①

作为规范条约解释的核心规则，《维也纳条约法公约》第 31 条主要采纳了约文解释学派的理论观点，给予约文解释优先地位，同时也部分接受了目的解释学派的观点。根据该条款，国际条约应“依其用语按其上下文并参照条约的目的与宗旨所具有的通常含义，善意解释之”。也就是说，条约解释者应主要考虑三个要素：用语的通常含义、上下文与目的与宗旨。用语的“通常含义”应放在条约的“上下文”及条约的“目的与宗旨”的背景下善意地进行理解。但是，对于这三项要素的先后顺序或等级关系，《维也纳条约法公约》并没有予以明确规定。负责起草该公约的联合国国际法委员会也指出，“第 31 条并不为其中包含的条约解释规则规定法律上的上下等级关系，而只是按照逻辑把一些解释因素进行适当的排列”。^②既然这三项要素之间并没有强制性的主次之分，那么从逻辑上讲条约解释者就应一并予以考虑，因为“词语的通常含义不应抽象地予以决定，而是应按该词语的上下文并参考该条约的目的与宗旨予以决定。”^③此外，根据《维也纳条约法公约》第 32 条，为了证实由于适用第 31 条得到的意义，或者当适用第 31 条得到的解释结果“意义不明或难解”或“显然荒谬或不合理”时，解释者还应使用补充的解释资料，包括该条约的谈判资料及其缔结的情况在内。基于此，我们可以将《维也纳条约法公约》第 31-32 条所规定的条约解释方法简单地划分为文义解释、上下文解释、目的解释与补充性解释方法。

问题在于，《维也纳条约法公约》第 31 条与第 32 条事实上授予上诉机构宽泛的自由裁量空间，允许其在多个解释性要素之间进行自由的选择，或给予不同的权重，并最终得出自

^① Pascal Lamy, *The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order*, *European Journal of International Law*, 2006, No.5, p.979.

^② 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 351 页。

^③ 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 351 页。

己所惬意的解释结果。某些解释结果甚至明显背离了缔约方原本的意图，或者严重突破了约文的通常含义。这一问题主要源自于上诉机构在不同案件中对于文义解释与目的解释的不同偏好。

在所有的条约解释方法中，文义解释无疑具有核心地位。一般而言，约文的通常含义是条约解释的起点，^①即解释者应首先对条约的文本进行语言学与语法的分析，以寻求其通常含义。^②在 WTO 争端解决实践中，专家组和上诉机构主要采用文义解释，某些情况下才辅以上下文解释与目的解释，必要时追溯条约的谈判历史（补充性解释方法），后者往往是用于验证文义解释结果的正确性，或者只是帮助专家组和上诉机构在多个通常含义中选择最合适的那个，可见文义解释的中心地位不可动摇。文义解释方法的典型表现就是，专家组和上诉机构经常会借助于权威英语或法律字典，把系争条款分解为若干关键词语来进行解释，再把关键词语的解释进行汇总，试图以最快捷的方式找到一个确定的答案。^③但是，过于看重文义解释，无视上下文解释、目的解释的重要性，将严重影响最终结果的妥当性。

在“美国、欧盟与墨西哥诉中国原材料出口限制案”（WT/DS394、395、398）中，争端方争议的焦点之一是 GATT1994 第 20 条（环境例外）是否适用于《中国入世议定书》第 11 条第 3 款（出口税承诺）。上诉机构拘泥于《中国入世议定书》第 11 条第 3 款的文本（文义解释），而忽略了《中国入世议定书》以及《WTO 协定》的目的与宗旨（目的解释）。它仅仅因为第 11 条第 3 款未提及《WTO 协定》或 GATT1994，基于“沉默即等于放弃”的逻辑，就片面地主张第 11 条第 3 款的用词排除了中国援引 GATT1994 第 20 条的权利。中国曾经提请上诉机构在解释系争条款时考虑《WTO 协定》的前言，也就是考察 WTO 各条约作为一个整体所具有的目的与宗旨，包括“可持续发展的目标”。但上诉机构并未予以充分考虑，其文牍主义的立场也遭到了广泛的批评。^④进言之，因过度重视约文的字面或语法含义，而忽略了上下文、条约目的以及相关利益的平衡，上诉机构甚至被批判为一个“翻译机器”。^⑤

另一方面，过于看重目的解释、刻意忽略条约文本的通常含义，也会引发巨大的争议。在著名的“印度、巴基斯坦等国诉美国禁止虾及虾制品进口案”（以下称“虾和海龟案”）中，

^① Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publisher, 2009, p.426.

^② Oliver Dorr, Kirsten Schmalenbach, eds. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, p.542.

^③ 据笔者的不完全统计，WTO 专家组和上诉机构使用最为频繁的词典是《简明牛津英语词典》（*Shorter Oxford English Dictionary*），其版本会不断更新，有时还会用到《布莱克法律词典》（*Black's Law Dictionary*）。

^④ 刘勇：《WTO 框架下中国自然资源出口管制政策与法律问题研究》，法律出版社 2014 年版，第 110-115 页。孙昭：《寸土必争的世贸争端》，知识产权出版社 2015 年版，第 72-75 页。

^⑤ Mitsuo Matsushita, *Reforming the Appellate Body*, in Chang-fa lo et.al. (eds.) *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer 2020, p.44.

上诉机构不再固守条约的文本，而是借助于《WTO 协定》前言中“可持续发展”这一目的与宗旨对 GATT1994 第 20 条 g 项进行了扩张性解释。它认为，GATT1994 第 20 条 g 项中“可用竭的自然资源”这一用词是 50 多年前起草的，条约解释者应当根据当前国际社会对环境保护的关注来加以阐释。《WTO 协定》的前言表明缔约方都注意到环境保护的重要性和合法性，并把环境保护作为国家和国际政策的目标。从这一角度来看，第 20 条 g 项中的“可用竭的自然资源”在内容或范围上都不是一成不变的，而是发展的（evolutionary），其通常含义应包括可再生的生物资源（如海龟）。上诉机构还借助于《濒危野生动植物物种国际贸易公约》等国际环境条约以及“国际环境法中心”、“世界自然基金会”等非政府组织的意见来论证上述解释结果的正当性。^①尽管以上解释获得了环保主义者的欢迎，但在国际范围内却引发了广泛的争议。正如印度、巴基斯坦等本案申诉方所言，“可用竭的自然资源”的通常含义不应包括可再生的生物资源，否则“可用竭”这一限定词就是多余的，这有违条约解释中的“有效解释原则”。

总之，在“解释国际公法的惯例”所容许的范围之内，上诉机构完全可以做到司法造法。^②这一方面是因为条约所创设的规范世界与当事方所处的社会现实之间永远存在差异，两者很难做到“一一对应”，所以条约解释者也几无可能简单地“对号入座”。在缺乏明确的工作指引的情况下，他只能而且必须发挥一定的司法能动性，以填补规范与事实之间存在的鸿沟，这也是条约解释之所以被称为“艺术”（而不是“科学”）的根本原因。^③另一方面，《维也纳条约法公约》的条约解释规则本身就是融合不同谈判立场的妥协性结果，甚至涵盖了相互之间存在冲突的解释性要素，这客观上也给条约解释者提供了自由裁量的宽泛空间。

第二，上诉程序缺乏必要的监督

成员方并未在 DSU 中规定十分明确具体的上诉审程序，而是将这一任务交由上诉机构自行完成。依据 DSU 第 17 条第 9 款，上诉机构在与总干事、DSB 主席磋商的前提下制定《上诉审工作程序》，并将之散发给所有成员。对该程序的修改也只是征求成员方意见，并由上诉机构通过，即可生效。《上诉审工作程序》最早于 WTO 成立初期通过，^④迄今已经过五次修订，最新一次修订发生于 2010 年。^⑤令人意外的是，尽管 DSB 拥有管理争端解决规则与

^① United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/ABR, adopted on 6 November 1998, paras.127-134.

^② 彭岳：《WTO 争端解决报告先例价值之争》，《法学评论》，2019 年第 6 期，第 85 页。

^③ 关于条约解释的“艺术”与“科学”之争，可参见 Ulf Linderfalk, Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making, European Journal of International Law, 2015, No.1, pp.169-189.

^④ Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/1,15 February 1996.

^⑤ Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, 16 August 2010.

程序的权限，且《上诉审工作程序》会间接地影响案件裁判的实体性结果，该文件却无需 DSB 全体成员以协商一致或正式投票方式来表决通过。这充分表明 WTO 体系内严重缺乏针对上诉机构的监督与约束机制。例如，美国多次诟病的上诉机构成员“任职期满后继续审案”的问题，其根源就在于《上诉审工作程序》第 15 条允许此类做法。此外，上诉法庭还可在《上诉审工作程序》的基础上继续制定只适用于特定案件的程序性规则，该规则同样无须获得 DSB 成员方的批准。^①最为典型的例子就是上诉机构对于“法庭之友”意见（amicus curiae briefs）的采纳。

“法庭之友”一词源自罗马法，是指争端解决案件的非当事人经法庭允许提交其书面意见、证据材料，或参与相关程序。“法庭之友”通常是代表公共利益的非政府组织，也包括商业组织、行业协会，甚至国家或政府间国际组织。法庭接受“法庭之友”意见的正当性在于，它通过提供专业视角或专业知识，可以协助法庭作出裁判，而且允许其参与诉讼程序可以提高司法的透明度，增强社会公众对裁判结果的接受度。但是，“法庭之友”也会产生消极后果，这将迫使争端方对“法庭之友”意见作出回应，从而提高其诉讼成本，同时还会放任利益集团渗入司法程序。^②

在“加拿大诉欧共体影响石棉进口措施案”中，上诉法庭特别通过了一项有关“法庭之友”的决议，在符合特定条件的情况下，允许本争端的当事方以及第三方之外的任何自然人或法人，就本案专家组报告中的法律问题或法律解释，在规定时间内以书面方式提交意见。争端方以及第三方将被给予适当的机会来评价与回应。该决议被上诉机构主席通知给 DSB，并散发给所有成员。通知明确强调，本附加程序并不构成依据 DSU 第 19 条第 7 款制定的上诉审工作程序的一部分，且同意“法庭之友”提交书面意见并不等于上诉机构报告应接受该材料。^③

对此决议，大多数 WTO 成员表达了反对意见。例如，乌拉圭主张，是否接受“法庭之友”的意见，不仅是一个程序性问题，而且也是一个实体性问题，因为它会影响上诉机构的最终裁决，从而影响成员方在涵盖协定下的权利义务，而这不属于上诉机构的职权范围。鉴于上诉机构报告会产生事实上的先例拘束效力并产生体制性影响，面对这样一个复杂的问题，

^① 《上诉审工作程序》第 16 条第 1 款规定，为了公平与有序完成上诉的目的，如果上诉审遇到一个本规则所没有涵盖的程序性问题，三名法官组成的上诉法庭可以采纳仅适用于该上诉案件的适当程序，条件是该程序不违反 DSU、涵盖协定以及本规则。

^② Gary Born and Stephanie Forrest, *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, ICSID Review, 2019, No. 3, pp. 626–665.

^③ *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Communication from the Appellate Body, WT/DS135/9, 8 November 2000.

上诉机构本应通知总理事会通过一项解释性决议。^①埃及、印度、巴西、墨西哥等也认为，接受“法庭之友”的意见已经远远超过了上诉机构的权限：第一，此行为不仅是一个程序问题，而且严重影响上诉机构的实体运作与最终裁判结果。在缺乏 DSU 的明确授权的情况下，这等同于修改 DSU；第二，DSU 第 13 条允许专家组收集资料，这些是专家组为了作出公平认定而收集的必要的资料。但是，上诉机构无权这样做，因为他的职权仅仅限于专家组报告中的法律问题与法律解释；第三，上诉机构是 WTO 的一部分，它受制于成员方经谈判达成的规则，它不能超越其权限。依据《WTO 协定》第 5 条，与 NGO 的磋商与合作程序应由总理事会来决定；第四，成员方并未就法庭之友的意见达成一致或任何协议，WTO 是一个成员推动的政府间国际组织，此定位应予以维护。如果上诉机构发现某一法律问题尚未规定，则应提交给成员方来决定，否则将损害其作为“确保多边贸易体制的安全与可预见性的中心环节”之定位。^②

颇为讽刺的是，长期批判上诉机构“越权裁判”的美国却支持上诉机构的上述“越权行为”。美国认为，上诉机构获得了《上诉审工作程序》第 16 条第 1 款的授权，使它可以通过一项特殊程序来接受与考虑法庭之友意见。DSU 第 17 条第 9 款给予上诉机构宽泛的授权来制定程序性规定，前提是这些规定与 DSU 以及各涵盖协定不相冲突。上述规定均没有禁止接受与考虑法庭之友意见。DSU 的历史也没有表明缔约方有意禁止法庭之友。因此，问题的重点不是上诉机构是否有权来接受法庭之友意见，而是上诉机构应如何处理这些意见。^③美国的立场并不令人意外，因为在之前审结的“虾和海龟案”中美国作为被诉方提交了多份“法庭之友”意见，且获得了上诉机构的支持。上诉机构之所以将涉案的海龟解释为 GATT1994 第 20 条意义上的“可用竭的自然资源”，一定程度上是因为其受到了“世界自然基金会”等“法庭之友”意见的影响。^④

四、WTO 困境的解决方案

上诉机构的停摆是 WTO 危机的一个重要映照，而单纯恢复上诉机构的运行并不能一劳永逸地解决前文所述的深层次问题。在争端解决领域，目前成员方应对困境的首要措施就是依据 DSU 第 25 条构建 MPIA 机制。但是，DSU 第 25 条下的 MPIA 存在一些固有的不足。例如，

^① Decision by the Appellate Body concerning *amicus curiae* briefs, Statement by Uruguay at the General Council on 22 November 2000, WT/GC/38, 4 December 2000.

^② General Council, Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 22 November 2000, WT/GC/M/60, 23 January 2001.

^③ General Council, Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 22 November 2000, WT/GC/M/60, 23 January 2001.

^④ WT/DS58/ABR, paras. 79-110.

建立在当事方自愿基础上的临时性仲裁程序在性质上更接近于专家组程序，难以体现“二审程序”的独立性与永久性，^①由此导致其裁决结果的法律确定性与统一性难获保障等。^②况且，MPIA 只能是应对 WTO 危机的“权宜之计”，因为它没有触及“成员方对 WTO 法庭的政治约束”这一核心问题；^③如果这一问题得不到彻底的解决，那么即使将来上诉机构恢复工作，类似的危机或冲突还可能再次发生。所以，以应对上诉机构停摆为契机，本文试图提出解决 WTO 多边贸易体制困境的基本对策。鉴于中外学界已经就解决上诉机构以及 WTO 危机提出了大量的对策建议，本文并无意也没有必要提出一个面面俱到的解决方案，而只就其中最为重要的三个方面提出管见。

（一）加快启动立法解释

依据《WTO 协定》第 9 条第 2 款，部长级会议与总理事会拥有解释本协定以及各多边贸易协定的排他性权力，通过解释性决议的条件是在正式投票中四分之三以上的成员方表示赞同。此方案的优点在于，它既可规避协商一致决策模式（修改 WTO 规则的必需步骤）所固有的难度，防止美国的刻意阻挠，又可为专家组和上诉机构的裁决提供有约束力的指导，特别是遏制上诉机构作出过于宽泛的法律解释。WTO 应尽快就争议较大的某些实体性与程序性规则作出立法解释。

在实体性规则方面，部长级会议或总理事会应尽快就反倾销调查中的“正常价值与出口价格之间的公平比较”、反补贴调查中的“适当金额的反补贴税”与“公共机构”、保障措施实施条件中的“可预见的发展”等关键术语进行解释。例如，可借鉴 2020 年 11 月通过的《区域性经济伙伴协定》第 7 条第 13 款（归零法的禁止），将“正常价值与出口价格之间的公平比较”解释为，在反倾销初始调查与复审程序中，对加权平均正常价值与加权平均出口价格之间的比较结果，以及单笔交易正常价值与单笔交易出口价格之间的比较结果，无论倾销幅度是负还是正，均不得归零。若调查机关采用加权平均正常价值与单笔交易出口价格的比较方法，则不受此限。

在程序性规则方面，部长级会议或总理事会应尽快就 DSU 中的关键条款作出立法解释。第一，应对 DSU 第 3 条第 2 条中所称“解释公法的通常规则”作出澄清，要求专家组和上

^①按 MPIA 的设计方案，仲裁员的组成可在任何时候经所有参加成员方的协商一致而加以变动。此外，参与方将在两年后定期更新仲裁员库。其他 WTO 成员加入 MPIA 或参与方退出 MPIA 也可能导致仲裁员的重新选任。如果上诉仲裁员的任期太短或参与方可随时重新选定仲裁员，这将对仲裁员的独立性产生威胁。此外，MPIA 也没有要求仲裁员遵循“与争端方同国籍应回避”的原则，从而引发其公正性的担忧。Xiaoling Li, DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body? *Global Trade and Customs Journal*, 2020, No.10, pp.461-478.

^②孔庆江：《一个解决 WTO 上诉机构僵局的设想》，《清华法学》2019 年第 4 期，第 203-207 页。

^③ Weihuan ZHOU & Henry GAO, ‘Overreaching’ or ‘Overreacting’? Reflections on the Judicial Function and Approaches of WTO Appellate Body, *Journal of World Trade*, 2019, No.6, p.972.

诉机构有义务综合考量各种解释性要素，包括条约用词的通常含义、上下文以及条约的目的与宗旨，不得有所偏颇。此外，专家组和上诉机构应优先考虑约文的通常含义，且当某一用词具有多种通常含义时，应优先选择不会导致该用词多余或无意义的解释，或优先选择与条约的目的与宗旨相契合的解释，或优先选择对成员方负担最小的解释。同时，在解释结果明显存在不合理或存在较大争议时，应特别考察条约文本的谈判背景与缔约草案。第二，应对 DSU 第 3 条第 2 条中所称“多边贸易体制的安全与可预见性”作出解释，规定专家组和上诉机构报告的解释与法律推理均不产生法律上的先例拘束效力，同时后案的专家组或上诉机构应在适当的范围内考虑前案的报告。第三，应对 DSU 第 17 条第 9 款作出解释，对上诉审的工作程序提出若干原则性要求。例如，当上诉法庭难以在 90 天内作出报告时，可与争端双方商议延长该时间，或缩小裁判范围；任期届满的上诉机构法官可继续参与在其任期内已经启动的案件；在争端双方未同意的情况下，上诉法庭不得接受或考虑“法庭之友”意见。如果总理事会通过新的《上诉审工作程序》，则上述解释可纳入该文件中。

此外，为满足《建立 WTO 协定》第 9 条第 2 款的立法解释条件，成员方有必要制定货物贸易理事会、服务贸易理事会和与贸易有关知识产权理事会建议由部长级会议或总理事会解释特定协定条款的程序规定。^①例如，任何成员都可向相应的理事会提出解释某一 WTO 法律规则的请求；在特定的期限内，该理事会应就此请求依协商一致的方式进行表决；一旦请求获得通过，理事会即应向部长级会议或总理事会提出解释申请。

总之，成员方藉由部长会议或总理事会作出的权威性法律解释可成为 WTO 成员方限制、约束专家组和上诉机构权力的重要方式。进一步来说，国际公约的缔约方通过权威性的立法解释来限制争端解决机构的解释权与裁判权已经成为国际经济立法的一个重要趋势。例如，处理国际投资争端的仲裁庭对于双边投资条约的解释往往存在很大程度的不确定性，甚至不同的仲裁庭对于相同条款作出了不同的解释，从而引发了人们对该制度的正当性和合法性的忧虑。缔约国对争议条款进行解释不仅有助于阐明投资条约的通常含义，反映缔约国的真实意图，而且也有助于抑制、纠正仲裁庭过度重视投资自由化的错误倾向，以“国家造法”来对抗饱受诟病的“法官造法”。这也是晚近国际投资法律体制获得改革与完善的一个重要举措。^②例如，2012 年达成的中国-加拿大双边投资协定（以下称 BIT）第 30 条第 1 款就明确规定，缔约方就本协定任何条款所做的解释对仲裁庭均具有约束力，后者的裁决必须与此解

^① 参见张乃根：《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，第 55 页。

^② 参见张生：《国际投资法制框架下的缔约国解释研究》，《现代法学》，2015 年第 6 期，第 162-169 页。李庆灵：《国际投资仲裁中的缔约国解释：式微与回归》，《华东政法大学学报》，2016 年第 5 期，第 132-142 页。

释保持一致。2015年中国-澳大利亚自贸协定第9章（投资）第19条也规定，双方成立的投资委员会就特定条款作出的解释对仲裁庭有约束力。

（二）改进专家组和上诉机构的工作程序

曾担任上诉机构法官的詹妮芙·希尔曼（Jennifer Hillman）主张，WTO可以成立专门受理贸易救济案件的上诉审，或者上诉机构暂时不受理贸易救济案件的上诉申请，因为这是打破僵局的最有效手段。^①但是，此建议严重损害多边贸易体制的统一性与约束性，与WTO的宗旨相违背，故不具有可行性。但是，此建议也为我们提供了一种新的思路，那就是适当限定专家组和上诉机构的审查权，目的是增强争端解决程序的“成员导向”。

WTO争端解决机制是“成员导向”与“规则导向”的混合体。DSU的缔造者一方面希望破解关贸总协定时期“纲纪废弛”的困境，摒弃建立在协商一致基础上的专家组程序，构建具有独立性与司法性的争端解决程序，强制性的争端案件管辖权与常设性的“二审机制”是该程序最具特色的创新之处；另一方面又担忧常设性的上诉机构演变成强势的“国际贸易法院”并侵蚀成员方的自主权，所以试图限制专家组和上诉机构的裁量权。事实证明，在缺乏足够约束的情况下，WTO上诉机构的“司法能动性”正在不断强化，很大程度上可以独立自主地决定其工作期限、审查标准、法律解释方法、法律适用范围与裁判意见。这也是诱发美国最终选择瘫痪上诉机构的客观因素之一。

当代国际法的发展史可以看作是主权国家与国际组织（独立的第三方机构）之间不断分权、博弈的过程。20世纪以来，以联合国和WTO的成立为代表，国家主权受到国际法越来越多的限制，这种限制主要源自国际组织的章程性文件以及相关国际条约，在法律上可以理解为国家让渡自己的部分非核心的主权权力，例如成员方将管理对外贸易政策的一部分权力授予作为独立第三方机构的WTO，并在发生争端解决案件时，同意由专家组或上诉机构来裁断是非、分清对错。但是，国际法本质上是主权国家同意的产物，其效力源自主权国家的意愿（自愿接受其约束），而国际组织是国家开展彼此间合作的一种工具，其运作根本上必须服务于国家的利益，必要时国家可以退出国际条约或国际组织。^②所以，当国际法越来越多地“侵入”主权国家的敏感领域（如补贴政策、外资管理、数据管理），而重视国家安全的观念不断得到强化时，限制国际法的效力甚至重构国际法律秩序就成为主权国家必然的选择。特别是，部分具有独立性、强制性与司法性的国际争端解决机制正在被主权国家所修正。

^① Jennifer Hillman, Three Approaches To Fixing The World Trade Organization's Appellate Body: The Good, The Bad and The Ugly, <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>, 最后访问时间：2021年1月20日。

^② 蔡从燕：《国家的“离开”、“回归”与国际法的未来》，《国际法研究》，2018年第4期，第6-7页。

例如，巴西 2015 年之后对外签订的 BIT 最大的特点就是鼓励缔约国介入投资者与东道国之间的争议，包括取消投资者-国家争端解决机制（Investor state dispute settlement，以下简称 ISDS），由缔约国代表组成的联合委员会主持下的调解机制以及缔约国之间的仲裁机制，并减少投资者可获得救济的权利。^①2015 年以来荷兰、哥伦比亚与印度的新 BIT 范本也呈现出基本相同的特点：在实体规则上，收紧了适格投资者与投资的认定标准，从而增加了投资者使用 ISDS 的难度；在程序规则上，为投资者启动 ISDS 机制设置了更加苛刻的前置条件和时间要求，并限制争端双方对仲裁员的任命权，削弱仲裁庭对东道国管制行为的审查权。^②主权国家（参与国）与国际性争端解决机构之间的权力再分配已经成为一种愈加普遍的趋势。

基于此，本文建议，参考成员方已经达成的部分共识，^③WTO 部长级会议或总理事会应分别修改 DSU 第 12 条第 7 款和第 17 条第 5 款，在争端双方一致同意的情况下，专家组或上诉机构应删去其报告中并非为解决争端所必要的裁决，同时增加中期评审程序，要求上诉机构在公布报告之前应先通知争端方，后者可提出书面意见。另外，DSB 应借鉴 DSU 第 12 条第 1 款的规定，^④并在现有的《上诉审工作程序》的基础上，通过一项新的《上诉审工作程序》，以取代上诉机构自行制定的文件，并将其纳入 DSU 附件 5。相应地，DSU 第 17 条第 6 款应修改为“上诉法庭应遵循附件 5 中的工作程序，除非经与争端方商议后达成不同的决定。”新《上诉审工作程序》应着重对工作期限、审查标准、裁判范围、法律解释方法、可适用法律的范围、“法庭之友”意见等作出规范。

（三）采用诸边模式的谈判机制

有学者主张，达成基本共识的 WTO 部分成员可建立一个新的上诉机构，所有成员均可选择参加或不参加。该机制的优点在于一方面可以最大限度保留 WTO 规则体系的统一性，另一方面又可以破解原上诉机构停摆所带来的争端解决困局。^⑤此建议与正在运行的 MPIA 在法律属性上有相通之处，实质上都是在 WTO 多边贸易体制内采用一种诸边或类诸边模式的谈判机制。

狭义上的诸边模式仅指《WTO 协定》附件 4 所列的《政府采购协定》与《民用航空器

^① Geraldo Vidigal & Beatriz Stevens, Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future? *Journal of World Investment & Trade*, 2018, No.3, pp.241-250.

^② Kabir A. N. Duggal & Laurens H. van de Ven, The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves, *Arbitration International*, 2019, No.3, pp.347-374.

^③ Communication From The European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore, Mexico, Costa Rica and Montenegro to the General Council, WT/GC/W/752/Rev.2, 11 December 2018. General Council, Functioning of the Appellate Body (Draft Decision), WT/GC/W/791, 28 November 2019.

^④ DSU 第 12 条第 1 款规定，专家组应遵循附件 3 中的工作程序，除非专家组经与争端方商议后达成不同的决定。

^⑤孔庆江：《一个解决 WTO 上诉机构僵局的设想》，《清华法学》，2019 年第 4 期，第 197-207 页。

贸易协定》两个协定。此类协定的特点是仅对选择加入的成员具有法律约束力，对未加入的成员不产生权利与义务。诸边模式体现了一种渐进式的贸易治理理念。追溯历史，设置诸边贸易协定这一协定类型实为 WTO 成员保留乌拉圭回合未决问题的一种方式。^①这些贸易议题在乌拉圭回合未达成普遍的一致意见。一方面，在“要么全有、要么全无”的“一揽子谈判”模式下，如果这些贸易议题必须以多边协定的方式来规制，则将会阻碍 WTO 的及时成立。另一方面，部分缔约方又不愿意放弃此议题。故此，作为一种变通的办法，这些议题暂时以诸边协定的方式来规范，同时寄希望于将来吸引更多的成员方加入，最终过渡至最具普遍性的多边协定。

广义上的诸边模式不仅包括《WTO 协定》附件 4 所列的两个协定，而且还指任何不会同时约束所有成员方的差异化规则。尽管 WTO 以建立具备统一性和持久性的多边贸易体制为己任，但它并未从法律上排斥仅适用于特定成员的“差异化规制模式”。该模式与 WTO 长期坚持的“一揽子承诺”谈判模式并无本质上的冲突与矛盾，因为“一揽子承诺”并不意味着 WTO 对每一成员应适用相同的权利义务规则。在新规则的创制过程中，“要么全有、要么全无”的谈判模式强化了多边贸易体制的统一性与权威性，任何成员在加入 WTO 时都不能提出保留，同时这也有力地保证了成员方能公平分享自由化贸易规则所带来的收益并分担相应的成本，杜绝贸易自由化进程中的“搭便车”行为，同时使得成员方较为强烈的主观意图来遵守新规则。但是，从严格意义上讲，即使存在“一揽子承诺”模式，WTO 规则也并非严格地统一适用于所有成员，因为每一成员在加入 WTO 时都会通过入世议定书作出特定的承诺，它们被要求在 WTO 一般纪律之外承担额外的且专属于该成员的义务。^②另一方面，依据《WTO 协定》第 10 条第 3 条的规定，一旦部长级会议或总理事会以协商一致或投票方式通过对该协定或多边贸易协定的修正案后，此修正案将提交给成员方来批准；当三分之二的成员批准此修正案时，此修正案即可生效，且只对批准该修正案的成员才有法律约束力。

例如，尽管《贸易便利化协定》被列入《WTO 协定》附件 1A（多边货物贸易协定），但它并非自动适用于所有的成员，而是只约束已经完成批准程序的成员方，迄今此类成员共有 127 个。^③原因在于，成员方并未诉诸于新协定通常应遵循的《WTO 协定》第 9 条下的决策程序，而是采用《WTO 协定》第 10 条下更具灵活性的修改程序。《WTO 协定》第 9 条下的

^①钟英通：《WTO 改革视角下的诸边协定及其功能定位》，《武大国际法评论》，2019 年第 1 期，第 112 页。

^② Marco Bronckers, Trade Conflicts: Whither the WTO? Legal Issues of Economic Integration, 2020, No.3, pp.234-236.

^③ 欧盟全部 27 个成员国被计为一个成员方，英国为单独一个成员方。Members accepting the Protocol of Amendment to insert the WTO Trade Facilitation Agreement into Annex 1A of the WTO Agreement, https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_agreecacc_e.htm. 最后访问时间：2021 年 1 月 31 日。

决策（除了涉及诸边协定的决策）一旦依据协商一致或简单多数赞同票通过，不需要各方的批准即可约束全体成员，难以顾及成员方的多元化需求，也缺少弹性的制度空间。2014年11月27日总理事会通过了《关于修改WTO协定的议定书》，决定将该议定书所附的《贸易便利化协定》纳入《WTO协定》附件1A。^①该协定已经于2017年2月22日生效，由此产生了一个颇为有趣的现象：《贸易便利化协定》名义上是一个多边货物贸易协定，却只约束127个成员。《贸易便利化协定》的生效表明，成员方可以在不动摇现有多边体制的情况下为WTO决策程序注入适当的灵活性，即以差异化的速度达致“一揽子承诺”。^②

进一步来说，晚近以来，主要因为合作方的异质性与议题的敏感性，全球经贸关系的规制模式已经从WTO为中心的多边化、统一化为主，转向多极化、差异化与统一化并行的新轨道。^③例如，《美墨加协定》在原产地认定标准、汽车产业、投资争端解决、贸易救济等领域采取了差异化规制的模式，为不同的缔约国“定制”了不同的规则（特定国家规则）。例如，ISDS机制仅适用于美国与墨西哥之间的投资争端，而美国与加拿大、墨西哥与加拿大之间的同类争端则只能通过东道国国内诉讼等方式来解决。

所以，WTO成员应在保留协商一致决策机制的前提下，基于高效务实的考虑，逐步推动开放式诸边谈判模式，形成WTO体制内多边与诸边共存的格局，并最终通过关键多数的开放式诸边模式迂回推动WTO回归多边谈判模式。^④2019年1月25日，中美欧等76个WTO成员共同发起电子商务诸边谈判，正是此类务实型造法机制的重要体现。^⑤循此模式，部分成员方可就补贴、国有企业、外资准入管理等实体性规则以及上诉审等程序性规则先行开展谈判，努力达成诸边性协定。此类广义上的诸边协定是否需纳入《WTO协定》附件4并不重要，重要的是尽快构建具有法律约束力、可执行的规则体系，以调整特定成员方之间的经贸关系，挽救岌岌可危的国际经贸法律秩序。

五、结语

作为一项法律体系以及自由贸易体制，WTO通常被视为全球性公共物品，它对于所有国家（包括非WTO成员）都是有利的，因为它提供了具有稳定性的法律制度，并保证市场

^① Protocol Amending The Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organization, General Council Decision of 27 November 2014, WT/L/940.

^② Alex Ansong, Single Undertaking, Different Speeds: Pliable Models for Decision-making in the WTO, *Journal of International Economic Law*, 2018, No.2, pp.395-410

^③ 钟英通：《国际经贸规则适用的差异化现象及其法律应对》，《环球法律评论》，2019年第3期，第179-192页。

^④ 龚柏华：《论WTO规则现代化改革中的诸边模式》，《上海对外经贸大学学报》，2019年第2期，第13-23页；都毫：《开放的诸边主义：世界贸易组织谈判改革的路径》，《太平洋学报》，2019年第9期，第95-104页。

^⑤ 石静霞：《数字经济背景下的WTO电子商务诸边谈判：最新发展及焦点问题》，《东方法学》，2020年第2期，第170-184页。

准入的承诺得到切实的实施。特别是，WTO 的造法与司法机制（争端解决）可以通过持续性地谈判新的贸易自由化规则、澄清现有贸易规则的含义、限制单边贸易措施的外部性等手段，为多边贸易体制提供完全与可预见性。WTO 的宗旨是构建互惠性的贸易自由化体制与兑现各成员的市场准入承诺，同时保留成员方保护非经济目标的合法空间。^①当 WTO 多边贸易体制面临停滞不前的困境时，各成员应努力化解争议，寻求最大限度的政治共识，共同致力于维护兼具统一性与多样性的国际经贸秩序。

以上诉机构停摆为表征，WTO 多边贸易体制的约束力、权威性正在遭到严重的质疑和侵蚀。从根本上讲，此危机源自 WTO 自身的体制性缺陷与制度性不足。为恢复上诉机构的运行，并从根本上消解 WTO 的危机，成员方需要加快启动立法解释，改进专家组和上诉机构的工作程序，适当限制两者的审查权，同时展现最大限度的灵活性，采用诸边模式的谈判机制，在部分具备成熟条件的成员方之间先行达成协议，并吸引更多的成员加入，最终达致统一适用于各成员的多边协定，继续迂回地推动多边贸易体制的发展。

拜登执政后，美国政府的贸易政策必将有所变化，包括重构其与贸易伙伴之间的关系，重返 WTO 多边贸易主义的基本立场，甚至有条件地同意恢复上诉机构的运行，但其核心诉求——维护美国的国家利益和保护其国内产业与个人——并不可能发生根本的转折。故此，除了 WTO 争端解决机制的改革，美国新政府必将继续推动反补贴、反倾销等实体规则的修正，主张制定国有企业新规则体系，甚至可能纳入与气候变化有关的边境碳调节措施等新议题。^②上诉机构的停摆既是多边贸易体制面临的“威胁”，也是国际经贸秩序可能获得重构的“入口”。我们应未雨绸缪，为 WTO 体制即将肇始的系统性重塑提前做好预案。

^① Ernst-Ulrich Petersmann, Multilevel Constitutionalism For Multilevel Governance Of Public Goods: Methodology Problems In International Law, Hart, 2017, pp.125-127.

^② Judith Goldstein, A New Era For Trade? American Journal of International Law, Unbound, 2021, Vol. 115, pp.52-55.

The Predicament and Solution of WTO Multilateral Trade System

——Starting from USTR's Appellate Body Report

Abstract: Under the continuous obstruction of the United States, the members of the World Trade Organization (WTO) could not reach a consensus on the successor of the Appellate Body members for a long time, which eventually led to the complete cessation of the work of the appellate body due to the lack of a quorum on December 10, 2019. The US trade representative's report on the Appellate Body reflects that the deliberate obstruction of the United States is only the superficial reason for the suspension of the appellate body, while the institutional problems and institutional deficiencies of the WTO are the deep-seated factors leading to the suspension of the appellate body, such as the shrinking law making function of the WTO, the inadequacy of both substantive and procedural rules, and the unclear positioning of the dispute settlement procedure . Therefore, WTO should repair its law making function appropriately, speed up the adoption of legislative interpretation, reform the working procedures of the panel of experts and the appellate body, appropriately limit their right of review, establish a reasonable boundary between member driven and rule oriented, and promote the implementation of the multilateral negotiation mechanism.

Key Words; WTO, USTR, Appellate Body, Member-Driven, Rule- Oriented

美国集团仲裁判例规则的演变及启示

严红*

摘要:美国集团仲裁主要是为了有利于格式合同中的弱方当事人维权而设置的一种集团争议解决制度。《美国联邦仲裁法》对其没有相应规定,近年来美国联邦最高法院四个判例构成了集团仲裁的重要规则,这些规则的演变反映出美国法院在维护弱方当事人利益还与尊重仲裁基本属性之间摇摆不定,但该制度在美国仍得到较大发展。加拿大、欧洲等国对该项制度在立法和实践中已有行动。我国应考虑其成为集团争端解决新路径。

关键词:集团仲裁;集团仲裁弃权;《美国联邦仲裁法》;超裁;沉默条款

集团仲裁是一种“美国特有的制度”,^①英文为 class arbitration, class action arbitration 或者 class-wide arbitration,是指在一个集团中,其成员具有相同或特定的仲裁请求,针对的是一个共同的经济实体;该集团中一个或一个以上的成员,可作为该集团其他成员的代表,提起仲裁。仲裁裁决对该集团的所有成员有效。

集团仲裁虽然早在十九世纪八十年代初它已经存在,^②但直到2003年,美国联邦最高法院在 Green Tree Financial Corp. v. Bazzle 案中才含蓄地支持该程序。随后,美国国内的一些重要仲裁机构分别发布了专门适于集团仲裁的有关规则。^③在过去的十几年里,一方面,该程序发展迅速,直至2013年5月,AAA(American Arbitration Association)已经受理了300多起集团仲裁的案件,^④总数相当于ICSID近四十年受理的争议案件的总和。美国另外一个重要的仲裁机构 JAMS(Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc.)也受理了大量的集团仲裁案件。^⑤另一方面,美国联邦最高法院对集团仲裁态度的多变,相关法律呈现出不固定性,使得集团仲裁经受了磨难,因此集团仲裁成为了美国法律界的近年来热门话题。

集团仲裁程序或类似的聚合争端解决机制,正开始慢慢向其他区域扩散。欧洲近几年也

* 作者简介:严红,浙江工商大学法学院教授,浙江金道律师事务所兼职律师

① James H. Carter & John Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*. Oxford University Press, p319 (2010)

② See Imre S. Szalai, Aggregate Dispute Resolution: Class and Labor Arbitration. 13 HARVARD NEG. L. REV. 339, 421-425(2008).

③ 比如,AAA的《集团仲裁补充规则》和JAMS的《集团仲裁程序》等。

④ http://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeresolutionservices/casedocket?_afLoop=1157919031422627&_afWindowMode=0&_afWindowId=zyh785uvr_1#%40%3F_afWindowId%3Dzyh785uvr_1%26_afLoop%3D1157919031422627%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dzyh785uvr_47, 2013-05-15

⑤ James H. Carter & John Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*. Oxford University Press, p.319(2010)

开始探索集团仲裁制度，对集团诉讼的立法修改如雨后春笋地贯穿整个欧洲。2011年2月，欧盟委员会颁布了《公共咨询工作文件》(Public Consultation Working Document)指出需要一个新集团救济机制并且对如何构建制度征求意见。^①德国尽管没有接受集团仲裁程序，但已经发展了DIS的仲裁规则，该规则具有集团仲裁的很多特点。荷兰2006年通过了一项法规，允许聚合索赔，但是仍然不允许集团诉讼。此外，加拿大和哥伦比亚不再绝对地排斥集团仲裁的运用。在加拿大，集团仲裁也受到了密切的关注，法院做出了支持有关集团仲裁的判例。同时，集团仲裁不仅在地理上扩大了运用，在其他形式的争端解决中也得到了运用。如ICSID的投资仲裁领域，2011年集团仲裁第一次在Abaclat et al. v. Argentina案中得到运用的，此案涉及到6万名意大利投资者和阿根廷的仲裁。^②

在我国，集团仲裁还是一个新的概念，立法上为空白，理论界虽有学者开始关注，但仅限于初探。^③随着我国社会转型和经济的快速发展，群体性纠纷呈快速上升趋势，但是缺乏有效的救济途径。在诉讼领域中的共同诉讼制度，由于人数众多，管辖不便，判决仅对登记的当事人有效等因素的限制，不能有效地解决纠纷。而在仲裁领域则没有相应的制度，合并仲裁也只是在程序上将多个相关联的案件合并成一个程序审理，并非专门针对群体性纠纷的程序。集团仲裁制度是专门针对格式合同群体性纠纷设立的，利于聚合非制定合同弱方当事人的力量进行集团维权，只要进行适当的通知，仲裁裁决对所有非制定合同方均有法律约束力，同时对仲裁费用、律师费等均有其特有的操作模式。研究美国集团仲裁的基本规则，分析美国集团仲裁在其演变过程中遇到的问题，对我国探索群体性合同纠纷科学高效的解决途径具有重要意义。

一、背景

在过去的二十年美国国内的实践中，美国集团仲裁是从美国集团诉讼中迁徙过来的。美国模式的集团诉讼在美国诉讼体系中属于民事诉讼，通常是大规模的侵权或消费者的诉讼。所以集团仲裁曾被人称为是“神话中的野兽：一半诉讼，一半仲裁且比较少见”^④。

仲裁与集团行为相互关联，可追溯到二十世纪八十年代早期联邦最高法院的Southland

^① Jessica Beess und Chrostin, *Collective redress and class action arbitration in Europe: Where We are and How to Move Forward*. International Arbitration Law Review (2011)

^② Horatia Muir Watt, *Class Arbitration: The Necessary Counterpart to The Arbitrability of Statutory Statutory Rights*. Sciences Po Law School – Global Business Law and Governance.(12-2011)

^③ 目前国内对集团仲裁研究，主要有：肖永平，李邵华：美国集团仲裁初探：《武汉大学学报》2011年第4期，孟燕：论美国集团仲裁制度：《法制与发展》2010年第7期；李邵华：集团仲裁比较研究：《商事仲裁》2015年第1期

^④ Gary Born, *The U.S. Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors*.

<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/07/01/the-u-s-supreme-court-and-class-arbitration-a-tragedy-of-errors/>. 2013-05-16

Corp. v. Keating 案。^① 该案涉及到 7-Eleven 商店在加州的加盟商，他们最初在州法院提起集团诉讼。被告抗辩应该进行强制仲裁，加盟商于是在仲裁机构提出了集团仲裁。^② 加州最高法院驳回了被告要求进行仲裁的主张，裁定按照州法，应用诉讼程序解决特许经营权纠纷。不过，法院也提到了集团仲裁的概念，表达了对集团行为豁免和承认集团仲裁作为类似一种合并的司法程序的关注。^③

集团仲裁通常发生在含有仲裁条款的特许经营权、消费者或雇佣等格式合同的大规模纠纷中，此外，它在保险、银行、海事和反垄断等其他领域也有大量运用。因侵权纠纷当事人很少有合同关系，很少在发生损害时签订仲裁条款，所以在各种类型集团仲裁中，侵权案件很少见。另外，仲裁机构和临时仲裁均可进行集团仲裁。

集团仲裁与合并仲裁是一对易混淆的概念。合并仲裁是指为解决多方当事人之间争议的需要，将两个或两个以上相互关联的仲裁程序合并进行的做法或过程。合并仲裁存在广义和狭义之分。广义的合并仲裁是指仲裁庭将两个或两个以上的案件合并审理，通过单一的仲裁程序解决纠纷的制度。广义的合并仲裁包括相同主体间的合并仲裁和不同主体间的合并仲裁。狭义的合并仲裁指不同仲裁案件的当事人根据不同的仲裁合同解决争议，而这些争议彼此关联，仲裁庭据此将其合并的制度。^④ 集团仲裁是作为一个案件，虽然参加的申请人众多，但针对的是同一个被申请人。允许一个单独的申请人作为代表，将他自己和其他所有相同情况的当事人对一个被申请人提出一个单独的仲裁。

美国集团仲裁的法律框架是由四部分重要的相关法律和规定组成：《美国联邦民事诉讼法》（以下简称 FRCP）第 23 条（是集团仲裁的具体程序的主要参考）、《美国联邦仲裁法》（以下简称 FAA）（是美国仲裁的基本法律）、美国联邦最高法院有关集团仲裁案件的判例规则，^⑤ 以及仲裁机构有关集团仲裁的仲裁规则。^⑥

二、美国集团仲裁判例规则

当前，美国集团仲裁已有四个最重要的判例规则，它们分别由美国联邦最高法院：2003 年的 Green Tree Financial Corp v. Bazzle 案（以下简称 Bazzle 案），2010 年的 Stolt-Nelsen, SA v. AmimalFeeds Int' l Corp. （Stolt-Nelsen 案），2011 年 AT&T Mobility LLC v. Concepcion （以下简称 Concepcion 案）和 2013 年的 Oxford Health Plans LLC v. Sutter

① Southland Corp. v. Keating, 465 U.S.1 (1984)

② Southland Corp. v. Keating, 465 U.S.1,1 (1984)

③ Southland Corp. v. Keating, 465 U.S.1,2 (1984)

④ 邹峻、季建阳.合并仲裁制度的构建 http://www.highmark.cn/news_content.asp?New_ID=654, 2013-06-07

⑤ 目前里程碑意义的判例有：Green Tree Financial Corp v. Bazzle ， Stolt-Nelsen, SA v. AmimalFeeds Int' l Corp. ， AT&T Mobility LLC v. Concepcion 和 Oxford Health Plans LLC v. Sutter 共四个。

⑥ 如 AAA 《集团仲裁的补充规则》和 JAMS 的《集团仲裁程序》。

(以下简称 Sutter 案)四个具有里程碑意义的判例构成,四个判例分别确立了 Bazzle 规则、Stolt-Nelsen 规则、Concepcion 规则和 Sutter 规则。

(一) 2003 年的 Bazzle 规则:“沉默”等于同意

Bazzle 案之前,美国大多数州的法院认为仲裁协议对集团仲裁持“沉默”态度(以下简称“沉默条款”)时,是否可以集团仲裁的决定权归属于法院,仲裁庭则无权决定。但有一些州的法院认为,“沉默条款”不是进行集团仲裁的障碍。如加利福尼亚州(以下简称加州)的《仲裁法》与大多数州的法律不同,根据加州《仲裁法》的规定:对发生在相同交易或系列的相关交易中、具有相同法律或事实而产生的纠纷的独立的仲裁案件,法院有权决定可以进行集团仲裁。^① 总之,2003 年 Bazzle 案之前,美国法院对集团仲裁意见不统一并且态度并不积极。

在 Bazzle 案中, Bazzle, Lackey and the Buggs 等人分别与 Green Tree 公司签订了含有仲裁条款的融资格式合同,合同适用南卡罗莱纳州的法律仲裁条款规定:“与合同有关的争议,由双方共同选定的一位仲裁员进行仲裁。”该仲裁条款受 FAA 的约束。后 Bazzle、Lackey 和 Buggs 等人分为两组,分别向州法院提起诉讼,指控 Green Tree 公司没有向他们提供一份表格,该表格载明他们有权指定自己的律师和保险代理,违反了南卡罗莱纳州的法律,要求赔偿。^② 1997 年 Bazzle 等人分别向法院申请集团诉讼, Green Tree 则申请停止法院程序,要求强制仲裁。法院对集团身份和仲裁都予以认可。两组当事人先后分别进入了仲裁程序,先后指定了同一名仲裁员对集团损害和律师费作出了仲裁裁决。Green Tree 提起上诉,认为该两组仲裁中进行的集团仲裁,法律上是不允许的,要求继续进行普通的仲裁。初审法院驳回了该申请。州上诉法院推翻了初审法院的裁定,州最高法院以司法监督为将两个案件合并审理,认为仲裁协议对集团仲裁的沉默是尊重集团仲裁,当事人授权集团仲裁。^③

案件争议焦点是:当仲裁条款对集团仲裁问题没有规定时——“沉默”时,当事人是否同意进行集团仲裁?^④

南卡罗莱纳州的法律对此没有规定。南卡罗来纳州最高法院的观点是:对集团仲裁持沉默态度的仲裁条款是含糊不清的,就其本身而言,应该不允许发起集团仲裁。如果强制性地执行仲裁条款,基于该仲裁条款对集团仲裁没有规定,当事人以仲裁条款中并没有规定同

^① James H. Carter & John Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*. Oxford University Press, p.323(2010)

^② *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444, 448(2003)

^③ *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444, 447-450 (2003)

^④ *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444, 445, 446 (2003)

意进行集团仲裁为由，可以有效地阻止集团仲裁。^①

Bazzle 案到达联邦最高法院，2003 年法院按照相对多数意见作出了裁定：尽管 FAA 对集团仲裁问题没有规定，认为当仲裁条款对集团仲裁问题“沉默”时，应该依照南卡罗来纳州的合同解释原则，对“沉默”解释为允许集团仲裁。法院裁定：（1）仲裁条款是否可以进行集团仲裁的解释权应该归于仲裁庭；（2）“沉默条款”应认为当事人同意进行集团仲裁。^②

（二）2010 年 Stolt - Nielsen 规则：“沉默”不能推定为同意

2010 年 5 月联邦最高法院在 Stolt-Nielsen 案中对集团仲裁的态度发生了戏剧性的变化。在 Bazzle 案中裁定——确定了集团仲裁是由仲裁员来决定的，并服从于最低程度的司法监督。

Stolt-Nielsen 案涉及到船运公司和他们的客户之间的纠纷。Stolt-Nielsen 是一家船运公司，在全球多隔舱零担油船领域占有很大的市场份额。AnimalFeeds 国际有限公司（以下简称 AnimalFeeds）是它的客户之一，在世界范围内提供鱼油、动物饲料等食品原材料。AnimalFeeds 为了运输其产品，作为租船方与 Stolt - Nielsen 签订了一份标准海事合同。该合同中含有仲裁条款，但对集团仲裁问题是“沉默”的。^③合同签订后，2003 年，司法部就 Stolt-Nielsen 和它的竞争对手合谋非法价格垄断的问题开始调查。调查结果显示 Stolt-Nielsen 和它的竞争对手存在价格垄断，违反了多个联邦反垄断法。因此，AnimalFeeds 向法院对 Stolt-Nielsen 和其他有关船运公司提起了诉讼，指控他们多年对客户进行价格垄断。AnimalFeeds 的诉讼和其他相似的诉讼被合并，组成了对 Stolt - Nielsen 和其他有关船运公司的集团诉讼。Stolt-Nielsen 则根据其于 AnimalFeeds 合同中的仲裁条款，提出了仲裁申请。2005 年，在仲裁庭组成之前，AnimalFeeds 要求进行集团仲裁，但是遭到了 Stolt-Nielsen 反对。^④此案一波四折，直至 2010 年 5 月联邦最高法院才作出终审裁定。

案件到达联邦最高法院，法院发出复审令，审查仲裁条款对集团仲裁“沉默”时进行强制集团仲裁，是否符合 FAA 的规定。联邦最高法院认为：

第一，未经授权而强加给当事人的集团仲裁，与 FAA 的规定是矛盾的。按照 FAA 的原则推测，一方当事人不能强迫提出集团仲裁申请，除非基于双方当事人在合同中明确约定同意。法院进一步指出，仅有仲裁条款并不能认为当事人同意进行集团仲裁。第二，法院的多数意

^① Green Tree Financial Corp. v. Bazzle ,539 U.S. 444, 450, 451(2003)

^② Green Tree Financial Corp. v. Bazzle ,539 U.S. 444, 458-460 (2003)

^③ Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds Int'l Corp., 130 S.Ct. 1758, 1765, 1776 (2010)

^④ Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds Int'l Corp., 130 S.Ct. 1758, 1773-1777(2010)

见认为，在缺乏当事人明确意图时，仲裁庭要做的事就是根据当事人的约定，确定案件应该适用的法律。本案中应该适用的是 FAA 和另外两个实体法——《联邦海商法》和纽约的法律。可是仲裁庭却没有考虑这三个法律的适用，所以仲裁裁决没有法律依据。仲裁庭只是将自己认为的公共政策作为仲裁裁决的依据，所以仲裁庭依据 Bazzle 案的结论作出的裁决，属于超裁。第三，5 比 3 的法官意见（法官 Sotomayor 弃权）认为，仲裁庭对是否可以集团仲裁没有自由裁量权。根据 FAA 的规定，集团仲裁程序与标准仲裁有着根本的不同，所以当事人不能含蓄地合意进行集团仲裁。本案的当事人在航运合同领域是专业的和有经验的，不能假设对集团仲裁的沉默是无意识的。如果当事人希望在仲裁条款中包括集团仲裁，可以推测他们会清楚地表示出来。^①

所以当事人在集团仲裁问题上沉默时，仲裁员不能推测当事人已经就允许用集团程序解决纠纷问题形成了合意。

（三）2011 年 Concepcion 规则：集团仲裁弃权的约定有效

Stolt-Nielsen 案之后，要求当事人对集团仲裁的合意，必须在仲裁协议中明确表明。那么，如果想排除集团仲裁，是否可以在仲裁协议中明确表示放弃集团仲裁？2011 年最高法院对 Concepcion 案的处理结果，又一次打击了集团仲裁。

2002 年，Vincent 和 Liza Concepcion 等人分别和 AT&T 签订了一份为期二年的手机服务合同。合同中约定将所有争议提交仲裁，但是该仲裁条款不允许集团仲裁。由于手机是免费的，但 Concepcion 等人却被收取了按照手机零售价应缴纳的 30.22 美元销售税。于是 Concepcion 等人以 AT&T 欺诈为由向加州联邦地区法院提起诉讼。2006 年法院以虚假广告和欺诈为由，将 Concepcion 作为其他手机用户的代表对此案合并进行集团诉讼。2008 年 AT&T 根据合同中的仲裁条款，申请强制仲裁，地区法院根据加州最高法院的 Discover Bank 规则^②，认为该仲裁协议显失公平，是无效的，驳回了 AT&T 的申请。^③

第九巡回法院支持地区法院的裁定，认为 FAA 第二条的保留条款^④，允许仲裁协议基于一般合同无效的抗辩事由，如欺诈、胁迫或显失公平。本案仲裁条款中集团行为弃权显失公

① Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds Int'l Corp., 130 S. Ct. 1758, 1758-1763(2010)

② Kristopher Kleiner, *AT&T Mobility L.L.C. v. Concepcion: The Disappearance of the Presumption against Preemption in the Context of the FAA*. Denver University Law Review (2012)

③ AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S.Ct. 1740, 1742(2011)

④ 9 U.S.C. § 2, FAA 的第二条规定“在任何海事或者商事契约中，为了用仲裁方式解决可能由于契约引起的或者由于拒绝履行契约全部或者部分引起的争执所作的书面规定，又或者将由于这种契约引起的、或者由于拒绝履行契约引起的现在的争执提交仲裁的书面协议，都是有效的、不可撤销的和有强制性的，但是具有法律或者衡平法所规定撤销契约的理由者除外。”

平，属于合同无效的抗辩事由，所以该仲裁条款是无效的。^①

2011年，联邦最高法院推翻了第九巡回法院的裁定，认为 Discover Bank 规则是对仲裁的干扰，其树立了完成和执行国会的所有目的和目标的一个障碍，所以 FAA 应取代它。理由是：

第一、FAA 规定法院应该将仲裁协议与其他合同放在一个平等的位置，按照协议中当事人的约定来执行。所以当事人可以同意对仲裁进行限制，包括对集团仲裁的放弃。

第二、根据 FAA 第二条中的保留条款，允许仲裁协议适用一般合同无效的抗辩事由，如欺诈、胁迫或显失公平，但是合同中对集团行为的放弃，不能作为合同无效的抗辩事由。

第三、多数意见认为 FAA 应该优先于 Discover Bank 规则，因为该规则是实现 FAA 的目的的障碍。集团仲裁的适用，是对仲裁的基本属性妨碍，与 FAA 目的不符。FAA 中的仲裁是双方当事人便捷、非正式、便宜的程序，法官 Scalia 引证了处理集团仲裁的额外的复杂性，指出集团仲裁大大地提高了被申请人的风险。^②

（四）2013 年的 Sutter 规则：“沉默条款”的解释权归仲裁庭

正当集团仲裁在美国的发展进入了僵局时，2013 年美国联邦最高法院 Oxford Health Plans LLC v. Sutter 案（以下简称 Sutter 案），给集团仲裁的发展带来了希望。Stolt-Nielsen 案中当事人对集团仲裁问题在仲裁协议中没有约定时，留下来一些重要的问题有待解决：其中一个：由谁来决定当事人的仲裁条款是否允许集团仲裁——法院还是仲裁庭？联邦最高法院通过 Sutter 案解决了这个问题，即应该由仲裁庭来决定。

儿科医生 Sutter，是 Oxford 健康保险计划的被保险人，该保险合同提供医疗服务和支付医疗费，合同中的仲裁条款约定：“本协议下的所有纠纷，都应该依据 AAA 的规则，由一位仲裁员，在新泽西州进行终局的仲裁。”^③ 2002 年 Sutter 在新泽西州的法院提出了集团诉讼，指出 Oxford 没有充分及时地对他和有相同 Oxford 合同的其他医生进行赔偿。Oxford 申请仲裁，法院裁定该案强制仲裁。双方当事人一致同意：仲裁员应该来决定他们的仲裁协议是否授权进行集团仲裁，该仲裁员认为是可以进行集团仲裁。根据 FAA 第 10 条(a)款(4)项的规定，Oxford 在州法院提出申请，要求以仲裁庭超裁为由撤销仲裁裁决。地区法院驳回了申请，第三巡回法院支持了地区法院的裁定。^④

案件又回到了仲裁程序，此时，第三巡回法院正好对 Stolt-Nielsen 案作出裁定：仲

^① Jodi Wilson, *How the Supreme Court Thwarted the Purpose of the Federal Arbitration Act*. Case Western Reserve Law Review (Fall, 2012)

^② AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S.Ct. 1740, 1744-1753(2011)

^③ Oxford Health Plans LLC v. Sutter, 133 S.Ct. 2064, 2065(2013)

^④ Oxford Health Plans LLC v. Sutter, 133 S.Ct. 2064, 2066(2013)

裁庭只有在当事人授权的情况下，才能进行集团仲裁。在该案裁决之后，Oxford 马上让该名仲裁员重新对“沉默条款”作出解释，该仲裁员再次肯定了当事人的仲裁协议是支持集团仲裁的。

于是 Oxford 重新向法院提起了撤销该决定的申请，地区法院又驳回了该申请，第三巡回法院也依然支持地区法院的裁定。联邦最高法院也同样支持了第三巡回法院的裁定，认为：仲裁员没有超载。联邦最高法院认为，根据 FAA 的规定，仲裁条款的解释权是属于仲裁庭的管辖权问题，只要仲裁庭是基于合同的解释做出的裁决，而不是简单地仲裁员的个人观点，法院是不能推翻该决定的。

三、美国集团判例规则的演变对集团仲裁发展的影响

（一）2003 年 Bazzle 规则对集团仲裁释放出的积极信号

2003 年 Bazzle 案对美国集团仲裁具有里程碑的意义，在 Bazzle 案中，美国联邦最高法院为仲裁庭允许集团仲裁提供了一个平台和一种可能。联邦最高法院对集团仲裁的态度变得积极起来，集团仲裁也开始频繁地出现在了美国人的视野中。

2009 年 9 月至 2010 年 5 月以来，已经有 135 名仲裁员或仲裁庭根据 AAA《集团仲裁补充规则》对仲裁条款的解释作出了裁决。在对集团仲裁“沉默”的仲裁条款案件中，70% 的案件被仲裁员认定是允许集团仲裁的，^① 这与 Bazzle 案件之前，联邦巡回法院的做法形成了鲜明的对比。

联邦最高法院对 Bazzle 案裁定几周之后，美国仲裁机构迅速作出了反应：2003 年 AAA 发布了对集团仲裁的新的政策：《集团仲裁补充规则》，规范了集团仲裁的程序。该规则规定了仲裁员必须决定是否适用仲裁条款进行集团仲裁。另外，规则去除了保密性推定，开庭和裁决（包括仲裁请求和裁决）是公开的。该规则也规定了当事人间的仲裁条款没有规定集团仲裁时，可以进行集团仲裁。AAA 的《集团仲裁补充规则》与《美国民事诉讼法》第 23 条的规定非常相似。2005 年 JAMS，也发布了《集团仲裁规则》，该规则也与《美国民事诉讼法》第 23 条内容相似。^②

Bazzle 案的裁定改变了法律的格局，即当仲裁条款对集团仲裁“沉默”时，无疑可以允许在仲裁中进行集团程序，仲裁员有权决定集团仲裁，他们同时也要面临与法院系统中进行

① James H. Carter & John Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*. Oxford University Press, pp.322-327(2010)

② Fred Hagans & Jennifer B. Rustay, *Class Actions in Arbitration*. 25 *The Review of Litigation*. pp.300-302(Spring 2006)

集团诉讼相似的问题，如集团的确认、集团成员的通知等。^①

（二）2010 年 Stolt-Nielsen 规则推翻了 Bazzle 规则

在 Stolt-Nielsen 案件中，法院对集团仲裁的态度完全反转，推翻了在 Bazzle 案的裁定，对集团仲裁从支持转变为限制：从原来裁定“沉默条款”等于当事人合意集团仲裁，到现在“沉默条款”等于当事人没有合意集团仲裁。

集团仲裁为申请人，尤其是对于个人仲裁花费太多或者个人获得的补偿太小的这些纠纷，提供了一种解决纠纷的机制。集团仲裁的需求在未来不断增加同时，法院却不再重视集团仲裁的效益。总的来说，大公司一般都不愿意集团仲裁，所以他们可能对格式合同采取措施，使仲裁条款在集团仲裁问题上保持“沉默”。本案的裁定给这些大公司有空子可钻，因为当仲裁条款对集团仲裁沉默时，仲裁庭不得不裁定集团仲裁没有在仲裁协议的范围内。本案中联邦最高法院裁定仲裁员不能强制集团仲裁，因为这属于超裁。法院这样做实际上背离了十年来法律体系对仲裁程序的支持，导致仲裁员在实体上的裁决权利被削弱，暗中让商家占了上风，因为公司有权利起草“沉默”的格式合同，消费者或雇员较少提出可行的申请。美国联邦最高法院的该裁定是一个对传统申请撤销仲裁裁决范围的扩张，因此导致该裁定引起了美国法律界的抨击。

（三）2011 年 Concepcion 规则对集团仲裁的限制

2003 年 Bazzle 案裁定后，也是美国集团仲裁经历了繁荣的十年之后，2011 年 4 月美国联邦最高法院对 Concepcion 案的裁定，使得集团仲裁雪上加霜，实质上进一步限制了集团仲裁未来的发展。尽管该裁定非常响亮地表达了对 FAA 的支持，但裁定的效果，对于较少议价能力的当事人尤其是消费者少有益处，在短期内不容置疑的对集团仲裁的明显不支持已经发生，当事人同意集团仲裁必须明示，否则“沉默条款”不再相当于同意。

Concepcion 规则，一方面受到了企业和商家的称赞，另一方面却受到了小额索赔和受到法人欺诈的当事人等的不满。法院认为仲裁具有快速、便捷、非正式和廉价的特点，但是，集团仲裁却不具有上述特征。多数意见认为，FAA 中法院对仲裁的司法监督的规定是有限的，有利于个人的基本权利，但是对于企业来讲伴随着风险的增加，是不利的。所以集团行为对仲裁是不合适的，正如在 Stolt-Nielsen 案中，集团仲裁与双边仲裁有着根本的不同，与 FAA 不相符的。

（四）Sutter 规则给美国集团仲裁带来的希望

Sutter 案的结论是：“沉默条款”的解释权归属于仲裁庭。Sutter 案的该结论似乎给

^① 同上 pp.300-309

黑暗的集团仲裁撕出了一道亮光，意味着如果当事人申请仲裁，有可能进行集团仲裁。但是对于格式合同的制作方，拥有强有力的武器来避免进行集团仲裁，即只要约定集团仲裁弃权，就可以在合同中明确不允许集团仲裁。所以，那些原先的“沉默条款”，为了避免集团仲裁，开始纷纷改为集团仲裁弃权。^①由此可见，Sutter 案对集团仲裁的影响是有限的。

四、美国集团仲裁判例规则与 FAA

1925 年出台的《联邦仲裁法》(FAA) 是美国仲裁的法律框架，为仲裁提供了相对简单的程序法规，对集团行为或集团救济方面则无规定。随着美国联邦最高法院在上述四个里程碑的判例规则的相继做出，其对 FAA 的相关解释也发生了变化。

2003年以前，美国联邦最高法院认为：“FAA的立法目的就是让私人的仲裁协议具有强制执行效力，所以我们拒绝将快速解决争议作为FAA压倒一切的目标。我们必须严格执行仲裁协议的内容，即使会导致零碎的仲裁申请。”^② 因此，大多数联邦巡回法院认为，当仲裁协议对仲裁请求是否服从于集团仲裁的问题“沉默”时，法院没有权利强制进行集团仲裁。如果要进行强制集团仲裁，必须在仲裁协议中明示。^③

2003年Bazzle规则，法院含蓄地表示集团仲裁在FAA之下是可行的程序。联邦最高法院的多数意见认为集团行为可以运用到仲裁中，而且应由仲裁员而不是法官首先对仲裁协议是否禁止集团仲裁作出决定，同时要与仲裁员的自裁管辖权的决定相符。Bazzle规则也表明集团仲裁的仲裁协议对该问题沉默（当事人对集团仲裁有预期的）时，能够使用。更不用说，Bazzle案以集团仲裁与FAA相符为前提（否则就没有让仲裁员来决定集团仲裁的基础），根据FAA第2条和第4条的规定完全可以执行。

2010年Stolt-Nielsen规则，法院对集团仲裁的态度有了很大的变化。与Bazzle案相似，Stolt-Nielsen案中的仲裁协议对集团仲裁也属于“沉默条款”，仲裁庭认为该协议没有阻止集团仲裁，裁决适用集团仲裁程序。而法院裁定与Bazzle案的裁决相背离，认为仲裁庭超载。法院对集团仲裁进行了批评，认为集团仲裁与双边仲裁存在很大的不同，FAA的主要原则之一就是尊重契约自由，法院认为FAA的目的是为了让仲裁条款具有强制力，仲裁是双方的合意而非强迫，如果仲裁条款中对集团仲裁没有规定的，根据FAA的规定，集团仲裁改变了仲裁是当事人合意的基本属性，所以不能进行集团仲裁。

^① 同上

^② Dean Witter Reynolds, Inc. v. Boyd, 470 U.S. 213, 219-221 (1985).

^③ See [Am. Centennial Ins. Co. v. Nat'l Cas. Co.](#), 951 F.2d 107 (6th Cir. 1991); [Baesler v. Cont'l Grain Co.](#), 900 F.2d 1193 (8th Cir. 1990); [Protective Life Ins. Corp. v. Lincoln Nat'l Life Ins. Corp.](#), 873 F.2d 281 (11th Cir. 1989); [Weyerhaeuser Co v. W. Seas Shipping Co.](#), 743 F.2d 635 (9th Cir. 1984); [Phila. Reins. Corp. v. Emp'rs Ins. of Wausau](#), 61 F. App'x 816, 820 (3d Cir. 2003) ; [Champ v. Siegel Trading Co.](#), 55 F.3d 269, 274-75 (7th Cir. 1995)

仲裁庭认为判断是否可以进行集团仲裁的法律依据，是一个政策问题，但联邦最高法院认为仲裁庭的裁决没有依据两个实体法——纽约州的法律和海商法对集团仲裁问题进行判断，仲裁庭的裁决是基于政策的考虑，而不是适用法律的结果，所以仲裁庭“超裁”，法院撤销了该仲裁裁决。Stolt-Nielsen 在推翻集团仲裁的仲裁裁决时面临着一个“高栏”，即 FAA 规定法院可以撤销仲裁裁决的四种情况：欺诈、腐败、不正当以及超裁。但是这个以超裁为由申请撤销仲裁裁决的事由，很大意义上扩大了 FAA 规定的“超裁”事由的内容，并为在今后的其他案件提供了依据。^① 在发现 Stolt-Nielsen 的仲裁庭超裁之后，法院并没有依照 Bazzle 规则，而是由自己来决定集团仲裁问题，并且裁定根据 FAA 的规定，“沉默条款”是禁止集团仲裁的。法院认为 FAA 禁止仲裁庭在当事人没有合意的情况下授权集团仲裁，因为集团仲裁与双边仲裁在形式上和经济上显著地不同。^②

2011 年 Concepcion 规则之前，在 Discover Bank v. Superior Court 案中，加州最高法院裁定：尤其是涉及到一方当事人强势，小额损害赔偿的消费者合同时，集团仲裁弃权是不正当的。最后，美国联邦最高法院认为加州法律无权处理 FAA 是否排除了集团仲裁的问题，FAA 优先于与之冲突的加州的法律，于是撤销了加州最高法院的裁定。Discover Bank 规则中的集团仲裁弃权是不正当，属于 FAA 第二条中保留条款的范畴。法院的多数意见认为 FAA 的首要目的就是保证仲裁协议依照其条款执行，而集团仲裁从根本上改变了仲裁的本质属性。Discover Bank 规则允许当事人对一个消费者合同事后提出集团仲裁，是与 FAA 相冲突的，因为与其说是当事人的协议还不如说是通过该规则强制进行仲裁。

2013 年的 Sutter 规则中，一方当事人依据 FAA 第 10 条（a）（4）寻求救济，“并不足以表示仲裁员犯了错甚至是严重的错误。”因为当事人同意由仲裁员“对他们的仲裁协议进行解释”。因此，司法监督中涉及到的唯一问题是：仲裁员是否有权解释当事人的仲裁协议，而不是仲裁员对该协议的解释是否正确。案件中仲裁员对当事人的问题进行了回答：他考虑他们之间的协议以及决定该协议是否反映出允许集团程序，所以依据第 10 条（a）（4）的规定，充分显示了仲裁员没有超裁。

五、悬而未决的问题及对我国的启示

2019 年 4 月 24 日的 LAMPS PLUS, INC., ET AL. v. VARELA 一案的判决中，美国最高法院依照 FAA 认为约定不明确的协议无法提供必要的合同基础认定当事人同意将争议提交集

^① Joseph E Neuhaus, *US Developments in Class Arbitration: What Comes Next?*
<http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/39/sections/137/chapters/1420/us-developments-class-arbitration-what-comes-next/> 2012-12-25

^② 同上

团仲裁。从 2003 年到 2019 年的十几年间，美国联邦最高法院对集团仲裁态度的时而支持，时而限制，体现集团仲裁判例规则的变化，为此集团仲裁经受了磨难。这些磨难导致了引人注目的混乱以及当事人、法院和仲裁机构资源的浪费，已经威胁到了美国处于国际领先的集团仲裁制度的生存。^①

集团仲裁规则通过上述四个阶段的判例规则的演变，留下了一些问题尚待解决，需要今后立法加以补充：

1. Stolt-Nielsen 案之后，是否会导致一系列案件以超载为由推翻仲裁裁决，从而获得对仲裁裁决进行司法监督法律依据上的一个新手段？

一种观点认为最高法院在 Stolt-Nielsen 案的裁定，是对传统申请撤销仲裁裁决范围的扩张，因此会导致仲裁裁决受到攻击。另一种观点认为基于该扩张理论不太可能导致许多仲裁裁决被撤销。对仲裁裁决司法监督的限制牢牢地嵌入在美国司法体系中，最高法院不太可能真正地打算发出一个转折点的信号。^②

2. 仲裁条款中的集团仲裁“沉默条款”如何解释

在 Stolt-Nielsen 案之后，对“沉默条款”还有两个问题尚待解决：

(1) 谁有权对仲裁条款进行适当的解释，是法院还是仲裁庭？

Stolt-Nielsen 案遗留下来第二个重要的问题是：仲裁条款是否允许集团仲裁，由法院还是仲裁员来决定？Oxford 案回避了该问题。

(2) 如何对集团仲裁“沉默”，什么是仲裁条款代表性的解释？依据什么来解释？

2013 年的 Sutter 规则解决了第一个问题，美国最高法院裁定应由仲裁庭来对该条款进行解释。但是第二个问题却仍未解决。

3. 集团仲裁弃权的限制

根据 FAA 的规定，Concepcion 案承认了集团行为弃权的效力，但是集团仲裁弃权的行为在某些情况下，是否应对其进行限制？

加州下级法院继续与承认集团行为弃权的裁定作斗争的同时，也发现了一些有别于 Concepcion 案的情况：

(1) Concepcion 案不能适用于根据 2004 年《私人总检察长法案》(PAGA) 提起的集团

①以 AAA 为例，Bazzle 案之后，该机构的集团仲裁的受案数量激增，而 Stolt-Nielsen 案之后，该机构的官网显示没有新受理案件的纪录。

② Joseph E Neuhaus, *US Developments in Class Arbitration: What Comes Next?* <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/39/sections/137/chapters/1420/us-developments-class-arbitration-what-comes-next/> , 2012-12-25

仲裁。^①

(2) 公共强制救济方面，法院对集团弃权的处理仍然不一致。^②

(3) 美国全国劳资关系委员会依据《联邦劳动法》处理的一些案件，否定了集团行为弃权的约定。^③

4. 美国集团仲裁的仲裁裁决在美国境外承认与执行问题

由于集团仲裁是美国特有的制度，美国仲裁机构作出的仲裁裁决如何在其他国家得到承认与执行？

美国联邦最高法院对集团仲裁态度的几经变化，加上该制度本身也存在许多问题还未解决，无论是理论界还是司法实践中，对集团仲裁的争论也从未中断过，所以集团仲裁在美国的最新发展并不顺利。通过上述联邦最高法院的判例，可以追寻到法院对集团仲裁态度变化的轨迹：不鼓励——支持——限制——进一步限制——又有松动，呈波浪型。尽管 2013 年的 Sutter 案，联邦最高法院对集团仲裁态度又有了些松动，但由于集团仲裁主要是发生在格式合同的一些纠纷中，基于 Concepcion 案，格式合同的制作人完全通过仲裁协议中的集团仲裁弃权来对付，所以，Sutter 案对集团仲裁的发展，起到的作用是有限的。

从集团仲裁的发展过程不难看出，是追求仲裁的本质属性鼓励仲裁，还是保护雇佣合同和消费者合同等弱方当事人利益之间，法院的态度一直摇摆不定。联邦最高法院在 Stolt-Nielsen 案和 Concepcion 案中的裁定，是否敲响了美国集团仲裁的丧钟，尚待分晓。

美国集团仲裁对我国的启示：

第一，集团仲裁对解决集团仲裁尽管一直存在争议，仍然是解决群体性合同纠纷，保护弱方当事人的利益的有效的途径。美国集团仲裁的规则演变，为其他国家包括我国在寻找群体纠纷有效的救济途径提供丰富的经验和教训可以借鉴，我国可以考虑在时机成熟时引入集团仲裁制度，并且要在保护弱方当事人利益和尊重仲裁本质属性之间找到平衡。

第二，集团仲裁多集中含有仲裁条款格式合同的大规模纠纷中，我国可考虑在特许经营权、消费者、雇佣、金融、海事和反垄断等广泛适用格式合同领域中适用集团仲裁制度。证券欺诈、环境污染、产品责任等引发的群体性纠纷，是侵权纠纷，侵权纠纷当事人很少事先定有合同和达成仲裁协议的，所以并不适合适用集团仲裁制度。

第三，我国可以借鉴美国集团仲裁判例规则，在确定维护弱方当事人利益的前提下，由

① Keerthi Sugumaran, *Arbitration—United States Supreme Court Sounds the Death Knell for Class Arbitration*, Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy (2011) P119

② 同上 Pp120-121

③ National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 157-158(2006)

仲裁庭来确定“沉默条款”是否可以进行集团仲裁，同时应规定集团仲裁弃权无效。

第四，仲裁机构应制定集团仲裁规则，结合我国的具体情况，借鉴 AAA 的《集团仲裁补充规则》和 JAMS 的《集团仲裁程序》的有关规定。

美国 232 调查的现实主义理论基础探析

张蹇* 钱清*

(浙江财经大学 法学院 浙江 杭州 310018)

摘要: 特朗普上台以后, 美国政府的国家安全战略指导思想发生了重大转变, 从威尔逊式的自由国际主义转为有原则的现实主义, 在美国国内和国际社会实施“美国优先”政策。受此战略思想的转变, 美国对外贸易政策也发生了非常大的变化, 由原来鼓吹国际自由贸易转为实施贸易保护主义, 各种单边贸易保护措施由此纷纷出台。甚至不大常用的 232 调查也被推向前台。美国 232 调查是当下美国政府奉行的有原则的现实主义思想的产物, 是现实主义国家安全观在保护国防工业安全、经济安全以及配合外交政策等方面的体现。

关键词: 美国外贸法、232 调查、现实主义、国家安全

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^[1]和铝产品^[2]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^[3]; 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^[4]。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

***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

作者简介:

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, 法学硕士

作者联系: (310018) 浙江省杭州市下沙高教园区学源街 18 号浙江财经大学法学院;

Email: zhangjian609@126.com; 手机 (微信): 13588405903

[1] 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>

[2] 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>

[3] Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Steel into the United States

<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states/>

[4] Presidential Proclamation Adjusting Imports of Aluminum into the United States

<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states-4/>

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^[5]。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^[6]。

表面上看美国 232 调查只是一项国内法律制度，但它实质上是美国实施其特定宏观国际贸易政策的微观法律工具或重要手段。并且，与其他贸易政策工具一样，232 调查也有一定的理论基础为依托。该项制度的理论基础是当下美国较为流行的“有原则的现实主义”

一、有原则的现实主义

早在 2017 年，特朗普总统在其《国家安全战略报告》中就阐述了其“美国优先”政策，并明确指出该政策的理论基础是“有原则的现实主义”^[7]。

（一）现实主义理论探源

现实主义 (realism) 是国际关系研究中最复杂和影响最大的一个范式^[8]。二十世纪三十年代，自从现实主义在与理想主义展开激烈斗争中取得最终胜利后，从此奠定了现实主义理论在国际关系研究中的支配地位。现实主义并不是一个单一的理论体系，而是由不同分支构成的一个集合体，各分支也都可以自成体系。在现实主义的发展过程中，先后出现过古典现实主义 (classical realism)、新现实主义 (neorealism)、新古典现实主义 (neoclassical realism)、攻势现实主义 (offensive realism) 和守势现实主义 (defensive realism) 等。这些分支，既然都带有现实主义字眼，其中必定包含某些共同的核心价值，即现实主义的内核，也是各分支所承认和坚持的东西。当然，不同的分支名称也展现了它们之间的差别，并且各分支都有自己的研究重点。实际上，在现实主义发展的不同阶段，每个分支和流派都有相当大的理论差异和重要论点。

1、古典现实主义

现实主义理论的思想根源最早可追溯到两千多年前的古希腊时期。希腊历史学家修昔底德曾在他的《伯罗奔尼撒战争的历史》一书中，提出过被后世称之为“现实主义原则”的思想。修昔底德在其书中，以斯巴达和雅典之间的战争为例，详细阐述“均势”(balance of power) 这一原则。他认为，雅典国家权力的逐步增强引起了斯巴达的恐惧，进而导致了两国之间的

[5] 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>

[6] 2018 年 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/jyj1/1/201803/20180302721324.shtml>

[7] The White House. President of the United States: National Security Strategy of the United States of America. 2017-12-01. 参见：<http://nssarchive.us/wp-content/uploads/2017/12/2017.pdf>.

[8] 李少军.国际政治学概论[M].上海:上海人民出版社, 2014:45.

战争。由于斯巴达非常担心雅典的军事和经济发展，因此相信雅典的力量将会动摇两国之间的力量平衡，并威胁斯巴达的军事地位。反之，基于对斯巴达军事装备的恐惧，雅典也已开始增强其军事实力^[9]。修昔底德的论述，为今后现实主义学者研究国际关系提供了一个经典案例。

古典现实主义的代表人物主要有修昔底德、马基雅维利、卡尔和摩根索。修昔底德提出了最早的古代理性论证，即成为现实主义的源头；马基雅维利的论述奠定了现实主义的一些基本原则，例如军事力量的重要性，他认为，“任何一个君主国，如果没有自己的军队是极其不稳定的。”卡尔是将国际关系研究的中心从理想主义转向为现实主义的关键人物。他在其著作《二十年危机》中批评理想主义是一种脱离现实、无视历史教训和过度夸大选择自由的理论，进而他提出了一种关于国际关系比较现实的观点^[10]；最后就是古典现实主义的集大成者——摩根索，经过他的阐述和论证，现实主义已成为一种成熟的理论。摩根索的现实主义理论前提是国际关系的无政府状态。他认为国家是一个理性的行为者，国际社会是由主权国家组成的。因此，在国际社会中，国家对权力的追求是行为决策的目标。国家推翻还是维持现状，都是对权力的追求，国家之间的利益冲突和权力不平衡使国家之间的战争不可避免^[11]。

2、新现实主义

新现实主义与古典现实主义有诸多相同的假定，但对古典现实主义又进行了多次重要修正，该分支最主要的代表人物是华尔兹。1979年，华尔兹在他的《国际政治理论》一书的序言中清楚地阐明了新现实主义与古典现实主义之间的区别。他说：“新现实主义，也称为结构现实主义，保留了古典现实主义中政治权利的内容，但对因果关系、手段和目的的研究有所不同^[12]。”

新现实主义对古典现实主义的重要修正之一是，权力不再被视为目标，而是一种使用手段。新现实主义认为国家权力的过大过小都会遭致危险，国家力量软弱会遭致攻击；力量过于强大，别国不敢轻易发起进攻，但是可能会刺激他国增强军事力量，进行军事联合再来攻击。因此，新现实主义认为国家最关心的是安全而不是权力，精明的政客将权力作为手段，

[9] [希]修昔底德.伯罗奔尼撒战争史:上册[M].谢德风,译.北京:商务印书馆,1985:87.

[10] Carr E H.The Twenty Years' Crisis:1919-1939[M].New York:Harper Perennial,1964. P.77.

[11] [美]詹姆斯·多尔蒂,[美]小罗伯特·普法尔茨格拉夫著;阎学通,陈寒溪等译.争论中的国际关系理论[M].北京:世界知识出版社,2003:81-86.

[12] [美]肯尼思·华尔兹著,信强译.国际政治理论[M].上海:上海人民出版社,2003:7.

并试图赋予其国家适度的权力^[13]。

另一项重要修正是对因果关系的重新考量。华尔兹指出，古典现实主义之间的因果关系是单向的，即从相互影响的国家和个人中寻找原因，并从两者的后果中寻找原因，但是新现实主义重新评估了这一点，认为国际政治的规律应是双向的，而非单向的从相互影响的单位到其产生的后果。虽然某些国际后果存在相互影响的单位层次，但还有一些国际后果存在不同的层次，因此在研究方向上，新现实主义既注重单位层次，又重视结构层次^[14]。

3、二十世纪九十年代以来现实主义的新发展

现实主义发展到二十世纪九十年代，已出现了很多新分支。其中，值得一提的就是新古典现实主义、攻势现实主义和守势现实主义。关于这三者之间的关系，学术界没有一个统一清晰的认识。有人认为，攻势现实主义和守势现实主义是一个对应的概念；还有人把攻/守势现实主义作为是新古典现实主义的两个分支。为何会出现如此混乱的局面，那是因为这三种理论大多是你中有我，我中有你地穿插着，并没有一个清晰明确的界限。

新古典现实主义是相对于新现实主义的，研究重点是国际关系的结构。新古典现实主义认为，国家外交政策的野心和范围主要取决于其在国际社会中的地位，特别是国家的相对权力。这种相对的国家权力是建立主权国家进行外交的基础，就像古典现实主义所表达的那样，“一个强大的国家按照自己的意愿行事，而一个脆弱的国家则遭受苦难”^[15]。

攻势现实主义的假设前提也是国际社会的无政府状态，在这种状态下，安全匮乏是国家进行扩张的主要动力。由于国家不可避免地会遭受其他国家的进攻和侵略，因此它必须通过扩大机会主义和单向外交来增强其军事实力，并提高其国际地位，并且相信只有一个强大的国家才有最大的生存机会^[16]。

与攻势现实主义的悲观相比，守势现实主义对国际政治较为乐观。尽管守势现实主义也承认安全困境是不可避免的且难以应对，但他们并不认为这将不可避免地导致战争和激烈的竞争。守势现实主义认为，在追求安全的过程中，国家通常采取相对温和的态度，国际社会中的强国将采取相对克制的军事、外交和经济政策。面对现实的危险，守势现实主义认为，国家将采取“相对平衡”的方法来威慑威胁，从而消除实际冲突。

简而言之，现实主义作为国际关系的一个范式，有其明显的优缺点。尽管它是基于实践

[13] [美]肯尼思·华尔兹，信强译.国际政治理论[M].上海:上海人民出版社,2008:120.

[14] Hans Mouritzen, “Kenneth Waltz” in Iver Neumann & Ole Waver, ed. *The Future of International Relations*(London: Routledge, 1997), pp. 66-89.

[15] 李少军.国际政治学概论[M].上海:上海人民出版社, 2014:55.

[16] [美]约翰·米尔斯海默（John J. Mearsheimer）著. 大国政治的悲剧[M]. 上海：上海人民出版社, 2015:89.

的，但它提供了一系列直接而清晰的原则，并且某些历史原则对国际关系的描述也已被历史实践发展所证实。但是，过分强调冲突却忽视了国际体系在促进国际合作中的作用，致使现实主义在国际组织的发展过程中，会起到一定阻碍消极影响。

（二）现实主义理论下的国家安全

国家安全问题一直是现实主义理论关注的核心焦点^[17]。虽然，在各流派中存有些许内涵差异，但是它们都承认和坚持一些共同的安全论断。由于国际社会的无政府状态，自助是实现国家安全的唯一方式，即国家必须不断扩大自身的军事力量，以求得在与别国竞争中的优势地位，但是每一个国家的自助行为将会使国家陷入无止境的安全困境中^[18]。因此，国家从诞生起就一直处于危险中，只有加强自身力量，才能在国际社会中取得最好的生存机会，才能使国家的根本利益得到最大的保障。基于此，现实主义认为，国家的根本利益就是国家安全利益，权力是实现国家安全的唯一重要途径，政治家制定的外交政策目标应是扩大权力、维持权力以及发挥权力优势^[19]。

总之，现实主义各流派都把国家安全问题作为研究导向，把如何处理权力和安全的矛盾关系作为理论研究的重心。现实主义理论下的安全观主要有：

1、国家在国际事务中是主要行为者

现实主义强调国家（城邦、帝国或民族国家）是在国际事务中的主要成员，并没有比这些主权政治单位更具有权威的政治单位了。现实主义对国际事务的阐述是对国际事务的性质作出了几个基本假设为前提的，现实主义假设国际体系是混乱无秩序的，所以在进行这种解释时，把国家（在没有更高一级的权威机构的情况下）作为国际事务的重要行为者。但是，现实主义并不否认像跨国公司、国际机构和非机构组织等非国家行为者在国际事务中起到的重要作用。

2、国家利益是国家行动的根本准则

现实主义认为，国家根据自身的利益采取行动。摩根索曾指出，“国家对国际法的遵守不是建立在公共道德或义务的基础上，而是这种遵守有利于实现国家利益。因此，当国家出于自身利益驱动并需要违反国际法时，国家也会毫不犹豫地违反国际法。”凯南也同意这种极为自私的国家安全观，他认为美国没有保护其他国家的义务，承担起保卫其他国家责任

[17] [美]彼得·卡赞斯坦.文化规范与国家安全[M].李晓华译,北京:新华出版社,2002:27.

[18] [美]罗伯特·吉尔平.全球政治经济学——解读国际经济秩序[M].杨宇光、杨炯译,上海:上海人民出版社,2005:145.

[19] [美]詹姆斯·多尔蒂,小罗伯特·普法尔茨格拉夫.争端中的国际关系理论(第五版)[M].阎学通等译,北京:世界知识出版社,2003:83.

的假设常常使美国承受不必要的压力。在制定对外贸易政策方面，他反对理想主义者提出的“自由、民主和人权”口号。他认为国家需对“利益与成本”进行权衡，只有在利益最大化成本最小化的情况下才值得干涉，而不是优先考量维护国际道德是否需要本国贡献^[20]。为了实现最大的国家利益，现实主义者认为，可尽量减少对国际组织和国际法的遵从。

3、安全是国家的首要动机和目标

现实主义者认为，国家对安全的关注是保护本国的安全。现实主义大师华尔兹认为，“在自助式的国际体系中，国家必须不断防止实际或潜在的因素威胁其政治和经济。”对安全的关注意味着权力，国家必须注意权力关系的变化以及在国际均势中预测国家利益变化的后果。在冷战期间，该国最关心的国家利益是军事安全和政治独立。但是，随着冷战的结束，到二十世纪八十年代，市场力量正在取代国家权力，即军事政治权力而成为维护国家安全的重要手段。经济问题变得更加重要，西方学者开始把提升人民的生活保障和经济福利纳入国家安全的范围，并成为国家的核心价值和最基本的外交政策目标。从那时起，现实主义者就将经济安全视为实现国家安全的重要手段之一。

4、提升国家的软权力

新现实主义者在对古典现实主义理论的修正中指出，增强一国的权力，既要注重有形资源也要重视无形资源。新现实主义代表约瑟夫·奈认为，“在以信息为基础的经济发展和跨国合作的时代，通过对战术上的诱惑或威胁通常比不上一国思想的吸引力来得奏效。”^[21]根据奈的阐述，软权力是硬权力的对称，是一种吸引力或诱惑力，而不是一种强制性力量。这是国家倡导和建立国际体制安排的能力体现，是新现实主义所阐述的一种新的权力形式。如果一国的文化和思想意识能引起别国的推崇和学习，那么该国的国家安全将得到更大的保障。这种追求安全手段的非军事性质可以更好地反映冷战后国家安全形势发展的新需求。

简言之，从国际关系理论的角度出发，现实主义将权力作为主权国家的永恒追求，认为在一个无政府的国际体系中，国家对权力的追求是永恒的，并且大国之间的竞争也是永恒的。国家选择军事作为对外政策是一项永不过时的举措。国家拥有合法主权，但因国家实力的不同而产生强弱国的差别，军事实力又是国家进行外交的基础。关注国内问题是国家最大的道德义务，但国际社会出现的道德问题，并非是国家优先关注的对象。国家依据自身的社会政治性质、属性和意识形态后，对国家利益进行充分界定，继而影响国家作出行动。在高度

^[20] [美]肯尼思·汤普森.国际思想大师——20世纪主要理论家和世界危机[M].耿协峰译,北京:北京大学出版社,2003:175.

^[21]王柏松.国际关系现实主义范式安全理念研究[J].山东理工大学学报(社会科学版),2017(01):29-34.

一体化的全球经济中,各国继续依仗自己的权力来实施指导经济力量符合其国家和公民利益的政策,国际均势的变化又会使国家重新调整并确定它们的国家利益和外交政策。

(三)“美国优先”政策与有原则的现实主义

2017年,特朗普总统发布了首份《国家安全战略报告》,详细介绍了特朗普政府应如何在美国国内和国际社会实施“美国优先”政策^[22]。通过这份具有特朗普主义烙印的战略报告,我们可以清楚地看到特朗普政府对国家安全战略指导思想的转变,不再追求自冷战结束以来美国总统所追求的威尔逊式的自由国际主义。事实上,特朗普质疑美国持续了长达七十年之久的自由国际主义。特朗普认为,“创造一个自由、民主、经济开放的国际世界不是美国的事情,与美国的国家利益无关。美国所主张的安全、民主和繁荣应从美国人民出发,而非世界人民。”此外,他还强调“美国优先”政策是为美国人民打造的生活方式,将美国利益放在第一位,是本届政府的首要职责和美国领导世界的基石^[23]。”同时,特朗普在其报告中明确指出,该国家安全战略报告是一份原则性强的现实主义战略报告,权力在国际政治中起着关键作用。有原则的现实主义(principled realism),无非就是现实主义在当代的翻版。

首先,是安全方面。尽管历届美国政府都将安全视为美国的最高国家利益,但每个政府对安全的理解都不尽相同。特朗普政府对美国安全的涵义仅限于美国人,美国家庭和美国人的生活方式,不包括贸易伙伴和盟友,并反对为国际社会提供安全保护。这与奥巴马政府对安全的理解不一致。奥巴马政府主张美国对国际社会负有独特责任,强调安全包括美国本身、美国公民、盟国和贸易伙伴^[24]。

其次,促进美国经济繁荣。促进美国经济繁荣是特朗普安全战略报告的核心,也清楚地显示了特朗普政府“经济安全等同于国家安全”的政治考量^[25]。特朗普政府认为,重建美国的经济实力有利于实现美国的国家安全,促进世界的和平与繁荣。强大的经济是美国力量的来源,它可以促进维持美国拥有世界上最强大的军事实力,进而保护美国的国家安全。特朗普认为,近年来的大多数美国公司、工厂和工作岗位已转移到国外,导致美国经济实力下降,美国人民对美国经济发展模式失去了信心。因此,特朗普政府表示为了美国工人和公司的利益,必须振兴美国经济。首先,就要重振美国的制造业,创造更多的就业岗位;其次,美国

[22] 杨卫东. 2017年美国国家安全战略报告评析[J]. 中国战略, 2018(06):80-87.

[23] The White House. National Security Strategy of the United States of American, December 2017.

<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>.

[24] The White House. National Security Strategy of the United States of American, February 2015. https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2015_national_security_strategy_2.pdf

[25] 彭岳. 中美贸易战中的安全问题[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2019(01):154-167.

必须保持其在研究和技术上的领先地位,使其免遭竞争对手的不公平贸易而获取美国知识产权,以来损害美国的经济的发展。

第三,以美国实力促世界和平。特朗普拥护现实主义理论,并认为维持军事实力的绝对优势是国家安全的核心内容,而权力竞争绝不会过时。与此同时,特朗普政府将中国和俄罗斯定义为“修正主义国家”。因为特朗普认为,中俄对美国的实力和利益发起了挑战,企图削弱美国的安全与繁荣;中俄打算通过削弱经济自由和公平,扩大军事力量以及控制信息和数据来压制美国并扩大他们的国际影响力;中俄建立的世界与美国的利益和价值观背道而驰,这让美国陷入了巨大的威胁恐慌之中,尤其是中国经济发展的巨大规模,现行实施的经济政策和产业政策,给WTO体系带来了前所未有的威胁。因此特朗普政府认为提升美国的实力,有助于维护世界安全^[26]。

最后,提升美国的影响力。特朗普政府认为,创造一个支持美国并体现美国价值观的世界将使美国更安全、更繁荣。因此,美国要在多边竞争中并发挥领导作用,以保护美国的利益和原则,以及在促进私营部门主导的经济增长中发挥催化作用,并帮助有抱负的合作伙伴成为美国未来贸易与安全合作的伙伴。

可见,特朗普的国家安全战略与现实主义的国家安全观高度契合,将其作为“美国优先”政策的理论基础,可谓是“适得其所”^[27]。并且,将经济安全纳入美国的国家安全范围,又与下文所要论述的232调查的国家安全考量相吻合,这就不难理解美国以国内贸易法232条款为依据,对全球发起钢铝“国家安全”调查了,以望实现美国行政当局施行的“美国优先”政策。

二、作为有原则的现实主义工具的美国232调查制度

1962年《贸易扩张法》第232条授予美国总统极大的行政自由裁量权,且几乎没有任何限制,总统可以保障国家安全为由对进口作出调整。总统的这一特权正是现实主义国家安全观在美国国际贸易制度中的体现。根据新自由主义理论的观点,认为在某些情况下,特定产品的进口会对进口国特定产业,甚至是国家经济带来损害,可能达到威胁国家经济安全或特定产业(国防产品)生产能力。^[28]因此,出于平衡国内外利益,赋予总统行政特权,能够就其作出是否威胁国家安全的判断有其合理性。现实主义理论认为,国家作为国际体系中

[26] The White House. National Security Strategy of the United States of American, December 2017,p25.

[27] 彭岳.中美贸易战中的安全问题[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2019(01):154-167.

[28] [美]罗伯特·吉尔平.全球政治经济学——解读国际经济秩序[M].杨宇光、杨炯译,上海:上海人民出版社,2005:344.

的主要角色，在维护国家安全利益方面具有很大的国家权力，赋予总统巨大的行政权力有利于实现政治家的外交政策目标^[29]。

根据所美国政府采取 232 调查的历史实践来看，该外贸制度主要在以下三个方面体现了其作为实现有条件的现实主义的工具。

（一）国防工业安全考量

总统担忧进口竞争将美国公司赶出军事装备的研发和制造领域，并且在已确定国防工业基地就数量和质量上受到最严重侵蚀，因而将 232 调查作为防止进一步侵蚀，甚至扭转这一趋势的重要手段。与此同时，美国的国防工业基地一向被美国视为与国家安全利益息息相关的军事重点。美国国防工业基地被定义为“一个国家的经济部门，可以被要求生产商品、服务和技术，以供国家武装部队最终消费^[30]。”一位美国国防高级官员曾简洁评价过国防工业基地的重要性，“毫无疑问，一个强大、健壮的工业基地对我们的国家安全至关重要，美国工业基地服务能对外来侵略起到威慑作用，即使威慑失败，也能提供作战材料从而赢得战争”^[31]。这种国家安全利益在二十世纪七八十年代的石油危机中比较明显。

二战结束后，全球石油价格常年保持低价，美国借助这一时期的低价石油，迅速发展国内的工业，使美国成为名副其实的超级大国。但在国内工业迅速发展的同时，美国也逐渐形成了对石油尤其是进口石油的极大依赖性。但是直至第一次石油危机的爆发，使美国不得不及时调整国内和国际石油政策，以应对危机对美国经济造成的危害。

1973 年 10 月，埃及和叙利亚决定军事联合，向西奈半岛和戈兰高地发起进攻行动，这两块领地在第三次中东战争中被以色列占据。从那以后，第四次中东战争爆发了。在这场战争中，阿拉伯石油国家充分利用了石油武器，采取了提价，禁运，减产和石油国有化的形式，并严重攻击了支持以色列参加战争的国家，借此机会抓住了石油价格的主动权。第一次石油危机的爆发，致使美国经济大幅下滑，大量工人失业、学校和办公场所关闭^[32]。在这次危机中，美国政府认识到，过度依赖进口石油将威胁或损害整个国家的安全，进而指示商务部依据 232 条款对进口石油展开调查，并得出了威胁国家安全的肯定性结论。美国总统随即宣布调整石油的进口政策，包括暂停实施石油关税，对进口商采取从现有配额制度过渡到可调整

^[29] [美]鲁尔克著；白云真，雷建锋译. 世界舞台上的政治 插图第 12 版[M]. 北京：世界图书北京出版公司, 2012.12. p.25.

^[30] Craig Anderson Lewis. Waiting for the Big One: Principle, Policy, and the Restriction of Imports under Section 232[J]. Law & Pol'y Int'l Bus. 1991: 357-480.

^[31] Hearings on S. 1174 Before the Sen. Comm. on Armed Services, 100th Cong., 1st Sess. 3307, 3317 (1987).

^[32] 李小地. 70 年代石油危机后美国的石油消费政策及其实施效果[J]. 国际石油经济, 2006(11):28-31.

的许可费制度^[33]。

1978年12月，伊朗发生了严重的政治内乱。作为海湾地区第二大石油出口国，内乱直接导致伊朗停止出口石油，致使国际石油市场每天减少石油供应约550万桶^[34]。两年后，就在伊朗的政治局势日趋好转之时，伊朗与伊拉克之间爆发了八年的两伊战争。短期来看，国际石油市场的石油供应再次减少，石油价格迅速上涨，引发了第二次石油危机。当时，卡特总统对进口石油进行了第二次232调查，以缓解石油供应危机。肯定性的威胁结论再次促使总统调整石油政策，采取能源转换，禁止伊朗进口石油和国内紧急生产等救济措施^[35]。

以两次石油危机为例，表明当时的美国政府认为石油安全与国家安全联系密切，基于本国的石油安全政策考量出发，有效利用232调查对进口作出调整，起到了维护国家安全的作用。

（二）经济安全考量

美国政府认为，如果某一进口产品的突然中断和减少，会对美国的国家经济造成负面影响，就可以推断国家对这一进口产品构成依赖，且出于经济安全的考量，美国总统可以采取限制进口的措施，以降低美国经济的脆弱性。实际上，根据232条款的早期立法史就可以看出，起草者将在解决原材料进口依赖性方面采取行动，而不是在成品、零部件和研究领域采取^[36]。由于232条款对“国家安全”定义规定的兜底性，致使它超越了进口与军事能力之间的直接关系，而转向了在价格稳定、人均收入和就业等方面以经济安全为导向的利益。早在1958年《贸易协定延期法》中就规定，“失业、政府收入下降或过度进口导致的技能和投资损失对国家的经济安全构成了‘固有’危险^[37]。”该法案要求总统承认美国的国家安全与国内经济福利密切相关，以及总统必须考虑到“过度进口削弱总体经济”对国家安全的影响。可见，这种带有经济性质的安全条款被立法者纳入232条款的“国家安全”考量范围内。

在20世纪80年代，美国总统曾依据232条款的授权对美国机床行业作出过调整进口机床的政策^[38]。当时，由于日本等国机床的大量进口，致使美国的机床行业遭遇巨大的竞争

[33]石冬明.美国能源管理体制改革的启示——基于1973年石油危机后的视角[J].改革与战略,2017,33(01):150-157.

[34]王能全.石油与当代国际经济政治[M].北京:时事出版社,1993:96.

[35]Kash D.Rycroft.U.S. Energy Policy:Crisis and Complacency[J].Norman:University of Oklahoma Press,1984:45-51.

[36]See, e.g., S. Rep. No. 232, 84th Cong., 1st Sess. 1, 4, reprinted in 1955 U.S. Code Cong. & Admin. News 2071, 2103-04.

[37]Rep. No. 1838, 85th Cong., 2d Sess. 3, reprinted in 1958 U.S. Code Cong. & Admin. News 3609, 3614.

[38]David D. Knoll.Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962: Industrial Fasteners, Machine Tools and Beyond[J]. Md. J. Int'l. L. & Trade,1986:55-88.

压力。于是在 1983 年，美国机床行业协会就依据 232 条款规定的申请调查，向美国政府施加调查的压力。美国总统考虑到国内机床行业的发展困境以及行业协会带来的政治压力，最终于 1986 年决定对进口机床作出两项调整：（1）与主要外国供应商寻求自愿限制协议；（2）支持商务部和国防部制定的国内产业行动计划，以帮助复兴机床工业^[39]。并且在机床行业调查事件之后，美国政府又把与国家安全联系不怎么密切的普通产业纳入进国防工业基地的类型中。以 1987 年国会听证会上的一位部长发言为例，该部长指出“从原材料到主要承包商设计和组装的成品武器系统，所有生产环节的工业都将包括在内。”这表明国防工业基地将包括“国民经济的所有工业活动…对国防至关重要”，包括：在紧急情况下可转为国防生产的国防主要承包商和民用终端产品制造商；锻件、铸件、滚珠轴承、机床和半导体等次级工业；钢铁、石油、金属、陶瓷和复合纤维等基础工业；以及原材料、能源、资本、技术、熟练人力和管理等基本资源投入^[40]。

尽管我们很难将行业协会与国家安全联系起来，将诸如机床之类的普通行业与国家安全联系起来也很显牵强，但是美国却因机床行业事件，促使改变了整个国防工业基地的产业范围，将把与国防联系不密切的普通产业也统统放置在国防工业内，从而改变了 232 调查所欲保护的安全类型，实现了将国内产业安全（经济安全）等同于国家安全的政策目的。

（三）配合美国外交政策

历史上，美国总统曾将 232 调查作为外交政策上的一种惩罚性手段，对他国实施经济制裁，实现政治目的。虽然出于外交政策的考量，该条款被援引的次数不多，但是对于那些一旦被确定威胁美国利益的国家，总统就会依据 232 条款实施经济制裁。

1979 年，伊朗境内爆发伊斯兰革命，致使美国驻伊朗大使馆被占领，五十二名美国外交官作为人质被扣押，即“德黑兰人质事件”。之后，美伊外交关系急剧恶化。该年的 11 月，美国卡特总统便利用 232 条款，对从伊朗进口石油实施禁运，以报复伊朗扣押美国人质的行为^[41]。三年之后，第 232 条亦被用于相同目的。1982 年，利比亚与美国在锡尔特湾发生交战，里根总统就根据 232 条款，对利比亚进口的原油实施禁运^[42]。这两起原油贸易禁运

^[39] U.S. President (R. Reagan), “Statement on the Machine Tool Industry,” May 20, 1986.

^[40] Armed Services Hearings on S. 1174 Before the Sen. Comm. on Armed Services, 100th Cong., 1st Sess. 3307, 3317 (1987).例如，在国会听证会上，参议院军事委员会委员艾伦·J·迪克森(Alan J.Dixon)表示，美国的国防工业基地已经“危险地依赖”外国零部件，并列举了美国在半导体、滚珠轴承和 M-1 坦克上对外国零部件的依赖。

^[41] Robert M. McGreevey.The Iranian Crisis and U.S. Law[J]. Northwestern Journal of International Law & Business,1980:384-454.

^[42] Carter, at 1201, n.157.里根总统于 1982 年对利比亚实施的石油禁运似乎是第 232 条的唯一用途,主要用于实现更广泛的外交政策目的.

的实施，并非出于进口石油威胁到了美国的国家安全，而是美国政府将 232 调查作为实施短期性的政治报复工具。尽管在第 232 条的历史上发生过这种使用目的的先例，但 232 条款的起草者并未打算将该条款用于短期的政治报复目的。通过研究 232 条款的立法演变可以发现，第 232 条的内容是关于国家安全威胁，这些威胁是由特定商品或其衍生物的进口直接或间接所造成的。否则，第 232 条（d）款中的考虑清单在制裁背景下似乎显得毫无意义^[43]。

此外，鉴于总统在《国际紧急经济权力法》下的授权，使用 232 调查作为实施经济制裁的行为似乎显得多余^[44]。1977 年通过的《国际紧急经济权力法》，授予总统在正式宣布国家进入“紧急状态”时拥有全权处理出口、进口和私人金融交易的权利^[45]。因此，为了达到一定外交政策目的，将进口限制作为一种经济制裁形式的权力似乎属于紧急权利法案，而不是第 232 条。也许是为了承认这一事实，在对伊朗实施石油禁运仅仅两天后，卡特总统正式宣布国家进入紧急状态，并调用了他的紧急权力^[46]。因此，虽然援引第 232 条作为实施国际经济制裁的先例，但这种行动背后的法律依据值得怀疑，特别是考虑到总统在紧急权利法案下赋予的紧急授权。

历史上美国商务部发起的 232 调查数量有限，美国总统更是对其运用极其谨慎，往往采取备而不用策略。只是现在，随着现任美国总统从自由主义向现实主义的安全战略思想转变，特朗普很快就相中了 232 条款中的模糊性“国家安全”定义，将其作为实施对外经济压迫和制裁的新型武器。当前，美国商务部除了向全球钢铝发起 232 调查外，2018 年还对进口汽车和铀矿产品发起 232 调查。尽管 21 世纪的国家安全已经远远超出了国防要求，并且每个国家都有定义和维护其国家安全的权力。但美国的上述种种迹象，实在很难将 232 调查与维护国家安全相挂钩。可见，特朗普政府出于当前施行的“美国优先”政策考量，保护国内制造产业，振兴美国经济，希望通过经济压迫寻求贸易利益的平衡。

三、结语

特朗普政府的国家安全战略与现实主义的国家安全观高度契合，将其作为“美国优先”政策的理论基础。也为美国在国际经贸领域推行单边保护主义提供了战略指引。232 调查是美国实施单边贸易保护的诸多工具中的一种，是为美国政府实现有原则的现实主义国家战略思想服务。这就不难理解美国以国内贸易法 232 条款为依据，对全球发起钢铝“国家安全”

^[43] 19U.S.C. §1862(d).

^[44] International Emergency Economic Powers Act of 1977, Pub. L. No. 95-223, 91 Stat. 1626 (1977) (codified at 50 U.S.C. § 1701 (1988)).

^[45] International Emergency Economic Powers Act of 1977. §§ 1701-1702.

^[46] Walsh, Goshko. The Freeze: U.S. Blocks Iran's Assets—Heads Off Debate at the U.N. Wash [J]. Post, 1979:24-55.

调查了，其最终目的还是出于保护美国国防工业安全，经济安全的考虑，并以此配合美国的霸权主义的外交政策。

论国际法发展中的系统论思维

宋阳

一、问题的提出：

2020年的国际形势可谓风云变幻，对此习近平总书记做出了精准和果断的判断，他指出：“当今世界正在经历百年未有之大变局，新冠肺炎疫情全球大流行使这个大变局加速演进，经济全球化遭遇逆流，保护主义、单边主义上升，世界经济低迷，国际贸易和投资大幅萎缩，国际经济、科技、文化、安全、政治等格局都在发生深刻调整，世界进入动荡变革期。”在此背景下，国际法也势必随之进行相应的调整才能更好地对国际形势的发展做出更好的理解性解读和具有先见性的预测。在笔者看来，国际法作为一种法律体系必须深深植根于国际社会的具体实践与客观需求，才能发挥其生命力与功效。

二、传统威斯特伐利亚国际法理论之系统化思维不足

从整体来看目前的国际法理论体系仍然建构于传统的威斯特伐利亚国际法体系。该体系的根本特点在于其核心理念植根于一种“均势”、“隔离”与“共存”的价值体系。这种法律体系构建范式的逻辑前提便是主权者之间的弱肉强食的基本态势与利益冲突的潜在趋势。因此，国家间相互博弈的结果就是将彼此分离开来从而形成一种“割据状态”来确保主权国家之间不至于发生激烈的冲突。

二战结束以来，随着人类社会文明程度的不断提高，各国虽在国际经贸等领域开展了“共进式”的合作以谋求国际社会公共福利的增长。^①有学者将这种趋势归结为国家对于国际法发展的一种“宪政洞察”的结果。^②强调国家会将人权等所谓“普世价值”作为一种道德承诺固化于法律制度之上，并通过国际司法审查来保障这种合作。对此有持不同意见的学者认为这种学说将国际法构建于不切实际的幻想之上，严重缺乏国际法实践的支撑。^③

我国学者陈安对于国际法的发展持一种“斗争学说”的立场，这种观点在我国学界颇具代表性。在他看来国际法发展的精髓在于世界上的“南北斗争”，认为南北国家之间的合作与妥协也只是他们之间相互斗争的结果之一。^④对此也有学者提出反驳认为这种非此即彼

^① Wolfgang Friedman, *the changing structure of international law*, Columbia University Press, 1978, pp.102-112.

^② Ernst Petersmann, *How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society*, 20 *Michigan Journal of International Law*, (1998).

^③ Li Tao, Jiang zuoli, *Human Rights, Justice, and Courts in IEL: A Critical Examination of Petermann's Constitutionalization Theory*, 21 *Journal of International Economic Law*, (2018).

^④ 陈安、谷婀娜：“南北矛盾视角”应当被“摒弃”吗？——聚焦“中一加 2012 BIT”，《现代法学》2013年第2期，第146-147页。

的主权观念已然过时而且也并不符合国家的长远利益。^①

上述两种观点虽然看似方向相反，但事实上的归结点却是一致的。这两种学说都将国际法视为主权者的行为规则。两者之间的些许差别不过是前者认为国家之间应该建立更为紧密的联系与合作。而后者则只是强调国家以及国家集团之间的利益分配博弈而已。在笔者看来，现有威斯特伐利亚国际法体系的最大缺陷并不在于其价值取向或规则设定上存在不足，而是这种法律体系所建立的基础便是植根于一种“国家主权中心主义”的立场之上。这种立场的出发点便是国际法是“国家间”的法律，因此在规则体系构建的过程中会将作为主权者的国家作为国际法协调的唯一对象，制度规则的基石也是建立在如何协调作为主权者国家的利益这个基本目的之上的。这种法律运行模式必然导致以下三大弊端：

第一，从法律产生效用的范围上来看，现有以国家主权为制度基石的规则体系无法有效协调全球治理中不同层面、不同层级的行为者的行为，极易导致国际法规则无法从源头上解决实际问题。长期以来国际法将调整的主体对象局限于国家和政府间国际组织这种权力所有者和权力派生者，忽略了个人、非政府组织等的主体地位。虽然早有学者洞察到对于个人地位的国际法地位估计不足是不利于国际法作为一种制度体系存在与发展，但学者也不大敢于冲破理论藩篱，而只是遮遮掩掩地强调在价值上国际法应给予个人更多的关注，但却从来不敢承认个人以及企业、财团等私人性质的组织可以也应当享有国际法上的权利承担国际法上的义务。^②这就严重地将这种国际法作为一个法律体系所能发挥的作用限制在一个过于“狭窄”的范围之内，不但会在实质上矮化国际法的法律地位，还会导致国际法在全球复杂治理的过程中的实际功效作用大为缩水。例如美国著名卫生法学者劳伦斯·葛斯汀教授在论述国际公共卫生治理中的国际法作用时，就将国际法对于现有卫生国际秩序的贡献描绘为一种“失败”（failure），他一针见血地指出：“传统国际法制度过度强调主权国家在国际事务中的地位和作用，这就导致在处理全球健康这种复杂的公共事业问题时，无法有效构建起多元的监管治理体系。在主权者面前，任何全球公共卫生的需要都必须经过国家这个主权者的自愿接受方可产生约束力。而且国际法规则只能在很低的层次约束国家，对于跨国企业、非政府组织以及各种具有影响力的基金会都缺乏相应的约束力，这就导致国际法在全球卫生健康治理层面既缺乏激励措施又缺乏问责和制裁的手段。”^③

第二，从制度规则的价值取向上来看现有以国家主权为基石的国际法体系所追求与锚定的价值取向特别容易“极端化”、“政治化”、“标签化”。长久以来西方国家把持国际法的

^① 左海聪：《超越“国家利益”：对国家经济主权的反思与重塑》，《学术界》2013年第4期，第37-48页。

^② 曾令良：《现代国际法的人本化发展趋势》，《中国社会科学》2007年第1期，第89-103页。

^③ Lawrence O. Gostin, *Global Health Law*, Harvard University Press, 2014, pp.62-65.

话语权，自诩为“文明国家”并将其所认同的价值上升为国际法必须遵循的价值。以国际法最为重要的法律渊源体系为例，根据《国际法院规约》第38条第3项中，国际法认为“一般法律原则”系国家法重要之法律渊源。其中将“文明国家”作为这种法律渊源的承认前提。事实上，该条款在起草之初采用的是由比利时代表爱德华多·德康（Édouard Descamps）建议文本，该文本内容是：国际法院裁决应受制于“人类文明良知所应察觉之法律原则”。但是来自美国的代表伊莱休·鲁特（Elihu Root）却强烈反对该条文草案，认为该条款将为未来的国际常设法院的法律适用带来无穷无尽的麻烦，且将无限扩大法官的自由裁量权。最终常设法院采用了鲁特法官的意见，将国际法一般法律原则定义为文明国家所承认的法律为依据，只有文明国家普遍承认的原则才能被认定为国际法。诚然如此规定确实有防止国际法院的法官擅自造法以至于破坏国际法权威的积极意义。但现有一般法律原则的来源却事实上来源于鲁特母国美国法院的一项宪法裁决，这就导致美国法院成为了国家法院的原型，国际法院的运行被严重地“美国化”了。^①由此可见，以国家主权为代表的国际法思维范式容易让强国将本国的做法“国际化”从而产生了国际法的极化现象，最终使得国际法沦为了强国统治弱国，先发国家“污名化”后发国家的工具。^②一个明显的例证就是在本次新冠肺炎疫情的过程中，国际法成为了国家的政治化口号的工具。美国的一些政客打着中国隐瞒疫情应当对新冠肺炎的全球大流行负责的幌子，开始对中国污名化的宣传和滥诉。可以说，国际法在未来的建构和发展中如果不能对这种思维模式加以遏制势必导致该制度体系彻底走向失败。显然，国际法体系的未来发展显然应该突破传统的国家主权的政治极化思维，而采取一种系统化的思维来构建整个国际法理论体系。

第三，从法律制度的规则基础上来看，长久以来国际法被视为国家间的一种协议和妥协，而且将国际法与国内法视为两种完全不相关甚至对立的法律体系。此时就形成了这样一种悖论，一方面学者们不断强化国际法是普遍接受的法律规则，强调各国不能将其自身之国内法凌驾于国际法之上。另一方面学界又无法提出国际法具体且清晰的国际法规则体系，只能用公认的国际法原则、准则来证成自我立场的话语。这种二律背反的尴尬状况就导致硬实力和软实力较强的国家可以将自身的法律制度价值强加于别的国家，且弱势国家的对于国际法的吁求则会更为强烈，这将导致不同国家之间的国际法立场产生更强烈的对立，从而进入一种恶性循环。国际法若想摆脱这种恶性循环获得真正的普遍性和实际的有效性，就势必要加入更多的系统化、多元的思维模式。正如澳大利亚著名学者安西娅·罗伯茨博士所指出的

^① Marija Đorđeska, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922–2018)*, Brill, 2020, p.13.

^② 韩逸畴：《从欧洲中心主义到全球文明——国际法中“文明标准”概念的起源、流变与现代性反思》，《清华大学学报（哲社版）》2020年第5期，第1-10页。

那样：“国际法是不是法律这个问题经常被学界提及，但是国际法是不是国际的这个问题却很少被学界所重视，但是这两个问题是完全无法分割开来的。长久以来，美国鼓吹其民主制度的优势并向国际法体系输出这样的价值观。然而显而易见的是，随着今天国际形势的变迁，定义国际法律领域的主导模式也在随之产生深远的变化。如果国际法不再简单地由西方决定并输出到其他国家，它的内容和结构将会改变。此时国际法学人应该理解更广泛的不同国家的方法和利益，需要以一种更为多元的视角来理解国际法在不同国家间的样貌，而不应以一种‘真理的自我强化’来构建国际法的内在逻辑。”^①这种客观的需求无疑更加互换国际法的“系统化思维模式”。

总之，现有的国际法理论体系已经不足以支撑全球治理的新格局。所以说国际法若想作为一种科学且具有实际功效的法律体系势必要进行与时俱进的范式转换，系统化的思维模式以及系统化的制度建构已经成为一种必然的趋势和选项。

二、国际法主体系统论

长期以来，国际法的主体仅限于国家及其授权者的说法可以说是学界的通识。^②该学说的理论基础在于“国际法只能适用于国家之间”这一根本的思维范式。这一理论的用户者们坚信：“国家是任何社会制度演进的终点，因此如果国际法存在的话就只能适用于国家之间。换言之，除了国家以外国际法不能为其他主体设定权利和义务。”^③但是这种正统的实证主义理论明显有将复杂的国际社会法律现象简单化的弊端。比如国际组织并不是国家，但在国际法律关系中却承担了非常重要的角色。国际组织不但是各种国际条约的起草者、国际习惯的编纂者，同时还是各种决议、规则、指南、标准的制定者。^④而这些规范性文件都让国际组织成为国际法律关系中的重要一环。因此，国际法理论不得不对自己进行了“自我修正”以解释这种现象：将政府间的国际组织解释为派生性的国际法主体，并且借助国内公司法中的法人资格授权理论，将政府间国际组织解释为主权国家通过协议让渡主权给国际组织，从而使国际组织获得了一种被主权国家授权而产生的“法律人格”。^⑤又如在国际刑法领域，二战结束后对于纳粹德国、日本等国家在二战中所犯的战争罪行进行追究。但战胜国却发现能够承担刑事责任的只有个人，战争罪行的追究只能及于个人，但这些个人却是以国家的名义在

^① Anthea Roberts, *Is International Law International?*, Oxford University Press, 2017, pp.321-325.

^② 王铁崖主编：《国际法》法律出版社 2005 年版，第 105 页。曾令良主编：《国际法》高教出版社 2018 年版，第 86 页。梁淑英主编：《国际法》中国政法大学出版社 2011 年版，第 77 页。等等。

^③ Astrid Kjeldgaard-Pedersen, *The International Legal Personality of the Individual*, Oxford University Press, 2018, p.17.

^④ Terence C. Halliday and Susan Block-Lieb, *Global Lawmakers: International organizations in the crafting of world markets*, Cambridge University Press, 2017, pp.8-9.

^⑤ 王铁崖：《国际法引论》北京大学出版社 2000 年版，第 20 页。

实施相应的犯罪。因此，有学者又借用国内法中的公司组织权限划分的理论构建了个人的有限国际法主体地位。^①在笔者看来，这种对于国际法理论的不断修补努力，其削足适履的成分非常之大，不利于国际法学说体系的健康发展。所谓国际法主体这个概念，从根本上来说就是将国际法与国内法、国家行为与个人行为、国际行为与国内行为以一种“二元论”和“非此即彼”的思维定式对立起来的做法，已然严重不符合国际社会发展的现实状态。国际法从构建到思维都应该向更为复杂的系统化理论进行有效之转向，在国际社会的运行状态下，应该更加强调多元且体系化的国际法主体理论。

当然，体系化的国际法主体理论的构建是一个复杂且长期的过程，且同时必须强调这种理论的开放性。但本文提出，鉴于至少应该考虑如下因素：

第一，不应以形式的二分法来僵化“国际法主体”这个概念。这是因为在国际法形成的过程中，虽然国家及其政府在形式上仍然是国际法根本上的执行者与遵守者。但是从更为宏观的层面来看，从国际法规则的形成到国际法的实施过程中各种非国家实体自始至终都发挥着重要的作用。此外，在国际法规则形成的过程中，各种利益群体往往并不会直接以国家的名义直接设立法律规则，而往往通过游说、影响选举等方式影响国家的对外政策进而形成或改变现有的国际法规则。以美国为例，即便排除带有明显阴谋论的共济会控制下的“深层政府”（deep state），最为保守的学者也同意美国的跨国集团巨头以及高科技公司、金融巨鳄在事实上能够影响美国的外交决策。^②有学者甚至指出国家在国际法制定过程中的撤退是不可避免的，因为国家主权原则已然不再适用。而且，不论国家大小，都有很大可能出现无政府的空洞的现象，究其根本原因在于工业、商业、金融和市场经济不再受国家控制。^③对此，德国著名学者彼得斯曼认为应该通过权力的“向上分配”来达到限制这些利益群体捕获政府决策的目的。其理论的核心在于强化国际司法层面的力量和权重，通过司法者作为精英的“宪政洞察”力来维系国际法规则的良性运转。^④但他的这种观念过于理想和乐观，WTO 上诉机构的停摆的实例告诉我们通过单一的司法方式来规制非主权实体的行为与各种潜在的影响是严重理想化和不切实际的。这就更需要在今后国际法发展的过程中在国际法主体层面打通制度壁垒，只要是能够参与国际活动的实体，不论其是否具有国家政府的主权性质，都应该

^① 刘学文：《国际法语境中国家人格否认制度的理论构建》，《云南社会科学》2014年第6期。

^② Michael Lofgren, *The Deep State*, Viking, 2016, pp.44-47.

^③ Laura Westra, *From Principles To Norms: The Development of International Law*, Nova Science Publishers, 2019, pp.2-3.

^④ 宋阳：《国际机制强化国家经济主权——以主权内涵变迁为视角》，《安徽大学学报（哲社版）》2013年第5期。

被视为国际法形成与运行过程中的行为主体。^①不应用二分法的简单视角来僵化地探讨一种实体是还是不是国际法的主体,而应该采用系统化的思维来分析在国际关系实践中不同行为体所实际发挥的功能与可能承担的相应责任,在通过这种功能分析方法才可能准确勾画出不同实体在国际法运行中所实际发挥的功效。这样做的另外一个好处是让国际法的理论体系更加具有适应性,不会因某个国际事件的出现而发生明显的不适现象。

第二,应强调国际法中的“对世义务”(Obligations Erga Omnes)与人类命运共同体理念的内在契合性。现有国际法体系另外一个巨大的弊端便是不论是规则导向还是权力导向,最终都是为主权国家的政治利益所服务的。这就导致现有的国际法规则政治成分非常高。国际法只能建立在国家之间的“相对同意”的基础之上,从而在很大程度上忽略了国家作为个体对整个国际社会的共同义务。在2020年新冠病毒全球大流行的过程中,由于国家对个体政治利益的“过度追求”,导致国际秩序陷入了极度政治化的窘境之中。在本次新冠病毒全球大流行的过程中,少数西方政客为了一己政治利益将防疫、抗疫这种带有“全球公共物品”属性的举动政治化,指责中国要对此次疫情的全球爆发承担国家责任。此外,美国等少数西方国家还对国际卫生组织提出了无理指责,威胁甚至直接退出了国际卫生组织。这种不负责任的做法对于国际法治产生了极大的破坏作用,也间接损害了美国自身的根本利益。因此,在新的国际法系统化思维模式应该强调世界一体与人类的共性,避免国家间对立、隔离与分裂的危险倾向。^②应该注意到国家之间存在一种潜在的联系,这种联系要求各国彼此安排自己的行为时必须考虑整个国际社会的共同利益,这种共同利益可以被具象为他国的一种“合理期待”,负责任的国家必须受到这种“潜在义务”的约束,而民主化、法治化的国际组织可以也应该成为这种义务沟通的平台。根据国际法委员会的最新报告,这种“对世义务”甚至不限于国家,^③这无疑再次强化了国际法系统化思维的合理性。因此,所谓“退群”和“某国利益优先”的论调在国际法上是完全站不住脚的。

第三,国际法系统论思维的最终皈依应是维护“人”的全面发展。国际法系统论思维之于国际法主体而言,更为核心的一个问题在于国际法最终的目的为何?在传统国际法理论往往过分强调人权与主权的对立性。因此,很容易陷入是人权高于主权,还是主权高于人权的二分对立观。这种非此即彼思维模式特别容易让国际法的主体理论陷入极端化的泥沼之中。

^① Charles-Emmanuel Côté, Non-state Actors, Changing Actors and Subjects of International Law, in Karen N. Scott, Kathleen Claussen, Charles-Emmanuel Côté and Atsuko Kanehara ed., *Changing Actors in International Law*, Brill, 2020, pp.12-15.

^② 罗欢欣:《人类命运共同体思想对国际法的理念创新——与“对一切的义务”的比较分析》,《国际法研究》2018年第2期。

^③ Erika de Wet, Invoking Obligations Erga Omnes in the Twenty-First Century: Progressive Developments since Barcelona Traction, 38 *South African Yearbooks of International Law*. 1 (2013)

导致要么过分强调国家的至高无上的地位，使得国际法中的“不干涉”规则，成为少数的失败国家不履行国际义务和侵犯本国国民人权的“保护伞”。相对应地强调所谓自由主义和人权的绝对性又会为另外的少数国家干涉他国内政，实施所谓“人道主义干涉”提供国际法上的正当理由。这两种极端的思潮让国家与国家，国家与民众，民众与民众陷入相互敌对的状态之中，进而破坏国际法赖以存在根本性基础。因此，国际法的系统论思维在主体这一根本问题上便是要理顺国家与国家，国家与人民以及人民作为群体与人的个体之间的正确关系。国家与国家之间应该在尊重彼此的发展道路的前提下谋求“人”的全面发展。需要特别指明的是在国际法系统论的语境下，“人”这个概念应该是多层次的，其中既包括作为个体的人，也应该包括一个国家内部某少数群体的人，还应该包括一个国家内整体的人，当然也应该包括作为人类整体的人。国际法系统论思维下就是要妥善处理好这几类“人”的概念下的利益关系，通过国际合作来让“人”的利益最大化。国际法系统论思维既不赞同将国家政府利益最大化，从而忽略了人的个体存在的客观事实，也要反对片面地将个人和国家整体对立起来的所谓“片面人权”的概念。国际法系统论思维就是要协调并提取国家政府、国内民众和全体人类之间的利益最大公约数，从而让国际法规则能够真正为实现“人”的全面发展而发挥功用。当然，人的全面发展是一个抽象而复杂的范畴，这必然涉及不同价值的多元整合，本文将在第四部分详细论述该问题。

综上，在国家法主体系统的理论下，笔者主张突破传统国家法以主权国家为核心和基础的理论模式，强调不同类型的国际法主体的多元共存特性。特别是要在系统化思维的基础上协调各类国际法主体的利益关系，最终实现人类整体和各个组成部分的利益最大化，这就要发挥各类国际组织的作用，从而实现在国际法规则下人与人之间以及国与国之间的良性合作与共进。

三、国际法效力系统论

（一）对国际法渊源效力层级思维模式的反思性批判

传统国际法理论的另外一个弊端是由于过度强调国家利益和主权原则所导致的规则体系内部混乱。由于过度强调各自国家的国家利益，各国能够完全认同公约数往往只剩下一些原则。而且即便是这些模糊的原则，在解释时也不可避免地加入各自国家的主观色彩。例如，我国著名学者黄进教授在批判美国就新冠疫情进行反驳时指出美国对于中国的滥诉违反了国际法中“国家主权平等”、“国家财产豁免”等原则，此外还以美国的国内诉讼没有“国际

法依据”的理由对美国的索赔提出了驳斥。^①上述驳斥的结论固然是正确的，但是其法律推理的过程和逻辑却有值得商榷之处。

法律渊源这一概念可以说是大陆法系最为重要的理论基石之一，其核心功能在于根据不同的效力层级将不同类型的法律规则进行整合从而构建起一种谱系化的法律规则体系。在国内法的语境下，这种分析方法无疑是有效的。但是国际法与国内法之间不论是效力层级还是产生路径上来看都有着根本上的不同。所以试图将国际法作为一个法律体系以“法律渊源层级排序”的方法来试图寻找国际法与国内之间的效力层级关系的做法很难与现有的国际法实践相匹配，正如有学者所指出的：“国际法中法律渊源概念具有高度比喻性质，国际法院规约第 38 条的规定更像是一种用户手册，指引法官去寻找具有法律效力的规则，丝毫没有赋予某个规则一定层级法律效力的意图。”^②换言之，认为国际法原则一定就高于国内法的观点往往难以与现实相匹配。就以这次美国国内法院受理美国国民起诉中国政府的事件为例，不论中国如何指责美国法院的做法违反国际法，也丝毫无法改变美国法院依照美国国内法审查该起诉并依据美国的国内法驳回该起诉的事实。即便在 WTO 争端解决过程中，虽然争端解决机构完全按照国际法来解决争端，但正是由于这种做法过于偏离美国的国内法，这成为了美国阻碍上诉机构成员产生的直接动机，最终让整个 WTO 争端解决程序陷入停摆。以上这些教训雄辩地告诉我们脱离系统化思维而简单地试图给国际法排序的做法是无论如何难以获得成功的。

（二）国际法与国内法规则之间的复杂动态关系

事实上，国际法与国内法特别是不同类型的国际法在与国内法的关系上一直是一种动态的沟通磨合关系。在国际法与国内法的关系问题上，各国的做法不尽相同，各国规定又很不一致，总结起来大体有四种做法^③：

1. 将国际法的效力规定高于本国宪法。例如希腊宪法规定第 28 条第 1 款规定：“公认的国际法准则和国际公约自法律批准之日并根据其本身所规定的条件生效之日起成为希腊本国法律的组成部分，并具有超越任何与之相抵触的法律条款的效力，但按照国际法准则和国际公约的规定优待外侨须以互惠为条件。”根据该规定我们可以认为在希腊政府看来国际条约具有高于国内一切法律的优越地位。

2. 国际法效力低于宪法，但是高于一般的国内法。这也是大多数国家的一般做法，例

^① 黄进：《就新冠疫情在美国法院滥诉中国政府——彻头彻尾的违反国际法行为》，《人民日报》2020 年 5 月 27 日第 17 版。

^② Markus P. Beham, *State Interest and the Sources of International Law*, Routledge, 2018. pp.51-57.

^③ 曲亚因、韩立新：《论国际条约与国内法的关系》，《东北师范大学学报》2013 年第 6 期，第 255 页。

如法国宪法第 54 条规定：“如果经共和国总统、总理或者议会任何一院议长提请审查，宪法委员会宣告一个国际法上的约定含有违反宪法的条款时，必须在宪法修改后，才可以授权批准或者认可该国际约定”。同时第 55 条规定：“依法批准或者认可的条约或者协定，自公布后即具有高于各种法律的权威，但就每一个协定者或者条约而言以对方缔约国予以适用为限”。

3. 国际法低于一般国内法。在这种做法中英国比较具有代表性在英国法院不允许直接适用国际法。英国的法律认为国际法的遵守只是一项执行行为而不是立法行为，例如一项公约即便已然被英国所批准，其中的规定仍然会被英国拒绝承认与适用。正如丹宁勋爵所指出的：“公约……的条文是很难应用的”，“最好还是坚持我们自己的法律和原则，只把公约视为处理疑难案件的指导”，“如果在我们的法律中有不明确之处，那么法院即借助公约来释明含糊和不明之处，并总是设法使我们的法律同国际法相一致”^①。

4. 国际法的地位低于宪法但和一般国内法相等。代表国家是墨西哥，根据墨西哥宪法第 133 条的规定：“本宪法根据本宪法制定的联邦议会的法律和共和国总统经参议员批准，已经缔结或将要缔结的与宪法相一致的一切条约均是全联邦的最高法律。尽管各州宪法和法律中可能有相反的规定，但各州法官均须遵照上述宪法法律和条约执行。”

而且，即便是上述四种国别性的类型化分析也还是比较粗略的，这是因为国际法的规则大多比较抽象与模糊，甚至有些模棱两可的表述是为了达成妥协一致而有意为之。^②这就从客观上决定了国际法和国内法之间不可能形成明显的效力层级。美国著名学者布莱德利教授在探讨国际法与美国国内法关系时指出：“为了理解国际法在美国是如何运作的，有必要了解美国宪法体系的基本结构特征，特别是联邦政府三权分立中不同权力的态势，以及联邦政府与各州之间权力分配关系。其中前者显现为美国承担国际义务给美国所带来的宪法问题。后者则是指由于涉及各州事务，国家在对外进行条约义务承担时也必然会考虑各州的主权问题。”^③又如，在确定国际商事惯例在国内法院的效力问题上英国法院采取的方法是采取听取专家证人的证言，来确定“相关商业群体”是否已然默示地对相关国际商事惯例产生了一致性的共识态度。在确认了这种共识态度后，便承认国际商事惯例有优先英国国内法的效力，反之，则应无条件地适用英国国内法。^④

由此可见，在确定国际法与国内法之间的效力关系时必须考虑国际法的性质以及国内

^① 转引自罗国强：《论国际条约的国内适用问题》，《兰州学刊》2010年第6期，第124页。

^② 韩逸畴：《国际法中的“建设性模糊”研究》，《法商研究》2015年第6期。

^③ Curtis A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System*, Oxford University Press, 2021, pp.345-346.

^④ 宋阳：《论国际商事惯例识别方法的构建》，《法律科学》2020年第6期。

法的具体规则的性质来确定这些类型规则之间的关系，切忌“眉毛胡子一把抓”，将国内法效力来源区分不同法律渊源的思维模式套用到国际法规则体系之上，产生国际法与国内法不同类型法律规则之间存在机械的适用顺位的错误认知。

（三）通过系统化思维构建合理的国际法效力体系

承前文所述，国际法的系统化思维模式在国际法效力上的体现就是要求我们打破将不同法律渊源类型作为区分国际法效力层级的依据，以一种灵活、务实的观念来分析定位不同国际法规则，以及国际法与国内法之间的效力关系，从而构建起科学且具有弹性的国际法效力体系。在分析国际法规则的效力时，应该分析其对相关当事人、裁判机构产生约束力的原因及依据是什么；这种依据的强弱程度的大小究竟是怎样的；能在多大程度上与国内法达成一致的因素等等一系列的因素。例如在投资仲裁的语境下，裁判者面对的法律关系是复合性的。这就决定了他不可能完全按照一种法律秩序确定案件的裁判思路。国际法的系统化思维必须要解决的是如何在适用两种不同的法律秩序中寻求具体的平衡关系。在“CMS 燃气诉阿根廷案”中仲裁庭指出：“事实上阿根廷关于天然气私有化、许可的立法与相关习惯国际法以及在此支配下的国际条约之间存在着密切的互动。所有这些规则都是不可分割的，仲裁庭需要的做的工作是对这些不同类型的规则进行有效地协调，”类似的表述也出现在“西方勘探厄瓜多尔案”中。^①在通常情况下，东道国国内法与国际法之间的价值追求和秩序导向应该是一致的，国家制定国内法是为了履行其承担的国际义务。但国际法系统论思维要求我们决不能先验地推定国内法与国际法之间代表了两种相互矛盾、彼此冲突、不可调和的价值取向，这并不符合国际投资实践的现实状况。美国著名大法官理查德·莫斯克（Judge Richard Mosk）在美伊求偿仲裁案中指出：“在绝大多数情况下，对于一个具体的法律问题不论是选择国内法还是国际法将不会影响最终的裁决结果。”^②国际法系统论的思维在国际投资仲裁中的核心功能便是要对当事人的利益差异进行协调，而不是从形式主义出发去机械地适用法律规则。^③笔者认为东道国国内法是投资仲裁中主要的准据法渊源。但这种表述有严格的语境限制，特指东道国国内法与国际法之间的适用关系是一种顺位性（sequential）关联，而非指两者之间存在效力层级（hierarchy）的高低差别。具体而言强调东道国法律的优先适用是指在裁判案件时要先以东道国的国内法为基准来判断当事人的权利义务分配，在适用东

^① See CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, para. 117. See also Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN.3467, Final Award, para. 93.

^② See American Bell International Inc. v Government of the Islamic Republic of Iran et al., Interlocutory Award, 11 June 1984, Concurring and Dissenting Opinion by R.M. Mosk, 6 Iran-U.S. C.T.R. 74, at.98.

^③ See Gilles Cuniberti, Three Theories of Lex Mercatoria, 52 *Columbia Journal of Transnational Law*. 407,410(2014).

道国法律的结果不明显违反条约以及公认的国际法强制规则的情况下就根据东道国的国内法进行裁决的和判断。但是如果仲裁庭发现适用东道国法律的结果与投资协定的基本精神出现明显冲突或者违背公认的国际法准则时,就会采取相对隐蔽的法律适用技术手段排除东道国国内法的适用。也就是说强调东道国国内法的主要适用功能完全不能排除相应的国际法规则的适用空间,在实践中当仲裁庭适用国内法时有时会使用国际规则作为补充国内法的工具从而让国内法的内容更为充实。甚至在一些具体的条件下,当仲裁庭发现适用东道国国内法的结果与投资协定的精神以及国际法相违背时,国际法在事实上完全可能充当国际公共秩序条款,从而起到“矫正”国内法的作用。

上述思维模式在中国最近与欧盟签订的《中欧投资协定》第5章第11条中体现的非常淋漓尽致。该条款共分为三款:第一款规定了解释协定条款的基本依据。要求争端解决专家组根据《维也纳条约法公约》中所编纂的国际习惯法规则来解释本协定。这种解释方法巧妙地将国际习惯法与国际条约进行了系统化的协调处理,从而让两类三种国际法渊源之间形成了密致而巧妙的协同关联。但同时第三款又对仲裁员的权限进行了限制,责令其不能增加或减少缔约方依据本协定所享有的权利与承担的义务,试图防止像WTO争端解决机制那样过度的司法能动主义所给国际法过度拔高所带来的风险。而第二款笔者认为尤为重要,该条是衔接国际法与成员方国内法的系统连接点,该条强调即便要根据国际习惯法所来解释协定条款,但是国际法不影响投诉方的国内法在事实上与诉讼有关的任何考虑。该条很好地平衡了被诉国家国内法与国际法之间的关系,提取并保存了两类不同规则之间的最大公约数,进而平衡了国家之间利益的内在默契与平衡,可以说是国际法系统化思维最为集中的体现之一。

总之,国际法系统化思维模式在国际法效力层级的体现就是要打破传统国际法那种对于国际法与国内法规则粗暴的类型化分析法。根据具体规则和条件来分析 and 定位不同国家法规则之间以及国际法与国内法之间的效力层级关系,进而构建起科学且具有弹性的国际法与国内法的效力层级体系。

四、国际法价值系统论

国际法作为法律体系得以存在势必存在价值导向,不同值得保护的價值如何被有效地嵌入到国际法体系中。然而随着以美国为代表的西方世界霸权的相对衰落,以及国际局势的急速转变,整个国际法的内在价值系统可以说处于一种急速变迁的过程之中。这种现象导致国际法所需要保护的價值处于一种急速的相对变化之中。在此背景下,就必须要以一种动态的系统化思维来审视与构建国际法下的价值体系。

(一) 国际法价值的动态性失衡

在传统国际法看来，国际法所要保护的价值比较单一，最为核心的价值可以说只有国家间的和平。在这种单一的国际法价值下，由于各国之间的交往较少也较为简单，国际法的价值体系较为单一，也就没有失衡的问题。但是随着经济全球化情势的不断发展，各国的交往越来越深入，也就产生了越来越复杂的问题。有学者将国际法的价值体系归纳为“发展、安全、人权”三项根本的价值目标。^①还有学者从价值判断理性和实践理性两个层次出发，将国际法的价值体系分为“正义、公平、平等、善意以及和谐”五类价值构成。^②还有学者以中国和平发展的要求为出发点，认为国际法的价值体系应由和平秩序、人本秩序、全人类共同利益三部分构成。该体系反映了国家——个人——全人类在国际社会中三位一体的存在。^③以上这些学者的著述大多都从统一的角度来谈如何协调国际法价值体系问题。但问题在于国际法的运行过程中不同价值的权重处于一种动态的过程中，在此过程中的价值“极化”使得国际法的价值体系处于“失衡”常态下。因此，脱离国际法价值体系的失衡去谈平衡国际法的价值恐怕并不符合国际法的运行事实。所以从这个意义上讲，我们必须先承认和分析国际法价值失衡的表现以及原因才能够真正寻找到国际法体系化的根本路径。

（二）国际法体系失衡的具体表现

国际法的发展过程与政治活动须臾不可分开，但是国际法作为法律制度要求的是表现为相对稳定的不同利益群体之间的平衡，但是政治活动却总会出现“走的过远”的极化现象，尤其是当某种价值形成一种“政治正确”后，这种极化现象在很大程度上会对国际法价值体系的平衡起到很大的破坏作用，这种破坏作用主要体现在以下几个方面：

首先，在去殖民化过程中发展中国家的自然资源永久主权原则相对于私人财产保护的过度极化现象。虽然，主权概念是传统国际法上的重要范畴，但是发展中国家自然资源永久主权原则却是一个新的概念。二战结束后，殖民地国家纷纷独立，在政治上获得独立后这些国家有在经济上切断其对原宗主国依赖的政治需求。当时的两大强国美国和苏联出于自身利益的考虑对发展中国家的这种诉求持支持态度。于是在1962年联合国大会几乎一致通过其关于永久性自然资源主权的决议。在随后的1974年，联合国大会又通过了《国际经济新秩序宣言》，该宣言重申了发展中国家自然资源永久主权原则并将拔高为与“国家主权平等原则”并列的基本原则，此时的政治极化现象就已然开始凸显出来了。这是因为国家主权平等原则是《联合国宪章》确定的国际法原则，而联合国大会显然没有权力将新的原则与《联合国宪章》所确立的原则并列。这一过程很明显是当时政治氛围下的“政治正确”的产物。同

^① 杨泽伟：《当代国际法的新发展与价值追求》，《法学研究》2010年第3期。

^② 罗国强：《论当代国际法基本价值之构建》，《南通大学学报（社科版）》2015年第1期。

^③ 高岚君：《中国的和平发展与国际法的价值体系》，《法学评论》2006年第3期。

年，联合国大会又进一步通过了联合国贸发会起草的《各国经济权利义务宪章》。该文件只是联合国大会的一个决议，不具有法律上的效力，但却采用了“宪章”的规范性表述，进一步极化了发展中国家对自然资源权力的正当性。因此，有学者甚至将发展中国家自然资源永久主权原则视为具有国际法中的“强行法”地位。^①但是这种极化的国际法原则却在国际投资法领域产生了极为负面的效果。在东道国对本国的外国企业国有化后，对于外国投资者应给予补偿。新独立国家援引前述《国际经济新秩序宣言》和《各国权利义务宪章》的规定，认为既然这两个文件规定发展中国家对于自然资源拥有永久主权，因此这些国家就可以根据本国法以及本国的政策在国有化后给予外国投资以适度的补偿，而不能适用发达国家的所强调的国际标准。这就在很大程度上引起了美国等发达国家的不满，从而造成了南北国家之间的严重对立现象。^②该问题对于我国的影响也尤为重要，长久以来我国一直将自己定位为吸引外资的发展中国家，因此在法律主张上一直站在发展中国家的一边。但是随着“一带一路”倡议的实施，越来越多的中国走出去向外国进行直接投资，在未来如果发生国有化或者间接征收的情形，中国是否还应该坚持原有的立场显然变成了一个棘手的问题。根据 2019 年开始实施的《外商投资法》第 20 条的规定在对外商投资国有化后应及时给予公平、合理的补偿。而 2020 年开始实施的《外商投资法实施条例》第 21 条则规定要给予被征收的外商投资的市场价值给予及时的补偿。从上述两条法律的规定可以看出至少我国的国内法立场已然开始偏向于发达国家的投资者立场，体现了我国投资地位和思路的潜在转变。因此，我国在未来的国际法的实践中应在价值保护的问题上采取系统化的思维，不要被一时的政治需要和政治潮流所极化。

其次，知识产权保护相对于公共安全中的药物可及性的过度极化现象。长久以来，在药物研发上一直是西方发达国家的传统优势领域。新药研发所能够带来的巨大商业利益也促使西方国家在药物专利上提前布局，西方发达的制药企业通过三次重要的专利“圈地运动”，将药物专利的保护推到一个过分的高度。这直接导致最为贫困的发展中国家无法获得防治传染病最为急需的药物。^③这种在国际协定中的价值保护极化现象所造成的恶果是每年数十万最不发达国家民众的死亡。在本次新冠病毒全球大流行的背景下，人们更加认识到在国际公共卫生领域全球的命运和成败是完全一体的，没有任何一个国家可以在其他国家抗议失败的情形下独善其身，必须抛弃固有的政治成见和极化的政治利益，平衡好国际公共卫生领域内

^① Margot E Salomon, From NIEO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice, 62*International Law and Comparative Law Quarterly*,31, 33 (2013) .

^② Yogesh Tyagi, Permanent Sovereignty over Natural Resources, 4 *Cambridge Journal of International and Comparative Law*,602,605 (2015).

^③ 宋阳：《论药物知识产权与公共健康权的冲突与协调》，《河南大学学报（社科版）》2014 年第 1 期。

的药物知识产权保护与公共卫生安全的系统性生态关系。

再次，WTO 规则下自由贸易与生产本地化的极化矛盾。自 WTO 建立以来，该组织所倡导的核心价值便是自由贸易与贸易便利化，而这种价值实现的核心方法就是通过争端解决的司法方式来超越各国的国内立法，从而让国内的贸易保护主义者受到国际机制的约束。但是这种方法显然会在很大程度上产生民主赤字。相关的市场利益对公共利益以及民众福祉的侵害，最终限制了国家政府在与国际贸易义务发生冲突时满足其公民需求的能力。^①在很大程度上来说，或许正是这种对于全球化的不满，催生了 2016 年特朗普政府在美国大选中的胜出。在上台以后，特朗普政府以“美国优先”为口号，对既有的国际法规则采取敌视的态度。例如，特朗普声称 WTO 已经被中国等国家控制，美国成为了诉讼中的失败者。在 2018 年，特朗普更是利用美国民众对贸易的不满，向中国等国大打贸易战。在他的推特上他总是声称“贸易战是好事，而且容易取胜”，但是事实却是他的行动最终使得美国的产业链受损严重。为了维护他愚蠢的贸易政策，他总是援引似是而非的国家安全理由，但这种理由无论是在经济还是在法律上往往难以站得住脚。对于美国之外的国家，甚至是美国的传统盟友，特朗普政府更是威胁退出所有已然存在的贸易和投资协定，以实现他所认知的美国利益，这些都造成了美国和其贸易伙伴双输的局面，最终结果就是美国没有创造出任何新的贸易伙伴的同时失去了大量的传统盟友。^②虽然 2020 年美国大选特朗普以失败告终，但是他对国际贸易体系造成的破坏作用恐怕还需要很长的时间来修复。由此可见，如果国际法不能在系统化的思维中发挥作用，就可能造成这种贸易大国“激烈反弹”的结果，最终是导致对国际法制度体系的根本性破坏。

最后，人权保障相对于国民安全的过度极化现象。欧洲是两次世界大战的策源地与主战场。在受到两次战祸的蹂躏后，欧洲人大多相信唯有尊重保护人权，并发扬博爱之精神方可避免 20 世纪那样的两次惨祸。因此，相对于美国，欧盟更加注重对于所谓“普世人权”的保障。自 2011 年“阿拉伯之春”事件后，由于中东北非一带的阿拉伯国家出现内乱，大量的穆斯林居民沦为难民，对于这些难民来说最为理想和经济的移居地便是欧盟。欧盟本着“人权”与“博爱”的政治正确接收了大量穆斯林难民。不过尴尬的是欧盟却没有为接纳这些难民做好充分的准备，由于工作、生活、社会服务以及文化上的一系列问题，导致穆斯林移民与欧盟的本土居民产生了激烈的冲突。最终，出现了穆斯林移民斩首、爆炸、绑架欧盟本土居民的事件。欧盟本土也相应地出现了一些极右翼的组织，这直接导致移民和既有居民

^① Jacqueline D. Krikorian, *International Trade Law and Domestic Policy*, UBC Press, 2012, p.4.

^② Harold Hongju Koh, *The Trump administration and international law*, Oxford University Press, 2019, pp.58-59.

之间的巨大冲突。可以说这种恶果的出现也是由于欧盟没能以系统化的思维来处理国际法所要保护的两种价值之间的关系，让“政治正确”代替了正确的国际治理策略。

上述四个方面的问题仅仅是国际法价值失衡中的几个层面的问题，可以说相对于国际法价值的平衡与和谐状态来说，国际法体系中的价值失衡恐怕才更是一种“常态”。因此，国际法规则应该自始至终地以一种系统化的理念去调试各种价值的分配与权衡，唯此才能防止由于价值失衡而产生的制度“极化现象。”

（三）中国国际法价值系统重构进程中的主张

随着中国国力的日益强盛，中国势必要在国际社会中扮演越来越重要的角色，而国际法的系统化思维构建可以说是在国际法领域提出“中国主张”、“中国见解”的重要着力点。2012年习近平总书记在党的十八大报告中提出了“人类命运共同体”的重要理念。该思想的核心就在于用一种系统化的思维模式来观察国与国之间的政治、经济以及法律关系。一个国家在追求本国利益时应该要兼顾他国合理关切，在谋求本国发展中更会促进各国共同发展，最终定会建立更加平等均衡的新型全球发展伙伴关系，同舟共济，权责共担，增进人类共同利益。^①

具体到国际法的价值来说，若想构建系统化的价值体系，就必须发挥中国的示范与带头效应，在处理国际事务的过程中要统筹中国的利益与相对国家的利益关系，要以一种负责任的行为模式来安排中国的各种举措。同时应该发挥中国在国际组织中的积极作用，积极领导与参与国际立法工作，让国际法律制度平衡好各种价值，同时要立足长远，让人类作为整体能够得到更好的发展。同时要处理好国内法与国际法之间的关系，在维护中国根本利益的同时要让其他国家能够享受到中国发展带来的切实好处，从而巩固中国与其他国家长久的友好关系。还要善于预测、应对和处理重大风险，让中国为国际社会提供更多、更好的全球公共物品。最后，中国要在整个过程保持谦虚低调的作风：中国不称霸，也不谋求取代某个国家的国际地位。在处理与他国的关系坚持和平共处的基本方针，继续奉行不结盟政策，让全世界看到中国和平崛起的决心和信用。

五、系统论下国际法发展的未来走向：代结论

二十一世纪是国际关系发生深刻变化的世纪，在此变局之下，国际法势必要进行体系化的重构。系统化思维可以说是国际法以及国际法学未来可见一段时间内发展的根本脉络。因此，我们必须紧抓这个脉络，才能真正为中国获得在国际法律制度构建上的话语权。

国际法系统论发展的未来走向可以概括为以下三个方面：首先，传统威斯特伐利亚以

^① 参见曲星：《人类命运共同体的价值观基础》，《求是》2013年第4期。

国家主权体为根本依托的国际法范式已经越来越不适应新时代国际社会发展的需要,必须通过重构打开原有的陈旧的规则体系,以更为灵活务实的理念来处理国际法的新问题。其次,国际法与国内法尤其是具有影响力的大国的国内法之间的界限正在变得越来越模糊,因此必须打通国际法与国内法之间的思维界限。中国的国内法应该以一种更为开放的态度来吸收国际法甚至是外国国内法的有益成分,更要积极进取让中国的国内法去影响国际法的发展,以及构建具有中国的特色的国内法域外适用体系与方法。最后,中国应该在国际实务中以负责任的大国角色发挥更为积极的作用,为全人类的和平发展贡献自己的力量。同时中国也不应抛弃原有的低调作风,要防止西方国家炒作“中国威胁论”,尽量减小与西方大国产生直接冲突的风险。

日本福岛核废水排海的国际法分析及我国的因应对策

李媛媛*, 郑偲*

摘要:“对一切义务”是指在一般国际法之下或多边条约之下,一国在任何情况下基于共同价值和一般国际法或多边条约遵守的重视,对整个国际社会或条约的所有缔约国所应承担的义务,前者为“对整个国际社会的对一切义务”(简称“对一切义务”),后者为“对缔约各方的对一切义务”。其具有对世性、普遍性和不可克减性。日本核废水排海的“决定行为”和即将进行的“实施行为”均违反了“对一切义务”,且该行为可归因于国家,日本应承担国家责任。对违反“对一切义务”的日本行使救济的权利因受害国和非直接受害国的不同而有所区别,因“对一切义务”和“对缔约各方的对一切义务”的不同而有不同位阶和适用范围。对于日本核废水排放的“决定行为”,中国可采取“申请临时措施”、“谈判和协商”、“寻求国际法院的咨询意见”等事前措施,若第一道关口失守,可在今后对日本核废水排放的“实施行为”采取向国际法院提起诉讼、仲裁等事后救济措施。

关键词: 对一切义务; 国家责任; 核废水排海

一、问题的提出

2011年3月11日,日本大地震和引发的海啸导致了超过1万9千民众死亡,同时造成了福岛核电站三个反应堆核心熔毁,是自切尔诺贝利事件之后最严重的核事故。^①日本政府基于其国内法《核原料物质、核燃料物质及核反应堆规制法》,批准东京电力公司自4月4日开始把福岛第一核电站厂区内含低浓度放射物质的1.15万吨污水排入海中。为了防止反应堆全面熔毁,东京电力公司不断向其注入海水进行冷却,和反应堆接触之后的海水成为了高放射性的核废水。截至今年3月,加上地下水和雨水的不断汇入,该核电站内已产生125万吨核废水,且以每天140吨的速度增加。其现有储水罐的容量上限为137万吨,东电称到2022年秋季这些储水罐将全部装满,且无更多空地用于大量建设储水罐。东电认为,上百万吨核废水长期储存面临泄漏风险。如何处理大量的核废水成为日本的难题。2021年4月13日,日本政府举行内阁会议,正式决定向海洋排放福岛核电站含有对海洋环境等有害物质的核废水。这一决定意味着东京电力公司将获准在两年内启动核污水的排放工作,同时也引起了渲染大波。加拿大已经在其西海岸的三文鱼身上检测到铯-134放射性元素,说明日

* 李媛媛,浙江农林大学文法学院法学专业副教授,法学博士。

* 郑偲,浙江农林大学文法学院环境与资源保护法专业研究生。

^① 王中新:《研究称日本核事故放射物已在全球扩散》,《科技传播》2011年第9期,第8页。

本福岛核污染已经扩散到北美地区。在美国夏威夷海域,放射物含量的水平已经达到先前的两倍。如果海洋生物遭到污染甚至毁灭,人类也会因为食用这些鱼类,将面临巨大的健康风险。环保组织甚至发出警告,污水中的辐射物会影响人类的DNA,下一代也很可能会畸形、残疾、癌变、夭折,而这种基因损害会持续数千年。对我们国家来说,很难独善其身。当核废水顺着洋流走向全球,全世界渔业都会受到影响。虽然很多人认为洋流走向,中国海域受的影响很小,但是要知道,环太平洋是我国远洋渔船前往的主要渔场,最近五六年我国远洋渔获总量都维持在200万吨左右,几乎三分之二都是在环太平洋捕捞的。可见,整个太平洋的安全,与我国渔业息息相关。而且可怕的是,日本可能把核废水排放当做一项“持续性”工作,排放时间可能长达三十年。如果日本开了这个先河,以后就会有无数吨废水垃圾流入大海。^①

与以往不同的是,此次的日本福岛核废水排海尚处于“作出决定”的阶段,还没有付诸实施。我们是否可以在此事前阶段采取有力措施预防进而阻止日本的福岛核废水排海,最起码暂缓核废水排放以为采取更多的救济手段争取时间。以往的研究多侧重于讨论日本福岛核废水排海的事后救济措施,或在此次事件中反应出的如核领域、海洋环境保护等领域的国际法问题,鲜少将重点放在针对性的讨论日本福岛核废水排海的事前救济问题。

二、 日本福岛核废水排海违反“对一切义务”

(一)“对一切义务”的法理基础

就国际义务而言,传统国际法明确区分了一个国家对别国的法律义务,和一个国家对国际社会的法律义务。当一个国家违反对别国的法律义务时,只有受害国才有权利对造成损害的国家提起诉讼或其他法律要求;而当一个国家违反了其对国际社会的法律义务时,则是由国际社会或相关的国际组织对其提出诉求,要求加害国或责任人履行相应的国际义务。这里的国际义务有学者将其称为“对世义务”,也即“对一切义务(obligation erga omnes)”^②。也有学者将其翻译为“普遍义务”。^③。有学者认为,“对一切的义务可以解释为与强行法相似”,而多数学者关于“对一切义务”的范围论证,则广泛涉及到人权保护、禁止侵略、种族灭绝、奴隶、民族自决、国际环境保护等领域。^④可见,对一切义务的概念是保护整个国际社会的基本价值和共同利益或社会利益具有重要意义,而对于“对一切义务”的范围涉及国际环境保护领域基本形成共识。然而必须承认的是,作为国际法中保护共同利益的手段,

^① 日本正式决定将福岛核废水排向大海!中国青年报 4-13

^② 李玫,王丙辉著:《中日韩关于海洋垃圾处理的国际纠纷问题研究》,对外经济贸易大学出版社 2015 年版,第 15 页。

^③ 任虎:《国际强行法和普遍义务关系之争论及其辨析》,中国政法大学学报,2021 年第 1 期,第 66-80 页。

^④ 参见王秀梅:《国家对国际社会整体的义务》,法律出版社 2009 年版,第 117—141 页。

“对一切义务”的概念仍然是矛盾的。王曦教授将“对一切义务”界定为，“各国公认的，为维护人类基本道德价值和国际社会共同利益所必需的，针对整体国际社会和明确事项的，依照国际法基本准则作出一定作为或不作为的绝对的国际法律义务。”^①根据国际法委员会第2005号决议第一条，其将“对一切义务”定义为两个方面：（1）在一般国际法之下，一国在任何情况下对国际社会都应该承担的，基于共同价值和一般国际法遵守的重视（所应承担）的义务，因此违反该义务可使所有国家采取行动；（2）在多边条约之下某一缔约国在任何情况下对该条约的其他缔约国，基于他们的共同价值和遵守该多边条约的重视（所应承担）的义务，因此违反这项义务使得所有缔约国都能采取行动。由此，第一项规定的义务称为“对一切义务”，第二项规定的义务可称之为“对缔约各方的对一切义务”。^②由此可见，存在于一般国际法中的“对一切义务”，也可以同时存在于一项具体的条约中。

1. “对一切义务”的法理渊源

对一切义务概念的出现是国际法在寻求保护整个国际社会的共同利益或社会利益方面不可抗拒的发展。其法理基础最早可追溯到古罗马基于自然法的万民法传统。作为罗马法灵魂的西塞罗说到“正如希腊谚语所说：朋友的一切皆共有。如果有什么东西可以于我们自己毫无损失的提供给他人，那么我们就应该提供给甚至是不相识的人。”^③此语意在说明世界资源的共享性。不仅如此，西塞罗还指出“自然要求人们关心他人，且无论其为何人；如果只关心本国公民而不关心外邦人，那么人类的共同利益纽带和由神明建立起来的人类之间的联系终将遭到破坏”。^④此语进一步说明了分享原则的合理性和正当性。这种斯多亚派宇宙公民思想的反映^⑤使得万民法虽非真正意义上的自然法，但作为自然法的延伸，其法律体系中体现出“共有财产”的意味。^⑥随着国际法的发展，古典理论修正主义提出“共同遗产”的概念，其包括国家主权管辖之外为全人类利益所系的公共空间内的资源。比如公海海底资源和

^① 王曦：《国际环境法与比较环境法评论》，法律出版社，2002年版，第84页。

^② Article 1 of the 2005 Resolution of the Institut de droit international, an obligation erga omnes is defined as:
(a) an obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action; or
(b) an obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action.
The obligation referred to in Article 1(a) is called an obligation erga omnes and the obligation under Article 1(b) is called an obligation erga omnes partes.
<https://www.idi-iii.org/en/>, 最后访问日期 2021年5月24日。

^③ 江平：《罗马法、中国法与民法法典化 文选 罗马法与物权法、侵权行为法及商法之研究》，北京：中国政法大学出版社，2008年，第428页。

^④ 西塞罗：《论义务》，王焕生译，北京：中国政法大学出版社，1999年，第269页。

^⑤ 参见 罗素：《西方哲学史》上卷，何兆武、李约瑟译，商务印书馆1963年版，第333页。

^⑥ 郑英琴：《全球公域的内涵、伦理困境与行为逻辑》，《国际展望》2017年第3期，第106页。

月球等天体上的矿产资源。^①当国际环境法愈发成熟,涉及人类共同利益的事项从物质资源、财产扩充至文化财产、环境等领域,由此“共有财产”和“共同遗产”的概念也延伸为“共同关切事项”。虽经历上述演变,但三者的核心本质都具有对世性,都是为着所有国家的共同利益,所有国家都要重视和保护的事项。^②

除此之外,从国际法本体论的角度出发,自然国际法与实在国际法的结合是国际社会规律作用的必然结果。自然国际法是理性对国际社会发展规律的认识,实在国际法需要符合自然国际法,相应地,实在国际法的价值需要符合自然国际法。^③在自然法学家看来,正义、公平、平等、自由、和平等是人类公共追求的价值目标,它是自然法则中指导和规范人类一切行为的最高标准,是衡量人的行为合法性的具体尺度。遵守和维系相关的价值准则是人类最终实现相互尊重和共同安全的必要有效途径。正是出于人类这种基本的价值理念,每个国家都有义务管控自己的行为,这是对国际社会作为整体所应承担的义务,是对一切义务。其义务主体是组成国际社会的所有国际法主体,包括每个国家,其权利主体是整个国际社会,包括每个国家和全人类。^④这也正是“对一切义务”存在的理论基石。

2. “对一切义务”在国际司法实践中的酝酿

特别值得注意的是,国际法院在其判例中已宣布了国际法若干义务的普遍适用性质。在国际法院和法庭的判例中越来越多地提到对一切义务。这一现象似乎表明,保护国际社会的基本价值正在成为国际裁决中一个相当重要的问题。

学界普遍认为在1970年巴塞罗那电力、牵引公司案中,首次具体阐述了“对一切义务”。其判决指出:应该在一个国家对整个国际社会的义务和在外交保护领域对另一个国家所产生的义务之间作出根本的区分。就其本质而言,前者是所有国家关切的事项,涉及所有国家的利益。鉴于所涉权利的重要性,所有的国家都可以被认为享有法律上的权益以保护此种权利。而相应的义务属于对国际社会作为整体而应承担的义务,即对一切义务。^⑤不仅如此,其还指出:侵略行为是非法行为,禁止种族灭绝和保护人的基本权利,包括不受奴役和种族歧视,是所有人 and 所有国家的义务。对一切义务正是源于此。而在《适用防止和惩治灭绝种族最公约》和《刚果领土上的武装活动公约》中也分别确认了禁止灭绝种族义务的普遍性质。^⑥1971

^① 韩雪晴、王义桅:《全球公域:思想渊源、概念谱系与学术反思》,《中国社会科学》2014年第6期,第188页。

^② 周露露:《试论普遍义务及其对国际刑法的影响》,《现代法学》2006年第2期,第166页。

^③ 参见 罗国强:《国际法本体论》,北京:法律出版社,2008年,第28页,第208页。

^④ 李毅:《论国际法对国际社会作为整体而应承担的义务》,《求索》2005年第11期,第69页。

^⑤ 参见 ICJ Reports(1970)关于“巴塞罗那电力、照明、牵引公司案”的判决,2读,第340页。

^⑥ Yoshifumi Tanaka. *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands International Law Review, Mar.15,2021,p.4.

年国际法院在《关于纳米比亚的咨询意见》中也提到对一切义务：“南非政权在纳米比亚的继续存在是非法的，联合国会员国有义务承认其非法性并不得参与南非政府的活动。非联合国会员国的国家有义务对联合国就纳米比亚问题所采取的行动提供支持。”^①也就是说，不参与南非政府活动的义务是对一切国家的。在1993年的加布奇科沃-大毛罗斯案中，国际法院副院长韦拉曼特雷在其意见书中指出：在审判含有普遍性质的权利义务以及影响深远不可逆转的重大环境问题案件时，在对付超越诉讼国个别权利和义务的问题时，以纯粹诉讼当事人之间公平和程序的合法的规则可能不充分了。必须着眼于更大范围的人类的利益，对基于国际社会整体而非当事方之间规则的义务引起重视。^②其实早在1949年的科孚海峡案中，国际法院的认定就体现了对国际社会整体的义务的思想。科孚海峡案告诉我们，国家不能再明知领土的使用将对其他国家造成危害的情况下，还不采取任何防止损害的措施。阿尔巴尼亚便是违反了“通知”的义务。谨慎（due diligence）是习惯国际法赋予国家的义务。它是基于人道主义的考虑和海上交通自由原则，它具有普遍的和广为承认的性质。^③

（二）日本核废水排海“决定行为”违反“对一切义务”

日本核废水排海的“决定行为”不仅因违反了适当注意的损害防止义务和风险预防义务从而违反了“对缔约各方的对一切义务”，更是违反了一般国际法之下对整个国际社会的“对一切义务”。一般国际法上的对整个国际社会的“对一切”义务可以通过一项具体条约予以“加倍”，在这种情况下，“对缔约各方的对一切义务”与“对一切”义务重叠。例如，禁止种族灭绝可视为一般国际法中的“对一切”义务，同时也可视为《种族灭绝公约》中各缔约国的“对缔约各方的对一切义务”。^④

截至今日，日本仍然没有披露即将排海的核废液的具体数据和信息，虽然国际法并不绝对禁止产生跨境损害，在条约和习惯法上，通常只有污染物的释放在数量上或者在其区位的具体情况中达到一定的严重程度才构成污染，并不是所有的跨境损害都能引起法律上的国家责任，只有对环境达到‘重大的’或‘实质性程度’的损害，才能引起法律上的责任”，才属违背国际法。《国家法未加禁止之行为引起有害后果之国际责任条款草案》第3条规定：“国家在其领土或在其管辖或控制下的其他区域内实施活动或许可进行活动的自由不是无限的。它服从于预防引起重大跨界损害的风险或将其减至最小限度的一般义务，以及对其他相关国家负有的任何特定义务。”这一防止危害的义务可具体引申出适当注意的损害防止和

^① 边永民：《国际公法案例选》，北京：对外经济贸易大学出版社，2006年，第54-56页。

^② 参见毛俊响、王厉：《国际法典型案例评析》，长沙：中南大学出版社，2016年，第252-260页。

^③ 参见王佳：《国际公法原理与案例研习》，北京：中国法制出版社，2017年，第84-86页。

^④ Yoshifumi Tanaka. *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands International Law Review, Mar.15,2021,p.6.

风险预防义务。可见，即时现在没有确切的数据能证明一定可能构成重大的损害，但日本的核废水排海“决定行为”依然是风险性活动。

1. 违反“对缔约各方的对一切义务”

首先，日本核废水排海“决定行为”违反了“对缔约各方的对一切义务”之适当注意的损害防止义务。“适当注意义务”要求国家对于公共和私人行为引入立法或者行政控制，这些控制能够有效保护其他国家和全球环境，但它并不要求国家对于防止损害作出绝对保证。^①即损害的实际发生并不能说明或倒推国家没有履行适当注意义务，而没有实际损害发生也不能说明或倒推国家履行了适当注意义务。该义务注重的是国家在可能有损环境的行为实施前的一般保护措施的采取。在具体的责任承担上，若私人行为者造成了环境损害而国家没有在国内法上的制约、监督和执行措施，国家便违反了“适当注意”义务，因而应承担国家责任；与此相反，若国家履行了适当注意义务而私人行为仍然造成了实际的越界损害，则只能要求私人行为者承担民事责任，不能要求国家承担国家责任。“适当注意义务”是“行为义务”而不是“结果义务”。环境影响评价义务也应当归属于“适当注意义务”，但由于环境影响评价义务已经构成一般国际法义务，所以稍后论述。而对于日本内阁决定的本次核废水排海决策，毋庸置疑违反了适当注意义务。对这一义务的准确表述是在1982年《联合国海洋法公约》附件三第4（4）条：担保国应按照第一三九条，负责在其法律制度范围内，确保所担保的承包者应依据合同条款及其在本公约下的义务进行“区域”内活动。但如该担保国已制定法律和规章并采取行政措施，而这些法律和规章及行政措施在其法律制度范围内可以合理地认为足以使其管辖下的人遵守时，则该国对其所担保的承包者因不履行义务而造成的损害，应无赔偿责任。当注意义务多数情况下需要与“共同但有区别”的原则配合适用，考虑发展中国家的特殊需要。“最佳技术”、“对可行的手段”等表述最低义务标准的措施的采取与否，便是衡量国家是否履行了适当注意义务的客观标准，也是国家承担相应的国家责任的客观依据。^②国际法委员会《预防危险活动的跨界损害条款草案》可以被看做是这种概念的一种标准表述方式：一是采取一切适当的措施防止并减少风险；二是为此目的而与其他国家和有关的国际组织合作；三是通过必要的立法、行政或其他行动包括监督机制来履行这一义务；四是对可能的跨境损害的预先评估基础上，建议一个有权处理所有相关活动或主要变化的体制。^③反观本次日本内阁决定的核废水排海决定，明明有其他处理途径却一意孤行

^① 伍亚荣：《国际环境保护领域内的国家责任及其实现》，法律出版社，2011年版，第131页。

^② 伍亚荣：《国际环境保护领域内的国家责任及其实现》，法律出版社，2011年版，第132页。

^③ 参见国际法委员会《防止跨境公约草案》第3-7条。

决议向海洋排放，只因为向海洋排放的成本更低。^①如前所述，为确保事前预防跨境污染损害，须课以关系国设定预防的注意义务，《预防危险活动的跨界损害条款草案》本质上是与国家责任相联系的，其价值体现在防止损害（预防功能）上。如果一国违反了关于国家的跨境污染预防义务的规定，则构成国际法的不法行为，并依据过失责任主义于国家责任的范畴内处理。^②如果国家没有违反预防义务，依然发生了跨境损害的后果，就产生了《关于危险活动造成的跨界损害中损失分配的原则草案》规定的适用。^③

其次，日本核废水排海“决定行为”违反了“对缔约各方的对一切义务”之风险预防义务。各国不得造成或者允许对其他国家或国际空间造成重大的损害，这一规则不仅仅是一种事后损害责任，更是审慎防止控制损害的义务。《预防危险活动的跨界损害条款草案》要求各国防止或减少损害行为所带来的风险。“风险”在此的界定既包括“造成灾难性损害的较低可能性”也包括“造成重大损害的较高的可能性”。^④风险预防原则首次在1984年北海会议上得到国际应用，随后于1990年在关于可持续发展的卑尔根部长宣言上被欧共体各国政府所确认，此宣言由欧盟提出并得到美国支持，在1992年里约环境与发展宣言中得到国际社会的全球支持：“为了保护环境，各国应根据他们的能力广泛采取风险预防方法。凡是可能造成严重的或是不可逆损害的，不能把缺乏充分的科学确定性作为推迟采取防止环境恶化的符合成本——效益原则的措施的理由。”^⑤风险预防原则和方法无论是在跨界环境风险领域还是在全球环境风险、国内环境风险领域，都得到了广泛的应用。1985年《保护臭氧层公约》及1987年《蒙特利尔议定书》可能当属采取《里约宣言》原则15的风险预防原则的最好例证，其要求各国在臭氧层损耗与氟氯碳化物之间因果关系被最终证明之前就采取行动。自1900年以来，风险预防原则和方法已经被越来越多的条约所采纳或是融入一些条约之中，首当其冲的就是在海洋污染领域、生物多样性及海洋生物资源养护等领域。

最后，日本核废水排海“决定行为”违反了“对缔约各方的对一切义务”之合作与通知的义务。日本核废水排海“决定行为”违反了有关合作与通知的义务。包括倾倒许可证颁发之前和紧急情况下的通知合作两种情况。根据《伦敦倾废公约》^⑥，日本在颁发“倾倒特别许可证”前，应与可能涉及的任何国家协商。当对人类健康造成不能容许的危险，并且没有

^① 江奥、李长儒、邢政：《日本福岛核废水排海：科技、法律与人文》，跨国法学前沿讲/跨学科圆桌会议2012年4月23日。

^② 胡绪雨：《跨境污染损害的国家责任》，《政法论丛》2015年第5期，第158页。

^③ 关于风险性活动的国家责任是否由损害后果作为构成要件一直存在不同观点，见胡绪雨：《跨境污染损害的国家责任》，《政法论丛》2015年第5期。

^④ 伍亚荣：《国际环境保护领域内的国家责任及其实现》，法律出版社，2011年版，第133页。

^⑤ 参见《里约宣言》原则15。

^⑥ 《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约》，英文名称：Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter。

其他可行的解决办法的紧急情况下，一缔约国可以作为第四条第（一）款第 1 项的例外而颁发特别许可证。在发给这类特别许可证之前，该缔约国应与可能涉及的任何国家及该“机构”协商，该“机构”在与其他缔约国及适当的国际组织协商后，应根据第十四条规定，立即建议该缔约国应采取的最适当的程序。该缔约国应于必须采取行动的时间内，并遵守避免损害海洋环境的普遍义务，而在最大可能范围内遵循这些建议，并报告该“机构”其所采取的行动。各缔约国保证在这类情况下互相帮助。^①《联合国海洋法公约》第二一〇条倾倒在海洋环境中的废物和其他物质的污染规定：“1. 各国应制定法律和规章，以防止、减少的控制倾倒在海洋环境的污染。2. 各国应采取其他可能必要的措施，以防止、减少和控制这种污染。3. 这种法律、规章和措施应确保非经各国主管当局准许，不进行倾倒在海洋环境中的废物和其他物质的污染。4. 各国特别应通过主管国际组织或外交会议采取行动，尽力制订全球性和区域性规则、标准和建议的办法及程序，以防止减少的控制这种污染。这种规则、标准和建议的办法及程序应根据需要随时重新审查。5. 非经沿海国事前明示核准，不应在领海和专属经济区内或在大陆架上进行倾倒在海洋环境中的废物和其他物质的污染，沿海国经与由于地理处理可能受倾倒在海洋环境中的废物和其他物质的污染的其他国家适当审议此事后，有权准许、规定和控制的这种倾倒在海洋环境中的废物和其他物质的污染。6. 国内法律、规章和措施在防止、减少和控制这种污染方面的效力应不低于全球性规则 and 标准。”除此之外，《及时通报核事故公约》也规定了通知的义务。日本对核电站放射性废物的处理“引起或可能引起放射性物质释放”等事项，均属于《及时通报核事故公约》规定应予通报的事项。

此次日本核泄漏事故，其影响已经超出了日本国境。根据上述公约的规定，日本应当就福岛核污染水排海事项的任何决定，与周边国家或者将受其影响的国家以及国际机构展开合作分享必要的信息与情报，制定应急计划，以执行为防止、减少和控制对海洋环境污染而适用的国际规则 and 标准。然而实际上，东电公司曾长期隐瞒福岛第一核电站堆芯熔毁的事实，福岛核废水也曾多次出过泄漏事故等。由日本民众和学者组成的原子力市民委员会指出，迄今，日本政府和东电的相关信息公开和说明是“不正确和不诚实”的。如原子力市民委员会所说，日本政府和东电如何取得国内外的信任是解决福岛核废水问题的最大障碍。^②据澳大利亚媒体 The Conversation 报道，自从福岛事件之后，如何处理核污染问题的听证会已经召开了数千场，但是这些由政府牵头的听证会却全都是保密的，总是关起门来和东京电力公司商量，从未向外界公开过，使日本政府失去了公信力。^③韩方也与日方进行了会晤，要求日方公开福岛核电站核污水处理相关信息：“日方应该透明公开所有与福岛核污水处理的相

^① 《防止倾倒在海洋环境中的废物和其他物质的污染公约》第 5 条二。

^② 华义,傅云威:《排放核废水入海,日方不可一意孤行》,新华每日电讯,2021年4月14日第7版。

^③ 刘艳芳,刘军伟:《日本拟将福岛核废水直排太平洋》,《生态经济》2019年第11期,第4页。

关信息，并在得到国际社会的同意下进行有关工作。^①

2. 违反“对整个国际社会的对一切”义务

首先，日本核废水排海“决定行为”违反跨界环境影响评价的一般国际法义务。如上所述，“国家在减少环境风险和紧急事件中进行合作的义务”被认为是海洋环境保护最必要和最有效的途径。而事先通知、磋商和谈判等形式的合作都必须在足够的信息基础上进行。为此，环境监督和事先影响评估就成了环境风险管理机制必不可少的组成部分。但是，伴随环评在国内法的普遍化、国际条约的推动和司法裁判的确认，对可能产生重大不利跨界环境影响的活动进行环评已经演变为具有法律确权的国际实践，构成一般国际法上的义务。^②

《联合国海洋法公约》《里约宣言》等不少国际条约和国际文件规定了跨界环评。^③根据1991年《跨界环境影响评价公约》第2条规定，发起国应确保在作出决定授权或开展可能造成显著不利跨界环境影响的拟议活动以前，依照本公约的规定进行环评。该程序的目标是：当决策者在决定是否授权进行某项活动时，为决策者提供有关该活动可能造成的环境影响的信息。^④国际法院和国际海洋法法庭重申并明确了适当履行跨界环评义务的几个内容：①国家必须在批准对他国环境有重大不利影响的活动中，评估活动是否存在重大不利跨界损害的风险。这凸显了环评的预防功能，“重大不利影响”呈现了启动环评的阈值。②对于跨界环评义务，除了制定合适的法律规则，适当注意标准还要求国家在实施这些法律和管理公共和私人经营者的活动时保持一定程度的严格。^⑤

根据上述规定，为了预防跨界环境损害，对于可能造成重大不利跨界环境影响的活动，国家负有确保其管辖或控制下的主体开展环评的义务。首先，在福岛核事故发生前5年，日本前后多次将处理过的核废水排入大海，绿色和平组织在2019年6月份的一份报告中称，对日本福岛核电站附近海域进行检测显示，核电站周边水域中的放射性物质明显要高于其他海域。而且不管是福岛核电站附近的陆地上还是海中，都已经出现发生变化的植物和生物。^⑥这个检测足以说明向大海中稀释核废水所造成的污染依然是严重的。更何况此次欲排放的核废水有别于核电站正常运行过程中排放的含氚废水，是接触过堆芯熔毁的核燃料，水中所含放射性物质成分极其复杂，其中氚以外的放射性物质能否彻底清除令人怀疑。这些不利影响足以达到启动环评的阈值。其次，2018年，东电声称处理后的核废水只有氚超标，并试图

^① 智晓敏，郑光峰：《日本拟将核污水排入太平洋》，《生态经济》2020年第12期，第4页。

^② Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 187; 阙占文：《跨界环境影响评价义务及其履行》，《政法论丛》2020年第6期，第94页。

^③ 参见1982年《联合国海洋法公约》第204-206条。

^④ 伍亚荣：《国际环境保护领域内的国家责任及其实现》，法律出版社2011年版，第144页。

^⑤ 阙占文：《跨界环境影响评价义务及其履行》，《政法论丛》2020年第6期，第94页。

^⑥ 刘艳芳，刘军伟：《日本拟将福岛核废水直排太平洋》，《生态经济》2019年第11期，第2页。

以此为由将核废水排入海中。随后，日本媒体披露，核废水中其他放射性物质也严重超标。这时东电才承认处理后的核废水中碘 129、锝 99、碳 14 等放射性物质也严重超标，核废水不能排放。且东电公司有隐报瞒报的“前科”。而日本环境大臣原田义昭也一再表示，污水经过海洋的稀释后，完全可以达到“安全的排放标准”，民众大可不必担心。^①日本政府的相关行为不仅没有以审慎的态度达到环评标准的严格要求，反而有“欲盖弥彰”的嫌疑。

其次，日本排放核废液的“决定”行为违反了避免海洋污染的“对一切义务”。如前所述，海洋环境保护是基于国际社会的共同价值，需要每个国家积极履行义务。《联合国海洋法公约》第十二部分是关于“海洋环境的保护和保全”的规定，其不仅从原则上规定了“各国有保护和保全海洋环境的义务”，还将此义务细化为“避免造成其他国家污染的义务”和“不将损害或危险转移或将一种污染转变成另一种污染的义务”。日本福岛第一核电站在自然灾害之后，可能引起陆地上的污染，而决定将核废水排入大海，显然属于是要“将危险从一个区域转移到另一个区域，或将一种污染变成另一种污染”的行为。违反了《公约》第 192 条规定的“保护和保全海洋环境的一般义务”。

福岛核事故是迄今全球发生的最严重核事故之一。联合国人权理事会独立专家发表联合声明指出，日方如果将核废水排放入海可能影响太平洋地区数百万人的生活，对人权保障构成极大威胁。绿色和平组织也指出，日方决定无视生态环境，完全是不正义的。

（三）日本福岛核废水排海“实施行为”将违反“对一切义务”

对于 2011 年日本的福岛核事故及后续发生的排放核废液行为而言，应该区别对待。原子能的和平利用，即利用核能发电行为本身属于“国际法不加禁止的行为”。在遭遇地震、海啸的情况下造成事故直接引起的放射性污染，如果扩及日本领土之外，则日本须承担的责任为“国际法不加禁止的行为的损害赔偿”。而福岛核事故之后，日本在处理核废液的问题上，明确违反了其应承担的有关国际法的义务，则不再属于“国际法不加禁止的行为”而属于“国际不法行为”，从而应承担“国际不法行为的责任”。^②

严重违背对维护和保全人类环境具有根本重要性的国际义务，特别是禁止大规模污染海洋的义务，将构成国际罪行，这些义务关系到所有国家的利益而不仅仅是那些遭受损害的国家利益。因此国际社会已经认识到要维持我们生存的星球，特别是维护海洋环境，不能单靠某个国家的力量，而是需要各国共同采取行动。^③正如人权法中，各国如何对待其国民已不再纯粹是本国的事一样。为履行海洋环境保护这一“对一切义务”，最必要也是最有效的

^① 黄惠康：《日本核废水排海的四大悖论》，解放军报，2021 年 4 月 25 日第 4 版。

^② 李毅：《从国际法角度探析日本排放核废液入海问题》，《太平洋学报》，2011 年第 12 期，第 38 页。

^③ 蒂莫西·希利尔：《国际公法原理》，曲波译，中国人民大学出版社 2006 年版，第 313 页。

途径便是各国加强合作。“友好睦邻”的原则是国际法的一个特征。在环境保护这一领域，这一一般原则已经得到新的发展。^①其被界定为在减少越境环境风险中各国彼此合作的义务。^②《世界人权宣言》指出：对于人人固有尊严及其平等不移权利之承认确系世界自由、正义与和平之基础。人权中最根本的权利是生存权，而人类生存的一个基本条件是需要一个健康的环境，因此，保护环境权就是保护人类的生存权。国际法院在巴塞罗那公司案中将禁止违背基本人权列为“对一切义务”的范围。而“对一切义务”是一个发展中的概念，加上对基本人权的范围的认识，也是处于变化中的，当前的情况下，人们已普遍认识到环境权应属于基本人权，因此，对海洋环境的保护应属于“对一切义务”的范围。

三、 日本福岛核废水排海的国家责任

从国际法义务的角度分析国家责任的客观要素，一般认为国际法义务应当具备同效性。也就是说各种国际义务之间应该具备同等的效力。^③在国际法中存在各种各样的法律义务，“一国的国际义务既可以源于国际条约，也可以源于国际习惯法；既可以是一般性的国际义务，如源于公认的国际法原则和规则的义务，也可以是某种特定的国际义务，如从两国之间双边条约中产生的义务。无论违背何种类型的义务，均构成国际不法行为。”^④《国家责任条款》第12条规定“一国的行为如不符合国际义务对它的要求，即为违背国际义务，而不论该义务的起源或特性为何。”发轫于“巴塞罗那牵引公司案”对国际义务中“对一切义务”的区分，国际法委员会的报告对此义务又进行了进一步的阐释^⑤，“实际上有一些国际义务，尽管数量很少，由于其调整的事项对于国际社会整体的重要性，与其他义务不同，其履行对于所有国家都有法律利益……由于违反此类义务（指向国际社会整体）所产生的责任不仅关系到直接受害者，而且涉及国际社会的其他所有成员，因此，在违反这些义务的情形下，每一个国家都有权要求实施国际不法行为的国家承担责任”。^⑥

（一） 国家责任的发展及其范围的确定

如同在其他社会关系中一样，在国际关系中，某一法律主体的法律利益受到另一个法律人格者的侵犯，就产生特定法律制度确定的各种不同形式的责任。^⑦国家责任的范围也是随着国际法的发展变化而发展变化的。

^① 帕特莎·波尼（Patricia Birnie），埃伦·波义尔（Alan Boyle）：《国际法与环境》，那力，王彦志，王小钢译，北京：高等教育出版社2007年版，第102页。

^② 参见奥本海、詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，第1卷，中国大百科全书出版社，第409页。

^③ 张磊：《从义务和行为的视角分析国家责任的客观要件——以联合国《国家对国际不法行为的责任条款草案》为线索》，《天津行政学院学报》2013年第3期，第21页。

^④ 王虎华：《国际公法学》，北京：北京大学出版社2008年版，第234页。

^⑤ 潘德勇：《论国际法规范的位阶》，《北方法学》，2012年第6卷总第31期，第127页。

^⑥ ILC1976 Report, at para. 99.

^⑦ 伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友译，北京：法律出版社2007年版，第385页。

在传统的国际法理论和实践中,国家责任的范围主要着眼于国家违反对外国人的生命及其财产以及待遇等方面义务的后果。国际联盟在1930年的国际法编纂会议上指出:“如果由于国家机关未能履行国家的国际义务,而在其领土内对外国人的的人身或财产造成损害,则引起该国的国际责任^①”。^②显然,传统国家法上的国家责任制度适合西方国家于东道国保护其殖民活动和投资利益的需要。20世纪60年代,随着新独立国家的兴起,旧的外交保护制度受到巨大的冲击。1963年,国际法委员会国家责任小组委员会主张国家责任条款草案应包括关于国家责任的一般规则,不能局限于外交保护。并将编撰国家责任的一般国际法原则的工作放在优先地位。^③罗伯特·阿戈在1970年的国际法委员会第二十二届会议上提出了名为“国家责任的产生”的报告书。报告书的主要内容包括国家责任与国际不当行为的关系、国际不当行为的类型以及国家责任的构成要件等。^④1979年国际法委员开始草拟《关于国家责任的条文草案》,该草案打破了传统国家责任范围的局限性,把国家责任从仅指外国侨民的人身和财产遭受损害所引起的国家责任扩展到了包括一般国际不法行为和国际罪行的所有国际不当行为的国家责任。^⑤经过半个多世纪以来持之以恒的编纂,2001年联合国大会通过了《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《国家责任条款》),《国家责任条款》第一条确定了国家责任可解释为“一国对其国际不法行为的责任”。也就是“国家对其国际不法行为所承担的责任”。^⑥

国家责任从广义上讲是指“国际不法行为或损害行为所应承担的国际法律责任”。^⑦从狭义上讲是指“国家的国际不法行为所引起的法律后果”。^⑧《奥本海国际法》(第九版)认为:“不遵守一项国际义务即构成国家的国际不法行为,引起该国的国际责任,由此对该国产生某些法律后果。”^⑨本文所提出的国家责任仅指狭义上的国家责任,即国家对其国际不法行为的责任。这与国际法委员会2001年通过的《国家责任条款》所界定的国家责任的范围基本一致。

(二) 日本福岛核废水排海符合国家责任的构成要素

1. 国家责任的构成要素

^① 需要说明的是,在国家是国际法唯一主体的年代,国际法上的国家责任与国际责任具有相同的含义。在现代国际上,国家早已不再是国际法的唯一主体了,国家责任也早已不能和国际责任相等同了。

^② 王献枢:《国际法》,中国政法大学出版社1995年版,第117页。

^③ 《1963年国际法委员会年鉴》,第2卷,第227-259页。

^④ 林灿铃:《国际法的“国家责任”之我见》,《中国政法大学学报》2015年第5期,第147页。

^⑤ 赵建文:《国际法上的国家责任》,中国政法大学博士论文,2004年,第6页。

^⑥ 斯塔克:《国际法导论》,法律出版社1984年版,第238页。

^⑦ 周忠海:《国际法述评》,法律出版社2001年7月第1版,第457页。

^⑧ 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第136页。

^⑨ 詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第1卷第一分册,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年第1版,第401页。

《国家责任条款》第2条规定“一国国际不法行为在下列情况下发生：(a)由作为或不作为构成的行为依国际法归于该国；(b)该行为构成对该国国际义务的违背。”这其实认定了构成国家责任的两项基本条件。

罗伯特·阿戈在1970年向国际法委员会提交的报告书中将“行为必须可归责于作为国际法主体的国家”归结为产生国家责任的主观要素，将“行为违背了该国所承担的国际法义务”归结为产生国家责任的客观要素。对于这种分类在国际上也存有争议。有学者为此作出了解释，将两个条件分别称呼为“主观要素”和“客观要素”并不是试图在“过错责任”与“严格责任”之间确立一般规则。这种提法只是希望明确两种不同的考察方向：“主观要素”希望将构成要件的考察方向规定在行为的性质是否具有国家性，因其与法律主体（国家）的关系非常密切，故而称为“主观要素”；客观要素是希望将构成要件的考察方向规定在行为的结果是否违反国际法义务。因其与客观事实的关系非常密切，故而称为“客观要素”。^①

2. 日本福岛核废水排海符合国家责任的客观要素

通过上述国际法委员会第2005号决议和国际法院相关判例可以考察，对一切义务具有三个方面的特征：第一，对世性。对一切义务基于世界共同利益，其所保护的是整个国际社会的基本价值和共同利益。其所涉及的事项是国际社会共同关切的事项；第二，普遍性。对一切义务还基于对一般国际法遵守的关注，是每个国家在一般国际法下都应承担的义务，因而具有普遍性；第三，不可克减性。“任何国家都无法逃脱这些义务的约束力，这不仅是因为各国认识到必须遵守这些义务，而且（从根本上来说）是因为没有任何国家可以提出对这些绝对道德点的特殊豁免。”^②因此任何国家都应全面、充分、完整地履行对一切义务，不得有任何例外或抵触。^③

据此，海洋环境保护的义务符合对一切义务的特征。首先，对海洋的环境保护是为了维护人类最基本的道德价值和整个国际社会的共同利益。海洋是流动的整体，海洋的物理特性决定了海洋环境问题“都是彼此密切相关的，有必要作为一个整体加以考虑”。^④海洋覆盖了地球表面的71%，是全球生命支持系统的一个基本组成部分，也是资源的宝库和环境的重要调节器。随着社会的发展，人类必然会越来越多地依赖海洋。“实际上世界只有一种污染，那就是海洋污染，因为所有的物质，不管是空气中的还是陆地上的最终都会进入海洋。”^⑤所以“忽视海洋就是忽视我们三分之二的地球，毁坏海洋就是毁灭我们的地球。一个死亡的地

^① 张磊：《论国际法上传统国家责任的产生与构成》，《学术论坛》2012年第2期，第93-94页。

^② 莫里兹欧·拉加兹：《论普遍义务的概念》，牛津：牛津大学出版社，1997年，第183页。

^③ 周露露：《试论普遍义务及其对国际刑法的影响》，《现代法学》2006年第2期，第168页。

^④ 1982年《联合国海洋法公约》前言。

^⑤ 韩婷婷、朱建庚：《国家管辖范围外的海洋法律制度》，北京：知识产权出版社，2019年，第73页。

球无助于任何国家。”^①其次，对于海洋环境的保护，如果只是仅仅依靠个别国家单方面的措施，要想解决海洋污染的损害，很明显，是不够的也不现实。这项巨大的工程需要各个国家的共同努力。最后，环境利益直接关系到人类的生存利益，从这个意义上讲，环境权属于基本人权的组成部分。禁止违背基本人权属于“对一切义务”的范畴，因此，对海洋环境的保护应属于“对一切义务”的范围。^②有学者认为，国际环境法上的对一切义务现在虽然还处于理论阶段，并未成为一项具有约束的国际法规则，但是，从环境对人类生存的重要性，以及全球环境问题的严重性等方面分析，结合对一切义务概念内涵的发展趋势，国际环境法上对一切义务的确立具有历史必然性，正在成为推动全球环境问题的理论武器。^③国际法不仅仅是具体规则的集合体，而是构成了“一个单一的，统一的法律体系”。维护为国际法主体所共有的基本价值和共同利益的是增强国际法系统性前提。毫无疑问，“对一切义务”和强制法的概念是在国际法中保护整个国际社会的基本价值和共同利益的关键。^④在判例中越来越多地提到“对一切义务”。^⑤

3. 日本福岛核废水排海的可归因性

对于构成国家责任的主观要素，即可归因性，正如已经指出的，国际法关心国际人格者的责任，这一国际人格者主要指国家。最终，因为国家仅能通过个人而行事，个人因为自己的原因而行事，这有别于他们的国家的意向，因此有必要去知道哪个个人的哪些行为可归于或可归因于国家。国家仅对能归于或可归因于它的行为承担责任；国家不对其国民的所有的私人行为承担责任。^⑥从2016年以来，日本政府就与东京电力公司多次举行了秘密听证会，基本上形成了向大海中倾倒入核废水的决定，只不过由于民众及国际社会的强烈反对而没有正式公布。就在2019年8月底的一次公开听证会上，多数政府人员以及东京电力公司均表示除了向大海中倾倒入核废水，基本上没有其他的处理办法。^⑦在福岛核事故中，东京电力公司虽然表面上是排废主体，但其行为得到了日本政府基于其国内法的授权，因而该行为可归因于日本政府，自无疑义。

（三）受害国和非直接受害国援引国家责任之权利的辨析

^① 联合国新闻部：《联合国海洋法公约评价》，北京：海洋出版社，1986年，第41页。

^② 曲波，喻剑利：《论海洋环境保护——“对一切义务”的视角》，《当代法学》2008年第2期，第95页。

^③ 孙法柏，于红燕：《国际环境法上的对世义务与共进国际法》，《西部法学评论》2013年第2期，第130页。

^④ Yoshifumi Tanaka. *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands International Law Review, Mar.15,2021,p.29.

^⑤ Yoshifumi Tanaka. *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands International Law Review, Mar.15,2021,p.1.

^⑥ Shelton, Dinah, Righting wrongs: reparations in the articles on state responsibility, *American Journal of International Law*, Vol. 96: 833 ,p.845(2002).

^⑦ 刘艳芳,刘军伟：《日本拟将福岛核废水直排太平洋》，《生态经济》2019年第11期，第3页。

虽然对一切义务遭受违反后,《国家责任条款》第42条和第48条规定受害国和非直接受害国都有权援引不法行为国的相关责任,但是二者在援引国家责任上的权利并非完全相同。

首先,对于日本核废液排海的“决定行为”,与对一切义务有关的各种法律关系中的所有受害国和非直接受害国都有权利要求责任国继续履行被违反的义务、停止正在进行的国际不法行为并且保证不再重犯;但如果第一关失守,在日本真的将排放行为付诸实施之后,受害国和非直接受害国虽然都有权利要求责任国对不法行为造成的损害进行赔偿,赔偿的方式包括恢复原状、赔款和道歉等形式。^①但是非直接受害国不是为自身要求责任国赔偿,乃是为受害国要求赔偿。赔偿是国际不法行为带来的损害必然导致的法律后果,非直接受害国没有遭受直接损害,故而无权为自身主张赔偿。在存在主要受害国的对一切义务法律关系中,非直接受害国的法律地位应该是从属和次要的。我们应该区分因为对一切义务遭受违反而权利受损的特定国家和在确保对一切义务遵守上具有法律利益的不特定国家。作为主要权利人的受害国,如果放弃对责任国拥有的诸如主张赔偿在内的一些权利,只要这一行为没有遭受强迫,那么作为不特定对象的非直接受害国就没有权利再要求责任国进行赔偿。^②

其次,触发效果涉及非直接受害国是否有权对指称的违反“对一切义务行为”采取反措施的问题。非直接受害国采取的反措施有时称为第三方反措施,从广义上讲,对这个问题可以有两种不同的看法。第一种观点认为,关于第三方反措施的积极国际法的现状尚不确定。相比之下,第二种观点认为,没有直接受害的国家有权在某些条件下对据称违反“对一切义务”的行为采取反措施。总之,需要进一步考虑的一个基本问题是,如何才能在采取执法行动以维护“对一切义务”中反映的国际社会利益的必要性与根据自我评估防止这些措施滥用之间取得平衡?为防止第三方反措施的滥用,2005年决议第5条规定了四种条件。^③受害国与非直接受害国在援引国家责任权利上的另一个主要区别在于,受害国可以在满足一定法律条件下对违反对一切义务的不法行为国采取反措施,但是非直接受害国采取反措施的权利目前尚未正式获得国际社会确认。传统双边主义国际法只授予受害国采取反措施的权利,其他第三国无权诉诸反措施行为。目前国际法学界在非直接受害国能否为国际社会利益采取反措施这一问题上尚未达成明确共识。但是,诚如国际法委员会所言,《国家责任条款》第

^① 参见陈海明:《权利视野中的对一切义务法律关系研究》,《华中科技大学学报(社会科学版)》,2011年第4期。

^② 参见陈海明:《权利视野中的对一切义务法律关系研究》,《华中科技大学学报(社会科学版)》,2011年第4期。

^③ Yoshifumi Tanaka, *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands International Law Review, Mar.15,2021,p.18.

48 条所指的非直接受害国为集体利益采取反措施的权利目前尚未明确得到承认。正因为如此,《国家责任条款》第二章关于反措施的条文中并未涉及非直接受害国能否诉诸反措施的问题。该草案在第 54 条关于受害国之外的其他国家采取的措施方面提到,“本章并不歧视第 48 (1) 条下受害国之外的其他国家援引另一国责任的权利以及针对该国采取合法措施以确保其停止不法行为并且为受害国或违反义务的受益人提供赔偿。”该条使用的措辞是“合法措施”而不是“反措施”。目前国际法在这方面的实践还不是很多,但是已经出现了一些关于第 48 条下的非直接受害国对于违反对一切义务的责任国采取相应措施的案例,这些相应措施包括经济制裁、中断航线或者暂停履行条约义务等措施。非直接受害国采取的这些相应措施并不是依赖于拥有反措施的权利,而是宣称因为发生“情势根本变更”而拥有暂停履约权利。^②

再次,对一切义务的法律后果,在这方面出现的另一个问题涉及不承认非法情况的义务。^③而对于除了自己之外的国家则是相对应的权利。当一个国际法庭或法庭已宣布某一事实行为为非法时,或联合国已要求不承认某一非法情况时,涉案的各国可以确定不承认义务起作用的时间。否则,它将由每个国家的主观评价来决定。此外,实际情况可能会随着时间的推移而改变。情况的改变可能影响不承认义务的内容。^④

最后,还有限制效果问题,是指对于不符合根据一般国际法强制性规范产生的义务的任何国家的任何行为,不得援引《国家对国际不法行为的责任规则》所规定的排除不法性的情况。^⑤反措施是国家的事实行为。如果不排除某些反措施的不当性,那是因为这些措施违反了“对一切义务”。我们可以以反种族灭绝为例。如前所述,国际法委员会认为“种族灭绝不能为反种族灭绝辩护”。由于禁止种族灭绝构成一般国际法规定的国家对整个国际社会而非某一特定国家负有的“对一切义务”,因此反种族灭绝行为的不法性不能被排除。因此,较好的看法可能是:不允许反种族灭绝,因为反种族灭绝违反了禁止种族灭绝的一般国际法所规定的“对一切义务”。更一般地说,我们可以说国际法不允许违反“对一切义务”的反措施。“对一切义务”的范围比强行法的范围要宽,这一观点将扩大不允许的反措施的范围。^⑥

^① Yoshifumi Tanaka, *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands International Law Review, Mar.15,2021,p.16.17.

^② 参见陈海明:《权利视野中的对一切义务法律关系研究》,《华中科技大学学报(社会科学版)》,2011年第4期。

^③ Yoshifumi Tanaka, *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands International Law Review, Mar.15,2021,p.12.

^④ Yoshifumi Tanaka, *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands International Law Review, Mar.15,2021,p.16.

^⑤ Conclusion 18 of the ILC's conclusions.

^⑥ Yoshifumi Tanaka, *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, Netherlands

（四）“对一切义务”与“对缔约各方的对一切义务”的位阶和适用范围

传统国际法理论认为，国际法中所有法律规范的效力，没有上位法与下位法之分。这是因为：

第一，国际法规范的制定和认可主体，即立法主体，主要是是平等的主权国家，他们既是立法者又是执行者。在国际法领域，不存在类似于国内法领域中的最高立法机关；第二，国际法规范主要是针对某一领域设立的特别法规范，不同规范间的效力等级难以界定；第三，《国际法院规约》第三十八条对国际法渊源的列举并没有采纳等级秩序。^①然而，随着国际法理论和立法实践的不断发展，国际法中一些重要的原则愈益受到国际社会和主权国家的重视，并提出了国际法的位阶理论^②。

首先，1945年10月24日生效的《联合国宪章》，标志着国际法发展进入新的历史时期，并为许多人认为是国际法律体系中的宪法性条款。《联合国宪章》第一百零三条规定：“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”根据法律位阶理论，法律优先适用的原则有：上位法优于下位法，特别法优于普通法以及后法优于先法。《联合国宪章》与其他“任何其他国际协定”相比，都居于上位法的位阶，故其应为国际法律体系中法律效力最高者。^③联合国宪章是当代一般国际法的基本文件，被国际法原则接受为国际社会的一种宪法。^④一般国际法原则具有最高效力，处于最高位阶。相应的，基于一般国际法对整个国际社会的“对一切义务”在法源上优先适用。

其次，国际强行法（*jus cogens*）在国际法领域内的兴起，也为国际法律体系位阶的形成起到了积极的促进作用。由于国际强行法规范是为满足整个国际社会的更高利益而不是为满足个别国家的需要所存在，因此，它们是条约不得抵触的强制性规则。如果其他国际条约与国际强行法规范相抵触，不但该条约无效，还会产生相应的法律后果。^⑤“如果某个国际法规范违背国际强行法，则该规范自始无效”^⑥，这明确了国际强行法上位法的法律地位。^⑦而

International Law Review, Mar.15,2021,p.20.

^① 何东闽（He Dongmin）：《国际法体系中的上位法》（The Higher-Level Laws in the System of International Law），Proceedings of 2015 International Conference on Law and Economics, Beijing, June 6-7, 2015。

^② 潘德勇：《论国际法规范的位阶》，《北方法学》，2012年第6卷总第31期，第127页。

^③ 何东闽（He Dongmin）：《国际法体系中的上位法》（The Higher-Level Laws in the System of International Law），Proceedings of 2015 International Conference on Law and Economics, Beijing, June 6-7, 2015。

^④ Tunkin, Grigory. "Is general international law customary law only." Eur. J. Int'l L. 4 (1993): 534.

^⑤ 何东闽（He Dongmin）：《国际法体系中的上位法》（The Higher-Level Laws in the System of International Law），Proceedings of 2015 International Conference on Law and Economics, Beijing, June 6-7, 2015。

^⑥ Wolfgang Graf Vitzthum. International Law [M]. Beijing: Law Press, 2002. 97(Ch).

^⑦ 何东闽（He Dongmin）：《国际法体系中的上位法》（The Higher-Level Laws in the System of International Law），Proceedings of 2015 International Conference on Law and Economics, Beijing, June 6-7, 2015。

“对一切的义务可以解释为与强行法相似”^①因此，基于一般国际法对整个国际社会的“对一切义务”在法源上优先适用。

“对缔约各方的对一切义务”仅在缔约各方中适用，自毋庸讳言，一般国际法的“对一切义务在整个国际社会适用也是显而易见的，但当一个行为同时违反了二者，则根据上位法优于下位法的原则，可在整个国家社会适用，这时候除了受害人和非直接受害人，还应该考虑作为非直接受害人但是属于缔结了同一个条约中的其他缔约方各国的特殊法律地位和相应的权利、义务问题。

四、我国对日本福岛核废水排海的国际法因应

（一）我国对日本福岛核废水排海“决定行为”的国际法因应

1. 申请临时措施

我国作为申请方可根据《联合国海洋法公约》第 290 条第 1 款，以“防止对海洋环境的严重损害”为由，向仲裁庭或者法院申请临时措施。要求日本停止核废水排海计划。

关于是否以“损害实际发生”为前提，根据国际法委员会的设想，责任并不取决于已造成损失，“国际法上的责任并不以已发生经济上的损害为前提。”^②在 1982 年《海洋法公约》中就规定了实际损害并非必要。^③关于预防危险活动的跨境损害条款草案》施加的国际义务也是以预防为目的，如果违反了这些预防义务，不管是否造成损害性后果，都应承担国家责任。因此，有学者指出在国家责任中，违背某个国际法规范被直接等同为“损害”，只要被违背的规范无相反规定，可以不考虑将损害标准作为国家责任的前提。^④

但在司法实践上却呈现出不同的态度。在爱尔兰诉英国的 MOX 核电厂一案中，爱尔兰政府担心英国 MOX 核电厂的运营将会污染爱尔兰海，并强调将核燃料的运入和运出该厂所涉及的潜在风险，称英国未向其披露相关信息，且未能确保周遭的海洋环境免于该核燃料厂制造的辐射污染，爱尔兰政府在与英国长时间的谈判未果后，向国际仲裁法院寻求建立仲裁庭宣布英国违反国际法，在这之前还要求国际海洋法庭依照《联合国海洋法公约》附件七成立的仲裁法庭组成之前采取临时措施，以组织 MOX 核工厂的投入运营。^⑤由于不存在证据直接表明产生的实质性损害结果发生，法庭并未支持爱尔兰的请求，未要求英国立即采取必要措施以阻止莫克斯工厂的运营。但法庭要求爱尔兰和英国就莫克斯工厂对爱尔兰海洋环境的影响与危害进行检测。

^① 参见王秀梅：《国家对国际社会整体的义务》，法律出版社 2009 年版，第 117—141 页。

^② 阿·菲德罗斯：《国际法(下册)》，李浩培译，北京：商务印书馆 1981 年版。

^③ 参见 1982 年《联合国海洋法公约》第 1 条第 4 款。

^④ 胡绪雨：《跨境污染损害的国家责任》，《政法论丛》2015 年第 5 期，第 157 页。

^⑤ 杨永红：《分散的权力：从 MOX Plant 案析国际法庭管辖权之冲突》，《法学家》2009 年第 3 期，第 107 页。

在乌拉圭河纸浆厂案中，阿根廷向国际法院提起诉讼，认为乌拉圭同时违反了《乌拉圭河章程》中的程序责任与实质责任，没有履行告知的义务以及预防污染的义务，并请求国际法院采取临时措施，要求乌拉圭在国际法院作出最终裁决前中止纸浆厂的建设。由于乌拉圭河纸浆厂案中阿根廷并未向国际法院表明任何来自纸浆厂的污染具有导致对乌拉圭河造成不可逆损害的特征，所以法院认为不需行使临时措施，也未要求乌拉圭停止纸浆厂的建设。

针对日本决定将核污染水排海的行为向国际海洋法法庭或国际法院申请临时措施，以暂禁日本核污染水排海的实施，在国家实践中有先例可循，也具备可行之处。但是可能会因缺乏发生实质性损害后果的证据，而重蹈乌拉圭河纸浆厂案与莫克斯工厂家案中缺乏实质性损害后果的覆辙。但即使是这样，国际司法机构也会暂时禁止日本的排放行为，同时也会进一步要求双方对海洋环境的影响与危害开展合作交流及检测，即使不能完全制止日本的核废液排放行为，也能为各方采取多手段的救济措施争取到一定的时间，并为日后可能的诉讼及仲裁等留下证据、打下基础。

2. 谈判和协商

谈判和协商是指两个或两个以上国际法主体为了彼此间的有关问题求得解决而进行国家交涉的一种方式，是国际争端的政治解决的基本方法之一。^①《联合国海洋法公约》不仅规定了污染发生前的立法合作和预防合作，更明确了污染发生后各国尽量削弱污染影响，减少损害等方面的合作。事实上，日本决定排废行为发生后，周边国家相继都表示了反对的意见，中国也通过外交渠道向日方表明了严重关切，表达了希望日本切实以负责任的态度，审慎对待福岛核电站核废水处置问题。

谈判和协商的优点在于直接会谈、友好协商、增进信任、消除纷争。即使国家主权得到充分的尊重，又使争端圆满解决。其在生态环境国际争端中的作用非常明显。但是协商谈判发挥利益平衡作用的关键是建立在双方解决争端的真诚愿望之上，因此起源国和受影响国的诚意很重要。

3. 提请联合国大会或安理会作出决议或决定

借鉴于“查戈斯群岛从毛里求斯分裂案”：关于查戈斯群岛与毛里求斯数十年的主权争议，海牙国际法院 2019 年 2 月做出裁决。法官们裁定，1960 年代，英国违法将该群岛从其前殖民地毛里求斯做行政分割，必须予以归还。1968 年，英国殖民者同意毛里求斯独立，但保留对查戈斯群岛的控制权。鉴于英国拒绝接受国际法院的裁决，毛里求斯遂诉诸联合国。

联合国全体大会的决议要求所有联合国机构承认毛里求斯涉及该群岛的诉求。决议同时

^① 梁西：《国际法》，武汉大学出版社 2001 年版，第 473 页。

呼吁国际社会，不支持非法的殖民行政管理。该决议案呼吁伦敦6个月内撤出其在该群岛的“殖民行政当局”。总共193个成员国中只有6个国家投票反对，其中包括英国和美国。另外56个国家投了弃权票，其中有德国、法国和加拿大。^①

中国可借鉴毛里求斯案通过联合国大会或安理会这样的国际组织解决争端。在解决国家间争议方面，联合国日益重视调解的作用。2018年，联合国秘书长古特雷斯公开表示要将争端预防作为联合国的一项首要任务，为此联合国需要重点关注调解、和平建设和可持续发展。^②在调解方面，联合国也有着资深调解顾问待命小组等丰富的资源。同时，根据《联合国宪章》第96条规定，国家无法成为提请国际法院发表咨询意见的主体，提请国际法院发表咨询的主体为联合国大会、安理会和经联合国大会授权的联合国专门机关及各种专门机关。先向联合国大会和安理会提请决议与决定，从问题源头入手，通过与有权提请国际法院发布咨询意见的主体进行沟通，化干戈为玉帛，有效地避免以发表咨询意见的方式间接影响争端的解决。

当然，不应忽视的是，通过这一方式解决争端，可能产生对争端当事一方极其有利的决定。从而，一方面可能促使争端当事国另一方在压力下参与谈判并采取较为和解的政策。但另一方面，也可能出现相反的情况。例如争端当事方可能认为，联合国偏袒另一方而对自己在政治上采取敌视或者恶意的政策或态度，因而对联合国为解决该争端所作的各种努力拒不配合。^③

4. 寻求国际法院的咨询意见

任何国际组织与任何国家或国际组织之间产生了争端，可通过国际法院的咨询意见制度加以解决。可提出咨询意见请求案的机关有联合国大会、安全理事会及取得联合国大会授权的15个专门机关。虽然国际法院的咨询意见对于提出请求者无严格的法律约束力，但其权威性的广泛影响，可以使其发挥极大效力。

(二) 我国对日本福岛核废水排海“实施行为”可采取的国际法对策

如果作为事前措施的第一关失守，没能阻止日本的福岛核废水排海行为，只能在日本实施了核废水排放行为之后被动寻求事后救济措施。

1. 向国际法院提起诉讼

国际法院作为联合国的主要司法机关，有着特殊的地位和作用，其管辖权包括各当事国

^① 参见丁洁琼、张丽娜：《从毛里求斯诉英国仲裁案看中菲仲裁案》，《河北法学》2016年第1期。

^② 漆彤、张生、黄丽萍：《调解在国际争端解决中的发展与应用》，《武大国际法评论》2020年第2期，第93页。

^③ 参见余敏友：《论国际组织对解决争端的国际法的主要发展》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）1998年第6期，第73页。

提交的一切案件，以及《联合国宪章》或现行条约中所规定之一切事件。^①《国际法院规约》包含所有联合国成员，同为联合国的成员国，中国和日本都有权将跨境海洋环境污染争端向国际法院提起诉讼。

与国际环境仲裁相比，其具有一定的稳定性、权威性和专业性。但值得注意的是，根据《联合国海洋法公约》第 283 条第 1 款，“如果缔约国之间对本公约的解释或适用发生争端，争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见”。所以，“交换意见”是国际司法程序中确立管辖权的程序性要件。除去中国已经采取的外交抗议行为外，中国还应就中日核污染水排海法律争端的解决提交专门的外交照会，以满足“交换意见”的司法程序要件。

2. 通过国际仲裁庭仲裁

仲裁作为和平解决国际争端的法律解决方法之一，是指当事国根据协议，把争端交给他们自行选择的仲裁机构和仲裁员进行公平裁断，并相互尊重其裁决的争端解决方式。^②仲裁具有解决纠纷降低成本的效果，目前仲裁已经广泛适用于国际环境领域，已经被许多重要的国际环境公约予以确认。由于日本及其周边的邻国都已经参加了《海洋法公约》，理论上，包括中国在内的日本的周边邻国作为《海洋法公约》的缔约国可以像“爱尔兰诉英国的 MOX 核电厂案”那样，请求按照《海洋法公约》附件七组成的国际仲裁庭来解决争端。

国际仲裁庭解决有关争端，以争端当事国事先达成仲裁协议为前提。因此，可以想见，如果中国主张日本的决定排放行为涉嫌违反国际义务而要求提交国际仲裁，很可能会遭致日本的反对，从而遭遇障碍。例如韩国《朝鲜日报》援引韩高官发言称，日本的排放行为涉嫌违反国际法，韩国政府考虑向国际法庭提出起诉并要求日本赔偿损失，但迄今为止，韩国还是基于举证困难等原因而并未进一步采取法律行动。^③再者，仲裁裁决是终局的，不得上诉，双方必须诚意执行。在特殊情况下，可以要求对裁决进行修改，如发现对裁决有决定性的新事实出现。这种软执行的现象也很难得到改善，诚实信用永远是国际事务的一条真理。

参考文献

- [1] 郑英琴：《全球公域的内涵、伦理困境与行为逻辑》，载《国际展望》2017 年第 3 期。
- [2] 韩雪晴、王义桅：《全球公域：思想渊源、概念谱系与学术反思》，载《中国社会科学》2014 年第 6 期。

^① 参见《国际法院规约》第 36 条。

^② 张晓君，张辉：《生态环境保护的国际法理论与实践》，厦门大学出版社 2006 年版，第 129 页。

^③ 李毅：《从国际法角度探析日本排放核废液入海问题》，《太平洋学报》2011 年第 12 期，第 44 页。

- [3] 周露露：《试论普遍义务及其对国际刑法的影响》，载《现代法学》2006年第2期。
- [4] 李毅：《论国际法对国际社会作为整体而应承担的义务》，载《求索》2005年第11期。
- [5] 曲波、喻剑利：《论海洋环境保护——“对一切义务”的视角》，载《当代法学》2008年第2期。
- [6] 孙法柏、于红燕：《国际环境法上的对世义务与共进国际法》，载《西部法学评论》2013年第2期。
- [7] 林灿铃：《国际法的“国家责任”之我见》，载《中国政法大学学报》2015年第5期。
- [8] 张磊：《论国际法上传统国家责任的产生与构成》，载《学术论坛》2012年第2期。
- [9] 张磊：《从义务和行为的角度分析国家责任的客观要件——以联合国《国家对国际不法行为的责任条款草案》为线索》，《天津行政学院学报》2013年第3期。
- [10] 王中新：《研究称日本核事故放射物已在全球扩散》，载《科技传播》2011年第9期。
- [11] 刘艳芳、刘军伟：《日本拟将福岛核废水直排太平洋》，载《生态经济》2019年第11期。
- [12] 晓敏、郑光峰：《日本拟将核污水排入太平洋》，载《生态经济》2020年第12期。
- [13] 阙占文：《跨界环境影响评价义务及其履行》，载《政法论丛》2020年第6期。
- [14] 胡绪雨：《跨境污染损害的国家责任》，载《政法论丛》2015年第5期。
- [15] 杨永红：《分散的权力：从 MOX Plant 案析国际法庭管辖权之冲突》，载《法学家》2009年第3期。
- [16] 李毅：《从国际法角度探析日本排放核废液入海问题》，载《太平洋学报》2011年第12期。
- [17] 丁洁琼、张丽娜：《从毛里求斯诉英国仲裁案看中菲仲裁案》，载《河北法学》2016年第1期。
- [18] 漆彤、张生、黄丽萍：《调解在国际争端解决中的发展与应用》，载《武大国际法评论》2020年第2期。
- [19] 余敏友：《论国际组织对解决争端的国际法的主要发展》，载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)1998年第6期。
- [11] 李玫、王丙辉著：《中日韩关于海洋垃圾处理的国际纠纷问题研究》，对外经济贸易大学出版社2015年版。
- [20] 王曦：《国际环境法与比较环境法评论》，法律出版社2002年版
- [21] 江平：《罗马法、中国法与民法法典化文选罗马法与物权法、侵权行为法及商法之研究》，中国政法大学出版社2008年版。

- [22] 西塞罗：《论义务》，王焕生译，中国政法大学出版社 1999 年版。
- [23] 罗素：《西方哲学史》上卷，何兆武、李约瑟译，商务印书馆 1963 年版。
- [24] 罗国强：《国际法本体论》，法律出版社 2008 年版。
- [25] 边永民：《国际公法案例选》，对外经济贸易大学出版社 2006 年版。
- [26] 毛俊响、王历：《国际法典型案例评析》，中南大学出版社 2016 年版。
- [27] 王佳：《国际公法原理与案例研习》，中国法制出版社 2017 年版。
- [28] 莫里兹欧·拉加兹：《论普遍义务的概念》，牛津大学出版社 1997 年版。
- [29] 韩婷婷、朱建庚：《国家管辖范围外的海洋法律制度》，知识产权出版社 2019 年版。
- [30] 蒂莫西·希利尔：《国际公法原理》，曲波译，中国人民大学出版社 2006 年版。
- [31] 帕特莎·波尼、埃伦·波义尔：《国际法与环境》，那力、王彦志、王小钢译，高等教育出版社 2007 年版。
- [32] 伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友译，法律出版社 2007 年版。
- [33] 阿·菲德罗斯：《国际法(下册)》，李浩培译，商务印书馆 1981 年版。
- [34] 詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》第 1 卷第一分册，王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年第 1 版。
- [35] 联合国新闻部编：《联合国海洋法公约评价》，海洋出版社 1986 年版。
- [36] 薛桂芳：《〈联合国海洋法公约〉与国家实践》，海洋出版社 2011 年版。
- [37] 范少言：《中国的海疆与海洋权益》，陕西科学技术出版社 2018 年版。
- [38] 王献枢：《国际法》，中国政法大学出版社 1995 年版。
- [39] 斯塔克：《国际法导论》，法律出版社 1984 年版。
- [40] 周忠海：《国际法述评》，法律出版社 2001 年版。
- [41] 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1995 年版。
- [42] 梁西主编：《国际法》，武汉大学出版社 2001 年版。
- [43] 王虎华：《国际公法学》，北京大学出版社 2008 年版。
- [44] 伍亚荣：《国际环境保护领域内的国家责任及其实现》，法律出版社 2011 年版。
- [45] 张晓君、张辉：《生态环境保护的国际法理论与实践》，厦门大学出版社 2006 年版。
- [46] 台湾海洋大学编：《第二届海峡两岸航运科技学术研讨会论文集》，大连海事大学出版社 2003 年版。
- [47] 李毅：《从国际法角度探析日本排放核废液入海问题》，《太平洋学报》，2011 年第 12 期，第 38 页。

- [48] 潘德勇:《论国际法规范的位阶》,《北方法学》,2012年第6卷总第31期,第127页。
- [49] 王秀梅:《国家对国际社会整体的义务》,法律出版社2009年版,第117—141页。
- [50] 伍亚荣:《国际环境保护领域内的国家责任及其实现》,法律出版社,2011年版,第131页。
- [51] 陈海明:《权利视野中的对一切义务法律关系研究》,《华中科技大学学报(社会科学版)》,2011年第4期
- [52] Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) , Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 187.
- [53] Shelton, Dinah, Righting wrongs: reparations in the articles on state responsibility, American Journal of International Law,2002, Vol. 96:833, p.845.
- [54] Yoshifumi Tanaka, The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law, Netherlands International Law Review,2021, Mar.15, p.4.
- [55] ILC1976 Report, at para.99.
- [56] 何东闽(He Dongmin):《国际法体系中的上位法》(The Higher-Level Laws in the System of International Law), Proceedings of 2015 International Conference on Law and Economics, Beijing, June 6-7, 2015。
- [57] Tunkin, Grigory. "Is general international law customary law only." Eur. J. Int'l L. 4 ,1993: 534.
- [58] Wolfgang Graf Vitzthum. International Law [M]. Beijing: Law Press, 2002. 97(Ch).

后 TPP 时代 RTA 原产地规则国际比较与我国应对策略研究

赵世璐 李雪松 崔仁杰*

摘要：TPP 曾被美国标榜为代表 21 世纪最高水平的国际经贸规则协定。2017 年 1 月，美国总统特朗普宣布美国退出 TPP，标志着后 TPP 时代的到来。作为国际经贸规则的重要内容，原产地规则在保障区域贸易协定（RTA）实施运作方面发挥着重大作用，后 TPP 时代新谈判或升级的大型高标准 RTA 原产地规则对全球价值链重构、企业出口与行业发展等方面的影响愈发深远。本文通过梳理 CPTPP、USMCA、欧日 EPA、英日 CEPA、RCEP 等 RTA 原产地规则，从章节与附件设置、区域价值成分标准、累积规则、原产地声明等方面总结后 TPP 时代 RTA 原产地规则的主要特点与变化趋势，发现我国 FTA 原产地规则存在行业产业针对性灵活性不足、中小微企业出口利用率低、原产地声明门槛较高等问题，并就我国应对策略与完善路径提供相应建议。

关键词：原产地规则；原产地程序；自由贸易协定；区域贸易协定；国际经贸规则

一、引言

自世界贸易组织（WTO）多哈回合谈判难以取得实质性进展以来，越来越多经济体转向 RTA 谈判，RTA 发展进入快车道，确立了不同的区域经贸规则，对国际经贸规则的构建完善产生越来越大的影响。为推动亚太地区贸易自由化进程，智利、新加坡、新西兰等亚太经合组织（APEC）成员于 2002 年 10 月发起谈判，并于 2005 年 7 月签订 TPP，宣布非 APEC 成员也可以参与谈判。2008 年 2 月，美国总统奥巴马宣布加入 TPP 谈判，推动 TPP 朝着大型高标准 RTA 方向发展。2015 年 10 月，美国等 12 个成员国成功结束 TPP 谈判，达成 TPP 贸易协定，并于 2016 年 2 月正式签署。然而 2017 年 1 月，美国总统特朗普宣布美国退出 TPP，标志着后 TPP 时代到来。2017 年 11 月，在冻结了 20 项 TPP 协议条款并修改生效条件的基础上，除美国外的 11 个 TPP 成员宣布将 TPP 更名为 CPTPP，并于 2018 年 12 月 30 日正式生效。在贸易自由化与贸易保护主义交织碰撞加剧的后 TPP 时代，CPTPP、USMCA、欧日 EPA、英日 CEPA、RCEP^①等大型高标准区域贸易协定不断出现，国际经贸规则面临着新一轮重构。

***作者简介：**赵世璐，上海海关学院《海关与经贸研究》编辑部；李雪松，广州海关所属天河海关（原产地业务骨干兼广州海关 RCEP 实施准备工作专班成员）；崔仁杰，上海海关学院海关与公共管理学院。

***基金项目：**本文系 2020 年度国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”（项目号：20&ZD205）、上海海关学院贸易便利化评估与实施科研创新团队项目（项目号：2313112A17）的阶段性成果。
^①《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）于 2018 年 3 月 8 日签订，《美墨加协定》（USMCA）于 2018 年 11 月 30 日签订，《欧盟日本经济伙伴关系协定》（欧日 EPA）于 2018 年 7 月 17 日签订，《英国日本全面经济伙伴关系协定》（英日 CEPA）于 2020 年 10 月 23 日签订，《区域全面经济伙伴关系》（RCEP）于 2020

作为国际经贸规则与国际法律制度的重要内容,原产地规则是确保各个缔约方彼此享有贸易优惠待遇的重要手段、海关三大关税技术之一,在 RTA 的制定与实施中扮演着重要角色。在后 TPP 时代新一轮国际经贸规则与国际法律制度重构中,我国一方面面临部分发达国家 RTA 原产地规则趋严趋紧贸易保护加剧等影响与挑战,另一方面也存在国内部分 FTA 原产地规则产业针对性灵活性不高等问题与不足。随着全国海关通关一体化改革向纵深推进、RCEP 实施落地进程加快,“十四五时期”海关如何发挥好职能作用服务构建“国际国内双循环”新发展格局、推动外贸高质量发展,如何进一步助推 FTA 原产地规则的谈判、升级与发展,如何促进我国中小微企业更好地利用 FTA 原产地规则充分享受关税减免优惠待遇,成为当前我国海关面临的重要课题之一。

二、文献综述

目前,国内外学者对 RTA 原产地规则研究主要聚焦以下几类:

第一类,研究原产地规则对企业出口行为及行业发展的影响。Hayakaw 和 Laksanapanyakul (2017) 发现,较为严格的原产地规则会增加企业利用 FTA 进行出口的成本,从而降低 FTA 利用率。^① 杭州海关课题组(2019)通过问卷调查的方式,发现由于企业中原产地负责人员较少并且相关知识不足导致了企业 FTA 优惠原产地规则实际利用率较低。^② 韩剑等(2019)通过异质性企业贸易模型研究发现较优的原产地规则应当具有较低的原产地限制效应,能够更好地促进企业技术升级。^③ 陈建隆等(2020)通过分析企业市场进入模式,认为提高原产地标准会影响非成员企业市场进入模式,对本地行业保护可能会适得其反。^④

第二类,研究原产地规则对全球价值链深入发展的影响。成新轩等(2018)通过分析东亚自贸区优惠原产地规则对区域专业化分工程度的影响机制,从全球价值链分工深度、成员国参与全球价值链分工程度以及投资流对价值链分工的影响三个方面做了有关论证。^⑤ 刘滢泉(2019)通过分析 CPTPP、USMCA 等协定原产地规则思路,发现差异化的原产地规则却通

年 11 月 15 日签订。

^① Hayakawa, K., and N. Laksanapanyakul. 2017. “Impacts of Common Rules of Origin on FTA Utilization”.

International Economics and Economic Policy 14(1) : 75-90.

^② 参见杭州海关课题组王诗东、陈羨荣:《逆全球化背景下提高我国自贸协定(FTA)利用率的对策研究——以杭州关区进出口企业为样本》,《海关与经贸研究》2019年第5期,第26-41页。

^③ 参见韩剑、岳文、吴小康:《优惠自贸协定、原产地规则与企业技术升级》,《经济评论》2019年第4期,第17-31页。

^④ 参见陈建隆、李建成:《原产地规则、贸易保护与市场进入模式》,《国际贸易问题》2020年第12期,第16-32页。

^⑤ 参见成新轩、于荣光:《东亚地区自由贸易区优惠原产地规则对区域专业化分工的影响研究》,《世界经济研究》2018年第8期,第112-122页。

过区域价值链的形成，带来了既有全球价值链的重构。^①Doan Ngoc Thang（2021）通过构建引力模型分析区域贸易协定原产地规则对2005-2015年间61国参与的全球价值链（GVC）的影响，发现原产地规则越严格对GVC的负面效应越显著，但累积、微量规则等产品特定原产地规则的实施运用能够减弱以上负面效应。^②

第三类，研究原产地规则对新一轮国际经贸规则重构的影响。王跃生等（2017）通过比较不同类型国家制定区域贸易协定的规则趋向，认为我国未来需建立有差别、有弹性的规则，以应对高标准、强约束的规则趋向。^③吕越等（2018）提出，亚太地区应当建立包容性原产地规则，中国应积极引领亚太地区合作建立广泛适用且包容广的经贸规则体系。^④袁波（2018）指出，CPTPP、USMCA等体现了发达国家的立场，其同质性大于竞争性。^⑤Lackson Qoto（2018）强调，COMESA-SADC-EAC区域贸易协定原产地规则的构建有望推动非洲区域贸易与经济合作一体化，帮助非洲应对新一轮国际经贸规则重构带来的机遇与挑战。^⑥林黎（2020）认为，USMCA等原产地规则的修订是当前高标准国际经贸规则的体现。^⑦

由此可见，国内外学者对RTA原产地规则研究主要聚焦其对企业出口行为及行业发展、全球价值链深入发展和对新一轮国际经贸规则重构等三个方面的影响，提出包括原产地规则越严格其负面效应越显著、应当建立有差别、有弹性的包容性原产地规则在内的观点建议，但并未对后TPP时代新谈判或升级的RTA原产地规则与程序进行系统梳理与比较分析，未从章节与附件设置、区域价值成分标准、累积规则、原产地声明等角度剖析后TPP时代RTA原产地规则与程序主要特点与变化趋势、问题与不足，未进一步探究出现以上主要特点与变化趋势、问题与不足的背景原因，为本文从研究定位和角度、研究方向与内容等方面进行创新提供了空间。

RTA原产地规则作为国际经贸谈判中的一个重要领域，不仅关乎货物关税的准确计征，还涉及贸易统计、保障措施等贸易措施的顺利进行。研究分析后TPP时代大型高标准RTA原产地规则的发展变化，总结我国在原产地规则制定和实施中的相关问题，对我国优化进出

^① 参见刘滢泉：《后TPP时代原产地规则与全球价值链的互构》，《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2019年第5期，第27-32页。

^② Doan Ngoc Thang, Le Thanh Ha, Hoang Phuong Dung, Trinh Quang Long. 2021. "On the Relationship between Rules of Origin and Global Value Chains". *The Journal of International Trade & Economic Development*, 1-25.

^③ 参见王跃生、李宇轩：《新型全球化下国际经贸规则新趋势与中国对策》，《中国特色社会主义研究》2017年第2期，第28-33页。

^④ 吕越、金沈蒙、沈铭辉：《包容性区域一体化协定的模式探究——基于亚太地区FTA原产地规则比较》，《国际经贸探索》2018年第2期，第83-98页。

^⑤ 袁波：《CPTPP的主要特点、影响及对策建议》，《国际经济合作》2018年第12期，第20-23页。

^⑥ Lackson Qoto. 2018. "The COMESA-SADC-EAC Free Trade Area: Rules of Origin-An Impediment to Regional Trade and Economic Integration". *University of KWAZULUNATAL*, 1-103.

^⑦ 林黎：《USMCA原产地规则变化对中国的影响及其启示》，《对外经贸实务》2020年第7期，第41-44页。

口货物原产地管理、提升国际经贸话语权并参与到新型国际经贸规则重构而言至关重要。

三、后 TPP 时代 RTA 原产地规则主要特点与变化趋势

1. 原产地判定规则和实施程序普遍合并为一个章节，附件内容形式更加丰富多元

根据 WTO 官网公布的最新数据显示，截至 2021 年 4 月 25 日，全球目前已生效实施的各类 RTA 数量为 560 个，其中 2017-2021 年新增已实施生效的 RTA 数量为 88 个(如图 1 所示)。目前绝大多数货物贸易类型 RTA 均详细规定了原产地判定规则和实施程序，其章节与附件的设置能清晰直观地反映 RTA 原产地规则在形式与内容等方面的主要特点。

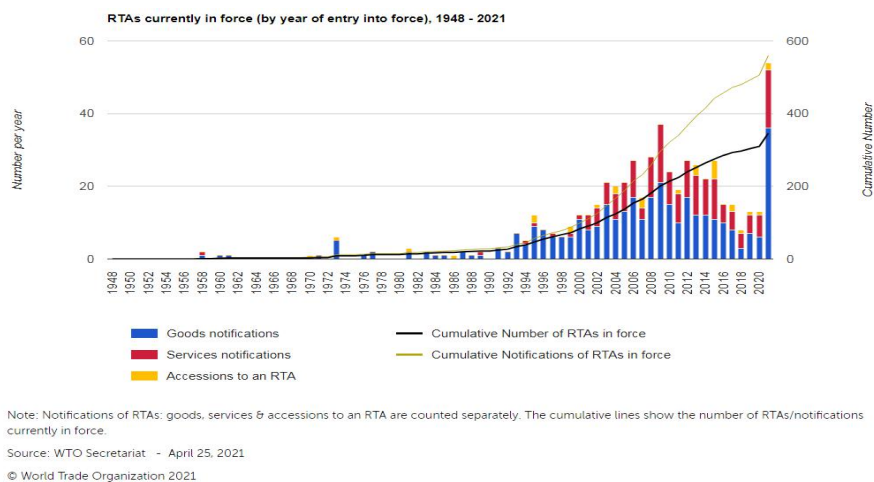


图 1 区域贸易协定发展历程与近期态势^①

从总体来看，随着后 TPP 时代区域一体化进程的缓慢推进、新成员方的不断加入以及原产地规则的谈判升级，大型高标准 RTA 原产地判定规则、实施程序之间呈现相互借鉴、互补融合但也保有特色的变化趋势，不少中小型 RTA 也对标大型高标准 RTA 原产地判定规则、实施程序进行谈判升级，章节与附件设置得以进一步完善优化。

从后 TPP 时代大型高标准 RTA 原产地规则章节设置上来看，除 USMCA 将原产地判定规则和实施程序分章节（第四章、第五章）规定外，CPTPP、欧日 EPA、英日 CEPA、RCEP 等 RTA 均倾向于将二者合并为一个章节（第三章）规定，章节普遍合并及位置靠前凸显了原产地规则作为国际经贸规则重要内容在 RTA 中的重要地位。

从后 TPP 时代大型高标准 RTA 原产地规则附件设置上来看，附件涵盖最低数据/信息要求、微量、累积、原产地声明、产品特定原产地规则等方面，内容形式更加丰富多元。后 TPP 时代大型高标准 RTA 缔约方根据区域实际贸易与谈判情况，进行了不同的附件设置。除 CPTPP 外，USMCA、欧日 EPA、英日 CEPA、RCEP 等 RTA 均将产品特定原产地规则作为独立附件，CPTPP 和 RCEP 均将最低数据/信息要求作为独立附件，同时 CPTPP 和 USMCA 均在附件中

^① WTO: “Regional Trade Agreements Database”, <http://rtais.wto.org/UI/charts.aspx#>, 2021-04-25 last visited.

规定了微量的例外情况，欧日 EPA 和英日 CEPA 在附件中均规定了累积涉及的产品、信息和原产地声明的文本，呈现相互借鉴、互补融合但也保有特色的变化趋势。（具体内容见表 1）

表 1 后 TPP 时代部分大型高标准 RTA 原产地规则章节与附件设置情况表

协定名称	签署时间	章节标题	附件
CPTPP	2018 年 3 月 8 日	第三章 原产地规则和原产地程序	附件 3-A 其他安排 附件 3-B 最低数据要求 附件 3-C 第 3.11 条(微量)的例外情况
欧日 EPA	2018 年 7 月 17 日	第三章 原产地规则和原产地程序	附件 3-A 产品特定原产地规则的介绍性说明 附件 3-B 产品特定原产地规则 附件 3-C 第 3.5 条（累积）涉及的信息 附件 3-D 原产地的声明的文本 附件 3-E 关于安道尔公国 附件 3-F 关于圣马力诺共和国
USMCA	2018 年 11 月 30 日	第四章 原产地规则 第五章 原产地程序	附件 4-A 第 4.12 条（微量）的例外情况 附件 4-B 产品特定原产地规则
英日 CEPA	2020 年 10 月 23 日	第三章 原产地规则和原产地程序	附件 3-A 产品特定原产地规则的介绍性说明 附件 3-B 产品特定原产地规则 附件 3-C 第 3.5 条（累积）涉及的产品 附件 3-D 第 3.5 条（累积）涉及的信息 附件 3-E 原产地声明的文本
RCEP	2020 年 11 月 15 日	第三章 原产地规则	附件一 产品特定原产地规则 附件二 最低信息要求

根据《世界海关组织原产地手册》(WCO *Origin Compendium*)，区域优惠贸易原产地规则可分为原产地判定规则、运输标准、实施程序和其他相关条款^①四部分内容。其中原产地判定规则包括原产货物、实质性改变标准（税则归类改变、区域价值成分、加工工序标准）与补充规则（累积、微量等），原产地实施程序囊括原产地认证（原产地证明形式、免于提交原产地证明情形）和原产地核查等相关要求，原产地判定规则和实施程序是优惠原产地规

^① 参见 WCO: “Rules of Origin-Compendium”, <http://www.wcoomd.org/en/topics/origin/overview/origin-comp-dium.aspx>, 2021-04-25 last visited.

则的核心内容。后 TPP 时代部分大型高标准 RTA 原产地规则主要变化见表 2。

表 2 后 TPP 时代部分大型高标准 RTA 原产地规则主要变化

原产地规则		CPTPP	USMCA	欧日 EPA	英日 CEPA	RCEP
实质性改 变标准	税则归类改变	√	√	√	√	√
	区域价值成分	√	√	√	√	√
	制造与加工工序	√	√	√	√	√
补充规则	微量条款	√	√	√	√	√
	累积规则	√	√	√	√	√
	环保回收材料使用	√	√	√	√	
	生产材料使用说明 及价值计算	√	√			√
	微小加工处理	√	√	√	√	√
	中性成分			√	√	√
	间接材料	√	√			√
	可互换材料	√	√	√	√	√
	成套货品	√	√			
	包装材料容器	√	√	√	√	√
	直运规则	√	√	√	√	√
	处罚事项	√		√	√	√
	原产地规则委员会	√		√	√	
程序性	原产地证明	√	√	√	√	√
规则	原产地声明		√	√	√	√

CPTPP 在原产地规则方面较多地延续了 TPP 的内容，保持了大型区域贸易协定的高标准范式，例如细化区域价值成分标准的计算公式、规定微量百分比为 10%、明确纺织品和服装原产地规则判定中的“纱后原则”等。USMCA 对部分产品也进行了原产地规则的细化和区分，将原产于北美的乘用车、轻型卡车及其零部件和重型卡车及其零部件的区域价值成分分别提升至 75%和 70%的发展目标，并在汽车原产地规则中设定了“劳工价值成分”。^①还增加了成

^① 以免税整车为例，原产标准要求区域价值成分达到 75%，即超过四分之三原材料须为美墨加区域内的原产材料，较 NAFTA 的 62.5%有明显提升。对乘用车的高工资含量要求在 2023 年逐步增加到 40%，且必须由每小时工资 16 美元以上的工人生产。

套货物、混合货物规则，当产品由原产产品和非原产产品组成成套或者混合而成，只要其中非原产产品的价值不超过最终产品价值的 7%，该货物仍视为原产货物。除此之外，USMCA 还规定任何缔约方与非市场经济国家签订自贸协定，应允许其他缔约方在六个月通知后终止本协定并以（新）双边协定取代本协定。^①

英日 CEPA 很大程度上延续了欧日 EPA 的基本框架，体现出欧洲高标准区域贸易协定的特点，规定建立原产地规则和与海关有关事项委员会以确保双方海关在原产地规则上的合作，明确采用双边累积协定，这意味着来自英国或日本的材料和加工可用于计算在出口到其他国家时满足优惠待遇的原产地要求（欧日 EPA 采用基于自我认证模式的完全累积制度）。同时英日 CEPA 规定，即使来自第三国的材料（非原产地材料）用于生产，当货物满足产品特定原产地规则(PSR)中规定的要求时，视为获得原产资格，并细化纺织产品、糖糖果和饼干等特定行业产业原产地规则规定。

由东盟十国以及中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰 15 个国家签署的 RCEP 协定作为亚太地区的高标准大型区域贸易协定其原产地规则部分体现了包容性与灵活性。在实体性判定规则方面，RCEP 采用区域累积原则，在以往中国—东盟“10+1”的基础上将累积的范围增大，规定在 15 个成员国过程区域内将产品原产地价值成分进行累积。在程序性要件规则方面，RCEP 丰富了原产地证明文件形式，使得企业不仅可以使原产地证书申报还可以采用经核准的出口商以及无需经核准的出口商或生产商开具原产地自主声明。我国企业还可使用背对背原产地证明（非原始原产地证明），即中间缔约方针对已由原出口缔约方开具原产地证明的货物，再次分批分期灵活开具的原产地证明，这使得企业的贸易、物流安排更加灵活便利。

2. 区域价值成分标准等原产地规则制定更加严谨，特定行业产业标准进一步细化

区域价值成分又称增值百分比标准（附加值/从价百分比标准），一般适用于判定未发生税则归类改变但经过进一步精炼或加工货物的原产地。绝大部分 RTA 都在原产地判定规则中规定了增值百分比标准，其优势在于其在实践中相对容易理解和运用，允许针对发展中国家不同发展阶段进行简单灵活地调整，但不足在于对于经济运营商来说需要熟悉其投入的成本价值，对于中小微企业而言增值百分比规则的管理比较复杂，可能需要建立完善额外的账簿管理和复杂的会计制度。

根据 *WCO Origin Compendium*，不考虑税则归类的改变，一项货物只要满足其增值部分

^① 源自 Article 32.10: Non-Market Country FTA，尽管 USMCA 对于“非市场经济国家”并没有给出官方的定义，但在中美贸易摩擦升级的大背景下，业内普遍认为“非市场经济国家”明显指向中国。

达到从价百分比标准的特定水平时，就可以被视为原产。^①而基于附加值/从价百分比标准的规则可主要以两种不同的方式描述：一是非原产材料的最大限额（第三方成分的最大限额，也即当外来投入品不超过某一临界值时，则该最终产品可以被视为原产产品），二是本国成分含量的最低标准（最低国内成分标准）。

在区域价值成分计算公式方面，后 TPP 时代不同 RTA 根据成员方发展阶段、贸易习惯等因素采取了不同的计算公式，例如 CPTPP 规定了成交价格法、扣减法、增值法和净成本法，USMCA 使用了成交价格法和净成本法，RCEP 采用的是扣减法与累加法。从区域价值成分行业产业针对性来看，除 RCEP 对所有行业产业采用统一的 40% 标准外，总体来看 CPTPP、USMCA 等其他大型高标准 RTA 区域价值成分标准一般均按特定行业产业保护需求朝着更加严谨、更为细致的方向发展。

从 TPP 到 CPTPP，区域货物原产资格判定标准保持了较高水平，不仅需要满足区域价值成分门槛，还需要原材料涉及某一项具体操作或满足某种特定的适用要求。^②相较于 NAFTA，USMCA 提高了以净成本法计算的区域价值成分标准要求，例如在乘用车、轻型卡车和重型卡车的生产中规定必须使用 70% 以上原产于北美的钢和铝，才能看作是原产于北美地区。^③（详见表 3）USMCA 对产品的划分更加细化，对特殊产业制定特殊规则，特别增加了劳动价值含量和钢铝含量等具体要求，进一步加强了北美自贸区原产地规则制定的高标准、严要求和针对性强的特征。^④欧日 EPA 与英日 CEPA 也都明确了对特定产品实行特殊保护，由双方商定一套原产地规则作为区域贸易协定实行基础。后 TPP 时代诸多大型高标准 RTA 原产地规则的严谨细化，强化了原产地规则贸易保护作用，但同时也加大了中小微企业利用原产地规则的难度与管理成本。

表 3 NAFTA 与 USMCA 汽车行业原产地规则区域价值成分对照表

NAFTA			
区域价值含量标准	生效时间	1998 年 1 月 1 日	2002 年 1 月 1 日
	乘用车和轻型卡车		
	整车及核心零部件	净成本法下 56%	净成本法下 62.5%

^① 参见 WCO: “Rules of Origin-Compendium”, <http://www.wcoomd.org/en/topics/origin/overview/origin-compendium.aspx>, 2021-04-26 last visited.

^② 袁波:《CPTPP 的主要特点、影响及对策建议》,《国际经济合作》年 2018 第 12 期,第 20-23 页。

^③ 李馥伊:《美墨加贸易协定 (USMCA) 内容及特点分析》,《中国经贸导刊》2018 年第 34 期,第 26-28 页。

^④ 何蓉、连增、郭正琪:《美墨加协定 (USMCA) 对原产地规则的修订及其影响分析》,《区域与全球发展》2019 年第 6 期,第 48-64 页。

	其他汽车及其他零部 件		净成本法下 55%		净成本法下 60% ^①	
USMCA						
区域价值含 量标准	生效时间		2020年1月1日	2021年1月1日	2022年1月1日	2023年1月1日
	乘用车及轻型 卡车整车		净成本法下 66%	净成本法下 69%	净成本法下 72%	净成本法下 75%
	乘用车 及轻型 卡车零 部件	表 A.1*	净成本法下 66% 或 交易价值法下 76%	净成本法下 69% 或交易价值法下 79%	净成本法下 72% 或交易价值 法下 82%	净成本法下 75% 或交易价 值法下 85%
		表 B* 所列主 要零部 件	净成本法下 62.5% 或交易价值 法下 72.5%	净成本法下 65% 或交易价值法下 75%	净成本法下 67.5% 或交易价值法下 77.5%	净成本法下 70% 或交易价值法下 80%
		表 C* 所列辅 助零部 件	净成本法下 62% 或交易价值法下 72%	净成本法下 63% 或交易价值法下 73%	净成本法下 64% 或交易价值法下 74%	净成本法下 65% 或交易价值法下 75%

3. 累积规则由不完全/货物（材料）累积向完全/生产累积发展，部分允许生产商累积

根据 *WCO Origin Compendium*，原产地累积允许优惠贸易体系中一成员方的产品被进一步加工或添加到该优惠贸易体系另一缔约方的产品中，视为原产于后一个国家。^②即在确定货物的原产资格时把货物生产中所使用的 RTA 其他成员方的原产材料，视为货物生产所在成员方的原产材料。这实质上放宽了原产货物的定义、降低了货物获得原产资格的门槛，并提供了在优惠贸易体系内，发展成员国家之间经济关系的灵活性。

从累积客体标准来看，累积规则可分为完全累积^③和不完全累积^④；从累积的地域范围来

^① 参见 North-American-Free-Trade-Agreement-NAFTA, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/north-american-free-trade-agreement-nafta>, 2021-02-27 last visited.

^② 参见 WCO: “Rules of Origin-Compendium”, <http://www.wcoomd.org/en/topics/origin/overview/origin-compendium.aspx>, 2021-04-26 last visited.

^③ 完全累积即允许生产累积，对中间品原产资格不做要求。在这种累积的情况下，在 RTA 一成员方进行的所有生产阶段都可算作在制造原产货物时赋予原产资格的工序，无论该工序是否足以赋予材料本身原产资

看，累积规则可分为双边累积与区域累积。而生产商累积是指如果一货物在一个或多个 RTA 成员方内由多个生产商生产，则该货物为原产货物。

从适用的累积类型来看，CPTPP、USMCA 等北美模式大型高标准 RTA 规定的累积规则为完全累积、区域累积和生产商累积。相较于以往日本参与签订的 RTA，欧日 EPA 采用基于自我认证模式的完全累积制度，这一制度在亚太地区目前只有少数自由贸易协定采用。^①中国-东盟、亚太等中国早期签署或升级的自贸协定普遍采用的是双边累积规则，但在 RCEP 中，第三章第四条第一款规定了不完全累积、区域累积规则，这使得生产商可以更加灵活的进行材料采购和战略布局，有助于促进区域内的生产分工，扩大成员国间的贸易份额，打造更加优化的区域供应链与价值链；而第二款规定了成员方将在五年内审议累积条款并“考虑将第一款中累积的适用范围扩大到各缔约方在内的所有生产和货物增值”，实际上即提出了向完全累积规则发展的目标。

4. 原产地证明形式选择更加丰富多样，原产地声明规则普遍引入或进一步完善

原产地声明是由企业（进出口商、生产商、供应商或其他当事人）自主在商业单证上对该货物原产地所作的正式声明、无需向签证机构申办原产地证书的证明形式，具有行政成本低、方便快捷等优势，有助于降低企业贸易合规成本、提高货物通关时效、提升企业信用资质与产品出口国际竞争力。从原产地声明规则规定来看，USMCA、欧日 EPA、英日 CPEA、RCEP 等均普遍引入或进一步完善了原产地声明规则。

NAFTA 早在 1994 年即引入了原产地声明规则，规定原产地声明与原产地证书具有同等法律效力，美国在随后签订的美国-智利、美国-秘鲁、美国-韩国等 FTA 中继续广泛引入原产地声明规则，构建起“北美模式”原产地声明体系。“北美模式”下的原产地证明形式一般由出口商或进口商自主选择是否适用原产地声明、原产地声明无需经相关主管机关核准或认证且不承担首要法律责任，因此该 RTA 实施后原产地声明使用率要比原产地证书使用率普遍更高，这与美国贸易体量、多方利益考量均衡等因素密切相关。相较于 NAFTA，USMCA 进一步完善了原产地声明规则，细化出口商、进口商开具原产地声明的规定。

表 4 美国早期签署实施原产地声明条款的部分 FTA^②

格。

^① 不完全累积即允许货物（材料）累积，在这种累积的情况下，中间品出口国的货物（材料）必须具有原产资格以后才能被进口国累积，视为原产于进口国。

^② 王金波：《日本-欧盟 EPA 的影响与中国的应对之策》，《中国发展观察》2018 年第 22 期，第 57-59 页。

^③ 参见 WTO，“Regional Trade Agreements Database-United States of America-RTAs in Force”，<http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByMemberResult.aspx?MemberCode=840&lang=1&redirect=1>，2021-4-15 last visited.

协定名称	签署时间	原产地声明开具主体	开具主体是否需核准
NAFTA	1992年8月	出口商或生产商	无需核准
美国-智利	2003年6月	出口商或生产商	无需核准
美国-秘鲁	2006年4月	出口商或生产商	无需核准
美国-韩国	2007年6月	出口商或进口商	无需核准

欧日 EPA、英日 CEPA 引入的是“泛欧模式”原产地声明规则，该模式特点是声明开具主体为经核准出口商或供应商、对声明项下货物原产资格信息的核查权在出口方海关，声明与证书一般具有同等法律效力，并由出口商、供应商承担声明首要法律责任。而欧日 EPA、英日 CEPA 采用单一的出口商申报形式，由企业自主声明，在降低货物原产地证明难度的同时提高了认证效率，但是对原产地证明的监督管理能力要求较高。

相较于以往中国签署或升级的包含原产地声明条款的 FTA，RCEP 首次引入了经核准出口商以及无需经核准的出口商或生产商两者并存的原产地声明形式，但并未明确规定是否会采用进口商声明形式，如成员方均有意向，则有待后期进行进一步磋商谈判。大规模实施推广以企业信用担保为导向原产地声明规则制度有助于简化程序、降低成本，RCEP 生效后即会实施经核准出口商原产地声明制度，但根据 RCEP 第三章第 16 条第 2、3 和 4 款规定，本协定出口商或生产商声明由不同缔约方将在生效后实施 10 年以内、最长不超过 20 年内实施，也即 RCEP 原产地声明是分阶段实施。

四、我国 FTA 原产地规则规定应用现状与存在不足

1. 区域价值成分标准整体偏低、缺乏区分梯度，行业产业针对性、灵活性有待强化

一国签署或升级的 FTA 原产地判定规则中区域价值成分标准的高低，与其所处发展阶段、产业行业发展情况、本国经贸政策导向、商谈 FTA 其他成员方贸易习惯等因素密不可分。中国-东盟 FTA 是我国 2001 年加入 WTO 以后最早商谈的 FTA 之一，当时我国刚“入世”，“世界工厂”还未出世，对 FTA 原产地规则对开放经济的作用也未有成熟概念，因此不可能像 NAFTA 等 RTA 那样按不同行业和产业部类厘定增值从价百分比标准，因此包括区域价值成分标准在内的原产地规则制定得较为宽松。

受中国-东盟 FTA、亚太贸易协定等我国早期商谈的 FTA 原产地规则的示范效应影响，我国随后签署的大多数 FTA 原产地规则在区域价值成分等方面制定的标准整体偏低（区域价值成分多为 40%，少部分为 30%或 60%），加之加工贸易政策规定得较为宽松，这造成区域外部分国家利用 FTA 政策漏洞在中国加工并获得中国原产资格后出口至其他国家，削弱了 FTA

促进区域内成员方贸易互惠合作的作用。

近十年以来，我国已发展成为“世界工厂”，对原产地规则对开放经济的作用逐渐深化，货物贸易发展迅猛，形成了一批批优势和龙头行业产业，但由于部分发达国家贸易保护主义抬头频频发起经贸摩擦，我国部分弱势行业产业缺乏有效、有针对性的保护，加之后 TPP 时代我国最新签署或升级的包括中国-智利、中国-毛里求斯、中国-柬埔寨、RCEP 等大多数 FTA 规定的区域增值从价百分比仍为 40%，易使得我国 FTA 原产地规则整体限制性较弱，致使 FTA 区域外部分产品贴上“中国制造”的伪标签，不仅损害了我国企业合法的出口权益，还提升了我国遭到反倾销制裁的风险。

表 5 2017 年 1 月以来我国签订/升级的部分 FTA 原产地规则增值从价百分比规定^①

协定名称	签署/升级时间	增值百分比
中国-智利升级版	2017 年 11 月 11 日签署升级议定书	40%
中国-马尔代夫	2017 年 12 月 7 日签署协定文本	40%
中国-新加坡升级版	2018 年 11 月 12 日签署升级议定书	40%
中国-东盟升级版	2019 年 8 月 20 日签署升级议定书	40%
中国-柬埔寨	2020 年 10 月 12 日签署协定文本	40%
中国-毛里求斯	2019 年 10 月 17 日签署协定文本	40%
RCEP	2020 年 11 月 15 日签署协定文本	40%
中国-新西兰升级版	2021 年 1 月 26 日签署升级议定书	40%

同时，后 TPP 时代的高标准 RTA 中，CPTPP 几乎所有产品适用于税则归类改变标准，USMCA 将汽车和纺织业实质性改变标准上调强化原产地标准设定的针对性，英日 EPA 原产地规则清晰、简单和易于适用并授予原产地判定更大的灵活性，欧越 FTA 详细规定了农产品完全获得的非原产农业材料的比重限制，但我国部分 FTA 原产地标准设定缺乏灵活性与针对性，缺乏梯度的区域价值标准难以区分弱势产品与强势产品的国际竞争优势，对于部分以进口原材料用于国内生产货物的原产地判定标准不够明确，这不利于引导国家重点行业的发展和国内产业结构的调整优化。

2. 部分 FTA 中小微企业出口利用率较低，企业管理与海关行政管理成本偏高

FTA 利用率是指对 FTA 现有优惠待遇的利用程度，即 FTA 实际享惠货值占有资格享惠货

^① 参见中国自由贸易区服务网，<http://fta.mofcom.gov.cn/>，访问时间：2020 年 12 月 27 日。

值的比率。^①FTA 与一般经贸关系相比可为企业提供更为优惠的贸易条件，若加以广泛利用则可降低企业贸易合规成本、提升产品国际竞争力。根据商务部公布的最新数据，截至目前我国已与 26 个国家（地区）签署共计 19 个 FTA，2019 年我国已生效实施 FTA 综合利用率为 77%。但当前我国 FTA 综合利用率与欧盟、瑞士、澳大利亚等发达国家 FTA 综合利用率相比还存在一定差距，FTA 出口利用率低于进口利用率，并且中国-东盟等贸易体量较大、企业集中出口目的地适用的部分 FTA，中小微企业利用率偏低。

总体而言，FTA 关税优惠水平和市场开放程度、FTA 原产地规则以及政府部门相关的推介和服务是影响 FTA 出口利用率的三个重要因素。其中，FTA 关税优惠水平和市场开放程度越高，中小微企业出口货物能享受到的关税减免优惠待遇即越高，利用 FTA 的意愿即越高；原产地规则越统一、宽松、灵活、可选择空间广阔，中小微企业理解和运用能力越强，办证差错率越低、质量越好，FTA 出口利用率越高；政府部门提供的 FTA 推介和服务越精准、对中小微企业帮扶力度越大，FTA 出口利用率即越高。

Wignaraja（2013）分析了亚太地区 FTA 出口利用率低的原因，其中阻碍企业尤其是中小微企业适用 FTA 的最主要因素是对 FTA 的了解程度不足，其次是出口加工区和信息技术协定的替代、获得原产地证书的时间和管理成本、部分产品 FTA 优惠力度小等因素。^②2018 年杭州关区对 FTA 原产地规则利用情况的调查显示，企业对于 FTA 的利用率存在较大差异，大部分企业利用的次数年均不足 30 次，半数企业虽然有专门的原产地管理人员，但专业程度欠缺。在 FTA 优惠政策及应用上，有近 3 成企业表示遇到过困难，困难主要集中在政策认识和原产地规则过于复杂方面。^③

我国部分 FTA 原产地规则中小微企业利用率较低、管理成本偏高，与多个 FTA 原产地规则交织复杂的“意大利面碗”效应密不可分。后 TPP 时代各类 RTA 仍不断涌现，原产地规则交叉重复的冲突现象仍在持续，当一国参与到多个 RTA 之中，而其原产地规则又相互交叉复杂到难以想象的地步，标准不一、内容多样不仅会增加中小微企业管理费用还会提升海关等部门管理成本。中小微企业如果与多个国家存在贸易往来，根据不同区域贸易协定的要求就必须对区域价值比重、原料投入进行精确计算；海关通过原产地判定来核定关税税率时又需要进行复杂的判断程序，付出更多的人力物力投入。

3. 引入原产地声明规则的 FTA 不多且未成体系，且开具声明的准入门槛一般较高

^① 参见 WCO, “WCO Origin Conference”, <http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/events/2013/wco-origin-conference-2014/65-chinawu.pdf?la=es-ES>, 2021-4-27 last visited.

^② 南大自贸研究：《亚太区域经济一体化的前世、今生与未来——后 RCEP 时代的规则竞争与融合》。

^③ 数据源自《海关与经贸研究》杭州海关课题组问卷调查情况。

一方面，我国大部分 FTA 中采用的是传统单一的原产地证书形式，原产地声明起步较晚且引入该规则的 FTA 不多。除 CPTPP 外，USMCA、欧日 EPA、英日 CPEA、RCEP 等均普遍引入或进一步完善了原产地声明规则，然而目前在我国已签署及已谈判升级的 20 个 FTA 中，仅有中国-澳大利亚、中国-新西兰、中国-瑞士、中国-冰岛、中国毛里求斯和 RCEP 等 6 个 FTA 引入了原产地声明规则，其中中国-瑞士和中国-冰岛 FTA 原产地声明于 2014 年以后才正式实施使用，而贸易体量、我国货物出口量值以及签证量金额均较大的中国-东盟、中国-韩国等 FTA 均未引入原产地声明规则。

另一方面，我国 FTA 原产地声明规则在原产地证明形式选择、原产地声明监管等方面的规定基本一致，但在原产地声明开具主体、声明有效期起始日期等方面有所差异（详见表 6）。与北美模式采用部分出口商或生产商原产地声明、部分出口商或进口商原产地声明且已形成成熟完善的声明应用体系不同，我国 FTA 原产地声明目前处于探索实施阶段，声明模式仅采用经核准出口商制度和预裁定制度并行的原产地声明形式，尚未形成较为成熟系统的宽领域、多元化、高层次的原产地声明管理体系。

表 6 中国已签署的引入原产地声明条款的 FTA^①

协定名称	签署时间	声明开具主体	开具主体 是否需核准	声明有效期起始点
中国-冰岛	2013 年 4 月	经核准出口商	需核准	声明填具之日起 12 个月内有效
中国-瑞士	2014 年 4 月	经核准出口商	需核准	发票或其他商业单证开具之日起 12 个月内有效
中国-澳大利亚	2015 年 6 月	出口商或生产商	基于预裁定	声明签发之日起 12 个月内有效
中国-毛里求斯	2019 年 10 月	经核准出口商	需核准	声明开具之日起 12 个月内有效
RCEP	2020 年 11 月	经核准出口商	需核准	声明开具之日起 1 年内有效
中国-新西兰升级	2021 年 1 月	经核准出口商	需核准	声明签发之日起 12 个月内有效

同时，原产地声明门槛较高、了解或熟悉声明规则的企业不多等因素导致企业对声明的使用率偏低。以中国-瑞士 FTA 为例，中国海关总署根据 FTA 等制定出台的相关公告中规定该 FTA 项下我国经核准出口商需满足“AA 型生产型企业”（相当于目前海关认定的高级信用企业^②）的要求，然而我国实际申办原产地证书的企业中的出口商、生产商以一般信用企业

^① 作者根据 FTA 法律文本内容自行整理。

^② 目前根据《中华人民共和国海关企业信用管理暂行办法》（海关总署令第 225 号），海关根据企业信用状

居多，声明准入门槛较高以致该 FTA 项下我国出口至瑞士的货物声明使用率较低。同时，相较于原产地证书，原产地声明在我国签署的 FTA 中出现较晚、尚未大规模通过宣讲培训等形式普及推广，了解或熟悉原产地声明规则的企业不多，加之原产地证书由海关签发即以政府信用为担保具有较高的真实性有效性保障、近年来海关持续探索证书自助打印智能审核等改革举措使企业充分享受便利，不少企业已习惯选择向海关等签证机构申办证书，导致企业对 FTA 原产地声明的使用率偏低。

五、后 TPP 时代我国 FTA 原产地规则应对策略与完善路径的建议

1. 为区域价值成分标准区分梯度，提升原产地判定规则的行业产业针对性灵活性

后 TPP 时代，“北美模式” RTA 原产地规则条款整体上正朝着日趋严谨细化的方向发展，例如 CPTPP、USMCA 等主要大型高标准 RTA 对汽车行业产业设定了较为严格的原产材料适用条款以及较高的区域价值成分准入门槛，以保障区域内优势产业的发展；欧日 EPA 与英日 CEPA 也都明确了对特定产品实行特殊保护，由双方商定一套原产地规则作为区域贸易协定实行基础，细化不同行业产业货物的原产地判定标准。

实际上，在 2018 年 11 月签署的中国-新加坡升级版 FTA 就已对原有的原产地规则进行了优化和升级，对 FTA 主要受惠货物——42 个 6 位税号的石化产品的原产地标准进行调整，即在区域价值成分标准基础上增加税则归类改变和化学反应标准，提升了相关产品原产地判定标准的针对性与灵活性。这也反映出我国正逐步重视通过特定产品对我国重点行业、FTA 主要受惠产品进行保护，以推动其更好地获得贸易优势。

在贸易自由化与贸易保护主义交织碰撞加剧的后 TPP 时代，我国也可根据实际发展阶段、发展情况，为区域价值成分标准区分梯度，强化原产地规则设计的行业产业导向性，对 FTA 主要受惠产品采取更为灵活便利的原产地判定标准，对长期处于贸易逆差、发展相对薄弱或者 FTA 一旦实施生效将受到较大冲击的行业产业适当考虑发挥帮扶作用，增强对加工贸易原产地标准的限定，在 RCEP 实施之后针对我国的重点产业、命脉产业和薄弱产业订立更加细致的原产地规则和程序，这对于推动产业结构优化升级、助力我国新发展格局构建、服务“十四五时期”外贸高质量发展均具有重要作用。

一方面，在订立高水平的原产地规则时我国可以对标国际最高水平、适当借鉴发达国家的相关做法，但要立足本国国情。例如美国在高呼“让制造业回归”之时，在 USMCA 中针对汽车行业在附件 TABLE G 列明了不适用中间产品规则产品，即对 84.07 或 84.08 品目下发动机、8708.40 子目下变速箱进行排除。由此，北美生产的变速箱价值将完全计入原产

况将企业分为认证企业（高级认证企业、一般认证企业）、一般信用企业和失信企业，高级认证企业占少数。

价值成分,但是中间产品规则对变速箱的排除,把变速箱生产时非原产零部件的价值计入非原产地成分价值,充分考虑到了例外情况。另一方面,在新一轮国际经贸规则的重构中,我国要敢于挑战不合理的贸易规则,与面临同样困境的发展中国家积极对话,提高联合程度,共同寻找适合自身发展利益的贸易规则。^①

除此之外,考虑到非成员企业产品进入到自贸区市场的路径,还需对原产地规则实施后的作用效果进行论证。在非成员企业通过对外直接投资、出口但不满足原产地标准、出口且满足原产地标准三种方式进入自贸区市场时,由于不同产业偏好不同,原产地保护标准也会有差异。因此,我国需要根据不同产品对外贸易综合情况,切实构建模型进行分析,在改变原产地规则之后是否非成员企业偏好改变市场进入模式,论证原产地门槛的保护效果。

2. 充分发挥海关优化营商环境作用,降低中小微企业成本、提升 FTA 出口利用率

作为国际贸易“纸黄金”,FTA 原产地证书是证明其项下出口货物符合 FTA 区域原产资格、享受进口国关税减免等优惠待遇的重要凭证,而通过提高中小微企业原产地规则运用能力从而提升其 FTA 出口利用率,有助于降低企业贸易合规成本、提高产品国际竞争力,拉动出口“量质齐增”,服务“十四五时期”外贸高质量发展。我国海关可从以下几个方面打造优化有利于中小微企业 FTA 原产地规则利用率提升的营商环境:

一方面,结合各关区实际情况,积极开展“中小微企业帮扶计划”“企业升级计划”,通过精准推介与服务加强中小微企业对 FTA 原产地规则的熟悉掌握。例如,可选取各关区部分中小微企业作为重点“一对一”帮扶、“企业升级”培育对象,对于新增备案或产品预审的企业,在征询其培训意向后纳入定期线上线下培训计划,就 FTA 关税减让情况、原产地规则、原产地证书填制规范等进行宣讲,帮助企业充分了解不同 FTA 关税优惠水平和市场开放程度,熟练掌握区分复杂交叉的 FTA 原产地规则的方式方法。再如,可强化大数据分析 with 精准服务导向,根据辖区中小微企业出口产品、国家(地区)、签证数量、货值、享惠等情况进行分析,制定调整其他方面有针对性的帮扶策略。

另一方面,进一步推进原产地领域贸易便利化改革与政务窗口服务优化,缩短中小微企业获得原产地证书的时间并降低管理成本。例如,全面推广普及出口原产地证书智能审核,优化系统审单规则,提升审单质量与效率,进一步缩短企业原产地证书打印审核等待时长。拓宽原产地证书自助打印、电子联网覆盖范围,推进中国-东盟自贸协定、亚太贸易协定等 FTA 项下自助打印谈判、电子联网进程,便利企业“足不出户”即可打印寄送标准化、格式

^① 王孝松、武皖:《CPTPP 建立的影响及中国的应对策略探究》,《区域与全球发展》2018 年第 3 期,第 46-71 页。

化自助打印证书,实现成员方之间的原产地电子数据自动联网。再如,进一步推进政务服务窗口“好差评”服务评价体系建设,优化原产地签证人力配置,强化签证人员原产地基础业务培训力度,保障签证质量的前提下进一步缩短企业获得原产地证书时间,为办证企业提供更加优质快捷便利的政务服务,降低中小微企业成本。

同时,与主要贸易伙伴积极协调,加快 FTA 原产地规则的谈判升级,进一步提升已签署实施的 FTA 的关税优惠水平和市场开放程度。还可考虑加强对中小微企业出口产品情况的税政调研,了解清楚哪些产品出口占比大、享惠金额偏低、属于我国需着力扶持的行业产业,有针对性地在 FTA 原产地规则谈判升级中与其他成员方进行沟通磋商,提升其关税减让优惠力度,扩大原产地政策红利覆盖面。

3. 对不同成员方采取相匹配的原产地证明形式,加快声明规则普及宣传与企业培育

通常发达经济体热衷于同发展水平较高的缔约方采用单一的出口商申报模式,如欧日 EPA、欧韩 FTA 等,与发展水平较低的缔约方则采用原产地证书和出口商申报共同适用的双轨制模式,如欧哥秘 FTA 等,或是仅采用单一的原产地证书传统模式。^①我国签订的自贸协定中较多的采用原产地证书模式,但已在中国-瑞士、中国-冰岛、RCEP 等 FTA 中尝试了经核准出口商申报模式。该模式对于原产地证明的监督管理能力要求较高。目前,我国正处于从单一原产地证书模式向“双轨制”模式过渡阶段,建议根据不同类型的缔约对象采取相匹配的原产地证明模式。在与一般发展水平国家签订 FTA 中可以保持原产地证书模式或者采用基于预裁定的原产地声明,从进口角度防控原产地伪瞒骗风险,在和企业合规情况好、海关监管能力强的较发达国家签订 FTA 中可尝试采用“双轨制”模式,便利出口企业充分享受关税减免等优惠待遇。

同时,建议加快推动经核准出口商原产地声明管理办法的出台实施,统一明确原产地声明开具主体的认定标准和程序、权利与义务、海关管理措施等内容,便于为企业开具原产地声明形成清晰全面的指引;加快声明规则的企业培育与普及宣传,实施“企业升级计划”提升企业信用等级便于其获得经核准出口商开具原产地声明的资格,通过新媒体宣传、线上线下培训等多种形式搭建完善声明规则的全方位的政策辅导体系,推动声明规则的普及宣传与使用,充分调动企业使用声明的积极性主动性。

此外,在条件成熟时可适当放宽 FTA 原产地声明的准入门槛。在企业信用记录较好、贸易合规程度较高、对原产地声明等规则了解熟悉程度较高基础上适当放宽 FTA 原产地声明准

^① 宋锡祥、张贻博:《〈欧盟-日本经济伙伴关系协定〉透视及中国的应对之策》,《国际商务研究》2019年第3期,第57-68页。

入门槛，有利于培育更多原产地声明开具主体，扩大声明受惠面、保障声明政策红利惠及更多中小微企业、搭建新型关企合作伙伴关系，推进“守法便利、失信惩戒”的原产地声明执法体系构建完善，推进实现我国大规模实施推广原产地声明制度以便利更多企业的初衷。

六、总结

习近平总书记在 2021 年 1 月世界经济论坛“达沃斯议程”对话会上提出，要建设开放型世界经济，坚定维护多边贸易体制，不搞歧视性、排他性标准、规则、体系，不搞割裂贸易、投资、技术的高墙壁垒。^①后 TPP 时代，面对诸多带有区域保护主义色彩的原产地规则新变化，我国海关应积极回应，直面挑战，制定和实施具有我国国情特色的原产地规则，增强规则制定的话语权，充分发挥海关职能进一步提升贸易便利化水平优化营商环境，服务我国新发展格局构建、推动“十四五”时期外贸高质量发展。

^① 引自习近平 2021 年 1 月 25 日在世界经济论坛“达沃斯议程”对话会上的特别致辞《让多边主义的火炬照亮人类前行之路》。

金融科技视阈下金融基础设施域外适用的法治保障

张永亮* 陆宗亮

(浙江农林大学 文法学院, 杭州 311300)

摘要: 金融基础设施是金融体系的“骨架”, 内含着最有效、最普遍、最具特色的金融交易规则, 具有中立性、弱替代性、技术性、系统重要性等特点。金融科技背景下, 缘于金融基础设施内含着大量的技术性交易规则, 因此, 金融基础设施的域外输出就意味着某国金融法的域外适用。当下, 我国金融基础设施法律规范缺乏顶层设计、技术规范有待优化、金融监管存在短板, 致使金融基础设施的域外适用范围有限。金融科技时代, 促进金融基础设施域外适用, 应优化金融基础设施的法律规则体系, 提升金融基础设施的数字化和智能化水平, 健全金融基础设施的运营环境, 重视金融基础设施立法在国际法上的“合法性”。

关键词: 金融基础设施 法的域外适用 人民币跨境支付系统 法治保障

金融基础设施是为金融交易参与者提供全流程基础服务的各类机构、设施及其规则体系, 既包括硬件系统, 诸如支付清算系统、数据应用平台、征信系统、信息基础设施等, 也包括软件系统, 诸如法律法规、技术标准、金融监管、营商环境、金融文化与金融伦理等。概言之, 金融基础设施是支持金融业安全、高效运转所必备的硬件设施及其配套的一系列法律规则的总称。美国国会在 2010 年通过的《多德·弗兰克法案》第 8 章中将金融基础设施界定为“在证券交易或者其他金融交易中为所参与的金融机构或者金融系统之间提供转让、结算、清算、支付服务的设施”。2012 年支付结算体系委员会和国际证监会组织联合发布了《金融市场基础设施原则》, 认为金融基础设施是“参与机构(包括系统运行机构)之间的多边系统, 用于支付、证券、衍生品或其他金融交易的清算、结算或记录支付”, 包括系统重要性支付系统、证券结算系统、中央存管机构、中央对手方和交易报告库五类。瑞士《金融市场基础设施法》将金融市场基础设施分为证券交易所、多边交易系统、中央对手方(CP)、中央证券存管机构、交易数据库、支付系统^[1]。

金融基础设施域外适用一般会导致与该设施相关的法律法规的域外适用。众所周知, 金融基础设施研发投入成本高、建设周期长、科技含量高, 对资本、科技、管理要求较高。因

* **基金项目:** 浙江省哲学社会科学规划重点项目“监管科技应用之规制体系构建研究(20NDJC15Z); 司法部项目“人工智能的法律规制研究”(18SFB2049); 浙江省属高校基本科研业务费专项资金资助“乡村治理数字化法制体系建设研究”(2020TD002)。

作者简介: 张永亮, 男, 浙江农林大学文学学院教授, 硕士生导师, 法学博士, 主要从事金融法学研究。感谢辽宁大学杨松教授对本文的指导; 陆宗亮, 临安区人民法院民二庭。

此，很多国家没有能力开发独立的金融基础设施体系；此外，鉴于金融基础设施具有公共产品的性质，很多国家可以接入那些运行稳健、安全、高效、先进的基础设施。在这种情况下，便会有金融基础设施及其法律规则的域外适用问题。二战后，国际金融基础设施及其运行规则基本上由以美国为首的发达国家所主导。近年来，特别是 2020 年新冠疫情爆发以来，美国自身经济结构持续恶化，在国际上奉行单边主义和贸易保护主义，极力倡导美国利益优先，“退群”、“脱钩”、“断链”日益增多，在金融领域内对我国采取打压和遏制战略，致使我国的金融安全乃至国家安全遭受极大威胁。美国之所以有如此行为，与其掌控国际金融基础设施的运行无不相关。由此观之，金融基础设施不仅为金融交易提供基础性服务，还直接关乎国家的金融安全和金融战略。《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》（以下简称“十四五规划”）明确指出“加强人民币跨境支付系统建设，推进金融业信息化核心技术安全可控，维护金融基础设施安全”。当下，我国金融基础设施还存着技术水平落伍、域外适用范围有限、法律规则体系不健全、监管水平参差不齐等不足。金融科技时代，提升我国金融基础设施的数字化水平，优化金融基础设施的运行规则，推动金融基础设施的域外适用，不仅有助于维护我国金融安全和金融独立，也是我国积极履行大国义务、为国际社会提供金融公共产品的体现。

一、金融基础设施的基本属性

（一）自带金融交易规则

先进的金融基础设施凭借其技术的先进性、交易的可靠性、安全性、高效性，统领世界金融交易的底层架构。缘于其自身优势的无可取代性，吸引着全世界各国及金融交易主体采用此种金融基础设施。金融基础设施必然内含着一定的技术规则和法律规则，随着金融基础设施在全世界的推行，这种技术规则和法律规则便自然地在域外具有了法律效力。换言之，只要接入和使用该金融基础设施，就必然需要接受与此设施相关的金融交易规则。美国主导的环球银行金融电信协会（Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications，以下简称 SWIFT 系统）是国际金融交易中最为核心的金融基础设施系统，接受其服务的国家已达到 207 个，接入的金融机构有 8000 多家，那么这些国家和金融机构必须遵守 SWIFT 的交易规则，否则，便无法在国际经济贸易中获得交易结算的平台。在美国掌控 SWIFT 的当下，倘若某家企业被美国制裁，那么这家企业就在国际业务无法完成资金的结算，实质上是间接地并且是绝对地被剥夺其参加国际贸易的机会和权利。

（二）中立性

金融基础设施最重要的功能在于为金融交易提供基础性服务，在金融交易中居于中立的

地位。从法理层面看，根据有关维护市场正当竞争的法律规定，金融基础设施属于由政府部门批准和确认的公用企业，提供公共基础服务的主体可依法具有独占经营地位，具备合法中立性。金融基础设施向市场提供统一、公共、公平的基础性服务，本身不参与市场前端业务，不与其他参与者进行竞争，旨在提升金融交易的便捷性，提高金融交易的效率。

（三）垄断性或弱替代性

从金融基础设施的形成和发展来看，往往需要较高的技术作支撑，形成的难度大、周期长、可替代性差。一个成熟的金融基础设施，往往需要经过长期的、稳定的、沉淀的成本付出，包括技术、资金、设施、设备、框架、系统或服务安排等；金融基础设施的域外适用，除了该“设施”本身具备安全性、高效性之外，还需要该国具备强大的综合国力来推动其实施。金融基础设施一旦形成较为稳定的交易框架，在世界范围之内被广泛采用之后，就具有公共产品的特性，具有一定的自然垄断性。在同一个金融服务领域，囿于成本付出、效率提升以及服务替代性等问题，新的金融基础设施准入门槛也较高。除非技术进步发生质变，新的技术可以极大地提升金融交易的效率，基于此种技术构建的新的金融基础设施才会慢慢取代旧的金融基础设施。新的金融基础设施能否取代旧的金融基础设施，不仅是技术问题，更是政治问题，是大国综合国力博弈的结果。

（四）系统重要性

金融基础设施在金融市场中承担着基础性、关键性的作用，将其视为系统重要性机构毫不夸张。就其功能而言，承担的主要是支付、清算、结算等金融市场最基础而且是必需的服务，为金融市场、金融系统、金融活动提供基础性的交易结构、制度安排和交易规则，反映了各主体之间经济利益的变动规则。在本质上，金融基础设施控制着金融交易的规模、范围和可靠程度，代表着金融交易的法律规则体系，关乎金融交易主体的切身利益，其系统重要性不言而喻。控制 SWIFT 和 CHIPS（clearing house interbank payment system，即纽约清算所银行同业支付系统）的美国之所以动辄“制裁”或者威胁“制裁”他国和他国企业，根本原因在于世界上几乎所有的资金流动都在 SWIFT 系统下交易，美国有能力剥夺他国企业参与国际贸易的机会，并且实时监控国际交易信息。

二、金融基础设施域外适用的意义

（一）金融基础设施域外适用是一国金融法域外适用的助推器

金融基础设施内含着最有效、最普遍、最具特色的金融交易规则，金融基础设施的域外适用在某种程度上也就意味着该国金融交易规则的域外适用。发达的金融体制背后无不渗透着先进的金融基础设施，是国家金融竞争力的体现，意味着内国金融基础设施的域外输

出，向国际市场提供金融公共产品与服务。金融竞争力反映一国金融发展的水平，不但代表着高效的金融交易效率，而且反映了国际金融市场对其高度的信赖和仰仗。美国之所以能在全球金融领域实施各种“豪横”行为，离不开其发达的金融基础设施。金融基础设施为金融市场稳健高效运行提供基础性保障，交易平台、支付体系、结算系统等硬件设施与法律法规、会计原则等制度软约束在金融体系中居于十分重要的地位，支撑金融体系功能的正常发挥^[2]。先进的金融基础设施可以引领全球金融发展，倒逼其他国家采用该金融基础设施。与其相适应，该国的金融法规也就自然地在域外发生法律效力。

（二）强化金融基础设施域外适用是应对国际金融挑战的需要

近年来，美国政府倡导“美国利益优先”，在国际社会武断适用“长臂管辖”原则。美国之所以在世界金融领域拥有强势的话语权，这与其先进的金融基础设施紧密相关，譬如，美国拥有世界上最大的股票交易所、期货交易所；美国主导的 SWIFT 系统是国际社会重要的跨境资金结算系统，是各国银行开展跨境支付业务的基础。这些金融基础设施为美国金融市场定价功能提供了技术基础，形成了世界上最大、最深的市场。以此为基础，美国实施所谓的“长臂管理”，从而维护美元的全球霸权地位。美国金融霸权已经引起了世界主要经济体的强烈反对，对此，可从两个方面加以应对，第一，制订阻断法，否认和抵消外国相关法律和措施的域外效力。中国商务部 2021 年 1 月颁布的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》、欧盟 2008 年 8 月通过的《欧盟阻断法》即是其例。第二，完善国内法律法规，赋予其域外适用的效力。“国内法域外适用既能提升规则制定话语权，实现对外政策目标，也能保护本国国家利益和公民企业的利益，应对他国扩张性和进攻性的法律主张和要求，是国家间关系和外交谈判中一项攻守兼备的法律工具”^[3]扩大金融基础设施的域外适用，从而带动金融法律法规的域外适用，不仅能够维护我国的金融安全和金融利益，也为国际金融秩序的重构和国际金融法的发展提供了契机。

（三）数字化金融基础设施是未来金融法域外适用的新利器

金融科技在金融基础设施构建中的作用至关重要。借助新兴技术提升金融基础设施的数字化水平，有利于缩短金融交易时间，提高金融交易效率，这也是金融基础设施能否在国际上广泛适用的关键。金融基础设施是实现金融领域跨行业、跨结构、跨用户、跨地域之间的“信息高速公路”，而金融科技仰仗新兴技术，可以更好地应用于金融基础设施的运营之中，提高金融基础设施的智能化、网络化和数字化水平，诱发金融基础设施发生质变，提高交易效率。数字化金融基础设施是指数字经济时代下以第五代移动通信技术网络（5G 网络）、人工智能、工业互联网、物联网等技术为支撑的新型金融基础设施建设。

（四）金融基础设施域外适用有利于确保国家金融安全

金融基础设施是金融交易的底层架构，对确保金融体系的有效运行、防范化解金融风险、保障金融安全乃至国家安全，具有重要的支撑作用，任何金融市场基础设施运行出现失灵或存在基种缺陷，就极易引发信任危机、交易危机，甚至引发系统性金融风险。因此，金融基础设施建设倍受各国重视。就硬件而言，SWIFT 系统为全球金融交易提供报文传送服务，主导国际金融机构通信标准的制定；中国发起建立的人民币跨境支付系统（Cross-border Interbank Payment System, CIPS）是专司人民币跨境支付清算业务的批发类支付系统；2021 年 1 月 16 日，SWIFT 与中国相关金融机构^①共同发起成立了金融网关信息服务有限公司，有助于借助数字货币技术推动人民币国际化。

金融基础设施对于维护国家金融安全举足轻重。2017 年 7 月，在第五次全国金融工作会议中，习近平总书记强调：“金融是国家重要的核心竞争力，金融安全是国家安全的重要组成部分，金融制度是经济社会发展中重要的基础性制度。”确保金融安全对于任何国家金融业的发展具有全局性、战略性、根本性的意义。现代国家，无一例外地将维护金融安全作为国家的头等大事。实现金融安全的关键在于金融基础设施，它是金融业高效运转的粘合剂，是金融安全核心器件。维护国家金融安全的重要举措之一，是根据自主、平等、安全的原则，在确保金融主权的前提下，独立研发具有世界领先、技术先进的金融基础设施体系，并使在国际社会得到广泛推行和应用。数字化时代，金融业高度仰仗金融基础设施，是金融业有效运转的“命门”。金融基础设施遭受破坏或运转失灵，轻则引发金融交易停滞，消费者利益受损；重则引发金融危机，危及金融安全，对金融业的伤害将是釜底抽薪式的。

三、我国主要金融基础设施规则体系域外适用实践

（一）支付清算类金融基础设施及其规则体系

1. 人民币跨境支付系统（CIPS）

人民币跨境支付系统（Cross-border Interbank Payment System，以下简称 CIPS）是专司人民币跨境支付清算业务的批发类支付系统，旨在满足各主要时区的人民币业务发展需要，为跨境人民币支付业务和金融市场业务提供资金清算结算服务，是我国重要的金融市场基础设施。在中国人民银行的组织筹建下，2015 年 10 月 8 日 CIPS 系统一期正式上线运行，2018 年 3 月 26 日，CIPS 系统二期成功运行，实现了对全球各时区金融市场的全覆盖，满足

^① 中方股东包括：中国人民银行清算总中心、跨境银行间支付清算有限责任公司、央行数字货币研究所、中国支付清算协会。该公司注册资本为 1000 万欧元。其中，SWIFT 出资 550 万欧元，持股 55%，中国人民银行清算总中心持股 34%，跨境银行间支付清算有限责任公司持股 5%，数研所和中国支付清算协会分别持股 3%。

了全球用户对人民币业务的需求。建立独立的人民币跨境支付系统是适应国际国内金融环境变化的需要，是完善人民币全球清算服务体系的必然要求，有助于推动人民币的国际化，使中国金融业在经济全球化中不再受制于他国限制，是我国支付体系建设的标志性成果。

从参与者数量上看，截至2021年4月，CIPS共有43家直接参与者，1119家间接参与者，其中亚洲870家（含境内524家），欧洲147家，北美洲26家，大洋洲20家，南美洲17家，非洲39家”^①。从运营状况看，根据2020年8月14日中国人民银行《2020年人民币国际化报告》：2019年，CIPS系统稳定运行250个工作日，累计处理跨境人民币业务188.4万笔，金额33.9万亿元，同比分别增长31%和28%；日均处理业务7537笔，金额1357亿元。其中客户汇款业务140.4万笔，金额5.6万亿元；金融机构汇款业务42.8万笔，金额25.7万亿元；批量客户汇款业务2.6万笔，金额1.1亿元；双边业务2.7万笔，金额2.7万亿元；清算机构借贷业务59笔，金额0.3亿元。

2. 与CIPS相关的规则

CIPS在通信标准、信息披露、制度安排等方面，主动对接《金融市场基础设施原则》（Principles for Financial Market Infrastructures, PFMI）对支付结算的基本要求，制订了完善的业务规则体系，主要有《人民币跨境支付系统业务规则》（银发[2018]72号，以下简称《业务规则》）、《人民币跨境支付系统业务操作指引》（以下简称《操作指引》）、《人民币跨境支付系统参与者服务协议》（以下简称《服务协议》）。根据法律规定，所有CIPS的参与者，均需要与CIPS运营机构^②签署《服务协议》，该服务协议对运营机构和参与者均具有法律约束力。

第一，部门规章层面的《业务规则》。为规范人民币跨境支付系统的业务行为，防范支付风险，明确对CIPS参与者的管理要求，保障CIPS运营机构和参与者合法权益，中国人民银行制定了《业务规则》，共7章47条，其主要内容包括参与者管理规则、账户管理规则、业务处理规则、结算机制、应急处置规则等内容。

第二，自治规则层面的《操作指引》。根据《业务规则》的要求，CIPS运营机构制定了《操作指引》，明确规定了CIPS系统的直接参与者和间接参与者处理跨境人民币业务的具体流程和相关业务、纪律要求。在《业务规则》的基础之上，《操作指引》进一步细化了CIPS的运行规则，包括运行时序规则、参与者管理规则、账户管理规则、流动性管理规则、业务

^① 参见人民币跨境支付系统（CIPS）官网，<http://www.cips.com.cn/>，最后访问日期2021年4月2日。

^② 目前，CIPS由跨境银行间支付清算（上海）有限责任公司负责运营，它于2015年9月8日在上海成立，由中国人民银行批准、在中华人民共和国境内依法设立的清算机构，是公司制企业法人，受中国人民银行的监督管理。

处理规则、场终处理、日终处理和年终处理规则、计费管理规则、应急处理规则等内容。

3. CIPS 面临的挑战

对于 CIPS 的未来发展而言，必须紧密结合国际环境挑战和科技发展要求。首先，我国当下所处国际环境形势严峻。以美国为首的西方国家，对中国持续实施包括金融、技术、政治等领域的打压和遏制，我国所处的国际环境呈现恶化的态势。因此，扩大 CIPS 适用范围、提升 CIPS 的运营能力迫在眉睫；其次，金融科技快速发展。新世纪以来，随着大数据、人工智能、区块链、云计算等新兴技术在金融领域的运用，金融科技发展迅猛，金融业数字化在加速。基于此，CIPS 必须跟上金融科技的发展步伐，提升系统的数字化和智能化水平，为全球人民币跨境支付提供高质量、高效率、更加安全可靠支付清算服务。CIPS 系统在运行机制和规则设计中，应自觉遵循国际通行法律法规和金融监管要求，强化风险识别和防控能力，探索有效识别资金、法律、操作等各类风险的防控措施和手段，联合市场主体增强风险防控意识和能力，共同为金融活动和国际经贸往来创造更安全、更可靠的跨境资金支付清算环境。^①

（二）资本市场类金融基础设施及其规则体系

资本市场类金融基础设施主要是指证券交易所，譬如，上海证券交易所和深圳证券交易所，与其相关的规范性法律文件较多，既有法律，譬如《证券法》《公司法》，也有行政法规，更多的则是交易所自己制订的大量的证券交易规范。目前我国的证券交易所服务的对象主要是国内公司，国外的公司在我国资本市场上市的数量几乎是零。原因在于，2020 年之前我国证券发行与上市实行核准制，上市门槛高，股市开放程度低，证券交易约束条件多，对国际资本的进入有严格的限制。基于此，我国证券交易所对国外企业的吸引力不够，其相关法律法规的域外适用也就根本无从谈起。

新《证券法》自 2020 年 3 月 1 日实施之后，中国证券发行实行注册制，并且随着中国证券市场的进一步对外开放，放宽上市条件，吸引国外企业来中国证券市场上市是大势所趋。根据国民待遇原则，外国企业来中国上市，当然应遵守中国证券上市与证券交易的规则，完全没有必要另起炉灶，另立规范。基于此，中国资本类金融基础设施的交易规则，自动即具有域外效力。

（三）金融基础设施运营机构的自治规则

金融基础设施有效运行，离不开运营机构自行制订的自治规范。根据相关法律授权，金

^① 许再越：《推进金融科技与跨境清算系统融合发展》，
<http://www.cips.com.cn/cips/zxzx/xydt/40994/index1.html>，最后访问日期 2020 年 3 月 18 日。

融基础设施运行机构有权自行制订各类自律规范，保障金融基础设施的规范和高效运行。我国现阶段的金融基础设施运营机构，主要包括（沪、深）证券交易所、中国证券登记结算有限责任公司、中央国债登记结算有限责任公司、中国金融期货交易所股份有限公司、上海票据交易所股份有限公司、银行间市场清算所股份有限公司、上海保险交易所股份有限公司、中国信托登记有限责任公司、跨境银行间支付清算有限责任公司等。这些金融基础设施机构制订了大量的与其运营有关的专门性自律规范，并要求其参与者遵守这些自治规范。这些金融基础设施机构都制订了与其业务相关的规范性文件，譬如，上交所和深交所制订的大量的证券交易规则、中国证券登记结算有限责任公司制订的关于“账户管理”、“登记与存管”、“清算与交收”、“结算参与机构管理”等自规范、中国金融期货交易所股份有限公司颁布的《中国金融期货交易所交易规则》等等。

金融市场基础设施机构通过自律管理规范对市场及相关主体实施自我约束，是对行政监管的重要补充。当下，金融基础设施机构面临的一个共同的基础性问题是现有各类金融市场基础设施多以“公司”形式存在，而以公司组织颁布的内部规则的“排它性”效力并无明确的法律保障^[4]。无论会员制还是公司制基础设施制定的自律管理规范在适用中（包括域外适用）都存在两方面困惑：其一，无法形成明确的对世效力；其二，不能取得相对于一般民商事法律的优先适用力。我国应将金融基础设施机构界定为“非政府公共组织”，先行制定《金融市场基础设施条例》，通过行政法规的路径赋予自律管理规范对世的普遍拘束力^[5]。从而使金融基础设施机构自律规范的效力具有普遍性、合法性和合理性。

广义的金融基础设施除了前述内容之外，还包括丝路基金、亚洲基础设施投资银行、金砖国家新开发银行、“一带一路”倡议及相关法律法规等。这些国际金融机构或倡议是中国主动参与国际经济金融秩序改革的反映，是中国对于未来国际金融新秩序的初步设想，有利于中国金融法的域外适用。

（四）我国金融基础设施及其规则体系域外适用的问题

1. 域外适用范围有限

总体而言，当下我国金融基础设施的影响力及其域外适用的范围相当有限。这既有金融体制的原因，也是技术不够发达的原因。我国金融基础设施科技含量不高、金融业开放程度有限，再加上部分国家用“有色眼镜”看待我国的金融业，对我国金融基础设施存有很深的偏见和抵触心理，致使我国金融基础设施域外适用的范围及其影响力有限，也由此导致我国金融基础设施规范性法律文件域外适用范围有限。

2. 法律规范欠缺顶层设计

迄今为止，我国金融基础设施域外适用尚未有专门立法，体系杂乱，尚未形成上位法与下位法、一般法和特别法相结合的科学立法体系。上位法存在空白，而下位法诸如部门规章、通知、决定等规范性法律文件，则是体量庞大、杂乱无章，此种状况对于金融基础设施建设及其规则的域外适用极为不利。诸多规则“政出多门”，尤其是规范性效力文件与自律规则数量众多且偏向于具体业务导向，易滋生程序不当和规则体系逻辑混乱的问题^[6]。这无疑极大地弱化了金融基础设施法律规范域外适用的权威性和有效性。

3. 金融监管存在短板

当下我国金融基础设施的监管权主要归属于中国人民银行、证监会等金融监管机构。监管手段和监管能力滞后于技术的进步，监管科技应用能力急需加强；金融监管标准不一，金融监管职能与行政管理职能的界限尚不清晰；监管合作机制不畅。随着跨境资本业务的相继开通，配套监管框架建设亦需提上日程^[2]。

四、金融基础设施域外适用法制变革的路径展望

“十四五规划”指出，建立健全“一带一路”金融合作网络，推动金融基础设施互联互通，支持多边和各国金融机构共同参与投融资。鉴于金融基础设施对于便利金融交易、确保金融安全、维护国家金融利益中具有至关重要的作用，构建独立自主的金融基础设施并扩展其域外适用，是一个主权国家在国际竞争中的必然选择。金融基础设施的域外适用程度，是大国的综合力实力的体现，是国际权力结构博弈的反映。在技术层面，一国金融基础设施域外适用的基础在于其系统的先进性、可靠性、有效性；在政治层面，一国金融基础设施域外适用的关键在于该国的国际影响力、国际信誉、综合实力等因素。缘于金融基础设施必然内含着一套法律规则体系，金融基础设施的域外适用也就意味着该国金融法律规则的域外适用。在金融科技时代，提升我国金融基础设施及其规则体系的域外适用，一方面，应着力推进人工智能、区块链、大数据等技术提升我国金融基础设施的先进性，制订完善的金融基础设施技术规则体系；另一方面，应扩大金融开放，优化金融法律制度，构建市场化、国际化、法治化的营商环境。

（一）明确金融基础设施法律规范域外适用的基本原则

金融基础设施法律规则体系必须呈现新型价值观，这种价值观既要反映自身利益，还需满足其他国家的利益；应集中反映“人类命运共同体”理念，遵循利益共享共赢原则；主动履行大国义务；用法治手段构建风险防控体系和安全保障体系，有效化解金融风险。唯有如此，才有助于扩大我国金融基础设施法律规则体系的域外适用。

1. 金融基础设施规则体系应反映新型价值观。共同的价值观是行动统一的精神指南和驱

动力量，有助于各国形成共识、相互支持并最终达成统一的行动。在我国金融基础设施规则体系中反映新型价值观，有助于促进中国金融基础设施的域外适用，有利于其他国家接受中国的金融法规。“人类命运共同体思想是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，是中国在新时代向国际社会贡献的中国智慧和方案，也是中国参与全球治理进程、推动国际秩序改革和国际体系创新的基本遵循”^[7]，它可以打破国家之间的文化思想、意识形态以及政治经济体制和发展水平的差异，反映了各国的共同利益，有助于各国团结协作，统一行动。人类命运共同体思想是具有鲜明中国特色的、可以上升到世界观层次的国家之间的“价值共识”，它不仅考虑中国利益，还考虑其他国家利益；世界各国的命运是紧密联系的，而非不相关的；世界各国的利益是高度攸关的，而非相互排斥的。除“构建人类命运共同体”之外，党和国家领导人致力推广的诸如“共商、共建、共享、共赢”“正确义利观”“和合共生的安全观”等价值观念，都蕴含着正确处理国家之间的事务以及各种关系的中国智慧，具有鲜明的中国特色，能够促进各国的共同利益^[8]¹⁴⁵。金融基础设施及其法律规制的构建，应遵循这些价值观念。

2 金融基础设施规则体系应内含利益共享原则。要根据国际秩序的发展变化以及本国利益所在，推出能够促进国家利益、他国利益以及整个国际利益的协调与一致。换言之，中国的金融基础设施的使用，不仅符合中国利益，也要符合世界各国的共同利益，可以普遍提高金融交易的效率，普遍提高金融交易的安全性。

3. 金融基础设施规则体系应倡导国际合作原则。在遵守当下国际金融秩序规则的前提下，积极推出中国自己主导的新型金融基础设施，构建新机制与新规则，跟现有国际金融基础设施以及国际机构之间形成良性的竞争型合作关系，这是新时代中国获得国际金融法上的更大话语权与国家利益的良好战略。正如“十四五规划”中所指出的那样，要建立健全“一带一路”金融合作网络，推动金融基础设施互联互通，支持多边和各国金融机构共同参与投融资。

4. 为扩大金融基础设施的影响力，中国应主动履行国际义务，承担国际责任。中国应该积极履行与自己身份和地位相称的国际义务，做到良好示范效应；通过国内金融基础设施立法以及域外适用，督促中国的跨国公司遵守东道国国内法律、履行必要的社会责任。

（二）提升 CIPS 的国际认可度

CIPS 及其规则体系自始就具有开放性和域外适用性，关键是如何扩大和提升 CIPS 域外适用的范围，提升 CIPS 的国际认可度。具体实施路径在于：

1. 推动国际金融秩序的变革。主动团结诉求一致的国家，以国际组织或者多边联合体的形式推动国际金融秩序变革，致力于塑造更加公平、更加开放、更加合理的国际金融秩序。

格局。争取更大的话语权，维护多边贸易体制，为纷繁复杂的国际形势注入强大正能量，为构建人类命运共同体作出新贡献，树立“负责任大国”的形象。

2. 深化金融领域的对外开放。提高人民币的国际化程度，使人民币成为世界货币。积极主动学习金融发达国家的有益经济，融入国际金融体系，吸取国际先进做法和制度经验，这既有利于促进中国金融基础设施的域外适用，也有助于有针对性地提出金融改革的建议。

3. 用金融科技提升 CIPS 运行能力。优化 CIPS 的技术架构，保障系统业务的可靠性、安全性、连续性和可扩展性，提高支付效率，扩大 CIPS 的影响力。丰富 CIPS 系统所支持的业务种类，拓宽对外合作渠道，促进支付系统与相关系统之间互联互通，为参与者提供更优质多样化的服务；合理规划 CIPS 系统 IT 基础设施建设蓝图，探索利用云计算、大数据等新技术增强 IT 资源的集约化管理，为持续优化 CIPS 系统提供有力技术支撑。^①

（三）优化金融基础设施的法律规则体系

完善的金融基础设施法律规则体系对于促进金融基础设施的域外适用至关重要。就我国而言，要形成针对金融基础设施的多层次、逻辑性的规则体系，从基本法律、行政法规、部门规章、自律规则等层面，构建逻辑严谨的多层次规则体系^[9]。

1. 在法律或行政法规层面。有关金融基础设施的统一法律规范，在法律层面或在行政法规层面制订均可。关键是要全面规范金融基础设施的设立、运行、风险、技术标准、责任等内容。特别是，应设专章规定金融基础设施域外适用的具体规范。建立对金融市场基础设施的统一的法律法规，包括机构准入、治理结构、业务规则、财务管理、风险控制、系统安全、信息披露、信息保存、审查评估、处罚和风险处置等以及金融市场基础设施认定名单和退出机制，加强金融基础设施跨境监管立法供给，把握国际金融监管主导权，谨防外部风险^[2]。

2. 在部门规章层面。金融监管机构应针对不同的金融基础设施分别规定相应的法律规范，并对该类金融基础设施的域外适用的特殊性，设计更有针对性更为具体的制度规范。特别是应注重区块链、人工智能等新技术在金融基础设施中的应用，明确技术标准，防范技术风险。

3. 在自律规则层面。各金融基础设施运营机构应根据法律、行政法规、部门规章的规定，根据自己的业务特点，制订金融基础设施运行所需的各类规范，特别应重视如何建立高效的金融交易规则、如何提高交易的便捷性和可靠性、如何应对基础设施域外适用中的特殊风险。

（四）提升基于区块链的金融基础设施的数字化水平

习近平总书记在中央政治局第十八次集体学习时特别指出“把区块链作为核心技术自

^① 许再越：《推进金融科技与跨境清算系统融合发展》，<http://www.cips.com.cn/cips/zxzx/xydt/40994/index1.html>，最后访问日期 2020 年 3 月 18 日。

主创新重要突破口，加快推动区块链技术和产业创新发展”。随着数字技术对金融渗透的深化，提升金融基础设施数字化和智能化水平迫在眉睫，这为我国金融基础设施的域外适用提供了难得的发展机遇。我国亟待用区块链技术改造传统金融基础设施，推动以股票交易所、支付清算系统为代表的金融基础设施的数字化和智能化，为金融交易提供安全、可靠、便捷的服务，吸引其他国家的金融机构接入这些金融基础设施。“要充分运用区块链技术的颠覆性革命，集中优势科技力量加快区块链技术的开发，加快区块链技术在新一代国家支付清算体系的应用，对信息交换和数字资产交换有效整合，实现实时清算和结算”^[10]。

作为金融新基建的区块链，在理论上具有提升支付清算效率、降低金融系统风险、高透明度提高监管效率、智能合约自动化节省运营成本、避免基础设施重复建设、有利于金融标准化等优势^[11]。为防范区块链应用风险，应当引导市场和研究机构提高区块链技术的物理性能，特别是日常交易的处理能力和交易峰值时期的处理能力；针对多节点攻击，开发智能化自动识别多节点共同防御的防火墙程序；针对加密工具被破解的问题，完善多重加密工具的研究和设计；针对不同金融市场基础设施应用区块链技术之间的分歧与差异，应当筹划建立区块链共同标准，特别是隐私、安全、身份验证、智能合约等与技术、治理密切相关的部分^[11]。

（五）防范金融基础设施数字化过程中的“技术陷阱”

金融科技时代，金融基础设施的技术化和智能化是提升其先进性从而提高其域外适用的必然选择。然而，技术并非完美无缺，也无非完全中立，技术风险无处不在，主要表现在：

1. 技术的政治性。技术具有政治性，主要表现在：首先，某种技术装置或系统的发明、设计或安排，是解决社会事务的一种方法；其次，技术系统内含政治规则，它必然与某种特定的政治关系和社会秩序相容。随着人们对某种技术适应性的增强，人们的生活习惯、心理感受甚至身份可能会发生改变，并且常常以不可预测的方式进行。在许多情况下，技术架构是预先设定的，它有利于社会公共利益，并且这种技术架构也并非必然是有意识地为某种政治目的服务。某种金融基础设施的算法应用程序很可能是一个无任何政治目的的设计，但这种算法程序可能会存在某种偏见，它反映了程序设计员个人固有的价值观或世界观，可能会集中反映某种阶层的利益，而忽视了其他阶层的利益^{[12][20]}。

2. 技术的非中立性。一方面，技术系统具有强大的管理功能，可以根据监管机构的特定需要和法律的规定而实现定制化，在应对各种特殊需求方面具有灵活性，此举有助于提高金融监管的透明度。另一方面，技术系统不可能完全做到中立和公平。原因在于，首先，技术是由第三种独立语言构成的，在将法律语言转化为技术语言的过程中，会产生某种偏差，

甚至会形成歧视。其次，信息技术本身也不完全是价值中立的。技术既塑造社会环境，也受制于社会环境。技术的形成过程会嵌入某种价值理念，使其不可避免地呈现某种固有的偏见。再次，虽然技术可以预防并解决某种风险，但是它也有可能掩盖并引发其他类型的风险。虽然技术化的合规产品为金融机构降低合规成本提供了便利，但其负面作用不容小觑：程序员通过代码解释法律是否会改变法律的原义值得怀疑；程式化的合规程序掩盖了金融风险的不确定性和多样性；程序内在的“自动化偏见”可能曲解了监管法律的本来含义，这种偏见将阻碍金融监管的良好判断；代码化的合规程序缺乏透明度，令监督和问责形同虚设^{[12][121]}。

（六）审视金融基础设施立法在国际法上的“合法性”

在制订金融基础设施规范性法律文件时，要考量内立法或政策在国际社会的反响，要关注国内法与国际法的互动。换言之，不但要正视国际法对国内法的浸染，也必须关注国内法对国际法的影响。“法律是权力据以实现的工具，只有实力强大和自信的外向型国家才有扩张国内法域外效力的需要、意愿与能力”^[13]。实力弱小的国家，其国内政策与立法对国际社会的影响是微不足道的，即使跟国际法相抵触也极有可能被别的国家所忽略；而实力强大的国家，往往其国内政策与立法的微小变化，便会引起其他国家的迅速关注并做出反应。在中国已经成为世界第二大经济体、对国际社会具有举足轻重影响的时代，国内的任何重大政策以及相关立法变化必然对国际社会产生巨大影响。实际上，近年来我国金融市场的开放政策、货币与财政政策、外汇管制与汇率政策、出口退税与补贴政策等，都成为我国与其他国家在经济贸易方面的摩擦重点^{[8][150]}。

因此，我们要审视金融基础设施法律规则体系在国际法上的“合法性”问题。金融基础设施在域外输出时，必须站在国际法与国内法双向互动的角度，在制订与金融基础设施相关的法律政策时，深入研究其对国际金融格局、国际金融利益可能产生的影响，审视其对国际法、其他国家国内法可能产生的挑战。可行之策在于，金融基础设施的运行应按照市场规律办事，发挥市场决定性作用，提升金融基础设施的技术实力，反映各国共同关切的问题，符合各国的共同利益，符合国际惯例和国际规则，此举将有助于更好地提升中国金融基础设施的国际声誉，提高“软实力”，从而在国际金融基础设施竞争中占据更大的优势。

参考文献:

- [1] 邢会强. 瑞士的《金融市场基础设施法》及其借鉴[J]. 证券法律评论, 2018:2.
- [2] 何德旭. 加快完善金融基础设施体系[N]. 经济日报, 2019-10-29(012).
- [3] 廖诗评. 中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善[J]. 中国法学, 2019(6): 20-38.
- [4] 郑彧. 金融市场基础设施内部规则的法律保护: 现状、冲突与改进[J]. 华东政法大学学报, 2020(1):136-147.
- [5] 季奎明. 金融市场基础设施自律管理规范的效力形成机制[J]. 中外法学, 2019(2):541-559.
- [6] 尹振涛, 潘拥军. 我国金融基础设施发展态势及其统筹监管[J]. 改革, 2020(8):92-101.
- [7] 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.
- [8] 刘志云. 新时代中国在“国际法竞争”中的大国进路[J]. 法学评论, 2020(5):140-153.
- [9] 尹振涛. 加强金融基础设施的统筹监管[N]. 学习时报, 2019-10-23(003).
- [10] 欧阳日辉. 区块链是金融“新基建”的基础设施[J]. 科技与金融, 2020(6):12-17.
- [11] 黄尹旭. 区块链应用技术的金融市场基础设施之治理——以数字货币为例[J]. 东方法学, 2020(5):56-65.
- [12] 张永亮. 金融科技监管的原则立场、模式选择与法制革新[J]. 法学评论, 2020(5):112-124.
- [13] 霍政欣. 国内法的域外效力: 美国机制、学理解构与中国路径[J]. 政法论坛, 2020(2): 173-191.

Study on the Extraterritorial Application of Legal

Guarantee of Financial Infrastructure

**(School of Humanities and law Zhejiang A&Forestry University, Hangzhou
311300)**

Zhang yongliang Xu qianya

Abstract. Financial infrastructure is the "skeleton" of financial system, which contains the most effective, universal and characteristic financial transaction rules, and has the characteristics of neutrality, weak substitution and system importance. Because the financial infrastructure itself contains financial transaction rules, the extraterritorial export of financial infrastructure means the extraterritorial application of a country's financial law. At present, the scope of extraterritorial application of financial infrastructure in China is limited, the laws and regulations related to it lack of top-level design, which is not conducive to the extraterritorial application of financial infrastructure. To promote the extraterritorial application of financial infrastructure, we should optimize the legal rules system of financial infrastructure, enhance the digital level of financial infrastructure, and improve the operating environment of financial infrastructure, examine the "legitimacy" of financial infrastructure legislation or policies in international law .

Key words: Financial infrastructure; Extraterritorial application of law ; CIPS; The rule of law guarantee

浅析中美两国人工智能对知识产权保护的挑战与应对制度

北京中伦（杭州）律师事务所 王红燕^① 徐天冉^②

摘要：近年来人工智能的快速发展，给中美两国的知识产权制度均带来了一系列挑战，本文将从人工智能生成物的权利主体、人工智能侵权的责任主体、人工智能发明与作品能否受专利或著作权的保护以及不正当竞争角度分析人工智能对知识产权制度的挑战进行梳理，并总结了中美两国针对这些挑战在法律上具体规定了何种相应的应对制度。

关键词：人工智能；创作物；知识产权；著作权；专利

2012年一家中国人工智能公司——上海智臻智能网络科技有限公司（又称小i机器人公司）对美国苹果公司在上海第一中级人民法院提起诉讼，指控苹果公司的语音识别技术侵犯了其专利。2020年6月28日，最高人民法院认定小i机器人的专利有效，Siri的技术方案落入了小i机器人ZL200410053749.9号专利权利要求的保护范围。于是在2020年8月3日，智臻公司在上海高级人民法院对苹果公司提起了第二次诉讼，要求赔偿100亿元人民币（14亿美元），并要求苹果公司停止“制造、使用、承诺销售、销售和进口”侵犯该专利的产品。

目前，这场诉讼还依然在进行中，可以预见的是，这将又会是一场涉及人工智能专利保护的诉讼持久战。近几年，人工智能已被部署在许多场合——从目标广告到自动驾驶汽车，再到文件审查，每天都在影响着数百万人的生活。行业领导者和初创公司都在向人工智能技术投入大量资金和精力，根据权威机构的估算，预计到2030年，全球的人工智能市场预计将为全球经济增加超过15万亿美元。中国和美国涉及人工智能知识产权的诉讼案件日益增多。人工智能在提高社会工作效率的同时，也对现有的知识产权法律制度造成一定的冲击和挑战。^③中美两国为了应对人工智能对知识产权法律制度的挑战在逐步完善本国的法律制度。本文将梳理人工智能在知识产权保护方面遇到的问题，并重点论述中美两国在法律制度尤其是诉讼方面的应对措施。

一、人工智能的概念

^① 王红燕律师：北京中伦（杭州）律师事务所权益合伙人，同时是国际知识产权保护协会AIPPI中国分会数字经济委员会共同主席，现任浙江省律师协会国际投资与一带一路专业委员会副主任，历任浙江省律师协会知识产权专业委员会副主任，2020 The Legal 500 亚太地区榜单特别推荐律师，入选全国律协涉外领军人才库，擅长于知识产权、海外投资、资本市场领域的法律服务。

^② 徐天冉律师：北京中伦（杭州）律师事务所王红燕律师团队律师，先后获得北京航空航天大学法学学士学位和美国南加州大学法学硕士学位，并已通过美国纽约州司法考试和中国法律职业资格考试。

^③ 刘强、胡姝娴：《人工智能背景下知识产权制度的困境及变革路径》，《重庆工商大学学报（社会科学版）》2019年第4期，129-137页

人工智能 (Artificial Intelligence) 是利用数字计算机或者数字计算机控制的机器模拟、延伸和扩展人的智能, 感知环境、获取知识并使用知识获得最佳结果的理论、方法、技术及应用系统。它能够完成通常需要人类智慧和判断力的任务, 如视觉感知、语音识别、决策和语言之间的翻译, 包括推理、发现意义、概括或从过去的经验中学习的能力, 从而找到模式和关系, 以动态地应对不断变化的情况。传统的软件有助于用预先设定的规则和程序来自动化人类的任务, 但是遇到新的情况下无法执行。而人工智能有同时拥有收集信息能力、分析信息能力以及作出决策能力, 它可以通过收集和分析数据来了解背景, 并对外部环境的变化做出反应并作出更智能的选择。

中国电子技术标准化研究院等单位在 2018 年编写发布的《人工智能标准化白皮书 (2018 版)》定义了人工智能是围绕智能活动而构造的人工系统, 是知识的工程, 是机器模仿人类利用知识完成一定行为的过程。依据人工智能是否能真正实现推理、思考和解决问题, 可以将人工智能分为弱人工智能和强人工智能。弱人工智能是不自觉的, 没有自主意识的, 不能真正做到与人类相同的推理。强人工智能是指有自我意识的, 甚至可以拥有人一样的思考和机器专有的跟人类不一样的角度思考的两种能力, 强人工智能都达到了能够适应外界环境挑战的一般人类水平。当前我们常见的人工智能应用领域主要集中在应用感知智能技术, 例如身份认证, 人脸识别的门禁安保, 语音识别的智能客服和语音助手, 智能搜索、智能推荐等等, 可见目前的人工智能还是以特定应用领域为主的弱人工智能。^①

二、人工智能对知识产权制度的挑战

(一) 人工智能对知识产权主体制度的挑战

1、权利主体认定的困境

在人工智能诞生之初, 人们通常只是将他视为计算机的一种衍生, 只能做人类创造性活动的辅助工作。在当时, 人工智能主要充当人类智力劳动的工具, 在人类预设的情形下完成特定的动作, 在这种情况下, 人工智能所产生的作品和结果都是在人的预先设定下完成的, 因此这时人工智能的成果完全是人类智力活动的成果, 该种对人工智能作品知识产权主体的认定是符合现有知识产权主体制度的。

但随着大数据、神经网络等技术的发展, 人工智能可以模拟人脑中神经元的深度学习, 可以从庞大的数据库中自动选择所需的材料进行集成处理。人工智能的作用已经远远超过最初的辅助性工具定义, 例如在新闻写作领域, 人工智能系统腾讯写稿机器人 DreamWriter

^① 吴汉东、张平、张晓津:《人工智能对知识产权法律保护的挑战》,《中国法律评论》2018年第2期,第59-78页

可以独立完成新闻写作，在财经、科技应用、体育赛事等领域撰稿戳过两千篇。人工智能对创造的贡献越来越大，而人类创造的比例却在不断下降。有时候，人工智能甚至可以独立完成整个创作过程，创作出大多数人认为是原创的艺术、音乐和文学作品。在这一点上，知识产品确实是由人工智能创造的，它似乎已经成为表面上的主要创造活动。但是就现有的知识产权主体制度来说，目前人类的智力活动是专利和著作权保护的构成要素之一，虽然专利法与著作权法不同，专利法没有规定它只保护人类智力的成果，但是我国专利法的申请实践中专利请求书必须写明发明人的姓名，而其中发明人应是自然人，即便是可以独立享有民事权利和义务的法人也不能成为发明人。在美国，申请专利的规则更加严格，如果发明人没有被点名或者被错误地申请，专利就有被宣布无效的风险。在该种情况下，人工智能能否成为创作者对其创作成果享有权利存在不小的争议。^①

2、侵权主体地位的困境

“谁是知识产权侵权者？”当涉及到 AI 技术时，即使是这个基本问题也会变得更加复杂。由于人工智能技术会随着时间的推移而发展，因此它最初可能不会侵犯著作权或者专利的权利要求，但随着它学习和修改其内部操作和外部行为，它可能会出现侵权行为。而且它的使用也会产生知识产权侵权的情况。因此就产生了两个问题：一个是人工智能本身能否被认定为是侵权者？另一个是人工智能背后的哪些人可以被认定为侵权人？

我们可以想象一下人工智能的从诞生到使用会经过很多人，首先会由一个人或者团队开发出来，之后会出售给第二个人并由其拥有，接下来可能第三个人对人工智能进行操作，并由四个人对人工智能进行训练。该人工智能程序可能被用于开发一种产品，例如一种化学化合物，该产品最终侵犯了一项已发布专利的一项或多项权利要求。此时谁是侵权者？是人工智能程序的开发者、拥有者、操纵者还是训练者？法律在目前的状态下，并没有明确回答这个问题。由于目标技术随着时间的推移不断发展，很难确定谁是直接侵权者。如果只考虑间接侵权，人工智能的开发者拥有者是否是间接侵权人呢？操纵者和训练者是否是主动诱导人工智能侵权因此属于间接侵权人？^②

（二）人工智能对知识产权客体制度的挑战

1、人工智能本身可专利性问题

^① 刘鑫、覃楚翔：《人工智能时代的专利法：问题、挑战与应对》，《电子知识产权》2021年第1期，第73-82页

^② Vishal V. Khatri, Tracy A. Stitt: “Catch Me If You Can: Litigating Artificial Intelligence Patents”, Jones Day, 2017-12, <https://www.jonesday.com/en/insights/2017/12/catch-me-if-you-can-litigating-artificial-intelligence-patents>

关于人工智能领域技术的可专利性问题,例如在开篇提及的”小 i 机器人”诉苹果公司的案件中,对于小 i 机器人专利有效性问题,前后争执了 8 年,国家知识产权局专利复审委员会在作出决定时没有一套每场明确的标准,也就是在人工智能本身是否受到专利法的保护是存在争议的。^①

2、人工智能创造物能否受到知识产权保护

人工智能创造物现阶段与人的创造物几乎没有差别,他们能否构成著作权法下作品或者专利法保护的发明呢?在当前著作权法框架下,出于考虑到人工智能主体不适格的原因,其作品不能被视为作品。然而,如果人工智能创造的地位被否定,大量的人工智能创造将免费进入市场,这不利于刺激新人工智能的发展和创造。而保护著作权的立法目的是为了促进文学艺术的进步与创新,所以,人工智能创作物若不属于作品与著作权法的立法目的相悖。

根据各国的法律规定,受专利法保护的发明均要满足新颖性、创造性和实用性的要求。对于人工智能根据搜集到的信息形成的技术方案是否具有新颖性、创造性在实践中具有一定不确定性,缺少统一的判断标准,同时专利法还要判断人工智能创造物是否达到实用性标准,这也是对司法制度的一种挑战。

(三) 人工智能带来的不正当竞争

人工智能的核心在于算法,基础在于数据,而算法的垄断和数据的保密会带来人工智能领域的限制竞争与垄断风险,会对市场的正常竞争秩序造成影响。

人工智能的深度学习技术需要大量的数据,这就使数据具有非凡的经济价值。几家科技巨头正在比拼谁能收集更好、更全的用户数据进而给用户更精准地“画像”,同时阻止竞争对手获得数据。在知识产权保护的角度,数据是企业的财产之一,企业收集到的数据和为此付出的劳动都值得法律的保护,但是在竞争法的角度看,数据的垄断可以组织新型企业进入市场抢占市场份额,如何在给予人工智能所需的数据财产以知识产权的保护,但是又要防止数据垄断带来的不正当竞争。

另外,人工智能可能为企业合谋垄断市场进行抬价提供了隐蔽的环境和便利高效的手段,帮助合谋的企业达成垄断协议,实施垄断行为。例如在美国 Uber 公司的反垄断案中,就是以算法施行垄断行为,其采用的自动定价算法被认为协同性涨价提供了机会。如何应对人工智能带来的隐蔽性超高的商业垄断行为,是我们需要研究的课题之一。^②

^① 孜里米拉·艾尼瓦尔、姚叶:《人工智能技术对专利制度的挑战与应对》,《电子知识产权》2021年第4期,第52-60页

^② 吴汉东、张平、张晓津:《人工智能对知识产权法律保护的挑战》,《中国法律评论》2018年第2期,第59-78页

三、中美两国的应对制度

(一) 中美两国对人工智能产生物的权利主体认定

1、专利所有权人的认定

某些人工智能已经拥有了无须人类的介入就可以自己产生发明创造生成技术方案,那么在該种情况下“人工智能能否成为自身发明的专利权人?”不同的学者对此有不同的观点。有的学者认为应该赋予人工智能独立的发明人地位,这就打破了专利法上的“发明人中心主义”的束缚,是对于专利法观念以及制度上的重大创新。但其实现有的人工智能发展条件下大多数情形中,人工智能还是只能起到一种发明辅助机器。根据我国《专利法》的规定,人工智能只是机器不是人,并不能动摇法律上人格制度的基础,人工智能在事实上并不能独立的行使权力、履行义务、承担责任。这也就意味着,人工智能产生的发明创造的法律效果应该由人来承担。因此在承认人工智能生成的发明可专利性的前提下,即使也承认了人工智能是创作物发明人的情况下,可以比照我国专利法中职务发明专利、雇佣发明专利的相关规定,赋予人工智能的创造人或者投资人以人工智能发明的专利权主体资格。

在美国涉及人工智能技术的专利诉讼中,其中有一个争议焦点就是对于发明人的认定。一个公认的理论是:“一个发明者可以利用他人的服务、意见和帮助完善自己的发明而不至于失去他申请专利的权利”。(Hess v. Advanced Cardiovascular Sys., 106 F. 3d 976, 981 (Fed. Cir. 1997))也就是说创造该人工智能的人类是有权利对于人工智能的创造物申请专利保护的。进一步的,在U.S.C.的第3条第103项指出“可专利性不会因发明进行的方式而失效”。但是人工智能自身能否一并成为其发明创造的专利所有权人呢?美国的法规和法律诉讼案例给出了否定答案。在U.S.C.的第100条第116(a)项中规定,“发明者”的意思是“发现或创造了发明对象的个人”,对共同开发者的描述是一同创造了发明的“两人”或“多人”。共同开发者不一定是发明人。在著名的Hess v. Advanced Cardiovascular Sys., 106 F. 3d 976一案中,共同开发者为发明提供了建议和帮助,但这些贡献并不必然构成共同发明人。在发明气球血管成形术导管的过程中,被上诉人的专利发明者从上诉人的工程师那里获得了关于可以用于气球和密封的材料的信息。在导管被上诉人申请专利后,上诉人提起诉讼,声称他是共同发明者。初审法院认为,上诉人向被上诉人提供的材料和建议并不能使他成为共同发明人。上诉后,法院维持原判。法院要求上诉人提供清晰和令人信服的证据来证明他的诉求。法院认定上诉人没有这样做,因为即使被上诉人在他们的广泛研究、测试和建造导管时遵循和利用了一些上诉人的建议,但实际上是被上诉人而非上诉人构思和制造了导管。上诉人的贡献并不构成建立共同发明人制度的必要概念。上诉人只是向被上诉人

解释目前的技术状况，并提供产品供他们使用，除此之外，上诉人没有做任何事情。联邦巡回法院在 *New Idea Farm Equip. Corp. v. Sperry Corp.*, 916 F.2d 1561 一案中更明确地裁决某些法律实体不得取得发明者的身份，因为它应为“个人而非公司所开发的”。从这两项制度看来，在美国的诉讼实例中，法院并不承认人工智能对其发明创造的专利主体地位，而是将该主体地位赋予了该人工智能的发明者或者投资者。^①

2、著作权的归属

人工智能创造出来的作品可能与程序开发者的关系已经越来越弱，这时候人工智能对作品的贡献度甚至可以达到将近百分之百。近年来人工智能生成的作品越来越多，如果不能明确其作品著作权所有权，就会产生很多的问题。

鉴于微软小冰作品的版权问题，我们应该研究的第一个问题是微软(亚洲)研究院是否拥有微软小冰诗的版权？换句话说，微软小冰本身是其作品的版权主体吗？首先值得肯定的是，我们应该给予人工智能一定的署名权，如果将署名权给予了人工智能的发明者或者使用人，实际上该发明者使用者对于该作品并无太大贡献可以说构成了“剽窃”他人的劳动成果，但是给予署名权并不意味着承认人工智能的著作权主体地位。我国《著作权法》规定的著作权主体是自然人、法人或其他组织。^②如果将人工智能视为著作权主体，那么就肯定了人工智能与人一样都是法律主体。那么就会引来侵权责任主体的悖论，如果是人工智能在运行过程中侵犯他人权利并拥有法律主体地位，则会导致人工智能使用者和发明者逃脱一定的责任。从这个角度上看，人工智能生成作品的著作权归属必须是人，才能使法理有一个闭环。根据我国现行《著作权法》第2条和第9条的规定，我们可以看到作品的创作者仍然限于中国公民、外国人、无国籍人等人类的范围内，现行法律无法将非人类的创作者纳入作者的范畴。例如，在原告长沙动物园诉当代商业报纸，海底世界(湖南)有限公司一案中，针对盗版和不正当竞争纠纷，法院认为，“海豚的表演实质上是训练员训练的经典条件反射，是训练员训练思维的机械和生理反映工具，海豚没有法律人格意义，既不是表演者，也不是版权主体”。

但是，人工智能所产生的作品的作者是属于软件开发者还是实际用户？国际标准化组织(iso)也在其标准草案文件《道德设计：使用人工智能和自主系统(ai/as)实现人类福祉最大化的愿景》(ethical design: a vision for maximum human well-being using artificial intelligence and autonomous systems)中提出，“如果人工智能和自主系统依靠人类互动来创造新内容或发明，那么使用它的人应该是作者或发明者。”从学理上看这个规定也是有

^① James X. Dempsey: *Artificial Intelligence: “An Introduction to the Legal, Policy and Ethical Issues”*, Berkeley Center for Law & Technology, 2020-8-10

^② 刘强、张佳明:《人工智能知识产权创作者资格问题研究》，《武陵学刊》2019年第4期，第45-52页

背后的逻辑道理的，著作权法是为了保护并激发创作者创作的积极性，促进经济、科技的发展和艺术、文化的繁荣。人工智能的实际使用者使用人工智能进行创造，属于实际使用者的权利是其创造的肯定。这样的保护又能激励人工智能使用人的创作热情，继续利用人工智能创作出新的作品，形成一个良性循环。^①

因此在我国，我们可以类比职务作品的保护方式对人工智能生产作品进行著作权保护：人工智能享有署名权，著作权的其他权利由人工智能使用人（类比雇员的法人或者非法人单位）享有。

（二）中美两国对人工智能侵权时的责任主体认定

人工智能在运行的过程中可能会侵害他人的知识产权，例如人工智能搜集学习并使用了他人的作品作为自身创作的素材，这时候人工智能创作者或者使用者应该承担侵权责任吗？所有技术特征的实施需要由多个主体共同完成，而实施单一环节不得构成侵权，或牵强适用间接侵权责任。

我国《互联网信息传播权保护条例》第 23 条规定：“互联网服务提供者为客户提供搜索、链接服务，接到权利人通知后，按照本条例的规定断开与侵权作品、表演、音像制品的联系，不承担赔偿责任；在我国，这种侵犯专利可以与网络盗版的责任认定相比较；但是，知道或者应当知道与其有关的作品、表演、音像制品侵权的，应当承担侵权的连带责任。“也就是说，在实践中，可以追究间接侵权者的责任，这意味着人工智能的侵犯专利可以被比作互联网盗版的责任、平台责任或终端设备专利费。关于间接侵权问题，目前我国法律没有明确规定，但是，2016 年 4 月 1 日生效的最高人民法院于审理侵犯专利纠纷适用法律若干问题的解释，对此作出了规定，可以追究其中部分间接侵权人的法律责任。

传统的民事（合同和侵权）责任概念可能不太容易适用于：自主人工智能方面的发展，特别是在人工智能应用可能会引起不能轻易或可预见地追溯到人为错误的损害。目前的法律传统上认为，如果开发者有疏忽或可以预见的情况下，就应承担赔偿责任。在 2007 年美国纽约州的 Jones v. W + M Automation, Inc. 一案中，法院没有认定被告在人工智能龙门式装载系统的情况下要承担法律责任。因为法院认为该人工智能的制造商遵守了相关规定，采取了合理注意。因此在美国的司法实践中，若是人工智能的发明人或者使用人没有过错，履行了合理注意义务，对于侵权行为没有可预见性的情况下，是可以不承担人工智能侵权的责任的。

而美国专利法对于数据上传和网络平台提供商的规制是很难追究免费数据文件上传者和网络平台提供商的责任。在 2012 年审理的涉及 Akamai Tech., Inc. v. Limelight

^① 朱琳：《浅论人工智能创作物的知识产权保护》，《法治追踪》2019 年，第 233-235 页

Networks, Inc. 以及 McKesson Tech., Inc. v. Epic Sys. Corp. (Fed. Cir. 2012) (En Banc) 两件云计算专利侵权纠纷的判决中最高法院认为, 如果没有人根据《美国专利法》第 271 (a) 条或任何其他条款构成直接侵权, 则被告不可能根据第 271 (b) 条构成招揽侵权。也就是若是任何一个独立的主体均未实施专利的全部技术特征, 则该独立主体均不构成直接侵权, 而其中的主体就不能构成引诱侵权, 也就是不构成间接侵权, 难以追究其责任。^①

(三) 人工智能本身的可专利性

1. 受中国专利法保护的人工智能标准

关于人工智能是否受中国专利法保护的问题, 专利法第二条规定: “本法所称发明创造, 是指发明、实用新型和外观设计。”发明是指关于产品、方法或者其改进的新的技术方案。本实用新型是指由产品的形状、结构或组合提出的适合实际使用的新的技术方案。外观设计是指通过产品形态、图案或它们的组合, 以及颜色、形状和图案的组合, 使产品具有美感, 适合工业应用的新设计。《专利法》第 25 条规定, 科学发现、智力活动的规则和方法等不得授予专利权。在人工智能领域, 算法的创新是技术层面上每一项发明和创造的核心, 而纯粹的算法本身属于智能活动的规则和方法, 根据专利法第 25 条不能授予专利权。然而, 对于计算机软件专利和商业方法软件专利, 根据中国《专利审查指南》的有关规定, 该算法将与具体的应用领域相结合, 形成具体的产品或技术解决方案的方法, 可以称为权证。在国家知识产权局专利复审委员会各个批复中人工智能在技术应用领域解决了技术问题并获得技术效果是可以被授予专利的。^②当然企业也可以选择不公开核心算法, 以商业秘密的方式保护企业的算法。

2. 受美国专利法保护的人工智能标准

在美国的知识产权诉讼中, 法庭作出的判决主要领域集中在受到争议的人工智能技术在美国法典 (U. S. C.) 第 35 条下是否属于可专利的内容。根据 U. S. C. 第 101 条, 面对此类案件的法院需首先判断专利申请是否指向不具有可专利性的概念, 比如自然规律或抽象概念, 如果专利申请不涉及这类概念, 那么在此项判断标准之下, 这项专利便可被执行。然而, 如果专利申请涉及这类概念, 那么法庭需作出第二步分析判断, 即这项包含不可专利性的概念的专利申请是否仍然具有足够“有创造性的元素”, 以至于可享有专利保护。这一有创造性的元素或者元素组合应确保申请中的专利具有远超出其所包含的不可专利性概念的价值。

例如在 Vehicle Intelligence & Safety LLC v. Mercedes-Benz USA, LLC, 78 F. Supp.

^① 吴汉东、张平、张晓津:《人工智能对知识产权法律保护的挑战》,《中国法律评论》2018 年第 2 期, 第 59-78 页

^② 何晓安:《浅谈人工智能与知识产权法律保护制度的完善》,《法制博览》2020 年第 7 期, 第 104-105 页

3d 884 中法庭首先裁决争议专利申请包含不具可专利性的概念，即判断机动车驾驶员精神或身体能力是否在某种程度上受影响的测试本身是一个抽象的概念。法庭认为这一“专家系统”是一个抽象的概念的主要原因是这一专利主张可以被人工不借助机器力量完成，同时专利人也未能说明该项技术如何运作或者如何能产生更快或者更精准的结果。这样的语焉不详导致法庭在进行第二步分析的时候认为这项专利主张不具有足够有创造性的概念，从而认为这项专利主张是不可被执行的。联邦巡回法院将这一专利技术比作“一位警官当场对司机进行酒驾测试。”在涉及使用专家系统对设备操作员进行 z 醉酒测试的案件中，联邦巡回法庭认为该系统不符合专利条件，因为它构成抽象概念，因为它是针对人类所做的某件事的自动化。在 Hewlett Parkard Co. 对 ServiceNow No. 14-CV-00570-BLF, 2015 WL 1133244 (N. D. Cal. Mar. 10, 2015) 一案中，加利福尼亚南区法院的弗里曼法官认为 Hewlett Parkard 的专利指向“对于信息技术故障的自动解决”这一抽象概念，所以并不自动具有可专利性。弗里曼法官认为商业上的成功不能证明这一专利主张具有“创造性概念”，她同时也在一个假设的情景中讨论了无人驾驶车辆的可专利性。她认为虽然无人驾驶汽车可能具有商业上的成功，具有新颖性和非显而易见性的特点，但是这一概念本身还是抽象的，所以弗里曼法官认为虽然一位发明者可能能够对一项特别的操作申请专利，但她不认为无人驾驶这一概念本身具有可专利性。虽然弗里曼法官的意见是在假设情景中做出的，不具有约束意义，但它仍然对无人驾驶车辆的可专利性问题提供了重要指导。在 Blue Spike 对谷歌 No. 14-CV-01650-YGR, 2015 WL 5260506, at *5 (N. D. Cal. Sept. 8, 2015), aff'd, 2016 WL 5956746 (联邦巡回法庭，2016年10月14日) 一案中，法庭认为：该发明不受专利保护。因为该项争议专利是通过机器建模实现具有“如同人类头脑一样高效的辨认信号“的能力，因此仅仅包含了一种目的宽泛的对于“一项长期以来为人类头脑所熟悉的抽象概念”的机器实现。该案中法庭还认为该项争议专利缺少第二步分析中所需要的创造性概念，而仅仅概括了一系列对于机器和人类头脑自古以来便熟练应用的功能的对比。^①

也就是说在美国人工智能若不属于自然规律或抽象概念就落入了专利法的保护范围之内，如果该人工智能属于抽象概念，则要看其是否有足够多的创新性元素，若新颖性创新性足够，则该人工智能本身依然可以收到专利法的保护。

(四) 人工智能生成物能否落入专利和著作权的保护范围

1. 人工智能生成发明的可专利性

^① Mirjana Stankovic, Ravi Gupta, Bertrand Andre Rossert, Gordon I. Myers and Marco Nicoli: “Exploring Legal, Ethical and policy Implications of Artificial Intelligence”, Law, Justice and Development, 2017-10: pp1-43

专利法与著作权法不同，专利法没有规定它只保护人类智力的成果，人工智能自身在专利权上主体资格的缺失并非将人工智能生成发明排除于专利法之外。正如前文所说参照职务发明的标准对人工智能生成发明进行保护。在我国，人工智能的发明必须符合专利法第二十二条第四款规定的新颖性要求：“新颖性是指发明或者实用新型不属于现有技术；申请日前，任何单位或者个人未就同一发明或者实用新型向国务院专利行政部门提出申请，应当在申请日后公布的专利申请文件或者专利文件中予以记载。通过技术方案与“现有技术”的比较，具体操作方法是技术人员在同一现场进行搜索，并对现有技术进行比较，判断两者的技术特点是否相同。如果人工智能发明足够新颖，就可以申请专利。另一方面，在当前“人工智能薄弱的时代”，人工智能并未完全脱离于人类的干预的情形下，人工智能生成的发明是被认为属于可专利性的范围。^①

美国专利法对于可以专利的人工智能发明规定比较激进且宽松，美国专利法规定了除了自然现象、自然规律和抽象思想三大非专利主题之外，其他的发明均可以收到专利法的保护。若是人工智能发明落入了抽象思想的范畴，也可以通过证明其达到美国专利法的新颖性标准来落入专利法的保护范围。

2. 人工智能创作作品的可版权性

在我国，北京互联网法院在全国首例人工智能生成内容著作权纠纷案（（2018）京0491民初239号判决书）中裁定：自然人创作的作品完成仍应是中国版权法作品的必要条件，因此，计算机软件智能生成的案件相关分析报告不属于版权法意义上的作品，不包括人工智能作品的版权。在长沙动物园与当代商业报纸湖南海底世界有限公司之间的盗版和不正当竞争纠纷案中，法院认定海豚的表演没有版权。人工智能创作作品与该案相类似，在这个艺术作品中，人工智能就类似于该案件中被人类训练的海豚，因此人工智能创作的作品不在著作权保护范围之内。^②

据美国 Narrative Science 公司的预测，未来 15 年将有 90% 的新闻稿件由机器人完成，但是对于人工智能的创作作品，是否属于著作权法意义上的思想“表达”（Expression），还是仅对已知事物的“反映”（Reflection），在美国也还有不少的争议。在美国著作权法实践中，已经明确作品的创造者必须是人，非人的创造作品是不在著作权保护范围之内的，最典型事例即是“猴子自拍照”版权登记案件（Naruto et al v. Slater, No. 3:2015-cv-04324, 2016 WL 362231, *1 (N.D. Cal. Jan. 23, 2016)），2011 年印尼原始森林的一只猿猴使用

^① 朱琳：《浅论人工智能创作物的知识产权保护》，《法治追踪》2019 年第 233-235 页

^② 李明，康乃馨，宋雪梅，秦铭阳，董敏，薛鑫：《人工智能生成内容的知识产权归属规则研究——以著作权归属为视角》，《新视界》2019 年第 1 期，第 91-93 页

英国摄影师戴维·斯莱特(David Slate)的摄影设备自拍成照,但是美国版权局不认可该猴子自拍照的可版权性。为此,美国版权局强调:“只有人类创作的作品才受保护。”“对自然力、动物、植物产生的作品,版权局不会予以登记”,“对机器产生的作品,没有任何创造性输入或没有人类作者的干预而通过自动或随机运作的机械方法产生的作品,版权局也不会登记”。根据《美国版权局惯例》第202.02(b)条(1984年第2版),美国版权局已经宣布:“作者身份一词意味着,对于一件作品要想获得版权,就必须将其起源归于人类,不会注册一个人制作的作品。随机或自动运行的机器或单纯的机械过程,而没有任何创造性的人类作者的投入或干预”。总之,美国只保护人创造的作品。人工智能创造的作品并不在其中。^①

(五) 中美如何应对人工智能带来的不正当竞争

2017年,中国修改了《反不正当竞争法》,增加了第十二条互联网条款,列举了“任何经营者不得以技术手段影响用户的选择或者其他方式实施下列妨碍或者干扰其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”的三个具体行为,在第四款中规定了自下而上的条款,即“其他妨碍或者干扰其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”。在司法实践中有大量涉及互联网领域的不正当竞争的行为,主要可以通过《反不正当竞争法》的原则性条款来进行调整和规制的。以首例大数据产品不正当竞争纠纷案为例,原告诉被告美景公司组织、帮助他人低价获取淘宝公司涉案数据产品中的数据内容从中牟利,构成了不正当竞争行为。该案涉及的争议对象大数据正是人工智能的底层技术设计,但是由于缺乏相应的“人工智能专条”,法院在裁判时依然以被告“明显有悖公认的商业道德”为依据认定被告存在不正当竞争行为。但是如果对于人工智能不正当竞争案例一直使用一般性条款,给予了法官过大的自由裁量权,企业的商业行为可预期性下降,不利于维持健康良好的市场秩序,我国发生的一般性条款的泛化不仅不利于保障市场经营主体的合法权益,同时由于赋予法官的自由裁量权过大,行为主体的可预期性下降,也不利于健康良好的市场秩序。2008年8月1日中国《反垄断法》生效,市监局可依据该法对数据寡头进行处罚,例如前不久对阿里巴巴作出的行政处罚决定,但市监局作出的反垄断行政处罚以及反垄断审查主要还是从企业实际运行时的市场垄断地位出发,在反垄断审查时倒推审查是否涉及到数据垄断的这一项,较少直接针对规制市场上数据垄断现象而提起反垄断审查,可以说国内现在对数据控制者的规制是缺位的。

美国则是一次次通过美国司法部提起反垄断诉讼中对人工智能造成的数据垄断进行规

^① James X. Dempsey: “Artificial Intelligence: An Introduction to the Legal, Policy and Ethical Issues”, Berkeley Center for Law & Technology, 2020-8-10

制，例如美国航空运价发布(Airline Tariff Publishing)案、Uber 公司反垄断案、谷歌反垄断诉讼。其诉讼的法律依据主要是美国国会的 1890 年通过的第一部反垄断法案(Sherman Anti-Trust Act)、1914 年颁布的克雷顿法案(Clayton Act)和联邦贸易委员会法(Federal Trade Commission Act)。^①

四、总结

近年来，随着人工智能的发展，其在专利发明创造和文艺作品创作领域参与程度逐渐深化，对现行的专利法、著作权法以及市场竞争方面带来了诸多挑战，中美两国在法律制度和司法实践上作出了相应的应对措施。

在专利法层面，人工智能本身需要满足一定的法律专利法标准才能受到专利法的保护，在中国，要满足专利的三性特征，并将人工智能具体应用于具体领域解决实际问题的，即使是属于本不可申请专利的智力活动的规则和方法，也能落入专利法客体范围之内。在美国，若是人工智能落入本不可被专利的概念，如果该概念拥有足够的创新性，也是可以收到美国专利法的保护的。而人工智能产生的发明创造若是满足以上条件，也是落入中美的专利法保护范围之内的，但是专利所有权的归属应该参照职务发明的规定，将专利所有权归属于人工智能的发明人或者投资人。

在著作权方面，中美均明确规定纯粹由人工智能所创作的作品并不具有可版权性。关于是否应该给予人工智能作品一定的著作权保护在学界仍有不小的争议，若是有人部分参与而使人工智能的作品具有著作权，可以参照职务作品将著作权归属于人工智能实际使用者。

若是在人工智能运行过程中，人工智能的某一部分侵权了，在中国可以追究部分侵权人的间接侵权责任，但是在美国，根据美国的司法实践，难以追究直接或者间接的侵权责任人。

在市场竞争方面，人工智能带来了数据垄断以及隐蔽行业垄断，我国修改了《反不正当竞争法》，并结合我国的《反垄断法》对人工智能市场进行了规制，但目前我国对数据控制者的规制依然缺位。而美国的司法实践中一般以反垄断法的相关法案对此进行制裁。

虽然我国在立法和司法层面对人工智能对知识产权保护制度造成的冲击作出了一定的应对与调整，但是仍不足以完全解决现阶段人工智能所带来的问题，许多争议焦点还未有明确的定论。目前在人工智能领域，发达国家以及他们的跨国公司依然占据着主导地位，美国核准的人工智能专利数字是巨大的，根据我国台湾地区的“产业情报研究所”提供的数据，美国在数字通信、运算、信息科技等方面掌握的相关专利高达百分之七十，可见当今世界，

^① 吴汉东、张平、张晓津：《人工智能对知识产权法律保护的挑战》，《中国法律评论》2018 年第 2 期，第 59-78 页

美国依然强势占据人工智能专利领域的主导地位。因此我国应积极推动我国的人工智能研发以及相应的知识产权保护制度的完善,企业应及时跟踪相关国际企业的专利申请动态和布局策略,深入了解和掌握技术领先企业的技术投入和研究方向,做好该领域专利布局的基础上,还应抓住契机,积极推动我国人工智能关键技术的相关专利进入国际和国内标准。而我国法律部门应适应人工智能的飞速发展,进一步探究人工智能生成内容的知识产权保护以及人工智能侵权责任的制度的发展与细化。

“一带一路”背景下中国企业“走出去”法律问题思考

——以浙江企业“走出去”为样本

(浙江外国语学院一带一路学院副教授 沈芳君)

摘要:“一带一路”背景下中国企业“走出去”,对“一带一路”倡议推进具有重要意义。企业成功“走出去”与中国的涉外法律服务水平与涉外法治保障程度紧密相关。以浙江企业“走出去”为样本,企业“走出去”投资具有规模大、国别覆盖面和区域广、形式和领域多元化等特点。中国企业“走出去”必然面临多种投资风险,主要体现在商业性风险、政治性风险、营商环境风险以及民商事法律风险等方面。当前,“一带一路”背景下中国企业“走出去”尚存在境外投资保护立法体系不完善、海外投资保险制度不健全、行政管理不规范、企业法律意识不强等法律与制度难题。要以“一带一路”高质量发展推动构建人类命运共同体的理念和高度来重视和构建相关方面的涉外法治建设,从国家层面与企业层面对其进行法律问题研究,应当通过完善法律框架,推动双边投资协议协定范本的制定,强化企业“走出去”纠纷的多元化化解,加强涉外法治队伍建设等措施来加以应对,为我国企业“走出去”防范和化解法律风险提供“中国样板”。

“一带一路”建设是我国扩大对外开放的重大举措,坚持以“一带一路”高质量发展推动构建人类命运共同体,具有重要的时代价值与现实意义。“一带一路”倡议8年来,与我国签署“一带一路”合作文件的国家和国际组织数量逐年增加,已经有138个国家和31个国际组织与我国签署了202份共建“一带一路”合作文件,再加上已有93个成员的亚投行的顺利发展,已经成为当前对抗和扭转逆全球化趋势的最强力量。“一带一路”可以给中国及沿线各国带来利益,也是中国作为一个大国所具有的责任和担当。随着我国全方位对外开放的推进和“一带一路”建设的深入实施,我国企业“走出去”步伐不断加快,中国企业的足迹遍布世界,“走出去”是“一带一路”战略成败的关键。与此同时,企业对我国涉外法律服务的依赖程度会愈来愈高,而法治的保障作用也日益凸显。由于各国的法律、道德及风俗习惯的不同,必然存在因制度差异而产生的区域社会、国家、企业的利益冲突,这种冲突集中体现在我国企业“走出去”所面临的法律风险。因此,应高度关注我国企业“走出去”法律风险的预防和化解,并提出预防和化解方案。

一、浙江省企业“走出去”的基本情况

“走出去”直译为“going global”,对中国企业走出国门对外直接投资和贸易的通俗讲法。相对应“引进来”而言,“走出去”与之构成了中国对外开放的两个重要方面。经济全球化发展势不可挡的当今时代,“走出去”是中国经济发展的必然选择和内生需求,更是

中国在新的经济格局中占据有利地位，促进与世界各国互联互通互惠互利、共建人类命运共同体的重大战略。“一带一路”倡议提出以来，中国海外投资发展迎来了前所未有的新局面，尤其浙江作为经济发展的重要省份，历来有“走在前列、勇立潮头”的气势和担当，“走出去”的成绩斐然，但是也因不熟悉法律、规则或习惯，草率签订合同，未作尽职调查而投资带来惨痛教训或惨淡经营的案例。下面作一简要分析。

一是“走出去”投资活跃、规模大、项目多。尽管受国际经济形势复杂多变，贸易保护主义抬头，但对外投资仍保持快速增长。截止 2019 年底，浙江省市两级国资监管企业资产总额达到 4.7 万亿元，全年实现营业收入 1.45 万亿元，利润总额 722 亿元，其中省属企业资产总额 1.34 万亿元，全年实现营业收入 9775 亿元，利润总额 408 亿元。

二是“走出去”投资国别覆盖面和区域分布广泛、聚集度较高。浙江企业投资国家涉及近 70 个国家和地区。主要分布在亚洲、美洲和欧洲，投资规模看，亚洲占一半以上，其中最多的分别是中国香港、美国、越南、英国。省国企在“一带一路”国家海外经营的国别分布中，阿尔及利亚、柬埔寨、印度尼西亚、菲律宾、马来西亚、缅甸、塞拉利昂、白俄罗斯等国家为重点经营地区。美国、欧洲、澳大利亚等发达国家在浙江省国企的海外业务往来中业均有涉及。东南亚地区是国有企业“走出去”承包海外工程项目的主要承接地，也是轻工业、钢铁等原材料的主要进出口伙伴国家。

三是“走出去”投资形式和领域呈多元化发展。浙江省企业在“一带一路”沿线国家的投资广泛，类别有：海外农业产业园区建设、境外工程承包、对外劳务合作、劳务培训、大宗商品进出口贸易、跨境电商等形式。海外业务主要涉及的行业包括：电力能源、工业、原材料、农业、消费品等。

四是“走出去”投资涉及市县多、领域多。我省民营企业“走出去”项目较多的地级市为杭州市、嘉兴市、宁波市、台州市、温州市和绍兴市，项目投资较多的领域有制造加工业、服务业、科技研发；投资额在 500 万美元以上的项目有 585 个，占比 50%；对外投资的形式多种多样，新建项目 736 个，占比 62.9%，并购项目 200 个，占比 17.09%，其他投资形式如增资、参股等，项目较少。

五是投资模式多样化。主要有设立贸易窗口、设立生产性企业、设立研发机构、海外并购、资源合作等。企业走出去模式逐步由产品走出去走向企业走出去、产业群走出去。如中美贸易战后，大批企业走向越南等东南亚国家，以降低投资成本、规避贸易摩擦。

六是投资主体以国企业为主，国企和民营企业合作多。投资主体以国企业为主，但是多元化趋势明显，国企与民企合作形式多。国企具有规模大、资金雄厚、客户关系广等优势，民企则呈现出体制灵活、产业集群化、更能适应境外投资环境等方面的优势。出国企与民企合作有纵向产业链合作、成立混合所有制子公司、股权合作等多种模式。

二、“一带一路”主要国家投资贸易环境和法律风险分析

“一带一路”沿线涉及 60 多个国家，各个国家的历史、经济、文化各不相同，涉及大陆法系、英美法系、伊斯兰法系等，部分国家法治环境还有待完善，法律服务相对短缺且成本高昂，一些“走出去”的企业在投资和项目实施中交了很多“学费”。

“一带一路战略下中国企业“走出去”投资的主要风险有政治性风险，商业性风险、文化宗教风险、法律风险、环境风险、安全风险、劳工风险和反垄断审查、反安全审查等特殊风险。针对“一带一路”沿线国家的 ODI 亦面临多种高风险。^①中国信保的国家风险评价模型从政治风险、经济风险、商业环境风险和法律风险 4 个角度分析和评估一国的国家风险，包含 17 个一级指标，53 个二级指标，基本覆盖了各种类型的国家风险事件。^②主要有以下方面的风险考量：

（一）商业性风险

商业性风险指由于市场行情变化、金融汇率波动、经营管理不善、合同履行等因素而引发的风险。商业性风险一般可以避免，但是在未尽到审慎、勤勉义务，未能尽到相关尽职调查从而盲目投资导致陷入的风险。首先是市场风险、投资环境风险。中美贸易战后，为避税，比如浙江湖州有一木业企业想去柬埔寨木业投资了 1000 多万美金，开始以为那边人均工资低（每月 200 美金左右），后来发现举步艰，如木地板生产的沙袋、胶水、油漆等供应链配套不完善（有的需要中国供货），劳工工资低但有罢工风险、管理低工作效率更低、加班意愿低，而且行政机关效率低且官员腐败，与中国良好的营商环境和中国工人素质高、好管理、愿意加班等相比相距甚远。其次是金融风险和汇率风险。是指国际商业借贷融资、证券发行、保险担保、离岸货币变化、汇率变动等导致的风险。据“中国信保”分别发布的 2018 年、2019 年《“一带一路”沿线国家风险分析报告》可知，沿线 65 个国家和地区中，风险等级国家只有新加坡等 3 个国家，风险等级较高的国家有 16 个，如阿富汗、叙利亚、伊拉克等国，特别是“一带一路”国家的金融风险、汇率风险高于国际水平，如东亚地区的缅甸的汇率变数达 67.2%，伊朗、土耳其的变异系数分别达到了 42.3%、24.6%，哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦的变异系数分别达到了 34.8%、21.4%。^③此外，“一带一路”沿线国家的市场准入、税收、知识产权、行业标准等有不同规定和要求，必须了解和掌握，否则会加大投资风险。如 2016 年沙特铁路项目实施到一半被告知要采用欧美标准，大大增加了投资成本，最终导致投资巨大损失。^④

（二）政治性风险和营商环境风险

^① 王军著，《“一带一路”沿线投资风险法律应对研究》，《法律出版社》，2019 年，第 8 页

^② 载中国民营经济国际合作商会网，<http://www.ciccps.org/News/Shownews.asp?id=952>，发布：信息部 来源：中国信保 时间：2017-04-17 10:59:18，访问日期：2020 年 12 月 26 日。整体来看，“一带一路”国家评级为 5-9 级的国家占比为 84%，区域绝对风险水平处于相对高位。与上版国家风险参考评级相比，国家风险水平下降的国家有阿富汗、伊拉克等 14 国，占比 21.5%；国家风险水平不变，评级保持稳定的国家有印度、印度尼西亚等 37 国，占比 56.9%；国家风险水平上升，评级下调的国家有保加利亚、克罗地亚等 13 国，占比 20%。

^③ 王军：《“一带一路”沿线投资风险法律应对研究》，《法律出版社》，2019 年，第 10 页。

^④ 韩萍：《“一带一路”查倡议下中国企业海外投资分析评估与对策研究》，载《价格月刊》2018 年第 2 期。

《“一带一路”境外投资风险防控现状调研分析报告 2019》提到的境外投资风险防控过程中面临的各种痛难点，更是“走出去”的中国企业尤为关注的重要领域。《走出去智库》在报告中指出：全球国家风险总体水平有所上升，总体来看，2018年下半年以来，单边主义对全球治理体系构成重大挑战，地缘政治风险显著升高，全球经济下行压力不断积累，社会安全风险持续加剧，全球国家风险水平总体有所上升。

从全球国家风险变化情况看，全球 181 个国家风险评级保持稳定。日本、埃及、尼日利亚等 3 个国家风险水平下降（评级调升），伊朗、也门、苏丹等 8 个国家风险水平上升（评级调降）。

从全球主权信用风险变化情况看，165 个国家主权信用风险评级保持稳定；科威特、阿塞拜疆、埃及等 6 个国家主权信用风险水平下降（评级调升）。也门、巴拿马、肯尼亚等 7 个国家主权信用风险水平调升（评级调降）。委内瑞拉、津巴布韦、莫桑比克等 12 个国家存在主权信用风险事件。乍得和刚果（布）主权信用风险事件结束。

从全球企业破产风险层面看，石油、天然气和矿产等行业、企业的破产风险有所下降，但在互联网等新技术的冲击下，零售行业企业破产风险不断加大。预计随着 2019 年全球经济进一步放缓，企业破产形势将日益严峻。

（三）“一带一路”国别贸易投资风险

表 3 “一带一路”国别贸易投资风险分析^①

国家	营商环境	开业成本	建筑许可	电力成本	财产登记	银行借贷	股东保护	税收体系	执法成本	国际交易	退出成本	信保评级
蒙古	56	36	25	134	44	59	8	91	80	74	89	6 级
新加坡	1	10	1	6	17	19	1	5	1	41	27	1 级
马来西亚	18	14	15	13	38	28	4	31	44	49	45	4 级
印尼	109	173	107	46	131	70	88	148	170	105	77	5 级
缅甸	167	160	74	148	145	174	184	84	187	140	162	7 级
泰国	49	96	39	11	57	97	36	70	57	56	49	5 级
老挝	134	153	42	158	66	70	178	127	92	108	189	6 级
柬埔寨	127	180	181	145	121	15	111	95	174	98	82	7 级
越南	90	119	12	108	58	28	122	168	74	99	123	6 级
东帝汶	173	104	154	95	189	162	81	57	189	92	189	8 级
菲律宾	103	165	99	19	112	109	155	126	140	95	53	6 级

^① <http://chinese.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2016>.

伊朗	118	87	69	88	91	97	150	123	62	167	140	7级
伊拉克	161	154	147	106	117	181	115	59	122	178	189	7级
土耳其	55	94	98	36	52	79	20	61	36	62	124	5级
叙利亚	175	127	189	120	136	167	88	119	157	173	157	9级
约旦	113	88	103	56	98	185	163	52	126	50	146	5级
黎巴嫩	123	114	130	116	103	109	134	45	135	147	134	7级
以色列	53	56	96	91	127	42	8	103	77	58	29	4级
巴勒斯坦	129	170	162	75	95	109	144	56	90	84	189	无
沙特	82	130	17	24	31	79	99	3	86	150	189	4级
也门	170	152	89	150	83	185	122	135	129	189	151	8级
阿曼	70	149	46	60	33	126	134	10	70	69	105	4级
阿联酋	31	60	2	4	10	197	49	1	18	101	91	3级
卡塔尔	57	51	135	57	164	7	88	134	100	93	7	3级
科威特	101	148	133	128	68	109	66	11	58	149	122	4级
埃及	131	73	113	144	111	79	122	151	155	157	119	7级
印度	130	155	183	70	138	42	8	157	178	133	136	5级
巴基斯坦	138	122	61	157	137	133	25	171	151	169	94	6级
阿富汗	177	34	185	156	184	97	189	89	172	174	160	9级
斯里兰卡	107	98	77	81	153	97	49	158	161	90	78	5级
马尔代夫	128	48	41	141	171	126	134	128	95	137	135	6级
尼泊尔	99	105	78	131	72	133	57	124	152	60	86	7级
哈萨克	41	21	92	71	19	70	25	18	9	122	47	5级
乌兹别克	87	42	151	112	87	42	88	115	32	159	75	6级
塔吉克	132	57	152	177	102	109	29	172	54	132	147	7级
吉尔吉斯	67	35	20	160	6	28	36	138	137	83	126	8级
俄罗斯	51	41	119	29	8	42	66	47	5	170	51	5级
乌克兰	83	30	140	137	61	19	88	107	98	109	141	8级
格鲁吉亚	24	6	11	62	3	7	20	40	13	78	101	6级
摩尔多瓦	52	26	170	104	21	28	36	78	67	33	60	7级
波兰	25	85	52	49	41	19	49	58	55	1	32	5级
立陶宛	20	8	18	54	2	28	47	49	3	19	70	4级
拉脱维亚	22	27	30	65	23	19	49	27	25	22	43	5级
捷克	36	93	127	42	37	28	57	122	72	1	22	4级

斯洛伐克	29	18	71	35	36	126	7	35	117	1	12	4级
匈牙利	42	55	88	117	29	19	81	95	23	1	65	5级
斯洛文尼亚	29	18	71	35	36	126	7	35	117	1	12	4级
克罗地亚	40	83	129	66	60	70	29	38	10	1	59	5级
黑山	46	59	91	163	79	7	36	64	43	42	36	5级
塞尔维亚	59	65	139	63	73	59	81	143	73	23	50	5级
阿尔巴尼亚	97	58	189	162	107	42	8	142	96	37	42	6级
罗马尼亚	37	45	105	133	64	7	57	55	34	1	46	5级
希腊	60	54	60	47	144	79	47	66	132	27	54	6级

综上所述，“一带一路”沿线国别贸易投资风险主要体现一下特征^①，笔者提出以下投资风险评述：

1、值得考虑投资的国家：（1）营商环境排名越靠前的国家，比如新加坡、阿联酋、立陶宛、捷克等国。这些国家贸易投资环境相对越安全，相应的贸易成本较低，但投资成本会较高。（2）与我国政治、经济、军事交往密切、对华传统友好、战略地位重要的国家，建议在贸易和投资方面，考虑积极布局。比如巴基斯坦、柬埔寨、斯里兰卡、伊朗等国。根据中国报道杂志社和当代中国与世界研究院、凯度集团（Kantar）共同完成的《中国企业海外形象调查报告 2020·“一带一路”版》，在对“本国与中国关系重要性给予最积极肯定”的评价中，泰国 82%的受访者认为同中国关系重要，仅次于巴基斯坦 83%的比例。（3）认同“一带一路”合作的国家。如泰国。最认可中国经济发展为“一带一路”沿线国家及本国经济发展带来积极影响的是泰国，其中积极评价占比接近九成，且泰国民众对“一带一路”建设的认知度最高，高达 93%的受访者对此有所了解。

2、审慎投资的国家：（1）贸易投资风险越高的国家，比如缅甸、伊朗、埃及、塔吉克斯坦等国。相对来说商业机会也越多，贸易商和投资者需要在贸易、投资机会和风险之间综合考虑。（2）与我国存在较为激烈领土争端、处于大国外交激烈博弈的国家、有排华倾向或历史上排华较为严重的国家以及与我国之间外交关系不太友好的国家，建议审慎进行贸易与投资。

3、目前不建议投资的国家：尚处于战争或内乱状态的国家，贸易投资风险高，在目的国政治、经济、法律局势稳定前，不建议与该国内进行贸易或对该国内进行投资。比如阿富汗、伊拉克、叙利亚等国。

^① 崔海燕 于振芳：《“一带一路”宏观及国别法律风险分析》，《“一带一路”法律服务情况汇总》，2020年11月。

（四）民商事法律风险

1、合同风险。中国企业“走出去”还会涉及到民商事法律关系，其中包括公司的设立、土地的转让、合同管理、货物买卖等，这些事项都要受到东道国《公司法》、《合同法》等民商法律的管制和调整。事实上，“一带一路”战略背景下，中国企业“走出去”过程中面临最常见的风险就是合同风险，但是也不乏部分东道国扭曲事实，刻意实施民事制裁的案例。同时，尚需要综合考虑目的国内国内原材料可获得性、进口管制程度、国内消费市场、劳动力的充裕程度、工资水平及工会力量、环境保护要求、货币可兑换程度及外汇管制等多种法律因素。

2、管辖权和司法协助因素。一方面，我国当事人与“一带一路”沿线国家签订的贸易、投资合同中，建议明确各方的法定代表人/联系人、联系地址、传真号码、电子信箱等联系方式，以便在发生争议时，如我国法院有管辖权，可以尽快完成送达。另一方面，我国当事人与“一带一路”沿线未加入公约的国家当事人之间订立的国际货物买卖合同^①，在实体去适用上，存在不确定性，需要根据各自国际私法(法律适用法)来指引或确定适用的实体法。如、在我国法院起诉或在我国境内仲裁，根据《涉外民事关系法律适用法》第四十一条之规定，当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。但如果在国外法院诉讼或在国外仲裁，则需要根据法院地或仲裁地的法律适用法来确定合同的实体法。再则，司法协助因素。司法协助，一般包括送达司法文书、调查取证、承认和执行法院裁决和仲裁裁决。司法协助的主要基础，首先看国家之间司法协助签订双边条约，其次看是否共同参加有关司法协助的国际条约，同时看有无互惠关系。是基于互惠关系。

3、出口信用保险因素。建议我国当事人就与“一带一路”沿线国家贸易、投资，与中国出口信用保险进行事前充分沟通，必要时及时投保。

4、投资保护法律制度因素。我国与“一带一路”沿线国家已经签订的双边投资保护协定中对投资及保护了明确规定，而就未与我国签订双边投资保护协定的国家而言，我国投资者的投资能否得到充分保护，取决于投资目的国的国内法规定。对我国投资者而言，在这些国家投资的保护风险，较难预期。

5、双重征税法律风险因素。目前，我国与“一带一路”沿线绝大部分国家签订了避免双重征税协定，其目的是避免和消除；同一所得，在国内和国外向同一纳税人重复征税。根据国家税务总局《企业境外所得税收抵免操作指南》第一条之规定，居民企业(包括按境外法律设立但实际管理机构在中国，被判定为中国税收居民的企业)可以就其取得的境外所得直接缴纳和间接负担的境外企业所得税性质的税额进行抵免。根据该指南第七条之规定，居民企业从与我国政府订立税收协定(或安排)的国家(地区)取得的所得，按照该国(地区)税收

^① 根据《联合国国际货物销售合同公约》第1条第(1)款之规定，营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同：(a)如果这些国家是缔约国；或(b)如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律，则适用公约。

法律享受了免税或减税待遇,且该免税或减税的数额按照税收协定规定应视同已缴税额在中国的应纳税额中抵免的,该免税或减税数额可作为企业实际缴纳的境外所得税额用于办理税收抵免。我们认为,从国家税务总局前述规定进行分析,如相关协定中无税收抵免规定,则实际上会产生双重征税的结果,从而加重投资风险。

中国与“一带一路”沿线国避免双重征税协定

存在税收优惠抵免的协定	不存在税收优惠抵免的协定
马来西亚、泰国、越南、保加利亚、巴基斯坦、科威特、塞浦路斯、阿联酋、印度、塞尔维亚、黑山、阿曼、斯里兰卡、文莱、沙特	蒙古、新加坡、印尼、老挝、菲律宾、斯洛伐克、波兰、罗马尼亚、匈牙利、马耳他、俄罗斯、克罗地亚、白俄罗斯、斯洛文尼亚、以色列、土耳其、乌克兰、亚美尼亚、立陶宛、拉脱维亚、乌兹别克、孟加拉、马其顿、埃及、爱沙尼亚、摩尔多瓦、卡塔尔、哈萨克、伊朗、巴林、希腊、吉尔吉斯、阿尔巴尼亚、阿塞拜疆、格鲁吉亚、塔吉克、土库曼、捷克、叙利亚
注：税收优惠抵免条款可能存在适用期限的限制。	

综上分析,在对“一带一路”沿线国家进行投资之前,应对双重征税的法律风险予以特别注意,不能仅仅因为某国税收特别优惠就盲目作出投资决定。列如,马来西亚和柬埔寨都存在税收优惠政策,但同一中国企业分别在两国投资,在马来西亚享受的税收优惠可在中国视同缴税抵免;但在柬埔寨投资取得的税收优惠,则在中国不能视同缴税抵免。^①

三、“一带一路”背景下“走出去”存在的法律和制度机制不足和问题

当今世界正处于冷战结束以来最深刻、最剧烈、最复杂的历史变革期,人类社会正面临百年未有之大变局。在此背景下,形形色色的保守主义、孤立主义、单边主义和新霸权主义大行其道,反全球化、反区域合作、反文明互鉴的政治思潮和社会运动逆势来袭。国与国之间的互信缺失和全球层面上的治理缺失,相互交织,彼此推涌,世界的和平与发展面临许许多多共同性的威胁和挑战,我国企业在“走出去”的过程中难免会遭到政治、经济、法律等风险。下面主要是法律方面的风险和问题的考量:

(一) 境外投资保护的立法体系构建存在不足。在“一带一路”战略背景下,中国企业走出去所面临的法律体系主要包括国内法和国际法,而其中存在的问题主要表现在以下几个方面:

一是境外投资管理立法欠缺。国际立法滞后性引发制度缺位。目前各国在对待外来投资的立法依据多是根据双边协定或多边协定为主,缺乏一套可供遵循的国际立法根据,而“一带一路”战略实施沿线国家级其他响应倡议的国家相对较多,这些国家在处理中国对其的投资时,往往只能根据实际问题来制定具体的处理措施,而在处理过程中不可避免的会因国际

^① 《“一带一路”宏观及国别法律风险分析》,崔海燕 于振芳,《“一带一路”法律服务情况汇总》,2020年11月。

法与国内法的内容差异而存在一定的矛盾冲突。

二是国内境外投资保护和监管的国内立法有待完善。当前中国企业“走出去”规模的不断扩大,涉及国家的不断增多,中国境外签订的双边投资协定大多是原则性的,其法律性质属于“倡议”,而非具有强制约束力的公约或条约。现行法律中境外投资立法滞后,缺乏保护海外投资的法律制度,目前中国企业对外投资依据的国内法主要是主要依靠国家发改委、商务部、财政部、海关总署等部门的规章或规范性文件,而各部委出台的规章,甚至还存在着政出多门,管理分歧的现象,无法维护所有“走出去”企业的合法权益,制定我国的境外投资保护法应加快立法进程。同时,必须对境外投资加大监管力度,尤其是国有资金投资,应强化监管国有资本运营是否服务于国家战略,是否影响国家安全,是否属于国民经济命脉的重要行业或关键领域等,确保国有资本境外投资的风险管控,确保国有资本收益和增值、保值。

三是国家间的双边投资协定有待于完善和加强。双边投资协定主要是调整缔约国之间以及缔约国投资者之间因国际直接投资而产生的权利义务关系,是国家间互相信任和营造互利共赢的良好投资环境的重要因素,而且双边投资协定是国际条约,对缔约国具有强制约束力,双边投资协定还是国内法的重要渊源,国内法不能与条约内容相抵触,对投资者来说是一种非常有利的法律保障和透明的、可预期的投资环境。当前,与我国签订双边投资协定的国家仍然处于碎片化状态,故能否建立一个“一带一路”沿线国家的多边投资协定,或者与东盟自由贸易区协定、区域全面经济伙伴关系等切合起来,对投资规范、市场准入、东道国管理权、投资争端解决等约定,从而完善国际投资法治化营商环境。

(二) 海外投资保险制度不完善。具体表现在,其一,我国《对外贸易法》第二条规定的保护对象只涉及到了货物及技术进出口和国际服务贸易,而不包括海外投资。其二,西方发达国家常规、重要的海外投资保险法律制度,我国目前还没有相关的法律规定。海外投资保险制度是资本输出国政府提供的为鼓励向海外投资,对本国海外私人投资者遇到的如外汇险、征用险、战争险等政治风险;以资本输出国财政资金为理赔后盾,理赔后,根据与东道国的双边协定,保险机构可以资本输出国国家名义向东道国索赔即代位追偿权的保险制度。海外投资保护的保险制度存在许多空白和漏洞。“一带一路”倡议下,海外投资保险制度的不完善已经成为中资企业“走出去”的限制。在“一带一路”战略背景下,中国企业“走出去”主要集中于西亚、东南亚、东非等地,一般情况下能够享受当地投资政策优惠,但同时也需要承受当地政局动荡、政策多变的风险,而中国海外投资保险制度的缺失,在一定程度上会使中国企业的对外投资面临较大的风险。尽管中国出口信用保险公司已开始海外投资保险业务,但海外投资保险制度我国尚未出台相关法律、法规予以确认,使得海外投资保险制度面临许多亟待解决的问题。

(三) 对外投资中“合同群”的法律风险。对外投资企业由于投资金额大,涉及的利益公司多等特点,许多大型企业间的许多复杂项目,需要考虑协调和处理利益各方关系时是否

会对项目的正常运行、合同实施产生影响。比如一个合同群可能包括项目材料的买卖合同、运输方面的承运合同、项目工程中的履约合同等。如果其中一个合同出现问题或一个环节出现延迟都将会导致整个项目无法正常实施,该项目的前期投资无法收回,后期因项目搁置而产生的各种费用也将随之增加。所以,“合同群”的法律风险将会给投资者带来无法估计的损失。

(四)行政管理不规范、行政监管机制有待提高。首先,由于国际经济竞争关系的存在,使得中国企业在“走出去”过程中往往会面临严重的“泛政治化”执法,其中又以欧盟国家和地区表现得较为突出,这给中国企业“走出去”带来了一定的困难。其次,中国境外投资管理缺乏针对性和有效性。中国企业“走出去”的过程中,首先要作为行政法律关系的相对人,向发改委、商务部、外管局等相关部门申请境外投资的行政审批,通过审批,进入东道国后,东道国政府则根据本国情况对外来投资行使行政管理职权,其中主要包括项目审批,投资范围、出资比例、期限限制,当地物资利用,外汇、环境保护、土地买卖政策等。

这一问题主要体现在三个方面:一是多头审批情况较为严重,中国企业在走出去之前,需要面临多个部委的审批;二是行政审批制度繁琐,存在同一份资料需要多次递交的情况;三是国家对境外企业的监管力度薄弱,仅仅依靠年度财务报告来对境外企业进行监管,不仅不能保护境外企业遭受的不合理损失,也不能对非法经营、转移财产的中国企业形成监管。

(五)企业法治意识不强,缺乏法律风险防范制度。

1、企业法治意识薄弱。通过笔者实践经历,结合一些机构和专家学者对“走出去”企业失败样本的分析,“走出去”企业失败的主要原因是企业法治意识不强所产生的法律风险。具体表现为企业对外部法治环境认识和把握欠缺和企业内部法律风险预防与化解制度不完善两个方面。因外部法制环境认识和把握不正确所引起的法律风险具体表现为,对东道国法律及习惯认识与掌握不足、缺乏企业社会责任意识等原因,所导致的违背东道国环境保护及劳工保护法律而“走出去”失败。如中国海外工程有限公司因对波兰的法治状况及市场制度认识错误,以中国基建行业低价投标的“潜规则”中标波兰高速公路后,导致最终巨额亏损。其二,资源类海外投资一般投向投资门槛低、生态较为脆弱、经济不发达且环境保护法制不完善的发展中国家如亚、非、拉美地区。如果缺乏保护东道国环境并促进其可持续发展的企业社会责任及法治意识制度,则很容易引发导致投资的失败的环境违法问题。其三,随着国际人权保护的重视和加强,“工作中的人权”劳工标准及劳工法律保护意识,直接影响着“走出去”企业的生存及其国际竞争力。根据中国与全球化智库“失败样本”分析的结果显示,约1/3的投资事件失利或终止是由于忽视或不熟悉东道国劳工法律制度。

2、企业“走出去”内部法律风险防范制度不健全。具体表现为,其一,企业法律风险防范机制落实不到位,合规审查制度不健全或形同虚设。一般来说,私有企业往往是基于股东或大股东的意识,虽然有防范风险的意识,但由于这些人往往不是法律专业或缺乏国际法律保护的相关知识。例如,中海外波兰高速公路亏损案例就是明显的示例。其二,知识产权

保护意识不强，知识产权因其他国外主体抢先申请国际或东道国保护权利而丧失。“走出去”企业知识产权被侵权或被抢先注册保护，既有可能是因为东道地区或国家的法治不健全、保护政策和执法力度不够，也有可能因企业法律意识不强，海外知识产权保护不重视。以商标权为例，如印尼抢注了“飞鸽”自行车商标，在欧盟“红星”二锅头商标被抢先注册，培育了20多年的联想品牌标志“Legend”因被多国注册只能启用“Lenovo”。其原因主要是我国企业自身商标专利申请不积极、人财物投入少并且商标管理制度不健全而导致品牌受损。

3、部分中国企业规则意识不强。在“一带一路”战略背景下，中国企业存在扎堆“走出去”的现象，部分国家项目招标过程中，往往是几家中国公司在竞争，最后其中某一家以十分不合理的价格获取了该项目，然后在后续建设过程中，依靠政治手段来化解资金问题，例如曾经南北车在对外投资过程中就经常存在恶性竞争后，通过政治手段来化解投资运营中的问题，这在一定程度上损害了中国企业和国家形象。

四、中国企业“走出去”防范风险、提升法律保障的思考

适应经济全球化的发展，我国企业“走出去”是大势所趋；经过8年努力，共建“一带一路”已经取得了重大成效，为我国企业“走出去”奠定了良好基础。企业“走出去”，参与“一带一路”建设，既是机遇，也有很大风险。因此，共建一带一路，其范围并不限于经济环境的共建，而是整个社会环境系统的共建，其核心是法治环境的共建，这是国际法治建设的一个有机构成。因此，加大对“一带一路”战略下中国企业“走出去”法律问题的研究，应当通过完善法律框架，推动双边投资协定范本的制定，积极推动多边投资协定的谈判与建设等措施来加以应对。

（一）遵循的几个原则

- 一是维护国家安全原则。
- 二是政府引导和监管原则。
- 三是保障投资安全原则。
- 四是完善法治化营商环境原则。
- 五是促进合作互利共赢原则。
- 六是推进构建人类命运共同体原则。

（二）推进“一带一路”背景下的对外投资法律风险防范和化解。

我国企业“走出去”投资法律风险的产生和防范化解，一方面不仅受到“一带一路”沿线各国文化、法律制度差异、国家管辖权不规范、国际协定不完善等的影响，“走出去”企业风险防范意识不足也是主要原因。因此，避免“走出去”投资风险不仅需要国家的支持和保障，也需要海外投资企业增强自身风险管控能力。

第一， 国家层面

国家是企业到“一带一路”沿线国家进行海外投资的坚强后盾，在企业海外投资风险防范中发挥着不可替代的作用。作为投资企业母国，我国可以从体系建设、制度完善、政策供

给、法治保障、社会参与等各个方面着手推进，对“走出去”企业投资风险加强防范。

1、推动构建“一带一路”国际经贸规则。一是加快与“一带一路”国家沿线国家签订自由贸易协定。经济全球化背景下，贸易频繁往来，区域性贸易协定的数量不断增加，“一带一路”沿线中，达成长期贸易伙伴关系的国家中，有些国家同我国经济发展水平相近，历史文化相通，在签订双边或多边贸易协定时，是规避国际贸易环境中法律风险的重要防范措施。因此，中国企业在“走出去”的过程中，同东道国政府或企业之间签订区域性自由贸易协定是必要的国际性保护手段，而目前已经签订的国家/地区还很少，对“一带一路”倡议的落实带来难度，所以需要加以关注并推进。二是整合“一带一路”沿线国家区域的经贸规则，制定“一带一路”国际规则，积极推进与“一带一路”沿线国家和地区的双边、多边或区域的沟通协调，增加互信，共同保护和促进投资的自由化，将“一带一路”国际规则和自贸区国际规则统一起来，使“一带一路”国际规则、自由贸易国际规则和其他国际规则有机统一、相辅相成。^①

2、要构建及完善行政管理体系，营造良好的境外投资营商环境。“一带一路”沿线国家在经济、政治、文化及宗教等方面都存在一定差异，行政管理、营商环境同样如此，我国企业“走出去”风险必然不同程度存在。优化、提升我国发改、商务等相关行政机关部门的服务，能够在一定程度上保障我国企业“走出去”前能对目的国有个全面的了解，增强风险预估，从而提升抗风险的能力。浙江省发改委、省商务厅都分别设立了“一带一路”服务中心一类的机构，为企业“走出去”提供相关信息、培训等服务。其次，由于“一带一路”沿线国家大部分为发展中国家，部分国家政局不稳、信用缺失，可以及时提示预警机制，减少信息不对称而盲目投资带来风险。最后，我国应当优化“走出去”项目申报、纳税等程序，提高工作效率。同时，我国应当积极与那些效率极低的沿线国家沟通协商，争取简化审批流程，让我国“走出去”投资企业土地、税收等方面获得便捷。如加强国际税收协调，及时了解东道国政府的税收征管信息，使之做出合规的税收筹划。如在国际税收协定方面，我国应当加快谈判进程，尽快与尚未签订税收协定要加快促成相关条款的修订。

3、推进“一带一路”战略背景下的涉外法治保障建设。（1）调整和完善中国企业“走出去”法治保障。中国企业“走出去”的形式必然会朝多样化发展。因此，中国可以借鉴美国等国家在境外投资立法方面的经验，结合国内实际情况和“一带一路”战略的实际需求进行立法，如海外投资保险业务立法、海外投资保护立法、海外投资税收法律制度等，与时俱进，不断加强立法，构建法治保障，促进制度完善。如调整和完善国内税收规定，针对目前国内相关税收立法不完善的问题，我国应当调整和修订相关立法。例如，我国《企业所得税法》尚未单方面安排税收饶让制度，可以增加相关规定，解决国际重复征税问题，但根据“国际法优先”的原则，可能促成与“一带一路”沿线国家达成相互给予税收饶让的条款更为适

^① 殷敏，黄思圆：《“一带一路”沿线国家经贸规则之中国方案》，《“一带一路”法律研究》（第一卷），知识出版社，2020年6月。

宜。对于《财政部、国家税务总局关于完善企业境外所得税收抵免政策问题的通知》中“2017年企业可以自行选择‘分国不分项’或‘不分国不分项’限额抵免法，但5年内不得改变”规定的时间限制依然制约着境外所得税收抵免制度对海外投资企业防范国际重复征税的作用，使之难以有效适应在“一带一路”沿线国家广泛投资的实际需要。我国应当对这一规定做出适时修改。^①（2）加强国别法律和涉外法治研究，培养高素质涉外法治人才队伍，为“走出去”企业提供智力支持。中国要走向世界中央，掌握、熟知、运用、改造国际规则为我们所用，这是国家软实力的一个非常重要的体现。当今世界正经历百年未有之大变局，中国日益走近世界舞台中央，这是一个需要也一定能够产生大批高素质涉外法律服务人才的时代。司法部等几个部委也发布了《关于发展涉外法律服务业的意见》，要求加强涉外法律服务队伍建设，培养储备一批通晓国际规则、具有世界眼光和国际视野的高素质涉外人才队伍，为“一带一路”建设等国家重大发展战略、为中国企业和公民“走出去”、“为我国重大涉外经贸活动和外交工作大局提供智力支持和法律服务”。政府要强化扶持保障措施，加大政府采购涉外法律事务力度、支持涉外法律服务业税收政策，建设涉外法律服务机构，支持国内所在境外设立分支机构、海外并购、联合经营，在世界主要经济体和所在国设立执业机构等要求。

4、探索构建“一带一路”争端解决机制。“一带一路”建设中的多元化纠纷解决机制应当包含多种救济方式，除了包括涉外谈判、协商等私力救济，还有包括人民调解、国际商事调解和国际商事仲裁等社会救济，最后主要用于涉外民商事案件与海事海商案件的涉外商事审判庭、海事法院、互联网法院等司法公力救济，其中包括诉调对接的多元化解纠纷机制。建立高效、便捷、有效的国际商事纠纷多元化解机制，从而依法妥善化解“一带一路”建设中产生的商事争端，平等保护中外当事人的合法权益，对于“一带一路”发展推进和中国企业“走出去”发展至关重要。2018年1月，习近平总书记主持召开中央全面深化改革领导小组会议，审议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，提出研究借鉴现行国际争端解决机制的有益做法，设立符合“一带一路”建设参与国国情特点并被广泛接受的国际商事争端解决新机制和机构，公正高效便利解决“一带一路”建设过程中产生的跨境商事纠纷。2018年6月29日，最高人民法院分别在深圳、西安挂牌成立第一、第二国际商事法庭。根据《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》，国际商事法庭仅受理平等商事主体之间在贸易、投资等领域产生的争议，不受理国家与国家之间的投资、贸易争端，也不受理投资者与东道国之间的国际投资争端。同时，最高人民法院牵头组建国际商事专家委员会，推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，形成便利、快捷、低成本的“一站式”争端解决中心。浙江杭州建立了世界上第一家“互联网法院”后，北京也建立了互联网法院，国家发改委2021年营商环境改革创新事项中，要

^① 岳树梅，黄秋红：《我国企业在“一带一路”沿线国家税收法律风险防控研究》，《“一带一路”法律问题研究》（第一卷，知识出版社，2020年6月）。

求在试点城市的市法院建立“涉外商事一站式多元化解中心”。以上这些，为构建网上网下“多元化解”为特征的极具中国特色的纠纷解决机制具有可行性，也能打造出国际商事化解的“中国样板”。

第二：企业层面

中国企业“走出去”风险防范的有效措施就是国际投资区域协定，关注区域层面的国际投资政策的新方向，做好法律政策预警，寻找合适投资契机。同时，需要企业自身要遵守规则、掌握市场情况，同时要注意涉外法治人才的培养，招聘一些具有相关专业知识的员工，善意运用国际规则和法律机制维护自己的合法权益。

1、树立规则意识。尽管有些“一带一路”国家“比较乱”，但都还是要遵循最基本的市场规则的，因此企业的投资、经营活动首先就必须按市场规律办。在基本的市场规则下，企业要认真做好市场调研，选择确定好有市场发展前景的经营项目，并按照市场规则开展经营活动。只有这样，才能保证企业经营活动具有财务上的可持续性，控制好市场风险。

2、维护好政府关系。既要认真研究项目所在国政府的性质、特点、结构、职能、运行方式等，也要了解政府的重要政策及其制定程序和其对企业发展的影响；加强与相关政府部门的联系，协助政府推动相关工作，建立良好的互信与理解，争取政府对企业发展支持。

3、承担社会责任。要有共同发展、共赢互利理念。企业要融入当地社会，尊重东道国政府和人民，建立信任、理解，多为当地老百姓提供新的就业机会，为当地消除贫困作贡献，同时要注意做好环保工作，遵守项目所在国和所在地法律，积极参与公益活动，助力于推进当地的可持续发展事业。

4、注重文化交流。中国企业“走出去”不仅是资本、技术的输出，更是一种文化的碰撞和融合，文化因素是不容忽视的重要方面，文化融合是中国企业“走出去”的更高境界，文化包括一个国家或民族的历史、地理、风土人情、传统习俗、生活方式、文化艺术、行为规范、思维方式、价值观念等丰富多彩的内容。

5、掌握法律政策武器。中国“走出去”，法律政策因素对项目成败的影响可能性越来越大。很多企业对工程建设及其投资回报方面的研究还是挺深入的，但对项目所在国的政党政治、政府行为、营商环境、项目管理、运营模式等方面的研究很不够，因此往往容易在这些方面出问题，出了问题后也都没有好的预案和应对之策。所以要加强对境外投资政策、所在国法律环境的了解，减少信息失真和信息不对称，建立可靠的稳定的风险意识和风险防控应对方案，必要时运用法律武器来捍卫自己的正当利益与权利。

参考文献：

1、陆晓强，“一带一路”战略下对外贸易法律问题研究论述[J]. 法制博览, 2017, (20):166.

- 2、张瑞婧,“一带一路”建设中法律问题研究[J].法制博览,2017
- 3、梁咏,中国投资者海外投资法律风险与风险防范[M].北京:法律出版社,2010:85
- 4、刘勇,“一带一路”投资风险及其法律应对——以“尤科斯诉俄罗斯案”为视角[J].环球法律评论,2018[...].摘自:“一带一路”倡议下中资企业“走出去”风险防范法律对策研究
- 5、郑之杰主编,《“走出去”法律问题与实践》,法律出版社,2016年8月版。
- 6.王丽编著,《“一带一路”国际商事调解》,北京大学出版社,2020年5月版。

论传统医药知识保护的基础和机制*

马旭霞

(浙江财经大学法学院, 浙江杭州, 310018)

摘要: 传统医药知识是传统文化和知识财富的重要组成部分。为应对全球化带来的文化帝国主义和跨国医药公司“生物剽窃”的风险,有必要构建传统知识保护的特别权利机制。应设立“传统知识权”,并明确其权利主体、客体、内容及范围,同时借助专利、商标和其他非知识产权保护方式,形成多元保护路径,以保障我国传统医药知识的存续、发展和创新,进而提升中华民族文化认同,增强文化自信。

关键词: 传统医药知识;文化帝国主义;生物剽窃;特别权利机制

原文发表于核心/JST 期刊《医学与社会》2021 年第 6 期。

On the Foundation and Mechanism of Protection of Traditional Medicine Knowledge

MAXuxia

Law School, Zhejiang University of Finance and Economics, Hangzhou, Zhejiang, 310018, China

Abstract Traditional medicine knowledge is an important part of native culture. To deal with the threat of cultural imperialism and bio-piracy, it is necessary to establish the sui generis right protection mechanism. Combining with the patent, trademark and other non-intellectual protection method, we should set up the “traditional knowledge right” as well as clarify its subject, object, content and scope, so as to construct the multiple protection path, guarantee the sustainability, development and innovation of traditional medicine knowledge, increase the cultural identity of the Chinese nation and strengthen the cultural confidence.

Key Words Traditional Medicine Knowledge; Cultural Imperialism; Bio-piracy; Sui Generis Right

经济全球化飞速发展以及城市化、市场化的快速推进使传统知识逐渐被年轻人忽视与冷落。但传统知识中的医药知识却被发达国家跨国医药企业视为创新和牟利的重要资源,因此,获取此种资源便成为这些跨国企业的重要经营战略之一,这也导致“生物剽窃”(指公司、研究机构以及其他有关生物产业的机构未经资源拥有国及土著与地方社区的许可,商业性利用这些地区的遗传资源和相关传统知识进行研发并申报相关专利,最终独自获利的行为)在

* 基金项目: 2019 年度国家民族事务委员会民族研究项目, 编号为 2019-GMD-057

发展中国家频繁发生。由于各国政策、资源和生态环境的不同，在传统知识保护议题上立场也不尽一致。因此，许多国际组织试图通过缔结公约或者条约从而在全球范围内建立统一保护机制。但目前涉及保护传统知识的国际公约和条约规定较抽象和宽泛，并未形成具体、集中的保护机制。

世界知识产权组织（World Intellectual Property Organization，以下简称 WIPO）为建立传统知识国际保护机制，于 2000 年专门成立了知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会（Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore，以下简称 IGC）负责传统知识国际保护问题的协商与谈判。但截止目前，WIPO 框架下未能形成一部针对传统知识保护的统一法律文件，各国对传统知识的保护普遍通过各自建立相关机制（包括立法）来实现。我国目前没有专门立法，相关保护散见于《专利法》、《商标法》、《反不正当竞争法》和《非物质文化遗产法》等。国内许多学者从知识产权、遗传资源以及生物多样性保护等视角，借助田野调查，探讨传统知识保护的制度构建。而本文则从文化自信和发展权保护出发，进一步聚焦于传统医药知识的保护，探讨了传统医药知识特别权利机制的设计，并认为应通过知识产权和非知识产权手段来构建传统医药知识的多元保护机制。

1 文化帝国主义与传统知识的存续

1.1 传统知识与传统医药知识

经济全球化是全球化进程的主体部分，它同时也带动了政治、文化和法律领域的全球化进程。文化全球化在一国所产生的同化和异化效应也导致国内传统文化与外来文化的碰撞与矛盾。传统文化所植根的环境因外来文化的不断影响而发生改变，这也使传统文化在存续和传承上面临挑战。传统文化与一国长久的历史和国内土著居民（长期固定居住在某一区域，具有共同的文化及传统资源的社会群体）的生活习惯紧密相关，代表一国的历史积淀与精神传承，是一国文化的根基。虽然全球化进程扩宽了各国的贸易领域，促进了各国间贸易的良性竞争，使各国的文化知识体系得以交融，但也一定程度上阻碍了各国土著居民传统生活和文化的正常发展与延续。此外，城市化的扩张、企业和移民的迁入使得越来越多的土著居民融入到西方文化中，慢慢脱离原有的传统习惯，同化成为现代住民。例如南非最大土著民族桑人的新一代年轻人由于普遍受到西方文化教育的影响，基本不再遵循桑人原始的生活习俗，不说土著语言，彻底融入现代化城市中并自称“新南非人”^[1]。近年来，随着法律全球化的发展，很多国家通过建立复杂的法律机制辅助环保项目得以落实和推进。以联合国为首的国际组织通过缔结一系列全球范围的环保公约、统一协调成员国国内的法律机制，以确保公约

目标的普遍落实^[2]。然而事实上，这些项目的推进在某些层面忽视了土著居民原有的生产与生活习惯，打乱了他们长久以来所遵循的步调和节奏，也淡化了土著居民对前人传统文化的传承意识^[3]。

上述这些因素的多重影响不仅使土著居民所处的生态圈越来越脆弱，也逐步威胁到传统文化重要组成部分—传统知识（Traditional Knowledge）的存续。WIPO 指出传统知识（Traditional Knowledge）包含多个方面：知识、专有技术、技能以及实践。其产生于某个社区或团体，构成该社区或团体的传统文化认同体系的一部分并在其内部被代代传承。尤其需要指出的是，基于本土动植物而产生的传统医药知识被称为“绿色黄金”（Green Gold）。在全球化进程中西方发达国家的跨国医药公司可以轻易地从许多发展中国家土著与地方社区^[4]（指土著居民组成的一个相对独立于其他群体的社会生活共同体）获得一手传统医药知识，并借助传统社区赖以生存环境中特有的动植物品种研发新药。然而较之其为这些企业节约的巨大研发成本和赚取的高额回报，土著与地方社区所获得的补偿却微乎其微，甚至根本没有。此外，跨国公司的相关行为不仅往往造成相关动植物资源的过度开采，而且还可能导致外来文化对于土著居民传统习俗的冲击^{[5]89}。

近十年来，WIPO 一直在协商构建传统知识、传统文化表达以及遗传资源（具有实际或潜在价值的遗传材料）的国际保护机制，然而直至今日仍未能协调一致，形成具体的国际公约^[6]。传统知识的一个重要子集为传统环境知识（Traditional Environmental Knowledge），其为民族植物学^[7]和民族医学所关注的焦点。这类知识的形成与积累大部分依靠经验，而这些经验来自于土著居民对其生活环境的观察，对周边环境资源的管理与运用。传统环境知识与西方现代科学有一些共同点，但由于知识的来源与形成的差异，二者之间不同点多于相同点^{[5]91}。前文中提到的传统医药知识是在传统环境知识的基础上，由土著与地方社区内的传统治疗师依据所传承的本土动植物资源的医药用途积累而成的知识体系^[8]。世界卫生组织将传统医药知识定义为传统社区基于理论、信仰、经验所形成的知识、技能与实践的集合，用于社区内居民身体或精神疾病的预防、诊断或者治疗。目前全球医药产业的发展主要依靠两种方式：一是企业依靠自己的研发团队就药剂化学成分进行分析、研发与临床试验，获取新成分与配方以应对疾病；二是根据某类动植物已知的医药用途，对其关键因子进行提取并研发，或直接利用某些动植物进行药物生产^[9]。第二种方式实质上就是借助传统医药知识直接进行新药制造，因此可大量节约人力、物力和财力。早在 1988 年，Norman R. Farnsworth 就指出，现代药物所使用的 119 类植物衍生成分中，74%的成分都与植物的传统药用价值一致。二十世纪末期，植物衍生类药品在美国市场所占的份额就超过了 150 亿美元，而这些衍

生类药物所依赖的植物本身大多来自于多民族且传统医药知识丰富的南美和非洲国家^{[10]28}。英国医药企业也在印度、南非以及东南亚大量派驻科研团队，搜集当地动植物的传统医药知识用于后续新药研发。因此，传统知识对现代科学的发展有着不可小觑的作用，而传统医药知识也为现代临床医药的创新和实践提供了丰富的灵感和启发^{[10]35}。

1.2 文化帝国主义对传统医药的影响

经济全球化直接带动世界贸易对象、种类和形式的多样化，在各国频繁的贸易往来中，不经意间也进行了精神文化的交流。经济全球化所带动的文化全球化，意味着部分国家利用优势经济主体地位，通过引导全球经济走向，联动地将自己本土的文化价值与理念输入至贸易往来国。这种联动体系在潜移默化中使西方发达国家的文化影响力迅速扩张，也使文化帝国主义成为二战后西方发达国家的新型殖民范式^[11]。

文化帝国主义最典型的渗透方式是以美国为首的国家通过在全球范围内建立跨国公司提升经济影响力，从而掌握全球经济话语权。跨国公司在培训当地员工时潜在输出自己的文化意识形态，这种主导式的输出随着时间的积累改变了当地青年人文化思维模式，冲淡了国内传统文化意识形态的比重，造成一部分传统社区严重萎缩；许多传统知识，尤其是传统医药知识因无人传承而濒临消失。另一种文化帝国主义的输出方式则主要借助国际化教育范式实现^[12]。早期的文化输出受限于经济条件，发展中国家能够出国留学的人数少之又少，但随着经济全球化的扩张，越来越多的人开放思维，愿意走出国门见见外面的世界。这也使西方教育理念和学术理论迅速蔓延，冲击了国内的传统知识。在国际化教育范式的影响下，越来越多年轻的土著居民注重西方理论在国内的移植与实践，忽略了国内原有的、长期积累的传统知识的发展与创新，使得这些知识因为无法跟上时代的步伐而慢慢淡出民众的视野，再加上传承者的逐渐流失，致使部分发展中国家传统知识的保存和发展均遭到抑制。这些国家也由于未足够重视传统知识的社会和经济价值，没能充分利用其带动土著与地方社区的经济，结果大部分土著与地方社区至今仍未脱离贫困。

1.3 文化自信的实现和“传统知识产权”的保护

文化帝国主义实质动摇的是民族的文化认同，削弱发展中国家的文化主权。因此保护、发展传统文化和保持民族文化多样性是提升文化认同，增强文化自信的必要前提。我国自十八大以来一直强调维护文化安全，保护中华民族的传统文化，并高度重视文化自信在治国理政中的价值意蕴。而保护传统文化并不意味着固守传统，只有不断发展创新才能真正捍卫传统文化的地位，这种不断被巩固增强的文化认同，最终升华为整个中华民族的文化自信，推动整个民族走向世界。

文化自信的主体是民族国家，文化自信的主要资源之一是传统文化。传统知识作为传统文化的重要组成部分，不管在对抗文化帝国主义，还是在提升文化认同方面都起着重要作用，因此保护传统知识迫在眉睫。国内对传统知识的保护并没有单独的立法，只是零星分散于一些法律文件中，如《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国非物质文化遗产法》、《世界文化遗产保护管理办法》。对于传统医药知识的保护也只是散见于《中华人民共和国中医药法》、《中华人民共和国药品管理法》以及《中华人民共和国野生植物保护条例》。除了知识产权保护方式，相关法律文件呈现的主要是原则性规定。虽然这种以知识产权为主的保护方式在一定程度上符合国际知识产权组织对传统知识保护的初衷，但是分散的保护手段并不利于政府部门以及传统知识权利人及时有效地采取保护措施，因此建立传统知识的特别权利（Sui Generis Right）机制，辅之以知识产权保护手段，形成多元保护体系是保护传统知识的有效路径。特别权利机制的核心在于设立“传统知识权”，一方面保护我国土著与地方社区就传统知识享有的相关利益，通过此权利实现传统知识知识产权化后的惠益分享；另一方面促进传统知识的使用者与拥有传统知识的土著与地方社区之间的沟通，合法地创新、发展传统知识，提高其国内国际认知度，提升民族文化认同感，增强民族文化自信^[13]。

2 “传统知识权”保护的基础和实现

2.1 “传统知识权”存在的根基为发展权

发展权是人权体系中的新兴权利类型，指个人、民族和国家积极、自由和有意义地参与政治、经济、社会和文化的发展并公平享有发展所带来利益的权利。由于内涵丰富，因此发展权又衍生出协调发展权、绿色发展权、共享发展权、平等发展权等子概念。发展权强调个体和集体的共同发展，主张全世界各民族都有发展其本民族文化的权利，这也是保护传统文化不被盗取、不被其他文化冲击以致消亡的根基所在^[14]。

根据联合国《发展权利宣言》，发展权旨在最大化实现全世界人民、民族的最高生存水平，包括获取适当医疗保健的权利以及在社会发展过程中平等获益的权利。而各国人民、民族的自我维持（Self-Sustainability）是发展权得以实现的首要前提。就本文所讨论的问题而言，所谓自我维持是指各国人民、民族有权利以发展为目的通过支配国内动植物资源以自力更生，并从中获取报酬的权利。对于发展中国家的土著与地方社区而言，为了社区的存续，通过一代代实践传承下的传统知识是土著居民生存的必要条件，如果不对其进行保护，在一定程度上相当于剥夺其生存的权利。以传统医药知识为例，土著居民有权利利用其长期赖以生存环境中的动植物资源从事医药活动，此类资源及其药用价值和提取、使用方法等方面

的知识不应被其他国家的组织或者个人随意侵占。具体而言，任何组织或个人不得在未征得土著与地方社区同意的情况下营利使用；土著与地方社区也有权利通过许可他人使用传统医药知识获取报酬。国家则有义务保障土著与地方社区的相关权利。

2.2 “传统知识产权” 设立的依据：知识产权

对传统知识的保护方式一直以来在国际层面存在争议，各国际组织也有各自的立场。最早探讨传统知识保护的是联合国《生物多样性公约》，但是这种探讨也只是蜻蜓点水，仅从目标和宗旨谈到了传统知识保护，并未涉及保护原则以及具体规则。《生物多样性公约》对传统知识保护的提出引起了 WIPO 的重视，并将该议题正式摆在国际谈判桌上。IGC 近十年来则在全球范围内不断开展传统知识的调研与研讨会，旨在对传统知识保护获得更全面的认识，并尽可能协调发达国家与发展中国家的保护立场、制定有关传统知识国际保护法律文件。虽然目前与该文件有关的国际谈判尚未取得实质性进展，但 WIPO 所提出的保护草案和调研报告却给传统知识的保护指明了方向。

WIPO 一开始试图在既有的知识产权法律框架内解决传统知识保护问题，但很快发现传统知识和知识产权所保护的一般客体存在区别。第一，传统知识可以看作是一种智慧财产，和知识产权的一般客体虽有相同之处，但前者的智慧并不是个体通过自身努力获得的，而是由土著与地方社区世代经验的积累而产生的。可以说传统知识是一种传承积累的集体智慧，土著与地方社区内的个体并非是创造者。如果按照传统知识产权理论，权利人不应是当下的土著与地方社区。而这种传统理论恰恰有悖于发展权的目标和宗旨，它意味着在已有的知识产权框架下，任何土著与地方社区内非创造者的个体都难以被确定为传统知识的权利人；第二，知识产权属性虽然比较复杂，但总体而言仍属于私权，并具有较强的排他性。比如某项发明一旦被授予专利权，在市场上就具有极高的垄断性。虽然传统知识本身也具有一定的私权属性，但其在传统社区内部是共享的，并不被某个个体独占，属于一种集体性权利，这也意味着基于传统知识所得收益的分配方式与一般知识产权不应相同；第三，知识产权保护的示范性国际条约为 WTO 框架下的《与贸易有关的知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下简称 TRIPS），但该协定在一定程度上却为发达国家对传统知识的不当使用提供了一条便捷通道。以传统医药知识为例，土著与地方社区在内部对其进行使用、分享和传承，并不意味着每一位使用者、分享者都是知识的创造者，而且这种知识在社区内部长久流传，早已丧失了新颖性，并不符合 TRIPS 第 27 条规定的可专利化条件，因而无法受到专利保护。然而发达国家跨国公司获取了土著社区与传统医药知识有关的动植物资源，利用其传统医药知识和高科技手段制成了某种药品，

却是符合 TRIPS 第 27 条中可专利化条件的。如果这些药品最终获取专利权，对土著与地方社区和当地动植物遗传资源都会造成重创，并有可能导致土著居民自身无法支配长久以来赖以生存的资源与环境，这也直接阻碍了发展权的实现。因此，WIPO 改变思维模式，尝试在现有的知识产权框架内创建平行保护机制，即特别权利机制。该机制对传统知识进行单独保护，有学者将此权利称为“传统知识产权”^[15]，此权利具有不同于一般知识产权的主体、客体、内容和范畴。但由于谈判未达成统一结论，WIPO 也未对该机制的构建产生更具体的文件。需要指出的是，WIPO 对传统知识的保护立场并不意味着摒弃已有的专利、商标和著作权，而是通过构建特别权利机制弥补并完善已有知识产权框架对传统知识保护的缺失与不足。

2.3 特别权利机制的宗旨与核心

以传统医药知识为例，特别权利保护机制的宗旨是在深入了解传统知识所蕴含的传统习惯和民族文化、治疗手法、传承方式以及所依赖的本土动植物资源之后，特定组织或个人（包括研究机构、大学和药品、化妆品、农业、园艺和生物技术的私人公司等）与传统医药知识的持有者展开协商，使其知晓他方获取、使用传统医药知识的方式与目的，最后再征询其是否同意与之合作共同致力于药品的研发与生产。如果这些征得同意后研发、生产的药物能在市场流通并获得利益，则应通过惠益分享机制有效带动土著与地方社区的经济。特别权利机制对传统知识保护的实现着重体现在确保土著与地方社区的“事先知情权”和惠益分享权。特定组织或个人与土著和地方社区对下列事项进行协商：“研发成果、通过所提供的动植物遗传资源所产生的商业利益和其他利益的分配，获取并转让用于该遗传资源的科学技术，参与以遗传资源为基础的各类科研、生物技术，优先获取基于遗传资源的生物技术所带来的成果及惠益的分配，以期最终提升土著与地方社区的经济水平，同时也对传统医药知识进行创新。”

3 传统医药知识多元保护机制初探

3.1 特别权利机制的保护路径

特别权利机制通过设立专门的“传统知识产权”赋予与传统知识有关的权利者对抗他人非正常使用传统知识获益的行为。对于“传统知识产权”的主体，全球实践分为三种：以国家和政府为权利主体；以土著与地方社区为权利主体；以特定金融机构比如信托公司为权利主体。目前遗传资源保护经验较丰富的国家多采用第二种实践^[16]。就客体而言，第一，必须明确知识是长久地在社区内部传承的。一般而言，土著与地方社区内部会有相关的历史记载，当地政府为了保护非物质文化遗产也会设立特定的档案馆记载社区历史。如果没有相关记载，只能借助人文学家确定知识在社区内部的长久性和传统性；第二，知识本身应当与土著与地方

社区生活的特定环境和自然资源有关，这种“本土性”要求直接与权利主体的确定相关联。如果知识本身并不依赖于特定环境和地区的特定动植物资源，意味着该种知识并不仅仅来源于某个社区，而是更广泛的地理范围。如果是已经流入公共领域的知识，则不属于“传统知识产权”的客体；第三，该种传统知识应当能够产生相应的实际效果，比如传统医药知识对某项疾病有显著的疗效。

特别权利机制的关键任务在于保障传统社区的“事前知情权”和惠益分享权，这两项内容也是“传统知识产权”的重要内容。此外，土著与地方社区也有权阻止使用者破坏传统医药知识的完整性，比如没有正常标注药物所用动植物资源的来源，没有在专利申请中披露传统医药知识的来源，并且宣传手段中恶意诋毁社区习俗等。对于“传统知识产权”保护期限可以参考专利权和商标权的保护期限。与知识产权一样，“传统知识产权”也需要进行合理限制，如土著与地方社区内部的传承以及政府为鼓励当地传统医药知识的研发和创新所进行的非营利性的科研项目等都属于合理使用传统医药知识的行为。

3.2 专利法和商标法的保护路径

美国、澳大利亚、印度、秘鲁、南非等国都在自己的专利法中加入了专利申请者的信息披露义务，这种信息披露义务主要针对专利申请中如果涉及非自我创造的信息，且与申请中发明应用直接相关，必须在申请文件中披露信息的来源。这种规定毫无疑问是保护传统医药知识的来源，并排除不具备新颖性和创造性的专利申请。我国专利法虽然没有强调信息来源披露义务，但是明确了遗传资源来源的披露义务。《专利法》第二十六条第五款规定，“如果发明创造依赖某项遗传资源完成，申请人应当在专利申请文件中说明资源的直接来源和原始来源；如果无法说明原始来源的，应陈述理由。”无论是我国还是美国、澳大利亚、南非等国设定披露义务的最终目的都是保护传统医药知识和减少低水平的专利发明，但两种披露义务都存在一定缺陷。信息来源披露义务并没有明确专利申请者需要提供传统医药知识的来源，还是发明所涉及资料或资源的来源。这两种来源明显不同，前者直接指向土著与地方社区，而后者则不确定，其有可能是某些机构的研究数据库、数据银行甚至是基因银行，因此该种披露义务不一定能保障传统社区的“事前知情权”和“惠益分享权”。资源来源披露义务只要求披露与发明有关遗传资源的直接或原始来源，而该种来源并不是指明土著与地方社区和传统医药知识的最佳路径，因为有些传统知识所用的遗传资源或者动植物资源并不是只分布于土著与地方社区所在地，真正有可能利用该资源并传承传统医药知识的权利主体可能指向其他社区，因此也不能保证“事前知情权”和“惠益分享权”的落实。再者，即使要求披露信息或者资源的原始来源，根据当前全球与传统知识有关数据库的建设实践，语言隔阂和使

用资格也会使专利审查员难以判断申请是否真正具有可专利性。印度的传统知识数据图书馆是传统知识数据集成的成功典范，虽然该数据库提供五种语言的浏览界面，但是数据库的使用资格却严格受到限制，非印度本国的专利审查员无法进入该数据库获取信息。数据资源查询的阻碍直接导致专利审查员与专利申请者信息获取便利性的不对等。即使设定了披露义务，在专利审查阶段也无法真正核实信息来源和信息内容与申请本身是否具有关联性。因此，国家间进行合作、建立共享数据库，是使专利信息披露义务最大化服务于传统医药知识保护的有利途径。这虽然需要各国付出诸多努力，但如果构建成功，相信会使传统知识的国内和国际保护都向前迈进了一大步。

商标法对于传统医药知识的保护主要集中体现在地理标志保护这一块。地理标志商标保护商品的来源，其在保护与传统手工艺有关的食物方面确实有不可小觑的作用，比如法国葡萄酒，意大利特定地区的奶酪等。但在传统医药层面，地理标志保护仍然有一定的局限性。第一，以我国《地理标志产品保护规定》为例，第二条规定了地理标志产品的范围，但是传统医药知识不被涵盖其中。同时传统医药知识衍生出的药品与一般地理标志产品不能完全等同，如果要通过地理标志保护传统医药知识首先需要扩大地理标志产品的范围；第二，对于检验一般地理标志产品，如手工艺品、食品，相关专家的数量比较多，但是对于检验传统医药的专家而言，数量远远少于前者，并且基本需具备很高的中医资质才能正确地判断药品所用资源的原产地。因此有必要在国内组建专门针对传统医药检验的中医师团队，保证地理标志保护方式发挥有效作用。

3.3 其他保护路径

除了特别权利机制和专利与商标保护路径外，政府的支持也非常关键。对传统医药知识保护有关的法律文件进行细化是支持前述两种路径的必要措施。另外，非物质文化遗产保护也是有力的非知识产权保护手段。我国《非物质文化遗产保护法》第二条明确了传统医药知识的非遗属性，第五条确保了传统医药知识的完整性，第十六条侧面保障了土著与地方社区的“事先知情权”。但该法并未明确如何确定非物质文化遗产的权利主体，这是非物质文化遗产保护方式的一大缺陷，也不利于保护措施的展开，因此完善我国《非物质文化遗产保护法》也是构建传统医药知识多元保护机制不可或缺的步骤。

4 结语

中华民族具有源远流长、博大精深的传统文化，弘扬和发展传统文化是我们的使命。作为我国传统文化的重要组成部分，传统医药知识在经济全球化的影响下，面对文化帝国主义的冲击和跨国医药公司的不当盗取，其传承与发展受到威胁，因此保护传统医药知识迫在眉

睫。构建多元保护机制是保护传统医药知识的有效路径,我们应建立特别权利保护机制补充已有知识产权保护机制的不足,辅以非知识产权保护手段实现知识产权和非知识产权的双轨保护,从而带动传统社区经济发展,提升民族文化认同,捍卫民族文化,自信地将包括传统医药知识在内的我国优秀传统文化展示给世界。

参考文献

- [1] Amechi E. Traditional Knowledge Relating to Medical Uses of Plants and the Patent Regime in South Africa Whither the Traditional Healers[J]. South African Mercantile Law Journal, 2015, 27(1):63.
- [2] Daniel S. Co-Developing Drugs with Indigenous Communities: Lessons from Peruvian Law and the Ayahuasca Patent Dispute[J]. Richmond Journal of Law & Technology, 2016, 23(1):8.
- [3] 陈杨. 论传统知识的国际法律保护[M]. 北京: 知识产权出版社, 2018:18.
- [4] 徐家力. 原住民与社区传统资源法律保护研究[M]. 上海: 上海交通大学出版社, 2012:36.
- [5] 周林, 龙文, 韩纓. 超越知识产权——传统知识法律保护与可持续发展研究[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2013:89, 91.
- [6] WorldIntellectualProp.Org. (wipo). Traditional Knowledge(EB/OL). (2020-05-05). <http://www.wipo.int/tk/en/tk/.pdf>.
- [7] 裴盛基, 淮虎银. 民族植物学[M]. 上海: 上海科技出版社, 2007:77.
- [8] Gebru A. Parents, Disclosure, and Biopiracy[J]. Denver Law Review, 2019, 96(3): 539.
- [9] World Health Org. (who). General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine(EB/OL). (2020-03-02). http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/66783/1/WHOEDMTRM_2000.1.pdf.
- [10] Rautenbach C. Institutionalization of African Traditional Medicine in South Africa[J]. Journal for Contemporary Roman-Dutch Law, 2019, 74(1):28, 35.
- [11] 张小平. 当代文化帝国主义的新特征及批判[J]. 马克思主义研究, 2019 (9): 123.
- [12] Ngang C, Ageh P. Intellectual Property Protection of African Traditional Medicine within the Legal Framework of the Right to Development[J]. African Journal of International and Comparative Law, 2019, 27(3):427-428.
- [13] 徐家力. 原住民与社区传统资源法律保护研究[M]. 上海: 上海交通大学出版社, 2012:45; 沈江平. 文化自信构建的四重底蕴[J]. 东南学术, 2020 (3): 64-66.
- [14] 叶传星. 发展权概念辨析: 在政治与法律之间[J]. 东岳论丛, 2019 (12): 157.
- [15] 古祖雪. TRIPS 框架下保护传统知识的制度构建[J]. 法学研究, 2010 (3): 202—203.
- [16] 丁丽瑛. 传统知识保护的權利设计与制度构建——以知识产权为中心[M]. 北京: 法律出版社, 2009:65.

浙江省跨境电商融合境外经贸合作区的路径探析

黄伟锋、王雨帆*

摘要：浙江省电子商务全国领先，理应在建设海外“互联网+”中争当排头兵，因此，研究浙江跨境电商融合境外经贸合作区的路径。境外经贸合作区作为对外直接投资的新模式之一，已成为我省企业抱团“走出去”的重要平台。截至目前，我省建有国家级境外经贸合作区4家、省级11家。然而受疫情，以及所在国政治、经济、文化、法律等因素影响，我省境外园区仍存在本土化运营程度不高、疫情防控和突发事件处置迟缓、信息沟通不畅等问题。为更好服务国家“一带一路”建设，浙江省跨境电商融合境外经贸合作区的路径探析在构建国内国际“双循环”新发展格局中发挥重要平台作用。

关键词：跨境电商；经贸合作区；“互联网+”

本文所称境外经贸合作区（以下简称境外合作区）是指在浙江省注册的具有独立法人资格的中资控股企业（以下简称实施企业），通过商务主管部门核准或者备案，在境外设立中资控股的独立企业法人机构，投资建设基础设施较为完善、产业链较为完整、有一定带动和辐射能力，推动浙江省中小企业在境外集群式发展的产业园区²。

一、浙江省境外合作区概况

（一）地理分布及运营状况

目前经商务部、财政部考核确认的国家级境外合作区一共有20个，其中浙江省占据四席，包括泰国泰中罗勇工业园、越南龙江工业园、俄罗斯乌苏里斯克经贸合作区与乌兹别克斯坦坦鹏盛工业园（见表1），表现堪称突出。

表1 浙江省国家级境外经贸合作区运营状况（截至2019年1月）

园区	创建时间	园区面积 (km ²)	所在国人均 GDP（2018年， 现价美元）	入园企业数	主要 产业	投资 规模	园区 类型
乌兹别克斯坦坦鹏盛工业	2003	1.02	1532.4	10	瓷砖、皮革、鞋业、水龙头、卫浴、宠物食品	20.4	加工制造型

* 作者简介及通讯地址：黄伟锋，浙江工业大学法学院副教授，男，1963.3，杭州市拱墅区绍兴路现代雅苑21-3-1301，310014；王雨帆，杭州市职业技术学院讲师，女，1986.10，杭州下沙高教园区学源街68号杭州职业技术学院行政楼206，310018。
电话：13805797707，13516828690
邮箱：hwfeng@zjut.edu.cn，529732187@qq.com

园					等		
泰国泰中罗 勇工业园	2005	12.00	7274	118	汽配、机械、家电等	93.6	加工制造型
俄罗斯乌苏 里斯克经济 贸易合作区	2006	2.28	11289	30	木业加工制作、轻工、 机电、建材、家电、服 装、鞋类、家具等	20	加工制造型
越南龙江工 业园	2007	6.00	2564	40	电子、电气、机械、木 制品、轻工业、建材、 食品等	7.665	加工制造型

资料来源：根据商务部数据整理

除了上述四个国家级境外经贸合作区以外，截至 2018 年底，浙江省还有省级境外经贸合作区共 8 个，包括墨西哥北美华富山工业园、柬埔寨中寨国际农业合作示范园区、美国钱塘中心（杭州硅谷协同创新中心）、百隆（越南）纺织园区、乌兹别克斯坦农林科技农业产业园、塞尔维亚贝尔麦克商贸物流园区、“一带一路”捷克站以及文莱大摩拉岛境外经贸合作区（见表 2），园区类型得到了极大丰富。

表 2 浙江省省级境外经贸合作区运营状况（截至 2019 年 1 月）

园区	园区面积 km ²	所在国人均 GDP（2018 年，现价美元）	主要产业	园区类型	规划目标	开发主体
墨西哥北美 华富山工业 园	8.47	9698.1	新能源新材料、轻工 业、电子电器、 机械设备、信息技 术、汽车零部件	加工制造型	综合性工业新城， 即以工业开发为 主，综合配套各项 公共服务功能和部 分居住功能	华立集团、富通 集团、墨西哥 Santos 家族
柬埔寨中寨 国际农业合 作示范园区	0.9772	1512.1	水果种植、果品加 工等	农业产业型	世界最大的单体芒 果产业园、关联配 套产业齐全的农业 产业园	浙江贡河农业开 发有限公司
美国钱塘中	一万多	62641.0	金融、技术合作、	科技研发型	产业链合作平台、	杭州高科技投资

心（杭州硅谷协同创新中心）			商务服务、项目孵化		创新创业服务平台、城市及区域合作平台	有限公司、达高科技发展集团
百隆（越南）纺织园区		2563.8	纱线生产	加工制造型	色纱线行业的发展	百隆东方股份有限公司
乌兹别克斯坦农林科技农业产业园		1532.4	现代设施农业、景观花卉、绿化工程、育种、农机、农资、农药、化肥等	农业产业型	棉花种植示范区、最终形成集种子研发推广、优质高产棉种植和轧花纺纱的产业链	温州市金盛贸易有限公司、乌兹别克斯坦鹏盛工业园区发展有限责任公司
塞尔维亚贝尔麦克商贸物流园区	21.5	7234.0	建材、家用电器、家具、灯具、服装、鞋、玩具、小商品等	商贸物流型		
“一带一路”捷克站		22973.1	物流、商贸、加工制造、综合服务	商贸物流型	新型跨境电子商务生态体系，提供国际贸易供应链集成服务	
文莱大摩拉岛境外经贸合作区	1773	31627.7	炼化一体化、配套物流、码头、贸易、信息	资源利用型	发展炼油和化工品下游产业链	浙江恒逸集团有限公司、文莱财政部

来源：根据各个境外经贸合作区官网数据统计整理

截至到 2020 年，浙江省内 15 家境外经贸合作区建区企业累计投资额 53.37 亿美元（其中基础设施建设投入 42.54 亿美元），平整土地面积 1.91 亿平方米；共有入园企业 540 家，累计投资额 105.17 亿美元。

（二）合作区特色

1. 主打传统优势产品牌

加工制造浙江省的传统优势产品是境外自贸区的首选，如浙江省的俄罗斯乌兹别克斯坦

鹏盛工业园在本省较为成熟的技术与设备基础上，生产的瓷砖、水龙头、卫浴、宠物食品等产品填补了当地生产的空白³，同时使得产品市场价格大幅度降低，带来极高的社会效益。

2. 最大化整合利用属地资源

开发、加工、综合利用投资地的矿产、油气、海洋渔业、森林等资源。在上述的12个省级及以上境外经贸区中，越南龙江工业园的企业投资加工鱼油、高级食用明胶等产品再出口返销中国，充分利用了越南及湄公河流域的巴沙鱼原材料等优势，同时也为当地发展出了巴沙鱼加工的完整产业链⁴。

3. 借力投资地农业优势

借助“一带一路”沿线国家丰富的农业资源，进行谷物和经济作物等的开发、加工、收购、仓储。如乌兹别克斯坦农林科技农业产业园和柬埔寨中寨国际农业合作示范园区，均是利用当时特色的地理环境发展特色农业。后者的规划目标——世界最大的单体芒果产业园和关联配套产业齐全的农业产业园，正是基于柬埔寨优越的芒果种植环境。

（三）面临的挑战

目前分布于海外的浙江园区因**资源条件**和**政策环境**不同，其运营状况和政经效益存在较大差异。此外，受限于投资地**欠佳的基建状况**、**欠透明的政治环境**、**差异的文化背景**以及**入驻企业相对较少**，**销售渠道受限**等情况，境外合作区与达成大量盈利并兼顾政治影响的战略图景，仍旧有着较大的差距。

1. 基建状况欠佳

浙江省境外合作区主要分布在发展中国家，因为这些国家基础设施缺乏，园区前期建设需要大量投入，用以改造荒地、铺设道路和水电管线，实现“三通一平”或“五通一平”，投资数额巨大⁵。同时在园区发展初期，出让或出租土地的价格通常有着极大的优惠，造成前期的持续亏损困境。

2. 政治环境欠透明

虽然“一带一路”战略在我国被高度重视，但是我省境外合作区在投资地却未必能享受到同等的政治看重与优惠，尤其是在当地境外合作区较多的情况下，当地政府往往只看重中资“走出去”企业是否雇佣了足够的当地劳动力，是否带动了当地配套产业发展，而未必给予便利的政治环境。此外，当地复杂的政治环境以及地方势力、黑恶势力的骚扰也恶化了当地的投资环境。

如海兴电力反映印尼的电价政策突然调整，给企业经营造成重大影响。新舟集团在俄罗斯的林业项目，因为俄方政策不透明，缺乏稳定性，导致企业动辄得咎，最终林场被俄方

没收，投资损失巨大。⁶墨西哥北美华富山工业园也受制于当地混乱的政治环境，不得不与当地的 Santos 家族进行联合开发、Santos 家族是新莱昂州乃至墨西哥的名门望族，拥有丰富的社会资源，并在政治、法律、畜牧业、房地产、工业和商业等领域积累了几十年的经验⁷。

3. 文化理念欠兼容

属地工会文化与工会势力是困扰着部分境外合作区的重要因素之一，动辄的罢工对合作区的生产经营产生了很大影响。如根据墨西哥法律规定，加入工会或成立工会是工人的权利。虽然蒙特雷劳资关系一直相对和睦⁸，但是为妥善处理与工人的关系，北美华富山工业园的企业仍不得不主动出击，挑选一个友善、务实的工会合作，并每年定期向工会缴纳会费。

4. “走出去”规模欠缺

入驻企业较少以及销售途径受限。鹏盛工业园区自 2009 年开工建设以来，虽然经过了不断的发展，但是**园区发展要素的集聚程度**仍然比较低。在企业要素方面，虽然园区已建设了相应的配套设施，但是从园区长期的发展来看，园区发展的配套设施仍然存在部分缺陷，目前入驻的企业相对比较少，规模集聚发展暂时很难实现，这制约了园区的快速发展⁹。

同时很多境外经贸合作区未能合理开辟新市场，线下产品销售受限，这也间接导致了一些境外经贸合作区尚未形成良好运作的循环，依旧陷在持续亏损的困境中。

二、浙江省跨境电商发展现状

浙江省作为全国最早提出大力发展跨境电子商务的省份 2014 年省政府就推出电子商务专项资金的扶持政策。2015 年 3 月 7 日中国（杭州）跨境电子商务综合试验区申报正式获得国家批准其跨境电商出口额已经超过 225 亿元，占全国的 16%，2016 年跨境在线销售额达 319.26 亿元同比增加 41.69%，其中金华市、杭州市、宁波市 3 地居全省前三名。详情如图 1、2 所示。



图1 2016年各省跨境电商规模指数

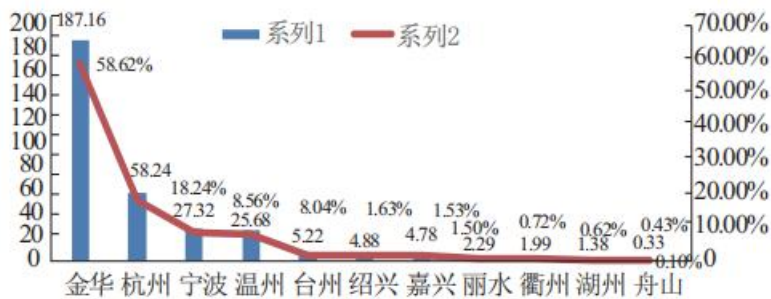


图2 2016年浙江省各市跨境电商销售状况

近年来，浙江省传统外贸发展速度放缓，跨境电子商务发展则展现出勃勃生机，成为新常态下我省经济新的增长点。浙江省作为全国跨境电商综试区改革的前沿阵地，探索了一系列促进跨境电商产业发展的创新举措，并取得了突破性进展。据统计，截止2019年第四季度，全省跨境电商网络零售额845.9亿元，同比增长29.39%，其中，出口总额为607亿元，同比增长36.9%，进口总额为238.9亿元，同比增长13.57%。全省跨境电商新动能不断增强，成为外贸稳增长和提质增效的重要力量。

（一）跨境电商综试区创新成效显著

从进出口总体情况看，2016年以来，杭州、宁波、义乌三个跨境电商综试区的进出口总额持续增长。2016年，三个综试区的进出口总额为121.4亿美元，2019年1月-9月，为320.9亿美元，三年间进出口总额增长率高达164.3%。出口情况看，2019年1月-9月，三个跨境电商综试区出口270.3亿美元，同比增长43%，远高于同期全省外贸出口增幅。三个综试区的跨境电商出口额占全省外贸出口额的比重，从2016年的3.5%提高到今年（2019年1月-9月）的12.1%，增加8.6%。从进口情况看，2019年1月-9月，杭州、宁波、义乌跨境电商综试区的进口总额为50.6亿美元，比2016年增长77.5%。

（二）电商平台市场拓展优势明显

通过试点，浙江省培育、收购和引进了一大批进出口平台，平台优势凸现。

1. 收购境外成熟电商平台。速卖通、lazada、执御、嘉云等跨境电商出口平台，已成为俄罗斯、东南亚、中东、印度等国家和地区的最大或领先的移动购物平台。

2. 发展壮大国内电商平台。一是，省内电商巨头持续壮大。目前，网易考拉、天猫国际等跨境电商进口平台的进口零售额占全国总额的 50%以上。二是，省内各类企业开始自建和培育电商平台。目前，服装、家居、饰品、汽摩配、五金工具、眼镜等行业销售额在亿元和数十亿元的自建平台和“独立站”有上百个，跨境电商自主品牌不断增加。许多企业还自建行业性跨境电商平台，销售额在亿元以上有上百个。三是，跨境支付平台蓬勃发展。连连、呼嘞（PingPong）等已成为我国跨境支付的主要平台，在“浙系”平台上的全球用户数总计超过 6 亿。

3. 引进国外平台在浙落户。

引进速卖通、亚马逊、ebay 等国外跨境电商平台在浙江设点落户。据全省 25 个产业集群跨境电商试点的统计，全省约有 800 个以上的跨境电商自主品牌，其中不少品牌销售已在亚马逊等平台类目排名中位居前列，获得了自主品牌、渠道和定价权等竞争新优势。从分销渠道来看，第三方跨境电商平台在浙江省跨境电商中占比销售额的 95%。在排名较靠前的前五名第三方跨境电商平台中，浙江卖家销售均居前三位（见表 1）。。

表 1 浙江省跨境平台商家名次表¹⁰

跨境平台名称	速卖通	Ebay	亚马逊	Wish	敦煌网
浙江卖家排名	第二	第三	第三	第二	第二

（三）跨境电商主体规模不断壮大

电商主体是跨境电商产业发展的基础，2016 年以来，出口活跃电商主体的规模与跨境电商零售出口额呈现同步增长的趋势。2016 年以来，省内出口活跃跨境电商数为 64368 家，截止 2019 年 10 月，出口活跃网店数量高达 97000 家，相比于 2016 年，增长率高达 50.7%。

（四）跨境电商竞争能力持续提高

据不完全统计，全省通过跨境电商培育自主品牌超过 1000 个。由于具有自主品牌、自建渠道和自主定价的优势，利润率相对较高，在应对中美贸易摩擦中处于主动地位，“腾挪”空间相对较大。据浙江省商务厅对全省百余家跨境电商代表企业调查，跨境电商 B2C 出口基本不受中美经贸摩擦影响，B2B2C 基本能消化 25%的关税。受此鼓舞，今年我省传统外贸企

业、生产制造企业发展跨境电商的意愿相较于前两年大大增强。

三、跨境电商融入境外经贸合作区内生取向

（一）发展规模大，增长速度快

浙江省是对外贸易和电子商务大省。近年来，浙江省企业抓住机遇大力开展跨境电子商务贸易，不断拓宽国际市场，收获颇丰并取得了较好的成绩。据商务部表明，浙江省跨境电商总体呈正增长趋势，进出口贸易总份额大约达我国的 8.3%，出口增速一直高于全国并保持上升势头。目前，全省跨境电子商务卖家超过 4 万家，在各类平台上开设跨境出口网店 30 多万个。从浙江跨境电商最活跃的杭州来看，其跨境电商交易规模从 2014 年的不足 2000 万美元已快速增至超过 35 亿美元，目前仅在阿里巴巴旗下跨境电商平台“速卖通”上经营的杭州企业就超过 3500 家，新增有实绩的企业超过 1500 家。同时，一大批跨境电商龙头企业也纷纷集聚浙江，如网易、京东等。2015 年 3 月 12 日国务院批复杭州成为全国首个跨境电商综试区(国函〔2015〕44 号)，此次举措强有力地推进跨境发展模式创新。浙江省在 2015 年底的跨境电商将近 4 万个，电商服务型产业则有 3000 家左右。

（二）转型趋势明显

跨境电商所经营的产品各式各样、种类繁多，其中服饰鞋包、家居家装、3C 数码等，在跨境电商中占据主要优势。伴随着浙江外贸的不断转型突破，2015 年上半年出口商品的结构得到明显的优化，从原来水平层次低的商品逐渐向“浙江智造”转变。其中，机电产品和高新技术产品出口 3357.4 亿元、483 亿元，分别增长 5.3%和 6.3%。尤其是 6 月，高新附加值高的产品出口增幅更是高达 11.5%。

（三）产业集聚效应强，配套设施较完善

杭州、宁波和义乌依靠当地优越的电商发展自然条件、政府支持和强大的市场产品圈，已经逐渐成为浙江一带跨境电子商务出口的领头羊。各地跨境电商与本地产业融合发展，在产业集群的带动下形成集聚化平台，如杭州市初步形成下城、下沙、空港等园区错位发展的格局，金华市规划建设金义跨境电子商务新城，衢州市加快推动邮政跨境电商产业园和浙西跨境电商产业园建设，舟山港综保区跨境电商示范园区也已经正式运行。不同区域跨境电商也正与当地的企业渐渐磨合，在政府引导下或是自觉性的聚集了一个跨境电商平台。到 2015 年底，浙江省共有 20 家省级跨境电子商务园区和 32 个省级公共海外仓，这将突破跨境电商物流难题，有利于在国际市场上争夺定价优先权。

同时，与跨境电子商务息息相关的物流、专业服务商等配套支撑体系也随着跨境电商的发展日趋完善，与跨境电商发展形成了“互相促进，共同发展”的良好态势。在物流方面，

以海外仓、物流专线等为代表的新型物流业态正在出现。据了解，浙江开展海外仓建设的企业有 63 家，已建成（包括达成建设意向）的海外仓 114 个。截至 2016 年底，浙江有省级跨境电商公共海外仓 32 个，覆盖美、日、俄、德等国。在专业服务商方面，出现了一批外贸一站式服务平台，可以为中小企业提供融资、通关、退税等一条龙服务，提升了跨境电商企业的效率。

（四）跨境电商发展氛围良好

浙江各地政府部门积极探索适应跨境电商发展的新型监管服务体系，特别是海关、检疫、国税、外汇等部门积极推进监管流程再造，实现了跨境电商业务模式新的突破。目前，杭州市完成了“单一窗口”综合服务平台的建设和运行，其跨境电商综试区 50 多项创新举措落地；义乌市正积极申报省级跨境电商创新发展示范区；绍兴、金华、丽水也都制定并出台了推进跨境电商发展的规划。

四、政府视角下浙江省跨境电商融合境外经贸合作区的路径探析

近年来，政府一直呼吁企业进行数字化、信息化转型，推动企业与互联网融合，寻找传统企业“新的出路”。然而，建立境外经贸合作区，其本质就是我国企业通过“一带一路”将过剩的产能、产品分布到沿线各国，通过更为低廉的人力资源、地价与租金来获得更大的收益。若要求企业自身再投入一定的时间、金钱、人力资本去开发线上贸易业务，未必能承担得起这种投入。浙江省是电商大省，跨境电商发展也非常蓬勃，甚至已有本土电商平台在尝试“走出去”，发展海外业务，寻找更大的市场。若让跨境电商与境外经贸合作区相融合，不仅能满足跨境电商的发展需求，拓宽其市场业务，也能够让境外经贸合作区以更廉价便捷的投入来获得线上贸易的开通，通过线上线下相结合的贸易方式，增大贸易覆盖面，从而盘活境外经贸合作区，形成良好运作的循环，从而扭亏为盈。

第一，联合相同产能的境外经贸合作区入驻。基于产业链的关联（上下游、同产业部门，比如说都是家居产品，都是五金材料等），整合各个合作区或者合作区的主要企业。基于国内现有跨境电商平台不同的目标客户、主要产品、业务范围，让不同类型的境外经贸区选择不同的跨境电商平台。让相同产能的境外经贸合作区在线上联合起来，产生带动效应，让已经与东道国生态融合的企业来带动略微“水土不服”的企业，做到共同发展。

第二，建设跨境电商公共服务平台。由政府力量建设跨境电商公共服务平台，创新开展跨境电子商务公共服务平台消费者身份信息认证业务，完善公共服务平台企业接入功能模块。对与跨境电子商务公共服务平台对接应用的跨境电子商务企业，在系统对接设备上给予适当财政扶持和通关通检、融资、结汇、退税等便利。推动公共服务平台各部门相关业务数

据对接，按照国家、省、市有关政策扶持各类跨境电子商务政务服务公共服务平台发展。将不同类型的跨境电商、境外经贸合作区进行平台登记，便于在跨境电商入驻境外经贸合作区时进行对应的财政扶持。

同时，完善跨境电商的管理制度，形成各级政府的多部门体系，将海关、银行、专利局、税务部门、工信部门等纳入其中，为企业提供出口一站式服务平台，在支付、物流、出入境、融资等方面会节约企业的出口成本。

第三，建设信息平台，搭建物流仓。搭建境内外电商信息平台，给予跨境电商更多信息资源，以便出口电商结合境外大数据分析客户的特征确定的市场定位，实施不同地域的品牌产品分销策略。在东道国与贸易规模较大的出口国搭建物流仓，将“自建仓储物流体系”等国内电商成熟做法付诸实践，解决跨境物流、国外内境物流配送时间长、退换货不便等痛点。利用好“一带一路”带来的政策优势、地理优势，在物流方面做到快速便利，在当地市场抢占先机。

第四，带领更多本土企业出海，入驻境外经贸合作区。跨境电商入驻境外经贸合作区时，可根据合作区产业发展特色带领更多属性相符的对应企业“出海”，满足对应市场相关产业欠发达的需求，也能够让我国本土企业的发展更上一层楼。

第五，于示范性境外经贸合作区开展试点，并集中优势发展。首先，为防止财政资金与企业布局过于分散，要集中优势发展好几个示范性的境外经贸合作区。其次，如泰中罗勇工业区等园区已经具备了一定的发展规模，贸易模式较为成熟，若推行顺利，能够起到示范性作用，吸引其他工业园区加入其中，此后再全面铺开，便能更为顺利地建设浙江省境外经贸合作区线上贸易链。

综上所述，浙江省境外经贸合作区的发展，既可以发挥产业集聚效应，辐射和带动不同资源禀赋的“一带一路”国家及地区的经济发展，同时也为浙江提供了能源、矿产、制造业等各个行业的加工基地、物流基地等。发展跨境电商以及将其与境外经贸合作区融合更有利于促进中国境外经贸合作区发展，这一举措将会成为加速实施境外经贸合作区建设的有效抓手。跨境电商融合境外经贸合作区建设可帮助中资企业快速掌握全球市场需求，为更多企业搭建了可靠的平台，促进更多相关企业开拓跨境电商的业务，由此拓展其海外业务。同时，跨境电商融入境外经贸合作区，促进用市场需求拉动柔性化生产，帮助产业转型升级，推动供给侧结构性改革，发展新型服务业，使我国从“世界工厂”转型发展成为“全球贸易消费平台和数据中心”。

【参考文献】

- [1] 《浙江省省级境外经贸合作区考核管理办法》（浙商务联发〔2018〕52）
- [2] 《聚焦一带一路 中乌经贸合作升级》，资料来源：
<http://go.gdcom.gov.cn/article.php?typeid=38&contentId=12380>.
- [3] 刘英奎,王双. 境外经贸合作区——中国对外开放新模式[J]. 中国对外贸易, 2019(10):42-45.
- [4] 《2016年中国对外投资合作发展报告》，资料来源：<http://www.mofcom.gov.cn/>
- [5] 肖雯. 中国境外经贸合作区的发展研究[D]. 浙江大学, 2014.
- [6] 北美华富士山工业园，资料来源：<http://www.hfsip.com/?mod=about3>
- [7] 金辉. 境外经贸合作区发展的动力机制研究[D]. 温州大学, 2019.
- [8] 路红艳. 中国境外经贸合作区发展的经验启示[J]. 对外经贸, 2013.
- [9] 张菲. 中非经贸合作区建设模式与可持续发展问题研究[J]. 国际贸易, 2013(3):34-39
- [10] 孙从众. “互联网+跨境电商”背景下宁波海外仓发展现状研究[J]. 长沙航空职业技术学院学报, 2018.

浙江自贸区仲裁制度创新路径研究

徐狄栋*

摘要:浙江自贸区建设的一个重要目标是发展有国际影响力的国际商事仲裁平台,为中国改革探明前进的方向。本文通过历史与价值视角下的二元仲裁制度,发现仲裁制度的历次变革与其当时所处的社会发展水平,尤其是科技与经济的发展程度密切相关。同时虽然基于商事活动的复杂性及利益主体的多元化,导致当事人在二者冲突时不得不进行平衡和选择,但探究其本意,若能同时兼有公正与效率,显然更能获得当事人的青睐。从而创造性的提出在线仲裁平台作出对新时代互联网技术的回应,以一种新的仲裁模式包容两种传统仲裁形式于其内,且兼具公正价值与效率价值。浙江自贸区若以立法方式支持设立在线仲裁平台,并研究完善在线仲裁平台提供的各项服务,将极大提升仲裁的竞争力与影响力,并妥善完成其试验田任务。

关键词:浙江自贸区;临时仲裁;机构仲裁;在线仲裁平台

一、问题的提出

2020年9月21日国务院新颁布的《中国(浙江)自由贸易试验区扩展区域方案》显示,浙江自贸区将以数字经济为引领,建立并完善以投资贸易自由化便利化为核心的制度体系,直至最终建成新型国际贸易中心。^①由此产生了对浙江自贸区在完善风险防范方面的具体要求,“支持宁波海事法院、杭州互联网法院发挥在推进国际航运物流枢纽和数字经济展示示范区建设中的服务和保障作用;适应新型国际贸易中心建设需要,积极打造具有较强国际影响力的国际商事仲裁平台,健全完善诉讼、仲裁、调解等有机衔接、相互协调的国际商事多元化纠纷解决机制”。^②其中明确提出,要发展有国际影响力的国际商事仲裁平台。这是充分满足当事人法治化、国际化、便利化的营商环境的必然要求。因为从目前看,基于中立、保密的特点,相较于传统的诉讼方式,通过仲裁方式解决争议在国际商事领域更受到广大当事人的青睐。由此产生了如下三方面的问题。

一是临时仲裁的定位问题。从组织形式划分,国际仲裁可以分为临时仲裁与机构仲裁两大类。临时仲裁由于中国《仲裁法》要求仲裁协议的有效性以存在约定的仲裁机构为前提,

* 作者简介:徐狄栋(1988-),男,汉族,浙江杭州人,浙江水利水电学院讲师,法学博士,主要从事国际经济法学、仲裁法学研究。

^① 《中国(浙江)自由贸易试验区扩展区域方案》第一条第(二)款。

^② 《中国(浙江)自由贸易试验区扩展区域方案》第二条第(三)款第10项。

因此通常被认为中国法律并不承认临时仲裁制度。但在实践中，临时仲裁在国际争议解决领域却是大行其道，尤其在诸如海事仲裁等方面更是占据着主导地位。由此就产生了实践需求与法律规定的冲突。在发展完善国际商事仲裁平台时，对国际商事仲裁中占据重要地位的临时仲裁的应采取何种态度，是不能回避的一个话题。

二是仲裁机构的整合问题。发展国际商事仲裁平台，抛开现有的仲裁机构重新另起炉灶，显然并不现实，而应在已有的基础上，进行整合与提升。而仲裁机构又包括国内仲裁机构和境外仲裁机构两类，因此如何将两者合理的纳入国际商事仲裁平台就值得研究。

三是临时仲裁与机构仲裁的优劣选择问题。一般认为，临时仲裁由于更能满足当事人意思自治的需求，通常具有更高的效率性及经济性，但由此不可避免的可能导致在有些时候公正性的缺失。机构仲裁则恰恰相反，追求公正性的同时，不得不以牺牲其效率作为代价。随着世界经济的发展与科技水平的提高，当事人对于临时仲裁与机构仲裁的倾向性选择不断发生转变，但究其原因，无非二者不可兼得。故是否能产生某种仲裁模式同时包含临时仲裁与机构仲裁的优势的同时避免其弊端，也是十分有价值的一个问题。

二、历史与价值视角下的二元仲裁制度

秩序在人类生活中起着极其重要的作用。对人类事务中秩序的寻求，已被普遍认为个人努力或社会努力的一个有价值的目标。^①然而，由于资源的相对稀缺性，人类对秩序的追求却时常会被阻碍。在恢复被偏离的秩序过程中，仲裁与诉讼被通常认为是最为有效的两种方式。其中，仲裁更是时常被冠以“古老”二字作为前缀。临时仲裁作为仲裁的主要形式之一，也是作为仲裁的最初表现形式出现在仲裁历史上的。其后由于临时仲裁自身不可克服的一些弊端而出现了机构仲裁。二者从开始的互不兼容到后来的相互借鉴，除了作为支撑基础的社会制度的发展进步外，最终价值目标的一致性也是一大重要原因。仲裁制度就是在临时仲裁与机构仲裁的二元体系下得以不断繁荣与兴盛。

（一）历史视角下的仲裁制度：适应与变革

在人类社会的发展初期，暴力几乎就是私力救济的唯一方式。随着生产力的进一步发展，与人类对自然环境的战胜，剩余物资在人类社会逐渐积累。物资交换随即产生，人与人之间的联系也不断加深。随之而来的即是人们间各式各样的矛盾，尤以商品交换为甚。为快速解决纠纷以适应社会发展水平的需要，仲裁制度为之诞生，早期的仲裁都是临时仲裁。在十九

^①【美】E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，2004年，第235页。

世纪中叶机构仲裁出现前，临时仲裁是国际仲裁的唯一表现形式。^①

有史料记载的临时仲裁，可以追溯到公元前六世纪古希腊城邦间的纠纷解决。^②在公元前五世纪古罗马的《十二铜表法》中亦有对仲裁的记载。^③在《民法大全》“论告示”的第二编中，作为古罗马五大法学家之一的保罗曾论述道，“为解决争议，正如可以诉讼一样，也可以进行仲裁。”^④发展到十三世纪，随着世界贸易范围的进一步扩大，英国商人开始依据在实际运营中总结出来的商业惯例，通过仲裁方式来解决相互间的纠纷。^⑤到了十六、十七世纪，诸如英国的东印度公司等一些大型外贸公司，在其公司章程中开始规定，应通过仲裁方式解决公司成员间发生的纠纷。以上所述的临时仲裁，是早期为满足社会发展的需求，人们间自发形成的，一种靠自制力而非法律强制力约束的，具有一定仲裁基本要件的初级临时仲裁模式。在此阶段，国家层面尚未关注，仲裁仅属于一种纯粹的私人范畴。“仲裁处于一种绝对的自治状态。”^⑥

随着社会的进一步发展与商品经济的进一步繁荣，不具有国家强制力作为保障的仲裁在诉讼的冲击下开始反思。将临时仲裁与诉讼共同纳入国家解决纠纷体系并使之规范化，成为当时的一项重要课题。英国于1697年率先颁布了第一个《仲裁法案》，并于1889年颁布了《仲裁法》。^⑦此后，其他国家也逐渐意识到仲裁规范化的重要性，开始颁布相关法律。例如，1809年的法国《民事诉讼法典》，1877年的德国《民事诉讼法典》，1925年的美国《联邦仲裁法》，1890年的日本《民事诉讼法典》等都专门或专章对仲裁做出了明确规定。由于历史原因，同一时期各国的政治与法律也正处于全面调整与规制期，临时仲裁开始不可避免地丧失其之前所具有的存粹民间、习惯的性质。同时，临时仲裁开始成为国家司法制度的一个不可分割的组成部分。^⑧

从十九世纪开始，机器的发明及运用带来的工业革命在世界上逐步兴起，由此带来了技术与经济的飞速进步，生产力又一次得到了的飞跃。随之而来的是商品的极大丰富与世界贸易的不断兴盛。商品的交易量开始大幅度增长，纷繁复杂的各类新形式商业纠纷开始不断涌现。在此情况下，因事而设的临时仲裁形式在一定程度上已不再能够满足现实发展的需要。因此，在十九世纪中叶后，相对更为稳定的机构仲裁形式开始出现。进入二十世纪后，由于

^① 李双元：《国际私法》，北京大学出版社，2011年，第385页。

^② 陈治东：《国际商事仲裁法》，法律出版社，1998年，第1页。

^③ 刘晓红、袁发强：《国际商事仲裁》，北京大学出版社，2010年，第23页。

^④ 乔欣：《仲裁权研究》，法律出版社，2001年，第2页。

^⑤ Stephen B. Goldberg and Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution*, Aspen Law & Business, 1992, p.199.

^⑥ 郭树理：《民商事仲裁制度：政治国家对市民社会之妥协》，载《学术界》2000年第6期，第18页。

^⑦ 石育斌：《国际商事仲裁研究》，华东理工大学出版社，2004年，第9页。

^⑧ 朱克鹏：《国际商事仲裁的法律适用》，法律出版社，1999年，第1页。

国际经济贸易的进一步发展,各式常设仲裁机构更是大规模兴起,例如著名的国际商会仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院等都是在此阶段创立。机构仲裁在仲裁中所占的比重开始不断增大。然而,即便如此,临时仲裁却并未因此而逐渐消亡,反而被世界上许多国家所接受,并明确制定入相关仲裁法律规范中,与机构仲裁互为补充。

二十世纪末开始,随着对互联网应用的逐渐推广与深入,作为仲裁制度对网络技术的积极回应,在线仲裁开始出现在常设仲裁机构的服务列表中。在线仲裁,又称为网上仲裁,是利用互联网等网络技术,使仲裁的全过程都可以在网上进行的仲裁。^①对于深陷低效性与高代价困境的国际投资贸易争议解决而言,通过在线仲裁方式,利用互联网不受空间限制进行信息交互的特性,能够极大缓解仲裁制度面临的难题。为此,联合国国际贸易法委员会于2000年开始专门修订其1976年的仲裁规则,使之能够适用于在线仲裁。此后,随着即时通讯技术的进一步发展,在线仲裁得到不断的推广与普及。到目前为止,绝大多数的常设仲裁机构已能够提供在线仲裁服务;临时仲裁在征得当事人同意后,也可以采用在线仲裁方式进行。

以历史视角观察仲裁制度,从中可以鲜明地看出,仲裁制度的历次变革与其当时所处的社会发展水平,尤其是科技与经济的发展程度密切相关。从临时仲裁的自发产生到纳入国家法律规范体系,再到机构仲裁的出现及对在线仲裁方式的应用等,莫不如此。因此,在步入二十一世纪互联网时代的现下,面临层出不穷的诸如5G、区块链等新技术的来袭,面对经济全球化与逆全球化的交织,已安稳许久的仲裁制度也应到了再次变革的节点。如何抓住机遇适时创新,在满足仲裁制度根本特性的同时适应科技与经济的变革,是提升中国仲裁竞争力与影响力的关键之所在。

(二) 价值视角下的仲裁制度:公正与效率

“价值”一词,最早产生于经济学上的概念。将价值概念引入法律领域,就形成了“法的价值”。西方对法的价值的理解,表现为揭示法秩序的目标,即法能够促进哪些价值,从这个意义上说,“平等”、“自由”、“公正”、“秩序”等都是法的价值。^②一般认为,仲裁制度的价值在于公正与效率。^③其中公正价值指的是处理事情合情合理,不偏袒哪一方面,包括程序公正、结果公正等;效率价值指的是仲裁当事人为了避免时间、费用等各类资本的过多投入,而通过自愿协商的方式,选定仲裁员组成仲裁庭,然后依照直面实体争议的最为简便的仲裁程序,取得相对最为合理的裁决,并依意思自治履行裁决。如1996年《英国仲裁法》

^① 赵秀文:《国际商事仲裁及其适用法律研究》,北京大学出版社,2002年,第356页。

^② 张正德、付子堂:《法理学》,重庆大学出版社,2003年,第218页。

^③ 郑布英:《仲裁制度的价值与价值的实现》,载《江西社会科学》2005年第7期,第187页。

规定,“仲裁之目的在于由公平的仲裁庭,在没有不必要的拖延和开支的情况下,使争议得以公正解决。”^①

仲裁员是仲裁的灵魂,通说认为仲裁的好坏取决于仲裁员的好坏。这里的“好坏”主要指的是仲裁的效果,当然仲裁的公正性显然也应包含在仲裁效果之中。在针对国际商事仲裁的一项调查研究表明,绝大多数的当事人将仲裁结果的公平性放在最重要的位置,远高于获取金钱的裁决、产生结果的速度、仲裁花费的成本和仲裁员的专业性;且各项的排名差异显著,仲裁结果的公平性的重要程度几乎是下一个接近排名因素的两倍。^②因此,从仲裁员的任职资格出发,观察二元仲裁制度对于公正价值的追求。

常设仲裁机构往往备有己方的仲裁员名册供仲裁申请人挑选,仲裁员名册中通常会对每位特定的仲裁员的特长与能力作简要介绍,甚至还会提供相关仲裁员的简历以供当事人查询。能进入仲裁员名册的仲裁员,一般都经过常设仲裁机构的严格筛选,具有与身份相对应的专业水平。例如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员聘任规定》的“仲裁员的条件”中,对申请中国籍与外国籍的仲裁员都具有详细的条件规定,其中与专业能力有关的有如下条件。中国籍仲裁员应“从事仲裁工作满8年,或者从事律师工作满8年,或者曾任审判员满8年,或者从事法律研究、教学工作并具有高级职称,或者具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平”;外国籍仲裁员应“具有法律、经济贸易、科学技术或海商海事等专业知识和实际工作经验”。^③同时,常设仲裁机构还经常会有对仲裁员名册中的仲裁员展开有针对性培训,以提高仲裁员的理论水平与实务能力。另外,常设仲裁机构还会特别制定针对仲裁员的监督机制,以保障仲裁员在仲裁活动中能够独立公正、勤勉审慎地履行职责。以上这些,充分保障了机构仲裁对于公正性的要求。而在临时仲裁中,仲裁员一般由当事人自行委任。由此导致临时仲裁的仲裁员素质往往良莠不齐,甚至会出现对2010年《UNCITRAL 仲裁规则》这个通用临时仲裁规则不熟悉的情况发生。同时,由于仲裁类型多种多样,临时仲裁当事人由于社会阅历、知识结构、生活环境等因素的差异对其选择的仲裁员可能缺乏了解或存在误解,导致最终组成仲裁庭的仲裁员对于实际仲裁的案件也许并不擅长,或者说,不适合裁决相关案件。仲裁员的不确定性将直接影响临时仲裁裁决的公正性。因此,通常机构仲裁的公正性要优于临时仲裁。

由于在临时仲裁中,当事人的意思自治可以得到充分发挥,仲裁规则与仲裁程序的灵活

^① 1996年《英国仲裁法》第一条第一款。

^② 【美】克里斯多佛·R·德拉奥萨、理查德·W·奈马克:《国际仲裁科学探索实证研究精选集》,陈福勇、丁建勇译,中国政法大学出版社,2010年,第36页。

^③ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员聘任规定》第二条。

性强、可变通性大，因此，仲裁的许多环节与步骤可以省去或缩减。例如，选择仲裁员的时间、确定仲裁规则的时间、限定案件审理的时间等都可以由当事人自由约定。理论上如果在仲裁开始前的仲裁协议中，当事人双方已明确仲裁员及仲裁庭的组成与仲裁规则，则此两方面根本就不需要再花费时间。当然，实践中，这样的仲裁案例也不在少数，在海事纠纷解决中更是如此。譬如最快的纠纷解决方式可能是这样：第一天早上产生的纠纷，下午立即就能够成立仲裁庭，在晚上开庭审理后，第二天早上便作出裁决，^①实际经过的时间可能不超过24小时。当然，临时仲裁的效率依靠的是仲裁当事人之间的相互配合，配合地越紧密，效率就越高。一旦缺乏了精诚合作，甚至双方当事人及其委托代理人转而互相对抗，则不仅会造成仲裁程序的拖延，而且可能使仲裁陷入僵局，甚至难以为继。临时仲裁只有在同时确定仲裁庭组成与仲裁规则的情况下，才能不受影响的将仲裁开展下去。^②相反每个常设仲裁机构都具有一套完整的仲裁规则和仲裁程序。而这些仲裁规则经过相关领域的专家、学者反复多年的研究和修订、完善，再通过与其他常设仲裁机构的仲裁规则交流比较，吸收它们最新的研究成果，并经仲裁实践的反复考验。可以说，任意选取目前世界上某个著名常设仲裁机构的仲裁规则，该仲裁规则都是严谨和科学的。当然，严谨的仲裁规则必然会导致仲裁程序环节的繁多，而每个环节都需要花费一定的时间。相对完美的仲裁规则所付出的代价就是长时间的程序消耗。如果一方当事人涉及到主权国家，因为一国内部审批流程的繁复，可能需要花费更长的时间。最为极端的一个在瑞士苏黎世审理的案例是“Black-Clawson International Ltd.”诉“Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G”，该案从申请提起到最后裁决耗费了十五年时间，甚至仲裁庭的最初组成人员都届满退休年龄，导致案件的继续进行不得不重新选定仲裁员。^③对于一个特定的仲裁争议而言，案件标的、复杂程度等都是确定的，专家、证人所需花费的合理费用也是基本确定的，与仲裁成本变化最为有关的就是仲裁员费用与是否有常设仲裁机构的管理费用。其中，仲裁员费用基本与仲裁花费的时长成正相关。因此，对于愿意相互合作而采用临时仲裁的当事人来说，其效率性往往会高于其选择机构仲裁方式。

从价值视角观察仲裁制度，虽然基于商事活动的复杂性及利益主体的多元化，导致当事人在二者冲突时不得不进行平衡和选择，但探究其本意，若能同时兼有公正与效率，显然更能获得当事人的青睐。因此，出于满足当事人偏好以扩大仲裁市场份额的考量，创新出一整

^① Philip Yang, *On Shipping Practice*, 大连海事大学出版社, 1995年, 第565页。转引自杨良宜:《国际商务仲裁》, 中国政法大学出版社, 1997年, 第140页。

^② 康明:《临时仲裁及其在我国现状和发展前景》,《国际商法论丛》(第2卷), 法律出版社, 2001年, 第697-698页。

^③ (1981)2 Lloyd's Rep. 446.

套制度与系统就显得尤为必要。

三、在线仲裁平台：一站式仲裁纠纷解决平台

为快速提升中国国际仲裁领域的竞争力与影响力,若仅在现有格局上逐渐加以改进与完善,恐怕效果不甚明显,毕竟中国仲裁在进步的同时,境外竞争者也同样没有停步。因此,只有通过制度创新,方能弯道超车以达成目标。所谓创新,需要在充分理解现实条件与需求的基础上,有针对性的提出解决方案及路径。具体面向仲裁制度而言,现实需求主要在于分别解决先进科技与传统应用方式的矛盾、仲裁公正性与效率性的矛盾两大方面。进一步细分,还存在对代表仲裁效率性的临时仲裁的定位、作为竞争者的境外知名常设仲裁机构的管理等问题的解决方案。

现实条件就目前而言最为重要的在于中国对于以 5G、区块链等新技术为代表的先进科技的话语权以及国内对在线仲裁形式的逐步认可与应用。当然,目前的在线仲裁,仍停留在最为基础的形式,即整个仲裁程序,包括从仲裁的发起到最终裁决的作出,都通过网络在线进行。^①各大常设仲裁机构各自构建网络服务器,依照本机构仲裁规则制定网络仲裁规则,仲裁的全部程序,包括申请、审理、裁决等全部在线上进行。当前在线仲裁仅仅是运用互联网技术将线下仲裁搬到了线上,而对于当事人意思自治等的体现与传统的线下仲裁并无二致。因此,其对于当事人的吸引力与之前相比差别不大,也就不难理解了。

(一) 在线仲裁平台的界定及特点

综合现有条件看,建立一站式的在线仲裁平台应能满足目前的实际需求。对于平台的含义,可以参照目前中国互联网领军企业之一的阿里巴巴(中国)网络技术有限公司旗下浙江淘宝网络有限公司对于淘宝网的定位。淘宝网就是一个典型的 C2C (Customer to Customer) 网络平台,是一种企业通过网络向个人消费者直接提供产品或服务的电子商务模式。^②用户购买产品与平台无直接关系,平台只是提供了一个公共场所。在线平台不受时间与空间的限制,能较大提升交易的效率,节省不必要的开支,并对产生争议的交易提供后续的纠纷处理或监督服务。因此,可以将在线仲裁平台定义为提供仲裁当事人自由选择某一特定网站上由第三方提供的仲裁员、仲裁规则、仲裁机构等服务的公共网络系统。至于在线仲裁平台的形式定位,因其仅提供的是一个公开交易场所而非具体仲裁服务,因此既不属临时仲裁,也不属机构仲裁。但是,可以将在线仲裁平台应用于所有的仲裁模式中,这就是基于现有技术与实践条件下的创新。在线仲裁平台至少有以下几方面的特点。

^① 黄进:《国际商事争议解决机制研究》,武汉大学出版社,2010年,第281页。

^② 李琳:《电子商务概论》,哈尔滨工程大学出版社,2016年,第204页。

第一，在线仲裁平台能够充分体现仲裁当事人的意思自治。这从在线仲裁平台的含义中可以看出。类似于淘宝网对于各商家商品及服务仅仅停留在展示的层面一样，当事人对于自身所需的各种服务，例如合格仲裁员的选任、具体仲裁规则与程序的选择或制定等，均由双方自由协商确定，平台仅仅作为一个服务展示的公共场所，而并不参与具体的仲裁相关事项。

第二，在线仲裁平台具有完全的国际性。构建在线仲裁平台，无论其服务器所处何地或是由哪个组织负责运营，其中所接入的提供国际仲裁相关服务的仲裁机构、公证处、法院及其他相关机构、组织均可位于世界各地，而并不局限于某国或某地。这也是在线仲裁平台相较于目前已有的在线仲裁模式的先进性之所在，其更易于与国际相接轨，也更容易获得境外当事人及相关机构、组织的接受。

第三，在线仲裁平台具有高效性。一方面在线仲裁平台可以通过引导当事人采用仲裁员选任的大数据筛选模式、仲裁规则制定的选项填空式模式以及庭审中的在线仲裁服务和其他相关服务提供模式等，减少当事人因所处不同地域而产生的会议时间花费。另一方面一站式的平台服务也可以将整个争议解决过程中所需的公证、保全、裁决的承认及执行等各环节一并纳入系统当中。这不仅能够减少文本的反复递交，也能避免因中间过程中可能误差导致的重复审查，从而减少了整个流程所需花费的时间。

第四，在线仲裁平台具有经济性。在国际仲裁中，双方当事人很多时候并非同处一地，所委任的仲裁员可能也身处异地。各方聚集在同一地点开庭所花费的交通费、住宿费等各种费用，往往花费不菲，同时还存在租借仲裁场地或聘用有经验的仲裁秘书等额外费用，而这些最终都需由当事人承担。通过对互联网的应用，直接拉近了位于各地的争议当事人以及仲裁庭各仲裁员之间的距离，在线庭审突破了空间的限制而将各方聚集一处，有效的节省了各项成本开支。而在线仲裁平台接入的网络仲裁服务能够很好的满足这些需要。同时，在线仲裁平台的应用，直接将各项相同或近似的仲裁服务排列在一起，给予当事人直观比较的可能。据此当事人可以根据自身的需求及条件，选择相对更低的价格获得相同的服务。此外，相对更短的争议解决时间，对于成本与时间正相关的国际商事仲裁而言，也意味着更低的争议解决花费。

（二）现代科技与传统仲裁的结合

在线仲裁平台是依托于现代科学技术的发展而对仲裁制度作出的一种创新。但究其根本，仍然是对于传统仲裁形式的一种改良，从其构思到框架结构，都离不开对传统仲裁基本要素的运用。

在线仲裁平台作为一个系统，可以同时多个不同的主体包含于内。其中可以包括申请

仲裁的当事人、仲裁员、仲裁机构，以及其他机构与人员等所有可能参与到国际仲裁中的人员与机构。譬如对于当事人选择在线仲裁平台进行仲裁，只需要向平台提交个人的实名身份信息及其证明文件，然后即可选择在平台上登记的仲裁员或登记的仲裁机构提供的仲裁员名册中选择合适的仲裁员组成仲裁庭。如果当事人合意选择的仲裁员在在线仲裁平台中无法搜寻到时，可以由该仲裁员在平台登记后再进行选择，这样可以同样使用在线仲裁平台提供的多种服务，同时也可以按照平台规则对仲裁员的行为进行规范，以保障当事人的合法权益。同样的，仲裁员、仲裁机构以及其他相关部门与机构选择在线仲裁平台，也仅需提交身份证明文件及资质证明并通过审核即可。

在线仲裁平台除提供上述各人员与机构的展位外，还可以提供一些额外服务。一是规范化的仲裁协议或仲裁条款及预先存储服务。规范化的仲裁协议或仲裁条款在保证当事人意思自治的同时，能够尽量避免由于约定不明造成的时间耗费与争议。至于预先存储服务则指的是双方当事人按照规范化的仲裁协议或仲裁条款作出约定后，可以直接将其电子文本选择在线仲裁平台进行存储，此后一旦发生争议，任何一方即可将存储的文本激活，然后即依约进行仲裁，从而不但方便当事人，也提高争议解决的效率。二是仲裁员选任的大数据筛选模式。除了当事人已直接约定仲裁员外，在线仲裁平台将在其上登记的仲裁员依照当事人输入的条件，如国籍、职业、语言等，从高到低按评分排列。由此当事人可以直观的选择适合的仲裁员。当然，当事人也可以单选择仲裁员应符合的条件而不选择具体的仲裁员，甚至合意选择随机由在线仲裁系统决定。这在充分保证如仲裁员名册制中仲裁员的业务能力及道德素养一样相对较高的同时，也使得在新型案件不断涌现的当下，当事人更能够选择到符合案件需求且令己方满意的仲裁员。三是仲裁规则制定的选项填空式模式。例如在国际商事仲裁的实践中，对于临时仲裁当事人多选择比较通行的2010年《UNCITRAL 仲裁规则》。这并非2010年《UNCITRAL 仲裁规则》一定适合每一个案件，而是为保证规则的可操作性，当事人很多时候没有太多的选择导致。因此，如果能够设计出一套符合当事人心意又确实可行的仲裁规则，从期望角度显然会得到绝大多数当事人的认可。所谓选项填空式即在一些关键的且实践中存在争议的环节，通过设置选项的方式予以提示并要求当事人作出选择，使得仲裁规则与最终裁决尽可能明确而不产生争议。例如，仲裁员适用调解与否、仲裁员的披露范围、仲裁程序中各时间节点。四是庭审中的在线服务和其他相关线下服务提供模式。在现代科技飞速发展的背景下，在线服务已被广泛的应用于各类生产实践中。许多常设仲裁机构也能够向申请人提供在线服务。在线仲裁平台提供的在线服务既包括各仲裁机构提供的服务，通过如仲裁员评分筛选模式相同的方式供当事人选择；也包括平台自身提供的在线服务，由于对于不

愿意仲裁机构参与的临时仲裁当事人而言，这是十分有益的。同时，在线仲裁平台对于仲裁机构提供的其他相关线下服务同样通过评分筛选模式供当事人选择。常设仲裁机构能够为仲裁庭提供多种服务。譬如最基本的如代收仲裁申请及答辩文书；预收并保管仲裁费用；代为指定仲裁员；决定仲裁员是否需要回避；协助更换仲裁员；确定仲裁地；提供仲裁场地及相关设施设备；提供仲裁秘书和专业翻译；监督仲裁程序即期限等。此外，常设仲裁机构还能应仲裁员或当事人的特殊要求，提供一些专职服务。例如，以常设仲裁机构本身的名义对外提供证明文件，进行案件存档，确认裁决并加盖机构公章以转化临时仲裁裁决等。



（三）临时仲裁与机构仲裁的统一

临时仲裁与仲裁机构相结合已成为世界上较常见的国际商事仲裁形式。^①事实上，临时仲裁与机构仲裁的区分已开始逐渐模糊，而不像之前那样泾渭分明。举例来说，临时仲裁与机构仲裁间的最大不同在于是由仲裁庭还是常设仲裁机构决定并管理仲裁程序。该条件似乎十分清晰，但在实践中，境外的常设仲裁机构对国际商事仲裁的程序性管理往往只限于仲裁庭组成之前，而在仲裁庭组成后即将其权力移交，秘书处会将仲裁相关的所有文件转交仲裁庭。其后仲裁程序原则上就全由仲裁庭本身管理。^②也即即使在机构仲裁中，仲裁的程序管理也大多只是在组成仲裁庭之前。由此引发的学者观点为，即使是在常设仲裁机构中进行的仲裁，当该机构能够充分尊重当事人的意思自治以及仲裁庭的自主权力时，此种形式的仲裁也可以被认为是临时仲裁。^③当然，目前临时仲裁与机构仲裁的区别仍然存在。上述观点略为激进，先不谈“充分”的程度与范围，事实上选择某特定常设仲裁机构进行仲裁一般就意味着采用了该仲裁机构的仲裁规则。而仲裁规则中的很大一部分即是对仲裁程序的规范。

^① 曹晓路、王崇敏：《海南建设自由贸易港的临时仲裁机制创新研究》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2018年第3期，第3页。

^② 高菲、徐国建：《中国临时仲裁实务指南》，法律出版社，2017年，第143页。

^③ 赖震平：《中国海事仲裁引入临时仲裁初探——以中国（上海）自由贸易试验区为视角》，载《中国海商法研究》2014年第3期，第88页。

因此，即使是由仲裁庭进行程序管理，但事实上也不能超越仲裁规则对程序的一般要求。

考察从争议发生后到仲裁庭作出仲裁裁决并执行前，仲裁可以分为三个阶段，分别是仲裁员的选任及仲裁庭的组成、仲裁庭的审理程序与最终仲裁裁决的作出。第二阶段仲裁庭的审理程序，是区分临时仲裁与机构仲裁的关键。由当事人及仲裁庭主导的仲裁程序是临时仲裁，而由常设仲裁机构及其仲裁规则主导的则是机构仲裁。那么，关于适当修改机构仲裁规则并由仲裁庭推进仲裁程序的仲裁，根据两者的界分，应也属临时仲裁。在此第二阶段中，在线仲裁平台提供当事人的主要是仲裁员、仲裁规则以及仲裁机构的选择。从临时仲裁与机构仲裁的区别入手，无非就是对仲裁规则或是仲裁机构的选择，而对仲裁机构提供的仲裁规则的修改，导致的也是临时仲裁。从这个意义上讲，除非当事人要求常设仲裁机构严格按照其仲裁规则管理仲裁程序，而不由仲裁庭进行一点变通，否则都可以将该争议解决方式称作是临时仲裁。而在线仲裁平台更是缩小了两者的差异，因为其使得修改机构仲裁规则更为容易。在上述的第一阶段和第三阶段，重点分别是顺利组成仲裁庭以及获得一份可被承认及执行的仲裁裁决。其中常设仲裁机构的参与与否，不会改变仲裁的组织形式。

通过在线仲裁平台，国际仲裁的三阶段被同一系统结合在一起，使得本就逐渐模糊的临时仲裁与机构仲裁的界线，进一步淡化，直至两者完全融为一体。在线仲裁平台作为中立的中介场所，虽然既不属于临时仲裁，也不属于机构仲裁，但两者均可通过平台得到适用。事实上，通过平台进行仲裁，可能最终也无须再区分临时仲裁与机构仲裁。

（四）公正价值与效率价值的融合

仲裁的公正价值是通过仲裁员选任得以实现的，而其效率价值则由仲裁规则及程序的灵活性加以体现。在线仲裁平台则同时将二者融于一体。通过在线仲裁平台进行仲裁，既能够使得仲裁当事人的意思自治得以完全体现，充分发挥仲裁的效率价值；也能够运用条款选择的方式辅助当事人顺利仲裁，维护仲裁的公正价值。从而解决困扰当事人对于仲裁公正价值与效率价值应如何取舍这一大难题。在线仲裁平台在同一系统内如何同时兼顾公正价值与效率价值，具体论述如下。

一方面在线仲裁平台能够保障仲裁的公正价值。基于在线仲裁平台公共网络系统，也即公开交易场所的定位，虽然也可以采取自营方式提供仲裁相关服务，但是究其根本，C2C的电子商务模式方为其理应发展的主流方向。正是由于其中立地位，无关任何直接仲裁利益，因此从管理角度就有权制定相关规则予以规范平台上注册、登记各方的权利与义务。同时，对于其中可能产生的争议也有权进行最终裁断。例如，在线仲裁平台可以制定《平台争议处理规则》对作为服务提供者的仲裁机构与作为消费者的仲裁当事人之间的争议进行调整。而

这与常设仲裁机构的程序管理形式相比,在线仲裁平台管理的仅仅是服务提供的形式与质量等,而非对实际的仲裁程序进行管理,不涉及理应由仲裁员或是仲裁庭进行管理的任何事项。此外,在线仲裁平台可以提供相互评分服务,使得仲裁当事人与平台提供服务的仲裁员、仲裁机构与其他机构互评,引导以后当事人在近似消费范围内选择合适对象的同时,也促使各同类机构相互竞争,通过竞争得以不断提高与完善。通过诸如此等的管理形式,在线仲裁平台对于作为影响仲裁公正价值最主要因素的仲裁员可以起到充分的保障作用。既不抑制当事人对于仲裁员开放性的要求,给予当事人意思自治最大程度的尊重,允许其在不违背法律的前提下最大范围的选择合适的仲裁员组成仲裁庭;也可以通过制定格式加自选条款,如披露、回避、替换的条件与适用等,约定仲裁员的相应法律责任,避免仲裁员的不合格行为导致仲裁裁决的最终撤销等引起的不公;同时,互评机制等的存在也可以对当事人选择仲裁员起到指引作用,通过市场机制将不合格的仲裁员逐渐淘汰。

另一方面在线仲裁平台可以服务于仲裁的效率价值。从在线仲裁平台的概念与其高效性的特点中可以看出,通过在线仲裁平台进行仲裁毋庸置疑能够满足其所追求的效率价值。具体来说,将在线技术应用于国际仲裁领域,一是可以提供当事人一个快速协商仲裁条款或仲裁协议的平台,通过要素勾选以及重要因素提示的方式,使仲裁当事人足不出户便顺利完成仲裁的申请,如仲裁员的选择及仲裁庭的组成,仲裁规则及具体仲裁程序的确定等。同时,平台也可以提供预存解决未来争议的仲裁条款或仲裁协议服务,通过先期介入的方式提前规范相关法律文件。这样不仅能够节约各方当事人的谈判时间,也能有效避免由于后期仲裁陷入僵局而耽误时间。二是在线仲裁平台在仲裁的具体审理阶段,通过对日益普遍的在线技术的应用,可以将传统的线下仲裁完全搬到网上。只要仲裁员、各方仲裁当事人,以及庭审相关人员在约定时间同时上线,就能通过在线仲裁平台进行仲裁。不论是仲裁的陈述、答辩,还是举证、质证或是对专家证人的质询,都能通过同一屏幕上的多窗口方式同时展现。随着“5G”时代的来临,在网络运行速率不断提升并保持稳定的保障下,在线仲裁平台的出现直接降低了各方汇聚一方所消耗的路程时间。这对于需要多次开庭的复杂国际争议或是分处各地的仲裁员、当事人及仲裁相关人员而言更是如此。三是在线仲裁平台作为提供仲裁服务的公开交易场所,不仅可以链接不同的常设仲裁机构,为当事人提供仲裁场所、仲裁裁决的转化或其他服务,也可以链接公证机构或是经过协商链接各地法院等在国际仲裁过程中所可能需求的其他相关机构,将已完成的仲裁程序与过程直接发送至相关机构。由于区块链技术的日益成熟,使得网络上形成的相关信息可以得到固化而不再改变,确保信息的真实性。从而节省由于国别、语言或其他原因而转化、认证等所本需花费的大量时间。

四、浙江自贸区仲裁制度构建的现实路径

（一）立法支持在线仲裁平台的设立

浙江自贸区若设立在线仲裁平台，应能充分满足当事人对于争议解决方式法治化、国际化、便利化的营商要求。但在线仲裁平台作为对仲裁制度发展的创新，目前尚未有实践加以进一步论证及完善，且就其设想本身而言，尚需要通过立法予以保障。具体主要包括以下几个方面。

一是明确支持临时仲裁制度。众所周知，由于2017年《中国仲裁法》明确要求仲裁协议包含仲裁委员会作为有效要件之一，^①因此从法律角度上就否认了临时仲裁制度。虽然最高法多次尝试采纳临时仲裁，包括以“三特定”条款方式间接在自贸区进行尝试，^②但终究基于法律位阶的原因难以明确。而这与临时仲裁制度在二元仲裁体系中占据相当重要地位相矛盾，也不符合在线仲裁平台容纳临时仲裁的本性。因而明确支持临时仲裁制度尤为必要。具体而言，为维护全国法律的一惯性，同时也为检验实施临时仲裁制度的效果，可将浙江自贸区作为试验田，在仲裁法修改前，由全国人大通过授权方式决定在浙江自贸区内暂不实行2017年《中国仲裁法》内与实施临时仲裁相抵触的部分条款，改由浙江省人大通过地方性法规方式支持临时仲裁制度。譬如，对于“仲裁”，可参照1985年《国际商事仲裁示范法》的定义，“是指无论是否由常设仲裁机构进行的任何仲裁”。^③

二是明确在线仲裁平台的运行管理机构。由在线仲裁平台的特点及运行模式可知，管理主体需要同时满足两方面的条件，一方面既要是熟悉国际商事仲裁的圈内机构，避免出现外行指导内行的不良状况；另一方面又必须具有客观公正的公共性质，防止如目前一些仲裁机构那样公信力不足。因此若是由现行某个常设仲裁机构或是行政机关承担此职能，就不甚妥当，新成立某个机构作为管理主体更为合理。考虑到管理主体应熟知国际仲裁状况并具有研究创新能力，参照律协设立全由仲裁员组成的仲裁协会应可满足以上要求。因此，可由浙江省人大通过地方性法规方式明确在线仲裁平台由仲裁协会负责运行管理，并同时明确仲裁协会在运行管理在线仲裁平台时的具体职能及客观立场。

三是明确仲裁员的任职资格。根据现行仲裁法，仲裁员的准入门槛较为严格，^④这对于开放式的仲裁平台而言将在很大程度上阻碍当事人对于平台的选择，不利于平台的快速推广。同时考虑到国际仲裁的民间属性，因此降低仲裁员的准入门槛势在必行。至于是否和许多国

^① 2017年《中国仲裁法》第十六条第三款。

^② 《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第九条第三款。

^③ 1985年《国际商事仲裁示范法》第二条(A)款。

^④ 2017年《中国仲裁法》第十三条。

家法律规定的那样只要求仲裁员具有民事行为能力或由当事人自行确定,或是额外加以一定的限制,譬如年龄、资历等,可在调研的基础上由实践确定。而这些,也应由浙江省人大通过地方性法规方式予以明确。

(二) 研究完善在线仲裁平台提供的服务

浙江自贸区若要通过在线仲裁平台要提升其国际仲裁竞争力与影响力,除了外在加强宣传外,更为重要的在于提升在线仲裁平台的有效性,也即其与其他仲裁模式不同的特有服务。譬如对于仲裁协议的示范性条款制定,就应保持简洁的基础上明确各要素,避免争议发生后当事人应协议不明而陷入僵局。又如仲裁规则的制定一方面必须以当事人为导向,维护当事人的意思自治;另一方面也要竭力避免繁复的条款导致时间的无谓浪费。因此可以通过关键内容与时间节点的选择来达到两者的平衡。

美国主导的国有企业国际新规及中国的应对研究

徐昕* 赵雪莹**

摘要：对美国主导制定与推行的国有企业国际新规进行梳理，以“政府控制说”和“政府职能说”的对立与区别为基点进行逻辑与理论上的分析与评价。并且从美国如何将国有企业作为国际上规制对象的角度对国企规则深入分析，探究美国规则制定背后的目的。在上述论述的基础上有针对性的提出中国的应对建议，为我国国有企业提供具有可行性的国有企业改革方案与规则应对路径。

关键词：国有企业；政府控制说；政府职能说；竞争中立

一、美国主导的国有企业规则梳理

2018年以来爆发的中美贸易冲突凸显了美国对中国发展模式的不认可，美国一直试图在国际上主导推行与构建新一代的高标准国际经贸规则。自2009年美国总统奥巴马宣布美国参与《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, 简称 TPP) 谈判开始，国有企业成为了焦点问题。TPP 将国有企业单独设为一章，与以往国际上将国有企业纳入竞争章节的做法相比具有突破性与针对性，后2017年亚太地区十一个国家在此基础上达成了继承 TPP 国有企业条款的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)^①。此外，美国与加拿大和墨西哥签订的《美墨加协定》(USMCA) 设置了单独的国有企业章节，并在细节规定上更进一步强化了对于国有企业的管制。

TPP 和 USMCA 关于国有企业的规定在形式上开创了在区域贸易协定中将国有企业单独列为一章的先例，在内容上吸收了 WTO 补贴规则和 OECD 对于国有企业的竞争中立规定，标志着美国对于国有企业国际规则的构想成熟化。^②

美国在 CPTPP 和 USMCA 中确立的规则主要包括以下几个方面的内容：

(一) 扩大国有企业定义外延

USMCA 中规定，政府直接或间接拥有 50% 以上股权或行使 50% 以上投票权，或者政府直

徐昕，女，上海对外经贸大学贸易谈判学院副教授，副院长；赵雪莹，女，上海对外经贸大学贸易谈判学院世界贸易组织法 2020 级硕士研究生，本文为国家社科基金“美欧针对我国国有企业加强国际造法带来的挑战及应对研究(20BF)(203)”的阶段性研究成果，文章仅限学会交流所用，观点和内容尚待进一步完善，请勿引用。

^① 虽然美国并未最终加入 CPTPP，但 CPTPP 的国有企业条款是从 TPP 文本中原封不动继承而来，因此 CPTPP 中的国有企业规则仍然是美国提出并主导推动的。基于 CPTPP 是目前已正式生效的协定，因此下文中直接将引用 CPTPP 的文本作为美国提出的国有企业规则。

^② 参见王晨曦：《美国主导的国有企业国际造法：历史进程、核心内容及应对策略》，南京理工大学学报(社会科学版)2021 年第 1 期，第 22 页。

接或间接对企业拥有控制权，或掌握任命董事会成员的权力，即可被认定为国有企业。

此种定义实际上是延续了美国对国有企业一贯的宽泛定义标准，即“政府控制说”，其对国有企业的判定标准为是否为政府所有或控制。国有企业定义标准的问题从 DS379 案和 DS437 案中的争议焦点延伸开来，即国有企业是否符合《补贴与反补贴措施协定》（以下简称《SCM 协定》）第 1 条规定的“公共机构”的定义范围进而成为补贴提供者。上诉机构在 DS379 案中否定了美国的“政府控制说”，采纳了“政府权力说”，将“公共机构”解释为被赋予了某种政府责任，或行使某种政府权力、以履行政府职能的实体。此后专家组在 DS437 案中也再一次否定了“政府控制说”。但在目前美国主导与推动的区域协定中，对国有企业的定义仍然以是否被政府控制为判断标准，美国对此种标准的坚持既体现了针对性与霸权主义，同时也是在为后续规则铺平道路，美国对国有企业扩大化的宽泛定义直接导致包括反补贴等一系列打着公平贸易旗号的贸易保护措施顺利适用。

（二）针对国有企业的补贴规则

1、非商业援助规则

非商业援助一词实际上是美国针对国有企业补贴规则的变相说法，美国参照 WTO 框架下的补贴纪律在 CPTPP 和 USMCA 中都为国有企业制定了专门的规则，但在协定中并未使用补贴这一说法，而是将其命名为非商业援助。

CPTPP 协定下非商业援助规则的一般性义务包括：（1）缔约国政府不得直接或间接地向国有企业提供非商业援助；（2）缔约国的国有企业不得直接或间接地向其他国有企业提供非商业援助；（3）缔约国政府不得向其在一缔约国投资的国有企业提供非商业援助。非商业援助的类型包括：（1）国有企业的货物生产和销售；（2）国有企业从一方境内向另一方境内提供服务；（3）通过第三方或另一方境内涵盖投资的企业向另一方境内提供服务。

非商业援助规则使国有企业及缔约国政府只能基于商业因素进行活动，而禁止其他目的的任何形式的帮助，否则就有可能被认定为是不正当的行为。

2、禁止性补贴规定

USMCA 第 22.6 条第 1 款的非商业援助条款规定禁止缔约国政府、国有企业向无资信保障的国有企业提供贷款或贷款担保；禁止向资不抵债或资不抵债边缘，而没有一个旨在使国有企业在合理的时间内恢复长期生存能力的可行的重组计划的国有企业提供非商业援助；禁止不符合通常私人投资者投资实践情况下的国有企业债转股。这种对缔约国或国有企业的行为直接进行禁止规定的非商业援助条款实际上是一种变相的禁止性补贴。在美国制定的国有企业规则中，上述类型的行为是被绝对禁止的，这类短期内无法得到投资回报率的行为将直

接被认定为属于非商业援助的含义范围内。因此，这种禁止性补贴规定实际上暗含了商业考量的因素，让市场对此类国有企业进行自然淘汰，保证排除了政府力量的干预。

但是，此类禁止性补贴规定仍然存在语意模糊的问题，如合理时间如何确定？长期生存能力有什么样的判定标准？这些目前还未明确的问题虽然可能会引起争议且造成此类条款执行性上的贬损，但从这些禁止性补贴的规定不难看出，美国想通过此类条款强力排除政府干预的行为，保障市场不受其他因素干扰，让市场本身决定企业走向。

此外，CPTPP 和 USMCA 移植了 WTO 框架下的 SCM 协定第 5 条（补贴的不利影响）和第 15 条（补贴造成的产业损害）规定，要求不得对他国造成不利影响或产业损害。^①此条款不仅将损害和不利影响的范围扩展到服务贸易，且在条款中以非穷尽式清单的方式更为详细的列举了不利影响的类型，对“实质性”损害做出了较为明确的规定，这种对条款用语内涵与外延细节化、技术化的规定使得对于国有企业违反规则的判定更具有可操作性，^②结合美国基于“政府控制说”对于国有企业的宽泛认定标准，为美国针对国有企业发起反补贴调查提供了规则上的便利。

综观之，美国主导的自由贸易协定框架下的非商业援助条款设计基本上遵循了 SCM 补贴内容。但在非商业援助主体、适用范围、损害认定方面扩大了相应范围，^③因此，虽然 CPTPP 和 USMCA 看似没有单独的补贴章节，但其实质是通过非商业援助条款将补贴纪律纳入其中。

④

结合实际情况，美国对我国国有企业中存在的产能过剩等问题的不满已由来已久。2016 年，美国声明如果中国不能及时采取措施削减钢铁等产业过剩产能和产量，将寻求贸易手段解决。2017 至 2019 年全球连续三次召开钢铁产能过剩全球论坛部长级会议，寻求解决以中国为首的钢铁业强国的去产能问题。因此非商业援助条款，尤其是其中的禁止性补贴规定，直接导向了我国国企中存在的僵尸企业与产能过剩等问题，禁止政府通过大量的资金或其他形式的支持使僵化和无社会效益的国有企业继续存续。此外，在 2020 年美欧日联合提交的 WTO 改革建议中也提出将无限担保、对无可靠重组计划的资不抵债企业进行的补贴等列为禁止性补贴。从目的上来说，美国的非商业援助条款反映的美国要求中国清理对产能过剩及僵尸国有企业的保护性补贴的意图是十分明显的。

^① 参见王晨曦：《美国主导的国有企业国际造法：历史进程、核心内容及应对策略》，南京理工大学学报（社会科学版）2021 年第 1 期，第 22 页。

^② 参见唐宜红，姚曦：《混合所有制与竞争中立规则——TPP 对我国国有企业改革的挑战与启示》，学术前沿，2015 年第 12 期，第 61 页。

^③ 参见王秋雯：《国有企业规则在区域贸易谈判平台中的新发展与中国对策》，《国际贸易》，2018 年第 6 期，第 63 页。

^④ 参见韩立余：《TPP 国有企业规则及其影响》，《国家行政学院学报》，2016 年第 1 期，第 26 页。

另外对非商业援助条款进行深层次探究, 条文背后展现的是美国打压中国国有企业发展, 将国家资本主义的帽子扣给中国的真正目的。中美之间一直存在发展模式上的分歧, 早在中国请求加入 WTO 的时期, 美国虽然曾经对中国加入 WTO 表示过积极的支持态度, 但在当时的美国看来, 对中国有希望中国入世后能够向资本主义体制靠拢的政治期待, 美国认为, 中国加入世贸组织是从共产主义和威权主义向自由市场经济和民主过渡的关键步骤。比尔·克林顿曾在 2000 年表示中国的入世不仅是同意进口美国产品, 还意味着同意美国最看重的价值观之一——经济自由。现如今 20 年过去了, 美国并不认为当初的政治期待实现了, 实际上也确实与美国当时的展望相反, 中国不仅坚持了社会主义道路, 还开创了中国特色社会主义并构建了理论, 用实践证明了坚持共产党, 坚持中国道路的正确性。中国的经济增长也同时增强了政治现状, 并未导致美国期望中的民主改革。因此美国对中国的意识形态和社会体制一直持否定态度, 认为中国采取的是国家资本主义, 政府利用国有企业操控市场, 干预并扭曲市场^①, 而这种对中国体制根源性的不认同与反对体现在了非商业援助条款的设置中。

(三) 商业考虑义务

CPTPP 和 USMCA 规定每一缔约方应保证其每一国有企业在从事商业活动时依照商业考虑行事。从范围上来看, CPTPP 和 USMCA 协定将国企“商业考虑”原则的适用范围从货物的购买和销售扩充至服务的购买和供应以及涵盖投资; 从考虑因素上来看, CPTPP 和 USMCA 中的商业考虑在对价、适销性、运输等因素的基础上, 还加入了相关的私营企业在商业中所考虑的其他因素; 从义务的性质来看, 在此类协定中, 商业考虑义务成为缔约国应当遵守的独立义务。

美国在协定文本中定义的商业考虑原则实际上是要求国有企业像私营企业一样以追求盈利为目的, 从而在运营过程中作为纯粹的商主体行事, 符合一般的商业习惯, 从而保障国有企业和私营企业的公平竞争。

在 WTO 体系的框架下, 现有案例表明其倾向于认定商业考量仅是判定非歧视待遇的辅助判定要素, 并不是对国有企业施加的独立法律义务。^②在 WTO 加拿大小麦出口和进口谷物处理措施案中^③, 美国起诉加拿大政府设立加拿大小麦局并赋予该企业出口专营权、定价权、优惠利率贷款等行为, 违反了 GATT1994 第 17 条关于“国营贸易企业”的规定。根据 GATT1994 第 17 条第 1 款 (a) 的规定, 国营贸易企业应以与非歧视待遇原则相一致的方式行事; 第

^① See Mark Wu, *The 'China, Inc.' Challenge to Global Trade Governance*, 57 (2) *Harvard International Law Journal* 323 (2016).

^② 参见王秋雯:《国有企业规则在区域贸易谈判平台中的新发展与中国对策》,《国际贸易》,2018 年第 6 期,第 63 页。

^③ See, WTO DS276.

17 条第 1 款 (b) 规定国营企业应仅考虑商业因素, 应依照商业惯例向其他缔约方的企业提供参与此类购买或销售的充分竞争机会。根据 GATT1994 第 17 条, 各缔约方应给予其他缔约方贸易公平和公正的待遇, 不得以此对本国国营企业实行贸易保护或制定对其他缔约方有歧视性的措施从而扭曲国际贸易竞争。^①本案的争议焦点之一是 GATT 第 17 条第 1 款 a 项和 b 项的关系, 本案上诉机构对此问题进行了法律分析。上诉机构认为, 第 17 条第 1 款 (a) 中的非歧视原则是国营企业应当遵守的义务, (b) 项“依照商业因素”、“依照例行商业做法”的规定并不创设单独的法律义务, 而是对于 a 项关于非歧视待遇的补充解释。^②上诉机构认为非歧视待遇义务是第 17 条的主义务, 是一般性义务, 而 (b) 项是对 (a) 项的界定和澄清, 通过对 (b) 项中规定的“商业因素”综合分析, 判断商业交易中一定程度上的差别待遇是否具有歧视性, 从而得出被申诉方是否违反了第 17 条规定的非歧视义务的结论。

因此, WTO 上诉机构在此案中指出, 在涉及到 GATT1994 第 17 条的案件中, 要同时考察 (a) 和 (b) 的规定, 且应首先考察作为主义务规定的 (a), 在适当地解释及适用这两项的规定之前, 不能裁定违反第 17 条第 1 款。根据上诉机构的分析, 在 WTO 规则中, 国有企业规则中的非歧视待遇义务和国有企业是否依照商业考虑行事必须一起予以适用。国有企业是否依照商业考虑行事仅作为被申诉方是否违反非歧视义务的辅助判断要素, 其本身并不成为一项独立的法律义务, 此单一因素也无法判定国有企业行为的违法性。^③因此, 与 WTO 体系对国有企业规定的商业考虑原则相比, 美国目前制定的此类规则在商业考虑原则下对缔约国设定了更重的义务负担。

从文本整体的综合视角来看, 在美国推出的国有企业规则章节中, 商业考虑义务与前述的非商业援助原则在一定程度上是一种有机结合的逻辑统一体。其规则要求国有企业向将营利作为主要甚至绝对追求目标的私人企业一般考量市场因素, 同时非商业援助原则中商业因素的定义与商业考虑原则中的含义有重合。什么样的政府行为是属于“非商业”性质的, 一个解释角度是从商业考虑原则出发回答这个问题, 只要不是以追求营利为目标而做出的行为都可能被定义为“非商业”性质, 更具体的讲, 在某段时间区间内无法有投资回报率的投资类行为能够落入“非商业”因素的范畴。

(四) 非歧视义务

非歧视待遇原则要求缔约国的国有企业在购买或销售货物以及服务时, 对该国市场上的

^① See GATT 1994 Art 17

^② 参见段平刚:《WTO 加拿大小麦出口和进口谷物处理措施案法律问题分析》, 重庆文理学院学报(社会科学版), 2010 年第 6 期, 第 125 页。

^③ 参见王秋雯:《国有企业规则在区域贸易谈判平台中的新发展与中国对策》,《国际贸易》, 2018 年第 6 期, 第 63 页。

所有企业要一视同仁。具体而言，对于全体外国企业，要提供与国内企业同样的待遇；对于全体在该国投资的企业，要提供与国内企业同样的待遇。非歧视待遇原则在 CPTPP 与 USMCA 中的发展一方面体现在适用领域从只适用于货物扩展到适用于货物和服务、涵盖投资，另一方面是适用行为从单方面的销售行为扩大到销售及购买两方面。^①

与 WTO 规定的非歧视原则相比，CPTPP、USMCA 协定国企章节将非歧视待遇作为国企商业行为的一般原则，并且与商业考虑原则相结合实际上是在要求国有企业摒除其他非商业的考虑因素，成为市场上“冷血而逐利”的“公正”商事主体对所有企业一视同仁，给予同等待遇。由具体条文可见，CPTPP、USMCA 的非歧视待遇条款具有适用主体上的突破性：非歧视待遇的实际主体是国有企业，而非缔约方，缔约方的首要责任是确保其国有企业提供非歧视待遇。^②

（五）透明度义务

CPTPP 规定缔约方应向其他缔约方提供或通过其他方式在官方网站公开提供其每年更新的国有企业名单，且这是缔约方需要主动公开的信息；缔约方还需回应另一缔约方对其国有企业相关信息披露的书面请求，内容既包括例如该国有企业中受政府控制部分的股权或投票权、年度财务报告和审计情况等国有企业信息，也包括政府政策信息，这意味着缔约方有被动应申请公开信息的义务。从这些条款中可以看出，CPTPP 协定下透明度规则条款的涵盖信息披露的内容和范围都十分广泛，且其中特别涵盖了非商业援助的披露。^③此外，USMCA 中还对缔约方的信息披露义务补充为“不论注资是否构成非商业援助，都要应缔约方的要求披露”。可以看出，美国的此类协定对缔约国政府的透明度义务要求不仅与前述所有规则有内在联系与文本上的一致性，还大大加深了缔约国义务的负担程度。

为更好的在实际中运用针对国有企业的各种规则，增强国有企业义务的执行性，CPTPP 与 USMCA 还制定了证据发现规则。根据证据发现规则，争议各方可以交换书面问题来获取与申诉有关的而难以凭借己方能力收集的某些信息。专家组应综合考虑信息交换要求的合理性以及答复方实际的合作程度以做出认定，且专家组应对案件中某争端缔约方在信息收集过程中的不合作情况作出不利推定。^④这一规定使 CPTPP 下的证据提供成为一项强制性的义务。

^⑤原本被动提供证据的一方也有可能由于自己的不合作行为承担不利推定的后果，这种规则

^① 参见孙岳：《自由贸易协定竞争中立规则对国企的规制及中国对策》，广东外语外贸大学硕士论文，2020年。

^② 同上。

^③ 参见沈冰雪：《TPP 国有企业规则对我国的影响及法律对策研究》，大连海事大学硕士论文，2017年。

^④ 参见 CPTPP 国有企业章节附件 B 第 9 款。

^⑤ 参见孙岳：《自由贸易协定竞争中立规则对国企的规制及中国对策》，广东外语外贸大学硕士论文，2020年。

在一定程度上增强了缔约国政府信息披露的强制性，除非证明信息提供要求或提供难度的不合理性或可能存在的更为迂回的方式，否则披露机密信息是很难从正面应对的，因此这个条款应用在国有企业章节中具有很强的强制性色彩。

CPTPP 和 USMCA 以非商业援助等实体规则为基础，通过加强国有企业和缔约国政府的信息披露义务，结合证据发现中不利推定规则的手段，使国有企业的透明度义务变得十分严苛，对中国的国有企业来说是非常高标准的要求。

二、美国如何通过规则将国有企业作为规制对象

（一）现有规则的基础与起点都是美国一直坚持的国有企业“政府控制说”定义

目前美国针对国有企业制定的规则是具有突破性的，其突破性具体表现在：其一，主体上的突破性。CPTPP 和 USMCA 都有对国有企业直接施加义务的条款，也就是说，此类协定直接将国有企业作为协定条款的适用主体，而非传统上的要求缔约国对某类企业或行为进行管制；其二，义务上的突破性。此类协定不仅在已有义务上对国有企业设置了比 WTO 框架下更重的义务负担，还在商业考虑原则等方面正式将其作为国有企业必须遵守的独立义务，突破了目前 WTO 实践中将其作为非歧视待遇的辅助判断因素的做法。

由上述对目前国际上的条约规则梳理可见，CPTPP 与 USMCA 为国有企业设置了单独的章节，其中不乏针对性、攻击性强的条款，但综合分析，这些规则实际上有一个共同的基础，即国有企业“政府控制说”。美国主导的国有企业规则以国有企业“政府控制说”的定义为基础与逻辑起点，站在“政府控制”的立足点上延伸开，制定国有企业相关规则，并将其最终制约国有企业发展的目的巧妙的融合进规则中，使其从规则制定方面表现出更加公正与中立的表象。

（二）协定中的大部分实体规则仍然是链接至补贴规则的通道

1、国有企业被认定为补贴主体和补贴接受者的双主体。

美国将国有企业宽泛地界定为“缔约方所有的或者通过所有者权益控制的企业”，以之取代“公共机构”作为补贴主体，本质上是上述“政府控制说”方法的延续和强化。^①在“政府控制说”的定义前提下，能够将国有企业认定为补贴主体，加上这种定义使国有企业的形象仿佛变成了“受政府保护和庇佑的主体”，从而顺理成章的加强对国企与政府之间关系的监督力度，透明度义务的要求就是一种侧面的佐证。

年。

^① 参见廖凡：《政府补贴的法律规制：国际规则与中国应对》，社会科学文摘，2018年第2期，第74页。

2、非商业援助的本质是补贴规则。

以非商业援助规则为典型代表的规则制定实际上是在构建补贴规则。也就是说，非商业援助规则是链接至补贴规则的通道。非商业援助规定的一般性义务与禁止性义务都是缔约国政府需要遵守的义务，如果缔约国政府违反了需要遵守的以上规则，给国有企业提供了符合条款定义中的非商业援助，虽然也有可能遭到另一缔约方向条约中规定的争端解决机构请求解决争端，但认为己方受到损害的一方也有可能通过发起国内的反补贴调查，对相应的国有企业以现有的补贴规则来限制国有企业。如果缔约国一方采取反补贴的手段寻求解决争端，那么关于非商业援助的规则就成为了一国链接至补贴规范的制度。

因此美国在相关协定中虽然没有采用补贴的字眼，但实际上仍然是在构建补贴规则，并且通过宽松的主体认定要件以及宽松的认定范围和标准来推行以“非商业援助制度”为名的新反补贴规则，以消除一国政府对国有企业补贴所引发的对市场竞争产生的负面作用。^①总之，非商业援助具体规则的确立使补贴行为整体认证难度变小，美国会更容易也更倾向于通过国内发起反补贴调查对国有企业进行规制。

（三）通过“政府控制说”，逐步的将国有企业行为上升为政府“市场扭曲行为”

国有企业无论是否真正被政府控制或是否真正在行使政府职能，其作为一个私人主体，按照传统国际法理论，其无法作为国际法上适格的法律主体，因为按照传统国际法，只有私人行为能够归因于国家，且这种私人行为是国际不法行为才能在国际法层面成为国家与国家之间的可被诉诸争端解决机构的争议。因此美国除了反补贴调查的传统方式，还通过行为上的转化，既实现对国家的制裁，也间接实现对国有企业的制约。

第一，在 CPTPP 与 USMCA 中，美国规定了相关的缔约国义务，在条款中明确写明缔约国有义务保障国内国有企业的规范化市场行为。

第二，通过坚持国企定义中的“政府控制说”，实际上将国企的行为与政府行为对等，在逻辑上实现一致性与连贯性。因为在“政府控制说”的前提下，隐含的一层含义是，国有企业的行为是被政府所掌控的，甚至夸张些说，国有企业的一切行为是由政府授权或默许的。且即使此理论受到抨击与否定，也可以从“控制论”的另一含义解释来完善此理论逻辑，即政府对由其控制的国有企业负有监督管理的义务，基于此种监督管理义务将国有企业的违规行为转化为缔约国政府的违反协定的行为。

第三，将政府行为上升至“市场扭曲”行为的意义与高度，进而对国家采取制裁措施。

^① 参见刘雪红：《国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考》，法商研究，2019年第2期，第170页。

首先，美欧修改国内法，将非市场经济反倾销规则易名为市场扭曲规则，在国内法层面为国际规则做了前期准备工作。其次，通过采用非市场导向标准，暂时规避对于“非市场经济”的争议，为构建“市场扭曲”行为提供了理论支撑，其结果与直接目的是导致传统的替代国规则重新加以运用。例如，2015年美国出台的《贸易优惠拓展法》调整贸易救济措施，规定行政当局可对认为不反映正常贸易过程中的生产成本的产品采取其他任何计算方法，^①至此，替代国比价方法的适用范围不再局限于非市场经济国家，向市场扭曲条款转型。^②最后，美对国企竞争中立、禁止技术本地化、汇率操纵等市场扭曲条款进行积极构建，将“市场扭曲”行为的含义在规则上更加具体化，以制约中国的经济发展。

综合以上理论分析，市场扭曲条款首先在逻辑上将国有企业的行为定义为政府运用公共权力干预市场，扭曲市场竞争的行为，再在行为性质上对行为定性为妨碍竞争，具有垄断性质与主观恶意的不公平行为，因此就可以就缔约国进行违反协定义务提交约定的争端解决机制，从而从另一层面与高度达到抑制国有企业能力与作用的目的。

综上所述，美国从两个层面直接或间接的达到了规制国有企业的目的。其一，在国内法层面，以美国主导构建的国有企业规则为平台，通过发起国内反补贴调查的形式直接规制国有企业；其二，通过直接对政府设定义务或间接使缔约国承担监督管理义务的形式，在国际法层面对缔约国政府违反义务的行为提起争议解决，间接达到规制国有企业的目的。此外，美国等还能通过对政府“市场扭曲”的行为定性达到占领公平制高点的目的，一方面对被指责国家的形象与威信有一定的损害，一方面也有使美国更能够主导制定规制的作用。

三、我国对上述规则的应对建议

（一）坚持“政府职能说”

要应对美国针对国有企业制定的规则，首先要从国有企业定义开始坚持“政府职能说”。“政府职能说”，或说“政府权利说”需要区分国有企业在从事商事活动时是否是在行使政府职能，若国有企业在政府授权下行使某种为社会利益考量的职能，那这时的国有企业即使在从事商业行为，其性质也带有公益的公共性质，而不能纯粹将其作为竞争市场上的普通主体看待。

从定义的角度出发，即使是有政府资产控制的国有企业，其身份本身也不能理所当然的使之成为需要遵守协定中规定义务的主体，美国坚持的“政府控制论”导致国有企业定义过

^① See Trade Preference Promotion Act, 19 USC 2101, Section 504

<http://www.congress.gov/114/plaws/pub127//plaw-114publ27.pdf>, last visit on May 21, 2021.

^② 参见王燕，陈伟光：《“非市场经济”与“市场扭曲”：中美欧之间的制度之争》，社会科学，2019年第10期，第18页。

于宽泛，对于在实际情况中类型和功能都多种多样的国有企业来说，既无法符合国家实践，也会导致“矫枉过正”与“一刀切”的武断情况，无法促进经济与社会进步，也于增进人民福祉无益，不能提高国内与国际的社会发展水平。

“控制论”与“职能说”之间的区别之一在于后者关注国有企业是否表现公共职能，“职能说”背后隐藏的条件是国有企业有可能行使政府职能，也有可能存在市场中不行使政府职能，而仅仅作为商业主体而存在的情况。“控制论”则与之不同，它对国有企业所处的现实情况在所不问，只要在股权或投票权等形式上与政府有某种联系，就将企业定义为一切行为都受政府操控的实体存在，它不关注国有企业作为一个独立的法人拥有的行为意志，单纯的认定其受政府控制，是政府干预市场甚至扭曲操控市场的工具。这导致的后果是某些国有企业无法发挥应有功能，因为这部分国有企业在被施加最严苛的商业义务时，就被限制了需要与公共力量结合以完成公益目的的可能性。因此“控制论”忽视国有企业类型，具有不合理性。

（二）定义与细分国有企业行为性质

从“政府职能说”的逻辑出发，那么首先就需要对国有企业的行为进行更细致的区分。因此，第一，较为概括的说，我们首先需要对国有企业这一市场主体以行为性质去定义而非身份，从而确定该国有企业必须遵守的义务与应承担的责任。在实际国有企业改革中，这可作为基本的改革思路和理论指导。

第二，应制定相应判断标准以便更为细致的区分国有企业的纯商业行为与带有公益因素的行为和纯粹公益行为。以一种呈现为梯度的标准界定清楚国有企业的行为属于什么性质，再根据不同的行为性质对国有企业应遵守的市场规则予以细分和专属制定。

这一步骤是对区分国有企业行为性质的具体化。首先根据国有企业的追求目标将行为因素大致区分为商业性因素与公益性因素，再结合各领域的理论将两类因素进行数值上的量化或其他可行分类，形成一种有梯度的因素判定表的形式，将其作为界定国有企业行为性质的标准。

第三，对“参与商业活动”这一词语进行进一步的定义与区分。“参加商业活动”不意味着国有企业的此类行为不带有公益性质，也不能就此忽视部分国有企业通过商业活动的形式实际达成某些公益目的的行为，因此也可以考虑对这一用词的替换。在前述情况下，国有企业通常还承担了维护社会公平稳定，主导经济发展的作用，当然，在实际情况中也许这种为社会公众服务的目的需要更加具体，而不能仅仅是价值导向类的标语。

目前我国已经实行了国有企业的分类改革，现有的改革大致将我国的国有企业分为商业

类国企和公益类国企，商业类国企又分为主业处于充分竞争行业和领域的竞争类国企和主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大任务的功能类国企。因此我国的国有企业已经有了区分基础，下一步可以在此基础上结合理论与实践进一步探索区分国有企业行为性质的可行性与具体路径，再根据行为性质对国有企业的义务进行分类与规制，尝试构建相关标准与规则。

另外，若在细分国有企业行为性质的前提下，也许可以将控制论与职能说的对抗焦点淡化，不再过多的纠结什么样的企业是国有企业，而将关注焦点放在该企业某种行为性质与功能，此种性质的与功能的行为应承担什么样的责任。在此理论上要考虑的事情是对某些企业政府应恪守怎样的界限实现政企分开，避免政府对市场的不当干预；对承担公共目的的企业怎样实现政府的合理干预，同时发挥市场功能等。

（三）吸收竞争中立条款对我国发展有益的部分

目前我们需要认识到的是，竞争中立规则通过消除国有企业的因公优势可促进国有企业身份独立和商业化运作，一定程度上符合市场经济的发展规律和要求的观点已初步得到普遍认同，竞争中立的内涵已经逐步在许多国家应用，国内与国际规则逐渐向竞争中立靠拢已是大势所向。

经合组织所提出的去除国有企业公有优势、维持公私企业公平竞争的方案，^①已初步形成了目前竞争中立方面的规则。它们以国家条约义务的方式同时对政府与企业提出公平竞争要求，可以有效帮助国有企业克服其公有身份带来的反竞争性和身份非独立性，能够限制政府权力在国有企业中的非法扩张，有助于培育国有企业自身的竞争优势并回归企业的本质。

②

因此，对于美国针对国有企业的条款，我们需要理性看待，不可仅因国家立场而全盘否定。在我国实行分类改革的基础与前提下，诸如商业考虑原则可被纳入我国国有企业的规制规则中，例如对于主业处于充分竞争行业和领域的竞争类国企，可要求其按照完全的私人商事主体对市场因素进行考量，在规则方面除了与私人主体适用同样的法律，也可为防止政府不当干预进行规则的制定，如对此类国企引入较为严格的非商业援助规则，帮助这类国有企业回归商业主体的本质。也就是说，我们需要有条件的制定适宜国有企业现状与未来发展的规则，既完成我国国有企业的改革目标，也契合国际理论与趋势。

^① See OECD,Competitive Neutrality:Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business, OECD Publishing,2012,pp.5-6.

^② 参见刘雪红：《国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考》，法商研究，2019年第2期，第170页。

通过以上几个方面的规则制定理论,我们可以在国际立法上制定并推行中国自己的竞争中立规则与其中蕴含的思想,同时灵活运用例外条款结合我国及其他发展中国家的实际情况给予某些现状下难以解决的问题以生存与发展空间。通过对某些领域或情况规定过渡期的方式给相关的国有企业转型和管理制度改进提供时间保证。^①此外还有学者提出在争端解决机制的设置与适用上可以制定某些有利于我国的规则,总之,需要以一个成体系的连贯一致的逻辑完成相关规则条文的制定。

四、结论

以美国为主导的西方主流批判中国国企是“国家资本主义”的集中体现,属于“政府代理人”^②,因此在贸易、服务、投资等多重领域歧视中国国有企业并百般阻挠中国国有企业参与国际活动,想要遏制中国国有企业的发展。通过对 CPTPP 与 USMCA 国有企业章节的综合梳理与分析,阻碍中国国有企业发展的目的不仅表现在协定条款规定的严格义务中,这些条款体现出的针对性也表现出强力排斥政府介入市场的态度。

但纵观 CPTPP 和 USMCA 的文本规定,其背后显示出了以国有企业“政府控制论”为基础的逻辑体系。并且理性分析其规定,实际上也不完全是全新的,无迹可寻的规则,其中的非商业援助原则就是另一种形式的更易被认定的补贴规则,美国仍然需要通过链接至补贴制度以实现对国有企业的规则。至于在国际法层面,美国确实给缔约国规定了更重更严苛的义务,并且将政府的违规行为与扭曲市场竞争画上等号,在方便对缔约国政府的违规行为提起争议解决的同时,也占领维护市场公平的制高点,从而扩大其规则的影响力与认可度。

对此我国也应提出更有效有针对性的应对措施,不仅要坚持以坚持“政府职权说”为理论基础,也考虑下一步细分国有企业行为性质的各种可能途径,制定相应标准对商业行为与公益行为采取更具有操作性的区分,在此过程中还包括斟酌条款中用词,明晰“参加商业活动”的含义等。目前美国大部分的国有企业条款都可被归为竞争中性项目下的具体含义,因此我国可综合吸收国际上竞争中立条款,采用对我国发展有益的部分,尽快构建我国相应规则的理论体系,助力我国国有企业改革的同时也扩大国际影响力与认可度。

^① 参见刘雪红:《国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考》,法商研究,2019年第2期,第170页。

^② 参见刘雪红:《“国家资本主义论”下的国企投资者保护——基于投资协定革新的视角》,法学,2018年第5期,第15页。

竞争中性原则的引入及批判应用

周旭东*

摘要：美欧试图在 WTO 多边贸易体制之外提出竞争中性这一新的国际规则来规范国有企业，并通过区域贸易协定不断扩大其在国际上的影响范围和接受程度。竞争中立一方面是美欧为了遏制中国国有企业发展而提出的，但是另一方面，竞争中立中又蕴含符合市场经济规律、对我国国有企业改革有利的合理成分。中国可以在厘清竞争中立内涵的前提下，考虑是否引入竞争中立；如果引入的话，如何批判地运用该原则指引我国国有企业改革。如此不仅可以有效应对国际上对中国国有企业的质疑和打压，又可以使国有企业往市场竞争方向前进，促进国有企业做大做强。

关键词：竞争中性原则；国有企业改革

一、问题的提出

竞争中立政策或竞争中性政策（Competitive Neutrality Policy）最早发端于澳大利亚的国内经济改革，于 1996 年澳大利亚联邦政府发布的《联邦竞争中立（中性）政策声明》（Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement）中首次提出。^①近些年来经济合作与发展组织（OECD）又先后发布了一些列与之相关的专题工作报告向国际社会大力推广以“简化国有企业运行方式”、“核算特定职能成本”、“给予商业化回报”、“厘清公共服务义务”、“税收中立”、“监管中立”等八项主张为核心的竞争中立（中性）政策。美国在 2008 年金融危机爆发后，特别是在加入《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）谈判后，指责中国的国家资本主义违背了“国际社会普遍赞同”的“竞争中立（中性）原则”，使得中国企业的出口和海外投资屡遭政府背景质疑。

OECD 通过多年来对竞争中立（中性）的探讨和对国家实践的指导将竞争中立（中性）政策国际化，使其逐步在国际社会中成为一项“软法”，同时美国又在其自由贸易协定中大力推行竞争中立（中性）要求，试图将其塑造为规范国有企业的新规则。竞争中立（中性）概念和观点在国际上不断地被加强，也被越来越多的国家接受，那针对这一情况中国应该持何态度呢？到底是接受还是否定，如果接受的话是批判地接受还是全盘接受？我们所接受的“竞争中立（中性）”的概念和内涵与澳大利亚、OECD 以及美国所提出的内涵是否相同？接受之后在国内又如何应用？这一系列问题将是本文具体要解决的问题。

*周旭东，上海对外经贸大学贸易谈判学院世界贸易组织法 2020 级硕士研究生。

^① See Australia, Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement, 1996, <https://treasury.gov.au/sites/default/files/2019-03/cnps.pdf>, last visit on April 25, 2021.

二、概念厘清——Competitive neutrality: “竞争中立”与“竞争中性”

竞争中立(中性)政策被提出后,陆续有学者开始关注“Competitive Neutrality”并对其进行研究,将其译为“竞争中立”,近些年国内又出现了“竞争中性”的译法,虽然两者表达的意思看起来差不多,但仔细分析其中有些微不同之处。有学者认为,如果译作“竞争中立”,从字面意义上讲,强调的是以政府为中心,意指政府对不同企业主体坚持不偏不倚、一视同仁的政策立场;如果译作“竞争中性”,强调的是从不同企业主体的视角来看,政府政策应该符合公平竞争的要求而不应该对企业之间竞争局势产生干预或偏离性的影响。^①本文同上述学者的选择一样,认为“竞争中性”的译法更能恰当的表达这一概念的内涵,但笔者给出了不同的思考和理由。

笔者根据解释的一般方法,查找了《布莱克法律词典》(第9版)中“neutrality”的含义:1. 状态或品质是不偏不倚的,无偏见的(即中性的);2. 在战争时,一个民族不参与争端但是与交战双方继续和平相处的状态(即中立的)。从词典查找到的意思来看,将Competitive Neutrality翻译成“竞争中立”与“竞争中性”都符合单词原意,接下来进一步去原始文件中探寻Competitive Neutrality的真实含义。首先,从澳大利亚提出的“竞争中立(中性)”来看,在1996年澳大利亚联邦政府发布的《联邦竞争中立(中性)政策声明》中,明确了竞争中立(中性)的概念:竞争中立(中性)是指政府的商业活动不得因其公共部门所有权地位而享受私营部门竞争者所不能享有的竞争优势。澳大利亚提出竞争中立(中性)政策的初衷是为了解决国内市场的竞争政策壁垒问题,将竞争引入那些因受到产业管制或国有产权保护而长时间处在舒适区的国有部门和国有企业中去。其次,从OECD发布的报告来看,OECD对“竞争中立(中性)”给出的定义是:当经济市场中没有经营实体享有过度的竞争优势或竞争劣势时,就达到了竞争中立(中性)状态。在2009年,OECD竞争委员会组织召开了“国有企业与竞争中立(中性)原则”(State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality)竞争政策圆桌论坛,该论坛的会议报告中提到,国有和私营企业应受到相同的规则约束,且与政府的联系不会为任何市场参与者带来竞争优势。笔者强调,OECD提出的竞争中立(中性)是一种状态,它探讨的主体不是政府,而是国有企业与私营企业,两者在同一个经济市场和同一套法律政策下是否受到相同的约束。最后来看美国给出的定义,美国副国务卿罗伯特·霍马茨在其长文中说到:竞争中立意味着政府支持的商业活动不因其与政府的联系而享受私营部门竞争者所不能享受的人为竞争优势。霍马茨的定义是将重点落在政府或者说政府支持的商业活动上的,强调政府在“竞争中立(中

^① 参见余菁:《竞争中性原则的政策应用》,《求是学刊》2020年第2期,第86页。

性)”中的角色，实际上使得只要与政府有联系的市场商业活动都被纳入到竞争中立（中性）的规制范围内，与澳大利亚、OECD提出的“竞争中立（中性）”相比具有更大的适用范围，它的含义也更贴近上文学者分析的“竞争中立”的内涵。这是笔者不采用“竞争中立”的第一个原因。

第二个原因是，“竞争中性”这一概念与我国的国内改革有关，我们要运用竞争中性原则帮助我国的国有企业改革。在上文中笔者有提到，霍马茨对“竞争中立”的定义实际上导致了只要与政府有联系的商业活动都将被纳入到竞争中立的规制范围内，其中可能会涉及所有制歧视的问题，而这一点是与中国的主张相悖的，因为我国提倡所有制中立^①，反对因企业所有制不同而设置不同的规则。国际规则本身应当是中立的，符合规则设定的标准和要求则接受该规则的审查，不能仅仅因为身份而“定罪”，否则便是在国际规则制定中给予了国有企业歧视性待遇。这一点将在后面的部分详细阐述。

第三个原因是，在2018年，我国对“竞争中立（中性）”的译法有了官方的表态。2018年10月14日，中国人民银行行长易纲在G30国际银行业研讨会上表示：“考虑以竞争中性原则对待国有企业。”2019年政府工作报告提出“竞争中性原则”，指出“按照竞争中性原则，在要素获取、准入许可、经营运行、政府采购和招投标等方面，对各类企业所有制平等对待”。2019年3月26日，国务院常务委员会进一步指出，“按照竞争中性原则，加快清理修改相关法规制度，对妨碍公平竞争、束缚民营企业发展、有违内外资一视同仁政策举措应改尽改、应废尽废。”

尽管目前，不管是在学界还是在实践中仍然有大量“竞争中立”的提法，也有学者认为竞争“中性”与竞争“中立”的内涵别无二致。但是笔者认为，尽管是微小的差异也可能导致今后在适用政策以及法律制定和修改方面巨大的不同。鉴于两者含义的差异，在谈论我国引入竞争中性原则、适用竞争中性政策以及依据竞争中性进行国内的改革等问题时，应当首先厘清我们所要引入、适用、依据的“竞争中性”的含义，避免概念混淆以及后续产生的解释上的问题，这一点是不容忽视的。

三、中国是否要引入“竞争中性”

（一）美国、欧盟提出竞争中性的立足点

^① 有学者认为，所有制是不可能“中性”的，“所有制中性论”否定所有制的内涵和特征，违背马克思主义政治经济学基本原理，甚至是违反中华人民共和国宪法的。我们这里所指的“所有制中立”与之不同，我们所说的“所有制中立”是指，国际规则的制定不应当以所有制身份为导向，应当以行为结果为导向，身份应当是中立的。依据企业的所有制进行分类，给予国有企业歧视性待遇，是不符合公平竞争的市场经济基本要求的。参见简新华：《“所有制中性”是市场经济规律还是谬论？》，《上海经济研究》2019年第5期，第5-10页。

一直以来，中国国有企业都受到国际上各贸易伙伴国的反补贴调查，国际经贸体制改革中，国有企业的补贴问题也是各国关注的重点议题。在 WTO 多边框架内，《补贴与反补贴措施协定》是美国制约中国国有企业的重要工具。截止 2017 年，中国已连续十二年成为全球遭反补贴调查最多的国家^①，仅 2020 年 2 月，美国就对中国进行了八起反补贴调查（包括立案调查、初裁和终裁）^②。在美国对中国进行的多次反补贴调查中，中国都因肯定性终裁的结果受到加征关税或其他贸易限制措施的制裁，将争端起诉到 WTO 争端解决机制的多数情况也是以中国败诉告终，美国其实是对中国国有企业进行了有力的约束和打压的，那么为什么要提出新的规则来约束国有企业呢？

美国声称竞争中立的意思是使竞争不受外来因素的干扰，其核心是对现有的国际经济规则进行更新和调整^③，以“弥补现有的国际经济规则无法保证国有企业和私营企业公平竞争的缺陷”^④。从学理视角来看，“竞争中性”一词是中性概念，主张约束造成市场主体竞争差异的任何制度、措施，其目标是实现市场的公平、无歧视，打造合理的政府与市场的边界，但是在实践中，各国对竞争中性有不同的功能性解读，美国则希望将竞争中性引入具有约束力的国际规则中，以推行其贸易保护主义。^⑤

在具有里程碑意义的 DS379 案（“美国对来自中国产品的反倾销税和反补贴税案”）之前，争端解决机构的专家组和上诉机构是以“以所有权为标准的控制理论”来界定《补贴与反补贴措施协定》中的“公共机构”的。即只要一个实体大部分股份归政府所有，被政府控制，那么该实体就构成公共机构，任何该实体的行为都归因于政府，满足其他条件的情况下，该实体就成为补贴的提供者。在 DS379 案中，争议双方表达了两种不同的标准来确定一个实体是否为“公共机构”，其中之一是上述提到的“控制理论”，另一种是以是否行使政府职能为核心的“政府职能论”，即当一个实体行使政府赋予的权力以履行政府职能的时候，它才是公共机构，而非仅依据是否由政府控股来判断。在这个案件中，上诉机构确立了“政府职能论”，在这一问题上支持了中国的观点。

DS379 案之前判断实体是否为公共机构的“政府控制理论”标准，虽然是在看似中立的《补贴与反补贴措施协定》中确立的，但实际上该标准就是以身份判断一实体是否为“公共机构”的，因为政府拥有大部分股份的实体就是中国的国有企业。在 DS379 案后，重新确定

^① 数据来源：<https://finance.huanqiu.com/article/9CaKrnK6smx>。最后访问时间 2021 年 5 月 7 日。

^② 数据来源：<http://www.sinotf.com/GB/Risk/qingxiaofan/2020-02-29/zNMDAwMDMOMTQzNw.html>。最后访问时间 2021 年 5 月 7 日。

^③ 参见丁茂中：《我国竞争中立政策的引入及实施》，《法学》2015 年第 9 期，第 107 页。

^④ 参见吴云：《美国出新招对付“中国模式”》，《人民日报》2011 年 11 月 24 日第 21 版。

^⑤ 参见张晨颖：《竞争中性的内涵认知与价值实现》，《比较法研究》2020 年第 2 期，第 160 页。

的“政府职能标准”从结果上导致了部分国有企业在未履行政府职能时不能被认定为公共机构，最终也就不能认定为补贴提供者，这在一定程度上阻碍了美国对中国采取反补贴措施。在相近时间内，美国又提出了“竞争中性”原则，指责中国某些企业因受到政府支持而享有人为的竞争优势，不符合公平竞争，甚至意图将与政府有关的所有商业活动都纳入竞争中性原则的规制范围。美国所提出的竞争中性原则其实就是在一定程度上替代“政府控制理论”的针对中国国有企业的，具有所有制歧视的新规则。

（二）批判的接受竞争中性原则

一方面，美国提出竞争中性原则是为了遏制中国国有企业的发展，但是另一方面，竞争中性原则中又蕴含符合市场经济规律、促成国有企业回归企业本质的合理成分。^①中国可以运用竞争中性原则指引国有企业改革，不仅可以有效应对国际上对中国国有企业的质疑和打压，又可以使国有企业往市场竞争方向前进，促进国有企业做大做强。如何批判的接受竞争中性原则呢，一方面，我国反对以美国为首的西方国家将其认定正确的规则强加于我方，强烈抵制对发展中国家迅速壮大的国有企业的歧视性批评，因为这些做法本身违背了构建全球的公平和开放竞争的市场经济体系的要求；另一方面，从本国国情出发，我们愿意积极主动地运用竞争中性原则来帮助国有企业深化改革，包括促进形成公平竞争的市场体系和加快推进国有企业改革。^②

四、利用竞争中性指导我国国有企业改革

中国在推进国有企业改革时，既要结合自身的实际情况和基本国情，又要顾及国际规范。同时也要明白，虽然我们要利用竞争中性促进我国国有企业改革，但竞争中性不是我国国有企业改革中的最高纲领，国内改革的出发点和落脚点是自身的实际需求。国有企业的改革和发展需要考虑到国际法上的国有企业规则，但中国自身的法律以及自身的国有企业实践也影响着国际上国有企业规则的形成和发展，这是一个相互促进相互影响的过程。

（一）国有企业的定义

我国在法律法规上没有对国有企业进行一个明确的、普遍性的定义，在中国过去很长一段时间使用了“国营企业”这一称谓，是指与私营企业相对的一种企业形式。根据 2016 年 6 月 24 日国务院国有资产监督管理委员会、中华人民共和国财政部的第 32 号令，我国国有企业包括以下四类：（1）政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、企业直接或间接合计持股为 100% 的国有全资企业；（2）政府部门、机构、事

^① 参见刘雪红：《国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考》，《法商研究》2019 年第 2 期，第 170 页。

^② 参见余菁：《竞争中性原则的政策应用》，《求是学刊》2020 年第 2 期，第 92 页。

业单位单独或共同出资，合计拥有产（股）权比例超过 50%，且其中之一为最大股东的企业；

（3）政府部门、机构、事业单位对外出资、拥有股权比例超过 50%的各级子企业；（4）政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过 50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。该文件对国有企业的分类主要是依据持股比例和主体进行的。要对国有企业改革还需进行进一步的细化区分。

（二）国家提出国有企业分类改革的意见

2015 年 8 月 24 日《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》，2015 年 12 月 29 日《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》，中国将国有企业分为商业类和公益类，实行分类改革。在进行分类后，深化改革的核心问题就是商业类国有企业何去何从的问题。因为公益类国有企业通过改革和监管，成为市场经济中受专门法律约束和监管的特殊企业，不再参与市场竞争或者较少参与市场竞争，专心做好市场做不好或市场不愿做的公共产品和公共服务。在未来事关国家竞争力的高科技高投入高风险的领域，公益性国有企业要承担其肩负的责任；在民生保障领域，国有企业要兜住民生保障的底线，发挥其后备力量，名正言顺的回归公益性，继续做大做强。而商业类国有企业要继续沿着市场化道路进行深化改革。

①

（三）竞争中性原则为国有企业分类改革提供指导

1. “市场决定论”的提出

党的十四大确认“建立社会主义市场经济”以来，我国关于市场的地位和作用不断深化，十五大提出“进一步发挥市场对资源配置的基础性作用”，十六大提出“在更大程度上发挥市场在资源配置中的基础性作用”，十七大提出“从制度上更好发挥失常在资源配置中的基础性作用”，十八大提出“更大程度更广范围发挥市场在资源配置中的基础性作用”。从党的十五大到十八大，市场的基础性作用不断得到强调和加强，十八届三中全会将市场的作用提升到“决定性作用”。在党的十八届三中全会以来，习近平总书记也多次强调“市场在资源配置中起决定性作用”，“市场决定论”是社会主义市场经济理论的重大创新。

2. “市场决定论”要求竞争中性

“市场决定论”是让市场在资源配置中起到决定性作用，意味着要让市场价值规律和市场竞争机制调节生产要素在全国和全球范围内的自由流动，以市场本身促进公平竞争。实际

① 参见孙晋：《竞争性国有企业改革路径法律研究——基于竞争中立原则的视角》，人民出版社 2016 年第 1 版，第 6-9 页。

上，市场决定论必然要求遵循竞争中性原则。竞争中立在国际规则中也许会被作为贸易保护的工具有，但在一个国家国内市场，却有着非常重要且无可替代的积极作用。依循我国社会主义市场经济体制的逐步确立，市场竞争机制的逐步成长，市场对政府秉持竞争中性原则有限且理性干预市场的客观要求越来越强烈。从这个意义上讲，竞争中立是市场决定论的题中应有之义和法治政府建设的核心要义。^①

3. 竞争中性帮助商业性国有企业进行市场化改革

根据竞争中性原则，首先市场中应当存在竞争，其次要符合“中性”。

竞争是商品生产和交换以及市场经济的产物，没有市场经济则不存在竞争，反之，没有竞争也就不存在市场经济。竞争是市场经济内在的基本要求，只有保证竞争机制的有效运作，才能确保市场主体的优胜劣汰，促进资源的合理流动和优化配置。

“中性”的目的就是为了建立公平的竞争秩序，为了达到“中性”，政府应当尽量公平对待不同所有制企业、不同规模企业和不同行业企业，不为特定市场主体创设不正当的竞争优势或竞争劣势，让市场竞争机制发挥优胜劣汰的作用。同时法律 and 政策的制定也应当符合公平竞争的要求而不应该对企业之间竞争局势产生干预或偏离性的影响。

五、总结

竞争中性原则目前已经成为了国际经贸讨论中的重点问题，随着该原则在国际上影响力越来越大，接受程度越来越高，我国不宜孤立的思考竞争中性，应当将其与我国国内改革联系起来。用竞争中性帮助我国国有企业改革，一方面可以有效应对美欧等发达国家对中国国有企业的打压，另一方面也可以以改革促发展，使国有企业做大做强。

^① 参见孙晋：《竞争性国有企业改革路径法律研究——基于竞争中立原则的视角》，人民出版社2016年第1版，第61页。

数字经济时代的国际贸易壁垒新形态及应对浅析

朱学孟 董锋*

摘要：数字经济时代，数字技术在深刻影响着国际贸易的市场格局，为国际贸易带来了机遇与挑战。数字技术为国际贸易带来普惠性的同时，也使国际贸易面临着多个层面的问题，其中国家层面所关注的“数据安全”问题也确实亟待解决，虽然目前解决国际贸易区域问题的框架已经在逐步健全，但全球性的多边框架仍然落后于国际贸易的发展趋势。WTO 在面临数字经济时代国际贸易壁垒新形态时要以 GATS、ITA 等等为基础，明确数字技术作用于贸易市场的关键点和痛点，推陈出新，积极寻找解决问题的途径，以促进国际贸易市场繁荣发展。

关键词：数字经济；贸易壁垒新形态；WTO 贸易规则

一、数字经济时代的贸易壁垒

（一）定义

1. 数字经济

作为经济学概念的数字经济是人类通过大数据（数字化的知识和信息）的识别—选择—过滤—存储—使用，引导、实现资源的快速优化配置与再生、实现经济高质量发展的经济形态。^①

2. 国际贸易壁垒

贸易壁垒，又称贸易障碍。是对国与国之间的商品及劳务交换所设置的人为限制。

现代信息技术的发展，大数据和云计算等新兴技术的应用，数字技术正在深刻而广泛的改变着社会经济生活的方方面面，而在跨国贸易中数字经济的运用，也在逐渐影响着国际经济贸易的格局。数字经济的迅速发展也为国际贸易壁垒的形成提供了适宜的土壤。

（二）数字经济时代国际贸易的特点

1. 主体更加多元。数字技术的应用，使得参与国际贸易的主体更加多元化，因为数字技术将市场主体参与国际贸易的门槛降得更低。传统的国际贸易主体限于自身的资金、专业能力以及国际磋商的实力的低下，一些中小型企业根本无法在国际贸易中立足。而在数字经济时代，各大互联网企业为中小型国际贸易主体在获取国际客户及订单、向海外客户展示自己的商品、足不出户进行国际交流及货物款项结算等等提供了极大的便利。正是由于这些数字

* 作者简介：朱学孟，浙江工商大学法学院知识产权法学硕士；董锋，北京炜衡（杭州）律师事务所高级合伙人、国际事务部主任、泰国汉成律师事务所创始人。

^① 陈世清：对称经济学术语表.光明网.2019-08-28.

技术的进步与发展，中小型企业大批进入国际贸易市场。

2. 贸易形式更加多样。数字技术的快速发展为国际贸易主体进入国际市场提供了极大的便利，在市场信息的传递方面，数字技术相对于传统国际贸易更为全面、快速和便捷。国际贸易市场的相关信息借助数字技术的便利性，更加剧了国际贸易市场的相关竞争。在竞争的同时也提供了更多的国际贸易机会，以数字技术为依托的互联网信息技术进一步缩小了国际经济贸易的时空距离，为了国际经济贸易商之间提供了更广泛的沟通机会，国际贸易的个性化需求也可以得到更好的满足。数字经济时代为国际贸易提供了更多样式的贸易形式。

3. 贸易结构更加细化。数字经济所依赖的信息科技的发展使得贸易生产结构的分工更加细化，每一个生产分工阶段都可以运用信息进行协同调整，让各分工阶段加工效率更加高效，组织协调能力更强，提高生产管理能力和进一步合理分配生产要素的配置。互联网信息的快速流动也使得市场信息更加透明，无论市场参与主体的大小，都能在互联网上获取自己所需的信息，进一步进行分析判断，以指导做出商业决策。这些数字技术的广泛应用也进一步加剧了市场竞争，而市场竞争则进一步倒逼市场参与主体的技术进步。

二、数字经济时代国际贸易壁垒新形态

得益于数字技术的发展，国际贸易交易方式日新月异，国际贸易壁垒也在潜移默化中发生变化。从关税壁垒到多样化的非关税壁垒是国际贸易壁垒发展的一个阶段，而现阶段的发展方向是因环境因素、目的因素及媒介因素影响下的数字贸易国际壁垒。

国际互联网从 1994 年开始被广泛应用于国际贸易后，相较于传统的国际贸易方式具有互动性强、成本低、即时性等优点迅速占领国际贸易市场。正是由于互联网技术的快速发展，WTO 于 1998 年建立了一个全面的工作计划为互联网贸易的发展创造有利的环境，并审查有关 WTO 协定适用于此类贸易的问题。这一 WTO 的探索方向无疑是正确的，但是该工作计划的成员方却一直未能达成任何实质性决定，因此无法弥补 WTO 在电子商务国际贸易上的规则缺失。

现如今的数字技术更加先进，对于国际贸易的影响也更加深远。对于数字国际贸易密切相关的数据安全与隐私问题也引起了世界各国的广泛关注。大多数国家都举着“数据安全”、“隐私安全”问题要求在本地建立数据库，防止数据的跨境流动，这在一定程度上客观造成了数字经济时代的国际贸易壁垒。一些研究表明，数据安全不取决于存储的地点，而在于存储与传输的方式，如加密工具。^①

^①See Tim Maurer, Isabel Skierka, Robert Morgus and Mirko Hohmann. Technological Sovereignty: Missing the Point?

从数字贸易壁垒的发展与现状来看,目前长期存在并将持续对数字贸易的发展造成一定影响的壁垒主要包括以下几类:(1)数据本地化与限制自由流动壁垒;(2)互联网服务准入壁垒(包括对租用线路和VPN的限制、对互联网的过滤和屏蔽等措施);(3)数字产品的知识产权壁垒;(4)数字产品的技术性壁垒;(5)其他具有歧视性要求的壁垒。^①可见,贸易壁垒在数字经济时代已经开始成形。数字经济时代的贸易壁垒并非像传统贸易壁垒那样针对贸易活动本身,而是针对影响贸易活动的要素。

尽管WTO法的基本原则可以继续发挥其引导作用,但对于新贸易壁垒形态的细节问题缺乏明确的规制。正是由于这些规则的空白,给了国际贸易领域规则谈判的余地。

三、数字贸易属性的认定引发的WTO贸易规则适用的困境

(一) 数字贸易属性的认定引发的WTO贸易规则适用的困境

数字经济时代,数字贸易引发的贸易壁垒新形态主要围绕信息产生,涉及到信息的内容及信息的载体两方面。其中,对于数字产品壁垒的定性则至关重要。“数字产品”被WTO定义为“通过网络进行传输和交付的内容产品”,独立于物理载体,包括电影、音乐、软件、游戏等,但排除了金融工具的数字形式以及数字货币。^②在传统的国际贸易活动中,产品通常是具有有形性、可存储性。而数字经济时代的数字产品多是无形的,难以实际贮存的。根据WTO的货物贸易规则和服务贸易规则的分类,存储数字信息的载体在其中有对应的规定,但对于数字信息本身却没有明确的规定。对于数字信息是否作为货物进行流通交易并不明确。在针对数字产品的WTO规则未出现之前,适用WTO规则对数字贸易进行规制存在一定的困难。

在信息载体的贸易壁垒方面,主要是信息的“本地化存储”的要求,出于信息安全或者其他利益的需求,国家对于信息的流动进行限制,这种壁垒主要影响的为提供跨境服务的国际经贸主体。信息的内容与信息的载体均未有明确的WTO规则的规定,进行规制的难度不小。

(二) 成员国相关义务认定的困境

在WTO贸易规则下,各成员国所要承担的义务主要由具体承诺表来划定,对于具体承诺表的解释将决定各成员国承担义务的多少及范围的大小,各成员国加入时基本都是参照世贸组织秘书处1991年发布的《服务门类分类表》,该表对应《联合国中心产品分类表》(CPC),用来界定承诺的范围。与数字贸易新壁垒相关的主要集中在计算机及其相关服务门类,而CPC表经历了三次版本更新之后已经有了一些变化。由此产生的问题就是依据最新版本的CPC表所确认的数字贸易服务或产品所属部门,难以归属为成员国依据相对较早版本承诺表

^①See USTR. Key Barriers to Digital Trade (2017).

^② 参见沈玉良、金晓梅:《数字产品、全球价值链与国际贸易规则》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期。

中所列的服务部门。

新旧版本之间的差异导致了一些新型的数字贸易领域的服务部门难以准确界定,无法精确进行服务部门归类,这对于贸易规则的适用存在阻力。因此,想要进行WTO贸易规则在新型数字贸易壁垒的适用,就需要首先要明确服务贸易规则可以适用于相关贸易壁垒新形态,其次要明确具体数字贸易服务与承诺表中的服务门类相对应。只有在法律适用基础上,才能明确成员国实际提供的服务是否符合承诺义务的要求。

(三) 例外条款可能滥用的困境

数字贸易新壁垒的形成,其敏感性再次引发关于贸易自由与数据安全问题的冲突。即使成员国做出了具体的义务承诺,但当相应的措施涉及“个人隐私”、“国家安全”等要素时,即使成员国被诉,其也可以援引例外条款进行抗辩。

从WTO争端解决案例来看,国际货物贸易及服务贸易均有例外条款可以援引。货物贸易援引的例外条款主要是GATT1994第20条一般例外条款和第21条安全例外条款。而与货物贸易不同的是,GATS的例外条款也分为“一般例外”和“安全事由例外”两种,但同时对于援引例外条款的情形作出限制,只有在不歧视和不限及变相限制服务贸易的前提下才有可能对例外条款进行援引。

基于信息安全的考虑援引例外条款正在被各成员国应用于数字贸易领域,这无疑会加剧形成数字贸易国际壁垒新形态。无论是数据存储安全还是数据处理安全,这些所谓的“数据安全”均属于狭义的“网络安全”,但相关的网络安全并不必然是属于国家安全的“基本安全利益”。如果滥用例外条款,则不利于国际数字贸易的进行。

四、国际贸易壁垒新形态的应对

数字经济时代的贸易壁垒规制需要全球联动,需要区域协调合作体系。这无疑对于全球各国的相应行为提出要求,全球贸易新规则的构建势在必行。

(一) 构建全球范围的数字贸易规则

数字技术的高速发展已经使得全球各主要国家意识到数字贸易对于贸易发展的重要性。但大数据、云计算、物联网等等数字技术的广泛应用也必然导致了数据安全存在风险,由于各国保护侧重以及相关利益的不尽相同,必然也导致了各国相应的保护制度形态各异,或松散或严格。而经济全球化的大趋势无法阻挡,为了数字贸易的发展,通行的数字贸易规则的建立势在必行。

首先,我们需要区域经济体进行广泛的合作,为了促进规则的适用,国家之间在双边和区域层面开始进行尝试性合作,开展数据跨境流通与自由贸易的交流合作。例如亚太经合组

织（APEC）成员于 2005 年签署《APEC 隐私框架》，2012 年美国 and 韩国签订《美国与韩国自由贸易协定》（KORUS），要求“双方尽量避免对电子信息跨境流动强加或维持非必要的壁垒，”但该规定仅仅是原则性的宣示，并没有描述何为“不必要的阻碍”，也未明确界定限制数据跨境流动的合法例外。^①但迄今为止的区域间或国家间的合作主要围绕个人隐私数据有关展开，尚未向国家间数据安全发展，而开展相关合作的国家更多的是西方国家，他们更倾向于数字贸易自由，因此积极开展合作。但中、俄等国家却较少开展该项合作，这与国家之间的利益诉求不同有关，也与不用的国家产业结构有很大的关系。

其次，是要继续发挥 WTO 多边谈判机制。WTO 作为世界贸易领域影响最为广泛突出的国际组织，很早就开展了电子商务工作计划，虽然相关进展并不明显，但作为一个可以提供多边谈判的重要平台，其可以在数及贸易领域提供更大的帮助。2017 年在布宜诺斯艾利斯进行的 WTO 第十一次部长级会议上成员方为数字贸易多边谈判的早日开启建言献策是一个良好的开端。其中针对数字贸易时代出现的数据流动限制、互联网服务准入限制都有相关提案。2019 年 1 月 25 日，76 个 WTO 成员在达沃斯世界经济论坛上共同发表联合声明，宣布确认开展世贸组织关于电子商务贸易相关方面的谈判，谈判将以现有的 WTO 协议和框架为基础，旨在实现更高的标准，并呼吁更多的 WTO 成员方加入。^②数字经济时代的国际贸易壁垒新形态问题在多边谈判中无法避免，也是各国站在国家利益立场上需要争取的重要据点。因此，利用 WTO 的多边谈判机制进行全球数字贸易规则的构建很有必要。

（二）善用 WTO 争端解决机制

尽管 WTO 在数字贸易壁垒新形态上还没有针对性做出有效规制，但作为全球最权威的国际争端解决机构，当成员之间因为数字贸易壁垒出现纠纷时，运用 WTO 的基本原则和国际法的解释规则进行相关争端的解决未尝不是目前最可取的方式。

首先，在前文提到的成员国相关义务与具体承诺之间存在的难以对应的难题，为了解决这一关键问题，我们必须善于运用电子商务领域的“技术中立”原则。技术中立原先是电子商务领域立法时需遵循的原则，要求法律对交易使用的技术手段应当一视同仁，既不能要求采取某种特定的技术，也不能阻碍技术的发展，可视为“非歧视”原则在技术层面的延伸。^③国际贸易正从传统贸易向数字贸易转变，而现行的规则制度均滞后于现实的发展。因此，将在电子商务领域适用的技术中立原则应用于数字贸易领域也有依据可循。

^① 参见陈咏梅、张姣：《跨境数据流动国际规制新发展：闲境与前路》。《上海对外经贸大学学报》2017 年第 6 期。

^② See Joint Statement on Electronic Commerce, WT/L/1056 (25 January 2019).

^③ 参见胡加祥：《技术中立原则与中国的服务贸易承诺——兼评美国诉中国出版物及视听制品案》，《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 2 期。

国际贸易活动正从传统的贸易方式向数字贸易方式转变，而因为法律规则总是滞后，将技术中立规则应用于国际贸易壁垒新形态也是大势所趋。而在“美国—影响跨境提供赌博和博彩服务的措施案”中，专家组就首次采用了该原则来判断美国是否违反市场准入义务，认为除非成员国在承诺时已有意识得排除了某种特定的提供方式，否则，已做出具体承诺的服务部门可以通过任何方式跨境交付，包括但不限于通过互联网交付。^①而在2007年“美国诉中国部分出版物与视听产品贸易权及分销服务（DS363）案”再次引发了技术中立原则的适用问题，并从WTO理事会曾发表的申明“人们同时普遍认为在不同技术手段提供服务的问题上，服务贸易总协定所持的立场是中立的，其中条款的适用并不区分技术手段的不同”^②，并以此来认可美国提出的技术中立的观点。从这两个先例来看，争端解决机构专家组对于引用技术中立原则总体上是支持的，而且该原则对于解决国际贸易壁垒新形态也有其优势。因此，在新的适用于国际贸易壁垒新形态新规则出台之前，适当引用技术中立原则对于相关问题的解决还是很有必要的。

其次，对于前述的例外条款的引用要更加严格限制。对于成员国引用GATS的第14条规定的一般例外条款及安全例外条款进行抗辩时，争端解决专家组应该从严把握，适当限制对于该例外条款的援引。因为在传统国际贸易中，一些发达国家就经常利用例外条款进行抗辩，而在国际贸易壁垒新形态下，因为国家数据安全及隐私保护的需要，例外条款的援引不会比传统国际贸易中少。争端解决专家组应该警惕国际贸易壁垒新形态下的例外条款的滥用，秉持善治原则与比例原则进行判断。

（三）制定合理的国内法

国家做为国际经济的重要主体，应该要勇于承担国际义务，共同维护数字经济贸易时代的繁荣。

首先，国家在坚持维护国家利益的同时，也要承担起国际责任。国际贸易壁垒新形态的主要矛盾即在于网络安全利益与国际贸易发展利益的冲突，其根结也在于各国对于国家利益的不同价值取向。国家在制定国内法的时候应充分考虑到措施实施的必要性，在保护本国数字经济产业的同时也不能挤压外国数字经济产业的发展的空间。应当要实现“非零和博弈”，促进国家之间的友好合作，促进国际数字贸易的新发展。

其次，是在国内立法时要应用好比例原则，要注重必要性、均衡性、适当性。要在手段

^①See Report of the Panel. United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R. para.6.285.

^②See Work Programme on Electronic Commerce-Progress Report to the General Council, S/L/74 (27 July 1999). para.4.

与目的，利益与冲突之间实现平衡。必要性原则要求如有不止一项措施可实现目的时，必须选择最有必要的，即不会对贸易造成扭曲或造成阻力最小的。^①均衡性要求国内法律的制定要在保护本国安全利益与非变相限制国外相关企业的发展寻求平衡。适当性要求国内法的制定应当考虑到数据安全的复杂性，最好将数据保护进行分类，对于涉及国家安全的敏感数据进行严格保护，但对于不那么敏感数据则进行一般保护，不得假借国家安全之名行限制数据流动之实。

在国家立法程序之外，国内法律的可预测性也很重要。国家作为监督者，对于国际贸易主体行使监督权力时要遵循 WTO 的透明度原则，要有明细的监督规则，具体程序和明确的标准。这不仅有利于国内法的适用，也有利于形成一个友善、平稳的国际贸易环境。

数字经济时代，国际贸易壁垒新形态受到数字技术及国际环境等各种因素的影响。数字贸易时代的国际壁垒新形态主要有多样性、合理性、隐蔽性的特点，这对于国际贸易的法律规则的制订是机遇与风险并存。虽然有 WTO 组织在电子商务领域很早的布局，但对于日新月异的数字贸易时代，前期的铺垫工作还是有不少短板，应对数字贸易时代的国际贸易壁垒新形态需要全球各国协调合作，求同存异，从整体考虑全球利益，而不是只立足于个体利益，始终追求个体利益的最大化。全球经济贸易的良性健康发展需要各国际贸易主体的共同维护，在 WTO 规则的指引下进行国际贸易新规则的构建，形成一个完备的国际贸易体系新规则，才能进一步促进全球经济更加繁荣。

^① See Tim Maurer, Isabel Skierka, Robert Morgus and Mirko Hohmann, Technological Sovereignty: Missing the Point?

公司决议效力之诉的法律思考

——兼评《公司法司法解释（四）》

徐金锋 章炯

摘要：少数服从多数是公司决议的核心规则，也是经济民主的体现。多数决制度给公司决策带来了高效，有力推动了市场经济的高速发展。当前，大股东为中心的公司治理模式在实现“社会生产力更高质量、更有效率、更加公平、更可持续发展”目标上需要作出调整，《公司法司法解释四》通过决议效力诉讼、知情权等方面新规赋予小股东诸多更具操作性的监督权，倒逼公司股东（大）会、董事会决议遵循“程序严谨、内容合法”的八字方针，促成更高效、更公平的公司治理。

关键词：《公司法司法解释（四）》；诉讼主体；裁量驳回；不成立之诉

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（以下简称《解释四》）于2017年8月28日正式公布，内容主要涉及了公司决议效力之诉、股东知情权之诉、股东利润分配请求之诉、股东优先购买权之诉、公司直接诉讼与股东代表诉讼这五大方面。值得注意的是，在该司法解释的第1至6条中，对公司决议效力之诉做出了许多新的规定，新设了：无效、不成立之诉的原告类型[第1条]；撤销之诉的原告资格[第2条]；决议瑕疵之诉的被告[第3条]；法官对于程序违法违章的轻微裁量驳回制度[第4条]；不成立之诉的类型[第5条]；决议瑕疵之诉的善意第三人保护制度[第6条]。

2020年《民法典》第85条延续了《民法总则》原有确立的善意第三人保护制度。实际上，公司决议效力之诉一直是公司法司法实务中频频发生且争议较大的问题，各地方法院对于该问题的裁判观点也一直无法得到统一，《解释（四）》对于公司决议效力之诉的规定尚存在一定不足。因此，笔者结合法律法理对公司决议效力之诉制度作一点法律思考。

一、决议效力之诉的主体问题

《公司法》确立了公司决议效力瑕疵之诉包括无效与撤销两类，《解释四》确立了不成立之诉，由于在司法实践中，认定无效即是对决议内容合法性的否定，而不成立是认定公司决议在法律意义上“不存在”，实际上也是对决议内容合法性的一种否定。因此《解释（四）》将无效与不成立两种情形合并一处加以规定，变成了无效与不成立、可撤销这两大类。而关

* 作者简介：徐金锋，浙江农林大学文法学院，副教授；章炯，浙江浙临律师事务所，律师。

于决议瑕疵之诉的原被告制度在《公司法》第22条中存在诸多不足，如只有撤销之诉原告的规定，而缺乏无效之诉的原告规定，两类诉讼的被告都缺乏规定等，《解释四》在创新之余仍存有可探讨之处。

（一）《解释四》第1条“等”字之界定

《解释（四）》第1条中规定无效、不成立之诉的主体为“公司股东、董事、监事等”。

^①其中，董事受到股东大会以及董事会决议的约束，尤其是董事执行错误的股东会董事会决议可能招致的《公司法》第149条、152条赔偿责任，制度设计上允许其在源头处诉讼确认决议效力，具有必要性。监事有权提起无效及不成立之诉，则是出于其监督公司运营之职责。股东作为公司社员，当然有权作为适格的原告。关键性的问题在于“等”字如何界定？笔者认为，《民事诉讼法》第119条对于起诉条件的规定中就有“直接利害关系”这一概念。^②“等”字所代表的含义实际上是一种直接利害关系人，即因公司决议的内容问题而涉及到个体利益的主体。结合司法实践中的相关经验，我们大致可以分以下三类群体：

①高级管理人员。董事会以及股东会决议的内容通常会与公司中高级管理人员的权利与义务息息相关，而当决议涉及到高级管理人员自身时，这就构成了上述的“直接利害关系”，因此高级管理人员有权对该决议的效力问题进行诉讼，如董事会决议降低总经理报酬的，总经理便具有“诉因”。

②公司员工。严格来说员工与公司之间为劳动合同关系，但公司通过股东会、董事会决议给特定员工设定义务的，如保密、竞业限制等情形，则相关员工应当享有对该决议的诉权。还有一类较为复杂的情形，如股东会、董事会通过决议设定涉及企业劳动者切身利益（劳动福利、劳动纪律、劳动定额、劳动基准）等内容的，劳动者是否享有诉权？对此问题本质上属于企业经营自主权与劳动权冲突范畴，公司股东会、董事会作出的决议按照《劳动合同法》第4条、2001年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第19条，决议内容必须按照劳动法规进行民主转化成为企业劳动规章制度，方对劳动者具有约束力，故而此类情形笔者认为劳动者对作为源头的股东会、董事会决议不具有诉权。

③公司的债权人。主要指的是债券持有人、通过约定而享有特定事项投票权的债权人等。前者可因股东（大）会、董事会形成的变更发行合约决议而造成既得利益受损而享有诉权，后者则可基于先前约定享有对某些特定事项享有表决权，如银行债权人在协议中约定享有对

^① 《解释（四）》第1条（无效之诉及不成立之诉的原告）：公司股东、董事、监事等请求确认股东会或者股东大会、董事会决议无效或者不成立的，人民法院应当依法处理。

^② 《民事诉讼法》第119条：起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院的管辖。

债务人公司出售重大资产时的否决权等。笔者认为此处债权人的诉权应当以债权人享有的法定权利或约定权利为前提，且该项权利一般属于决议意思达成所必须或刻意被公司表决时所忽视，不应简单扩张至仅仅因决议而受损便具有诉因，诸如董事会做出不再履行某项重要合同义务，合同相对人因此或许因此受有损失，但尚存在其他违约之诉等救济渠道，不得因受损而当然取得质疑违约公司决议之权利，否则无异于纵容他人入侵私人之领地，与民法精神相违背。

在公司决议无效之诉的主体制度方面，德国在决议无效之诉中规定任何股东、公司高管都可以依据《德国股份公司法》第 249 条提起诉讼，而其他不属于股东、公司高管身份、但与与该决议的效力有利益关系的第三人，可以根据《德国民事诉讼法》第 256 条提起决议无效之诉。^①韩国法律也认为，决议无效之诉的提诉，只要持有诉的利益者，均可以提出。而公司债权人只要有诉的利益，就可以主张决议不存在。^②这事实上还是“诉的利益”以及“直接利害关系”的体现。在我国《解释（四）》出台前，《公司法解释四（法院系统征求意见稿）》中曾有类似规定^③，虽最终未能明确规定之，但司法解释以列举三类具体原告外加“等”字概括之形式加以设定，意义深远，某种程度上给未来司法实践预留了空间。

（二）撤销之诉原告主体应扩大

《公司法》22 条规定股东可以请求人民法院撤销决议，仅限于股东的原告设定给《解释四》制定时带来了极大困扰，受法律的位阶效力影响，受制于“解释论”，《解释四》第二条对于决议撤销之诉的规定中，将原告主体限定为“起诉时具有公司股东资格”的人。^④股东会、董事会所形成的的决议就是公司的意思的体现，股东作为公司财产权的最终来源，对公司围绕法人财产权而实施的行为享有监督权利，因此作为原告享有诉权并无争议。争议焦点在于决议无效、不成立之诉的原告类型是否可适用于撤销之诉？笔者认为我们首先应当明确公司决议撤销之诉的立法目的，再探讨各类型是否使用的问题。

1. 决议撤销之诉的立法目的

根据《公司法》第 22 条第二款^⑤的规定，决议撤销之诉的前提为股东会或董事会的召集

^① Schmidt/Lutter, § 241 AktG Rn. 37.

^② [韩]李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 426 页。

^③ 《公司法解释四（征求意见稿）》第一条（无效之诉的原告）：与股东会或者股东大会、董事会决议内容直接利害关系的公司股东、董事、监事、高级管理人员和公司职工，起诉请求确认股东会或者股东大会、董事会决议无效的，人民法院应当受理。

^④ 《解释四》第二条（决议撤销之诉的原告）：依据公司法第二十二条第二款请求撤销股东会或者股东大会、董事会决议的原告，应当在起诉时具有公司股东资格。

^⑤ 《公司法》第 22 条第二款：股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议做出之日起六十日内，请求人民法院撤销。

程序、表决方式违反法律、行政法规或公司章程的规定，以及决议内容违反公司章程。笔者认为，从立法目的上来看，撤销之诉具有以下三项目的：

第一，督促大股东遵守章程。笔者认为程序违法违章的，首先需过法官轻微裁量驳回一关，其次即使成功撤销后对于公司而言无非吸取教训补全程序要求再来一次的问题，对于决议所涉及的实体权利义务而言或许影响不大。但若决议内容违反章程被撤销的，公司不可能重作决议来重蹈覆辙，亦即内容违章而撤销之决议才是有实际意义的，能够督促大股东控制的股东（大）会及董事会不可恣意。

第二，促进公司内部治理。《解释四》出台后诸如“法客帝国”等知名公众平台连续多日推文，教导公众如何设计章程，有的内容甚至细致到会议通知的方式、时间、内容等等，反响极大。法治乃是良法之治，要是实现公司的善治，前提是必须有制定细致的公司章程，如此约束大股东之恣意方成可能。

第三，程序的价值在于控权。即借助公司决议撤销之诉这一制度，对于公司内部的决议行为进行事前与事后的控制，以防止多数决所导致的“暴政”。

2. 董监事能否作为原告？

从域外立法经验来看，不少国家对于撤销之诉主体的规定中包含了公司董事与监事。《德国股份公司法》在第 245 条规定了五类公司决议撤销之诉的原告，其中就包括了“每个董事或监事”。《日本公司法典》将决议撤销之诉主体限于股东、董事、监事以及清算人，其中董事、监事、清算人基于其职务所带来的义务与权限，因而获得了提诉权。^①韩国也同样认为决议瑕疵撤销之诉的原告应包括股东、董事和监事。^②综观德、日、韩三国的立法，实际上是“利害关系人主义”的一种体现，而我国《公司法》第 22 条中，将公司决议撤销之诉的原告仅限于股东，这则是“单纯股东主义”的表现。

笔者认为，董事与监事作为股东会或董事会的参与者与受影响者，若能赋予其撤销之诉的提诉权，那么显然将更好地实现决议撤销之诉这一制度的立法目的。《公司法》第 22 条中的第二款规定撤销之诉的主体只能为股东，《解释（四）》受法律的位阶效力影响，受制于“解释论”，无法突破《公司法》的设定情有可原。在笔者看来，将撤销之诉主体扩张至公司董事与监事的“利害关系人主义”，不仅符合我国民事诉讼法中与案件有直接利害关系即可成为原告的基本法理，更与公司的经营实际相适应，董事监事作为公司日常管理活动的参与者，相较于股东而言对公司的状况更为了解，也更能发现股东会和董事会决议的瑕疵并予以指出。

^① 张凝：《日本股东大会制度的立法、理论与实践》，法律出版社 2009 年版，第 283 页。

^② 《韩国商法典》第 376 条：股东大会的召集程序或者决议的方法违反法令或者显著不公正时，或者其决议内容违反公司章程时，股东、董事或者监事可以自决议之日起两个月内提起决议取消之诉。

而股东，尤其是中小股东而言，要实现决议质疑在某些特殊场合（不知决议是否存在等）依赖于先前诉讼（知情权之诉等）配合，权利行使成本高昂，必然影响撤销之诉制度目标实现。对于董监事而言，若明知决议存有瑕疵，尤其是决议内容违反章程，执行后造成公司利益受损的，更可能招致《公司法》第 149 条规定的赔偿责任，按照权利义务对等法理，理应享有撤销之诉权。

3. 高管、员工、债权人能否作为撤销之诉的原告？

对此问题，笔者认为不宜将上述主体设定为撤销之诉的原告，理由如下：

首先，依法理学分析，无效、不成立之诉之所以允许股东、董监事之外的主体提出，根本原因在于其决议效力“自始不存在”，受其影响者作为“直接利害关系人”出于维护自身利益可随时提诉确认决议自始无效，不受时效制度规制。此类决议若长期存在并将诉权主体限定过窄，无异于纵容公司实施违法行为，更使公司法制秩序与权威受损，与法治精神不符。

其次，撤销之诉所涉决议，被撤销后由有效转化为无效，其类型有三，按照前文所述，召集程序、表决方式违法违章者，即使被撤销亦难有实际效果，重作而已，具有实际意义的仅有决议内容违章一项。而章程毕竟不同于法律行政法规，本质上属于股东自治契约，即使决议内容违章，亦属私人内部纠纷，与内容违法相比，轻重程度、可否事后补救等皆不可同语。内容违章本质上也可称之违约，是否主张维权救济应由私人自决，且只能有相对人处分权利，高管、员工、债权人就章程而言都不是“契约相对人”^①，故而无权撤销。

二、决议撤销之诉的裁量驳回界定问题

在决议撤销之诉的裁量驳回问题上，《解释（四）》第 4 条中做出了相关规定。^②有三个行使条件：会议召集程序或者表决方式、轻微瑕疵、对决议未产生实质影响。

（一）“会议召集程序或表决方式”之理解

撤销之诉裁量驳回只适用于会议召集程序或表决方式存在轻微瑕疵，决议内容违反公司章程的不适用。关于会议召集程序或表决方式的具体理解，笔者认为应当包括股东（大）会、董事会会议的通知、股权登记、提案和议程的确定、主持、投票、计票、表决结果的公布、决议的形成、会议记录及签署等事项。具体有以下情形：

第一，召集权或通知程序瑕疵。如董事长违反《公司法》第 40 条的规定，董事长未经

^① 《公司法》规定有限责任公司与发起设立的股份公司章程由初始股东、发起人共同制定；募集设立的股份公司经创立大会通过生效。

^② 《解释（四）》第四条（可撤销决议的裁量驳回）：股东请求撤销股东会或者股东大会、董事会决议，符合公司法第二十二条第二款规定的，人民法院应当予以支持，但会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，且对决议未产生实质影响的，人民法院不予支持。

董事会决议擅自召集并主持股东会；召集股东会所依据的董事会决议存在内容或程序上的重大瑕疵；召集、通知不符合《公司法》第41条规定的期间；会议通知未按章程规定记载会议具体时间、地点、决议事项等。

第二，表决方式存在瑕疵。如表决主体不适格，投票人不具有表决权；主持人不具有主持会议的权利（《公司法》第47、107条等）；超通知范围表决或临时增设议题、议程；表决权计算失误等。

（二）“轻微瑕疵与未产生实质影响”之界定

《日本商法典》第251条规定：“提出取消决议的诉讼场合，虽召集程序或决议方法违反了法令或章程，法院仍可以违反的事实非重大且对决议无影响而驳回请求”。2006年《日本公司法典》第831条、我国台湾“公司法”第189-1条也有类似规定。《韩国商法典》第379条规定：“在已提起决议撤销之诉的情形下，法院参照其决议的内容、公司的现状以及各项情况，认定其撤销不当时，可以驳回其请求。”^①可见我国《解释四》第4条吸收了上述立法经验，然而在理论层面关于“轻微瑕疵”的界定，尚未对此形成相对明确的观点，有学者提出“应当以各个股东能否获取意思表示形成所需信息以及能否公平地参与意思表示的形成过程为标准。”^②笔者认为此观点较为单一，难以解释裁量驳回之“轻微瑕疵”与可被撤销之瑕疵以及不成立之“严重瑕疵”之间的界限。作者在参考《解释四》出台前各地方法院已有撤销之诉判决书基础上，提出以下几个区分标准：

（1）**严重瑕疵，适用不成立之诉。**依据《解释四》第5条规定，有以下几种情形：未召开会议做出决议；未表决；与会人数或者表决权不符合公司法或章程规定；未达决议通过比例；其他情形。不成立之诉多为程序上存在的错误明显重大，以至于影响决议本身的合法性，即缺乏决议意思形成的必要条件，甚至决议的主体本身不适格^③等。

（2）**一般瑕疵，违反了既有法定或约定义务的，适用撤销，而不可裁量驳回。**依照《公司法》第22条第二款，撤销之诉适用决议违反法律、行政法规或者公司章程情形，换言之，该瑕疵首先必须是违法或违章，其次该瑕疵客观上导致了股东、董事无法参与会议或影响其审议准备。如依《公司法》第41条，有限责任公司股东会应当提前15日通知全体股东，在章程无特约的情况下，有关人员未尽到通知义务，致使股东未能参会；或仅在会议开始前数

^① 国外立法例部分转引自《最高人民法院〈公司法司法解释（四）〉理解与适用》，杜万华主编，人民法院出版社2017年版，第125-126页。

^② 丁勇：《公司决议瑕疵诉讼制度若干问题反思及立法完善》，载黄红元、徐明主编：《证券法苑》（第十一卷），法律出版社2014年版。

^③ 主体不适格如董事会作出股东会专享之决议，监事会作出董事会专享之决议等，此类决议属于主体不合法，可认定为“其他情形”。

小时通知股东参会,并审议需要进行大量前期准备方可决策的议题,影响股东权利正常行使,股东对此及时提出抗议的^①。

(3) 轻微瑕疵,对决议未产生实质影响的,法官裁量驳回撤销诉请。具体情形有二:

一为决议瑕疵虽违反了既有法定或约定义务,但对决议未产生实质影响的。如提前14日通知或未遵守通知要求开会时间迟延数小时等,当事人正常参会审议且未对已知瑕疵提出抗议的,即可驳回。该类情形与上述一般瑕疵根本区别在于是否“产生实质影响”,法官至少可以观测当事人以下几个要素以兹判断:对瑕疵存在是否明知及其投票态度;瑕疵的存在是否足以导致当事人无法正常决策;提诉前公司是否采取治愈补救措施获得其同意^②等等。上述要素判断切不能先入为主,以其他99%股权股东皆以赞成,1%股东同意与否无关大局为判断标准,否则无异于鼓励大股东任意倾轧小股东,判断的核心应当是个体自由受损较大并需要以重新调整整体秩序来实现个体自由价值之治愈,而不应是简单的数量计算。

二为决议瑕疵无法律行政法规或章程规定,但不合理。最为常见的情形便是决议内容超出会议通知内容或会议通知事项表达不清晰等问题。对该问题有限公司和股份公司两者规则截然不同,后者依据《公司法》第102条规定,股东大会不得对会议通知中未列明的事项作出决议,也就是说股东大会超通知决议的行为属于一般瑕疵,应予撤销。有限公司则依《公司法》第41条,仅有通知义务,对于是否允许超通知范围决议或临时增设议题问题未作规定,参考已有判决意见^③,笔者认为此类情形亦可适用裁量驳回制度。

三、未通知召开股东会议的处理问题

实践中经常出现这样一类纠纷,召开股东(大)会不通知有关股东,决议作出后亦不告知,导致决议作出60日后股东丧失撤销诉权,严重侵害小股东权利。对于这类纠纷,原《法院系统征求意见稿》第5条对未通知股东召开股东会议的处理试图作出如下规定:

股东以未被通知召开会议为由起诉请求确认股东会、股东大会决议无效或者请求撤销股东会、股东大会决议的,人民法院应当根据下列情况分别作出处理:

(一)公司已经向原告股东履行了通知义务,且通知方法符合公司法、公司章程或者原告股东与公司之间约定的,应当驳回起诉;

^① 未按规定发送会议通知的,决议可撤销。判决有:[(2015)厦民终字第4546号]、[(2016)闽09民终448号]、[(2016)京01民终5549号]、[(2016)云01民终2666号]等等。

^② 公司未提前发送会议通知,但股东(董事)参会且未提异议的,不得请求撤销决议。判决有:[(2016)粤03民终15045号]、[(2015)沪一中民四(商)终字第1160号]、[(2016)青01民终650号]等等。

^③ 决议内容超出会议通知,不影响决议效力。判决有:[(2016)苏08民终1446号]、[(2016)鄂02民终862号]、[(2016)鄂01民终2262号]、[(2014)京一中民(商)终字第9092号]等等。

(二) 公司未向原告股东履行通知义务即召集股东会、股东大会并形成决议，且原告股东未参加会议的，应当认定决议无效；

(三) 原告股东参加了股东会、股东大会会议并且对决议投票赞成的，应当驳回诉讼请求。

第一项规定的意图是在公司已经向原告股东履行了通知义务，且通知方法合法、符合约定的情况下，推定不参会表决的股东放弃决议权利，既已放弃投票权则事后诉请撤销便不存在权利受损的基础，理当驳回。但该项规定不够完整，存在逻辑上的诸多漏洞，甚至有可能导致多个诉讼判决结果的矛盾。若决议无其他瑕疵的驳回起诉自无疑义，但如果决议还存有召集程序、表决方式甚至内容违法、违章的情形，则驳回起诉的做法便有待商榷，尤其是当不同股东依据不同瑕疵诉由同时提出不同类型效力之诉，可能导致多个判决自相矛盾的结果。

第二项规定试图给予未被通知参会的股东较为强势的保护，只要存在未向股东履行通知义务而做出的决议，便应当认定决议无效。该项规定实际上操作性不强，实践中存在个别股东下落不明或无故拒绝受领通知的情形，若无章程特约其他可替代的通知方式，则意味着公司无法形成有效决议而陷入僵局。此外，按照现有规定，决议无效是因为内容违反法律行政法规，未履行通知义务本质上属于程序违反法律行政法规，因程序瑕疵而作为无效来对待于法无据。若该决议适用“部分无效”原理，对该原告股东不生效力，则违背公司决议约束全体股东之法理，反而会鼓励更多反对股东故意不参会来规避约束，显然是行不通的。

第三项规定具有一定的现实意义，虽未能体现在《解释四》最终规定之中，但对于法官判断瑕疵是否轻微、是否产生实质影响等具有参考价值。一般认为，原告股东虽未收到通知，但实际参加了股东会议，明知通知程序存有瑕疵，仍参与磋商并投票赞成，视为默许，推定其权益并未受损，既无权利受损便无救济的必要。同时依照“禁反言”法理，恪守之前言行承诺，亦符合诚信原则的要求。

由此可知，《法院系统征求意见稿》第5条最终未能呈现的原因是十分复杂的，从学理上讲，无效之诉的本质在于决议内容违反法律行政法规的强制性规定，“决议自始不存在”；不成立之诉制度的特点在于因欠缺必要的团体意思条件(主体适格、意思数量充分等)而“不应有决议”，两者的共同在于自始不具有约束力。而未尽通知、告知义务作出的决议本质上属于程序瑕疵，其内容本身或许并不违反法律行政法规，甚至该决议作出时或许成立条件充分，比如99%股权赞成，对1%股权的个别股东未尽通知、告知义务，决议内容合法合章。对这种情形，在理论上很难将其归结为无效或不成立，前文也曾提及大量案件，法院对于决议内容超出会议通知，裁判不影响决议效力，可见司法部门对于没有法定或约定义务的事项，

倾向于保护公司现有治理秩序，而不是原告股东权利。何况按照《公司法》规定，会议需通知是法定义务，而告知若无章程特约对公司而言却不是一项必须遵守的义务。

笔者认为要规制此类纠纷，其实并不一定需要将其归结为哪一类效力瑕疵诉讼，可考虑在《公司法》第 22 条第二款之后增设一但书条款，规定“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起 60 日内，请求人民法院撤销。但公司未向股东履行通知义务，且在股东会或股东大会决议后不告知的，股东可以自知道或者应当知道决议之日起 60 日内，请求人民法院撤销”。立法机关通过立法赋予未知情股东多大的诉权，本质上取决于在大股东与小股东之间利益的平衡，笔者认为对于此类不通知亦不告知的行为，仅仅依靠《公司法》第 20 条股东滥用股东权利、第 149 条、第 152 条实施侵权后追诉赔偿的救济方式是远远不够的，尤其是此类行为难以用现有无效、不成立、撤销之诉涵盖的情况下，规定股东较长的撤销诉权期限有助于实现事前权利的救济，这对于抑制大股东的恣意滥权是有实际意义的。

四、结束语

公司决议行为在公司实际运营中具有重要地位。《解释（四）》的出台实施，明确了公司决议效力之诉的一系列问题，为之后的司法实践提供了有力的指导，但其中仍然存在一些值得思考的问题。应在之后的立法实践中不断深化，从而更好地完善我国的公司法律体系，真正体现其立法目的与精神。

长三角港航一体化中的央地关系制度悖论

——以浙江自贸区制度创新为视角

陈豪*

摘要：长三角港航一体化在长三角高质量一体化中的地位至关重要。而长三角港航一体化的实现绕不开央地关系这一命题，尤其是诸多垂直领导部门对配合对相关工作至关重要。但现实中，垂直领导部门则经常因其垂直领导的性质和现有制度的束缚，难以积极回应长三角高质量一体化的地方需求，有时甚至会起阻碍作用，形成了长三角港航一体化当中的央地关系制度悖论。浙江自贸试验区的制度创新过程，为该制度悖论提供了典型事例和集中体现。该制度悖论的根本成因在于现行央地关系的相关制度体系下，缺乏有效制度供给来促进“地方需求”与“垂直领导”之间的高效协作。对此，应以“事权法治制度一体化”的方略，以“三大清单”为路径，提供有效制度供给，促进中央和地方的良性联动。

关键词：长三角港航一体化；央地关系；浙江自贸区

导言：长三角区域一体化国家战略

长三角区域一体化，意味着消除长三角三省一市各地区间的行政壁垒和市场的条块分割，形成相对统一的市场，促进各种产品和服务相对自由地流动，推动辐射效应，促进经济在长三角区域空间中的得到更广阔的蔓延式发展。^①长三角区域一体化是新时代我国统筹区域协调发展的重大国家战略。2018年习近平总书记提出要推动长三角高质量一体化发展。2019年中央政治局会议和国务院常务会议审议通过《长江三角洲区域一体化发展规划纲要》（以下简称《纲要》），标志着长三角一体化已上升为国家战略。与此同时，长三角三省一市也纷纷各自出台相应的下位政策，逐步形成了上下错落有致的长三角区域一体化政策体系。^②

在长三角一体化诸多方面中，港航一体化的地位至关重要，而其中的央地关系又在其中起着直接影响其效率乃至成败的枢纽作用。长三角三省一市被长江黄金水道连接在一起，内河港口与航运是长三角一体化的“穴位”所在，上海、宁波等港口的航运亦为海上丝绸之路的“龙眼”所系。在与长三角一体化有关的政策文件中，港航一体化的相关内容都被列入关

* 陈豪，男，1984年7月生，汉族，浙江温州人，浙江工业大学法学院讲师。

^①陈建军、黄洁：《长三角一体化发展示范区：国际经验、发展模式与实现路径》，《学术月刊》2019年第9期。

^②在2018年，江苏省和安徽省的人大常委会均各自通过了《关于支持和保障长三角地区高质量一体化发展的决定》。浙江省于2019年6月14日发布《浙江省推进长江三角洲区域一体化发展行动方案》。上海市于2020年1月10日发布《上海市贯彻〈长江三角洲区域一体化发展规划纲要〉实施方案》。

键行列。^①长三角一体化国家战略的成功实施，又依赖长三角三省一市地方政府的具体落实，其中元素串联、制度纠葛就成为了区域高质量一体化与央地关系的理论难题。^②推动长三角港航一体化，会涉及到处理央地关系的命题，遭遇央地关系的制度悖论，并需要探寻破解该制度悖论的具体路径。

一、长三角港航一体化中的央地关系命题

央地关系是长三角港航一体化过程中的一个核心问题。它涉及到国家整体利益与局部利益、普遍利益与地方特殊利益的分配关系。^③中央对地方的权力整合、控制、下放贯穿长三角港航一体化的各个环节。^④根据交通运输部办公厅于2018年联合三省一市人民政府的办公厅共同发布的《关于协同推进长三角港航一体化发展六大行动方案》(以下简称《行动方案》)，长三角港航一体化具体内容包括“内河航道网络化、区域港口一体化、运输船舶标准化、绿色发展协同化、信息资源共享化、航运中心建设联动化”六大方面。根据该文件可知，央地关系(尤其是垂直领导部门与地方各级政府的关系)在长三角港航一体化中扮演重要角色。

一是长三角港航一体化的诸多工作需要垂直领导部门参与。如《行动方案》中的“区域港口一体化行动”包括“加强港口资源整合”任务，要求“提升港口资源利用效率。严格港口岸线使用审批管理，加强航道、锚地等公共资源的建设和共享共用。2020年底前，基本实现港口公共资源集约化利用。”而航道、锚地建设与分享，系交通运输部直属并垂直领导的海事部门的职责。

二是长三角港航一体化要求垂直领导部门与地方政府密切配合。《行动方案》的发布部门本身就同时包括了垂直领导部门(交通运输部下属的国家海事局)和地方政府(三省一市地方政府)。《行动方案》中大量任务需要垂直领导部门和地方政府互相配合联动实施。

三是长三角港航一体化需要多个系统不同垂直领导部门高效协作。如《行动方案》中的“信息资源共享化行动”，要求“完善船舶通关‘一站式’作业，推进船舶证书电子化，推进‘单一窗口’建设……积极推进港口主要业务单证电子化，加强港口作业单证数字化流转和信息的交换共享”。完成这些与通关相关的任务，势必需要同属垂直领导的海关、海事、

^①《纲要》提到要“推动港航资源整合，优化港口布局，健全一体化发展机制”。交通运输部办公厅于2018年会同长三角三省一市人民政府的办公厅，依据习近平总书记关于长三角更高质量一体化的讲话精神，共同发布了《关于协同推进长三角港航一体化发展六大行动方案》。《浙江省推进长江三角洲区域一体化发展行动方案》将“推进长三角港航协同发展”列为重要任务。《上海市贯彻〈长江三角洲区域一体化发展规划纲要〉实施方案》明确提到要“落实《长三角港航一体化发展六大行动方案》，推进区域港航协同发展”。

^②张学良、杨羊：《新阶段长三角一体化发展须处理好几类关系》，《学术月刊》2019年第10期。

^③王浦劬：《中央与地方事权划分的国别经验及其启示》，《政治学研究》2016年第5期。

^④封丽霞：《国家治理转型的纵向维度——基于央地关系改革的法治化视角》，《东方法学》2020年第2期。

边检等部门实现有效对接和良性互动方可实现。

鉴于以垂直领导部门为代表的央地关系在长三角港航一体化中扮演重要角色,要顺利实现长三角港航一体化,需要中央部委尤其是垂直领导部门能够及时、准确、有效地回应长三角港航一体化中的地方需求。

二、长三角港航一体化中的央地关系制度悖论

因为中央的政策要求时常被现有制度所束缚,以至于央地关系中时常体现“非合作博弈”状况,从而影响政策落地。^①在长三角港航一体化中,尽管实现长三角港航一体化需要中央部委尤其是垂直领导部门及时、准确、有效地回应地方需求,但实际情况却远未达到期待的目标。对相关区域和部门的实证调研结果显示,很多时候情形是事与愿违,垂直领导部门因其垂直领导的属性,难以及时回应地方需求,形成了长三角港航一体化中的央地关系制度悖论。

(一) 长三角港航一体化中的央地关系制度悖论的实践展开

在长三角港航一体化的工作中,垂直领导部门与地方需求的关系难以像《行动方案》所盼望的那样和谐美好。垂直领导部门的地方分支往往会因“垂直领导”的性质,对回应长三角港航一体化的地方需求感到力不从心,最终导致“政策落地不同步”(政策明文规定的内容,却在发文后很久才落地)甚至“政策空转”(政策明文规定的内容始终不能落地,甚至数次发文亦无济于事)等“政策虚化”现象。^②

(二) 浙江自贸区制度创新为解读央地关系制度悖论提供的参考视角

上述制度悖论广泛存在于长三角港航一体化的各个环节和任务中。为清晰说明该问题,特选取长三角港航一体化中的中国(浙江)自由贸易试验区(以下简称“浙江自贸试验区”)建设(尤其是当中的保税燃料油供应^③环节)作为实例视角展开论述。之所以选取这个视角,是基于如下原因。

首先,复制推广浙江自贸试验区的宝贵经验为长三角一体化建设提供了助力。《纲要》明确提到“复制推广沪苏浙改革创新试点经验,加快上海和浙江自由贸易试验区……等制度创新成果的集成落实”是长三角一体化“加强改革举措集成创新”的重要内容。

其次,浙江自贸试验区建设过程突出体现了央地关系的制度悖论。自贸试验区建设是中

^①马斌:《央地关系一体化下的地方政府创新与区域发展》,《浙江社会科学》2013年第3期。

^②陈利强:《中国特色自贸区(港)法治建构论》,人民出版社2019年版,第95页。

^③浙江自贸试验区保税燃料油供应即为舟山保税燃料油供应。浙江自贸试验区的所有片区均位于浙江省舟山市,因此舟山市是浙江自贸试验区事实上的“承建方”。故本文亦将浙江自贸试验区保税燃料油供应和舟山保税燃料油供应视为一体,本文所述“浙江自贸试验区保税燃料油供应”即为“舟山保税燃料油供应”。

央制定的全国性战略，但是其具体实施却体现了很强的地方属性。^①浙江自贸试验区建设，尤其是舟山的保税燃料油供应，以商务部将保税燃料油供应企业资质的审批权下放到舟山市为代表，集中体现了“中央赋权——地方探索”模式及其中央地关系的复杂纠葛，为破解长三角一体化中的央地关系制度悖论提供了丰富的参考信息。

第三，舟山保税燃料油供应在浙江自贸试验区建设中处于重要地位。在国务院发布的关于浙江自贸试验区建设的根本性文件中，在《中国（浙江）自由贸易试验区总体方案》（以下简称《总体方案》）中，“建设东北亚保税燃料油加注中心”就作为“建设国际海事服务基地”的重要内容被明确列入建设任务。^②之后浙江省人民政府发布的文件更是明确将“以保税燃料油供应服务为突破口，建设国际海事服务基地”列为浙江自贸试验区建设九大类任务中的第二大类。^③可见保税燃料油供应是浙江自贸试验区建设中的关键任务，占据重要地位。

第四，舟山保税燃料油供应本身，也是长三角港航一体化的重要内容之一。《行动方案》将大宗散货“江海联运协调发展”作为任务目标之一。而保税燃料油供应又是江海联运协调发展的重要组成部分。根据舟山市发布的相关文件，“以保税燃油供应为重点拓展外轮供应业务”、“建设东亚地区重要的保税燃油供应基地”都被列为江海联运中心建设的重要任务。

④

第五，舟山保税燃料油供应的发展需要依托长三角港航一体化发展。如舟山江海联运中心建设当中“支持外锚地、跨关区保税燃油直供”^⑤等工作，就深度依赖长三角港航一体化。下文会提到，如“跨关区保税燃油直供”等政策落地，也取决于长三角三省一市涉港航部门的一体化协作。

第六，鉴于舟山保税燃料油供应发展历程突出体现了“地方需求 vs. 垂直领导”的制度悖论，是有代表性的实例。保税油供应是地方需求，但所涉部门却几乎全是垂直领导的。其中出现的问题，为整个长三角港航一体化中的“地方需求 vs. 垂直领导”关系提供了集中范例。

（三）央地关系制度悖论在浙江自贸区制度创新中的运作逻辑

在浙江自贸试验区挂牌成立后，建成东北亚保税燃料油加注中心成为了浙江自贸试验区

^①吴昌杰：《政策创新与扩散过程中的央地互动逻辑——基于自贸区政策央地协同创新的分析》，《甘肃理论学刊》2018年第4期。

^②《中国（浙江）自由贸易试验区总体方案》（国发〔2017〕16号）。

^③《中国（浙江）自由贸易试验区建设实施方案》（浙政发〔2017〕29号）。

^④《舟山江海联运服务中心总体方案》（发改基础〔2016〕1177号）。

^⑤《舟山江海联运服务中心总体方案》（发改基础〔2016〕1177号）。

建设（同时也是舟山市建设）的重要内容。通过大力发展保税燃料油供应业务，可以吸引来往船舶尽可能在舟山停泊加油，由此可以促进舟山的人流、物流、资金流增长，并进而推动油品产业链投资便利化贸易自由化，实现舟山的全面繁荣。

在 2017 年浙江自贸试验区挂牌前，舟山的船用保税燃料油供应量与货物吞吐量极不相称。一般来说，停靠船舶都会倾向在停靠时同时进行货物装卸和燃油加注作业以节省时间。但是宁波舟山港货物吞吐量巨大，而保税燃料油供应却相对极低。以 2015 年计，我国仅长三角地区国际货物吞吐量就相当于新加坡的 3 倍，而保税燃料油年供应量却不到新加坡的 1/3。^①下图显示 2016 年，宁波舟山港的集装箱吞吐量约为新加坡的 70%，但是国际船用燃料油供应量却只有新加坡的 3.8%，反差明显。

舟山保税燃料油供应在国际加油港的竞争中最大的劣势在于两点：一是燃料油价格过高；二是燃料油加注的效率过低。这两点的改善均涉及到海关、海事、边检这三个垂直领导的监管部门。整个保税燃料油供应流程中，地方政府对此的作用空间比较有限。除了为供油企业提供一些补贴外，地方政府几乎完全无能为力。与此同时，浙江自贸试验区内的海关、海事、边检又因其“垂直领导”的本质，必须接受上级同类部门的垂直领导，无权擅自回应浙江自贸试验区的地方需求，这就导致保税燃料油供应的相关问题解决起来进展相对缓慢。

三、长三角港航一体化中的央地关系制度悖论的体制成因

长三角港航一体化中的央地关系制度悖论的基本成因是地方需求与垂直领导之间缺乏稳定、高效的协作机制。很多时候，明明已有中央发文授权之事，仍然需要继续找相关垂直领导部门“一事一议”，大量时间精力被用于此类“内部润滑”，造成行政资源的虚耗。而其成因，具体大致可以分为中央层面和地方层面两大类。其中除此之外，以上各类原因之间还可能出现重叠作用和互相转化的情形。

（一）中央层面的原因

长三角港航一体化中的央地关系制度悖论在中央层面的原因，主要表现为垂直领导部门的中央层面与其他部委（包括垂直领导和非垂直领导）之间缺乏高效的协作机制，导致中央或其他部委的政策难以落地。这其中最典型的例子就是保税燃料油的混兑调和。该政策本由国务院的正式发文明确授权，却因海关总署部门规章的限制性规定，“政策空转”一年多之后方才得以落地。

^①陈兆明、汪长江：《基于保税燃料油加注基地建设背景下的舟山港竞争力研究》，《浙江海洋学院学报：人文科学版》2015 年第 2 期。

对保税燃料油进行混兑调和，能够以较低成本生产出来往船舶所需的廉价燃料油。截止到2018年，舟山380cst价格差不多比新加坡高出5-8美元，允许保税油混兑调和后，可降低成本约5美元。为此《总体方案》明确表态，“在符合监管条件的前提下，允许注册在自贸试验区内的企业开展不同税号下保税油品混兑调和。”^①但是海关总署的部门规章《中华人民共和国海关对保税仓库及所存货物的管理规定》第二十条第一款规定“保税仓储货物可以进行包装、分级分类、加刷唛码、分拆、拼装等简单加工，不得进行实质性加工。”而不同税号下保税油品混兑调和恰恰属于该规章所禁止的“实质性加工”。

舟山海关属于垂直领导部门，无权违反海关总署的部门规章，亦无义务服从浙江省人民政府。因此，尽管国务院下发的《总体方案》已明确授权，浙江自贸试验区仍无法开展保税油混兑调和业务。经过各方反复沟通，直到2018年7月4日，商务部得到海关总署同意后，正式发文，重申允许区内企业“以物理混兑调和方式开展保税燃料油混兑调和加工贸易业务”。^②此文后又经海关总署向下级海关发文要求协助，才在浙江自贸试验区正式实现了保税油混兑调和。

长三角港航一体化在这方面的隐患尤其突出。由此例可见，哪怕国务院正式发文许可的政策，都会因垂直领导部门的部门规章，导致发文后长期“政策空转”，仍需中央部委“重叠反复授权”才落地。由国务院正式发文者尚且如此，则仅由交通运输部与三省一市地方政府所发《行动方案》，对诸多垂直领导部门几乎全无约束力。长三角港航一体化遭遇来自中央层面的央地关系制度悖论不可低估。

（二）地方层面的原因

地方层面的原因主要是指中央部委层面未有直接的限制，但因地方层面本身缺乏高效协作机制，从而导致垂直领导部门未能为自贸试验区的建设发展提供有效协助，甚至反而产生阻碍。具体而言又可以分为垂直领导部门地方分支自身之间的协作机制问题，以及垂直领导部门地方分支与地方政府部门之间的协作机制问题。

1. 垂直领导部门的地方分支之间缺乏促进其高效协作的制度供给

这方面的代表性实例是保税燃料油的跨关区直供问题。所谓“保税油跨关区直供”，即供油企业将保税油跨关区直接供应国际航行船舶的业务。供油企业在不同关区开展保税燃料油供应业务，应取得不同关区的许可证，而每个关区都有各自独立的审批条件。如果实现保税油的跨关区直供，则同一条供油船可以灵活前往不同关区、不同锚地为船舶加油，为供油

^① 《中国（浙江）自由贸易试验区总体方案》（国发〔2017〕16号，以下简称《总体方案》）。

^② 《商务部办公厅关于中国（浙江）自由贸易试验区开展保税燃料油混兑调和加工贸易业务的复函》（商办贸函〔2018〕223号）。

企业提高效率；而且供油企业将不需要在不同关区单独设立保税油仓库，也节省了成本。^①和保税油的混兑调和一样，《总体方案》早就明确授权“允许开展保税燃料油跨关区直供业务。”然而，尽管有国务院的明确授权，仅仅在浙江省范围内实现该政策的落地，就在《总体方案》之后持续耗费了很长时间。具体原因即在于浙江省内各地海关之间因缺乏高效协作机制而不得不花很长时间进行沟通协调。

保税油的跨关区直供，依赖于供油地海关和受油地海关的双向协调。如2017年7月海口湛江两地海关签订了跨关区供油联系配合办法，实现了两地跨关区供油。^②而这之间涉及不同属地海关的联合监管和协作配合，需要开展大量的联系沟通工作。早期如2004年，中燃广州公司为实现保税油跨关区供应，需要千方百计、坚持不懈地反复向各个部门反映，才能得到解决。^③较近者如2013年中石化为了在舟山实现从舟山到宁波的跨关区供油，从5月份向舟山海关申请开展跨关区直供业务以来，直到整整一年多以后的2014年8月，首单在宁波的跨关区供油才实现。该情况直到海关总署正式发文才得以改善。2017年8月，海关总署颁布《中华人民共和国海关保税油跨关区直供业务监管操作规程》，对浙江自贸试验区范围内跨关区直供业务的操作流程进行了规范。同年10月，海关总署发布《关于明确保税油跨关区直供业务有关事项的公告》（海关总署公告[2017]第47号），对跨关区直供业务相关细节做了进一步的明确规定。此后不久，保税油跨关区直供业务在浙江省内的问题基本解决。但是在浙江省外，跨省跨关区供油的业务推进仍然非常缓慢。

《总体方案》明确授权的保税油跨关区直供政策，因垂直领导部门地方分支之间缺乏高效协作机制，导致该政策在《总体方案》生效半年多以后方才落地。但和前文所述的保税燃料油混兑调和的一年以上相比，都已经可以算是落地较快的了。

2. 垂直领导部门地方分支与地方政府直接协作的制度供给不足

地方层面原因的第二种情形是因缺乏有效制度供给，导致垂直领导部门的地方分支与地方政府之间缺乏高效协作机制。相关垂直领导部门地方分支的某些管理习惯可能会阻碍地方建设发展。仍以浙江自贸试验区的保税燃料油供应为视角，海关、边检等部门的管理习惯均曾长期妨碍保税燃料油供应效率的提升。

例如海关的工作时间曾直接影响保税燃料油的供应效率。按照舟山海关的一般操作规程，舟山的港外锚地进行的保税燃料油加注作业完成后，供油船和加油船需要向海关的系统进行加油量的电子申报，之后加油船才能离开。海关一般8点上班5点下班。虽然海关的电子系

^①王云、福州：《厦门海关启动保税油跨关区直供》，《港口经济》2015年第10期。

^②千帆：《海口湛江两地海关签订跨关区供油联系配合办法》，《海南日报》2017年7月14日。

^③刘桂花：《中燃广州公司保税油跨关区供应实现重大突破》，《中国远洋航务公告》2004年第4期。

统可以在无人值班的情况下接受信息，但系统偶尔会出故障，导致海关未能收到供油船和加油船发出的申报。因为担心海关的系统可能会收不到信息，晚 5 点后完成加油的加油船，往往为保险起见而在锚地空等一夜，待次日 8 点海关上班后，再以人工方式确认信息是否已被接收，直到确认无误后才敢离开。这样就延长了加油船的滞留时间，降低了供油效率。

又如边检系统曾对港外锚地供油长期执行以下管理习惯：一是加油船到达外锚地后供油船才能从港内出发前往供油；二是边检发给供油船的出港许可只有当天有效。前者导致每条加油船须在锚地等待供油船数小时。后者导致供油船的加注作业一旦超过凌晨零点，则供油船都必须回港内重新办理出港许可，然后再回到外锚地继续供油作业。边检部门的这些管理习惯，曾一度成为浙江自贸试验区发展“一船多供”业务的阻碍。该情形经过浙江自贸试验区当地政府与当地边检部门多次沟通协调，直到 2018 年秋后方得改善。^①

四、破题建议：以“事权法治制度一体化”方略为“中央—地方联动”提供有效制度供给

长三角港航一体化中的央地关系制度悖论的基本成因在于垂直领导与地方需求之间缺乏促进其高效协作的制度供给。破解该悖论的关键即在于以“事权法治制度一体化”方略建立相关机制，为促进“中央—地方联动”提供有效制度供给，从而在法律层面合理界定政府事权，并通过制度粘合使各级政府高效协作，顺畅履行各自职权，实现长三角港航高质量一体化。^②

（一）长三角三省一市地方政府：依据“事项清单”梳理并上报“事权清单”和“修法清单”

首先，长三角港航一体化所涉的三省一市地方政府，应依据《行动方案》及《纲要》，罗列自身工作的“事项清单”，并分配给各部门。如《总体方案》由国务院发布后，浙江自贸试验区随即制定了《中国（浙江）自由贸易试验区建设实施方案》（浙政发〔2017〕29号），将任务细化到各个部门。

其次，各部门深入调查研究所分配到的事项，以期发现：（1）该事项可能涉及哪些垂直领导部门；（2）可能需要这些垂直领导部门做哪些配合；（3）这些配合将需要这些垂直领导部门调整哪些管理习惯或管理规定；（4）前述调整都需要垂直领导部门的中央层面下放何种事权。随后，各部门详细罗列前述各垂直领导部门与调整变动事项（附相关说理），再由自

^①从 2017 至 2019 年，笔者所在的浙江省法学会自由贸易园（港）区法治研究中心，接受舟山市政府政研室委托，对舟山市经济、法治建设的相关课题进行研究。本部分所涉的舟山保税燃料油供应状况相关信息，系笔者从事课题研究时，从舟山市有关部门直接调取，附以对相关船东、船代的面对面访谈结果，综合提炼而得。

^② 刘剑文、侯卓《事权划分法治化的中国路径》，《中国社会科学》2017 年第 2 期。

贸试验区所在地政府进行汇总，形成“事权清单”和“修法清单”。

该“事权清单”即说明垂直领导部门的当地分支可以在何种范围内自主决定配合地方需求。如前所述，为配合浙江自贸试验区保税燃料油供应工作，海关总署单独发文授权舟山海关就保税油混兑调和事项配合浙江自贸试验区，即为“事权清单”路径之实例（但此项实例还只是“碎片化”的单项事权下放，尚未到达体系化的“事权清单”的程度）。而“修法清单”则是垂直领导部门为配合地方需求，须对其自身的哪些部门规章或其他规范性文件进行“立改废释”，或在特定的自贸试验区内暂停实施。同前所述保税油混兑调和的实例，海关总署亦可选择修订或在舟山暂停实施《中华人民共和国海关对保税仓库及所存货物的管理规定》，即成为“修法清单”之路径。

最后，由三省一市人民政府向中央政府统一提交（垂直领导部门的中央层面各部委分别提交）“事权清单”和“修法清单”（均附相关说理），向中央政府申请相关事权下放或法规修订，或由相关部委单独进行事权下放或法规修订。从而变“一事一议”的“碎片化赋权”为“体系性赋权”，在一定程度上实现稳定、高效的垂直领导配合地方需求协作机制。

（二）垂直领导部门中央层面：对自贸试验区所在地的地方分支进行统一赋权，辅以“改革备案制”和容错机制

如前所述，垂直领导部门因其垂直领导的性质，其地方分支首先需要遵守本部门的部门规章和上级相应部门的指令，无权擅自回应长三角港航一体化的地方需求。但是随着今年《纲要》发布，长三角一体化被上升为国家战略，因此各垂直领导部门的地方分支，依据《纲要》配合三省一市的地方需求进行长三角港航一体化建设，也是题中之意。

有鉴于此，就中央层面而言，可以考虑在《纲要》或《行动方案》范围内对垂直领导部门的地方分支进行统一赋权。如由所涉垂直领导部门对其在长三角三省一市的地方分支发文，明确在《纲要》或《行动方案》罗列事项之内，鼓励地方分支自行配合长三角三省一市的地方需求，对其部门规章进行变通或暂停实施，并报相对应的中央部委备案。同时在发文中明确对上述变通调整行为实施容错机制，为配合长三角三省一市建设地方需求而采取的行为减免责任。

Legal Paradox of Central-Local Relationship in Yangzi River Delta Harbor & Shipping integration -- from the Perspective of Zhejiang FTZ Regulation Innovation

Abstract: Yangzi River Delta Harbor & Shipping integration plays an important role in the Yangzi River Delta integration. Central-Local relationship is deeply involved in Yangzi River Delta Harbor

& Shipping integration. One of the key aspects is the attendance and cooperation of vertical-leading departments. However, in practice, “Vertical Leadership” frequently leads to the result that vertical-leading departments may not be able to cooperate with the local demand of Yangzi River Delta integration. Additionally, sometimes they may even do harm to local demands, which constitutes the Legal Paradox of Central-Local Relationship in Yangzi River Delta Harbor & Shipping integration. The legal innovation of Zhejiang FTZ is a typical example, and the supply of bonded fuel in Zhoushan in Zhejiang FTZ construction is a comprehensive appearance of such situation. The basic reason which leads to such paradox is that current legal system is not able to provide effective and steady cooperation system between local demand and vertical leadership. To solve such problem, the strategy of “power-rule of law-system- incorporation” should be adopted, “Three Lists” should be made, so that effective legal supply will be made, so that “Central-Local-Reaction” will be improved.

Key words: FTZ; Local demand; Vertical Leadership

浙江数字自贸区建设的法治化路径研究

李霞*

内容提要：浙江数字化改革背景下的自贸区建设离不开法治保障。数字自贸区的功能定位决定了“数字化”和“法治化”这两个关键词的重要性。由于数字自贸区建设涉及面广，本文梳理了较能体现数字经济特征，事关网络安全、个人信息保护、电子商务、互联网竞争秩序及网络犯罪的法律法规，分析了当前存在的制度约束与制度缺失，提炼了数字自贸区建设中存在的四大冲突与平衡：数据自由流动与国家安全、个人信息保护；平台经济发展与竞争秩序维护；政务数据开放共享与公共利益保护以及企业创新与非法经营。最后给出了“于法有据”的最优路径选择。

关键词：数字自贸区；数字生态；网络安全；个人信息；数据权属

引言

2019年初，时任浙江省省长袁家军同志所作的《政府工作报告》中明确提出要创建“数字自贸区”。^①2021年2月18日，袁家军书记提出了全面推进数字化改革的总体要求，全面部署了数字化改革工作。自贸区试验区是以制度创新为核心，对标国际的改革开放先行地，是数字浙江建设的战略高地，也是打造全球数字经济规则与标准制定的高地。经过2020年9月的自贸区扩区，浙江省自贸区已有舟山、宁波、金义和杭州四个片区，自贸区数字化具备了一定的基础，既能为全省数字化改革做测试，也能顺应自贸区自身发展的迫切需求。法治是保障数字自贸区建设顺利进行的重要基础，法治化路径的选择应结合浙江数字自贸区的功能定位与现有法律制度，综合分析权衡后做出。

一、浙江数字自贸区的内涵与功能定位

（一）内涵

数字自贸区的概念是在自贸试验区的基础上演变而来，它既不是法律概念也不是法学概念。当前浙江数字化改革正在如火如荼的进行中，结合实践，本文认为，数字自贸区是通过数据赋能、数据共享和数据开放等方式，推动人工智能、互联网等数字技术与实体经济深度融合，促进数字产业高质量发展，搭建场景化、集成性、智慧型的数字监管和数字服务平台，提升政府治理效能，实现更高水平贸易、投资、运输、人员、资金、数据自由化便利化的一种新型特殊功能区。

* 李霞，湖南益阳人，华东政法大学国际法博士，浙江外国语学院国际经济与旅游管理学院讲师。

^① <https://zj.zjol.com.cn/news/1130739.html>.

（二）功能定位

浙江建设数字自贸区是按照全省数字化改革的决策部署，聚焦国务院扩区文件中建设新型国际贸易中心、国际航运与物流枢纽、数字经济发展示范区等“五大功能定位”，利用数字技术和数字化手段赋能贸易自由、投资自由、运输自由和人员、资金、数字等要素流动自由，实现一体化、现代化的数字监管、数字服务，打造数字化国际一流营商环境的示范区。据此，功能定位可以细分为四个方面：

1、数字贸易创新区。数字贸易全产业链的构建是数字自贸区建设的核心。通过优化国际贸易“单一窗口”、创新通关监管服务模式、服务贸易创新发展等，建设智能物流枢纽、跨境电子商务核心功能区和数字丝绸之路战略枢纽。

2、数字产业国际合作引领区。数字产业化和产业数字化是数字经济的主要内容，也是自贸区投资便利化和自由化实现的重要着力点。搭建国际化合作平台，推动智能制造产业国际化发展，推动重点产业数字化、国际化发展，扩大数字产业对外开放，构建对外投资促进体系，推动现代制造业与数字科技融合发展。

3、数字金融发展先行区。数字贸易与投资都离不开金融支持。进一步放宽市场准入，加快推动跨境数字金融产业化发展，为数字贸易与投资跨境资金流动提供更加便利、高效的管理服务。

4、数字政务服务示范区。数字政务服务和治理是实现六大自由的基本保障。改革创新政府管理方式，在计算机、网络通信等技术支撑下，搭建数字政府服务平台，推动政府管理方式向数字化服务转变。^①

二、数字化改革中的制度约束与缺失

基于浙江数字自贸区的内涵与功能定位，本文将梳理与数字自贸区建设密切相关的法律法规，找出上位法的制度约束与制度缺失，即数字自贸区在制度创新中必然面临的规则约束和上位法授权不明的规则缺失问题。

（一）制度约束

1、网络安全与国家安全

《网络安全法》从网络安全的角度对网络运营者和网络产品、服务提供者做出了相应规定：要求建设、运营网络或者通过网络提供服务时，采取技术措施和其他必要措施，保障网络安全、稳定运行，有效应对网络安全事件，防范网络违法犯罪活动。对公共通信和信息服

^① <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/article/shidian/gzjz/202001/96527.html>.

务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域，实行重点保护。关键信息基础设施的运营者采购网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当通过国家安全审查。该法还规定了网络运营者对其用户发布的信息的管理义务和建立投诉、举报机制。发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取消除等处置措施，防止信息扩散，保存有关记录，并向有关主管部门报告。网络运营者应当建立网络信息安全投诉、举报制度，公布投诉、举报方式等信息，及时受理并处理有关网络信息安全的投诉和举报。

《数据安全法》目前还在审议中^①，其制定的目的是鼓励数据依法合理有效利用，保障数据依法有序自由流动，促进以数据为关键要素的数字经济发展。该法规定了数据安全审查制度、数据中介机构的审核义务、数据处理服务的行政许可以及政务数据的开放制度。

2、个人信息与数据保护

《网络安全法》规定了网络运营者应维护网络数据的完整性、保密性和可用性，防止网络数据被泄露、窃取、篡改的义务。收集用户信息功能的，应当向用户明示并取得同意，并遵守个人信息保护的规定。网络运营者应当对其收集的用户信息严格保密，并建立健全用户信息保护制度；收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，不得收集与其提供的服务无关的个人信息，并依法依约定处理其保存的个人信息；不得泄露、篡改、毁损其收集的个人信息；未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，网络运营者应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。个人发现网络运营者违法违规收集、使用其个人信息的，有权要求网络运营者删除其个人信息；发现其个人信息有错误的，有权要求网络运营者予以更正。

《个人信息保护法》审议稿^②首先明确规定要加强个人信息保护，与《民法典》将个人信息界定为一种法益一致，处理个人信息应合法、正当，有明确、合理的目的，并限于实现处理目的所必要的最小范围、采取对个人权益影响最小的方式，且须公开个人信息处理规则，明示处理的目的、方式和范围，并保证个人信息的准确、完整和安全。该法第十三条还具体规定了包括“个人同意”在内的七种可以处理个人信息的情形。同时在个人信息处理规则这一章规定了一系列保护个人信息的措施，增加了个人信息处理者，特别是个人敏感信息处理者的义务。其次，该法还规定个人信息跨境转移必须满足下列条件之一：安全评估、专业机构认证、标准合同或其他条件，且获得个人的单独同意。而对关键信息基础设施运营者和处

^① <http://www.npc.gov.cn/npc/sjqfca/sjqfca.shtml>.

^② <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202010/569490b5b76a49c292e64c416da8c994.shtml>.

理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者，则做了个人信息境内存储的规定。确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的安全评估；法律、行政法规和国家网信部门规定可以不进行安全评估的，从其规定。再次，该法规定了个人信息保护负责人制度和个人信息处理活动事前风险评估制度。

《电子商务法》第18条第1款规定了针对消费者个人的精准营销，“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的，应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项，尊重和公平保护消费者合法权益。”电子商务经营者通过收集消费者的消费行为历史、兴趣爱好、消费习惯等等个人数据，形成用户画像，并基于这些个人特征进行商品、服务推送，目的在于使得消费者能够更加方便、快捷、精准地获得更加适合自身特征的商品或者服务。在消费者不知情的情况下，进行人为控制和干预的行为会损害消费者的知情权和自主选择权。

3、互联网平台责任

互联网平台制定行为规则、交易规则、准入条件，进行资源配置，建立在线纠纷解决机制自主地对平台上的纠纷进行处理，已然成为政府之外的社会管理者。国家也越来越多地依靠互联网平台提供公共服务、开展执法活动，大型的互联网平台还成为社区和环保等公共服务的提供者，“权力”越来越大。

我国于2019年1月7日起正式施行的电子商务法对互联网平台的责任提出了较高要求，如规定了平台应当承担身份审查登记、定期核验更新、处置违法经营行为、保障交易安全、保障交易规则合理、健全信用评价、加强知识产权保护等大量法定义务。2019年8月，国务院办公厅发布的《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》，进一步要求“切实保护平台经济参与者合法权益，强化平台经济发展法治保障”。

4、竞争秩序

互联网领域的竞争秩序除了依靠私法规范，还需要经济法中的公法规范，特别是针对互联网的竞争法规范。^①《反不正当竞争法》第十二条为互联网专条，规定经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守反法的各项规定，不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；

^① 参见刘权：《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》，《法学研究》2020年第2期，第23页。

(二) 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；
(三) 恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；(四) 其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。该条是对中国数字经济高速发展过程中出现的大量互联网不正当竞争案做出的回应。

《反垄断法》同样适用于互联网领域的垄断行为。2019年8月发布的《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》要求依法查处互联网领域滥用市场支配地位限制交易。2020年1月起实施的《优化营商环境条例》指出，政府有关部门应当加大反垄断和反不正当竞争执法力度，有效预防和制止市场经济活动中的垄断行为、不正当竞争行为以及滥用行政权力排除、限制竞争的行为，营造公平竞争的市场环境。2021年2月7日实施的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》是为了预防和制止平台经济领域垄断行为，保护市场公平竞争，促进平台经济规范有序创新健康发展，维护消费者利益和社会公共利益，而出台的。《指南》中的平台为互联网平台，是指通过网络信息技术，使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互，以此共同创造价值的商业组织形态。

5、网络犯罪

《刑法》规定了非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪、非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪、拒不履行网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪，侵犯公民个人信息罪等一系列针对网络犯罪的罪名，还有一些如非法经营罪之类的传统罪名也经常被用来适用于新型的不能归入已有罪名的网络犯罪行为。

(二) 制度缺失

1、数据权属不明确。

虽然《“十三五”国家信息化规划》^①指出加快推动“数据权属、数据管理”的立法；第十三届全国人大会议期间，全国人大财经委提出完善“数据权属、权利、交易等规则”；十九大期间，习近平总书记更是明确提出“制定数据资源确权、开放、流通、交易相关制度，完善数据产权保护制度”的要求；第十三届全国人民代表大会第四次会议批准并发布的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》也规定“统筹数据开发利用、隐私保护和公共安全，加快建立数据资源产权、交易流通、跨境传输和安全保护等基础制度和标准规范”，但是立法却一直未对数据权属做出正面回应，《民法典》、

^① http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-12/27/content_5153411.htm.

《个人信息保护法（二审稿）》和《数据安全法（二审稿）》等涉及数据权利的立法均没有明确规定数据权利的归属。

从司法实践来看，数据权实质并未获得法院的直接认可，而是通过在个案中适用《反不正当竞争法》一般条款获得救济。

2、政府数据共享开放机制的顶层设计

我国各地政府数据开放探索已有数年，但整体效果却不尽人意，究其原因，地方政府“不敢、不会、不愿”的表象背后存在着政府数据权属不明、开放制度规则不清、考核激励机制不足等深层次问题。目前关于政府数据开放的中央立法除了《数据安全法》（二审稿）第五章外，没有其他立法。地方立法有 2020 年 6 月 28 日《沈阳市政务数据资源共享开放条例》，此外，2019 年 8 月 29 日上海市人民政府令第 21 号公布的《上海市公共数据开放暂行办法》，浙江省人民政府也于 2020 年 6 月 4 日《浙江省公共数据开放与安全管理暂行办法》（省政府令 381 号），此外连云港、福州、温州等市人民政府也有相关发文。也有像《贵州省政府数据资产管理登记暂行办法》（2017 年）这样的规章为数据确权做准备，将所有具有经济和社会价值的政府数据都作为资产进行登记管理，以为后续的政府数据评估、确权、交易奠定基础。^①

3、企业合规激励机制

企业合规激励机制是指企业有效的合规计划可以使其免受刑事处罚的激励机制。有效的合规计划是采取轻缓强制性措施和进行不起诉或暂缓起诉等程序分流的前提。合规计划的有效性是指在犯罪行为发生之前，商业组织要根据所面临的风险、经营业务的性质和范围等因素确定适合其自身的预防犯罪的程序。在犯罪行为发生后，商业组织首先要对犯罪事项进行处理、惩罚相关人员，并及时、主动向司法机关报告犯罪行为；其次，针对犯罪行为的性质，商业组织要及时调整内部的合规计划，以预防相同罪行再次发生；最后，在司法机关调查过程中，商业组织要积极配合司法机关的调查，并且按照司法机关的要求调整其合规计划的内容。^②审核合规有效性的主体通常是检察官，合规监督官制度是合规计划有效执行的保障。

我国现在尚未建立企业合规的激励机制。企业合规是一种现代社会治理方式，有利于企业承担社会责任。中兴事件和《通用数据保护条例》的生效让我们感到了企业合规的国际压力。在数字产业化和产业数字化的过程中，企业的经营行为可能因为各种原因而触犯刑法，

^① 参见余志兰、彭歆北：《建立政府数据资产登记制度促进政府数据资源交易流通》，《通信企业管理》2017 年第 5 期第 21 页。

^② 参见李玉华：《我国企业合规的刑事诉讼激励》，《比较法研究》2020 年第 1 期，第 20 页。

如果没有激励机制将不利于企业的经营。毕竟，惩罚企业不是最终目的，让企业合规经营，承担起应负的社会责任才是最终目的。

三、数字自贸区制度创新中的利益平衡问题

（一）数据自由流动与国家安全利益、个人信息保护

在数字经济时代，数据成为土地、劳动、资本、组织等生产要素之外的新型生产要素。以数据作为关键生产要素是数字经济最鲜明的特点，“得数据者得天下”。^①一方面，数据的生产和共享，是大数据、人工智能乃至更多突破想象力的新兴行业实现跨越式发展的必备资源，也是数字经济、数字社会和数字政务发展的重要驱动力。数据由专门的经营者的投资、收集、管理，根据学界对知识产权等无形财产权的正当性论证，当智力成果需要投入大量资本和人力、物力才能完成时，产权制度的激励对象即从创造者转变为投资者，激励目的也从激励创造活动转变为激励其背后的资本投入。^②数据使用者收集、处理数据的目的是为了实实现经济利益，只有明确其权益，允许其自由流通才能鼓励商业资本的持续投入，数据产业才能蓬勃发展，数字经济才能繁荣昌盛。另一方面，个人是数据的生产者，数据被使用者收集、处理可能会影响到数据主体的人格权和财产权。数据自由流动涉及的安全问题，上至国家，下及个人，将是数据立法无法回避的核心命题。如何平衡二者的权利是数字自贸区建设中应该解决的首要问题。

（二）平台经济发展与竞争秩序维护

互联网平台是通过数字服务的形式促进两方或者多方具备不同要素但是相互依赖的用户进行互动交流的信息技术服务企业，其表现形式包括网络商城、搜索引擎、社交媒体、应用商店、通信服务、支付服务等不同形式的平台。^③互联网平台是规模经济的典型代表，具有庞大的员工数量、资本、客户群以及先进的技术，而且互联网平台积累了大量数据，这些数据价值巨大，是现代竞争的核心资源，互联网平台往往通过构筑围栏来保护自己占有的数据不被他人利用，对数据入口采取控制措施，形成数据霸权。此外，随着互联网平台的公共属性日益增强，平台的一些商业政策和行为可能构成滥用监管权力，阻碍竞争。^④如，限制

^① 参见 [美] 伊恩·艾瑞斯：《大数据：思维与决策》，宫相真译，人民邮电出版社 2014 年版，第 63 页。

^② See Raymond Shih Ray Ku, "The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, No. 1, 2002, p. 279.

^③ 参见刘云：《互联网平台反垄断的国际趋势及中国应对》，《政法论坛》2020 年第 11 期，第 92 页。

^④ See Daniel E. Rauch & David Schleicher, Like Uber, but for Local Government Policy: The Future of Local Regulation of the "Sharing Economy", *George Mason University Law & Economy Research Paper Series No. 15-01*. (2015).

交易与优待自营业务；滥用数据（拒绝向竞争者开放数据入口；滥用平台上的他人数据，价格歧视）和算法控制权，实施排除或者限制竞争的行为。由于规模效应与网络效应，大型平台不仅会垄断现有的生产与再生产过程，还会“控制未来的生产与再生产过程和创新方向”。

^①执法机构和利益相关方都期望通过反垄断措施来恢复竞争秩序。

（三）政务数据开放、共享与公共利益保护

经过数年发展，我国各地已有政务数据开放方面的立法，但政务数据开放实践差强人意，大量地区仍然存在开放数据范围过窄、体量较小、质量不高、时效性差等问题，尤其是开放数据未能被有效应用更是各地通病。政府数据开放作为一项新型的公共服务类型，尚无任何制度或规则可循，即便是经济发达的国家或地区，政府也往往缺乏相应的技术和管理经验。从中央到地方、从产业界到学界，均倡导对政府数据进行市场化运作，期望通过引入市场力量和竞争机制来促使政府数据被更好地开发和利用。但是，没有经验和上位法的规定，政府数据开放的市场化运营是否真的会损害公共利益？平衡政府数据开放和公共利益保护之间的关系显得尤为重要。

（四）企业创新与非法经营

数字经济时代，导致竞争无序的企业不正当竞争行为当然应受竞争法的约束。但应尽量避免企业在日常经营或商业模式创新中出现动则得咎的现象。目前因为商业模式创新而受到行政处罚甚至构成犯罪的现象并不少见。例如一些社交电商商业模式容易落入《禁止传销条例》和刑法的规制范畴，但是立法上，特别是中央立法上并没有企业合规激励机制的相关规定，对于企业创新商业模式在一定程度上构成了阻碍。近几年，企业合规逐渐成为法学界、律师界以及企业界讨论的一个热门话题。笔者在调研过程中也了解到浙江省检察院也在探索企业合规不起诉的做法。

四、数字自贸区建设的法制化路径

（一）破法调法的法治化路径

自贸区建设的已有经验告诉我们，当制度约束构成不能绕过的障碍时，破除当前法律障碍，请求全国人大常委会暂停适用某些阻碍创新的法律法规十分必要。如上海自贸区成立以前，我国对外资管理遵循的是国家发改委和商务部制定的《外商投资产业指导目录》，即正

^① 参见谢富胜、吴越、王生升：《平台经济全球化的政治经济学分析》，《中国社会科学》2019年第12期，第71页。

面清单管理模式。该目录列出了我国对外资的鼓励类、限制类、禁止类三类产业目录。^①上海自贸区首先通过全国人大常委会和国务院“双授权”，暂停或修改三资企业法部分条款的方式，开始实行负面清单管理模式，通过制度创新努力减少非关税壁垒，推进简政放权给予企业更多公平竞争、自由选择的空间。建立“准入前国民待遇”加“负面清单”管理模式是上海自贸区的亮点，被后来制定的《外商投资法》所采纳。但这种做法存在不确定性、不可预见性和不可操作性难题。

数字自贸区的概念并没有在全国范围内被广泛接受，也没有出现在国务院关于自贸区建设的总体方案中。因为浙江省的数字化改革正在推进，自贸区试验区作为试验田理应承担先行先试数字化改革中创新的制度。数字经济方兴未艾，数字经济规则正在逐步确立过程中，许多关于数字经济创新的制度也是摸着石头过河，在现有法律约束下仍可实现，因此，破法调法路径不是浙江数字自贸试验区的首选路径。

（二）约束条件下的法治化路径

1、明确数据利益分配机制

数据权属问题理论与实务界争论不休，数据确权成本过高。鉴于数据的共同生产特征、互动性和流动性，数据来源的多元归属、易复制性与使用上的非竞争性，立法者难以在不同主体之间清晰划定数据权属。但是，法院在具体情景下的事后判决，甚至诉诸社会规范和商业惯例的权利定分，均是数据界权的可能方式。数据的权利是多元化和场景性的。它们正如一个个木棍，每一个都是独立而平等的存在，同时，每一束权利互不隶属，无法通过先定的、绝对的位阶高低来确立优先保护对象，而只能在实际情景中对各方当事人的权益实施具体比较后才能确定。^②

对数据权属的讨论即为对数据财产权主体的讨论。财产权的本质在于获得经济利益，数据上的经济利益来源于对数据的持续使用和处分，因此，数据权属的实质并不强调对数据本身的归属界定，而是对因排他性使用和处分数据获得经济利益的行为赋权。^③因此，针对上位法缺失的数据确权问题，通过明确数据利益分配机制可以在很大程度上弥补权属缺失。数据的生产者、收集者、使用者对数据均有利益，如何分配需要做权衡。除了法律对个人信息有明确规定以外，数据利益相关者之间的权衡分为三个步骤：首先是对一种法益不被实现或损害的程度判断；第二是实现另一种相冲突法益的重要性确定；第三是实现另一种法益的重

^① 参见胡加祥：《上海自贸区三周年绩效梳理与展望》，《东方法学》2017年第1期，第142页。

^② 参见许可：《数据爬取的正当性及其边界》，《中国法学》2021年第2期，第24页。

^③ 参见李海敏：《我国政府数据的法律属性与开放之道》，《行政法学研究》2020年第期，第148页。

要性是否足以证明损害或不实现第一种法益是正当的。数据收集和处理者的竞争性利益，已经有司法案例支撑，依靠《反不正当竞争法》的一般条款可以解决利益分配问题。^①

2、对标国际，确保商业数据自由流动。

(1) 在国家安全观指导下，实现商业数据的自由流动，消除数据本地化要求。

《网络安全法》、《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》和2019年6月13日发布《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》以数据本地化为原则，以跨境流动为例外，以通过安全评估为条件，除非法律或行政法规另有规定。《网络安全法》第37条规定，关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。这是中国为放宽数据出口留下了空间。数据出境的两个途径：通过安全评估；符合法律法规的其他规定。我国《个人信息保护法（二审稿）》借鉴了欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）的相关规定，数据主体的同意、充分性认证、评估、标准合同等均可作为自由流动的前提条件之一。充分性认证和标准合同是《网络安全法》所没有的，这体现了个人信息跨境提供的法律规制的放松，体现了法律的平衡性：促进基于数据的创新应用，同时保护个人利益与权利。

CPTPP 确立了数字经济的高标准：数据跨境自由流通、禁止计算机设施及数据本地化、保护源代码规则，暂未包括源代码代表的算法、网络服务提供者责任限制、政府数据开放软条款，但 USMCA 则更进一步。我国难以接受如此高标准的监管制度和法律障碍有：（1）跨境数据自由流动规则。我国《网络安全法》确立了网络信息技术产品和服务的国家安全审查制度，以及关键信息基础设施收集和产生的个人信息和重要数据以境内存储为原则、以安全评估为例外的数据本地化要求。《征信业管理条例》、《关于银行业金融机构做好个人信息金融信息保护工作的通知》、《人口健康信息管理办法》、《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》等法律规定也对不同行业的数据本地化做了要求。（2）计算设施位置条款。我国要求某些计算设施必须本地化。《网络出版管理规定》、《地图管理条例》、《电子银行业务管理办法》等法律规定都要求相关服务器和存储设备设在中国境内。^②

但是数字自贸区建设的目标之一就是对标国际，对我国暂时不能在全国范围内普遍使用的制度进行压力测试。确立数据跨境自由流动，消除数据本地化要求的基本原则，同时保留必要的例外条款是当前数字自贸区建设的努力方向。

^① 如2016年“大众点评网诉百度不正当竞争案”，2017年“深圳谷米公司诉武汉元光公司不正当竞争案”，2019年“新浪诉饭友不正当竞争案”。

^② 参见李墨丝：《CPTPP+数字贸易规则、影响及对策》，《国际经贸探索》2020年第12期，第25-26页。

（2）数据安全例外的“必要性”探索

《区域全面经济伙伴协定》（RCEP）第 12.15 条：缔约方不得阻止涵盖的人为进行商业行为而通过电子方式跨境传输信息。本条的任何规定不得阻止一缔约方采取或维持：（一）任何与第二款不符但该缔约方认为是其实现合法的公共政策目标所必要的措施，只要该措施不以构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制的方式适用；或者（二）该缔约方认为对保护其基本安全利益所必需的任何措施。其他缔约方不得对此类措施提出异议。

（RCEP）第 12.14 条规定：缔约方不得将要求涵盖的人使用该缔约方领土内的计算设施或者将设施置于该缔约方领土之内，作为在该缔约方领土内进行商业行为的条件。本条的任何规定不得阻止一缔约方采取或维持：（一）任何与第二款不符但该缔约方认为是实现其合法的公共政策目标所必要的措施，只要该措施不以构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制的方式适用；或者（二）该缔约方认为对保护其基本安全利益所必需的任何措施。其他缔约方不得对此类措施提出异议。

上述两条中的对于数据跨境流动和数据本地化要求的两个重要例外：合法公共政策、基本安全利益均由缔约方自主决定，且相关争议不受专家组程序的约束，而是应通过政治协商与谈判来解决，为缔约方保留了比较充分的规制空间与自主权。相比 CPTPP、USMCA 等对数据自由流动的更为绝对，且较少例外甚至不留例外的规定，RCEP 的商业数据跨境流通和计算机设施本地化条款更符合我国的实践需要。

数字自贸区自身的功能定位决定了其存在数据跨境自由流通、对标国际的迫切需求，同时，为了国家安全和公共利益需要，必须保留例外。我国已经加入的 RCEP 中规定的例外条款完全有缔约国自主决定，可以给国内自贸区建设提供一些启示：例外可以限制在极小范围内，类似于外商投资负面清单制度，具有明确、可预期和可操作性。

（3）数据评估与充分性认证制度

在现有法律约束条件下，自贸区试验区应积极探索研究适合数字自贸区的数据跨境前评估标准，率先建立第三方机构充分性认证制度。积极参与并推动工信部、网信办、互联网协会等出台标准，为数字自贸区建设的特殊需求发声。

3、探索建立平台责任合理配置、企业合规免责制度

（1）平台的责任合理配置

在电子商务法起草过程中，有观点认为，平台是一种纯粹私人性质的市场主体，不可能承担“管理性”职能，但立法者最终采纳的观点是，既然相关的网络交易空间为平台所建

构，要求平台履行相应的管理职能就是合理的。^①平台对于生产力的组织、生产要素的分配和流转、新业态的发展等，都具有重要影响，其数字基础设施的特征日益明显。适度的司法谦抑是尊重平台自治的体现，有利于发挥市场自身的内生调节功能，维系平台的稳定运行，避免因不当否定平台规则而带来社会成本。平台履行“看门人”责任，会耗费巨大成本，过高的义务要求与责任设置，可能会使平台不堪重负。其次，平台缺乏足够的“看门”手段，对于很多违法行为，平台并不享有政府职能部门所具备的实质处理权限。“避风港规则”“红旗规则”经常被诟病，被认为无法有效保障用户权益，平台或有必要负担更高的注意义务，设法“利用更先进的侵权内容识别技术更有效地发现和制止侵权”^②。

《刑法修正案（九）》所增设的帮助信息网络犯罪活动罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪过分扩张了刑事处罚的范围，受到了很多学者的批评。立法者在决定增设这些罪名的时候，似乎仅仅考虑了处罚网络服务商的行为之于打击网络犯罪的必要性，而完全没有考虑处罚网络服务商的行为可能会带来哪些负面的后果。^③

数字自贸区建设的重要内容之一是电子商务，电子商务的重要参与者是平台。赋予平台过重的监管责任可能会影响整个互联网行业的发展。在平台未被赋予真正的管理权力的前提下，平台责任应限于程序性合法，而不能过于强调实质性合法。

此外，反垄断是政府干预行为，是对市场自由提出的挑战，因为非行政性垄断地位的形成都是市场主体奋斗得来的，追求商业利益最大化也是市场经济的重要特征。反垄断执法并不需要全面覆盖，在政府认为合适的时候进行干预即可，是政府在实施市场经济政策时为自己保留的自由裁量权。自贸试验区的建设需要大规模企业，数字自贸区更需要资金和技术实力雄厚的互联网平台，只有规模庞大的互联网平台企业才能积累强大的研发能力，持续地推进创新和产品升级，同时也将带来更低的成本和更多的消费者选择。^④数字自贸区的反垄断执法应该综合考虑平台经济对静态和动态竞争状况的影响，以及数字经济领域不能保持技术创新和服务能力与时俱进的大公司也很容易被市场所淘汰的历史经验，适度把握执法力度，充分实现市场经济政策目标。

（2）企业合规激励制度

^① 参见电子商务法起草组编：《中华人民共和国电子商务法条文释义》，法律出版社2018年版，第100页。

^② 参见张颖、翟睿琦：《电商平台商标侵权中避风港规则适用研究》，《河南财经政法大学学报》2018年第5期，第114页。

^③ 参见郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》（第6版），法律出版社2015年版，第505—508页。

^④ See Diane Katz, Antitrust Fervor Hits Washington, but Big Isn't Always Bad, Heritag.com, July 2, 2019.

企业合规激励，特别是刑事诉讼激励制度，对数字自贸区的企业来说无疑具有巨大的激励作用。本文所阐述的企业合规激励制度限于刑事诉讼领域，包括强制措施激励和程序分流激励机制。

1) 企业合规的强制措施激励机制。我国关于产权保护的系列文件明确规定在办理经济犯罪案件中“准确适用限制人身、财产权利的强制性措施，慎用羁押性强制措施，对财物不得超权限、超范围、超数额、超时限查封、扣押、冻结。”^①强制性措施激励机制的主要内容是：将合规作为决定采取强制性措施必须考虑的因素。对进行有效合规企业的涉案人员，能不采取强制措施的就不采取；能不采取羁押性强制措施的，就不采取羁押性强制措施。对进行有效合规企业的财物，能不查封、扣押、冻结的就不查封、扣押、冻结；必须查封、扣押、冻结的，尽量减少查封、扣押、冻结的范围和期限；查封、扣押、冻结要选择适当的时机，尽量减少对生产经营的影响。

2) 企业合规的程序分流激励机制。在现行诉讼制度下，程序分流激励措施包括不起诉和暂缓起诉。首先，我国《刑事诉讼法》规定了适应不同情形的比较完善的不起诉体系，不起诉分为五种，即法定不起诉、证据不足不起诉、酌定不起诉、附条件不起诉和特殊情形下的不起诉。其中酌定不起诉、附条件不起诉从适用范围和案件数量上均有扩大适用的趋势。附条件不起诉和酌定不起诉也可以作为程序分流制度扩大适用于激励企业合规，其次，认罪认罚从宽为暂缓起诉提供了法律和制度上的依据。认罪认罚从宽作为一项基本原则在我国《刑事诉讼法》中规定下来，可以适用于刑事诉讼的全过程，不仅可以适用于审前程序的不起诉，也为起诉到法院后建立和适用暂缓起诉提供了可能性。根据认罪认罚从宽的原则，鼓励任何阶段的认罪认罚，目前我国的《刑事诉讼法》规定了不起诉，但是对于提起公诉以后的并没有规定暂缓起诉。检察机关对涉案企业进行程序分流是进行法律监督、预防犯罪、维护公共利益的行为。最高人民检察院《关于充分履行检察职能加强产权司法保护的意見》第8条可以看出检察机关不仅有帮助企业进行合规建设的意识，也有“检察建议等”具体手段。这是我国通过刑事诉讼进行企业合规激励的司法实践基础。虽然没有使用“合规”二字，但是“内部监督制度和内控机制”、“规范国有资产流转程序和交易行为”、“集体资产管理制度和财务管理监督制度”、“依法规范经营”等都是合规建设的内容。

^① 中共中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》、最高人民法院《关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意見》、《关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》、《关于为改善营商环境提供司法保障的若干意见》、最高人民检察院《关于充分履行检察职能加强产权司法保护的意見》、《关于充分发挥职能作用营造保护企业家合法权益的法治环境支持企业家创新创业的通知》、最高人民检察院、公安部联合颁布的《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》等系列文件中关于对强制性措施的轻缓适用可以吸收进合规激励制度中。

4、构建政务数据共享、开放机制。

政务数据共享离不开中央和省级层面的数据共享顶层设计，制定公共数据资源分类分级管理规则，明确各部门在数据共享时的权利和责任，建立数据强制共享机制，全面建设“掌上办事、掌上办公、掌上治理”自贸试验区。

此外，政务数据的对外开放应坚持以下原则：法律法规规定可以开放的，应当开放；未明确规定开放的，安全有序开放；禁止开放的，不得开放。构建统一协调的公共数据管理体系，优化公共数据资源开发利用法治环境，健全数据要素市场运行机制，完善数据要素交易规则和监管体系，推动建设政务大数据中心、数据交易机构和数据运营机构等数据要素市场重大枢纽工程。

五、结论

凡属重大改革必须于法有据，自贸区建设如此，数字自贸区也不例外。通过充分剖析制度约束与制度缺失，平衡经济效率与国家安全、公共利益及个人权益，探索在约束条件下基本实现数字自贸区功能目标或许是当前浙江数字自贸区法治化的最优路径。

欧盟数据跨境标准合同新发展及其启示

李嘉 胡海东*

摘要: 跨境数据流动越来越成为经济全球化的重要因素。标准合同形式作为许多国家实施的数据跨境流动机制,促进了数据自由流动。目前我国可行的数据跨境流动机制为安全评估形式。安全评估形式的严格性审查,在保障数据安全的同时,降低了数据流动的自由性,不利于我国的数字经济发展。兼顾数据安全与自由流动,构建多样化的数据跨境流动机制成为未来数据立法的重点方向。欧盟的标准合同形式,在实践中较好地平衡了数据安全与自由流动的关系。在坚持数据安全优先的基础上,我国应当在吸收现有的立法成果和域外经验,丰富未来合同形式的执行办法;完善合同双方的责任设置以保障数据主体权利;适当使用补充措施和分级处理来保护数据安全;展开国际执法合作,来实现数据安全与自由流动的高度统一,进而推动数字经济的快速发展。

关键词: 跨境数据流动; 安全评估; 标准合同; 执行办法

一、欧盟标准合同条款模式的特点

数据跨境流动,是指通过各种技术和方法,实现数据跨越国经(地理疆域)的流动。数字经济时代,数据跨境流动广泛存在。数据跨境流动可能会导致数据泄露、个人信息泄露、甚至涉及到重要、敏感信息泄露的风险。因此各国都会对输出数据进行严格的安全审查,如安全评估,来保障跨境数据流动的安全性。繁琐、严格的数据跨境流监管方式将影响数据流动的效率性,与数字经济发展的需求相冲突。研究发现,如果限制本国公司将数据传输到国外,则他们的计算需求可能要至少多花费 30%的成本^①。

以欧盟为代表的一些国际组织和国家,在国家认可、白名单认定机制外,也采取标准合同的形式来进行数据跨境流动监管,在一定程度上缓解了数据安全和自由流动之间的冲突,有效地发挥数据流动的效益。

(一) 标准合同条款的含义

标准合同形式是一种管理跨境数据流动的监管机制。为解决充分性名单数据跨境流动形式的局限性,欧盟最早在《数据保护指令》中规定以标准合同管理模式来管理跨境数据流动。并在 2001 年、2004 年、2010 年推出三套标准合同条款。欧盟的标准合同条款,是官方根据

* 作者单位:浙江工业大学法学院。

^① See Abdelhamid Mamdouh. Exploring International Data[C]. 2019:7-8.

自身的数据安全标准制定或认可的格式条款,其目的是保障欧盟数据在境外的安全和实现数据的自由流动。这些标准合同条款及应用,共同组成用于数据出境的标准合同形式。

目前,这几个版本的合同均有效,由当事方根据需要,自行选择适用。分析欧盟标准合同条款内容,它是欧盟数据输出者与境外数据接收者为了保护第三方数据主体权益签订的第三人利益合同。其内容主要是规定个人数据跨境转移中涉及的相关定义,明确数据输出者和接受者的责任义务,以及数据主体的权利保护和救济方式,这些内容保障了合同双方能够为欧盟数据主体提供同等或接近欧盟的数据保护水平。如果使用标准合同条款进行数据跨境流动,在符合合同内容进行数据传输时,输出者与接收者将无需在数据传输前接受欧洲数据保护机构审查、评估其数据传输风险,从而提高传输速度。相比安全评估数据传输形式的事前审查,标准合同形式侧重于数据传输过程中的安全监管和合同条款事前备案审查,标准合同适用大幅提高了欧盟的数据跨境流动效率,在一定程度上弥补了以充分性水平为前提的数据保护机制之实用性。

由于标准合同模式具有的灵活性、实用性,目前除了欧盟,该模式也为澳大利亚、新加坡、加拿大、巴西、印度等国家在数据跨境监管中采纳。^①这些国家的标准合同条款内容特点与欧盟类似,都是规定合同双方的权利义务来保障本国数据主体的数据权益在数据接收国得到同等或接近水平的保护,即为第三方数据主体利益所设立的标准合同。相比欧盟提供了三个版本的标准合同条款,一些国家允许数据传输方自己制定符合本国数据立法的合同条款,且这种合同条款必须经过执法机构的评估。虽然合同条款需要经过评估,但仍然比评估数据本身的传输效率高出许多。欧盟和一些国家选择灵活的标准合同条款形式,是冀望这种数据传输机制使得跨境数据流动的监管更加集中和高效,来发挥数据的最大效用。

(二) 标准合同的适用弹性

欧盟的 GDPR 以及之前的数据立法都将充分性名单作为首要的数据跨境流动机制。通过充分性水平审查,欧盟可以根据输入国现有数据立法和行政、司法救济有效性等情况来判断输入国或组织是否对于欧洲公民的个人数据可提供适当充分保护水平,进而制定充分性名单,使得符合条件的输入国可以和欧盟进行自由的传输。但过于严苛的审查标准,导致仅有 13 个非欧国家和地区被认定满足该条件。为了回应海量数据跨境的现实需求,欧盟的 GDPR 规定,如数据输入国未达到欧盟标准,输入国企业或组织可在遵守相关条件的情况下使用其他

^① 参见相丽玲,张佳晟. 中外跨境数据流动的法律监管制度研究[J]. 情报理论与实践, 2021(1): 7-8.

数据跨境机制来接收欧盟的数据，如有约束力的公司制度、标准合同条款、行为准则与认证机制和法定例外情形等。与上述其他数据监管模式相比，标准合同条款具有灵活性和广泛性。

相比充分性名单范围和法定例外适用情形的狭小，数据传输方和数据接收方可以适用并遵守官方制定或认可的标准合同条款来高效的实施数据跨境流动，极大地满足欧盟企业在多个领域的的数据跨境业务之需求。相比约束力的公司制度将适用主体限制在跨国公司的内部机构间，标准合同可以适用于任何企业或组织之间的数据跨境行为，提高了不同类型主体开展数据跨境业务的效率。

二、欧盟标准合同制度及其新规则

（一）标准合同制度设置原则：安全与流动的平衡

在域外的数据立法价值取向中，大致有两种价值倾向：一是注重数据的自由流动，并兼顾数据安全；二是在保证数据安全的前提下，尽可能促进数据自由流动。在借鉴域外数据立法时，应当关注与我国价值取向接近的经验，避免具体的执行制度与立法价值发生根本性冲突。与中国类似，欧盟的数据立法价值取向是以数据安全为主，将保护数据主体的权利置于整个数据立法的首要位置，对数据流动的监管极为严格，其最新的 GDPR 被称为“最严格的数据立法”，充分性水平要求更是让大多数国家无法与欧盟进行不受限制的数据传输。

欧盟也意识到，过于严格的数据安全保护将阻碍其欧盟自身的数字经济发展，不利于企业的跨境业务展开，所以通过多种跨境数据流动机制来回应实践中的需求。其中标准合同形式在众多机制中扮演了关键角色，欧盟也在该机制的实践中不断总结经验，对其进行改良，使其在保护数据安全和公民隐私的前提下，更好地推动数据的自由流动。欧盟的标准合同形式对于中国构建多样化的数据跨境机制具有极大的启示价值，尤其对于未来立法中的合同形式。

数据安全主要与国家安全和公民隐私安全相关联，由于标准合同的条款内容是为了保护数据主体的数据权利和个人隐私，所以标准合同形式更多是平衡公民隐私安全与数据自由流动的冲突。大规模的数据自由流动有可能会产生个人隐私泄露的风险，但严苛的实质性审查也不利于企业的数据流动需求。欧盟的解决方案之一就是官方按照数据立法的内容制定标准条款，或者由第三方组织制定相应条款并经官方认证，这些条款内容规定合同双方的责任义务，来确保数据主体的数据权利得到充分保护。在标准合同形式下，数据出境不再需要分批进行审查，而是在符合合同条款要求下成批进行跨境流动，极大降低数据出境成本和提高效率

率。但标准合同形式能否适用于有关国家安全数据的问题，由于数据内容的敏感性和重要性，在当前的国家安全形式下，应当采取谨慎保守的态度。

（二）责任设置与监管：行走在私立救济与公力救济之间

标准合同的本质是为第三人数据主体利益设立合同，所以数据主体的权利内容规定和救济途径，决定了合同双方具体的责任分担，以及数据执法部门的监管方式。由于标准合同的一方是境外数据接收者，很难接受境内执法部门的监管和处罚，这使得数据主体面临的安全风险较大。所以欧盟的标准合同均以境内数据输出者承担责任为主，境外数据接收者承担责任为辅。

欧盟所有的标准合同条款都根据欧盟的数据立法规定了数据主体的基本权利，如删除权、知情权、数据携带权。不同版本的标准合同条款的区别在于合同双方承担责任的方式和数据主体的救济途径。2001年版由欧盟委员会制定，规定了绝对连带责任原则，这意味着境内数据输出者要为境外数据接收者造成的损害后果承担责任。绝对连带责任原则确保数据主体能够及时得到合同一方的救济，更好地保护数据主体的权利。但这种责任分配方式可能过于严格，不利于企业进行数据传输的积极性。2004年版的合同由欧洲商会制定，并经由GDPR效力认定，该版本确立了以连带责任为主，数据输出者承担谨慎审查义务为辅的制度，即数据输出者要确保境外接收者具有安全保障能力和赔偿能力并谨慎选择境外接收方。在数据接收者违约时，数据输出者若未尽合理努力确保数据接收者能够履行合同规定的义务，才需承担责任。如果发生境外接收者损害了数据主体的权利，数据主体有权要求数据传输者采取保护措施。这两款标准合同条款都是通过加强境内数据传输者的责任来保护数据主体的权利和数据安全。2001年版更注重事后的责任分配来保障数据主体及时得到赔偿，2004年版则是通过事前和事中的数据传输方履行谨慎审查义务来避免数据风险。

数据主体除可以通过标准合同的相应条款来追究合同双方的责任之外。GDPR还规定欧盟的执法机构可以对违反数据安全要求的合同双方处巨额罚款，罚款的金额取决于企业的违法情节和后果。可见，标准合同也受制于欧盟行政执法监管，行政监管有效促进可以使得合同双方积极履行自己的义务，在数据主体提出合理要求时及时采取措施，避免严重的数据泄露风险发生。对于标准合同的执法监管，有利于平衡数据安全与自由流动，避免标准合同形式只有着数据传输功能，而没有数据安全保障作用。

（三）标准合同的困境及制度发展

与境内传输不同，境外传输意味着数据很有可能接受输入国执法部门的监管。虽然标准合同能够约束传输双方，但对作为第三方的输入国执法部门并没有直接效力。如何确保输入

国执法部门的监管和该国的立法情况符合欧盟数据安全保护的水平,成为欧盟标准合同形式等跨境流动机制遇到的实践难题。虽然通过充分性名单的监管机制,欧盟可以根据数据输入国的立法、行政、司法情况来决定是否与该国进行自由的数据传输。但是,标准合同形式作为充分性名单的补充跨境流动机制,不可能采取这种审查方式来确保输入国符合充分性水平,否则标准合同形式的作用将形同虚设,不利于数据自由流动。标准合同形式遇到的难题,也是众多注重数据自由流动跨境机制会遇到的问题。

2020年欧盟法院在脸书案中,^①认为脸书需要在适用标准合同时,采取“额外的保障措施”来确保个人数据传输到美国时还能享有充分性保护水平。这是因为欧盟法院认为美国的法律和监管实践会使得标准合同形式失去数据安全保障作用,理由是美国的《外国情报监视法》允许执法部门在数据传输过程中获取个人数据,而这种获取手段不符合欧盟宪章精神。

虽然欧盟的司法机关要求企业采取“额外的保障措施”来充分保护被传输到其他国家的个人数据,但并没有说明这种措施的具体内容。直到同年11月欧盟数据保护委员会正式推出《关于补充传输工具以确保符合欧盟对个人数据保护等级措施的措施建议》(以下简称《建议》)。《建议》主要适用于GDPR第46条规定的跨境流动机制,其中包括标准合同。在文件中,欧盟认为接收数据的境外国家对于个人数据的保护水平要在实质上与欧盟等同,数据传输方需要评估输入国的数据立法,如果数据跨境流动机制无法发挥应有的数据安全保护作用,就要采取补充措施。

补充措施有三种类型。首先是技术措施,技术措施主要适用于第三国政府访问传输数据的通信线路和处理设施的情况。考虑到了第三国政府会为个人数据获取采取一些技术手段,数据传输方可以采取相应的技术手段进行反制,如加密技术、假名化、多方处理等。其次是额外的合同措施,这种方法应当与技术措施和组织措施相结合。比如规定使用具体技术措施,在合同中赋予数据主体行使权利的能力。最后是组织措施,主要包括企业内部政策、组织方法以及数据传输者可对自己适用并对境外数据接收者实施的标准,用来补充合同措施和技术措施。欧盟的补充措施以技术措施为主,其他措施为辅,不同性质的措施相互结合来确保对转移到境外的个人数据所提供的保护水平之充分性。因为合同措施和组织措施的本质是当事人之间的承诺,无法制约境外的执法机构,技术措施是最有效的手段。

^① The Court of Justice invalidates Decision 2016/1250 on the adequacy of the protection provided by the EU-US Data Protection Shield.

如果采取补充措施还是无法确保相应的保护水平,比如输入国的法律使得这些措施无效,数据传输者应当暂停和终止传输。如果还要传输,必须通知主管机构,如果在主管机构要求停止的情况下还进行传输,就可能要面临 GDPR 规定的处罚措施。

假设采取的补充措施可行,传输方还需要持续监测输入国的数据保护水平。如果补充措施不再有效,则需要暂停或终止传输。这体现了 GDPR 对数据保护水平的持续性要求。

总结《建议》的要求,其加强了数据传输方的评估义务和数据安全保障义务。除了评估数据接收方的保护水平,还要持续评估输入国的数据执法情况,这加大数据传输者的数据传输成本。技术措施的采取也同样提高了数据传输者的成本,并且技术措施的对抗性可能会造成合同双方与输入国执法部门的紧张关系。《建议》提高了企业合规的成本,这对于中小型企业是一个挑战,且数据跨境效率将会受到影响。如果我国未来的合同形式要借鉴欧盟的补充措施来保障数据流动中的安全,如何降低中小企业的合规成本和减少与数据输入国之间的冲突,实现合同形式的数据自由流动功能将会成为一个重要的研究方向。

三、中国数据跨境流动机制现状及困境

(一) 数据本地化与安全评估措施相结合的基本模式

目前,我国关于数据安全和数据跨境流动的立法主要有两部法律和一项部门规章。普通法律方面是自 2017 年 6 月 1 日起施行的《网络安全法》和尚在制定中的《个人信息保护法》,部门规章方面是国家网络信息办公室 2019 年 6 月 13 日发布的《个人信息出境安全评估办法》。

《网络安全法》首次以法律的形式明确了我国立法以采取数据本地化措施和安全评估为跨境数据流动机制的一般形式。我国采取数据本地化措施的目的是为了保障监管部门的执法数据需求;安全评估形式的跨境流动机制,则是立法者对数据流动的严格限制之倾向,这两种监管机制体现出我国立法对于数据跨境流动的价值取向是更为注重数据安全和数据保护自主权^①。

由于《网络安全法》对跨境数据流动中安全评估形式的规定较为笼统和简单,其第三十七条也提出“应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估”,所以国家网络信息办公室公布的《个人信息出境安全评估办法》(以下简称《办法》)对数据跨境流动进行了详细的规定,对于数据安全评估的范围、跨境机制、数据主体的保护方法作出了更为细致的规定。《办法》第三条规定“个人信息出境前,网络运营者应当向所在地省级网

^① 参见黄宁,李杨.“三难选择”下跨境数据流动规制的演进与成因[J].清华大学学报(哲学社会科学版),2017(5):179-180。

信部门申报个人信息出境安全评估”，确定了安全评估形式成为我国数据跨境流动的主要机制。

为了保障数据安全和数据保护自主权，《网络安全法》和《办法》将网信部门的安全评估作为个人数据跨境流动的基本机制。并且详细规定了安全评估的内容，包括网信部门组织专家进行安全评估；网络运营者在接到评估结论后将个人信息跨境安全评估情况报国家网信部门；网络运营者需要每年报告个人信息出境情况、合同履行情况；省级网信部门应当定期检查运营者，必要时可以要求数据控制者整改；网信部门可以在个人数据安全无法得到保障时要求网络运营者暂停或终止向境外提供个人信息。

安全评估形式贯穿了整个数据跨境流动过程，除了事前的实质性审查，还有流动过程中乃至流动结束后的安全监管。这样的数据跨境流动机制必然能够在很大程度上满足国家安全和公民隐私保护的需求。但这种机制也会削弱数据流动的自由性，无法满足企业对跨境数据流动的实际需求。

（二）安全评估机制面临的困境

单独的数据产生的价值有限，数据价值需建立在多类型大量数据分析基础之上，因此数据流动是大数据生成价值的前提。数据跨境流动是数据流动的重要组成部分。根据麦肯锡研究所的报告，近十几年来，在各种类型数据跨境流动共同作用下，生产率得到提高并推动经济增长，促使全球 GDP 增长了 10.1%。^①数据流动越来越成为促进世界经济发展的重要因素。如果立法采取限制数据自由流动的措施，必然减弱数据流动对于经济增长的推动作用。欧洲国际政治经济研究中心关于数据本地化的报告显示，限制数据自由流动将对 GDP 增长率产生负面影响，其中，中国会因有关限制措施损失 1.1% 的 GDP 增长率^②。数据本地化和安全评估形式将会对经济增长和全球化进程带来直接影响。

缺乏弹性的数据跨境流动机制不利于我国企业在境外寻找更为优质的数据处理分析服务，这不仅增加我国企业的数据处理分析成本，更阻碍我国数字经济自由化和全球化进程，最终妨碍我国在数字经济中获利。^③

数据本地化和安全评估形式也不能阻断一切风险，甚至会加剧数据的不安全性。对许多公司而言，限制数据自由流动的最大影响是网络安全措施的阻碍。本地数据存储服务提供商可能缺乏实施高安全性标准的资源和技能，从而使数据面临更大的泄露风险。本地化还增加

^① 参见 MGI. Digital Globalization: The New Era of Global Flows[R]. 2016:3-8.

^② 参见付伟, 于长钺. 美欧跨境数据流动管理机制研究及我国的对策建议[J]. 中国信息化, 2017(6):55-56.

^③ 参见薛亦飒. 多层次数据出境体系构建与数据流动自由的实现[J]. 西北民族大学学报(哲学社会科学版), 2020(6):67.

了入口起点，从而降低了总体安全性。将重点放在数据本地化上可能会使注意力从网络安全防御措施中转移出来，因为决定数据安全性的要素不是保存数据的位置，而是保存数据的方式。防御措施可以包括依赖于数据流动的技术解决方案，以及操作方面的创新等。数据本地化不利于网络安全防御技术的创新^①。且我国作为数据大国，必然存在大量的数据跨境流动需求，但严格的数据跨境机制，导致许多数据无法出境，使得非法产业链得到发展，公民个人数据有可能被非法贩卖出境，反而增加数据泄露的风险。

数据立法和跨境流动机制应当在数据自由流动与数据安全之间进行协调，而不是进行非此即彼的选择。我国立法中预留了其他的跨境流动机制之可能性，如果能够发挥这些机制的补充作用，将会是一种协调数据自由流动和安全的可行思路。

（三）非安全评估模式的可能性

虽然《网络安全法》第三十七条预留了其他数据跨境流动机制的可能性，但缺少明文规定和具体的实施办法，造成实践中安全评估形式是唯一合规的跨境流动机制。安全评估形式的价值取向是以数据安全为主，如果要探索与该形式进行补充作用的其他形式，这些形式应当能够积极发挥数据之流动效能。

目前我国的《网络安全法》第三十七条规定“关键信息基础设施的运营者因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估”，这意味着非关键信息基础设施的运营者有可能不需要一定通过安全评估的方式进行。《网络安全法》对于关键信息基础设施的定义是关系到国家安全、国计民生、公共利益的信息基础设施。判断关键信息基础设施，应当以该设施储存、传输、处理的数据信息内容进行划分，如果该设施内的数据直接关系到国家安全、国计民生、公共利益，则应当认定为关键信息基础设施。这样划分的目的在于对“关键信息”和“非关键信息”实施不同的管理方法，即按照数据内容的重要程度实施不同的储存、传输、处理方法。这种精细化分类方式有利于兼顾数据安全性和数据自由流动性，既保护了与国家安全、公共利益密切相关的数据，也发挥了商业数据的流动效益。类似标准合同形式的跨境数据流动机制就可以在“非关键信息”的跨境流动中发挥重要作用。目前我国的《个人信息安全规范》和《个人信息保护法》（草案）对个人信息进行了等级划分，未来的《个人信息保护法》中的不同跨境机制也应当以等级划分为基础进行适用，这样有利于兼顾数据的安全性与自由流动性。

^① 参见 Abdelhamid Mamdouh. Exploring International Data[C]. 2019:9-11.

但《办法》第二条规定“网络运营者向境外提供在中华人民共和国境内运营中收集的个人信息，应当按照本办法进行安全评估”，说明《办法》并没有进行分级管理而是要求所有的个人信息都只能通过安全评估的方式进行跨境流动，这样的规定与《个人信息保护法》（草案）第三十八条规定的其他数据跨境机制相冲突，也不符合精细化管理的要求，没有对不同等级的数据进行差别处理，不利于发挥一些数据的流动效益和构建多样化数据跨境流动机制。

《办法》规定了合同条款评估的相关内容可以为未来立法所借鉴。《办法》规定网信办要评估网络运营者与个人信息接收者签订的合同内容和履行情况，其中就包括双方的义务和责任、出境的目的、数据主体的救济方式等，这些评估内容与欧盟和各国的标准合同内容的有关规定类似。但不同的是，《办法》的合同条款评估从属于安全评估，为“一事一议”模式，即对每一次个人信息出境活动所涉及到的合同文本进行个案评估。其不是一个独立的数据跨境流动机制，这与欧盟和其他国家的标准合同形式有着本质区别。在最新的《个人信息保护法》（草案）第三十八条第三款中，与境外接收方订立合同即合同形式，与安全评估形式并列，成为了一种独立的数据跨境流动机制。其内容与其他国家的标准合同形式类似，即约定合同双方的权利和义务，并由境内的数据传输方监督境外数据接收方的数据处理活动达到中国规定的个人保护标准。如果最终该内容能够得到确定，那么标准合同形式将会在我国数据跨境流动中发挥重要作用。但目前我国关于标准合同形式的具体实施办法寥寥无几，草案中的规定也较为简单，为了充分发挥该机制的作用，应当结合域外实践经验和我国的数据跨境流动情况，对该机制进行恰当合理的补充。

《办法》排除了其他的跨境流动机制，但其中的一些规定也为标准合同形式的具体实施方法提供了思路。无论是欧盟成熟的标准合同，还是我国立法中的合同评估相关内容，都可以为未来的《个人信息保护法》规定的合同形式所借鉴，建立符合国情且合理完善的标准合同跨境流动机制。

四、欧盟标准合同的制度启示

（一）妥善运用标准合同形式兼顾数据安全保护与流动需求

目前的跨境数据流动机制领域，我国立法只有安全评估的具体执行方法，数据出境只能通过安全评估进行。安全评估的实质性审查，在一定程度上可以保障数据安全性，但也带来了数据跨境流动的低效，且不利于数据技术交流发展，有可能影响数据安全。从欧盟等国的实践来看，保障数据安全性同时尽可能实现数据自由流动来保证数字经济的发展，是数据跨

境机制所追求的目标。根据数据内容的等级分类,构建多样化的数据跨境机制,是各国兼顾数据安全与流动重要思路。

在个人信息分类方面,我国的《个人信息安全规范》和《个人信息保护法》(草案)划分了个人信息和个人敏感信息。《个人信息保护法》(草案)对敏感个人信息的定义,是一旦泄露或者非法使用,可能导致个人受到歧视或者人身、财产安全受到严重危害的个人信息,其中包括个人金融信息、个人医疗健康信息。考虑到该类信息泄露所产生的后果和标准合同形式对数据安全保障的局限性,但一刀切地禁止适用,不利于相关产业的发展,谨慎使用标准合同形式传输该类数据可能更为恰当。至于关系到国家安全、国计民生、公共利益的重要数据,由于标准合同只能约束合同双方,对输入国的公共当局没有实质约束力,标准合同形式不适用该类数据的跨境传输。

标准合同形式可以适用于商业数据和一般个人数据。这两类数据主要应用于电子贸易、外包服务、文化传媒等领域。商业数据和一般个人数据是数字经济的基本数据,在整体跨境数据中占有极大比例。这两类数据并不涉及国家安全,而且泄露所产生的后果不至十分严重。如果通过安全评估的严格审核来跨境传输这些数据,不符合其高流动性的需求和低风险的特性。

(二) 制定详细的合同形式执行办法

尚在立法阶段的《个人信息保护法》规定了合同形式跨境流动机制,但还需要类似《办法》的具体执行办法来实现合同形式的跨境流动作用。《办法》规定的合同评估之相关内容可以为未来的合同形式执行办法所借鉴吸收。《办法》规定网络运营者与境外数据接收者签订的合同,要保障数据主体的知情权、删除权等数据权利;数据主体是合同中涉及数据主体权益的条款的受益人;责任设置上规定过错推定原则和传输方先行赔付制度;数据传输者持续评估义务等。这些规定与欧盟的标准合同相关内容类似,并在个人数据安全保护方面提供了基础性保障,可以为未来的合同形式所吸收。但相比欧盟标准合同规定的合同双方承担连带责任原则,传输方先行赔付制度对于传输方的追责力度较小,如何确定数据主体不能从境外接收方获得赔偿将成为难题,不利于保护处于弱势地位的数据主体之权利。在数据跨境流动中,数据接收者处于司法管辖范围之外,数据主体很难向接收者救济权利。如果不加重跨境数据传输中控制人责任加重,促使其履行自己的谨慎选择数据接收方和保障数据安全义务,将使得数据主体不信任这种数据跨境流动机制,不利于标准合同形式对数字经济的推动作用。

在责任设置方面,我国可以借鉴欧盟以连带责任为主,数据输出者承担谨慎审查义务为辅的制度,即任何一方的行为损害了数据主体的权利,且数据输出者若无法证明已尽合理努

力确保数据接收者能够履行合同规定的义务，数据主体都可以要求境内数据传输方进行赔偿。这样能够更好地平衡数据主体与合同双方的权利地位，督促数据传输方在数据传输的过程中履行好自己的谨慎义务。这样的责任设置，可以更好地保障数据传输过程中的数据安全，减少数据泄露风险的发生。

为了降低中小企业适用合同形式的合规成本，促进这些企业在数字经济中的参与度和活力，可以由我国官方制定相应的合同条款样本，这样可以免去减少企业制定合同和接受合同条款评估的成本。官方制定并发布标准合同条款，地方各级网信部门和行业主管部门可提交标准合同条款提案，经评估通过后予以发布。当网络运营者对外传输个人信息选择适用标准合同文本时，可免除另行进行安全评估的程序，但需备案，提交包括标准合同文本在内与个人信息出境活动相关的所有合同及个人信息出境安全风险及安全保障措施分析报告。^①考虑到数据跨境流动的复杂性和企业的不同需求，也应当允许企业自己制定合同条款，但要经过官方的评估授权，评估其是否符合数据保护的要求。适用合同形式的条件也要根据传输数据的性质内容进行细化。如果是一般的个人和商业数据，可以直接适用普通的合同条款；但如果是敏感个人数据，则要制定更严格的合同条款和采取其他措施来保障数据安全。

明确标准合同形式的适用受到执法部门的监管。虽然标准合同的内容是合同双方的意思表示，但其传输的数据内容具有公共性，行政领域的监管能更好地督促传输者履行义务。执法部门的监督应当集中在数据传输过程，避免传输者怠于回应数据主体的权利请求。如果输入国的法律环境发生变化导致合同难以履行时，执法部门可以要求传输者采取措施，措施无效时要求停止传输。

（三）适当运用补充措施

欧盟在标准合同的实践中，发现了标准合同在数据安全保护中的不足，可能会面临输入国政府的数据获取，发生泄漏的风险。欧盟的解决方法是要求传输者采取以技术措施为主的补充措施，来保障适用标准合同时的数据安全。因为标准合同只能约束合同双方，而组织措施与合同措施本质上还是合同双方的意思自治，只有技术措施才能最有效地排除第三方的数据侵害。如果我国要切实保障数据传输安全，应当适当发挥技术措施在标准合同形式中的作用。考虑到使用技术措施和持续评估输入国法律环境不利于降低数据传输成本，原则上使用标准合同形式进行传输可以不采取技术措施，只有当输入国的法律环境导致合同难以履行或者传输敏感个人数据时才应当采取技术措施。

^① 参见吴丹君. 比对分析欧盟“标准合同文本”制度与我国个人跨境数据安全评估制度[EB/OL]. <https://www.mpaypass.com.cn/authordefault.asp?id=27442>, 5.

《办法》规定接收者所在国家法律环境发生变化导致合同难以履行时，应当终止合同。如果未来的标准合同形式适用这一规定，将不利于数据跨境流动活动的开展。未来立法可以考虑让传输者选择先采取一定措施来消除影响或停止传输。虽然采取技术措施会提高企业成本，但相比直接终止数据传输所带来的损失，企业可以在两者中进行适当的选择。考虑到企业评估是否采取措施产生的成本较高且标准不同，可以由国家网信办组织专家统一评估各国的法律环境，并进行定期的更新，企业可以根据执法部门的评估意见选择是否采取相应的补充措施。

欧盟在传输敏感个人数据时，标准合同的适用条件会更加严格，这是因为敏感个人信息一旦发生泄漏风险会对数据主体产生严重的后果。我国数据立法价值以数据安全优先，这一点在未来标准合同形式中的体现应当是对特定数据的特别保护。目前我国立法对于敏感个人数据进行了特别保护，如《办法》要求征得数据主体同意才能传输敏感数据，《个人信息保护法》（草案）则是单独同意。但考虑到数据主体对数据传输活动认知的有限，且数据主体的同意也不能有效降低数据泄露的风险。未来的执行办法应当要求合同双方在传输该类数据时征得数据主体的单独同意并采取有效的补充措施，通过告知风险和技术手段结合的方式来实现标准合同的数据安全保障功能，真正做到兼顾数据安全与自由流动。

（四）积极探索数据跨境流动的国际合作

与境内数据不同，数据跨境流动很有可能会出现国际执法合作的问题。如果输入国随意扩张自己的数据执法权，就会出现实践中输入国执法部门在数据传输过程中任意获取个人数据，导致输出国要求合同双方采取补充措施来对抗输入国。采取补充措施既提高了企业的传输成本，更是加剧了输入国执法部门与合同双方的紧张关系，不利于数据传输活动的展开。相反，如果输入国执法部门不监督数据接收者的行为，很可能增大数据泄露的风险。

标准合同是合同当事人的意思自治，无法约束输入国的执法机构，这也是实践中标准合同形式遇到难题之根源。鉴于标准合同内容的灵活性和实践中欧盟允许数据执法部门采用标准合同条款的立法先例，可以考虑通过双边数据执法条约等国际合作，将两国执法部门纳入到标准合同的当事人范围内，协商规定各自的监管权限来共同保障数据流动安全，减少补充措施带来的冲突和成本。将执法部门纳入到标准合同的范围内，可以使得数据传输者和接收者都受到各自执法部门合理的监管，确保两者都尽可能履行各自的数据安全义务，最大程度地发挥标准合同的灵活性和安全保障功能，以实现数据安全与自由的高度统一。

在新的全球化发展阶段，跨境数据流动扮演的角色愈发重要。数据安全与数据流动自由并非绝对冲突，构建种类多样化、内容精细化的数据跨境机制成为各国数据立法兼顾两者的主要思路。数据跨境流动治理的现代化也是国家治理体系和治理能力现代化的一部分，应当引起各界的重视。目前我国的数据跨境机制较为单一，未来的立法除了构建多样化的跨境机制，更是要根据各种机制的核心作用来详细规定具体的执行方法，来最大程度发挥数据流动的作用和保护数据安全。构建符合中国国情的多样化数据跨境机制，将有利于我国充分利用庞大的数据资源，推动我国数字经济快速发展，促成从数据大国到数据强国的转型。

商事仲裁风险的防范和化解

金鑫*

摘要: 在社会主义市场经济的发展中, 商事仲裁风险不可忽视。仲裁的健康有序发展, 离不开健全有效的仲裁风险防范和化解机制。仲裁风险的消弥不但要着眼于仲裁规则本身, 而且还需要保险、投资等多种领域的规则与之相配合, 以营造出透明、公正的仲裁环境。各国采取了多种措施以降低各种不确定性因素的影响。我国可以借鉴域外作法, 创设一个安全的仲裁环境, 提高仲裁的公信力, 鼓励当事人选择仲裁解决争议。

关键词: 仲裁风险; 保险; 第三方资助; 裁决审查

在我国全面深化改革、扩大开放的新形势下, 各市场主体权利、利益等争议也显著增多, 需要仲裁来解决。随着仲裁活动的发展, 其中的风险也日益凸显, 规避仲裁风险的前提是对此种风险予以界定。依据现有观点, 仲裁风险归咎于各种不规范的仲裁行为, 即当事人因行使仲裁权利或履行仲裁义务的方式不当, 以及某一法律事实的出现, 如当事人破产或死亡、超出仲裁时效而丧失胜诉权等事件, 使得相关利害关系人承担法律或事实上的不利后果。^①但是笔者认为, 此种观点有其不周延性。如果将仲裁风险归咎于当事人的不当行为, 那么实际上便将规避风险的责任交由仲裁主体来承担,^②但是仲裁环境的优化应依托于国家公权力对于仲裁工作的适当监督, 辅以行业自律、社会力量的支持等要素; 若将仲裁风险归于各种法律事实, 便忽视了国际商事仲裁风险的特殊性, 法院诉讼同样面临各种法律事实所引发的消极性影响, 但国际商事仲裁风险远远大于法院诉讼。^③

本文所论述的仲裁风险, 根源于仲裁的双重性质。仲裁是依托于当事人合意的争议解决机制, 只有当事人一致同意选择仲裁解决纠纷, 仲裁庭方能受理争议, 因此仲裁具有契约属性。同时, 仲裁的产生和发展离不开一国司法主权的支持, 仲裁庭虽非国家机关, 但是其所作裁决却具备强制力, 因此仲裁庭对争议的管辖权来源于国家的授予, 仲裁兼具司法属性。仲裁的双重属性, 使得当事人在仲裁程序中同时面对司法性风险和契约性风险。其中, 司法性风险主要涉及裁决被撤销或拒绝执行等原因导致当事人利益受损的情况, 而契约性风险则指各种法律之外的因素, 诸如当事人囿于经济方面的限制而无法公平地参与仲裁程序等。当

* 法国马赛大学国际法博士, 南京财经大学法学院讲师。

^① 王小莉:《仲裁风险及其防范与控制》,《仲裁研究》2008年第2期,第1页。

^② 如有学者仅提出仲裁风险的防范需要当事人树立正确的仲裁理念, 做足仲裁准备。王小莉:《仲裁风险及其防范与控制》,《仲裁研究》2008年第2期,第8页。

^③ 相较于法院主导下的司法程序, 仲裁程序具有更大的灵活性, 当事人的意思自治能够得到充分发挥, 但仲裁同时包含多种不确定性因素, 阻碍当事人正常参与仲裁程序, 而在国际商事仲裁程序中, 不同国家司法主权的冲突使得当事人更加难以顺利实现仲裁所确认的权利。

事人为了避免不必要的损失，需要在法律允许的范围内采取预防性措施，同时，仲裁机构及国家也引入各种风险防范机制，保证仲裁程序的有效性与公正性。

对于上述问题，我国已有探讨。例如学者在论及法院对裁决的干涉力度时提到，我国法院在依据公共政策审查裁决时，主要目的在于维护我国的基本法律制度、社会根本利益和善良风俗，因此对公共政策的适用施加严格的限制；^①当事人在对仲裁管辖权发生争议时，有学者认为，为了平衡仲裁程序独立性与法院监督的必要性，我国应当改变目前司法审查优先于未决的仲裁庭自裁管辖的局面；^②为了在仲裁程序中引入一批有责任感和相当专业水平的仲裁员，降低裁决被法院撤销的概率，有学者主张构建包括仲裁员民事责任、刑事责任和纪律责任三方面的仲裁员责任制度。^③前述建议均可保证仲裁的稳定性和质量，减少外部因素干预，提高仲裁效率，但是学者往往基于多种视角，其出发点并非在于降低仲裁风险。鉴于此，笔者专门从仲裁风险管控的角度展开论述。

一、保护仲裁协议效力

仲裁协议是仲裁成立的基础。如果仲裁协议不具效力，那么之后的裁决也不具约束力。所以当事人应审慎起草仲裁协议，防止因仲裁协议的疏漏而导致双方就仲裁协议的效力发生争议。此外如果国家对仲裁协议设置严格的审查标准，也会增加当事人的缔约成本。以仲裁友好为导向的国家和国际条约为了尽量保证当事人的仲裁合意能够得到履行，放宽对仲裁协议形式要件的要求。如联合国国际贸易法委员会在1985年制定《国际商事仲裁示范法》（以下简称《示范法》）最初版本时，第7条要求仲裁协议须以书面形式订立。在2006年修订版中，《示范法》作为一份建议性质的文件，虽保留了原有内容，但同时为各成员国在国内法中规范仲裁协议提供了第二种选择，即不再对协议形式作任何要求，当事人只要达成将特定争议交由仲裁解决的合意，仲裁即成立。法国《民事诉讼法典》（以下简称《民诉法典》）则明确表示，国际仲裁协议不受任何形式要件要求。^④因此当事人在缔结仲裁协议时可以依据实际需要，享有高度的自由。

我国《仲裁法》要求仲裁协议须以书面形式作成。尽管世界上部分国家也将书面形式作为仲裁协议的形式要件，但与之相比，仍有区别。如香港《仲裁条例》和英国《仲裁法》均认定一方当事人提起仲裁，另一方当事人若并未在答辩状或其他回应中否认仲裁协议效力，

^① 何其生：《国际商事仲裁司法审查中的国际政策》，《中国社会科学》2014年第7期，第143页。

^② 孙南申，胡荻：《国际商事仲裁的自裁管辖与司法审查之法律分析》，《武大国际法评论》2017年第3期，第25页。

^③ 彭丽明：《仲裁员责任制度比较研究》，法律出版社2017年版，第213-214页。

^④ 参见法国《民诉法典》1507条。

那么书面仲裁协议即存在。^①而我国《仲裁法》21条将仲裁协议作为当事人申请仲裁的前置性条件，当事人无法通过之后的实际行为弥补仲裁书面要件的瑕疵，所以我国对于提起仲裁的设置较高的门槛。

我国于严格的书面形式要件之外，还要求仲裁协议明确指明仲裁机构。^②由于临时仲裁尚未全面引入我国，^③因此机构仲裁仍是主要的仲裁形式。我国的这一规定虽与目前特殊的背景相对应，但是反观其他国家，由于大都并未对临时仲裁设置任何特殊限制，并不要求当事人在仲裁协议中确定仲裁机构。我国给与仲裁协议的空间显然远远小于国外的通行规则。在既有的条文下，如果当事人对仲裁机构的名称书写有误，那么便可能导致仲裁协议不获法院认可。

总体而言，我国对仲裁协议的要求过于严苛，增大了当事人缔结仲裁协议的成本。为了保证仲裁协议能够得到执行，我国需要放宽对仲裁协议的形式要求。考虑到彻底取消仲裁协议书面形式要件的改革力度过大，可以采取折中的方式，允许当事人在无法提交书面仲裁协议的情况下仍旧提起仲裁，对方只要在仲裁程序中的各种书面往来中不作任何回应，便视为双方当事人以间接书面的方式缔结了仲裁协议。此外，中国应完全吸纳临时仲裁制度，不再要求仲裁协议须指定仲裁机构。

二、提高仲裁效率

仲裁效率是仲裁程序重要的价值目标。仲裁程序的时间愈长，其间诸种不确定性因素对仲裁裁决的影响愈大，当事人所耗费的时间成本与经济成本也随之增加。仲裁机构为了满足当事人的此种需求，纷纷在仲裁规则中制定了旨在提升仲裁效力的特殊规则。如国际商会仲裁院（ICC）、奥斯陆商会仲裁院、亚洲国际仲裁中心等仲裁机构发布的仲裁规则确认了快速程序，缩短仲裁期限。^④对于适用条件，仲裁机构允许当事人约定适用快速程序，此外若案件符合相关标准，仲裁机构则会在征求当事人意愿的基础上主动适用。^⑤

快速程序简化了普通仲裁程序中的各项步骤，如仲裁庭可由独任仲裁员组成，争议可仅进行书面审理，缩短各项步骤的期限等等。但是若不能在仲裁规则中对此类特殊规则的适用方式予以妥善规定，那么便会引发新的争议。由于仲裁机构需要在短时间内作出裁决，所以

^① 参见香港《仲裁条例》第19条和英国《仲裁法》第5.5条。

^② 《仲裁法》第16条。

^③ 依据2016年《最高人民法院关于自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》的规定，目前只有自贸区内注册的企业方可选择临时仲裁。

^④ 参见ICC仲裁规则第30条和附录5，奥斯陆商会仲裁院仲裁规则第7章以及亚洲国际仲裁中心的快速仲裁规则。

^⑤ 案件的标的额低于仲裁机构所定数额是其主动适用快速仲裁程序的最为直接的标准。此外，有些仲裁机构规定，若出现异常紧急情况，也可依照快速程序审理。参见《新加坡国际仲裁中心（SIAC）仲裁规则》5.3条。

对程序设置有着严格要求，而此种安排可能和仲裁协议的约定相冲突。不论仲裁机构是否依照仲裁协议进行快速程序，都会引发一方当事人的异议。^①法院的审查逻辑若与仲裁机构不符，那么就会导致裁决效力不会得到承认，当事人为仲裁投入的成本也毫无意义，^②所以仲裁机构为规避快速程序所带来的风险，应明确规则效力与当事人先前合意的优先性问题。^③

我国部分仲裁机构为了提升仲裁效率，在仲裁规则中设立了简易程序。^④为了防止简易程序规则与当事人的意思自治发生冲突，CIETAC 明确表示应尊重当事人的意愿，《CIETAC 仲裁规则》第 58 条对于简易程序中的独任仲裁庭作出了例外规定，若当事人另有约定，以当事人合意为准。第 60 条对于审理方式也进行灵活处理，仲裁庭可以在征求当事人意见后决定书面审理或开庭审理。而多数仲裁机构则并未对此给与明确指示，因此当事人的合意若与仲裁机构的简易程序规则不符，仲裁机构的作法将会影响到裁决的效力。仲裁机构为了避免出现此类争议，应在仲裁规则中予以协调。

三、风险转移至第三人

国家主导下的司法程序承担维护社会公平正义的公共职能，因此司法机关对确有困难的当事人提供各项司法援助，成本由国家财政负担。但是仲裁具有强烈的市场化色彩，因此国家无法对仲裁程序中的当事人提供服务。当事人在面对仲裁程序中的风险时，可以选择通过商业性的途径将风险转移至第三人承担。

（一）风险由保险人承担

保险的职能是代替被保险人承担风险。保险人可承担的风险不仅包括各种商业、人身风险，同时也囊括了各种争议解决程序中当事人所可能面临的风险。其中责任保险是最为常见的一种方式，若被保险人对他人造成损害，且涉入仲裁程序，那么保险人将会在限额内承担赔偿责任。其中《保险法》66 条规定，责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，被保险人支付仲裁或者诉讼费用。因此仲裁当事人可通过事先订立责任保险合同以减轻赔付责任。但是责任保险适用范围较小，仅针对当事人作为被申请人情况，主要目的在于填补被保险人所引发的损害。而国外的保险制度较为成熟，专门为

^① 仲裁中失利的一方当事人为了阻止裁决发生效力，必然会以仲裁程序没有遵循仲裁协议约定或仲裁程序与仲裁规则不符为由提出异议。

^② 例如在上海市第一中级法院所受理的来宝公司案中，SIAC 主动适用快速程序，并按照仲裁规则的规定由独任仲裁员审理。由于裁决执行地位于中国，上海法院在对裁决审查时，将仲裁协议的效力置于仲裁规则之上，认为仲裁协议约定应由三人仲裁庭予以审理，所以仲裁程序与当事人约定不符，并拒绝执行裁决。参见（2016）沪 01 协外认 1 号。

^③ 如新加坡国际仲裁中心为了避免上述情况再次发生，在 2016 年版的仲裁规则中加入 5.3 条，明确当事人若同意适用快速程序，则应依照仲裁规则参与程序，仲裁协议原有约定不再有效。

^④ 参见中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）仲裁规则第 4 章、上海国际经济贸易仲裁委员会（SHIAC）仲裁规则第 4 章。

争议解决程序设置了保险。如欧共体早在 1987 年便发布指令，肯定了司法费用保险的合法性，保证被保险人在诉讼及仲裁程序中能够获得保险资助，并要求成员国为司法费用保险的发展创设妥善的司法环境。^①而司法费用保险也获得了大量国家的认可，并被广泛适用。^②

目前中国专门应用于争议解决机制领域的保险主要集中于保全，当事人可以凭借保险公司出具的保函，申请保全对方财产或者解除对己方财产的保全措施。另外，有些法院与保险公司签订协议，为弱势群体提供司法救助保险，受益方获得有利判决后，若判决无法得到执行，保险公司代为履行部分义务。但是此类保险适用范围非常有限，且由于带有国家救助性质，无法适用于仲裁。因此我国须扩大保险公司的承保范围，允许保险公司将当事人参与仲裁在内的各项争议解决所发生的费用囊括至保险业务。

保险人在承担仲裁当事人的保险责任之后，需要妥善处置保险人实施代位求偿权的方式。如果法律对此出现空白，那么必然会使得保险人的代位求偿权存在大量不确定性，并引发新的风险。目前我国对于责任保险人在履行完对被保险人的赔付义务后，是否应受到被保险人与第三人订立的仲裁协议约束并无同一作法。例如在早期某海事法院审理的一起案件中，保险人虽已事先赔付被保险人的损失，但是其无权依据被保险人与第三方的仲裁协议提起仲裁，只能寻求法院解决争议。^③而另一起案件稍有不同，保险人在支付赔偿金之后，直接向法院提出追索的请求，而被告则主张保险人应受仲裁协议约束，因此法院无管辖权。法院最终采取了与前述案件相反的判决，要求双方按照仲裁协议解决争议。^④

理论层面的争议，则集中于代位求偿人是否取得程序性权利义务。最高院在 2004 年的复函中并未直接给出答案，仅仅提出保险人在取得代位求偿权后，便获得实体权利义务，保险人若未明确表示接受仲裁条款，即不受仲裁条款约束。^⑤有学者推断，倘若最高院肯定保险人自动获得程序性权利义务，那么仲裁条款将约束保险人，且保险人无法通过积极或消极行为，放弃行使仲裁条款项下的权利义务。因此代位求偿权不涉及程序性权利义务的转让。^⑥最高院及地方法院在之后的司法实践中，亦遵循了此种逻辑，将仲裁协议的效力交由保险人自主决定。^⑦

^① Council Directive 87/344/EEC of 22 June 1987 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to legal expenses insurance.

^② 例如法国《保险法典》L127-1 条允许当事人在民事、刑事及行政及其他一切程序中适用司法费用保险。

^③ 赵月林，李倩：《合同当事人之间的仲裁协议能够约束保险代位求偿人的探讨》，《大连海事大学学报》2005 年第 6 期，第 5-6 页。

^④ 林一非，周娟：《评代位求偿权与仲裁管辖权》，《北京仲裁》2006 年第 3 期，第 42-43 页。

^⑤ 参见 [2004] 民四他字第 43 号《最高人民法院关于中国人民保险公司厦门市分公司与中波轮船股份公司保险代位求偿纠纷管辖权问题的请示的复函》。

^⑥ 林一非，周娟：《评代位求偿权与仲裁管辖权》，《北京仲裁》2006 年第 3 期，第 45-46 页。

^⑦ 例如最高院在 2009 年的一起案例回函中提到，由于保险人并非协商订立运输合同仲裁条款的当事人，仲

保险作为一种预防仲裁风险的重要手段,首要目标在于减少被保险人在仲裁程序中所可能遭受的风险,而并非排斥仲裁的适用,但是仲裁协议效力边界的不确定性却破坏了仲裁的稳定性,使得另一方当事人是否能够参加仲裁完全由保险人单方面决定。国外由于对仲裁协议效力的扩大化有着完善的规定,因此即便保险人介入争议,双方对于仲裁管辖权仍有着明确的认知。^①基于此,我国《仲裁法》也应作出更为清晰的规定。出于保护仲裁协议稳定性的考虑,应规定仲裁协议自动及于保险人。即便保险人主张对仲裁协议并不知情,仍须参加仲裁程序实现代位求偿权。

(二) 风险由第三方资助人承担

仲裁当事人于保险人之外,还可将仲裁成本和风险转移给第三方投资机构。投资人在进行相关风险性审查后,若认为风险在可控范围之内,便会对仲裁当事人提供资金、律师服务等资助,并约定从裁判结果中获取部分收益。

第三方资助诞生于英美法系,最初应用于诉讼领域,但国际商事仲裁过高的成本阻碍了部分当事人顺利地向仲裁庭举证自己的权利,当事人对资金有着更为急切的需求,同时仲裁标的数额巨大,能够为资助人带来更多收益,因此第三方资助在国际商事仲裁领域有着广阔的发展空间。大量英美法国家均已承认了第三方资助在仲裁中的合法性,而传统的大陆法系国家也逐渐地接受了第三方资助。^②与国外如火如荼的发展态势相比,中国的法律条文及司法实践并未涉及第三方资助。^③我国在对仲裁法的重构过程中,需要注重与国际规则接轨。第三方资助既已成为国际趋势,那便表明国际商事主体对此有着强烈的需求,我国也应当考虑引入第三方资助,并明示其合法性。但是第三方资助同时也会引发新的风险,所以须建立各项配套性的制度以充分发挥第三方资助的积极效用,避免给当事人带来争议。

第三方资助必然会与仲裁的保密性相冲突。仲裁的保密性要求仲裁案件不得对与案件无关的他人公开,而资助人并非案件当事人,因此理论上无权获悉案件情况。但是第三方资助的本质是一种投资行为,资助人须对收益及风险进行评估方能作出资助的决定,如果当事人以仲裁保密性为由拒绝透漏案件情况,那么第三方资助也难以实现。从案件的利害关系人角

裁条款并非保险人的意思表示,除非保险人明确表示接受,否则该仲裁条款对保险人不具有约束力。浙江高院在2015年一起案件的管辖权裁定中也遵循了此种思路。参见:最高院[2009]民四他字第11号;浙江高院(2015)浙辖终字第200号。

^① 如按照法国法的规定,若保险人在仲裁程序开始之前预先赔偿了被保险人所有损失,那么便自动成为仲裁当事人;如果仅赔付了部分责任,那么则与被保险人共同参与仲裁。Hervé Guyader, *Le subrogé est seul titulaire du droit d'agir - le subrogeant en étant dépossédé*, *Revue Lamy Droit des affaires*, 2010(3), p.47.

^② 如德国、奥地利、荷兰等国已经出现了第三方资助。M. Maniruzzaman, "Third-party funding in international arbitration - a menace or panacea?", *Kluwer Arbitration Blog* 29 December 2012, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>.

^③ 我国香港地区已于2017年在《仲裁条例》中明确肯定了第三方资助介入仲裁的合法性。

度考察，仲裁结果与资助人的利益有着紧密联系，所以资助人若仅以获取有利裁决为目的，那么获取案件情况可视为仲裁保密性的例外。但是仲裁的保密性不止于此。资助活动是资助人的惯常经营行为，因此资助人若在前一起案件中知晓对方当事人的情况，之后其他主体与对方当事人发生相似争议，资助人出于营利的考虑，可能会依照先前仲裁所获得的信息为其他主体提供资助。在此种情况下，资助方实际上将本应保密的仲裁信息用于其他案件，并以损害仲裁一方当事人为代价。

第三方资助还有可能会引发利益冲突问题。此种利益冲突既可能对仲裁庭的构成产生影响，也可能发生于当事人的律师之间。颇有名望的仲裁员大都有着广泛的社会关系，可能会在投资人处担任某项职务，或者作为律师（包括其工作的律所）与投资入发生过业务往来，双方之间存在利益联系。投资人如果指定此种人员担任仲裁员，那么仲裁员的公正性很难得到保证。此外，国际商事仲裁领域的投资人呈现高度集中的状态，国际商事仲裁的当事人若要寻求资助，可供选择的资助人非常有限。因此利益冲突的当事人可能会寻求同一资助人，或者双方当事人的资助人均与同一律所所有着固定的业务关系，并且找到同一家律所代理彼此之间的争议。在这种情况下，资助人或者指定的律师很难会以当事人的利益为导向参与仲裁。

为避免因第三方资助所带来的上述风险，国际机构以及相关国家均要求资助人履行披露义务。如国际律师协会（International Bar Association，以下简称 IBA）是最早对第三方资助中的利益冲突采取应对措施的组织。2014 年 IBA 对《国际仲裁利益冲突指引》（以下简称《冲突指引》）进行修订，对第三方资助人作出定义，即对当事人有控制性影响，或者与其有直接利益关系，或是依据仲裁裁决对对方当事人有赔偿义务。第三方资助人与仲裁当事人具有同等地位，附有同等义务。^①在此基础上，仲裁员和当事人应当披露与仲裁员有直接利益关系的主体，以及于当事人之外对另一方有赔偿义务的主体之间的关系。^②在此种规定下，资助人的信息均应予以公开，若符合利益冲突的情形便会回避。尽管《冲突指引》不具有强制力，但是却为仲裁机构和国家立法在制定相关对策提供了非常好的范例。^③

中国在未来打造第三方资助时，也应将重点置于第三方资助的披露规则，要求受助人及时将资助事项告知对方当事人及仲裁机构。^④如果资助人滥用仲裁信息或者同时资助双方当

^① 参见《冲突指引》6（b）条。

^② 参见《冲突指引》7（a）条。

^③ IBA 作过一项统计，在 2011 年至 2016 年间的 3201 件涉及利益冲突的仲裁纠纷中，57% 的案件参考了 IBA 的披露规则。IBA Arbitration guidelines and rules subcommittee, Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, p.31.

^④ 我国部分仲裁机构已经对国际投资仲裁中的第三方资助披露作了规定，如《贸仲国际投资争端仲裁规则（试行）》26 条和《北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》39 条均要求受助人将资助的事实告知对方当事人、仲裁庭及仲裁机构。国际商事仲裁也可仿照投资仲裁引入相似的强制披露规则。

事人，那么利害关系人可及时提出异议。对于披露的内容，则只涉及资助事实以及资助人的详细信息即可。至于资助合同的其他内容，如资助人的资助额度、收益比例等内容与仲裁程序的公正性并无较大关联，所以无需强制披露。此外，仲裁员也附有主动披露义务，若资助人和仲裁员有利益关系，那么便应予以公开。这里的利益关系，包括直接利益和间接利益。前者如仲裁员在资助人处任职、仲裁员本人或其所在律所与资助人有固定的业务往来；而间接利益关系则是指仲裁员曾经和投资人存在业务关系，尽管在仲裁程序开始时此种关系已经终止，但出于仲裁安全性的考虑，也应当予以披露。

四、提升裁决效力的稳定性

当事人的请求获仲裁庭支持，并不等同于其一定能够实现裁决所确认的权利。在裁决作出后，若另一方当事人向法院提出异议，那么当事人的权利义务依旧陷入一种不稳定的状态，仲裁的司法审查标准与仲裁的权威性密切相关。司法审查是确保裁决公正性的最后一道“安全阀”，可以防止仲裁员错误裁判损害当事人的合法权益。但同时法院不应过多干涉裁决结果，否则仲裁便丧失了独立性，争议结果的不确定性因素也会大大增加。

提升仲裁效力和稳定性是仲裁友好型国家设置仲裁救济体系最为重要的指导原则。如法国在2011年修订仲裁法之前，默认当事人可就国内仲裁裁决提起上诉，允许法院进行实体审查。^①而修订后的仲裁法则要求当事人须达成合意方能提起上诉，^②此种改动无疑降低了当事人通过上诉变更国内裁决的可能性。^③比利时《司法法典》不仅对仲裁的上诉作出了相似规定，^④同时对裁决的救济措施作出灵活的规定，若仲裁当事人的注册地或住所均不在境内，那么可采取明示的方式不再就裁决提起撤销之诉。^⑤瑞士《联邦国际私法》则给与当事人更大的意思自治空间。只要双方在境内无营业地及住所，那么便可约定排除适用所有或部分救济措施。^⑥

国际仲裁由于涉及多个国家，若仲裁地和裁决执行地分处多国，裁决的执行力还涉及到法律冲突的问题。为了最大程度保护裁决效力，部分执行地法院国家在审查裁决时，即便该份裁决已被仲裁地法院撤销，仍然坚持以本国标准重新审查。只要裁决符合本国法律要求，

^① 依据原《民事诉讼法》1482条，除非当事人在仲裁协议中表示放弃上诉的权利，否则可对仲裁裁决提起上诉。

^② 依据现行《民事诉讼法》1489条，除非当事人有相反意思表示，否则裁决不可上诉。

^③ 法国对国际仲裁裁决自始至终仅进行形式审查，即允许当事人仅能以特定事由提出撤销或不予执行的请求。

^④ 《司法法典》1716条要求当事人须在仲裁协议中作出特别约定，否则无法就仲裁裁决提起上诉。

^⑤ 参见《司法法典》1718条。

^⑥ 参见《联邦国际私法》192条。

便会认可裁决效力。^①

我国在裁决的审查过程中，设立了具有中国特色的报告制度。在2017年之前，中级人民法院若否认一项涉外裁决的效力，须层报至最高院得到批准。近年来随着我国大力推进建设多元化纠纷解决机制，仲裁的地位得到飞速提升。最高院发布了《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》（《报核规定》），将国际仲裁中的层报制度扩展适用于国内仲裁，若中院否认裁决效力，那么同样需要上报至高院予以批准，在特殊情况下，高院还需报至最高院审核。

^②此种规定有效地防止地方法院因保护主义、认识欠缺等原因错误地否定裁决效力情况。^③

有学者对报核制度提出批评，认为其有悖于诉讼程序的基本原理，^④并据此提出应采取有限上诉以代替报核，即仅在法院对裁决作出否定性意见后，持有异议的一方当事人可以向上级法院提起上诉，上诉程序参照民事二审程序，以确保诉讼程序中的各项理念得到遵守。不论依据现有的制度，还是学者所提构想，最终目的均是以保护裁决效力为导向，要求法院慎重对待每一项裁决，从而避免仲裁风险。

对于外国裁决的效力问题，我国已有明确规定。依据最高院发布的《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》第四条规定，如果具有该公约第五条第一项所列的情形之一的，^⑤应当裁定驳回申请，拒绝承认及执行。因此若裁决已被仲裁地法院撤销，那么也无法在中国获得执行。此种作法无疑削弱了仲裁的稳定性，使得外国法院对裁决的否定性决定突破了司法主权的限制，直接获得中国法院的认可。从减少裁决的不确定性角度出发，我国法院在外国裁决的执行程序中，不应受外国裁判的影响，而应坚持重新审查裁决的执行力。

此外，我国在设置司法审查标准时，应区分国内仲裁与国际仲裁，并坚持双轨制的立法模式。司法审查有其必要性，但同时也须防止过度审查减损仲裁价值。国外大部分国家采取

^① 如法国、荷兰便秉承此种作法。《承认及执行外国仲裁裁决公约》5.1条对此种情形已有提及，若裁决已被裁决所在地法院撤销，执行地法院可以据此拒绝执行该项裁决。部分国家提出，公约立法者的意图在于提升裁决的执行力，因此公约明确列举了数种可被法院拒绝执行的情形，但是并非要求执行地法院必须拒绝执行此类裁决。Emmanuel Gaillard, L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine, *Journal du droit international*, 1998(3), pp. 661-662.

^② 《报核规定》第3条规定，若仲裁司法审查案件当事人住所地跨省级行政区域，或者法院以违背社会公共利益为由不予执行或者撤销我国内地仲裁机构的仲裁裁决，案件应报至最高院审核。

^③ 例如在1991年河南省服装进出口（集团）公司所涉及的一起仲裁案件中，仲裁庭作出了不利于河南企业的裁决，但是随后郑州中院以裁决严重危害社会公共利益为由裁定不予执行。法院实际上是将本地国有企业利益等同于国家和社会经济利益，明显具有保护主义倾向。此案也成为最高院于1995年颁布《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》、并建立报告制度的直接原因。陈治东，沈伟：《我国承认和执行国际仲裁裁决的法律渊源及其适用》，《法学》1997年第4期，第46-48页。

^④ 如中级法院向上级法院报核违反审核独立原则；报核程序缺乏透明性；最高院对全国范围内所有撤销或拒绝执行涉外裁决的裁定的作法难以持续。朱科：《国际商事仲裁司法审查案件内部请示报告制度的转型》，《法学杂志》2017年第6期，第129-130页。

^⑤ 裁决被仲裁地法院撤销即为其中一项事由。

了双轨制的立法模式，即国内仲裁与国际仲裁分章予以规定，以便采取不同的审查标准。国内仲裁与国内司法秩序联系较为紧密，因此国家对国内仲裁裁决作出严格限制，而国际仲裁能够给一国带来巨大的商事利益，国家为了鼓励各国当事人将本国作为仲裁地，对国际仲裁的监督相对宽松。^①

我国的《仲裁法》早已确立了双轨制的仲裁监督体系，法院对于涉外裁决的审查力度远远小于国内仲裁裁决，且大都局限于程序性事项，^②而法院在审查国内裁决时，还须考虑裁决证据的真伪性以及当事人是否隐瞒了关键性证据。^③最高院在2017年颁布的《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》中，重申了《仲裁法》中早已确立的双轨制仲裁监督体系。^④有观点主张中国应施行单轨制的监督模式。^⑤对此，笔者持有异议。国内仲裁与本国司法制度的联系更为紧密，法院可以设置相对严格的审查标准，维护国内的司法权威，防止国内仲裁演变成当事人规避法律的途径。但是国际仲裁的影响力则超出了一国范围，因此我国需要给与国际仲裁更大的空间，以便提升国际仲裁的竞争力。

五、结论

任何事物均具有风险，仲裁自也不可避免。尽管仲裁风险无法完全排除，但是我国可以通过多元化的手段减少其中的不确定性因素给当事人带来的负面效应。仲裁程序的当事人作为风险承担的主体，在选择仲裁这一争议解决方式之前，需要了解仲裁地、裁决执行地等与仲裁效力相关国家的法律要求，避免出现各种导致仲裁无效的事由。此外，国家、仲裁机构也需要共同创设一个有利于仲裁发展的环境，针对仲裁程序中的各种不确定因素采取规避措施、为仲裁当事人提供各种便利，并且允许商业资本进入仲裁领域，分担当事人的仲裁风险。

^① 例如法国对国内仲裁和国际仲裁态度的差异最明显地体现在对裁决撤销事由的规定不同。国内裁决不得违反国内公共秩序，即一切适用于国内关系的强行法，而国际仲裁裁决只需遵守国际公共秩序。国际公共秩序是指仅针对跨国关系的强行法，相对于国内公共秩序，其范围大大缩小，仅保留了一些与国家利益、根本道德观念相关的规则。参见法国《民法典》1492条和1520条。

^② 依据《民事诉讼法》274条规定，若出现下列情况，涉外裁决不获执行：欠缺仲裁协议；被申请人未得到指定仲裁员或进行仲裁程序的通知，或者未能陈述意见；仲裁庭组成或仲裁程序不合规；仲裁庭越权仲裁；裁决违背公共利益。

^③ 参见《仲裁法》58条。

^④ 参见该规定17条。

^⑤ 如有学者提出，中国在1994年制定《仲裁法》的时候考虑更多的是国内仲裁的水平不高，应当加强监督，而在当今国内仲裁日渐成熟之时，应当取消此种具有歧视性色彩的双轨制，并制定相同的标准。陈中谦：《论仲裁裁决的撤销与不予执行——兼谈中国《仲裁法》的修改》，《仲裁研究》2006年第2期，第15-16页。

信用长三角建设视角下构建以信用为基础的新型监管机制

研究

汪珍*

摘要:随着《长江三角洲区域一体化发展规划纲要》的出台,紧扣“一体化”和“高质量”两个关键,长三角三省一市一体化建设进入全面提速阶段。长三角地区立足已有合作基础,进一步深化社会信用体系建设合作,共同铸造“信用长三角”品牌,而构建以信用为基础的新型监管机制,成为打造长三角地区一流营商环境的重要路径。本文从梳理信用长三角的提出、演变进程入手,分析了信用长三角建设视角下构建信用监管新机制的必要性以及信用监管相较传统监管方式的创新性,并在揭示长三角地区信用一体化建设现状的基础上对长三角地区落实新型监管机制的保障路径尝试提出了若干建议。

关键词:信用长三角;信用监管;保障

一、信用长三角的提出、演变

(一) 信用长三角的提出与演变

1. 起步阶段(2004-2005)。

2004年5月,上海、杭州、嘉兴、湖州、宁波、绍兴、舟山、台州、南京、镇江、无锡、苏州、常州、南通、泰州、扬州等16城市在第二届“长三角一体化发展论坛”上共同发表《共建信用长三角宣言》(简称“湖州宣言”),其中约定:将努力建设信用政府,大力推进政府职能转变,规范行政行为,严格依法行政,树立诚信政府的良好形象,要在长三角内推进社会信用环境建设,由此在决策层面确立了长三角“信用一体化”的全新理念。随后,2004年7月,苏浙沪三方政府部门负责人共同签署《江苏省、浙江省、上海市信用体系建设合作备忘录》,达成五大共识,具体落实了“湖州宣言”提出的建设“信用长三角”之理念。2005年4月,上海、江苏、浙江两省一市的政府信用管理部门召开长三角区域信用体系专题组第一次会议,在浙江宁波签署了《沪苏浙信用体系建设区域合作推进方案》(简称“宁波方案”),明确了打造“信用长三角”的工作机构与协调机制和推进长三角区域信用合作的“时间表”,确定了信用信息共享、开辟沟通渠道、共建信用制度、开展区域信用培训等四个方面的合作内容,由此开启了长三角地区“信用一体化”的实施进程。

2. 发展阶段(2006-2008)。

2006年6月,“信用长三角”首届高层研讨会在上海举办,“信用长三角”网络共享平

* 作者简介:汪珍,浙江工业大学法学院讲师,法学博士。

台由此开通，并建立了区域信用体系合作的对外宣传机制，正式打响“信用长三角”品牌，率先启动两省一市（沪、苏、浙）企业信用信息共享工作。2008年4月，中国人民银行与上海、江苏、浙江省人民政府共同签署了《共建“信用长三角”合作备忘录》，确立了人民银行与地方政府合作共建“信用长三角”的思路。2008年10月，“信用长三角”第二届高层研讨会召开，江苏、浙江、上海两省一市共同签署了《长三角地区信用服务机构备案互认协议书》，“信用长三角”建设又迈出了一大步。

3. 深化阶段（2009-2014）。

2009年，两省一市首次发布《长三角两省一市备案互认信用服务机构名单》，并讨论决定“信用长三角”合作拓展至安徽省，自此形成定期联合发布信用服务机构备案互认名单的常规化机制，区域信用服务市场一体化进入实质性推进阶段，“信用长三角”合作迎来新发展阶段。2010年，三省一市共同编制印发《长三角区域社会信用体系合作与发展规划纲要（2010-2020）》（简称长三角《信用合作规划纲要》），确立了下一阶段长三角区域信用体系合作的目标和任务，合力打造形成“信用长三角”的纲领性文件。2012年，“信用长三角”第三届高层研讨会召开，签署了《长三角地区信用服务机构规范服务倡议书》，由此推动长三角信用一体化向深水区挺进，共同维护信用服务市场的良好形象。2014年，三省一市信用办（征信办）联合在上海召开了长三角区域信用体系专题组第20次例会，会议讨论了《2015年长三角区域信用体系建设合作重点建议》，拓展了区域信用体系建设新的合作领域以及新的合作增长点。

4. 攻坚阶段（2015年至今）。

2016年，国家发展和改革委员会批复同意长三角地区创建国家社会信用体系建设区域合作示范区，长三角地区成为全国首个信用建设区域合作示范创建区。根据示范区工作方案，长三角地区将坚持“信息共享、监管共为、市场共育、规制共建、品牌共铸”原则，合力加强“信用长三角”品牌影响，合力完善信用监管制度，合力拓展信用合作范围，合力培育市场信用需求，合力加强信用信息共享，着力加强区域信用建设合作，为长三角地区经济社会发展营造良好信用环境。2018年7月，作为国家发改委批复的全国首个区域信用合作示范区，长三角三省一市共同制定了《长三角地区深化推进国家社会信用体系建设区域合作示范区建设行动方案（2018-2020年）》（下称《行动方案》），要求以打响“信用长三角”品牌为共同价值取向，以提升长三角地区国际竞争力为共同目标，坚持联动、互惠、共赢的原则，建立完善跨区域协调机制；充分调动政府、市场、行业、社会的积极性，凝聚力量、相互借鉴、形成合力，持续推进“信用长三角”品牌建设。自此，“信用长三角”建设围绕更广合

作、更大合力开始进入区域共建信用体系的攻坚加速阶段。

（二）信用长三角对信用监管机制构建的必然要求

1. 信用长三角建设是长三角地区高质量一体化发展的必然目标与重要保障。

2018年11月，习近平总书记在中国国际进口博览会开幕式发表演讲时宣布，支持长江三角洲区域一体化发展并上升为国家战略，为新时代推进长三角地区合作与发展，以及完善中国改革开放空间布局指明了行动方向。2019年5月，《长江三角洲区域一体化发展规划纲要》（下称《规划纲要》）获得审议通过，自此紧扣“一体化”和“高质量”两个关键，长三角一体化发展进入全面提速阶段。长三角区域一体化高质量发展，就是要基于紧密的命运共同体、利益共同体和责任共同体的原则，在平等互利基础上，通过制定各种机制化的条约、法规，建设相应的执行机构，降低各种生产要素流动的壁垒，实现所有合作成员的共同繁荣，提升区域的综合实力和综合竞争力。^①其中，健全有利于激发市场主体创新活力的体制机制，大力鼓励并积极推进生产要素在区际不同城市之间，按照市场规律自由配置和双向流动，真正让市场在资源配置中起决定性作用，是高质量的题中之义。而市场经济本质上是信用经济、法治经济，社会信用体系则是市场经济体制中的重要制度安排。加强长三角区域信用建设的合作，建立健全信用体系，是规范市场经济秩序的治本之策，是加快区域协调发展的必要条件。由此，在长三角一体化发展从“浅层一体化”向“深层一体化”延伸的过程中，信用长三角建设既是长三角一体化发展国家战略实施的重大目标之一，也是推动长三角地区实现更高质量一体化发展的重要保障。

2. 构建信用监管机制是信用长三角建设的重要内容和必然要求。

自长三角16城市在《湖州宣言》提出信用长三角伊始，加强信用制度建设，形成“一处失信、处处受制”的制约体系，即成为长三角区域信用一体化的重要内容之一。随着信用长三角的发展、深化，以及进入攻坚阶段，信用监管机制的构建不断凸显其重要性，成为了长三角区域不断优化社会信用环境的重要推手。如2010年《长三角区域社会信用体系合作与发展规划纲要（2010-2020）》确定了“合力完善信用监管制度，共同建立区域信用奖惩联动机制”作为主要任务之一。又如，2018年三省一市联合制定并发布的《长三角地区深化推进国家社会信用体系建设区域合作示范区建设行动方案（2018-2020年）》不仅确立了“监管共为”的实施原则，提出综合运用行政、司法、经济、市场等手段，建立完善长三角地区信用奖惩联动机制，创新信用产品在政务监管、重大项目事中事后监管、风险预警、信用奖惩等的应用，形成政府部门协同联动、行业组织自律管理、信用服务机构积极参与、信息主

^①吴福象：《长三角区域一体化发展中的协同与共享》，《人民论坛·学术前沿》2019年第4期。

体广泛监督的社会共治新格局；而且聚焦“信用联合监管专项行动”，要求实现监管领域信用证明互认共用，并联合开展重点领域失信专项治理，以为区域经济社会发展营造健康环境。可见，构建以信用为基础的新型监管机制，是信用长三角建设、发展与实现的自然延伸和重要组成部分。而在今年两会上，“信用监管”首次被写入政府工作报告；近日召开的国务院常务会议则部署加快建设社会信用体系，构建相适应的市场监管新机制，提出加强信用监管是基础，是健全市场体系的关键，这些举动表明信用监管作为激活市场活力的保障，已经成为国家工作的重要共识。至于今年7月《国务院办公厅关于加快推进社会信用体系建设构建以信用为基础的新型监管机制的指导意见》（下称《指导意见》）的发布，则首次在国家层面确立了信用监管机制构建的顶层设计，不仅为长三角地区创新监管机制指明了方向和目标，而且为信用长三角的建设提出了构建信用监管机制的必然要求。

二、长三角地区构建信用监管机制的必要性及创新性

（一）长三角地区构建信用监管机制的必要性

市场经济是信用经济，信用是促进社会资源优化配置的有效手段，社会信用体系的建立和完善是我国社会主义市场经济走向成熟的重要标志之一，而长三角是我国市场经济最为发达的区域之一，推进信用长三角建设，构建区域信用政府监管与社会治理创新联动机制以及区域信用治理与区域法治建设协同机制，已然成为提升政府管理能级、促成社会良善治理，加快形成开放型经济体系的重要举措。应该说，长三角地区构建以信用为基础的新型监管机制是提升区域协同社会治理能力和治理水平，回应国家促进经济转型新发展理念、探索体制机制改革新要求，适应新模式、新业态经济健康发展新形势，规范市场秩序及优化营商环境的重要手段。

1. 信用监管是提升长三角地区区域协同社会治理能力和治理水平的迫切需求。

长三角作为中国经济最发达的地区和国家战略叠加之地，自贸区建设、长江经济带、一带一路、长三角一体化等国家战略次第展开，不断为其提供新的动力和发展机遇的同时，也使其面临着新的矛盾和挑战。虽然长三角地区整体经济发展水平位居全国前列，是我国市场经济最为发达的区域之一，但是政府机制和市场机制的不协调、城市间协调联动性不足、区域经济发展不平衡、产业集聚水平不足、新型经济模式发展规范不够等问题，对长三角一体化向着更高质量发展的路径推进提出了严峻的考验。而“一人生病全家吃药”、“撒胡椒面”、“平均用力”的传统监管^①已难以应对长三角区域经济一体化发展及跨地区协同联动治理的

^①陈洪宛：《统筹协调合力推进信用监管工作》，信用中国网站
https://www.creditchina.gov.cn/home/xinyongdongtaituijian/201908/t20190804_164207.html，访问时间：2019

新情况、新挑战、新问题。构建与长三角地区经济发展水平及跨域治理矛盾相适应的监管机制极为迫切。从市场经济发达国家的信用活动发展轨迹来看，通常认为市场经济从本质上看就是信用经济，良好信用可促进区域经济增长与持续发展，信用缺失则导致区域经济发展的滞后。^①信用监管作为社会信用体系建设的重要组成部分，其本质是要根据市场主体信用状况实施差异化的监管手段，对于提高监管效率，提升区域协同社会治理能力和治理水平而言是必要的保障。

2. 信用监管是长三角地区回应国家全面深化改革、探索体制机制创新新要求、践行经济转型新理念的迫切需求。

当前全国各地“放管服”改革正进入攻坚期，推动放管服改革，是激发市场活力和社会创造力的“利器”，也是加快政府职能转变的关键。其中，公正监管是扩大放和提高服的重要基石和保障。长三角地区则以浙江为代表，深化放管服改革，力推“最多跑一次”，不断优化营商环境。正所谓只有管得好才能放得开，信用监管通过创新监管理念、监管制度和监管方式，实现监管资源配置在需要监管的重点领域、重点环节、重点对象上，有效提升了监管效能、维护了公平竞争、降低了市场交易成本，进而将为深化“放管服”改革注入最直接、最有力、最有效的动力。

随着区域一体化建设的不断深入，长三角一体化从关注经济建设扩展到经济、社会、生态、创新、协调，并且从研究、规划与行动计划等多个层面全方位开展合作，尤其是公共服务共建共享、生态环保联防联控成为长三角高质量一体化的重点领域。而依托于上海和杭州在数字经济领域的实力和基础，以及平台经济、共享经济等新模式新业态向各领域的渗透，长三角地区在大力发展以数字技术为支撑，高端服务为先导的数字服务出口方面迎来了前所未有的机遇，进而为长三角地区力争在全球数字贸易新格局中占据一席之地提供了新思路、新路径。无论是通过体制机制创新、营商环境改善、跨域治理协作，以建设对外开放新高地；还是通过聚焦公共服务体系完善、生态环境协同共治，以解决经济转型新矛盾，构建以信用为基础的新型监管机制，协调平衡社会信用体系与市场经济主体合法权益之间的矛盾冲突，是长三角地区应对新的发展态势和机遇、实现高水平开放和高质量发展重大目标的关键环节。

3. 信用监管是长三角地区规范市场秩序、优化营商环境，以满足人民群众对美好生活向往的迫切需求。

信用经济的成熟度是衡量区域经济一体化水平的重要标尺。相对于其他区域，长三角地

年8月31日。

^①申剑敏、陈周旺：《跨域治理与地方政府协作——基于长三角区域社会信用体系建设的实证分析》，《南京社会科学》2016年第4期。

区以建立完善的区域社会信用体系为切入点，在信息交流、资源共享、备案机构互认、信用环境营造等方面的合作不断深化，区域信用一体化建设取得了良好的成效，但区域内覆盖全社会的征信系统并未有效建立，政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信的社会环境并没有完全建立，“一处守信、处处得益，一处失信、处处受制”的区域联动机制仍未形成^①，区域整体诚信水平还没有获得实质性的提升。营造人人讲诚信、守承诺的社会氛围，打造规范化的市场经营秩序，实现国际一流的营商环境，已经成为包括企业等市场主体在内的广大人民群众的共同心愿。而失信代价过低、惩罚过轻、传播较少是目前失信问题高发、频发、复发的重要原因。而已信用为基础的新型监管机制则在强调深入推进失信联合惩戒的同时，通过事前、事中、事后全方位的监管，重点关注食品药品、生态环境等与人民生命财产安全直接相关的领域，对严重失信行为的市场主体及相关责任人在一定期限内实施市场和行业禁入措施，大幅提升失信违法成本，维护市场秩序的健康发展，保护人民群众的切身利益。

（二）以信用为基础的新型监管机制的创新性

《指导意见》是长三角地区构建以信用为基础的新型监管机制的纲领性文件，通过对其内容的全面解析，可知与传统监管方式相比，信用监管的创新性主要体现在以下四个方面：

1. 监管理念新，要求贯穿市场主体全生命周期。

与传统的断续式监管模式不同，信用监管是贯穿市场主体事前、事中、事后全生命周期的新型监管机制。在事前监管环节，通过市场主体“做承诺”、“重教育”等方式，提高依法诚信经营意识。在事中监管环节，全面建立市场主体信用记录，大力推进信用分级分类监管。在事后监管环节，强调失信联合惩戒的运用。

2. 监管方式新，要求根据不同信用状况实施分级分类监管。

分级分类监管是信用监管最鲜明的特点。而大数据技术支撑的信用评价则是分级分类监管的基本依据。传统监管模式对所有监管主体平均用力，监管成本高，市场主体压力大、受干扰多。而以信用为基础的新型监管机制是根据市场主体的信用等级高低采取差异化的监管措施，对守信者放开，对失信者紧管，从而提高了监管效能，让监管力量的发挥适得其所。

3. 监管手段新，要求以大数据为基础、以信用评价为依据实施精准监管。

依托上海和杭州的数字经济实力，长三角地区在推动“互联网+”、云计算、大数据、人工智能等领域的合作方面享有天然的优势。因此，与传统的监管模式相比，信用长三角所要构建的以信用为基础的新型监管机制必然更加强调采用数字技术的手段，有效整合各类信用

^①孙肖远：《构建区域信用治理与区域法治建设协同推进机制——以信用长三角建设为例》，《现代经济探讨》2014年第9期。

信息，建立风险预判预警机制，及早发现防范苗头性和跨行业跨区域风险，为监管部门开展精准监管奠定坚实基础。同时信用监管也强调要充分发挥公共信用综合评价、行业信用评价等各类信用评价的作用，对市场主体的信用状况进行精准刻画，为监管部门开展差异化监管提供依据。

4. 监管机制新，要求跨地区、跨部门和全社会协同监管。

区域社会信用体系从规划、建设到持续推进的过程，是由中央政府、省级政府、城市政府和非政府部门等主体共同参与和推动的跨域治理过程。区域信用一体化涉及众多的治理主体，它们来自不同地区、不同部门、不同行业以及不同层级的政府、不同文化背景的群体，其治理成效很大程度上取决于参与者行动的协同性。因此，与传统监管各自为战的模式不同，信用监管作为区域乃至国家信用一体化的自然衍生物，强化了地区间、部门间协同监管，包括信用监管机制协同、业务协同、信息化系统协同。同时，信用监管还支持社会力量积极参与，鼓励充分发挥行业组织、第三方信用服务机构作用，整合形成全社会共同参与信用监管的强大合力。

三、信用长三角建设现状及信用监管在长三角地区落实的保障

（一）长三角地区信用一体化建设现状

长三角地区三省一市经过“合规、合作、合力”、“互信、互助、互动”，“信用长三角”发展稳步地实现了由虚到实、由松散到团结的转变，取得了一系列成绩：一是有规划、重协调。在规划方面，三省一市不仅制定了《长三角区域社会信用体系合作与发展规划纲要（2010-2020）》，而且还在长三角获批全国首个区域信用合作示范区之后，制定了《长三角地区深化推进国家社会信用体系建设区域合作示范区建设行动方案（2018-2020）》，确定长三角的信用体系协作的方向和使命。而在协调方面，则通过长三角合作与发展联席会议制度，定期举办长三角的信用体系会议，区域协同合作不断强化。二是资源共享。长三角地区通过建立“信用长三角”信息共享平台，整合了地区信用信息的资源，推动了长三角地区三省一市的信用信息共享。三是规范市场。长三角三省一市的信用服务机构制订了长三角信用服务机构合作框架协议书和倡议书，达成了共建信用服务市场的公平竞争的市场环境，以及协同发展、自律发展、规范发展的共识，促进和发展了长三角信用市场的一体化。四是总分结合。长三角地区三省一市在强化本省（市）信用建设的基础上，共同创新区域信用体系构建的模式和协作机制，并与中国人民银行签订了合作备忘录，确定了中央与地方之间相互帮助、相互促进的建设“信用长三角”的思路。

然而，当前长三角地区信用一体化在多主体协同治理、规则制度建设、重点领域联动、

信用市场培育、数据技术支撑等方面仍然存在诸多不足。如在多主体协同治理方面，由于长三角地区政府间利益协调机制还未健全，政府频频对市场产生干预，政府机制与市场机制间存在根本性的矛盾^①，长三角地区信用一体化建设亦逐渐形成了政府主导型发展模式，企、事业单位，信用协会等非政府组织协同参与明显不足，而政府能力的有限性以及政府行为的可监督性无法保障，政府主导型信用体系建设模式，不利于信用管理联动与信用信息共享，从而成为长三角地区信用一体化发展的阻碍和桎梏。

（二）长三角地区构建以信用为基础的新型监管机制的保障

信用长三角是长三角地区信用一体化建设的重要品牌目标，把信用长三角建设成为国内区域信用一体化发展的先行示范区，需要构建区域信用政府监管与社会治理创新联动机制，形成信用技术标准、信用服务、信用激励和惩戒等内容相互融通、法律法规健全的制度环境，形成政府监管、行业自律、企业内控和社会监督相结合的区域信用治理互联互通机制，形成长三角区域与全国联动、长三角区域内各省市联动、行政区管理区内各部门联动的区域信用一体化格局^②。

根据《长三角区域社会信用体系合作与发展规划纲要》以及《长三角地区深化推进国家社会信用体系建设区域合作示范区建设行动方案（2018-2020年）》确立的长三角区域信用体系建设的目标和方向，信用监管作为信用长三角建设的重要内容及重大保障，可以从以下几个方面推进其在长三角地区的落地实施：

1. 顶层设计保障，构建新型跨区域协同管理体制。

信用长三角的建设是一个长期的系统工程，除了长三角地区三省一市的自主管理之外，还需要有国家层面的协调管理。长三角地区协同管理机制建设，是长三角地区信用一体化建设的一个重要领域，通过理顺管理体制，能够在很大程度上推进区域信用政府监管的协同治理。构建新型跨省域信用管理体制，可以借鉴大部制改革经验，首先考虑在国家层面立法规定长三角地区统一的信用监管机构，负责对长三角地区信用监管机制的实施做总体顶层设计，推动区域信用制度框架体系的建立和完善。其次，在长三角地区统一信用监管机构的主导下，加快建立三省一市统一执法机构，建立长三角地区信用监管联动机制，负责落实信用监管各项政策举措，引进和培育第三方评级机构，积极促进政府部门与企事业单位、行业协会商会、第三方信用服务机构的协同合作，整合形成信用监管的推进合力。

2. 立法保障，构建相对统一的区域信用监管制度框架体系。

^①孙亚南：《新常态下长三角一体化的机遇与挑战》，《当代经济管理》2015年第10期。

^②孙肖远：《构建区域信用治理与区域法治建设协同推进机制——以信用长三角建设为例》，《现代经济探讨》2014年第9期。

在国家统一信用监管立法缺失的情况下，长三角地区构建以信用为基础的新型监管机制，只有依据国务院近日发布的《国务院办公厅关于加快推进社会信用体系建设构建以信用为基础的新型监管机制的指导意见》这一规范性文件。但文件往往只负责指引方向，其语言的精确性、规范性与可操作性较弱，无法据此做出具有法律约束力的行为^①。例如，如何确立黑名单标准？黑名单的进入与退出途径如何设定？信用的救济法律制度应当如何设计？……。这些都需要在法律层面上予以回应。

由此，长三角地区的信用联动监管，一方面，需要借鉴上海、浙江信用立法经验，促使江苏、安徽两省启动地方信用条例或政府规章制定工作，进而推动长三角地区层面统一信用监管法规的出台，为国家层面信用监管立法建设提供经验。另一方面，鉴于长三角一体化发展的重点在于交通出行、社会保障、电子商务、环境保护等领域，信用长三角目标提出之后，三省一市信用、环保部门率先联合签署《长三角地区环境保护领域实施信用联合奖惩合作备忘录》，形成 14 条统一的严重失信行为认定标准，推出 40 项跨区域联合惩戒措施，长三角地区需要在食品安全、产品质量、旅游等领域的监管部门推广环保部门的做法，在国内率先形成“失信行为标准互认、信用信息共享互动、惩戒措施路径互通”的跨区域信用联合奖惩模式，在此基础上总结跨区域联合奖惩机制的经验，围绕重点领域制定三省一市统一的行业区域信用管理法规，对监管领域信用证明互认公用的标准及办法予以规范，并对信息主体的激励与惩戒以及权益保护等方面做出规定。

3. 平台建设，构建区域信用信息大数据库、区域公共信用评价产品。

长三角地区可依托“信用长三角”这一跨区域信用信息共享平台和“互联网+监管”系统，将市场主体基础信息、执法监管和处置信息、失信联合惩戒信息等与相关部门业务系统按需共享，在信用监管等过程中加以应用，支撑形成数据同步、措施统一、标准一致的信用监管协同机制。同时，长三角地区可依托大数据、区块链、云计算等新技术，构建区域信用信息大数据平台，建设区域信用评价指标模型、信用大数据搜索引擎、信用大数据分析系统；并通过大数据的应用，主动发现和识别违法违规线索，有效防范危害公共利益和群众生命财产安全的违法违规行为。

例如，网约车、共享单车等共享经济是在长三角地区迅猛发展的新业态平台经济。而信用监管正是解决新平台经济新问题的可行手段。通过区域信用信息大数据库，可以对平台经济企业建立信用档案，将不正当竞争违法行为记入信用记录，进而根据信用记录开展公共信用综合评价。将公共信用综合评价结果作为依据，还可以对平台企业实施差异化监管。

^①罗培新：《“信用长三角”，提升治理能级的“金钥匙”》，文汇报 2018 年 8 月 2 日第 5 版。

而借鉴浙江、上海开展主体信用评价的经验，长三角地区可尝试构建区域统一的评价标准体系，研发针对社会法人的公共信用评价创新性产品，推动三省一市各部门利用公共信用综合评价结果，结合部门行业管理数据，建立行业信用评价模型，为信用监管提供更精准的依据。

简析商务部《阻断办法》的阻断对象

肖刚*

摘要：商务部制订出台《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》之后，各类解读与研究均将阻断对象设定为次级制裁。本文通过对美国域外适用的经贸类立法、中美经贸关系发展态势以及立法需求等几个方面的考察认为，若将阻断对象设定为次级制裁，将导致阻断范围过窄，发挥不了应有的阻断效力。本文进一步建议将阻断对象设定为具有次级制裁效果的外国法律与措施。

关键词：阻断办法；初级制裁；次级制裁；出口管制

近年来，美国积极推进其经贸法律与措施的域外适用，对中国企业的正常国际经贸活动造成了严重影响。为保护中国公民、法人或者其他组织（以下称中国实体）的合法权益，商务部于2021年1月制订出台了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下称《阻断办法》）。

《阻断办法》出台以来，引起了学术界与实务界的极大关注，一些学术期刊也发表了研究成果。官方解读与学术研究，均存在不少歧义、矛盾与模糊之处，特别是《阻断办法》的适用范围。而对于适用范围的界定，是《阻断办法》是否能实现立法意图的前提与基础。几乎所有的解读与论述都认为，首次制订《阻断办法》不宜过于具体，不针对特定国家，也不针对特定交易，实施起来具有一定的弹性，但是也容易导致受影响实体无所适从，甚至无法判断某特定交易是否在该《阻断办法》的适用范围之内。因此，对《阻断办法》的适用范围辨析与细化，是实施《阻断办法》的一项重要工作。

本文重点考察《阻断办法》阻断对象，并根据中美竞争态势的现实需求对阻断对象的界定提出新的建议。

一、《阻断办法》对阻断对象的定义与界定

《阻断办法》第二条规定了适用范围：本办法适用于外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则，不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。

众所周知，当今世界上最具域外适用特征的是美国法律与相关措施。由于美国在世界经贸活动中处于核心地位，美国的经贸类法律与措施均具有域外性，其不当域外适用对我国公民、企业或其他组织的损害也相应最大。出于政治上的考虑，《阻断办

* 肖刚，京师律师(上海)事务所顾问，浙江工商大学法学院兼职教师，美国法律博士，JD。邮箱：zjcnxiao@outlook.com

法》并没有明确针对美国法律与措施。但是为了便于辨析，本文将美国法律与措施设定为阻断对象。

美国经贸类法律与措施，适用于域外的主要出口管制与经济制裁。《阻断办法》对适用范围的规定高度概括，并没有作清晰界定阻断对象。但是在对《阻断办法》各种解读与研究中，关于“外国法律与措施”的意见比较统一，均认为阻断对象是次级制裁。商务部在发布《阻断办法》当天，同时发布了《保护正当合法权益 维护国际经贸秩序——权威专家就〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉答记者问》。中国人民大学法学院教授韩立余指出^①：

办法第二条明确界定了适用范围，即违反国际法和国际关系基本准则，不当禁止或限制中国企业与第三国企业正常经贸活动的外国法律与措施的域外适用情形。这种情形，我们通常称之为“次级制裁”。

考虑到这个权威解读与《阻断办法》由商务部同日发布，研究者也理由相信，立法意图限于阻断次级制裁^②。有研究者甚至探讨了《阻断办法》为什么不直接写明阻断对象是次级制裁的原因。^③

本文考察了立法背景与意图，美国经贸类法律与措施的域外适用，中国实体的国际经贸活动受影响的情况等方面，认为将阻断对象限于次级制裁，不够符合现实需求，阻断针对性不强，《阻断办法》适用范围过窄，从而将极大影响《阻断办法》发挥应有效力。

二、初级制裁与次级制裁

在百余年的经济制裁实践中，美国根据适用对象的不同，逐步发展起两个层面的制裁类型：初级制裁(Primary Sanction)与次级制裁(Secondary Sanction)。初级制裁不仅仅适用于美国人(含自然人、企业与组织)，也适用于交易活动与美国存在连接点(Nexus)的非美国人。与美国有连接点的交易活动包括：使用了美国的金融系统；交易的物项含有一定比例的美国成分；有美国人参与；企业为美国人拥有或控制；以

^① <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202101/20210103029706.shtml>

^② 如：廖诗评，《〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉的属事适用范围》，《国际法研究》，2021年第2期；徐伟功，《论次级经济制裁之阻断立法》，《法商研究》，2021年第2期

^③ 如，廖诗评认为：一是次级制裁带有浓厚的美国法色彩，且与美国实践高度相关，鉴于前文提及的原因，容易引发各界对于《阻断办法》对抗色彩的过分解读；二是因为次级制裁虽具有美国法色彩，但其更多是学理概念，缺乏明确法律界定。将次级制裁写入中国立法，不仅不利于明确《阻断办法》的适用范围，还将中国立法的含义与美国法的学理与实践进行了不必要的“捆绑”，导致立法的后续实施可能受到美国法变迁的制约和影响，从而影响立法的实施效果。参见《〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉的属事适用范围》，《国际法研究》，2021年第2期第51页。

及交易活动的资金源自美国金融市场或者投资者等^①。由此可见，初级制裁也适用于第三国(个人、企业与组织)。

次级制裁(Secondary Sanction)是相对于初级制裁而言的，这一概念在联合国以及美国政府文件中频繁适用，但是从未给出清晰的定义。总的来说，次级制裁禁止除美国人以及与美国有连接点的非美国人之外的第三国及其个人和实体与被制裁国进行某些特定的交往，以及禁止与被制裁实体开展经贸活动，意在迫使第三国对目标国采取与它同样的制裁措施，将单边制裁强制转化为多边行动。^②

三、若阻断对象界定为次级制裁，那么《阻断办法》不能充分体现现实要求。

首先，这一界定会导致《阻断办法》的适用范围极为狭窄。初级制裁适用于美国人以及与美国有连接点的非美国人，而次级制裁适用于与美国没有连接点的非美国人。两相比较，可以发现初级制裁的适用对象已经很广，特别是与美国有连结点非美国人。一般来说，从事国际经贸的中国人，绝大部分都会使用美元交易系统，自然就成了初级制裁适用对象。如在举国瞩目的“孟晚舟”一案中，孟晚舟所代表的华为公司，一方面被认定把美国物项再出口给伊朗，另一方面华为广泛使用美元系统，因此华为公司就是与美国有连结点非美国人，受制裁并不是触犯次级制裁规则，而是触犯了初级制裁规则。美元在国际经贸活动中占强势主导地位，避开美元体系而进行国际经贸活动的可能性很小。因此，能纳入次级制裁适用范围的中国人极为有限。如果将阻断对象界定为次级制裁的话，那么《阻断办法》的适用范围极为狭窄，阻断效力相应地也极其有限。

其次，《阻断办法》所设定的救济机制不容易发挥应有效力。《阻断办法》第九条规定：“当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失”。结合第二条对适用范围的规定，可明确该“当事人”为第三人，是对中国人正当权益构成侵害的主体。那么可以分两种情况进行分析：

一是中国实体没有被美国制裁执法，而其商业伙伴，比如伊朗某石油公司属于美国制裁范围。假定该中国人与美国没有连接点，那么就属于次级制裁的适用对象，该中国人因美国对伊朗的制裁，而中断了与伊朗商业伙伴的经贸关系。这种情况下，中国人不属于被侵害，那么《阻断办法》救济机制的侵害主体就不存在。

^① 参见美国联邦条例：31 C.F.R. § 560

^② 类似表述参考：杨永红，《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》，《法商研究》，2019年第3期

二是实体已经被美国制裁执法，且适用次级制裁，其第三国商业伙伴与美国没有连结点的可能性是很小的，因为该商业伙伴与中国人必须存在正常经贸关系，至少会使用美元结算体系。《阻断办法》意在保护中国实体的正当权益，那么该第三国商业伙伴可以被中国人起诉追责。但是如果设定阻断的对象是次级制裁，那么该第三国商业伙伴就不属于阻断办法救济机制的追责对象。

简言之，若将《阻断办法》的阻断对象设定为次级制裁，那么适用范围极为狭窄，救济机制存在侵权主体缺失的问题，阻断效果大大削弱，不能充分体现《阻断办法》的立法意图，也满足不了适应当前中美竞争态势的现实要求。

四、中国实体正当权益受侵害主要来自美国的出口管制与初级制裁

美国政府为实现其国家安全与外交政策目标，主要通过两个途径对外实施经贸规制。一是经济制裁，即通过切断与竞争对手或敌人贸易与金融联系，胁迫竞争对手或敌人改变行为的经济强制手段（美国外交理事会）^①。经济制裁有很多形式，包括旅行禁令、资产冻结、武器禁运、资本限制、减少外援和贸易限制等^②。简而言之，经济制裁是以非暴力的经济手段惩罚相关实体，以服务于美国国家利益。经济制裁主要由美国财政部海外资产控制办公室（OFAC）负责实施，

二是出口管制（Export Control）。虽然有不少专家把出口管制也列入经济制裁的范畴，但两者差异很大。出口管制聚焦于美国核心技术的保护，包括产品、技术、软件。通过出口许可证管理制度，防止这些物项被别国用于军事用途。由美国商务部工业与安全局（BIS）负责实施。出口管制是非惩罚性的，不存在次级制裁的；而经济制裁则是惩罚性的，分初级制裁与次级制裁、国家制裁与行业制裁等。

美国的出口管制有鲜明的域外适用特征，这种适用是通过对外出口行为以及出口物项进行精致定义而实现的。

在美国出口管制条例（Export Administration Regulation, EAR）下，“出口”是一个极其广义的法律概念，包括直接出口（Export）、再出口（Re-Export，受控物项首次出口到A国，再从A国转移至B国）^③、视同出口（Deemed Export，即在美国境内向美国境内或境外的外籍人士传输、提供无形资产，包括技术、源代码、系统或任何其他受到美国出口管制法律管

^① 关于经济制裁这一概念的定义，阐述角度不同，则表述不同。本文参照的是美国外交理事会（Council on Foreign Affairs）的定义，并加以补充。原文：Economic sanctions are defined as the withdrawal of customary trade and financial relations for foreign- and security-policy purposes. 参考链接：<https://www.cfr.org/background/what-are-economic-sanctions>

^②原文为：Sanctions take a variety of forms, including travel bans, asset freezes, arms embargoes, capital restraints, foreign aid reductions, and trade restrictions. 参考链接同上。

^③ 原文参考：§ 734.14 of the EAR

辖的知识产权等)^①、国内转移(In-Country Transfer, 即来源于美国的产品或技术出口至某国后, 随后在该国内转卖)。其中“再出口”的定义极为明了地适用第三国。

EAR下的出口“物项”也是极为广义。不仅仅包括美国本土制造, 还包括境外制造含有美国成分物项(某物项在国外制造, 但是含有美国受控物项, 比如零部件、技术、软件, 只要这些美国物项成分达到最低比例原则, de minis rule, 那么这个国外制造的物项就仍然受控于EAR。这个最低比例成分有的情况是10%, 大部分情况是25%)^②, 甚至包括利用美国技术和软件的“直接制造”物项^③。那么第三国物项, 只要含有最低比例的美国成分, 或者是美国的直接产品, 均属美国出口管制范围。

近年来, 我国企业正常对外经贸受打击最大的是美国出口管制。华为、中兴等均被美国商务部BIS纳入“实体清单”。为遵守美国出口管制法律与措施, 第三国(含境外)企业如韩国三星、中国台湾台积电都终止了与华为、中兴的零部件供应。中兴一度休克, 而华为则挣扎生死线上。到目前为止, 列入管制仍然被执行中国实体, 在实体清单(Entity List)上有389家, 军事终端用户(Military End-User)73家, 未验证清单(Unverified List)上有28家, 其中包括的大量的中国高科技企业;^④而被列入制裁的特别指定国民清单(SDN)的中国实体有273家, 其中中国自然人占了很大比例。^⑤两相比较可以看出, 美国出口管制对正常经贸活动所造成的损害远大于经济制裁。

从长远来看, 美国对华经贸关系将围绕出口管制展开全方位竞争。2021年3月初, 拜登政府发布《国家安全战略中期指导方针》(Interim National Security Strategic Guidance), 特别指出“威权国家”中国是唯一有潜在综合实力挑战国际体制的“主要竞争者”^⑥。美国总统拜登在3月25号在记者会上, 谈到对华政策时指出, 美国与中国存在非常激烈的竞争, 但拜登政府不寻求与中国对抗^⑦。在与中国竞争方面, 美国新任财政部长珍妮特·耶伦承诺“使用各种工具”来对抗对手的“滥用、不公平和非法行为”^⑧。新任商务部长吉娜·雷蒙多承诺对所谓“中国的贸易和技术威胁”采取强硬立场^⑨。新任贸易代表戴琪则威胁: 愿与中国谈判, 若无效会毫不犹豫采取行动^⑩。拜

^① 原文参考: § 734.13(b) of the EAR

^② 原文参考: § 734.4 and Supplement No. 2 to part 734 of the EAR

^③ 原文参考: § 736.2(b)(3) of the EAR

^④ 查询网站: 美国商务部工业与安全局,

<https://www.bis.doc.gov/index.php/policy-guidance/lists-of-parties-of-concern/entity-list>

^⑤ 查询网站: 美国财政部外国资产控制办公室, <https://www.treasury.gov/ofac/downloads/sdnlist.pdf>

^⑥ 原文参见: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/03/NSC-1v2.pdf>

^⑦ 参考报道: <https://news.ifeng.com/c/84vEiCOFrR0>

^⑧ 参考报道: <https://wsdigest.com/article?artid=11599>

^⑨ 参考报道: <http://www.cankaoxiaoxi.com/china/20210128/2433383.shtml>

登政府将延续并升级上届政府对华政策，可以预见，拜登政府在经贸关系方面将加强出口管制与经济制裁的各类工具的使用，甚至可能为中国量身打造新的规制工具。《阻断办法》也必须对新的中美竞争形势予以有力回应，将美国的出口限制、经济制裁对第三国的使用纳入阻断对象，不仅仅是当下的要求，也是未来一段时间的要求。

五、建议阻断对象界定为具有次级制裁效果的外国法律与措施

在实践中，我国政府无法阻止外国政府对我国实体进行经济制裁与出口管制，立法的目的在于阻断这种法律与措施适用于第三国，从而保护我国企业正当权益。而如果把阻断对象界定为次级制裁，那么阻断的适用范围很小，侵权主体容易缺失，很难启动救济机制，就达不到保护我国企业正当权益的目的，很难充分体现立法意图与现实要求。

阻断美国出口管制与经济制裁适用于第三国，防止侵害我国实体与第三国的正常经贸关系，应该是《阻断办法》实现立法意图的主要技术考量。因此，除了次级制裁以外，初级制裁的对与美国有连结点的第三国人的适用，出口管制对于再出口、视同出口以及美国技术的直接制造物项，均应纳入阻断对象。由于这些对第三国适用的法律与措施，虽然不是次级制裁，但是具有次级制裁的效果，因此，本文建议的阻断对象为：具有次级制裁效果的外国法律与措施。

[®] 参考报道：http://henan.china.com.cn/news/2021-03/03/content_41483411.htm

算法权力的失范及规制

林盛浩

内容提要:算法权力是算法开发者与运营人借助人工智能应用程序,利用其在数据收集处理、算法自主学习以及算力方面的优势而生成的对政府、公民、社会组织等主体的影响力和控制力,具有隔离性、跨越性、间接强制性等特点。平台企业与公权力部门在算法权力运用过程中有可能形成侵犯公民隐私权、限制公众自由选择权、影响公共资源公平配置等算法权力失序的风险。规制算法权力的异化,可考虑从算法运行的事前、事中、事后三个阶段加以调控,建立算法监督审查机制、算法权力行使的正当程序以及算法解释权制度。

关键词: 算法权力失范; 算法监督审查机制; 正当程序; 算法解释权

伴随着人工智能技术、云储存技术、大数据分析技术的迅猛发展,以资本或政治权力作为内在驱动力的算法已经不再仅仅局限于代码的表现形式。算法不仅在招聘、教育、信贷、股票交易等私人社会生活领域应用广泛,而且其在公权力领域,诸如智慧司法系统、犯罪算法预测机制、算法推荐中也扮演着至关重要的角色。^①算法在私生活与公权力领域应用的不断扩大,形成一个以大数据为基底的“算法社会”。随着算法决策在社会各领域渗透的深化,其重新整合形成了一股新型的“社会权力”——算法权力,在不远的将来算法权力极有可能形成算法对人类的霸权。^②

算法作为人工智能的核心技术,是数字中国建设的关键内容,事关数字中国建设的成败^③,因此,从法学的视角规范算法开发与使用,防范算法风险,充分发挥算法的积极功效,研究意义重大。本文旨在对算法权力进行剖析,尝试廓清算法权力所带来的潜在风险,探讨规制算法权力的法治路径。

一、算法权力的勃兴

算法权力是算法开发者与运营人借助人工智能应用程序,利用其在数据收集处理、算法自主学习以及算力技术优势而生成的对政府、公民、社会组织等的影响力和控制力。算法权

^①See Bruno Leprietal, Fair, Transparent, and Accountable Algorithmic Decision-Making Processes, 31 Phil & Tech. 611, 611-612 (2018).

^②参见陈鹏:《算法的权力:应用与规制》,《浙江社会科学》2019年第4期,第52页。

^③第十三届全国人大四次会议表决通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》(以下简称《十四五规划》)指出:“加快数字化发展、建设数字中国;聚焦人工智能关键算法,加快推进基础理论、基础算法的研发突破与迭代应用。”数字中国建设,既是全球化背景下技术竞争的必然选择,也是互联网经济蓬勃发展的内在要求。

力的产生是由于算法的分离性^①、自主性^②以及算法与资源化数据^③结合使然。

一方面算法的分离性使得算法决策过程中，相对人与决策结果相分离，造成个人主体性不断丧失的局面。例如，“在美国的 Loomis 案中，被告 Loomis 认为由法院所使用的 COMPAS 算法系统对其所做出的犯罪风险评估结果存在种族歧视，故起诉要求评估算法过程的合法性与合理性。”^④COMPAS 算法决策是一个动态过程，其运行可以不依靠数据主体直接提供的数据，针对犯罪嫌疑人检测时所产生的数据或由原始数据衍生推导出的数据作为算法决策运行的依据与基础。正是动态的决策过程使得算法相对人与算法决策结果产生分离性效果。另一方面，算法的自主性是算法决策过程中工具理性的集中体现，算法运行规则会为了适应新的数据而加以改变，不断自主“进化”完善决策过程。以禁飞名单为例，算法根据既往违法人员的特征，预测高风险人群并禁止其登上飞机。换言之，被禁飞的人并非已经违法，而是具有违法风险。^⑤算法正是通过自主性的特点，在已有的数据基础上建立新的运行规则，以此来应对未来的风险。

数据的资源化现象源自算法对于数据的特殊运用，在数字经济时代，平台企业大规模地从数据主体身上提取数据流以构架平台算法，将数据作为生产资料加工的原料。算法通过用户画像和用户行为预测将海量数据流所产生的算法结果应用于不同领域的不同场景之中。繁复杂的应用，深入且广泛地嵌入到我们的生活之中并不断拓展之时，以相关主体为核心的新型社会关系正被构架，一种新型的权力形态正在生成，即算法权力。不同于社会学体系中的

^①算法的分离性，是指算法决策结果与算法的前期设计部署相分离。由于算法的开发部署与算法决策相分离，此时，算法从“工具”上升为“决策者”。对于“工具”的使用，个体行为将成为最终结果导向的核心因素，但当“工具”具有自主决策能力（算法的自主决策能力建立于群体的行为模式分析之上）时，个体的行为将与之相分离，并不能对结果产生决定性影响。

^②算法的自主性，是指算法在运行过程中对自身的优化升级以及独立的决策逻辑。譬如，在淘宝平台中，一旦算法做出对用户支付宝取消收款、资金止付等强制措施的决策后，若要推翻该决策则用户需要举证证明该决策存在错误。由于算法的运行处于黑箱之中，算法决策的适用对象难以举证证明算法决策的不合法性与不合理性，并且算法相对封闭的运行环境是一般人难以进入的，技术壁垒的阻隔使得算法在决策时难以受到其他因素的干扰，进一步强化了其决策结果的自主性。

^③数据的资源化，是指数据不再限于统计记录功能，而成为算法运行的“原材料”。数据作为算法运行的分析对象，其背后的信息价值在互联网时代被不断放大，数据的信息价值不仅能被开发应用于购物、新闻、娱乐等私人领域，而且还能应用于政治、司法、行政等公权力领域，信息价值的影响力赋予了算法对于社会利益进行调配的能力。数据作为信息价值的载体，与具有自主决策的算法相结合，将促成“权力的不对称性”，即产生一股不顾参与该行为的其他人的反抗而实现自己意志的力量。

^④2016年，一位名为 Eric L. Loomis 的被告被判处 6 年有期徒刑，原因是 COMPAS 认定他为“高风险”。Loomis 随即提出审查 COMPAS 算法的请求，被威斯康星州立法院驳回，提交给美国最高法院后也于 2017 年 6 月宣告诉讼失败。参见“红星专访美国机器判案法院：机器说你有害，你果然有害”，<http://3g.163.com/news/article/CK30KBQF0514ADND.html>。

此案中判决结果的产生经过了两个层次的部署：COMPAS 算法的开发部署、算法自动决策生成的判决结果。COMPAS 算法的自动决策，以算法部署后所有录入其中的案件为基础，建立一套独立的决策逻辑，并于使用过程中不断更正。Loomis 的行为在 COMPAS 算法做出决策时相分离，决策结果以先前的决策逻辑为基础，而非 Loomis 犯罪行为的价值判断，个体行为的价值判断无法体显于以数据代码为核心的算法决策过程。传统的人的行为到责任的逻辑链条被算法的分离性所切断。

^⑤参见张凌寒：《算法自动化决策与行政正当程序制度的冲突与调和》，《东方法学》，2020 年第 6 期，第 4 页。

权力概念，指特定的主体拥有对特定资源的支配或影响他人的一种强制力。^①政治地位、经济地位是社会学下权力的重要基础，但算法权力的基础来自于算法技术的优势与数据的结合，其给算法权力带来了隔离性、跨越性、间接强制性的特点。

（一）算法权力具有隔离性

算法权力的隔离性，指由于算法具有较高的技术壁垒，民众无法理解算法运行逻辑与决策结果，传统法律难以对算法技术产生规范作用。

首先，算法权力与民众理解相隔离。^②算法权力作为一种技术权力，其技术化统治的手段使得普通群众难以理解算法的内在。算法权力产生决策的过程是基于对大数据的解析，而抽象出一套模型，再依靠此套模型对后续的数据进行处理，并如此循环往复、不断更正模型的过程。此种决策过程具有很强的技术理性，但决策过程在算法黑箱中进行，黑箱的不可知性与决策结果之间存在断层，民众无法仅透过决策结果，理解黑箱中的算法运行逻辑。以法官的自由心证为例，自由心证也是黑箱，其心证过程存在于法官的内心世界，人们无法直接观察。但是人们可以通过相同的心理机能、文化背景、法律认知，对此类决策结果进行理解。而算法黑箱产生的决策结果基于数据与算法程序，人们无法直接透过数据与程序对决策结果进行理解。

其次，算法权力与传统法律制度相隔离。现阶段民法成为规制算法权力的主要部门法，但传统民事法律责任制度已经难以补救于算法所造成的损害结果。传统民法的逻辑基础是任何损害行为的主体都为民法意义上的“人”所产生，并在此基础上进行的责任分配。与“人”有着相类似的自主性的算法权力现阶段还不能被涵盖到民法制度下“人”的概念之中。^③因此，算法权力目前与传统法律之间的联系存在很大的隔离性。此种现象将改变未来的法律发展方向。在人工智能时代，对权利、义务、责任的设定之初就应将算法权利的自主性纳入考量范围。

（二）算法权力具有跨越性

算法权力的跨越性，指算法不仅跨越了物理维度和时间维度，而且跨越了制度化的权力与非制度化的权力。

在传统社会中，公权力的辐射范围和空间距离与时间长短成正比，时间越短，距离越近，

^①参见[德]尤尔根·哈贝马斯：《作为“意识形态”的技术与科学》，李黎、郭官译，学林出版社1999年版，第76页。

^②参见于志刚：《网络法学》中国政法大学出版社2019年，第264页。

^③参见[美]佩德罗·多明戈斯：《终极算法：机器学习和人工智能如何重塑世界》，黄芳萍译，中信出版社2017年版，第39页。

越能发挥权力控制的功能。^①从空间维度而言，算法权力却不再受空间界限的限定，它的运行突破了物理世界的限制，嵌入了人们生活的方方面面。随着大数据技术的蓬勃发展、云计算和云存储的广泛应用以及物联网技术的成熟，算法可以通过持续地收集数据，不断计算生成自动化决策传导至人工智能设备，进一步实现了算法跨越主体、跨越地域、跨越平台的调度与应用。从时间维度而言，大数据与云计算存储了大量过去的信息，算法的自主学习能够对人类未来行为进行预测。算法权力拥有记录过去、预测未来的技术优势，其将不再受时间维度的限制。由此可见，无论是从时间维度还是空间维度来看，算法都具有极强的跨越性，如此的跨越性才赋予了算法权力进一步扩大的能力。

权力作为一种特殊的影响力，从社会角度来看可以分为两个类型：制度化的权力与非制度化的权力。^②制度化的权力一般指代公权力体系中的权力，制度赋予拥有权力者十分强大的力量，作为代价的是制度对于拥有权力者有着极高的要求。在互联网时代一股非制度化的权力——算法权力正在崛起，其背后是大型互联网企业和垄断集团凭借其所占有的生产要素和技术垄断对其他个体的压制，并将以其强大影响力为出发点，向外辐射出多重非制度化的新型社会关系。同时，算法借助数据的处理优势，也被公共部门和政府机构大量采用，嵌入社会体系，形成对社会资源调配的影响力。非制度化的算法权力，在私营平台中成为非制度化权威，控制着资本的运作与言论的自由。在公共部门这一非制度化的权力又被纳入其自身的权力体系，其成为了权力圆心的一部分。从算法迭代和应用扩展的速度看，算法权力在这一路径上的版图扩张是必然的趋势。^③算法权力打破了传统权力以制度为基底的局面，开拓了一种以技术作为权力产生方式的权力新形态。

（三）算法权力具有间接强制性

算法权力的间接强制性，指算法通过决策结果变向限制行为人的选择范围，对行为人产生定向影响。

从平台企业的算法运营视角，平台通过算法应用规则的代码化（Code is Law），实现了所有交易规则和支付规则都是通过代码进行表示的目的。用户必须满足设计者预设的算法要求，才能接受平台的相应服务，获得平台承诺的机会，实现支付完结等目标。在平台算法中形成的算法权力是用户遵守代码规则所实现的平台自主权力构建的过程。在平台内，平台规则如同国家法律一般具有影响力和控制力。以各平台为例，滴滴平台可以对司机的订单进行半强

^①参见崔靖梓：《算法歧视挑战下平等权保护的危机与应对》，《法律科学》2019年第3期，第35页。

^②参见秦亚青：《权力·制度·文化——国际政治学的三种体系理论》，《世界经济与政治》2002年第6期，第6页。

^③参见前引（11），于志刚书，第265页。

制性派送，制定行驶路线，规定乘客评分与报酬挂钩；某些平台为了排除竞争可能，会在平台内移除用户上传的包含对于其他平台描述的文章。^①其通过信息的强制传达对人的意识形态产生潜在的影响。算法权力的运行实质是开发者意识形态的植入。其表象看似是技术平台在介入一定的数据平台之后独立运行的过程，但其通过算法黑箱，对人们的行为进行间接强制的约束。这一形态有别于一般权力作用于他人的直接强制，其通过一串串代码即可达到对行为主体的定向影响，具有极强的隐蔽性。

二、算法权力运行的失范风险

技术即权力成为算法权力发展的核心要义。无论是互联网平台企业还是政府公权力机关，只要掌握了算法技术，其权力就会不断得到强化。这是算法权力中产生异化的最大隐患。通过技术优势与数据收集相结合，算法权力不断扩大权力边界以及影响力，产生“滚雪球”效应。其异化的结果将导致公民权利受损。同时，算法自身的成长性将带来人们意想不到的不可控风险，我们必须时刻保持清醒，保持对算法权力异化的警惕。

（一）平台企业算法权力使用过程中所引发的风险

算法技术的发展离不开企业竞争所带来的技术变革。技术的升级使得企业对于算法的利用效率大幅提升、对于数据的掌握、分析和控制不断增强，使得算法权力在商业领域内造成了对消费者的掠夺关系。企业对于数据的掌控也影响着公民隐私信息的安全。受限于现有法律无法对算法权力膨胀越界行为施加直接的规制，平台企业所掌控的算法权力带来了严重的法律风险。

算法权力导致平等权受损，进而在商业活动中产生不平等的交易关系。算法可以利用已有的大数据对用户的行为信息和性格特点进行描述，并利用画像数据形成个性化方案。算法对于数据利用的技术优势虽能便利人们的购物需求，但其也将侵害人们在同货同价购买方面的平等权。在各大购物平台算法中，会员票价反而比非会员高、高档手机付费更多、商品搜索频次越多越贵等算法歧视现象层出不穷。这种歧视非常隐蔽，不易被人们察觉。即使被觉察，也不容易举证。同样，在其他类型的算法中也存在算法歧视。“以 Facebook 泄密门为例，CambridgeAnalytica 仅靠“趣味小测试”就拿到了 32 万名用户的授权，据此推断出 5000 万用户喜好，有针对性地设下桃色陷阱、推送诱导新闻、操纵总统选举等严重侵犯平等权的行为。”^②针对各类平台的侵权行为，以消费者保护和平等权保护规则，难以制止此类侵权行

^①参见周辉：《算法权力及其规制》，《法制与社会发展》2019 年第 6 期，第 117 页。

^②参见郑智航，徐昭曦：《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例》，《比较法

为。既然法律规则难以适用，那么行业自律成为限制算法歧视的进路之一。但实际情况是，若仅依靠行业自律根本无法解决算法权力对平等权的损害问题，因为算法权力还存在对于法律责任的逃避现象，即算法开发者以商业秘密考量为由，拒绝公开算法的运算机理。在实际应用算法的过程中，算法运营人常以用户已阅并同意算法应用协议对算法自动化决策知情同意，故不对算法所造成的损害负责。^①“淘宝平台服务协议”中“淘宝自动化决策对用户违约的认定”就是典型例子。平台企业惯常使用客观“技术错误”的概念来掩盖其主观错误的存在，在现有诉讼程序中的举证规则框架，对于算法决策结果存在偏见，算法运行过程存在数据滥用的现象，一般民众其依靠落后的技术能力难以逾越算法本身极高的技术壁垒，从而使得证明目的的达成将极其困难，这一不平等由此就延续到了诉讼中。

算法权力导致隐私权受损。数字化的网络世界产出了一个“数字化人格”，所谓数字化人格，即以个人在网络中所留存的数据信息为基础，以数据模型构建起一个借由数字化信息而建立的人格。^②数字人格产生的基础是对海量的个人数据的分析处理，个人数据成为算法运行的必要条件，成为互联网经济时代推动经济发展的“原油库”。平台企业的算法，一方面通过数据的分析为用户提供更为精准化的服务，另一方面也加剧了数据泄露带来的用户个人隐私的泄露风险。在算法运行过程中可能因本地服务商的不当操作或受非法入侵，而造成大量信息的泄露。同时，算法运行过程中对于数据的获取本身就是对用户隐私的侵害，海量的消费数据被记录在案，用户的偏好和习惯在不经意间就被人所知悉，这些数据为平台提供了“便利”。在这个以商业利益至上的市场经济环境下，平台都极力争取获得用户数据的机会，苹果公司曾表示，“于2021年春季将升级IOS系统，以加强对广告平台访问其数据的限制，其中要求应用程序必须获得用户同意方可追踪用户在其他公司的应用和网站上的活动数据。”此次升级将影响那些依赖苹果个人设备标识符进行数据跟踪的平台。脸书（FaceBook）创始人马克·扎克伯格对此表示强烈抗议。原本应有用户自由支配的隐私，在算法权力的发展之下，却掌控在各科技巨头手中。人们无法知悉算法黑箱背后个人数据的流向，也无法掌控自己隐私的权属。

算法权力导致自由选择受限。“监视资本”是算法权力膨胀过程中对公民在市场经济体制下自由选择的严重障碍。^③“监视资本”是指超大规模的互联网技术公司利用全球数字平台实现自动化而得到经济增长。此种商业模式以“眼球”而不是收入作为公司的估值基础和

研究》2019年第4期，第113页。

^①参见胡凌：《人工智能视阈下的网络法核心问题》，《中国法学评论》2018年第2期，第92页。

^②参见齐爱民：《私法视野下的信息》，重庆大学出版社2012年版，第62页。

^③参见前引（11），于志刚书，第269页。

投资回报的预测指标。^①监视资本产生利润的主要来源来自于对个人信息流量的引导和控制，但是其利润转化过程不完全透明。平台企业可以通过算法和极为复杂的构建，实现对用户数据的挖掘、分析、处理，大量的元数据经由算法的处理，不断被结构化、同质化、模型化，最终导入数字经济市场。其借助算法将数据转化为“测试性产品”（用户行为预测），将此类产品出售给各类广告客户，从而产生高额利润。平台用户成为生产链上的重要一环，不仅是数据的产出者，用户同样还以消费者身份对平台企业进行数据反馈^②。此种模式基本可以实现零成本剥削用户“剩余数据”实现资本的原始积累。其将用户原有的知情权和自主选择权剥夺，进一步加剧了用户的弱势地位。

（二）公权力部门行使算法权力产生的风险

公权力部门作为行政权力的掌握者，对于其权力的限制历来是学界研究的对象。伴随着算法权力嵌入公权力部门，行政法对于行政权力的滥用将缺少应对方案。算法权力隔离性、跨越性的特点，使得当算法权力与行政体系、司法系统相结合时，其自身的局限性在公权力的加持下，将带来权力异化风险的指数级增长。

算法权力剥夺行政决策中公众意志表达。“自动化偏见”成为公众意志表达中的障碍，人们对于算法决策的倾向度将大于其自身所做出的决策。算法决策系统所使用的“超级推理”能够以微妙而有效的方式塑造用户的感受和行为，破坏个人独立判断力。^③算法权力凭借技术理性将逐渐取代人类决策。计算机程序不断地自我学习将抹杀人类的自主选择。^④在行政决策中公众的参与和意见是十分至关重要的决策基础，而当算法权力与行政决策相结合时，即使有公众的参与也无法消除算法实质上取代人类决策的实质，即使是人为做出的决策，其决策的过程与判断也被算法严重影响。

算法权力造成公共资源调配的浪费。算法的技术优势虽然会给公权力运行效率带来极大的提高，但是其超越工具化的属性却带来了极大的风险。算法有时会出现逻辑推演的结果与实际事实之间的相悖。例如，在算法预测中，某地区的犯罪风险过高时，该地区的警务人员配备将增加，完备的人员配置将使得犯罪行为更易被捕捉，将进一步提升犯罪率，那么警务人员配备又将增加，如此循环往复，形成一个有悖于现实的无线回环^⑤

算法权力缺乏有效管控规则。出于算法黑箱与信息保护的考量，由算法做出的行政、司

^①Zuboff S., BigOther, “Surveillance Capitalism and the Prospects of an Informal Civilization”, *Journal of Information Technology*, (2015) 30: 75-89.

^②参见胡凌：《论赛博空间的架构及其法律意蕴》，《东方法学》2018年第3期，第90页。

^③Yeung K., “HyperNudge: Big Data as a Mode of Regulation by Design”, *Information, Communication & Society*, 2017, 20(1): 118-136

^④Carr N., *The Glass Cage: Where Automation is Taking Us*, Random House, 2015

^⑤参见张凌寒：《算法权力的兴起—异化及法律规制》，《法商研究》2019年第4期，第69页。

法决策，其决策考量因素、决策程序与决策逻辑无需对外公开。如此便造成算法决策相对人无相应救济路径的情况。2011年4月，美国马萨诸塞州的车辆管理部吊销了约翰·盖斯的驾照，原因是由于美国联邦寻亲服务处的犯罪嫌疑人虚假面部识别系统将约翰·盖斯的照面识别为犯罪嫌疑人，列入可疑名单，但结果是算法处理存在错误。车辆管理部门对其错误无动于衷，认为约翰·盖斯应承担证明自己没有嫌疑的责任。^①面对此种算法处理错误的发生，算法决策结果由于其独立性摆脱了现有法律体系对于行政行为的限制，致使现行法律体系没有提供相应的救济路径。从行政法角度，若具体行政行是以算法为基础而做出，行政相对人对此行政行为提起行政复议、行政诉讼或申请信息公开，决策机关应当公开决策结果有关的数据信息。但就现行行政法而言，行政机关能否以算法内容涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私等不宜公开的内容为由拒绝行政相对人的公开请求存在争议。若可以公开，那么如何进行公开，公开的标准如何界定也同样存在规定的空白。^②当技术权力与传统政治权力相结合时，本身就已经处于弱势地位的普通民众将更难对算法权力所产生的错误进行纠偏，决策失误的成本对于公权力部门而言微不足道，将造成公权力既无法律的约束也无监管的动机。现有手段对于算法的监管缺乏技术资源，极易将监管者引向未知。算法权力与公权力的结合，囿于监管体系的缺失，将有演变为“权力黑洞”的趋势。

三、对运用算法权力行为的规制

算法权力，作为一项技术性权力，其规制手段必然离不开技术监管，但是过分强调技术监管时，将失去对于算法权力规制的全局性把控。对于算法权力的规制，不仅需要加强对于算法权力运行的内在逻辑理解，而且要着眼于算法权力运行过程中可能产生风险的环节。因此，算法权力运行的事前、事中、事后三个节点，将成为现阶段规制算法权力的有效进路。

（一）对算法权力的事前规范

对于算法权力的事前规范，将成为防止算法权力失范的重要环节。为了使算法能以规范的方式运作，对算法的审查必须成为系统设计的一部分。算法设计者与监管或控制算法的相关者必须被纳入到算法的监督和审查机制之中。^③无论是平台企业还是公权力部门，皆有通过现有法律制度的缺陷绕开监管之嫌。例如，滴滴平台通过与司机、乘客以及保险公司等多份合同的设计，掩饰其运营行为的本质，绕开了相关部门对商业运营车辆的监管。对此，应

^①参见[美]卢克·多梅尔：《算法时代：新经济的新引擎》，胡小锐、钟毅译，中信出版社2016年版，第136页。

^②参见叶必丰：《具体行政行为框架下的政府信息公开——基于已有争议的观察》，《中国法学》2009年第5期，第33页。

^③See Bart Custers, *Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview*, in *Discrimination & Privacy in the Information Society* 3, 7 (Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013)

通过立法形式建立一套有效的设计责任制度,并配套相应的未来责任回溯机制来加强算法事前监管的力度。其具体内容包括:(1)算法设计测试责任法定化,即算法设计者对算法在投入前进行充分的测试,并出具相关的评估测试报告供有关部门审查。(2)建立日志记录制度,即算法设计与算法运行过程中建立周期性日志记录制度。通过类似于在金融领域建立“审计线索”的方式,加强设计者对于算法的审查责任。(3)建立算法信息披露制度,算法于设计之初不仅要遵循相应的开发规则,还要接受监管部门的审查监督,其内容包括开发目的、运行策略议程等。当然,在上述措施中,算法信息披露责任法定化的建议较难实现,对算法的直接审查不仅存在着技术层面的困难,还存在对于商业秘密与重要信息泄露层面的顾虑。

数据作为算法的重要运算基础,将其纳入算法权力事前规制的框架之中是算法权力予以事前规制的必然要求。欧、美的一些国家已经建立民主化数据收集与选择退出机制来实现对算法权力的事前规制。民主化数据收集与退出机制,是指算法的运行数据在进入算法系统之前必须取得数据主体的同意。用户在数据被收集后有权要求平台抹除数据或允许平台保留,但仅限于当前服务内容。美国《隐私权法》和《欧盟通用数据保护条例》就从隐私保护角度,数据保存和处理安全责任、事后审查角度对数据民主化收集进行了规定。在欧盟的《通用数据保护条例》规定了控制着的“被遗忘权”即对数据的民主退出机制做了相应的规定。^①此种对于数据使用事先的同意与事后的退出机制能有效从算法数据源头对算法权力的运行达到规制效果。我国对数据的规制采用分散式的立法方式,在电商与新闻内容推送等领域进行专门化立法。但随着算法技术的不断升级,对数据利用进行统一化立法、管理将成为必然趋势。

(二) 对算法权力的运行规制

运行阶段的算法,要达到规制的目标需要加强对于运行程序的规范,即将正当程序原则纳入算法运行的基本要求。算法权力的规制目的是为了限制算法对公众权利的侵蚀,那么以公共利益为规制原则,加强监管部门对于算法使用者,算法设计者、算法运营平台的监督是必不可少的环节。2018年4月,中国广电总局要求今日头条为“抖音”APP配置防沉迷系统,同时关停“内涵段子”。再如魏则西事件发生之后,联合调查组要求百度采用以信誉度为核心比重的排名算法,严格管控商业信息推广,并对推广内容加注风险提示。在算法运营环节,加强运行程序合法性,是对算法权力进行规制的有效进路。

通过立法建立责任扩充制度,打破平台公司的过错以及算法不可解释性的障碍。当前也有许多国家对算法权力试用扩充责任。在美国,对无人机的使用实行全面登记制度,要求投

^①参见前引(17),郑智航,徐昭曦书,第116页。

入使用的无人机必须具有牌照，任何无牌试飞行为将受到惩处。同样，美国法律对于在算法应用与财务信用评级时造成损害后果的行为，其规定算法决策做出时算法部署人或运营人的主观意图并不是规制的必要条件。^①此种扩充责任制度虽然能约束算法权力，但是其过大的责任确认范围，对于技术的发展和科技的进步会造成一定程度上的阻碍。但是在新的人工智能责任体系建立之前，扩充责任制度已经是一种保守有效的制度了。

算法权力在运行过程中，完全规避正当程序的要求。无论是平台企业还是公共部门，在算法自动化决策过程中，都应在具体制度中落实算法自动决策的正当程序要求，从而保证算法权力在行使时确保最低限度的公正。为了避免算法权力在运行时出现歧视，美国计算机协会发布了关于算法透明度及可审查性的七项基本原则。其包括：（1）算法透明原则，即允许第三方对算法代码和决策标准进行审查。（2）算法救济原则，即开发者对于错误算法决策必须进行自我调查并纠正。（3）算法负责原则，即算法的设计与运行必须严格按照法律政策要求进行设计运行，设计者与运营人对算法结果负责。（4）算法解释原则，即无论算法内部结构如何复杂，都必须做出正常人能理解的说明。（5）算法数据可靠性原则，即算法设计者与运行人必须对数据来源的可靠性进行说明。（6）算法可审查原则，算法决策必须具有可追溯性，确保算法模型、算法过程、算法结果留痕可查。（7）算法验证原则，即计算机应采取可靠技术手段对其算法程序进行验证。^②其通过对算法运行提出正当程序要求，以加强算法权力在运行过程中的权力失范。虽然此七项原则，作为美国行业内对算法权力的自律性规制，但其原则落实到正当程序的规范要求之中，能有效防止算法权力的膨胀。拥有算法技术的科技巨头利用技术优势，介入社会“治理”，其拥有的算法权力与公权力的边界早已模糊。其影响力之大也要求作为算法权力收益者的权力主体接受监督义务。通过正当程序，使算法权力使用者既在制度的合理范围内行使权力，也可以保证相对人享有申诉和申辩的机会。

（三）对运用算法权力行为人的事后问责

欧盟 2016 年通过的《通用数据保护条例》中最早提出了算法解释权概念，其规定“保护数据主体的具体信息和获得认为干预的权利，有权获得对此类评估达成决定的解释，并可对该决定提出质疑来表达其观点”。^③该规定旨在通过赋予数据主体获得算法自动决策的解释权利，来达到规制算法权力的目的。对算法权力的规制，最有效的手段就是增强算法的透明性。算法无论是作为技术财产，亦或运行工具，平台企业和公权力部门都不愿主动公开算法

^①Robinson Y. U., Yu H., “Knowing the Score: New Data, Underwriting and Marketing in the Consumer Credit Marketplace”, A Guide for Financial Inclusion Stakeholders, 2014: 1-34.

^②参见前引（17），郑智航，徐昭曦书，第 116 页。

^③参见张恩典：《大数据时代的算法解释权——背景、逻辑与构造》，《法学论坛》2019 年第 4 期，第 156 页。

背后的运行逻辑。赋予算法相对人算法解释权，旨在实现对算法决策结果的技术问责。受到算法决策结果损害的相对人，有权知道算法决策结果是否存在合理性与合法性缺陷，有权对决策结果提出异议。

在赋予相对人获得算法解释权利规定其的背后存在两个层面的理解。首先，权利人有权知晓算法设计的功能（或目的），即自动决策系统的运行逻辑、设定的目标或算法的功能。算法解释权的设立类似于行政相对人提出行政复议，对行政行为进行合法性审查。力求排除算法在设计之初就存在歧视性因素的情形。其次，权利人有权获得算法具体决策的理由、原因、产生决策的个人数据，其具体表现为公开参与决策的数据类型、各种指标的功能权重、特定案例决策规则或决策树等。这一层面与行政复议中对行政行为进行合理性审查相似，旨在让权利人了解其算法决策参考了哪些数据以及数据在模型中的权重，以此推测算法决策的合理性与否。

对算法解释权的使用不能仅考虑权利人的利益，还需将算法设计者与运营人的利益考虑在内。若肆意地使用算法解释权，则会造成算法技术的过分透明化，阻碍科技创新。《通用数据保护条例》中规定，“完全基于自动化决定的处理”是算法解释权适用的前提，即有人参与的决策都无法定义为“自动化决定”。此规定虽然旨在限制算法解释权的滥用，但是其过于主观，无法判断何种程度的决策是“完全”自动化的决策。对此，应先判断算法在决策中的作用。若算法负责为决策提供依据，那么此决策行为不属于自动化决策。在行为人完全采纳算法自动化决策结果或由算法系统直接做出决策的情形下，那么可以将其认定为自动化决策。通过对算法在决策中的作用以及决策的产生过程来判断算法觉得是否“自动化”。在此基础上实施的算法解释权制度，才能有效的保障算法设计人、运营人与相对人之间的权利、义务关系。

结语

在“十四五规划”背景下，算法权力的规制在数字中国建设过程中成为了愈来愈重要的议题，并成为推动数字化建设的重要驱动力。对于算法权力，我们不仅要深刻认识其技术本质，而且要时刻警醒算法权力展现出的异化风险，以发挥算法对于加快数字化发展、建设数字中国的推动作用。法律作为社会发展进程中最具权威的行为规范，应当充分回应算法于互联网 3.0 时代所展现出的权力化趋势，通过对算法权力理解的加深，构建算法监督审查机制、算法权力行使的正当程序以及算法解释权制度，进一步优化算法的使用模式，从而有效保障公民权利。

可持续发展导向下的国际投资法新思路

潘守一*

摘要：国际投资法是国际经济法中的一个重要分支。投资者与东道国之间的利益平衡是国际投资法调整的永恒主题。随着可持续发展理念的不断深入贯彻，国际投资法在实践中还存在着东道国规制权处于劣势，间接征收情形适用泛滥，投资者和投资母国责任弱化，争端解决机制有倾向性的弊端；需要探究强化东道国规制权设置、认定不构成间接征收情形、明确投资者与投资母国责任以及改革争端解决机制的新思路。

关键词：可持续发展；国际投资法；投资者；投资母国；东道国

晚近以来，随着可持续发展理念的不断深入，国际投资法面临着新一轮的机遇与挑战。一方面，经济全球化发展带动了跨国投资，促进世界范围内经济快速发展；另一方面，传统的仅注重经济利益的国际投资发展模式引发了世界范围内的环境和社会风险，虽国际社会已在不同层次加快探索突破路径，但仍与可持续发展要求相差甚远。国际投资条约^①中的许多规定限制了东道国可持续发展目标的实现，特别是环境保护、劳工权利保护等公共政策目标的实现。^②

一.理论探究：可持续发展原则与国际投资法

1.作为国际法原则的可持续发展

经济发展和环境保护相协调的问题由来已久，是可持续发展原则关注的重要方面。正如国际社会对气候正义的需求来源于气候变化问题的严重性和解决问题的迫切性，^③尽管发达国家和发展中国家面临着不同的发展任务，但总体上各国都已认识到可持续发展的重要性和紧迫性。

作为一项国际法原则，可持续发展旨在以平衡的方式实现经济发展、社会发展和环境保护。从1972年在斯德哥尔摩召开首次世界性环境会议到联合国193个会员国一致通过2030议程，^④世界各国对发展问题和理念的理解和认知都在处于不断的探索和修正过程中。1987

* 作者简介：潘守一（1997—），女，浙江杭州人，浙江农林大学环境与资源保护法学专业硕士研究生在读，主要从事生态保护法律与政策的研究，地址：浙江省杭州市临安区锦城街道衣锦街252号，联系电话：15068847912，邮箱：1173443082@qq.com。

① 目前国际投资条约（IIAs）的主要形式有：双边投资协定（Bilateral Investment Treaty, BIT）、区域投资协定（Regional Investment Treaty, RIT）和包含投资章节的自由贸易协定（Free Trade Agreement, FTA）。

② 蒋小红：《试论国际投资法的新发展——以国际投资条约如何促进可持续发展为视角》，《河北法学》2019年第3期，43页

③ 王艳冰：《国际投资法实现气候正义之理论路径与实践原则》，《学术界》2013年第11期，第90页。

④ 2016年1月1日，联合国《变革我们的世界——2030年可持续发展议程》（以下简称“2030议程”）正式实施，制定了17个可持续发展目标（SDGs），确立了包括“经济发展、社会进步和环境保护”的全球发展的基本原则和价值，将人类对发展的认识带到了一个新高度。

年，联合股委托以布伦特兰夫人为主席的世界环境与发展委员会提交的《我们共同的未来》报告中提出了“可持续发展战略思想”。^①以此为起点，可持续发展理念逐渐为世界各国所接受。

在 20 世纪 80 年代，可持续发展政策更多侧重本国利益出发，很少顾及全球可持续发展问题。而 1992 年在联合国环境与发展大会上通过的《21 世纪议程》首次将环境保护与经济发展视为可持续发展相互依存的两个部分，敦促各国政府与国际间合作组织推出相应国家战略，以保障和促进全球可持续发展，被认为是国际可持续发展政策的分水岭。

近年来，“可持续发展”概念或原则被国际社会普遍接受为经济社会发展和国际关系的一般原则，但在发达国家和发展中国家的理解中还存在差异。目前，发达国家制定可持续发展战略主要侧重于维持已获得的优越生活环境和现有的消费模式，更急注重生态和环境的可持续性；发展中国家则把可持续发展战略的主要目标确定为发展，优先项目的实施也主要围绕消除贫困，控制人口、发展农业、减少环境污染等，但面对资源枯竭、生态退化、环境污染等全球性基本问题。如果各国要实现其所寻求的有效发展目标，就需要在执行阶段实现经济发展和环境保护之间的平衡。^②在这样的形势下，各国应当在可持续发展的基本原则上有更多共识、寻求经济社会发展和环境保护的最佳结合点。

2.可持续发展原则下的国际投资法

投资能够带来的经济利益是国际间投资合作的基础，但环境作为各成员国的生存空间，才是关系到真正持续发展之所在。一方面，投资自由化有利于环境资源的优化配置；另一方面，投资自由化可能引发资源的过度开发，继而引发东道国环境污染恶化。

国际投资法是国际经济法中的一个重要分支，其调整对象为跨国私人直接投资关系。^③国际投资法调整的法律关系具有特殊的内涵，即主权国家与私人投资者这两类主体的性质与地位并不平等。国际投资法之所以只是调整国际私人直接投资关系，是因为这一关系最具有国际投资特性，经过相关法律调整后又具有国际公私法兼容的国际经济法性质。^④在这个层面上，国际投资法因为其经营理念而呈现私法性，表现出其平等宽松的一面；同时又缘于其管理理念而彰显公法性，展露其约束制衡的一面。

① 当前被公认的“可持续发展”的简明定义是世界环境与发展委员会(WCED)在 1987 年的“布伦特兰委员会”报告中提出的，即“既满足当代人的需要，又不损害后代人满足其需要的能力的发展”。

② Joel Niyobuhungiro: *International Economic Law, International Environmental Law and Sustainable Development: The Need for Complementarity and Equal Implementation*, *Environmental Policy and Law*, 2019(49/1), 37.

③ 王传丽主编：《国际经济法》，高等教育出版社 2019 年版，第 321 页；余劲松主编：《国际经济法学》，高等教育出版社 2016 年版，第 263 页。

④ 李振东：《国际投资法基本原则剖析》，《商业时代》2012 年第 19 期，第 104 页。

投资是实现经济可持续和包容性增长的重要驱动力,因此,争取国际投资并且使其促进可持续发展已是所有国家的一个优先选择。在国际投资法的语境下,“可持续发展”强调东道国的经济和社会协同发展,符合资本输入国的基本需要;同时促进东道国形成健康的投资环境,也符合资本输出国和外国投资者的重要利益。^①在这一进程中,国际投资规则呈现出许多新的发展特点,其中一个特点就是国际投资规则逐渐摒弃了原有的偏重投资保护的理念,纳入可持续发展的目标,在提升对投资者利益保护的同时,注重环境、人权和社会利益的平衡保护。

为了应对国际投资政策的新变化和世界可持续发展,联合国贸易与发展委员会(UNCTAD)于2012年6月公布了《可持续发展投资政策框架》(Investment Policy Framework for Sustainable Development,缩写为IPFSD)。呼吁各国秉持可持续发展原则制定和实施国内、国际投资政策。2016年中国G20杭州峰会制定了《二十国集团全球投资指导原则》,该原则第五条明确规定“投资及对投资产生影响的政策应在国际、国内层面保持协调,以促进投资为宗旨,与可持续发展和包容性增长的目标相一致”。^②同时,UNCTAD呼吁新一代投资政策必须确保国际投资协定与其他公共政策以及制度的有效互动和一致,在利用投资自由化和投资促进追求实现纯经济增长目标的同时,必须采取平衡的战略,为民众和环境提供保护。这为各国协调制定国内投资政策和签订对外投资协定提供了重要指导。

二.问题提出:投资者利益与东道国权力的博弈

世界上几乎所有的国家都至少为一个国际投资条约的缔约方,但缔结的国际投资条约越多,就越有可能在不同的国际义务之间产生冲突。可持续发展理念和UNCTAD的呼吁在近年来的双边或多边国际投资协定之中已经得到回应,取得一定进展,但目前还存在东道国规制权处于劣势,间接征收情形适用泛滥,投资者和投资母国责任弱化,争端解决机制存在倾向性的问题。

1.东道国规制权处于劣势

在国际投资法领域,国家既承担着改善投资环境以吸引外国投资、保护外国投资和促进国家经济发展的公共职能,又越来越多地承担着保护弱势群体、改善社会公共福利、处理市场外部性和保持经济社会可持续发展的公共职能。接受外资能够促进东道国自然资源的有效利用、基础设施的建设、居民就业率的增加等,但同时也可能对东道国的环境保护造成诸多

^① 曾华群:《“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2013年第6期,第61页。

^② 参见人民网:<http://world.people.com.cn/n1/2016/0907/c1002-28696142.html>。

风险。^①经验表明，为追求利润，传统资本输出国跨国公司转嫁环境危害、故意输出严重污染环境的产业和技术现象还普遍存在，而资本输入国降低环境标准，一味追求眼前的经济发展速度和规模的现象也依然在发生。在森林公园、天然海滩等依赖东道国采取环境保护措施的行业，国外投资者则可能面临东道国环境保护不作为的风险。^②

由于历史和现实的原因，很长一段时间以来，对发展中国家来说，追求经济发展是缔结国际投资协定的最终目标。在国际投资领域，长期存在发达国家与发展中国家之间在谈判地位、能力、谈判目标与效果、权力与利益等方面的不平等或不平衡现象。发达国家主张投资自由化和投资保护而发展中国家则试图在吸收外资的同时保留一定的对外资管控的权利，但现实却是发展中国家为了吸引外资以促进本国经济发展不得不放弃一定的对外资管控的权利，以至于东道国的对外资的规制权一直处于弱势地位。

2. 间接征收情形适用泛滥

国际投资协定征收条款的“管制权例外”规则可规定为：“对与国家的管制权力以及习惯国际法的管制权原则相一致，旨在并且适用于保护或增进合法的公共福利目标，如环境和公共健康、追求重要的社会与经济目的的善意、非歧视、符合正当程序的国家管制措施，国家不应承担补偿责任。如果这种管制措施对投资者造成了超出必要范围的损害，国家应该承担适当的补偿责任。”

虽然对过度或怠于行使环境措施必须进行约束，以防止此类条款造成投资壁垒或损害投资，防止东道国政府以环境保护为名采取违反投资保护义务的措施；但如果属于“管制权例外”的环境管制等不能从间接征收中排除，则无论一部新的法律或一项新的管制是多么需要或多么有价值，其采用的可能性都将会降低。这将对国家所承担的保护环境、促进可持续发展等国内和国际法律义务的否定。^③

3. 投资者和投资母国责任弱化

目前，在国际投资协定中直接规定投资者责任的实践还处于初步尝试阶段。投资保护现在是国际投资协定的一个标准要素，远远超出了最初对发展中国家的关注。^④大多国际协定中保护投资者权利的规则很多，但是没有规定相对应的义务。条约中没有纳入企业社会责任

① 廖昌军，周承材：《中国对外直接投资的环境保护问题及其对策探析》，《未来与发展》2010年第7期，28页

② 韩秀丽：《中国海外投资的环境保护问题——基于投资法维度的考察》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2018年第3期，149页。

③ 云微笑，王小林：《可持续发展投资政策框架下间接征收的“管制权例外”》，《长春市委党校学报》2018年第2期，第28-29页。

④ Peter Tobias Stoll: *International Investment Law and the Rule of Law*, *Goettingen Journal of International Law*, 2018(9), 268.

等内容，东道国和投资者间的权利和义务将难以平衡。另外，传统上的 BIT 范本及实践赋予投资者母国“代位权”等权利，未施加任何责任。据此，投资者母国在拥有和行使保护其海外投资者权利的同时，也未承担起促进或规范其投资者海外投资活动的责任。

4. 争端解决机制存在倾向性

随着 20 世纪 90 年代后国际投资自由化的迅猛发展，越来越多的国家接受美式 BIT 和《北美自由贸易协定》的立法模式，采纳了直通车性质的争端解决机制。这一类的投资条约没有为投资者将争议提交国际仲裁设置实质性的限制，使投资者不受约束地针对主权国家提起国际仲裁成为可能。投资者根据国际投资条约，通过投资者与国家间投资争端解决机制频频对东道国为了保护环境、公共健康、调整经济等而采取的措施指控东道国间接征收其财产，并提出巨额索赔，严重威胁到国家维护公共利益的能力，严重影响国家的可持续发展能力。

ISDS 机制是外国投资者和东道国提供一个相对中立、去政治化的争端解决场所，是外国投资者抵御东道国侵害的最佳场所，应基于可持续发展目标进行改革。然而，仲裁法庭误解了 IIAs 目的，没有将这些协定的发展方面纳入分析之中，且倾向于主要关注国际协定的投资者保护因素，导致忽略对东道国人权和环境的影响，使国际协定对可持续发展构成威胁。

①

ISDS 启动机制单向赋予了外国投资者诉权。这种私人在国际法层面对东道国提出求偿的权利挑战了东道国的权威，被迫参与诉讼的过程显然也使东道国在争端程序上丧失主动地位。越来越多的国际投资协定赋予投资者直接利用投资者——东道国投资争端仲裁机制，穷尽东道国国内救济方式的前置条件逐渐被放弃，加上高昂的赔偿费用，这些因素都对国家规制权的行使产生了“寒蝉效应”，^②反过来又束缚了东道国为了实现可持续发展的目标而合理地行使对外资的规制权。

三. 对策分析：国际投资条约改革的方向

条约不能完全预见一切违反情况。^③具体到国际投资领域，主权原则体现为自然资源所有权、国家经济战略决策权以及经济行为管理权。可持续发展的理念不仅应体现在国际投资协定的序言中，也要贯穿于条约的每一个条款的制定中。可持续发展要求政府有政策空间，而国际投资协定可能会限制这一空间。因此，在国际投资协定中，需要协调投资与包括环境

① Barnali Choudhury: International Investment Law and Noneconomic Issues, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2020(1), 1.

② Guillermo J. Garcia Sanchez: The Hydrocarbon Industry's Challenge to International Investment Law: A Critical Approach, 2016(2), 475.

③ Diane A. Desierto: The Modern International Law of Necessity with and beyond Economics: A Response to Alan Sykes on Investment Treaty Making and Interpretation, 2016(3), 717.

保护在内的其他政策目标之间的关系,保证国际投资协定与可持续发展之间的连贯一致,进一步补充和完善法规或采取其他监管措施,使外国投资的发展效应最大化,从而实现可持续发展目标的投资。

从可持续发展的角度看,外国直接投资对发展的积极影响并不总是能够自动实现。无论是发达国家还是发展中国家都开始更加关注投资者和东道国之间的权利和义务的平衡问题。可持续投资、负责任的投资已经必然之势。怎样平衡投资者、东道国、母国的权利与义务,从而使投资纳入到可持续发展体系中是国际投资协定面临的挑战。^①出于多种原因,传统的国家间投资协定不可能在短期内得到更新甚至废止,其仍然是主要的国际投资法依托;因此,应目前的客观情形下寻求可行的中外投资条约发展新思路为需要考虑的方向,包括强化东道国规制权、界定不构成间接征收情形、明确投资者和投资母国责任的国际投资条约体系和改革相应的投资争端解决机制,增强签订国际投资条约合作方在解决具体环境问题上的决策能力,以使其更好地促进可持续发展,已是国际社会的共识。

当然,国际投资协定的宗旨是保护和促进投资,把促进可持续发展的任务完全交由国际投资协定来完成是不现实的。但是,投资协定应当支持或者至少不应成为实现可持续发展的障碍。在双边投资条约中,东道国肩负着外资保护的义务,但同时也需要承担起可持续发展的使命。以印度为代表的发展中国家有后来居上之势,各种类型国家之间的 BIT 都体现了加强投资中的环境保护这一趋势。^②

1. 强化东道国规制权

浩浩荡荡的世界投资潮变向注定传统国际投资法模式也需因势而变。东道国管理外资的权利是东道国作为一个主权国家所固有的管理外资活动的权力,是国家经济主权的应有之义。以往以发达国家外主要资本输出国的国际投资形式已逐渐发生变化,发展中国家在承担投资者角色中起到了越来越重要的作用。^③发展中国家和发达国家都开始注重政府的规制权,重视投资者和东道国规制权之间的平衡。维护国家安全、保护劳工权利和生态环境的有关公共利益的条款被纳入到越来越多的国际投资协定中。

首先,规制权实质上是指东道国在国际投资法中的规制权力或规制空间。^④回顾近年来的缔约实践,可以发现越来越多的在国际投资协定中明确地阐明可持续发展是协定的主要目

① 孙心佩:《<联合国贸发会可持续发展投资政策框架>述评》,《林区教学》2014年第1期,第72页。

② 如《北美自由贸易协定》对投资和环境的关系进行了明确,协定中规定任何国家均不应为吸引投资而降低其环保标准,各国将对执行这些条款进行磋商。自由贸易协定还明确指出,成员国之间根据协定投资的条款,可以采取适当的行动,以保护环境。

③ 《2018世界投资报告》显示,发展中国家吸引了世界一半以上的投资流入量以及世界1/3的投资流出量。

④ 张庆麟:《论晚近南北国家在国际投资法重大议题上的不同进路》,《现代法学》2020年第3期,第127页。

标,明确地承认规制权。^①国际投资法规则在顺应投资自由化的同时应包容各国利益需求的差异,确保东道国应有的权力范围。全面禁止履行要求是严重削弱东道国监管权的典型表现,意味着国家在监管外国投资时必须让渡本应有的经济监管空间。^②规制权概念尽管是由发达国家首先倡导提出的,但发展中国家也开始注重政府的规制权,表现出对这一概念的共同接受。新的立法趋势已经表明,越来越多的双边投资协定及区域自由贸易协定开始注意平衡东道国与投资者的利益,既力图保证投资者的安全,同时也注意保障东道国政府为了社会福祉、环境保护和其他重要利益对投资者进行规制的权力。^③有学者认为要实现国际投资可持续发展友好型改革,最有效的途径是单列监管权条款并引入比例原则确保监管权的有序实施。^④对外资进行可持续影响评估以作为允许外资进入的前提条件,不仅是投资者履行负责任投资的义务,也是东道国行使规制权的表现。对东道国来说,通过可持续影响评估有助于获得高质量的投资,对投资者来说则可以为未来的投资成功奠定一个良好的基础。但这种评估可能会使外国投资者与东道国监管机构和民间社会发生冲突。^⑤因此,国家应该善意地行使规制权,不能滥用规制权恶意损害投资者利益。

其次,东道国对自身的环境保护具有不可推卸的责任,作用也更为直接,其适用的环境保护法是国际投资中环境保护的基础。直接约束外国投资者的义务主要规定于东道国的国内法。但是,东道国并不总是能依据国内法轻易获得外国投资者对其违法行为的补偿或赔偿。在国际投资法领域,细化实体规则延展了东道国规制权的范围和空间。国家“回归”着眼于东道国规制权的强化并非对投资者保护程度的降低与对其利益的减损;而是对以往过度偏倚投资者利益的矫正,追求双方利益的均衡化,实现投资活动的可持续发展。^⑥

① 许多国家在制订 BIT 范本时试图寻求解决国家与投资者间利益冲突的平衡机制,赋予东道国合理的监管权范围。印度 BIT 范本(2015 India Model BIT)序言重申东道国依据法律和政策目标对外国投资的监管权,并从投资及投资者定义、间接征收、投资者义务、用尽当地救济等方面对投资者权益进行严格限制。挪威 BIT 范本(2015 Norway Model BIT)以一般例外条款和基本安全利益例外条款保护东道国监管权,并规定文化政策和税收等特殊事项的监管权。阿根廷-卡塔尔签订 BIT(2016)在保护东道国合理监管权的基础上,以企业社会责任和安全措施条款规定基本安全利益之下的国家措施。跨太平洋伙伴关系协定(TransPacific Partnership Agreement, TPP)既在序言部分肯定东道国监管权,又提出基于公共健康、安全、环境等公共福利目标事项的监管优先权,同时单列条款保护东道国行使环境、卫生或其他管理目标等任何措施的权力。欧盟与加拿大签订的综合性经济贸易协定(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)更直接地规定东道国合理政策目标下的监管权,监管目标延伸至消费者保护、文化多样性保护等方面,促进东道国监管权的扩大化解释。

② 钱嘉宁:《国际投资法下履行要求的可持续发展型改革》,《国际经贸探索》2018年第3期,第109页。

③ 韩秀丽:《环境保护:海外投资者面临的法律问题》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期,第59页。

④ 钱嘉宁,黄世席:《国际投资法下东道国监管权的改革——基于可持续发展原则的分析》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2018年第4期,第128页。

⑤ Graham Mayeda: Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements: Global Administrative Law and Transnational Cooperation, *Journal of World Investment & Trade*, 2017(1), 131.

⑥ 杨希:《国际投资法中的国家“回归”趋势——兼评我国《外商投资法》中的规制权》,《海南大学学报

最后，作为东道国管理和引导外资的一种工具，投资激励通过外国投资促进公共目标，抑或促使外国投资者在保护环境、劳工等领域内从事合理的经营活动，继而实现可持续发展目标也是东道国规制权适用的一种方式，且具有正向激励作用。当各国竞相通过税收减免、关税减让、补贴和投资转让等优惠政策条件吸引或留住外资时，激励性投资政策势必影响投资者对资本投资地的选择。

2. 界定不构成间接征收情形

目前，直接征收在国际投资实践中占比较少，间接征收成为主要征收方式。在间接征收的处理问题上，发达国家更为强调适用“赫尔”原则，^①更是与“适当补偿”的规定相悖。^②然而任何有损投资者利益的东道国规制措施都有可能被视为间接征收，这并不利于东道国本国的发展。保持国家和投资者间权利义务的平衡，防止权力滥用，主要问题在于如何区别合法行使的政府管制和投资者有权要求补偿的间接征收。

首先，国家可通过清楚规定包括征收条款在内的投资条约条款的范围和含义的方式保障其管制权。有学者提议需在国际投资条约的征收条款中规定间接征收的“例外”，即规定国家为保护公共健康和环境、促进和维护国家利益、社会公共利益而对外资采取的善意、非歧视、符合正当程序和比例原则的管制措施，不构成间接征收。^③相比国际贸易协定中的例外条款，国际投资协定中的例外条款是晚近才出现的现象，但例外条款正在成为国际投资条约的普遍实践。有学者建议在实体内容上，环境附属协定应包括环境保护水平、环境监督措施等典型条款；在程序问题上，环境附属协定应引入专门的环境争端解决机制。^④

其次，哪些管制类型可以列入“不构成间接征收”情形、属于不需国家承担补偿责任的管制，应该得到资本输出国和资本输入国、发达国家和发展中国家的广泛认同。^⑤通过在国际投资协定中直接规定间接征收里外情形可以解决这一问题，并且可以为东道国和受害人提起国际层面的救济提供了前提条件。将合法行使的政府管制从间接征收中予以排除，即明确合法的政府管制行为不构成间接征收，并以此保障国家基于国家主权而享有的管制投资的权

（人文社会科学版）》2021年第1期，第129页。

① 赫尔原则即全部赔偿原则，由美国国务卿科德尔·赫尔在1938年提出，该原则认为实行国有化的国家有义务以“充分、及时、有效”的方式对财产被国有化的外国投资者支付全部赔偿。

② 曾华群《论我国“可持续发展导向”双边投资条约的实践》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2015年第1期，第84页。

③ 王小林：《可持续发展投资政策框架下间接征收的“治安权例外”》，《学术论坛》2018年第6期，第40页。

④ 朱雅妮：《“一带一路”对外投资中的环境附属协定模式——以中国—东盟自由贸易区为例》，《江西社会科学》2015年第10期，第189页。

⑤ UNCTAD在其提出的“实施国际投资条约中的可持续发展目标的政策选择”中明确指出，各国应解释国际投资条约中的“间接征收”规则，具体应在投资条约中“详细界定不构成间接征收的东道国政府管制（措施）”。

力和国家的可持续发展政策空间。保留和例外规定可以作为不构成间接征收情形规定于国际投资协定中的采用模式，对投资者的权利保护范围进行限制，为东道国促进可持续发展而采取的必要的管理措施提供了合法性。

最后，国家应清晰阐述国际投资条约中含糊的条款的含义和范围，以及运用具体的灵活机制，保护可持续发展政策空间。由于征收条款是国际投资条约的基本条款之一，且该条款包含间接征收，为了避免该条款不适当地限制国家在公共利益领域采取监管措施的空间，在国际投资条约中澄清和完善征收条款，规定“不构成间接征收情形”，详细解释和界定哪些监管措施不构成间接征收，可以作为在国际投资条约中实施可持续发展目标的政策选择。

3.明确投资者及投资母国责任

在一定意义上，“可持续发展”是目标，“平衡”是实现“可持续发展”目标的主要手段或路径。国际投资法在东道国具有不容忽视的社会效应，既可能促进东道国治理水平的提高，也可能干预东道国公共政策的制定和实施。^①从引入外资的角度看，东道国会谨慎考虑外资对环境的影响，越来越重视外资的质量而不仅是数量。东道国也会加强对企业社会责任的立法，来限制或避免跨国企业对环境的破坏。从输出投资的角度看，投资者母国为了减少投资风险，保证海外投资保险制度的顺利运行，也必须督促本国资本尽量配合东道国的经济发展与环境要求。当然，这是理想状态下的东道国和投资母国责任承担要求和态度，在国际投资的实际操作中，东道国往往会因为想要规避因可能产生的间接征收而导致的巨额补偿或赔偿，而不对投资者在建设和生产过程中产生的环境影响进行严格规制。

首先，在国际投资法领域，企业，特别是跨国公司作为国际投资的最主要的主体，都要承担相应的责任。东道国国民，无论是个人还是社会群体在受到跨国投资者人权、环境等方面的侵害时，无法借助国际投资条约寻求国际法上的救济。近年来，已有一些国际投资协定纳入了公司社会责任问题。对这一问题的重视实际上代表了国际投资条约新的发展方向。

其次，与东道国对投资者的规制相比，投资母国因对投资者的属人管辖，在促进可持续发展方面也可以发挥重要的作用。国际投资协定可以要求投资母国的国内法和国际法之间进行有效的衔接。^②促进负责任投资的母国措施跟进，适当加大对“可持续发展友好型”海外投资提供优惠，投资者遵守适用的企业社会责任标准可作为附加条件。

4.改革投资者——东道国争端解决机制

① 王鹏：《国际投资法的社会化趋势探析》，《西安交通大学学报（社会科学版）》2016年第4期，第90页。

② 1999年1月，OECD环境政策委员会和国际投资与跨国企业委员会在海牙召开“外国直接投资与环境大会”，建议投资者母国制定指导其投资者在本国和国际经营活动的环境标准。这表明，一些资本输出国初步意识到规范其海外投资者在东道国经营活动的责任，且付诸行动。

缔结国际投资条约不仅要仔细斟酌与可持续发展有关的实体规则,也要精心设置程序规则,这样体现可持续发展的实体性规则才能得到正确的解释和适用,得到程序性保障。国家仲裁机制是当前绝大多数国际投资协定都有所规定的争端解决机制,该机制赋予投资者将其与东道国的投资争端提请国际仲裁的权利。国际投资仲裁要求仲裁员在裁决时必须充分说理,故而仲裁员大量援引先前判决。但先前的判例中对投资者利益保护的倾向比较严重,若一味追求判例援引,现状将不会发生实质性改变。

随着环境保护的重要性日益受到关注,投资仲裁的正当性不断受到挑战,在可持续发展浪潮的持续推动下,仲裁庭不再完全以“效果”作为判定东道国是否违反投资协定中待遇标准或构成征收的唯一依据,而是加入对“公共利益”的考量。

首先,国际投资仲裁促成东道国对主权豁免的弃权,而这也表现为国际仲裁裁决可在东道国内被直接执行。^①在对外国投资者权利与全球公共利益进行冲突均衡的实践时,根据比例分析原则,国际投资争端解决机构正确的做法应该是:当东道国以公共利益为理由的抗辩时,^②东道国的全球公共利益抗辩是否合法应当要在对外国投资者的赔偿金或补偿金的数额上有所反映。

其次,从程序规则的内容上看,用尽当地救济、磋商、调解、联合解释机制能够弥合东道国被动应诉的权利缺失。欧盟在2008年以前,有关社会问题的争议只能由缔约方政府协商解决。新一代的贸易协定则规定,在政府协商后如果仍然得不到解决,可以提交到专家小组,对于专家小组作出的最后的报告,缔约双方应该履行。摩洛哥—尼日利亚BIT(2016)为投资者诉诸国际仲裁设置双重门槛,要求争端必须先经联合委员会磋商或协商,在6个月内无果的情况下还须用尽当地救济。

最后,随着国际投资仲裁机制的完善以及国际投资协定在环境条款方面的发展,在投资与环境的天平上,仲裁庭将会越来越重视投资与环境的协调,考虑和重视环境政策目标,而不会再漠视东道国及其公众的环境保护诉求。如果国际投资仲裁案件涉及东道国的环境措施,东道国得到仲裁庭支持,这无疑确认了东道国的环境措施,无疑可以认为这是国际投资法上的东道国环境保护方法。

四.实践走势:中外投资协定踏上新征程

发展中国家与发达国家处于不同的发展阶段,对国际投资法律制度不可避免地会存在分歧,主要表现为在东道国的规制权,不构成间接征收的情形认定,投资者及投资母国的责任

^① 银红武:《略论国际投资法的全球公共利益保护》,《湖南师范大学社会科学学报》2015年第3期,第94页。

^② 宿培:《国际投资争端中的公共利益抗辩》,《湖北警官学院学报》2013年第8期,第84页。

设置，以及投资争端解决等方面。

推动全球治理体系朝着更加公正合理的方向发展是大势所趋。^①环境保护的国内法与国际法的完善与协调固然重要，如何实现全球环境治理的“共治共享”更为关键。^②我国正以新发展理念为引领，着力高质量高效益可持续发展，同时就可持续发展对世界作出了庄严的承诺，利用外资和对外投资将贯彻其中，逐步完善中国国际投资法律框架。我国《宪法》在序言中明确提出“推动构建人类命运共同体”。^③近年来，我国积极践行 IIAs 的可持续发展改革，与加拿大、坦桑尼亚、日韩、智利、澳大利亚等国签订的投资协定中已出现利益平衡和公共利益保护的可持续发展趋势。^④在促进国际投资的国内法规制中，我国发改委于 2017 年 12 月 26 日发布了《企业境外投资管理办法》；2018 年 2 月 9 日发布《企业境外投资管理办法配套格式文本（2018 年版）》（包括 15 个附件）。^⑤2020 年 1 月 1 日起实施的《中华人民共和国外商投资法》中也在法律层面上明确要积极促进外商投资，保护外商投资合法权益，规范外商投资管理，^⑥以期推动形成全面开放新格局。这是国际投资法原则规则国内化的强力实践，也是我国对在国际投资法体系中承担大国责任的表态。

① 胡海峰，王爱萍：《中国参与全球金融治理体系改革的思路和策略》，《天津社会科学》2017 年第 3 期，第 98 页。

② 袁达松，黎昭权：《构建包容性的世界经济发展与环境保护法治框架——以“人类命运共同体”理念为基础》，《南京师大学报（社会科学版）》2019 年第 2 期，第 111 页。

③ 《中华人民共和国宪法》序言第 12 段为：“中国革命、建设、改革的成就是同世界人民的支持分不开的。中国的前途是同世界的前途紧密地联系在一起的。中国坚持独立自主的对外政策，坚持互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的五项原则，坚持和平发展道路，坚持互利共赢开放战略，发展同各国的外交关系和经济、文化交流，推动构建人类命运共同体；坚持反对帝国主义、霸权主义、殖民主义，加强同世界各国人民的团结，支持被压迫民族和发展中国家争取和维护民族独立、发展民族经济的正义斗争，为维护世界和平和促进人类进步事业而努力。”

④ 中国与发展中国家和发达国家缔结的国际投资协定，都开始步入了全面纳入各类环境条款的阶段。在近几年，中国签订的多边或者双边投资协定中，环境保护以作为重要部分在相关文件中呈现。在《中国——乌兹别克斯坦投资协定》（2011 年）在序言中表达了促进可持续发展的愿望，而且在第 6 条征收例外条款中明确规定：“除非在例外情形下，例如所采取的措施严重超过维护相应正当公共福利的必要，缔约一方采取的旨在保护公共健康、安全及环境等在内的正当公共福利的非歧视性规制措施，不构成间接征收。”《中日韩投资协定》（2012 年）首次就环境措施专设“环境措施”条款，其中第 23 条要求“各缔约方均不得放弃或以其他方式减损此类环境措施以鼓励在其领土内设立、收购、扩展投资”。但《中国——坦桑尼亚投资协定》（2013 年）在序言中首次提出“鼓励投资者尊重企业社会责任”，在第 10 条提出该协定不应解释为阻止缔约一方为保护人类、动物或植物的生命或健康而采取或维持必要的环境措施。此外，在征收方面，该协定第 6 条也明确规定旨在保护公共健康、安全及环境等正当公共福利的非歧视性规制措施不构成间接征收。《中国——加拿大投资协定》（2012 年）总体上强调了国家的规制权，除了在序言中提出依据可持续发展的原则促进投资和在一项例外条款中规定环境措施例外，还在“第二部分第十条的附录”中规定：“除了在极少数的情况下，例如一项措施或一系列措施从目标来看相当严重，以至于这些措施不能认为以善意方式采取和适用，则缔约方为保护公众福祉之合法公共目的，如健康、安全和环境，而设计和适用的一项或一系列非歧视性措施，不构成间接征收。”《中国——澳大利亚自贸协定》（2015 年）第九章第 11 条指出：“基于公共健康、安全、环境、公共道德或公共秩序等合法公共利益目标的措施，不应作为各方诉请的对象。”《中国——瑞士自贸协定》（2015 年）在序言中提出：“承认良好的公司治理与企业社会责任对可持续发展的重要性，并确认双方将致力于鼓励企业遵守此方面的国际公认准则和原则。”

⑤ 参见《企业境外投资管理办法配套格式文本（2018 年版）》（发改外资〔2018〕252 号），其中，附件二中第二部分提到要说明包括投资目的地与项目有关的政治和安全局势、法律法规、准入和监管政策、自然资源条件、基础设施状况、经济金融形势、社会文化环境等情况；第六项中要求要分析项目面临的政治、安全、经济、社会、环境等主要风险因素，并提出防范和应对措施。

⑥ 参见《中华人民共和国外商投资法》第 1 条。

不论是作为东道国还是投资母国，我国作为对全球可持续发展有重大影响的国家，应该抓住国际投资规则变革与重塑的历史机遇，更加积极主动地参与投资与可持续发展规则的制定，对既有的国际投资法律制度进行主动塑造，将可持续发展的理念嵌入到国际投资条约的缔结中并真正履行这些体现可持续发展理念的规则，在国际投资可持续发展建设中发挥积极作用。

论欧盟“绿箱”措施的演进及启示

乔文清*

摘要：农业作为国民经济命脉的基础，具有特殊地位和重要性。各国通过多种方式对本国农业的发展进行调控，其中农业补贴被视作一种便捷而高效的措施。欧盟共同农业政策是世界范围内利用 WTO “绿箱”政策，设计农业补贴，以保护农业环境、提升自身在农产品国际贸易中竞争力的样板。直接补贴的引入，交叉遵守机制的适用、单一支付计划与基础支付的更迭和绿色直接支付的创建共同“见证”了欧盟内部“黄箱”政策向“绿箱”政策的演变。本文在介绍上述欧盟“绿箱”措施演进的基础之上，对我国借鉴欧盟经验，提出了明确衔接“绿箱”措施原则、完善“绿箱”措施制定机制、加大对农业生态环境的补贴力度三项建议，以供参考。

关键词：欧盟；“绿箱”措施；农业补贴

引言

农业作为弱质产业，其发展需要政府的支持和保护。农业补贴是大多数国家使用的方式，其不仅关系到国家农业发展问题，同时也关系到农产品的国际贸易。“绿箱”措施一般与当前的生产水平和农产品价格脱钩，对农产品贸易的消极影响极小甚至没有，因此 WTO《农业协定》将其划定为免于削减承诺的范围。我国自 2001 年加入 WTO 以来，形成了以“黄箱”措施为主的补贴政策，但该模式会引起市场扭曲，影响农业环境的保护，且难以适应农业发展的新需求，亟需做出调整。欧盟农业补贴政策历史悠久，其对农业长期实施高水平的国内支持与保护。进入新世纪以来，由于世界贸易组织规则的变化和内部财政开支的压力，欧盟对其农业补贴政策进行了大规模的调整与完善，在不断减少“黄箱”措施的同时，还试图将“黄箱”措施转化为“绿箱”措施。经过几轮改革，其对“绿箱”政策的应用已经形成了比较成熟的具体措施，对增加农民收入、提高农产品国际竞争力和促进农业生态环境的改善发展发挥了重要作用。

本文主要探讨了欧盟共同农业政策(Common Agricultural Policy, CAP)利用和衔接 WTO 规则对其农业支持政策进行“绿箱”式调整的演进，在此基础之上，提出欧盟改革对我国的启示及政策建议，以期为我国完善农业补贴政策、合理应对 WTO 规则提供借鉴。

一、欧盟“绿箱”措施的演进

(一) 1992 年“麦克萨里”改革：引入挂钩直接支付

* 浙江农林大学文法学院法律硕士

欧盟共同农业政策始于 1962 年，其最初目标是为了“增加粮食供给，稳定农产品价格、提高农民生产积极性”^①。这一时期，欧盟通过价格政策和干预政策迅速推高了农产品的价格，推动了农民生产的积极性，导致欧盟在十九世纪 80 年代前后出现了农产品过剩的问题。在国际上，欧盟的价格支持政策使欧盟农产品价格远远高于国际平均水平，扭曲了市场，贸易摩擦不断增多；在共同体内部，大量补贴给欧盟带来了巨大的财政压力，同时，导致农产品价格上涨，引起消费者不满。为了使生产水平更接近市场需求，在这期间欧盟进行了多次改革，但收效甚微。

为了解决高昂的财政压力、民众不满，协调在乌拉圭回合谈判中的立场，1992 年，欧盟对其共同农业政策进行了改革，“第一次尝试从价格支持转为直接的收入支持”^②，减少对主要农产品（如谷物和牛肉）的支持水平，但为了防止农民收入相应下降，欧盟根据历史生产水平（按面积或牲畜数量）实行了直接支付，强化环境保护政策。直接支付的引入是将生产者因降低价格支持水平所受的损失转移到直接支付进行补偿。简单来说，就是将保障生产的补贴直接支付给农民，而不再二次经手市场。

在种植业方面，直接支付以历史产量水平为基础进行计算以阻止集约化生产；对于畜牧业的补贴，则按头数直接支付，同时对地区数额限度等都有明确规定。此外，缩减牛奶生产配额和土地休耕制度也可以获得直接支付；但当时的直接支付是与现有产量或牲畜数量进行挂钩的^③，如“直接支付以向每个农民分配的牛奶配额为基础进行计算。农民不能超出其配额进行生产，若生产超出配额，共同体将对增加的产量进行征税。”^④因此，这种挂钩直接支付属于“蓝箱”政策的范畴。

这次改革后，共同体内部形成了价格支持和挂钩直接支付并行的农业保护政策，农产品过剩现象得到了缓解，但总体补贴水平仍居高不下，共同体内部仍是以实施“黄箱”政策为主的现状没有改变。

（二）2003 年改革：引入“单一农场支付”和“交叉遵守”

2003 年，为应对欧盟东扩产生的预算压力和世贸组织农业谈判中他国成员的非议，6 月 26 日欧盟农业部长会议通过了《欧盟共同农业政策改革方案》。新的共同农业政策改革充分利用 WTO 规定的“绿箱”政策，切断了通过直接支付给农民的补贴与他们生产的产品

^①刘武兵著：《欧盟共同农业政策研究》，中国农业科学技术出版社 2016 年版，第 23 页。

^②王传丽等著：《WTO 农业协定与农产品贸易规则》，北京大学出版社 2009 年版，第 201 页。

^③参见前引^①，刘武兵著，第 34 页。

^④[英]布莱恩·杰克著，《农业与欧盟环境法》，姜双林译，中国政法大学出版社 2012 年版，第 76 页。

类型（及其数量）之间的联系，创立了脱钩的单一支付计划（Single Payment Scheme, SPS）；同时规定，单一支付计划需要接受“交叉遵守”的规制。

根据 1782/2003 号欧盟理事会条例规定，单一农场支付于 2005 年 1 月开始实施。本次改革引入的单一支付计划是以 2000 至 2002 年为基期，以此作物种类和面积为基础进行计算，与当前的作物产量和牲畜头数无关，可以划归于“绿箱”政策的范畴，免于履行 WTO 规则下的削减义务。

单一支付计划的实施相对灵活，成员国可以从历史模式、区域模式、混合模式 3 种模式中选定一种来确定具体的支付额。^①此外，由于共同体内部各个国家的农业状况不尽相同，改革规定在 2004 至 2007 年间新加入共同体的国家也可以采用单一支付计划的简化版，即“单一地区支付计划”（Single Area Payment Scheme, SAPS），作为新成员国适应共同农业政策的过渡和缓和手段。

本次改革还引入了交叉遵守机制，即农民若想获得补贴，则必须遵守一系列有关环境保护、食品安全、动物健康与福利等法定的管理要求，并有义务维护良好的农业和环境条件，否则补贴金额将被削减甚至取消，以“向参与特定农业扶持计划的农场主强制推行环境友好型耕作方式和环境性能级别”^②，促进欧盟农业的可持续发展。该机制不仅面向单一支付计划，同时也适用于大多数的直接给付。

（三）2013 年改革：引入“基本补贴”和“绿色直接支付”

从 1962 年开始，CAP 进行了一系列改革，这些改革提高了农业的市场导向，同时为生产者提供收入支持，改善了农业环境，加强了对整个欧盟农村发展的支持。为了增强农业部门的竞争力，促进可持续农业的发展和 innovation，欧盟进行了新一轮改革，本次改革始于 2010 年，当时欧盟进行了一场公开辩论，随后公布了欧盟委员会关于其农业愿景以及未来 CAP 的挑战和优先事项的公告，最后提出了首次全面改革整个政策的立法建议。这一决策过程不同于以往的改革，欧洲议会首次与欧洲理事会担任共同立法者。经过密集的谈判，2013 年，双方就共同农业政策等达成一致并颁布了《2014—2020 年计划》（CAP2020）。^③

1. “基本补贴计划”取代“单一支付计划”成为直接补贴的主要方式

2013 年 CAP 改革，创建了基本支付计划（BPS），取代了单一支付计划，成为直接补贴的主要方式，确保了从事农业活动的农民的基本收入支持。根据每个国家主管部门的选择，

^① 参见范丽萍：《欧盟农业单一支付补贴政策解析》，《世界农业》2016 年第 7 期，第 12-13 页。

^② 转引自姜双林著，《欧盟农业环境给付法律制度研究》，中国社会科学出版社 2018 年版，第 178 页。

^③ European Commission, Agricultural policy perspectives brief: overview of CAP reform 2014-20, December 2013, https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/farming/facts-and-figures/performance-agricultural-policy/studies-and-reports/policy-analyses-and-briefs/agricultural-policy-perspectives_en. 2021 年 5 月 21 日最后访问。

基本支付占其国家预算拨款的 12%至 68%。与 SPS 相似，基本支付计划基于补贴权，在符合条件的土地上应用并与生产脱钩。在该计划实施的第一年，符合条件的农户将根据其所持有的有效的土地面积获得补贴权，但不排除一些成员国可能会对可分配权利的数量进行限制。在这之后，每年根据农民申报的符合条件的土地面积，对享有补贴权的农民提供基础支付下的补贴，以解决此前“单位土地面积获得支付的差异过大”^①的问题。

基本补贴计划是所有成员国的强制性计划。但是，根据 73/2009 条例，对于已经实施单一地区付款计划（SAPS）的成员国被允许在 2020 年之前的过渡期内继续使用 SAPS。此外，对于农民来说，获得 BPS 是获得其他直接支付计划，如再分配支付、对气候和环境有利的农业实践的支持，对自然限制区域的支付等支付的先决条件。

2.引入“绿色直接给付”

绿色直接给付（Green Direct Payment）是 2013 年欧盟 CAP 改革的另一个主要创新点。多年来，CAP 通过促进环境友好和气候友好的做法，在维持整个欧盟可持续农业发展方面发挥了重要的作用。CAP2020 中引入的绿色直接给付是朝着这一方向迈出的重要一步，是对先前存在的交叉遵守的实质性补充。绿色直接给付是一种与农业生产脱钩的、兼具奖励性和强制性的支持措施。该政策规定，如果农民能够证明他们遵守了三项对环境（特别是土壤和生物多样性）和气候有利的强制性做法，他们就可以获得绿色直接给付。这三项绿色义务分别是：

（1）作物多样化

种植更多种类的作物有助于使土壤和生态系统有更强的恢复力。它有助于阻止土壤退化和水土流失，因此也有助于提高生产能力。具体而言，耕地面积在 10 公顷以上的农场至少要种植两种作物，而耕地面积在 30 公顷以上的农场至少要种植三种作物。此外，主要作物所占面积不能超过耕地面积的 75%。

（2）永久性草场维护

永久性草场是一种固碳的有效方式，其有助于减缓全球变暖。保护对环境敏感型的草地可以保护土壤碳，保护草原类栖息地。永久性草地占农业用地的比例由成员国在国家或地区一级确定（具有 5%的灵活性）。此外，农民不能在指定的环境敏感型区域耕地或转作他用。在欧盟，三分之一以上的农用地是永久性草地，受到保护，尤其是针对碳汇的保护；为了保护生物多样性和固碳，五分之一的草地被列为对环境敏感区。

（3）生态重点区

^① 刘武兵著：《欧盟共同农业政策研究》，中国农业科学技术出版社 2016 年版，第 43 页。

拥有耕地面积超过 15 公顷的农民必须确保其至少 5%的土地是生态重点地区，以保护和改善农场的生物多样性。生态重点区域包括休耕地、景观功能区、绿化区、或种植助于改善土壤有机质的三叶草和苜蓿等固氮作物。这些区域是鸟类和其他物种的重要栖息地，有助于保护生物多样性。

此外，为了适应整个欧洲农业系统和环境条件的多样性，引入了“等价”的概念。成员国可允许农民通过同等（替代）做法满足一项或多项绿化要求。这意味着某些做法可以取代三种既定绿化措施中的一种或几种。这些做法包括类似于绿化的农业环境气候措施或认证计划，对气候和环境产生与既定措施同等或更高水平的效益。这些绿色手段背后的理念是对农民保护生态环境和生物多样性的行动给予回报，因为市场价格并不能反映他们所付出的努力。

2013 年 CAP 改革使基本补贴计划取代单一支付计划成为直接补贴的主要方式，最终形成了以基本补贴为主体，以绿色直接给付、自然约束区域给付、青年农民、再分配补贴、自愿型挂钩给付、小农给付等为辅的直接支付体系，彻底实现了国内支持的“绿箱化”改革。

二、欧盟“绿箱”措施的演进对完善我国农业国内补贴的启示

当前，WTO 规则下的农业补贴制度设计已成为各国实践的基本准则。在内外情况不断变化的大环境中，欧盟与时俱进，及时调整和完善农业补贴政策，充分利用和衔接“绿箱”措施，实现了共同体内部补贴由以“黄箱”、“蓝箱”为主导向“绿箱”措施为主导的有利转变，其农业补贴政策在符合 WTO 规则和农业生产情况的同时产生了较高的农业补贴政策绩效。为我国国内农业补贴制度的优化提供了正面的示范，对于完善我国农业补贴政策具有重要的借鉴意义。

（一）明确农业补贴政策制定的原则

我国作为世界贸易组织的一员，在制定和完善我国农业补贴政策体系的过程中，首先需要明确遵循 WTO 基本原则和农产品贸易规则，补贴政策尽可能减小对市场和价格的扭曲。确保补贴总量、结构以及补贴方式满足 WTO 规则。其次，农业补贴政策的制定应以可持续发展原则为导向，兼顾农业生产和环境保护。

（二）完善“绿箱”措施的制定机制

通过对欧盟“绿箱”政策演进的梳理，可以看到共同农业政策的每一轮改革都会提前进行规划，程序严格规范，其中参与主体包括政府、有关组织、专家学者、农业工作者等，经过多次讨论、修改、完善，被各方认可后才予以执行。虽然期间耗时较长，但实施效果有目共睹。为了防止我国相关农业政策在没有经过充分论证的情况下仓促出台，有必要对欧盟的做法进行更进一步的学习和了解，建立一套适合我国国情的，相对完善的农业政策出台机制。

（三）充分利用“绿箱”措施，加大对农业生态环境的补贴力度

欧盟在 CAP2020 中规定，成员国每年用于绿色直接给付的资金总额不得少于成员国年度直接支付政策资金的 30%，而我国农业补贴中，对农业生态环境保护的支持力度远远不够。加大对农业环境的补贴力度，不仅是对 WTO “绿箱”措施的豁免规则的合理应用，同时也是对我国农业可持续发展的一份深耕。基于我国人多地少，农户分散，大型农场相对较少的国情，应当合理提高与农业生态环境保护相关的补贴力度，在提高农民收入的同时，降低农村环境恶化的可能性，以免过度破坏农业自然资源。

欧盟投资法庭裁决的双重执行机制研究

——以投资者与国家争议解决机制改革为背景

桑远棵*

摘要：近年来，欧盟在与多个国家签订或自身拟定的贸易与投资协议中引入了一种新型投资争议解决机制——投资法庭机制，试图解决原有国际投资仲裁机制的诸多弊端。事实上，投资法庭机制的有效性备受质疑，其中最重要的莫过于投资法庭裁决的执行问题。尽管根据《维也纳条约法公约》投资法庭机制可以被认定为构成对《华盛顿公约》的内部修改，但是投资法庭裁决在协议以外第三国的执行还存在很大障碍。不过在很大程度上，投资法庭机制与《纽约公约》具有协调性，尤其是其相关事项符合《纽约公约》下的“仲裁裁决”“书面仲裁协议”“商事争议”等核心概念，投资法庭裁决在全球范围内的流通具有更大的现实可能性。为进一步保障投资法庭裁决的有效性或可执行性，欧盟应当与其他国家在多边层面上明确地阐释与投资法庭机制相关的多个事项，进而推动《华盛顿公约》《纽约公约》的可适用性与确定性。

关键词：投资法庭机制；国际仲裁机制；国际法院；投资法庭裁决；《纽约公约》；《华盛顿公约》

2015年以来，欧盟积极倡导在TTIP(Transatlantic Trade and Investment Partnership)谈判中引入一种新型的投资法庭机制(investment court system)，以期改革原有的解决投资者与国家争议的国际投资仲裁机制，试图解决投资仲裁机制在实际运行过程中产生的备受诟病的诸多问题。例如，合法性危机或正当性缺失、裁决的不一致性、仲裁程序的不透明性、仲裁员的利益冲突、仲裁费用数额巨大、滥用程序和挑选条约等现象。

实践之中，欧盟已经在与多个国家缔结的贸易和投资协定当中，以投资法庭机制替代了原有的国际投资仲裁机制。例如，2019年6月30日欧盟和越南签订的投资保护协定(EU-Vietnam IPA)第3章、2016年10月30日欧盟和加拿大签订的全面经济和贸易协定(EU-Canada CETA)第8章、2018年10月19日欧盟和新加坡签订的投资保护协定(EU-Singapore IPA)第3章、2018年4月欧盟和墨西哥达成的原则性贸易协定(EU-Mexico Trade Agreement in Principle, TAP)第20章、2015年11月欧盟拟定的跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定建议稿(TTIP Proposal)第2章。在与投资法庭机制相关的众多事项上，投资法庭所作出的决定，即投资法庭裁决的执行事宜至关重要，其直接关系到争议当事人的合法权益能否得到实际有效的维护，也事关投资法庭机制这一新型投资争议解决机制的根本价值。在此方面，上述五个协定中的裁决执行规定几乎是一致相同的。

* 桑远棵，武汉大学国际法研究所博士研究生。

具体来说,投资法庭裁决的执行事项可以概括为四个方面:首先,投资法庭作出的最终裁决对争议当事人具有约束力,且不受制于上诉、审查、撤销或者其他任何形式的救济手段;其次,各个协议当事国应当承认根据本协定作出的裁决的约束力,并且在其领域内执行金钱性义务,如同执行其本国法院作出的终局判决一样;再次,裁决的执行应当受制于被请求执行地现行有效的判决或裁决的执行法律;最后,在执行裁决的法律路径上,如果依据1958年《承认与执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)执行裁决时,应当依据《纽约公约》第1条的目的,^①法庭作出的终局裁决应当被定性为“仲裁裁决”,而且是涉及产生于商事关系或交易的诉求;如果依据1965年《解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(《华盛顿公约》)执行裁决时,当诉求是根据该公约提交至争议解决,则不应再受制于其他任何救济措施,法庭作出的终局裁决应当被定性为《华盛顿公约》第6部分所指的“裁决”。^②

以上规定表明,投资法庭裁决似乎可以借助于《纽约公约》或者《华盛顿公约》在全球范围内获得自由流通,投资法庭裁决的有效性也就可以获得充分的法律保障。不过应当注意的是,投资法庭机制在很多方面上区别于传统的国际投资仲裁机制,特别是其引入了上诉机制,这一点是现有任何投资者与国家争议解决机制所不具备的程序机制。尽管以上五份协定都明确规定投资法庭裁决可以通过两个公约在其他国家获得承认与执行,但是,这种双边性质的协议是否能够在协议之外的第三国产生约束力,实际上仍然存在诸多合理的质疑。也就是说,如果投资法庭裁决的可执行性无法得到必要的保障,那么欧盟主导设立并付诸实践的投资者与国家争议解决的全新方案可能会面临失败的不利后果。

在此情形下,进一步探讨投资法庭机制与现有国际公约的兼容性或者协调性是理论上必须解决的重大问题,不仅关乎投资法庭机制的最终命运,也关系到欧盟在国际投资领域的控制力与全球影响力。本文将着重分析与投资法庭机制相关的多个事项,例如,投资法庭机制的性质、投资法庭机制与《华盛顿公约》的兼容性、投资法庭机制与《纽约公约》的协调性,并从多个不同的角度深入探讨投资法庭裁决的可执行性问题,最后提出完善投资法庭机制执行事项的可行性方案。

一、投资法庭机制的内在性质

在分析投资法庭裁决的可执行性之前,应当先探讨的重要问题是投资法庭机制的内在性质。换言之,其到底是属于传统的国际仲裁机制,还是可以划归于国际法院的范畴,抑或

^① 第1条第1段规定:本公约应当适用于承认与执行在申请承认与执行裁决所在国以外的其他国家领域内作出的仲裁裁决,并且是产生于自然人或发物之间的争议。本公约也应当适用于申请承认与执行所在国不认为是本国裁决的仲裁裁决。第2段规定:“仲裁裁决”应当不仅包括在个案中指定的仲裁员作出的裁决,也包括当事人提交至常设仲裁机构作出的裁决。第3段规定:任何国家在签署、批准或加入本公约时,或在根据本公约第10条通知扩张适用时,任何国家可以基于互惠宣告本公约适用于在其他缔约国领域内作出的裁决的承认与执行。它也可以宣告其将适用公约仅仅限于产生于契约性或非契约性法律关系的争议,它们根据作出声明的国家的国内法被认定为商事关系。

^② 第6部分“承认与执行裁决”包括第53条和第54条两个条款,主要是关于投资裁决的承认与执行的规定。

是其他类型的争议解决机制。之所以要定性于投资法庭机制，是因为投资法庭机制的性质直接关乎其所作裁决在全球范围内的流通问题。

（一）国际仲裁机制

一般认为，国际仲裁的核心特征是当事人的合意性或契约性，突出体现在当事人共同将现有或未来的争议提交仲裁解决的自由意思，这在根本上区别于国内法院所具有的强制性管辖权。在程序性方面，国际仲裁机制的主要特征有四点：一是双方当事人有权选择裁断案件的仲裁员；二是仲裁程序的保密性或不透明性；三是仲裁机制缺乏审查裁决实体事项的上诉机制；四是仲裁员的履职方式具有临时性。长期以来，这些事项是国际仲裁机制有别于国内法院诉讼机制的显著特征而被广为认可。

从具体内容来看，投资法庭机制在很多方面上不同于国际仲裁机制：第一，争议当事人无权选择裁断案件的仲裁员；第二，投资法庭的审理程序及其相关文件都向社会公众公开；第三，投资法庭机制引入了审查案件实体事项的上诉机制；第四，投资法庭的法官或法庭成员的任职方式是半常设性的。根据以上分析似乎可以直接得出结论，即投资法庭机制在性质上不属于传统的国际仲裁机制。

不过，需要注意的是，投资法庭机制也有多个因素与国际仲裁机制具有相似性或重合性。例如，投资者提交诉求所依据的规则是《华盛顿公约》、ICSID 附加便利规则、UNCITRAL 仲裁规则或者当事人约定的其他仲裁规则；投资法庭机制使用的是“法庭”(tribunal)与“裁决”(award)等国际投资仲裁领域中所特有的法律术语。更为重要的是，争议当事人有权选择将诉求提交至投资法庭，也有权提交至东道国的国内法院，从中可以看出当事人的合意性或契约性，这一点也是国际仲裁机制的基石或落脚点。美国加入《纽约公约》的官方报告中指出：很明确，《纽约公约》仅仅适用于当事人自愿提交至仲裁所作出的裁决，如果仲裁是由一个当事人有义务提交争议至常设机构予以解决的，而不管当事人的意愿，该程序在性质上就具有司法性而不属于仲裁，最终的裁决也就不属于《纽约公约》的审查范围。^①在这个事项上，德国法官协会所持的观点是，投资法庭机制不属于国际法院，而是一个常设性仲裁庭。类似的是，也有评论者认为投资法庭机制是穿着司法外衣的仲裁，并且一直视投资法庭为仲裁，以及上诉法庭的法官和成员为仲裁员。^②

然而，仅仅凭借合意性本身无法充分地表明投资法庭机制在性质上属于国际仲裁机制，因为国际仲裁机制作为一种司法之外的争议解决机制的内在特征是由一系列不同的程序性事项构成的，只有在主要事项上与国际仲裁机制存在必要的相似性，才可以将其定性为国际

^① See Leonard Y. Quigley, Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 70 Yale Law Journal 1061 (1961).

^② Luke Eric Peterson, Europe's Latest TTIP Investment Proposal Cloaks Arbitration in Judicial Robe, Tightens Ethical Screws (Further) and Thinks Seriously about Small Claims, <https://www.iareporter.com/articles/analysis-europes-latest-ttip-investment-proposal-cloaks-arbitration-in-judicial-robe-tightens-ethical-screws-further-and-thinks-seriously-about-small-claims/>, last visited on 12 June 2020.

仲裁机制。比较分析投资法庭机制与仲裁机制的异同之处后，可以认定，投资法庭机制在多个方面上偏离了仲裁机制，尽管在少数方面仍然保留有国际仲裁机制的特征。^①

（二）国际法院

在类型上，法院可以分为国内法院或国际法院。在广义上，国际法院也包括区域性法院。很明显，欧盟与其他国家签订的双边性投资法庭机制不属于国内法院的范畴，不过可以在先推定为国际法院这一类型。在国际层面上，不同的领域设置有多种专业的国际法院，例如，国际法院（International Court of Justice, ICJ）、国际海洋法法庭（International Tribunal for the Law of the Sea, ITOLS）、欧洲人权法院（European Court of Human Rights, ECtHR）、国际刑事法院（International Criminal Court, ICC）。以上国际法院的主要特征可以总结为三点内容：第一点是法官的选任方式是从当事国已经指定的法官名册中指定的，法官的任职方式是常任的；第二点是存在着一审和二审或上诉审两个审理案件的程序机制；第三点是在个案中法官一般是由国际法院指定的。

比较分析投资法庭机制的众多相关事项，可以发现投资法庭机制剥夺了争议当事人选择法官或裁判者的程序性权利，同时设置了一审法庭和上诉法庭两个层级的审理程序，还规定审理案件的法官或裁判者是由法庭或法院主席指定且遵循的是随机方式。不过，投资法庭的管辖权并不是强制性的，一审法庭程序的启动需要依赖于投资者是否将争议提交至投资法庭，投资者有裁量权于是否将争议提交至其他争议解决机制。而且，投资法庭的法官或法庭成员是以半常设性的方式履职于投资法庭，在这一点上略微区别于国际法院的法官。德国前司法部长 Herta Daubler-Gmelin 认为，投资法庭机制使人们认为它是具有一般管辖权的独立法院，实际上并非如此。^②总体来看，投资法庭具有国际法院的部分特征，不过还是在少数方面偏离了国际法院的内在构成因素。

（三）混合争议解决机制

从投资法庭机制的外在结构和内在构成来看，很难将其绝对地划归到国际仲裁机制或者国际法院这两个范畴之中。主要原因在于，投资法庭机制同时兼具国际仲裁机制和国际法院的程序性特征。具体来说，它不仅吸收了国际仲裁机制的大量有益成分，以保证程序的灵活性和高效性，还汲取了国际法院的部分特征，以期保证所作出的决定的正确性、一致性与协调性。在欧盟法院的 Opinion 1/17 中，法律顾问官波特（Bot）认为，投资法庭机制在很多方面受到特定原始特征的影响，具有混合性质，是一种介乎仲裁庭和国际法院的妥协形式或中间性机制，而且投资法庭机制具有机构性特征，使得投资争议解决机制的过程具有合法性，

^① Markus Krajewski & Rhea Tamara Hoffmann, *The European Commission's Proposal for Investment Protection in TTIP*, Friedrich Ebert Stiftung 2017, p.16.

^② See Public Services International, *Investment Court System (ICS): The Wolf in Sheep's Clothing—The EU's Great Corporate Privilege Rebrand*, p.47.

从而在传统与创新之间达致平衡。^①事实上，Opinion 1/17 案法律顾问官的观点受到广泛的认可与支持。^②

在此方面，以上五份协议在专业术语的使用上便已有明显的体现，更进一步表明投资法庭机制的混合性或是兼具两种争议解决机制的特征。例如，在一审程序的表述上，CETA 和 EU-Vietnam FTA 使用的是“法庭”（tribunal）一词，EU-Singapore FTA、EU-Mexico FTA 和 TTIP 草案使用的是“一审法院”（tribunal of first instance）。而且，在法庭组成人员的文本表述上亦是如此，CETA、EU-Vietnam FTA 和 EU-Singapore FTA 使用的是“法庭成员”（tribunal member）一词。另外，投资法庭作出的决定也全部被投资协议认定为“裁决”，而不是法院“判决”之类的其他术语。这就表明，欧盟在缔结协议之时便对该项问题有过精心考虑，有意地使用“法庭”或者“法庭成员”这类在性质上更加趋于中性的术语，在很大程度上也具有模糊化处理的内在意图，根本目的是在投资法庭机制的定性上以及投资法庭所作决定的定性及其执行上提供更加充分的保障，以便于与《纽约公约》或者《华盛顿公约》的相关执行规定保持一定程度的协调性与一致性。

因此，将投资法庭机制定性为一种介乎国际仲裁机制与国际法院之间的混合型争议解决机制，实际上更加适当、准确。一方面，混合争议解决机制因其同时含有两种争议解决机制的部分特征，也随之具有很大程度的灵活性，在解释的时候也就可以更加的弹性化。另一方面，在投资法庭裁决的执行上，通过灵活或扩大解释的方法可以潜在地适用《纽约公约》或者《华盛顿公约》，最终达到促进投资法庭裁决全球流通的根本目标。

二、1965 年《华盛顿公约》的执行路径

现有的国际公约体系表明，《纽约公约》和《华盛顿公约》是投资仲裁裁决在全球范围内流通的重要公共产品。《华盛顿公约》是一个独立的、自成体系（self-contained）的投资仲裁裁决执行的非国内化机制，主要在于依据该公约作出的裁决仅仅受制于公约内部的审查机制，该公约缔约国无法再依据国内法上的任何规定审查裁决的程序性事项和实体性事项，相应地缔约国有义务及时地执行裁决项下的金钱性损害赔偿。如果要有效地借助于《华盛顿公约》，需要着重解决两个问题：一是欧盟加入《华盛顿公约》的可能性，二是是否允许部分当事国依据《维也纳条约法公约》对内（*inter se*）修改《华盛顿公约》。

（一）欧盟加入《华盛顿公约》的可能性

欧盟签订的双边协议中都规定，通过《华盛顿公约》执行投资法庭裁决。由于欧盟及其成员国都可能成为投资法庭的被申请人，对投资者承担违反投资保护条款的损害赔偿义务。

^① Advocate General, Opinion 1/17, para.18.

^② Lorraine de Germigny, Nhu-Hoang Tran Thang, Duong Ba Trinh, The EU-Vietnam Investment Protection Agreement Investor-State Dispute Settlement Mechanism in Perspective, 4(1) European Investment Law and Arbitration Review 132 (2019); August Reinisch, Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?—The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration, 19 Journal of International Economic Law 761 (2016); August Reinisch, The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to A Permanent Investment Court, Investor-State Arbitration Series Paper No.2—March 2016, p.25.

在欧盟成员国作为投资案件被申请人的情形下,适用《华盛顿公约》并没有太多法律的障碍。^①但是实际上,欧盟不是《华盛顿公约》的缔约方,根据该公约第 25 条的规定,^②投资案件的仲裁庭对不是产生于公约缔约方的争议不具有管辖权。在此方面,欧盟在 2010 年发布的文件“迈向一个全面的欧洲国际投资政策”中已有提到,欧盟未来的协议应当包含投资者与国家的争议解决,不过欧盟在历史上并不是该领域的主要行为体,现有的架构也在很大程度上不适应于欧盟本身,以《华盛顿公约》为例,其对世界银行的成员国和国际法院规约的当事方开放签署与批准,但是欧盟并不符合以上两个条件,因此欧盟将与利益相关方一起寻求欧盟加入《华盛顿公约》的可能性。^③

虽然欧盟成为《华盛顿公约》缔约方具有理论上的可能性,实际上也存在太多难以克服的现实障碍。在谈判缔结《华盛顿公约》之时,缔约国没有预见到也并不允许欧盟这类区域性一体化组织加入该公约,贯穿整个公约的所有条款,可以发现公约使用的都是“缔约国”(Contracting State)一词。因此,欧盟要想加入《华盛顿公约》,必须根据公约第 67 条的规定修改成员国的资格,^④将其扩大至国际组织或者区域经济一体化组织。然而,修改《华盛顿公约》并非朝夕之间可以完成之易事,该公约第 65 条和第 66 条规定了公约的修改(amendment)事项,前一条规定“任何缔约国可以提议修改公约,拟议修改的文本应当在管理理事会考虑修改的会议开始之前不少于 90 天之内发送给秘书长,并且应当一并发送至所有管理理事会成员”;后一条规定“如果管理理事会以三分之二成员的多数决定,拟议的修改应当发送给所有缔约国批准、接受或准许。”

以上规定可见,修改公约是一个相当繁琐又耗时的过程,需要获得所有缔约国的一致同意,要想在短时间内获得所有缔约国的同意,也存在着很多现实的政治障碍。2004 年,ICSID 试图进行改革并引入上诉机制,没有获得成员国的广泛支持,最终以改革尚不成熟为由而未能获得通过。^⑤因此,虽然法律上存在修改公约的可能性,但在现实中几乎不太可能在短时间内完成。

随之而来的问题是,投资法庭机制,尤其是其上诉机制与《华盛顿公约》是否具有兼容性,这是投资法庭机制在能否适用《华盛顿公约》问题上所面对的重大挑战。换句话说,如果投资法庭机制与《华盛顿公约》在根本上可以得到有效协调,在实质方面不会偏离《华盛顿公约》的相关规定,那么《华盛顿公约》仍然可以适用于投资法庭所作的裁决。

^① 在欧盟成员国中,除了波兰以外,其他成员国都是《华盛顿公约》的缔约国。

^② 第 25 条第 1 段规定,ICSID 的管辖权应当扩展至一个缔约国(或者是该国向中心指定的任何组成单元或机构)和另一个缔约国国民直接产生于投资的任何法定争议,争议当事人以书面形式同意提交争议至中心。一旦当事人作出同意,任何当事人不可以单方面地撤回同意。

^③ See Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards A Comprehensive European International Investment Policy, COM (2010) 343, p.10.

^④ 第 67 条规定:本公约应当对世界银行的成员国开放签署,也应当对作为国际法院规约当事方的任何其他国家开放签署,并且经由三分之二成员的票数决定,管理理事会应当邀请签署本公约。

^⑤ ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration Discussion Paper, 22 October 2004.

（二）对内修改《华盛顿公约》

事实上，理论上应当进一步分析的潜在路径是根据1969年《维也纳条约法公约》第41条对内修改《华盛顿公约》是否具有可行性。但是，对内修改《华盛顿公约》是否符合该公约的内在价值目标或者外在逻辑体系，仍然需要从国际条约解释的角度进行深入的分析。在进行具体分析之前，有必要比较分析投资法庭机制对《华盛顿公约》所作出的修改事项。

1. 投资法庭机制对《华盛顿公约》的修改

从整体上看，投资法庭机制在多个事项上对《华盛顿公约》作出了修改。首先，是法庭组成。在这一点上，投资法庭机制几乎是完全不同于《华盛顿公约》，主要体现在以下事项：一是投资法庭成员是由协议当事国共同在先指定的，形成一个法庭成员名册，法庭主席在个案中随机指定三名成员组成裁断案件的法庭小组，而《华盛顿公约》第37.2.b条规定的是争议当事人有权各自指定一名仲裁员，第三名仲裁员由当事人协议指定。二是投资法庭成员的来源国分别是，两名法庭成员的国籍是协议的两个当事国，第三名法庭成员来自第三国，《华盛顿公约》第39条规定的是仲裁员一般来自第三国，例外情形下争议当事人也有权共同指定本国的仲裁员。应当指出，不同的裁判者选任方式和国籍来源是否直接导致投资法庭机制根本上区别于ICSID仲裁机制，实际上还无法获得广泛共识。而且，争议当事人有权指定仲裁员或裁判者的程序性权利，似乎并不是ICSID仲裁机制的核心特征或根本要求，因为关键因素在于裁判者的组成或来源能够保持公平、公正、专业的高标准，以及是否能够保证裁决的质量和有效性。至于裁判者的国籍来源，由于《华盛顿公约》同样允许争议当事国的国民作为裁判者，这与投资法庭机制具有一定的重合性，因此与《华盛顿公约》不具有实质性冲突。

其次，是上诉机制。《华盛顿公约》仅仅允许争议当事人请求该公约内部的三人临时委员会撤销临时性投资仲裁庭作出的裁决，可以撤销裁决的法律事由在性质上全部属于程序性缺陷问题，例如，法庭没有适当的组成、法庭明显的越权、部分法庭成员存在腐败行为、严重背离基本的程序规则、裁决未予以说理，这一点主要规定在《华盛顿公约》第52条。事实上，《华盛顿公约》根本上是有意反对宽泛的审查依据，^①而且该公约起草者意图使撤销程序成为一个例外救济手段，五个撤销事由都应当予以狭义解释。^②很大不同的是，投资法庭机制规定的上诉法庭有权审查的事项，包括程序性事项和实体性事项两大类，而且还扩大了可以上诉的事由，即在《华盛顿公约》第52条的基础上，上诉的范围扩展至法律适用错误和明显的事实认定错误。

从表面上看，投资法庭的上诉机制与《华盛顿公约》具有根本上的不一致性，也在很大程度上不符合该公约的内在目标，即便利、快速、高效地解决国际投资争议。但是根本的问

^① Christian J. Tams, Is There A Need for An ICSID Appellate Structure, in Hofmann, Tames eds., *Nomos Baden-Baden, The International Convention for the Settlement of Investment Disputes: Taking Stocks After 40 Years* (2007), p.227, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1341268>.

^② Christian J. Tames, *An Appealing Option? The Debate about An ICSID Appellate Structure*, *Essays in Transnational Economic Law*, No.57 June 2006, p.9.

题在于，投资法庭的上诉机制是否是《维也纳条约法公约》第41条所允许的对《华盛顿公约》的内部修改。对此问题，有学者持否定意见，其认为《华盛顿公约》拥有自成体系的裁决审查机制，该项审查体系是排他性的观点已经在公约的起草过程中被多次明确提到，即使争议当事人希望合意为特定争议设置一个特殊的上诉程序，《华盛顿公约》也是不允许的，因为其第53条并不存在由当事人修正的空间。^①

与此同时，也有相反的观点认为《华盛顿公约》的内在目标是促进投资争议通过仲裁或调解加以解决，无论是有限的撤销机制还是完全审查的上诉机制，似乎对该公约整体上的目标并没有那么重要，更加宽泛的审查标准可能导致程序的延长，但是也能促进潜在投资规则的一致性解释和适用，很难认定这会阻碍《华盛顿公约》目标的实现。^②不仅如此，2004年ICSID曾经提议修改ICSID仲裁框架，其中的一项便是专门以一个附录讨论ICSID上诉机制。增设上诉机制，^③这也间接地表明ICSID仲裁机制与上诉机制并不存在根本上的不兼容性。

最后，是投资争议的准据法。《华盛顿公约》第42.1条规定，ICSID仲裁庭应当根据当事人协议的法律规则裁断争议。如果不存在该协议的话，仲裁庭应当适用争议当事方的缔约国法律，包括其冲突法规则，以及可予适用的国际法规则。很大不同的是，投资法庭，无论是一审法庭还是上诉法庭，适用的准据法只能是投资协议与相关的国际法规则，而且明确排除适用争议当事方的国内法，以防止投资法庭裁断相关投资待遇或措施在争议当事方的合法性，特别是在被申请人是欧盟的情形下，有意排除适用欧盟法是为了充分地保障欧盟法律秩序的自治性。不过应当指出，投资法庭可以将争议当事方的国内法当做事实加以对待。

事实表明，在已往的ICSID仲裁案件中，争议当事方的国内法经常发挥重大的作用。^④即便如此，明示排除争议当事方的国内法也是《华盛顿公约》第42.1条前半段所允许的。欧盟签订的协议中规定的准据法范围并不会与《华盛顿公约》产生实质性冲突。实际上，相同的情形也反映于其他的国际投资协议，例如，1992年的北美自由贸易协定（NAFTA）第1131（1）条规定，“根据本部分设立的法庭应当根据本协议和可予适用的国际法规则裁断争议事项”；1994年的《能源宪章条约》（ECT）第26.6条也规定，“根据第4段设立的法庭应当根据本协议和可予适用的规则以及国际法原则裁断争议事项”。以上可见，准据法范围的差异性或者投资法庭机制排除适用争议当事方的国内法，不会直接致使投资法庭机制与《华盛顿公约》产生不可调和的冲突。

^① Christoph Schreuer & Others: *The ICSID Convention: A Commentary*, Paras.18-19 (2nd Cambridge University Press 2009). See N. Jansen Calamita, *The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, 18 *Journal of World Investment & Trade* 605 (2017).

^② August Reinisch, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?—The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, 19 *Journal of International Economic Law* 780 (2016).

^③ ICSID Secretariat Discussion Paper, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, October 22, 2004.

^④ August Reinisch, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?—The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, 19 *Journal of International Economic Law* 778 (2016).

通过比较分析上述事项,可以得出的初步结论是投资法庭机制与 ICSID 仲裁机制在表面上不存在根本性冲突。那么,这是否表明投资法庭机制在性质上等同于 ICSID 仲裁机制?或是对现有投资仲裁机制的适当矫正?抑或是投资法庭机制属于其他类型的混合争议解决机制,在本质上是对 ISDS 机制从头到尾的重新改造?对此问题,必须结合《维也纳条约法公约》第 41 条进行深入的分析。

2. 构成《维也纳条约法公约》第 41 条的条约修改

1969 年 5 月签订、1980 年 1 月生效的联合国《维也纳条约法公约》,其很多条款具有习惯国际法的法律地位,并且大量适用于 ICSID 仲裁案件之中。例如,在 *Mondev International Ltd. v United States of America* 一案中,^①主要涉及加拿大公司 Mondev 与美国之间的投资争议。在管辖权与诉求的可受理性方面,仲裁庭认为,扩大或限缩解释条约中的管辖权条款并不存在一项原则,最终的问题是相关条款的具体含义,应当根据可予适用的条约解释规则进行解释,它们规定在《维也纳条约法公约》第 31 条至第 33 条,且依此目的可以被认为具有习惯国际法的地位。在 *Phoenix Action Ltd v Czech Republic* 一案中,^②以色列 Phoenix 公司依据双边投资协定针对捷克政府向 ICSID 提起诉求,仲裁庭在分析属物 (*ratione Materiae*) 管辖权方面时认为,很明确,《华盛顿公约》和 BIT 的解释受制于国际法,包括存在于《维也纳条约法公约》中的习惯解释原则和国际法上的一般原则,而且国际法院已经多次表达过《维也纳条约法公约》第 31 条属于习惯国际法。因此,一般认为,《维也纳条约法公约》第 41 条“仅仅在特定当事方之间修改多边条约的协议”也具有习惯国际法地位,应当适用于《华盛顿公约》中相关条款的解释。

从具体文本上看,《维也纳条约法公约》第 41 条第 1 款规定:两个或两个以上的多边条约当事方可以缔结一份仅仅在它们之间修改条约的协议,如果 a) 该项修改的可能性是条约所允许的; b) 修改本身并不为条约所禁止:一是不影响其他当事方在条约下享有的权利或者义务的履行;二是不涉及一个条款,所造成的减损在整体上与条约目标与目的的有效执行不一致。

有鉴于此,根据第 41 条第 1 款分析《华盛顿公约》是否允许部分缔约国之间作出一定程度的修改,则必须按照该款所规定的逻辑步骤进行分析。首先,应当具体分析修改条约是否为《华盛顿公约》所准许,从《华盛顿公约》的具体条款来看,它既没有明确地禁止,也没有明示地允许缔约国之间作出修改。不过该公约第 53 条规定,裁决不应当受制于任何上诉或任何其他救济,除了本公约规定的以外。从字面含义上看,这条规定是禁止投资仲裁裁决接受上诉审查,因此投资法庭机制似乎与该条规定不具有兼容性。有观点便认为,《华盛顿公约》第 53 条完全禁止当事国修改公约,原则上也就没有必要继续分析第 41 条第 2 款的

^① *Mondev Int'l Ltd v USA*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award, 11 October 2002, Para.43.

^② *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, Paras.75-76.

规定。^①还有的学者在此基础上提出的观点是，投资法庭机制是对 ISDS 的根本性或颠覆性（radical）的重新架构和概念化，包含对投资者与国家仲裁的从头至尾的修改，无法被定性为《华盛顿公约》下的仲裁，也就造成对内修改《华盛顿公约》是不被允许的且在法律上没有效力。^②

但是，以上规定并没有从根本上明示地规定禁止修改公约，其只不过是受到《华盛顿公约》内在体系的影响而作出的相应规定，而且《华盛顿公约》的根本目的应当是为调解和仲裁投资争议提供便利，因而不会与《华盛顿公约》目标不一致。在此情形下，则应当根据第 2 款继续进行分析，第一项要求是，条约的修改不影响其他当事方在条约下享有的权利或者义务的履行。具体来说，该项所指的影响应当是不利影响或是产生消极后果，例如，损害其他当事方在条约下应有的权利、不当妨碍其他当事方合法权利的行使、给其他当事方施加了额外的义务。

相反的是，如果条约的修改给其他当事方带来有利的结果，在更大程度上能够促进条约根本目标的实现，这类修改应当是条约所允许甚至是鼓励的。以解决全球气候变暖的多边条约为例，两个或多个缔约国协议设定了一个更加严格的实施标准，所产生的影响是可以加快解决气候恶化问题，这实际上应当是条约所允许的内部修改。如果两个或多个缔约国协议放松了实施标准或监管要求，那么这种情形是条约所根本禁止的。

投资法庭机制的具体规则表明，其在上诉机制等多个方面对《华盛顿公约》的内部修改似乎并不会消极地影响该公约其他当事方所享有的权利或者义务的履行。主要原因在于，投资法庭机制的适用对象仅仅是欧盟与其贸易和投资伙伴，例如，加拿大、墨西哥、新加坡，对《华盛顿公约》的其他缔约国并不会产生不利影响。

第二项要求是修改条约不违反整体上条约的目标与目的之有效执行。应当注意的是，其所指的条约目标与目的必须从整体上进行衡量和评价，不太重要的方面或影响较小的部分实际也是条约所允许修改的。在此方面，《华盛顿公约》的目标主要体现在第 1.2 条，即根据本公约的条款为缔约国和其他缔约国国民之间投资争议进行调解与仲裁提供便利。同样地，该公约的前言第 4 段规定“考虑到国际经济发展合作的需要和国际私人投资的地位”，第 7 段进一步表明解决缔约国之间投资争议机制的可获得性之重要性。总体而言，《华盛顿公约》的根本目标是促进国际投资争议的快速与有效解决，保障投资者所享有的权利与合法利益，在更大程度上促进国际投资的自由化和便利化。

欧盟与其他国家设立投资法庭机制的根本目标，一是保障东道国的规制权或者公共利益不会受到不必要的减损，二是通过保护外国投资者的合法权益来促进投资在两个或多个国家

^① N. Jansen Calamita, The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime, 18 *Journal of World Investment & Trade* 608-610 (2017).

^② N. Jansen Calamita, The Challenge of Establishing A Multilateral Investment Tribunal at ICSID, 32(3) *ICSID Review* 613 (2017).

的双向自由流动。因此可以认定，投资法庭机制的根本目标与《华盛顿公约》在很大程度上是一致的。

归纳来看，投资法庭机制符合《维也纳条约法公约》第41条的规定，构成对ICSID仲裁机制的内部修改。尽管其在多个事项上作了一定程度的修改，但是在性质上与ICSID仲裁机制具有相似性，这也是《维也纳条约法公约》第41条所允许的条约修改。可以见得，欧盟与加拿大等国新设的投资法庭作出的裁决在双边层面上是可以得到有效的执行，但其能否在《华盛顿公约》的其他缔约国获得执行则存在很大障碍，因为部分《华盛顿公约》的缔约国修改公约并不能直接约束其他第三国或在其他国家产生法律效力。^①在这其中，最具争议的问题是投资法庭裁决是否可以被定性为ICSID裁决，实际上这一问题的解决取决于《华盛顿公约》其他缔约国的定义或界定，主要在于《华盛顿公约》第54条第1款前半段规定，每个缔约国应当承认根据本公约作出的裁决具有约束力，并且像本国的法院终局判决一样在本国领域内执行裁决作出的金钱性义务。然而，投资法庭裁决是根据欧盟缔结的双边协议作出的，而不是《华盛顿公约》，因此投资法庭决定在第三国的效力存在很大不确定性。本文认为，投资法庭机制构成对《华盛顿公约》的内部修改，这是该公约本身所允许的，虽然从广义的角度上看第三国执行投资法庭裁决存在可能性。为了进一步消除执行上的不确定性，欧盟还应当与其他国家在执行事项上达成更广泛的一致性意见，才能保障该条路径的实际有效性。

三、1958年《纽约公约》的执行路径

欧盟缔结的双边协议中规定，1958年《纽约公约》是投资案件胜诉方寻求执行投资法庭裁决的路径之一。其中，主要涉及两个事项：一个是将投资法庭作出的决定定性为“仲裁裁决”，另一个是认定投资争议属于“商事交易”或“商事关系”的范围。虽然上述五份协议中都设有这项规定，但是它们是否对协议以外的第三国具有直接约束力仍然充满不确定性。为了探究投资法庭裁决是否可以适用《纽约公约》在全球范围内获得执行，必须分析投资法庭机制的相关事项与《纽约公约》的兼容性或一致性。

（一）投资法庭裁决是否可以定性为《纽约公约》下的“仲裁裁决”

首先，投资法庭的性质属于一种混合型争议解决机制，同时兼具国际仲裁机制和国际法院的部分特征。1958年《纽约公约》规定的仲裁机制的主要特征之一是，争议当事人有权在个案中选择仲裁员组成临时仲裁庭来裁断争议，但是从短期来看，投资法庭属于一种半常设性机构。长远来看，它将转变为一个常设性机构，这项特征与临时仲裁庭具有实质性差别。不过，《纽约公约》第1.2条明示规定的“仲裁裁决”的范围，不仅是当事人指定的仲裁员作出的裁决，还指向常设仲裁机构作出的裁决。

^① Joanna Lam, WTO AB as A Model for Other Adjudicatory Bodies—The Case of EU’s Investment Court System, in C. Lo et al. (eds.), *The Appellate Body of the WTO and Its Reform* 343 (Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2020); Juan Pablo Charris Benedetti, *The Proposed Investment Court System: Does It Really Solve the Problems*, 42 Rev. Derecho del Estado 110 (2019).

由于《纽约公约》未对“常设仲裁机构”作出具体又明确的释义，那么常设仲裁机构的定义便随之具有相当宽泛的解释空间，在很大程度上，投资法庭机制的半常设性也可以包含在其范围当中。对此，《纽约公约》的 *travaux préparatoires* 中提到，即使是一个常设争议解决机制也可以定性为仲裁，其中最重要的因素是仲裁的自愿性质，是基于当事人的意愿或协议，也就与基于强制性管辖权的司法机制相反。

司法实践中，伊朗与美国索赔法庭（Iran-US Claim Tribunal）的9名法官是由两国指定的，分别来源于美国、伊朗和第三国，负责审理不确定数量的案件，^①在形式上与《纽约公约》规定的临时仲裁庭不相符合，但被定性为常设仲裁机构，其作出的裁决是通过适用《纽约公约》在全球范围内得到执行。类似的是，在相互经济协助理事会^②（Council for Mutual Economic Assistance, Comecon）国家的商会仲裁院中，仲裁员是仅仅由国家控制的商会提前拟定的名册中选择的，并且完全是由那些国家的国民组成，所作出的裁决也是通过《纽约公约》获得承认与执行。^③对此，有学者提出的解决方案是，通过UNCITRAL发布一项建议（Recommendation），进一步阐明投资法庭机制属于《纽约公约》第1.2条所指的常设仲裁机构，这样做可以给面临执行投资法庭裁决的国内法院提供指引，以及可能提高国内法院解释上的一致性。^④值得注意的是，上述五份协议都规定投资法庭作出的决定为“裁决”，这一点与《纽约公约》的文本是一致的。

在此情形下，投资法庭可以被认定为属于常设仲裁机构的范畴，其作出的决定在性质上也可以被定性为“仲裁裁决”，无论其名称为何。但不容忽视的问题是，在更广泛层面上没有形成一致性意见之前或者像UNCITRAL这类国际机构未作出清晰的释明以前，《纽约公约》的其他缔约国很可能会作出相反的解释或决定，以至于拒绝《纽约公约》的可适用性或否定投资法庭裁决的可执行性。

（二）是否存在《纽约公约》所要求的“书面仲裁协议”

在国际仲裁领域，一份有效的书面仲裁协议是提起仲裁程序的最重要法律基础，也是仲裁裁决根据《纽约公约》获得承认与执行的前提性条件。《纽约公约》第2.1条规定，各缔约国应当承认当事人同意提交所有或任何产生于确定法律关系的争议至仲裁，无论是契约性与否，涉及适于仲裁解决的标的物。第2.2条还进一步解释“书面协议”的含义，即当事人签订的合同中的仲裁条款或仲裁协议，或包含在互换的信件或电文中。

^① D.D. Caron, *The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Settlement*, 84 *American Journal of International Law* 104 (1990).

^② 相互经济协助理事会指的是一个在前苏联领导下的经济组织，由东欧国家和大量社会主义国家组成，存在的时间是1949年到1991年。

^③ N. Jansen Calamita, *The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, 18 *Journal of World Investment & Trade* 621 (2017).

^④ G. Kaufmann Kohler, M. Potesta, *Can the Mauritius Convention Serve as A Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of A Permanent Investment Tribunal or An Appeal Mechanism?—Analysis and Roadmap* (2016), para.155. 在此方面的先例是，UNCITRAL在2006年7月的第39次会议上提出一份建议，对《纽约公约》第2条第2款和第7条第1款进行解释。See *Recommendation regarding the Interpretation of Article 2, Paragraph 2 and Article 7, Paragraph 1 of New York Convention, Adopted by the UNCITRAL on 7 July 2006 at Its Thirty-Ninth Session*.

事实上,在投资仲裁实践之中,现有的趋势是投资者与东道国一般不会单独签订投资仲裁条款,大多数是规定在投资协议或者东道国的国内法上,投资仲裁协议只有在投资者接受东道国的要约,即提起仲裁程序之时正式形成或缔结。因此,一般情形下并不存在书面的仲裁协议,但是实质上这些行为被视为构成一份有效的仲裁协议。类似的是,投资法庭机制的相关规定也是如此,投资者不会与东道国签订争议提交至投资法庭的管辖协议,不过在投资者提交诉求至投资法庭时也应当视为形成一份书面的管辖协议。

在已有的案件中,部分《纽约公约》缔约国在被请求承认与执行伊朗美国索赔法庭的决定时,一开始是认为缺乏书面的管辖协议,不过最终认定阿尔及尔协议(Algier Accord)^①构成书面协议。例如,在美国的 *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc. and others* 一案中,^②伊朗国防部请求美国地区法院执行伊朗美国索赔法庭在1984年于海牙作出的裁决,美国Gould公司提出抗辩请求所依据的一项理由是不存在书面仲裁协议,但是法院认为“诉求解决声明”是专门的且构成其自身代表的国家和代表它们的国家之间的书面协议,因此第九上诉法院认同地区法院的说理,最终决定维持原判。在1986年英国的 *Dallal v Bank Mellat* 一案中,^③原告美国公民Dallal以被告Bank Mellat未履行支票为由,诉至伊朗-美国索赔法庭,法庭作出的裁决是驳回原告的诉求。最后,原告又起诉至英国法院,法院以滥用诉讼程序等理由驳回了申请。在这当中,被申请人提到仲裁当事人的行为和提交的书面诉状构成一份仲裁协议,法院也同样认为,“诉求解决声明”作为伊朗与美国政府签订的代表自身及其国民约定提交仲裁的协议。

^① 阿尔及尔协议是指1981年1月阿尔及利亚政府调解美国和伊朗发生的德黑兰人质事件,所发布两份声明,在性质上属于国际条约。

^② US No.84, *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc. and others*, US District Court, General District of California, Not Indicated, 14 January 1988, in Albert Jan Van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1989-Vol. 14*, pp.764-766; *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 887 F.2d 1357 (1989). 在本案中,争议问题是伊美索赔法庭作出的针对美国公司的裁决在联邦法院是否具有可执行性,地区法院判定根据《纽约公约》和联邦仲裁法其在执行上具有标的物管辖权,本院予以同意。1979年德黑兰人质事件之后美国与伊朗发生冲突,在阿尔及利亚的调停下,美国和伊朗签订了阿尔及尔协议。前者规定,政府与个人之间的诉求通过约束性仲裁来解决,美国同意终止所有正在进行的诉讼程序。后者规定,建立伊美诉求法庭。Hoffman 霍夫曼公司(后来被合并到Gould公司)向海牙提出诉求,请求伊朗赔偿违约损害。法庭作出合并裁决,裁定Gould赔偿360万美金给伊朗。但是,阿尔及尔协议没有规定一个具体的裁决执行机制,而取决于两个国家的裁决执行机制。随后,法庭的裁决导致进入到美国加利福尼亚中区地区法院的执行诉讼程序。Gould公司认为法院缺少标的物管辖权,其中的一个理由是法庭程序没有符合《纽约公约》的相关术语。地区法院部分驳回了Gould公司的请求,但认为其本身有管辖权。双方当事人提出上诉,Gould公司认为,阿尔及尔协议不符合书面仲裁协议的定义,《纽约公约》的一些条款确实表明裁决应当来源于书面协议。上诉法院认为,阿尔及尔协议本身代表了所规定的书面协议,因为美国总统有权代表美国国民通过签订国际协议的形式解决诉求。上诉法院还认为,仲裁并没有由契约性转变为司法程序。

^③ *Dallal v Bank Mellat* [1986] 1 QB 455-456 (The Law Report 1986).

在国际条约方面，1994年签订、1998年生效的《能源宪章条约》规定，第3段规定的缔约国的无条件同意和第4段规定的投资者的书面同意应当被认为满足了要求，即《纽约公约》第2条所指的书面协议。^①同理，2004年美国的示范BIT第25.2.b条和2004年加拿大示范BIT第28.2.b条也作出类似的规定。因此可以认定，投资法庭裁决在执行上并不会因为缺乏传统上的书面管辖协议而受到太多的阻碍。

（三）投资争议包含于《纽约公约》规定的“商事争议”

从文本上看，《纽约公约》第1.3条规定的公约调整对象是来源于商事关系的争议。然而，投资争议主要是一个主权国家和另一国投资者之间的投资争议，这类投资争议是否包含于商事关系的范畴，直接关系到投资法庭裁决是否可以适用《纽约公约》。在已有的投资仲裁实践中，大量投资条约都明示地规定投资争议具有商事性质。例如，NAFTA第1136.7条规定“依据《纽约公约》第1条或美洲国家间公约第1条，提交至仲裁的诉求应当被认为产生于商事关系或交易”；《能源宪章条约》第26.5.b条规定“根据本条在任何争议当事人的请求下，任何仲裁应当在《纽约公约》的当事方举行，所提交的诉求应当被认为产生于《纽约公约》第1条下的商事关系或交易”。类似的是，2006年修订的UNCITRAL示范法第1.1条对“商事”的定义也是持广义解释立场，即“商事”应当作宽泛解释，以至于包含产生于所有商事性质的关系，无论是契约性与否，而且所列举的具体商事关系不是穷尽性的。^②

司法实践中，在2010年加拿大不列颠哥伦比亚最高法院的United Mexican States v Metalclad一案中，^③墨西哥请求加拿大法院撤销NAFTA仲裁庭在2000年作出的投资仲裁裁决。在该案中，仲裁庭判定墨西哥赔付美国公司Metalclad一笔损害赔偿金。在异议的理由当中，墨西哥的法律顾问认为，不论对“商事”作出的广义解释，墨西哥与Metalclad之间的关系在本质上不属于商事，而是一种监管或规制关系，法院却认为根据1996年加拿大的国际商事仲裁法（Commercial Arbitration Act, CAA），商事性质的关系应当被解释为包含了投资关系，因而没有支持墨西哥的观点。

事实上，国内法院一致地认定投资条约仲裁定性为《纽约公约》下的“商事”关系。^④国内法院执行投资仲裁裁决的案件也表明，即便是那些限制《纽约公约》适用范围于商事关系的国家，也没有妨碍投资仲裁裁决的实际执行。在2005年加拿大安大略上诉法院的United

^① Article 26.5.a.ii of Energy Charter Treaty.

^② In UNCITRAL report, the term "commercial" is explained by the following footnote: The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature. This footnote was discussed in the commentary as follows: The content of the footnote reflects the legislative intent to construe the term "commercial" in a wide manner. This call for a wide interpretation is supported by an illustrative list of commercial relationships. Although the examples listed include almost all types of contexts known to have given rise to disputes dealt with in international commercial arbitrations, the list is expressly not exhaustive.

^③ Supreme Court of British Columbia, 2 May 2001, [2001] BCSC 664, paras.44-46.

^④ International Institute for Sustainable Development (IISD), An Online Journal on Investment Law and Policy from A Sustainable Development Perspective, 11(1) Investment Treaty News 11 (2020).

Mexican States v Feldman Karpa 一案中,^①NAFTA 仲裁庭以墨西哥拒绝给予美国公民 Feldman 税收返还款为由,判定墨西哥违反了 NAFTA 下的国民待遇条款并裁定墨西哥支付损害赔偿金,墨西哥向加拿大法院提出的撤销裁决请求被驳回,最终仲裁庭判给 Feldman 的金钱性损害赔偿得到实际的执行,尽管加拿大在 1987 年加入《纽约公约》时已经作出了商事保留的声明。^②因此可以得出结论,投资法庭下的争议属于《纽约公约》所调整的商事范围。

总而言之,投资法庭机制的相关事项符合《纽约公约》的规定,投资法庭裁决属于《纽约公约》所指的仲裁裁决。也就是说,投资法庭裁决可以通过适用《纽约公约》所设定的一整套仲裁裁决的承认与执行机制,在投资协议以外的第三国获得承认与执行。但是,在《纽约公约》已经有 163 个缔约国的情形下,不同缔约国可能会依据本国法律作出不同的或者相反的解释,例如,瑞士法院可能认定投资法庭裁决属于《纽约公约》的范畴,不过新加坡法院可能得出相反的结论。^③在此情形下,可以通过 UNCITRAL 等国际机构或多边机制来进一步阐明和认定投资法庭所作决定属于《纽约公约》所指的仲裁裁决,这样可以在更广范围内保证投资法庭裁决的有效性或可执行性。

四、结论

投资法庭机制是解决现有国际投资仲裁机制合法性危机的一大路径,欧盟在此方面作出了极大努力,寄希望于在更大程度上保护本国国民在海外的投资利益以及本国的规制权。不过,投资法庭机制本身存在着诸多需要进一步释明和完善的事项,在这当中,最重要的莫过于投资法庭裁决的可执行性。欧盟签订或拟定的上述五份协议中都一致规定,可以通过《华盛顿公约》和《纽约公约》两条不同的法律路径。尽管在理论上,根据《维也纳条约法公约》第 41 条投资法庭机制可以被认定为构成对《华盛顿公约》的内部修改,但是投资法庭裁决在协议以外的第三国的执行仍然存在一定的障碍。不过,投资法庭机制的诸多事项与《纽约公约》具有内在的协调性,相关事项符合《纽约公约》项下的核心概念,因此通过适用《纽约公约》来推动投资法庭裁决在全球范围的可执行性实际上具有更大的可能性。为了进一步投资法庭裁决的有效性,还需要欧盟与其他国家在多边层面上共同阐明相关的法律事项,进而促使《华盛顿公约》和《纽约公约》成为投资法庭裁决在全球范围流通的根本有效路径。

^① Ontario Court of Appeal, 11 January 2005.

^② The Government of Canada declares that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the laws of Canada.

^③ See Nikos Lavranos, The ICS and MIC Projects: A Critical Review of the Issues of Arbitrator Selection, Control Mechanisms and Recognition and Enforcement, in J. Chaisse et al. (eds.), Handbook of International Investment Law 17 (Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2020).

私营部门跨国碳贸易内部化的需求和机遇

孙啸宇*

摘要: 跨国碳贸易是实现全球减排的重要路径,但现状却是国际碳市场缺位且并无有效的私营部门参与渠道,因此以内部碳资本调配为本质的内部碳交易成为私营部门通过开展跨国碳交易的重要路径。通过对碳配额进行内部定价后再次分配,依托于母公司对子/分公司的资本控制建立了内部的竞争、监督和核算机制,且实现对积极减排者的激励和对怠于减排者的惩罚。从国内法审视,私营部门基于公司法等法律之规定有着对资产的处置权,但是其也同时有着相应的审慎义务。而从跨境贸易的相关法律来看,这一机制的资本流动本质使得主要需援引和关注的法律以外汇管制类为主,以控制资本跨境流动为主要管制目的即可。

关键词: 跨国碳贸易; 碳排放; 内部碳交易; 碳资本

引言

国家间的碳贸易是京都议定书体系中重要的促进温室气体减排的手段和路径,其以国际公法的形式,将“减少排放单位(emission reduction units)”作为交易的标的建立了国家主体间的交易框架。^①这一框架通过确立碳排放权的可交易性推动确立了以减排为前提的碳排放配额在国家层面的再分配。在过去的二十年中,碳市场业已成为调控碳排放的重要工具。根据国际碳行动伙伴组织(ICAP)《全球碳市场进展 2021 年度报告》:截至 2021 年 1 月 31 日,全球共有 24 个运行中的碳市场。另外有 8 个碳市场正在计划实施。这些市场的运行层级从超国家机构(欧盟)到城市,涵盖了全球 16%的温室气体排放。^②而国际化的碳市场的建立业已被提上日程,正如欧州经社委员会 2020 年的报告中所述,基于《巴黎协定》第六条建立的国际化碳市场或将成为促进温室气体减排的重要工具。^③虽然对其中交易的“商品”的称谓有所差异不同,但是碳市场确实通过“生态产品”的价值实现为减少温室气体排放提供了市场化路径。^④

* 作者简介:孙啸宇,浙江农林大学文法学院,环境与资源保护法学硕士研究生,邮箱:1828498945@qq.com,联系电话:17858831801.

^① <KYOTO PROTOCOL TO THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE> Article 6.1. For the purpose of meeting its commitments under Article 3, any Party included in Annex I may transfer to, or acquire from, any other such Party emission reduction units resulting from projects aimed at reducing anthropogenic emissions by sources or enhancing anthropogenic removals by sinks of greenhouse gases in any sector of the economy……

^② 国际碳行动伙伴组织(ICAP):《全球碳市场进展:2021 年度报告执行摘要》,国际碳行动伙伴组织。

^③ 参见:European Economic and Social Committee: <Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘Carbon markets: Emergence, structuring and challenges for European industry’ (own-initiative opinion) (2020/C 429/17)>, <Official Journal of the European Union>.

^④ 参见:丘水林,靳乐山:《生态产品价值实现的政策缺陷及国际经验启示》,《经济体制改革》2019 年第 3 期,第 157 页。

但是值得指出的是，现阶段碳市场从市场交易主体到“交易物”本身均未超出单一的司法管辖区。国际碳市场的建立，或简而言之，跨司法管辖区的碳贸易，是缺少一个稳固的法律框架来对履约情况予以保障的。原本或可寄予希望的《巴黎协定》等一系列国际公法，在美国一度退出后也暴露出其履约机制的不足。^①参考国际层面对转基因农产品规制现状的研究，在法律直接约束不足的情况下，通过技术法规甚至更进一步直接通过技术来增进互信或将有助于碳市场国际化的实现。^②而在技术尚且不足的现状下，私营部门通过直接投资他国境内实体产业来间接实现对他国碳排放权的购买及资本的转移或可成为跨司法管辖区碳贸易的新路径，但是这种做法却又与历史上污染产业向第三世界的转移的过程有所类似。因此，本文将基于我国碳市场以及跨境投资的有关实践、立法及研究成果，对通过跨境投资实体产业间接获取他国碳排放权的行为的性质及风险进行分析和总结，以探求在国际私营部门碳市场缺位的情况下，如何充分激发私营部门潜力来为应对气候变化提供资金。

一、私营部门参与跨境碳贸易的困境与出路

《巴黎协定》第六条是开展跨国碳贸易的根本性条款，但是该条款预期建立的碳贸易的实质是国家履约行为的增与减^③。虽然2019年举办于西班牙马德里的COP25上，与会各方并未就碳市场和碳排放信用额度达成协议，^④但是正如会后声明中所说，市场旨在发掘私营部门的潜力来为应对气候变化提供资金。^⑤这也正是因为现有的以私营部门为主要参与者的区域性碳市场在应对气候变化中发挥了极大的作用，使得国际碳市场的架构必然要考虑如何充分发挥私营部门之功用。

（一）受限于区域碳市场的私营部门

然而基于现有国际法之条文，《巴黎协定》框架下的碳市场和现有的区域性碳市场是存在着根本性差异的，仅从“商品”的来源和性质看，前者是依托于国际法确立的国际义务一

^① 魏庆坡：《美国宣布退出对《巴黎协定》履约机制的启示及完善》，《国际商务(对外经济贸易大学学报)》2020年第6期，第114-116页。

^② 蒋新苗，魏丽霞：《转基因农产品国际法律规制》，《华南农业大学学报(社会科学版)》2021年第2期，第107-118页。

^③ 《巴黎协定》第六条：“……二、缔约方如果在自愿的基础上采取合作方法，并使用国际转让的减缓成果来实现国家自主贡献，就应促进可持续发展，确保环境完整性和透明度，包括在治理方面，并应依作为本协议缔约方会议的《公约》缔约方会议通过的指导运用稳健的核算，除其它外，确保避免双重核算。三、使用国际转让的减缓成果来实现本协议下的国家自主贡献，应是自愿的，并得到参加的缔约方的允许的。……”

^④ 雷曜，张薇薇，〈欧盟绿色新政与中欧绿色金融合作〉，《中国金融》2020年第14期，第39-41页。

^⑤ 译自：Patricia Espinosa, <Statement by the Executive Secretary of UN Climate Change, Patricia Espinosa, on the Outcome of COP25>, UN Climate Statement, <https://unfccc.int/news/statement-by-the-executive-secretary-of-un-climate-change-patricia-espinosa-on-the-outcome-of-cop25>: "We need to be clear that the conference did not result in agreement on the guidelines for a much-needed carbon market – an essential part of the toolkit to raise ambition that can harness the potential of the private sector and generate finance for adaptation."

一国家履约行为，后者则是基于国内法或计划所确定的权利或指标。虽然二战后以个人为代表的私主体在国际法上的主体地位在个人权利和国际犯罪等方面逐渐得到承认，^①以及跨国贸易投资的愈发兴盛，但是虑及《巴黎条约》及相关国际条约之内文，一定的国内法程序构成了私营部门参与国际碳市场的间接路径。

具体来看，国家通过分解并分配国家履约行为，将其转化为每个私营部门的碳排放指标或权利，并对私营部门对相应指标或权利的使用情况通过一定的核算机制进行汇总得出国家自主贡献后以国家为主体开展国际碳贸易。在这一过程中，私营部门通过区域碳市场获取其减排行为相应的经济利益，国家则利用其减排成果实现在国际碳市场的交易。私营部门在这一过程被全然地局限于区域市场之内，纵然国际碳市场成为现实，在国家主导的现状下其所能发挥的作用也不过是被核算的对象。但是这并不意味着私营部门在跨司法管辖区的碳贸易中便将无所作为，尤其将碳排放量相关的资本往来跳出依托于国际法的国际碳市场框架后再行审视，会发现存在着一些新的交易路径。

（二）政策成本化后的投资路径

单纯从公权运行之视角看，国内和国际碳市场的本质都是“政策”市场，不仅在交易中存在多于“自由市场”的监管和限制，同时其所交易之物实质上也可以被称之为“政策”，但是其用于引导市场内主体（包括私营部门和国家）的核心工具却是市场化的价格信号。^②虽然不同的区域所采用的市场化的引导减排路径，即相应的价格信号实际上是存在着较大的差异的。但是无论是碳税抑或是碳交易，目的都是通过市场手段调控经营成本来引导私营部门选择更为低碳的经营路径。因此，不妨跳出直接参与碳市场的交易模式，更多地关注私营部门背后的资本属性，并将碳排放行为视为社会生产行为的附随。

针对环境规制、产业转移和污染迁移三者间关系的研究发现：“环境规制和省际产业转移对污染迁移具有显著直接效应，环境规制存在正向空间溢出效应”。^③而现阶段针对温室气体排放所设置的规制模式在很多方面都只是在原有的环境污染规制模式上稍作调整，包括总量控制、排放许可、市场交易、“庇古税”等都是二者通用的规制工具。因此基于碳规制而产生的“温室气体排放者”迁移现象的发生便具有了现实可能性。虑及现阶段温室气体排放常被视为环境规制的一环，世界各国也大多由环境部门负责应对气候变化事宜，或许前述迁移现象业已发生，只是被污染迁移等所包涵而未能被专门关注。

^① 张军旗，《个人的国际法主体地位辨析》，《东方法学》2017年第6期，第2-13页。

^② 齐绍洲，张振源，《欧盟碳排放权交易、配额分配与可再生能源技术创新》，《世界经济研究》2019年第9期，第136页。

^③ 沈悦，任一鑫，《环境规制、省际产业转移对污染迁移的空间溢出效应》，《中国人口·资源与环境》2021年第2期，第52-60页。

基于此，或可大胆设想一类碳排放权的交易路径，即资本直接对拥有碳排放指标的私营部门进行跨境投资，其投资行为受外商投资法等跨境投资类法律法规所规制，而其实质上实现了资本和碳排放指标的国际交易。在尚无全球统一的碳定价机制的当下，差别碳价必然会在全球资本流动中发挥一定的导向作用。如果说单纯以较为优惠的碳定价作为投资实体的推动力尚且不足，在生产全球化的时代，资方更多地会通过调整其价值链布局来促进低碳化，从中获取利益的同时亦可借以规避相关的监管风险。根据世界银行的报告，包括微软在内的诸多跨国公司正在通过“内部碳定价（internal carbon pricing）”等方式达成这一目的。^①这份报告同样指出，激励低碳投资、提高能效以及改变内部行为成为驱动多数企业采取相关行动的主要动机。^②

综上所述，私营部门的参与是国际碳市场得以发挥减排功用的重要前提，但是受限于其身份，私营部门并无有效的直接参与路径。参考历史上环境规制影响下产业转移的历程，私营部门通过跨境投资等资本流动实现其碳排放成本的降低。而前述“内部碳定价”正是当下较为热门的手段之一。但是正如其名称所宣示的“内部性”，以其为代表的企业间接性参与全球碳交易的工具大多是作为私营部门内部调节的途径，其所需要面临的外部监管和风险在传统意义上是由经济法中的反垄断法和反不正当竞争法所管制。而当涉及的私营部门跨越多个司法管辖区后，外商投资法等国际经济法或将成为承担主要的管制职能的法律部门。

二、内部化的跨境碳贸易的外部化影响

正如前文所述，虽尚无可供私营部门直接贸易之全球性碳市场，但是市场一体化同时具有的对区域协调发展和节能减排的正向效益，^③已经为跨境碳贸易中私营部门所能发挥的积极作用展现了前景。在这一前提下，由于金融资源的配置方式和效率如价值链布局的调整可

^①参见：World Bank Group, <State and trends of carbon pricing(2019)>, <http://documents.worldbank.org/curated/en/598811476464765822/State-and-trends-of-carbon-pricing>: As more companies are committing to net zero targets, the demand for offsets from the corporate sector could grow further, especially in cases where companies include their scope 3 emissions in their net zero targets or aim to go carbon negative. Increasingly, internal carbon pricing is implemented as a tool to achieve net zero or carbon negative targets described in Case studies on companies using an internal carbon price to achieve net zero or carbon negative targets: Microsoft announced it has set a target to be carbon negative by 2030 for its entire value chain emissions. Part of the strategy is to extend its carbon fee program to also cover all scope 3 emissions and implement new procurement processes and tools to incentivize its suppliers to reduce their emissions. Microsoft applies an internal carbon price to its GHG emissions, with all proceeds going into a fund dedicated for low-carbon investments and energy efficiency. Where Microsoft is unable to reduce its GHG emissions, e.g. for its energy use or company travel, it uses this fund to buy offsets where needed with the aim of achieving carbon neutrality.

^②参见：World Bank Group, <State and trends of carbon pricing(2019)>, <http://documents.worldbank.org/curated/en/598811476464765822/State-and-trends-of-carbon-pricing>: Companies use internal carbon pricing for multiple reasons. More than half of the companies cited incentivizing low-carbon investments, driving energy efficiency and/or changing internal behavior as objectives for their internal carbon pricing program.

^③ 龚新蜀，史雪然，韩俊杰，《市场一体化对中国环境质量的影响研究》，《工业技术经济》2021年第2期，第146-152页。

以对产业结构及相关环境行为产生正面影响，^①私营部门也在通过诸如“内部碳定价”等手段对资本流动进行再配置并实现其全链条的低碳、零碳乃至负碳化。

（一）内部化碳资本调配的碳贸易属性

虽然从表面上来看，前述的资本调配固然以碳排放为重要考虑因素，但是所用于交易的仍然是传统的商品，直接称之为碳贸易恐有名不副实之嫌。但事实上，包括“内部碳定价”在内的一系列手段均脱胎于“企业内部碳交易机制”这一理念，即私营部门内部基于“总量控制和排放交易”的理念之指导，以其内部的市场化为基础，将碳排放权进行市场化流转，在市场化流转的过程中灵活运用包括期权机制在内的各类市场工具，实现私营部门内部碳排放权的再分配，最终促进减排目标的实现。^②

这一机制的关键在于通过价格竞争机制来奖励积极减排者，惩罚超额排放或消极减排者。而这也恰是现阶段各区域碳市场乃至《巴黎协定》想要建立的国际碳市场所立身的重要基础。而“内部碳定价”的本质则是私营部门在获取由国家分配的碳排放配额后在其内部进行的又一轮再分配，即将相关配额有偿分配至私营部门内部的各二级部门，各二级部门在将配额应用于自身运营后，对于剩余之配额自行研判是否投入交易之中。“有偿”则成为这一过程中与一般国家初始分配的关键区别，即产生获取碳配额相应之代价并促进企业通过积极减排来参与交易以弥补这一代价。

（二）内部化碳资本调配的国际化属性

正如前文所述，地区化、差异化的碳交易市场以及定价机制成为跨区域私营部门间开展直接碳贸易的重要阻碍。欧盟所提出的“碳边境调整”即旨在调整不同碳定价区域内涉碳排放产品的跨地区贸易中因碳排放成本差异而导致的产业竞争力下降以及碳泄露问题。但是有学者认为其在协调二氧化碳排放和贸易自由化方面存在困难，且与WTO规则不相契合。^③随着一带一路的推进，我国业有学者提出应建立一套碳税边境调整措施，^④虽尚难寻到WTO基本规则支持，但或可通过相应的例外条款获得合法性。^⑤

归功于这个经济全球化的时代，看似是私营部门内部的再分配实际上却已经跨越了单一司法管辖区的边界。这也是因为当代的私营部门的价值链已经不再局限于一地，而是分散在不同的司法管辖区之中。在这一情形下，“内部碳定价”势必也将成为一个“超国界”的价

^① 孙天睿，张向荣，《金融资源错配、产业结构与环境污染——基于中国地方数据的检验》，《工业技术经济》，2021年第5期，第99-106页。

^② 王璟珉，岳杰，魏东，《期权理论视角下的企业内部碳交易机制定价策略研究》，《山东大学学报(哲学社会科学版)》2010年第2期，第86-94页。

^③ 陈斌，《碳税边境调整的困境与发展》，《税务与经济》2011年第1期，第104-107页。

^④ 龙英锋，《“一带一路”国家碳减排复合机制构建》，《会计与经济研究》2019年第2期，第101-110页。

^⑤ 龙英锋，《全球气候变化碳税边境调整国际法规则》，《会计与经济研究》2015年第3期，第113-125页。

格机制，但是这无疑和前文所述的“企业内部碳交易机制”中的碳配额最初来源即来自国家的初始分配会发生冲突。尤其在价值链上的各部门位于不同地区，且其碳排放所需承担的代价存在显著差异时，作为碳排放配额内部分配主体的价值链所能分配的配额其实也受到配额所处的区域限制。

基于此，则应将其价值链视为一超越边境的资本联合体，其据以分配的是这一资本联合体在不同区域的分支部门所获得的碳配额的总和，并在不违反各自区域上限的情况下开展交易。这一交易的前提是各分支部门均致力于积极减排并取得一定成果，并据以在内部竞争的市场上取得交易可能。其并未突破现有的碳贸易鸿沟，而是在遵循规制的基础上再运用经济手段促进各分支部门参与减排。简而言之，碳配额依旧在其一开始即被分配的区域市场之中，但是内部碳定价则为碳配额赋予了一个资本上的价值，而这一价值与其相应的资本的变现可能则依赖于相关减排行为所带来的未利用配额所附随的内部的相应经济利益，以及各分支部门为获取这一利益而有可能开展的内部竞争。在充分竞争的语境下，各方均需积极开展减排以期获得竞争中的优位，并最终实现全价值链的碳减排。

（三）小结

综上所述，私营部门内部化的碳资本调配通过对碳配额的内部赋值建立了“企业内部碳交易市场”，并以有偿的初始分配刺激其内部各分支部门积极开展碳减排。而以资本流动获利的方式实现碳减排的经济效益的获取是可以将境外主体作为利益来源的，从而在遵守各区域内碳配额的基础上实现了减排者获利的资本来源的国际化。

即从外在的贸易流来看，私营部门内部化碳资本调配的形式是资金和相应的行为的交互。从内在的互动看，私营部门内部化碳资本调配是通过促进各分支部门在碳减排中相互竞争来获取资本再分配中的优位。可见私营部门内部化碳资本调配是实现跨区域的以私营部门为主导的有效发掘私营部门竞争积极性的一类市场化减排路径，其通过构建内部化市场代替了国际碳市场的平台功能，又通过碳配额资本化、货币化突破了不同区域碳定价不同的现状，单从促进私营部门参与国际化的碳减排来看，切实发挥了一定积极作用。^①

但是这类跨越国境的资本流动，其虽然是私营部门内部价值链间的互动往来，但是其各分支部门却往往又有着自己独立的对外身份并以此受相关国家法律之规制，其间资金流动则必然需遵循特定跨国投资之法律约束。

三、内部化的跨境碳贸易的法律性质

^① 参见：王文举，赵艳，《全球碳市场研究及对中国碳市场建设的启示》，《东北亚论坛》2019年第2期，第128页。

如前所述,以内部碳资本配置的形式开展的跨境碳贸易之本质系属借助资本流动来驱动价值链各部分积极采取行动以减少碳排放。从资本流动来看其分为两个方向,即减排者出售内部碳配额换取的资本流入和购买者购买碳配额造成的资本流出。考虑到私营部门价值链中行使碳配额分配权能者并无诸如国家公权力一般的强制效力,其借以约束各方切实参与市场的主要是基于股份控制所生的控制力,对运用法律手段予以规制的关注较少。

（一）国内法层面的定性和规制

内部碳资本配置的发生虽然是位于私营部门内部,但是内部资本市场仍需受法律之管制,特定之法律的出台对其运营也有着影响。^①从国内法层面看,这类企业内部控制的具体的规则通常由公司法、证券法、会计法等共同明确,此外,我国早在 2008 年即由财政部、证监会、审计署、银监会、保监会联合印发了《企业内部控制基本规范》用以加强和规范企业内部控制,后续亦出台了一系列的《企业内部控制应用指引》进行明确。因此,或可结合其内容探索在国内法层面开展内部碳资本配置的行动指引。

根据该规定,内部控制的目标是保障企业经营的合法性、披露信息的真实性完整性、提高企业经营效率和促进企业实现发展战略,其贯穿决策、执行和监督全过程,覆盖企业及其所属单位的各种业务和事项,内部碳资本配置自然也在其覆盖范围之内。而《企业内部控制应用指引第 8 号——资产管理》则可作为企业开展碳资产管理控制的重要依据,有学者即指出:“当企业的实际排放量低于政府核发的排放配额时,就可以将多出的排放配额在碳排放市场上进行出售,获得经济利益,因此,碳排放配额符合“资产”的确认特征。当企业的实际排放量低于政府核发的排放配额时,就可以将多出的排放配额在碳排放市场上进行出售,获得经济利益,因此,碳排放配额符合“资产”的确认特征。”^②基于此,碳资本就有了公司法上的存在依据,并据以可投入资产的交易之中,而根据《企业内部控制基本规范》的要求,企业应按照不相容职务相分离的原则,设计基于碳资产交易所衍生的投资和金融产品等具体环节的控制。

据以此,私营部门内部碳资本配置应作为公司经营行为的一部分,受公司法之约束,谨慎控制内部风险,并承担相应之责任。

（二）跨境层面的法律定性和规制

全球最早的内部碳交易启动于 1998 年的英国石油,英国石油公司在 100 多个国家拥有

^① 祁怀锦,万滢霖,《《物权法》、内部资本市场与企业融资约束》,《经济学动态》2018 年第 11 期,第 88-102 页。

^② 引自:孙志梅,邢树东,《碳排放核算与内部控制体系构建探讨》,《财会通讯》2015 年第 1 期,第 33-35 页。

150 多个子/分公司，这也使得其从一开始即成为一个跨境的碳交易机制，并引发全球范围内对该机制的广泛应用。^①作为商业主体，母公司对其子/分公司以资本控制的形式产生约束，这一约束也成为建立内部碳交易机制的基础。但是这一机制必须建立在遵守子/分公司所在国法律法规的基础上，这也使得这一跨国内部碳交易机制有着双重遵循：对资本的遵循和对法律的遵循。

基于此，则可将内部碳资本调配行为视为跨国集团型私营部门开展跨境直接投资的行为，其本质实质上就是资本的流动，在跨国监管的语境下主要的“流通物”便是资本本身。在此则援引《外汇管理条例》中有关资本项目外汇管理的有关规定，通过减排实现的资本流入其应当归属为直接投资，即经有关主管部门批准后，应当到外汇管理机关办理登记，而基于内部碳配额需求而造成的资本流出则当被视为“境内机构、境内个人向境外直接投资或者从事境外有价证券、衍生产品发行、交易”，并按照国务院外汇管理部门的规定办理登记。在资本跨境流动之外的监管则无需法律效劳，盖因其并无其他会参与跨境流动之物或债。

四、结语

在国际碳市场缺位以及并无有效的私营部门参与渠道的背景下，以内部碳资本调配为本质的内部碳交易成为私营部门通过开展跨国碳交易实现全球减排的重要路径。这一交易形式通过对碳配额进行内部定价后再次分配，依托于母公司对子/分公司的资本控制建立了内部的竞争、监督和核算机制。

分别从国内法和跨境贸易的相关法律的视角对其进行审视，可见在单纯的国内法角度来看，私营部门基于公司法等法律之规定有着对资产的处置权，但是其也同时有着相应的审慎义务，即通过建立必要的内部控制来实现对风险的管控，并在未能尽责时根据公司法以及公司章程的规定对股东承担责任。而从跨境贸易的相关法律来看，基于这一机制的本质是资本的流动，相应行为实质上均局限于单一区域内，因此主要需援引和关注的法律以外汇管制类为主，以控制资本跨境流动为主要管制目的即可。

^① 杜丽娟，杜美卿，任伟，马振华，《大型企业内部碳交易价格机制研究》，《价格理论与实践》2019年第9期，第46-49页。

《外商投资法》中“间接征收”认定及补偿条款研究

孙宇辉*

摘要：改革开放四十余年，我国逐渐从资本吸收国往资本输出国迈进，国际经济情势纷繁复杂，过去只考虑国际投资中的东道国利益的情况不再适用，在此背景下《外商投资法》对“间接征收”的认定及补偿也作出了相关规定。本文首先介绍了间接征收的定义、认定标准和补偿标准，然后将《外商投资法》与“旧外资三法”中间接征收条款做了比较，肯定其进步的同时找出其仍存在并未区分直接征收和间接征收、未规定影响间接征收认定的因素、间接征收补偿标准规定不足这三方面主要问题，并提出相关的完善建议。

关键词：外商投资法；间接征收；认定标准；补偿条款

引言

改革开放以来，中国吸收外资规模不断扩大，质量也不断提高。随着国际投资格局不断变化，中国也与时俱进地完善了外商投资法律制度。《外商投资法》的颁布为中国进一步吸引和促进外商投资，以及营造更为便利化、平等化、国际化的营商环境奠定坚实基础。在过往的国际投资领域中，征收及补偿一直是国际投资领域的热点，征收及补偿条款不仅是涉及对外商投资者的保护，也关系东道国政府捍卫其国家经济主权。相对于直接征收措施，外商投资关心更关心其面对的间接征收风险。间接征收及补偿条款的效力和规制水平，将在极大程度上影响国外投资者是否选择来我国投资。而且随着中国经济的崛起，中国面临的外部形式又发生重大的变化，逐渐成为了一个重要的资本输出国家，中国的海外投资者亦开始关注东道国的间接征收风险，当下作为资本输出和资本吸收双重身份大国的中国，非常有必要对间接征收认定及补偿条款进行更深层次的研究和探讨。

一、间接征收制度的概念

（一）间接征收的定义

间接征收这一概念在各种条约的立法和仲裁的实践中，始终没有明确统一，但是在国际投资领域，间接征收是指东道国虽然没有直接剥夺投资者的财产所有权，但是采取管制等措施限制或严重阻碍其财产权的行使。其具体内涵包括如下：首先从投资者财产所有权角度考

* 姓名：孙宇辉，男，汉族

单位：中南财经政法大学法律硕士教育中心 2019 级硕士研究生

手机：18805158366

电子信箱地址：zueler2019@163.com

邮寄地址：湖北省武汉市洪山区南湖大道 182 号中南财经政法大学环湖宿舍区 18 栋 邮编（430070）

虑,间接征收是对投资者财产一种非暂时性的干涉而非剥夺。间接征收行为往往会让投资者的投资收益受到影响,但不会实际改变其财产的所有权。其次,从间接征收的实施方式考虑,间接征收往往采用延迟对资产的临时扣押、大幅度提高税收、制定更严苛的规章等较为隐蔽的措施。最后从东道国实施间接目的考虑,间接征收往往是一国政府出于维护本国的经济发展、环境健康、公共安全等社会公共利益的目的,直接征收一般是剥夺外国人财产权以恢复或者实现政权的独立。但在实践中,间接征收的效果往往与直接征收相似,都让投资者的财产权益受到了实质的损害。

（二）间接征收的认定标准

征收行为和政府正当管制措施之间往往很难鉴定,存在所谓的灰色区域,如何正确区分东道国政府是征收措施还是为了社会公益利益实行的管制行为,不仅事关东道国政府的经济管理权限是否受限,也涉及外国投资者的合法权益保护。因此对政府采取措施是否构成间接征收的认定非常重要。在间接征收的认定标准问题上,传统学说一般主客观两个角度考量,一般分为纯粹效果标准^①、纯粹目的标准^②、效果与目的兼顾标准^③、比例原则^④等。无论是纯粹效果标准还是纯粹目的标准,只考虑一种单一因素很难获得投资者和东道国双方的认可,效果与目的兼顾标准比较中立客观,但是效果与目的如何兼顾也成为一大问题。有学者提出引入比例原则来权衡效果和目的,兼顾效果和目的标准结合比例原则,既能实现东道国实施该措施的目的,也最大程度的减少了对投资者的损害,这种认定标准在当下是较为合理且为各方接受的。

（三）间接征收的补偿标准

无论是国际法学者的理论研究还是各国签订的投资条约,都鲜有区别直接征收和间接征收。有学者甚至认为直接征收和间接征收可以适用一样的补偿标准。但是许多被指控为间接征收的行为往往只是东道国政府为了保护保护本国的社会公共利益。在国际投资领域普遍将“赫尔标准”即充分、有效且及时的补偿规制作为各国签署条约中的补偿规则的背景下,继续对直接征收和间接征收适用同样标准则引起了部分学者的质疑。其中有学者提出了完全补

^① “纯粹效果标准”,是指在区分过度管制和征收措施时,仅将东道国政府所采取行为的效果作为判断的依据,不考虑行为的目的或性质。

^② “纯粹目的标准”则不同于纯粹结果标准,认为东道国政府所采取的行为性质具有决定性作用,具备正当的公共目的或者为了公共利益本身就足以证明东道国政府之所以采取相关行为是对治安权的正当行使,因此不构成间接征收。

^③ “效果与目的兼顾标准”认为,在认定东道国政府所采取的措施是否构成间接征收时,既要考虑该措施造成的效果,也包括采取这些措施的目的为何。

^④ “比例原则”认为东道国为增进本国整体社会公共利益所采取的措施是适合恰当且必不可少的,只要尚未对投资者造成过度或者不合理的负担,就不应该认定为间接征收。

偿学说^①、不予补偿学说^②和不完全补偿标准。本文支持不完全补偿标准学说。在全球重视环保的今天,东道国政府如果因为环保等公益目的而对外国投资者采用限制措施,正当且合理,而且这些国家往往是发展中国家,偿付能力有限。因此在上述情况下,为了公共利益而采取措施构成间接征收时,也不应该补偿,这也是“治安权利外条款”^③。国内相关法律法规可以在规制间接征收条款时加入治安权例外条款,在追求经济发展以外,更好的保障环境保护、公共健康等方面的追求,也可以留下一定的应对空间更好的维护我国的经济管理主权。

二、《外商投资法》与“旧外资三法”中间接征收条款分析

(一) 征收对象方面

《外商投资法》总则的第二款规定了新法征收条款的对象是外国投资。而旧外资三法中对象是“外资企业”。保护外国投资明显是大于保护外国企业的,外国投资不仅包括有形财产如项目、企业也有一些无形财产如股份、股权,这种区别是中国不断提高对外开放水平的表现,也彰显了大国对外开放的自信。

(二) 不实行征收行为原则方面

《外商投资法》第二十条规定了国家对外国投资者的投资不实行征收,这与“旧外资三法”对外国投资者的投资保护是一致的。保障绝大部分情况下外商的合法投资利益都受到《外商投资法》的保护,这是一般原则,也有利于吸引外国投资者。但是有原则即有例外,保护外来投资者应当是有限度的保护,如果是为了我国的社会公共利益,也可以对外商投资进行征用和管制。旧的外资三法对外国投资者的投资保护也是不实行征收行为为原则,但区别在于《新外商投资法》取消了“国有化”这一概念,将其归为“征收”,并且在“征收”的基础上增加了“征用”这一概念。

(三) 征收合法性要件

征收合法性要件即这种例外条款^④。新的《外商投资法》第二十条在“旧外资三法”的基础上,从给予“相应的补偿”变化到“及时给予公平、合理的补偿”。其他的要件如国家为了公共利益需要、按照法定的程序是一样的。这样的规定不仅符合国际的传统规定,也符

^① 该学说认为,只要东道国政府的措施构成了间接征收,就必须给予补偿并且支持直接征收和间接征收适用相同标准的补偿规则。

^② 该学说的立场则和“完全补偿”完全相反,他认为东道国政府采取管制措施对于维护国家的正常运作以及维护涉及到全体人民的公共利益是必不可少的。

^③ 东道国政府在出于维护公共利益的目的而对外商投资者实施,相关措施时可以免除自身所需承担的间接征收补偿责任,即“治安权例外条款”

^④ 《外商投资法》在其征收条款中除了规定“不实行征收”的一般性原则以外,还规定了东道国政府在满足某些条件下便可以对外商投资实行征收和征用的例外条款。有学者将这些能够为国家征收外商投资者投资打开合法性大门的条件,称为“征收合法性要件”

合对国家行使国家主权的合法性认可,有利于保护更多的海外投资流入,有助于助推中国经济的发展。

三、《外商投资法》中间接征收条款的不足

(一)《外商投资法》并未区分直接征收和间接征收

《外商投资法》制定的目的即扩大对外开放,更好的保护外商的合法权益以促进外商投资。但是《外商投资法》中没有规定直接征收和间接征收的区别,近年来,外商主要面临的风险是间接征收,法律条文的不确定性会让外商无所适从,在救济时也会遇到一定阻力。此外,没有明确规定间接征收的具体含义,无法规定影响间接征收的相关因素,也无法有效认定东道国的管制措施是否构成间接征收,这样一来,不利于解决中国未来将面对的间接征收纠纷,《外商投资法》保护外资利益,扩大对外开放的立法目的难以得到实现。

(二)《外商投资法》并未规定影响间接征收认定的因素

在未区分间接征收和直接征收的基础之上,《外商投资法》对间接征收认定的因素也未作规定。随着经济全球化的进程和国际资本的快速流通,各国在采取直接征收措施时都变得更为谨慎,此时间接征收的认定因素将决定谁为采取管制造成损害后买单,其重要性不言而喻。理论界我国的余劲松教授已经提出三个角度即政府管制措施的目的和性质、干涉财产权益的程度、对合理投资预期的妨碍^①。在理论已经有了较大程度突破的情况下,外商投资法中的相关条款的不足亦存在很大的进步空间。

(三)《外商投资法》和《外商投资法实施条例》对间接征收补偿标准规定的不足

《外商投资法》第二十条^②中“及时”“公平”“合理”等规定需要补偿的相关字样表明了我国逐渐接受了国际认可度较高的“赫尔标准”。但是没有进一步规定如何补偿,如补偿额的计算标准、外资财产被征收期间的利息计算和损失是否算入补偿额、补偿额的起止计算时间,而这些在我国对外签订的一些双边投资条约中是有具体规定的^③。

《外商投资法实施条例》也没有细化相应的补偿标准,仅仅有补偿按照“市场价值”的字样,而在有些我国对外签订的双倍条款中规定的是“公平市场价值^④”。虽然已经相比“旧外资三法”有了一定进步,但是仍会让国外投资者有一定的落差感。我国有些双边协议中也

^① 余劲松著:《国际投资法》,法律出版社 2007 年版,第 296 页。

^② 第二十条 国家对外国投资者的投资不实行征收。在特殊情况下,国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用。征收、征用应当依照法定程序进行,并及时给予公平、合理的补偿

^③ 中国和德国关于促进和相互保护投资的协定》(中征收条款中规定的“补偿应当包括直至付款之日起按当时商业利率计算的利息,并应可有效地兑换和自由转移”

^④ 谓公平市场价值,简而言之,是指在供需曲线的交汇点上买者向卖者所应支付的市场正常价款

包括补偿额的起止计算时间和利息计算等问题^①，并且国际上诸多国际对这些规则标准已经做了细化，但是《外商投资法实施条例》尚未规定。

四、《外商投资法》中间接征收条款的完善

（一）区分直接征收和间接征收

经济全球化日益显著，直接征收的相关案例越来越少，大多数国际征收纠纷是间接征收案件，我国面对间接征收案件的应诉风险也随着多变的国际局势大幅度提升。在此背景下，《外商投资法》的修改很有必要，可以在立法环节配套相关的法律法规以区分直接征收和间接征收，直接规定间接征收即“效果等同于征收和征用的管制措施”。这样一来不仅可以明晰直接征收和间接征收的区别，也可以实现外商投资法的立法目的，给投资者更多的安全感，吸引更多外资以助推我国“一带一路”中国特色社会主义市场经济的平稳发展。

（二）规定影响间接征收认定的因素

基于上文所述“兼顾效果和目的”的标准，在规定影响间接征收认定的因素时，既不能只考虑目的而偏袒东道国，也不该只考虑效果无限制保护国外投资者。而应当以客观事实为依据，在区分直接征收和间接征收的基础上，参考理论界的想法和国际仲裁中的相关经验，在外商投资法的配套法律法规中规定影响间接征收认定的因素。主要从可以从以下四个角度考量：一是东道国政府的目的是否出于保护公共利益，二是该措施对国外投资者财产权的损害程度，三是在对投资合理期待的损害程度，四是该管制措施对国外投资者的歧视程度。如此不仅可以平衡国外投资者和东道国的双方利益，也可以更好地实现《外商投资法》的立法目的。

（三）规定间接征收具体补偿标准和补偿额的计算时间

《外商投资法》及实施条例在间接征收的具体补偿标准方面非常模糊，与此同时，间接征收行为所面对的外商投资的市场化程度不高，并且买家和卖家的竞争非常不充分，市场价格非常难以确认。无论是直接征收还是间接征收，东道国和国外投资者双方的对抗往往都十分激烈，对此国际各国一般会使用公平市场价值标准^②。我国可以在将《外商投资法》的“市场价值”修改成“公平市场价值”的基础上，依据事实灵活确认不同的估价方法。而补偿额的计算时间方面，为了将来更好的面对间接征收案件中的应诉风险且明确其中的补偿额，我

^① 如《中德 BIT》规定“应包括直至付款之日按当时商业利率计算的利息”、《中法 BIT》规定“补偿额应当等于征收所涉及的投资的真正价值并且应当根据征收之前的正常的经济条件加以确定……补偿应当包括至支付日为止的，按照适当的商业利率计算的利息”

^② 伊朗与美国求偿法庭对“公平市场价值”的定义：买卖双方自愿的前提下，在公开市场及公平交易的基础上，买方愿意向卖方支付的价款额度。

国可以参照国际通行的标准^①，按照间接征收措施发生的次日起算。

五、结语

《外商投资法》立足宪法有关外商投资保护精神，在充分吸取“旧外资三法”的弊端教训后，构建了更完善的外商保护机制。不过其间接征收的认定及补偿条款相较于“旧外资三法”虽然有了一定进步，但还不足以面对未来更为复杂的国际经济形势，本文提出的相关措施也许有助于完善《外商投资法》。随着《外商投资法》及其实施条例的有序实施，实践中不断检视相关的不足之处，对间接征收认定及其补偿的研究会更加充分，相关配套法律法规会更加完备，这将对外国投资者提升投资中国的信心带来积极正面影响，也可以优化国际投资的环境，平衡我国与外国投资者的利益，推进更高的对外发展水平，最终实现中华民族伟大复兴。

主要参考文献

- [1] 余劲松著：《国际投资法》（第三版），法律出版社 2007 年版
- [2] 徐崇利：《“间接征收”之界分：东道国对外资管理的限度》，载《福建法学》2008 年第 2 期。
- [3] 马呈元：《国际法》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 307 页。
- [4] 胡晓红：《论美国投资条约中的环境规则及其对我国的启示》，载《法商研究》2013 年第 2 期。
- [5] 杨丽艳、张新新：《再论国际投资仲裁中间接征收的认定及扩大适用》，载《时代法学》2017 年第 2 期。。
- [6] 中国外国投资国家安全审查制度研究[J]. 刘磊. 江南社会学院学报. 2016(04)
- [7] 全球经济增速放缓背景下国际贸易规则新趋势及中国的应对[J]. 陈坚. 改革与战略. 2017(04)
- [8] 国际投资体系中的准入前国民待遇——从日韩投资国民待遇看国际投资规则的发展趋势[J]. 赵玉敏. 国际贸易. 2012(03)

^①国际通行标准为：补偿额的起算时间就是该类征收或间接征收行为确定发生之日或者其次日。

美国对伊制裁影响下海上货物运输合同免责条款与相关责任保险浅析

——以中国法下中国航运企业应对制裁风险为视角

谭远劲飞*

摘要：美国在国际社会利用其强大的综合国力，奉行单边主义并对他国主体实施长臂管辖。在对伊朗经济制裁过程中，美国利用次级制裁手段将单边制裁强制升级成多边制裁，波及第三方国家和实体。我国航运企业也受到对伊制裁波及，出现了船舶被扣留、资产被冻结、与美国主体交易被禁止、高管被限制出入境等情况。文章基于笔者对美国制裁相关法律理论与制度的学习，梳理制裁伊朗的法律政策背景，浅析航运企业在美国制裁伊朗法律框架下面临的主要风险，并在探究应对策略的过程中，发现现有制度如海上货物运输合同中提单运输合同的免责条款、船东互保会提供的货物责任保险能够发挥的作用十分有限。

关键词：对伊制裁 航运企业 免责条款 责任保险

引言

二十世纪下半叶，伊朗发生了伊斯兰革命这一政治事件，伊朗人民推翻了当权政府，并在反美情绪之下扣留了美国公民作为人质，于是美伊两国交恶。^①1993年，伴随着新任美国总统克林顿的掌政，美国开始加大力度制裁伊朗，采取“双重遏制”政策。^②在这样的背景之下，我国中远广州远洋运输公司所属的一艘普通货船，“银河”号，被美国认为存在向伊朗运输化学武器原料的情况，于是1993年7月份，美军出动了军事力量，在公海上截停了“银河”号，并将其扣留在公海上一个月。^③

2018年5月8日，即“银河”号事件的25年后，美国单方面宣布退出《伊朗核协议》，特朗普总统在同年8月签署了第13846号行政命令，再次开始对伊制裁。^④在这一轮的制裁之下，我国航运企业同样遭到了波及。2019年7月22日、24日，香港昆仑船务有限公司的

* 作者简介：谭远劲飞（1997-），男，复旦大学学士，复旦大学法律硕士（法学）在读研究生，E-mail: TimTanyuan@foxmail.com。作者在此感谢复旦大学法学院教授、博士生导师陈梁老师对本文指导与帮助，本文基于作者2020年6月8日所提交之本科毕业论文修改而成，作者承诺本文所有内容及其其中错误和不当之处由作者本人负责。

^① 李莉：“从‘双重遏制’政策受挫看美国与伊朗关系”，载《现代国际关系》，1997年第10期，第19页。

^② 同上。

^③ 雷海：“‘银河’号事件始末”，载《航海》2016年第3期，第18页。

^④ 叶研，吴大伟，金方斐：“美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析”，载《国际石油经济》，2018年第12期，第80-81页。

两艘液化石油气船，先后因载运伊朗液化石油气而被新加坡当局扣留。^①2019年9月25日，美国财政部外国资产控制办公室（Office of Foreign Assets Control，下简称“OFAC”）根据13846号行政命令的标准，宣布对6家中国公司和5名中国自然人高管实施制裁。^②其中便包括大连中远海运油品运输有限公司、大连中远海运油运船员船舶管理有限公司、香港昆仑船务有限公司等航运企业。

被制裁主体将被OFAC列入“特别指定国民名单”（Specially Designated Nationals And Blocked Persons List，下称“SDN名单”），可通过网络进行即时查询。^③截至2020年10月9日，清单上根据13846号行政命令制裁的中国主体有18个，其中包括11家企业与7位个人。虽然大连中远海运油品运输有限公司已经成功解除制裁，但大连中远海运油运船员船舶管理有限公司^④和香港昆仑船务有限公司^⑤仍旧在制裁清单当中。

SDN名单上的实体，其在美国境内的财产、之后进入到美国的财产或是由美国实体控制的财产会受到冻结，被制裁实体还不得与美国实体或通过美元进行交易，如果上述交易事实上发生，并通过了美国金融机构进行，相关钱款则同样会被冻结至独立账户，在制裁解除之前不得被解冻。^⑥同时，对于名单中的一些特定实体，第三国企业或个人如果与其进行交易，同样会面临被制裁、被列入SDN名单的风险。^⑦

自美国对我国发动贸易战以来，其采取了各项针对我国企业的限制、制裁手段。^⑧其中2018年年末被逮捕的华为高管孟晚舟女士，其现仍滞留在加拿大，在疫情的影响之下等待着司法程序的进一步推进。^⑨美国长期在国际社会奉行单边主义，利用其军事、金融霸权实行长臂管辖，我国法学界和实务界从各自角度对其进行了探讨，也为我国主体民事活动提出了规避风险的建议。但具体之于航运企业，如海上货物运输合同中的免责条款和责任保险两项制度能否在涉制裁情况下发挥作用，则缺少有针对性的研究与讨论。

^① 搜狐网：“莫名其妙！昆仑旗下两艘VLGC船舶在新加坡被扣”，2019年7月28日，链接：https://www.sohu.com/a/329947333_693763，最后访问时间：2020年4月16日。

^② 国际船舶网：“6家中国航运公司5名高管被列入‘黑名单’”，2019年9月27日，链接：http://www.eworldship.com/html/2019/ShipOwner_0927/153074.html，最后访问时间：2020年4月16日。

^③ OFAC Sanctions List Search: <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov>，最后访问时间：2020年2月28日。

^④ 清单上显示为：COSCO SHIPPING TANKER (DALIAN) SEAMAN AND SHIP MANAGEMENT CO., LTD.

^⑤ 清单上显示为：KUNLUN SHIPPING COMPANY LIMITED.

^⑥ 龚柏华：“中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对”，载《经贸法律评论》，2019年第6期，第3页。

^⑦ 同上，第3-4页。

^⑧ 全球纺织网：“中美贸易战！为你梳理至今最全时间线！”，2019年5月17日，链接：http://m.sjzxm.com/body/18_006/538491，最后访问日期：2020年5月24日；“2017年8月14日，特朗普签署行政备忘录，指示对中国发起贸易调查；2018年3月，美国正式批准对中国进口钢铁征收25%税，进口铝征收10%税，特朗普宣布计划对中国600亿美元商品征收关税。”

^⑨ 中国日报：“孟晚舟引渡案因疫情延后”，2020年4月1日，链接：http://news.china.com.cn/2020-04/01/content_75885271.htm，最后访问日期：2020年4月16日。

笔者意图在本文中梳理美国对伊经济制裁相关立法,并对美国制裁相关法律活动进行理论分析。在理论和制度的基础上着眼于航运企业,分析航运企业作为承运人在美国对伊制裁影响下面临的部分风险,并选择海上货物运输合同中的提单运输合同免责条款,与中国船东互保协会提供的责任保险两项制度,就其是否能在航运企业涉制裁情形下发挥作用进行讨论分析。

第一节 美国经济制裁制度背景与理论分析

本节将对美国制裁制度的立法情况进行介绍,并分别从单边主义和长臂管辖两个理论角度,对美国制裁制度进行分析评价。以下介绍与评价将作为本文研究的制度背景与理论背景。

一、制裁相关立法实践

“次级制裁(secondary sanction)是在初级制裁(primary sanction)基础上的进一步扩展,二者同属经济制裁的范畴,是美国惯用的一种制裁方式。”^①在当下的国际法环境中,国际法是否具有强制性作为一个根本性的问题被学者进行了广泛的讨论与论证,其中部分学者认为强制性实现的主要方式是主权国家的自助,即国家通过报复、制裁等强制性手段,意图制止责任国的“不法行为”^②,美国的制裁行为也契合上述理论。但针对目标国的初级制裁,作为一种单边制裁,其不见得十分有效,故美国在其基础之上延伸出次级制裁手段,要求目标国之外的其他国家也不得与之进行制裁相关的往来,将单边制裁转化为多边制裁,扩大制裁力度。^③由此,第三国的主体,无论官方政府还是企业个人,都涵盖在美国次级制裁的范围之中,不可避免地影响到了本身不具有政治性的商事交易,相关主体也因此遭遇风险。

在美国单边制裁的早期法律依据有1917年的《对敌贸易法》(Trading with the Enemy Act)和1977年的《国际紧急经济权力法案》(International Emergency Economic Powers Act)。^④其中《对敌贸易法》曾在朝鲜战争期间得到过适用,美国对在其管辖范围内中国的资产进行了冻结,而后来《国际紧急经济权力法案》的生效很大程度上替代了《对敌贸易法》,规范并赋予了总统在国家利益受到侵害时宣布进入紧急状态并实施制裁的权力,上述两部法律也被学者归纳为美国单边制裁的一般法。^⑤在一般法案基础之上,美国的次级制裁则通过

^① 刘道纪、高祥:“美国次级制裁合法性问题研究”,载《南京社会科学》,2018年第10期,第102页。

^② 杨永红:“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”,载《法商研究》,2019年第3期,第164页。

^③ 同上。

^④ 龚柏华:“中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对”,载《经贸法律评论》,2019年第6期,第2页。

^⑤ 杨永红:“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”,载《法商研究》,2019年第3期,第165页。

特别法实施,具有代表性的法案是1996年针对古巴的《赫尔姆斯-伯顿法案》(Helms-Burton Act)和针对伊朗和利比亚的《伊朗-利比亚制裁法案》(Iran and Libya Sanctions Act)。

①

次级制裁在我国学者眼中被认为违反了主权平等、不干涉内政等原则,违反了管辖权之国际法规则和反措施之国际习惯。②

二、单边主义与长臂管辖

“‘单边主义’(unilateralism)是冷战结束后出现的概念,主要是指国家按照自身意愿和方式开展外交活动,最低限度地与其他国家进行协商和吸收其他国家参与,并不惜以践踏其他国家主权、牺牲其他国家的利益、破坏多边国际机制来实现自身狭隘利益诉求的理念和行为。”③结合国际社会现状,不难发现特朗普政府实行的“美国优先”思想下的一系列政策和行为,乃是单边主义的具体体现。而长臂管辖,则更是其奉行单边主义的具体手段。

“‘长臂管辖权’是域外管辖权的美国表达,一般包括立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权……起源于解决州际问题的‘长臂管辖权’同时在民商事和刑事领域不断向域外立法管辖权与执法管辖权扩张。”④伴随全球化发展,美国成为超级大国并试图建立全球霸权,于是利用长臂管辖突破现有的管辖权原则,对他国主体进行约束限制,以维护自身国家利益。

美国长臂管辖问题的讨论,同样由1996年《赫尔姆斯-伯顿法案》和《达马托法案》(D'Amato Acts)所引起,并且在其之后美国进一步颁布和适用了一系列打击逃税、恐怖主义、腐败等强加于他国的法律,如1998年扩展到外国公司的《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act)、2010年金融证券领域的《多德-弗兰克法》(Dodd-Frank Act)、2014年《外国账户税收合规法》(Foreign Account Tax Compliance Act)、2016年《针对恐怖主义支持者的正义法案》(Justice Against Sponsors of Terrorism Act)等。⑤

美国通过长臂管辖的手段,长期以来对我国实体也进行了干预。2004年到2017年间,美国法院受理过我国包头空难侵权一案、受理了中东恐怖袭击受害者家属针对中国银行广州分行提起的诉讼,美国司法部以朝鲜核问题为借口对我国辽宁鸿祥实业发展公司提起刑事诉讼,美国财政部称中国丹东银行为朝鲜非法金融活动提供渠道并将相关公司和个人列入制裁

① 刘道纪、高祥:“美国次级制裁合法性问题研究”,载《南京社会科学》,2018年第10期,第103页。

② 杨永红:“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”,载《法商研究》,2019年第3期,第172-174页。

③ 王玉主,蒋芳菲:“特朗普政府的经济单边主义及其影响”,载《国际问题研究》,2019年第4期,第111页。

④ 肖永平:“‘长臂管辖权’的法理分析与对策研究”,载《中国法学》,2019年第6期:第39页。

⑤ Mahir Al Banna, *The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty*, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.60, 2017, pp.59, 63-64.

名单等。^①其中最受关注的，是2018年华为高管孟晚舟被加拿大政府逮捕事件。美国指控孟晚舟与伊朗电信公司进行交易，违反禁售条款并涉嫌财务欺诈，以经济犯罪为借口要求引渡其至美国。^②截至目前，孟晚舟仍滞留在加拿大。

美国通过长臂管辖行为，对外国实体课以巨额罚款，提取其机密信息等行为，被外国学者认为违反了主权平等原则和不干涉他国国内管辖权原则，并且必然导致主权的严重冲突。

③

第二节 美国制裁伊朗历史与现状

在美国经济制裁制度与理论的大背景之下，本节将简单介绍美国对伊朗进行制裁的历史情况与现实状况，作为研究美国制裁伊朗波及我国航运企业的具体现实背景。

一、美国制裁伊朗历史情况

美国对伊朗之制裁，源自于上世纪后半叶伊朗所经历的伊斯兰革命以及革命后的“伊朗人质危机”。由于美国曾经用武力干涉伊朗内政，推翻了伊朗民选产生的摩萨台政府，革命之后的伊朗社会存在着“恐美”“反美”的社会情绪^④，并在这样的背景之下，伊朗占领了美国大使馆，将52名美国外交官和平民扣留为人质^⑤，随后美国颁布了一系列法案对伊朗实施制裁^⑥。

2015年，伴随着《伊核协议》(Joint Comprehensive Plan of Action)的签订，可以视作原本缓和的美伊关系的一次转折。当年7月，伊朗与中、美、俄、英、法、德等六方签订了《伊核协议》，约定伊朗限制其核发展计划，由国际原子能机构进行和平性质的核实，而后由联合国、美国、以及欧盟解除对伊朗的经济和金融制裁。^⑦但是《伊核协议》之于美

^① 徐超，单超：“美对我滥用‘长臂管辖’及其应对”，载《世界社会主义研究》，2017年第6期，第38-39页。

^② 邓欢：“长臂管辖权的滥用及对中国的影响——以‘华为事件’为例”，载《法制与社会》，2019年第11期，第247页。

^③ Mahir Al Banna, *The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty*, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.60, 2017, pp.60-61, 69.

^④ 魏亮：“伊朗人质危机起因再析”载《西亚非洲》，2011年第1期，第68页。

^⑤ 新浪财经：“若美国对伊朗发动全面军事打击 全球将陷入何种境地”，2020年1月6日，链接：<http://finance.sina.com.cn/money/nmetal/hjzx/2020-01-06/doc-iihnzhha0603243.shtml>，最后访问日期：2020年4月18日。

^⑥ 杨永红：“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”，载《法商研究》，2019年第3期，第165-166页：“颁布的法案包括：1996年《伊朗-利比亚制裁法》(D’Amato-Kennedy Act)、2006年《伊朗制裁法》(Iran Sanction Act)、2010年《全面制裁伊朗、问责及撤资法》(Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010)、2012年《降低伊朗威胁和叙利亚人权法》(Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act of 2012)、2012年《伊朗自由与反扩散法》(Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012)等。”

^⑦ 叶研，吴伟，金方斐：“美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析”，载《国际石油经济》，2018年第12期，第80页。

国国内只是一份政治性承诺，虽然由时任总统奥巴马签订，由于共和党的反对，《伊核协议》并没有经国会表决通过，这一协议于美国的法律效力存疑。^①

二、美国制裁伊朗现实状况

美国现任总统特朗普上台之后，于2018年5月宣布退出《伊核协定》，并于同年8月签署了13846号行政命令重启对伊制裁^②，这一行政命令是使我国航运企业受到制裁波及并被OFAC列入SDN名单的直接法律渊源。笔者根据行政命令的具体内容，将美国制裁目的总结为打压限制伊朗行业几个主要行业领域的发展，其中包括能源、航运、金融等。文件中涉及的美执行制裁的机构包括美国国务卿（the Secretary of State）、美国财政部（the Department of the Treasury）、国土安全部（the Department of Homeland Security）等。

2018年11月5日，特朗普政府给予了包括中国在内的8个国家和地区暂时性的减量豁免，允许上述国家相关主体继续从伊朗进口石油而不受制裁。^③到了2019年4月22日，特朗普政府认为我国在内的相关国家继续大量进口伊朗石油，为伊朗创收，促进了伊朗核武器计划的开展，故决定将于2019年5月2日取消上述豁免，正式开启对我国相关主体的次级制裁。^④

第三节 航运企业在对伊制裁中的法律风险

本节在前两节的背景之下，立足于以13846号行政命令为主的美国制裁相关官方法律文件，对文件内容进行细致梳理，着眼于其中与我国航运企业相关的规定，归纳出被制裁主体、被制裁行为以及被制裁的法律结果，并介绍我国航运企业受制裁实例。

一、被制裁之主体与行为

2019年9月4日美国财政部发布《OFAC海上石油航运界通告》（OFAC Advisory to the Maritime Petroleum Shipping Community，下简称《OFAC通告》），就石油运输相关事宜进行了说明。根据《OFAC通告》，其所实施的次级制裁，会涉及航运企业中的各类实体和个人，包括“航运公司、船东、船舶管理人、经营人、保险人、航运相关金融机构，以及上述主体

^① 环球时报：“莫世健：退出伊核协议是特朗普得不偿失的闹剧”，2017年10月7日，链接：<https://opinion.huanqiu.com/article/9CaKrnK5sA8>，最后访问日期：2020年3月19日。

^② 叶研，吴大伟，金方斐：“美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析”，载《国际石油经济》，2018年第12期，第80-81页。

^③ 券商中国：“美国对伊制裁全面生效！中国在内8个国家和地区被豁免，豁免期限仅为180天”，2018年11月6日，链接：https://www.sohu.com/a/273472896_177992，最后访问日期：2020年5月24日。

^④ 中国日报网：“美宣布取消伊朗原油买家制裁豁免 中方已提出交涉”，2019年4月23日，链接：<http://cn.chinadaily.com.cn/a/201904/23/WS5cbeeb8da310e7f8b1578844.html>，最后访问日期：2020年3月19日。

的高管、负责人或实际控制人。”^①

相关主体，第一，根据 13846 号行政命令原文，“从 2018 年 11 月 5 日起，如果在明知或应当知道情况下进行从伊朗支付、获得、出售、运输或是营销石油或石油产品的重大交易”^②，相关执行机构则可以对其实施“菜单制裁”（“Menu-based” Sanctions）。同样，伊朗石化产品也受到上述限制。笔者分析，美国作为一个主权国家，禁止其管辖权之外的、其他两国主体之间的交易，并意图对第三国主体施加制裁，是单边主义、长臂管辖的直接体现。

第二，根据《OFAC 通告》，“如果有上述所规定之情况，或者相关主体为 SDN 名单上的伊朗主体提供了重大（Significant）支持，如伊朗国家石油公司、伊朗国家邮轮公司、伊朗伊斯兰共和国航运公司等，不论地点和国籍，都将面对被美国制裁的严重风险。”^③在笔者看来，《OFAC 通告》扩展了受制裁范围，不仅仅限于相关交易，而且明确强调了不论“地点和国籍”，突破属人管辖和属地管辖，更加体现出霸权色彩。

第三，《OFAC 通告》进一步指出，“除非豁免或例外情形，向从伊朗运送石油或石油产品的船只提供燃料服务的供应商，也可能成为被制裁对象。”^④伊朗是初级制裁对象，为伊朗提供服务的第三方会受到制裁，而根据上述规定，为第三方提供燃料服务的第四方也面临制裁风险，笔者认为这充分体现了次级制裁所具有的传递性，实质上是美国将单边行为强制多边化。

对于航运企业来说，上述规定并非要求绝对不得与伊朗相关主体进行相关交易或支持，而是对“重大”进行限定。OFAC 也对重大之内涵进行了解释：“在决定一项交易或金融服务是否为‘重大’时，财政部会考虑以下因素：（1）规模、数量、频率以及交易的本质；（2）管理层对交易的认知程度以及该交易是否形成某一交易模式；（3）参与交易的境外金融机构与被封锁的伊斯兰革命卫队个人或实体或被封锁的与伊朗有关的金融机构之间的联系；（4）交易对《全面制裁伊朗、问责及撤资法》目标的影响；（5）交易中是否存在欺诈行为；（6）

^① Department of the Treasury: *OFAC Advisory to the Maritime Petroleum Shipping Community*, Washington, D.C.20220, pp1: “……including shipping companies, vessel owners, managers, operators, insurers, and financial institutions.” Download link:

https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/syria_shipping_advisory_11202018.pdf

^② The White House: *Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran*, Executive Order 13846 of August 6, 2018, pp38941, Sec.3(a)(ii): “On or after November 5, 2018, knowingly engaged in a significant transaction for the purchase, acquisition, sale, transport, or marketing of petroleum or petroleum products from Iran;” Download link: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-08-07/pdf/2018-17068.pdf>

^③ Department of the Treasury: *OFAC Advisory to the Maritime Petroleum Shipping Community*, Washington, D.C.20220, pp1: “Those ……knowingly provide significant support to an Iranian person on …… (SDN List), such as the National Iranian Oil Company (NIOC), the National Iranian Tanker Company (NITC), and the Islamic Republic of Iran Shipping Lines (IRISL) — are at serious risk of being targeted by the United States for sanctions, regardless of the location or nationality of those engaging in such activities.” Download link: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/syria_shipping_advisory_11202018.pdf

^④ 同上: “Further, persons providing bunkering services to vessels transporting petroleum or petroleum products from Iran risk being subject to sanctions unless an applicable waiver or exception applies.”

财政部根据具体情况认为相关的其他因素。”^①重大性的判断标准可以为相关的企业、个人提供一定参考。但是从另一方面来看，并没有提供具体硬性的标准，说明 OFAC 在决定被制裁对象及 SDN 名单拟制上有着较大的自主裁量权。

二、制裁具体措施和手段

13846 号行政命令中分散规定的制裁措施，笔者将其梳理为三大类，分别为冻结制裁（Blocking Sanctions）、代理或过款账户制裁（Correspondent and Payable-Through Account Sanctions）、和菜单制裁（Menu-based Sanctions）。冻结制裁，将会冻结被制裁对象在美国、由美国控制的财产。代理或过款账户制裁，则是针对银行账户采取各种限制错的制裁。而其中最值得注意的是菜单制裁。

根据笔者对于行政命令的解读，参与伊朗石油运输之重大交易，这一与航运企业关系密切的被制裁行为，其法律后果是触发菜单制裁下各项处罚，但这并不意味着航运企业就不会受到冻结制裁或是账户方面制裁，相反菜单制裁名目繁多，并且涵盖了资产冻结、金融方面的内容。

如 13846 号行政命令第五条，给予了相关执行机构权力，可以“冻结相关主体在美国的所有财产及财产上之利益、后进入美国的财产及财产之上的利益、由美国人占有或控制的财产及财产之上的利益，并规定不得转让、支付、出口、撤回或以其它方式处理该等财产和财产之上的利益。”^②同时也规定“禁止美国管辖权之下的、涉及被制裁人利益的信贷或支付，这些信贷和支付包括任何金融机构之间的、被制裁人与金融机构之间的以及被制裁人通过金融机构进行的。”^③此外，根据笔者总结，还有一系列制裁手段，包括美国进出口银行拒绝向特定主体签发担保、保险；政府职能部门拒绝向特定主体签发许可、拒绝与被制裁人签订任

^① U.S. Department of the Treasury: *OFAC FAQs: Iran Sanctions*, 链接: https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_iran.aspx, 最后访问时间: 2020 年 3 月 2 日: "As set out in the IFSR, in determining whether a transaction or financial service is 'significant', the Treasury Department may consider: (1) the size, number, frequency, and nature of the transaction(s); (2) the level of awareness of management of the transaction(s) and whether or not the transaction(s) are a part of a pattern of conduct; (3) the nexus between the foreign financial institution involved in the transaction(s) and a blocked Islamic Revolutionary Guard Corps individual or entity or blocked Iran-linked financial institution; (4) the impact of the transaction(s) on the goals of the Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act (CISADA); (5) whether the transaction(s) involved any deceptive practices; and (6) other factors the Treasury Department deems relevant on a case-by-case basis."

^② The White House: *Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran*, Executive Order 13846 of August 6, 2018, pp38943, Sec.5(a)(iv): "block all property and interests in property that are in the United States, that hereafter come within the United States, or that are or hereafter come within the possession or control of any United States person of the sanctioned person, and provide that such property and interests in property may not be transferred, paid, exported, withdrawn, or otherwise dealt in." Download link: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-08-07/pdf/2018-17068.pdf>

^③ 同上, Sec.5(a)(iii): "prohibit any transfers of credit or payments between financial institutions or by, through, or to any financial institution, to the extent that such transfers or payments are subject to the jurisdiction of the United States and involve any interest of the sanctioned person."

何采购货物或服务贸易合同、禁止被制裁人担任美国政府基金代理人；禁止在特定对象对交易享有利益的情况下在美国管辖领域内进行任何以外币结算的交易；禁止任何美国人向被制裁主体投资，或购买其大额股份或是债权；限制或禁止特定主体的商品、技术、服务进入美国等等。^①

三、我国航运企业受制裁实例与风险

2018年7月以来，香港昆仑船务有限公司旗下的船舶，被怀疑通过关闭AIS系统来掩盖货物来源，将伊朗液化石油气运至中国，在2019年7月遭到新加坡当局的扣留。^②至2019年9月25日，香港昆仑船务有限公司被列入美国SDN名单。^③2019年7月，美国国务卿宣布对中国珠海振戎公司及其高管实施制裁，冻结其在美国的财产，限制高管人员入境，理由是公司在明知的情况下进口了伊朗石油。^④同样是在2019年9月被列入SDN名单的大连中远海运油品运输有限公司，受到美国制裁之后，公司内部有二十余艘大型游轮处于闲置状态，未得到充分利用，直至被移出SDN名单后才逐渐恢复运营。^⑤而大连中远海运油运船员船舶管理有限公司，则是在被制裁后逐渐停止了业务经营，在2020年3月份发布清算组备案信息后^⑥，于2020年4月17日决议解散，根据“国家企业信用信息公示系统”显示，公司现已注销。

从案例中可以知道，我国航运企业在美国对伊制裁影响下面临着被扣留风险、公司在美财产被冻结风险、公司高管被限制入境美国风险、公司失去大量业务等风险。从前文梳理的官方文件中，航运企业面临的风险还有：“由于无法通过美元结算，导致租金、运费、船舶本身的燃油、食品、淡水等物资，以及港口服务等费用无法正常交易结算；制裁根据持股、被持股的情况而波及受制裁航运企业的子公司或者母公司等。”^⑦

第四节 海上货物运输中提单运输合同免责条款

本节立足于现有的海上货物运输合同中提单运输合同的免责条款，分析航运企业在提单运输合同实践中受到制裁波及，如遭扣留、无法使用美元结算等情况下，我国《海商法》免

^① 同上，Sec.5.

^② 搜狐网：“莫名其妙！昆仑旗下两艘VLGC船舶在新加坡被扣”，2019年7月28日，链接：https://www.sohu.com/a/329947333_693763，最后访问时间：2020年4月16日。

^③ 国际船舶网：“6家中国航运公司5名高管被列入‘黑名单’”，2019年9月27日，链接：http://www.eworldship.com/html/2019/ShipOwner_0927/153074.html，最后访问时间：2020年4月16日。

^④ 搜狐网：“美国制裁一家中国石油公司及其高管！”，2019年7月24日，链接：https://www.sohu.com/a/329004102_100117948，最后访问时间：2020年5月14日。

^⑤ 信德海事：“确认！大连中远海运油运开始恢复经营！”，2020年2月4日，链接：<http://www.transwinner.com/News/detail.html?id=9884>，最后访问日期：2020年3月19日。

^⑥ 同上。

^⑦ 李叙华：“美国经济制裁对我国港航企业的影响及其对策”，载《中国港口》，2019年第12期，第54页。

责条款相关规定能否帮助航运企业规避制裁相关风险，为其经营活动提供保障。

一、免责条款之范围

从概念角度来看，免责条款是一个十分宽泛并且可应用于各种合同中的概念，故首先需要明确，本文所讨论的免责条款为海上货物运输合同中的免责条款。而我国《海商法》中，海上货物运输合同一章规定了三种合同形式，分别为第四十一条^①的提单运输合同，第九十二条^②的航次租船合同，和第一百零二条^③的多式联运合同。^④本文研究的免责条款则是提单运输合同下的免责条款。

提单运输合同中的免责条款本身，需要进行最广义、次广义和狭义的区别。最广义的免责条款，即除外条款，包括了提单运输合同中的“全部免责条款、责任限制条款、诉讼时效条款”。^⑤次广义的免责条款，排除了责任限制条款和诉讼时效条款，指我国《海商法》第五十一条^⑥所规定的全部免责的情形，以及第六十八条^⑦规定的“危险货物”的情形。^⑧狭义的提单运输合同中的免责条款，则去掉了“危险货物”的相关规定，仅指我国《海商法》第五十一条。^⑨本文的研究对象，即是与制裁最密切相关的提单运输合同中狭义的免责条款。

二、免责条款之发展与内容

近代之前的海上航行，较现代需要承担更为巨大风险，且由于运输船舶的稀少，承运人通过其供不应求的优势议价地位，在提单中增加了冗长的免责条款。^⑩到了19世纪，承运人滥用契约自由导致免责条款过于众多，阻碍了海运业和国际贸易的进一步发展，于是人们选

^① 《中华人民共和国海商法》第41条：“海上货物运输合同，是指承运人收取运费，负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同”。

^② 《中华人民共和国海商法》第92条：“航次租船合同，是指船舶出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一港运至另一港，由承租人支付约定运费的合同”。

^③ 《中华人民共和国海商法》第102条：“本法所称多式联运合同，是指多式联运经营人以两种以上的不同运输方式，其中一种是海上运输方式，负责将货物从接收地运至目的地交付收货人，并收取全程运费的合同。前款所称多式联运经营人，是指本人或者委托他人以本人名义与托运人订立多式联运合同的人”。

^④ 司玉琢：《海商法专论》，北京：中国人民大学出版社2018年版，第72-73页。

^⑤ Dr. Chen Liang: *Legal Aspects of Bills of Lading Exception Clauses and Their Impact Upon Marine Cargo Insurance*, 武汉：武汉大学出版社2005年版，第5页。

^⑥ 《中华人民共和国海商法》第51条：“在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任：（一）船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失；（二）火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；（三）天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；（四）战争或者武装冲突；（五）政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；（六）罢工、停工或者劳动受到限制；（七）在海上救助或者企图救助人命或者财产；（八）托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；（九）货物的自然特性或者固有缺陷；（十）货物包装不良或者标志欠缺、不清；（十一）经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；（十二）非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。承运人依照前款规定免除赔偿责任的，除第（二）项规定的原因外，应当负举证责任。”

^⑦ 《中华人民共和国海商法》第68条：“……承运人知道危险货物的性质并已同意装运的，仍然可以在该项货物对于船舶、人员或者其他货物构成实际危险时，将货物卸下、销毁或者使之不能为害，而不负赔偿责任……”。

^⑧ 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社2014年版，第69页。

^⑨ 同上

^⑩ 陈梁：“提单下的契约自由——相关国际立法的发展和我国法中的一个特殊问题”，载《中国海洋法学评论》，2013年第2期，第220页。

择制定统一的国际公约将免责条款进行一定规范与限制。^①经过近百年来的实践，国际航运界在管制提单下契约自用滥用下，发展出了《海牙规则》、《海牙维斯比规则》和《汉堡规则》，以及2008年的《鹿特丹规则》。^②

我国没有参加上述任一公约，且《鹿特丹规则》仅有少数国家完成了批准加入程序，公约尚未生效^③。但我国《海商法》“海上货物运输合同”一章在制定过程中，对《海牙-维斯比规则》和《汉堡规则》的规定和概念进行了采纳和引入^④，故笔者在此将相关免责条款及其中与制裁风险有关的项目进行比较，便于读者对免责条款的进一步理解。

《海牙-维斯比规则》第四条规定了提单运输合同下承运人免责条款，其列出了十七种承运人不用对货物毁损灭失负责的情形，其中第二款第（g）项规定：“君主、当权者或人民的扣留或管制，或依法扣押”。^⑤而后来的《汉堡规则》中并没有对提单运输合同下承运人免责和除外责任进行规定，并对承运人实行“全面推定过失”^⑥，赋予了承运人更重的责任。^⑦2008年的《鹿特丹规则》第十七条第三款则规定了承运人对于货物毁损灭失以及迟延交付可以全部或部分免责情形，其中（d）项规定：“检疫限制；政府、公共当局、统治者或民众的干涉或造成的障碍，包括非由承运人或第十八条述及的任何人所造成的滞留、扣留或扣押；”^⑧

而我国《海商法》第五十一条规定的承运人对于货物毁损灭失不负赔偿责任的情形中，第五项规定：“政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押。”《海牙-维斯比规则》规定中的主体为“君主、当权者或人民”，有着鲜明的历史特色。《鹿特丹规则》对于主体的规定为“政府、公共当局、统治者或民众”，显得更为全面。尽管有着措辞的差异，我国《海商法》总体上对于“政府或主管部门行为”导致货物毁损灭失的可免责性予以了肯定。

^① 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社2014年版，第66-67页。

^② 陈梁：“提单下的契约自由——相关国际立法的发展和我国法中的一个特殊问题”，载《中国海洋法学评论》，2013年第2期，第219页。

^③ 福步外贸百科：“鹿特丹规则（Rotterdam Rules）”，2017年12月1日，链接：<http://www.fobwiki.com/2988.html>，最后访问日期：2020年5月24日。

^④ 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社2014年版，第73页。

^⑤ The Hague-Visby Rules - The Hague Rules as Amended by the Brussels Protocol 1968, Article IV 2(g): “Arrest or restraint of princes, rulers or people, or seizure under legal process.” Download link: https://baggage.nl/wp-content/uploads/2016/08/hague_visby.pdf

^⑥ 中华人民共和国商务部：“1978年联合国海上货物运输公约（汉堡规则）”，1978年3月31日，链接：<http://www.mofcom.gov.cn/article/zhongyts/ci/200207/20020700032137.shtml>，最后访问日期：2020年5月24日：“第五条 责任基础 1. 除非承运人证明他本人其受雇人或代理人为了避免该事故发生及其后果已采取了一切所能合理要求的措施，否则承运人应对因货物灭失或损坏或延迟交货所造成的损失负赔偿责任……”。

^⑦ 刘铁英：“国际海上货物运输承运人免责条款规定”，载《现代商业》，2016年第2期，第179页。

^⑧ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, Article 17(3)(d): “Quarantine restrictions; interference by or impediments created by governments, public authorities, rulers, or people including detention, arrest, or seizure not attributable to the carrier or any person referred to in article 18.” Download link: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rotterdam-rules-e.pdf>

三、我国法下免责条款之于制裁风险

我国《海商法》第五十一条规定的承运人对于货物毁损灭失免责情形中，第五项为：“政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押。”此情况与制裁风险最为相关，故笔者将结合制裁具体情况就上述免责条款之适用进行分析。

美国次级制裁手段较为多样，扣留被制裁航运公司船舶只是众多制裁所导致的不良结果之一。且被扣留之后，航运公司所面对的后果并不局限于货物的毁损灭失。故我们可以将制裁情形下免责条款适用问题分为两个层面进行讨论，第一是不同制裁手段下的适用情况；第二则是扣留导致不同后果下的免责条款适用情况。

（一）不同制裁手段

被制裁的航运企业下的船舶如果遭到了扣留，如香港昆仑船务有限公司旗下船舶遭到了新加坡当局的扣留^①，这体现为“扣留”的制裁手段直接符合我国《海商法》第五十一条第五项的相关规定，如果发生了货物的毁损灭失，即可以适用免责条款，免除承运人责任。

如果制裁手段变为禁止航运企业使用美元结算交易，那么船舶在没有被扣留的情况下，则有可能因不能缴费而不得靠港、无法加油、无法补给，从而导致货物毁损灭失。这一情况下则需要根据五十一条第五项具体分析是否属于“政府或主管部门的行为”。如果拒绝提供服务的服务方为政府当局，如主权国家的港口明确拒绝让被制裁船舶靠岸，或是通过行政命令的方式禁止其管辖下主体为被制裁船舶提供服务，笔者认为将这一情况判断为“政府或主管部门的行为”是无疑议的。另一种情况为，服务提供方及其政府并未拒绝为船舶提供服务，但在交易进行中，美国通过金融技术手段使得美元交易失败，船舶最终未能得到服务。这一情况下，直接与航运企业进行交易的“政府或主管部门的行为”显然不是船舶及其货物遭到损害的原因，而是交易外第三方的美国的行为导致了损害结果。美国作为交易第三方的行为，能否属于免责条款中的“政府或者主管部门的行为”，笔者认为答案是模糊的，需要一定的解释或通过案例进行明确，从承运人在上述情况中并没有有责性的角度出发，笔者主张承运人应当免责。

（二）不同扣留结果

被制裁航运企业下的船舶遭到扣留之后，可能会由于搜查、滞留时间过长等原因，导致货物的毁损灭失。承运人对于这一不良结果可以根据我国《海商法》五十一条第五项的规定而免责，即“政府或者主管部门的行为”导致的货物毁损灭失可以适用免责条款。

^① 搜狐网：“莫名其妙！昆仑旗下两艘VLGC船舶在新加坡被扣”，2019年7月28日，链接：https://www.sohu.com/a/329947333_693763，最后访问时间：2020年4月16日。

现实情况中,船舶被扣留之后也有可能导致迟延交付的结果。我国《海商法》第五十一条的免责条款,免去的是货物毁损灭失的责任,而迟延交付的责任规定在了《海商法》第五十条^①。根据规定,需要判断损失是否由“承运人的过失”所导致。在航运企业受制裁的情况下,其可能因为没有过失而不用负担迟延交付责任,但与五十一条的“全部免责”相比,就制裁情况下对于承运人的保护力度相对较小。

上述两种情况之外,笔者认为航运企业受制裁这一模型下,货主、承运人所存在的“过错”也不容忽视。《海商法》第五十一条第八项规定的情况为:“托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为”。这些行为包括托运人对货物申报错误、故意隐瞒货物危险性质等。^②根据前文对于美国制裁制度的分析,航运企业受美国制裁的原因通常是从事了美国所禁止的运输,如从伊朗运输石油至中国。这一情况下托运人或货主本身是被制裁对象,也正是因此航运企业才会受到波及,导致货物毁损灭失、迟延履行的发生。而托运人、货主自身受制裁能否属于免责条款第八项中的“行为”,笔者在此分两种情况进行讨论:

第一种,航运企业在托运人、货主已经被美国制裁的情况下从事了提单运输活动,受到制裁导致货物毁损灭失,那么承运人在运输过程中,托运人、货主并没有积极的“行为”。而第二种,则是托运人、货主本不是被制裁对象,而是在承运人从事提单运输活动的过程中,托运人、货主因其损害美国利益的“行为”成为了被制裁对象,这一情况中似乎更靠近第八项的规定。

笔者进一步分析,五十一条第八项“托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为”的立法目的即是将托运人、货主的“过错”也考虑到了承运人免责条款中,即如果托运人、货主本身的原因导致了货物毁损灭失,承运人自然不应当对托运人或货主承担责任。且在航运企业因为托运人或货主受制裁的案例中,一艘船舶的运输活动导致了整个航运企业受制裁,航运企业自身受到损害可能远远大于托运人或货主因制裁所致货物毁损灭失的损害。但托运人、货主被美国制裁,是否属于免责条款第八项“托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为”,也同样缺乏法律解释和判决案例的支撑。笔者认为在上述情况中免责条款应当为承运人提供保护。

综上所述可知本文所研究的提单运输合同中狭义的免责条款在涉制裁的风险中能够发挥一

^① 《中华人民共和国海商法》第 50 条:“货物未能在明确约定的时间内,在约定的卸货港交付的,为迟延交付。除依照本章规定承运人不负赔偿责任的情形外,由于承运人的过失,致使货物因迟延交付而灭失或者损坏的,承运人应当负赔偿责任。除依照本章规定承运人不负赔偿责任的情形外,由于承运人的过失,致使货物因迟延交付而遭受经济损失的,即使货物没有灭失或者损坏,承运人仍然应当负赔偿责任。承运人未能在本条第一款规定的时间届满六十日内交付货物,有权对货物灭失提出赔偿请求的人可以认为货物已经灭失。”

^② 司玉琢:《海商法专论》,北京:中国人民大学出版社 2018 年版,第 85-86 页。

定作用，免去承运人部分的责任负担，但针对复杂而具体的制裁风险，免责条款的规定还较为模糊，且无法为被制裁承运人的损害提供充分的救济。

第五节 中国船东互保协会提供的责任保险

本节立足于中国船东互保协会提供的责任保险，分析在航运企业受到制裁波及的情况之下，责任保险是否能够帮助航运企业抵御制裁相关风险。

一、中国船东互保协会责任保险简介

在国际海上货物运输中，承运人若根据运输合同条款和适用的法律，对货物毁损灭失不用承担赔偿责任，货主便只能通过事先购买货物运输保险将风险转移给保险人并向其索赔，^①此为海上货物运输保险通常运作的逻辑。但船东互保协会所提供的保险，则主要是为了保障承运人的利益，承运人可以对自己可能承担的责任风险向船东互保协会进行投保。保险根据保险标的的性质不同，被分为财产保险和责任保险^②，船东互保协会为航运企业所提供的保赔保险便属于责任保险的一种，笔者将对保赔保险在航运企业被制裁情形中的适用情况进行研究。

“船东互保协会，亦称船东保赔协会（Protection and Indemnity Association Club, P&I Club），是船舶所有人或承租人等在自愿基础上组合而成的相互保险机构。”^③中国船东互保协会成立于1984年，并在民政部门注册为社会团体法人，同时具备行业协会和公司的一些性质，其受到我国《相互保险组织监管试行办法》的约束。《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）于2020年5月28日通过^④，将其“社会团体法人”作为非营利法人进行了明确的规定。但学者对于中国船东互保协会在我国《保险法》《公司法》下具体的法律地位存在着长期的争议与讨论。^⑤需要注意的是，目前世界上95%的远洋商船都参加了互保协会^⑥，但中国船舶并非只能参加中国船东互保协会，其同样可以选择参加境外的船东互保协会。本文选择以中国船东互保协会及其《中国船东互保协会保险条款2019/2020》（下称“《中船保保险条款》”）为例进行研究。《中船保保险条款》作为一个多方合同的标准条款，对协会中的所有成员发生效力。

^① 胡加祥：《国际经济法》，北京：高等教育出版社2014年版，第83页。

^② 韩鑫：“关于船舶保赔保险几个问题的讨论”，载《世界海运》，2010年第5期，第66页。

^③ 徐仲建：“论船东互保协会在民法中的法律地位”，载《中国海商法研究》，2018年第2期，第104页。

^④ 新华网：“中华人民共和国民法典”，2020年6月2日，链接：

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml>，最后访问日期：2020年10月20日。

^⑤ 同上。

^⑥ 司玉琢：《海商法专论》，北京：中国人民大学出版社2018年版，第422页。

二、责任保险之于制裁风险

根据笔者对《中船保保险条款》的梳理，理赔保险所承保的风险包括了货物责任、碰撞责任、污染风险、船舶拖带责任、残骸处理责任等二十五种，但其中与航运企业受制裁情况相关度较高的，即本文首先关注的，是其中的“货物责任”。

中国船东互保协会的《中船保保险条款》承保范围中，将货物灭失、短少、损坏或其他赔偿责任约定为：“由于会员或会员依法对其作为、疏忽或不作为负责的任何人员违反对货物应妥善地装载、操作、积载、运输、保管、照料、卸载和交付的义务，或由于入会船不适航或不适当所产生的对货物灭失、短少、损坏或其他赔偿责任的责任。”^①对于涉制裁的情形，首先需要根据相关条约、法律判断承运人对于货物毁损灭失需要负责，然后再进入上述条款的判断，即承运人负责的人员违反上述义务而产生了相关责任。而涉制裁情形本身与上述条款中的义务、船舶不适航等条件并无必然联系，二者的判断相互独立进行，货物责任保险条款与被制裁风险之间没有直接联系。

此外，笔者在对《中船保保险条款》进行研究的过程中，发现在责任保险之外的船舶战争、罢工险约定了“捕获、扣押、扣留、羁押、没收或封锁”的情形，似乎与制裁有所关联，但协会承保的内容为上述原因引起的“入会船灭失、损坏、碰撞责任或共同海损、救助或施救费用”。^②但现实制裁案例中，船舶被扣留之后暂时没有产生“入会船灭失、损坏、碰撞责任或共同海损、救助或施救费用”的情况或上述情况并非主要需要面对的问题，故涉制裁所产生的责任还是应当依赖责任保险，而非船舶战争险、罢工险。

已有学者从理论角度，对制裁风险的可保性进行了分析，认为经济制裁所造成的风险“符合保险法下可保性风险的全部要件，当事人各方均对保险标的存在法律上承认的保险利益”^③，在学理上得出了国际贸易制裁风险应当纳入承保范围的结论。但就当下《中船保保险条款》以及现有的应对制裁实务中，上述理论还未付诸实践，且对于理赔协会而言，保险合同其不仅没有约定承保制裁风险，反而明确约定了拒绝承保涉制裁的风险。

^① 《中国船东互保协会保险条款 2019/2020》，三、理赔险承保风险，（十六）货物责任：“本款下列第 1 至 4 项规定的对货物的责任和费用，但仅限于与拟载于、正载于或曾载于入会船的货物有关的责任和费用：1. 货物灭失、短少、损坏或其他赔偿责任由于会员或会员依法对其作为、疏忽或不作为负责的任何人员违反对货物应妥善地装载、操作、积载、运输、保管、照料、卸载和交付的义务，或由于入会船不适航或不适当所产生的对货物灭失、短少、损坏或其他赔偿责任的责任……”。

^② 同上，五、船舶险承保风险，（十一）船舶战争、罢工险，1. 责任范围：“本协会根据本第（十一）款承保由于下述原因造成的入会船灭失、损坏、碰撞责任或共同海损、救助或施救费用：……2) 捕获、扣押、扣留、羁押、没收或封锁，但由该等事件引起的索赔必须从事件发生日起满六个月才能受理……”。

^③ 何丽新，郑乃容：“国际贸易制裁风险的承保问题探索”，载《中国海商法研究》，2020年第3期，第22页。

三、《中船保保险条款》的除外责任

《中船保保险条款》在“八、通用规则”中就除外责任进行了约定，中国船东互保协会明确表示如果赔付会导致自身陷入受制裁风险，协会将选择拒绝赔付。^①这一条款并非全盘拒绝对涉及制裁的任何风险进行赔付，而是将判断标准设定为协会本身是否会成为被制裁的对象。但就美国对伊制裁而言，根据前文梳理，其次级制裁具强大的传递性，如果中国船东互保协会为被制裁的航运企业提供了赔付，根据美国 13846 号行政命令，协会本身也极有可能成为美国制裁对象。可以推断，上述除外责任约定的目的在于保护协会以及广大会员的利益。一旦中国船东互保协会成为美国制裁对象，根据美国次级制裁的传递性，协会成员也会面临被制裁风险。

值得注意的是，不仅仅是中国船东互保协会，美国保赔协会（The American Club）中的条款同样规定，若协会提供的保险违反了包括 OFAC 等制裁规定，此类保险应当被认定为无效。^②伦敦保赔协会（London P&I Club）也于 2020 年 5 月 7 日发布通告称“任何被评估为违反制裁的活动都将导致保险被取消。同时，会员也应充分考虑到，即使有可能与朝鲜当局和朝鲜利益进行合法贸易，国际保赔集团不太可能对到朝鲜港口进行贸易的船舶提供有效的服务。无论支付赔偿金和有关费用、还是担保提供都可能会被推迟、甚或完全被禁止。”^③

由此可知，船东互保协会所提供的保险服务，在除外责任的约定与协会利益的考虑之下，无法为航运企业应对美国制裁提供有效保障。

第六节 总结与展望

美国制裁立法始于二十世纪初期，并通过一系列的法案发展至今，其经济制裁立法被学者认为违反了国际法主权平等、不干涉内政等原则，尽管遭到了部分主权国家的抵制，但美国仍旧依靠其强大的综合国力，通过长臂管辖的手段实施单边主义政策。美国制裁伊朗的实践开始于二十世纪后半叶，并于 2015 年迎来了新一轮的强力制裁。美国对伊朗实行初级制裁，而对与伊朗进行交易的主体实施次级制裁，导致我国相关的航运企业受到波及。

本文从航运企业角度，对美国 2018 年以来的制裁相关法律文件进行了有重点的分析和研究。由于美国总统特朗普签署的 13846 号行政命令，并伴随着中美贸易战的激化，2019

^① 同上，八、通用规则，（十七）制裁风险：“1. 如果由于协会对于船东的任何责任、开支或费用提供保险、进行赔付或者给予任何利益，而使协会成为或将要成为任何相关主管当局或政府的制裁、禁令、限制或打压行为的对象或遭受此类风险时，协会将对此等责任、开支、费用不予补偿……”。

^② 信德海事：“英国发布航运业制裁合规指导意见”，2020 年 8 月 10 日，链接：<https://dy.163.com/article/FJL599270514C1P1.html>，最后访问日期：2020 年 10 月 9 日。

^③ 伦敦保赔协会：“关于朝鲜执行联合国、美国与欧盟制裁的最新通告”，2020 年 5 月 7 日，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/hn7Zb2XI-haCEK4gTAfo3w>，最后访问日期：2020 年 10 月 9 日。

年下半年集中出现了好几起我国航运企业船舶被扣留、资产被冻结、被美国限制交易、高管被限制出入美境的现实案例。基于相关法律文件，涉制裁的航运企业还将面临着无法通过美元结算，无法与美国主体交易，无法与惧于受到制裁波及的主体交易等一系列菜单式的制裁措施。

本文将海上货物运输中提单运输合同的免责条款与中国船东互保协会的货物责任保险两项具体的法律制度作为研究对象，就其是否能为航运企业提供帮助进行类别化的、结合实际可能出现情况的讨论。其中本文重点讨论了涉制裁的扣留、搜查、禁止美元结算等与航运企业的航运活动直接相关的情况。但通过本文分析，以我国《海商法》作为背景的海上货物运输合同中的免责条款，以及《中船保保险条款》所规定的责任保险，对于涉制裁所导致的复杂后果，能够发挥的作用十分有限，无法有效规避航运企业涉制裁风险，也无法提供充分的救济。2020年我国《民法典》的诞生，对于航运业在生态环境索赔、人身损害赔偿、诉讼时效、习惯法、劳务派遣等方面产生了一些影响，但仍旧无法应对涉制裁的情形。^①

提单运输合同免责条款应对制裁的模糊，以及中国船东互保协会责任保险的失效，主要由制裁手段的多样性、次级制裁的传递性所导致，其背后更为根本的原因则是在于作为民事主体的航运企业与实施制裁的主权国家力量悬殊。故想要为我国航运企业提供充分救济，还需要国家层面提供力量支撑，对美国的制裁行为采取对应的反制裁措施。如欧盟在美国针对古巴的《赫尔姆斯-伯顿法案》颁布后，也针对性地通过了关于应对第三国法案域外适用的保护条例》(Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 Protecting against the Effects of Extra-Territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based thereon or Resulting therefrom)，要求欧盟成员国禁止遵守美国相关法案，同时不承认美国判决，还赋予了欧盟成员国追回相关损失的权利。^②我国商务部于2020年9月19日公布了《不可靠实体清单规定》^③，将对清单中的外国实体的进出口活动、投资行为、人员入境等方面进行限制或禁止，并进行罚款^④，可以视作对美国SDN名单制裁活动的反制。而在笔者行文时，2021年1月9日，我国商务部发布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，以期将其作为反制美国贸易制裁的法律依据，一定程度上

^① 中国船东互保协会：“《民法典》对理赔案件处理的影响小议”，2020年9月5日，链接：<http://www.cpiweb.org/cpiwebmanager/pages/detail.jsp?id=6523>，最后访问日期：2020年10月20日。

^② 陈儒丹：“如何反制美对华次级经济制裁”，载《检察风云》，2019年第14期，第29页。

^③ 中华人民共和国商务部：“不可靠实体清单规定”，2020年9月19日，链接：<http://www.mofcom.gov.cn/article/zwgk/zcfb/202009/20200903002593.shtml>，最后访问日期：2020年10月20日。

^④ 《不可靠实体清单规定》，第10条。

能够保护我国公民、法人或者其他组织的合法权益。^①

国家层面对于美国的制裁行为采取了相应的反制措施，但对于企业而言，仍旧缺乏应对美国制裁的救济手段，故航运企业出于自身利益的考虑，最直接的解决办法只能是研究美国制裁相关法律法规，并与美国制裁执行机构积极联系，根据其要求避开违禁领域。如大连中远海运油品运输有限公司在被列入 SDN 名单之后于 2019 年 10 月获得了 OFAC 签发的通用许可证 (General License K)，并在 12 月得到了延长。^②

此外，航运界的法律人士，也从航运企业的实务层面，给出了规避的制裁风险的建议：我国航运企业应当避免实施伪造货物和船舶文件、船到船过驳作业、停用船舶身份自动识别系统 AIS、更改船名等掩饰行为；建议运输石油或石油产品时航运企业应当核实货源、监督船舶的自动识别系统、及时审阅航行文件避免违规、避免与被制裁保险公司交易、满足反洗钱反恐怖主义相关金融合规要求；宏观层面做好对客户的尽职调查，密切关注制裁政策进行风险评估。^③

2019 年中美贸易摩擦升温，我国多家航运企业开始受到美国对伊制裁波及，被航运界广泛关注。而 2019 年年末至今，国际环境由于疫情的原因发生了剧烈变化，中美之间博弈焦点一度从贸易战、法律战变为了防疫战、疫苗战、舆论战。如今疫情逐渐平息，贸易战仍在继续。2020 年 5 月 14 日，特朗普政府发布了《全球海事警报》，通过进一步约束船东、保险公司行为的方式，加大对伊制裁力度；^④而几天后的 5 月 19 日，OFAC 指控我国上海盛德物流有限公司向伊朗马汉航空提供服务的行为违反禁令，并宣布对其实施制裁，声明将冻结公司在美国所有资产，并禁止美国公民与其进行合作；^⑤9 月 6 日，OFAC 认定我国三家航运公司“在知情的情况下参与涉及购买、收购、销售、运输和营销伊朗石油或石油产品的大交易”，并将三家我国公司和两位自然人列入 SDN 名单。^⑥10 月 20 日，美国国务院依据《伊

^① 商务部网站：“商务部令 2021 年第 1 号 阻断外国法律与措施不当域外适用办法”，2021 年 1 月 12 日，链接：<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/1/202101/20210103030176.shtml>，最后访问日期：2021 年 3 月 16 日。

^② 国际船舶网：“再给 2 个月？美国再次延长中国海运公司临时制裁豁免”，2019 年 12 月 22 日，链接：http://www.eworldship.com/html/2019/ShipOwner_1222/155500.html，最后访问日期：2020 年 5 月 15 日。

^③ 此内容根据魏小为律师在 2019 年上海自贸区航运法律实务培训，“伊朗制裁最新进展及避险措施建议”主题讲座总结得出。魏小为律师为万商天勤律师事务所合伙人，在航运、航运诉讼、船舶建造、国际贸易和跨境诉讼方面有广泛的经验。

^④ 吾爱航运网：“特朗普政府发布《全球海事警报》，涉及对伊朗，朝鲜和叙利亚有等的制裁”，2020 年 5 月 15 日，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/LRO3eDBL_Cu114ZsyBq5jg，最后访问日期：2020 年 5 月 17 日。

^⑤ 海运网：“突发！美国财政部宣称制裁一家中国物流公司；外交部回应：非法，立即取消”，2020 年 5 月 21 日，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/00wXqOQ0EoCCrpbM7j70Rw>，最后访问日期：2020 年 5 月 22 日。

^⑥ 国际船舶网：“没完了？又有三家中国航运公司和高管遭美国制裁”，2020 年 9 月 6 日，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/tHd2GR4Qas7D-ofAss6big>，最后访问日期：2020 年 10 月 9 日，三家被制裁航运公司：上海智航船舶管理有限公司 (Zhihang Ship Management Shanghai Co. Ltd.)、中能航运香港有限公司 (Sino Energy Shipping Hong Kong Limited)、新达国际物流有限公司 (New Far International Logistic Limited)。

朗自由和反扩散法》(The Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012)将2名中国人和6家中国企业列入SDN名单。^①

和平与发展的时代主题不会因突发的公共事件而被否定,疫情平息后的安定、和平的社会环境之下更加需要法律制度的维系。故就美国经济制裁的法律理论与制度进行研究,对于我国反制裁措施的采取,对于企业在大国博弈之背景下规避制裁风险都具有长远且重要的意义。

参考文献

一、 专著:

- [1] 司玉琢:《海商法专论》,北京:中国人民大学出版社2018年版。
- [2] 胡加祥:《国际经济法》,北京:高等教育出版社2014年版。
- [3] 司玉琢,张永坚,蒋跃川:《中国海商法注释》,北京:北京大学出版社2019年版。
- [4] Dr. Chen Liang: Legal Aspects of Bills of Lading Exception Clauses and Their Impact Upon Marine Cargo Insurance, 武汉:武汉大学出版社2005年版。
- [5] 姜明安:《外国行政法教程》,北京:法律出版社1993年版。

二、 期刊:

- [1] 李莉:“从‘双重遏制’政策受挫看美国与伊朗关系”,载《现代国际关系》,1997年第10期。
- [2] 雷海:“‘银河’号事件始末”,载《航海》2016年第3期。
- [3] 龚柏华:“中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对”,载《经贸法律评论》,2019年第6期。
- [4] 杨永红:“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”,载《法商研究》,2019年第3期。
- [5] 刘道纪,高祥:“美国次级制裁合法性问题研究”,载《南京社会科学》,2018年第10期。
- [6] 陈儒丹:“如何反制美对华次级经济制裁”,载《检察风云》,2019年第14期。
- [7] 叶研,吴大伟,金方斐:“美国对伊朗能源领域制裁政策的解读与分析”,载《国际石油经济》,2018年第12期。

^① 航运在线:“又对中国公司下手?美国宣布将6家中国公司和2名个人列入黑名单 涉多家航运公司”,2020年10月20日,链接:https://mp.weixin.qq.com/s/wn2Npsjty9KnLYePjz_xkA,最后访问日期:2020年10月20日。

- [8] 王玉主, 蒋芳菲: “特朗普政府的经济单边主义及其影响”, 载《国际问题研究》, 2019年第4期。
- [9] 肖永平: “长臂管辖权’的法理分析与对策研究”, 载《中国法学》, 2019年第6期。
- [10] 徐超, 单超: “美对我滥用‘长臂管辖’及其应对”, 载《世界社会主义研究》, 2017年第6期。
- [11] 邓欢: “长臂管辖权的滥用及对中国的影响——以‘华为事件’为例”, 载《法制与社会》, 2019年第11期。
- [12] 孟鑫: “长臂管辖原则在美国的晚近发展”, 载《法制与经济》, 2016年第10期。
- [13] Mahir Al Banna, The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.60, 2017.
- [14] 魏亮: “伊朗人质危机起因再析”, 载《西亚非洲》, 2011年第1期。
- [15] 李叙华: “美国经济制裁对我国港航企业的影响及其对策”, 载《中国港口》, 2019年第12期。
- [16] 刘铁英: “国际海上货物运输承运人免责条款规定”, 载《现代商业》, 2016年第2期。
- [17] 胡绪雨: “国际海上货物运输承运人责任基础的强制性发展”, 载《现代法学》, 2016年第1期。
- [18] 陈梁: “提单下的契约自由——相关国际立法的发展和我国法中的一个特殊问题”, 载《中国海洋法学评论》, 2013年第2期。
- [19] 江齐, 周晋: “制裁免责条款的是与非”, 载《中国外汇》, 2014年第20期。
- [20] 于汉清: “《海牙规则》、《汉堡规则》、《鹿特丹规则》之比较——以承运人责任为视角”, 载《法制博览》, 2015年第19期。
- [21] 史景利: “国际海上货物运输合同中承运人迟延交付货物的责任”, 载《龙江省政法管理干部学院学报》, 2010年第12期。
- [22] 李程程: “比较海牙规则、维斯比规则、汉堡规则及我国《海商法》有关海上承运人免责条款的规定”, 载《商业文化(学术版)》, 2008年第1期。
- [23] 周蔚: “浅论海上货物运输中不可抗力”, 载《珠江水运》, 2004年第5期。
- [24] 张鸿午: “承运人迟延交付赔偿责任辨析”, 载《中国海商法年刊》, 1999年第

10 卷。

[25] 徐仲建：“论船东互保协会在民法中的法律地位”，载《中国海商法研究》，2018 年第 2 期。

[26] 韩鑫：“关于船舶保赔保险几个问题的讨论”，载《世界海运》，2010 年第 5 期。

[27] 何丽新，郑乃容：“国际贸易制裁风险的承保问题探索”，载《中国海商法研究》，2020 年第 3 期。

[28] 孔明明：“论伊朗制裁解除对保赔保险的影响”，载《法制博览》，2016 年第 34 期。

[29] 毛巧玲：“保赔保险的法律性质探究”，载《科技视界》，2014 年第 14 期

[30] 甘爱平，申斌：“中国船东互保协会竞争力分析”，载《上海海事大学学报》，2013 年第 3 期。

[31] 许俊强：“船舶保赔保险热点法律问题研究”，载《福建政法管理干部学院学报》，2005 年第 3 期。

[32] 李卷书：“贸易主权视域下不可靠实体清单制度的建立”，载《中国集体经济》，2020 年第 15 期。

刍议《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》

王倪颖

摘要：当今国际经济局势复杂变换，在单边主义、贸易保护主义抬头之情形下，为了应对严峻的外贸局势，我国继出台《不可靠实体清单规定》与《出口管制法》之后，商务部又于2021年颁布施行《阻断外国法律与措施不当域外使用办法》（以下简称《阻断办法》）。《阻断办法》是对他国法律与措施发生不当情形危害我国公民，法人或其他组织的合法利益的一种反制措施。《阻断办法》突破以往适用范围的局限，同时其在工作机制、评估因素、审查流程、豁免情形等方面推陈出新，具有重要的创新价值。《阻断办法》的出台并非作为一种短期的应激性措施，但由于其在施行以来，尚未有相应的案例，故本文仅对《阻断办法》与《不可靠实体清单》、《欧盟阻断法案》等进行文本比较分析，以探讨该办法的完善之策。

关键词：中国阻断办法；欧盟阻断法案；域外适用；不可靠实体清单；经济制裁

Abstract: In the complicated international economic situation, under the rise of unilateralism and trade protectionism, in order to cope to the severe foreign trade situation, after the introduction of the Unreliable Entity List and the Export Control Law, the Ministry of Foreign Laws and Measures (hereinafter referred to as the Export Control Measures). The blocking is a counter measure that endangers the legitimate interests of Chinese citizens, legal persons or other organizations under improper laws and measures of other countries. The Blocking Measures breaks through the limitations of the previous scope of application, and makes innovations in the working mechanism, evaluation factors, review process, exemption situation and other aspects, which has important innovative value. The introduction of the Block Measures is not a short-term stress measure, but since there has been no corresponding case since its implementation, this article only analyzes the text of the Block Measures with the List of Unreliable Entities and the EU Block Act, so as to explore the improvement of the Measures.

Key words: China blocking measures; EU blocking bill; off-domain application; list of unreliable entities; economic sanctions.

近年来，由于中美、中欧之间在国际经济贸易合作往来中因为利益的纠纷而出现了冲突，欧美等国家不适当适用其国内法的域外效力对我国进行不合理的经济制裁。如“中兴”事件、

* 王倪颖，浙江财经大学法学院2020级硕士研究生
本文仅为初稿，尚未出版发表，请勿引用，谢谢！

华为事件和近期的 BCI 棉花事件，以及美国以“侵犯人权”为理由，将我国几十家企业拉入实体清单中。中国商务部于 2020 年 1 月 9 日，根据《中华人民共和国国家安全法》等有关法律，出台了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》。该办法作为一部部门规章，是中国政府基于那些因非商业目的而对中国实体实施封锁、断供或其他歧视性措施，对中国企业或相关产业造成实质损害，对中国国家安全构成威胁或潜在威胁的不当法律域外适用采取的**必要反制措施**^①。阻断办法自公布之日起施行，其适应国际形势和中美关系的变化，特别是美国对华打压和制裁的新情况、新动向都有所应对。但因阻断办法自实施之日以来，并未实际运用于对任何一个因其法律域外不当适用的国家的反制。鉴于此，本文通过对比欧盟阻断立法，并结合《不可靠实体清单规定》的相关条款，研究阻断办法的法律意义，对其作一初步定位、评析和展望。

一、阻断办法的出台背景

（一）应对美国的经济制裁

随着美国国力和经济的衰退，美国的对外贸易政策日趋保守，奉行“美国优先”和“美国利益至上”等贸易保护主义。其国内法的不当域外适用也日渐增多，动辄对包括中国在内的国家和地区实施经济制裁。

美国对外实行经济制裁源于 1913 年的《敌国贸易法》（Trading with the Enemy Act）（以下简称“TWEA”），即界定、管制和惩罚与敌人的交易和其他目的。该法由美利坚合众国参议院和众议院于一战期间在国会中颁布，授予总统在战争时或其他紧急状态时调整与敌国贸易关系的权力，没收战时可能威胁到美国的外国资产^②。1933 年，美国国会对 TWEA 进行修订，将没收外国资产的期间由战时扩大到非战时，对贸易进行重新定义和扩充。1977 年，美国国会通过《国际紧急经济权力法案》（International Emergency Economic Powers Act），授权总统在国家面临“非同寻常的威胁”时可以宣布进入国家紧急状态，有权实施贸易限制和投资限制，甚至没收资产^③。在经过多年实践，美国逐渐形成较为完善的制裁决策、立法、实施体系。

^① 《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第二条规定：**第二条** 本办法适用于外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则，不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。

^② Trading with the enemy., 40 Stat. 411. United States Statutes at Large > Sixty-Fifth Congress, Session I > Public Law 65-91 > Chapter 106.

^③ United States v. Ali Amirnazmi, 645 F.3d 564. United States Court of Appeals for the Third Circuit. January 11, 2011, Argued; May 13, 2011, Filed. No. 10-1198.

政府、国会及总统在其实施过程中各司其职，形成不同的制裁实施模式。美国经济制裁包括一级制裁和次级制裁，在法律技术上将制裁目标对象与制裁规范的管辖（处罚）对象进行区分，并通过管辖对象承担特定的制裁义务来孤立目标对象。例如美国《出口管理条例》中规定接受监管公司包括在美国境内活动的外国公司，禁止这些公司直接或间接转口美国的产品和技术。美国的次级制裁，其制裁对象的被制裁方是违反制裁方的初级制裁措施，与被制裁目标方进行经贸往来的不特定第三国或第三国的公司或国民^①。美国法典中关于制裁伊朗相关规定，即不得直接或间接向美国进口来自伊朗的货物或服务，同时不得从美国或任何地点向伊朗出口任何源自美国的货物、服务或技术^②。“中兴事件”因中兴违反美国限制向伊朗出售美国技术的制裁条款，打破美国对伊朗的经济封锁，受到美国对其制裁。美国的初级制裁对象是伊朗及其公司和国民，在此基础上的次级制裁中，被制裁对象是“其他国家的机构和个人”，如中兴。这种制裁方式受到国际社会的存疑。

近年来，美国因中国在国际经贸格局的影响力而加大对中国的“关注”。美国出台的《出口管制条例》将华为技术有限公司（华为）和 114 家外国子公司列入工业和安全局(BIS)实体名单。美国企业以及他国第三方企业均不得不中断对华为零部件、技术和服务的供应，破坏了华为的生产线和供应链，给华为的经营造成极大困扰，同时扰乱了全球通信设备和服务。“孟晚舟事件”中加拿大指控其所属华为公司通过其他公司与伊朗进行交易，违反美国的制裁禁令，同时欺诈美国银行，将其引渡至美国，进行最终制裁。中美关系日趋紧张，华为等中国企业遭到美国的全方位打压和围堵，可以说达到了空前的程度。

（二）制定实施《阻断办法》的国内背景

我国在 2020 年之前并未建立一套强有力的法律依据和制度体系规划策略，仅仅通过双边谈判、政治妥协等方式与美国达成和解，致使我们在谈判时缺失了底气，处在被动的局面。为了应对和反击美国不恰当的霸权行径，我国商务部于 2020 年 9 月 15 日公布施行了《不可靠实体清单规定》，该规定在依据《中华人民共和国对外贸易法》（以下简称《对外贸易法》）和《中华人民共和国国家安全法》（以下简称《国家安全法》）等法律的基础上把在国际经济贸易活动中违反我国安全、市场交易原则，实行歧视或损害本国企业、其他组织或个人的措施的外国实体或个人列入清单。商务部出台的《阻断办法》第二条规定表明，《阻断办法》是主要适用于其他国家次级制裁的一种反制措施。作为我国首部阻断行政法规，《阻断办法》的核心是“阻断”，其参考了欧洲的《免受第三国立法及由此产生行动之域外适用影响的保

^① 李寿平.次级制裁的国际法审视及中国的应对[J].政法论丛,2020(05):60-69.

^② 郭华春.美国经济制裁执法管辖“非美国人”之批判分析[J].上海财经大学学报,2021,23(01):122-137.

护法案》(以下简称欧洲阻断法案),有异曲同工之妙,但具体逻辑结构仍不尽相同。《阻断办法》的施行是立足于我国国情,紧随国际经济局势的重要举措,其与《不可靠清单》均是我国的重大创新与尝试,是开启国家全面应对与反制外国实体实行经济压与制裁之路的必经之路,也是坚实基础。

二、《阻断办法》之法经济学分析

(一) 激励制度经济学分析

当今全球资源有限,需要人们合理参与资源配置。但在现实中,资源的以一种及其抽象的概念存在,大多数的人会不计成本的参与资源配置,并不考虑这种配置是否有效。在经济学中,研究通过建立激励机制让资源实现配置合理化,并且获得最有效的配置。激励机制是通过激励经济主体,使其产生一定的能动性和积极性,从而激发其内在的配置资源的动力,完成效益的最大化。而这种机制若融入进法律中,便成为经济法律制度起到塑造经济主体利益和追求的作用。我国企业在国际经贸活动中,因违反外国相关法律而被迫使受到相关“处罚”。这种不当域外适用的外部因素阻滞本国部分企业在国际经济贸易中的产品流通性和供应链循环,致使其在市场中逐渐处于不利位置,失去该有效益的最大化,同时也压迫了企业对于创新完善产业的内在动力。从经济学角度来看,效益的缺失违背了经济主体的在市场配置中的主要动机,也破坏了经济主体按照成本-收益选择实现自我利益的法律选择。《阻断办法》的出台,无疑是给经济主体提供了在国际市场经营中权衡利弊的机会,“解救”本国企业内在被压制的活力。简单来说,这是一部相对比较被动性的规章,其大部分条款旨在他国实行不合理不正当行为侵害本国公民时,而启用的反制和阻断,但其亮点在于其通过本身的奖惩机制为企业和公民提供了一种激励方式。这种激励方式也被称为资源配置激励制度构建中的政府激励。它是国家为建立一个具有激励作用的社会,通过颁布不同效力的法律法规、规章、条例构建社会激励框架或重点鼓励某行某业的资源合理配置的措施。具体来说,其规定第九条和第十一条中,除去豁免的当事人外,其他遵守禁令范围内的外国法律及措施,可以在本国内通过民事诉讼,获取之前所失金额的补偿。而不遵守外国法律与措施不当适用的公民及企业因此受到重大损失的,也可获得本国国内给予的支持。这种支持,我们可以理解为,政治上的支持和经济上的补偿。那不当适用而受到侵害的公民及企业,《阻断办法》使得经济主体的主要动机被满足,是其依据趋利避害的原则选择法律条款时的坚强后盾,也是鼓励经济主体敢于直面外部压力,激发活动与创新的强心剂。这种选择是有依据的,也是有效的。

(二) 竞争制度经济学分析

我们在进行市场资源配置时讲求效益的最大化，在这过程中，合理高效的配置是我们追求的目标。一个有效的资源配置需要市场的竞争来提高它的效率。在加入世界贸易组织以后，中国市场融入世界市场，成为其中的一部分，国际竞争也在我国的经济运行中。经济竞争是市场资源配置最根本的运行机制，它使得跨国企业在完全竞争的情况下，可以既定产量的最低成本进行资源的配置，从而生产出最大可能的产量。当按成本最小化的比例投入生产后实现利润最大化时，经济效益便产生。良好的竞争可使市场资源得到最有效的配置，但当边际社会成本与边际社会收益不对等时，即不公平的竞争也随之出现。这种不公平竞争即占有他人的权利。我国市场在加入国际市场期间，某些国家贸易壁垒、市场壁垒和政策壁垒主义实行，加重我国企业外贸出口商品关税，对我国商品进入本国进行禁止或限制等。这些措施使得我国企业在外贸出口上面临巨大压力。关税的增加，也提高了成本，过高的关税使得收益几乎为零时，也不得不考虑提高售价。这就导致我国企业在国际市场份额中占据极为不利位置。试在同一类商品的情况下，以我国企业为 A，某进口国为 B，第三国企业为 C，某进口国给我国企业的关税为 a，给第三国企业的关税为 c，我国企业的收益成本（不包括关税）为 d，第三国企业成本（不包括关税）为 e，我国企业售价为 f，第三国企业售价为 g。假设 $a > c$ ，且我国企业的收益成本（不包括关税）与第三国企业的收益成本（不包括关税）相等，即 $d = e$ ，则我国企业最终的成本 $(a + d) >$ 第三国企业的最终成本 $(c + e)$ 。接下来分为两种情况，第一种情况是我国企业的售价大于第三国企业的售价，第二种情况是我国企业的售价不大于第三国企业的售价。第一种，为维持一定的收益，不得不提高售价，即当 $f > g$ ，则第三国因售价较低，在商品竞争上更有优势，B 国人民更倾向于选择第三国产品。我国企业商品由此缺乏一定竞争力，出口额的减少将造成收益的巨大损失；第二种，当 $f \leq g$ 时，则我国以低于第三国的售价而在商品上及具竞争力，但是由于我国企业成本较高，导致我们的实际收益 $f - (a + d)$ 减少，甚至可能导致收益为负，仍会给本国企业带来不小的压力。以上两种情况表明，当经济主体被进行差别对待所受到不同待遇时，一方已产生先占优势，那公平也就不复存在。

除此以外，部分国家在对某国进行制裁时，为打击某国的经济，出台相关法律，限制第三国企业与某国进行贸易往来。次级制裁本身的合规性就令人存疑，在全球经贸合作中也是消极手段的存在，对于推进国际经济合作与发展的进程弊多利少。在世界市场资源配置中，国家凭借其经济优势限制和支配他国企业的经营活动，使得企业失去了进行竞争的机会，利益无法得到保障，这种制裁行为干预了市场的正常运行的同时也阻碍了全球经济发展与进步。

作为经济竞争机制中出现的不公平现象，需要法律进行规制。《阻断办法》中第十二条

规定了中国在面对他国法律与措施不当域外适用时,可根据具体情况和一定需要做出反制措施。

这种反制措施其本质上是对他国间接干预本国出口经济的一种阻断。这种阻断,表明了本国经济主权不容侵犯的态度,同时兼顾到本国经济市场的秩序,对于国际市场的正常竞争机制也起到一定维护作用。同时,《阻断办法》对于国际市场尤其是本国市场具有一定重要存在意义。《阻断办法》第七条规定中表明,我国实行不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。“三不”禁令明确要求我国企业在与第三国进行正常经贸活动时不应遵守外国法律及措施的不当域外适用。而企业的不遵守将被视为违反了他国相关法律,并且将被强制通过和解缴纳巨额赔偿或受到他国的刑事逮捕等惩罚行动。面对这一情形,笔者认为《阻断办法》第九条和第十一条的规定是对上述行为的解决办法。第九条中企业可以寻求本国法院要求因遵守外国法律与措施不当域外适用中获益的一方对其进行损害赔偿。第十一条中政府对不遵守他国法律受到惩罚性赔偿的企业进行经济上的必要支持。上述条款解决了企业受损利益的问题,即建立了一种补偿机制。这种补偿机制通过对受损一方进行补偿,对不公平的市场秩序的进行矫正,避免了无秩序竞争市场的形成。补偿机制可以通过追求不正当竞争者的经济和民事责任、行政责任和刑事责任并重的方法来建立补偿。法经济学理论及其应用]我国《阻断办法》中的补偿机制通过民事责任和行政责任对受损企业进行补偿。民事责任的意義在于保护我国企业经营者的合法权益不受侵害,并且在其收到实际损害时及时得到补偿;行政责任是通过对不正当行为的监督,责令改正等形式使得被破坏的市场得以恢复。《阻断办法》的出台弥补了资源配置中的违法违规行为的缺陷,对国际市场正常秩序的维护具有一定的意义。

三、阻断办法的内容分析

(一) 阻断办法与《不可靠实体清单》之内容分析比较

我国商务部出台的《阻断办法》是一部阻断外国法律与措施不当情形损害我国公民、法人或其它组织的合法利益的部门规章。该办法以维护国家主权安全为目的,以反制外国次级制裁为主要内容。其内容与我国奉行的独立自主的和平外交政策无悖逆之处,是我国屹立于百年国际大变局之浪潮中的坚实后盾。

《阻断办法》是我国首部以“阻断”为核心的立法。其立法的本质是国内法,也是冲突法的一种。该办法主要保护的社会法益是我国公民、法人或其他组织的合法权益。当我国企业与他国法律发生冲突时,《阻断办法》以在维护国家主权安全的前提下,阻却外国法律对本国企业的管辖,并且消除影响。该办法共 16 条,详细地从保护法益、适用范围、立法目

的、工作机制、评估因素、阻却禁令、审查流程等方面做了全方位的规定。

从适用范围来看,《阻断办法》适用于外国法律与措施的域外适用影响我国国家主权安全及发展利益,违反国际法和国际关系基本准则,不当禁止或限制中国公民、法人或者其他组织与第三国(地区)公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。即我国公民、法人或其他组织在被要求遵守他国的不当法律条款与措施的情形下,可通过该办法寻求救济,阻却消除外国法律与措施的域外适用所带来的负面影响。规定中的“外国法律及措施”可看到,我国并未对阻却的外国法律法规与措施进行明确列举,笔者认为国家的立法目的在于保证其适用和执行的宽泛性和灵活性,基于适用面的广泛覆盖,该部法规中的多项条款均可作为原则性条款来适用。

《阻断办法》在《不可靠实体清单的规定》的基础上扩大了其管辖的范围。《不可靠实体清单》第二条规定:国家建立不可靠实体清单制度,对外国实体在国际经贸及相关活动中的下列行为采取相应措施:1.危害中国国家主权、安全、发展利益;2.违反正常的市场交易原则,中断与中国企业、其他组织或者个人的正常交易,或者对中国企业、其他组织或者个人采取歧视性措施,严重损害中国企业、其他组织或者个人合法权益。^①如何界定外国实体是否违反正常市场交易原则?我国商务部新闻发言人高峰称:不可靠实体清单实际上是一份对不遵守市场规则,背离契约精神,出于非商业对中国企业实施封锁或断供,严重损害中国企业正当权益的外国企业组织或个人的清单。^②这里的“非商业”笔者认为,外国实体出于遵守本国国内的出口管制法律法规及相关负面清单的意愿而进行的断供行为并非是商业行为。国家出台出口管制相关立法的出发点基于维护国家主权安全。但《不可靠实体清单》作为对冲国外域外适用的规定,其立法目的与上述表达相背离。当外国企业做出封锁断供行为而借遵循国内出口管制法以及相关法律做出的抗辩,并不可直接认定其非商业的性质,不可做为抗辩的正当理由,应从其国内法法律立法正当性及其相关政治形势综合考量该企业是够应被纳入清单。

《阻断办法》的出现,给不可靠清单产生的争议点提供了法律上的依据。依据《阻断办法》评估某外国实体非商业背后的他国法律及措施是否存在域外适用的不当情形后再决定是否将其列入我国清单中。如何具体理解《阻断办法》第二条条款中的“外国法律与措施的不当情形”?笔者认为,该情形包括外国法律和措施直接不当禁止或限制中国人和第三国之间

^① 廖凡.比较视角下的不可靠实体清单制度[J].比较法研究,2021(01):167-179.

^② 国家商务部《阻断办法》第八条 中国公民、法人或者其他组织可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。申请豁免遵守禁令的,申请人应当向国务院商务主管部门提交书面申请,书面申请应当包括申请豁免的理由以及申请豁免的范围等内容。国务院商务主管部门应当自受理申请之日起30日内作出是否批准的决定;情况紧急时应当及时作出决定。

经贸活动的情况；外国法律和措施在与该国存在有限或较弱的连接点的情况下，不当禁止或限制中国人和第三国之间经贸活动的情况；以及外国法律针对特定中国主体无限制修改规则进行打压，且该等打压不当禁止或限制中国人和第三国之间经贸活动的情况。然而《阻断办法》具体的适用范围仍需相关部门出台进一步发布实施细则以及公布具体禁令来进行判断。

《阻断办法》的工作机制是由中央国家机关有关部门负责，与《不可靠实体清单规定》不同之处在于，《不可靠实体清单》大体带过其工作机制是由国家商务部负责，《阻断办法》的工作机制是由国务院商务主管部门牵头，具体事宜由国务院商务主管部门、发展改革部门同其他有关部门负责。目前该工作机制的工作模式、具体负责机构负责内容等尚未获得进一步消息。但结合中国《阻断办法》相关内容，笔者认为该工作机制具体负责的内容可能包括如下几项：接受我国公民、法人或其他组织关于外国法律与措施不当域外适用提交的报告；评估上述外国法律与措施是否属于不当域外适用；对不当外国法律与措施的域外适用执行相关禁令；受理相关主体豁免其遵守上述禁令的申请；为公民、法人或其他组织应对外国法律与措施的不当域外适用情形提供指导和服务；对未遵守有关外国法律与措施而受到实质损害以及重大损失的企业或者相关产业进行支持；参与制定对外国法律与措施不当域外适用情形的反制措施；参与对未报告相关情况或违反禁令行为的处罚。

该办法第七条是我国应对外国法律与措施的不当域外适用所作出的具体措施，即不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令（以下简称禁令）。该条规定作为整部《阻断办法》中关键的存在，是一项制度的创新，是我国反制外国对华经济制裁法律体系中强有力的对抗条款，一定程度上有效的冲击了其他国家日益频繁的贸易保护行为。“三不”禁令是相关实体获得国家支持的重要法则，是我国公民、法人或者其他组织寻求国家救济的重要依据。我国对禁令的例外情形也做出了相关规定，即豁免遵守情形。申请豁免遵守禁令的申请人应当向国家商务部提交书面申请，申请中应当包括申请豁免理由和申请豁免范围等内容。^①需要明确注意的是，第八条明确规定申请豁免的主体是中国公民、法人或者其他组织，而并未规定与我国进行经贸活动的第三国有权利申请豁免遵守。同时我们理解该等豁免的对象是一种特定交易，具体原因为：1、第八条中明确规定申请豁免的书面申请中应包括申请豁免的范围，即该等豁免旨在豁免在特定交易场景下可以不遵守禁令；2、其次，《阻断办法》第九条规定了中国主体的求偿权，即当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵

^①国家商务部《阻断办法》第九条：当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失；但是，当事人依照本办法第八条规定获得豁免的除外。

根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国公民、法人或者其他组织遭受损失的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求在该判决、裁定中获利的当事人赔偿损失。本条第一款、第二款规定的当事人拒绝履行人民法院生效的判决、裁定的，中国公民、法人或者其他组织可以依法申请人民法院强制执行。

害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失，同时提到了当事人依照本办法第八条规定获得豁免的除外。我们理解，如果中国主体申请了相关豁免且获得了相关豁免，则该等豁免范围的其他交易主体，在该等豁免范围内无需遵守禁令，即豁免可以排除中国主体对当事人在该等豁免范围内的求偿权。

设立“三不”禁令亦有产生违反禁令的情形。《阻断办法》第九条规定：当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失；但是，当事人依照本办法第八条规定获得豁免的除外。根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国公民、法人或者其他组织遭受损失的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求在该判决、裁定中获益的当事人赔偿损失。本条第一款、第二款规定的当事人拒绝履行人民法院生效的判决、裁定的，中国公民、法人或者其他组织可以依法申请人民法院强制执行。^①对比《不可靠实体清单规定》来看，对于列入清单的外国实体，除了缴纳相应数量的罚款，还对其进行境内投资限制、入境或居留限制、进出口管制、风险提示等行政、经济管制措施。《阻断办法》采取民事诉讼这种强有力的行政手段处罚外国法律域外适用不当行为，即合法利益受损的中国实体可在国内法院对相关外国实体进行起诉求偿，并可通过强制执行被诉外国实体及其关联企业在中国境内的相关资产来实现。第九条的规定是一种大胆的突破，在诉讼领域，我国明确了起诉维权途径，中国公民、企业及相关实体可以依法寻求国内法院救济。同时针对我国企业在他国法院因禁令中的法律而受到的判决，可回国向国内法院起诉，主张向该判决、裁定中获益的当事人主张赔偿损失。但是该条款中也出现模糊不清的概念。一方面，着重注意主体使用的是“当事人”这一宽泛概念，意味着其不仅包括我国公民、法人及其他组织和与我国有经贸活动交易的第三国，可能还规定在相关条文限制或禁止两国发生经贸交易行为时，具由“协助”、“共谋”等行为主体也可能被纳入管辖范围中。则需要遵守该外国法律和措施的主体不限于中国人和第三国，还可能包括各类型、各法域的主体。举例来说，假设某国法律禁止本国公民、企业以及其他组织与伊朗进行经济交易活动，该法律可能也同时禁止任何国家的金融机构、代理、货运公司为相关的交易提供服务，其中可能包括某国境内的银行、船舶以及其他国家的货运代理。所以在阻断外国法律与措施不当情形时，应当注意其他相关主体受到法律管辖的效果及影响。另一方面，注意《阻断办法》第九条规定中只提到当“判决、裁定”致使中方损失时，可以向人民法院起诉，而并未提到仲裁裁决。仲裁作为兼具契约性、自治性、民间性和准司法性的一种争议解决方式，是我国司法制度的一个重要组成部分。假设根据禁令范围内的外国法律作出的仲裁裁决致使我国公民、企业或其他组织遭受损失的，当事人是否可以向国内法院提起诉讼？如无法起诉，则《阻断办法》具有一定的局限性。若在实践中，国内法院受理仲裁案件要求获益当事

^① 叶研. 欧盟《阻断法案》述评与启示[J]. 太平洋学报, 2020, 28(03): 50-66.

人主张赔偿损失，则可以理解为是一种扩大解释。但判决作为一个明确的概念，未与仲裁有概念上的交叉。裁定与仲裁有字面上的关联，但实则在我国《仲裁法》中并未有“裁定”这一概念。然而其是否存在扩大解释之意仍需相关部门出台进一步发布实施细则来判定。《阻断办法》中对于中方企业因未遵守有关外国法律与措施而受到重大损失的，除向国内法院提出起诉外，政府有关部门可以根据具体情况给予必要的支持。该条款无疑为我国公民、企业提供了更为完善的保护。从内容上看，《阻断办法》除了阻断外国法律与措施的不当域外适用的影响外，还向世界各国表明了中国的态度：即中国政府始终坚持只有在尊重各国主权平等、遵守国际条约或准则的基础上，才能谈合作、谈发展。中国政府也将坚定并且灵活地以法律手段保护中国主体在海外的合法利益，展现一个勇于担当、负责任的大国形象。

（二）阻断办法较与《欧盟阻断法案》之内容比较分析

《欧盟阻断法案》是1996年欧盟根据美国关于古巴、利比亚的域外制裁立法：《赫尔姆斯-伯顿法案》和《达马托法案》中部分条款做出的针对美国而修订的条例，用来防止第三国通过域外适用法律的影响，以及基于此或由此产生的行动。^①《欧盟阻断法案》的出台，成为各国阻断立法的先例和典范。其在制定后，由于美国对颇具争议的《赫尔姆斯-伯顿法案》的推迟实施，并未正式得以适用。

2018年，由于美国重启了《赫尔姆斯-伯顿法案》第三编，而且启动了对伊朗的全面制裁，欧盟就此在经贸活动中遭受到不利影响。基于种种原因，欧盟为了维护自己的合法权益实施了多项措施，其中包括在立法层面重启了《欧盟阻断法案》并且更新了其附则内容，将美国对伊朗的经济制裁域外适用规则纳入被欧盟阻断的外国法律和政策之中，同时明确该修订的目的是“抵制这些法律在欧盟的域外适用效果”。欧盟同时还颁布了《官方说明》，对《阻断法案》的实施细节进行了更新。自此，欧盟《阻断法案》重新进入国际社会的视野。

此次我国《阻断办法》的出台一定程度上也借鉴了欧盟《阻断法案》的相关制度，同时基于本国国情，调整增改了相关条款。笔者将从适用范围、阻却方式、报告义务、索赔制度四方面具体分析两者的共通之处。

首先《阻断法案》的目的是就“封锁规约”某些条款的适用提供指导，打击第三国域外制裁对自然人和法人的非法影响，根据欧盟法律保护欧盟的自然人和法人参与合法的国际贸易或资本流动以及与第三国的相关商业活动。“封锁法规”的基本原则是，欧盟自然人、法人不应遵守所列的域外立法，或基于此的任何决定包括裁决。可以理解为欧盟企业可依据欧盟法律和国家适用法律自由开展业务，这意味着他们可以自由选择是否在伊朗或古巴开展工

^① Anthonius de Vries, Council Regulation (EC) No 2271/96 (the EU Blocking Regulation), 26 INT'L Bus. LAW. 345 (1998)

作，继续或停止经营活动，不受美国经济制裁的控制。其中，“封锁法规”也即“禁止法规”。我国《阻断办法》第七条中规定的“禁令”与其有相似之意，并在其基础上加强了遵守的力度。其次，《阻断法案》中提到的“域外立法”，其范围虽规定为第三国域外制裁对其国内自然人和法人的非法影响，但在实际施行中，其目前主要针对美国对古巴和伊朗经济制裁的域外适用措施。《阻断办法》在借鉴《欧盟阻断法案》的基础上扩大了其适用范围，但由于其出台后未实际运用于具体个案中，即该办法未来的适用范围主要走向尚待观察。

在报告义务上，欧盟《阻断法案》第二条和第三条规定，任何人的经济或财务利益直接或间接地受到附件所列法律或据此采取的行动或由此产生的行动的影响，该人应在获得此种信息之日起 30 天内将此情况通知委员会，并按照委员会的请求在提出请求之日起 30 天内提供与本条例目的有关的所有资料。未经提供资料者明确许可，委员会不得披露。例外情形为，委员会有义务或有权这样做的情况下，特别是在与法律诉讼有关的情况下，应允许传递这种信息。在违反保密规定的情况下，信息的提供人有权要求视情况予以删除、忽略或纠正。这种报告义务和保密义务同样出现在《阻断办法》第五条内。

关于索赔制度方面，《阻断法案》规定，所指的任何人从事第 1 条所指的活动，均有权要求赔偿因适用 附件所列法律或根据该法律采取的行动或由此产生的任何损害，包括法律费用，可向造成损害的自然人或法人或任何其他实体或代表其或中间人行事的任何人索取赔偿。^①《阻断办法》第九条与欧盟《阻断法案》第六条极为相似。

我国《阻断办法》在借鉴欧盟《阻断法案》时并非照搬，依据当今政治局势，比照我国国情进行变通和修改，主要体现在以下几个方面，如图：

^① 欧盟《阻断法案》第一条：本条例保护和抵消本条例附件所列法律，包括条例和其他立法文书 的域外适用以及基于此或由此产生的行动的影响，如果此种适用-影响到第 11 条所述从事国际贸易和（或）在共同体与第三国之间进行 资本和相关商业活动的人的利益。 委员会有权根据第 11a 条通过授权的行为，在本条例附件中增列具有 域外效力并对欧盟利益和行使《欧洲联盟运作条约》所规定权利的 自然人和法人的利益造成不利影响的第三国的法律、条例或其他立 法文书，并在法律、条例或其他立法文书不再有此影响时删除这 些法律、条例或其他立法文书。

	《免受第三国立法及由此产生行动之域外适用影响的保护法案》（2018修订）	《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》
适用范围	1、阻断对象具有针对性 2、保护对象明确具体 3、适用范围宽泛，但实际施行仅针对美国对古巴经济制裁的域外适用不当情形	1、未有明确阻断对象 2、保护对象宽泛且不具体 3、未有明确适用范围，且范围宽泛，适用任何国外法律与措施的不当适用情形
存在域外适用不当情形的评估标准	所指的任何人，无论是直接或通过附属机构或其他中间人，积极地或通过故意不作为，均不得遵守任何要求或禁止，包括外国法院基于或直接或间接地根据附件所列法律提出的要求或由此产生的要求或行为。（第五条）	1、是否违反国际法和国际关系基本准则； 2、对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响； 3、对中国公民、法人或者其他组织合法权益可能产生的影响； 4、其他应当考虑的因素。
报告制度	规定了违反报告义务和保密义务的法律责任	1、规定了违反报告义务的法律义务但未规定违反保密义务的法律义务 2、1、工作机制成员提供指导和服务义务
豁免遵守	根据第7条和第8条规定的程序，可授权个人充分或部分遵守，但不遵守将严重损害其或共同体的利益。即未有豁免遵守情形。	可申请豁免遵守禁令。申请豁免遵守禁令的，申请人应当向国务院商务主管部门提交书面申请，书面申请应当包括申请豁免的理由以及申请豁免的范围等内容。
附则	有附则（第三国名单及法律）	无附则

四、关于进一步完善《阻断办法》的建议

《阻断办法》的出台，将有助于为中国企业提供公力和私力救济的渠道，并且在美国司法体系下的“长臂管辖”问题上为中国企业提供直接的法律保护，降低中国企业所遭受的风险和经济损失。中国在阻断法立法中可依本国的外交和政治需要，结合中国的国情和法律实践，借鉴并吸收各国阻断法的立法经验和成果，着重关注如下问题：

（一）完善《阻断办法》中所阻断的事项问题。

由于美国法律的域外适用涉及领域较广，中国应从多角度出发全面保护中国的企业利益。阻断办法作为制裁与反制并济的规章，其在阻断内容上除了明确企业拒绝遵守的禁令以及外国法律的不当域外适用的对中国企业造成实际损害后做出的调整索赔制度与国内支持外，应当在其他方面保障我国企业的利益。例如：我国企业在因不遵守国外法律而受到司法判决时，是否能够受到我国法律的保护，阻断其证据出示。当然，在实际立法操作中，可以考虑采取分阶段、有重点地通过立法修订的方式对阻断法所阻断事项予以逐步完善。

（二）明确阻断办法中司法救济的强制执行问题。

首先，我国企业因受到外国法律的判决而利益受损由此向人民法院提起诉讼并获得当事人的损害赔偿中的赔偿能否得到域外执行的问题。由中国国家安全框架下制定的阻断制度，据此作出的相关裁判在国外获得认可和执行难度极大，尤其是推翻相应国家已经做出的裁判

的案件，中国的裁判几乎不可能获得其认可；其次是，如果域外无法执行，中国国内对其赔偿的标的额有待明确。如果相关外国主体在国内只有较少的财产，中国法院将无法对相关裁判进行充分执行。笔者认为是否可以以企业中行事的人或者中间企业或中间人来寻求赔偿。在此模式下，应当同时对被执行人的涵盖的范围进行详细规定，以免过分扩大。

（三）明确阻断办法的处罚方式和执法力度问题。

我国阻断办法仅规定了违反报告义务和禁令的相关行政处罚，并未规定民事处罚和刑事处罚。在处罚方式上，为了更好地实现阻断法的制度效果，中国可以效仿一些国家的实践，对违反阻断法的行为规定较重的民事和刑事处罚。在执法的过程中，我国执法人员应当坚持个案平衡原则，控制好执法节奏和力度，最大限度地保护中国企业的合法权益、积极应对美国的“长臂管辖”制度和实现中国阻断法制度设计初衷三者间寻找到平衡。

（四）中国阻断法选择阻断外国经济制裁问题。

各国在阻断立法上对于其实际施行时针对的国家不尽相同。欧盟《阻断法案》只适用于美国对古巴和伊朗的制裁，加拿大的阻断法只适用于美国对古巴的制裁。在阻断哪些国家的哪些法律的问题上，各国需要结合本国政治和外交需要进行综合考虑。在选择阻断哪些国家的法律的问题上，中国需要结合自身的国际政治和经济交往要求，在对国际局势和国际关系进行综合评估后做出对本国最有利的选择。如前所述，中国目前同绝大多数受美国制裁的国家都存在良好的政治和经济关系，目前从国际政治和商业实践的角度看，中国阻断法所阻断的对象应当较欧盟《阻断法案》的范围有所扩大，可以考虑包括美国对伊朗、俄罗斯、委内瑞拉、古巴等国实施的、具有适用于第三国的域外效力的制裁规则，并应当将美国对中国直接制裁的“香港人权与民主法案”等系列反华法案也纳入其中。

（五）与港澳台地区的法律衔接以及实践问题。

2019年，美国通过“香港人权与民主法案”对中国香港特区执行美国制裁伊朗和朝鲜等国家的政策情况加强了审查，并对香港和内地的相关人员启动了直接制裁。虽然香港特区在历史上尚未有反制美国对外经济制裁的经验，但香港目前的司法体系中已基于英国《保护贸易权益法案》构建了一整套完整阻断法制度。在美国对外经济制裁对香港地区的影响日益扩大的今天，香港的《保护贸易权益条例》今后应当能够在保护香港特区贸易自由和维护中国国家利益方面发挥重要的作用，中国阻断法立法也应当考虑在“一国两制”下如何同香港的《保护贸易权益条例》做好衔接。

结语：

《阻断办法》作为对抗外国法律与措施不当域外适用的反制办法，其规定中所涉及的“三不”禁令以及相关条款虽有制裁之意，但其所体现的有理、有节、合理原则，也与我国倡导的公平公正、合作共赢的人类命运共同体理念并行不悖。目前，世界各主要经济体都存在反

制美国域外管辖权的阻断法,中国作为世界第二大经济体,其与其他国经济贸易活动日益紧密,在政治和经贸上都同伊朗、古巴、俄罗斯等国保持重要关系。同样其作为受到美国直接经济制裁的国家,在初步构建了中国制裁防御制度和贸易调整机制的初步形态后,应当尽早完善阻断法的相关规定,这对于中国具有极高的政治和法律现实意义。欧盟《阻断法案》在 2018 的重启也暗示了其已有反制美国经济制裁的意愿。在此种国际局势下,我国应当机立断,把握时机,与欧盟共同致力于阻断美国长臂管辖以及防范美国未来的经济制裁动作,构建更为公正且合乎国际法基本原则的国际经贸规则体系。

国际人工智能法律监管之比较分析

王晓波*

摘要：当前，全球人工智能发展进入新阶段，人工智能被广泛应用于经济发展的各个环节，大大推动了全球生产技术革新与产业升级。人工智能与教育、医疗、通讯以及军事等行业深度结合，逐渐成为各国重点支持的战略新兴产业。自 2016 年以来，美国、欧盟、中国等先后发布国家级人工智能战略，在推进人工智能与科技创新发展的同时，探索建立人工智能领域的法律框架。本文基于美国、欧盟、中国以及韩国等国家相关的人工智能战略，比较不同国家在人工智能政策上的异同，分析当前人工智能国际合作监管治理的可行性，并提出中国人工智能法律框架完善的相关建议。

关键词：人工智能；人工智能战略；国际合作；法律规制

引言

上世纪四五十年代，第三次工业革命（第三次科技革命）的兴起使得信息控制技术迅速发展，传统的简单大机器生产开始与计算机信息技术相结合，人工智能的应用初步显现。1950 年，英国科学家图灵首次提出人工智能的概念。1956 年，首届人工智能研讨会在美国新罕布什尔州达特茅斯举行，人工智能作为一门科学正式为科学界所承认。^①而后伴随着信息技术的前进同步发展，人工智能逐渐渗透到全球经济技术发展的各个领域并逐渐成为新技术革命的核心动力。

进入二十一世纪，中国、美国、欧盟等相继意识到人工智能在国家发展战略中的重要地位，陆续发布针对人工智能产业战略的报告及文件。各国从本国国内人工智能的发展情况出发，将人工智能战略目标指向特定领域，并在此过程中逐渐建立起本国特定的人工智能法律框架。本文旨在分析上述国家和组织的人工智能战略及政策目标，在比较它们之间人工智能法律监管中存在之异同的基础上，提出人工智能国际治理以及中国人工智能法律规制的相关建议。

一、美国：确保人工智能领先地位

美国是最早从人工智能产业获益的国家之一，也是近几十年人工智能技术发展最快的国家。从早期将人工智能运用于贸易、服务等行业，到国防军事领域人工智能的引入，美国的人工智能产业逐渐渗透到国家经济、教育、医疗以及国防各层面。人工智能的广泛应用使得

* 王晓波，浙江财经大学 2020 级国际法学硕士研究生。
傅莹.人工智能对国际关系的影响初析[J].国际政治科学,2019 年第 1 期，第 1 页。

美国对其布局超前重视,近年来出台了一系列针对人工智能发展及规制的政策、法案和措施,并于 2019 年将人工智能明确作为国家重点任务,详见表 1。

表 1

发布时间	发布机构	相关政策
2016. 10	白宫国家科学技术委员会 /网络信息技术研发小组 委员会	《国家人工智能研究与发展战略规划》
2016. 10	白宫总统办公室/国家科学技术委员会	《为人工智能的未来做好准备》
2017. 03	美国陆军	《机器人与自主系统战略》
2018. 01	美国国防部	《国防战略（2018 版）》
2018. 03	美国海军	《无人系统战略路线图》
2019. 02	白宫	《国家人工智能倡议》
2019. 02	美国国防部	《2018 国防部人工智能战略概要》
2019. 06	白宫国家科学技术委员会 /网络信息技术研发小组 委员会	《国家人工智能研究与发展战略规划（2019 版）》
2019. 09	美国空军	《2019 空军人工智能战略》
2019. 11	人工智能国家安全委员会	人工智能国家安全委员会《中期报告》
2019. 11	白宫科技政策办公室	《2016-2019 年人工智能研发进展报告》

美国最早针对人工智能的国家战略是 2016 年 10 月发布的《国家人工智能研究与发展战略规划》。2016 年规划的重点是促进人工智能知识与技术的创新发展,据此明确人工智能短期和长期支持的战略优先事项,以战略支持克服重要的技术和社会挑战,最后通过新兴人工智能技术产生积极社会效益,创造人工智能国家战略与社会效益的良性循环。同年,针对人工智能发展现状及未来走向,美国国家科技委员会机器学习与人工智能分委员会发布《为人工智能的未来做好准备》的报告,将人工智能现有的以及即将开发的技术与社会及公

共政策问题进行相结合，提出人工智能发展的 23 条措施建议。^①

2019 年，特朗普政府在统计研究中国、俄罗斯等国家在人工智能政府科学和技术研究资金的基础上，得出人工智能战略地位国际竞争地位受到威胁的结论 2 月 11 日，签署了《维持美国在人工智能领域领导地位》的行政令，启动“美国人工智能计划”（American AI Initiative）。^②同日签署的《国家人工智能倡议》行政令则表明使人工智能占发展主导地位的美国官方政策立场。2019 年 6 月 21 日，美国国家科技委发布《国家人工智能研发战略规划》，评估和指导人工智能研发资金的投入，包含科学、卫生乃至军方等联邦机构，推动人工智能各应用领域前沿技术研究发展。同年 11 月 4 日，美国人工智能国家安全委员会发布《中期报告》，分析评估了人工智能对美国国家安全的影响，明确了人工智能与国家安全的七项基本原则，并提出推动国家安全领域人工智能发展的四点建议，将发展人工智能技术提升到保护美国国家安全的战略高度。^③紧随其后发布的《2016~2019 年人工智能研发进展报告》则对美国联邦各机构在此三年人工智能领域的投资与研发情况进行了统计。此外，自 2017 年以来，针对国防与军事层面的陆军、海军、空军国防建设人工智能战略也在有条不紊地推进。美国人工智能战略呈现多领域超前布局之态势，以确保其全球范围内人工智能的领先地位。

二、欧盟：制定人工智能监管规则

欧盟人工智能相关的学术研究相对较早，最早可以追溯到 20 世纪 50 年代。但在当前新的人工智能时代，欧盟在人工智能技术产业层面并未取得发展先机，相较于美国、中国等人工智能产业体系较完备的国家，欧盟尚未达到世界人工智能第一梯队。产业上的相对不完备使得欧盟将人工智能战略重点转移到新的领域，即人工智能国际规则的制定。

2019 年 4 月 8 日，欧盟委员会发布《人工智能战略计划》，指出在推进欧盟人工智能技术发展赶上中美等人工智能第一阶梯国家外，要关注人工智能可能带来的个人隐私和安全等方面的风险，并尝试率先在人工智能道德等相对空白的领域研究制定国际规则。^④ 欧盟委员会强调“基于欧洲价值观的人工智能”，呼吁欧盟将其人工智能价值观推广到世界各地。2020 年 2 月 19 日，欧盟委员会发布了名为《人工智能白皮书》（White Paper on

^① 陈婧嫣,姜李丹,薛澜.跨国比较视阈下的人工智能政策:目标、理念与路径[J].科学学与科学技术管理,2021年第3期,第91页。

^② Donald J. T. Accelerating America's Leadership in Artificial Intelligence [EB/OL].(2019-02-11)[2020-05-16].<https://www.whitehouse.gov/articles/acceleratingamericas-leadership-in-artificial-intelligence/>.

^③ The White House .National Security Strategy of the United States of America [EB/OL]. (2017-12-18) [2020-09-30].<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSSFfinal-12-18-2017-0905.pdf>.

^④ 陈琪,肖源睿.国际人工智能战略之比较[J].国别和区域研究,2020年第1期,第202页。

Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust), 探讨人工智能发展路径及人工智能相关风险的解决。

2021年4月21日, 欧盟委员会就人工智能发布了一项最新的监管草案——Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts。这项草案被认为是《人工智能白皮书》的法律延伸, 构建了人工智能使用的一个相对完整的法律框架。同时这是欧盟第一次对人工智能制定限制性的政策, 也是世界上第一个规范人工智能发展的整体性规划。^① 该框架下的一系列法规就人工智能技术的使用做出概述, 对人工智能在一系列活动中的使用进行限制, 包括限制自动驾驶汽车、银行贷款、和考试评分人工智能系统等的使用, 以及公共场合面部识别的完全禁用。该草案是迄今为止在人工智能监管方面涉及范围最广泛的法律框架之一。

欧盟制定人工智能监管草案着眼于保护人的安全以及保护个人隐私等基本权利, 将人工智能的应用与伦理相结合, 体现了欧盟本身的法律结构以及欧盟立法和倡议的主要现有形式包含的几个重要的共同价值观。这些价值观包括《欧洲绿色协议》、欧盟《基本权利宪章》和欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)所体现的个人隐私等基本权利的保护。^②通过人工智能监管草案制定负面清单, 是欧盟再次在人工智能领域法治战略上抢得先机。尽管该法律框架要成为正式法律可能仍需要数年时间, 但此项草案的公布体现了欧盟在人工智能国际战略中规则制定的先行者地位。

此外, 欧盟各成员国亦积极推动本国国内人工智能政策的更新, 其中以英国(脱欧前)、法国与德国最为重视。并且在相关人工智能发展战略中也强调了道德、隐私、人权等欧盟的价值观。详见表2。

表 2

发布时间	文件名称	发布国家/区域
2018.03	《人工智能时代: 确立以人为本的欧洲战略》	欧洲政治战略中心
2018.04	《欧盟人工智能》	欧盟委员会
2018.07	《人工资能合作宣言》	欧盟成员国
2018.12	《关于欧洲人工智能开发和使用的协	欧盟

^① 乔新生. 欧盟为何制定人工智能负面清单[N]. 证券时报, 2021年4月30日, 第3版。

^② Glenn Cohen, Theodoros Evgeniou, Sara Gerke, Timo Minssen. The European artificial intelligence strategy: implications and challenges for digital health[J]. *The Lancet Digital Health*, 2020, 2(7).

	同计划》	
2019.01	AI For EU	欧盟
2016.09	《机器人技术和人工智能》	英国
2016.11	《人工智能对未来决策的机会和影响》	英国
2017.11	《产业战略：建设适应未来的英国》	英国
2018.04	《人工智能领域行动》	英国
2017.03	《法国人工智能战略综合报告》	法国
2018.03	人工智能与创新路线图	法国
2018.03	《国家人工智能战略》	法国
2019.02	《法国人工智能技术发展水平和前景》	法国
2011.11	《高技术战略 2020》提出“工业 4.0”目标	德国
2018.07	《联邦政府人工智能战略要点》	德国
2018.09	《高科技战略 2025》	德国
2018.11	《联邦政府人工智能战略》	德国
2019.02	《国家工业战略 2030》(草案)	德国

三、 中国：制定人工智能发展规划

当前中国人工智能产业多项领域的发展在世界范围内处于领先地位，处于世界人工智能的第一阶梯。自 2016 年起，自 2015 年起，中国在相关政策中便提及人工智能的发展，具体文件详见表 3。

表 3

发布时间	文件名称	要点
2015.05	《中国制造 2025》	制造业智能化、发展智能制造工程及机器人
2016.07	《“十三五”国家科技创新规划》	加快人工智能等技术研发和转化

2017.03	《2017年政府工作报告》	人工智能出现在政府工作报告
2017.07	《新一代人工智能发展规划》	提出人工智能阶段战略目标
2017.12	《促进新一代人工智能产业发展三年行动计划（2018-2020年）》	提出人工智能和制造业深度融合
2018.03	《2018年政府工作报告》	加强新一代人工智能研发应用，
2018.04	《高等学校人工智能创新行动计划》	构建人工智能专业教育、职业教育和大学基础教育于一体的高校教育体系
2018.10	《科技创新2030-“新一代人工智能”重大项目2018年度项目申报指南》	在新一代人工智能基础理论、面向重大需求的关键共性技术、新型感知与智能芯片等3个技术方向启动16个研究任务，拟安排国拨经费预算8.7亿元
2018.11	《新一代人工智能产业创新重点任务揭榜工作方案》	确定了智能网联汽车、智能服务机器人、等17个揭榜方向
2019.03	《关于促进人工智能和实体经济深度融合的指导意见》	坚持以市场需求为导向，以产业应用为目标，深化改革创新
2019.03	《2019年政府工作报告》	深化大数据、人工智能等研发应用
2019.06	《新一代人工智能治理原则——发展负责任的人工智能》	加强人工智能相关法律、伦理、标准和社会问题研究。

2020.02	《充分发挥人工智能赋能效用 协力抗击新型冠状病毒感染的肺炎疫情倡议书》	在疫情管控、诊疗、办公、教育、疫苗研发等多方面充分利用人工智能技术。
2020.06	《全国人大常委会2020年度立法计划》	人工智能领域相关法律问题研究
2021.01	《工业互联网创新发展行动计划(2021-2023年)》	人工智能技术创新

早在2015年5月，国务院印发《中国制造2025》战略文件中便提及促进人工智能技术与制造业的结合。同年7月，《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》中，中国首次将人工智能纳入国家发展重点任务之一。2017年7月，国务院印发《新一代人工智能发展规划》，提出“建立人工智能法律法规、伦理规范和政策体系，形成人工智能安全评估和管控能力”，此项规划首次提及人工智能监管并将人工智能上升至国家战略。同年，专门推进负责新一代人工智能重大科技项目的新一代人工智能发展规划推进办公室成立。此后，中国相继发布多项战略性文件，提出推进人工智能与制造业等传统产业的深度结合、加强人工智能技术研究以及推进人工智能与教育的结合。2019年6月，国家新一代人工智能治理专业委员会印发实施《新一代人工智能治理原则——发展负责任的人工智能》，系统阐述了人工智能发展应遵循的八项治理原则，再次重申加强人工智能发展应用过程中相关法律、伦理、标准以及社会问题的关注。

相较于欧美，中国更着眼于人工智能技术的创新发展及应用。相关的人工智能战略及政策侧重于对人工智能技术的研发及充分利用，将人工智能建设纳入建设创新型国家和世界科技强国的重大战略决策部署。具体而言，中国人工智能战略的定位是确保持续发展，争取全面领先。在国际领域，中国同样意识到人工智能在国际竞争中的战略地位，把人工智能发展放在国家战略层面系统布局，在人工智能发展新阶段的国际竞争中争取主动地位。此外，中国注重对人工智能领域标准的提升。通过推广人工

智能教育建设、加大人工智能领域研发投资，培养人工智能技术创新性人才，争取在人工智能技术研发领域达到国际标准。

总体而言，中国当前之人工智能战略的重点是推动人工智能产业的发展创新，在人工智能规则的建立方面存在较大空缺。

四、韩国：人工智能国家战略

韩国对人工智能的高度重视，很大程度被认为是缘起于 2016 年 3 月韩国围棋九段棋手李世石与史上最强人工智能围棋程序 Alpha-Go 人机对战之大败。此次在韩国举行的人机大战使韩国政府深度认识到人工智能发展的重要性，在受到“Alpha-Go 冲击”后，韩国企业匆忙开始整顿人工智能的相关机构，快马加鞭推进相关技术研发工作。

^①2016 年由此被成为韩国“人工智能元年”。

2016 年，韩国政府发布《AI Korea》规划，这是韩国首个以人工智能发展为首要内容的发展纲要，并提出在 2022 年以前将韩国打造成“处于领先地位的人工智能国家”。此后韩国加大对人工智能研究的投资力度，推出人工智能领域 2.2 万亿韩元的投资计划。2018 年 5 月，韩国发布《面向 I-Korea 4.0 的人工智能研发战略》，指明韩国人工智能发展的战略目标、推进体系以及预期效果。^②此外，韩国也重视人工智能人才培养，将人工智能纳入高等教育，通过跨国教育合作培养人工智能领域的人才。国际层面，韩国相继同中国、美国、法国、新加坡、俄罗斯等国家就 5G、大数据、人工智能等前沿领域开展研究合作。^③相较于同时期美欧中等国，韩国人工智能发展重点突出人才培养及技术研发。

2019 年 12 月，韩国发布《人工智能国家战略》，首次将人工智能明确上升到韩国国家战略层面，并具体阐述了韩国人工智能领域发展的战略布局以及实施路径。战略指出韩国力争在人工智能生态系统的构建上领先世界，在完善人工智能基础设施、提高人工智能核心技术竞争力的基础上，推进人工智能的法律规制创新。具体而言，包括引入“负面清单”制度、建立人工智能法律制定团队、推进国内人工智能法规与全球人工智能领域的法律法规对接，争取制定符合人工智能时代发展需求的法律法规。

^① 河瑄聆. 韩国 AI 领域起步较晚 各大企业紧追猛赶 [EB/OL]. [2020-10-12]. <http://chinese.join.com/news/articleView.html?idxno=82880>.

^② 殷勇. 中日韩——人工智能合作现状与优势分析[J]. 东北亚经济研究, 2020, 4(04): 89-96.

^③ 武琼. 韩国人工智能战略的实施路径及发展前景研究[J]. 情报杂志, 2021 年第 4 期, 第 68 页.

相较于美国、欧盟以及中国循序渐进的人工智能战略，韩国的人工智能政策更倾向于“速成”，并且实际上取得了较为明显的成果。目前韩国的人工智能产业已经处于国际前沿。

五、人工智能监管的国际规则

随着经济全球化的深度发展，各国在经济上的交往密不可分。人工智能近年来作为经济发展的重要新兴领域，在国际交往中的共同规则构建当前有很大的空缺。但从当前各国人工智能发展的情势而言，要构建统一的国际人工智能规则存在很多阻碍。

首先是人工智能某些领域不同国家尚存在不同的保护标准。人工智能技术在数据处理上不可避免地涉及用户数据处理等隐私问题，而在隐私权的保护方面，以欧盟为代表的高度重视隐私权的国家和地区的规则标准对于其他国家可能过于严格。尤其在医疗人工智能的应用上还存在人权、伦理上的争论。欧盟 2021 年人工智能监管草案的发布构建了更为严格的人工智能法律框架，其保护力度对于很多国家而言过于严格。就中国而言，欧盟建立的人工智能负面清单仅人脸识别限制一项便存在重大差异。

其次，人工智能产业发展的差异使得当前构建国际人工智能监管规则存在阻碍。尽管人工智能的“第四次工业革命”正在展开，但经济发展的差异使得不同国家在人工智能领域的发展存在很大差异。总体而言，发展人工智能已被大部分国家上升为国家战略层面，但从重点推进人工智能技术创新和推广应用到关注人工智能法律规制的建立仍是一个漫长的过程。以中国和美国为例，目前国内的人工智能战略首要重点是技术创新与推广应用，还未建立起本国内人工智能专门的法律框架。

最后，各国在人工智能领域的合作水平有限。中国作为较早发展人工智能的国家，正式将人工智能作为国家战略内容并真正实现人工智能领域发展突破的时间也仅五六年。而欧盟、美国虽起步早，但不同程度上都未能真正意义上实现人工智能技术与规则构建的双重突破。此外，尽管一些国家就人工智能领域也进行了双边或多边的合作，但合作的程度仅限于技术研发等方面的交流，尚不能上升到合作建立人工智能监管规则的高度。

由此，要构建人工智能监管的国际治理规则，仍需一定的时间。当前或可从双边合作开始，探索国家之间人工智能发展合作与监管的最优解，在完善本国人工智能法律规则的基础上，寻求人工智能监管的国际合作。

六、对中国的启示

我国在人工智能发展方面确实存在一些尚未解决的问题。首先就人工智能技术研发与创新而言，我国人工智能产业整体发展水平与发达国家相比仍存在差距，在核心算法、高端芯片等重要科技领域缺乏原创成果。另一方面，我国人工智能产业目前也尚未形成独立而完整的产业链，国际影响力不足，在部分领域也不具有超前布局的优势。在国内人工智能政策法规方面，当前针对人工智能的文件仍然停留在战略层面，未建立人工智能领域切实可行的法律框架，人工智能法规亟待完善。在国际层面，人工智能的国际合作也尚未深入进行。

因此，我国当前仍然需要加大人工智能技术的研究，加强人工智能技术教育的跨国交流，培养人工智能领域的专业人才，实现产业技术上的优势地位。

同时，加快建立国内人工智能法律规则，借鉴欧盟在人工智能领域的法律构建，形成我国人工智能的法律规制体系。具体而言，可以从前期准入、中期实施以及后期监管三个方面搭建完整的人工智能法律框架。首先，制定人工智能前期准入规则，基于人工智能的智能化特性，对初期研发、投入生产以及最终进行使用的人工智能分别履行必要的注册和备案程序。其次，加强人工智能实操过程中的审查。目前我国人工智能还尚未达到完全脱离人类进行自主决策的水平，因此在人工智能决策的过程中需要由人类及时有效进行干涉以防止错误决策和判断带来的不理后果。最后，制定人工智能配套的监管及救济法律规则。在监管层面，准入阶段即加强对研发者、生产者生产者的监管，在确保人工智能达到安全标准以及伦理性要求的前提下才能投入研发生产，健全人工智能产品相关注册及使用规范。对于人工智能侵权的救济，在适用《民法典》对隐私权等相关权利规定的基础上进行进一步细化，明确人工智能侵权的法律定性以及救济途径。

国际层面，在努力推进人工智能国际合作监管的基础上，我国可以通过“一带一路”建设平台等搭建人工智能合作平台治理的法律框架，推动构建人工智能的国际治理规则。

Abstract: At present, the development of global artificial intelligence has entered a new stage. Artificial intelligence has been widely used in every link of economic development, which greatly promotes the innovation of global production technology and industrial upgrading. With deep integration with education, medical care, communications and military industries, AI has gradually

become a key strategic emerging industry supported by various countries. Since 2016, the United States, the European Union and China have issued national AI strategies, exploring the establishment of a legal framework in the field of AI while promoting the development of AI and technological innovation. Based on the AI strategies of the United States, the European Union, China, South Korea and other countries, this paper compares the similarities and differences in the AI policies of different countries, analyzes the feasibility of the current international cooperation in AI regulatory governance, and puts forward relevant suggestions for the improvement of China's AI legal framework.

Keywords: Artificial intelligence, Artificial intelligence strategy, International cooperation, Legal regulation

法治话语霸权的生成逻辑与应对策略

——从新疆棉花事件展开

王雪慧，沈秋豪，陈瑶琳*

内容提要：“新疆棉花事件”作为多重事件相互叠加的事件流，其背后体现出法治话语霸权的隐秘运作。法治理念已然成为现代性与客观性交织的历史进程中的基础性构成与必要性元素。但当前在西方国家逐步掌控世界政治经济秩序的过程中法治理念却被建构为一套以霸权为基本范式的权力话语。法治话语霸权的建构最初体现为功能主义比较法层面的“核心/边缘”范式。处于法治话语霸权的基本框架下，美国既能够通过国际组织将本国法律转化为国际法律，同时也能通过商事活动将本国法律转化至国际商人法。美国法律的全球推广使得美国能够顺利地将长臂管辖原则扩展至世界范围，并强迫第三国服从美国法律以对特定国家进行次级制裁。基于此，中国应采取有效措施积极应对：推进经济法域外管辖条款修订，合理运用多重措施反击制裁，坚持中国法治话语体系构建。

关键词：新疆棉花事件；长臂管辖；法治话语霸权；次级制裁

“新疆棉花事件”并非孤立，而源于诸多事件共同构成的事件流。2020年3月，五眼联盟的重要成员澳大利亚在2020年3月便有研究所发布报告，声称中国新疆地区存在维吾尔族及其他少数民族强迫劳动与强迫迁徙的事实。针对该报告，良好棉花发展协会（BCI）于2020年下旬宣布成立强迫劳动专家调查组，旨在以独立专家组对新疆强迫劳动状况进行外部评估，在此期间暂停对新疆棉花发放良好棉花许可证。而后，2020年9月瑞典时装制造商H&M发布声明称“终止与位于新疆的服装制造厂合作，同时终止从该地区采购任何产品与原材料”。随后，诸多BCI成员（如耐克、阿迪达斯、优衣库等）相继宣布终止同新疆地区原材料供应商的合作；且美国国会也在该月通过了《防止强迫维吾尔劳动法》，这一法案提出禁止美国进口任何通过强制劳动生产制造的商品，其中特别强调了禁止从中国新疆进口商品。2021年3月，美国、欧盟、英国、加拿大、澳大利亚、新西兰等联合宣布就新疆维吾尔族人权问题对中国实施制裁。显然，“新疆棉花事件”揭示出了法律原生的政治面向。该事件从开端到终结始终渗透着某些西方国家的霸权话语控制，法律与程序在该时间中成为承载政治意志的工具。

* **基金项目：**山东省哲学社会科学规划项目、山东省中国特色社会主义理论体系研究中心委托项目（20CX SXJ17）

王雪慧，女，鲁东大学四史研究中心研究员，研究方向：马克思主义发展史，国际经济法。

沈秋豪，男，浙江农林大学文法学院硕士研究生，研究方向：区域环境治理，国别和区域研究。

陈瑶琳，女，浙江农林大学文法学院硕士研究生，研究方向：环境法，国际公法。

一、法治话语霸权与当代国际竞争

近代以来法学一直在试图疏离政治以获得自治性,但其在当前却同国际政治在某些事件之上再度合一。在经典国际政治理论中,新现实主义与新自由主义是解释国际竞争与国际秩序的两个关键维度。前者强调国家间政治军事力量相互制衡所形成的威慑性稳定,^①而后者则强调国家间经济贸易相互以来所形成的互惠性制衡。^②美苏冷战时期,新现实主义能够有效解释美苏阵营间的相互对垒与世界秩序的整体稳定;苏联解体后,全球化趋势的拓展则使得资本主义市场秩序弥散至全球,不同国家间经济层面的相互依赖使得新自由主义理论得以复兴。但在理论的发展过程中,法律一直被理论家选择性忽视。欧美法律裹挟着某些发达国家的政治传统、价值偏好、历史实践,以潜移默化的方式散布至全世界,甚至包装以“文明化”的外观而得到合理化。

尽管西方法治理念试图将自身包装的公正无偏,但近年来随着国际竞争的加剧,其霸权式的话语本质逐渐被暴露。建构主义理论就试图超越新现实主义与新自由主义的理论分析,进而探讨政治竞争与经济依赖背后的文化建构。建构主义者强调:国际关系的形成不仅是一种实力对比与逐利理性塑造的客观产物,同时也是特定国家价值观念、预设角色与文化谱系塑造出的一种主观产物。^③因此,尽管法律以及法治理念尚未直接或显性地参与国际竞争,但其仍转化为某种话语间接或是隐性地参与国际竞争。特别是在福柯语境之中,话语规定了沟通的意义路径、产生方式与正当理由,并受制于一定排斥系统的控制、选择与重构,排斥系统借由允许/禁止、正常/非正常、真理/非真理的区分赋予特定话语以普遍性与本质性,而权力结构塑造出排斥系统的取向,进而决定着话语的正当生成。^④这一概念实质上揭示出目前法治理念的双重面向,既是一种基于理性推导生成的现代性话语,又是基于政治建构生成的霸权性论证。一方面,法治理念诞生于近代启蒙运动,蕴含着人权天赋、社会契约、程序至上、进步主义等理念。因而法治理念本身就是以现代性为指向的客观社会历史进程的构成元素,也是现代社会有效发展的基础性构成部分。另一方面,法治理念在现代社会经历了隐晦的内涵变更,以美国为代表的西方国家基于自身的政治经济实力建构出宏大叙事的普遍性,进而以这种普遍性来为自身进行合法性论证以及否定消解其他国家地区的特殊性。^⑤

^① [美]基欧汉:《新现实主义及其批判》,郭树勇译,北京大学出版社2002年版,第49-51页。

^② 参见[美]基欧汉:《权力与相互依赖》,门洪华译,北京大学出版社2002年版,第4-6页。

^③ 参见[美]基欧汉:《局部全球化世界中的自由主义、权力与治理》,门洪华译,北京大学出版社2004年版,第16-18页。

^④ [法]福柯:《词与物:人文科学的考古学》,莫伟民译,三联出版社2016年版,第3-5页。

^⑤ 全球化不过是新帝国主义构建全球垄断结构的一种工具与修辞。以美国为代表西方国家的“现代化”法律在此等全球帝国战略的建构中一如既往地充当了掩饰与正当化掠夺的一种屡试不爽的工具。参见魏磊杰:《全球化时代的法律帝国主义与“法治”话语霸权》,《环球法律评论》2013年第5期,第90-92页。

法治理念的话语特征使得“新疆棉花事件”是规则之争表象之下的国际政治博弈。西方国家以发布人权报告或新闻报道的方式来污蔑中国政权的“威权特征”，特别是随着近年来中美竞争烈度提高，大肆宣扬虚假信息成为西方国家制约与限制中国的借口与手段。而这种非真实性消息的散布既涉及对新自由主义理论层面的经贸打击，又是对建构主义层面的合法性削弱。

二、法治话语霸权框架下的次级制裁路径

“新疆棉花事件”是以美国为首的西方国家在构建法治话语霸权的过程中所蕴含的虚假话语策略，而该话语对于企业的制约则是来源于西方国家在法治话语霸权框架下所掌握的规则优势。

（一）法治话语霸权的建构策略

西方国家捏造事实以指责中国存在强制劳动，在世界范围内引起轩然大波。这种看似悖论的状况实际上隐含着法治话语霸权的运作，霸权的本质在于暴力支持与主体认同的融合，以强制性暴力为同意奠定基础，以主体自发认同使霸权得以持续与稳定。这种主体认同兼具自发性与非反思性，如葛兰西所强调的那般，资本主义社会中的意识形态霸权并非以强制灌输方式使无产阶级接受，资产阶级通过各种宣传策略与妥协手段使无产阶级逐步参与意识形态建构而生成自发认同，进而使得意识形态霸权是高度稳固且普遍认同的。^①这种分析实质上揭示出法治话语霸权构建过程并非是强制的，而具有互动性、妥协性与隐秘性。

近代—现代世界归根结底尚未脱离“核心/边缘”的国际政治经济格局。近代以来西欧长期占据世界中心地位，而世界多数地区大多以殖民地的形式位居边缘地带。这种状况使得法学研究领域长期盛行“功能主义比较法”，该方法强调将特定国家的庞杂法律体系化约为结构清晰地功能体，而后通过比较法律体系的实质效果以判断法律的优劣以及探讨法律移植路径。^②在这套比较方法之下，不同国家的法律被化约为不同对立的“理想类型”，现代法/传统法、自由法/威权法、资本主义法/社会主义法等对立范畴将复杂的规范世界置于西方法律标准之下审视。英国、德国、法国等国的法律体系被视为“现代法律”而得到推崇，程序主义、人权至上、民主政治等概念成为某种“政治正确”，法律现代化逐渐片面的等同于移植西方法律体系，西方法律体系亦在“核心/边缘”格局下取得了关键地位。

自20世纪50年代后，随着美国夺得西方世界的领导权，法治话语霸权在美国“法律与发展运动”之下得到发展。帝国主义殖民体系逐渐瓦解，传统功能主义比较法与片面的法律

^① 参见[意]葛兰西：《狱中札记》，曹雷雨译，中国社会科学出版社2000年版，第200-203页。

^② 郑智航：《比较法中功能主义进路的历史演进——一种学术史的考察》，《比较法研究》2016年第3期，第8-10页。

移植收到批评与反思,在此背景下,美国官方与民间开始鼓励学者开展第三世界法律研究并推动法律移植。总体而言,“法律与发展运动”分为两波,第一波主要在 60-70 年代,第二波则在 90 年代后,其依托于官方项目支持或非官方基金会支持,主要致力于论证、协助与推进美国的发展援助项目。^①其具体研究议题包括:第一,法律文本的移植,法律与发展运动往往以韦伯论断为依据,将西方世界的发展成就归咎于形式理性法为基础的法律框架,因此非西方国家实现自身发展的第一步在于移植西方发达国家的规则体系,这些规则体系渗透着契约精神、个体自由、权力约束、社会公正等原则,在程序设计、概念设计、体系设计等层面吸纳西方国家的前沿技术,以此作为法治体系的基础。第二,法律教育改革,完善的规则体系需要法律从业者具有与之契合的思维与技术,而这有赖于法律教育体系的变革,在法律教育过程中更加强调对民主思维、法治精神、社会公正等观念的学习。第三,法律职业培育,在法律教育改革的基础上,适格的法律职业群体需要在社会中存在一定的结构空间以发挥作用,律师作为法律制度与社会公众之间的接口,强化律师群体的教育、培育与肯定以形成强大的法律职业团体,成为法律教育改革过程中至关重要的问题。第四,法律-政治制度变革,在形成完善的规则体系、强大的法律职业群体基础上,进一步需要合理的设计立法、司法、执法等法律组织的权限,对于政治-法律分化不充分的第三世界国家,尤其需要设计出程序性约束、法律-政治隔离、法律组织相互制衡的法律制度结构。第五,社会-价值结构变革,上述目标的贯彻与实现亦需要社会结构与价值结构予以适应,民主政治结构、多元特征浓厚的市民社会、强大的公民批判精神,等等均成为法治变革的最高目标。^②“法律与发展运动”并非纯粹学术运动,其具有浓厚的法律政策学意味,诸多学者对他国的法律设计往往以美国法治框架为模板,过程中美国式的法治理念、法律程序、法律概念被潜移默化的移植至他国法治框架内,这种移植方式超越了近代以来欧陆或英国的移植模式,无论是法律输出力度,还是法律输出方式均得到很大程度的发展。

(二) 长臂管辖下的次级制裁策略

美国自 20 世纪 50 年代后的法治霸权建设同其“长臂管辖”策略相融合而生成了一种强约束性制约措施。传统国际法将属地原则确认为管辖权的基本范畴,尽管近代以来立法技术将航空器、船舶、专属经济区等范围拟制为属地,但总体上并未超越属地原则这一基本范畴。而美国却试图以“效果原则”超越“属地原则”,只要特定法律行为的效果影响至美国利益

^① 参见 Trubek D M, Galanter M. Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States. *Wisconsin Law Review*,1974, Vol.4,1065.

^② Trubek D M. *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development*. *The Yale Law Journal*,1972, Vol.82: 9-11.

则美国拥有对该行为的管辖权。最初“长臂管辖”只是联邦体制下美国各州法院明确管辖权的所确立的原则，各州法院通过明确他州法律行为同本州利益产生“最低联系”的方式来明确本州法院享有对他州公民或法人的管辖权。但20世纪50年代后，美国借助其在国际组织与国际公约中的主导地位顺利地将本国法律转化为国际法律，进而为国际范围内适用长臂管辖原则提供前提。^①同时美国也借助其强势经济地位，通过律师诉讼、合同商议、管辖约定等方式逐渐使他国企业服从于美国的法律秩序，进而为国际范围内适用长臂管辖原则提供保证。^②一方面，美国于20世纪50年代后逐渐推进长臂性立法，如1977年美国颁布的《国家紧急经济权利法》(IEEPA)规定美国总统在判定跨国商事行为对美国国家利益存在重大威胁时可宣布进入紧急状态监管跨国商事并施加制裁，同年颁布的《海外反腐败法》(FCPA)规定美国公司在境外经营禁止向东道国公职人员行贿(1998年修订规定外国向美国公职人员或商业人士行贿亦违法)；1996年美国在IEEPA的基础上颁布《赫尔姆斯-伯顿法》《达马托法》以针对古巴与利比亚进行经济制裁；而1997年美国游说经济合作与发展组织(OECD)借鉴《海外反腐败法》制定《OECD公约》^③。另一方面，美国于20世纪50年代后的经济霸权使得他国同美国展开经济往来的同时亦需要服从美国的法律规定，如有研究发现：现代社会的合同法实践能够将国家法律转化为全球法律，国际商事贸易的扩张使得大量美国律师主导下的格式合同成为国际贸易的范式，合同范式的建构与形塑使得国际范围内出现了一种“效力自赋”的国际商人法，这种国际商人法奠基于美国法律的基本形式，超越主权国家的内部法律。^④与此同时也有研究发现：战后美国律师逐渐占据国际仲裁领域，巴黎国际商事仲裁院、伦敦国际商事仲裁院的仲裁程序、工作语言与法律技术逐渐从欧陆纠问制模式转换为美国对抗制模式，国际商事仲裁程序的美国化转化更是在一定程度上进一步强化了国际商人法的效力。

长臂性立法与国际商人法为美国进行次级制裁提供了核心前提。传统国际法体系强调国际法的强制性源于主权国家的自助方式，例如国家单独对他国进行报复制裁或国家集团对他国进行报复制裁。但在目前长臂性立法与国际商人法背景下，一方面，美国既能够从国际公法层面对他国进行次级制裁，能够禁止第三国对目标国进行某些特定政治经济交往，例如《出口管理条例》禁止任何企业将美国生产的管制性设备器材出口到美国禁运国家，又例如《海外反腐败法》强调任何外国人只要运用美国的邮件系统或商业支付工具进行腐败行为则美国

^① 肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，《中国法学》2019年第6期，第44-45页。

^② 高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法理反思》，《中国法学》2011年第1期，第12-13页。

^③ 强世功：《帝国的司法长臂——美国经济霸权的法律支撑》，载《文化纵横》2019年第4期，第85-86页。

^④ [德]托伊布纳：《魔阵、剥削和异化》，泮伟江等译，清华大学出版社2012年版，第45-46页。

执法机构或司法机构对其有管辖权。另一方面，美国也能够从国际私法层面对他国进行次级制裁，美国跨国公司通过与世界主要经济体的经贸往来潜移默化的使他国企业需要服从美国法律，美国跨国公司同他国企业的合同协议中往往约定美国的法院管辖与美国商事法律适用，例如有学者发现：美国跨国公司往往会利用知识产权规则与商事管辖规则来使他国企业服从美国法律。^①在这种状况下，美国能够借助本国跨国公司同他国频繁的经贸联系来强制第三国企业遵守美国的法律，使他国必须服从于美国的次级制裁方案。^②

在“新疆棉花事件”中，多国企业联合发布“禁用新疆棉花”声明就是次级制裁逻辑的延伸。2020年9月美国发布的《防止强迫维吾尔劳动法》^③SEC3. (2)与SEC5. (6)、SEC8. (1)分别对第三国义务进行了规定，SEC3. (2)强调：“鼓励国际社会减少从中华人民共和国进口的任何用强迫劳动制成的货物”，而SEC5. (6)则强调：“与适当的国际非政府组织和私营部门实体制定协调合作计划，以讨论在新疆维吾尔自治区生产产品的执法策略”，这两条规定为美国进行适用长臂管辖原则提供了前提，而SEC8. (1)进一步规定：“对任何故意从事、贡献、协助或提供财务、物质、技术支持而违反美国从新疆维吾尔自治区进口禁令的法人或个人进行如下制裁”，该条规定使得美国能够以本国法律为第三国企业施加义务，长臂管辖成功转化为长臂执法，进而使得美国能够约束第三国以对中国进行次级制裁。基于该论述，可以看出：此次“新疆棉花事件”并非纯粹的法律问题或规则之争，其本质是以美国为主导的西方国家对我国展开的竞争性压制，美国基于法治话语霸权，借助长臂管辖原则强令诸多西方国家共同对我国施加次级制裁。

三、应对策略：法律体系完善与法治思维本土化

在此次“新疆棉花事件”中，中国的反制措施既包括外交部的谴责与商务部的制裁反制措施，也包括民间层面的自发抵制与自发抗议。但如若仔细观察中国的反制措施，可以发现中国法律实际仍有少许缺位。美国借助长臂管辖原则辖制第三国以施行次级制裁，那么中国是否可以超越纯粹的行政反制与民意鼓动，以法律方式来反制他国对我国的恶意抹黑与制裁呢？

（一）经济法的域外适用细化与完善

《证券法》《反不正当竞争法》是当前中国制约部分域外企业恶行为的主要载体。《反垄断法》第2条指出：“中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制

^① 参见[美]吉尔平：《跨国公司与美国霸权》，钟飞腾译，东方出版社2011年版，第46-50页。

^② 杨永红：《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》，《法商研究》2019年第3期，第174页。

^③ Congress GOV. H.R.6210 — 116th Congress (2019-2020)
<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6210/text>

影响的，适用本法”，该规定实质上便适用了“效果原则”而使我国法院对部分域外企业存在管辖权。但《反垄断法》第3条规定的垄断行为无法直接适用于本次事件中诸多企业的抹黑行为，对此可考虑修改《反不正当竞争法》与《证券法》来应对今后类似事件。第一，我国《反不正当竞争法》与《证券法》在管辖条款上较为保守，均严格遵循属地管辖原则，然而在国际竞争愈发激烈的情况下，这种严格的属地管辖条款无法应对某些域外实施却实质侵犯我国利益的状况，因此有必要增设适度域外管辖条款，可根据“效果标准”对某些域外实施却实质损害我国投资者与消费者利益的行为进行规制。第二，我国《反不正当竞争法》与《证券法》未对“发布政治敏感声明”这种情形进行规制，根据我国现行法律，《反不正当竞争法》仅对混淆行为、商业贿赂、虚假宣传、侵害商业秘密、不正当有奖销售、商业诋毁、互联网不正当竞争等情形进行规制，而《证券法》更是未对类似情形进行规制。这使得我国未来修订法律时应结合域外管辖条款增设规制类型，例如将“新疆棉花事件”牵涉的情形规定为严重损害本国投资者或消费者利益的行为，进而使得我国法律规制外国企业域外行为存在法律依据。第三，除了立法完善之外，最高人民法院有必要在反垄断、反不正当竞争领域出台指导性案例，以能动司法的方式树立预期，以此规制域外企业的行为。

（二）合理运用反制裁措施回击涉事国家

此次“新疆棉花事件”归根结底是以美国为首西方国家对中国实施的次级制裁。单纯惩治某些涉事企业无法根本上解决类似事件的再次发生，为此则必须对美国等西方国家的次级制裁颁布法律或出台政策以实施反制裁。一方面，中国可以综合运用惩罚性关税、贸易限额等方式对涉事国家进行反制裁；另一方面，中国更应该出台专门法律明确美国“长臂管辖”的违法性，若国内企业因域外国家“长臂管辖”而受到损害，首先法律应该明确这种“长臂管辖”的违法性以阻断其我国的传播效力，其次法律还应该赋予该受损企业以救济权起诉对此负有责任的域外实体。^①

（三）推进法治体系与法治思维的中国化

此次“新疆棉花事件”还从侧面反映出当前世界范围内西方法治话语霸权。即使依据错误的事实，西方国家也能依据法治话语将虚假包装成真实，而后借助媒介秩序在世界范围内传播散步。其实，以美国为主导西方国家所建构的秩序外围就是法治话语霸权。法治话语霸权能够为不公正秩序原则作出有效的合法性论证。基于此，中国就应进一步坚持法治建设的中国化，既坚持依法治国方略的全面展开，发掘法治的本土资源，发扬有效的中国法治实践；

^① 沈伟：《中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法》，《比较法研究》2021年第1期，第197页。

同时更应该以人类命运共同体思维为载体，融合中国传统法治理念，推进中国的法治实践在世界范围的传播，正面对垒西方法治话语霸权。其中尤其需要以人权问题的探讨为抓手，既揭示出人权概念的必要性与必然性，又要揭示出人权概念的多维度特征，我国提出的“第三代人权概念”是反击西方社会人权概念的重要抓手，需要在未来的国际竞争实践中进一步强化。^①

Abstract: The "Xinjiang Cotton Incident", as a stream of multiple events superimposed on each other, embodies the hidden operation of the hegemony of the rule of law. The idea of the rule of law has become the basic structure and necessary element in the historical process of intertwining modernity and objectivity. However, in the current process of Western countries gradually controlling the world political and economic order, the concept of the rule of law has been constructed as a set of power discourses based on hegemony. The construction of the hegemony of the rule of law discourse was initially embodied as the "core/periphery" paradigm at the level of functionalist comparative law. Under the basic framework of the hegemony of the rule of law, the United States can not only transform its domestic law into international law through international organizations, but also transform its domestic law into international merchant law through commercial activities. The global promotion of U.S. laws has enabled the United States to smoothly extend the long-arm jurisdiction principle to the world, and force third countries to obey U.S. laws to impose secondary sanctions on specific countries. Based on this, China should take effective measures to actively respond: to advance the revision of extraterritorial jurisdiction clauses of economic law, rationally use multiple measures to counter sanctions, and adhere to the construction of China's legal discourse system.

Key Words: Xinjiang cotton incident; long-arm jurisdiction; legal discourse hegemony; secondary sanctions

^① 杨军、盛舒洋：《当代全球法刍议》，《国外理论动态》，2019年第6期，第124-126页。

碳排放权法律属性的公私法检视与立法建议

——兼论域外碳中和实践对我国的启示*

项如意 陈真亮

(浙江农林大学浙江省乡村振兴研究院, 浙江 杭州 311300)

摘要: 碳排放权交易是实现碳中和远景目标的重要抓手。当前的碳排放权制度在设立目标的公益性、行使方式的不自自主性、附着客体的不确定性等特征, 使得其难以上升为法律权利, 而仅能作为企业碳减排的强制性环境义务。近年来, 用益物权说、准物权说、发展权说等理论学说试图将其权利化, 而回避了对其法律义务属性的探讨, 存在逻辑不自洽、与实践相脱节等问题, 亟待修正。为因应气候变化, 我国碳排放权交易管理立法应合理借鉴国际碳中和法治经验, 坚持环境健康优位理念导向下的立法协同, 明确碳排放权的义务性内核, 强化政府在碳排放权分配、交易、回收等环节中的主导地位及其监管义务, 细化企业“共同但有区别”的碳减排与环境风险规制义务制度体系, 激励企业自觉降碳减排和民众的低碳生活, 以实现碳达峰、碳中和的治理目标。

关键词: 碳排放权; 法律属性; 配额交易; 环境义务; 立法建议

一、问题的提出

当前, 碳排放权交易制度是气候变化背景下世界各国节能减排与碳中和的重要环境规制手段。2020年1月, 欧盟委员会在其通过的《欧洲绿色协议》中, 明确将碳交易制度融入了欧洲绿色发展战略的总体框架; 2021年2月, 美国重新加入《巴黎协定》, 承诺将运用包括碳交易在内的多种手段, 在2050年实现碳中和。2021年3月, 我国“十四五”规划提出“推进碳排放权市场化交易”, 生态环境部也发布《碳排放权交易管理暂行条例(草案)》(以下简称《碳排放权条例草案》), 向社会征求意见。对于任何法律制度来说, 如果不先探究其法律属性属于公法还是私法范畴, 之后是不可能明确其法律效果与法律内容的。^① 尽管近年来出现了公法私法化与私法公法化的现象以及公法与私法界限日渐模糊化的倾向, 但任何法律制度的建构应遵从公法中“法无明文规定即禁止”和私法中“法无禁止即自由”的基本法理。总之, 碳排放权配额分配方案的制定和实施, 首先需要对碳排放权的法律属性进行公、

* **基金项目:** 国家社会科学基金重大研究专项(19VHJ016)、浙江省高校重大人文社科攻关计划规划重点项目(2021GH033)、浙江省新苗项目(2021R412043)的阶段性成果。本文暂未发表, 请勿引用。

作者简介: 项如意, 浙江农林大学浙江省乡村振兴研究院研究人员, 法律硕士。陈真亮(通讯作者), 男, 法学博士, 浙江农林大学浙江省乡村振兴研究院研究员, 硕士生导师, 主要研究方向为区域环境治理政策与法律。

① [日] 美浓部达吉:《公法与私法》, 黄冯明译, 中国政法大学出版社2003年版, 第3页。

私法检视。

“法学为了一个全新的时代履行着任何时代法学的永久使命：使法律服务于生活的需要”。^①为此，学界展开了相关研究，认为碳排放权的公私法属性不容混淆。有的学者努力推进碳排放权的私法化与去行政化，有的学者则主张积极强化政府对于碳排放权相关事项的严格管制。用益物权说^②、准物权说^③认为破解“公地难题”的最好办法就是将“整个世界分割给私人所有者”^④。即通过推动碳排放权财产化、私人化，发挥市场高效配置资源的能力，实现单位碳排放量所创造财富的最大化。而发展权说^⑤、特许权说^⑥主张强化政府对于碳排放权相关事项的宏观调控。他们或是主张通过合理分配碳排放权推进地区间经济平衡发展，或是试图兼容碳排放权在分配上的行政性与交易上的财产性。这些研究对于深化碳交易法治保障建设的认识均具有积极意义。

然而，以上理论学说仍难以满足现实的碳交易法治保障的理论需求。回顾近十年我国相关立法文件对于碳排放权的定义（详见表1），可以发现：我国实务界与理论界对于碳排放权法律属性的认识，已经发生较为深刻的转变。

表1 相关文件中对于碳排放权概念的界定

时间	文件名称	概念界定
2013年	《天津市碳排放权交易管理暂行办法》	权益
2014年	《北京市碳排放权交易管理办法(试行)》	
2014年	国家发改委《碳排放权交易管理暂行办法》	权利
2014年	《重庆市碳排放权交易管理暂行办法》	
2014年	《湖北省碳排放权管理和交易暂行办法》	
2020年	生态环境部《碳排放权交易管理办法(试行)》	碳排放额度
2021年	国务院《碳排放权交易管理暂行条例(草案)》	碳排放配额

上述相关规范性文件对碳排放权的定义，从“权益”演变为“权利”，后又从“权利”演变至“碳排放额度”、“碳排放配额”。这表明至少在立法层面上已经有认识到：碳排放权虽然名为“权”，但是与“私权”联系并不紧密。将传统理论对于权利的思考，“搬家”至碳

① [奥] 埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，第472页。

② 叶勇飞：《论碳排放权之用益物权属性》，《浙江大学学报》2013年第6期，第77-78页。

③ 杜晨妍、李秀敏：《论碳排放权的物权属性》，《东北师大学报》2013年第1期，第30页。

④ Carol Rose, “The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 53, No. 3 (Summer, 1986).

⑤ 王明远：《论碳排放权的准物权和发展权属性》，《中国法学》2010年第6期，第95-96页。

⑥ 王慧：《论碳排放权的特许权本质》，《法制与社会发展》2017年第6期，第177页。

排放权相关法学理论的构建之中的做法，并不可行。因此，有必要破除在以往研究中存在的思维惯性，重新审视碳排放权的法律属性与建构碳排放权法律规范体系。

二、碳排放权法律属性的私法检视

从私法角度对碳排放权的法律属性进行探究，主要有“用益物权说”、“准物权说”等理论学说。

（一）“用益物权说”：存在法理、伦理、治理等多重障碍

用益物权是以“用益”为核心，对他人所有之物享有的占有、使用和收益的权利”。^①我国《民法典》第323条规定：“用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。”在秉持该种观点的学者看来：碳排放权具有使用和收益的特征，因此可以将碳排放权归入用益物权的法律范畴。客观而言，用益物权说将碳排放权视作企业对环境容量的利用权利，可以强化碳排放权后天生成的财产属性，明确私主体保有并转让该项权利的正当性。但是，用益物权说在解释碳排放权的权利生成路径、合道德性、环境治理功效等方面问题上，均有所不足。

一是用益物权说主张的碳排放权的生成路径与实际并不相符。该学说主张权利人行使的碳排放权实质上是在使用环境容量的用益行为。^②权利人对环境容量享有物权，因而其可以对环境容量进行用益，即向环境排放相应数量的碳。然而实际情况是，企业必须先向政府主管部门进行申报并提交相关材料，之后主管部门会依据法律或政策性规定分配给申报人一定数量的碳排放额度。换言之，现实生活中碳排放权人的权利来源，并非其对环境容量享有的物权，而是政府主管部门行政许可权下的碳排放额度的初始分配和二次分配制度。

二是用益物权说所主张内容与社会道德规范相悖。依据该学说构建的碳交易制度，将难以获得广大人民群众的支持，制度运行难以长远。该学说主张权利人是基于对环境容量的物权而享有使用环境容量的碳排放权。而环境容量作为天然存在、不可或缺的环境重要组成部分，在法律上应当归属于全体人类所共有。相应的，碳排放权也应当属于公共物品。然而，现实中仅有部分企业可以获得碳排放权。进言之，部分企业在免费使用本应属于公众的资源，将产生少数企业将公共资源私有化的嫌疑。^③或许采用拍卖的方式可以有偿取得碳排放权，但这仍不足以改变企业免费使用公共资源的行为定性和搭便车效应。因为，企业将通过提高产品或服务价格的方式，将购买碳排放权的成本全部转嫁给普通消费者。这实际仍然是以牺

① 李永军：《论我国民法典上用益物权的内涵与外延》，《清华法学》2020年第3期，第92页。

② 苏燕萍：《论碳排放权的法律属性》，《上海金融学院学报》2012年第2期，第97-103页。

③ 王慧：《论碳排放权的特许权本质》，《法制与社会发展》2017年第6期，第177页。

牲公众利益为代价，容易产生碳排放权对社会公共利益的“权利”滥用和负外部性效应。

三是用益物权说将阻碍政府通过管控碳排放总量的方式治理环境的目标达成。加强依照该学说的主张，碳排放权来源于权利人个人对于环境容量的物权，而非来自政府的行政许可。那么，政府将不得随意剥夺企业的碳排放权，而是应当在征得碳排放权人同意的前提下，以有偿或无偿的方式进行回购。这势必将削弱政府对于碳排放总量的调制能力。这一点从生态环境部近期公布的《碳排放权条例草案》中也可窥见一斑。该条例将碳排放权定义为“配额”而非“权利”，这说明立法者希望碳排放权的服务对象为环境主管部门，而非碳排放企业；希望碳排放权的设立目的是温室气体减排，而非碳排放利益保护。

（二）“准物权说”：准物权的内涵、外延模糊不清

准物权与传统的物权间存在诸多相似之处，但二者并不等同。作为一种新型权利，准物权不是属性相同的单一权利的专属称谓，而是对一组动态变化、性质有别的权利的统称。^①准物权的外延极为宽泛，并且其统摄范围也伴随着时代发展而不断扩张。典型的准物权有水权、矿业权、渔业权、狩猎权等。如果基于准物权说理论构想的碳排放权将具有排他效力、优先效力和物上请求权^②，在行使方式上表现为对环境容量的利用，所以以环境容量为客体的碳排放权也被认为是准物权。^③准物权说较前一学说的进步之处在于：其已经认识到碳排放权具有多重法律面向，其绝非传统私法所能够简单包含。具体而言，碳排放权兼具分配上的行政性与交易上的财产性。若从分配的逻辑出发，将会发现碳排放权源于政府的特殊行政许可，其天然带有政府命令的色彩并受到行政法等公法义务的规制。

而若从交易的视角观之，则会发现碳排放权后天生成的实用性、稀缺性、可转让性，使其更符合财产权的诸多特征。换言之，分配与交易间的耦合联系是产生碳排放权法律属性公、私法辩论的直接原因。于是，注意到这一点的学者们纷纷跳出传统民法思维的桎梏，尝试从新的视角探究碳排放权的法律属性。比如有的吸收政府许可、政府监管等多重行政属性，希望构建符合碳排放权全部法律特征的复合型权利。然而，该种学说同样存在弊端。如果将碳排放权定性为准物权，则对于明确碳排放权的法律特征，指导碳交易法律制度的构建并无增益。此外，该学说将性质不明的权利轻易装入“准物权”的权利箩筐的做法，也可能会诱使将来的学者们肆意扩张“准物权”的法律范畴，为未来埋下法学概念模糊化、同质化的隐患，最终危及我国相关法学理论的长远发展。

（三）对碳排放权私法化的整体性反思

① 崔建远：《准物权研究》，法律出版社 2003 年版，第 20 页。

② 崔建远：《准物权的理论问题》，《中国法学》2003 年第 3 期，第 74 页。

③ 邓海峰：《环境容量的准物权化及其权利构成》，《中国法学》2005 年第 4 期，第 66 页。

综上，不少学者在潜意识中习惯于将碳排放权作为私权利和物权说来看待。其认为只有在环境容量上为每一个碳排放者设定物权，大气环境容量资源才能被最高效地使用：超额排碳的单位通过购买其他碳排放单位未用尽的碳排放权，可以实现合法排污。尽管其实质上仍然在破坏生态环境，但是通过碳交易这一市场化运行模式，可以使碳排放权朝着最能够有效利用它的企业转移，或使无法有效利用它的企业退出市场竞争。

但是，这些学者们在论证过程中均忽略了两项重要的前提性制度事实：

其一，自然资源的国家所有权制度。根据我国《宪法》第9条规定：“自然资源属于国家所有，即全民所有。”作为自然资源的功能性衍生物，环境容量理所当然地也应当属于国家所有，由全民共享。若将环境容量看做是碳排放权的客体，则碳排放权也应当归全民所有，而不应该仅由少数企业享有，但现实却恰恰相反。因此，碳排放权的客体并非环境容量，作为公共资源的碳排放权不能被免费分配并私法化、私权化。

其二，人民民主专政的社会主义国家国体。遵循“物物相关律”、“能流物复律”的生态环境具有公共性，其最需要的恰恰是生态整体治理、系统治理的方式。因此，政府对于碳排放负有最大的治理义务，政府在碳排放治理过程中必须发挥强有力的主导作用。而将碳排放权私法化的方案，一方面会使得碳排放额度碎片化，不便于政府对碳排放的统一管理；另一方面，也会迫使政府不得不采取行政征收方式回购碳排放额度，从而人为地提高了政府调整碳排放额度的治理成本。污染排放行为是负面行为，如将其规定为正当性权利与道德标准背驰，且本来公有的环境容量资源也不应该被私有化并从中获得利益。总之，碳排放权私法化的法治路径并不符合我国国情，其不具有可持续性与公共性的制度品格。

三、碳排放权法律属性的公法检视

此外，国内还有些学者从公法角度对碳排放权法律属性问题展开探讨。

（一）“发展权说”：法律层面提供的指导意义有限

该学说认为碳排放权是发展权的一项重要内容，是“一项不可剥夺的人权。”其包括在相关国际公约限制下，对归自己所有的自然资源和财富行使不可剥夺的完全主权。而无论是为维持个人生存还是发展社会生产，人类都不可能不向大气排放碳。碳排放权与经济社会发展联系紧密，直接关系到一国的经济社会发展现状或未来发展潜力。同理，碳排放配额也决定了企业在当前技术条件下的生产规模上限，并会影响到其盈利能力与发展前景。因此，在分配碳排放额度时，必须考虑平衡地区间、企业间的发展利益问题。

该学说看似解决了碳排放权的法律属性问题，但也存在以下一些不足。

首先，“发展权说”混淆了国际碳排放权与国内碳排放权的两种概念。国际碳排放权的

规制依据是国际条约，其构建基础为各国的自愿减排承诺。即便有缔约国家违背了承诺，而基于国际法中的“国家豁免原则”，其他缔约国家也很难对其采取实质性制裁措施。换言之，国际碳排放权并无强制性法律规范保障，其拥有的只有伦理道德层面的支撑，其边界并不清晰。与之形成鲜明对照的是，国内碳排放权的规制依据为国内相关法律法规，其构建基础为国家的碳排放总量控制制度。若有企业超出其所拥有的碳排放额度排碳，相关监管部门就会依据国内法律法规对其实施制裁。换言之，规制碳排放权的目的是限制碳排放行为，而不是保护企业排放的利益。

其次，“发展权说”的论证过程并未实现逻辑自治。发展权说是通过分析碳排放额与经济总量的内在联系，得出碳排放权属于发展权的论断的。发展权说更多仍是停留在伦理道德层面在探讨碳排放权的性质问题，其尚未触及碳排放权法律属性的核心内容，不足以用来解释碳排放权相关法律制度的构建问题。社会经济发展伴随着碳排放，并不等于只要排放更多的碳，就能获得更多的发展。事实上，碳排放仅仅是社会经济发展的副产品之一，碳排放与社会经济发展间并不存在必然联系。秉持发展权说的学者们过度强化了这种联系，因而得出了碳排放权属于发展权的荒谬结论。并且，为企业分配更多的碳排放权，需要关注碳排放权交易初始配额分配规则的社会正义、区际正义问题以及初始额度抵扣机制的设计。

再次，“发展权说”不利于预防和规制控排企业因主观意愿拒不履行约定碳减排目标的环境健康风险。发展权说主张应当为欠发展地区适当多分配一些碳排放权，该理论更侧重于实现地区间碳排放权初次分配的实质正义，但其对于碳交易法律制度的构建并无多少指导意义。甚至在某些情形下，该理论解释会显得有些突兀。比如：某企业通过技术革新、管理升级等手段，减少了生产单位产品所需排放的碳，并选择出售掉富余的碳排放权。依照发展权说的观点，该企业的碳排放额度减少后，其发展应当受到限制。但事实上，该企业分明在生产水平上获得较大发展。换言之，若依照该学说去解释碳交易活动，将会得出自相矛盾的结论。

（二）“义务说”：一种可能的制度建构与解释路径

曾有部分学者对碳排放权私法化提出质疑。这些学者主张碳排放权的核心在于义务而非权利（至少不是法律权利）。^①将碳排放权作为权利对待，不仅在环境治理实践中难以操作，在法学理论上亦难以成立。在环境治理实践层面，碳交易并非社会自发形成的，而是政府环境治理实践中的创造性发明。碳排放许可制度在本质上，是政府为应对全球气候变化，控制温室气体排放而打造的政策性工具。例如：2008年，英国颁布《气候变化法》。该法案在

^① 孙蕾：《自然资源行政许可的法律本质探析》，《河海大学学报》2014年第9期，第83页。

确立温室气体减排的中远期目标的基础上，建立了国内碳排放交易体系。2009年7月15日，英国公布《低碳转型发展规划》白皮书，以确立“碳预算”指标的形式对温室气体排放进行管理与控制。而在法学理论层面，向环境中排放碳很难被称作为是一项法律权利，这至多只能算作一项自然权利。^①尽管这种自然权利天然存在，任何主体均无权予以剥夺。但正所谓“权利必须由法律所决定^②，并不意味着其一定能够上升为法律权利，对其性质的界定更不能简单地套用现有权利体系。就碳排放的环境风险规制而言，碳排放实际上是指分配给重点排放单位的规定时期内的碳排放配额。因此，有必要从义务说的制度属性进行探讨和制度建构。

首先，国外相关立法与司法实践均对“排放权”的权利化可能性予以否定。实际上，美国、欧盟等众多国家的立法和司法实践中均未规定排污（放）权，而是规定排放数量许可。比如美国《清洁空气法》1990年修正案明确规定：“主管机关为实现特定的排放限制目标，可以减少被许可的排放量。并且进一步规定该许可排放额不构成财产权。”^③美国最高法院在“鲁克尔斯豪斯诉孟山都公司”一案中认为：“除非管制体系为财产创设既有权利，否则该财产不具有财产利益。”这些均从侧面体现出“排放权”在立法、执法、司法实践中的义务性内核。

其次，若碳排放权是一项权利，则其应当归全体公民共同共有，而不应仅由部分企业占有。因为该项“权利”客体——环境容量，本质上属于生态环境的机能之一。依照我国《宪法》第9条规定，作为自然资源之一的环境容量应归全民共享，碳排放权当然也应归全民共同共有。但依照2021年出台的《碳排放权交易管理办法（试行）》的规定，仅有“温室气体重点排放单位”可以进入碳交易市场，即只有部分企业事实上拥有碳排放权。应然的全民所有与实然的私人所有间形成的鲜明对比。这也说明以往试图将碳排放权“权利化”的学理探讨不利于企业低碳转型，存在法律转化的诸多障碍与不合理之处。

第三，“碳排放权”设置的最终目的是为追求碳排放总量控制，促进温室气体排放企业遵从法定配额进行碳排放的义务。因为，权利是为个体利益服务的，个体既是权利的出发点，也是权利的归宿。^④如果某项“权利”不是为了个体目的，而是为了个体身处其中的集体目的而存在，那么该项“权利”就不是真正的权利。而碳排放权自身并不能给企业带来任何收益，相反，由于碳排放权的出现，企业原本不受限制的碳排放利益开始受到公权力的约束。

① 刘鹏崇、李明华：《法权视角下的排污权再认识》，《法治研究》2009年第8期，第54页。

② [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第188页。

③ Clean Air Act of 1990 Amendment, section 403(a)(1); 42 U.S.C. 7651b(a)(1).

④ 刘卫先：《后代人权利论批判》，法律出版社2012年版，第209-210页。

例如美国加利福尼亚州的《碳总量限制和交易法规》就明确采用了“碳排放配额”的立法表述。

“配额”是政府强行为企业设置的碳减排目标,其设置目的是为减少碳减排政策的实施阻力。而减排目标又由国家强制力为后盾保证实现。可以说碳排放权的分配,就是国家对于碳减排任务的明确分割与逐级发包。

第四,企业碳排放行为的正当性并不足以使碳排放成为一项权利。因为碳排放不仅不能维护社会正常秩序,甚至还会破坏社会正常秩序。原本向大气排放碳应当受到社会公众的谴责和国家机关的惩处,而今碳排放的“权利化”将企业超额排碳的行为正当化,使企业不会因其超额排碳而内疚,同时也向社会传递“有钱即有权破坏”的错误价值理念。这些均有害于环境保护事业,并最终危及社会正常公共秩序。

第五,环境容量的不确定性,也致使法律对于碳排放权的保护无法实现。这表现在“权利”受侵害主体、受侵害程度的不确定性上。试想,若某企业超额排放碳,则该企业究竟侵害了哪个依法排放碳的企业的利益?侵害的利益又是多少呢?碳排放权受侵害主体与受侵害程度的不明确,致使碳排放权受侵害后事实上无法获得救济。法谚有云:“无救济则无权利。”这再一次印证了碳排放权事实上并非权利这一论断。

第六,若碳排放权是一项权利,那么与其相对应的义务是什么?义务人又是谁呢?或许有人会说:义务人是政府,其负有不得干涉“权利”人排放碳的义务。但事实却是:政府不仅有权干涉碳排放行为,甚至连碳排放权能否出售、价格多少都受到政府管制。如此说来,政府怎么会是该项“权利”的义务人呢?在法学理论上,权利与义务一般情况下如影随形——绝对义务除外(义务人仅负有义务,而不享有对应权利)。然而,法学理论上绝对不存在,仅享有权利而不承担相应义务的权利人。因此,碳排放“权利”在法学理论上不可能存在。

最后,一项权利应天然具有对抗政府干涉,或获得政府救济的功能。^①然而,一方面,碳排放权并不具有对抗政府干涉的功能。相反,其本身都是政府管制下的政策性产物。例如2010年5月18日,日本《气候变暖对策基本法案》就明确指出,碳交易制度以政府对企业的碳排放总量控制为基础。另一方面,实施碳排放行为也根本无需得到国家保障支持。碳排放作为一种事实行为,自人类诞生之初便天然存在于世,自然无需得到政府救济。总而言之,碳排放权虽名为“权”,却并非权利。其实质与其说是国家以行政特许行使给予企业的特殊赏赐,还不如说是政府运用公权力为企业设定的阶段性减排义务。

四、“义务说”视野下《碳排放权条例草案》的若干完善意见

2021年初,国家为加强针对碳交易的相关法律规制,发布了《碳排放权交易管理暂行

^① [英] 雷蒙德·瓦克斯:《法哲学:事实与价值》,谭宇生译,译林出版社2013年版,第58页。

条例（草案）》，公开向社会征求意见。结合上述有关碳排放权法律属性的论述，并结合域外碳中和的法律行动，建议进行如下修改。

（一）将应对气候变化纳入立法目的

当前存在的四大碳市场机制为全球碳交易市场的发展奠定了制度基础，分别是《京都议定书》框架下的国际排放交易机制（IET）、联合履约机制（JI）和清洁发展机制（CDM）这三大机制，以及存在于《京都议定书》框架之外的自愿减排机制（VER）。目前全球共运行 28 个区域碳交易体系，均采取总量管制和交易（Cap-and-Trade）模式。从国别来看，英国全国性碳交易立法值得借鉴；澳大利亚通过 2011 年《清洁能源法案》从碳税逐步过渡到全国性碳交易市场，构建了比较完整的碳市场执法监管体系，设立了碳排放信用机制和碳中和认证制度，为碳中和目标实现奠定制度基础。我国作为最大的发展中国家，也是碳排放大国，开展温室气体控制政策实践已近十年，形成了“强度+总量”目标引领、命令控制手段先行、市场调节机制跟进的规制特征^①。鉴于此，建议在条例第 1 条立法目的中增加“为应对全球气候变化”。将应对气候变化纳入碳交易立法目的，不仅可以展示国家对于应对全球气候变化的决心与毅力，也可以使企业更加深刻认识到自己身上所肩负的降碳减排的法律义务。

目前，我国构建了“区域碳交易试点+自愿减排机制”的碳交易体系。《碳排放权交易管理办法（试行）》的生效，标志着中国碳排放权交易将从试点扩大至全国、走向常态化。在《碳排放权条例草案》中进一步明确应对气候变化的立法目的，是风险预防原则在碳交易法律规制的具体化。具体而言，将碳交易的立法目的提升到维护人类环境利益的高度，并不是为了最终剥夺与消除个人的碳排放利益，而是为了对碳排放行为进行限制和约束。这也意味着个人在追求自身发展利益的同时，不得损害人类整体的环境利益与生态系统的健康稳定。因此，企业被限制排放碳并被迫参与碳交易，一方面是为了维护生态环境安全，另一方面，也是在维护人类的整体环境利益。总之，碳交易制度具有较强的降碳减排功能，将应对气候变化纳入碳交易立法目的，是具有前瞻性和历史必然性的，是符合时代潮流与我国国情的。

（二）坚持环境健康优位理念导向下的立法协同

碳排放权虽然披着权利的“外衣”，但其内核是总量控制下的配额管控制度和政府强行施加给企业的碳减排义务与监管义务。而旨在减少温室气体排放的碳减排政策除了减少长期气候变化风险之外，还能够减少共同排放的空气污染物，进而改善与空气污染相关的公众健康。对此要考虑将公众健康影响纳入传统温室气体减排的重大行政决策中，优化可能产生环

^① 杜群、李子擎：《国外碳中和的法律政策和实施行动》，《中国环境报》2021 年 4 月 16 日。

境健康风险的决策程序。鉴于此，建议将条例中的第3条内容由原先的“坚持温室气体排放控制与经济社会发展相适应”修改为“坚持温室气体排放控制与环境保护总体目标相适应”。

具体而言，必须明确碳交易不是企业对已有财产的自由处分，而是政府对于企业阶段性减排实施情况的奖惩机制。^①构建碳交易制度的目的在于推进节能减排、保护生态环境，而非授予企业额外的财产性利益。环境义务不仅包括国家的环境义务、社会的环境义务，还包括公民的环境义务^②。因此，必须明确构建碳交易制度的出发点与落脚点在于环境保护，其有义务减少对化石燃料的消耗和因此产生的碳排放，政府需要采取碳市场、碳技术、碳财税及补贴等经济诱导型制度。当然，碳中和目标在诸多行业都有体现，实现碳中和目标不仅涉及一个行业部门，也决不能仅靠治理单个领域来实现这一目标，各领域以及相关制度体系之间的相互配合与协同、以及加强与国家碳市场的接轨才能形成良性互动。

（三）明确碳排放企业间共同但有区别的碳减排义务

建议在《碳排放权条例草案》第7条^③中明确：“碳排放企业间负有共同但有区别^④的碳减排义务”。如“义务说”所言，一方面，每一笔碳交易的达成，都应被视为：在同一个法学上的瞬间，政府完成了对超额实现碳减排目标企业的行政奖励，和对未实现碳减排目标企业的行政处罚。政府就是借助价格机制对市场供求关系的灵敏反应，间接实现对拥有碳减排义务企业的及时、适当的奖惩，进而体现环境执法领域的高效便民原则与比例原则。可以说，政府巧妙借助碳交易制度，高效地实现了对企业碳减排义务的规制。但问题在于：企业均应当承担相同的碳减排义务吗？

1994年3月，《联合国气候变化框架公约》确立了“共同但有区别”的原则，并明确发展中国家与发达国家的减排义务应当有所区别。同理，生态环境部在制定相关规范时也应当对不同企业的碳减排义务予以区别性对待。首先，应当考虑到不同地区、不同行业、不同规模的企业各自的特殊性。由于在财力、科技、管理等多方面的巨大差异，这些企业不太可能拥有相同的碳排放量与碳减排能力。生态环境部应当依照地区、行业、规模等因素，对重点排放单位予以类型化管理。其次，生态环境部应当采用“成本—收益”分析法，分析出不同类型企业的“边际减排成本”与“超额排碳边际成本”。并为不同类型企业分别制定合适标

① 田丹宇：《我国碳排放权的法律属性及制度检视》，《中国政法大学学报》2018年第3期，第86页。

② 陈真亮：《环境保护的国家义务研究》，法律出版社2015年版，第311页。

③ “国务院生态环境主管部门根据国家确定的温室气体排放控制目标，制定重点排放单位的确定标准，并向社会公布。省级生态环境主管部门按照重点排放单位的确定条件，制定本行政区域重点排放单位名称……”。

④ 又称公平承担责任原则，一般是指由于地球生态系统的整体性和导致全球环境退化的各种不同因素，全体社会成员对于保护生态环境负有共同的责任，但是不同发展水平的地区责任又有差别。参见韩德培主编：《环境保护法教程（第六版）》，法律出版社2012年版，第461-462页；王曦编著：《国际环境法（第二版）》，法律出版社2005年版，第108页。

准，使得企业均能因自己超额完成碳减排义务而获益；反之，均会因自己未能履行碳减排义务而利益受损。总之，主管部门应通过类型化管理与差异化标准制定，调动不同企业的碳减排积极性，引导作为“经济理性人”的企业自觉降碳减排。

（四）构建以环境质量改善为核心的碳交易制度体系

如上文所述，碳交易制度本质上是政府实施环境监管的政策性工具，而碳排放权是政府施加给企业的碳减排义务。因此，碳交易制度体系应紧密围绕企业与政府部门的环境义务展开。例如：在《碳排放权条例草案》第4条对于政府部门职责分工的一般性表述的基础上，明确“生态环境部门对于碳交易及相关活动承担主要监管义务，发改、工信、能源等相关部门负有在各自领域内协助监管的义务。”明确生态环境部门主要监管义务者身份，一方面旨在赋予其对于碳交易及相关活动更多的监管权限，可以强化公众对于碳交易的环境政策属性与碳排放权的环境义务本质的认识，避免实践中出现政策偏离现象。另一方面，可以施加其更多的行政监管压力，充分调动生态环境部门在碳交易监管过程中的主观能动性，敦促其积极履行监管职能，避免碳市场监管出现“九龙治碳”的问题。

此外，应在第17条有关禁止交易制度的一般性规定的基础上，增加“碳市场监管机构、服务机构及其工作人员负有在碳交易监管中保持客观中立的义务，其通过碳交易获利部分应当收归国有。”在第19条关于信息披露制度一般表述的基础上，进一步明确“公民对于披露的碳交易信息提出异议的，重点排放单位、省级生态环境主管部门、全国碳排放权注册登记机构及交易机构，负有听取异议并及时作出答复的义务”；在第20条有关风险防控制度一般表述的基础上，明确“生态环境部及相关部门负有定期开展碳交易综合风险评估的义务。”

五、结语

碳排放权的权利化有利于个人碳排放利益的保护，而其义务化则有助于维护环境整体利益。两种不同的制度构建模式，均有其独特的治理功效。但结合实际情形，我国在构建碳排放权法律制度时，应当进一步明确碳排放权的义务性内核，强化政府在碳排放权的分配、交易、回收各环节中的主导地位与监管作用，明确企业负有“共同但有区别”的碳减排义务制度体系。尤其是要贯彻整体治理、系统治理思维，推进公法与私法形成治理合力，激励企业自觉降碳减排，以助力我国如期实现碳达峰、碳中和的环境治理目标。并且，我国应当合理借鉴域外碳交易法治的有益经验，积极推进国内市场与国际市场相接轨，把握国际碳交易规则的话语权，争取在国际碳交易市场中占据主导地位。

从 RCEP 展望 CPTPP：知识产权条款分析及对我国的启示

严驰*

摘要：如今中国正逐渐提高对知识产权的研究与保护方面的关注，《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）是中国新近签署的目前全球范围内经济体量与覆盖国土面积最大的区域自由贸易协定，其中知识产权编的内容占据了重要地位。文章对 RCEP 知识产权条款部分的内容做了简要梳理，阐述了其主要内容与特点。介绍了《全面和逐步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）的背景，将其知识产权部分与 RCEP 中的知识产权编相对比，总结出两者间的相同之处和不同之处，并提出了相关背景下的分析和思考。根据该过程中透露出的信息与经验，分析了若加入 CPTPP 将会给中国带来的机遇和挑战，提出了对于在未来如何提升中国知识产权发展水平的展望。

关键词：RCEP；CPTPP；自由贸易协定；知识产权保护；国际法

1978 年的改革开放至今已有四十多年，在此期间我国的经济实现了迅速腾飞。尤其是在二十年前成为世界贸易组织（WTO）成员国后，中国凭借着低廉的劳动力成本和不断降低的交易成本的优势通过招商引资、接受海外代工合同等方式迅速加入到了国际贸易的生产分工体系中，这些方式推动了中国对外贸易量的高速增长和制造业的快速发展，同时也加快了我国工业化、信息化水平的升级。随着步入二十一世纪，各国的科技发展都突飞猛进，在这样发展的浪潮中我国紧跟脚步，提升了工业制造水平，完成了生产技术的更新迭代，实现了从“干脏活、累活”到“干技术活、漂亮活”的转变。也正是在这样的过程中，让我国对知识产权重要性的认识有所觉醒。如今随着全球知识产品贸易的日渐繁荣，在保护知识产权上全世界人民达成了共识，我国在发展提高科技创新水平的同时也需更加注重知识产权规则的建立与完善。

习总书记在庆祝改革开放四十周年大会上的讲话中提出我们要建立一个“开放、透明、包容、非歧视性”的多边贸易体制，促进贸易和投资自由化便利化，推动经济全球化朝着更加开放、包容、普惠、平衡、共赢的方向发展。^①正是借着这样的契机，我国在 2020 年 11 月成功完成了《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）的签署，这将很大程度影响到未来整个亚太区域的经济及政治格局。自从退出《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）以来，美国一改之前对多

* 作者简介：严驰，男，1998.9，浙江湖州人，武汉理工大学法律专业硕士研究生，研究方向：国际法。
② 靳晓霞：《“一带一路”：人类命运共同体理念在经济领域的实践》，《南京航空航天大学学报（社会科学版）》2018 第 1 期。

边主义的支持态度,经常性地试图采取单边主义、贸易保护主义等不合理的手段来解决问题。我国一直以来都更为认同多边主义、自由贸易,因为这能够让我国从一个更为有力的贸易制度中获益。RCEP 是未来组织建立亚太自由贸易区的重要方式,但是其所推崇的区域经济会在很大程度上降低 WTO 的领导作用,为亚太地区的平稳发展带来不确定性。在此之前,世界各国的商贸谈判大多是通过 WTO 及其前身《关税与贸易总协定》(GATT)来完成的,然而近年来大量区域自贸协定的涌现使得 WTO 的领导地位岌岌可危。比如在 RCEP 签署之前,日本主导的十二国参与的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)以及日本和欧盟间签订的经济伙伴关系协定(EPA)等都已经很大程度上构成了对 WTO 发展的巨大挑战,同时也已经对现有的 WTO 体系产生了破坏性的影响。

我国自打进入二十一世纪以来,一直把知识产权作为重点关注和发展的领域,本文旨在通过对 RCEP 知识产权编中条款的内容加以分析归纳,总结出其相较于之前的《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)知识产权保护模式的创新点,并通过与 CPTPP 知识产权章节相关条款的分析比较,找出两者间的相同之处与不同之处并分析背后的原因,探讨了若加入 CPTPP 带给我国的机遇与挑战,总结出我国在以后知识产权建设的过程中应该要着重加强的方面,寻找我国今后的知识产权保护及知识产权理论制度发展的新方向。

一、RCEP 和 CPTPP 背景简介

2011 年第十八次东盟经济部长会议上首次通过了组建 RCEP 的草案,明确了 RCEP 的目标是构建一个以“10+6”为基础的区域自贸协定。第十九次东盟峰会上,RCEP 的草案被正式批准通过。第二十一东盟峰会上,各国联合发表了关于《启动区域全面经济伙伴关系协定谈判的联合声明》,RCEP 的建设宣告启动。在经历了多轮会议与谈判后,2019 年末的第三次领导人会议上,随着印度退出 RCEP 的签署,RCEP 的最终成员国数量定格在了现在的十五个。2020 年 11 月 15 日,经历了漫长的八年长跑的 RCEP 在东亚合作领导人第四次会议期间正式签署。RCEP 是世界上市场规模与覆盖范围最大的区域自由贸易协定,除中国之外,它还包括了日本、韩国、澳大利亚、新西兰以及发起者东盟十国,占全球人口的近 30%,GDP 总量的 29%。RCEP 创建出了一种极具东亚特色的新规则和新发展模式,兼顾了“开放”和“限容”。

①

2018 年 3 月 8 日,CPTPP 正式举行了签字仪式并于年底正式生效,十一个成员国领导人均出

(1) 杨娜:《全球经济治理机制的革新与探索——以 RCEP 的构建为例》,《国际经贸探索》2020 第 12 期。

席了仪式。^①CPTPP 的缔约国包括日本、加拿大、澳大利亚、新西兰、文莱、新加坡、马来西亚、越南、墨西哥、秘鲁以及智利在内共十一个国家，总人口近五亿，GDP 总量占全球的 13.5%，是亚太区域内首个大型的自由贸易区也是世界范围内第三大的自由贸易区。CPTPP 大幅度提升了 TRIPs 协议中的保护水准，是一个高标准的自由贸易协定。其脱胎于更早的一个区域自贸协定——TPP，TPP 起源于新西兰、智利、新加坡和文莱四国签订的《跨太平洋战略经济伙伴关系协定》(TPSEP)，之后由于美国的加入，又陆续吸引了澳大利亚、加拿大、日本等七国加入谈判桌。随后 TPP 逐渐发展为一个以美国为领头羊的多边区域贸易协定。与前美国总统奥巴马不同，时任总统特朗普并不买账。在他看来 TPP 因为迁就其他缔约国而导致保护标准未能达到美国预期，会阻碍美国的发展，故在其上任初期便兑现了选举时的承诺宣布美国退出参与 TPP 谈判。这一度使谈判陷入了进退维谷的两难境地，但在日本的力促下，剩余十一国仍打着“高水平自由贸易”的旗号继续推进协议的达成，最终成型的 CPTPP 囊括了原 TPP 中大多数内容，仅搁置了主要关于知识产权等内容的二十余项条款。

二、RCEP 知识产权条款简要梳理

RCEP 共二十章，包括序言和十七个章附件，还有四个市场准入承诺表附件。知识产权位于第十一章，共计十四节八十三条。是我国签署过的自由贸易协定知识产权章中内容最为庞杂、覆盖面最广的，不仅涵盖了传统知识产权领域中著作权、专利、商标、不正当竞争等重点议题，也展示了新时代国际保护的诸多新议题新方向。在此之前 RCEP 的发展中国家间签订的自由贸易协定 (FTA) 大多以 1994 年通过的 TRIPs 协议为基本准则，RCEP 的签署以一种更为平衡的方式保护和促进了本区域的知识产权的创新合作和可持续发展。总体来看，RCEP 中的知识产权制度是符合当今社会的发展要求，整体呈现出增强趋势的。与 TRIPs 协议、CPTPP 协定知识产权章及曾引起过很大争议的《反假冒贸易协议》(ACTA) 相比，可以看出 RCEP 已经在能承受的基础上吸收了绝大多数 CPTPP 知识产权章的规定，提高了保护水平，整体呈现出了“全面而均衡”的特点。虽然 RCEP 在规则层面上仍未达到世界最顶尖的水准，但这也正是我们在发展过程中所必经的一个逐渐磨合的阶段。以下是对 RCEP 知识产权章节重要内容的梳理：

1. 发展目标。第 11 章开篇就明确了协定目标是通过建立合理有效的知识产权制度来深化区域经济一体化及合作，减少国家间因知识产权引起的贸易争端，同时促进技术的创新与传播，

(1) 石超：《从 TPP 到 CPTPP: 知识产权条款的梳理、分析与启示——兼谈对中国开展知识产权国际保护合作的建议》，《石河子大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 4 期。

让知识产权权利的持有人与使用者实现共赢。基于世界各国法律制度的差异和经济发达程度的不同，国家间知识产权保护水平、立法水平上下落差较大，为了平衡不同条约缔结国间的利益，协定还同时引进了第七条国民待遇原则以及第十三节的过渡期和技术援助制度。

2. 著作权和相关权利。规定了作者的范围包括作者、表演者、录音制品制作者，作者对其作品享有专有权和信息网络传播权；录音制品的表演者和制作者可因自己的商业制品而取得报酬或是收取许可使用费；每一缔约方应当授予广播组织专有权，其中为进一步明确一缔约方可以将“传播”解释为“向公众再传播”；建立适当的集体组织对著作权及相关权利进行管理并以合理方式运行，鼓励各国集体管理组织间的合作；增加了对技术措施和权利管理电子信息提供保护和救济的限制和例外，对政府使用软件加以限制；规定了限制和例外制度，缔约方应将专有权的限制或例外限于一定范围内，允许合法使用，在著作权和相关法律权利管理制度中提供一个适当的平衡。

3. 明确商标基础标准。确定了商标的概念和标准，规定了不得拒绝注册的事项，此外若通过使用而获得显著性的商标注册也被允许；保护集体商标、证明商标、可作为地理标志的标记等；建立了和《尼斯协定》中相同的商标分类制度；明确规定了商标的注册申请以及商标权的授予流程，允许商标通过电子方式申请；对驰名商标的保护无论其注册与否均不影响对其的认定；对恶意商标的注册规定了限制措施。

4. 增效提速专利流程。明确可授予专利客体的新颖性创造性和可用于产业应用的标准，排除特定发明可专利性的例外和限制；赋予专利所有权人对客体和方法的专有权；允许专利的实验性使用以及专利的宽限期的制度；细化了专利审查注册的程序性事项，允许通过电子方式申请，引入了快速审查制度；引入了国际化的专业分类制度。

5. 规范不正当竞争。依《巴黎公约》对不正当竞争的行为进行有效防范；统一域名管理制度与争端解决机制，救济恶意注册或持有相同或相似域名的行为；对未披露的信息提供保护。

6. 知识产权权利的实施与救济。一般义务，缔约国均要在本国立法中规定有条约中的执法制度，以保证能及时有效地采取合理手段停止侵权，包括阻止侵权结果扩大的事后救济手段。应采取合理公平的权利实施程序，考虑救济措施和侵权行为的比例性并兼顾第三方利益。通常情况下以署名人为作品作者；民事救济，明确程序的公平合理性，知识产权的权利人应享有公正的司法程序，同时侵权人也应及时得到详尽的书面通知。增加了用替代性争端解决程序应付民事争端的机制。司法机关有采取临时措施的权利。赔偿制度仍采用填平原则，未加入惩罚性赔偿制度；边境措施，缔约国应建立起一套合理的进出口装运程序，让主管机

关能够依程序扣押涉嫌侵犯知识产权的货物。还需建立起保证金制度，及时告知权利人提供担保物或缴纳保证金，主管机关有权认定货物是否侵权以及自主决定是否处置侵权物品；刑事救济，将具备较大规模的故意进口盗版、假冒商标货物的行为视为违法。对具备较大规模的故意侵犯知识产权的行为适用有期徒刑或罚金，但是两者只能择一适用。司法机关有权扣押、没收、销毁涉嫌侵犯知识产权的货物；数字环境下的执法，民事和刑事救济中的实施程序也同样适用于其中侵犯知识产权的行为。

7. 过渡期和技术援助。不同缔约国的经济发展处于不同的阶段，考虑到这方面的差异，规定了在条约实施前给予最不发达国家缔约方以及特定缔约方过渡期并提供必要的技术援助的制度。

我国保护和发展知识产权相关的立法体系在近年逐步得到了完善，覆盖 TRIPs 协议的标准已不在话下。不同于以往的落后，如今即使对标知识产权发达国家也已不落下风。可以看出，在 RCEP 中知识产权章节落地的过程中也有着我国国内知识产权领域立法中的先进思想和发展理念的体现。RCEP 和我国知产领域未来的发展目标是相契合的，单单从条文覆盖范围的保护水准上来看，RCEP 的知识产权章显得更为严谨和规范。如在商标法领域将难以界定的气味也纳入商标保护的范畴等，国内立法中出于谨慎还未有如此规定。接下来和 RCEP 的衔接显得尤为重要，缔约国应根据协定的内容修订其国内立法，如今主要等待的流程就是各缔约国立法机构的审查批准。RCEP 的正式开始生效须十五个缔约国中至少九个国家的批准，包括东盟十国中的至少六个国家以及中、日、韩、澳、新五国中的至少三个。2021 年 4 月 15 日，中国正式完成了对 RCEP 的核准程序。此外泰国、新加坡也已经先后完成了对 RCEP 的核准程序，RCEP 的其他缔约国均表示将尽快完成核准程序，实现 RCEP 在 2022 年起的正式生效。足足历经了八年谈判的 RCEP 不是像 TPP 一样由某个超级大国所主导，而是在获得了各方认可后才正式签署的区域自贸协定，每个参与的国家地位都是平等的且都握有一定的自由裁量和变通执行的权利。鉴于如今经济衰退的大环境及新冠疫情对整体经济形势的影响，相信各缔约国会审时度势做出正确的选择。

三、RCEP 与 CPTPP 知识产权规则的异同

CPTPP 中的知识产权部分位于第十八章，共有十一小节，是在 TPP 原有的基础上暂停了十一条所形成的。涉及的暂停内容主要包括：专利、著作或专利保护期限，对生物医药等的数据以及市场的保护，现有产品开发新用途，工艺或方法的专利权，专利期限调整，技术保护措施，数据的保护，互联网服务提供者的法律责任和安全港措施，对加密程序运载卫星和

电缆信号的保护等。虽然 CPPTP 中的知识产权保护力度较之 TPP 略逊一筹，但总体上来说仍保有着新一代贸易规则高标准的特征。以下归纳整理了 RCEP 与 CPTPP 知识产权章节部分的不同之处与相同之处：

相同之处：（1）RCEP 中第二节著作权和相关权方面的规定和 CPTPP 协定中 H 节版权和相关权利中的规定较为接近。RCEP 新增加的对于禁止政府使用侵权软件进行的明确规定，也与 CPTPP 协定中的规定相重合。版权保护水平与 TRIPs 协议相比均呈现出世界领先水平；（2）RCEP 的第三节商标总体上与 CPTPP 协定 C 节相近，都将声音作为商标权客体进行保护，都添加了对于集体商标、证明商标、地理标志保护的规定；（3）RCEP 第五节专利总体上沿袭了 CPTPP 协定中相关条款内容，细化了专利客体，扩大了范围并进行了反面排除。细化了专利审查、申请流程，推进专利制度水平和世界接轨；（4）RCEP 的第十节权利实施分为了五个小节，包括一般义务、民事救济、边境措施、刑事执法和数字环境下的执法，与 CPTPP 协定中的整体大框架类似，并加入了原 CPTPP 协定知识产权章 I 节执法制度的大部分内容，例如：权利推定；法定赔偿；临时措施；败诉方承担律师费用；授权海关当局执法权；授予主管机关扣押或是销毁侵权货物的自主决定权；协助侵权也构成犯罪等。

不同之处：（1）RCEP 在纳入了 CPTPP 的基础上又新加入了《马拉喀什条约》、《工业品外观设计国际注册海牙协定（日内瓦文本）》以及《罗马公约》，在原有的基础上顺应时代发展要求加强了对盲人、视障者和印刷品阅读障碍者获取出版作品，工业品外观设计等方面的关注；（2）CPTPP 中第 18.18 条将气味作为可注册商标的类型，RCEP 中目前并未对气味商标加以保护的规定。在驰名商标的保护方面，RCEP 中虽然和 CPTPP 一样不以注册为要件，但并没有实现对商标的跨类保护；（3）CPTPP 中第 18.47 条中规定有对农业化学品未披露数据或其他数据的保护，RCEP 中尚未有相关的规定；（4）CPTPP 中第 18.58 条规定了版权人的复制权可以通过电子的方式行使，并将复制权的权利范围扩大到了临时复制权，以上两点在 RCEP 中均未体现；（5）CPTPP 中第 18.74 条规定了惩罚性赔偿的制度作为法定赔偿之外的补充性规定，而 RCEP 中第六十条损害赔偿更侧重于我国民法传统的填平主义。保护力度上还有所欠缺；（6）CPTPP 在第 18.76 条中规定了十分严格的边境措施，RCEP 中的规定和 TRIPs 协议第五十一条相近，而 CPTPP 在此基础上还增加了“混淆性相似商标”，对侵权货物的范围进行了很大程度上的扩大。

在笔者看来 RCEP 不见得就比 CPTPP 来的要差。从缔约国的组成来看，CPTPP 的十一个缔约国中有近半数都是发达国家，再加上美国遗留下的影响力，发达国家牢牢地掌握着规则制定的话语权，相对而言发展中国家只能沦为规则被动的接受者。而 RCEP 的十五个缔约国中，

仅有三分之一为发达国家，占据主导力量的是作为发起者的东盟十国（除新加坡之外）和中国所组成的“发展中国家联盟”。两边的力量对比尚且可以说处于均势，发达国家很难通过自身的经济政治优势地位来迫使发展中国家妥协，故可以通过平等协商的方式来确定出更为符合多边利益的条款。因此，现在我们所看到的 RCEP 条款中的不足之处可能是出于日、韩等发达国家的妥协，抑或是为了发展中国家更好地接受而特意制定的低标准。如此为之究竟是好是坏，仍有待商榷。还需让 RCEP 在未来真正的落地实施之后，经过时间的检验才能证明。

RCEP 和 CPTPP 中知识产权保护条款的相同之处某种程度上来说是理所当然的，在 CPTPP 的缔约国中有多达七个国家在一起与中国推进 RCEP 的共同建设，其中起主导作用的日本、新加坡、澳大利亚、新西兰四个发达国家在 RCEP 协议谈判的过程中也影响甚大。为了实现日后加入 CPTPP 的目标，笔者重点关注了两个协定中条款的不同之处。RCEP 和 CPTPP 的国家组成和结构并不相同，在 RCEP 协定达成的过程中充分体现出了复杂性和折中主义，虽然印度最终并未签署 RCEP，但也参与了几乎整个协商过程，因此 RCEP 的谈判成员不仅包括 TPP 中的七个成员国，还包括了中国和印度这样的新兴经济体和发展中大国，^①以及缅甸、柬埔寨等极度不发达国家。出于多方利益平衡的考量，RCEP 中不仅有远超 TRIPs 协议标准的“TRIPs-plus”条款，也有对传统体制和发展中国家的维护。笔者认为 RCEP 和 CPTPP 差异的主要来源还是在于两者的核心经济体国家在政策上的不同。以日本为例，其在不同的发展阶段就呈现出了差异化的态度。早先 TPP 协定中的内容深受美国自身法律制度的影响，CPTPP 中降低了其保护标准，体现了美国所推行的超高标准知识产权模式在亚太地区国家间无法被普遍接受。“接棒”后的日本为了实现其战略目的，抢占在亚太区域的经贸主导权，因而在 CPTPP 中充分传达出了反对贸易保护主义的立场与决心，并维持了相当高的知识产权保护水准。CPTPP 的落地标志着日本在抢占区域合作先机、增加对美谈判筹码、扩大国外市场、振兴国内经济等方面迈出了重要的一步。^②在 RCEP 中，如前文所提到的，发展中国家和发达国家的力量对比还算均衡。日本作为 CPTPP 的领导国也是 RCEP 中发达国家的典型代表，TPP 时期的日本在参与 RCEP 建设时为了避免保护标准的冲突，坚持采用和 TPP 接轨的知识产权强保护模式不肯退让。随着 CPTPP 中正式搁置了 TPP 的部分高标准条款，日本在 RCEP 谈判过程中的态度也发生了明显转变。中国、东盟所主张的知识产权适当保护模式逐渐获得了日

（1）余楠：《RCEP 知识产权规则述评及中国的参与》，《湖北师范大学学报（哲学社会科学版）》，2018 年第 4 期。

（2）常思纯：《日本主导 CPTPP 的战略动因、影响及前景》，《东北亚学刊》2019 年第 3 期。

本的认可和接受,协定呈现出一种以 TRIPs 协议为基础适当提升保护高度的发展方向。当然,我国作为 RCEP 中最大的经济体,在 RCEP 谈判过程中也多有发声。主要是根据自身处于发展中国家阶段的国情而主张在 TRIPs 协议的基础上,根据社会发展的实际需要,对知识产权保护力度和标准进行适当调整,更多地还是反映了发展中国家在国际知识产权保护规则重构中的利益要求。

通过对于以上对 RCEP 与 CPTPP 中知识产权章节条款的整理,笔者发现尽管 RCEP 和 CPTPP 相比仍存在着不足之处,但两者的知识产权章节都可以说达到了当今世界领先水平,比过去常用作模版的 TRIPs 协议还更胜一筹。RCEP 和 CPTPP 中有不少内容都是在 TRIPs 协议基础上的拓展,其设定的标准不仅超越了 TRIPs 协议,还超过了现在所有的其他知识产权国际保护规则,一定程度上代表了如今国际条约中知产保护发展的新方向。TRIPs-plus 条款在 ACTA 和 TPP 中有多处体现,虽然两者因为欧盟、美国等缔约国的反对而均未能真正成型。但因为两者都完成了实际签署,其条款在技术层面还是得到了成员国的肯定的。如加拿大与欧盟间签署的《全面经济贸易协定》(CETA)中就包含了诸多原来 ACTA 中的知识产权条款,甚至被认为是“死而复生的 ACTA”。^①TRIPs-plus 条款到底是好是坏引起过很多争议,国内外许多专家学者都持负面态度,有人认为 TRIPs-plus 条款是美国等发达国家用来压榨和剥削较不发达国家的帮凶,为知识产权提供了过高的保护,是满足自私利益的表现。^②也有人认为其会给现在的知识产权保护制度带来“碎片化”的风险等等。就笔者个人而言,TRIPs-plus 条款可能确实会让我国产生经济上的阵痛,但是一旦能渡过适应期的难关,将会给我国带来更大的收益。我国作为有着长远发展目标的大国,经历过潮起潮落,始终坚持着成为一个强国的目标。那么也必然明白,走向强大的道路上只有通过高标准严要求来约束自己才能够实现自身真正的强大。当然,这并不意味着中国要全盘接受由发达国家制定的不合理的规则,通过辩证的看待问题,笔者认为两个协定中都体现出了其追求进步的态势,以 TRIPs 协议为基准提升保护标准未尝不是一件好事。此外,TRIPs 协议作为上世纪末的产物,彼时的互联网技术的发展和普及程度都远未达到现在的水准。因此在 TRIPs 协议中对于在数字环境下知识

(1) Mathis J. Multilateral aspects of advanced regulatory cooperation: considerations for a Canada-EU Comprehensive Trade Agreement (CETA) [J]. *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, 39(1): 73-91.

(2) Peter Drahos. *The Expansion of Intellectual Property Empires: The Role of Free Trade Agreements* (2003) [EB/OL]. [2011-10-18]. http://www.Grain.org/rights_files/drahos-fta-2003-en.pdf.

产权保护相关的内容是有所欠缺的，RCEP 与 CPTPP 中与时俱进地增加了有关条款，虽然这些条款在形式上属于 TRIPs-plus 条款，但很好地填补了先前领域的空白。

四、我国加入 CPTPP 面临的机遇与挑战

2020 年 11 月 20 日，亚太经济合作组织（APEC）第二十七次领导人非正式会议上，国家主席习近平表示“中国会积极考虑加入 CPTPP”。在加入 RCEP 仅仅五天后就强烈表现出参与 CPTPP 的意愿，一方面是中国在向世界释放自己不仅要为世界工厂也要为世界市场的决心，CPTPP 有着比 RCEP 更为严苛的标准，将加快我国供应链向更高标准升级的步伐。另一方面中国考虑加入 CPTPP 更多地还是出于一直以来构建亚太自由贸易区（FTAAP）的愿望，随着 RCEP 的成功签署，关于亚太自贸区设想的蓝图也正在逐渐由虚无缥缈变得触手可及。CPTPP 中许多条款不是遥不可及的，我国目前还有很大的上升空间。早在上世纪八十年代，我国知识产权领域的法律体系就已初步建立完成，但是随着社会的发展和科技水平的升级，越来越多知识产权保护方面的问题逐渐显现，例如：针对特定产业领域的知识产权保护法律规定不够完善，知识产权侵权执法力度不够强等。自 TRIPs 协定发布以来，知识产权越发受到重视，被提升到了和货物、服务贸易相当的地位，世界各国在 TRIPs 协定的框架下也逐渐加速本国的知识产权领域立法进程，世界进入了知识产权保护的“TRIPS 时代”。近些年来随着以美国为首的西方发达国家不满足于现状，为了自身利益的需要而寻求制定更高规格的知识产权保护标准，长久以来由 TRIPs 协议所保持的平衡被打破，知产国际保护开始迈向“后 TRIPs 时代”。在这段新的历史时期中，国际知识产权规则从原先由世贸组织和世界知识产权组织（WIPO）构成的两大体系更多地转向新兴的自由贸易协定。^①通过小范围的新规则的制定，让诸如美国等发达国家集团通过自身的优势地位获取了远超原先的丰厚经济利益。由于 TRIPs 协议优势地位的逐渐被削弱，像 CPTPP、RCEP 这样大规模高标准的多边自由贸易协定正在主导着当今世界新的知识产权规则制定方向。中国选择积极向 CPTPP 靠拢是一个明智的做法，是顺应时代发展的走向让自身接触到更高的平台的必经之路。亚太地区被誉为世界上最具经济活力的地区，通过对于 CPTPP 中高标准规则的学习，为中国推动 RCEP 建设以及未来和周边国家间更多的 FTA 的落地提供了宝贵的经验。CPTPP 中所体现的多边思想、反贸易保护主义，有利于亚太地区乃至全球的贸易自由。此外，CPTPP 的开放性和包容性也给中国带来了参与协定的机会。主导国日本表明 CPTPP 将进一步扩容，并促进 FTAAP 的实现。^②2021

（1）蔡晓东：《后 TRIPS 协议时代的贸易协定与知识产权条款》，《西南政法大学学报》2012 年第 1 期。

（1）张司晨：《新形势下 CPTPP 的影响、前景以及中国的选择》，《东北亚经济研究》2021 年第 2 期。

年1月底，恰逢英国脱欧一周年的节点，英国表示将申请加入CPTPP，并已和日本之间正式展开了对话。TPP之前被许多专家学者认为是美国制裁中国的一种手段，随着美国的退出和日本主导联合推动“低配版”的CPTPP设立，中国此时正迎来了加入的良机。

CPTPP的标准比RCEP要更高，但不像TPP有那么多更利于美国的国际贸易高标准，而不利于较不发达缔约国的利益，更像是介于两者之间的一种折中的选择。CPTPP作为如今公认的最为严格的FTA之一，要想加入其中困难重重，本文着重探讨有关知识产权方面的挑战，CPTPP虽然删去了TPP中美国标准的部分知识产权保护规则，但是其所处的知识产权保护高度相对而言仍高于绝大部分已有的FTA，对于现阶段的中国来说接受起来还有一定的困难。有学者认为短期内我国尚不具备加入CPTPP的可能性和必要性，应借助CPTPP规则来推进国内相关制度改革。^①加入CPTPP表明中国将要面临更为严苛的标准，也意味着要付出很大代价。CPTPP预期会使中国名义GDP和实际GDP分别降低0.13%和0.02%，^②换句话说CPTPP可能并不适合现阶段的中国国情，中国作为一个发展中国家，应坦然接受自身的保护意识和保护水平上离发达国家仍有明显差距，拔苗助长所带来的收益不足。此外，美国作为超级大国的影响力不可忽视。2006年多哈贸易回合谈判宣告中止，WTO的上诉制度也因为美国的阻挠而彻底无法运行。CPTPP中设立有美国重返该协定的相关条款，日本等国也多次试图将美国重新拉入CPTPP阵营。美国前总统唐纳德特朗普曾组建专门团队研究过美国再度回到TPP的必要性，并表示若TPP条款对美国有利将会考虑回归。新任总统约瑟夫拜登领导下的美国政府是否会选择重新加入CPTPP仍未可知。美国一直以来视中国为潜在的竞争对手，在中美关系前景并不明朗的国际局势下，如何处理与美国的关系，应从全局出发综合考量，对美国潜在的反对以及其长臂管辖权的运用必须有所警惕。届时中国要想加入CPTPP，面对的谈判国家将会是日本、加拿大、澳大利亚，和一向亲美的三国之间的交流，想必不会特别顺畅。还应该特别注意的是，加拿大和墨西哥除了是CPTPP的成员国外，也是《美国-墨西哥-加拿大协定》(USMCA)的成员国，该协定在美国的主导下一反国际主流的多边趋势，具有着浓厚的单边主义和保护主义色彩。前总统唐纳德特朗普的任期内中美关系迅速恶化，美国是否会激活其中“非市场经济国家”的“毒丸条款”，借加拿大、墨西哥两国之手施加制裁把中国排除在现有的国际体系之外是一个未知数。“毒丸条款”所体现的美国对中国的针对性十分明显，虽然说现在对于其在多边贸易协定中是否能具体应用还没有一个明确的结论，但

(2) 张宇：《CPTPP的成效、前景与中国的对策》，《国际贸易》2020年第5期。

(3) 杨立强，余稳策：《从TPP到CPTPP：参与各方谈判动机与贸易利得变化分析》，《亚太经济》2018年第5期。

这个问题仍值得我们去警醒。

五、我国知识产权未来的发展方向

RCEP 的签署是我国对外交流合作中一场里程碑式的胜利，表明了我国坚持多边主义和区域经济的决心，通过与亚太国家更为紧密的经济合作，不仅有助于降低和美国间的贸易战所带来的影响，同时也是对于保护主义、单边主义的一次强有力的回击。第二届“一带一路”国际合作论坛的开幕式上，习近平主席指出“中国将着力营造尊重知识价值的经营环境，全面完善知识产权保护法律体系。”^①专利法、商标法、反不正当竞争法等法律的陆续修订体现了我国积极推进创新驱动发展战略，不断以知识产权制度创新促进技术创新的趋势。对于未来中国应该在哪些方面加强知识产权制度的建设，本文有如下建议：

第一、推进 CPTPP 知识产权规则的研究，分阶段提升知识产权保护水平。尽管我国知识产权保护上已经有了长足的发展和进步，但仍未达到知识产权强国的水准。若全盘接受 CPTPP 中高标准的规则对我国有害无益，因此要谨慎对待 CPTPP 中高于我国现有国内立法标准的条款，若与我国社会需求相符或已成为国际交往中的必备品，可以考虑纳入到以后的立法中，反之则暂且搁置。2019 年颁布的外商投资法是对之前该领域内相关法律的一个总结和完美，在原有的基础上吸收了 CPTPP 中的先进规则，并对所涉及到的知识产权保护问题规范力度有所加强。今后应加强对于 CPTPP 知识产权规则的分析研讨，选择其中有利于中国建设科技创新型国家的先进合理的规则，结合我国的发展需求和区域整体形势予以积极推进。如 CPTPP 在民事救济部分规定的惩罚性赔偿制度，在我国民法领域的实践中已经得到了很好的运用。虽然惩罚性赔偿制度与传统民法中的“填平原则”相去甚远，但是在新修订的《民法典》中已经获得了体系性的承认。民法典第一千一百八十五条中有关于知识产权类案件中惩罚性赔偿的总括性规定，知识产权领域的一系列国内立法中也都加入了该制度。2019 年商标法的第四次修改中加大了商标恶意侵权类案件中惩罚性赔偿的力度，2020 年底著作权法的第三次修改中和专利权法的第四次修改中都首次引入了惩罚性赔偿制度，并且在司法实践中取得了很好的成效，有效地惩戒了侵权人，维护了知识产权权利人的合法利益。但是立法先行，配套的实施条例的修改和制定何时完成还是一个未知数，今后司法适用的过程中还应对其加以细化。在我国知识产权保护水平的提升上，冰冻三尺非一日之寒，我国不必心急火燎地去强行追赶领先国家的步伐，着眼于当下分阶段的追赶显得更切合实际。笔者认为可以通过建

(1) 刘贝贝：《“一带一路”知识产权仲裁中心的构建》，河南大学，2019。

立“三步走”的目标，以五到十年的时间为一个周期来实现平稳的过渡。首先第一步应该通过提升知识产权执法的效率，加大知识产权侵权的赔偿力度，妥善应用惩罚性赔偿制度等。我国境内现在已经有北京、上海、广州、海南四个知识产权法院，知识产权司法体系建立的同时也要强化对法官专业能力和职业素养的培训。接下来第二步是要持续推进知识产权领域相关法律法规的修订工作，建立健全新时代数字环境的知识产权保护。知识产权领域的法律变化日新月异，需要随着科学技术的发展而有迅速的回应。最后第三步再根据我国有关企业的现实发展情况来进一步选择采纳更高级别的知识产权实体性权利。以更苛刻的新规则来推动企业的更新迭代。

第二、争取 RCEP 中的领导地位，参与 TRIPs-plus 条款的建设。随着 RCEP 各缔约国核准程序的陆续完成，RCEP 的正式实施已指日可待。我国所处的国际环境并不十分友好，如今新型的国际竞争关系中呈现出了以知识产权竞争为主导的趋势。由知识产权而引发的国际贸易冲突愈演愈烈，以美国为代表的发达国家更倾向于通过双边谈判的机制以 FTA 的形式来设定更高水准的知识产权保护。并意图通过知识产权的“棘轮（ratchet）效应”，将他们设定的新标准在全球范围内推开，对提高我国知识产权保护水平施加高压。^①虽然我国在 RCEP 中起着不可或缺的作用，但还并没有达到日本在 CPTPP 中的领导地位。RCEP 和其他大型的 FTA 由发达国家主导不同，采用了独特的小国主导模式，由东盟牵头组织，强调其作为一个整体的核心和主体地位，对于维系和促进东盟内部的团结起到了积极的作用。^②在 RCEP 谈判过程中日本没有表现出应有的积极态度，反而优先参与 TPP 的谈判，将 RCEP 搁置一旁。从中笔者认为体现出了日本暂避中国锋芒，将重心从东亚地区转移至亚太地区，通过寻求和美国方面的合作来最终遏制中国的战略目标。过去的一年由于疫情的影响东南亚市场面临着前所未有的困境，也让东盟各国意识到了若没有中国的支持，自己的经济上很难实现增长。为了抢占发展的先机，我国应该在未来 RCEP 真正落地之后，争取奠定在亚太地区区域经济领导者的地位。我国一直以来反对霸权主义强权政治，通过建立起一定的领导地位，不是为了借机压榨周边国家，而是为了共同更好的发展。一旦中国建立起 RCEP 中的领导地位，那也意味着有了规则制定的主导权，我国可以参与到知识产权领域 TRIPs-plus 规则制定的进程中去，在技术层面主动地参与并影响其内容。过去在欧美发达国家指导下诞生的 TRIPs-plus 条款往往会过于保护本国的利益而忽略现实情况和其他国家的国情，我国可以通过探索符合自身治理能力和创新水平，有着合理的知识产权保护标准的 TRIPs-plus 条款，并兼顾广大

（1）杜颖：《加强知识产权保护，促进创新驱动发展》，《中国经济评论》2021年第4期。

（2）贺平：《从 CEPEA 到 RCEP：日本对亚太区域经济合作的战略转向》，《日本学刊》2013年第2期。

发展中国家的利益，建立更为符合现代社会发展需求的 TRIPs-plus 条款。在这个过程中不仅有利于培养我国参与国际治理和国际新规则制定的能力，还能体现我国在 2035 年建设成为创新型国家目标的需求。

第三、积极开展与周边各国的知识产权合作，将 RCEP 知识产权规则和“一带一路”倡议联结。2013 年 9 月和 10 月，习近平主席分别向周边国家提出了建设“新丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的合作倡议。^①我国是“一带一路”的发起国，同时也是 RCEP 中不可或缺的主导力量。RCEP 的缔约国和“一带一路”所经过的国家具有一定的重合性，不仅包括了东盟等主要沿线国家，作为发达国家的韩国、日本也表明了想参与其中，共同促进区域经济繁荣发展的意愿。“一带一路”是古代丝绸之路现代化的新形式，其任务之一就是同周边的国家和地区间建立和谐稳定的经济合作伙伴关系，共同发展共谋福利。未来我国可以在深入实施“一带一路”倡议的同时，有针对性地向沿线国家推广 RCEP 中的知识产权标准，在维护好本国利益的基础上平衡他国利益，通过其为纽带，推广 RCEP 中知识产权规则在更多国家的实现。这样一方面能让我国在对外贸易往来中能处于相同水准的条约约束之下，一方面也能提升中国在周边国家间的话语权。我国已经和 CPTPP 成员国中的澳大利亚、新西兰、新加坡、智利、秘鲁五个国家间互相签有 FTA，这对我国来说是一个利好消息，若中国能同时加入这两个协定，就能够在未来亚太经济一体化过程中掌握足够的话语权。CPTPP 中涵盖了边境措施、竞争条款等规定，对缔约国知识产权司法能力提出明确规定。这些条款打破了原先知识产权司法、执法的地域限制，是不同国家间加强交流沟通的新体现。我国在今后与其他国家交往的过程中，应致力于将更多知识产权司法和执法方面的内容引入其中，加强交流与合作。截止 2020 年底，中国已经和二十六个国家或地区完成了十九个自贸协定的签署。我国一直积极投身于知识产权国际合作中，并取得了丰富的成果。但是现在的发展情况还不能满足我国更为长远的发展需求，我国仍需进一步扩大合作国家的范围，同时进一步寻求开展深度合作。中国与韩国间的 FTA 早在 2015 年就已落地实行，中、日、韩三国都是 RCEP 的缔约国，RCEP 的签署使得三国间的经贸关系更上了一层台阶，2002 年 11 月就已经提出的建立中、日、韩三国间的自由贸易区的设想取得了实质性的进展。中、日两国间才刚刚建立起自贸关系，且由于一些历史原因的影响很难冰释前嫌，在短时间内很难迅速展开深度的合作。我国可以在 RCEP 建设的过程中，先深入展开和韩国间的沟通合作，在完善好 RCEP 的基础上推动中日韩自贸区向更高层次的发展。

第四、推动产业创新转型，加快企业知识产权意识建设。CPTPP 中的高标准一方面能够

(1) 陈积敏：《正确认识“一带一路”》，《商业观察》2018 年第 7 期。

促使我国国内企业产业升级，另一方面也可能破坏我国已有的产业结构，要谨慎对待。近年来为了解决在多边机制受阻的情况下经济市场发展缓慢的问题，我国陆续签订了一系列的 FTA。这导致了大量错综复杂的条约和规则的交叉，出现了剪不断、理还乱的“意大利面条碗现象”，^①增加了企业在对外贸易往来中的负担。对我国而言，RCEP 的签署有着里程碑式的重要意义，它在给中国提出更高目标、更高要求的同时大幅地简化了 FTA 条文间的差异。近年来随着我国对大量知识产权领域法律法规作出了修改以接轨经济发展新形势，知识产权的保护水平已经基本可以达到 RCEP 规定的知识产权保护义务。但我国的主要支柱型产业离创新型国家仍有一定距离，自主研发的科学技术对经济发展的贡献仍不够高。在此基础之上我国应进一步通过实施知识产权战略来带动高新技术的进步发展。一直以来我国都是假冒伪劣产品的重灾区，总体来看人民的知识产权意识仍较为薄弱。在高额的利润面前，不少商家甘愿冒着犯罪的风险大肆制造侵犯知识产权的货物。以出名的福建“莆田鞋”为例，2020 年美国海关在一起案件中查获了五个集装箱的假鞋，以正品的价格出售涉案金额将高达 4.72 亿美金。更为令人惊讶的是还有多个相同收件地址的集装箱成功蒙混过关，流入市场去向不明，若能全部查明，涉案金额将达到一个天文数字。尽管中国海关总署（GACC）明令禁止了知识产权侵权货物的出口，美国海关和边境服务局（CBP）也对我国的出口货物规定了严格的排查制度和高额的赔偿制度，但仍不足以杜绝我国侵权出口货物的出现。为了让我国经济更好更快地发展，对企业知识产权意识的建设刻不容缓。现实中往往会有人以自己不懂法来抗辩，知识产权意识的普及理应早日覆盖全国企业的范围，让企业的经营者、实际控制人懂法用法，从自身做起杜绝知识产权侵权现象。加入 RCEP 让我国迅速地缩小了原本与领先国家的知识产权保护水平上存在的巨大差距，中国的国内企业要抓住这个来之不易的机会，不应把目光只投向眼前的蝇头小利，而应加大对自主创新的投入，那才是未来更快更好发展的立身之本。拿我国手机业巨头华为技术有限公司为例，尽管已经在海内外都有了良好的口碑和广阔的市场。华为仍坚持在最基础的移动通信技术方面下血本，通过研发方面的巨额投入而力压老对手韩国三星电子公司成为了目前世界上拥有“5G”专利技术最多的公司。这样的民族企业是我国其他企业学习的榜样，只有先居安思危，自身具备了肯投入肯转型的觉悟和正确的知识产权观，再加上国家政策和资金上的大力扶持，我国的企业才能做到跻身世界领先行列，并在自身发展的同时助力中国从知识产权大国逐渐变成知识产权强国。

(1) Jagdish Bhagwati. (1995), "U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Areas" in Jagdish Bhagwati and Anne O. Krueger. *The Dangerous Drift to Preferential Trade Agreements*, The AEI Press: pp. 1-18.

六、结语

回顾过往，我国自入世以来，对外经济贸易环境发生了天翻地覆的改变。通过调整完善吸引外资的政策，利用外资的引入进一步优化了我国的对外资金架构，多样化地发展了贸易方式，对我国经济的带动作用很大。但是另一方面，加入 WTO 也对我国的经济体制造成了很大的冲击，把我国的对外经济贸易制度受制于了 WTO 规则之下。

RCEP 的签署对于我国来说也是一把双刃剑。作为我国签署过最大的 FTA，RCEP 在有效提升了我国对外贸易层次的同时，一定程度上对冲了 CPTPP 带来的影响，助推了例如中国与欧盟间的《中欧全面投资协定》(BIT) 等的谈判进展。RCEP 的签署，让中日间首度建立起了自由贸易关系，之前中国与东盟、澳大利亚、韩国、新西兰之间都签署有 FTA，唯独日本是个缺口。这是我国首次和世界前五的经济体之间订立 FTA，中日间实现了两国间减免关税政策零的突破。RCEP 的签订是一个良好的开端，为我国以后与其他国家间 FTA 的签署奠定了良好的基础，中国和日本作为全球除美国外最大的经济体，两国之间开展深入合作，有利于推动中日关系的缓和乃至整个亚太区域的稳定发展。但是成为 RCEP 的缔约国意味着要下调或取消大多数关税，之前东盟各国的发展一直受阻于市场的关税壁垒过高，廉价的人工成本带来的优势被高昂关税所抵消，RCEP 带来的关税减免政策会将东盟的低级别生产厂家大量引入我国境内，挤压中国同类厂家的生存空间。我国现阶段基本上是以中低产业链为主，而日本、韩国的高科技产品居多，RCEP 的签署会对我国的高科技企业的发展有所影响，关税减免直接带来的影响是国外高科技产品的倾销，导致本土企业销量受挫，不利于产业的转型升级。

同前文所述，加入 CPTPP 对于中国来说也具有着双面性。十一届全国人大三次会议上李克强总理在面对记者提问时明确表示“中国对加入 CPTPP 持积极开放的态度”，这体现了国家有着直面困难的自信和勇气，此后我国的目标应该放在达到 CPTPP 中的知识产权保护高度上。在现今世界经济受疫情影响萎靡不振的大环境下，中国踏出这一步也是为了与各国更为密切的经贸往来，壮大自身经济实力。因此笔者认为只要对我国长远意义上来说是利大于弊，就不妨放手一搏。2020 年，我国 GDP 总量达到创历史纪录的 100 万亿元门槛，为 101.60 万亿元。^①根据 2021 年第一季度财报显示，我国比去年同期 GDP 增幅高达 18.3%，一季度 GDP 接近 25 万亿人民币，今年的经济发展形势喜人，我国有着明面上经济基础硬实力的支撑，国家有底气，人民有自信。正好可以趁机提升自身的竞争力，积极面对来自 CPTPP 的挑战，

(1) 胡鞍钢：《2020 年全面建成小康社会之年——对我国经济社会发展的评价》，《北京工业大学学报（社会科学版）》，[2021-04-28]. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/11.4558.g.20210426.1422.002.html>.

形成挑战促进发展的新格局。

碳关税贸易壁垒应对策略：碳税制度落地

周文溢

中文摘要：面对“碳关税”征收势在必行的国际形势下，我国自觉提高国家自主贡献力度，提出2030年碳达峰、2060年碳中和计划。为了应对碳关税这一新型绿色壁垒以及气候变化带来的环境考验，碳税制度再度进入我们视野。尽早出台碳税法律制度，以国内税收手段，促进国内制造业高度重视碳减排，从源头上解决问题。碳排放交易先行，碳税搁置多年，目前有政策规划、环境税实践经验以及新能源技术做支撑，碳税制度落地时机已臻成熟。从碳税落地的必要性和可行性角度论证，碳税制度的实施推行首先有必要对碳税进行本土化改造，结合我国国情，建立起具有中国特色的碳税制度。

关键词：碳关税；碳税；绿色壁垒；制度建构

一、渊源与本质：碳关税解析

2020年9月22日，习近平在75届联合国大会一般性辩论宣布中国新达峰目标与碳中和愿景。“碳”这个关键词再度进入人们视野，碳关税这一“碳边界调节机制”也并不是新的事物，早在2009年美国通过《美国清洁能源与安全法案》中有所规定，但当今气候变化的背景赋予碳关税更重要的时代意义。以国际经济法学的角度思考，如何应对势在必行的碳关税征收成为不容忽视、不可回避的命题。对此，我国必须尽早提出应对之策，以碳税制度落地推动疫情后我国经济的“绿色复苏”。

为了应对环境问题引发的灾害，尤其是人类活动引起的气候变化，可持续发展观念得到国际上的广泛支持，各国对于环境保护达成共识。在全球应对气候变化的谈判中，基于《联合国气候变化框架条约》及《京都议定书》中提出的“共同但有区别责任”原则^①，西方发达国家纷纷提出关于碳关税的制度设想。碳关税，简单来说就是对进口高耗能产品征收特别的二氧化碳排放关税。^②其实质是采纳碳税和碳交易等单边碳排放定价机制的国家采取的单边贸易措施，目的是为了解决本国商品尤其是钢铁业以及高耗能产业遭受不公平竞争导致产业竞争力受损以及碳泄露问题。

（一）碳关税是在国际贸易中征收的碳税

碳税是指以减少二氧化碳的排放为目的，以化石燃料中的碳含量或者燃烧化石燃料所产生的二氧化碳排放量为计税依据所征收的一种税^③。之前我国在2016年制定环境保护税

^① 宗泊：《碳关税分析》，《河北法学》，2012年第30期，第139-143页。

^② 应小陆，徐双泉：《中国税制》，上海财经大学出版社2013年版。

^③ 刘明明：《碳排放交易与碳税的比较分析——兼论中国气候变化立法的制度选择》，《江西财经大学学报》

时，将二氧化碳排放税暂时搁置；现在我国自我加压，提出碳达峰碳中和计划。该计划实施的关键在于加快建立促进碳达峰和碳中和的政策体系，以市场手段促进碳达峰，一方面加快推进有强排放约束的碳市场机制建设；另一方面完善环境保护税制度，制定实施二氧化碳排放税，把碳税纳入环境保护税的条件已经成熟，时机已经到来。

为破解碳关税威胁，中国应适时、适当地引入碳税制度，理由是我国碳税制度落地后，率先自行对高碳出口产品征收碳税，进口国将不能再以保护本国产品竞争力而针对我国出口产品再征收碳关税，因为 WTO 规则不允许双重征税。碳税、碳关税二者虽然只一字之差，但是其中的含义却是千差万别。碳关税被用来解决碳税引起的碳泄漏与产品竞争的问题，两者都是应对气候变化的有效措施，但碳税向国内生产商征收，而碳关税向进口商征收^①。理清二者的区别，有助于碳税制度在我国更好地推行实施。

（二）碳关税是一种新型贸易壁垒

碳关税通常表现为要求进口商对进口地是未实施碳减排制度的国家的产品缴税或购买排放配额等形式。一言以蔽之，凡是进口国基于进口产品的碳排放要求进口商承担的税费，都可称为碳关税，不管其采取边境调节措施的形式亦或者配额的形式。碳关税的实质是一种新型的贸易壁垒，即“绿色壁垒”。西方学者为了帮助碳关税摘掉“贸易壁垒”的帽子试图从多边贸易体制之中寻找法律依据，包括反补贴、反倾销规则，《关税与贸易总协定》第 20 条规定的环境保护例外规则以及边境税收调整制度等。其中，以边境税收调整制度作为碳关税存在的法律基础的主张得到西方国家大部分学者的认同。然而，碳税和碳交易与传统意义上的商品税存在明显的区别，适用边境税收调整的适格性问题非常值得探讨^②。

碳关税对多边贸易体制的威胁犹如在弦之箭。我国学者针对碳关税的合法性讨论也未曾停歇，马翠萍、刘小和从 GATT 条款第 20 条（g）款的“环境例外条款”出发，结合 WTO 争端解决机制对于可耗竭自然资源保护的案例，论证碳关税的合法性^③。梁咏从 WTO 协定看待其对于碳关税的包容性，指出我国与其简单地进行呼吁或驳斥，倒不如在现有 WTO 框架下有理有据地维护正当权益更为现实^④。

2013 年第 1 期，第 105-112 页。

^① 黄文旭：《碳关税相关概念辨析》，《岭南学刊》2011 年第 1 期，第 70-75 页。

^② 陈红彦：《碳关税的合法性分析——以边境税收调整的适格性为视角》，《法商研究》2013 年第 30 期，第 87-94 页。

^③ 马翠萍，刘小和：《GATT 第 20 条争端案例下的碳关税征收合法性分析》，《国际贸易问题》2012 年第 3 期，第 147-153 页。

^④ 梁咏：《WTO 框架下碳关税可能引致的贸易争端与解决》，《法学》2010 年第 7 期，第 76-84 页。

发达国家认为碳关税的推行是为了保护本国产品的竞争力，以及避免碳泄露。但仍然不少发展中国家认为碳关税有违 WTO 基本规则及“共同但有区别”原则，是假借“环境保护”之名，行“贸易保护”之实。通过分析各学者的观点，以及结合世界环境组织、经济团体等国际主体的呼吁：将保护环境纳入国际贸易体制下，这都提高了碳关税实施的可能性。

二、条件与证成：碳税制度落地

为了应对碳关税威胁，碳税制度落地刻不容缓。碳关税征收势在必行，只是早晚到来的问题。无论碳关税制度是不是绿色壁垒，其背后蕴含的以国家战略利益为依归总是值得深究的，而作为世界最大的碳排放国，中国有必要早早规划，做好准备，以求在国际贸易中维护自身利益，谋取经济发展。

（一）碳税制度的内部证成

1. 应对碳关税威胁的必然选择

以美国为首的发达国家声称设置碳关税完全是为了公平对待进口产品与同类国产品^①，但实则美国碳关税条款是基于战略利益的考量，完全是为了保护国内生产，促进本国经济社会的转型升级。如果美国开征碳关税，对我国这样一个以制造业为主并且出口贸易占国内生产总值很大比重的国家而言，将导致难以估量的经济损失和大量制造业人员失业。中国对美国出口商品中，机电、建材、化工、钢铁、塑料制品等传统高碳产品占据了我国出口市场一半以上的比重。世界银行的研究报告指出，如果碳关税全面实施，“中国制造”可能将面对平均 26% 的关税，出口量因此可能下滑 21%^②。如果美国对高碳产品征收碳关税，必将降低中国制造业产品的国际竞争力。更深一步思考，其他发达国家若纷纷效仿，都采取征收碳关税的方式将形成骨牌效应。这样的国际局势显然对中国这样正经历工业化进程的发展中国家非常不利。碳关税一旦付诸实施，发展中国家的生产成本优势将被进一步挤压，从而对相关行业的出口以及就业形势造成严重冲击^③。

因此尽早出台碳税法律制度应对碳关税威胁，至少能够促使国内制造业高度重视碳减排，从源头上解决高碳问题；并且可以使我国更密切地参与到国际贸易之中，学会主动地制定规则，并利用规则去应对规则。在工业经济时代，几乎所有的国际贸易规则都是由发达国家制定的，作为后发国家，我们一直处于被动的地位；那么，在疫情后绿色经济复苏的时代，我们是否能够抢先行动，掌握制定规则的主动权，占据大时代的制高点？

2. 应对气候变化的必由之路

^① 沈木珠：《低碳壁垒的法律分析与应对思考》，《法学杂志》2011 年第 7 期，第 29-33 页。

^② 李小晓：《碳税逼近“节能减排不能只喊口号了”》，《中国经济周刊》2012 年第 21 期，第 43-44 页。

^③ 张梓太：《碳关税背后的游戏规则嬗变》，《解放日报》2009 年 12 月 19 日。

全球气候变暖是制约当今世界经济实现可持续发展的重要瓶颈,利用税收这一经济调控手段抑制非理性能源的消费,业已成为各国控制温室气体排放、提升大气环境素质的重要方式。目前,我国面临着环境保护与能源集约的双重压力,引入碳税制度无疑有助于将排污成本内部化,使其归入到产品价格之中,从而通过市场规律促进能源密集型企业的节能减排。发达国家的环保实践也证明:与碳排放交易制度相比,碳税的优势显著。其执行程序简单、成本测算明确、调控力度灵活、制度绩效明显^①。

应对气候变化问题的首要路径是控制温室气体排放、缓和稳定气候变化,因此为世界各国设定减排任务就成为国际气候谈判的主要方向。我国作为发展中国家,基于“共同但有区别”原则,目前并不承担强制减排任务。但自2008年以来,我国已经超过美国成为碳排放总量最多的国家,国内生态环境急剧恶化,粗放型经济发展模式亟待转型,向低碳化、生态化转变;国外碳关税施行势在必行,我国的减排责任重大,“30·60”目标就是我国自我加压,针对当前“内忧外患”严峻形势的积极回应。

我国现行的节能减排机制仍然依赖政府发动,是一种自上而下的减排机制。由中央政府给出约束性指标,上行下达,兼由地方各级政府监督实施。长期的自上而下机制导致我国企业尤其是高碳企业缺乏能动性,只是被动地按照政府意愿进行节能减排,抱有完成任务的心态。长此以往势必影响节能减排的效率与效果。在社会主义市场经济体制下,政府应当更多地运用市场化手段激励节能减排工作。采用税收方式刺激企业发挥主观能动性,促使企业使用、升级清洁技术进行节能减排;同时,税收作为一种宏观手段,能够使政府从具体的节能减排事项中超脱出来。给予自主进行节能减排的企业一定的税收优惠当做激励,形成自下而上的节能减排动力,同政府的自上而下的命令控制动力汇合,以此形成全社会合力。

3. 税收结构改革的应有之义

长期以来,我国一直走粗放型经济发展道路,“高投入、高能耗、高物耗、高污染、低产出”是中国经济发展的真实写照,这种经济增长方式导致了现今经济结构中存在诸多矛盾^②。碳税能够促进税制结构的优化,实现从传统税制中对劳动这一具有积极意义的行为的征税到对环境污染这一具有消极意义的行为征税的转变。这一调整不仅可以在提高环境质量的同时,实现税制结构优化,并且能够提供就业机会,为人民提供福祉。既促进节能环保,又进行财富的公平分配,这便是碳税的“双重红利”^③。

^① 邓海峰:《碳税实施的法律保障机制研究》,《环球法律评论》2014年第4期,第104-117页。

^② 王楠:《关于我国开征碳税的几点思考》,《地方财政研究》.2009年第12期,第73-75页。

^③ See Lawrence H. Goulder Environmental Taxation and the “Double Dividend:” A Reader’s Guide, International Tax and Public Finance, vol. 2, NO. 2, 2004, pp. 157-183.

环境保护税旨在将生产经营活动中污染环境的负外部性内化到纳税人的生产经营成本中,有助于改善环境质量、促进节能减排。^①我国《环境保护税法》于2018年开始施行,利用环境保护税不仅可以筹集治理环境污染、恢复生态平衡的财政资金,而且可以通过增加排放污染物的经济成本来抑制纳税人污染环境的行为选择,以期达到“寓禁于征”的效果。^②《环境保护税法》的出台具有诸多益处,但由于有关二氧化碳排放征税一直争论不休,碳税设计一直被搁置至今,这部法律仍有不完善之处。故此,我国当前税制改革迫在眉睫,要有碳税这一新税种的出台,以及出台后与其他税种搭配组合的变化也值得重新探讨。

构建碳税制度是一个充满利益博弈和决策智慧的难题。我国对碳减排的态度虽然逐渐明朗,提出“应对气候变化,不仅要减少温室气体排放,也要采取积极主动的适应行动”^③,强调发挥公共财政资金的引导作用以保证国家行动的资金来源,^④但是对于碳税的征收仍保持暂缓征税的立场。环保税立法中暂缓征收碳税表明我国愿意承担碳减排义务的态度,又因考虑到征税时机、立法技术不成熟,有心无力之下作出暂缓的立法选择。^⑤这意味着,我国目前的税收体系不够完整,有学者建议将碳税放到环境税立法之下作为一个税目保留^⑥,但也有学者甚至指出碳税单独立法,以成全环境税费法律体系的自洽性。总而言之,碳税无论作为独立税种或是作为环境税下的一个税目、配合其他环境税的开征,均可以弥补环境税的缺失,构建起相对完整的环境税制法律框架。

落实服务于“创新、协调、绿色、开放、共享”五大发展理念的税收政策,在法治轨道上持续推进税收改革,服务供给侧结构性改革,整合碳税是必不可少的一环。我国环境税应当涵盖环境、资源、能源三个层面,以二氧化碳排放税促进绿色税制的形成,建立起完整的环境税收体系。此举可以在产品价格中更好地体现环境成本,进而引导建立可持续发展的生产和消费体系,改变稀缺资源的价格,促使企业寻找高碳排放能源的替代品,提高清洁技术,从而降低资源的消耗速度,达到节能减排、优化环境的目的,为生态文明的践行提供内生性的资源和动力。

（二）碳税制度的外部证成

^① 黄茂荣:《税法总论(1):法学方法与现代税法》,台北:台湾植根法学丛书2012年,第279页。

^② 叶姗:《环境保护税法设计中的利益衡量》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期,第46-55页。

^③ 国家发展改革委等:《国家适应气候变化战略》(发改气候[2013]2252号)。

^④ (美)约瑟夫·E.斯蒂格利茨著,《公共部门经济学》,郭庆旺等译,北京:中国人民大学出版社2005年版,第201页。

^⑤ (美)林德尔·G·霍尔库姆著,《公共行政与公共管理经典译丛 公共经济学 政府在国家经济中的作用》,顾建光译,北京:中国人民大学出版社2012年版,第228-229页。

^⑥ 苏明,邢丽,许文,施文泼:《推进环境保护税立法的若干看法与政策建议》,《财政研究》2016年第1期,第38-45页。

1. 政策规划：30·60 目标提出

习近平在第七十五届联合国大会一般性辩论上发表重要讲话，提出中国将提高国家自主贡献力度，采取更加有力的政策和措施，二氧化碳排放力争于 2030 年前达到峰值，努力争取 2060 年前实现碳中和。对于中国提出的碳中和目标，全球予以高度关注。所谓碳中和，是指释放的二氧化碳和吸收的二氧化碳相当，这样大气中二氧化碳含量就不会增加。通常意义上来看，碳排放被认为是气候变化的主要诱因，不少国家都把碳中和（也被称为“零碳”）设定为目标。此时中国提出碳中和目标，不仅关乎环境保护、绿色发展领域，同时也牵动着二氧化碳排放税的落地实施。

对于碳税制度落地而言，碳中和目标设定的意义更是不言而喻。为实现绿色经济可持续发展，应在“十四五”规划中设定更明确的气候目标，对于煤炭等传统高碳能源的使用占比进行明确限制，发挥市场化手段，以“碳税”的形式征税，倒逼企业、个人主动减排，建立起相关监管惩罚措施，以加速能源结构转型，探索经济、环境、能源等多重可持续的中长线发展路线。

在朝向碳达峰和碳中和努力进程中，生态环境部开展专题项目：“十四五”碳排放总量控制目标和制度研究，对二氧化碳的排放路径进行探索^①，我国取得了举世瞩目的重大成就。2019 年我国碳排放强度比 2005 年下降了 48.1%，提前完成了 2015 年提出的下降 40%至 45%的目标；党的十八大以来，我国清洁能源占能源消费总量的份额已达 23.4%，水电、风电和太阳能发电累计装机规模都高居世界首位。为落实承诺的国家自主贡献目标，我们自身必须转换发展模式，坚持绿色低碳转型，坚持走可持续发展之路，以碳税制度的落地减少高化石能源的使用，以税收优惠的形式促使企业发展主动清洁能源和新能源，研发环保科技。

2. 理论支持：碳税研究成熟

碳税作为环境税的一种，目的是将环境外部成本内部化，其理论基础源起庇古税理论。1972 年由 OECD 环境委员会提出的“污染者付费原则”，也可以为碳税制度提供理论依据。我国碳税研究自 2009 年开始呈现出井喷的状态，不少法学学者都提出了针对我国碳税实施的制度构建，刘明明对于我国碳排放交易和碳税制度进行比较分析，提出针对我国气候变化的立法制度选择^②；娄峰根据模拟碳税征收后对我国宏观经济及碳减排影响，指出：随着碳税税率的增加，单位碳税二氧化碳排放强度逐渐减小，在能源消费环节征收碳税，可以在减

^① 蔡博峰, 曹丽斌, 雷宇, 王灿, 张立, 朱建华, 李明煜, 杜梦冰, 吕晨, 蒋含颖, 宁淼, 王金南:《中国碳中和目标下的二氧化碳排放路径》,《中国人口·资源与环境》2021 年第 1 期,第 7-14 页。

^② 刘明明:《碳排放交易与碳税的比较分析——兼论中国气候变化立法的制度选择》,《江西财经大学学报》2013 年第 1 期,第 105-112 页。

少二氧化碳排放量的同时增加社会福利水平,实现碳税的“双重红利”效应^①。张友国等学者通过探索征税标准与碳关税对中国经济和碳排放的影响,阐明中国既要抵制碳关税,也应积极推动碳税落地、实施创新驱动发展战略应对其潜在不利影响^②。孙亚男对碳交易市场中的碳税策略进行研究,论述了在碳交易市场中征收碳税对于降低碳排放量,增加企业收益具有促进作用,这说明在科学合理的政府政策配置下,采用合理的市场机制,可以实现低碳经济的可持续发展。并且给出推行方案:针对低碳高产能行业先行试点,优先开征碳税,并且注重引导消费者的消费偏好,向低碳产品转移,以此减少碳税征收的阻力^③。

我国针对碳税的理论研究,从模拟数据到建立模型,从碳税与碳排放交易的比较分析,为我国碳税制度构建献计献策。通过分析碳税制度背后国家战略利益,论证碳税制度有必要在我国落地生根,构建起具有中国特色的碳税制度,体现中国积极采取措施兑现节能减排承诺的大国担当。

3. 实践论证:环境税施行

环境税的引入与运作,是我国改善生态环境和维护生态平衡的重要改革措施^④,环境税作为“十三五”财税改革政策之一,其相关法律问题也一直是学界进行研究探讨的学术热点。环境税法自2018年实施以来,截止至今已有三年之久,其中通过《环境保护税法》为依据的案件已有37件,为我国碳税落地积累了实践经验。诚然我国的环境税仍有不完善之处,但其具体的制度设计,比如征税对象、计税依据、应纳税额、税收减免、征收管理等都可以为碳税制度构建提供借鉴。包括环境保护税的配套措施,碳税落地后也可以直接运用,避免重新划分税收和环保部门,致使机构冗杂、权责不清情况的发生,比如《环境保护税法》第22条规定:制定缴纳环境保护税的具体办法,由国务院税务主管部门会同国务院生态环境主管部门规定。碳税仍然可以采取这种模式,放权给税务主管部门与生态环境主管部门协同规定。环境税发挥了税收手段的激励作用,其收入中性的特点也有利于实施。碳税亦然。

碳税作为应对气候变化的最有效的经济手段之一,其对碳排放的控制效果已在开征碳税的国家得到验证。我国多年的排污收费实践为碳税的开征提供了技术支撑;民众对应对气候变化,促进节能减排,发展低碳经济已经有较为深刻的认识,环保理念深入人心。适逢欧盟、美国等发达国家针对发展中国家提出“碳关税”以及各种绿色非关税贸易壁垒,主动开征碳

^① 娄峰:《碳税征收对我国宏观经济及碳减排影响的模拟研究》,《数量经济技术经济研究》2014年第10期。

^② 张友国,郑世林,周黎安,石光:《征税标准与碳关税对中国经济和碳排放的潜在影响》,《世界经济》2015年第2期,第167-192页。

^③ 孙亚男:《碳交易市场中的碳税策略研究》,《中国人口·资源与环境》2014年第3期,第32-40页。

^④ 陈苑:《环境保护税改革研究现状及法律思考》,《现代交际》2021年第1期,第72-75页。

税不仅可以树立我国负责任的大国形象,更可以应对其他国家的贸易壁垒。因此建议碳税开征宜及早进行。

4. 技术支撑: 新能源技术领先

中国是世界新能源发展最快的国家,短短十年内,完成了从新能源起步到世界第一的过程^①。中国新能源技术的发展为碳减排提供技术支撑,使得节能减排落实具有切实可能性。针对碳税具体环节,比如其中的计税依据需要对企业生产过程中的碳排放量进行监测,或者是煤炭等能源中的含碳量进行测算,其中离不开自动化技术的支持。

长期以煤为主的能源消费结构使得中国面临着严重的环境问题和能源安全的巨大挑战^②。我国在《能源生产和消费革命战略(2016-2030)》的战略规划中明确提出,将于2030年实现天然气和非化石能源消费的比例分别提高到15%和20%左右的目标。并且中国政府已承诺,到2030年单位GDP的二氧化碳排放量比2005年下降60%~65%^③,这也敦促政府发展新能源从而减少对煤炭的依赖。以战略规划推动新能源技术的发展,新能源技术发展反过来为碳税开展提供技术层面的支持,促进我国碳排放总量减少,实现能源消费结构的优化。

要想促使企业进行自主碳减排,升级清洁能源技术,需要通过合理的碳税设计和政策引导,使得中国新能源抓住历史性的发展机遇,为新时代的美丽中国建设增砖添瓦。

三、困境与消解: 碳税制度本土化

碳税的制度设计需要权衡多元主体间的利益:不仅涉及到如何化解碳排放大国与小国之间、发达国家与发展中国家之间的矛盾,而且涉及到怎样处理环境保护和经济增长之间、碳排放征税和碳排放权交易之间的冲突。当下市场经济国家的税制可以说是一个复杂的难题,造成税制复杂的主要因素包括“在税负分配过程中对公平正义的需求,试图鼓励某些对社会或经济有益的活动以及政治妥协及计划外的事件^④”。在我国现有的环境法律框架之下,碳税制度的运行仍面临三大挑战:与现有税收体系之间的矛盾、与碳排放交易制度的冲突、以及与国际贸易规则的协调。

(一) 与既有环境税种重复征收

要做好碳税的立法实施工作,首当其冲需要解决的便是碳税与既有环境税种之间的矛盾,即处理好碳税与环境税、资源税和能源税等绿色税种之间的关系。作为一项新的税种,碳税

^① 林伯强:《中国新能源发展战略思考》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2018年第2期,第76-83页。

^② 林伯强,李江龙:《环境治理约束下的中国能源结构转变——基于煤炭和二氧化碳峰值的分析》,《中国社会科学》2015年第9期,第84-107+205页。

^③ Liu, L., X. Sun, C. Chen, et al. How will auctioning impact on the carbon emission abatement cost of electric power generation sector in China? [J]. Applied Energy, 2016, 168.

^④ (美)斯莱莫德著:《课税于民 公众税收指南》,大连:东北财经大学出版社2013年版,第167页。

的设立必然会产生“牵一发而动全身”的法律效果，将对现有的环境税种产生广泛影响。制定体系化的绿色税收体系是我国税收立法的努力方向，但从目前现实出发，独立的、自成体系的立法形态，应当是碳税立法的基本进路。基于此，在我国碳税立法时，有必要将碳税与环境税、碳税与资源税和碳税与能源税等税种作明确划分^①。

环境税的概念有广义、中义和狭义之分，广义是涵盖一切基于环境保护目的而征收的税收或采取的税收措施，中义包括环境保护税、自然资源及能源税，而狭义仅包括环境保护税和污染税。由此可见，碳税是介于中义与广义之间的概念，在立法处理上可以将环境税定位于主要是预防、控制环境污染的税种，而碳税主要用于控制碳排放以应对气候变化；资源税是指对自然资源的开发利用行为征收的税收，其征收主要是在生产环节。作为资源的两端，资源开发（生产环节）与资源利用（消费环节）具有内在联系，分别处于这两端征收的资源税和碳税应当良性互动，避免重复征税；能源税是指一切与能源相关的税收。从目前已有碳税的国家立法实践看来，存在碳税作为能源税的一部分进行征收的现象。但由于我国能源概念还未明晰，是否能够涵盖碳税，成为碳税的上位概念还不够明确，故此我国碳税制度设计更宜采取单项立法的形式。

碳税与现有税种之间的矛盾如果不能得到有效化解则会引起整体税收的混乱，甚至会影响环境税体系的自治性，使得高碳企业成本转移，降低中国制造产品的整体竞争力。必须坚持碳税税收收入的中性原则，保证与其他税种相互协调，以此来减少纳税主体的其他相关税负，使得纳税人整体税收负担与碳税开征以前相平衡。为了将税收调整产生的经济和社会成本降到最低，必须将碳税与现有环境税项目进行“一对一”的整合，逐步实现以“绿化”为导向的整体税制结构的优化升级^②。

（二）与碳排放交易制度功能重叠

想要使碳税制度在中国的土地上落地生根，还需要对碳税与碳排放交易之间进行制度衔接。碳排放交易是基于减排成本差异而产生的碳排放权交易体系^③，以国家实施温室气体排放总量控制并分配碳排放权为前提。自2011年10月我国开展碳排放权交易试点工作，批准自2013年6月18日深圳率先开展碳排放权交易试点至今，我国正在筹备建立起全国性的区域与跨区域碳排放交易体系。曾雪兰介绍碳排放配额有偿分配机制的建立，体现了“资源稀缺、使用有价”的理念，提高了企业主动减碳的意识，为全国碳市场配额有偿发放管理

^① 张梓太：《关于我国碳税立法的几点思考》，《法学杂志》2010年第2期，第98-100页。

^② 邓海峰：《碳税实施的法律保障机制研究》，《环球法律评论》2014年第4期，第104-117页。

^③ 彭本利，李挚萍：《碳交易主体法律制度研究》，《中国政法大学学报》2012年第2期，第47-53页。

工作提供有益的参考和借鉴^①。

鉴于我国全碳排放交易市场的发展,碳税落地必然面临着如何与碳排放交易制度相衔接的问题。碳税和碳排放交易是碳减排的两种市场调控机制,并非两种对立的制度,二者在节能减排和保护环境上目标一致。通过比较分析,碳税税率稳定,有利于为企业和减排投资者提供准确稳定的成本预期,并且简单易行、守法成本低;而碳排放交易灵活,赋予企业购买排放配额的权利,具有更强的政治可接受性,所以我国率先进行碳排放交易试点。二者各有优劣,关键取决于如何确保制度设计的适配性与前瞻性。

碳排放交易与碳税如果能实现制度衔接,实现最优组合,能够有效弥补各自的制度缺陷,达到最佳的节能减排效果。立足于中国在气候变化国际条约中承担的国际责任以及国内经济社会发展状况,我国应当采取以市场为基础,碳排放交易与碳税相结合的模式。

(三) 与国际贸易规则契合不力

碳税制度的落地主要目的是为了应对国际上的碳关税威胁,以及抑制国外对我国的“碳泄露”。那么,碳税这项税收政策的施行不仅要处于国内法律框架之中,还需要与国际贸易规则相契合。

为符合国际贸易规则,首先我国必须在国际贸易活动中占据主动权,对于碳税制度进行深入的了解与运用。碳税根据课税环节的不同,可以区分为“碳国内税”和“碳关税”,二者都直接影响着各国对外贸易产品的竞争力。在各国没有统一征收碳税的情况下,一个国家先行开征碳国内税的后果就是本国企业丧失部分甚至全部的国际市场份额,转而由未实施碳国内税的国家同类企业获得。对于我国这种以能源密集型产业为主的国家,碳国内税对其产品贸易竞争力的影响尤为突出。我国之前也是因此才久久未将碳国内税落实。但在国际贸易活动中,许多国家尤其是发达国家经常采取贸易保护主义,以关税壁垒的形式实施。对于此类不断延伸的以碳关税形式进行的贸易保护主义,我国必须有针对性地采取反制措施,如在稀缺矿产资源的出口上进行一定的限制。

其次,我国需要认识到碳税与国际贸易之间的相互关系和作用机制,即国际贸易带来的“碳泄漏”会在一定程度上抑制碳税积极效应的发挥,但国际贸易最终也有可能推动碳税在全球的普及^②。为此我国必须率先开展碳税制度构建,设计碳关税要回避以产品生产过程中排放的二氧化碳量为基准征收的“过程税”,而应以产品的碳含量为征税依据,使其符合WTO规则的“产品税”要求。并且在具体制度设计上必须在保持贸易竞争力和环境保护之间寻找

^① 曾雪兰:《碳达峰—诺千金 广东先行示范再出发》,《环境》2020年第11期,第58-61页。

^② 王玮:《碳税与国际贸易的双向作用机理及我国的政策选择》,《中国经济问题》2012年第2期,第80-85页。

到一个合适的平衡点。此外我们还必须认识到碳税不仅仅是应对气候变化的贸易政策工具，更多的是带有浓厚政治色彩的战略利益诉求，它直接为经济发达国家通过发展低碳经济形成新的全球竞争优势的目的服务^①。

正因如此，我国在处理由碳税引发的国际贸易争端中必须综合运用外交、经济、法律等手段来维护自身利益。为了切实有效解决这些问题，必须建立起完备的碳税法律体制。碳税法律制度的构建需要整合碳税与环境税制度，调整现有环境税收的税率，使碳税征收符合中性原则；需与碳排放交易制度衔接使达标排放企业享受碳税减免或碳收优惠；需构建碳税征收动态平衡管理体系和综合性数据库系统；并设计与国际贸易规则相契合的碳关税制度。

四、规则与适用：碳税制度构建

我国政府已经看到税收政策在应对气候变化中的重要作用，我国税收体系也逐步向“绿色化”迈进，碳税开征为我国税收改革提供契机，为完善的环境税体系提供可能。我国碳税制度的设计，不仅要借鉴发达国家的先进经验，还要结合我国具体国情循序渐进，更应考虑在碳税国际协调的框架之下进行，顾及到如何应对“碳关税”等发达国家可能实行的经济遏制、绿色壁垒等现象，从而可以事先主动完善制度设计，而不是被动地事后应对。

开征碳税要以我国基本国情为本，合理借鉴发达国家的先进经验，并考察这些国家遇到的困难及问题。既不能伤及税本，又不能阻遏不力。秉持“谁污染谁付费”的原则，利用碳税课征将污染行为的外部成本内化为污染者生产、制造或者消费的成本。建立起资源节约与环境保护并重、税收激励与约束限制并重的碳税制度。在实现保护生态环境的同时将税收对经济的负面影响降到最低限度，让碳税在我国的现实社会经济框架下切实可行^②。

碳税立法要坚持减少二氧化碳排放的立法目的，以征收碳税的形式形成二氧化碳价格，发挥碳税的引导作用，以价格机制促使纳税主体向低碳生产、低碳消费发展，以此减少甚至避免二氧化碳排放。还可以发挥碳税的教育功能，提高消费者个人环保意识，转向低碳消费模式。并且碳税立法要兼顾环境保护与经济发展。发展经济不能以牺牲环境为代价，绿水青山即是金山银山。

（一）征税对象：限缩温室气体

碳税的征税对象的选择不仅需要考虑国民经济承受力等现实利益，还需要看到涉及能源安全与环境保护等长远利益。基于税制实施的可行性与便利性考虑，碳税的征收对象应当是在生产、经营和消费的过程中，因使用含碳能源而排放的温室气体。

^① 东艳：《全球气候变化博弈中的碳边界调节措施研究》，《世界经济与政治》2010年第7期，第65-82页。

^② 熊彬：《基于低碳经济背景的碳税立法思考》，《江西社会科学》2011年第6期，第171-175页。

碳税税目的确定取决于税源的选择。“税本、税源、税收之间的关系依次是：税本是税收来源的根本，税源是由税本产生的收益，税收则来自收益”，“税源的选择问题实际上研究的是如何保护税本，尽可能不使税收侵及税本”。^①碳税可以选择的税源涵盖一切化石能源燃烧后产生的温室气体。首先，根据能源结构的情况，传统能源主要是含碳能源，即煤炭、石油和天然气等化石燃料。基于此，我国碳税立法应将征收范围初步界定为煤炭、石油和天然气等含碳能源的消耗行为。其次，因温室气体则包括二氧化碳、甲烷、氧化亚氮等多种类型，其范围宽泛，将会增加税制的实施成本与监管成本，使税收侵及税本。考虑到这一点，通过对征税对象做精细化处理，限缩选择“温室气体”的范围。由于超过60%的温室气体表现为二氧化碳，其他类型的温室气体所占比重小到可以忽略不计，因此，可以将征税范围进一步缩小至“二氧化碳”。即规定为碳税的征收对象是在生产、经营和消费的过程中，因使用煤炭、石油和天然气等含碳能源而排放的二氧化碳气体。

（二）征收环节：中游环节征税

对于碳税的征收环节出现两种不同的声音，由于对化石燃料的征税环节主要包括生产环节（上游）和消费环节（下游），不同的征收环节各有利弊。选择“上游”征税，即由化石能源的生产加工企业缴纳。这种企业呈点状分布，征收方便。此种模式相较于消费环节征税，可以实现税款的源头扣缴，减少偷税、逃税的机会，保证税款及时足额征缴。但将出现生产企业提高燃料价格，以此将税负转嫁给最终消费者。并且由于远离消费终端，碳税价格信号传递效果递减，效果可能不能达到预期。选择“下游”征税，即在批发或零售时由化石能源的销售商缴纳。虽然直接采取价外税的形式向消费者征税，过程清晰透明，还可以提高消费者减排意识。但这种模式对税收征管水平要求较高。

邢丽等学者^②认为借鉴我国现行消费税对成品油、资源税对煤炭、天然气和石油的征收模式，在生产环节征税。理由是在生产环节征税更有利于税收管理和源泉控制。而熊彬学者认为碳税税负的征收环节应当确定在消费环节，更有利于刺激消费者减少能源消耗。通过分析这两种模式的利弊，我们在实践中应当折中选择：在“中游”征税，即在批发和零售环节征收。具体而言，为兼顾征收成本和减排效果两方面的目标追求，可以根据不同的含碳能源产品选择不同的征收环节。对于一次性能源产品，包括原油、煤炭和天然气等，可考虑在上游的生产环节进行征收；对于成品油、煤油及液化气等二次能源产品，则考虑在销售、消费

^① 王传纶，高培勇著：《当代西方财政经济理论 下》，商务印书馆 1995 版，第 273 页。

^② 财政部财政科学研究所课题组，邢丽，施文泼：《基于国际协调视角的我国碳税制度构建》，《税务研究》2011 年第 1 期，第 43-46 页。

环节进行征收。

（三）计税依据：化石燃料含碳量

对于我国碳税的计税依据，目前已达成统一意见，即按化石燃料中的含碳量设计税率进行征收。其中也借鉴了西方发达国家碳税计税依据，目前征收碳税的国家只有少数直接对二氧化碳的排放进行征税。因为直接对二氧化碳的排放量征税，在技术上不易操作，需要系统全面信息并建立数据库，以及需要专业化的征管手段。如此一来，征税成本大大增加，与税收收入相比严重不对称。出于可操作性的考虑，以及考虑到碳排放是由于消耗化石燃料而产生，因此，我国对煤炭、天然气、成品油等化石燃料按含碳量测算排放量作为碳税的计税依据。但是，随着未来我国科技发展水平提高，待到测量手段等条件具备后，可以将二氧化碳的实际排放量作为计税依据纳入立法考虑范围。

（四）税率：低起点起征

碳税税率的设计是一个充满博弈与平衡的难题。税率过高，将影响到本国产品的市场竞争力，不利于对外出口，发展外贸；税率过低，则达不到刺激减排的目的。我国碳税制度设计，碳税税率的确定也是个关键。我国碳税税率短期内应选择低税率起步，逐步提高、循序渐进。以减小碳税征收对社会经济带来的冲击，同时也提高碳税政策的政治可接受度。建立起动态的碳税调整机制，根据我国各地区碳排放的不同情况，使得经济发展与节能减排共进，设置差异化税率，兼顾多元国家利益建立弹性税率，灵活处理。

税率水平的设定既要保障能源安全与保护生态环境，同时又必须兼顾经济发展和多元国家利益。我国碳税税率的设定应当考虑以下几方面的因素：第一，碳税税率应当最大限度地反映二氧化碳减排的边际成本。既要有利于激励纳税主体改变其高碳生产消费行为，积极采取碳减排措施，因此，其应纳税额应当高于企业为减排所使用替代能源或者采取减排技术的预期边际成本。第二，碳税税率设计应当考虑对于我国宏观经济和企业国际竞争力的影响。由于碳税会增加工业企业的生产性排碳成本，为保护其产业竞争力，可以考虑为其提供税率优惠。能源密集型企业最易受到碳税的影响，对其提供税率的优惠反映了我国对长远国家利益与现实国家利益这一矛盾体的平衡与选择。低税率不仅可以保护工业高碳企业产品的国际竞争力，并且可以避免终端市场的通货膨胀。第三，税率的设定应当考虑差别因素，不能采取“一刀切”的方式。针对具有不同二氧化碳排放特征的燃料按照其碳含量不同设置不同的税率，一般对含碳量较高的能源产品课以较高的税率，对含碳量较低的能源产品则课以较低的税率，以鼓励消费者选择绿色低碳产品。针对行业差别，对于适应能力较强的领域，设置正常或较高的税率；对于适应能力较弱的领域，比如能源密集型工业，设置较低的税率。

（五）税收优惠：优惠减免并用

在碳税立法框架内设立税收优惠，是碳税对现实国家利益的回应。税收优惠的设计出于对特殊领域保护的需要，包括对能源密集型工业和面临较强国际竞争的企业的保护，或者需是对低收入居民最低生活进行保障，也有一些是出于同其他减排政策综合使用的考虑。^①

我国的碳税立法应当遵循税收公平和税收效率原则，制定有效的税收优惠措施体系。基于税收公平原则，应当给予能源密集型行业和收入较低的阶层人民税收减免或返还；基于税收效率原则，应当对国际竞争力受损严重的行业或企业给予一定的税收减免或返还；基于效率原则，为了激励采用先进的节能减排技术和设施、积极主动进行碳减排、减排效果比较显著的企业，也应当给予税收减免或返还，这也正是碳税调节效果的侧面反映。

以税收优惠的手段减少碳税对宏观经济的现实冲击。使得碳税与其他税种相协调，实现碳税的中性原则。此外由于税收优惠的途径多种多样，我国宜兼采税率优惠与税收减免等手段并用。虽然税收优惠在一定程度上可能减弱了碳税制度在促进能源安全与环境保护方面的制度功能，但这也是出于保护本国企业竞争力，而做出的对本国化石能源利益集团的妥协。

（六）收入归属与使用：专款专用

目前碳税收入的适用有两种方式：一是专款专用，即指定收入的使用用途；二是统筹使用，不指定税收使用用途，纳入预算管理之中，与其他税收收入统筹使用。经过分析发达国家的成熟经验，我国宜选择采用专款专用的方式进行碳税收入的使用^②，设置碳税收入的专项资金库。合理利用碳税收入，一部分收入用于补贴消费者购买低碳产品；另一部分则用来补贴高能耗企业研发低碳技术，保证碳税实施初期中的企业产业良好运行，弱化碳税对经济增长的抑制作用，扶持高碳企业进行转型升级。同时建立起碳税补偿机制和国家专项基金，以此加强对低收入群体补助和对自我升级技术的企业激励，为应对气候变化提供资金。

五、结语

碳关税对我国这种“制造大国”而言，是威胁也是挑战。正如我国 2001 年加入世贸组织，危机与机遇并存。利用国际贸易规则提高我国产品的国际竞争力，以此促进我国经济发展；利用碳税制度自主节能减排，实现零碳承诺，以此彰显我国大国担当。碳税税法的设计兼顾经济、社会和环境利益，平衡好环境污染治理与经济增长、跨境投资贸易之间的关系，并且解决碳税税收收益负担之公平分配及其应税事实认定的科学性、合理性和公正性问题。将碳税与碳排放交易相结合，最大程度地减少温室气体排放，应对碳关税这一潜在威胁。

^① 汪曾涛：《碳税征收的国际比较与经验借鉴》，《理论探索》2009 年第 4 期，第 68-71 页。

^② 王金南，严刚，姜克隽，刘兰翠，杨金田，葛察忠：《应对气候变化的中国碳税政策研究》，《中国环境科学》2009 年第 1 期，第 101-105 页。

卡尔沃主义复苏下的投资争端解决机制

改革实践与中国因应

俎文天*

摘要：在卡尔沃主义复苏之势愈发明显的当下，投资争端解决机制的改革实践亦受到影响。世界各主要经济体依据各自实际国情分别践行了不同的改革模式，大致可以归纳为以拉美国家为代表的激进舍弃模式、以美国为代表的局部改良模式以及以欧盟为代表的制度创新模式。卡尔沃主义“非干涉”的本质核心对应到投资争端解决领域，主要体现在东道国反对外国投资者享有高于本国投资者的待遇，进而排斥投资争端交由国际投资仲裁机构处理。中国作为“一带一路”倡议的发起国，应当在当下投资争端解决机制的改革中顺应卡尔沃主义复苏趋势，在对各经济体不同改革方案进行辩证评析的基础之上，重新审视国际投资仲裁机制，探索并构建以投资争端预防与争端调解为主的预防性与替代性处理路径，应对现行投资仲裁在卡尔沃主义复苏下的正当性危机，以特色的中国方案从崭新角度探索“一带一路”倡议下的投资争端解决机制。

关键词：卡尔沃主义；投资争端解决；正当性危机；利益平衡

引言

卡尔沃主义（Calvo Doctrine），作为国际法领域的重要理论之一，其在提出之际的目的是将不合理的外交保护排除在外，以保护本国主权与规制权的完整，即在认同国民权利平等的国家内部，外国人能够追求权利的最大限度应当与本国国民保持一致（Freeman, 1946）。

^①自卡尔沃主义由阿根廷外长 Carlos Calvo 于 1868 年提出以来，其凭借强调外国人与本国国民的绝对平等，明确拒绝强权国家的帝国特权及其国民的优越性，受到了拉美国家的普遍接受，并进一步拓展其影响范围，获得全球多数发展中国家的广泛支持（单文华，2007）。^②目前关于卡尔沃主义的研究已历经多年，在实质层面（Cremades, 2006）、要素层面（Wesley,

基金项目：教育部创新团队发展计划（编号：IRT_17R27）；中国—东盟区域发展省部共建协同创新中心委托课题（CW201619）；广西壮族自治区教育厅广西高等学校千名中青年骨干教师培育计划人文社会科学类立项课题（2020QGRW003）。

* **作者简介：**俎文天（1996-），男，山东滨州人，广西大学法学院硕士研究生。研究方向：国际投资法。联系方式：13227873107；zoomuncheon@163.com。

^① Alwyn V Freeman, *Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law*, 40 Am. J. Int'l L. 121(1946).

^② Shan Wenhua, *From North-South divide to private-public debate: revival of the Calvo Doctrine and the changing landscape in international investment law*, 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. 631(2006).

1975; Roffe, 1984)、实体与程序层面 (Vandeveld, 1998) 等均有较为成熟的见解,^①亦有学者将各派学说进行归纳对比,合理地总结出卡尔沃主义的核心即为禁止干涉 (non-intervention) 和内外国民的绝对平等 (absolute equality)。^②

近年来,伴随着经济全球化进程的日益发展,发展中国家逐渐参与到资本全球流动的浪潮之中。二十世纪七八十年代,发展中国家为发展经济并提高外资吸引度,其在投资争端解决层面开始不再坚持绝对地“东道国当地救济”,逐步接受包括国际投资仲裁在内的其他争端解决方式,以“非干涉”为核心的卡尔沃主义开始在国际投资领域逐渐隐匿。但近年来,伴随国际投资仲裁机制缺陷暴露、东道国公共利益无法保障等情况的出现,致使以投资仲裁为主流解决方式的投资者—东道国争端解决机制 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 面临突出的正当性危机,各国开始日益重新强调“用尽当地救济”规则,反对超国民待遇的争端解决方式,并慎重对待国际投资仲裁机制。卡尔沃主义开始在世界范围逐渐复苏,适用主体也从发展中国家逐渐扩展至发达国家,并发挥在新一轮的 ISDS 改革进程之中。卡尔沃主义在国际投资领域内从隐匿到复苏的变化过程,能够较为清晰地表明处于不同经济发展程度国家的利益主张,亦能进一步为当下 ISDS 机制改革提供有益的思路启示。

一、卡尔沃主义与投资者—东道国争端解决机制

(一) 卡尔沃主义在 ISDS 机制中的体现

卡尔沃主义提出的目的及实质即为强调本国主权和公共利益,反对他国在本国正当规制权之上横加外交保护,对本国的主权行使及公共利益保护造成实质性损害。当卡尔沃主义被运用在国际投资领域时,其便可表述为反对给予外国投资者以超国民待遇。从此角度出发,在投资者—东道国争端解决过程中,若东道国国民与政府发生投资争端而无法享受到外国投资者所享有的争端解决途径,或是解决方式适用不一致等,均可在本质上认定为外国投资者享有超国民待遇。较为典型的例证即为国际投资争端解决中心 (ICSID)、海牙常设仲裁法院 (PCA) 等仲裁机构所提供的投资仲裁,以及部分双边投资协议 (Bilateral Investment Treaties, BITs) 中未对投资者规定用尽当地救济义务等,均为违反卡尔沃主义内涵的具体体现。

(二) 卡尔沃主义在 ISDS 机制中的隐匿

^① Bernardo M Cremades, *Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America*, 7 Bus. L. Int'l 53(2006).; Wesley R C.; Roger C Wesley, *The Procedural Malaise of Foreign Investment Disputes in Latin America: From Local Tribunals to Factfinding*, 7 Law & Pol'y Int'l Bus. 813(1975).; Kenneth J Vandeveld, *Sustainable liberalism and the international investment regime*, 19 Mich. J. Int'l L. 373(1997).

^② 参见韩秀丽:《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》,《现代法学》2014年第1期,第121-135页。

1. 卡尔沃主义在 ISDS 机制中隐匿的表现

早在二十世纪初，墨西哥作为拉丁美洲第一个系统运用卡尔沃主义的成功示例，促使卡尔沃主义迅速纳入该地区几乎所有国家的宪法与立法中，与此同时拉美国家也开始将卡尔沃主义应用于私人外国投资的没收和国有化，造成该地区普遍对于国际仲裁抱有敌对态度。^①但到了二十世纪九十年代，一向崇奉卡尔沃主义的拉美国家开始十分明显地采用一种崭新的经济发展模式：这些国家不再拒绝和限制外国投资，而是逐渐开放国内市场准入，并统一投资标准以吸引外国投资者和资本，^②卡尔沃主义在这一经济模式转型期间也遭遇逐步舍弃。卡尔沃主义在 ISDS 机制中隐匿的表现主要体现在两方面。

一方面，同意适用 ICSID 中心仲裁的妥协。上个世纪七八十年代的发展中国家为发展经济并吸引外资作出了较多妥协，其中签署《华盛顿公约》成为 ICSID 成员国，并在所签订的国际投资协定（International Investment Agreements, IIAs）中允许外国投资者将投资争端诉至 ICSID 的决定，代表着一向强调“非干涉”的卡尔沃主义国家开始容忍外国投资者享有本国投资者所不具有的投资仲裁权利。

另一方面，用尽东道国当地救济规则的让步。要求外国投资者在争端提交国际投资仲裁之前用尽东道国当地救济途径，是卡尔沃主义在国际投资领域最为典型的表现。但在这一阶段发展中国家签订的大多数 IIAs 中，东道国以其为代价作为换取外国投资者前来投资的筹码：在实体上客观给予外国投资者无须用尽东道国当地救济途径的超国民待遇，在程序上亦允许投资者在争端发生时不必用尽当地司法或行政救济手段，便可直接以东道国政府作为被告将争端诉至国际投资仲裁机构。除此之外，即使在部分规定有“岔路口条款”的 BIT 中，^③由于规则制定的不完善以及仲裁机构倾向于作扩大解释，导致出现诉讼投机现象，外国投资者可就东道国当地救济与国际投资仲裁进行重复救济，违背了条款制定初衷。^④

2. 卡尔沃主义在 ISDS 机制中隐匿的原因分析

二十世纪后期的发展中国家受其法制发展水平及引发的营商环境问题限制，在吸引外来投资促进资金流入的进程中遭遇内外危机，卡尔沃主义亦受到内部的经济需求与外部的

^① Biggs, Gonzalo, *The Latin American treatment of international arbitration and foreign investments and the Chile-US free trade agreement*, 19.1 ICSID Review, 61(2004).

^② Manning-Cabrol, Denise, *The imminent death of the calvo clause and the rebirth of the calvo principle: Equality of foreign and national investors*, 26 Law & Pol'y Int'l Bus, 1169 (1994).

^③ “岔路口条款”：外国投资者与东道国政府发生投资争端时，其可就东道国当地救济与国际投资仲裁择一适用，且此选择具有终局性，条款设置目的之一便在于防止投资者进行重复救济，影响争端解决公正性。但囿于当时 BIT 条文制定的不严谨性，加之国际投资仲裁机构为扩大管辖权而偏向于利用“最惠国待遇条款”管辖权扩大解释，致使当地救济规则进一步被架空，背离条款设置目的。

^④ 参见倪小璐：《投资者-东道国争端解决机制中用尽当地救济规则的“衰亡”与“复活”——兼评印度 2015 年 BIT 范本》，《国际经贸探索》2018 年第 1 期，第 85-97 页。

国际形势压力影响，逐渐消失于国际投资领域。

从发展中国家内部需求而言，在传统资本来源不断减少的背景下，其需要尽快寻找可能的手段来为其发展筹集资金，解决由于商品价格下跌和可用信贷减少而造成的财政资源短缺。因此，原本坚持卡尔沃主义的多数国家均表示愿意重新考虑他们对外国投资的政策立场，以吸引所需的资本。以拉美国家为例，自上个世纪八十年代以来，拉美国家对待外国投资的态度如同钟摆（Pendulum）从一个极端摇摆至另一个极端，原本对外国投资的抵制政策发生了范式的改变。^①此外，发展中国家受其国内立法体系与司法机制不健全的固有缺陷，导致投资者前来投资的法律风险较高，易在运营期间与东道国政府产生投资争端，故发展中国家在短期内无法完善法治的情况下，只得妥协接受投资者寻求其他争端解决方式。

从外部因素而言，发展中国家逐渐舍弃卡尔沃主义的原因主要在于发达国家的压力和投资仲裁机构的兴起。一方面，发达国家要求发展中国家放弃对外国资本的绝对管理与规制。作为资本净输出国的发达国家，其具有保护本国投资者权利的法定义务，但由于作为投资主要去向国的发展中国家奉行卡尔沃主义严格限制外交保护，致使发达国家已无法受理投资者与东道国的争端纠纷。另一方面，ICSID 中心仲裁纳入国际投资协定范式条款。新型商业模式运作的全球化促使资金在国与国之间的流动更加活跃，而国家与外国投资者之间的投资争端一直是私人资本难以流向发展中国家的固有障碍。在投资仲裁机制出现之前，投资者对于投资争端只能诉诸于东道国当地救济，且只有在其用尽当地救济途径仍无法解决的前提下，投资者才可寻求本国政府诉诸国际法院进行救济，但国际法院管辖权的有无仍需取决于东道国政府的明确表示，导致国际法院对于投资争端的处理“有名无实”。^②基于此，《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（《华盛顿公约》）在 1965 年 3 月由世界银行提交其成员国批准后，并于 1966 年 10 月正式生效，这也意味着 ICSID 中心这一新式投资争端解决机构的产生。ICSID 的成立，不仅能够满足发达国家对于发展中国家用尽当地救济规则的抵制，亦能满足投资者对于投资争端能够恰当处理的合理预期，受到资本输出主体一方的极力推崇。在投资仲裁机制逐渐成为国际投资争端解决主流的背景下，以强调东道国当地救济的卡尔沃主义成为发展中国家吸引外来投资的一大劣势，并遭到发达国家及投资者的普遍批评。因此，伴随发达国家保护本国投资者的需要以及第三世界国家希望增加私人资本流入的愿景，ICS

^① García-Bolívar, Omar E, *Sovereignty vs. Investment protection: back to Calvo?*, 24.2 ICSID review, 464-488(2009).

^② James C Baker., Lois J. Yoder, *ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs.*, 5 Ohio St. J. on Disp. Resol, 75 (1989).

ID 在多样化的国际投资争端解决中占到了举足轻重的地位。^①正基于此,在二十世纪八九十年代后各国签订的 BITs 中,ICSID 中心仲裁条款成为投资章节中的“常青树”。

(三) 卡尔沃主义在 ISDS 机制中的复苏

1. 卡尔沃主义在 ISDS 机制中复苏的表现

发展中国家将卡尔沃主义封存虽然换来了资本集中输入的短时成效,但国际投资仲裁机制固有的正当性危机使得东道国逐渐认清形势,国际社会开始重新思考卡尔沃主义在投资争端解决层面的价值意义。在卡尔沃主义的复苏趋势愈发清晰的大环境下,其中以退出 ICSID 中心与改革当下 ISDS 机制最为典型。

拉丁美洲作为卡尔沃主义的出生地,其不但是卡尔沃主义产生阶段的强烈支持者,亦是复苏阶段的率先推动者。2007 年 5 月 29 日,当时由玻利维亚、委内瑞拉和尼加拉瓜共同组成的美洲玻利瓦尔同盟举行第五次首脑会议,会议一致同意谴责解决投资争端国际中心公约(ICSID)。其实在此之前的 5 月 2 日,世界银行已经收到了玻利维亚要求退出 ICSID 公约的书面请求,玻利维亚在其书面文件中批评了 ICSID 中心关于程序不透明、仲裁缺乏中立性以及成本高昂等诸多问题,并要求退出通知须在当年的 11 月 3 日正式生效,即收到该通知后的 6 个月。^{②③}除此之外,厄瓜多尔在宪法中也明确禁止厄瓜多尔缔结可能将东道国提交至国际仲裁的条约或国际文书,其提交至世界银行的退出 ICSID 中心通知也根据《华盛顿公约》的第 71 条于 2010 年 1 月 7 日正式生效。^④

在拉美国家以外的其他发展中国家,卡尔沃主义复苏的表现虽没有直接退出 ICSID 中心如此极端,但通过近年来的 ISDS 改革举措亦能看出相应迹象。例如北美的墨西哥在《美墨加协定》(USMCA)中对之前《北美自由贸易协定》(NAFTA)中关于投资争端解决的部分作出改动,要求在提交投资仲裁庭之前,须以用尽当地救济措施为前提,若投资者已诉诸至当地法院,则还须获得东道国法院的最终判决,或提起诉讼后经过 30 个月。^⑤此外,作为东盟成员国的越南在其与欧盟最新签订的《越南与欧盟自由贸易协定》(EVFTA)中,双方

^① Ibiroinke T Odumosu. *The Law and Politics of Engaging Resistance in Investment Dispute Settlement*. 26 Penn St. Int'l L. Rev. 251(2007).

^② Article 71 of the ICSID Convention.

^③ 关于东道国提交给世界银行的退约通知对外国投资者的效力问题,根据投资者向 ICSID 提出仲裁请求的时间,不同阶段将会产生不同效果。总而言之,大致分为三种情形:一是 ICSID 收到该国退约通知之时。此时间节点对于投资者争端救济不产生影响,投资者在此时仍可就争端向 ICSID 中心提出仲裁申请。若在 2007 年 5 月 2 日之前投资者已向 ICSID 提出申请,玻利维亚的退约行为还须获得投资者的书面同意。二是《华盛顿公约》第 71 条所表述的六个月期限到期之时。此种情形下投资者在 2007 年 11 月 2 日之前,均可向 ICSID 提出仲裁申请。三是东道国与缔约国 BIT 终止之时。若以此作为投资者的救济截止时间,则投资者就争端提交 ICSID 仲裁不受东道国提出退约通知的影响,在 BIT 规定的条约失效之日前均可申请仲裁。

^④ Gomez, Katia Fach. *Latin America and ICSID: David versus Goliath*. 17 Law & Bus. Rev. Am. 195(2011).

^⑤ Article 14.D.5 (Conditions and Limitations on Consent) of the USMCA.

也将替代性争端解决方式（Alternative Dispute Resolution, ADR）单独作为一章进行规定，以减轻投资仲裁机制现存问题给东道国政府带来的影响，为外国投资者提供仲裁以外的多元化争端解决途径选择。^①

2. 卡尔沃主义在 ISDS 机制中复苏的原因分析

东道国的主权与公共利益极易在投资仲裁过程中遭受侵犯，这是近年来卡尔沃主义复苏的主要原因。现实中仲裁申请主体的不均衡性，以及仲裁庭所作裁决具有的偏向性，致使国际地位与发展水平均较为落后的发展中国家饱受主权与公共利益问题困扰。卡尔沃主义在 ISDS 机制中复苏主要有以下两个的原因。

其一，国家怠于提起仲裁申请。当前国际投资仲裁的通行规定虽并未限制东道国政府作为申请方提起仲裁，但在实践中却鲜有其例。在 ICSID 官网公布的数据中，以国家作为申请一方主体的案例有且仅有 4 例。^②投资仲裁之所以能够从商事仲裁中逐渐脱离出来形成独立的仲裁体系，很大程度上在于仲裁双方主体所天然具有的特殊性。不同于商事仲裁中双方平等的主体地位，投资仲裁设置的目的是解决缔约国与另一缔约国国民之间产生的投资争端。在缔约国政府同意投资者将争端诉诸 ICSID 中心进行仲裁之时，其实质亦意味着部分国家主权的过渡。从此层面而言，争端提交投资仲裁与卡尔沃主义的主旨背道而驰，发展中国家之所以在近来签署的 BIT 中同意 ICSID 中心管辖，很大程度上是对吸引外资发展经济的妥协，故在投资争端发生之时，以发展中国家为主的东道国更倾向于通过当地救济途径解决，而不会主动向 ICSID 或其他仲裁机构提出申请。

其二，投资仲裁结果对投资者更具偏向性。正如上文中指出的，由于投资仲裁是从商事仲裁脱胎而来，故投资仲裁在机制构建层面很大程度上借鉴了商事仲裁制度，加之投资仲裁作为新兴领域未有其专任仲裁员，故当前 ICSID、PCA 等主流投资仲裁机构中的大部分仲裁员只具有商事仲裁的背景与经验。^③这导致仲裁过程中仲裁员过度关注投资者的利益倾向，而忽视了东道国的正当主权行使与公共利益目的。除此之外，BIT 作为提起仲裁申请的依据文本，其制定目的本就是作为最大限度保护投资者的手段，因此相当一部分仲裁庭本能地认

^① Article 3.29-3.31 (Alternative Dispute Resolution and Consultations) of the EVFTA.

^② ICSID 官方网站公布的 4 个由东道国作为申请方提起仲裁的案例分别是：Republic of Peru v. Caraveli C otaruse Transmisora de Energía S.A.C. (ICSID Case No. ARB/13/24); Republic of Equatorial Guinea v. C MS Energy Corporation and others (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2); Government of the Province of E ast Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others (ICSID Case No. ARB/07/3); Gabon v. Société Seret e S.A. (ICSID Case No. ARB/76/1)。有观点认为注册于 1998 年 12 月 7 日的“坦桑尼亚电力供应有限公司 诉坦桑尼亚独立电力有限公司” (ICSID Case No. ARB/98/8) 一案也属于国家请求案例，其认为原告电力 供应公司作为坦桑尼亚全资拥有的公共公司应当视为国家代表机构，但本文认为国有公司的性质仍为参与 正常市场竞争的平等主体，不能将其视作带有公权力性质的国家机构。

^③ 参见张生：《从〈北美自由贸易协定〉到〈美墨加协定〉：国际投资法制的新发展与中国的因应》，《中南大 学学报(社会科学版)》2019 年第 4 期，第 51-61 页。

为，在投资仲裁中对条约的解释应当尽可能地偏向投资者，即“仲裁的目的本就是给投资者分配最大可能的投资利益”。^①

二、“他山之石”：卡尔沃主义与 ISDS 机制改革实践

（一）以拉美国家为代表的激进舍弃模式

1. 拉美国家与卡尔沃主义

作为卡尔沃主义忠实拥护者的拉美国家，其在上世纪八十年代的前一百年中将该主义运用到了极致。将卡尔沃主义内容入宪以及对国际仲裁相关公约加入步伐缓慢，是拉美国家作出的有力支持举动。

自 1886 年以来，许多拉丁美洲国家在其宪法和法律中纳入了一项规定，即外国投资者和东道国政府之间的每一项合同，必须包含一项卡尔沃条款，其中依照不同国家的严厉程度有所区分，但均体现着卡尔沃主义强调拒绝外交保护的实质内涵。例如最为激进的《墨西哥宪法》，其规定只有本国或已归化的墨西哥公司才有权获得土地和水域的所有权以及开采资源的特许权，若外国投资者不遵守规定，墨西哥政府则有权剥夺其财产，并拒绝投资者援引母国外交保护。尼加拉瓜在其宪法中的规定较为缓和，其规定外国人不能在拒绝当地司法救济的情况下使用外交干预，但当地司法裁判对投资者作出不利结果时则可例外。^②在当时卡尔沃主义如此高压的时代背景下，拉美国家通过宪法较为强硬地将用尽当地救济并拒绝外交保护的原则运用到国际投资层面。

在投资仲裁层面，拉美国家对于《华盛顿公约》的加入及批准步伐十分缓慢，在 1966 年公约制定后的 20 年间，在拉丁美洲 30 多个国家中只有两国加入。在承认与执行外国仲裁裁决层面，拉美国家对于《纽约公约》的态度亦不积极，在当时商事仲裁作为争端解决方式逐渐普遍的背景下，公约一直到颁布 17 年后才迎来拉丁美洲的第三个成员国。^③

拉美国家在上个世纪八十年代起开始签订大量 BIT、同意将投资争端提交至 ICSID 中心以及放弃用尽当地救济规则等举措，让学界一度认为卡尔沃主义在国际投资领域正式死亡。但结合在此之前拉美国家的激进支持举措，不难看出卡尔沃主义“死亡”的实质仅为暂时休眠，是拉美国家对于当时全球投资的自由化趋势的被动回应，以及为缓解八十年代严重债务危机

^① Schultz Thomas, Cédric Dupont. *Investment arbitration: promoting the rule of law or over-empowering investors? A quantitative empirical study*.25.4 *European Journal of International Law*, 1147-1168 (2014).

^② Garcia-Mora, Manuel R. *The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law*, 33 *Marq. L. Rev.* 205(1949).

^③ 自《纽约公约》1958年6月10日正式颁布以来，拉美国家中前三个公约成员国分别为厄瓜多尔（1962年），墨西哥（1971年）和智利（1975年）。在《华盛顿公约》产生以来的前20年间，拉美国家中仅萨尔瓦多（1984年）和厄瓜多尔（1986年）两国加入，且厄瓜多尔提交至ICSID秘书处的退出声明于2010年1月7日正式生效。

而不得不吸引外国资本流入的暂时妥协，^①这些因素也为后来拉美地区卡尔沃主义的必然复苏埋下伏笔。

2. 卡尔沃主义与拉美国家 ISDS 机制改革

拉美国家对于 ISDS 机制的改革比较激进，伴随卡尔沃主义的逐渐复苏，其对于投资争端的处理方式也开始更加凸显“当地化”。在其激进的改革举措中，以退出 ICSID 中心与改革现行投资协定体系最具代表性，鉴于上文中对前者已有介绍，故此处不再赘述，下文将对后者展开具体论述。

自上个世纪八十年代以来，沉重的债务危机以及愈发普及的投资自由化迫使拉美国家开始对外国投资者采用更高的待遇标准，故此时期成为拉美国家 BIT 签订的集中期，截止 1999 年已有 300 余份 BIT 产生。^②除数量大幅增长之外，BIT 中关于投资争端的解决方式也逐渐偏离卡尔沃主义，例如不再以用尽当地救济规则作为提交投资仲裁的前置程序等。

进入新世纪以来，在外国资本不断流入拉美国家的同时，投资者与东道国之间在投资运营期间的矛盾层出不穷，时常因发生投资争端而上升至国际投资仲裁庭。由于仲裁结果偏向投资者一方以及仲裁裁决不一致等因素的存在，导致作为东道国的拉美国家公共利益规制权时常遭受侵犯。除此之外，由于仲裁庭对于“最惠国待遇”（MFN）能否适用于投资争端解决层面未形成统一定论，导致部分 BIT 沦为东道国成为被告的工具。例如在 *Maffezini v. Spain* 一案中，投资者所属国阿根廷与西班牙签署的 BIT 规定有当地救济规则条款，要求投资者须先行向西班牙法院寻求救济，只有在 18 个月内仍未获裁决的前提下才可向 ICSID 中心提交仲裁。但在西班牙与智利签订的 BIT 中却只规定了 6 个月磋商期，前置程序远比前者简单。且 *Maffezini* 要求适用最惠国条款以获得西班牙与智利 BIT 中更为有利的程序，ICSID 仲裁庭在认定管辖权时认可了此主张。^③诸如此类投资者利用最惠国待遇条款以绕过“岔路口条款”的案例并非少数，*Siemens A.G. v. Argentine Republic* 案、*RosInvest v. Russia* 案等均属此类型。^④

基于上述漏洞的存在，拉美国家开始重新审视本国投资协定体系，在废除不利于本国自身利益的 BIT 的同时，进一步寻求通过区域多边投资协定以促进投资发展。一方面，鉴于仲裁庭对最惠国待遇条款解释不一，容易造成“岔路口条款”的滥用，拉美国家开始对包含 ISDS 机制的 BIT 进行调整，例如部分国家通过单方面退出 BIT 的方式以断绝投资者滥用最

^① Shan Wenhua. *Is Calvo Dead?*, 55.1 *The American Journal of Comparative Law* 123-163(2007).

^② See UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, at 15 (2000).

^③ Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7.

^④ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8; *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. 079/2005.

惠国待遇条款，如委内瑞拉就以 BIT 与国家发展规划存在冲突为由，单方面废除了与荷兰签订的 BIT。除直接退出 BIT 之外，部分拉美国家还通过解释可仲裁范围的方式，对部分 BIT 中规定的投资仲裁条款予以架空，例如玻利维亚只将“技术争端”认定为可仲裁事项。另一方面，拉美国家开始通过签订区域性投资协定的方式对原有的 ISDS 机制进行改革。例如在最新签订的 USMCA 中关于美墨投资争议部分，除规定在提交投资仲裁之前须首先通过当地救济规则外，还在正文部分规定了企业的社会责任，各缔约方负有鼓励本国企业将国际公认的社会责任纳入其内部政策的义务，此举也有助于东道国公共利益的进一步保护。^①此外，在智利、墨西哥以及秘鲁加入的 CPTPP 中，其在投资章节中的最惠国待遇部分也明确规定本条所指的待遇不包括国际争端解决程序或机制，^②以避免他国投资者再次利用“岔路口条款”规避当地救济规定。

（二）以美国为代表的局部改良模式

1. 美国与卡尔沃主义——以《北美自由贸易协定》（NAFTA）为视角

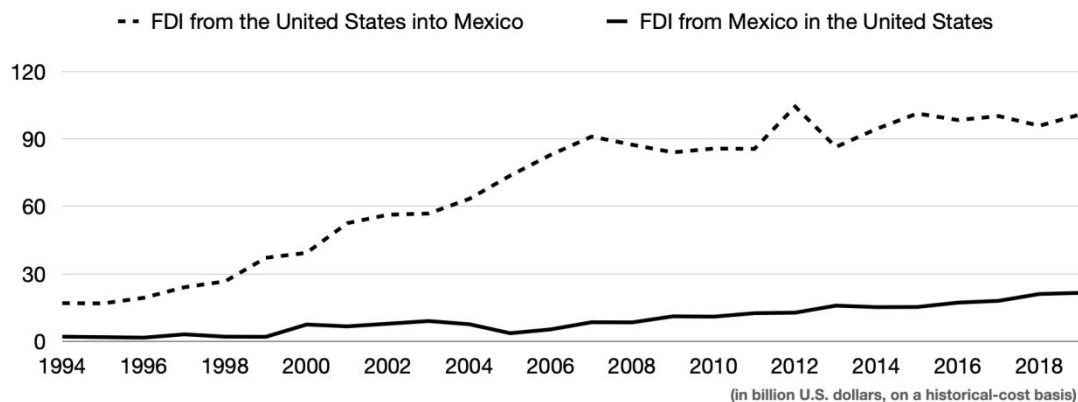
美国作为发达经济体的代表者，一直以来都扮演着卡尔沃主义坚决反对者的角色，其主张投资者与东道国的投资争端不应由东道国当地救济解决，而是应当提交至国际投资仲裁庭。例如在上个世纪九十年代签署并生效的 NAFTA 投资章节中就规定，有争议的投资者只需在提起申诉之前的 90 天内向缔约国发出书面通知，告知其有提起仲裁申请的意向即可，东道国当地救济并非提起投资仲裁的前置要求。^③诚然，美国如此设置，有其自身利益导向考量。

其一，美国在 NAFTA 成员国中所具备的资本净输出国身份。投资仲裁之所以被发达国家所推崇，其重要原因即为保护其本国投资者在海外投资的利益。经济全球化背景下，以美国为首的发达国家开始进行产业转移，而资源、劳动力充足的发展中国家成为主要目标国家，但受制于东道国营商环境较差、法治水平不高等因素影响，致使投资争端频发，且东道国当地救济透明度与公正性均处于落后水平，无法保证投资者海外投资的合法利益，而投资仲裁却能很好的解决这一问题，符合发达国家海外投资的实际需求。如图一所示，在北美自由贸易区中，就拉美国家墨西哥而言，美国作为资本净输出国，其对墨西哥的海外直接投资（Foreign direct investment, FDI）要远高于来源资本。基于此，美国更倾向于投资仲裁，反对卡尔沃主义下的当地救济条款。

^① Article 14.17 (Corporate Social Responsibility) of the USMCA.

^② Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment) of the CPTPP.

^③ Article 1119(Chapter Eleven: Investment) of the NAFTA.



数据来源：International Data of BEA（最后访问时间：2020年12月16日）

其二，美国具备丰富的应诉经验与能力。NAFTA 规定的 ISDS 途径适用于所有成员国，美国作为资本输出与资本输入的双重身份主体，亦可被其他国家投资者诉至国际仲裁庭。据联合国贸发会投资政策中心数据显示，截止 2020 年 12 月 16 日，依据 NAFTA 提起的投资仲裁案件共有 70 起。如下表所示，在被告案件数量上，美墨加三国未形成显著差距；而在案件胜诉率上，美国要远高于其余两国。一方面是由于美国法治水平较高，对投资者所作出的行政规制均在国际法界限之内；另一方面是美国的应诉能力较强，政府有能力在投资仲裁过程中取得有利地位以赢得诉讼。

NAFTA	被告案件数	胜诉案件数/已审结案件	胜诉率
美国	17	9/9	100%
墨西哥	24	5/14	35.7%
加拿大	29	5/13	38.5%

数据来源：联合国贸发会投资政策中心（最后访问时间：2020年12月16日）

2. 卡尔沃主义与美国 ISDS 机制改革——以《美墨加协定》（USMCA）为视角

在 NAFTA 投资争端层面扮演卡尔沃主义坚决反对者的美国，在 USMCA 中的态度有了很大程度的缓和，也可将其认作是美国对于当下不可阻挡的卡尔沃主义复苏之势的妥协，主要体现在以下两个方面。

其一，限缩可提起投资仲裁的争端范围。在 NAFTA 第十一章投资章节中，并未规定争端提起之范围，即违反 NAFTA 第十一章 A 部分的所有行为均可提交至国际仲裁庭；但在 USMCA 中，即使 ISDS 条款只针对美墨两国，其却在文本附件 14-D 中对争端范围进行了大

幅限缩，具体表现为只能针对违反 USMCA14.4 国民待遇、USMCA14.5 最惠国待遇以及 USMCA14.8 征收与补偿条款的行为提起仲裁，且明确排除了投资设立与取得以及间接征收。^①

其二，对提起仲裁设置了严苛的前置程序。相对于 NAFTA 宽松的提起程序而言，USMCA 在其投资章节对投资者提起仲裁设置了两层强制前置程序。一方面，依据 USMCA 附件 14-D 的规定，投资者在将争端提请仲裁之前，须经过东道国国内主管法院与行政法庭的救济之后方可进行。不同于 NAFTA 的并列选择，USMCA 将东道国国内救济设置成为必要条件。另一方面，USMCA 将 NAFTA 投资争端解决的“岔路口条款”更进一步，规定投资者在寻求东道国国内救济后不能立即提起国际仲裁，须经国内诉讼的最终判决或是启动诉讼的 30 个月之后方可提起，这无异给投资仲裁增添了严苛的人为障碍。^②

从上述分析中可以清晰地看出，在投资争端解决层面上，美国在 NAFTA 和 USMCA 中作出的规定具有明显的态度差异。这种差异既是美国对于卡尔沃主义复苏的暂时妥协，亦是对其自身利益的实际考量。之所以会产生如此明显的差异，主要由于以下三个因素：其一，国际社会对于投资仲裁的批评日益增多，包括发达国家在内的各主要经济体均开始对 ICSID 仲裁机制寻求变革之道，若美国在国际投资合作中仍坚持原有的投资仲裁方式，将不利于其与他国的双向投资往来。此外，目前投资仲裁处于改革瓶颈阶段，在仲裁无法适应当下复杂投资争端的背景之下，美国只得顺应“去国际化”的改革走向，转而寻求其他解决途径。^③其二，发展中国家的法治水平有了一定提升。虽墨西哥与美加相比，其法治水平仍有很大差距，但伴随近年来墨西哥政府对于国内法治的发展，其法治环境也有了一定程度的提升。且墨西哥作为北美贸易自由区唯一的发展中国家，其相对廉价的投资区位要素迫使美国无法将其舍弃，只能妥协当下拉美国家强势的卡尔沃主义复苏趋势。其三，美国为其投资者保留了可诉空间。USMCA 在其附件 14-E 中作出了例外规定，即在“涵盖政府部门合同”的场景中，若投资者与东道国政府产生投资争端，则投资者可以不受 14-D 的限制而提起仲裁。依据附件 14-E 的说明，所谓“涵盖政府部门合同”，即美墨之间投资者就特殊行业与政府签订的书面协议，其中主要涵盖油气电、电信等能源部门、公路、铁路、桥梁等公共设施部门、交通运输部门，^④由于这些行业主要是由美国对外输出的主要部门，故附件 14-E 也被认为是给美国投资者一项特权。

（三）以欧盟为代表的制度创新模式

^① Article 14.D.3.1 of USMCA.

^② Article 14.D.5.1 of USMCA.

^③ 参见池漫郊：《<美墨加协定>投资争端解决之“三国四制”：表象、成因及启示》，《经贸法律评论》2019 年第 4 期，第 14-26 页。

^④ ANNEX 14-E-6 (b) of USMCA.

1. 欧盟对外投资管辖权的主体变动

欧盟作为一个高度发达的政治、经济一体化区域组织，其组织权力结构与内部权力分配均有别于其他经济体。2009年11月，伴随欧盟最后一个签署国捷克完成对《里斯本条约》的批准程序，具有欧盟宪法性质的《里斯本条约》于次月1日正式生效。《里斯本条约》在投资政策层面作出的最具影响力改动，莫过于将成员国对外直接投资的专属管辖权转移到欧盟之下。“欧洲委员会设计了一个创新的投资政策，把另一个易被忽视却强有力的行为者置于阴影之下”。^①欧洲议会不仅在欧盟投资政策的制定层面享有极大的权力，并且明确表示将会在欧盟 ISDS 改革层面毫不犹豫地进行使用。^②

在 *Achmea* 一案中，欧盟法院在 2018 年 3 月的判决写明：荷兰与捷克斯洛伐克之间缔结的双边投资条约，其投资人与东道国之间的仲裁条款不仅违反了欧盟法律，并且违背了欧盟法律的自治原则。欧盟法院在对 *Achmea* 案作出判决后不久，欧洲委员会发布了一份关于欧盟内部投资政策的总结，其指出 *Achmea* 案的判决意味着所有欧盟内部成员国间 BITs 中的仲裁条款均不能再适用，并且由于缺乏有效的仲裁协议，基于此类条款成立的任何仲裁庭均不具有管辖权。因此，国家法院有义务撤销以此为依据的任何仲裁裁决，并拒绝执行该裁决。^③2019 年 1 月 15 日，欧盟成员国宣布终止彼此之间的所有 BITs。

在《里斯本条约》生效后，欧盟内部权力结构发生的变化剥夺了欧盟成员国通过 BIT 单独进行 ISDS 机制改革的权力，即欧盟在此层面取得了完全的代表权。近年来，欧盟在 ISDS 改革层面一直力推其所提出的常设投资法院机制（Investment Court System, ICS），主张用司法性质的常设法院替代现有的投资仲裁机制，以规避当下投资仲裁所存问题。2015 年 11 月，欧盟正式公布其与美国的跨大西洋贸易与投资伙伴协议（TTIP）投资章节建议案，并在其中详细规定了 ICS 的组织形式与庭审模式。与此同时，欧盟在与加拿大、越南以及新加坡等国的自由贸易协定谈判中，均明确提出要在其中增加 ICS 机制的设想。虽然欧盟的改革路径相较于其他经济体而言略显与众不同，但其改革规划却符合当下卡尔沃复苏之趋势。

2. 卡尔沃主义复苏下的常设投资法院机制

^① Titi Catharine. *A Stronger Role for the European Parliament in the Design of the EU's Investment Policy as a Legitimacy Safeguard*, in *Columbia FDI Perspectives*, No. 209 September 25, 2017.

^② 《里斯本条约》生效后，欧洲议会在涉及 ISDS 机制改革层面一直尝试发声：2011 年 4 月，议会决议强调必须改革现有的投资仲裁机制，增加透明度并允许上诉；2013 年 10 月，议会决议认为欧盟应当提供一个非诉讼性的争端解决方案；2015 年 7 月，议会提议构建一个常态化机制替代原有的投资仲裁，并在随后提出两级投资法院机制。

^③ Declève Quentin. *Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements*. 2019.1 *European Papers-A Journal on Law and Integration*, 99-108 (2019).

在当下对于投资仲裁机制的众多批评中,仲裁裁决不一致作为投资仲裁的顽疾一直未能找到有效解决方式,而裁决不一致正是造成裁决结果无法预测的根本原因,增加投资者与东道国双方主体的期待成本。在此背景下,欧盟在构建 ICS 机制的过程中,力图通过提高仲裁裁决的一致性举措满足双方主体的共有需求,以增加各方主体对于欧盟方案的接受度。

当下对投资仲裁机制的众多批评并非是孤立存在的,其相互之间具有密切联系。例如饱受批评的投资法治碎片化是由日益增多的双边投资协定造成的,而 BIT 的增多亦意味着投资仲裁形式的愈发复杂化。截至目前,国际投资体系中存在超过 3000 个双边投资协定,每个协定都可能包含不同的投资保护标准,投资仲裁庭亦会在仲裁过程中对条约中类似的投资法律术语赋予独特的含义。^①这也是导致仲裁裁决不能达成一致的根本因素。裁决不一致带来的最大问题是降低案件裁判结果的可预测性,使诉讼主体无法合理预判案件裁判走势。在当下仲裁庭普遍偏向投资者一方的背景下,投资者的胜率远高于东道国,且投资者败诉则只需支出相应诉讼费用。但东道国一旦败诉,则不仅将要承担巨额的金钱赔偿,还要面临本国主权规制权力的相应让渡。因此,案件的可预测性对于东道国而言,其价值要远高于投资者。若仲裁庭能够以先前判例作为裁决依据,则东道国可以预测争端提交仲裁后的结果走向,以此决定是通过替代性争端解决方式加以解决,还是放任投资者提请仲裁。

仲裁裁决不一致的具体情形可以表现为多种情形,例如不同仲裁庭对于同一条约、同一条约的同一条款或不同条约的相似条款解释不一致,或者不同仲裁庭对于同一案件、相似案件的裁决不一致,而这些情形发生的原因主要在于不同仲裁庭之间没有参照先前裁决之义务,仲裁员只需针对个案进行逐个裁决,无须遵从先例原则(Star decisis)。^②而投资法院的设想,可以很好的解决这一问题,初审法庭以及上诉法庭的两层级机制不仅能够降低裁判的不一致性,而且也有助于相似裁判的产生。^③除此之外,初审法庭可以建立统一的条约解释机制,针对相似的条款进行统一规范解释;作为修正阶段,其上诉法庭在对解释不一的案件进行纠正时亦可以很好的消除 ICSID、UNCITRAL 以及其他国际投资仲裁机构对于同一或相似条款解释冲突的问题。^④

除能够有效提高仲裁裁决的一致性与可预测性外,欧盟的 ICS 机制在提高仲裁过程的

^① Adrian M Johnston, Michael J Trebilcock. *Fragmentation in international trade law: insights from the global investment regime*,12World Trade Rev. 621(2013).

^② 参见刘瑛、朱竹露:《ISDS 变革之常设上诉机制:困境、价值与路径选择》,《法治社会》2020 第 5 期,第 23-35 页。

^③ Christian J Tams. *An appealing option? The debate about an ICSID appellate structure*, 57 Essays in Transnational Economic Law Working Paper (2006).

^④ David A Gantz, *The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement*,19 Am. U. Int'l L. Rev. 679(2003).

透明度以及规范仲裁员的选任与行为层面亦设置有相应举措,兼顾了投资者与东道国双方主体的各自利益,不仅在欧盟的双多边投资协定签署进程中能够降低其与缔约国的谈判难度,而且亦能为当下卡尔沃主义复苏背景下的 ISDS 改革提供较多可行性思路。

三、“能否攻玉”:中国视阙下三种改革模式的可取性评析

(一)以拉美国家为代表的激进舍弃模式过于极端

拉美国家通过“绝对司法主权主义”入宪以及退出 ICSID 公约等方式,激进地表现出对当下 ISDS 机制的不满情绪,成为卡尔沃主义在 ISDS 改革进程中复活的最为极端之方式。正如前文所述,之所以拉美国家会作出如此选择,这与其经济发展模式、国内法治水平等实际国情密不可分。但鉴于中国与拉美国家在实际国情下所存在的差异化,致使中国无法采取此种模式。

自中国对外开放并积极入世以来,对外投资合作日益稳健发展,尤其在党的十八大以来,我国对外直接投资规模持续扩大,不断取得显著成绩。在对外投资层面,商务部于 2021 年 2 月 2 日正式发布的《中国对外投资合作发展报告 2020》中指出,2019 年中国对外直接投资(Outward Foreign Direct Investment, OFDI)达到 1369.1 亿美元,持续保持全球第二位;2020 年全年对外直接投资为 1329.4 亿美元,同比增长 3.3%^①;在吸引外资层面,2020 年中国接受外国直接投资(Foreign Direct Investment, FDI)约为 1630 亿美元,同比美国多出 290 亿美元,这也是我国首次在吸引外国直接投资方面超过美国。^②当下,中国作为资本流出与资本流入的巨大流量主体,已然成为国际投资活动中的资本双向流动大国。在此背景下,完全舍弃现行 ISDS 机制的做法将会降低外资企业的争端解决结果期待度,影响外来投资的流入好感,不符合我国的引资利益导向。此外,不同于拉美国家,伴随综合国力的不断提升,中国在国际上已日益树立起负责任大国的形象,盲目追求本国利益而全盘否定现行 ISDS 机制的做法将会对我国的国际形象产生不利影响,与我国长期以来强调“共商、共建、共享”的一贯做法不相符合。

(二)以美国为代表的局部改良模式提供借鉴

美国在 NAFTA 更新过程中对于 ISDS 的改革措施,体现了其作为资本输出大国对其本国投资者利益的保护。在美国的传统中,其对于法律程序的完善一贯从程序和证据的角度进行,强调程序公正并与美国公民的意见。而由于 ISDS 仲裁机制缺乏传统法院中的某些程序

^① 参见《2020 年我国对外直接投资 1329.4 亿美元,同比增长 3.3%》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj1/e/202101/20210103033345.shtml>, 最后访问时间:2021 年 3 月 6 日。

^② 参见《2020 年中国成为世界上吸引外国直接投资最多的国家》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj1/j/202101/20210103033907.shtml>, 最后访问时间:2021 年 3 月 6 日。

和证据保障,致使外国投资者有机会成功获得原本被签署国法院系统拒绝的索赔,不符合特朗普政府一向贯彻的“美国优先”主义。但在对 NAFTA 进行重新谈判的过程中,美国商会和美国全国制造商协会明确提出,若企图削弱 ISDS 机制将会损害美国企业和工人,美国投资者在墨西哥境内的投资严重依赖 NAFTA 第十一章。^①基于此,美国对原有的 ISDS 机制主体进行了保留,在此基础上吸收了其他经济体关于仲裁透明度、仲裁员独立性以及维护东道国公共利益等改革举措。此外,美国在 USMCA 的制定过程中注重迎合卡尔沃主义复苏下的 ISDS 改革趋势,支持国内法院来限制个人获得投资者与国家之间的争端解决方式,并进一步增强国家灵活性,允许投资者在解决外国投资争端时采用不同的方法和程序。虽然美国在 USMCA 中对 ISDS 作出的制度性改革是顺应当下趋势的妥协之策,但其仍既保护了美国主权,又充分保护了在墨加投资的美国投资者利益。^②

以中国视角出发,相较于拉美国家极端的抛弃之举,美国在保留 ISDS 原有机制的基础上对其进行制度性改革具有相当的可借鉴性。伴随“一带一路”倡议下中国与沿线国家在对外投资合作中的深入,原有的 ISDS 机制亦愈发不能适应复杂多变的投资争端。中国作为“一带一路”倡议的发起国,需要在维护本国主权和保护在外投资者利益的同时,构建起协调各方的 ISDS 机制,而这并非一蹴而就的。因此,在短期内可以借鉴美国改良之路径对目前 ISDS 机制现存问题进行局部性改革,以满足现阶段沿线国家之间投资争端解决之需。

(三) 以欧盟为代表的制度创新模式开拓思路

与其他经济体提出的改革方案均不同,欧盟认识到当下 ISDS 机制现存问题无法消除的根本原因,在于脱胎于商事仲裁的投资仲裁自身所负有的“原罪”。因此,欧盟提出构建常设多边投资法院的制度设想,规划从开始的双边投资法庭逐步过渡至最终的常设多边投资法院,对现行以 ICSID 中心仲裁为主的 ISDS 机制进行了“釜底抽薪”式的革新。从新近欧盟签订的 IIAs 中可以发现,欧盟的常设投资法院设想是一项系统性的多方面改革方案,包括纳入联合国贸法会(UNCITRAL)透明度规则以提高争端解决程序的透明度,^③明确投资争端庭审中庭审成员的法官(Judges)地位以降低以往投资仲裁裁决所带有的偏向性,^④设立常设性的上诉机制以改变仲裁裁决不一致的问题等。

^① Gross Jr, Robert J, *America First? How To Take A Balanced Approach To Reforming The ISDS Provision In NAFTA*, 10.1 Arbitration Law Review, 6(2018).

^② Kulaga, Lukasz, *ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA*, Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA (July 11, 2019). Transnational Dispute Management Advance Publication (2019).

^③ 参见李佳、吴思柳:《双边到多边:欧盟投资争端解决机制的改革和中国选择》,《国际贸易》2020 第 9 期,第 46-53 页。

^④ 参见何悦涵:《投资争端解决的“联合控制”机制研究——由投资争端解决机制的改革展开》,《法商研究》2020 年第 4 期,第 143-157 页。

欧盟所提出的常设投资法院机制确为当下 ISDS 机制改革瓶颈期提供了崭新思路，但其提出的本质仍是作为服务于欧盟对外投资合作的工具，仍将欧盟利益导向立场作为根本遵循。此外，欧盟之所以用审判代替仲裁，除企图摆脱投资仲裁自身短板外，与欧盟委员会自身的行动规划亦有关联。自《里斯本条约》生效以来，欧盟委员会拥有了代表成员国进行 IIAs 谈判的专有权限，从而可以定义和制定有关 FDI 的相关规则，委员会也早在 2010 年便明确表示其将以共同和一致的条约取代其成员国现有的 1400 余个国际投资协定的目标。但在实质上为私人投资者提供法律特权地位的现行投资仲裁机制，使投资者的主张在一定程度上可以不受东道国司法结构的影响。易言之，现行 ISDS 机制破坏了政治团体（尤其是民主国家）集体决定构成社会和经济规则的能力，^①不符合欧盟未来的对外条约统一蓝图。基于以上，中国是否应当借鉴欧盟思路尝试构建常设投资法院，似乎并非一个简单的制度移植问题，鉴于中国与欧盟在多方面存在的差异，接下来还需结合中国自身实际国情加以细致斟酌。

四、“如何攻玉”：卡尔沃主义复苏下“一带一路”ISDS 机制的中国方案

（一）“一带一路”机制选择应当顺应卡尔沃主义复苏趋势

虽然美国的局部改良模式和欧盟的制度创新模式能够给予我国以有益启示，但其二者并不能直接移植于“一带一路”倡议下 ISDS 机制的构建。中国作为“一带一路”倡议的发起国，应当积极顺应时下卡尔沃主义复苏的时代趋势，在当下 ISDS 机制改革的瓶颈期内结合我国价值考量发出“中国声音”，综合考量多重因素对“一带一路”倡议下的 ISDS 机制提出可行的“中国方案”。

在卡尔沃主义复苏之势愈发凸显的当下，加之对于中国与“一带一路”沿线国家国情的实际考量，无论是美国的“局部改革”模式，抑或是欧盟的“制度创新”模式，二者均非完全可取之道：一方面，若在根本上无法解决国际投资仲裁对于东道国政府所固有的“超国民待遇”弊端，碎片式的改革模式更大程度上是杯水车薪；另一方面，欧盟所倡议的常设投资法院机制，带有明显的欧盟价值观与利益色彩，不能充分适用于诉讼观念与诉讼能力还未达到较高水平的沿线发展中国家。易言之，投资法院机制在“一带一路”倡议下极有可能成为“淮南之橘，淮北之枳”。

回归到卡尔沃主义“非干涉”的核心本质，其在投资争端解决层面上主要体现为东道国反对外国投资者享有本国投资者所不具有的投资仲裁权利，加之目前投资仲裁的固有弊端对东道国主权规制产生的负面影响，使得投资争端预防机制以及投资争端调解机制成为既能够顺

^① Dietz Thomas, Marius Dotzauer, Edward S. Cohen, *The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system*, 26.4 Review of International Political Economy, 749-772(2019).

应卡尔沃主义的复苏趋势，又可以有效回应投资仲裁固有弊端理想方案。

“一带一路”倡议下的 ISDS 机制进路，若要在顺应卡尔沃主义复苏的时代趋势下发挥更大效能，则应当针对沿线国家的实际国情以及中国的价值体系加以细致考量。一方面，从沿线国家国情出发，卡尔沃主义的复苏深刻表明了发展中国家对于当下 ISDS 机制的不满，国际投资仲裁作为发达国家为保护其投资者海外投资利益的手段，并非发展中国家理想的争端解决方式，且沿线国家在此过程中所遭受的主权让渡、公共利益损害等结果，使其更倾向于通过争端预防举措减少投资争端的发生。另一方面，从我国价值考量出发，我国作为“一带一路”倡议的发起国，以及自身所固有的大国责任与担当，我国在处理投资争端的过程中应当注重贯彻与沿线国家合作的可持续发展原则，尽可能以较为平和的方式进行处理，避免将争端上升至对峙阶段。因此，投资争端调解作为不同于投资仲裁的另一投资争端处理方案，能够契合并适用在“一带一路”沿线国家投资争端的处理过程之中。

基于此，现阶段我国在顺应卡尔沃主义复苏趋势的前提下，对于“一带一路”沿线国家间的投资争端应当主要通过投资争端预防和投资争端调解两种方案加以处理并解决。

（二）通过争端预防机制降低投资争端发生可能性

对于东道国而言，能够高效地处理投资争端并能够持续保留外来投资，是投资预防机制最为经济且具有价值之处。^①“一带一路”沿线国家秉承“共商、共建、共享”的合作共识，在预防机制的沟通与构建层面亦具有相应基础优势。基于此，在具体规则的设置上，投资争端预防机制作为争端解决的事前阶段，可根据举措影响持续时间的跨度长短分为短期措施与长效举措。一方面，短期措施将带有突出针对性的色彩，其主要目的在于降低投资争端发生可能性，阻止投资争端的进一步升级。以此作为基本价值遵循，可通过下述三项制度设计在短期内预防争端发生：一是针对敏感领域行业设置重点监测的投资争端预警机制；二是要求投资者在提交投资仲裁前须用尽东道国国内救济方式的“用尽当地救济”（国内争议解决方式前置）；三是我国于 2019 年 7 月提交至 UNCITRAL 第三工作组的《投资人与国家间争端解决制度可能的改革——中国政府提交的意见书》中明确支持纳入的仲裁前磋商程序。另一方面，长效举措将可持续发展作为价值遵循，以争端预防作为目的与着力点，发挥“溢出效应”，力图通过改革性举措推动国内投资自由与便利化水平，运用“釜底抽薪”式的创新模式从根本上降低争端数量。以此作为改革准据，在解决外商投资诉求层面，可将韩国在其 1999 年施行

^① 参见陶立峰：《投资争端预防机制的国际经验及启示——兼评〈外商投资法〉投诉机制的完善》，《武大国际法评论》2019 年第 6 期，第 88-99 页。

的《外国人促进投资法》中设立的“投资监察员”一职作为参考，^①结合我国行政机构职能划分具体情形设立专任部门，专门处理我国外商投资者的相关投诉；在优化外商投资体验层面，可通过业务办理的“一站式”平台、“一体化”窗口，简化外商投资业务办理流程，提高行政事务处理透明度，对外商投资者的所有行政决定均秉承透明、快捷的处理原则，进而降低政府与投资者引发争端的可能性。

（三）运用争端调解机制缓冲投资争端上升为投资仲裁

设计得当的争端调解机制对于当下中国正在进行的 BITs 谈判进程而言，能够更好地使中国应对日益紧迫的 ISDS 正当性危机。^②对于“一带一路”倡议下的争端调解机制，我国可从程序前置、平台建设以及效力确认三方面进行设计。其一，强制调解前置程序。我国可在新一轮 BITs 谈判与更新的过程中，要求投资者将争端提交至国际投资仲裁庭之前必须经过东道国认可的调解程序，即未经过调解程序的投资者无权将争端直接提起仲裁，而调解前置程序将适用于东道国内所有投资者，进而降低外商投资者相较于本国投资者的权利优势。对于调解前置的开展阶段，可设置在投资者冷静期之内或冷静期结束后的三个月内，具体根据争端的不同类型进行区别设置。其二，建设调解专业平台。我国于 2020 年 10 月 15 日在北京成立的国际商事争端预防与解决组织（ICDPASO），致力于成为能够提供从争端预防到争端解决的多元化、一站式、全方位的专业商事争端处理平台。鉴于投资仲裁脱胎于商事仲裁的独特性，ICDPASO 可进一步拓展投资争端处理业务，探索投资争端的预防与调解举措，为“一带一路”沿线国家的投资争端提供中立的调解服务。除 ICDPASO 外，我国的贸仲委（CIETAC）、北仲（BAC）等商事仲裁专门机构，亦可探索增设投资争端调解功能，构建多元化的纠纷解决机制，为“一带一路”投资争端处理提供平台的多项选择。其三，确认调解协议效力。长期以来争端调解未能作为处理投资争端的主流方式，很大程度上在于调解所达成的和解协议的执行效力无法得到有效保障，而投资仲裁裁决的承认与执行因具有《华盛顿公约》和《纽约公约》加以保证，致使仲裁能够给予投资者更为信赖的执行预期。基于此，2019 年 8 月 7 日在新加坡开放签署的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（《新加坡调解公约》），旨在为国际商事调解的和解协议赋予跨境承认与执行的法律效力，^③按

^① Titi C . *International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil*, Social Science Electronic Publishing, 2016.

^② Shang Shu, *Responding to the ISDS Legitimacy Crisis by Way of Mediation: Implications from CEPA's Dispute Resolution Mechanism*, 18 J. Int'l Bus. & L. 217(2018).

^③ Schnabel Timothy. *The Singapore convention on mediation: a framework for the cross-border recognition and enforcement of mediated settlements*, 19 Pepp. Disp. Resol. LJ, 1(2019).

照起草本意，这里的商事应当作广义解释将投资亦包含在内，^①即公约亦可适用于因投资争端调解程序而产生的和解协议。此外，在《新加坡调解公约》首批 46 个签署国中，包含中国在内共有 36 个“一带一路”成员国，使得公约能够较为广泛地为“一带一路”争端调解下的和解协议提供执行依据，进一步削弱投资仲裁相较于调解在执行方面的保障优势。

（四）以开放式的格局观回应卡尔沃主义复苏之发展

尽管在投资争端解决层面的卡尔沃主义复苏已成为大势所趋，但其在不同国家（地区）复苏程度的不同亦表明其所具有的不稳定性。基于此，中国在现阶段既应当对其保持密切关注并顺势而为，又应当根据未来发展情况随机应变。一方面，鉴于以拉美国家为首的发展中国家对于卡尔沃主义回归的热情，作为主要以发展中国家为主要成员的“一带一路”倡议必须将此趋势加以密切关注，既要注重经贸合作下的利益共得，亦要保持争端解决下的和谐共处，在尊重东道国主权规制的前提下尽可能以较为平和的方式处理投资争端，以推动“一带一路”战略的可持续发展路径；另一方面，鉴于欧美等发达经济体对于卡尔沃主义复苏之势的被动态度，现阶段还无法将卡尔沃主义下的“用尽当地救济”、“寻求替代性争端解决方式”等举措作为 ISDS 主流，加之目前投资仲裁仍然作为最被广泛接受的争端处理机制，现行的国际投资法治对于我国仍然是有利且可行的。^②因此，中国在“一带一路”倡议下的 ISDS 机制改革路径中，应当在因势利导的同时做到随机应变，根据发展趋势的变化及时作出对应调整。ISDS 机制的改革并非一蹴而就，也非一劳永逸，受其影响因素繁多的特性，中国需时刻保持发展的眼光探索相应动态的方案，以开放的心态融入变化万千的全球投资合作之中。

五、结语

拉丁美洲、欧洲以及美国等国家（地区）对于 ISDS 机制改革所表现出的模式差异，虽代表了卡尔沃主义在不同地区的复苏程度有所差别，但其复苏之势确已日益成为影响国际投资法治的重要因素。在世界经济愈发全球化、一体化的当下，中国作为深度参与的资本双向流动大国，应当学会因势利导、顺势而为，结合自身价值体系探索并提出契合的 ISDS 机制改革方案。在“一带一路”倡议的深层次、高水平推进层面，我国亦应当持续秉承可持续发展理念，通过争端预防减少沿线国家之间的投资冲突；始终秉持“和为贵”的合作发展原则，运用争端调解以较为平和的方式处理相互间争端，进而反对并改革不合理的母国干涉与外交保护，以卡尔沃主义复苏为契机营造公平良好的投资环境，最终达成和谐包容、合作共赢的崭

^① 参见漆彤、范晓宇：《国际投资争端调解机制的发展与制度困境》，《中南大学学报(社会科学版)》2020 年第 5 期，第 58-69 页。

^② 参见韩秀丽：《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》，《现代法学》2014 年第 1 期，第 121-135 页。

新多元局面。

Reform Practice of Investor-State Dispute Settlement under Calvo Revival and China's Response

ZU Wentian

Abstract: With the recovery of the Calvo Doctrine becoming more and more apparent, the reform practice of the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) has also been affected. The world's major economies have implemented different reform models based on their actual national conditions, which can be roughly summarized as a radical abandonment model represented by Latin American countries, a partial reform model represented by the United States, and an institutional innovation model represented by the European Union(EU). The essential core of the Calvo Doctrine's "non-interference" corresponds to the field of ISDS, which is mainly reflected in the host country's opposition to foreign investors' treatment higher than that of domestic investors, and the rejection of investment disputes from being handled by international investment arbitration institutions. As the initiator of the "One Belt One Road" initiative, China should follow the Calvo Doctrine recovery trend in the current reform of the ISDS, and re-examine the international investment arbitration mechanism on the basis of dialectical evaluation and analysis of the different reform plans of various economies. Exploring and constructing preventive and alternative treatment paths focusing on investment dispute prevention and dispute mediation, coping with the legitimacy crisis of current investment arbitration under the recovery of the Calvo Doctrine, and exploring with a distinctive Chinese ISDS under the "Belt and Road" from a new perspective.

Key Words: Calvo doctrine; Investor-State Dispute Settlement; legitimation crisis; interests balance

“绿色贸易壁垒”对我国环境标志的启示

康家梁 张李进*

摘要：WTO 从成立之初，就注意到了贸易和环境的相互影响，贸易可以作为保护环境的工具，环境制度可以给一国贸易提供一种合法手段。一些发达国家会出于维护本国贸易或者保护环境的目的，在外贸上筑起高高的绿色贸易壁垒，绿色壁垒的趋势在世界上不可逆转。我国每年因绿色贸易壁垒被影响的出口货物极多，同时我国因环境法治的缺陷，发达国家的一些环境污染产业和污染物大肆向我国转移渗透，起不到阻截作用。环境标志作为绿色贸易壁垒的一种重要表现形式，其能够有效提高进口的外国产品的绿色品质，但同时也会影响到我国出口产品在国际市场上的竞争力，因此建立和完善我国的环境标志制度任务极为紧迫。目前我国环境标志制度的监督机制、认证标准、信息公开所涉及到的法律规范还需要完善，政府应该加大对生产者的激励政策，保障公众参与的原则，加快环境标志的国际合作。

关键词：环境标志；绿色壁垒；对外贸易；信息公开

一、环境标志与绿色贸易壁垒法律解析

2001 年 11 月 10 日，世界贸易组织部长级会议通过了《中国加入 WTO 协定》，这标志着中国在经历了 25 年的经济社会改革和转型之后，登上了世界舞台。更自由的贸易体系将逐步消除关税和配额限制等传统贸易壁垒，有助于产品的对外出口，并吸引更多外国投资。加入 WTO 后，贸易与环境之间复杂而又看似不可调和的关系引起了广泛关注。环境保护对贸易发展提出了新的要求、限制，甚至是障碍，许多多边环境协定禁止某些产品在国际上进行贸易。

虽然世贸组织制度试图通过禁止人为的限制和壁垒来促进自由贸易，但它允许一些环境例外。《技术性贸易壁垒协定》（简称 TBT 协议）第 2.2 条明确将“环境保护”确定为在评估环境法规与关贸总协定的兼容性时应考虑的“合法目标”。TBT 协议旨在确保不采用或适用技术法规和标准以对贸易造成不必要的障碍。因此，考虑到可能产生的风险，技术法规不得“对贸易的限制超过实现合法目标所必需的程度”。第 2.2 条中的“合法目标”包括“保护人类健康安全、动物或植物生命健康”。因此世贸组织承认国家有主权采取环境措施，保护人和动物的健康安全，这其中就以环境标志为代表。

* 作者简介：康家梁，（1997.7- ），浙江农林大学文法学院 2019 级环境与资源保护法学研究生，主要研究方向为环境保护法和民商法；张李进，（2001.4- ），浙江农林大学集贤学院 2017 级本科生，主要研究方向为经济法。

环境标志是 PPM 标准（Processing & Product Method 即生产过程和加工方法）的一种表现形式。一国制定严格的 PPM 标准，刺激了某些企业的技术创新，有利于清洁生产技术的推广和使用。从长期来看，不仅会节约成本，增强企业的国际竞争力，而且会使企业转变不可持续的生产方式，有利于环境成本的内部化。

环境标志起源于德国，1977 年德国提出“蓝色天使”计划，“蓝色天使”提供了消费者所关心的有关产品造成的环境和健康相关影响的信息，在该制度的推动下，一些获得“蓝色天使”认证的中小企业的营业额也大为增加。在其之后，美国，加拿大，日本，奥地利，法国等也纷纷推出了自己的环境标志。表 1 简要对比了当前主要的国家的环境标志：^①

国家 \ 实施现状	发布时间 (年)	环境标志名称	发起机构
德国	1977	蓝色天使	德国环境部
加拿大	1988	环境选择	加拿大环境部
日本	1989	生态标签	日本环境署
法国	1992	法国环境标准	法国环境部
美国	1989	绿色印章	绿色印章

表 1

理想情况下，环境标志可以通过平衡环境、社会和经济结果来支持可持续发展。它鼓励企业投资于清洁技术和生产过程，以减少污染，并保证市场准入或未来市场准入的可预测性。但同时，环境标志可能被滥用，成为一种技术性贸易壁垒。发展中国家由于自身条件的限制，要开展环境标志的认证存在着较大的困难，因而其出口的不少商品往往在国际市场上处于很不平等的竞争地位。

发达国家实施严格标准的环境标志，一方面为企业提供新的发展契机，诱发企业的绿色创新和技术升级，但环境标志所构筑的绿色壁垒也直接造成我国不少产品难以进入他们的市场参与公平竞争。发展中国家环保意识薄弱，环保相关法规滞后，与发达国家处在不同的经济发展阶段，在对衣、食、住、行的质量和生活用品安全与卫生的要求，存在相当大的差异。^②世界各国为了本国的利益，通过各种手段，在对外贸易中采取“奖出限入”措施，维护本国的市场竞争。世贸组织建立以后，成员关税下降，非关税措施受到了抑制和规范。为了在竞争

^① 参见周维，田秀春：《加拿大实施环境标志制度》载《国外环境科学技术》，1994 年第 2 期，第 2 页；李在卿：《中国环境标志认证》，中国标准出版社 2008 年版，第 6-9 页；Engels Gabriele, Grübler Ulrike, Sustainable brands, eco-labels and the new EU certification mark, *Managing Intellectual Property*, p.88-91(2017)。

^② 参见薛荣久：《如何跨越绿色贸易壁垒》，《国际贸易问题》2002 年第 12 期，第 21 页。

中取胜,世贸组织成员,尤其是发达国家成员有意利用世贸组织协议下允许的绿色贸易壁垒,使之成为限制进口、保护国内市场厚实的壁垒。

二、我国绿色贸易壁垒问题—基于环境标志

1993年3月31日,原国家环境保护总局发布了题为“在中国开展环境标志”的文件,这标志着我国环境标志计划的开始。中国环境标志产品认证委员会于1994年5月17日成立,由环保部门、经济综合部门、科研院校、质量监督部门和社会团体等方面的专家组成,是代表国家对环境标志产品实施认证的唯一合法机构。1993年8月25日,国家环保局在“中国环境报”上发布了“中国环境标志”图形。2003年1月中环联合(北京)认证中心有限公司(国家环境保护总局环境认证中心)正式成立,经国家环保总局授权,代表国家对绿色产品进行权威认证,并授予产品环境标志。^①

除“中国环境标志”外,笔者通过网络和电话采访的方式,收集到了目前我国现存的有影响力的几个环境标志,如表2所示:

标志名称	机构名称	认证领域
绿色食品标志	中国绿色食品发展中心 ^②	安全、优质食用农产品及相关产品 ^③
绿色之星产品认证	中环协(北京)认证中心 ^④	包括汽车、建材、纺织品、服装、皮革制品、木制品、纸制品、印刷品、化工产品、家具、电子电器、机械设备等
绿色产品认证	中国质量认证中心 ^⑤	涉及产品的环保、节能、节水、循环、低碳、再生、有机等性能

表 2

我国虽建立了相关的环境标志认证体系,但是并未达到突破绿色贸易壁垒的效果。我国环境标志的认证标准没有发达国家严苛,对于我国企业而言较低的认证标准给企业节省了环

^① 参见中华人民共和国环境生态部官网: http://kjs.mee.gov.cn/zghjzbz/xgzshsh/200604/t20060428_76244.shtml, 最后访问时间 2021 年 4 月 11 日。

^② 参见中国绿色食品发展中心官网: http://www.greenfood.agri.cn/ywzn/lssp/bzxkjj/202010/t20201020_7541644.htm, 最后访问时间 2021 年 4 月 5 日。

^③ 参见中国绿色食品发展中心官网: http://www.greenfood.agri.cn/ywzn/lssp/bzxkjj/202010/t20201020_7541644.htm, 最后访问时间 2021 年 4 月 5 日。

^④ 参见中环协(北京)认证中心官网: <http://www.ccaepi.cn/#/FirstPage>, 最后访问时间 2021 年 3 月 4 日。

^⑤ 参见中国质量认证中心官网: <https://www.cqc.com.cn/www/chinese/cprz/zyxcprz/rzfw/hbrzfw/>, 最后访问时间 2021 年 4 月 4 日。

境成本，企业不需要为了减少对环境的污染而花费成本去研发新的技术与工艺，因此抛开我国劳动力价格低廉这一增强我国企业在对外贸易中竞争力的有利优势，单就环境成本而言，我国企业所生产的产品与进口国相同的产品比较是具有价格优势的，因此竞争力较强。但若此时进口国规定了严格的环境标志认证标准，那我国企业很可能会因为不符合进口国的标准而无法获得相关环境标志的认证，无法在国外市场获得竞争优势。而且一旦某些环境标志的认证转换为强制性的 PPM 标准，那我国企业很可能会因为不符合进口国的 PPM 标准而被采取限制或禁止进口、征收反补贴税等环境贸易措施。那对我国企业的打击将是致命的。

正因为当前国外严格的环境标志认证标准对我国环境、贸易有很大的影响，不利于我国的对外贸易的开展。因此，我国政府应该努力完善我国的环境标志制度，使我国的相关标准符合国际相应水平。

三、我国绿色贸易壁垒成因分析

2019 年的《中国环境标志公众影响力调查报告》显示，对于“中国环境标志”认证，35.34%的消费者认为“中国环境标志”认证很可信，70.95%的受访者见过“中国环境标志”，其中了解含义的占比仅为 26.39%。“中国环境标志”作为我国当前影响力最大的环境标志，在消费者中仍呈现出“高了解率、低准确率”的特点，其他环境标志所面临的尴尬境地不言而喻。环境标志的国内影响力小，也直接导致我国环境标志在国际贸易中所起到的作用微乎其微。因此要想破除发达国家通过环境标志构筑起的“绿色壁垒”，我们首先要破除我国环境标志在国内的发展障碍。当前阻碍我国环境标志发展的因素主要有三个：

（一）监管部门交叉重叠

我国现有环境标志的“权力”主体复杂，缺乏不同政府部门之间的协调和统一。“中国环境标志”由生态环境部负责，“绿色食品标志”由农业农村部负责，“绿色产品认证”则由国家市场监督管理总局负责。不同的环境标志所属于不同的部门，但环境标志的认证又涉及到跨部门的问题，如：绿色消防产品，除涉及生态环境部之外，还涉及国家市场监督管理总局、公安消防等部门。主管部门的交叉重叠或模糊空白可能导致多部门监管的诸多弊端，包括：加大监管成本、导致监管冲突、降低监管效率等，同时产生执法重叠的灰色地带，放任环境标志野蛮生长的同时，也使得环境标志的权威性降低。

（二）标志认证标准杂乱

虽然环境标志能够帮助消费者选购绿色产品，从而推动我国绿色产业的转型与升级，但众多环境标志缺乏统一认证标准，阻碍了我国环境标志认证制度的发展。例如，对于“水性

涂料”的绿色认证，“中国环境标志”采用的是原环境保护部发布的“HJ2537-2014”标准^①，而“绿色之星”采用的是原国家质量监督检验检疫总局发布的“GB18582-2001”标准^②。依据不同标准对同一产品进行绿色认证，鉴定结果可能会有出入。这种局面的出现，会使认证机构之间无所适从，更使被认证的企业不知所措。国内标准的混乱增加了我国环境标志和发达国家环境标志对接的难度，无法提供统一的认证标准与之互认，也加剧了我国环境标志突破“绿色壁垒”的难度。

（三）信息公开机制缺位

为了促进可持续的生产方法和处理过程，环境标志必须是可信的，透明的，并由生产者验证。目前我国企业信息公开所涉及的主要内容包括：环境影响评价所要求公开的环境信息，造成超标或严重污染环境企业公开的环境信息，环境污染事故中的企业公开的环境信息，上市公司的环境信息。^③但这其中仍存在着不少问题，公开的环境信息不准确，企业担心相关数据的公开影响企业的形象或信息被滥用或误用，部分企业存在着隐瞒、虚报环境信息的倾向。^④同时，并没有文件明确要求获得环境标志的企业需公开环境标志产品的信息，导致消费者在选购产品时，只能看到标志，而没有相关渠道获得标志背后的绿色信息。环境标志信息公开机制缺位，标志在消费者中的认知度迟迟无法提升，企业对环境标志认证的热情也逐渐丧失。

四、我国环境标志法律制度完善

（一）协调各政府部门监管职责

鉴于中国国情和环境标志认证问题自身的复杂性，对于中国当下而言，走出多部门认证困境的现实选择应该是，根据环境标志认证及环境标志产品的自身特性，开展各部门之间的协调合作。2016年发布的《国务院办公厅关于建立统一的绿色产品标准、认证、标识体系的意见》（以下简称《意见》）也认识到了这一点，明确要“加强部门联动配合，建立绿色产品标准、认证与标识部际机制。”但总体而言，《意见》关于各部门协调合作的要求仍然是原则性的，其最终落实还需要完善相应的立法和执法机制。

^① 参见中环联合官网《环境标志标准目录》：http://www.mepcec.org/renzheng_column/113.html，最后访问时间，2021年5月11日。

^② 参见中环协(北京)认证中心官网：<http://www.ccaepi.cn/#/AuthService/GreenStarProductAuth>，最后访问时间，2021年5月11日。

^③ 参见朱谦：《企业环境信息强制公开的法律问题》，《法治论丛(上海政法学院学报)》2007年第4期，第49页。

^④ 参见李富贵、熊兵：《环境信息公开及在中国的实践》，《中国人口·资源与环境》2005年第4期，第23页。

多部门监管的弊端主要源于权力范围的交叉重叠或模糊不清。因此，要克服多头执法的弊端，首先需要通过立法，科学配置监管职能，尽可能明晰各部门的分工。这不仅是依法监管、避免监管重复、冲突、缺位的需要，而且也是加强监管部门间协调合作的前提。^①因此应尽快通过法律机制理顺生态环境部、市场监督管理总局和农业农村部等政府部门在环境标志产品监管上的协调和统一。明确职责分工，确保不同部门综合协调的同时保证各个机构的独立性和权威性。

长期来讲，需要统一综合协调职能的行使，由一个部门独立行使综合协调职能，类似于行政许可法中的“一个窗口对外”的制度，即确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理，或者组织有关部门联合输送、集中办理。建议在对环境标志的认证和监管中，由生态环境部主管，相关部门进行协助。作为环境标志计划的发起者，生态环境部负责我国生态环境问题的统筹协调和监督管理，在产品的绿色认定方面较之其他部门更为熟悉，由其对环境友好性进行监管符合其职责要求。同时，生态环境部对绿色产品的监管也具有职能上的优势。以“中国环境标志”为例，生态环境部门在监管产品时，可以依据其职权要求中环联合披露相关产品认证信息，将“权力”和“技术”结合起来，提高对环境标志认证的监管效率。与之类似，其他非隶属于生态环境部的环境标志，可以通过其主管部门的授权来获得认证机构协助。

除此之外，要进一步细化环境标志认证跨部门协调合作的运作程序。可考虑在《意见》的基础上由国务院出台相应的行政条例，并且要注重运作制度设计的可操作性，对各部门间的协调方式、协调内容、协调时间做出进一步规定，为跨部门协调合作提供指引。同时建立环境标志跨部门考评问责机制，包括两大部分，分别是考评机制和问责机制。通过考评机制对各部门之间的协调进行激励，而问责机制则能够使各部门的协调落到实处，防止出现“只合作不担责”的现象。

（二）建立环境标志统一认证标准

不一致的认证标准造成了混乱，增加了多次合格评定和认证的成本，严重打击了企业申请环境标志的积极性。美国的海产品市场就饱受标准混乱的困扰。随着可持续发展的理念越来越受到重视，一些海鲜零售商和品牌制造商甚至开始创建自己的环境标志以获得竞争优势，大量的环境标志涌入海鲜市场，但缺乏统一的认证标准，造成了认证市场的混乱，也损害了

^① 参见马英娟：《走出多部门监管的困境——论中国食品安全监管部门间的协调合作》，《清华法学》2015年9第3期，第49-50页。

权威环境标志的认证价值和海产品市场的可持续发展。^①因此有必要统一我国环境标志的认证标准。

虽然各个环境标志的主管部门不同，但统一环境标志认证标准仍具有可行性，通过标志主管部门之间的协商合作便可实现。对于认证标准而言，应当由生态环境部提出环境标准的制定和修订计划，由国家市场监督管理总局下达计划，其相关部门进行协助。统一绿色产品的内涵和评价方法，基于生命周期理念，构建统一的认证体系标准，借助政府部门之间的协调合作，建立符合我国国情的绿色产品标准、认证、标志体系。实施统一的绿色产品评价标准清单和认证目录，依据标准清单中的标准实施绿色产品认证，避免重复评价。

标准的制定过程中，除专家和政策意见外，也要充分考虑公众的意见。公众参与讨论、制定、监督、支持并积极参与标准的制定在环境标志的认证中具有关键意义，环境标志在公众的消费中是否有足够的影响力？政策制定者采取相关应对措施还是远远不够的，更重要的是广大消费者能真实感觉到和内心确信环境标志是和自己的息息相关的，这样才能引起广泛的重视，并积极参与，因为环境标志能否发挥出该制度设计之初的作用，取决于消费者是否愿意参与到环境标志的法律关系中。环境标志所要体现的不仅仅是纯粹的科学意义上的环境保护，更应当体现目前消费群体对绿色的认知，将大众所关心的标准纳入到标志中，环境标志才能在消费者中获得更多的支持。

在统一国内环境标志认证标准的同时，也要加快我国环境标志与国外环境标志互认的步伐。各国的经济发展水平有所差异，环境标志产品种类、认证程序以及技术标准都不同，目前由某个国际组织来授予统一的环境标志是难以实现的，并且我国的环境标志若取得多国的认可相当于有了进入国际市场的“绿色通行证”。因此开展双边、多边的环境标志互认工作对我国来说尤为重要。双方不仅能够更好地实现资源共享、优势互补，还有利于两国出口企业不必再进行相似的检验，节省认证的金钱成本和时间成本，扩大市场份额，加快贸易扩张，跨越绿色贸易壁垒。环境标志计划甚至可以和我国目前所倡导的“一带一路”计划互助，“一带一路”国家除了欧洲、俄罗斯等环保水平已经很高的发达国家，仍有部分环境标志发展尚且不足的国家，这也是中国环境标志迈向国际化的机遇。在以往国际合作模式的基础上，积极创新推进与“一带一路”国家不同程度的国际交流互助。

（三）建立环境标志白名单制度

党的十八届三中全会《决定》明确提出，“推行地方各级政府及其工作部门权力清单制

^① See Czarnezki, Jason J1;Homan, Andrew;Jeans, Meghan2:Greenwashing and Self-Declared Seafood Eco-labels.[J].Tulane Environmental Law Journal.2014,Vol.28(No.1):37-52.

度，依法公开权力运行流程”。^①行政权力清单又称“白名单”，奉行“法无授权即禁止”的原则，以清单的形式将政府的权力列出并公布于社会，以此对其进行有效的监督和制约。与公权力的“白名单”相对应的“黑名单”则主要用于对企业的管理中。在外商投资的规制中，“黑名单”要列明针对外资的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施等，是国际上重要的投资准入制度。企业作为私权利主体，“黑名单”有利于将企业的创新欲望和创新能力激发出来，发挥经济的内在活力。但经环境标志认证的企业，其相关信息公开是否也适用黑名单，笔者并不这么认为。

目前我国环境标志认证制度的主要问题是信息不透明，缺乏信息在企业 and 消费者之间的双向流动机制，消费者的绿色选择和企业的绿色宣传之间难免会产生信息断层，消费者买到的只是厂家眼中的绿色产品，而是否是自己所需要的绿色产品，难以判断。因此，有必要对环境标志的认证加以明晰。通过公开标志的认证信息，使消费者能够清楚地了解环境标志的认证过程，提高标志在消费者中认可度与公信力。

“黑名单”是鼓励，“白名单”是限制，我国环境标志已经初具规模，现在所面临的问题不是单纯的求生存，而是求发展，要保证环境标志能够长远地走下去，以漂绿营销为代表的不正当竞争正是环境标志所应当防范的。因此从监管的角度出发，具有限制作用的“白名单”显然更符合我国环境标志认证制度的发展需求。通过“白名单”明晰企业的标志信息，增强企业营销宣传的可靠性和信息的透明度，制止漂绿营销的泛滥。

环境标志对产品的认证是一个量化的过程，其通过一整套的技术手段来检测产品的相关性质，将所得到的数据与标准进行比较。量化的数据为产品的信息公开提供了便利条件，将“绿色”这一非事物性的概念，通过文字来进行实质化地展示。在环境标志的认证体系下，绿色不再仅仅是商家营销的噱头，而是一条条清晰的数据和明确的标准，将这些文字和数据列在“白名单”上，消费者可以清楚地看到此产品的“绿色”是否是其所需要的“绿色”，从而弥合消费者和企业之间的信息断层，维护消费者的知情权。

通过环境标志将“绿色”实体化，并以“白名单”的形式呈现出来，消费者心中就有了底数，在购物时能够确信自己购买产品是对环境有益的，在绿色需求得到满足的同时也提高了对环境标志的认知和信赖。

^① 参见何炜：《省级政府权力清单制度建设的评析及路径选择》，《成都行政学院学报》2015年第5期，第6页。

结语

绿色贸易壁垒的潮流势不可挡，它的运用和泛滥有着深刻的历史背景和复杂的原因。绿色贸易壁垒在全球环境恶化的背景下，必然会越来越完善，这也使得绿色贸易壁垒的使用合理化。中国加入 WTO 后，原先的关税壁垒逐渐削弱，现在绿色贸易壁垒是我国产品出口必须面对的非关税壁垒，对于我国产品的出口和国民经济发展有特别重要的意义，它既是一种机遇也是一种挑战。绿色贸易壁垒下我国环境标志的法律对策，只有多方面管控，才能最大限度的突破绿色贸易壁垒，逐步健全和完善我国环境标志认证体系。

“一带一路”倡议下非物质文化遗产国际保护的中国进路

刘晓*

摘要:非物质文化遗产是原住民族和社区集体智慧的结晶,也是维系现代科学技术发展的重要支撑。当前非物质文化遗产国际保护偏重于政府主导型的行政公法保护方式,有关非物质文化遗产知识产权保护方式的国际谈判进展尤为缓慢。面对此种现实困境,中国的进路不在于等待多边体制谈判的转机,而在于深化推进具有共同利益基础的“一带一路”沿线国家间的国际合作。以“构建人类命运共同体”理念作为共识基础,以构建新型 TRIPS-plus 规则作为具体策略,运用“中国智慧”和“中国方案”在全球范围内提高非物质文化遗产保护水平,重构知识产权国际保护新规则,推动构建更加公正、合理的全球知识产权治理体制。

关键词:“一带一路”;非物质文化遗产;新型 TRIPS-plus

引言

2020年11月30日,习近平总书记在中央政治局第二十五次集体学习时指出,要统筹推进知识产权领域国际合作和竞争,深化同共建“一带一路”沿线国家和地区知识产权合作。“一带一路”倡议下“文化包容的利益共同体”理念与非物质文化遗产保护的宗旨具有共通性。“一带一路”沿线国家多为发展中国家且具有丰富的非物质文化遗产资源,各国间共同的利益基础决定了在“一带一路”沿线国家深化推进非物质文化遗产国际合作,构建非物质文化遗产国际保护新秩序充满了巨大潜能。当前受制于南北国家间利益博弈的影响,非物质文化遗产知识产权保护议题在多边体制内谈判受阻,相关制度构建推进艰难,我国也需要考虑寻求其他有效的国际谈判场所。基于此,“一带一路”沿线国家间的国际合作是我国当前推进非物质文化遗产国际保护的重要对话平台,也是当前我国避开全球多边体制谈判的阻碍,优先在区域范围内实现局部突破的重要路径。

一、问题的提出:非物质文化遗产国际保护面临现实困境

近年来,随着发达国家“生物剽窃”、“文化掠夺”现象的愈演愈烈,发达国家无偿使用非物质文化遗产资源并独享其中惠益的行为引起了广大发展中国家的强烈不满。为此,发展中国家为非物质文化遗产国际保护做出了积极推进,取得了一定的立法进展。诸如,联合国教科文组织(UNESCO)、联合国环境规划署(UNEP)、世界知识产权组织(WIPO)以及世界贸易组织(WTO)等均对非物质文化遗产的保护问题做出了积极探索与立法推进。但目前,现有的非物质文化遗产国际法保护机制存在诸多局限性。同时,由于南北国家间的利益博弈,赋予非物质文化遗产知识产权保护的全球多边体制谈判进展缓慢,非物质文化遗产国际保护机制面临着一些现实困境。

* 基金资助:嘉兴学院校级课题“我国非物质文化遗产的知识产权保护模式研究”(N70518044)。

作者简介:刘晓,法学博士,嘉兴学院文法学院讲师,南开大学知识产权法研究中心研究员,主要研究方向:国际知识产权法。

（一）现有的国际保护机制存在局限

1.既有保护公约的保护方式单一

2003年 UNESCO 通过了《保护非物质文化遗产公约》，其作为迄今最权威的非物质文化遗产保护公约，通过设立主管机构、建立名录制度、鼓励公众参与、设定国家义务等方式为非物质文化遗产提供了保护。从公约创设的保护方式来看，该公约仅从文化保存的视角为非物质文化遗产提供政府主导型的行政公法保护方式，强调各国政府需要积极采取行政措施促进非物质文化遗产的保护、传承和弘扬。这种单纯依靠行政公法的保护方式反映了公约本身偏重于关注非物质文化遗产的文化属性，着重强调国家从文化主权出发对传统文化资源采取文化政策和措施^①，而非物质文化遗产所体现的经济利益和产权制度未被重视。固然政府在非物质文化遗产保护中发挥着重要作用，但政府的职能和作用毕竟有限，仅仅依靠政府的行政性措施保护非物质文化遗产资源远远不够。除此之外，非物质文化遗产具有重要的经济价值，近一时期非物质文化遗产引起国际社会广泛关注与讨论的重要缘由之一正在于其经济价值凸显所引发的发达国家与发展中国家之间的利益纷争。《保护非物质文化遗产公约》为非物质文化遗产提供的行政公法的保护方式存在局限性，未能从私权保护的视角为非物质文化遗产的权利归属及其所产生的经济价值做出合理的制度安排。如果不能采取有效的保护措施对非物质文化遗产经济价值背后的经济利益进行合理分配，平衡发展中国家和发达国家之间的利益关系，非物质文化遗产的保护目标将难以真正实现。

2.现存惠益分享机制的保护范围偏狭

1992年 UNEP 通过了旨在保护生物资源与遗传资源的《生物多样性公约》（简称 CBD），同时将与此相伴而生的传统知识纳入保护范围，提出因利用生物资源及相关传统知识所产生的惠益需要公平分享^②。这是国际社会首次提出传统知识保护及惠益分享，但 CBD 仅仅将传统知识的范围限定在与生物多样性保护及可持续利用相关的知识、创新和实践。另外，CBD 仅仅是一个框架性文件，缺乏强有力的执行机制和争端解决机制，法律约束力不强。由此，2000年缔约方大会专门成立了遗传资源获取与惠益分享（Access and Benefit Sharing, ABS）工作组致力于遗传资源及相关传统知识获取与惠益分享具体规则制度的构建。2002年 CBD 成员国大会通过了《波恩准则》，规定了遗传资源获取和利益分享的主要原则和程序，但遗憾的是《波恩准则》属于国际软法，没有强制约束力。经过 ABS 工作组艰苦漫长的谈判，2010年第十次会议上通过了《获取遗传资源和公正公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（简称《名古屋议定书》）将遗传资源及相关传统知识资源获取与惠益分享的原则具体化，制定了相关的国际制度。《名古屋议定书》先于 WIPO、WTO 等国际组织建立了传统知识利益分配的国际制度，保障了发展中国家在与遗传资源利用相关的传统知识领域能够获得公平合理的惠益分享，促进了 CBD 目标和原则的实现，UNEP 由此成为目前国际

^① 吴汉东. 论传统文化的法律保护——以非物质文化遗产和传统文化表现形式为对象[J]. 中国法学, 2010(1): 55.

^② 薛达元, 郭涿. 论传统知识的概念与保护[J]. 生物多样性, 2009, 17(2): 136.

社会讨论保护传统知识最富有成效的框架^①。但 UNEP 仅仅将与遗传资源相关的传统知识纳入保护范围,其他与遗传资源无关的传统知识未被纳入保护范围。由此可见,UNEP 推进的惠益分享机制所涵盖的非物质文化遗产的客体范围偏狭,该机制在保护范围及作用空间上存在局限性。

(二) 正在推进的全球多边保护体制谈判进展缓慢

1. WIPO 尚未推动达成有约束力的保护文件

WIPO 作为主要的知识产权国际保护组织,为推动各国间非物质文化遗产知识产权保护议题的对话与谈判做出了重要努力,为非物质文化遗产知识产权保护模式的构建做出了积极探索。1976 年 WIPO 与 UNESCO 联合制定了《发展中国家突尼斯版权示范法》(简称《突尼斯示范法》),该示范法规定民间文学艺术是文化遗产的重要组成部分,将其纳入版权法领域进行保护。受《突尼斯示范法》影响,目前全世界已经有 50 多个国家采取版权模式保护民间文学艺术,就地理分布特点来看,多数为非洲国家^②。随后,1982 年 UNESCO 与 WIPO 联合发布了《保护民间文学表达形式、防止不正当利用及其他侵害行为国内法示范条款》(简称《示范条款》)。《示范条款》提出在版权法领域之外,通过为民间文学艺术制定专门的保护体制,设置专有权利保护的方式,为民间文学艺术提供了特别法的保护模式。《示范条款》反映了 WIPO 在民间文学艺术保护模式上的思路转变,由起初主张在版权法领域内构建特殊版权保护模式转向探索专门的特别立法保护模式。2000 年, WIPO 成立了“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会”(简称 WIPO-IGC),开始讨论遗传资源、传统知识、民间文学艺术保护的相关制度安排,成为当前国际社会讨论传统知识、民间文学艺术知识产权保护问题的主要国际论坛。WIPO-IGC 自成立以来组织召开了 35 次会议,并陆续发布了一系列相关文件。其中,在有关传统知识和民间文学艺术知识产权保护问题上取得了一定的成果,尤其是保护传统知识和民间文学艺术草案的发布。但这些草案仅仅停留在对话与讨论阶段,至今尚未上升到国际立法的层面。由此可见, WIPO-IGC 作为当今非物质文化遗产知识产权保护模式的主要探索者与推动者,虽然为非物质文化遗产知识产权保护问题做出了积极探索,但至今尚未推动达成有约束力的保护文件。

2. WTO 框架内相关议题谈判停滞不前

WTO 框架内的 TRIPS 协定由发达国家主导制定,其保护客体被限定在发达国家占据优势地位的新发明、新创造和新知识,而将发展中国家占优势资源地位的传统知识排除在保护客体之外,这反映了 TRIPS 体制下南北国家间的知识产权利益存在严重失衡的现象。为此,早在 1999 年发展中国家曾向 WTO 提交了关于修改 TRIPS 协议的提议,其中要求在 TRIPS 协议中增加有关保护原住民及当地社区的传统知识和创新的规定,但后来该提议不了了之。在发展中国家的共同努力下,2001 年,《多哈部长会议宣言》(简称《多哈宣言》)提出将遗

^① 薛达元.《名古屋议定书》的主要内容及其潜在影响[J].生物多样性,2011,19(1):113-119.

^② 吴汉东.论传统文化的法律保护——以非物质文化遗产和传统文化表现形式为对象[J].中国法学,2010(1):53.

传资源、传统知识保护以及 TRIPS 协定与 CBD 之间的关系纳入多哈回合谈判优先考虑的议题。从此，传统知识、民间文学艺术的保护问题成为多哈回合谈判的重要内容。但令人遗憾的是，就传统知识如何保护的问题，目前各国尚未取得一致性意见。以美国为首的发达国家反对在 TRIPS 框架内构建传统知识的保护，而主张在国家层面以合同的方式解决遗传资源和传统知识的保护问题，从而实现自身国家利益的最大化^①。即便发展中国家内部也存在不同的声音，巴西、印度等发展中国家主张根据 CBD 的目标和原则修改 TRIPS，非洲组织则强调必须要以 TRIPS 为框架构建传统知识保护的规则。目前发达国家作为非物质文化遗产资源的主要使用者，发展中国家作为提供者，非物质文化遗产的知识产权保护将涉及南北国家间重大利益关系的调整。正基于南北国家间的利益博弈与对峙，TRIPS 框架内非物质文化遗产知识产权保护的谈判迟迟未取得实质性进展。

综上所述，当前非物质文化遗产国际法保护机制存在瓶颈，一方面，其着重从文化保存的视角为非物质文化遗产提供行政公法的保护方式；另一方面，WIPO 及 WTO 多边体制内关于该议题的谈判进展缓慢。可见，全球多边体制内关于非物质文化遗产知识产权保护的谈判短期内难以取得突破性进展。我国作为非物质文化遗产资源丰富的大国，与其等待多边体制框架内有关非物质文化遗产谈判的转机，不如优先采取其他策略和行动，积极寻求其他有效的国际谈判场所，打破多边体制谈判中的持久僵局，推动构建非物质文化遗产国际保护新秩序。

二、“一带一路”倡议下非物质文化遗产国际保护的当前实践

（一）“一带一路”倡议下非物质文化遗产国际保护的有益探索

1. 沿线国家实施多国联合申报制度

国际合作在非物质文化遗产保护中发挥着重要作用，当前“一带一路”沿线国家已经采取了一些国际合作方式，积极推动非物质文化遗产保护，并初步取得一定成效。诸如，实施“多国联合申报”制度、开展非物质文化遗产跨国界传播及展演、非物质文化遗产公益推广和调查行动、非物质文化遗产培训等方式。其中，以“多国联合申报”为代表。鉴于我国与不少“一带一路”沿线国家共同拥有同源共享的非物质文化遗产资源，近年来，我国积极推进多国联合申报项目，共同传承发展同源共享的非物质文化遗产资源。例如，2005 年中国与蒙古国成功申报了蒙古族长调民歌，成为中国与周边国家联合申报的成功范例；2020 年我国与马来西亚联合申报“送王船”申遗项目取得成功。联合国教科文组织《实施〈保护非物质文化遗产公约〉的业务指南》第一章“多国联合申报材料”中，明确规定针对跨国性非物质文化遗产鼓励缔约国联合提交申报材料，^②并且多国联合申报项目享有优先评审的地位。^③由此可见，国际立法层面明确鼓励非物质文化遗产多国联合申报制度。实践中，跨国性的

^① 古祖雪. 后 TRIPS 时代的国际知识产权制度变革与国际关系的演变——以 WTO 多哈回合谈判为中心[J]. 中国社会科学, 2007 (2): 145.

^② 参见《实施〈保护非物质文化遗产公约〉的业务指南》第 13 段.

^③ 参见《实施〈保护非物质文化遗产公约〉的业务指南》第 34 段.

非物质文化遗产资源也并不少见,但受到各缔约国之间非物质文化遗产保护的差异及各国对话合作平台的有限,当前多国联合申报的项目并不多。根据有关数据显示,联合国教科文组织列入相关名录和名册的429个非遗项目中,多国联合申报项目有30个,占比例不到7%。这些联合申报项目中有20项为“一带一路”沿线国家之间合作的项目,占联合申报项目总数的三分之二^①。由此可见,目前非物质文化遗产多国联合申报项目总体实施情况并不理想,但“一带一路”沿线国家间联合申报的积极性相对较高。“一带一路”沿线国家间多国联合申报的成功实践展现了当前“一带一路”沿线国家为非物质文化遗产国际保护付诸的努力,也反映了“一带一路”沿线国家间非物质文化遗产国际合作的积极性与可行性。关于未来,“一带一路”沿线各国应当进一步发挥各国文化交流的潜能,继续推进非物质文化遗产联合申报制度,加强国际合作,推进共同保护,最终实现非物质文化遗产的传承与发展。

2. 沿线国家 FTA 协定中原则性提及

中国与“一带一路”沿线国家之间签署 FTA 是实施“一带一路”倡议的重要措施。中国早期与东盟、新加坡、巴基斯坦签订的 FTA 主要涉及货物、贸易、投资三个领域,开放合作水平比较低,更没有涉及相关非物质文化遗产的保护问题。2015年《中国-韩国自由贸易协定》中对非物质文化遗产保护做出了相关规定,要求缔约双方认识到遗传资源、传统知识和民间文艺对科学、文化和经济发展做出的贡献;承认并重申《生物多样性公约》确立的原则,尊重事先知情同意制度和惠益分享制度的要求,促进 TRIPS 协定和公约之间互相支持的关系,未来进一步讨论遗传资源事宜;要求双方可采取或者保持促进生物多样性保存以及公平分享利用遗传资源和传统知识所产生的惠益的措施。2017年《中国-格鲁吉亚自由贸易协定》第11章知识产权部分第16条规定了遗传资源、传统知识、民间文艺的保护,在内容上基本延续了《中国-韩国自由贸易协定》的条款内容。2017年《中国-智利升级》是我国与拉美国家的第一个自贸区升级协定,有关非物质文化遗产的保护问题并没有体现在升级议定书中。2019年《中国-毛里求斯自由贸易协定》的知识产权章节仅有简单的五个条款,也没有提及相关非物质文化遗产的保护问题。综上所述,目前中国在“一带一路”倡议下实施的 FTA 谈判中对非物质文化遗产保护的关注度仍然不够,非物质文化遗产保护条款并没有成为中国与“一带一路”沿线国家 FTA 的必备条款。即使中韩、中国与格鲁吉亚自由贸易协定中对遗传资源、传统知识、民间文艺的保护有所涉及,但在保护方式上也仅仅做出了原则性的规定,只停留在宣誓性的层面,并没有做出具体的制度安排。与此不同的是,2020年11月,我国最新签署的《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)第11章知识产权章节中规定了遗传资源、传统知识和民间文学艺术的保护。其中,该协定明确规定遗传资源来源披露、与遗传资源相关的传统知识相关的在先技术披露、建立与遗传资源相关的传统知识数据库或数字图书馆等。由此可见,RCEP 对于遗传资源、传统知识和民间文学艺术的保护做出了更为具体的制度安排,更具有可实施性。RCEP 现有15个成员国,其中发起国东盟十国

^① 朱刚,“一带一路”倡议与非物质文化遗产保护的国际合作[J].西北民族研究,2017(3):42-44.

均与中国签署共建“一带一路”合作协议。鉴于此,我国未来在“一带一路”沿线自由贸易协定谈判过程中,应当在借鉴 RCEP 有关遗传资源、传统知识和民间文学艺术保护的制度安排和国际合作基础,进一步深化“一带一路”沿线国家非物质文化遗产保护的国际合作。

(二)“一带一路”倡议下非物质文化遗产国际保护的现实问题

虽然当前“一带一路”沿线国家已经初步开展了非物质文化遗产保护的相关国际合作,积累了一定的实践经验,但现实中却暴露出一些问题,并成为深化推进沿线国家国际合作与文化交流的障碍。

1. 沿线国家的国际合作方式较为单一

当前“一带一路”沿线国家非物质文化遗产国际合作方式以多国联合申报制度为主,国际合作方式上总体呈现出较为单一的特点。我们应当认识到,多国联合申报制度并非“一带一路”沿线各国非物质文化遗产保护国际合作的唯一选择。多国联合申报制度仅仅是在《保护非物质文化遗产公约》下开展的国际合作,其旨在通过名录申报制度为非物质文化遗产保护探索行政公法层面的国际合作。而单纯依靠政府力量的行政公法保护方式具有局限性,忽视了非物质文化遗产的重要经济价值及其惠益分配。虽然目前我国与“一带一路”沿线国家签订的少数 FTA 中对遗传资源、传统知识、民间文艺的保护有所涉及,但在保护方式上仅仅做出了原则性的规定,没有触及非物质文化遗产知识产权保护的问题。基于此,未来我国深化“一带一路”沿线国际合作,应当将非物质文化遗产保护与构建区域知识产权新体制关联起来,积极探索非物质文化遗产知识产权保护层面的国际合作,将“一带一路”沿线国家对话平台作为推进非物质文化遗产知识产权国际保护的有效谈判场所。构建行政公法与知识产权私法保护制度并行的非物质文化遗产国际保护机制,切实提高“一带一路”沿线国家非物质文化遗产保护水平。

2. 沿线国家的保护态度及水平不一

自 2004 年我国加入《保护非物质文化遗产公约》以来,我国政府高度重视非物质文化遗产的保护工作,截止 2020 年 12 月,随着太极拳和送王船申遗成功,我国已有 42 个非物质文化遗产项目列入联合国教科文组织非物质文化遗产名录,总数位居世界第一。“一带一路”发展战略涵盖中东欧、东南亚、南亚、中亚、西亚北非以及独联体等共计 64 个国家和地区。沿线各国的国家差异、文化差异明显,经济文化发展水平不均衡。由此,各国对非物质文化遗产保护也存在不同的认知及投入。一些贫穷落后的国家受制于自身经济发展水平的影响,对非物质文化遗产保护的财政投入有限,且法制保障水平较低。有些沿线国家更是受到社会动荡、贫病交加、移民频繁等历史遗留和现实问题的影响,政府集中关注亟待解决的现实问题,非物质文化遗产保护方面几乎陷入停滞状态,这同时也将使得非物质文化遗产保护的国际合作陷入瓶颈期^①。即便对非物质文化遗产保护具备物质保障基础的国家,各国对非物质文化遗产保护的重视度也不一,比如,俄罗斯至今尚未加入《保护非物质文化遗产公

^① 谢中元.“一带一路”建设与非物质文化遗产保护问题探论[J].理论导刊,2017(7):80-81.

约》^①，对非物质文化遗产保护的国家投入十分有限。因此，未来我国在深化推进“一带一路”沿线国家国际合作的进程中，应当思考构建有针对性的国际谈判策略，突破现实困境，从而有效推进沿线各国国际合作。

三、“一带一路”倡议下非物质文化遗产国际保护的中国进路

（一）凝聚价值共识基础，深化国际合作进程

党的十八大以来，习近平总书记多次倡导“构建人类命运共同体”，2017年第72届联合国大会将“构建人类命运共同体”写入联合国决议案。2020年11月30日，习近平总书记在中央政治局第二十五次集体学习时再次指出，要坚持人类命运共同体理念，坚持开放包容、平衡普惠的原则，推动全球知识产权治理体制向着更加公正、合理方向发展。当前“构建人类命运共同体”的理念已经成为世界共识。人类命运共同体是一个高度综合的共同体，涉及政治、安全、经济、文化和生态环境各个领域。非物质文化遗产作为不同民族和群体的文化基因，具有重要的文化价值，保护非物质文化遗产，就是保护人类文化多样性。非物质文化遗产的保护既是维护世界文化多样性的需要，也是维系人类社会可持续发展，构建人类文化共同体的需要。非物质文化遗产保护与“构建人类命运共同体”的理念紧密相关。一方面，将“构建人类命运共同体”的理念具体落实于非物质文化遗产国际保护领域，有利于推动实现构建人类命运共同体的目标；另一方面，中国作为非物质文化遗产资源丰富的大国，在国际层面推进非物质文化遗产保护以“构建人类命运共同体”的理念作为价值导向，秉承“开放包容”的原则，尊重不同文化之间平等性与差异性，有利于维护世界文化的多样性；秉承“共同繁荣”的原则，有利于促进世界文化的繁荣发展。总言之，我们应当将“构建人类命运共同体”的理念作为非物质文化遗产国际合作的价值共识基础，秉持文化开放包容、共同繁荣的原则，积极推动沿线国家和地区的文化交流，深化非物质文化遗产保护领域的国际合作。

（二）构建新型 TRIPS-plus 规则，提升国际保护方式

非物质文化遗产在农业、医药、文化等领域具有巨大的价值。TRIPS 协定由发达国家主导制定，保护客体被限定在新作品、新技术和新知识领域，而将发展中国家占据相对优势地位的传统知识排除在外。构建新型 TRIPS-plus 规则是指发展中国家将自身占优势的可知知识产权性的非物质文化遗产纳入国际知识产权保护客体范围。这样既能使发展中国家参与分享非物质文化遗产带来的经济利益，同时也是发展中国家削弱发达国家在知识产权领域的强权，谋求建立南北国家利益平衡的国际知识产权保护新制度的一项战略措施。^②具体到“一带一路”倡议下构建新型 TRIPS-plus 规则，即在中国与“一带一路”沿线国家签署的 FTA 协定知识产权章节中纳入非物质文化遗产知识产权保护条款。当前中国在“一带一路”倡议下积极推进非物质文化遗产知识产权的国际保护，既是增强自身国际知识产权话语权的重要举措，

^① 截止 2020 年，《保护非物质文化遗产公约》共有 178 个缔约国。目前仅有美国、英国、加拿大、澳大利亚、新西兰、俄罗斯、以色列、利比亚等国尚未加入本公约。

^② 周安平，陈云. 国际法视野下非物质文化遗产知识产权保护模式选择[J]. 知识产权，2009（1）：4.

也是应对发达国家 TRIPS-plus 标准的重要策略,更是“一带一路”沿线各国致力于构建区域性知识产权法律秩序的重要体现。^①如前文所述,我们目前与“一带一路”沿线国家签订的 FTA 中较少涉及非物质文化遗产保护条款,即使有所涉及,具体条款内容也规定的比较原则。基于此,“一带一路”倡议下构建新型 TRIPS-plus 规则,应当将相关非物质文化遗产保护条款列为 FTA 谈判的必备条款,明确将非物质文化遗产纳入知识产权保护客体范围。不仅要注重从面上扩大对非物质文化遗产保护的关注度,也要注重从点上提升非物质文化遗产保护方式,突破单纯依靠行政公法保护方式的单一性。

(三) 发挥共同利益基础,采取多元谈判策略

“一带一路”沿线国家中多数具有丰富的非物质文化遗产资源,各国间具有共同的利益基础,这在区域范围内推进构建非物质文化遗产保护规则奠定了合作基础。但正如前文所述,“一带一路”沿线各国对非物质文化遗产保护的重视度不同,各国非物质文化遗产保护的水平和水平也不一。基于此,深化推进“一带一路”沿线国家非物质文化遗产国际合作应当采取有重点、分层次、逐步推进的多元谈判策略。具言之,首先应当秉持先易后难、循序渐进的原则。非物质文化遗产保护国际合作开展过程中应当根据不同国别的特点以及各国对待非物质文化遗产保护的不同态度分类谈判,首先选择具有共同利益基础,并且对非物质文化遗产保护持有积极立场的国家优先达成协议。对于一些重心在于发展国内经济、平定国内政治局势,对非物质文化遗产保护关注度不够的国家可以采取后谈判的方式。其次,应当打造多层次、多类型、灵活多样的国际合作方式。目前“一带一路”沿线国家非物质文化遗产保护的水平和水平参差不齐,不能用一套标准、一套规则谈判。我们应当根据不同国家非物质文化遗产保护水平,采取双方更容易达成合作协议的方式,以此提高“一带一路”沿线国家 FTA 中非物质文化遗产保护条款的覆盖率,进而深化推进非物质文化遗产保护国际合作。除此之外,法律与地域之间的相互作用也影响着非物质文化遗产知识产权保护之间的关系^②。因此,在推动“一带一路”沿线各国非物质文化遗产国际合作过程中,也应注重发挥地域的影响及地缘政治的作用。比如,基于中国与东南亚地区悠久及频繁的文化交流,在中国—东盟合作的背景下,中国与东盟各国应注重凝聚共识、加强对话,不断深化非物质文化遗产保护的交流与合作,共同推动非物质文化遗产保护的制度化。

(四) 统筹推进国内法治与国际法治,实现知识产权全球治理体制变革

统筹推进国际法治与国内法治,实现国内法治与国际法治的良性互动是当前我国全面推进依法治国和构建人类命运共同体的基本要求。^③关于国内法治与国际法治之间的关系:一方面,国内法治是国际法治的前提和基础;另一方面,国际法治引导和推动国内法治。以知识产权法为例,国际规则往往基于国内规则产生,其旨在协调既有的国内法律规则并使示范

^① 吴汉东. “一带一路”战略构想与知识产权保护[J]. 法治社会, 2016(5):10.

^② Antons C. At the Crossroads: The Relationship between Heritage and Intellectual Property in Traditional Knowledge Protection in Southeast Asia[J]. Law in Context: A Socio-Legal Journal, 2013, 29(1): 74-94.

^③ 肖永平. 全面依法治国的新阶段: 统筹推进国内法治与国际法治建设[J]. 武大国际法评论, 2018(1): 1.

立法国际化。^①但在国际实践中也存在着一些新兴领域内国际立法优先于国内立法达成，并以国际立法引导和推动国内立法。以反腐败领域为例，我国首先积极参与并推动联合国《反腐败公约》的达成，进而发挥国际法治与国内法治的互动关系，运用国际法治对国内法治的引导和推力，不断完善我国反腐败领域相关立法。就非物质文化遗产保护领域而言，目前我国对非物质文化遗产的保护总体仍处于起步阶段，国内立法没有从根本上触及非物质文化遗产知识产权保护问题。笔者认为目前我国非物质文化遗产知识产权保护国内立法的缺失，并不影响在 FTA 体制内推动相关国际立法。国内法治与国际法治存在相互融合、相互促进的关系。非物质文化遗产知识产权保护的国内立法与国际立法应当协同共进，相互促进。非物质文化遗产知识产权治理体系的构建应当坚持“两条腿走路”，既要积极推动国内立法，也要努力协同国际立法，使得两者之间形成良性互动关系，从而逐步实现知识产权全球治理体制的变革。

四、结语

后 TRIPS 时代，知识产权全球治理体制发生了重大变革。发达国家开始借助双边或区域 FTA 制定 TRIPS-plus 条款，推行新一轮的知识产权扩张。这加剧了知识产权全球治理体制的不公正性，加重了发展中国家的知识产权执法负担，使得发展中国家在知识产权全球治理体制中处于更为不利的局面。而当前非物质文化遗产知识产权多边体制谈判的艰难推进无力扭转知识产权全球治理体制利益失衡的局面。基于此，当前我国在“一带一路”倡议下，深化推进非物质文化遗产保护国际合作，推动构建新型 TRIPS-plus 规则，既是顺应后 TRIPS 时代知识产权全球治理体系变革的趋势，为非物质文化遗产的国际保护积极提出中国方案的重要方式；也是深化“一带一路”沿线国家间的知识产权国际合作，积极推动国际知识产权法治变革，重构知识产权国际保护新秩序的重要举措。

^① Correa C M. Traditional knowledge and intellectual property : issues and options surrounding the protection of traditional knowledge[M]. Quaker United Nations Office, 2001:14.

破产管理人解除不动产租赁合同的问题探析

浙江前湾律师事务所 房晓铁 陈思好

摘要:我国现行法律赋予了破产管理人对双方均未履行完毕的合同享有决定解除或者继续履行的权利,但未就管理人的合同解除权作出任何限制,尤其是不动产租赁合同在我国法律中向来被给予了特殊保护,原则上应当对不动产租赁合同的解除加以限制,但在出租人破产的情形下,司法实践中大都倾向于破产管理人有权解除不动产租赁合同。不动产租赁作为承租人赖以生活、生产经营的基础,我国法律对不动产租赁合同的特殊保护旨在保护承租人的利益、稳定租赁关系,破产管理人任意解除不动产租赁合同显然与“买卖不破租赁”所树立的精神相悖。鉴于不动产租赁合同的特殊性,本文认为在破产程序中应当对未履行完毕的不动产租赁合同的解除加以限制,从而达到维护市场交易稳定、平衡各方当事人利益的目的。

关键词:出租人破产;不动产租赁合同;合同解除权

一、破产管理人合同解除权的司法现状

仪征市悍马汽车精修有限公司(以下简称悍马公司)为偿还对杨国兵的债务,约定将悍马公司名下的房屋租赁给杨国兵,以房租冲抵债务。房屋交付后,杨国兵投入了大量的资金在租赁的房屋内进行生产经营。后悍马公司因经营不善被申请破产,破产管理人以张贴公告的形式通知杨国兵提前解除房屋租赁合同。杨国兵诉至法院,要求确认悍马公司破产管理人解除租赁合同通知无效。起诉理由中提到:租赁合同的解除与否并不影响破产程序的进行,而解除租赁合同将导致双方损失的扩大,激化双方的矛盾。

法院生效判决认为:根据《中华人民共和国企业破产法》第十八条第一款之规定,破产管理人对未履行完毕的合同享有继续履行或解除的权利。本案中悍马公司管理人多次函告杨国兵要求解除租赁合同,已经尽到了合理的通知义务,双方之间的租赁合同自动解除。故杨国兵要求确认解除租赁合同通知无效的请求,应当予以驳回。

为保护破产企业及其债权人的利益,我国破产法赋予了破产管理人解除合同的权力,按照《企业破产法》第十八条的文义,破产管理人对包括不动产租赁合同在内的合同均享有解除权。并且出于对破产企业及其债权人的角度考虑,解除不动产租赁合同是为了更好更快地处理破产企业财产,使得全体债权人的利益得到最大限度的保护。如果不动产租赁合同未解除,那么在破产管理人对该不动产进行拍卖、变卖过程中,不动产的价值势必会因此受到影响,买受人对不动产上的租赁权也会有所考量,从而在一定程度上减少破产企业的财产。只

有租赁物上的租赁关系彻底解除且无争议，才能排除买受人的顾虑，在竞价中放心购买，从而真正实现破产企业资产价值最大化。因此，在司法实践中，各地法院大都倾向于破产管理人有权解除不动产租赁合同，但不动产租赁合同向来在各类合同中具有特殊性，出于对承租人利益的保护，我国也为此出台了“买卖不破租赁”、“优先租赁权”、“优先购买权”的相关规定，如果在破产程序中不对不动产租赁合同的解除权加以限制，那么承租人的承租利益无法得到有效的保障，法律规定的对承租人特殊保护的权利也无法得到实现。

本文将围绕在破产管理人解除不动产租赁合同的过程中必然存在的问题展开，结合法律规定、司法实践中的案例及学术界的观点来论述为何应当在破产程序中限制对不动产租赁合同的解除并提出建议。

二、解除不动产租赁合同的法律依据

（一）合同解除权的规定与理解

所谓破产管理人的合同解除权，是指在破产程序开始后，法律赋予破产管理人对于债权人与债务人在程序开始前签订的、双方均未履行或者均未履行完毕的双务合同，按照破产财产利益最大化的标准行使的是否解除的权利。^①我国将破产管理人合同解除权规定在了《企业破产法》第十八条，从《企业破产法》立法本意上理解并且结合《民法典》关于合同法定解除的规定，破产管理人合同解除权属于《民法典》第五百六十三条规定的“法律规定的其他情形”，是一种法定解除权。除此之外，《企业破产法》第十八条第一款还规定了拟制解除的情形即“管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。”不难看出破产管理人合同解除权是单方面的，系形成权。

那么《企业破产法》为何要赋予破产管理人如此大的单方解除权呢？《企业破产法》第一条规定，为规范企业破产程序，公平清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序，制定本法。由此不难看出，《企业破产法》侧重的一点是公平公正地保护债权人和债务人的合法权益，杜绝个别清偿。一方面，随着企业进入破产程序，为使债权人的债权得到公平公正的受偿，债权债务只好加速到期，另一方面，企业面临“死亡”，导致企业无能力继续履行原先的合同，那么未履行完毕的合同也只能就此解除。这个问题单从《企业破产法》的立法目的来看，合同解除权是一项单纯站在破产企业及其债权人的角度而设立的权力。

^① 张永军：《论破产管理人合同解除权的限制》，中国政法大学学报 2012 年第 6 期。

（二）合同解除权在不动产租赁关系中的适用

具体到《企业破产法》第十八条在不动产租赁合同中的适用，管理人不同的选择产生截然不同的法律后果，而破产管理人选择解除合同必须满足以下前提：1、人民法院受理破产申请，即企业进入破产程序；2、合同成立在破产申请受理前；3、须为双方当事人均未履行完毕的合同。其中“人民法院受理破产申请”及“合同成立在破产申请受理前”两个要件不难理解，但学术界中对不动产租赁合同是否满足“均未履行完毕的合同”这个要件存在理解上的争议。根据主流观点，根据《企业破产法》第十八条的文义解释，应当解释为合同项下的全部权利义务，那么不动产租赁合同作为一种具有继续性的合同，合同的权利义务将持续到租期届满为止。在此理解下，破产管理人当然享有选择解除不动产租赁合同的权利。但也有少数观点认为“均未履行完毕的合同”应当理解为“未履行完毕合同的主要义务”，因为合同的主要义务往往决定了合同目的是否能够得到实现，而附随义务往往是根据主要义务所衍生出来的义务，一般情况下，附随义务对合同目的的实现与否不存在直接的关联，在不动产租赁关系中更是如此。在不动产租赁合同关系中，出租人负有向承租人提供符合一定条件的租赁物并保障承租人在租期内对租赁物使用、收益的义务，而承租人负有向出租人支付租金并按约使用租赁物的义务。出租人的主要义务是将租赁物交付承租人使用，而承租人的主要义务是支付租金。在出租人已向承租人交付了符合一定条件的租赁物，承租人已向出租人一次性支付了全部租金，那么在这种情况下，双方之间就不动产租赁合同中的主要义务已履行完毕，也就不满足“均未履行完毕的合同”的条件。虽然在没有任何司法解释及实践判例的前提下本文对该观点不敢苟同，但是该观点的提出也从侧面反应出破产管理人合同解除权在运用过程中存在不合理之处。

根据《企业破产法》第十八条，破产管理人解除不动产租赁合同的方式主要有以下两种：1、通知解除。破产管理人在企业进入破产程序后的二个月内通知承租人解除不动产租赁合同，解除自承租人收到通知之日起生效。2、拟制解除。在企业进入破产程序后的二个月内未通知承租人继续履行不动产租赁合同或者破产管理人在企业进入破产程序后收到承租人继续履行合同催告之日起三十日内未答复的，合同视为解除。拟制解除的方式可以理解为破产管理人“不作为”，在破产管理人“不作为”的情形下，双方当事人之间的合同自动解除，拟制解除的特殊规定放大了破产管理人解除的权利，由此也可以看出破产管理人合同解除权是单方面的，合同继续履行或解除的决定权完全掌握在破产管理人手中，而相对方处于十分被动的地位。根据《企业破产法》第十八条的规定，合同继续履行下去的情形是十分苛刻的，即只有当破产管理人在企业进入破产程序后两个月内通知或者同意对方当事人继续履行合

同的，那么合同的状态才得以存续下去。否则，此前未履行完毕的合同都将被解除，合同的权利义务也因解除而终止。无论何种解除方式，对于承租人而言所发生的效力是等同的，承租利益均因合同解除而面临不可估量的损失。

三、我国法律对不动产租赁关系的特殊保护

“买卖不破租赁”规则作为一项有着立有着悠久历史渊源和深刻现实背景的原则，其主要适用于不动产租赁。在租赁关系存续期间，租赁物即使被转让，买受人亦不得对抗承租人，此为买卖不破租赁规则。该规则主要体现在《民法典》第七百二十五条：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”^①不动产租赁一般而言分为“居住之用”、“商业之用”从“买卖不破租赁”的立法目的来看：第一，从“居住之用”的租赁关系来看，保障处于弱势地位的承租人利益。王泽鉴先生认为居住为人生之基本需要，屋家高昂，购买不易，承租人多属于经济上的弱者，实有特殊保护之需要。不动产租赁作为承租人赖以生活、生产经营的基础，往往在社会中处于相对弱势的一方，需要以立法的形式对承租人的承租利益进行特殊保护，同时此举也可起到稳定租赁关系的作用。^②第二，从“商业之用”的租赁关系来看，不动产对当事人的利益影响重大且具有稀缺性，且承租人势必会投入大量资金用于生产经营，如果出租人将租赁物出售，而承租人未被赋予对抗买受人的权利，承租人的租赁权就将落空，承租人从有权占有变更无权占有，严重违背私人自治原则，其仅能向原出租人主张违约责任，这对承租人而言是不公平的。根据“买卖不破租赁”规则设立的出发点，承租人在承租期间内的承租利益应当受到特殊保护。此外，《民法典》第七百二十六条、第七百三十四条分别规定了承租人的“优先购买权”、“优先承租权”。

“优先购买权”是指在出租人出售租赁房屋时，承租人享有在同等条件下的优先购买的权利；“优先承租权”是指租期届满，原先的承租人享有以同等条件优先承租的权利。如果破产管理人行使了合同解除权，那么相当于又变相剥夺了承租人以上两项原本法律赋予的特殊权利。

由此对比，“买卖不破租赁”所树立的精神与破产管理人解除权间出现了明显的冲突，但本文认为破产管理人的解除权在承租人利益面前应当作出一定的退让。首先，在“居住之用”的租赁关系下，由承租关系产生的公民居住权作为一项基本人权应当得到优先保障，为了保障公民的居住权，对破产管理人的合同解除权加以必要限制，这是基于社会公共政策的

^① 参见郭翔峰：《民事执行程序中买卖不破租赁规则的适用》，人民司法 2016 年第 13 期。

^② 参见王利明：《论“买卖不破租赁”》，中州学刊 2013 年第 9 期。

考量，是为了体现实质公平而对社会弱者所作的倾斜性保护，具有法理上的正当性。^①其次，在“商业之用”的租赁关系下，租赁的不动产作为承租人赖以生产经营的基础，承租人为了长期稳定的生产经营，势必会投入大量的资金，单方面解除不动产租赁合同将给承租人造成不可预估的损失，而对不动产租赁合同的解除加以限制则有利于维护社会市场经济，保护商业交易安全。企业进入破产后，虽然不动产的所有权未发生变更，破产管理人解除不动产租赁合同的行为也没有直接违反“买卖不破租赁”法律条文的规定，但“买卖不破租赁”作为一项基本规则被各国民法所认可，其在民法中树立的精神是保护承租人的利益，稳定租赁关系。出于这点，本文认为破产管理人应当尊重承租人的承租权。

四、继续履行不动产租赁合同的价值

对于承租人而言，解除不动产租赁合同将产生预付租金的返还以及赔偿损失的问题。《企业破产法》第五十三条规定，管理人或者债务人依照本法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。但从该条的文义理解，针对的是损害赔偿请求权可向破产管理人申报债权，且该债权为普通债权，预付租金的返还不属于损害赔偿请求权范畴内。湖南省高级人民法院（2016）湘民终 412 号判决认为预付租金可作为共益债务从破产企业财产中优先清偿，其理由为因破产企业的管理人单方解除《房屋租赁合同》后，承租人与破产企业之间的租赁合同关系已经归于消灭，对于承租人预付的房屋租金，破产企业丧失了原来占有的合法依据并因此获益，承租人作为给付方遭受相应损失。该预付租金符合不当得利，而不当得利符合《破产企业法》第四十二条第三项的规定，依法可认定为共益债务，由债务人财产随时清偿。该观点同时得到了最高人民法院的支持，那么对于预付租赁的清偿在司法实践中有了合理的处理方式，但是对于承租人损失部分仍无法得到有效地保障，损失中包括可期待利益以及添附的装饰装修物的损失等，而因解除合同产生的损失根据现有的规定仅能向破产管理人以申报普通债权的形式申报，但解除合同产生的损失往往会远大于预付租金。在这个问题无法得到有效解决的情况下，解除不动产租赁合同对于承租人来说无疑会造成巨大的经济损失及信赖利益损失，而这个时候显然继续维持租赁关系对承租人来说显然更有利，并且在维持租赁关系的前提下，破产企业及债权人也因承租人持续支付租金而受益。

在司法实践中，北京市高级人民法院注意到了《企业破产法》第十八条的立法不足，北京高院（京高法发〔2007〕168号）认为破产管理人解除破产企业出租的房屋土地应当视情况而定：破产企业出租的房屋土地无租赁期限的，可以随时解除租赁合同，但应留给承租人

^① 陈本寒 陈超然：《破产管理人合同解除权限制问题研究》，烟台大学学报 2018 年第 3 期。

合理的时间。破产企业出租的房屋土地有租赁期限但未到期的，应区别情况处理：（1）如果承租人的各项财产情况表明可以继续使用，且该位置适于承租人发展的，则可以考虑继续履行租赁合同。继续履行的，拍卖时应向竞拍人做出说明，适用买卖不破租赁的原则。（2）如果该地点作其他开发更有价值，解除合同更有利于财产变现的，应解除合同。解除合同的补偿属于共益债权性质，在解除合同时向承租人优先支付。虽然这仅是北京高院对破产管理人不动产租赁合同解除权的一家之言，在解答中也没有对破产管理人的合同解除权进行明确的限制，但北京高院认为在审理此类案件中应当对合同的解除与否进行全方位考量，在对待该问题时并没有采取“一刀切”的做法，考虑到了各方当事人的利益，从处理结果上看显得更为合理。^①

从继续履行不动产租赁合同的角度思考，企业进入破产清算并非一朝一夕就能终结清算程序，承租人承租破产企业的不动产非但没有使破产企业的财产减少，保持租赁关系亦会因承租人持续支付租金而提高破产清偿率；在租赁关系中，除了对承租人“买卖不破租赁”的特殊保护，承租人还享有“优先购买权”，在一定的条件下，承租人的“优先购买权”会刺激买受人对破产企业不动产的竞拍，从而导致最终成交价的上涨。例如：不动产本身的商业价值较高、地段优越，买受人可接受不动产本身就存在租赁关系的瑕疵。

五、不动产租赁合同的处理方式及建议

本文认为《企业破产法》第十八条赋予破产管理人不动产租赁合同的法定解除权存在不合理之处，在解除不动产租赁合同时应当考虑到不动产租赁合同的特殊性以及现实存在的因素，综合考量解除或继续履行合同的利与弊，为切实解决实践中的纠纷应当对该问题进行立法以寻求更为公正、合理的解决方式。

在现有立法下，承租人能够接受出租人因破产而无法履行修缮等附随义务的前提下，以下三种情况下毫无疑问应当限制破产管理人的解除权：1、破产企业的债权债务复杂，短时间内无法终结破产程序的。在这种情况下，维持租赁关系会因承租人持续支付租金而提高破产清偿率。2、租赁关系涉及公民居住权或其他公共利益的。这是对处于社会弱势地位承租人或者公共利益的保护。3、租赁关系刚建立不久，承租人为此投入了大量的资金，且承租人使用租赁物收益情况良好。这种情况下的解除对承租人而言无疑会造成巨大的损失。

同时，我国应当针对破产管理人不动产租赁合同解除权加强立法，在立法中对不动产租赁合同作出特别规定，以继续履行不动产租赁合同为原则，在满足特定条件下，不动产租赁

^① 王欣新 乔博娟：《论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式》，法学杂志 2015 年第 3 期。

合同应当予以解除：1、出租人与承租人协商解除的；2、承租人因出租人破产无力履行合同附随义务而要求解除合同的；3、承租人的违约行为导致合同目的无法实现的；4、出租人与承租人之间的合同为不定期租赁合同；5、维持租赁关系将严重损害破产企业及债权人利益或者严重影响清算程序的，例如：1、承租人仅租赁了破产企业名下作为整体不可分割的不动产中的一部分导致整体不动产处理发生严重困难的；2、因租赁关系的存在导致不动产长时间无法被处理的从而影响破产程序进度的；3、因租赁关系的存在导致不动产贬值严重的。至于上述严重损害破产企业及债权人利益或者严重影响清算程序的原因，应当由破产管理人向法院提出说明，最终由法院根据实际情况进行认定，出具相应的法律文书以减少破产管理人与承租人之间的纠纷。

E 版权时代图片侵权保护途径

浙江前湾律师事务所 张梦玲、沈炫汝

摘要：黑洞照片事件引起国家版权局的关注，将图片版权保护纳入“剑网 2019”行动中，与传统图片版权保护模式不同，E 时代下主体多样性使得侵权现象更为普遍，涉及范围也更广，更有图片平台以钓鱼形式进行恶意维权诉讼以此获利。版权权利人以及使用者图片版权意识弱、违法成本低，版权方追责难、传统版权保护模式不适应网络版权市场的发展、图片运营平台不注重版权登记，缺乏严格的审核机制、市场引导缺位等多方原因，造成了图片版权市场乱象丛生。图片版权保护体系的构建需要加强顶层设计、规范市场行为、通过区块链技术赋能等，由此，从版权确权、版权交易、版权救济三方面，强化版权保护意识，营造良好市场、完善登记制度，利用区块链技术进行版权保护、改善图片平台运营模式，建立图片审查机制、建立惩罚性赔偿制度、加强普法与执法，通过多方主体共同努力，共同推进 E 版权时代图片版权保护和治理。

关键词：图片版权侵权；图片运营平台；区块链；惩罚性赔偿制度

一、图片版权侵权现状

自 2005 年起，国家版权局联合网信办、工信部、公安部等部门连续 15 年开展打击网络侵权盗版“剑网行动”，取得显著成效，互联网版权环境得到明显改善。但根据中国信息通信研究院 2020 年公布的数据，2019 年，网络著作权侵权案件数量仍呈上涨趋势，较 2018 年上涨 45%。在网络著作权侵权案件中，图片作品侵权案件占数量最多，占案件总量的 44%，其中 80% 的图片侵权案件由企业发起诉讼。^①从上述数据不难看出网络图片版权侵权仍是亟待解决的现实问题。

二、图片版权生态混乱形成原因

（一）图片版权权源、侵权主体的多样性

在人人都是创作者、人人都是传播者的自媒体时代，随着手机相机像素的提高，微单单反等摄影器材的普及化，人人都能成为“摄影师”。无论是经过构思设计布局的图片还是摁下快门随性一拍，大家都有可能成为摄影图片的著作权人。而非摄影行业的从业人员鲜少了解自己图片版权的保护方式，随意上传至网络并不注意留下痕迹，成为千千万万网络图片的其中一员，在丰富网络图库的同时，使得后续的网络图片著作权保护变得艰难。这些图片通

^① 数据源自中国信息通信研究院发布的《2019 年中国网络版权保护年度报告》。

常无法确定权利人，进行完整的著作权授权更是难上加难。

在图片著作权人增多的同时侵权人也在增加，图片著作权的侵权人不仅仅是媒体网站，直接侵权主体还涉及机关、企业、事业单位、也有个人、个体工商户，微信、微博、贴吧其他社交平台的自媒体用户侵权现象亦非常普遍。

（二）版权交易意识不强

大众对于版权及版权交易的意识亟待提高。一部分图片著作权人在传播图片之前未将相应的版权信息示明或者披露版权信息不完全，另一部分图片著作权人对于保护著作权的方法及法律手段了解不深，甚至有些人对于自己创作的图片作品著作权的价值以及交易方式并不了解。许多媒体不仅是图片使用者，也是图片创作者，但现在多数媒体的图片版权保护工作都聚焦于规范图片使用，对内部记者、编辑拍摄图片的版权价值挖掘和开发的重视程度不够。^①截止目前，我国国内只有少数几家大型媒体建立了专属的图片资源库，并将图库进行市场化运营，实现了图库内部图片版权资源的进一步开发利用。

（三）个人维权成本过高

近几年有关图片著作权侵权案件中个人维权的案件占比较少，与个人图片版权维权成本较高，收益与维权成本不成正比有着密不可分的联系。个人拥有图片著作权的数量即使是专业的摄影师也不能达到一定的量级，在此种情形之下，即使发现自己的图片著作权被侵权，图片著作权人在维权方式是无论是通过自己直接诉讼或者聘请专业的律师所付出的时间成本及金钱成本均较为高昂。且在市场未对图片著作权进行明确标价之时，侵权案件中图片著作权人最终得到的赔付与法官的自由裁量权之间有较大关联，结合目前实际的裁判情况单张图片的定价基本不会超过 3000 元。因此个人在图片版权维权方面的成本较高也是导致图片著作权人对图片著作权轻视的原因。

（四）图片平台运营模式存在不足

图片平台与图片作者签约供稿来丰富图片平台的资源，再把平台资源的版权图片向使用方转让。但部分图片平台为商业获利，在网上大肆搜索下载无版权标注的图片，加上平台水印，宣称取得图片版权，随后将图片进行去水印化，同时图片平台与搜索引擎合作，将无水印图片在网上传播，由用户下载使用。图片平台通过软件的图片搜索和识别技术锁定侵权方，通过大量此类图片侵权的诉讼牟利。

其次，平台缺乏严格的审核机制也是图片版权生态混乱的原因之一：对于创作者而言：

^① 王玥：《融媒体时代图片版权保护策略探究》，《中国报业》2019 年 10 月。

推广资源稀缺，无法实现版权的有效对接，得不到流量支持；图片侵权维权难，打击创作者的积极性、主动性；对于使用者而言：正版图库检索难，除几大图片版权资源平台，就只能通过搜索引擎检索，其提供的图片多为编辑裁剪去水印之后的图片，使用者往往难以辨别，被动侵权。

最后，版权授权不明晰也导致了图片市场的乱象。国内图片平台多采用 UGC 模式^①，由签约作者自行上传图片到资源库中，部分作者缺乏版权意识，将并非权属自己的图片上传至平台，而平台忽视图片审查机制的建立，甚至刻意纵容这类行为，面临侵权诉讼时，便以“避风港原则”推卸责任，怠于履行义务，盲目追求获利。

三、图片版权保护：确权、交易、救济

（一）版权确权

1. 强化版权保护意识

图片版权市场生态混乱，一大原因是由于版权保护意识淡薄引起的。一方面，图片版权作者缺乏版权意识，在网上随意上传、传播，图片在多次传播后已无可溯源；另一方面，图片使用者版权意识弱，在网上随意下载编辑修改图片。使用者应改掉以下误区：未署名无水印的图片可使用；标明来源和作者或写明“图片来源于网络”可以此免责；图片未用于商用则不足以认定为侵权；将图片涂抹修改则不算侵权。图片作者和使用者都应认识到图片的经济价值以及保护版权的重要性。

2. 利用区块链技术进行版权保护

网络图片来源复杂，在使用图片前没有明确图片权属，一经传播下载剪辑便难寻其著作权人。建议国家知识产权局开发与设立国家级的网络图片识别系统，利用区块链、大数据、AI 等技术通过时间戳在网络空间标记作品的著作权人，对图片进行精准定位与识别，不仅确定版权作者，还能检索出图片加载日期、使用主体、使用地点等图片信息。

强化技术介入，通过区块链技术对版权进行保护，也解决了传统著作权保护在 e 版权时代不适用图片版权的问题，解决了花费高、耗时长的问题。通过区块链使版权保护 IP 化，为作者创建版权所有权登记，同时也追踪者后续的复制与传播过程。进一步通过区块链技术加强图片版权保护，通过区块链的结构特点降低版权保护成本；以时间顺序排列，由时间戳解决版权追踪与版权防伪；链式数据结构和加密算法进行版权注册存证，将版权信息不可篡改的存入区块链数据系统。^② 但区块链技术在版权保护的运用上仍旧面临着挑战：未登记

^① 吴卫华：《移动互联网时代下图片版权保护体系的构建》，《湖州师范学院学报》2020 年第 3 期。

^② 黄龙：《区块链数字版权保护：原理、机制与影响》，《出版广角》2018 年 10 月。

的作品版权遭遇侵权该如何保护、作品与作品间的相似度如何认定、不同平台的区块链如何实现数据共享。

（二）版权交易

1. 完善图片版权集体管理制度

目前,我国已成立国内唯一从事摄影著作权集体管理的社团法人机构——中国摄影著作权协会,但受制于会员制、管理运作不够透明化、缺乏监审制度等因素,导致该组织在广大非专业摄影创作群体的“存在感”较低,缺乏公信力。^①海量流通的图片传播需求,驱使中国摄影著作权协会进一步发挥在图片版权定价、改革加快集体管理,提高透明度和灵活性,吸引更多作者加入协会。

2. 改善图片平台运营模式

（1）建立严格的图片审查机制

图片平台要对图片内容进行事先审查,根据图片来源的不同进行分级、分类,对用户上传的图片进行筛查,依托搜索引擎、AI、区块链等,识别图片版权的作者,对图片进行审查认定。使用图片须明确图片来源、版权以及核查是否有权利人的许可,严禁平台使用版权不明的图片。建立图片平台与侵权图片之间的联系,如因图片平台审查失误导致侵权图片传播,版权作者利益受损,该平台与使用者一道,该承担赔偿责任。

（2）加强行业自律

图片平台为资源引流往往与搜索引擎进行合作。少数图片平台将去水印的图片与搜索引擎合作将其进一步传播,进行钓鱼式维权,助长了图片版权恶意诉讼风气。平台需杜绝以图片版权维权诉讼盈利的霸权模式,进行服务转型,从内容付费服务扩展到服务分类的形式,提供差异化服务,以免费或较低收费的形式向大众提供公共图片,为有特殊需求的客户提供高品质相对较高价格的版权图片。互联网搜索引擎在推送引流的过程中,也应承担起保护图片版权市场的职责,对版权图片必须醒目标注或提醒。不把“安全港”原则当做挡箭牌,通过图片平台与互联网搜索引擎之间的自律合作,制定统一标准,共同推动图片版权生态发展^②。

3. 法律层面平衡图片版权保护与滥用

对《著作权法》进行修改完善时,应对第49条进行补充细化,综合考虑“图片转载量”

^① 王玥:《融媒体时代图片版权保护策略探究》,《中国报业》2019年10月。

^② 吴卫华:《移动互联网时代下版权保护体系的构建》,《湖州师范学院学报》2020年第3期。

“网页点击率”“侵权人主观恶意”等因素进行综合考量。对《电子商务法》修改之时，在该法第 42 条中加入“对于知识产权受到侵犯业已产生的经济损失，网络平台提供方应与侵权人承担连带责任”。现有的《网络安全法》第 47 条、《侵权责任法》第 36 条、《消费者权益保护法》第 44 条等现有法律设定中，仅针对“损失扩大部分”或“未采取必要措施”的情形下，要求网络平台提供者承担连带责任。E 版权时代，对版权保护的系列法律中，应当增述网络图片平台已取得的网络图片版权费处理与相关法律责任的问题。

（三）版权救济

1. 加强诉讼保护

（1）加大损害赔偿的梯度化

损害赔偿具有弥补权利人损失的功能。加大赔偿力度有利于加强版权保护，促进原创图片的保护和传播。在注重版权保护的同时也要注意各方主体间的利益，不应不合理地加重图片使用人的经济负担。综合考虑图片的独创性、传播度、知名度、市场价值、被告过错等因素。在审判中要区分不同情况，对赔偿数额要有高低之分，同时鼓励原告针对损害赔偿提交参考证据或充分陈述。对恶意通过诉讼为生的图片公司，则适当降低赔偿；对独创性高，市场价值大的图片加大保护力度，适当提高赔偿标准；对多次侵权、主观恶意明显的被告酌情加重赔偿；对过错程度小且积极配合的被告适当降低赔偿标准。

司法实践中，针对图片侵权的法定赔偿应当体现出差异化、梯度化，并建立惩罚性赔偿制度。目前，单幅摄影作品的最低损害赔偿额为 300 元，最高为 4000 元，中位数为 800 元，平均值为 867 元；单幅美术作品的最低损害赔偿额为 440 元，最高为 25000 元，中位数为 800 元，平均值为 5670 元。针对损害赔偿的问卷调查结果差异较大，63% 的图片使用人认为单幅图片的损害赔偿金额低于 200 元是合理的；而 51% 的权利人则认为单幅图片判决 2000 元以上是合理的。^①

（2）电子证据的固定

图片类著作权案件中，当事人提交的通常是电子证据，这类证据存在被删除、被篡改、被伪造且不留痕迹的风险，应对电子证据严格审查，确保事实清楚。

2021 年 4 月 22 日上午，绍兴市柯桥区人民法院研发的全国首个“版权 AI 智审”系统面世。系统开发了单图溯源、创新对比、相似对比的模块，来解决著作权权属、侵权案件的纠纷。进一步把版权 AI 智审大范围推广，解决著作权纠纷，构建图片类著作权纠纷源头防

^① 微信公众号《北京互联网法院》：《调研报告全文|探究图片版权争议成因 共促纠纷源头治理》，2020 年 7 月 7 日。

治、关口把控的预防性制度，实现图片版权保护的数智化保护。

（3）司法引导市场化

关于图片侵权案件近年来的剧增，一方面是市场指导不够有力，司法具有引导性，应引导图片版权的商业价值回归市场。基于在个案中无法确切了解具体图片在市场中的价格，可能导致司法定价与市场交易价格脱节，图片权利人大量通过诉讼方式以司法定价取代市场价格，进一步扰乱图片版权市场的秩序。针对商业化恶意维权的现状，在确保权利人合法利益得到保障的同时，也要加强司法引导，让当事人意识到诉讼只是事后的救济手段，并非能格外获得商业利益的途径。

（4）多元化解决纠纷

大部分情况下，对个人图片作者来说，维权成本相对较高。在赔偿金额相对确定，双方又有和解可能的前提下，尽量和解。因版权问题引起的争议，积极主动与权利人沟通，在初步了解侵权事实以及查明版权所属与传播过程之后，积极以和解的方式解决争议；对已经提起的诉讼，积极配合法院进行调解，及时化解矛盾。

2. 加强普法教育与执法行动

从普法角度出发，网络图片市场的规范化不仅需要私权利法律保护，更离不开公权力的介入与干预。“黑洞照片侵权事件”使图片版权保护纳入了“剑网 2019”专项行动，图片版权保护理念进一步走入大众视野，但著作权相关法律知识的普及仍待加强宣传：引导新媒体与公众注重原创，尊重版权，不随意搜索下载编辑剪裁，合理使用他人享有版权的图片。如果使用了有版权争议的图片，在面临索赔前，应第一时间删除图片链接，并查明该图片的真实来源以及传播过程，确定版权作者之后，尽可能通过协商除去索赔金额的“水分”。

在行政执法方面，职能部门应要求图片运营商健全版权审查与管理制度，规范运营，合法合理维权，不滥用权利，衍生出病态的以诉讼牟利，严禁捆绑式的版权霸权。建议在治理图片市场生态的过程中，建立动态监查机制以及考核制度。多方合作，对版权的日常执法监管、网络版权专项治理、相关部门联合办案执法。^①

四、结语

在人人都是作者的 e 版权时代，在增强版权保护意识的同时，要推进著作权保护现代化，尊重版权、有序交易、诚信维权、依法保护的图片版权生态。图片侵权的原因较为多元，要从源头上避免或减少图片版权侵权事件的发生，需要司法机关、版权管理机关、版权权利人、图片使用人、图片平台以及网络服务平台等多方主体共同努力，从图片的创作、许可、传播、

^① 徐峰：《“黑洞照片侵权事件”背景下我国网络图片著作权保护研究》，《版权之页》2019 年第 21 期。

管理、争议解决等方面入手，共同推进 e 版权时代图片版权保护和治理的法治化进程。

大数据时代个人信息保护的民事路径探析

浙江前湾律师事务所 劳璟璟 许薇薇

摘要：“大数据时代，人人都在裸奔”，个人信息安全问题日益突出，个人信息被非法获取、泄露、滥用事件层出不穷。目前我国传统的个人信息保护路径不足以应对新技术对个人信息保护提出的新要求，合理利用信息数据的同时平衡个人利益与公共利益，探寻与一条与大数据时代接轨的法律保护路径。因此，针对个人信息保护在当下遭遇的难题及其法律现状，我国应突破传统的个人信息保护体系，探索符合大数据时代发展的法律路径，加快个人信息保护法的颁布步伐，确立个人信息权，加大保护力度，如引入惩罚性赔偿制度、公益诉讼制度等，在发挥个人信息价值的同时也让个人免受信息问题的困扰和侵害。

关键词：个人信息保护；惩罚性赔偿；公益诉讼；个人信息权

一、大数据时代个人信息保护面临的挑战

（一）侵犯个人信息事件频发

互联网科技产品日新月异的今天，个人信息无时无刻不暴露在危险中。即便不愿承认，当我们在享受互联网带来的快速、便捷、智能的同时，有意或无意间，已经“卖掉”了自己隐私。近年来，世界各地发生的重大信息泄露事件时时警醒世人，每一次信息泄露动辄涉及数亿人，体量之大，影响颇深。2021年我国的“315”晚会宛如大型的“隐私泄露”专场，人脸识别滥用、简历流入黑市、APP“连环套”获取老人信息。2020年3月，有暗网用户发布了一则名为“5.38亿微博用户绑定手机号数据，其中1.72亿有账号基本信息”的交易信息，售价1388美元。2020年8月，不法分子与圆通快递多位“内鬼”勾结，通过有偿租用圆通员工系统账号盗取公民个人信息，再层层倒卖，导致40万条公民个人信息被泄漏。^①倒卖用户信息俨然已成产业链，但是发生信息泄露事件后，相关责任主体只是短时间内饱受舆论质疑，没有大规模的用户索赔与严厉的法律惩罚，个人信息信息泄露事件必然还会再次上演。

（二）人脸识别等新技术带来新挑战

快递面单隐私泄露、APP过度索权、违规收集使用个人信息等突出问题仍突出，人脸信息泄露问题又引起了公众的关注。人脸识别技术作为这几年热门的技术之一，得到广泛应用，进小区要刷脸、付款要刷脸、打开APP也要刷脸，滥用趋势明显。就目前而言，人脸识别技

^① 明朝万达：《「盘点」2020年中国十大信息泄漏事件》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1688762260856278291&wfr=spider&for=pc>，2021年3月2日访问

术跑在了监管之前，相比姓名、电话号码等信息，人脸数据因其应用在安防、支付等领域中，又同时捆绑了身份证、家庭住址等，且无法修改，一旦泄露，后果严重。

新老问题叠加，使得个人信息保护面临新挑战。因此为个人信息套上一件防护服，对守好个人信息安全防线至关重要。

二、我国对个人信息保护的民事立法现状

我国民事多部法律法规对个人信息保护均有涉及，但保护零散、未成体系，散见于民法典、网络安全法、消费者权益保护法、电子商务法等不同法律规定中。

《民法典》第一百一十一条规定：自然人的个人信息受法律保护。从条款位置来看，《民法典》将个人信息保护归入人格权益范畴。《民法典》第一千零三十八条在现行法律法规的基础上，从三方面对信息管理者的安全保障义务做出了规定。第一，对信息处理者自身不得泄露、篡改、非法提供个人信息提出了要求；第二，信息处理者除自己不得主动泄露、篡改、非法提供其收集、存储的个人信息外，还要积极采取相关措施，确保其收集、存储的信息安全。第三，对于已经发生或者可能发生的信息泄露、篡改、丢失等情况，应及时补救，并向主管部门报告，防止个人信息损失进一步扩大。

2013年，《消费者权益保护法》开创性地对消费者个人信息进行直接保护，该法第二十九条明确，消费者享有个人信息依法得到保护的权利，对经营者收集、适用消费者个人信息的注意事项进行了规定，并且规定了侵害消费者个人信息的法律责任。

2017年正式施行的《网络安全法》，对网络信息安全以及网络运营者的责任进行了规定，进一步明确个人信息的搜集须遵循“正当、合法、必要”的原则。

《个人信息保护法（草案）》二审稿于2021年4月提请十三届全国人大常委会审议。《个人信息保护法（草案）》二审稿针对个人信息过度收集使用等突出问题，提出完善个人信息处理应遵循的基本原则，在条文设计上与《民法典》有关规定相衔接，完善侵害个人信息权益的法律责任。该法第六十五条规定，个人因此受到的损失或个人处理者因此获得的利益难以确定的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。该条在一定程度上降低了被侵权人的举证难度。

虽然我国民法、消费者权益保护法和网络安全法等重要法律对个人信息保护都有规制作用，但是由于法律规定分散，无法实现对侵犯个人信息行为的有效打击。因此，加快推进个人信息保护法的颁布实施，构建全面的个人信息保护法律体系，对于当前经济社会发展，加强个人信息保护，具有重要意义。

三、大数据背景下我国民事领域个人信息保护暴露的问题

如今信息安全问题如此泛滥且严峻，各类隐私泄露事件频发，意外的是受害者反应十分平淡且麻木。虽然目前我国个人信息保护力度不断加大，但相关立法过于分散，整合度不足，民事司法救济现状不佳，主要表现为案件数量少、受害者胜诉率低且民事救济意愿低。在《个人信息保护法》尚未出台的情境下，现有立法对个人信息保护力度较弱。

（一）个人信息保护在民事领域的举证难问题

1. 违法处理信息者的身份难以确定

根据“谁主张谁举证”的原则，被侵权人遇到个人信息被侵害，首先要确定具体的侵权人，即违法处理信息者。由于当前个人信息所包含的内容正在日益扩大化，损害发生的链条越来越隐蔽化，违法处理信息处理者的主体身份亦越来越多元化。此时，被侵权人首先要解决的问题是如何确定违法处理信息者。对于身份的确定，一般需要利用相应的调查取证手段，需要公安等部门予以配合协助。但是侵犯个人信息未达到刑事犯罪领域，公安部门往往难以协助，导致被侵权人无法开启民事救济。

2. 被侵权人的损失难以举证

在被侵权人提出民事诉讼寻求救济时，往往面临对侵权责任形式的选择。从目前来讲，由于被侵权人无法举证证明自己的损失或者违法处理信息者因此所获利益，所以导致现实中，被侵权人大部分只能请求精神损害赔偿，而精神损害赔偿的数额也非常有限。

负有举证责任的被侵权人考虑到收集证据难度大，维权成本高，因此往往会放弃民事诉讼的救济途径。也正是因为被侵权人的民事救济意愿低，侵害个人信息的行为更加泛滥。

（二）惩罚力度较弱

每年的“315”晚会都备受民众关注，当媒体曝光已经成为消费者最后的救命稻草，这本身就是一个需要我们引起重视的问题。违法处理信息的行为日益泛滥，究其原因，主要是信息安全防护成本高，而违法处理信息的成本低，非法所得远超违法成本。从民事责任方面来看，即使《个人信息保护法（草案）》第六十八条第二款规定了，损害赔偿按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定；个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的，根据实际情况确定赔偿数额。通过上述的举证难度的分析，被侵权人的损失最终由法院来酌定，类比知识产权案件的法院酌定赔偿金额，往往与被侵权人认为的损失相差较大。

四、完善个人信息保护制度的建议

（一）确立个人信息权

《网络安全法》规定个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。《民法典》明确了自然人对个人信息享有人格权益，但尚未确立个人信息权。我国学界对在个人信息上是否可以成立权利尚存在争议。在学理研究上，不乏学者赞同对个人信息（个人数据）赋予权利。^①个人信息拥有不可估量的商业价值，在大数据时代，个人信息侵权存在易获取、较隐蔽且无地域等特征，只将个人信息作为一种利益保护，不能为被侵权人提供明确的维权依据，增加维权负担；再者，在法律保护上，对权利的保护程度应该高于权益，^②相比利益而言，当权利被侵害时，其所提供的法律保护更大，对侵权者的威慑力更强，故通过确认权利，可确定个人和企业之间的权利与义务关系，为科技发展、大数据产业发展提供明确的价值评判标准和指引。^③

（二）将个人信息分类分级保护

个人信息存在于各个应用空间，法律要根据不同的生活场景和商业领域，随物赋形的予以调整，而我国现有立法对个人信息权的内涵并没有统一、全面的认识，不同的法律据其职责进行规定，所保护法益相互之间的关联性没有得到关注。对此，鉴于个人信息权是一个整体，且是同时关涉私人利益与公共利益的突出问题，构建法律体系之前，应首先明确个人信息权的全部内涵，并分级分类进行保护。^④比如可以按照用户个人信息进行分类，区分个人信息的私人法益和公共法益，实现私法与公法的两类保护；区分个人信息的人格权益和财产权益，实现不同法律规则的保护。比如将个人信息按照价值与安全风险分类，区分个人信息的可识别性信息与涉及隐私的信息，实现不同级别的救济程度；区分个人信息的敏感性与一般性，像人脸识别、网上购买记录等与现实生活紧密联系的，需要采取一定的保护措施，而网页浏览记录等计算机自动保存的信息可以由用户自己处理。

（三）降低被侵权人的举证难度

1. 引入公安机关调查机制

按照现行的侵权责任归责体系及构成要件，原告应举证证明侵权主体、被侵权的事实。但是根据被侵权人收集证据的能力，往往难以举证。比较《民法典》中关于高空抛物、高空

^① 参进程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，载《中国社会科学》2018年第3期；杨立新：《个人信息：法益抑或民事权利》，载《法学论坛》2018年第1期；等等。

^② 王利明：《隐私权与个人信息的规则界分和适用》，法学评论. 2021,39(02)

^③ 吕炳斌：《个人信息权作为民事权利之证成：以知识产权为参照》，《中国法学》2019年第4期

^④ 刁胜先，李奇玥，李丽霞等：《个人信息法律保护与案例分析》，东北师范大学出版社2020年第91页

坠物的规定,第一千二百五十四条第三款明确了公安等机关应当依法及时调查,查清责任人。所以,在同样危害公共利益的侵犯个人信息案件中,是否亦能引入公安机关调查机制,从确定违法处理信息者的角度,给公安机关设定义务。

2. 信息处理者是否存在过错实施举证责任倒置

在违法处理信息案件中,被侵权人需举证因对方过错而遭受损害,如果不能证明,法院通常难以支持其诉求。但这种思路仍然是传统的思路,并未充分考虑此类纠纷的特点。所以在《个人信息保护法(草案)》第六十八条第一款规定,个人信息权益因个人信息处理活动受到侵害,个人信息处理者不能证明自己没有过错的,应当承担损害赔偿等侵权责任。

所以,为了突破司法适用的困境,提高被侵权人胜诉的概率并落实法律对个人信息保护的规定,在《个人信息保护法(草案)》中对个人信息侵权民事纠纷进行了举证责任分配规则作适当调整,对某些本由被侵权人承担举证责任的事实转而由信息处理者、网络运营者、经营者承担举证责任。

(四) 引入惩罚性赔偿机制

西方谚语:“没有救济就没有权力”,尤其是现在的个人信息保护存在“重刑轻民”现象,民事保护力度较弱,当被侵权人个人信息遭到泄露,往往得不到想要的救济。治乱需用重典,保护个人信息务必严厉打击违法处理他人信息,进一步细化个人信息保护的相关法律规定,要解决个人信息泄露和滥用的“顽疾”,最终还应回归法治轨道。我们可以考虑在个人信息保护的法律制度中引入类似于环境污染侵权中惩罚性赔偿的机制,加大泄露、非法采集使用、买卖个人信息的违法成本,提高对违法处理信息者的处罚力度,实现对个人信息权益的全面保护。

(五) 个人信息保护纳入公益诉讼

与侵害个人信息安全案件多发形成对比的是,被侵权的个人却鲜少选择起诉的方式维护自身权益。个人信息被侵权时民事救济普遍困难,多数情况下,公民对于个人信息被违法处理的情况并不知晓,取证索赔困难,民事维权难以发起亦“孤掌难鸣”,甚少有原告胜诉案例出现。另外,救济的难点在于信息数量大、被侵权人员众多,每个被侵权人受到的损害就不是那么明显,因果关系也很难证明,个人信息往往是在当事人并不知情的情况下被收集利用的,社会公众对信息的自决权无处发力。同时,相对信息处理者而言个人不具有优势地位,

很难与其对抗。

《个人信息保护法（草案）》中将侵犯公民信息的行为纳入公益诉讼范围，二审稿第六十九条规定个人信息处理者违反本法规定处理信息，侵害众多个人的权益的，人民检察院、履行个人信息保护职责的部门和国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼。由权力机关发起诉讼，代表所有被侵权主体控诉起诉侵权者，以给予侵权者震慑。与个人提起诉讼维权相比，民事公益诉讼能解决个人诉讼维权面临的成本高难题，还可以通过大范围的赔偿、公开赔礼道歉道歉等，提高侵犯个人信息者的违法成本，有效遏制违法手机、使用个人信息等不法行为。

应注意的事，个人信息保护不可过度依赖公益诉讼。从个人信息保护的效果来看，诉讼程序是最后一道防线，法院应审慎对待此类纠纷。行政监管机关既有权限对违法者的行为进行规制，促进行业健康发展，也有途径为被侵权人提供必要的保护和救济，而对于法院来说，最优的做法是针对行政监管或救济中的争议问题树立规则、引领导向，而不是对个人信息保护案件无原则敞开口子。一方面，司法权应当保持克制和自律，司法不是解决纠纷的唯一途径，行政上的救济可能更有效，对个人信息保护更有效率。当前全国法院正开展的多元调解工作也为此类纠纷的诉前化解提供了契机。个人信息保护群体性的特征也容易引起当事人的滥诉，给司法带来不可承受之重，政府信息公开滥诉问题就是一个典型的前车之鉴。另一方面，就将来多发的未发生实质损害的情况而言，个人精神或心理波动程度难以统一量化，既容易产生裁判风险，也容易对相关产业或从业主体造成严重冲击。实践中，不同文化程度、性格脾气和生活背景的人对个人信息的认知、感受不同，在法律上追求保护的程度和强度也不一样，而不同裁判者对个人信息也有着不同的裁判偏好，因此不同的裁判者对民事主体个人信息被侵犯后所遭受的精神损害大小以及法律能提供的保护程度认识也有差异。比如精准营销广告的推送（被动接收信息，对个人产生一定的影响），是可以通过行政方式解决的问题，但是否具有可诉性则有待商榷，草案虽然规定了检察院、相关部门可以提起公益诉讼，但目前来看与私人诉讼仍然缺乏有效的衔接。^①

大数据时代是几乎没有个人隐私的时代，个人信息泄露和侵权现象呈严重化和普遍化趋势。个人信息泄露的两个明显特征：一是结果不可逆，个人信息一旦泄露出去便无法收回；二是后果不确定，其危害程度可随时于轻重间转化。因此，重视并解决个人信息泄露问题具有重大的现实意义，通过立法确立个人信息权，对个人信息分级分类针对性的加以保护、降低被侵权人的举证难度，加大惩戒力度、提升违法成本，以及引入公益诉讼维护多数人的信

^① 祝兴栋：《个人信息保护的路径探析》，人民法院报 2021 年第 35 期第 8 版

息权益,在保护个人信息的同时能高效利用发挥个人信息的商业价值,已经十分迫切和必要。