2024年中国国际经济法学会年会
暨学术研讨会

论文集

主办单位：中国国际经济法学会

承办单位：厦门大学法学院

厦门大学国际经济法研究所



中国·厦门

2024年11月1-3日

编 辑 说 明

为节约资源，本次年会仅提供纸质版论文摘要集，另提供电子版论文全集。

本着尊重作者学术观点的原则，对提交的论文摘要及全文仅在形式上进行统一编辑，而将实体内容原文照录。**所有论文摘要及全文的版权属于作者本人，未经作者本人同意，请勿引用。**请注意：部分论文因未提供摘要，无法编入摘要集；部分论文作者表示放弃将论文全文编入电子版论文全集的权利。

因论文数量较大，编印过程中难免会有疏漏、错误。敬请各位代表谅解！

2024年中国国际经济法学会年会暨学术研讨会

会务组

目　录

特　稿

中国国际经济法学会简介……1
1984 年庐山“国际经济法讲习班”回顾……3
[曾华群] 砥砺同行 玉汝于成——中国国际经济法学会创建 40 周年纪实感言‥ 18

第一部分 国际经济法（国际法）基本理论

[徐崇利] “一带一路”国际经济治理体系的形制：一种特殊的轮毂状基本法律架构……36
[余欣怡] 国际经济法广义说之理论基础探究……58
[李　馨] “合作”与“发展”的“和”“为”之争——国际经济法“国际合作以谋发展原则”的辨析……68
[陈彦茹] 迈向良好规制实践的国际规制合作：基于规则演化的省思……77
[陶南颖] 当我们谈论“西法”时我们在谈论什么……98
[孟于群、王奕杰] “以赛促学”培养涉外法治人才的实践与创新……127
[汪圣杰] 中国式现代化视域下涉外法治建设的涉外法制之维……139
[古尤嘉] 国际经贸规则治理体系的等级制结构与中国方案……153
[傅煌安] 气候正义视角下欧盟碳边境调节机制的国际法正当性评析……171
[曹俊金] 中国气候对外援助：一项制度分析……191
[杲沈洁] 中国自主的国际争端解决规则观：从历史演进到实践路径……210
[张文瑶] 国内公法域外适用的欧盟模式及应对——以 GDPR 和 CBAM 为切入点……223
[赵希伟、李孟瑶] 论我国《外国国家豁免法》中“商业活动”的认定……237
[郑鸿举] 中国法域外适用体系中法院的作用探究……258
[李思敏] 国内改革与国际造法对比视角下国有企业的法律风险与应对……277

第二部分 国际贸易法

[郑　蕴] 碎片化结构下国际贸易规则间的关系……297

[侯宇锋] 泛化国家安全下我国贸易调整援助制度构建研究……322
[马　光] 论贸易限制措施作为单边制裁方式……338
[徐振毅] 美国涉疆制裁的违法性分析……363
[兰立宏] 美西方单边定向人权制裁新动向的涉外法治对策思考——以美国涉疆法案为例……379
[柏婉丹] 国际经济制裁规制的正当性：困境、内涵及应用……392
[刘　久] 美国对我国核工业的屡次制裁及我国核工业的可行策略研究……404
[刘子聪]《阻断办法》豁免机制适用问题研究……418
[齐明浩]“真防御”还是“类制裁” ——中国对欧盟《反经济胁迫条例》的定性分析及应对研究……429
[阮淑慧] 美国出口管制法的外国物项管辖规则：法理检视与中国因应……448
[张　越] 习惯国际法下美国长臂式域外管辖合法性之批判——以美国政府打击中国企业为例……474
[吴金昌] WTO 环境规则改革的意义、挑战与路径——基于结构性权力视角…494
[刘思艺] WTO 上诉机构改革中的权力分配问题研究……512
[刘　宇] WTO 安全例外视角下美式出口管制适法性检视及因应——基于中美芯片争端案分析……539
[任　虎] 人工智能和 WTO 法：技术、贸易和规范……552
[付伟豪] 国际经贸规则重塑背景下反补贴规则的解构与扩张——中国因应策略……556
[黄可而] 涉外法治视野下欧美补贴规则输出及其启示……572
[李　昇] 欧盟经贸协定可持续发展章节实体性条款的适用问题研究……585
[李　烨] CPTPP 跨境服务贸易规则：内容、影响与中国因应……605
[刘　彬] CPTPP 过境货物执行措施规则与中国应对……620
[马旭霞、吴宜轩] RCEP 框架下农产品地理标志出口保护研究……639
[吴若惜] RCEP 原产地累积规则研究……649
[郑丽珍] Evolution of the Chinese Labor Problem in Trade and Investment Agreements :Notional Gap and Normative Necessity for Accession to the CPTPP……661

[肖瑶林] 浅析《区域全面经济伙伴关系协定》背景下争端解决机制的问题及完善路径……721
[俞　吉、邱佳晖] 比较视角下 RCEP 争端解决机制优化研究——以美墨加协定争端解决条款为鉴…… 733
[江云枫] 欧盟《新电池法案》碳足迹规则研究现状：一个文献综述……747
[刘　勇、朱　瑜] 欧盟碳边境调节机制的法律属性与中国对策研究……760
[郝　荻] 国际规制合作中的标准化维度…… 776
[张春雨] “一带一路”碳市场衔接法律制度研究……795
[张元如] FOB 术语下托运人角度目的港无人提货之责任谈判研究……809
[王金根、高祥] 寻找遗失的皇冠珠宝：我国独立保函失权规则的构建……817
[费秀艳] 全球国际商事法庭制度发展演进与中国因应…… 835
[陈世阳、孟国碧] 海南自贸港国际商事调解机制完善研究……862
[林雨涵] 国际商事仲裁中禁诉令的应用问题研究…… 874
[孙雅兰] 海南自由贸易港构建多元化国际商事争端解决机制的文献综述研究及现代化建设路径…… 884
[孙　瑶] 内地与香港跨境破产协助机制的现实困境与解决路径——基于从“华信案”到“森信案”的发展分析……911
[陈　计、周雁琳] 经济制裁在国际商事仲裁的识别、影响与启示……920
[王悦玥] 论国际贸易调查中的商业秘密保护困境、影响与中国因应——以欧盟对华电动车反补贴案为切入点…… 934

第三部分 国际投资法

[黄　钰] ICSID 管辖的双重限制体系：本义、实践与改革……946
[石纪元] “一带一路”背景下 ISDS 机制改革的中国应对…… 969
[陈红彦、黄丽萍] 可再生能源投资仲裁裁决的反执行行动及其破解……977
[魏　颖] 对抗不一致：从中国投资仲裁条款解释分歧到有效解释原则重塑…995
[傅攀峰] 论国际投资仲裁中的异议意见制度……1009
[谷　放] “货币黄金原则”在国际投资仲裁中的适用研究：法理辨正与实践证成… 1030
[柳新潮] 跨国公司侵害的司法救济困境：投资仲裁作为补充机制的比较优势…… 1052

[吴　琪]《外国国家豁免法》下非 ICSID 裁决承认与执行的困境与出路…… 1078
[温志媛] 外资公平公正待遇条款的国际国内冲突与协调…… 1101
[陈　潇] FET 标准中投资者合理期待原则研究…… 1116
[吴　莉] 国际投资仲裁中对征收补偿问题的处理原则与实践…… 1135
[姜昆鹏] 论国际投资协定中国家安全例外条款的适用边界…… 1143
[姜懿格] 国际投资协定中安全例外条款的“自裁决性”问题研究……1154
[刁　茁] 国际投资协定中安全例外条款的存在困境和完善路径…… 1170
[蒋中麒、杜　娟] 非常态下的海外投资保护：武装冲突中 BITs 的适用研究·· 1187
[任 虎、牛紫薇] 涉气候变化投资争端中的合理期待问题研究……1201
[平亚鸽] 气候变化背景下欧美投资伙伴关系研究…… 1215
[荣　婷] OECD 与国际投资法变革中的气候问题——国际组织造法的视角… 1239
[闫昕涛] 国际投资案件中气候利益与投资利益的协调…… 1263
[于占洋] 跨国投资者气候变化减缓义务的认定可能：国内法与仲裁庭的互动
…… 1283
[张　生、李 妮] The Application of International Climate Change Law in International Investment Arbitration: Addressing the Deficiencies……1303
[余　祎] 国际投资法与公共健康政策的平衡：中国双边投资条约的演进与创新…· 1325
[张萌杰] ESG 视野下的国际投资协定转型…… 1352
[孙南申] 境外投资管理中的失信联合惩戒与信用修复措施…… 1369
[田　海] 中国国有企业海外投资中腐败防控问题研究…… 1385
[吴宁铂、陈静怡] 调解适用国际投资争端的现实障碍与完善路径…… 1393
[郑玲丽] 绿色“一带一路”对外投资的环境保护法律问题研究…… 1401
[李凤宁] 海南自贸港对外资率先开放领域的国家安全风险防控研究…… 1421
[公惟韬] 中阿“一带一路”倡议背景下中国企业在阿拉伯国家投资时面临的争议解决困境及其化解思路……1433

第四部分 国际货币金融法

[白　雪] 美国单边金融制裁的法律应对及中国启示…… 1442
[崔嘉蕙] RCEP 背景下中国金融数据跨境流动的因应……1454

[黄健昀] 全球行政语境下的国际金融机构制裁……1461
[李文睿]《反洗钱法》修订背景下数字人民币反洗钱责任主体研究……1481
[林力斐] Diffusion of Multilateral Financial Services Rules in Regional Trade Agreements：Empirical research by Computational Legal Method
多边金融服务规则在区域贸易协定中的扩散：基于计算法学方法的实证研究…… 1487
[梁信雅] 开放金融背景下个人金融数据共享的法律规制…… 1497
[卢玮婷] 金融数据跨境流动的国际法规制及中国因应…… 1507
[束梦婷] 金融数据跨境流动的规制问题……1518
[宋瑞琛] 我国个人金融数据跨境流动规制研究……1529
[张　昕] 金融数据安全与自由流动：非个人数据跨境治理的新视角…… 1539
[苏超艺] 数字货币跨境反洗钱的法律问题探讨——以中国人投资泰国房地产使用数字货币问题为例……1548
[王冬梅] 俄罗斯运用货币工具反美欧金融制裁的措施研究…… 1568
[单　渊] 实时跨境支付的系统性风险困局与法治应对…… 1587
[林　诚、曾晓漪] 我国绿色金融体系的国际化建设策略研究…… 1601
[谢迪扬] 数字人民币跨境支付中的个人信息规则建构——以“一带一路”倡议为视角……1614

第五部分 数字时代的国际经济法

[何　焰、张琪梦] 欧盟数字守门人制度检视与中国启示…… 1627
[黄祉箬] 国际数据贸易规则下中国自由贸易区（港）跨境数据流动制度创新研究……1640
[荆　鸣] Legal Rules Establishment of Cross-Border E-Commerce: China’s Role in Global Trade Reforms through BRI……1651
[刘俊梅] 优惠贸易协定中的跨境数据流动规则演进趋势与启示…… 1665
[龙紫姗] 粤港澳大湾区视域下跨境电商个人信息跨境流动的困境与应对…… 1681
[吕思嘉] 新加坡数字经济协定的协调性造法实践及启示…… 1693
[朱文龙] 跨境电子商务消费者保护的国际合作……1708

[蔡　兰] NFT 与关联资产：技术创新下的法律挑战与合规路径……1719
[林福辰] 外国数据法的域外效力扩张与中国范式研究…… 1734
[岳树海] 我国海外数据保护的法律困境及应对策略…… 1745
[欧福永、张霄骁] 我国破产程序中的数据跨境流动规制研究…… 1766

第六部分 其他法律问题

[朱晓丹、曹港珊] 合格国内最低补足税“弯道超车”——评全球最低税分配顺序的再调整……1784
[张方建] 从制度纠缠到定分止争：澜湄区域水资源合作的机制冲突与协调·· 1796
[褚　童] 国家安全视角下国际知识产权治理规则的困境与重构…… 1819
[李　萍] 标准必要专利跨境争议的管辖冲突及处理原则…… 1838
[马　乐] 涉外标准必要专利全球许可费率裁决的管辖权冲突与纾解…… 1860
[方瑞安] 上海合作组织卫生健康合作的回顾与展望…… 1867
[孟彦辰、陈永怡] 全球卫生治理视域下国际卫生援助规则的历史演进、实践进程与中国因应……1877
[邓凌逸] 外国法查明费用问题实证分析——以 41 份涉外民商事案例为样本·1898
[冯丹瑶] 论外国人在华永久居留立法的建构：基于美国永久居留立法的对比视角……1910
[谢俊英] 西方支持科创企业制度建设及对我国的借鉴…… 1931
[施元红] 数字经济时代国际航运反垄断法律规制完善研究…… 1937
[杨　超] 守正与革新:《海商法》承运人火灾免责的理解与展望…… 1948
[张佳荣] 我国《海商法》航次租船合同的性质问题研究…… 1959
[马忠法、李明威] 论构建气候技术知识产权共享的联合研发机制…… 1979
[郑文龙] 全球治理语境下可持续发展中的技术转让法律问题…… 1995

特　稿

中国国际经济法学会简介

中国国际经济法学会（Chinese Society of International Economic Law, CSIEL，简称“学会”）创建于1984年“庐山国际经济法讲习班”，是经中华人民共和国民政部登记的全国性学术团体。学会的业务主管单位先后为国家教委/教育部（1994—2005）和司法部（2006—）。

学会宗旨：团结全国从事国际经济法教学研究和实务工作的人员，积极开展国际经济法学术活动，促进国际经济法学科的发展，为我国对外经济交往和社会主义现代化建设事业服务。

学会组织机构：学会会员主要包括高等学校和研究机构教学研究人员、律师、经贸企业法律顾问及政府相关部门代表等。学会的权力机构为会员代表大会，决定学会的一切重大问题。学会理事会和常务理事会负责执行会员代表大会决议和组织学术活动。学会秘书处负责学会日常事务工作，先后设于江西大学（1984—1987）、武汉大学（1987—1993）和厦门大学（1993—）。学会创会会长（1984—1993）为姚梅镇教授，第二、三、四届会长（1993—2011）为陈安教授，第五、六、七届会长（2011—）为曾华群教授。

学会的主要活动包括：（1）举办学术年会和全国性、国际性专题学术研讨会。1992年以来，“中国国际经济法学术研讨会”形成年会制度。历届研讨会由学会与各法学院校等联合举办，与会代表来自全国各高等院校、研究机构、政府主管部门和经贸法律实务部门。研讨会注重邀请商务部（原对外贸易经济合作部）条约法律司等政府主管部门的领导作专题报告，介绍我国对外经贸交往中面临的重大法律问题，以利学者紧密联系实际开展研究，为国家出谋献策。（2）参与主办全国性国际经济法学术刊物《国际经济法学刊》（陈安主编），以文会友，积极组织和开展国际经济法学术交流活动。（3）秉持“知识报国”的理念，勉力为政府有关部门和实务部门提供专业咨询意见，争取成为我国国际经济法领域的民间智库。（4）积极开展与高等学校、研究机构、政府有关部门、实务部门及海内外相关学术团体的学术交流与合作。与世界银行集团成

员多边投资担保机构（MIGA）、解决投资争端国际中心（ICSID）、韩国国际经济法学会等国际组织、学术团体建立了较密切的学术交流关系。

陈安教授是中国国际经济法学会的创建人之一。在1984年庐山国际经济法讲习班讲学期间，与上海社会科学院周子亚教授、武汉大学姚梅镇教授等发起创立了国际经济法研究会（即中国国际经济法学会的前身）。1993-2011年，陈安教授连选连任中国国际经济法学会会长，团结全国学界和实务界同仁，积极开展国际经济法领域的国内外学术交流，逐渐形成和确立了“以文会友，以友辅仁，知识报国，兼济天下”的学会宗旨和共识。

1984 年庐山“国际经济法讲习班”回顾

1984 年庐山“国际经济法讲习班”与“国际经济法研究会”（中国国际经济法学会前身）的创建

1984 年 5 月 8 日至 6 月 5 日，由上海社会科学院法学所、武汉大学法律系、厦门大学法律系、南开大学经济研究所、安徽大学法律系、中山大学法律系和江西大学法律系共同发起，在庐山举办了全国性的“国际经济法讲习班”。讲习班聘请周子亚、姚梅镇、陈安、高尔森、朱学山、江振良、盛愉、卢绳祖、董世忠、方之寅等国内知名国际经济法学者作专题讲座，全国 53 个单位 90 多名代表参加。

5 月 27 日，与会人员一致倡议成立“国际经济法研究会”，并通过了《国际经济法研究会章程》。经反复协商，选举产生了国际经济法研究会理事会。研究会聘请周子亚教授为顾问。姚梅镇教授当选为会长。李庆轩、夏焕瑶先生当选为副会长。陈安、董世忠、高尔森、盛愉教授为常务理事。王国良老师为总干事。研究会会址设于江西大学法律系。



1984 年“庐山国际经济法讲习班”结业留影

本留影中第一排左第六人起依次为卢绳祖教授、高尔森教授、姚梅镇教授、江西大学法律系李书记、周子亚教授暨夫人、朱学山教授暨夫人、陈安教授。此帧留影由当年该讲习班青年学员张菊辉珍藏多年，并提供给本学会。谨此致谢。

国际经济法讲习班

江西庐山

（一九八四年五月—六月）

一、《讲习班》领导小组成员及讲课人员名单

周子亚	上海社会科学院法学所
姚梅镇	武汉大学法律系
李庆轩	江西大学法律系
陈　安	厦门大学法律系
高尔森	南开大学经济研究所
朱学山	安徽大学法律系
江振良	中山大学法律系
盛　愉（女）	中国社会科学院法学所
卢绳祖	上海社会科学院法学所
董世忠	复旦大学法律系
方之寅	华东政法学院
王国良	江西大学法律系

二、《讲习班》学员分组名单

第一组

夏焕瑶（召集人）	上海市闵行虹桥开发公司
罗元良（召集人）	安徽大学法律系
吴报定	安徽大学法律系
施文正	内蒙古大学法律系
丁启明	辽宁大学法律系
端木文	山东大学法律系
杨经一	四川大学法律系

（1）

丘鸿勋	福建外贸学校进出口业务教研室
文生治	海南大学法律系
涂伟良	杭州大学法律系
李永嘉	湘潭大学法律系
廖振统	广西大学法律系

第二组

陈里程（召集人）	厦门大学法律系
韩传华（召集人）	厦门大学法律系
曾华君	厦门大学法律系
潘志恒	厦门大学法律系
李新圆	厦门大学法律系
陈大华	厦门大学法律系
秦向明	厦门大学法律系
付　宁（女）	厦门大学法律系
陆志芳	北京外贸学院外经系
王爱平（女）	中国人民保险公司江西分公司
王传丽（女）	武汉大学法律系

第三组

董既明（召集人）	湖北省国际信托投资公司
王洪伟（召集人）	九江海关
胡　泽	九江海关
张晓东	湖北财经学院法律系

汤学斌	江西财经学院马列教研室
黎拯民	江西省公安学校法律教研室
赵　康	山西大学法律系
王跃先	东北林学院林业经济系
李红梅（女）	江西财经学院马列教研室
赵少群（女）	贵州大学法律系

第四组

杭天恩（召集人）	广东省政法干部学院民法教研室
杨小平（召集人）	复旦大学法律系
张大年	复旦大学法律系
夏耀远	复旦大学法律系
辛建华	福州海关旅检科
钟秉章	汕头经济特区律师事务所
杨　础	广州外贸学院外贸经济系
吴瑞利	汕头大学法律系
张鹤群（女）	南京大学法律系
顾经仪（女）	上海社会科学院法学所

第五组

姚志育（召集人）	华侨大学法律教研室
康玉珠	华侨大学法律教研室
雅宏量	上海海运学院远洋系
张　强	南开大学经济研究所
李新中	南开大学经济研究所

韩汉卿		西北政法学院
李兆宋		西北政法学院
程　远（女）	（召集人）	西北政法学院
陈　萍（女）		黑龙江大学法律系
马晓玲（女）		清华大学法律系

第六组

杨树明（召集人）	西南政法学院国际法教研室
陆敬东	西南政法学院国际法教研室
袁成第	西南政法学院国际法教研室
秦　清	上海外贸学院国际经济法教研室
赵　鸣	上海外贸学院专修部
陈剑平（召集人）	上海大学文学院法律系
王　杰	厦门集美航海专科学校驾驶系
李立权	安徽省委党校科社室
张菊萍（女）	深圳大学法律系
沈木珠（女）	深圳大学法律系

第七组

秦伟兴（召集人）	上海对外经济技术合作公司
贾永德	江苏省社会科学院
王惠钧	苏州大学法律系
谢增福	郑州大学法律系
连春城	吉林大学法律系
赵连速	吉林省政法干部学院

温学林	新疆政法干部学院
韩家骅	新疆政法干部学院

三、《讲习班》办公室工作人员名单

王国良	江西大学法律系
廖　凡	江西大学法律系
潘光祖	江西大学法律系
章建中	江西大学法律系
李　怡	江西大学法律系
祖　明	江西大学法律系
刘春萍（女）	江西大学法律系
宋建新（女）	江西大学法律系

简　　报

第1期

1984年5月28日　　国际经济法研究会编

国际经济法研究会成立

为促进我国对外经济合作与交往，促进国际经济法学的普及与提高，5月27日下午，全国53个单位90余名同志在《国际经济法讲习班》举办期间（该讲习班由武汉大学法律系、江西大学法律系等七个单位联合发起，于5月8日至6月5日在江西庐山举办），一致倡议成立国际经济法研究会，并通过了国际经济法研究会章程。经反复协商，选举产生了国际经济法研究会理事会。（章程及理事会成员名单附后）

5月27日晚，理事会在庐山宾馆召开第一次全体会议，通过了以下决议：

1、选举姚梅镇为会长。委托李庆轩前往武汉大学法律系联系，以取得武汉大学法律系的支持和同意。

2、选举李庆轩、夏尚瑶为副会长。

3、选举陈安、曹世忠、高尔森、盛愉（女）为常务理事。

4、聘请周子亚为顾问，经常性指导本研究会的工作并参加常务理事会。其他顾问由理事会另行聘请。

5、选举王国良为总干事，列席常务理事会，负责处理日常工作。为方便开展工作，由王传丽、连春城、顾经仪、陈理性、张菊辉任干事。

6、本研究会会址暂设江西大学法律系。

会议还研究了今后的工作，主要有：

1、

1、整理并汇编《国际经济法讲习班》上讲课人员的讲稿，编印成册。

2、争取每年举办一次国际经济法的学术交流活动。

3、不定期地出版《国际经济法论文集》，发表本研究会会员的研究成果。

4、做好本研究会的会员发展工作。

国际经济法研究会理事会成员名单

顾问：周子亚

会长：姚梅镇

副会长：李庆轩、夏炎瑶

常务理事（以姓氏笔划为序）：

陈安、 董世忠、 高尔录、 孟翰（女）

理事 （以姓氏笔划为序）：

丁启明、 王国良、 卢纯祉、 朱学山、 江振良、

陆志方、 何其章、 施文正、 祝天佐、 袁文第、

贾泰德、 端木文、 西北地区暂缺一名。

总干事：王国良（兼）

国际经济法研究会章程

第一条：本研究会是研究国际经济法的群众性学术团体。

第二条：本研究会的宗旨是：在党的领导下，团结广大从事国际经济法专业研究、教学及实际工作的人员，坚持四项基本原则，发扬实事求是，理论联系实际的优良作风，积极开展国际经济法的研究活动，促进和发展我国对外经济交往，为我国社会主义现代化建设作出贡献。

第三条：本研究会的主要工作：

1、组织各种类型的学术活动，促进国际经济法学的普及和提高。

2、组织科研和教学工作的经验交流。

3、对有关部门委托的科研任务和协作项目，提供咨询服务。

4、编印与交流有关国际经济法的书刊和资料。

第四条：会员

凡从事国际经济法科研和教学及实际工作的人员，赞成本研究会的宗旨，由本人申请、交纳会费、经理事会同意，均可加入本研究会成为会员。

第五条：会员的权利和义务

1、积极参加本研究会的活动，关心本研究会的工作。

2、向本研究会提交学术论文和研究成果，并承担本研究会委托的任务。

3、优先取得本研究会有关学术交流的书刊和资料。

第六条：组织机构及活动

1、本研究会每一至两年举行学术活动一次。

2、本研究会的领导机构为理事会。理事会设会长、副会长、常务理事、理事、总干事。常务理事主持日常工作。理事会

任期一至两年，连选得连任。理事会由会员协商或选举产生。会长、副会长、常务理事由理事会协商或选举产生。

3、理事会得聘请顾问若干人，指导本研究会的工作。

4、理事会可根据需要设立若干办事机构，办理日常事务。

第七条：本研究会经费来源为会员会费、有关单位赞助、举办讲座和出版书刊等项收入。

第八条：本章程经会员提议、理事会审议可加以修改。

第九条：本研究会会址暂设在江西大学法律系。

《国际经济法讲习班》于1984年5月8日至6月5日在江西庐山举办，为期二十九天。5月6日至5月7日为报到日期。

由于讲习班邀请讲课人员及教学内容都有所增加，经讲习班领导小组研究决定，讲习班学费定为120元。

学员在庐山学习期间，讲习班没有给予伙食补贴。

学员往返旅费、学费、住宿费、旅差费等均各自回原单位按有关规定报销。

特此证明，并致

敬礼！

《讲习班》各发起单位

武汉大学法律系

南开大学经济研究所

上海社会科学院法学所

厦门大学法律系

安徽大学法律系

中山大学法律系

江西大学法律系

一九八四年六月三日

《国际经济法讲习班》日程安排

1984年，庐山

月	日	上午（8：00—11：00）	下午（2：15—5：15）
5	8	开学典礼 周子亚：《一般国际法与国际经济法》	分组讨论
5	9	高尔森：《国际税法》（一）	
5	10	周子亚：《中外合资企业法及其实施条例的分析研究》（一）	
5	11	高尔森：《国际税法》（二）	
5	12	高尔森：《国际税法》（三）	
5	13	王国良：《产品责任法》（一）	周子亚：《中外合资企业法及其实施条例的分析研究》（二）
5	14	高尔森：《国际税法》（四）	王国良：《产品责任法》（二）
5	15	周子亚：《司法豁免及其最新发展》	
5	16	高尔森：《国际税法》（五）	
5	17	周子亚：《国际法与技术转让》	
5	18	高尔森：《国际税法》（六）	朱学山：《国际技术转让的国内立法》（一）
5	19	朱学山：《国际技术转让的国内立法》（二）	卢纯祖：《商事仲裁》（一）
5	20	姚梅镇：《国际经济法概论》	卢纯祖：《商事仲裁》（二）
5	21	晶　愉：《国际货币法》（一）	晶　愉：《国际货币法》（二）
5	22	晶　愉：《国际货币法》（三）	姚梅镇：《国际投资的法律保护》（一）
5	23	姚梅镇：《国际投资的法律保护》（二）	朱学山：《国际经济援助法》
5	24	姚梅镇：《国际投资的法律保护》（三）	陈　安：《美国对海外美资的法律保护》（一）
5	25	姚梅镇：《外资立法的比较研究》（一）	陈　安：《美国对海外美资的法律保护》（二）

5	26	姚梅镇：《外资立法的比较研究》（二）	陈　安：《美国对海外美资的法律保护》（三）
5	27	姚梅镇：《外资立法的比较研究》（三）	陈　安：《美国对海外美资的法律保护》（四）
5	28	姚梅镇：《外资立法的比较研究》（四）	
5	29	分组讨论	
5	30	方之贵：《涉外合同的法律适用问题》（一）	
5	31	方之贵：《涉外合同的法律适用问题》（二）	
6	1	休息、游览	
6	2	江振良：《经济特区立法问题》（一）	
6	3	江振良：《经济特区立法问题》（二）	
6	4	查世忠：《关于国际商品贸易的法律制度》（一）	查世忠：《关于国际商品贸易的法律制度》（二）
6	5	查世忠：《关于国际商品贸易的法律制度》（三）	查世忠：《关于国际商品贸易的法律制度》（四）

砥砺同行 玉汝于成

——中国国际经济法学会创建 40 周年纪实感言

曾华群*

目次

一、创业维艰道阻且长

（一）“第一期国际经济法讲习班”与创会盛举

（二）学会宗旨与共识

（三）学会的组织建设

二、学术报国勉力奉献

（一）组织学术交流活动

（二）创办《国际经济法学刊》

（三）提供专业研究咨询服务

（四）助力培养国际经济法人才

三、优良传统赓续发扬

（一）不忘初心，勇担重任

（二）专注学术，知识报国

（三）五湖四海，团结奋斗

（四）开拓创新，走向国际

（五）奖掖后学，持续发展

四、结语

* 厦门大学国际经济法研究所教授，中国国际经济法学会会长。

1978 年以来，应改革开放之运，我国国际经济法学蓬勃兴起，迅速发展。我国国际经济法领域的学术性社会团体“中国国际经济法学会”（简称“学会”），不觉已届“不惑”之年。40 年来，有缘与学会前辈老师和广大会员秉持学术报国初心，筚路蓝缕，砥砺同行，玉成今日之学会，实乃学术生涯一大幸事，更是一份责无旁贷的使命担当。往事历历，思绪茫茫，谨纪其要以励志共勉。

一、创业维艰道阻且长

学会的创建史、宗旨与共识、组织建设颇具特色，影响深远。

（一）“第一期国际经济法讲习班”与创会盛举

1984 年 5 月 8 日至 6 月 5 日，经武汉大学法律系、南开大学经济研究所、上海社会科学院法学研究所、厦门大学法律系、安徽大学法律系、中山大学法律系和江西大学法律系发起组织，在庐山举办了“第一期国际经济法讲习班”，来自全国 53 个单位的 90 多名代表参加。我当时是厦门大学法律系国际法专业 81 级研究生，和我系 7 位老师、同学有幸成为讲习班学员。[1]

讲习班上，由我国较早研究国际经济法的学者周子亚、姚梅镇、陈安、董世忠、高尔森、朱学山、盛愉、卢绳祖、方之寅、江振良和王国良老师等作学术讲座。讲题涉及国际经济法各主要分支和重要专题，分别是周子亚老师讲授的“一般国际法与国际经济法”、“中外合资企业法及其实施条例的分析研究”、“司法豁免及其最近发展”和“国际法与技术转让”，姚梅镇老师讲授的“国际经济法概论”、“国际投资的法律保护”和“外资立法的比较研究”，[2]陈安老师讲授的“美国对海外美资的法律保护”，董世忠老师讲授的“关于国际商品贸易的法律制度”，高尔森老师讲授的“国际税法”，朱学山老师讲授的“国际经济援助法”和“国际技术转让的国内立法”，盛愉老师讲授的“国际货币法”，卢绳祖老师讲授的“商事仲裁”，方之寅老师讲授的“涉外合同的法律适用问题”，江振良老师讲授的“经济特区立法问题”，王国良老师讲授的“产品责任法”等。讲习班“群贤毕至，少长咸集”，任课教师中最年长是周子亚老师，最年轻是方之寅老师，学员大多是青年教师和

[1] 厦门大学法律系参加“第一期国际经济法讲习班”的学员有陈里程老师和曾华群、傅宁、秦向明、韩传华、潘志恒、李新团、陈大华同学。据国际经济法讲习班“学员分组名单”，该文档（油印本）现存于中国国际经济法学会秘书处。

[2] 关于姚梅镇老师在庐山“第一期国际经济法讲习班”讲学的回忆，参见曾华群：《姚梅镇老师三会之缘》，载余劲松、许前飞主编：《姚梅镇先生百年诞辰纪念文集》，武汉大学出版社 2014 年版，第 38~42 页。

研究生。讲习班学术研讨交流气氛热烈，实际上也是我国国际经济法学界的第一次学术盛会。

讲习班上，代表们倡议筹建全国性国际经济法学术团体。5 月 27 日，讲习班学者、学员倡议和一致通过成立“国际经济法研究会”（简称“研究会”），并通过了《国际经济法研究会章程》。经充分协商，选举产生了研究会理事会。武汉大学姚梅镇教授当选为会长，李庆轩、夏焕瑶老师为副会长，陈安、董世忠、高尔森、盛愉教授为常务理事。研究会聘请周子亚教授为顾问，王国良老师担任干事长。研究会秘书处设于江西大学。[3]

创业维艰，时不我待。成立全国性国际经济法学术团体，是姚梅镇、周子亚、陈安、董世忠、高尔森、盛愉教授等老一辈国际经济法学者对创建和发展中国特色国际经济法学的历史性贡献，就世界范围而言，更是国际经济法学界的一大创举。[4]

全国性国际经济法学习和研究热潮的兴起、庐山“第一期国际经济法讲习班”的举办和全国性国际经济法学术团体的成立，标志中国特色国际经济法学的初步创立。[5]

（二）学会宗旨与共识

《国际经济法研究会章程》（1984 年版）第 2 条规定：“本研究会的宗旨是：在党的领导下，团结广大从事国际经济法专业研究、教学及实际工作的人员，坚持四项基本原则，发扬实事求是、理论联系实际的优良作风，积极开展国际经济法的研究活动，促进和发展我国对外经济交往，为我国社会主义现代化建设作出贡献。”[6]

《中国国际经济法学会章程》（2006 年版）第 3 条规定：“本会的宗旨：遵守宪法、法律、法规和政策，遵守社会道德风尚，坚持‘一个中心、两个基本点’的基本路线，团结广大从事国际经济法理论研究、教学和实际工作的同志，积极开展国际经济法的学术活动，促进国际经济法学科的发展，为推动我国对外经济

[3] 国际经济法研究会编：《简报》第 1 期，1984 年 5 月 28 日。该文档（油印本）现存于中国国际经济法学会秘书处。
[4] 当时，即使在较早开展国际经济法研究的西方发达国家，也尚未成立国际经济法领域的全国性学术团体。
[5] 关于中国国际经济法学的创立和早期发展，参见曾华群：《论国际经济法学的发展》，载《国际经济法论丛》第 2 卷，法律出版社 1999 年版，第 13~19 页。
[6] 《国际经济法研究会章程》，载国际经济法研究会编：《简报》第 1 期，1984 年 5 月 28 日。该文档（油印本）现存于中国国际经济法学会秘书处。

交往和社会主义现代化建设服务。”[7]

可见，学会宗旨的要义是，“坚持正确的政治方向，促进国际经济法学科的发展，服务于改革开放实践”，这也是学会广大会员学术报国的初心。努力践行学会宗旨，学会广大会员逐渐形成和确立了“以文会友，以友辅仁，知识报国，兼济天下”的共识。[8]显然，“以文会友，以友辅仁”是学会同仁学术交流的意义，“知识报国，兼济天下”则是学会同仁学术报国初心的升华。

2019 年 10 月 25-27 日，正值纪念“五四”运动 100 周年和庆祝中华人民共和国成立 70 周年之际，在革命圣地西柏坡，中国国际经济法学会隆重召开了第 30 届中国国际经济法学术研讨会暨第七届会员代表大会。与会全体会员追忆历史，感悟当下，展望未来，深入研讨大会主题“中国特色国际经济法学的使命担当和创新发展”，一致通过了《关于“中国特色国际经济法学的使命担当和创新发展”的共识》（简称“西柏坡共识”），明确申明：“中国特色国际经济法学的使命是，站在中国和广大发展中国家立场，以马克思主义为指导思想，紧密联系中国和国际实践，坚持建立国际经济新秩序的目标，汲取国际社会长期积淀的国际经济法学精华，开拓创新，丰富和革新‘国际话语体系’，坚定维护和发展国际社会普遍认同的经济主权、公平互利、合作发展等国际经济法基本原则，为促进国际经济法实践的健康发展，为推动构建‘人类命运共同体’作出积极的学术贡献”。[9]

“西柏坡共识”以学会决议的庄重形式，明确申明了中国特色国际经济法学的使命担当，对我国国际经济法学的发展具有学术引领意义；同时，也明确了学会“服务于中国特色国际经济法学和中国国际经济法学者的使命担当”，对学会的发展目标和工作重心具有现实指导意义。

（三）学会的组织建设

1. 历史沿革

如前所述，1984 年 5 月 27 日，参加庐山“第一期国际经济法讲习班”的学者、学员发起成立“国际经济法研究会”（简称“研究会”），并通过了《国际经

---

[7] 《中国国际经济法学会章程》（2006 年版，登记于民政部），载 www. csiel. org，2024 年 8 月 21 日最后访问。

[8] 在 2008 年创建的中国国际经济法学会网站首页，以“以文会友，以友辅仁，知识报国，兼济天下”作为通栏标语，反映了学会这一共识的确立。参见 www. csiel. org，2024 年 9 月 17 日最后访问。

[9] 中国国际经济法学会：《关于“中国特色国际经济法学的使命担当和创新发展”的共识》（2019 年 10 月 27 日中国国际经济法学会第七届会员代表大会通过）。

济法研究会章程》，选举产生了研究会理事会。武汉大学姚梅镇教授当选为会长。研究会秘书处设于江西大学。

1987 年 10 月 14-18 日，在原国家教委的领导和支持下，“全国国际私法、国际经济法教学研讨会”在武汉大学召开，来自全国 30 多所高校和科研机构的 40 多名专家学者参加。[10]该会议进一步加强了研究会的组织建设，姚梅镇教授继续担任研究会会长。研究会秘书处设于武汉大学。

1993 年 11 月 17 日，研究会在珠海召开中国国际经济法学术研讨会暨研究会第二届会员代表大会，选举产生了研究会第二届理事会，并一致通过决议将研究会更名为“中国国际经济法学会”（简称“学会”）。厦门大学陈安教授当选为学会会长。学会秘书处设于厦门大学。1994 年，学会业务主管单位确定为国家教育委员会，挂靠单位为厦门大学。[11]

1999 年，学会根据《社会团体登记管理条例》规定，申请在民政部正式登记。2000 年，司法部发文接受学会提出的“由司法部作为业务主管部门”的申请。[12]学会依法向登记机关民政部提交登记申请，但因当时客观情势而未能及时获准。历时六年，不懈努力。陈安会长和我还争取进中南海向国务院有关部门作了专题汇报。2006 年，学会正式登记于民政部，成为全国性社会团体法人，业务主管单位为司法部。

应当指出，学会组织建设是学会广大会员践行学术报国宗旨和“西柏坡共识”的基本组织保障。事实表明，学会组织建设的每一进展都来之不易！学会作为全国性社会团体法人的法律地位，值得倍加珍惜和依法维护！

2. 组织机构

根据《中国国际经济法学会章程》（2006 年版）规定，凡从事国际经济法科学研究、教学和实际工作的人员，由本人申请并经学会同意，可成为学会会员；学会的最高权力机构为会员代表大会，决定学会的一切重大事项；学会理事会是会员代表大会的执行机构，在闭会期间领导学会开展日常工作，对会员代表大会负责；常务理事会负责执行会员代表大会和理事会通过的决议，并在会员代表大

[10] 参见卢松、叶俊英：《全国国际私法、国际经济法教学研讨会》，载《中国国际法年刊》（1988），法律出版社 1988 年版。
[11] 国家教育委员会：《关于同意成立中国国际经济法研究会的批复》（教办[15]号）（1994 年 3 月 24 日）。
[12] 司法部：《关于同意成立中国国际经济法学会的批复》（司发函[2000]093 号）（2000 年 4 月 16 日）。

会和理事会闭会期间行使学会章程所规定的职权，对理事会负责。[13]

学会理事和常务理事均是全国高校、科研机构和相关部门学有专长的国际经济法学术带头人或专家学者。学会创会会长（1984-1993）、武汉大学姚梅镇教授和第二、三、四届会长（1993-2011）厦门大学陈安教授，均为海内外享有学术盛誉的国际经济法学家。因缘际会，我连任学会第五、六、七届会长（2011--），适逢学会发展的特殊时期，与广大会员一起共克时艰，自强不息，为学会的学术活动和组织建设竭尽绵力。

学会秘书处负责学会日常事务工作。1984-1987 年设于江西大学。1987-1993 年设于武汉大学。自 1993 年 11 月以来，学会秘书处设于厦门大学，由厦门大学国际法学科具体承担学会秘书处工作。这既是我国国际经济法学界对厦门大学国际法学科的信任和支持，也是厦门大学国际法学科对中国特色国际经济法学事业发展的责任担当。[14]

二、学术报国勉力奉献

秉持学术报国初心，学会的主要工作包括组织学术交流活动、创办《国际经济法学刊》、提供专业研究咨询服务及助力培养国际经济法人才等。各项工作相辅相成，共同目标是创建国际经济法领域的学术交流平台和民间智库，促进我国国际经济法教学研究的发展，服务我国改革开放事业。

（一）组织学术交流活动

1. 全国性学术交流活动

1.1. 中国国际经济法学术研讨会

自 1987 年“全国国际私法、国际经济法教学研讨会”以来，研究会/学会主办的中国国际经济法学术研讨会迄今已举办 34 届，自 1992 年起形成学术年会制度，由各高等院校、科研机构及涉外经贸实务部门等申请承办。[15]在历届研讨会

---

[13] 《中国国际经济法学会章程》（2006 年版）第 7、14、17. 2、22 条。

[14] 长期以来，厦门大学国际经济法研究所和厦门大学陈安国际法学发展基金会对学会工作做出了重要奉献。

[15] 34 任东道主依次为武汉大学（1987）、大连海事学院（1989）、厦门大学和厦门市国际经济贸易学会（1992）、广东省对外经济贸易委员会（1993）、西南政法学院和重庆市对外经济贸易委员会（1994）、上海法学会、复旦大学、上海对外贸易学院、华东政法学院和上海大学（1995）、云南大学（1996）、杭州大学（1997）、深圳大学法学院和深圳市贸易服务中心（1998）、海南大学（1999）、对外经济贸易大学和中国国际经济贸易仲裁委员会（2000）、复旦大学（2001）、大连海事大学（2002）、甘肃政法学院（2003）、厦门大学（2004）、湖南师范大学（2005）、安徽财经大学（2006）、中国政法大学和广东省律师协会（2007）、南开大学（2008）、浙江工商大学（2009）、南京大学（2010）、厦门大学（2011）、华东政法大学（2012）、西安交通大学（2013）、武汉大学（2014）、云南大学（2015）、厦门大学（2016）、华南理工大学（2017）、

上，商务部、外交部条约法律司领导应邀莅临报告我国国际经济交往的最新法律实践和面临的重要法律问题。来自全国高校、科研机构及涉外经贸实务部门的专家学者聚集一堂，交流国际经济法学术研究成果，讨论我国国际经济法领域的重要理论和实践问题。研讨会已然成为我国国际经济法学界的重要学术交流平台，以文会友，切磋争鸣，蔚为风气。

学会紧密结合我国改革开放实践确定年会主题。例如，自 2013 年习近平主席提出“一带一路”倡议以来，学会 2013 年“西安年会”大会专题报告就涉及“丝绸之路经济带”议题。之后历届年会主题不断深化对“一带一路”的认识，不断凸显中国特色国际经济法理论和实践在“一带一路”国际合作中的重要作用。学会在 2015 年“昆明年会”提出的大会主题是“‘一带一路’战略背景下的中国国际经济法的新发展”，2017 年“广州年会”的大会主题是“‘一带一路’法律框架的构建与国际经济法的新发展”，2018 年“北京年会”的大会主题是“‘一带一路’法治建设与国际经济法的新发展”。2023 年“广州年会”的大会主题是“‘一带一路’倡议 10 周年与中国国际经济法的创新发展”。10 年来，“一带一路”四次作为学会年会主题，从“战略背景”“法律框架构建”“法治建设”到“10 周年总结”，不断推进和深化“一带一路”国际法治的研究和交流。

年会的举办是各东道主促进我国国际经济法学发展的重要奉献。各东道主历经会前申办、筹备（参与确定主题、议题、议程、编辑论文集等）、会议期间组织实施、提供服务及会后总结推广等一系列会务流程，倾心倾力为我国国际经济法学界提供最佳学术交流环境。实际上，每届年会的议程、论文集、会议简报及会议概述等都饱含东道主会务组和学会秘书处人员的匠心和辛劳。仅以年会议程为例。早期，年会议程需经报到日当晚召开的理事会会议审议通过，会后东道主会务组和学会秘书处根据理事会会议意见和实际参会报到情况，常为安排最佳方案而数易其稿，加班至深夜，甚至通宵达旦。

年会也是我国国际经济法学界的盛大节日，是来自全国各地的学界同行翘首以盼的一年一度大聚会。各东道主热情接待，精心设计，务求最佳议程安排。之前，年会议程通常在密集的研讨交流活动之余，安排会议举办地或周边的参访活动。无论是参访重庆（1994 年）、西安（2013 年）、西柏坡（2019 年）的“历

中国政法大学（2018）、河北经贸大学（2019）、上海对外贸易大学（2020）、大连海事大学（2021-2022）、广东外语外贸大学（2023）和厦门大学（2024）。

史纪念地”，还是领略海口（1999 年）的“天风海涛”、甘南草原（2003 年）的“哈达风情”，均意涵深刻丰富，且增进了同行学者间的融融文友情。往事悠悠。最难忘的画面是，“甘南草原行”途中，时年九十的学会顾问朱学山先生习练太极拳之行云流水。

1.2. 国际经济法专题研讨会

近 10 多年来，学会与商务部条约法律司联合举办国际经济法专题研讨会，成为政界与学界、实务界沟通、互动和合作的重要平台。

国际投资法向来是国际经济法的重点和热点研究领域。第一届国际投资法专题研讨会创办于 2007 年，是“中国国际投资贸易洽谈会”的分论坛之一，由学会与商务部条约法律司联合主办，厦门大学国际经济法研究所承办，定位为国际投资法领域的专家会议，是我国国际投资法专家的重要交流平台。适应改革开放新形势的需要，厦门不断发展，承担的使命和任务日趋重要，从经济特区、自由贸易试验区、“一带一路”节点城市到“金砖国家领导人峰会”举办城市，也义不容辞地成为国际投资法专题研讨会的长期东道主。历届国际投资法专题研讨会的主题切合时需，聚焦国际投资法实践的最新发展，广受重视。例如，2018 年研讨会主题为“‘投资者-国家间争端解决机制’（ISDS）的改革问题”，香港特别行政区政府国际法科官员也欣然应邀参会。2007-2024 年，国际投资法专题研讨会连续在厦门成功举办，已达 18 届。研讨会学术组织工作负责人先后为厦门大学徐崇利教授、陈辉萍教授和于湛旻博士。

第一届 WTO 法专题研讨会创办于 2010 年，由学会与商务部条约法律司联合举办，由南京大学法学院率先承办，定位为 WTO 法领域的专家会议，是我国 WTO 法专家的重要交流平台。例如，在 2012 年第三届 WTO 法专题研讨会的六位报告人中，张玉卿前司长和冯雪薇律师具有长期在我国商务部和 WTO 工作的丰富经验，还有三位参与办理涉华 WTO 案件的专职律师，一位长期研究 WTO 法的教授。在评议人中，有两位政府官员，18 位教授。在参会者中，我国政府选派的 WTO 专家组成员有八位，充分反映了与会专家的专业级别和水平之高。这一典型的政、产、学“三结合”的 WTO 法高端论坛，殊为不易！2010-2019 年，WTO 法专题研讨会相继在南京等地召开。[16]南京大学肖冰教授为首届 WTO 法专

[16] 10 任东道主依次为南京大学（2010）、厦门大学（2011）、华东政法大学（2012）、西安交通大学（2013）、武汉大学（2014）、云南大学（2015）、厦门大学（2016）、华南理工大学（2017）、中国政法大学（2018）、

题研讨会的创办奉献卓著。之后，历届会议学术组织工作的主要负责人为厦门大学房东副教授和陈喜峰副教授。

两个专题研讨会逐渐形成其鲜明特征：一是“三结合”的参与者。为了共同的“知识报国”目标，政、产、学各界专家学者积极参与，相互“给力”，互补共赢；二是研讨当下议题。重点关注和研讨国际投资法、WTO 法的最新发展和最新案例；三是取得实践性研讨成果。由“三结合”的参与者共同探讨当下议题，集思广益，建言献策，为我国国际经济法律实践提供了重要的对策性建议。

两个专题研讨会的重要启示是，在国际经济法专题研究中，表面上是实务性、技术性的问题，仍需要历史的考察和理论的探讨，特别是需要重视联系问题的产生原因、实质及时代背景；在探讨国际投资条约、WTO 法具体条款、具体制度的改革时，仍需要结合探讨结构性、体制性、全局性的改革问题。这样，才可望登高望远，有的放矢，深化研究，提出符合各国共同利益、为国际社会普遍认同的改革建议。

2. 国际性学术交流活动

2.1. 与国际组织的交流活动

学会与联合国贸易和发展会议（UNCTAD）、经济合作与发展组织（OECD）、世界贸易组织（WTO）、多边投资担保机构（MIGA）、解决投资争端国际中心（ICSID）等国际组织长期保持较密切的学术联系。MIGA 时任总法律顾问劳伦.S. 威森费尔德（Lorin S. Weisenfeld）先生曾多次访问厦门大学，与陈安会长等学会同仁交流密切，还应邀撰写题为《多边投资担保机构的十五年发展历程》的长篇论文首发于《国际经济法学刊》，其中特别评析了 MIGA 在中国的活动。[17]2002 年 10 月，陈安会长、廖益新教授和我在参加美国乔治城大学法律中心主办的“中华人民共和国加入世界贸易组织”研讨会（Symposium on PRC’s Accession to WTO）之后访问 ICSID，与 ICSID 时任秘书长就该机构的现状和未来发展进行了交流探讨。

学会负责人和专家学者还应邀参加国际组织举办的国际学术研讨会。例如，陈安会长和我先后应邀参加 UNCTAD、OECD、ICSID 联合主办的第一、二届国

河北经贸大学（2019）。

[17] 参见劳伦. S. 威森费尔德著，徐崇利译：《多边投资担保机构的十五年发展历程》，载《国际经济法学刊》第 9 卷，北京大学出版社 2004 年版，第 194~255 页。

际投资条约研讨会（2005，2010）等，并作大会报告。[18]

2.2. 中韩国际经济法学术研讨会

在国际学术交流方面，由于特殊历史渊源，学会与韩国国际经济法学界之间的交流尤为突出。早在 1988 年，陈安教授、董世忠教授和王贵国教授曾应邀访问韩国，与韩国同行探讨中韩经济交流的法律问题。这在当时的政治环境下殊为不易。2004 年，韩国国际经济法学会会长朴鲁馨（Nohyoung Park）教授应邀亲临厦门参加中国国际经济法学术研讨会，揭开了两国学会交流的历史新页。迄今，两国学会轮流在韩国首尔和中国天津、厦门、杭州联合举办了 10 届中韩国际经济法学术研讨会。[19]历届研讨会重点研讨中韩经济贸易关系、特别是中韩自由贸易区的法律和实践问题等，取得了显著的学术交流成果，受到双方政府主管部门的重视和肯定。2005 年首届中韩学术研讨会期间，韩方还精心安排我们参访朝鲜半岛“三八线”，身临其境追昔抚今，感触颇深。浙江大学马光教授和厦门大学陈辉萍教授是中韩学术研讨会的主要组织者，作出了重要奉献。两国学会的交流互动增进了两国国际经济法学者相互间的了解和友情，也为学会将来与外国学术团体、机构进一步开展学术合作交流提供了宝贵的经验。

2.3. “当代中国与国际经济法”英文系列专著项目

近 20 年来，适应国际经济法学科本身“国际化”的特点，我国国际经济法研究的重要发展之一是加强了国际学术交流。我国国际经济法学者积极在国际性专业出版社和学术期刊出版学术专著和发表学术论文，渐成风气，显示了我国国际经济法学者参与“国际对话”“国际争鸣”能力的明显提升。2015 年以来，由陈安教授主编、施普林格出版集团（Springer Publishing Group）出版的“当代中国与国际经济法”（Modern China & International Economic Law）英文系列专著项目适时启动和推进，具有重要而深远的意义。学会作为合作和支持机构，积极支持该项目的实施。[20]该项目作者群体紧密联系中国实际，分工协作，发挥专长，撰写创新性英文系列专著，由施普林格出版集团出版，进入国际出版发行和传播的传统主流渠道。假以时日，该系列专著必将蔚为大观，为弘扬中华法学学术、增强中

[18] See Zeng Huaqun, “Balance, Sustainable Development, and Integration: Innovative Path for BIT Practice”, 17 (2) *Journal of International Economic Law* (2014).

[19] 10 届中韩国际学术研讨会分别在韩国首尔（2005，2010，2013，2017，2023）和中国天津（2008）、厦门（2011，2015）、杭州（2019）及线上（2021）召开。

[20] 参见中国国际经济法学会秘书处：《适时推进“当代中国与国际经济法”英文系列专著项目》，载《国际经济法学刊》2020 年第 4 期，第 152~153 页。

国特色国际经济法学的国际学术影响力做出重要贡献。[21]

（二）创办《国际经济法学刊》

1998 年创办的《国际经济法学刊》（集刊）（原名《国际经济法论丛》，简称《学刊》），由陈安教授担任主编，中国国际经济法学会组织编辑委员会，厦门大学国际经济法研究所作为编辑部所在单位，先后由法律出版社和北京大学出版社出版发行。初期每年一卷一册，自 2005 年起每年一卷四期。与创建全国性国际经济法学术团体相类，我国国际经济法学者当年创办国际经济法领域的专门学术刊物，也是富有远见之举，在国际上居于领先地位。[22]

《学刊》创办以来，始终践行学会宗旨，立足我国改革开放与建立社会主义市场经济体制的实践，借鉴国外先进立法经验和最新研究成果，深入研究国际经济关系各领域的重要法律问题，积极开展国内外学术交流，推动我国国际经济法教学研究的发展，并为我国国际经济法实践提供法理依据或实务参考。春风化雨，润物无声。《学刊》每卷每期每篇佳作，均凝聚着作者、编者的心血和智慧。在海内外学界同仁和各界人士的热情关心、倾心支持和通力合作下，《学刊》逐渐赢得学术声誉，跻身学术之林，成为国际经济法领域学术交流互动的重要平台。2005 年，经南京大学中国社会科学研究评价中心主持的“中文社会科学引文索引数据库”（CSSCI）指导委员会组织专家遴选，《学刊》成为 CSSCI 首批收录的来源集刊之一（法学类共 5 种），并在之后两年一度的历次 CSSCI 遴选中持续入选。这是学术界对《学刊》学术成就的连续认同，更是国际经济法学界广大同仁长期不懈努力的成果。1998-2016 年间，《学刊》编辑出版总计 57 期。2017 年，《学刊》“二十而冠”，国家新闻出版广电总局批准授予其国家级期刊号，表达了国家对《学刊》的充分肯定和殷切期许。2018 年以来，《学刊》实现了由“集刊”到“期刊”（季刊）的成功转型，是质的重大飞跃。《学刊》承载发展和繁荣中国特色国际经济法学的重任，是中国国际经济法学者勇于担当、精耕细作的学术园地，也是中国国际经济法学者与各国同行交流互鉴、平等对话的学术平台。

---

[21] 关于“当代中国与国际经济法”英文系列专著项目的相关报道和成果介绍，参见中国国际经济法学会组编：《〈中国的呐喊〉之学术影响》，中国商务出版社 2023 年版，第 320~393 页；《“当代中国与国际经济法”英文专著系列项目成果斐然》，载于《中国社会科学网》2024 年 5 月 9 日，https://www.cssn.cn/gjgc/gjgc_gcld/202405/t20240509_5750133.shtml，2024 年 5 月 12 日最后访问。

[22] 美国是最早开展国际经济法研究的国家之一，由美国著名国际经济法学家杰克逊（John H. Jackson）教授长期担任主编、牛津大学出版社出版的 Journal of International Economic Law（《国际经济法学刊》）也是创办于 1998 年，现已成为享誉学界的国际经济法领域权威学术期刊之一。

《学刊》必将坚持“百花齐放，百家争鸣”方针，必将增强“道路自信、理论自信、制度自信、文化自信”，为国际经济法领域的学术研究、交流和合作做出应有的重要贡献。

《学刊》的作者群，主要是我国国际经济法学界、实务界的专家学者，也有国际组织的国际法权威，[23]从一个侧面反映了海内外国际法学界对《学刊》的重视、认同和支持。

（三）提供专业研究咨询服务

秉持“知识报国”的理念，学会广大会员积极承担商务部、外交部、司法部等和地方政府部门、经贸企业的委托研究课题，提供专题咨询研究等专业服务。学会争取成为我国国际经济法领域的民间智库。

学会广大会员在从事国际经济法领域教学科研本职工作的同时，兼任专业职务，以学术专长服务于改革开放实践。在学会历任会长、副会长中，张月姣教授是WTO上诉机构前任主席（2018年荣获党中央、国务院授予的“改革先锋”称号），董世忠、张玉卿、朱榄叶、曾令良、韩立余教授等是我国政府遴选向WTO推荐的专家组成员，陈安、陈治东、张玉卿、余劲松、王传丽、曾华群、单文华、石静霞教授是我国政府遴选先后向ICSID指派的仲裁员或调解员。

近年来，学会受国家政府主管部门委托，作为国际经济法专家人选推荐机构，认真组织遴选推荐拟任国际经济组织专业职务（例如，ICSID仲裁员和调解员）的国际经济法专家人选。

（四）助力培养国际经济法人才

学会通过组织国际、国内学术研讨会，为莘莘学子创造别开生面的学习交流机会，促进了我国国际经济法教学的发展。一直以来，国际经济法教学是学会年会的重要议题之一。各高校教师在学会年会上交流教学经验和教学方法，展示教学成果。近年来，学会与商务部条约法律司联合举办的国际经济法专题研讨会，由于引入“参考最新研究成果”的遴选机制，有助于及时发现优秀青年专家，逐渐形成了可持续发展的国际投资法和WTO法专家团队。举办学会年会和国际经

[23] 例如，联合国国际法院前院长史久镛大法官、前院长优素福（Abdulqawi A. Yusuf）大法官、前副院长薛捍勤大法官，联合国国际法委员会委员黄惠康大使，WTO上诉机构前主席张月姣教授、前主席赵宏教授，“南方中心”（South Centre）前秘书长格索维奇（Bransilav Gosovic）博士，MIGA总法律顾问劳伦. S. 威森费尔德（Lorin S. Weisenfeld）先生等先后在《国际经济法学刊》发表论文。

济法专题研讨会的东道主，往往充分利用“近水楼台”时机，积极组织研究生、本科生参会或参与会务工作，以利扩大学术视野，增长专业学识和实践能力。

《学刊》是国际经济法学界的学术园地，也是培养和促进国际经济法人才成长的重要学术平台。《学刊》创办以来，稿源既有国际法、国际经济法领域大家的大作，更有青年学者的新作。《学刊》一、二审评阅人一视同仁，悉心评阅，提出认真中肯的审阅意见和修改建议，促进了青年作者研究水平和写作能力的提高。从《学刊》作者群的发展，亦可见青年作者的学术成长轨迹。

自 2008 年以来，学会通过一年一度的“中国国际经济法学会青年优秀论文”（简称“学会青年优秀论文”）评选活动，鼓励和促进青年学者专心致志，严谨治学。学会秘书处负责论文评审的组织、统计等事务性工作。基本评审程序是：（1）实行双向匿名评审，每篇参评论文由三名以上评审专家评阅、出具评审意见并就拟评奖项等级提出建议；（2）在年会召开期间，由学会会长、副会长组成的论文评审委员会研究确定获奖名单。在论文评审工作中，各位评审专家和论文评审委员会委员在百忙中认真评阅，特别是学会副会长朱榄叶教授、徐崇利教授先后作为论文评审委员会的总负责人，严格把关及统筹全局。学会的此项工作由何培华博士首倡且独力提供资助。2011 年厦门大学陈安国际法学发展基金会成立后，将此项工作列入其支持项目之一。钟兴国博士、赵德铭博士、林忠博士、张昕博士、傅明博士、蔡奕博士等对该基金会和厦门大学国际法学科建设作出了重要奉献。

作为学会秘书处所在单位，厦门大学国际法学科一直在努力，争取更好地为学会服务。事实上，学会的各项工作也促进了厦门大学国际法、国际经济法人才培养工作。2010 年，厦门大学法学院入选由 UNCTAD 主持遴选的国际投资法研究“领航法学院 15 强”（Pilot Project--the “G15 of law schools”）。2006、2011 年，厦门大学法学院辩论队在美国华盛顿特区举行的“Jessup 国际法模拟法庭辩论赛”中先后获得书状奖第一名（即 2006 The Hardy C. Dillard Award 和 2011 Best Respondent Memorial）。2020 年，厦门大学国际法专业博士生王一斐成功入选联合国国际法院 2021-2022 年法官助理项目。

三、优良传统赓续发扬

创业难，守成和发展更难。在一定意义上，学会的生命力在于其优良传统的形成、传承和发扬光大。经过 40 年来的创建和发展，学会逐渐形成其优良传统，亟需进一步研讨、总结和发扬光大。

（一）不忘初心，勇担重任

中国特色国际经济法学的核心要义是，以马克思主义为指导思想，站在中国和广大发展中国家的立场，坚持建立国际经济新秩序的目标，坚定维护和发展国际社会普遍认同的经济主权、公平互利和合作发展三大国际经济法基本原则，为促进国际经济法实践的健康发展，为推动构建“人类命运共同体”而作出积极的学术贡献。这当是中国国际经济法学区别于西方传统国际经济法学的最基本特色。[24]“西柏坡共识”明确申明，学会“服务于中国特色国际经济法学和中国国际经济法学者的使命担当”，即：努力践行学会宗旨，严格遵守法律法规和学会章程，团结全国高校、科研机构和相关部门广大国际经济法学者和实务工作者，专心致志，积极开展国际经济法领域的研究和交流；同时，与商务部、外交部等保持密切联系和合作，力争成为我国国际经济法领域的民间智库。这是学会的“初心使命”，也是学会广大会员的共同意愿和共同实践。

总体上，学会事务是全国性公共学术事务。在我国高校、科研机构现行体制下，学会事务一般未纳入相关单位“体制内”考核评估体系。学会各项事务，包括学会组织的学术交流活动的行政事务、《国际经济法学刊》编辑事务、学会秘书处事务等，一般未列入相关单位“体制内”考核评估范围。长期以来，学会广大会员甘当“义工”，勇挑重担，积极承担学会事务，体现了强烈的事业心、责任感、团队意识、服务意识和奉献精神。这是学会最可宝贵的优良传统，也是学会事业不断推进的决定性因素。

（二）专注学术，知识报国

学会创会会长姚梅镇教授和连选连任长期担任学会会长的陈安教授等老一辈学者，均为海内外享有学术盛誉的国际经济法学家，一向严谨治学，学术办会，奠定了学会“专注学术，知识报国”传统的基石。学会以“学术”为第一要务，以构建国际经济法领域的学术交流平台和民间智库为工作目标和重心。学会广大会员

[24] 参见曾华群：《论中国特色国际经济法学》，载《国际经济法学刊》2018 年第 1 期，第 1-16 页。

身体力行，兢兢业业，承担国际经济法领域的教学研究工作，为创建和发展中国特色国际经济法学作出了积极贡献。学会组织的学术交流活动、《国际经济法学刊》的编辑工作、“学会青年优秀论文”评选活动等，均体现了学会广大会员严守学术规范、严谨治学的优良学风。应当强调，“严守学术规范”是“专注学术，知识报国”的基本前提和题中应有之义。姚梅镇老师的自勉名言，即“正正当当做人，勤勤恳恳工作，认认真真读书，平平淡淡生活”，[25]是“专注学术，知识报国”的最佳诠释，值得学会广大会员深刻领悟和借鉴。

长期以来，学会与商务部、外交部条约法律司等政府主管部门建立了密切的学术联系，积极研究我国面临的重要国际经济法问题，力争成为国际经济法领域的民间智库。事实上，“专注学术，知识报国”已然成为学会广大会员的自觉行动和学会的优良传统。学会诸多专家学者由我国政府推荐或委派，在 WTO 和 ICSID 等重要国际经济组织担任专业职务。学会广大会员在各自岗位上，通过承担商务部、外交部研究课题和“挂职”等多种形式，深度参与我国国际经济法实践问题的研究，实现“知识报国”之志。

（三）五湖四海，团结奋斗

学会作为全国性国际经济法领域的学术团体，其生命力首先在于学术界和社会各界的普遍关心、认同、参与和奉献。

“五湖四海，团结奋斗”的涵义首先是，学会与政、产、学各界各方的团结一心和相互支持。在学会组织的各项学术活动中，均得到商务部、外交部和各级政府部门的亲切关心、悉心指导和鼎力支持，亦得到各高等院校、研究机构及实务部门的密切合作和全力协助。仅以学术研讨会为例，有 34 任东道主倾心倾力的奉献，才有学会 34 届全国性国际经济法学术研讨会的成功举行！

“五湖四海，团结奋斗”的进一步涵义是，学会是全国国际经济法学界和实务界广大会员的共同事业，志同道合，同舟共济，无高下之分，更无门户之见。学会是民间社会团体，白手起家，民主持家。学会全体会员是学会的主体，理事会全体成员是学会的“义工”，秘书处是学会全体会员和理事会全体成员的服务机构。

“众人拾柴火焰高”。学会在创建和发展过程中形成的“五湖四海，团结奋斗”的优良传统弥足珍贵，是学会的活力所在和精神源泉。

---

[25] 参见余劲松：“中国国际经济法学的奠基人—姚梅镇”，载姚梅镇：《姚梅镇文集》，武汉大学出版社 2010 年版，第 12 页。

（四）开拓创新，走向国际

中国特色国际经济法学是国际经济法的“中国特色话语”，是我国国际经济法学者长期共同努力的集体成果，也是国际经济法“国际话语体系”的重要组成部分之一。显然，在国际经济法领域，“中国特色话语”不能游离于“国际话语体系”之外，而是要融合于“国际话语体系”，坚持以批判性反对（critical rejection）和积极建设（positive construction）精神，[26]促进“国际话语体系”的改革创新。“中国特色话语”融入“国际话语体系”的具体工作，体现于“学贯中西”“走向国际”的学术论著，体现于“有理有据”“平等对话”的国际学术交流，包括在国际组织、国际性论坛、国际性学术期刊等发出“中国强音”，不仅要提出具有创新理念的“中国主张”，更要有经过充分论证、切实可行的“中国方案”。

长期以来，学会广大成员积极参与国际学术交流活动，包括参加国际性学术会议、在国际性专业期刊和出版社发表学术论著、与外国学术机构共建合作交流项目，如“当代中国与国际经济法”英文系列专著项目等，反映了学会“开拓创新，走向国际”的初步努力，是学会践行改革“国际话语体系”、发出国际经济法领域“中国强音”的必要前提和能力建设，也是学会发展中的优良传统。

（五）奖掖后学，持续发展

“铁打的营盘流水的兵”。学会是我国国际经济法领域的全国性学术交流平台，充分发挥平台作用，奖掖后学，促进国际经济法领域人才队伍的可持续发展，是学会的优良传统，更是学会的重要使命。

在我们“老三届”“知青”“77、78 级”学者（简称“同辈学者”）看来，学会创建 40 年来，我国国际经济法学界同行可大致分为老一辈学者、同辈学者和中青年学者三代学者。老一辈学者泛指“恢复高考”前的学者，同辈学者泛指“恢复高考”后的“40 后”“50 后”学者，中青年学者则指“60 后”—“00 后”学者。

老一辈学者以身作则，形成了学会“奖掖后学”的优良传统。1990 年 4 月，姚梅镇会长和国际法学泰斗韩德培教授一起，亲临厦门大学主持首届法学博士学位论文答辩会，堪称倡导“五湖四海”“奖掖后学”的典范！

---

[26] 有学者指出，1949 年新中国成立以来，对传统国际法的态度具有批判性反对（critical rejection）和积极建设（positive construction）的明显特征。一方面，我国坚决反对旨在维护殖民主义和帝国主义强权利益、损害绝大多数不发达国家和民族权益的传统国际法，主张列强强加于我国的一系列不平等条约无效；另一方面，我国于 1954 年提出了“和平共处五项原则”，为国际新秩序的创建和国际法的发展作出了积极贡献。See Xue Hanqin, *Chinese Contemporary Perspectives on International Law: History, Culture and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 57–69.

岁月如梭。同辈学者业已经历由学生到学者、由年轻学者到资深学者、由“后学”到“奖掖者”的转变，在长期负重前行之余，当下仍以不同方式发挥专长奉献社会。

在学会组织的学术交流活动中，一向重视发挥中青年学者的作用。学会年会一般以参会者提交的论文安排议程，即所有论文作者，包括博士生、硕士生作者均有发言交流的机会。学会组织的国际经济法专题研讨会，也特别注重遴选中青年专家。事实上，经过 10 多年的发展，在定位为国际经济法领域专家会议的国际投资法专题研讨会和 WTO 法专题研讨会上，中青年专家已成为主力军。在《学刊》作者群中，既有海内外国际经济法领域的资深专家学者，更有学有专长的后起之秀。《学刊》以“学术质量”为关键标准，发表了中青年学者、包括博士生和硕士生的优秀学术论文。“学会青年优秀论文”评选活动，更是鼓励和促进青年学者潜心治学的专项学术活动。

一代人有一代人的命运与机遇、理想与追求、使命与担当。中国特色国际经济法学的伟大事业亟需传承发展。老一辈学者曾亲历“三座大山”压迫下的旧社会，对国际经济法“国际话语体系”实质的认知尤为深刻。他们在国际经济法研究中阐发的“中国特色话语”反映其沧桑历练、关注焦点、观察视角、敏感程度及精神境界，很值得借鉴和领会。我们需要认真学习老一辈学者坚持马克思主义的指导地位，坚持中国和发展中国家的基本立场，坚持国际经济法基本原则的治学品格风范。这个“接力棒”需要一代接一代传下去。同辈学者大多经历了不同程度的社会实践磨炼，对家国天下和使命担当亦有一定的切身感悟。中青年学者适逢更好的时代和机遇，更具广阔的学术视野，相信定能志存高远，学习前辈学者的优秀治学品格风范，紧密联系中国和国际实践，汲取国际社会长期积淀的国际经济法学精华，促进中国特色国际经济法学的创新发展，为丰富和革新国际经济法“国际话语体系”而作出更加显著的“中国特色话语”贡献。

四、结语

事实表明，学会的创建发展与中国特色国际经济法学的创建发展密切联系，相辅相成。在这个意义上，学会创建发展史是中国特色国际经济法学创建发展史的重要组成部分之一。

在学会创建发展 40 周年之际，饮水思源，我们对我国国际经济法学科的奠基人、学会的创建人和各位先贤、前辈学者筚路蓝缕，艰苦创业充满敬意和感恩！满怀感恩的心，我们感谢长期关心、指导和支持学会工作的商务部、外交部条约法律司历任领导，特别是长期亲自参与学会领导工作，作出卓越奉献的张月姣司长和张玉卿司长！我们感谢长期关心、指导和支持学会工作的学会业务主管单位国家教育委员会、司法部和学会登记管理机关民政部！我们感谢长期关心、支持和协助学会工作的全国各高等院校、研究机构及实务部门，特别是为学会学术活动作出重要贡献的历任东道主！我们感谢长期以各种方式关心、支持和帮助学会工作的海内外相关机构和各界人士！我们感谢一直以来敬业奉献，砥砺同行的学会广大会员！由于大家的共同努力，成就了学会的今天。征途漫漫，我们永葆初心，自信自强，必将成就学会更美好的明天！

“一带一路”国际经济治理体系的形制：一种特殊的轮毂状基本法律架构

徐崇利

【内容摘要】“一带一路”国际经济治理体系生成的是一种特殊的轮毂状基本法律架构。西方学者用中国古代的朝贡制度和现时的权力支配逻辑对其加以政治化曲解。实际上，由“轮辐”“轮轴”及“轮框”组合而成的该轮毂状构造透射出的是，中国在构建人类命运共同体理念下通过共建“一带一路”对国际经济治理新模式的积极探索。这种轮毂状基本法律架构具有分中有统的特征，可以保证“一带一路”国际经济治理体系在形制上的散而不乱，切合“一带一路”倡议高效率启动阶段对“推进快“的需求。伴随着共建“一带一路”进入高质量发展期，其国际经济治理体系也不可能一成不变，主要表现为“统”的成分需要持续加大，从而为现阶段共建的“进展好“提供法治化水平更高的治理保障。

【关键词】“一带一路”；全球治理；法律架构；安排与机制；轮毂状

一、引论

共建“一带一路”是对“国际合作以及全球治理新模式的积极探索”，[①]形成的国际经济治理模式是一种特殊的形制，国内学界有其是区域主义还是多边主义之争，[②]说明难以做出简单的判断。二战之后，发达国家主导下创建的是以多边法律体制为基础的国际经济治理体系，诸如 GATT/WTO、国际货币基金组织和世界银行等，呈现的是发达国家“纲举目张”的多边网状结构。对于“一带一路”国际经济治理体系，一些西方学者认为，其采取的是“轮毂状”（hub and spokes）架构，即以中国为中心向沿线其他国家辐射形成的一种双边模式。然而，这些西方学者普遍采用政治化的视角看待“一带一路”国际经济治理模式的轮毂状架构，并以惯用的西方霸权思维对其加以解读，从中国历史渊源和国际政治现实两个维度，认定这是中国推行的一种权力支配战略。

作者简介：徐崇利，男，1966 年 2 月生，浙江平阳人，法学博士，厦门大学法学院国际法学教授。

① 国家发改委、外交部、商务部 2015 年 3 月 28 日联合发布的《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，第一部分（“时代背景”）。

② 李向阳：《“一带一路”：区域主义还是多边主义？》，《世界经济与政治》2018 年第 3 期，第 34-46 页。

在这些西方学者中，有的主张，“一带一路”国际经济治理体系采取的轮毂状架构，是以中国为中心、藩属国为周边、等级秩序严格的中国古代朝贡体系在现代的翻版，中国意在借此重建“天下秩序”。这种将当下中国提出共建“一带一路”倡议与复活早已消亡的朝贡制度相挂钩，显然牵强附会，不达时宜。即便像中国国内有学者认为的那样，“一带一路”的治理理念可溯源至中国古代的朝贡制度，[①]西方学者也是以西方称霸世界的现代国际政治逻辑代入中国古代的朝贡体系。事实上，贸易多元和文明魅力才是古代中国吸引东亚其他国家的关键，朝贡体系下中国与藩属国之间在政治上只存在低度控制和松弛等级的关系，对中国而言，确立的是一种被动防御为主的周边战略。[②]鉴此，这些西方学者过度渲染中国古代朝贡体系中所谓君臣从属关系，并以此来映射“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状架构，本身就是对古代朝贡制度的曲解。[③]

更多的西方学者则是以他们现时的国际政治逻辑解读“一带一路”国际经济治理体系采取的轮毂状架构。在西方国际关系研究中，轮毂状架构理论起源于霸权国对其他国家实行权力支配的一种战略。典型一例是，二战之后，美国在欧洲主导构建的是北约这样的多边集团式安全体制；而在东亚，美国“自上而下”，与日本、韩国、澳大利亚、新西兰等盟国之间建立的则是双边的轮毂状安全架构。因循这样的权力支配原理，这些西方学者将“一带一路”国际经济治理体系轮毂状架构看成是中国在战略上约束沿线国家的一种工具。一些受西方影响的发展中国家学者也担心，中国推行“一带一路”战略形成的国际经济治理体系轮毂状架构将导致沿线其他国家被边缘化，或迫使它们“围着中国转”。[④]中国已明确表明，“共建‘一带一路’不走剥削掠夺的殖民主义老路，不做凌驾于人的强买强卖，不搞‘中心－边缘’的依附体系，更不转嫁问题、以邻为壑、损人利己，目标是实现互利共赢、共同发展繁荣。”[⑤]可见，将西方安全领域的轮毂状权力支配理论套用到“一带一路”国际经济治理模式，从分析起点上就陷入一种张冠李戴的认知谬误。

法律安排是“一带一路”国际经济治理体系的基础性制度支撑。因此，“一带一路”国际经济治理体系的形制表现为一种基本法律架构。本文不反对使用轮毂状架构描述“一带一

[①] 陈伟光、王燕：《共建“一带一路”：基于关系治理与规则治理的分析框架》，《世界经济与政治》2016年第6期，第103页。

[②] 周方银：《中国的世界秩序理念与国际责任》，《国际经济评论》2011年第3期，第42页；王晓：《朝贡的名实与朝贡之外的东亚——分类框架、案例举隅与研究建议》，《国际政治科学》2017年第3期，第81-83、103页

[③] 李国强：《“一带一路”倡议绝非恢复历史上的朝贡关系》，《历史评论》2020 年第1期，第38-39页。

[④] 林民旺：《印度对“一带一路”的认知及中国的政策选择》，《世界经济与政治》2015年第5期，第52页；《王义桅：柬埔寨对“一带一路”的十大担心》，载 https://www.guancha.cn/WangYiWei/2015_12_24_345761.shtml

[⑤] 国务院新闻办公室2023年10月10日发布《共建“一带一路”：构建人类命运共同体的重大实践》白皮书，第二部分（“铺就共同发展繁荣之路”）之四（“愿景：造福世界的幸福路”）。

路”国际经济治理体系的形制，但同时又认为这种形制有别于西方学者的定性，其特殊性的要义在，对“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的研究，应该采取去政治化的视角，回归该基本法律框架内生于国际经济治理之本源。为此，首先需要对“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的特点做出准确界定，然后在此基础上客观解析该基本法律架构的性质，并以发展的眼光看待其演进的态势。这样的研究对于澄清西方学界对“一带一路”国际经济治理体系在性质上的曲解以及国内学界对其在技术层面的误解，具有重要的理论意义。

二、“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的特点

“一带一路”国际经济治理体系首先是一种法律制度构造。从广义上说，支撑“一带一路”国际经济治理体系的法律制度由两部分组成：一是非由中国发起、引领和推动创制的，但适用于中国与沿线其他国家之间关系的法律制度，诸如全球层面具有普适性的世贸组织、国际货币基金组织、世界银行体制等；二是在中国发起、引领和推动下创建的有关法律安排和机制，其服务于“一带一路”建设，并反映“一带一路”建设的特点，如亚投行体制等。与本文所指的“一带一路”国际经济治理体系相对应的乃是后一类专门的法律安排和机制，如扩及前一类普适的法律制度，就不足以体现“一带一路”倡议乃是变革全球治理体系的“中国方案”之特性。[①]

按照本文的定义，现行“一带一路”国际经济治理体系呈现出的轮毂状基本法律架构是指，以中国为轮轴，以中国与“一带一路”共建国家（辐射国）双边安排和机制为轮辐，并以地理空间布局上的“一带“和“一路”为轮框的一种特殊的形制。这样的基本法律架构主要包括“轮辐”“轮轴”和“轮框”三大构成要素。

（一）以双边法律安排和机制为“轮辐”

在国际关系理论中，轮毂状架构被普遍接受的定义特指由轮轴国与各辐射国之间双边安排和机制作为轮辐而构成的一种组合体。在“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构中，双边安排和机制包括双边条约这样的国际硬法，更多地则表现为联合公报、合作倡议及情况备忘录等诸如此类的国际软法。迄止，“一带一路”国际经济治理体系的法律渊源主要是中国与共建国家之间订立的双边安排和机制。截至 2023 年 1 月 6 日，中国已与 151 个国家和 32 个国际组织签订 200 余份共建“一带一路”合作文件。其中，大多数为双边谅

[①] 同上，第二部分（“贡献”）之四（“愿景：构建人类命运共同体”）。

解备忘录，也包括合作协议、合作文件、合作备忘录等国际软法。[①]当然，以双边安排和机制为组件的轮毂状基本法律架构并不是“一带一路”国际经济治理体系构造的全部。在这一基本法律构造中，还包括那些由中国发起、引领和推动创制的区域性、多边安排和机制，但它们仍然只是少数。鉴此，本文称中国与“一带一路”共建国家订立的为数众多的双边安排和机制已经统合成为一种轮毂状的形制，构成了“一带一路”国际经济治理体系的基本法律架构。

一些学者对“一带一路”国际经济治理体系轮毂基本法律状架构进行了宽泛的解释，认为其既包括中国与共建国家之间的双边安排和机制，也包括那些专门适用于“一带一路”以及与之有关的区域性、多边机制。[②]应该说，任何将区域性乃至多边安排和机制纳入轮毂状架构的界定，都将使之失去原本的应有之义。有鉴于此，有的学者认为，正是因为“一带一路”国际经济治理体系中包括了具有区域性和多边属性的安排和机制，故而它是一种立体多元的复杂框架，而不能将之简化为一种轮毂状的双边机制组合。[③]

值得注意的是，在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中，对轮辐的界定是，其只能存在于中国与共建国家之间，轮辐的另一端不包括国际组织和国际区域。

在共建“一带一路”过程中，中国与许多国际组织开展了广泛的合作，但这些国际组织与共建国家不同，共建国家既是“一带一路”国际经济治理体系的主体，其与中国之间的经济活动又是该体系治理的客体；而国际组织只是“一带一路”国际经济治理的协同者或参与者，其本身也不存在作为该体系治理对象的经济活动。同时，对与这些国际组织形成的“一带一路”国际经济治理上的协同和参与关系，即使系由中国推动，也不能夸大其词说中国起到了一种引领，乃至主导的作用。中国与有关国际组织形成的合作安排和机制当然是“一带一路”国际经济治理体系的组成部分，但考虑到其性质的不同，不能将之也纳入本文所指的“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的范畴。

有的西方学者提出美国对全球权力支配“‘轮毂状’大战略”的概念，该轮辐的轮轴一端是作为霸权国的美国，另一端则是全球各大区域（包括远东、中东、欧洲、后苏联时代的

[①] 孔庆江：《“一带一路”建设与国际经贸规则创新和完善》，《亚太安全与海洋研究》2023 年第 2 期，第 3-4 页。

[②] Heng Wang, China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability, Journal of International Economic Law, 2019, Vol.22, Iss.1, pp.34-35; 罗来军：《“一带一路”为完善全球治理体系提供新思路》，《红旗文稿》2018 年第 21 期，第 11 页。中国的“一带一路”官网（https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10008）将有关“一带一路”的双边、区域性和多边安排文件全部置于“双边文件”栏目项下，显然有欠准确。

[③] Gu Bin, BRI Is not Revival of Ancient China’s Tributary System, available at http://global.chinadaily.com.cn/a/202006/17/ WS5ee98711a310834817253a08.html

俄罗斯与东欧等）。[①]毫无疑问，一个能够通过轮轴控制世界各大区域的轮轴国，一定是一个具有超强实力的霸权国。因此，这种“轮毂状”大战略只适用于对美国推行全球霸权模式的分析，而不能张冠李戴，加诸于“一带一路”国际经济治理体系的基本法律架构，否则，等于说中国通过“一带一路”倡议要雄霸世界，对全球各大区域实行经济治理上的控制，恐怕就连西方学者也无法做这样夸大其词的渲染。

（二）以中国为“轮轴”

在国际关系理论中，轮毂状架构关注的是轮轴国与各轮辐另一端其他国家（辐射国）之间形成的关系；[②]也就是说，轮轴国位居这种架构的中心，因此又可称之为“轴心”。“一带一路”建设以中国改革开放的成功经验和累积优势为基础，“中国发挥经济体量和市场规模巨大，基础设施建设经验丰富，装备制造能力强、质量好、性价比高以及产业、资金、技术、人才、管理等方面的综合优势，在共建‘一带一路’中发挥了引领作用。”[③]既然“一带一路”倡议提供的是变革全球治理体系的“中国方案”，中国又是共建“一带一路”的倡导者和推动者，那么，在其国际经济治理体系的构建上，必然体现为以中国为轴心与共建国家（辐射国）形成的轮毂状基本法律架构, 内嵌在这种基本法律架构之中的轮辐则是中国与共建国家之间做出的双边安排和机制。

应该说，脱离了轮轴国这一中心，各辐射国之间形成的外围关系并不在轮毂状架构的涵盖范围之内，否则，这种架构就变成了常见的存在于所有国家之间的双边安排网络。正是在这样的“关系”意义上，轮毂状架构又被认为是一种“无框轮毂”（rimless hub and spoke）或“无框之轮”（a rimless wheel）的样式。[④]“无框”同样是“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的特征之一，这里将与中国（轴心）没有直接关联的其他国家之间的关系剥离轮毂状基本法律架构，与现阶段共建“一带一路”倡议所采取的国际经济治理模式相关。

按照西方国际关系理论，在轮毂状架构下，构建的是轮轴国与辐射国之间“以双边关系为基础”的秩序，有别于“以多边规则为基础”的统一秩序。[⑤]一些中国学者也主张，“一带

[①] Josef Joffe, Defying History and Theory: the United States as the "Last Remaining Superpower", in G. John Ikenberry ed., *America Unrivaled: the Future of the Balance of Power*, Cornell University Press, 2002, pp.162-167.

[②] Josef Joffe, "Bismarck" or "Britain"? Toward an American Grand Strategy after Bipolarity, *International Security*, Vol.19, No.4, 1995, p.111.

[③] 《共建“一带一路”：构建人类命运共同体的重大实践》，前引白皮书，第二部分（“铺就共同发展繁荣之路”）之一（“原则：共商、共建、共享”）。

[④] G. John Ikenberry, Liberal Leviathan: The Origins, Crisis, and Transformation of the American World Order, *Princeton University Press*, 2011, p.68, 71.

[⑤] 同上，第 86-87 页。

一路”国际经济治理体系最终应选择“关系治理”和“规则治理”相融的构建路径，但初始阶段突显的是“关系治理”的模式。详言之，“由于‘一带一路’沿线国家众多，难以寻求一个机制化的统一的多边治理，在目前的条件下，这种治理结构主要表现为以中国为网络中心的多重双边关系结构。”[①]这种“以中国为网络中心”的双边关系结构当然排除了中国未参与的其他共建国家之间的关系。从中国的角度来说，共建“一带一路”由此形成的只是一种中国对其他共建国家的“涉外”经济治理体系，而不是涵盖所有共建国家之间关系的“国际”经济治理体系。

在上述“一带一路”两种国际经济治理模式中，“规则治理”依循“自上而下”的治理逻辑，即预先设计统一的规则，然后依此对各个国家推行共同和整体的行动。倘若“一带一路”倡议采用的是这样一种“规则治理”模式，则其国际经济治理体系将扩大至包括中国在内的所有共建国家之间的关系。但在现阶段，“关系治理”实际上构成“一带一路”国际经济治理的基本模式，与之相对应的是“自下而上”的治理逻辑。[②]这种治理方式强调以国别之间互动而形成的关系为始基，然后进一步塑造共同的行为预期和框架。如所周知，中国及东方文化讲求“关系”，那些非由中国倡导推动的“一带一路”其他共建国家之间存在的关系（“你们”之间的关系），与中国作为轴心与共建国家之间形成的关系（“我们”之间的关系），不具有统一的性状，无法为“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构所涵括。“一带一路”国际经济治理体系“无框”轮毂状架构的形成，不但基于对上述两种“关系”差异的认知，而且源于这两种“关系”实际存在的不同；易言之，离开了中国这一主轴，其他共建国家之间不可能复制中国与共建国之间的合作关系：一方面，共建“一带一路”有赖于中国经济体制和经济治理经验向对外合作的延申，而其他共建国家之间的经济合作则无法得到这样的中国经验赋能和支撑；另一方面，其他共建国家在相互合作过程中生产要素呈现的往往是双向流动的常态，而中国与共建国家之间的经济合作更多地具有前者资本、技术等生产要素向后者单向流动的特性。

一些西方学者依其国际政治的权力支配逻辑认为，采用“无框”轮毂状架构的一大优点是，可以通过轮辐的双边安排和机制，锁定各辐射国，实行“分而治之”的策略，使它们无法结伙共同对付处于中心地位的轮轴国。毋庸赘述，这种分析完全不适用对“一带一路”国际经济体系轮毂状基本法律架构“无框”之意的解释。“一带一路”共建国家具有广泛性、多样性、差异性和复杂性，在始建阶段，如果过多地介入具有不同关系性状的其他共建国家

[①] 陈伟光、王燕，前引文，第 97 页。
[②] 有关“一带一路”倡议“自上而下”和“自下而上”两种治理方式的区分，参见张春：《“一带一路”倡议与全球治理的新实践》，《国际关系研究》2017 年第 2 期，第 106-108 页。

之间的关系，可能会迟滞共建倡议的推开和推进。因此，始建阶段的“一带一路”国际经济治理体系呈“无框”的样态是正常的。当然，这并不意味着该国际经济治理体系完全抛弃了其他共建国家（辐射国）之间的关系，其轮毂状基本法律架构之外的那些区域性、多边安排和机制仍然收归了相关的这部分关系，而且随着“一带一路”倡议进入高质量发展期，此类区域性、多边安排和机制会越来越多。

（二）以“一带一路”为“轮框”

如上所揭，“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构本身不涉及各辐射国之间的安排，从这样的关系意义上说，其为一种“无框”的样式。但是，本文认为，有了“一带一路”陆地和海洋两条地理上的线路，可以从空间布局上把中国与沿线各共建国家之间的双边关系及相应的安排进行归拢，一并归于特定的“一带一路”倡议，包括设定和践行共同的理念、愿景、规划和行动等，依之对它们进行统合。就此而言，“一带一路”国际经济治理体系并不是一种“无框之轮”，而是另一种地理意义上的“有框的轮毂”。倘若没有“一带一路”空间布局之轮框，轮毂状基本法律架构就囊括了中国与世界上其他所有国家开展的双边经贸关系，这样泛化的结果，该基本法律架构也就失去了其特有的含义。

假如从“关系”意义上界定“一带一路”国际经济治理体系的基本法律架构为“无框的轮毂”，那么便可简单地将其定性为具有纯粹的双边主义性质，但在加装地理线路上的“一带一路”轮框后，其就有了是区域主义还是多边主义之争：“一带一路”沿线至少有 60、70 个国家，而且是开放性的。与之相应是其国际经济治理体系的多边主义说；而在现阶段，“一带一路”建设的重点仍在中国周边。据此，有学者认为其是一种区域性合作机制。不管是多边主义说，还是区域主义说，是否都意味着立基于双边的“一带一路”国际经济体系轮毂状基本法律架构与二者是相悖的呢？

回答是否定的。实际上，在地理意义上“有框的轮毂状”基本法律框架中，“一带一路”对中国与其他共建国家之间双边关系及相应安排的整合不仅仅是空间意义上的简单围拢，更重要的是中国从把共建“一带一路”作为对外开放和对外合作的管总规划，作为中国与世界实现开放共赢路径的顶层设计出发，[①]以一个负责任大国的担当，通过倡议的方式发起、引领和推动形成共建的基准，对“一带一路”项下这些具有相同“关系”属性的双边安排和机制在内容上进行统合，防止它们成为一盘散沙。这就意味着，在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的轮框内，对诸多双边安排和机制的整合显现出了越来越多的实质

[①] 《共建“一带一路”：构建人类命运共同体的重大实践》，前引白皮书，第四部分（“为世界和平与发展注入正能量”）之五（“推进高质量共建‘一带一路’行稳致远”）。

上区域主义，乃至多边主义的特征。在这里，我们不能简单地从“边数”的形式上将多边主义的概念限定为三个以上国家的实践，一组双边的安排也可形成实质上的多边主义，“这就是说，问题不在于相关方简单的数目问题，问题在于它们组织在一起的关系的类型。”[①]从这样实质意义上的角度，将“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构定性为“准多边主义”（*quasi-multilateral*），[②]也并无不可。

概言之，“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构是一种双边安排和机制的特殊组合，与一般的双边网络不同，其在形制上具有如下特点：其一，一般的双边网络没有中心，“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构则以中国为主轴；其二，一般的双边网络可以覆盖所有国家之间的关系，具有“国际性”；而“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构只涵摄中国辐射其他共建国家之间的“涉外”关系，其他共建国家之间的关系则游移在该基本架构之外；其三，一般双边网络中的安排和机制呈碎片化状态，而在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中，以“一带一路”为轮框从空间布局上围拢的中国与共建国家之间双边关系及相应安排和机制为共同倡议的设计所整合，表现出的是一种“立基于双边，但眼光又瞄向多边主义和诸边主义”的特别样态。[③]

三、“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的性质

大而论之，对于“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构，不能用西方学者浓厚的政治化色调来定性，而应去探寻其秉持的中国历史和现实的正确义理：首先，对该国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的历史流源进行解读，不是要假借什么中国古代的朝贡制度，而是要回归陆上和海上丝绸之路的原始本真，即其作为“人类文明的宝贵遗产”内含的“以和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢为核心的丝路精神”；[④]其次，共建“一带一路”倡议是构建人类命运共同体的重要实践平台。缘此，融入其国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的不是西方学者认定的什么权力支配战略，而是中国倡导构建人类命运共同体蕴含的对国家之间伙伴关系的定位及其内生的开放、包容、普惠、平衡、共赢的理念和合作共赢、共商共建共享的原则，体现了共建“一带一路”对国际合作以及全球治理新模式的一种积极探索。

---

① John G. Ruggie, Multilateralism: The Anatomy of an Institution, in John G. Ruggie ed., *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an Institution Form*, Columbia University Press, 1993, p.6.
② Heng Wang, 前引文，第 35 页。
③ Jingyuan Zhou, A New Multilateralism? A Case Study of the Belt and Road Initiative, *The Chinese Journal of Comparative Law*, Vol.8, No.2, 2020, p.405.
④ 《习近平谈“一带一路”（2023 年版）》，中央文献出版社 2023 年版，第 164 页。

（一）“轮辐”采用双边法律安排的缘起

按照西方国际关系理论，为了有效操控多边机制，霸权国需要竭力压制其他国家可能组成的反对群体；且因受到数量众多参加国的约束，霸权国在多边机制下也需要保持更大程度的权力克制。相反，在轮毂状架构下，霸权国采取双边安排方式，可以形成对各辐射国“单挑”的绝对权力优势，并以分化的策略对他们实行“点对点”的有效控制。同时，相比多边机制，在轮毂状架构下，随着其所处双边层面集体性约束力的缺失，霸权国还可获得更大的决策自主权。[①]

毋庸讳言，“一带一路”国际经济治理体系采取轮毂状基本法律架构，形成中国与共建国家“一对一”的双边安排，并排除其他共建国家之间的相互关系，有助于提高中国对共建进程的可控性，但这种可控性的形成并非一种主动的权力控制策略，而是具有防御性的寓意：首先，随着自身崛起，中国软硬实力已达到高位，但仍不足以支撑起诸多的多边治理安排和机制。反之，采取双边安排和机制，则在中国力所能及范围之内；其次，中国缺乏大规模发起、引领和推动创制和运作多边治理安排和机制的经验，化整为零，以自己与“一带一路”共建国家分别建立双边安排和机制的方式，可以防止治理失序现象的出现。可见，内置双边安排和机制来构筑“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构，绝非中国为了摆脱“多边制度囚笼”，意在加强对其他共建国家主动实行控制而做出的一种聪明选择。

对于“一带一路”国际经济治理体系为何采用以双边安排和机制为轮辐的轮毂状基本法律架构，也不能仅仅从中国在防御意义上对共建进程具有可控性的角度去理解，而应更多地看到中国做出此等制度选择的能动性。

1. 轮毂状基本法律架构对“一带一路”整体共建进程的促进性

“一带一路”国际经济治理体系采取轮毂状基本法律架构，在制度设计上突显了“以发展为导向”的主旨，[②]可更好地促进与共建国家之间的经济合作。

第一，“一带一路”所涉国家具有广泛性、多样性、差异性和复杂性，在其国际经济治理体系中，就制度创设和变更所需要花费的时间和谈判成本而言，双边安排显然要低于多边机制。基于国际经济治理需要彰显效率，采用以双边安排和机制为组件的轮毂状基本法律架构，可使“一带一路”国际经济治理体系更快、更易于得到构建，从而为共建进程尽快推开，并起获早期成果提供制度条件。

第二，中国强调，“共建‘一带一路’的途径是以目标协调为主，不刻意追求一致性，

[①] G. John Ikenberry, 前引书，第 148-149 页。
[②] 李向阳：《跨太平洋伙伴关系协定与“一带一路”之比较》，《世界经济与政治》2016 年第 9 期，第 41 页。

可高度灵活，富有弹性，是多元开放的合作进程”。[①]显然，“一带一路”采用这样的共建路径，更依赖于其经济治理体系轮毂状基本法律架构中的双边安排和机制，而不是另类大一统相对固化的多边规则。

第三，如前所述，作为一种双边安排和机制组合的“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构，其反映的是“关系治理”的特点——“和而不同，求同存异，使容忍成员的差异的包容性及灵活性成为关系治理的常态”。[②]更具体地讲，中国与“一带一路”共建国家之间构建的是伙伴关系，而包容差异性的双边安排和机制恰恰是求得伙伴之间“求同存异，兼容并蓄”[③]的有效载体。

最后，“共建‘一带一路’倡议以其平等包容的外在特征和契合实际的内在特点”互为表里。[④]较之统一的多边规则，有时双边安排和机制更能体现中国与共建国家之间这种灵活务实的特性，有助于求得合作收益的合理分配，从而有效地实现中国与共建国家之间合作共赢的共建目标。

2. 轮毂状基本法律架构与“一带一路”共建核心内容的匹配性

在共建“一带一路”政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通和民心相通五项核心内容中，最具特色的当属政策沟通和设施联通，以双边安排和机制为本体的国际经济治理体系轮毂状基本法律架构，也与共建“一带一路”核心内容的这两项特色相匹配。

其一，政策沟通是共建“一带一路”的重要保障，是形成携手共建行动的重要先导。[⑤]传统上，源于西方的是一种主张去政府管制化、单纯发挥市场作用的“消极经济一体化”模式。无疑，没有政府的推动，仅靠自发的市场，不可能形成共建“一带一路”的合力。因此，中国倡导共建“一带一路”，推行的是强调同时要发挥好有效市场和有为政府作用的“积极经济一体化”模式，[⑥]就是政府要扮演积极服务于市场的角色，以进一步发掘中国与共建国家之间经济合作的潜能。而政策沟通主张以发展战略对接为引领，以发展规划对接为蓝图，以机制与平台对接为支撑，以及以具体项目对接为抓手，[⑦]正反映了中国这种特有的“积极经

[①]《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，前引报告，第八部分（“共创美好未来”）。

[②] 陈伟光、王燕，前引文，第100页。

[③]《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，前引报告，第二部分（“共建原则”）。

[④] 国家发改委推进“一带一路”建设工作领导小组办公室2017年5月10日发表的《共建“一带一路”：理念、实践与中国的贡献》，第一部分（“时代呼唤：从理念到蓝图”）。

[⑤] 国家发改委推进“一带一路”建设工作领导小组办公室2019年4月22日发表的《共建“一带一路”倡议：进展、贡献与展望》，第二部分（“进展”）之一（“政策沟通”）。

[⑥] 有关“消极经济一体化”和“积极经济一体化”概念，参见 Gaetan Verhoosel, National Treatment and WTO Dispute Settlement: Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy, *Hart Publishing*, 2002, p.7.

[⑦] 何立峰：《加强政策沟通做好四个对接 共同开创“一带一路”建设新局面》，《宏观经济管理》2017年第6期，第4、8页。

济一体化”理念。因“一带一路”共建国家国情各异，政策沟通需要灵活务实、与时俱进、行之有效，“双边对话是政策沟通的主要渠道”，[①]亦属必然。

其二，设施联通是共建“一带一路”的优先方向。[②]一国投资者对另一个国家投资，通常不会对第三国产生负外部性，即不会直接损害其他国家的利益。就此而言，国家之间的投资关系更多地具有双边的性质。正因如此，现行国际投资法仍可以双边条约为主要法律渊源。共建“一带一路”的着力点是通过发展基础设施和国际产能合作，促进沿线各国的联动发展，这就需要中国对沿线其他国家进行大量的投资。既然双方之间这样的投资不会直接损及第三国，无需进行太多的多边考虑，选择采用双边安排也是一种正常的选择。

（二）中国作为“轮轴”的真意

在一些西方学者看来，中国作为轮轴，主控构筑“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本架构，通过其中双边途径与作为辐射国的沿线其他国家之间形成的必然是一种等级制的关系；换言之，处于该基本架构“外围”的沿线其他国家必将越来越依赖位居“中心”的中国。由此，中国扮演的是权力支配者的角色。

应该说，哪怕中国主观上有意对“一带一路”共建国家做出这样的权力支配选择，客观上也不具有可行性。实际上，只有在辐射国数量有限的轮毂状架构内，轮轴国才有可能对辐射国推行权力控制战略（以美国在东亚建立的安全体制为典型例子）；而像“一带一路”这样共建国家数量众多且呈开放的样态下，假如中国要逐一对如此之多的其他共建国家实行权力控制，且不论可能还是不可能；即使可能，也将需要付出难以承受的极高统治成本。

有些西方学者可能也认识到，将上述轮轴国对辐射国实行逐一控制的一般性理论搬用到对“一带一路”国际经济治理体系轮毂状架构的分析上，试图证成中国可对沿线“大众”国家实行有效的权力支配，存在困难。于是，他们另创了一种通过代理人控制的特殊分析框架，认为中国对“一带一路”沿线其他国家采取的是一种区域性“化零为整”的权力支配策略，即在某一国际区域内寻找一个代理国，然后通过该代理国对区内其他国家实行二级控制。据此，他们实际上认为“一带一路”国际经济治理体系已经形成了中国控制下的双层轮毂状架构：在大的轮毂状基本架构中，中国选择一国际区域内某个关键的共建国家（辐射国）作为中继，即将其作为另一个小的轮毂状架构的轮轴国，接着通过该小的轮毂状架构将中国的控制力辐射到区内其他国家。例如，这些西方学者认为，对于巴尔干地区，在“一带一路”国际经济治理体系的一级轮毂状架构中，中国首先与塞尔维亚之间确立了一条双边轮辐，同时

[①] 《共建“一带一路”：理念、实践与中国的贡献》，前引报告，第四部分（“合作机制：从官方到民间”）之三（“双多边机制”）。

[②] 《共建“一带一路”倡议：进展、贡献与展望》，前引报告，第二部分（“进展”）之二（“设施联通”）。

锚定塞尔维亚这个辐射国作为下一级轮毂状架构的轮轴（根茎），再将其中的各轮辐（根须）辐射至另一端的西巴尔干区域内其他国家，并使得这些国家与欧盟离心离德，给欧盟形成统一的对华立场和政策制造困难。[①]按照这些学者的上述分析，在如其描述的“一带一路”双层轮毂状治理架构中，中国通过选择区域性代理国，已经对某一国际区域内各个国家形成有效的“长臂”权力支配。这不能不说是在捉风捕影，从中析出的是这些西方学者“异乎寻常”的想象力

从性质上说，“一带一路”是中国发起的以发展为导向吸引沿线其他国家自愿参加的经济共建倡议，绝非中国为谋一己私利强行推进的一种单方政治战略。中国搭建“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构，成为其中的轮轴国，既不是为了取得对其他共建国家的权力霸权，也不是为了谋求对它们的制度霸权；具言之，在“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构中，中国位列轮轴国，与作为辐射国的其他共建国家之间形成的并非是垂直式的权力等级阶差，而是平行维度上的平等伙伴关系，体现的“是各国共商共建共享，共同打造全球经济治理新体系的合作”。[②]而且在这样“共商规则，共建机制”合作过程中产生的“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构，其双边安排和机制更多的是国际软法，不会产生强制性拘束力，无法强人所难，用以“规锁”其他共建国家；而且这些国际软法也与现行的国际经济法律具有兼容性，不是凌驾其上。[③]

从中国“负责任大国”的外交观去理解，在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中，中国作为轮轴国向四周透射出来的乃是一种正能量，发挥着建设性作用。

在推动共建“一带一路”过程中，中国扮演的是不可或缺的发起者、引领者和推动者的角色。从大的背景来看，全球经济自由化达到一定水平后，持续深化的边际难度越来越大；且在当下，发达国家因自身经济实力相对衰弱，加上西方世界反全球化思潮的逆势而起，推进全球经济自由化的动力已严重不足。因此，在全球层面，现已显现“全球化的疲态”（globalization fatigue）。[④]时移世易，作为世界第一大新兴经济体的中国理当有所作为，提供应有的助力，以求突破全球经济发展的瓶颈。中国发起共建“一带一路”倡议，正是契合了这样的时需。而“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构则为中国提供了发

[①] Heather A. Conley, Jonathan E. Hillman, Donatienne Ruy & Maesea McCalpin, China’s “Hub-and-Spoke” Strategy in the Balkans (A Report of the Europe Program and the Reconnecting Asia Project), *Center for Strategic & International Studies*, US, 2020, p.1, 5, 18.

[②] 《共建“一带一路”：理念、实践与中国的贡献》，前引报告，第一部分（“时代呼唤：从理念到蓝图”）。

[③] 顾宾：《软法治理与“一带一路”法治化和全球化》，《外交评论》2022 年第 4 期，第 25 页。

[④] Kyle Bagwell & Robert W. Staiger, Can the Doha Round Be a Development Round? Setting a Place at the Table, in Robert C. Feenstra & Alan M. Taylor eds., *Globalization in an Age of Crisis: Multilateral Cooperation in the Twenty-First Century*, University of Chicago Press, 2014, p.92.

挥发起者、引领者和推动者引领者作用的制度基础。如前所述，中国既无意愿也不可能对数量庞大的“一带一路”其他共建国家采取硬性的主控或主导的方式实行双边权力支配，但是，中国完全可以在轮毂状双边安排和机制的架构中，以比较软性的推动和引领的方式，激发和引导其他共建国家参与共建“一带一路”的国际经济合作。

其次，在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中，中国作为轮轴国，又是共建“一带一路”的主力军。中国是全球第二经济大国，具备广阔的国内市场、充足的资金及先进适用的技术等硬实力，同时有着凝聚中国发展经验的“积极经济一体化”模式等软实力，理所当然，构成推动“一带一路”共建的最大动能。事实上，在共建“一带一路”的过程中，中国已经成为其他共建国家发展原动力和启动资源的最大“垫付者”，也是协调治理成本的最大承担者。

（三）对“轮框”的确当解读

在西方惯有的强国划分势力范围的国际政治思维下，一些学者认定中国推行“一带一路”战略，是以该两条线路为空间布局实施的一种国际政治经济战略，试图建立“一个野心勃勃的中国圈子”（an ambitious China Circle），[①]意在对沿线国家实行“经济殖民主义”，等等。

“一带一路”倡议是打造全球公共产品，不是搞地缘政治。若干年前，西方学界以当年美国“马歇尔计划”思想来源者之一的美国著名经济学家命名，提出了“金德尔伯格陷阱”的概念，以国际经济的思维认为中国崛起不是示强，而是示弱，不愿尽其能承担生产全球公共产品的责任，为该陷阱“捂盖子”；相反，西方学界又以国际政治的逻辑指称中国不是示弱，而是示强，即通过共建“一带一路”，推行“中国版的马歇尔计划”。[②]这一悖论的形成源于西方面临的如下两难选择：到底是指望中国不要太过弱势，有能力通过贡献全球公共产品帮助世界跨越“金德尔伯格陷阱”，还是指望中国不要太过强势，以致虽然中国不尽力提供全球公共产品，却无力挑战西方的霸权地位，避免形成“修昔底德陷阱”。[③]对于此等两难选择及其所生的上述悖论，正确的破解之道只能是西方放弃以政治化的视角看待中国正常开展的对外经济交往，包括共建“一带一路”倡议。如果西方能打破国强必霸的思维定式，不认定中国崛起会与西方产生对抗而把世界带入“修昔底德陷阱”，那么就不会视中国力推“一带一路”倡议为威胁，而是接受经此可提供更多的全球公共产品，共跨“金德尔伯格陷阱”。

[①] Shuaihua Cheng, China’s New Silk Road: Implications for the US, available at http://e15initiative.org/blogs/chinas-new-silk-road-implications-for-the-us/.

[②] Simon Shen & Wilson Chan, A comparative Study of the Belt and Road Initiative and the Marshall Plan, *Palgrave Communications*, 27 March, 2018.

[③] ［美］约瑟夫·奈：《警惕中美关系中的两大陷阱》，《中国经济报告》2017 年第 3 期，第 106 页。

中国示明，“‘一带一路’建设不是另起炉灶、推倒重来”；[①]“一带一路”倡议“源自中国，更属于世界”，“这一倡议是经济合作倡议，不是搞地缘政治联盟或军事同盟，不针对谁也不排除谁；是开放包容进程，不是要关起门来搞‘小圈子’或者‘中国俱乐部’；是中国同世界共享机遇、共谋发展的‘百花园’，不是要营造自己的后花园；是各方携手前进的阳光大道，不是某一方的私家小路，所有感兴趣的国家都可以加入进来，共同参与、共同合作、共同受益”；[②]等等。对于“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构，应该以开放、包容、普惠、平衡、共赢的理念去解读其中地理意义上的轮框。该国际经济治理体系的轮毂状基本架构是所有共建国家共商共建共享的载体，不是中国推行强者独霸，能者通吃的战略工具；申言之，通过共建“一带一路”提供全球公共产品，将“坚持最大程度的非竞争性与非排他性”；[③]而全球公共产品的这两大特性又确当地标注了“一带一路”地理意义上轮框的题中应有之意。

从非排他性来看，“一带一路”倡议具有开放性，任何国家都可参与，并平等地享受其共建产生的全球公共产品之成果。中国自始就明确，“‘一带一路’相关的国家基于但不限于古代丝绸之路的范围，各国和国际、地区组织均可参与，让共建成果惠及更广泛的区域。”[④]而且中国反复强调，在“一带一路”这样开放、包容的共建平台中，“不是中国一家的独奏，而是沿线国家的合唱”；[⑤]“‘一带一路’是大家携手前进的阳光大道，不是某一方的私家小路。所有感兴趣的国家都可以加入进来，共同参与、共同合作、共同受益。共建‘一带一路’追求的是发展，崇尚的是共赢，传递的是希望”；[⑥]等等。“一带一路”倡议不是地理意义上“无框”、完全泛化的国际经济合作，其通过“一带一路”两条线路的归拢，重点面向亚欧非大陆，但该倡议同时又强调对世界上所有国家开放，这样的开合设计恰到地体现了“一带一路”倡议所打造的全球公共产品具有“最大程度的非排他性”之特点。

另从非竞争性来看，更多的国家参与“一带一路”的共建，不会造成对其提供的全球公共产品在消费上的“拥挤”，减少其收益；相反，“一带一路”共建国家数量的增多，合作主体和合作范围随之扩大，由此只会带来更多可供各参加国分享的“合作剩余”，而且将形成分享国际公共产品惠益的“网络效应”。为保障打造的全球公共产品具有“最大程度的非

[①] 《习近平谈“一带一路”（2023年版）》，前引书，第166页；《共建“一带一路”：构建人类命运共同体的重大实践》，前引白皮书，第二部分（“铺就共同发展繁荣之路”）之四（“愿景：造福世界的幸福路”）。

[②] 前引白皮书，前言、第五部分（“中国既是倡导者也是行动派”）之一（“推动高质量共建‘一带一路’”）。

[③] 同上，第二部分（“贡献”）之四（“愿景：构建人类命运共同体”）。

[④] 《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，前引报告，第二部分（“共建原则”）。

[⑤] 《习近平谈“一带一路”（2023年版）》，前引书，第61-62页。

[⑥] 同上，第302页。。

竞争性”，“一带一路”作为空间布局上轮框发挥的作用，不仅仅体现在对其国际经济治理体系中中国与其他共建国家之间关系及相应安排和机制的归拢，更体现在对此等双边安排和机制的整合。在这样的整合过程中，可以有效降低各参加国在共建“一带一路”项下生产全球公共产品的成本，尤其是其间中国拒绝任何政治化的操作，各参加国都可因此避免就国际经济合作付出权力斗争的成本；另一方面，中国也不会基于相对收益的考虑，为争权而夺利，人为减损有关参加国的可收益。更为重要的是，通过这样的整合，不是要将其他共建国家“圈进”设置好的“一带一路”倡议，让中国“薅羊毛”，而是使这些共建国家可以更大程度地搭乘中国发展的“快车”和“便车”。[①]

四、“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的演进

在“一带一路”国际经济治理体系中，双边、区域性和多边安排和机制多为国际软法或国际硬法，构成国际经济法律制度，故对其演进态势，可援用有关“契约倾向性”和“规则倾向性”国际经济立法模式的理论予以分析。[②]在这里，“契约倾向性”和“规则倾向性”国际经济立法是一对“多维的类型化”（Multidimension Typologies）概念，其界分的维度有主体的开放性、标准的一致性和内容的稳定性。凡是该三性较强的，可称之为“规则倾向性”国际经济立法；反之，该三性偏弱的，即属于“契约倾向性”国际经济立法。这一对概念的提出，源于其与国内社会中“法律”与“合同”的类比。

较之仅以立法主体开放性因素区分的双边、区域性和多边安排和机制这样“单维的类型化”（Unidimensional Typologies）概念，[③]“契约倾向性”和“规则倾向性”国际经济立法的类型化具有多维性，可用以对“一带一路”国际经济治理体系的演进做出更为全面的分析。另者，相较国内学界采用的前述研究“一带一路”国际经济治理体系的“关系模式”与“规则模式”；“发展导向模式”与“规则导向模式”；以及“自下而上模式”和“自上而下模式”等比较抽象的概念，对国际经济立法采用“契约倾向性”和“规则倾向性”概念进行多维类型化，以立法主体开放性、标准一致性和内容稳定性三个维度，可对“一带一路”国际经济治理体系的演进做出更为具体清晰的概念测量。[④]

[①] 《习近平谈“一带一路”（2023 年版）》，前引书，第 147 页。

[②] 徐崇利：《中美实力变迁与国际经济立法模式的走向：“规则契约”谱系下的制度选择》，《法学家》2020 年第 5 期，第 84-100 页。

[③] 有关“多维的类型化”和“单维的类型化”概念，参见 Kenneth D. Bailey, Typologies and Taxonomies: Typologies and Taxonomies in Social Science, *SAGE Publications, Inc.*, 2011, p.4; Jody LaPorte & Jason Seawright, Putting Typologies to Work: Concept Formation, Measurement, and Analytic Rigor, *Political Research Quarterly*, Vol.65, No.1, 2012, p.218.

[④] 有关类型化研究方法概念测量的功能，参见刘丰：《类型化方法与国际关系研究设计》，《世界经济与政治》2017 年第 8 期，第 47-48 页。

依对国际经济立法的“契约倾向性”和“规则倾向性”类型化分析原理，在实力上升期，强国通常会偏好“规则倾向性”国际经济立法模式；相反，在实力衰弱期，强国偏好的则将是“契约倾向性”立法模式。中国现已成为实力持续上升的大国，日益走近世界舞台的中央，将会越来越偏好一种在相当程度上包容“契约”形式的有限度“规则倾向性”国际经济立法模式。

（一）共建 “一带一路”向有限度“规则倾向性”国际经济立法模式的演进趋向

当下，中国偏好的有限度“规则倾向性”国际经济立法模式对“契约”形式的包容，明显地体现在中国倡导和推动共建的“一带一路”国际经济治理体系中；亦即，该国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中的双边安排和机制具有显著的“契约性”特征，即其主体开放性、标准一致性和内容稳定性都是有限的。细言之，这些双边安排和机制只及于中国与其他共建国家“一对一”主体之间的关系，且相互之间的标准并非统一，其中包含的大量国际软法更是欠缺内容上的强稳定性。[①]

然则，同时也应该看到的是，随着中国崛起，自身实力的不断提升，虽然偏好的国际经济立法模式仍将包容“契约”形式，但其“规则倾向性”的特征会越来越突显。这一总体趋势也必然反映在中国发起、引领和推动构建的“一带一路”国际经济治理体系发展进程之中。在论及共建“一带一路”对全球治理规则创新优化时，中国首先表明，“共建‘一带一路’充分考虑到合作方在经济发展水平、要素禀赋状况、文化宗教传统等方面的差异，不预设规则标准，不以意识形态划线，而是基于各方的合作诉求和实际情况，通过充分协商和深入交流，在实践中针对新问题共同研究创设规则。”[②]这段话中“不预设规则标准”可视为对“契约”形式的包容；而接着这段话则可视为中国表达了共建“一带一路”将推进“规则倾向性”国际经济立法之意，即“共建国家实现战略对接、规划对接、机制对接、项目及规则标准对接与互认，不仅让共建‘一带一路’合作规则得到优化，促进了商品要素流动型开放向规则制度型开放转变，更形成了一些具有较强普适性的规则标准，有效地填补了全球治理体系在这些领域的空白。”[③]这段话中强调形成的“具有较强普适性的规则标准”，类同于本文定义的“规则倾向性”国际经济立法概念。

上述关于“一带一路”国际经济立法模式将向“规则”之治演进的观点，已在相当程度上得到了诸多研究“一带一路”国际经济治理理论和法治理论的支持。例如，有的学者从时

[①] 徐崇利：《“一带一路”国际经济法律制度的“契约性”特征》，《法学》2019 年第 3 期，第 140 页。
[②] 《共建“一带一路”：构建人类命运共同体的重大实践》，前引白皮书，第四部分（“为世界和平与发展注入正能量”）之三（“为完善全球治理提供新方案”）。
[③] 同上。

间的维度研究共建“一带一路”过程中“关系治理”和“规则治理”的实施路径，就此得出的结论是，“在时间上按先关系后规则、关系与规则互动的路径推进，理想的情况下，应致力于各类分散的双边多边机制的整合，建构以关系为纽带的‘一带一路’框架内规则体系”；[①]又如，有的学者则以“发展导向”和“规则导向”的类型化概念研究“一带一路”对国际经济治理模式的选择问题，认为可采取“先发展后规则”或“边发展边规则”的关系处理方式。[②]而晚近另有越来越多的学者认同“一带一路”国际经济治理体系需要引入更多的多边安排和机制，[③]这些观点实际上也佐证了“规则”之治在共建“一带一路”进程中将显现“后发”的趋势。

（二）共建 “一带一路”与对有限度“规则倾向性”国际经济立法的现实需求

现在，共建“一带一路”已从始建阶段向落地生根、持久发展的高质量发展期转变。[④]就“一带一路”国际经济治理体系而言，应该说，其由明显“契约倾向性”双边安排和机制组成的轮毂状基本架构适应了高效率启动阶段“一带一路”倡议对“推进快”的需求。然而，进入高质量发展期之后，为了实现“一带一路”建设的“进展好”，其国际经济治理体系需要加大“规则倾向性”立法的分量。

如前所揭，中国与共建国家之间的“契约性”双边安排和机制具有灵活务实的特点，适合“一带一路”共建进程、路径、目标和治理模式的需要，也与共建核心内容中的政策沟通和设施联通两项特色相匹配，这就决定了内置此类“契约性”双边安排和机制的轮毂状基本法律架构有其存在的合理性。但是，在速度和质量两种共建取向之间，始建阶段“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中的“契约性”双边安排和机制毕竟偏向于服务速度这一共建取向；而从确立其立法“规则倾向性”的三个维度来看，具有这种性质的国际经济治理体系，更能保障共建“一带一路”的高质量发展。就此，需要增加适用于“一带一路”

[①] 陈伟光、王燕，前引文，第 102 页。

[②] 王彦志：《“一带一路”倡议下的国际经济秩序：发展导向抑或规则导向》，《东北亚论坛》2019 年第 1 期，第 82 页。

[③] 诸如，有的学者认为，“基于构建人类命运共同体的终极目标，‘一带一路’必须涵盖世界上所有国家，属于一种多边经济合作机制”，而 “‘一带一路’机制化建设的渐进性具体表现为：规则所涵盖的成员不断增加、规则所涵盖的领域不断扩展和规则的约束力不断增强。”引自李向阳：《“一带一路”的高质量发展与机制化建设》，《世界经济与政治》2020 年第 5 期，第 60、61 页；有的学者主张，“未来则应视实际需要，创建‘一带一路’框架下的区域或多边法律机制”，引自石静霞：《“一带一路”倡议与国际法——基于国际公共产品供给视角的分析》，《中国社会科学》2021 年第 1 期，第 179 页；有的学者认为，“‘一带一路’倡议的上半场更多基于双边互信的政治驱动，主要形式是‘合作文件’‘备忘录’等，但下半场已步入高质量共建阶段，其路径是基于多边合作的条约驱动，其形式应是公约和协定组成的条约网络体系。”引自王军杰：《高质量共建“一带一路”：法治驱动的三个进路》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 5 期，第 42 页；有的学者提出“一带一路”建设“国际合作从双边法治迈向多边法治”的观点，认为“现在很多‘一带一路’沿线国家通过双边途径进行合作，下一步中国可以从贸易便利化、投资便利化、数字经济规则或争端解决等方向探索推进多边机制。”引自孔庆江，前引文，第 18 页；

[④] 《习近平谈“一带一路”（2023 年版）》，前引书，第 211 页。

建设的区域性、多边安排和机制。

首先，从主体开放性来看，在“一带一路”国际经济治理体系中，仅有其轮毂状基本法律架构内置的双边安排和机制是不够的，在一些情形下，更具主体开放属性的区域性和多边机制是共建国家开展经济合作的刚需，而这些刚需往往又与共建“一带一路”高质量发展密切相关。具体就共建“一带一路”两个重点——设施联通及贸易畅通而言，促进共建“一带一路”高质量发展要把基础设施硬联通作为重要方向，而对于多国之间交通等基础设施的联通，需要做出相应的多边安排，才能实现；另者，贸易对合作方数量的需求与投资不同。如前所述，与共建“一带一路”投资方式相配适的可以是双边安排。当然，推动贸易自由化也可以采取双边自由贸易协定的方式，但是一个国家只对另一个国家进一步开放市场，会造成贸易转移等后果，从而对其他国家产生不利影响。因此，贸易自由化往往更多地采取区域性安排（如 RTA）和多边体制（如 WTO）。为了进一步实现共建“一带一路”过程中的贸易畅通，在共建国家之间需要创制更多的区域性和多边自由化安排，以弥补双边自由贸易协定的缺陷与不足。此外，多国经济走廊建设、跨国环境保护等也是共建“一带一路”高质量发展的重要方面，同样需要形成区域性、多边安排和机制，才能保障这些类型建设项目和建设内容的顺利推行。

其次，区域性、多边安排和机制更具主体开放性意味着将有更多共建国家的加入，因此也会带来他们之间适用标准的更加一致。在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中，中国与共建国家之间的双边和机制安排固然比较容易达成，立法成本较低，但这些双边安排和机制之间标准的不统一，不可避免地会导致共建国家在后续合作过程中需要付出更高的履行成本和交易成本；相反，区域性、多边安排和机制项下的标准趋向一致，而这种制度性“游戏场地”的平整，必将有利于从整体上有效率和高质量地推进“一带一路”沿线国家之间的经济合作。正因如此，中国反复强调，要把规则标准软联通作为推动共建“一带一路”高质量发展的重要支撑，努力消除因规则标准不一给沿线国家之间顺利开展合作造成的“堵点”。[①]

最后，在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中，内置的双边安排和机制往往具有较大的不稳定性，而在主体更开放的区域性、多边安排和机制项下，诸多“一带一路”沿线国家的加入，将形成由众多利益相关方（stakeholders）组成的网络，其中的任何一个参加国违约，都会受到来自该网络中其他国家的多方压力。这样的多方共治将增强这些

[①] 王宛：《新形势下强化共建“一带一路”规则标准“软联通”的思路和建议》，《宏观经济研究》2022 年第 8 期，第 157-164 页。

区域性、多边安排和机制的制度粘性，强化其对共建国家的约束力。因“一带一路”沿线的各种风险错综复杂，与区域性、多边安排和机制更具主体开放性特征相伴生的内容稳定性，将有助于降低其法律风险，从而提高共建国家对合作结果的可预见性和有效性，可更有力地保障共建“一带一路”高质量发展的行稳致远。

（三）共建 “一带一路”与有限度“规则倾向性”国际经济立法的供给渠道

需要指出的是，在现行“一带一路”国际经济治理体系中，虽然有中国发起、引领和推动创制的亚投行体制等，但主体开放、标准一致、内容稳定程度更高的“规则倾向性”国际经济立法并不发达，适用于共建“一带一路”的此类国际经济立法更多地来自体系外，即发达国家主导下建立的，普适于中国与共建国家之间原有的国际经济法律制度，诸如世贸组织、国际货币基金组织和世界银行等。然而，时移世易，共建“一带一路”对“规则倾向性”国际经济立法的需求，不能再继续主要依靠体系外供给的旧有路径。随着自身实力的相对衰弱和全球化“疲态效应”的加剧，发达国家主导创设“规则倾向性”国际经济立法的能力和意愿趋于下降，由此将在不同程度上出现制度性国际公共产品缺失的“金德尔伯格陷阱”。即便发达国家继续主导创立有关新的“规则倾向性”国际经济立法，也必将借此不断加大对中国实行规则上的压制：一方面，制造规则“脱钩”，将中国排除在这些新的国际经济立法之外，美国拜登政府力推的印太经济框架即属典型一例；另一方面，进行规则“囚困”，针对中国的经济体制等，发达国家将为打压中国量身定制规则的“金箍咒”。例如，美国勾连欧盟和日本数次发表改革世贸组织的三方联合声明，矛头就直指所谓的“中国破坏性经贸体制”。

可见，发达国家主导的国际经济治理体系已非为共建“一带一路”供给“规则倾向性”国际经济立法源头活水的主流，无以保证从中可持续和稳定地获得适用于中国与共建国家之间合作的此类国际经济法律渊源；即便在相应程度上仍可沿用发达国家主导创制国际经济治理体系内的有关“规则倾向性”国际经济立法，但是，这些普适的立法依然缺乏中国特色，尤其是无法有效服务于促进共建“一带一路”进一步发展的特殊需要。中国要继续做全球治理变革进程的参与者、推动者、引领者，[①]为满足高质量共建“一带一路”对“规则倾向性立法”的增量需求，为今之计，只能选择由中国自己在“一带一路”国际经济治理体系内发起、引领和推动创建更多的“规则倾向性”国际经济立法。

目前，在“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本架构中，其国际经济立法的中国

[①] 习近平：《论坚持推动构建人类命运共同体》，中央文献出版社 2018 年版，第 389 页。

特色主要体现在“契约倾向性”立法中，开辟和拓展由中国自主发起、引领和推动创建更多“规则倾向性”国际经济立法的主渠道，以此注入更多的中国元素，弥补这方面的缺失，以期最终实现“一带一路”国际经济法律体系体现中国特色的完整性。[①]

考虑到中国的软硬实力虽在高位但仍嫌不足，由中国自主发起、引领和推动创制“规则倾向性”国际经济立法并非总是水到渠成。有鉴于此，从其中标准一致性和内容稳定性两要素来看，“一带一路”国际经济治理体系“规则倾向性”立法力度的加大，在一定程度上也可在该国际经济治理体系轮毂状基本法律框架之内进行，即在其内置的双边安排和机制上展开。例如，可以推出更多的范本作为订立双边安排的模板，力求中国与其他各共建国家之间做出的双边安排在标准上趋向一致；又如，通过各种软法硬化的方式，[②]可以增强中国与其他共建国家之间双边安排在内容上的稳定性；等等。不拘前述区域化、多边化之一轨，在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构之内推动双边安排和机制的“规则化”，在一定程度上也能够保障和促进共建“一带一路”的高质量发展。

在“一带一路”国际经济治理体系中，发生于其轮毂状基本法律架构内外的上述两种“规则化”路径不是彼此分离，而是相互联动的：一方面，通过强化该国际经济治理体系轮毂状基本法律框架内双边安排和机制的标准一致性和内容稳定性，并以此为基础和先导，水到渠成，可以促进轮毂状基本法律框架之外同一领域更具“规则倾向性”区域性、多边安排和机制的生成；另一方面，一旦在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律框架之外制订出区域性、多边安排和机制，就会替代其基本框架内相应的双边安排和机制，从而导致该基本架构趋向萎缩，但因此而形成的只是前者对后者的部分替代关系，并不会导致后者的消失。就此，特别需要指出的是，现在，参加共建“一带一路”的大多属于发展中国家。随着中西方战略竞争的加剧，西方发达国家已不断将“一带一路”倡议政治化，2023 年 12 月，作为 G7 成员中唯一加入共建“一带一路”倡议国家意大利的退出，预示着西方发达国家参与共建的可能性越来越低。因为发达国家的拒不参与，未来“一带一路”国际经济治理体系中“规则倾向性”立法的主要渊源将不会是兼收发展中国家和发达国家的多边安排和体制，而只能是主体范围只及于发展中国家的局域性安排和机制。在“一带一路”国际经济治理体系内，相对于多边安排和体制，局域性安排和机制对轮毂状基本法律架构的消解程度更加有限。

上述内外两种路径的“规则化”以及相互联动的过程，都离不开中国的推动和引领，其

[①] 徐崇利：《“一带一路”国际经济法律体制架构的中国特色》，载陈利强主编：《“一带一路”涉外法治研究 2023》，人民出版社 2023 年 10 月版，第 18-28 页。

[②] 顾宾，前引文，第 6-7 页。

结果将使得“一带一路”国际经济治理体系制度组成复合化的特征会越来越明显，从而在形制上不断获得适应性，这也表明了共建“一带一路”是对构建国际经济治理体系新架构做出的一种持续性探索。

无疑，“一带一路”国际经济治理体系“规则倾向性”立法成分的增大，会使参加国的权力受到更多的约束。但对中国而言，坚决主张维护以国际法为基础的国际秩序，而不是像西方国家那样追求制度霸权乃至权力霸权。因此，无论是采取“契约倾向性”，还是“规则倾向性”的国际经济立法模式，中国现在和将来都无意在与其他国家共建“一带一路”过程中滥用自己的权力。其中，中国致力于加大“一带一路”国际经济治理体系“规则倾向性”立法的力度，不会考虑自身权力是否因此而受到限制的问题，而是着眼于该国际经济治理体系构建法治化水平的提高，从而为共建的高质量发展提供有力的法治保障。

五、结论

对于现行“一带一路”国际经济治理体系基本法律架构的性状，不能以通常的多边主义、区域主义和双边主义标准去判断，其构成的是以中国与共建国家之间双边安排和机制为本体的一种轮毂状特殊形制。

西方学界以中国古代朝贡制度的历史渊源和现实的权力霸权逻辑对“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本架构加以定性，是将其无端政治化的一种曲解。哪怕按照这些西方学者提出的理论，事实上，轮毂状架构也只适用于轮轴国对“小众”辐射国的双边权力控制，根本无法证成中国可对数量众多“一带一路”共建国家实现逐一控制的权力支配战略。无疑，“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构的形成，乃是对以和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢为核心的丝路精神的传承，根植于中国倡导构建人类命运共同体蕴含的对中国与共建国家之间伙伴关系的定位及其内生的合作共赢原则和共商共建共享原则。

在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构中，轮框空间意义之所在体现的是中国对于共建秉持的开放、包容、普惠、平衡、共赢之理念；轮轴位置反映了中国以“负责任大国”的身份，在共建“一带一路”过程中发挥着推动者、引领者和主力军的作用；轮辐部分则代表着以灵活务实的方式推动共建国家之间的合作。由此可见，该轮毂状基本法律架构通体散发出的都是中国通过共建“一带一路”积极探索国际经济治理新模式的一种正能量。

“一带一路”国际经济治理体系的轮毂状基本法律架构具有“分中有统”的特征，切合“一带一路”倡议高效率启动阶段对“推进快”的需求。这里所称的“分”，是指在该国际

经济治理体系轮毂状基本法律架构中发展出的各灵活务实的双边安排和机制（轮辐），能够适应因众多共建国家国别差异带来的合作复杂性状况；所称的“统”，是指中国为这些散发性的双边安排和机制定轴，并以“一带”和“一路”两条地理上的线路框定共建所涉的空间布局。在这一空间布局中，中国通过以倡议的方式推出整体性中国方案，为共建“一带一路”倡行一体的理念、愿景、规划和行动等，以求归拢、统合自身与其他不同共建国家之间形成的双边关系以及订立的相应双边安排和机制。经由如此整合而形成的分中有统之性状，可以保证“一带一路”国际经济体系轮毂辐状基本法律架构的散而不乱，从而为始建阶段共建倡议的快速推开和高效推进提供有效的国际经济治理体制依托。

当然，“一带一路”国际经济治理体系也不可能一成不变，在共建倡议进入高质量发展期之后，为了能使其进展好，“统”的成分需要持续加大。随着中国软硬实力的日见提升，总体上偏好的是一种有限度的“规则倾向性”国际经济法立法模式。相应的，在“一带一路”国际经济治理体系轮毂状基本法律架构内，双边安排和机制在标准一致性和内容稳定性两大维度上将更趋“规则化”；同时，在该国际经济治理体系轮毂状基本法律框架之外，区域性、多边安排和机制也将不断增加。与之相随，立基于双边安排和机制的该基本法律架构也会有所萎缩，但其作为“一带一路”国际经济治理体系形制的中心特色，仍将存留。由此，整个“一带一路”国际经济治理体系在构造上将更为明显地体现为双边、区域性、多边安排和机制的复合型组合。从实质上看，这也代表着“一带一路”国际经济治理体系法治化水平的不断提升，从而为共建的高质量发展提供有力的制度保障。

国际经济法广义说之理论基础探究

余欣怡*

摘要：国际经济法广义说强调国内法与国际法、公法与私法的密切联系及互动趋势，而广义说下纵横交错的庞大学科体系亟待坚实的理论支撑。哈耶克的自发秩序理论为国际经济法综合性、开放性结构提供依据；彼得斯曼的国际经济法分层秩序论为公法与私法间的衔接互动提供视角。国际经济法的综合性结构符合现代学科交叉研究趋势，其碎片化内容的逻辑梳理将成为体系化研究的重中之重。

关键词：国际经济法；广义说；体系化；理论基础；哈耶克；彼得斯曼

一、国际经济法广义说及其理论空白

迄今，针对“国际经济法”（International Economic Law）的定义及其内涵与外延，我国主流教材均采用“广义说”，或称“大国际经济法说”。广义说认为国际经济法是调整国际经济关系和国际经济组织的国内法和国际法规范的总称。

经济活动发展的历史分析是广义说的理论依据之一。自古希腊时期地中海沿岸贸易兴起，私人主体一直是跨国经济活动中的基础单元。广义说根据国际经济关系的历史与现状强调私人主体在国际经济法中的重要主体地位，指出国际经济法领域国内法与国际法、公法与私法的密切联系及互动趋势，批判以施瓦曾伯格（Schwarzenberger）为代表的欧洲学院派将国际经济法视为国际公法分支，纯粹以国际公法视角研究国际经济法的局限性。广义说擘画了纵横交错的国际经济关系体系，以如下三种关系描绘国际经济法律关系的全景布局：横向的私人跨国交易关系，纵向的国家对私人的经济管制关系，横向的国家及国际组织间的经济合作关系。与之呼应的是经济活动的演进过程，即以人为追求物质积累和最大福祉的经济理性为线索，而形成的贸易习惯、宏观调控、贸易条约。

然而，广义说并未给国际经济法的范畴界定画下句点，庞大的法学体系仍未有坚实的理论基础托底，致使针对该学科的独立性、科学性、完整性的怀疑主义蛰伏在理论空白之下。上世纪八十年代学科建设初期，广义说就曾招致“胃口太大”“非科学”“舶来论”的批判。有别于国际公法与国际私法，国际经济法以综合性为显著特征，即国内法与国际法、公法与

* 余欣怡，女，中南财经政法大学学生。

私法的必然联系[1]，综合性的效力框架致使国际经济关系的呈现边缘化的趋势[2]，包括国家对外关系在私人对外贸易中分散化地反映。

国际经济法的三条经济关系线索是否意味着多元的法律调解机制的创建？是否意味着针对国际经济关系存在一种必需的综合性、开放性的法律研究范式？立体化的学科体系缺乏理论基础编织经纬，其碎片化的研究板块指向待开垦的理论荒地。放眼国际，哈耶克（Hayek）、彼得斯曼（Petersmann）等学者有关经济社会秩序的演进学说与广义说之立体框架相契合，从市场、国家、宪政到国际市场、国际组织和国际宪政的国际经济自由秩序原理，构建了国际经济法独特的研究视角。站在前人的肩膀上，笔者沿着彼得斯曼对国际经济自由秩序根基的探索，完善对国际经济法的体系化认知。

二、哈耶克自由秩序理论与国际经济法开放结构

作为具体制度存在的宪政（Constitutional Government）和作为抽象精神理念存在的宪政（Constitutionalism，即国家机构所遵循的组织原则和反映相关制度的观念）构成了宪政这一政治术语的一体两面。[3]邓正来先生在对哈耶克著作《自由秩序原理》（The Constitution of Liberty）进行翻译的时候，针对“Constitution”一次的译法进行了专门的论述，“Constitution”本身兼具作为一国法律基础的“宪法”和事物“构成”之意[4]。邓认为在本书中哈耶克所阐释的是一种作为“人的适宜状态”（the state of fitness of a person）的“自由秩序”的“知识原理”，而非法律意义上的宪法性安排（constitutional arrangement）。[5]

在对社会秩序的分析过程中，哈耶克批判笛卡尔式的唯理论为证明规则可预性而提出自由主义原则的特定功利主义，认为某种为集体目的经深思熟虑而创造的规则是人类自负的拟人化习惯（anthropomorphic habits），进而提出自己的社会秩序分类理论，即社会存在自生

---

[1] 陈安教授将广义的国际经济法学描述为边缘性、综合性、独立性的新兴学科，认为国际经济法是国际经济领域或跨国经济交往这个特定领域里，综合国际法和国内法、公法和私法、实体法和非实体法规范的各个相关边缘部分，所形成的一门新兴的、统一的和独立的法律知识体系。这一新兴的综合学科符合现代科学交叉发展的现实趋势。不规范、大胃论、舶来论是广义国际经济法常面临的批判，而为了学术发展和问题解决，摒弃学术圈地和门户之见而对边缘地带的探索是有必要的。参见陈安《陈安论国际经济法·第一卷》，复旦大学出版社，2008 年版，第 28-38 页。

[2] 彼得斯曼在论述瑞士宪法对外关系权利与有限委托时，提出一国国内法中，受宪法保护的村镇自治与公民对外行使基本权利的自由，是对外（国际）关系的边缘化体现。参见彼得斯曼著，何志鹏等译：《国际经济法的宪法功能与宪法问题》，高等教育出版社，2004 年版，第 444 页。

[3] 参见童之伟：《厘清宪政与社会主义关系的基本线索》，载于《法学评论》，2015 年，第 33 期，第 22-30 页。

[4] Constitution: 1. 宪法、章程，A system of laws or basic principles that a state, a country or an organization is governed by；2.构成、构造，the way sth is formed or organized. 参见《牛津高阶英语双解词典》，商务印书馆，2019 年第 9 版，第 451 页。

[5] 参见邓正来：《<自由秩序原理>抑或<自由宪章>——哈耶克 The Constitutional of Liberty 书名辩》，载于《自由与秩序：哈耶克社会理论的研究》，江西出版社，1998 年版，第 140-156 页。

自发秩序与命令式组织安排两种秩序，且两者的划界是有必要的。[6]哈耶克的自发秩序理论使大社会、世界社会等具有开放性质社会的出现创造了可能。[7]因为，以奥斯汀为代表的建构论功利主义者认为，国家之上不存在更高权威统治即哈耶克所述的命令式组织安排，国际社会的构想是不成立的。哈耶克认为，市场秩序并不是以共同的目的而是以互惠互利（reciprocity）为基础的，也就是建立在对不同的目的进行协调进而使市场秩序的参与者得以互惠互利的这个基础之上，自由社会的“公共利益”（common welfare /public order）绝不可以被定义为一种特定结果的综合，而只能被定义为一种抽象秩序（abstract order）或偶合秩序（catallaxy）。个体所主张的自由不得以强制实施某种特定的目的序列为前提，否则个体的自由会作为次级目的被更高级的目的所牺牲——即目的导向的公法向私法的渗透。

世界经济的形成伴随着法律和习惯行为的普遍遵守。国际经济法，特别是国际贸易法的研究，强调对 INCOTERMS 等国际商贸惯例的关注，将其纳入国际经济法的渊源。理想的国际商贸惯例是去心理化（depsychologized）、非地方性的，例如 18 世纪末法国大革命创造的米制系统，商品的属性被抽象为可测量的、恒久的数字演算法则。度量衡并非天然中立，实则在封建制度下被视为权威的标志，统治者即是度量衡的制定者，也是收税人和出借方，度量衡被赋予了价值观念与意识形态，以至于俄国东道主不解“厘米”如何丈量俄国的道路，这便是哈耶克之人类自负的生动实例。甚至在西西里亚存在小封建领主、教会、市政有各自的度量衡的现象，而只有边际的贸易者才懂得如何转译换算泛滥的度量衡，然而“一旦他们的技能不被需要，他们的枢纽地位就被最大的消费市场中的大规模进口者取代。”[8]度量衡这一数理规则尚有权威的造势空间，INCOTERMS 中的贸易术语亦不妨有边界地带的不确定性而造成的理解壁垒。INCOTERMS 以简约的缩写将货物风险，成本、运费、保险等费用承担进行明确的划分，以确保货物运输过程中风险与责任负担的可预测性。以 FOB 为例，其规定了在水运（包括内河水运和海运）过程中，买卖双方的货物风险自货交装运港时转移，而卖方无需承担运输与保险的相关费用，但运输是否可以由买卖双方本人承担这一边缘问题，知道 INCOTERMS2020 才明确加以规定，这是不同于数理的语言的表达局限。哈特认为使用自然语言无可避免地会存在其开放结构（open texture），在立法的传播形势中人类面临两大困境：其一是对事实的无知；其二是对目标的相对不确定。[9]而哈耶克较哈特走得更远，

---

[6] 参见哈耶克著，邓正来译：《自由社会秩序的若干原则》，载于《民主向何处去？——哈耶克政治学、法学论文集》，首都经济贸易大学出版社，2014 年版，第 208 页。

[7] 同上，第 211 页。

[8] 参见彭慕兰、史蒂文·托皮克著，黄中宪、吴莉苇译：《贸易打造世界——1400 至今的社会、文化与世界经济》，上海人民出版社，2018 年版，第 350-353 页。

[9] 不接受开放性结构，这将会是一个适合学习“机械法学”（mechanical jurisprudence）的时代。参见哈特

即肯定了无目的导向的自生自发秩序的形成，而指向一个去中心的事实。当然，包括亚当·斯密在内的自由主义者肯定了秩序去地方性和心理化的过程并非完全自发，亦需要宏观上的推动力量，包括改革、国际机构。

自发秩序理论解释了国际经济法综合性特质的必然性，国际法碎片化被视为国际法发展过程中必然经历的阶段，其中的困境不仅包括人类自负的问题，即作为国家或其主导的国际组织基于短期利益对国际法的暂时性创造，忽略了高度专业化的各个子部门之间的协调性，导致创设、实施、解释、执行等方面的国内或国际难题。另一方面，管理自发秩序的规则，即其所对应的次级规则必须是抽象的、一般的，任何试图将自生自发市场秩序的整体或者部分转化成为实现共同目的（稳定而有利可图的市场价格）而服务的经济活动的人为努力，都面临着严重的“组织”问题。彼得斯曼认为这是一种“试图克服任何社会工程的行为问题”，其真相与结局都将是——个体经济主体并非巴甫洛夫式地对政府间政策做出反应，而是根据自我效用最大化的政策做出反映。[10]

三、彼得斯曼分层秩序论中的共时与历时脉络

丹诺夫（Dunoff）归纳了世界贸易三种研究路径：以杰克逊（John Jackson）为代表的制度构建（institutional structure）、以彼得斯曼为代表的规范导向（normative commitment）、以卡斯（Deborah Cass）为代表的司法促成（judicial mediating）[11]。丹诺夫强调彼得斯曼对世界贸易规范导向的理论贡献，基于其在专著 *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law* 的建构性（constitutional）理论观点。彼得斯曼提出：“欧共体法律对个人权利的固定，提供了宪法堡垒的第二道防线”[12]，“欧洲经济共同体各国所具有的 GATT 国际权利与义务的共同体化是宪法堡垒的第三道防线”[13]，随后又从从历时（秩序形成、后重商主义三个阶段）与共时（美国、欧共体等横向对比中的国际经济

著，许家馨、李冠宜译：《法律的概念》，法律出版社，2018 年版，第 192 页。哈特肯定法律的开放性结构并批判规则怀疑者的谬论在于认为开放论的支持者处在这样的两难：“规则若非像在形式主义天堂那样，其拘束性必须牢固如有脚镣的束缚，否则就不存在任何规则，而知存在可预测的决定或行为的模式。”（第 206 页）哈特进一步论述了两种行为的区分：对规则真正的遵守（成年人下棋）；纯粹偶然和规则一致的行为（婴孩碰巧把棋推到正确的位置）。哈特沿袭了法理学者一贯的规则中心思考，将偶然行为视为法律上的无价值。亚当·斯密的棋盘论补充了立法之外，秩序形成的市场角度：棋盘中的旗子除了人手施动于它之外别无其他移动规则，而人类社会中的人拥有不同于立法者所选择施加于他的自己的行动原则。如果这两种原则汇合到一起并沿着同一方向运动，人类社会的游戏将会和谐成功，而方向相反的话，游戏将会悲惨地进行，并且人类社会必将始终处于最高程度的无序之中。（A.Smith. The Theory of Moral Sentiment，part.6,chapter.2,penultimate paragraph.）

[10] 同[2]，第 86-89 页。

[11] See Jeffrey L. Dunoff, Constitutional Conceits: The WTO’s “Constitution” and the Discipline of International Law, European Journal of International Law, 2006, p.651.

[12] 同[2]，第 545 页。

[13] 同[2]，第 551 页。

法秩序）两条轴线阐释了国际经济法的规范功能。

（一）分层秩序

作为哈耶克的学生，彼得斯曼的国际经济秩序分析路径方法深受其影响，在哈耶克提出的自发秩序演进理论和胶合板原则基础之上，彼得斯曼对国际经济秩序发展进行纵向历史分析和横向比较分析，构建国际经济法分层秩序理论，即私法、各国公法与国际公法三个层次。[14]

国际经济法发端于古希腊私人商业惯例，发展于中世纪末期欧洲主权国家间的具有国际公法性质的通商航海条约，再到 1941 年大西洋宪章的订立，标志着国家及国际组织间的双边与多边协定的形成。日本著名经济法学者丰畸光卫在分析经济法的形成与发展时，也明确了国内民商制度对国际经济法诞生的奠基作用：高度资本主义所产生的矛盾特别是生产过剩带来的经济萧条和恐慌，已不能通过经济本身调整，首先出现的是私营企业者通过民法制度进行自治，形成企业集中（卡特尔、托拉斯、康采恩等），再是国家利用这种自治的统制组织并创设新的统制，同时，近代战争是以经济力量为中心的整体战，各国采取强制的战时经济法，而高度资本主义所产生的矛盾已不能由一国单独解决，国际经济法应运而生。[15]按照哈耶克的社会秩序分类，彼得斯曼认为存在生成于没有最初总体设计的自发秩序和通过协议而人为创造的指导秩序，GATT/WTO 体系作为典型的指导秩序，其调适也经常依靠自治的专业活动与自发市场协调，因而与自发秩序界限逐渐模糊。[16]作为研究对象的国际经贸秩序是一个实然概念，以上研究思路与杰赛普等美国学者的实证主义路径基本一致。不难看出，以历史分析为基础的分层理论，构建出了国内国际、公法私法互动的效力体系。传统国际经济法以贸易法为主，因悠久的历史发展国际贸易法分层特征最为明显，因此作为典型证明国际经济法各层次之间的密切联系[17]：

广义说认为国际经济法是调整国际经济关系和国际经济组织的国内法和国际法规范的总称。

各国贸易私法与贸易公法的相互依赖

国际贸易的不确定性经济成本促使贸易商通过一般法律规则降低交易成本，特别是在合同、运输、保险等领域形成了统一的跨国民商事惯例，以 CISG 为例，其中承诺平衡了两大法系的利益，规定承诺一经做出就排除要约人撤销要约的可能性，同时承诺于表示同意的通

[14] 同[2]，第 90 页。
[15] 参见丰畸光卫著，姚梅镇译：《经济法》，译自《世界大百科全书》，平凡社 1972 年版，1979 年印，第 9 卷，第 59-61 页。载于同注《姚梅镇文集》，第 441-442 页。
[16] 同[13]。
[17] 同[2], 第 77-85 页。

知送达要约人时成立。[18]跨国民商事规则的形成后对各国国内立法产生影响。同时，统一的实体上商法原则与仲裁，呈现出取代冲突法意义上的私法规则（涉外案件本地化）的趋势。

1. 各国贸易公法与国际公法的相互依赖

丰畸光卫对“经济法”的历史分析中便揭示国内经济法与“经济上的国际法”之间的发展连续性。彼得斯曼认为，国家所作出的使用透明的非歧视性的对外经济政策工具的国际法律承诺可以看作是各国宪政控制的实质反映和各国宪政防堑的第二道防线。[19]WTO 规则体系中的国家安全例外条款完美诠释了这一点，2017 年美国商务宣布根据 1962 年《贸易扩展法》（Trade Expansion Act）第 232 节对进口钢铁和铝分别加征 25%和 10%的关税又宣布对欧盟、阿根廷、澳大利亚、巴西、加拿大、墨西哥、韩国等经济体钢铝关税的暂时豁免。之后，中国根据《保障措施协定》第 12 条第 3 款正式要求与美国磋商，美方援引 GATT1994 第 21 条（b）款(iii)项，认为其措施是在国际紧张局势下为保护其基本安全利益所必需的行动。美方援引国家安全例外条款截断了中国将美方加征关税行为定性为保障措施而后采取反措施的可能，同时美方根据国家安全例外的条款设计[20]，反复强调援引国家安全例外条款时援引方享有自裁权（self-judging），以免除其对“国际紧张局势”的举证责任。其所提供的证据仅包括措施的国内法基础、国内钢铝报告和诸如 G20、OECD 等会议上对全球钢铁产业变革的相关代表发言。图姆利尔曾指出，“广义而言，国际与各国经济秩序更为密切的调整只有通过确保其坚定地立基于各国所作国际经济-政治约定的国内法基础之上，才能得以实现。”[21]美国钢铝案就是国内立法国际影响的生动例子。如今，多边机制成为调整各国涉外经济法与对外政策“政府失灵”“贸易扭曲”的防线，因而国内法治、涉外法治、全球治理之间的联系尤为密切。

2. 国际贸易私法与国际公法的相互依赖

以国际与各国合同法、公司法、工业产权法为自治基础的卡特尔形成了国际私人经济秩

---

[18] 英美法系国家采用“投邮生效原则”，即以电报、电传和书信等方式作出承诺时，只要受要约人把信件投入邮筒或电报、电传一经发出，该承诺立即生效。而大陆法系国家采用“到达生效原则”，即承诺只有到达要约人时才生效。究竟采取投邮生效还是送达生效原则决定送达延误合同是否成立的问题。参见吴志忠主编：《国际经济法》，北京大学出版社，2008 年版，第 40 页。

[19] 同[2]，第 76 页。

[20] See United States – Certain Measures On Steel And Aluminium Products, WT/DS544/R,Panel Report, p.7.8.(2022). Article XXI Security Exceptions：Nothing in this Agreement shall be construed (b)to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests (iii) taken in time of war or other emergency in international relation. GATT 安全例外条款中“it considers”术语保留在赋予成员国在（i）至（iii）项所述条件和情况下采取其认为必要的行动以保护其基本安全利益的权利和酌处权，赋予成员的酌处权并非完全排除 GATT 在争端解决程序的审查权限，专家组不认为美国提到的情况已经达到国际紧张局势的严重程度。

[21] See J. Tumlir: International Economic Order and Democratic Constitutinalism, in ORDO Jahrbuch 33(1983),p.80.

序，在二战后由于美国垄断法、德国与欧共体竞争法的出台而迅速衰落。如今作为国际私法秩序典型代表的跨国公司仍然存在着。1948 年国际贸易组织哈瓦那宪章明确谴责限制性商业做法并规定详细义务要求成员阻止。国际间的限制商业做法的权利需要承担平衡所有有关国家利益的习惯国际法的法律义务，这有助于解决管辖冲突。

（二）后重商主义的三个阶段

彼得斯曼在第一部分分析了广义上的国际经济法分层结构，而随后关于国际经济法的宪法功能的论述，更多集中在对国际经济秩序的探讨，特别是国家及国际组织的经济合作关系、GATT/WTO 体系下的自由国际规则。若国际经济秩序形成构成分层秩序的正面论证，则重商主义三个时期，则构成分层秩序与自由国际规则必然性的侧面论证。重商主义贸易理论和贸易法发展的三个阶段可分为[22]：

1. 19 世纪欧洲自由贸易体系的形成

1860 年科布登-切维利尔（Cobden-Cheralier）条约的出现标志着“无条件的最惠国待遇”的形成，而“无条件的最惠国待遇”将在日后成为 GATT/WTO 体系的首要原则。通过历史分析，我们观察到一条贸易自由化与非歧视规则变化并行的脉络，即美式的以互惠为前提的有条件的最惠国待遇逐渐被便捷的、自动化的无条件最惠国待遇立法技术所取代。最惠国待遇规定了给惠国、受惠国、第三国之间的三角关系，给惠国与受惠国之间的优惠待遇通过最惠国条款的速记作用转致[23]给第三方。在“绝对优势”及“相对”思想的影响下，19 世纪的欧洲市场以三种路径实现其贸易自由化，即私法、货币立法、长期性贸易协定。

2. 二战期间的经济政治化

两次世界大战期间，许多欧洲国家形成了执行经济政策的庞大的政府官僚机构体系，跨国商业交往上的政府限制尤其是歧视性的贸易壁垒，发展出许多对自由放任主义与完全自由贸易的限定条件，呈现出经济政治化的趋势。开枝散叶、环环相扣的官僚机构使得保守主义成为一个结构性问题。

3. 自由贸易与自由放任主义纽带的断裂

二战后，一种“最佳政策”的精准管控、政策手段的经济排序理论兴起，认为不管政府追求的国内经济政策目标是什么，政府干预采用的一些国内内部手段已经足够有效、更富效率地实现，包括税法、反托拉斯法或补贴，而政府的对外贸易限制措施因其市场扭曲性和福

---

[22] 同[2]，第 145、481 页。

[23] 最惠国条款涉及两个并行条约或约定的沟通或者法律联系（judicial link），具有将某一条约的优惠待遇直接“速记”（short-hand）到最惠国待遇条款缔结方的作用，亦有学者用“转致”生动地表述这种法律技术。参见赵维田：《世贸组织的法律制度》，吉林人民出版社，2000 年版：58-60 页。

利减缩性的特质在经济价值选择上次之。该理论也为战后关贸总协定与国际货币组织中的透明度、非歧视、成比例贸易与货币政策手段的原则提供理论支撑，也保证对一国国内经济秩序的尊重，例如决定国内货币价值货币政策、以关税方式保护国内生产者等方面的自由。

彼得斯曼的分层秩序理论提供了一个研习国际经济法的共时性的拓扑学结构，并在此基础上展开对新保护主义的批判。长期以来，国家的对外经济政策被视为“非民主的高处决策”被束之高阁，如今，经济的独裁主义受到批判，贸易领域的法治化与民主化成为必然：第一，对内对外政策差异将逐渐消失；第二，政府有限委托理论要求，公民的“最高的对外政策利益”不能够以独裁主义的不经代表会议以及公民民主讨论和参与的方式加以决定；第三，零和博弈向正和博弈观的转变，规则导向型的长期利益被重视；第四，对外事务权力和缔约权力必须按照国内宪法加以行使并且服从国内法院的司法审查；第五，贸易交往中私人主体的短期利益冲突需靠长期性的国内与国际规则调整；第六，自由贸易政策目标依赖一般性长期规则；第七，由于信息成本，消费者难以像进口竞争性企业花费信息、组织成本寻求经济负担的成因，造成公共利益政治代表的不平衡，特别是国内消费者薄弱的政治代表与保护主义集团雄厚的政治代表之间的冲突。贸易限制措施具有福利减缩和再分配性的效果，贸易保护收益间接地对国内保护主义集团进行补贴或巧妙避开国际义务。如此，政府失灵要求法律加以预防和救济。

四、广义说下中国的国际经济法效力结构

我们从彼得斯曼的论述中不难看出，对国际经济法开放性结构的分析，对国内与国际法不可分割关系的透视，最终将回落到一个建构性的、宪法性的问题，特别是如何构建国际条约域内效力体系与中国法域外适用方法论，结合国家主权立场与互利合作的全球视野，将成为统筹国内法治与涉外法治的重要问题。

目前我国宪法并未对国际条约与国内法的关系进行明确的规定，仅在对国务院的缔约权以及人大常委的批准与废除权进行了原则性的规定。而在实践中，存在国际条约的国内适用存在转化（transformation）和纳入（adoption）两种路径。转化指国际条约本身不具有域内效力，域内适用的前提在于国内宪法或法律对国际条约法律地位的明确授权；纳入则指国家一旦缔结或加入某一国际公约，国际条约则自动成为国内法的一部分，又根据一国现有国内法体系是否满足国际法执行分为自动执行条约（self-executing treaty）和非自动执行条约（non-self-executing treaty）。转化和纳入的主要区别在于两点：其一是国家机关对国际条约对内生效的宣示是否必要，其二是在批准或加入国际条约未生效时国际条约对内是否生效。

广义说强调域内外的法律交融，实证的价值取向与我国对国际法域内适用的灵活态度相契，即一种“个案处理”的方式。但日益频繁的国际经贸交往摩擦预示着个案处理已不满足可预测、透明性的要求，亟待明确的法律规范锚定以降低司法成本。《民法通则》和《海商法》规定了条约与国内民事、海商法律不同时优先使用国际条约（声明保留条款除外），采取了一种国际法优先的态度。以 CISG 为例，学界通说认为我国缔结的国际商事条约构成广义的国内法的一部分，CISG 符合自动执行条约的性质，可以在符合适用条件的情况下直接适用，无需冲突规范指引。但由于宪法并未明确国际商贸条约的法律地位而造成司法适用的混乱，或错误地以要求适用 CISG 需要冲突规范指引，或认为只有在 CISG 与国内民事法律不一致时才能适用 CISG，或认为只有当事人明示才能适用 CISG。[24]国内 CISG 的司法适用混乱也体现出跨国经济争诉裁定中的本地化倾向，自动纳入的国际法域内适用思维有所缺失。

目前，国际法与国内法关系的二元论仍是我国国际法学界的主流观点，形成了统筹国内法治和涉外法治并驾齐驱的治理模式，而在本国法域外适用、外国法域内适用、国际法域内适用、本国的对外关系权力这四个方面，对跨法域规则之间关系的弥合空间与独立地位的细化探究的极其重要的。彼得斯曼的理论具有一定的参考价值，站在一元论中的国际法优先说视角，强调国际规则融入国内宪法体系的必要性，以至于提出，“一部自动执行的宪法依赖于个人权利的保护”，遵循自由贸易宪法规则对国内法进行司法审查的可能性。而针对我国国际经济法体系的宪法问题，目前可实现且迫切需要的，是明确国际条约的国内法地位，以已实现“普及化”、标准化的法治要求，不至使广义说沦为舶来的艺术词汇。

五、结语

哈耶克的“自发秩序”理论为开放性的国际经济法结构提供科学依据，其自由主义的论述观点，可追溯到康德的“文明联合体”概念。康德认为，是偶然的历史条件或事实造成了公共的立法的强制措施。在一个法律的社会状态能够公开建立之前，单独的个人、民族和国家是绝对不可能安全的，人们在自然状态下产生占有外在物的权利状态是暂时的。[25]因此，基于理性，人们的决定服从于一项原则：维持或恢复文明的社会状态。古希腊文“gubenare”（治理）一词意为掌舵领航，强调权力关系的有序性和规范的遵守而非强制性规则，与“自发秩序”异曲同工。纵观国际经济法的学说发展，诸多理论为广义说的体系化提供养料。全

[24] 参见贺辉：《我国法院适用 CISG 的问题、成因及改进》，载于《法学》，2019 年第 4 期：第 181-192 页。

[25] 参见康德著、沈叔评译：《法的形而上学原理——权利科学》，商务印书馆，1991 年版，第 137 页。

球治理视野下的国际经济法理论研究，仍要把握国际经济主权原则作为解决国内外问题和预防隐患的重中之重，推动构建国内法治、涉外法治、国际法治的链接互动机制。

参 考 文 献

[1]陈安. 陈安论国际经济法（第一卷）[M].上海：复旦大学出版社，2008：28-38.
[2]彼得斯曼. 国际经济法的宪法功能与宪法问题[M].何志鹏等译，北京：高等教育出版社，2004：77-90,145,211,444,545,551,481.
[3]邓正来.自由与秩序：哈耶克社会理论的研究[M]. 江西：江西出版社，1998：140-156.
[4]哈耶克.民主向何处去？——哈耶克政治学、法学论文集[M].邓正来译，北京：首都经济贸易大学出版社，2014：208,211.
[5]哈特. 法律的概念[M].许家馨、李冠宜译, 北京：法律出版社，2018：192，208.
[6]彭慕兰、史蒂文·托皮克. 贸易打造世界——1400 至今的社会、文化与世界经济[M]. 黄中宪、吴莉苇译，北京：上海人民出版社，2018：350-353.
[7]姚梅镇. 姚梅镇文集[M]. 武汉：武汉大学出版社，2010：441-442.
[8]吴志忠. 国际经济法[M]. 北京：北京大学出版社，2008：40.
[9]赵维田. 世贸组织的法律制度[M]. 吉林：吉林人民出版社，2000：58-60.
[10]康德. 法的形而上学原理——权利科学[M].沈叔评译，北京：商务印书馆，1991:137.
[11]童之伟. 厘清宪政与社会主义关系的基本线索[J]. 法学评论,2015,33:22-30.
[12]贺辉.我国法院适用 CISG 的问题、成因及改进[J].法学,2019,(04):181-192.
[13] DUNOFF.J.L. Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law[J]. European Journal of International Law, 2006:651.
[14] TUMLIR.J. International Economic Order and Democratic Constitutinalism[J]. ORDO Jahrbuch,1983(33):80.

“合作”与“发展”的“和”“为”之争

——国际经济法“国际合作以谋发展原则”的辨析

李　馨*

摘要：国际合作以谋发展原则是国际经济法的基本原则之一，但其中“合作”与“发展”的关系却处于“和”之并列关系与“为”之目的关系的模糊之中，甚至许多外国学者并不承认国际合作以谋发展原则的价值转而用“合作原则”“对发展中国家优待”取而代之。明确“为”之目的关系的能够使“国际合作以谋发展原则”回归本意、减少“合作”与“发展”脱节的实践情况、完善“国际合作以谋发展”原则的理论涵盖。为此，我们可以通过统一理论表达、推进“一带一路”、参与国际立法等方式强调“合作”与“发展”之间不可逆转和分离的目的关系。

关键词：国际合作以谋发展；国际经济法原则；目的关系；国际经济法

相较于其他法律部门，国际经济法是一个新兴且综合的法律部门，由于其调整范围的广泛性，我们很难找到能适用于国际经济法一切领域的、具有普遍拘束力的、构成国际经济法基础的法律原则，[①]因此，关于国际经济法的基本原则至今都没有一个统一而明确的结论。但在我国目前的国际经济法基本原则上，大部分学者支持三原则说，即国际经济法的基本原则为“国家经济主权原则”“公平互利原则”和“国际合作以谋发展原则”。然而，对于“国际合作以谋发展原则”，即便学者们的理解都从《各国经济权利义务宪章》（the Charter of Economic Rights and Duties of States，以下简称《宪章》）出发，却得到了不同的结果。不仅国内学者对原则中“合作”与“发展”的关系理解各有不同，且国外学者对该原则的理解也逐渐走偏，将“合作”与“发展”“分而治之”。其原因或在于，虽然《宪章》第一章明确提出国际经济关系的基本原则为“International co-operation for development”[②]，中译本为“国际合作以谋发展”，但却在后文的详解中着重强调对发展中国家的支持与协助。[③]

国际经济法原则的认定直接关系到国际经济法的范围、渊源和制度。这些问题相互关联，共同构成了国际经济法的基本理论。[④]国际经济法是诞生在实践中的法律，至今仍在实践中成长，因而国际经济法原则亦有实践性的特点。《宪章》对发展中国家保护的强调在于其时代背景，在国际合作以谋发展原则之前，发达国家与发展中国家之间的初级产品与原材料交

---

* 李馨（2000-），湖南省邵阳市人，中南财经政法大学法学院硕士研究生，主要研究国际经济法。

① 余劲松：《国际经济法》，中国法制出版社 2008 年版，第 16 页。

② the Charter of Economic Rights and Duties of States，Chapter 1 (n).

③ the Charter of Economic Rights and Duties of States，Chapter 2 Article17.

④ 余劲松：《国际经济法》，中国法制出版社 2008 年版，第 16 页。

易并非真正的“合作”。这一原则的使命就是改变这种不公平的“合作”。一些学者自认为理解了“合作”的内涵，并将这一原则解释为“对发展中国家的优待”。[①]这是一个符合《宪章》时代背景的解释，但是如今，国际经济新秩序也进入了新时代，发展中国家的崛起给一些发达国家带来了危机感。仍旧强调发达国家对发展中国家的支持是不合适的，可能会使一些发达国家产生应激反应，进而打压发展中国家的崛起。因此，在这一时期，我们应当指明原则的本意，不为发展的合作并非合作，“国际合作以谋发展”应当是“合作”为“发展”而非“合作”与“发展”。

一、“国际合作以谋发展原则”的理论与实践情况

（一）国内学者对“国际合作以谋发展原则”的模棱两可

我国的学者向来注重理论的构建，原则是一个部门法学科不可缺少的部分，即便国际经济法的基本原则尚为达成统一，学者们仍积极地对“国际合作以谋发展原则”贡献着自己的观点。但在这些分析之中，对于“合作”与“发展”两者究竟是“为”的因果关系还是“和”的并列关系，产生了两种观点。

因果关系一派认为，不为发展的合作不是真正的合作，合作是发展的手段，发展是合作的目的。学者们不约而同地从《宪章》以及《建立新的国际经济秩序宣言》（Declaration on the Establishment of a New International Economic Order，以下简称《宣言》）出发解读“国际合作以谋发展原则”，余劲松教授将之命名为“国际经济合作以谋发展原则”；[②]吴志忠教授将之“国际合作以谋发展原则”。[③]在原则命名上，两位学者均认识到了“合作”与“发展”之间的目的关系，强调了两者的紧密联系；但在原则的分析与讲解中，两位学者也都沿袭了《宪章》的解释路径，强调了该原则对发展中国家的优待，却未分析该原则对发达国家的意义。值得一提的是，余劲松教授在其先后两本著作中，对该原则的解读略有不同，在 2000 年的著作中，余教授着重提及“尊重发展中国家的发展权”，[④]而在 2008 年的著作中，余教授则提出“发展中国家的自力更生”。[⑤]这一解读的转变体现着国际经济新秩序的变化，发展中国家的崛起愈来愈明显，唯有“自力”才能“更生”。

但并非所有学者都关注了“合作”与“发展”的目的关系，亦有学者认为两者是“和”的并列关系。对于“国际合作以谋发展原则”，陈安教授将之解读为“全球合作原则”；[⑥]王传丽教授将之解读为“经济合作共谋发展原则”。[⑦]王教授的用词虽未指明，但实际上是将“合作”与“发展”作为并列关系看待。在其细化解读之中也只是强调了合作的重要性。陈教授则更为直白地单取“合作”一词，着重分析了合作的目标与途径。实际上，两位学者都认识

[①] Matthias Herdegne, The Principle of International Economic Law (Second Edition), Oxford University Press, p.69.
[②] 余劲松：《国际经济法》，中国法制出版社 2008 年版，第 16 页。
[③] 吴志忠：《国际经济法》，北京大学出版社 2008 年版，第 16 页。
[④] 余劲松：《国际经济法》，北京大学出版社 2000 年版，第 24-25 页。
[⑤] 余劲松：《国际经济法》，中国法制出版社 2008 年版，第 16 页。
[⑥] 陈安：《国际经济法学（第八版）》，北京大学出版社 2020 年版，第 117 页。
[⑦] 王传丽：《国际经济法（第五版）》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 27 页。

到了“合作”与“发展”的目的关系，[①]但却在命名上体现出了两者的并列和分割。这或许是国际经济法原则实践性的表现，“合作”的确更具有实践指导意义，也可以在用语上削减发达国家和发展中国家不平等的尴尬，但作为原则，“国际合作以谋发展”要指导的不仅仅是当下的实践，更是长远的实践以及国际经济关系未来的走向。因此，“合作”与“发展”且不能用模棱两可的方式命名，两者的目的关系应当在各处体现。“发展”是“合作”不能绕开的前提。

（二）国外学者对“国际合作以谋发展原则”的“分而治之”

相比于国内学者的模棱两者，国外学者对“国际合作以谋发展原则”的拆分则更令人忧心。笔者在图书网站上搜索外文国际经济法原则著作，仅有一本，但若搜索国际投资法原则或国际贸易法原则，其结果则要多上一些。[②]其中或许有部分国家不认为国际经济法是一个单独法律部门之原因，但在国际贸易法原则和国际投资法原则中，外国学者的著作里也未曾出现国际合作以谋发展原则。在唯有的一本国际经济法原则的著作中，作者 Matthias Herdegne 将国际经济法的原则分为七个，其中之一便是“对发展中国家的优待”。[③]这样的原则选取极具国际经济法实践性的色彩，同时也将发达国家对“国际合作以谋发展原则”的傲慢姿态展现得淋漓尽致。Moritz J. K. Blenk 虽正视了“国际合作”的存在，却也认为合作在于让弱国和强国存在一个协调中心，让弱国更容易找到共同的事业和盟友。[④] Lachenmann Wolfrum 对此存在同样的理解，将“发展”与“合作”区分看待。[⑤]对于发达国家而言，对发展中国家的优待，与其说是“合作”毋宁说是“施舍”，这实际上是讲发达国家与发展中国家放在不平等的位置上谈“合作”，忽视了发展中国家的进步对发达国家的正向影响。在发达国家的视角中，“合作”与“发展”似乎从未摆在一起，因为在他们看来“合作”的结果并未惠及己身。

国外学者对“国际合作以谋发展原则”的忽视并非是单个原则的问题，更是国际经济法总论的暗淡。在以“国际经济法”为题名的书中，作者几乎不考虑原则的问题，国际贸易法和国际投资法的实践比国际经济法的理论更为重要。[⑥]有学者认为法律原则以及根据这些原则作出决定本身往往是不可预测的，[⑦]因而法律原则并非国外学者研究的重点，尤其是“国际合作以谋发展”这样带有呼吁性质的原则。但原则是规则的兜底，是法律发展的基调与指向标，无视原则或片面地利用原则投入实践，则会带来与原则目的相背离的结果。以中美贸

[①] 陈安教授指出全球合作的目标在于“实行世界经济结构改革,建立公平合理的国际经济新关系和国际经济新秩序,使全球所有国家都实现更普遍的繁荣,所有民族都达到更高的生活水平。” 陈安:《国际经济法学（第八版）》，北京大学出版社 2020 年版，第 117 页。

[②] 笔者于 zlibrary 网站检索“principles of international economic law”，共有 1 个结果，检索“principles of International investment law”共有 2 个结果。

[③] Matthias Herdegne 认为国际经济法的基础原则有七个：国家在经济选择上的自主权、贸易自由化：降低关税和消除非关税壁垒、公平对待外国投资者、非歧视、对发展中国家的优待、可持续发展、尊重人权。Matthias Herdegne, The Principle of International Economic Law (Second Edition), Oxford University Press.

[④] MORITZ J. K. BLENK, Uses and Misuses of International Economic Law, Mohr Siebeck Press, p33-34.

[⑤] LACHENMANN WOLFRUM, International Economic Law, Oxford University Press.

[⑥] Golnoosh Hakimdavar, A Strategic Understanding of UN Economic Sanctions International Relations, Law, and Development, Springer International Publishing Press.

[⑦] Robert Jennings, ‘What Is International Law and How Do We Tell It When We See It?’, The International Lawyer, vol. 19: 59, p.59–60(1981).

易战为代表的发达国家对中国，这一世界上最大的发展中国家的打压就可以窥见无视或误解“国际合作以谋发展原则”的结果。作为“合作”目的的“发展”是双方的发展，是发展中国家与发达国家的携手共进，而非发达国家对发展中国家的单向给予，我们当下便是要重申这一原则的本意，避免更多的偏见、误解及其带来的负面实践。

（三）“国际合作以谋发展原则”的实践状况

虽然国际合以谋发展原则在理论上有些许的模糊和曲解，但得益于国际经济法原则的实践性特点，各国在跨国经济交往中对此原则多少有所贯彻。南北合作是全球合作的中心环节，南南合作则是发展中国家之间的互帮互助，是发展中国家贯彻落实国际合作以谋发展原则的切实路径。我国在开展南南合作方面颇有成就。自 2013 年习近平总书记提出共建“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的重大倡议以来，我国的“一带一路”建设逐步完善，逐步形成了以铁路、公路、航运、航空、管道、空间综合信息网络等为核心的全方位、多层次、复合型基础设施网络，区域间商品、资金、信息、技术等交易成本大大降低，有效促进了跨区域资源要素的有序流动和优化配置，实现了互利合作、共赢发展。[①]十年来，我国为“一带一路”沿途国家的基础建设、经济建设带来了丰厚的成果，沿途国家也为我国的市场发展尽一份力。“一带一路”的合作是以发展为目的的合作，是共赢发展的合作，也是我国对国际合作以谋发展原则的答案与实践。当然，不仅是发展中国家有着互帮互助的实践，发达国家也承担着合作的义务。世界贸易组织贸易救济措施中对发展中国家的优待、欧共体对加勒比海地区及大西洋沿岸拉美国家所进行的经济技术合作与援助以及澳大利亚、日本等发达国家给予发展中国家的最惠国待遇都为发展中国家的崛起给予了积极的帮助。[②]

然而，在发达对国际合作以谋发展原则存在偏见的情况下，一些背离该原则初衷的实践也逐步出现了。对于将“合作”与“发展”分而治之的发达国家而言，“合作”是可以单独看待的要素，而合作的目的也不一定是真正的发展。例如，在国际经济秩序建立的初期，美国和其他发达国家则着力利用其在联合国内部的金融影响力和政治影响力阻止发展中国家利用联合国作为政治平台表达它们发展观点的支持。[③]自 1974 年以来一直在发展中国家与跨国公司的谈判中发挥重要作用的联合国跨国公司中心（UNCTC）于 1993 年转移到日内瓦的贸发会议。而由发展中国家建立的贸发会议却随着国际货币基金组织和世界银行的发展被边缘化了。发达国家打着“合作”的旗号却在逐步缩减发展中国家的国际话语权。除却此种有意而为之的打压型合作外，更令人警惕的是发达国家无意间透露的高傲姿态。不少发达国家的学者认为发展中国家在国际经济规则的形式和内容方面没有发挥作用，也从未在国际经济大事件中发挥过重要作用，无异于“何不食肉糜”之问。曾有人呼吁统一的“全球竞争法”的建立，要求在处理垄断的过程中对信息交流和调查作出协调一致的反映。[④]发展中国家毫

[①] 新华社：《共建“一带一路”倡议：进展、贡献与展望》报告，http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/e/201904/20190402855421.shtml，2024 年 1 月 29 日访问。

[②] 参见余劲松：国际经济法，中国法制出版社 2008 年版，第 16 页。

[③] Julio Faundez&Celine Tan, International Economic Law, Globalization and Developing Countries, Edward Elgar Publishing Press, p.19.

[④] Sokol Daniel D, Monopolists without Borders, The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age, 4 Berkeley Business Law Journal, Vol. 4: 37(2007).

不意外地否决了这个提议，因为“全球竞争法”的提议实在是超出了发展中国家的经济和法律实情，无法为发展中国家带来实际的好处和便利。[①]“全球竞争法”的提议或许是竞争法发展的未来，但提议者全然地站在了发达国家的视角看待法律的发展，认为先进制度的构建就是合作，却忽视了发展中国家尚在发展的途中，超出经济基础的上层建筑将对发展中国家产生负面影响。世界上最大的发展中国家，中国的崛起让发达国家产生了警惕，甚至出现了诸如中美贸易战这样严苛的打压。可见，大多数发达国家并没有意识到“国际合作以谋发展”的“发展”是双方的发展，他国的崛起并不会带来己国的没落。

二、“国际合作以谋发展原则”“为”之目的关系的价值

根据理论和实践的分析，“国际合作以谋发展原则”中的“发展”与“合作”之目的关系是密不可分的，不为发展的合作不是真正的合作。“国际合作以谋发展原则”的“为”之必要性需得确立。

（一）回归“国际合作以谋发展原则”的本意

“国际合作以谋发展原则”诞生的背景是国际经济新秩序的确立，当时的发展中国家和发达国家的经济和政治地位极度不平等，因而《宪章》在第 17 条详解原则之实现路径时着重强调了对发展中国家的支持与帮助。但若该原则的意义仅仅在于对发展中国家的帮助，《宪章》又为何不如今日的西方学者那样直接将该原则命名为“优待发展中国家原则”呢？原则向来指向长远的宗旨和目标，可见，《宪章》对发展中国家支持和帮助的描述是在时代背景影响下的一时之需，该原则真正的意图就是要让世界各国联合起来，为发展而合作，实现合作共赢和共同繁荣。《宣言》中说到：“发达国家的利益同发展中国家的利益不能再互相分隔开，发达国家的繁荣和发展中国家的增长和发展是紧密地互相关连的，整个国际大家庭的繁荣取决于它的组成部分的繁荣。”《宣言》的内容已然揭示了国际合作以谋发展原则的本意与未来，发达国家和发展中国家并非两个派系，两者的发展与繁荣是紧密相连的。以“合作”为手段的“发展”所要发展的不仅仅是发展中国家，亦要发展发达国家。“合作”不存在施舍，而是双方互利共存的结果。“国际合作以谋发展”是所有国家的共同目标和义务，发达国家和发展中国家应平等对话，在实质公平的基础上进行合作，以求达到共同发展的美好愿景。

（二）减少“合作”与“发展”脱节的实践情况

不为发展的合作不是真正的合作，与发展脱节和合作可能会带来与发展相背离的结果。知识产权法的诞生与发展是最好的例证，曾有人指出知识产权保护制度是富国强加给穷国的“立法殖民”。[②]随着经济和科技的发展，知识产权越来越全球化，它常在关于贸易、创新、技术转让、公共卫生、食品安全、教育、气候变化、生物多样性、互联网或娱乐业的讨论中占据着显著位置。发达国家意识到知识产权对于经济发展重要价值，开始建立强有力的保护

[①] Julio Faundez&Celine Tan, International Economic Law, Globalization and Developing Countries, Edward Elgar Publishing Press, p.255.

[②] Stallman Richard, Did You Say ‘Intellectual Property’? It’s a Seductive Mirage, http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.html, last visited on February 2, 2024.

制度。这一制度在你来我往的交锋之下，逐渐变成了发达国家攫取利益的武器。而在发达国家知识产权制度发展的刀光剑影之下，部分发展中国家甚至连知识产权的认知都尚未建立。1979 年的《中美贸易协定》第 6 条要求“缔约双方承认在其贸易关系中有效保护专利、商标和版权的重要性”和“给予对方的法人或自然人的专利和商标保护”。此时的新中国没有任何知识产权保护的文件，但为了与美国的贸易往来，中方接受了该条款，并开始建立现代的知识产权制度。但在这样背景下建立的制度背离了 “保护”知识产权的初衷。中国此时的知识产权保护制度，与其说是保护知识产权、建立知识产权保护意识的制度，毋宁说是中国吸引外资、技术和设备的制度。知识产权保护法并未保护本国的知识产权，而是给知识产权意识懵懂的国内生产者带来了厚重的枷锁。当时的知识产权法，并未实现知识产权保护制度的初衷，甚至很难让民众建立知识产权意识。无人能否定《中美贸易协定》是一次里程碑般的合作，为改革开放的新中国带来新的活力，但忽视新中国法律发展进程的、在催促之下诞生的极具功利性的知识产权法也让中国的知识产权制度发展跌跌撞撞。TRIPS 协议更是国际知识产权制度演变过程中的一个重大事件。它将《巴黎公约》中灵活的知识产权保护方法转变为在世贸组织的论坛中保护和执行知识产权的一套新的最低国际标准。发达国家的意志通过国际组织传达到了发展中国家身上，催促着所有国家建立能够与之构建“合作”桥梁的知识产权制度。

唯有强调“发展”与“合作”的因果关系，才能减缓国际合作以谋发展原则逐渐的边缘化。在笔者翻阅的著作中，鲜少有外国学者在提及合作时同时顾及发展，在他们的笔下合作成为了一个定式，合作的目的却并不重要。在 Marc D. Froese 的书中，最惠国原则和公平互利原则被提及的概率要比国际合作以谋发展原则高上许多，非歧视原则也被人提起和使用，但“合作共赢以谋发展”原则却总是被拆分，几乎没有外国学者关注这一点。[①]因此，我们需要着重强调“合作”的目的指向，“合作”与“发展”之间是目的之“为”的关系，而非并列之“和”的意味。

（三）完善“国际合作以谋发展原则”的理论涵盖

作为原则，“国际合作以谋发展”的眼光应当指向未来而非停留当下。原则是具有指导性，应当指导着法律未来的发展。在全球经济发展的未来，发达国家与发展中国家将不再因经济水平差距而被区分，此时若仍将“合作”与“发展”并列则缺少了指向性，使得双方失去合作的根基即“发展”。因而，“为”的目的性连接更能够代表国际经济法的未来，发展是无穷无尽的，即便今后的国际格局有所改变，各国之间“国际合作以谋发展”的来往方式仍是有价值的。作为一个具有长久性指导意义的原则，“国际合作以谋发展”要比“国际合作共谋发展”更有发展空间。

只有“国际合作以谋发展”的目的性逻辑才能将南南合作纳入该原则之中。若依照发达国家“合作”与“发展”并列切分而治之的逻辑，“合作”是强势一方对弱势一方的照顾和给予，是为了缩减发达国家和发展中国家间的差距，那么发展中国家之间的互帮互助将无去

[①] Marc D. Froese, Sovereign Rules and the Politics of International Economic Law, Routledge Press.

无从。虽然南北合作是国际合作的中心环节，但南南合作更是实现公平全球化的关键力量，为了将南南合作也纳入国际合作以谋发展的理论范围，也应当明确“合作”与“发展”间的目的关系，追求“合作”为“发展”的合作方向。

三、实践“国际合作以谋发展原则”的途径

（一）统一“为”之表达增强理论自信

正如本文第一部分所述，“国际合作以谋发展原则”的表述并未得到统一，这会使得我们在提倡并发扬这一原则时带有些许的不自信。虽然单独将“合作”作为原则进行提倡或将二者分开看待的确更符合目前实践的表层需要，也更加符合国际经济法实践性的特点，但我们也且不能忘记发展是合作绕不开的前提。虽然我国向来在国际合作中坚持贯彻国际合作以谋发展原则，即便是我国单独看待“合作”的学者亦在分析中带上了发展的要素，但不将之明说就会使得我们的理论与实践效果大打折扣。因此，作为目前国际合作以谋发展原则坚贞的贯彻者，我国学界更应当统一“为”的目的性表达，将“合作”与“发展”紧密联系，增强我们自身的理论自信，才能够将国际合作以谋发展原则的本意向世界宣传。虽然我国的国际经济法学界目前尚未在国际经济法的基本原则上达到共识，但学者们基本都承认“国际合作以谋发展原则”的存在[①]，可见在用语统一上存在一定的基础。以“全球合作原则”为称呼的学者思路或在于，“全球合作”的称为更符合时代与实践的需求，直指手段与途径，更贴合目前国际经济法发展的需要。此种思路固然合理，但原则的理论性和发展性是新时代发展更需求之物。因此，作为国际合作以谋发展原则的前沿实践者，我国应带头回到国际合作以谋发展原则的本意，通过统一的表达增强理论自信，将该原则应有之意向世界表达。

（二）持续推进 “一带一路”做好表率作用

“一带一路”倡议是我国践行国际合作以谋发展原则的最好例证。“一带一路”国际合作的发展至今已 10 余载，10 年来已经有 150 多个国家、20 多个国际组织签署共建“一带一路”合作文件，沿线国家的经济发展水平稳定上升，民生水平也逐步提高。根据世界银行研究组的量化贸易模型结果显示，“一带一路”将使发展中的东亚及太平洋国家的国内生产总值平均增加 2.6%至 3.9%，中国中医药团队先后在柬埔寨、科摩罗、多哥、圣多美和普林西比、巴布亚新几内亚等国家实施快速清除疟疾方案。[②]“一带一路”是共同进步的一路、是蓬勃发展的一路，是为世界人民带来更多幸福感与获得感的一路。习近平总书记在第三届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上说到，中国支持高质量共建“一带一路”的八项行动中包括完善合作机制，中方将同共建“一带一路”各国加强能源、税收、金融、绿色发展、减

[①] 王传丽教授认为国际经济法的基本原则有：国家对天然财富与资源的永久主权原则、经济合作以谋求发展原则及公平互利原则；陈安教授认为国际经济法的基本原则有：经济主权原则、公平互利原则、全球合作原则以及有约必守原则；张晓东教授认为国际经济法的基本原则有：国家主权和对其自然资源永久主权的原则、公平互利原则、国际合作原则及履行国际义务原则。王传丽：《国际经济法》，北京:高等教育出版社 2005 年版，第 20-22 页；陈安：《国际经济法学新论》，高等教育出版社 2007 年版，第 60-151 页；张晓东：《国际经济法原理》，武汉大学出版社 2005 年版，第 33-37 页。

[②] 新华社：《共建“一带一路”倡议：进展、贡献与展望》报告，http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/e/201904/20190402855421.shtml，最后访问于 2024 年 1 月 31 日。

灾、反腐败、智库、媒体、文化等领域的多边合作平台建设。中方的合作向来建立在发展之上，只有帮助合作方发展其本身的经济和政治建设，才能使双方都在合作中获取期冀的利益，才能构建长久友好的关系。作为世界上最大的发展中国家，我国应坚持推进以“一带一路”为代表的国际合作政策，做好表率作用，邀请更多的伙伴加入“国际合作以谋发展”的实践，让原则在实践中被发展和接受。那么，即便是以实用为上的发达国家，也将承认“合作”与“发展”之间牢固且不可分的目的关系。

（三）积极参与国际立法增加原则应用率

除“一带一路”这样的经济合作外，国际条约的订立也是一种国际合作。在国际立法中增加中国声音的途径十分可行。“一带一路”倡议提出之初还只是中国引领的一个区域合作，但如今“一带一路”倡议已经得到国际的认可，载入了联合国、二十国集团、亚太经合组织等国际组织的重要文件之中。2017 年 3 月，联合国安理会一致通过了第 2344 号决议，呼吁国际社会通过“一带一路”建设加强区域经济合作，并首次载入“人类命运共同体”理念。国际合作以谋发展原则的发展路径亦可参照而行。我国是当今世界第二大经济体，每年都与各国或组织签署许多的双边或多边条约，在这些条约之中便可以加入国际合作以谋发展的内容，将合作与发展紧密联系，从而不使两者脱节。随着我国综合国力的发展，我国的国际话语权也逐步提升，参与上层建筑建设的能力也逐步增强。近年来，我国愈发注重培养涉外法治人才，此类人才同样可以更多地参与到国际立法之中，以期在让更多的国际规则以国际合作以谋发展为原则进行设计和延展，从而增强该原则的实用性与应用率。

四、结语

国际合作以谋发展原则是国际经济法基本原则中最具展望性与长远性的一个。也正是因为这一点，国际合作以谋发展原则在实践中被拆分、节选甚至曲解。虽然将“合作”与“发展”分而治之的手段或许更具有当下的实践指导价值，但这将损害国际合作以谋发展原则的理论价值及其宗旨本义。作为世界上最大的发展中国家，国际合作以谋发展原则的践行者与支持者，我国当发挥表率作用，在学术研究、国际经济合作、国际立法等方面深入贯彻并发扬该原则，强化“合作”与“发展”之目的联系的价值和意义，让该原则成为外国学者理论研究中不可忽视的一部分，让该原则成为国际合作中必将遵守的原则。

参考文献

[1] 余劲松：国际经济法，中国法制出版社 2008 年版。

[2] 余劲松：《国际经济法》，北京大学出版社 2000 年版。

[3] 吴志忠：《国际经济法》，北京大学出版社 2008 年版，第 16 页。

[4] 陈安：《国际经济法学（第八版）》，北京大学出版社 2020 年版。

[5] 陈安：《国际经济法学新论》，高等教育出版社 2007 年版。

[6] 王传丽：《国际经济法（第五版）》，中国政法大学出版社 2015 年版。

[7] 王传丽：《国际经济法》，北京:高等教育出版社 2005 年版。

[8] 张晓东：《国际经济法原理》，武汉大学出版社 2005 年版。

[9] 新华社：《共建“一带一路”倡议：进展、贡献与展望》报告，http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/e/201904/20190402855421.shtml.

[10] Matthias Herdegne, The Principle of International Economic Law (Second Edition), Oxford University Press.

[11] MORITZ J. K. BLENK, Uses and Misuses of International Economic Law, Mohr Siebeck Press.

[12] LACHENMANN WOLFRUM, International Economic Law, Oxford University Press.

[13] Golnoosh Hakimdavar, A Strategic Understanding of UN Economic Sanctions International Relations, Law, and Development, Springer International Publishing Press.

[14] Julio Faundez&Celine Tan, International Economic Law, Globalization and Developing Countries, Edward Elgar Publishing Press.

[15] Marc D. Froese, Sovereign Rules and the Politics of International Economic Law, Routledge Press.

[16] S.P. Subedi, International economic law, the University of London Press.

[17] Robert Jennings, ‘What Is International Law and How Do We Tell It When We See It?’, The International Lawyer, vol. 19: 59, p.59–60(1981).

[18] Sokol Daniel D, Monopolists without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age, 4 Berkeley Business Law Journal, Vol. 4: 37(2007).

[19] Stallman Richard, Did You Say ‘Intellectual Property’? It’s a Seductive Mirage, http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.html.

迈向良好规制实践的国际规制合作：基于规则演化的省思

陈彦茹*

摘要：国际规制合作具有削减边境后壁垒和提高规制一致性的制度价值，因而成为备受各国关切的全球治理议题。规制合作起源于国内行政法，经过 APEC 和 OECD 等国际组织助推，逐渐在国际经贸协定中得到制度化。规制合作的演化过程趋势体现了对良好规制实践的推崇，在规则设计中体现了实验主义治理模式的特点。区域贸易协定中达成的规制合作成果在提升规制质量的同时，也对多边主义框架产生影响。因此，通过区域贸易协定途径推进规制合作的合法性与可行性值得关注。我国的国内法和已缔结的经贸协定表达了接纳规制合作的意愿。结合中国推进涉外法治建设的现实需要，我国可在国际和国内两个层面审慎移植良好规制实践理念，优化规制合作制度设计。

关键词：规制合作；良好规制实践；规制一致性；涉外法治；制度型开放

一、引言

WTO 第 13 届部长级会议将《关于完成服务贸易国内规制谈判的宣言》纳入多边法律体系，使得规制合作问题再次成为一个国际法实践和理论前沿。规制合作意味着在国际法层面对边境后措施进行规范，对非关税壁垒进行削减。经济合作与发展组织（OCED）将规制合作广泛定义为“国家之间为促进规制的设计、监测、执行或事后管理方面的合作而达成的任何正式或非正式协议。”[1]也有学者认为规制合作包含规则设计、监督、执行和事后管理等安排，用以促进规制一致性。[2]在全球化时代，一国基于主权行使其规制权力所产生的效果可能具有溢出效应，从而对他国的商品或服务提供者的权利和义务产生影响。[3]随着 WTO 遭遇上诉机构停摆等一系列危机，在多边层面推进规制合作遇到重重困难。在多边治理遭遇困境的情况下，双边和区域贸易投资协定提供了一个关于国内规制合作的新平台。[4]欧盟与美国所缔结的《跨大西洋贸易及投资伙伴协议》（TTIP）在谈判阶段设置的核心议题之一

* 香港大学法律学院博士候选人。

[1] *OECD International Regulatory Co-operation: Addressing Global Challenges* (OECD Publishing, 2013), p.20, https://doi.org/10.1787/9789264200463-en, Aug. 5, 2024.

[2] J.L.Dunoff, “Mapping A Hidden World of International Regulatory Cooperation”, 78 *Law and Contemporary Problems* (2015), p.267.

[3] 李晓楠：《服务贸易国内规制的透明度规则》，《经贸法律评论》2023 年第 1 期，第 78 页。

[4] 孔庆江：《国际贸易中国内规制壁垒的应对和解决》，《清华法学》2023 年第 4 期，第 117 页。

即为规制合作。新近的大型区域经贸协定也将规制合作作为一个独立议题加以关切。

自 TTIP 谈判以来，国际层面对于规制合作的研究重点围绕跨大西洋关系和区域贸易协定文本展开。学者侧重关注美欧在推进规制合作方面的创新，以及引发规制分歧的政治与经济根源。[5]相关研究对于中国在规制合作方面的实践探讨较少，或将重点放在中国对规制合作理念的移植可行性以及相应的国内行政法改革和法治建设层面。[6]目前，中国通过推进“一带一路”倡议等形式深度参与全球治理。在高水平对外开放的新阶段，中国如何应对国际规制合作议题，还有待考察。中文学界目前对规制合作的概念已经存在较为深入的剖析[7]，但现有成果聚焦于规制合作的规则介绍和对比，对于作为规制合作体系中重要性日益凸显的良好规制实践（good regulatory practices）尚缺乏系统考察，对其功能价值、演化过程和规则要素的分析则仍显不足。[8]

本文认为，从国际规制合作在国际法中的演化历程可见，国际规制合作目前采取实验主义治理的政策取向，其发展体现了从实体协调到程序协调的发展趋势，并将来源于国内行政法的良好规制实践作为制度设计的核心。本文首先对国际规制合作的概念和作用语境进行探讨。第二部分分析国际规制合作的发展动因和内在价值。第三部分讨论其规则扩散和制度化过程。第四部分将基于国际规制合作的模式变迁，对其解决各国监管分歧问题的合法性和可行性进行反思。第五部分将探讨涉外法治背景下中国对国际规制合作议题的态度和应对。第六部分得出结论。

二、国际规制合作的制度价值

国际规制合作在全球治理进程中日趋受到重视，这与其旨在处理的现实问题密不可分。国际规制合作的制度价值可以拆解为两个层面：削减边境后壁垒和弥合国内规制分歧。

（一）削减边境后贸易壁垒

边境后措施（behind-the-border measures）是指在国家内部而非边境运作的各种非关税

---

[5] J.Wiener & A.Alemanno, “The Future of International Regulatory Cooperation: TTIP as a Learning Process Toward a Global Policy Laboratory”, 78 *Law and Contemporary Problems* (2015). J. L.Dunoff, “Mapping A Hidden World of International Regulatory Cooperation”, 78 *Law and Contemporary Problems* (2015). F.Ortino & E.Lydgate, “Addressing Domestic Regulation Affecting Trade in Services in CETA, CPTPP, and USMCA: Revolution or Timid Steps?”, 20 *Journal of World Investment and Trade* (2019).

[6] H. Liu, & C. Lin, “The Emergence of Global Regulatory Coherence: A Thorny Embrace for China”, 40 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2018).

[7] 张亮、黎东铭：《国际规制合作：一个概念的解析与界定》，《国际经济法学刊》，2021 年第 2 期，第 71-83 页。

[8] 参见陈志阳，安佰生：《多双边贸易谈判中的国内规制问题》，《国际贸易》2014 年第 10 期。张磊、徐琳：《服务贸易国内规制的国际治理：基于 USMCA 对 CPTPP 的比较研究》，《社会科学》2020 年第 7 期。张磊，徐琳：《印太经济框架下的“良好监管实践”：机制、特征及影响》，《国际贸易》2023 年第 3 期。张亮，黎东铭：《规制合作的 CETA 范式：生成逻辑、文本内容与实践进展》，《武大国际法评论》2020 年第 4 期。曲如晓、曾燕萍：《APEC 规制合作及其对中国的启示》，《亚太经济》2014 年第 2 期。

措施，以国内规制为主要内容，[9]其范围广泛包括服务贸易、政府采购、竞争政策、投资绩效措施、技术贸易壁垒、贸易救济、劳工政策和知识产权等方面的国内规管措施。[10]边境后措施与非关税措施（non-tariff measures）含义近似，但后者范围更为广泛。联合国贸易和发展会议（UNCTAD）在 2009 年的报告中将非关税措施定义为普通关税之外影响国际货物贸易量或价格的政策措施。[11]斯泰格进一步将非关税措施分为三种类型：针对进口的措施，包括配额、进口许可制、海关手续等；针对出口的措施，包括出口税、出口补贴、出口配额、出口禁令和自愿出口限制；以及在国内经济中实行的措施，包括涉及卫生、技术、劳动或环境标准的国内立法、国内税费以及国内补贴。前两类包括在边境适用的非关税措施，第三类即为边境后措施。[12]非关税措施能够影响国际贸易中的商品和服务或用于调整贸易中的资源分配，[13]对非关税措施的不当运用则可能构成关税壁垒。正如鲍德温所言：“降低关税就像抽干沼泽里的水，水平面降低后非关税壁垒暴露出来，仍需要处理。”[14]对边境后措施进行治理则意味着经贸协定不止步于市场准入障碍议题，而是走向“深层一体化”，纳入更为深入的合作规则。[15]

国际规制合作正是深度一体化的重要政策工具。规制合作可能采取不同的语词，例如规制一致性（regulatory coherence）、规制促进（regulatory promotion）。虽然缺乏用语层面的一致性，[16]但语词之争并非最根本的问题。[17]这些概念涵盖实质性等效的边境后措施的治理政策。在传统观点中，边境后措施往往涉及公共利益维护、健康、消费者保护等深层利益，因而国内规制设计、制定、实施和评估在传统观念中属于一国主权内部的管理职能。[18]但是，目前全球价值链分工取代产业分工和产业间分工成为国际分工的主导形态，要素跨国流动性增强。[19]在此背景下，一国管理跨国经贸活动的政策举措和制度设计很多时候不再是本国内

---

[9] 徐泉，耿旭洋：《边境后措施国际监管合作发展趋向与问题阐释》，《上海对外经贸大学学报》2021 年第 5 期，第 73 页。

[10] R.Baldwin, S.Evenett & P.Low, Beyond Tariffs: Multilaterising Deeper RTA Commitments, https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/baldwin_evenett_low_e.pdf, Aug. 5, 2024.

[11] UNCTAD, Non-Tariff Measures: Evidence from Selected Developing Countries and Future Research Agenda, UNCTAD/DITC/TAB/2009/3.

[12] R.Staiger, Non-Tariff Measures and the WTO (January 1, 2012). Economic Research and Statistics Division Working Paper No. 2012-01, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1998738, Aug. 5, 2024.

[13] R.Baldwin, *Non-tariff Distortions of International Trade* (Washington, D.C: The Brookings Institution, 1970), p.2.

[14] *Id*., p.1.

[15] R.L.Paarlberg, *Leadership Abroad Begins At Home: U.S. Foreign Economic Policy After the Cold War* (Washington, D.C: Brookings Institution Press, 1995), pp.83-85. C.Carrère & J. de Melo, “Non-Tariff Measures: What Do We Know, What Might Be Done?”, 26 *Journal of Economic Integration* (2011), p.170.

[16] P. Mumford, “Regulatory Coherence: Blending Trade and Regulatory Policy”, 10 *Policy Quarterly* (2014), p.5.

[17] R. Polanco Lazo, “The Treatment of Regulatory Convergence in Preferential Trade Agreements”, 17 *World Trade Review* (2018), p.599.

[18] H. Liu, & C. Lin, *supra* note 6, p. 136.

[19] 唐海燕：《全球价值链分工、新发展格局与对外经济发展方式新转变》，《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2021 年第 5 期，第 213 页。

部的事情，而在一定程度上需要与他国的经贸政策进行协调。

（二）弥合国内规制分歧

规制分歧是一种普遍现象，其产生可能与一国的公共利益选择与偏好以及不同国家的文化、政治和经济禀赋关联密切。[20]例如，美国倾向于支持数据跨境流动，而欧盟则认为数据关涉隐私，因而需要在数据跨境监管中考虑安全因素。[21]但是，规制异质性同样可能给跨国交易增加成本。

首先，基于公共选择带来的规制分歧并不必然是理性和深思熟虑的政策结果。监管政策的制定可能受到信息不完善的影响。如果监管政策的制定不是基于成本和收益权衡的完整图景，则可能产生外部性或引发分配问题。一国在竞争法上过分的宽松态度可能对他国消费者利益带来负面影响。[22]其次，在跨国贸易当中，不同的监管要求可能导致交易者和投资者在产品开发、制造和测试过程中经历成本高昂的重复过程。例如，交易双方均需要针对其开展业务的各个法律体系起草相应的合同，并承担与交易所涉及的每个法律体系的意外变化相关的风险。货物贸易的卖方需要调整产品规格和标准，从而满足诸多国家的要求。这也使得生产成本增加，价格也随之上升。对于买方而言，由于前述成本的存在，买方将在近似条件下更偏好国内产品，这在宏观层面也可能意味着国际贸易量的减少。尤其是对中小企业而言，这种成本可能是决定其交易行为的关键因素。[23]

国际规制合作能够促进各国的规制一致性，从而减少不必要的规制差异给跨国贸易、投资带来的弊端。国际法在规则制定者之间建立互动，可以成为法律趋同的关键渠道。职是之故，梳理规制合作在国际法中的演化历程有助于理解国际规制合作的发展趋势和因应策略。[24]

三、规制合作在国际规则中的演化

在全球化时代，促进监管一致性的合作规则已经从易于识别的“边境”壁垒扩张到边境后壁垒。为防止非关税壁垒的形成，促进规制一致性，跨国的规制合作就显得极为必要。经过亚太经济合作组织（APEC）和 OECD 等国际组织发展，起源于美国行政法的规制合作规则也逐渐从国内法“转译”到国际规则之中，并逐渐得到制度化。

---

[20] R. Polanco Lazo, *supra* note 17, p.576.
[21] 谭观福：《数字贸易中跨境数据流动的国际法规制》，《比较法研究》2022 年第 3 期，第 171 页。
[22] F. Chirico, & P. Larouche, “Convergence and Divergence, in Law and Economics and Comparative Law”, in P. Larouche & P. Cserne (eds.), *National Legal Systems and Globalization: New Role, Continuing Relevance*, (Hague: T.M.C. Asser Press, 2013), p.24.
[23] E. Sheargold, & A. Mitchell, “The TPP and Good Regulatory Practices: An Opportunity for Regulatory Coherence to Promote Regulatory Autonomy?”, 15 *World Trade Review* (2016), p.587.
[24] R. Polanco Lazo, *supra* note 17, p.577.

（一）规则扩散：APEC 和 OECD 的倡议

规制合作的现代起源可以追溯到 1946 年颁布的美国《行政程序法》。[25]《行政程序法》规定了联邦机构应遵循的一系列程序，包括提供公众参与机会、要求监管部门为其监管决策提供合理解释等要素。[26]美国也于 2012 年在第 13609 号行政命令中提出在区域贸易协定中推进国际规制合作，并以良好规制实践作为政策目标。[27]这些规则中体现的透明度、民主问责制度以及公众参与等要素，均为推进规制合作的核心要求。

不明确、过度或重复的监管要求会阻碍全球贸易。随着跨国交易的次数增加，国内监管的低效和分歧所带来的成本也在增加。[28]在 20 世纪 90 年代中期，提高监管质量以提高经济绩效的监管改革倡议逐渐兴起，并且得到了 APEC 和 OECD 等机构的鼓励。在此背景下，APEC、OECD 等国际组织通过发布倡议文本，助推规制合作的政策目标向国际法中“转译”，使其内涵在跨国贸易法的语境中得到进一步丰富。[29]

APEC 在 2010 年首次正式讨论规制合作议题，提出通过共同合作解决非关税贸易壁垒问题，并重视应用良好规制实践。[30]2011 年，作为 APEC 会议东道国的美国则将规制合作和趋同作为当年三大优先议题之一。[31]该年度的 APEC 部长级会议宣言强调成员应从三方面促进规制一致性：在制定规则和标准时保持内在一致性，借助良好规制实践等方式评估规制的影响和效应，以及开展公众咨询。[32]2013 年在印尼召开的 APEC 峰会强调制度互联互通。[33]2015 年，APEC 部长级会议还设立了 APEC 成员服务合作框架（APEC Services Cooperation Framework），在服务贸易领域推进良好规制实践。[34]

OECD 针对规制合作出台了一系列报告。早在 2005 年，《经合组织监管质量和绩效指导原则》即提出了“良好规制”的目标，认为良好规制应当包含以下要素：服务于清晰界定的政策目标，具备实现监管目标的有效性；基于健全的法律和实证经验基础；能够产生合理的效益，并考虑在整个社会中的分配效应以及经济、环境和社会影响；尽量降低成本并避免

---

[25] H. Liu, & C. Lin, *supra* note 6, p.140.
[26] The Administrative Procedure Act, Sections 552-559.
[27] Executive Order 13609, Promoting International Regulatory Cooperation, May 1, 2012, https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-201200327/pdf/DCPD-201200327.pdf, Aug. 5, 2024.
[28] E. Sheargold & A. Mitchell, *supra* note 23, p. 592.
[29] APEC-OECD Integrated checklist on Regulatory Reform, 2005.
[30] 2010 Leaders' Declaration, Yokohama, Japan, November 2010, https://www.apec.org/meeting-papers/leaders-declarations/2010/2010_aelm, Aug.5, 2024.
[31] 2011 APEC Ministerial Meeting, https://www.apec.org/meeting-papers/annual-ministerial-meetings/2011/2011_amm, Aug.5, 2024.
[32] *Ibid*.
[33] 2013 Leaders' Declaration, https://www.apec.org/meeting-papers/leaders-declarations/2013/2013_aelm, Aug.5, 2024.
[34] APEC Services Cooperation Framework, 2015, https://www.apec.org/meeting-papers/leaders-declarations/2015/2015_aelm/2015_annex-b, Aug.5, 2024.

市场扭曲；通过市场激励和基于目标的策略来促进创新；清晰、简单、实用；与其他法规和政策保持一致；以及尽可能符合国内和国际层面的竞争、贸易和投资促进的原则。[35]2012 年 OECD 发布的《经合组织理事会关于监管政策和治理的建议》（以下简称“《建议》”）明确提及了规制合作的政策目标。《建议》认识到，在当今的全球化背景下，规制合作已经成为确保法规质量的重要方面。因此，《建议》中提出的第 12 项原则鼓励各国“在制定监管措施时，应考虑同一领域的所有相关国际标准和合作框架，并酌情考虑其对管辖范围外各方可能产生的影响”。[36]原则 12 所包含的关键方面包括：成员国在制定监管建议以促进全球一致性时，考虑相关的国际监管环境；考虑相关国际义务；与其他国家合作，促进监管政策和治理方面良好实践和创新的发展和传播；为支持加强国际监管合作的国际论坛做出贡献；如果承认现有法规和标准能够以较低的成本实现相同的公共利益目标，则可以避免监管活动的重复工作；并且就外国利益相关方提交的监管建议进行公开咨询。[37]

一个国家可能采取的规制合作方式具有多样性。从对话或非正式信息交流和软法，到建立在国际标准互认基础上的实质协调，甚至建立超国家一体化或协调化机构，规制合作的形式表现出有法律约束力与无法律约束力、正式与非正式相结合的多样化特征。

（二）规则形成：经贸协定中的规制合作

主权国家是国际社会的主要成员，在全球治理的结构中仍然占据主导地位。APEC 和 OECD 等国际组织对规制一致性原则关注已久，但这两个国际组织所发布的文件在性质上并不属于国际法的渊源之列。相关文本主要发挥理想倡议的作用，要产生实际效用，还需依靠主权国家。OECD 在其报告中按照趋同性或执行力递增的顺序列举了 11 种国内规制的合作形式，[38]其中，主权国家之间缔结经贸协定也被前述 OECD 报告视为趋同性和执行力较高的合作方式。经过多边、双边和区域经贸协定的发展，规制合作的结构和内容也逐渐得到制度化。

1. WTO 机制下的规制合作

WTO 涵盖协定虽然并未明确使用规制合作的措辞，但在国内监管自主权和自由贸易的长期辩论之中，TBT 协定、SPS 协定以及 GATS 的相关规范也体现了规制合作的一些原则。

TBT 协定和 SPS 协定的目的之一是适度维护成员国内规制的自主权利。SPS 协定规定了协调、等效、风险评估和透明度等一系列关键原则，其中的核心规则是对监管等效性的追

---

[35] *OECD Principles for Regulatory Quality and Performance* (OECD Publishing, 2005), p.3.
[36] OECD Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance, 2012, p.19, https://web-archive.oecd.org/2012-12-05/86392-49990817.pdf, Aug.5, 2024.
[37] *Ibid*.
[38] *Ibid*.

求，以降低跨境贸易中遵守各成员国内法的合规成本。[39]TBT 协定的规则更为丰富，在一定程度上超越了 GATT 采用的“非歧视”和“最低贸易限制”等促进“消极一体化”的法律工具，而采取了相互承认和监管协调等积极整合的法律工具，[40]相关要求主要体现在以下几个方面。首先，TBT 协定要求成员需根据相关的国际标准、准则或建议为基础制定其技术法规。国际标准是多边合作的成果。WTO 成员采用外部来源的国际法规以促进技术法规制定过程的一致性，这一规则也能够限制由国内法差异所产生的不必要的贸易壁垒。[41]其次，相互承认规则以 TBT 协定对国内监管权的承认为前提。WTO 成员可以根据公共利益需要制定本国产品标准，在此基础上，相互承认要求则需要成员明确接受其他成员的技术法规和合格评定程序。这意味着从事跨国贸易的公司原则上只需遵守本国规定，其跨国贸易的合规成本大为降低。[42]

服务贸易具有无形性，很难通过关税或配额等边境措施进行监管，因此边境后措施在服务贸易领域发挥了尤为重要的作用，GATS 对于边境后措施的规制问题也给予了更多关注。GATS 第 6 条寻求在国内监管与服务贸易自由化之间达成平衡，要求国内监管措施不得在跨国服务贸易中形成不必要的壁垒。[43]GATS 曾于 1999 年设立国内规制工作组推进服务贸易领域国内规制的协调。2001 年启动的多哈回合谈判中也较多涉及贸易与竞争政策、电子商务、特殊与差别待遇等议题。但是，因为成员之间分歧较大，多哈回合谈判陷于停滞。成员对于服务贸易国内监管方面改革所进行的努力也付诸东流。《国际服务贸易协定》（TiSA）的诸边谈判也没有取得突破，相关谈判于 2016 年中止。

WTO 处理国内规制问题存在局限，而这样的局限性可以从 WTO 的功能定位中找到原因。WTO 是一个促进自由贸易的平台，旨在维护和促进各国基于同意产生的自由贸易体系，而并非侧重考虑各国的国内规制权的平衡问题。[44]其次，TBT 协定第 2.4 条要求世贸组织成员在可用且适当的情况下使用国际标准作为其国内规制的基础，但是“国际标准”的概念在 WTO 涵盖协定下尚存在识别和适用等解释上的困难。[45]TBT 协定并未对“国际标准”进行明确定义，且国际标准是否满足“有效”和“适当”两个条件，在 WTO 现存争端解决机制

---

[39] The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (the “SPS Agreement”), Article 4.
[40] M.Du, “Domestic Regulatory Autonomy Under the TBT Agreement: from Non-discrimination to Harmonization”, 6 *Chinese Journal of International Law* (2007), p.277.
[41] The Agreement on Technical Barriers to Trade (the “TBT Agreement”), Article 2.4.
[42] M.Du, s*upra* note 40, p.277.
[43] Wolfrum, R., Stoll, P.-T., & Feinäugle, C. (eds.), *WTO — Trade in services*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p.186.
[44] WTO, World Trade Report 2013: Factors Shaping the Future of World Trade, 2013, p.287.
[45] *Supra* note 41, Article 2.4.

的历史中也存在不同观点。[46]

即便如此，在多边贸易平台上围绕规制合作进行国际协调的努力并未就此终止。2021年12月，67个WTO成员共同发表了《关于完成服务贸易国内规制谈判的宣言》，提出服务贸易相关措施应符合客观和透明的标准，遵守程序公正与合理的要求。[47]这是自WTO成立以来首次在国内规制合作方面取得谈判成果。该成果也在第13届部长级会议上纳入了多边法律体系，并在最惠国待遇的基础上成为WTO约束性承诺的一部分。[48]

该宣言包含正文和两个附件。其中附件1《服务贸易国内规制参考文本》（以下简称“《参考文本》”）尤为重要。《参考文本》提供的《服务贸易国内规制纪律》对服务贸易领域深度合作提供了规则范本。《参考文本》广泛适用于各成员实施的与许可要求和程序、资格要求和程序以及技术标准有关并影响服务贸易的措施，但排除根据GATS市场准入（第16条）和国民待遇（第17条）设置的任何条款、限制、条件或者资格要求。《参考文本》亦规定了申请获得授权的流程。如提供一项服务需要获得授权，则各成员须符合申请提交、申请时间、电子申请与副本、申请受理、申请费用等方面的具体要求。此外，《参考文本》明确规定对申请提供特定服务的审查、评估程序。这一规则侧重监管影响分析。据此，某一成员的评估审查需要确保主管部门制定以合理频率进行评估的时间表，并且规定合理时间期限以便申请人要求进行此类评估。评估应考虑到成本、行政负担和程序的完整性。为保证信息获取从而提升规制质量，《参考文本》设置了高标准的透明度要求，其规则包括信息公开，法规生效前进行利益相关方意见征询，以及为服务提供者设置咨询点和设立咨询机制三方面内容。[49]

2. 区域协定的范式创新

GATT第24条[50]和GATS第5条[51]均明确认可成员方具有缔结区域自由贸易协定的权利。近年来，双边和区域合作蓬勃发展，已将良好规制实践纳入规则体系之中。中国、欧盟、日本和美国各自缔结的多个自由贸易协定中均设置了解决服务贸易监管分歧的规则。相比于GATS，这些协定在透明度、规制一致性和规制合作规则的数量和范围上都有显著进步。有学者认为，如果得到充分的执行，这些协定将能够实现一定程度的市场一体化，远远超过仅

---

[46] Panel Report, United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (US - Tuna II (Mexico)), WT/DS381/R, para 7.716.
[47] Declaration on the Conclusion of Negotiations on Services Domestic Regulation, WT/L/1129, at https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/1129.pdf&Open=True, Feb.24, 2024.
[48] New disciplines on good regulatory practice for services trade enter into force, at https://www.wto.org/english/news_e/news24_e/serv_27feb24_e.htm, Mar.16, 2024.
[49] *Supra* note 47.
[50] The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), Article XXIV.
[51] The General Agreement on Trade in Services (GATS), Article V.

通过削减市场准入壁垒和歧视性措施所能实现的程度。[52]

早期的双边协定在规制合作方面的进展主要体现在对 TBT 协定和 SPS 协定既有规则的升级，其规则结构仍然模仿和沿袭了 WTO 的范式。在美国与秘鲁、澳大利亚和韩国的自由贸易协定中，对于互认协议、透明度规则均有改进。例如，《美国—秘鲁自由贸易协定》中改造了合格评定程序。该协定要求一个缔约方接受在另一缔约方境内进行的合格评定结果，并且加强此类互认机制的信息交流。如果一缔约方拒绝接受前述合格评定程序得出的结论，则应当根据另一缔约方的请求对其拒绝的原因加以解释，以便在必要时采取纠正措施。[53]《美国—澳大利亚自由贸易协定》明确表示应使用相关国际标准作为其技术法规的基础。《美国—韩国自由贸易协定》规定了双方应当加强在双方应加强在标准、技术法规和合格评定程序领域的合作，以增进对各自体系的相互了解，并为各自市场准入提供便利。缔约方应寻求确定、制定和促进适合特定问题或部门的标准、技术法规和合格评定程序的贸易便利化举措。这些举措涵盖了规制合作要素，例如透明度、促进良好规制实践、与国际标准保持一致以及利用认证来确定合格评定机构的资格。[54]针对技术法规和卫生措施的规制合作重点在于消除标准的任意性和歧视性，尊重成员方的公共政策取向，并可基于本国文化价值偏好来确定国内监管政策所追求的保护程度。

值得注意的是，基于 TBT 协定和 SPS 协定范式的规制合作规则设计也存在一些不足。此种范式的一个显著缺点就是缺乏针对性，对于信息、化学产品或医药等特定领域的技术壁垒应对乏力。[55]部分新近自由贸易协定创造性地纳入了单独的规制合作章节，横跨多个国际经贸领域，形成了对于 WTO 范式的一种补充。

欧盟对于推动规制合作纳入区域一体化协定起到了重要推动作用。《加拿大—欧盟综合经济贸易协定》（CETA）谈判自 2009 年启动，于 2017 年临时生效。其规则在很大程度上来自于欧盟与加拿大于 2004 年缔结的《规制合作与透明度框架》。[56]CETA 采用了该框架的部分做法，并在此基础上采用有约束力的条约形式。CETA 的第 21 章是规制合作的专章规定，为在国家规制主权和贸易自由之间达成平衡这一经典问题提供了基于国家自愿的解决方案。TTIP 的正式谈判始于 2013 年。为了促进大西洋两岸监管的协调一致，TTIP 首次将良

---

[52] G.Gari, "Recent Preferential Trade Agreements' Disciplines for Tackling Regulatory Divergence in Services: How Far beyond GATS?", 9 *World Trade Review* (2020), p.27.

[53] The United States - Peru Free Trade Agreement, 2009, Article 7.4.

[54] The United States - Korea Free Trade Agreement (KORUS), Article 9.4, Article 9.5.

[55] 王燕：《TTIP 管制一致性谈判——欧美管制分歧的消失抑或幻象》，《对外经济贸易大学学报》2015 年第 3 期，第 133 页。

[56] Comprehensive Economic and Trade Agreement Regulatory Cooperation Forum - Work plan, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/2023-01-03-work-travail-plan.aspx?lang=eng, Aug.5, 2024.

好规制实践的应用嵌入到贸易协定中，包括磋商、透明度和规制影响评估，形成一种深度的经济一体化模式。虽然 TTIP 最终谈判失败，但其规则设计的尝试可以帮助各方通过比较政策选项和评估规制效果来研究监管差异。[57]此后，《全面与进步跨太平洋伙伴协定》（CPTPP）和《美墨加协定》（USMCA）均纳入了规制合作或规制一致性的单独章节。这体现了在经贸合作方面的“正向一体化”政策目标，能够在规制标准的相互认同和一致性方面达到更高的协调水平。[58]CPTPP 的规制一致性章节（第 25 章）为规制合作提供了新角度。该章的目标在于便利本国政策目标的实现、在监管措施从计划到实施的全过程落实良好规制实践理念，并促进贸易和投资。USMCA 的良好规制实践章节则进一步强化了善治义务的可执行性。

为了保障良好规制实践取得实际效果，CPTPP 第 25 章规定了详细的规制影响评估程序，主要通过论证替代方案实现政策目标之可行性，对规制提案的必要性进行评估。本章亦强调了成本效益分析在审查替代方案方面的重要性。[59]为便利合作的推进，该章设置规制一致性委员会，负责审议与该章实施和运用有关的问题。[60]此外，规制一致性章节强化透明度要求，设置了缔约方和利益相关方为协调规制活动的信息交流渠道。[61]最后，规制趋同和良好规制实践经常被设置为规制合作的高标准目标，但各国经济发展水平高低有别，一概采取高标准的合作思路可能脱离现实。考虑到缔约各国的规制水平存在差异，该章明确规制合作相关纠纷不适用争端解决机制。[62]

USMCA 的结构和内容与 CPTPP 非常近似，但设计更为周密，合作水平也更高。USMCA 第 28 章将“良好规制实践”直接作为章节名，体现了对这一政策目标的明确追求。对比 CPTPP，USMCA 在以下方面进一步加强了规制合作要求。首先，USMCA 涵盖的规制措施范围广泛。CPTPP 并未明确“规制一致性”章节的适用范围，而是由缔约方自行确定该章适用范围的尺度。USMCA 则广泛将规制措施纳入其适用范围。[63]其次，USMCA 对于规制合作义务的规定体现了更为进取的特征。CPTPP 第 25.5 条所规定的监管影响评估总体采用了较为软性的措辞，例如成员“可考虑”（may take into consideration）拟议监管措施对中小企业的潜在影响。[64]而 USMCA 则将此种考虑作为缔约方的应尽义务。[65]且 USMCA 的缔约方保留将

---

[57] J.Wiener & A.Alemanno, *supra* note 5, p.133.
[58] 徐泉，耿旭洋，同注 9 引文，第 77 页。
[59] Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), Article 25.4-25.5.
[60] *Id*., Article 25.6.
[61] *Id*., Article 25.7-25.9.
[62] *Id*., Article 25.11.
[63] United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), Article 28.2.
[64] *Supra* note 59, Article 25.5.3.
[65] *Supra* note 63, Article 28.4.

涉及良好规制实践的纠纷提交至协定中争端解决机制的自主权。[66]值得注意的是，虽然USMCA中所设想的规制合作受制于一般性的争端解决机制，但这种合作义务仍然在本质上属于一种软性义务，因为USMCA在规制合作方面的措辞仍然大量使用了“各方应鼓励”等表达。这表明，在USMCA以及CPTPP的背景下，只有在缔约方同意贯彻的情况下，国际规制合作才会真正发生，这种机制对国内规制权的自主性给予了尊重。

四、多边主义视野下的国际规制合作省思

依托美欧主导与推广，大型区域贸易协定所提倡良好规制实践目标在实施上促进了国际规制合作领域的法律趋同。这种趋同不可避免地对多边秩序产生影响。本节基于对国际规制合作演化趋势的反思，分析国际规制合作新近成果与多边主义的相符性，以及规制合作机制的可行性。

（一）国际规制合作的演化趋势

总体而言，区域贸易协定中的国际规制合作章节体现了各国将规制合作视为横向议题[67]处理的前沿做法。在规则设计上将良好规制实践作为核心，面向程序协调的特征；并在政策取向上体现了通过实验主义治理的特点，从而对监管对策进行动态评估并结合反馈信息提升监管质量。

1. 以良好规制实践进行程序协调

在WTO处理贸易自由和规制主权关系工具匮乏情况下，区域贸易协定中以良好规制实践为核心的规制合作章节为达成深度规制合作开辟了思路。依据上述协定文本可知，良好规制实践一般包括使用规制影响评估、利益相关者参与、信息公开等措施。这些环节为国内规管措施的制定、评估和交流提供了程序性保障。这些措施是政府确保实现其规制目标的关键工具，也是削减边境后贸易壁垒的核心政策工具。[68]这也体现了经贸协定中规制合作规则的发展趋势：更少依赖实体标准来处理国内规制权和自由贸易的平衡问题，而是转而采用良好规制实践这一程序性的协调标准来减少监管分歧。[69]

在WTO协定之下，调和自由贸易与公共政策目标的主要标准是“必要性”判断。[70]“必

---

[66] *Id*., Article 28.20.
[67] 国际经贸关系中的“横向议题”指的是广泛适用于经贸协定不同章节的规则或原则，能够贯穿整个协定而不局限于特定章节。常见横向议题包括机会平等、规制一致性、可持续发展等。参见R.Barradas, “The TPP, a Horizontal Overview”, in J.Huerta-Goldman & D.Gantz (eds.), *The Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: Analysis and Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pp.40-52.
[68] R.Basedow & C.Kauffmann, International Trade and Good Regulatory Practices: Assessing The Trade Impacts of Regulation (OECD Regulatory Policy Working Papers No. 4), OECD, 2016, p.1.
[69] F.Ortino & E.Lydgate, *supra* note 5, p.695.
[70] M.Du, “The Necessity Test in World Trade Law: What Now”, 15 *Chinese Journal of International Law* (2016), p.818.

要性”判断是一项实质标准，需要评估一项措施的具体内容与维护公共利益、健康、环境保护等价值追求之间的适配性。但是，WTO 法理中尚不存在趋同的、横向适用的必要性判断准则。[71]GATT 第 20 条以及 GATS 第 14 条所规定的“必要性”检验是例外证成的标准，这意味着举证责任由应诉方承担；而 TBT 协定和 SPS 协定的必要性检验则属于独立义务。WTO 争端解决机制发展了“必要性”判断的法理，但相关判断标准在实践中仍然频繁受到质疑。“美国 337 条款案”专家组率先提出，规制措施的必要性意味着“最小贸易限制”，也就是 GATT 缔约方可采取的措施在与 GATT 其他条款不一致程度最小的情况下，才满足“必要”之要求。[72]在 WTO 的后续争端解决实践中，“韩国牛肉案”“美国博彩案”和“巴西翻新轮胎案”专家组和上诉机构发展了一套“权衡与平衡测试”（weighing and balancing），用以评估诉争措施的必要性。[73]据此，专家组和上诉机构全盘考虑诉争措施对执行有关法律或法规的贡献，该法律或法规所保护的利益或价值之重要性，以及该法律或法规对进出口的相应影响。[74]如果上诉机构根据这些权衡因素初步得出相关措施属于“必要”的结论，这一初步结果应当进一步与可能存在的替代措施进行比较来加以证实。[75]

权衡与平衡测试在本质上是对“最小贸易限制”原则的改进，并不是真正的比例原则，也不等同于基于量化的成本效应分析，因为专家组和上诉机构通常仅仅通过定性评估来确定措施的必要程度，并未被要求通过量化方式来评估替代政策的监管实效、与之相关的行政困难和资源成本。[76]因此，对专家组和上诉机构而言，衡量如此多标准是过于繁重的任务，这一问题在 WTO 争端解决机制频频面临“超期”指责的情况下愈发显著；同时，必要性考察的结果以及对“替代措施”的判断也往往存在武断之嫌，忽视了各国推进政策的情况差异，侵蚀成员进行国内规管的权力。《参考文本》的出台使得成员根据 GATS 第 6 条所作承诺具有实质内容，[77]但《参考文本》也回避了对“必要性”的判断标准问题进行回应，而是在国内对服务业的规制流程方面规定了诸多程序性要求，在行文方面纳入了源于美国等成员国内法和 APEC 实践的监管影响分析。这一点初步体现了规制合作向程序方面迈进的特征。

以 CPTPP 和 USMCA 为代表的新近区域贸易协定将促进规制程序协调的良好规制实践

---

[71] M. Du, *supra* note 70, p.846.
[72] GATT Panel Report, United States Section 337 of the Tariff Act of 1930, L/6439 -36/S/345, para.5.26.
[73] M.Du, “The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime”, 14 *Journal of International Economic Law* (2011), p.666.
[74] Appellate Body Report, Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea - Beef), WT/DS/161/AB/R, para.164.
[75] Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US - Gambling), WT/DS285/AB/R, paras 306. Appellate Body Report, Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (Brazil - Retreaded Tyres), WT/DS332/AB/R, para. 156.
[76] M. Du, *supra* note 70, p. 825.
[77] 夏天佑，刘瑛：《WTO 服务贸易国内规制协议：发展、比较和应对》，《国际经济评论》2023 年第 2 期，第 140 页。

视为规制合作的核心工具。以程序为规制合作重点，也就是在采取监管行动以前确保规则制定过程合理化的要素，例如透明度、公众参与、监管影响评估和机构间的协调。[78]CPTPP 第 25 章已经将良好规制实践视为规制一致性的定义要素。[79]USMCA 在规则设置中也鲜明体现了 OECD 对良好规制实践的建议性原则[80]，将规制合作的重点明确转移到加强程序保障方面，此种程序保障的一个作用是防止主管当局以武断的方式实施规管。[81]相关机制包括收集可靠信息以提高规制质量[82]，提高规制过程的透明度和参与度[83]，设立对规制政策进行监督的机制和机构[84]，制定新的规制措施时进行规范影响评估[85]，对重要的现存规范进行审查[86]，对规制政策的绩效进行报告[87]，开展规制风险评估[88]，在跨国、国家和地方政府层面促进规制一致性[89]，以及促进监管机关的交流对话[90]。这些条款的目标是通过识别和鼓励在规划、设计、发布、实施和审查监管措施的过程中的最佳实践来提高缔约方国内监管的质量。由此可见，USMCA 设立的规制合作的义务重点不在于直接对成员的规制内容强加一般标准，而在于规制过程应当保持合理和透明。

2. 以实验主义治理模式为政策取向

在各国进行规制协调的过程中，面临的一个重要问题是国内规制主权与自由贸易之间的关系处理。在评估贸易限制程度是否“必要”的过程中不可避免涉及价值判断，需要个案审慎平衡。这一过程则可能引起 WTO 争端解决机制侵蚀国内主权的怀疑。亦有学者认为 TBT 协定不当渗透到国内监管秩序并威胁国内监管自主权。[91]CPTPP 与 USMCA 的规制合作则淡化必要性判断，建立程序性的善治框架，通过交流最佳实践、交换规制所需信息、保证利益相关方的参与、进行定期评审并依据评审结果进行修正，从而实现规制协调与合作。这也反映了实验主义治理模式的取向。

实验主义治理模式来源于欧盟国家对竞争、电信、金融、食品、药品等领域的创新治理模式。该模式将各种利益相关方纳入治理网络，因而在治理主体维度具有多元性。该模式亦

---

78 H. Liu, & C. Lin, “Regulatory Rationalisation Clauses in FTAs: A Complete Survey of the US, EU and China”, 19 *Melbourne Journal of International Law* (2018), p.1.
79 *Supra* note 59, Article 25.2.
80 *Supra* note 36.
81 F.Ortino & E.Lydgate, *supra* note 5, p.696.
82 *Supra* note 63, Article 28.5.
83 *Id.*, Article 28.6 - 28.15.
84 *Id.*, Article 28.3.
85 *Id.*, Article 28.11.
86 *Id.*, Article 28.13.
87 *Ibid.*
88 *Id.*, Article 28.9, Article 28.11.2(c).
89 *Id.*, Article 28.4.
90 *Id.*, Article 28.17.
91 M.Du, *supra* note 40, p.271.

重视规则建构的不断探索和修正，通过比较、评估等方式从治理经验中提炼可资推广的治理规则和方法。实验主义治理的运行机制通常包含框架目标确定、差异探索、治理评估、政策迭代与扩散机制。[92]其关键特征包括：对利益相关方的参与持开放态度、设定框架目标、持续反馈和报告以及采取评估措施用以修订相关规则。[93]

从 CPTPP 与 USMCA 的文本来看，其规制一致性与良好规制实践均明确设立规制目标，保证利益相关方能够有充分机会对监管措施给予反馈意见。规制一致性委员会负责确定优先事项、讨论该章节实施和运用情况。这一监管链条反映了实验主义治理通过被监管者的动态反馈来调整监管策略的特色，也有助于在推进正面一体化过程中保持审慎态度，防止规制一致性理念过度侵蚀一国政府选择规制方式并维护公共利益的能力。

（二）区域贸易协定中规制合作章节的合法性与可行性

1. 合法性反思

国内规制主权与自由贸易之间关系的长期辩论也对良好规制实践的 WTO 相符性有所影响。规制一致性义务的确立，即便不通过设置联合标准或者实质性协调，而仅体现为信息交换机制等简单的合作模式，也可能对国家监管自主权产生潜在影响。[94]换言之，良好规制实践应当成为提升各国规制质量的一种关键工具，而不应成为变相的贸易保护主义工具。因此，在 WTO 多边贸易纪律中对区域贸易协定中的规制合作章节进行审视确有必要。

非歧视义务是 WTO 的核心条款之一。就其本质而言，非歧视义务的评估关注的是一项措施是否给外国实体带来了不成比例的负担；如果确实带来负担，则这种负担是否可以通过合法的公共目的来获得正当性。开展规制影响评估并审查替代监管方案的可行性是良好规制实践的重要组成部分。CPTPP 关于监管一致性的条款没有要求评估过程区分可能由本国或外国实体承担的成本和收益，也没有明确要求考虑一项措施对国际贸易的影响。但是，为了使规制影响评估流程能够确保一项措施与国家承担的贸易、投资义务相一致，在审查可行的替代措施时，对他国商品、服务贸易提供者和投资者的影响应该成为评估过程的一部分。可以认为，CPTPP 要求缔约方在开展规制影响评估时考虑“分配效应”（distributive impacts），这一规范在解释上具有潜力，[95]既可以要求规制影响评估不能在国内行为者和弱势群体之间造成不成比例的负担，也可以防止评估过程给外国企业增加了不成比例的成本。

---

[92] 刘太刚，邓正阳：《实验主义治理：公共治理的一个新路径》，《北京行政学院学报》2020 年第 1 期，第 34-36 页。

[93] G. De Burca, R.O. Keohane & C.F. Sabel, “New Modes of Pluralist Global Governance”, 45 *New York University Journal of International Law and Politics* (2013), p.739.

[94] A.Alemanno, “The Regulatory Cooperation Chapter of the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Institutional Structures and Democratic Consequences”, 18 *Journal of International Economic Law* (2015), p.629.

[95] *Supra* note 59, Article 25.5(2)(b).

就规制目标而言，特定领域的政策目标都包含着对社会秩序理想形式的政策取向和愿景。[96]GATT 第 20 条、GATS 第 14 条例外规则的适用取决于成员方是否能够证明其措施的政策目标落入条款所列目的范围之一。规制目的也是 SPS 协议下的重要考虑因素。[97]值得注意的是，WTO 争端解决实践表明，专家组和上诉机构倾向于基于对诉争措施的设计、结构和预期效果进行总体分析，从而客观地判断该措施是否真正服务于成员方所声称之目的。[98]因此，一国基于良好规制实践程序所声称的监管目标未必在国际争端解决过程中必然获得认可，这也使得规制合作的实践效果可能受制于多种因素的影响。

2. 可行性反思

值得注意的是，目前通过区域法处理规制合作问题的主流策略也并非没有瑕疵。虽然区域贸易协定为促进规制趋同提供了平台，但其实施过程中面临多重挑战，受到现实因素的制约。[99]

首先，参与规制谈判的机构和国内监管机构的授权差异可能导致协定的执行困难。规制合作的目标总体而言有益于削减边境后贸易壁垒，问题在于如何落实这些目标。在 TTIP 的谈判期间，这一问题已经引起关注。美国在规制合作强调透明度、参与和问责，特别主张欧盟委员会应在互联网上公布立法和法规草案以便征求意见。这一设想在欧盟背景下面临一些争议，尤其是在欧盟委员会提案通过之前公布征求意见的草案这一做法较为敏感。欧盟委员会是欧盟唯一有权发起立法的机构。[100]有学者指出，欧盟理事会成员国和欧洲议会议员将成为有关草案公众咨询过程中最积极的参与者，而这可能动摇欧盟委员会对立法的启动权利。而贸易谈判可能并非是讨论这一授权问题的合适场域。[101]

其次，规制合作要素的共识形成也受到国情制约。各国家现实情况不同，因此推进规制合作的意愿也不一样。一般而言，经济发展水平越高的国家，推行规制合作的积极性越高。例如，美国于 2010 年已经就光电技术、绿色建筑等领域的规制合作开展谈判；而一些发展中国家对经贸合作的要求仍停留在浅层次一体化维度，并未没有推行规制合作的意识与需求，

---

[96] F. Haines & D. Gurney, "The Shadows of the Law: Contemporary Approaches to Regulation and the Problem of Regulatory Conflict", 25 *Law & Policy* (2003), p.357.

[97] *Supra* note 39, Article 2.

[98] *See* Appellate Body Report, China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China — Raw Materials), WT/DS394/AB/R, para. 356; Appellate Body Report, US —Gambling, WT/DS285/AB/R, para. 304.

[99] B.Hoekman &C.F. Sabel, "In a World of Value Chains: What Space for Regulatory Coherence and Cooperation in Trade Agreements?", in B. Kingsbury, D.Malone, P.Mertenskötter, R.Stewart, T.Streinz & A. Sunami (eds.), *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP, Law And Global Governance* (Oxford: Oxford University Press, 2019).

[100] the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Article 294.

[101] P.Chase &J.Pelkmans, "This Time It's Different: Turbo-Charging Regulatory Cooperation in TTIP", in D. Hamilton & J. Pelkmans (eds.), *Rule-Makers or Rule-Takers?: Exploring the Transatlantic Trade and Investment Partnership* (Brussels: Center for European Policy Studies, 2015), p.34.

亦缺乏相关实践经验。此外，如国内监管秩序差异过大，推进深度一体化也存在现实压力。学者曾指出，规制合作只是在不同监管制度之间搭建桥梁的一种方式，而桥梁只有在双方相对接近的情况下才能搭建。[102]

此外，良好规制实践具有美国式监管的特点，偏重企业利益的考虑，但对于政府通过监管以保护公共利益的能力却约束过多。[103]良好规制实践的义务化意味着在国内法规制定过程中需要不断进行披露和规制效果评估审查。这对于发展中国家而言也意味着较重的财政和技术负担，也在一定程度上削弱了国内政策选择的空间。[104]在 WTO 框架之外建立区域性协定来促进贸易合作的做法，可能减弱了多边贸易规则的作用，还使得原本用于推动 WTO 多边贸易体制完善的资源分散流失。这一现象也触及全球治理过程中发展中国家的国际法话语权问题，需要审慎应对。

五、中国对国际规制合作规则的应对

中国日益走近世界舞台中央，深度参与国际合作。对规制合作议题的态度对我国的经贸往来产生较大影响。本节基于中国的规制合作现状和推进涉外法治建设的现实需要，对国际规制合作的应对策略进行探讨。

（一）现状：中国的规制合作实践

中国的国内法和已经签订的经贸协定并不排斥规制合作以及良好规制实践的理念。在国内法中，为保证行政许可的设定满足合理性要求，《行政许可法》要求行政许可的设定机关在行政许可设定前和实施过程中开展评估，公民、法人和其他组织可以反馈意见和建议。[105]但由于该规则措辞简略，开展规制影响分析的具体方法不甚明确。[106]对于服务贸易这一特定产业而言，我国还未形成关于服务贸易的统一全国性法律规范。除《外商投资法》对于商业存在设置了较为系统的规定，跨境交付、境外消费和自然人流动的服务贸易国内规则散见于国内立法和规范性文件之中，缺乏体系性。

中国维护真正的多边主义，也在“一带一路”倡议中倡导制度性互联互通。目前，中国参与的双边和区域贸易协定涉及规制合作的部分要素，但尚未专章规定规制合作内容。例如，中国与澳大利亚、韩国、瑞士、冰岛、哥斯达黎加和新加坡之间的自由贸易协定涉及透明度、规制一致性纪律和国际规制合作机制。其中，透明度纪律要求发布有关影响服务贸易的监管

---

[102] *Id*., p.43.
[103] M.Wagner, “The Future of Sanitary and Phytosanitary Governance: SPS-Plus or SPS-Minus?”, 51 *Journal of World Trade* (2017), pp.445, 465.
[104] F.Ortino & E.Lydgate, s*upra* note 5, p.697.
[105] 《中华人民共和国行政许可法》第 20 条。
[106] 参见高秦伟：《行政许可与政府规制影响分析制度的建构》，《政治与法律》2015 年第 9 期，第 61-74 页。

措施信息的规范，包括公布、咨询和通知三项具体义务。促进规制一致性的纪律设置了规定制定、适用、管理和审查国内法规时必须遵守的最低标准和原则的规范。这六项协定也规定了促进国际规制合作的软性机制，包括鼓励国内监管机构之间对话和信息交流。[107]中国在2020年签署的区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）是亚太经济一体化的重要机制，但其中关于规制合作的深度合作内容散见于卫生与植物卫生措施、标准、技术法规和合格评定程序以及服务贸易章节。

在自贸区的合作机制之外，中国实施“一国两制”的基本国策，中国内地与港澳经济特区之间的区际合作也能够体现中国在规制合作问题上的态度。以内地与香港的合作为例。在香港回归之前，1993年签署的《监管合作谅解备忘录》旨在加强内地和香港证券监管机构之间的合作。[108]2003年《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》（CEPA）也规定了推动跨境专业技术人才交流、鼓励专业人员资格互认的规范，致力于“逐步减少或取消双方之间实质上所有货物贸易的关税和非关税壁垒”。在这一时期，资格互认规定起到了促进区际人才交流的作用，但互认程序较为原则和初步，缺乏规范细节。2006年《内地向香港开放服务贸易的具体承诺的补充和修正三》进一步就香港居民在内地进行法律执业，以及香港律师事务所在内地设立分所的实习、培训进行规定。[109]2008年和2012年的后续补充协议也进一步扩展资格互认的专业范畴，囊括会计、建筑、内地房地产估价师、造价工程师与香港产业测量师、工料测量师的资格互认工作。[110]2015年《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》则进一步提出“逐步减少直至取消双方之间服务贸易实质上所有歧视性措施”的目标，为在服务贸易领域削减非关税壁垒做出贡献。

（二）完善：国际与国内双轨视角

国际规制合作依托区域贸易协定，逐步将良好监管实践作为规则核心。我国在规制合作方面体现了趋同和国际协调的意愿。但是中国缔结的经贸协定与WTO涵盖协定在结构和内容上较为相似，关于规制合作的内容散见于技术贸易、卫生措施和服务贸易的章节之中。对于规制合作的深度议题缺乏明确的监管目标追求和规则细节，也尚未明确触及良好规制实践

---

107 根据“中国自由贸易服务网”公开内容总结, http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rcep_new.shtml，最后访问时间：2024年8月5日。

108 中国证监会与境外监管机构签署的备忘录一览表，中国证券监督管理会网站，http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100214/c1452163/content.shtml，最后访问时间：2024年8月5日。

109 《内地向香港开放服务贸易的具体承诺的补充和修正三》，http://tga.mofcom.gov.cn/article/zt_cepanew/gbcxy/200612/20061204153438.shtml，最后访问时间：2024年8月5日。

110 参见《<内地与港澳关于建立更紧密经贸关系的安排>（CEPA）补充协议五》（2008），《<内地与港澳关于建立更紧密经贸关系的安排>（CEPA）补充协议九》（2012），http://tga.mofcom.gov.cn/article/zt_cepanew/，最后访问时间：2024年8月5日。

的议题，因此还存在一定的完善空间。在深度开放阶段提出的“制度型开放”理念要求从边境开放议题向境内开放的深化。这意味着中国对调整国际经济关系的国内法进行革新，从而提升开放的质量。[111]在我国推进涉外法治和高水平对外开放的新阶段，我国有必要正视国际规制合作的现实意义，对规制合作进程中的以下要素予以关注。

1. 参与国际规制合作

区域贸易协定谈判现已成为推进规制合作的有效机制，WTO 平台上的诸边合作也在服务贸易这一特定领域取得了进展。中国目前在双边经贸协定中已经纳入了一些规制合作要素，但还可以从以下角度予以完善。

首先，妥善设置规制目标。规制合作的目标具有多元性，一方面具有削减国内规制壁垒，从而促进贸易和投资的便利；另一方面具有提升国内监管质量的追求，防止“逐底竞争”。CETA 在规制合作章节中强调防止不必要的壁垒，增强竞争力和创新的环境，促进公共政策目标实现，提高监管质量和趋同，以及增强合法性和透明度。[112]以 CPTPP 为代表的新近大型经贸协定则主张促进国际贸易和投资，并在规制过程中通过良好监管实践来实现此目标。[113]CPTPP 的规制目标具有开放性，有助于在国际合作中达成最低程度的共识，具有参考意义。

其次，审慎对待规制主权问题。在设置框架目标、对多元目标进行平衡的过程中，规制主权是必须加以考虑的要素。这一点在我国在 CPTPP 的扩容谈判中尤为值得关注。CPTPP 于 2019 年开放扩容程序，允许其他经济体申请加入。我国已在 2020 年 11 月表达加入 CPTPP 的意愿。在扩容谈判中，规制一致性章节及其中良好规制实践规则的适用范围也成为我国需要考虑的现实问题。不同于 USMCA，CPTPP 的规制一致性章节允许缔约方自行决定相关条款涵盖规制措施的范围。考虑到规制一致性对于国内监管权协调的要求，我国应权衡国内规制自主性和通过规制合作削减监管异质性壁垒之间的关系，将国防、军事、外交等国家安全领域纳入例外范围，并根据各级政府规制水平的现实需要考虑何种层级的法律、行政法规与部门规章列入规制合作的程序约束范围。同时，我国可借助 CPTPP 规则中的“过渡期”“例外规定”等制度设计，缓冲其可能带来的负面效应。

此外，为防止区域贸易协定对多边贸易体制造成碎片化效果，规制合作平台的选择也至关重要。我国在推进国际规制合作的过程中，也应当积极参与 WTO 多边和诸边谈判，从而

---

111 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》，http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content_5592681.htm，最后访问时间：2024 年 8 月 5 日。

112 The Comprehensive and Economic Trade Agreement (CETA), Article 21.3.

113 *Supra* note 59, Article 25.2.

维护真正的多边主义；并注意区域和双边国际规制合作的谈判成果应当与 WTO 协定保持相符性。

2. 增强国际规制合作中的话语权

国内规制的趋同伴随着话语权竞争。在此情况下，我国应在国际规制合作领域增强话语权，在移植规制合作相关规则时与我国经贸发展现实水平相匹配，提出适应发展中国家国情的规则范本。具体而言，参与国际法实践是增强国际话语权的重要渠道。国际法实践包含造法、解释、司法多个环节，不同造法场所的法律化程度、以投票方式为代表的话语权分配方式也有所不同。[114]国际规制合作是较为新兴的国际治理场域，且推进边境后议题的规制合作仍然是一个动态演化的过程。我国可在多边和区域合作中慎重选择相关议题，设置具有说服性、包容性和可行性的议题，以寻求国际共识，并在借鉴、移植良好规制实践的过程中，可注重结合本国国情使我国参与的区域和双边协定的规制水平更进一步。此外，由于国际规制合作涉及复杂的利益相关方，以标准设置和最佳实践为代表的私人治理也在其中发挥了重要作用，我国可鼓励本国企业和非政府组织通过软法路径加强影响力。[115]

3. 在国内法中适当引入良好规制实践要素

监管影响分析是良好规制实践的核心要素，有助于在备选的政策方案中作出最佳选择。[116]因此，在国内法中完善监管影响分析，也能够提升规管质量，并使得国际规制合作的协定执行取得实效。

监管影响分析主要采用的方法是成本—收益分析，[117]主要包含确定规制目标、开展调查、识别利益相关方、赋值计算、敏感性分析以及确定具有最大净收益的手段。[118]在 2004 年由国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》就明确应探索对“政府立法项目尤其是经济立法项目的成本效益分析制度”，考虑立法、执法成本以及法律实施中的社会成本。湖南、海南等地出台的规范性文件也在探索成本效益分析的行政程序。可见在我国具有针对行政决策开展成本效益分析的规则基础。[119]但是，成本收益分析的细化步骤和完整流程还有待完善。

---

[114] 张康乐：《增强国际话语权的国际法路径研究》，《中国社会科学院大学学报》2022 年第 8 期，第 117-118 页。

[115] 蒋超翊：《中国有效影响国际法规则制定的条件与策略》，《国际政治研究》2021 年第 3 期，第 61，69 页。

[116] 高秦伟：《美国规制影响分析与行政法的发展》，《环球法律评论》2012 年第 6 期，第 97 页。

[117] S.Shapiro & C.Schroeder, “Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation”, 31 *Harvard Environmental Law Review* (2008), pp.434, 446.

[118] 刘权：《作为规制工具的成本收益分析——以美国的理论与实践为例》，《行政法学研究》2015 年第 1 期，第 140 页。

[119] 陈鹏：《行政决策成本效益分析的多重机制》，《中外法学》2021 年第 4 期，第 1103-1104 页。

[120]此外，此类分析评估方法亦存在一些不足，例如分析结果倾向于维持现状，忽视代际公平，以及部分成本和效益难以进行量化处理。[121]因此，在建设监管效应评估流程的过程中，政府还需对成本收益分析的结果进行综合考量，不仅评估成本收益分析的结果，也应审查未能量化之价值的影响，[122]并关注相关政策是否违反 WTO 涵盖协定所规定的非歧视原则。

六、结论

在全球化时代，规制合作是削减边境后壁垒、促进经贸协定走向深度一体化的重要政策。这一内在的制度价值使得国际规制合作议题自 TTIP 谈判以来备受国际社会关注。经过 APEC 和 OECD 在规制改革过程中的助推，规制合作逐渐在国际法中取得制度化的成果，并借助区域贸易协定在事实上形成法律趋同效应。WTO 成员就服务贸易国内规制纪律谈判取得的进展对多边治理也产生了影响。规制合作在实质方面指向标准互认，而在程序方面则意味着透明度的提高、利益相关者参与以及规制影响的评估等提升规管质量的措施。相比于实体协调，目前的国际规制合作趋势体现了以区域法为主要路径、以良好规制实践为核心规则的特征。重点关注程序性协调的良好规制实践反映了实验主义治理的特点，有助于加强规制合作的敏捷性，并在国内规制自主权和贸易自由化之间提供了达成平衡的新方案。

值得注意的是，良好规制实践的初衷是提升监管质量，减少保护主义在贸易和投资中带来的负面影响。但是如何避免良好规制实践义务对政策制定全流程的要求蜕化为另一种保护主义，或对发展中国家施加不成比例的负担，仍然是一个值得考虑的问题。在高水平对外开放的新阶段，我国有参与国际规制合作的现实需要。良好规制实践规则框架能够提供一种动态的监管和参与模式。审慎引入良好规制实践，有助于我国在国际和国内双轨路径中妥善设定规制框架目标，处理规制合作谈判中的规制主权问题，并结合行政执法的成本收益分析，调整参与规制合作的方式方法。

---

[120] 胡枚、张军旗：《论 CPTPP 规制合作的新范式及中国应对》，《国际贸易》2019 年第 10 期，第 40 页。
[121] 刘权，同注 118 引文，第 143 页。
[122] R.Pildes & C.Sunstein, “Reinventing the Regulatory State”, 62 *the University of Chicago Law Review* (1995), p.72.

International Regulatory Cooperation Towards Good Regulatory Practices: Reflections Based on the Evolution of Rules

Chen Yanru

Abstract: International regulatory cooperation holds institutional significance in reducing behind-the-border barriers and enhancing regulatory coherence, thus emerging as a crucial global governance concern. Originating from domestic administrative law, with the promotion of international organizations such as APEC and OECD, regulatory cooperation has been legalized within international economic and trade agreements. The evolution of regulatory cooperation reflects a growing emphasis on procedural coherence, with good regulatory practices as the fundamental principles, and embodying the characteristics of experimental governance. While recent developments in regulatory cooperation by regional trade agreements have enhanced regulatory quality, they also impact the multilateral framework. Therefore, the legitimacy and feasibility of promoting regulatory cooperation through regional trade agreements require further attention. China's domestic regime and the economic and trade agreements have embraced the elements of regulatory cooperation. In light of the need to advance the rule of law in foreign affairs, China may prudently transplant the rules of good regulatory practices and refine regulatory cooperation regimes with the experimental governance framework.

Keywords: regulatory cooperation; good regulatory practices; regulatory coherence; foreign-related rule of law; institutional opening-up

当我们谈论“西法”时我们在谈论什么

——重访《万国公法》及其渊源

陶南颖

摘要

19 世纪中国人对西方国际法的认知存在偏差，因为西法东渐实际上沿循着“欧洲—美国—中国”路径，国际法知识体系在其中经历了两次建构。亨利·惠顿基于美国国家利益和现实需要，对原创于欧洲的西方国际法理论和实践规则进行修改、阐释和扩充，形成《国际法原理》。而后美国传教士丁韪良及其团队在向中国译介该书时，又出于传教和文化适应的需要再次调整、删减和改写，形成《万国公法》，并借助国家翻译实践发展出“公法知识体系”。“公法知识体系”的形成和权威化虽开启但也限制了 19 世纪中国国际法学的理论创新，最终加深了中国人对“西法”的误读。

关键词

西法东渐；《万国公法》；《国际法原理》；认知偏差；建构

现代中国国际经济法学知识体系是近代西法东渐的结果。在此共识下，大部分研究围绕中国在“西法”冲击下如何回应以及能否保持主体性等问题而展开。这些研究大都聚焦“东渐”及其意义，而往往忽略了作为前提的“西法”。在它们看来，近百年一直习于理解的“西法”就是从西方产生并逐渐传播到中国的国际法理论、规则、制度、学科和话语体系等。[1]这一概念的内涵似乎是不证自明的，但又是经不起推敲的。“西法”具体指的是什么？它是客观存在于西方世界里的国际法？还是西方学者在著述中归纳出来的？抑或是我们通过阅读文献而自行理解出来的？直觉答案肯定是第一个，而当我们扪心自问，支撑自己理论主张的西方国际法知识究竟来自何处时，答案多半是源自自己对西方著述的潜心研读或囫囵吞枣，有时甚至源自对相关中文评介不加思索地直接援引。可以说，当我们谈论“西法”时，实际

[1] 代表性研究参见杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》，《法学研究》1999 年第 3 期，第 122 页以下；何勤华：《<万国公法>与清末国际法》，《法学研究》2001 年第 5 期，第 137 页以下；田涛：《国际法输入与晚清中国》，济南出版社 2001 年版；林学忠：《从万国公法到公法外交：晚清国际法的传入、诠释与应用》，上海古籍出版社 2009 年版；赖骏楠：《国际法与晚清中国：文本、事件与政治》，上海人民出版社 2015 年版；Lydia H Liu, *The Clash of Empires: The Invention of China in Modern World Making*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, pp.108–139; Rune Svarverud, *International Law as World Order in Late Imperial China: Translation, Reception and Discourse 1847-1911*, Leiden: Brill, 2007.

上我们在谈论一个被建构出来的“西方国际法”，而非客观世界里的西方国际法。

然而我们的思维定势经常将两者不加区分地混为一体，以为建构出来的“西法”等于（或无限接近于）客观世界里的西方国际法。事实的确如此吗？本文以历史研究为视角，从“西法”的原点——中国历史上系统翻译引进的第一部西方国际法学著作《万国公法》入手，对比其笔下的“国际法”与 19 世纪中叶西方现实语境里的国际法来审视建构与现实之间的偏差。随后，通过探究《万国公法》翻译蓝本《国际法原理》（Elements of International Law）的知识脉络以及丁韪良（W.A.P Martin）团队译介该书的过程，本文追寻上述偏差的形成动因和发展轨迹，及其对 19 世纪中国国际法学的深远影响。对近代输入中国的西方国际法进行知识考古，既是拓展和深化对西法东渐的客观认知，也意在为中国国际法学理论创新提供若干镜鉴。

一、“西法”中国印象与西方现实之偏差

虽然国内外关于《万国公法》的档案材料和研究不胜枚举，但其论域基本上没有脱离中国语境。研究者们往往只讨论《万国公法》及其进入中国的相关议题，而甚少关注它们的域外渊源，特别是该书所处的 19 世纪中叶西方国际法历史语境。这种语境切割导致我们在追溯中国国际法史时身陷于《万国公法》所构筑的体系内，而没有意识到，其实《万国公法》并未系统且如实地再现当时西方世界里的国际法，导致中国人对“西法”的最初认知产生了偏差。下文将选取该书的三个著名观点具言之。

（一）格劳秀斯是“国际法之父”吗

《万国公法》开篇将 17 世纪著名的荷兰法学家胡果·格劳秀斯（Hugo Grotius）奉为国际法学的创始人：“公法之学，创于荷兰人名虎哥者（即格劳秀斯）……虎哥著书，名曰《平战条规》（即《战争与和平法》）”。[2]此外，全书多处引用格劳秀斯的观点来阐述国际法的性质和概念内涵，并仿照儒家经典的叙事风格，以“虎哥与门人论”、“虎哥云”等为前缀引出论述，[3]意欲将格劳秀斯塑造为类似于孔孟的圣贤。这在译者丁韪良其后撰写的《古代中国的国际法》（International Law in Ancient China）中更加明显。文中丁韪良认为中国在先秦时

[2] 【美】惠顿：《万国公法》，【美】丁韪良译，何勤华点校，中国政法大学出版社 2003 年版，第 6 页。
[3] 同上文，第 6-9 页，第 18 页。

期就有国际法，它们散佚在《周礼》、《春秋》之中，“或许在某一天，将会有一位中国的格老秀斯，像那位著名的荷兰人在搜寻古希腊和意大利国际习惯法的痕迹时所做的那样，仔细地把这些杂乱无章的线索收集在一起。”[4]

“格劳秀斯创立国际法学”这一观点由《万国公法》输入并能成为国人对西方国际法的一个基本认知，要归因于维新运动的宣传。宋育仁在《采风记》里写道：“教士虎哥，乃创公法，初名平战条规，既无禁战之权，又无礼教以为持论之本……不如中国圣人制礼，即以性法为本……”。[5]梁启超亦是依此为其师康有为的孔子改制说作辩解：“西人果鲁士西亚，虎哥，皆以布衣而著《万国公法》，天下遵之。今孔子之作《春秋》，乃万世公法也。今必谓孔子之智，曾果氏、虎氏之不弱，此又何理也？”[6]随着宣传新政、传播新学报刊的涌现，格劳秀斯逐渐为大众所知。在《中国官音白话报》上，士绅窦士镛这样向民众介绍国际法：“西洋有部书，名叫《万国公法》……这书是荷兰国一个念书人，名叫虎哥，起先做出……”[7]

事实上，在西方历史语境中格劳秀斯并非为国际法学的创始者。如果将普遍适用于现代西方国家间交往的规则和惯例视为国际法，那么其可追溯到古罗马时期的万民法（Jus Gentium）。[8]对罗马国际法律传统的整理和研究，也并非如丁韪良所说是起始于格劳秀斯，而是 16-17 世纪盛行的“萨拉曼卡学派”（School of Salamanca）。[9]其创始人西班牙神学家维多利亚（Francisco de Victora）重述了万民法的概念，他认为国际法不是也不可能是罗马法意义上的适用于所有自然人的法，而是国家之间的法（ius inter gentes），并提出了现代国际法的概念雏形——万国法（law of nations）。[10] 另一代表学者苏亚雷斯（Francisco Suarez）主张万国法是国家间基于习惯而产生的规范，是一种实在法（positive law）。[11]奠定现代国际法学理论框架的是贞提利（Alberico Gentili），他系统整理和归纳了欧洲国际交往的实践和惯例，例如使节特权和豁免、宣战、战场上敌军和非战人员的待遇、休战以及和平解决争端等。

---

4 王健编：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，译林出版社 2020 年版，第 73 页。

5 宋育仁：《采风记》，卷五，第 5-6 页，转引自王尔敏：《十九世纪中国国际观念之演变》，《中国文化研究所学报》，第 11 卷，1980 年，第 81 页。

6 梁启超：《读<春秋>界说》，载汤志钧、汤仁泽编：《梁启超全集》（第一集），中国人民大学出版社 2018 年版，第 305 页。

7 转引自林学忠：《近代西方国际法文本的阅读与本土化生产——试论朱克敬<公法十一篇>》，载周奇编：《传播视野与中国研究》，上海人民出版社 2014 年版，第 151 页。

8 参见【德】巴多·法斯本德，安妮·彼得斯编：《牛津国际法史手册》（下册），李明倩、刘俊、王伟臣译，上海三联书店 2020 年版，第 1016 页。

9 同上文，第 1090 页。

10 See Aruthur Nussbaum, *A Concise History of The Law of Nations*, revised ed., New York: Macmillan Co, 1954, pp.80–81.

11 同上书，第 86–87 页。

[12]可以说，在格劳秀斯之前，国际法学就已经积累了一定理论基础，斯科特（James Brown Scott）评价格劳秀斯实际上是在前人的奠基下“收获了成熟的果实”。[13]

（二）《万国公法》就是国际法吗

在“凡例”中，《万国公法》如此介绍自己：“是书所录条例，名为《万国公法》，盖系诸国通行者，非一国所得私也。又以其与各国律例相似，故亦名为《万国律例》云”，[14] 书中还用大量实践案例来证明国际法是可以用来规范国家间关系和解决国际争端的法律。[15]在这里《万国公法》用了一个对 19 世纪中国人来说非常熟悉的概念来归纳自己的属性——律例。律和例是清代最为主要的法律渊源，前者指代成文的法典，后者包括皇帝诏令批示以及从中抽象出来的案例指导规则。[16] 换言之，《万国公法》把自己界定为一种被所有国家共同遵守的、并且可以适用到具体案件中的具有约束力的统一规范。

国人因而相信《万国公法》是管理涉外事务和国际关系的法律规范。在天津大沽口处理普鲁士扣留丹麦船事件时，恭亲王等“暗采该律例之言与之辩论，布国（即普鲁士）公使即行认错，俯首无词”。[17]以此为证，《万国公法》被视为《大清律例》般的法典。郑观应写道：“各国之借以互相维系，安于辑睦者，惟奉《万国公法》一书耳。其所谓公者，非一国所得而私；法者，各国胥受其范”。[18] 薛福成虽然意识到国际关系的强权色彩，但也承认：“泰西有《万国公法》一书，所以齐大小强弱不齐之国，而使有可守之准绳。各国所以能息兵革者，此书不为无功。”[19]

其实，19 世纪中叶的西方世界并未形成规范国际交往的统一法律体系。诚然，国际法此时逐渐转向实在法，书面性条约缔结的频率、密度和广度得到大幅增长。[20] 但统一国际法典或公约却还未出现，因为能够承担立法和编纂工作的机构——多边国际性会议和国际组织，

---

[12] 同上书，第 95–97 页。
[13] 参见【荷】格劳秀斯：《战争与和平法》（第一卷），【美】弗朗西斯 W. 凯尔西等英译，马呈元译，中国政法大学出版社 2018 年版，序文第 21 页。
[14] 前引[2]，惠顿书，凡例。
[15] 例如，在国家与主权这一章，《万国公法》援引了 1820 年代的意大利革命、西班牙资产阶级革命、葡萄牙自由革命、希腊独立革命等事例来阐述主权独立和不干涉内政原则。同上书，第 5 页，第 61-70 页。
[16] 何勤华：《清代法律渊源考》，《中国社会科学》2001 年第 2 期，第 116 页。
[17] 《筹办夷务始末》，同治朝，卷二十七，第 25-26 页，转引自王尔敏：《总理衙门译印<万国公法>以吸取西方外交经验》，《台湾师大历史学报》第 37 期，2007 年，第 125-126 页。
[18] 郑观应：《易言·论公法》（三十六篇本），夏东元编：《郑观应集》上册，上海人民出版社 1982 年版，第 66-67 页。
[19] 薛福成：《论中国在公法外之害》，《庸庵海外文编》卷三，光绪乙未刊本，第 15-16 页。
[20] See Edward Keene，*The Treaty-Making Revolution of the Nineteenth Century*，2012 (34) The International History Review 478.

当时还处于萌芽阶段。[21]此外，国际法的效力范围和强制力也十分有限，并非如丁韪良所言的是“通行诸国”的法。《威斯特伐利亚和约》所建立的国际体系缺乏超国家的权力机制来贯彻和执行法律，条约和国际惯例成为国家基于自愿而遵守的规范。即使维也纳会议确立了大国协调机制来保证履行，也因克里米亚战争的爆发而终告失败。[22]对于这样的国际法，奥斯丁（John Austin）甚至认为它不是一个准确意义上的法, 仅仅是由“在各国之间流行的舆论或者感觉所构成的”。[23]

亦有观点将国际法视为一个解释（西方）国家间关系的知识体系，主张它是由《万国公法》第一次系统引进，[24]然而从学说史的语境中看，《万国公法》也并未系统编纂西方国际法学理论。[25]“西方”并非是一个笼统概念，既有欧美之分，还有欧陆和英伦之别，欧陆内部又有历史文化各异的诸国，由此产生各国对国际法的多样理解。例如对 19 世纪西方国际法理论影响深远但仅被《万国公法》几笔带过的是以萨维尼为代表的历史法学派，他们提出著名的法律关系本座说，从而建立国际私法基本理论。而《万国公法》为了阅读和应用方便，不得不省去繁复，简化约略，但如此就掩盖了原有渊源脉络所滋生出来的学术传统和彼此纠葛。只能说，《万国公法》向中国输入了表达西方国际法实践和思想的一部分理论学说。

（三）国际法是好的吗

在讨论国际法的渊源和效力时，《万国公法》写道：“将诸国交接之事，揆之于情，度之于理，深察公义之大道，便可得其渊源矣……欲知此公法，凭何权而立，惟有究察各国相待、所当守天然之义法而已。”[26] 也就是说国际法的效力来自于天然的“情”、“理”和“公义”。 在定义国际法时，《万国公法》再次强调“公义”：“服化之国，所遵公法条例，分为二类，以人伦之当然，诸国之自主，揆情度理，与公义相合者，一也……”[27]所以国际法被

---

[21] 虽然维也纳和会确立了以会议的方式协商处理欧洲重大问题的协商外交机制，但该机制主要强调通过外交途径解决国际争端，而没有形成统一立法实践。至于国际组织，19 世纪上半叶仅有莱茵河航运集中管理委员会一个，其管辖范围十分有限。参见前引[8]，巴多·法斯本德等主编书，第 644-665 页。

[22] 克里米亚战争是 1853 年至 1856 年间在俄罗斯帝国与奥斯曼帝国、法国、英国和撒丁王国联盟之间爆发的战争，战场在黑海沿岸的克里米亚半岛。这场战争表面上是为圣地中基督徒享有的宗教特权，实际上却关乎欧洲的力量平衡，瓦解了“欧洲协调”体系。See Orlando Figes, *The Crimean War: A History*, New York: Metropolitan Books, 2010.

[23] 【英】约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，商务印书馆 2021 年版，第 181 页。

[24] 参见【挪】鲁纳：《改变中国的国际定位观：晚清时期国际法引进的意义》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2009 年第 4 期，第 77 页以下。

[25] 当然，《万国公法》在第一章“释义明源”中呈现了西方关于国际法的部分学说和流派，但是其篇幅较小，介绍简短，且主要是为了铺垫和佐证本书观点。参见前引[2]，惠顿书，第 6-21 页。

[26] 同上书，第 5 页。

[27] 同上书，第 21 页。

译为“公法”。“公法”一词借用了儒家的“公天下”传统：“论其至理，治天下者，当得天下最贤者一人，加诸众人之上，则是至公之法。后世既难得人而争夺兴，故以与子。与子虽是私，亦天下之公法，但守法者有私心耳。”[28] 儒家经典中的“公”与“私”相对应，既代表公正无偏倚，也代表一种普遍道德。通过将古典“公法”转化为现代国际法，《万国公法》极力描绘的是一种天下善治：所有国家间的交往都遵从人类普遍道德和情理。

《万国公法》对国际法“纯善”一面的强调导致19世纪中国人对国际法的态度两极分化，并掀起“公法是否可恃”论争。《万国公法》问世后，郑观应赞道：“……性法例法，以理义为准绳，以战利为纲领，皆不越天情人理之外。故公法一出，各国皆不敢肆行，实于世道民生，大有裨益”，[29] 郭嵩焘亦以为然：“近年英、法、俄、美、德诸大国角立称雄，创为万国公法，以信义相先，尤重邦交之谊，致情尽礼，质有其文，视春秋列国殆远胜之。”[30] 薛福成呼吁中国应当进入国际法体系以维护国家主权利益，因为“虽然，各国之大小强弱，万有不齐，究赖此公法以齐之，则可以弭有形之衅。虽至弱小之国，亦得藉公法以自存。”[31] 但现实中西方加诸给中国的不平等条约、攫取的诸如领事裁判权等特殊待遇却是与《万国公法》所表述的各国交往出于“公义”情形相背离的。因此，王佐才提出“公法不足恃”，直言它本质是强国的侵略工具：“我观泰西今日之局，小国援公法未必能却强邻，大国藉公法转足以挟制小国，则所谓万国公法者，不过为大侵小、强陵弱藉手之资而已”。[32]“公法是否可恃”论争隐含了当时中国人对国际法的一个巨大困惑：如果国家间交往都承认并遵守如《万国公法》所言的那种普遍公理，为什么西方国家还可以如此正当地侵略中国？

在19世纪中叶的西方，国际法很难以一种简单的“好”或“坏”来评价，因为它具有“解放—压迫”的双重属性。为了调和两者矛盾，学界提出了所谓的“文明标准”。通常，欧洲基督教国家或符合现代文明社会标准的国家被认为是“文明”的，[33]能够获得基于和平、正义、自由、平等等普遍道德而产生的国际法权利和法律能力，并受诸如人权、国家主权、和平解决国际争端等规则制度的保护。例如《独立宣言》就以主权理论来摆脱英国殖民统治：

---

[28] 程颢、程颐：《二程集》（上集），王孝鱼点校，中华书局2004年版，第228页。
[29] 郑观应：《易言·论公法》，夏东元编：《郑观应集》（上册），上海人民出版社1982年版，第66页。
[30] 郭嵩焘:《使西纪程》，载《郭嵩焘等使西记六种》，三联书店1998 年版，第68-69页。
[31] 薛福成：《论中国在公法外之害》，《庸庵全集·海外文编》卷三，广文书局1963年版，第15页。
[32] 王佐才：《公法不足恃论》，陈忠倚辑：《皇朝经世文三编》，国风出版社1965年版，第833页。
[33] See Gerrit W Gong, *The Standard of "Civilization" in International Society*, Oxford: Clarendon Press, 1984, pp.14–15. Gong 归纳出19世纪欧洲社会制定的现代文明标准为：1. 国家要保证基本权利，如生命、尊严和财产，以及旅游、商业和宗教的自由，特别是外国人的旅游、商业和宗教的自由；2. 应具有一套有组织的政治官僚制，能够有效率地运行国家机器，并且有能力组织自我防卫；3. 总体上接受国际法包括战争法；同时，它也保留着一套本土的法庭、法典的体系，保障司法的公平性；4. 与外部交流时应履行国际体系的义务；5. 服从“文明”国际社会承认的准则，反对殉葬、一夫多妻制、奴隶制等社会风俗。

“随着世间事务的发展，当一个民族必须解除其和另一个民族之间的政治联系并取得自然法则和上帝所赋予的、在举世列国中独立与平等的地位时，他们出于对人类舆论的尊重必须宣示驱使他们独立的原因。”[34] 从这个角度上来说，国际法的确具有如《万国公法》所述的那种进步意义。然而，那些不符合文明标准的国家被认为是“半开化”或“野蛮”，“文明”国家可根据自由裁量权而不是国际法来处理与这些国家间的关系。[35] 在西方看来，中国就是这样的“非文明”国家：“它认为自己的皇帝拥有世界上至高无上的权力”，“否认国家间存在平等权利和义务”，“拒绝给予外来‘野蛮人’任何权利和豁免”。[36] 所以，与“非文明”国家签订不平等条约以及攫取特权是合理的，这既不受国际法的约束，也是为了维持“文明”国家的法律和秩序。[37] 甚至西方真诚地相信，在“非文明”国家里建立“文明”统治是一种使命，是帮助推动野蛮社会的进步。[38]

二、“西法”的美国建构：《国际法原理》中的知识加工

上述三例充分说明了《万国公法》里的“西法”与 19 世纪中叶现实中的西方国际法间存在严重偏差，那么为何如此？有学者将其归因于译者丁韪良的自然法改造和儒家附会，认为这导致了国人对国际法的“悲剧性误读”。[39]这种解释依然局限于中国语境，因此忽略了 19 世纪国际法全球流通这一宏大历史背景。原创于欧洲的各种西方国际法理论和实践经美国学者亨利·惠顿（Henry Wheaton）整理、翻译、阐释和扩充而形成《国际法原理》，美国传教士丁韪良及其团队则将《国际法原理》翻译成为《万国公法》引入中国。所以，西法东渐的完整路径其实是“欧洲—美国—中国”。我们有理由相信，如果惠顿在撰写《国际法原理》时，为了服务美国国家利益和现实需要，对西方国际法学知识体系进行了美国化建构，那么 19 世纪中国人对“西法”的认知产生偏差就是无可避免的，这才是“误读”的源头。

---

[34] See Mark Weston Janis, *America and the Law of Nations 1776-1939*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 25–27.
[35] 前引[33]，Gerrit W Gong 书，第 56-57 页。
[36] See *Art. III. Negotiations with China: Relative Rights and Duties among Nations not Acknowledged by China; Evils of the Present State of Intercourse; Duty and Interest of the Western Nations with Regard to China; Remarks on the Course the British, and Other Nations, Ought to Pursue*, 1835 (3) Chinese Repository 419.
[37] 参见前引[33]，Gerrit W Gong 书，第 58 页。
[38] See Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, New York: Cambridge University Press, 2001, pp.112–116.
[39] 参见万立：《从万国法到国际法——清季国际法翻译与国际法历史主义转向》，《清华大学学报(哲学社会科学版)》2024 年第 1 期，第 58-64 页；赖骏楠：《误读下的新世界：晚清国人的国际法印象》，《清华法治论衡》2011 年第 1 期，第 256 页。

（一）美国早期国家构建中的国际法需求与困境

我们首先需要交代《国际法原理》产生的时代和地方背景，因为本国的历史文化和现实需求会影响学者在国际法上的关注议题和立场主张，这有助于探求惠顿是否以及如何建构了国际法美国理论。惠顿生于 1785 年，他于 1836 年首次出版《国际法原理》，亦即该书写作和成型在美国建国的早期阶段。当时美国正在经历“共和制帝国的创建时期”：作为大英帝国曾经的殖民地，它需要建立自己的民族国家身份；作为新兴资本主义国家，它需要对外扩张以实现商业利益。[40] 与此同时，新生的美国还面临险象环生的外部世界。这种情况下，积极运用国际法来抵御外国侵略、维护国家利益无疑是最现实和最有效的手段。 然而，美国在国家制度、宗教信仰、法律传统和外交政策等方面所呈现的“例外性”（American Exceptionalism），又往往导致原产于欧洲的西方国际法水土不服。

1. 美国的国际法主体资格问题

美国构建民族国家伊始就须直面一个重要问题：它是否是国际法上的适格主体？美国在开创共和政体新纪元的同时也为自己的国家身份制造了国际法依据上的盲区：一是，一个以“人民主权（Popular Sovereignty）”为基础的国家是不是合法的主权国家；二是，一个民族自决的前殖民地如何成为国际法意义上的国家。

对 18 世纪的西方而言，国家主权（Sovereignty）往往与君主（Sovereign）相对应。尽管“主权在民”理论经霍布斯、博丹、洛克、卢梭等人的发展已臻于成熟，但是在美国之前，从来没有一个国家能将其成功付诸实践。[41]在传统国家里，主权天生属于君主并往往通过世袭来延续。因此，国际法理论对主权合法性的讨论通常聚焦在王朝统治继承权上。[42]学者认为主权是从国家内部产生和完善的，它归属于君主，其合法性是一个内政问题；如果王朝内部权力来源是合法的，那么根据“外部合法性遵从于内部合法性”原则，该国即是国际法上的主权国家。[43]然而这无法适用于人民主权国家，因为这类国家的权力源自人民，政府的产生均直接或间接地出自人民的选举。当然，实践中法国为了削弱对手英国的实力在 1778 年

---

[40] 参见【美】孔华润（沃伦 I. 科恩）编：《剑桥美国对外关系史》（上），王琛等译，新华出版社 2003 年版，第 1 页。

[41] 历史上，荷兰资产阶级革命曾经建立尼德兰七省联合共和国，但是其由奥兰治家族作为名义上的执政统治者，领导阶层为贵族与各地商会所组成的联省议会统治。英国也曾经以人民主权的名义抗议英王并将其推到断头台，但是 1689 年的《权利法案》使英国确立了君主立宪制，人民主权被议会主权所替代。

[42] See Jens Bartelson, *Recognition: A Short History*, 2016 (30) Ethics & International Affairs 311.

[43] See Alexandrowicz, C. H., *The Theory of Recognition in Fieri (1958)*, in David Armitage, and Jennifer Pitts eds., *The Law of Nations in Global History*, New York: Oxford University Press, 2017, pp.357-358.

承认美国并签署双边防护条约。但这仅是出于政治考量，而非对人民主权的认可。当时的国际法无法也不愿意从法理上证成人民主权国家的合法性：一旦成为先例，就可能掀起更多的人民革命进而危及君主专制统治。即便如此，美国独立所带来的民权思想和革命精神依然影响深远。不久，法国大革命和拉丁美洲独立战争爆发，这令人民主权的合法性日益成为国际法理论上的紧迫议题。[44]

一些同情革命的学者试图绕开人民主权问题来论证美国作为英国前殖民地的国际法主体资格，但难点在于：如果一个国家的主权合法性不来源于内部，又可以来自于哪里？换言之，一个自我宣告独立的民族如何成为国际法意义上的主权国家？德国学者如斯特克（Johann Christian Wilhelm von Steck）和马顿斯（Georg Friedrich von Martens）主张这类国家的合法独立应当首先由其母国接受并宣示，然后其他国家才相应地承认其在国际法上的主体资格。[45] 因此，虽然《独立宣言》本身并不足以使美国成为真正的主权国家，但是一旦英国承认了美国的独立，其他国家就有义务将美国视为一个平等的主权国家。[46] 这一理论的确能够证成美国的国际法主体资格，但依然存在缺陷。首先，它似乎是从美国独立的实践结果（英国在 1783 年签订的《巴黎条约》中已承认美国独立）中倒推出原因和条件，这削弱了理论的说服力。其次，以母国承认为独立前提的说法隐含着对《独立宣言》价值的贬低，也变相地增强了母国对殖民地独立运动的干预和控制。最后，如果第三国承认以母国承认为前提，那么法国在独立革命期间对美国的支持就是对英国内政的非法干预，这显然不利于当时的英美法关系。归根到底，欧洲深厚的君主专制传统决定了当时国际法对独立革命的保守立场，这迫使美国去寻求理论和制度上的自主创新。

2. 孤立主义外交的国际法保障问题

即使被承认为国际法上的适格主体，另一个现实问题接踵而至：当美国对外扩张时，国际法能否保护它的国家利益？当时国力有限的美国既希望对外贸易以发展本国经济，又不愿卷入欧洲列强的纷争之中，于是提出了著名的孤立主义外交政策（Isolationism），它构想美国："在对外关系中奉行的最高行动准则是在扩大我们的贸易关系时，应尽可能避免政治上的联系……卷入欧洲的是是非非……是不明智的……"[47] 然而彼时欧洲先后陷入法国大革

---

[44] 前引[42]，Jens Bartelson 文，第 311 页。
[45] 参见前引[43]，Alexandrowicz, C. H.文，第 359-364 页。
[46] 参见前引[42]，Jens Bartelson 文，第 311 页。
[47] George Washington, *The Writings of George Washington, Vol. XIII (1794 － 1798)*, New York: The Knickerbocker Press, 1892, pp. 316-318.

命和拿破仑战争的泥沼中，英法两国为了封锁对方经济，下令禁止所有与敌国的海上贸易，尤其是中立贸易，被认为“不是威胁要取代本国贸易，就是为敌国贸易提供了掩护”，这导致美国开往欧洲的商船既遭到英国的捕获，也难逃法国的搜查。[48]

对于这些困境，当时的国际法力有未逮，因为它无法确定美国单方宣布中立的行为是否构成法律意义上的中立。传统上，一个国家的战时中立地位并不是天然的，而应当通过与交战国签署双边协议来获取。[49] 一些学者试图突破条约限制而将中立独立出来，瓦特尔提出：“如果一个中立国希望安全地享有其中立地位，它就必须在各方面对交战国表现出严格的不偏不倚”，[50]沃尔夫（Christian Wolff）则更为明确：“任何国家，如果本身不订立条约，都可以成为一个独立的中立国，只要它不向交战双方提供任何在战争中有用的且通常是由盟国提供的东西”。[51] 那么，如美国这样虽然在政治上中立但是在商业上继续与交战国往来的情况是否属于“不偏不倚”？中立贸易是否向交战国提供了在战争中有用的东西？事实上，战时非交战国与交战国继续商业贸易并不罕见，但是这类国家的法律地位却模糊不明，例如英格兰议会令中将其称为“我们的盟友、邦联国和友邦(our allies, confederates and friend States)”，而荷兰人则称“我们的盟友、朋友和中立国（Onse Geallieerden, Vrunden ende Neutralen）”。[52]

即便美国确立了中立地位，它的权利也未必能得到有效保护。这首先因为欧洲长期以来并不重视发展中立国权利理论。18 世纪之前，“中立”一词甚至并不常见于法学文献中。当时颇为流行的正义战争理论（Just War Doctrine）认为，如果战争被看作是惩罚侵害方和恢复自己权利的一种手段，那么未参与战争也未受到伤害的中立第三国及其权利就没有多大讨论的必要。[53]其次，当时国际海战法对中立贸易还存在着一些不利规则和实践。例如战时捕获船只适用的普遍规则是《海事法典》（Consolato del mare）原则，即只要是敌资，无论其由哪种船只运载，都应被缴获。[54]这实际上有利于交战国随意拦截和搜查美国商船，并以敌资名义收缴货物。最后，如上章所述，当时西方尚未形成系统且有强制力的国际法律规则体系，所以即使出现显著违反国际法的情形，美国也是束手无策。

---

48 参见前引[40]，孔华润书，第 122-123 页。
49 Kentarō Wani, *Neutrality in International Law: From the Sixteenth Century to 1945*, New York: Routledge, 2017, p.19.
50 Emer de Vattel, *The Law of Nations*, Indianapolis: Liberty Fund, 2008, p.523.
51 Wolff, Jus gentium, § 673, 转引自前引[49]，Kentarō Wani 书，第 32-33 页。
52 同上书，第 43 页。
53 同上书，第 28-32 页。
54 同上书，第 41-42 页。

（二）国际法理论的美国书写

上述国际法问题困扰着美国，惠顿亦深受触动。在为《国际法原理》1855 年版[55]撰写惠顿生平时，好友威廉·劳伦斯（William Beach Lawrence）大幅叙述美国早期对外关系史，暗指它影响了惠顿的职业生涯和国际法理论主张。[56]事实也的确如此。惠顿早年积极介入美国选举和公共事务，后来成为法官长期从事海事法裁判和研究工作，最后又作为外交官被派往欧洲，他丰富的政治和司法经验奠定了《国际法原理》的美式实用主义风格。在序言中，惠顿认为自己并没有辜负“他的国家托付给他的各种外交使命”，并“利用这种特殊的机会和信息手段……对欧洲和美国国际交往中发生的各种公法问题进行了仔细研究。”[57]下文将展示惠顿是怎样基于美国的现实和利益，通过《国际法原理》来建构国际法美国理论。

1. 格劳秀斯理论的复兴与改写

《万国公法》推崇格劳秀斯是因为《国际法原理》如此，而《国际法原理》之所以重视格劳秀斯，乃是迎合了当时美国社会的“荷兰情结”。美国的矛盾之处在于，它一方面崇尚人民主权，自诩为优越于欧洲的“新世界”，另一方面却依然要从欧洲寻找自由民主的历史渊源以获取民族认同感。荷兰因其宗教信仰和建国历史与美国相似成为最佳选择。荷兰人在 1581 年摆脱君主专制的束缚建立新教共和国，并积极发展海外贸易和殖民统治，塑造了一个全球贸易帝国。荷兰的新教信仰、民主政治、重商传统和共和精神恰与 19 世纪美国人自我标榜的民族特性相吻合，所以被视为独立革命的先驱。[58] 作为荷兰黄金时代代表人物的格劳秀斯，其国际法主张如公海自由、宗教宽容以及保护战时中立国权利等，也符合早期美国的利益和需求。因此，他的历史地位被惠顿拔高成为欧洲国际关系转型的开拓者：“……马基雅维利的作品无疑反映了那个黑暗和阴郁的欧洲社会形象……欧洲迫切需要一位伟大的教师和改革者出现，他应该阻止这种道德瘟疫的肆虐，并向君主和人民言明真理和正义。

---

[55]《国际法原理》在 1836 年首次出版后多次再版和扩充，所以学界对《万国公法》到底翻译自哪一版本存在一定争议，经过考证和比对，现今主流观点认为《万国公法》所使用的原文版本应为 1855 年出版的《国际法原理》第 6 版。为了与《万国公法》形成对比，下文对《国际法原理》的讨论和引用主要基于 1855 年版。参见张用心：《<万国公法>的几个问题》，《北京大学学报(哲学社会科学版)》2005 年第 3 期，第 76-79 页；傅德元：《丁韪良<万国公法>翻译蓝本及意图新探》，《安徽史学》2008 年第 1 期，第 46-51 页。

[56] Henry Wheaton & William Beach Lawrence, *Elements of International Law*, 6th ed., Boston: Little, Brown and company, 1855, Introductory Remarks, pp. xv-xxiii.

[57] 同上书，Preface to the Third Edition, 第 cxciii-cxciv 页。

[58] 参见章永乐：《格劳秀斯、荷兰殖民帝国与国际法史书写的主体性问题》，《法学家》2023 年第 1 期，第 75 页；Martine J. Van Ittersum, *Hugo Grotius: The Making of a Founding Father of International Law*, in Anne Orford, Florian Hoffmann & Martin Clark, eds, *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp.89–90.

雨果·格劳秀斯就是这样一位教师和改革者……”[59] 在书中，惠顿略过贞提利等早期学者直接以格劳秀斯作为国际法理论的起点：“格劳秀斯和他的直系弟子以及继承者创立学科（指国际法）的主要目标似乎是……”[60] 在呈现不同学者对国际法本质的理论论辩时，格劳秀斯理论依然是他的参照系，诸如“霍布斯与普芬多夫对于万国法起源和强制性的看法不同于格劳秀斯……”[61]“关于意定万国法（voluntary law of nations）的起源，沃尔夫在两个具体方面与格劳秀斯相左……”[62]等。

然而，惠顿并不完全遵从格劳秀斯理论：格劳秀斯主张国际法的普遍性，但惠顿却将国际法限定为欧洲法。格劳秀斯虽然信奉新教，但他在宗教问题上持绝对宽容的态度。在论及基督教国家与异教国家间条约之合法性时，格劳秀斯认为：“……自然法所规定的权利是不分宗教的，人人共有的……福音在这方面没有改变，甚至鼓励条约，通过（与异教国家）缔结条约，可以为那些对宗教陌生的人提供正义援助……为了效法上帝，我们不得排斥其他种族之人。”[63] 而惠顿却不以为然，坚称“对于世界上所有民族和国家来说，没有一个普适的国际法。公法，除了少数例外，一直是，而且仍然是，仅适用于基督文明下的欧洲人或欧洲血统的人……”[64]

惠顿之所以突出国际法的欧洲属性，主要是为了证成美国的国际法主体资格。这再次涉及到新国家的合法性理论。在传统内部合法说和母国承认说基础上，惠顿融合了黑格尔的相互承认理论，建立了“构成说”。[65]《国际法原理》首先主张“一个国家要么在其公民所组成的社会起源时获得主权，要么是当它从以前所依赖的社会中分离出来时获得主权”。然后将主权合法性问题一分为二：“一个新国家的出现并不需要其他国家的承认来确认其内部主权。国家的存在这一事实就足以确立其法律上的主权……因此，自 1776 年 7 月 4 日宣布独立以来，美利坚合众国的内部主权就已经完整了”；而一个新国家的外部主权却需要其他国家的承认来完善，如果“它希望加入这个国际大家庭，其中所有成员都承认他们相互享有的权利，以及他们可能被要求相互履行的义务，这种承认对于新国家完全参与和享受国际社会

---

59 前引[56]，Henry Wheaton 书，Preface to the Third Edition, 第 cxc 页。
60 同上书，第 2 页。
61 同上书，第 6 页。
62 同上书，第 11 页。
63 H Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (Book II, Chapter 15, Section 8) , Oxford: Clarendon Press, p. 172, as cited in Mark Weston Janis, *American Versions of the International Law of Christendom: Kent, Wheaton and the Grotian Tradition*, 1992 (39) Netherland International Law Review 58.
64 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 16 页。
65 See Rose Parfitt, *Theorizing Recognition and International Personality*, in Anne Orford, Florian Hoffmann & Martin Clark, eds., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 587.

优待来说是必不可少的”。[66] 惠顿意识到，对于一个历史悠久的国际法律体系来说，美国是一个相对弱小的新来者。他强调国家承认，是想向欧洲显示美国并不意在挑战国际法，而将按照既存的游戏规则行事，唯有如此才能确保美国外部环境的稳定。

然而，如何使欧洲承认美国这样的另类为它们的一员呢？惠顿转向了文明标准理论。除了国家治理、对外关系和社会风俗等方面的文明标准，惠顿以宗教信仰来强化美国与欧洲间的共同联系。尽管属于不同的宗派，美国却保留着浓厚的欧洲基督教传统和文化习俗，在惠顿看来，这是两方在国际交往中能遵守共同习惯、规则和制度的基础。[67] 所以，他强调美国的欧洲后裔身份以获得国际法主体资格：“国际法是所有基督教文明国家共有的，是我们的祖先从欧洲带来的，当我们仍然是大英帝国的一部分时，我们必须遵守国际法，当我们宣布从母国独立出来时，国际法也并没有停止生效。”[68]但惠顿的狡黠之处在于，他用格劳秀斯理论来包装和背书自己的观点。格劳秀斯的确承认“几乎没有任何法律可以对所有国家共同适用……在世界的某个区域经常会有其他区域不存在的万国法”，[69] 但是他不反对甚至鼓励国际法适用于非欧洲国家。惠顿却断章取义地解读为，格劳秀斯等法学家早就注意到国际法是“仅适用于基督文明下的欧洲人或欧洲人后裔的法”。[70]这又再次体现了美国对欧洲所怀有的矛盾情感：虽然厌恶“旧大陆”的君主统治、封建制度及宗教专制，但是没有了欧洲这个宗教、历史和文化上的“根”，美国的民族国家身份又难以被理解与认同。

2. 美国中心主义视角下的实在法

我们曾说《万国公法》不仅将自己等同于具有强制力的国际法典，而且也缩略了丰富多样的西方国际法学理论流派，这可能需要归因于原作《国际法原理》的美式叙事风格。主要包括两个具体方面：一是在法实证主义影响下，惠顿更侧重对惯例、制度和司法实践的规则化和系统化整理，这看起来像是把松散的国际法编纂成为了一部实在法典；二是惠顿在“编纂”他的“法典”时，在议题甄选、案例收集和观点表达等方面带有鲜明的美国意识。

惠顿生活在一个国际法自然主义向实证主义过渡的时期，尽管推崇格劳秀斯，他本人对国际法的理解却是折衷略偏向实证主义的。例如，他归纳的国际法渊源主要包括：1. 权威学者的著作；2. 宣布、修改或界定先前存在的国际法的和平、联盟和贸易条约；3. 特定

---

66 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 30–31 页。
67 参见前引[34]，Mark Weston Janis 书, 第 67–68 页。
68 前引[56]，Henry Wheaton 书，Introduction Remarks, 第 cxciii 页。
69 前引[13]，格劳秀斯书，第 48 页。
70 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 16 页。

国家规制其服役巡洋舰和捕获法庭行为的法令；4. 国际法院（庭）如仲裁庭和捕获法庭的裁决；5.官方法学家秘密交给他们的政府的书面意见；以及 6. 战争、谈判、和平条约和其他与国家间公开交往有关的历史，[71]基本上排除了神明意志、人类理性等形而上的自然法渊源。不过，惠顿并不同意奥斯丁对国际法的论断，[72]他更倾向萨维尼的观点："国际法是一种不完美的实在法"。[73] 对于实证主义提出的强制力问题，惠顿试图以基督教义赋予人的道德义务来解决："……这些（国际法）准则所规定的义务是通过道德制裁来实施的，即如果国家或主权国家违反了文明世界普遍接受和尊重的准则，他们会担心招致其他国家的敌对。[74]可见，惠顿强调国际法的道德性不是因为他与自然法学派一样相信国际法本质如此，而是用来完善他的法实证主义理论。

《国际法原理》的实证主义风格更明显地体现在全书的内容安排和写法上。在长达 728 页的篇幅中，大量的笔墨被花在阐述国家在国际法中的自卫权、财产权、外交权、缔约权、宣战权和中立权等。对这些内容，惠顿并不止于简单的概念介绍和抽象的逻辑推演，而是援引相应事例和案件进行详细说明。例如，同为介绍朝贡国（tributary states），瓦特尔的《万国法》是这样的："尽管向外国列强进贡确实在某种程度上削弱了国家的尊严，因为这代表它承认自己的软弱，却让它的主权得以完整地存在……"[75] 惠顿虽然赞同朝贡国仍然是主权国家的说法，但是用奥斯曼帝国（Ottoman Porte）与巴巴里诸国(Barbary States)的政治关系来例证朝贡国可能不是主权国家的情形，又用美国最高院在 Cherokee Nation v. Georgia（1831）和 Worcester v. Georgia (1832)两案中的判例来说明美国印第安部落的半主权形态（semi-sovereign states），且在附随的注解中更细致地展示了美国立法、司法和涉外实践中对印第安部落的态度演变和政策制定过程。[76]《国际法原理》对于外交活动、法院判例、历史事件、政府文件以及其他实践材料的倚重是欧洲国际法论著无法比拟的，[77]这不仅提高了国际法理论的实用性，也无意中给人一种国际法真的是一种调整各国交往的、具有一定约束力的规范的印象。

上述事例亦暗示了《国际法原理》的叙述角度是美国中心主义的。它从美国视角来看待国际法问题，重点关注涉及本国利益的国际法案件和事件，并辅以大量的美国判例、立法、

---

[71] 同上书，第 22–26 页。
[72] 参见前引[34]，Mark Weston Janis 书, 第 63-64 页。
[73] 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 20 页。
[74] 同上书，Preface, 第 cxcii 页。
[75] 前引[50]，Emer de Vattel 书, 第 83 页。
[76] 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 51–54 页。
[77]【美】阿瑟. 努斯鲍姆：《简明国际法史》，张小平译，法律出版社 2011 年版，第 181 页。

行政以及外交实践，最后形成对美国有利的理论主张。更典型的例子是《国际法原理》对中立权的诠释。第四部分第三章“战时中立之权”长达 127 页，约占全书五分之一的篇幅，暗合了孤立主义外交政策的现实需求。在这章篇首，惠顿厘清了长期以来界限模糊的中立概念，并做出了有利于美国的改动。他提出“当其他国家卷入战争时，每一个独立国家都有权保持和平状态，这是主权无可争辩的属性”，[78]这打破了“中立权应该通过条约获取”的传统，从而令美国单方宣布的中立变为合法。此外，惠顿以美国的行政和立法实践来充实中立制度。例如，在解读瓦特尔等学者所说的“不偏不倚”标准时，他援引美国《1794 年中立法》中的有关规定列举了违反中立的具体情形：“凡在合众国管辖范围内的任何人，为另一交战外国势力的船只增加任何武装力量，均属轻罪；或准备军事远征，攻击与中立国媾和的任何外国的领土；或者为外国军队或者海军雇佣或者征募军人或者海员……”[79] 修改对美国不利的中立贸易惯例也是题中之义。在谈到战时捕获船只的标准时，惠顿先后引用美国最高法院在 The Pizarro (1817) 案中确立的判例、荷兰实践、欧洲两次武装中立同盟（Armed Neutrality）、以及美国国际条约谈判实践等事例来说明“中立船舰，中立货物”（Free Ship, Free Goods）已成为新的国际习惯法。[80]

虽然《国际法原理》是一部学术论著，但通过该书表达出来的国际法学知识体系已掺杂进美国撰写者的理解和推论。这种美国书写，满足了本土读者的现实需求和偏好。然而令惠顿意想不到的是《国际法原理》在全球领域的流通。自面世后，该书被翻译成多国语言，并经历多次再版与扩充。[81] 对于欧洲来说，一本美国学者写就的国际法著述不足为奇，它所提供的美国视角和素材还丰富了既有的知识体系。而对于从来没有系统接触过西方国际法的中国来说，《国际法原理》带来的却是雏鸟效应[82]，它的所思所写构成了中国人对西方国际法最初也是最深的印象，并直接形塑了中国人的国际法观。

三、“西法”的中国再建构：《万国公法》的本土表达与想象

通过考察《国际法原理》知识脉络，我们已经追踪到一些“西法”认知偏差的产生轨

---

[78] 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 481 页。
[79] 同上书，第 500 页。
[80] 该规则指，即使是敌方货物（走私品除外），只要是在中立船只中，也是不可侵犯的。同上书，第 507–534 页。
[81] 参见闫行健：《从惠顿的<国际法原理>到丁韪良的<万国公法>》，《美国研究》2022 年第 5 期，第 146-149 页。
[82] 雏鸟效应，指刚刚破壳而出的幼鸟会跟在它们最先看到的活动物体之后，从这以后，幼鸟就被刻印下它们最初所见的活体的印象，对此，这一过程也被称为“印刻（imprinting）效应”。同样地，人类对最初接受的信息和最初接触的人都留有深刻的印象。

迹和动因：第一，惠顿因民族国家身份认同的需要而推崇格劳秀斯，并奉其为“国际法之父”；第二，因美国在对外扩张中需要具体可行的国际法规则保障，所以《国际法原理》偏重介绍和阐释法律规范、国际惯例、具体制度和相关适用实践，这营造出了该书是一种实在法典的印象。然而，还有一些偏差无迹可寻或互相矛盾：首先，惠顿强调国际法的“欧洲基督文明属性”，而《万国公法》对国际法的理解似乎回到了“国际法是公义之法”的普遍主义上去；其次，《国际法原理》在研究视角和写作素材中充斥着显著的美国中心主义，而从《万国公法》内容上来看似乎并不明显，中国读者将国际法视为“万国所遵之法”。

这不禁令人怀疑经过美国加工后的西方国际法在进入中国时再一次遭逢了建构。在对比《国际法原理》与《万国公法》文本内容之后，许多学者认为丁韪良在翻译时并没有严格地遵循惠顿的理论主张和写作路径，而是在原作基础上进行了一定自然法改造。[83]这种解释言之有理，但并不完备，因为翻译引进国际法并非丁韪良个人行为，实际上是由清政府主导和支持，丁韪良是主执行者，并有多位中国官僚和知识分子参与。[84] 此外，中国读者对《万国公法》的诠释及相关研究亦扩大了国际法在中国的影响力。可以说，国际法输入中国是一个中西方共同建构的过程。那么在此过程中，是如何产生了“西法”认知偏差呢？下文将从中西两方面剖析之。

（一）美国传教运动下的《万国公法》翻译

我们再次从文本形成的时代和地方背景来切入建构国际法的动因。在翻译《万国公法》时，丁韪良的身份是美国来华新教传教士，这意味着国际法在中国的流通与美国新教的在华传播是高度重合的。因此，我们需要把《万国公法》放在丁韪良的宣教事业乃至更大的美国19世纪海外传教运动中去考察，去探寻美国传教运动的宗旨、内容和使命是如何影响了丁韪良在华传教活动，进而触发他对《国际法原理》的翻译和改造。

1. 新教精神与丁韪良的学术传教策略

早期美国积极对外扩张既有资本主义商业利益的现实动因，又隐含了新教的使命观。

---

[83] 例如徐中约认为丁韪良只是对《国际法原理》进行解释性的意译，林学忠等认为丁韪良团队在翻译时对《国际法原理》进行了自然法改造，使之更容易为中国人所接受。See Immanuel C Y Hsü, *China's Entrance Into the Family of Nations: The Diplomatic Phase 1858-1880*, Cambridge: Harvard University Press, 1960, pp.130–131；前引[1]，林学忠书，第63-68页；前引[1]，赖骏楠书，第116-122页；何俊毅：《<万国公法>翻译中的自然法改造——兼论惠顿国际法思想的基本精神》，《朝阳法律评论》2016年第1期，第117页以下。

[84] 参见前引[2]，惠顿书，凡例。

盛行于美国的新教是由加尔文教派生而来，其核心宗旨是预定论，[85]即美国人坚信上帝挑选并派他们到北美来的目的是建立一个民主、自由和强大的社会，并以此为样本完成拯救人类的神圣使命。[86]这种使命感在美国国内第二次大觉醒中得到强化。当时教会复兴，海外宣教热情高涨，不少美国传教士跟随资本主义殖民扩张的浪潮到世界各地去传播基督教信仰。[87]在布道中，美国新教虽然声称自己要解放人类，但是它并不如天主教般否定或回避现世，反而“谆谆教诲人要以孜孜不倦的职业劳动来作为获得那种自我确认的最佳手段。这样，而且唯有这样，才能消除宗教的疑虑，并且带给人恩宠状态的确证”。[88]所以新教徒并不严苛教义的纯粹涵义，反而鼓励以现世的实践追求彼世的教义。

这种实用主义精神使得丁韪良等美国来华传教士审时度势，基于中国国情来选择学术传教这种务实有效的策略。学术传教发轫于晚明时期，当时的传教士利玛窦等人发现，由于政府的阻挠以及儒家意识形态的强大，在中国直接福音布道效果甚微，于是改装易服、学习汉语、钻研儒家经典，通过西方奇器方物和实用技术结交上层官僚和士大夫，进而以“客厅为布道所”，以学术“交谈”来为传教铺路。[89]19 世纪的一些美国来华传教士更彻底地贯彻了这种世俗化、本土化传教方针。他们主张首先应使整个中国社会“福音化”，而后生活在这个环境中的个人才能得救；传教士不急于向个人传教，而应当引进“更多的科学、更多的报纸和更多的书籍，需要更多的公共演讲和科学仪器……”[90]这可能令人费解：现代科学的诞生就是为反宗教的，为什么现在竟然成为了传教的工具？李约瑟认为这里有个暗合的逻辑：“科学发源于基督教国家……就是只有基督徒才能发展出这样的科学”，所以传教士认为“科学的威力能够支持并抬高宗教的地位”。[91]丁韪良翻译《国际法原理》的一部分动因也是如此，在写给同僚的信件中，他承认：“我从事这项工作，并没有得到任何人的指示，但是我毫不怀疑它可以让这个无神论的政府承认上帝及其永恒正义，也许还可以向他们传授一些带有基督教精神的东西。”[92]

---

[85] 1647 年《西敏寺信仰告白》中的第三章第三条宣称：“按照神的定旨（圣定），为了彰显神的荣耀，有些人和天使被选定得永生，其余者被预定受永死”，换言之，人在现世的命运是上帝早就安排好的，这颇有些宿命论的意味。参见【德】马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义》，康乐、简惠美译，广西师范出版社 2007 年版，第 77-83 页。

[86] See Winthrop Still Hudson, *Religion in America: An historical account of the development of American Religious Life*, New York: Collier Macmillan, 1973, pp.76-77.

[87] 参见王立新：《美国传教士与晚清中国现代化》，天津人民出版社 1997 年版，第 12-13 页。

[88] 参见前引[85]，马克斯·韦伯书，第 93 页。

[89] 刘耘华：《利玛窦等早期传教士的学术传教策略及其文化意义》，《天津社会科学》2003 年第 6 期，第 130 页。

[90] 王立新：《近代美国基督新教在华传教述略》，《历史教学》1991 年第 4 期，第 16 页。

[91] 李约瑟：《中国科学技术史》（第四卷：天学），科学出版社 1975 年版，第 674 页，转引自前引[87]，王立新书，导言第 9 页。

[92] 前引[1]，Lydia H Liu 书，第 116 页。

丁韪良学术传教的目的是以优势的基督文明征服中国，但是作为一个务实的美国新教徒，他采取的却是谦卑的文化适应手段。为了有效提高《万国公法》在汉语文化圈中的传播力，他选择与中国士大夫合作，采用西译中述的翻译模式，亦即“外国译者先把译本文字口译成汉语，然后再由中国译者记录、润色，笔述成文。或者外国译者先译出初稿，再和中国译者一道修改定稿”。[93] 这导致《万国公法》不得不调整原作内容和表述以符合中国读者的认知语境和期望值，如按照乾隆年号记叙法国大革命的发生时间，[94]将印第安人称作“红苗”，[95] 对那些无法回避而又不能轻易以现有汉语来理解和表达的新概念，则从儒家典故中选字杂合新造之。诚然，这种翻译模式促进了西方国际法的传入，但是也极具迷惑性。因为《万国公法》的本土化叙事很容易取得中国人的信任，使他们相信书中呈现的西方国际法为真，而无法辨清哪些内容被调整过，哪些调整是为本土化之必需，哪些调整是为传教之目的。

2. 《万国公法》翻译中的删减与屏蔽

《万国公法》做的最明显调整就是为淡化原作的美国色彩而大幅省译内容。据统计，《国际法原理》1855 年版正文部分共计约 25 万英文单词，但是《万国公法》却只有 8 万余汉字，[96]虽说文言用词多为简约，但两相对比也可推出有大量原文内容被删减。丁韪良自己解释道：“原书所有条例无不尽录。但引证繁冗之处，少有删减耳”。[97] 事实并非如此。首先，威廉·劳伦斯所写的惠顿生平以及原作序言和广告全都没有被翻译和收录在《万国公法》中，这些内容篇幅巨大，对理解惠顿的创作意图和美国时代背景具有较高的价值，丁韪良团队不可能没意识到这点。其次，最能体现美国利益诉求的“战时中立之权”恰好是删减最密集的章节，它原本占据《国际法原理》近五分之一篇幅，但在《万国公法》中仅占 13%左右。 最后，《万国公法》大量删除了原作引以为傲的国际法实践案例。这其中又以涉及美国的素材居多，如第二部分第二章英美法庭关于奴隶贩卖的判例，[98]第二部分第四章里英美法丹麦等国之间关于“海洋管辖权”的国际协定、就莱茵河、密西西比河以及圣劳伦斯河达成的航运协议内容以及相关争议，[99]第四部分第一章“宣战及其直接效果”里关涉美国宪法、国会法案、美国

---

93 曾涛：《近代中国与国际法的遭逢》，《中国政法大学学报》2008 年第 5 期，第 110 页。
94 前引[2]，惠顿书，第 36 页。
95 同上书，第 43 页。
96 参见前引[55]，张用心文，第 82 页。
97 前引[2]，惠顿书，凡例。
98 参见前引[56]，Henry Wheaton 书，第 186-196 页; 同上书，第 113-114 页。
99 参见前引[56]，Henry Wheaton 书，第 236-253 页; 同上书, 第 134-136 页。

法院判例以及捕获法院判例等的内容，[100]以及第四部分第三章“中立权”里惠顿为证成“中立船舰，中立货物”规则而整理的大量案例和实践。[101]

《万国公法》剥掉原作的美国色彩，不仅是为本土化之需要，可能也有便利传教之目的。作为鸦片战争的亲历者，丁韪良深知，与西方知识技术联手有利于福音的传播，但是突出西方性却是有害的，会招致中国人的“夷夏大防”心理从而反感基督教。这种情况下，阐释国际法不应以美国的利益为导向，也不应主要依托美国实践材料，这样很容易令读者怀疑国际法是只服务于美国对外关系的法。在后来出版的《公法便览》序言中，丁韪良暴露了这种避嫌意图：“然惠氏之书虽出于美国，而余译之无所嫌疑者，盖以行世既久，早经各国奉为典则也。”[102]然而，丁韪良团队并不是职业国际法学家，所以他们对《国际法原理》美国性的判断是粗糙的，虽然省译了与美国直接相关的叙述、案例和实践，《万国公法》却保留了从这些材料中推导出来的具有美国倾向的国际法议题和理论主张，并把它们作为普适的西方国际法规范输入中国。

当然，《万国公法》也未完全保留原作观点，丁韪良团队屏蔽了惠顿的欧洲基督文明理论。惠顿多次强调国际法是“基督文明下的欧洲人或欧洲人后裔的法”，但《万国公法》却弱化甚至改造了这个观点。惠顿在阐释许多具体规则和制度时，都会声明它们只适用于“civilized nations”、“civilized countries”或“civilized states”。他的原意应是指符合现代文明标准的欧洲国家，它们不仅信仰基督教，更推崇理性、法治和人道主义等精神。但《万国公法》却将其译为“各国”、“诸国”或替换成具有强烈宗教色彩的“服化之国”、“万国之服化者”、“教化之国”等。[103] 惠顿为了彰显国际法是现代文明发展的典范，偶尔会发表一些相关议论，如第三部分第一章中的“There is no circumstance which marks more distinctly the progress of modern civilization, than the institution of permanent diplomatic missions between different States”，[104]和第四部分第二章的“The progress of civilization has slowly, but constantly, tended to soften the extreme severity of the operations of war by land”，[105] 然而它们被改写为“古来教化渐行，诸国以礼相待，即有通使之例”，[106]以及简化为“陆路交战，其法较前更宽”，

---

[100] 参见前引[56]，Henry Wheaton 书，第 371-392 页；同上书, 第 185-190 页。
[101] 参见前引[56]，Henry Wheaton 书，第 507-534 页；同上书，第 237-238 页。
[102] 【美】吴尔玺：《公法便览》，丁韪良等译，同文馆光绪三年版（1878 年），自序。注：本文所参考的是妻木赖矩和水野忠雄在光绪三年版基础上训点的日文复刻本。
[103] 参见前引[56]，Henry Wheaton 书，第 22, 118, 146, 147, 150, 197 页; 前引[2]，惠顿书，第 21 页，第 83 页，第 92 页，第 93 页，第 95 页，第 115 页，第 116 页。
[104] 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 273 页。
[105] 同上书, 第 429 页。
[106] 前引[2]，惠顿书，第 141 页。

[107]仿佛国际法的发展只是基督教化的结果。 总之，在《万国公法》的翻译中，国际法的“基督”属性被突出，而“欧洲”和“文明”属性被弱化了。

与此同时，《万国公法》掩盖了中国在西方的“非文明国家”形象。《国际法原理》全书对中国着墨不多，但凡涉及之处，多隐含负面刻板印象。例如该书这样评价中国的外交政策：“The same remark may be applied to the recent diplomatic transactions between the Chinese Empire and the Christian nations of Europe and America, in which the former has been compelled to abandon its inveterate anti-commercial and anti-social principles, and to acknowledge the independence and equality of other nations in the mutual intercourse of war and peace”。[108]有学者考证，这段表述是惠顿为 1855 年版补充的新内容，以鸦片战争后清政府签订条约向西方开放对外贸易的事实来证明优越的欧洲基督文明征服了非文明的中华帝国。[109]但是《万国公法》显然改写了原文中的“has been compelled to abandon its inveterate anti-commercial and anti-social principles”之意，将其表述为“中国既弛其旧禁”，[110]把中国变成一个放弃旧制度、主动拥抱国际社会的进步国家。又如，在谈到外国商人之地位时，《国际法原理》作了东西对比：“In the western part of the world, alien merchants mix in the society of the natives; access and intermixture are permitted, and they become incorporated to nearly the full extent……And thus in China, and generally throughout the east, persons admitted into a factory are not known in their own peculiar national character: and not being permitted to assume the character of the country……”[111]字里行间暗指中国歧视和限制国际贸易，但《万国公法》却小心地避开了这些责难，将外国商人在两地的待遇差异归结为“盖西东风俗不同”。[112]

《万国公法》屏蔽惠顿的欧洲基督文明理论，固然有照顾中国“天朝上国”心态的需要，但更可能有丁韪良为传教之目的而突出国际法普世性的个人意图。作为传教士，丁韪良向中国传播西方现代文明是手段，最终目的是让基督精神充满世界，无论是欧洲还是中国。这就要求他通过国际法来搭建基督文明与中华文明间的公度性，所以《万国公法》淡化了原作中的狭隘文明论，并用省译内容、自然法改造等方式来凸显国际法作为基督文明的普世价值。

---

[107] 同上书，第 203 页。
[108] 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 22 页。
[109] 参见刘禾：《帝国的话语政治：从近代中西冲突看现代世界秩序的形成》，杨立华译，三联书店 2014 年版，第 181-182 页。
[110] 前引[2]，惠顿书，第 21 页。
[111] 前引[56]，Henry Wheaton 书，第 407–408 页。
[112] 前引[2]，惠顿书，第 193 页。

[113]丁韪良的基督精神使得国际法看起来是一种普世的“良善之法”，但我们知道这并非真实。通过巧妙调整，《万国公法》弱化了西方文明事实上的强势地位和侵略意图。他和一众士大夫塑造的“西法”剔除了西方对中华文明的贬低和排斥，中西方似乎是平等的，甚至在有的时候，丁韪良的一些文化适应姿态会被中国人视为西方对中华文明的臣服和向往，而无法深刻认识到在西方殖民扩张浪潮下中国及其朝贡体系所面临的危险处境。

至此，经过丁韪良团队再建构的“西法”已呈现在我们面前，因其带来的认知偏差及其形成轨迹和动因也相应明晰。第一，《万国公法》呈现了原作《国际法原理》关于“格劳秀斯是国际法之父”的主张，但是基于基督普世主义精神又屏蔽了惠顿借格劳秀斯之权威而阐发的欧洲基督文明理论。第二，《万国公法》基本上还原了原作的实在法叙事风格，但是为便利传教之目的又省译了大量涉美素材，这使得《万国公法》看起来更像是一种万国共遵的法典。第三，丁韪良的传教使命以及谦卑的文化适应手段驱使其在翻译中对原作的一些词措和表达进行微妙简化、修改和美化，令西方国际法成为一种充满平等主义和普世精神的“好”法。

（二）《万国公法》的本土反响与知识再生产

但我们目前为止所讨论的建构还仅仅是文本表达层面上的，建构的完成还需要阅读层面上的配合，因为阅读所理解出来的涵义与文本表达间并非一一对应。中国读者也许并不理解《万国公法》到底在说些什么，也完全有可能通过多渠道的阅读或亲身经历来驳斥《万国公法》所说的并不完全为真。然而这并没出现在中国。中国人从未怀疑《万国公法》本身的权威性，亦是以此为基底形成自己的国际法观。所以另一个问题随之而来：《万国公法》中的建构是如何获得中国读者支持的，中西两方的“合作”又是如何最终导致并固化了中国人对西方国际法的认知偏差？下文将从《万国公法》问世后的中国反应和 19 世纪中国学界的相关理论研究来阐释之。

1. “公法知识体系”的形成与权威化

《万国公法》问世后，中国开始构建自己的国际法学知识体系，但它的形成和早期发展实际上仍掌控在丁韪良等西方传教士手中。中国国际法学知识体系的形成与洋务运动时期兴

[113] 参见前引[109]，刘禾书，第 176-177 页，第 180-181 页。

起的国家翻译实践息息相关。自 19 世纪 60 年代起，清政府积极兴办洋务企业和开展外交活动，因为迫切需要西方的科学技术资料和国际法律知识，所以翻译引进西学由传教士的个人行为逐渐变成清政府为实现自利的战略目标而自发自主实施的国家实践。[114]政府设置官办翻译机构，主要是北京同文馆翻译处和上海江南制造总局翻译馆。[115]翻译生产过程相应地规模化、制度化和国有化，表现为扩大并规范翻译文本选择、机构建制、译者构成和翻译模式等，且政府在翻译政策、翻译方向、翻译流程和译品发行等方面拥有绝对支配权。[116]尽管这是一个裹挟着浓厚国家意志的体制，政府官僚对西学和翻译的认知毕竟有限，所以它的实际运行依然高度依赖西方传教士。凭借译介《万国公法》，丁韪良迅速得到清政府的认可与信任，不久就进入同文馆担任教习，后升任总教习，任职近三十年。在此期间，丁韪良全面负责馆内西书翻译事宜，包括拟订翻译章程、组建翻译团队、选择翻译文本以及参与翻译鉴定等。[117] 这给予丁韪良充分的空间和权力来完善《万国公法》中的建构。在洋务运动时期，丁韪良团队先后译出多部西方国际法著作，逐渐形成了以“公法”概念为核心的早期中国国际法学知识体系，我们暂称之为“公法知识体系”。[118]

“公法知识体系”主要从以下三个方面完善了《万国公法》中的建构。一是从题材上继续淡化美国色彩。这明显地体现在译书的选择上：《星轺指掌》翻译自德国人马尔顿（De Martens）的《外交指南》（Guide Diplomatique），《公法会通》翻译自瑞士人步伦（Bluntschli）的《文明国家的现代国际法》（Das moderne Volkerrecht der Civilisirten Staten），而《陆地战例新选》则翻译自国际法研究院所编的《陆战法规手册》（Manuel des lois de la guerre sure terre）。[119]丁韪良认为，这种多样化的翻译可以让中国读者“不至为一国议论所囿从，可知四方之公法家所论大同小异，要皆一轨于正诚，不愧夫公法之名焉。”[120]《公法便览》虽然以美国国际法论著（Introduction to the Study of International Law）为翻译蓝本，但是丁韪良在该书自序中力陈其中立性：“……则欧洲诸国之争端多与美国风马牛不相及，在吴氏（指该书作者吴尔玺 Woolsey）议之无所偏倚，犹得曰局外论事，固应乃尔，若夫事有关乎美国，

[114] 参见任东升、高玉霞：《国家翻译实践初探》，《中国外语》2015 年第 3 期，第 93 页。
[115] 参见吴洪成、郝丽霞：《洋务派翻译西书活动与近代教科书的产生》，《广州大学学报（社会科学版）》2018 年第 7 期，第 75 页。
[116] 参见韩淑芹：《国家翻译实践之“治”与“制”———以洋务运动时期官办译馆翻译为例》，《上海翻译》2021 年第 5 期，第 82 页。
[117] 参见王文兵：《丁韪良与中国》，外语教学与研究出版社 2008 年版，第 109-110 页。
[118] 参见前引[1]，林学忠书，第 113-115 页。
[119] 同上书，第 113-114 页。
[120] 前引[102]，吴尔玺书，自序。

吴氏亦能明辨是非，绝无袒护本国之私存乎期间……”[121] 二是在内容上延续甚至强化了实在法叙事。当时清政府对国际法的定位是一种可以用来与西方列强交涉、达到以夷制夷效果的“西用”工具，[122]所以在后续翻译中，丁韪良团队愈发倾向介绍具体的、实务的和技术性的国际法规则和制度以迎合官方心态。例如，1876 年清政府开始向海外正式派遣使臣，《星轺指掌》应时刊印，该书对外交工作的实务指导细致到外交官的设立、分等、遴选标准、外交礼仪以及外交公文模版等。[123]三是在观点上继续屏蔽文明标准理论，并突出国际法的基督普世主义精神。伴随着西方殖民扩张，19 世纪下半叶的文明理论逐渐走向世俗化，文明标准不再拘泥于宗教信仰，而更多地与国家制度、生活风俗、社会文化和人民德智水平等方面的发展程度相关联。[124]但在“公法知识体系”中，趋势却是逆反的。任职同文馆后，丁韪良被禁止传教，但他却没有就此停止，反而通过国际法来隐秘而深刻地实践着。[125]例如，吴尔玺虽然承认国际法起源于基督教国家，但是更强调它是正义和人道主义理念、古希腊罗马哲学和法律科学发展到现代的产物。[126]而《公法便览》则将其简化，并改译成“奉行犹太仁义之教……其承继希腊之性理与罗马之律法”。[127] 此外，《公法便览》介绍国际法“多出于泰西奉教之国……至于化外之蛮夷，其处之之例，不在公法……”[128] 并强调国际法的不完备是因为“各国教化不齐”。[129]

鉴于国家翻译实践的垄断力量和丁韪良本人在其中的权力地位，“公法知识体系”成为早期中国国际法学的权威智识来源。洋务运动时期的清政府对翻译和发展国际法学的态度较为消极。一是因为“中体西用”观念导致清政府将国际法视为一种技术性的外交工具，并不着意于学理研究；二是因为传统的天下观依然占据主流，清政府从立场上不愿过多涉足国际法，更不想被其约束。[130]在此影响下，中国出版的国际法书籍较少，且基本上全是具有官方背景的丁韪良团队编译引进的西方著作。[131]中西间的“合谋”产生了一种知识权威关系：具

---

121 同上书，自序。

122 佐藤认为，恭亲王之所以支持刊印《万国公法》是因为他觉得“在中国与西方各国的外交交涉中，与对方常常援引中国的法律来攻击中国方面相对应，也要援用西方各国的万国律令来攻击他们”。【日】佐藤慎一：《近代中国的知识分子与文明》，刘岳兵译，江苏人民出版社 2006 年版，第 47 页。

123 参见傅德元：《<星轺指掌>与晚清外交的近代化》，《北京师范大学学报（社会科学版）》2006 年第 6 期，第 77-78 页。

124 参见【日】福泽谕吉：《文明论概略》，北京编译社译，商务印书馆 1992 年版，第 9-29 页。

125 参见前引[122]，佐藤慎一书，第 51 页。

126 Theodore Dwight Woolsey, *Introduction to the Study of International Law*, Boston and Cambridge: James Munroe and Company, 1860, p.7.

127 前引[102]，吴尔玺书，第 82-83 页。

128 同上书，第 81 页。

129 同上书，第 103 页。

130 参见前引[1]，林学忠书，第 55 页。

131 这期间的其他作品主要是花之安（Ernst Faber）撰写的《万国公法本旨》（1883）和傅兰雅（John Fryer）翻译的《公法总论》（1894）和《各国交涉公法论》（1895），从题目上看，它们依然是基于“公法”概念的。

有西方经历和掌握外语资源的丁韪良团队在官方授意下成为西方国际法学知识的唯一传输者；而没有国外经历且不通外语的本土读者则处于接受者的位置，将“公法知识体系”当作权威的“西法”加以对待，从而受制于知识传输者的“领导权”。后者只能消极被动地知道国际法“是什么”，而无法与前者进行“为什么”或“是否为真”的平等对话交流。这种知识权威进而通过教育得到加强。事实上，中国近代国际法教育正是起始于丁韪良在同文馆开设的“万国公法”课程。从该课现存的考核题目，诸如“使臣有四等，试言其序”、“海上盘查他国船只，限制有四，试论之”、“邦国交出逃犯与否，其义例若何？”等，[132]可看出西方国际法仅仅作为一种实用知识和技术而存在，而未成为可交流和可辩驳的理论。

“公法知识体系”的权威化虽开启但也限制了中国国际法学的思考。首先是认识西方国际法的视野。丁韪良团队在选择引进一部分西方国际法理论的同时，也阻碍了诸如德国国际私法理论等另一部分流派的“中国进入”，进而抑制了中国对西方的全面深入了解。其次是理解西方国际法的通道。“公法知识体系”中的权威关系隐含着一种效率但粗暴的单向叙事范式：一方只向另一方简要地讲述西方国际法的主要概念、规则、观点和制度。这使中国读者产生诸多理解困难。一是语境理解困难。虽然《万国公法》等译著已经尽量本土化，但是由于翻译水平和技术问题，以及原作本身与中国传统知识体系和叙事方式的巨大差异，导致中国读者难以消化文本。二是逻辑思路理解困难。理论建构必然要在论述中疏通逻辑以使读者信服，而“公法知识体系”为淡化美国色彩隐匿了原作为推导结论而做的案例分析和细致注解，又为凸显基督属性遮蔽和修改了牵连国际法理论观点的诸多历史渊源和现实背景。所以中国读者即使明确地知道西方国际法各规则制度的字面意思，也无法自洽地知其所以然，[133]这令他们只能诉诸自我想象和理论创新来填补其中的理解缺位和逻辑漏洞。不过，这种创新也许并不能实质性地推进中国国际法学的发展，因为其宗旨是解读一个建构出来的“公法知识体系”，所以非但不能跳出体系审视和修正建构带来的那些对“西法”的认知偏差，反而可能固化它们。下文以当时兴起的春秋附会理论为例来具体论述之。

2. 春秋附会理论：自主创新还是认知偏差？

19 世纪中国人对于西方的想象是独特的：他们把欧洲威斯特伐利亚体系放在中国古代的春秋战国格局下进行理解。这涉及到当时中国思想界复兴的附会思潮。附会，又名格义，

同上书，第 113-115 页。

[132] 参见前引[1]，田涛书，第 90-91 页。

[133] 参见前引[7]，林学忠文，第 141-145 页。

就是指用中国本土知识体系中为人所熟悉的概念、原理或观点来类推解释晦涩难懂的外来新知识。[134] 鸦片战争后，一些开眼看世界的中国人面对国家林立的西方世界，自觉联想到中国历史上列国并立、互相争霸的春秋战国时期。早在 1848 年，徐继畬就形容“欧罗巴情势，颇类战国，故纵横之策，有不期然耳者”。[135]这种比拟在张斯桂为《万国公法》做的序中更为具体明确：“在昔春秋之世，秦并岐丰之地，守关中之险，东面而临诸侯，俄罗斯似之。楚国方城汉水，虽众无用，晋则表里山河，亦必无害，英、法两国似之。齐表东海，富强甲天下，美利坚似之……”[136] 在此基础上，张斯桂继续想象：如果现代西方社会复现了中国古代春秋战国时期，是否它们的国际法律体系也类似中国古代的诸侯国盟约？所以他在序中写道：“综观地球上版图，大小不下数十国，其犹有存焉者，则恃先王之命，载在盟府，世世守之，长享勿替，有渝此盟，神明通之，即此《万国律例》一书耳。”《万国公法》出版后，以春秋战国盟约比附西方国际法之风渐起。殷兆镛认为西方国际条约之所以规定利益“各国一律均沾”是因为“泰西大小各国以数十计，而不能统于一尊，……与中土从前之战国绝相似，互相联络，互相猜忌，更互相防维。”[137]黎庶昌根据在西方的实地考察也得出“大抵西洋今日各以富强相竞，内施诈力，外假公法，与共维持，颇有春秋战国遗风”结论。[138]

受此启发，丁韪良从国际法角度将春秋附会论整合成为 “中国古世公法说”。1881 年，丁韪良在世界东方学者大会上宣读《古代中国的国际法遗迹》（Traces of International Law in Ancient China）一文，不久该文被翻译成《中国古世公法论略》，成为最早的国际法中国理论著作。[139]“中国古世公法说”主要包括四个论断。第一，中国在先秦时代就存在国际法。“春秋列国之世也，夫以境壤相接之国，而有往来交际之亲，则其间玉帛兵戎，必有成规之可守，而公法之条例，即于是乎存”。[140] 第二，中国古代国际法是一种实在法。丁韪良在文中以先秦时的诸多战争法规则，如“军旅所至民间，秋毫毋得犯”、“兵必以鼓进，敌未成列者不击”和“无故不得兴兵”等来说明这种国际法是一种具体的、实在的法律规范和习惯法。[141]第三，《周礼》、《春秋》等儒家典籍就是记载国际法规则的法典。丁韪良认为古代国际法规则都“散见于孔孟之书、诸子百家之说，以及稗官野史之所记”，他特别提到当时国际交

---

[134] 参见曾涛：《近代中国的国际法附会论》，载《法史学刊》2007 年第二卷，社会科学文献出版社 2007 年版，第 218 页。
[135] 徐继畬编：《瀛环志略》第六卷，光绪二十四年老扫叶山房石印本，第 5 页。
[136] 前引[2]，惠顿书，“万国公法序”，第 2-3 页。
[137] 殷兆镛：《密陈夷务疏》（节录），载葛士濬编：《皇朝经世文统编》卷一百通论部一，文海出版社 1972 年版，第 7 页。
[138] 黎庶昌：《与李勉林观察书》，载黎庶昌：《西洋杂志》，湖南人民出版社 1981 年版，第 180 页。
[139] 前引[1]，林学忠书，第 114-115 页。
[140] 参见前引[4],王健主编书，第 88 页。
[141] 同上书，第 92-93 页。

往的习惯与礼仪“半皆出于《周礼》一书”。[142]第四，中国古代国际法与西方现代国际法是高度相似的。丁韪良在文中多处将春秋战国与希腊城邦、欧洲中世纪、19 世纪欧洲各国相比附，力证中国“会盟立约修好睦邻之举……与今日欧洲之时局，遥遥相对，如出一辙”。[143]

“中国古世公法说”虽然创造性地为中国人阅读西方国际法提供了语境背景，但是也无形中补强了“公法知识体系”带来的认知偏差。首先，春秋附会论本身就带有一些认知偏差。它仅以春秋战国描述西方世界多国并存的表象，却没有上升到理论高度去深入分析背后原因和本质含义，因而没有意识到欧洲威斯特伐利亚式的主权国家体系与春秋战国时期的封建国家体系存在根本性差异。此外，它虽然没有明说中国属于历史上的哪一国，但是从张斯桂“间尝观天下大局，中华为首善之区，四海会同，万国来王，遐哉勿可及已”[144]的陈述中可看出，有隐隐将中国超然于此格局之上的意味，显然没有正确认识到中国当时的国际处境。其次，“中国古世公法说”非但不纠正上述偏差，反而借助“公法知识体系”将它们合理化。在向中国读者解释西方国际法时，丁韪良用了一种十分讨巧的方法：他将中西问题置换成了古今问题。具言之，他自己不用耗费大量精力去直接弥合“公法知识体系”中的语境差异和逻辑断裂，而只需论证中国本土历史文化中存在一个类似“公法”的参照物并挪用之，然后让中国读者在这个熟悉的参照语境中自行领悟即可。因此丁韪良不反驳甚至亲自倡议春秋附会论，并用“公法知识体系”进行更专业的完善，如把春秋战国时期的外交礼仪归为国际实在法规则，将《春秋》、《周礼》等同于国际法典，把格劳秀斯描绘成孔子一样的圣人等，令春秋附会论与“公法知识体系”可以互相吻合印证，形成完整的逻辑链。最后，“中国古世公法说”让中国人把西方国际法内化成“自己”的，这进一步强化了“公法知识体系”的权威性。有学者认为，丁韪良的附会理论是为了说服中国人西方国际法是与儒家经典相一致的，是“真的”理论，而“既然万国公法在春秋战国时代就存在，就证明了万国公法是中国人自己的东西。”[145] 如果证明了“公法知识体系”本质上如同古代儒教经书一般是“真的”“自己的”理论，那么就意味着中国人应该像对待圣贤书一样，只能注解和诠释它，而不能质疑和挑战它。

这导致的直接结果就是“公法知识体系”不仅深刻支配了 19 世纪中国国际法学的发展，而且还致使中国人在知识再生产中加深了对国际法的误解。甲午战后兴起的维新运动虽然在政治主张上迥异于洋务运动，但是在国际法理论发展上却延续了丁韪良的“中国古世公法说”，

---

142 同上书，第 88-89 页。
143 同上书，第 90 页。
144 前引[2]，惠顿书，万国公法序，第 1 页。
145 参见前引[122]，佐藤慎一书，第 55 页。

并且走得更为激进，直接提出“《春秋》乃万世公法”的观点。[146]“春秋公法说”看似是中国人对国际法的自主理解和理论创新，但其底层逻辑依然是“公法知识体系”的，所以它的一些“创新”点从现代角度看来已经大大失真了。例如，“春秋公法说”迎合康有为等维新派“托古改制”的变法主张，把格劳秀斯创制国际法学变成西方版的“仲尼厄而作春秋”。为了对应孔子的“素王”身份进而佐证《春秋》如同《万国公法》一样具有普世价值，维新派夸大甚至杜撰了格劳秀斯与《万国公法》的关系。梁启超称“西人果鲁士西亚，虎哥，皆以布衣而著《万国公法》，天下遵之。今孔子之作《春秋》，乃万世公法也”，[147] 徐仁铸认为“西人果鲁西亚士虎哥等，以匹夫而创为公法学，万国遵之”，[148] 后来又被民间报刊传播成为：“西洋有部书，名叫《万国公法》……这书是荷兰国一个念书人，名叫虎哥，起先做出……”[149]在这些说法中，格劳秀斯不仅是国际法之父，还被连续想象成为《万国公法》的作者，是一个以微薄力量建立人类社会普遍秩序的伟大平民，这已经与真实历史中的格劳秀斯形象相去甚远了。

结语：“西法”建构与后续“东渐”

在东西方跨文明交流中，存在一个非常重要但常为人所忽视的现象：当东方主义论者反思西方建构的“东方”形象及其背后的知识权力关系时，甚少有人审视“西方”形象在东方的建构。因为近现代进入东方的国家在地理上大都位于西方，都具有侵略并殖民东方的意图，所以它们被东方看作是一个统一、强大且压迫的联盟，这种同质化倾向一直延伸到我们对西方国家意识形态、法律制度、文化生活等各方面的认知，进而把西方扁平为一个与东方二元对立的形象。这导致我们在发展中国国际法学时产生了两重错觉：一是我们没有看到作为重要知识资源的西方国际法复杂多元的真实面相及其形成脉络；二是我们把复杂的西方国际法简单化并习以为常，还在此基础上开展知识再生产与理论创新。所以我们既不易理解历史上的西方国际法，也无法深究今日西方各种国际法理论及思想的来龙去脉。随之而来的尴尬境地是，那些学习西方或批判西方的理论主张，本质上都是建立在流沙上的城堡，因为我们对自己模仿或攻讦的对象——“西法”，其实是一知半解的。

---

[146] 张卫明：《晚清“公法中源”说初探》，《法制与社会发展》2007 年第 6 期，第 21 页。

[147] 梁启超：《读<春秋>界说》，载汤志钧、汤仁泽编：《梁启超全集》（第一集），中国人民大学出版社 2018 年版，第 305 页。

[148] 徐仁铸 ：《輶轩今语》，载梁启超编：《中西学门径书七种》，大同译书局石印本 1898 年。

[149] 转引自前引[7]，林学忠文，第 151 页。

通过追溯《万国公法》及其域外渊源，本文意在提出两个历史镜鉴。一是我们需要对西方国际法进行异质化还原。要把抽象的、同质化的西方国际法离析为具体的西方国家之间、西方国家与非西方国家之间交往的规范、实践、制度以及理论主张，探寻和理解西方内部各国在历史文化、国家利益、外交实践和国际法主张等方面的差异、张力和纠葛。体认西方国际法深刻复杂性和内部多样性，不仅能让我们看到一个更真实的“西法”，而且也使我们准确辨认后续“东渐”的方向和道路，并从中吸纳真正有利于中国的知识资源和实践经验。二是在推动中国国际法学理论创新时，我们需要正视自己在借鉴或批判西方国际经济法理论过程中所陷入的某些“建构”，并警惕其中隐藏着的学术制约关系。不得不承认，对已经步入世界体系的现代中国来说，西方理论早已成为中国国际经济法学“走不出去”的背景。[150]这导致的一个现实就是，我们在研究中所接受的经由他者著述、翻译、评介等表达出来的“西方国际法”实际上是从某些角度或者立场之中建构出来的。当然，任何理论都不是对真实世界的全面客观再现，主观断定和建构是难以摆脱的。本文的目的在于提醒“建构”本身的存在，在于辨识出“建构”是否变成了“权威”，这种“权威”背后是否潜伏着更深刻的知识权力关系，从而桎梏了中国国际经济法学自主思考的积极展开。在此，如果我们认为西方国际法实际上是复杂且多元的，那么识别并不断冲破“建构”的边界，摆脱“权威建构”对中国国际经济法学知识体系的宰制，无疑是十分必要的。

[150] 徐忠明：《也说世界体系与中国法律的理想图景》，《政法论坛》2006 年第 5 期，第 8 页。

What We Talk About When We Talk About “Western Law”: A Revisit of *Wanguo Gongfa* and Its Origins

Abstract

In the 19th century, the Chinese understanding of Western international law was distorted because the import of international law into China actually followed a "Europe-US-China" trajectory, during which the knowledge system underwent two constructions. Based on the interests and practical needs of the United States, Henry Wheaton modified, expounded, and expanded the international legal theories and practical rules originating in the Europe, resulting in the book *Elements of International Law*. Later, the American missionary W.A.P. Martin and his team translated this book into Chinese with adjustments, deletions, and revisions made for the purpose of evangelism, resulting in the book *Wanguo Gongfa*. With the help of the National Translation Program, Martin developed the *Wanguo Gongfa* into a public law knowledge system. The authority of the public law knowledge system opened up but also limited the development of international law in the 19th century China, ultimately deepening the Chinese misreading of Western international law.

Key Words:

Eastward Spread of Western Laws; *Wanguo Gongfa*; *Elements of International Law*; Cognitive Biases; Construction

“以赛促学”培养涉外法治人才的实践与创新

孟于群 王奕杰*

（西南政法大学国际法学院，重庆 401120）

摘要：当前亟需培养一批具有国际视野、通晓国际规则，能够参与国际法律事务、善于维护国家利益、勇于推动全球治理规则变革的高层次涉外法治人才。国内很多高校逐步探索形成了以学科竞赛为主要抓手的涉外法治人才培养模式。“以赛促学”不仅契合新时代人才强国战略和符合“新文科”建设要求，也有效回应国际法教学改革需求。“以赛促学”作为培养涉外法治人才的一种方式，虽然取得了一定的成效，但也存在一些问题。如对国际法模拟法庭比赛的认知度和参与度较低、跨学科分析和涉外法律英语能力不足，以及比赛模式传统单一缺乏多元化发展路径等。西南政法大学坚持守正创新、突出特色发展，走出了一条涉外法治人才特色化培养路径，不仅强化了“通专融合、分类培养”的教学模式，打造了“为战而训”的靶向式培养机制，还创新了“综合成长型”的训练营模式。实践证明，“教”“学”与“赛”的有机结合更有助于涉外法治人才综合能力的提升，但需继续创新“以赛促学”培养涉外法治人才的多元化路径，构建以赛为镜、以赛促学、赛教融合的人才培养机制。

关键词：涉外法治人才；国际法；以赛促学；赛教融合

2024 年是中国新时代、新征程、新机遇的重要一年。习近平总书记于 2023 年 11 月 27 日中共中央政治局做出关于加强涉外法治建设的讲话，将涉外法治人才的培养体系建设的紧迫性提到了一个前所未有的高度。党的十八大以来，习近平总书记对于全面做好法治人才培养工作高度重视，不仅持续关注和和系列重要论述，而且有专门的考察指导。[②]习近平总书记在全会讲话中明确指出：“全面推进依法治国，建设一支德才兼备的高素质法治队伍至关重要。”[③]涉外法治人才属于法治人才培养的重要组成部分。同时，十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出，要“建设通晓国际法律规则、善于处理涉外法律事务的涉外法治人才队伍”。

“以赛促学”是一种通过参与竞赛活动来激发学习热情和提高实践能力的教育方法。在涉外法治人才培养方面，推行“以赛促学”的人才培养模式，通过举办各类型比赛培养同学们理论和实践结合的能力，可以有效地提升学生的国际视野、实战能力以及团队合作精神。

* 作者简介：孟于群，西南政法大学国际法学院副教授，研究方向为国际金融法、国际贸易法；王奕杰，西南政法大学国际法学院硕士研究生，研究方向为国际经济法学。

② 杨宗科：《习近平德法兼修高素质法治人才培养思想的科学内涵》，载《法学》2021 年第 1 期。

③ 习近平：《加快建设社会主义法治国家》，载《习近平谈治国理政》（第 2 卷），外文出版社有限责任公司 2017 年版，第 122 页。

据不完全统计，在 WTO 等国际顶尖法务舞台上能够用外语唇枪舌剑，捍卫国家利益的中国涉外法律人才非常匮乏，约为数百人。[①]为了使我国在国际领域更好地发挥负责任大国的作用，积极参与全球治理体系的变革与完善，法学院校作为法治人才培养的第一阵地，需要培养一大批具有国际视野、通晓国际规则、善于处理国际事务的涉外法治人才。[②]近年来，国内一些高校十分注重涉外法治人才的全面培养，坚持理论联系实际的教学方法，积极开展实践教学、诊所教育、模拟法庭等实训实战课程，多年来组织学生参与国内外各类模拟法庭、模拟仲裁、模拟谈判等竞赛，取得了较好的成绩。2003 年 Jessup 国际法模拟法庭中国首届全国选拔赛在中国人民大学成功举办。[③]此后，“国际人道法模拟比赛”“国际空间法模拟法庭比赛”“国际刑事法院模拟法庭比赛”“海洋法模拟法庭比赛”等竞相举办。各种各样的国际法模拟法庭比赛，不仅对提升参赛同学运用国际法的能力有较大帮助，[④]也使国际法人才培养方式更加多元。

一、“以赛促学”助力涉外法治人才培养的时代意义

当前，习近平总书记强调，加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远所需，也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急。目前我国涉外法治人才培养仍存在方式方法同质化、外语交流能力培养不足、法律应用能力培养不足等问题。通过“以赛促学”可以激发同学们的学习兴趣和动力，提高他们的专业素养和实践能力，可以更好地掌握专业知识，提升自己的综合素质，为未来的职业生涯打下坚实的基础。涉外法治人才培养是涉外法治建设的重要基础和保障，对参与全球治理、服务“一带一路”建设具有十分重要的意义。

（一）契合新时代人才强国战略

党和国家对我国涉外法治建设和我国涉外法治人才培养工作高度重视，提出要深入实施新时代人才强国战略，加快建设世界重要人才中心和创新高地。一方面，十八大以来，以习近平为核心的党中央不断强调涉外法治工作的重要性与必要性。习近平总书记在党的二十大报告中指出，要加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治，以良法促进发展、保障善治。另一方面，习近平法治思想明确指出，建设德才兼备的高素质法治队伍是全面推进依法治国的必要环节。在宏观政策指引下，新时代对涉外法治人才的现实需要不断旺盛。2018 年 9 月 17 日教育部、中央政法委发布《关于坚持德法兼修实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的意见》，其中第 7 点任务为“促开放，构建涉外法治人才培养新格局”。2019 年 2 月 25 日习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议的重要讲话指出,要加快推进我国法域外适用的法律体系建设，加强涉外法治专业人才培养，更好服

[①] 《改进 LEC 证书考试推进涉外法治人才培养 涉外法治专业人才考量标准研讨会在渝举行》，载《法治日报》2019 年 5 月 29 日，第 11 版。
[②] 马怀德：《加快涉外法治人才培养服务国家涉外法治建设》，载《法学教育研究》2022 年第 2 期。
[③] 杨泽伟：《改革开放四十年来的中国国际公法学：特点、问题与趋势》，载《武大国际法评论》2018 年第 6 期。
[④] 杨泽伟：《中国国际法教育：现状、问题与前景》，载《法学教育研究》2022 年第 3 期。

务于党和国家高水平对外开放大局。

当前，涉外法治人才培养与国家战略契合度不够。传统涉外法治人才培养的目标定位偏大，仍然停留在一般国际法的通才培养层面，高度契合国家重大战略的专门化人才培养不足，导致熟悉特定国家、特定语种、特定行业的专才匮乏。与此同时，涉外法治人才培养的价值性塑造偏弱。传统涉外法治人才培养重专业知识传授，对“百年大变局”下维护国家利益、服务对外交往、善于国际斗争的政治素养强调不足，对党和国家事业的忠诚培养措施不够，家国情怀的塑造力度不强。为此，涉外法治专业人才培养和教育在涉外法治建设中具有基础性、战略性、先导性的地位和作用。[①]通过“以赛促学”打造“为战而训”的靶向式培养机制，高质量组织学生参加 WTO 领域国内顶尖模拟法庭赛事、“贸仲杯”、法兰克福投资仲裁模拟法庭比赛等高水平、全英文涉外竞赛，可精准服务国家涉外争端解决，契合新时代人才强国战略。

（二）符合“新文科”建设要求

“新文科”这一概念由美国希拉姆学院于 2017 年率先提出，是指对传统文科进行学科重组、文理交叉，即把新技术融入哲学、文学、语言等诸如此类的课程中，为学生提供综合性的跨学科学习。[②]2019 年 4 月，教育部提出要优化学科专业结构，全面推进新文科建设，这是从国家战略角度对新时代教育工作者提出的任务要求，也为涉外法学专业学生英语能力培养提供了新思路。新文科建设成为当下我国发展法学教育的新语境和新方向，不仅需要加强基础性法律学科培养能力，还需要打破原有法学专业壁垒，对现有国际法学科教学思路与教育模式进行调整与升级，从而培养国家政策支持、经济发展亟需、涉外领域紧缺的复合型涉外法律人才。

“新文科”建设的要求，其“新”体现于整个发展思路、标准、路径、技术方法和评价等系列的新。相关要求投射于涉外法治人才培养中法律文书的写作训练，学生技能提升与拓展不仅仅需要国内法律知识、文字功底，还可能需要储备涉外法学、新闻传播学、翻译学、社会学、经济学、公共管理、计算机科学等多学科知识。以赛促学”通过组织学生参与国际模拟法庭辩论赛等赛事，可以推动教学与实践相结合，激发学生对涉外法学的热情和积极性，从而培养出既具备扎实法学理论基础，又具有丰富实践经验的高素质涉外法治人才。此外，通过与国际组织和境外机构合作设立实习实践基地，选派学生参与国际研习计划，可以进一步增强学生的国际竞争力和跨文化交流能力。

（三）回应国际法教学改革需求

2023 年 2 月，中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，提出完善涉外法学相关学科专业设置。为此，要做好涉外法学的学科建设和涉外法治实践的紧密结合，深入推进涉外法治人才培养供给侧结构性改革，促成供

[①] 杜焕芳：《涉外法治专业人才培养的顶层设计及实现路径》，载《中国大学教学》2020 年第 6 期。
[②] 樊丽明、杨灿明等：《新文科建设的内涵与发展路径（笔谈）》，载《中国高教研究》2019 年第 10 期。

给端（教育链、人才链）和需求端（产业链、创新链）的深入嵌合，开展涉外法治课程设置、培养机制和实践教学的一揽子改革。随着教育改革、司法改革的深入推进，培养涉外法治人才的目标对于法律文书写作教学提出了新的改革要求，主要反映在要求法律文书写作教学具备国际视野与多学科思维，承载中国话语对外输出的重要使命，并且以产出导向回应司法体制改革。我国涉外法治人才培养不够理想的原因在于：一是实践教学体系不完善，涉外法治课程特别是实训课程急需革新，缺少专门的师资和教学团队；二是实务技能训练不系统，国际竞赛项目，特别是杰赛普等三大赛事成绩有待提高；三是知行不一，理论研究与实际应用脱节。[①]因此，有必要朝着增强国际性、应用性的方向，对国际法课程进行改革。

实践课程体系是涉外法治人才培养的重要环节。要大力建设以国际法、国别法、比较法及案例、实务、研讨等为核心模块的涉外法学实践课程体系，同时加强外国语言、国际政治、国际关系、国际经贸、世界历史、跨文化交流等课程教学。为此，通过参加国际经济与贸易相关的比赛，同学们可以深入了解国际贸易规则、政策以及市场趋势，提升对全球经济格局的认知。尤其是国际模拟法庭赛事既是磨砺法律运用能力与英语表达能力的平台，还是展现团队合作能力与随机应变能力的舞台，并为锤炼同学们的涉外法律实务能力提供丰富的实战场景。涉外法律人才培养需要课堂理论与实操应用的协同，“以赛促学”是以知行合一、教学相长为目标，为涉外法治筑基提供一条清晰可行的思维与实践进路，有效回应国际法教学的改革期望。

二、“以赛促学”培养涉外法治人才的现状检视

近年来，国内很多高校致力于培养知行合一、德才兼修的卓越涉外法治人才，利用自身优势、整合教学资源、组建教师团队，逐步探索形成了以学科竞赛为主要抓手的“理论与实践相互动、知识与思辨相促进、法律与英语相结合、思政与专业相融通”的国际化、复合型卓越涉外法治人才培养模式。“以赛促学”作为培养涉外法治人才的一种方式，虽然取得了一定的成效，但也存在一些问题。

（一）对国际法模拟法庭比赛的认知度和参与度较低

参与国际法学科竞赛有助于扩大学生的国际视野，激发学生投身优化全球治理结构、增加国际话语权的使命感，培养统筹国内和涉外法治的能力。在国际法模拟法庭竞赛方面，目前国际模拟法庭比赛有 Jessup（杰赛普）国际法模拟法庭竞赛、Willem C. Vis Moot 和“贸仲杯”国际商事仲裁模拟仲裁庭辩论赛、法兰克福国际投资模拟仲裁庭（Frankfurt Investment Arbitration Moot Court）、红十字“国际人道法”模拟法庭竞赛（RED CROSS IHLM）、曼弗雷德·拉克斯（Manfred Lachs）国际空间法模拟法庭竞赛、EMCC WTO 模拟法庭竞赛、Price 普莱斯传媒法国际模拟法庭、“理律杯”全国高校模拟法庭竞赛、亚太企业并购模拟竞赛等诸多国际法模拟法庭竞赛。其中，Jessup 国际法模拟法庭比赛创建于 1959 年，每年由“美

[①] 张春良、魏瑛婕:《涉外法治人才培养的当前困境与未来举措——西南政法大学经验谈》,载范九利主编:《法学教育研究》第 38 卷,法律出版社 2022 年版，第 160-164 页。

国国际法学生联合会”(ILSA)主办，是世界上规模最大、历史最久的模拟法庭竞赛，被称为国际法的奥林匹克竞赛。在过去的五十多年中，有超过 80 个国家的 500 多所法学院参加了这项比赛。中国区 Jessup 的比赛由中国人民大学法学院国际法专家朱文奇教授于 2003 年第一次引入。每年比赛的主题都围绕国际法领域最新的热点问题，由参赛队通过提交书面诉状和口头辩论的方式进行，并由来自国外的法官进行最终的裁决。

目前，尽管国内高校对国际法模拟法庭比赛等学科竞赛的重视度日益高涨，各高校在国际模拟法庭比赛中取得了一系列优异成绩，显示了中国涉外法治人才培养的成效，但学生对国际法模拟法庭比赛等国际法学科竞赛的认知仍远远不够。且由于对语言能力要求严格，学生的参与程度相对其他学科的竞赛来说相对较低。此外，传统上国际模拟法庭比赛可能主要由学生主导，教师参与相对较少，这可能影响学生的参赛效果和学习深度。与此同时，无论从学制、课程体系的设置、教学方法的适用上讲，还是从学法、用法的思维方式上讲，我国的法学教育模式都带有鲜明的大陆法系特征，鲜有英美法思维的塑造，尤其缺乏满足当下涉外法治实践、实务、实战需求的特别设计。例如，模拟法庭、模拟谈判等实践性教学方式虽近年来逐渐获得法学院校认可，但受条件所限，尚未大规模普及。[①]为此，如何加强老师和学生持续参与国际模拟法庭比赛并提升竞争力，是高校需要面对的主要问题。

（二）跨学科分析和涉外法律英语能力不足

在参加国际性的模拟法庭等专业赛事中，作为涉外法治人才的参赛选手需要具备法律、经济、政治、外语等多方面的知识和跨学科的能力，但目前的法学教育可能过于侧重法律专业知识，忽视了跨学科知识的培养，学生可能在外语、国际政治、国际经贸等领域的知识掌握不够全面，影响了实践能力的培养。一些学生可能在模拟法庭比赛中表现出色，但缺乏将理论知识应用于真实法律实务中的能力。参赛选手还需要具备国际视野，理解不同国家和文化的法律体系和社会背景，但大部分学生可能缺乏国际经历，对国际法律环境的认识不够深入。理论与实践结合不够，实践能力不足。尽管参与国际模拟法庭比赛有助于拓宽国际视野，但学生对国际法律实务的理解和掌握可能还有待增强，需要加强以实践为导向的培养机制。

与此同时，由于国际模拟法庭涉及的法律问题通常较为专业，参赛者还需要具备一定的法律英语能力，以便准确理解和表达法律相关的术语和概念。涉外法律英语作为学术英语的一种，融合了英语语言和涉外法律知识，主要培养学生在国际法学专业方面的语言应用能力。参与国际法学科竞赛的选拔基本要求之一就是需具备优秀的涉外法律英语能力。涉外法治人才需要具备较强的外语能力，而制约涉外法治人才发展一个重要的因素就是部分学生在外语运用上还十分欠缺。当前，法科生的涉外法律英语水平不够，语感尚未形成，法律专业写作和涉外法律文书写作能力技能欠佳且普遍缺失。自 2011 年卓越法律人才培养计划的实施，22 所高校建立了卓越法律培养基地，卓越法律人才培养包括三类：应用复合型人才、涉外

[①] 王怀勇、张春良：《精准服务国家战略的涉外法治人才培养改革与实践——以西南政法大学为例》，载《法学教育研究》2024 年第 1 期。

法律人才、西部基层人才。涉外法律英语正是在新形势、新环境、新挑战的背景下提出的，它符合国家培养卓越法律人才的基本目标，也适应了 2015 年国家提出的“统筹推进世界一流大学和一流学科建设总体方案”的精神。[①]

（三）比赛模式传统单一缺乏多元化发展路径

目前，国际法竞赛类主要是以模拟法庭比赛为主要形式，是一种模拟法庭审判的比赛形式，又称模拟法庭辩论赛。在比赛中，参赛者扮演律师或证人角色，通过辩论和提供证据来辩护或指控被告人，是法学教育中的重要环节，也是培养学生法律意识和口头表述能力的重要途径。参赛队伍需要对所给案例进行深入分析，撰写书面陈述（书状），并在模拟法庭上进行口头辩论。[②]例如，具有悠久历史和广泛影响 Jessup 辩论赛，旨在全球范围内推动对于国际公法的学习与研究，并通过模拟国际法庭审判来加强学生运用法律进行专业辩论的能力。通常辩论赛围绕两个虚构国家之间的法律争端展开，结合给定事实，提出若干争议问题，要求参赛同学模拟请求国和被告国的律师，分析案件事实，研究国际法规则，以英语撰写书状[③]，并向法庭口头陈述主张。

国际法相关的模拟法庭竞赛固然是培养涉外法律人才的重要且全面的模式，但由于国际法模拟法庭竞赛的选拔条件严苛，加之当前国内很多高校其实对国际法模拟法庭比赛的认知度和参与度较低，导致国际法专业的学生参与涉外实践和相关比赛的普及率不高。因此，除了加强传统模拟法庭之类的竞赛，还需进一步创新多元化的比赛模式和路径，加快构建内容科学、结构合理、系统完备、协同高效的法学教育体系和法学理论研究体系。

三、“以赛促学”培养涉外法治人才的西政实践

当前，国内很多高校积极组织学生参与如 Jessup 国际法模拟法庭比赛、国际刑事法院模拟法庭比赛等国际性模拟法庭赛事，并通过制定相关政策和办法，比如《模拟法庭比赛经费支持实施办法》等，为参赛学生提供经费支持和奖励，鼓励师生共同参与。西南政法大学坚持守正创新、突出特色发展，化区位劣势为区位优势，走出了一条涉外法治人才特色化培养的“非常道”。[④]2012 年以来，西南政法大学在先后获批教育部、中央政法委员会“国家涉外卓越法律人才教育培养基地”、国家高端智库建设培育单位、国家级涉外法治研究基地的基础上，为统筹推进国内法治和涉外法治，精准服务国家对外战略，维护国家主权、安全和发展利益，以习近平法治思想为指导，在“以赛促学”培养涉外法治人才方面具有丰富的创新实践。

（一）强化了“通专融合、分类培养”的教学模式

2016 年以来，西南政法大学坚持“通专融合、分类培养”的理念，已先后培养各类涉

[①] 史煜：《新文科背景下涉外法治人才英语能力培养研究》，载《法学教育研究》2022 年第 3 期。
[②] 书状是诉讼过程中制作的各种文件、材料的总称。
[③] 书状是指国家司法机关、诉讼当事人和诉讼参与人，在诉讼的各阶段过程中，为提起诉讼、进行诉讼、处理诉讼而制作的各种文件、材料、凭证的总称。
[④] 张春良、魏瑛婕：《涉外法治人才培养的当前困境与未来举措——西南政法大学经验谈》，载《法学教育研究》2022 年第 2 期。

外法治人才 3700 余人。在持续强化涉外法治通才培养的基础上，学校精准服务国家重大战略需求，潜心探索涉外法治人才分类培养机制。围绕中国-东盟法治合作、海外利益保护、国际人权斗争、涉外争端解决四个关键方面，已分类培养涉外法治人才 1800 余人，做强做优差异化的人才培养特色，开辟了国内涉外法治人才培养的新路径，引领了我国涉外法治人才培养差异化、多样化、国别化的发展方向。

在教学改革实践方面，坚持“通专结合”的培养路径，突出涉外法治人才的分类培养，在将国际化普遍融入涉外法治人才培养全过程的前提下，厚植家国情怀和使命担当，借助鲜活生动的涉外法治实践，探索了精准服务国家战略的涉外法治人才培养模式。抓牢 WTO 争端解决与国际仲裁两大领域，打造“项目＋课程＋教学法＋训赛”的“四专型”培养模式，培养精准服务国家涉外争端解决的法治人才学校以应对国际经贸摩擦。同时，以精准服务“海外利益安全”需求为靶向，以精准服务“涉外争端解决”需求为靶向等培养模式。经过持续建设，学校集聚了学科内外、校内校外、国内国外的优质资源，推动了多元主体参与下新时代涉外法治人才培养共同体的形成，培养了一大批具有家国情怀、兼具全球视野、通晓国际规则，能够参与国际法律实务和捍卫国家利益的高素质涉外法治人才。

（二）打造了“为战而训”的靶向式培养机制

西南政法大学创立了精准服务涉外争端解决的靶向式法律人才培养模式。精准聚焦中国 WTO 贸易争端和国际仲裁争端两大领域，以国家对外法律战的涉案类别为依据，从培养目标、课程设置、能力培养、外语强化等层面，做到涉外法律知识与涉外法律实践的无缝衔接，全面强化涉外争端解决人才的靶向式培养。构建 WTO 法律实务、国际投资法律实务、WTO 模拟法庭技巧与辩论等课程的专业教学模块。创新以“PCTM”（“纯粹案例教学法”）为代表的一批教学方法。创办并连续十年承办 WTO 领域国内顶尖模拟法庭赛事，高质量组织学生参加“贸仲杯”、法兰克福投资仲裁模拟法庭比赛等高水平、全英文涉外竞赛。

2012 年组织发起全国“WTO”模拟法庭竞赛，广受好评。学生在高水平涉外专业竞赛中屡获佳绩，包括全国 WTO 模拟法庭竞赛两次冠军、一次亚军，连续三次入围世界人权模拟法庭大赛亚洲区前十、两次入围半决赛、一次获得最佳文书奖（全球第三名）。在第三届和第四届“贸仲杯”国际投资仲裁中国赛区预选赛中我校代表队均荣获全国二等奖。2024 年 2 月 17 日至 19 日，中国第二十二届 Jessup 国际法模拟法庭全国选拔赛，西南政法大学国际法学院在全校遴选培训西政学子参赛，西政代表队经过预选赛，成功晋级到 Jessup 模拟法庭中国赛区淘汰赛环节。此后，经过十六进八、八进四、半决赛的激烈角逐，我校代表队在 75 支参赛队伍中，荣获本年度竞赛的全国季军（一等奖），有一位同学荣获最佳辩手奖，成为全国四强，并获得到华盛顿参赛资格，这是我校时隔 5 年再次组队参赛即取得历史性突破成绩。我校参赛队员发挥主观能动性，从各方面搜寻资料，在首先明确案例所涉事实的有关背景知识的基础上，围绕我方主要谈判点进行论证准备。在文书撰写的基础上，我们组织全体队员分角色进行谈判模拟，队员们从各自扮演的角色出发，思考谈判策略，磨炼临场应变

能力。通过参与该项赛事，参赛队员解锁了“新技能”，参与涉外法律实务的综合能力得到了进一步锻炼。

（三）创新了“综合成长型”的训练营模式

为全面贯彻落实新时代全国高等学校本科教育工作会议精神，着力培养更多新时代高素质、复合型、创新型人才，西南政法大学创新性地开启了“毓秀学术成长计划”和“博雅菁英计划”等综合性和多元化的训练营培养模式。其中，“毓秀学术成长计划”学术创新训练营将聚焦于培养学生的科研能力和创新能力，训练营采用项目制，通过专题讲座、论文写作、读书会、研讨会等方式，旨在引导学生掌握学术研究的基本路径与方法，激发学术兴趣，夯实学术基础，为高素质科研人才培养筑牢根基。根据目前西政人才培养现状、新文科建设的要求，项目从学科交叉、经典研读、比较研究等多个维度设计主题。“学术创新训练营”主题包括但不限于学术研究与理论前沿、学术规范与论文写作、大数据与研究方法变革等关键领域。

为增强西政国际法学本科和研究生教学的实务性和创新性、丰富国际法学的本科生和研究生教学内容、培养具备法学专业素养与国际视野的涉外法治人才。创建并以项目形式立项以“涉外法治人才学术能力提升“为核心主题的训练营项目。该项目以西政国际法学院国际经济法教研室为主要实施主体，以公检法司法机关实习单位、国内盈科律师事务所、就业指导部门等单位为协同合作主体，该训练营主要基于学员的现有知识体系与法学专业素养，以循序渐进、集中教学的培训策略。训练的核心内容将聚焦于涉外法律实务技能，包括案例分析技能、检索写作与谈判技能、综合技能三大模块，一是增加涉外法律文书写作赏析以及公关技巧讲解；二是明确课程考核的重点是写作技能。具体安排将由国际经济法教研室主导，制定训练营的培养方案，由国际法学院积极明确并落实与有关学生实习部分和律师事务所的工作联系。

四、“以赛促学”培养涉外法治人才的路径创新

竞赛本身不是目的，学科竞赛之所以长期受到法学教育教学的青睐，正是缘于它在引领“实践导向”的法学教育中的突出作用。国际法也正是法学学科竞赛最为众多和知名的领域，一些竞赛也成为众多法学院校实践教学和人才培养改革的“练兵场”。创新“以赛促学”的多元化路径，既是国际法学科可持续发展的重要需求，也是培养涉外法治人才的有效方式。

（一）创建“复合型涉外法治人才”的培养机制

涉外法治人才培养要以实践为导向，针对现阶段涉外法治人才实践实战能力欠缺、创新开拓不够等问题，补短板、强弱项、提能力、促创新。为此，应注重“新文科”理念下的学科交叉，使法学和其他学科进行深度融合。一是需要建构“法律＋外语”的人才培养机制。[①]能够使用国际通用语言进行交流和沟通，熟练运用国际通用语言表达法律观点是涉外法律

[①] 刘学文、袁帅：《我国涉外法治人才培养课程建设体系革新方法论》，载《法学教育研究》2022 年第 3 期。

人才必备的基本能力之一。[①]涉外法律人才与传统法律人才的区别在于“复合”，[②]培养学生“一精多会，一专多能”的外语能力，“法律＋外语”的复合型培养机制才能更好地满足涉外法治人才的需求。[③]二是“法律+其他专业学科”的跨学科人才培养机制。要在夯实学生法学基本理论的基础上，建立跨学科人才培养模式，培养复合型、应用型、创新型、国际型法治人才，强化国际政治、国际关系、国际经贸、世界历史、跨文化交流等课程的教学融合。

正如西政在加强涉外法治人才培养方面，坚持“通专结合”的培养路径，突出涉外法治人才的分类培养，在将国际化普遍融入涉外法治人才培养全过程的前提下，厚植家国情怀和使命担当，借助鲜活生动的涉外法治实践，探索了精准服务国家战略的涉外法治人才培养模式。不仅创新“懂情报、懂调查、懂法律、懂外语”的“四懂”人才培养模式，还以精准服务“人权事业”需求为靶向，创新“法学+人权+外语+传播”的“四叠加”人才培养模式，同时以精准服务“涉外争端解决”需求为靶向，创新“为战而训”的靶向式人才培养模式。学校有望通过持续建设，集聚学科内外、校内校外、国内国外的优质资源，继续推动多元主体参与下新时代涉外法治人才培养共同体的形成，培养了一大批具有家国情怀、兼具全球视野、通晓国际规则，能够参与国际法律实务和捍卫国家利益的高素质涉外法治人才。

（二）加强“赛教融合”的涉外人才培养模式

新文科教育对人才培养提出了更高的要求，针对现在课程教学中存在的问题，提出“以赛促学，以赛促教”的新型教学模式改革，充分发挥学科竞赛在人才培养过程中的作用，通过将学科竞赛项目内容、资源融入课程教学，丰富课程教学资源，改革课程教学方法，加强“赛教融合”有助于涉外法律人才的培养，有效提升本科教学质量。加强“赛教融合”需契合国际法教学改革目标理念，秉承“为未来学习”“为实践学习”“为国际化学习”的教学理念，同时对思政内容进行深度挖掘与融入，改革和创新教学方法，着力培养学生的国际化视野，主动学习和解决问题的能力。

一方面，使课堂教学与学科竞赛的深度融合，作为教师端，要将教学资源与竞赛资源相融合、教学过程与竞赛过程相融合，发挥课堂教学与学科竞赛的耦合协同效应。作为学生端，通过参加学科竞赛，能将从课程中学到的专业知识与竞赛内容加以联系、融合，促进自身专业知识和实践水平的综合提升。另一方面，将教学过程与竞赛过程进行融合。在课程伊始，教师系统地向学生介绍竞赛的性质与流程，指出竞赛成绩可作为课程的考核成绩，并根据校赛、省赛和国赛获奖类别相应进行加分，调动学生参赛的积极性。教师可选择往届比赛中选题新颖、与学科知识紧密联系的典型案例供学生们学习和借鉴，让学生了解与掌握整个竞赛的构架流程。[④]针对各类型比赛的特点，当前的主要经验是要充分调动和发挥参赛队员的主观能动性，为学生们提出的策略和方法把好关，引导全体参赛队员充分讨论，扮演好“反对

[①] 曾令良：《卓越涉外法律人才培养的“卓越”要素刍议》，载《中国大学教学》2013 年第 1 期。
[②] 王文华：《卓越法律人才培养与法学教学改革》，载《中国大学教学》2011 年第 7 期。
[③] 史煜：《新文科背景下涉外法治人才英语能力培养研究》，载《法学教育研究》2022 年第 3 期。
[④] 李海廷：《“赛教融合”视角下新商科人才培养模式研究》，载《中国大学教学》2023 年第 5 期。

者”的角色，锻炼学生的临场应变能力。

（三）构建“以赛为镜、以赛促学、以赛促教”的教学评价体系

优质的学科竞赛是对传统课堂教学模式的一种拓展，是第二课堂，能促使学生对学习更加热爱，对知识更加敬畏。国际法学科竞赛的模拟法庭作为一种训练法学生法律思维能力的重要方式，其辩论赛不同于传统的课堂学习，它要求学生们在实际模拟的法律环境中应用法律知识，解决复杂的法律问题。作为指导模拟法庭比赛的指导教师，指导比赛的初心就是“育人”。指导教师赛前会让学生进行大量的案例研究和模拟训练，通过不断的练习和反思，参赛同学都能在专业能力上获得极大的提高。实践证明，参与学科竞赛过程中有诸多收获，显示出以赛促学、以学强赛的实践教学模式的真实效用。“教”“学”与“赛”有机结合对提升教师的教育教学能力具有积极意义。[①]

为此，需要构建基于“学生中心、产出导向、持续改进”的理念，形成“以赛为镜，以赛促学，以学促教”的教学评价体系。在指导比赛的过程中，指导教师可“以赛为镜”，发现队员们对于国际法研究以及模拟法庭的热爱，对比赛的全力以赴，学会如何用专业知识和专业态度塑造自己，更进一步明确自己未来的职业发展方向和目标。对于学生比赛获得名次和奖励的同学应给予相应的奖励，对于指导教师而言，可纳入教学评价体系中给予一定认可和奖励；同时，通过比赛发现学生的短板与不足，进而“以赛促教”在教学实践中改善教学方法和内容。在未来的国际法教育教学中，指导教师需结合自身院校在学科发展、人才培养需求上的特点，设立学科竞赛的实践指导课程，从制度上鼓励、支持学生参与学科竞赛。此外，教学技能竞赛无疑也是提升教学能力和发展专业技能的有效平台，可通过教学基本能力、教学学科能力和教学综合能力三个维度组织教学活动和教学竞赛，以提升国际法教师的教育教学能力。

（四）发展“应用型+创新型”的多元化培养路径

传统涉外法治人才培养的教学安排、教学方法与涉外法律实务脱节，导致培养的涉外法治人才普遍欠缺“来之能战”的能力，需要在实务实践中“二次培养”才能胜任，缺乏满足涉外法治实践、实务、实战需求的特别设计。为此，涉外法律人才培养需要课堂理论与实操应用的协同，“以赛促学”需以知行合一、教学相长为目标，发展“应用型+创新型”的多元化培养路径，为涉外法治筑基提供一条清晰可行的思维与实践进路。

一是建立以实践为导向的联合培养机制。加强与国际组织和境外机构合作，设立实习实践基地，开展国际研习计划，选派学生到国际组织、政府涉外部门、跨国企业等单位实习，让学生更多地参与涉外法律事务的实践。同时，实践经验丰富的师资队伍是涉外法治人才培养的重要保障。学科竞赛除了配置学校自己的指导教师外，可与国际组织、涉外政府部门、涉外审判机构、涉外仲裁机构、国外大学、国内外著名律师事务所、涉外企业等单位开展深

[①] 杜虹、董玲：《以赛为镜，以赛促学，以学促教——师范专业认证视域下教学技能竞赛提升师范生教学能力的思考》，载《新疆师范大学学报（自然科学版）》2024 年第 4 期。

度合作。引入具有丰富涉外法律实务经验的专家，开展涉外司法实践、案例研讨等实务课程的讲授，参与研究生指导工作，探索“高校—实务部门联合培养”机制。广泛开展与海外高水平院校的学习交流，将优质的海外教育资源引入涉外法治人才的培养过程。此外，还可以与一些机构合作，可以为在中国（内地）赛区备赛期间的所有报名队伍提供免费的数据库使用权限。

二是举办涉外法治综合性的知识类竞赛，以赛促学，以学促思，以思笃行。目前，已有一些高校举办国际法学知识类竞赛，比赛通过试题作答和案例分析两个环节，对参赛学生的法学知识储备、临场应变能力、逻辑分析思维进行全方位考察。通过比赛考察选手国际公法、国际私法、国际经济法的知识功底，既可以提高本科生的涉外法治素养，也可推动法学教育和法学理论研究高质量发展。鼓励学生参与相关知识类竞赛，推动以赛促教、以赛促学、以赛带课，充分调动学生学习研究涉外法学的热情和积极性，落实理论与实践相结合、课堂教学与国际竞赛相结合的涉外法治人才培养机制。

三是开展“训+赛”的综合性训练营，提升对学科竞赛的参与度和普及率。训练营可采用项目制方式，由立项的负责人通过专题讲座、论文写作、读书会、研讨会等方式系统地进行培训，旨在引导学生掌握学术研究的基本路径与方法，赛方可以聘请国内外知名专家、学者和资深从业人士，为成功报名参赛的队伍免费开设国际法相关知识、实务经验和庭辩技巧系列讲座等。最后以比赛的方式考察学生的学习成果，如举办涉外法律文书写作大赛。涉外法律文书写作大赛可培养同学们对涉外法律应用的兴趣，提高涉外法律文书书写水平，夯实涉外法律实务操作能力，拓展专业知识的广度与深度，以及其丰富课余生活。既是磨砺法律运用能力与英语表达能力的平台，也是展现团队合作能力与随机应变能力的舞台，并为锤炼同学们的涉外法律实务能力提供丰富的实战场景。总体而言，通过参赛队员的成长经历与指导教师的带教经验展现以赛促学的两面：在个人层面，是探索、坚持、互助，提升涉外法治能力的修炼场；在学校层面，是凝练、转化、普惠，形成科学培养体系的有效路径。

Practice and Innovation of Cultivating Foreign-Related Legal Talents by Promoting Learning with Competition

Meng Yuqun　Yijie Wang

(School of International Law，Southwest University of Political Science and Law，Chongqing 401120)

【**Abstract**】There is an urgent need to cultivate a group of high-level foreign-related legal talents

who have an international perspective, are well versed in international rules, are able to participate in international legal affairs, are good at safeguarding national interests, and are brave enough to promote the reform of global governance rules. Many domestic universities have gradually explored and formed a foreign-related legal talent training model with subject competitions as the main focus. The promotion of learning through competition not only conforms to the strategy of building a strong talent country in the new era and meets the requirements of the construction of the "new liberal arts", but also effectively responds to the needs of international law teaching reform. As a way to cultivate legal talents with international perspectives, "promoting learning through competitions" has achieved certain results, and there are also some problems. Such as low awareness of and participation in international law moot court competitions, insufficient interdisciplinary analysis and foreign legal English proficiency, as well as lack of diversified development paths in the traditional single mode of the competition. Southwest University of Political Science and Law adheres to upholding integrity and innovation, highlighting distinctive development, and has embarked on a path of specialized training for foreign-related rule of law talents. It has not only strengthened the teaching mode of "integration of general and specialized education, classified training", but also created a targeted training mechanism of "training for disputes", and innovated the training camp mode of " comprehensive growth-oriented". Practice has proven that the organic combination of "teaching," "learning," and "competition" is more conducive to enhancement of the comprehensive capacity of foreign-related legal talents. However, it is necessary to continue to innovate the diversified path of "promoting learning through competition" to cultivate international legal talents, and to build a talent training mechanism that utilizes competition as a mirror, promotes learning through competition, and integrates competition and education.

【Keywords】foreign-related legal talents; international law; promote learning with competition; integration of competition and education

中国式现代化视域下涉外法治建设的涉外法制之维

汪圣杰*

摘　要：习近平总书记强调：“涉外法律制度是国家法制的重要组成部分，是涉外法治的基础。”中国式现代化是涉外法治建设的最终目标，而良法是善治之始。在涉外法制方面加快推进涉外法治建设，既要“主动参与国际规则制定”，又要“以国际良法促进全球善治”。构建完善中国式现代化涉外法制，要厘清“涉外法制”与“涉外法治”的关系，及其内涵、范畴与渊源，从“中国式”和“现代化”两个方面去考辨中国式现代化涉外法制的底层逻辑与目标向度，坚持以我国《宪法》为核心构建国内法制和以《联合国宪章》为核心参与建构国际法制、兼顾国内外发展与安全利益、统筹国内法治和涉外法治、促进全球治理和国家治理等基本四重维度。

关键词：中国式现代化；涉外法制；良法善治；

当今世界正处在百年未有之大变局，世界格局、国际关系、国际秩序正在发生深刻变革调整。伴随着“本国优先主义”“小集团主义”等地缘政治博弈和国际经贸领域“脱钩”“断链”等逆全球化思潮，以联合国为代表的国际性组织影响力受到严峻挑战，多边主义遭受危机、各地区战略博弈加码、地缘政治冲突加剧、全球治理架构在实现“防止战争”和“促进国际合作”这两项基本任务上业已失败。与此同时，全球经济贸易呈数字化、绿色化趋势发展，数据技术、人工智能的飞速发展加剧对人权保护的挑战，大量新兴事物、新兴领域不断涌现，探索构建更加公平合理国际规则秩序的新时代已经到来。大变局就是大变法的过程，在国际大动荡之后伴随而来的必定是国际法和国际法治的重建、复兴和进步。[1]为此，党的二十大报告提出：“加强重点领域、 新兴领域、涉外领域立法”“推进高水平对外开放，稳步扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放”“以新安全格局保障新发展格局”“积极参与全球治理体系改革和建设、推动构建人类命运共同体”等重大战略部署。[2]2024 年 7 月 18 日，党的第二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》进一步明确了完善高水平对外开放体制机制、加强涉外领域立法、加强涉外法治建设、完善涉外国家安全机制和以实践为导向的法学院校教育培养机制等涉外法治领域的重要

* 汪圣杰，男，西南政法大学国际法学院博士研究生

1 黄进：《论〈对外关系法〉在中国涉外法治体系中的地位》，载《国际法研究》，2023 年第 4 期，第 6 页。

2 参见习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，载《中国人大》2022 年第 21 期，第 7-21 页。

部署。[3]习近平总书记强调:“涉外法律制度是国家法制的重要组成部分,是涉外法治的基础”。“加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远所需,也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急。”[4]法律是和平年代的武器,不断提升涉外法治能力和水平,使之与我国对外经济政治地位相匹配,已是十分紧迫的任务。[5]因此,深入探讨中国式涉外法治现代化的涉外法制之维,乃是推动实现中国式涉外法治现代化的基本前提。

一、“涉外法制”与“涉外法治”关系之辩

马克思主义法学认为,法律是国家意志的体现,是国家政治的规范性表达,与政治共同服务于社会目标和价值。习近平法治思想、党的十九届中央政治局第三十五次集体学习、中央全面依法治国工作会议、党的二十大报告等均强调:“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治”。习近平总书记强调:“涉外法治工作是一项涉及面广、联动性强的系统工程,必须统筹国内和国际,统筹发展和安全,坚持前瞻性思考、全局性谋划、战略性布局、整体性推进,加强顶层设计,一体推进涉外立法、执法、司法、守法和法律服务,形成涉外法治工作大协同格局。”[6]随着我国越来越走近世界舞台的中央,“涉外法治”正是我国基于中国特色社会主义法治理论而开创的法治建设新视野,是表达中国特色和法治自信[7]的法学研究新命题。从涉外法律规则体系构建完善层面看,“涉外法制”是涉外法治的前提条件和基本诉求,是中国特色社会主义法制体系的基本构成部分。因此,首先应深刻辨识和把握涉外法制与涉外法治之间的区别与内在逻辑关系,进而更好探索中国式现代化涉外法制体系的建构与完善。

(一)涉外法治与涉外法制具有内生统一的价值机理

首先,“涉外法治”与“涉外法制”具有不同的词语属性、文义渊源和内涵范畴,且相互依存共进、彼此融合互动。从词语属性上看,“法治”即依法治理,为动态概念。“法制”即法律制度,为静态概念。从词语起源上看,“法制”一词古已有之,并广泛记载于古代各典籍,如“命有司,修法制”(《礼记·月令篇》)、“法制不议,则民不相私”(《管子·法禁》),但“涉外法制”晚见于2023年中共中央政治局第十次集体学习中的“加强涉外法制建设”。相比于“法制”,“法治”一词诞生于现代,最早出现于2004年由国务院颁发《全面推进依

---

[3] 参见《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》,载《人民日报》2024年07月19日,第01版。

[4] 参见习近平:《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境》,载《党建》2023年第12期, 第4页。

[5] 陈文清:《深入学习贯彻习近平法治思想 在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家》,载《民主与法制周刊》2023年第11期,第12版。

[6] 习近平:《加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》,载《人民日报》2023年11月29日,第01版。

[7] 习近平总书记在中共中央政治局第十次集体学习上首提“法治自信”的概念。

法行政实施纲要》的“建设法治政府”，“涉外法治”最早见于2019年的中央全面依法治国委员会第二次会议中所提及的“加强涉外法治建设”。[8]从两者内涵范围上，“涉外法治”包含了“涉外法制”，其涵盖涉外领域立法、执法、司法、守法等法律实施的全过程，而“涉外法制”专指涉外领域法律制度，其既包含了调整涉外领域具体事务的实体法，又包含了涉外法治过程中所需遵守的程序法。从两者相互关系上看，良法是善治的前提，“ “法律的生命在于实施，法律的权威也在于实施”，“涉外法治”是“涉外法制”的动态实现，是推动涉外法制突破应然层面的主观效力而实现实然层面的客观实效的过程，是“涉外法制”的最终目的。

（二）涉外法治的性质内涵决定涉外法制的性质内涵

良法乃善治之始也，涉外法制”是推进“涉外法治”的基础工具，是开展涉外法治各项工作的基本准则。因此，涉外法制的性质、内涵由涉外法治的属性来决定。关于“涉外法治”的性质和内涵，有学者认为“涉外法治”是国内法治的良性延伸。[9]也有学者倾向于将“涉外法治”视为（广义的）国内法治的一部分。[10]还有学者认为“涉外法治”既不是传统意义上的未包括国际法在内的国内法治，也不是传统意义上不包括国内法的国际法治，它兼具国内性国际法治和国际性国内法治之质[11]。但不论将“涉外法治”视为国内法治的一部分，还是将其从国内法治中分离出来作为一个独立概念，涉外法治的都与国内法治、国际法治相关，且与二者在内涵范围上有重合。

为了进一步确认涉外法治的具体所指，明确涉外法治、国际法治、国内法治三者的关系，需要超越文义解释对涉外法治作进一步探讨：在我国的官方话语体系中，涉外法治与国内法治是并列的概念，如习近平法治思想中提到“统筹国内法治和涉外法治”，但二者在内涵上又不完全独立。单纯从文义上看，与“国内法治”相并列的概念应是“国际法治”（或“国外法治”），但“国际法治”应是基于真正多边主义的多国共同协商达成的结果，所代表的应是两国或多国共同的国家意志，任何一国只能“参与”其中而绝不能“统筹”包办。此外，基于世界各国无论大小强弱主权一律平等原则，我国更奉行独立自主的和平外交政策，无意也无权干涉“国外法治”等他国内政。这既是我国在稳步推进中国式现代化涉外法治领域高度自信的“战略自主”，也充分体现出我国在处理对外关系时一贯秉承相互尊重、和平共处最大善意的“战略自律”。故相比于“统筹国内法治和国际法治”，“统筹推进国内法治和涉外法治”体现出高超的政治智慧，是更为科学合理的法治表达，在这个语境下其表述的意思

---

[8] 参见习近平：《习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议并发表重要讲话》，载《人民法治》2019年第5期，第2页。

[9] 参见何志鹏：《国内法治与涉外法治的统筹与互动》，载《行政法学研究》2022年第5期，第9页。

[10] 参见黄惠康：《准确把握“涉外法治”概念内涵统筹推进国内法治和涉外法治》，载《武大国际法评论》2022年第6卷第1期，第13页。

[11] 韩立余：《涉外关系治理的法律化与中国涉外法律实施》，载《吉林大学社会科学学报》2022年第2期，第44页。

和传导的善意更偏向于基于本国视角下统筹“对外法治”与“对内法治”。即涉外法治是国家在其主权下依法处理对外关系的全过程，又包括了一国视角下的国际法治，即国家作为全球的一员参与全球依法治理的全过程。因此，涉外法制在本质上就是本国视角下一国管理一切对外事务的法律规则，其应当涵盖涵盖了国内法律制度的涉外部分和国际法律制度中由我国主导或参与制定及签署加入的国际规则部分。

（三）实现涉外法治是完善涉外法制的最终目标

党的二十大报告指出：“全面推进国家各方面工作法治化。”因此完善涉外法制的最终目的，是推动实现国家在涉外领域各项事务治理的法治化，满足国家在涉外领域的法治目标，服务国家在涉外领域的国家战略。习近平总书记在中央全面依法治国工作会议指出：“要加快涉外法治工作战略布局，协调国内治理和国际治理，对不公正不合理、不符合国际格局演变大势的国际规则，要提出改革方案，推动全球治理变革。”这一重大论述赋予涉外法治促进推动全球治理改革的重大使命。《法治中国建设规划(2020－2025 年)》在“加强涉外法治”方面，不仅要求“完善涉外法律和规则体系，补齐短板”“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法”“加快推进我国法域外适用的法律体系建设”，还要求“积极参与国际规则制定，推动形成公正合理的国际规则体系”。因此，“涉外法治”的词语表达不仅以实现国家涉外事务法治化治理作为基本要求，更蕴涵着正确的全球治理观，承载着我国从本国视角出发的重大政治使命和国际责任。涉外法制由此成为了承载国家涉外法治目标的载体，成为加快阐释我国对外政策主张、彰显我国法治化营商环境和法治建设情况的具象化表达。涉外法制的确立、修改和完善也由此成为了涉外法治之下实现国家治理和全球治理有机结合的具体手段。

二、涉外法治建设中涉外法制的基本意涵

“法者，治之端也。”“涉外法律制度是国家法制的重要组成部分，是涉外法治的基础，发挥着固根本、稳预期、利长远的重要作用。”[12]“国内法治和涉外法治是国家法治的两个方面，而国家法治和国际法治是全球法治的两个方面，都不可或缺。”[13]不同于美国或者欧洲国家已经使用的“对外关系法”或者“对外关系法治”，“涉外法治”和“涉外法制”是我国在法学研究领域的术语创新。随着我国高水平对外开放的深入，我国对外投资和吸引外资的规模增量和存量扩大趋势明显，由此扩充了国内法的涉外适用场景和调整对象。与此同时，数字化、绿色化全球经贸的发展动向也推动了全球治理规则创新，加速了我国涉外领域立法动态，涉外法制的内涵因此不断被丰富。涉外法制是一个集合概念，其包含国际、国内两个方

---

[12] 习近平：《加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》，载《人民日报》2023 年 11 月 29 日，第 01 版。

[13] 黄惠康：《加强涉外法治体系建设的顶层擘画——论学习贯彻习近平总书记重要讲话精神》，载《武大国际法评论》2024 年第 1 期，第 1-23 页。

面，涉及法律领域众多。如需开展涉外法治的深入研究，不能笼统地以“处理涉外事项或对外关系的法律制度”来概括 “涉外法制”，而应对其进行更加具象化的描述。

（一）从涉外法治的“涉外”性看涉外法制

为确定涉外法制的具体含义，首先需要对“涉外”一词进行界定。从文义解释上来看，“涉外”即“涉及外国、与外国有关的”，其近义词为“对外”。狭义来看，“涉外法制”可以理解为“涉及外国主体的”法律制度，即法律主体当中至少一方当事人为外国人或无国籍人，外国国家、公民、法人或者其他组织、无国籍人都可以成为涉外法制国内规则层面的法律主体[14]，外国国家、国际组织、单独关税区可以成为涉外法制中国际（多边）层面的法律主体[15]。广义来看，涉外法制应该是调整“具有涉外因素”事项的法律。国际私法领域普遍将涉外因素以“主体、客体、法律事实”等三要素作为涉外因素的判断标准。而从法条分析角度来看，关于涉外性，《涉外民事关系法律适用法》司法解释（一）第 1 条以主体的国籍、经常居所地、标的物所在地、法律事实发生地四种具体情形作为民事关系具有“涉外性”的判断标准，并设置了“可以认定为涉外民事关系的其他情形。”的兜底条款；我国《刑法》《刑事诉讼法》及其司法解释根据“属人原则”（我国国民在域外犯罪）、“属地原则”（外国人、无国籍人在我国境内犯罪）、“保护原则”（外国人、无国籍人对中华人民共和国国家或者公民犯罪）、“普遍管辖原则”（行为人所犯之罪属于我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行）来确定刑事案件的“涉外因素”并对其进行管辖[16]。 通过上述法条可以看出三个问题：其一，关于涉外性的认定不能局限于“主体”是否涉外；其二，关于“涉外性”的认定存在扩张性趋势，如《涉外民事关系法律适用法》司法解释（一）第 1 条第 5 款赋予了法官在司法实践中根据实际情况认定“涉外因素”的自由裁量权[17]。总体来说，本文认为“涉外”一词基于不同使用场景具有不同的认定标准和理解：第一，从民商事法律领域来说，对“涉外”的识别指的是基于“主体、客体、法律事实”三要素对“涉外因素”的判断，并在实践认定中具有扩张性趋势；第二，从刑事、行政领域来说，对“涉外”的判断主要基于“属地原则”“属人原则”“保护主义原则”“普遍主义原则”，识别“涉外性”的根本目的上是为了完整行使国家主权、防止国家利益和公民合法权益遭受外来侵害；第三，从外交关系等国际公法领域来看，“涉外”主要指一国基于本国视角为处理各种外交关系的对外交往。

（二）从涉外法治的调整内容看涉外法制

涉外法制是一个法律集合概念，其调整内容事实上是所有单一涉外法律的调整对象的集

---

[14] 如《中华人民共和国反外国制裁法》将“外国国家、组织或者个人”作为法律规制的主体，《中华人民共和国外商投资法》将“外国的自然人、企业或者其他组织”作为法律规制的主体等。

[15] 如欧盟既可以以国际组织身份与中国签订《中欧全面投资协定》作为国际规则的法律主体，也可以以单独关税区身份加入 WTO 框架下的多边贸易协定作为多边规则的法律主体。

[16] 参见《中华人民共和国刑法》第 6、7、8、9 条，及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 475 条。

[17] 如“西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决案”中，法官基于西门子公司与黄金置地公司“外商独资企业”的性质和合同履行特征上具有涉外因素认定为该案件的合同关系具有涉外因素。

合，本质上可以概括为涉外法治过程中产生的、需要由法律调整的社会关系。如前文所述，涉外法治一词在域外的类似概念为“对外关系法”“对外关系法治”，而《美国对外关系法重述》一书认为对外关系法涉及国际法与美国国内法的关系、国际法的主体、国际条约或协定、裁决和执行的国际合作、外国判决和裁决、海洋法、环境法、国际经济关系法及违反国际法的救济等内容。[18]我国《对外关系法》当中将该法的适用范围定义为：“中华人民共和国发展同各国的外交关系和经济、文化等各领域的交流与合作，发展同联合国等国际组织的关系。”习近平总书记指出：涉外法治工作包括了立法、执法、司法、守法、法律服务。[19]有学者认为，涉外法治包括但不限于以下方面：一是积极参与和引领全球规则构建，并有效地反外国干涉和制裁；二是在国内全面推进依法治国，在国际社会积极推进国际法治和多边主义；三是统筹发展与安全，坚持和扩大高水平开放，同时坚定维护国家主权和领土完整，切实维护国家安全和海外利益；四是全面推进立法、执法和司法，加强理论构建和人才培养。[20]另外，还有学者认为涉外法治的还包括了“加强涉外法律服务、探索涉外工作法务”“加强司法、执法的国际合作”等内容。[21]因此，“涉外法制”作为开展“涉外法治”各项工作的依据和准则，其调整对象亦应当涵盖从事上述涉外法治工作所产生的社会法律关系，但随着世界格局和经济全球化新阶段的发展变化，涉外法治的内容会不断丰富，涉外法制调整的范围会不断扩大。

（三）从涉外法治的法律渊源看涉外法制

在我国，关于“涉外法制”概念的相关表述早已有之，如涉外经济法制[22]、涉外经贸法制[23]、涉外行政法制[24]、涉外军事法制[25]、涉外教育服务法制[26]等。但从其法律渊源来看，涉外法制包含了国内法律和国际法律两个层面。国内部分由我国专门涉外性法律（不应包括涉港澳台地区的法律）和国内法律中的涉外性条款组成（如国内实体法的涉外情形、程序法的涉外管辖适用情形，以及我国国内法律的域外适用等规定）。国际部分不仅包含了中国提出或签署加入的国际条约、多边条约等规定了具体权利与义务的国际硬法（保留条款除外），还

---

[18] 参见马忠法：《百年变局下涉外法治中“涉外”的法理解读》，载《政法论丛》2023 年第 1 期，第 105 页。

[19] 参见习近平：《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境》，载《党建》2023 年第 12 期， 第 4 页。

[20] 参见陶凯元，寇昉，王浩，鄢东，孙玉权：《以习近平法治思想为指引 统筹推进国内法治与涉外法治建设》，载《中国应用法学》2023 年第 1 期，第 3 页。

[21] 参见何志鹏：《涉外法治：开放发展的规范导向》，载《政法论坛》2021 年第 5 期，第 181 页。

[22] 参见谢怀栻：《完善我国涉外经济法制的几个问题》，载《中国法学》1992 年第 01 期，第 46-52 页；董世忠、孟庆：《健全涉外经济法制促进间接投资》，载《当代法学》1987 年第 1 期，第 25-26 页；吕铁贞：《晚清涉外经济法律制度研究》，中国政法大学博士学位论文，2004。

[23] 参见张月姣：《关于中国涉外经贸法制建设》，载《中国外资》1997 年第 01 期，第 14-15 页；曹建明：《入世与我国涉外经贸法制体制的改革与完善》，载《世界贸易组织动态与研究》2002 年第 03 期，第 1-10 页。

[24] 参见王毅、汪海燕：《涉外可持续发展行政法制若干问题研究》，载《行政与法》2007 年第 04 期，第 72-74 页。

[25] 参见王新建：《关于加强涉外军事法制建设的思考》，载《西安政治学院学报》2010 年第 06 期，第 71-74 页。

[26] 参见胡焰初：《构建中国涉外教育服务法制的基本原则》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2004 年第 5 期，第 658-663 页。

包含了如“和平共处五项原则”等由中国提出且国际社会广泛认可的国际关系基本原则、国际惯例，以及诸如《上海宣言》《全球安全倡议》《全球发展倡议》等这类由其他国家共同签署，但尚未明确具体权利义务的原则性、倡议国际协定等国际软法。但是涉外法制的法律渊源不应当包括我国《香港基本法》《澳门基本法》以及我国大陆地区的涉港澳台法律。首先，涉外法制不论是从国内规则角度，还是国际规则角度，都是处理我国各种对外事务和对外关系的法律，而根据我国《宪法》和《香港基本法》《澳门基本法》，尽管港澳台地区可以行使同我国大陆地区不一样的社会制度和法律，但是港澳台地区是中华人民共和国不可分割的一部分，港澳台同胞都是拥有中国国籍的中国人。因此，港澳台事务是我国本国事务，港澳台同胞均受我国统一的属地管辖和属人管辖。其次，根据我国大量立法实践来看，涉港澳台事务在没有特别规定时采用的是“参照涉外法律规定”的表述[27]而没有将其直接列为涉外法律适用情形，或者将“涉外案件与涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的案件”并列[28]。足见，我国立法者主观上、和我国法律客观上还是有意将涉港澳台事务与涉外事务区分开来。除此之外，由于涉外法制是基于本国视角进行法律研究，涉外法制的法律渊源自然不包括外国法制。

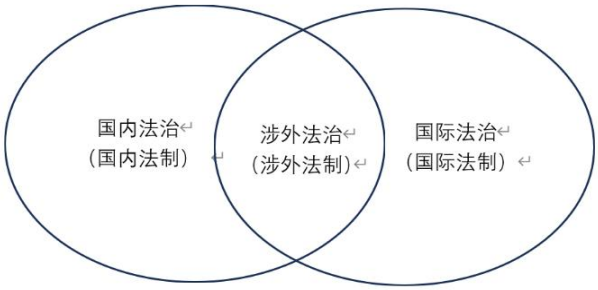


图 1：涉外法治（法制）与国际法治（法制）、国内法治（法制）的内涵关系图

三、中国式现代化视域下涉外法制的底层逻辑与目标向度

中国式现代化涉外法治是符合中国国情、具有中国特色的涉外法治现代化道路。“涉外法治”这一全新的法律研究视野，为中国式现代化法治理论开辟了国际层面的理论实践场域。而中国式现代化为涉外法治建设提供了明确的发展方向。推动涉外法制现代化，是在规则层面推动国家涉外领域治理能力和治理体系现代化的理想愿景，也是全面依法治国、彰显法治自信、构建中国特色社会主义法治国家的重要环节。探究涉外法制的中国式现代化表征，需要从“中国式”和“现代化”两个方面去理解和掌握。

---

[27] 如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 549 条、《中华人民共和国外商投资法实施条例》第 48 条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉的解释（一）》第 19 条、《外商投资安全审查办法》第 21 条。

[28] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第 5 条第 2 款。

（一）“中国式”：完善涉外法制以推动涉外法治的底层逻辑

马克思认为：“法律以社会为基础。”一国的历史文化、社会制度、经济基础等情况会影响法律的变化与发展。在诸如“人权、民主”等意识形态领域，我国有着符合本国国情的评判标准和实践路径，但基于国情和文化的特异性，我国难以在西方标准与西方理念中自洽。然而，西方世界却习惯故步自封，将西方世界引领下的规则制度和价值理念视为唯一真理，以西方标准来衡量中国，利用规则限制中国，对中国存在着巨大的误解和恶意。近年来，以美国为首的西方国家恶意攻击我国的法治发展道路和人权保障实践，肆意抹黑中国的国际形象。这种行为本身是带着政治目的和意识形态偏见的。尽管世界范围内的法治现代化肇始于欧洲资本主义的兴起，已有二三百年的历史，而我国的法治现代化起步较晚且历经波折。[29]但我国对待西方法治现代化的正确态度应当客观公正，而不是盲目遵从。历史的经验表明：中国的进步不能指望照搬照抄外国的制度、理论、思想来实现，必须基于本国国情、实事求是。先合理借鉴外来文化，再进行创造性的转化，以创造属于自己的理论和发展道路。在改革开放过程中，部分学者却持“过度西化”的态度，忽略中国基本国情和中国本国的法治建设道路与探索历程，认为西方化就等同于现代化，这种行为本质上缺乏对中国近代以来国家发展历史和法治建设历史的总结与反思，是对本国文化和历史传统的不自信，是一种崇洋媚外的表现。习近平总书记提出要坚定“四个自信”，就是要求我们肯定既有的发展道路和建设成果，克服对西方体制的盲目崇拜，坚定且充分发挥主观能动性地发展我国自己的道路、理论、制度、文化，实现“法治自信”，开创具有中国特色的涉外法治现代化道路。

具有而言，中国式现代化涉外法制的“中国式”体现在以下方面：

第一，中国式现代化背景下的涉外法制建设必须始终坚持中国共产党领导。政党是引领和推动现代化进程的重要力量。[30]中国共产党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，也是中国式现代化涉外法制建设相比于其他国家法制建设的根本区别。作为中国式现代化建设的领导者，中国共产党的理论和政策是中国式现代化的核心理念和行动指南。中国式涉外法治现代化理论源于中国共产党崇尚法治的优良传统和对外交往与的理论与实践。因此，不论在国内法制还是国际法制领域推动中国式涉外法制现代化都必须坚持中国共产党的领导，此外在国际法制建设领域还须同世界各国其他政党一同努力，为推进全球范围内的良法善治，保护广大发展中国家利益而不懈奋斗。

第二，中国式现代化背景下的涉外法制建设应贯彻“人本逻辑”，以人民为中心。人民性是马克思主义的本质属性。“以人为本”是区别于西方资本逻辑制度规则最显著的特征，也是联结中华法治文明及优秀传统法律文化与中国全面建设现代化法治国家的精神纽带和价值桥梁。不论是我国宪法的基本原则，还是中国共产党的根本宗旨，都是围绕人民的立场。

---

[29] 张文显：《深刻把握法治自信的精髓要义》，载《光明日报》，2023 年 12 月 15 日 11 版。

[30] 习近平：《携手同行现代化之路——习近平在中国共产党与世界政党高层对话会上的主旨讲话》，载《中国新闻发布(实务版)》2023 年第 4 期，第 4 页。

法律是人类社会的行为规则，维护的是人类社会的秩序。法律的制定与实施的主体是“人”，法律的主体、客体和调整对象都充满“人”的因素，不同法律保护的法益归根结底都指向“人”的利益。因此，“人”应是法律制定与实施的核心，“以人为本”理应是法律制定与实施的底层逻辑。具体来说，在涉外法制建设中贯彻人本逻辑，在国内法制层面表现为以人民为中心，强调人身权益高于财产权益，人权保护优先于物权保护。在国际法制层面表现为以追求全人类共同利益为出发点，以实现全人类共同价值为落脚点，同时以“求同存异、合作共赢”协调国际利益冲突。

第三，中国式现代化背景下的涉外法制建设应接受中华法系和中华法治文明的滋养。法治自信源自文化自信，中国式法治的创新不能脱离对中国本土法治文明的继承与弘扬。中华法系是世界法制史的重要组成部分，经历了漫长的历史沉淀，其影响力源远流长。从空间的横向维度来看，历史上东南亚国家深受中华法治文明的影响，通过效仿古代中国法制以实现本国的有效治理，并自然成为中华法系的一员。[31] 从时间的纵向维度来看，中国优秀传统法律文化和现代化国家法治理念一脉相承，如“以人为本”“以人民为中心”的现代民主观与“民惟邦本”“君舟民水”“民重君轻”的传统理念相贴近；“坚持依法治国与以德治国相结合”的现代治理观与“隆礼重法”“德法合治”传统理念相契合；“少捕慎诉”“保持刑法谦抑性”的现代刑法观与“明德慎罚”“德主刑辅”传统理念相对应；“人类命运共同体”的伟大构思与“天下大同”的传统理想相映照。在涉外领域，中华法治文明同样展现出可鉴的一面，如《唐律疏议•名例律》卷 6 第 48 条规定：“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论。”[32]这表明早在唐朝就确定了应对“外国人犯罪”的属地主义与属人主义相结合的法律适用原则。因此，中国式现代化涉外法制建设必须深度挖掘和吸收借鉴中华法系和中华法治文明中的合理因素，并致力于在现代化进程中对其创造性转化。

第四，中国式现代化背景下的涉外法制建设应符合中国式现代化的基本特征。中国式现代化是人口规模巨大、全体人民共同富裕、物质文明和精神文明相协调、人与自然和谐共生、走和平发展道路的现代化。[33]因此，中国式现代化涉外法制建设必须基于人口规模巨大这一前提，致力于将规则设计惠及十四亿人民，推动解决东西部地区发展差距较大的问题，协同东部、中部、西部地区共同发展，帮助中西部地区更好融入以国内循环为主体、国内国际双循环的新发展格局；在法制建设中促进马克思主义中国化和中国优秀传统文化的创造性转化；致力于顺应经济全球化绿色发展趋势，积极落实习近平生态文明思想和绿色新发展理念，聚焦“碳达峰”“碳中和”等全球环保议题并落实相关方的权利和义务，解决经济发展与环境保护的“二元悖论”；加快涉外法治传播能力建设，破处“中国威胁论”，提供惠泽全球的法律公共产品，以法制建设推动构建更有利于和平发展的世界格局。

---

[31] 参见王立民：《论中华法系的创新发展》，载《东方法学》2022 年第 5 期，第 6 页。

[32] [唐]长孙无忌：《唐律疏议》，江西广陵古籍刻印社，1984 年版。

[33] 参见习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，载《中国人大》2022 年第 21 期，第 11 页。

（二）“现代化”：完善涉外法制以推动涉外法治的目标向度

《法治中国建设规划(2020－2025 年)》指出，要在 2035 年基本实现国家治理能力和治理体系现代化。中国式现代化涉外法制，是彰显法治自信的高水平涉外领域法律制度，是高水平推动对外的开放的制度保障。其“现代化”具体表现为以下几个方面：

其一，涉外事务管理与对外开放水平现代化。高效化与系统化是国家治理能力和治理体系现代化的必然要求。高水平的对外开放是统筹发展与安全，兼顾活力与秩序的开放，是国门的开放也是制度的开放，需要高水平的涉外法制提供法治保障。一方面，通过完善各项涉外法律法规，保证涉外各项工作的法治化，以实现高水平、高效率的涉外事务管理和争端解决，提高我国在劳动保护、知识产权保护和消除歧视、促进公平竞争的法律保障水平。另一方面，应从制度开放的角度出发，提高规则制度的透明度，努力营造国际性、开放性、公平性的营商环境，激发国内国外双循环的强大活力。

其二，海外利益保护与风险应对能力现代化。海外利益是国家利益和公民合法权益的重要组成部分，高水平保护我国海外利益是贯彻以人民为中心理念的必然要求。基于东道国法治建设水平和社会环境差异，我国庞大的海外投资实体亦面临着诸如征收、战争、社会动乱、外汇管制等诸多风险，中国公民在海外遭受不法侵害的案件时有发生。据商务部、外汇局统计，2023 年，我国全行业对外直接投资 10418.5 亿元人民币，我国企业共向境外派出各类劳务人员 34.7 万人，年末在外各类劳务人员 54.1 万人。此外，根据国家移民局提供的数据统计，2023 全年我国出入境人员累计高达 4.24 亿人次。如此庞大的海外投资规模和海外利益体量需要强有力的法治保障能力作为支撑，在坚持以人民为中心的立法指导原则下，能够事前有效预防、事中全程保障和事后及时救济我国海外利益是涉外制现代化化的必然要求。

其三，反外国制裁与反外国干涉策略现代化。随着中国跃升至世界第一大出口国、第二大进口国，中国同其他国家的贸易摩擦更加频繁。部分国家为限制中国在国际市场的竞争优势，利用国际规则将经济手段赋予政治化目的，对中国进行制裁和干涉。实践中，遭受制裁的主体在国际层面可以自行向 ICSID 申请国际仲裁，也也可以通过本国诉至 WTO、ICJ 等国际组织寻求救济，但是由于 WTO 上诉机构机制瘫痪以及制裁手段往往被披上合法外衣，现行多边机制、国际间争端解决机制难以提供有强制执行力的救济，因此最好的方式仍是进行国内法律层面的救济与反制。应完善反外国干涉与反制的国家安全法律保障体系，明确反制措施的适用情形和必要限度，赋予反制措施的合法性、正当性、规范性。要在进一步明确各部门具体职责，协调各部门的分工与合作，通过建立跨部门、多领域的反制策略法律体系，保障反制措施的全面性、可行性、实效性。

其四，参与区域治理与全球治理能力现代化。长期以来，以美国为首的西方资本主义发达国家坚持西方文明优越论、本国优先主义和冷战零和博弈思维，占据着国际规则的主导权。大国间的竞争不仅是经济、军事上的竞争，更是国际规则构建话语权和影响力的博弈。基于规则的非中立性，国际规则的制定者往往是国际规则的受益者。就国际经贸条约而言，缔约

目的主要是为了获得或强化经济上的比较优势，以扩大自己的收益，增加对方的成本。[34]如果中国无法在新一轮国际规则构建与改革中获得充分的话语权和主动权，就只能在美西方国家主导的国际规则中让渡本国利益，被动的促使国内规则改革，被迫放弃更多利益以适应西方发达国家主导的国际规则体系。区域治理和全球治理，是中国参与国际治理体系改革的两个方面。二者并非递进关系，没有次序上的优先之分。从营造良好的外部环境角度来看：区域治理事关我国外部环境的近端安全，其目的是为了维系良好的地缘政治关系；全球治理事关我国外部环境的远端安全，其目的是为了促进全球和平与发展。从国际经贸合作角度来看，区域治理和全球治理分别对应多边贸易体制和区域贸易安排，二者同为驱动经济全球化向前发展的两个轮子[35]。因此，中国必须兼顾区域治理和全球治理，为建立更深层级、更宽领域的双边及多边合作提供有力的中国支撑。

四、中国式现代化视域下涉外法制建设的四重维度

马克思主义思想认为，经济基础决定上层建筑。在经济全球化、贸易自由化和国际关系秩序深刻变革调整大语境中，一国选择何种方式和模式去建构本国的法制体系，应取决于其自身的国情、社情、民情，并统筹兼顾本国主权安全利益与他国主权安全利益。故此，推进中国式现代化涉外法制建设，主要包括以下维度：

第一，坚持推进以《宪法》为核心建构国内法制和以《联合国宪章》为核心参与建构国际法制。宪法作为国家的根本大法，是我国涉外法制中国内规则的核心，国内法制建设中的任何法律不得同我国宪法相抵触，我国加入或创设的国际条约亦不能违背宪法，部分与宪法相冲突的条款应当保留。在国内法制层面推动涉外法制现代化，需要以宪法为核心、部门法、单行法为主干、各类法规、条例为实施细则的“1+X+N”式的涉外法制体系，以确保各类法律行之有效，避免法律冲突。威斯特伐利亚体系确立了国家主权原则，基于属地原则，一国的主权行使限于本国领土之内。但经济全球化的深入让国家主权突破属地原则，基于属人原则产生了域外管辖权和法律域外适用情形。为平衡异国间属人管辖权和属地管辖权冲突，确保这种主权扩张的合法性，必须有一个国际社会普遍认可的尺度，这个尺度就是《联合国宪章》宗旨和原则。区别于美西方国家表面奉行“基于规则的国际秩序”，实则坚持本国优先主义，组建反多边主义的小利益集团、创设有利于稳固其优势地位的“规则”、设置国际法上的“玻璃门”陷阱、严重违背《联合国宪章》的宗旨和原则以及国际道义，我国坚持以联合国为核心的国际体系，以国际法为基础国际秩序规则，以《联合国宪章》宗旨和原则为基础的国际关系准则。故此，基于《联合国宪章》宗旨和原则，我国法律的域外适用和管辖存在权力的边界，即要以尊重他国主权、不干涉他国内政为必要限度，并且我国参与或主导构

---

[34] 韩立余：《构建国际经贸新规则的总思路》，载《经贸法律评论》2019 年第 4 期，第 2 页。

[35] 参见习近平：《习近平关于社会主义经济建设论述摘编》，中央文献出版社，2017 版，第 291 页。

建的国际规则是更好维护真正的多边主义的规则。

第二，坚持根植于中国式现代化，统筹兼顾对外发展战略与国家安全法制化。推动完善涉外法制，既是全面推进依法治国的要求，又是实现更高水平对外开放的需要。高水平开放不是一味地扩大国门，而是在统筹发展与安全的前提下，以法治作为的保障的有序开放。中国式现代化是探索性事业，还有许多未知领域，需要我们在实践中去大胆探索，通过改革创新来推动事业发展。[36]构建涉外领域的良法善治，既要敢于迈出创造中国式法治文明新形态的创新步伐，又要通过改革不断对陈旧的制度和规则进行修正和调整。同时，基于大变局下我国所面临的总体性、联动性、复杂性、现实性和紧迫性的国家安全风险，必须创新国家安全指导思想，对新时代国家安全挑战予以科学回答和正确应对。[37]因此我们必须坚持坚持总体国家安全观，贯彻安全不可分割原则，从全局战略角度全面深化改革，统筹内部安全与外部安全、国土安全与国民安全、传统安全与非传统安全、自身安全与共同安全。

第三，坚持统筹国内法治和涉外法治，促进全球治理与国家治理协同互动法制化。全球化背景下，全球治理与国家治理具有不可分割性，因为国家自身的治理目标和方向受到国际治理环境趋势的影响与引导，并基于国际社会总体的框架和趋势设置和塑造本国的治理模式和类型。[38]而与此同时，一国参与国际治理意愿和能力，也很大程度上受该国政局稳定和国内治理情况的影响。随着我国对外开放程度不断加深，大量国内法产生了新的涉外适用情形。涉外法制的范围变得越来越广泛。然而，现阶段我国法律体系构成和法学研究仍存在将国内法和国际法二分的思维，存在只关注国内法律事务或割裂内外法律事务的思维惯性和路径依赖。[39]这种没有明确涉外就排除涉外的传统思维会造成大量涉外情形被忽视，影响国家立法的创设与修订，造成涉外法制缺位与滞后。新时代背景下，可探索建立“法律规范没有排除涉外就涉外”的逆向法律思维[40]，统筹国内法制和涉外法制。既要“积极对接”高水平国际规则以补短板，又要“主动构建”全球治理新规则开新局。一方面，要积极促进国内法制对接国际规则，其目的是更好融入经济全球化发展格局，为实现中华民族伟大复兴稳定外部发展环境并蓄积财力。另一方面，要积极参与或主动引领国际规则和国际秩序构建，其目的是在全球治理的新领域与新格局中获得更多话语权，为中华民族伟大复兴争取更多主动权，为构建人类命运共同体创造更多可能性。

第四，坚持以中国优秀法律思想文化为根基，创造中国涉外法治文明新形态。“当代中国的伟大社会变革，不是简单延续我国历史文化的母版，不是简单套用马克思主义经典作家

---

[36]《习近平在学习贯彻党的二十大精神研讨班开班式上发表重要讲话强调 正确理解和大力推进中国式现代化》，载《中国新闻发布(实务版)》2023 年第 2 期，第 5-6 页。

[37] 参见李建伟：《总体国家安全观的理论要义阐释》，载《政治与法律》2021 年第 10 期，第 67 页。

[38] 参见何志鹏：《国家治理与全球治理的共融互动———中国国际法实践 70 年回顾与展望》，载《法商研究》2019 年第 5 期，第 171 页。

[39] 参见韩永红：《中国对外关系法论纲———以统筹推进国内法治和涉外法治为视角》，载《政治与法律》2021 年第 10 期，第 79 页。

[40] 韩立余：《涉外关系治理的法律化与中国涉外法律实施》，载《吉林大学社会科学学报》2022 年第 2 期，第 45 页。

设想的模板，不是其他国家社会主义实践的再版，也不是国外现代化发展的翻版。”[41]建设具有中国特色的现代化涉外法制，必须摒弃固有的西方思维和西方标准，既要在实事求是中继承和弘扬中华优秀法律文化，彰显中国特色、民族自信，又要结合当下的基本国情和社会矛盾，不断丰富创新中华法治文明的内涵与实践，创造中华法治文明新形态。应丰富法制建设中体现和发扬中华优秀传统法律文化的方式，不仅要在立法理念中充分体现“天理、国法、人情”的有机统一，还要充分发挥“以和为贵”和平思想，完善国际调解院的机构设置及规则指引，打破国际争端解决中“你输我赢”的传统模式，塑造具有中国特色的国际争端解决方案，并且致力于推动构建人类命运共同体相关规则的构建和落实，以实现“天下大同”的古代政治理想。

结 论

正如部分西方学者所秉持的观点一样：“中国人民将会在决定人类共同命运中起重大作用。”[42]在世界格局东升西降、全球治理格局亟待革新、地缘政治关系日益紧张、以联合国为代表的国际组织影响力下降、多边主义遭受严重考验的后疫情时代，中国的崛起与担当无疑为促进多边主义全球治理格局改革和维持经济全球化合作发展趋势提振了信心。2024 年 7 月，党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》再次强调：要“推动生产关系和生产力、上层建筑和经济基础、国家治理和社会发展更好相适应，为中国式现代化提供强大动力和制度保障”；“法治是中国式现代化的重要保障”，“加强涉外法治建设”。[43]涉外法治概念的提出，体现了以习近平总书记为代表的党中央领导集体的高瞻远瞩，统筹了国内国际两个大局，将国家治理和全球治理以及“实现中华民族伟大复兴”和“构建人类命运共同体”联系在一起，为全面推进依法治国和构建全球范围的良法善治提供了中国方案。涉外法制是涉外法治的规则层面，包含国内法制和国际法制两个方面。推动中国式涉外法治现代化必先建设中国式现代化涉外法制。我国自古以来是崇尚法治的文明国度，中华法系和中华法治文明有着悠久的历史和底蕴。中国式现代化涉外法制必须基于中国国情、彰显中国特色、体现中国智慧，这便要求我们在建设过程中彻底摆脱西方化等同于现代化的迷思，坚持“以人为本”的制度底层逻辑、传承和弘扬中华法系的优良传统法律文化，创造包括人权法治、数字法治等在内的中国式现代化涉外法治文明新形态。

---

[41] 习近平：《在纪念马克思诞辰 200 周年大会上的讲话》，载《党建》2018 年第 5 期，第 10 页。

[42] [美]伊曼纽尔·沃勒斯坦：《现代世界体系》第 1 卷，高等教育出版社 1998 年版，中文版序言第 2 页。

[43] 参见《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，载《人民日报》2024 年 07 月 19 日，第 01 版。

参考文献：

[1] 习近平.加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境[N].人民日报,2023 年 11 月 29 日，第 01 版。

[2] 黄进：论《对外关系法》在中国涉外法治体系中的地位[J].国际法研究,2023(4): 3-18.

[3] 习近平.高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[J].中国人大,2022(21): 6-21.

[4] 陈文清.深入学习贯彻习近平法治思想在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家[J].民主与法制,2023(11): 7-13.

[5] 习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议强调完善法治建设规划提高立法工作质量效率为推进改革发展稳定工作营造良好法治环境[J].人民法治,2019(05):2.

[6] 何志鹏.国内法治与涉外法治的统筹与互动[J].行政法学研究,2022(05):3-17.

[7] 黄惠康.准确把握“涉外法治”概念内涵统筹推进国内法治和涉外法治[J].武大国际法评论,2022(1): 1-20.

[8] 韩立余.涉外关系治理的法律化与中国涉外法律实施[J].吉林大学社会科学学报,2022(2): 34-48,235-236.

[9] 马忠法.百年变局下涉外法治中“涉外”的法理解读[J].政法论丛,2023(01):97-109.

[10] 陶凯元,寇昉,王浩等.以习近平法治思想为指引统筹推进国内法治与涉外法治建设[J].中国应用法学,2023(01):1-18.

[11] 何志鹏.涉外法治:开放发展的规范导向[J].政法论坛,2021(05):177-191.

[12] 张文显.深刻把握法治自信的精髓要义[N].光明日报(理论版),2023(121):11.

[13] 习近平.携手同行现代化之路——在中国共产党与世界政党高层对话会上的主旨讲话[J].中国新闻发布(实务版),2023(04):3-6.

[14] 王立民.论中华法系的创新发展[J].东方法学,2022(5): 4-14.

[15] 长孙无忌.唐律疏议[M].江西广陵古籍刻印社,1984.

[16] 韩立余.构建国际经贸新规则的总思路[J].经贸法律评论,2019(04):1-13.

[17] 习近平.习近平关于社会主义经济建设论述摘编［M］．北京:中央文献出版社,2017.

[18] 习近平在学习贯彻党的二十大精神研讨班开班式上发表重要讲话强调 正确理解和大力推进中国式现代化[J].中国新闻发布(实务版),2023(2): 3-6.

[19] 李建伟.总体国家安全观的理论要义阐释[J].政治与法律,2021(10): 65-78.

[20] 何志鹏.国家治理与全球治理的共融互动——中国国际法实践 70 年回顾与展望[J].法商研究,2019(5): 171-181.

[21] 韩永红.中国对外关系法论纲 ——以统筹推进国内法治和涉外法治为视角[J].政治与法律,2021(10): 79-90.

[22] 习近平.在纪念马克思诞辰 200 周年大会上的讲话[J].党建,2018(05):4-10.

[23] [美]伊曼纽尔·沃勒斯坦.现代世界体系(第 1 卷)，高等教育出版社,1998.

[24]黄惠康.加强涉外法治体系建设的顶层擘画——论学习贯彻习近平总书记重要讲话精神[J].武大国际法评论,2024(1):1-23.

国际经贸规则治理体系的等级制结构与中国方案

古尤嘉*

摘要：“中心-外围”格局下形成的等级制治理结构深嵌于以WTO/GATT为代表的国际经贸规则治理体系中。在多边贸易体制下，美国借助以规则为基础的国际秩序和以互惠换权威的契约模式，在其他西方国家的辅助下不断强化美国的绝对主导权。此种治理结构的典型特征表现为主权形式上的平等与实质上的不平等，投射出国家之间治理与被治理的关系，并将治理理念和制度规范的排他性和权力与等级地位的关联性演绎到了极致。当下，等级制治理结构不仅无法适应多中心的国际经济格局，也难以应对全球性难题，还面临着有效性和代表性的双重缺失，成为全球经济治理转型的结构性症结，与之相伴的制度惯性还将在一定程度上限制我国引领创制国际经贸规则。因此，中国提出在人类命运共同体的理念指引下，构筑共商共建共享型国际经贸规则治理结构，通过加强国内法治与国际法治的良性互动，推动在多边层面构建起包容性的经贸制度安排。

关键词：国际经贸规则治理；等级制结构；多边贸易体制；中国方案

引言

随着新兴经济体的崛起，全球经济格局发生显著变化，与此同时多边贸易体系陷入治理僵局，难以应对全球性经贸问题所带来的挑战，国际经贸治理体系亟待改革。当前的世界秩序是主权国家合作与霸权治理的混合体，[1]然而霸权治理模式在当下已经因为“东升西降”的全球经济力量对比变化以及规则体系本身正当性的缺失而难以为继，国际社会需要探索出能够适应当下全球经济秩序变革的国际经贸治理新模式。

中国作为以GATT/WTO为核心的多边贸易体制的受惠者，其本身的经济社会发展得益于深度融入世界市场，充分适应并有效利用多边贸易体系提供的开放、稳定和可预测的规则环境。因此，中国在参与全球治理改革的过程中并无意破坏、甚至是颠覆现有的国际经贸治理体系，而是旨在改革其中不合理的成分。本文认为，在近五百年资本主义经济的发展进程中，西方大国通过控制全球资本、知识产权、高端产业和贸易开展全球治理，并由此形成了“中心—外围”格局的现代世界经济体系。“中心-外围”格局下形成的等级制治理结构是以GATT/WTO为代表的国际经贸治理体系中显著的不合理因素，并且已经成为当下桎梏多边贸易体制改革的结构性症结。本文旨在聚焦以GATT/WTO为核心的多边贸易体制，梳理国际经

* 古尤嘉，女，2000年8月出生，西南政法大学国际法学院研究生，通讯地址：重庆市渝北区西南政法大学，邮编：401120，手机号码：15123847730，电子邮箱：1310697044 @qq.com。

基金项目：本文系国家社科基金西部项目“中国参与国际经贸规则改革中的‘主动—被动’模式法律问题研究”（21XFX003）阶段性成果。

[1] 陈志敏：《国家治理、全球治理与世界秩序建构》，《中国社会科学》2016年第6期，第15页。

贸规则治理体系下等级制结构的表现形式，分析等级制治理结构的典型特征，探讨等级制治理结构在多中心国际经济格局下的不适应性及其治理效能与正当性缺失的问题，并指出与之相伴的制度惯性对于我国引领创制国际经贸规则所造成的阻碍，最后在此基础上提出我国对于国际经贸治理结构改革的思路与建议。

一、国际经贸规则治理体系下等级制结构的表现形式

在近五百年资本主义经济的发展进程中，西方大国不仅主导形成了规模巨大的国际市场，同时借助于国内法治的外溢与扩张，型定了市场开放与规则建构的基本逻辑。从大英帝国以殖民扩张为核心的特惠体制到美国以强权政治为基轴主导的自由贸易体系，奠定了国际经贸规则近当代发展的治理体系与规则基础。广义的国际经贸规则是指各国在超出一国范围内的国际经济交往中形成的规则，包括但不限于双边、区域和多边经贸规则体系与制度。狭义的国际经贸规则主要是指二战结束后，以英美为主体形成的多边国际经贸规则体系，特别是包括 ITO-GATT-WTO 在内的规则体系与制度安排。

等级制是相对于平权社会无政府状态下对现实国际经贸规则治理结构的一种描述，揭示了资本主义市场结构和国际经贸规则治理的本质所在。西方主导的国际市场以规则治理和机制化平台为抓手和依托。在“自上而下”等级式的治理模式下，[2]主导大国引领规则建构是其必然特征。主导国的“关系型权威”演化为“法律型权威”投射到国际经贸规则治理的场景之中，[3]集中体现在国际贸易组织（ITO）初创、关贸总协定（GATT）的运行和世界贸易组织（WTO）的治理这一发展进程中。以 WTO 为代表的国际经贸规则治理体系具有非正式的“等级制”特征。[4]美国处于等级制治理结构的最高层，西方国家经济联盟体（以 OECD 为核心）构成第二层级，发展中国家则处于该等级体系的第三个层级。“中心-外围”格局下形成的此种特征长久深嵌于国际经贸规则治理体系中，以强化美国的绝对主导权为基础与归宿。美国借助以规则为基础的国际秩序和以互惠换权威的契约模式，将治理理念与制度规范的排他性和权力与等级地位的关联性演绎到了极致。

（一）“中心—外围”的运行结构

在世界经济体系中，世界中心的判断标准并非基于一国的自然地理位置，而是取决于一

---

[2] 唐世平：《国际秩序的未来》，《国际观察》2019 年第 2 期，第 38-39 页。

[3] 戴维·莱克将现代世界中的权威分为“法律型权威”和“关系型权威”，前者中统治者对被统治者命令的能力和顺从统治的意愿都遵从于法律或官方的安排，后者中主导者和附属者之间存在着交换或讨价还价，主导国向附属国提供有价值的政治秩序而附属国授予主导国为提供秩序而对自己行为进行必要限制的权利，即主导国对附属国拥有“合法干预”的权力。参见戴维·莱克：《国际关系中的等级制》，高婉妮译，上海人民出版社 2013 年版，第 24-41 页。

[4] 参见约翰·伊肯伯里：《自由主义利维坦：美利坚世界秩序的起源、危机和转型》，赵明昊译，上海人民出版社 2013 年版，第 33 页。

国的经济实力与科技水平[5]。技术进步及其成果在资本主义世界经济体系中产生和传播的不平衡性导致了“中心-外围”结构的形成具有历史必然性。[6]在工业化的进程中，位于工业中心的是在世界经济体系中占主导地位的西方发达国家，而位于世界经济体系外围的国家则被牢牢置于工业产业的末端，以出口自然资源和初级产品受控于中心国家，并成为中心国家的原材料供应地和产品倾销地。[7]马克思指出，在统一的资本主义世界市场体系下，西方发达国家在工业革命的进程中得益于科学技术的发展，垄断了生产条件，并借此不断扩大与落后国家的差距，在资本的主导下型塑了国际格局与世界市场，[8]由此形成“发达对不发达、西方对东方的剥削关系”[9]，并将落后国家长期固定于不利的国际分工地位。

现代帝国在政治上虽然维持着主权国家的面目，但却通过控制全球资本、知识产权、高端产业和贸易全球统治，并由此形成了一个稳定的“中心—外围”结构的现代世界经济体系。在以现当代西方主导大国（美国）和国家联盟（OECD)为核心形成的发达经济体市场，整合发展中国家所组成的全球市场体系中，仍然延续着“中心-外围”的基本运行结构。国际经贸市场的主导力量基本是以西方国家为主体，它们不仅占据了市场的先发优势，同时也借助于市场规模的优势，垄断和控制着经济收益的最大化，并在国际经贸规则治理体系中也占据主导地位，[10]在现代资本主义经济体系中同时掌握了“市场性和制度性权力”[11]。以WTO为核心的国际经贸规则治理体系仍然呈现出“中心-外围”的结构模式，因为其从未彻底摆脱“富人俱乐部”的窠臼，规则生成与演进的主导权始终掌握在少数发达成员手中，规则主要体现的是作为体系中心的美国以及与其拥有共同价值观的西方盟友的利益，非西方盟友和准盟友作为该治理体系的外围支点，而发展中成员则持续被边缘化，[12]由此形成一种治理能力递减的秩序模式。并且这一运行结构还将持续削弱发展中国家为改善经济结构所付出的努力，使

---

[5] 科学技术的进步在一定程度上决定着国际力量的重新分配及其使用，国际社会对科学技术的运用对国际格局的发展带来了深刻的影响。参见简军波：《大变局之下的世界秩序：范式之变？》，《世界经济与政治论坛》2024 年第 1 期，第 26 页。

[6] 董国辉：《经济全球化与中心-外围理论》，《拉丁美洲研究》2003 年第 2 期，第 50 页。

[7] 参见孙永平：《自然资源与经济增长关系的历史考察——三次“中心-外围”格局的形成及其转换》，《经济评论》2011 年第 2 期，第 138 页。

[8] 普雷维仕认为，现存的经济体系是资产阶级工业革命以后，伴随着资本主义生产技术和生产关系在整个世界的传播而形成的。维系这一体系运行的是在“19 世纪获得了很大的重要性的”国际分工。根据这种国际分工，率先取得技术进步的国家就成了世界经济体系的“中心”，而处于落后地位的国家则沦落为这一体系的“外围”。参见劳尔·普雷维仕：《外围资本主义》，孙振兴、袁兴昌译，商务印书馆 2015 年版。

[9] 孙来斌：《超越“中心-外围”的世界体系分析模式——兼论“构建人类命运共同体”的全球治理意义》，《人民论坛·学术前沿》2020 年第 21 期，第 104 页。

[10] 现代资本主义经济体系奠定了现代国家关系体系的物质基础，在国际经贸市场中占主导地位的国家也就成为国际经贸规则治理体系中的主导力量。参见简军波：《大变局之下的世界秩序：范式之变？》，《世界经济与政治论坛》2024 年第 1 期，第 28 页。

[11] 竺彩华：《市场、国家与国际经贸规则体系重构》，《外交评论》2019 年第 5 期，第 18 页。

[12] 徐泉、郝荻：《WTO 双重二元结构理论研究》，人民出版社 2022 年版，第 71 页。

之永久固化在运行结构的外围。[13]

“中心-外围”运行结构强调的是外围国家与中心国家之间的经济依附关系，这种依附关系主要体现为资本主义世界经济市场下国际分工的不平等，这种不平等又通过中心国家主导制定而成的国际经贸规则进一步被强化、固化。等级制治理结构则是在“中心-外围”运行结构“揭示了现象”的基础上，进一步解释和探讨国际经贸规则治理体系是如何强化、固化中心与外围国家之间的不平等的。

（一）以规则为基础的国际秩序

第二次世界大战结束后，世界格局发生了根本性变化。美国和苏联成为两个超级大国，而欧洲传统强国如英国、法国等国的影响力相对减弱。美国利用其在战争中积累的经济和军事实力，以及对民主和自由市场经济理念的推广，开始在国际舞台上扮演领导角色。通过布雷顿森林体系建立国际货币基金组织（IMF）、世界银行（World Bank）和后来的世界贸易组织（WTO）的前身——关贸总协定（GATT），美国帮助构建了一个以规则为基础的国际贸易和金融体系。美国在二战后以规则治理和机制化平台为抓手和依托构建了自由主义世界经济秩序，以制度性的自我约束换取其主导下的世界秩序更加持久稳定。自由主义国际秩序下的美国霸权围绕政治契约、广泛互惠、公共物品供给、协商达成制度和建立有效的关系得以形成。[14]

随着世界中心从英国转移到美国，美国利用西方国家对自身经济实力和物质资源的依赖构建了西方统一化市场，奠定了国际经贸规则治理体系，成为多边贸易体制的缔造者与推动者。[15]GATT/WTO 的建立，标志着世界贸易治理体制由“嵌入式自由主义”[16]向“新自由主义”[17]的过渡，[18]这一过程也反映了美国主导下国际贸易体系向“法律化”的转变。[19]相较于过去的殖民掠夺和武力征服，美国建立以规则为基础的国际秩序具有正向意义。世贸组织的价值

---

[13] 也有一些“外围”国家充分利用了经济全球化带来的机遇，不断完善本国经济结构，从而上升为“半外围”国家或“中心”国家。参见董国辉：《经济全球化与中心-外围理论》，《拉丁美洲研究》2003 年第 2 期，第 53 页。

[14] 约翰·伊肯伯里：《自由主义利维坦：美利坚世界秩序的起源、危机和转型》，赵明昊译，上海人民出版社 2013 年版，第 19 页。

[15] 参见郝荻：《美国塑造国际贸易规则的符号权力——以公平贸易为例》，《国际论坛》2023 年第 2 期，第 118 页。

[16] 嵌入式自由主义的核心思想是将自由市场嵌入到广泛的政治和社会背景之下，通过适当的政府干预补偿在自由贸易中受到损害的群体，以保护自由贸易免受破坏。See Joel P. Trachtman, *Legal Aspects of Poverty Agenda at the WTO: Trade Law and Global Apartheid*, Journal of International Economic Law, vol.6, no.1, 2003, p.9.

[17] 新自由主义的创建者（Friedman）指出，资本主义的核心在于“把经济力量从政治权力中分离出去”。新自由主义者认为解除管制的市场而非干涉主义政府才是经济活力的基础。

[18] Kristen Hopewell, *Breaking the WTO: How Emerging Powers Disrupted the Neoliberal Project*, p.54.

[19] 义务性、精确度和授权是用来衡量法律化程度的三个要素。参见 Kenneth W. Abbott, Robert O.Keohane, Andrew Moravcsik, Anne-Marie Slaughter, and Duncan Snidal, *The Concept of Legalization,* International Organization, vol.54, no.3, 2000, p.401。

就在于它是以国家同意而非单边权力为基础来追求自身利益最大化。[20]

（二）美国的绝对主导优势地位

不同于帝国主义秩序下的领土扩张和殖民规则，[21]自由主义国际经济秩序下的等级制治理结构建立在美国实力支配地位和自由主义治理原则基础之上。美国在这一秩序中发挥着提供规则与稳定运行的领导作用，[22]并通过确立和维持规则与制度，为其他国家在国际范围内开展活动确立原则与规范。美国凭借其对西方统一化市场主导权的掌控和在世界资本主义经济体系中的中心地位构建起了美国霸权体系，[23]主导建立了由协商而得的规则和制度体系，并使自己参与到由磋商和谈判构成的互惠的经贸治理进程。[24]凭借强大的经济实力和制度性权力，美国在国际经贸规则治理体系中占据了绝对的主导优势地位。[25]美国把国际经贸规则视为一种传导机制，继而按照自身的价值标准和国内制度模式进行多边贸易体制的规则建构，[26]将国内规则向国际规则的演进视为本国价值取向和利益诉求的延伸与实现手段。[27]美国不仅将自身具有高度竞争优势的服务贸易、对外投资、知识产权等议题纳入 WTO 规制范畴，还推动建立了具有强制管辖权与执行力的 WTO 争端解决机制以确保符合本国利益的规则能够得到有效执行。美国构建起全球经济治理的规则体系，推动多边贸易体制朝着“以规则为准绳”[28]的方向演进，并使越来越多的国家融入到美国主导的这套多边贸易规则体系，由此实现对体系内各成员的操纵和等级分化。[29]

（三）其他西方国家的辅助地位

---

[20] 柯静：《重构中的多边贸易体系：以世界贸易组织制度变迁为案例》，上海人民出版社 2023 年版，第 33 页。

[21] 帝国是一种典型的等级制的政治体系，在这一体系中处于支配地位的国家能够直接或间接地控制下层国家。美国领导的秩序的这些特征并没有消除等级制或权力的运作，但是他们柔化了等级的帝国主义形式并使其与自由主义的特性相融合。参见约翰·伊肯伯里：《自由主义利维坦：美利坚世界秩序的起源、危机和转型》，上海人民出版社 2013 年版，第 19-20 页。

[22] 约翰·伊肯伯里：《自由主义利维坦：美利坚世界秩序的起源、危机和转型》，赵明昊译，上海人民出版社 2013 年版，第 5 页。

[23] Kristen Hopewell, *Breaking the WTO: How Emerging Powers Disrupted the Neoliberal Project*, Stanford University Press, 2016, p.24.

[24] 约翰·伊肯伯里：《自由主义利维坦：美利坚世界秩序的起源、危机和转型》，赵明昊译，上海人民出版社 2013 年版，第 61 页。

[25] 美国建立并维持当今的世界等级秩序，因为它可以在这一秩序中获得“共容利益”。参见高程：《新帝国体系中的制度霸权与治理路径——兼析国际规则“非中性”视角下的美国对华战略》，《教学与研究》2012 年第 5 期，第 59 页。参见曼瑟尔·奥尔森：《权力与繁荣》，苏长和、嵇飞译，上海世纪出版集团 2005 年版。

[26] 美国用制度作为平台推广自己偏好的价值观，并把其他国家锁定在特定的政策选择之中。参见安德鲁·赫里尔：《全球秩序的崩塌与重建》，林曦译，中国人民大学出版社 2017 年版，第 73 页。

[27] 高程：《新帝国体系中的制度霸权与治理路径——兼析国际规则“非中性”视角下的美国对华战略》，《教学与研究》2012 年第 5 期，第 61 页。

[28] 参见约翰·H.杰克逊：《国家主权与 WTO：变化中的国际法基础》，赵龙跃等译，社会科学文献出版社 2009 年版，第 175 页。

[29] 迈克尔·哈特，安东尼奥·奈格里：《帝国—全球化的政治秩序》，杨建国、范一亭译，江苏人民出版社 2005 年版，第 229-232 页。

国际关系中的领导权，是指一国为实现集体目标而使用自身权力资源组织协调集体行动的能力。[30]然而没有追随就没有领导，在国际制度设计中，追随国对领导国表示支持，以期相关制度安排能够反映本国利益诉求，并提升自身在国际制度体系中的影响力。[31]二战后，美国在经济和军事上都占据了绝对优势，成为西方世界的领导者。其他西方国家，如英国、法国、德国等，虽然在战前是世界强国，但在战争中遭受了重大损失，经济和军事实力相对减弱。因此，在新的国际秩序中，这些国家在很大程度上依赖于美国的支持和领导。此外，尽管存在实力差异，其他西方国家与美国在政治体制、经济模式和价值观念上有许多共同点。它们支持自由市场经济、民主政治和法治原则，这使得它们愿意在国际秩序中与美国合作，共同推动这些理念。因此，在国际组织和规则制定中，其他西方国家虽然参与决策，但往往与美国立场相近，共同推动符合西方利益和价值观的国际规则。

GATT/WTO 的大部分规则都由美国主导设计，或是由美国联合 OECD 等发达国家“共同制造”。“同心圆”谈判模式即是 WTO 等级制治理结构的突出表现。基于主要供应方规则，一国的市场规模决定了其在贸易谈判中的权力基础，[32]这使得市场规模较大、经济实力较强的少部分西方发达国家掌控了贸易谈判的主动权，并进一步演变为多边贸易体制的“同心圆”谈判模式。[33]多边贸易体制的治理权限和谈判收益不对称地流向以美国为首的西方发达成员，特别是对美国霸权起到了护特作用。

（四）以互惠换权威的契约模式

等级制治理结构蕴含着国家之间所达成一种契约模式——主导国通过提供稳定的国际经贸秩序秩序并设置自我约束机制换取其他国家对主导国权威的正当性授予和服从。[34]互惠本身是一个具有模糊性的概念，在不同的语境下包含不同的含义与类别，通常是指一种行为

---

30 G. John Ikenberry, *Institutions, Strategic Restraint, and the Persistence of American Postwar Order*, International Security, vol.23, no.23, 1998/1999, pp.43-78.

31 陈琪、管传靖：《国际制度设计的领导权分析》，《世界经济与政治》2015 年第 8 期，第 20 页。

32 主要供应方谈判是一种典型的以权力为导向的谈判方式，只有缔约方单独或集体构成某一产品的主要供应方，才可以向产品进口方在互惠的基础上要求减让，并且从进口方提供的贸易减让中收益最大的主要供应方应该比其他成员方提供更多、更互惠的贸易减让。参见“Rules and Procedures for the Dillon and Kennedy Rounds, Factual Note by the Secretariat”, MTN/W/8, GATT Doc.25 February 1975, p.3。

33 美国和欧盟构成的 G2 是同心圆非正式谈判的核心，有着不可比拟的“议价能力”。它们通过协调彼此立场并权衡利益，掌控并主导规则的形成。四方成员国（QUAD）构成同心圆的第二层，对多边贸易体制中的谈判结果起着塑造和定型作用。同心圆的第三层扩大到由 25-30 各成员方构成的非正式磋商机制，即“绿屋会议”。绿屋会议的成员方以西方发达国家为主，他们在这一谈判场域中通过控制会议议程，促成对自身更为有利的协议为本。全体成员方会议则位于同心圆的最外层。参见 Manfred Elsig, *Different Facets of Power in Decision-Making in the WTO*, Swiss National Centre of Competence in Research Working Paper, No.23, 2006, p.21；参见法扎尔·伊斯梅尔：《改革世界贸易组织：多哈回合中的发展中成员》，贺平译，上海人民出版社 2011 年版，第 120-121 页；Kent Jone, *Green Room Politics and the WTO's Crisis of Representation,* Progress in Development Studies, vol.9, no.4, 2009, pp.351-352.

34 参见戴维·莱克：《国际关系中的等级制》，高婉妮译，上海人民出版社 2013 年版，第 133 页。

标准或交换原则[35]，体现了条件性与对等性两个维度。[36]互惠是以 WTO 为代表的多边贸易体制形成和演进的基石，也是贯穿于美国贸易政策实施的基轴。[37]二战后美国采取了外向型的互惠贸易政策，利用具体的互惠与扩散的互惠相结合的方式换取其他国家对多边贸易体制的认同与支持。[38]在多边贸易体制中，互惠规范主要适用于 WTO 成员间贸易壁垒的相互减让，而 WTO 的协商一致决策机制就是互惠原则在决策程序上的具体体现。协商一致决策机制表明 WTO 是一个具有契约性质的国际组织，推动多边贸易谈判是 WTO 推动规则生成的主要方式。通过“同心圆谈判模式”，遵循一揽子承诺方式，再经由“协商一致”决策，美国及其盟国制定的国际经贸规则经由“国家同意”获得了正当性。通过设定行为标准，主导国帮助界定不同议题领域的合作，以及规定哪些是需要受到报复的违反性行为。[39]其他国家基于“成本-收益”的权衡，通过主权的让渡与共享加入到美国主导建立的多边贸易规则体系当中，并按照这些规则行事。美国作为 WTO 的缔造者，借助多边贸易规则使得自身的领导权获得了合法性与正当性，由此实现了“权力”向“权威”的转化。[40]

二、国际经贸规则治理体系下等级制结构的典型特征

（一）主权的形式平等与实质不平等

美国建立的等级制的自由主义国际秩序较之帝国主义体系有很大不同，其中有较为突出的共识性与协商性。在国际经济活动中，自由主义被作为开拓现代资本主义经济跨国发展的工具。[41]在理想状态下，该种秩序通过国家同意而非胁迫得以维持，从而为国家间进行互惠和机制化合作奠定基础。[42]但是，治理结构的等级制实质上造成了成员之间的显著不平等，导致国际经贸规则治理体系无法保持长期稳定。不平等、不均衡的等级制治理结构所带来的疴疾伴随着多边贸易体制的形成而长期累积，并借助自由主义制度在形式上、法律上的平等掩盖了实质上的不平等。[43]通过主权原则所建构起的国际经贸规则治理体系有着形式上的平等性，强调各国在规则治理与事务决策上的平等。例如 WTO 的协商一致决策机制、非歧视原

---

35 Mark Bevir, *Encyclopedia of Governance*, Thousand Oaks, London and New Delhi: SAGE Publications, 2007, p.798.
36 Robert O. Keohane, *Reciprocity in International Relations,* International Organization, vol.40, no.1, pp.5-8.
37 Sean D. Ehrlich, *Fair Trade Challenge to Embedded Liberalism,* International Studies Quaterly, vol.54, no.4, 2010, p.1014.
38 舒建中：《多边贸易体系与美国霸权——关贸总协定制度研究》，南京大学出版社 2009 年版，第 139 页。
39 参见戴维·莱克：《国际关系中的等级制》，高婉妮译，上海人民出版社 2013 年版，第 100 页。
40 参见安德鲁·赫里尔：《全球秩序与全球治理》，林曦译，中国人民大学出版社 2017 年版，第 332 页。
41 参见简军波：《大变局之下的世界秩序：范式之变？》，《世界经济与政治论坛》2024 年第 1 期，第 32 页。
42 约翰·伊肯伯里：《自由主义利维坦：美利坚世界秩序的起源、危机和转型》，赵明昊译，上海人民出版社 2013 年版，第 14 页。
43 Kristen Hopewell, *Breaking the WTO: How Emerging Powers Disrupted the Neoliberal Project*, Stanford University Press, 2016, p.28.

则都充分彰显了国家主权平等的意识形态叙事。然而形式上的平等粉饰了规则治理体系实质上的不平等，掩盖了国家间客观存在的治理与被治理关系。[44]

从理论上讲，WTO 中的“协商一致“决策方式构成了维护国家主权的制度屏障，保证了一国在维护国家主权与履行国际义务之间的审慎平衡。[45]在谈判中，各成员方都有权自主权衡某一协定对本国发展是否有利，从而决定是否同意签署某一协定。但是在实践中，WTO 治理结构的等级制体系导致“协商一致”谈判模式成为了部分成员滥用权力的平台，进而导致成员主权的实质不平等，发展中国家未能平等、完整地享有国家经济主权。一方面，发达成员与发展中成员在资源禀赋、经济水平、谈判能力等方面的差异造成了在 WTO 的规则谈判和治理过程中，发展中成员的平等参与权和民主决策权处于被抑制的状态。另一方面，部分西方国家持有的国家经济主权双重标准导致了多边贸易体制中成员驱动的失衡。[46]

（二）国家之间治理与被治理的关系

全球治理是指各国政府、国际组织以及各国公民为最大限度地增加共同利益而进行的民主协商与合作，以处理国际政治经济问题的国际规则与制度作为重要载体。[47]无政府状态下各国之间开展经贸合作以规则为基础，规则治理成为全球经济治理的主要方式。由此，参与全球经济治理的内涵变成参与国际经贸规则的制定和实施。美国通过建构规则和掌握规则解释权占据了治理结构的最高阶，并利用这些制度规则为其治理合法性提供依据。[48]与其利益相近或相符的西方联盟经济体作为追随者遵守且获益于这套规则治理体系。而广大发展中国家或新兴经济体在此过程中由于缺乏主动性和话语权，长期位处被治理的最底层。

在多边贸易体制中，以普惠制为代表的非互惠制度安排，在一定意义上成为了发达成员实现贸易政策目标的工具。[49]普惠制的运行将多边贸易体制理想状态下的共同治理模式，转

---

44 占据优势地位的大国往往能够向国际层面输出本国国内法，将体现单一或少数国家意志的制度设计植入以条约为主要法律渊源的国际规则当中，从而达到限制其他国家法律地位或权利、锁定国际交往特定利益的目的。表现出霸权国家意志强制下的非平等约束，是典型的形式主权平等而实质不平等。参见赵骏、肖羽沁：《新时代国际法与国内法的关系形态——以统筹与协调思维的法治运用为视角》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2022 年第 11 期，第 10 页。

45 Tomer Broude, *International Governance in the WTO: Judicial Boundaries and Political Capitulation*, London: Cameron, 2004, p.289.

46 西方国家在处理与自身国家主权相关的事务时，坚持强调主权的不容侵犯性；而在与发展中国家进行国际经贸交往时，又秉持国家主权过时论的立场。参见黄仁伟、刘杰：《国家主权新论》，时事出版社，2004 年版，第 91 页。

47 俞可平：《全球治理引论》，载庞中英主编：《中国学者看世界·全球治理卷》，新世界出版社 2007 年版，第 24 页。

48 陈伟光：《全球经济治理与制度性话语权》，人民出版社 2017 年版，第 1 页。

49 普惠制是发展中国家为平衡多边贸易体制的结构性失衡，积极争取自身权益的制度性成果。普惠制的运行以 1979 年“授权条款”作为永久性法律基础，规定 GATT 缔约方可以违背最惠国待遇的规定，单独给与发展中国家有差别且更优惠的待遇，以促进发展中国家的贸易。“给予发展中国家的普惠制待遇，应当被设计和修改以积极回应发展中国家的发展、金融和贸易需求”。且发达国家给予发展中国家的优惠关税待遇应当满足“普遍的、非歧视以及非互惠”的条件。参见 Section 1 of the Enabling Clause；Section3(c) of the Enabling Clause；Generalized System of Preferences (‘GSP Decision’), Decision of 25 June 1971, L/3545, 28 June 1971.

变为给惠国与受惠国之间治理与被治理的关系。发达国家提供普惠制利益不仅不以发展中成员的需求为导向，反而借助普惠制的附加条件，向发展中国家强加非贸易领域的国际标准，服务于自身的政策目标。[50]给惠国不仅在选择受惠对象和受惠产品时具有一定程度的自由裁量权，[51]还借助普惠制附加条件将国际贸易问题与劳工、环保、人权等非贸易领域问题相结合，以满足国内利益集团的利益。这些附加条件不仅迫使发展中国家需要付出极高的执行成本，甚至还有干涉发展中国家内政的嫌疑。[52]但由于许多发展中国家对发达国家的普惠制优惠具有非对称的依赖性，发展中国家在面临普惠制条件时缺乏自主性，自身的谈判权力和谈判地位非常受限。部分发展中国家虽然客观上在国际经贸规则治理中遭受了剥削和压迫，但由于通过让渡部分国家主权进入到资本主义世界市场，并取得了经济发展的成就。基于此，虽然这套规则体系存在不公平不合理之处，但部分发展中国家仍然愿意继续维护该体系的运行和治理。

（三）治理理念与规范的排他性

美国主导的多边贸易规则治理体系本质上具有排他性，其内顾倾向主要体现为对体系内部成员之间，尤其是西方发达成员之间经贸互动的关注，目标是维护美国及其志同道合的（like-minded）盟友在国际经贸市场上的领先地位。[53]美国利用合法性权威建立起一种互惠但不一定平等的秩序。[54]互惠规范既为协商制定而成的 WTO 规则提供了合法性基础，也为美国运用制度性权力提供了依托。多边贸易体制中的规则和标准往往基于发达国家的经济模式和法律体系，可能并不利于发展中国家和最不发达国家，因为它们缺乏实施这些规则所需的资源和技术。对于一些发展中国家来说，遵守多边贸易体制下的规则需要承担高昂的执行和合规成本，这也限制了它们参与国际贸易的能力。此外，多边贸易体制可能倾向于推广特定的经济和政治模式（如自由市场经济），这可能与某些国家的发展战略和文化价值观不相符。正是由于治理理念与规范的排他性，使得 WTO 等级制治理结构表现出显著的不平等，加剧了 WTO 内部治理的民主赤字与发展赤字，进而导致了多边贸易体制的正当性危机。

（四）权力与等级地位的关联性

---

[50] Jennifer L. Stamberger, *The Legality of Conditional Preferences to Developing Countries,* Chicago Journal of International Law, vol.4, no.2, 2003, P614.

[51] Jennifer L. Stamberger, *The Legality of Conditional Preferences to Developing Countries,* Chicago Journal of International Law, vol.4, no.2, 2003, p.614.

[52] 例如欧盟普惠制赋予欧盟委员会关于发展中国家执行国际公约和国际标准的监督职权，此种附加条件是关于受惠国国内事务的监督权限，有侵犯国家主权的嫌疑。参见 Vichithri Jayasinghe, *The Legality of the European Union's Special Incentive Arrangement*, Journal of International Economic Law, vol.18, no.3, 2015, p.573。

[53] 参见李向阳：《特朗普政府需要什么样的全球化》，《世界政治与经济》2019 年第 3 期。

[54] 戴维·莱克：《国际关系中的等级制》，高婉妮译，上海人民出版社 2013 年版，第 13 页。

美国主导下形成的自由主义国际秩序采取的是“实力界定收益”[55]的市场化逻辑。国际经贸规则体系的等级制治理结构反映出美国权力下不对称的分配机制，美国主导建立的 WTO 规则体系没有也不可能摆脱以权力为导向的价值表征。美国在 WTO 规则生成与演进的过程中占据绝对主导地位，规则建构的控制权始终掌握在以美国为代表的少数发达成员手中，最终目标在于维护美国及其盟友的领先地位。大部分发展中国家在治理结构中位于最底层，在规则谈判中长期被边缘化，为此需要让渡国家经济主权，被动接受自身并未参与制定的规则，并受到该规则的规范与约束，才能融入国际经贸规则体系。多边贸易体制内国家间权力运作的方式决定了治理结构的等级制特征，WTO 的规则生成机制则诠释了权力与等级地位之间的强关联。实践中协商一致决策机制的运行反映了 WTO 治理结构中潜在的权力关系，并借助规则生成后的惯性强化了体制内不平等的政治权利关系。[56]互惠规范的内在模糊性、多层次性和使用方式的多样性使之既成为美国形塑多边贸易体制的关键政策性工具，又成为了美国满足国内保护主义和狭义民族利益的重要规则武器。以主要供应方为权力中心形成的“同心圆”谈判模式，推动贸易谈判的主导权和收益均不对称地流向“核心决策层”[57]。一揽子承诺谈判方式旨在通过建立议题之间的关联而推动谈判各方达成妥协，促进规则的统一适用，但在实践中也成为了美欧等发达经济体迫使发展中国家开放市场的工具。[58]由此可见，WTO 规则导向和自由主义理念背后隐藏的权力导向阴影和强权政治创造并巩固了等级制的治理结构。[59]

三、等级制治理结构的核心症结

（一）等级制结构不再适应多中心国际经济格局

在当前的国际经济格局中，全球经济活动日益多元化，美国实力优势的相对衰落、新兴经济体的群体性崛起和区域经济一体化的加深导致了多中心的经济格局。在市场层面，“多中心”运行结构的转向具体表现为以中国为代表的新兴经济体经济实力的显著上升。美国、中国、欧盟成为三大世界经济中心，日本、东盟、印度等国家的经济实力也在平稳增长；在规则层面，各国参与全球经济治理的方式由多边转向区域，达成高水平的区域自贸协定成为

---

55 徐崇利：《二战之后国际经济秩序公正性之评判——基本逻辑、实力兴衰及收益变化》，《经贸法律评论》2019 年第 3 期。

56 参见 Richard H. Steinverg, *In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO*, International Organization 56, 2, p.342。

57 Soo Yeon Kim, *Power and the Governance of Global Trade: From the GATT to the WTO*, Cornell University Press, p.148.

58 Richard H. Steinverg, *In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO*, International Organization 56, 2, p.360.

59 徐泉、郝荻：《WTO 双重二元结构理论研究》，人民出版社 2022 年版，第 105 页。

“志同道合”国家之间的重要合作形式。在这种背景下，传统的等级制结构（即以单一或少数几个强国为中心，其他国家和地区处于从属或边缘地位的结构）越来越难以适应全球经济的发展需求。一方面，自 GATT 建立以来，多边贸易体制内部的市场权力就掌握在美国手中，随后作为美国盟友的欧盟国家和日本也逐渐享有一定权力，这使得位于等级制结构上层的成员几乎能够按照自己的贸易需求推进全球自由贸易进程。[60]但是，随着 WTO 成员数量增多，诸如中国、印度、巴西等新兴经济体在全球经济中的地位显著提升，对全球贸易、投资、金融等领域的影响力日益增强，体制内的市场权力开始呈分散化态势，新兴经济体不再满足于传统的等级制结构中的角色，而是寻求更多的话语权和决策权。而与此同时，美国已经不能凭一己之力全面支撑一种霸权秩序，[61]主要大国开始通过构建自贸区网络推广反映自身价值理念和利益诉求的标准规范，以此争夺新一轮国际经贸规则的制定权。但在规则重塑的过程中，西方大国非但没有致力于推动更加扁平化的治理结构，反而仍在区域贸易协定中推动更深层次的等级制治理，[62]这进一步加深了全球经济治理体系改革陷入僵局。简言之，WTO 等级制的治理结构与体制内部的权力分散形成了冲突。另一方面，区域贸易协定和经济联盟（如欧盟、东盟、北美自由贸易协定等）的形成和发展，加强了区域内部的经济联系，减少了对单一中心的依赖。这种区域一体化趋势促进了多中心国际经济格局的形成，区域性经贸大国的涌现和区域贸易协定数量的激增亦成为多中心国际经济格局的具体表现。此外，随着信息技术的发展和全球化的深入，知识、资本、人才等资源的流动性大大增强，导致权力和影响力的分散化，这使得任何单一国家或集团难以完全控制全球经济。不同国家根据自身国情制定经济政策，追求不同的发展模式。这种多样性要求国际经济结构能够容纳不同的发展路径和政策选择，而不是单一的“唯西方主义优先”模式。

（二）等级制治理结构难以有效处理全球性难题

全球性难题，如气候变化、网络安全威胁、人工智能监管、全球公共健康危机等，具有跨国界、跨领域、复杂多变的特点。这些挑战要求国际社会采取协调一致的行动，而传统的等级制治理结构在处理这些问题时面临诸多局限性。首先，等级制治理结构往往以一个或几个强国为中心，决策过程可能因权力集中而变得缓慢和僵化。在全球性问题需要迅速响应的情况下，这种结构难以及时作出有效反应。其次，全球性问题的解决需要各国之间的广泛合作。而等级制治理结构中发达成员与发展中成员往往呈现出治理与被治理的关系，在等级制

[60] 约翰·H.巴顿、朱迪思·L.戈尔斯坦、蒂莫西·E.乔思林、理查德·R.斯坦伯格：《贸易体制的演进》，廖诗评译，北京：北京大学出版社，前言第 4 页。
[61] 秦亚青：《全球治理趋向扁平》，《国际问题研究》2021 年第 5 期，第 64 页。
[62] 郝荻：《国际贸易体系的多中心趋势及其治理框架研究》，《国际经贸探索》2023 年第 1 期，第 85 页。

治理结构中往往只强调治理结构中上层成员，即西方大国之间的互动与合作，造成位于治理结构底层的国家或地区感到被边缘化，从而产生抵触情绪，不愿意积极参与国际合作。反之，在涉及发展问题时，发达国家也经常表现出忽视甚至是不配合的态度。再次，全球性问题的复杂性要求治理结构具有高度的灵活性和创新性。等级制治理结构往往依赖于既定的规则和程序，难以适应当下快速变化的国际环境和新出现的挑战。最后，在全球性问题的应对中，资源的合理分配至关重要。等级制治理结构固有的非均衡性可能导致资源分配不均，使得一些关键领域或地区得不到足够的支持。

（三）等级制下规则体系有效性和代表性的缺失

等级制治理结构下的规则体系往往面临有效性和代表性的双重缺失，这限制了其在全球治理中的作用和影响力。等级制治理结构可能无法充分代表所有国家和地区的利益，特别是那些较小或较弱的国家。这可能导致制定的解决方案无法满足所有相关方的需求，从而降低其有效性和执行力。在代表性问题上，等级制结构往往不能充分反映全球多元化的利益和需求。由于规则主要由中心国家制定，边缘国家的利益和观点可能被忽视或边缘化，导致规则体系缺乏普遍性和包容性。在有效性问题上，由于代表性不足，等级制下制定的规则可能缺乏合法性，从而难以得到全球广泛的认可和遵守。等级制结构中的规则制定往往受到强国利益的影响，可能加剧国际不平等。强国可能利用规则体系来维护或扩大自己的利益，而弱国则难以获得公平的待遇。即便规则被制定出来，由于缺乏广泛的支持和参与，执行力度往往不足。边缘国家可能因为不认同规则的公正性而不愿意或不积极执行，导致规则体系的实际效力受限。在一个权力不断转移和扩散的世界里，任何一方都无法依靠一己之力来垄断国际规则的制定，普遍和持久的国际规则只有在各方力量协调合作下才能得以形成并具有合法性。[63]

（四）制度惯性限制我国引领创制国际经贸规则

尽管我国在主动开放市场和深度融入国际经济交往中取得了巨大的经济成就，但要摆脱规则被动内化路径并引领国际经贸新规则的制定将是一个漫长的过程，它不仅取决于自身市场规模大小、市场开放程度以及自身经济实力的持续提升，还因既有规则体系所蕴含的制度惯性而面临较大的外部阻力。自由主义国际秩序下的全球经济治理的本质是“规则之治”，既有的国际经贸体系以规则和制度为核心支柱，而国际经贸规则所具有的“广泛性和自我修复性”[64]也意味着任何修改既有规则的尝试都将面临制度惯性所带来的客观阻碍，即使是对

[63] 潘忠岐：《中国与国际规则的制定》，上海人民出版社 2019 年版，第 7 页。
[64] 潘忠岐：《中国与国际规则的制定》，上海人民出版社 2019 年版，第 64 页。

其中不合理不公正成分的改造也并非易事。我国对外开放的历史实践表明，仅仅依靠主动开放国内市场、融入世界市场并换不来国际贸易体制规则制定的主导权，全球性经济打过的实力并不等同于参与全球经济治理的能力，[65]市场规模与市场开放程度固然是国际经贸规则形成的关键性因素，[66]但规则建构与市场开放之间并非完全对应的正相关关系。多边贸易体制下的国际经贸规则并非完全是各国平等协商、一致同意的产物。虽然中国极富潜力的规模市场所可能带来的经济利益的确吸引了发达国家，但在既往国际经贸规则谈判的博弈中，我国却难以通过市场规模和市场开放作为规则谈判的筹码参与到国际经贸规则的制定，长期只能被动接受既有的国际经贸规则。

四、改革国际经贸规则治理体系等级制结构的中国方案

（一）以人类命运共同体作为理念指引

从理论上来讲，任何制度都具有非中性的特征。在国际社会上，“各个国家在同一制度下所获得的利益是不尽相同的；而那些已经或将会从某种制度安排中获益的国家或集团，必定会试图维护或创立反映自身利益偏好的制度”。[67]全球治理不同于国家治理，全球治理是在“无政府状态下”进行的，在这样一个全球政府缺位和全球公共产品主要由超级大国及其同盟国提供的世界里，任何一个占据规则主导权的国家都势必会借助非中性的规则、制度实现自身的国家目标。但国家之间进行国际经贸合作，正是因为有共同可以遵循的规则基础，才能实现最大程度的贸易便利化，正是基于规则意识，各国才能针对问题共同商议，形成一套国际经贸往来的规则。

中国作为“负责任的大国”，理应以“人类命运共同体”[68]理念作为引导，坚持发展导向，借助由我国发起的“一带一路”倡议这一“推动构建人类命运共同体的重要实践平台”[69]，充分展示我国“共建、共商、共享、共治”的国际合作理念，联合“一带一路”沿线具有相似发展需要的国家共同商议经贸合作的标准和规则，以“全球经济发展一体化”叙事寻求国际社会共识，主动作为回应外部质疑、主动参与国际经贸合作、主动引领创制公平公正、均衡包容、互利共赢、可持续的国际经贸规则体系。

（二）国内法治与国际法治的良性互动

---

65 陈伟光：《全球经济治理与制度性话语权》，人民出版社，2017 年版，第 173 页。
66 李向阳：《国际经济规则的形成机制》，《世界经济与政治》2006 年第 9 期，第 70 页。
67 张宇燕：《经济发展与制度选择》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 204 页。
68 习近平总书记指出，“世界命运应该由各国共同掌握，国际规则应该由各国共同书写，全球事务应该由各国共同治理，发展成果应该由各国共同分享。”参见习近平：“共同构建人类命运共同体：在联合国日内瓦总部的演讲”，载《人民日报》2017 年 1 月 19 日。
69 李向阳：《共建“一带一路”倡议十周年：回顾与展望》，《国际经济评论》2023 年第 5 期，第 11 页。

传统法治理论基于调整对象的不同，将法治分为调整一国内部社会关系的国内法治和主要调整主权国家之间关系的国际法治。[70]不管是在国内层面还是国际层面，“法治”都具有丰富的内涵，既包括静态意义上的法律规则体系，还包括动态层面“根据法律进行治理”的治理模式与过程，还可作为一种社会秩序状态的表征。[71]国内法治与国际法治既存在基础性差异，但又相互依存、相互贯通、相互影响，两者之间的的双向互动是国际关系互动实践在全球治理视野下的反映。[72]

从规则建构的视角观之，国内法治与国际法治的双向互动在互动方式上表现为“国内规则的国际化”和“国际规则的国内化”[73]。国内规则的国际化是指一国将本国运行良好的法治经验和成果等以规则的形式输往国际层面。这些规则或是在国际交往过程中得到反复运用，逐渐形成国际惯例，或是通过谈判取得其它国家的同意，以国际条约或协定的形式确定下来成为国际规则。通常，只有国际社会中的大国或霸权国才有能力和意愿将本国单方面的法治实践推广至国际层面，上升为国际规则。国际规则的国内化是指国家接受和学习国际规则，并将其转化为国内规则。[74]经济全球化背景下各国之间经济的相互依存使得国内法治不可避免地受到国际法治的影响，各国或是直接将国际规则纳入国内规则，或是依据国际法治实践成果，通过对国内法律法规的修订与体制机制的调整，实现与国际规则、标准的协调与对接。国家作为主体在国际法治和国内法治两个层面发挥着核心作用，[75]但各国在法治互动过程中发挥的作用各有不同，大国参与的方式是推进承载本国价值理念和法治观念的国内规则向国际规则演进，即“国内规则的国际化”，而小国的参与方式往往是通过吸纳对接国际规则以完善本国国内规则体系，即“国际规则的国内化”。其中，国家利益的实现是促使国家推动国内法治与国际法治双向互动的内生动力。成本与收益的权衡是国家个体推动国内法治与国际法治双向互动的内在动机。无论是国际规则的主导国将“国内规则国际化”，亦或是小国将“国际规则国内化”，背后的深层原因都在于非中性的制度规范会为参与国带来各异的经济收益与非经济收益。

一国越是接近全球经济治理的中心位置，国内法治与国际法治的互动就会越发频繁和深

---

70 参见周鲠生：《国际法》，商务印书馆 1976 年版，第 2 页。
71 参见张文显：《法治与法治国家》，法律出版社 2011 年版，第 1-5 页。
72 赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，《中国社会科学》2014 年第 10 期，第 83 页。
73 有学者将这两种路径称之为“规则外溢”和“规则内化”，参见徐秀军：《规则内化与规则外溢——中美参与全球治理的内在逻辑》，《世界经济与政治》2017 年第 9 期，第 69 页；也有学者将国际经济治理的内涵概括为国际规则的国内化与国内规则的多边化，参见陈琪、管传靖、金峰：《规则流动与国际经济治理——统筹国际国内规则的理论阐释》，《当代亚太》2016 年第 5 期，第 12 页。
74 陈琪、管传靖、金峰：《规则流动与国际经济治理——统筹国际国内规则的理论阐释》，《当代亚太》2016 年第 5 期，第 16 页。
75 参见朱景文：《全球化是去国家化吗？——兼论全球治理中的国际组织、非政府组织和国家》，《法治与社会发展》2010 年第 6 期。

入。在当前“国际竞争越来越体现为制度之争、规则之争、法律之争”[76]的背景下，单纯依靠扩大进出口贸易及投资的开放举措已不足以应对国际经贸规则治理体系变革带来的风险挑战和推进我国高水平对外开放的内在要求。于我国而言，中国国内法治与国际法治的互动是一个持续深化的过程，涉外法治将在其中发挥重要的桥梁和纽带作用，[77]补充、支撑和推动国内法治和国际法治的互动关系，不断完善我国的国内法治体系并增强参与国际法治的法律能力。强化国内法治与国际法治的良性互动是“双循环”新发展格局下实现更大范围、更宽领域、更深层次对外开放的必由之路和法治保障。我国应以国际经贸规则的变革与重塑为出发点，以制度型开放为突破，将国内法治与涉外法治的统筹推进融入到国际经贸规则变革与重塑的进程中，创新国内法治与国际法治的互动融合，将参与全球经济治理进程嵌入国家治理体系和治理能力现代化的提升中，将我国国家治理的成功经验嵌入到全球治理体系改革当中。[78]一方面，要积极主动对接高标准国际经贸规则，推动国际通行规则国内化的进程。这既是稳步扩大制度型开放的关键内涵，也是中国式涉外法治现代化建设的重要内容。同时，也要注意甄别一些所谓的国际高标准经贸规则当中具有歧视性、排他性、针对性的不当规定，决不能以牺牲国家核心利益为代价，单向度地追求与西方国家所制定的诸多多边、区域经贸规则相契合；另一方面，我国应当积极推动国际经贸规则朝着有利于促进贸易投资自由化、便利化的方向发展，并坚持权利义务对等原则，以适度的责任承担、利益让渡和公共产品提供换取在国际经贸规则制定中的话语权，[79]遵循特殊性与普遍性相统一、中国性与世界性相统一的方法论构建开放的中国叙事，[80]推动中国规则走向世界。

（三）构筑共商共建共享型的治理结构

构筑共商共建共享型的国际经贸治理结构，旨在促进各国在平等、开放、透明的基础上进行合作，实现互利共赢。WTO是一个成员驱动的组织，发达成员和发展中成员在国家利益的驱动下展开规则谈判与博弈。然而WTO的发展现状似乎既不能为发达成员提供符合其预期的经济增长表现，也不能充分回应发展中成员的发展诉求，因此深陷治理困境的泥沼。当下发达成员和发展中成员在WTO现代化改革的过程中展开权力对峙与规则博弈，WTO现代化改革能否顺应多中心的世界经济新格局变化，调和各方诉求，优化霸权秩序下的等级制治理结构，破解民主赤字、治理赤字、规则赤字等内生性症结，不仅事关多边贸易体系的未来重构走向，

---

[76] 习近平：《坚持走中国特色社会主义法治道路 更好推选中国特色社会主义法治体系建设》，《求是》2022年第4期，第6页。

[77] 黄惠康：《准确把握“涉外法治”概念内涵 统筹推进国内法治和涉外法治》，《武大国际法评论》2022年第1期，第12页。

[78] 刘雪莲、姚璐：《国家治理的全球治理意义》，《中国社会科学》2016年第6期，第35页。

[79] 潘忠岐：《中国与国际规则的制定》，上海人民出版社2019年版，第179页。

[80] 郑永年：《开放中国 新时代新格局》，外文出版社2023年版，第160页。

也决定了未来国际经贸规则治理体系的发展前景。伙伴型或扁平化的全球治理反对等级制的霸权治理和霸权秩序，特别是这种治理和秩序中的非正义性。[81]在共商共建共享型的国际经贸治理结构中，全球治理的参与者和领导者更加多元，各种国际行为体均能发挥其治理作用，有利于确立更为平等和更有代表性的决策机制，形成包容性的普遍规则。

为构筑共商共建共享型的国际经贸治理结构，首先，在“共商”方面，应当着力完善多边对话机制。通过联合国、世界贸易组织（WTO）、二十国集团（G20）、亚太经合组织（APEC）等多边机构，为各国提供一个共同商议国际经贸问题与多边经贸规则的平台。除此之外，还可以鼓励各国政府、国际组织、私营部门、民间社会等多方参与，共同制定和执行国际经贸规则，提升多元利益主体的参与度。其次，在“共建”方面，树立开放、包容、共享、均衡的新全球化观，构建开放型世界经济体系。在传统贸易与投资议题上，继续推动贸易和投资自由化便利化，通过减少贸易壁垒、简化海关程序、加强知识产权保护等措施，促进贸易和投资的自由流通；随着数字经济和新商业模式的兴起，国际经贸治理结构还需要不断适应数字经济和新商业模式，制定相应的规则和标准；各国在应对发展问题上，应当促进技术转移和能力建设，支持发展中国家提升自身的技术水平和产业能力，通过技术合作和能力建设项目，促进全球经贸的均衡发展；强化透明度和问责机制，确保国际经贸治理过程的透明度，建立有效的监督和问责机制，保证各方遵守国际规则。最后，在“共享”方面，致力于实现包容性增长，确保发展中国家和最不发达国家能够充分参与国际经贸体系，并从中受益，缩小南北发展差距；建立公平竞争的国际市场环境，打击保护主义和不公平贸易行为，确保各国企业能在公平的条件下竞争；促进可持续发展，将环境保护和社会责任纳入国际经贸治理中，推动绿色、低碳的可持续发展。

（四）构建包容性的国际经贸制度安排

贸易始终是提高包容性的强大驱动力。国际经贸规则治理体系正值变革与重塑期，多中心运行的发展趋势为各国企业参与国际分工带来新的挑战和机遇。新一轮国际经贸规则以双边、区域自贸协定为主要载体，以“边境后”措施为规制重点，规则体系的治理以贸易、投资自由化和便利化为主要内容，规制领域涉及公平竞争、产业补贴、劳工权益保护、生态环境保护等方面。但是，部分规制措施不仅不符合发展中国家和新兴市场经济体的发展现状，甚至与构建开放型世界经济相违背。例如，CPTPP、USMCA 等区域自贸协定中的“三零”规则与严格的原产地规则的结合易形成“对内开放、对外保护”的局势，并产生贸易投资转移效应；当前美欧等发达国家不断致力于将“国企规制”推行至国际层面，以双边、区域自贸

[81] 陈志敏：《国家治理、全球治理与世界秩序建构》，《中国社会科学》2016 年第 6 期，第 20 页。

协定为载体对国有企业进行专章规制，意图绕过 WTO 形成针对国有企业的反补贴规则，旨在遏制国有企业在国际市场上的竞争力，这无疑为广大发展中国家和新兴经济体的国有企业融入世界市场，参与国际经济循环设置了更高的门槛和更严苛的要求；USMCA 中的“毒丸条款”[82]变相约束缔约方与“非市场经济国家”谈判和签署自由贸易协定，甚至剥夺“非市场经济国家”投资的企业在投资争端解决中的诉权，将“俱乐部”的准入门槛直接与美国国内立法挂钩，[83]否定其他发展模式与市场经济之间的兼容性。无论是 WTO 多哈回合的失败、WTO 上诉机构改革的停止，还是“俱乐部式”区域贸易协定的回归，都体现了全球化缺少共识，其背后反映出发达国家与发展中国家之间，发达国家内部、发展中国家内部均存在利益分歧。发达国家在新一轮国际经贸规则重塑过程中“重市场开放，轻发展合作”[84]的做法更是加剧了区域间、国家间的分歧与冲突，这无益于构建包容性的国际经贸规则体系，更无助于形成公平公正、开放包容、互利共赢、协调均衡的全球经济治理体系。

在处理发达成员和发展中成员问题上，应当始终坚持并尊重发展中成员享受特殊与差别待遇的权利，并尊重各成员内部不同的经济发展模式。在国际经贸协定中，为发展中成员制定更加宽松的规则和标准，在高标准经贸规则的适用和履行方面给予更长的过渡期和灵活性，并且确保发展中成员有足够的政策空间来实施符合自身国情的发展战略，包括保护关键产业、实施社会政策等；还可通过为发展中成员提供技术援助和能力建设支持，帮助它们提升参与国际贸易和投资的能力，将技术和能力建设倡议纳入减贫、营商环境建设以及中小微企业参与世界贸易等。此外，世贸组织的多边特性及其成员的异质性决定了其宗旨和范围必须具有包容性，不应唯“西方优越论”而强求所有成员遵循统一的发展路径。规则的制定应保持公允、非歧视，并允许一定的灵活性，为成员提供保留意见的余地。

在处理双边、区域、多边治理体系协同发展问题上，一方面，虽然美欧等发达国家目前倾向于以高标准、俱乐部式的自由贸易协定为主要路径重塑国际经贸规则体系，但对于广大新兴经济体、发展中国家而言，维护以非歧视和自由公正为核心的多边贸易体制仍是当前要坚持的方向，[85]推动以 WTO 现代化改革为核心的多边贸易体制的更新仍是推动国际经贸规则重构和创新，实现全球范围内包容性增长的最佳路径。[86]另一方面，区域主义与多边主义

---

[82] USMCA 第 32 章第 10 条是关于规制缔约方“与非市场国家签署自由贸易协定”的相关规定，因美国商务部部长威尔伯·罗斯将其形容为“可能会被复制的毒丸（poison pill）”而得名“毒丸条款”；USMCA 第 14 章投资章节的附件 14-D 是关于“墨西哥—美国投资争端”的规定，也规定了对非市场经济国的特殊规则，并被称为“小毒丸条款”。

[83] 刘卫平：《大国竞合下的美墨加协定》，《人民论坛》2020 年第 27 期，第 127 页。

[84] 迟福林主编：《二次开放——全球化十字路口的中国选择》，中国工人出版社 2017 年版，第 39 页。

[85] 王春丽、冯莉：《国际经贸规则重构对中国对外开放的影响与应对策略》，《亚太经济》2020 年第 5 期，第 130 页。

[86] 赵龙跃：《国际经贸规则的重构与创新》，科学出版社，2023 年版。

并非“水火不容”的关系，前提是 WTO 成员方善意地遵守 WTO 对于区域贸易协定相关规则并维护好二者之间的平衡。区域贸易协定内部的治理结构既可能是高度等级制的，也可能是扁平化的，包容开放的区域贸易协定能够促进区域内部以及跨区域间的包容合作，改善多边贸易体系碎片化效应，与多边贸易体制一起构成复合性全球经贸治理结构。[87]中国推动下的区域经贸合作应当以共商共建共享共治为原则，突出强调开放性和包容性；在治理方式上，提倡协商对话、交流合作等软治理方式；在规则制定上，重视弹性灵活、共同参与的软制度建设；在利益分配上，明确利益共享、互利共赢的共同发展理念。

[87] 柯静：《重构中的多边贸易体系：以世界贸易组织制度变迁为案例》，上海人民出版社 2023 年版，第 33 页。

气候正义视角下欧盟碳边境调节机制的国际法正当性评析

傅煌安*

摘要：正义是平衡气候安全和碳排放权的首要目标。《巴黎协定》中的气候正义兼具伦理与法律价值，要求实现气候变化责任的公平分担。虽然《巴黎协定》赋予 CBDR 原则新的减排责任模式，但其仍是气候责任分担正义的核心原则，也是国际气候治理制度正当性重要的价值和标准来源。欧盟通过单边贸易措施建立的 CBAM 机制不仅违背了 CBDR 原则蕴含的差异化平衡，也忽视了 WTO 制度中所容许的特殊与差别待遇及其反映的包容性公平。国际法遵守推力理论要求国家遵守法的正当性，CBAM 机制不仅违反了国际法规范性，也有悖于其正当性，无利于气候危机的解决。在气候危机下，国际社会应提升全球气候治理与贸易制度的连贯性与兼容性，协调公平与效率价值，维护全球气候正义。

关键词：气候正义；欧盟碳边境调节机制；共同但有区别的责任原则；特殊与差别待遇；气候危机；国际法正当性

2023 年 5 月 10 日欧洲议会和欧盟理事会第 2023/956 号条例正式建立了欧盟碳边境调节机制（Carbon Border Adjustment Mechanism，以下简称“CBAM 机制”），并于 2023 年 5 月 17 日生效，于 2023 年 10 月 1 日开始其过渡期并实施相关条款。自欧盟公布 CBAM 机制提案以来，我国学者就 CBAM 机制在 WTO 制度下的合法性进行了诸多探讨。[1]相反，CBAM 机制与共同但有区别的责任原则（以下简称“CBDR 原则”）的一致性问题在学术界较少受到关注。这一方面是因为 CBDR 原则在实践中经常被视为次级规则，即无法就 CBDR 原则提起国际争端；另一方面是因为 CBDR 原则在某种程度上被视为是与确保 WTO 规则相兼容的障碍。

然而，如何以公平的责任分担方式实现气候正义一直是国际气候谈判中的核心议题。2015 年通过的《巴黎协定》更是将“气候正义”概念纳入序言之中。CBDR 原则不仅是《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》的核心原则，也是气候正义伦理的具体落实，体现

* 傅煌安，华东政法大学国际法学院和荷兰格罗宁根大学法学院联合培养博士研究生。本文得到中国国家留学基金（留金选［2023］49 号）资助。

[1] 例如：陈红彦：《欧盟碳边境调整机制的合法性考辨及因应》，载《法学》2021 年第 12 期；边永民：《世界贸易组织法视域下欧盟碳边境调节措施的合法性》，载《经贸法律评论》2022 年第 2 期；刘晓豹：《欧盟碳边境调整机制的 WTO 合规性问题分析》，载《上海对外经贸大学学报》2022 第 5 期等。

了国际法的正当性。中国、印度、巴西和南非等发展中国家在“基础四国”[2]第 30 次气候变化部长级会议发表联合声明，明确反对任何通过单边途径建立碳边界调节机制等具有歧视性措施的贸易壁垒，重申支持多边主义，支持全面有效实施《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》，强调应对气候变化应秉持 CBDR 原则。[3]本文以气候正义为视角，旨在证明 CBDR 原则是评价国际气候治理制度正当性的重要依据，欧盟的 CBAM 机制不仅将违反 CBDR 原则中有关气候变化责任的分担方式，也将违背国际气候治理制度与国际贸易制度中的公平、正义价值，不利于国际气候治理的雄心与团结。

一、气候正义视角下气候变化责任的分担方式

《巴黎协定》将气候正义从伦理概念转变为法律概念，使之成为国际气候治理制度的指导思想和价值评判标准。在气候正义视角下，责任、能力与需求原则被认为是与公平相关的三个原则，共同发挥实现气候变化责任公平分担的作用。

（一）气候正义概念的法律化

早期的英国古典政治哲学家托马斯·霍布斯（Thomas Hobbes）提出“自然状态”下的国家观点，认为国际关系中不存在是非、公正与不公正的观念。[4]因此，反对国际法中超越国家的权力和价值观。然而，“自然状态”下的国际法无法有效地引导冲突，给国际社会带来了巨大灾难。[5]第二次世界大战之后，国际社会出现了共识，即变革是必要的，需要制定新的规则来打破狭隘的国家利益，以实现公平、正义的国际秩序。美国政治哲学家约翰·罗尔斯（John Rawls）认为正义是社会制度的首要价值，相关法律制度，不管效率如何，只要不正义，就必须加以改造或废除。[6]然而，罗尔斯认为在国际关系中，如果国家边界导致了社会合作系统的分散，那么生活在不同民族国家中的个人之间的关系就不能受到社会正义原则的规范。[7]因此，其认为正义中的“差别原则”无法适用于国际社会，发达国家对发展中

---

[2] 基础四国（BASIC）是中国、印度、巴西和南非等国建立的应对气候变化的重要合作机制。该组织在谈判中为发展中国家发声，为推动多边谈判进程发挥了重要的建设性作用。

[3] *See* BASIC, *30th Ministerial Meeting on Climate Change – Joint Statement*, p.4, para.4, at https://english.mee.gov.cn/News_service/news_release/202104/P020210420346484492808.pdf (Last visited on Aug 8, 2024).

[4] 参见[英]托马斯·霍布思：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务出版社 1985 年版，第 276 页。

[5] 例如，在政治问题上，引发了 19 世纪的第一次和第二次世界大战；在经济问题上，引发了 20 世纪 20 年代至 30 年代的经济大萧条；而在环境问题上，导致了全球气候变暖、海平面上升、生物多样性减少等严重问题。

[6] 参见[美]约翰·罗尔斯：《正义论》（修订版），何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 2009 年版，第 3 页。

[7] 参见[美]约翰·罗尔斯：《正义论》（修订版），何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 2009 年版，第 360-361 页。

国家的责任只是一种“援助责任”。[8]因此，只有当人们遭受不利条件而无法满足其基本需求时，其他国家才应提供帮助。例如，气候危机可能限制小岛屿国家对基本人权的最低要求，因此援助小岛屿国家属于国家责任，但罗尔斯理论并不支持重新分配气候变化责任。

然而，一方面，随着全球化的发展，贸易、资本和劳动力流动将产生全球比较优势，并产生外部影响；[9]另一方面，涉及自然资源因素的考虑将引发国家间的道德冲突。[10]一些学者开始在国际分配中将“正义论”扩展到罗尔斯理论之外。阿马蒂亚·森（Amartya Sen）认为正义应是全球化的，需要超越国家或民族边界，在全球范围内讨论、评价公正问题。[11]在应对气候变化方面，气候容量资源的内在属性决定了其带来的影响往往是不公正的。例如，发达国家与发展中国家之间存在权利与义务的时空错位。同时，全球化使国际社会在应对全球气候变暖方面的互动成为可能，并可能导致全球再分配效应。因此，经修正的罗尔斯“正义论”可以适用于国家间的气候变化的责任分配，即“气候正义”。[12]

“气候正义”的概念在 20 世纪 90 年代开始流行。1999 年，国际组织“Corp Watch”发布报告，首次对气候正义概念进行定义。[13]2002 年，由 Corp Watch、世界雨林运动、地球之友和土著环保联盟等国际组织发布的《巴厘岛气候正义原则》提出“保护土著和受影响社区权利”、“承认工业化政府和跨国公司生态债务”等气候正义原则。[14]2007 年，在《联合国气候变化框架公约》第 13 次缔约方会议期间，来自南方国家代表以“实现气候正义（Climate Justice Now）”为名，呼吁“在偿还气候债务责任基础上，从北方向南方进行资金转移”。[15]2015 年联合国《2030 年可持续发展议程》提出的包括应对气候变化及其影响等在内的多项可持续发展目标，多次提及公平、公正概念。[16]

---

[8] 参见[美]约翰·罗尔斯：《万民法》，陈肖生译，吉林出版集团有限责任公司 2013 年版，第 160 页。

[9] *See* Ulrike Will and Cornelia Manger-Nestler, *Fairness, equity, and justice in the Paris Agreement: Terms and operationalization of differentiation*, Leiden Journal of International Law, Vol.34:2, p.409 (2021).

[10] 参见任付新：《国际关系视域中的正义问题——对罗尔斯正义理论的批判性考察》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2020 年第 1 期，第 36 页。

[11] 参见李娴静：《阿马蒂亚·森对罗尔斯正义理论方法论的批判》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 1 期，第 118 页。

[12] 气候正义是指所有国家、地区和个人都有平等地使用、享受气候资源的权利，也公平地分担稳定气候系统的义务和成本。参见曹明德：《中国参与国际气候治理的法律立场和策略：以气候正义为视角》，载《中国法学》2016 年第 1 期，第 31 页。

[13] *See* Kenny Bruno, et al., *Greenhouse Gangsters vs. Climate Justice*, at https://www.corpwatch.org/sites/default/files/Greenhouse%20Gangsters.pdf. (Last visited on Aug 8, 2024)

[14] *See* Corp Watch, et al., *Bali Principles of Climate Justice*, at https://www.ejnet.org/ej/bali.pdf (Last visited on Aug 8, 2024).

[15] *See* Tokar B, *On the Evolution and Continuing Development of the Climate Justice Movement*, in Tahseen J, Helwig K and Mikulewicz M eds., Routledge Handbook of Climate Justice, Routledge, 2018, p.13-25.

[16] 例如《变革我们的世界：2030 年可持续发展议程》序言部分第 3、8、25 段。

在国际组织及民间力量推动下，国际社会已承认气候正义概念，因此缔造国际气候治理制度的《联合国气候变化框架公约》从一开始便就与正义相关的概念展开讨论。例如，该公约第 3 条承认“公平”与 CBDR 原则。在这一制度下，《巴黎协定》是第一个明确提及气候正义概念的条约，[17]将气候正义从一个理论和社会运动中讨论的概念转变为一个可能约束全球气候政策的法律概念。从法律角度来看，气候正义涉及责任、需求和承担成能力的不同等方面，《巴黎协定》提出以公平原则为基础，在“共区责任”+“各自能力”+“不同国情”的模式下统合这些因素的 CBDR 原则。然而，《巴黎协定》没有对气候正义概念及反映气候正义的 CBDR 原则进行进一步的法律诠释，这在一定程度上影响了气候正义的规范效力。

（二）气候正义下的公平原则

公平是与正义相互关联的概念，其经常被用来定义正义，即罗尔斯所说的“公平即正义”。托马斯·弗兰克（Thomas M. Franck）认为“公平”既包括程序规则，也包括分配规则。分配规则是否公平取决于它在多大程度上尊重相关个人或群体的权利、义务、自由和平等地位。[18]在国际法中，公平是一项重要的法律原则。在缺乏明确规则的情况下，法官经常依据公平原则来解释、填补法律空白。而国际环境法的许多规定也都提到了公平原则。例如，1992《里约环境与发展宣言》提到发展的权利必须考虑代际公平。[19]在气候变化背景下，公平原则在全球气候正义中发挥着重要作用。国际社会普遍认为气候正义下的公平由两个要素组成：代内公平（如 CBDR 原则）和代际公平（如发展权）。虽然在法律制度中“公平”与“效率”经常被认为是相互冲突的价值，但在气候谈判中强调公平可以提高效率的权衡，并鼓励国家利用道德理由，而避免做出严格的承诺措施。[20]

因此，关于公平的讨论一直是气候谈判的核心。《联合国气候变化框架公约》第 3 条便规定气候保护应建立在公平的基础上。[21]在 2014 年《联合国气候变化框架公约》第 20 次缔约方大会通过《利马气候行动宣言》，在国家减缓目标方面使用了“公平”一词后，[22]“公

---

[17] 《巴黎协定》序言部分。《巴黎协定》于 2015 年 12 月 12 日在第 21 届联合国气候变化大会上通过，于 2016 年 11 月 4 日起正式实施。

[18] 参见郑艳、梁帆：《气候公平原则与国际气候制度构建》，载《世界经济与政治》2011 年第 6 期，第 73 页。

[19] 参见 1992《里约环境与发展宣言》原则三。

[20] *See* Robert O. Keohane, *Keohane on climate: what price equity and justice?*, at https://www.climatechangenews.com/2016/09/06/keohane-on-climate-what-price-equity-and-justice/ (Last visited on Aug 8, 2024).

[21] 1992 年《联合国气候变化框架公约》第 3.1 条规定“各缔约方应当在公平的基础上，并根据它们共同但有区别的责任和各自的能力，为人类当代和后代的利益保护气候系统”。

[22] Elements for a Draft Negotiating Text, Dec. 1/CP.20 Annex, UN Doc. FCCC/CP/2014/10/Add.1 (2015), para. 16 (1) Option 2.

平”也被纳入《巴黎协定》文本中。[23]虽然《巴黎协定》将公平视为是各国应对气候变化能力的自我评估，但是其将“公平”与“雄心勃勃”一词结合在一起，旨在反映每个国家自主贡献目标如何为总体气候目标（1.5-2°C）做出贡献。由于各国受气候变化影响程度不同，对国家自主贡献目标的反思也意味着对公平原则的反思。因此，公平原则仍然体现在《巴黎协定》的各项条款中，这些条款可用于增加缔约方气候行动的雄心。

（三）气候责任分担正义的基本原则

气候正义的核心是责任分担正义（Burden-Sharing Justice），即如何在责任承担者之间公平分担应对气候变化的责任。[24]然而，由于大气资源的时空配置错位，欠发达国家、弱势群体和资源较少的国家制定期望的能力较弱，而子孙后代又没有任何代表，因此如何规定公平分配是复杂的。在实践中，责任、能力和权利（需求）被认为是与公平考虑相关的重要因素，被各方普遍援引和广泛接受。[25]因此，“责任分担正义”可进一步划分为若干原则：

1、责任原则。责任原则要求应由引起问题的一方来解决问题。在气候谈判中经常援引两项与责任相关的公平原则。一是“污染者付费原则（Polluter Pays Principle）”，认为造成环境损害的污染者有责任支付赔偿并承担弥补损害的费用。[26]就气候变化而言，所有国家都应采取行动减缓其不利影响，即“共同的责任”。污染者付费原则反映了矫正正义，然而对于大气污染责任的分配还必须考虑到历史责任原则，[27]即按照累计排放量的比例或气候变暖的历史贡献来划分责任，即“区别的责任”。

2、能力原则。能力原则要求应由有能力的一方解决问题。就应对气候变化而言，能力是一个多方面的指标，包括实现“碳汇”、提高能源利用效率等能力。能力原则反映了分配正义，强调“人类的基本利益应该得到保护”。[28]在气候变化中，最常见、最普遍的与公平相关的能力原则是支付能力原则（Ability to Pay Principle），要求把更大的减排责任分配给有能力承担的国家。相反，最贫穷的国家，通常也是最脆弱的国家，仍可自由地优先考虑

---

[23] 例如，《巴黎协定》序言规定公约目标的实现应以“以公平为基础”；第14.1条“全球盘点”规定评估减缓、适应以及执行和资助等方式问题时，应顾及公平。

[24] 对气候公平的讨论主要是碳排放权利分配和减排责任的分担问题。由于全球大气资源的公共产品属性及全球排放空间的有限性，碳排放权的分配和减排责任的分担实际上是同一个问题的两个方面。参见郑艳、梁帆：《气候公平原则与国际气候制度构建》，载《世界经济与政治》2011年第6期，第74页。

[25] *See* Arild Underdal and Taoyuan Wei, *Distributive fairness: A mutual recognition approach*, Environmental Science & Policy,Vol.51, p.35 (2015).

[26] 参见[法]亚历山大·基斯：《国际环境法》，张若思编译，法律出版社2000年版，第95页。

[27] 1997年，巴西代表团在《京都议定书》磋商期间首次提出了使用历史责任指标分担排放量的建议，随后在谈判和学术界都对一原则进行了广泛讨论。

[28] *See* Simon Caney, *Cosmopolitan Justice, Responsibility, and Global Climate Change*, Leiden Journal of International Law, Vol.18:4, p.767 (2006).

其发展目标。

3、需求原则。需求原则表明行为者享有权利，也应承担义务。在气候谈判中，需求原则经常作为平等原则出现——即所有人类都有平等的权利排放相同数量的温室气体。例如，亨利·苏（Herry Shue）以气候正义为视角，对该制度下的差异排放和其他问题进行了研究，区分了基本需求排放（Subsistence Emissions）和奢侈需求排放（Luxury Emissions）。[29]与需求原则密切相关的是“发展权”概念。[30]在气候责任分担中，发展权意味着“发展中国家”应该被允许以与工业化国家相同的方式发展，也意味着缓解责任将更多地分配给工业化国家。

气候责任分担正义的的三项原则在气候谈判中经常被引用且很少引发争议。然而，如何解释和衡量它们则存在分歧。因此，提出一种混合解释是非常必要的，它是应对气候变暖的迫切性和公平性的多元主义式回应。[31]1992 年《联合国气候变化框架公约》提出的 CBDR 原则是气候正义在现实执行层面的具体化，这一原则考虑了气候变化影响的严重程度、国家的历史责任以及经济发展水平等因素。《巴黎协定》将“气候正义”一词纳入讨论范围，并引入国家自主贡献目标，提出了新的的自下而上的减排分配制度，给予 CBDR 原则更灵活的公平性选择。

二、欧盟碳边境调节机制与 CBDR 原则

虽然《巴黎协定》发展了 CBDR 原则，但其仍是气候治理的核心原则，在气候责任分担中体现了差异化公平。欧盟的 CBAM 机制不符合 CBDR 原则的要求，单方面削弱了《巴黎协定》建立的国家“自我区分”的气候责任分担方式。

（一）CBDR 原则的演化发展

为解决所谓“集体行动困境”，国际环境法建立了不同层级，使不同国家能够根据其责任和能力，有效地采取集体应对措施。例如，1972 年斯德哥尔摩人类环境会议宣示，保护环境是全人类的“共同责任”；同时指出，发展中国家的环境问题“在很大程度上是发展不足造成的”，成为 CBDR 原则的雏形。[32]自 20 世纪 80 年代以来，CBDR 原则以不同表述出

---

[29] *See* Herry Shue, *Subsistence Emissions and Luxury Emissions*, Law and Policy, Vol.15:1, p.39-59 (1993).

[30] 1970 年，联合国人权委员会委员卡巴·穆巴耶在《作为一项人权的发展权》的演讲中，明确提出了“发展权”的概念。根据 1986 年联合国《发展权利宣言》第 1 条规定，发展权利是一项不可剥夺的人权，由于这种权利，每个人和所有各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会、文化和政治发展，在这种发展中，所有人权和基本自由都能获得充分实现。

[31] 参见王莹莹：《何种正义，如何有效——重思气候责任分担中的伦理原则》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2023 年第 4 期，第 72 页。

[32] 参见《共同但有区别的责任》，载中国气象局网站，https://www.cma.gov.cn/2011xzt/2014zt/20141127/2014112703/201411/t20141128_268234.html，2024 年 8 月

现在各种国际环境协定中，并在 1992 年《里约宣言》中得到确认。在气候变化领域，1992 年《联合国气候变化框架公约》确立了 CBDR 原则。CBDR 原则可以被解释为公平原则的反映，其将责任原则、能力原则与需求原则统一起来，在“共同责任”前提下，强调国家对气候变化问题负有不同责任，并且在解决气候变化问题的能力与需求方面也不同。

然而，由于南北国家之间根深蒂固的分歧及《京都议定书》的失败，国际社会认识到要在缔约方间实现气候责任的公平分担，不同国情这个事实是不可忽视的。2015 年通过的《巴黎协定》对 CBDR 原则的理解发生了显著变化，其第 2 条第 2 款重申该协议将按照 CBDR 原则实施，但这受到“不同国情”的限制，并取消了《京都议定书》对发达国家和发展中国家的分配式架构，将自主权下放至国家：各国通过国家自主贡献、展开“自我区分”的气候变化减缓责任，并通过全球盘点和透明度框架等制度安排，推动全球气候目标的一致行动。《巴黎协定》第 4 条第 2 款要求缔约方应采取雄心勃勃且连续的国家自主贡献目标，并通过第 4 条第 3 款引入“国情”这一限定词，为解释气候责任带来了动态和灵活的因素，不仅扩大了分化参数（如人口规模、机会成本等），还扩大了国家之间区分的范围（如新兴工业化国家的排放问题）。在国家自主贡献雄心方面，《巴黎协定》第 4 条第 4 款规定发达国家应发挥带头作用以实现绝对的减排目标，而发展中国家应继续加强其减缓努力，同时，第 4 条第 5 款要求发达国家应向发展中国家提供财政、技术和能力建设方面的支持，以帮助实现其减缓目标。此外，根据《巴黎协定》第 4 条第 6 款，最不发达国家和小岛屿发展中国家没有强制的减排要求。[33]

（二）CBAM 的实施机制及其影响

在《巴黎协定》背景下，欧盟 2021 年提出“Fit for 55”一揽子气候计划，提出完善欧盟立法，以实现到 2030 年将欧盟温室气体排放比 1990 年减少 55%和到 2050 年实现碳中和的气候目标。[34]“Fit for 55”计划建议欧盟收紧碳排放交易机制（ETS），要求产品生产商为整个生产过程中排放的温室气体付费。[35]目前欧盟的 ETS 交易体系并没有对碳排放收费，其大多数许可证都是根据生产者的历史排放量分配的“免费配额”。然而，取消免费配额带

8 日访问。

[33] 参见 2015 年《巴黎协定》第 4 条第 6 款“最不发达国家和小岛屿发展中国家可编制和通报反映它们特殊情况的关于温室气体低排放发展的战略、计划和行动。”

[34] *See* European Commission, *European Green Deal: Commission proposes transformation of EU economy and society to meet climate ambitions*, at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3541 (Last visited on Aug 8, 2024).

[35] 欧盟排放交易体系于 2008 年建立，其要求欧盟成员国和其他排放交易体系参与者设定国家允许的温室气体排放上限，并发放与具体排放额度相对应的许可证。

来的困难是双重的：一方面，欧盟生产商认为与非欧盟生产商相比，为碳排放付费将使其产品失去竞争力；另一方面，欧盟监管者认为这可能导致温室气体排放转移到价格较低的地区，产生“碳泄漏”现象。[36]

为重建与欧盟外竞争者的公平竞争环境，并提高欧盟 ETS 体系的有效性，欧盟决定建立 CBAM 机制，通过 CBAM 证书与 ETS 的碳价格挂钩，实现进口产品和其内部产品碳价格的对等。根据欧盟第 2023/956 号条例，CBAM 适用于所有从第三国进口到欧盟的五大行业（水泥、钢铁、铝、化肥和电力）的产品。[37]这些目标产品进口商必须：（1）向其所在欧盟成员国的主管当局申请进口授权并设立 CBAM 账户；[38]（2）每年度提交“CBAM 申报”，说明其进口产品排放总量；[39]（3）购买并清缴足够的“CBAM 证书”以涵盖这些排放。[40]CBAM 机制不适用冰岛、列支敦士登、挪威（已加入欧盟 ETS 交易体系）和瑞士（已与欧盟 ETS 交易体系挂钩）。[41]此外，如果进口商在原产国支付了与欧盟相当的碳价，也可要求减少缴纳 CBAM 证书数量。[42]

这一机制旨在鼓励欧盟贸易伙伴采用碳定价作为首选的减排政策，并严格遵循欧盟的定价体系，组建“气候俱乐部”。然而，CBAM 机制不仅没有体现出发达国家与发展中国家的责任区别，也不包含对最不发达国家与小岛屿发展中国家的豁免，但却将对这些国家带来深远影响。首先，CBAM 机制所涵盖的五个行业，对于所有向欧盟出口的发展中国家来说都是重要的部门，这将影响发展中国家的产品出口。其次，CBAM 机制可能会对全球贸易产生重大影响，进而影响这些国家的经济发展。根据伦敦经济学院和非洲气候基金会的联合报告，CBAM 机制将使整个非洲大陆的 GDP 减少 0. 5%。[43]虽然，最不发达国家和小岛屿发

---

[36] 根据联合国政府间气候变化专门委员会（IPCC）2007 年的报告，减缓政策等导致的当地商品价格上涨，可能会导致生产重新分配到减缓规则不那么严格或没有相关规则的地区，从而导致这些地区的排放量增加，进而产生碳泄漏。*See* B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave and L.A. Meyer eds., *Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, 2007, p.665.

[37] *See* REGULATION (EU) 2023/956 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 10 May 2023 establishing a carbon border adjustment mechanism, OJ L 130, 16.5.2023, Article 2, ANNEX I, ANNEX III.

[38] *Id.*, Article 4-5.

[39] *Id.*, Article 6-7.

[40] *Id.*, Article 22.

[41] *Id.*, ANNEX III.

[42] *Id.*, Article 2.

[43] *See* Guepie, Geoffroy, et al., *Implications for African countries of a carbon border adjustment mechanism in the EU*, at https://africanclimatefoundation.org/research-article/implications-for-african-countries-of-a-carbon-border-adjustment-mechanism-in-the-eu/ (Last visited on Aug 8, 2024).

展中国家仅占欧盟目标产品的一小部分，但此类出口对这些国家经济发展非常重要。例如，莫桑比克是欧盟第六大铝出口国，铝出口占该国 GDP 的近 7%，而 CBAM 机制可能导致其 GDP 下降 1. 6%。[44]此外，最不发达国家和小岛屿发展中国家在生产过程中脱碳以及测量和验证出口到欧盟的产品碳强度方面的能力较低，CBAM 机制还将使这些国家面临较高的合规成本。

（三）CBAM 机制对 CBDR 原则的违反

在气候正义下，CBAM 机制不符合气候责任分担的要求。首先，CBAM 机制将抵消欧盟的历史责任。据统计，欧盟国家占自 1750 年以来碳排放总量的 22%。[45]在责任原则要求下，欧盟本应在气候行动中付出更大的代价来承担这一历史责任，即比发展中国家承担更高的碳价格，CBAM 机制却完全模糊欧盟过去污染所带来的显著利益及竞争优势。其次，CBAM 机制违反了能力原则。与欧盟国家相比，发展中国家和最不发达国家脱碳能力较低，将更多地依赖煤炭等化石燃料，如果将碳价格统一应用于能力不同的国家，对于相同的碳排放，将会从能力较弱的国家中收取更多费用。[46]最后，CBAM 机制还违反了需求原则。需求原则维护了发展中国家公平地利用剩余大气空间及社会经济发展的权利。目前全球高排放率的发生主要归因于发达国家的消费，发展中国家被要求承担污染成本，而污染主要受益者仍是欧盟消费者，这违背了发展中国家应享有同等甚至更多剩余排放权的理念。[47]

在国际气候治理制度中，CBDR 原则不仅是气候正义及公平原则的体现，也是气候变化协议的核心原则。[48]CBAM 机制应符合 CBDR 原则的要求。虽然对于欧盟来说，其有责任实现自身气候中和的目标，但欧盟并没有考虑与发展中国家及最不发达国家的“区别责任”。《京都议定书》中的 CBDR 原则采用了严格的“二元方法”来区别不同国家的责任。[49]与欧盟国家相比，发展中国家对气候变化的责任较小，CBAM 机制显然与《京都议定书》所实施的 CBDR 原则存在冲突。然而，《巴黎协定》采取了“自我区分”方式，给 CBDR 原则

---

[44] *Id.*

[45] *See* Hannah Ritchie, *Who has contributed most to global CO2 emissions?*, at https://ourworldindata.org/contributed-most-global-co2 (Last visited on Aug 8, 2024).

[46] *See* Fausto Corvino, *The Compound Injustice of the EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)*, Ethics, Policy & Environment, p.8 (2023).

[47] 考虑经济代价与发展权益的二维目标，应以气候安全的允许排放量作为全球碳预算总量，将有限的全球碳预算总额以人均方式初始分配到每个地球村村民。参见潘家华、陈迎：《碳预算方案：一个公平、可持续的国际气候制度框架》，载《中国社会科学》2009 年第 5 期，第 83 页。

[48] See J Scott and L Rajamani, *EU Climate Change Unilateralism*, European Journal of International Law, Vol.23:2, p.476 (2012).

[49] 《京都议定书》为每个发达国家制定了具有法律约束力、量化的减排目标（附件一国家），同时完全豁免发展中国家（非附件一国家）的减排义务。

的适用留下了解释空间。随着“不同国情”限定词的加入，也使 CBDR 原则对缔约方气候行动的相关标准变得更加开放。[50]尽管如此，在应对气候变化的责任分担中，《巴黎协定》有一个明确的要求：缔约方应在不同程度上为气候保护做出贡献。这种贡献不仅体现在减排责任分担上，也体现在适应能力等方面。例如，《巴黎协定》第 4. 5 条要求发达国家应提供财政支持以协助发展中国家应对气候变化。CBAM 机制不仅没有体现与发展中国家减排责任的区别，给予最不发达国家和小岛屿发展中国家豁免，也没有任何帮助这些国家脱碳的规定。

《巴黎协定》中的“国家自主贡献目标”是充分尊重国家主权的，这是其成功的关键。[51]目前，包括中国在内的一些发展中国家已经根据不同国情制定其减排计划，承诺为气候变化做出贡献，并将采取更加雄心勃勃的气候行动以应对气候危机。然而，CBAM 机制通过单边气候规制要求其他国家遵守与欧盟相同的碳定价条件，向以“自我区分”方法选择不同减排路径减的国家生产商施加负担，这不仅违背了《联合国气候变化框架公约》建立的以生产为基础的领土边界体系，也将损害《巴黎协定》下“自我区分”方式所赋予的国家裁量权。[52]例如，《巴黎协定》第 6. 8 条允许国家以“非市场方法”来完成自主贡献目标。CBAM 机制忽略了其他气候监管手段，削弱了国家选择脱碳手段的灵活性。事实上，《巴黎协定》从未为各国设定统一的气候目标和监管政策。例如，作为《巴黎协定》下监督机制的“全球盘点”制度，仅被授权评估集体进展目标，个别缔约方无权对他国气候行动的充分性进行任何评估。CBAM 机制实质将成为为欧盟推行气候单边主义，谋求全球气候治理话语权乃至构筑绿色霸权的工具。[53]

三、欧盟碳边境调节机制与 WTO 规则的兼容性

在国际贸易制度中，《WTO 协定》序言、一般例外规定、特殊与差别待遇条款（SDT 条款）等机制都为欧盟提供了在 CBAM 机制中对发展中国家实施 CBDR 原则的空间。作为全球气候变化的最大责任者和能力者，欧盟理应发挥带头作用，以更公平的方式承担其气候责任。

---

[50] *See* Ulrike Will and Cornelia Manger-Nestler, *Fairness, equity, and justice in the Paris Agreement: Terms and operationalization of differentiation*, , Leiden Journal of International Law, Vol.34:2, p.402 (2021).

[51] *See* Sandrine Maljean-Dubois, *The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime?*, Review of European, Comparative & International Environmental Law, Vol.25:2, p.155 (2016).

[52] *See* Natalie L. Dobson, *(Re)framing Responsibility? Assessing the Division of Burdens Under the EU Carbon Border Adjustment Mechanism,* Utrecht Law Review, Vol.18:2, p.179 (2022).

[53] 参见徐昕、吴金昌：《欧盟碳边境调节机制的实质、影响及中国因应——基于全球气候治理与国际贸易双重视角》，载《国际贸易》2023 年第 4 期，第 53 页。

（一）国际贸易与气候治理规则之间的冲突

CBAM 机制是一项单边贸易措施，虽然欧盟坚称该措施的目的是为了防止碳泄漏，但其必然对国际贸易造成影响。[54]因此，CBAM 机制涉及贸易和气候不同的治理规则。在气候正义下，气候治理考虑的是如何防止“公地悲剧”的发生以及如何实现各国之间碳排放权利与义务的公平分配；而建立在市场自由竞争秩序上的国际贸易法治旨在促进国际货物的自由流动，并通过市场竞争实现各国资源和优势得到最佳配置和组合。[55]国际贸易与气候治理制度中“公平”与“效率”的不同价值取向也反映在法律规范的冲突上，不同治理规则之间存在紧张关系。

在气候治理规则中，以 CBDR 原则为核心的气候责任分担原则要求各国在应对气候变化时负有共同但有区别的责任。发达国家不仅要带头应对气候变化及其不利影响，而且还需要向发展中国家提供资金、技术以应对气候危机。然而，在国际贸易规则中，非歧视原则是 WTO 体系的核心原则，旨在保证不同国家同类产品之间的公平竞争，使同类产品在一国的边境措施与边境后措施方面获得相同的对待、获取平等的贸易机会。[56]非歧视原则主要通过最惠国待遇原则和国民待遇原则体现出来，前者要求缔约方在进出口方面以相等的方式对待其他缔约方，后者要求缔约方对任何缔约方的产品进入其本国市场时，应享有与本国产品同等的待遇。[57]

欧盟认为非歧视原则对基于 CBDR 原则的出口国之间的“区别待遇”构成了障碍。由于 WTO 争端解决机制的可执行性和反措施的可能性，与 WTO 法保持一致一直是欧盟设计 CBAM 机制考虑的主要因素。[58]如果 CBAM 机制降低发展中国家的合规负担，那就意味着赋予其他贸易伙伴和欧盟内部生产商所没有的优势，这违反了非歧视原则的要求。然而，根据欧盟第 2023/956 号条例，目前 CBAM 机制通过主导碳定价，转移境内贸易禀赋优势而限制他国出口，也将干扰正常国际贸易秩序，体现了贸易保护主义实质。[59]因此，即使在 WTO

---

[54] 参见边永民：《世界贸易组织法视域下欧盟碳边境调节措施的合法性》，载《经贸法律评论》2022 年第 2 期，第 2 页。

[55] 参见刘勇：《气候治理与贸易规制的冲突和协调——由碳边境调节机制引发的思考》，载《法商研究》2023 年第 2 期，第 50 页。

[56] 同上文，第 52 页。

[57] 参见 1994 年《关税与贸易总协定》第 1 条、第 3 条规定。

[58] *See* European Parliament, *Towards a WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism (2020/2043(INI))*, at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0071_EN.pdf (Last visited on Aug 8, 2024).

[59] 参见徐昕、吴金昌：《欧盟碳边境调节机制的实质、影响及中国因应——基于全球气候治理与国际贸易双重视角》，载《国际贸易》2023 年第 4 期，第 51 页。

框架下，大多数学者也认为该机制可能因事实上的歧视而违反 WTO 协定的多项规定。[60]

（二）CBDR 原则与 WTO 规则的兼容性

WTO 是国际社会最重要的多边贸易平台，气候治理规则如果没有与其规定相兼容，不仅会降低国际贸易的效率，还会破坏全球气候制度的正当性。目前，虽然 WTO 协议没有任何关于 CBDR 原则的规定，WTO 成员不能向 WTO 争端解决机制提出欧盟的 CBAM 机制违反 CBDR 原则的主张，但是仍有一些可能的途径暗含将“区别责任”作为解释 WTO 条款时需要考虑的重要国际法规则：

1、一般例外的规定。GATT 1994 第 20 条规定了 WTO 义务的一般例外情况。根据该规定，当一项措施所追求目标存在合理性时，给予国内外生产商不同待遇仍可能是正当的。第 20 条可以被用来证明与贸易相关的气候措施的合理性的是 b 款“为保障人民、动植物的生命或健康所必需的”及 g 款“为有效保护可能用竭的天然资源”的规定。近年来大量出现的关于气候危机紧迫性的科学证据表明保持全球大气系统中温室气体浓度的安全水平对于保障人类及动植物的生命健康的重要性。而在美国汽油中，清洁空气被认为是一种可耗竭的自然资源。[61]因此，一般例外的规定提供了 CBDR 原则与 WTO 非歧视原则协调的可能性。

2、特殊与差别待遇条款的规定。“特殊与差别待遇”（Special and Differential Treatment，SDT）概念源于对国际经济秩序公平、正义价值的追求，各国意识到将发展中国家和最不发达国家纳入多边贸易体制，形式上的平等可能会对不同国家产生实质性的不同影响，因此允许对某些国家给予特殊待遇。[62]1979 年，东京回合谈判通过《对发展中国家差别和更优惠待遇、互惠和更全面参与的决定》，确认 SDT 条款不违反最惠国待遇原则。WTO 制度存在许多关于 SDT 条款的规定，包括关税优惠、非关税优惠及向发展中国家提供权利、程序便利以履行其义务的安排等。[63]例如，《技术性贸易壁垒协定》（TBT）第 12 条 4 款规定在特殊的技术和社会经济条件下，不应期望“发展中国家成员使用不适合其发展、财政和

[60] 欧盟的 CBAM 机制将面临与 WTO 规则兼容性的审查，这涉及国民待遇原则、最惠国待遇原则和 GATT 第 20 条（b）公共健康和（g）可耗竭的自然资源等。相关研究可参见边永民：《世界贸易组织法视域下欧盟碳边境调节措施的合法性》，载《经贸法律评论》2022 年第 2 期；*See* also Sakuya (Yoshida) Sato, *EU's Carbon Border Adjustment Mechanism: Will It Achieve Its Objective (s)?*, Journal of World Trade, Vol.56:3, 2022.

[61] *See* Appellate Body Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 29 April 1996, p.23.

[62] *See* Ingo Venzke and Geraldo Vidigal, *Are Unilateral Trade Measures in the Climate Crisis the End of Differentiated Responsibilities? The Case of the EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)*, Netherlands Yearbook of International Law, Vol.51, p.217 (2022).

[63] 到目前为止，WTO 秘书处统计的 SDT 条款总计 155 条，在 WTO 货物贸易、服务贸易、知识产权等规则中均有体现。参见殷敏：《公平原则在 RCEP 特殊与差别待遇中的运用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023 年第 5 期，第 189 页。

贸易需要的国际标准”；第 12 条第 7 款规定各成员应“向发展中国家成员提供技术援助”等。因此，SDT 条款在国际贸易法中提供了一种与 CBDR 原则相对应的方法，即承认各国拥有共同行动的法律框架，但鉴于其不同经济状况，应在该框架内承担不同责任。

3、《WTO 协定》序言的规定。《WTO 协定》序言指出，在处理贸易与经济领域的关系时，应“以与它们各自在不同经济发展水平的需要和关注相一致”，要求保证“发展中国家，特别是最不发达国家在国际贸易增长中获得与其经济发展需要相当的份额。”[64]同时，WTO 协定也没有忽视协调贸易与环境的关系，明确承认可持续发展和保护环境的重要性。[65]虽然 WTO 协定仅关注不同国家的经济发展水平，而没有关注到不同国家的历史责任，然而足以证明其起草者认识到发达国家和发展中国家在贸易与环境保护方面的责任区别。

（三）CBAM 机制与 WTO 规则的协调空间

虽然欧盟认为在 CBAM 机制中纳入差别化责任，将会在 WTO 法的平等待遇要求下面临困难，但《WTO 协定》序言、一般例外条款、SDT 条款等规定都表明国际贸易制度倡导与环境制度的协调，并承认发展中国家与发达国家在能力和义务方面的区别，为欧盟提供与 CBDR 原则相兼容的 CBAM 机制留下了足够灵活的政策空间。

首先，一般例外规定给欧盟提供了在 CBAM 机制中纳入 CBDR 原则的依据，欧盟可以证明 CBAM 机制与保护大气安全之间存在密切且真实的联系。虽然 CBAM 旨在解决碳泄漏风险，但是碳泄漏并不总是真实存在的。换言之，难以将碳泄漏作为全球气候变暖的唯一因素。IPCC 报告指出，需要进一步研究“碳泄漏的存在和程度”及“CBAM 和其他旨在解决该问题的工具的影响”。[66]因此，欧盟应进一步证明 CBAM 机制对于气候保护目标的必要性及目的与手段之间的联系，为合法的区别待遇提供理论支持，而不是直接采取拒绝 CBDR 原则的方式。事实上，在实施与欧盟一样严格的减排政策的国家中，碳泄漏风险几乎不会出现，欧盟应考虑与其 ETS 相当的非价格监管工具的有效性，作为免除第三国 CBAM 的基础。[67]此外，即使不符合一般例外规定，第 20 条也仅禁止对“情况相同的国家”实施“武断或不合理”的差别待遇，即对条件不同的国家进行区别对待并不构成歧视。最不发达国家和小岛屿发展中国家对气候变化的历史责任要低得多，在《巴黎协定》中不需要承担减排承诺，即

[64] 参见 1994 年《建立世界贸易组织的马拉喀什协议》序言部分。

[65] 同上。

[66] *See* IPCC, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change*, in P.R. Shukla eds., Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, 2022, Ch 11, 97; Ch 13, 84.

[67] *See* Gracia Marín Durán, *Securing Compatibility of Carbon Border Adjustments, with the Multilateral Climate and Trade Regimes*, International and Comparative Law Quarterly, Vol.72:1, p.97 (2023).

没有与其情况相同的国家。因此，可以说从一开始就不存在歧视。欧盟理应给予最不发达国家和小岛屿发展中国家豁免，然而其仅豁免与欧盟实施相同条件的“气候俱乐部”国家。

其次，欧盟可以发挥 SDT 条款的作用，将特殊与差别待遇纳入 CBAM 机制。在 WTO 中，SDT 属于授权条款（Enabling Clause），允许发达国家给予原产于发展中国家的产品优惠的关税待遇，从而豁免非歧视原则的要求。在欧盟关税优惠案中，上诉机构认为差别待遇是允许的，只要它能满足发展中国家的特殊需求，并且是基于“客观标准”，包括“WTO 协定或其他国际协定中规定的广泛承认的基础”。[68]显然，《巴黎协定》减排负担中规定的 CBDR 原则具备广泛承认的基础，可据此确定相关国家在责任和能力方面是否处于特殊地位。然而，CBAM 并没有提及对发展中国家任何的区别责任。这种基于 CBDR 原则的特殊待遇是 WTO 法所允许的，并不构成歧视。此外，一些 SDT 条款还规定缔约方在制定和实施技术法规、标准和程序时，应考虑发展中国家成员的特殊发展、金融和贸易需要。[69]因此，欧盟本应赋予发展中国家在碳排放的测量和核证等方面优惠待遇，但目前的 CBAM 机制没有提及这种优惠待遇。

最后，欧盟还应考虑国际法的“体系解释”。[70]WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）第 3 条第 2 款规定应“依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定。”例如，在美国海虾案中，上诉机构在解释时海龟是否属于可枯竭的自然资源时，考虑了《联合国海洋法公约》、《二十一世纪议程》和《养护野生动物移栖物种公约》等其他多边环境协定的规定。[71]欧盟受到《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》等气候条约的约束，CBDR 原则应被视为一项相关的国际法义务。因此，在解释 WTO 规定时，欧盟应考虑到 CBDR 原则对不同国家能力和需求的关注。然而，CBAM 机制忽视了气候治理与国际贸易规则的协调，很容易导致不同制度之间义务的冲突。

概言之，国际贸易制度虽然平等地将发展中国家和最不发达国家纳入，但同时也注意到其基本条件的不平等，并在法律上作为例外情况或期许给予规定。这反映在许多允许发达国家给予发展中国家和最不发达国家区别和更优惠待遇的条款中。因此，评估一项措施的区别待遇是否构成歧视，允许考虑不同国家的发展需求和能力，这与 CBDR 原则所体现的理念

---

[68] *See* Appellate Body Report, *European Communities - Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R, adopted on 20 April 2004, para.163.

[69] 例如《技术性贸易壁垒协定》第 12 条 4 款。

[70] 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 c 项规定“应与上下文一并考虑者尚有……适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。”

[71] *See* Report of the Appellate Body, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, pp.46-51, paras.126-134.

相一致。在应对气候变化中，欧盟无疑属于最大的责任者和能力者，本应发挥带头作用，然而 CBAM 机制没有提供任何区别待遇或豁免政策，这将损害发展中国家和最不发达国家的发展利益，进一步加深南北差距的鸿沟。

四、欧盟碳边境调节机制的正当性评价

国际法的遵守推力理论要求评价一项措施是否违反国际法制度，除了规范性（合法性）外，还应当包括正当性评价。CBDR 原则是国际气候治理制度正当性重要的价值和标准来源。CBAM 机制违反了 CBDR 原则，将阻碍这一正当法律制度的发展。在气候危机背景下，国际社会应不断完善国际气候治理制度，以提升其正当性与有效性。

（一）国际气候治理制度的正当性分析

自 1648 年《威斯特伐利亚和约》缔结以来，国际法经过三个多世纪的发展，已逐步形成一个区别于国内法的庞大法律体系。然而，在这一体系中，无政府主义的国际社会为国际法的执行和监督提供了严酷的环境。一方面，正义是国际法的内在目标之一，其意义在于解决社会或全球不公正现象；另一方面，国家只有在符合其“国家利益”的情况下才有动力支持国际法。美国国际法学者托马斯·弗兰克（Thomas Frank）提出国际法的正当性理论，认为正当性是国际法规则或规则制定者的一种属性，会对规范对象产生遵守推力（Compliance Pull），因为那些对象相信规则或其制定者是按照公认的正确程序和原则产生和运作的。[72]因此，在国际法中正当性高的承诺会比正当性低的承诺得到更好的遵守和执行。

弗兰克提出了考察正当性的四个形式要件：确定性、有效性、一致性和连贯性。[73]确定性要求国际法规则具有明确的含义；有效性关注的是国际法规则颁布的来源和权威性；一致性是指国际法规则适用的普遍性；而连贯性意味着国际法规则应与其规则体系相适应，并能强化该体系。正当性理论可以作为判断国际法形成过程正确与否的基础。然而，弗兰克只关注国际法的形式正当性，而忽视了国际法的实质正当性。事实上，正义是国际法体系的首要道德目标，国际法正当性不仅来源于国家同意，相反，基于正义的国际正当性解释应被视为该制度的核心。[74]近年来，强行法等国际法规范的出现，也表明国际法存在超越民族国家的全球价值观。越来越多学者研究国家遵守与国家利益的关系，认为“遵守推力”不仅是基于

---

[72] See Thomas Frank, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, 1990, p.24.

[73] *See* Thomas Franck, *Legitimacy in the International System*, American Journal of International Law, Vol.82:4, 1988.

[74] *See* Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford University Press, 2003, Chapter 7, p.200.

对正确程序的认知行为，也是反映长期利益的认知行为。[75]包括互惠、声誉及合作等在内的手段将促使国家遵守国际法正当性，以实现其长期利益。

与国际法其他领域相比，在全球气候政策制定中，强国对弱国的胁迫能力较弱，这意味着更需要培养一种正当性，以实现有效的实施和遵守。[76]以《巴黎协定》为例，在正当性的形式要件中，尽管《巴黎协定》对如何实施 CBDR 原则的规定十分模糊，但这并不意味着它不具备确定性，因为其规定了非常具体的目标和程序要求。[77]在形式有效性上，《巴黎协定》是由国家通过的，这强调了其所做承诺的权威性。此外，在《巴黎协定》谈判中，提出了“人民对气候正义的诉求”这一倡议，并最终将其纳入条约文本中。[78]这也体现了《巴黎协定》的形式有效性，即正式立法者和被动员起来的公民社会之间的广泛互动。[79]在一致性要件中，《巴黎协定》下的 CBDR 原则虽然体现了差异化的减排责任，但其区别标准与整个气候治理体系的基本目的相一致，即将最大程度地促进缔约国实现气候治理目标。而在连贯性要件中，《巴黎协定》的减排目标是在公平与可持续发展背景下进行的，而公平和可持续发展是国际法的重要价值。因此，《巴黎协定》也加强了以《联合国宪章》为核心的国际法体系。

在实质正当性方面，碳公平是解决全球气候变化问题的关键。没有碳公平，就无法达成全面的国际气候变化协议。例如，自 20 世纪 90 年代《联合国气候变化框架公约》开始谈判以来，对如何公平地分配碳排放权利和义务，以实现气候正义的讨论一直是气候谈判的核心。在责任、能力与需求等不同维度的公平原则的分配基础上，《联合国气候变化框架公约》与《巴黎协定》下的 CBDR 原则成为气候治理的核心原则，也是国际气候治理制度实质正当性的重要体现。因此，虽然在《巴黎协定》通过前，国际社会对能否达成一项具有约束力的协议持怀疑态度，但当该协议通过后，各国就快速地批准了该协议。[80]虽然这并不说明《巴

---

[75] 参见[美]保罗·B.斯蒂芬：《论国际法的正当性》，彭卓群、韩秀丽译，载《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 57 页。

[76] *See* Oran R. Young, *Does fairness matter in international environmental agreements?*, in Cherry T.L., Hovi J., and McEvoy D.M. eds., Toward a new climate agreement: Conflict, resolution and governance, Routledge, 2014, p.16.

[77] 例如，《巴黎协定》要求缔约方定期向缔约方大会提交履约报告以及每 5 年更新一次国家自主贡献目标。从 2023 年起，每 5 年还将进行一次“全球盘点”，以评估国家自主贡献目标的总体执行情况是否满足实现气温升温不超过 2℃ 的目标。

[78] *See* Ulrike Will and Cornelia Manger-Nestler, *Fairness, equity, and justice in the Paris Agreement: Terms and operationalization of differentiation*, Leiden Journal of International Law, Vol.34:2, p.410 (2021).

[79] *See* Jutta Brunnee and Stephen Toope, *Legitimacy and Legality in International Law - An Interactional Account*, Cambridge University Press, 2010, p.52-55.

[80] 在《巴黎协定》通过后的一年内，有至少 55 个缔约国批准了该协定，其温室气体排放排放总量至少占全

黎协定》在采取有效措施以应对气候变化方面取得成功，但这表明各国认为该协议是正当的，并愿意参与进一步实施。[81]

（二）CBAM 机制对国际法正当性的违反

欧盟的 CBAM 机制不仅需要符合相关的国际法规范的要求，还应遵守这些规范及其制定过程所反映的价值和标准，即国际法正当性。在形式正当性方面，首先，CBAM 机制以市场价格为标准对不同国家征收碳税的标准是模糊的，不同能力国家的碳价并不相同，这不符合《巴黎协定》的明确性要求；其次，CBAM 机制违反了《巴黎协定》的一致性要求。CBAM 机制豁免“气候俱乐部”成员的碳税要求，这种豁免只是基于欧盟自身标准，而在不同国家间实施不同标准，忽视了统一的的气候政策与安排；再者，在有效性上，欧盟通过单边途径监管碳排放，这不仅违反了国家同意原则，也违反了《巴黎协定》的合作原则及其反映的广泛的合作基础；最后，在连贯性上，虽然欧盟认为 CBAM 机制没有体现区别责任是为了与 WTO 规则相兼容，然而，如上所述，气候治理和贸易制度都承认国家之间的差异，体现对公平、正义的价值追求，因而欧盟不应该躲在 WTO 规则之后，为自身免除对发展中国家实行区别责任开脱。

在气候正义视角下，《巴黎协定》中的 CBDR 原则体现了差异化责任，得到了较好的遵守。[82]因此，CBDR 原则也是评价国际气候治理制度正当性标准的重要来源，欧盟的 CBAM 机制违反这一原则，将阻碍这一正当法律体系的发展。然而，也有学者认为在特定背景下，正当性将引发“不符合正义但可以改善人类福祉的妥协是否可被接受”的质疑。[83]诚然，当前国际社会面临的气候危机不断加剧，联合国秘书长古特雷斯更是表示全球进入“气候紧急状态”。[84]欧盟声称 CBAM 机制是为了防止“碳泄漏”，以更好地实现气候目标。其提出了“复合公正”的逻辑：在某些情况下，责任无法在原始分配范围内公平分配，因为这将使不

球排放总量的 55%。

[81] *See* Marcel Brus, *Soft law in public international law: a pragmatic or a principled choice? Comparing the sustainable development goals and the Paris Agreement*, in Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste and Anne Ruth Mackor eds., Legal Validity and Soft Law, Springer, 2018, p.257.

[82] 截至 2023 年 9 月，《巴黎协定》195 个缔约方中的 168 个缔约方已经通报了其国家自主贡献目标。*See* NDC Registry, https://unfccc.int/NDCREG (Last visited on Aug 8. 2024).

[83] *See* Robert O. Keohane, *Keohane on climate: what price equity and justice?*, at https://www.climatechangenews.com/2016/09/06/keohane-on-climate-what-price-equity-and-justice/ (Last visited on Aug 8, 2024).

[84] *See* António Guterres, *Remarks at the Climate Ambition Summit*, at https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2020-12-12/remarks-the-climate-ambition-summit (Last visited on Aug 8, 2024).

公平的受害者比在公平的情况下更糟。[85]按照这一逻辑，欧盟可以在另一分配领域单方面寻求解决不公平问题。从表面上看，CBAM 机制应尊重 CBDR 原则，对发展中国家实行区别责任，但这将给发展中国家带来碳泄漏的重大风险。因此，欧盟认为 CBAM 机制旨在履行的减排义务应与 CBDR 原则分开，即当两个目标不相容时，有效减排必须优先于公平减排。然而，如果 CBAM 机制只是为了应对气候紧急状态下的减排问题，那么发展中国家在减排责任分配中所做出的牺牲就应通过融资分配的额外优势得到补偿，以实现气候正义。事实上，欧盟不仅没有这样做，CBAM 机制对气候变化的影响还非常有限。因为欧盟所谓的减排效率将会破坏多边气候机制中实现的差异化平衡，而产生适得其反的效果。

此外，CBAM 机制看似在形式上遵守 WTO 非歧视原则的要求，但却与真诚地履行国际法义务背道而驰。这与美国近年来频繁地援引国家安全例外为由采取限制性贸易措施的情形相似。虽然 WTO 规则赋予缔约方基于国家安全的理由采取必要措施的权利，但如果缔约方任意采取其自认为对保护自身安全利益有关的行动来免除义务，将破坏这一制度的声誉。类似地，如果每个国家都有权宣布为了应对气候危机而采取单边贸易措施，从而摆脱气候正当性的限制，那么国际社会将陷入“囚徒困境”之中。通过单边途径建立的 CBAM 机制不仅可能使其他国家认识到缔约国承诺的不可靠，而避免与其进行交易，还可能会产生报复行为，拒绝接受被颠覆的国际法律制度，从而导致所涉及的法律体系的正当性不可避免地被摧毁，无论是对国际气候治理制度，还是国际贸易制度而言。

（三）气候危机下国际气候治理制度的完善

全球气候危机表明国际社会需要采取更加雄心勃勃的气候行动的紧迫性。虽然 CBDR 原则是《巴黎协定》下公平减排承诺的指导原则，但并没有一个独特的规则或制度对其应如何实施进行解释。因此，如果欧盟的 CBAM 机制只是为了解决气候紧急状态下的不公平减排问题，那么这一定程度上为其提供了正当性辩解。虽然《巴黎协定》为公平、公正地应对气候变化的问题提供了灵活的答案，但国际社会也需要不定时地对这一制度的有效性进行评估，以适应不断变化的气候趋势。在当前严峻的气候危机下，兼顾公平和有效的气候行动不仅将减少对自然和人类的损害，还将提供更广泛的利益。国际法的正当性也正是在于它能容忍现状中适应性的、增加福利的变化，并阻止其他变化。[86]因此，作为检验国际气候治理制度正当性重要标准和来源的 CBDR 原则，需要坚持“守正”与“创新”，在与时俱进地回

[85] *See* Fausto Corvino, *The Compound Injustice of the EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)*, Ethics, Policy & Environment, p.9 (2023).

[86] 参见[美]保罗·B.斯蒂芬：《论国际法的正当性》，彭卓群、韩秀丽译，载《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 60 页。

应国际气候治理新需求的同时，坚守公平公正的精神。[87]国际社会在采取更加雄心勃勃和更迅速有效的气候行动的同时，应注意包容性发展国际气候治理制度中的公平价值，更好地服务于碳中和愿景及可持续发展目标：

首先，在“人类命运共同体理念”与“人与自然生命共同体理念”指导下，国际社会应形成对“气候正义”及正当性标准的共识。气候危机将人类命运紧密相连，构建清洁和安全的大气环境符合人类共同利益。欧盟通过单边立法建立的 CBAM 机制企图形成“气候俱乐部”这一以欧盟价值观和标准为核心的气候治理圈。对此，国家应通过协商表达自身正当的利益诉求，共同以多边途径解决气候危机，实现“美美与共”的气候命运共同体。安全的大气资源既是每一个国家的利益，也是全球整体利益的一部分。气候危机使每一国家、每一个人，乃至每一物种都面临着前所未有的挑战，同时也从未有如此紧密相连的命运。习近平总书记提出了坚持人与自然和谐共生、坚持绿色发展、坚持系统治理、坚持以人为本、坚持多边主义、坚持共同但有区别的责任原则的“人与自然生命共同体”理念。[88]该理念以全球公益为根本，有助于整合不同群体、区域、族群、民族国家之间的不同利益诉求，合理分配减排责任，实现经济发展权与环境权的平衡，塑造更为公平合理的全球气候治理理念。

其次，根据弗兰克的理论，连贯性是国际法正当性的重要评价依据，也是提高国际法遵守推力的关键。对于可能的潜在冲突，国际社会应促进国际气候治理制度与国际贸易制度的兼容与协调。虽然以公平原则为基础的 SDT 条款早已正当化了非歧视原则例外，主张给予发展中国家优惠待遇，但它与 CBDR 原则的适用条件不同，可能导致协调上的困难。例如，WTO 制度中的 SDT 条款属于授权条款，并将发展中国家视为一个类别，不允许在国家之间进行更精细的区分，而《巴黎协定》下的 CBDR 原则允许国家自主确定气候减排义务，并对最不发达国家和小岛屿发展中国家给予豁免。事实上，在国际贸易制度中对负外部性进行适当定价（如碳价）并不违背新自由主义经济理论的精神，这是为了纠正国际贸易体系中已经存在的环境估值扭曲，而不是以一种低效的保护主义方式扭曲该体系。[89]因此，国际贸易制度应更好地考虑到气候保护的必要性，通过修改相关规则，明确缔约方有权根据 CBDR

---

[87] 参见周琛：《论碳中和愿景下的共同但有区别责任原则》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 2 期，第 154 页。

[88] 习近平：《共同构建人与自然生命共同体——在“领导人气候峰会”上的讲话》，载中华人民共和国中央人民政府网站，https://www.gov.cn/xinwen/2021-04/22/content_5601526.htm?token=dd28df52-311c-47c2-9e35-33a6c64e8102，2024 年 8 月 8 日访问。

[89] *See* Helm, et.al., “Trade, climate change, and the political game theory of border carbon adjustments”, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol.28, No.2, 2012, p.368.

等气候治理规范实施差别待遇。

最后，国际社会应共同探索建设全球性碳定价机制，尽早实现碳达峰和碳中和愿景。CBAM 的核心是让发展中国家丧失对本国环境标准和规制的自主权，是对 CBDR 原则的单方面突破。[90]任何国家或组织都不能单方面决定碳定价机制，碳定价政策必须符合国际法规则。国际社会可在充分结合不同国家减排能力，有条件承认非碳价措施的基础上，先行吸纳少数排放大国，共同商定国际碳定价标准，构建一个具有高度包容性的国际碳价规则。[91]在《巴黎协定》时代，全球气候治理转向行动背景下的新特征、新亮点和新走向。然而，欧盟要求其他国家进一步提高国家自主贡献目标，提前实现碳达峰的呼声，是对气候治理制度正当性的忽视。国际气候治理制度必须坚守国际法正当性基础，逐渐扭转由西方主导、由西方受益的不公平的气候责任分配格局，使国际规则最大程度反映发展中国家与最不发达国家利益，以提升气候正义下的国际法遵守。

五、结语

“气候正义”这一道德准则已被庄严地载入《巴黎协定》之中，并通过责任、能力、需求等公平原则指导气候责任的分担框架。尽管地位仍模棱两可，但统合这些公平原则的 CBDR 仍是评价国际气候治理制度合法性与正当性的核心原则。CBAM 机制不仅直接违反 CBDR 原则的规范性内容，也将威胁《联合国气候变化框架公约》与《巴黎协定》构建的气候正义制度，阻碍国际法遵守与执行。同时，国际贸易制度也体现了对公平、正义价值的追求。欧盟单方面适用与气候有关的贸易措施，反映出其对发展中国家特殊与差别待遇的无知，暗示 SDT 条款和 CBDR 原则都是虚无的。因此，在气候危机背景下，虽然 CBAM 机制旨在防止碳泄漏，以激励全球脱碳进程，但其仍是欧盟推行气候单边主义和贸易保护主义而采取的烟幕弹，不仅将在整体上妨碍全球气候行动的努力，还进一步巩固了南北鸿沟，对国际法体系的正当性构成威胁。为尽早实现碳达峰、碳中和目标，各方应在《联合国气候变化框架公约》与《巴黎协定》下真诚地做出努力，捍卫 CBDR 原则的权威性与稳定性，增强其同为伦理准则的正义性和公平性，以实现气候正义下，气候治理秩序公平与效率价值兼容和人类、人与自然命运共体交集。

---

[90] 参见陈红彦：《欧盟碳边境调整机制的合法性考辨及因应》，载《法学》2021 年第 12 期，第 190 页。

[91] 参见李万强、王思炜：《欧盟碳边境调节机制：各方争议与中国应对》，载《国际贸易》2022 年第 10 期，第 17 页。

中国气候对外援助：一项制度分析*

曹俊金

摘 要：气候对外援助是中国南南合作的新兴领域，也是参与全球气候治理的重要方式。气候对外援助制度根植于中国特色社会主义制度，其内部形成以组织性制度、引导性制度与规制性制度为核心的“三维结构”。中国的气候对外援助面临大国政治经济角力升级、全球经济下行压力增大、全球气候治理模式转型等新形势，需要完善的气候援助制度贡献大国气候外交、保障气候资源供给、应对全球气候威胁。但气候对外援助制度仍然存在短板与不足，需要从组织性制度、引导性制度、规制性制度等不同维度予以优化。气候对外援助制度理论分析和制度优化方案可以为对外援助其他具体领域提供制度理论进路或方案选择，也可为完善对外援助制度提供制度经验。

关键词：气候对外援助；气候变化；对外援助；气候变化南南合作

引 言

气候对外援助是南南合作的新兴领域，也是我国参与全球气候治理的重要方式。通过气候对外援助帮助其他发展中国家提升应对气候变化能力，不仅为国际社会共同应对气候变化贡献中国力量，同时也有利于拓展气候伙伴关系、提升中国在气候谈判与国际制度建设过程中的话语权，推动构建新型国际关系。2022 年 6 月，生态环境部、国家发展和改革委员会等 17 部门联合制定的《国家适应气候变化战略 2035》提出“加强适应气候变化南南合作”，就适应气候变化方面的对外援助工作重点作出部署。实践方面，仅 2022 年以来，我国便已承担应对气候灾害、改善土地利用等气候领域援助项目 54 个。[①] 可以说，气候对外援助的战略意义已经引起高度重视。

气候问题正日益成为国际政治的主流议题，学术界围绕气候治理、气候南南合作、气候援助等已经开展了相关前期研究。与此同时，我国基于新时代国际战略需求，根植中国特色社会主义制度，以长期对外援助实践经验为基础，初步形成气候对外援助制度体系。中国的气候对外援助制度既是一个从普遍性到特殊性的制度演绎过程，也是从特殊性到普遍性的制度反哺过程。现有文献尚未就中国气候对外援助制度开展系统研究，本文以气候对外援助制度作为研究对象，一是通过剖析我国现有的气候对外援助制度，探求制度优化方案，回应国

基金项目：本文系国家社科基金一般项目“新时代中国国际发展合作战略与实现路径研究”（21BGJ070）和上海市“曙光计划”项目“我国对外援助立法问题研究”（21SG57）的阶段性研究成果。

作者简介：曹俊金（1985- ），男，浙江余姚人，法学博士，上海政法学院国际法学院教授，上海市“曙光学者”、“晨光学者”，研究方向：中国对外援助。

① 参见生态环境部：“中国应对气候变化的政策与行动 2023 年度报告”，生态环境部网站，2023 年 10 月 27 日，https://www.mee.gov.cn/ywgz/ydqhbh/wsqtkz/202310/t20231027_1044178.shtml。

家治理体系和治理能力现代化需求，更好地发挥气候对外援助的制度实效；二是以气候对外援助制度为制度样本，为其他援助领域甚至对外援助一般制度提供制度理论或制度经验。

一、文献回顾与理论框架

气候对外援助制度是高度交叉的研究领域，受到国际政治学、气象学、经济学、管理学、法学等不同领域学者的共同关注，相关文献既涉及气候对外援助基本范畴与顶层设计，也关注气候对外援助的制度实践。

1.1 基本范畴

由于国际气候援助能够支持发展中国家应对气候变化所需要的资金和技术，进而帮助发展中国家减缓和适应气候变化的挑战，[①] 因而成为国际社会共同应对气候变化的重要方式。[②] 1992 年《联合国气候变化框架公约》（United Nations Framework Convention on Climate Change，以下简称《公约》）明确规定发达国家缔约方具有向发展中国家缔约方提供应对和适应气候变化的特定资金和技术的援助义务。[③] 尽管中国并不承担《公约》框架下的强制性气候援助义务，但我国在 20 世纪 80 年代初期开始便具有气候对外援助的实践，例如通过双边合作向圭亚那、布隆迪、乌干达等国修建沼气池、传授沼气技术，[④] 并逐渐将沼气技术推广到泰国、古巴等广大亚非拉国家。[⑤] 同时，中国将气候对外援助实践转化为合作理念，在气候谈判和合作中倡导加强气候领域的“北南援助”和“南南合作”。[⑥]

应当指出的是，由于中国的气候对外援助是在南南合作框架下开展的，因而学术话语上存在着“气候援助”或者“气候变化南南合作”两种相互替代的术语，在政策上则往往使用“气候变化南南合作”。[⑦] 但从内涵和外延上来看，气候援助/气候对外援助与气候变化南南合作并不完全一致，气候对外援助是气候领域开展的基于非对等给付关系的援助活动，具有明确的援助方和受援方，包含“北南援助”、“南南合作”、三方合作以及多边援助等多种形式的气候援助。气候变化南南合作则限于发展中国家之间在气候领域开展的合作，包括非对等的互帮互助和对等的交流合作。中国针对发展中国家的气候援助是南南合作框架下的国际

---

① See Daniel Yuichi Kono and Gabriella R. Montinola, “Foreign Aid and Climate Change Policy: What Can(’t) the Data Tell Us?”, Politics and Governance, Volume 7, Issue 2, 2019, page 68.

② See Malte Toetzke, Anna Stünzi and Florian Egli, “Consistent and Replicable Estimation of Bilateral Climate Finance”, Nature Climate Change, Volume 12, October 2022, page 897; Congyu Zhao, Xiaoyue Ma and Shuai Che et al., “Does Climate Aid Alleviate Carbon Lock-in? A Global Perspective”, Journal of Cleaner Production, Volume 449, 2024(Available online 13 March 2024).

③ See United Nations Framework Convention on Climate Change, Article 4.

④ 章平：“中国的沼气技术在国外”，《国际经济合作》，1991 年第 2 期，第 33 页。

⑤ 参见吴进、李江、程静思等：“‘一带一路’战略下,中国沼气‘走出去’现状、问题与策略——以农业部沼气科学研究所为例”，《中国沼气》，2018 年第 1 期，第 107-108 页。

⑥ 参见杨兴：《“气候变化框架公约”研究——国际法与比较法的视角》，中国法制出版社 2007 年版，第 14 页。

⑦ 例如，国务院新闻办公室在 2021 年发布的《中国应对气候变化的政策与行动》白皮书中将我国为广大发展中国家应对气候变化提供的支持和帮助表述为“应对气候变化南南合作”。参见国务院新闻办公室：“中国应对气候变化的政策与行动”，中央人民政府网站，2021 年 10 月 27 日，https://www.gov.cn/zhengce/2021-10/27/content_5646697.htm。

援助，[①] 即气候对外援助是气候变化南南合作的合作内容，但气候变化南南合作本身并不排除我国与其他发展中国家在对等合作基础上开展的气候合作。出于政策表达的需要，用气候变化南南合作涵盖气候对外援助活动并无不妥，但在学术研究中有必要将气候对外援助与气候变化南南合作予以区分。

近年来，随着国际援助中气候主流化的趋势日益明显，[②] 中国的气候对外援助也自然而然地受到高度关注。作为一项气候治理活动，气候对外援助需要从国家总体气候战略出发予以审视；作为一项援助活动，则需要嵌入到国家援外总体框架进行理解。因而，在中国气候对外援助（南南合作）与发达国家的气候援助（北南援助）关系方面，必然需要纳入气候与对外援助的双重立场考量。具体而言，一方面，气候对外援助不是中国的法定义务，但中国立足对外援助基本原则，奋发有为、尽力而为，积极推动应对气候变化南南合作，助力发展中国家绿色低碳转型；[③] 另一方面，气候对外援助并不替代、而是补充北南援助是中国政府的一贯立场，也得到了一些国际机构的认可，[④] “南南合作”与“南北合作”这两种气候合作下的援助模式是“共存并进”的关系。[⑤]

中国的气候对外援助具有重要的现实意义。其一是治理意义，气候对外援助可以帮助受援方提升应对气候变化能力，减少气候变化带来的不利影响。[⑥] 其二是外交意义，有助于塑造和传播绿色发展以及有担当、负责任的大国形象，[⑦] 成为争取发展中国家在气候外交中保持一致立场的重要策略。[⑧] 其三是发展意义，即可以在拓展国际环保市场、促进绿色发展方面发挥积极作用。[⑨] 基于中国气候对外援助的多元功能，优化气候援助战略设计、运用多种手段推动战略落实成为当务之急。

1.2 制度研究

尽管学术界对中国气候对外援助制度缺乏全面、系统和针对性的研究，但前期相关文献中涉及这一研究议题，主要有三个方面：

第一，关于中国对外援助制度的研究，一些学者对中国对外援助政策、体制以及法律制度等制度形态开展深入研究，[⑩] 为对外援助一般制度向特殊领域的制度演绎提供研究基础。

[①] 冯存万：“南南合作框架下的中国气候援助”，《国际展望》，2015 年第 1 期，第 38 页。

[②] 2021 年，27.6%的双边官方发展援助资金都与气候目标密切相关。See OECD, “Climate-related official development assistance in 2021: A snapshot”, OECD, March 17, 2023, https://one.oecd.org/document/DCD(2023)15/en/pdf.

[③] 陈志华、田园馨：“中国积极推动应对气候变化南南合作”，《中国环境报》，2024 年 1 月 12 日，第 3 版。

[④] 参见“解振华：南南合作是南北合作的重要补充”，中国日报网，2015 年 12 月 7 日，https://world.chinadaily.com.cn/2015-12/07/content_22653541.htm。

[⑤] 冯存万：“南南合作框架下的中国气候援助”，《国际展望》，2015 年第 1 期，第 44 页。

[⑥] 国务院新闻办公室：《新时代的中国国际发展合作》，人民出版社 2021 年版，第 44-45 页。

[⑦] 参见邢丽菊、赵婧：“南南合作视域下的中国国家形象传播——以应对气候变化为例”，《现代国际关系》，2022 年第 11 期，第 52-53 页。

[⑧] 参见刘燕华、冯之浚：“南南合作：气候援外的新策略”，《中国经济周刊》，2011 年第 9 期，第 19 页。

[⑨] 参见丁金光、张超：“中国对外环保援助的战略重要性”，《现代国际关系》，2020 年第 11 期，第 24-25 页。

[⑩] 国内代表性研究如：周弘：《中国援外 60 年》，社会科学文献出版社 2013 年版，第 1-43 页；黄梅波：“中国对外援助机制:现状和趋势”，《国际经济合作》，2007 年第 6 期，第 4-11 页；孙同全、周太东：《对外援助规制体系比较研究》，社会科学文献出版社 2015 年版，第 45-60 页；蒋希蘅：“各国援外体制改革镜鉴”，

第二，关于气候对外援助制度的专门研究，前期文献对中国气候援助进行研究时涉及对气候援助制度的探讨，联合国开发计划署（UNDP）梳理了中国气候对外援助的体制、政策和方式，提出中国需要在能力建设、援助重点、气候筹资、经验分享等方面予以提升；[①] 国内学者认为虽然中国气候援助机制正逐步建立和完善，[②] 但仍需加强顶层设计、制定气候对外援助规章制度，[③] 健全协调与监管机制，建立全过程定量评价体系与管理制度等。[④]

第三，关于气候对外援助制度的比较研究。秦海波等对美、德、日三国的气候援助战略、政策重点与主要措施进行比较研究，提出有关气候援助战略和体制机制建议；[⑤] 冯存万等对欧盟气候援助政策进行研究后认为，欧盟气候援助政策结构包含气候变化伙伴关系建设、建立综合平衡的多元化气候治理援助政策、筹建面向技术转让为主和资金援助为辅的气候援助转型机制三个层次；[⑥] 谭显春等对美、英、德、日等典型发达国家适应气候变化资金机制进行比较研究，认为发达国家重视气候适应政策的法制化，但政策力度和运行模式有所不同，建议我国从完善适应气候变化顶层设计、建立适应气候变化资金保障机制等方面完善适应气候变化资金机制。[⑦] 此外，国外学者从不同视角出发，就有关发达国家的气候对外援助制度与实践进行研究。[⑧] 发达国家气候援助制度建设的成果和经验是推进我国气候对外援助制度研究和优化方案的理论素材和实践启示。

1.3 制度实践

既有文献基于中国气候对外援助实践，提出气候对外援助制度优化建议。气候资金与技术是气候援助的关键内容，陈敏鹏等通过对“一带一路”共建国家气候变化技术需求进行评估，建议我国提升气候援助技术的匹配度、提升技术信息的透明度、强化需求与方案的国别

《中国经济报告》，2017 年第 7 期，第 44 页；王泺：“关于改革我国对外援助管理体制机制的思考”，《人民论坛　学术前沿》，2018 年第 2 期（下），第 76-83 页。国外代表性研究如：[美]黛博拉·布罗蒂加姆：《龙的礼物——中国在非洲真实的故事》，沈晓雷、高明秀译，社会科学文献出版社 2012 年版，第 83-97 页； John Franklin Copper, China’s Foreign Aid and Investment Diplomacy (Volume I), Palgrave Macmillan, 2016, pp.124-130; Yasutami Shimomura and Hideo Ohashi, A Study of China’s Foreign Aid: An Asian Perspective, Palgrave Macmillan, 2013, pp.74-78.

[①] See United Nations Development Programme, “International Development Cooperation in addressing Climate Change: A Scoping Paper on China’s Policies and Practices”, UNDP, August 31, 2023, https://www.undp.org/china/publications/international-development-cooperation-addressing-climate-change-scoping-paper-chinas-policies-and-practices.

[②] 李彦：“中国应对气候变化南南合作历程和成效”，《世界环境》，2020 年第 6 期，第 78 页。

[③] 参见高翔：“中国应对气候变化南南合作进展与展望”，《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》，2016 年第 1 期，第 47 页。

[④] 张志强、杨雅茹、母广伟等：“积极参与和引领应对气候变化南南合作：现状、问题与对策”，《环境经济研究》，2022 年第 1 期，第 29-30 页。

[⑤] 参见秦海波、王毅、谭显春等：“美国、德国、日本气候援助比较研究及其对中国南南气候合作的借鉴”，《中国软科学》，2015 年第 2 期，第 22-34 页。

[⑥] 参见冯存万、乍得·丹莫洛：“欧盟气候援助政策:演进、构建及趋势”，《欧洲研究》，2016 年第 2 期，第 46-48 页。

[⑦] 参见谭显春、张倩倩、曾桉等：“典型发达国家适应气候变化资金机制及对中国的启示”，《中国环境管理》，2023 年第 1 期，第 69-71 页。

[⑧] See Sarah Rose and Jocilyn Estes, “The Role of US Aid in Tackling Climate Change: Context and Questions for USAID and MCC”, Center for Global Development, July 15, 2021, https://www.cgdev.org/publication/role-us-aid-tackling-climate-change-context-and-questions-usaid-and-mcc; Kisang Kim , Esther S. Choi and Suh-Yong Chung, “Mainstreaming Climate Change into Emerging Donor’s Official Development Assistance: The Case of South Korea”, Progress in Development Studies, Volume23, Issue1, 2023, pp.48-59.

研究。[①] 气候减缓和适应是应对气候变化的两个基本维度，巢清尘等基于开展气候灾害南南合作的经验，提出我国在气候灾害领域南南合作的战略部署、制度建议和政策重点构想。[②] 项目是气候援助的主要方式，包含立项、实施、监督、评估等多个环节，于晓龙等对气候物资赠送项目评估问题进行研究，认为气候物资赠送项目取得了积极效果，但物资赠送项目的差异化特征突出、基础信息来源渠道复杂、信息化水平不足等因素制约了评估工作的开展和效果。[③] 气候援助需要多元主体联动协同，企业是重要的参与力量，刘如针对中国企业参与气候援助的参与度不高、立法滞后、融资困难、信息不畅等问题，建议加强顶层设计，通过健全法律制度体系保障企业权益、深化金融体制机制改革加强融资支持、完善政策支持提升企业扶持力度。[④] 气候对外援助制度具有普遍性，但实践则因具有“本土化”特征产生国别差异，李媛媛等基于我国与南太平洋和加勒比海国家开展气候援助的实际，认为明确的总体气候变化合作战略缺乏，项目论证、监测和评估体系缺失，援助结构不均衡以及多方援助参与度低等问题是当前存在的突出问题，并提出相应的战略、政策等制度建议。[⑤]

1.4 理论框架

制度在现代国家治理中具有重要意义。制度在中国式现代化进程中经历了从无到有、从有到优的发展历程，[⑥]业已成为国家治理活动的基本依循，[⑦] 是衡量中国治理现代化的标尺。[⑧] 可以认为，气候对外援助工作制度化，是推进中国国家治理体系与治理能力现代化进程的重要维度之一，就气候对外援助制度理论与实践进行研究具有现实意义。

确定气候对外援助制度的研究内容与范围，界定制度内涵是基础。但制度是一个跨学科概念，本身就具有很大的争议，政治学、经济学、法学等不同学科对制度具有不同的理解，甚至在同一学科内部也存在不同理解。[⑨] 从形态上而言，制度可以包含法律、政策、规划等正式制度，也可以涵盖文化、习惯等非正式制度；既可以等同于“规则”，[⑩] 也可以理解为

---

① 参见陈敏鹏、刘强、高美勋等：“‘一带一路’共建国家气候变化的技术需求评估及推动南南技术合作的政策建议”，《中国科学院院刊》，2023 年第 9 期，第 1394-1395 页。

② 参见巢清尘、石英、胡婷等：“中国开展气候灾害监测预警南南合作的研究”，《自然灾害学报》，2013 年第 5 期，第 5-6 页。

③ 参见于晓龙、刘援：“应对气候变化南南合作物资赠送项目评估研究”，《气候变化研究进展》，2021 年第 5 期，第 618 页。

④ 参见刘如：“我国企业参与应对气候变化南南合作的主要挑战和政策建议”，《科技中国》，2023 年第 2 期，第 61-62 页。

⑤ 参见李媛媛、姜欢欢、李丽平等：“我国与南太平洋和加勒比海国家开展应对气候变化合作策略研究”，《环境与可持续发展》，2020 年第 3 期，第 160 页。

⑥ 包炜杰：“主体、制度与价值:以治理现代化推进中国式现代化的逻辑”，《求索》，2023 年第 4 期，第 55 页。

⑦ 中国共产党十九届四中全会决议提出“中国特色社会主义制度是党和人民在长期实践探索中形成的科学制度体系，我国国家治理一切工作和活动都依照中国特色社会主义制度展开，我国国家治理体系和治理能力是中国特色社会主义制度及其执行能力的集中体现”，明确了制度在国家治理中的地位。参见“中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定”，《人民日报》，2019 年 11 月 6 日，第 1 版。

⑧ 参见王浦劬：“推进国家治理现代化的基本理论问题”，《中国党政干部论坛》，2021 年第 11 期，第 15 页。

⑨ 例如，就“制度”概念的界定而言，新制度主义政治学的各种流派之间并没有达成共识，甚至同一流派内部也存在一定的分歧。具体详见肖滨：“如何界定‘制度’概念——基于对中国党政体制的观察”，《探索与争鸣》，2023 年第 9 期，第 54 页。

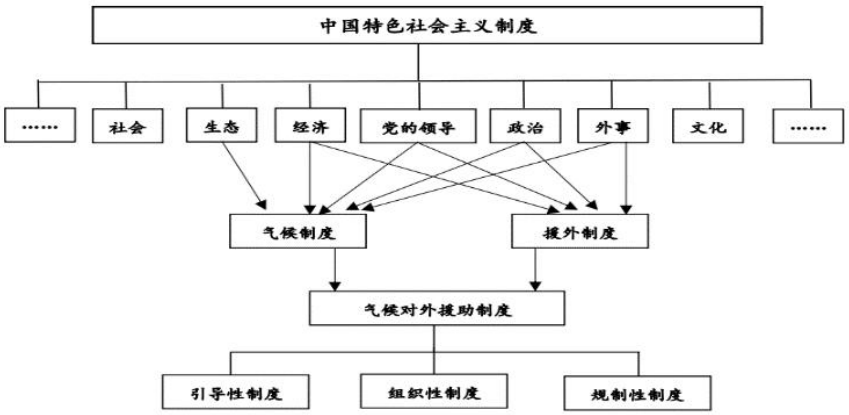
⑩ See Douglass C. North, Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University

“组织+规则”。[①] 本文基于第二种理解研究气候对外援助制度，理由在于：一方面，虽然理论上存在将制度和组织、机构等分开的倾向，[②] 但在当前法治中国建设大背景下，强调政府权责法定与依法行政，这意味着，虽然组织影响规则变迁，但组织也同样需要依赖规则产生、依循规则运行，组织与规则之间并没有严格的界限。另一方面，我国官方倾向于“组织+规则”这一广义的理解，[③] 基于这一含义研究气候对外援助制度具有客观依据和制度土壤，有利于在现有制度体系中推动气候对外援助制度完善，促成基于本土经验的制度理论发展。当然，考虑到组织和规则的区别，本文将组织性制度和规则性制度作为制度的基本分类。

此外，考虑到规则本身具有不同的存在形态，部分规则（如法律、法规、规章等）具有强制约束力，部分规则（如规划、政策等）具有战略性或者政策上的指引性。这两类规则虽然都具有规范性，但两者之间各有特色，发生作用的机理与效果也存在较大差异，有必要作进一步的区分。[④] 具体到气候对外援助制度场域，可将那些为气候援助资源配置提供引导的战略性、政策性等非强制性规范的集合作为引导性制度，将气候对外援助相关的法律规范的集合作为规制性制度，进而形成组织性制度、引导性制度和规制性制度的“三维结构”。

基于现有的国家制度体系和前述理论分析，气候对外援助制度的内外部结构如下图所示。

气候对外援助制度内外部结构



图片来源：笔者自制

总体来看，气候对外援助制度具有体系性、系统性、交叉性特征，其交叉性衍生出自身的特殊性，不能完全纳入现有的气候制度体系或者对外援助制度体系。下文在考察气候对外援助制度时代意义基础上，分析气候对外援助制度的主要内容与现时挑战，提出相应的制度优化建议，总结制度经验及其可能产生的制度影响。

Press, 1990, pp.5-6.

[①] 参见肖国兴：“能源体制革命抉择能源法律革命”，《法学》，2019 年第 12 期，第 165 页。

[②] 杨立华、杨爱华：“三种视野中的制度概念辨析”，《中国人民大学学报》，2004 年第 2 期，第 120 页。

[③] 习近平总书记在中共十八届三中全会第二次全体会议上讲话中提出“国家治理体系是在党领导下管理国家的制度体系，包括经济、政治、文化、社会、生态文明和党的建设等各领域体制机制、法律法规安排，也就是一整套紧密相连、相互协调的国家制度”，将体制机制、法律法规作为制度体系的组成部分。参见习近平：“切实把思想统一到党的十八届三中全会精神上来”，《人民日报》，2014 年 1 月 1 日，第 2 版。

[④] 现有文献曾尝试将对外援助规则性制度分为引导性制度和规制性制度两大类。参见曹俊金、任虎：“韩国对外援助制度”，《中国国际私法与比较法年刊》，2021 年第 2 期，第 328-332 页。

二、中国气候对外援助制度的时代意义

2.1 服务中国特色的大国外交需求

在过去的二三十年间，主要国家间的力量对比经过了不断变化，逐步累积起的量变转化成某种程度上的质变。[①] 美国及西方发达国家掌控世界的能力持续下滑，新兴市场国家和发展中国家实现群体性崛起，[②] 国际权力格局“东升西降”的态势日益明显。国际权力格局的均衡发展被认为威胁到西方世界型塑的权力秩序与既得利益，进而引发国际力量的对比与角力，西方世界的遏制与新兴国家之间的反遏制产生的冲突成为国际权力转移的重要衍生现象。近年来，一些西方学者频繁使用“修昔底德陷阱”描述中美关系的性质和发展方向，[③] 进一步加剧了两国的紧张与摩擦，使中国和平发展的良好外部环境遭遇一定挑战。特别是 2017 年以来，美国为首的部分西方国家为了维持其国际地位，固守冷战思维，实施“筑墙设垒”、“脱钩断链”，肆意开展单边制裁、极限施压，先后对中国发动贸易战、科技战、舆论战。这种复杂严峻的外交形势使得本应通过国际合作共同应对全球气候威胁的治理行动和制度型塑同样充斥着政治和经济博弈，进而影响到全球气候治理制度发展和治理成效提升。

尽管如此，国际合作始终是气候议题的基本形态，气候治理也是目前中国与西方世界鲜有的价值契合点。我国通过气候对外援助帮助其他发展中国家应对气候威胁、提升气候适应能力具有重要的外交意义。第一，是对人类命运共同体理念的重要实践。发展中国家是气候变化问题的最大受害者，其应对气候变化的能力普遍不足，特别是气候资金、低碳技术与能力限制导致其饱受气候灾难，并遭受由此对发展和人权造成的冲击与威胁，[④] 致使“最底层 10 亿人”的国家面临掉入世界历史边缘的威胁。[⑤] 中国对气候脆弱国家开展的气候对外援助是提升其应对气候变化能力的重要支持，也是推动构建人类命运共同体的重要体现。第二，是开展战略竞争的需要。发达国家从政治、经济利益角度出发，日益重视在应对气候变化方面与发展中国家开展援助及合作，其意图在于拉拢分化发展中国家、加快全球战略布点、开发潜在的气候技术市场。[⑥] 近期的研究亦表明，美国拜登政府在气候领域将加强对盟友和合作伙伴政府的支持，在适应和恢复能力上提供援助，以强化盟友关系，提升国际气候安全领导力。[⑦] 我国需要提升气候对外援助的战略认知，系统谋划、超前部署、稳慎推进，进一步巩固与发展中国家的友好合作。第三，是开拓国际合作的重要维度。通过开展双边、区域援助回应气候挑战符合当前的普适价值取向，可以更好地树立我国的负责任大国形象，借此拓展中国与西方世界在第三方的气候合作，是对外交往合作的重要突破口，也是我国争取外部

---

① 张宇燕：“理解百年未有之大变局”，《国际经济评论》，2019 年第 5 期，第 10 页。
② 高飞：“大变局与中国外交的选择”，《国际问题研究》，2019 年第 6 期，第 26 页。
③ 蔡翠红：“中美关系中的‘修昔底德陷阱’话语”，《国际问题研究》，2016 年第 3 期，第 13 页。
④ Sébastien Duyck, Erika Lennon, Wolfgang Obergassel, and Annalisa Savaresi, “Human Rights and the Paris Agreement’s Implementation Guidelines: Opportunities to Develop a Rights-based Approach”，Carbon & Climate Law Review，No.12, 2018, pp.191-202.
⑤ [英]安东尼．吉登斯：《气候变化的政治》，曹荣湘译，社会科学文献出版社 2009 年版，第 240 页。.
⑥ 参见刘燕华、冯之浚：“南南合作：气候援外的新策略”，《中国经济周刊》，2011 年第 9 期，第 18 页。
⑦ 参见刘仁厚、王书华：“美国气候安全战略演进逻辑及启示”，《太平洋学报》，2023 年第 1 期，第 10 页。

支持与提升话语权的重要外交工具。

积极推进气候对外援助制度，对于服务中国特色大国外交具有重要意义。一方面，将气候对外援助的计划与行动制度化、成文化，体现中国贡献国际社会的意志与决心，是彰显中国大国身份、贡献气候治理的制度宣示。另一方面，随着新时代我国国家治理体系和治理能力现代化不断提升，国家各方面工作制度化、法治化进程不断推进，气候援助战略策略必然需要依赖于气候援助制度予以实现，气候对外援助制度坚持统筹国内国际两个大局，有助于将气候援助战略转化为战略效能。

2.2 促进日益稀缺的气候援助资源管理

2008 年国际金融危机以来，全球经济增长受到冲击，各种逆全球化乱象丛生，[①] 进一步推动全球治理“变局”并消减经济增长动能。2020 年初爆发的新冠肺炎疫情、2022 年初以俄乌冲突为外在表现的地缘政治博弈进一步加剧了全球经济下行压力。国际上来看，主要经济体本身面临经济滞胀，传统援助国的援助增量较为有限，发展中国家特别是最不发达国家陷入发展困境，援助需求多元且缺口日益扩大。国内来看，虽然我国高质量发展大势未变，但受国际环境更趋复杂严峻和国内疫情冲击明显的超预期影响，国内经济增长速度有所放缓，成为我国援外资金总量和气候援助资金增长的客观限制。

在国际国内援助资源总体有限的大背景下，需要坚持“开源节流、降本增效”的原则，多措并举回应气候援助资金供给和需求之间的矛盾。第一，统筹外交战略保障气候援助资源供给。争夺气候治理领导权已经成为美欧等西方国家气候战略转型的主要动力，[②] 中国的气候领导力建设路径与世界主要国家及地区相比，同质化与差异性并存，演化成多元竞合的逻辑关系。[③] 统筹外交战略和援助战略，将气候援助作为战略重点配置充足的援助资源，理应成为一个重要的战略选项。第二，完善气候对外援助制度提升气候援助实效。如何在有限的援助资源下发挥气候对外援助的最大效能，既依赖于优质的气候对外援助战略设计，同时也取决于高效的气候援助制度支持。第三，探索三方合作等模式拓展气候援助资源。三方合作是传统对外援助模式的拓展创新，由于具有可充分调动多方资源、发达国家和新兴捐助国的互补效应强、形式灵活等优势，已得到越来越多国家和国际组织的关注和参与。[④] 我国已经通过探索与发达国家、国际机构开展三方合作，今后可以借助三方合作途径进一步拓展气候对外援助资源。

推进构建气候对外援助制度能够确保气候援助资源供给、促进气候援助资源使用的效果。第一，引导功能，通过制度引导气候援助资金，确保气候援助资源得到及时、充分和有效的

[①] 刘波：“百年未有之大变局下全球治理面临的挑战及中国的参与路径”，《教学与研究》，2020 年第 12 期，第 69 页。

[②] 参见周伟铎、庄贵阳：“美国重返《巴黎协定》后的全球气候治理：争夺领导力还是走向全球共识？”，《太平洋学报》，2021 年第 9 期，第 17 页。

[③] 参见于宏源、张潇然、李坤海：“多元与竞合：气候治理中的大国领导模式变革”，《和平与发展》，2023 年第 2 期，第 52 页。

[④] 左佳鹭、张磊、陈敏鹏：“全球应对气候变化的合作新模式——探析‘气候变化三方合作’”，《气候变化研究进展》，2021 年第 1 期，第 98 页。

配置。第二，整合功能，通过制度整合气候援助资源，加强气候援助资源使用的针对性和有效性，避免援助资源的碎片化和重复投入。第三，协调功能，通过制度对气候援助相关的组织体、行为体的运行活动进行协调，降低制度运行成本，避免职权竞争、职权竞次、职权错位、权责失衡。第四，规范功能，通过制度规范气候对外援助活动，确保援助活动依法、高效开展，及时纠正气候对外援助中的违法违规行为，避免气候援助资源的低效或无效支出。

2.3 应对日趋严峻的气候威胁情势

当前，地球生态系统和人类面临的气候威胁日益紧迫。2022 年 4 月 4 日，IPCC 第六次气候评估报告第三工作组发布《气候变化 2022：气候减缓》报告以后，该工作组联合主席 Jim Skea 指出，如不立即在所有部门进行深度减排，就不可能将全球变暖限制在 1.5℃，[①] 联合国秘书长古特雷斯也警告全球已进入气候紧急状态。[②]

在全球气候治理模式转型效果难以预期、气候资金供给侧和需求侧的矛盾不断深化的情况下，[③] 中国在贡献全球气候治理时兼顾全球合作与双边合作，积极应对气候威胁。一方面，我国以既有的全球气候治理框架为基础，积极推动以《公约》为核心的全球气候制度体系发展，努力推动《巴黎协定》实施。另一方面，我国通过双边途径开展气候对外援助，通过赠送节能和可再生能源设备、分享发展经验、传授专业技术知识、支持编制低碳示范区规划等方式，为最不发达国家、小岛屿国家和非洲国家等发展中国家应对气候变化提供资金、技术和能力建设支持，[④] 帮助其提升应对气候变化能力，减少气候变化带来的不利影响。

推进构建高效完备的气候对外援助制度，对及时有效回应全球气候威胁具有重要意义。其一，制度支持。充分利用气候对外援助制度的制度引导、规范、评估功能，优化气候援助资源配置，拓展相关主体（发达国家、国际机构、非政府组织等）参与气候援助的制度通道，科学评估气候援助实施效果，为提升气候援助“质、量、效”提供强有力的制度支持。其二，制度动能。我国以气候援助制度为基础，推动我国与其他发展中国家签署气候南南合作相关协议、备忘录等国际文件，促进气候对外援助有关的国际制度的生成，为顺利推进我国与受援国之间的气候援助活动作出重要贡献。今后应充分发掘气候对外援助制度的制度动能，统筹推进国内气候制度与国际气候制度，通过《巴黎协定》确立的“自下而上”的气候努力和“内外协同”的制度效力，有效应对气候威胁。其三，制度示范。气候对外援助制度能够作为国际社会中应对气候变化的制度样本，以中国特色的制度形式推广我国开展气候援助的实践与经验，成为应对气候变化国家自主贡献的制度示范，牵引相关国家、国际机构为应对气候威胁作出更大贡献。

[①] UN，“UN climate report: It’s ‘now or never’ to limit global warming to 1.5 degrees”， United Nations, April 4, 2022，https://news.un.org/en/story/2022/04/1115452。

[②] UN，“Secretary-General Warns of Climate Emergency, Calling Intergovernmental Panel’s Report ‘a File of Shame’, While Saying Leaders ‘Are Lying’, Fuelling Flames”，United Nations, April 4, 2022，https://www.un.org/press/en/2022/sgsm21228.doc.htm。

[③] 杨博文：“‘承诺’何以‘兑现’：全球气候资金落实机制的建构因应”，《太平洋学报》，2023 年第 11 期，第 43 页。

[④] 张志强、杨雅茹、母广伟等：“积极参与和引领应对气候变化南南合作：现状、问题与对策”，《环境经济研究》，2022 年第 1 期。

三、中国气候对外援助制度的基本内容

3.1 组织性制度

气候对外援助制度中的组织涵盖政府、援助实施单位、受援国政府等组织体，既包含气候对外援助的组织者和监管者，也包含气候对外援助的市场参与者与受益者。气候对外援助管理体制是各类组织的集合，是组织性制度的骨骼与框架。目前，我国已经形成了国务院层面统筹协调、双部门主管、多个部门共同参与的气候对外援助管理体制。

气候对外援助既涉及气候治理，也涉及对外援助，在实践中形成了应对气候变化主管部门和对外援助主管部门分别主导的“双部门”主管模式。一方面，应对气候变化主管部门根据其气候治理职能负责推进气候变化南南合作。早期的气候治理工作由国家发展和改革委员会负责，2008 年国务院机构改革时，在国家发展和改革委员会下设“应对气候变化司”，与“资源节约和环境保护司”共同承担应对气候变化的具体工作。[①] 2018 年国务院机构改革组建生态环境部，由该部承担原由国家发展和改革委员会承担的应对气候变化和减排职责，[②] 成为应对气候变化的主管部门，其下设的“应对气候变化司”负责应对气候变化工作，并承担国家应对气候变化及节能减排工作领导小组有关具体工作。[③] 在项目实施上，“应对气候变化司”通过公开招标的方式，遴选物资赠送项目实施企业和能力建设培训的承办机构。[④] 另一方面，对外援助主管部门根据其援外职能负责推进气候对外援助工作。在 2018 年国务院机构改革之前，由商务部下设的“对外援助司”具体负责对外援助工作；2018 年国务院机构改革组建了国家国际发展合作署（以下称“国合署”）专门负责对外援助工作。因而，当前的气候对外援助由生态环境部和国合署作为主管部门具体负责推进。

此外，还有不少其他部门涉及气候对外援助工作，例如农业主管部门负责实施或参与与农业相关的气候对外援助项目，科技主管部门负责实施或参与气候技术相关的援助项目，气候对外援助项目涉及的政治外交、资金筹措、项目实施及管理等问题，由外交主管部门、驻外使馆、相关政策性银行以及商务主管部门等诸多部门共同协助和参与。据不完全统计，我国当前与应对气候变化相关的国家部、委、局多达 20 余个，涉及气候对外援助的机构多达 10 余个。尽管各个职能部门之间存在一定的职能分工，有的部门之间属于横向的职能并列关系，有的部门之间则属于纵向的职能衔接关系。

我国早已将气候对外援助的部际协调问题纳入制度考虑，早在 1990 年，我国就成立了国家气候变化协调小组，1998 年调整为国家气候变化对策协调小组，并于 2007 年成立了由国务院总理担任组长、多个相关部门组成的国家应对气候变化及节能减排工作领导小组，领

---

① 国务院办公厅：《国家发展和改革委员会主要职责内设机构和人员编制规定》，2008 年 7 月 5 日发布。

② 全国人民代表大会：“第十三届全国人民代表大会第一次会议关于国务院机构改革方案的决定”，中国人大网，2018 年 3 月 17 日，http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201803/e86d7291891a4ddfb196bea1db022336.shtml。

③ 中共中央办公厅、国务院办公厅：《生态环境部职能配置、内设机构和人员编制规定》，2018 年 8 月 1 日发布。

④ 李彦：“中国应对气候变化南南合作历程和成效”，《世界环境》，2020 年第 6 期，第 78 页。

导、统筹、协调应对气候变化工作。[①] 此外，对外援助领域也形成了部际协调委员会，理论上也能对气候对外援助工作开展统筹协调。

3.2 引导性制度

气候对外援助引导性制度主要由气候对外援助相关的规划和政策组成，我国目前的气候对外援助引导性制度可以分为三个层次：第一层次是国民经济和社会发展规划纲要中的关于气候对外援助的规划，处于统领性地位，属于气候对外援助总体战略规划。《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》（以下简称《“十四五”规划和2035年远景目标纲要》）明确提出“积极开展气候变化南南合作”，并从国家中长期总体战略规划层面将气候对外援助等绿色发展合作或援助作为对外援助的重点领域。第二层次是国家应对气候变化规划中涉及气候对外援助的规划，属于气候对外援助引导性规则的主体部分。《国家适应气候变化战略2035》是国家为适应气候变化制定的中长期专门战略规划，强调“加强适应气候变化南南合作”的重要性，初步明确适应气候变化南南合作的重点领域与区域，是对《“十四五”规划和2035年远景目标纲要》在气候变化南南合作部署的落实。此外，《“十四五”应对气候变化规划》也在应对气候变化主管部门的工作部署之中。[②] 第三层次是应对气候变化相关部门、相关行业的气候对外援助规划与政策。原科技部、环境保护部、国家气象局制定的《“十三五”应对气候变化科技创新专项规划》，明确气候变化领域南南技术合作的重点方向与领域。2021年10月国家发展改革委、国家能源局等9个部门联合印发的《“十四五”可再生能源发展规划》也明确“强化与其他发展中国家能源绿色发展合作，提高发展中国家能源领域应对气候变化能力”。可以说，行业规划或政策中与气候对外援助相关的内容为气候相关领域、产业的气候对外援助提供了方向和指引。

3.3 规制性制度

气候对外援助法律制度是气候援外工作的权责依据，调整气候对外援助的规制性制度主要包含如下内容：第一，应对气候变化法律的相关规定。全国人大常委会于2009年通过的《关于积极应对气候变化的决议》为我国与其他发展中国家开展气候合作提供法律依据。但该决议政策性、原则性较强，且由于当时中国的经济技术发展水平与政治经济形势，该决议未就中国的气候对外援助问题作出具体规定。值得指出的是，2023年出台的《对外关系法》对参与全球环境气候治理、加强绿色低碳国际合作作出了规定，[③] 但该规定仍然较为原则。第二，对外援助法律的相关规定。我国尚未制定对外援助专门立法，但已经出台了一定规模的对外援助部门规章。一类是对外援助主管部门单独或与牵头制定的援外部门规章，典型的规章如国合署、外交部、商务部联合制定的《对外援助管理办法》，该办法就对外援助的基本原则、法定类型、援助方式、组织实施程序、监督评估以及保障机制等作了综合性、系统

[①] 国家发展和改革委员会应对气候变化司：《中华人民共和国气候变化第二次国家信息通报》，中国经济出版社2014年版，第54页。

[②] 孙金龙：“为全球气候治理贡献中国智慧中国方案中国力量”，《当代世界》，2022年第6期，第9页。

[③] 《中华人民共和国对外关系法》第25条。

性规定。另一类是对外援助执行部门在其援外职权范围内制定的对外援助部门规章。商务部于 2015 年制定的《对外技术援助项目管理办法（试行）》《对外援助物资项目管理办法（试行）》《对外援助成套项目管理办法（试行）》等仍然有效，这些规定能否适用于气候对外援助活动则需要分情况讨论。如气候相关的援助项目由商务部负责执行，则应适用这些援外部门规章；如气候相关的援助项目由生态环境部、国家发展改革委等其他执行部门负责组织实施，其可适用性就存在争议。第三，应对气候变化与对外援助的交叉法律规范。应对气候变化主管部门与对外援助主管部门为推动气候法律制度与援外法律制度的链接与协同，于 2020 年联合制定《应对气候变化南南合作物资援助项目管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》）。该办法主要调整气候对外援助中的物资援助项目管理活动，为气候物资援助项目管理提供直接的规制依据。

四、中国气候对外援助制度挑战之检视

我国自 20 世纪 80 年代逐渐开展气候对外援助，借助南南合作的平台、合作模式与实践经验，在气候对外援助工作方面取得了巨大成就，也积累了不少宝贵经验。然而，我国当前的气候对外援助制度仍然难以完全满足日益复杂的气候对外援助工作要求，在制度上仍存在如下挑战。

4.1 机构职能交叉与衔接挑战并存

气候对外援助涉及环境、能源资源、经济合作、外交关系等诸多领域，致使气候对外援助工作中多部门职责交叉或职责衔接协调的现象普遍存在。大体可以分为三类：第一类是应对气候变化主管部门与气候相关业务主管部门的职责交叉。将应对气候变化问题归为环境问题予以处理并不能回避能源消耗是气候变化主因这一客观现实，[①] 因而能源主管部门与应对气候变化主管部门在能源相关的气候对外援助项目（特别是清洁能源援助项目）方面的职责必然存在交叉。除此之外，应对气候变化与工业、交通、建筑、科技、农业等领域的发展密切相关，也需要应对气候变化主管部门与各气候相关行业主管部门在气候相关领域的交叉管理工作进行协调。第二类是对外援助主管部门与对外援助执行部门的职责协调。由于对外援助主管部门当前仅负责对外援助决策、监督与评估工作，项目执行仍由相关业务主管部门负责。这就意味着，气候援助项目的推进需要依赖于援外主管部门和各执行部门的职责对接与协调。第三类是应对气候变化主管部门与外交部门、对外援助主管部门的职责协调。气候对外援助需由外交部门、对外援助主管部门等从总体外交和援外战略高度进行规划、决策并落实国家总体外交战略和援外战略，应对气候变化主管部门与援外主管部门之间、甚至两者与外交部门之间就气候对外援助工作存在职能交叉或竞合也可能影响气候项目的决策与落实。

我国通过国务院“三定”方案对各部门职责作出规定，但有些部门的“三定”规则并没

[①] Intergovernmental Panel on Climate Change，Climate Change: The IPCC Response Strategies，WMO/UMEP, 1990，pp.xxix-xxx.

有完全公开；有些部门的职责虽然作出原则规定，实践中存在与其他部门职责交叉竞合的可能。此外，我国虽然已形成以国务院总理为组长的国家应对气候变化及节能减排工作领导小组作为应对气候变化的最高议事协调机构，但具体的议事规则没有公布，气候对外援助工作中的组织性制度构建仍有待完善，需要通过优化气候对外援助的组织性制度予以补足。

4.2 引导性制度缺位与操作性挑战并存

1.现有引导性规范过于原则。从逻辑上而言，无论是引导性制度还是规制性制度，都应当成为逻辑严密、体系合理的制度体系，才能有效发挥其制度效能。我国以往和现有的气候对外援助引导性制度而言，并没有形成从指导原则到引导规则的规范体系。以《国家应对气候变化规划（2014-2020 年）》与《“十三五”控制温室气体排放工作方案》关于气候对外援助的表述为例，基本是在《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》基础上拓展了原则性表述。各部委制定的气候对外援助相关规划与具体政策中，也大都仅作原则性规定。气候对外援助引导性制度尚未形成层层细化、层层落实的规范体系，其规定过于原则，一定程度上限制其对各级政府部门与各类社会主体的指引效果。

2.国别引导制度有待补足。不同的地理区域提出了各自不同的难题，或在世界上的不同地区出现了具有特定重点和紧迫性的不同问题，因而需要通过地区国别研究加以应对。[①] 具体到气候对外援助领域，不同国家存在固有的“本土化”制度、经济、文化环境，也涌现出不同的气候对外援助需求，亟需通过加强国别研究、通过国别援助政策对气候对外援助工作推进提供指引。例如在气候谈判中，小岛屿国家联盟关心的是海平面上升引发的生存问题，最不发达国家集团和非洲集团偏重于获取气候融资提升治理能力。[②] 在以往的气候对外援助规划或政策中，我国对气候对外援助的区域或国别重点关注不足，尽管近期的气候对外援助引导性制度（如《国家适应气候变化战略 2035》）逐步对气候对外援助的“本土化”需求对接引起了重视，但其规定仍过于原则，难以有效回应不同国家气候援助的“个体化”和“本土化”需求。

3.行业引导制度有待充实。应对气候变化与能源、工业、建筑、交通、农业等行业的降碳提效密切相关，也就是说，有效的气候对外援助工作必然是气候目标、产业发展与援助效果的相互联动。目前，中国的对外援助已经形成了“政府组织、市场参与”的模式，市场力量的参与不仅能够撬动更多的援外资金，也能为受援国提供更多的发展机遇。但由于我国与受援国之间存在的空间距离、语言障碍、制度差异等原因，企业参与受援国气候相关的产业受到信息、语言、文化、经济、政治、法律等方面的阻碍。目前的行业规划或具体政策在气候对外援助政策的产业发展指引功能方面尚未引起足够重视，不少具有比较优势的能源行业在其专项规划中基本未就气候对外援助相关的能源产业发展作出规定。

4.3 规制性制度冲突与立法挑战并存

1.调整气候对外援助活动的基础性法律缺位。国家层面的法律对气候问题规定较为原则，

[①] 任晓：“再论区域国别研究”，《世界经济与政治》，2019 年第 1 期，第 75 页。
[②] 孙振清：《全球气候变化谈判：历程与焦点》，中国环境出版社 2013 年版，第 207 页。

致使气候对外援助可遵循的法律规范层级较低，面临应对气候变化基础性法律和对外援助基础性法律的双重缺位，相关职责和活动缺乏高位阶法律的支持。一方面，尽管国内学界目前已就应对气候变化的法律供给不足、应对气候变化与推动低碳发展的法律缺失等问题形成了推动气候变化专门立法的共识，[①] 但我国《应对气候变化法》历经近十年的起草论证积累仍未出台，国内气候变化应对整体工作只能依赖于政策、规章及规范性文件推进。[②] 2023 年公布的《十四届全国人大常委会立法规划》将“应对气候变化和碳达峰碳中和”的立法列入第三类立法规划项目，[③] 期待此举可以加速我国应对气候变化的立法进程。另一方面，尽管目前许多学者呼吁制定对外援助专门立法来调整对外援助活动，[④] 但全国人大相关专业委员会认为目前制定援外立法的时机尚不成熟，尚未启动对外援助专门立法工作。

2.气候对外援助相关的法律规范之间存在冲突。气候对外援助相关职能部门的职责交叉或竞合引发气候对外援助相关法律规范之间的冲突。以《对外援助管理办法》与《暂行办法》为例，前者第 6 条、第 24 条规定由国合署“确定对外援助项目”、“按照程序批准立项”，后者第 10-14 条则规定由生态环境部负责气候物资援助项目立项工作；再如，前者第 25 条规定“国际发展合作署一般应当与受援方商签政府间立项协议”，后者第 15 条、第 16 条则规定由生态环境部与受援方或有关国家、国际组织指定部门磋商并签署气候物资援助项目合作文本。气候对外援助相关的法律性规范文本之间的相互冲突，导致法律性规范适用的冲突与混乱。

3.气候对外援助相关配套法律规范尚不完备。气候对外援助相关法律规范的层级相对较低，调整气候对外援助工作的配套法律规范也仍不完备，不少气候对外援助活动缺乏明确、充分的法律依据。一方面，我国实践中通过成套项目、物资项目、技术援助项目、人力资源开发合作项目等多种方式推进气候对外援助工作。《暂行办法》的适用范围仅限于气候对外援助物资项目和低碳示范区合作项目，其他气候对外援助项目并没有相应的配套法律规范作为规制依据。另一方面，由于《暂行办法》与《对外援助管理办法》在法律规范上存在冲突，致使国合署创制的以《对外援助管理办法》为核心对外援助立项、监督、评估法律制度难以完全适用于气候对外援助物资项目，[⑤] 对于物资项目以外的其他气候对外援助项目的可适用性也存在很大的不确定性。

[①] 例如，李艳芳、张梓太等学者较早提议制定应对气候变化专门立法。参见李艳芳、张忠利、李程：“我国应对气候变化立法的若干思考”，《上海大学学报(社会科学版) 》，2016 年第 1 期，第 1-12 页；张梓太：“中国气候变化应对法框架体系初探”，《南京大学学报(哲学.人文科学.社会科学版) 》，2010 年第 5 期，第 37-43 页。

[②] 田丹宇：“推动应对气候变化立法，形成系统法律制度合力”，《中国环境报》，2019 年 10 月 25 日，第 3 版。

[③] 《十四届全国人大常委会立法规划》第三类项目。

[④] 李锟先：“论我国对外援助专门立法的必要性”，《国际经济合作》2014 年第 11 期，第 37-40 页；曹俊金：“完善我国对外援助立法之探讨”，《天津法学》2014 年第 3 期，第 66-72 页；韩永红：“论我国对外援助基本法的构建——基于国内法和国际法统筹思考的视角”，《武大国际法评论》，2018 年第 4 期，第 99-115 页。

[⑤] 即使是在规则相对明确的应对气候变化南南合作物资援助项目实施管理方面，也面临着由于制度因素与非制度因素相互交织的原因导致制度可操作性受到制约。参见于晓龙、刘援：“应对气候变化南南合作物资赠送项目评估研究”，《气候变化研究进展》，2021 年第 5 期，第 618 页。

五、中国气候对外援助制度的优化路径

5.1 优化气候对外援助组织性制度

目前气候对外援助组织性制度挑战的核心问题是职责交叉和协调难题，而这一问题的根源在于援外管理体制改革缓慢。[①] 据此，可以尝试推进气候对外援助的决策、实施层面的组织变革，以及加强部际协调来解决面临的难题。

（1）统筹气候对外援助决策职能

气候对外援助是集合环境、能源、经合、外交于一体的综合工作，对于气候对外援助工作进行职权配置既应避免职权竞合与职能缺位，也应兼顾职权配置效能。百年未有之大变局下，气候对外援助的外交功能是气候对外援助制度的重要价值，而气候对外援助项目的决策是实现气候外交功能的关键性步骤。尽管气候对外援助职能部门就气候相关的对外援助项目进行决策时，也都在一定程度上考虑气候对外援助的外交效果，但气候对外援助项目的外交效果与我国总体外交政策、援外战略的契合度需要进一步评估。因而，有必要将分散于各个气候对外援助职能部门的立项决策权能从规范上的“形式整合”走向立项上的“实质整合”，提升气候对外援助工作与我国总体外交、援外战略的一致性。

（2）整合气候对外援助实施职能

“碎片化”的气候对外援助实施体制，不仅会分化气候对外援助项目的实施资源，也会加剧气候对外援助决策、实施、监督、评估环节的摩擦与冲突，进而引发气候对外援助配套法律规范之间的冲突与矛盾。对现有气候对外援助的实施机构与实施力量进行统筹与整合，是破解当前气候对外援助组织性制度困境的一种重要维度。具体整合方案有两种：第一种方案是将分散于各个气候对外援助执行部门的职能整合到应对气候变化主管部门、对外援助主管部门、能源主管部门等气候对外援助主要职能部门，其他相关部门根据需要提出建议、予以协助配合，属于“不完全集中”的整合模式，这种模式对现有的气候对外援助实施管理体制冲击不大，整合过程容易实现。第二种方案是将分散于各个气候对外援助执行部门的职能完全整合，交由相对独立的实施机构统一实施，或组建独立的气候对外援助项目实施机构来具体实施气候对外援助项目，属于“完全集中”的整合模式。“完全集中”模式需要改变现有的气候对外援助实施格局，可能面临一定的改革障碍。从长远来看，“完全集中”模式能够实现气候对外援助项目实施专业化，起到整合气候对外援助实施资源整合、优化气候对外援助实施效果、消除气候对外援助实施职责竞合、协调气候对外援助项目衔接等作用。

（3）加强气候对外援助部际协调

国家层面关于气候对外援助的统筹与协调往往关注宏观政策和项目导向，对于气候对外援助决策的具体落实与实施衔接协调，则有待通过组织性制度的完善进一步加强，具体存在两种思路：其一是充分发挥既有的国家应对气候变化及节能减排工作领导小组的作用，将气

[①] 奚旺、莫菲菲：“‘十四五’应对气候变化南南合作形势分析与对策建议”，《环境保护》，2020 年第 16 期，第 67 页。

候对外援助议题作为该领导小组的独立议题，或者在该领导小组内设立由国务院领导同志为组长，国家发展规划部门、应对气候变化主管部门、能源主管部门、外交部门、对外援助主管部门、科技主管部门、农业农村主管部门等气候对外援助工作相关的部委领导为主要成员的“气候变化南南合作协调工作组”或“气候变化南南合作委员会”，[①] 为气候对外援助政策规划与项目决策协调提供组织支持。其二是考虑由应对气候变化主管部门、对外援助主管部门等主要职能部委牵头，设立独立于国家应对气候变化及节能减排工作领导小组的“气候变化南南合作部际协调委员会”，就气候对外援助规划、政策的制定与更新、气候对外援助项目的决策、实施、监督、评估等事宜定期开展协调。相较之下，第一种思路设立的协调机制行政级别较高，可以就气候对外援助项目的决策与开展进行更为全面、综合的协调，其缺点在于职能协调的启动成本相对较高。第二种思路设立的协调机制行政级别设置相对灵活，可以由各职能部门负责气候对外援助的具体部门派员参与，协调工作启动成本相对较低，能及时回应项目开展过程中的具体协调需求，但往往无法从全局高度进行考虑决策。鉴于此，可以考虑采用循序渐进的方式，首先在部委之间推动建立“气候变化南南合作部际协调委员会”，解决当前气候对外援助项目具体实施过程中的协调问题；时机成熟后，推动在国家应对气候变化及节能减排工作领导小组之下设立“气候变化南南合作协调工作组”，逐渐统筹气候对外援助的总体决策布局协调及决策实施协调。

5.2 健全气候对外援助引导性制度

（1）型塑科学的气候对外援助规划体系

气候对外援助规划体系构建应遵循从抽象到具体、从宏观到微观、从原则到规则的“金字塔”模型，自上而下可分为国民经济和社会发展五年规划纲要中的气候援助规划（第一层次）、国家应对气候变化总体规划中的气候援助规划（第二层次）、专门的气候对外援助或气候南南合作中长期规划（第三层次）以及相关领域规划中的气候援助规划（第四层次）四个层级。第一层次和第二层次的规划涉及的内容和领域相对较广，需要采取指导性与宏观性表述。[②] 第三层次用以细化、落实国家中长期发展规划和国家应对气候变化总体规划，并为其他相关部门制定气候对外援助国别政策或行业政策提供指引。第四层次主要是气候对外援助专门规划的配套规划或相关规划，起辅助或交叉作用。

我国目前已经具备气候对外援助规划体系的雏形，但仍有必要通过制定一份专门的气候对外援助或气候南南合作中长期规划。一是明确中国开展气候对外援助的理念、发展阶段、具体方式、行业导向与区域合作导向等内容，提升气候对外援助规划的体系性和下位规划的可操作性。二是将气候援助规划与国家重大倡议、重大战略进行衔接，例如考虑与“一带一路”建设、“三大全球倡议”做好战略衔接，通过气候援助等加强我国与其他发展中国家的

[①] 奚旺、莫菲菲：“‘十四五’应对气候变化南南合作形势分析与对策建议”，《环境保护》，2020 年第 16 期，第 67 页。

[②] 贺东航、孔繁斌：“公共政策执行的中国经验”，《中国社会科学》，2011 年第 5 期，第 66 页。

团结协作，维护“全球南方”的整体利益。[①] 三是推动气候对外援助模式创新，可以在总结长期南南合作经验基础上，拓展与发达国家或国际机构三方合作、吸引利益相关方共同参与气候对外援助项目等模式，鼓励气候援助模式创新。此外，还应当结合气候对外援助的实际情况，不断丰富和充实第四层次的气候援助规划。

（2）研究制定气候对外援助国别政策

气候对外援助国别政策能为国内相关职能部门开展气候援助活动指明方向，有效引导气候合作资源流向，也能为建立友善的气候变化对话、形成气候友谊奠定基础。美国、英国等发达国家已在其国别援助政策中部署气候对外援助政策或是具体的气候援助方向，[②] 我国应在充分调研受援国气候合作需求基础上，将气候对外援助纳入对外援助国别政策，并按照国别情况拟定气候对外援助活动方向和范畴；[③] 或者就重点受援国制定专门的气候援助政策。考虑到我国气候对外援助的受援国数量众多、气候对外援助与相关产业合作相互交织等复杂因素，可以先就小岛国或重点受援国制定气候对外援助国别政策，其后再通过 3-5 年时间逐步制定面向所有气候受援国的国别援助政策。

（3）构建分布式气候对外援助行业政策

气候对外援助能为国内企业开发受援国市场、调动合作国市场活力起到先导作用。由于气候治理涉及适应与减缓两个重要方面，无论是在适应性工程、气候预警预测系统、防灾减灾系统等气候适应相关产业，还是在传统能源提效减排、新能源开发利用等气候减缓相关产业，我国在发展中国家中均处于领先水平。气候对外援助相关部门应在今后的电力、可再生能源、煤炭、风电、防震减灾、气象等行业产业政策中阐释气候对外援助的人类命运共同体理念、推进行业衔接气候对外援助基本思路，加强对中国绿色低碳企业借助气候南南合作渠道“走出去”问题的研究，建立完善相关政策支持体系和管理服务体系，[④] 为优秀企业拓展国际产业间的发展合作提供政策指引与支持。考虑到不同领域、不同部门的发展政策之下再行制定关于各个部门的气候对外援助政策在操作上也存在一定难度，可以通过将气候对外援助与气候相关产业行业在战略思路上衔接融合，在气候相关产业发展政策之中分别就气候对外援助予以规定，为气候对外援助相关活动提供财政、金融、税收等方面的政策支持，形成分布式的气候对外援助行业政策体系，以便进一步落实气候对外援助规划。

5.3 完善气候对外援助规制性制度

（1）提升气候对外援助法律规范层级

[①] 参见陈迎：“应对气候变化的‘全球南方’力量”，《当代世界》，2023 年第 11 期，第 32-33 页。

[②] See USAID, “Country Development Cooperation Strategy: Peru”, USAID, September 22, 2022, https://www.usaid.gov/sites/default/files/2023-07/CDCS-Peru-May-2025_1.pdf; Foreign, Commonwealth & Development Office,” UK–Chad development partnership summary”, Government of UK, March 27, 2024, https://www.gov.uk/government/publications/uk-chad-development-partnership-summary/uk-chad-development-partnership-summary-march-2024.

[③] 刘硕、张宇丞等：“中国气候变化南南合作对《巴黎协定》后适应谈判的影响”，《气候变化研究进展》，2018 年第 2 期，第 215 页。

[④] 参见秦海波、王毅、谭显春等：“美国、德国、日本气候援助比较研究及其对中国南南气候合作的借鉴”，《中国软科学》，2015 年第 2 期，第 33 页。

法律的创制能够使法律实施部门产生内在的遵从压力和现实的执行压力。理论上，可以借助上位立法的创制和实施来促进气候对外援助制度完善，减少气候对外援助制度内部冲突。从可操作性而言，一方面，可在今后出台应对气候变化立法时就气候对外援助问题作出制度预设，形成气候制度与对外援助制度的法律衔接，为气候对外援助法律制度的拓展提供契机与依据。另一方面，在现有气候相关领域法律中增加南南合作或对外援助条款，例如可以在《可再生能源法》《节约能源法》《气象法》等法律制度中增加与国际组织、发达国家及发展中国家相互合作的规定，为气候相关部门通过气候对外援助实现行业产业发展提供创新思路与上位法依据。

（2）加强气候对外援助相关法律规范的协调互动

气候对外援助相关法律规范的冲突是气候对外援助责权冲突的规范表现，可以考虑通过加强相关部委的协调缓解规范冲突难题。第一，相关职能部门在制定气候对外援助相关法律规范时应尽可能加强前期立法论证工作，广泛听取气候对外援助有关部门、组织、人民代表大会代表和社会公众的意见，在法律规范创制阶段尽量消除部门立法可能存在的冲突与矛盾。第二，加强部门联合立法工作，削减气候对外援助法律规范冲突可能。具体而言，可以由应对气候变化主管部门、对外援助主管部门、能源主管部门等部门牵头，联合其他相关部门共同制定“气候对外援助项目管理办法”等，通过部门联合立法推进部门间的气候对外援助职权协同。第三，通过立法技术协调不同部门立法的冲突问题。例如，可以在《对外援助管理办法》“附则”中增加一条“国际发展合作署制定的部门规章或部门规范性文件另有规定的，按照其规定”，以此解决其与《暂行办法》的冲突问题，维护法律体系内部协调。

（3）推进气候对外援助配套法律规范制定

按照我国对外援助法律制度建设与推进逻辑，以“综合法律制度+方式法律制度+项目运行法律制度”为制度结构来规范气候对外援助活动存在必要与可能。具体而言，其一，我国应以气候对外援助相关顶层法律规范为依据，制定气候对外援助相关的一般性或综合性法律文件，作为配套法律规范执行气候对外援助相关基础法律规范，同时也成为气候对外援助规制性制度的“龙头法”。其二，结合气候对外援助活动的实际需要，通过制定“气候对外援助项目管理办法”等部门规章明确气候对外援助的法定类型（如明确气候成套援助项目、气候物资援助项目、气候技术援助项目、气候人力资源开发合作项目、低碳示范区援助项目等），规定不同气候援助项目的合作推进方式，促进气候对外援助活动的规范开展。其三，考虑到部门之间的职能衔接与效果传导，气候对外援助相关职能部门之间可以通过联合制定“气候对外援助项目管理规定”，加强与《对外援助管理办法》的衔接，对气候对外援助项目决策、实施、监督和评估等不同环节的衔接进行协调，就气候对外援助项目的采购、合同、实施管理、验收、评估等问题制定约束性规定，通过促进气候对外援助有关部门在不同援助环节的畅通协作，规范气候对外援助实施主体的援助行为，明确违反气候对外援助规范的法律责任。

六、结 论

中国推进气候对外援助具有重要的世界意义和战略意义。气候对外援助制度是气候治理体系和治理能力现代化的基础与标尺，优化完善气候对外援助制度，能够更好地服务大国气候外交、提升气候援助效率效果、贡献全球气候治理。中国气候对外援助的制度分析，符合当前中国国家治理现代化的基本要求，有助于丰富和拓展中国对外援助理论，优化气候对外援助制度体系，促进气候对外援助制度理论的外部传播。具体体现在以下三个方面。

首先是初步构建气候对外援助制度的内部结构体系。前期研究着眼气候对外援助工作，虽就气候对外援助有关的体制机制、政策甚至法律提出“制度”建议，但未及制度观念或制度体系。经研究，认为气候对外援助制度是以组织性制度、引导性制度和规制性制度为核心的“三维结构”，并尝试将气候对外援助制度进行理论化、体系化和结构化，拓展气候对外援助研究制度理论，为后续的气候对外援助制度研究提供一种研究进路。

其次是对气候对外援助制度提出系统的优化建议。当前的气候对外援助制度面临来自不同制度维度的挑战，其中组织性制度面临的核心问题来源于机构职权交叉和职权衔接，建议通过推动组织变革、加强组织协调予以解决。引导性制度困境在于制度缺位和操作性不足，需要从专门规划、国别政策、行业政策等方面予以补足。规制性制度存在制度冲突与制度缺位双重挑战，应在创制上位立法、加强组织协调、强化制度供给等方面予以着力。相关的制度优化建议可以成为目前气候对外援助制度建设的一个参考选项。

最后是气候对外援助制度理论与优化方案的外部传播。气候对外援助制度的制度结构体系源于中国特色社会主义制度及我国的“本土化”实践，其制度理论与优化方案也能反哺相关领域的制度研究与实践。这种影响体现在横向和纵向两个维度：从横向来看，中国对外援助涵盖农业、工业、经济基础设施、公共设施、生态环境、教育、能源、医疗卫生、体育人文、救灾减灾等诸多领域，在长期实践中对外援助各领域都形成了具有各自特色的制度体系，但组织性制度、引导性制度和规制性制度的“三维结构”同样适用于这些领域。同时，对外援助各具体领域也不同程度存在与气候对外援助领域类似的制度挑战，气候对外援助制度的优化方案可以为这些领域的制度优化提供“平行经验”。从纵向来看，对外援助制度是气候对外援助制度的基础制度，但援外制度理论及制度建构本身并不成熟，气候对外援助制度的“三维结构”同样能够适用于分析对外援助制度，为后续对外援助制度研究提供理论进路。当然，由于气候对外援助制度具有其自身特殊性，不宜将气候对外援助制度的优化方案直接移植到对外援助制度，但特殊性制度可以为普遍性制度的创制与优化提供制度运行经验。

中国自主的国际争端解决规则观：从历史演进到实践路径

杲沈洁*

摘要：“百年未有之大变局”不仅对现有国际争端解决法律秩序造成冲击，也使中国面临的特殊挑战加剧，应对国际争端解决秩序之危局，把握国际争端解决机制变革之时机，增强中国在国际争端解决体系中的主体性，是中国应对时代之变的应然选择。从中国对外交往的长期历史特别是历史本体的变化中，考察国际争端在中国的发生，以及中国应对国际争端的历史脉络，有助于把握中国国际争端解决秩序观在价值理念和实践路径上的共性与差异性，有利于理解中国在国际争端解决中他者与本质的身份变化。虽然在不同时期，中国的国际争端解决观念随国内外环境条件的变化而有所侧重，但其基本价值追求和推进路径始终未变，即和平解决争端、促进国际秩序公平正义，在尊重主权基础上高度重视与他国的和平共处。中国国际争端解决规则观内含和平性、平等性和多元性特征，追求对现存体制下强权政治逻辑、不公正分配结果和舍弃国际法治形式行为的修正。引领国际争端解决机制司法化改革、推动“一带一路”多元化争端解决实践、创设国际调解院等实践路径是当今中国在这一传统的基础上推陈出新，为国际秩序法治化的进一步发展做出的更大贡献。

关键词：国际争端解决；中国秩序观；人类命运共同体；全球治理；话语体系

引言

党的二十大报告号召“坚守中华文化立场，提炼展示中华文明的精神标识和文化精髓，加快构建中国话语和中国叙事体系。”[1]习近平文化思想明确，构建中国话语和中国叙事体现了我们党提高国家文化软实力、占据国际道义制高点的战略谋划。国际法治作为国际社会的共同追求，其中内含的价值取向和实践方法是可以构筑全球治理共识的重要工具，对传播中国观念和中国叙事，讲好中国故事具有不可忽视的建设性意义。二十世纪以来，国际争端解决的司法化发展成为国际法治进步的具体体现。然而，以世界贸易组织（WTO）上诉机构停摆为开端，国际争端解决的司法化面临全面危机，全球治理的法治根基和价值共识遭受前所未有之挑战，中国作为负责任的大国，如何参与并引领国际争端解决机制变革成为重要议题。

与此同时，欧洲中心主义叙事是近代国际法的重要特征之一。国际争端解决机制也概莫能外。现代国际争端解决体系形成于二战之后，是在欧美大国主导之下形成的，相应地，其机制规则构造反映了欧洲强国和美国彼时最主要的利益追求。这导致在现有国际争端解决机

* 杲沈洁，女，东南大学法学院博士研究生，754739762@qq.com。

[1] 《中国共产党第二十次全国代表大会文件汇编》，人民出版社 2022 年版，第 38 页。

制下，中国权益维护始终面临特殊挑战。现有 WTO 规则体系为中国设定了诸多特色规则，为此，中国承担诸多额外 WTO 义务，WTO 成员则对中国享有额外权利。在国际经贸争端解决中，中国的特殊主体地位——发展中国家成员身份、市场经济地位等——饱受针对，由此也形成大量中国特色涉案问题。在现有国际争端解决机制中，上一轮国际秩序变革中规则的制定者具有主体性，是绝对；以中国为代表的发展中国家是他者（the others），并非自我（self），导致中国面对的本质是非本质。在社会主义现代化进程加速发展，推动构建中国制度型话语权的重要时期，如何应对西方在国际争端解决机制中的话语霸权，增加中国在国际争端解决体制变革中的主体性，传播并塑造中国国际法话语，改变中国在国际争端解决体制中的他者身份至关重要。

本文从中国视角出发，采用历史学方法，从动态流变和历史传承的双重维度，梳理中国国际争端解决规则观念的历史演进，总结中国国际争端解决观在价值偏好和实践方法选择上的核心特征，指出中国国际争端解决观与现存国际争端解决观的差异及对其修正，有利于理解中国在国际争端解决中他者与本质的身份变化，增强历史主动和规律把握，增强对中国国际争端解决规则观引导下的中国主体性话语体系的把握。

一、中国国际争端解决规则观的历史演进

对现当代中国而言，近代以来中国参与的国际争端解决实践，成为其国际争端解决理念觉醒并勃发的智慧源头。

（一）明清时期：从“置身事外”到“被动接受”

中国古代传统“厌诉”的争端解决文化与以中国为中心的世界秩序观并未孕育出中国近代的国际法观念，[2]在国际争端解决上处于“置身事外”的状态。中国传统的世界秩序观是以中国为中心的朝贡体系，是等级制的，这造就了中国传统处理涉外案件时遵循的规范的中国中心化。自唐始，中国处理涉外案件遵循的原理是：“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法，异类相犯者，以法律论。”[3]清朝时的涉外案件处理也是遵循此法。1689 年，英国“防卫号”水手杀死中国人，适用中国法处理，其他水手也一并“株连”。[4]1821 年，在“陀巴士号”案中，两广总督阮元认为，“夷兵在内地犯事，即系化外人有犯，应遵内地法律办理”[5]，即中国法律可以适用于欧洲人。这两个案件虽然体现出中国的主权观念，但这并非清朝统治者受主权观念影响而作此判断，而是中国“宗藩”制度下处理“外藩”的惯常做法。

中国近代的国际秩序观念是在列强侵略背景下，被迫签订不平等条约的过程中产生与深化的。随着中西方实力对比日渐悬殊，中国传统的“宗藩”体制再难约束“外夷”，加上中国主权知识缺失使中国在不平等条约的签订中成为无形受害者。中国的法律体制日渐对西方人失灵。1939 年，在中国杀人的英国水手的判决被移交英国执行，但英国政府却以“中国对在中国的英国臣民没有管辖权”为由释放之。[6]晚清时，开明的士人官僚意识到国际社会

[2] 邓正来编：《王铁崖文选》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 284 页。
[3] 《唐律疏义》各例，第 48 条“外化人相犯”，中华书局 1983 年版，第 133 页。
[4] 参见马士：《东印度公司对华贸易编年史》第 1 卷，中山大学出版社 1992 年版，第 83 页。
[5] 高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 421 页。
[6] 参见高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 459 页。

的存在，开始重新认知中国与世界的关系，重新评估中国在世界中的地位，并逐渐加深国际法观念，也尝试利用国际法解决争端、维护清政府权益。在维护国家主权方面，他们主张以公法为依据、利用谈判方式挽回权利。[7]在实践中，如，受瓦特尔《国际法》译文中“欲与外国人争端，先投告对头之王或有大权之官，设或都不伸理，可奔回本国要求本国王保护”[8]之影响，林则徐在查禁鸦片时，在宣布鸦片为违禁品应烧毁后致书英国女皇，要求停止鸦片贸易，无果后，才采取武力，实行硝烟。[9]在近代中国被纳入世界国家秩序，国际法被带入近代中国后，虽然处于被迫接受的状态，但无论是在思想上，还是在处理外交事务和解决争端的实践中，清政府的部分开明官僚开始注意利用国际法来维护本国利益。

尽管中国开明士人官僚逐渐接受并学习运用国际法解决国际争端，但是由于其生长在不平等条约体系的“土壤”中，故而作用有限，很难“硕果累累”。自《南京条约》开始，西方列强胁迫清政府签订的大量权利义务不平等的条约打破了华夷秩序在中外关系上形成的一种新的制度。[10]不平等条约制度的建立标志着中国被迫纳入资本主义国家的“世界国家秩序”。[11]西方国家通过不平等条约把近代国际法带到中国来，在这个过程中，中国只是被动的接受者。然而，这种施于中国的国际法并非真正的国际法，它带有压迫和剥削的性质，目的也并非保障互惠互利和主权平等，只是西方列强为实现自身利益而使用的与中国交往的工具。例如，1843 年签订的《中英五口通商章程》赋予英国“治外法权”，[12]使英国在华侨民获得不受中国法律管辖的特权。[13]1843 年《中英虎门条约》首次规定片面最惠国待遇。[14]随后，《中美望厦条约》和《中法黄浦条约》对此都作了类似的规定。在承认与遵守不平等条约的基础之上进行的遵约行为，本身就是不符合国际法的行为，而以不平等条约为理据进行的争端解决更无公正可言。

中国传统的世界秩序观无法将近代西方国家吸纳到朝贡体系中，又无法引导中国进行必要的法制改革以便主动地融入近代的世界。[15]反而是，在西强中弱的国家实力变化之下，面对西方的“炮舰政策”，从 1840 年到 20 世纪上半叶的百余年时间内，治外法权在中国并未彻底清除，外国在中国的特权日渐增加，无数不平等条约给中国的主权戴上了镣铐。这些不平等交往历史造就中国对国际争端解决的疑虑，也形塑了中国近现代的消极、被动的国际争端解决态度。

（二）新中国成立年至改革开放前：从“被动观望”到“尝试接触”

---

[7] 王韬在提出修改领事裁判权以挽利权时指出：“夫我之欲争额外权利者，不必以甲兵，不必以威力，……要在执持西律以与之反复辩论，所谓以其矛陷其盾也”。参见《韬园文录外编》，第 89 页。薛福成也主张以谈判方式解决争端，应“以公法为依归”，并指出“近年以来，使臣出驻各国，往往援公法为辩论之资，虽有效有不效，而西人之旧习已稍改矣。”参见薛福成：《庸庵海外文编》，卷三，第 7 页。

[8] 《海国图志》，卷八十三，第 21 页。

[9] 参见杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》，载《法学研究》1999 年第 3 期，第 127 页。

[10] 参见杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》，载《法学研究》1999 年第 3 期，第 126 页。

[11] 参见李育民：《近代中国的条约制度》，湖南师范大学出版社 1995 年版，第 6 页。

[12] 该章程第 13 款规定：中英民之间“遇有交涉词讼，管事官不能劝息，其英人如何科罪由英国议定章程法律，发给管事官照办”。《鸦片战争档案史料》，第 7 册，中国第一历史档案馆编 1992 年版，第 209-213 页。

[13] 《鸦片战争档案史料》，第 7 册，中国第一历史档案馆编 1992 年版，第 209-213 页。

[14] 第 8 款规定：“设将来大皇帝有新恩施及各国。亦应准英人一体均沾，用示平允，但英人及各国均不得籍有此条，任意妄有请求，以昭信守。”王铁崖：《中外旧约章汇编》，三联书店 1957 年版，第 36 页。

[15] 参见王玫黎：《中国传统文化与近代国际法探析》，载《现代法学》1998 年第 3 期，第 126 页。

中国传统的争端解决观念在新中国成立以后的诸多争端解决实践中得以体现。在争端解决方式选择以及对待争端解决的态度上，“和合”思想影响下的“贱讼”“无讼”观念使中国追求以和平方式解决争端。在领土和海洋争端上，中国更多地选择运用谈判、协商方式解决。对于前者，新中国成立至今，除印度和不丹之外，中国已经通过谈判的方式完全解决了 14 个陆地边界问题中的 12 个。对于后者，中国不接受任何第三方的争端解决方式，无论是通过调查、调停、调解还是法律手段，中国基本排除了国际法院的强制管辖和《联合国海洋法公约》下的强制性解决机制。

在价值取向和态度上，中国传统争端解决观以及近代的争端解决经验使得新中国成立以后，中国对国际争端解决整体态度是怀疑与被动的。虽然《联合国宪章》明确规定了和平解决国际争端的义务，[16]并规定各国应以谈判、调查、调停、斡旋、司法解决、区域机关或办法之利用或其所选择之它种和平方法寻求国际争端之早日及公平之解决，[17]但近代中国的不平等交往经历、中国在国际规则制定中缺失等因素，使中国政府认为由法官和仲裁员组成的第三方裁决机构是由西方主导的，因而对其缺乏信任。比如，作为联合国五大常任理事国之一，中国从未接受过国际法院的强制管辖权。在批准加入 1965 年《消除一切形式种族歧视国际公约》以及 1979 年《消除对妇女一切形式歧视公约》时，中国政府均提出保留，排除了诉诸仲裁或国际法院等国家间争端解决条款。

（三）改革开放至今：“主动融入”到“自我表达”

对国际争端解决常态的质疑态度之外，也有例外的实践。改革开放之后，中国对 WTO 争端解决机制地利用由观望到积极利用、注重融入的转变即为例证。作为 WTO 成员方，在角色定位上，中国充分参与、以防为主；所涉争端范围：类型广泛、规则集中；实践的过程：阶段分明、渐入中心。“入世”前五年，中国主要以第三方的身份参与 WTO 争端解决，仅在 2002 年和 2004 年各有 1 起以当事方身份的涉案。2006 年以后，中国以当事方身份涉案的数量才逐渐增加。目前，中国作为当事方的涉案量在所有成员中排名第二位，仅次于美国。总体看来，在度过“入世”前五年的过渡期后，中国涉案方式从被动应诉、尝试出击，逐步转向以点带面、攻守兼具。[18]中国在积极参与 WTO 争端解决的过程中，主动融入西方主导国际争端解决体系，在实践的过程中也累积形成中国的国际争端解决规则观。

自 2012 年中国共产党第十八次全国代表大会首次提出“人类命运共同体”概念以来，“中国—东盟”命运共同体、中非命运共同体、亚洲命运共同体等理念先后被习近平同志提出，“人类命运共同体”逐渐成为当下中国的国际秩序规则观选择。“人类命运共同体”秩序观承认差异，主张平等，强调求同存异，主张和平并存，谋求合作共赢。“人类命运共同体”理念倡导的国际秩序观认为“共商、共建、共享”是实现路径，“三共”原则反映中国当下对国际争端解决的态度，也反映出中国当下的争端解决路径选择。[19]

综上所述，中国参与国际争端解决的历史生成，与中国式现代化所经历的对资本文明从

---

[16] 参见《联合国宪章》第 2（3）条。

[17] 《联合国宪章》第 33 条。

[18] 参见肖冰 等著：《WTO 争端解决中的中国现象和中国问题研究》，法律出版社 2020 年版，第 42 页。

[19] 参见龚柏华：《“三共”原则是构建人类命运共同体的国际法基石》，载《东方法学》2018 年第 1 期，第 31 页。

“被动卷入”到“辩证批判”、再到“总体超越”的发展历程具有一致性。[20]西方国际法的发展是顺应西方势力拓展而生，并非超越具体历史环境、自然公平、天经地义的“放之四海而皆准”的公义。[21]随着中国实力的增强，在中华世界秩序与西方国际法秩序的交叠碰撞格局下，中国在为自身重新定位的艰难历程中，也探索出一套占据国际道义制高点的中国自主的国际争端解决规则观。

二、中国自主的国际争端解决规则观的价值取向

考察中国国际争端解决及规则观的历史演变，探寻其中蕴含的价值内核，以及叙述思想价值所运用的表达范式，为当前中国话语和叙事体系的构建与传播提供了根脉和源头的内生根据。

（一）路径和平：中国解决争端推进路径的始终如一

和平性是中华文明的基本价值之一，也是中华文化传承发展的核心理念，并在中国参与国际争端解决的历史中不断地具体展开。中国古代的“贱讼”观念和“无讼”追求注重“德治”，“和合”思想指引其追求和平、体面的解决争端方式与结果。此种价值追求背后中国人的思维逻辑与行动方式，正是支撑这数千年文化传统“变化中的不变”的亘古恒常。[22]新中国成立以后，中国政府奉行独立自主的和平外交政策，并通过 1949 年制定的《共同纲领》以文件形式明确之。之后，中国政府在 20 世纪 50 年代后不同历史时期分别提出了和平共处五项原则、三个世界理论以及建立国际新秩序的主张。21 世纪，中国政府又先后提出了“和谐世界”的理念和“人类命运共同体”的概念。中国政府在不同历史时期的国际秩序观表达方式不尽相同，却先后继承并发展，且其内核是一脉相承的。

除此之外，近代以来中国参与国际争端解决实践的历史演变表明，在中华法律秩序遭受西方国际法秩序冲击而渐趋失序的进程中，中国也始终坚持以和平手段，从被动接受逐渐走向主动融入，艰难探寻从“中国之天下”到“世界之中国”的道路。正如习近平同志在文化传承发展座谈会上强调，中华文明具有突出的和平性，从根本上决定了中国始终是世界和平的建设者、全球发展的贡献者、国际秩序的维护者，决定了中国不会把自己的价值观念和政治体制强加于人，决定了中国坚持合作、不搞对抗，决不搞“党同伐异”的小圈子。

当下，“人类命运共同体”理念认为和平是全人类共同的价值追求，主张在继承和弘扬联合国宪章的宗旨和原则，构建以合作共赢为核心的新型国际关系。它是对中国传统秩序观中国的“和合”观念的继承，对西方国家“民族国家”模式中主权平等观念的吸收，但又超越“民族国家”模式中“国家主义”为先的价值主张，追求马克思恩格斯共同体性质的国际主义，希望建立“以国际法为基础”的新型国际法律秩序。“人类命运共同体”坚持和平解决争端原则，其中，“三共”选择中的共商原则强调以协商谈判的方式促进规则形成，尊重主权平等，强调国际法治形成过程的民主化。协商谈判是争端解决的有效方法，和平磋商也

---

[20] 张永刚：《中国式现代化文明叙事的三重维度》，载《山东师范大学学报》（社会科学版）2024 年第 2 期，第 1 页。

[21] 参见林学忠：《从万国公法到公法外交：晚清国际法的传入、诠释与应用》，上海古籍出版社 2009 年版，序一，第 3 页。

[22] 陈景良：《“天下无讼”价值追求的古今之变》，载《政治与法律》2023 年第 8 期，第 44 页。

是化解纷争的根本之道。

（二）主体平等：中国解决争端价值追求的古今衡常

中国传统的世界秩序包含平等与包容一切的价值观念，并不强迫他国屈服，这与传统儒家“和合”的思想相契合。一方面，以中国为中心的世界秩序观是等级制的，体现了中国古代政府的优越感，但并不意味着中国不承认世界上其他民族文明。“昔帝王之治天下，凡日月所照，无有远迩，一视同仁，故中国奠安，四夷得所，非有意于臣服之也”，[23]即表达对异国统治者不能与皇帝相提并论，但皇帝对他们依旧“一视同仁”，这些统治者是平等的。另一方面，“和合”的结果并不要求一定要“同”，“不同”并不必然导致“不和”，君子即可在“不同”中求“和”。“和合”的观点使得中国古代君主虽然认为自己具有优越地位，但并不会利用自己的实力优势对他国进行强取豪夺，而是信服“以德服人”，实行睦邻友好的外交政策；也使得中国文化具有包容性，能够接受包括佛教、基督教、伊斯兰教等非正统思想在中国传播、扎根、生长并与中国传统儒家思想相融合。张骞出使西域，开辟“丝绸之路”，使其成为中国与沿途各国友好交流的通道；佛教自公元前后传入中国，经过广泛传播，在公元 7 世纪进入鼎盛，与儒家文化共同丰富中国文化成果等历史都是很好的例证。由此，以当下之视角，中国古代中国中心主义的秩序观和等级制与当今的国际秩序和规则体系相悖，但其中包含的公平与包容理念，以及对和平共处的实质追求亦难以否认。[24]

当下，作为一种新型国际秩序规则观，“人类命运共同体”理念主张平等互信的权力观，倡导构建包含国家利益与国际利益双重蕴含的具有中国特色国际主义色彩的国际秩序。“民族国家”观念指导下的国际社会始终充斥着权力斗争，而随着权力斗争形成的对抗性思维难以消弭。“人类命运共同体”观念倡导消融国家间坚持权力之争的历史观念，认为“弱肉强食、丛林法则不是人类共存之道。”[25]，主张平等互信的权力观。平等互信的权力观强调国家间的平等性，各国结伴但不结盟，着眼于构建和平、合作、公平、共赢的新型国际关系，力图改变“因强权政治逻辑的介入，西方国家主张的‘以规则为基础’的国际秩序极易演化为一种‘制度霸权’的样态”的现实。[26]也就是说，“人类命运共同体”希望改变当下规则与权力相生相伴并受权力控制的国际秩序，呼吁各国积极展开合作，推动国际法的变革，建立超越“均势”与“霸权”的，以国际法为基础的共生国际秩序。

（三）方式多元：中国解决争端的法治形式追求

全球治理体系重构，面对国际争端解决机制改革，中国坚持司法化的改革方向。对司法化改革方向的坚持体现中国对国际争端解决法治形式的追求，对司法所代表的强制性、独立性、中立性的追求。国际法治的发展过程曲折漫长，当下以规则为导向的国际争端解决规则观取代权力导向的规则观历程艰辛，尽管规则导向仍具有局限性，反映当时大国的主要对外政策诉求，并且随着时代变迁与国际权力体系更迭，规则导向难以满足当下新兴大国与发展中国家需求，但不容否认，规则导向取代权力导向的国际争端解决规则观演进带来国际法治

---

[23] 《大明集礼》卷三三，《宾礼》三《诣诸蕃国开诏》，嘉靖刻本。

[24] 参见车丕照：《法学视野中的国际经济秩序》，清华大学出版社 2021 年版，第 231 页。

[25] 习近平：《铭记历史，开创未来》，载《俄罗斯报》2015 年 5 月 7 日，人民网：http://theory.people.com.cn/n/2015/0507/c49150-26964658.html，最后访问日期：2024 年 6 月 21 日。

[26] 徐崇利：《国际秩序的基础之争：规则还是国际法》，载《中国社会科学评价》2022 年第 1 期，第 29 页。

的巨大发展。

从中国国际争端解决实践与观念发展的历史中来，中国肯定并支持国际争端解决机制司法化，并非片面追求以司法为中心的单一争端解决形式，相反，中国支持国际争端解决形式的多元性，即“支持灵活多元的争端处理观”。[27]“一带一路”倡议下，“共商、共享、共建”的行动三原则即在强调协商谈判、和平磋商在国际争端解决中的重要性。国际法治环境日益复杂，传统的诸如条约之类的国际“硬法”不足之处凸显，中国提出的以国际法为基础的秩序体系在维护以《联合国宪章》为中心的国际法制，以更为清晰可靠的方式明确国际法在国际秩序中的权威性的同时，亦肯定国际“软法”以及国内法在国际秩序中的作用。[28]“一带一路”倡议文件以备忘录等形式展开，正是中国采取“软法”条约形式的有力实践。

总而言之，中国自主的国际争端解决规则观是中国的国际法律政策和国际秩序观在国际争端解决领域的集中体现，也是从近代以来中国参与国际争端解决的博弈历程中总结出来的符合全人类共同福祉的国际秩序规则观。“人类命运共同体”新型秩序观指引下的当代中国争端解决比以往任何时候都强调以国际法为基础，追求公平、独立、公正的争端解决，强调国家合意，而非大国霸权。

三、中国自主的国际争端解决规则观的差异修正

（一）修正现存国际规则的强权政治逻辑

中国主张以国际法为基础的国际秩序区别于二战后建立的“以规则为基础”的国际秩序，是对后者内含的强权政治逻辑的修正。

现代国际法诞生以前，国家以战争等方式解决争端，也就是依靠国家的绝对实力。现代国际法诞生之初，绝对主权理念为主导，即主权之上再无更高的权力者，使得凭借主权国家的实力违反国际法的事例频发，而国际法对此难以回应、制裁，国际社会规则体系体弱，权力导向依旧为主，因而国际法的有效性受到极大质疑。二战以后，随着绝对主权向相对主权的理念转变，大量国际规则、国际组织、国际争端解决机制的创立，国际争端解决机构作为“解释和执行法律的人”，使国际社会规则体系渐强，规则成为主导，国际法的有效性大大增强。然而，无政府权力结构背景下的规则导向法律体系难以摆脱权力与关系的影响，国际法作为规则的一种也受权力与关系的影响。二战后建立的国际秩序内含的基本逻辑是“实力界定收益”，[29]大国权力具有主导性。以美国为例，从奥巴马政府到特朗普政府再到拜登政府，美国贸易政策的法律策略发生了从“规则升级”到“规则修正”再到“规则重构”的转变，[30]其对现有国际体制预期发生变化，随即意味着原先设立的国际争端解决机制难以满足现有需求，从而要求更高标准的国际争端解决机制。“以规则为基础”的国际争端解决体制之规则的变化与否，不在于被理解为国际法之“规则”的规范性或反映之国际法治精神是否存在问题，而在于“规则”是否能够符合大国利益需求。实践证明，“以规则为基础”的国

---

[27] 黄瑶：《论人类命运共同体构建中的和平搁置争端》，载《中国社会科学》2019 年第 2 期，第 136 页。

[28] 参见蔡从燕：《论“以国际法为基础的国际秩序”》，载《中国社会科学》2023 年第 1 期，第 33 页。

[29] [美]斯蒂芬·D. 克莱斯勒：《结构冲突：第三世界对抗全球自由主义》，李小华译，浙江人民出版社 2001 年版，第 1-29 页。

[30] 徐崇利：《美国贸易政策及其法律策略之变：样态与机理》，载《中国法律评论》2023 年第 2 期，第 129 页。

际争端解决规则观难以保证国际法及其实施机构免受国家强权政治的影响。

中国主张的以国际法为基础的国际秩序，以国际法替代“规则”，或者说明确“规则”指的就是国际法，正是基于国际法反映的国际法治精神以及国际法中蕴含的有关规范性寓意，意在对抗以规则为基础的国际秩序内含的强权逻辑以及出于特殊“关系”。[31]首先，以国际法为基础的国际秩序强调国际秩序规则的整体性和根本性。习近平同志有关“世界上只有一个秩序和一套规则”论断内含逻辑结果是，国际社会规则应该由联合国全体会员国共同制定、共同遵守。[32]其次，在以国际法为基础的国际秩序下，“国际法在主权平等的基础上经各国共同同意产生”的规范性寓意，通过坚持国际法的发展是一个“共商共建”的过程，而可以得以实现。最后，基于规则制定、实施的过程对国家合意的尊重，对共同体利益的关注和强调，从而得以矫正强权政治逻辑下国际正义赤字的结果。

（二）修正现有国际规则的不公正分配结果

国际秩序不是中立的，在它的机制与实践中凝结着一系列物质、理念与规范性利益。[33]由“实力界定收益”的强权逻辑所决定，现有国际秩序规则创造的经济、安全利益倾斜至发达国家，并逐渐加深发达国家与发展中国家间“中心—边缘”的发展结构，造成南北国家间分配不公的问题。回顾中国参与历史进程，由国家实力决定，新中国成立之前的中国在西方国际争端解决规则体系中基本处于完全被动地位，晚清的开明士人官僚如郑观应、薛福成、张之洞和马建忠等人意识到，国际法是否有利关键在于国家是否强盛，强则可获利，弱则国际法并不可恃。[34]改革开放之前，中国并未进入现存国际争端解决体制的核心而是处于边缘，改革开放之后，以 WTO 为例，为了能够加入其中，中国经历了长达 15 年的谈判，并且被赋予许多特殊义务。[35]当然，随着中国的快速崛起，中国实力的迅猛增强，中国在现行秩序下也获得了巨大的收益增长，相对收益分配情况也向有利于中国方向转化。[36]作为发展中国家代表，结合自身的历史发展经验，中国发展的同时也深刻意识到现有国际规则所带来的不公正结果，认为世界上有更多的发展中国家需要国际规则体系朝着“更加”公正合理的方向发展。[37]

中国自主的国际争端解决规则观所具有的平等性特征，力图构建国家之间的平行结构伙伴关系的追求，有利于修正“中心—边缘”结构下的资本主义剥削关系。中国主导的《贸易便利化协定》赋予发展中国家和最不发达成员“菜单式”获得特殊与差别待遇的权利，即是中国结合自身实践经验，为现存国际经济秩序得到实质性改善而做出的努力。以国际法为基础的中国国际争端解决规则观关注实质发展，聚焦人类共同福祉的增量。《中国关于世贸组

---

[31] 徐崇利：《国际秩序的基础之争：规则还是国际法》，载《中国社会科学评价》2022 年第 1 期，第 36 页。

[32] 李将：《论“以国际法为基础的国际秩序”的规则观》，载《国际法研究》2023 年第 5 期，第 60 页。

[33] 游启明：《国际秩序的“正义赤字”与中国对策》，载《国际展望》2023 年第 6 期，第 71 页。

[34] 参见杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》，载《法学研究》1999 年第 3 期，第 128-129 页。

[35] 《中国加入议定书》就市场准入做出了诸多额外承诺，即诸多仅针对中国贸易规制体制的特殊规则，以补充《建立 WTO 协定》前言所提及诸多措施。

[36] 参见徐崇利：《二战之后国际经济秩序公正性之评判——基本逻辑、实力兴衰与收益变化》，载《经贸法律评论》2019 年第 4 期，第 71 页。

[37] 从 2007 年中共十七大报告开始，中国将以往主张建立“公正合理”的国际经济秩序，调整为推动建立“更加公正合理”的国际经济秩序。

织改革的建议文件》指出解决发展中成员融入经济全球化的困难，缩小南北差距。[38]多元并存的国际社会，需要统筹考虑形式和实质的道德价值，才能避免以法治之名行霸权政治之实，导致弱势一方在形式平等的社会秩序中会更加弱势。[39]中国坚持以国际法为基础的国际争端解决规则观，坚持肯定国际法的规范性，关注的并非单一国家利益，而是超越国家利益的全球利益，将对现有国际规则带来的不公正分配结果予以修正。

（三）修正既有国际争端解决体制改革的去司法化取向

以美国为代表的国家主张在 WTO 争端解决机制改革中去司法化。去司法化的表象是解决 WTO 上诉机构的滥权或越权现象，维护 WTO 成员方的合法权利。表象背后的本质则在于削弱国际争端解决中中立第三方的权力，将争端解决权力尽量把握在争端当事方手中，这导致的结果就是拥有实力的大国将在争端解决过程中把握主动权，国际法治至少在形式法治层面遭遇倒退。虽然在当下国际争端解决体系下，无论是国际法院还是 WTO 上诉机构又或是联合国海洋法法庭等国际（准）司法机构的司法强制性的有效性有限，但其作为中立第三方的裁决即便不能再事实上给予大国制裁，在道义上也会使大国受困。一旦使这些机构陷入司法化危局，对其进行去司法化改革，司法权将重新回归主要大国手中，那么国际法治将名存实亡，面临严重倒退。基于此，在 WTO 争端解决机制的改革中，中国对司法化方向的坚持，既是对国际争端解决中司法权分配的坚持，也是对国际争端解决法治形式的坚持，是对既有国际争端解决体制改革中去司法化取向的修正。

四、中国自主的国际争端解决规则观的实践选择

国际体系结构性变革新周期的变动与未定，以及中国“一带一路”与大国担当提供的广大发展中国家基础，为中国自主的国际争端解决规则观的传播、理论实施提供现实条件，为增强中国自主的国际争端解决观引导下的中国主体性话语体系提供可能路径。

（一）引领既有国际争端解决体制的司法化改革

中国在国际争端解决机制变革中的定位发生重大转向，从回应成员方改革需求转为兼具引领改革、输出中国话语的多重谋划。就 WTO 改革而言，前期，面对 WTO 上诉机构“停摆”，2020 年 4 月 30 日，包括欧盟和中国在内的 52 个 WTO 成员方成立了“多方临时上诉仲裁安排”（Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement，以下简称“MPIA”），并且组建了由 10 位仲裁员组成的仲裁员库。MPIA 在上诉机构停止运行期间，利用《关于争端解决规则与程序的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，DSU）第 25 条规定的仲裁程序，处理各参与方提起上诉的争端解决案件。MPIA 作为临时性的替代方案，期望维护 WTO 争端解决机制“二审终审”的特色，并以 MPIA 为契机，推动 WTO 上诉机构的重建。虽然 MPIA 的实践在一定程度上维护了 WTO 争端解决机制的上诉功能，但是 MPIA 在 WTO 法律体系内并没有正式法律地位，性质上是部分

---

[38] 商务部世界贸易组织司（中国政府世界贸易组织通报咨询局）：《中国关于世贸组织改革的建议文件》，中华人民共和国商务部网站，2019 年 5 月 14 日，http://www.mofcom.gov.cn/article/jiguanzx/201905/20190502862614.shtml，最后访问时间：2024 年 6 月 21 日。

[39] 参见何志鹏：《“良法”与“善治”何以同样重要——国际法治标准的审思》，载《浙江大学学报》（人文社会科学版）2014 年第 3 期，第 140 页。

WTO 成员达成的诸边安排和做出的政治承诺[40]，仲裁庭的提议并不具有约束力。

国际秩序变革是一个持续且漫长并充满博弈与取舍的过程，因此在坚持对既有争端解决机制司法化改革方向不动摇的前提下，可以谋求其他方式灵活应对司法化困境。一方面，在具体改革方案的谈判中，涉及基本原则或定位的内容，诸如中国的发展中国家地位问题或是美国主张中不利于广大发展中国家/第三世界国家的，是不可退让的，而其他诸如限制上诉机构和专家组权力的改革举措，可以适当让步。例如，可在现行 DSU 框架内构建一项“认可并尊重可不选用上诉程序”的机制性安排[41]，既可保证与现有机制的粘合度，又可以在兼顾各方利益选择的情况下完成对既有规则的实质性变动。另一方面，除了继续推动 WTO 上诉机构恢复运行，对 WTO 争端解决机制改革的着力点可以放在推动谈判机制的变革之上。中国可适时提议放松一揽子协议，补充以联合声明倡议模式进行的诸边协议，在保留传统多边规则谈判与实施一致性原则的同时，运用“可变几何”等模式允许相对柔性的机制，克服 WTO 决策和谈判机制的僵滞状态。[42]

（二）推动一带一路争端解决的多元化实践与法治化提升

受现行国际秩序的限制，发展中国家很难在体系内对既存的制度进行实质性改造，故中国只能针对其中仍然存在的南北国家间不公平不合理的收益分配状况，支持发展中国家向发达国家诉求更多的特殊与差别待遇，以谋求“实力界定收益”基本逻辑适用的一种例外情形。[43]作为真正多边主义的行动派，中国强调综合安全观，关注西方主导下边缘国家的利益和声音，追求平等均衡的南北关系。[44]在支持发展中国家在既有体系内获得更多利益的同时，中国积极推动构建“一带一路”平台，借鉴国际争端解决机制司法化异化之经验，创建相关新型国际法律制度，以促进现有国际秩序朝着更加公正合理的方向发展。

创新体制有别于既有体制之处在于，它要求中国以身作则，在合作收益的分配上兼顾其他国家的合理关切，这更多地表现为中国的“让”利之举。[45]构建“一带一路”多元争端解决机制过程中，中国秉持“三共”原则的方法论，强调“共商规则，共建机制，共迎挑战”，“寻求利益共享，实现共赢目标”。[46]其中，共商与共建保证各国在规则形成过程中的平等权利，避免有实力大国的立法控制权。首先，“一带一路”的双边协议推进模式及因而形成的“轮毂式”规则体系，是中国国际争端解决规则观中平等性价值的重要体现。在此种规则体系中，持有双边协议的双方，拥有平等协商的可能。其次，“一带一路”争端解决机制具有呈现多元性，不仅可以选择现存国际争端解决机制，还可以选择“一带一路”国际商事调

---

[40] 参见李詠箑主编：《支持和践行多边主义——中国参与 WTO 争端解决法律实践（2011-2020）》， 商务印书馆 2021 年版，第 637 页。

[41] 纪文华：《WTO 争端解决机制改革研究：进展、挑战和方案构建》，载《国际经济评论》2023 年第 6 期，第 58 页。

[42] 参见徐昕：《中国参与全球经贸治理的价值引领、规则输出和制度安排》，载《国际论坛》2023 年第 4 期，第 134-135 页。

[43] 参见徐崇利：《中国“体系外变革者”角色与“一带一路”倡议》，载《政法论丛》2023 年第 4 期，第 4 页。

[44] 陈志瑞、吴琳：《中国全球伙伴关系构建的多边主义转向》，载《外交评论》2023 年第 4 期，第 23 页。

[45] 参见徐崇利：《中国“体系外变革者”角色与“一带一路”倡议》，载《政法论丛》2023 年第 4 期，第 6 页。

[46] 中共中央宣传部编：《习近平新时代中国特色社会主义思想三十讲》，北京学习出版社 2018 年版，第 296 页。

解中心和中国最高人民法院国际商事法庭。最后，国际法治作为国际社会的共同追求，其中内含的价值追求和实践方法是可以构筑全球治理共识的重要工具，对传播中国观念和中国叙事，讲好中国故事具有不可忽视的建设性意义。以“一带一路”为平台，积极推广与传播中国国际争端解决规则观，为和平解决争端、促进国际秩序公平正义，国际秩序法治化的进一步发展做出的更大贡献。

当然，“一带一路”争端解决的法治化程度有待进一步加强。“一带一路”争端解决的方案提供具有多元性，但考察“一带一路”合作文件的争端解决条款会发现，“友好协商解决”仍是目前大多数备忘录选择的争端解决方式。[47]虽然友好协商符合中国国际争端解决规则观的选择，但其与仲裁、调解或司法等涉第三方的争端解决方式相比，政治性略强。由于客观上中国的国家实力比一般的“一带一路”国家强，在合作文件中明确第三方争端解决方式，可以避免其他国家对中国以实力影响争端解决结果的质疑，同时也更有利于表明中国以国际法为准则的争端解决规则观。并且，随着“一带一路”参与方数量的增加，各方合作程度的加深，涉及经贸、投资、金融等各方面的争端增加，为妥善不同类型化解纠纷，更具专业性的争端解决机制势在必行。具体看来，第一，结合当前我国在国际争端解决机制化建设方面的既有实践，可以通过加强“一带一路”争端解决与之的有效衔接，提高“一带一路”争端解决的法治化和一体化程度。例如，建立“一带一路”争端解决与国际调解院之间的良性互动关系，将国际调解院作为涉“一带一路”纠纷的新选择。相对于最高人民法院国际商事“一站式”争端解决或是“一带一路”国际商事调解中心，国际调解院在建立模式上更国际化，由各国共商共建形成，可以降低争端方选择中国内国法院解决纠纷时的公正性疑虑。第二，考虑到当前国际社会对国际投资仲裁改革的关注，在“一带一路”争端解决中，不仅需要对其密切跟踪并予以法治化回应，同时需要更多地融入“一带一路”倡导的理念。第三，在“一带一路”争端解决机制建设中，可以在现有的“一带一路”国际合作高峰论坛的基础上，追求法治化程度更高的国际合作形式，如推动共建“一带一路”跨国常设机构，设立正式的秘书处、建立参与方定期报告与审议机制。[48]

（三）创建国际调解院，提供和平解决争端新平台

国际调解院是由中国发我的首个专门以调解方式解决国际争端的，由各方共同协商建立的，以条约为基础的政府间国际组织，致力于以和平友好的方式解决争议、处理分歧，弥补增益现有国际争端解决机构的不足，也为和平解决国际争端提供一个新平台。2022 年，中国与持相近国际争端解决理念的国家起草并达成了《建立国际调解院联合声明》。国际调解院的建立进入实质阶段，2024 年 2 月 14 日，中国香港特区政府律政司司长林定国在社交媒体发文表示，国际调解院总部将会落户中国香港。[49]国际调解院的建立反映中国国际争端解决规则观的核心特征，也符合建立以国际法为基础的国际秩序的需求，有利于助力全球治理体系的重构，缓解当下国际治理公共产品供给缺口难题。

---

[47] 参见《中华人民共和国政府与波兰共和国政府关于共同推进“一带一路”建设的谅解备忘录》《中华人民共和国和新西兰政府关于加强“一带一路”倡议合作的安排备忘录》等。

[48] 参见孙南翔、王玉婷：《从参与到共建：“一带一路”倡议的法治化机制建设》，载《杭州师范大学学报》（社会科学版）2023 年第 3 期，第 109 页。

[49] 《国际调解院总部将落户香港》，中国新闻网，2024 年 2 月 14 日，https://www.chinanews.com.cn/gj/2024/02-14/10163858.shtml，最后访问时间：2024 年 6 月 20 日。

国际调解院构建过程中应以尊重主权原则为基石；坚持包容开放原则，营造良好的全球发展态势；坚持共商共建原则，提升国际认同。在具体制度建设层面，国际调解院构建呈现的“多向立体架构”正是对中国国际争端解决规则观的实践呈现：其一，其管辖的争端解决类型具有多元性，涵盖公私法双层面，又包容私法层面国际贸易与国际投资争端主体多样性；其二，国际调解院意在与国际法院、国际仲裁院等既有国际争端解决机制形成互补，以实现和平解决争端的价值追求；其三，国际调解院在吸取既有国际争端解决机制受“强权政治逻辑”影响的“前车之鉴”，以中国国际争端解决规则观为引领，重视成员的平等性，在制度设计过程中将注重保护发展中国家利益。[50]

（四）推动争端和平搁置，理性对待高度政治敏感争议

在涉及领土主权、海洋权益等具有高度政治敏感性的争端方面，中国遵循人类命运共同体构建的共赢目标，践行共商共建基本方法，理性采取“和平搁置争端”的做法。“和平搁置争端”并非消极不解决争端，也非以实力单方压制争端处理，而是在争端各方充分协商并达成一致意见的基础之上，结合解决争端的现实可能性衡量，积极以冷静的手段暂时搁置争端，留待条件成熟再做处理。比如，在南海问题上，考虑到争端所涉问题的敏感性，中国将“搁置争议、共同开发”作为基本政策之一，并且基于此与南海各沿海国积极展开协商与合作。[51]中国在南海问题上采用的“和平搁置争端”的做法，充分体现中国在面对地区敏感问题时的冷静思维，秉持追求和平的态度，以平等协商的方式，暂时冻结争端，维持各方法律立场的同时，维护地区和平。

除此之外，与美国主导的新型国际争端解决机制有别，中国积极推动的 RCEP 争端解决机制更为关注发展中国家利益，在制度构建中关注非歧视原则在文化差异和经济制度差异中的体现。[52]相较于 CPTPP、USMCA 中的歧视性规定，RCEP 并为对国有企业做出专门规定，这种规则静默的处理方式放映其对不同经济体制的包容。在数字贸易、绿色经济等新兴议题上，中国也可以依托 RCEP，推广更能反映经济及文化制度多元化，更能彰显亚洲区域贸易协定特色的亚洲模版。如 RCEP 与电子商务相关内容的争端不适用协定争端解决机制，而是提交 RCEP 联合委员会予以审议的规定，相较于 CPTPP 电子商务章节的相关争端解决规定，更具有灵活性。中国国际争端解决观引领的新实践，对弥补既有争端解决机制缺乏对发展中国家利益关注等功能性缺陷，破除大国轻易“退群”等适用性危机，化解其中“价值观霸权”[53]等民主化难题有所裨益，有利于提高国际秩序的正义性。

总而言之，无论是中国对既有国际争端解决制度改革的主张，还是中国谋求在既有体制之外的变革举措，均反映出中国国际争端解决规则观内含的基本价值追求和推进路径始终如一，即和平解决争端、促进国际秩序公平正义，在尊重主权基础上高度重视与他国的和平共

---

[50] 参见许军珂：《国际调解院：国际争端解决的新平台》，载《中国高校社会科学》2023 年第 5 期，第 145-147 页。

[51] 中华人民共和国外交部： 《搁置争议，共同开发》，https://www.mfa.gov.cn/web/ziliao_674904/wjs_674919/2159_674923/200011/t20001107_10250989.shtml，2024 年 7 月 9 日访问。

[52] 例如，RCEP 第十九章第 18 条有关争端解决的规定，要求缔约方提出的涉及最不发达国家的争端时，应当保持克制，同时要求专家组报告应明确表明对本协定一部分的最不发达国家缔约方，在争端解决程序过程中提出关于特殊和差别待遇相关规定的考虑形式。

[53] [加拿大]阿米塔·阿查亚：《美国世界秩序的终结》，袁正清、肖莹莹译，上海人民出版社 2017 年版，第 7 页。

处。中国不仅是倡导者，也是真正的行动派与践行者。

结语

反思百年来中国参与国际争端解决的实践与追求，中国的国际争端解决规则观是价值观和方法论的合一。就价值观而言，追求的是自身的和平解决争端、主权平等、公平正义和其他受剥削者的共同解放、共同发展，因此中国的国际争端解决规则观强调和平性、平等性和多元性，追求对现存体制下强权政治逻辑、不公正分配结果和舍弃国际法治形式行为的修正。就方法论而言，中国经历了“被动卷入”“尝试接触”“积极融入”“辩证批判”到“总体超越”的历史路径，走出了一条“边缘渐近中心”的道路，并且在为自身艰难定位的同时，探索出一套占据国际道义制高点的自主的国际争端解决规则观。寻求中国问题与世界问题的互解，是近代以来中国参与国际争端解决的自觉追求、实践方法和目标效果。“人类命运共同体”、以国际法为基础的国际秩序、“一带一路”倡议等实践路径是当今中国在这一传统的基础上推陈出新，为避免国际秩序法治化失序做出的更大贡献。百年变局下，当代中国在继承吸收改革开放以来中国融入国际争端解决体系范式的同时，须坚持“人类命运共同体”理念，在国际争端解决规则体系重构过程中保持开放性，发展最大限度培育善意的国际争端解决话语，在坚定斗争的同时也要积极拓展合作机会，进一步深入世界问题同中国问题的互解，为促进国际秩序公平正义、和平发展做出更大努力。

国内公法域外适用的欧盟模式及应对
——以 GDPR 和 CBAM 为切入点

张文瑶*

【内容摘要】国内公法的域外适用是目前各国关注的重点问题，一方面，因公私法二元融合趋势，公法介入涉外民商事领域产生域外效力难以避免；另一方面，国际法体系的碎片化使得交叉议题下的域外适用问题无解。近年来，欧盟接连颁布 GDPR、CBAM 等可域外适用于他国的监管立法。与美国法的域外适用不同，欧盟法的域外适用虽不乏反对声，却达到了影响其他国家法律趋同的效果。究其缘由，欧盟在域外适用制度设计上，立足于国际法，首先巧妙选取“效果原则”、“边境”等微弱的连接点扩张管辖权基础，避免构成域外管辖引发主权冲突，其次通过跨国公司的实践以及欧洲法院的司法造法实现域外传播，同时利用等级原则，依靠“公共利益”的效力对抗贸易自由所指向的他国国家利益。虽然国际法没有规制国内公法域外适用的冲突规范，但是仍可以通过 1969 年《维也纳条约法公约》确定的相关规则，审查欧盟是否存在滥用特别法优先原则和等级原则为贸易保护主义辩护的意图。

【关键词】欧盟法；域外适用；公法介入私法；国际法碎片化；一般法律原则

一、引言

1995 年欧盟颁布《数据保护指令》，指令施行过程中，欧盟注意到，其内部监管立法产生了影响他国立法趋同的外溢效应[1]，2016 年，《一般数据保护条例》（GDPR）酝酿出台，作为数据保护立法的分水岭，GDPR 改变目标定位为制定全球标准[2]。欧盟在全球数字平台市值前 100 强的地理分布中虽然仅有 12 个平台，总价值份额占比为 3%[3]，但其对数字平台的监管立法带来的国际影响力却极为强大。除欧盟国家之外，众多经济体包括中国、印度、

* 张文瑶，浙江大学光华法学院，2023 级博士研究生

[1] See Anu Bradford, The Brussels Effect—How the European Union Rules the World, Oxford University Press, 2020, pp. 18-20;.

[2] European Commission, An EU strategy on Standardisation: Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market, COM (2022)31 final, 2.2.2022.

[3] United Nations Conference on Trade and Development, DIGITAL ECONOMY REPORT 2021: Cross-border data flows and development: For whom the data flow, UNCTAD/DER/2021, Uniter Nations Publications,2021, p.22.

日本、英国、澳大利亚等，均主动移植欧盟的法律进行本国立法[4]。与这一成功相呼应，欧盟认为应积极推广其全球互联网模式。[5]GDPR 之后，仿佛潘多拉魔盒打开，欧盟在多个领域积极实践，扩大内部监管立法的外部适用空间范围。其中影响次于数据保护立法之外的是环境保护立法。有了 GDPR 的成功经验，2019 年欧洲委员会发布《欧洲绿色新政》（European Green Deal）中开宗明义将自身定位为“全球监管机构”[6]，寻求应对气候变化的全球解决方案。在实施气候目标的 Fit for 55 具体行动方案中，被列为核心举措之一的碳边境调节机制（Carbon Border Adjustment Mechanism, CBAM）因具有很强的域外影响力被各国关注。[7]2023 年，《关于建立碳边境调节机制的第 2023/956 号条例》（以下简称 CBAM）正式发布生效，全球首个碳边境调节规则落地。毋庸置疑，在日前碳交易市场极不成熟，全球仅有 28 个国内或区域碳市场存在的情况下[8]，欧盟先发制人制定碳边境调节规则，将影响很多国家的碳市场立法进程。各发达国家均在不同程度上响应欧盟 CBAM，如美国在 2022 年通过《清洁竞争法案》（CCA），英国则表示将从 2027 年起实施英国 CBAM 机制并匹配欧盟的类似措施，加拿大也在积极探索国内的 CBAM 方案，并且对来自中国的进口产品十分重视[9]。可以瞥见，欧盟在监管立法上形成一种“逐顶竞争”的趋势，通过强调全人类利益，耦合欧盟标准与全球标准，从而以域外实践影响新的习惯国际法规则创建，这一路径可以概称为欧盟监管立法的“域外适用”模式。[10]

除了数据保护、环境保护之外，欧盟还在其他领域不断扩张欧盟法的域外适用范围，这些领域涉及竞争、金融规制、知识产权保护、人工智能等。可以预见，随着科技与全球化的不断发展，欧盟国内监管立法的域外适用在未来的一段时间内将会持续存在并实在的产生影响。碍于篇幅的限制和工作体量，本文未对欧盟法做一个全盘的梳理，完整地列出所有可以

---

[4] See Alan Watson, Legal Transplants: An approach to comparative law, Athens: University of Georgia Press, 1993, p.21. 在这篇文章中，Alan Waston 写道，一个民族自愿接受另一个民族的法律属于传统法律移植理论中“主动大规模移植”的第三种类型。

[5] European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Shaping Europe's digital future, COM/2020/67 final. p.13.

[6] European Commission, The European Green Deal, COM/2019/640/ final, Brussels, 11 December 2019.

[7] 欧盟有关碳减排的法律文件中，最开始具有域外影响力的是 Directive 2008/101/EC about including aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community，并且，在 CBAM 发布之前，国际上早就有关于设置碳关税以防止碳泄露的说法。

[8] See ICAP, Emissions Trading Worldwide: Status Report 2023. [R/OL]. Berlin: International Carbon Action Partnership, 2023. https://icapcarbonaction.com/zh/publications/2023-nian-icap-quanqiutanshichangjinzhanbaogao

[9] See Kyra McAlister, "Using Tariffs to Target Carbon Emissions: Analyzing the Legal and Economic Justifications for a Border Carbon Adjustment Mechanism in Canada," University of Toronto Faculty of Law Review 80, 2022, No. 2: 225-263.

[10] See Marise Cremona and Joanne Scott (eds.), EU Law Beyond EU borders, Oxford University Press, 2019.

域外适用的法律法规及其前世今生的发展。这里只选取目前国际影响力最大、最具代表性和话题度的 GDPR 和 CBAM 进行解读，以尝试回答域外适用研究中最为关切的三个问题：国内公法域外适用会产生哪些法律问题？欧盟法的域外适用模式如何影响他国？应当如何应对欧盟法域外适用模式下的法律问题？

二、域外适用问题的产生

谈及域外适用(Extraterritorial Application)，首先需要明确什么是域外效力。“域外效力”（Extraterritoriality）原意为“治外法权”，指一国所派外交人员不受接受国管辖的特权，后演变为欧美强国对其海外国民具有的管辖权或在若干国家获得的本国国民不受所在国管辖的特权[11]，是近代史学家在对殖民主义进行历史研究时所关注的对象，近年来被国际法学和国际关系学所关注，用于描述一国国内法“域外适用”所产生的效力。换句话说，域外适用表达的是从立法到执法的过程，域外效力则是对相关立法的法律效果的概括。有学者将域外适用定义为“国家制定、适用和执行对其领土外的个人、财产、事件或行为的规则”[12]。近年来，国际社会中单边主义抬头，出于现实背景和实践需求，国内有关域外适用的研究非常之多，大体可以分为对各国域外适用制度的比较研究[13]、美国法域外适用的对策因应研究[14]，本国域外适用法体系构建研究[15]三大类。与域外适用概念相关的有域外管辖、法律溢出疆域等多种表达，各类文献从语义、历史、法律条文的角度进行解读，但是无一例外将国家利益、国家主权等思考融合其中，叙事话语中存在国际政治、国际关系、国内法与国际法的杂糅。为了更加有针对性地对域外适用法律制度进行研究，有必要除却地缘政治的影响因素，在国际法的叙事话语体系下，探究域外适用本身的形成机理，思考域外适用本身引发的问题，进而更好地服务于国际政治的目标。

（一）国内法呈现公私法二元融合局面

---

[11] Extraterritoriality, OED Online, extraterritoriality, n. meanings, etymology and more | Oxford English Dictionary (oed.com), last visited on 5th May,2024.

[12] See Introduction, Marcelo G. Kohen eds, Territoriality and International Law, Edward Elgar Publishing, 2016, p.3.

[13]如漆彤：欧盟《阻断法》的适用困境及其对我国的启示——以伊朗梅利银行诉德国电信案为例，载《财经法学》2022 年第 1 期；霍政欣：国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径，载《政法论坛》2020 年第 2 期；杨成玉.反制美国“长臂管辖”之道——基于法国重塑经济主权的视角，载《欧洲研究》2020 年第 3 期。

[14] 如肖永平：“长臂管辖权”的法理分析与对策研究，载《中国法学》2019 年第 6 期；韩永红：美国法域外适用的司法实践及中国应对，载《环球法律评论》2020 年第 4 期；田静：美国公法域外适用机制及中国因应研究，载《海南大学学报(人文社会科学版)》，2024 年第 1 期等。

[15] 如廖诗评：中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善，载《中国法学》2019 年第 6 期；霍政欣：我国法域外适用体系之构建——以统筹推进国内法治和涉外法治为视域，载《中国法律评论》2022 年第 1 期；宋杰，郑和英：主权形象视域下的法律域外适用体系构建问题，载《浙江工商大学学报》2023 年第 6 期。

域外适用是一个新事物吗？其实不然，早在罗马法复兴时代就存在国内法的域外适用实践。彼时意大利地区众多林立的城邦共和国已具备国家雏形，各城邦共和国适用的法律主要包含两种类型：其一是通行于西欧的“共同法”(jus commune)，主要由罗马法和教会法构成；其二是各城邦共和国自己制定的“本地法”,[16]本地法如同现代主权国家的国内法。因城邦共和国之间频繁的人员流动和贸易往来，涉外案件日渐增多，不同城邦共和国的之间的法律产生冲突，但关于冲突如何解决，“共同法”没有给予回答，于是各城邦共和国开始探索本地法是否具有域外效力的问题。巴托鲁斯在公法与私法二分理论的基础上，将法律区分为禁止性法律、许可性法律和惩罚性法律，前两者属于私法范畴的法，后者则有较强的公法性质[17]，巴托鲁斯认为域外适用可行程度随公法性质的增强而递减。可见，作为国际私法起源的法则区别说，实际上明确了私法可以进行域外适用。但是，判断法律的类别是一项复杂的工作，基于此，萨维尼提出法律关系本座说，将私法法律关系剥离出来，单独讨论每一私法法律关系的“本座”，根据“本座”指引适用本国或外国法。[18]由此，萨维尼系统地解决了国内私法的域外适用问题，创立了涉外民事关系的法律适用法体系。就私法层面而言，其域外适用具有正当性与合理性，已然不成为一个“问题”。本文所讨论的国内法的域外适用，不是由国际私法冲突规范指引适用外国法，而是国内法域外适用的另一个方面——国内公法的域外适用。萨维尼曾经认为：“严格实定的强制性法律规则”是体现了强烈的道德、政治或经济政策的法律规则，它们属于异类，在数量上极少。他还预测，随着时间的推移，它们终会销声匿迹。[19]诚然，在那个私法发达、自由主义盛行、奉行绝对主权的威斯特伐利亚体系下，公法规范数量很少，其不具有域外效力为各国所公认。但是 20 世纪后的国家实践证实局面已经变化，垄断资本主义代替自由竞争并占据统治地位，促进了公私法相融合的趋势。随着劳动法、经济法等众多监管立法产生，公法的手伸向了涉外私法法律关系，形成了国内公法的域外适用。美国是主导和推动这场变革的第一梯队国家，最初颁布《谢尔曼法》授权联邦政府控制、干预经济，再经由司法实践发展到以“效果原则”为基础的反垄断法的域外适用[20]，尽管为一些国家所不满[21]，但没有国家对其在国际法上的合法性提出直

---

[16] See Friedrich K, Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, Special Edition, Transnational Publishers, 2005, pp. 11－12.

[17] 宋晓：《域外管辖的体系构造:立法管辖与司法管辖之界分》，载《法学研究》2021 年第 43 卷第 3 期，第 175 页。

[18] See Von Savigny, Friedrich Karl; Heuser, Otto Ludwig; System Des Heutigen R Mischen Rechts, Volume 8, 1849.

[19] Friedrich K. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, New York: Transnational Publishers, 2000. p.35.

[20] United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)表明联邦法院开始用“效果标准”确定反垄断法的域外效力

[21] See Joel Davidow, Recent US Antitrust Developments of International Relevance, World Competition, vol.27, no.4(2004), p.407.

接挑战，反而经由美国的实践，许多国家在反垄断法领域效仿设置了域外适用制度。可见，“严格实定的强制性法律规则”不但没有消失，反而成为了法律体系中的重要一支。国家以这类监管性公法规范调整私法法律关系中涉及的社会高度关注事项，如 GDPR 保护跨境数据流动中的个人数据隐私，CBAM 旨在预防跨国生产过程中的碳泄露。在公私法二元融合的趋势下，国内公法介入由私法调整的涉外民事法律关系是不可避免的，或者说，国内公法的域外适用是不可避免的。

（二）国际法具有碎片化的固有缺陷

当国内公法介入涉外民商事领域，能否诉诸国际法予以解决？事实上，首先，公法调整权力享有者与私人之间不平等的权力与服从关系，其体现的是权力享有者也即主权政府的意志，而各国之间主权平等，没有优先与否之分，这决定了不会存在国内公法的法律适用法；其次，某种程度上，传统国际法体系的固有缺陷——法律体系的碎片化，使得公私法二元融合的交叉问题在国际法各部门之间产生法律适用上的冲突。。2002 年，联合国国际法委员会第 54 届会议决定将“国际法的碎片化：国际法的多样化和扩展引起的困难”列为其长期工作方案的专题，并成立了专门研究组，对该问题展开系统的研究[22]。该研究组于 2006 年向国际法委员会第 58 届会议提交了一份综合研究报告。[23]碎片化描述了国际法体系内部存在很多个小的体系，这些体系的规范和制度之间并没有形成联系，就像一堆“碎片”，这造成了法律适用上的冲突和困难。但是，这种碎片化不是现代国际法才有的特征，而是国际法体系的固有缺陷，是由产生和适用国际社会本身的结构特点所决定的。[24]国际社会自其产生时起，便类似于洛克所说的自然状态，即无政府社会，不同于国家内部的纵向结构，国际社会是由主权平等的国家组成的横向结构社会。在这个社会结构中，缺少一个制定和实施法律的中央权威，权力具有分散性，由作为社会成员的主权国家分担着政府的责任，他们是国际造法者，以自我意志和国际合作形成习惯国际法和条约国际法。各种造法活动是独立进行的，由此导致的规范的重叠和冲突适用的情况无法避免，而不同规范之间因为缺乏一个权威的说法而长期处于一个不确定的状态。这是国际法与生俱来的缺陷，只要国际社会的平权结构没有改变，国际法的这种缺陷就将一直存在。

具体来说，碎片化的国际法体系中，包含了国际贸易法、国际环境法等次级法律体系，这些次级法律体系或者说部门法有一整套有序的行为规则、程序规则和定位规则，它为事实

---

[22] See Report of the International Law Commission, 53rd session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), A/56/10, New York, 2001.

[23] See Fragmentation of international law : difficulties arising from the diversification and expansion of international law : report of the Study Group of the International Law Commission / finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, Geneva, 2006.

[24] 古祖雪：《现代国际法的多样化、碎片化与有序化》，载《法学研究》，2007 年第 1 期，第 135 至 147 页。

关系的特定领域构成了一个自我封闭的法律圈子。[25]换句话说，每一个次级法律体系，都拥有完整的初级规则和次级规则的结合。因此，不可避免地，平等存在的、相互独立的次级法律体系如面对同一管辖事项，很可能引起冲突与重叠。比如，欧盟 CBAM 同时涉及国际贸易和气候变化问题，而国际贸易法对贸易自由化的追求与国际气候治理的碳减排主旨存在必然冲突。气候变化是当今人类面临的共同挑战，为了全人类利益，必须对人类活动进行限制，可能导致绿色贸易壁垒形成。而贸易自由化要求尽可能地消除贸易限制和贸易壁垒，伴随着对自然生态的腐蚀，会导致一定程度的环境牺牲。不同领域的初级规则对同一事项规定了不同的法律义务，这些法律义务所指向的行为后果之间彼此冲突。而次级规则的重叠则反映了初级规则的冲突在争端解决层面无法调节。例如，欧共体和智利在有关剑鱼捕捞问题的争端中，前者诉诸世界贸易组织争端解决机制，指控智利的封港行为违反了 1994 年关贸总协定，后者则将争端提交国际海洋法庭，指控欧共体未按照《联合国海洋法公约》与海岸国合作以保证迁徙鱼类的养护。因此，由于国际法律体系碎片化的固有特征，GDPR、CBAM 等在适用国际贸易法与其他次级法律体系初级规则时产生之间的冲突，很可能因次级规则之间的冲突而使争端无法解决且更加棘手。基于此，缺乏直接有效的国际法规范的约束，国家更依赖于通过国内法来调整国际贸易中涉及的公共事项，由此也强化了国内法的域外适用问题。

（三）作为催化剂的经济全球化

既然公法介入私法在国内法中早已存在，而碎片化是国际法的固有缺陷，为何到现在域外适用问题才引起关注？必定存在第三种因素，那便是作为催化剂的经济全球化，使得域外适用的问题完全凸显出来。全球化开始于 20 世纪 80 年代末 90 年代初期，最初表现为经济全球化，1 由 T·莱维首次提出，用于形容此前 20 年间国际经济的巨大变化，即商品、服务、资本和技术在世界性生产、消费和投资领域的扩散[26]。随着经济的全球化，各国政治、文化等社会生活产生关联这一全球化的进程对国际社会与传统国际法提出了众多挑战与难题，其中国内法的域外适用便是由此催化而产生的难题之一。

首先，在全球化进程中，一个国家的问题可能会影响许多其他国家，各国、各民族团体、甚至整个社会，不能再把握自己的命运而要受制于外部强大的经济和技术力量[27]。换句话说，当全球化开始在各个方面全面普及时，许多国内问题也逐渐成为了“全球化”问题，比如经济发展带来的环境问题、数据跨境流动带来的隐私保护和国家安全问题、人口流动带来的国际犯罪问题、病毒传染问题等等，这些国内的问题原本只影响本国国家利益，由一国国内公法所监管，但经济全球化和科技发展导致一国利益不在其疆土范围内，而是向全球范围延伸。

---

[25] United Nations, Yearbook of International Law Commission 1982, Vol.1, New York, 1983, p.202.

26 See Chakravarthi Raghavan, What is Globalization? Third World Resurgence, No.74, 1996, pp.11~14.

27See Robert G. Gilpin, The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century, Princeton University Press, 2000. p.311.

于是一国内部的监管立法也自然地覆盖到了其他国家的国民、领土。受他国所管辖的公司、个人也不可避免地进入了监管的范围之中，需要遵循相应主管机关的监管，还可能承担他国的行政处罚。然而，对人类整体利益进行规制虽符合国际法的发展理念，但维护国家主权仍然是国际法的核心原则，全球化时代不可避免的国内法的域外适用现象，显然已经超过了一国所辐射的管辖范围，对主权独立互不干涉原则造成了影响。

其次，全球化不是单一化与同质化，而是单一化与多样化、国际化与本土化、一体化与分散化的统一[28]。与全球化的多样化相一致，国际法也呈现出多样化的发展趋势，出现了众多的新兴部门法，除了国际人权法、国际刑法、国际环境法之外，还有诸如外层空间法、国际能源法、网络空间法等；同时，国际法不同领域的严格分离成为历史，出现大量的交叉议题。源于欧洲基督教国家的近代国际法仅以国家间体制为基础，主要以国际间关系为调整对象，适用范围为欧洲基督教文明国家，是一部“战争与和平法”，保证各国之间并存共处，体系相对简单，规范间的冲突不明显，碎片化不严重。但是，在全球化背景下，随着国际法调整的领域不断扩展，各部门法之间的发展方向不可控，对交叉重叠事项的协调难度显著提升。从这个意义上说，经济全球化使得国际法碎片化带来的问题凸显，而经济全球化背景下的域外适用问题便是典例，其天然涉及国际贸易法与其他次级法律体系之间的冲突，此种冲突目前无法通过直接的国际法规范进行调节。

可见，域外适用其本身并非问题，国家内部公私法界限模糊，介入私法调整领域的公法规范通过经济全球化的传导效应，使得一国所管辖的人事可能受到他国监管立法的不同程度影响，必然引发主权国家之间在同一事项上的管辖冲突；但同时，由于经济全球化使得次级法律体系联系更加密切，经济监管立法下的交叉议题在法律适用上的冲突发生的更加频繁，且情况更加复杂。因此，国内公法的域外适用所导致的国家之间的法律冲突与国际法部门之间的法律冲突，才是问题的关键所在。

三、欧盟法的域外适用模式

国际法学界对于域外适用的大范围关注源于美国强势主导和推动其国内法的域外适用，学界对域外适用的美国模式已有深入研究，但对欧盟法域外适用的系统研究尚不多见[29]。一部分原因在于，美国法的域外适用效力更加显著，立法上奉行单边主义，将美国国家利益至于绝对首位，司法与执法过程中则以长臂管辖为手段，将多边合作与国际责任置于脑后，损害他国主权，由此反对声非常之多，部分国家甚至针对美国制定了相应的阻断法[30]。与美国模式不同，欧盟虽然也在有意识地推广法律的域外适用，与美国完全无视国际法的行为不同，

28 古祖雪，《国际法：作为法律的存在与发展》，厦门大学出版社 2018 年版, 第 124 页。

29 对于欧盟法域外适用的研究可以参见 Joanne Scott 的文章和书籍。

30 Council Regulation 2271/96, 1996 O.J. (L309)1(EC).

欧盟法自称立足于国际法和全人类利益[31]，从“国际法消费者”角度，注重解释其立法目标在国际法上的合法性与合理性，同时管辖设计上规避明显的国家主权冲突；进而在司法和执法过程中，以成为“国际法的生产者”为目的，利用习惯国际法的造法机理，在国际法部门冲突中作出有利自身的选择。

（一）构建域外连接点

一般来说，欧盟法的法律渊源包括如下 4 个部分。一是一级立法。一级立法包括《欧洲联盟条约》(Treaty on European Union) 和《欧洲联盟运行条约》(Treaty onthe Functioning of the European Union) 以及这两部基础条约的议定书和附件、《欧洲联盟基本权利宪章》(Charter of Fundamental Rights of the European Union) 和一般法律原则。二是二级立法。二级立法是指欧盟立法机构根据基础条约的规定制定的条例(Regulation) 、指令(Directive) 和决定(Decision) 。此外，欧盟独自或与其成员国共同与第三方缔结的多边或双边国际条约与以上自主性二级立法处于同等法律位阶。三是软法，包括决议、通报、声明等不具有法律约束力的文件。四是欧盟法院(The Court of Justice of the European Union)的判例对欧盟法的解释。欧盟的立法一般是指这一类二级立法。该类二级立法，包括 GDPR、CBAM 等大多是对社会生活各个领域进行监管的公法规范。与私法的域外适用一致，当对涉外事项确立管辖权时，首要解决的是寻找连接点，这是构建域外适用的第一步。

1. GDPR：效果原则

GDPR 第三条明确了其适用范围[32]，该条款的立法思路可以解析如下:第一，在欧盟境内，是以设立机构的地理位置作为连接点建立管辖权，此时不论数据处理行为发生在境内还是境外，都需要接受 GDPR 的管辖。第二，强调对数据处理行为与欧盟境内主体个人数据之间的关联性，由此需要受到 GDPR 的管辖，而不论设立机构的地理位置是否在欧盟境内。GDPR 该条款的第一项设定以领土为连接点，具有合理的现实基础，其高水平的保护标准和域外适用的建立体现在第二项，以数据处理行为作为连接点而赋予欧盟对域外相关实体的管辖权，颠覆了传统的管辖权连接点，是效果原则的逻辑：一外国实体有意将其市场行为指向欧盟内的数据主体,相关个人数据处理虽发生在域外,但会对欧盟内数据主体的权利产生潜在危害,危害效果在欧盟域内。

2. CBAM：领土延伸

欧盟立法机构依靠不同的连接点证明施加义务的合理性，其中最常见且最容易被忽视的管辖连接点是边境。他国企业从事的产品生产行为，在进入欧盟市场时会被欧盟国内监管措施溯及追究，即使该产品生产行为是在欧盟境外发生的。欧盟对自第三国进口的 CBAM 产品引入碳排放凭证制度,以应对产品在域外碳排放导致的“碳泄露”问题。CBAM 为进入内部市

[31] 欧盟法体系以国际法，见欧盟适用条例，CBAM，GDPR

[32] GDPR, Article 3.

场的高“碳密度”产品建立相对独立的碳排放交易体系，将 CBAM 产品的“隐含碳排放量”与欧盟ETS配额定价机制相挂钩,要求产品进口商根据进口数量购买相应的碳排放配额,从而实现欧盟对进口产品在内部市场边境以外发生碳排放问题的管控。可见，CBAM 是否域外适用于他国企业的国内生产行为，其连接点在于产品到达欧盟边境，这并不是严格的属地管辖，而是基于领土延伸[33]，依靠脆弱的领土联系，将与欧盟只有微弱和间接领土联系的活动纳入监管。尽管对他国企业生产行为进行规制的措施在欧盟边境实施，但本质上是基于属地联系实施的域外适用。

与 GDPR 保护个人数据隐私为目的不同，CBAM 在贸易方面更有可能导致歧视，因为进入欧盟市场的企业通常会承担欧盟法律规定的义务，而那些从欧盟领土出口商品或服务的企业往往可以豁免。[34]这很可能只是为了保护欧盟境内的企业，并最终保护欧盟市场免受风险。[35]

（二）选择域外传播主体：跨国公司与法院

欧盟对域外适用进行探索的开端始于 GDPR，同美国反垄断法域外适用实践开端一样，原本可能是为了保护本国产业，却因为“效果原则”扩大管辖权至域外，但真正将国内法的效力传导出去的，一方面在于跨国公司的法律实践，另一方面在于欧洲法院的司法造法。

全球化时代，国际法主体的范围扩张，不再局限于国家，非国家行为体更多地参与到国际事务中来，其中，产业链遍布全球的跨国公司在国际实践中的参与程度不容小觑。它们的经营行为全球化、政治化，对于国际社会部分领域的渗透力和操控力某种程度上甚至超过了弱小的主权国家[36]。欧盟涉外立法直接规制的主体便是跨国公司，利用体量巨大、牵涉众多中小产业的跨国公司，借助跨国公司的治理结构和供应链的传导效应,将行业的市场监管标准传播至相关公司所辐射的范围，学界描述为“市场力量欧洲”[37]的体现，由此产生的域外影响称之为“布鲁塞尔效应”（Brussels Effect）。“布鲁塞尔效应”通常指的是欧盟单方面驱动全球市场的协同能力，这是一种由于市场的机制，跨国公司通过将欧盟的规则传播到欧盟之外的市场主体的现象，需要满足市场规模、采用严格标准等要素[38]。在 CBAM 之前，欧盟 GDPR 输出的数据保护指令即通过规制跨国公司的数据流动以及对树立对个人数据的高

---

[33] Joanne Scott, Extraterritoriality and Territorial Extensions in EU Law, pp.89-90.

[34] For an attempt to impugn the legality of an EU measure because it included exported products within its scope see Case C-491/01, R v. Secretary of State for Health ex parte British American Tobacco (Investments) and imperial Tobacco Ltd, [2002] ECR I-11453.

[35] Joanne Scott, The New EU “Extraterritoriality”. Common Market Law Review 51, 2014, p.1349.

36 葛淼：《全球化下的国际法主体扩张论》，载《政法学刊》2018 年第 6 期，第 39 页。

[37] See Chad Damro, Market Power Europe, *Journal of European Public Policy*, Vol.19, No. 5, 2012, pp.696–697.

[38] See Anu Bradford, The Brussels Effect – How the European Union Rules the World, Oxford University Press, 2020, pp.7—387.

度保护标准[39]而强势影响了其他国家数字监管规则的制定。同样地，CBAM 也并未直接对非欧盟国家或企业施加强制性要求，而是通过间接要求进入欧盟市场的进口企业购买和清缴凭证，显然，欧洲提出建立碳边境调节机制的战略规划，由于其庞大的单一碳市场占据了全球较大的工业进口份额，众多跨国企业即便要接受 CBAM 的严苛要求，也愿意调整产业结构，以达到欧盟所规定的碳含量标准从而进入欧洲的市场。由此，欧盟有关内部立法，利用跨国公司，透过市场形成“事实上的布鲁塞尔效应”，达到了输出欧盟标准的目的。

无独有偶，欧洲法院对推广欧盟法域外适用实践发挥了重要作用，其在“美国航空运输协会案”[40]中，对欧盟域外适用的合法性进行了阐释。该案涉及欧盟《航空指令》域外适用的合法性审查。该指令规定到达或自欧盟境内任一机场出发的第三国航空器，需要就在公海上空和第三国领空发生的碳排放向欧盟购买和清缴欧盟 ETS 配额。对此，美国提出强烈的抗议，美国航空业代表提起司法审查之诉。在该案中欧盟法院支持了欧盟法的域外适用行为，理由是：进入或离开欧盟境内的航班物理上出现在欧盟，由于具有领土的连接点，这一客观事实构成了欧盟和成员国行使无限管辖权(Unlimited Jurisdiction)的基础[41]。同时，根据欧洲法院在涉及竞争法和环境污染等判例中所确认的“效果原则”[42],欧盟法可以适用于在欧盟境内产生污染效果的域外行为。因此欧盟涉及碳排放交易的《航空指令》适用于欧盟外的行为符合国际法。尽管在理论上和实践中欧盟法院的立场受到了众多的批判和抵制，但不可否认的是，欧盟法院对该指令符合国际法的认定为欧盟主张利用单边立法规制域外碳排放行为开辟了道路，也是发挥“司法造法”功能补充、创设和扩张国内法域外适用规则的体现。

（三）域外效力根据：规范性力量？

除了借助市场力量，通过跨国公司实现欧盟标准的域外传播之外，最终还是要“适用”到第三国，欧盟法的“域外适用”才达到闭环。换句话说，欧盟法域外适用的效果受到第三国政府承认与接受的直接影响。从国家的角度看，GDPR、CBAM 均没有规定非欧盟国家接受欧盟的标准，其中 CBAM 通过设置“豁免条款”的方式[43]，将适用 EU-ETS、与欧盟达成协议链接碳排放交易体系的第三国或地区排除在 CBAM 之外。但事实证明，欧盟法的域外适用是成功的，通过与第三国开展双边、多边和国际合作，实现政策的趋同化，这便是欧盟

---

[39] See Siegmann, Charlotte and Markus Anderljung. The Brussels Effect and Artificial Intelligence: How EU regulation will impact the global AI market. *ArXiv* abs/2208.12645 (2022): n. pag.

[40] Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change，Case C－366 /10，European Court Reports 2011, paras. 130－131.

[41] Ibid., para 124-126.

[42] Supra note 36, para.129.

[43] See REGULATION (EU) 2023/956 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL. Article 6(a).

采取单边立法措施推动国际规则的制定、获得第三国的批准确定和实施的重要方式[44]。不论是 GDPR，还是 CBAM，虽然不乏反对声，但没有国家提出有效的合法性质疑，某种程度上欧盟的规则的确被一些国家委婉接受了。

显然，欧盟法域外适用达成的效果并不是欧盟的内部法律规范本身，但欧盟国内法是如何达到影响他国立法趋同效果的，其效力根植在哪里？对此，欧洲学者伊恩·曼纳斯(Ian Manners)提出“规范性力量”的国际政治理论提供了很好的解释思路。伊恩·曼纳斯认为，规范性力量是欧盟通过宣言、条约、政策、标准、条件等规范性基础来传播欧盟价值原则并形成规范性概念的能力。[45]欧盟将国际价值标准作为自己的价值观标准，通过在涉及对外关系的内部立法中使用审慎的话语重申这些特质的重要性，进一步，以其民主、人权和法治原则为中心，试图让世界接受其普世规范，主张在世界政治中以规范的方式行事[46]。也即，从法律效力的角度看，欧盟法规范所依附的法理基础是国际社会公认的一般法律原则。GDPR 强调个人隐私保护属于人权的范畴，CBAM 则关注气候治理，从法益衡量上看，人权、气候等都关系到最基础、最底线的人类基本利益，而以保护人类整体利益为义务早已成为国际共识。和其他法益相比，人类整体利益是最优先级的保护法益。正是基于此，欧盟自我定位为“发挥领导作用”，将隐私保护、气候治理目标等与人类整体利益相关事项引导至对贸易的监管规则之中，比如，欧盟 CBAM 在鉴于条款中多次提及“全球排放量”，“全球气候目标”，强调符合《联合国气候变化框架公约》、《巴黎协定》、《京都议定书》等的雄心，将涉及全人类共同利益、国际社会所公认的碳减排责任与环境保护义务阐述为立法前提和宗旨，基于同一目标，推动第三国或地区对 CBAM 规则的承认与接纳。借助保护人类整体利益这一普世的价值观，实现欧盟内部贸易监管规则的国际定位。这种强有力的国际定位特征被认为是欧盟法域外适用区别于美国法域外适用的一个重要方面[47]，目标放大为发挥国际主导作用，利用了客观上提供公共产品推动保护人类利益的国际规则的形成的优势，强化其合理性。

四、欧盟法域外适用的法律冲突的应对

国内公法介入涉外民商事领域而导致公法的域外适用可能引发国家之间的管辖权冲突，另一方面也因属于国际贸易法与其他次级法律体系的交叉议题而存在国际法适用上的冲突。在全球化背景下，国内法产生域外影响力的趋势难以避免且逐渐强化，欧盟相关立法在域外

---

[44] See SCOTT, JOANNE. Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law. *The American Journal of Comparative Law* vol. 62, No. 1, 2014, pp.113-116.

[45] See Ian Manners，Normative Power in Europe: A Contradiction in Terms? *Journal of Common Market Studies*, Vol.40, No.2, 2002, pp.235 – 258.

[46] See Ian Manners，Normative Power in Europe: A Contradiction in Terms? *Journal of Common Market Studies*, Vol.40, No.2, 2002, pp.235 – 258.

[47] See SCOTT, JOANNE. Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law. *The American Journal of Comparative Law* vol. 62, No. 1, 2014, p. 123.

适用制度设计上，巧妙利用“效果原则”、“领土延伸”扩张管辖权基础，避免构成不合理的“域外管辖”，以对他国主权造成侵害，可以说这是欧盟法域外适用相对美国法域外适用最显著的区别；同时，欧盟立法价值上瞄准最优先一级的“全人类整体利益”，依靠其效力对抗贸易自由所指向的他国国家利益。那么，如果不会造成管辖权冲突，欧盟率先作出的抉择与决策，具有完全的合法性吗？或者说，国际法对欧盟法的域外适用问题，就真的束手无策了吗？

对于国际法次级法律体系之间的冲突与不协调，国际社会早有认识，学者和国际机构曾为避免和解决因规范冲突导致的法律适用困难设计了种种方案，作为这种努力的集中反映，1969 年《维也纳条约法公约》借鉴了传统法律处理各种法律原则与规则之间冲突的各种手段，确立了国际法上出现规范冲突时如何使用这些手段的原则和方法。尽管在全球化和科技发展背景下国际法的碎片化扩展到众多新领域，其强度与以往相比不可同日而语，但《维也纳条约法公约》（以下简称《公约》）确立或包含的相关原则，仍然是把握、评估和处理各种法律适用冲突的基本法律框架。

（一）特别法优先原则

特别法优先原则是一项古老的法律原则，早在罗马法时期就已存在，对于解决法律体系中不同法律规范之间的冲突具有重要作用。虽然《公约》并未对特别法优先原则作出明确规定，但是在多个条款中，均有此原则的体现，比如第 19 条第 1 款、第 20 条第 1 款、第 28 条、第 29 条、第 30 条第 2 款、第 40 条第 1 款等。司法实践中，国际法中一般法与特别法“无处不在”的事实为特别法优先原则在国际法中的运用提供了广阔的适用空间，特别法优先原则也因此成为处理国际法规则关系的重要法律方法。适用特别法优先的一种情况是一项国际条约内部的一般条款和特别条款的区分，这在 WTO 法中体现最为常见。如专家组在“巴西飞机出口融资项目案”认为《补贴与反补贴协议》第 27 条相对于该协议第 3 条第 1 款(a)是特别法。[48]后者规定应禁止在法律上或事实上将出口实绩作为唯一条件或者多种其它条件之一而给予补贴；前者则规定后者不适用于协议附件一中所列的发展中国家以及符合第 27 条(4)款的发展中国家。也就是说对于符合第 27 条规定的发展中国家通过出口实绩进行补贴的合法性问题而言，第 27 条的规定是特别法。对于 GDPR 而言，面对数据本地化还是数据跨境流动，其倾向于前者。反对者可能会援引 GATS 指控欧盟违反国民待遇和最惠国待遇，而欧盟则可以隐私例外、安全例外为其辩护；对于 CBAM 而言，反对者可能会依据 GATT 第 11 条指控欧盟违法采取数量限制、或者依据第 1 条指控其违反国民待遇标准，而欧盟的辩护重点则落在第 20 条中的环境保护例外。至于例外情形是否成立，这可能需要根据个案

[48] Case concerning Brazil-Export Financing Program for Aircraft, WT/DS46/R, para.9.22.

的情况进行判断，但基于 GDPR，尤其是 CBAM 所带有的贸易保护意味，完全存在构成违反 WTO 法的可能性。

（二）等级原则

自由同意与条约对第三国无损益是传统条约法的基础原则，但是自从强行法、对一切义务概念的出现后，一般认为，国际法上的规范具有重要性等级区分。《维也纳条约法公约》第 53 条将其规定为“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”，即强行法具有不许损抑的至高等级。《公约》对国际法强制规范的承认与对《联合国宪章》第 103 条的重申，表明了规范与规范之间应当考虑其重要性再行适用。国际法委员会在对“国际法的碎片化问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的专门研究中指出“虽然等级有时会导致体系混乱，但在大多数情况它是用于确保国际法律系统统一的”。[49]

具体到欧盟立法，由于个人数据已成为数字服务的一个组成部分，欧盟 GDPR 对隐私权和个人数据保护实际上正在加强。同时，国际贸易体制日益走向“自由”的数字贸易，欧盟的一方面承诺开放数字贸易的跨境流动，另一方面又承诺保护数据隐私的基本权利，这两者之间的冲突是非常现实的。从等级原则看，GDPR 选择的是安全与隐私保护，相比于 WTO 支持的贸易自由而言，前者属于人权保护的范畴，应当属于更高等级的法律规范之范畴，因此，在对数据跨境监管的，GDPR 选择了符合国际法的正确方向，也为各国所接受。而 CBAM 所称，其选择遵守的更高一级的义务是气候治理的碳减排义务，因此，根据等级原则，其考虑到碳减排义务与贸易自由义务更高一级，进而选择优先遵守《联合国气候变化框架公约》、《京都议定书》、《巴黎协定》，但实际上，CBAM 的制度设计与《公约》的基石——“共同但有区别责任原则”并不兼容，其不加区别地对所有进入欧盟市场的他国实体设置的高标准的碳减排义务，是它被多数发展中国家所诟病的点。

可见，对于欧盟法的域外适用制度需以辩证的角度看待，一项合理合法的国内法规则进行域外适用，无疑能得到他国响应，推动国际法规则的形成，而一项不合理不合法的国内法规则进行域外适用，即使以“人类整体利益”包装其外壳，其内部的意图也终会被揭开，遭到国际社会的谴责。

五、结论与启示

面对全球化的洪流，没有国家能闭门造车，没有国家能独善其身。历史的经验表明，人类命运一体化是发展的必然趋势。正如 15 世纪哥伦布发现新大陆，海洋连接起了世界，21 世纪的数字网络和气候环境等流动空间是现代的“海洋”介质，连接了由海、陆、空及虚拟网络构成的全球生态系统。联系与发展的反面是动荡与变革。从新大陆到新世界的变革引发

[49] International Law Commission, Report of the Study Group on fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, A/CN.4/L.663/Rev.1, 2004.

了世界大战，并催生了国际法，提醒我们秩序需要依靠规则维持。经过数百年的调整，国际法维系和发展了平等的国际社会秩序。如今，新的变革正以迅猛的速度在我们身边悄然发生。国内法的域外适用只是一个例子，表明一国行为已不可避免地对他国产生影响。国际法的任务不再仅限于维护外部的国际社会秩序，而是向内充实，建立国际社会内部的有序联系。这要求国际法在新的全球生态中找到平衡，确保各国在数字网络和气候治理等无边界领域的合作，共同应对全球性挑战，实现真正的全球和平与发展。

对于广大发展中国家而言，深入分析欧盟法的域外适用机理与其对国际法体系造成的挑战，可以至少得到两点重要启示。短期而言，单边主义将替代多边主义成为网络、气候等公共领域治理中的立法趋势。因此，从实用主义的角度看，各国在以反单边主义为核心内容的政治话语体系中，需要加入更多的法律话语的支持，如结合一般法律原则与 WTO 法，揭示欧盟滥用特别法优先原则和等级原则为贸易保护主义辩护的可能意图。长期而言，面对欧盟在新兴领域监管立法的“逐顶竞争”，既可以考虑与欧盟进行合作以对接欧盟市场标准，保障国内私主体的竞争力，也需要借鉴欧盟法的立法技术与域外适用制度的运行机理，探索新兴领域中管辖权的发展，关注新的“连接点”的构建，进而完善涉外法治体系建设，增强自身的国际竞争力和法律保障能力，在维护国家利益的同时，推动全球公平正义的法治秩序发展。

论我国《外国国家豁免法》中“商业活动”的认定

赵希伟 李孟瑶[①]

摘　要：我国长期坚持绝对豁免主义立场，在司法实践中鲜少涉及商业活动认定问题。随着《中华人民共和国外国国家豁免法》（下文简称 《外国国家豁免法》）的出台，由绝对豁免到限制豁免的立场转换使得未来涉外法治实践中无可避免地关涉商业活动认定问题。商业活动豁免例外具有相当程度的共识，但是对商业活动的认定仍存在诸多争议。主体上，对于外国国家内涵的界定存在一定争议，中央银行、国有企业等特殊主体的认定存在理解各异的情形；客体上，存在性质、目的及混合判断三种标准，但受限于性质认定难度大、目的易扩张解释等原因，商业活动的认定仍然存在一定困难。基于对商业活动基本要素的探讨，比较法视野下综合三种判断标准的有益要素，结合《外国国家豁免法》中对“外国国家”的定性，可以将非行使主权权力作为商业活动认定的关键点，分合作和斗争两种场景，基于国家利益需求对商业活动进行认定，以更好地使之服务于中国涉外法治发展，践行人类命运共同体理念。

关键词：国家豁免；商业活动；非行使主权权力；混合判断标准

中图分类号：D996　　文献标识码：　　文章编号：

作为国际法的重要制度之一，国家豁免不仅体现国内法与国际法的交融，也表现出法律与政治外交的相互依存和对立统一。国家豁免是指国家根据国家主权和平等原则享有不接受他国管辖的特权，其内容主要包括管辖豁免和执行豁免两个方面。[②]19世纪末出现的限制豁免理论，[③]表明一国以主权身份实施的主权行为应与不行使主权权力的商业活动相区分，后者不能享有豁免。[④]当国家以独立民商事参加者身份参与国际民商事活动时，不能主张国家豁免。[⑤]限制豁免

① 本文为 2021 年度国家社科基金重大项目“美国全球单边经济制裁中涉华制裁案例分析与对策研究”（21&ZD207）的阶段性成果

赵希伟（1993—），黑龙江鸡西人，福州大学法学院副教授，主要从事国际经济法研究；李孟瑶（2000—），河南郑州人，福州大学法学院国际法学硕士研究生，主要从事国际经济法研究。

② 参见黄进:《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 272—273 页。

③ See *Sovereign Immunity——Waiver and Execution: Arguments from Continental Jurisprudence*,74 Yale Law Journary 887 (1965),p.892

④ 参见[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》（第一卷 • 第一分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 281 页。

⑤ 参见张仲伯：《国际私法学》（第四版），中国政法大学出版社 2012 年版，第 180 页。

理论最初即是针对商业活动的，[①]商业活动管辖豁免例外是早期限制豁免理论的核心，[②]如何认定商业活动是国家豁免制度的重点。[③]相当多数国家采限制豁免主义立场，[④]在其国家豁免法中规定了以商业活动豁免例外为核心的不同范围的豁免例外情形。

《外国国家豁免法》的出台是涉外法治建设的重要里程碑，[⑤]意味着我国由绝对豁免主义立场转变为限制豁免主义立场，由外交中心主义转变为司法中心主义。[⑥]在涉外法治的背景下，我国可能面临更多的商业活动认定实践，商业活动认定的重要性显著提升。认定由国家主体作出的活动是否为商业活动属于管辖豁免的问题，而对于该商业活动所涉及的财产能否被执行则属于执行豁免的问题，管辖豁免和执行豁免涉及的规则不同。即使一项判决违反了管辖豁免原则，对该判决的执行也不当然意味着具有非法因素。[⑦]鉴于二者规则的不同及篇幅所限，此处主要讨论对商业活动的认定问题。《外国国家豁免法》第7条第2款[⑧]表明“非行使主权权力”是商业活动的核心要素，也明确了在认定商业活动时要综合考虑商业活动的性质和目的。但是对于什么是“非行使主权权力”、商业活动的性质和目的的程度与范围如何，均未进行规制。本文旨在通过厘定“商业活动”的核心要素，明晰商业活动的主体及标准，实现对商业活动的场景化认定。

一、“商业活动”的概念及其核心要素

在对“商业活动”进行认定时，对“商业活动”的表述仍未实现统一，在比较法视野下厘清不同表述的利弊，从中选择最切合实际的表述。“非行使主权权力”则是“商业活动”的核心要素，对“商业活动”的认定时需首先明确“非行使主权权力”的涵义。

---

① 参见金晓晨：《限制豁免论中判断国家商业活动的障碍及解决》，载《当代法学》2003 年第 12 期，第 120-122 页。

② 参见王佳：《对外关系法中的国家豁免问题研究》，载《武大国际法评论》2023 年第 7 期，第 54 页。

③ 参见陆寰：《国家豁免中的商业例外问题研究》，武汉大学出版社 2016 年版，第 37-45 页。

④ 美国、英国、加拿大、澳大利亚、新加坡、南非、意大利、德国、法国、瑞典、巴西、日本、俄罗斯、中国等国家都采取限制豁免主义的立场。

⑤ 参见孙梦爽：《涉外立法：用法治打造对外开放新高地》，载《中国人大》2024 年第 2 期，第 29 页。

⑥ 参见李庆明：《论中国〈外国国家豁免法〉的限制豁免制度》，载《国际法研究》2023 年第 5 期，第 28 页。

⑦ See Daniel Franchini, *State Immunity as a Tool of Foreign Policy: The Unanswered Question of Certain Iranian Assets*,60Virginia Journal of International Law 433(2020), p.438.

⑧《中华人民共和国外国国家豁免法》第 7 条第 2 款规定：“本法所称商业活动是指非行使主权权力的关于货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为。中华人民共和国的法院在认定一项行为是否属于商业活动时，应当综合考虑该行为的性质和目的。”

（一）比较法视野下的“商业活动”

目前，国际条约和各国国内法对“商业活动”（commercial activity）的表述仍有不同，主要集中在商业行为（commercial activity）、商业交易（commercial transaction）甚至是商业合同(commercial contract)，[①]表面上均指国家豁免领域的一种商业例外，但不同的名称反映了不同国家对商业例外内涵和外延规定的不同。其中，“商业活动”和“商业行为”对应的英译文均为“commercial activity”，有学者倾向于将“commercial activity”翻译为“商业行为”[②]，有学者将其理解为“商业活动”，[③]更多的情形是混用二者、不加以区分。[④]《元照英美法词典》中将“activity”译为“活动”[⑤]，《外国国家豁免法》第 7 条最终也确立了“商业活动”的表述，在中华人民共和国司法部外文网站中对“商业活动”的译文同为“commercial activity”[⑥]。这表明“商业活动”和“商业行为”二者本质是相同的，只是不同学者的翻译不同，出于遵守《外国国家豁免法》表述的考量，全文统一采用“商业活动”的表述。

国际上对于商业活动概念的定义模式主要有直接定义法和间接定义法这两种。[⑦]采用直接定义方法的国家往往采用“商业活动”的表述，但是对商业活动内涵的界定并没有脱离关于“商业交易、商业合同”的表述。例如，美国 1976 年《外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act ，以下简称 FSIA）就采用直接定义的方法对商业活动进行界定，在该法第 1603（4）条[⑧]中用“正常的商业行为过程或特定的商业交易或行为”来定义商业活动，对商业活

[①] 参见陆寰：《国家豁免中的商业例外问题研究》，武汉大学出版社 2016 年版，第 51 页。

[②] 参见黄进、曾涛、宋晓、刘益灯：《国家及其财产管辖豁免的几个悬而未决的问题》，载《中国法学》2001 年第 4 期，第 150-151 页；黄进、杜焕芳: 《国家及其财产管辖豁免立法的新发展》, 载 《法学家》2005 年第 6 期, 第 9-11 页；黄进、李庆明：《2007 年莫里斯诉中华人民共和国案述评》，载《法学》2007 年第 9 期，第 60-68 页。

[③] 参见克利司多佛·格林伍德、卢绳祖：《国家主权豁免及商事合同中》，载《法学评论》1986 年第 3 期，第 1-4 页；林欣、李琼英：《国家对外商业活动中的主权豁免问题》，载《中国社会科学》1991 年第 2 期，第 58-61 页。

[④] 参见李庆明：《中国在美国法院的主权豁免诉讼述评》，载《国际法研究》2022 年第 5 期，第 4 页；李庆明：《论中国〈外国国家豁免法〉的限制豁免制度》，载《国际法研究》2023 年第 5 期，第 47-48 页；何志鹏：《〈外国国家豁免法〉的司法功能何话语功能》，载《当代法学》2023 年第 6 期，第 31-40 页；杜焕芳、段鑫睿：《论国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力》，载《国际法研究》2022 年第 2 期，第 69-70 页；叶研：《论当代中国的国家豁免政策选择》，载《国际法研究》2022 年第 1 期，第 38 页。

[⑤] 薛波主编：《元照英美法词典》，北京大学出版社 2014 年版，第 24 页。

[⑥] 中华人民共和国司法部，“The Law of the people’s Republic of China on Foreign State Immunity”，http://en.moj.gov.cn/2023-12/15/c_948359.htm，上传日期：2023 年 12 月 15 日，最后访问日期：2024 年 4 月 25 日。

[⑦] 参见郭镇源：《国家主权限制豁免理论对我国企业的影响与应对》，载《政法学刊》2022 年第 5 期，第 122 页。

[⑧] See The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U.S.C. § 1603(4).

动的内涵作了宽泛界定。加拿大1985年《国家豁免法》[①]同样采用直接定义方法，用“具有商业性质的任何特别交易、活动或者行为，或者任何经常的商业活动过程”来界定商业活动。上述商业活动中的内涵不仅包括商业交易，还包括其他商业活动过程和行为。

采用间接列举法的国家更倾向于采用“商业交易”（commercial transaction）的表述，但是在对商业交易的内容进行列举时，却将“商业活动、商业交易、商业合同”都列举到商业交易的范围内。1972年《欧洲国家豁免公约》第7（1）条[②]把商业交易限定为“有关工商业及金融的商业活动”，表明商业交易只是商业活动的形式之一。2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property，以下简称《联合国国家豁免公约》）在第2（1）（c）条[③]中也采用了“商业交易”的表述，但其内涵不仅包括“为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易”，还涵盖了“任何贷款或其他金融性质之交易的合同”，以及“商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易”。在公约草案中曾采用“商业合同”的表述方式，但考虑到“交易”的范围比“合同”的范围大，“交易”不局限于“合同”的形式，还包括其他经济活动。1991年，国际法委员会进行二读通过草案时，对原文中的“商业合同”进行修改，将其更改为“商业交易”。[④]英国1978年《国家豁免法》（State Immunity Act 1978，以下简称SIA)第3（3）条表明“商业交易”包括“商业合同、商业交易、商业活动”；新加坡1979年《国家豁免法》采用与SIA类似的表述，在该法第5（3）条中也列举了“合同、交易、行为”；澳大利亚1985年《外国豁免法》第11（3）条同样规定商业交易包括“外国参与的商业、贸易、专业或工业或类似交易、活动”，上述几个国家的豁免法均采间接列举的方法将商业合同、商业交易与商业活动并列起来。这种做法突破了商业交易的字面含义，甚至将商业交易的范围扩大至与商业活动等同的效果。采用“商业交易”的表述较为模糊，在对商业交易的具体内容进行列举时，容易造成“商业交易”的外延比“商业活动”更大的混淆，而“商业合同”的表述也因为合同的范围太狭窄而被修正。

我国《外国国家豁免法》第7条第2款对商业活动的规定中，兼采上述两种分类方法进行了混合定义。既通过直接定义的方法表明商业活动是“非行使主权权力”的行为，又通过间接列举的方式将商业活动的内涵限定在“货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为”范畴内。在《外国国家豁免法》的基础上，未来可能会出现更多更复杂的商业活动司法实践，在确定商业活动表述时，要在保持概念严谨性的基础上，采用内涵更丰富、外延更大的概念。通过上述分析，“商业活动”相比其他表述具有较丰富的内涵和较广阔的外延，不仅可以将现存的有关商业活动的问题囊括在内，还为国家豁免领域可能出现的新的商业活动问题预留充足的弹性解释空间。

---

① See State Immunity Act,R.S.C.,1985,c.S-18,S.3

② See European Convention on State Immunity of 1972, Art 7(1).

③ See United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2004, Art 2(1)(c).

④ See Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd edition, Oxford University Press, 2008, p.539.

（二）商业活动认定的核心要素——“非行使主权权力”

《外国国家豁免法》第 7 条第 2 款[①]在定义商业活动时，即指出其是“非行使主权权力”的关于货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为。在认定商业活动时，需以“非行使主权权力”为核心要素，该要素直接关涉到外国国家行为能否被认定为商业活动，关乎国家豁免的适用以及后续国家责任承担等问题，但是目前对“非行使主权权力”的具体内涵、适用范围等没有完备界定。

在传统国家的主权概念中，绝对性、独立性是主权的本质特征。[②]虽然主权在全球化时代受到冲击[③]，但主权仍和国家密不可分。主权是一个辩证、动态的概念，处于不断发展的进程中。[④]主权权力则是主权的具体体现和行使方式，格劳秀斯在《战争与和平》中划分主权权力时，主张统筹有关主权权力的所有事项，试图通过列举的方法固定主权权力的内容，其列举的主权权力内容涵盖“国家统治者关注的特殊利益的事务、纯粹公共利益的事务、司法、宣战、媾和、缔约、征税”。[⑤]实际上，主权的概念在不断扩充、演变，主权权力的内涵同样处于动态变化的过程中，主权权力的内涵以政治为核心，向社会、经济、文化等领域扩散，[⑥]随着时代及实践的发展进步而不断充实，难以实现完全列举。在地缘政治日趋紧张的当下，主权概念如同国家安全等概念一样，存在一定的泛化趋势，愈发难以清晰界定具体范畴。

作为“行使主权权力”的相反概念，“非行使主权权力”同样存在边界无法确定的问题。《外国国家豁免法》采取了“主权行为”和“非主权行为”的区分方法，[⑦]国家行使主权权力时所为的“主权行为”享有免受他国管辖的特权，而国家以普通私法主体身份行使非主权权力时所为的“非主权行为”则不享有豁免权。在国际条约和各国豁免法有关商业活动的条款中，经常出现“非行使主权权力”的表述，《联合国国家豁免公约》即采用该表述，中国立法沿用了公约中的措辞。此外，上述如英国、新加坡等采“间接定义法”用“商业交易”表述商业活动的国家，其国家豁免法[⑧]中均使用“非行使主权权力”的表述。“非行使主权权力”实则为一种

---

① 《中华人民共和国外国国家豁免法》第 7 条第 2 款规定：“本法所称商业活动是指非行使主权权力的关于货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为。中华人民共和国的法院在认定一项行为是否属于商业活动时，应当综合考虑该行为的性质和目的。”

② 参见刘非凡、管月飞、谢楚瑜：《重新审视国家主权——全球化时代国家主权概念的消解与重构》，载《浙江海洋大学学报（人文科学版）》2023 年第 6 期，第 63 页。

③ See Julian Ku & John Yoo, *Globalization and sovereignty*,31Berkeley Journal of International Law210(2013), p.210.

④ 参见沈伟：《后金融危机时代的国家主权豁免原则：基于主权财富基金的司法实践和理论盲域》，载《国际法研究》2021 年第 3 期，第 62 页。

⑤ 参见[荷]雨果·格劳秀斯:《战争与和平法》（第 1 卷），[美]弗朗西斯 W.凯尔西等英译，马呈元译，中国政法大学出版社 2018 年版，第 127 页。

⑥ 参见张仲伯著：《国际私法学》（第四版），中国政法大学出版社，第 181 页。

⑦ 参见张天培：《全国人大常委会工委负责人就外国国家豁免法答记者问》，载《人民日报》2023 年 9 月 2 日，第 5 版。

⑧ 英国 1978 年《国家豁免法》第 3（3）条表述商业活动内涵时规定：国家“非行使主权权力”时所参加或从

排除式描述，而由于主权权力的内涵无法穷尽列举，非主权权力的内涵也无法穷尽。

但作为总括性的表述，“非行使主权权力”为商业活动认定明确基础起点和核心指向，划定商业活动的本质，同时提供了更多的解释空间。实践中，需要以“非行使主权权力”为核心要素，通过主体和客体双重判断，更可能地明晰其边界范畴，实现外国国家豁免法的立法目的。

二、商业活动的主体界定：外国国家的指向

国际法主体享有权利并承担义务，如汉斯·凯尔森所述“国家作为国际法的主体，事实上只是一个法人。”[①]国家是抽象的人民意志的结合，[②]国家的行为需经代理人和代表作出。国家是一个抽象概念，在涉及诉讼时通常需要具体化的机构或个人来代表国家进行相关的法律事务。法律规范调整主体的行为由属人要素和属事要素构成，属人要素是指谁应该或不应该做，在“商业活动”中表现为哪些主体可以作为商业活动主体而不能主张国家豁免；属事要素指的是什么应该或不应该做，在“商业活动”中表现为哪些行为可以归属于商业活动。而国际法规范往往只规定属事要素，对属人要素的规定是不完善的。[③]在认定商业活动时，首先需要明确国家豁免情形下的商业活动的主体是什么。

《外国国家豁免法》第 7 条第 1 款规定商业活动的主体为“外国国家与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人”。由此可知，国家豁免例外情形下的商业活动不仅可以发生在国家与国家之间，也可以发生在国家与私主体之间，其中最关键的是对“外国国家”范畴的界定。《外国国家豁免法》第 2 条[④]将“外国国家”分为三类，第一类为“外国主权国家”，1933 年《蒙得维的亚国家权利义务公约》确立了构成国家的四要素[⑤]，明确了主权国家的理论构成，联合国等国际组织的成员规则提供了实践性的根据。第二类为“外国主权国家的国家机关或者组成部分”，《外国国家豁免法》对此没有作出具体规定，对其认定需要参考当事国国内法的规定。其中，对“国家机关”的认定比较清晰，各国国内法中会对本国国家机关作出规定，例如：我国《宪法》规定了我国的国家机关，[⑥]美国《宪法》规定了国务院、财政部、司法部等

事的任何其他行为或活动。新加坡国家豁免法第 5（3）条中均采用了“非行使主权权力”的表述。

[①] 参见[奥]汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆出版社 2012 年版，第 477-478 页。

[②] 参见[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1996 年版，第 24-25 页。

[③] 参见[奥]汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆出版社 2012 年版，第 479 页。

[④]《中华人民共和国外国国家豁免法》第 2 条规定：“本法所称的外国国家包括：（一）外国主权国家；（二）外国主权国家的国家机关或者组成部分；（三）外国主权国家授权行使主权权力且基于该项授权从事活动的组织或者个人。”

[⑤] See Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, Art 1.

[⑥]如《宪法》第 57 条规定：“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关。它的常设机关是全国人民代表大会常务委员会。” 第 58 条规定：“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”

13 个部门来履行政府职能。就“外国国家的组成部分”而言，可以参照《联合国国家豁免公约》将其区分为联邦制国家和单一制国家的做法，第 2（1）条[①]中指出“国家”包括“有权行使主权权力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位”。此处的“联邦国家的组成单位”是指“联邦制国家的组成成员”，“国家政治区分单位”则指单一制国家的一级行政区分单位，[②]《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，以下简称 CPTPP）第 1.3 条[③]中列举了几个国家的一级行政区，如澳大利亚的州、澳大利亚首都地区或北方领土地区，符合马来西亚联邦宪法的马来西亚联邦的州，墨西哥合众国的州等，作为组成部分的说明。

第一、第二类主体可以借助联合国相关实践和各国国内法加以认定，不会产生太大争议。第三类主体为“外国主权国家授权行使主权权力并基于该项授权从事活动的组织或个人”，主权权力可以授权行使，[④]商业活动的主体不仅包括国家，也包括国家的非国家机关的组织甚至是个人。授权行使的主权权力并非一成不变，同一主体所为的不同行为会基于得到授权与否而面临不同豁免待遇，但国际条约以及不同国家国内法对哪些主体可以被授权行使主权权力的规定也不同。其中，中央银行和国有企业具有一定的特殊性，需要探讨二者是否属于“外国国家”的范畴，明确其在商业活动中的主体地位。

（一）不同制度体系下的中央银行性质

通常说来，中央银行承担重要的主权职能，与国家政治制度有紧密联系。《外国国家豁免法》中虽然没有直接规定中央银行的豁免地位，但是中国人民银行属于国务院的组成机关，可以依照《外国国家豁免法》第 2 条中“国家机关”的规定享有豁免。我国的香港金融管理局和澳门货币暨汇兑监理署（现表述为金融管理局）隶属于中央银行，履行中央银行的职能。[⑤]2005 年《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第 4 条[⑥]在规定对等原则时特别强调了对中央银行和港澳特区的金融管理局的财产豁免，这就表明港澳特区的金融管理局被视为行使主权权力的主体。CPTPP 第 11.1 条[⑦]对公共实体的界定中包括了对中央银行的定性，要求包括中央银行在内的公共实体具有“为政府目的执行政府职能或非商业性”的特征。FSIA 对“外

---

① See United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property of 2004, Art 2(1).

② 参见曲波：《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉评析》,载《行政与法（吉林省行政学院学报）》2006 年第 5 期，第 109 页。

③ See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership of 2018, Art1(3).

④ 参见[法]卢梭：《卢梭全集》第 4 卷，李平沤译，商务印书馆出版社 2013 年版，第 41 页。

⑤ 参见陈剑平：《欧洲中央银行立法的特征和启示》，载《上海大学学报（社会科学版）》2008 年第 1 期，第 109 页。

⑥《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第 4 条规定：“对外国央行财产的豁免实行对等原则。如果外国不给予或给予我国中央银行或港澳两个特区的金融管理局财产的豁免低于本法规定的，我国对该外国央行的财产同样将不给予或只给予相应的豁免。”

⑦ See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership of 2018, Art11(1).

国国家”范围的规定十分宽泛，FSIA 第 1603（1）条[①]规定“外国国家”的范围不仅包括政治分支，还包括“外国的机构或媒介”[②]。FSIA 立法报告详细列举了“外国的结构或媒介”的多种形态，涵盖“国家贸易公司、采矿企业以及船运或航运等运输机构，钢铁公司、中央银行、出口协会、政府采购机构等，以及那些能够以自身名义开展业务和提起诉讼的部门”。[③]中央银行符合“外国的机构或媒介”的三个要件，就第一个要件而言，中央银行是独立的法人，可以以自己名义在外国起诉或应诉，拥有独立的财产；就第二个要件而言，“隶属于外国或政治分支机构”和“其多数股份或其他所有权属于外国或其政治分支的实体”这两个条件是择一的关系，中央银行可以满足；对于第三个要件，外国中央银行是依据外国所在地国法律设立、而非依照美国或他国国家法律设立。FSIA 不仅认可由国家控制的中央银行的豁免地位，甚至由政府通过中央银行而间接拥有的轮船公司也能被认定为 FSIA 中的“代理机构或媒介”。[④]

《联合国国家豁免公约》没有直接规定中央银行的管辖豁免地位，其第 2（1）条[⑤]规定了“国家”的四类主体。中央银行可能归属于“国家本身及其政府的各种机关”的第一类主体，也可能归属于“其他有权行使并且实际在行使国家主权权力的国家机构、部门或其他实体”的第三类主体，需要结合各国国内法判断中央银行是属于政府机关还是授权行使国家主权权力的其他实体。

SIA 将中央银行区分为两类，综合 SIA 第 14（1）条和 14（4）条规定，当中央银行属于政府机构时，其是国家豁免主体，而当中央银行为“独立实体”时，则不为国家豁免主体，但是若该“独立实体”行使主权权力，则可以享有国家豁免权。根据 SIA 第 14（1）条和第 14（2）条，“独立实体”不同于国家政府行政机构、但具有独立起诉和应诉能力。在 1977 年特伦德特克斯诉尼日利亚中央银行案[⑥]中，尼日利亚国防部从英国泛非进出口有限公司购买 24 万吨水泥，指示尼日利亚中央银行开立以泛非公司为受益人的信用证。本案中，原告主张尼日利亚中央银行所为的是非行使主权权力的行为，尼日利亚中央银行无权主张国家豁免。尼日利亚中央银行声称其享有国家豁免权，不应该因信用证问题被起诉。英国上诉法院则认为，尼日利亚中央银行并非隶属于尼日利亚政府的部门或分支机构，而是一个具有自主法人地位的独立实体。在认定其是否为“独立实体”时需考虑中央银行是否受政府控制、是否行使了政府职能。上诉法院认为该银行具备独立的法律人格，未受政府控制，并且其行使的只是政府财政顾问的职能，并没有直接行使政府职能，不能归属于政府的部门或分支机构。[⑦]尼日利亚中央银行开具信用证的

[①] See American Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Art1603(1).

[②] See American Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Art1603(2).

[③] See H.R.R.EP.No.94-1487,15-16(1976), as reprinted in U.S.C.C.A.N.6604,6614.

[④] 参见张露藜：《国家豁免专论》，中国政法大学 2005 年博士学位论文，第 102 页。

[⑤] See United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property of 2004, Art 2(1).

[⑥] See [1977] EWCA Civ J0113-3，https://vlex.co.uk/vid/trendtex-v-central-bank-792992565，最后访问日期：2024 年 4 月 8 日。

[⑦] See Derek Asiedu-Akrofi, *Central Bank Immunity and the Inadequacy of the Restrictive Immunity Approach,* 28 Canadian Yearbook of International Law263 (1990), McGill Guide 9th ed, p.263.

行为未体现主权权力的行使，普通商业银行也能开具信用证，尼日利亚中央银行不能享有国家豁免权。

在大多数国家的职能体系中，中央银行往往扮演重要的货币政策制定者的角色，行使主权在经济金融领域的职能，作为外国国家的国家机关或者组成部分，绝大多数行为属于主权行为。但是部分侧重中央银行独立性的研究[①]，强调中央银行与国家主权的疏离，不将其视为国家机关，其从事的行为无法视为主权行为，更多地被界定为商业性质的活动。中央银行也会参与市场运作，这涵盖了向商业银行提供资金支持、在公开市场上交易债券和外汇等多方面的活动。值得注意的是，这些行为中的一部分，有时可能被归类为具有商业活动。[②]这就需要根据具体的中央银行制度模式，来确定其主体性质。

（二）职能主义下的国有企业性质

国有企业是推进政府政策实现的重要工具，国有企业的性质决定其需承担一定的政府社会职能。[③]国家对国有企业的控制关系导致国有企业从事的商业活动可能带有主权性质，国家与国有企业的密切联系也使得国有企业的商业活动主体认定问题复杂化。CPTPP 第 17.1 条[④]则将国有企业视为主要从事商业活动的企业，并且对国有企业的股份资本及控制权作出规定。CPTPP 规制的国有企业主要为盈利为目的的国有企业，排除了受价格管制的电力公司等不能自主决定其货物或服务售卖的价格和数量的国有企业。[⑤]《中国人民共和国企业国有资产法》第 5 条[⑥]规定，我国国有企业包括国家持股 100%的国有独资企业、国家持股超 50%的国有企业和国家持股虽然低于 50%但能有效影响企业重要决策的国有企业。[⑦]类似的还有法国国有企业的划分，同样分为国家 100%控股的全资国有企业、国家占绝对控股地位的国有企业以及国家相对控股的国有企业。英国国有企业的存在形式为“公共企业”，将公营企业视为经营国有商业或工业性质企业的适当工具，[⑧]强调国家对公共企业的控制权。国有企业和国家的关系，主要存在“结构主义”和“职能主义”两种立场。“结构主义”对“独立的法律人格”认定很严格，不仅需要考虑国

---

① See Mario Giovanoli & Diego Devos eds, *International Monetary and Financial Law: the Global Crisis*, Oxford University Press, 2010, p.524.

② 参见王蕾凡：《中央银行及其财产管辖豁免：国际法与国家实践》，载《环球法律评论》2021 年第 43 期，第 164 页。

③ 参见钟超、蔡宏波、郑涵茜：《欧洲国有企业的发展态势及其影响》，载《拉丁美洲研究》2024 年第 1 期，第 64 页。

④ See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership of 2018, Art17(1).

⑤ 参见胡晓然：《CPTPP 国企条款带来的挑战与对策》，载《中国远洋海运》2021 年第 11 期，第 91 页。

⑥《中国人民共和国企业国有资产法》第 5 条规定：“本法所称国家出资企业，是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。”

⑦ 参见魏妩媚：《我国国有企业人权责任履行及监管研究》，载《国际经济法学刊》2024 年第 1 期，第 115 页。

⑧ See W. A. Robson, *The Public Corporation in Britain Today*,63 Harvard Law Review 1321(1950), p.1322.

家的控股情况、对企业的控制程度，还要求国有企业具有较高的独立性，将国有企业视为同国家完全剥离的实体。“职能主义”则没有从实体本身认定出发，而是从该实体所作行为出发，先判断该实体所作行为是否为商业活动，再倒推该主体是否为商业活动主体。[①]

在萨利尼公司与艾拓斯托雷公司诉摩洛哥王国仲裁案中，[②]摩洛哥政府认为本案涉及的摩洛哥国家公路有限责任公司为私有主体，摩洛哥对该有限责任公司拥有股份的事实也不能改变该公司为私有主体的性质。而萨利尼公司和艾拓斯托雷公司认为摩洛哥国家公路有限责任公司实际上为国有企业，摩洛哥对该公司享有股权甚至是控制权，并且该合同的签订是为国家建设公路基础设施项目，具有主权性质。针对双方的争议，ICSID 提出了评估国家对公司的控制和参与程度的两个基本标准，从结构主义和职能主义入手，首先考虑政府拥有的股份比例和国家在企业决策中的权力，其次考虑国有企业自身的组成。但是这样也未能直接解决国有企业是否成为国家豁免主体的问题。

在各国实践中，对于国有企业是否为商业活动主体，在国家豁免领域没有形成统一的、有约束力的规范。我国持有的基本立场是国有企业不享有国家豁免主体地位，但国有企业拥有独立法律人格，可以在他国起诉和被诉。[③]在国际民商事活动中，国家的参与必须以其自身名义进行，并通过其正式授权的机关或负责人执行，国有企业并不能代表国家。[④]而实践中，由于我国是社会主义国家，当国有企业在外国被诉时，存在试图混淆国有企业和国家的关系、企图将中国政府也作为被告的情形。在烟花案[⑤]中，国有企业由于产品责任被诉，中国政府也被连带作为被告。[⑥]我国司法部回复中华人民共和国享有国家豁免，不受任何外国法院的管辖，国有企业的行为不同于国家主权行为，重申了国有企业不是国家豁免主体的立场。《外国国家豁免法》第 2 条规定了属于“外国国家”的三类主体[⑦]，国有企业不属于“外国主权国家”，也不属于“国

---

① See Christoph H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge University Press,1988, p. 10.

② See SALINI COSTRUTTORI S.P.A. AND ITALSTRADE S.P.A. v. KINGDOM OF MOROCCO，ICSID Case No.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23,2001.

③ 参见韩德培主编、肖永平主持修订：《国际私法》（第三版），高等教育出版社、北京大学出版社 2014 年版，第 72 页。

④ 参见韩德培主编、肖永平主持修订：《国际私法》（第三版），高等教育出版社、北京大学出版社 2014 年版，第 69 页。

⑤ 产自中国广东和香港的烟花在美国装卸时发生爆炸，其中发生爆炸的烟花带有“中国马牌”标志，造成两死两伤的结果。事故中死者的继承人和两名伤者作为共同原告向美国联邦地区法院提起诉讼，不仅将“中国马牌”烟花的制造商广东省土产进出口集体公司和两家香港公司作为被告，还以中国政府从事商事活动为由，将中华人民共和国列为共同被告。见 1999 年 8 月 4 日美国南卡罗来纳州哥伦比亚地区联邦法院罗克希尔法庭陪审团所作裁定，案号：C/AO:96-1218-0。参见何培华：《历史“重演”,结局迥异:“中国马牌”烟花在美国爆炸伤害案述评》载《国际经济法论丛》，2000 年第 3 期，第 489-491 页。

⑥ 参见黄进:《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 263—264 页。

⑦《中华人民共和国外国国家豁免法》第 2 条规定：“本法所称的外国国家包括：（一）外国主权国家；（二）外国主权国家的国家机关或者组成部分；（三）外国主权国家授权行使主权权力且基于该项授权从事活的组织或者个人。”

家的国家机关或者组成部分”。但是，当国家授予国有企业行使主权权力且基于该授权从事活动时，可能被认定为“外国国家”，享有国家豁免。

SIA 第 14（1）条明确规定“国家”的范畴中并不包含与国家行政机构相区别的其他实体，国有企业也并未被纳入国家行政机构的组成部分之中。虽然英国认定国有企业并非当然的国家豁免主体，但国有企业在行使主权权力的情况下可以视为国家从而享有国家豁免权。SIA 第 14（2）条规定了国有企业享有国家豁免权的例外情形所需的条件：国有企业相关活动的作出是基于行使主权权力，并且外国国家在作出同样活动时亦可享有豁免，国有企业作为独立实体若满足这两个条件时即有权在英国主张国家豁免。《联合国国家豁免公约》第 10（3）条[①]规定国有企业有起诉和被诉的资格，并且能够取得、拥有、占有和/或处置财产。这意味着当国家因国有企业的商业活动被诉时，国家享有的管辖豁免不应因国有企业而有所变化，并且国有企业不得借助国家的豁免权来规避法律责任。[②]《联合国国家豁免公约》第 2（1）条表明，有权行使和实际上正在行使国家主权权力的“国家代理机构或媒介或其他实体”属于“国家”。《1991 年国际法委员会年鉴》显示，委员会扩大了国家的定义，因为国家授权的私人实体也可以行使政府主权权力，所以在行使政府职能的范围内，私人实体应被视为国家。起草委员会认为“其他实体”包括那些在例外情况下被赋予政府权力的非政府实体，[③]这些实体本身需能够通过商业活动获得财产、不得将财产隐藏于国家背后，需有“处置”财产的能力以满足债权人的需求。[④]这意味着国有企业实际行使主权权力时，可以作为国家享有豁免。

从 FSIA 的相关规定来看，国有企业属于“代理机构或媒介”的范畴，无论其行使主权权力与否，均是当然的国家豁免的主体。而在《外国国家豁免法》、SIA 和《联合国国家豁免公约》中，国有企业本身并不是当然的国家豁免主体，但这并不妨碍国有企业在特殊情况下可以享有国家豁免权。当国有企业行使主权权力时，可以被视为“国家”从而享有国家豁免权。国有企业行使主权权力时，其所从事的活动必然不是商业活动。也就是在国有企业从事商业活动的情境下，不可能出现国家豁免的情形，国有企业不属于商业活动中“外国国家”的情形，但实践中国有企业从事的商业活动和主权行为之间的界限并不总是十分清晰，还需引入后续对商业活动本身的认定。

对于中央银行和国有企业，不同国家对其是否为商业活动主体的认定不同，即使认定某一主体为商业活动主体，也不能据此认定该商业活动主体所作行为均为商业活动，还需判断该主体的行为是否具有非行使主权权力的性质。中央银行和国有企业即使可以被认定为《外国国家豁免法》中的“外国国家”，也不能据此认定其享有豁免权，还需要考虑二者所为行为是否为商业活动，这就涉及到对商业活动的行为判断标准问题。

[①] See United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property of 2004, Art 10(3).

[②] 参见梁一新：《论国有企业主权豁免资格——以美国 FSIA、英国 SIA 和 UN 公约为视角》，载《比较法研究》2017 年第 1 期，第 88 页。

[③] 参见《国际法委员会年鉴》，1991 年第一卷，A/CN.4/SER.A/1991，第 88 页。

[④] 参见《国际法委员会年鉴》，1991 年第一卷，A/CN.4/SER.A/1991，第 77 页。

三、商业活动的客体界定：行为判断标准的异化

对《外国国家豁免法》中“外国国家”的认定在于厘清商业活动的主体，在行使主权权力时，多种主体可以被视为“外国国家”，非“外国国家”当然的不能规制于《外国国家豁免法》的管辖范畴。但是仅凭商业活动主体不能完全实现对商业活动的认定，尚需对该活动是否具备商业性质进行认定，是否是行使主权权力，因此有必要引入对“行为”本身的界定，学界和实践中常见的区分标准是行为的性质判断标准、目的判断标准以及混合判断标准。[①]

（一）行为性质判断标准

性质判断标准，又称客观标准。是通过行为本身的性质判断某一国家行为是否为商业活动，而不论该行为的目的、动机。20 世纪 60 年代，瑞士、澳大利亚和德国即确定了用性质判断标准来认定商业活动。部分英美法系的国家在 20 世纪 70 年代末通过判例法确认采用性质检验标准来判断一行为是否是商业活动。英国上议院在 1982 年审理“党代会一号”案时，即采取了性质判断标准。[②]英国法院将性质判断标准同行为主体联系在一起，在特伦德特克斯诉尼日利亚中央银行案[③]中，以国家从事的行为能否由私人同样从事作为区分某行为是否为商业行为的标准，案件中诸如开立信用证、签订合同的行为均可由私人完成，尼日利亚中央银行作为独立实体未行使主权权力。在 2005 年科威特航空公司诉伊拉克航空公司一案[④]涉及到对“行使主权权力”的认定，2008 年英国上诉法院判定伊拉克需支付相关款项，认为该行为属商业活动而非主权行为。行使主权权力的行为意味着该行为不能由私人主体作出，但并不意味着基于国家指示的所有行为均不能由私人作出，判断一行为是否为主权行为，关键是该行为的性质。

加拿大、美国均采用性质判断标准界定商业活动，[⑤]加拿大《国家豁免法》第 2 条隐含了对商业活动采取性质判断标准的做法，但并没有明晰性质判断标准的具体认定细则。FSIA 在直接定义“商业活动”的同时，也规定了判断商业活动的标准是行为的性质而非目的。FSIA 将性质标准和目的标准对立，完全排除了目的标准的适用。但是，仅根据该条款的概括性规定无法直接应用于对个案的判断，还要面临如何解释和适用性质判断标准的问题。[⑥]法院在依据行为的性质判断标准来认定商业活动时需考虑：外国实施的特定行为是否属于私人当事人从事贸易、交

---

① 参见霍政欣:《国际私法学》（第二版），中国政法大学出版社 2020 年版，第 74 页。

② See Lauterpacht, Greenwood, *International Law Reports,* Cambridge University Press, 1983, p.154.

③ See [1977] EWCA Civ J0113-3，https://vlex.co.uk/vid/trendtex-v-central-bank-792992565，最后访问日期：2024 年 4 月 8 日。

④ See Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co. [2005] EWCA Civ 286. 1990 年伊拉克入侵科威特后，征用科威特航空公司的飞机和设备。战后，科威特航空在英国起诉伊拉克航空，获赔超过 10 亿加元。科威特航空指控伊拉克在整个诉讼过程中控制、资助并监督伊拉克航空的辩护，并涉及伪证。

⑤ 参见陆寰：《国家豁免中的商业例外问题研究》，武汉大学出版社 2013 年版，第 54 页。

⑥ See Globe Nuclear Services and Supply GNSS, Limited v. AO Techsnabexport, 376 F 3d 282 (2004) (4th Circuit).

通或商业活动的行为类型。[①]这就又将行为的性质判断标准与行为主体联系在一起，将国家实施的“可以由个人实施的行为”认定为商业活动。早在 FSIA 颁布之前，美国已有凭借主体区分商业活动的前兆。在 1812 年斯库诺交易号案[②]中，即隐含了商业主体应当是私人行为者而非国家的自由放任主义的观点，这种做法为限制外国主权国家的豁免权奠定基础，这些主权国家的行为同样可以由私主体作出，因此是“私人”行为。在 1992 年韦尔多夫诉阿根廷一案[③]中，美国联邦最高法院认为：FSIA 已经明文规定了要以行为性质为商业活动的判断标准，阿根廷为了“货币稳定”的公共目的则不予考虑。外国政府的行为是出于商业或公共目的均不重要，重要的是从事该行为的主体是否为私主体。本案中，阿根廷中央银行的违约行为同样可以由私主体作出，中央银行的违约行为没有体现主权权力，属于非行使主权权力的行为。该案的中央银行相当于市场内的私人参与者。一国家行为没有反映主权性质，而是任意一个私人主体均可行之的情况下，该行为可被视为商业活动，故而阿根廷中央银行的行为属于商业活动，于是驳回了阿根廷主张国家豁免的抗辩。法院对该案的裁决加强了性质检验标准的主导地位，重申了拒绝目的检验标准的立场。[④]但是正如上一章节所提及的，仅仅依靠对商业活动主体的判断，很难实现商业活动的认定。这种认定是不全面的，甚至容易导致与实际不符的荒谬结果。例如，为军队购买军事装备、为大使馆租用房屋均可以由个人实施，但是并不能据此认定这些活动均为都是商业活动。即使认定某一主体为商业活动主体，也不能据此认定该商业活动主体所作行为均为商业活动，还需判断该主体的行为是否具有非行使主权权力的性质。

采性质判断标准的国家在实践中也并未完全遵循性质判断标准的规定，也会纳入目的判断标准的考量。出现了“以营利目的”判断商业活动的做法。在 1985 年桑切斯诉尼加拉瓜中央银行案[⑤]中，法院在考虑商业活动的性质判断标准的同时，也充分考虑了不同类型活动的目的。法院认为行为的本体论和目的论并非任何情况下都可以划分界限，对行为性质的界定往往需要借助其目的来实现。

（二）行为目的判断标准

目的判断标准，也称主观标准，根据国家行为是否是基于公共目的作出以判断其是否为商

[①] See Stena Rederi AB v. Comision de Contratos del Comite Ejucitivo General del Sindicato Revolucionariode Trabajadores Petroleros de la Republica Mexicana, SC, 923 F 2d 380, at 386- -387 (1991) (5thCircuit).

[②] See The Schooner Exchange v. Mcfaddon & Others,7 Cranch 116.7 Cranch 116,11 U.S. 116,1812 WL 1310, 3 L.Ed. 287

[③] See Republic of Argentina v. Weltover, Inc.,504 US 607(1992).504 U.S. 607, 112 S.Ct. 2160, 119 L.Ed.2d 394, 60 USLW 4510

[④] See Republic of Argentina v. Weltover, Inc., 504 U.S. 612, 609-10, 617. As discussed in Part IV.B.2, Argentina unilaterally rescheduled the payment dates on the bonds, which were denominated in U.S. dollars and were supposed to be paid to plaintiffs in New York.p615

[⑤] See De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua, 770 F.2d 1385, 1393 (5th Cir. 1985).

业活动。[①]对国家豁免采取相对保守的态度的国家更倾向于采取目的判断标准，目的判断标准主要为发展中国家所主张，直接原因是发展中国家政府在国家经济中参与度较高、国家被提起诉讼情况较多。[②]

大陆法系国家如德国、法国等也有采取行为目的的判断标准来认定商业活动的司法实践，在 1973 年乔治五世饭店诉西班牙一案中，[③]西班牙与乔治五世饭店签订租赁房屋的契约，后因该契约产生纠纷，西班牙在被诉时主张国家豁免。对于西班牙是否有权主张国家豁免，巴黎上诉法院和法国最高院的认定不同，上诉法院从行为的目的判断标准出发，认为该契约签订的目的是为了西班牙观光局的公共利益，应当认定为主权行为。而法国最高院在承认契约签订的目的具有公共利益的基础上，又结合行为的性质判断标准，认为房屋租赁契约同样可以由私主体签订，因此认为西班牙的行为不属于国家的主权行为，不应该主张豁免。

由于国家的行为往往可以轻易地被解释为是具有公共目的的主权行为，采取目的判断标准容易使国家不正当地扩大国家豁免的适用范围。在私主体和国家的诉讼中，国家滥用国家豁免不利于对诉讼相对方的私主体利益保护。同时，目的判断标准也具有很强的主观性，缺乏针对性。[④]即使国家的行为具有明显的公共目的，也很难仅仅根据公共目的就判断一行为属于国家行为。因此，完全以目的标准为基础判断一国行为是否是商业活动的做法已被大多数国家抛弃。

（三）混合判断标准

在采用性质或者目的判断标准时，不同法院对同一行为可能作出不同认定。很容易引起两种观点的对立，从而陷入各执一词的状态。现在大多数包括我国在内的国家在对商业活动的判断上采混合判断标准。《联合国国家豁免公约》即采用混合判断标准[⑤]，在考量性质和目的因素的适用时具有明显的先后次序顺位，将性质因素置于首位，目的因素的适用有其特定的前提条件：只有当合同或交易的当事方在事先已达成明确的共识，或按照法院地国的通行惯例，合同或交易的目的与确认其非商业性质直接相关时，才应将目的因素纳入考量之中。将目的因素置于次级标准的地位，实践中相当多数国家存在轻视行为目的的偏向。

由于我国过往采绝对豁免主义立场，司法实践中几无涉及商业活动的判断问题，2008 年美国 FG 公司诉刚果（金）案[⑥]是涉及商业活动认定的重要实践。1997 年 7 月 1 日香港回归后就不

[①] 参见齐静：《国家豁免立法研究》，人民出版社 2015 年版，第 171-172 页。

[②] 参见金晓晨:《限制豁免论中判断国家商业活动的障碍及解决》,载《当代法学》2003 年第 12 期，第 121 页。

[③] See Cameroons Development Bank v. Societe des Establissements Robber, International Law Report vol .77 1988, p.532.

[④] 参见郭玉军、徐锦堂：《论国家豁免的相对性》，载《武大国际法评论》2003 年第 1 期，第 98 页。

[⑤] See United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property of 2004, Art 2(2).

[⑥] See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others, HCMP928/2008.FG（一间美国特拉华州公司）是两份国际商会仲裁裁决的胜诉权益承让人，两份裁决的胜诉方为 Energoinvest 公司，败诉方是刚果民主共和国（刚果）。根据两份裁决，FG 向刚果申索包括本金和积累而得的利息超过 100,000,000 美

再适用 SIA 中限制豁免主义的立场，但是认定商业活动的重要前提是法院采限制豁免主义立场。一国法院在司法实践中，通常会遵循其所在国家当前有效并实行的国家豁免立场，[①]香港原诉法庭在认定刚果（金）案应适用何种豁免主义立场时有四种不同观点[②]，观点一认为应继续适用限制豁免主义立场，根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（下文简称《基本法》）第 8 条和第 18 条规定[③]，在内地恢复对香港行使主权后仍适用原在香港实行的普通法；观点二认为根据《基本法》第 13 条和第 19 条规定[④]，适用何种豁免主义立场属于外交事务，与香港特别行政区有关的外交事务应由中央人民政府负责，香港法院没有管辖权；观点三认为香港应适用经过广泛调查后确定的习惯国际法的做法；观点四认为中华人民共和国政府一直采取绝对豁免的立场，香港作为中华人民共和国的一部分应当与中央的豁免立场保持一致。香港终审法院的临时判决综合采纳了观点二和观点四的做法，与当时中央政府采绝对豁免主义的立场保持一致以确保法治的一致性和连贯性，最终判决对刚果（金）案无管辖权。由于临时判决涉及对《基本法》的解释和中央和特区的关系，香港终审法院就是否有责任援用或实施中央国家豁免政策在内的四个相关问题提请全国人大常委会解释。全国人大常委会重申国家豁免属于外交事务范畴，并且外交权属于中央，香港特别行政区需遵循国家坚持的绝对豁免立场。[⑤]

在诉讼中，刚果认为香港法庭应适用绝对豁免主义立场，并且主张本案涉及的活动并非主权豁免范围外的商业活动。而 FG 公司认为香港法庭应该采纳限制豁免主义立场，且与本案有关的交易纯粹是商业活动。[⑥]若以《外国国家豁免法》出台后的视角重新认定刚果（金）案，《全国人大常委会工委负责人就外国国家豁免法答记者问》[⑦]中根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释》的规定[⑧]，

元。2007 年 9 月 17 日，刚果与一个由中国国内企业组成的财团(包括中国进出口银行、中国铁路和中国水电)签署了一份协议备忘录，成立合资公司，合资公司股份的 32%由刚果方持有，68%股份由中方持有。2008 年 4 月 22 日，中国铁建、中国水电和刚果签署《合作协议》，中方需向刚果和刚果矿业公司支付 3.5 亿美元的入门费、对刚果进行一系列基础设施建设，以获取合资公司对刚果矿产资源的开采权。2008 年 5 月 15 日，法官邵德炜准许 FG 强制执行上述两份裁决，FG 获得支持后要将中方付给刚果的入门费其中部分款项用以强制执行上述两份针对刚果的裁决，而刚果以国家豁免为由反对该做法。.

① 参见霍政欣、陈锐达：《跨国文物追索诉讼的国家豁免问题》，载《国际法研究》2022 年第 4 期，第 73 页。

② See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others, HCMP928/2008.

③《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第 8 条、第 18 条。

④《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第 13 条、第 19 条。

⑤ 中国人大网，“关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释（草案）》的说明”，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/huiyi/cwh/1122/2011-08/27/content_1670088_4.htm，上传日期：2011 年 8 月 27 日，最后访问日期：2024 年 5 月 4 日。

⑥ See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others, HCMP928/2008.

⑦ 参见张天培：《全国人大常委会工委负责人就外国国家豁免法答记者问》，载《人民日报》2023 年 9 月 2 日，第 5 版。

⑧ 中国人大网，“关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释（草案）》的说明”，

明确香港需要适用、实施《外国国家豁免法》。《外国国家豁免法》中明确采取限制豁免主义立场，那么香港法庭对本案有无管辖权的关键在于该案所涉及的活动是否为商业活动。刚果（金）案中涉及的商业活动认定问题主要集中在对商业活动的认定标准上，此时可根据《外国国家豁免法》第 7 条采用混合标准综合活动的性质和目的重新认识本案所涉及的“商业活动”。首先，中方国有企业并非当然的国家豁免主体，关键是看其是否得到国家授权并基于该授权从事入门费的支付和对刚果的基础设施建设。虽然香港原诉法庭称项目实质是由刚果民主共和国和中华人民共和国这两个公共实体推动设立的，[①]但这只能体现我国对此大型项目的支持。《合作协议》的生效以中国国家发展和改革委员会、中国商务部和中国国家外汇管理局的批准为前提，以确保合作符合国家利益和政策方向，[②]这固然也能体现国家意志在对该项目的批准和监管方面的作用，但是我国并没有通过法律、法规、行政命令等方式授权本案中的国有企业行使主权权力。其次，中方国有企业向刚果和 Gecamines 公司支付入门费以置换对其矿产资源的开采权，香港原诉法庭芮安牟法官支持入门费的支付不具有商业性质，认为中方国有企业支付的入门费只有国家或政府才能收取，刚果收取的入门费也是为了刚果公民的经济利益，具有公共目的。[③]上诉法庭大部分法官则主张应根据入门费的用途为公共还是私益目的来判断其性质，并查明一部分入门费（1 亿美元～1.5 亿美元）并非是计划用于刚果的主权或公共用途，而是用于商业或非公共用途，[④]仅从用途也无法完全划分入门费的支付与收取是否具有商业性质。入门费是由我国国有企业向刚果主权国家支付，亦向 Gecamines 公司支付，入门费的支付和收取并非只能由国家从事，私主体同样可以从事，入门费的支付和收取没有体现主权权力的行使，这表明入门费的支付与收取不具有行使主权权力的特征；最后，我国国有企业将在刚果民主共和国建设包括铁路、城市网络、机场、医院等广泛的基础设施，进行基础设施建设外观上体现的是为刚果公共利益的目的，但实质上进行基础设施建设是获得刚果采矿权的要件之一，本质上仍是为国有企业赚取利润而非为了公共目的。基于以上考虑，刚果（金）案中涉及的入门费的支付收取及对刚果的基础设施建设并非行使主权权力的活动，实则为商业活动。在香港原判决中，遵循当时中央所采的绝对豁免主义立场而宣布对本案无管辖权。以《外国国家豁免法》颁布后的视角，则对本案则有管辖权，但是拥有管辖权并不意外着可以强制执行案件所涉及的裁决。

运用目的或性质的判断标准来界定商业活动都有其不可克服的弊端，而各国立法和实践的迥异，很难有放置各国而皆适宜的判断标准。混合判断标准的适用很大程度上可以实现对商业

---

http://www.npc.gov.cn/zgrdw/huiyi/cwh/1122/2011-08/27/content_1670088_4.htm，上传日期：2011 年 8 月 27 日，最后访问日期：2024 年 5 月 4 日。

① See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others, HCMP 928/2008.

② See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others, HCMP 928/2008.

③ See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others, HCMP 928/2008.

④ See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others, CACV 373/2008 &CACV 43/2009.

活动的认定，但在实际应用中仍有困难，怎么解释“性质”和“目的”仍没有细则规定，[①]留有司法裁判余地。

四、场景化的商业活动认定

在对商业活动的认定中，由于我国既往商业活动认定实践的匮乏及未来涉外法治实践中预计涌现诸多商业活动认定问题的情形，现有具体法律规范的内涵也会随实践的发展而得以扩充。而现今无法仅从《外国国家豁免法》第 7 条第 1 款“应当综合考虑该行为的性质和目的”的表述中直接得出应当在多大程度和范围内考虑商业活动性质和目的之结论，《外国国家豁免法》对商业活动混合判断标准的具体应用细则并无规定。国家豁免法并非纯粹追求精确度的法律科学，而是更多地被视为一个应对日常国际法律实践挑战的实用工具。[②]事实上，在适用混合判断标准对商业活动进行认定时，预设一个等同适用于所有商业活动认定案件的固定比例也是极其不现实的，不同场景下对混合判断标准的具体适用需依照实践的变化发展而不断调试。批判法学即强调法律的不确定性，涉及法律结构、语言和学说的不确定性，[③]不纠结于法律的严格性。法律体系无可避免地会涵盖那些具有不确定性的法律条文，这种法律的不确定性与其所具备的客观性并不矛盾，[④]不确定性意味着不同场景下适用标准的灵活性，商业活动认定中的灵活性空间对于区分不同场景以处理国家豁免问题、维护国家利益十分必要。在对商业活动进行认定时不宜局限于法律文本，而应更加注重法律条文背后蕴含的实质目的和价值，[⑤]深度洞察并理解具体争议中的核心事实及相关语境。[⑥]在国际社会中，并存着合作与斗争的不同场景，[⑦]我国坚持对外合作的同时也注重国际斗争，坚持和平发展与国际斗争的统一。[⑧]因而需要根据不同场景下的国家利益需求，适时调整商业活动的认定。

---

① 参见李庆明：《论中国〈外国国家豁免法〉的限制豁免制度》，载《国际法研究》2023 年第 5 期，第 47 页。

② See Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, pp.462-463.

③ 参见陈一峰：《国际法的“不确定性”及其对国际法治的影响》，载《中外法学》2022 年第 4 期，第 1102 页。

④ 参见邱昭继：《法律的不确定性与法治的可能性》，载《政法论丛》2013 年第 1 期，第 85 页。

⑤ 参见张翅翔、雷磊：《司法“实用主义”思潮否认——以法律语言的意义问题为主线》，载《探索与争鸣》2024 年第 1 期，第 62 页。

⑥ 参见苏力：《想事，而不是想词——关于“法律语言”的片段思考》，载《东方法学》2023 年第 1 期，第 91 页。

⑦ 参见李鸣：《合作与斗争：国际法的双重功能》，载《地方立法研究》2022 年第 4 期，第 89 页。

⑧ 参见杨楹：《中国式现代化理论构建的方法论、内容及其当代价值》，载《中州学刊》2023 年第 8 期，第 10 页。

（一）合作场景下：基于国际礼让的稳定性

国际社会历经共存国际法、合作国际法至现今公益性合作国际法的代际演进，公益性合作国际法倡导维护全球公共利益，[①]我国倡导的人类命运共同体理念即是促进全球治理和国际法治进步的全球公共产品。《外国国家豁免法》兼具国际法和国内法的定位，能够为国际规则提供中国方案，[②]符合人类命运共同体理念。《外国国家豁免法》沿用《联合国国家豁免公约》的做法，采用混合判断标准，与国际上主流的商业活动判断标准保持一致。商业活动作为国家豁免领域的重要事项，对其认定涉及法律、外交、政治等众多领域的利益，关乎政治决策和利益的考量，对商业活动的不恰当认定可能会引起国际政治争端和冲突。在商业活动的认定过程中必须审慎地考量各种复杂且多变的情形，法律本身的不确定性要求法院在认定商业活动时需将其置于具体的语境下探讨。尽管商业活动认定本身存在无法消除的不确定性，在构建人类命运共同体、促进国际经贸稳定发展的场景下，以国际礼让为基本原则，竭力明确商业活动认定的细则、明确混合判断标准的适用。

虽然《外国国家豁免法》第 7 条并没有对混合判断标准中的性质、目的进行适用上的先后次序划分，但是根据“非行使主权权力”这一表明商业活动性质的核心要素即能显现出性质在商业活动判断中的重要地位。“非行使主权权力”本身即是对商业活动性质的说明，这一核心要素贯穿商业活动认定始终，实践中应将行为性质置于第一顺位进行考量。在考虑商业活动的性质时，需要考虑两个方面：一是该活动的作出主体可否归于“外国国家”的范畴，二是该主体是否行使了主权权力。参考英国、美国等国家的做法，对商业活动性质的认定往往与活动主体联系在一起，将国家实施的“可以由个人实施的活动”认定为商业活动，实质上即是判断国家实施的活动有无行使主权权力。对“外国国家”的认定可以在一定程度上解决商业活动认定的主体问题，主体的认定具有一定稳定性，能够增强商业活动认定的确定性。根据第二章节的论述，对第一、二类“外国国家”的认定比较明晰，具有较强确定性，对第三类“外国国家”的认定则与主体所为活动是否具有“非行使主权权力”的性质密切关联。“非行使主权权力”内容无法穷尽列举的特性并不意味对其可进行不加限制的任意解释，可以参照“列举+概括”（即例示式规定或例举式规定）的模式[③]通过排除性描述的方式对其内涵加以限定，将“非行使主权权力”的内涵限定在不涉及国家立法、行政、司法、军事、外交等国家主权权力职能的范畴内。

若将活动目的因素置于首位考虑，则会因为目的可能掺杂过多主观因素而使商业活动的判断缺乏稳定性。但这并非否认目的因素在商业活动判断中的作用，性质和目的判断标准是相互渗透、密切联系的，我国在适用混合判断标准时要克服过分忽视目的的弊端。考虑行为目的并

[①] 参见李春林、张章盛：《国际法的代际演进与国际法律差别待遇的历史演变》，载《福建论坛・人文社会科学版》2010 年第 3 期，第 152-153 页。

[②] 参见马新民：《当前国际法形势与中国外交条法工作》，载《国际法学刊》2023 年第 4 期，第 36 页.

[③] 中国法院网，《法律解释的同类规则》，https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/05/id/2860528.shtml，上传日期：2017 年 5 月 15 日，最后访问日期：2024 年 4 月 28 日。

非旨在为国家的商业活动提供更多庇护，而是为了确保国家在特定情境下能够灵活而有效地履行其公共职责。国家主体在从事诸如购买粮食物资以救济受灾民众、购买药品以控制疫情等活动时，不应仅仅因为该活动有商业活动的外观而被认定为商业活动，[①]而要肯定国家主体维护公共利益的目的。至于先性质后目的的顺位是否一成不变，当事人双方能否协议将目的作为第一顺位的考量因素，以及当法院所在地国家的实践惯例明确显示出活动目的在判定中占据更为关键的地位时，目的因素能否突破固有顺位成为首要考虑因素，应当根据国际礼让的对等性，解决司法实践中的困难。

（二）斗争场景下：突出工具主义的灵活性

全球正面临着日益加剧的不稳定与不确定性，国际关系和世界格局经历着剧烈的动荡与深刻的调整，这种局势对全球治理和国际法治构成了前所未有的挑战。[②]批判国际法视野下的国际法是充满斗争的，但是强调斗争并不是否认互利、合作、联盟或双赢行动。[③]斗争场景下不可避免地会加剧法律适用的不确定性，削弱法律稳定性。在此场景下，法院在审理案件时就需要超出规则本身限制，考虑到规则之外的政治选择因素，[④]基于国家利益需求、斗争需求，灵活应对商业活动认定问题，突出《外国国家豁免法》在涉外法律斗争中的工具性作用。

对商业活动的认定直接涉及作出该商业活动的外国国家主体能否享有豁免权，而不同国家豁免法对商业活动主体及认定标准的规定可能不同，一国内部制定的豁免法不仅表明该国对于国家豁免的相关立场，也涉及对其他国家豁免利益的处理。一个国家在决定对外国实施何种国家豁免政策的同时，应当预期并接受外国可能对其采取相似或对应的国家豁免政策。《外国国家豁免法》第 21 条[⑤]明确规定：“外国给予中华人民共和国国家及其财产的豁免待遇低于本法规定的，中华人民共和国实行对等原则。”对等原则是国家豁免领域一项十分重要的原则，是解决国家豁免分歧的务实方案。[⑥]该原则的适用旨在于缺乏条约或相关协议的情况下，各国可依据对等原则自主决定是否给予某一特定外国国家管辖豁免。[⑦]为了防止因他国豁免法的规定不同而减损我国利益及维护平等互利的国际关系，在与他国认定商业活动存在分歧的情形下可以适

---

① 参见李颖：《国家豁免例外研究》，北京知识产权出版社 2014 年版，第 82 页。

② 参见黄进：《百年大变局下的国际法与国际政治》，载《交大法学》2023 年第 1 期，第 8 页。

③ See David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton university Press, 2016, p.7.

④ 参见陈一峰：《国际法的“不确定性”及其对国际法治的影响》，载《中外法学》2022 年第 4 期，第 1103 页。

⑤《中华人民共和国外国国家豁免法》第二十一条规定:“外国给予中华人民共和国国家及其财产的豁免待遇低于本法规定的，中华人民共和国实行对等原则。”

⑥ See Alona E. Evans, *Should Sovereign Immunity Be Governed by Reciprocity? Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, Cambridge University Press, 1958, p.85-88.

⑦ 参见倪征燠：《关于国家豁免的理论和实践》，载《中国国际法年刊》1983 年卷，第 29 页。

时引入对等原则。当我国和他国豁免法存在规则冲突进而会损害我国豁免利益时，我国亦可在对等原则指引下、更灵活地对该国商业活动认定采取较为狭窄的解释。

在国际法斗争场景下，要适时发挥外交“补缺”的保障功能。国家豁免是涉及政治外交层面的重要法律问题。[①]在涉外法治的大背景下，《外国国家豁免法》不仅具有司法属性，还具有外交属性，国家豁免问题与国家的国际交往、开放发展密切关联。[②]商业活动作为国家豁免例外情形的一种，在对其认定时涉及被诉国和法院地国各自的对外政策，具有外交属性。[③]《外国国家豁免法》在第 4 条、第 8 条、第 15 条、第 17 条、第 19 条和第 20 条中均数次提及“外交”[④]。在涉及商业活动的判断标准认定问题时，外交部等机关根据国家需求，既可以在法院的邀请之下，也可凭借国家外交立场、外交利益自行决定启动程序予以认定。[⑤]外交介入对商业活动的认定并非干预司法审判，而是在法院不能实现对商业活动进行认定时，辅助法院行使审判权、更综合全面地对商业活动作出认定。外交介入有助于法院了解外国国家对诉讼案件的观点与反应，进而评估可能产生的对外关系影响，并据此进行相应控制。[⑥]在权衡引入外交策略与维护国际友好往来关系的取舍时，需超越单纯的法律技术层面，运用政治智慧，适时作出外交决策以解决商业活动中涉及政治、外交事项的难题。

五、结论

《外国国家豁免法》是涉及国家对外关系和司法制度的重要法律，[⑦]有关商业活动的条款能够为认定商业活动提供准则，通过对商业活动进行多维度认定以解决国家豁免领域的核心问题，在实践的基础上不断丰富发展国家豁免理论，为涉外法治建设添砖加瓦，丰富相关的国际法的理论与实践，输出中国智慧。

围绕“非行使主权权力”的核心要素，从“外国国家”的主体界定到行为的性质与目的混合判断标准，综合为商业活动认定的司法实践提供指引性标准。同时需要明确的是，国际法的不确定性预留了《外国国家豁免法》的裁量余地，应当结合我国在合作和斗争场景下的不同利益需求，从国际礼让、工具主义多种理论出发，统筹考量商业活动的认定问题。在涉外法治发

---

① 参见叶研：《论当代中国的国家豁免政策选择》，载《国际法研究》2022 年第 1 期，第 40 页。

② 参见何志鹏：《〈外国国家豁免法〉的司法功能与话语功能》，载《当代法学》2023 年第 6 期，第 26 页。

③ 参见孙昂：《国家豁免案件的法律适用问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》，载《国际法研究》2021 年第 2 期，第 3 页。

④《中华人民共和国外国国家豁免法》第四条第四款、第八条第二项、第十五条第一项、第十七条第二款、第十九条、第二十条中均提及“外交”。

⑤ 参见何志鹏：《〈外国国家豁免法〉的司法功能与话语功能》，载《当代法学》2023 年第 6 期，第 33 页。

⑥ See Kristen E. Eichensehr, *Foreign Sovereigns as Friends of the Court*, 102 Virginia Law Review289 (2016), p.300.

⑦ 参见张天培：《全国人大常委会工委负责人就外国国家豁免法答记者问》，载《人民日报》2023 年 9 月 2 日，第 5 版。

展的大背景下，合理适用《外国国家豁免法》，既照顾到国际经济秩序交往的稳定性，又提供国际斗争的法律工具，助力实现涉外法治保卫国家主权、安全与发展利益的核心目标，推动国际社会和谐协作、共同实现人类命运共同体的长远目标。

On the Identification of "Commercial Activity" in China's Foreign State Immunity Law

Abstract：Our country has long adhered to the position of absolute immunity and rarely involves the issue of identification of commercial activities in judicial practice. With the promulgation of the "Foreign State Immunity Law of the People's Republic of China" (hereinafter referred to as the "Foreign State Immunity Law"), the change in immunity position will inevitably involve the issue of identification of commercial activities in future foreign-related legal practice. There is a considerable degree of consensus on the exemption exception for commercial activities, but there are still many controversies over the identification of commercial activities. On the subject, there is some controversy over the definition of the connotation of foreign countries, and there are different understandings of the identification of special entities such as central banks and state-owned enterprises; on the object, there are three criteria for nature, purpose and mixed judgment, but it is difficult to identify the nature, purpose expansion explanation and other reasons, there are still certain difficulties in the identification of commercial activities. Based on the discussion of the basic elements of commercial activities, combining the useful elements of the three judgment standards from the perspective of comparative law, combined with the characterization of "foreign countries" in the "Foreign State Immunity Act", the non-exercise of sovereign power can be regarded as the key point in the identification of commercial activities, divided into two scenarios: cooperation and struggle, identifying commercial activities based on national interest needs, so as to better serve the development of China's foreign-related legal rule and practice the concept of a community with a shared future for mankind.

Keywords：state immunity commercial activities non-exercise of sovereign powers mixed judgment standard

中国法域外适用体系中法院的作用探究

郑鸿举*

摘要：随着国内法域外适用的法律体系建设工作开展，各机关在法律体系建设中的作用都在被逐渐挖掘。我国法院作为国内司法机关，有着独特的制度优势，其对于国内法域外适用体系的建设作用本是不言而喻的，但是近年来针对司法机关作用的研究却不甚充分。通过研究现状分析以及横向对比国外法院在国内法域外适用体系中的作用，不难发现我国法院在国内法域外适用体系的建设中，未能充分发挥自身特有的案例指导分析制度以及司法解释制度的制度优越性。并且通过分析可以发现，我国法院在司法过程中，可以起到完善国内法域外适用体系的作用，而且可以通过案件的论证说理争取更多国际话语权。充分认识法院在适用法律规范的过程中的“扩张作用”以及“防御作用”，有助于更好地促进我国国内法域外适用的完善以及增强我国国内法域外适用的效力。

关键词：国内法域外适用　国内法院定位

问题的提出

习近平总书记在2019年2月25日的中央全面依法治国委员会第二次会议上作出重要讲话，指出要加快推进我国法域外适用的法律体系建设。在2020年召开的中央全面依法治国工作会议中明确提出，要加快涉外法治工作战略布局，协调推进国内治理和国际治理，更好维护国家主权、安全、发展利益。从整体国际环境和背景以及根据外国国内法域外适用的进程分析可以得出，国内法域外适用应当严格符合时代需求。[1]

国内法的域外适用，一般指本国针对位于或发生在本国管辖领域之外的人、物或行为适用本国法律规则的过程，既包括国内法院实施司法管辖的行为，也包括国内行政机关适用和执行国内法的行为，但不包括国内法院适用双方当事人意思自治所选择的国内法律规则、或者适用冲突规范所指引的国内法来解决争端的

* 郑鸿举，男，1997年7月出生，工作单位：中国人民大学法学院，博士研究生，联系方式：北京市海淀区中关村大街中国人民大学，电话15980256279，邮箱：Philhonku@163.com

[1] 详见孙南翔：《美国法律域外适用的历史源流与现代发展——兼论中国法域外适用法律体系建设》，载《比较法研究》2021年第3期；蒋小红：《欧盟法的域外适用：价值目标、生成路径和自我限制》，载《国际法研究》2022年第6期等。

行为。由此产生的法律约束力，即为国内法的域外效力。[2]从该定义可以看出，国内法的域外适用不是被动的被当事人约定或是被冲突规范选择而适用，更多的是指国家机关针对在本国管辖领域外的人、物或行为主动适用本国法律，使得法律关系产生、变更或消灭。国内法的域外适用本质上是国家在域外行使管辖权的行为，这种管辖权按照功能可划分为立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权。[3]国家管辖权是国家主权的一部分，由于目前各国为维护本国国家利益，都在积极扩张本国管辖权范围，所以国家间主权冲突逐渐增加。但是并非所有的国家冲突都涉及国家的根本利益，对于非根本利益的冲突，国家不能以维护生存的方式维护非根本的利益，而需要采取“外交行动”不断调整相互冲突的利益以最大程度避免战争。[4]由此可见，在国家核心利益外围存在非核心利益，未涉及到国家核心利益（如领土、制度、文化的完整）的国际冲突可以视为一种外围的非核心利益冲突，这种非核心利益冲突是一种缓冲带。缓冲带的矛盾解决大多采用外交手段解决，法律便是其中一种手段。同样，法律冲突中同样存在着核心冲突与外围冲突。法律冲突的核心是立法冲突，司法管辖权以及执法管辖权的冲突根源于本国的立法，因此管辖权冲突的根本是立法冲突。司法管辖权冲突作为一种非核心冲突，由于其一方面具有司法的特性，即其中立性，使得司法管辖权的冲突更具可控性与公信力；另一方面，是否具有司法管辖权需要法院通过判决的方式作出裁判，实质上为各国提供一个较为公正的竞争平台，各方可以在较为平等的平台上，通过论证说理进行是否具有司法管辖权的争论。因此，法院作为一国司法机关，在国内法域外适用这一充满冲突的过程中扮演重要角色。

外国学者注意到，国内法院实际有着双重角色，既有国内机关的角色又与国际社会密不可分，[5]一方面国内法院的判决可以被视为《国际法院规约》第 38 条第 1 款（a）项以及（b）项中的国家实践，[6]其判决的作出深刻影响国际条约的适用；另一方面有些学者认为，为了扩张本国对域外的权力，同时为规避国际法赋予的义务，美国选择通过国内法域外适用的方式对外施加影响。[7]但是有的学者也意识到，判例法国家国内法院的域外适用限制较少，在国内法域外适用与否

---

[2] 廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，载《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 168 页。

[3] 蒋小红：《欧盟法的域外适用：价值目标、生成路径和自我限制》，载《国际法研究》2022 年第 6 期，第 93 页。

[4] 摩根索：《国家间政治：权力斗争与和平》，北京大学法律出版社 2020 年版，第 13 页。摩根索所述“外交行为”更多指的是非武力冲突的争端解决方式，如外交、法律等。

[5] Falk, Richard. A. The role of domestic courts in the international legal order. Indiana Law Journal, vol 39(3), spring 1964, pp.436

[6] Roberts, Anthea. "Comparative International Law - The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law." International and Comparative Law Quarterly, vol. 60, no. 1, January 2011, pp.62

[7] Parrish, Austen L. "Evading Legislative Jurisdiction." Notre Dame Law Review, vol. 87, no. 4, April 2012, pp.1690

有较多自由，而这种适用是需要限制的。[8]目前国内学者认为由于国内法院具有被动性，更多关注行政当局与国内法的域外适用问题，而从国家层面对国内法院的研究则往往被忽略。[9]在跨部门法研究方面，目前大多专家已经以不同的部门法或规则为切入点，对国内法域外适用规则进行了深入研究，如有学者以反外国制裁为角度，认为我国人民法院在反外国制裁法治体系中，可以通过依法独立行使审判权，对私主体个人的纠纷解决，防止国家间矛盾激化；[10]还有学者以《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》为例，认为法院适用阻断办法可以扩大中国法域外影响力。[11]

上述研究成果都为本文的研究打下了坚定的基础，这些成果都奠定了国内法域外适用中各部门法适用的基础。但随着国家利益碰撞更加激烈，对于以国内法域外适用的整体层面，并结合国内外司法案例对法院作用进行深入探讨的研究变得十分重要。由于当下没有以整体国内法域外适用为视角审视国内法院在国内法域外适用体系的作用，因此法院在国内法域外适用体系中的作用无法得到较为全面的认识。在研究我国法院制度特殊性方面，我国法院作为法律适用的重要机关，在法律适用方面一直处于前线，其独特的地位以及作用都使得其在涉外法治体系中处于重要位置，目前对我国法院的案例指导制度以及司法制度都进行了大量研究，[12]但是并未将这些特殊之处与国内法域外适用体系相结合。

有鉴于此，本文拟通过探究国内法院与国内法域外适用的互动关系，确定一国国内法院是否因为其所具有的独立性，而与国内政治、国家利益完全分离，因而与国内法域外适用不具有足够紧密的关系。在探索过法院与国内法域外适用的关系后，确定一国国内法在本国国内法域外适用体系中的定位就显得十分重要。因其定位为何，将直接影响法院在国内法域外适用中应当采取何种方式体现其作用。在通过归纳国内法院在国内法域外适用中的作用之后，结合当下的国际形势以及国内形势，确定我国国内法院还存在哪些可以改进的地方，以充分发挥我国法院在国内法域外适用体系中的作用。

一、 法院与国内法域外适用的互动关系

[8] Reese, Willis L. M. "Limitations on the Extraterritorial Application of Law." Dalhousie Law Journal, vol. 4, no. 3, May 1978, pp.590

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

[10] 参见霍政欣、陈锐达：《反外国制裁的司法维度展开》，载《世界社会科学》2023 年第 2 期。

[11] 参见商舒：《中国域外规制体系的建构挑战与架构重点——兼论〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉》，载《国际法研究》2021 年第 2 期。

[12]参见刘作翔、徐景和：《案例指导制度的理论研究》，载《法学研究》2006 年第 3 期；胡云腾、于同志：《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》，载《法学研究》2008 年第 6 期；聂友伦：《论司法解释的立法性质》，载《华东政法大学学报》2020 年第 3 期等。

司法由于具有中立性，常常被认为与一国政治具有明显的距离。但是在梳理美国法院为例的外国法院与本国对外处理国际关系的政策时，能够较为清晰地发觉美国法院与国际关系政策是紧密相连的。在梳理我国法院地位变迁与国内政治历史的关系时，不难发现国内政治情况的变化也深刻反映至国内法院的变迁上，由此可见，国内法院与一国政治是无法全然分割开的。

（一）美国国内法域外适用变迁：美国法院与国际关系的互动

1. 孤立主义

美国于 1783 年独立，在独立初期由于国际形势严峻，其西面被西班牙殖民地包围，北面为英国殖民地包围。为保护本国国家安全，美国采取了孤立主义作为对外政策，利用地理上的孤立状态，维持与欧洲若即若离的状态。[13]1796 年，华盛顿在其卸任总统的《告别词》中提出孤立主义的外交原则。1818 年，美国联邦法院在“美国诉帕尔默案”中回应了美国联邦刑事法的域外性问题，其强调，美国国会并没有意图将法律的适用范围拓展至如此远，其管辖范围必须限定为“本国管辖权范围下的人”。[14]该时期的判决明显体现美国孤立主义政策，采取相应措施确保美国的中立与和平，司法权的严格限缩正是该政策的一种体现。

1921 年，美国总统华伦哈定邀请召开华盛顿会议，会议中签订的各项条约都彰显美国外交的胜利，华盛顿会议结束后，美国的战略目标与体系规划都基本得到实现，但是孤立主义思想仍然制约美国外交政策的制定与实施。[15]1922 年，在“美国诉鲍尔曼案”中，一向坚持严格属地主义的美国法院认定，侵害美国政府的行为构成法律属地原则的例外，针对在美国证券交易所等机构虚假陈述行为进行惩罚的联邦刑事法律，可适用于在巴西的美国公民。[16]不难发现，法院的判决整体体现了孤立主义政策，但是为国内法的域外适用效力设定了例外，体现了美国国家利益的全球保护苗头。

2. 效果原则

1944 年 7 月，美国召开布雷顿森林组织召开国际货币金融会议，通过总称《布雷顿森林协定》，建立以美元为支柱的国际货币制度。1946 年，美国冷战政策出台，对苏联通过法律、经济手段限制苏联政营扩张，以维护美国全球经济和政治霸权。1945 年，美国法院在“美国诉美国铝业公司”案中裁决中确定了“效果原则”，[17]认为如果这些行为产生足够的国内影响，美国反垄断法可以适用于这种行为。联系该时期美国冷战政策以及美国法院的判决可以发现，该时期美国

---

[13] 刘德斌：《国际关系史》，高等教育出版社 2018 年版，第 229 页。
[14] U.S v. Palmer, 16 U.S 610, 631(1818).
[15] 赵学功：《美国历史上的孤立主义：一种深厚文化传统》，载《人民论坛·学术前沿》2017 年第 16 期，第 16 页。
[16] See U.S v. Bowman, 260 U.S. 94,94(1922).
[17] United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa),（1945）.

法院主动通过“效果原则”的方式将国内法积极适用至域外，以助力国内政策在国际社会上的实现。

20 世纪 70—90 年代，随着美苏竞争关系的变化，“尼克松主义”逐渐成为美国对外关系的方针，意识形态的对抗转向复杂的全球化与经济合作阶段。[18]美国对于全球人权问题和腐败问题表示强烈关注以及积极干预，认为这些问题是维护全球秩序的关键。1980 年美国法院在“菲拉提加案”中，[19]美国法院认为：“鉴于有许多国际社会谴责酷刑的协议，以及几乎世界上所有国家原则上均放弃酷刑作为官方政策工具，我们认为国家官员对被拘留的人实施的酷刑行为，违反了既定的国际人权法规范”。司法成为一种介入他国人权情况的途径。

3. 限制国内法域外适用

2007 年，“次贷危机”席卷美国、欧盟和日本等主要金融市场。2011 年 6 月，美国联邦最高法院作出的“固特异案”与“麦金太尔案”是美国法院时隔 25 年后再次涉及国际民事诉讼中的属人管辖，并对此采取了限制的态度。本时期的一系列案例都可以发现，美国最高法院试图收缩国内法域外适用。[20]

从上述美国法院判决对于国内法域外适用的态度以及与当时国际背景的联系可以发现，虽然不同时期美国法院对于国内法是否能够域外适用的态度是变化的，但是需要发现的是，尽管美国法院的对于国内法院能否域外适用以及域外适用范围的态度一直在变化，不变的是美国法院对于国际关系的反应实质上是及时的，也是能够反映美国对于该时期采取的对外关系政策，以及美国法院的任何判决都是从美国根本利益出发，其考量的主要是如何最大化美国利益。[21]同时，在上述案例中还可以发现的是，立法由于其追求稳定性，无法时刻准确反映国际形势，如“菲拉提加案”中法院适用的法律是 1789 年通过的，但是第一次使用却是 1980 年。

（二）中国法院功能的变迁：中国法院与国内形势的互动

1949 年，新中国建立初期为使得国家具备极高的动员能力，通过社会改造以获得社会资源的全方位控制权。而正是这种追求动员能力最大化的过程，使得国家内部机能失衡，功能混乱。[22]1951 年 9 月中央人民政府委员会通过的《中华人民共和国法院暂行组织条例》中规定，我国法院需要受制于同级人民政府的领导

---

[18] 刘德斌：《国际关系史》，高等教育出版社 2018 年版，第 389 页。

[19] Filártiga v. Peña-Irala,（1980）.

[20] 杜涛：《美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示》，载《国际法研究》2014 年第 2 期，第 90 页。

[21] 杜涛：《美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示》，载《国际法研究》2014 年第 2 期，第 91 页。

[22] 徐新：《国家与社会：当代中国法院地位变迁的法哲学思考》，载《江苏社会科学》2011 年第 1 期，第 157 页。

和管理，同时，国内环境与国外环境的复杂，也使得国内法院很难具有独立地位。该时期法院判决并不具有多大的公信力。

随着改革开放的深入，“超强国家”理念随着社会结构变化而变化。[23]随着市场的发展，国家采取间接的方式介入社会纠纷，即采取事先立法，事后由代表国家正义以及社会正义的法院，通过法定的程序解决社会纠纷。正是这种国家调控与社会结构变化的互动，使得国家法院从初期基本处于瘫痪状态，转为扮演更多代表社会正义的角色。1979 年 7 月，第五届全国人大二次会议中通过的《人民法院组织法》第 4 条规定，改变了人民法院从属于行政的体制，党的十三大以及十四大都重申司法机关独立行使审判权。逐渐，我国法院的公信力得到提升。

20 世纪 90 年代以来，由于中国社会主义市场经济体制的确定，国家逐渐将许多方面的控制放松给私人社会、私人经济。[24]私人社会与私人经济的发展必然需要国家制定法律进行规范，而去“超强国家”的理念又为私人社会所提倡，因此需要法院作为司法机关居中裁判，一方面协调国家政策力量过于直接的介入私人社会，另一方面满足私人社会中的矛盾解决的需求，使得国家能够与社会进行沟通。[25]

从我国历史进程与我国法院改革不难发现，中国法院实质上能够沟通国家与国内社会，能够表达国家的政治话语，使得国家政策通过司法的方式转化为社会所能接受的话语，使得权力下沉。中国的司法体制已经深深镶嵌在中国的政治体制中。[26]

在上述梳理过程中发现，美国法院在于本国法域外适用体系的推进过程中起到十分重要的作用。由于美国属于判例法国家，因此美国法院所作判决实质上统一了那个时期的所有法院判决，并且能够通过适用法律的方式使得旧法焕发新生。还应该深刻认识到的是，即使美国的司法权是属于三权分立的其中一权，但其依旧能够快速反映国内政治政策。结合我国法院地位的变迁，实质上我国法院也能够起到与美国法院相类似的作用，可作为国家政治话语表达的途径。同时由于我国法院具有他国法院所不具有的制度优势，所以在中国构建国内法域外适用体系中，应当充分发挥我国法院的特殊制度优势，推进国内法域外适用的进程，完善国内法域外适用体系。

---

[23] 徐新：《国家与社会：当代中国法院地位变迁的法哲学思考》，载《江苏社会科学》2011 年第 1 期，第 157 页。

[24] 徐新：《国家与社会：当代中国法院地位变迁的法哲学思考》，载《江苏社会科学》2011 年第 1 期，第 158 页。

[25] 曹永海、陈希国：《国家建构视角下中国法院的功能——兼评〈当代中国法院的功能研究：理论与实践〉》，载《山东法官培训学院学报》2023 年第 1 期，第 139 页。

[26] 郑智航：《当代中国法院的功能研究：理论与实践》，第 98 页

二、 法院在国内法域外适用体系中的定位

由于一国法院实质上都能够较好反映国家在那一时期的国内、国际政策，因此具有一种天然具备中立性外观以及作为以论述说理为冲突解决方式的机关，国内法院对于国内法域外适用体系这一冲突解决体系中的定位自然需要探究。在较好地确定一国法院的定位后，才能更好充分发挥其作用。

（一）沟通国家与社会的桥梁

“徒法不足以自行”，法院与行政机关作为法律适用机关，其对于一国法律体系而言十分重要。法院作为适用法律的重要机关之一，是将立法机关所制定的法律应用于实际纠纷的机关。法律体系在立法、司法、执法的过程中逐渐构建和完善，立法机关、司法机关以及行政机关在法律适用过程中对于法律体系的进步相互促进相互映证。但目前，在国家层面探讨全球治理时，大多研究将目光着眼于一国行政当局，法院常由于其具有被动性，而导致其在全球治理中的作用被忽视。[27]作为一国司法机关，国内法院不仅处理国内纠纷，也处理国际纠纷，并且由于法院通过司法判例的方式对纠纷作出判决，其对于国内法域外适用体系的作用显得独特且重要。其中，独特之处在于法院在法律的适用过程中需要通过详细地论述来解释法律，通过事实的分析确定适用的法律，通过法律的解释，证明该事实应当通过该法律进行调整规制；重要之处在于不论是何种法系，案例对于一国司法实践都具有重要的指导意义。[28]在许多国家，国内法域外适用的进程都是以国内法院所作出的裁决推进的，国内法域外适用的程度与法院密切相关，不同时期法院所作裁决都具有鲜明的时代特色，如美国在 19 世纪国家管辖权的严格属地原则转变为 20 世纪的效果主义原则，再到 21 世纪的反域外适用趋势，都与法院所作判决相关。[29]

（二）沟通国家与国际社会的媒介

国家管辖权产生冲突的根本原因在于立法管辖权的冲突，这种冲突或是由于立法扩张了本国的管辖权范围，或是由于立法未能明确在相关情况下国家对于发生的冲突是否具有管辖权。与立法机关制定法律因需要保证法律稳定性而具有相对静止性不同，司法机关的司法过程相对而言是运动的、直面矛盾的，司法层面的管辖权冲突是各国管辖权冲突的缓冲地带，司法管辖权范围的弹性，使得双方冲突能够以法院释法说理的方式进行协调，不至于将冲突升级。这种司法管辖权的弹性摩擦可认为是法院在协调国家间管辖权冲突。

---

[27] 霍政欣：《论全球治理体系中的国内法院》，载《中国法学》2018 年第 3 期，第 270 页

[28] 刘作翔、徐景和：《案例指导制度的理论基础》，载《法学研究》2006 年第 3 期，第 25 页

[29] 详见孙南翔：《美国法律域外适用的历史源流与现代发展——兼论中国法域外适用法律体系建设》，载《比较法研究》2021 年第 3 期，第 171—173 页；韩永红：《美国法域外适用的司法实践及中国应对》，载《环球法律评论》2020 年第 4 期，第 168—170 页。

1. 法院可以协调各国法院的司法管辖权

以“莫里森诉澳大利亚国民银行案”为例，美国联邦最高法院针对该案件进行了是否具有管辖权的判断。该案中，联邦最高法院对于美国法院是否具有事物管辖权（subject-matter jurisdiction）进行了论述：“事物管辖权是指法庭是否有审理案件的权力，它与原告是否能够就其指控获得救济是完全分开的问题……我们决定对原告诉求能否得到支持进行讨论。”[30]在该案中，联邦最高法院通过否定第一、二巡回法院认为对案件无事物管辖权的方式，将该案件的司法管辖权分配给联邦最高法院。假设本案中被告以“非方便法院原则”为依据，请求本案由其他国家法院受理该案件，且联邦最高法院通过“两要件”分析后，[31]认为其他国家法院审理该案件更为方便，决定拒绝受理案件时，虽然美国法院无法强制更为适合的法院对案件进行管辖，但是美国法院却实际上将管辖权“让出”。由此可见，法院裁判过程中可以为司法管辖权的扩张与收缩提供理由，在司法实践时，国内法院裁判是否具有管辖权的行为可认为是协调了各国间司法管辖权分配。

2. 法院可以协调各国的立法管辖权

仍以“莫里森诉澳大利亚国民银行案”为例。联邦最高法院在审理该案的过程中通过对于国会立法目的的解读，确定了美国国内法是否具有域外效力。在判决中联邦最高法院认为：“作为美国法律的一项长期原则，当国会立法时，除非出现相反意图，否则只适用于美国管辖的领土范围。”[32]即联邦最高法院认为，当国会在立法时未明确该法律具有域外效力时，该法律不具有域外效力，也就是“反域外适用推定”。当美国法院在处理国际纠纷时否定了国内法的域外适用，该行为在本质上说明一国法院在处理国际纠纷时其实是可以选择适用他国法律的，从某种程度上而言，这变相扩大了他国的立法管辖权，使得他国国内法具有域外适用的效力，可以视为是他国国内法的立法管辖权的扩张。在 19 世纪美国法院提倡严格属地原则，在 20 世纪美国法院通过效果主义原则扩张国内法的域外适用，在 21 世纪美国法院又通过“反域外适用推定”限制国内法的域外适用范围。从美国法院对于国内法域外适用判断方法及其演变过程中不难看出：第一，美国国内法院可以坚持单边考量，不论纠纷发生于世界何地均适用美国国内法，也可以通过对于立法目的的推定，认为国内法的域外适用必须有法律的明文规定；第二，美国法院的判例对于国内法域外适用具有重要影响，基本上反映了时代特征；第三，美国法院通过确定国内法是否具有域外效力，实际上协调了各国间立法管辖权分配。[33]根据我国《民法总则》第 12 条规定，立法赋予我国法院对于法

[30] Morrison v. National Australia Bank, 561 U.S. 247(2010), 254.
[31] Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S (1947), pp. 506-507.即第一要件为是否具有适当可替代的法院存在，第二要件为法院平衡案件相关诉讼当事人的私人利益与法院的公共利益。
[32] Morrison v. National Australia Bank, 561 U.S. 247(2010), p.255
[33] 霍政欣：《论全球治理中的国内法院》，载《中国法学》2018 年第 3 期，第 274 页。

律选择的权利，法院在“法律另有规定的，依照其规定”时，可以通过判断纠纷是否具有国际因素，从而决定选择适用中国法、外国法或是国际法。[34]

（三） 中国法院的特殊定位：张弛有度

我国法院对于我国域外法适用体系是至关重要。我国的案例指导制度，以及中华人民共和国最高人民法院（以下简称最高人民法院）的司法解释制度，都使得我国法院具有相较于他国法院独特的优势。

1. 案例指导制度

案例指导制度似乎与英美法系的判例法制度存在极大的相似性，但是在英美法系中，判例法制度具有如下特点：首先，案例法国家通过案例创造法律，其次，类案（like case）需要通过相同的方式作出判决，[35]最后，是一个自上而下的制度，下级法院无法推翻上级法院作出的判例。[36]不难看出，从效力上看，法官在作出判例的时候实际上是一个造法的过程，并且这种造法由于下级法院无法推翻上级法院作出的裁判，因此判例法是一个自上而下的造法产物。

2015 年最高人民法院印发的《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 4 条规定，案例指导制度中的指导案例需要从基层人民法院推荐至最高人民法院作为备选指导性案例。这种从基层到最高法院的筛选方式使得指导案例具有实践性，能够相对反映实践中国内法域外适用的发展趋势，使得全国法院系统能够较好把握当下局势的需求，不至于脱离实际。这种“至下而上”的制度，使得国内私人社会的实际需求能够通过法院与国家进行一种沟通，使得私人社会的实际需求得到反映。

《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》中指出，要充分发挥指导性案例对于审判工作的指导作用，统一法律适用标准，从而使得法律的适用标准能够统一，以此维护司法公正。案例指导制度与英美法系判例法不同的是，案例指导制度是将抽象的法律规则与具体的案件事实相结合，共同作为标准指导法院作出判决。[37]并且，其适用过程具有灵活性与可预测性相结合的特点。[38]国内法的域外适用是国家利益的体现，因此这种对抗是需要审慎的思考。[39]案例指导制度一方面能够及时将社会需求反映到全国法院系统审判中，体现其灵活性，另

---

[34] 宋晓：《国际私法与民法典的分与合》，载《法学研究》2017 年第 1 期，第 185 页。

[35] E. Allan Farnsworth: an introduction to the legal system of the United States, Oceana Publications. 1963. pp.48-49.

[36] E. Allan Farnsworth: an introduction to the legal system of the United States, Oceana Publications. 1963. pp.51.

[37] 黄泽敏：《判例制度法律推理构成类型研究——兼与案例指导制度比较》，载《甘肃社会科学》2018 年第 3 期，第 163 页。

[38] 黄泽敏：《判例制度法律推理构成类型研究——兼与案例指导制度比较》，载《甘肃社会科学》2018 年第 3 期，第 164 页。

[39] 摩根索：《国家间政治：权力斗争与和平》，北京大学法律出版社，2020 年 10 月，第 9 页。

一方面又要求法院在适用指导案例时需要考虑案例与成文法，使得法院的审判工作更具有可预测性，不至于太过于与立法者的意志相冲突，更好地反映国家利益。

因此，我国的案例指导制度使得法院在适用法律的过程中能够通过案例的方式，在我国国内法域外适用立法体系相对不完善时，既能较好地指导各级法院充分发挥其在国内法域外适用体系的重要作用，处理实践中产生的矛盾，又能在发挥法院能动作用时限制其不至于太过超出预期。

2. 司法解释制度

英美法系中以美国为例，法律解释是指法律在适用的过程中，法官对于法律意义的解释，[40]大陆法系中以法国为例，因为认为本国法律足够明确，因此法律解释在法律使用过程中是一种例外。[41]

与英美法系以及大陆法系的法律适用过程中的解释不同的是，我国司法解释制度实质上带有立法属性。党的十八届四中全会上通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大为题的决定》中提出“加强和规范司法解释和案例指导工作，统一法律适用标准”，由此可以看出，司法解释是一种“自上而下”的统一适用法律的体系。管辖权的冲突是一种国家利益冲突的体现，判断管辖权适用范围以及在冲突时应采取回避或其他态度时，需要结合国家意志进行判断工作。“自上而下”的体系有利于国家意志贯彻于司法过程中，避免在国内法域外适用的司法过程中偏离国家利益导向。

并且，司法解释制度作为我国特有的制度，实际上是立法机关将具有立法性质的解释权转授司法机关，是具有中国特色的立法性质的“司法立法”。[42]因此，充分发挥司法机关的司法解释权能，能够使得立法机关制定的法律在存在漏洞时，司法机关能够以司法实践的角度完善法律体系，且司法机关所作解释具有较高的法律效力，所以我国法院在国内法域外适用过程中能够起到重要的作用。

通过上述分析可以发现，国内法院是重要的将国家意志与私人社会链接的环节，其能够将国家意志转换后作用于私人社会，也能够将私人社会的需要反应至国家。不仅如此，国内法院也是沟通国家与国际社会的重要机关，司法为国际社会构建一个以法律为基础的国家间意志体现的平台。各国在该平台以一定的逻辑以及现有国内法、国际法为依据，以司法机关为“表达机关”表达本国意志进行国家间交锋，以次级冲突的方式避免公开冲突。[43]同时，由于立法机关需要保持所立法律的稳定性，较司法机关无法及时反映国家利益的变化，所以司法机关需

---

[40] E. Allan Farnsworth: an introduction to the legal system of the United States, Oceana Publications. 1963. pp72-75.

[41] Carney, Gerard. "Comparative Approaches to Statutory Interpretation in Civil Law and Common Law Jurisdictions." Statute Law Review, vol. 36, no. 1, February 2015, pp.50-54.

[42] 聂友伦：《论司法解释的立法性质》，载《华东政法大学学报》2020 年第 3 期，第 142 页。

[43] 摩根索：《国家间政治：权力斗争与和平》，北京大学法律出版社 2020 年版，第 3 页。

要通过司法的方式维持法律的稳定性，通过解释适用法律的方式保持法律的与时俱进。我国法院由于有指导案例制度以及司法解释制度，相较于其他国家法院更能体现国家意志、反映私人社会需求，与此同时还能更有制度上的优势，相对而言更能维护国家利益，不至于超出国家利益的范围，导致偏差。法院可以在维护本国国家利益的前提下推进国内法域外适用的进程，并通过渐进的方式对国际法与国际规则产生渐进式影响。尤其是我国法院，其案例指导制度以及司法解释制度使得我国法院行使权力时张弛有度，“张”彰显我国法院行使权力的限制，“驰”则昭示我国法院具有域外管辖的权力，从而能够使得国内法通过域外适用更具有效力，更能得到遵守、尊重。[44]

三、 国内法域外适用中法院的作用

如上所述，各国司法管辖权在域外管辖中的定位可以认为是一种缓冲带，即立法管辖权的最外围。两国的管辖权的冲突是以立法管辖权的冲突为核心，通过司法管辖权、执法管辖权的冲突体现出来。司法在冲突中由于其相较于立法更具灵活性，因此可以在冲突中通过司法的方式，在维护现有立法的基础上对管辖权冲突作出决策——是否扩张管辖权的决策，或是在外国司法管辖过度扩张以致损害本国国家利益时，进行一种防御，以保护国家利益或国家公民的利益。故，在此将国内法院在国内法域外适用的过程中的作用划分为扩张作用以及防御作用。其中扩张作用是指为了维护我国公民、企业以及国家利益，通过明确司法管辖权的方式，主动将我国国内法适用于域外并追求其域外适用的效力；防御作用则指为维护我国国家公民、企业以及国家利益，通过司法的方式，理清、限制外国法在我国域内适用后产生的效力。

（一） 法院扩张国内法域外适用

1. 扩张的理论依据

由于国际法规则对国家域外管辖规制不足，[45]因此法院有空间进行管辖权的扩张，且这是符合国际法的；立法的概括性，（徒法不足以自行）立法管辖权规定的国家行使管辖权的范围需要通过司法的方式进行实践，审判独立赋予我国法院较为中立的地位进行司法管辖权的确认。案例指导制度通过案例的方式明确扩张的情形、途径，司法解释的方式给予法官一定的自主权决定扩张的范围。

2. 扩张的实践表现

---

[44] 摩根索：《国家间政治：权力斗争与和平》，北京大学法律出版社 2020 年版，第 58-59 页。摩根索认为一项外交政策实际目标的实现必须影响他国意志，而昭示其权力且该权力具备节制性的政策更具备影响他国意志的能力。

[45] 廖诗评：《域外管辖论纲》，载《武大国际法评论》2024 年第 2 期，第 33 页。

瑞典爱立信有限公司、爱立信（中国）有限公司滥用市场支配地位纠纷案中，爱立信方在本案中认为原审法院（深圳市中级人民法院）不具有对于该案的管辖权，其主要理由首先是认为本案中不存在足以认定爱立信方行为对中国行业的市场竞争行为产生排除、限制竞争的影响；其次，本案存在重复诉讼的行为。TCL方则认为首先本案中侵权行为的结果发生在中国，其次本案系垄断纠纷之诉，虽事实与前案存在重合，但是诉讼理由、诉讼请求不同，因此不是重复诉讼。作为我国法院适用《反垄断法》第2条的一个重要案件，该案件展示了中国法院对于域外适用我国《反垄断法》的判断方式。

（1） 确认对本案是否具有管辖权

本案中，双方争议的焦点首先是原审法院（深圳市中级人民法院）是否对案件具有管辖权。法院判决中通过适用《反垄断法》第2条规定：“中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。”认为原审法院对于本案具有管辖权。从立法层面，《反垄断法》第2条认为，《反垄断法》能够适用于境外对境内产生排除、限制影响的垄断行为，从司法层面，《关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第24条则赋予了侵权行为发生地、侵权结果发生地法院管辖案件的权利。法院认为本案作为管辖权纠纷的案件，如果与建立案件管辖权连接点的事实涉及案件实体争议的，只要审查案件初步证据是否能够证明可争辩的管辖连接点事实即可，因此本案中对于案件初步证据的证明程度只要达到“可能对TCL方参与国内相关市场竞争力造成直接、实质、显著得排除与限制竞争效果”。由此可见，最高人民法院通过确定案件初步证据的证明程度的方式，论证我国法院有权取得案件的管辖权。

（2） 案件是否存在重复诉讼的情况

其次，由于双方当事人在此前已经存在一系列的诉讼，因此爱立信方主张本案存在重复诉讼的情况，法院应当驳回TCL方的起诉。但是法院认为本案中TCL方对爱立信方提起的是滥用市场支配地位纠纷，请求爱立信方停止侵权行为并承担侵权责任，与之前诉讼请求均不相同，原审法院对于本案的管辖不受影响。最高人民法院在降低确立管辖的初步证据证明程度的同时，还为案件管辖设置了排除管辖的情形，即当存在重复诉讼的情况时，一方提交的证据即使符合确立管辖权的初步标准，我国法院也不能够取得对案件的管辖权。

（3） 案件是否存在“不方便法院”的情况

最后，法院对于是否存在“不方便法院”的情形作出了判断。依据《关于〈民事诉讼法〉的解释》第532条规定，涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提起诉讼：（一）被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求，或者提出管辖异议；（二）当事人之

间不存在选择中华人民共和国法院管辖的协议；（三）案件不属于中华人民共和国法院专属管辖；（四）案件不涉及中华人民共和国国家、公民、法人或者其他组织的利益；（五）案件争议的主要事实不是发生在中华人民共和国境内，且案件不适用中华人民共和国法律，人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；（六）外国法院对案件享有管辖权，且审理该案件更加方便。从法条中可以看出，（一）（二）（三）（四）项的要求相对而言是较为容易判断的标准，第（五）项的标准为“案件主要事实不发生在境内”且“案件不适用中国法律”，同时“认定事实和适用法律存在重大困难”，第（六）项则是要求当外国法院具有管辖权，且提出存在“不方便法院”情形的当事方能够证明由外国法院审理案件更加方便。在判决中，法院认为爱立信公司提供的现有证据不足以证明中国法院在认定事实和适用法律方面存在重大困难，而且无法证明外国法院审理本案更为便利。法院对于“不方便法院”适用情形的解读不仅是一种论证说理，也为适用“不方便法院”原则设置了证明标准，还为中国法院行使案件管辖权设置了管辖的例外。

从上述案件可以看出，我国法院在适用《反垄断法》第 2 条时，只要一方提交的初步证据能够与我国管辖创造联系点，在本条中指一方垄断的行为，可能对境内市场竞争产生排除、限制影响，我国法院就可以因该法条取得案件的管辖权。但是，如果一方能够证明案件存在重复诉讼的情况时，中国法院应当驳回当事人的起诉，如果存在“不方便法院”法院情形的，那么我国法院可以不行使案件管辖权，告知当事人向更方便的外国法院提起诉讼。可见，我国法院通过明确证据证明程度的方式，使得法院扩张其管辖权，但同时也为法院的司法管辖权扩张设置了“限压阀”，防止我国法院管辖权无限扩张，给予当事人排除法院管辖权的可能性。

（二） 法院的防御作用

1. 理论探究

管辖权是国家行使主权的一种具体表现，[46]当一国行使管辖权作出法律关系产生、变更或者消灭的决定或判决时，本应当产生相应的法律后果，但是因另一国的法律行为使得该后果无法产生，这种“使得法律后果无法产生的行为”实质是对国家主权影响。因此，为无效法律行为的国家实质上产生了法律域外适用的效果，即一种防御行为，是一种国内法的域外适用。这种通过影响他国法律关系产生、变更或消灭的行为，可区分为主动和被动。其中主动是指我国法院在当事人申请下，通过适用相关法律阻断他国不正当行使管辖权导致法律关系产生变更或消灭，达到主动防御的效果；被动阻断更像是通过提前明确本国法律的内涵，

[46] 王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 125 页。

在外国司法或执法机关在适用我国法律时，依据我国对于法律的解释理解我国法律，不致使得我国法律被错误使用，达到被动防御的效果。

2. 实践表现

在反外国制裁法领域

《反外国制裁法》第 12 条第 2 款，[47]该款赋予我国公民、组织向人民法院提起诉讼，以此对外国国家采取的歧视性限制措施向国内法院寻求救济的权利。法院审理涉制裁民事纠纷逐渐成为重要的反制裁途径，该途径相对于通过国际公法寻求救济的途径而言，更能维护国际安全稳定，实现国家的外交政策。[48]由于近来逐渐增加的制裁措施使得国际环境变得更加不稳定，如果简单地采取报复措施等方式应对制裁措施，不仅很难使得涉制裁当事人权利得到保护，同时不利于制裁发起国与受制裁国关系的缓和。通过司法的方式及时运用法律的武器阻断外国过度扩张其管辖权，是法院的一种防御作用，保护我国国家利益以及国民利益。但是，目前我国法院对于《反外国制裁法》第 12 条应当如何适用还未有具体案例或是相关司法解释，这使得学者对于适用《反外国制裁法》第 12 条带来的负面影响忧心忡忡。[49]

在数据安全领域

我国数据安全领域法律的域外适用主要有两类情况，第一是我国有关机关调取储存在境外的数据，第二是限制他国境外机构、组织或个人调取储存在我国境内的数据。

《个人信息保护法》第 3 条规定，[50]为境内自然人提供产品或服务，或分析、评估境内自然人或有法律、行政法规规定的其他情形的，可以适用《个人信息保护法》。该条以“行为目的”为连接点扩张国内法域外适用范围，同时也设置了兜底条款，方便灵活适用。《网络安全法》第 75 条规定，[51]当境外机构、组织或个人破坏位于我国境内的信息基础设施并造成严重后果的，可以依法追究法律责任，有关部门可以对该机构、组织或个人采取必要的制裁措施。该条前半段是将《网络安全法》的适用范围以“对国内有影响”为连接点扩张了该法的适用范围，

---

47 《反外国制裁法》第 12 条第 2 款规定，组织和个人违反前款规定，侵害我国公民、组织合法权益的，我国公民、组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求其停止侵害、赔偿损失。

48 霍政欣、陈锐达：《反外国制裁的司法维度展开》，载《世界社会科学》2023 年第 2 期，第 187-188 页。

49 杨永红、杨运涛：《论我国〈反外国制裁法〉第 12 条中的侵权行为及其责任》，载《国际经济法学刊》2023 年第 2 期，第 140 页。

50 《个人信息保护法》第 3 条规定，在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，适用本法。
在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动，有下列情形之一的，也适用本法：
（一）以向境内自然人提供产品或者服务为目的；
（二）分析、评估境内自然人的行为；
（三）法律、行政法规规定的其他情形。

51 《网络数据安全法》第 75 条规定，境外的机构、组织、个人从事攻击、侵入、干扰、破坏等危害中华人民共和国的关键信息基础设施的活动，造成严重后果的，依法追究法律责任；国务院公安部门和有关部门并可以决定对该机构、组织、个人采取冻结财产或者其他必要的制裁措施。

后半段则是通过制裁措施的方式，对造成损害的境外机构、组织、个人进行制裁，或以示惩戒，或通过制裁制止危害行为。《数据安全法》第 36 条规定，[52]境内组织、个人在未经我国主管部门批准的情况下，不得向外国司法、执法机构提供数据。在 Philips Med. Sys. (Cleveland) v. Buan 案中，[53]中方专家证人向法院表明，最高人民法院批准数据出境后，中方当事人方可向外国司法、执法机构提供数据。但美国法院认为，作为英美法系的普通民事诉讼的证据开示环节，法院在该环节中仅起监督作用，证据并不是提交给“美国法院”的，以此规避《数据安全法》第 36 条为中方当事人设立的义务。在本案中，美国法院多次提到中方当事人对于一些关键事实无法进行证明，即所提供信息是否属于我国禁止提供的数据。因此，如果我国法院能够尽早适用相关法律，不仅能够使得我国企业、个人对于相关法律的适用有较为明确的认识，同时也能够提升我国企业、个人在国外法院上有关相关问题的证明能力，保障在诉讼中应有权利。

四、 在中国法域外适用中更好地发挥法院的作用

基于上文对于我国法院在国内法域外适用作用的分析，并结合我国目前所处国际环境以及历史时期，本文认为我国法院在国内法域外适用体系中有着不可替代的重要作用。但是目前，我国法院在国内法域外适用体系中的作用并未能够得到充分发挥，有较大的提升空间，还需以“大国司法”视角审视法院，以落实发挥人民法院的扩张作用以及防御作用，推进我国国内法域外适用体系的完善。

（一） 充分促进、发挥法院司法能动性

司法能动性是指，内国司法机构应在遵守国际法的基础上积极行使本国的管辖权。由于司法权具有天然的被动性，以此保持法院的中立性，使得法院能够保持裁判者的公正形象，[54]且我国一直秉持尊重他国主权的原则，因此我国法院的域外司法管辖权受到较为严格的限制。但一国司法管辖只要不违反国际法向外延伸并依法正当行使，就不应当受到指责。[55] 2022 年我国已是世界第三大对外投资国，[56]为保护我国企业、个人以及组织在域外的权益，我国法院应当利用大国的司法资源与能力解决在对外投资过程中发生的纠纷，以此使得对外投资能够更

---

[52] 《数据安全法》第 36 条规定，中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供数据的请求。非经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据。

[53] Philp Med. Sys. (Cleveland) v. Buan, 19 CV 2684 CD, pp. 4-6.

[54] 陈瑞华：《司法权的性质》，载《法学研究》2000 年第 5 期，第 41 页

[55] 刘敬东：《大国司法：中国国际民事诉讼制度之重构》，载《法学》2016 年第 7 期，第 5 页

[56] 《2023 世界投资报告》（总览），第 7 页。
https://unctad.org/system/files/official-document/wir2023_overview_en.pdf。

好地促进全球经济增长。并且作为司法大国，我国有实力发挥法院司法能动性，在遵守国际法原则的基础上，利用超强的司法资源和能力，充分发挥法院司法管辖权协调对的作用，解决与各国普遍利益相关的问题。并且不同于外国法院在处理解决纠纷时往往不能顾及整体国家利益，在法律与非法律利益的衡量方面无法有较高站位，依据《中华人民共和国宪法》，[57]我国法院在对外关系领域的任何行动都受全国人大及其常委会协调，最高人民法院对全国人大及其常委会负责，全国人大常委会有权监督最高人民法院的工作。因此，在中国共产党领导下的人民民主专政以及人民代表大会制度能够有效降低我国法院在国内法域外适用过程中参与对外关系的风险，可以较好防范由于司法管辖权不当扩张导致的总体国家利益受损。

（二） 重视法院论证说理能力

法院在适用法律进行司法时，一般都伴随着论证说理的过程，在该过程中说明是否应用法律以及怎么应用法律，该论证说理的过程能够丰富国内法域外适用的实践，为国内法的域外适用争取话语权，同时也是提升我国国内法域外适用的效力的有效途径。在是否应用我国已有法律方面，由于我国存在大量并未明确是否适用于境外的已有法律，但是随着我国对外投资以及人口域外流动的增强，这些未明确域外适用效力的法律是否能够适用于域外也是亟待解决的问题，如果通过立法机关对这些法律进行修改以明确其域外适用范围，那将会是巨大的工程，周期长且灵活性相对较差。

法院作为司法机关，可以在立法并未明确国内法域外适用范围的前提下，谨慎地对是否应当适用某一部门法中的某一法条进行详细论证，一方面可以通过论证，为这类法条、法律的适用寻找合理性基础，一方面可以通过论证，逐渐构建一套解决这类法律是否能够域外适用的判断体系，为后续的立法工作提供思路。在怎么应用法律方面，语言的意义是会流变的，法律中也存在这样的问题，[58]在不同时期，尽管相同的词也可能有不同的含义。因此，只有在司法实践中确实应用了相关法条，并对这些较为关键的问题作出论述，才能够赋予法条具体适用时的意义。在司法管辖权扩张的背景下，如果不能够通过司法实践确定国内法条的具体内涵，解释权甚至会被他国法院“夺取”，如 Cadence Design Sys. v. Syntronic AB 案中，[59]美国法院为规避法律冲突，“绕过”我国《个人信息保护法》第 39

[57] 《宪法》第 2 条、第 3 条、第 128 条、第 67 条。

[58] 朱苏力：《解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问》，载《中国社会科学》1997 年第 4 期，第 14-15 页。

[59] Cadence Design Sys. v. Syntronic AB， 21-cv-03610-SI(JCS), 9.

条，[60]对《个人信息保护法》第 13 条第 7 款采取扩大解释的方式，[61]认为第 7 款中的“法律”并未排除外国法律，因此美国法院能够在不取得个人同意的情况下，在法庭上开示与个人信息相关的证据。由于我国立法机关未能够针对《个人信息保护法》第 13 条第 7 款中的“法律”具体内涵作出解释，而且司法机关也并未在案件审判过程中对该款适用范围作出相关论述，美国法院抢先在案件中对该款适用条件进行解释，使得《个人信息保护法》第 39 条无法发挥其阻断效果。由此可见，我国法院应当大量进行相关司法实践，通过合理地论证说理，对法条的具体适用作出较为详细的解释，避免外国法院通过扩大解释我国国内法条的方式，规避我国法律的域外适用。在加强国内法域外适用的效力方面，只有法院在适用法律的过程中进行较为充分地论证，才能够使得法院作出的判决具有说服力，使得涉案双方在收到判决后能够较为积极地履行因判决产生的权利和义务，并为未来法院适用相关法律能够提供具有公信力的适用基础。重视法院的论证说理能力，不仅是重视法律适用的正当性以及合理性，也是对于国际话语权的争夺，还是以理服人的过程。在他国法院积极拓展司法管辖权时，若我国法院不能够坚守国内法律适用的高地，不能够重视法律适用的论证说理过程，不只是国内法律的解释权会被他国“侵犯”，同时还有可能使得我国法院的适用逻辑不被外国接受，使得国内法域外适用效力减弱。

（三）贯彻“大国司法”理念，完善国内法域外适用体系

“大国司法”并不是无序扩张一国司法管辖权，而是在尊重国际法原则的基础上，通过管辖权的扩大，利用司法大国丰富的司法资源，使得国际间争端能够得到较好的解决，并且，我国法院还应当重视跨国司法对话进程中角色转变的事实，说好“中国故事”。[62]中国目前的国际地位以及综合国力都要求我国在国际法秩序的建设中贡献更多的力量，承担起大国责任。我国法院在域外法适用体系中应当贯彻“大国司法”的理念，按照大国司法的核心要素——司法制度的先进性、包容性、能动性以及透明性——来设计域外法适用的司法制度。[63]我国法院在国内法域外适用体系中的先进性应当体现为：充分了解法院对于域外法适用体系中的重要作用，重视并发挥司法管辖权行使过程中能够起到的指导作用以及丰富国内法域外适用体系的作用，在尊重和践行国际法原则和规则的基础上，保护我国个人、企业和国家的权利。包容性则体现在：应当针对具体的个案进行充分

---

60 《个人信息保护法》第 39 条规定，个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意。

61 《个人信息保护法》第 13 条第 7 款规定，符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息……（七）法律、行政法规规定的其他情形。

62 蔡从燕：《大国崛起中的跨国司法对话——如何促进实施“一带一路”倡议》，载《国际法研究》2022 年第 1 期，第 29 页。

63刘敬东：《大国司法：中国国际民事诉讼制度之重构》，载《法学》2016 年第 7 期，第 4 页。

的分析，摒弃坚持单边的司法考量，在充分分析案情后，法院应当能够做到适当应用国内外法律，在国外法不明显违背我国公共利益的时候，应当能够扩张国外法在我国域内的适用，通过协调立法管辖权的方式对管辖权进行分配，避免民间争端上升为国家间冲突，尽力缓解国家间政治、外交冲突，使得其转化为民间争端。充分刺激法院的能动性，在必要的时候通过扩张司法管辖权的方式，同时还应当坚持我国司法制度的特殊优越性，合理考量各国利益，使得各国管辖权能够得到妥善的分配。重视透明性，法院在庭审前应当为各国当事人提供较为全面的司法制度解释；在庭审中应当充分保障各国当事人的诉讼权利；在判决中的论证说理应当详实，判决要尽量透明公开，使得每一次案件的审判都能够为国内法域外适用体系的建设添砖加瓦，都能够为国际法秩序的建设贡献中国的智慧。最后是重视我国法院在跨国司法对话的过程中的“研修”角色转变。[64]我国法院的法官正从研修者向研修组织者角色转变，我国法院应当充分发挥角色转变后的作用，与外国法官在研修中交流我国的相关法律文化、习近平新时代中国特色社会主义思想、我国外交政策等，向世界传递出中国声音，说好中国故事，贡献中国智慧。

五、 结语

当前，在各国积极扩张管辖权这一特殊的历史时期下，要充分发挥我国立法、司法、执法机关的特色，争取让所有的机关对于历史的贡献都最大化。为使得司法机关能够充分发挥其在国内法域外适用体系中的作用，应当坚持我国法院的案例指导制度以及司法解释制度，这两个制度都能够在司法审判的过程中，对当前的国际环境以及司法实践的需求作出较为及时的回应，使得其对于我国国内法域外适用体系完善作出更大贡献。同时为了避免司法管辖权无序扩张，应当坚持我国的人民民主专政制度以及全国人民代表大会制度对于法院行使权力的指导作用。在司法实践过程中，我们应当深刻认识到法院在行使司法管辖权以及审判中适用法律的过程是协调各国管辖权的过程，在作出判决和司法解释的时候对于统一司法标准的指导作用，在判决中论证说理的过程起到的确立法条适用标准，解释法条内涵的作用。充分发挥我国法院的作用，完善国内法域外适用体系，以此促进国际法秩序的完善，这样不仅可以提升我国在国际上的话语权，同时也是为协调各国间争端、稳定国际形势贡献中国智慧。

[64] 蔡从燕：《大国崛起中的跨国司法对话——如何促进实施“一带一路”倡议》，载《国际法研究》2022 年第 1 期，第 31-35 页。

Exploring the Role of Courts in the Extraterritorial Application System of Chinese Law

Abstract：As the construction of the legal system for the extraterritorial application of domestic law progresses, the roles of various agencies in this process are being gradually explored. Chinese courts, as domestic judicial entities, possess unique institutional advantages, making their contributions to the development of the extraterritorial application system of domestic law quite apparent. However, research on the role of judicial institutions in this area has been insufficient in recent years. A comparative analysis of the current situation reveals that Chinese courts have not fully leveraged their distinctive case-guidance and judicial interpretation systems in the construction of the extraterritorial application framework. Furthermore, it is evident that Chinese courts can enhance this framework through their judicial processes and advocate for greater international discourse through case reasoning. Recognizing the "expansive" and "defensive" roles of courts in the application of legal norms will better facilitate the refinement and effectiveness of the extraterritorial application of domestic law in China.

Keywords：Extraterritorial Application of Domestic Law, Positioning of Domestic Courts, Role of Courts

国内改革与国际造法对比视角下国有企业的法律风险与应对

李思敏*

摘要：在积极主动对标 CPTPP 等高标准经贸规则的过程中，我国国有企业国内改革与国际造法之间的差异可能导致的风险亟须得到识别和应对。从国有企业的界定和义务两大方面对比国内改革与国际造法可以发现，中国国有企业面临的法律风险主要表现为第二类商业类国有企业在国际造法中定位不明确和商业类国有企业的部分义务标准过高。该风险以国有企业存在的合理性被认可为基础，以国有企业与政府的关系为核心，集中表现为国有企业商业性的判断，以国有企业非商业性活动的分类为难点。未来，中国参与和接受国际造法时应注意扩大国有企业所能提供的公共服务范围、警惕商业考量条款，并合理利用例外条款。

关键词：国有企业改革；国际造法；国有企业法律风险；商业考量；竞争中立；CPTPP；CAI

面临百年未有之大变局，国有企业的国内改革正不断深化，国有企业的国际造法也在美欧的推动下加速发展。国际社会对国有企业的质疑和关注正逐步转化为对国有企业国际规则的重塑，在经合组织（OECD）原有成果的基础上形成了以《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）[①]国有企业章节为代表的具有约束力的、国有企业专门规则，在 WTO 的改革中国有企业问题也争论不断。通过签订《中欧全面投资协定》（CAI）[②]和申请加入 CPTPP，中国对于初步成型的国有企业国际规则也表现出积极应对的态度。国有企业的国内改革与国际造法，将不可避免地相互碰撞、相互影响、相互塑造。在国有企业国际规则加速塑造的当下，对比国有企业的国内改革与国际造法，理清两者间的共性与差异，是明确国有企业生存环境、降低国有企业海外风险的基础，也是反思国有企业改革进程、摸索世界范围内国有企业治理规则的有效方式。

* 基本项目：陕西师范大学 2022 年国家安全专项课题（项目批准号：22PY18）。

* 作者简介：李思敏，陕西师范大学国家安全学院（政法与公共管理学院）讲师，法学博士。

① 《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》，即 Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，简称 CPTPP，由日本、加拿大、澳大利亚等 11 个国家签订，已于 2018 年 12 月 30 日正式生效，保留了美国在《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）中规定的国有企业专章。

② 《中欧全面投资协定》，即 China-EU Comprehensive Agreement on Investment，简称 CAI，于 2020 年 12 月 30 日完成谈判，是我国在双边和区域层面首个纳入国有企业问题的经贸条约。

一、国有企业国内改革与国际造法的对比

国有企业的国内改革系统性强、涉及面广，国际造法则仅聚焦于特定问题，两者的对比需以现有国际造法的成果为基础展开。具体来说，现有国际造法的首要内容是明确国有企业的含义与范围，核心任务则是确立国有企业及其所属国应承担的义务。

（一）国有企业的界定

1.国有企业的范围：“控制说”与“所有说”

国内改革和国际造法中国有企业的范围，直接影响国有企业及其所属国是否应承担相关义务，两者的差异是国有企业法律风险的来源之一。对于国有企业的含义和范围，各国的共识在于，政府通过所有权控制的企业属于国有企业，而分歧主要在于政府通过所有权以外的方式控制的企业是否属于国有企业。

国有企业的国际造法以“控制权说”为基础，控制的实现主要基于所有权，但不限于所有权。[③]2015 年《经合组织国有企业公司治理指引》认为，国有企业为“国家行使所有权的企业”，而“所有权意味着控制”。[④]基于所有权的控制通常指，政府拥有超过 50%的股权或政府通过所有者权益控制超过 50%的投票权，《美墨加协定》（USMCA）第 22 章则扩展至间接所有权或少数所有权等其他所有权，只要政府通过该所有权“拥有控制企业的权力”。[⑤]根据该协定，“拥有控制企业的权力”的核心在于政府能够决定或指示影响企业的重要事项、排除小股东保护，在判断时应在个案基础上考虑所有相关的法律和事实因素，如决定或指示商业运营，包括重大支出和投资、股票或重大债券发行，或企业的重组、并购和解散等。非基于所有权的控制在很长一段时间主要指任命权，即政府拥有指定多数董事会成员的权力，欧式协定则突破了这一形式。2020 年《英国-欧盟贸易合作协定》规定，国有企业包括政府有权力进行控制的企业，控制的建立需在个案基础上考虑所有相关法律或事实因素。[⑥]《欧盟-越南自由贸易协定》则将控制进一步扩展至“政府可直接或间接控制企业战略决策”。[⑦]《中欧全面投资协定》（CAI）甚至不再使用“国有企业”这一措辞，从名称到含义摆脱了“所有权”的纽带，使用“涵盖实体”（covered entities）的表述，将“一国根据法律法规有权力指导其行为或行使同等控制的企业”纳入规制范

[③] 参见毕莹：《国有企业规则的国际造法走向及中国因应》，《法商研究》2022 年第 3 期，第 171-186 页。

[④] OECD (2015), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris.

[⑤] USMCA Art.22.1 (Definitions) State-owned enterprise means an enterprise that is principally engaged in commercial activities, and in which a Party: (c) holds the power to control the enterprise through any other ownership interest, including indirect or minority ownership.

[⑥] 《英国-欧盟贸易合作协定》(EU-UK TCA) Chapter 4, Art.376.1(j) State-owned enterprise means an enterprise in which a Party: (iv) has the power to exercise control over the enterprise. For the establishment of control, all relevant legal and factual elements shall be taken into account on a case-by-case basis.

[⑦] 《欧盟-越南自由贸易协定》（EU-Vietnam FTA） Art.11.1(g) state-owned enterprise means an enterprise, including any subsidiary, in which a Party, directly or indirectly: (iii) can exercise control over the strategic decisions of the enterprise.

围，反映了不以政府所有制为规制核心的理念和缔约实践。[⑧]

有别于国际造法中相对明晰的国有企业认定标准，国内法律法规和政策文件在不同语境中使用不同的标准认定国有企业。2015 年《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》广泛涵盖国有资本独资、全资、绝对控股、相对控股和参股的企业，相当于 2008 年《中华人民共和国企业国有资产法》项下的国家出资企业。然而，将中国国有企业界定为国家出资企业是不准确的。一方面，国家参股但没达到控股的企业可能被排除于国有企业范围之外，[⑨]在更狭义的认定中，国有控股但非全资企业也可能被排除在外；另一方面，国有实际控制企业则可能被纳入国有企业范围，或参照国有企业对待。[⑩]“国有实际控制企业”的名称或含义也并不统一，一般指政府部门、机构、事业单位和国有独资或全资企业直接或间接持股比例未超过 50%，但通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。

虽然从全面监管国有资产的角度而言，国有企业应涵盖各类国家出资企业，但国家独资和控股的企业无疑也是监管的重点。2017 年国有资产监督管理委员会（国资委）发布的《中央企业境外投资监督管理办法》中，中央企业包括“国务院国资委代表国务院履行出资人职责的国家出资企业”，但中央企业基本均是国有资本独资或全资企业。[⑪]

总的来说，国有企业国际造法和国内改革均以国家基于所有权控制的企业为规制重心，主要差异在于对非基于所有权控制的企业的认识。国际造法以“控制”为监管国有企业的依据，将非基于所有权控制的企业认定为国有企业并不存在逻辑体系上的困难，且相关条约正在逐步采纳该标准；而国内改革以国有资产管理为主线，对“控制”的理解以国家持股为基础，一般不会脱离所有权界定国有企业。这一差异导致国内部分私营企业在国际造法中可能被认定为国有企业，且随着“控制”含义的扩张，受影响的私营企业还会增多。

2.国有企业的分类：商业类和公益类

国有企业规则以竞争中立为核心，以维护公平竞争为目标。[⑫]由于国有企业

[⑧] 张金矜：《<中欧全面投资协定>国有企业规则述评》，《国际经济法学刊》2022 年第 4 期，第 73 页。

[⑨] 如 2017 年财务部发布的《国有企业境外投资财务管理办法》第二条规定，本办法所称国有企业，是指国务院和地方人民政府分别代表国家履行出资人职责的国有独资企业、国有独资公司以及国有资本控股公司，包括……，国有企业合营的企业以及国有资本参股公司可以参照执行本办法。

[⑩] 如 2016 年《企业国有资产交易监督管理办法》适用于国有企业、国有控股企业和国有实际控制企业，《国家统计局关于对国有公司企业认定意见的函》（国统函［2003］44 号）将根据协议实际控制的企业作为国有相对控股企业纳入广义国有企业之中。2018 年《上市公司国有股权监督管理办法》规定，国有实际控制企业不属于国有股东，但其所持的上市公司股权变动行为参照国有股权变动进行管理。

[⑪] 国有资产监督管理委员会官网最新公布的“央企名录”显示，截止 2023 年 11 月，我国共有 97 家央企。在企查查和爱企查网站上逐一查询相关企业股东信息可知，超过 70 家企业由国资委或国务院 100%持股。其他企业中，部分企业由国资委或国务院持有 50%以上股份，如中国东方航空集团有限公司和中国南方电网有限责任公司等，还有部分企业持股比例未超过 50%，如中国稀土集团有限公司等，但无论何种，其余股份基本均由名单中的其他央企或其他国有企业持有。

[⑫] 荆鸣：《“竞争化”到“竞争中立化”：市场导向标准的困境及协调路径》，《法学》2022 年第 1 期，第 179 页。

从事商业活动和公共服务活动时参与竞争的程度及可能对竞争市场造成的扭曲存在很大差异，因此，无论是国内改革还是国际造法一般都对两者予以分别规定，设定不同的义务。

在国际造法中，国有企业从事的活动常被分为商业活动（commercial activities）与公共服务（public service mandate）。国际经贸协定通常将其涵盖的国有企业限于“主要从事商业活动”的国有企业，或将所涵盖的国有企业行为限于“商业活动”，前者如 CPTPP 和《欧盟-日本经济伙伴关系协定》，只有“主要从事商业活动”的国有企业才落入国有企业章的适用范围，且“商业活动”一词有比较严格的含义；后者如 CAI，并非仅适用于从事商业活动的国有企业，而是将特定条款的适用限于国有企业从事的“商业活动”，且未界定“商业活动”的含义，其所能规制的国有企业及其行为较前者更为广泛。

将国有企业分为公益类和商业类进行分类改革是国有企业国内改革的重要内容。根据 2015 年《关于深化国有企业改革的指导意见》和《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》，这一分类是根据国有企业所从事的活动，并结合国有资本的战略定位和发展目标，以及不同国有企业在经济社会发展中的作用、现状和发展需要所划定的。具体而言，公益类国有企业以提供公共产品和服务为主要目标，不以盈利为目标。商业类国有企业基于所涉行业的不同被分为两类：第一类为主业处于充分竞争行业和领域的商业类国有企业，第二类为主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大专项任务的商业类国有企业（以下简称为“第二类商业类国有企业”）。

除中国外，不少国家将国有企业或其所从事的活动分为商业类和非商业类。[⑬]现有国际条约反映了这一共识，如 CPTPP 第 17.4 条、USMCA 第 22.4 条、CAI 第二部分第 3 条之二和《欧盟-日本经济伙伴关系协定》第 13.2 条等，而中国的国有企业改革也与之契合。问题在于，从事商业活动的国有企业可能承担某些非商业的目标或任务，且区分其所从事的活动是商业活动还是非商业活动并非易事。无法准确的对国有企业或其活动进行分类会导致国有企业及其所属国在某些具体情形下应承担的义务难以明确。

3.国有企业的属性：公主体和私主体

区分国有企业公主体和私主体地位以及公法行为和私法行为的必要性已成为国际共识。很多国家的国有企业改革均经历了所有权与经营权的分离以及从“国营企业”（state trading enterprises）到“国有企业”的转变，国有企业的独立性和自主性大幅提升，国有企业的私主体地位得以确立。同时，与私营企业一样，国有企业可能在政府的授权或命令下行使政府职能，且国有企业与政府的密切联系使其更容易行使政府职能。当国有企业经授权行使政府职能时，其

[⑬] Christiansen, H. Balancing Commercial and Non- Commercial Priorities of State-Owned Enterprises, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 6, 2013，OECD Publishing, p.13.

行为应归咎于政府，受政府国际义务的约束，不再适用有关国有企业私主体的规定。CPTPP 第 17.3 条和 USMCA 第 22.3 条均对“委托授权”（delegated authority）进行了专门规定，要求缔约方确保国有企业根据缔约方指令或委托行使监管、管理或其他政府职能时不违背缔约方在条约下的义务，并在涉及具体义务的条款反复重申这一规定。[14]与此相似，CAI 第二部分第 1(2)(c)条规定，“投资自由化”整章不适用于行使政府职能进行的活动，第 3 条之二中 2(e)在关于国有企业的规定中再次对此进行了援引和强调。

国内改革与国际造法的差异主要在于区分的标准。[15]对于如何判断国有企业是否构成政府的工具或国有企业是否履行政府职权，以及国有企业的行为何种情况下应归责于国家，各国存在重大分歧。WTO 补贴语境中“国有企业是否构成公共机构”的争论是这一分歧的典型体现，且目前此种分歧并不限于 WTO 语境中，而是向更多国际经贸规则延伸，将对国有企业活动产生更广泛的影响。

（二）国有企业及其所属国的义务

二战之后，国有企业在新独立国家和西欧国家的经济中均发挥过关键作用，不仅广泛从事贸易活动，而且常代表政府与海外投资者合作，担负监督、学习外资先进技术和管理经验的使命。由于当时国营经济广泛存在，多边贸易体制建设初期即将国营企业这一种国有企业纳入讨论，但相关规则数量较少，内容较初级且不完整。[16]具体而言，《关税与贸易总协定》（GATT）第 17 条对“国营企业”做出了初步规定，确立了非歧视待遇要求和商业考量规则，并排除了该条款对直接或最终供政府消费使用的产品的适用。[17]GATT 第 6 条和第 16 条关于补贴的规定并未直接涉及国营或国有企业，而《补贴与反补贴措施协定》第 1 条则将“政府和公共机构”作为补贴主体。[18]因此，“国有企业是否属于公共机构”逐渐成为补贴认定中的争议焦点。在 WTO 语境中，GATT 第 17 条聚焦

---

[14] CPTPP Art.17.3 (Delegated Authority) Each Party shall ensure that when its state-owned enterprises, state enterprises and designated monopolies exercise any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has directed or delegated to such entities to carry out, those entities act in a manner that is not inconsistent with that Party's obligations under this Agreement. USMCA Article 22.3 (Delegated Authority) Consistent with Article 1.3, each Party shall ensure that if its state-owned enterprises, state enterprises, or designated monopolies exercise regulatory, administrative, or other governmental authority that the Party has directed or delegated to those entities to carry out, those entities act in a manner that is not inconsistent with that Party's obligations under this Agreement.

[15] 徐程锦，顾宾：《WTO 法视野下的国有企业法律定性问题——兼评美国政府相关立场》，《上海对外经贸大学学报》2016 年第 3 期，第 54 页。

[16] 刘雪红：《“国企条款”的历史演绎与法理逻辑》，《法学》2023 年第 2 期，第 168 页。

[17] GATT Art.7.1 (a) …such enterprise shall, in its purchases or sales involving either imports or exports, act in a manner consistent with the general principles of non-discriminatory treatment prescribed in this Agreement for governmental measures affecting imports or exports by private traders. (b) The provisions of subparagraph (a) of this paragraph shall be understood to require that such enterprises shall, having due regard to the other provisions of this Agreement, make any such purchases or sales solely in accordance with commercial considerations, including…

[18] Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Art.1.1.1 For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member, i.e. where: …

于国有企业自身的商业交易行为，而《补贴与反补贴措施协定》项下关于“公共机构”的讨论聚焦于国有企业作为工具或媒介的行为。由于此时国营企业的工具属性较为鲜明，自身的性质与地位在国际规则中体现不多，多数争议是基于“公共机构”的认定，而非 GATT 第 17 条。

随着越来越多的国有企业以有别于政府的独立地位从事商业行为和公共服务行为、广泛地参与国际贸易和投资，国有企业的企业行为受到广泛关注。自 20 世纪 90 年代以来，国际造法更加聚焦于国有企业的自主行为，形成了以竞争中立为核心的规则体系。在国际经贸协定中的新国有企业条款中，补贴中立、监管中立和商业回报要求均适用于国有企业的自主行为，构成对 GATT 第 17 条的发展，而“委托授权”条款则是对“公共机构”问题的反映。

1.补贴中立

竞争中立原则要求为国有企业和私营企业提供公平的竞争机会，不因为国有企业与政府的关系而予以优待，补贴中立是竞争中立的核心要求之一。[19]国内改革和国际造法均要求政府在提供补贴时平等对待国有企业和私营企业，实现补贴中立，但对补贴的认定有所不同。

《补贴与反补贴协定》既适用于国有企业，也适用于私营企业，关于专项性的规定足以禁止仅基于国有企业的国有属性而为其提供专项补贴。虽然专门针对国有企业的补贴条款并无必要，但美式协定创设了非商业援助条款，对政府给予国有企业的补贴进行专门规定。例如，CPTPP17.6 条第 2 款规定，缔约方应确保国有企业提供给其他国有企业的非商业援助不对另一缔约方造成不利影响。非商业援助规则是对 WTO 项下补贴规则的改造，在结构和基本内容上与后者相似，但大大降低了认定补贴的标准。[20]基于该规则，国有企业将比私营企业更容易被认定为受到补贴。

补贴中立与国有企业国内改革的主旨相符，有利于国有企业成为独立的市场主体，提高竞争能力。《中国加入世贸组织议定书》第 10 条“补贴”已规定政府对国有企业提供的补贴将被视为专项补贴，特别是在国有企业是此类补贴的主要接受者或国有企业接受此类补贴的数量异常之大的情况下。[21]2019 年，国资委主任肖亚庆也曾表示，“中国的法律法规没有专门针对中国国有企业补贴的规定，中央企业也没有基于所有制的补贴。就是没有只给中央企业、国有企业，不给别的企业。国家和各个部门正在清理，在规范各种补贴。这将有利于为各类不同所有制、不同规模的企业营造公平竞争的环境和条件，有利于提高

[19] 冯辉：《竞争中立：国企改革、贸易投资新规则与国家间制度竞争》，《环球法律评论》2016 年第 2 期，第 153-157 页。

[20] 刘雪红：《“国企条款”的历史演绎与法理逻辑》，《法学》2023 年第 2 期，第 172-173 页。

[21] 《中国加入世贸组织议定书》第 10.2 条　就实施《SCM 协定》第 1 条第 2 款和第 2 条而言，对国有企业提供的补贴将被视为专向性补贴，特别是在国有企业是此类补贴的主要接受者或国有企业接受此类补贴的数量异常之大的情况下。

企业的竞争力。”[22]

2.监管中立

竞争中立要求监管机构对包括国有企业在内的各种企业一视同仁、公平对待，即监管中立。[23]监管中立条款普遍地存在于国际经贸协定中，如 CPTPP 第 17.5（2）条[24]。CAI 第二部分第 3 条之三还要求监管机构应独立于所监管的国有企业。监管机构与被监管主体间存在关联难以保证其监管行为客观公正，因此监管机构的独立性是实现监管中立的基础。国有企业受政府部门监管，也由政府所有，国有企业及其监管机构间的独立性不是绝对的，独立性的判断容易产生分歧。

国有企业的监管模式也是国企改革的重要内容。2003 年，国务院建立国资委，由其代表国务院对中央企业履行出资人职责，监督管理企业国有资产保值增值，在机构上实现了政企分开，增强了独立性。然而，相较于淡马锡式的国有控股公司模式，此种模式下监管机构的独立性较弱。[25]

3.商业回报要求

国际经贸协定中的“非歧视待遇和商业考量条款”是对竞争中立原则中商业回报要求的反映。该条款最早出现在 GATT 第 17 条，CPTPP 将该条款引入国有企业章，并为后续美式和欧式的国际经贸协定频繁借鉴。根据 CPTPP 第 17.4 条“非歧视待遇和商业考量”条款，国有企业在从事商业活动时应根据商业考量行动，也就是根据其他私人所有企业在商业决策中通常会考虑的因素安排自己的商业活动。与商业考量联系紧密的非歧视待遇则要求国有企业在购买和销售货物或服务时非歧视地对待他国企业和他国投资的本国企业及其提供的产品或服务。第 17.4.3 条则表明，非歧视待遇是商业考量的表现之一，并不影响国有企业出于商业考量采取区别待遇。

国有企业国内改革旨在增强国有企业市场竞争能力，使其成为独立的市场主体，所采取的方式便包括减少国有企业的政策性负担。国有企业保值增值的目标也要求国有企业基于商业考量运行，在市场竞争中生存发展。然而，无论是国有企业还是私营企业都承担着一定的社会责任，而国有企业中的第二类商业类国有企业还担负着战略性任务，这与国际造法中商业考量的内涵是否相符存在很大的讨论空间。

4.透明度要求

---

[22] 国务院国资委新闻中心：《国有企业改革发展记者会传递三大明确信号》，http://www.china.com.cn/lianghui/news/2019-03/12/content_74561758.shtml。.

[23] 应品广：《竞争中立:多元形式与中国应对》，《国际商务研究》2015 年第 6 期，第 64 页。

[24] CPTPP 17.5(2) Each Party shall ensure that any administrative body that the Party establishes or maintains that regulates a state-owned enterprise exercises its regulatory discretion in an impartial manner with respect to enterprises that it regulates, including enterprises that are not state-owned enterprises.

[25] 为实现国有企业改造，新加坡政府按照新加坡《公司法》成立政府控股公司——淡马锡私人控股有限公司，由其代表国家持有国有企业股权进行市场化运作。这套独特的管理和监督制度具有政企分离、政资分开和商业运行等特点和优势，被国际社会称为“淡马锡模式”。

透明度规则是国有企业规则构建和落实的基础，是国有企业国际造法的核心内容。无论是 OECD 关于国有企业的指南、报告，还是美式协定和欧式协定的国有企业章节、条款均包含透明度义务。

透明度义务要求国家在一定条件下披露国有企业的相关信息，国际造法的要求颇为苛刻。一是披露信息广。在 CPTPP 中，除了国有企业名单，应披露的信息还涉及政府在该国有企业中所持股份和投票权、特殊股份或投票权等特殊权利、企业主管或董事会成员中政府官员、近三年的企业年收入或总资产、企业根据法律所享有的豁免以及包括年度财务报告和第三方审计在内的任何其他公开信息，以及可能涉及非商业援助的政策或项目中非商业援助的形式、提供者和符合条件接受者的名称、法律依据和政策目标、金额、持续时间以及可用于评估其对贸易或投资所造成影响的数据。二是披露条件低。请求披露的一方只需要说明另一方国有企业的行为是如何影响双方之间的贸易或投资，便可请求披露国有企业的上述信息，且只要说明另一方的政策或项目提供的非商业援助影响或可能影响双方间的贸易或投资，便可请求另一方提供有关该政策或项目的上述信息，而无需提供相关证据。三是披露要求高。披露一方不仅有义务立即披露，而且涉及非商业援助的政策或项目，所披露的信息需达到足以使请求方理解和评估该政策或项目及其对双方间贸易和投资的影响和潜在影响。

对中国而言，国有企业作为国家出资企业，其国有部分为全民所有，作为“间接投资人”的公民对企业信息应具有知情权，企业受到的重大政府补贴等也属于披露的范围。2015 年《深化国有企业改革的指导意见》将实施信息公开、加强社会监督作为强化监督国有资产流失的方式之一，要求完善国有资产和国有企业信息公开制度，设立统一的信息公开网络平台，依法依规、及时准确披露国有资本整体运营和监管、国有企业公司治理以及管理架构、经营情况、财务状况、关联交易、企业负责人薪酬等信息，建设阳光国企，从而有效保障社会公众对企业国有资产运营的知情权和监督权。目前虽无专门规定国有企业信息披露的法律，但部分地方政府则颁布了国有企业信息披露的规章，如《保定市市属国有企业信息披露办法》等。

二、国际造法下中国国有企业面临的法律风险

国内改革与国际造法之间的差异将导致中国国有企业面临一定法律风险。其中，商业类国有企业，特别是第二类商业类国有企业，所面临的风险十分复杂，存在巨大隐患，但目前并未受到足够讨论。

（一）第二类商业类国有企业在国际造法中定位不明确

1.是否属于主要从事商业活动的企业不明确

对主要从事商业活动的国有企业和国有企业从事的商业活动进行规制，是

国有企业国际造法现有的主要成果，但第二类商业类国有企业是否属于“主要从事商业活动”（principally engaged in commercial activities）的企业存在讨论空间。

一方面，“商业活动”含义的不明确导致受规制的国有企业和国有企业行为不明确。国际经贸协定对“商业活动”的界定一般包含两个要素：一是企业以盈利为取向，而不是建立在非盈利或回收成本的基础上；二是产品或服务的销售数量和价格由从事该活动的企业决定。[26]根据 2019 年《中央企业负责人经营业绩考核办法》，第二类商业类国有企业的考核因素既包含经济效益，也包含社会效益，且不追求经济上的最大回报，只需要保证合理回报和国有企业保值增值。“保证合理回报”不同于一般私营企业最大化回报的“盈利取向”，但也不属于回收成本的非盈利取向。

另一方面，当国有企业章适用于主要从事商业活动的国有企业时，“主要”将如何认定也有待澄清。“主要”一词可能将以公共服务为主、以商业活动为辅的国有企业排除在外，但将以商业活动为主、兼顾政策性目标的国有企业包含在内。第二类商业类国有企业是否落入适用范围不甚明确。以 2015 年《经合组织国有企业公司治理指引》为例，该指引广泛适用于所有追求经济活动的国有企业，无论其是否同时追求公共政策目标或行使政府职能，只有主要目的为执行公共政策职能的国有企业及其活动才被排除于适用范围之外。[27]

在国内改革中，第二类商业类国有企业被列为商业类国有企业的一种，但相关描述不完全符合“主要从事商业活动”这一要求。具体而言，“主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域”体现的是所在行业，与商业属性一致，但“主要承担重大专项任务”则很可能被解释为以公共服务或政策任务为主。

2.从事商业活动是否符合商业考量条款不明确

第二类商业类国有企业一旦落入国有企业章的适用范围，则受到相关条款的约束，包括商业考量和非歧视条款。该语境下，国有企业又一次面临“商业”一词的审视，若不能满足该条款，中国将面临违反国际条约义务的指控。例如，美国贸易代表办公室曾指控，中国在美投资是由政府政策驱动，而非基于商业考量，并指出以往记录表明，中国政府在塑造和便利对外投资中扮演着关键作用，并指导和支持对外投资实现产业政策目标。[28]因此，中国第二类商业类国有企业能否满足商业考量条款的要求值得剖析。

GATT 第 17 条（国营贸易企业条款）已规定了国营贸易企业的商业考量义

[26] 参见 CPTPP Art.17.1, EU-Japan Art.13.1, CAI Art.2.
[27] OECD (2015), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris, p.16.
[28] Findings of the Investigation into China’s Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974，March 22, 2018，P.97,149.

务，但该义务并非一项独立义务，而是对非歧视待遇义务的解释。该条要求国营企业在购买或销售时不与 GATT 下的非歧视待遇相悖，并指出非歧视待遇要求企业的购买或销售行为完全基于商业考虑，并保证其他成员的企业有充分的机会竞争参与该购买或销售行为。《中国加入世贸组织工作组报告》则将该义务扩展至所有的国有企业和国家投资企业，并表示国有企业的购买和销售行为不能有任何政府影响或采取歧视措施。[29]在加拿大小麦案（DS276）中，专家组指出，商业考量规则要求企业的购买或销售决定是基于对其本身或其所有者、受益者在经济上最有利的情况，而不是根据潜在购买者或销售者的国籍、其政府追求的政策、或国家的经济或政治利益。[30]

在新的美式和欧式协定中，商业考量义务与非歧视待遇的关系发生了变化，前者更具主导和独立地位，非歧视待遇并不影响国有企业出于商业考量采取区别待遇。商业考量的因素一般包括价格、质量、可用性、适销性、运输和其它购买或销售条款等其它商业决策时通常会考虑的其它因素。[31]在 CPTPP 中，商业考量以“私人所有企业”为参考，要求国有企业像私人所有企业一样进行商业决策。在 CAI 中，商业考量将“以营利为基础、受市场力量约束的企业”作为参考，没有直接与私人所有企业挂钩。相较而言，CAI 在所有制方面持有更加中立的态度，但两者的相同之处在于，均要求国有企业不受政府干预，进行市场化运作。当国有企业基于非商业考量交易时，可能在国内外企业之间进行歧视，剥夺外国企业平等的竞争机会。[32]

各国国有企业常参与到某些政策性目标的实现中，国有企业在追求某些政策性目标时可能基于公共政策而不是商业考量进行决策。值得注意的是，第二类商业类国有企业追求的政策性目标具有不同的实现方式，与“商业考量”的关系也不能一概而论。政府通过市场对国有企业进行激励使其行为符合国家的产业或战略政策，受到“非商业援助”条款约束，但并不违反非商业考量条款。政府作为出资人参与企业重大决策或通过高管任命影响企业经营，甚至要求企业按照特定方式运营以便实现政策性目标，则可能会违反“商业考量”条款。

3.从事非商业活动是否构成履行政府职能不明确

国有企业经授权行使政府职能将归责于政府，第二类商业类国有企业配合

---

[29] 《中国加入世贸组织工作组报告》二（经济政策）6. 国有企业和国家投资企业中国代表强调了中国经济不断发展的特点及外商投资企业和私营部门在经济中的重要作用。鉴于在市场中与私营企业进行竞争不断增长的需要和可取性，国有企业和国家投资企业的决定应依据《WTO 协定》所规定的商业考虑作出。中国代表进一步确认，中国将保证所有国有和国家投资企业仅依据商业考虑进行购买和销售，如价格、质量、可销售性和可用性，并确认其他 WTO 成员的企业将拥有在非歧视的条款和条件基础上，与这些企业在销售和购买方面进行竞争的充分机会。此外，中国政府将不直接或间接地影响国有企业或国家投资企业的商业决定，包括关于购买或销售的任何货物的数量、金额或原产国，除非与《WTO 协定》相一致。

[30] Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain, WT/DS276/R, adopted 27 September 2004, paras. 6.87-88.

[31] 参见 USMCA Art.22.1, CAI Article 2.

[32] See Russian Federation—Certain Measures Concerning Domestic and Foreign Products and Services (WT/DS604/1), p. 4.

和执行政府政策的行为存在被指控为行使政府职能的风险。在 1987 年荷兰鲜花案调查中，美国商务部将“企业是否执行政府政策”作为判断国有企业是否构成公共机构的五大要素之一。[33]在中国诉美国反倾销反补贴措施案（DS379）中，美国商务部主张，中国政府具有控制和指导经济发展，以保证国有经济在国民经济中占主导地位的职能，中国政府通过制定产业政策履行该职能，并要求国有企业执行政府的产业政策计划。[34]欧盟在对世贸组织的改革意见中将“行使政府职能”和“促进政府政策”并列作为公共机构的判断要素，将配合、促进和执行政府政策视为履行政府职能的情况。中国国有企业为国家政策服务的工具性常常受到发达经济体的另眼看待。[35]

第二类商业类国有企业从事非商业活动是否构成履行政府职能不能一概而论。正如要在《补贴与反补贴协定》项下论证国有企业执行产业政策构成“有意义控制”从而构成提供补贴的“公共机构”时，仅以国有企业实际上执行了产业政策为依据并不足够，还需明确国有企业为何以及如何执行产业政策。同样，要论证第二类商业类国有企业经政府授权行使政府职能，仅以相关政策文件中的表述并不足够，而应以具体的国有企业为对象，判断该企业是否经政府明确授权、并在授权下行使了政府职能。政府通过引导和激励促使企业的经营行为符合产业政策等政府政策属于常见的政府激励行为，并不能证明政府与企业之间存在控制和被控制关系，或授权和被授权关系，不应导致国有企业性质和企业行为归责的改变。

总的来说，对于国有企业的定位，现有国际造法形成了一种逻辑闭环：若认定国有企业为商业主体，则其行为需遵循商业考量，但承担一定公共职能的国有企业很可能被认为不是完全基于商业考量；若承担公共职能的国有企业的行为被认定非基于商业考量，则此种行为可能被归类为履行政府授权职能的行为，从而需要符合国家承担的国际义务。这两种情况都与国内改革中对第二类商业类国有企业的定位不同。

（二）商业类国有企业的部分义务标准过高

1.国有企业易被认定为补贴提供者

非商业援助条款回避了 WTO 补贴语境中“国有企业是否构成公共机构”的争论，使国有企业更容易被认定为补贴的提供者。

在 WTO 的《补贴与反补贴协定》项下，只有政府和公共机构才是适格的补贴提供者，国有企业为其他企业提供的补贴落入禁止性补贴或可诉补贴的条件在于国有企业构成“公共机构”。对于国有企业构成公共机构的标准，专家组

[33] See U.S. Federal Register: Vol. 52, 3301, February 3, 1987.
[34] Final Detem1ination: Section 129 Proceeding Pursuant to the WTO Appellate Body's Findings in WTO DS379 Regarding the Anti-dumping and Countervailing Duty Investigations of Circular Welded Carbon Quality Steel Pipe from the People's Republic of China, United States Department of Commerce, International Trade Administration, July 31, 2012, p.9,15.
[35] 韩立余：《国际法视野下的中国国有企业改革》，《中国法学》2019 年第 6 期，第 167、176 页。

和上诉机构在一些案件中有所澄清，即只有拥有、行使政府职能的国有企业才构成公共机构，被政府所有或控制不是国有企业构成公共机构的充分理由。[36]同时，判断的核心在于国有企业与政府之间的关系，而不在于国有企业在特定案件中是否行使政府职能。[37]国有企业是否构成《补贴与反补贴协定》下的“公共机构”是中国与美欧在 WTO 改革中的重大分歧之一。[38]

非商业援助条款正在逐步突破 WTO 补贴规则对补贴提供者的限制。CPTPP 将非商业援助界定为通过政府对国有企业的所有权或控制给予该国有企业的援助，并将此处的“政府”解释为政府以及国家企业、国有企业。USMCA 第 22.6 条则直接将国有企业作为与政府并列的补贴提供者，同时规定缔约方应该确保国有企业不提供上述非商业援助。这意味着，指控国有企业提供补贴不再需要论证国有企业构成公共机构，只要援引非商业援助条款即可，指控成立的阻碍明显降低。

2.国有企业在补贴认定中受到歧视

补贴中立和公平竞争要求公平对待不同所有制的企业，既不歧视私营企业，也不歧视国有企业，即国有企业的补贴所遵循的实体规则应与对其他企业的补贴无异。然而，非商业援助条款的存在意味着，政府提供给国有企业的补贴和提供给私营企业的补贴所遵循的规则是有所区别的。[39]

相较于 WTO 项下的《补贴与反补贴协定》，CPTPP 在补贴的构成要件中舍弃了补贴需“授予一项利益”这一构成要件，且缺乏对同类产品的明确界定，大大降低了补贴的认定要求。[40]同时，对于非商业援助导致的不利影响，CPTPP 不是基于其他缔约方的企业和产业的经营情况进行判断，而是基于受到非商业援助的国有企业的市场地位以及价格的变化情况推断不利影响，容易将其他因素的影响归因于非商业援助。[41]

3.国资委易被指控不符合监管中立

国资委身兼出资人职责与国有资产监管职责，既履行具体国有企业出资人的职责，又作为政府机构推进国有企业改革，包括推动国有经济布局和结构的战略性调整，起草国有资产管理的法律法规草案，制定有关规章、制度，依法对地方国有资产管理工作进行指导和监督等。[42]虽然从竞争中立的角度而言，国有企业并不因与国资委的联系而享有优待，仍需遵守《公司法》等一般性法律法规，并接受来自市场监督管理总局等监管部门的监管，并在此基础上遵守

[36] United States- Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R.
[37] United States - Countervailing duty measures on certain products from China, WT/DS437/ARB.
[38] 张军旗：《WTO 改革背景下<补贴与反补贴措施协议>中“公共机构”法律解释的反思》，《当代法学》2021 年第 3 期，第 137 页。
[39] 任宏达：《CPTPP 非商业援助条款解析思辨及中国的应对》，《国际法研究》2023 年第 2 期，第 82-92.
[40] 徐昕：《国有企业海外投资跨境补贴的规制》，《法学研究》2022 年第 5 期, 第 211 页。
[41] 宋泓：《CPTPP 国有企业和指定垄断条款及其影响分析》，《国际贸易》2022 第 1 期，第 28 页。
[42] 参见国有资产监督管理委员会官网，http://www.sasac.gov.cn/n2588020/index.html#jgzn。

有关国有资产管理的法律法规、接受国资委的监管，但是国资委监管的中立性和独立性仍可能面临质疑。

4.透明度要求难以满足

虽然国资委已在其官方网站公开了中央企业名单，但 CPTPP 规则高标准的透明度要求对中国的国有企业无疑是一项重大挑战。[43]作为一项程序性的义务，透明度义务并不影响国家因国有企业所承担的实体义务。然而，高标准的透明度义务不仅会增加相关机构的工作难度，而且所披露信息可能被作为证据用于争端解决。[44]相关透明度义务对于请求方请求条件要求较为简单，不要求提供表面证据，但对被请求方设置了严格的义务，且另一方不予披露的后果不明确。总的来说，CPTPP 国有企业章节的透明度义务表现出对国有企业的高度质疑和全面监控。

三、国有企业法律风险的理论剖析

国有企业的存在被世界各国所接受或默认，但国有企业与政府的关系饱受质疑，由此产生了关于国有企业商业性的相关规则，而商业性判断标准的模糊不清又成为国有企业面临的一大法律风险。对于此类律风险的产生，可以基于以下特征予以分析和解释。

（一）以国有企业存在的合理性为基础

国有经济是中国国民经济中的主导力量，国有企业作为国有经济的主要形式，其存在和发展受到国家保障。国企改革始于国有企业的低效和经营危机，现旨在确立国有企业的市场主体地位，增强国有企业活力、提升核心竞争力。从改革措施和内容来看，一方面需要改革国有企业自身，建立现代企业制度，在治理结构、高管选聘、薪酬制度等方面市场化；另一方面需要改革国有企业的监管机制，实现政府以管资本为职能，减少国有企业政策性负担，剥离国有企业的社会职能。在实现方式方面，国有企业改革以产权分配为主，分离所有权与经营权，在经历了放权让利和承包经营责任制两个阶段后，目前以分类改革、股份多元化、混合所有制为具体路线。[45]

国有企业国际造法并不否认国有企业的存在。OECD 务实地强调必须通过完善的公司治理和监管框架来确保国有企业有效运作和公平竞争，而 CPTPP 和 CAI 中甚至明确规定，国有企业章不影响国有企业的建立，也并不否认国有企业从事商业活动、公共服务活动的正当性，以及国有企业经政府授权履行政府职能的可能性。

---

[43] 刘敬东：《CPTPP 语境下国有企业新规则：背景、特点及其应对》，《学术论坛》2022 年第 6 期，第 4 页。
[44] 沈伟、方荔：《国际经贸协定国企条款的立法趋势与中国的立场演化》，《国际经济评论》2022 年第 5 期，第 18 页。
[45] 银温泉：《中国国有企业改革：基本思路与宏观效应》，人民出版社 2021 年版，第 18-30 页。

（二）以国有企业与政府的关系为核心

国有企业规则源于国有企业与政府的联系以及由此产生的国有企业与私营企业的差异。由于拥有巨大权力，政府被认为可能在任何时候改变对国有企业的指示，国有企业仅在政府允许时才具有自主性和商业目的，因而很可能成为政府的工具。[46]国有企业被认为不仅可能服务于政府的经济政策目标等，[47]而且可能对他国的国家安全造成威胁。[48]例如，国有企业可能被用于从事间谍活动、作为非法技术转让的渠道，具有重要经济或军事意义的国有企业可能在两国存在冲突时关闭或妨碍关键设施的运行。

现有国际规则虽然表面上承认国有企业，但却始终对国有企业与政府的关系非常警惕，担忧国有企业的独立性。OECD 曾指出，国有企业应追求与私营企业不同的目的，否则政府没有理由对企业具有所有权。[49]美欧等国多次指责中国政府监督并指导中国国有企业在外国的商业活动。[50]新加坡采取的国有企业控股模式广受好评和认可，但仍然难以轻易摆脱质疑，有研究认为其真实任务是通过商业和非商业的方式支持新加坡的国家利益，包括商业和非商业利益，例如基于地理位置的考虑将投资组合优先投向东亚。[51]

这种担忧在商业考量条款中体现得尤为明显。商业考量条款要求国家确保国有企业行为符合要求，实际上与增强国有企业独立性的目标存在背离。补贴中立和监管公正条款均是通过规范政府的行为，使其公平对待国有企业和其他企业，从而避免国有企业享有不正当的竞争优势。商业考量条款则直接要求国有企业在从事商业活动时遵循“商业考量”，对于企业的商业性质和商业化运作提出了直接的、明确的要求。该条款的实现需基于政府对国有企业的控制和影响，与国有企业章基于“控制权”界定国有企业一脉相承，但国有企业规则的目的不应该是强化政府与国有企业之间的关系，而是减少此种关系产生的消极影响，基于此种关系设定义务并不合理。同时，在所有权与经营权分离的情况下，要求政府确保国有企业如何行为存在技术上的困难。在国营企业时期，政府直接参与国有企业的经营活动，商业考量条款尚具有较强可行性，但即便如此，GATT 仍未将商业考量作为独立义务，更何况现在的国有企业具有更强的

---

[46] OECD (2009), SOEs OPERATING ABROAD:An application of the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises to the cross-border operations of SOEs, OECD Publishing, p.9.

[47] Christiansen, H. Balancing Commercial and Non-Commercial Priorities of State-Owned Enterprises, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 6, 2013, OECD Publishing, Paris, p.7.

[48] Chaisse, Julien, Jędrzej Górski, and Dini Sejko. Confronting the Challenges of State Capitalism: Trends, Rules, and Debates. Regulation of State-Controlled Enterprises: An Interdisciplinary and Comparative Examination. Singapore: Springer Nature Singapore, 2022, p.7；张政军、李艳艳：《美国等发达国家的国有与国家控制企业》，《国资报告》2022 年第 5 期：美国联邦通信委员会宣称中国联通（美洲）运营有限公司属于中国国有企业，受到了中国政府的“利用、影响和控制”，“非常可能”被迫执行中国政府的“要求”，会对美国的“国家安全”造成影响。

[49] OECD (2009), SOEs OPERATING ABROAD:An application of the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises to the cross-border operations of SOEs, OECD Publishing, p.6.

[50] See Statement by U.S. Trade Representative Robert Lighthizer on Section 301 Action ,July 10,2018, p.109.

[51] 胡改蓉：《新加坡国有控股公司的制度设计及面临的挑战》，《法学》2014 年第 6 期，第 89 页。

自主性和独立性。在国有企业因受到政府影响而没有基于商业考量行为时，应对政府的行为进行识别和限制，不应直接在条约层面对国有企业的行为模式进行设置。不容否认的是，通过对国有企业的行为提出要求，该条款也能要求政府抑制干预冲动、降低对企业经营行为的干预、少对国有企业施加政治任务。[52]然而，该条款依然是将国有企业无法满足要求的后果归咎于政府，其逻辑前提便是国有企业难以独立于政府进行商业运作。除此之外，将国有企业作为非商业援助的提供者、为国有企业设置严苛的透明度义务均反映出对国有企业被政府操控的担忧。

（三）以国有企业商业性的判断为表现

由于与政府之间的关系，国有企业被认为可能享有竞争优势，扰乱竞争秩序，损害其他国家企业的利益。补贴中立和监管中立的基本假设是国家或国有企业可能会为了追求更高的商业回报而利用国有企业与国家间的联系获得竞争优势。同时，国有企业还被认为能够在无需通过政府授权的情况下，通过表面上的商业活动达到为政府政策服务的目标。[53]与此不同，商业考量条款不仅要求减少国有企业的竞争优势，而且要求国家确保国有企业作为市场主体遵循市场规律活动，不去追求别的价值或目标。其假设是，企业通常不会以损害商业利益为代价去区别对待别的企业及其产品，如果基于非商业的考量进行歧视对待，很可能是服务于政策或战略目标。

对于此种情况，国际造法的解决思路是要求国有企业符合市场规律、追求商业利益。国有企业定义中的“商业活动”和“商业考量条款”均以“商业”为核心。然而，“商业”一词并无清晰明确的含义，“商业活动”和“商业考量”的判断也缺乏可操作的依据。只有当国有企业从事的活动是金融投资时，商业才意味着投资由回报最大化这一首要目标驱动；当国有企业活动采取的形式是直接投资时，“商业”的含义是模糊的；虽然在不同国家和不同产业情况有所不同，但是政府对国有企业保持所有权的动机很难被形容为完全商业的，通常都是社会、经济和战略利益的综合考虑。[54]一方面，即使同样以最大化股东利益为目的，不同企业因为行业特色、实力规模、企业文化、企业关系等方面的差异，对于同一问题的决策也可能迥然不同。更何况市场环境变幻莫测，同一企

---

[52] 刘雪红：《国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考》，《法商研究》2019 年第 2 期，第 175 页。

[53] 参见外交部官网：2019 年 5 月 30 日外交部发言人陆慷主持例行记者会，https://www.fmprc.gov.cn/wjb_673085/zzjg_673183/gjs_673893/gjzz_673897/lhgyffz_673913/fyrth_673921/201905/t20190530_7657555.shtml：据报道，美国国务卿蓬佩奥昨日称，美国企业与政府的合作遵循美法律，但中国的情况完全不同。华为是中国政府的工具，二者联系紧密。观察者：《中国驻德大使：德国州政府有大众 20%股份，中国政府没投华为一股》，https://www.guancha.cn/politics/2019_05_06_500370.shtml：德国《星期日法汇报》在访谈中表示，中国看上去不透明，外界无法得知中国投资者背后实际是谁。中国科技企业华为也是如此，因而其参与 5G 网络建设问题备受争议。中国企业可能容易被政府控制。且华为创始人曾在军工领域工作，算是亲政府人士。

[54] OECD (2009), SOEs OPERATING ABROAD:An application of the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises to the cross-border operations of SOEs, OECD Publishing, p.10.

业在不同时期所追求的目标和采取的手段也会有所不同。除此之外，企业对于社会责任的理解和承担也可能存在差异。因此，判断国有企业是否根据商业考量行为存在很大不确定性。另一方面，私营企业的商业决策也并不总是能够完全基于商业考量。要求国有企业基于商业考量行为是十分严苛的。企业因为爱国情怀、文化信任等原因而区别对待国产货和外国货、中国企业和外国企业，也并不少见。[55]

正如 OECD 提出，就国有企业而言，比“寻求商业化”更现实的目标是明晰国有企业的目的是商业还是其他，在此基础上检查现有的管理和相关治理结构，以保护国有企业免受可能危及既定目标可信度的临时政治干预，同时确保及时、全面地披露有关国有企业部门和个别企业的信息，但是当下国有企业国际造法却愈发强调商业考量条款。因此，有理由推断，该规定不仅是为了规制国有企业，使其平等对外本国和外国企业及其产品，而且也是为了限制国有企业服务于公共政策，未来可能成为指控国有企业的一大利器。

（四）以国有企业非商业活动的分类为难点

国有企业提供公共服务和履行政府职权的活动，应遵循的规则不同。在美式或欧式协定中，商业活动通常与公共服务对应，两者均是国有企业通常会从事的活动，而履行政府职权本身不是国有企业通常会从事的活动，只在经政府授权的特定情况下发生。由于市场失灵，公共服务的提供容易面临短缺，国有企业提供公共服务有利于填补空白从而提高民众生活水平，对于市场竞争环境几乎不存在扭曲。因而，国有企业完成公共服务指令（public service mandate）的行为虽仍需符合非歧视义务（CPTPP 和 CAI），有时还应不违背竞争政策（欧盟与加拿大全面经济贸易协定，CETA），但常豁免于商业考量等条款。不同的是，国有企业履行政府职权的行为归咎于政府，应遵循国家所承担的国际义务。

虽然法律效果不同，但公共服务与政府职权的界限却并不明晰。在很多国家，公共服务属于政府职权的范围，由政府或由政府和公共服务机构共同提供。同时，公共服务的范围在不同国家可能存在差异。[56]公共服务一般指面向大众的服务（general public），国际条约往往不会对公共服务进行详细界定或穷尽式列举，CPTPP 仅提及货物分配和一般基础设施的提供，而 USMCA 还提及电力和桥、公路、港口或铁路等。除此之外，医疗、教育和科技研发是否属于公共服务、在多大程度上属于公共服务则存在争议。现有国际造法并未明确国有企业从事此类行为应被认定为进行公共服务还是履行政府职权，由此造成的不确

[55] 人民政协网：《中国网民愤怒抵制乐天:请天猫和京东下架乐天食品》，https://www.rmzxb.com.cn/c/2017-03-01/1370868.shtml；新浪财经：《钓鱼岛争端致中日贸易恶化 多地民众抵制日货》，http://finance.sina.com.cn/roll/20120914/113513140626.shtml。

[56] Gazley B. Beyond the contract: The scope and nature of informal government–nonprofit partnerships. Public Administration Review, 2008(1), p.142.

定性是未来明确相关国有企业及其所属国义务时的隐患。

四、国有企业法律风险的应对

中国国有企业的规模和在国民经济中的影响独树一帜，面对已有的国际造法，难免有“束手束脚”“水土不服”之感，也免不了“孤军奋战”，更免不了要“大声疾呼”。中国需要基于国有企业改革的成果和目标参与和影响国际规则的塑造，也需要根据国际规则的现状和趋势深化和反思国有企业改革。中西方具有不同的经济体制、社会现状、历史和文化，在这一背景下发出声音、寻求共识势必要理论、技巧和实力相结合。中国正在通过签订国际条约逐步参与国有企业国际规则的发展，参与过程中要充分了解自身需求，在力所能及的范围内寻找共识，推动塑造更契合自身利益的规则。同时，对国有企业的塑造应该发挥国有企业在社会发展和经济建设中的积极作用，将有关国有企业的中国经验分享给其他国家，促使他国了解中国的经济制度优势，使国有企业服务于全球治理。在进一步深化国有企业国内改革的同时，参与和接受国际造法时应注意以下几点：

（一）正视商业考量条款，警惕可能的风险

商业考量条款为美式和欧式协定所共有，是未来国有企业章节的核心条款之一，且已被中国在 CAI 中接受。该条款早已出现于 GATT 国营企业条款中且并未产生过多争议，国有企业章节沿用该条款可能导致的风险容易被忽视。值得注意的是，该条款不仅可以约束政府补贴国有企业和国有企业向其他企业传递补贴利益，而且可以限制国有企业牺牲部分商业利益追求和配合国家产业和战略政策。严格解释和适用该条款将极大地约束国有企业追求政策目标。同时，商业考量的判断标准难以把握。若根据主观因素判断，那么，哪些因素是私营企业所考量的因素难以明确。若根据客观结果判断，由于影响企业决策的因素复杂多变，想要明确一种行为乃是基于非商业考量做出殊为不易。

国有企业在国民经济中的地位是中国经济体制的要求和体现，将在未来持续存在。中国市场经济从计划经济急速转型而来，国有企业与政府的关系及国有企业的自主性还在不断完善之中。过于严苛的商业考量要求与目前的现实需求并不匹配，对该条款的采纳不应盲目。CAI 商业考量义务虽广泛适用于产品和服务的购买和销售，但由于该协定为投资协定，仅涉及外国投资者和外国投资，不适用于未在中国投资的外国企业，因此暂时不直接影响国有企业的进出口贸易。美式协定则涵盖贸易与投资，其非商业考量条款的效力更为广泛，在谈判中需谨慎对待，对该条款的含义予以明确或施加限制。

（二）扩大公共服务范围，明确国有企业履行政府职能的范围

国有企业提供公共服务的行为不是国际造法关注的焦点，但作为国有企业

商业行为和行使政府职能行为的中间地带，公共服务能够在两者之间开辟一定空间。公共服务与政府职能之间本身就存在密切的联系，没有统一的划分标准。公共政策目标本可以通过政府机构实现，但出于效率等原因可指定由国有企业或私营企业实现。[57]公共服务义务不仅包括基础设施和网络建设，而且包括稀缺资源或尖端科技的获取等。[58]同时，国有企业从事公共服务所要遵循的义务较宽松。因而，在国际造法中扩大公共服务的范围，有助于减少商业活动之外即为政府职能范畴这种“非此即彼”的话语，使国有企业能够从事更广范围的公共服务而不会被视为政府的工具。

目前，中国第二类商业类国有企业的业务范围并不明晰，其所追求的政策目标可能难以被界定为竞争行为，容易被认定为履行政府职能。例如，中国国有企业过去在产业政策实现中扮演着重要的角色，当下又致力于科技创新以推动中国在前沿领域的实力。若能将此类行为纳入公共服务的范畴，则可降低此种风险。公共政策目标本身可以单独实现，也可以与商业活动结合起来实现。第二类商业类国有企业从事公共服务与其本身的商业定位之间并不必然矛盾。

当然，公共服务与政府职能不能混为一谈。作为独立的主体，国有企业不同于政府，其履行政府职能的行为应限于必要情况，并遵循政府履行其职能时应遵循的规则，受到国家国际义务的约束。中国承认国有企业履行政府职能情况的实际存在，并认同此类行为的归责原则，但第二类商业类国有企业是否落入履行政府职能的范围有待进一步澄清。这要求中国在国内改革中不断厘清不同类型国有企业的定位，并在国际谈判和国际造法中使用和引入更符合中国话语体系的表述方式，使中国国有企业能够被更准确地认识，促使国有企业国际造法与国内改革更加协调匹配。

（三）注重条约例外条款，合理规避风险

在接纳国有企业国际造法的过程中，中国应充分利用例外条款，安置国内改革与国际造法的差异和错位，一方面为国内改革争取更多的时间，另一方面在国际造法中发出中国声音、满足中国需求。

现有国际造法的例外条款可以分为两大类：一是国有企业范围的例外，能够限缩国有企业章节的适用范围；二是具体义务的适用例外，可以使某些类型的国有企业免于特定义务的约束。例外条款主要影响小型国有企业、地方国有企业和特殊基金。小型国有企业的例外可追溯到 1996 年澳大利亚《联邦竞争中立政策声明》，该声明规定竞争中立仅适用于重大政府商业活动，“重大”的判断首先基于企业是否为商业运作而组建，其次基于商业活动营业收入。[59]现有

[57] OECD (2015), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris, p.15.
[58] OECD (2009), SOEs OPERATING ABROAD:An application of the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises to the cross-border operations of SOEs, OECD Publishing, p,6.
[59] Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement, June 1996.

国际造法则完全基于商业活动的年收入界定小型国有企业，CPTPP 和 CAI 为 2 亿特别提款权，USMCA 为 1.75 亿特别提款权，中国央企年收入几乎全部远高于这一金额，地方国有企业绝大多数也远高于这一金额，难以适用此项例外。地方国有企业的例外一般适用于中央政府以外的地区政府和地方政府所有或控制的国有企业，中国地方国有企业从事的涉外活动虽然有限，但仍可受益于此项例外。特殊基金包括主权财富基金和独立养老基金，与国有资本运营公司较为类似。但是，中国的国有资本投资公司和运营公司均承担着服务国家战略、推动产业升级等任务使命，可能难以被认为是纯粹的资本运作。

除此之外，国际造法还为某些紧急情况或国有企业的某些行为设置了例外条款。其一，在 CPTPP 下，缔约方对国家或全球经济紧急情况的临时回应，将不适用非歧视待遇和商业考量条款及非商业援助条款。在经济紧急情况下，政府为国有企业提供比其他企业有利的补贴，或国有企业基于非商业考量从事活动以配合国家的救市行为等，将可能满足此项例外规定。其二，CPTPP 和 USMCA 对提供金融服务的国有企业规定了大量例外条款。例如，缔约方或其国有企业为了应对金融机构或金融服务企业倒闭而采取的行为，不适用国有企业章节。该规定赋予国家广泛的空间以救济面临倒闭的金融机构，且未将受救济的金融机构或金融服务企业限定为私有或是国有。中国拥有大量国有银行，无论是为了帮助国有银行，或是通过国有银行帮助其他金融机构，均可得益于该条款的存在。例外条款的设定和采用并不局限上述类型，OECD《竞争中立框架》将国有企业作为产业政策工具、保证财政收入、公众压力或促进就业等政治经济考虑等情况列为竞争中立规则的例外，对于未来发挥国有企业在产业政策中的作用具有启示。

五、结语

在国有企业的国际造法中，我国国有企业将一直身处漩涡中心。国有企业国内改革与国际造法的异同影响着国有企业在国际经贸活动中所面临的法律风险，而国有企业国内改革对国际造法的认知、回应和影响将决定相关法律风险的变化趋势，并有机会为之提供有效的应对之策。加入现有条约或参与新条约谈判时，需充分考虑国有企业国内改革的现状和目标，识别和重视有关国有企业“商业性”的条款可能带来的潜在风险，保留必要的风险控制和应对空间，防患于未然，保障我国国有企业公平参与国际竞争。

Legal Risks and Responses of State-Owned Enterprises: A Comparative Perspective between Domestic Reforms and International Law-Making

Li Simin

Abstract: In the process of proactively aligning with high-standard economic and trade rules, such as those of the CPTPP, the risks arising from the discrepancies between the domestic reforms of Chinese state-owned enterprises and international legislative activities urgently need to be identified and addressed. By comparing domestic reforms and international law-making regarding the definition and obligations of state-owned enterprises (SOEs), the main legal risks faced by Chinese SOEs emerge: the ambiguous position of second-category commercial SOEs in international law-making and high standards of obligations imposed on commercial SOEs. These risks are based on the recognition of the legitimacy of SOE, rooted in the relationship between SOEs and government, concentrated in the determination of the commercial nature of SOEs, and facing challenges in classifying non-commercial behaviors of SOEs. In the future, China should pay attention to expanding the scope of public services that SOEs can provide, being vigilant about commercial considerations clauses, and reasonably using exception clauses when participating in and accepting international law-making.

Key words: reform of SOEs, commercial consideration, International law; Legal risk of state-owned enterprises，Competitive neutrality, CPTPP, CAI

碎片化结构下国际贸易规则间的关系研究

郑 蕴*

当前，全球价值链扩张对国际贸易秩序产生巨大冲击，推动国家间经贸格局发生历史性变更，并加剧全球经济发展与国内社会利益之间的冲突。国际贸易秩序的历史性变革态势推动国际贸易法体系呈现典型的碎片化结构：以世界贸易组织（WTO）为核心的多边规则体系式微，各类国际贸易议题通过双边、区域性自由贸易协议（RTA）或诸边协议（PA）自主扩散，主权国家在不同平台通过制定贸易规则以表达地缘政治、经贸发展的诉求。在此背景下，多元的国际贸易规则之间是否会发生冲突？如果发生规则冲突，是否存在具体的法律制度解决贸易规则之间的冲突？在国际贸易法体系碎片化程度不断加剧的现实条件下，能否解决上述问题将直接影响维持国际贸易法治秩序的能力。

传统上，国际贸易规则之间发生冲突的典型情形为：WTO 与 RTA 规则能够同时适用于同一国家的特定贸易关系，并对该关系作不同的规定。在 WTO 已有案例实践中，争端解决机构通常以《关税贸易总协定》（GATT）第 24 条与《服务贸易总协定》（GATS）第 5 条为依据，判断 WTO 规则与 RTA 规则之间何者能够被优先适用，并通常对 RTA 规则的优先适用设置较高的门槛。彼时，乌拉圭回合谈判成果开启国际市场新自由主义的黄金年代，争端解决机构优先适用 WTO 规则以避免国家通过缔结 RTA 减损多边贸易谈判成果，维护自由、开放的多边贸易秩序。然而，当前全球价值链推动贸易议题从边境上措施扩张至边境后措施，议题的复杂性加剧多边贸易谈判迟滞，国际贸易法体系呈现碎片化结构以满足新的需求：其一，对于涉及边境后措施的新贸易议题而言，大部分规则通常通过 RTA 或 PA 实践获得发展；其二，对于涉及边境上措施的传统议题而言，国家亦试图通过 RTA 或 PA 以灵活地维护主权利益。因此，如果仍然沿用 WTO 争端解决机构采取的传统法律工具，对 WTO 规则作优先适用，可能强化 WTO 贸易规则与 RTA 规则之间的割裂，难以反映国际贸易法体系发展的现实诉求。

* 西南政法大学国际法学院讲师、硕士导师，zheng.yun@outlook.com。

国际贸易法是国际法体系的有机组成部分，国际法体系内的《维也纳条约法公约》（VCLT）及相关习惯法规则已经发展出解决规则冲突的法律制度，能够为解决国际贸易法碎片化结构中的规则冲突提供新的思路。本文为解决此问题，首先对 WTO 相关案例进行梳理，总结 WTO 争端解决机构解决此问题采取的传统法律方法；进而，分析国际法体系中 VCLT 与习惯法规则中存在的相关法律制度，并结合新的贸易议题之间复杂的关联关系，从国际贸易规则的性质、国际贸易规则的关联样态、国际贸易规则的冲突解决方法三个层面提出解决国际贸易规则冲突的新思路。

一、问题的提出：国际贸易规则间的传统冲突与解决思路

在现有实践中，国际贸易规则的冲突主要发生于 WTO 规则与 RTA 规则之间；同时，由于 WTO 争端解决机制是解决国际贸易争端的核心主体，WTO 争端解决机构对相关案例的裁决代表了解决国际贸易规则间关系的主导思路。有鉴于此，本部分首先将国际贸易规则冲突的案例进行分类，总结解决国际贸易规则冲突的传统思路，并明确分析国际贸易规则间关系需要探讨的核心问题。

（一）国际贸易规则冲突的主要情形

现有案例中，国际贸易规则产生冲突的条件为：WTO 与 RTA 的规则同时对同一国家的同一贸易关系作不同规定。具体而言，可以将国际贸易规则冲突分为三种情形：第一，RTA 影响缔约方与第三国间贸易关系；第二，RTA 对缔约方间贸易关系作更优惠规定；第三，RTA 对缔约方间贸易关系作更严格规定。

1. RTA 影响缔约方与第三国间贸易关系

此类冲突的首要案例是“土耳其纺织品案”（DS34）。在该案中，尽管在 WTO 框架下土耳其承诺不对印度的纺织品设置配额，但其以需要与欧盟缔结关税同盟（Custom Union，简称 CU）为理由对印度实施上述措施，由此引发 WTO 成员能否依据 GATT 第 24 条，援引 RTA 或 CU 规则作为实施与 WTO 规则不相符的措施的正当化理由。

上诉机构在此案中对 GATT 第 24 条的适用作详细解释，明确成员方在以 RTA 或 CU 为理由实施违背 WTO 义务的措施的情形下应当满足的条件。上诉机构认为 GATT 第 24 条第 5 款的段首（chapeau）是分析此问题的关键。[1]该段首规定，本协议不应当禁止成员方

[1] Appellate Body Report, Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/AB/R, 22 October

在彼此关境之间构建 CU，但需要满足相关条件。[2]按照该条款的文本解释，第一，该条能够被作为成员实施与 GATT 义务不相符的措施的正当化理由与抗辩；[3]第二，援引该抗辩的条件是不符措施是为了构建 CU 而必需采取的；[4]第三，构建 CU 的必要条件被规定于 GATT 第 24 条第 8 款 a 项，并且同时需要满足 GATT 第 24 条第 5 款 a 项的要求，即 CU 的构建不能使参与成员对第三国实施的税收或其他商贸措施比 CU 之前更加严格。[5]由于土耳其未能证明配额措施是其与欧盟构建 CU 所不可或缺的，且该措施给 CU 以外的第三方造成了更限制性的贸易政策，因此不能援引 GATT 第 24 条对该措施作正当性解释。WTO 上诉机构在此案中为 GATT 第 24 条的适用设置了较高的门槛，对后续实践产生了重要影响。

2. RTA 对缔约方间贸易关系作更优惠规定

约 20%的 RTA 规定缔约方在实施多边保障措施时可以将缔约另一方的产品排除在该措施以外，条件是“缔约相对方的进口产品并非带来产业损害的实质原因”。由此，一系列 WTO 成员方将其 RTA 缔约相对方排除在其实施的保障措施范围之外，引发相关实践是否违背 WTO 保障措施规则的争议。

首先，在南方共同市场（MERCOSUR）框架内发生了阿根廷鞋履案（DS121）。阿根廷就进口鞋履产品进行调查后，发现来自所有国家的进口产品共同对其国内产业造成了损害；然而，在征收保障措施税时其排除了对 MERCOSUR 成员实施该措施。对此，阿根廷主张其作法受 MERCOSUR 以及 WTO 相关规则的支持。第一，MERCOSUR 禁止成员之间实施保障措施；第二，GATT 第 24 条第 8 款亦禁止该措施。[6]就 WTO 规则而言，《保障措施协议》第 2 条第 1 款的脚注要求该协议的规则不影响 GATT 第 19 条与第 24 条第 8 款之间的关系；[7]GATT 第 24 条第 8 款要求，成员在构建 CU 的时候需要将彼此之间实质上所有贸易（substantially all trade）的税收或其他限制性商贸规则进行取消，但基于 GATT 第 11、12、13、14、15、20 条采取的必要的措施为例外。[8]因此，GATT 第 19 条的保障措

1999, para.43.

[2] The General Agreement on Tariffs and Trade, Article XXIV (5).

[3] Appellate Body Report, Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/AB/R, 22 October 1999, para.45.

[4] Appellate Body Report, Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/AB/R, 22 October 1999, para.46.

[5] Appellate Body Report, Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/AB/R, 22 October 1999, para.52-54.

[6] Panel Report, Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear, WT/DS121/R, 25 June 1999, para.8.93.

[7] Agreement on Safeguards, Article 2(1), Note 1.

[8] The General Agreement on Tariffs and Trade, Article XXIV(8)(a)(i).

施税收并不属于 GATT 第 24 条第 8 款排除的税收措施，成员在构建 CU 的时候不应当对彼此征收保障措施税。

对此，上诉机构指出：第一，《保障措施协议》第 2 条的脚注并不相关。该脚注仅适用于 CU 对外实施保障措施的情形，而本案实施保障措施的主体是阿根廷而非 MERCOSUR，因此该脚注不适用，进而在适用 GATT 第 24 条的时候不需要考虑其与 GATT 第 19 条之间的关系。[9]第二，在判断阿根廷能否以 MERCOSUR 为理由实施违背 WTO 规则的措施时，的确需要以 GATT 第 24 条为依据，但援引该条应当满足上诉机构在“土耳其纺织案”中解释的两个条件；阿根廷并未在此案中作此论证，因此难以说明 GATT 第 24 条能够作为抗辩其违背 WTO 规则措施的依据。[10]第三，根据《保障措施协议》第 2 条第 1 款与第 2 款，成员在实施保障措施时需要遵守“平行原则”（parallelism），即成员为实施保障措施而发起的“调查”应当不区分地考虑所有来源的进口产品，成员在“适用”保障措施时也应当不区分地适用于所有来源地的进口产品。[11]因此，阿根廷在调查的时候明确来自所有产地的进口产品共同对其国内产业造成了损害，却在实施保障措施的时候排除 MERCOSUR 成员的产品，违背了平行原则。由此，即使 MERCORUR 要求成员对彼此不实施保障措施，但 WTO 争端解决机构仍然要求其成员在实施保障措施的过程中遵守平行原则。

随后，在《北美自由贸易协定》（NAFTA）框架内发生了美国麦麸案（DS166）等系列案件。在美国麦麸案中，美国麦麸行业提起调查申请，指出来自世界市场的麦麸进口产品对本国产业产生了冲击；随后美国分别对来自欧盟、墨西哥与加拿大的麦麸产品作了不同的调查，并发现来自欧盟的麦麸产品对本国产业造成了严重损害，但来自加拿大的相关产品并未造成此后果，因此在适用保障措施时排除来自 NAFTA 成员的产品。鉴于“土耳其纺织案”中上诉机构在援引 GATT 第 24 条时沿用了较高的门槛，美国试图绕过该辩护逻辑，转而主张在“解释”《保障措施协议》的“平行原则”时需要参考 NAFTA 关于保障措施的特殊调查规定。美国认为，基于 GATT 第 24 条与 GATT 第 19 条的关系，其并未禁止成员在发起保障措施调查时同时进行多个调查，因此 NAFTA 的规定并没有违背“平行

[9] Appellate Body Report, Argentina - Safeguard Measures on Imports of Footwear, WT/DS121/AB/R, 14 December 1999, para.108.

[10] Appellate Body Report, Argentina - Safeguard Measures on Imports of Footwear, WT/DS121/AB/R, 14 December 1999, para.109-110.

[11] Appellate Body Report, Argentina - Safeguard Measures on Imports of Footwear, WT/DS121/AB/R, 14 December 1999, para.111-113.

原则”，美国有权据此排除保障措施对 NAFTA 成员的适用。[12]专家组则否认了美国的主张，认为：第一，美国按照 NAFTA 采取的调查行为违背了平行原则。美国首先对来源于所有 WTO 成员市场的产品进行调查并发现相关产品的进口共同对美国麦麸产业造成严重损害，随后对加拿大与墨西哥的进口产品发起单独调查，认为来自该两国的进口产品并不会单独对本国产业产生严重损害，进而决定需要排除保障措施的适用；该调查方法本身是不合理的，因此违背了平行原则；[13]第二，关于 GATT 第 24 条，美国已经明确该条并未授权其排除对《保障措施协议》规则的适用，因此专家组不再需要分析其是否有权援引 GATT 第 24 条抗辩其依据 NAFTA 采取的措施。[14]随后，上诉机构亦支持了专家组的论证逻辑。

随后，在“美国输油管导案”与“美国钢铁保障案”中美国亦试图作类似的主张，且专家组裁决的核心依据仍然在于 NAFTA 调查程序是否符合“平行原则”。[15]在此类案件中，GATT 第 24 条作为规定 RTA 与 WTO 关系的最核心条款并未得到详细的论述，争端方考虑到援引该条的难度因此改变诉讼策略，专家组与上诉机构亦刻意忽略对 GATT 第 24 条的适用与解释，使得“成员能否援引 RTA 作为对 WTO 规则的抗辩”成为一个未决难题。

3. RTA 对缔约方间贸易关系作更严格规定

此类型以秘鲁附加税案（DS457）为典型。此案中，危地马拉对秘鲁就特定农产品采取的“价格区间体系”（price range system，简称 PRS）提出争议，该类政策涉及农产品贸易中的可变征税制度（variable levies）。为保障欧洲市场内的农业发展，欧盟的欧盟共同农业政策（EU’s Common Agriculture Policy）长期对进口农产品采取可变税制度；乌拉圭回合谈判后，《农产品协议》（Agreement on Agriculture）明确禁止成员采取可变进口征税（variable import levy）与最低进口价格（minimum import price）政策。[16]然而，一些成员方仍然希望采取该类征税措施以保障国内农业发展。秘鲁在与危地马拉缔结的 RTA（未生效）中即明确规定秘鲁可以对牛奶、玉米、大米和糖等四项农产品采取 PRS；[17]该 RTA 第

[12] Panel Report, United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, WT/DS166/R, 31 July 2000, para.8.157-8.159.

[13] Panel Report, United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, WT/DS166/R, 31 July 2000, para.8.174-8.177.

[14] Panel Report, United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, WT/DS166/R, 31 July 2000, para.8.181-8.183.

[15] Panel Report, United States - Definitive Safeguards Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea, WT/DS202/R, 29 October 2001, para.7.143-146; Panel Report, United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products, WT/DS259/R, 11 June 2003, para.10.711.

[16] Agreement on Agriculture, Article 4(2).

[17] 事实上，秘鲁的价格区间制度与欧盟的可变进口税制度存在差异，其调整的间隔期间较长（相较于欧盟每天调整，

1 条第 3 款明确规定，当 WTO 与 RTA 规则之间存在不一致的情形时，RTA 规则应当优先适用。事实上，在秘鲁与澳大利亚、文莱、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、哥斯达黎加、欧盟、危地马拉、洪都拉斯、日本、马来西亚、韩国、墨西哥、巴拿马、新加坡、越南、美国等缔结的 RTA 中，皆有专门条款认可秘鲁的 PRS，而秘鲁与上述缔约相对方间的贸易构成了秘鲁全部国际贸易 95%的体量。换言之，在无法改变多边贸易规则的情况下，秘鲁试图通过缔结 RTA 以改变其就特定农产品承担的贸易义务。

在专家组阶段，秘鲁试图基于 VCLT 第 41 条，主张 RTA 条款产生了修改 WTO 框架下的权利和义务的效果，使得秘鲁有权采取 PRS 措施；但由于该 RTA 并未生效，此点主张难以成功。[18]随后，秘鲁对该案提起上诉，不再讨论 RTA 是否修改了 WTO 条款，或 RTA 条款能否优先适用的问题。作为替代，其主张专家组没没有对《农产品协议》第 4 条第 2 款作正确解释：基于 VCLT 第 31 条第 3 款，条约解释应当参考上下文（context），包括缔约方后缔结的条约，以及任何能够适用于缔约方之间的相关国际法规则；[19]秘鲁与危地马拉间的 RTA 应当被视为缔约方后缔结的条约，说明 PRS 体系应当被排除于《农产品协议》第 4 条第 2 款禁止的情况；《国家责任法草案》（ARSIWA）第 20 条与第 45 条则应当被视为任何适用于缔约方之间的相关国际法规则，说明危地马拉已经通过 RTA 的行为同意（consent）秘鲁采取 PRS 措施，且放弃（waive）对该措施要求秘鲁承担责任。[20]

对此，上诉机构非常详细地驳斥了秘鲁的所有主张。第一，对条约规则的解释应当能够反映条约所有缔约方的意图，而不是使条约对不同缔约方之间具有不同含义；秘鲁主张应当对 WTO 规则在适用于其与危地马拉的关系时作不同解释；该主张本质上不是在讨论条约解释的问题，实际上仍然是在谈论条约修改的问题。[21]第二，ARSIWA 第 20 条与第 45 条不能被视为“适用于缔约方之间的相关国际法规则”。条约解释需要考虑的是具有“相关性”的规则，只有当规则规范的是同一问题时才会具有相关性；[22]专家组在该案中需要解

秘鲁采取两周调整一次的频率）；其调整税收的目标不是将国内产品价格稳固至专门的水准，而是以国际市场的浮动价格为基准；更重要的是，其确保该进口税率不超过在 WTO 承诺的最惠国税率。Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agriculture Products, T/DS457/R, 27 November 2014, para.7.126-7.167.

[18] Panel Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agriculture Products, T/DS457/R, 27 November 2014, para.7.508.

[19] Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Article 31(3)(a)(c).

[20] Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agriculture Products, T/DS457/AB/R, 20 July 2015, para.5.84

[21] Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agriculture Products, T/DS457/AB/R, 20 July 2015, para.5.94-5.96.

[22] Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agriculture Products, T/DS457/AB/R, 20 July 2015,

释的问题是《农产品协议》第 4 条第 2 款中“可变进口征税”与“最低进口价格”的概念，而 ARSIWA 第 20 条与第 45 条显然并不解决该问题，因此不是相关法律规则。[23]第三，上诉机构进一步就 VCLT 第 41 条问题进行详细阐释。其认为，WTO 成员能否通过 RTA 修改 WTO 制度在特定成员之间的权利义务适用情况，取决于《建立世界贸易组织公约》的第 10 条、GATT 第 24 条以及 GATS 第 5 条，上述条款应当优先于 VCLT 第 41 条适用；[24]尤其是，GATT 第 24 条要求成员间缔结 RTA 以“促进彼此间的贸易”且“不得对缔约方的贸易制造阻碍”为条件，因此 RTA 在修改成员间权利义务关系时只能促进贸易自由，成员不能通过缔结 RTA 将其贸易安排退回更不自由的状态。[25]

（二）解决国际贸易规则间冲突的传统思路

基于已有案例实践，WTO 争端解决机构在处理 WTO 与 RTA（或 CU）规则间关系时几乎都持有将两者割裂的态度，仅关注在 WTO 框架内以 WTO 规则为依据解决争议。更进一步，随着案例实践深入，处理 WTO 与 RTA 贸易规则间关系时主要涉及两个问题：规则修改、规则解释。

1. 规则修改

就规则修改而言，涉及当 WTO 与 RTA 规则同时适用于争议双方间贸易关系时，何者应当优先适用的问题：如果 RTA 规则构成了对 WTO 规则的修改，则其应当优先适用。对于此问题，WTO 争端解决机构主张应当在 WTO 规则框架内对贸易规则进行修改，即 RTA 对成员间权利义务的修改应当以 GATT 第 24 条、GATS 第 5 条的规则为基础，且不能通过 RTA 对成员间义务作规避。

自“土耳其纺织品案”之时起 WTO 争端解决机构就为 GATT 第 24 条的适用设置了较高的门槛：成员基于 RTA 采取的不符合 WTO 规则的措施必需是为构建 RTA 所必不可少的，且需要满足 GATT 第 24 条第 5 款、第 8 款的条件；可以预见，未来如果在服务贸易领域出现相关案例，WTO 争端解决机构在适用 GATS 第 5 条时亦可能倾向于采用类似的逻辑。尤其是，上诉机构几乎否定了依据 VCLT 第 41 条判断 RTA 与 WTO 间适用关系的可能性，

---

para.5.101.

[23] Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agriculture Products, T/DS457/AB/R, 20 July 2015, para.5.103-5.104.

[24] Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agriculture Products, T/DS457/AB/R, 20 July 2015, para.5.112-5.113.

[25] Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agriculture Products, T/DS457/AB/R, 20 July 2015, para.5.116.

事实上将 WTO 体系视为独立于国际公法一般规则的自给性体制。

2. 规则解释

就规则解释而言，涉及当 WTO 与 RTA 规则对同一贸易问题皆作规定时，能否结合 RTA 规则对 WTO 规则的内涵进行解释的问题。对于此问题，WTO 争端解决机构长期依据 VCLT 第 31 条对贸易规则进行解释。

鉴于 GATT 第 24 条较高的适用门槛，成员在处理相关争议时不再触及规则修改问题，而是试图通过 RTA 规则对 WTO 条款作不同解释。VCLT 第 31 条第 3 款为 WTO 争端解决机构在适用 WTO 规则时参考 RTA 规则的内容提供了可能性。该款规定条约解释应当参考上下文（context），包括缔约方后缔结的条约，以及任何能够适用于缔约方之间的相关国际法规则；其中，RTA 可能被解释为适用于缔约方之间的“相关国际法规则”。然而，WTO 争端解决机构指出用于解释 WTO 规则的“相关国际法规则”应当能够反映 WTO 所有缔约方的共同意愿，而非使得 WTO 规则对不同成员间的贸易关系具有不同的涵义。因此，尤其当 RTA 规则对 WTO 规则作相互冲突的规定时，其很难被用于解释 WTO 规则的内涵。不过，该主张仍然正确地澄清了条约解释与条约修改之间的区别，对于厘清 RTA 与 WTO 条款间关系的问题具有理论意义。

总体而言，目前 WTO 争端解决机构仍然很大程度上将 WTO 视为与 RTA 相对独立的自给机制，可能加深国际贸易法体系的碎片化危机。尤其是，在国际贸易法秩序深刻变革以及国家强化其主权诉求的背景下，WTO 成员广泛地通过 RTA 规则澄清 WTO 规则中尚未明确的议题，或通过 RTA 规则对限制国家主权的 WTO 规则进行限制。WTO 争端解决机构忽略 RTA 规则的做法一定程度上偏离了当前国际贸易市场的现实需求。

（三）分析国际贸易规则间关系的核心问题

尽管 WTO 争端解决机构长期倾向于在 WTO 规则框架内解决贸易争端，但国际贸易法体系是国际法体系的有机组成部分。在国际贸易法体系碎片化扩张程度不断加剧的背景下，需要充分利用国际法体系中关于国际规则关系的制度，全面梳理国际贸易规则之间的关联关系与冲突样态，探究解决国际贸易规则冲突的法律方法，以加强国际贸易法体系内各类规则的相互联结。具体而言，国际规则的关系取决于根本性的法律理论与逻辑，需要探讨三个问题。

第一，国际规则的性质。例如，一些规则涉及如纺织品配额安排等双边的边境上贸易减让措施，一些规则涉及保障措施实施的基本原则制度。随着国际贸易法从边境上措施深入到边境后措施，不同贸易规则是否会产生不同的性质，彼此间关系是否会呈现不同的特点？

第二，国际规则间的关联方式。尽管区域、双边国际贸易规则在不同国家间规范国际贸易关系，但国际贸易制度本质上皆以 WTO 多边制度安排为基础。因此，国际贸易规则在满足哪些条件的情形下才会产生冲突？未产生冲突时规则间是否存在其他的关联方式？

第三，当规则冲突产生时解决冲突的具体制度。在已有案例实践中，规则修改、规则解释是最核心的问题，但 WTO 争端解决机制倾向于在 WTO 规则框架内，以割裂的方式对待贸易规则之间的关系。因此，在 WTO 规则框架外是否存在其他的国际法相关制度，以强化国际贸易规则之间的联系？

二、核心问题之一：国际贸易规则的性质

为探究国际规则之间的关联关系，需要理解国际规则的不同性质。随着国家间关系的特点日益复杂化，国际规则的性质也相应多元化。随着国际贸易规则从边境上措施逐步扩张到边境后措施，国际贸易规则的性质亦具有多元性。

（一）国际规则的性质特征

国际法体系在扩张与发展过程中出现诸如强行法、对一切的义务、对集体的义务等概念，似乎使国际规则产生了等级特征。具体而言，国际规则可以被分为三类：

第一类，双边性规则，以国家间双边、互惠权利义务关系为核心，参与国相互合作以交换利益，并不对集体承担义务。传统上，诸如外交协议、商贸协议等大部分条约都属于此类，规范特定国家间双务关系，类似于国内法私人主体之间的契约。相应的，国家可以自主修改（modify）或停止（suspend）特定双边规则对彼此的约束力，该修改或停止不会影响第三国的权利或义务，或损害条约的目的与宗旨。[26]

第二类，集体性规则，以国家对集体的义务（*erga omnes partes*）为核心，所有参与国构成共同的集体，每一个参与国履行义务的行为都影响集体利益的实现。随着国际法功能立体性发展，国家开始对特定集体纵向地承担义务；一些国际规则甚至产生类似国内立法

[26] VCLT, Article 41, Article 58.

的功能，其因适用主体更普遍、规则标准更为一致，且效力更为稳定而能更好地维护国际社会基本法治秩序。[27]相应的，参与国不能随意对此类规则进行修改或停止其实施，以影响其他国家权利之享有或义务之履行。[28]

第三类，共同体性规则（或强行法），以国家对一切的义务（*erga omnes*）为核心，参与国对国际社会共同体承担义务以保护全人类的根本利益。由于该类规则具有保护国际共同体基本价值或道德的目的，国家不能随意减损承担的义务，做出修改或停止相关规则的行为。[29]

上述分类以国家间的权利义务结构为基础，试图阐释不同法律关系对国际规则特征产生的影响。应当注意的是，在同一国际法领域或同一国际条约中可能同时具有多种性质的国际规则；尽管国际规则的效力开始具有差别，但其并不会在国际法体系的各类渊源中塑造类似于国内法体系的自上而下的效力等级关系。

（二）国际贸易规则的性质特点

由于当前国际贸易法体系由多边的 WTO 规则与双边、区域性的 RTA 规则为重要构成，本部分围绕相关渊源讨论国际贸易规则的性质特点。

1. WTO 框架下的多边贸易规则

在 WTO 的多边贸易规则体系中，存在两类规则。第一类规则建立 WTO 组织机构，规定其运行秩序，具有集体性质或立法性质。这类规则主要规定在《设立世界贸易组织的协议》（Agreement Establishing the World Trade Organization）中，就 WTO 的性质、功能、组织机构、与其他国际组织之间的关系、预算、决策机制、规则修改、成员加入等事项进行规定。此外，WTO 附件 2《关于争端解决的谅解》（Dispute Settlement Understanding，简称 DSU）[30]以及 WTO 附件 3《贸易政策审查机制》（Trade Policy Review Mechanism，简称 TPRM）[31]亦属于此类。在此类规则中，所有成员对 WTO 多边贸易体系的集体承担义务，

---

[27] 参见徐崇利，《“一带一路”国际经济法律制度的“契约性”特征》，载于《法学》2019 年第 3 期，第 132 页。

[28] VCLT, Article 41(1)(b)(i), Article 58(1)(b)(i).

[29] VCLT, Article 41(1)(b)(ii), Article 58(1)(b)(ii).

[30] 例如，DSU 第 3 条第 2 款规定，WTO 的争端解决机制是维护多边贸易体系的稳定性与可预见性的核心支柱。参见 Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 3(2).

[31] 例如，TPRM 的目的即是促进成员进一步遵守 WTO 规则，通过提升成员贸易政策的透明度并加深对各成员贸易政策的理解，以促进多边贸易体系的发展。参见 Trade Policy Review Mechanism as Amended by the General Council (Revision, effective as of 1 Jan. 2019), A. Objective (i).

遵守共同规则以维护多边贸易秩序的运行与发展；如果其中一个成员违背规则或对特定规则进行挑战，将对所有其他成员的权利乃至整个多边贸易秩序产生影响。例如，自 2016 年美国未同意 WTO 争端解决机制上诉机构韩国籍法官张胜和的连任开始，其持续扰乱上诉机构法官甄选程序，直接导致 WTO 争端解决机制的停摆危机，对整个多边贸易的法治秩序提出挑战。

第二类规则规范 WTO 成员之间的贸易关系，属于 WTO 规则中的实体规则，性质更为复杂。这类规则通常规定于 WTO 附件 1 与附件 4 中，对货物贸易、服务贸易以及与贸易相关的知识产权问题进行规定，可以进一步被分为三类：

其一，成员在其减让表（schedule）中就关税减让、削减非关税贸易壁垒、开放服务贸易市场等促进贸易自由的问题所作的承诺，具有双边性质。其中，各成员进行减让磋商的过程尤其能够体现双边特征。在此过程中，成员首先就其关注的贸易产品进行双边互惠磋商以达成协议，[32]再通过最惠国待遇条款将对彼此的贸易承诺立即、无条件地适用于其他所有贸易成员；WTO 框架下多边贸易磋商的本质，是各成员之间开展双边互惠交易的集合。此外，如果 WTO 成员意图对特定货物的减让承诺进行修改（modification），[33]相应磋商应当在该成员与最初与之谈判此种减让的缔约方，或任何其他就此货物具有主要供应利益的缔约方之间进行。[34]质言之，WTO 成员在各自减让表中承担的义务本质上是一个成员对另一成员做出的承诺，而非对整个 WTO 集体做出的承诺，具有双边性质。

其二，WTO 附件 1 中规定的最惠国待遇原则，具有集体性质或立法性质。务须赘述，多边贸易秩序的核心目标在于构建开放平等的竞争环境。最惠国待遇，能够保证来自任何一个成员的同类产品，在进入任何其他成员市场时享受平等待遇、公平竞争，以最大程度地挖掘各国比较优势。同时，WTO 通过最惠国待遇原则将成员间双边贸易承诺多边化，

---

[32] 例如，上诉机构在 *EC – Computer Equipment* 案中指出，关税磋商就是一个互惠的提出需求并做出让步的过程，一个相互交换（“give and take”）的过程。参见 Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, 22 June 1998, para.109. 又如，GATT 在关税磋商条款明确指出磋商需要以互惠且对彼此有利的方式进行，参见 The General Agreement on Tariffs and Trade, Article XXVIII bis. Tariff Negotiations (1).

[33] 注意，此处修改（modification）不同于修订（amendment），前者多发生在多边协议的特定成员间对双边性质条款修改的情况，该修改不会影响其他成员方的权利义务；后者则需要经过多边协议的所有成员，体现协议的集体性质。在《设立世界贸易组织的协议》中，即在第 10 条规定了条约的修订（amendments）问题，而非条约的修改。关于条约的修订与修改的区别，参见 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 40 Amendment of multilateral treaties, Article 41 Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only.

[34] The General Agreement on Tariffs and Trade, Article XXVIII Modification of Schedules. 类似的，General Agreement on Trade in Services, Article XXI Modification of Schedules.

最惠国待遇是成员间双边互惠贸易关系的粘合剂。质言之，最惠国待遇原则是构建非歧视性国际贸易秩序的基石，是所有贸易成员为构建共同国际市场做出的承诺，具有集体性质。相应的，《建立世界贸易组织的协议》关于协议修订（amendment）的规则，就 GATT 1994、GATS、TRIPS 中最惠国待遇条款的修订作了最严格的规定，即需要全体成员的同意才能生效。[35]不过，WTO 的最惠国待遇亦规定了例外条款，允许成员方在满足特定条件的基础上缔结 RTA 或建立 CU。[36]

其三，WTO 附件 1 中关于货物贸易、服务贸易、知识产权保护等贸易管理的规则，具有集体性质或立法性质。例如，货物贸易中关于贸易便利化、补贴定义与反补贴调查程序、反倾销调查程序、国有企业行为原则、产品标准等的规则，服务贸易中关于透明度、国内规制、服务提供者垄断等的规则，以及知识产权保护标准的相关规则等，触及成员方的国内市场管理制度，直接对国内立法提出要求。国内法律具有普遍适用性，一旦调整将平等适用于所有市场主体，一国不可能同时实施相互矛盾的法律规则。换言之，这些规则在特定的国家集体中就国内立法进行协同，以实现国家间的“积极融合”（positive integration），带有一定程度的价值偏好，具有集体性质。[37]相应的，《建立世界贸易组织的协议》第 10 条规定，对相关规则的修订，由于会对成员的权利、义务产生改变，需要经过三分之二的多数决，并且不同意相关修订的成员有权自主选择脱离 WTO。[38]不过，WTO 关于上述问题的部分规则具有原则性，国家通过 RTA 在 WTO 规则基础上进一步明确、细化具体标准。

简言之，WTO 通过复杂的实体规则体系就货物贸易、服务贸易、与贸易相关的知识产权保护制度设立基本制度框架，并建立多边组织机构，约束各成员的国内贸易管理制度以在全球协调整合国际贸易市场；在此基本框架下，成员的核心权利义务依赖于其具体的贸易承诺，具有显著的双边性特点。WTO 的核心功能仍然是促进贸易自由，削减成员间的边境上贸易措施，各成员的关键义务是其作的双边性的贸易减让承诺；WTO 关于边境

---

[35] Agreement Establishing the World Trade Organization, Article X Amendments (2).

[36] The General Agreement on Tariffs and Trade, Article XXIV Territorial Application, Frontier Traffic, Customs Unions and Free-trade Areas; General Agreement on Trade in Services, Article V Economic Integrations.

[37] 相对地，如果国际规则仅在于促进“消极融合”（negative integration），以实现国家和平共存、消除歧视性待遇，则相应规则更多具有双边性质。参见 Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law,* Cambridge University Press, 2003, p.66.

[38] Agreement Establishing the World Trade Organization, Article X Amendments (3)(5).

后措施的贸易管理规则通常具有指导性特点，依赖于成员方国内法的细化，成员方违背相关规则不会获得巨大的贸易利益。基于 WTO 规则产生的争端，亦通常仅涉及相关成员方之间的双边权利义务关系，例如一国对来自另一国的产品给予歧视性的进口措施，或一国的补贴政策损害特定国家的贸易利益由此引发对应的反补贴措施等。WTO 框架下成员方的核心权利义务具有双边性，尽管特定成员之间义务的履行可能会对其他成员方产生经济利益上的影响。[39]

2. RTA 体系内的少边贸易规则

根据 WTO 统计数据，目前全球生效的 RTA 有 355 个，分为双边与诸边（plurilateral）两类，大部分在两个国家间缔结。[40]以中国参与的 RTA 为例，截至 2022 年 5 月，生效的双边 RTA 有 14 个，[41]生效的诸边 RTA 有 3 个。[42]

双边 RTA 具有典型的互惠性与双边性，是两个缔约方之间进一步融合贸易市场的协议。诸边 RTA，尤其是在多个贸易大国之间缔结的 Mega-RTA，其规则性质与 WTO 规则的性质类似，相对比较复杂。以 CPTPP 为例，其规则亦可以分为三类。第一类，即缔约方所作的贸易减让承诺，具有双边性质，本质上也是缔约方对彼此做出的双边贸易承诺。第二类，即缔约方就贸易管理问题达成的协议，包括诸如电子商务、政府采购、国有企业、环境与劳工等新的贸易议题，具有集体性质，以协调所有缔约方国内相关立法为目标，构建彼此间统一的市场秩序。并且，由于多边贸易谈判的迟滞，大量贸易管理的新议题通过 Mega-RTA 获得发展。第三类，即协定设立组织机构及其运行机制的规则，具有集体性质，包括该协定设立的管理委员会，委员会的职能与决策机制，以及争端解决机制等。[43]

大体而言，RTA 少边贸易规则在多边贸易规则基础上产生双重功能：进一步促进缔约

---

[39] Pauwelyn 教授即认为，WTO 体系下的权利义务本质上具有双边性质。参见 Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p.52-88.

[40] 参见 WTO 官网：Regional Trade Agreements Database, http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx, 2022 年 5 月 11 日访问。

[41] 即中国与澳大利亚、智利、哥斯达黎加、格鲁吉亚、中国香港、韩国、中国澳门、毛里求斯、新西兰、新加坡、冰岛、巴基斯坦、秘鲁、瑞士等 14 个国家与单独关税区缔结的 RTA。

[42] 即《东盟-中国自由贸易协议》（Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between China and the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)）、《亚太贸易协定》（Asia Pacific Trade Agreement, APTA）与《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP）。

[43] 例如，Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Chapter 27 Administrative and Institutional Provisions.

方间双边贸易关系的融合；进一步深化并拓展边境后贸易管理措施的协调合作。

三、核心问题之二：国际贸易规则的关联关系

在明确国际规则性质特征的基础上，本部分进一步分析国际规则之间的关联关系，以及国际贸易规则之间的关联模式。

（一）国际规则的关联关系

正如国际社会的各类事件相互联系一样，国际规则也相互关联。在国际法体系碎片化扩张的过程中，国际规则之间的重叠与冲突不可避免。具体而言，国际规则的关联关系取决于规则的适用范围及其规范的特定主体间的权利义务内容。规则的适用范围取决于三个要素：属人要素（*ratione personae*）、属物要素（*ratione materiae*）以及属时要素（*ratione temporis*）；[44]在三个要素的作用下，结合规则的具体权利义务内容，国际规则之间可能相互聚集（accumulation）或相互冲突（conflict）。

聚集关系，反映国际规则在扩张同时仍然相互协调的状态，促使国际法体系在广度与深度上得以发展。首先，国际规则之间可能形成补充关系，即规则的三个适用要素至少有一个完全不同，彼此适用范围不重叠，在已有权利义务关系基础上补充新的权利义务关系。例如，规则在完全不同的国家主体之间扩张，或在完全不同的领域扩张。其次，国际规则之间可能形成确认关系，即规则的三个适用要素相同，彼此适用范围重叠，却仅单纯对已经存在的权利义务关系进行确认。[45]此外，子体系的规则还可以通过明确终止已有规则，或者规定作为已有规则的例外情形，形成规则聚集。[46]在后两种情况下，即使规则内容矛盾，却因明确的排除性规定使规则间适用范围并不重叠。[47]

冲突关系，则反映国际法体系在多元扩张过程中产生的负面结果。实践中很难产生两个条约完全排斥的情形，冲突通常只发生于条约的部分规则之间。冲突关系的形成需要满足两个条件：其一，规则的适用范围发生重叠，如至少一个国家就同一事项同时受两个规

---

[44] Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2004, p.165.

[45] 例如，WTO 中《关于争端解决规则与程序的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，简称 DSU）第 3.2 条，直接规定在解释 WTO 涵盖协议时，应当与习惯国际法规则一致。

[46] Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2004, p.163.

[47] 值得注意的是，当规则并未明确规定作为已有规则的例外或终止时，已有规则仍然能够继续适用。此时，如果两者规定存在不一致的情形，则可能产生冲突。Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2004, p.163.

则的约束；其二，规则的权利义务内容存在差异。其中，规则内容的差异需要达到何程度，学者持有不同态度。以 Jenk 教授为代表的学者对规则冲突进行严格解释，认为只有在两个规则规定相互排斥的义务（exclusive obligation），缔约国绝对无法同时履行两个义务时才构成规则冲突。[48]以 Lauterpacht，Pauwelyn 教授为代表的学者则持更宽泛的观点，认为只要两个规则对同一问题采取不同处理方式，如一个规则赋予为特定行为的权利、另一规则规定不为特定行为的义务，或两个规则对同类义务规定不同标准，可能立即或在未来实践中产生不一致（inconsistency），就构成规则的冲突。[49]开放的定义更具有实用意义，毕竟当子体系规则之间发生不一致现象时，通过适当的法律技术判断何者应当优先适用，能够更确切地反映当事国的意图。

最后，为了更清楚地阐释规则冲突的样态，本文借用 Pauwelyn 教授对规则冲突的分类方法，按照适用主体的重叠特征将规则冲突分为两大类型。首先，AB/AB 类，即当两个条约的规则适用范围重叠时，A 国与 B 国同时受两个条约的约束；当各条约就同一问题采取不一致的规定时，A 国与 B 国可能同时援引对自己有利的条约，产生 AB/AB 类冲突。[50]其次，AB/AC 类，即当两个条约的规则适用范围重叠时，只有 A 国同时受两个条约约束；当 A 国无法同时履行其在 AB 条约下对 B 国承担的义务与在 AC 条约下对 C 国承担的义务时，产生 AB/AC 类冲突。[51]由于“条约不能在未经第三方同意的情况下影响其权利与义务”，当 A 国与 B 国缔结协议 AB 后，有权与 C 国自由缔结协议 AC，且两个协议无论时间先后

---

[48] 具体而言，在此类学者看来，如果一个规则规定一国需要履行某义务，另一规则规定该国有权不履行该义务，由于该国能够通过放弃其权利以确保不违背任何规则义务，因此不存在规则的冲突；又或者，两个规则皆要求该国履行某类义务，但一个规则规定的义务标准较低，另一规则规定的义务标准较高，该国总是可以通过履行义务标准更高的义务以确保两个规则都得到遵守，因此同样不存在规则冲突。进而，只有当两个规则规定了完全相互排斥的义务，使得该国没有办法同时履行两个义务，或者对任一规则的遵守都会导致对另一规则的违背时，规则冲突才会出现。C. Wilfred Jenks, *The Conflict of Law-Making Treaties*, British Yearbook of International Law 401, Vol.30, p.426(1953). Wolfram Karl, *Conflicts Between Treaties*, in R. Bernhardt ed., Encyclopedia of Public International Law, North-Holland, 1984, p.468.

[49] 参见 Hersch Lauterpacht, *The Convention as the "Higher Law"*, British Yearbook of International Law, Vol.17, p.58(1936)；Pauwelyn 教授更是进一步将冲突的类型分为固有冲突（inherent conflict）、必要冲突（necessary conflict）以及潜在冲突（potential conflict），并分类探讨冲突解决的方法。参见 Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2004, p.158-236.

[50] Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2004, p.18.

[51] 从格劳秀斯时代直到二战结束前，AB/AC 冲突都是最主要的规则冲突形式，并主要存在于战争法。Czapliński W, & Danilenko G, *Conflicts of norms in international law*, Netherlands Yearbook of International Law, Vol.21, p.3-42(1990); Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press,2004, p.422.

皆效力平等。[52]因此，为了避免 A 国以一协议为理由规避其在另一协议下的义务，当 AB 协议与 AC 协议规定的权利义务内容不一致时，A 国应当优先适用更严格的义务，以最大程度地消除规则冲突发生的可能；只有当两个协议规定的义务完全不同时，才应当判断 AB/AC 类冲突的存在。

（二）国际贸易规则的关联关系

国际贸易规则的关联关系可以被分为两类：WTO 多边贸易规则与 RTA 少边贸易规则之间的关系，以及 RTA 少边贸易规则彼此之间的关系。

1. WTO 贸易规则与 RTA 贸易规则之间的关系

国际贸易法体系中 WTO 多边贸易规则与 RTA 少边贸易规则之间产生 AB/AB 类关系。随着 RTA 对新贸易议题的不断拓展，在国际贸易规则 AB/AB 类关系中存在两种情况：其一，传统贸易议题，多边贸易规则与少边贸易规则皆对其进行规定；其二，新兴贸易议题，仅由少边贸易规则规定。

对于传统贸易议题而言，在同时满足两个条款的情况下，WTO 多边贸易规则可能与 RTA 少边贸易规则间产生冲突。其一，适用范围重叠。以 WTO 与 RCEP 为例：RCEP 的所有缔约方亦是 WTO 成员；两个条约皆对相应缔约方的关税减让、原产地规则、服务贸易、知识产权、补贴与反补贴等问题进行规定；且两个条约同时对相应缔约方生效。因此，规则的属人、属事、属时要素皆重合，适用范围重叠。其二，条约的具体规定并不一致。仍然以 WTO 与 RCEP 为例，WTO 在所有成员间构建非歧视性的自由贸易秩序，RCEP 则在此基础上就关税减让水平、原产地规则、知识产权保护水平、服务贸易市场开放等作更高水平的规定，因此两个条约的规则内容并不完全一致。按照 Pauwelyn 的理论，在 AB/AB 类冲突的情形下，只要规则内容不一致就应当承认冲突的存在，以具体判断主权国家更愿意优先适用哪一个规则。因此，当 WTO 多边贸易规则与 RTA 少边贸易规则就同一问题作不一致的规定时，彼此之间产生 AB/AB 类冲突。当前，RTA 贸易规则中亦存在大量对 WTO 规则进行重申的情形，构成规则的聚合。

对于新兴贸易议题的规则而言，WTO 框架下的多边贸易规则与 RTA 构成的少边贸易规则之间相互聚合，共同拓展国际贸易法体系的功能。具体而言，规则冲突的前提条件是

[52] VCLT, Article 30(4).

规则间适用范围的重叠。由于多边贸易谈判迟滞，诸如投资保护、电子商务、竞争规则、中小微企业等新兴贸易议题并未在 WTO 规则中被具体规定；对于环境保护、劳工保护等可持续发展议题而言，亦可以被视为对 WTO 中 GATT、GATS 例外条款的细化。因此 RTA 相关规则与 WTO 规则的适用范围并不重叠，彼此相互聚合。

2. RTA 规则之间的关系

在国际贸易法体系 RTA 构成的少边规则之间，存在三种情形。其一，两个 RTA 分别由完全不同的缔约方缔结，适用范围并不重叠、彼此聚合，共同拓展国际贸易法体系的边界。其二，两个 RTA 之间存在至少一个共同的缔约方，当同时就相同的国际贸易议题进行规定时适用范围重叠，可能产生 AB/AC 类冲突。其三，随着 Mega-RTA 的兴起，当已有 RTA 成员同时也是 Mega-RTA 的成员，且两个协议皆就同一贸易议题进行规定时，可能产生 AB/AB 类冲突；当一国同时参加两个 Mega-RTA，两者就相同议题制定的规则可能产生 AB/AC 类冲突。

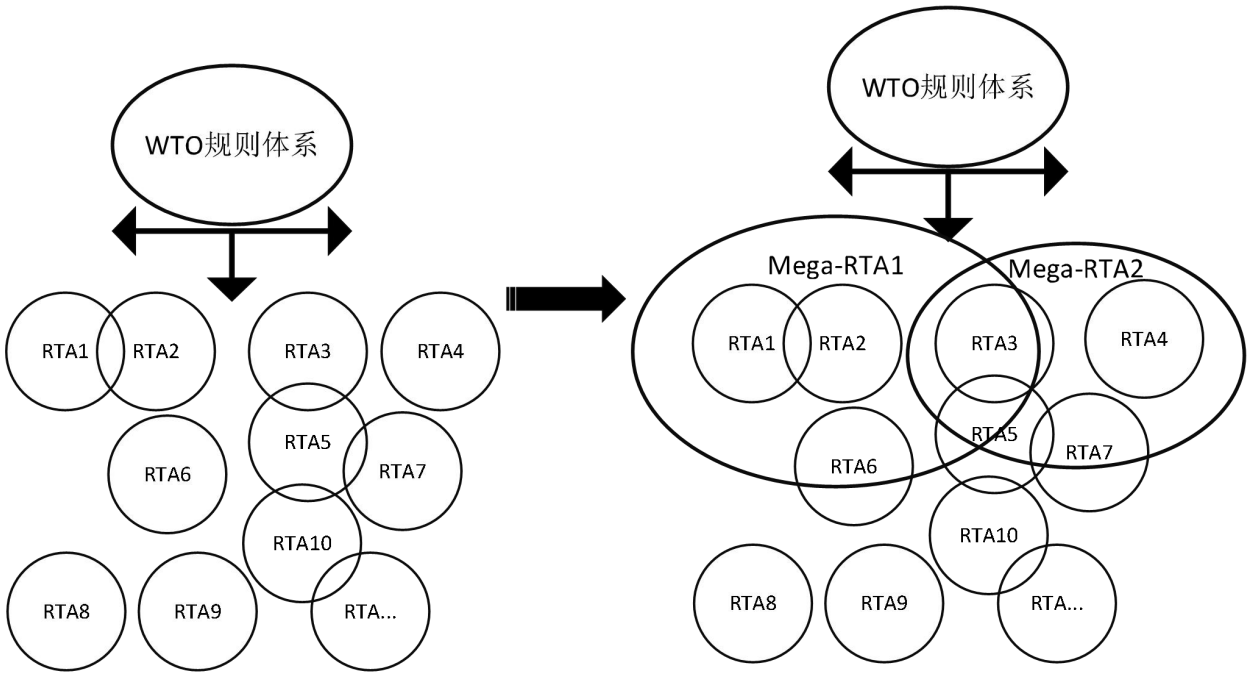
首先，传统 RTA 之间可能产生典型的 AB/AC 类冲突。以中国为例，其分别与韩国、新加坡、智利、瑞士、毛里求斯、格鲁吉亚等国之间缔结双边 RTA 之间产生 AB/AC 类关联关系。如果相关 RTA 的集体性规则（或立法性规则）存在不一致的规定，使中国的国内贸易管理制度无法同时实施不一致的管理规则，则可能产生 AB/AC 类冲突；相关 RTA 的双边性规则则分别代表中国对不同国家作出的差异性贸易承诺，中国能够同时对来自不同国家的产品、服务或投资者执行不同的双边经贸政策，相关规则产生聚合关系。

其次，传统 RTA 与 Mega-RTA 之间的适用范围重叠，产生 AB/AB 类冲突。以 RCEP 为例，其成员方包括东盟十国以及中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰等 15 个国家；在此之前，中国已经与新加坡、韩国、澳大利亚、新西兰、东盟等缔结了 RTA，日本亦已经与东盟、马来西亚、新加坡、泰国、越南、菲律宾、澳大利亚等国缔结了 RTA。当 RCEP 与各双边 RTA 皆对同样的贸易议题做出不一致的规定时，产生 AB/AB 类冲突。

最后，Mega-RTA 之间可能产生 AB/AC 类冲突。最典型的即为 RCEP 以及 CPTPP 之间可能产生的冲突。作为目前已经生效的两个影响力最大的 Mega-RTA 而言，澳大利亚、新西兰、文莱、新加坡、日本、越南、马来西亚等国是两个协定的共同成员国；中国作为 RCEP 的成员，正申请加入 CPTPP；韩国与泰国作为 RCEP 的成员，亦有兴趣加入 CPTPP。

[53]两个协定对于成员国间区域产业链与市场标准的构建皆有重大影响，而其共同成员在不同贸易安排下面临协调国际贸易政策的挑战。进言之，RCEP 与 CPTPP 将构建两个相互割裂、竞争的利益集团，抑或能够通过共同合作，促进国际贸易市场进一步发展，是需要探讨的问题。

总体而言，随着 Mega-RTA 的产生，国际贸易法体系中多边贸易规则与少边贸易规则之间的关系变得更加复杂，具体见下图。



图：国际贸易法体系碎片化结构的演变

四、核心问题之三：解决国际贸易规则冲突的具体制度

在明确国际贸易规则可能产生的冲突类型之后，本部分分析国际法体系中解决规则冲突的既有制度，以探讨协调国际贸易法体系中规则间关系的具体方法。

（一）解决规则冲突的制度

通过国际法委员会对碎片化问题的研究，以及 Pauwelyn 等学者对规则冲突问题的论述，

[53] 关于 RECP 以及 CPTPP 缔约方之间的关系，参见 Jeffrey J. Schott(2022) *Which Countries Are in the CPTPP and RCEP Trade Agreements and Which Want in?*. Available at: https://www.piie.com/research/piie-charts/which-countries-are-cptpp-and-rcep-trade-agreements-and-which-want (Accessed:11 May 2024).

国际法体系中已经形成了相对成熟的解决规则冲突的法律技术。

首先，当两个规则发生冲突时，需要判断是否存在一个规则使另一规则失效的情形。这通常涉及集体性规则与共同体性规则，具体情况分为两类。第一类，规则与强行法发生冲突。规则在产生时如果与既存强行法相冲突，该规则无效；[54]如果新的强行法产生，任何既存的与其相冲突的规则亦应被终止和失效。[55]第二类，国家就同一议题先后缔结的条约发生冲突。其一，如果某条约的所有缔约方就同一问题缔结了新的条约，在两种情况下旧的条约被终止（terminated）：第一，所有缔约方有意使此问题由后缔结的条约所规范；或第二，条约规则十分不一致（incompatible），使得两个条约无法同时适用。[56]其二，如果某多边条约中的部分缔约方缔结新的条约（*inter se* agreement）以修改此多边条约中的特定条款，新的条约在两种情形下失效：第一，新条约对多边条约其他参与国在多边条约下的权利与义务产生影响；或第二，新条约修改的条款将影响多边条约整体目的与宗旨的实现。[57]这就涉及集体性规则产生冲突的情形。

其次，当两个冲突的规则皆对同一法律关系生效，需要判断哪一规则应优先适用。这通常涉及双边性规则之间的关系。由于国际法体系内没有等级之分，规则适用依赖于两项基本原则。第一，特殊法优于一般法（*lex specialis derogat legi generali*）。即，当两个规则相互冲突时，更加特殊的规则应当优先适用。[58]其法理在于，更特殊的规则由于规定更加具体，能够更准确地考虑特定情形的需求或反映当事国的意图。[59]在适用特殊规则时，其并不会使一般规则失效，而是对后者进一步具化、澄清、更新或修正；当特殊规则规定不明时，一般规则可以对特殊规则的解释与适用提供指导；当特殊规则规定存在空白时，一般规则可以填补空白。[60]第二，后法优于先法（*lex posterior derogat legi priori*）。其法理在于，通常就同一议题先、后达成的协议，后一协议更能与时俱进地体现缔约国的意图。具

---

[54] VCLT, Article 53.

[55] VCLT, Article 64.

[56] VCLT, Article 59(1).

[57] VCLT, Article 41(1)(b).

[58] 该原则在 VCLT 中并无体现，但在国家责任法中具有相关规则。ARSIWA 第 55 条针对国家责任的特殊规则问题，规定如果对特定国际不法行为及其责任的内容与执行机制存在特殊规则，该规则应当优先适用。Responsibility of States for International Wrongful Acts, 2001, Article 55.

[59] Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, 58th session, A/CN.4/L/702, 18 July 2006, p.9, para.14(7).

[60] Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, 58th session, A/CN.4/L/702, 18 July 2006, p.9, para.14(8)(9).

体而言，其一，某条约的所有缔约方缔结了新的条约，且该条约并未被新的条约所终止，先后两个条约规则发生冲突时新的条约将优先适用；[61]其二，某多边条约的部分缔约方缔结了新条约（*inter se* agreement），在该部分缔约方之间新的条约优先适用，在该部分缔约方与其他缔约方之间则仍然适用旧的条约。[62]值得注意的是，此原则通常更适合于判断或具有制度关联性，或意于促进共同议题或目标宗旨的属于同一领域的规则之间的适用关系。[63]第三，一些条约还会规定专门的冲突条款，明确当与其他规则产生冲突时何者应当优先适用。[64]国际法委员会在研究国际法碎片化问题时也强调条约订入冲突条款的重要性：缔约国应当尽力达成完善的冲突条款，确保不影响第三方国家的利益；条款内容应当明确具体，并指引适当的争端解决机制。[65]

（二）国际贸易规则冲突的特点

基于前述对国际贸易规则性质、国际贸易规则冲突形式、国际规则冲突解决方法的分析，国际贸易规则的冲突存在如下三个特点。

第一，各类贸易规则属于同一领域，能够通国际法体系中的既有方法解决规则冲突。如前所述，如果两个规则规范不同议题，很难通过“一般”与“特殊”，或“前法”与“后法”判断缔约方希望何规则优先适用的真实意图，因此既有国际法方法难以处理此类规则之间发生的冲突。

第二，各类贸易规则中不存在强行法，不会出现因违背强行法而规则失效的问题。但需要注意的是，贸易规则具有两类：双边性规则与集体性规则。对于双边性规则而言，各协议中的规则相互平等、共存。由于只要在不影响第三方权利与义务的条件下国家能够自由缔结协议（*pacta tertiis*），各国有权自由处理彼此间的双边贸易关系，一个协议并不使另一个协议失效。对于集体性规则而言，各协议中的规则在符合 VCLT 第 41 条规定的条件下，亦能够平等共存。即：其一，多边条约本身提供了条约修改的可能；其二，该修改不

---

[61] VCLT, Article 30(3).

[62] VCLT, Article 30(4). 值得注意的是，鉴于 VCLT 第 41 条的规定，如果条约具有相互依赖性或一体性，其部分缔约国不能随意缔结新的条约以影响其他缔约方在条约下的权利与义务，或损害条约整体目标与宗旨的实现；然而，如果该部分缔约国缔结的新的条约还具有其他的缔约国，相关条约适用规则仍然应当按照 VCLT 第 30 条第 4 款的规则处理。

[63] Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, 58th session, A/CN.4/L/702, 18 July 2006, p.18, para.14(26).

[64] 典型的例子如《联合国宪章》第 103 条，赋予该宪章条款的优先适用地位。

[65] Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, 58th session, A/CN.4/L/702, 18 July 2006, p.19, para.14(30).

影响其他缔约方的权利义务，或不涉及影响条约整体目标实现的条款。[66]因此，在判断多元贸易协议的条款间关系时，需要就双边性规则与集体性规则分别进行分析。

第三，国际贸易法体系中存在 4 种规则冲突的情形。其一，WTO 与其成员间缔结的 RTA 之间，当两个规则对同一传统贸易议题作不一致规定时将产生 AB/AB 类冲突。当然，如果 WTO 成员与 WTO 之外的成员缔结 RTA，多边规则与少边规则对该成员贸易行为作完全不同的规定时，可能产生 AB/AC 类冲突，但这种情况较少。其二，一国与不同国家缔结双边 RTA，当两个 RTA 的集体性规则对贸易管理制度作完全不同的要求时，产生 AB/AC 类冲突。其三，Mega-RTA 与其成员之间缔结的双边 RTA 之间，当两个规则对同一议题作不一致规定时，将产生 AB/AB 类冲突。其四，如果两个 Mega-RTA 的缔约方重叠，当其集体性规则对贸易管理制度作完全不同的规定时将产生 AB/AC 类冲突。

（三）国际贸易规则间冲突的解决方法

由于冲突形式的不同将影响具体的冲突解决方式，本部分将分别对国际贸易规则间 AB/AC 与 AB/AB 类冲突的解决方式进行阐释。

1. AB/AC 类规则冲突

在区域性碎片化趋势增强的背景下，此类冲突可能增加。受制于主权至上的理念，国际法体系具有三大核心原则：其一，主权国家有自由缔结协议的权利；其二，有约必守原则（*pacta sunt servanda*）；[67]其三，条约不能在未经第三方同意的情况下影响其权利与义务（*pacta tertiis*）。[68]因此，当 A 国与 B 国缔结协议 AB 后，只要不违背强行法规则或 AB 协议的强制规定，A 国就有权自由与 C 国达成协议。此后，A 国应同时善意地遵守 AB 协议与 AC 协议的规定，并且不能以其中任一协议为依据违背另一个协议的规定。更重要的是，无论 AB、AC 协议的时间先后，条约法赋予它们平等的适用效力。[69]因此，在 AB/AC 冲突产生时，A 对 B 承担的义务与其对 C 承担的义务效力平等。[70]

不过，条约法承认 AB、AC 协议效力平等，并不意味着免除 A 国违背条约的责任。

---

[66] Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 41 Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only.

[67] 即，每个生效条约都对缔约方有约束力，并且应当被善意遵守。参见 VCLT, Article 26.

[68] VCLT, Article 34.

[69] VCLT, Article 30(4).

[70] 值得注意的是，VCLT 的最初草案对第 30 条第 4 款做了保留，规定如果后一缔约方知晓其缔约相对国已经与前一缔约方先缔结协议，并且该协议仍然有效，那么在先缔结的协议应当优先。不过，后来这一条款被取消。参见 Third Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, A/CN.4/167 and Add.1-3, YBILC 1964, Vol. 2, Art.65.4(c), p.35.

VCLT 第 30 条第 5 款规定，第 4 款并不影响任何涉及国家责任的问题，即缔约国缔结或适用某一协议，而该协议的规定与缔约国根据另一协议对其他国家承担的义务不符而产生的责任。[71]因此，AB、AC 协议同时适用时，A 国可以自由选择适用其中之一，并同时承担对另一协议缔约相对方的违背义务的责任；A 国也可以选择不适用任一协议，但这将直接导致对两个缔约相对方的违约责任。更进一步，在 AB/AC 冲突产生时，由于条约法并未解决两个协议的适用问题，A 国总是不可避免地违背条约义务。对此唯一的长远解决方式即是对已经缔结的协议进行重新磋商，协调两个协议的关系以彻底终止条约冲突的可能。[72]

对于国家缔结的双边 RTA 之间的关系而言，AB/AC 类冲突只可能产生于集体性规则领域。就双边性规则而言，由于国家能够将优惠性贸易政策的适用范围限定于来自特定国家的产品、服务或服务提供者，其能够同时对不同贸易伙伴履行不同的双边性承诺，如关税减让水平、产品标准互认制度、服务贸易市场开放承诺等，因此不会产生贸易冲突。就集体性规则而言，由于国家的立法制度具有稳定性，涉及贸易管理的法律制度一旦确立即很难改变，诸如公平竞争、电子商务、可持续发展等议题的规则如果为国家设立完全不同的义务则将导致难以通过法律技术解决的冲突，国家只能履行其中一个规则并承担违反另一个规则的责任。不过，就现有条约实践而言，大部分贸易规则的治理逻辑是一致的，规则内容仅在于宽严标准不一致；国家能够通过履行标准更高的标准以同时履行在两个协议下承担的责任。

对于国家缔结的 Mega-RTA 之间的关系而言，AB/AC 类冲突亦只会产生于集体性规则领域。当前，最典型的问题即为 RCEP 与 CPTPP 之间可能产生的冲突。作为目前已经生效的两个影响力最大的 Mega-RTA 而言，澳大利亚、新西兰、文莱、新加坡、日本、越南、马来西亚等国是两个协定的共同成员国；中国作为 RCEP 的成员，正申请加入 CPTPP；韩国与泰国作为 RCEP 的成员，亦有兴趣加入 CPTPP。[73]两个协定对于成员国间区域产业链

---

[71] VCLT, Article 30(5).

[72] Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p.429. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, 58th session, A/CN.4/L/702, 18 July 2006, p.19, para.14(28).

[73] 关于 RECP 以及 CPTPP 缔约方之间的关系，参见 Jeffrey J. Schott(2022) *Which Countries Are in the CPTPP and RCEP Trade Agreements and Which Want in?*. Available at: https://www.piie.com/research/piie-charts/which-countries-are-cptpp-and-rcep-trade-agreements-and-which-want (Accessed:11 May 2024).

与市场标准的构建皆有重大影响，而其共同成员在不同贸易安排下面临协调国际贸易政策的挑战。进言之，RCEP 与 CPTPP 将构建两个相互割裂、竞争的利益集团，抑或能够通过共同合作，促进国际贸易市场进一步发展，是需要探讨的问题。

2. AB/AB 类规则冲突

AB/AB 类冲突有两种情况，即 WTO 与成员间 RTA 的冲突，以及 Mega-RTA 与缔约方间 RTA 的冲突。

就 WTO 与成员间 RTA 的冲突而言，应当在限制解释 GATT 第 24 条与 GATS 第 5 条的条件上优先适用 RTA 规则。具体而言，其一，WTO 与 RTA 之间平等独立，一个条约并不使另一个条约失效。RTA 是 WTO 部分成员间缔结的新协议（*inter se* agreement），[74]可以用 VCLT 第 41 条判断两者间的关系。根据该条，在两种情况下多边条约的成员可以缔结新协议以对旧协议进行修改。第一，该多边协议提供了修改的可能。在 WTO 框架下，GATT 第 24 条以及 GATS 第 5 条皆明确规定，为了满足特定成员间贸易深度融合的需求，在满足特定实体条件并向 WTO 通报的情况下可以缔结 RTA 或者构建关税同盟。第二，如果多边协议没有禁止此种修改，新条约只要不影响其他成员的权利义务，且不涉及损害多边条约总体目标实现的条款即可以。具体而言，对于 WTO 与 RTA 中的双边性规则而言，由于它们只是处理特定成员间的双边贸易关系，成员有权对彼此间的贸易安排进行自由修改且不影响其他成员的权利。对于 WTO 与 RTA 中的集体性规则而言，一方面，RTA 本身就是 WTO 最惠国待遇的例外，因此在满足 GATT 第 24 条以及 GATS 第 5 条的情况下并不损害该根本原则的实现；另一方面，对于贸易管理议题而言，尽管 RTA 存在更为细致的规定，但其通常直接援引 WTO 已有规则，并在 WTO 设立的规则基础上进一步细化。[75]因此，特

---

[74] 此类协议的目的在于，能够既满足特定缔约方通过彼此间的特殊规则规范其关系，又允许其他缔约方按照原先的多边协议规范它们之间的秩序。参见 Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission, , International Law Commission 58th session, A/CN.4/L.682, para.303(2006). 关于 RTA 可以被视为 WTO 特定成员为修改彼此间贸易关系而缔结的新协议的论述，参见 Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission, International Law Commission 58th session, A/CN.4/L.682, para.305-306(2006)。

[75] 许多 RTA 都会首先申明该协议与 WTO 之间的关系。以《中国-韩国 RTA》为例，其第一章“初始条款和定义”中首先在第 1.1 条明确该协议在与 GATT 第 24 条、GATS 第 5 条相一致的基础上缔结；进而在第 1.3 条确认缔约双方在 WTO 协定下现存的权利和义务；并且在第 1.6 条“定义”中，就反倾销协议、关税、海关估价协议、GATS、GATT1994、一缔约方的货物、进口许可协议、保障措施协定、SCM 协定、SPS 协定、TBT 协定、TRIPS 协定、WTO、WTO 协定等概念重申其在 WTO 多边贸易协议框架下的内涵。参见《中国-韩国 RTA》第一章。不仅如此，在 RTA 的许多具体规则

定成员间缔结 RTA 并不会影响 WTO 其他成员的权利义务，亦不会影响 WTO 目标的实现。简言之，WTO 与 RTA 平等共存，共同构成国际贸易法复杂的网络体系。

其二，RTA 的规则优先适用。在明确规则间同时有效共存后，需要根据已有国际法规则判断哪一个规则应当优先适用。根据“特殊法优于一般法原则”，RTA 能够更细致地规定特定缔约方间的贸易关系，明确该缔约方的意图，因此应当优先适用。此外，根据“后法优于前法原则”，亦即 VCLT 第 30 条的规定，在符合第 41 条的条件下，当特定缔约方就同一问题在旧的多边条约基础上缔结了新的条约，新条约的规则应当优先适用。

就 Mega-RTA 与缔约方间已经存在的 RTA 的冲突而言，Mega-RTA 应当优先适用。以 RCEP 为例，其成员方包括东盟十国以及中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰等 15 个国家；在此之前，中国已经与新加坡、韩国、澳大利亚、新西兰、东盟等缔结了 RTA，日本亦已经与东盟、马来西亚、新加坡、泰国、越南、菲律宾、澳大利亚等国缔结了 RTA。当 RCEP 与各双边 RTA 皆对同样的贸易议题做出不一致的规定时，产生 AB/AB 类冲突。其次，为解决该冲突，应适用“后法优于前法”的原则。尽管从缔约方数量看来，双边 RTA 似乎更能体现缔约方之间的特殊关系；但 Mega-RTA 是缔约方在彼此之间已有贸易权利义务基础上，为进一步发展国际贸易秩序而缔结的新型贸易协议，对国际贸易规则进行新的探索与革新。[76]因此，新 Mega-RTA 是对现有贸易规则的更新，更能体现缔约方的贸易利益与主权意图，应当优先适用。

事实上，传统 RTA 通常为双边 RTA，以进一步促进缔约方的双边贸易关系为目标；Mega-RTA 则不仅因涵盖世界市场中更多、更核心的经贸主体而能够对国际经济格局产生更深刻影响，还因就新兴贸易议题进行更详细的规定而推动整个国际贸易法体系的改革。尤其是，在当前国际贸易法体系碎片化程度不断加深的背景下，优先适用 Mega-RTA 能够对成员间已有双边 RTA 进行整合，减缓国际贸易法体系的混乱程度。

五、结语

国际贸易法体系具有典型的碎片化结构。首先，WTO 多边规则体系所追求的自由平

中，亦会对 WTO 制度进行重申。例如，RCEP 在第六章“标准、技术法规和合格评定程序”中明确规定，该章的目标之一即是加强对 WTO《技术性贸易壁垒协定》的实施，并明确该章将确认且并入《技术性贸易壁垒协定》的特定条款。参见 RCEP, Article 6.2(b), Article 6.4.

[76] 例如，RCEP 在前言中指出该协议为便利贸易与投资、促进区域与全球价值链的发展，旨在构建更清晰、对彼此皆有利的贸易规则，是在缔约方已有的 WTO 及 RTA 贸易权利义务的基础之上缔结的。参见 RCEP, Preamble.

等市场目标，构建的组织机构与运行机制，设立的最惠国待遇、国民待遇、特殊与差别待遇等基本原则，以及建立的基本贸易市场管理规则等，构成当前国际贸易秩序的根基。事实上，在 WTO 建立之初，就是通过上述共同宗旨与集体性规则将成员间的双边贸易关系粘合在一起，呈现多元性、一体性的双重张力。在此基础上，随着国际贸易秩序发生历史性变迁，世界贸易市场成员不断增多，国际贸易法体系的功能不断深化且多元性张力不断增强。尤其是，在 WTO 设立的最惠国关税水平已经较低的情况下，进一步削减贸易壁垒依赖于成员方就新的贸易议题开展合作；然而，新兴贸易议题需要成员就国内贸易管理制度作进一步协调，多元的主权偏好使多边贸易磋商迟缓。由此，各成员通过 RTA 等更便利的少边平台对已有规则进一步深化，或就新的议题进行创新与实践。换言之，多元 RTA 一方面促进缔约方双边性贸易关系进一步融合，另一方面就新兴的贸易管理等集体性事项进行尝试。

更进一步，在当前国际贸易法的碎片化结构中，RTA 与 RTA 之间的关系更具复杂性。首先，多边贸易规则与少边贸易规则之间的关系较为简单。WTO 设立的集体性规则仍然构成国际贸易法的脊梁，成为联结各成员间双边贸易关系的核心，使国际贸易法体系产生一体性张力。RTA 等少边规则在 WTO 设立的基本框架基础上，在缔约方之间优先适用以满足其利益偏好，深化彼此间的贸易市场，并探索新的贸易管理规则，构成国际贸易法体系的多元性张力。[77]其次，多元 RTA 所构成的少边贸易规则间的关系则较为复杂，可能相互聚合或冲突，需要就具体的贸易规则内容进行分析。尤其在 Mega-RTA 不断发展的背景下，其一方面能够整合成员方之间已经缔结的双边 RTA，削减国际贸易法体系的碎片化程度；另一方面则可能彼此之间产生冲突，引起更严重的市场割裂与竞争。因此，在碎片化的国际贸易法体系中，更复杂的是 RTA 与 RTA 间的少边贸易规则关系，需要分议题对具体规则进行进一步分析。

[77] 当然，在没有缔结 RTA 的成员之间，其双边性贸易关系仍然以其在 WTO 框架下做出的减让承诺为规范。

泛化国家安全下我国贸易调整援助制度构建研究

侯宇锋[①]

内容摘要：我国当前所处外贸环境较为复杂，一方面我国仍坚持完善高水平对外开放机制，贸易自由化而导致国内产业竞争受损的问题仍然存在；另一方面，以美国为代表的西方国家以国家安全为由频繁对华实施加征关税、经济制裁等贸易限制措施，我国产业发展亦深受此类贸易保护主义政策影响。为应对上述问题，我国上海、天津、浙江、山东等地已就贸易调整援助制度进行地方性立法与产业实践。该项制度首次设立于美国 1962 年《贸易拓展法》，旨在补偿贸易自由化受损群体，而在泛化国家安全的外部背景下，我国地方性立法在引入该项制度同时已对其进行本土化改造，赋予其不同的政策定位。我国贸易调整援助立法工作不仅需关注其于多边贸易规则中的合法性问题，基于现有实践设计制度框架，而且应主动将该制度嵌入国际贸易谈判，推广中国模式以期国际共识。在具体运行中，我国贸易调整援助应明确部门协调分工、联合行业预警机制以及划定调整援助重点。

关 键 词：贸易调整援助　国家安全　贸易自由化　产业调整

1978 年 12 月，党的十一届三中全会将对外开放确立为基本国策，自此我国积极与世界接轨，开始融入经济全球化浪潮。自 2001 年加入世界贸易组织（World Trade Organization, WTO）以来，我国经济受益于贸易自由化实现飞速增长，对外贸易成为我国经济增长的引擎力量之一。为顺利入世，我国不仅以世贸规则为准修改国内若干关税、非关税措施等领域法律法规，而且在《入世议定书》中承诺了相比其他成员国更多义务，表明我国实现市场经济加强建设、对外开放更进一步的决心。入世后，我国抓住机遇利用自身比较优势实现制造业跨越式发展，并于 2013 年跃身成为全球货物贸易第一大国。党的十八大以来，我国以共建“一带一路”为契机构建全面开放新格局，实现从经济全球化参与者向引领者的身份转变。时至今日，我国对外开放早已不止于彼时入世时的承诺，如何实现高水平对外开放成为当下重点议题。2024 年 7 月，党的二十届三中全会审议通过《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，其中提出“开放是中国式现代化的鲜明标识”，并就“完善高水平对外开放体制机制”做专门论述。

在我国推进高水平对外开放的同时，国际贸易环境却已发生深刻变化。据《世界开放报告 2023》研究显示，近年来世界开放水平持续低迷，2022 年世界开放指数为 2008 年以来第二低的水平。[②]贸易自由化起初虽由美国主导推动，但其现如今反而又倾向回归至单边主

① 侯宇锋，武汉大学法学院国际法专业博士研究生，联系方式：fxyhyf@whu.edu.cn。

② 《<世界开放报告 2023>：维护和扩大世界开放仍需各国共同努力、相向而行》，载新华网，http://www.

义和保护主义的对外政策当中。不论是特朗普执政时期以加征关税为手段对中国挑起贸易战，抑或是拜登执政时期对中国采取的“小院高墙”式科技封锁政策，美国以国家安全为由持续对中国施加出口管制、经济制裁等贸易限制措施，实则是为打压中国经济、科技等领域发展，并企图联合欧盟、日本、韩国等同盟对中国展开合围封锁。即使面对美国泛化国家安全的贸易保护主义行径，我国作为经济全球化和多边贸易体制的坚定捍卫者，仍会坚定不移推动高水平对外开放，这就意味着未来我国国际贸易可能会面临更多阻力与问题。为纾解上述压力，从长远发展角度出发以国内法律和政策为主要依托的贸易政策工具——贸易调整援助（trade adjustment assistance, TAA）可于未来发挥更大效用。

一、贸易调整援助制度的设立背景与定位

（一）贸易调整援助制度前期发展

现今多边贸易体制和规则在形成之初多由美国主导，而 TAA 这一具有贸易救济属性的政策工具亦发端于美国，故而研究 TAA 制度仍需从美国溯源，考察其设立背景与发展脉络。

1.美国 TAA 设立缘由

在其大力推举贸易自由化之前，美国针对外国产品通常制定高额进口关税，旨在增加财政收入并保护国内产业及工人。《美国宪法》明确关税征收权归属国会，故而关税成为国会历史上调解贸易政策的主要工具，彼时美国对外贸易政策也主要通过关税税率表现。20 世纪 30 年代之前，国会长期垄断贸易政策制定权，议员为迎合选区内贸易保护主义团体利益持续推行保护性关税政策，并于 1930 年将该政策推至顶峰。1930 年，美国颁布臭名昭著的《斯姆特-霍利关税法》[①]（The Smoot-Hawley Tariff Act），将其关税平均提升了 50%，其后美国遭至源于诸多国家的报复性关税措施，该法也被视为造成 20 世纪 30 年代经济大萧条的诱因之一，对美国政治和经济稳定造成巨大打击。为重新提振美国经济，1933 年罗斯福上台后开始推行新政。时任国务卿赫尔极力推崇自由贸易政策，主张降低关税、减少贸易壁垒。在赫尔及其所领导的国务院的推动下，国会于 1934 年批准《互惠贸易协定法》[②]（the Reciprocal Trade Agreement Act, RTAA）,授权总统制定关税，罗斯福得以在与他国谈判双边贸易协定时降低关税，自此以总统为代表的行政机构具备推行贸易自由化的权力基础，总统与国会在贸易议题中展开权力之争，而其背后是分别代表自由贸易主义和贸易保护主义的政治团体之间的博弈。[③]

从亚当·斯密时代起，经济学家一直基于比较优势理论倡导自由贸易，并将其作为贸易政策目标。现代国际贸易中关税税率和进口配额一般维持在较低水平，也体现各国对于贸易自由化发展的认可。然而，即使贸易自由化政策有利于社会整体，其不可避免地会给部分群体造成经济损失，这也是贸易保护主义者攻击自由贸易政策的主要原因。当不具有国际竞争

---

xinhuanet.com/world/2023-11/05/c_1129959191.htm，2024 年 8 月 4 日访问。

① Pub. L. No. 361, 46 Stat. 590, 708 (1930).

② Pub. L No. 73-316, 48 Stat. 943 (1934)(codified at 19 U.S.C. §§ 1351-1354 (1988)).

③ 陈利强：《美国贸易调整援助制度研究》，人民出版社 2010 年版，第 1-18 页。

力的国内产业和企业失去该国贸易保护主义政策庇护时，外国竞争极有可能导致企业破产、工人失业，若产业整体竞争力偏弱可能造成全产业瘫痪，长此以往则会严重损害社会经济结构。[①]在经历古典自由主义阶段所导致的 20 世纪 30 年代经济大萧条后，凯恩斯主义和福利经济学成为应用于社会治理的主要学说。福利经济学所提出的帕累托最优理论与补偿理论指出，为增加社会整体福利可允许损害部分群体利益，但其后政府应采取措施补偿受损群体，若补偿过后福利仍有剩余可视为社会整体福利得到提升。[②]企业重整、工人再就业往往需要耗费较高时间与资金成本，产业调整尤甚，在福利经济学影响下，政府成为解决自由贸易受损问题最为合适的主体，这也为 TAA 设立提供了理论基础。

2.美国 TAA 发展历程

1934 年 RTAA 颁布后贸易自由主义开始逐步占据美国贸易政策主导地位，根据授权总统可在未与国会协商情况之下达成国际关税减让协定。同时，国会为保留自身权力而将授予总统的贸易谈判权（trade negotiating authority）限于特定协定并设置授权期限。其后，美国大力推进自由贸易政策，主动与别国谈判降低关税、开展互惠贸易。二战之后，美国牵头开展关税减让谈判，23 个国家最终于 1947 年签订《关税及贸易总协定》（General Agreement on Tariffs and Trade, GATT）。RTAA 所构建的国会与总统之间贸易权力分配模式一直延续至 1962 年，在此期间总统主要谈判两种国际贸易协定：双边贸易协定和 GATT 支持下的关税减让协定。时至 1962 年，此时国际贸易体制日趋复杂，新一轮多边贸易谈判已然展开，根据肯尼迪政府建议，国会通过了《贸易拓展法》[③]（Trade Expansion Act, TEA）。TEA 虽仍授权总统开展国际协定谈判，但要求其事后将协定提交至国会审批，如此规定主要基于国会担忧总统在 GATT 协商中同意采取无关税贸易措施。[④]为继续推进贸易自由化政策，缓解企业和工人因进口导致的受损情况，TEA 首次设立 TAA 制度。

然而，TAA 条款从协商之初便纷争不断，其后施行亦是面对诸多阻碍。当国会中贸易保护主义者意识到无法阻止 TEA 通过后，他们转向对 TAA 规定多加限制。TEA 立法目的旨在将 TAA 塑造成为应对进口竞争的主要政策工具，然而对于进口竞争敏感的生产商而言，相比于面临外国竞争后再进行调整的不确定性，其更希望获得源于贸易壁垒的持续竞争保护。此外，贸易保护主义者担忧若形成有效的调节机制，受进口竞争影响行业中的工人和生产商所形成的利益共同体将被打破，从而损害贸易保护主义者所拥有的政治力量。[⑤] TAA 于 1962 年设立之初主要向由于进口竞争受损的工人、农民和企业提供财政援助，且并未规定时限，然而由于贸易保护主义政治团体极力要求抬升 TAA 获取标准，最终有效限制了 TAA 的使用，

① *See* Whitney John Smith, *Trade Adjustment Assistance: An Underdeveloped Alternative to Import Restrictions*, Albany Law Review, Vol. 56: 4, p. 944(1993).
② 张建：《中国贸易调整援助立法的理论与实践》，首都经济贸易大学出版社 2020 年版，第 41 页。
③ Pub. L. No. 87-794, 76 Stat. 872 (repealed 1975).
④ *See* C. O'Neal Taylor, Fast Track, *Trade Policy, and Free Trade Agreements: Why the NAFTA Turnes into a Battle*, George Washington Journal of International Law and Economics, Vol. 28:1, p.18(1994).
⑤ *See* William R. Golden Jr., *Politics of Free Trade: The Role of Trade Adjustment Assistance*, Virginia Journal of International Law, Vol. 14:1, p. 152-153(1973).

导致在其问世 7 年之中未有一例成功申请。《1974 年贸易法》[①]（Trade Act of 1974）颁布后降低了 TAA 申请标准，但不同于 TEA 中的无限期授权，该法案仅授予 TAA 项目 8 年期限。TAA 虽在设立之初被寄予厚望，但在后续实行中却并未取得良效，工人对其保持消极态度甚至称之为“丧葬保险”（burial insurance）。[②]工人仅将 TAA 视为一种收入支持来源，大多受助者并未得到真正调整，也并未说服其支持贸易自由化，故而有学者将 TAA 视为政府失败案例。[③]即使如此，虽存间断，从 1974 年开始 TAA 仍经历了十余次授权，实施细则已几经修改。从颁布时间看，TAA 被提交至国会讨论的时间点和延长期限均与总统谈判新贸易协定或寻求国会审批协定具有高度相关性。美国国会最近一次授权 TAA 为 2015 年，期限为 6 年，与当时奥巴马政府正在进行“跨太平洋伙伴关系协定”（Trans-Pacific Partnership, TPP）谈判高度相关。2021 年后，TAA 虽已暂时失效但仍旧活跃于众参两院讨论中，如“2022 年美国竞争法案”和 2024 年“普惠制”延长议题都曾提出建立与之相适应的 TAA 计划。可见，美国从设立 TAA 之初就将其视为发展贸易自由化的重要政策工具，主要目的在于通过补偿贸易自由化受损群体而减少政策推进压力，TAA 至今仍被视为贸易自由化获得和维系公众支持的关键所在。

（二）贸易调整援助制度他国引入

经济全球化推动参与其中的各国市场不断开发深入，为不同国家提升了社会福利。然而，经济全球化同样加深了经济外部效应，这使得各国在受益同时均需思考如何控制贸易自由化的发展成本，故而一些国家或地区也纷纷自创或借鉴美国 TAA 制度，建立符合自身国情的贸易自由化补偿机制。

作为欧共体的前身组织之一，欧洲煤钢共同体于 1951 年成立之后负责各成员国煤炭和钢铁的生产与销售，且根据所签订条约规定成员国无需缴纳关税即可获得煤钢生产资料。其后，该机构提供专项资金帮助落后地区进行产业调整和转型，发挥了与 TAA 相似的功能。但长期以来，欧共体及之后的欧盟并未形成与美国 TAA 相似的制度，原因在于欧盟建立时便注重构建福利机制，对于工人就业调整与培训也长期存在欧洲社会基金介入。但随着多边贸易体制愈发复杂，欧盟不得不建立专门应对经济全球化的调节机制。2006 年，欧洲全球化调整基金（European Globalization Adjustment Fund, EGAF）根据欧盟第 1927/2006 号条例创立，并于 2009 年由第 546/2009 号条例修改。EGAF 主要为积极劳动力市场政策提供财政支持，可转化为职业培训和指导、求职援助、职业介绍和促进创业等多种资助措施。[④]相比美国 TAA 适用于工人、企业、农民、社区等范围而言，EGAF 仅适用于因全球化而失业的

① Pub. L. No. 93-618, §§ 301-302, 88 Stat. 1978, 2041-43 (1975)(codified as amended at 19 U.S.C. §§ 2411-2418 (1988)).

② *See* Samuel M. Rosenblatt, *Trade Adjustment Assistance Programs: Crossroads or Dead End, Law and Policy in International Business*, Vol. 9: 4, pp. 1075(1977).

③ *See* James A. Dorn, *Trade Adjustment Assistance: A Case of Government Failure*, Cato Journal, Vol. 2:3, p. 865-906(1982).

④ *See* Felipe Figueiredo Martins, *The European Globalisation Adjustment Fund: Purpose and Reform*, Boletim de Ciencias Economicas, Vol. 63: Volume 63A, p. 210-211(2020).

工人，可视为欧洲社会基金的补充机制。即使如此，EGAF 作为欧洲资助实施积极劳动政策的工具，也为欧盟成员国贸易自由化受损群体提供了一定补偿。

除欧盟外，加拿大、韩国、日本等国家均针对国内产业建立了调节机制，其中加拿大和韩国所建立的 TAA 制度高度效仿了美国模式。加拿大于 1965 年制定首个 TAA 项目，被称为过渡援助补贴（Transitional Assistance Benefits, TAB）,主要为应对其与美国所达成的《汽车协定》（the Auto Pact）。该协定虽建立了北美汽车产业统一市场，导致美国汽车公司及其加拿大分公司雇佣员工数激增，但对于加拿大本土企业和工人来说却面临来自美国生产商的巨大挑战。然而，加拿大政府并不热衷于建立因协定失业的工人补偿项目，TAB 被建立的主要原因被认为是美国为其汽车产业工人建立了 TAA 制度，故加拿大也需采取对应举措。随后，加拿大与美国签订条约项下各类计划陆续推进实施，直至 20 世纪 80 年代最后一个联邦项目才被逐渐取消。现如今，加拿大更进一步融入经济全球化。而由于其联邦政府与省政府基于联邦制分权而治，为使省政府进一步贯彻国际条约的实施，加拿大联邦政府在贸易谈判中开始寻求与省政府开展更多合作。若联邦政府想要进一步推进贸易自由化、减少非关税壁垒，就需省政府与之相配合。因此，学者认为加拿大联邦政府需建立更为先进的 TAA 机制，用于补偿由于经济结构变化而受损的工人。[①]韩国政府所建立的 TAA 制度亦深受美国影响。2006 年，韩国政府为推动自由贸易协定（free trade agreement, FTA）谈判引入 TAA 机制，旨在援助由于实施 FTA 而利益受损的企业和工人。在此之前，韩国在修改其与智利之间的 FTA 时便为处于竞争弱势的生产部门设立 FTA 相关帮扶项目，说服相关群体接受贸易自由化政策。随着 FTA 数量的增加，脆弱国内产业需要于 FTA 达成和贸易自由化更进一步发展前得到援助形成了广泛共识，故而 TAA 成为韩国推进 FTA 政策的重要组成部分。韩国 TAA 项目适用对象主要为制造业中小企业及其工人，援助理由即为政府需援助 FTA 推进政策中的脆弱国内产业。然而，韩国 TAA 在实施中亦遇到问题，主要由政策冲突和行政机构之间不协调导致[②]，这与韩国行政体制和其 TAA 立法设计息息相关。

日本于二战之后的经济政策以增长集中规划模式为主，故政府和产业负责人通过使用调整援助政策引导工业基础向更具效率的经济部门发展。日本所使用 TAA 政策演化为一种衰退产业退出机制，从中央层面调配发展资源，与美国 TAA 用于补偿贸易自由化受损群体的立法目的与展开方式并不相同。自 1949 年至 2001 年，日本通商产业省（the Ministry of International Trade and Industry, MITI）主要承担宏观调控职责，负责制定产业政策并从事管理职能。20 世纪 50 年代初期，MITI 主要关注日本国内资金密集型产业，如钢铁产业、造船业等，通过官方引导和私人投资，日本的比较优势也向资金密集型产业倾斜。而至 20 世纪 70 年代中期，由于能源及原材料成本抬升、某些关键产品领域需求降低以及源于其他后

① *See* Dmitry Lysenko, Lisa Mills & Saul Schwartz, *Does Canada Need Trade Adjustment Assistance*, International Journal, Vol. 72:1, p. 91-110(2017).

② *See* Joon-heon Song, *Finding Beneficiaries: Trade Adjustment Assistance System in South Korea*, Journal of International Trade Law and Policy, Vol. 16:2, p.92-105(2017).

发国家的竞争等因素，原属于资本密集型的产业丧失了竞争优势，这也导致当时日本失业率明显上升。故而日本 TAA 主要发挥三种作用：其一，调整工人至更具国际竞争力的产业；其二，援助因竞争力较弱产业而受损的群体；其三，尝试削弱受竞争威胁的产业的生产能力，引导其退出竞争。[①]日本结合自身国家体制和文化传统创设了不同模式的 TAA，说明 TAA 作为政策工具并不局限于贸易自由化补偿机制的定位。我国在引入 TAA 过程中可借鉴各国之所长，同时避免他国 TAA 制度运行过程中所产生的问题，根据我国国情建立符合现实需求的中国 TAA 制度。

二、我国贸易调整援助制度的立法基础

（一）贸易调整援助制度本土化发展

1.我国 TAA 相关政策与实践

自 2001 年加入 WTO 后，我国迅速融入经济全球化并取得举世瞩目的成就。美国一直将 TAA 作为应对贸易自由化的主要政策工具，随着国际贸易水平不断提升，我国官方与学者亦开始思考 TAA 于中国的价值。2008 年，我国商务部开展以外国 TAA 研究为主要内容的课题研究，并于同年主持制定《贸易调整援助暂行办法（草案）》（以下简称“《草案》”），但该草案并未得到公布。[②]2015 年 12 月，国务院印发《关于加快实施自由贸易区战略的若干意见》（以下简称“《意见》”），其中专门指出“研究建立贸易调整援助机制”，在自由贸易区战略背景下将 TAA 政策目标定为援助因关税减让而受冲击的产业、企业和个人。2017 年 6 月，上海市商务委员会和当地自由贸易试验区管委会印发《中国（上海）自由贸易试验区贸易调整援助试点办法》（以下简称“《试点办法》”），有效期为 2 年，该《试点办法》成为我国首个关于 TAA 的地方规范性文件，亦成为我国 TAA 重启立法进程的标志。之后，前述两机构于 2019 年 6 月发函，决定将《试点办法》有效期延长 1 年。而至 2021 年 10 月，上海市商务委员会等四部门联合印发《上海市贸易调整援助办法》（以下简称“《援助办法》”），初步有效期至 2026 年年末。从《试点办法》到《援助办法》，上海试行 TAA 的企业范围从自贸试验区内扩展至全市，一定程度上印证了该制度的必要性与可行性。此后，多地政府在中央支持下也陆续开始探索 TAA 制度引入途径，为之后正式立法提供宝贵经验。经梳理 2008 年以来我国 TAA 相关主要地方立法与实践得到下表。

我国 TAA 相关主要政策与实践

时间	立法、政策名称	评述
2008 年	《贸易调整援助暂行办法（草案）》	同年 6 月我国商务部产业损害调查局举行《国外贸易调整援助制度及其对我国的启示》课题启动会。该草案虽目前尚未公布内容，但表明我国 TAA 立法开始启动。

① *See* J. Mark Ramseyer, *Letting Obsolete Firms Die: Trade Adjustment Assistance in the United States and Japan*, Harvard International Law Journal, Vol. 22:3, pp. 595-620(1981).

② 张建：《“一带一路”视角下的贸易调整援助：政策依据与法律构造》，载《上海政法学院学报》2019 年第 4 期，第 13 页。

2015 年 12 月	《关于加快实施自由贸易区战略的若干意见》	《意见》在第四部分“健全保障体系”中，意见明确指出“研究建立贸易调整援助机制……对因关税减让而受到冲击的产业、企业和个人提供援助，提升其竞争力，促进产业调整”，揭示我国建立 TAA 的目标和框架。
2017 年 6 月	《中国（上海）自由贸易试验区贸易调整援助试点办法》	该办法由上海市商务委员会和上海自贸区管委会联合制定，响应《意见》中“研究建立贸易调整援助机制”的要求，亦成为我国首部贸易调整援助地方性规范。
2019 年	《商务部关于支持中国（海南）自由贸易试验区建设若干措施的通知》《国务院关于印发 6 个新设自由贸易试验区总体方案的通知》	商务部、国务院相继印发文件，支持海南、广西、河北、云南等四省自由贸易试验区建立贸易调整援助试点工作，进一步推动该项制度在我国自贸区内的“先行先试”。
2019 年 8 月	商务部于广西五县分别举办贸易调整援助食糖产业试点培训班	2019 年 8 月，在临时保障措施仍然有效时，我国商务部以食糖产业为试点开展 TAA。此举既贴合了我国食糖产业的发展现况，又实现了 TAA 在我国的落地实践。
2021 年 3 月	《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》	“十四五”规划于第四十章“建设更高水平开放型经济新体制”第四节“健全开放安全保障体系”中明确指出“健全产业损害预警体系，丰富贸易调整援助、贸易救济等政策工具，妥善应对经贸摩擦”，将贸易调整援助与产业损害预警体系、贸易救济并列提出，在一定程度上反映了贸易调整援助的政策地位。
2021 年 10 月	《上海市贸易调整援助办法》	2021 年 10 月公布的《援助办法》由上海市商务委员会等四部门联合制定。结合先前试点办法的运行情况，其表述更为精确，同时建立了四部门就贸易调整援助制度的协同合作机制。从 2017 年试点办法和 2021 年援助办法的对比当中可以发现 TAA 于我国的演进方向。
2022 年 1 月	《国务院办公厅关于做好跨周期调节进一步稳外贸的意见》	该意见于第九条中指出“加快推进贸易调整援助。支持各地方结合本地实际建立健全贸易调整援助制度，积极开展贸易调整援助工作，助力稳定产业链供应链”，同时，该意见在之后注明该项工作负责部门。
2022 年	《山东省贸易调整援助实施方案》《浙江省	为落实《国务院办公厅关于做好跨周期调节进一步稳外贸的意见》，山东、浙江、江苏等三省结合本省经济特

	贸易调整援助试点实施方案》《江苏省贸易调整援助工作方案(试行)》	色与实际情况，分别制定贸易调整援助制度的实施方案，开始形成贸易调整援助的广泛实践。
2023 年 6 月	长三角贸易调整援助行业服务联盟在上海成立，同时上海市贸易调整援助百场培训进万企培训季启动	上海进出口商会、江苏省进出口商会等 5 家商业协会联合长三角区域 18 家行业协会，建立长三角贸易调整援助行业服务联盟，为企业提供资金、技术、管理等多方面援助。
2023 年 6 月	《天津市贸易调整援助办法》	《天津市贸易调整援助办法》由是我国第二个具体关于建立 TAA 的地方规范性文件。该办法的整体框架与《上海市贸易调整援助办法》相似，同时亦存在不同表述，形成 TAA 立法的又一新实践。

2.我国 TAA 制度再造

《试点办法》公布之前，我国对于 TAA 的政策定位与美国相似，正如 2015 年所发布《意见》是在加强自贸区战略语境下探讨建立 TAA 制度，受损原因主要为关税减让，援助目标在于提升受助对象竞争力并促进产业调整。迄今为止，我国学者对于 TAA 制度构建研究亦多聚焦于贸易自由化补偿这一设立目的。[①]然而，作为我国首部 TAA 地方性立法规范，《试点办法》设立 TAA 制度的目的并不仅局限于应对贸易自由化造成的损害。《试点办法》第 2 条定义中将 TAA 运用背景描述为“国际贸易环境变化”，而制度效果为“恢复进出口竞争力”，这也具体体现在第 3 条援助范围不仅包括受到进口冲击的企业，而且涵盖出口受到贸易摩擦及其他贸易壁垒影响的企业。《试点办法》这一设计正是基于我国外贸所面临的现实问题不止源于贸易自由化受损，更有以美国为主的贸易保护主义措施所产生的外贸经济发展限制，此类规定是对 TAA 制度进行中国本土化改造的表现。“十四五”规划则将 TAA 与贸易救济并列为应对贸易摩擦的政策工具，从政策层面明确 TAA 相比传统“两反一保”贸易救济措施具有独立地位，同时相比此前《意见》中所规定，“十四五”规划已不再强调我国 TAA 制度与贸易自由化受损之间存在必然关联，而将其作为对外开放的安全保障体系，从国家规划层面扩大了 TAA 的适用范围。

《试点办法》的运行为后续推广立法提供了良好示范，至《援助办法》时其间规定进一

① 国内学者基于贸易自由化补偿机制视角研究 TAA 制度构建的研究成果有：刘艺卓、杨海成、尹文渊：《农业贸易调整援助：国际经验与中国路径》，载《国际贸易》2023 年第 5 期；陈淑梅、陈梅：《中国特色贸易调整援助机制建设研究》，载《国际贸易》2019 年第 4 期；张建：《“一带一路”视角下的贸易调整援助：政策依据与法律构造》，载《上海政法学院学报》2019 年第 4 期；全毅、郑美青：《构建我国 FTA 框架下开放补偿机制的政策分析》，载《亚太经济》2014 年第 4 期；田晓艳：《试论我国实施贸易调整援助制度的潜在问题与风险》，载《企业经济》2012 年第 4 期；陈波：《构建我国 FTA 的贸易调整援助》，载《国际展望》2010 年第 4 期等。

步细化、立法技术得到明显提升。《援助办法》适用范围从上海自贸区扩展至该市全部行政区域，同时相比《试点办法》主管部门数量增多，故而《援助办法》依据各部门职能建立TAA 协调机制，有利于制度进一步落实。此外，《援助办法》用语更具精确性，第 2 条明晰了中国 TAA 制度的政策定位：使用 TAA 的背景条件仍是“贸易环境变化”，且强调“严重影响”，但对于何为“贸易环境变化”，《援助办法》进行了非穷尽式典型列举，其中包括“外部歧视性贸易政策”、“对外贸易突发和异常情况”和“进口严重冲击”。TAA 触发条件则从生产经营、员工流失等情况判断，主要援助手段为支持调整，最终目标仅为使受助对象“恢复正常生产经营”。立法用语的变迁体现了 TAA 制度于我国国情下的适应性调整，应对“进口严重冲击”本是美国创立 TAA 的原始目的，除此之外我国 TAA 制度具有更多适用场景，这正体现了当下我国所处外贸环境所产生的制度需求：在面对贸易自由化开放受损问题同时，我国外贸还需面对如美国加征关税、出口管制、经济制裁等歧视性贸易政策问题以及诸如新冠大流行等突发或异常外部因素影响。故而《援助办法》没有将 TAA 局限于贸易自由化补偿，而是充分发挥其宏观调控属性援助受损产业及其中的企业和工人。美国 TAA 作为一种利益再分配工具主要应对贸易自由化所产生问题，而《援助办法》所塑造的 TAA 制度旨在同时应对贸易自由化和贸易保护主义所产生的不良影响。在此之后，我国浙江、天津、山东等省市所开展的 TAA 立法或实践的背景条件均与《援助办法》相似，为我国日后 TAA 立法提供了基础支撑。

（二）WTO 框架下贸易调整援助制度合法性分析

1.美国 TAA 制度合法性来源

如今 WTO 虽面临诸多问题，但其所构建的多边贸易体制依旧发挥着巨大价值，故而我国建立 TAA 制度仍强调需符合 WTO 框架下各项规定，从而取得国际正当性与合法性。GATT 在制定之初便融入了美国面对贸易自由化受损如何弥补的思考，具体体现为第 19 条关于部分产品进口的紧急措施，其中规定由于进口产品激增而导致成员国相似或竞争产品国内生产商严重受损时，受损成员国可以全部或部分中止协议项下义务或者取消或修改减让承诺。此种规定源于美国 1934 年所颁布的 RTAA，彼时为分散源于贸易保护主义群体的政治压力，其中规定在贸易自由化发展以外需设立临时或紧急限制以保护国内生产商，此种例外规定即为美国逃避条款（escape clause）的雏形。此后，美国国会于 1951 年《贸易协定延期法》（Trade Agreements Extension Act）中首次制定包含逃避条款的法规，明确规定在进口激增已对国内产业造成严重损害或具有严重损害威胁时，该产业可以得到救济，且受损应追溯至贸易协定减让，而受理进口救济的美国政府机构为国际贸易委员会（International Trade Commission, ITC）。1955 年，为放宽救济授予标准，该法规得到修改并规定当进口竞争对损害造成重要影响时即可认定为损害应得救济。1962 年 TEA 首次引入 TAA 制度，但由于其认定损害标准严格化，导致 TAA 产生初期并未得到实际运用。至《1974 年贸易法》中，逃避条款的因

果标准再次被放宽为重要影响并允许 ITC 向总统提出 TAA 建议作为应对政策。[①]至此，美国国内法基本完成 TAA 制度建设，而由于 GATT 第 19 条的设立同样源于美国主导的逃避条款，故而美国 TAA 在创设之初便具有 GATT 框架下的天然正当性。

但实际上，时至今日 WTO 中也尚未制定与 TAA 直接相关的规则，即使在以 GATT 第 19 条为基础而延伸出的《保障措施协定》（Agreement on Safeguards）中也并不存在关于 TAA 的论述，仅于序言中强调“认识到结构调整的重要性”。该协定中所规定的保障措施包括数量限制、提高关税等本属于违反 GATT 公平竞争的行为，同时规定了此类措施的实施时限，这与 TAA 制度并不相符，因此讨论 TAA 制度于 WTO 框架中的合法性需从制度所涵盖的具体措施入手。关于美国 TAA 制度合法性研究主要以《补贴与反补贴措施协议》（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures，以下简称“《SCM 协议》”）为背景判断援助措施是否具有合法性，而对于农业及农产品的 TAA 措施则需在《农业协定》（Agreement on Agriculture）下进行讨论。[②]企业 TAA 是该项制度中最具代表性的项目，且目前我国现有 TAA 立法与实践大多基于企业视角，故而主要研究美国企业 TAA 的合法性问题。

美国企业 TAA 曾主要包括财政援助和技术援助两种。前者包含税收减免、贷款担保等项目，均属于《SCM 协议》第 1 条中所定义的财政资助，然而美国国会于 1986 年已取消财政援助，因而研究其合法性已不具有现实意义。后者规定于《1974 年贸易法》第 3 章第 253 节，技术援助主要包括协助企业形成经济调整计划、协助企业实施经济调整计划以及前述两者兼具，实施方式则通过现有机构和其他私人、企业或机构完成援助，且若援助由后三者提供美国政府可承担不超过 75%的费用。技术援助款项并不直接拨付至企业，而是通过贸易调整援助中心按比例支付，即使如此，技术援助费用可能构成《SCM 协议》第 1.1 条(a)款第 4 项中所规定的财政资助，即政府向特定基金机构支付款项并委托其履行政府职能。然而，依据《SCM 协议》第 1.2 条，即使一项措施被视为补贴，也需满足第 2 条所规定之专向性才属于协议规制对象。在企业 TAA 项目中，资格审查主要考虑所属产业进口情况、企业受损情况以及两者之间的因果关系，关于具体运行的相关规定也已对援助条件和资助金额做出限制，故而该种技术援助应总体满足《SCM 协议》第 2.1 条(b)款之要求，不具有专向性，并未违反该协定。从贸易政策角度出发，传统贸易救济工具所包括的反补贴、反倾销和保障措施均是通过降低对方受益的方式保护自身，无论此种利益产生于公平贸易抑或不公平贸易。而 TAA 则仅就自身受损进行调整援助，对其余成员方利益并未造成影响，具有一定的温和性。目前，美国也并未因 TAA 项目被其他成员方起诉至 WTO，从一定程度上可证明 TAA 在 WTO 框架下具有合法性和可行性。

2.中国 TAA 制度合法性建设

---

① *See* Mary Anne Joseph, *Trade Adjustment Assistance: An Analysis*, Connecticut Journal of International Law, Vol. 6:1, p. 254-255(1990).

② 陈利强、屠新泉：《WTO 体制下美国贸易调整援助制度合法性探析》，载《国际经贸探索》第 27 卷第 2 期，第 72 页。

我国 TAA 虽未于国家层面正式立法，但从现有地方性规范及相关实践中可对我国 TAA 措施进行合法性评估。从《试点办法》到《援助办法》，更为谨慎精细的立法用语为寻求 WTO 框架下的正当性提供基础。从措施出发，《援助办法》第 12 条和第 13 条规定了援助范围和方式。援助范围贯穿产品生产、市场营销以及风险规范与内部机制等多个环节，且根据市场环境动态调整。《援助办法》所规定的援助方式与美国企业 TAA 类似，均为可委托第三方提供的技术援助，具体包括专业咨询、技术指导和专业培训等服务。此外，第 13 条第 2 款规定企业若符合 TAA 标准可就与调整相关的服务费用申请资金。该种资金支持于 WTO 框架下合法性分析与美国企业 TAA 项目合法性分析思路基本一致，《援助办法》及相关申报文件已对申请条件及金额做出严格限制，商务委员会则依据企业申请及其实际受损情况判断是否予以援助，故而《援助办法》中的 TAA 措施并未违反《SCM 协议》。目前，浙江、天津、山东等省市均已公布 TAA 相关地方性规范，其中所采用的援助措施均与《援助办法》相似，以此为基础建立的我国 TAA 制度便可从总体上具有 WTO 框架下的合法性。

美国建立 TAA 制度旨在弥补贸易自由化受损，主要问题表现为进口产品激增导致国内产品竞争力下降。WTO 所建立的多边贸易体制同样用于推进贸易自由化，因此具有逃避条款性质的 GATT 第 19 条亦将应用背景设立为进口激增。然而时至今日，单边主义和贸易保护主义逐渐抬头，贸易环境不稳定性因素与日俱增，美国以国家安全为由频繁对华使用加征关税、出口管制等贸易限制措施，在此背景下我国需建立更符合实际需要的 TAA 制度。故而在我国 TAA 地方性立法规范中，受损原因不仅包括诸如进口严重冲击这类贸易自由化问题，而且还存在外部歧视性贸易政策、外贸突发和异常情况等问题，甚至在天津、山东等地的立法规范中出现“在我国政府应对外部歧视性贸易政策过程中受严重影响”这一受损原因。可见，我国 TAA 制度更偏向于应对泛化国家安全而导致的贸易保护主义问题，而以此为目的建立的 TAA 制度仍具有 WTO 框架下的合法性，理由有二：

其一，美国泛化国家安全采取的贸易限制措施本就违反 WTO 法等相关国际法规范，如在“美国—对钢铁和铝产品采取某些措施”案（United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products, DS544）中专家组已裁定美国滥用 232 条款对中国钢铝产品加征关税的措施违反 WTO 相关规定。232 条款设立于 TEA 中，根据该条款经由任何部门或机构负责人要求或任何利益相关方申请，美国商务部都应立即针对被要求或请求的产品进口对于国家安全的影响发起调查。美国商务部调查过后应及时将报告递交总统，再由美国总统决定是否要对该产品及其衍生物采取进口限制措施。在 DS544 中，我国提出美国以 232 条款为国内法依据对限制钢铝产品进口采取四种歧视性措施：加征进口关税、特定国家减免、相关配额协定和特定产品排除程序。[①]专家组报告指出美国加征钢铝产品关税导致税率已超过减让表中承诺，与 GATT 第 2 条不相符。此外，美国对于某些国家钢铝产品免征关税的做法违反了 GATT 第 1 条国民待遇之规定。同时，针对美国援引安全例外条款所提出的抗辩，专家组亦

① *US — Steel and Aluminium Products (China)*, WT/DS544/R, Panel Report, para.2.36(9 December 2022).

做出否定结论。基于 GATT 第 21 条(b)款(iii)项之规定，成员方在战时或其他国际紧急局势中可采取行动保护其基本安全利益。专家组认为国际紧急局势应具有相当程度的严重性且对国际关系行为产生关键或严重的紧张关系，而本案中美国加征关税等行为并不发生于战时或国际紧急局势之中，故而无法适用安全例外条款而免责。最终，专家组判定美国对钢铝产品所采取措施违反 GATT 之规定并损害了中国利益。[①]由 DS544 可推知，美国以 232 条款为代表所发起的加征关税等措施违反 WTO 规定，且无法满足援引安全例外条款之条件，其极具泛化国家安全倾向的贸易限制措施不具有国际合法性。

其二，我国利用 TAA 制度应对本就违反 WTO 规定的外部歧视性贸易政策符合 WTO 框架安排。《援助办法》第 2 条指出 TAA 旨在支持企业开展自主调整援助，恢复正常生产经营，而并未给其制造额外竞争优势，我国其他 TAA 地方性规范也均明确 TAA 仅用于弥补受损。为增强多边体制，《争端解决规则和程序谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU）第 23 条规定当成员方寻求纠正（seeking redress）违反承诺或使利益受损的行为时，其需遵守 DSU 规定，不得在无专家组或上诉机构授权情况下擅自采取行动。然而，在“欧共体-影响商船贸易措施”案（European Communities — Measures Affecting Trade in Commercial Vessels, DS301）中，专家组指明“寻求纠正”并不包括成员方受到违反 WTO 规定的先前行为损害，而对其内部主体进行补偿或减轻损失的行为，因为此种补偿行为并不针对采取违反 WTO 规定行为的成员方。报告特别指出 TAA 并不构成“寻求纠正”，因为该种缓冲行为（palliative action）旨在弥补因违反 WTO 规定行为而受损的内部主体，而未影响成员方之间权利和义务的平衡。[②]因此，我国 TAA 制度即使用于应对外部歧视性贸易政策，但同样具有明显的止损属性而非“寻求纠正”行为，[③]亦不属于 DSU 第 23 条所控范围，故而亦可印证 WTO 框架下的合法性。

三、泛化国家安全下我国贸易调整援助制度构建方式

（一）国内立法路径

2008 年，我国商务部曾就 TAA 制定《草案》，但最终并未得到公布与实施。在此之前，2004 年作为贸易救济措施的“两反一保”已经通过商务部起草、国务部颁布而以行政法规的形式各自设立单独条例，且上述三项条例的上位法均为《中华人民共和国对外贸易法》（以下简称“《对外贸易法》”）。我国“十四五”规划已将 TAA 与贸易救济并列作为贸易政策工具，因此若重启 TAA 单行立法，其立法模式与效力位阶应与“两反一保”保持一致。在此基础上则需探讨我国 TAA 立法的上位法依据，但我国《对外贸易法》至今仍缺少产业调整相关规定，唯一可与 TAA 产生联系的第 44 条系保障措施实施规定，其中提及可对产业提供

① *US — Steel and Aluminium Products (China)*, WT/DS544/R, Panel Report, para.8.1-8.3 (9 December 2022).
② EC – Commercial Vessels, WT/DS301, Panel Report, para.7.197 (22 April 2005).
③ 龚红柳：《论中美贸易战中实施“反制”的 WTO 合规性》，载《经贸法律评论》2019 年第 1 期，第 44-45 页。

必要支持。[①]然而，第 44 条作为保障措施条款同样将受损原因规定为“进口产品数量大量增加”，若以该条款作为上位法依据，我国 TAA 制度无法发挥其他政策价值，即应对外部歧视性贸易政策和贸易突发和异常情况。现行《对外贸易法》修改于 2016 年，彼时泛化国家安全问题还未像现今如此明显，因此立法部门尚未将应对外部歧视性贸易政策考虑在内。而随着近年来以美国为首的西方国家以国家安全为由频繁使用经济制裁、出口管制等贸易限制措施，我国不断颁布反制立法，以法律途径对相关国家予以反击。在此背景之下，我国《对外贸易法》也应迎合现实需求做出修改，并为 TAA 单行立法提供充足上位法依据。

从立法设计角度出发，《援助办法》已较为成熟，且后续地方性规范立法也多参考《援助办法》，故而我国 TAA 专门立法可充分参考现有立法体例和实践经验。《援助办法》共计 5 章，大体以 TAA 运行流程为立法逻辑。首章总则主要界定 TAA 定义和适用范围，明确该制度作为贸易工具的政策定位。第 2 章预警与指导旨在建立 TAA 与产业安全预警机制之间的联系，产业安全预警机制可为触发 TAA 提供前置条件，同时通过信息化平台更大发挥 TAA 援助效果。第 3 章援助方式与申请审核主要规定 TAA 申请的程序性事项，规定该项制度的援助范围与方式，该章是判断 TAA 是否符合 WTO 法等国际规范的主要措施来源。第 4 章援助评估是研判 TAA 项目实施情况，有利于其顺利开展并适时结束。第 5 章附则说明该法规解释权归属与有效期问题。《援助办法》具体由上海市商委会牵头，主要建立以企业为主的 TAA 制度。但在实践中，我国于 2019 年 8 月就曾以广西食糖产业为试点开展农业 TAA 项目。在天津、山东等地出台的 TAA 办法中也均将农业 TAA 考虑在内，体现为将农业农村部门纳入协调工作机制内。美国 TAA 以企业、工人和农民为主要援助对象，然而中美之间农业发展模式具有较大差异。若我国 TAA 立法亦考虑将农业纳入调整产业范围，则需结合其特性考虑专章立法，而不能仅套用现有企业 TAA 立法模式。

（二）贸易谈判嵌入

美国建立 TAA 的初衷是为弥补因贸易自由化而受损的群体，从而减少来自贸易保护主义团体的政治压力，以便更好的推行贸易自由化政策。因此，总统请求国会批准 TAA 项目的周期与其自由贸易谈判进程高度重合。在加拿大、欧盟、韩国等国家或地区中，TAA 制度均以应对贸易自由化受损为目的被引入，表现出各国在经济全球化背景下对于国内产业调整重要性的认同。然而，迄今为止作为多边贸易体制典型代表的国际组织 WTO 还未制定关于产业结构调整的相关规定，其主要原因在于各国产业组成和发展极具个性，如此导致难以提取关于产业调整的共性规则。TAA 作为贸易工具，虽由一国国内立法制定并实施，但其诞生背景为经济全球化的持续深入发展。运用 TAA 不仅旨在弥补国内贸易受损、维护经济结构稳定，而且从全球发展角度更是为了推进贸易自由化发展。基于这样的制度定位，关于 TAA 议题的探讨应自然延伸至双边、区域和多边贸易谈判当中，并从双边、区域贸易谈判

① 张建：《中国贸易调整援助立法：路径选择与方案设计》，载《深圳社会科学》2019 年第 3 期，第 147 页。

入手逐步形成有关 TAA 的共性规则。

现有国际贸易规则主要聚焦于经济开放性，而较少关注诸如 TAA 这类可使贸易自由化更为持续稳定发展的贸易政策工具，这就导致国际贸易法中为各国履行贸易自由化承诺制定了诸多法律程序和外交途径，而忽视了贸易自由化对于参与方负面影响的应对与消解。为解决这样的立法错位（misaligned lawmaking），TAA 条款应当被引入贸易协定当中。[①]具体位置可根据贸易协定安排判断，如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP）第 23 章发展章节可引入 TAA 条款，而《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership，RCEP）更适宜于第 7 章贸易救济中增加有关 TAA 的规定。将 TAA 制度内嵌于贸易协定当中不仅有利于共性规则的形成，而且从政治层面为贸易自由化发展提供了可持续动力。对于我国而言，一方面可于 WTO 内再行发起并加强 TAA 相关议题讨论，推进于多边贸易体系中构建产业调整规则，以期增强当前多边贸易体系的稳定性；另一反面，我国在进行双边、区域贸易谈判与修改当中应嵌入 TAA 相关规定，同时明确该项制度不仅用于弥补贸易自由化受损，同时可用于应对以外部歧视性贸易政策为代表的贸易保护主义问题，将中国立场与创新推广至更多国家。TAA 之所以形成贸易自由化补偿机制这一定位主要是由于彼时美国主导了贸易自由化规则制定进程，他国所引入的 TAA 制度也均深受美国影响。而现今国际局势已发生深刻变革，外贸环境日趋复杂，因此我国所改造的 TAA 制度更符合当下国情所需，而将其内嵌于贸易谈判、与更多国家形成制度共识有利于我国更进一步掌握国际规则制定中的话语权。

（三）制度运行重点

总体而言，TAA 项目仍被美国政府视为重要的贸易政策工具，其也在推进贸易自由化进程中发挥了较大作用。然而，美国 TAA 的运行并不顺利，自 1962 年至今也多遭中断。而自 2015 年奥巴马政府时期通过的一项为期 6 年的《2015 年 TAA 再授权法案》（TAA Reauthorization Act of 2015）[②]到期后，该项制度目前还未得到延期。导致美国 TAA 运行困境的主要原因在于总统与国会之间分权制衡，总统在贸易谈判中已具有较大权力，而 TAA 项目所需资金需国会批准授权，故而 TAA 项目成为国会制约总统的一种政治议价工具。然而这种体制性问题不会出现于我国，若 TAA 得到我国国家层面立法，该项制度可得到自上而下的政策落实。同时，由于 TAA 已具有诸多地方性规范作为立法基础，故而可自下而上推动立法进程，使立法工作更具科学性。除此之外，我国 TAA 制度在具体运行当中还需关注以下几个维度：

其一，分管部门协调方式。TAA 作为产业调整政策本就涉及诸多行业，以目前地方性规范文本分析，我国 TAA 制度援助对象与美国 TAA 项目相似，包括企业、工人和农民。《援

① *See* Timothy Meyer, *Misaligned Lawmaking*, Vanderbilt Law Review, Vol. 73:1, p. 207-210(2020).
② Pub. L. No. 114-27, § 403, 129 Stat. 362, 374.

助办法》等地方性立法规范结合援助特点于地方政府机构之间成立 TAA 协调机制，若上升至国家立法层面该协调机制需于国家部委之间建立。作为我国外贸经济政策制定和实施的政府机构，商务部不仅应当负责 TAA 专项立法的起草工作与相关政策的形成与落实，而且应牵头组建工作协调机制，明确各部门于 TAA 项下的工作职能。TAA 中所涉资金拨付则需由财政部负责，从国家层面形成该项制度的专项资金拨付方案。在涉及产业政策调整、工业行业运行情况监测层面，协调机制需要工业与信息化部参与其中，指导行业形成良性发展。在 TAA 制度各分项目中，商务部适宜作为企业 TAA 的负责主体，而对于工人及农业农民相关的援助项目，更适宜由人力资源和社会保障部以及农业农村部分别负责。TAA 作为贸易政策同样具有调节社会福利的功能，因此在运行过程中会存在如何与例如失业保险、涉农补贴等我国现有福利保障政策兼容等问题，故而由人社部和农业农村部分别负责针对工人和农民的 TAA 可最大程度实现制度融合共进。

其二，行业预警机制联合。外贸环境变化是造成相关主体受损的主要外部原因，实时监控外贸环境、及时应对相关变化是实现外贸稳定发展的重要途径。因此，我国现有 TAA 地方性规范均以专章规定建立行业预警与信息共享机制。从协调机制角度，工信部主要负责监测分析工业和通信业相关产业运行态势，商务部主要负责从宏观层面掌握外贸行业及其从业人员发展情况，农业农村部则主要负责监测农业领域相关产品进出口情况。此外，建立行业预警机制的重点在于相关数据的实时收集和共享，企业作为外贸从事主体是主要数据信息来源，而作为企业和政府机构之间沟通桥梁的行业组织更可发挥自身作用收集本行业外贸环境信息，指导企业如何应对常规外贸问题，收集企业所遇到的共性困境并代表行业提出援助申请。因此，除政府部门外，个人、企业和行业组织也可通过各种途径纳入行业预警机制建设，实现外贸信息实时上报、共享，为协调机制部门研判贸易外部环境并发出预警提供依据，而相关预警则可成为后续评估 TAA 申请和结束的重要参考信息。

其三，调整援助重点偏向。我国建立 TAA 制度主要目的在于使受外部贸易环境严重影响的主体恢复正常生产经营，而在以美国为代表的西方国家泛化国家安全的贸易政策背景下，我国 TAA 可在普遍援助之上建立重点项目。为打压中国发展，拜登政府执政期间以国家安全为由采用“小院高墙”的方式对华实施所谓“精准脱钩”，以达到科技封锁的效果。以出口管制为例，拜登执政期间延续了特朗普时期对华出口管制的相关政策，甚至更为严苛。分析美国商务部工业与信息安全局（Bureau of Industry and Security, BIS）所公布的出口管制禁令可发现，2019 年华为等大型通信科技企业和诸多实力强劲的国有企业及研究机构被首次列入实体清单（Entity List），在此之后 BIS 同样以国家安全为由针对大量中国企业颁布出口禁令。而至拜登上台后，更多被列入实体清单的中国企业为从事科技产业相关的小微企业。从运营条件和影响程度而言，相比先前被列入实体清单的国有企业与强势民营企业，小微企业市场竞争力相对孱弱，更易受外部环境影响，亦无法对美国国家安全造成所谓威胁。目前，一些被美国列入实体清单的我国小微企业已显示注销，而对小微企业采取出口管制是美国泛

化国家安全问题的又一例证。面对此种外部歧视性贸易政策，我国 TAA 制度可对相关科技产业中的小微企业进行重点帮扶，帮助其恢复正常生产经营，缓解美国出口管制对我国科技产业造成的不良影响。此外，在我国目前“国内国际双循环”的新发展格局中，我国 TAA 制度建设还需主动迎合国内供应链和产业链调整所需，在“强链补链延链”工作中帮助相关企业及产业实现稳定高质量发展，从而使我国 TAA 制度更好达成调整与援助的双重效果。

论贸易限制措施作为单边制裁方式*

马 光

（浙江大学 光华法学院，浙江 杭州 310008）

[摘 要] 当前，制裁与反制裁呈现出越演越烈的态势，而作为单边制裁的重要形式，国际贸易限制措施会被经常使用。这种措施呈现出三种类型，一旦得到申诉，采取措施的一方往往试图援引各种例外进行抗辩。再加上因美国对上诉机构成员选任的阻碍，目前的WTO争端解决机制运行不充分。各国又对国家安全的概念及范畴有不同的理解，导致国家安全概念泛化的情形。我国整体上是国际贸易措施单边制裁的受害国，但随着我国国际贸易量的大幅增长，也有些相关措施的发起。对WTO相关案例的梳理，有助于对我国采取和被采取的单边制裁方式国际贸易限制措施予以重新审视。

[详细摘要] 国际贸易限制措施作为单边制裁的重要形式经常会被使用。这种措施呈现出三种类型：采取措施的一方承认基于单边制裁的意图使用贸易限制措施；“采取措施”的一方否认“措施”的存在；采取措施的一方仅承认基于国家安全等正当理由采取贸易限制措施。不管是哪一种类型，在WTO的争端中，考察的部分其实是一样的，仅考察是否违反WTO的具体规则，如果有违反，是否可以基于例外条款得以豁免。因此，在现有的WTO机制内，无法对基于单边制裁目的采取的贸易限制措施进行有效管制。而且，近几年各国对国家安全的理解已经出现泛化的情况，进一步冲击着WTO体系。更何况目前的WTO因上诉机构的停摆导致争端解决机制在承受巨大的压力，因恶意上诉，专家组报告无法通过，这就意味着无法对采取单边贸易制裁的成员采取合法且适当的报复措施。

从俄乌冲突开始，贸易限制措施作为单边制裁方式的案例逐步增加，近几年更是呈现出井喷式的发展，这严重地威胁着国际贸易秩序，贸易方面的制裁与反制裁愈演愈烈，伪装成“合法”贸易限制措施的单边贸易制裁时有发生。面对如此严峻的形势，是时候对国家安全例外在内的特殊的，容易成为单边制裁发动借口的例外情形进行严格控制。WTO层面已经出现了以俄乌冲突、中东事态、中美争端等为中心的复杂多变的此类贸易争端，有些情势虽暂未提交WTO争端解决机制，但也有发

[**基金项目**] 国家社会科学基金重大项目（20ZDA062）

[**作者简介**]马光(https://orcid.org/0000-0002-0548-8450)，男，浙江大学光华法学院副教授，硕士生导师，法学博士，主要从事国际法学、国际经济法学研究。

展成争端案例的可能性。对这些现有的案件进行分析，探寻WTO对包括国家安全例外在内相关问题的解题思路非常重要。

我国整体上是单边贸易制裁的受害国，但随着我国国际贸易量的大幅增长，有时也被指控为在采取部分此类“措施”。对相关案例的梳理，有助于对与我国相关的单边贸易制裁提出有益的建议。特别是在探寻以总则的形式对单边贸易制裁予以禁止或限制方面提出有效的方案。从长远的利益看，整体推动限制或禁止此类措施的适用对我国是有利的，但在无法完全断绝此类措施或在立法上无法确立该项规则的情况下，也可以考虑适当对经常采取此类措施的成员同样采取类似措施，以便作出有效回应。

[关键词] 单边制裁；贸易限制措施；报复措施；贸易制裁；反措施

一、引言

2022年12月9日，欧盟就“中国—货物和服务贸易措施案”要求世界贸易组织（WTO）成立专家组。该案是欧盟以我国海关系统将立陶宛“删除”为由在2022年1月27日向WTO提起申诉的。而上述“删除”又被认为是对立陶宛退出中国-中东欧国家合作的跨区域合作机制“17+1”，特别是批准台湾当局设立所谓“驻立陶宛台湾代表处”等恶劣行径的“制裁”。2022年12月12日，我国就“美国—对某些半导体和其他产品以及相关服务和技术的措施案”向WTO提起申诉，主张美国的破坏性出口管制措施构成出于政治动机和伪装的贸易限制。2022年12月21日，WTO发布中国香港诉美国的“美国—原产地标记要求案”专家组报告，支持中国香港诉请，裁定美国的涉案措施违反WTO规则。这三起案件均为申诉方认为措施采取方基于单边制裁动机或政治动机采取贸易限制措施的典型案例。

这些年，制裁与反制裁措施此起彼伏，而有相当一部分制裁与反制裁措施是通过贸易限制措施采取的。2022年3月14日，美国、欧盟等14个WTO成员（41个国家）发表联合声明，谴责俄罗斯发动战争粗暴违反国际法、《联合国宪章》和国际和平安全基本原则，认为发动战争对所有国际组织都会产生影响。这些成员声明将取消对俄罗斯产品和服务的最惠国待遇，并且不再支持白俄罗斯加入WTO。声明特别提到，每个成员都有权采取措施保护基本安全利益。[1]2023年5月23日，日本政府正式出台半导体制造设备出口管制措施，作为回应，我国也于7月3日发布关于对镓、锗的出口管制。①日本的措施虽然包装成“出口管制”，但不可否认其具有政治动机，因而可

① 这些措施目前尚未在WTO受到申诉，因而也不作为本文的主要研究对象，但不可否认，此类措施还是大量存在。尽管该措施以各国普遍采取的出口管制形式出现，但事实上该措施是日本与美国一道打压中国技术发展

以视作日本对我国的一种制裁，而我国的出口管制措施具有反制的性质。基于单边制裁动机采取的贸易限制措施大体可以分为三种类型：采取措施的一方承认己方是基于单边制裁动机采取措施；采取措施的一方不承认己方是基于单边制裁动机采取措施，而是依据国际贸易规则，基于己方如国家安全等合法目的采取措施；采取“措施”和“措施”对象方对是否存在“措施”本身有争议。单边制裁动机采取的贸易限制措施在现实中不好甄别，因为采取措施的一方往往不承认至少不会主动宣称其采取贸易限制措施的理由是基于单边制裁。不少情况下，只能依据采取措施的时间和背景等情况推测采取该措施的真正或深层次的理由。

我国往往是这些措施的受害国，同时也偶有因“采取措施”而被他成员申诉的情形，现通过对伪装成（或少数情况下甚至不加伪装）贸易限制措施的单边制裁相关三种类型案例的分析，拟对我国如何应对及完善采取此类“措施”提出若干建议。

二、单边制裁与贸易限制措施的关系

贸易限制措施是一种重要的单边制裁方式，两者之间的关系比较复杂，往往会“你中有我，我中有你”，所以，首先要理清两者的关系。

制裁是国家或国际组织以某一国家违反国际法为由对其施加不利后果的行为，以迫使受到制裁的国家改变其措施或行为。单边制裁则是指单个国家单方面决定和实施的制裁行为[2]，没有联合国安理会授权等多边制裁所应具备的条件，因而往往有较大的危害性。从制裁的方式来看，制裁也可分为经济制裁和非经济制裁，其中经济制裁在很多情况下依赖于贸易限制措施。可以看出，单边制裁与贸易限制措施之间具有非常复杂的内部关系。因为单边制裁往往被认为是违反国际法的，所以发起“以贸易限制措施为外形的单边制裁”越来越普遍。通过如此包装，即可主张己方采取的是合法的贸易措施，即使涉嫌违反WTO的具体贸易规则，也能尝试援引《关税与贸易总协定》（GATT）等经贸条约下的一般和（或）安全例外条款主张该措施的正当性。其中，相比于较为具体的一般例外条款，安全例外条款显得更加具有隐蔽性，且WTO成员对采取措施的一方是否对措施的可裁性具有决定性存有争议。这就使得各国越发想利用安全例外证明己方采取措施的国际法合法性。

在GATT和WTO的历史中，GATT和早期的WTO时代对安全例外条款直接援引的案例非常有限，通过统计可以发现，近期特别是中美对抗加剧以后，对该条款的援引案例急剧增加。特别是在部分案例中，我们会发现部分WTO成员对该条款的援引已经达到不可思议的程度，因为已经开始出现强词夺理式的、荒唐的援引。

的一环，具有明显的政治属性，实际上也是对我国采取的单边制裁。

单边制裁受一般国际法的约束，即一般国际法下的国家主权原则、不干涉内政原则及报复和反报、反措施等习惯国际法规则均适用于对单边制裁的约束。且，以WTO规则为中心的国际贸易法下的条约规则也适用于以贸易限制措施形式出现的单边制裁中。特别是WTO规则中的报复措施（WTO协定称之为中止减让，但实际上是报复）与一般国际法下的反报或反措施也具有明显的不同，即，排除了单方面的反措施。在WTO成员之间的以贸易限制措施形式出现的单边制裁同时受到一般国际法的反措施和WTO规则的报复措施所要具备的要求。同时，在WTO上诉机构瘫痪的当下，除了“多方临时上诉仲裁安排（MPIA）”缔约方之间，通过WTO多边体制采取报复措施可能会遇到阻力甚至无法实施。这也将导致更多贸易制裁和贸易反制裁的产生。

作为单边制裁的贸易限制措施，与普通的贸易限制措施比较起来有如下特点：一、采取的措施明显涉嫌违反最惠国待遇、禁止数量限制等基础性的WTO义务；第二，采取方往往注重于用一般例外的特定条款或安全例外条款主张己方措施的合法性；第三，上述例外的援引往往会得以失败；第四，存续期间极不确定，一旦遇到两国关系缓和，很容易得以撤销，当然，如果两国关系无法缓和，也有可能存续较长时间。如，2023年3月23日，韩国通知WTO争端解决机构(DSB)，它决定终止专家组程序，并即日正式撤回对“日本—有关向韩国出口产品和技术的措施案”的申诉。韩国通知DSB，韩国的这一请求并不影响韩国对其关于在争端中成立专家组的请求中所概述的各种事实和法律问题的看法。该撤回基于韩日两国领导人就二战后强掳劳工问题作出的韩国大法院判决问题达成合意，日方撤回三种核心半导体材料的韩国出口限制措施。类似情况也出现在中东几国之间的争端及中澳之间的争端。随着卡塔尔与中东邻国之间的关系及中澳关系回暖，卡塔尔与周边国家之间的多个WTO申诉得以撤回，中国全面恢复澳大利亚煤炭的进口，2023年8月4日，我国商务部还做出裁定，鉴于中国大麦市场情况发生变化，对原产于澳大利亚的进口大麦继续征收双反税已无必要，从8月5日起终止该措施，该双反措施原定自2020年5月19日起实施5年。第五，WTO争端解决机制的援引中伴随磋商，因为此类措施随时有可能缓解，导致双方一般不热衷于申诉程序，该程序仅作为压迫对方所用。如，“日本—有关向韩国出口产品和技术的措施案”在2019年9月11日被提出磋商请求后，2023年3月23日被韩方予以撤回，其间专家组于2020年6月29日成立，经历了3年6个月之久；“中国—对来自澳大利亚的大麦反倾销和反补贴税措施案”则于2020年12月16日提出磋商请求，并且之后专家组成立并组成，2023年8月4日，我国商务部通过复审取消了对澳大利亚大麦的双反措施，中澳双方于8月11日通知DSB双方达成共同满意的解

决方案，经历了近3年时间。

因为美国对上诉机构成员选任的阻挠，WTO的争端解决机制面临着重大困难，而近期随着制裁与反制裁运用的频繁，以单边制裁和反制裁目的采取的贸易限制措施越来越多，这也是目前WTO所面临的重大挑战。但不可否认，从长远来看，国际贸易的武器化和由此产生的国际贸易体系的不稳定，不会有赢家出现。在国际贸易和政治斗争之间保持一定程度的分离还是很有必要。[3]

三、作为单边制裁采取的贸易限制措施类型

作为单边制裁采取的贸易限制措施可以分为以下几种类型：

第一种类型是“采取措施”的一方否认“措施”的存在，此种类型的案子并不多，目前较为典型的案子为：“中国—货物和服务贸易措施案”。该案中中欧双方的第一个分歧就是中国海关是否“删除”立陶宛，对此，欧盟具有举证责任。在所有WTO申诉中，申诉方均承担对方措施存在的举证责任，因此此类争端并未增加申诉方程序方面的责任，但增加了其实体方面的责任。因为在传统的WTO案例中，往往采取措施的一方有所作为，如颁布法律或通过一项措施，是有据可查，在这方面，此类争端具有其独特性。

第二种类型是采取措施的一方在采取措施时或在就采取措施被诉后抗辩时承认措施是基于单边制裁，但试图就采取措施构成一般或安全例外提出抗辩，以阻却己方被裁定为违法，此类措施数量其实也不多。“俄罗斯—过境运输措施案”、“阿联酋—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”、“巴林—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”、“沙特—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”、“沙特—知识产权保护措施案”、“卡塔尔—对从阿联酋进口货物措施案”、“美国—对来自中国的某些货物的关税措施案”、“美国—对来自中国的某些货物的关税措施III案”、“美国—原产地标记要求案”等属于此种类型。该类型的案例中，有些案子是在磋商请求或成立专家组请求中提及政治目的的存在，但这其实有可能被申诉方否定。问题是：被确认是基于单边制裁采取贸易限制措施是否会增加被申诉方抗辩的难度？其实也不然，目前的WTO规则并未对基于单边制裁采取的措施分配更为不利的举证责任。

第三种类型是最普遍的做法，即，采取措施的一方承认措施的存在，但否认将措施与单边制裁挂钩，而是将其说成是普通的贸易限制措施。除了第一和第二个类型所列案例之外，本文研究的其余案例均属于此种类型。

除了上述的分类外，对作为单边制裁采取的贸易限制措施可以进行另一种分类，

即基于案件发生背景进行分类。按这种分类，所分的案例往往是特定国家之间在特定期间围绕一系列问题产生的争端。如，俄罗斯与乌克兰之间就克里米亚等一系列原因引发的贸易争端；中美之间的一系列制裁与反制裁；日韩之间因强掳劳工和“慰安妇”等历史问题引发的贸易争端；中欧之间因立陶宛国会议员窜台等事件引发的“贸易争端”；中澳之间就澳大利亚尾随美国反华“引发”的贸易争端；美国和俄罗斯之间围绕乌克兰等问题引发的贸易争端。其中，还有部分一对多式的案例，即，美国以国家安全为由，提高钢铝制品关税后，加拿大、中国、欧盟、印度、墨西哥、挪威、俄罗斯、瑞士、土耳其等成员发起了九个申诉。许多美国贸易伙伴对美国关税的实施迅速做出反应，征收报复性关税。通常情况下，WTO成员在征收报复性关税之前，必须先向WTO提出申诉，并等待裁决的作出。但在本案中，各成员政府辩称，美国采取的措施并非真正与国家安全有关，实际上更像是一种保障措施，旨在保护国内产业免受进口产品的损害。因此，《保障措施协定》中特殊的“再平衡”条款在此适用，并证明立即实施报复是合理的。[4]1459对此美国又将加拿大、土耳其、欧盟、墨西哥、印度等成员诉诸WTO。从而形成了十多个案子，尽管其中多数通过双方满意的解决方式结案，但也不乏散发专家组报告及进一步上诉的案例。

四、区域紧张局势下的 WTO 单边制裁贸易限制措施案例分析

（一）WTO单边制裁贸易限制措施案例概况

在WTO成立之前，GATT共有8例此类案件。WTO成立后在相当长的时间内此类案件的发生数量也非常有限，特别是在俄罗斯和乌克兰之间发生的两个案例之前，尚无较为明显与安全例外有关的案例。但从“俄罗斯—影响铁路设备及其部件进口的措施案”开始，此类争端案例增长速度非常快，目前已经有二十多个案子，且从案件的编号来看，绝大多数案子是500后的数字，也表明俄罗斯的上述案子起到了分水岭的效果。具体来看，WTO下发生的此类案件有：“欧共体与美国关于对古巴制裁法案（霍尔姆斯伯顿法）的争议案（DS38）”①、“中国—稀土、钨和钼出口相关措施案（DS433）”②、“俄罗斯—影响铁路设备及其部件进口的措施案（DS499）”③、“中国—某些原材料的出口税案（DS508）”④、“俄罗斯—过境运输措施案（DS512）”⑤、“乌克兰—与货物和服务贸易有关的措施案（DS525）”⑥、“阿联酋—与货物、服务

① 专家组成立，后依据欧盟请求中止审理，最后权限失效。
② 专家组和上诉机构报告通过，未涉及 GATT 第 21 条下的抗辩，而是在 GATT 第 20 条下抗辩。
③ 专家组和上诉机构报告通过，未涉及 GATT 第 21 条下的抗辩。
④ 专家组成立，没有进一步措施。
⑤ 专家组报告通过，涉及 GATT 第 21 条下的抗辩。
⑥ 俄罗斯提出磋商请求，没有进一步措施。

和与贸易有关知识产权措施案（DS526）”[①]、“巴林—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案（DS527）”[②]、“沙特—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案（DS528）”[③]、“俄罗斯—关于某些乌克兰产品进口和过境的措施案（DS532）”[④]、“日本—有关向韩国出口产品和技术的措施案（DS590）”[⑤]、“美国—对来自中国的某些货物的关税措施案（DS543）”[⑥]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS544，申诉方为中国）”[⑦]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS547，申诉方为印度）”[⑧]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS548，申诉方为欧盟）”[⑨]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS550，申诉方为加拿大）”[⑩]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS551，申诉方为墨西哥）”[⑪]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS552，申诉方为挪威）”[⑫]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS554，申诉方为俄罗斯）”[⑬]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS556，申诉方为瑞士）”[⑭]、“加拿大—对来自美国的某些产品征收额外关税案（DS557）”[⑮]、“中国—对来自美国的某些产品征收附加税案（DS558）”[⑯]、“欧盟—对来自美国的某些产品征收额外关税案（DS559）”[⑰]、“墨西哥—对来自美国的某些产品征收额外关税案（DS560）”[⑱]、“土耳其—对来自

① 专家组组成，随着签署《欧拉宣言》，沙特、埃及、阿联酋、巴林四国集团宣布与卡塔尔恢复全面外交关系，标志着持续三年半的海湾断交危机得以化解。2022 年 1 月 18 日，阿联酋通知 DSB，终止该争端所有程序。
② 卡塔尔提出磋商请求，没有进一步措施。
③ 卡塔尔提出磋商请求，没有进一步措施。
④ 乌克兰提出磋商请求，没有进一步措施。
⑤ 专家组成立，韩国撤回申诉。
⑥ 专家组报告做出，美国上诉，专家组审理中美国提出 GATT 第 20 条（a）项中基于公共道德的抗辩。
⑦ 专家组报告做出，美国上诉。
⑧ 2019 年 1 月 25 日专家组组成，2023 年 7 月 13 日，印度和美国根据 DSU 第 3.6 条通知 DSB，双方已就本争端中提出的问题达成了双方同意的解决方案。
⑨ 2019 年 1 月 25 日专家组组成，2021 年 1 月 17 日，美国和欧盟通知 DSB，根据 DSU 第 25 条商定的仲裁程序，双方将终止根据 DSU 向专家组提出的这一争端，2022 年 1 月 17 日，美国和欧盟通知 DSB，根据 DSU 第 25.2 条，双方同意按照该函件所附商定程序中描述的条件，就本争端中专家组未决事项诉诸仲裁。
⑩ 2019 年 1 月 25 日专家组组成，2019 年 5 月 23 日，加拿大和美国通知 DSB，双方已达成一项共同商定的解决方案，其中包括美国取消对来自加拿大的钢铁和铝产品征收的某些关税。
⑪ 2019 年 1 月 25 日专家组组成，2019 年 5 月 28 日，墨西哥和美国通知 DSB，双方已达成一项共同商定的解决方案，其中包括美国取消对墨西哥钢铁和铝产品征收的某些关税。
⑫ 2022 年 12 月 9 日，专家组报告散发，2023 年 1 月 26 日，美国上诉。
⑬ 2019 年 1 月 25 日专家组组成，2023 年 6 月 23 日，专家组主席通知 DSB，它已批准俄罗斯 2023 年 6 月 16 日的请求，即专家组根据 DSU 第 12.12 条暂停工作。主席指出，专家组暂停工作自 2023 年 6 月 23 日起生效。根据 DSU 第 12.12 条，如果专家组暂停工作超过 12 个月，设立专家组的权力即告失效。
⑭ 2022 年 12 月 9 日，专家组报告散发，2023 年 1 月 26 日，美国上诉。
⑮ 2019 年 1 月 25 日，专家组组成，2019 年 5 月 23 日，美国和加拿大通知 DSB，双方已达成一项共同商定的解决方案，其中包括加拿大取消对从美国进口的某些产品征收附加税。
⑯ 2023 年 8 月 16 日，专家组报告散发，2023 年 9 月 18 日，中国上诉。
⑰ 2019 年 1 月 25 日，专家组组成，2021 年 1 月 17 日，美国和欧盟通知 DSB，根据 DSU 第 25 条商定的仲裁程序，它们将终止根据 DSU 向专家组提出的这一争端。同时，双方通知 DSB，双方同意根据 DSU 第 25.2 条，按照该函件所附商定程序中描述的条件，就本争端中专家组的未决事项诉诸仲裁。
⑱ 2019 年 1 月 25 日，专家组组成，2019 年 5 月 28 日，美国和墨西哥通知 DSB，双方已达成一项共同商定的解决方案，其中包括墨西哥取消对原产于美国的产品征收的某些关税。

美国的某些产品征收额外关税案（DS561）”[①]、“美国—钢铁和铝制品的某些措施案（DS564，申诉方为土耳其）”[②]、“美国—对来自中国的某些货物的关税措施II案（DS565）”[③]、“俄罗斯—对来自美国的某些产品征收附加税案（DS566）”[④]、“沙特—知识产权保护措施案（DS567）”[⑤]、“卡塔尔—对从阿联酋进口货物措施案（DS576）”[⑥]、“印度—对来自美国的某些产品征收额外关税案（DS585）”[⑦]、“美国—对来自中国的某些货物的关税措施III案（DS587）”[⑧]、“美国—原产地标记要求案（DS597）”[⑨]、“中国—对来自澳大利亚的大麦反倾销和反补贴税措施案（DS598）”[⑩]、“中国—对来自澳大利亚的葡萄酒反倾销和反补贴税措施案（DS602）”[⑪]、“澳大利亚—对来自中国的某些产品反倾销和反补贴税措施案（DS603）”[⑫]、“中国—货物和服务贸易措施案（DS610）”[⑬]、“美国—《通胀削减法案》规定的某些税收抵免案（DS623）。[⑭]

上述38个案子中有不少是系列案，这些系列案大体由俄乌、中东四国、中美、美国与多国等国家或国家团体之间的矛盾所引发，特别是其中的与美国钢铝制品措施相关的案子达到了16起，分别是他成员诉美国的9起案件和针对他成员的反制措施，美国提起申诉的7起案子，占到整个国际贸易限制措施形式单边制裁案例的近一半。这些案子中，与美国钢铝制品措施相关的案子仅是美国主张国家安全例外，单边制裁性质不明确，中澳之间的三起贸易救济措施案双方也没有公开承认其具有单边制裁性质。

“日本—有关向韩国出口产品和技术的措施案”的起因是2019年日本将韩国移出“白名单国家”，理由是“日韩之间的信任关系，包括在出口管制领域的信任关系，已

---

① 2019 年 2 月 28 日，专家组组成，案件审理中。
② 2022 年 12 月 9 日，专家组报告散发，2023 年 1 月 26 日，美国上诉。
③ 中国提出磋商请求，没有进一步措施。
④ 专家组审理中。
⑤ 专家组报告做出，卡塔尔通知 DSB，它已同意终止这一争端，并且不会寻求通过专家组报告。
⑥ 专家组成立，阿联酋请 DSB 主席分发一份来文，其中表示，由于卡塔尔公开撤回有关措施，它认为不再有必要提出申诉。
⑦ 2020 年 1 月 7 日，专家组组成，2023 年 7 月 13 日，印度和美国根据 DSU 第 3.6 条通知 DSB，它们已就本争端中提出的问题达成了双方同意的解决方案。
⑧ 中国提出磋商请求，没有进一步措施。
⑨ 专家组报告做出，美国上诉，专家组审理中美国提出 GATT 第 21 条（b）项。
⑩ 2023 年 8 月 11 日，双方通知 DSB 已经达成满意的方案。
⑪ 专家组组成并开始审理，2024 年 3 月 29 日，澳大利亚和中国通知 DSB，根据《争端解决谅解》第 3.6 条，双方已就本争端中提出的问题达成一项双方满意的解决方案。
⑫ 专家组组成并开始审理，2024 年 3 月 26 日，专家组报告散发给各成员。
⑬ 专家组组成并开始审理，2024 年 1 月 25 日，专家组主席通知 DSB，专家组批准了欧盟同日提出的请求，即根据《争端解决谅解》第 12.12 条，专家组暂停工作一段不确定的时间，自当日起生效。主席指出，根据第 12.12 条的规定，如果专家组暂停工作超过 12 个月，设立专家组的授权将失效。
⑭ 2024 年 3 月 26 日，中国提出磋商请求。

经大大削弱，[5]而韩国出口管制中的某些问题只能在最大程度的信任下才能得到解决”。韩国主张该措施其实是针对2018年韩国大法院对日本企业做出的判决采取报复，在将日本诉诸WTO的同时韩国也将日本移出“白名单国家”。“中国—稀土、钨和钼出口相关措施案”涉及中国对各种形式的稀有金属使用出口配额和出口关税以及出口配额的管理和分配。因为该措施出台的时间稍晚于日本对钓鱼岛的“国有化”，所以被怀疑是针对日本采取的。

中国和澳大利亚之间其实有一系列争端，只不过被诉到WTO的案子只有三起。2018年，澳大利亚以国家安全为由，成为首个公开禁止中国科技巨头华为参与其5G网络建设的国家，尽管在全球一体化的供应链中，对“一两家公司”的限制对国家安全的贡献微乎其微。[6]中国商务部于2018年11月19日和12月21日发布公告，决定对原产于澳大利亚的进口大麦发起反倾销和反补贴调查，并于2020年5月18日发布公告要求从5月19日起征收5年的反倾销税和反补贴税。2020年8月18日和31日，商务部分别决定对原产于澳大利亚的进口葡萄酒进行反倾销和反补贴调查，并于2021年3月26日发布公告要求从3月28日起征收5年的反倾销税，尽管也认定了补贴的存在，但为了避免双重征税，不征收反补贴税。针对这些措施，澳大利亚分别提起了两个申诉，即，“中国—对来自澳大利亚的大麦反倾销和反补贴税措施案”和“中国—对来自澳大利亚的葡萄酒反倾销和反补贴税措施案”。而中国也予以回应，对澳大利亚的双反措施提起申诉，即“澳大利亚—对来自中国的某些产品反倾销和反补贴税措施案”。这些措施更为隐蔽，且双方在申诉时也并未提及这些措施是基于非经济考虑。双方都选取了国际贸易中较为常见的双反措施，但从采取时间和背景来看，这些措施发生在特定时间，且与整体的双反措施趋势不一致。因为之前中国未对澳大利亚产品采去过反倾销或反补贴措施，或许可以认为基于两国良好关系的考虑，之前中方并未采取措施，但实际上存在澳大利亚产品的不公平贸易行为。如是这样，此类措施可视为是基于单边制裁目的采取了之前所保留的贸易救济措施。除了这些措施外，澳大利亚方主张中方对其包括煤炭在内的多个产品采取了进口限制或进口阻碍。已被WTO专家组裁定违反多项WTO义务的“澳大利亚—对来自中国的某些产品反倾销和反补贴税措施案”是否也可以视为澳方对中方“措施”的反制呢？除此之外，中欧之间的争端起因于立陶宛国会议员窜台等事件。

因为上述日韩、中日、中澳、中欧之间的争端有些尚未提交WTO或已经得到解决，有些在审理中，有些则尚不明确是否构成单边制裁国际贸易措施，故下文主要分析已经作出裁定的部分典型案例。

（二）俄乌冲突引发的单边制裁贸易限制措施

俄乌之间的一系列案子起因于克里米亚问题等两国间非经济纠纷。“俄罗斯—影响铁路设备及其部件进口的措施案”的背景是俄罗斯暂停了乌克兰供应商按规则认证的证书，并拒绝乌克兰供应商按法规提出的认证申请，不承认其他关税同盟成员国颁发给乌克兰供应商的认证证书。“俄罗斯—过境运输措施案”则是因俄罗斯颁布法令，自2016年1月1日起，乌克兰不能再使用乌俄边境的公路和铁路向哈萨克斯坦运输，只能从白俄罗斯和俄罗斯边境过境。通往吉尔吉斯斯坦的运输也受到同样的限制。“乌克兰—与货物和服务贸易有关的措施案”是因为自2014年以来，乌克兰通过了一系列限制、禁令、要求和程序，其结果是对俄罗斯联邦的人员、货物和服务的歧视，以及对双边贸易和过境的严格限制。“俄罗斯—关于某些乌克兰产品进口和过境的措施案”是因俄罗斯针对乌克兰决定不加入欧亚经济联盟采取的贸易限制措施，而这些措施也是俄罗斯阻止乌克兰与欧盟签订《结盟协定》努力的一部分。

“俄罗斯—过境运输措施案”是WTO第一个对安全例外予以涉及的案例，具有重要的指引作用。该案涉及的重要条款是GATT第21(b)(ⅲ)条。首先，专家组认为GATT第21(b)(ⅲ)条并非是完全“自我判断”的条款，其对某项措施是否符合该条款的要求享有管辖权。其次，专家组还对“基本安全利益”作出如下限定：“基本安全利益显然是比安全利益更狭隘的概念，通常可以理解为与国家基本职能相关的利益，即保护其领土和人民免受外部威胁，以及内部维护法律和公共秩序”。另外，专家组对“国际关系中的其他紧急情况”做了判断。专家组审查了2014年乌克兰与俄罗斯之间的局势后认为，有证据表明，在2014年3月至2016年底期间，“乌克兰与俄罗斯之间的关系恶化到了令国际社会关切的程度”，以至于到2016年12月，“乌克兰与俄罗斯之间的局势被联合国大会认定为涉及武装冲突”。该专家组进一步指出，自2014年以来，一些国家就这一局势对俄罗斯实施了制裁，这是局势严重性的又一证据。[7]

（三）中东外交风波引发的单边制裁贸易限制措施

卡塔尔和阿联酋、巴林、沙特等中东国家间的一系列案件都与相互之间的政治矛盾有关。如，“阿联酋—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”，“巴林—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”、“沙特—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”，“沙特—知识产权保护措施案”的缘由是阿联酋等国对卡塔尔实施的经济孤立。而后续的“卡塔尔—对从阿联酋进口货物措施案”则起源于卡塔尔的反制措施。“阿联酋—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”，“巴林—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”、“沙特—与货物、服务和与贸易有关知识产权措施案”中涉及的措施包括在阿联酋、巴林、沙特对卡塔尔实施经济孤立的胁迫企图背

景下采取的所有书面和非书面、公开和未公开的措施。这些措施单独或集体影响货物贸易、服务贸易和与贸易有关的知识产权方面。在货物方面，胁迫性的经济孤立企图包括沙特等国通过行为和（或）不行为禁止或以其他方式限制原产于卡塔尔、途经卡塔尔、运往卡塔尔、来自卡塔尔或以卡塔尔为目的地的货物的进口、出口、销售、购买、许可、转让、接收和装运。在服务方面，经济孤立的胁迫性企图包括沙特等国禁止卡塔尔国民为提供服务而前往和留在沙特等国的行为和（或）不行为，以及禁止在沙特等国设立的卡塔尔服务供应商提供服务的行为和（或）不行为。其中包括禁止卡塔尔向沙特等国提供（数字和其他）服务，以及禁止沙特等国国民前往和留在卡塔尔消费卡塔尔服务。在与贸易有关的知识产权方面，经济孤立的胁迫性企图导致对卡塔尔国民所享有的知识产权的干涉。具体而言，这些措施包括禁止或限制播放和获取卡塔尔国民拥有版权的电视内容以及相关的广播内容。这些措施还包括禁止或限制向卡塔尔电视广播公司付款（或由其收款）的措施。以沙特为例，其采取了如下具体行为和/或不行为：(1) 沙特关闭了与卡塔尔的陆地和海上边界，并禁止卡塔尔飞机进入其领空；(2) 沙特禁止卡塔尔或卡塔尔个人拥有的所有船只以及 悬挂卡塔尔国旗的所有船只进入其港口；(3) 沙特禁止在沙特港口卸载任何来自卡塔尔的货物；(4) 沙特禁止在卡塔尔注册的飞机运营往返沙特的航班，包括禁止卡塔尔飞机在沙特机场降落；(5) 沙特关闭了某些卡塔尔服务供应商在沙特的办事处；(6) 在沙特阻止访问某些卡塔尔服务供应商的网站；(7) 沙特将卡塔尔视听服务供应商的频道从沙特旅游设施中移除；(8) 沙特禁止和限制(a)在沙特播放和经营某些卡塔尔服务供应商的媒体内容，以及(b)接受新的和续订现有的卡塔尔视听服务供应商频道；(9) 沙特禁止以任何方式（包括信用卡、支付卡、转账）向某些卡塔尔服务供应商付款，无论是新订购还是续订这些公司的频道；(10) 沙特单方面暂停处理来自或指定给卡塔尔邮政服务公司的国际邮件和包裹；以及(11) 沙特未公布某些普遍适用的措施，强行实施上文各段所述的经济孤立企图。[8]“沙特—知识产权保护措施案”起因于2017年6月，沙特对卡塔尔实施了外交、政治和经济措施。本案涉及的措施包括导致沙特未能保护知识产权，包括卡塔尔实体或卡塔尔个人持有（或申请）的知识产权的所有书面和非书面、公开和未公开措施。2022年4月21日，卡塔尔通知DSB，它已同意终止这一争端，并且不会寻求通过专家组报告。

“卡塔尔—对从阿联酋进口货物措施案”则起因卡塔尔采取的措施禁止卡塔尔境内的各种销售点，包括分销商、零售商和药店，进口、储存、分销、营销或销售源自或出口自阿联酋的货物、药品和其他产品。这些措施明确要求卡塔尔受影响的企业下架并停止销售来自阿联酋、巴林、埃及和沙特的商品和药品，卡塔尔将这些国

家统称为“封锁国”。这些措施还包括将制造商和阿联酋产品排除在卡塔尔公共工程管理局（Ashgal）的批准材料清单之外。将阿联酋制造商和产品排除在批准的材料清单之外，就排除了在Ashgal项目中购买和/或使用这些材料和产品的可能性。卡塔尔发表的官方声明表明，卡塔尔实施这些措施是为了报复阿联酋（以及其他被提及的WTO成员）于2017年6月5日终止与卡塔尔的关系。[9]2021年1月5日，第41届海湾阿拉伯国家合作委员会（GCC）首脑会议在沙特古城欧拉举行，各国与会代表在峰会上签署《欧拉宣言》。沙特、埃及、阿联酋、巴林四国集团宣布与卡塔尔恢复全面外交关系，标志着持续三年半的海湾断交危机得以化解。2022年1月18日，阿联酋通知DSB，终止该争端所有程序。如上所述，随着中东各国与卡塔尔之间的关系恢复，这些案子要么被撤回要么实际上未进一步推进。

“沙特—知识产权保护措施案”是卡塔尔和周边国家间断交引发的贸易争端中唯一散发专家组报告的案子，尽管最终因双方达成和解从而未通过专家组报告，但其还是对GATT第21(b)(iii)条的解释作出重要贡献。

该案中，卡塔尔主张：2017年6月5日，沙特断绝与卡塔尔的关系，包括断绝外交和领事关系，关闭所有港口，阻止卡塔尔国民过境进入沙特领土，并在14天内驱逐沙特领土上的卡塔尔居民和游客。beIN媒体集团有限责任公司（beIN）是一家总部设在卡塔尔的全球性体育和娱乐公司。为了发展业务，beIN进行了大量投资，以获得主要国际权利持有者制作的内容的转播许可。为此，beIN获得了在中东和北非地区（包括沙特）转播主要体育赛事的独家权利，并授权他人转播这些比赛。在沙特于2017年6月5日断绝与卡塔尔的关系后，沙特文化和信息部自2017年6月初起封锁了沙特境内对beIN网站的访问。2017年8月，beoutQ开始未经授权分发和播放由beIN制作或授权给beIN的媒体内容，beIN继续在中东和北非地区播出。在沙特对beIN知识产权的侵权行为不予救济。专家组还得出结论认为，“国际关系中的紧急情况”一词一般是指“武装冲突、或潜在武装冲突、或紧张局势或危机加剧、或席卷或包围一个国家的普遍不稳定局势”。援引的成员有责任阐明基本的安全利益。专家组认为，在本争端的情况中存在“.....高度紧张或危机的局势”，并涉及沙特的“国防或军事利益，或维护法律和公共秩序的利益”（即基本安全利益），足以确定至少自2017年6月5日以来一直存在“国际关系中的紧急情况”。专家组注意到，断绝外交或领事关系被定性为“单方面和酌处的行为，通常只有在”派遣国和接受国之间的关系发生严重危机时才作为最后手段决定。沙特断绝与卡塔尔的所有外交、领事和经济联系，从其他几个国家采取的类似行动和相关历史来看，属于这种行动可被定性为两个或两个以上国家之间关系的特殊和严重危机的情况。专家组认为，当一个国家集团一再

指控另一个国家支持恐怖主义和极端主义时，这本身就反映并促成了它们之间“紧张局势或危机加剧的局面”，这涉及它们的安全利益。专家组认为，只要注意到beoutQ直到2017年8月才开始运作就足够了，因此其首先要审查的行动是在至少自2017年6月5日以来持续存在的“国际关系紧急情况”中“及时采取的”。沙特明确阐述了其“基本安全利益”，即保护自己“免受恐怖主义和极端主义的危险”。因此，本案中的情况与“俄罗斯—过境运输措施案”中出现的情况形成鲜明对比，在该案中，被告似乎根本没有明确阐述其基本安全利益。专家组得出结论认为，沙特对其相关“基本安全利益”的阐述足以评估相关行动与保护其基本安全利益之间是否存在任何联系。旨在拒绝卡塔尔国民通过沙特法院获得民事补救的措施，可被视为沙特结束或防止与卡塔尔国民任何形式互动的总括政策的一个方面。鉴于作为2017年6月5日采取的全面措施的一部分，沙特对所有卡塔尔国民实施了进入沙特领土的旅行禁令，并对沙特领土上的所有卡塔尔国民下达了驱逐令，因此，沙特可能采取其他措施阻止卡塔尔国民诉诸沙特的法院、法庭和其他机构并非不合理。专家组认为，要求沙特律师不得代理beoutQ与beIN事件相关事务的反同情措施“符合与所提出的基本安全利益相关的最低合理性要求”。专家组认为，关于沙特声称的基本安全利益与其当局不对beoutQ适用刑事程序和处罚之间的联系，不能得出同样的结论。专家组回顾，不对商业规模的广播盗版者beoutQ适用刑事诉讼程序和处罚，不仅影响到卡塔尔或卡塔尔国民，而且影响到一系列第三方权利持有者。专家组注意到，与反同情措施形成进一步对比的是，双方均未表示，不适用刑事诉讼程序和处罚与就2017年6月5日采取的任何行动或随之采取的任何行动之间存在任何直接联系。专家组得出结论，不对beoutQ适用刑事诉讼程序和处罚与沙特终止或防止与卡塔尔国民任何形式交往的政策没有任何关系。因此，沙特当局不对beoutQ实施刑事程序和处罚与“国际关系中的紧急情况”相去甚远或毫不相关，使人无法相信沙特实施这些措施是为了保护其“基本安全利益”。因此，专家组得出结论认为，不对beoutQ适用刑事程序和处罚“不符合与所提出的基本安全利益有关的最低合理性要求，即这些措施作为保护这些利益的措施并不合情理”。[10]

（四）美国对中国的打压引发的措施与反措施

“美国—对来自中国的某些货物的关税措施案”，“美国—对来自中国的某些货物的关税措施II案”，“美国—对来自中国的某些货物的关税措施III案”等中美之间的一系列关税措施案均起因于美国应对所谓中国的不公平贸易行为、政策和做法。“美国—原产地标记要求案”则起因于美国基于政治目的将中国香港货物的原产地混同中国产。

在“美国—对来自中国的某些货物的关税措施案”中美国援引了一般例外中的公共道德例外。美国认为，中国在美国1974年《贸易法》第301条报告中涉及的行为、政策和做法相当于“国家认可的盗窃和盗用美国技术、知识产权和商业秘密的行为”，违反了美国的公共道德。专家组并不认为，要使一项措施属于GATT第20(a)条公共道德例外的范围，实施该措施的法律文书必须明确提及公共道德目标。专家组同意之前WTO裁决者的观点，即没有明确提及“公共道德”的措施仍可被认定与公共道德有关。专家组得出结论认为，美国援引的“是非标准”（包括反对盗窃、挪用和不公平竞争的准则）至少在概念上可以被GATT第20条(a)款意义上的“公共道德”一词所涵盖。在全面评估了本争端中的证据之后，专家组得出结论认为，美国没有提供解释，说明对选定的进口产品征收额外关税如何有助于实现美国所援引的公共道德目标。因此，美国没有充分解释其选择的措施是保护这种公共道德所必需的。[11]

已被美国提起上诉的“美国—原产地标记要求案”，仍是涉及到相同的条款。该案的背景大体如下：美国提及中国政府和中国香港当局自2019年11月以来采取的行动，包括2020年6月通过《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》。美国认为，这些行动削弱了中国香港的民主和人权，对其国家安全构成威胁。进而，美国海关及边境保护局在2020年8月11日发布联邦通告要求：“进口在香港生产的货物.....不得再标明‘香港’为其原产地，而必须标明‘中国’”。

专家组注意到“国际关系”是一个开放的提法，而不是一个狭义的提法，因为狭义的提法可能会试图将其限制在某些特定类型的国际关系中，例如援引成员与受行动影响的成员之间纯粹的双边关系。需要采取紧急行动的事态的严重性最好理解为指极其严重的情况。因此，国际关系中的紧张局势和分歧不能被定性为导致国际关系中的紧急状态，除非它们引起的局势达到了“紧急状态”的程度。专家组认为，对这种普通含义的和谐解释表明，国际关系中的紧急情况是指国家之间或国际关系参与者之间的关系中出现的极其严重的事态，实际上是指这些关系破裂或濒临破裂的情况。从“战争”一词所提供的语境来看，国际关系中的紧急情况必须是国家或国际关系的其他参与者之间的关系破裂或濒临破裂的情况。根据对条约上下文的分析，专家组也认为“国际关系中的紧急情况”一语是指国家间或国际关系的其他参与者之间关系破裂或濒临破裂的最严重事态。根据专家组对记录在案的所有证据的审查，其并不认为美国指出的情况达到了构成GATT第21(b)(iii)条所述的国际关系紧急状态所需的严重程度。美国和其他WTO成员对中国香港采取了措施，而对中国香港采取的这些措施只针对双方关系的某些方面，而不是其他方面。专家组还注意到，除了原产地标志要求和一些出口管制外，美国与中国香港之间的贸易大体上与以前一

样。专家组认为，所有这些都不利于得出国际关系破裂或濒临破裂的结论。与2014年危机后对俄罗斯实施的制裁相反，没有证据表明美国或其他国家对从中国香港进口的货物实施制裁。来自中国香港的商品虽然被要求标注“中国”原产地，但仍可继续享受与实施原产地标志要求之前相同的关税待遇。也没有任何证据或论据表明美国或任何其他成员断绝了与中国或中国香港的外交、领事或经济关系。总之，专家组认为，虽然有证据表明美国和其他成员高度关注中国香港的人权状况，但这一状况并没有升级到构成国际关系紧急情况的必要严重程度。根据上述情况，专家组得出结论，美国没有证明有关情况构成国际关系中的紧急情况，因此，根据第21(b)(iii)条的规定，原产地标记要求是不合理的。[12]

（五）美国任意扩大安全例外引发的措施与反措施

“美国—钢铁和铝制品的某些措施案”引发了多达16起WTO争端，说明此次美国的措施在全球范围内引发了非常大的争议。美国以维护国家安全为由对进口钢铁和铝产品分别加征25%和10%的关税，美国声称其措施并非保障措施，而是基于“国家安全”，符合WTO中的“安全例外”条款。[13]其主张该措施并非保障措施，可能最大理由是为了规避他国可就此采取的报复措施，因为相比较而言，保障措施针对的是他国的正当出口利益，因而受保障措施影响的国家相对可较为容易地采取报复措施。

虽然部分成员并未打完专家组程序，但最终专家组还是对中国、挪威、瑞士、土耳其的申诉提交报告，而美国为了阻止专家组报告的通过，采取了上诉。此案中美国第一次正式援引了国家安全例外条款。该案的背景是美国基于1962年《贸易扩大法》第232条对进口钢铁和铝征收额外关税和采取相关措施。美国商务部长认定，过量进口钢材和铝取代国内钢铁和铝，以及由此对国内钢铁和铝行业经济利益造成的不利影响，加上全球钢铁和铝产能过剩的情况，正在“削弱美国的国内经济”，因此“有可能损害”第232条所定义的美国国家安全。本案中也涉及GATT第21(b)(iii)条，专家组认为“国际关系中的其他紧急情况”即使不是同样严重或严峻，但就其对国际关系的影响而言，其严重性或严峻性至少应与“战争”相当。将这些安全利益描述为“基本”，表明根据第21(b)条不妨碍成员采取行动保护的安全利益具有高度重要性。根据其用语的通常含义，第(iii)项要求在对相关证据和论据进行客观评估的基础上，对有关行动是否是在“国际关系中的其他紧急情况”下采取进行单独调查。在仔细审查了在这一争端中提交的相关证据和论据，特别是美国提交的与全球产能过剩有关的证据和论据后，专家组不认为美国提到的情况达到了国际紧张局势的严重程度，从而构成“国际关系中的紧急情况”。[14]

（六）对WTO单边制裁贸易限制措施案例的评析

相比一般例外条款，WTO DSB整体上对安全例外条款赋予了相对宽松的条件。尽管如此，已经作出裁定的几个案例中，采取措施的一方都未能证明己方措施的合法性，且DSB也明确对涉及国家安全的案子具有措施审查权，而不是采取方所主张的自裁性。“美国—对来自中国的某些货物的关税措施案”中，美国提出了公共道德例外。这也说明在涉及单边制裁贸易限制措施的案例中，有可能会有一般例外条款特别是公共道德例外援引的情形。除了公共道德例外，“为保护人类、动植物的生命或健康”，“为保护可用尽的自然资源”，“为保证与GATT不相抵触的法律或法规得到遵守”等也有可能被用于采取此类措施的理由。特别是当下时不时对他国采取出口管制的情形下，后两种一般例外条款得以援引的概率也在增加。

随着大量的自由贸易协定（FTA）和数字经济协定中包含数字贸易或数字经济相关内容，例外条款在这些条约中又出现了部分变化。即，在传统的一般例外和国家安全例外基础上，又提出合法公共政策目标例外，因此，在这些条约里例外的情形有所扩张，且援引措施的成员基于自身及案子的情况对例外条款选择适用的情形会越来越明显。即适用于条约整体的一般和国家安全例外和数字贸易章节自带的各种例外交织在一起。在此，合法公共政策目标和国家安全及公共道德等一般例外的关系也值得研究，特别是合法公共政策目标的范畴要宽于公共道德，那么，在数字贸易情形下，单边制裁目的采取限制措施会更加便利。

相比一般例外，适用“国家安全例外”条款的政治色彩将更为浓厚。“国家安全例外”条款已经成为且将会继续被视为开展地缘政治斗争的一项重要法律工具，利用这一法律工具为其禁止或限制竞争对手的商品、服务和投资寻求所谓“合法性”依据。[15]且国家安全例外适用中出现失衡甚至背离GATT第21条理念和文本规定的要求完全可能发生，甚至还可能因为极少数成员滥用安全例外，将与国家安全有关的利益均解释为基本安全利益进行保护，[16]这与DSB对基本安全利益的解释是背道而驰的。无论如何，在特定时点上，国家安全利益应该是具体的。[17]72

可以从现有案例中看到，国际贸易条约安全例外条款中有关“国际关系中的紧急情况”涵盖的范围有所扩大，[18]日后随着不同类型案例的出现，“国际关系中的紧急情况”的范围将越来越明确。

在WTO的案件裁决中，仍然需要考虑国际社会当前的环境关切和已生效的国际条约，尤其是影响广泛的国际条约。[19]WTO可适用的法律为协定，无论从理论还是实践角度，扩大这一规定的范围，无疑都是十分困难的。[20]但是，在特定情况下，“一般法”可以替代“特别法”。例如，在“特别法”出现“制度失灵”的情况下，“一般法”可以取而代之。WTO争端解决机制不能提供快速有效救济，就是“制度失灵”。[21]

即，如同中美之间，美国通过上诉到上诉机构从而阻挠专家组报告的通过，而上诉机构又无法正常运作。在国际条约法制度下，“自助”不过是条约的一方当事国应对其他当事国的“重大违约”行径的救济措施，集中规定于《维也纳条约法公约》第60条。[22]

五、我国对单边制裁贸易限制措施的应对

1、在国际层面推动禁止以单边制裁目的采取贸易限制措施

虽然我国也偶尔被指责为基于单边制裁目的“采取”贸易限制措施，但，整体上我国还是此类措施的最大受害国之一，特别是美国经常无端采取此类措施专门针对我国。因此，我国可以在国际层面推动禁止以单边制裁目的采取贸易限制措施的国家实践，在此方面促成相关国际条约或国际软法的形成。

其实，我国一直在呼吁单边制裁的违法性。如，在2005年6月7日发布的《关于联合国改革问题的立场文件》中表示，“中国一贯主张谨慎使用制裁，必须以用尽和平解决的所有手段为前提。一旦安理会决定实施制裁，各国均有义务严格执行。中国支持改进联合国制裁机制，设立严格标准，加强针对性，设定明确时限，并尽可能减少制裁引发人道主义危机和对第三国的影响。各制裁委员会应定期评估制裁造成的人道主义影响。国际社会应帮助发展中国家加强执行制裁的能力”。2015年3月13日，中国代表团在人权理事会第28次会议议题2和3一般性辩论中的发言认为，“中国一向反对单边强制措施，包括对委内瑞拉等国家的单边强制措施。我们支持人权理事会任命单边强制措施对人权负面影响问题特别报告员，鼓励咨委会继续关注和研究这一问题。我们呼吁国际社会特别关注并坚决反对单边强制措施，敦促有关国家停止采取任何干涉他国内政、阻碍当事国经济社会发展、实现发展权的单边措施”。2015年9月17日，中国代表团在联合国人权理事会第30次会议单边强制措施双年专题讨论会上的发言强调，“以单边强制措施为手段对一些国家、尤其是发展中国家施加政治或经济压力，不利于这些国家根据本国人民需求促进和保护人权。中国呼吁有关国家停止采取、维持或执行不符合《联合国宪章》、国际法、国际人道主义法的单边强制性措施。国际社会应敦促有关国家停止将单边强制措施作为政治工具，不要动辄对他国实施单边制裁或以制裁相威胁，努力消除单边强制措施造成的负面影响”。2016年6月25日，《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于促进国际法的声明》第6项表示，中华人民共和国和俄罗斯联邦共同认为，某些国家实施单边强制措施，将妨碍安理会所采取措施的目的和宗旨，削弱这些措施的完整性和有效性。

2019年2月27日，《中俄印外长第十六次会晤联合公报》27项认为，单边制裁和“长

臂管辖”违背国际法原则。2019年7月19日，针对美国财政部18日宣布针对伊朗铀浓缩活动实施单边制裁，其中涉及4家中国公司，中方评论是“中方一贯坚决反对美方援引其国内法，对包括中国在内的其他国家实施单边制裁和所谓的‘长臂管辖’。我们敦促美方立即纠正这种错误做法，切实尊重各方合法权益”。2022年10月9日，外交部发言人毛宁在其主持的例行记者会上就“近日美国以伊朗国内局势为借口，援引美国国内法制裁伊方官员，并威胁将继续对伊朗采取制裁措施。伊朗指责美国挑动伊朗国内矛盾”作出评论表示：中方一贯反对美国对伊朗施加非法的单边制裁，反对以任何借口干涉他国内政，反对打着“民主”“人权”的旗号，在别国策动所谓“颜色革命”。2023年9月13日，外交部发布的《关于全球治理变革和建设的中国方案》中提到：中国坚决反对个别国家对他国滥用单边制裁和“长臂管辖”，为发展中国家发展经济和改善民生创造条件。

除了在联合国等国际组织中发声，在FTA中，我国可适时主张限制滥用国家安全例外的规则。[17]76既然WTO规则对部分成员通过区域贸易协定搞小多边贸易体制来孤立个别成员的做法鞭长莫及，为了应对美国通过“印太经济框架”、《美墨加协定》等排斥中国，我国应尽快加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》。加拿大和墨西哥都是该协定成员，中国加入该协定之后，自然就化解了“毒丸条款”给中国带来的负面影响。[23]

2、合理“使用”己方否认存在的“限制措施”

本文提及的三类案件存在明显的区别，即，其中两类案件发起成员并不否认限制措施的存在，而另外一类“发起”的案例中，则与此相反，“发起成员”并不承认采取措施。如，在“中国—货物和服务贸易措施案”中，中国外交部发言人赵立坚2021年12月24日在例行记者会上就此表示，中方一贯按照WTO规则行事，希望欧方有关人士尊重事实，不要发表不负责任的言论。

其实，类似的情景也曾在前几年发生过。当时，韩国曾主张针对萨德问题，我方对其采取了“限韩令”，对此，我国政府层面一直否认该“措施”的存在。中韩两国政府就该“限制措施”是否存在是存有争议的。

现实中，不承认单边制裁意图但承认措施存在的情形是比较常见的，因为在此类案件中被申诉方在正当化本方措施时可依据的国际法规则相对要丰富一些，即，先主张本方措施不违反WTO法，即使被认定为涉嫌违反某一具体规定，也会援引各种例外条款争取豁免。承认单边制裁意图的措施存在整体上效果与不承认单边制裁意图但承认措施存在的类型是类似的。因为采取措施的成员也会主张为了己方认为合法的国际法之履行才会发动该措施来纠正对方的违法行为，进而在己方措施被认

定涉嫌违反WTO规则时援引例外条款抗辩。而不承认“措施”存在的情况就比较复杂，因为采取“措施”的成员不承认己方“采取措施”，所以，争端双方第一个争议点就是“措施”是否存在。如同“中国—货物和服务贸易措施案”，尽管目前不清楚欧盟方掌握有何种证据，但我方对“措施”的否认，明显增加了欧盟的诉讼难度。或许因为这种原因，在中韩“限韩令”问题上韩方经过多方考证，最终并未选择申诉。

但整体上此类“措施”如果存在的话，对国际贸易的损伤是巨大的，且会在国家之间产生互不信任。因此，此类“措施”尽量减少使用，如需制裁或反制某国，可以借助一般国际法下的反措施来抗辩，并与国际社会一道尽早制定禁止单边制裁的国际规则。如，《马拉喀什建立WTO协定》前言提到：“实质性削减关税和其他贸易壁垒，消除国际贸易关系中的歧视待遇”，可以考虑其中加上“不得作为单边制裁方式任意采取贸易限制措施”。

就与“中国—货物和服务贸易措施案”类似案例而言，假设外方能够证明中方“采取”了“措施”，那我国也可以援引“国际关系的其他紧急情况”而主张豁免。2021年11月18日，外交部发布公告，宣布将中国与立陶宛的外交关系降为代办级。“沙特—知识产权保护措施案”中专家组确认两国断绝外交关系可以构成“国际关系的紧急情况”，尽管外交关系降级不同于断交，但结合DSB对“国际关系紧急情况”作出宽泛解释的先例来看，外交关系的降级应该可以作为证明中国和立陶宛之间“国际关系紧急情况”的有力证据。

3、设计外形符合规则及利用各种例外条款非常重要

在尽量减少“使用”上述“措施”之外，也要将措施进一步设计成尽量外形符合WTO规则，后续再提出各种例外条款的适用。

首先，可以主张措施并非基于单方制裁动机采取。如，可以把出口限制措施的采取理由归因于出口管制，把进口限制措施的采取理由归因于检疫措施或技术标准等理由，也可通过双反等现实中普遍存在的措施采取实质上的限制措施。现实中的例子是：2019年，日本将韩国移出“白名单国家”，理由是“日韩之间的信任关系，包括在出口管制领域的信任关系，已经大大削弱，而韩国出口管制中的某些问题只能在最大程度的信任下才能得到解决”。但其实该措施是针对2018年韩国大法院对日本企业就强掳劳工案做出的判决采取的报复措施。再如，2018年，澳大利亚以国家安全为由，成为首个公开禁止中国科技巨头华为参与其5G网络建设的国家，我国商务部则于2018年底决定对原产于澳大利亚的进口大麦发起双反调查。这些措施从时间上来看，似乎就是对上述澳方措施的反映，但外形包装成基于合法目的采取的合法措施，且在采取措施时断然拒绝该措施是基于单边制裁动机采取，因为这样在后续

援引各种例外时将会更加自如。

其次，可以利用好各种例外条款，例外分为国家安全例外和一般例外。从WTO的案例来看，整体上对国家安全例外的内涵持宽松解释的态度，且，也不乏相关的国家实践。不仅是国家安全例外，一般例外条款也可以积极援引，我方曾在WTO案例中有过援引先例，美国近期也有相关的援引案例。尽管这些案例中因为一般例外限制条件非常严格而大多未能最终成功，但这些例外条款的援引还是有成功的先例，所以对这些成功先例的研究也很重要。

第三，因为WTO目前尚无针对基于单边制裁动机采取贸易限制措施采取救济的相关条款，所以，不管动机为何，只会审查是否违反具体条款规定。当然，如果被认定为基于单边制裁动机采取，有可能在主张例外条款援引时增加援引的难度。因为其有可能因此被认定为是任意或不正当的歧视，伪装的贸易限制，或超过必要限度。

4、对特定成员适当提起上诉来阻止不利于我国的专家组报告通过

即使被WTO认定为我方违反规则，且在援引国家安全例外和一般例外条款方面失败，对特定成员，我国也可以适当利用WTO目前的上诉机构空白。如果，WTO专家组提交不利于我国的专家组报告，且我方认为这种裁定不符合WTO规则，我国也可以适当提起上诉来阻止其通过。在此方面，美国已经有多起先例。美国已经针对我国胜诉的多个案件提起上诉，从而阻碍专家组报告的通过，我国对其也可以采取类似措施。

一旦报告未能被WTO的DSB通过，WTO专家组的报告就没有法律效力，且我方还可以主张这些措施最终是归因于对方违法行为的应对，就是一种反措施，从而在未被WTO法裁定违法的前提下，同时动用一般国际法来为自己的主张增加国际法依据。

2023年8月16日，WTO专家组就“中国—对来自美国的某些产品征收附加税案”散发报告。2018年3月23日，中国商务部发布“商务部关于就美国进口钢铁和铝产品232措施及中方应对措施公开征求意见的通知”（以下简称“意见通知”）。在“意见通知”中，商务部表达了232条款关税构成“保障措施”的观点，并表示中国打算“暂停对美国实施实质性平等减让和其他义务”。通过“意见通知”，商务部还就中国拟对原产于美国的某些产品征收进口关税征求公众意见。2018年3月26日，中国通知WTO保障措施委员会，根据《保障措施协定》第12.3条和第8.1条以及GATT第19.2条的规定，正式请求与美国进行磋商。中国在通知中表示，其正在“行使贸易补偿磋商的权利”。2018年3月29日，中国向WTO货物贸易理事会通报，根据GATT第19.3条和《保障措

施协定》第8.2条，中国拟暂停对从美国进口的产品减让和其他义务。根据该通知，拟议的措施将包括对原产于美国的特定产品加征关税。2018年4月1日，中国商务部发布了“国务院关税税则委员会对原产于美国的部分进口商品中止关税减让义务的通知”（以下简称“实施通知”），自2018年4月2日起，对原产于美国的128项进口产品“暂停实施关税减让义务”。“实施通知”指出，在“目前适用的基本税率”之外，这128种产品中的每一种都将适用上调后的税率。2018年4月4日，美国通知中国，美国认为没有依据根据《保障措施协定》第12.3条进行磋商，因为美国不同意中国将第232条关税定性为保障措施。本案的专家组对此支持了美国的观点，认为美国依据232条款采取的关税措施不属于保障措施，从而认为中国不能对其采取《保障措施协定》所允许的较为简便的报复措施。[24]因为上诉机构停摆，我国丧失了就此要求上诉机构纠错的机会，而一旦不上诉，对我国不利的上述报告将会被DSB通过，从而成为有约束力的裁定。所以，对其采取上诉是一个不得已的选择，否则就会导致先采取不法措施的一方通过上诉阻挠报告通过，而对其采取反措施的一方反而因未上诉而被通过对其不利报告的结果。此案也表明，目前在中美之间缺乏有效的争端解决机制的情况下，适当采取上诉及其反措施是不得已的选择，其责任终究是在美国，而非中国。报复与贸易协定的主要目的--贸易自由化--是背道而驰的，但如果它能对滥用保护主义起到威慑作用（通过对强加国的生产者造成负面影响），它就能发挥有益的作用。[4]1473

六、结论

逆全球化国际情势仍在不断加强部分国家的供应链安全政策，或使夹杂其中的供应链“武器化”考虑更加难以识别和评判。因而可以合理预见，以经济安全为由的贸易政策措施将会不断出台。[25]

GATT第21条(a)项规定，“本协定的任何规定不得解释为要求任何缔约方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息”，从结构上来看，其与(b)项存在不同。因为(b)项中有“必需”的限定词。该词被DSB解释成对措施采取成员自裁权利的限制，而(a)项则不同。因为(a)项涉及到信息，如果就数据跨境流动，一成员采取限制措施并就此项提出抗辩，是否就意味着采取措施的成员具有完全的自我决定权？这是非常值得深思的问题，有待后续的案例进一步明确。

在国家安全贸易限制方面，应采用类似于“保障”关税和配额的“再平衡”程序，而不是诉讼。在采取此类措施时，政府应提供补偿（如降低其他领域的贸易限制）；如果无法达成补偿，这些政府必须接受受影响贸易伙伴施加的同等贸易限制。通过

这种方式，可以维护体系的整体平衡，避免对WTO争端解决体系造成永久性破坏，并堵住一个可能具有破坏性的漏洞。[4]1452

虽然试图将现有的保障措施再平衡规则扩大到其范围之外会破坏法治，但专为国家安全背景而设计的新的再平衡制度可以帮助恢复法治。重新平衡将限制条款的滥用，从而带来重要的好处。根据案件的复杂程度，一个完整的WTO争端解决程序通常持续两到四年。由于义务的模糊性，国家安全措施特别容易被滥用，而重新平衡将缩短政府为国家安全目的实施进口限制而贸易伙伴不作任何反应的时间。在没有通知解释的情况下，如果作为诉讼的一部分援引第21条的理由，可以立即进行再平衡，但如果已经发出通知，则必须等待六个月至一年。[4]1466-1472

[参考文献]

[1] WTO, Joint Statement on Aggression by the Russian Federation Against Ukraine with the Support of Belarus, WT/GC/244.

[2] 马光:《论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善》,《法治研究》2022年第1期，第151-160页。

[3] Yong-Shik LEE, “Weaponizing International Trade in Political Disputes: Issues Under International Economic Law and Systemic Risks”, *Journal of World Trade*, Vol.56, No.3(2022), pp.405-428.

[4] Simon Lester and Huan Zhu, “A Proposal for ‘Rebalancing’ to Deal With ‘National Security’ Trade Restriction”， *Fordham International Law Journal*, Vol.42, No.5(2019), pp.1451-1474.

[5] 马光、方敏:《日本对韩国出口限制案探析》,《海关与经贸研究》2020年第4期，第110-121页。

[6] J. Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, *The Yale Law Journal*, Vol.129, No.4(2020), pp.1020-1098.

[7] Panel Report, Russia–Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, paras.7.101-7.130.

[8] United Arab Emirates–Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: Request for the Establishment of a Panel by Qatar, WT/DS526/2, paras.5-9; Bahrain–Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: Request for Consultations by Qatar, WT/DS527/1, paras.4-8; Saudi Arabia–Measures Relating to

Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: Request for Consultations by Qatar, WT/DS528/1, paras.4-8.
[9] QATAR–Certain Measures Concerning Goods from the United Arab Emirates: Request for the Establishment of a Panel by the United Arab Emirates, WT/DS576/2, paras.6-8.
[10] Panel Report, Saudi Arabia–Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, paras.2.29-7.293.
[11] Panel Report, United States-Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, paras.7.100-7.238.
[12] Panel Report, United States–Origin Marking Requirement, WT/DS597/R, paras.7.254-7.360.
[13] 杨国华:《中美贸易战中的国际法》,《武大国际法评论》2018年第3期，第120-141页。
[14] Panel Report, United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS544/R, paras.2.13-7.148.
[15] 刘敬东：《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析———以国际贸易投资规则为视角》，《法学杂志》2023年第2期，第121-138页。
[16] 梁咏：《论国际贸易体制中的安全例外再平衡》，载《法学》2020年第2期，第142-155页。
[17] 孙南翔：《国家安全例外在互联网贸易中的适用及展开》，载《河北法学》2017年第6期，第63-77页。
[18] 张乃根：《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》，《法治研究》2021年第1期，第128-138页。
[19] 李居迁：《贸易报复的特殊与一般——中美贸易战中的反制措施》，《经贸法律评论》2019年第1期，第62-68页。
[20] 廖诗评：《中美贸易摩擦背景下中国贸易反制措施的国际法依据》，《经贸法律评论》2019年第1期，第55-61页。
[21] 杨国华：《中国贸易反制的国际法依据》，《经贸法律评论》2019年第1期，第48-54+68页。
[22] 龚红柳：《论中美贸易战中实施“反制”的WTO合规性——以中国应对美国“301措施”为例》，《经贸法律评论》2019年第1期，第32-47页。
[23] 胡加祥：《涉华贸易制裁的国际规则缘由与中国应对》，《环球法律评论》2023年第4期，第192-208页。

[24] Panel Report, China–Additional Duties on Certain Products from the United States, WT/DS558/R, paras.2.2-7.360.
[25] 杨梦莎：《安全例外条款的功能演进与司法审查标准——以供应链安全为视角》，《政法论坛》2023年第4期，第160-169页。

Trade Restrictive Measures as Unilateral Sanctions

Ma Guang

(*Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China*)

Abstract: International trade restrictive measures are often employed as a significant form of unilateral sanctions. Such measures can be categorized into three types: where the party implementing the measure acknowledges the use of trade restrictive measures based on the intention of unilateral sanctions; where the party denies the existence of the "measure"; and where the party implementing the measure only acknowledges the use of trade restrictive measures based on justifiable reasons such as national security. Regardless of the type, the examination process in WTO disputes remains consistent, focusing solely on whether specific WTO rules have been violated and, if so, whether exceptions can be justified. Therefore, within the current WTO framework, effectively controlling trade restrictive measures implemented for the purpose of unilateral sanctions proves challenging. Furthermore, the broadening interpretation of national security across various countries further complicates the WTO system. What's more, the current WTO is under tremendous pressure due to the suspension of the Appellate Body, which hampers the dispute settlement mechanism. Additionally, the adoption of panel reports is hindered by malicious appeals, preventing the implementation of legitimate and appropriate retaliatory measures against members imposing unilateral trade sanctions.

Starting from the Russian-Ukrainian conflict, the number of cases involving trade restrictive measures as a form of unilateral sanctions has gradually increased. In recent years, this trend has shown a significant surge in development, posing a serious threat to the international trade order. The imposition and retaliation of trade sanctions have intensified, with unilateral trade sanctions disguised as "legitimate" trade restrictive measures occurring from time to time. In the face of such a serious situation, it is imperative to strictly control national security exceptions, which are often exploited as pretexts for launching unilateral sanctions. At the WTO level, disputes arising from the complexities of such trade disputes have emerged, centered around conflicts like the Russian-Ukrainian conflict, tensions in the Middle East, and trade disputes between

China and the United States. Some of these situations have not yet been submitted to the WTO dispute settlement mechanism, but there is a possibility of their escalation into formal dispute cases. It is very important to analyze these existing cases and explore potential solutions within the framework of the WTO, particularly regarding national security exceptions.

China has been subjected to unilateral trade sanctions as a whole, but with the significant growth of its international trade volume, it has sometimes been accused of implementing some of these "measures". A review of the relevant cases would facilitate the formulation of valuable recommendations on unilateral trade sanctions affecting China. In particular, it may be useful to explore options for prohibiting or limiting unilateral trade sanctions in the form of a general rule. In the long run, it is in our country's interest to advocate for the restriction or prohibition of such measures as a whole. However, should it prove unfeasible to entirely eradicate these measures or establish a legislative general rule, consideration could also be given to judiciously adopting similar measures against members frequently implementing such measures, thereby offering an effective response.

Keywords: Unilateral sanctions; trade restrictive measures; retaliatory measures; trade sanctions; countermeasures

美国涉疆制裁的违法性分析

徐振毅*

（北京师范大学 法学院，北京 100875）

论文摘要： 经济制裁作为美国的外交政策执行工具，具有遏制竞争对手、维护自身利益的功能。近年来，美国针对不同国家出台了一系列的针对性经济制裁措施。2018 年，美国在退出“伊核协议”后重启对伊朗的制裁，限制其他国家与伊朗的贸易。与此制裁模式相同的是美国针对中国新疆产品的一系列制裁措施。自 2019 年以来，美国频繁以“人权”为由对中国新疆的产品施加制裁，从禁止特定产品进口到美国境内演变成针对所有原产地为新疆产品的进口禁令措施。除此之外，美国还通过出台《维吾尔人权政策法案》《维吾尔强迫劳动预防法案》等歧视性法律，试图正当化其对新疆的制裁措施，降低国际社会对美国单边制裁的谴责风险。由此可见，以单边法律手段为主的“法律战”是美国推行对华遏制战略的重要手段。然而，美国涉疆制裁因其对他国经济主权的侵犯而具有违法性。从国际法角度看，美国涉疆制裁的违法性分析首先应判断其管辖权基础以及是否存在普遍管辖权的不当域外适用；其次应对美国涉疆制裁所违反的最惠国待遇、普遍取消数量限制等成员国义务条款进行明晰；最后应对 GATT“公共道德例外条款”能否正当化其以“人权”为由的制裁行为进行论证，综合判断美国涉疆制裁的违法性。目前，美国对中国的贸易政策仍以“遏制”为主，其针对新疆的无端制裁在未来的一段时间内仍将是中美贸易的摩擦点。因此，有必要厘清美国涉疆制裁的运行逻辑，在此基础上分析其制裁措施的违法性，为中国所采取的反制及阻断措施提供国际法理论支撑。

关键词： 涉疆制裁；进口禁令；普遍管辖权；公共道德例外；违法性

一、美国涉疆制裁的运行逻辑

（一）美国涉疆制裁的法律依据

法律战作为新型国家竞争方式，在经济大国的冲突中发挥了不可替代的重要作用。在法律战的具体运用中，攻势一方常以具有涉外特征的法律法规与一般国内法为依据对他国施加

* 徐振毅，男，北京师范大学法学院博士研究生。

单边制裁。[①]美国针对中国新疆的制裁措施即法律战的典型代表，其在以一般性国会立法为基础为制裁行为提供“正当性”的基础上，通过出台直接针对新疆的歧视性立法，增强制裁的执行力与针对性。这体现出的是美国以“规则为基础”的国际秩序之法律构建与政治因素介入下规则主义向“制度霸权”的现实转变。[②]

在一般性国会立法层面，1930 年《关税法案》为美国针对新疆的制裁提供了直接法律基础。根据 1930 年《关税法案》第 307 条之规定，所有涉及罪犯劳工或强迫劳动在外国开采或生产的货物，均禁止进口到美国境内。[③]通过对该条款进行分析，可发现虽然条款对强迫劳动的定义作出了规定，即“任何人处于被惩罚或不自愿的情况下所做的工作或服务”，但在强迫劳动的认定过程具有“自决属性”，美国的执法部门可根据他方举报或自行调查形成结论，对涉嫌强迫劳动的产品施加进口禁令措施。这为强迫劳动的过度认定以及进口禁令措施的政治泛化实施留出了法律解释的空间。值得注意的是，该条款的适用在 2016 年之前受到“消费需求”条款的限制，具体表现为如果某种产品在美国的生产数量不能满足美国的消费需求，则该产品即使涉及强迫劳动也允许进口到美国境内。然而，2016 年 2 月 24 日，时任美国总统奥巴马签署《2015 年贸易便利化和贸易执法法案》，废除了“消费需求”条款。[④]该举措无疑放宽了《关税法案》307 条的适用限制。事实上，美国正是自 2016 年开始再次集中以“强迫劳动”为由对中国产品施加进口禁令制裁措施，对中国的对外贸易与全球供应链的稳定造成了消极影响。

在一般性国会立法的基础上，美国还通过出台一系列特别针对中国新疆的歧视性法案，为其经济制裁提供明确的方向指引与打击措施。美国针对中国新疆的歧视性立法肇始于 2020 年所出台的《维吾尔人权政策法案》。作为首部针对中国新疆的歧视性立法，该法案正式拉开了中美之间以“人权”为由的制裁与反制的法律攻防战。美国政府将《维吾尔人权政策法案》的立法目的表述为“运用美国政府的资源解决中国新疆存在的人权问题”，法案中对中国新疆存在的所谓“人权问题”进行了谴责与调查公示。[⑤]然而，美国仅在法案及相关

---

① 赵骏、顾天杰：《国际法律斗争的攻防策略与法治破局：以国内法为视角》，《太平洋学报》，2022 年第 7 期。

② 徐崇利：《国际秩序的基础之争：规则还是国际法》，《中国社会科学评价》，2022 年第 1 期。

③ 19 U.S.C.A. § 1307.

④ U.S. Customs and Border Protection, Trade Facilitation and Trade Enforcement Act of 2015 Repeal of the Consumptive Demand Clause. https://www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2016-Oct/Fact%20Sheet%20-%20Repeal%20of%20the%20Consumptive%20Demand%20Clause.pdf.

⑤ S.3744 – 116th Congress (2019-2020): Uyghur Human Rights Policy Act of 2020, S.3744, 116th Cong. (2019), https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3744.

文件中公示了其“调查结果”，但并未对数据的来源与调查过程作出说明，使得美国调查结果的真实性存疑。此外，《维吾尔人权政策法案》还规定了对中国的一系列资产冻结、签证限制等制裁措施。因其多采取原则性规定以及未涉及具体贸易限制等强有力的制裁措施，所以该法案的出台并未对中国造成过大的经济影响，可视其为美国涉疆制裁的政治性宣誓立法。

除《维吾尔人权政策法案》之外，美国国会于 2021 年 12 月颁布了《维吾尔强迫劳动预防法案》（Uyghur Forced Labor Prevention Act，简称 UFLPA）。该法案明确禁止由中国新疆生产或部分生产的产品进口到美国境内。同时，UFLPA 设立了“可反驳推定”制度以增强法案的执行力与制裁的有效性。根据 UFLPA 的规定，美国海关及边境保护局（U.S. Customs and Border Protection，简称 CBP）局长应推定“全部或部分在新疆维吾尔自治区开采、生产或制造的任何货物及商品或由 UFLPA 实体清单公布的商品”为强迫劳动产品而禁止进口到美国境内。尽管 UFLPA 规定了“可反驳推定”的例外情形，进口商满足例外规定即可继续进口产品到美国境内，但例外规定的证明责任却由企业承担，企业需“全面和实质性地回应专员的所有询问并通过提交明确和令人信服的证据以证明商品并非全部或部分由强迫劳动开采、生产或制造的”。[①]此种证明标准通常会使企业承担更高的合规调查与供应链追踪成本，从而在结果上降低 UFLPA“可反驳推定”例外规则的适用可能性。值得注意的是，UFLPA 不仅规定了美国针对中国新疆产品的进口禁令措施，其还通过《美国－墨西哥-加拿大协定》第 23.6 条之规定，与墨西哥和加拿大进行规制协调与政策联动，共同对原产地为新疆的产品施加进口禁令。

由此可见，相较于《维吾尔人权政策法案》的体系性规定，UFLPA 对中国新疆的制裁措施更为具体，对国际供应链中原产地为新疆的产品实施了整体打击并联动他国一道施加制裁。在中美贸易冲突的背景下，美国针对新疆的歧视性立法措施并未因为 UFLPA 的出台而停止。2023 年 4 月 20 日，美国众议院议员金映玉（Young Kim）向众议院提交了《2023 年维吾尔政策法案》，继续通过立法抹黑中国新疆的人权问题，为美国对新疆的制裁提供法律基础。[②]2023 年 6 月 12 日，美国众议院议员纳撒尼尔·莫兰（Nathaniel Moran）向众议院提交《不向维吾尔强迫劳动提供金钱法案》，法案第二部分将对新疆的制裁范围由贸易拓展至

① H.R.6256 – 117th Congress (2021-2022): To ensure that goods made with forced labor in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region of the People’s Republic of China do not enter the United States market, and for other purposes, H.R.6256, 117th Cong. (2021), https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6256.

② H.R.2766 – 118th Congress (2023-2024): Uyghur Policy Act of 2023, H.R.2766, 118th Cong. (2023), https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/2766.

投资领域。[①]目前该两部法案已经众议院审议通过并提交至参议院，未来法案通过后将充实美国涉疆制裁的“法律弹药库”，对中国造成消极影响。

（二）美国涉疆制裁的部门分工

美国的国内立法为其针对新疆的制裁措施提供了“法律依据”与政策指引。在涉疆制裁的具体运行过程中，美国国务院、国土安全部、商务部、财政部、劳动部等政府部门通过分工配合，形成了一套切实有效的制裁运作体系。

美国国务院作为专门负责外交事务的行政部门，具有提供外交政策建议，实施签证限制等权力。在美国涉疆制裁中，其国务院主要起到对中国进行政治性施压的作用。一方面而言，美国国务院通过其历年发布的《人权报告》指控新疆所存在的诸多“人权问题”而抹黑新疆，试图通过政治层面降低中国的国际认同感；[②]另一方面，美国国务院还通过对中国官员实施严格的签证限制，在其职权范围内对中国实施具体的制裁措施。[③]

美国国土安全部以维护边境安全，实施边境管制、保障美国国民安全为目标的政府部门，在美国涉疆制裁以及 UFLPA 的执行中发挥了极其重要的作用。美国国土安全部主要通过对原产地为新疆的产品实施扣押以达成对中国贸易制裁的目的，其针对新疆产品的扣留行为主要分为两个阶段。在 UFLPA 未生效前，美国国土安全部主要通过其下属机构 CBP 所发布的扣留放行令（Withhold Release Orders，简称 WROs）措施对中国新疆产品加以进口限制。根据 CBP 官网所发布的数据统计，自 2019 年第一份针对新疆产品的 WRO 生效至 2021 年，CBP 共发布了 11 项 WROs 措施，涉及番茄、棉花、电脑、多晶硅等众多产品，严重影响了中美贸易的平衡与新疆企业的出口。值得注意的是，针对新疆的 11 项 WROs 措施并不意味着仅有 11 家企业或某几种特定产品受到了打击。在 2021 年 1 月 13 日的一项 WRO 中，CBP 针对新疆维吾尔自治区范围内所有的棉花、番茄及其下游产品实施了进口限制，[④]仅此一项禁令便使众多企业及所生产的产品出口受阻。在 UFLPA 生效后，因其通过法律预先设定所

① H.R.4039 – 118th Congress (2023-2024): No Dollars To Uyghur Forced Labor, H.R.4039, 118th Cong. (2023), https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/4039.

② 通过比对美国历年针对中国的《人权报告》可知，其自 2018 年开始在报告中着重指责新疆存在的所谓“拘留”等人权问题，这与 CBP 以“强迫劳动”为由开始对中国新疆产品实施大规模扣留措施的起始时间相同，由此可知美国针对新疆的政治性抹黑与经济性制裁具有同步性。

③ U.S. Department of State, U.S. Department of State Imposes Visa Restrictions on Chinese Officials for Repression in Xinjiang. https://2017-2021.state.gov/u-s-department-of-state-imposes-visa-restrictions-on-chinese-officials-for-repression-in-xinjiang/.

④ U.S. Customs and Border Protection, Withhold Release Orders and Findings List. https://www.cbp.gov/trade/forced-labor/withhold-release-orders-and-findings.

有原产地为新疆的产品都涉及“强迫劳动”，CBP 不用再以发布 WROs 的方式对某些产品及企业施加进口禁令制裁措施，而是直接根据 UFLPA 的规定对新疆产品整体实施更为严格且范围更广的进口限制。自 2022 年 6 月 CBP 首次以 UFLPA 为依据扣留原产地为中国新疆的产品，截至目前，CBP 已共计扣留 7566 批次货物，总价值高达 28.7 亿美元，其中有 3096 批次货物最终被禁止进口到美国境内，只能承担更高的转运成本将其转出口至他国。[①]此外，美国国土安全部还通过创设实体清单以增强 UFLPA 的执行力与阻断中国新疆产品入境的有效性。截至目前，已有 41 家企业被列入 UFLPA 实体清单中。[②]值得注意的是，在美国与加拿大、欧盟等进行强迫劳动联动规制的背景下，UFLPA 实体清单不仅阻断了清单企业与美国的贸易可能性，还可能扩展影响到其他国家的贸易，造成对该企业产品的国际供应链整体打击。

值得注意的是，在 CBP 在自身进行调查以及执行美国国土安全部 UFLPA 实体清单的基础上，其还会参考其他部门的文件资料以提高制裁的针对性与全面性。例如，作为主管劳动问题的政府部门，美国劳工部国际劳工事务局（U.S. Department of Labor Bureau of International Labor Affairs，简称 ILAB）负责定期公布《童工或强迫劳动生产的商品清单》，ILAB 本身并不具备执行清单的能力，其声称清单的目的在于提醒企业注意国际供应链中的违法行为并为各国公司与政府提供合规和预防措施的工具。然而，这份清单在美国涉疆制裁中提供了明确的物项支持，CBP 正是依据对清单中所载明的“强迫劳动产品”进行调查，最终得出结论实施进口禁令等措施。

除进口禁令之外，美国商务部工业与安全局（U.S. Department of Commerce Bureau of Industry and Security，简称 BIS）根据其所制定的被拒绝人员名单以及实体清单对中国新疆企业实施出口管制，通过进出口双重管制全面遏制新疆企业的国际业务拓展能力。尽管 BIS 清单的适用常以国家安全为借口，但其对新疆企业的出口管制措施仍然以“人权”为理由。例如，BIS 于 2021 年 6 月 24 日以“强迫劳动”为由将五个中国实体列入实体清单中[③]；同年 6 月，BIS 又以“侵犯新疆人权”为由将 14 个总部设在中国的企业列入实体清单。通过对 UFLPA 清单与 BIS 实体清单所针对的新疆企业进行比较可知，UFLPA 清单主要针对的是

① U.S. Customs and Border Protection, Uyghur Forced Labor Prevention Act Statistics. https://www.cbp.gov/newsroom/stats/trade/uyghur-forced-labor-prevention-act-statistics.

② U.S. Homeland Security, UFLPA Entity List. https://www.dhs.gov/uflpa-entity-list.

③ U.S. Department of Commerce, Commerce Department Adds Five Chinese Entities to the Entity List for Participating in China’s Campaign of Forced Labor Against Muslims in Xinjiang. https://www.commerce.gov/news/press-releases/2021/06/commerce-department-adds-five-chinese-entities-entity-list.

棉花、番茄、多晶硅等新疆具有比较优势的出口产品，阻止新疆产品在国际供应链上的传播；而 BIS 实体清单则主要针对新能源材料、有色金属领域的企业进行制裁，目的是阻断企业获得相应关键材料的能力，两部门相互配合所实施的双重制裁措施对新疆产品的出口与原材料的进口均产生了消极影响。

此外，美国财政部也曾通过清单的方式对中国新疆的企业实施制裁措施。美国财政部外国资产控制办公室（U.S. Department of the Treasury Office of Foreign Assets Control，简称 OFAC）所创设的特别制定国民清单（Specially Designated Nationals List，简称 SDN 清单）禁止与涉及恐怖主义、贩毒或其他非法活动的个人及实体进行交易。在美国的涉疆制裁体系中，SDN 清单并未起到与 UFLPA 或 BIS 清单相等同的严重效果，但美国财政部也通过此清单限制了部分美国公民及实体与中国新疆实体的交易行为。例如，2020 年 7 月 31 日，OFAC 根据第 13818 号行政命令将新疆生产建设兵团等数家中国实体认定为侵犯人权的实体并单方面禁止美国公司与被认定的实体进行交易。值得注意的是，如果美国众议院所通过的《不向维吾尔强迫劳动提供金钱法案》生效，则 OFAC 可能会根据此法案进一步对美国企业与中国新疆实体的交易施加限制。

二、美国涉疆制裁与管辖权限制规则的冲突

美国针对新疆的制裁措施以进口禁令措施为主，目的是限制新疆产品在国际供应链上的传播，进而遏制中国对外贸易的发展。此种制裁模式具有表象的道德性与内在的歧视性与政治性这一特点，因此有必要对美国涉疆制裁行为的违法性进行分析。在对美国涉疆制裁进行违法性辨析的过程中，首先应当分析其制裁措施是否具有管辖权基础，以及是否属于国内法的不当域外适用，如果美国涉疆制裁与管辖权规则相冲突，则不免构成对他国经济主权的侵犯。在管辖权规则领域，主权国家可依据自身意志设定管辖规则，但管辖规则的设定不应违背国际法，且管辖事项应与本国存在合理联系。[①]美国通过《对外关系重述法》（Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law）对国家管辖权进行了确立，规定了管辖权行使所应具备的要件以及“合理性”条款对国家管辖权的限制。

（一）强迫劳动制裁的管辖权基础转变

在人权领域，各国通常采用的做法是通过国际习惯法中的普遍管辖权对侵犯人权的行为进行管辖。《对外关系重述法》作为美国实施管辖权时的重要参考，诸多条款对管辖权的实施进行了规定及限制。2018 年，美国出台了第四版《对外关系重述法》，该版重述法对第三

① 赵骏、顾天杰：《国际法律斗争的攻防策略与法治破局：以国内法为视角》，《太平洋学报》，2022 年第 7 期。

版中未进行详细规定的普遍管辖权进行了列举式的细化，为其国内法的域外适用提供了法律基础。根据第三版《对外关系重述法》第 404 条之规定，即使不存在 402 条所规定的管辖权基础，美国仍有权对国际社会公认和普遍关注的某些罪行进行惩罚，例如海盗、奴隶贸易、袭击或劫持飞机、种族灭绝、战争罪以及某些恐怖主义行为。[①]值得注意的是，第四版《对外关系重述法》除了在第 413 条规定普遍管辖权之外，还将其规定在第 402 条之中，即美国可以对某些普遍关注的罪行行使管辖权，例如海盗、奴役、强迫劳动、贩运人口、招募儿童兵、酷刑、法外处决、种族灭绝和某些恐怖主义行为。[②]

第四版《对外关系重述法》将“强迫劳动”视为国际社会关注的罪行而直接纳入普遍管辖权的范围标志着美国正式确立了其对强迫劳动进行规制的管辖权基础，且此种管辖行为因构成对国际罪行的普遍关注而与被管制行为间存在真实联系。[③]值得注意的是，美国对强迫劳动产品的规制始于 1930 年《关税法案》中对强迫劳动产品的禁止进口规定。在后续 WTO 的数轮谈判中，美国所提倡的人权与贸易挂钩的理念均未通过 WTO 的途径得以实现，所以其开始运用国内法律制度对国际贸易中的强迫劳动产品加以限制。美国对强迫劳动产品的进口禁令措施适用之初是旨在保护国内生产者及工人免受因进口强迫劳动生产的外国商品而导致的不公平竞争。[④]此种适用目的解释了美国“消费需求”条款的规定，即当存在供不应求的状况时，允许强迫劳动的产品进入美国。自 2016 年美国废除“消费需求”条款后，其对强迫劳动产品进口禁令措施的适用目的由“防止不公平竞争”转变为“对普遍国际罪行的惩治”。因为《强迫劳动公约》《废除强迫劳动公约》等普遍将“强迫劳动”视作违法行为，要求各国采取措施以消除强迫劳动。[⑤]美国以此为由，加强了对强迫劳动产品的限制频率，并通过第四版《对外关系重述法》为其强迫劳动产品全球规制提供了管辖权基础。

此外，在对强迫劳动进行规制的过程中，第四版《对外关系重述法》并不要求美国与受管制的个体或行为之间存在特定联系。这项规定不受“效果原则”的约束，进一步加强了美国法的适用。由于美国在第三版《对外关系重述法》时期将强迫劳动产品视为他国的“不公平竞争”，并未将其列入普遍管辖的范畴。因此，对强迫劳动产品的规制需要满足“效果原则”，即在美国境外所进行的活动对美国境内产生或意图产生实质性的影响，则美国可对境

① REST 3d FOREL § 404.

② REST 4th FOREL § 402.

③ REST 4th FOREL § 407.

④ China Diesel Imports, Inc. v. United States, 855 F. Supp. 380 (Ct. Int'l Trade 1994).

⑤ 参见《强迫劳动公约》第 1 条、第 25 条。

外的行为进行管辖，这是对传统属地管辖权的扩大适用。[①]尽管当时美国对“在他国制造并引入国内商业流的产品所造成的损害责任具有管辖权”这一说法持认可态度，为禁止进口强迫劳动产品提供了基础。然而，这种说法具有两方面的模糊性。其一，此语境下的损害一般指因产品的缺陷对美国国内的消费者所造成的身体或其他损害，例如因进口某种不符合美国安全规范的食品给国内民众所带来的健康损害。强迫劳动产品所造成的“损害”更加倾向于是一种价值判断，能否将此种价值判断与实际损害相等同，以及其是否对美国的国内造成了实质性影响存在疑问。其二，即使认可了美国对他国制造并进口至美国境内的强迫劳动产品具有管辖权，当面临他国生产过程规范，但上游原材料涉及强迫劳动的情形时，美国市场与产品原材料之间的联系较为薄弱，其能否依据此条实施管辖权依然存疑。然而，第四版《对外关系重述法》的出台改变了美国难以对强迫劳动产品进行供应链全方位打击的局面，其将“强迫劳动”认定为普遍管辖权的范畴之内，对强迫劳动产品的规制并不要求产品或其生产过程中所用的原材料与美国有特定联系，美国具有了对一国产品实施供应链打击的能力，为其对新疆产品的制裁提供了“管辖权基础”。美国将“强迫劳动”纳入普遍管辖权的范畴具有其合理性。然而，其在依据国内法对国际供应链中的强迫劳动产品进行管制的过程中，也具有泛化“强迫劳动产品”概念，将其作为政治打压与经济制裁的武器的现实风险，典型案例即为美国针对新疆产品的一系列进口禁令等制裁措施。因此，有必要在分析美国管辖权的基础上对其所规定的管辖权限制要素加以分析，以明确美国普遍管辖权的过度与不当适用。

（二）涉疆制裁中普遍管辖权的不当适用

尽管第四版《对外关系重述法》中规定了美国对“强迫劳动”行为具有普遍管辖权，但此种管辖权并不是无限制的。相反，《对外关系重述法》第 403 条对普遍管辖权作出了具体的限制，这种限制体现了美国履行管辖权中的“国际礼让”原则，主要分为正当程序的行使以及不构成对他国的无理干涉。[②]

就正当程序而言，美国宪法第五及第十四修正案均包含了正当程序条款，规定了美国联邦及州法规的适用既不能任意，也不能从根本上具有不公平的属性。[③]在具体的适用中，正当程序的水平要求依据不同案件的具体情况而较为灵活，尤其是在经济制裁背景下，正当程序的适用更加模糊，如何平衡二者的关系至关重要。对此，美国法院认为尽管制裁会阻断他

① REST 3d FOREL § 402, Comment d.

② REST 4th FOREL § 403.

③ 郭玉军、王岩：《美国域外管辖权限制因素研究——以第三和第四版《美国对外关系法重述》为中心》，《国际法研究》，2021 年第 6 期。

国企业或个人与美国的业务等往来，甚至对相关实体进行惩治措施，但由于美国政府在此过程中所追求的是国家安全等更高层次的利益，所以美国法院在正当程序的认定过程中往往也会对行政部门的具体制裁行为加以考量。[①]然而，对正当程序与国家利益的平衡并非是无原则性的，若美国政府未能给涉事实体提供足够的信息与及时的通知，尽管涉及国家利益，美国法院依然倾向于国家利益向正当程序让步。例如在 Al Haramain Islamic Foundation 一案中，美国法院作出判决认为 OFAC 没有充分说明其调查理由便实施了制裁行为，侵犯了公司的正当程序权利。[②]

美国涉疆制裁以进口禁令措施为主，对原产地为新疆的产品实施了集中的限制。此种限制措施在其调查以及实施阶段都与正当程序原则相悖。首先，在 WROs 适用时期，CBP 可以根据其自身的线索以及其他企业的举报展开调查并扣留中国新疆的产品，但其调查报告中并未对相关产品所涉及强迫劳动的具体时间、证据等加以出示，UFLPA 更是直接认定所有原产地为新疆的产品都涉及“强迫劳动”，其这种论断更是没有明显的证据支持，未能满足“给涉事企业提供足够的信息”这一正当程序条款所要求的义务。其次，在美国涉疆制裁的实施阶段，CBP 往往在进口禁令决定的同时发布其调查报告，明显未提供给企业及时的通知。尽管 CBP 可基于 Fernando Zevallos v. Obama 一案中的法院判决进行辩解，称其必须非常迅速地采取行动以防止强迫劳动产品流入美国境内。[③]但能否将涉疆中的产品禁令与 Zevallos 案中资产外逃的风险作同一水平的认定本身即具有争议性。此外，无论是 WROs 措施还是 UFLPA 中所设定的“可反驳推定”，都将证明责任归于受制裁的企业。在美国不发布详细调查报告以及不提供具体证据以证明企业存在的“强迫劳动”行为的背景下，让企业自身通过对全部供应链的调查并形成完备的尽职调查报告显然加重了企业的证明责任，有违正当程序中的条款，构成普遍管辖权的不当适用。

除正当程序对管辖权的限制外，美国《对外关系重述法》还通过规定避免对他国主权的不合理干涉以彰显其“国际礼让”的态度。值得注意的是，《对外关系重述法》中的规定并不代表对他国主权项下一切行为的礼让，而仅仅是对“不合理干涉”的避免，如果美国法的适用符合美国的合法利益，那么对外国主权的干涉可能是合理的。[④]由此可见，此种立法表述本身具有“自决性”，为美国的制裁行为提供了解释空间。例如在 F. Hoffmann-La Roche Ltd.

① Bazzi v. Gacki, 468 F. Supp. 3d 70 (D.D.C. 2020)

② Al Haramain Islamic Found., Inc. v. U.S. Dep't of Treasury, 686 F.3d 965 (9th Cir. 2012).

③ Zevallos v. Obama, 793 F.3d 106 (D.C. Cir. 2015).

④ REST 3d FOREL § 405, Comment b.

v. Empagran S.A.案中，美国法院认为反托拉斯法尽管可能会干扰外国独立管理商业事务的能力，但该法的适用仍然是合理的，因其反映了纠正外国行为造成国内损害的立法努力。[①]同理，因为产品生产过程中的劳工保护属于一国的内政，美国 1930 年《关税法案》禁止强迫劳动产品进口到美国境内的规定可能对他国经济主权产生影响。然而，美国以“维护供应链稳定”及“保护国家利益”为由对侵犯劳工权益的产品施加限制本身具有其合理性。通过横向对比可知，美国以“强迫劳动”为由针对其他国家产品的进口禁令措施多直接以 1930 年《关税法案》为法律依据且限制数量较为合理，但其针对新疆产品的制裁措施明显超越了 1930 年《关税法案》，形成了一套具有针对性的歧视性立法，与美国《人权报告》等政策性文件相呼应以加强制裁的针对性；且美国对中国新疆产品的禁令次数明显多于其他发展中国家。因此，有理由相信美国针对新疆产品的歧视性立法与集中限制措施纳入了政治打压以及经济遏制等考量因素，超出了“合理性”管制的范畴。

三、美国涉疆制裁对 WTO 成员国义务的违反与正当化可能

禁止或限制与特定国家及其国民进行贸易的制裁措施通常构成歧视性做法从而违反 WTO 最惠国待遇、国民待遇等条款。[②]以美国涉疆制裁为例，其针对新疆产品所实施的以进口禁令为主的单边经济制裁措施不仅超越了管辖权的“合理性”限制，同时也构成了对 WTO 成员国非歧视义务以及关税与贸易总协定（General Agreement on Tariffs and Trade，简称 GATT）最惠国待遇条款与普遍取消数量限制条款的违反。然而，并非所有违反 WTO 成员国义务的行为都被视为违反国际法的行为，制裁行为若是符合“公共道德例外”“一般安全例外”等例外规则，则制裁本身即被例外规则所正当化而不具备违法性。[③]作为以“人权”或“道德”为依据的制裁措施，在分析美国涉疆制裁违反特定 WTO 成员国义务以及 GATT 规则的基础上，还应对“公共道德例外”条款的适用限制加以分析，明晰涉疆制裁被公共道德例外条款所正当化的可能性进而确定其国际违法性。

（一）涉疆制裁对 WTO 成员国义务的违反

WTO 自创立之初即以降低贸易壁垒、消除国际贸易关系中的歧视待遇为其发展目标。[④]然而，美国涉疆制裁中的进口禁令、交易限制等属于贸易管制行为通过对新疆企业及产品与其他国家产品的差异化待遇，试图阻断新疆产品在国际供应链中的传播，具有典型的贸易保

① 542 U.S. 155, 163, 124 S.Ct. 2359.

② 冯慧敏：《我国对外制裁法的国际法合法性构建》，《武大国际法评论》，2023 年第 5 期。

③ 张辉：《单边制裁是否具有合法性：一个框架性分析》，《中国法学》，2022 年第 3 期。

④ 参见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》

护主义特征，有违非歧视原则项下的最惠国待遇以及普遍取消数量限制条款。

首先，美国以进口禁令为首的涉疆制裁措施与最惠国待遇条款相悖。GATT 第 1 条所设立的最惠国待遇条款规定“任何缔约方对原产于或运往任何其他国家的任何产品给予的任何优惠、优惠、特权或豁免，应立即无条件地给予原产于或运往所有其他缔约方领土的同类产品。”[①]以此论之，若贸易政策制定国对另一国家采取与其他国家不同的进出口贸易政策，则可能构成歧视性贸易措施而违反最惠国待遇条款。因此，最惠国待遇条款所蕴含的核心要素为对待不同原产地产品的“无条件同等待遇”。就“同等待遇”而言，UFLPA 通过自动设定所有全部或部分由新疆制造的产品涉及“强迫劳动”，将新疆产品与其他国家或地区的产品相区别，从而具有针对性地施加进口限制措施。一般意义上，一国对另一国产品进口数量的降低会导致其他国家同类产品出口的增加以补充政策制定国的贸易空缺。美国的进口禁令等措施在阻止新疆产品进口到美国境内的同时，增加了其他国家同类产品出口机遇，构成对不同国家所生产同类产品的不同等待遇。就“无条件”而言，美国针对他国的产品在进口过程中一般不会要求企业进行详尽的供应链审查并出具报告。然而，UFLPA 将供应链审查的义务交由企业承担，要求企业对上游产品进行详细的合规审查以确保上游产品的生产过程不涉及强迫劳动。CBP 在 UFLPA 生效后所发布的《UFLPA 进口商操作指南》载明了企业需提供的合规信息，主要包括企业针对强迫劳动的尽职调查信息、供应链追踪信息以及经营管理措施等。[②]该指南反映出了美国为新疆产品所强加的一系列限制性进口条件，受制裁企业只有通过繁琐的供应链审查程序，出具合规报告并经 CBP 认可后才享有与其他国家同类产品相同的允许进口待遇。此种附条件的进口限制措施显然与最惠国待遇条款所规定的成员国义务相冲突。

其次，美国涉疆制裁构成对 GATT 全面取消数量限制条款的违反。根据 GATT 第 11 条之规定，除关税、税收或其他费用外，任何缔约方不得对其他缔约方的产品实施禁止或限制措施。[③]尽管 GATT 第 11.2 条规定了例外条款，允许部分情况下的贸易禁止或限制措施，[④]但此类例外条款显然不适用于美国针对新疆产品的贸易禁止及限制措施。此外，GATT 第 13

① 参见《关税与贸易总协定》第 1 条。

② U.S. Customs and Border Protection, UFLPA Operational Guidance for Importers. https://www.cbp.gov/document/guidance/uflpa-operational-guidance-importers.

③ 参见《关税与贸易总协定》第 11 条。

④ 例如，为防止或缓解出口缔约方必需的食品或其他产品的严重短缺而暂时实施的出口禁令或限制；在国际贸易中实施商品分类、分级或销售的标准或法规所必需的进出口禁止或限制；以及为执行必需的政府措施而对农业或渔业产品实施的进口限制。

条允许特定情况下缔约方实施非歧视的数量限制，允许缔约方在特定情况下实施非歧视的进口配额或进口许可证措施，并且规定在实施进口限制时缔约方应致力于使该产品的贸易分配尽可能接近在没有此类限制的情况下各缔约方可能获得的份额。[①]值得注意的是，进口配额与进口许可证措施的实施最终允许一部分他国产品进口到美国境内，而美国涉疆制裁中，CBP 依据 UFLPA 所实施的进口禁令措施具有完全阻止特定产品进口到美国境内的功能，其贸易影响远大于进口配额与进口许可证，且进口禁令措施本身针对中国特定的企业及产品，具有明显的歧视性特征，有违 GATT 普遍取消数量限制条款所规定的缔约方义务。除此之外，美国还通过与其他国家的政策联动共同实施对中国产品的进口禁令措施，例如加拿大将 USMCA 中禁止进口“强迫劳动”产品的规定内化为国内法并以此对新疆产品实施贸易限制措施；欧盟亦受美国贸易政策的影响，于 2024 年 4 月 23 日批准《禁止强迫劳动产品进入欧盟市场》法规，使欧盟能够禁止销售、进口和出口使用强迫劳动制造的商品。强迫劳动产品进口禁令法规的相继出台对劳动者权益的保护有其进步意义，但囿于“强迫劳动”的模糊性与国际监管的缺失，具有泛化“强迫劳动”概念，对特定国家产品实施政治化贸易限制的可能性，最终构成对 GATT 全面取消数量限制条款以及贸易自由化的冲击。

（二）“公共道德例外”条款对涉疆制裁的正当化可能性

在美国涉疆制裁违反 GATT 第 1 条与第 11 条的前提下，其可能通过援引 GATT 第 20 条所规定之“公共道德例外”条款以试图阻却制裁行为的违法性。虽然“公共道德例外”条款中对于道德的定义具有国家自决属性，但专家组对一国贸易限制中的道德援引具有最终的定义权力，这构成了对公共道德国家自我决定的限制。“公共道德例外”的适用需要从公共道德的范围、措施的必要性以及非歧视性三个维度进行判断。

首先，贸易限制措施应与公共道德存在内在联系。巴西税收措施案中，专家组认为应评估贸易限制行为是否属于 GATT 第 20 条“公共道德”的目标以及该措施是否具有促进公共道德的效果。[②]从表象上看，UFLPA 等涉疆制裁法案的目的是解决“强迫劳动”等人权问题，客观上属于“公共道德”的范畴。然而从本质上而言，美国涉疆制裁因其所包含的政治属性，在客观上并不能促进人权水平而对真实提升以及强迫劳动行为的根除。进口禁令等贸易限制措施的适用是以保护人权为借口，对中国企业实施打压以达成其遏制中国经济发展、维护自身霸权地位的战略目的，与 GATT 第 20 条维护公共道德、保护人权的目标相违背。

---

① 参见《关税与贸易总协定》第 13.2 条。

② Report of the Panel, Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges, WT/DS472, para.7.519.

其次，贸易限制措施必须经过“必要性”的检验。美国赌博案中，专家组认为在评估必要性时需考虑贸易限制措施所保护利益或价值观的重要性，贸易限制措施有助于实现所追求目标的程度，以及措施所带来的贸易影响三方面内容。[①]巴西税收措施案中，专家组将“必要性”的检验标准进一步细化，划分出贸易限制措施寻求保护的利益或价值的重要性、贸易限制措施对实现目标的贡献程度、措施对贸易的限制程度，以及是否有其他可用的替代措施的四步检验法以判断一项贸易限制措施是否具有“必要性”。

就贸易限制措施所追求价值的重要性而言，打击“强迫劳动”行为本身符合重要性的要求。在欧盟海豹案中，专家组认为禁止进口海豹皮毛对于防止动物酷刑是必要的。同理可知，禁止进口强迫劳动产品本身对于消除强迫劳动行为具有一定的正向作用。此外，《强迫劳动公约》《废除强迫劳动公约》中也都载明了强迫劳动的危害性以及消除强迫劳动行为的重要性。因此，对真正涉及强迫劳动的产品进行限制能够满足重要性的要求。但在美国涉疆制裁中，UFLPA 将涉及新疆的产品一概视为“强迫劳动”生产的，其本身超出了对“强迫劳动”行为本身进行打击的限度，有理由相信美国涉疆制裁中纳入了政治等因素的考量，因此其所追求的价值与国际社会规制强迫劳动行为本身的价值追求不能作同一认定。

就贸易限制措施对实现目标的贡献程度而言，美国涉疆制裁中的贸易限制方式并不能达到国际社会所追求的消除强迫劳动目标。巴西翻新轮胎案中，上诉机构指出当目标和手段之间存在真正联系时即能满足贡献程度的要求。[②]在多边体制下，虽然各国都认可规制强迫劳动行为的重要性，但就规制方式而言，发展中国家认为若是依据发达国家所提出的贸易与人权挂钩的理念通过贸易限制措施消除强迫劳动等人权问题，则不免会造成发达国家利用其话语优势，借人权保护之名行经济制裁之实的状况。因此 WTO 的历次谈判均未达成贸易与人权挂钩的统一意见。在美国涉疆制裁中，其通过国内立法宣称目标为消除供应链中的强迫劳动行为。但其针对强迫劳动产品的 WROs 进口禁令措施自 1991 年至 2000 年使用后，直至 2016 年才再度启用并主要针对新疆产品进行限制。UFLPA 生效后，其更是通过“可反驳推定”的一刀切条款将所有与新疆有关的产品都视为强迫劳动产品，其实施目的显然已经超出了对强迫劳动行为进行规制本身。在限制手段具有争议性以及限制目标扩张的双重因素下，美国涉疆制裁显然不能满足上诉机构所提出的贡献程度要求。

就贸易限制程度而言，中国出版物及音像制品案中的上诉机构认为，措施的限制性越小，

① Report of the Panel, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling And Betting Services, WT/DS285, para.6.477.

② Report of the Appellate Body, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332, para.145.

其越有可能被认定存在“必要性”。[①]美国涉疆制裁中禁止进口的产品虽然不会对其国内的经济产生较大的消极影响，但其限制措施严重影响了他国的对外贸易。值得注意的是，美国涉疆制裁并不只针对中国企业，而会将打击范围扩展到与新疆产品有关联的他国企业。因为受到美国制裁的影响，部分中国企业将原本出口到美国的产品拓展至泰国、越南、马来西亚等国家进行出口以消除美国制裁给企业带来的消极影响。然而，自 UFLPA 生效后，美国通过其“供应链调查”等行为，将进口禁令的产品范围拓展至其他国家，试图阻止中国产品的出口拓展。根据 UFLPA 的数据，CBP 共禁止价值 6.6 亿美元的 3262 批次货物进口到美国境内，其中越南、马来西亚、泰国的产品被禁止进口产品的价值分别占总价值的 38%，31%以及 11%。[②]由此可见，美国涉疆制裁虽然直指中国企业，但其针对全部或部分产自新疆产品的打击政策已经对他国的贸易行为产生了极大的影响，破坏了国际供应链的稳定，因此不满足贸易程度的限制性要求。

就替代措施而言，美国涉疆制裁仅能起到经济打压效果，对两国关系的正常有序发展以及劳动者权益的保护并无裨益。除制裁路径外，美国具备选择其他和平方式以解决其所认为的“强迫劳动”问题的能力。例如，美国与墨西哥就强迫劳动治理进行了广泛的合作，通过增加劳动保护工作人员培训、针对某类强迫劳动高风险产品实施协同治理以提高企业的合规与补救能力等促进墨西哥劳工保护水平的提升。尽管美国于墨西哥的劳工问题合作主要依托于 USMCA 中的规定，但中国之间仍能够通过借鉴此种有效的合作模式，开展劳工保护相关领域的谈判并达成协定将磋商程序定为制裁的前置程序。此种模式能够有效避免直接经济制裁的政治泛化风险，构成制裁措施的替代性选择。通过对“必要性”四个关键要素的审视，可得出美国涉疆制裁本身超出了必要的规制范围，难以通过“公共道德例外”条款的“必要性”检验。

最后，贸易限制措施本身应为“非歧视”的。巴西税收措施案中专家组认为，必须评估措施是否以“任意或不合理歧视手段的方式实施”或构成对国际贸易的变相限制。[③]美国涉疆制裁显然不能满足“非歧视”的要求，构成对中国企业的无端限制。就制裁的对象而言，美国重点针对新疆产品进行制裁是其“以疆制华”的战略体现。横向对比美国与其他发展中国家的贸易政策可知，其对印度、南非、巴西等国并未以“强迫劳动”为由实施如此针对性

① Report of the Appellate Body, China – Publications and Audiovisual Products, WT/DS363, para.310.

② U.S. Customs and Border Protection, Uyghur Forced Labor Prevention Act Statistics. https://www.cbp.gov/newsroom/stats/trade/uyghur-forced-labor-prevention-act-statistics.

③ Report of the Panel, Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges, WT/DS472, para.7.536.

的立法以及大规模的贸易限制措施。按照美国的“人权标准”衡量，发展中国家的人权保护水平应大体相同。在此背景下，美国只针对中国新疆企业进行立法与贸易限制措施，其本身具有明显的歧视性倾向。就制裁措施的运行而言，虽然 UFLPA 中关于禁止进口强迫劳动产品的规定源于美国《1930 年关税法案》，但其证据出示规定并未遵循一般意义上的“谁主张谁举证”的规则，而是推定供应链中所有与新疆有关的产品都涉及强迫劳动，并将繁重的证明责任强加于企业。上述规定突出了美国对新疆企业及产品制裁的“任意性”，有违“非歧视性”的要求。

通过对公共道德例外条款中所规定贸易措施的范围、必要性以及非歧视性三方面限制因素进行考察，可得出美国涉疆制裁不能被该例外条款所正当化，因此其因超出普遍管辖权的限制，在适用过程中违反 GATT 最惠国待遇、普遍取消数量限制等条款而具有国际违法性。

五、结语

在国家间贸易冲突的背景下，美国通常会根据目标国家的差异适用不同的贸易政策执行工具。进口禁令措施作为美国涉疆制裁中的主力军，最早可追溯到北美殖民地时期对英国政府的适用。纵观美国贸易政策史可发现进口禁令措施的适用普遍具有经济胁迫与制裁目的。尽管二战后 GATT 通过规定最惠国待遇、取消普遍数量限制等条款以推行贸易自由化，但美国仍然通过进口禁令等措施设置贸易壁垒，借“人权”“道德”之名对新疆企业及产品施加贸易限制并试图将中国具有比较出口优势的产品“踢出”国际供应链。此种制裁措施无疑对国际贸易秩序的稳定与多边主义的发展造成了挑战。为应对美国利用法律所实施的单边主义与霸凌主义，中国应在拓宽企业出口，摆脱美国制裁影响的同时分析其国际违法性，为中国采取相应的反制与阻断措施提供法律基础。

The Legitimacy Analysis of U.S. Sanctions on Xinjiang

Xu Zhenyi

In recent years, the United States has enforced a sequence of economic sanctions against Xinjiang-based enterprises and products through legislative acts characterized by discrimination and targeted trade restrictions. Such measures raise debates regarding their legitimacy given their

nature as encroachments upon the economic sovereignty of other nations. A nuanced examination of the legality of U.S. sanctions pertaining to Xinjiang necessitates a thorough elucidation of both the foundational principles underlying general congressional legislation and the specific provisions delineating discriminatory enactments, alongside an understanding of the functional allocation within relevant departments tasked with executing sanction measures. In the specific analysis of the legitimacy of Xinjiang-related sanctions, it becomes imperative to initially ascertain their jurisdictional basis and the potential presence of undue extraterritorial application of universal jurisdiction. Subsequently, an in-depth analysis of U.S. Xinjiang-related sanctions should focus on provisions such as Most Favored Nation treatment and the general elimination of quantity restrictions, elucidating their contravention of member state obligations under international law. Finally, a critical inquiry into the potential legitimization of sanction actions under the "public moral exception clause," particularly when invoked under the guise of safeguarding human rights is warranted, culminating in a comprehensive assessment of the illegality of U.S. Xinjiang-related sanctions.

美西方单边定向人权制裁新动向的涉外法治对策思考
——以美国涉疆法案为例

兰立宏*

摘要：自 2016 年以来，以美国为首西方国家采取人权“双重标准”，纷纷建立马格尼茨基类型单边定向人权制裁法律机制，对华实施单边人权干涉与定向制裁。作为干涉和破坏“一带一路”建设、实施“以疆制华”战略的重要组成部分，美国在修改制定《全球马格尼茨基人权问责法案》（2016）的基础上，先后通过了《维吾尔人权政策法案》（2020）、《维吾尔强迫劳动预防法案》（2021）基础上，于近期制定实施《反人口贩运法案》（2023）、《维吾尔种族灭绝情报审查法案》（2023），拟通过《2023 年维吾尔政策法案》，采取反恐与人权“双重标准”，变本加厉抹黑指控我国新疆地区政府实施的反恐与去极端化做法构成强迫劳动、种族灭绝罪等严重侵犯人权的国际性犯罪，试图动员全政府、全社会力量及其盟友、伙伴，通过实施反强迫劳动人权贸易壁垒与国际犯罪追责，对中国予以精准遏制和打压。为了有效应对美国精心设计、层层推进的“全政府—全社会”“混合战”，建议从积极应对美国反恐“双重标准”问题、妥善处理强迫劳动与贸易挂钩问题、坚决挫败调查起诉所谓涉疆种族灭绝罪图谋、加快细化完善反干涉与反制裁法律制度等方面，优化升级我国涉疆对外斗争法治策略，阻止美国升级“以疆制华”“以恐遏华”的图谋得逞。

关键词：涉疆法案；单边定向人权制裁；经济制裁；贸易壁垒；反干涉与反制裁

近年来，随着中美战略博弈持续加剧，美国、英国、加拿大、欧盟等法域采取人权“双重标准”，以意识形态和价值观为幌子，自 2016 年以来纷纷建立马格尼茨基类型单边人权制裁法律机制，以所谓的国内法和国际法为依据，对华实施单边人权干涉与定向制裁，企图实施“以疆制华”“以港制华”“以藏制华”。特别是美国在修改制定《全球马格尼茨基人权问责法案》（2016）的基础上，于 2017 年 12 月 20 日通过了旨在实施该法案的第 13818 号总统行政令《冻结严重侵犯人权或腐败涉案人员的资产》，分别于 2020 年 6 月、2021 年 12 月、2023 年 12 月 22 日通过了旨在实施“以疆制华”“以恐遏华”的《维吾尔人权政策法案》、《维吾尔强迫劳动预防法案》、《维吾尔种族灭绝情报审查法案》（作为《2024 财年国防授权法案》一部分），建立了极具代表性的体系化的涉疆干涉与定向人权制裁法律机制，严查涉疆供应

* 兰立宏，男，1979 年 3 月出生，法学博士，浙江外国语学院“一带一路”学院教授，浙江省贸易摩擦应对研究中心副主任，主要从事“一带一路”涉外法治、国家安全涉外法治、涉外经贸安全法治方面研究。本文系 2022 年度国家社科基金项目《新时代涉疆反恐对外斗争的法治路径构建研究》（批准号：22BFX011）的阶段性成果。通讯地址：杭州市西湖区留和路 299 号，联系电话：18838129938，邮箱：aaronlanlihong@aliyun.com.

链，制裁相关机构、个人与实体，对中国的国家形象、国家主权、安全与发展利益产生了重大不利影响。习近平总书记多次强调，要坚持统筹推进国内法治和涉外法治，综合利用立法、执法、司法等手段开展斗争，抓紧完善反制裁、反干涉、反制“长臂管辖”法律制度。党的二十届三中全会再次要求，加强涉外法治建设，健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”机制。

目前，国内学界对单边制裁及其反制方面进行了较为系统深入的研究。一方面，国内学界从统筹推进国内法治和涉外法治的目标出发，以国际法和比较法的视角，在分析美国实施的出口管制、旅行禁令、资产冻结、交易禁止等单边初级制裁和次级制裁国际合法性及内容基础上，将中国相关反制裁法律与欧盟《阻断条例》、俄罗斯反制裁法、美国不可靠实体清单制度等外国制裁与反制裁法律的内容与实施效果进行比较，进而探讨了我国《不可靠实体清单规定》《反外国制裁法》等反制裁法律国际合法性、国内法律依据、内容及存在的问题，最终提出了完善单边制裁的国际法规制路径和国内法应对策略之建议[1]。这些关于单边聪明制裁应对研究的文献，为研究单边人权制裁的应对路径提供了较为全面、深厚的理论支撑，特别是研究提出的我国反外国制裁法律亟待制定细化实施办法的建议为学界深入研究指明了方向。但这些研究未能结合西方国家涉疆单边人权干涉与制裁的最新法案与实践，就西方涉疆单边人权制裁提出具有针对性的反制对策。另一方面，学界已经认识到近年来西方兴起的新型马格尼茨基类型人权单边聪明制裁做法，从国际政治学、人权法学和国际法学的视角，对美国和欧盟的单边人权制裁晚近兴起原因、运行机制、域外管辖、国际不法性缺陷、中国双多边层面的反制策略进行了逐步深入的研究[2]，但这些研究仅限于研究美西方单边定向人权制裁法律本身，未对美西方基于此种基础法律升级制定实施更为具体的涉疆法案、涉港法案、涉藏法案的法治对策进行系统研究。在美西方涉疆法案研究方面，国内学者对美国国会涉疆立法活动的动向、特征与影响进行了一定的跟踪研究[3]，并以新疆棉花事件剖析美国法域外效力，论证美国禁止进口新疆棉花违反国际法[4]，甚至有个别学者以反外国单边人权制

---

[1] 龚柏华. 中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对[J]. 经贸法律评论，2019（6）；李寿平.次级制裁的国际法审视及中国的应对[J].政法论丛，2020（5）；霍政欣.《反外国制裁法》的国际法意蕴[J].比较法研究，2021（4）；廖凡.比较法视角下的不可靠实体清单制度[J].比较法研究，2021（1）；沈伟.中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法[J].比较法研究，2021（1）；杜涛、周美华.应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从《阻断办法》到《反外国制裁法》[J].武大国际法评论，2021（4）；马光.论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善[J].法治研究，2022（1）；张辉. 单边制裁是否具有合法性：一个框架性分析[J].中国法学，2022（3）；霍政欣、陈锐达. 反外国制裁的司法维度展开[J].世界社会科学，2023（2）；杜涛. 国际经济制裁法律问题研究（修订版）[M].法律出版社，2023；沈励. 我国阻断和反制裁的立法完善及司法适用探究[J].法律适用，2023（8）；张春良、侯之帅. 论美国国际制裁新模式与中国特色反制体系[J].国际观察，2023（5）；杨松、李殊娟. 单边经济制裁对多边主义的挑战与协同规制[J].国际法研究，2024（1）.

[2] 罗艳华、庞林立.美国人权制裁的新动态及其影响——以《全球马格尼茨基人权问责法》为例[J].国际政治研究，2019（3；魏枭枭.美国单边人权制裁的国内实施机制与中国对等法律反制研究[J].上海政法学院学报，2021（3）；肖君拥.国家制裁大棒岂能充当国际人权治理工具——评澳版及其他国家“马格尼茨基法”[N].光明日报，2021-12-20（15）；吴培琦. 欧盟全球人权制裁机制域外管辖的依据与边界[J].国际法学刊，2022（1）；王媛媛. 欧盟制裁机制的转型：欧盟全球人权制裁机制的法律框架、运行机制及缺陷[J].国际法研究，2022（3）；沈伟. 金融制裁和反制裁法理研究[M].上海交通大学出版社，2022。

[3] 郭永虎、熊小艳. 美国国会涉疆立法活动的动向、特征及影响：2017—2020 年[J].统一战线学研究，2020（5）。

[4] 徐书林.从新疆棉花事件看美国法的域外效力[J].大连海事大学学报（社会科学版），2021（4）.

裁的视角，对美国对华人权制裁的国际不法性以及国际、国内层面的反制对策进行了初步探讨[1]，但同样未能从统筹推进国内法治与涉外法治的视角，结合美国涉疆法案的法治应对问题，对美西方单边定向人权制裁的涉外法治与国际法治对策问题进行系统深入的研究。本文尝试综合运用国际法、外国法和涉外法，以美国涉疆法案法治应对为例，对中国应对美西方单边定向人权制裁的法治策略进行针对性的系统研究。

一、美西方单边定向人权制裁特点及其新动向

关于单边定向人权制裁的内涵与外延，学界尚未形成共识。笔者认为，单边定向人权制裁可界定为一国、多国或区域国际组织以国内法或区域协定为依据，以外国政府、组织或个人严重侵犯或践踏人权为理由，主导发起的针对严重侵犯人权行为所涉个人与组织实施的贸易、金融或旅行方面的限制性措施或强制性措施。

（一）单边定向人权制裁的特点

1.所依据的国内法或区域协定采取“长臂管辖”

自2016年以来，美国、欧盟、英国、加拿大、澳大利亚等国纷纷制定了马格尼茨基类型单边人权制裁法律。2016年12月23日，美国在仅仅适用于针对俄罗斯的定向人权制裁的《谢尔盖·马格尼茨基法治问责法案》（2012）基础上，修订通过了新的《全球马格尼茨基人权问责法案》，授权美国总统对其认定从事严重侵犯人权行为或腐败行为的任何外国人（包括外国元首和政府首脑）实施资产封锁(blocking of property, 即依据《国际紧急经济权力法案》封锁外国人的所有位于美国、进入美国或者在（进入）美国人的拥有或控制之下的资产及资产收益交易)、禁止入境（inadmissibility to United States,禁止进入美国，拒绝签发签证或撤销已签发签证），将定向人权制裁扩大适用于所有从事严重侵犯人权行为或腐败行为的外国人。英国、欧盟、加拿大、澳大利亚等法域紧跟美国步伐，纷纷制定马格尼茨基类型单边人权制裁法律。

这些马格尼茨基类型的单边定向人权制裁法律均适用于外国政府、实体与个人在外国实施的所谓严重侵犯或践踏人权的行为，而不管行为发生地在哪里、实施主体国籍如何、是否危及该国国家与公民利益、是否涉及国际公约规定的犯罪。这些法律得以适用外国，依据的并非传统的属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖原则，而是发生了严重侵犯人权的行为这一事实，认为其侵犯了作为“对世义务”（“对整个国际社会的义务”）核心的人权保护义务，实施单边定向人权制裁的目的就是为了强制不法行为国履行其“对世义务”[2]。显然，这种法律的域外适用属于国内法的不当域外适用，构成“长臂管辖”，这是马格尼茨基类型的单边定向人权制裁法律的明显特征。

2.作为制裁理由的严重侵犯人权行为具有模糊性

马格尼茨基类型的单边定向人权制裁法律均将严重侵犯或践踏人权行为，作为援引实施

[1] 李燕飙、许妙．中美战略博弈下的美国对华人权制裁：法理批驳与中国因应［J］.统一战线学研究，2023（3）.

[2] 杜涛.国际经济制裁法律问题研究（修订版）[M].北京：法律出版社，2023：77.

单边定向人权制裁的理由。例如，美国《全球马格尼茨基人权问责法案》适用于法外处决、酷刑或其他严重侵犯国际公认人权的行为，同时明确“严重侵犯国际公认人权”含义与《1961年对外援助法》第502条相关规定相同，而后者规定“严重侵犯国际公认人权”一词涵盖酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚，未经指控和审判的长期拘留，通过绑架和秘密拘留造成人员失踪，以及其他公然剥夺生命权、自由或人身安全的行为。何为“严重侵犯”，作为“严重侵犯”对象的“人权”涵盖哪些人权，何为“国际公认人权”，是否存在“国际公认人权”（尽管习惯国际人权法存在，但其所涵盖的人权范围存在较大争议而且其存在难以证明和确定[1]），所谓“国际公认人权”是否适用于所有国家（包括未批准《公民权利和政治权利国际公约》的国际人权条约的国家），“严重侵犯国际公认人权”到底涵盖哪些行为等等，既未通过这些马格尼茨基类型法律得以明晰界定，又未形成国际共识，极易成为相关国家实施法律霸权主义的工具[2]。

3.制裁主体、事实依据、程序与执行具有较强政治性

单边定向人权制裁机制下，作出制裁决定的主体通常为总统、总督或部长（特别是外交部长），属于行政部门，具有较大行政自由裁量权，一般不需要司法部门的介入或审查监督。这与限制政府权力、限制政府决策与执行不稳定性与不可预测性的法治精髓相悖[3]。例如，美国《全球马格尼茨基人权问责法案》授权总统实施单边定向人权制裁，并定期向国会相关委员会报告制裁结果。制裁所依据的所谓“严重侵犯人权”事实来源于国会相关委员会提交的信息、其他国家或非政府人权组织提供的“可靠信息”，而这些“信息”和“可靠信息”最终来自所谓的“被害人”陈述、断章取义的新闻报道、充满偏见的“文人”报告、鱼目混珠的人权组织报告等主观性极强的信息来源。认定被制裁者并决定将其列入制裁名单、予以制裁的程序不公开，甚至是保密的，而且被制裁对象获取救济的途径有限。例如，在美国，只能通过上诉美国国务卿或总统来申请取消制裁[4]，无法通过诉诸法院获得定向人权制裁救济。而且选择性执法问题突出，同样的行为，有些人受到定向人权制裁，有些人却没有，这已成为马格尼茨基类型的单边定向人权制裁法律饱受诟病的重要方面。

4.兼具“聪明制裁”、一级制裁、单边经济制裁性质

单边定向人权制裁对象不仅包括国家，而且包括外国实体和个人（包括外国官员），因此本质上属于“聪明制裁”。制裁属于贸易、金融或旅行方面的限制性措施或强制性措施，包括贸易制裁、金融制裁、旅行限制。由于服务贸易日益成为国际贸易的重要组成部分，旅行制裁成为服务贸易制裁的重要形式[5]。因此，单边定向人权制裁本质上属于单边经济制裁。而且由于履行单边定向人权制裁义务的主体为处于制裁发起国的个人和实体以及依据制裁

[1] 孙世彦.论习惯国际人权法的重要性[J].法制与社会发展，2000（2）:74-75.
[2] 沈伟.金融制裁和反制裁法理研究[M].上海：上海交通大学出版社，2022:94.
[3] Stanford, B and Pasculli, L (2023) Form and Flexibility: The Normalisation of ‘Magnitsky Sanctions’ in the Face of the Rule of Law. Hague Journal on the Rule of Law, 15(1):111.
[4] 沈伟.金融制裁和反制裁法理研究[M].上海：上海交通大学出版社，2022:96.
[5] 杜涛.国际经济制裁法律问题研究（修订版）[M].北京：法律出版社，2023：36.

发起国法律组建的实体，不包括位于制裁目标国或第三国的个人和实体以及依据制裁目标国或第三国法律组建的实体，因此单边定向人权制裁属于一级制裁。例如，根据美国《全球马格尼茨基人权问责法案》，履行旅行禁止义务的主体为美国移民与国籍管理部门，履行资产冻结（包括金融制裁和贸易制裁）义务的主体为美国人以及位于美国的个人和实体。而“美国人”是指任何美国公民、永久居民外国人、根据美国法律组建的实体（包括外国分支机构）或在美国的任何人（个人和实体）。

（二）美国单边定向人权制裁的新动向

新疆作为丝绸之路经济带核心区和中国经济高质量发展的战略接替区，在共建“一带一路”高质量发展和我国国家安全体系中具有重要地位。近年来，随着中美战略博弈的持续加剧，美国采取反恐和人权“双重标准”，不断强化法律化涉疆干涉与制裁，试图在全球推动实施反强迫劳动人权贸易壁垒与所谓国际犯罪追责，企图升级“以疆制华”“以恐遏华”战略。

1.强化对现有涉疆法案的实施与执法，严查涉疆供应链

一方面，强化对涉疆法案执法的统筹协调。在国土安全部牵头成立部门间监督协调机构——强迫劳动执法工作组基础上，于2023年拓展强化国土安全部职能，将“打击剥削犯罪并保护被害人”作为第六项新职能，[1]成立实体性反人口贩运中心。通过《维吾尔强迫劳动预防法案》（以下简称《法案》）采取“可反驳推定”方法，严厉禁止进口全部或零部件在新疆生产的产品以及在中国其他地区使用维吾尔族等少数民族员工生产的产品，目前已将79家中国企业纳入“《维吾尔强迫劳动预防法案》实体清单”。被列入实体清单的企业整体上有四类：第一类是位于新疆，全部或部分地使用强迫开采、生产制造任何产品、货物、物品或商品的实体清单（10家）；第二类是与新疆地区政府合作招聘、运送、转移、容纳或接收来自新疆的维吾尔族、哈萨克族、柯尔克孜族等所谓受迫害族群的实体清单（30家）；第三类是将前两类实体生产的产品从中国出口至美国的实体清单（前两类实体既可能是生产者，也可能是出口者，目前尚未额外列出符合的实体）；第四类是为“扶贫”项目、“结对帮扶”或其他所谓的使用强迫劳动的政府项目目的，从新疆或与新疆地区政府或新疆生产建设兵团合作的人员那里获取材料的机构与实体清单（39家）。[2]

另一方面，加强涉《法案》检查和执法。据美国海关与边境保护局统计，自2022年6月21日《法案》正式实施至2024年7月30日，海关与边境保护局以涉嫌强迫劳动检查了8878起（来自中国的2835起）价值34.2亿美元（来自中国的3.8亿美元）的进口产品，其中，放行4063起（来自中国的1227起），拒绝入境3493起（来自中国的1218起）。其中，

[1] U.S. Department of Homeland Security, “Department of Homeland Security Issues QHSR Detailing Strategy to Stay Ahead of Evolving Threat Environment”, 20 April 2023, https://www.dhs.gov/news/2023/04/20/department-homeland-security-issues-qhsr-detailing-strategy-stay-ahead-evolving.

[2] U.S. Department of Homeland Security, “UFLPA Entity List”, 8 July 2024, https://www.dhs.gov/uflpa-entity-list.

共有 4516 起涉及电子产品（来自中国的 51 起），1541 起涉及服装、鞋袜和纺织品（来自中国的 781 起），1217 起涉及工业与制造材料（来自中国的 430 起），481 起涉及农业与预制材料（来自中国的 466 起），406 起涉及贱金属（来自中国的 404 起），379 起涉及消费品与大宗商品（来自中国的 374 起），329 起涉及药物、健康与化学品（来自中国的 323 起），187 起涉及机械（全部来自中国），74 起涉及汽车与航空航天产品（来自中国的 66 起）。值得注意的是，这些产品中分别有价值 15.2 亿美元、9.8 亿美元、4.8 亿美元、3.8 亿美元、2846 万美元的产品分别来自马来西亚、越南、泰国、中国和印度。[1]因此，无论是中国本土生产的产品，还是通过 RCEP 出口至东南亚后再出口至美国的产品，或将生产链价值链转移至东南亚后生产的产品，都成为了美国海关与边境保护局以具有新疆元素为借口而予以重点执法和禁止进口的对象。其中于 2024 年 5 月 16 日将 26 家中国企业纳入“《维吾尔强迫劳动预防法案》实体清单”。[2]

2.不断推出新的涉疆法案，扩展涉疆干涉的广度与深度

一方面，通过新制定《反人口贩运法案》，强化对所谓强迫劳动罪的全面预防、惩治和被害人保护（庇护境外“疆独”分子），提升执法部门识别、调查和起诉从境外强迫劳动中受益实体的能力。另一方面，拜登于 2023 年 11 月发布《在全球推进工人赋权、权利和高劳工标准备忘录》，要求联邦各行政部门在全球层面推动实施反强迫劳动人权贸易壁垒、提升国际劳工人权标准制定领导权。

另外，于 2023 年 12 月 22 日通过《维吾尔种族灭绝情报审查法案》（作为《2024 财年国防授权法案》一部分），指控我国新疆反恐做法构成国家元首不得豁免责任的种族灭绝罪等国际犯罪，设立旨在向中国追责的情报部门间协调员，强令国家情报总监统筹协调情报部门搜集并向国会报告相关情况。怂恿扶持“东突厥斯坦流亡政府”、“世维会”等“东突”势力，向国际刑事法院及阿根廷等国法院指控中国政府实施种族灭绝罪等。

此外，美国国会众议院于 2024 年 2 月 15 日通过了《2023 年维吾尔政策法案》，待国会参议院通过并经总统签署后生效。该法案拟成立美国维吾尔问题特别协调员，对美国涉疆和涉维吾尔族内政外交政策与措施进行统筹协调，全方位公开支持“世维会”等所谓的维吾尔人权倡导者，企图动员组织其盟友、伙伴迫使中国改变现有反恐与去极端化做法，进一步推动“新疆问题”国际化，推动联合国等机构审议所谓新疆维吾尔族问题。

二、积极应对美国反恐“双重标准”问题

美国在反恐与人权问题上采取实用主义的“双重标准”，否认中国新疆地区存在恐怖主义，主张“东突”组织实施的暴恐活动是新疆维吾尔族等少数民族行使国际法所赋予的民族自决权、反抗中国政府政治迫害的合法行为，而新疆地区政府实施的反恐与去极端化措施构

[1] U.S. Customs and Border Protection (CBP), “Uyghur Forced Labor Prevention Act Statistics”, 8 August 2024, https://www.cbp.gov/newsroom/stats/trade/uyghur-forced-labor-prevention-act-statistics.
[2] U.S. Department of Homeland Security, “UFLPA Entity List”, 1 June 2024, https://www.dhs.gov/uflpa-entity-list.

成政府实施的迫害维吾尔少数民族的严重侵犯人权行为。这是美国通过《法案》等涉疆法案、实施涉疆干涉与制裁的逻辑前提和法理依据。

（一）及时认定并公布所谓维吾尔人权倡导者的恐怖组织性质

美国试图将“东突”组织认定为具有非政府人权组织性质的维吾尔人权倡导者并予以全方位公开扶持与资助，企图推动其他国家予以政治庇护和支持。建议由国家反恐怖工作领导小组及时将“世维会”附属组织“维吾尔人权工程”、“维吾尔民主与人权中心”等所谓的维吾尔人权倡导者认定为恐怖组织，并由其办公室及时予以公布，同时积极推动美国及其盟友伙伴、伊斯兰国家将这些组织纳入恐怖组织名单，推动联合国安理会通过决议将这些组织纳入恐怖组织名单。

（二）多渠道揭露“东突”组织恐怖活动行径

根据美国《移民与国籍法》第 219 条和美国总统第 13224 号行政命令《冻结财产并禁止与实施、威胁实施或支持恐怖主义人员进行交易》（2001）第 1 条第 2 项，美国判定一组织是否为“恐怖组织”的重要条件是该组织是否威胁到美国公民或国家安全（国防、外交关系或经济利益）。建议采取积极措施影响美国政府对外国恐怖组织国家安全威胁性的认识，多渠道揭露“东伊运”组织恐怖活动行径，使美国政府及媒体、民众认识到“东伊运”等“东突”组织自身活动及其恐怖组织性质认定问题将对美国国家安全利益产生重要不利影响，促使其认定“东伊运”等为恐怖组织。

（三）利用国际组织促使美国认定和制裁相关恐怖组织

为了促使美国将“东伊运”等恐怖组织认定为外国恐怖组织，并予以定向金融制裁，一方面，可以利用联合国安理会敦促美国实施联合国安理会关于“东伊运”的决议。联合国安理会决议属于具有法律拘束力的国际法。根据《联合国宪章》第 25 条和第 48 条第 1 款，联合国成员国有义务遵守联合国安理会决议。联合国安理会第 1267（2002）号决议和第 1390（2002）号决议至今仍然有效，包括美国在内的国家均有义务予以实施。另一方面，建议利用中美两国均为成员国的金融行动特别工作组，促使美国履行联合国安理会关于“东伊运”的定向金融制裁决议，将“东伊运”认定为恐怖组织，并予以定向金融制裁。金融行动特别工作组《金融行动特别工作组建议：打击洗钱、恐怖融资与扩散融资的国际标准》属于国际社会公认的反洗钱与反恐怖融资国际标准，[1]要求各国建立旨在实施联合国安理会反恐怖融资决议的恐怖融资定向金融制裁机制。[2]

三、妥善处理强迫劳动与贸易挂钩问题

（一）严厉驳斥强迫劳动指控和贸易保护主义行径

一方面，使用中美两国均加入的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其补充议定书（含

[1] 兰立宏、师秀霞：《国际视域下网络洗钱犯罪防控策略研究》，中国人民公安大学出版社 2016 年版，第 67 页。

[2] 兰立宏：《我国反洗钱与反恐怖融资金融情报信息交换机制优化研究——基于国际标准的视角》，《金融监管研究》2020 年第 10 期，第 71 页。

《联合国反人口贩运议定书》）实施审议机制，[1]驳斥人口贩运（含强迫劳动）指控，[2]在联合国层面形成中国打击强迫劳动保护人权的权威结论。另一方面，继续发挥联合国人权理事会普遍定期审议等机制的积极作用，防止美西方滥用联合国人权理事会机制将新疆问题国际化、干涉中国内政，推动理事会重点关注美国存在的严重强迫劳动问题。另外，借助世界贸易组织（WTO）抨击美国以保护劳工权利为幌子行贸易保护主义之实的非关税壁垒措施，[3]积极推动 WTO 上诉机构恢复正常运行，尝试解决涉新疆地区产品的贸易争端问题。

（二）对接 CPTPP 等高标准国际经贸规则劳工保护标准

美国不仅通过《维吾尔强迫劳动预防法案》《反人口贩运法》等国内法案，禁止从中国进口所谓使用强迫劳动生产的产品，而且通过《美国—墨西哥—加拿大协定》（2020 年 7 月 1 日生效，取代了《北美自由贸易协定》），使墨西哥和加拿大两国禁止从中国进口所谓使用强迫劳动生产的产品。《美国—墨西哥—加拿大协定》第 23 章对劳工问题作出专章规定，其中第 23.6 条专门对强迫或强制劳动做出规定，禁止各方从其他法域进口全部或部分通过强迫或强制劳动生产的产品，要求各方在识别和运输此种产品方面开展合作。值得注意的是，中国正在积极申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP，2018 年 12 月 30 日生效）。该巨型自由贸易协定第 19 章对劳工问题作出了与《美国—墨西哥—加拿大协定》第 23 章大部分内容相同或相近的专章规定。尽管世界贸易组织至今未将劳工权利与贸易问题挂钩，[4]CPTPP 第 19.2 条“关于共同承诺声明”明确规定劳动标准不得用于贸易保护主义目的，但其第 19.6 条“强迫或强制劳动”专门规定每一缔约方应通过其认为适当的举措阻止从其他来源进口全部或部分由包括强迫或强制童工在内的强迫或强制劳动生产的产品。当然，与《美国—墨西哥—加拿大协定》第 23.6 条不同的是，CPTPP 第 19.6 条未规定各方在识别和运输全部或部分由包括强迫或强制童工在内的强迫或强制劳动生产的产品方面开展合作。

值得注意的是，CPTPP 和《美国—墨西哥—加拿大协定》对强迫或强制劳动的界定均采用了国际劳工组织的标准，要求成员国在国内法中对《1998 年国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言及其后续措施》（于 2022 年 6 月 11 日修正）规定的五类劳工权利（结社自由和有效承认集体谈判权利，消除一切形式的强迫或强制劳动，有效废除童工和禁止最恶劣形式的童工，消除就业与职业歧视，安全和卫生的工作环境）作出规定。而且 CPTPP 规定缔约方不得以影响缔约方间贸易或投资的方式（包括在出口加工区或对外贸易区内）背离或豁免这些国内法的实施。CPTPP 还对劳工法执行及企业在劳工保护的社会责任作出规定。值

---

[1] The Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, “Establishment of the Mechanism for the Review of the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto”, Resolution 9/1, 19 October 2018.

[2] 兰立宏：《拐卖犯罪防治对策比较研究：以<联合国反人口贩运议定书>实施为视角》，中国人民公安大学出版社 2014 年版，第 25-108 页。

[3] WTO, “Labour standards: consensus, coherence and controversy”, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey5_e.htm.

[4] 符磊、强永昌：《世界非关税壁垒形势与我国的策略选择》，载《理论探索》2018 年第 4 期，第 101 页；廖靓：《非关税壁垒后时代技术性贸易壁垒及其对策研究》，载《经济管理》2012 年第 3 期，第 14 页。

得注意的是，《1998 年国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言及其后续措施》规定了国际劳工组织成员国必须遵守的核心原则，而不管成员国是否加入了国际劳工组织的所有公约。

CPTPP 目前有日本、加拿大、澳大利亚、智利、新西兰、新加坡、文莱、马来西亚、越南、墨西哥、秘鲁和英国等 12 个成员国。按照 CPTPP 加入程序，中国的加入申请需要获得由 12 个成员国政府代表组成的全面与进步跨太平洋伙伴关系委员会的同意（成员国代表一致同意），而加拿大和墨西哥是《美国—墨西哥—加拿大协定》成员国，《美国—墨西哥—加拿大协定》关于劳工问题特别是强迫或强制劳动的规定较 CPTPP 更为全面、严格、标准高。美国盟国加拿大通过的《打击供应链中强迫劳动和童工法案》将于 2024 年 1 月 1 日实施。因此，中国在与加拿大、墨西哥等国谈判协商加入 CPTPP 的过程中，势必遇到一旦同意中国加入 CPTPP,那么加拿大、墨西哥既要履行《美国—墨西哥—加拿大协定》第 23.6 条规定的禁止进口使用强迫或强制劳动生产的产品义务，又要履行 CPTPP 这一巨型自由贸易协定第 19.6 条规定的义务。关于新疆地区政府实施的反恐与去极端化措施是否构成政府资助或实施的强迫劳动将可能是申请加入 CPTPP 谈判过程中不容回避的问题。而且我国法律是否对有效消除强迫或强制劳动及童工作出全面、系统和合理的规定，也将成为衡量我国是否符合加入 CPTPP 最低门槛的重要方面。因此，建议主动对接 CPTPP，在国内法中对禁止进出口使用强迫劳动生产的产品作出规定，建立健全出口产品全产业链劳工保护标准体系与认证体系。

（三）克服美涉疆法案对新疆自贸区建设的消极影响

2023 年 10 月 21 日，国务院印发了《中国（新疆）自由贸易试验区总体方案》（以下简称“《总体方案》”），为我国第 22 个、西北沿边地区首个自贸试验区——新疆自贸试验区的高标准高质量建设作出了战略性部署和重要安排，同时强化底线思维和风险意识，切实加强自贸试验区风险防控体系建设。笔者认为，新疆自贸试验区建设要着力应对两类与美国涉疆法案有关的风险，一是美国涉疆法案对新疆产品的抹黑与制裁风险，二是推动涉疆法案通过的“东突”势力滥用新疆自贸试验区实施的恐怖主义融资风险。

一方面，建议新疆自贸试验区加快构建特色产品全产业链标准体系，推动棉纺、番茄、硅基产品标准与国际标准特别是 CPTPP 劳工保护标准的协调对接，提升内外标准一致化水平，尽力降低经贸摩擦风险。同时，统筹推进新疆优势特色产品认证体系建设工作，打造具有国际影响力的优势特色产品认证品牌，对冲美涉疆法案对新疆产品的抹黑与制裁。

另外，要积极应对与美西方沆瀣一气、推动涉疆法案通过的“东突”势力滥用新疆自贸试验区实施恐怖主义融资的风险。笔者认为，“东突”势力利用自贸试验区实施恐怖主义融资可能会采取以下方式：一是利用自贸区对贸易监管的放松、以国际贸易为幌子行资助恐怖主义之实；二是利用自贸区内公司企业设立、运行监管的放松成立空壳公司，作为向境内外转移资金的导管；三是利用自贸区金融开放创新和资金流动监管放松，如金融机构分支机构设立与变更、现钞跨境调运等，以现金走私等方式实施恐怖主义融资；四是利用自贸区内产

品生产、加工、转运等环节监管的放松及税收征管的放松，单独或者伙同跨国有组织犯罪集团，实施走私、非法贸易（违禁品或管制物品走私，假冒伪劣与盗版产品贸易等）等，将违法犯罪所得用于资助恐怖主义。

为此，笔者建议采取以下措施：一是坚持系统观念、底线思维，将反洗钱与反恐怖融资理念融入自贸区建设具体方案制定与实施全过程，注意在促进贸易自由化、投资便利化、投融资便利化与有效防控洗钱、恐怖融资等风险之间寻求适当平衡。二是新疆自贸试验区根据自身实际制定专门的反洗钱、反恐怖融资与反逃税管理办法，对自贸区反洗钱、反恐怖融资和反逃税工作作出系统安排与部署，将自贸区内企业纳入《反洗钱法》界定的“特定非金融机构”范围，使其承担反洗钱义务主体责任。三是加强自贸区执法与司法机构间的协调合作。对自贸区内执法、司法机构的设立作出合理安排，并逐步建立执法、司法机构间的协调配合机制。特别是要建立反洗钱主管部门与海关、工商、税务、公安、检察、法院等部门的信息共享和交流合作机制，为自贸区执法、司法机构配备高素质的专门人才。

（四）适时制定实施综合性反拐卖人口法律

目前，我国没有反对拐卖人口方面的综合性法律，相关规定分散在《刑法》《刑事诉讼法》《劳动法》《禁止使用童工规定》等法律法规之中。[1]而且这些法律法规未对企业的劳工保护社会责任、禁止进出口使用强迫或强制劳动生产的产品等方面作出系统规定。CPTPP 12个成员国中，除日本外，其余国家均有综合性反人口贩运法律。为了有效预防和惩治包括强迫劳动在内的拐卖人口违法犯罪，同时履行中国加入的《1930 年强迫劳动国际公约》《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其补充议定书《联合国反人口贩运议定书》等国际条约规定的义务，争取早日顺利加入 CPTPP，笔者建议对接 CPTPP，制定专门的《反对拐卖人口法》，对我国现有碎片化、层级较低的反拐法律法规进行升级优化，并对法律空白之处作出明确规定，从拐卖人口的预防、惩治、被害人保护、国际合作等方面做出全面系统的规定。特别是要对禁止进出口使用强迫劳动生产的产品、企业的劳工保护社会责任和合规管理责任作出适当规定，建立企业劳工保护合规管理、企业劳工合规行政监管、企业劳工保护刑事合规相衔接，事先、事中、事后合规于一体，正向激励与反向激励相结合的企业劳工保护合规治理法律制度。[2]尤其是建立健全企业境外投资经营劳工保护合规涉外法律制度，为中国“走出去”企业防范劳工保护合规风险、有效应对强迫劳动与贸易挂钩提供涉外法治保障。

四、坚决挫败管辖调查所谓的涉疆种族灭绝罪图谋

（一）防止滥用国际刑事法院管辖权起诉所谓涉疆犯罪

尽管我国不是《国际刑事法院罗马规约》（以下简称《规约》）缔约国，不符合《规约》第 12 条第 1 款规定的国际刑事法院行使管辖权的条件，但根据该条第 2 款第 1 项，如果所

[1] 兰立宏：《拐卖犯罪防治对策比较研究：以<联合国反人口贩运议定书>实施为视角》，中国人民公安大学出版社 2014 年版，第 25-108 页。

[2] 兰立宏：《推动共建“一带一路”高质量发展背景下 PGII 实施的法治对策研究》，《“一带一路”涉外法治研究》2023 年 10 月版，人民出版社，第 284 页。

指控行为发生地国家是《规约》缔约国，或者并非缔约国但接受国际刑事法院管辖的话，那么国际刑事法院可以对该行为行使管辖。因此，要注意防止某些国家或者非国家行为体搜集相关证据，证明新疆存在所谓的强迫劳动、强制绝育、强制计划生育、强制堕胎等严重侵犯人权行为，而且证明这些行为跨越中国国境、持续发生在作为《规约》缔约国的塔吉克斯坦等国家或者接受国际刑事法院管辖的其他非缔约国境内。如果中国执法机关对逃亡境外的“疆独”分子实施的劝返、引渡、管控等执法活动被错误地指控构成严重侵犯人权的“跨国镇压”，那么这种所谓的“跨国镇压”与中国境内存在的所谓强迫劳动、种族灭绝罪的结合，将为美西方指控新疆地方政府实施了跨境的种族灭绝行为，因而可纳入国际刑事法院管辖提供法理和“事实”支撑。

（二）防范美国滥用国内法普遍管辖权干涉中国内政

《2007 年种族灭绝问责法案》在《美国法典》第 18 章第 1091 条规定的属地管辖权和属人管辖权基础上，增加了普遍管辖权，即在犯罪所需的行为发生后，即使该行为发生在美国境外，只要被指控的罪犯被带进美国或在美国被发现，美国就可以行使管辖权。美国并非《规约》缔约国，但于 1988 年批准了《防止及惩治种族灭绝罪公约》。《防止及惩治种族灭绝罪公约》第 6 条对种族灭绝罪的管辖权作出明确规定，只有犯罪发生地缔约国法院或者对于接受国际刑事法庭管辖的缔约国具有管辖权的国际刑事法庭才可以行使管辖权。而美国并非犯罪发生地缔约国法院，美国和中国均未加入《规约》。因此，尽管美国国内法规定了普遍管辖权，但根据《防止及惩治种族灭绝罪公约》无权管辖涉疆种族灭绝罪指控案件。鉴于美国经常罔顾国际义务实施单边主义干涉和制裁，为了防止美国在动用全政府力量搜集所谓的“事实”证据材料基础上，在国内管辖和炒作所谓的涉疆种族灭绝罪指控案件，建议密切关注美国情报部门境内外活动，做好涉疆敏感信息及涉疆工作信息保护，做好应对美国及非国家行为体随时可能提起的涉疆种族灭绝国际指控（诉诸国际刑事法院等）和国内诉讼的法律和事实准备。

（三）阻止阿根廷法院管辖“世维会”诉中国政府案

针对阿根廷法院近期试图管辖涉疆滥诉案件（由美国国家民主基金会资助和支持“世维会”等恐怖组织提起），建议动用一切可能的力量，运用国际法和外国法，阻止阿根廷法院做出具有开启国内法院管辖涉疆国际犯罪滥诉案件邪恶闸门意义的错误裁决。一方面，《阿根廷宪法》规定的普遍管辖权不适用于种族灭族罪。《阿根廷宪法》第 118 条对普遍管辖权作出规定。中国和阿根廷均为《防止及惩治种族灭绝罪公约》缔约国。该公约第 6 条规定，只有犯罪发生地缔约国法院或者对于接受国际刑事法庭管辖的缔约国具有管辖权的国际刑事法庭才可以行使管辖权。由于所谓的国际犯罪行为发生地并不在阿根廷，尽管阿根廷是《规约》成员国，但中国并非其成员国，也不接受国际刑事法院管辖，因此阿根廷无权依据其宪法规定的普遍管辖权予以管辖。另一方面，“世维会”指控的所谓国际犯罪实际上根本不存在，而且也没有所谓的嫌疑人在阿根廷境内。另外，被中国政府认定的恐怖组织“世维会”

及其附属组织“维吾尔人权工程”不适合作为刑事犯罪指控主体。可以向阿根廷法院郑重交涉，阿根廷法院行使管辖权将构成对中国内政的粗暴干涉，中国可以依法对阿根廷法院及相关法官采取必要反制措施，如资产冻结、交易禁止、出入境限制等。同时，可以依法对为“世维会”和“维吾尔人权工程”提供辩护与代理服务的“维吾尔权利律师”团及英国律师迈克尔·波拉克(Michael Polak)、阿根廷律师加布里埃尔·卡瓦洛(Gabriel Cavallo) 和胡安·涅托(Juan Nieto)及提供专家意见的人员、“维吾尔人权工程”等纳入制裁名单。

五、加快细化完善反干涉与反制裁法律制度

《对外关系法》（2023）第 33 条第 1 款，《反外国制裁法》第 3 条第 2 款、第 13 条、第 15 条，《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第 12 条，《对外贸易法》第 7 条及《出口管制法》第 48 条，为反制美国涉疆法案制定、实施提供了法律遵循。

（一）明确央行反外国制裁定向金融制裁监管职能

鉴于我国反制裁和反干涉法律法规整体上较为粗线条，可操作性、规范性和科学性亟待加强，而美西方实施的是全政府的涉疆法律化干涉与制裁，建议我国成立专门的应对外国单边制裁与干涉的领导协调机构，加强部门间的监督和协调配合，同时从反制清单和措施制定与实施程序，[1]与反洗钱法、出入境管理法等法律的协调等方面，完善《反外国制裁法》防御性制裁条款。另外，建议结合涉疆反制裁与对外斗争需要，重点细化完善主动制裁（进攻性制裁）条款。

对外国机构、实体、个人实施定向金融制裁，是反制外国干涉与制裁的重要手段。《反外国制裁法》第 10 条第 2 款和《对外关系法》第 33 条第 2 款规定了国务院及其部门在确定和实施有关反制和限制措施方面的协同配合义务。但尚未有法律明确中国人民银行在反外国制裁定向金融制裁监管方面的职能。《反洗钱法》仅仅明确了中国人民银行在反洗钱与反恐怖融资定向金融制裁监管方面的主管部门地位。建议依托正在修订的《反洗钱法》明确中国人民银行的反外国制裁定向金融制裁监管职能。2024 年 4 月 25 日公布的《中华人民共和国反洗钱法（修订草案）》第 38 条规定了特别预防措施（实质上为定向金融制裁措施），首次从法律层面对中国人民银行的反恐怖融资定向金融制裁监管职能作出规定。该条第 1 款规定了反洗钱与反恐怖融资定向金融制裁的制裁对象，其中第 2 项规定“外交部发布的执行联合国安理会决议通知中涉及定向金融制裁的组织和人员名单”，该项实质上规定了外交部为履行国际义务发布的反洗钱、反恐怖融资定向金融制裁名单，甚至是反扩散融资定向金融制裁名单。[2]建议将《修订草案》第 38 条第 1 款第 2 项“外交部发布的执行联合国安理会决议通知中涉及定向金融制裁的组织和人员名单”修改为“国务院外交部门发布的执行联合国安理

[1] 霍政欣：《<反外国制裁法>的国际法意蕴》，载《比较法研究》2021 年第 4 期，第 155 页；马光：《论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善》，载《法治研究》2022 年第 1 期，第 159 页。

[2] 兰立宏：《修订完善反洗钱法 夯实国家经济金融安全基础》，《法治日报》2022 年 6 月 8 日，第 11 版法学院版。

会决议通知中涉及定向金融制裁的组织和人员名单或列入反制清单的组织和人员名单”。[1]

（二）健全不可靠实体清单制度及相关国内诉讼程序

《不可靠实体清单规定》属于部门规章，不可靠实体清单制度较为笼统，未对不可靠实体清单的制作、处理措施的决定与实施做出具体规定，不可靠实体清单制度在权威性、规范性、科学性方面存在不足。建议完善《不可靠实体清单规定》，明确细化不可靠实体清单制作及相关处理措施的决定与实施程序，[2]对涉疆单边人权干涉与制裁做出综合高效的应对。另外，具有部门规章性质的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》既无权对我国相关公民和组织诉诸国内诉讼追究相关外国实体的权利做出规定，又存在实施细则缺失、评估机制不明、位阶衔接不畅等问题，[3]我国法律未对反制裁和反干涉背景下如何启动实施涉及外国实体的国内诉讼程序及其判决执行程序做出规定。建议以法律形式而非部门规章方式，细化完善涉及外国实体的国内诉讼程序及其执行程序，以对涉疆单边人权干涉与制裁做出综合高效的应对。

[1] 兰立宏、师秀霞：《反洗钱法修订草案的主要亮点及完善建议》，《民主与法制时报》2024 年 5 月 21 日第 3 版。

[2] 廖凡:《比较法视角下的不可靠实体清单制度》，载《比较法研究》2021 年第 1 期，第 179 页；杜涛、周美华：《应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从<阻断办法>到<反外国制裁法>》，载《武大国际法评论》2021 年第 4 期，第 22 页。

[3] 马光、毛启扬：《单边制裁与阻断立法下中国企业的合规困境与应对策略》，载《武大国际法评论》2023 年第 2 期，第 36 页。

国际经济制裁规制的正当性：困境、内涵及应用

柏婉丹※

摘要：目前的国际经济制裁规制陷入了某种困境，在针对国际经济制裁规制的国际法规则模糊不清的情况下，各方对经济制裁及规制行为是否具有合法性的问题上难以达成统一。此时追问经济制裁规制的正当性之来源、理念与目标，并结合经济制裁的作用机理以尝试寻找其应用路径，最后通过具有正当性的规制措施树立或调整经济制裁的合法性标准，是一条可供参考的突破之道。国际经济制裁规制正当性的来源实际上既包括规制行为的合法性，也包括行为的道德说服力，即规制本身符合国际道义或国际共识。具有正当性的国际经济制裁规制实践将有能力脱离模糊的、疲软的国际法条文，直接与国际法的基本原则和自然正义精神产生链接，为相关国际法条文的施行注入动力。对国际经济制裁规制的正当性探索，实际上也与我国构建人类命运共同体的理念产生深切共鸣。

关键词：国际经济制裁；国际经济制裁规制；正当性；人类命运共同体

※ 海南大学法学院 2022 级国际法硕士研究生，邮箱地址：baiwandan@foxmail.com。

Legitimacy of international economic sanctions regulation: predicament, connotation and application

Abstract: The international economic sanctions regulations have fallen into a certain predicament. Under the situation that the rules of international law concerning the international economic sanctions regulations are ambiguous, it is difficult for us to reach an agreement on the legality of economic sanctions and those regulatory acts. At this point, we may find a breakthrough way by questioning the source, idea and target of the legitimacy of economic sanctions regulation, combining the action mechanism of economic sanctions to try to find its application path, and setting up or adjusting the legitimacy standard of economic sanctions means of legitimate regulatory measures. In fact, the source of legitimacy of international economic sanctions regulation includes both the legality and the moral persuasiveness of conduct, which means the regulation conforms to international morality or international consensus. The legitimate practice of regulating international economic sanctions will be able to break away from the vague and weak provisions of international law and link directly with the basic principles of international law and the spirit of natural justice, which can provide impetus to the implementation of the relevant provisions. The exploration of the legitimacy of international economic sanctions, actually resonates with the idea of building a community with a shared future for mankind.

Keywords: International economic sanctions; international economic sanctions regulation; legitimacy; community with a shared future for mankind

一、国际经济制裁规制的困境

国际经济制裁已经成为部分国家对外工具箱中的一把有力扳手，在针对和本国利益有分歧的对象时，经济制裁往往被认为应当或大概率可以产生修理关系、展示威严、打击异己等效用。由于经济制裁容易触及到现有国际经济法调整的领域，因此当制裁方发起经济制裁时，往往会尝试寻找国际法中与其制裁行为相契合的内容以“正当化”制裁行为。以最近几年愈演愈烈的美国对华制裁为例，中美双方均为 WTO 成员国，受到 WTO 体系下以促进贸易自由等宗旨为目标的协议之约束，但美方利用安全例外条款中“基本安全利益”一词的模糊性，在进出口管制、企业合规和商用信息数据传输等领域，以威胁美国国家安全为由对在美开展经济活动的中方实体采取歧视性限制措施，并对部分具有“中国血统”的企业施加政治压力，以“怀疑目标企业受到中国操控”为由对其进行严密的审查，如美国国会众议院能源和商务委员会对短视频平台 TikTok 举行的听证会。有学者指出，美国的类似主张将对相关国际法形式上的遵守与关于该法律适用的、明显不真诚的主张混为一谈，并将美国在对华制裁中给出的理由形容为一种明显为了免除义务而说出的“Magic Words”。[①]

不可否认的是，这种“Magic Words”的使用对于在特定领域具有明显优势的制裁发起方而言是得心应手的，因为反对制裁的主体往往无法在短时间内击碎这种不真诚主张的国际法基础。即使反对制裁的对象可以对相关行为是否符合国际法进行驳斥，但制裁方的优势地位和国际法的模糊性使得这样的驳斥无法高效地解决被制裁方面临的困境。此时反对制裁的主体，尤其是被制裁的国家，也会倾向于在自身能力范围之内尝试开展任何其可以做到的实质反击，比如提高关税、发布行业禁令等。此种情况下，反对制裁的主体极少会将重点放在寻求规制制裁的国际法条文或原则的帮助上。

在众多理论中，制裁方发起制裁的前提包括制裁方认为自己在特定领域具有显著优势。如在金融制裁研究中，很多学者都指出制裁双方在金融实力上具有“不对称性”[②]。但如前所述，被制裁方往往会在其他领域进行反击，以期达到威慑制裁方、团结民众、减少损失等目标。这种反击措施通常被称为反制裁措施（counter sanction）。反制裁措施在本质上仍然是一种制裁行为，但反制裁措施发起之前存在别国发起的在先制裁。对于反制裁国如何判断在先制裁是否具有合法性或正当性，如何保证反制裁措施具有合法性或正当性等问题，实践中多依托于反制裁国的国内法进行定义和规制，没有一种具有足够影响力、号召力的国际共识来答疑解惑，更没有一项具体的、清晰的、有力的国际条约或协定来规范制约。

需要指出的是，反制裁行为的国际法基础多为国际法原则、国际惯例或还未生效的国际条约中的内容，如不干涉内政原则、国家主权原则和“反措施”（counter measures）之惯例[③]，但各主体对于国际法原则、国际惯例的解释和应用在实践中仍然存在着难以调和的分歧，

[①] 保罗. B. 斯蒂芬著，彭卓群、韩秀丽译：《论国际法的正当性》，载《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 58 页。

[②] 沈伟：《论金融制裁的非对称性和对称性——中美金融“脱钩”的法律冲突和特质》，载《上海对外经贸大学学报》2020 年第 27 卷第 5 期，第 35-51 页。

[③] 霍政欣：《反外国制裁法》的国际法意涵，载《比较法研究》2021 年第 4 期，第 147 页。

且在判断相关行为合法性时可能需要借助道德标准对法条精神进行辅助理解，但不同的主体的道德标准很难达成一致，也难以判断孰是孰非。

从上述以国家为主体的实践中，不难察觉出经济制裁有一种沦为政治工具的倾向，而这种工具化的倾向[①]是否合理并不是本文分析的重点，在此类问题上，本文重点关注的是现有国际法在此类倾向中扮演了何种角色，这种实然的角色与其应然的角色之间又是否存在着某些差异，以及国际法在规制经济制裁的问题上应当何去何从。

造成这种工具化倾向的一个重要原因在于：现有国际法在规制制裁方面展现出了模糊性、弹性和疲软感，制裁双方的主张仿佛都能够在现有国际法中找到依据。在某些以多边协定为基础的多边制裁中，制裁发起方毫无疑问可以从协定中寻找合法性依据，但在特定情境下，迅速发展的国际人权法依然可以为被制裁方提供最基本的反制理由。在以类似国家安全为由所发起的单边制裁中，制裁双方也可以在安全例外条款的适用问题和国家主权原则等内容的定义及应用上进行有来有回的交锋。

不论是制裁方还是反制裁方，仿佛都很难为其措施寻找到一个坚实、清晰的国际法基础，也通常不能够在国际法条文和实践中寻找到可以限制启动要件、提供行动模式、控制行动影响的确切规范。在这种情况下，我们可以说国际法对国际经济制裁的规制是缺位的。国际经济制裁行为的多样性、国际法规制制裁的暧昧态度、国际条约文本对规制制裁的模糊表述，使得国际经济制裁规制陷入困境。此外，现有的国际法制度对制裁规制缺乏学理的指导，理论的缺位导致现有的国际法难以准确回答几个问题：国际法是否可以、是否应当、应当如何规制经济制裁。

在针对此类问题的讨论中，对国际法的正当性问题进行研究似乎是可供选择的思路之一：在国际法规则模糊不清的情况下，各方对经济制裁及规制行为是否具有合法性的问题上难以达成统一，此时追问经济制裁规制的正当性之来源、理念与目标，并结合经济制裁的作用机理以尝试寻找其应用路径，最后通过具有正当性的规制措施树立或调整经济制裁的合法性标准，是一条可供参考的突破之道。

二、国际经济制裁规制的正当性

在讨论国际经济制裁规制的正当性之前，需要对经济制裁规制的对象进行分析，总结分析经济制裁的作用机理，并以现有的经济制裁实践为基础，指出我们为什么需要探讨国际经济制裁规制的正当性。此后，本文将分析经济制裁规制行为的正当性根源，提出具有正当性的规制行为应当遵循的理念和所要达成的具体目标，进而推导出一种可供参考的针对经济制裁规制行为的正当性理念及应用路径，并揭示这种有关正当性的讨论可能如何对国际经济制裁实践产生影响。

（一）经济制裁的基本原理

[①] 本文所指的工具化倾向是带有贬义的，指的是在针对某个问题的国际法规制较为松散模糊或悬而不决之时，某些国际法主体反复利用这种灰色状态，将主体意志直接扩张解释为国际公共意志或与国际公共意志紧密挂钩，来为其行为提供国际法基础。这种措施实质上是以维护主体利益为核心目标，为了逃避其本应承担的某种国际法义务所发展出来的内部工具。

对于国际经济制裁的特性及作用机理的研究随着经济制裁手段的多样化和使用频率升高不断变化。最初，学界将制裁作为国家间的对抗手段加以研究其基本原理。较早研究经济制裁的学者阿尔伯特·赫希曼（Albert Hirschman）在著作中分析了对外贸易和国家权力之间的关系，[①]他认为经济制裁是国际关系中的一种政策工具，如果目标国发现很难从实施强制的国家之外寻求替代，经济强制就可以作为一种强有力的谈判工具，在特定条件下，无需战争就可以迫使对方做出妥协。

随着制裁的应用手段和频率的增加，有关制裁基本原理的研究成果也更为丰富。代表性的理论有以下三种[②]：一是冲突预期说。丹尼尔·德雷兹纳（Daniel W. Drezner）在其著作中提出，从国家间的生存竞争出发，在一个只能靠“自助”维护国家安全的现实世界里，国家的首要任务是要防范未来任何可能的冲突，而制裁就是手段之一，同时也会作用于各国对预期冲突的评估。[③]二是公共选择说。凯姆费尔（W. H. Kaempfer）和罗文博格（A. D. Lowenberg）在文章中提出了公共选择说，认为制裁实际上是发起国国内政治集团博弈的产物，很多制裁不成功的原因是制裁的后果并未集中作用到具有决策权的权势集团上。认为只有针对目标国内的政治和军事领导集团进行打击的聪明制裁，才能够达到良好的效果。[④]公共选择理论为“聪明制裁”提供了解释路径。三是信号说。信号理论侧重于外交政策的信息传递和行为者的心理活动，明确指出经济制裁的现实价值在于发挥一种信号功能。诺萨（K. R. Nossal）在其文章中指出，经济制裁的首要动机是惩罚，在排解自己不满不同时也可以让其他国家看到其不认可行为的后果，从而在某种程度上起到“制定规则”的作用。[⑤]约瑟夫·加文（Joseph G. Gavin）也同样指出，经济制裁具有向发起国盟友和国内民众发出某种政治信号的功能。[⑥]

二战以后增多的制裁实践，还使得学界开始对制裁进行数据分析。最具代表性的文献便是美国国际经济研究所以霍夫鲍尔（G. C. Hufbauer）为代表的研究团队的著作《反思经济制裁》（Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy）。该研究认为经济制裁的成本效益分析应当从政治变量和经济变量两方面进行，并对经济制裁的有效性予以了肯定，同时也对如何更有效地运用制裁提出了建议。[⑦]依照制裁实践的具体数据对国际经济制裁的成本效益进行研究，是科学确立制裁评估体系的重要进步，但 Hufbauer 团队的研究具有强烈的将制裁工具化的倾向，其研究的基点是探寻如何发挥制裁的最大效益，并未在制裁本身的正当性或合法性予以着墨。

在经济制裁手段多样化，单边经济制裁频率逐渐增高，且经济制裁出现工具化倾向的现状下，经济制裁的作用机理将更为复杂多样。前文所提到的冲突预期说、公众选择说及信号

---

① 阮建平：《二战后美国对外经济制裁》，武汉大学 2004 年博士学位论文。
② 阮建平：《二战后美国对外经济制裁》，武汉大学 2004 年博士学位论文。
③ Daniel W. Drezner . Conflict Expectations and Paradox of Economic Coercion [J]. International Studies Quarterly, 1998, Vol. 42, p.173.
④ A. D. Lowenberg, W. H. Kaempfer . Sanctions and International Law: Connect or Disconnect [J]. Hibernian Law Journal, 2003, Vol. 4, p. 1-14.
⑤ 阮建平：《二战后美国对外经济制裁》，武汉大学 2004 年博士学位论文。
⑥ Joseph G. Gavin. Economic Sanctions: Foreign Policy Levers or Singles ? [J]. Cato Policy Analysis, No. 124, 1989.
⑦ 加利.克莱德.霍夫鲍尔，杰弗里.斯科特，金伯利.安.艾略特等，杜涛译：《反思经济制裁》，上海人民出版社 2019 年版。

说，实际上是对经济制裁在不同视角下如何启动，不同阶段内如何生效的讨论。冲突预期说主要是在以国家为主视角的情况下，对制裁的动机和产生效果的方式进行解释；公众选择说将主视角切换至国内政治集团，相比之下更强调制裁在发起时和进行中对制裁双方国内政治产生的影响；信号说的视角更为广阔，主要强调的是制裁如何以政治信号的形式对国内外目标对象产生预期影响，实际上信号说更多地强调了制裁本身所透露出的政治倾向，而非单纯集中于制裁的手段或运行程序。

以上三种学说的重点实际上都是国家与国家之间的制裁行为，很少将国际组织发起的（如联合国）发起的制裁纳入讨论范围。需要指出的是，现有研究多将联合国发起的制裁纳入多边制裁当中笼统讨论，但笔者认为，联合国等国际组织发起的制裁相比于其他多边制裁（如国际区域贸易合作中的制裁）而言，应当由该国际组织对制裁行为的正当性予以更为突出的考量。因为联合国等国际组织的制裁行为涉及到的主体范围远远广于其他多边制裁行为，并且这类国际组织的行动往往会对国际秩序的发展起到至关重要的解释或塑造作用。这类制裁发起的动机、手段和最终结果的影响范围都不仅仅是某几个成员国的国内利益所能涵盖的，发出的信号也往往不只是某一个国家或某一种文化的信号，而是整个国际社会的某种道德期望或发展倾向。

在上述讨论中，我们可以总结出经济制裁的作用机理：制裁主体利用经济手段限制、攻击特定对象，在释放威胁信号的同时，对被制裁方的特定领域施加不利影响，以期维护国际社会、某个国家或权利集团的利益，或达成某种国际社会普遍认可的期望。可以说，当下的以国家为主体的经济制裁行为的功能十分多样：既拥有维护国家利益的功能，又能够满足国内民众的一些政治需求以保护制裁国政治集团利益，还可以释放政治信号来向目标对象施压，某些制裁行为甚至可以建立起所谓实际上的“规则”。而在以联合国为代表的国际组织发起的制裁中，制裁行为的进行需要满足某种国际共识或道德取向（如保护人权、避免战争），通过特定程序来对该目标取向进行确认并规划制裁手段，协同组织中的成员国来对目标对象进行限制或打击。

（二）正当性规制的重要性

在分析完经济制裁的作用机理之后，还需要提出的问题是：我们为什么需要探讨国际经济制裁规制的正当性？笔者认为，其原因在于我们很少在经济制裁的运作中看到国际法的身影。即便是在国际法参与度较高的由国际组织发起的多边经济制裁中，我们仍然能在实践中看到，这类制裁行为并没有如国际法构想中的那样完全产生积极、正义的效果。如 1990 年开始的联合国对伊拉克的制裁，该制裁使伊拉克陷入了严重缺医少药的情境，并导致大批普通民众营养不良，造成了大规模的人道主义危机。截至 2000 年 5 月，有 131.6 万伊拉克人死亡，其中 60 万人为不足 5 岁的儿童，引发了国际社会的广泛批评，甚至有学者称“制裁是对伊拉克进行的一场令人直接生畏的非军事战争”[①]。安理会对伊拉克的所有决议主要围

[①] 顾正龙：《联合国制裁造成 130 多万伊拉克人死亡》，载《新华每日电讯》2000 年 7 月 4 日。

绕两大主题：以彻底销毁大规模生化武器为目的的制裁和人道主义援助[①]，而即使制裁行为按照《联合国宪章》所规定的程序发起并实施，也仍然造成了与其目标完全相悖的悲惨后果。

即便是在国际法上“有法可依”的联合国多边制裁都会产生此种违反人道主义原则的后果，在国际法更为模糊、弹性更大的领域内，制裁的实施将很有可能沦为具有绝对优势的制裁方对目标方实施压迫的工具，国际法也难以在事后对这些将“Magic Words”（如维护国家安全等）作为盾牌的制裁行为进行控制，其可能产生的不利影响难以估量。且由于缺乏国际法的明确表态，被制裁方完全有可能绕过国际法以更为直接、暴力的手段维护利益，而这种行为对于国际社会的安全、稳定、和谐发展所能产生的消极影响是毋庸置疑的。

国际经济制裁应当在一个维护国际社会共同利益、促进国际社会共同目标的理念指导之下进行，其最终目标或产生的影响应当是促进国家间长远、稳定、有序的合作。避免由于短期利益的追逐所可能造成的深远伤害是规制国际经济制裁的重要任务，而这类规制本身的存在、强化和进步也是对国际法理念和价值形成或重塑的过程，能够有助于国际社会朝着更为稳定、和谐、安全的状态发展。

（三）经济制裁规制的正当性之来源

在讨论经济制裁规制的正当性之前，需要先要强调的是本文中的正当性不能等同于合法性，但是与合法性之间有着极为密切的联系。有学者认为，在国际法上正当性概念的提出，作为正义的化身，具有特殊的意义。正当性位于“以国家同意为基础的合法性 ”的上游，用以解释合法性的起源或社会根基。因此，正当性不能被合法性所替代。然而另一方面，对正当性的论证不能将其作为试图绕开法律的方式，或是将其凌驾合法性之上，或是用作违法行为的“正当化”辩解。[②]在对国际法中的“正当化”之内涵进行探讨时，有部分学者主张应当将正当性与正义、美德剥离，重点关注理性及利益。[③]但在现实情况中，任何情况下期望趋于纯粹理性或最大化利益的判断都不可能完全避开世俗道德体系的影响，且在国际制裁实践中，制裁行为几乎必须拥有某种道德说服力（至少是名义上的）。

由经济制裁规制正当性的来源可知，我们对于规制正当性的讨论，实际上离不开对国际经济制裁合法性以及制裁是否符合国际道德或国际共识的分析。有部分学者的对经济制裁的分析实际上正是上述复合式的思路，只是对于何为国际道德或国际共识存在分歧。昆兹（Josef L. Kunz）在其著作中重点分析了联合国体系下的多边制裁行为，通过分析《联合国宪章》，就联合国体系下制裁的发起条件、实施主体和制裁的法律约束力，预见性地指出了当时联合国制裁的滞后性，即只进行集体制裁而非个体制裁。此外，昆兹还对联合国赋予安理会针对制裁启动要件的自由裁量权进行了解释，认为这是为保证安理会成员国能一致行动所作出的必要牺牲。昆兹认为，在当时困难的国际形势下，有必要通过各种手段“应付”，以防止第三次世界大战。当时的国际法仍然没有形成先进的国际法律秩序（advanced legal

[①] 李伟芳：《从安理会决议透视战后伊拉克制裁取消问题》，载《法学》2003 年第 5 期，第 85 页。
[②] 潘德勇：《论国际法的正当性》，载《法制与社会发展》2011 年第 4 期，第 34 页。
[③] 保罗. B. 斯蒂芬著，彭卓群、韩秀丽译：《论国际法的正当性》，载《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 57 页。

international order），这个秩序不能是“没有武力的法律”，而应当是有效力的国际法律秩序，这也意味着需要有可强制执行的制裁。[①]罗文菲尔德（Andreas F. Lowenfeld）在也认为基于《联合国宪章》所做出的制裁是合法的，且制裁在伊拉克战争中起到了替代武装斗争的作用。[②]

实际上，以上两位学者的观点都在合法性分析之后加入了国际道德和共识的检视，昆兹的结论倾向于制裁本身对维护国际社会稳定和国际秩序有所助益，罗文菲尔德则指出制裁本身对于回避武装冲突起到了积极的作用。在伊斯兰姆（Toriqul Islam）的文章中，这样的复合式思路更为明显，其文章着重分析了单边经济制裁的合法性问题，并以人权法视角剖析了经济制裁可能造成的人道主义灾难。[③]实际上，我们在对部分经济制裁行为进行分析之时不断地将其放入国际道义或国际共识中进行检视的行为，正是国际经济制裁规制正当性的来源之体现，即制裁行为需要符合国际道义或国际共识。这种检视本身也是因为国际制裁规制的合法性内容难以发挥作用。若只是单纯执着于国际法条文本身，无法支撑其起完整的、正义的规制逻辑。

因此，本文认为，经济制裁规制正当性的来源是复合的：既包括制裁行为具备当下国际法的合法性，同时也要求该制裁行为进行的全过程可以经受国际道德或国际共识的检验。

（四）具有正当性的规制之理念、任务与应用

1. 理念与任务

如前文所述，国际经济制裁正当性的来源是合法性与国际道义。依照经济制裁的正当性来源，可以推导出具有正当性的经济制裁规制应当遵循何种基本理念，总的来说，规制经济制裁不能直接等同于禁止经济制裁，但需要对制裁的启动、实施和停止做出更为清晰的约束，这种约束需要拥有一种确定的、具体的国际法形式，且规制至少需要以国际道义的形态贯穿经济制裁的全过程。国际经济制裁规制应当依据国际法条约，对经济制裁的启动要件、实施过程和结果进行全过程的规范和监督。

这种具有正当性的规制本身需要依据国际法条文以获得合法性，但又由于国际道义和国际共识所获得的正当性不断地对其所处阶段的国际法条文施加影响，来对不适应国际社会发展共识的条文予以纠正、明确或发展。

依据国际经济制裁规制的基本理念，我们可以推断出国际经济制裁规制的任务至少包括以下几个方面：限定经济制裁的适用情形、明确经济制裁的实施程序、降低经济制裁引发国际社会风险的可能性、缓解经济制裁造成的负面影响。

2. 正当性之应用

在对于正当性的讨论中，汤姆斯·弗兰克（Thomas M. Frank）的著作《国家间的正当

[①] Josef L. Kunz. . Sanctions in International Law [J]. American Journal of International Law, 1960, Vol. 54, p. 324-348.
[②] Andreas F. Lowenfeld . Sanctions and International Law: Connect or Disconnect [J]. Hibernian Law Journal, 2003, Vol. 4, p. 1-14.
[③] Islam T. . Economic Sanctions under International Law: An Overview [J]. Sri Lanka Journal International Law, 2020, Vol. 28, p.1-36.

性力量》（The Power of Legitimacy among Nations）十分具有代表性，弗兰克在没有正式的强制机构在国际层面上运作的情况下，对具有强大力量的国家为什么会遵守“弱小”的法律的原因进行了充分的说明。他认为，实践证明，有某种并非自上而下的的强制力的力量促使国家履行国际法义务，他称这种力量为正当性，并进而对其进行了定义：正当性是一项规则或一个制定规则的机构的属性，它本身就使那些规范性的对象产生“遵守法律的动力”，因为那些对象相信该规则或机构是按照普遍接受的正确程序原则产生和运作的。因此，“遵守法律的动力”是可以被观察到的，而且是建立在正确程序之上的。[①]弗兰克还详细阐述了他认为是创造遵守法律动力的、被普遍接受的正当程序的相关原则。他认为这些原则有确定性、形式确认和一贯性。[②]

对应到国际经济制裁规制正当性之中，制裁规制之正当性应当是规制规则和规制主体自然取得的一种属性，这种正当性能够使制裁行为产生“遵守法律的动力”，规制本身应当是依靠在正确的程序而建立的。而目前我们对于制裁规制的国际条文只能勉强达到这种“创造遵守法律的动力”的程度，因此我们应当按照正当程序的相关原则，对国际经济制裁的正当性予以强化，同时也能发挥具有正当性的规制行为对“合法性”的调整塑造作用。

国际经济制裁规制的应用领域可主要分为两个方面：多边金融制裁规制及单边金融制裁规制。现有的多边经济制裁规制存在规制合法性依据匮乏、规制原则缺失、制裁适用要件模糊、制裁实施程序粗糙、制裁救济及善后措施不足的问题。现阶段对单边经济制裁的规制更加松散，单边经济制裁规制的合法性、正当性依据同样不明确，且国际法对单边经济制裁的适用情形缺乏限制，在当下需要以个案具体情况来评判单边经济制裁发起方是否违反了某些国际法原则（如不干涉内政原则）来判断其合法性。实践中由于国际经济制裁规制难以找到稳固的合法性依据，现有国际法鲜少对单边经济制裁产生过有效的规制。

对此，应当依照前文所述国际经济制裁规制的正当性强化路径予以改进。以单边制裁为例，国际经济制裁规制至少对单边制裁发起方的以下几点进行检视：1.动机是否同时符合国际法规定及国际道义；2.动机与行为之间是否具有强关联性；3.行为实施的手段是否具有相当性；4.行为的范围及程序是否清晰合理；4.行为的停止情形与消极影响的扫除。对于不合要求的单边经济制裁，应当尝试明确国际法上的救济途径并考虑对发起方采取惩戒措施。

针对多边经济制裁，应当在对应的国际条约中加入规制经济制裁的基本理念，明确经济制裁的启动要件和实施程序，在做出经济制裁决议和实施的过程中注重对人道主义危机等违反国际道义的风险的评估与监测，并尝试增加救济及善后措施。在检视的过程中，需要不断地将不同阶段的制裁行为放入最基本的国际共识和国际道义中进行审查，对于可能危害基本人权或其他严重违背国际法精神的行为应当及时、快速地采取有效措施。

[①] 保罗. B. 斯蒂芬著，彭卓群、韩秀丽译：《论国际法的正当性》，载《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 54-55 页。

[②] 确定性存在于法律命令具有明确含义的程度：形式确认需要通过一个被受众接受为真实、有意义的过程进行颁布；一贯性则是任意性的反义词，意味着特定的法律颁布与一个可理解的规则体系相适应，并能强化该体系。参见保罗. B. 斯蒂芬著，彭卓群、韩秀丽译：《论国际法的正当性》，载《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 55 页。

三、国际经济制裁规制的中国因应

在经济制裁应用的频率增加、手段多样化的现状下，我国作为被制裁方遭受到了个别国家不合理的经济制裁。在世界局势风起云涌、变换莫测的情况下，我国应当积极参与到国际治理中，抓住一切可能的机会充分发挥国际话语权，展示中国在国际规则的塑造、改善及发展上的观点，在维护本国利益的同时推进国际社会安全、稳定、和谐发展。对此，我国应尝试探索、发扬具有中国特色的制裁规制理念，在保护我国国家安全的基础之上充分发挥国际话语权，积极参与国际经济制裁规制体系建设。此外，在国际经济制裁规制仍然处于有待改进的状态时，我国应建立更为完善的经济制裁反制法律体系，并尝试运用国际法上的救济手段对无理的经济制裁予以反击，以维护我国的国家安全与利益。

（一）人类命运共同体理念与探索制裁规制正当性的共鸣

2015 年 9 月，习近平总书记在联合国成立 70 周年系列峰会上全面阐述了构建人类命运共同体理念。“中国提出了全球发展倡议、全球安全倡议，愿同国际社会一道努力落实。中国坚持对话协商，推动建设一个持久和平的世界；坚持共建共享，推动建设一个普遍安全的世界；坚持合作共赢，推动建设一个共同繁荣的世界；坚持交流互鉴，推动建设一个开放包容的世界；坚持绿色低碳，推动建设一个清洁美丽的世界。”[①]党的二十大报告不仅再次阐述了中国构建人类命运共同体理念的深刻内涵，也鲜明地表达了在当前国际形势下中国对待国际法和国际法治的立场和态度。[②]在国际法的视角下，中国积极坚持推动构建人类命运共同体，就要是建立合作共赢的新型国际法律体系，包括平等和睦伙伴型的国际法律关系、和平安全的国际秩序，公平正义的国际法律价值、共建共享的国际法律发展，兼收并蓄的国际法律文化等相互联系和相互交叉的层面。人类命运共同体理念倡导国际社会不同类型的国家在国际法律关系中“利益共生、权利共享、责任共担”。[③]

实际上，对于国际经济制裁规制的正当性的讨论与构建人类命运共同体的理念之间有着深刻共鸣，构建人类命运共同体的倡议既可以是制裁规制的正当性来源，也可以是强化制裁规制正当性的理论依托。有学者直接指出，人类命运共同体理念为国际法提供了正当性分析依据。人类命运共同体理念作为国际法正当性分析标准与依据，对于推进国际法理念创新、促进国际法体系发展、加强国际法制度的理论构建发挥着双重职能。[④]

构建人类命运共同体在《联合国宪章》所确立的原则基础上，为各种文明、文化、宗教等意识形态的交流互鉴、和谐共存提供可行路径。中国在坚持自己选择的社会经济基本制度的前提下，不断努力改革开放，吸取别人的长处，自我改进，同时以“文明共存”的国际法原则作为构建人类命运共同体的基本原则之一。[⑤]人类命运共同体“持久和平、普遍安全、

[①] 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，载《国务院公报》 2022 年第 30 号。

[②] 徐东根：《论人类命运共同体理念的国际法寓意及贡献》，载《广东社会科学》2023 年第 5 期，第 6 页。

[③] 何志鹏：《新时代中国国际法理论的发展》，载《中国法学》 2023 年第 1 期，第 290 页。

[④] 徐东根：《论人类命运共同体理念的国际法寓意及贡献》，载《广东社会科学》2023 年第 5 期，第 12 页。

[⑤] 杨博超：《人类命运共同体理念的文化底色及其国际法意涵》，载《求是学刊》2022 年第 3 期，第 143

共同繁荣、开放包容、清洁美丽”的倡议与具有正当性的制裁规制之理念不谋而合，制裁规制正当性的强化也同样能对人类命运共同体的构建将起到积极作用。制裁行为正当性的强化有益于避免武装冲突、建立沟通桥梁、维护整体利益，能够推动建立和发展“文明共存”的人类命运共同体。

经济制裁正当性的理念、内容及应用实际上与我国倡导的人类命运共同体理念是相辅相成的，对于在近年来不断作为被制裁方的中国，人类命运共同体能够提供原生的、特色的、坚实的也是最底层的反制理论基础，同时其倡导的脱胎于中国优秀传统文化但具有强大包容性的主张，也与国际经济制裁规制正当性的探索之路产生了强烈共鸣。我国积极倡导人类命运共同体理念，可以为强化经济制裁规制探索提供更加具有中国特色的理论路径。而与之对应的，我国若能加强对国际经济制裁规制的理论探索，并将其与人类命运共同体理念进行充分的融合，也有利于我国在制裁及其规制问题上发表中国观点、推广中国思路，在尚为模糊的国际法空间中展现中国力量，主导推进国际社会合理规制国际经济制裁。

（二）完善《反外国制裁法》法律规则

近年来，中国经历了以美国为首的国家实施的单边制裁及其他形式的施压。2017 年 8 月 18 日，美国贸易代表办公室（United States Trade Representative, USTR）依照《1974 年贸易法》对华启动 301 调查，并于 2018 年 3 月公布了“301 报告”，次年便正式上调中国输美产品的加征关税。2021 年 3 月，以美国为首的西方数国宣布以“新疆人权问题”为由对华实施制裁。在严峻的国际环境压力下，我国出台了《中华人民共和国反外国制裁法》（以下简称《反外国制裁法》），旨在反对霸权主义，维护国际主权及基本利益，为反制裁措施提供基本法律保障。2024 年 4 月 11 日，我国外交部发布第 5 号外交部令，依据《反外国制裁法》对持续向中国台湾地区出售武器的美国通用原子航空系统公司、通用动力陆地系统公司采取反制措施，措施包括冻结目标对象在我国境内的动产、不动产和其他各类财产，并对高级人员不予签发签证、不准入境。[①]我国正充分运用法律武器保护我国的基本安全利益，但从法理上看，反制裁措施所依据的《反外国制裁法》仍然存在着可以改进的空间。

我国《反外国制裁法》是我国对他国不合法、不合理的制裁的有效阻击措施，但需要指出的是，该法本身及依据该法进行的反制措施在国际法层面的正当性仍需完善。在前文针对制裁作用机理的论述中提到，反制裁措施实际上也是一种制裁措施，由于反制裁目标国的在先制裁，反制裁国在国际道义上的压力可能会更小。但对于《反外国制裁法》等反制裁措施在国际法层面的合法性，有学者指出《国家对国际不法行为的责任条款草案》可以为类似的“反报”行为提供加强国际法层面合法性的参考路径，《国家对国际不法行为的责任条款草案》要求受害国对责任国实施反措施之前应当将其所有决定通报责任国。[②]

映射至我国的反制裁实践中，在我国决定将依据《反外国制裁法》实施制裁行为之后，

页。

[①] 外交部：《关于对美国通用原子航空系统公司、通用动力陆地系统公司采取反制措施的决定》，中华人民共和国外交部令第 5 号令，2024 年 4 月 11 日起施行。

[②] 霍政欣：《反外国制裁法》的国际法意涵，载《比较法研究》2021 年第 4 期，第 156 页。

应当考虑通过通报机制通知责任国我国的反制决定，并且在一定时限内给予责任国谈判的机会，在合理时限结束后即可直接根据《反外国制裁法》实施符合国际法要求的制裁行为。这样的通报制度能防止当前《反外国制裁法》产生国际法层面的程序性条件空缺，也能够在实践过程中明确表达国家态度，充分发挥制裁行为的信号作用，对责任国起到一定程度的威慑，并给予双方空间来通过更为友好的、代价更低的谈判方式解决问题，以达到及时控制反制裁行为产生不必要的消极影响的可能性。《反外国制裁法》中并未提及通报制度的构建工作，在现有实践中，我国是以外交部令的方式来公布反制裁措施，但实际上法条本身对于通报的方式、程序及是否存在后续磋商手段等内容并未予以明确，仍需加以完善。

此外，还应当考虑增加针对反制裁措施的救济措施。在聪明制裁模式下，《反外国制裁法》将对个人及组织产生作用，相对于国家而言，被反制主体明显处于弱势地位。目前《反外国制裁法》并未针对程序性事项进行规定，缺失了有关被反制主体救济机制的原则性规定，在聪明制裁模式下，反制方与被反制方经常出现地位差异大的情况，不设立救济措施难免会带来原则性的法律问题及道义问题。[①]因此《反外国制裁法》应当考虑设立或衔接已有的救济措施，赋予被反制主体一定救济权利及渠道，将能够有效强化制裁本身的正当性，也能够强化作为制裁规制形式的《反外国制裁法》的正当性，如考虑与我国的行政诉讼程序相衔接。

四、结语

国际经济制裁规制的正当性讨论，是解决是否可以规制、是否应当规制、应当如何规制制裁等问题的突破路径之一。国际经济制裁规制的道德说服力和形式合法性是其正当性来源，与此同时，具有正当性的国际经济制裁规制实践有能力脱离模糊的、疲软的国际法条文，直接与国际法的基本原则和自然精神产生链接，为相应的国际法条文注入强心剂，两者相互影响，不可分割。在单边制裁乱象频发的现状下，国际经济制裁规制的重要性逐渐凸显。在制裁行为可能甚至已经沦为政治工具之时，国际经济制裁规制更应当发挥其积极作用，对制裁的全过程施以约束和引导。

即使在短期之内，国际经济制裁规制仍然无法摆脱规制条文模糊、规制行为无力、规制实践稀缺的阴影，但宏观来看, 法治并不应仅限于形式领域，更应当有正义的追求，“ 法律乃公正与善良之艺术”。[②]我国所提出的人类命运共同体理念中蕴含的“和”文化与“共同繁荣”的理念，也与国际经济制裁规制的正当性内涵异曲同工。国际法应当是发展的而非静止的，进取而非退缩的，对于国际经济制裁及其规制的正当性讨论与重视，将为运用国际经济制裁规制提供思路，为探索与强化国际经济制裁规制正当性指明方向，对于想要获得长久、稳定、安全、和谐发展的国际社会具有重要意义。

[①] 霍政欣：《反外国制裁法》的国际法意涵，载《比较法研究》2021 年第 4 期，第 156 页。

[②] 何志鹏：《“良法”与 “善治”何以同样重要——国际法治标准的审思》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2014 年第 44 卷第 3 期，第 131 页。

美国对我国核工业的屡次制裁及我国核工业的可行策略研究[1]

刘　久[2]

（哈尔滨工程大学人文社会科学学院，黑龙江省哈尔滨市，150001）

摘要：近年来我国核工业稳健发展，核能产业规模也在持续扩大，逐渐形成核心竞争力。随着我国核电产业与“核电走出去”战略迅猛发展，我国已经成为了世界核电大国，并逐步向核电强国迈进。然而，自 2018 年“中美贸易争端”开始后，美国开始密集制裁我国核工业的发展。美国针对性制裁我国民用核工业的根本原因在于近年来我国核工业发展对美国构成了实质性威胁，撼动了其“世界核领导地位”。美国主要通过调整限制措施以及加强长臂管辖的方式，重点打击我国涉核企业，围堵我国核电企业在国际领域中的交流合作。美国针对我国核电产业的种种举措极大增加了我国核电技术及材料的进口难度，阻滞了我国核电产业的发展效率。美国针对我国核电产业的单边制裁，限制了我国核电产业与其在国际市场上的竞争，阻碍了我国与其他国家在国际产业中的战略合作，严重影响了我国核电“走出去”战略的实施。因此，为了减少上述负面影响，国家以及有关核电企业应当积极应对核电制裁带来的不利因素。首先，应当强化对国内政策法规的宣介以及国外形势的研判，帮助企业清晰认知国际形势以及国内政策走向，以制定更具有针对性的企业发展战略。其次，应当构建国际制裁应急救济机制及政策工具箱，应用国际规则以及国内法律法规建立我国应对制裁的治理机制。最后，我国核电企业应以提升核心竞争力为战略发展核心，提升我国民用核工业的自主创新能力，从根本上解决“卡脖子”问题，推动我国核电“走出去”战略以及国际核能合作的顺利实施。

关键词：核电产业，单边制裁，核电“走出去”，“卡脖子”

一、美国对我国民用核工业的多次制裁情况

核能是一种高效且稳定的能源，和平利用核能，发展核电对于提升我国综合经济实力，工业技术水平和国际地位，应对气候变化和改善环境质量发挥了重大的作用。截至 2024 年 6 月 30 日，我国运行核电机组 56 台，装机容量 58218.34 兆瓦，在建 26 台，保持世界第一。[3]我国有自主三代压水堆品牌，已经达到世界领先的技术水平。此外我国核电发展也具有规

[1] 基金项目：国家社会科学基金项目“中国核损害赔偿制度立法研究”，项目编号为 18CFX049。

[2] 刘久（1988.06— ），女，回族，黑龙江省哈尔滨人，哈尔滨工程大学人文社会科学学院法学系教授,中国政法大学国际法学博士，国家留学基金委公派加州大学戴维斯分校访问学者，主要研究方向为核法律，国际法等，email: nine699@hrbeu.edu.cn，电话：13936262957。

[3] 中国核能行业协会等主编：《中国核能发展报告（2024）》，社会科学文献出版社，2024 年 8 月第一版，第 3 页。

模大、投资高、安全性能完善，建设成本低等诸多优势，正在逐渐形成自己的竞争优势和核心竞争力。因此，发展核电成为我国实施制造强国战略第一个十年的行动纲领《中国制造2025》的重要内容之一。然而，自特朗普政府上台以来，美国的单边主义倾向日趋严重，美国最典型的单边主义表现就是采取一系列单边措施，从而引发了中美之间的贸易争端。[4]美国于 2018 年 4 月初发布了以高端制造和高科技领域为主要对象的“301 调查”征税产品建议清单，“核反应堆、用于同位素分离的机械设备及其部件、燃料元件（墨盒）”等就位列其中。[5]2018 年，美国核安全局针对中国民用核能发布新合作框架，对与中国的民用核能合作提出多项限制条件，如禁止出口与美国有直接的经济竞争（如华龙一号、CAP1400）的美国专有设备；维持原 AP1000 技术转让范围，范围外的相关技术、设备均禁止转让；禁止小堆和非轻水先进反应堆的出口，禁止 2018 年 1 月 1 日后的新技术转让等。

2019 年 8 月，美国将中广核电力股份有限公司、中广核集团、中广核研究院有限公司、苏州热工研究院有限公司纳入“实体清单”。被纳入清单后，没有美国商务部工业和安全局（BIS）的出口管制物的批准，这些企业将面临美国供货商集体断供，且涉及与美国企业的正常商业合同可能也要背负官司。[6]2020 年，美国国防部又将包括中国三峡集团等在内的部分与核电相关或有业务关联的企业列入“实体清单”。被列入实体清单的企业在从美国或含有美国技术成分的第三方购买任何受管制物项时，都需要获得美国工业和安全局的许可证，这严重限制了我国核电企业获取相关技术、设备和材料的渠道。[7]2021 年，美国将涉及核工业的 23 家中国实体列入“实体清单”，其中包括了多家与中国核能相关的企业和机构，如中广核集团、中广核工程有限公司、中广核研究院等，[8]即使美国政府一再表明这些制裁措施都是基于“维护国家安全”的目的而进行，但这确实是美方为保持其自身在世界中的核霸主地位以及阻碍中国核电技术发展而选择的不正当竞争手段。

2023 年 8 月 8 日，美国核管会发布了《暂停向中华人民共和国出口核最终用途特殊核材料、原料和氘的一般许可证管理的命令》，暂停了向我国出口某些核相关物项的一般许可证的授权。对此，美国宣称这一“命令”符合经修订的 1954 年《原子能法》，且对促进美国国家安全利益和加强共同防御与安全是必要的。为增强核不扩散管控，扩大核出口管制要求，美国政府不断缩紧对华出口政策，美国商务部工业与安全局和核监管委员会分别出台针对我国全境的相关命令，自 2023 年 8 月 14 日起，进一步限制直接和间接向具有紧密商业合作关系的中国民用核工业出口美国硬件、软件和技术。[9]

---

[4] 管健：“中美贸易争端中的焦点法律问题评析”，载《武大国际法评论》2018 年第 3 期，第 142 页。

[5] Office of United States Trade Representative：“2018 Special 301 Report”，April 27，2018，
See: https: / /ustr. gov /sites /default /files /files /Press /Reports /2018%20Special%20301. pdf.

[6] 搜狐网：美国“实体清单”新增四家中国企业，企业回应：影响可控，2019-08-19 。
https://m.sohu.com/a/334758670_484925?_trans_=010004_pcwzy

[7] 中国能源资讯：中化、三峡、中核工程等 11 家中国企业或将遭遇美国制裁，2020-09-01。
https://www.in-en.com/article/html/energy-2295238.shtml#。

[8] 澎湃新闻：23 家中国实体被美列入"实体清单"，商务部发声！涉事上市公司回应来了，2021-07-12。
https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_13541625。

[9] 人民网：美国加码限制对华出口凸显霸道成性（观象台），2023-09-07。

2024 年 5 月美国出台了《修订 1974 年联邦火灾预防和控制法案的法案》。在其中的《加速部署多功能先进核能以实现清洁能源法案》，即《先进能源法案》中，美国以国家安全目的考量为由，针对性地禁止给“在美国境外制造商业核反应堆燃料组件的浓缩铀的中华人民共和国政府所有或控制的、根据中华人民共和国的法律组织或受其管辖的实体发放国内许可证”。[10]

二、美国多次制裁我国核工业的特点与根本原因

（一）制裁特点

1、美国调整限制措施打击我国核电企业

2021 年 6 月 3 日，拜登政府将“中共军方控制企业”清单更名为“中国军工复合体企业”清单，实体数量从 44 家调整为 59 家。清单不但将适用对象界定为“在中国经济中的防务和相关材料行业或者监控技术行业从事经营”的企业，而且赋予主管部门更大的自由裁量权，便利其采取进一步的制裁措施。2021 年 7 月 9 日，美国商务部产业安全局（BIS）对《出口管制条例》进行修订，把包括同方股份子公司在内的 23 家中国实体列入实体清单，限制相关出口交易活动，对我涉核企业在内的军工企业的科技封锁和打压更为严密。[11]

2、美国通过长臂管辖大力围堵我国核电企业国际合作

拜登政府不仅限制中美在涉核领域的合作，而且通过其同盟体系和全球伙伴关系网络，干扰和破坏中国与其他国家的涉核合作。在关键核心技术、关键核材料、核装备、核部件等方面阻止中外交流合作，牵制我国正常的国际合作，破坏我国参与的大型国际合作科技项目。拜登执政后，中国核工业集团海外业务受到涉美因素的影响变得更加直接，形势更为严峻，在开展海外公司注册、收购等业务时受到当地有关方面不正当对待，中国在中东、南美洲以及东欧地区的相关业务受到美国的恶意干扰，另外，美国还阻挠法国与我国核电企业在后处理领域的相关合作，试图在国际社会对我国核电企业实施进一步的脱钩、孤立和封锁。

（二）根本原因

其实，早在 2019 年 8 月，美国就已经对中国一系列核电企业如中广核集团、中广核研究院有限公司、中广核电力股份有限公司以及苏州热工研究院有限公司完成调查并将其全部纳入“实体清单”。此后，于 2020 年，美方以防止核武器扩散为由，进一步将我国三峡集团，中化集团等 11 家涉及核电相关技术的企业通过纳入其制定的“实体清单”的方式对我国核电企业进行进一步封锁与打压。截至 2023 年 8 月，美国商务部下属的工业与安全局继 2018 年美国核安全局针对中国发布的包括“810 条款”的三部分禁令后，进一步扩大了对我国核相关材料和产品的出口管制范围：其要求本国企业在出口销售可适用于中国核电站的一

---

http://world.people.com.cn/n1/2023/0907/c1002-40072397.html。

[10] 美国众议院，先进核能法案，2024 年 05 月 08 日。

[11] 财新网：拜登更新“中国军工复合体企业”清单 上榜企业调整为 59 个，2021-06-04。https://international.caixin.com/2021-06-04/101722611.html。

些发电机、软件等必须持有特定许可证：在《商业管制清单》中，美方进一步将一些物品加入因核不扩散管制原因（即 NP2 管制原因）的两用物品，并对此类物品对于我国的出口、再出口及境内转移等行为实施许可证要求；此外，美国核管理委员会亦要求所有出口商在出口特殊原材料和核材料同样必须获得特定许可证方能出口。美国针对以上举措作出的解释为是为了应对中国的现代核武器力量的扩张，拜登政府认为这一做法对“确保美国国家安全利益、加强共同防御和安全是必要的“。即使我国驻美国大使馆发言人明确声明，中国一直坚定履行《不扩散核武器条约》中所规定的义务，并持续反对将地缘政治利益凌驾于核不扩散上，也无法停止美国对我国的核电企业发展滥用制裁手段。

中国核电技术已拥有一系列经由自主研发的三代压水堆品牌如“华龙一号”、“国和一号”。这些品牌的建立完善标志着我国经过多年努力，终于打破了以美国为首等国家的技术封锁与垄断。我国这些品牌在具有安全性与交付能力可靠性的同时，还具有建设成本及后续维护费用相对经济性的优点。我国在核电领域的技术发展具有了我国在其余工业方面的传统优势即在成本控制方面价格相对低廉，且质量可靠的优点，这就造成中国的核电技术在国际市场尤其是“玲珑一号”一类规模小，造价低且安全可靠的产品在广大发展中国家具有十分乐观的市场前景。在国际市场，我国核电企业具有较强的市场竞争力，则不可避免的的对美国本土核电企业的发展造成冲击。美国并不希望看到我国在核电领域的技术进步，逐步参与世界其他国家的核电项目建设以及一系列国有化率持续变高的核电产品在世界市场范围内侵犯其认为本该属于其自身的市场份额。美方通过多种制裁措施为打压我国核电技术发展，为其本国核电企业争取更多的利益。

美国大力围堵中国核电，根本原因在于近年来我国核电技术研发方面取得了显著进展，对美国的霸主地位造成了实质威胁。我国早已成为全球少数几个拥有完整核工业体系的国家，且牢固树立“安全大于天”的观念，各核设施保持良好核安全运行记录。依据国际核事件分级，我国至今未发生过 2 级以上运行事件，主要运行技术指标保持国际前列。截至目前，我国商运核电机组数仅次于美国，位列全球第二，核电发电量位列全球第二，在建机组装机容量继续保持全球第一。我国正在快速推进新核电站的建设，技术实力在稳步上升，正从核电大国向核电强国转型。我国某些技术也已经达到全球领军水准：如发电效率高且能满足多领域需求的高温气冷堆技术；热能转化率高且安全的华龙一号技术；便利灵活、具有广阔市场前景的玲珑一号技术。为了稳固其在全球的霸权地位以及多年来在世界核电领域所处的优势地位，美方试图采取滥用出口管制措施，对其他国家进行政治施压与外交胁迫等方式，对中国核电企业进行封锁、打压和孤立的目的。这种违反国际贸易准则、违背公平交易规则的行为，不仅阻碍了中国核电企业的健康发展，同样也大大影响了影响了美国甚至其他国家相关企业的利益。这种做法无疑是阻碍了世界科技的进步与经济的发展，对全球核电相关的上下游供应链产业链的稳定以及世界经济的恢复都具有极大的负面影响。美方将单纯的国际经贸问题和科技发展问题无端政治化、工具化以及莫须有的将其进一步武器化，这不会对中国的

核电科技发展造成阻碍，只会限制自身，最后自食苦果。

经过长期的战略建设，我国核电规模持续扩大，截至 2024 年 8 月底，我国在运核电机组装机容量位居世界第三，年度商运核电机组累计发电量位列全球第二，在建规模持续保持世界第一。根据中国核能行业协会首次发布《我国三代核电发展战略价值研究报告》，我国三代核电发展的优势基本形成，这使我国成为继美国、法国、俄罗斯等核电强国后又一个拥有独立自主三代核电技术和全产业链的国家，就在建规模和发展前景而言，中国已成为全球三代核电发展的产业中心，这对我国从制造“大国”向制造“强国”跨越具有极强的拉动作用，能够有力支撑中国制造 2025 战略的实施。[12]在“核电走出去”方面，2013 年 10 月国家能源局发布的《服务核电企业科学发展协调工作机制实施方案》，正式将服务核电“走出去”战略作为其一项主要任务，要求提升我国核电行业的核心竞争力.....不断提高我国核电整体水平和国际竞争力。[13]核能产业以贯彻落实一带一路倡议，大力实施核能全产业链“走出去”，华龙一号国际市场开发取得重大突破，正在引领我国三代核电技术走出去，为我国核电开启了“造船出海”的新时代。其次，在四代核电技术方面，我国亦已作出新的突破，高温气冷堆示范工程在我国山东省荣成市成功实践，这标志着经过数十年的努力，我国在核电技术的研发和应用方面终于从原本的陪跑者、并跑者，到如今到如今领跑者的跨越，同时这也是全世界首个正式投入商业运营的第四代核电站，对世界范围内其余国家发展第四代核电站提供了参考和实例，大大强化了我国在全球核电及核能领域的影响力。我国在与巴基斯坦核能合作不断深化的同时，还与阿根廷、英国、罗马尼亚、巴西等 30 个国家实现了合作，我国的核电建设不仅帮助这些国家大大缓解了其电力短缺的问题，同时，也减少了他们能源进口的风险，对传统化石燃料的依赖降低，稳固了本国的能源安全。为其基础设施建设以及社会秩序稳定繁荣起到了不可忽视的作用，这些都极大地提高了我国的国际影响力，为我国的核电技术发展以及核电走出去战略打下进一步坚实的基础，核电在实施“一带一路”倡议中，发挥着日益重要的作用。[14]

尽管我国目前投入运营的商业核电站数量上仍不及美国，正如上文所述，我国正在快速推进新核电站的建设，技术实力也在稳步上升，能源需求不断增长的发展中国家市场也是我国“核电走出去”着眼的目标，两国围绕安全性和经济效益更高的新一代反应堆的研发，已经展开了激烈的竞争。[15]然而在同一时间段，美国在国际核能市场上的份额已从 30 年前的 90%下降到如今的低于 20%，美国显然不希望中国争夺其全球核参与的霸主地位。[16]中国的核

---

[12] 澎湃新闻：“《我国三代核电发展战略价值研究报告》：我国已成为全球三代核电发展产业中心”，2018 年 4 月 24 日，http://finance.sina.com.cn/roll/2018-04-24/doc-ifzqvvsa2641875.shtml。

[13] 国家能源局：《服务核电企业科学发展协调工作机制实施方案》，2013 年 10 月 11 日，http://zfxxgk.nea.gov.cn/auto91/201310/t20131030_1717.htm。

[14] 张延克、李闽榕、潘启龙主编：《中国核能发展报告（2018）》，社会科学文献出版社，2018 年 8 月第一版，第 4 页。

[15] 王恩泰：“中美核电争夺战白热化 中国有望十年内赶超”，2019 年 4 月 16 日，http://column.cankaoxiaoxi.com/2019/0416/2377467.shtml。

[16] 大公报：“美再出招，限对华民用核技出口”，2018 年 10 月 13 日，http://www.takungpao.com.hk/news/232111/2018/1013/188822.html。

电产业的发展确实对美国构成了竞争，对其霸主地位造成了威胁。因此美国对我国核电产业进行了限制。对于美国发布对华核电出口禁令的根本原因，正如国家核安全局核电安全监管司所称的，“我国正处于核电大国向核电强国转型的关键时期，美国的主要目的就是为了遏制战略竞争对手的技术与经济发展，维持其技术领先和政治经济上的领导地位。”[17]综上，美国的种种举措是其意图阻挠中国核电产业发展与核电“走出去”，限制我国核电产业与其在国际市场上竞争的重要措施。

三、美国制裁对我国核工业的不利影响

美西方国家实施的经济制裁和出口管制对于中国核工业和核电企业产生了广泛的影响，下文将从核材料技术与材料进口、我国核技术自主发展、我国核电技术战略层面来分析论证美国制裁我国核工业举措对我国核电产业发展造成的影响。

（一）加大核材料与技术进口难度

美国核监管委员会要求每份核设备出口许可证[18]“如果最终收货人发生实质性变更，则必须对许可证进行修订”“如果中国的收货人要将设备转出口到第三国，中国的收货人必须要求美国的出口商向核监管委员会重新提交出口许可证申请”等。不仅如此，依据 2023 年新规，对于已被美国认定为“军事最终用户[19]”的我国核电企业(包括中核集团、广核集团等)，美国商务部工业与安全局“推定拒绝”审查通过其许可证。这会极大地降低我国进口相关核材料的便利性，且以此趋势，我国民用核工业还可能面临无法进口美国相关材料与技术的风险。对于我国核电企业中核集团来说，此种经济制裁可能导致中核集团在全球供应链中的地位受损。如果制裁影响到中核集团与特定供应商的贸易，可能导致该供应商无法向集团提供必需的原材料或零部件。这将直接威胁到集团的生产能力，影响产品的交付能力。此外，由于供应链的中断，企业可能不得不寻找替代供应商，这可能涉及重新评估、重新谈判和重新建立新的合作关系，进一步延长了交货时间，对企业的生产和交付能力构成了严重的威胁。此种制裁影响到了我国核电企业与特定供应商的贸易，导致供应商无法向集团提供必需的原材料和零部件，进而影响了供应链的稳定性和运作效率。尽管目前我国第四代核电技术研发应用已经领先于世界，但我国一些核电设备与技术仍然未完全实现自主化，尚缺乏稳定性，最新的技术也在进一步发展。

（二）限制我国民用核工业自主发展效率

在核能利用领域，美国核工业起步更早，具有更为先进的技术，我国曾通过引进美国先进的技术，在一定程度上提升了我国的核工业发展效率。例如 2007 年 7 月国家核电技术有限公司作为技术受让方与美国西屋公司、美国石伟国际公司、美国斯必克公司、美国科蒂斯

---

17 吕银玲：“专家谈美国核电出口禁令”，载《中国能源报》，2018 年 11 月 5 日刊。

18 《出口管理条例》（EAR），2019 年 5 月 16 日 https://www.bis.doc.gov/index.php/regulations/export-administration-regulations-ear。

19 《出口管制条例》（EAR）第 744 条附件 7“军事最终用户”清单， 2020 年 12 月 21 日 https://www.bis.doc.gov/index.php/regulations/export-administration-regulations-ear。

怀特公司等六家国外转让方签订了一揽子的 5 项技术转让合同，由此全面引进 AP1000 技术。到 2017 年美国西屋公司已完成对我国的 AP1000 技术转让，这极大促进了我国 CAP1400 的研究与发展，也提升了我国核工业技术研发的效率。现有制裁将导致我国与美国的技术合作严重受阻，迫使我国转向自主研发或与其他国家合作，或将影响我国核工业的发展进程。同时，中国核电企业的核电的合作伙伴可能担心经济制裁问题而限制技术转让和共享，从而影响企业的技术创新能力。同时，美国打击中国“军民融合”以及其他涉军企业，主要体现在将相关中国涉军企业列入 CMIC 清单[20]。对于 CMIC 清单上的企业，根据第 14032 行政令的规定，其限制效果除了禁止美国人投资其在美国境内上市的证券之外，对于其美国境外的证券交易同样有限制效果。美国人对 CMIC 清单实体证券，包括其在美国境外发行的存托凭证、指数基金等证券衍生品的交易，均受到投资限制。因此，被列入 CMIC 清单将在一定程度上影响中核集团吸纳海外投资。缺少海外投资的基金支持，也大大影响核工业自主发展效率。并且，从自主发展所需要的生产物料上看，制裁也会对于生产物料上带来不利影响。无论是从物项角度还是从军事最终用户或军事最终用途角度，只要有一项符合涉军企业的认定要素，就会对中国相关军工企业获取生产物料和设备造成很大影响，其获取生产资料的能力将受到阻碍，需要进一步考虑申请许可等应对策略。从物项角度，如果企业买卖的物项符合相关法律限制的范围，将会触发申请相应出口许可的要求

从军事最终用户或军事最终用途的角度，如果物项的提供主体或用途符合 EAR744.21 中关于军事最终用户和军事最终用途的定义，也会触发申请相应出口许可的要求。对于被列入“军事最终用户”清单的企业，向该企业出口列入 EAR 第 744 条附件 2 的物项可能存在导致该物项被用于或被转用于军事用途的不可接受的风险，因此，出口商必须就该出口行为申请出口许可证。而就该等许可证的申请，默认是推定拒绝给予许可。最后，通过对于人才交流的限制，也会对于自主发展的效率起到滞后作用，美国通过游说其盟友，特别是欧盟和日本，意图拉拢西方国家通过从贸易和投资两个维度合力对我国进行技术封锁，严控技术外流中国。美西方国家之间在出口管制方面，一直有个由美国主导但很松散的瓦森纳安排机制，瓦森纳机制是一种建立在自愿基础上的集团性出口管制机制。美国有意在 ECRA 中进一步加强现有多边机制的作用，使得美国的出口管制措施国际化，从而达到其在科技领域孤立中国，遏制我国科技发展的目的。美国近期在出口管制方面的规则制定，显现出其有意加强限制高科技行业对中国的人才输送，进而影响美国人员对相关中国企业的技术支持和交流活动。以 107 芯片新规为典型，该新规限制“美国人”未经许可对中国境内的半导体制造工厂开展芯片“开发”或“生产”提供“支持”的能力，通过“主体边界+物项边界+行为边界”的模式

[20]Aaron Wolfson, Meg Utterback, 王峰，戴梦皓，Richard Mazzochi, Minny Siu, Leonie Tear, 金杜律师事务所：“关于美国对华涉军制裁改革的全面解读”，2021 年 6 月，https://www.chinalawinsight.com/2021/06/articles/dispute-resolution。

进行管控，此举颠覆了传统的管制逻辑，从人才和技术交流的角度加强了管制的全方位升级。具体而言，107 芯片新规修订了 EAR 第 744.6 节对“美国人”特定行为的限制(Additional prohibitions on“U.S.persons”informed by BIS)，以告知“美国人”:对符合中国某些特定标准的集成电路的"开发"或"生产"提供的"支持"涉及 EAR 第 744.6(b)节规定的限制，需要获得 BIS 颁发的许可证。该限制措施已于 2022 年 10 月 12 日生效。增加对“美国人”特定行为的限制主要是基于《2018 年出口管制改革法案》(ECRA)提出的管控要求。作为美西方国家规则制定的一种新思路，107 芯片新规添加的“美国人”特殊限制的影响不容小觑。在逆全球化和中外关系“脱钩”的时代潮流下，这样的人员管控规则制定思路可能会被进一步运用至美西方其他国家或者针对特定行业的出口管制或经济制裁方案中，中核集团应当对此保持警惕

（三）阻碍我国“核电走出去”战略以及核电双边合作的实施

核电作为我国高端装备中具备国际竞争优势的领域，已成为中国制造业出口的代表之一。“核电走出去”作为国家战略的重要组成部分，推动中国核电企业积极参与国际市场竞争，延长我国核工业的全球产业链并提升国际竞争力，对我国核工业发展乃至国家发展都具有重要意义。在美国的制裁压力下，作为五眼联盟成员的英国加强了对中广核集团投资的欣克利角 C 核电站项目的安全审查，这导致项目竣工时间被恶意延长，项目成本显著上升。最终，我国被迫宣布撤资该项目并全面退出相关项目。这一实例无疑表明，美国的制裁对我国“核电走出去”战略产生了不利影响。

我国正在积极参与国际多边合作，在国际核能计划中贡献中国力量。目前，我国与俄罗斯、法国、巴基斯坦等国家正在持续推进核能核电的战略合作，全方位深化核能双边合作机制。然而，[21]拜登政府相继出台了《无尽前沿法案》、《2021 年战略竞争法案》、《2021 创新与竞争法案》等。《2021 创新与竞争法案》大肆渲染中国核武扩充论、威胁论，并认为中国的核技术发展给世界战略带来巨大威胁。《无尽前沿法案》将先进核能发电技术纳入初始关键技术重点领域，全面限制核领域合作，要求总统不得与中国政府、国有企业或依照中国法律设立的实体开展核合作活动，不得以任何方式参与、协作或协调双边核合作活动，或者以其他方式参与核合作。美国的种种举措表明其意图构建科技领域的对华防火墙和科技联盟，旨在维护美国主导下的国际制度体系，以所谓的“去中国化”的方式，阻碍中国在国际产业中的合作，重构全球价值体系。长期以来，美西方对中国国企进行严厉抨击，其中一个重要论点是指责中国国有企业领导层由政府任命，与政府官员可交叉任职，并据此来否认中国的市场经济地位。鉴于国有企业的特殊身份，中核集团在对外投资、贸易的过程中面临特殊的风险。

在出口管制领域，美国对我国国有企业执法具有一定的针对性。根据此前美国出口管制

[21] 王文：“全球科技竞争进入高科技冷战时代“，载《中国科学院院刊》2024 年第 39 期,第 112-120 页，https://www.zhangqiaokeyan.com/academic-journal-cn_bulletin-chinese-academy-sciences_thesis/0201215423405 1.html。

领域涉及中国企业的执法活动，通过分析可以看出，美国对中国企业的执法活动具有一定选择性，其执法对象通常为规模较大的中国企业(包括国有企业)。因此，中核集团在“走出去”的过程中，更加应该注意合规经营的重要性，以防自身因美国出口管制违规行为而遭受巨额罚款或被美国列入出口管制黑名单，进而对自身的稳定、持续运营产生不良影响。

在经济制裁领域，美国的经济制裁，尤其是其中的投资禁止，成为了中国国有企业进行海外投资的重要障碍因素之一。以我国石油公司的海外油气投资为例，沙特阿拉伯、北美、欧洲等地区是美国或者欧洲的传统石油开采领域，但是目前我国还很难进入。现在伊朗、苏丹、叙利亚等国家是中国的海外油气投资国，而这些国家恰好是美国经济制裁的重点目标。就伊朗而言，中伊之间经济上的互补性使双方建立能源战略合作关系成为必然。但是，美国制裁伊朗成为影响中伊能源战略合作的重要外部因素。2012 年中国就因美国制裁的影响而将从伊朗进口石油减少 18%。此外，中伊石油合作项目也受到影响。2009 年 7 月，中石油曾与伊朗国家石油公司签署协议，接管法国道达尔公司在南帕尔斯气田的权益合同价值约 47 亿美元。由于受制裁影响,中石油最终于 2012 年 9 月撤出南帕尔斯海上气田项目，伊方同意为中石油提供置换区块。

经济制裁对我国国有企业的影响还体现在对我国国有大型银行的影响。美国经济制裁立法的域外管辖效力以及不断扩充的各类制裁名单对我国商业在合规运营方面提出了更高的管理要求，其中包括更严格的客户辨别标准、审慎业务履行、业务禁止、情报收集和报告等，这间接影响到了与银行交易的客户,对其合规提出了更高的要求。2018 年以来美国不断加大对朝鲜和伊朗的制裁。考虑到中朝贸易投资与中伊贸易投资关系到中方的重大地缘利益，中伊贸易与投资还是“一带一路”沿线的重点之一，中方大概率不会完全停止与朝鲜、伊朗的经贸活动，这就需要部分金融机构作为资金交易的媒介。因此，在国际地缘局势存在较大不确定性的背景下，美国对中方部分金融机构采取罚款、冻结资产与限制交易等金融制裁的可能性不容低估。其中，罚款与冻结资产的制裁程度相对较轻，但是若美方利用 SWIFT 与 CHIPS 切断清算支付通道将给被制裁机构带来重大损失，可能会使得其涉外业务陷入全面瘫痪。

四、我国核工业的可行应对策略

面对美国的制裁压力，我国应当利用法律武器维护权益，强化政策法规宣介和完善国内法律，提升企业合规意识；构建国际制裁应急机制，保护核电企业合法利益；提升自主创新能力，加强技术自主化和人才队伍培养，打破技术封锁与规避法律风险同步进行，确保核工业健康稳定发展。

（一）强化对国内政策法规的掌握以及对国外形势的研判

自 2018 年《美国对中国民用核合作政策框架》出台以来，美国政府实施了一系列措施，旨在限制向中国转让与核相关的技术、软件和设备。这些限制主要源于美国政府对两方面的担忧：一是中国对美国知识产权的待遇，二是中国可能将民用核技术转用于军事目的。因此，

我国不仅应全面把握美国核出口管制政策的趋势，还应更加重视我国国内相关法律法规的完善与宣传，并以此对抗美国的制裁压力。

首先，积极了解我国现行的法律法规及其未来发展趋势，清晰认识相关政策走向，提前寻找需从美国进口的核心零部件的替代方案。依照即将作为我国核能基本法正式出台并实施的《中华人民共和国原子能法》（征求意见稿）的内容，国家依法对核出口、核两用品及相关技术出口实行清单控制和许可制度；核进口单位应当严格执行国家关于核进口的法律法规和政策，履行核进口承诺义务。目前我国现行有关核进出口的法律法规主要包括国务院 1997 年发布并实施，2006 年修订的《核出口管制条例》，1998 年发布并实施，2007 年修订的《核两用品及相关技术出口管制条例》及其配套的《核两用品及相关技术出口管制清单》（现行《清单》是 2017 年末修订，2018 年起实施的），与 2002 年初由当时国防科工委会同外交部、外经贸部联合发布并实施的《核进出口及对外核合作保障监督管理规定》等。根据《核出口管制条例》，国家对核出口实行严格管制，严格履行所承担的不扩散核武器的国际义务。核出口由国务院指定的单位专营，任何其他单位或者个人不得经营。核出口应当遵守国家有关法律、行政法规的规定，不得损害国家安全或者社会公共利益。按照《核进出口及对外核合作保障监督管理规定》，凡涉及核保障监督的核进出口及其他对外核合作都必须报请原国防科学技术工业委员会，现国家国防科技工业局审查。依据《中华人民共和国核两用品及相关技术出口管制条例》，国家对核两用品及相关技术出口（指《核两用品及相关技术出口管制清单》所列设备、材料、软件和相关技术的贸易性出口及对外赠送、展览、科技合作、援助、服务和以其他方式进行的转移）实行严格管制；从事核两用品及相关技术出口的经营者，须经商务部登记，未经登记，任何单位和个人不得经营核两用品及相关技术出口；国家对核两用品及相关技术出口实行许可证管理制度。我国核电企业在“引进来”和“走出去”的活动中必须严守以上述法规为主体的法规、规章，使之在国内外层面都合法合规。

其次，鼓励、支持和引导我国核电企业积极应对美国制裁措施，灵活制定应对策略。一方面，持续跟踪发达国家核技术出口管制政策的变化，以准确评估国外对华出口管制政策对我国核技术领域发展所产生的影响。另一方面，运用发达国家对我国出口管制技术的指标，作为研发工作的定量评价标准之一。拜登政府重回巴黎协定，高度重视核能在美国实现碳中和目标中的作用，大力发展小堆、微堆等先进核能技术，种种举措都表明拜登政府重视核能发展。虽然中美核能领域合作困难重重，但美国政府并未完全禁止中美核能民用合作。中广核虽被列入实体清单，但美国并未对其陆丰 AP1000 项目的主设备采取严格的限制措施，这表明美国愿意在扩大 AP1000 的中国国内市场份额方面同中国进行合作。而中国追求的则是在国际市场上同美国进行合作，两国在核能合作的方向上存在着极大的差异性，中美核能利用领域的合作空间依然受限。此外，为了避免侵犯他国在国家能源安全的相关法律法规，我国核工业在核电技术“引进来”与“走出去”过程中，应当了解其引进技术的国家和“走出去”国家的相关法律制度、民用核电进出口政策。

（二）构建应对不当制裁的反制规则体系

在面对美国对我国核工业实施的不正当制裁时，我国应坚守并维护“全球最大核电建造商”的地位，积极采取法律救济措施，同时准备一套有效的反制规则体系，以防止美国的不正当制裁对我国核工业造成更为严重的冲击。

首先，注重收集证据。在面对不正当制裁时，我国应注重积累相关证据，用以证明美国的指控与事实不符，澄清美国给我国核工业冠上的“恶名”，以法律手段避免我国核工业遭到持续侵害。

其次，积极运用国内法进行救济。目前为反制外国法不当域外适用和不当制裁，我国商务部于 2021 年 1 月 9 日制订并实施《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下称“《阻断办法》”）。《阻断办法》适用于外国措施或法律的域外适用违反国际关系基本准则或国际法，不正当地限制或禁止中国实体与第三国或地区及其实体之间的正常经贸活动的情形。如遇到这种情形，中国实体应向国务院商务主管部门报告。一旦商务主管部门组成的工作机制认定改情形属于不正当域外适用，国务院商务主管部门可发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国措施或法律的禁令。除非经申请获得豁免，中国实体均应当遵守禁令，否则将面临警告、限期改正、罚款等处罚。[22]十三届全国人民代表大会常务会议通过了《中华人民共和国反外国制裁法》（以下称“《反外国制裁法》”），该法规定中国反外国制裁的主要手段是对反制裁清单中的实体以及与其具有特定关系的实体实施反制措施。该法为我国应对外国制裁提供了有力的法律保障，为我国此前所采取的反制措施和商务部颁布的《不可靠实体清单规定》提供了更明确的法律依据，是我国从立法层面应对美国单边制裁的有力回击与必然选择，也是我国企业在应对美国制裁时坚实的法律保障。面对制裁，商务部、国资委等机构应当按照《反外国制裁法》等法律的规定，引导企业通过诉讼或者选用中国具有反制效力的法律法规的方式维护自身权益，最大程度降低我国核电企业被执法的风险。

再次，积极利用当地法律程序维护自身合法利益。2021 年 1 月 14 日，美国政府依据《国防授权法案》（下称“NDAA”）将小米等 9 家中国企业列入“涉军企业清单”禁止美国投资者对其进行投资。在被列入“1237 清单”当天，小米便发布公告称，公司并非为中国军方拥有、控制或关联方，亦非美国 NDAA 法律定义的中国军方公司。小米作为一家国际性上市公司，股东中有不少的机构投资者。如果对美国政府的做法听之任之，将给公司带来很大的负面影响。随即，小米于 2021 年 1 月 29 日起诉了美国国防部和美国财政部，表示在 1 月 14 日前，没有收到任何美方有关的材料，也没有机会和相关机构进行接触。美国政府没有经过任何法律程序就对小米进行了判定，实施了措施，存在程序不公与事实认定的错误。5 月 26 日，美国哥伦比亚特区地方法院正式撤销了美国投资者购买或持有小米证券公司的全部限制。[23]小米面对美国的不当指控，不仅会限制小米企业自身的国际化投资经营，而且会

[22] 中华人民共和国商务部令 2021 年第 1 号。
[23] 秦朔：中国企业与美国政府交锋：小米赢了!，载《国企》，2021 年 7 月 15 日。

损害小米企业的国际声誉。小米积极运用当地的法律手段排除美国的不当限制，为我国民用核工业提供了新的救济思路。

（三）提升我国民用核工业自主创新能力和风险应对能力

提高自主创新能力是统领我国未来科技发展的战略主线。对受制于人的关键高端材料、核心装备制造和关键工艺等尚未实现完全自主化的核心技术，必须加强自主创新、集中攻关瓶颈问题，实现核心技术自主可控才是核电长远发展根本。应对美国贸易制裁，保障我国核工业平稳可持续发展，必须坚持自主创新，从根本上摆脱西方大国对我国核电产业发展与核电“走出去”的控制，提升我国核工业自身实力。

首先，在技术创新方面，美国贸易制裁通过限制技术引入在一定程度上降低了我国核工业的发展效率。面对这一困境，我国应当提升核心科技自主化水平，填补尚未完全自主化的技术空缺，突破技术限制，尽快实现知识产权完全自主化，加强技术以减轻甚至消除美国制裁对我国核工业的影响。面对美国更大强度的核心技术封锁，我国核工业要全面摸清核心技术对美的依赖情况，客观梳理“卡脖子”技术清单，加强关键核心技术攻关，适应在与美国战略对抗中求发展，加强基础科学研究，掌握具有自主知识产权的核心技术，突破关键软件核心数据瓶颈，维护完整的核工业产业链。要重视对我国核工业关键技术资金投入的政策支持，鼓励企业与科研院所大联合，推动校企联合科研体建立，制定“一揽子”攻关计划，分层次、分步骤实现科研创新自主可控发展，按照战略性储备、局部替代、“反卡”与“对卡”、部分领先、全面领跑五个阶段进行全时段布局。重点瞄准核工业关键领域“卡脖子”环节，加快构建核工业科技创新体系。

其次，应当引导我国核电企业建立健全有效的管理体制和组织架构，凭此基础有效地规避风险。核电企业是我国核工业在对外合作过程中的主体，美国政府也在不断地以调整限制措施的形式打击我国的涉核企业。因此，要引导我国核电企业建立健全对外合作风险防控机制，以风险识别、事中应对、事后补救为核心，形成全流程的风险防控机制。由于国际关系的复杂性日益增加，核电企业的出口业务也面临着出口管制和经济制裁风险。这类风险的产生本质上是因为核电技术涉及到高度敏感的核能领域，企业在进行国际出口时要考虑国际和国内的出口管制法律。许多国家对核技术的出口实施严格的许可制度，以防止技术的滥用和拓展。企业需要确保自己遵循适用的出口管制法律必须获得必要的出口许可，并在交易中充分披露技术细节。企业要密切关注国际形势，避免受到不当的风险连带。谨慎开展与敏感国家或实体之间的业务往来，特别是与受美国制裁的国家或实体开展业务前，应全面进行出口管制及制裁的风险评估，并制定相应的风险防控措施。加强与相关进口商、相关合作方、最终用户的产品溯源沟通，收集供应链各环节的采购、生产、销售、运输文件，核实拟进口/采购/使用的物项（产品、技术和软件）的 ECCN 编码、许可证情况、直接客户、中间商、最终用途/用户的要求，保留相关核查底稿，做好应对美国调查的准备。[24]

[24] 国浩律师事务所：美国扩大对中国核相关出口管制的影响及法律建议，2023 年 10 月 19 日

此外，核电企业在“走出去”过程中还会面临金融风险、声誉风险等，这些风险可能对企业的财务状况、声誉和可持续性产生重要影响。因此，要引导我国核电企业需要充分了解相关法律法规，进行充分的风险评估，并采取适当的合规措施降低这些风险，确保业务的顺利进行。我国中核集团坚持问题导向、需求导向、目标导向、效果导向，务实开展法律、合规、风险、内控、制度“五合一”大法治体系建设，将风险的宏观分析、法律的问题揭示、合规的规范把控、内控的流程规制、制度的规则引导等特点充分体现、协同促进，取得积极成效。中核集团已经先后组织编制了对外合作十二个国家（地区）风险防控指引、某制裁清单风险防范手册、科研人员出国指南等。[25]以上核电企业为应对美国制裁采取的系列举措为我国核电企业应对涉外经营风险提供了很好的范式，为我国民用核工业国际化经营提供了有力保障。

再次，法律人才作为核电企业应对复杂法律风险的关键力量，在核电企业“引进来”与“走出去”中将为核电企业风险防范提供有力技术支持，美国在《美国核能领导能力创新应对全球战略调整》报告中指出，将着重培养多元民用核电人才，创新人才的多元培养机制，为核工业的发展储备多元人才。[26]我国也应加大对涉核领域人才的培养，注重培养通晓国际投资、金融、贸易等专业知识、熟悉国际局势与国际市场的涉外法律人才队伍，为我国核电“走出去”提供强大的人才支持。

五、结语

美国自 2018 年中美贸易冲突开始后，屡次针对我国民用核工业实施单边制裁措施，以限制核材料与技术进口等方式，意图限制我国核工业与其他国家的双边合作战略，严重限制了我国核工业的自主发展效率，阻滞我国核电“走出去”战略的实施。因此，为了减轻上述负面影响，使我国核电产业与核电“走出去”都能够平稳迅速向前发展，我国核电产业必须采取具有可行性的措施予以应对。首先，面对美国持续不断的制裁措施，我国核工业以及相关的核电产业应当增加对于国内法律法规及政策的了解与运用，提升对于国外有关核技术进出口政策和趋势的研判，避免陷入“法律陷阱”。其次，应当构建面对不当制裁的反制规则体系，注重以法律手段维护自身权益，避免我国核工业遭到持续侵害。积极运用当地的法律规则及程序，对美国的不当侵害进行控告或起诉，维护我国“全球最大核电制造商”的地位和国际名誉。最后，核电产业必须认识到美国这一系列举措的负面影响的根本在于我国核电产业自主研发、自主创新水平依然不够。为了从根本上解决“卡脖子”问题，应提升我国民用核工业的自主创新能力，以加大资金和技术支持的方式，鼓励企业积极克服关键技术困境，只有这样才能从根本上解决问题，减少美国技术封锁带来的不利影响。引导核电企业制定严

---

https://www.grandall.com.cn/gbflyj/info.aspx?itemid=28720。

[25] 国家能源局：中核集团：打造法治中核，为核工业高质量发展提供坚实法治保障，2022 年 12 月 23 日 https://henb.nea.gov.cn/dtyw/hyxx/202309/t20230912_50615.html。

[26] 外经研究：美国《重塑美国核能竞争优势》报告对我国核电走出去战略影响及建议，2020 年 7 月 1 日 https://www.investgo.cn/article/yw/tzyj/202007/494238.html。

密的核进出口领域合作风险识别和应对机制，以做到从事前识别、事中应对、事后补救这一系列措施，减少我国核电产业在国际合作中的风险。加大对于专门涉外人才的培养，为核工业的发展储备多元法律人才，为我国核工业“走出去”提供专业的后援力量。

《阻断办法》豁免机制适用问题研究

刘子聪

东南大学法学院

摘要：《阻断办法》豁免机制是阻断外国法律与措施不当域外适用的例外情形，在衡平利益冲突、预防制裁扩散、保护商业自由等方面发挥着重要作用。然而，概括性条款下的豁免机制缺乏可操作性，申请条件不明、适用标准不清、监督程序缺位等问题制约着豁免机制规范功能的发挥。基于此，应当有针对性地纾困解难。一是明确豁免机制的申请条件，确保申请人能够规范准确地提交豁免申请；二是细化豁免机制的适用标准，以比例原则为指引审慎把握豁免尺度；三是强化对豁免申请结果的监督检查，及时纠正豁免许可过程中的违法行为。

关键词：《阻断办法》；豁免机制；次级制裁；欧盟《阻断条例》

随着美国对华战略由“遏制+接触”向“遏制+竞争”转变，伊朗、俄罗斯、叙利亚等“一带一路”重要沿线国家和地区相继被列入制裁名单，严重影响我国国家安全与对外经贸交往。对此，国务院商务部于 2021 年出台《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《阻断办法》）。根据该办法，经中央国家机关有关部门参加的工作机制评估，确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的，可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守的禁令，这是国务院商务主管部门针对外国法律与措施不当域外适用所采取的反制措施。遵守禁令是阻断法实施过程中本国实体，即中国公民、法人或者其他组织应当承担的核心义务，也是阻断外国法律与措施不当域外适用的重要机制。然而，禁令的发布容易使本国实体陷入“两难困境”，[①]选择遵守禁令的本国实体将面临次级制裁与巨额经济损失，反之则会受到国务院商务主管部门的处罚。尤其对对外市场依存度较高企业而言，遵守禁令使之被迫放弃制裁发起国市场，甚至面临破产风险，如拉脱维亚 ABLV 银行被美国财政部下属的金融犯罪执法网络（FinCEN）指控涉嫌违反美国对朝鲜的制裁并从事洗钱犯罪后自愿破产清算。[②]除此之外，禁令的发布往往还伴随着经济制裁的扩散性风险。如法国石油巨头道达尔公司与伊朗国家石油公司签署一项投资额高达 20 亿美元的天然气开发合同，美国认为该行为已违反《达马托—肯尼迪法》，若道达尔公司继续遵执欧盟设置的阻断清单，与之进行交易的其他国家实体将面临来自美国的制裁。[③]面对“两难困境”与制

[①] See Malloy, Michael P, United States economic sanctions: theory and practice (Kluwer Law International Press, 2001), p. 290.

[②] “ECB determined ABLV Bank was failing or likely to fail”.European Central Bank.https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ssm.pr180224.en (last visited 16 May 2024).

[③] “Iran: Total has officially withdrawn from South Pars”.Iranian Labour News Agency.

裁扩散性风险，《阻断办法》豁免机制通过授权符合条件的特定主体不遵守禁令，以此来平衡国家安全与产业经济利益之间的冲突，其在保障阻断目标实现的前提下为本国实体维护自身合法权益提供了一条可行路径，现已成为各国阻断立法中不可或缺的重要组成部分。

党的二十大报告提出要“以新安全格局保障新发展格局”，表明国家对安全与发展二元价值目标的追求，这要求《阻断办法》的实施既要维护国家安全，也要兼顾经济发展与对外开放的基本国策。豁免机制是实现这一价值目标的重要工具，但现行规定过于简单，可操作性的缺失致使豁免机制的象征意义远大于实际价值。有鉴于此，本文从豁免机制的功能定位出发，分析豁免机制的适用障碍，立足既有规定并结合域外有益经验，以期进一步完善阻断法豁免机制，为涉外法治建设提供智力支撑。

一、《阻断办法》豁免机制的功能定位

单从国际公法角度看，《阻断办法》是针对外国法律与措施不当域外适用的反制措施，其在实施过程中不可避免地会产生利益冲突与负面影响。而豁免机制是衡平利益冲突的产物，不仅能够消减阻断法实施的负面影响，还有助于阻断法多重价值目标的实现。

（一）衡平阻断法实施过程中的利益冲突

《阻断办法》的适用可能引起国家安全利益与产业经济利益的冲突，豁免机制是衡平二元价值目标的关键节点。面对外国法律与措施的不当域外适用，《阻断办法》主要通过发布禁令的方式[①]，禁止本国实体遵守他国依据其国内法发出的指令，并拒绝承认和执行该国为实施相关指令而作出的判决。但实践中，本国实体或因遵守禁令而被迫放弃交易机会、他国市场或者面临他国单边经济制裁，而这正是美西方国家“对华脱钩”政策的意图所在。[②]特别对一些外贸依存度较高的企业而言，禁令的发布不仅未能起到保护作用，反而增加企业合规经营的风险。1997 年，美国沃尔玛在加拿大的子公司为遵从美国对古巴的禁运制裁悄然下架数千件古巴生产的睡衣，此举在当时引起轩然大波，加拿大官员认为该行为变相承认了美国法的域外适用。[③]作为回应，加拿大议会根据《外国域外措施法》要求加拿大沃尔玛公司继续销售古巴生产的睡衣，否则将对其处以 120 万美元的罚款，而违反美国禁运制裁的成本是 100 万美元。经过对比与评估确认，加拿大沃尔玛公司最终选择遵守《外国域外措施法》，继续销售古巴生产的睡衣。[④]可见，阻断法的实施过程本质上是一个制造法律冲突的过程，其通过国家间的法律博弈影响企业商业决策，继而改变本国实体在面对他国制裁时的被动局面。但这种法律冲突容易使本国私主体陷入“两难困境”，即服从他国制裁措施将违反阻断

---

https://www.ilna.ir/Section-economy-4/658970-iran-total-has-officially-withdrawn-from-south-pars(last visited 16 May 2024).

[①] 除禁令外，本国实体还可以通过“回拨条款（claw back clause）”索求损害补偿。

[②] 参见叶研、张晓君：《从欧盟实践看中国阻断法体系的法律适用》，载《法律适用》2021 年第 10 期，第 152 页。

[③] “Wal-Mart May Face Sanctions Over Cuban PJs”, Los Angeles Times, https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1997-03-15-fi-38390-story.html (last visited 18 May 2024).

[④] See Clark, Harry L, “Dealing with US extraterritorial sanctions and foreign countermeasures”, (1999) U. pa. J. int'l econ. L. 20, p. 92.

法，而遵守阻断法将面临他国制裁。豁免机制通过授权符合条件的特定主体不遵守禁令，可以减少法律冲突给本国私主体造成的困扰，故其被视作衡平国家安全利益与产业经济利益的最佳方案。

（二）消减阻断法实施过程中的负面影响

作为阻断外国法律与措施不当域外适用的主要手段，《阻断办法》在维护国家安全与正常经贸秩序的同时，所导致的非故意后果可能给国家经济发展带来负面影响。一方面，本国实体严格遵守国务院商务主管部门发布的禁令可能引起域外制裁的扩散，致使更多与之进行交易的实体被列入制裁清单。早在 20 世纪中期，美国便成立美国商务部产业与安全局（Bureau of Industry and Security，BIS）与美国财政部海外资产控制办公室（The Office of Foreign Assets Control，OFAC），通过将相关实体列入“实体清单”（Entity List）与“特别指定国民清单”（Specially Designated Nationals List，SDN 清单），管理和执行针对国家、团体及个人的经济制裁计划。近年来，美国依恃其在全球经济、国际金融、尖端科技领域的领先地位强势推行单边主义，将制裁对象从目标国主体逐步拓展至第三国主体，甚至更进一步地禁止其他国家与次级制裁下的被制裁主体进行贸易。[①]2023 年 3 月，OFAC 以协助受制裁的伊朗石油企业使用国际金融系统和销售石化产品为由，将 39 个实体列入“SDN 名单”，其中包括 18 家中国（含香港特别行政区）企业。[②]若国务院商务主管部门为此发布禁令，禁止本国实体遵守 OFAC 作出的制裁指令，本国实体或因遵守禁令而面临域外制裁，与之进行交易的其他实体同样面临制裁风险，如此一来将影响我国内外经济的循环发展。而豁免机制为本国实体摆脱制裁提供了规范指引，符合条件的本国实体可据此豁免遵守禁令，亦可据此防范美国域外制裁的扩散。

另一方面，《阻断办法》的实施可能影响本国实体的商业自由，固化交易关系。禁令的强制性规范属性使之可以不经冲突规范的指引直接适用，一经发布本国实体必须遵守，否则将面临国务院商务主管部门的处罚，此时本国实体的商业自由无疑是受限的。以“伊朗梅利银行诉德国电信案”为例，德国电信在 OFAC 将伊朗梅利银行列入“SDN 清单”后，为避免被列为制裁对象，决定终止此前与伊朗梅利银行德国分行签订的服务合同。[③]尽管欧洲法院佐审官认为德国电信终止合同的行为违反了欧盟《针对第三方国家制定的具备域外适用效力的法律,以及基于、源自此种法律行为的保护性条例》（以下简称欧盟《阻断条例》）第 5 条第 1 款的规定[④]，但其同时也指出禁令的发布将导致德国电信等欧洲企业被迫维持与他国

[①] 参见杜涛：《欧盟对待域外经济制裁的政策转变及其背景分析》，载《德国研究》2012 年第 3 期，第 19 页。

[②] “Iran-related Designations; Non-Proliferation Designations”, Office of Foreign Assets Control, https://ofac.treasury.gov/recent-actions/20230309 (last visited 18 May 2024).

[③] Case C-124/20 Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH, EU:C:2021:1035, para.19.

[④] 欧盟《阻断条例》第 5 条第 1 款规定，任何人不得直接或通过附属机构或其他中间人，主动或故意不作为地遵守任何要求或禁令，包括外国法院的要求或禁令，这些要求或禁令直接或间接地以附件中规定的法律为依据，或以这些法律为依据或由此产生的行动为结果。

被制裁主体之间的交易关系，这实质上是对本国实体商业自由的深度干涉。[①]而豁免机制始终关照着本国实体的合法权益与商业自由，本国实体可以追索求偿权为代价向国务院商务主管部门申请遵守被阻断的外国法律与措施，避免被列入制裁清单，并据此享有商业自由。

（三）提升阻断法实施的灵活性与准确性

相较于制裁发起国对违法主体的处罚，《阻断办法》的处罚标准设定较低且处罚后果的可预测性较弱。《阻断办法》第 13 条规定本国实体未按照规定如实报告有关情况或者不遵守禁令的，国务院商务主管部门可以给予警告，责令限期改正，并可以根据情节轻重处以罚款。而美国《国际紧急经济权力法》（International Emer- gency Economic Powers Act，IEEPA）规定了最高 25 万美元或交易金额两倍的民事罚款，若违法行为构成犯罪，违法主体将面临最高 20 年的监禁。[②]“两害相权取其轻”，作为理性经济人的本国实体在权衡利弊后更容易作出遵守外国法律的决定，此时阻断效果已无法实现，若国务院商务主管部门继续采取处罚措施只会进一步扩大本国实体的经济损失（丁汉韬，2022）。况且，《阻断办法》实施的根本目的并不在于惩戒未履行如实报告义务或不遵守禁令的本国实体，而是为了向国际社会表明我国在面对单边制裁时的政治立场，以迫使制裁发起国改变对外政策或放弃本国法的域外适用。豁免机制在保障阻断目标实现的前提下，可以帮助符合条件的本国实体规避处罚，提升阻断法实施的灵活性。

诚然，豁免机制的适用一定程度上降低了阻断法的威慑力，但这是维护本国实体合法权益所不可避免的，国务院商务主管部门可以通过豁免标准的设定维持阻断法的实施强度，亦可通过有针对性地特别授权提升阻断法实施的准确性。目前，《阻断办法》的豁免机制并未采取“一刀切”的做法，而是要求国务院商务主管部门合理确定豁免范围，通过有针对性地特别授权将不影响阻断目的实现的对象移出，使阻断法能够精准阻断存在不当域外适用情形的外国法律与措施。

二、《阻断办法》豁免机制的适用障碍

尽管《阻断办法》第 8 条已对豁免机制进行规定，但抽象规定仍给豁免机制的适用造成阻碍，如申请条件不明、适用标准不清、监督程序缺位等，上述问题同时还制约着豁免机制规范功能的发挥。

（一）豁免机制的申请条件不明

《阻断办法》允许本国实体申请豁免遵守禁令，但对申请豁免的主体、时间、内容等未作明确规定，使得本国实体无法及时准确地提出豁免申请。关于申请主体，《阻断办法》第 8 条将申请豁免的主体限定为本国实体，即中国公民、法人或者其他组织，至于外国公司的分支机构是否包括在内，以及上述主体能否联合提交豁免申请却未作进一步的规定。实践中，次级制裁的扩散效应致使大量本国实体被列为制裁对象，如果只能单独提交豁免申请，势必

[①] “Opinion of Advocate General Hogan of the Court of Justice of the European Union”, InfoCuria Case-law, https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=241168&doclang=en (last visited 20 May 2024).
[②] 50 U.S. Code § 1705 - Penalties.

会增加国务院商务主管部门的工作量与审批难度。反之，联合申请可以提升审批质效，但需要进一步明确联合申请的条件。关于申请时间，《阻断办法》第 8 条第 1 款规定本国实体可以在国务院商务主管部门发布禁令后提交申请，但并未规定具体的截止时间。根据“法律不保护权利之上的睡眠者”的基本原理，国务院商务主管部门应当准确划定提交申请的时间范围，否则会影响《阻断办法》的实施效果。关于申请内容，《阻断办法》第 8 条第 2 款规定申请人应当向国务院商务主管部门提交书面申请，书面申请应当包括申请豁免的理由、申请豁免的范围等内容，然而抽象的申请内容容易造成豁免机制的滥用。对本国实体而言，除非国家间达成和解协议，否则其合法权益在阻断法实施过程中或多或少都会遭受减损。若豁免申请仅以豁免理由、豁免范围等内容为要件，一旦本国实体的合法权益遭受减损，其基于自身利益考量可能会频繁提出豁免申请，而无差别的受理无疑会增加国务院商务主管部门的审批负担。此外，《阻断办法》尚未指明豁免申请的效力，即本国实体向国务院商务主管部门提交豁免申请后能否中止执行禁令，这直接关系着豁免机制的实施效果。

（二）豁免机制的适用标准不清

豁免机制的适用标准是指国务院商务主管部门对豁免申请进行审批时所要考量的因素，直接决定着豁免申请结果。面对次级制裁，豁免机制的功能能否实现以及多大程度实现最终聚焦于适用标准。豁免标准设置过低可能会降低阻断法的威慑力，虚置和弱化我国向国际社会传递的政治信号；豁免标准设置过高则容易使本国实体深陷“两难困境”，加剧阻断法实施过程中的负面影响。学界对于豁免标准的设置同样存在较大分歧。一种观点认为，豁免机制作为例外制度不宜大范围的适用，否则有违反制裁立法的初衷，严格的适用标准可以防止国内实体因忌惮外部制裁而采取过度合规的做法。[①]另一种观点则认为，阻断法难以从法律层面阻断次级制裁的域外影响，严格实施进路会给本国实体与国务院商务主管部门带来普遍的“两难困境”，因而豁免标准不宜设置过高。[②]之所以出现这种分歧，是因为《阻断办法》未规定明确的豁免标准，实践中主要由国务院商务主管部门根据工作经验对豁免申请进行审批，客观标准的缺失致使豁免机制的适用存在较大不确定性。

（三）豁免机制的监督程序缺位

监督是保障行政权力在法治轨道上分配及运行，防止行政权力被滥用的重要手段。[③]针对豁免申请结果的监督主要分为两部分，一是申请人及利益相关者对豁免申请结果的监督，二是国务院商务主管部门对取得豁免许可主体的监督。在审批过程中，国务院商务主管部门如认为申请人提交的豁免申请不符合申请条件，或认为申请内容未达到豁免标准，应驳回豁免申请并及时通知申请人。但是，模糊的申请条件与豁免标准不禁让人怀疑主管部门驳回豁

[①] 参见漆彤：《欧盟<阻断法>的适用困境及其对我国的启示——以伊朗梅利银行诉德国电信案为例》，载《财经法学》2022 年第 1 期，第 191 页。

[②] 参见陈若鸿：《阻断法实施的严格进路——欧洲法院伊朗 Melli 银行案对中国的启示》，载《国际经济法学刊》2022 年第 2 期，第 108 页。

[③] 参见孙晋、蔡倩梦：《公平竞争审查制度的实施保障机制》，载《学习与实践》2023 年第 10 期，第 54 页。

免申请决定的正确性，尤其对申请人而言，能否取得豁免许可直接关系其切身利益。为保障审批结果的准确性与公正性，应准许申请人和利害关系人向国务院商务主管部门提出质询。倘若申请人的豁免申请获批，则意味着其可以在许可范围内不遵守或仅部分遵守禁令。但豁免许可的取得并非一劳永逸，国务院商务主管部门应当定期监督检查申请人的生产经营状况，防止申请人假借豁免许可之名规避处罚、过度遵守外国法律与措施或超出许可范围从事生产经营活动。遗憾的是，《阻断办法》并未针对豁免申请结果与豁免对象设定监督程序，这显然不利于豁免机制的长效实施。

三、《阻断办法》豁免机制的优化路径

《阻断办法》的抽象规定致使豁免机制无法落地落实，面对申请条件不明、适用标准不清、监督程序缺位等问题，应当立足国情实际并借鉴域外有益经验从以下几个方面进行优化。

（一）明确豁免机制的申请条件

完善豁免机制的当务之急是明确申请条件，以确保申请人能够及时准确地提交豁免申请。首先，根据权利与义务相统一原则，应准许外国公司的分支机构提交豁免申请。《中华人民共和国公司法》第 248 条规定，经批准设立的外国公司分支机构，在中华人民共和国境内从事业务活动，应当遵守中国的法律，不得损害中国的社会公共利益，其合法权益受中国法律保护。《阻断办法》作为中国第一部阻断立法，[①]尽管立法层级较低，但其直接关系着国家利益与社会公共利益，外国公司的分支机构在从事业务活动过程中应当严格遵守《阻断办法》及相关规定。而当事人的权利和义务应保持相对一致，尤其在涉外法律关系中，不对等的权利义务配置容易引起非必要的冲突与诉争，故而外国公司分支机构在遵守禁令的同时应享有申请豁免的权利。

其次，基于行政效率考量，应当准许本国实体联合提交豁免申请。行政效率原则要求行政法律制度以及管理行为以较小的经济耗费获取最大的社会效果。[②]倘若外国法律与措施存在不当域外适用情形，而本国实体选择遵守，申请并取得豁免许可是其免受处罚的唯一途径。国务院商务主管部门作为国家行政机关，在收到豁免申请后应当依法审查，并在规定时限内作出是否批准的决定。其中，批准豁免申请是典型的授益性行政行为，根据行政效率原则，应准许申请人联合提交豁免申请。但需要注意的是，行政效率的提升还应兼顾利益和公平，面对不特定的禁令适用对象，有必要进一步明确联合提交豁免申请的条件。对此，欧盟《官方指南》[③]规定豁免申请可以单独提交，也可以联合提交，前提是他们的利益足够一致。[④]所谓利益一致是指同一社会关系不同利益主体之间具有相同利益。亦即是说，受同一外国法律

[①] 参见廖诗评：《<阻断外国法律与措施不当域外适用办法>的属事适用范围》，载《国际法研究》2021 年第 2 期，第 44 页。

[②] 参见薛刚凌：《行政法基本原则研究》，载《行政法学研究》1999 年第 1 期，第 9 页。

[③] 欧盟《官方指南》是欧盟委员会对欧盟《阻断条例》实施问题所作的官方回答，在某种程度上类似于我国新法颁布后的“答记者问”。尽管不具备法律效力，但为欧盟《阻断条例》的实施提供方向指引。

[④] “Guidance Note Questions and Answers: adoption of update of the Blocking Statute”, Official Journal of the European Union, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0807(01) (last visited 28 May 2024).

或措施不当域外适用影响的本国实体可以联合提交豁免申请，但其所提交的申请必须能够让国务院商务主管部门逐案评估是否满足申请条件与豁免标准。

再次，根据请求时效理论，申请人应当在国务院商务主管部门作出处罚决定前提交豁免申请。请求时效理论源自民法中的诉讼时效制度，其要求权利人在规定时限内积极行使权利，否则权利的效力将遭受减损。[①]而《阻断办法》仅规定豁免申请的提交时间，未规定具体截止时间，导致豁免机制的适用充满不确定性。对此，国务院商务主管部门应当准确划定提交豁免申请的时间范围，促使申请人在规定时限内积极行使权利。目前主要存在两种可供选择的模式，一是设置固定期限，申请人须在规定时限内提交豁免申请；二是以某一可能会发生的事实为限，申请人应在该事实发生前提交豁免申请。相较而言，以某一可能会发生的事实为限设置申请豁免的截止时间更具合理性。申请人提交豁免申请的目的是免受国务院商务主管部门的处罚，若主管部门在固定期限届满前已作出处罚决定，此时不宜继续受理申请人的豁免申请，否则会造成行政执法资源的浪费并暗示外国制裁更具威慑力。若主管部门未作出处罚决定，申请人则没有提交豁免申请的必要。相较而言，以国务院商务主管部门作出处罚决定为限设置申请豁免的截止时间更具合理性，不仅能够防止豁免机制的固化，适应复杂多变的涉外法治需求，还能避免行政执法资源的浪费，敦促申请人及时提交豁免申请。

最后，明确豁免申请内容与申请人的证明责任。《阻断办法》规定申请人向国务院商务主管部门提交的书面申请应当包括申请豁免的理由、范围等内容，但上述规定过于抽象概括，为提升豁免机制的可操作性，有必要进一步细化申请内容。欧盟《官方指南》要求申请豁免的欧盟运营商解释他们需要遵守所列域外立法中的哪些条款，以及他们打算采取的后续行动是什么。同时还必须证明，不遵守所列域外立法为何会严重损害其利益或欧盟利益，以及在何种情况下会严重损害其利益或欧盟利益，进而论证有必要在某些特殊情形下准许欧盟运营商豁免遵守欧盟《阻断条例》。[②]豁免申请作为豁免审批的重要依据，申请内容应尽可能地详尽，以确保国务院商务主管部门能够据此作出准确判断。因此，除申请人的名称、地址、联系方式等基本信息外，豁免申请应列明所要遵守的外国法律与措施、不遵守上述措施可能面临的损害、以及取得豁免许可后可能采取的行动等内容。并且，申请人对豁免申请的内容负有举证责任，必要时国务院商务主管部门还可要求其补充证据，至于能否取得豁免许可则有待主管部门根据豁免标准与实际情况具体判断。需要说明的是，豁免申请并不具有中止效力，在主管部门作出批准决定前，申请人有义务继续遵守禁令。

（二）细化豁免机制的适用标准

豁免机制的适用标准是国务院商务主管部门审批豁免申请的主要依据，直接决定着申请人能否取得豁免许可。在制定豁免标准前，一个必须讨论的问题是：《阻断办法》的实施能

[①] 参见何君：《国家赔偿时效的定性及适用逻辑》，载《行政法学研究》2024 年第 1 期，第 84 页。

[②] “Guidance Note Questions and Answers: adoption of update of the Blocking Statute”, Official Journal of the European Union, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0807(01) (last visited 28 May 2024).

否帮助本国实体获得外国主权强制抗辩[①]。如果可以，国务院商务主管部门应当严格制定豁免标准，从而解除悬在本国实体头上的“达摩利斯之剑”。如果答案是否定的，国务院商务主管部门则不宜制定严苛的豁免标准，否则将加剧本国实体的经济负担。因此，外国法院对《阻断办法》的司法态度是把握豁免尺度的重要参考。由于《阻断办法》实施时间较短，本国实体尚未据此向外国法院提出外国主权强制抗辩，国务院商务主管部门可以根据外国阻断法在美国法院的适用情况参照制定豁免标准。

“美国诉布罗迪案”是第一个美国次级制裁对象援引外国主权强制抗辩的案例，布罗迪等四名被告是加拿大境内的美国公司员工，因通过中间人向古巴销售离子交换树脂被指控违反美国《对敌贸易法》（Trading with the Enemy Act，TWEA）和《古巴资产管制条例》(Cuban Assets Control Regulations，CACRs)。在诉讼中，被告向宾夕法尼亚州东区地方法院提出外国主权强制抗辩，并称由于加拿大、英国、欧盟发布的阻断法将遵守美国制裁法案的行为规定为犯罪，故其无法继续遵守美国对古巴的贸易禁令，但此项抗辩事由并未得到美国法院的支持。美国法院主要提出三点理由：其一，外国主权强制原则从未在刑事案件中适用过，因为刑事案件对美国公共秩序的侵犯已经超出了外国主权强制原则的适用范围；其二，加拿大、英国、欧盟的阻断法并未强制被告与古巴进行交易，即被告享有选择权，其本可以终止与古巴之间的交易却并没有选择这样做；其三，外国政府并未针对被告下达具体指令或采取具体行动，即外国指令与被诉行为之间没有直接相关性。[②]除上述事由外，根据布罗迪案的判决，被告获得外国主权强制抗辩至少还需满足以下两个要件：第一，执法历史。美国法院面对外国主权强制抗辩会审查阻断法是否被真正实施过。在布罗迪案庭审过程中，法院询问被告律师过去是否有人因违反阻断法被起诉，但后者并未提供明确的执法信息。有学者曾对外国具有阻断效力的法律规范在美国被认可的情况进行研究，在 56 个相关案例中，只有 3 个因获得外国政府的积极执行得到美国法院的认可。[③]第二，行为动机。在布罗迪案中，美国法院认为由于外国政府“很难获得公司不做某事意图的证据”，故其难以依据阻断法对被告实施强制行为。亦即是说，如果外国政府不能证明本国实体终止与被制裁对象之间的交易关系是为了遵守外国法律与措施，则不宜采取处罚等强制措施，与之相对应的外国主权强制抗辩自然无法成立。整体而言，近年来美国法院对外国主权强制抗辩的判断标准趋于严格。[④]尤其在面对次级经济制裁时，由于涉及国家的根本利益，美国法院通常会驳回被告提出的外国主权强制抗辩。

在此背景下，豁免标准的制定不宜过于严苛，否则将背离《阻断办法》的实施目的，加剧本国实体的经济负担。目前，欧盟《阻断条例》的豁免机制以“严重损害个人利益或欧盟

[①] 外国主权强制抗辩是指一个主体如果被某国政府或法律强制性要求作为或不作为，此种要求可以作为该主体不履行外国法院或外国法律中某项义务的抗辩依据，其可据此寻求责任豁免。

[②] Case United States v. Brodie, 174 F. Supp. 2d 294 (2001).

[③] See Hoda, M. J. “The aérospatiale dilemma: why US courts ignore blocking statutes and what foreign states can do about it.” (2018) Calif. L. Rev. 106, p. 241-244.

[④] 参见邹璞韬、胡城军：《外国主权强制原则之再审视——兼论阻断法之困境与利用》，载《海关与经贸研究》2021 年第 4 期，第 70 页。

的利益”为标准，但其并未直接定义“严重损害”，而是通过欧盟《实施条例》[①]规定一系列非累积性标准，由欧盟委员会在审查豁免申请时逐项评估判断。欧盟《实施条例》第 4 条共罗列 14 项可能构成“严重损害”的情形，强调授权申请的适当性，包括第三国是否正在对申请人进行行政或司法调查，申请人是否可以采取合理措施规避或减轻损害，申请人是否面临重大经济损失等。[②]鉴于豁免机制的适用仍属阻断法实施的例外情形，直接关系国家的政治立场与整体利益，故而应当审慎把握豁免尺度。《阻断办法》豁免标准的制定可以借鉴欧盟《实施条例》的设计思路，在阻断外国法律与措施不当域外适用的同时，关照本国实体的商业自由与合法权益。具体可以比例原则为指引，系统考察豁免申请的适当性、必要性与均衡性，并结合本国实体可能受到的损失、对经济活动的不利影响、是否存在可替代的解决方案等因素综合判断，最大限度地平衡国家整体利益与本国实体合法权益。

（三）强化对豁免申请结果的监督检查

国务院商务主管部门受理豁免申请后，应当根据豁免标准并结合实际情况在规定时限内作出是否批准的决定。若豁免申请不足以证明申请人不遵守外国法律与措施会受到严重损害，国务院商务主管部门应依法作出不予批准的决定，并说明理由。然而，单方面的理由说明难以让人信服。由于豁免许可关乎申请人与相关主体的切身利益，国务院商务主管部门作出正式决定前应准许申请人和利害关系人通过法律商谈对所得之初步结论进行检验和确证，以规避错误决策的负面影响。[③]具体可以听证会的方式，由申请人和利害关系人依据各自所掌握的证据进行陈述和申辩，国务院商务主管部门在听取对方意见后应当有针对性地予以回应。在此过程中，双方可以围绕争议焦点展开质证和论辩，第三方亦可根据其所掌握的信息提出不同的主张。通过观点展示与充分论辩，争议双方将对豁免机制及其适用标准形成更为全面深刻的认识，不仅有助于国务院商务主管部门作出及时准确的判断，还有助于豁免申请结果为申请人和利害关系人理解与实施。

除商谈检视外，若申请人或利害关系人认为国务院商务主管部门作出的豁免审批决定错误或侵犯其合法权益，还可以通过行政复议的方式监督审批结果。国务院商务主管部门是主管我国国内外贸易和国际经济合作的国务院组成部门，根据行政复议的基本原理，应由其自行审理行政复议案件。但是考虑到行政行为主体与行政复议机关的同一性，国务院商务主管部门在行政复议的过程中应当建立行政复议委员会，由其对豁免审批中的重大事项和疑难问题提出咨询处理意见，以此来增强行政复议组织的中立性与行政复议结果的公正性。[④]经委

[①] 欧盟《实施条例》是欧盟委员会针对豁免机制单独颁布的规范性文件，旨在明确豁免机制的适用条件，分别对提交申请的方式、申请评估的标准、申请结果的通知、个人数据的处理等具体事项进行较为详细的规定。

[②] “Commission Implementing Regulation (EU) 2018/1101 of 3 August 2018”, Official Journal of the European Union, https://www.legislation.gov.uk/eur/2018/1101/pdfs/eur_20181101_adopted_en.pdf (last visited 17 June 2024).

[③] [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 231-235 页。

[④] 参见马怀德、李策：《行政复议委员会的检讨与改革》，载《法学评论》2021 年第 4 期，第 12 页。

员会审查，如认为国务院商务主管部门作出的豁免审批决定不合法，应责令后者在规定期限内撤销或变更该行政行为并采取适当补救措施。若申请人或利害关系人对国务院商务主管部门作出的行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼，也可以向国务院申请最终裁决。需要说明的是，商谈检视与行政复议并非行政诉讼的前置程序，如申请人或利害关系人认为国务院商务主管部门作出的豁免审批决定有误，亦可直接向人民法院提起行政诉讼。

若申请人提交的豁免申请符合法定标准，国务院商务主管部门应准予其豁免遵守禁令，并对申请人所从事的豁免许可事项及相关活动进行监督检查。本国实体作为对外经贸交往的主要参与者具有天然的逐利性，一旦取得豁免资格便可能违规从事生产经营活动，损害相关主体甚至国家利益，因而有必要对其进行监督。在美国经济制裁豁免中，美国《联邦法规》（Code of Federal Regulations，CFR）第 31 编第 501.801 款规定取得特定许可证（specific licenses）的申请人负有定期报告义务，OFAC 有权要求被许可人定期报告特定许可授权下的交易情况。[①]同样在美国贸易制裁豁免中，美国《出口管制条例》（Export Administration Regulations，EAR）第 758.6 部分规定取得出口管制豁免授权的出口商必须作出目的地控制声明（Destination Control Statement，DCS），即在所有货运单据上注明出口商品的目的地国家，并将相关内容记录在商业发票中。[②]此类规则设计使 OFAC 与 BIS 能够持续监督取得豁免资格的申请人与被制裁对象之间的交易，防止申请人通过豁免申请规避制裁措施。[③]《阻断办法》豁免机制可参照设定监督程序，要求获得豁免后的本国实体定期报送交易情况及有关材料，由国务院商务主管部门抽样检查。经审查，若本国实体存在过度遵守外国法律与措施或超出必要限度违规从事生产经营活动的行为，国务院商务主管部门应责令其期限改正，拒不改正或造成严重后果的，可以暂停、变更、撤销豁免许可，以此来维持《阻断办法》权威性与灵活性的动态平衡。但是国务院商务主管部门应当注意监督限度，根据实际情况选择合适的监督方式，不得在监督过程中干扰本国实体正常的生产经营活动。

四、结语

《阻断办法》豁免机制作为衡平国家整体利益与个体私益的重要节点，既有防止域外经济制裁扩散和保障本国实体商业自由的功能，也有提升阻断法实施的灵活性与准确性的作用。然而，可操作性的缺失致使豁免机制难以落地落实，申请条件不明、适用标准不清、监督程序缺位等问题制约着豁免机制规范功能的发挥。有鉴于此，应当有针对性地予以完善，一是明确豁免机制的申请条件，确保申请人能够规范准确地提交豁免申请；二是细化豁免机制的适用标准，以比例原则为指引审慎把握豁免尺度；三是强化对豁免申请结果的监督检查，及时纠正豁免许可过程中的违法行为。唯有如此，才能增强豁免机制的可操作性，消解阻断法实施过程中的“两难困境”，为持续推进高水平对外开放提供法治保障。

---

① See 31 CFR § 501.801.

② See EAR § 758.6.

③ 参见陈喆：《<反外国制裁法>豁免机制的体系构建》，载《学海》2023 年第 4 期，第 188 页。

Study on the Application of the Exemption Mechanism of the Blocking Measures

Abstract: The exemption mechanism of the Blocking Measures is an exception to the improper extraterritorial application of foreign laws and measures, which plays an important role in balancing conflicts of interest, preventing the proliferation of sanctions, and protecting the freedom of commerce, etc. However, the lack of operationalization of the exemption mechanism under the general provisions restricts the normative function of the mechanism. However, the exemption mechanism under the general provisions lacks operability, and problems such as unclear application conditions, unclear application criteria and lack of monitoring procedures constrain the fulfillment of the exemption mechanism's normative function. For this reason, targeted relief should be provided. First, the application conditions of the exemption mechanism should be clarified to ensure that the applicant can submit the application for exemption in a standardized and accurate manner; second, the application standards of the exemption mechanism should be refined, and the principle of proportionality should be used as a guideline to grasp the scale of exemption in a prudent manner; and third, the results of the application for exemption should be strengthened to ensure that the supervisory and inspection results of the application for exemption can correct the illegal acts in the process of exemption.

Keywords: Blocking Measures; Exemption Mechanism; Secondary Sanctions; EU Blocking Regulation

“真防御”还是“类制裁”

——中国对欧盟《反经济胁迫条例》的定性分析及应对研究

齐明浩*

（中南财经政法大学 法学院，湖北 武汉 430073）

摘要：本文主要从我国视角出发，对欧盟《反经济胁迫条例》（以下简称“ACI”）进行了定性分析，通过对 ACI 的立法背景、内容设定及其法律依据的深入解析，本文揭示了 ACI 在欧盟对外贸易防御体系中的位置和作用，并对其是否具有“类制裁”属性进行了系统评估，最终得出结论其具有明显的“单边性”和“惩罚性”，因而应当被认定为是一部“类制裁”法律而非“防御性”法律，并在此基础上探讨了我国目前依据阻断法制度的应对策略之缺陷以及未来更有针对性应对 ACI 的尝试性探索。

近年来，全球贸易保护主义的兴起及地缘政治冲突的加剧，促使欧盟在 2021 年提出了 ACI 提案，并于 2023 年底正式生效。ACI 以其广泛的适用范围和强制性措施，构建了一种新型的对外贸易工具，意在保护欧盟及其成员国免受第三国经济胁迫。通过对欧盟面临的外部风险及内部压力的分析和研究，明晰了 ACI 的立法背景和实际影响。

随后本文从专属管辖原则、辅助性原则和比例性原则三个法律原则出发，对 ACI 的法律依据进行了剖析。特别是对于欧盟使用 ACI 作为反制工具的法律基础，本文提供了详细的评估，并指出了其在国际法层面的潜在问题和争议。

进一步，本文深入探讨了 ACI 的“类制裁”属性，通过对 ACI 核心条款的内容进行包括部分重点词汇的文意解释，部分核心概念的比较分析等，参照传统经济制裁的定义和特性，分析了 ACI 在结构和功能上与传统经济制裁的相似之处。尽管 ACI 宣称是为了防御性目的，但其措施的强制性和广泛性，以及对第三国的潜在经济影响，均显示出其具备制裁法共有的的单边属性和惩罚性质，进而站在我国视角否定其作为贸易防御工具的合理性，并主张将其认定为是“类制裁”性质的法律。

最后，本文探讨了我国基于现有的阻断法制度对 ACI 应对时的缺陷，并在此基础上探讨了潜在应对策略，考虑到 ACI 可能对我国外贸产生的负面影响，提出了围绕重构“经济胁迫”概念或争取“经济胁迫”在国际法层面的定义话语权，采取包括但不限于通过加强法律对抗、推动多边贸易谈判和完善国内经济政策等多方位应对措施。通过这些策略，我国不仅能够减轻 ACI 的负面影响，丰富并完善我国反外国制裁的法律工具箱，还能在国际贸易体系中保持并进一步争取自身权益和发展空间。

通过本文研究，我们看到 ACI 作为欧盟在国际经济领域的新工具，其复杂性和挑战性如何在国际法交往和全球经济实践中展开，为我国制定更为精准和高效的对策提供了理论依据和实践指导。

---

* 齐明浩：男，1999 年生，中南财经政法大学法学院 2022 级硕士研究生，国际法学专业，国际经济法方向，联系方式：15623205715，电子邮箱：qiminghaozuel@163.com

关键词：欧盟《反经济胁迫条例》；经济制裁；定性分析；中国因应

一、ACI 的立法背景

近年来，随着各国间地缘政治冲突加剧，以及新冠疫情对全球经济发展的冲击，致使贸易保护主义在美欧等西方发达国家间呈现“愈演愈烈”之势。美国、欧盟先后通过立法形式对彼此以及其他国家的新型产业或支柱产业进行“阻击”，试图为其贸易保护行为裹上“合法”的外衣，抑或是直接举起经济制裁的“大棒”，将贸易“武器化”。或许是现有的贸易防御工具适用效果不佳，抑或是考虑到目前多边贸易体制面临的诸多阻碍，欧盟选择对其贸易防御工具进行“迭代升级”，并于 2021 年 12 月由欧盟委员会提出了《欧洲议会和理事会关于保护联盟及其成员国免受第三国经济胁迫条例》（Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the United and its Member States from economic coercion by third countries，欧盟委员会称其为 Anti-coercion instrument，以下简称 ACI）的提案，经过多轮讨论和修订后，ACI 于 2023 年 12 月 27 日正式生效，以立法形式为欧盟提供了一项新型的对外贸易防御工具。ACI 的内容设置为 20 条，并含两个附件，具体界定了“经济胁迫”的定义，规定了法案的触发条件以及应对措施及适用程序要求，属于欧盟立法第二层级的“条例”（Regulation），对全体成员国具有直接约束力，并可以在任意成员国境内直接适用，拥有极高的地位和重要性。ACI 的立法背景可以从“抵外患”和“转内忧”两个角度考量。

1. 抵外患”——对美国单边制裁的回应

近年来，美国屡屡通过单边立法扰乱固有的国际经济秩序，以求稳固其“经济霸主”地位，这对于欧盟而言也同样是极为危险的讯号。美国 2022 年 8 月通过的《通胀削减法案》明显将矛头指向欧盟，借“缓解美国国内通胀，削减本国赤字”之由，为主要生产环节在美国境内完成的绿色产业提供高额补贴，并以此实现将众多企业生产基地从其他地区，尤其是从欧盟境内向美国境内的集中。《通胀削减法案》的通过发生在俄乌冲突后，欧盟因支持了美国对俄罗斯的制裁而遭受到了极为严重的能源危机，因能源进口成本的大幅提升，部分欧洲国家企业早就萌生了将工厂向其他国家迁移的念头；反观美国作为全球最主要的能源出口国之一，在拥有能源自主权的同时，还在技术等多领域占据主导地位，自然成为了多数企业的不二选择。以瑞典电池制造企业 Northvolt 公司为例，该企业由大众、高盛、西门子等集团创办，为欧洲本土唯一一家主流电动汽车电池制造商，对欧盟而言有着极高的商业潜力和战略价值。当地时间 2022 年 3 月 15 日（周二），Northvolt 在官网宣布，将在德国北部石勒苏益格-荷尔斯泰因州新建一座超级电池工厂，这是他们在瑞典之外的首座工厂。[1]然而工厂在欧盟境内的落地并非一帆风顺，同年 10 月，该公司首席执行官彼得·卡尔森称，由于欧洲能源价格高昂，可能将优先考虑在美国投资建厂，而在德国的建厂计划可能会推迟。最终，该电池制造商获得了来自欧盟的 1.55 亿欧元建设资金。2023 年 1 月，欧盟委员会根据国家援助法批准

[1] Northvolt announces its third gigafactory will be established in Germany’s clean energy valley, 15 March, 2022, https://northvolt.com/articles/northvolt-drei/，最后访问时间：2024 年 5 月 24 日 10:27

了 9.02 亿欧元的德国政府资助。欧盟委员会彼时在声明中表示：“如果没有援助，Northvolt 将在美国建立工厂，美国将根据《通胀削减法案》提供特别支持。”针对此情况，欧盟曾尝试通过《净零工业法》（Net-Zero Industrial Act）予以回应和反制，但效果不佳。一方面是该法施行存在内部争议，在缺乏统一的融资安排又面临巨额财政预算分配的情况下，欧盟各成员国间难以形成一致意见；不同成员国间基于本国财政空间对各自绿色产业进行的补贴，又可能引发欧盟内部竞争环境的恶化和市场秩序的失衡。另一方面该法的部分内容存在合法性风险，且与美国《通胀削减法案》面临的问题极为相似。例如《净零工业法》中对于公共采购环节针对不同来源国的限额可能涉嫌违反 WTO 规则下的最惠国待遇原则；为实现《净零工业法》中提出的国内生产份额目标所采取的“内外有别”的商品、技术、服务进口政策可能涉嫌违反 WTO 规则下的国民待遇原则；同时，针对特定行业的“公共财政资助”也可能涉嫌构成《SCM 协定》下的可诉性补贴或禁止性补贴。[2]

《通胀削减法案》并非美国用以实施贸易保护的唯一工具，此处可以将其视为以维护美国自身利益为由，行损害他国利益之实的代表；另一类更加直接、性质更为恶劣的方式是美国长期贯彻的对其他国家或经济体的各类单边经济制裁行动，利用各类经济上的强制手段，扭曲或者控制被制裁对象的决策，以此实现对自身意志的归顺或政策的服从。[3]对此，欧盟于 2018 年因美国对伊核问题的态度而重启阻断法令（Blocking Statute），但因其存在的内容规定模糊性缺陷[4]、清单规定的时效性缺陷、价值选择的两难困境等问题[5]，以及欧盟与美国在经济层面的联系之紧密，政治层面关系之复杂，都致使欧盟阻断法令在面对美国的经济制裁行为时效果欠佳。

上述两种法律工具的效力缺陷只是当前欧盟在应对美国经济制裁时如蹈水火的部分体现，这种“见招拆招”的反制手段无论站在合法性上分析还是站在适用层面分析，都存在非常显著的缺陷，更不用说这些反制手段本质是在其所针对的单边制裁工具基础上发展而来，与单边制裁工具高度相似，在现行国际法体系下也容易招致他国的“反制裁”措施。因此，构建“反胁迫”的新话语体系以回避上述问题就成了欧盟的一项“理想之举”。

2. 转内忧”——对华经贸防御政策的加强

中欧关系长期保持竞争与合作共存的平衡，我国始终坚持中欧关系的正确定位应当是伙伴而不是对手，主流基调应当是合作而不是竞争，[6]并强调以美国、欧盟为首的西方国家应正确看待中国崛起的事实，与中国保持良好的合作关系，然而近年来，随着地缘政治冲突的加剧以及欧盟附和美国大肆鼓吹所谓“反中国经济胁迫”政策协调，这种平衡岌岌可危，尤其是伴随欧盟在新冠疫情后难以有效化解经济发展放缓、在“俄乌冲突”中支持美国立场而遭受严重能源危机等多重压力下，欧盟似乎有意通过一个全新的工具弱化其“外忧”

[2] 李思奇,金扬凯.欧盟《净零工业法案》对中国的影响及应对[J].国际贸易,2023,(10):35-45.
[3] 参见杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》（修订版），法律出版社 2023 年版，第 1-2 页。
[4] European Commission,Guidance Note, Questions and Answers: Adoption of Update of the Blocking Statute, 2018/C 277 1/03, at 9.
[5] Patrick C.R. Terry, “Enforcing U,S, Foreign Policy by Imposing Unilateral Secondary Sanctions:Is Might Right in Public International Law", *Washington International Law Journal*, Vol. 30, No. 1, 2020.pp.1-27, here p.25.
[6] 参见中华人民共和国外交部网站，
https://www.fmprc.gov.cn/web/sp_683685/wjbfyrlxjzh_683691/202306/t20230608_11093268.shtml，2024 年 9 月 15 日访问。

并向中国等发展中国家转移其“内患”。

在中欧经济交往中，欧盟对我国经济发展模式始终报以敌意，认为我国通过政府干预的形式对部分企业进行资助和补贴，弱化公共部门和私营部门之间的界限，扰乱国际市场竞争秩序，不当争夺国际市场，[7]严重损害欧盟及其成员国企业的利益，尤其是当下在科技产业竞争中逐渐居于下风的处境，使得欧盟对中国的提防情绪达到了前所未有的高度。同时，因欧盟经济发展对我国市场存在高度依赖，同时在政策导向与价值倾向上对美国的附庸，致使其或主动或被动地陷入中美之间越发白热化的博弈当中，若不希望沦为美国用以钳制中国发展的“牺牲品”而在这场博弈中失去战略自主权，欧盟就需要谨慎平衡三方间的关系和经济实力，这也会在很大程度上影响欧盟作出不利于中国的战略部署。

此外，欧盟作为一个政治和经济双重性质的国际组织，对外有着其作为一个独立经济体的整体利益考量，对内也必须兼顾各成员国的利益诉求并为部分成员国的行为负责。但欧盟毕竟并非在政治层面高度统一的主权国家，各成员国的对华态度也有所差异，尤其是在对待“坚持一个中国原则”方面，部分国家可能因自身的不当言行导致出现欧盟整体层面与中国的分歧和冲突。以 2021 年发生的“立陶宛事件”为例，立陶宛对我国台湾地区的不当政治立场表述引发了我国的强烈不满和抵制，双方矛盾不断，但立陶宛政府并未对其不当言行承担相应责任，我国为维护国家主权和领土完整对立陶宛采取了系列符合国际法规范的制裁措施，在事实清晰的情况，欧盟仍选择污蔑我国行为为“歧视性贸易措施”，并试图为我国扣上“经济胁迫”的帽子。由此不难看出，通过加强对华经贸防御政策转移欧盟内部在经济、政治领域面临的压力将在未来很长一段时间内占据欧盟对华态度的主导地位，而 ACI 的出台无疑将成为欧盟合理化其行为的一柄“趁手武器”。

二、ACI 的立法依据研究

从 ACI 的立法目的来看，欧盟对外主张 ACI 为“贸易防御性工具”似有一定可信度，其意图本不在于“对外主动制裁”，而是“对内被动保护”，但纵观 ACI 的立法依据以及适用层面的规定，又不难看出这是欧盟出台的一部极具单边属性的“类制裁”法律。

1.专属管辖原则

从立法依据上来看，ACI 主要聚焦于三个原则，即“专属管辖原则”“辅助性原则”和“比例性原则”。[8]专属管辖原则来源于《欧盟运作条约》（The Treaty on the Functioning of the European Union，以下简称 TFEU）第 207 条中对“共同商业政策”的规定。TFEU 第 207 条第（1）款明确了商品和服务贸易以及外国直接投资属于“共同商业政策”的范畴，这恰好是 ACI 第 2.2 条中对“经济胁迫”进行界定时所限定的范围；同时，由于欧盟法律属于“超国家法”，欧盟的权利来源可以视为各主权成员国的“让渡”或“转移”，[9]因此 ACI 第 2.1 条

[7] 胡子南：“欧盟推出外国财政补贴新监管机制的动向、影响和应对”，《国际贸易》，2021 年第 4 期，第 75 页。
[8] 孙舒：《欧盟<反经济胁迫条例(草案)>的立法设计、适用风险及中国应对》，载《江西社会科学》2022 年第 42 卷第 5 期，160-170 页。
[9] 谢冬慧.欧盟法:超国家法的变迁及其发展机理[J].太平洋学报,2013,21(10):1-7.DOI:10.14015/j.cnki.1004-8049.2013.10.012.

中也明确了当第三国主体的行为是针对某一成员国做出，使得其合法主权选择受到干扰时，即构成 ACI 层面下的“经济胁迫”，欧盟此时就可以凭借“共同商业政策”取得专属管辖的权利，而 TFEU 第 207 条（2）款又授予了欧洲议会和理事会以立法形式围绕“共同商业措施”采取应对措施的权利，由此构成了 ACI 的法律依据之一。具体在 ACI 中，该原则体现在第 8.3 条（b）项中，当第三国自然人或法人从事或可能从事涉及 TFEU 第 207 条所列活动，并且与第三国政府有联系或有关联时，欧盟就应当基于“共同商业政策”的考量而启动 ACI 下相应的应对措施。

2.辅助性原则

辅助性原则来源于 TFEU 第 5.3 条（b）项，可以视作是一种对专属管辖权缺位时欧盟获得适用 ACI 干预“经济胁迫”的补充。与前述专属管辖原则划定的范围不同，如果某一针对特定成员国的行为符合 ACI 对“经济胁迫”的定义，但又未能落入欧盟专属管辖的范围内，此时若交由成员国自行完成对“经济胁迫”所产生的负面影响的消解是困难的或是无法充分实现预期目标的，则可以依照辅助性原则，由欧盟取得完成该目标的权利。[10]该原则贯穿于 ACI 的整体，在许多规定中均有所体现，即无论“经济胁迫”是否会对欧盟整体层面产生不利影响，只要这种影响落到了具体成员国、成员国的经营者甚至于潜在消费者，都可以视作是对欧盟利益的损害，此时无论是否涉及“共同商业政策”，欧盟都可以适用 ACI 采取应对措施。一方面来说，ACI 作为欧盟通过普通立法程序制定的“条例（Regulation）”，应当在各成员国内具有直接适用的属性，辅助性原则在此处更多体现为一种“承托”或“兜底”功能，似乎并未直接改变 ACI 的适用范围；但从另一方面来说，欧盟条例的直接适用能否突破成员国作用到个人一向是具有争议的[11]，ACI 第 9 条在对确定欧盟利益的内容中明确涉及了成员国的经营者（原文中用“operators”表述）以及消费者（原文中用“final consumers”表述），仅从词句的使用上分析显然将“个人”也纳入考量范围内，此时辅助性原则的存在就无疑是扩大了欧盟通过 ACI 行使权利的范围。

3.比例性原则

比例性原则，也称为相称性原则，是欧盟法律的一项重要法律渊源，在性质上居于一般法律原则的重要地位。其最早于德国的警察行政规范中诞生，后逐步经学理研究和司法实践发展成为行政法领域的一种客观规范，并最终成为具有“普适性”的根本规范。[12]比例性原则强调“对应与适度”，在 ACI 中主要表现为一种对应对措施的限制，具体在其第 11.1 条中规定，应对措施必须是相称的（proportionate），且所产生的影响不应超越“经济胁迫”行为对成员国及欧盟造成的损害，并且在选择具体的应对措施时，必须将“经济胁迫”行为的严重性（gravity）、对成员国及欧盟产生的具体影响（impact）以及相关主体的权利（rights）纳入考

[10] 雷益丹.论欧盟条约中的辅助性原则[J].西南政法大学学报,2007,(01):58-64.
[11] 史国普.“超国家法”与“国家法”——欧盟法与欧盟成员国国内法的关系[J].安徽师范大学学报(人文社会科学版),2007,(01):87-92.
[12] 陈喜峰.简论欧盟法中的相称性原则[J].法学评论,2003,(05):80-85.

量。从该条内容上来看，比例性原则存在的另一层意义或许为排除 ACI 的“贸易制裁工具”之嫌，当欧盟“被动”承受“经济胁迫”的侵蚀时仍“主动”限制应对措施的强度，其反制行为就具备了“防御”的合理性。然而值得注意的是，尽管有比例性原则的支撑，ACI 在对应对措施的标准进行设计，以及对“经济胁迫”进行界定时，仍未能够形成清晰统一的标准，而是用相对模糊的表达为具体适用时预留出了较大的解释空间。

综上对 ACI 立法依据的分析可知，尽管“专属管辖原则”和“辅助性原则”为欧盟适用 ACI 对第三国采取应对措施提供了权利来源，“比例性原则”又进一步强化了 ACI 下应对措施的合法性，但这些立法依据都是源自于欧盟内部的立法设计，缺乏国际法上的合理支撑，并且尽管 ACI 创设了“经济胁迫”的概念，但在对其进行认定以及后续触发应对措施的评价标准方面却也体现出了一定程度的模糊性与单边性，其作为有别于传统经济制裁法的“新型贸易防御工具”的观点仍有待商榷。

三、ACI 的定性研究——“类制裁”属性

经济制裁并非近年来新产生的概念，广义上来说经济制裁是一种不同于外交措施或军事措施的，用于表示对被制裁主体的某些行为的不满或反对，抑或是促使被制裁国家改变自身某些行为的手段。[13]经济制裁通常以制裁方政府有意引导或故意推动己方企业、资金、技术等从被制裁方的习惯贸易或金融领域撤出，抑或是威胁撤出的形式做出，[14]或者对被制裁国施加针对其境外资产的管制，以及部分或全部中止双方经济层面的合作。不难看出，经济制裁往往伴随“惩罚性”特征，多数情况下可能被制裁发起国作为一种报复手段适用。但这并非表明所有的经济制裁都是“错误”或不具备国际法上的合理性的，例如联合国框架下的多边经济制裁，更多情况下是为了推动事态朝向和平解决或者平稳落地的方向发展，在多方协同的方式下能够极大程度上减损对制裁与被制裁双方在过程中所遭受的负面影响，其目的也并非单纯的对被制裁方进行打压和钳制，而是更多的服务于多方共识，实现多边政治目标；近年来广受诟病的经济制裁主要指的是以美国、欧盟为代表的部分西方经济体在实现自身政治目标时不当适用的单边制裁，其与多边经济制裁不同的地方在于，单边经济制裁更具随意性、隐蔽性和强效性，对国际社会的稳定性和安全性存在极高的威胁。

经济制裁的底层逻辑可以理解为是一种双方存在利益捆绑情况下的经济博弈，双方经济关联程度越高，被制裁方遭受的损害就会越大，而在实践中经济制裁往往由经济实力处于优势地位的一方发起，尽管制裁方同样可能承受一定的负面影响，但当双方的经济实力对比越显著，这种影响对于制裁方来说就可能越低，相应的被制裁方所面临的压力也会越大。[15]正是凭借经济制裁的这一特点，美国、欧盟等经济实力较强的经济体近年来屡屡通过单边制裁手段将“经济武器化”，大行保护主义之实。尽管单边经济制裁在国际法上的违法性始终是一个有争议的问题，但随着“美国优先”政策的实行，近年来美国政府大有将单边经济制裁常态化的趋势，[16]而反观欧盟，即使其最初在适用单边经济制裁方面的态度与美国并不一致，然而近年来随着地缘

---

[13] Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law* (Second Edition), 0xlord University Press, 2008, p. 850.

[14] Gary Clyde Hufbauer *et al., Economic Sanctions Reconsidered* (Third Edition), Peterson Institute for International Economics, 2007, p. 3.

[15] Robert Eyler, Economic Sanctions: International Policy and Political Economy at Work, pp. 35-58, 85-123.

[16] 杜涛,周美华.应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从《阻断办法》到《反外国制裁法》[J].武大国际法评论,2021,5(04):1-24.

政治冲突加剧、新冠疫情对全球经济发展的冲击、欧盟内部经济及组织结构调整等因素的综合作用，使得欧盟逐渐放宽了对单边域外经济制裁的态度，甚至表现出一定的与美国趋同的现象，尤其是对以我国为首的发展中国家的态度上变得更加消极且保守，在这样背景下出台的 ACI 于我国而言能否视其为一种“类制裁法”对其进行反制便值得深思，而判断标准则可以根据单边经济制裁的特征提炼为“单边性”和“惩罚性”。

1.ACI 的“强单边性”特征

ACI 最为核心的内容在于其对“经济胁迫”的定义以及对“应对措施”的规定，通过对 ACI 第 2 条、第 3 条、第 8 条以及附件 1 的内容解读，并不能很好的解除 ACI 是披着“防御工具法”皮囊的“经济制裁法”的嫌疑。“胁迫与反胁迫”在国际法上并非一个全新的概念，在古罗马法中就已经出现了相关表述，强调了“基于恐惧而做的行为无效”这一观点[17]，20 世纪末期美国的《合同法重述》（第二版）中明确了构成胁迫的要件，并概括为以下四点，即：胁迫的存在；胁迫在法律上的被禁止；胁迫与受害者违背主观意愿所做行为间的因果关系以及胁迫的严重性[18]，在此基础上，经过多年的发展，各国法律对于“胁迫”有了一个共识，即因胁迫产生的结果或可能产生的影响不应得到法律的支持。[19]而“经济胁迫”的概念在“胁迫”的基础上产生，却也并非是简单的套用。

国际法意义上的经济胁迫这一概念暂时缺乏一个统一的通行标准，更多体现为一种国际政治领域的强制性手段[20]，通常表述为“economic coercion”，若基于文意解释，通过查阅牛津词典，可以将其理解为“一种发生在经济领域，通过使用武力或威胁使用武力，迫使某人做他们不愿意做的事情的行为。”然而这种解读并未明确经济胁迫的主体，也没有体现明显的价值倾向。直到第二次世界大战后，随着各国尤其是发展中国家生产力的飞速提升以及经济全球化的推进，“经济胁迫”引发的矛盾在发达国家与发展中国家间逐渐凸显，一项对经济胁迫的共性理解便具备了雏形，即传统意义上的经济胁迫多指发达国家针对发展中国家在贸易、投资等领域所作出的带有强迫或限制属性的措施，或将要做出此种措施的威胁，以干扰这些国家的合法主权选择的行为。[21]然而，近年来，美欧等发达经济体却屡屡通过立法、外交等方式扩展其“国际贸易工具”，以试图解构并重塑“经济胁迫”的概念，并取得对该定义的主导权，这其中就包含欧盟制定的 ACI。

在 ACI 第 2 条第 1 款中对于“经济胁迫”做出了定义：“当第三国采取（apply）或威胁将要采取（threaten to apply）某一在贸易或投资（trade or investment）对欧盟或其成员国产生影响（affect）的特定措施（measure），以此阻止（prevent）或推进（obtain）欧盟或其成员国停止（cessation）、修改（modification）抑或是采用（adoption）某一特定行为（particular act），由此干涉（interfere）了欧盟或其成员国的合法主权选择（the legitimate sovereign choices）时，就存在经济胁迫。”若仅从内容文字分析，首先，该款内容似乎将“经济胁迫”的范围限定在了贸易及投资领域，然而对照 ACI 第 8 条以及其附件 1 中对应对措施的规定，会发现应对措施的范围与经济胁迫相比却是一种“包含”关系，或者说应对措施所能涵盖的领域是远大于经济胁迫定义中

---

[17] Ulp. *Edict*. D. 4, 2, 1.
[18] See E. Allan Farnsworth, “Coersion in Contract Law”, *University of Arkansas At Little Rock Law Journal*, Vol.5, No.3, 1982, p.331.
[19] 张淞纶.胁迫制度的经济分析以违法性与制裁为核心[J].中外法学,2018,30(03):632-650.
[20] 解楠楠,张晓通,邢瑞磊.“经济强制”：理论批判与分析框架构建[J].国际展望,2022,14(03):79-96+159-160.
[21] 杨钊.美欧经济胁迫话语重塑之路径分析与内在逻辑[J].国际法研究,2024,(04):122-142.

的领域的，它几乎囊括一国对外经济交往的方方面面，这种“以宽对窄”的应对模式或许正是 ACI“惩罚性”的一种体现；其次，该款内容表明第三国的行为与欧盟或其成员国变更合法主权选择之间必然存在强因果关系，而这种强因果关系根据规定应表现为第三国的采取或威胁采取特定措施，并引发了后续欧盟或其成员国的“特定行为”，若仅从该款内容分析似乎仅包含第三国的“有意作为”，但 ACI 第 3 条却进一步将这里的“第三国措施”解释为“任何国际法上可归因于第三国的作为和不作为（action or omission）”。这一规定在一定程度上令人费解，如果说“经济胁迫”的危害性最终体现为欧盟或其成员改变了原本的“合法主权选择”，那么这显然需要一定的外部推力，若这种外部推力是第三国的“有意为之”，显然是合乎情理的，但如果将第三国“不作为”也纳入考量，那么在缺少直接推力的情况下，欧盟或其成员国仍然改变了所谓的“合法主权选择”究竟是出于满足自身的某种需求还是意图将此处通过“不作为”实施“经济胁迫”的第三国与通过其他手段影响欧盟或其成员国利益的其他第三国进行捆绑，似乎就不得而知了；再次，ACI 第 3 条中对于“特定行为”的解释也存在不恰当扩大“经济胁迫”范围的风险，在第 3 条中“特定行为”被解释为是一种“法律或任何行为（legal or other act）”包括欧盟及其成员国或第三国的机构（institution）、团体（body）、办事处（office）或机关（agency）对自身立场的表达（an expression of a position）。这不仅将“经济胁迫”所涉及的主体扩大到了几乎所有的经济实体，由于“表达立场”在缺乏具体标准的情况下极具模糊性，更是将“特定行为”的构成要素在理论上无限扩大，进一步扩大了第三国行为被认定为 ACI 下“经济胁迫”的可能性。

与此同时，ACI 第 2 条在其第 2 款的（a）到（e）项中又进一步补充说明了欧盟委员会和欧盟理事会在参照第 1 款内容认定第三国行为是否构成“经济胁迫”的具体因素。其中（a）项概括了围绕第三国措施进行评估的几个纬度，包括强度（intensity）、严重程度（severity）、频率（frequency）、时长（duration）、广度（breadth）以及幅度（magnitude），同时提到了第三国措施对贸易或投资关系（relationship）的影响以及由此对欧盟或其成员国产生的压力（pressure），一方面这为欧盟审查第三国措施提供了更加明确的范围指引，另一方面这种宽泛的表述却没能提供具体的标准，也就是仅仅扩大了欧盟对措施的审查“宽度”，但却没能限制审查行为本身的“深度”；（b）项提到了第三国措施是否构成一种“干涉模式（a pattern of interference）”，尽管在内容文本中并未明确指出这种“干涉模式”是否会影响欧盟委员会和欧盟理事会在审查第三国措施时的价值倾向或审查力度，但基于该项在 ACI 中的位置，其附属于 ACI 对“经济胁迫”概念界定条款，并在（a）项业已明确考量因素的前提下提出，显然传达出一种更加严苛或者“更进一步”的信号，即一旦第三国措施在欧盟委员会和欧盟理事会眼中被认定为构成了一种“模式”，那么此时对于存在“经济胁迫”的认定显然是更具可能性的，换言之（b）项的存在一定程度上为欧盟委员会和欧盟理事会解释其为何将第三国措施认定为“经济胁迫”时提供全新的视角和更大的空间；（c）项用“不断侵蚀”或“蚕食”（encroach）描述第三国措施对欧盟或其成员合法主权选择的影响程度，虽然可以将其视为是对“时长”这一考量因素的补充，但实际上该项规定或许可能成为对“强度”这一因素的滥用，即在（c）项规定下，假若第三国措施的确会对欧盟或其成员国产生连续不断的经济层面的负面影响，但这种影响的强度在很长一段时期内并不会引起欧盟委员会和欧盟理事会的注意，而在其后的某一特定时间点，可能因为欧盟或其成员国所处外部环境或者其自身内部环境的变化等综合因素的影响，该措施进入了欧盟委员会和欧盟理事会针对 ACI 下“经济胁迫”的审查范围，此时欧盟委员会和欧盟理事会或许就可以基于（c）项的规定将本不能被直接认定为“经济

胁迫”的措施纳入胁迫范畴中；（d）项提出了“国际公认的合法关切（legitimate concern）”的要求，以此来判断第三国行为是否构成 ACI 下的“经济胁迫”。所谓“合法关切”只是基于文意所做的一种翻译，其概念虽经常被提及，但并不具备统一的标准。从文意上来看，根据牛津大词典的翻译，“legitimate”意味“遵守法律或规则”抑或是“经法律或权利许可或认证的”[22]，而“concern”则翻译为一种“考虑、焦虑、担忧”[23]。即同时满足“有法可合”以及“有虑可忧”。后者从文意解读角度来看似乎并不难理解，尤其是置于 ACI 的价值取向下，如果欧盟宁愿为第三国扣上“经济胁迫”的帽子也要启动 ACI 下的应对措施，那么此时必然存在基于欧盟自身利益考量下的“忧虑”；而前者从文意解释的角度看更像是一种对后者范围的限制，若将“legitimate concern”作为关键词在 Heinonline 数据库中进行检索，可获悉的结果数量高达 55 万余条，尽管都隶属于法学领域，但具体到不同情境时其含义或解释都会发生偏差。这里我们以美国 1991 国家固体废物管理协会诉阿拉巴马州环境管理部案为例，案件审理过程中被告曾援引“合法关切”为自身辩护，但最终该主张没能得到审理法院的支持，理由为被告主张“合法关切”所依据的地方性法规被认为具有保护主义，存在违宪风险。[24]由此不难看出，无论如何对其进行翻译，“合法关切”在司法领域适用时都需要落脚到一个具体的、现实存在的规范上，若置于国际法视角下，其可能表现为基于公约、条约甚至国内法规范，而没有一个范围上的界定。换言之，在目前尚不存在统一标准，ACI 也不能对其进行明确范围界定的情况下，该项中“legitimate concern”这样的表述就并非是一种对应对措施触发条件的“限制”，反而可以视为是一种对其适用门槛极大程度降低或模糊的做法，也即在 ACI 第 2 条第 2 款（d）项的表述下，欧盟总是能仅基于自身所作出的判断就以存在“合法关切”为由对第三国的行为提出质疑，或有强烈的“单边性”特征；最后的（e）项则是将矛头指向了“真诚地努力（make serious attemps, in good faith）”。之所以没有将此处的“good faith”翻译为我国民法理论中常见的“诚实信用原则”，一方面是因为该项中并非独立使用这一概念作为一种赋予义务的硬性手段，而仅仅是一种评估第三国行为的标准尺度，另一方面，这一概念在大陆法系和英美法系的法律语境中有着较大的差别。不同于我国对“诚实信用”原则近乎天然的接纳与拥护，英美法系国家并没有将“good faith”作为一项民法基本原则的历史传统，[25]即便是发展到现代，这一概念也更多体现为一种“温暖的情绪”，并不具备确定性和可预测性。[26]也是因此，不同法律语境下对于“good faith”的理解不同，在解读和适用时的标准也可能差异很大，加之缺乏统一的概念界定，仅从欧盟层面来看，其对于这一概念的解读就大概率是倾向于宽泛化和带有强烈主观色彩的，假若第三国在采取可能构成 ACI 下“经济胁迫”的行为前没有体现“足够”的限制或没能预设到可能对欧盟产生的负面影响从而提前规避，就有可能落入到该项规定的范围内；其次，该项内容可能涉及举证责任的问题，即在该项的要求下，应当由哪一方承担举证责任。若由欧盟方举证，则其需要证明第三国没能做到“真诚地努力”，但无论是对第三国采取行为时的主观状态来判断是否“真诚（in good faith）还是从第三国行为后的实际效果来判断是否“足够努力（make serious attempts）”，这样的判断似乎都是基于对欧

[22] See Oxford English Dictionary website, https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=legitimate&tl=true, accessed September 9, 2024.
[23] See Oxford English Dictionary website, https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=concern, accessed September 9, 2024.
[24] Skinner, Louvin H. "National Solid Wastes Management Association v. Alabama Department of Environmental Management: Environmental Protection and the Commerce Clause—Is Environmental Protection a Legitimate Local Concern." *Loyola Law Review* 37 (1991): 189.
[25] 程宗璋.论英美法上的诚实信用原则及其启示意义[J].太原理工大学学报(社会科学版),2003,(01):9-13.
[26] 《Good Faith——“无牙”的条款》，载微信公众号“广州仲裁委员会”，2016 年 3 月 15 日。

盟及其成员国的影响而作出的，换言之，在这样的情况下，第三国所面临的处境将不会被考量或至少不会被优先考量；若第三国需要证明自己确已“真诚地”付出了“足够的努力”，那么此时第三国就需要综合其所面临的国内外因素做出说明，以证明自己所采取的行动，无论实际效果如何都已是自己所能做到的极限，并且没有更优方案可供选择。综合前面两种方式，本文更倾向于后者，但这是否会赋予第三国极重的负担，抑或是基于部分信息并不具备完全公开的条件而使第三国陷入两难境地仍不得而知；其次，涉及该项下的“真诚地努力”无论由哪一方进行证明或说明，仅就 ACI 的文本而言并未给出一个明确的评判标准，这也就导致在客观上该项给予了欧盟因对第三国行为的“不满”而将其认定为“经济胁迫”的可能性。换言之，该项虽意欲通过强调“经济胁迫”的严重性来凸显 ACI 的合理性与正当性，即“经济胁迫”是第三国无法通过其他途径疏解本国所面临的经济问题时向外转移的一种恶性手段，但实际上却因本身规定的模糊性而存在“强单边性”的风险。

2.ACI 的“惩罚性”特征

ACI 在第 8 条用 11 款共计 16 项内容对应对措施进行了阐述，同时又借助两个附件的内容进行了补充。从内容编排上看，其中第 1 款为应对措施的一般性规定，规定了应对措施的触发条件；第 2 款及第 3 款明确了应对措施的范围和种类，同时联动了 ACI 的两个附件；第 4 款指向了一种特殊情形，即第三国行为构成国际不法行为时的严重情况；第 5 款规定了 ACI 及其应对措施与欧盟其他法令及措施在解决所谓“经济胁迫”问题时可以多法并用；第 6 款作出了关于应对措施执行法案中对于迟延适用及期限的规定；第 7 条提出了对将遭受应对措施影响的相关第三国予以通知的义务；第 8-10 款规定了一系列针对第三国在应对措施根据执行法案实施前已经采取措施停止“经济胁迫”并对欧盟方的损失作出弥补时，执行法案及相关应对措施如何调整的特殊情形；第 11 款则对第三国措施涉及贸易或投资领域时应对措施的适用起点作出进一步明确。纵观整个第 8 条，基本遵循了从一般到特殊的编排，基本涵盖了 ACI 下应对措施在适用时可能遇到的各种不同情况。但作为 ACI 的核心条款只一，第 8 条的内容仍然可以解读出较为明显的“倾向性”，即内容的详尽安排最终是为欧盟的利益考量而并非是对欧盟及第三方之间利益的平衡，以下几款内容较为突出，甚至可以评价其已然带有一定的“惩罚性”。

首先，第 8 条第 1 款规定只有在 3 项条件皆满足（where all of the following conditions are met）的情况下欧盟才能通过执行法案（means of implementing acts）采取应对措施，三个条件可以总结为：存在“经济胁迫”、存在损害、符合欧盟利益以及存在适用应对措施的“必要性”。第 8 条 1 款（a）项用消极的表达明确了“经济胁迫”及“损害”的存在，即第三国未能在合理期限内停止“胁迫”并赔偿损失，就会被认定为符合该项规定；（b）项则提出了应对措施对于保护欧盟利益需存在“必要性（necessary）”，虽然还附带了这种必要性需要在“特定情况下”并在“可用的选择”范围内体现，但从 ACI 整体考量“特定情况”其实只是指向了应对措施需要“个案适用”而不具备在多个案件中重复适用的标准化规定，而可用的选择则是指向了附件一对于应对措施种类的规定，并不是真正的限制条件；（c）项提出了应对措施的实施必须符合欧盟利益，且规定了在第三国未能完全弥补因“经济胁迫”而给欧盟造成的损失时能否使用应对措施的情况，一定程度上也可以视为是

对（b）项规定的补充。但通览该款规定不难发现，尽管有“限制”条件的出现，但这些规定并不会真的阻滞 ACI 下应对措施的适用，反而进一步增加了欧盟对第三国适用应对措施的可能性。这样分析的理由有两点：首先，该款三项规定的逻辑关系可以理解为从一般标准，到标准拓宽，再到兜底标准的路径，尽管第 8 条第 1 款在前置内容中表明需满足所有条件后才能启动适用应对措施的程序，但从三项内容的逻辑关系来看，其并非是逐渐严苛的标准，而是越发宽松的条件。即在满足（a）项内容存在“经济胁迫”并且存在损害时，（b）项中的必要性条件也可以得到满足，在此基础上，欧盟若希望启动 ACI 下的应对措施，也必然是符合其自身利益的；其次，三项内容所提及的条件评价标准都是基于欧盟的利益考量进行设计，并且同样缺乏准确性，具体适用时具有较大的解释空间，对于受其影响的第三国而言更加难以判断和应对，无论是否作出赔偿或补偿、补偿至何种程度，甚至于自身行为是否能够满足“停止经济胁迫”的标准都难以评判，这可能会为相应第三国调整自身行为增添难以估量的成本。尽管欧盟在 ACI 中始终强调应对措施的目的在于对“经济胁迫”的“回应（response）”，但无论是第 2 条中对“经济胁迫”的界定还是第 8 条中对应对措施启动的条件设置，显然都已经超越了“回应”的合理范畴。从文意上来看，根据牛津大词典的翻译，“response”是对一个客观存在的事或物所作出的“答复”，[27]是对确定的“因”所做的“应”，而 ACI 的规定可能导致在“因”尚且无法确定的情况下就做出了“应”，其显然已经不满足于回应“经济胁迫”，而带有了对与自身存在利益冲突的第三国的“惩罚”性质甚至是制裁属性。

第 8 条第 3 款通过联动 ACI 的两个附件内容，对于应对措施的范围和类别作出了规定，其中（a）项指向了普遍适用（general application）的措施，（b）项则着重说明了当有自然人或法人从事涉及 TFEU 第 207 条所列活动并与第三国政府有联系或有关联（are connected or linked）时，应对措施可以根据附件二所列的原产地规则和国籍规则（Rules of origin and nationality），以影响到第三国的特定行业、地区或经营者的方式设计。这其中（b）项内容主要起到了一种引导性的功能，需要着重解读反而是内容更加简洁的（a）项及附件一，它可能隐含两个问题，第一是在（a）项未作任何特别规定的情况下，是否说明在一般情况下应对措施直接参照附件一的内容进行设计；第二是（a）项所说的“普遍适用”有无特殊含义，这里所说的“普遍”是指向了措施本身还是措施适用的情景。对于前者而言，最关键的问题在于附件一中对应对措施范围或种类规定的宽泛化，其既包含了传统的关税措施，也包含了一系列非关税措施，例如对货物或服务进出口的限制、对公共采购领域的限制、对投资的限制、对金融服务的限制等，几乎涵盖了一国对外经济交往的方方面面。一方面来说，这样全面的列举的确赋予了 ACI 灵活应对各种“经济胁迫”的能力，能够精准的适用最有效的措施；另一方面来说，这也使得第三国对 ACI 下应对措施的预判更加困难，并且无论是 ACI 的正文内容抑或是附件内容中都没有明确应对措施所针对的领域与第三国被认定为“经济胁迫”的行为发生的领域是否需要保持一致，也即欧盟在对第三国适用应对措施时完全可以更有针对性的去打击第三国的薄弱产业或限制第三国的新兴产业，这种“不对等性”或已超越了一项“贸易防御工具”应有的效力范围，进而使其具备了“进攻的爪牙”。此外，附件中用“必要时（as necessa）”作为欧盟不履行对第三国的相关国际义务的触发条件，但在 ACI 第 8 条第 4 款中则用了非常明确的表述，规定只有在“第三国行为构成国际违法行为

[27] See Oxford English Dictionary website, https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=response&tl=true, accessed September 18, 2024.

（international wrongful act）”时，欧盟应对措施才能够包含相当于不履行对第三国的国际义务的措施。这里说的国际不法行为指的是那些违反了国际义务而对他国利益造成了损害的国家行为，[28]官方文件明确提及此概念是在 2001 年联合国大会第 56 届会议通过的关于《国家对国际不法行为的责任的条款草案》（简称《国家责任条款》）[29]中，明确使用了“international wrongful act”这一表述，并得到了国际公认。[30]通过对比，可以发现附件一中的表述限制能力更低，抑或说“必要时”这样的表述过于模糊，ACI 在附件中也没有进一步明确这一条件的具体参照标准，导致解释空间较大，并且可能产生与第 8 条文本前后矛盾的风险。

而对于后者而言，需要界定“普遍”一词究竟是对后续哪一概念的限制。如果“普遍”指向的是措施本身，那是否说明附件一中列举的一系列应对措施，在任何情况下均存在适用的可能性，即便根据个案不同而最终做出了不同的设计，这样的规定又是否与后续内容中对特定情况下采用部分应对措施应当设置一定限制的规定存在冲突；如果“普遍”指向的是应对措施适用的情景，因为 ACI 下对于“经济胁迫”概念界定的宽泛化和单向性，该项内容或许就意味着在极端情况下欧盟可以通过采取应对措施解决任何其与第三国在经济领域产生的摩擦或分歧，这在客观上赋予了 ACI 一定的惩罚第三国的制裁功能。

第 8 条内容除却上文分析的内容外，其他款项的规定也或多或少体现着 ACI 作为“贸易防御工具”的失格以及作为“经济制裁工具”的自洽，无论是第 6 款规定的延期适用规定、第 7 款规定的通知义务及后续行为以及第 8-10 款对“经济胁迫”停止等特殊情形的规定，这些内容都被应对措施的“有效性”统辖，即这些款项中对于“应对措施”的限制性规定并非是真正的“限制”，只能视作补充性规定，只要欧盟认为存在满足“有效性”条件，仍可以忽略这些限制直接采取“应对措施”。综上分析，ACI 的制裁属性已然无可忽略，即便考虑到其第 1 条第 2 款中所述，ACI 是一种用于反制“经济胁迫”的最后手段，对于我国等与欧盟经济联系密切且多领域存在竞争关系的第三国而言，这样的一部条例仍然是一部“类制裁”法，因此在欧盟大范围应用 ACI 对我国进行制裁前予以合理应对便是必要的。

四、我国对 ACI 的应对研究

通过上述分析可知，ACI 作为具有“类制裁”属性的新型贸易工具，对我国的负面影响是显而易见的。尽管在立陶宛事件中，欧盟最终于 2024 年 1 月因“技术原因”暂停了围绕所谓“立陶宛受经济胁迫”对我国的 WTO 诉讼，[31]但该项诉讼发生于 ACI 通过之前，[32]并且这也并非是欧盟首次试图将中国合法维护自身主权和领土完整的行为进行扭曲并通过国际贸易争端解决机制处理的行为，在这样的视角下，ACI 的落地是否会进一步加深欧盟对我国的经济制裁，又是否存在“为虎作伥”的风险便是值得关注的。

---

[28] 王虎华：《国际公法学》，北京 • 北京大学出版社，2008 年版，第 149 页。
[29] 联合国大会决议［根据第六委员会的报告（A / 56 / 589 和 Corr·1）通过］56 / 83《国家对国际不法行为的责任》。
[30] 张乃根.试析《国家责任条款》的“国际不法行为”[J].法学家,2007,(03):95-101.
[31] 张晓雅：《港媒：欧盟因“技术原因”暂停围绕所谓“立陶宛受经济胁迫”对华 WTO 诉讼》，载环球网 2024 年 1 月 27 日，https://world.huanqiu.com/article/4GLBbHBtgcp。
[32] 邢晓婧：《欧盟在世贸组织对中国提诉讼，批评中国对立陶宛“胁迫”，外交部回应》，载环球网 2022 年 1 月 27 日，https://world.huanqiu.com/article/46ZZqYBJVWb。

1.阻断法制度固有缺陷对应对 ACI 的效力减损

既有风险则需要有应对措施，在明确了 ACI 的“类制裁”属性后，能否通过阻断法的对抗作用加以应对是首先需要考量的，作为国际法中能够有效反制制裁的阻断法制度，[33]各国都在积极建设、发展和完善其设计，以期更好地应对内容更加丰富、形式更加隐蔽的经济制裁制度，消除其不当域外适用的影响。我国阻断法制度主要包含三部法律，分别是 2020 年 9 月 19 日发布并实施的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《清单》），2021 年 1 月 9 日发布并实施的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《阻断办法》）以及 2021 年 6 月 10 日发布并实施的《中华人民共和国反外国制裁法》（以下简称《反制裁法》），它们共同构成了中国阻断法制度的基础架构。[34]《清单》指向境外实体，通过将采取歧视性措施危害我国企业、其他组织或者个人合法权益的外国实体纳入不可靠实体清单并施以工作机制下的一项或多项措施对其施加压力，进而使其将压力回传至背后的制裁国已完成对制裁的反击；[35]《阻断办法》和《反制裁法》则更多指向了境内主体，需要我国相关部门依照具体规定采取措施对外国制裁法或防御或反击。《阻断办法》重“防御”，是一种针对外国法律不当域外适用的限制手段，以期否认或消解外国法律在我国产生的不利影响，《反制裁法》重“反击”，通过建立反制清单、适用反制措施对外国单边制裁予以反制。三者间协同配合，以公法与私法双属性、执法与救济相协调的方式，遵循“报告-审查-发布禁令/提供救济（豁免）”的路径共同对美国、欧盟等西方国家对我国越发激烈的经济制裁予以阻断。[36]

尽管在国际商事纠纷中，制裁法与阻断法呈现出直接对抗的关系，然而在实际适用时，二者却呈现出“制裁法强势，阻断法弱势”[37]这样一种令人担忧的局面。而在面对 ACI 这类新型“类制裁”工具时，其效力和功能性可能会遭到进一步限制。这一方面是由于阻断法制度自身的局限性导致的，另一方面则是由于 ACI 自身特性所引发的。

首先，我国阻断法制度在内容规定上存在明确性缺陷，即部分内容在具体适用时缺乏国际通行的标准或者具有较大的解释空间，例如《阻断办法》第 2 条[38]中对适用范围的规定，其内容上并未作出准确的表述，该条内容划分为对遵守对象的属人规定，以及对规制事项或对象的属事规定，[39]前者的问题在于，若基于文意理解可以将《阻断办法》的遵守对象解释为中国的公民、法人或其他组织，但学界目前对于经济制裁的类型有了更加细致的划分，根据武汉大学国际法研究所的刘佳宸研究，外国制裁影响中国的情境可以进一步划分为 7 条路径，[40]不同路径下对于“中国公民、组织“的定义均需要根据具体情况作出进一步解释，比如说我国境内从事商业活动的他国公民受到第三国法律在我国不当的域外适用从而致使其对我国产品的出口受到限制时，能否借助我国《阻断办法》得到保护？境外从事商业活动的我国公民或法人是否也能同样基

---

[33] See Mathias Audit & Jürgen Basedow, Blocking Statutes,in Jürgen Basedow（eds.）,Encyclopedia of Private InternationalLaw, Massachusetts: Edward ElgarPublishing Limited, 2017, p.209.
[34] 刘桂强.阻断法的当代发展与价值选择[J].中国应用法学,2022,(02):183-196.
[35] 廖凡.比较视角下的不可靠实体清单制度[J].比较法研究,2021,(01):167-179.
[36] 丁汉韬.论阻断法的实施机制及其中国实践[J].环球法律评论,2022,44(02):176-192.
[37] 沈玫.阻断法与经济制裁法的对抗适用研究[J].北大国际法与比较法评论,2023,17(00):247-266.
[38] 参见《阻断办法》第二条。
[39] 廖诗评.《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的属事适用范围[J].国际法研究,2021,(02):44-62.
[40] 刘佳宸.《反外国制裁法》第十二条适用要件的情境分析[J].河南财经政法大学学报,2024,39(05):69-86.

于《阻断办法》的规定在遭遇第三国法律不当适用时将其认定为是一种特殊的“域外不当适用”？这些特殊情况无法通过直接参照《阻断办法》的内容文本得到直接适用，在司法实践中也可能存在较大争议和隐患，并且类似的问题在《反制裁法》[41]中也同样存在；后者的问题在于“外国法律和措施”的表述并未明确指向具体的法律，这与我国阻断法制度的立法模式有关，不同于欧盟《阻断条例》以清单形式载明予以否认的具体法律，我国阻断法制度并未建立明确的阻断清单，而是需要经过特定的工作机制[42]，经有关部门审核评估后作出决定，以此来判断是否达到阻断法制度的触发条件。这样的做法固然有其合理性，其相较于欧盟阻断法而言优势在于更具灵活性，当出现新形式的经济制裁时也能及时发挥功能；[43]缺陷则在于缺乏明确的内容指引可能导致行政和司法成本的不当增加以及相关企业在依照我国阻断法制度进行报告时的难度提升，进而导致适用层面的效力缺陷。[44]类似的问题在《反制裁法》第三条对于“歧视性限制措施”的表述中也有所体现，作为我国阻断法制度的核心条款，这种因不确定性而导致的歧义和适用障碍在面对核心内容同样带有明显宽泛性的 ACI 时或将被进一步放大，这并非说明我国目前的阻断法制度对 ACI 毫无应对功能，只是双方在处理争议时需要首先对核心概念进行解释和理清，暂且不论双方就相关概念达成一致或均持认可态度的可能性有多大，仅仅考虑程序因此在时效性上的缺失就足以对阻断法制度有效规制 ACI 产生不可忽视的负面影响；此外，我国阻断法制度针对的对象是“外国法律在我国境内的不当适用”，但如何界定这里的“不当”，我国相关法律文本中并未作出明确说明，国际层面就此问题也很难形成统一的评判标准，更多还是以一国自身利益考量并在其国内法中体现某种倾向。如此一来，证明 ACI 在适用时存在“不当”就成为了通过阻断法制度对其进行回应的必要环节，但这一环节的难度也是显而易见的。

其次，我国阻断法制度在适用层面因价值选择等影响因素存在“两难困境”，并且这种困境无论是对于私主体还是公权力机关而言都是客观存在的。对私主体而言，由于阻断法与制裁法在阻断国和制裁国都属于强制性规范，二者之间的冲突本质上仍是不同国家之间在政治、经济等多领域的综合博弈，是一种围绕国家公共利益和主权利益的对抗，但对于被卷入其中的私人实体来说却不得不面对“非此即彼”的选择。[45]制裁国通过制裁法的域外适用限制私主体的正常国际经济交往，将其排除在正常的经贸体系或市场之外以达成对这些主体所在国也即被制裁国的制裁效果，而被制裁国通过适用阻断法颁布禁令条款，为受影响的私主体提供了“选择”，即私主体此时需要根据实际情况自行决定是违反制裁法的规定转而通过本国阻断法规避制裁并寻求救济还是选择继续遵守制裁国法律，接受制裁国对其本国的单边经济制裁并承担因此违反本国阻断法规定的法律责任。通过《阻断办法》第十三条[46]、《反制裁法》第十四条[47]对于不遵守禁令或者不配合反制措施的责任规定可知，我国阻断法制度并非无条件保护相关私主体，而只是一种防御性工具，最终目的是为了实现将制裁国拉回谈判桌，恢复正常的经贸关系，在对抗中寻找平衡，这也是目前包括我国阻断法制度在内的阻断立法的共性价值取向。[48]然而，为了实现这一价值目标，目前阻断法制度的设计就会不可

---

41 参见《反制裁法》第一条、第三条、第十二条。
42 参见《阻断办法》第四条；《清单》第四条；《阻断办法》第七条。
43 叶研.欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03):50-66.
44 沈励.我国阻断和反制裁的立法完善及司法适用探究[J].法律适用,2023,(08):120-133.
45 汤诤,廖挺.阻断法的司法适用:性质、效力与法律冲突[J].法律适用,2022,(07):43-51.
46 参见《阻断办法》第十三条。
47 参见《反制裁法》第十四条。
48 刘桂强.阻断法的当代发展与价值选择[J].中国应用法学,2022,(02):183-196.

避免地将对抗层面的部分压力转移到私主体层面承担，由实际遭受制裁法影响的私主体结合自身经营情况、发展需求以及所在国的综合利益作出取舍。尽管我国阻断法制度中同样设置了豁免条款[49]和救济条款[50]，允许相关主体通过申请的方式获得豁免的权利，进而无需为自己继续遵守他国经济制裁法的规定承受我国阻断法制度下的法律责任，但从规定中设置的申请及说明义务可以推知，豁免仅在情况紧急、相关主体若违反他国制裁法可能将遭受远超自己承受能力范围的损害或成本时才能够成立，但这并不能完全消解私主体在选择时的一切成本和风险，一方面来说，我国阻断法制度内容规定上的模糊性在一定程度上增加了私主体在申请豁免时对于豁免理由、豁免范围等信息的收集和判断难度，变相增大了私主体的违法成本；另一方面来说，无论阻断是否可行，其实效往往与私主体关联甚微，更多取决于制裁国与阻断国之间的综合国力差距、经济联系程度等因素，即便存在救济措施，私主体因为反制裁法而遭到的源自制裁国的损失也很难通过国内救济措施予以完全弥补，这点在著名的“伊朗梅利银行诉德国电信公司案”[51]中已有清晰体现。

对公权力机关而言，“两难困境”体现在多组利益关系的平衡方面，第一为国家（经济体）间利益的平衡，或者说法律目标与政治目标间的平衡。由于阻断法与制裁法在法律目标上总呈现“针锋相对”之势，但阻断国的政治目标并非总是对两国关系的“破坏”或“放弃”，更多情况下倾向于“修复”，因此想要达成双重目标的实现就将对阻断国的司法与行政多部门多机关提出较高的要求；第二是阻断国国内私主体权益与国家权益的平衡，这主要是因为阻断法虽然为受外国经济制裁法影响的私主体创设了拒绝遵守外国法律的权利，也相应的增添了遵守本国阻断法的义务，而通过上述分析可知私主体在作出选择时已经承受了相当大的压力和负担，此时作为执行阻断法的公权力机关也必须要将私主体利益纳入考量，即使这种考量在很多情况下与保护本国利益的目标会发生冲突；第三是平衡我国实体与他国实体之间利益的平衡，由于阻断立法的目的之一是本国实体的合法利益，[52]但在经济制裁形式越发丰富的情况下，经济制裁影响传导的路径上可能存在其他国家的实体，此时若一味选择保护我国实体的利益，就可能会对牵扯其中的其他国家实体利益造成极大的损害，这既不符合我国阻断法制度的价值选择，同样也有违我国的外交政策和发展理念。

2.ACI 自身特性对阻断法制度的进一步弱化

因价值选择产生的问题在应对一般的经济制裁法时尚且无法得到解决，在面对带有“类制裁”的特殊属性的 ACI 时就可能进一步引发新的问题。在前文分析中可知，ACI 并不是典型的经济制裁法，或者说其并非“直接的”经济制裁法，而更像是一种“间接的”经济制裁法。ACI 表面上的价值选择同样是“回应或反击”，而并非“制裁”，其作用机制核心在于将第三国行为认定为“经济胁迫”，在这一基础上再通过应对措施实现制裁第三国的目的，也就是说 ACI 在形式上仍表现出一种“被动触发”的特点，需要建立在第三国先一步采取一定行为后才会被激活，在被激活前并不能直接认定 ACI 本身的规定属于制裁立法的范畴。在该视角下，ACI 与阻断法制度都相当于是一种“反击手段”，但在适用时存在先后关系，无论如何 ACI 的使用顺序都将晚于

[49] 参见《阻断办法》第八条、第九条；《清单》第十二条。
[50] 参见《阻断办法》第十一条。
[51] Case C-124/20,Bank Melli Iran v,Telekom Deutschland GmbH.
[52] 参见《反制裁法》第一条；《阻断办法》第一条；《清单》第一条。

阻断法制度，这就可能导致针对其所做的阻断立法尝试存在违反国际法上的国家主权原则的风险。

3.有效应对 ACI 的路径探析

综上，仅就目前 ACI 所表现出的性质和内容，结合我国目前的阻断法制度来看，若希望能在未来形成对 ACI 的有效应对模式，一方面要尝试解决阻断法制度固有的缺陷，另一方面也要有针对性的对 ACI 作出回应，二者关键点都在于突破欧盟对“经济胁迫”定义的“霸权”。“经济胁迫”并非是由欧盟创设的全新概念，其最初表现形式多为经济实力较强的发达国家通过一系列在国际贸易、国际投资等领域的强制性措施或限制手段干涉居于弱势的发展中国家的主权行为，特别是经济主权行为。然而近年来，随着以美国为首的部分西方国家大力鼓吹“中国威胁论”[53]，美欧等经济体开始尝试通过多种途径重塑“经济胁迫”的国际话语权，并作出不利于我国利益的解释，不当扩大这一概念的内涵及外延。[54]但“经济胁迫”在国际上还未形成通行解释或评判标准，[55]若在此时尝试对 ACI 等围绕“经济胁迫”这一概念开展的立法予以反制，可以尝试从相对微观的视角对“经济胁迫”这一具体概念进行解构亦或者从更加宏观的视角对反经济胁迫立法的性质进行认定。

国际上最早对“经济胁迫”这一概念作出界定的是古巴代表在 1948 年第九次美洲会议上的发言，其认为“经济胁迫”意味着一种作用在经济、金融领域或者带有商业性质的单边胁迫性措施。[56]这与当下经济制裁的内核是相类似的，而与 ACI 中对“经济胁迫”的概念大相径庭。在后续的联合国大会上，“经济胁迫”的概念才逐渐将侵蚀国家主权的行为纳入其中。[57]然而彼时的定义并未讨论“经济胁迫”与国际不法行为之间的关系，而 ACI 则充分利用了这一规定上的缺位，将“经济胁迫”表述为“干涉合法主权”的行为，如此一来，当欧盟的制裁行为并不当然违反国际法时，就能够借助 ACI 合理化其行为。举例而言，这种情况可能发生在欧盟对某一产业提供符合 WTO 规则下的补贴后，受其影响的第三国发起反补贴措施，进而被欧盟以 ACI 认定为是一种干涉其合法主权的“经济胁迫”行为进而对第三国采取应对措施，[58]实现“制裁”的目的。

因此，进一步细化“经济胁迫”在我国立法中的表述，将是应对 ACI 的必要举措。具体而言，这可以通过两种方式实现。其一是进一步完善我国阻断法制度中对于外国法律不当域外适用的解释。经前文分析，ACI 在国际法层面并不具备立法依据，而更多是基于欧盟内部的法律规范产生，其本质与一国国内法无异，在此种情况下若 ACI 试图将我国兼具国际法层面和国内法层面合法性的行为界定为是欧盟单边视角下的“经济胁迫”行为时，便可以将其认定为是一种效力范围的不当延伸，进而落入阻断法制度中关于外国法律不当域外适用的范围内对其效果予以否认；另一种尝试是我国自主构建反经济胁迫法，将其独立适用或纳入

---

53 该论调的核心观点在于主张中国经济持续的高速增长显示了中国比欧美的体制和发展模式更有效，中国将取而代之。在冷战结束后的很长时间内一直主导着西方尤其是美国的对华思维，并深刻影响着美国的对华战略。

54 杨钊.美欧经济胁迫话语重塑之路径分析与内在逻辑[J].国际法研究,2024,(04):122-142.

55 Darren J. Lim and Victor A. Ferguson,“Informal Economic Sanctions: The Political Economy of Chinese Coercion During the THAAD Dispute,” *Review of International Political Economy*, Vol. 29, No. 5, 2022, pp. 1527-1529.

56 Charles G. Fenwick,“The Ninth International Conference of American States,”The American Journal of International Law, Vol. 42, No. 3, 1948, pp. 553-567.

57 UN General Assembly, “2131(XX). Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty,” December 21, 1965; UN General Assembly, “2625 (XXV). Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance With the Charter of the United Nations,” October 24, 1970.

58 解楠楠.“反胁迫”还是“胁迫”：欧盟《反经济胁迫条例》评析[J].国际经济合作,2024,40(04):44-54+93.

阻断法制度内，在立法过程中提出同样符合国际法规范并兼顾中国利益的“经济胁迫”认定标准，同时否认他国单方面作出的“经济胁迫”认定，以此来弱化欧盟甚至是美国等其他有过反经济胁迫立法国家的话语权，或者在一定程度上增强我国与包含 ACI 在内的其他具有单边属性的反经济胁迫立法之间的对抗能力，进而减弱 ACI 在未来适用的可能性或增加其适用的成本，以此逐步消除其潜在负面影响。

无论采取何种方式，文章都是站在法学的单一视角去进行分析，无论是 ACI 本身还是目前针对国际经济秩序进行调整的法律，都无法避免其因内嵌的政治属性而存在其他可能折损其适用效力的风险。在应对包含 ACI 在内的新型贸易工具方面，中国的法律制度完善或许还有相当长的一段路要走。

参考文献：

1. 杨钊.美欧经济胁迫话语重塑之路径分析与内在逻辑[J].国际法研究,2024,(04):122-142.
2. 解楠楠.“反胁迫”还是“胁迫”：欧盟《反经济胁迫条例》评析[J].国际经济合作,2024,40(04):44-54+93.
3. 刘佳宸.《反外国制裁法》第十二条适用要件的情境分析[J].河南财经政法大学学报,2024,39(05):69-86.
4. 李思奇,金扬凯.欧盟《净零工业法案》对中国的影响及应对[J].国际贸易,2023,(10):35-45.
5. 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》（修订版），法律出版社 2023 年版，第 1-2 页。
6. 沈玫.阻断法与经济制裁法的对抗适用研究[J].北大国际法与比较法评论,2023,17(00):247-266.
7. 沈励.我国阻断和反制裁的立法完善及司法适用探究[J].法律适用,2023,(08):120-133.
8. 孙舒：《欧盟<反经济胁迫条例(草案)>的立法设计、适用风险及中国应对》，载《江西社会科学》2022 年第 42 卷第 5 期，160-170 页。
9. 解楠楠,张晓通,邢瑞磊.“经济强制”：理论批判与分析框架构建[J].国际展望,2022,14(03):79-96+159-160.
10. 刘桂强.阻断法的当代发展与价值选择[J].中国应用法学,2022,(02):183-196.
11. 丁汉韬.论阻断法的实施机制及其中国实践[J].环球法律评论,2022,44(02):176-192.
12. 汤诤,廖挺.阻断法的司法适用:性质、效力与法律冲突[J].法律适用,2022,(07):43-51.
13. 胡子南：“欧盟推出外国财政补贴新监管机制的动向、影响和应对”，《国际贸易》，2021 年第 4 期，第 75 页。
14. 杜涛,周美华.应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从《阻断办法》到《反外国制裁法》[J].武大国际法评论,2021,5(04):1-24.
15. 廖凡.比较视角下的不可靠实体清单制度[J].比较法研究,2021,(01):167-179.
16. 廖诗评.《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的属事适用范围[J].国际法研究,2021,(02):44-62.
17. 叶研.欧盟《阻断法案》述评与启示[J].太平洋学报,2020,28(03):50-66.
18. 谢冬慧.欧盟法:超国家法的变迁及其发展机理[J].太平洋学报,2013,21(10):1-7.
19. 张淞纶.胁迫制度的经济分析以违法性与制裁为核心[J].中外法学,2018,30(03):632-650.
20. 王虎华：《国际公法学》，北京·北京大学出版社，2008 年版，第 149 页。
21. 雷益丹.论欧盟条约中的辅助性原则[J].西南政法大学学报,2007,(01):58-64.
22. 史国普.“超国家法”与“国家法”——欧盟法与欧盟成员国国内法的关系[J].安徽师范大学学报(人文社会科

学版),2007,(01):87-92.

23. 张乃根.试析《国家责任条款》的“国际不法行为”[J].法学家,2007,(03):95-101.

24. 陈喜峰.简论欧盟法中的相称性原则[J].法学评论,2003,(05):80-85.

25. 程宗璋.论英美法上的诚实信用原则及其启示意义[J].太原理工大学学报(社会科学版),2003,(01):9-13.

26. Patrick C.R. Terry, “Enforcing U,S, Foreign Policy by Imposing Unilateral Secondary Sanctions:Is Might Right in Public International Law", *Washington International Law Journal*, Vol. 30, No. 1.pp.1-27, here p.25.(2020)

27. Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law* (Second Edition), 0xlord University Press, p. 850.(2008)

28. Gary Clyde Hufbauer *et al., Economic Sanctions Reconsidered* (Third Edition), Peterson Institute for International Economics, p. 3.(2007)

29. Skinner, Louvin H. "National Solid Wastes Management Association v. Alabama Department of Environmental Management: Environmental Protection and the Commerce Clause—Is Environmental Protection a Legitimate Local Concern." *Loyola Law Review* 37: 189. (1991)

30. E. Allan Farnsworth, “Coersion in Contract Law”, *University of Arkansas At Little Rock Law Journal*, Vol.5, No.3, 1982, p.331.

31. Robert Eyler, Economic Sanctions: International Policy and Political Economy at Work, pp. 35-58, 85-123.

32. Tom Ruys & Felipe Rodriguez Silvestre, *Economic Statecraft: A Closer Look inside the European Union's Expanding Toolbox*, 51 GA. J. INT'l & COMP. L. 647 (2023).

33. Thomas Verellen, *Imperial Presidency versus Fragmented Executive? Unilateral Trade Measures and Executive Accountability in the European Union and the United States*, 24:7 German LJ 1127.(2023)

34. Peter Tutto, An Eye for an Eye? The European Commission's Proposal for an Anti-Coercion Instrument and What It Means for Member States, 2022 ELTE L.J. 103 (2022).

35. Mihai Ioachimescu-Voinea, EU's Long Arm of Sanctions - The Anti-Coercion Instrument, 12 LAW REV. 85 (2022).

36. Bouet, A. , & Metivier, J., Is the dispute settlement system, 'jewel in the wto's crown', beyond reach of developing countries? Review of world economics, Vol. 1, P. 1-38 (2020).

37. John Ragosta, Navin Joneja & Mikhail Zeldovich, WTO Dispute Settlement: The System Is Flawed and Must Be Fixed, 37 INT'l L. 697 (2003).

38. Stephen C. Neff, The Law of Economic Coercion: Lessons From the Past and Indications of the Future, 20 COLUM. J. TRANSNAT'l L. 411 (1981).

39. Canic, Dimitrije, The Balkan Loophole: China's Potential Circumvention of EU Protectionism, University of Miami Business Law Review, Vol. 27, Issue 1, p. 99-128 (2018).

Abstract: This paper primarily adopts a Chinese perspective to undertake a qualitative analysis of Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the United and its Member States from economic coercion by third countries (hereinafter referred to as "ACI"). By delving into the legislative background, content configuration, and legal bases of the ACI, the paper reveals its role and position within the EU's external trade defense system and systematically evaluates its characteristics as akin to sanctions. It concludes that the ACI distinctly exhibits unilateral and punitive traits and should be recognized as a quasi-sanction law rather than a defensive law. Additionally, the paper explores the deficiencies in China's current countermeasures under the blocking statute system and the prospective tailored approaches for addressing the ACI.

In recent years, the rise of global trade protectionism and escalating geopolitical conflicts prompted the EU to propose the ACI in 2021, which took effect at the end of 2023. The ACI, with its broad applicability and compulsory measures, represents a novel external trade defense instrument aimed at protecting the EU and its member states from economic coercion by third countries. An analysis of the external risks and internal pressures facing the EU clarifies the legislative background and the real-world implications of the ACI.

The paper further dissects the legal foundations of the ACI, starting from the principles of exclusive jurisdiction, subsidiarity, and proportionality. It provides a detailed evaluation of the EU's use of the ACI as a countermeasure tool and identifies potential issues and disputes at the level of international law.

Moreover, the paper delves deeply into the quasi-sanction nature of the ACI. By interpreting certain key terminologies and comparing core concepts against the traditional definitions and characteristics of economic sanctions, it analyzes the structural and functional similarities between the ACI and conventional economic sanctions. Despite its defensive claims, the compulsory and extensive measures of the ACI, along with its potential economic impact on third countries, exhibit unilateral and punitive properties typical of sanction laws. From a Chinese perspective, this undermines its legitimacy as a trade defense tool, advocating instead for its classification as a quasi-sanction law.

Finally, the paper examines the shortcomings of China's current response to the ACI under the blocking statute system and discusses potential counter-strategies. Considering the possible adverse effects of the ACI on China's foreign trade, it proposes strategies including, but not limited to, legal counteractions, promoting multilateral trade negotiations, and enhancing domestic economic policies. These strategies aim not only to mitigate the negative impacts of the ACI but also to enrich and refine China's legal toolbox against foreign sanctions, thus maintaining and advancing its rights and development space in the international trade system.

Through this study, we observe how the ACI, as a new tool in the EU's international economic arsenal, unfolds its complexities and challenges in international legal interactions and global economic practices, providing a theoretical basis and practical guidance for China to formulate more precise and effective countermeasures.

Keywords: Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the United and its Member States from economic coercion by third countries, economic sanctions, qualitative analysis, Chinese responses.

美国出口管制法的外国物项管辖规则：法理检视与中国方案

阮淑慧*

摘要：近年来，美国不断强化对外国物项的域外管辖力度，运用最低含量规则、FDP 规则和“美国人活动”规则，分别以作为原料投入的美国物项、作为生产工具的美国物项以及参与生产过程的“美国人”为连接点，扩张对外国物项的域外管辖权。从 WTO 法来看，相关规则违反了最惠国待遇原则，且难以适用“安全例外”条款排除相关措施的违法性。从习惯国际法原则来看，美国基于模糊而泛化的“国家安全”理由，以“可想象到的最微弱联系点”无限扩张外国物项管辖范围的行径，超出了各项管辖权原则及国际礼让原则所允许的合理限度。从法经济学的视角来看，此种过度扩张是基于泛化的国家安全关切，做出的有违经济理性的制度选择。为提高中国出口管制措施的有效性，中国也应适时探索建立外国物项管辖规则，但须遵循相关法律原则的指引，保持域外管辖的合理限度。

关键词：出口管制；域外管辖；最惠国待遇原则；习惯国际法原则；法经济学

一、问题的缘起

大国行使域外管辖是全球化背景下跨国活动日益紧密的必然结果，其存在具有一定的合理性。[1]但与此同时，需要将域外管辖限制在一个合理的范围内，才能平衡好管辖国的国家安全关切与全球经贸合作的正常开展，避免引发无序的管辖权竞争与国际经贸争端。然而，美国近年来不断扩张《出口管制条例》（EAR）中的域外管辖规则，频频对中国企业采取歧视性措施，日益超越国际法所允许的合理限度，引发了中美之间的一系列经贸争端。

例如，2016 年美国商务部认定中兴通讯股份有限公司（“中兴通讯”）违反美国禁令，向伊朗出售搭载美国技术和软件的产品，对中兴通讯及其三家关联公司实施出口管制。2020 年 5 月，针对华为量体裁衣地修改了外国直接产品（FDP）规则，进一步强化对华为

* 阮淑慧，武汉大学国际法研究所博士研究生，上海 WTO 事务咨询中心助理研究员。

[1] Louis D’Avout, “L’extraterritorialité du droit dans les relations d’affaires”, *La semaine juridique,* Vol.42, p.11, 2015.

使用美国技术和软件的限制范围。[2]此后，美国又不断针对半导体等关键与新兴技术升级出口管制规则，包括 2022 年 10 月发布的《对向中国出口的先进计算和半导体制造物项实施新的出口管制》（“2022 年 10 月 7 日新规”），以及 2023 年 10 月发布出台《实施额外出口管制：某些先进计算物项、超级计算机与半导体最终用途、更新和修改临时最终规则》（“2023 年 10 月 17 日新规”）等 EAR 的修订法规，通过扩充最低含量（de minimis）规则和 FDP 规则的辐射范围，以及限制“美国人”参与相关生产活动的“美国人活动”（U.S. Persons' Activities）规则，将越来越多的外国物项及其生产活动，都纳入美国出口管制法律体系的规制范畴。美国在半导体领域针对中国实体扩大管制范围、拓展域外管辖的做法严重影响中国的合法贸易利益，中国已在 WTO 提起争端解决请求。[3]

美国出口管制法律体系的域外管辖在本质上是一种立法管辖权，此种公法的域外适用以单边主义法律适用为基础，以明示立法的方式确立法律域外适用的范围。[4]具体而言，其域外适用范围可分为两个方面。一方面是管辖美国境内物项或美国原产物项（商品、技术、软件等）[5]再出口或视同出口的域外交易，美国对其强化域外管辖的路径主要是通过扩充“实体清单”（Entity List）等管制对象清单，以“最终用户”和“最终用途”来限制其在另一国境内的再出口或视同出口行为。另一方面是管辖利用美国物项在美国领土之外生产的外国物项[6]，美国对其强化域外管辖的路径主要是通过创设最低含量规则、FDP 规则以及“美国人活动”等规则，来规制外国物项使用美国商品、技术和软件的情形与范围。由于前者的管辖权扩张主要是通过增加管制对象来实现，涉及的域外管辖规则较为直接，因此本文将着重于分析后者的管辖权扩张路径，讨论美国对于外国物项的域外管辖规则及其合理性。

国内外学界对域外管辖的一般性法理分析已做了诸多有益探索[7]，也初步关注到了美

---

[2] BIS, “Export Administration Regulations: Amendments to General Prohibition Three (Foreign-Produced Direct Product Rule) and the Entity List”, https://www.federalregister.gov/documents/2020/05/19/2020-10856/export-administration-regulations-amendments-to-general-prohibition-three-foreign-produced-direct, last visited on August 29,2024.

[3] DS615, United States - Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies(In consultations on 12 December 2022).

[4] 宋晓：“域外管辖的体系构造: 立法管辖与司法管辖之界分”，《法学研究》2021 年第 3 期，第 181 页。

[5] EAR § 734.3(a)(1)、(2).

[6] EAR § 734.3(a)(3)-(5).

[7] 参见肖永平：“‘长臂管辖权’的法理分析与对策研究”，《中国法学》2019 年第 6 期，第 39-65 页；廖诗评：“国内法域外适用及其应对———以美国法域外适用措施为例”，《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 166-178 页；陈靓：“法律域外适用制度：生成与实施逻辑”，《中国法律评论》2024 年第 2 期，第 114-127 页。Louis D’Avout, “L’extraterritorialité du droit dans les relations d’affaires”, *La semaine juridique,* Vol.42, p.11, 2015. Harvard Law Review, “Developments in the law - Extraterritoriality”, *Harvard Law Review* ,Vol.124, No.5, 2011, pp.1226-1304.

国出口管制的域外管辖规则[8]及其对中国的影响[9]，并提出了中国完善《出口管制法》域外管辖的构想[10]，为本文的研究提供了重要参考。但现有研究尚未从域外管辖的一般性讨论中剥离外国物项管辖规则的特殊性。本文所讨论的外国物项管辖规则是指一国通过国内法的域外适用对本国境外生产的外国物项建立管辖权的规则，属于立法管辖权中的域外管辖。当前，美国拥有全球主要经济体中最复杂而全面的外国物项管辖规则，且这些管辖规则中有诸多为中国量体裁衣的条款。为此，本文将首先分析美国如何通过各项规则设计，强化针对外国物项的域外管辖。继而依次从 WTO 的最惠国待遇原则、以及习惯国际法的管辖权原则和国际礼让原则等视角对其进行法理分析，剖解其超出相关法律原则所允许的合理限度之处。同时结合法经济学的视角，分析其有违经济理性之处，以及违反的动因。最后结合前述法律原则以及对美国相关规则的评析，尝试提出中国在探索建立外国物项管辖规则时须遵循的法律原则，以及探索完善相关规则的路径方案。

二、美国对外国物项实施域外管辖的规则路径

美国出口管制法律体系对外国物项实施域外管辖提供了明确的立法基础和执法规则。在立法层面，ECRA 作为美国出口管制法律体系的立法基础，授权美国商务部从质量（in quality）上评估某一外国物项是否相当于本法所管控的物项，以及从数量上(in sufficient quantities)评估其是否足以影响美国出口管制的有效性。[11]在执法层面，EAR 设立了最低含量规则、外国直接产品（FDP）规则和“美国人活动”规则，分别以作为原料投入的美国物项、作为生产工具的美国物项以及参与生产过程的“美国人”等连接点，来拓展美国出口管制法律体系的域外管辖范围。

（一）最低含量规则：以作为原料投入的美国物项为连接点

随着全球价值链的发展，商品的全球化生产决定了最终产品必然包含来自不同国家的零部件与中间品，尖端高新技术产品所属的全球创新价值链更是具有多元化的国家参与。[12]美国出口管制法中的最低含量（de minimis）规则正是利用了全球创新价值链的这一特点，

---

[8] See Joop Voetelink, “The Extraterritorial Reach of US Export Control Law. The Foreign Direct Product Rules”, Vol.1, No.1, *Journal of Strategic Trade Control*, 2023, pp.1-23. Carrie Shu Shang, “Mapping Export Control Extraterritoriality in the US-China Technology Decoupling”, Vol.58, No.4, *Journal of World Trade* ,2024, pp.545-570. Joop Voetelink, “Limits on the Extraterritoriality of United States Export Control and Sanctions Legislation”, in *Netherlands Annual Review of Military Studies* (R. Beeres et al. eds.), 2021, pp.187-214.

[9] 参见程慧、刘立菲：“美国出口管制外国直接产品规则及对我影响研究”，《对外经贸实务》2023 年第 11 期，第 4-19 页；葛晓峰：“从华为案探究美国对中国出口管制的本质”，《国际经济合作》2022 年第 1 期，第 60-67 页。

[10] 参见刘瑛、李琴：“《出口管制法》中的域外适用法律规则及其完善”，《国际经济评论》2021 年第 4 期，第 51-74 页。王淑敏、佳晨：“中国出口管制立法的现状、存在的问题及因应”，《海关与经贸研究》2023 年第 9 期，第 5-9 页。

[11] ECRA SEC. 104(6)

[12] McKinsey Global Institute, “Globalization in transition: The future of trade and value chains”, January 16,

以外国物项的原料投入包含特定含量的美国管控物项为连接点，对美国域外生产的外国物项建立管辖权。

根据 EAR 规定，如果非美国生产的物项包含的受控美国物项超过特定比例，包括美国原产物项（商品、技术、软件）与外国物项之间发生的吸收（incorporate）、混合（commingle）、绑定（bundle）等结合情形，则该外国物项也会受到 EAR 的管辖。[13]例如一款日本原产的服务器，其中含有美国原产的芯片，而该芯片占该服务器的总价值之比超过 25%，且该美国原产的芯片出口到相关目的地会受到管控，则该日本原产的服务器在向特定目的地出口时须向美国申请许可证。对于特定的敏感管控物项，无论其含量多少，外国物项只要包含该成分就会受到 EAR 约束，例如美国“2023 年 10 月 17 日新规”包含的《半导体制造设备临时最终规则(SME IFR)》为某些光刻设备设置了 0%的最低含量规则，即任何使用受管制光刻设备的产品，无论其含量多少，都将受到 EAR 管辖。[14]不同的物项因其管控的严格程度有异，而适用不同的最低含量规则，具体如下表所示。

表 1　EAR 最低含量规则的比例及物项要求

比例	物项
25%	如果包含“美国成分”的外国物项并非向属于 E:1 或 E:2 国家组别的国家再出口，都将适用 25%的门槛规则（E:1 国家包括叙利亚、朝鲜、伊朗、苏丹支持恐怖主义国家；E:2 国家为受到单边禁运的古巴）。
10%	如果不满足 25%的门槛，同时又不属于排除适用最低含量规则，将适用 10%的豁免门槛。
0%	0%是指对于高性能计算机、军事产品等列出的特定关注物项，无论含量多少，只要包含美国成分，就要受到出口管制。

（资料来源：作者根据 EAR 第 734.4 条整理所得）

通过设置最低含量规则甚至“零含量规则”，EAR 为原产于美国的物项作为中间品或零部件而制造的外国产品赋予了“美国国籍”，该项规则也被称为“规随物动”（rule follows the part）。[15]美国以物项含量为连接点对交易主体行使管辖权，将“动产随人”“动产附骨”变成了“人随动产”“骨附动产”，从而将管辖权附着于物项之上，借由物项的跨境流动实现管辖权的全球扩张。这一“规随物动”的现象不仅存在于美国物项作为原料投入的外国生产制造活动中，还存在于美国物项作为生产工具开展的外国物项生产活

2019, https://www.mckinsey.com/featured-insights/innovation-and-growth/globalization-in-transition-the-future-of-trade-and-value-chains, last visited on September 2, 2024.

[13] EAR § 734.3(a)(3).

[14] BIS, “Commerce Strengthens Restrictions on Advanced Computing Semiconductors, Semiconductor Manufacturing Equipment, and Supercomputing Items to Countries of Concern”, October 17, 2023, https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/newsroom/press-releases/3355-2023-10-17-bis-press-release-acs-and-sme-rules-final-js/file, last visited on August 21, 2024.

[15] Joop Voetelink, “The Extraterritorial Reach of US Export Control Law. The Foreign Direct Product Rules”, Vol.1, No.1, *Journal of Strategic Trade Control*, 2023, pp.1-23.

动中。

（二）外国直接产品规则：以作为生产工具的美国物项为连接点

在全球价值链的发展中，商品的全球化生产不仅需要来自不同国家的零部件与中间品，更需要不同国家贡献的专业知识与技术，尤其是在数字经济时代，美国所持有的先进技术和软件为半导体等众多技术密集型产业提供了核心的生产工具。美国正是利用其先进技术和软件的广泛应用性，设置了外国直接产品规则（“FDP 规则”），以技术和软件等生产工具为连接点，对利用美国技术和软件在外国制造的物项实施域外管辖。

根据 EAR 规定，位于美国境外的外国生产物品，如果是特定美国来源的技术或软件的直接产品，或者生产该物项的工厂或工厂的主要设备属于特定“技术”或“软件”的直接产品时，则须向美国申请出口管制许可。[16]但 FDP 规则的设计极为复杂，判断某一外国物项是否因该规则受到管制时，需结合产品范围及特定目的地和最终用户两个条件来判断，只有在两个条件同时满足的情况下，该物项的出口活动才会受 EAR 限制。也就是说，若外国产品符合某一 FDP 规则而被列入 EAR 的管辖范围，不一定意味着其受到出口许可要求，比如其出口的最终目的国不在该规则的特定国家组别之列，则该产品就不会受到 EAR 管辖。[17]例如在台湾生产的集成电路板，如果利用了美国的芯片设计技术，则其在向中国出口时也要受到美国的出口管制，在向欧盟出口时可豁免许可证要求。

目前 EAR 共包含了 9 项 FDP 规则（见表 2），从不同的管控政策、产品范围、特定目的地及最终用户等不同角度，对使用美国物项生产的外国物项出口许可设定了不同的规则。目前直接涉及对华出口管制的 FDP 规则有六项，包括：国家安全 FDP 规则、9x515 FDP 规则、600 系列 FDP 规则、实体清单外国 FDP 规则、先进计算 FDP 规则和超级计算机 FDP 规则。在前三项规则中，中国因被标记为 D:1 或 D:5 组别国家，而被列入管制对象；而后三项规则为近年来美国针对中国专门制定的 FDP 规则，中国及相关中国实体为主要管制对象。例如，美国在 2020 年 5 月针对华为专门制定出“脚注 4:实体清单 FDP 规则”，并在“2022 年 10 月 7 日新规”中将该规则扩大适用至 28 个中国实体，同时新增先进计算 FDP 规则和超级计算机 FDP 规则，专门针对中国制定先进计算与超级计算机领域的外国物项管辖规则。

表 2　EAR 中的外国直接产品规则

条款	外国直接产品规则名称

[16] EAR § 734.3(a)(4)-(5).

[17] 程慧、刘立菲：“美国出口管制外国直接产品规则及对我影响研究”，《对外经贸实务》2023 年第 11 期，第 4-19 页。

EAR§734.9（b）	国家安全外国直接产品规则
EAR§734.9（c）	9x515 外国直接产品规则
EAR§734.9（d）	600 系列外国直接产品规则
EAR§734.9（e）	实体清单外国直接产品规则
EAR§734.9（f）	俄罗斯/白俄罗斯外国直接产品规则
EAR§734.9（g）	俄罗斯/白俄罗斯军事最终用户外国直接产品规则
EAR§734.9（h）	先进计算外国直接产品规则
EAR§734.9（i）	超级计算机外国直接产品规则
EAR§734.9（j）	伊朗直接产品规则

（资料来源：作者根据 EAR 整理）

（三）“美国人活动”规则：以参与生产活动的美国人为连接点

在最低含量规则以及 FDP 规则的约束下，用于物项生产的中间品、技术和软件都成为了美国拓展域外管辖范围的连接点。然而，技术密集型产品的生产，尤其是尖端技术和软件的使用还需要依靠专业人才。因此，本以物项出口为主要规制对象的美国出口管制法还发展出了具有属人管辖性质的“美国人活动”规则，以美国人的参与为连接点，对美国人在全球范围内“促进”或“支持”受管制物项生产的活动进行规制，拓展出口管制的域外管辖范围。

美国出口管制法的“美国人活动”规则由来已久。EAR 在 1949 年就限制了在海外的美国人发布源于美国的特定技术数据（technical data）[18]。在上世纪八十年代，美国借由“美国人活动”规则扩张域外管辖权的行径曾引发与西方经济体的“西伯利亚管道案”国际争端[19]。1981 年，美国决定对波兰及苏联进行经济制裁，里根总统根据 1977 年《出口管理法》禁止“受美国管辖的任何人”向前苏联出口或再出口原产于美国的产品、服务和技术资料，用以建设前苏联的西伯利亚石油和天然气输送管道。[20]1982 年 6 月，美国又通过一项修订案，将出口管制的域外管辖对象扩大至由美国公司或公民所有或控制的外国公司；该项修订案还提出了国家安全 FDP 规则的前身，即禁止外国人使用“美国技术数据”制造的外国物项出口至苏联。该项修订案引发了发达经济体的广泛反对。欧洲共同体（“欧共体”）随即发函谴责美国的措施侵犯了欧共体主权，违反了国际法，“因为其不能有效地基于国际法中任何公认的管辖权依据”。[21]英国政府根据 1980 年《贸易利益保

[18] Harold J. Berman and John R. Garson, “United States export controls. Past, present, and future”, *Columbia Law Review,*Vol. 67, No.5, 1967, pp.791-890.
[19] J. Ashley Roach, “Extraterritorial Application of U.S. Export Controls. The Siberian Pipeline”, *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), Vol.77,1983, pp.252-264.
[20] Anonymity, “Extraterritorial Application of United States Law: The Case of Export Controls”, *University of Pennsylvania Law Review,* Vol.132, No.2, 1984, pp.355-390.
[21] European Communities, “Comments on the U.S. Regulations concerning trade with the U.S. S.R.”, 1982, para. 30, https://www.jstor.org/stable/20692489, last visited on September 15, 2024.

护法》，命令国内受影响的公司不得执行美国的禁令。荷兰法院在 Compagnie Européenen des Pétroles S.A. v. Senor Nederlands 一案中也判定美国的域外管辖缺乏国际法依据。[22]最终，美国经过与欧共体及其他西方经济体的政治协商达成了协议，于 1982 年 11 月撤销了该项修订案。[23]

随着人员海外流动的日益频繁与生产活动的日益丰富，“美国人活动”规则的管制范围逐渐从“发布技术数据”泛化为各类“促进”与“支持”活动，尤其是针对半导体等需要进行全球创新合作的产业。针对半导体产业的“美国人活动”规则缘起于“2022 年 10 月 7 日新规”，并在“2023 年 10 月 17 日新规”中得到进一步发展。根据 EAR 第 744.6(c) 条的规定，“美国人”在涉及向中国运输、传输、转移或服务可能用于特定集成电路开发或生产的非 EAR 管辖物项时，需要获得 BIS 的许可。因为受 EAR 管辖的物项本身就需要获得美国出口管制的许可证，此处的“美国人活动规则”是专门针对美国人参与和中国相关的集成电路开发或生产活动的一般性限制。该规则对于“美国人”的界定范围较为广泛，包括任何美国公民、享有永久居留权的外国人、难民等受保护的个人以及根据美国法律设立的实体（包括其外国分支机构）和位于美国境内的任何实体和个人。

“美国人活动”规则目前也仍在动态变化中。2024 年 7 月 25 日，美国商务部发布两项拟议规则，计划进一步增加对“美国人”活动的管控。其中《出口管理条例：美国人的犯罪控制及扩展/更新拟议规则》更新了“外国安全最终用户”（FSEU）一词的定义，将范围扩展至几乎所有执行国家强制力的机关，甚至包括了所谓的鉴定中心、实验室等；限制“美国人”向 FSEU 以及标注脚注 8 的实体提供“支持”。[24]另一项《基于最终用途和最终用户的出口管制，包括美国人活动管制：军事和情报最终用途和最终用户》[25]，拟修订 EAR 中与军事最终用途和最终用户的管控规则，包括“美国人”相关活动的限制，以管控“美国人”对某些军事最终用户、军事支持最终用户、军事生产活动以及某些情报最终用户的支持。

三、WTO 法视角下的合法性检视

[22] 徐崇利：“美国及其他西方国家经济立法域外适用的理论与实践评判”，《厦门大学法律评论》2001 年第 1 期，第 268 页。

[23] National Archives and Records Administration,“Export licensing: Soviet Union and Poland; export controls rescission”, Federal Register: 47 Fed. Reg. 51851, Thursday, 1982, https://www.loc.gov/item/fr047223/, last visited on August 3, 2024.

[24] BIS, “Export Administration Regulations: Crime Controls and Expansion/Update of U.S. Persons Controls”, July 29, 2024, https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2024-07-29/pdf/2024-16498.pdf, last visited on August 3, 2024.

[25] BIS, “End-Use and End-User Based Export Controls, Including U.S. Persons Activities Controls: Military and Intelligence End Uses and End Users”, July 29, 2024, https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2024-07-29/pdf/2024-16496.pdf, last visited on August 3, 2024.

WTO 法律体系作为国际贸易领域唯一具有强行法特征的多边法律规则，对成员的出口管制措施具有约束力。但 WTO 关注的重点是削减关税壁垒和扩大市场准入，对成员大量实施两用物项的出口管制缺乏足够关注。[26]而且 WTO 法建立于传统的国际产业分工基础之上[27]，对全球价值链发展中各国的海外利益扩张和域外管辖规则更缺乏认识。因此，WTO 法缺少专门针对出口管制域外管辖规则的纪律要求。WTO 与出口管制相关的规定散见于《1994 年关税与贸易总协定》（GATT 1994）、《与贸易有关的投资措施协定》（TRIMS）和《服务贸易总协定》（GATS）的诸多条款之中，关于出口贸易的纪律缺乏专门性和体系性[28]。最惠国待遇原则作为 WTO 的基石性法律原则，是多边贸易领域的一条总体指导原则，适用于贸易的各个领域[29]，自然也适用于出口管制的域外管辖规则。但事实上，出口管制作为一国基于国家安全实施的出口贸易限制措施，除针对少数物项的全面出口禁令外，大多数措施专门针对特定国家的特定物项，因而天然具有违反最惠国待遇的违法性。此种违法性能否通过援引 GATT 1994 第 21 条的“安全例外”条款予以排除，须根据具体情形进行讨论。

（一） 最惠国待遇原则视角下的违法性

GATT 1994 第 1.1 条奠定了普遍最惠国待遇的一般要求，规定对于关税、进出口手续及其他有关事项的法律法规方面，任何成员给予源自或运往任何其他国家的任何产品的任何利益、优惠、特权或豁免，应立即无条件地给予源自或运往所有其他成员领土的同类产品。GATT 1994 第 13 条是关于进出口数量限制的非歧视要求，规定任何成员对同类产品的出口禁止或限制应适用于所有成员。此外，GATS 第 2 条规定了服务贸易的最惠国待遇要求，第 6 条进一步明确，所有影响服务贸易的普遍适用措施应以合理、客观和公正的方式实施。上述条款共同构成了约束出口管制域外管辖规则的最惠国待遇要求，也是中国在 WTO 诉美国半导体限制措施案中的部分法律基础[30]。中国在诉请中列举了美国大量对中国具有歧视性的出口管制措施，其中 FDP 规则和“美国人活动”规则属于本文所研究的外国物项管辖规则，而前述介绍的最低含量规则因不具有明显的对华歧视性，也缺少对应的

---

[26] Baris Karapinar and Kateryna Holzer, “Legal Implication of the Use of Export Taxes in Addressing Carbon Leakage: Competing Border Adjustment Measures”, *New Zealand journal of public and international law,* Vol.10,No.1,2012, p.17.

[27] 赵海乐：“国家责任视角下的贸易救济‘牵连化’现象研究”，《国际商务研究》2022 年第 4 期，第 81 页。

[28] 孙安艺、胡加祥：“出口管制安全化扩张与多边贸易体制规制”，《国际法研究》2024 年第 3 期，第 65 页。

[29] 张丽英著：《世界贸易组织法律制度与实践》，高等教育出版社 2012 年版，第 141 页。

[30] United States-Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies, Request for Consultations by China(Addendum), WT/DS615/1/Rev.1/Add.1

WTO 法律规则约束，因而未纳入诉请范围。因此本部分将重点分析 FDP 规则和“美国人活动”规则是否符合最惠国待遇原则的要求。

1. FDP 规则的最惠国待遇检视

美国 FDP 规则的三项细分规则，包括实体清单 FDP 规则、先进计算 FDP 规则以及超级计算机 FDP 规则，都将中国以及相关中国实体列为主要管制对象，适用“推定拒绝”的严格许可规则，而对日本、欧盟及韩国等美国盟友则予以许可证的例外豁免或“推定许可”的宽松许可规则，使得中国在进口美国的同类产品乃至使用美国同类产品在第三国进行生产活动的过程中，都受到了歧视性的差别待遇，涉嫌违反 GATT 1994 第 1.1 条及第 13 条关于最惠国待遇的规定。

以半导体产业为例，FDP 规则是美国针对中国实体着重扩张域外管辖的重要抓手。美国在 2020 年 5 月曾针对华为量体裁衣地制定了“脚注 4:实体清单 FDP 规则”，扩大了对华为使用美国技术和软件的限制范围[31]。在此项规则修改之后，台积电无法继续为华为代工 5G 芯片，华为只能向其他海外代工厂求购并非华为设计或开发的芯片。2020 年 8 月 17 日，BIS 再次修改 FDP 规则，删除前述规则“仅限于华为设计或开发的物项”的范围界定，导致华为也不能从联发科求购 5G 芯片。[32]“2022 年 10 月 7 日”新规又增加了 28 个中国实体适用“脚注 4:实体清单 FDP 规则”，涉及 18 个管控物项，使更多中国企业受到与华为同样严格的 FDP 规则管控要求，进一步扩大了对中国实体的歧视范围。目前，所有被标记“脚注 4”而适用更严格 FDP 规则的实体都是中国实体，其他国家的实体并未受到同等严格的出口管制措施，充分体现出该项规则对中国实体的歧视性。

此外，在先进计算技术和超级计算机领域，中国也受到了美国外国物项管辖规则的歧视。“2022 年 10 月 7 日新规”增加的先进计算 FDP 规则和超级计算机 FDP 规则，严格规制在域外利用美国先进计算技术和超级计算机生产的相关产品并最终出口到中国的行为，而不对出口到其他国家的外国物项生产行为施加同等严格的限制，再次凸显了美国出口管制外国物项管辖规则的对华歧视性，违反了最惠国待遇原则。

2. “美国人活动”规则的最惠国待遇检视

“美国人活动”规则并非直接针对货物贸易的限制措施，而是通过限制美国的自然人或法人的跨境活动，即模式一“跨境提供”和模式三“商业存在”，来施加针对外国物项

[31] BIS, “Export Administration Regulations: Amendments to General Prohibition Three (Foreign-Produced Direct Product Rule) and the Entity List”, May 19, 2020, https://www.federalregister.gov/documents/2020/05/19/2020-10856/export-administration-regulations-amendments-to-general-prohibition-three-foreign-produced-direct, last visited on August 8, 2024.

[32] 葛晓峰：“从华为案探究美国对中国出口管制的本质”，《国际经济合作》2022 年第 1 期，第 61 页。

的域外管辖权。“美国人活动”规则也明显是针对中国而设，对其他盟友国家设置了排除规则，未能以合理、客观和公正的方式实施影响服务贸易的普遍适用措施，涉嫌违反GATS第2条和第6条发规定。

具体而言，美国在“2022年10月7日新规”中首次限制了“美国人”在中国的晶圆厂支持或促进特定集成电路开发或生产的活动，而其他任何国家没有受到类似的明确限制。“2023年10月17日新规”又进一步明确了“美国人活动”规则的物项范围和行为边界，例如排除了特定行政和文员活动；同时调整了“美国人”规则限制的国别范围，明确排除了总部设在美国或美国盟国[33]的公司所雇佣的美国人，前提是这些公司并非由总部设在中国或其他武器禁运国家的公司所拥有。借助这项排除措施，“美国人活动”规则可以更好地缓解该规则对盟友的不利影响，同时更精准地在跨境服务贸易中以歧视性方式针对中国的半导体产业实施域外管制。

（二） 安全例外条款不可用于排除涉案措施的最惠国待遇违法性

在WTO框架下，成员以国家安全为由实施的贸易管控措施，可通过援引GATT第21条的“安全例外”条款，来排除其背离WTO法律义务的违法性，为相关措施提供合法性依据。因此，“安全例外”条款也被称为“逃避条款”（Escape Clause）[34]。美国近年来频繁引用该条款以“逃避”其WTO法律义务，也是在迄今为止的WTO争端解决实践中唯一自始至终明确主张安全例外争端不可裁判的成员。[35]例如，在由美国“232关税措施”引发的系列“美国钢铝措施案”[36]中，美国坚持认为对其“国家安全”范围以及采取何种措施维护国家安全具有完全的自裁决性，不接受WTO争端解决机构等国际司法机构对其施加的善意证明义务。但相关案件的专家组报告指出，援引“安全例外”条款的成员可自行确定其“基本安全利益”和为保护其基本安全利益所“必需的”行动，但须遵循善意义务；是否满足GATT 1994第21（b）条各分项的条件，则由专家组进行客观审查。对于美国采取钢铝关税措施的情形，专家组认为不具有与“战争”相当的严重性，因而认定不存在（iii）分项所指的“国际关系中的紧急情况”，判定美国不能援引“安全例外”条款来

[33] 主要为A:5或A:6国家组别的国家，这些组别通常包括与美国有较为紧密的安全合作和共享相似出口管制政策的国家。

[34] Andrew Emmerson, “Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine Or Political Excuse?”, *Journal of International Economic Law,*Vol.11, No.1, 2008, p.140.

[35] 李晓玲：“WTO安全例外条款：实践演进、路径选择与中国因应”，《国际法研究》2023年第3期，第38页。

[36] 包括中国、欧盟及加拿大等九个WTO成员方诉美钢铝产品案（DS544, DS547,DS548, DS550, DS551, DS552,DS554,DS556,DS564）.

证明其钢铝关税措施的正当性。[37]而美国仍坚持固执己见，对专家组的裁决提起了上诉，再次表示不接受国际争端解决机构对美国国家安全措施的管辖权。[38]

在当前中美围绕美国半导体措施的贸易争端中，美国也是以“安全例外”条款为由，试图“逃避”包括最惠国待遇在内的一系列 WTO 法律义务。美国在回应中方磋商请求的文件中表示，“国家安全事宜是政治问题，因此不能由 WTO 争端解决机制予以审查或裁决。WTO 成员可自主决定采取其认为对保护基本安全利益有必要的措施。”[39]然而，在 WTO 争端解决机构对成员援引“安全例外”自决权施加客观条件的审查限制后，美国很难通过该条款证明其针对半导体产业的 FDP 规则及“美国人活动”规则具有 WTO 法下的正当性。首先，中美两国即使存在着关键技术的科技竞争，但仍然维持着大规模经贸往来与人员交流，双方的外交关系显然未达到“战争或国际关系中的其他紧急情况”。根据 WTO 谈判历史文件，“安全例外”条款的措辞原为“国际紧急情况”，为澄清其不包含“经济紧急情况”，才将限定语修改为“国际关系中的紧急情况”[40]；尤其是 WTO 专家组在多个案件中都明确表示国际争端解决机构对于第 21（b）条（iii）分项的“安全例外”条款适用条件具有客观审查权，因此美国的外国物项管辖规则难以通过专家组审查。其次，美国出口管制法的外国物项管辖规则以维护科技优势和保护海外利益为主要目的，与维护领土和主权完整及国民生命和财产安全的“基本安全利益”缺乏合理联系，难以援引“安全例外”来证明其违背最惠国待遇原则的合法性。

四、国际法原则视角下的合理性检视

除 WTO 法的强行法规范外，国际法领域也存在着约束外国物项管辖规则的习惯国际法。从习惯国际法的视角来看，一国管辖权的域外延伸应以不侵犯另一国领土内的主权权利为限度。美国国内法也存在“反域外适用的推定”，即除非国会立法明确指出要对某一事项实施域外管辖，否则相关条款应被视为不具有域外管辖效力。[41]对于国家间立法管辖权的分配，国际法确认了属地管辖原则、国籍管辖原则、保护管辖原则和普遍管辖原则的合法性。[42]这四项原则在特定国际条约框架下对缔约国具有约束力，但总体上仍属于习惯

[37] United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS544 / R (9 December 2022).
[38] United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products, Notification of An Appeal By The United States Under Article 16 of The Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) ,WT/DS544 /14(26 January 2023).
[39] United States-Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies, Communication from the United States, WT/DS615/4.
[40] Mona Pinchis-Paulsen, “Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions”, *Michigan Journal of International Law,* Vol.41, No.1, 2020, p.142.
[41] William S Dodge, “Jurisdiction, Sate immunity and Judgements in the Restatement(Fourth) of US Foreign Relations Law”, *Chinese Journal of International law,*Vol.19, No.1, 2020, pp.101-135.
[42] 肖永平：“‘长臂管辖权’的法理分析与对策研究”，《中国法学》2019 年第 6 期，第 41 页。

国际法，而且出口管制领域尚不存在具有法律约束力的多边条约[43]。美国《对外关系法重述（第四版）》承认国际习惯法对域外管辖的限制，指出只有当管制国与管制对象之间存在真正联系时，管制国才可行使立法管辖权。[44]。因此本部分将从习惯国际法的视角出发，结合属地管辖、国籍管辖和保护管辖等具有习惯国际法效力的管辖权原则[45]和国际礼让原则，讨论美国出口管制法针对外国物项实施域外管辖的合理限度。

（一）“效果原则”突破属地原则的合理限度

根据属地原则（Territory Principle），国家主权的行使原则上以领土为限。但国际法并不必然排斥一国国内法管辖发生在该国境外的行为，例如在 1927 年“荷花案”判决中，国际常设法院（PCIJ）指出除非国际法有明确限制，否则一国不得在他国领土范围内行使管辖权，但这并不意味一国无权对出现在其领土范围以外的活动实施管辖，该国有权自主决定是否管辖这些行为。[46]在国家实践中，各国可通过技术性扩张把海上船舶、专属经济区等纳入属地管辖的范围。此外，“效果原则”也经常被用于突破属地管辖的物理空间限制。

美国法院曾以“效果原则”突破领土边界对管辖权的限制，指出只要某一行为的影响或效果及于美国境内，那么无论行为发生地有多远，美国仍可对该行为行使管辖权。“效果原则”确立于 1945 年的“美国诉美洲铝业公司案”中，原告美国政府主张被告在境外的垄断协议在美国境内形成了垄断，应对其予以禁止。美国法院裁定应当考察国会是否有意图规制美国境外事宜以及是否违反宪法，并根据国际惯例扩张解读国会意图，从而得出了美国《反托拉斯法》域外管辖的“效果原则”。[47]在反垄断法领域，“效果原则”已逐渐成为一项普遍接受的管辖权原则。[48]

但在出口管制领域，一国是否可以基于“效果原则”对外国物项实施域外管辖权，仍缺乏足够的理论依据和国家实践确信。在理论上，一国可以主张特定物项的自由贸易将对该国境内的国家安全产生威胁，继而对相关物项在出口之后的域外贸易采取限制性措施。因此，基于传统国防安全对军用物项进行出口管制以及一定的域外管辖，是各国普遍采用并接受他国采用的措施。然而，在实践中，以国家安全为由推行两用物项出口管制的域外管辖仍有较大争议。一方面，最低含量规则和 FDP 规则所界定的外国物项交易直接影响的

[43] “瓦森纳协定”是一项不具有约束力的多边出口管制合作安排，基于“各国自行处理”原则实施，成员国可参照共同的管制原则和清单自行决定实施出口管制的措施和方式，自行批准本国的出口许可。
[44] 参见 2018 年美国《对外关系法重述（第四版）》第 407 节。
[45] 鉴于普遍管辖原则主要适用于普遍危害国际和平安全及人类共同利益的国际犯罪，针对核武器的出口管制及域外管辖或可基于普遍管辖原则获得正当性，但两用物项的出口管制与其联系并不紧密，故本文对其不做讨论。
[46] See S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7) ， pp. 18-19.
[47] See United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 442-443 (2d Cir. 1945).
[48] 于馨淼：《欧盟反垄断法域外适用研究》，法律出版社 2015 年版，第 225-256 页。

是交易方所在国和交易发生地国，美国的国家安全利益只是受到间接影响，不受到直接的威胁，从受影响的“效果”来看，美国的域外管辖权基础并不强于交易方所在国和交易发生地国。另一方面，随着近年来“国家安全”概念在国家实践中逐渐泛化，越来越多的非传统安全关切成为了一国采取出口管制的动机。国家安全概念从相对确定的政治与军事安全，演变为包含金融、经济、信息网络、科技、公共卫生等一系列非传统安全利益在内的“新型国家安全”。[49]由此可见，“国家安全”是一个极为不稳定并在持续扩张的政治概念，如果以影响一国泛化的国家安全利益为由，承认“效果原则”可用于确立一国对于其域外生产物项拥有管辖权的正当性，那么过于宽泛的国家安全关切将导致出口管制域外管辖范围的无序扩张，造成国家间的主权冲突。

因此，在利用美国物项生产的外国物项交易活动中，交易方所在国和交易发生地国拥有比美国更强的管辖权基础，即使要运用“效果原则”对属地管辖进行突破，美国的域外管辖权也应次于前两者行使。而在以相关交易具有影响美国国家安全的“效果”为由对属地管辖进行突破时，基于传统国防安全对军用物项及其域外使用进行出口管制具有一定合理性，而过于宽泛的国家安全关切难以为无限制的外国物项域外管辖提供合理依据。

（二）保护管辖原则的“国家安全”合理范围

国家安全的利益范围同样影响着保护管辖原则的适用。保护管辖原则（Protective Principle）是指国家有权对危害国家基本利益的犯罪行为进行管辖。根据该原则，一国对于外国人在境外实施的、危害该国安全的行为有权进行管辖。[50]虽然该原则已经是习惯国际法中较为确定的法律原则，但在具体适用过程中，对于何种行为可纳入该原则的规制范围，仍然存在较多不确定性。[51]尤其是在“贸易政策安全化（Securitization of Trade Policy）”的趋势下，当一国宣称有必要采取措施应对国家安全威胁时，事实上可将各类问题提升至国家安全层面，进而采取贸易限制措施。[52]

1988 年，美国国会针对东芝事件通过《多边出口管制增补修正法案》（Garn Amendment）规定，如果“一个外国人违反了一个国家（美国）以安全为目的而颁布的对出口实行管制的规定”，就可依美国的出口管制法对其进行制裁。[53]以维护国家安全为由，美国的出口管制法似乎可以基于保护管辖原则而获得正当性。但在实践中，美国往往倾向

---

[49] Hitoshi Nasu, “The Expanded Conception of Security and International Law: Challenges to the UN Collective Security System”, *Amsterdam Law Forum* Vol.3, No.3, 2011, p.18.
[50] 邵沙平主编：《国际法》，高等教育出版社 2008 年 1 月版（2012 年 11 月重印），第 88 页。
[51] Malcom N. Shaw, *International Law* (9th edition Cambridge University Press),2021, p.1081.
[52] Benton J. Heath, “Trade and Security Among the Ruins”, *Duke Journal of Comparative & International Law,* Vol.30, No.2, 2020, p.228.
[53] 徐崇利，见前注〔22〕，第 271－272 页。

于对“国家安全”进行扩大化解释，借国家安全之名，行贸易保护之实。近年来，美国在出口管制领域的安全化扩张趋势尤为明显。2018 年出台的 ECRA 将“保持美国在科技和工业制造领域的领先地位”列为核心立法目的之一，使“经济安全即国家安全”的论调扩展至“科技安全即国家安全”，从而将出口管制的规制对象扩大至几乎所有具有潜在军事用途的民用物项，以及对于维持美国技术竞争力至关重要的“关键与新兴技术”。[54]正是在以安全为导向的贸易政策指引下，美国出口管制的域外管辖范围不断延伸，从关注物项来源逐渐扩展到关注物项的最终用途和最终用户，乃至外国物项的生产与交易[55]。

美国“国家安全”概念的过度泛化同样决定了其针对外国物项的域外管辖难以基于保护管辖原则完全获得正当性。因为一国在援引保护管辖原则时，应当至少证明相关犯罪行为的存在，以及国家安全和利益遭受了何种侵害，模糊地声称国家安全受到威胁并不能合理地主张保护管辖原则。[56] 因此，美国如果要基于保护管辖原则对在其域外生产的物项实施出口管制，则须证明相关犯罪行为的存在及其对美国国家安全造成了何种侵害，以及存在真实合理的国家安全利益；而非基于泛化模糊的国家安全理由，笼统地将“科技安全”等经济利益纳入国家安全范畴，制定覆盖范围极为广泛的域外效力规则，产生“科技保护主义”[57]，阻碍全球创新活动。

（三）国籍管辖原则的“法人国籍”与“真实联系”限度

国籍管辖原则（Nationality Principle）是指一国基于国家主权对其国民具有管辖的权力，无论其国民在国内还是在国外。国籍管辖原则此也称为属人管辖原则，可分为主动的属人原则（即被告人国籍原则）和被动的属人原则（即受害人国籍原则）。[58]由此可见，国籍管辖原则一般是基于“人”的国籍而非“产品”的国籍进行管辖。

从国籍管辖的角度看，“美国人活动规则”以“美国人”的参与为连接点，限制美国人在全球范围内进行“促进”或“支持”半导体等产品生产的活动，在国籍管辖原则下具有一定的管辖权基础。然而，对于在美国域外的“美国人”实施管辖权，仍须受到“美国人”相关活动所在国的属地管辖权制约。因为在美国域外开展商业活动的“美国人”必然与当地存在着密切联系，东道国显然享有属地优先权，美国不能以国籍原则或效果原则等

---

[54] 孙安艺等，见前注〔28〕，第 73 页。
[55] Carrie Shu Shang, “Mapping Export Control Extraterritoriality in the US-China Technology Decoupling”, Vol.58, No.4, *Journal of World Trade* ,2024, pp.545-570.
[56] Cedric Ryngaert, “Extraterritorial Export Controls(Secondary Boycotts)”, *Chinese Journal of International Law,* Vol.7, No.3, 2008, pp.625-658.
[57] 参见杨云霞：“特朗普政府科技保护主义政策的政治经济学分析”，《世界马克思主义研究》2021 年第 1 期，第 35-44 页。
[58] 邵沙平，见前注〔28〕，第 87 页。

依据，任意主张本国出口管制立法的域外效力，干涉别国的属地管辖权，除非征得东道国的同意。[59]

此外，由于“美国人活动规则”对“美国人”的定义范围较为宽泛，包括任何美国公民、享有永久居留权的外国人、难民等受保护的个人以及根据美国法律设立的实体（包括其外国分支机构）和位于美国境内的任何实体和个人，并非遵循严格的国籍原则进行属人管辖。尤其是将美国实体的外国分支机构和位于美国境内的任何实体与个人纳入规制范围，可在事实上将美国出口管制的域外管辖范围拓展至美国跨国公司的全球活动范围，以及在美具有经营活动的跨国公司活动范围。美国在实践中通常以实际控制标准解释法人的国籍，即尽管某一实体在外国注册成立，但只要其母公司为美国公司，那么美国就可以对其实施域外管辖权；反之，如果子公司为美国公司，而其海外的母公司对该子公司实施控制和支配，以致剥夺其独立的公司人格，美国也可能根据国籍原则对该海外母公司实施管辖。[60]但国际法院在“巴塞罗那牵引案”的判决中曾明确指出，公司的国籍应当按照注册地，而不是股东的国籍来确定。[61]虽然国际法院的判例对美国的出口管制立法不具有法律约束力，但对于考察其合理限度仍可提供参考。因为在经济全球化的时代，跨国公司拥有错综复杂的全球化经营网络与关联实体的控制关系，如果按照实际控制标准来认定法人的国籍，并以此为基础实施管辖权，则会造成国家可任意基于跨国公司在其域内的某一实体，将管辖权扩张至该跨国公司的全球活动范围，这显然将造成各国立法管辖权的失序与冲突。

针对自然人的国籍管辖权限制，国际法院在“诺特鲍姆案”中确立了“真实联系”（Genuine Connection）原则。所谓的“真实联系”包括惯常居住地和利益中心地、家庭联系、参加公共生活、对子女的教育以及对特定国家流露出的依恋等。[62]上述法人和自然人国籍的管辖权原则也应当用于限制美国出口管制法的域外管辖合理范围，即对美国实体的外国分支机构实施国籍管辖时应依据注册地标准，对位于美国境内的任何个人的国籍管辖应依据“真实联系”，不能无限度地扩大“美国人”的定义，并以任意“美国人”的任意活动为连接点，肆意扩张域外管辖范围。

最后，美国运用最低含量规则以及 FDP 规则，以“零含量”及技术的使用等“可想象到的最细微联系点”[63]作为管辖权连接点，对产品赋予国籍的做法，也明显超出了合理限

---

[59] R.Higgins, “The Legal Basis of Jurisdiction”, in *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, C.J.Olmstead ed.,International Law Association, 1984, pp. 6-7.
[60] 徐崇利，见前注〔22〕，第 254-255 页。
[61] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, p. 3.
[62] Nottebohm Case (second phase) (Liechtenstein v. Guatemala), Judgment of April 6, 1955, ICJ Reports 1955
[63] Joop Voetelink, see footnote〔15〕, p.14.

度。国外学者曾提出，国籍原则仅适用于自然人及依据国内法设立的法人，而物项不具有人格（personality），因此美国的出口管制法不能基于国籍管辖原则确立域外管辖权。[64]但事实上，只要界定“产品国籍”的行为有利于各国经济福利增长，能获得国际社会的认可，也并非完全不可行。在国际经济法领域，自由贸易协定（FTA）就通过原产地规则界定“产品国籍”，从而为相关产品适用优惠性关税，减少交易成本，促进区域内的自由贸易和经济福利增长，因此获得了各国的广泛认可，成为具有约束力的国际经济法规则。但如果一国利用自己的技术优势而扩大源产品或源技术的管制范围，特别是以不合理的微弱联系点扩展管辖权，将严重阻碍世界贸易和技术交流，无疑构成了一种“技术霸凌”。[65]美国通过微弱的物项含量乃至“零含量”规则，以及生产过程使用美国产品与技术等连接点，将外国生产的物项也贴上“美国国籍”的做法，不仅将减少物的流动性，增加交易成本，而且“技术霸凌”的单边主义行径不被国际社会认可，难以确立国际法上的合理性与正当性。

（四）国际礼让原则下的合理限度

除管辖权原则外，一国在实施域外管辖时还应遵循国际礼让原则。国际礼让原则是各国交往中所遵守的礼貌、便利、友善规则，是一种基于主权平等的国际行为准则，旨在使国家通过尊重彼此的主权、文化和历史传统，达到维护国际交往的和谐与基本秩序的目的。国际礼让原则并不是法律义务，不具有拘束力，违反也不会构成国家责任。但其确立的基础——主权平等原则——是由《联合国宪章》所确立的国际法原则。国际社会的稳定运行需要以各国主权平等为基础，各国方能拥有各自独立的治理空间和权力范围而不发生冲突，因此主权平等一方面是各国管辖权的来源基础，另一方面也是界定各国管辖权（包括国内法域外管辖）边界的基点。[66]国家在行使域外管辖时，首先应尊重他国的主权平等，避免因过度扩张域外管辖而侵入另一国的主权治理空间与权力范围。

根据国际礼让原则的理论内涵，在出口管制的外国物项管辖领域，适用国际礼让原则的具体要求应表现为管制利益不低于所触及的外国利益或国际社会的整体利益。“国家利益”可分为三个层级：生存利益、重要利益和次要利益，并且根据发展阶段和主要矛盾的变化而有所调整，以确保国家领土和主权完整、国民生命安全为主旨，以政治和经济安全

[64] Joop Voetelink, “Limits on the Extraterritoriality of United States Export Control and Sanctions Legislation”, in *Netherlands Annual Review of Military Studies* (R. Beeres et al. eds.), 2021, p.206.
[65] 宋晓，见前注〔4〕，第 189 页。
[66] 曹亚伟：“国内法域外适用的冲突及应对——基于国际造法的国家本位解释”，《河北法学》2020 年第 12 期，第 93 页。

等为基本。[67]如果某一国的外国物项管辖规则能够满足本国高层级的利益需求，并且不会与其他国家以及国际社会整体的更高层级或同一层级的利益冲突，那么就具备国际礼让原则下的合理性。反之，如果该域外管辖措施只能维护本国的低层级利益，而损害其他国家、甚至国际社会的高层级利益需求，那么它就超出了合理的范围，违反了国际礼让原则。

国际礼让原则在美国的立法理论指导中也有所印证。《美国对外关系法重述》是美国法学会出版的有关域外管辖权问题的重要著作，虽不具有法律约束力，但对美国对外关系法律的发展影响巨大。[68]2018 年出版的《美国对外关系法重述（第四版）》提出国际礼让原则应当作为限制立法管辖权的重要因素，即一国出于国际礼让的考量，在习惯国际法允许一国行使立法管辖权时，该国也应采取限制措施以减少对他国管辖的干扰。[69] 在行使立法管辖权时，美国考量其他国家的合法主权利益，是立法礼让的表现。[70]

此外，美国法院曾在司法实践中提出“合理原则”，以践行国际礼让。在 1976 年“廷布莱因木材公司诉美国银行案”中，主审法官指出“效果原则”在解释域外管辖合理范围方面并不完善，提出了“合理原则”用以规范法律域外适用的正当性和合理性，相关考量因素包括：与外国法律和政策冲突的程度；被诉企业的国籍、住所与主营业地；在哪一个国家执法所带来的守法效果更好；该行为对美国产生的危害相比于其他国家的重大程度；是否存在明显损害或影响美国商业与贸易的故意以及程度；影响的可预见性；美国管辖下的处罚力度与其他国家相比，哪国管辖下的违法严重程度和处罚力度更大。[71]这一“合理原则”集中体现了司法管辖权冲突下的国际礼让原则，虽有别于本文讨论的出口管制立法管辖权，但在一定程度上可提供国际礼让原则的实践参考。

综合国际礼让原则的理论内涵，以及美国的理论学说与司法实践参考，若美国出口管制法的域外管辖以维护本国的次要利益为由，触犯他国乃至国际社会的重要利益，则违背了国际礼让原则。而事实上，美国出口管制法通过最低含量规则、FDP 规则以及“美国人”管辖规则，以“可想象到的最细微联系点”作为管辖权基础，是为本国的“小利”而损害全球技术共同进步之“大义”的做法，是一种“美国利益至上基础上的国际礼让”[72]，有违习惯国际法中的国际礼让原则。而且这种做法对美国自身的尖端技术产业发展并非“百

---

[67] 何志鹏、周萌：“论涉外立法体系建设的起承转合”，《北方论丛》2022 年第 6 期，第 117 页。
[68] See Sarah H. Cleveland and Paul B. Stephan, “Introduction: The Roles of the Restatements in U. S. Foreign Relations Law’, in *The Restatement and Beyond: The Past，Present，and Future of U. S. Foreign Relations Law* (Paul B. Stephan and Sarah A. Cleveland eds., Oxford University Press), 2020, p.1.
[69] 郭玉军、王岩：“美国域外管辖权限制因素研究 ——以第三和第四版《美国对外关系法重述》为中心”，《国际法研究》2021 年第 6 期，第 85 页。
[70] F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S. A., 542 U. S. 155,2004, p.165.
[71] Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T. & S.A., December 27, 1976, paras.614-615.
[72] 曹亚伟，见前注〔66〕，第 100 页。

利而无一害”，下文将结合法经济学的视角对此进行分析。

五、法经济学视角下的经济理性检视

虽然 WTO 的最惠国待遇原则，以及管辖权原则与国际礼让原则等习惯国际法原则都在不同维度上规范着外国物项管辖规则的合理限度，但美国在国家实践中并未切实遵循这些法律原则。事实上，美国既具有通过国际金融体系等国际公共产品或市场、原材料等国家禀赋作为筹码影响境外实体行动的国家能力，也具有根据外交政策积极介入跨国事务的国家意愿[73]，进而可以在实践中任意扩张包括外国物项管辖在内的域外管辖规则，违背 WTO 的最惠国待遇原则和国际法上的管辖权原则，侵入他国主权的治理空间，违反国际礼让原则。从法经济学的视角看，美国出口管制的域外管辖扩张具有较高的制度成本，是基于过度泛化的国家安全关切做出的违反经济理性的制度选择。

（一）违反经济理性之处

1、增加政府的监管成本

美国出口管制的域外管辖具有错综复杂的制度设计，在实施过程中需要投入大量的专业人力资源和管理系统，造成了庞大的监管成本。BIS 下属的出口管制执法办公室（OEE）不仅在华盛顿总部设有 23 人的总部办公室，还在波士顿等地设有八个美国国内办事处，在海外七个国家设有分支办公室[74]，以保证有效落实美国出口管制的域外管辖制度。同时，监管部门需要建设并维护相应的数据库，管理庞杂的管制对象和物项清单，以及处理大量的许可证申请。以 2019 年为例，BIS 在该年处理了 32993 件有形物品的出口许可证申请，以及 1124 件视同出口的许可证申请。[75]大批量的出口管制申请，以及广泛的域外管辖职能，无疑大大增加了政府的监管成本，浪费了国家公共资源。

2、加重企业的合规成本

政府在出口管制领域的域外管辖规则，进一步加重了企业的合规成本。面对错综复杂的出口管制域外管辖制度，跨国公司在进行跨境交易时须承担更重的合规义务，从而增加了合规成本和经营预期的不确定性。跨国公司不仅需要投入大量人力物力，建设庞大的合规法律体系，以保证日常经营活动符合出口管制的法律标准；而且在违反相关法律法规时，还将面临高额的罚金，甚至是长达 20 年监禁的刑事处罚。例如在 2023 年 4 月 19 日，BIS 发布公告，认定希捷向华为出口硬盘违反了美国对华为实施的 FDP 规则。公告指出，

---

[73] 陈靓：“法律域外适用制度：生成与实施逻辑”，《中国法律评论》2024 年第 2 期，第 117 页。
[74] Congressional Research Service, “The U.S. Export Control System and the Export Control Reform Act of 2018”, Updated June 7, 2021, p.10, https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46814, last visited on August 25, 2024.
[75] *Ibid,* p.17.

希捷从事 BIS 未经授权的再出口、从国外出口或国内转移 740 万个硬盘。2020 年 8 月 17 日至 2021 年 9 月 29 日，希捷与其他公司合作，违反美国《出口管理条例》429 次，出口 7420496 个硬盘，货值超过 11 亿美元，因此决定对美国加州希捷技术公司及希捷新加坡国际总部处以 3 亿美元的罚款。[76]

3、反噬美国企业的市场竞争力

美国在半导体等关键与新兴技术领域的出口管制及广泛的域外管辖制度，抑制了美国物项向第三国的出口，将对美国企业的市场竞争力产生直接和间接的负面影响。从直接影响来看，将造成美国企业在国际市场上的份额下降。研究表明，如果美国保留目前“实体清单”的限制，美国半导体公司在未来三到五年可能会损失 8%的全球市场份额和 16%的销售额；如果美国完全禁止其半导体公司向中国客户销售产品，美国公司的全球市场份额可能会损失 18%，收入损失 37%。[77]从间接影响来看，可能会触发一种“死亡螺旋”（death spira）效应：出口管制会降低美国公司的竞争力和收入，从而导致用于研发和资本投资的资金减少，进一步降低竞争力和收入，继而再度减少可用于研发和资本投资的资金，形成恶性循环。[78]数据显示，自 2022 年 10 月 7 日的半导体出口管制措施宣布以来，受影响的美国公司在收入、盈利能力、银行信贷获取以及就业的统计数据均出现了显著的下滑趋势。[79]

4、阻碍全球技术合作与创新

美国以出口管制的域外管辖规则限制尖端技术和产品的全球自由流动，将有损全球创新合作，阻碍人类共同的科技进步。以半导体产业为例，一块芯片通常须跨越 70 余国的边境才能作为成品交付，半导体制造业或可涉及超过 500 项分散的步骤，并使用来自全球的 300 项投入品。一个大型半导体公司或可依赖多达 16000 家供应商。[80]作为具有复杂跨境供应链的产业生态，半导体价值链包括研发、设计、制造和分销多个阶段，通常涉及多国

---

[76] BIS, “BIS Imposes $300 Million Penalty Against Seagate Technology LLC Related to Shipments To Huawei”, April 19,2023, https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/newsroom/press-releases/3264-2023-04-19-bis-press-release-seagate-settlement/file, last visited on August 25, 2024.

[77] Antonio Varas and Raj Varadarajan, “How Restricting Trade with China Could End US Semiconductor Leadership”, March 9, 2020, https://www.bcg.com/en-au/publications/2020/restricting-trade-with-china-could end-united-states-semiconductor-leadership, last visited on August 12, 2024.

[78] Center for Strategic and International Studies, “Collateral Damage: The Domestic Impact of U.S. Semiconductor Export Controls”, July 9,2024, https://www.csis.org/analysis/collateral-damage-domestic-impact-us-semiconductor-export-controls, last visited on August 13, 2024.

[79] Matteo Crosignani et al, “The Anatomy of Export Controls”, Federal Reserve Bank of New York Liberty Street Economics, April 12, 2024, https://libertystreeteconomics.newyorkfed.org/2024/04/the-anatomy-of-export-controls, last visited on August 13, 2024.

[80] European Center for International Political Economy(ECIPE), “The Imperative of International Cooperation for EU Competitiveness and Resilience in Technology Driven Industries”, POLICY BRIEF – No. 14/2023, https://ecipe.org/publications/international-cooperation-technology-driven-industries/, last visited on August 13, 2024.

的利益攸关方。各国可以基于各自的资源或技术禀赋，参与产业生态系统的协作，共同走在创新的最前沿，实现规模经济，在充满活力的半导体市场中保持竞争力。然而，在美国日益严格且广泛的半导体出口管制及其域外管辖规则影响下，受到严重影响的国家诸如中国，也不得不采取反制措施，限制锗和镓等制造半导体的关键材料出口，以维护自身的合法利益。在各国被美国裹挟进入“出口管制竞赛”后，半导体产业的全球创新和技术进步将受到严重阻碍。

（二）违反经济理性的动因：过度泛化的国家安全关切

在冷战结束之后，美国曾长期奉行“华盛顿共识”的新自由主义经济政策，通过“政府的角色最小化”、“快速的私有化”和“快速的自由化”[81]，致力于降低市场交易的制度成本，促进自由贸易和经济全球化。然而，随着中国等新兴经济体的崛起，美国在新一轮的技术革命中感受到了竞争威胁，这种竞争威胁使美国形成了一个普遍的、无所不包的国家安全观，致使技术与经济利益深深融入美国的国家安全观之中。[82]有学者提出，当前新自由主义秩序正在转向“地缘经济秩序”，其突出的特征就是“经济政策的安全化与战略政策的经济化”。[83]

这一“地缘经济秩序”的特征在美国的出口管制立法实践中已得到印证。2018 年出台的 ECRA 将“保持美国在科技和工业制造领域的领先地位”列为核心立法目的之一，使美国“经济安全即国家安全”的论调逐渐扩展至“科技安全即国家安全”。[84]美国 2022 年更新的《国家安全战略》进一步指出，“技术对于今天的地缘政治竞争和（美国）国家安全、经济和民主的未来至关重要……必须确保战略竞争者不能利用美国和盟国的基础技术、知识或数据来破坏美国和盟国的安全。”[85]在过度泛化的国家安全观指导下，美国日益将关键技术构建为国家安全的重要关切，将关键技术的外流定义为“国家安全风险”，继而扩大对半导体等关键技术的出口管制，并通过扩张外国物项管辖规则进一步防止竞争对手国间接获取相关技术。这事实上是以政治意志将国家安全的范畴泛化至特定关键技术的竞争，忽视全球技术合作对于推动人类共同创新与科技进步的重要性，是一项基于政治利益

[81] 吴易风：“西方经济学中的新自由主义”，《红旗文稿》2014 年第 5 期，第 12 页。

[82] Joel Slawotsky, “The Fusion of Ideology,Technology and Economic Power: Implications of the Emerging New United States National Security Conceptualization”, Chinese Journal of International Law, Vol.20, No.1, 2021, pp.3-62.

[83] Anthea Roberts et al., “Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment”, *Journal of International Economic Law* , Vol.22, No.4, 2019, pp.655-676.

[84] 孙安艺等，见前注〔28〕，第 63-65 页。

[85] The White House, “National Security Strategy 2022”,October 2022, https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Biden-Harris-Administrations-National-Security-Strategy-10.2022.pdf?stream=top, last visited on August 25, 2024.

做出的、违反经济理性的制度选择。

六、中国探索外国物项管辖规则的原则指引与路径方案

中国在全球价值链驱动的经济全球化时代，深度参与了全球价值链的国际合作，既具有保护海外利益的现实需求，也具有实施域外管辖的物质基础。根据 WTO《2023 年全球价值链报告》显示[86]，自 2017 年起，中国与德国、美国共同成为全球价值链三大枢纽，中国在潜在的“卡脖子产品”[87]出口中的比例在 2000-2021 年间从 19.1%上升至 36.3%，远超排名第二的美国（6.4%）。与中国快速增长的海外利益相比，中国利用法律工具来维护自身海外利益的能力则略显薄弱。[88]总体来看，现行中国法域外适用规则整体趋于保守，防御性色彩浓厚但进攻性略显不足，确立域外效力和保证域外适用效果的规则也都存在不足之处。[89]

此种不足在中国的出口管制法律体系中也有所体现。现阶段中国出口管制法律体系是以人大立法为统领、行政法规和部门规章为侧翼的“一体两翼”架构，但仍存在管制物项界定不清、域外适用效果存疑等问题。[90]尤其是目前中国出口管制法律体系缺少了“最低含量规则”等外国物项管辖规则，在一定程度上削弱了中国部分出口管制措施的有效性。例如，在中国宣布对镓、锗相关物项实施出口管制后，美国半导体晶圆制造企业 AXT 宣布将在中国设立子公司，继而从中国继续获取镓、锗等受管制物项。[91]我国《出口管制法（2017 年征求意见稿）》曾提出过关于管制外国物项的立法构想，但在最终的立法文本中删除了相关条款。为提高我国出口管制的有效性，强化保护海外利益的能力，有必要重新考虑我国针对外国物项的域外管辖规则设计。在此过程中，我们须以美国为戒，保持域外管辖的合理限度，避免过度扩张的域外管辖权造成国际经贸争端。

（一） 中国完善外国物项管辖规则的原则指引

1. 坚持最惠国待遇原则，同时保留采取自助措施的权利

---

[86] World Trade Organization, “Global Value Chain Development Report 2023: Resilient and Sustainable GVCs In Turbulent Times”, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gvc_dev_rep23_e.pdf, last visited on September 18, 2024.

[87] 该报告中的“卡脖子产品”(Bottleneck products)是指按照市场集中度、市场重要性和市场可替代性等指标界定的一国具有垄断性优势的产品，而非通常意义上具有较高技术门槛的尖端技术产品。

[88] 参见漆彤、范晓宇：“论中国海外利益保护法律体系的构建”，《思想战线》2023 年第 4 期，第 129-132 页。

[89] 参见廖诗评：“中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善”，《中国法学》2019 年第 6 期，第 26-28 页。

[90] 王淑敏、佳晨：“中国出口管制立法的现状、存在的问题及因应”，《海关与经贸研究》2023 年第 9 期，第 5-9 页。

[91] AXT, Inc., “AXT, Inc. Addresses China’s Announcement of New Export Control Regulations”，June 3, 2023, https://investors.axt.com/Investors/news/news-details/2023/AXT-Inc.-Addresses-Chinas-Announcement-of-New-Export-Control-Regulations/default.aspx, last visited on September 18, 2024.

中国在设置外国物项管辖规则时，须坚持最惠国待遇原则，这既是中国作为 WTO 成员应当履行的法律义务，也是践行真正的多边主义的必然要求。习近平主席提出，践行真正的多边主义，需要坚持开放包容，不搞封闭排他；要坚持以国际法则为基础，不搞唯我独尊；坚持协商合作，不搞冲突对抗；坚持与时俱进，不搞故步自封。[92] 国外学者也曾提出真正的多边进程须符合的三项重要原则，包括非歧视性、不可分割性以及分散互惠[93]。为此，中国应当对所有国家一视同仁，在进行外国物项管辖时不能对不同国家的同类产品实施具有歧视性的差别待遇，坚决杜绝美国那种“有选择性的多边主义”[94]。

与此同时，中国仍须保留采取自助措施的权利。自助（self-help）是“一个国家为恢复其被侵犯的权利所采取的单独强制保障的措施体系”[95]。在他国具有歧视性的域外管辖措施构成国际不法行为，而国际争端解决机构无法有效提供救济时[96]，中国须保有采取自助措施、对等地取消对方最惠国待遇的权利，以维护本国的合法权益。中国应在总体上以最惠国待遇为原则，以遭遇歧视性损害时采取自助措施为例外，在设置外国物项管辖规则时既要践行真正的多边主义，也要留有维护自身合法利益的主动权。

2. 以防御性的“国家安全”利益，谦抑突破属地原则

即便在“后属地原则时代”，“属地管辖原则”仍然可以作为评判其他管辖原则是否适当的基点，有限突破属地原则可以作为构建兼顾本国利益、他国正当利益以及国际社会共同利益的域外管辖与域外适用国际体系的基础。[97] 但在突破属地原则的过程中，不能像美国一样，以具有进攻性和侵略性的国家安全利益，借由“效果原则”抑或保护管辖原则擅自侵入他国的主权治理空间，造成各国域外管辖权的无序扩张与冲突。中国在出口管制领域设置外国物项管辖规则时，既要坚决落实“总体国家安全观”，对各类国家安全风险有所认识和准备，也要在自身国家安全利益遭受损害时，采取适当的外国物项管辖规则作为防御国家安全的法律措施，谦抑突破属地原则。具体而言，在常规状态下，可基于政治安全、人民安全和国防安全等“国家安全”的核心利益，在出口管制法律体系中针对特定物项设置外国物项管辖规则；在遭遇战争或具有同等严重性的“其他国际关系紧急情况”

---

[92] 参见习近平：“让多边主义的火炬照亮人类前行之路———在世界经济论坛 “达沃斯议程” 对话会上的特别致辞”，《人民日报》2021 年 1 月 26 日，第 2 版。

[93] Andrew Heywood, “Key Concepts in Politics and International Relations”, Palgrave, 2nd edn, 2015,p.136.转引自何志鹏：“作为法治话语的多边主义”，《国际法研究》2024 年第 1 期，第 14 页。

[94] 参见王帆：“完善全球治理， 践行真正的多边主义———学习《习近平谈治国理政》第四卷”，《红旗文稿》2022 年第 19 期，第 12 页。

[95] 《国家对国际不法行为的责任条文草案》（UN Doc.A/RES/56/83）第 22 条，第 49 条。

[96] 廖诗评：“国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例”，《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 174-175 页。

[97] 刘瑛，李琴：“《出口管制法》中的域外适用法律规则及其完善”，《国际经济评论》2021 年第 4 期，第 64 页。

时，例如在经济安全、科技安全等领域的偶发性安全冲突中，为抵御他国对我国的不法侵害，及时采取临时性外国物项管辖措施。

3. 秉持严格的国籍管辖原则和经济理性原则，适度探索物项国籍规则

在运用出口管制的外国物项管辖规则维护合理的国家利益时，监管主体须认识到跨国公司作为经济全球化的主要推手，在推动全球创新合作与科技进步中的主体作用。如果效仿美国对“美国人”的扩张性定义，将管辖权扩张至跨国公司的全球活动范围，不仅将增加政府的监管成本和企业的合规成本，还将反噬自身的市场竞争力，阻碍全球技术合作与创新。因此，中国在制定外国物项管辖规则时，应秉持严格的国籍管辖原则，以注册地为标准谨慎对跨国公司行使管辖权，以真实联系为标准谨慎对自然人行使管辖权，避免过度干扰跨国经济活动。此外，界定物项国籍的规则并非完全不可行，只要相关规则在维护一国国家安全的同时不会过度减损国际经济增长的福利，能够获得国际社会的认可；而不能以微弱的最低含量规则以及 FDP 规则对物项国籍进行扩张性定义，采取“技术霸凌”的单边主义行径。因此，中国可探索适度的物项国籍规则，对于关涉国家安全重大利益的物项予以合理的最低含量限制，对于一般性物项不设置物项国籍。

4. 遵循国际礼让原则，尊重他国和国际社会的高层级利益需求

国际礼让对各国的礼让性和自律性有着较高的要求，需要各国自觉践行。当一国主动限制自身出口管制法的域外效力时，可以对他国起到正面影响和激励作用，共同减少国际经贸环境中的制度性障碍，推动全球贸易畅通与互利共赢。中国作为负责任的大国，在制定外国物项管辖规则时应遵循国际礼让原则，尊重他国的生存利益和重要利益，以及国际社会的高层级利益。一方面，要避免实施“本国利益至上基础上的国际礼让”，在本国只有次要利益关切时，须优先尊重交易方所在国和交易发生地国的管辖权优先性，尊重其行使国家主权、维护国家利益的高层级利益需求，维护国际社会和谐共处、共同发展的高层级利益。另一方面，当本国的生存利益或重要利益等高层级利益受损时，也要善于利用外国物项管辖规则等法律博弈工具，坚定维护本国的合法利益。

（二） 中国完善外国物项管辖规则的路径探索

1. 我国存在探索外国物项管辖规则的法律空间

我国于 2020 年 10 月 17 日正式出台《中华人民共和国出口管制法》（以下简称“我国《出口管制法》”），首次填补了我国出口管制法律体系中的立法空白。我国《出口管制法》第四十四条对该法的域外适用进行了原则性规定，第二条和第四十五条针对出口管制行为的范围进行了界定，包括跨境转移、视同出口、过境、转运和通运（“过转

通”）以及再出口等行为，明确对中国境内或原产于中国的物项进行域外交易设置了管辖规则。但该法并未严格禁止针对外国物项实施域外管辖的可能性。根据我国《出口管制法》第二条，我国对管制物项的定义为“两用物项、军品、核以及其他与维护国家安全和利益、履行防扩散等国际义务相关的货物、技术、服务等物项，……包括物项相关的技术资料等数据”。商务部于 2022 年发布的《两用物项出口管制条例（征求意见稿）》[98]也采用了这一定义。通过对管制物项赋予较为宽泛的定义，我国《出口管制法》的适用范围并未明确局限于中国境内或原产于中国的物项，为后续在较低层级的行政法规中探索外国物项管辖规则提供法律空间。

2. 我国可在新增或临时管制措施中先行探索特定物项的最低含量规则

我国《出口管制法》第九条授权国家出口管制管理部门可以调整管制物项的出口管制清单，以及对出口管制清单以外的货物、技术和服务实施临时管制。例如，国家商务部、海关总署于 2023 年 7 月发布对镓、锗相关物项的出口管制措施，将镓、锗相关物项列入管制清单[99]；2023 年 10 月 20 日发布优化调整石墨物项临时出口管制的措施，对特定纯度的石墨类相关制品调整临时出口管制措施[100]。事实上，我国近年来新增或调整的出口管制物项多为石墨、镓和锗等尖端技术产业的上游原材料投入，在没有最低含量规则的限制下，很容易被外国企业通过设立在华子公司的方式予以规避，例如前文提及的美国 AXT 公司的案例。因此，我国在新增或临时管制措施中，可对涉及国家重大核心利益的物项先行探索设立最低含量规则，但相关含量的限制不宜过严，应适当高于美国设定的 10%-25%，在提高本国出口管制措施有效性的同时，为尖端技术产业的全球产业链良性发展留有余地。同时，我国制定的最低含量规则应在总体上遵循最惠国待遇原则，但当遭遇他国出口管制措施的歧视性损害时，应保留采取自助措施的权利，对等地取消相关国家的最惠国待遇，将最低含量规则的规制范围更精准地指向反制对象。

总体而言，基于我国打造“国际国内双循环”的战略需求，在现阶段探索出口管制的外国物项管辖规则方面仍须保持谨慎克制。由于我国当前仍存在大量吸引高端人才、大力建设全球科创中心的需求，不宜制定类似于美国的 FDP 规则及“美国人活动”规则，而是应当尽量减少阻碍创新的制度壁垒，以坚实的法治保障打造开放包容的科创环境，推动全

[98] 商务部条约法律司，“关于《两用物项出口管制条例（征求意见稿）》公开征求意见的通知”，2022 年 4 月 22 日，https://tfs.mofcom.gov.cn/lfzqyj/art/2022/art_8f321ced69574b73ae219f8ad4c93ded.html 。该条例的草案于 2024 年 9 月 18 日由国务院常务会议审议通过。

[99] 商务部安全与管制局，“商务部 海关总署公告 2023 年第 23 号 关于对镓、锗相关物项实施出口管制的公告”（商务部公告 2023 年第 23 号），2023 年 7 月 3 日。

[100] 商务部安全与管制局，“商务部 海关总署公告 2023 年第 39 号 关于优化调整石墨物项临时出口管制措施的公告”（商务部公告 2023 年第 39 号），2023 年 10 月 20 日。

球创新合作与科技进步。

结语

全球化促使国家利益的范围跨越了有形边境，使主权国家产生了大量海外利益。大国行使域外管辖是全球化背景下跨国活动日益紧密的必然结果，其存在具有一定的合理性。然而，过度扩张的域外管辖将超出管辖权原则的合理限度，违反主权平等和国际礼让原则。在实践中，美国凭借强大的国家实力与强烈的域外管辖扩张意愿，运用最低含量规则、FDP 规则和属人管辖规则，分别以作为原料投入的美国物项、作为生产工具的美国物项以及参与生产过程的“美国人”为连接点，扩张美国出口管制法律体系对外国物项的域外管辖权。

从 WTO 法的视角看，美国的外国物项管辖规则违反了最惠国待遇原则，且难以适用“安全例外”条款排除相关措施的违法性。从国际法的管辖权原则来看，在国家安全泛化的背景下，若要适用“效果”原则来突破属地管辖的限制，或者适用保护管辖原则，都须将“国家安全”利益限定于合理范围内，美国基于模糊而泛化的“国家安全”理由，无限扩张外国物项管辖范围的行径将引起各国管辖权的失序与冲突。在适用国籍管辖原则时，对法人的国籍管辖应以注册地为限，对自然人的国籍管辖应以“真实联系”为限，不能借由“实际控制标准”，任意通过“美国人”的连接点扩张域外管辖权；而在赋予物项国籍时，也不能过度减损各国经济福利。从国际礼让原则来看，管辖国通过外国物项管辖规则实现的管制利益应不低于所触及的外国利益或国际社会的整体利益。从法经济学的视角来看，美国出口管制的域外管辖造成了较高的监管成本和合规成本，既有损美国企业的竞争力，也将阻碍全球创新合作，违反了经济理性，是美国以泛化的国家安全关切制定出的单边规则，体现了国家的政治意志对经济全球化活动的不当干预。

中国作为全球价值链中的重要枢纽，既具有保护海外利益的现实需求，也具有实施域外管辖的物质基础。为提高中国出口管制措施的有效性，中国也应适时探索建立外国物项管辖规则。为此，我国须以美国为戒，保持域外管辖的合理限度。首先，应在总体上以最惠国待遇为原则，以遭遇歧视性损害时采取对等取消最惠国待遇的自助措施为例外。其次，应以防御性的“国家安全”利益，谦抑突破属地原则。再次，在秉持严格的国籍管辖原则和经济理性原则的前提下，可适度探索物项国籍规则。最后，应遵循国际礼让原则，尊重他国和国际社会的高层级利益需求。目前，我国《出口管制法》的适用范围并未明确局限于中国境内或原产于中国的物项，为后续在较低层级的行政法规中探索外国物项管辖规则

提供法律空间。就现阶段而言，我国可在新增或临时管制措施中先行探索特定物项的最低含量规则，暂时不宜制定类似于美国的 FDP 规则及“美国人活动”规则，而应以坚实的法治保障打造开放包容的科创环境，推动全球创新合作与科技进步。

US Export Control Law's Extraterritoriality over Foreign Items: A Jurisprudential Review and the Chinese Approach

Abstract: In recent years, the United States has continuously strengthened its extraterritorial jurisdiction over foreign items, using the rules of de minimis, FDP and “U.S. person activities” to expand extraterritorial jurisdiction over foreign items, with connections of U.S. items as raw materials, U.S. items as production tools and “U.S. persons” participating in the production process respectively. From the perspective of WTO law, the relevant rules violate the most-favored-nation principle, and it is difficult to apply the “security exception” clause to exclude the illegality of the relevant measures. From the perspective of the principles of customary international law, the U.S.' unlimited expansion of the jurisdiction over foreign items based on vague and generalized “national security” reasons and the “thinnest link imaginable” exceeds the reasonable limits permitted by jurisdictional principles and the principle of international comity. From the perspective of law and economics, such excessive expansion is a political choice that violates economic rationality based on generalized national security concerns. In order to improve the effectiveness of China's export control measures, China should also explore the establishment of foreign jurisdiction rules over foreign items as appropriate, but it must be guided by relevant legal principles and maintain reasonable limits on extraterritorial jurisdiction.

Keywords: export control; extraterritorial jurisdiction; most-favored-nation principle; principles of customary international law; law and economics

习惯国际法下美国长臂式域外管辖合法性之批判

--以美国政府打击中国企业为例

张　越[1]

一、简介

在国际法允许的范围内，一国可以对其领土之外的人、事、物行使管辖权，这通常被称为域外管辖。[2] 这一概念更多侧重立法管辖权的行使。美国自冷战开始后，频频通过域外立法对领土之外的非美国公司或个人的行为进行制裁，甚至包括限制第三国主体与制裁对象进行交易并对违反者施加处罚的次级制裁。[3]美国无视国际社会和学界的批评，几十年来长臂式域外管辖不断延长。随着中国国际地位的不断上升，中美关系也日趋紧张。美国在涉华事务中滥用长臂式域外管辖的现象在高科技企业、军工国有企业和外贸企业三类企业中表现得更为明显。美国近年来对华在通讯、核能、电子信息技术等领域不断实施单边经济制裁，比如中兴通讯、华为等实体被纳入制裁名单，大疆的无人机、微信支付、Tik Tok 等业务受到监管与禁令，都是依据美国相关域外立法。虽然在国家主权原则下，各国都有通过国内立法行使域外管辖权的权力。但由于其域外属性，域外管辖行使的合法性问题最终由国际法而非国内法决定。美国依靠其强大的政治霸权、世界领先的经济、稳定的美元主导地位对国际金融体系的强大影响力，以及在网络信息等高科技领域的领先地位，行使的不是正常的域外管辖权。经过多年的扩张，美国终于建立了一个无所不包的长臂式域外管辖，通过扩大人格权、属地权和保护性管辖权，可以普遍适用于任何行为、财产或人，而无需与其他国家达成管辖利益平衡。如此大规模的国际法域外延伸超出了国际

---

[1] 东南大学法学院副教授，东南大学人权研究院研究员，美国威斯康星大学・麦迪逊法学博士，马克斯・普朗克国际法研究所访问研究员。

[2] Int'l Law Comm'n, Report to the General Assembly, Annex V [2006] 2(2) Y.B. Int'l L. Comm'n 231-232 ¶ 18, U.N. Doc. A/61/10 (2006), at para. 4; Menno T Kamminga, Extraterritoriality, Max Planck Encyclopedias of International Law (online access), at para. 1.

[3] 中华人民共和国国务院新闻办公室，《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书，2018 年 9 月，https://www.gov.cn/zhengce/2018-09/24/content_5324957.htm.

法域外管辖权的限度。本文分析了美国政府针对中国企业广泛行使长臂式域外管辖的行为，结合习惯国际法对域外管辖的限制，批判长臂式域外管辖行为的违法性。

在我国，政府及学界常将这种滥用域外管辖权的行为称为美国长臂管辖，用以非常形象生动的展现其“手伸的太长、多管闲事”。然而，这一用法与在美国法语境下的长臂管辖概念相冲突，后者特指美国法院对在法院所属地管辖之外的人、事、物行使属人管辖权，是一种司法管辖权。[4]为了调和两种概念之间的差异，一些国内学者将长臂式域外管辖这一概念做扩大解释，从司法管辖扩展适用于立法管辖。[5]这种解读在国内学术界得到广泛适用，也被吸纳到相关的政府报告中。[6] 然而，在国际学术交流中，由于国外学者已形成对长臂式域外管辖局限于司法管辖的定式认知，这些学者在阅读国内学者对滥用域外管辖行为批判时往往感到很困惑。为促进国际学术深度交流，同时尊重我国学术界既有的对长臂式域外管辖的用语习惯，本文将美国滥用国际法下的域外立法管辖的行为称之为美国长臂式域外管辖（U.S. Long-Arm Extraterritorial Jurisdiction）。

二、美国针对中国企业滥施长臂式域外管辖的实践

自二战以来的半个多世纪中，美国经常对古巴、伊朗、朝鲜、叙利亚和俄罗斯等特定国家行使这种域外管辖权，而中国并不是美国行使长臂式域外管辖的核心打击目标国。在 2015 年之前，美国对中国公司行使长臂式域外管辖的案例偶然发生，但并非有意针对中国企业滥施域外管辖。然而，自 2015 年国务院发布《中国制造 2025》规划后，这种情况发生了明显转变。《中国制造 2025》规划是由国家主导的工业政策，旨在迅速扩大我国尖端科技行业并更新其先进制造业基础，用以打造制造强国。时任美国总统特朗普和其他工业强国领导人将该计划视为对其自身的一种威胁。从那时起，美国对中国高科技公司的打击持续加剧。2017 年，美国前总统特朗普重新启动了“美国优先政策”（America First Policies），以此为基础掀起对中国公司的制裁浪潮。2018 年，随着中美贸易冲突不断加剧，美国相关政府机构依据长臂式域外管辖对中国公司实施制裁的案件数量急剧

[4] Jurisdiction, BLACK'S LAW DICTIONARY (11th ed. 2019), Westlaw.
[5] 肖永平：《“长臂式域外管辖”的法理分析与对策研究》，《中国法学》2019 年第 6 期。
[6] 中华人民共和国国务院新闻办公室，《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书，2018 年 9 月，https://www.gov.cn/zhengce/2018-09/24/content_5324957.htm.

增加。自 2018 年以来，大约有 400 多家中国公司受到美国政府制裁，主要分为三大类——高科技企业、从事军工行业的企业和外贸企业。

（一）高科技企业

中兴因向伊朗和朝鲜运送含有美国制造技术的产品，被指控违反美国《国际紧急经济权力法》（IEEPA）而受到制裁。[7] 2017 年，中兴同意支付超过 8.92 亿美元，并将在七年内被禁止从美国公司购买硬件和软件。[8] 正如《纽约时报》评论的那样，对中兴通讯的制裁“很不寻常，因为这种行动很少针对如此大的公司。”[9]剥夺美国技术或零部件的出口特权可能会对其生存造成毁灭性打击，因为中兴通讯 80% 至 90% 的产品都依赖美国零部件。值得注意的是，中兴通讯 70% 的智能手机使用的是美国高通公司生产的芯片。正如《经济学人》所预测的，如果中兴通讯选择转向其他供应商（这些供应商的硬件中没有任何来自美国的零部件），那么重新设计的手机将需要数年才能上市以符合新的规格。[10]

自 2016 年以来，美国商务部开始对华为进行出口违规调查，美国财政部随后于 2017 年启动了独立调查。[11] 2018 年中美贸易摩擦加剧了美国对中国高科技公司的制裁行动。2018 年 1 月，美国司法部长提议制定一项“中国倡议”文件，声称“中国想要利用美国的智慧成果来收获其计划中的经济主导地位的种子。”该文件表明，司法部“将应对中国国家安全威胁作为战略重点，并强化了总统的整体国家安全战略。”[12] 2018 年 6 月，美国贸易和制造业政策办公室发布了一份题为《中国经济侵略如何威胁美国和世界的

---

[7] Office of Public Affairs, *ZTE Corporation Agrees to Plead Guilty and Pay Over $430.4 Million for Violating U.S. Sanctions by Sending U.S.-Origin Items to Iran*, THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (Mar. 7, 2017), https://www.justice.gov/opa/pr/zte-corporation-agrees-plead-guilty-and-pay-over-4304-million-violating-us-sanctions-sending.

[8] Karen Freifeld, *U.S. accuses Chinese company of helping ZTE hide business with Iran*, REUTERS (Aug. 9, 2022), https://www.reuters.com/business/media-telecom/us-accuses-chinese-company-helping-zte-hide-business-with-iran-commerce-dept-2022-08-09/.

[9] Paul Mozur, *U.S. Restricts Sales to ZTE, Saying It Breached Sanctions*, THE NEW YORK TIMES (Mar. 7, 2016), https://www.nytimes.com/2016/03/08/technology/us-restricts-sales-to-zte-saying-it-breached-sanctions.html.

[10] Not so phoney war, The Economist, London Vol. 427, Iss. 9088, (Apr 21, 2018): 57.

[11] Zachary Karabell, *Prosecuting the Chinese Huawei executive is an idiotic way to hold China in check*, THE WASHINGTON POST (Dec. 8, 2018), https://www.washingtonpost.com/outlook/2018/12/08/prosecuting-chinese-huawei-executive-is-an-idiotic-way-hold-china-check/.

[12] *Id*.

技术与知识产权》的报告。基于这份报告的研究结论，特朗普利用其行政职权，针对由中国企业持股至少 25%的公司，禁止其进行与技术相关的收购，并对关键技术实施新的出口管制。[13]

2018 年，加拿大当局应美国政府请求，华为首席财务官孟晚舟女士在温哥华被捕，罪名是其违反了美国根据《伊朗、朝鲜和叙利亚防扩散法》对伊朗的制裁。[14] 2019 年 5 月，美国工业和安全局扩大了对华为的制裁范围，将许多非美国关联公司列入其实体清单。此举有效切断了华为与美国及非美国商品之间的贸易联系。无论这些物品是货物、技术还是软件，只要它们受《出口管理条例》管辖，华为就无法获取这些物品。[15] 因此，如果在美国境外生产的物品“包含原产于美国的超过最低限度受控的物品（通常超过 25%），或在某些特定情况下，是作为受国家安全管控的某些受控美国原产技术直接生产的产品”，则它们也可能受到《出口管理条例》的约束。[16] 美国还试图说服盟友禁止华为 5G 基础设施进入其经济体，并威胁说，如果盟友允许华为进入其国家，美国将拒绝提供安全合作。[17]

2019 年 8 月，美国国务院联合其他机构对华为、中兴等三家科技公司实施制裁，禁止美国公民或公司与这些公司进行贸易往来。此外，该制裁还下令冻结这些公司及其员工的财产或收益，并禁止向其支付或转移任何美国资产。制裁的理由很笼统，称其对国家安

---

[13] U.S. DEP'T OF JUSTICE, Attorney General JEFF Session's China Initiative Fact Sheet (2018).
[14] Office of Public Affairs, *Chinese Telecommunications Conglomerate Huawei and Huawei CFO Wanzhou Meng Charged With Financial Fraud*, THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (Jan. 28, 2019), https://www.justice.gov/opa/pr/chinese-telecommunications-conglomerate-huawei-and-huawei-cfo-wanzhou-meng-charged-financial.
[15] Steve Stecklow & Marcelo Rochabrun, *Exclusive: Top Huawei executives had close ties to company at center of U.S. criminal case*, REUTERS (Sep. 16, 2020), https://www.reuters.com/article/us-huawei-brazil-probe-exclusive-idUSKBN2671XA.
[16] Tamer A. Soliman et. al., *The Long(er) Arm of US Export Controls: US Moves to Close "Loophole" in Latest Bid to Hamper Huawei's Access to Supply of Chipsets*, MAYERBROWN(May 18, 2020), https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/05/huaweis-supply-chain-faces-new-challenges-with-us-governments-proposed-rule-further-restricting-access-to-us-technology-and-software.
[17] Christopher Bing, Jack Stubbs, *U.S. Pressuring Allies to ban Huawei 5G*, REUTERS (Apr. 16, 2019), https://www.reuters.com/article/us-usa-cyber-huawei-tech/u-s-to-press-allies-to-keep-huawei-out-of-5g-in-prague-meeting-sources-idUSKCN1RR24Y.

全构成威胁。[18] 2020 年 5 月，美国商务部工业和安全局进一步限制非美国人在国外为华为及其全球 114 家关联公司设计、开发和生产半导体时使用某些美国技术、软件和设备。[19] 除中兴、华为外，2019 年美国频繁依据《1930 年关税法》对中国高科技企业发起 337 调查，针对的产品包括触摸式移动设备、计算机及其部件。国际贸易委员会特别指控 TCL 集团、海信集团、联想集团、深圳一加科技有限公司等企业在向美国出口、进口和销售产品时，侵犯了半导体器件、含有该器件的产品及其部件的专利权。[20]

（二）从事军事工业的企业

美国长期以来担忧美国生产或设计的武器或技术可能会落入与美国利益相悖的国家或组织手中，从而影响美国国家安全与根本利益。这些日益增长的担忧导致了对某些武器、商品、零部件和技术出口的国家管控。[21] 在 1940 年《出口管制法》下，涉及国防所必需的弹药和类似材料禁止出口。这部法律于 1942 年修改时将其管制范围扩大到涉及国防所必需的所有商品。[22] 1949 年《出口管制法》对出口管制物品的措辞更加广泛，授权总统“禁止或限制从美国出口任何物品……除非遵守他规定的规则……”[23] 该法被废止后，许多出口管制条款已被《国际经济权力法案》取代，该法授权总统在美国国家安全和经济利益受到重大威胁时冻结和没收外国资产的权力。 9・11 事件后，美国国会大幅扩大了《国际经济权力法案》的管辖范围。除了《国际经济和政治伙伴关系法》外，美国商务部

---

[18] *See* Ni Hao(倪浩), *Mei Youdui Zhongguo Gongsi He Geren Hui Zhicai Dabang, Zhongfang: Jianjue Fandui Meifang Baling Xingjing*(美又对中国公司和个人挥制裁大棒，中方：坚决反对美方霸凌行径)[*U.S. wields sanctions against Chinese companies and individuals, China: Resolutely oppose the U.S. bullying behavior*], HUANQIU SHIBAO(环球时报)[GLOBAL TIMES](Sept. 27, 2019), https://3w.huanqiu.com/a/de583b/9CaKrnKn2ml?agt=29.

[19] Tamer A. Soliman et. al., *supra* note 29.

[20]Qiao Linsheng(乔林生), *Tufa! Mei Dui Zhongfang Qiye Faqi “377 Diaocha”, Zhicai Yunshu Yilang Shi you De Zhongguo Shiyou Qiye Yiji Geren*(突发！美对中方企业发起两起“337 调查”，制裁运输伊朗石油的中国石油企业以及个人)[*Breaking news! U.S. Launches Two "337 Investigations" Against Chinese Companies, Sanctions Chinese Oil Companies and Individuals Who Transported Iranian Oil*], PENGPAI XINWEN(澎湃新闻)[THEPAPER](Sep. 28, 2019), https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_4553567.

[21] Peter Swan, *A Road Map to Understanding Export Controls: National Security in a Changing Global Environment*, 30 AM. Bus. L.J. 607 (1993).

[22] Paul H. Silverstone, *Export Control Act of 1949: Extraterritorial Enforcement*, 107 U. PA. L. REV. 331, 331 (1959).

[23] U.S. agencies enforced export controls through a variety of sanctions, including the denial of trading privileges, criminal prosecution, and the confiscation of goods illegally traded. See Section 3(a), 63 Stat. 7 (1949), 50 U.S.C. Ap'. ¶2023(a) (1953).

工业和安全局出台的《出口管理条例》也规定，任何企业不得向美国实施禁运的国家（如伊朗和朝鲜）出口美国生产的军事装备。同样，《出口管制改革法》进一步收紧了对外资控股公司的限制，加强了对“新兴和基础技术”的管控，并要求通过跨部门程序来提高执法能力。[24]

历史上，中国并不是美国在国防产品和技术出口方面密切关注的对象。然而，自《中国制造 2025》产业政策发布以来，美国领导人态度明显转变。2016 年，《美国国会中美经济安全审查委员会年度报告》（简称《中美经济安全审查委员会报告》）提出了这样的担忧：大规模将制造业外包给中国，是否可能耗尽美国的国防工业基础。[25] 五角大楼在 2017 年发出警告称，由中国政府主导的对美国公司在面部识别软件、3D 打印、虚拟现实系统和自动驾驶汽车方面的投资是对美国国防安全构成威胁，因为这些产品“模糊了”民用和军用技术之间的界限。[26] 与此同时，2017 年 3 月，美国国务院根据《伊朗、朝鲜和叙利亚防扩散法》制裁了 9 家中国公司，这些公司向这些#国家提供或获取美国出口管制清单上的材料、服务、技术和其他物品。[27] 白宫在 2018 年 6 月的一份报告警告称，中国的经济举措“不仅威胁到美国经济，而且威胁到整个全球创新体系。”[28] 正如 2018 年《中美经济安全审查委员会报告》所称，中国作为美国经济和军事竞争对手的角色给美国带来了安全风险。[29] 与此同时，国会于 2018 年通过立法，将美国外国投资委员会的

---

[24] Information Office of the State Council of The People's Republic of China, *The Facts and China's Position on China-US Trade Friction* (September 2018), http://uz.china embassy.gov.cn/rus/sggg/201810/t20181018_1827756.htm.

[25] *2016 REPORT TO CONGRESS of the U.S.-CHINA ECONOMIC AND SECURITY REVIEW COMMISSION* (November 2016), https://www.uscc.gov/sites/default/files/annual_reports/2016%20Annual%20Report%20to%20Congress.pdf.

[26] McBride & Chatzky, *supra* note 13.

[27] *Yin Chaoxian He Yilang Wenti, Meiguo Zai Zhicai Zhongguo 6 Gongsi He 6 Gongmin*(因朝鲜和伊朗问题 美国再制裁中国 6 公司和 3 公民)[U.S. sanctions 6 more Chinese companies and 3 citizens over North Korea and Iran], GUANCHAZHE (观察者) [GUANCHA] (Mar. 25, 2017), https://www.guancha.cn/america/2017_03_25_400458.shtml.

[28] McBride & Chatzky, *supra* note 13.

[29] *2018 REPORT TO CONGRESS of the U.S.-CHINA ECONOMIC AND SECURITY REVIEW COMMISSION* (November 2018), https://www.uscc.gov/sites/default/files/2019-09/2018%20Annual%20Report%20to%20Congress.pdf.

权限扩大到更广泛的交易范围。[30] 根据 2021 年《中美经济安全审查委员会报告》，“美国对来自中国日益增长的国家安全威胁的担忧持续存在。”[31]

自 2018 年以来，美国政府机构不断对中国军工企业或与中国军方有业务往来或为其提供服务的中国企业实施制裁。2018 年 8 月，美国商务部工业和安全局以国家安全利益为由，将 44 家主要从事中国军事研究的中国企业列入出口管制实体名单。[32] 2018 年 10 月，美国商务部对晋华集团生产的新型内存芯片实施制裁，因为该公司威胁到美国军用芯片供应商的长期生存能力。[33] 同样，2019 年 6 月，美国商务部禁止美国供应商采购海光集团及其在中国的几家关联公司销售的零部件，指控这些公司存在从事威胁美国国家安全和外交政策利益活动的重大风险。[34] 2020 年 2 月，美国国务院对六家中国公司实施制裁，要求美国政府部门或机构不得从这些企业购买任何商品、技术和服务，也不得向这些企业提供任何援助，因为这些企业没有资格参与任何美国政府援助计划。此外，美国政府不得向这些企业和个人出售美国军火清单上的任何物品，包括国防材料。2020 年 8 月，美国商务部工业和安全局以协助中国军方在南海建造人工岛为由，限制 24 家中国公司获取美国技术。[35] 2021 年 4 月，美国商务部将七家中国计算机技术公司和研究机构列入出口管制实体名单，原因是它们参与为中国军方建造用于规划大规模杀伤性武器计

---

[30] McBride & Chatzky, *supra* note 13.

[31] *2021 REPORT TO CONGRESS of the U.S.-CHINA ECONOMIC AND SECURITY REVIEW COMMISSION* (November 2021), https://www.uscc.gov/sites/default/files/2021-11/2021_Annual_Report_to_Congress.pdf.

[32] Bureau of Industry and Security, Commerce, *Addition of Certain Entities; and Modification of Entry on the Entity List*, FEDERAL REGISTER (AUG. 1, 2018), https://www.federalregister.gov/documents/2018/08/01/2018-16474/addition-of-certain-entities-and-modification-of-entry-on-the-entity-list.

[33] U.S. Department of Commerce, *Addition of Fujian Jinhua Integrated Circuit Company, Ltd (Jinhua) to the Entity List*(Oct. 29, 2018), https://2017-2021.commerce.gov/news/press-releases/2018/10/addition-fujian-jinhua-integrated-circuit-company-ltd-jinhua-entity-list.html.

[34] Bao Yifan(鲍一凡), *Zhongke Shuguang Huiying Beilieru Shiti Qingdan: Meifang Jueding Quefa Shishi Yiju* (中科曙光回应被列入实体清单：美方决定缺乏事实依据) [*CK Shuguang responded to being included in the entity list: the U.S. decision lacks factual basis*]，XINLANG CAIJING (新浪财经)[SINA FINANCE](Jun. 26, 2016), http://finance.sina.com.cn/roll/2019-06-26/doc-ihytcitk7878019.shtml.

[35] Ma Changyan(马常艳), *Mei Hanran Zhicai “Nanhai Zaodao” Qiye, Zhongfang Jinggao Buhui “Renmei Hulai”*(美悍然制裁“南海造岛”中企，中方警告不会“任美胡来”)[*U.S. brazenly sanctions Chinese companies for "island-building in the South China Sea," China warns it won't "let the U.S. do whatever it wants"*], ZHONGGUO JINGJIWANG(中国经济网)[CHINA ECONOMIC NET](Aug. 28, 2020), http://intl.ce.cn/qqss/202008/28/t20200828_35620284.shtml.

划的超级计算机。[36] 2021 年 7 月，美国商务部对 6 家违反《出口管制法》的公司实施制裁，原因是这些公司参与采购美国电子元件，以推动俄罗斯的军事计划。[37] 2021 年 11 月，美国商务部将 12 家中国公司列入《军事最终用户名单》，理由是这些公司从事的活动有悖于美国国家安全和外交政策利益。[38]

2021 年 3 月，华盛顿和北京的高级外交官曾在阿拉斯加会晤。布林肯主张对许多中国公司实施经济制裁，因为它们“威胁到维护全球稳定的基于规则的秩序”。对此，中国最高外交官#杨洁篪批评美国的长臂式域外管辖通过使用武力或金融霸权过度扩张国家安全，为正常贸易活动制造障碍。[39]

（三）外贸企业

从事对外贸易的中国企业是美国政府经常实施制裁的第三类目标。与朝鲜和叙利亚等被美国视为公然敌视的国家相比，在 2018 年中美贸易紧张局势爆发之前，从事对外贸易的中国企业并不经常受到美国的经济制裁。此后，针对从事对外贸易的中国企业的经济制裁愈演愈烈。其中，大多数案例涉及美国国务院、财政部和商务部因违反《伊朗、朝鲜和叙利亚防扩散法》而对其实施的制裁。美国的制裁力度如此之大，以至于在 2019 年下半年几乎每个月都会实施制裁。2019 年 7 月，美国财政部将五家中国公司列入外国资产控

---

[36] U.S. Department of Commerce, *Commerce Adds Seven Chinese Supercomputing Entities to Entity List for their Support to China's Military Modernization, and Other Destabilizing Efforts*, https://www.commerce.gov/news/press-releases/2021/04/commerce-adds-seven-chinese-supercomputing-entities-entity-list-their.

[37] Wang Jiexian(王捷先), *Xinjiang Shouzhicai Qiye: Meifang Mei Shishi Yiju, Jianjue Fandui Bugongping Buheli Chufa* (新疆受制裁企业：美方没事实依据 坚决反对不公平不合理处罚)[*Xinjiang sanctioned enterprises: the U.S. side has no factual basis, firmly opposed to unfair and unreasonable punishment*], ZHONGGUO XINWENWANG (中国新闻网) [CHINA NEWS], https://www.chinanews.com.cn/gn/2021/10-22/9592556.shtml.

[38] Li Moxuan(李墨轩), *Mei Lanyong Zhicai Daya Zhongeba Shiti, Gangmei: "Meiguo Heimingdan De Mubiao Hen Mingque*(美滥用制裁打压中俄巴实体，港媒:“美国黑名单的目标很明确”) [*U.S. abuses sanctions to suppress Chinese, Russian and Pakistani entities, Hong Kong media: "The U.S. blacklist is a clear target"*]，XINLANG CAIJING (新浪财经) [SINA FINANCE], http://finance.sina.com.cn/chanjing/cyxw/2021-11-26/doc-ikyakumx0344139.shtml.

[39] U.S. Dep't of State Press Release, *Secretary Antony J. Blinken, National Security Advisor Jake Sullivan, Director Yang and State Councilor Wang at the Top of Their Meeting* (Mar. 18, 2021), https://www.state.gov/secretary-antony-j-blinken-national-security-advisor-jake-sullivan-chinese-director-of-the-office-of-the-central-commission-for-foreign-affairs-yang-jiechi-and-chinese-state-councilor-wang-yi-at-th.

制办公室（OFAC）制裁名单，原因是这些公司向伊朗出口受限制的设备和材料，违反了美国根据《伊朗、朝鲜和叙利亚防扩散法》制定的制裁措施。[40] 2019 年 9 月，美国财政部将 88 家中国公司列入实体名单，限制其从美国购买产品或零部件，原因是这些公司故意从伊朗转移石油，违反了 《伊朗、朝鲜和叙利亚防扩散法》。[41] 2019 年 10 月，美国商务部将 28 家实体列入出口管制实体名单，其中 8 家公司生产视频监控、人脸或语音识别系统。[42]

三、习惯国际法上域外管辖权行使的底线

尽管行使域外管辖权通常由国内法规定，但这种行使的合法性最终由国际法决定。因此，如果一个国家行使超越国际法范围的域外管辖权，则该国将对违反国际法承担国际责任。由于没有广泛的多边条约规定如何行使域外管辖权，因此国家实践的合法性问题留待习惯国际法相关规则来评判。根据习惯国际法，最普遍认可的管辖权基础是主动和被动属人管辖权、属地管辖权、保护性管辖权和普遍管辖权。每一种管辖权基础在习惯国际法的发展路径中一直存在着扩张趋势，比如属人原则从包括自然人以及公司、飞机或船舶的主动属人原则扩展到涉及允许国家对伤害本国国民的域外行为行使管辖权。属地原则也从最初的领土原则扩展到将领土之外发生的行为视为属地而行使管辖权。因而，属地原则在扩展过程中与域外管辖也存在一定的交叠。无论哪一种管辖权基础，其自身的扩展是否在习惯国际法下存在一种底线，这是本部分重点考察的问题。一般而言，正如国际法委员会所指出的，域外管辖权的主张受到某些国际法基本原则的限制，如《联合国宪章》所载的国家主权平等、国家领土完整原则和不干涉他国内政原则。然而，即使国际法基本原则没有

---

[40] U.S. Department Of The Treasury, *Treasury Sanctions Global Iranian Nuclear Enrichment Network* (Jul. 18, 2019), https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm736; Wang Xiaowu(王晓武), *Mei Jiekou Zhicai Zhongguo Nengyuan Qiye Zhuhai Zhenrong "Weijiao" Youlai Yijiu* (美借口制裁中国能源企业珠海振戎 "围剿"由来已久)[*U.S. pretext to sanction Chinese energy companies Zhuhai Zhenrong "siege" has been a long time*], WANGYI CAIJING (网易财经) [NETEASE FINANCE] (Jul. 24, 2019), https://www.163.com/money/article/EKR8QHK000258105.html.

[41] Xiao Yongping (肖永平), "Changbi Guanxiaquan" De Fali Fenxi Yu Duice Yanjiu ("长臂管辖权"的法理分析与对策研究) [*Jurisprudential Analysis and Countermeasures of "Long-Arm Jurisdiction"*], ZHONGGUO FAXUE, (中国法学) [CHINA LEGAL SCIENCE], 6(2019), 54.

[42] Qi Kai (戚凯), Meiguo "Changbi Guanxia" Yu Zhongmei Jingmao Moca (美国"长臂管辖"与中美经贸摩擦) [U.S. "*Long Arm Jurisdiction" and U.S.-China Economic and Trade Friction*], WAIJIAO PINGLUN (外交评论) [FOREIGN AFFAIRS REVIEW], 2(2020).

明确禁止行使域外管辖权，也应该有一个规范基线来限制这种做法的界限。在过去的两个世纪里，各国在实践中一般采取了三种不同的方法来主张域外管辖权的行使边界。

（一）荷花号案：国际法无明文禁止为自由

1927 年，常设国际法院裁定的“荷花号”案经常作为管辖权法调查的起点。常设国际法院指出：[43]

国际法并没有规定各国不得将其法律和法院管辖权的适用范围扩大到其领土以外的个人、财产和行为，而是在这方面赋予各国广泛的自由裁量权，只有在某些情况下才受到禁止性规则的限制；至于其他情况，每个国家都可以自由采用其认为最佳和最合适的原则。

然而，该判决所依据的规则——除非国际法明确禁止该行为，否则各国可以自由行事——在判决时便颇具争议。如上所述，管辖权意味着一个国家在其领土内行使主权来管理国内事务，而行使域外管辖权是国际法确立的对管辖权行使排他性的例外。如果国家自由地扩大其域外管辖权，而这些管辖权与其他国家域内管辖权频频重叠，那么一国域内管辖权就会受到严重损害，进而威胁主权的完整性。有鉴于此，域外管辖权的扩大必须受到习惯国际法允许的合理限制。1970 年，菲茨莫里斯法官在巴塞罗那电车案中以个人意见指出，每个国家都有义务限制其具有外国因素的管辖权，并“避免过度侵犯更适合属于或更适合由另一个国家行使的管辖权。”[44] 在 Cedric Ryngaert 看来，依据习惯国际法的标准来审查，无论是国家实践还是法律意见都不足以支持荷花号案所主张的原则。[45] 允许国家几乎不受约束的管辖权自由裁量权将违背国际法管辖权的基本目的——“划定国家的行动范围，从而减少国家之间的冲突。”[46]

（二）1935 年《哈佛草案》：严格许可下的管辖基础

[43] S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10, (Sept. 7).
[44] Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belg. v. Spain), Preliminary Objections, 1970 I.C.J. Rep. 3, 64, ¶ 70 (separate opinion by Fitzmaurice, J.) (Feb. 5).
[45] Cedric Ryngaert-B, p.35 (“as historically developed, extraterritorial prescriptive jurisdiction is arguably prohibited in the absence of a permissive rule.”); THE PRESBYTERIAN CHURCH OF SUDAN, Rev. Matthew Mathiang Deang, et al, 2008 WL 7566388 (C.A.2), 5. (“Rather than following this holding [lotus], Canada urges in its brief that state jurisdiction over a matter must be premised on a “substantial and genuine” connection.”)
[46] CR-B, p.29

1935 年关于《犯罪管辖权公约哈佛研究草案》（即《哈佛草案》）发表于《美国国际法杂志》。根据 1935 年《哈佛草案》，国家无权行使管辖权，除非它们能够根据特定的管辖理由得到证明，包括领土、个人、保护和普遍管辖权。[47]1935 年《哈佛草案》代表了一种严格允许原则，主张如果没有国际法中允许的管辖基础，行使域外管辖权的行为表面上就是非法的。[48] 1935 年《哈佛草案》自发表以来，一直被视为国际法管辖权的权威原则。[49] 正如 Cedric Ryngaert 所观察到的，严格许可式的域外管辖权基础反映了习惯国际法的要求，因为它已被大多数国家遵循，并成为评估管辖权主张合法性的主要原则。[50]

尽管 1935 年《哈佛草案》仍然是衡量域外管辖权行使合法性的最普遍认可的依据，但考虑到 1935 年以来国际法实践的新发展，这些管辖权原则未必能详尽无遗的涵盖当今习惯国际法关于域外管辖权行使的全部依据。比如，1935 年《哈佛草案》没有接受被动人格原则与效果原则，但在其后的发展实践中，这两种管辖权原则虽然没有似属地原则与主动人格原则那样得到广泛应用，但已逐渐被接受为管辖权依据。[51] 今天，一个国家行使立法管辖权来规范其领土外的人员、财产或行为已成为一种日益普遍的现象，这主要是由于经济全球化和跨国犯罪。[52]正如希金斯、科伊曼斯和布尔根塔尔法官在逮捕令案中的联合个别意见中所指出的那样，国际法管辖权并不是一成不变的，因此“被视为允许的管辖权……[在]不断发展”。[53] 从这一点来看，由于国际社会“不断、流动和实质性的跨境互动”，1935 年《哈佛草案》中所规定的域外管辖权基础不能完全反映当代国际社会的发展。[54] 问题在于，怎样的做法才能满足日益增长的行使域外管辖权的需要，同时又能维护“划定国家行动范围”的主要目的并减少国家间冲突？各国是否会重新考虑荷花号案的做

---

[47] Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, 29 AJIL 439 (1935)
[48] CR-B, p.44.
[49] Dan Jerker B. Svantesson, 2015, p.69 (“[The Harvard Draft]…has represented public international law’s approach to jurisdiction ever since.”); CR-B, p.35 (“ the 1935 Harvard Research on International Law has been instrumental in the permissive principles approach becoming the main framework of reference for assessing the legality of jurisdictional assertions.”); Cf. 2015 Revisit, p.69;
[50] CR-B, pp.29, 35;
[51] ILC, 2006, para. 10.
[52] For this reason, national regulations concerning the exercise of extraterritorial jurisdiction are more likely to concern criminal law and commercial law. See ILC 2006, paras.1-2
[53] Arrest Warrant of 11 April 2000, 2002 I.C.J. Rep. at 63, ¶ 75 (joint separate opinion by Higgins, Kooijmans, Buergenthal, JJ.).
[54] 2015 Revisit, p.69

法，将其视为与全球化蓬勃发展相适应的自由主义做法？抑或各国会继续采取严格许可管辖权基础的做法，并试图扩大 1935 年《哈佛草案》的范围，承认自 1935 年以来各国的后续实践中发展出的新管辖权基础？

（三）真实联系原则：域外管辖的底线原则

真实联系原则代表了各国在域外管辖扩张实践中的第三种路径。如果一个国家与管辖对象之间存在真实联系或对监管有合法利益，则其域外管辖权主张被推定有效。[55] 美国法学会在 2018 年《美国对外关系法重述》（第四版）中首次明确将真实联系原则作为域外行使立法管辖权的习惯国际法规则。[56] 这一主张并非美国法学会单方面的理解，而是国际社会和学界的共识。尽管 1935 年《哈佛草案》文本中没有直接规定“真实联系”原则，但这一要求是《哈佛草案》所承认的所有域外管辖权依据的共同基础。[57] 1935 年以后，效果原则、被动人格原则等新的域外管辖权依据的发展，也要求一个国家与管辖对象之间存在真实联系。[58] 克劳福德认为，“如果说有一项基本原则正在兴起，那就是管辖权对象与有关国家的领土基础或合理利益之间的真实联系。” [59] Dodges 和 Ryngaert 认为，“将‘真实联系’确定为传统立法管辖权基础的基本原则是一项重要进步。”[60]从这个角度看，各国适用公认的管辖权基础的实践，包括属地原则、主动与被动人格原则、保护性管辖权和普遍管辖权，都反映了国际社会中真实联系原则在域外行使立法管辖权的普遍性国家实践。这种普遍性国家实践在发展中也形成了将真实联系原则作为国家在域外立法管辖权进行限制的法律意见。正如加拿大政府所声称的，“寻求主张管辖权的国家与其寻求监管的个人或活动之间的真实和有效联系是习惯国际法的基本原则。”[61] 同样，瑞士政府

---

[55] James Crawford ed., Brownlie’s Principle of Public International Law, p.441 (9th ed., 2019) (“If there is a cardinal principle emerging, it is that of genuine connection between the subject-matter of jurisdiction and the territorial base or reasonable interest of the state in question.”).
[56] “CIL permits if there is a genuine connection between the subject of the regulation and the state seeking to regulate. The genuine connection usually rests on a specific connection between the state and the subject being regulated.” (R4, 407)
[57] 2015 Revisit, p.71.
[58] ILC, para.10.
[59] Brownlie, P.441.
[60] Dodge, 2021, EJIL, p.1473; Cedric, 2021.?
[61] Brief for The Government of Canada in Support of Dismissal of the Underlying Action, Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, 582 F.3d 244 (2d Cir. 2009) (07-0016-CV)

认为，如果所涉问题与监管国之间没有真实联系，域外立法将违反国际法。[62] 荷兰和英国也表示，真实联系是国际法中公认的管辖权原则。[63]

何为域外立法中的真实联系？ 概而言之，主题事项和行使管辖权的国家之间有足够密切的联系将满足真实联系的要求，反之则不然。正如詹宁斯和瓦茨所建议的，这种足够密切的联系可以凌驾于其他国家的任何竞争权利之上。[64]约翰·H·柯里和 A·比安奇使用了“有效”[65] 或“重大”[66] 等术语，但没有在管辖权主张的背景下澄清这些术语的含义。加拿大政府在给美国法院提交的法庭之友简报中声称，“国家对某一事项的管辖权必须以‘实质性和真实’联系为前提。”[67] 该简报随后进一步解释说，“实质性和真实”联系只不过意味着当代实践中主张管辖权的国家和被裁决的事项之间存在充分的联系。”[68] 但无论如何理解真实联系原则中的充分性、有效性或重大性，这种解读都不可能包含最低联系或名义上而非实质联系。

四、长臂式域外管辖合法性之批判

（一）“美国法人”的管辖范围可以扩大到多大？

属人原则，又称国籍原则，深深植根于国家治理其国民的主权。如今，这一长期存在

---

[62] Brief of Government of Switzerland as Amicus Curiae in Support of Petitioners, American Insurance Association, et al., Petitioners, v. Henry W. LOW, in his capacity as Commissioner of Insurance for the State of California, Respondent., 2002 WL 32101009 (U.S.), 7.

[63] Brief of the Governments of the Kingdom of the Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as Amici Curiae in Support of Neither Party, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 2012 WL 2312825 (U.S.), 14-15 (U.S., 2012).

[64] 1 Robert Jennings & Arthur Watts, Oppenheim's International Law 457-458 (9th ed. 1992).

[65] Eg., see John H. Currie, Public International Law 308 (2001) (“when viewed as a whole, state practice discloses … the requirement of justifying extension of a state's prescriptive jurisdiction to any particular person or transaction.”);

[66] Eg., see A Bianchi, Reply to Professor Maier, in KM Meessen (ed), Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice (1996)] (p.91)(“international customary law makes the legality of extraterritorial jurisdictional claims dependent on the existence of an effective and significant connection between the regulating state and the activity to be regulated.”)

[67] Canada 2008, Brief of Amici Curiae of Canadian Parliamentarians, et al., 2008 WL 7566388 (C.A.2) (“the contemporary practice that there be an adequate link between the state asserting jurisdiction and the matter being adjudicated.”)

[68] Id. (“Canada urges in its brief that state jurisdiction over a matter must be premised on a “substantial and genuine” connection.”)

的原则通常被理解为两个方面：主动法人和被动法人。主动法人原则允许国家对本国国民行使管辖权，即使他们在国外。[69] 被动法人原则允许国家对伤害本国国民或居民的域外行为行使管辖权。尽管被动法人管辖权在历史上更具争议性，但各国在打击犯罪，特别是恐怖主义犯罪方面越来越多地行使这种形式的立法管辖权。[70] 许多国家通过双重犯罪或尚未在发生地受到惩罚的犯罪来限制被动人格管辖权。[71]

美国的域外立法，特别是制裁法，旨在规范非美国居民发生在美国境外的行为。一位学者评论说，由于没有美国公民参与，主动和被动人格管辖权都无法证明美国的做法是合理的。[72] 然而，美国确实将人格原则扩展到设计一个过于宽泛的“美国人”概念。根据国际法，受属人原则约束的国民通常包括自然人、法人等公司实体以及飞机或船舶。[73] 相比之下，美国法律下的美国国民范围非常广泛，包括“任何美国公民、永久居民、根据美国法律成立的实体（包括外国分支机构）或任何在美国境内的人。”[74] 美国国会通过一系列长臂立法，进一步将人格原则延伸至其产品和技术，仿佛这些产品和技术拥有美国国籍。因此，任何涉及含有美国零部件或美国技术的产品的交易，如果违反了美国长臂立法（如《伊朗、朝鲜和叙利亚防扩散法》）下的禁运规定，也将触发长臂式域外管辖，以执行制裁或审理刑事案件。但美国产品和技术如何才能合理地被视为美国主体？而且，由于全球供应链深度互联，涉及多个国家和众多公司，美国可以通过国有化美国技术，在全球高科技市场上对其“美国主体”普遍行使管辖权。因此，在美国对伊朗实施禁运的情况下，伊朗消费者不太可能拥有任何不包含美国知识产权的高科技产品。[75]

（二）“美国属地管辖权”能超越属地管辖权到什么程度？

从“行为和效果”转向“触及和关注”

---

[69] Malherbe, *supra* note 66, at 1021–22; Int'l Law Comm'n, *supra* note 63, at ¶ 14.
[70] Int'l Law Comm'n, *id.*, at ¶ 19 and footnote 23.
[71] *Id*.
[72] Terry, *supra* note 16, at 425-435.
[73] Int'l Law Comm'n, *supra* note 63, at ¶ 14.
[74] Meyer, *supra* note 16, at 925; Also see Exec. Order No. 13,224, ¶ 3(c), 66 Fed. Reg. 49,079 (Sept. 23, 2001); Exec. Order No. 13338, ¶ 6(c), 69 Fed. Reg. 26,751 (May 11, 2004); Exec. Order No. 13413, ¶ 3(c), 71 Fed. Reg. 64,105, 64,106 (Oct. 27, 2006); 66 Fed. Reg. at 47,081; 31 C.F.R. ¶ 537.321 (2008); 31 C.F.R. ¶ 538.315 (2008); 31 C.F.R. ¶ 541.312 (2008); 31 C.F.R. ¶ 560.314 (2008).
[75] Karabell, *supra* note 22.

自 1949 年以来的四十年间，美国联邦法院一直适用“行为和效果”标准。[76] 美国属地管辖权涵盖美国领土和美国拥有主权或在一定程度上拥有立法控制权的其他地方。自 1949 年美国联邦法院采用这一标准以来，它们实际上放弃了自 1804 年以来在 Murray 案中长期确立的禁止域外管辖权的推定。[77] 即使在 Morrison 维持了新的禁止域外管辖权的推定之后，行为和效果标准仍然是美国主张域外管辖权的有效工具。在 SEC v. Scoville 案中，法院审查了行为和效果标准是否得到满足，因此美国证券法应在执法行动中适用于域外。[78]

在 Kiobel 案中，法院进一步扩大管辖权，审查域外索赔是否充分“触及和涉及”美国领土。[79] 触及和涉及规则已广泛应用于对违反《反海外腐败法》的外国被告主张管辖权。无论外国实体是否在美国境内实际存在，只要该实体在海外使用美国金融系统，法院就对其拥有管辖权。[80] 这条规则也已广泛用于立法实践。正如《反海外腐败法指南》所规定，当拨打电话、从美国、向美国或通过美国发送电子邮件、短信或传真涉及州际贸易，或跨越州界或国际旅行往返美国时，触及和涉及规则即得到满足。[81]

此外，触及和关注标准还延伸到发展“美元领土”。政府利用其金融实力，尤其是美元在全球金融市场中的独特地位，将美国境外的美元交易视为触及和关注美国领土的交易。[82] 因此，华为受到了美国的域外制裁，因为它依赖其全球银行关系来提供银行服务，包括通过美国处理美元交易。[83] 同样，美国财政部将 88 家中国公司列入实体名单，限制

---

[76] Slawotsky, *supra* note 116, at 261.
[77] *Id*.
[78] SEC v. Scoville, 913 F.3d 1204, 1225 (10th Cir. 2019).
[79] Kiobel, 133 S. Ct. at 1669.
[80] See United States v. JGC Corp., No. 11-CR-260 (S.D. Tex. Apr.il, 6,2011), https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/04/27/04-6-1ljgc-corp-dpa.pdf. See also United States v. Snamprogetti Netherland BV, No. 10-CR-460 (S.D. Tex. July 7, 2010), https://www.justice.gov/sites/default/files/criniinal-fraud/legacy/2011/02/16/07-07-10snamprogetti-info.pdf; United States v. Technip S.A., No. 10-CR-439, https://www.justice.gov/sites/default/files/crininal-fraud/legacy/2011/02/16/07-07-10snamprogetti-info.pdf; United States v. Unitell, LLC, No. 16-CR-137 (ER) ¶¶ 66-71 (S.D.N.Y. Feb 18, 2016), https://www.justice.gov/criniinal-fraud/file/827496/download.
[81] A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (hereafter “FCPA GUIDE”), https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download, at 11.
[82] Suzanne Katzenstein, *Dollar Unilateralism: The New Frontline of National Security*, 90 IND. L.J. 293, 294-95 (2015).
[83] Office of Public Affairs, *supra* note 26.

其从美国购买产品或零部件，原因是它们在 2019 年 9 月故意从伊朗转移石油，违反了《伊朗、朝鲜和叙利亚防扩散法》。这些公司仅仅因为以美元结算或通过美国互联网进行通信而受到美国的长臂式域外管辖。[84] 因此，通过美元交易或通过美国互联网通信，可以很容易地建立行为与监管国之间的真正联系。在这种情况下，行使管辖权会忽略受监管的活动是否对美国领土产生重大、直接和可预见的影响。

（三）基于保护性管辖权的长臂式域外管辖

近年来，美国政府对 200 多家中国企业实施制裁，主要涉及三类：高科技企业、军工国有企业和外贸企业。在大多数情况下，美国机构实施制裁的原因要么是国家安全，要么是经济安全。本节分析美国安全利益与受监管活动之间的联系。保护原则在多大程度上普遍接受域外管辖权的可取性？

1. 国家安全主张

国家安全往往是“在争夺政府注意力的竞争中，争取优先关注事项的有力政治工具。”[85] 国家安全传统上被理解为内部或外部安全或其他基本国家利益。[86] 根据美国的立法惯例，如果交易涉及对美国国防需求具有重要意义的产品、服务和技术，则通常被视为对国家安全具有重要意义。[87] 美国《对外关系法重述》（第四版）指出，保护管辖权的原因可能涵盖以下行为：“间谍活动、某些恐怖主义行为、谋杀政府官员、伪造国家印章或货币、伪造官方文件、在领事官员面前作伪证、以及密谋违反移民法或海关法。”[88]

尽管其立法解释狭窄，但多年来，美国仍将这一概念作为在没有与国家安全有意义联系的外国领土上行使长臂式域外管辖的借口。正如 Simma 所指出的，保护性管辖权的法律在 9/11 袭击后处于动荡状态，国家安全似乎成为了一种“万能概念”，可谓包罗万象。

---

[84] Xiao Yongping, *supra* note 51.
[85] Segun Osisanya, *National Security versus Global Security*, UNITED NATIONS, https://www.un.org/en/chronicle/article/national-security-versus-global-security.
[86] Arrest Warrant of 11 April 2000 (Dem. Rep. Congo v. Belg.), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 3, 35, ¶ 4 (separate opinion by Guillaume, J.) (Feb. 14).
[87] The preamble to the regulations of the Exon-Florio statute, 56 Fed. Reg. 58775 (Nov. 21, 1991).
[88] RESTATEMENT (FOURTH), *supra* note 56, at ¶ 412.

[89] 美国借口国家安全实施了多种形式的制裁，它倾向于夸大其词，以便通过保护原则来证明制裁措施的合法性，即使这些措施“没有真正危及美国安全或在美国造成任何实质性影响的可能性”。[90]

如前所述，美国政府出于国家安全关切，针对中国科技公司和从事军工行业的公司行使长臂式域外管辖。美国机构以这些法人实体对国家安全构成威胁为由实施制裁。然而，这些理由通常非常笼统和抽象，被表述为“对参与与美国国家安全或外交政策利益相悖的活动构成重大风险。”[91] 不清楚这些商业实体如何能够对美国构成安全威胁，尤其是美国作为世界上唯一的超级大国，军事、经济、科技强国，何时变得如此脆弱，其军事安全会如此轻易的受到威胁？何其讽刺。

在一些情况下，美国相关政府机构提供了更为具体的理由来支持其国家安全主张，但但却令人难以信服。比如，2018 年 10 月，美国商务部对金华公司实施制裁，并禁止美国公司向其出售技术和产品，因为金华生产的新存储芯片威胁到美国军事芯片供应商的长期生存能力，从而给美国国家安全利益带来重大风险。[92] 2021 年 11 月，商务部将 12 家中国公司列入“军事最终用户”名单，因其从事与美国国家安全和外交政策利益相悖的活动。讽刺的是，美国商务部特别强调，有 8 家位于中国的实体受到制裁，因为它们试图避免使用美国技术支持量子计算的军事应用。[93]

同样，在孟晚舟被捕案中，联邦调查局工作人员声称华为对美国的经济和国家安全构成双重威胁，并以《伊朗、朝鲜和叙利亚防扩散法》下的金融欺诈指控华为首席财务官孟晚舟。[94] 尽管美国可能认为伊朗声称的核武器计划对其国家安全构成威胁，但没有任何迹象表明所讨论的商业交易与该计划有任何关系。完全令人质疑的是，如何将向伊朗出口配备美国技术的商品确定为严重损害美国安全利益。美国还声称华为构成国家安全威胁，

---

[89] Bruno Simma & Andreas Th. Miller, Exercise and Limits of Jurisdiction, in THE CAMBRIDGE COMP ANION TO INTERNATIONAL LAW 134, 144 (James Crawford & Martti Koskenniemi eds., 2012).
[90] Meyer, *supra* note 16, at 909.
[91] Stecklow & Rochabrun, *supra* note 101.
[92] U.S. Department of Commerce, *supra* note 43.
[93] Moxuan, *supra* note 45.
[94] Office of Public Affairs, *supra* note 26.

部分原因是因为它是中国军方的分支机构，美国对此没有提供足够的证据。[95] 讽刺的是，三星和爱立信作为大型科技巨头多年来一直在向伊朗销售产品。然而，美国检察官并没有试图限制这些公司的业务或调查其产品的一些组件是否源自美国。正如《华盛顿邮报》所评论的那样，三星和爱立信注册地来自于美国的盟国，而华为总部设在在中国，一个被视为主要美国对手的国家。[96]

2. 经济安全主张

美国机构在行使长臂式域外管辖制裁中国公司时，也使用“经济安全”一词来替代国家安全。 经济安全是一个比国家安全更令人困惑的概念，因此需要进一步澄清。传统上，经济安全被理解为关注对其他国家的经济脆弱性，即免受其他政府的经济操纵。全球化在新的全球环境中的经济波动破坏了这一传统定义。[97] 由于经济安全很容易因政治影响而被夸大，因此其范围不应如此广泛，以涵盖所有经济风险。[98] 人们普遍认为“经济目标本身不适合作为国家安全目标”，尽管“经济考虑在宏观战略中发挥着作用。”[99] 然而，大多数美国域外法律都是在经济领域制定的，这凸显了经济安全在美国外交政策中的重要性。因此，美国一直将具体的经济目标作为国家安全战略的一部分，并使用制裁来确保该战略的实施。正如美国司法部所言，“没有哪个国家比中国对我们的思想、创新和经济安全构成更广泛、更严重的威胁。”[100]

3. 安全还是霸权？

习惯国际法允许一国通过域外管辖权来保护合法的国家利益。从这个意义上讲，除非根据国际法有效，否则并非所有基本国家利益都可以受到域外管辖权的保护。如前所述，

---

[95] *Trump administration says Huawei, Hikvision backed by Chinese military*, CONSUMER NEWS AND BUSINESS CHANNEL (Jun. 25, 2020), https://www.cnbc.com/2020/06/25/trump-administration-says-huawei-hikvision-backed-by-chinese-military.html.
[96] Karabell, *supra* note 22.
[97] Miles Kahler, *Economic security in an era of globalization: definition and provision*, 17 THE PACIFIC REVIEW, 485, 486 (2004).
[98] *Id*.
[99] Donald Losman, *Economic Security A National Security Folly?*, POLICY ANALYSIS (Aug.1, 2001), https://www.cato.org/policy-analysis/economic-security-national-security-folly.
[100] See U.S. DEP'T OF JUSTICE & U.S. SEC. EXCH. COMM'N, A RESOURCE GUIDE TO THE U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (2012).

美国对中国公司的制裁与国防要求没有真正的联系。这两家公司对美国国家利益造成的威胁，都不等同于美国《对外关系法重述》（第四版）所分析的“间谍活动、某些恐怖主义行为、谋杀政府官员、伪造国家印章或货币、伪造官方文件、在领事官员面前作伪证以及密谋违反移民法或海关法”等行为。[101]

当《反海外腐败法》颁布时，美国似乎已经意识到了外国支付带来的国家安全风险。事实上，采用《反海外腐败法》的所谓国家安全利益，是在美苏地缘政治竞争的背景下。正如国会听证会所揭示的那样，立法者强烈担心外国腐败支付正在削弱美国赢得冷战的能力。[102] 同样，美国目前将中国视为“试图削弱美国霸权地位的战略经济竞争对手”。[103] 正如乔尔·斯拉沃茨基所写，“中国企业与美国企业在全球范围内竞争业务，因此被认为可能对美国经济利益造成有害影响。”[104] 美国所谓的通过制裁中国企业来维护经济安全，本质上是为了维护经济霸权地位，使其他国家无法在正常贸易中与之竞争。然而，这种国家利益，即使对美国如此重要，也不是国际法中域外管辖权所认可的合法国家利益。

五、结论

本文分析了美国政府针对中国企业广泛行使域外管辖权的行为，指出域外管辖权在实践中与习惯国际法的真实联系原则相抵触，干扰了其他国家正常行使域外或域外管辖权。美国最初行使域外管辖权是为了对非美国居民的境外被告行使属人管辖权，直到 1977 年美国国会通过《反海外腐败法》后，这一做法才引起争议，1996 年又通过了《赫尔姆斯—伯顿法案》。美国无视国际社会和学界的批评，几十年来，美国管辖权的“长臂”越来越长、越来越宽。随着中国国际地位的不断上升，中美关系也日趋紧张，美国在涉华事务中滥用域外管辖权的现象在高科技企业、军工国有企业和外贸企业三类企业中表现得更为明显。不论域外管辖权在传统上是否合法，但目前域外管辖权的实践时间过长，令人怀疑其合理限度。美国并非正常行使域外管辖权，而是凭借其强大的政治霸权、世界领先的

[101] RESTATEMENT (FOURTH), *supra* note 56, at ¶ 412.
[102] Rachel Brewster, *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy*, 103 VA. L. REV. 1611, 1623 (2017).
[103] Slawotsky, *supra* note 116, at 281 (2020).
[104] *Id*., at 281 (2020).

经济实力、稳定的美元主导地位对国际金融体系的强大影响力，以及在网络信息等高科技领域的领先地位，行使“强硬管辖权”。经过多年的扩张，美国终于在不与其他国家达成管辖利益平衡的情况下，通过扩大属人原则、属地原则和保护性管辖权，建立了可以普遍适用于任何行为、财产或人的包罗万象的域外管辖权。如此大规模的国际法域外延伸，超出了国际法域外管辖权的合理限度。

WTO 环境规则改革的意义、挑战与路径
——基于结构性权力视角

吴金昌*

上海对外经贸大学国际组织学院（贸易谈判学院）

【内容提要】 近年来，随着全球气候危机的愈演愈烈，国际社会对可持续与环境友好型贸易的呼声与需求日益高涨，气候变化正重塑由贸易主导的传统发展格局，强化全球经济的绿色化趋势并带来新一轮机遇与挑战。作为多边贸易体制基石，WTO 现存与气候治理相关的环境规则存在标准模糊、规制乏力等问题，难以为协调自由贸易与环境保护提供有效制度供给，环境规则已经处在 WTO 改革的核心位置。WTO 环境规则改革的关键在于如何凝聚多方共识以推动新型规则构建，以结构性权力视角考察各成员在环境与贸易议题上的利益分配格局，发现 WTO 发展中成员与发达成员在生产、安全、金融等权力结构存在的突出差异将阻碍共识形成，是环境规则改革的主要挑战。未来，WTO 可以通过利用诸边模式、纳入共同但有区别的责任原则以及开展环境议题国际合作等方式，降低或规避不同成员之间的利益分歧，在强化已有共识的基础上有效推动新型环境规则构建，为人类社会可持续发展作出应有贡献。

【关键词】 WTO 改革；环境规则；气候危机；绿色贸易；结构性权力

一 引言

自上世纪九十年代以来，以 WTO 为核心的多边贸易体制极大保障并促进了国际贸易的发展，为世界经济注入强劲动能。然而，在海量货物于世界范围内自由流动的同时，由扩大生产、过度开采、跨国运输等贸易生产环节带来的高碳排放、资源耗竭等环境问题日益严峻，成为影响人类社会可持续发展的关键问题，因此倡导贸易自由化的 WTO 一度被视为加剧全球气候变化，破坏自然环境，将人类社会推向崩溃边缘的罪魁祸首。实际上，WTO 对于气

* 吴金昌，男，2000 年 3 月，上海对外经贸大学国际组织学院（贸易谈判学院）2022 级世界贸易组织法专业硕士研究生；电话：13270201398；邮箱：wyyys13270201398@163.com；通讯地址：上海市松江区文翔路 1900 号。

候变化等环境问题绝非熟视无睹，曾多次通过设立工作小组、发布宣言、报告等形式强调其对气候问题的重视，并在具体协定文本中专门设有与环境相关的原则、规则以保障成员包括气候治理在内的国家环境主权。然而，从实践效果来看，WTO 既有环境规则既未能充分回应当前国际社会对气候等环境问题的深刻关切，也未能妥善协调自由贸易与环境保护两类价值，国际贸易仍然是当今全球环境恶化的重要诱因。因此，在全球环境问题日益加剧，国际社会对环境保护关注持续升高的背景下，如何通过环境规则改革，出台新的环境规则，在保障自由贸易的同时最大限度实现环境保护效果，降低贸易对环境的消极影响是 WTO 亟需考虑并解决的关键问题之一。

本文旨在分析当前 WTO 环境规则存在问题及改革必要性的前提下，通过借鉴国际政治经济学中的结构性权力理论，从生产、安全、金融和知识四种结构层次探讨 WTO 推进环境规则改革面临的主要挑战，并在此基础上提出未来 WTO 环境规则改革的可能路径，以期助力 WTO 更加高效地构建新型环境规则，更好地协调自由贸易与环境保护，为人类社会可持续发展作出应有贡献。

二　WTO 环境规则的现状问题与改革意义

环境规则是 WTO 协调自由贸易与环境保护，维护多边贸易基础的制度依据，从技术角度出发，当前 WTO 并未设有专门的环境保护协定或条款，但概念层次的环境规则散见于序言、协定的一般条款之中。[①]从实施效果上看，WTO 既有环境规则存在标准模糊、适用困难等问题，难以发挥价值作用。基于促进全球环境治理、保障自由贸易体制甚至提振 WTO 功能地位等多方面要求，当前推动 WTO 环境规则改革具有重要现实意义。

（一）WTO 环境规则的理论根源及表现形式

WTO 环境规则的产生根源在于国际贸易与环境保护之间具有深层次的逻辑关系，即在国际贸易迅速发展的背景下，单一国家市场机制和政策机制失灵导致的环境资源盲目开发和保护缺位将进一步导致包括气候变暖在内的环境恶化现象，而气候危机、环境资源恶化同时意味着货物贸易赖以进行的物质基础逐渐减少，导致多边贸易体制失去调整对象与存续价值。[②]为继续维系并发挥多边贸易体制功能作用，WTO 须制定并不断完善相应环境规则以预防成员单方市场、政策的贸易扭曲效果及其对环境资源造成造成的破坏，以保障多边贸易体

① 参见何志鹏：《WTO 的环境立场与环境规则》，载《法制与社会发展》，2002 年第 4 期，第 121 页。
② 参见印辉：《WTO 环境规则研究》，西南政法大学 2007 年博士学位论文。

制存续的基础，因此从长远角度来看，环境问题是决定 WTO 体制能否存续的核心问题，环境规则也应处于 WTO 规则体系的核心领域。然而，由于上世纪 GATT 形成之初，国际社会因二战后经济复苏的迫切需要，对自由贸易的需求超过环境保护，因此 GATT 并未设置专门的环境条款，WTO 在成立时则延续了 GATT 时期有关自由贸易的价值立场和规则模式，也没有设置专门的环境条款或环境协定。[①]从 WTO 当前规则体系出发，概念层次的 WTO 环境规则可以认为是现有 WTO 规则体系中与环境相关内容的总和，具体包括《WTO 协定》序言、《关于贸易与环境的决定》和《实施动植物卫生检疫措施协定》（以下简称“《SPS 协定》”）、《补贴与反补贴措施协定》（以下简称“《SCM 协定》”）、《技术性贸易壁垒协定》（以下简称“《TBT 协定》”）等具体协定中的部分条款。[②]根据相关条款的地位及功能，WTO 现有环境规则主要表现为三种形式：一是包括 WTO 序言宗旨、特别决定在内的原则性环境规定；二是一般环境例外规定；三是特定协定中的环境规定。

首先，就有关环境保护的原则性规定而言，具有宪章性质的《WTO 协定》在序言部分明确了 WTO 关于保护环境、促进可持续发展的目标宗旨：“同时应依照可持续发展的目标，考虑对世界资源的最佳利用，寻求既保护和维护环境，又以与它们各自在不同经济发展水平的需要和关注相一致的方式，加强为此采取的措施”，这是 WTO 第一次明确将环境保护和可持续发展确定为新的多边贸易体制的基本原则和宗旨之一。[③]此外，同期通过的《关于贸易与环境的决定》对序言中的环境要求作出进一步阐释：“考虑到在维护和保障一个开放、非歧视和公正的多边贸易体制与采取行动保护环境及促进可持续发展之间不应存在、也无必要存在任何政策矛盾，期望协调贸易与环境领域的政策”。上述两项规定共同构成了 WTO 环境规则的原则性部分，在后续环境贸易争端实践中发挥重要作用。例如，在美国汽油标准案中，上诉机构便援引这两类原则对条款适用进行解释说明：“《WT0 协定》序言和《关于贸易与环境的决定》承认在贸易和环境问题上协调政策的重要性，WT0 成员方在决定其各自对于环境和贸易的政策、环境目标和环境立法方面具有很大的自主权，只要符合 GATT 和其它相关协定的要求”。[④]

其次，在有关环境保护的一般例外规定层面，GATT 第 20 条（b）项和（g）项共同确立了 WTO 法律体系下的一般环境例外规则。具体而言，GATT 第 20 条（b）项允许成员采

---

① 参见戴瑜：《WTO 框架下环保条款的判理演进及挑战》，载《中国海商法研究》，2021 年第 1 期，第 102 页。
② 参见何志鹏：《WTO 的环境立场与环境规则》，载《法制与社会发展》，2002 年第 4 期，第 121 页。
③ 参见吴益民：《论 WTO 贸易与环境政策的撞击与协调》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》，2008 年第 2 期，第 83 页。
④ WT/DS2/AB/R，29 April，1996，p.30.

取为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施，（g）项则允许成员采取为保护可用竭的自然资源有关的措施。WTO 成员依 GATT 第 20 条（b）、（g）两项规定采取的贸易政策措施即便可能构成对贸易的限制，但基于环境保护价值优先贸易自由价值的底层逻辑，[①]有关贸易政策措施仍得以排除其违法性。GATT 第 20 条（b）和（g）项实际成为 WTO 在处理成员环境与贸易纠纷时的主要依据，[②]也是 WTO 成员援引进行环境措施违法性抗辩的关键条款。例如，在美国汽油标准案、欧共体石绵案等 WTO 处理过的经典环境贸易纠纷中，GATT 第 20 条（b）和（g）项几乎成为被诉方必援引的条款。

最后，就 WTO 特殊协议中的环境保护规定而言，该类环境规则或又主要包括两类规则：一类表现为以上两类规则在特定领域的进一步延伸，主要涉及《SPS 协定》、《TBT 协定》等协定；另一类表现为特殊协定对环境问题的特殊规定。就第一类规则而言，以《SPS 协定》为例，《SPS 协定》序言指出:“不应阻止任何成员采用或实施为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施”并“期望改善所有成员的人类健康、动物健康和植物卫生状况”和“期望进一步推动各成员间使用协调的、以有关国际组织制定的国际标准、指南和建议为基础的卫生与植物卫生措施”，这实际上是《WTO 协定》序言关于加强贸易与环境保护协调在卫生与植物卫生领域的重申。其次，《SPS 协定》第 2.1 条赋予成员采取相关措施的权利，规定“各成员有权采取为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的卫生与植物卫生措施”，而第 2.4 条则指出“符合本协定相关条款的卫生与植物卫生措施应被视为符合各成员根据 GATT 1994 与卫生与植物卫生措施的使用相关的条款所承担的义务，特别是第 20 条(b)项的规定。”该条承认了成员依 2.1 条采取措施的例外性质，可以视为符合 GATT 第 20 条（b）项的措施在卫生与植物卫生领域的表现。除通过重申序言宗旨，明确 GATT 第 20 条（b）项和（g）项的具体适用外，特殊协定中第二类环境规则或表现为对特定义务的合理减损，主要包括《SCM 协定》、《农业协定》中的相关规定。具体而言，《SCM 协定》第 8.2 条（c）项将为促进现有设施适应法律法规实行的新的环境要求而提供的补贴视为不可诉补贴；《农业协定》附件二第 12 条将旨在保护环境的补贴等国内支持措施列为可免于削减的措施范围。根据上述规定，WTO 成员与气候治理等环境保护相关的国内补贴等扶植措施可被视为“绿色补贴”而免除承担相应的削减义务。[③]

（二）WTO 环境规则存在的问题

① 参见左海聪：《GATT 环境保护例外条款判例法的发展》，载《法学》，2008 年第 3 期，第 127 页。
② 参见佟占军：《WTO 规则视野下的“碳关税”解析》，载《北京农学院学报》，2011 年第 1 期，第 34 页。
③ 参见吴益民：《论 WTO 贸易与环境政策的撞击与协调》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》，2008 年第 2 期，第 84 页。

WTO 成立至今已近三十年，在此期间，全球气候危机等环境问题日益加剧，国际社会对保护环境、推进气候治理的需求持续升高，对自由贸易与环境保护两大价值的追求比例分配也有所调整。然而，WTO 成立之初确立的环境规则至今未取得突破性进展，未能回应 WTO 成员价值立场的变更，导致规则在具体适用过程中出现诸多问题。一方面，WTO 既有环境规则存在的措辞含混、内涵不明等问题导致规则在具体适用过程中标准不一、适用困难，进而减损 WTO 的权威性并有可能引发贸易冲突。另一方面，既有环境规则对发展中成员特殊地位的忽视或进一步阻碍其协调价值功能的实现。

首先，就 WTO 环境规则本身构造及其在争端解决中的适用问题而言，由于过去 WTO 难以在环境规则的制定上寻找自由贸易与环境保护之间的平衡，对于存在争议的问题只能作出原则性或含混的规定，进而使争议双方均认为相关条款体现各自意图，提高条款的接受程度。[①]这种规定的含混性或体现环境概念本身以及环境保护的实现方式两个层面。具体而言，一方面，WTO 并未对何为“环境”或“自然资源”等环境规则中最基础的概念予以明确的定义，这就可能导致具体贸易纠纷或因“环境”、“自然资源”等措辞内涵的范围选择而属于或不属于环境贸易纠纷，进而直接决定环境规则能否适用。另一方面，WTO 也并未对成员实施的环境措施是否符合环境规则规定以明确的判断标准，如 GATT 第 20 条（b）项规定“为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施”属于一般环境例外的范畴，但并未就措施“必需”性质的判断标准进行说明。基于上述两方面规定的含混性，WTO 环境规则的内涵与标准处在不确定性的状态之中，这给 WTO 争端解决机制以及多边贸易体制带来一定影响。就争端解决机制而言，在实体层面环境规则缺乏具体标准的情况下，WTO 争端解决机制实际发挥解释环境规则内涵，确立环境规则标准的造法功能，但由于 WTO 并未规定遵循先例原则，并且伴随 WTO 对于自由贸易与环境保护价值取向的不断调整，不同历史阶段的专家组或上诉机构可能会赋予环境规则差异化的内涵解释与标准。以 GATT 第 20 条（g）项中的“自然资源”概念为例，在美国-欧共体金枪鱼案中，专家组否认了美国通过援引国际环境条约证明“可用竭的自然资源”标准的观点。[②]然而，在随后的美国海龟海虾案中，上诉机构又主动引用相关国际环境条约，认定“海龟”属于“可用竭的自然资源”，[③]突破了对前案关于“产品”的严格限制，作出有利环境保护的灵活解释，呈现出对环境规则“从

① 参见吴益民：《论 WTO 贸易与环境政策的撞击与协调》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》，2008 年第 2 期，第 84 页。
② DS29/R，20 May 1994，p.51.
③ WT/DS58/AB/R，12 October 1998，Para.126-134.

严解释”到“有限度宽松解释”的演进。[①]从效果上看，不能否认，WTO 争端解决机制通过不同裁决对于环境规则进行的灵活解释能够反映WTO在情势变迁背景下不断提高协调自由贸易与环境保护的努力与方向。然而，在对规则进行灵活或发展解释的同时也进一步增强了规则的不确定性，使得贸易争端当事方不能对案件审理产生 “合理的预期 ”，从而不但可能阻碍争端解决，还有可能恶化贸易环境，不利于世界贸易体制的健康正常发展。[②]此外，WTO 环境规则的含混性还可能为部分成员以环境保护为由，实施单边贸易保护措施留下可乘之机，从而加剧成员对 WTO 规则体系的不信任。

其次，WTO 现有环境规则未能充分考虑发展中成员与发达成员在环境保护与自由贸易二者之间的价值倾向差异以及发展导向区别问题，未能作出有效制度安排保障发展中国家在环境与贸易议题上的特殊与差别待遇，这可能进一步激化发展中成员与发达成员在环境贸易议题上的分歧，引发贸易纠纷。特殊与差别待遇原则 WTO 基本原则之一，指 WTO 为推动发展中成员贸易进步、实现国家经济发展，给予发展中成员单边特殊优惠，[③]其被广泛接受的基础在于对实质公平的追求，允许对发展中国家作出有利的特殊权利、义务安排，以弥补其实力不足的弱势，从而追求实质公平的结果。[④]就环境保护领域而言，基于历史发展的差异性，发展中国家与发达国家在气候治理等环境保护问题上遵循“共同但有区别的责任原则”（以下简称“共区原则”），该原则指发展中国家和发达国家应当共同承担保护和改善全球环境的责任，但基于发展中国家与发达国家对环境破坏的贡献大小及能力水平的差异，发达国家应当区别于发展中国家承担主要责任，[⑤]共区原则同样可以视为环境保护领域对实质公平的追求结果。然而，从当前 WTO 环境规则体系来看，主要的环境规则渊源如《WTO 协定》序言抑或是 GATT 第 20 条均未对共区原则进行明确说明，因此发展中成员与发达成员在WTO体系下的环境义务或是等同的，这就导致特殊差别与待遇原则的实质公平难以实现。以欧盟碳边境调节机制（以下简称“CBAM”）为例，CBAM 作为欧盟以气候治理、保护环境为主要理由实施的环境贸易措施，欧盟或援引 GATT 第 20 条（b）和（g）项论证其环境例外性质。在当前WTO缺乏明确共区原则规则指导的情况下，假设CBAM能够符合GATT

① 参见戴瑜：《WTO 框架下环保条款的判理演进及挑战》，载《中国海商法研究》，2021 年第 1 期，第 107 页。
② 参见吴峰：《论 GATT94 第 20 条的发展前景及中国的应对——贸易与环境争端的视角》，载《世界贸易组织动态与研究》，2006 年第 10 期，第 15 页。
③ 参见袁其刚，闫世玲，翟亮亮：《WTO“特殊与差别待遇”谈判议题的中国对策》，载《经济与管理评论》，2021 年第 3 期，第 123 页。
④ 参见韩永红：《特殊与差别待遇：超越世界贸易组织的改革路径》，载《政治与法律》，2019 年第 11 期，第 137 页。
⑤ 参见刘晶：《全球气候治理新秩序下共同但有区别责任原则的实现路径，载《新疆社会科学》，2021 年第 2 期，第 91 页。

第 20 条规定的环境例外条款，此时 CBAM 具备 WTO 体系下的形式合法性。然而，从实质公平追求角度出发，CBAM 将发展中国家和发达国家置于同等的不公平的环境责任地位，破坏了共区原则，发展中国家需要承担相较发展中国家更多的贸易成本，有悖特殊差别与待遇原则追求实质公平的初衷。

（三）WTO 环境规则改革的意义

WTO 现有环境规则在价值理念、体系构造以及具体适用中存在的诸多问题使其难以回应当前国际社会对环境保护的迫切需要并有效协调自由贸易与环境保护两大价值，因此当前加快推进 WTO 环境规则改革具有多重现实意义。

从人类社会可持续发展的高度出发，环境问题是事关人类生存的根本问题，人类文明是建立在良好、稳定的环境基础之上的。二十一世纪以来，全球环境持续恶化，气候变暖、废弃物污染等问题已经成为威胁人类发展的重要因素。对于日益严峻的环境挑战，国际社会认识到及时采取必要措施的重要性，并展开多方环境合作以缓解环境问题。从环境问题产生的来源来看，实际上，正是由 WTO 促进的国际贸易对全球环境造成了不可避免的负面影响，而 WTO 在环境问题上长期以来却存在责任缺位，[①]包括 GATT 第 20 条在内的 WTO 现有环境规则远不能解决环境问题。[②]因此，通过环境规则改革，促使 WTO 更好地发挥对环境的维护作用并实现可持续发展目标，对解决环境问题，促进人类社会的可持续发展具有重要的现实意义。

除回应人类社会共同的环境挑战外，当前 WTO 自身所处的危机状况同样呼吁环境规则的改革。近年来，全球范围内新一轮贸易保护主义呈现抬头趋势，加之上诉机构长期停摆，多边谈判迟滞不前，以 WTO 为核心的多边贸易体制正处在危机之中，亟需多方面改革以重振地位作用，而环境规则领域同时体现了 WTO 当前危机与未来机遇两个不同侧面。从危机角度来看，一方面，在 WTO 环境规则长期未有突破进展的情况下，一些涵盖高标准环境要求的区域协定如 CPTPP 等成为众多关注环境问题的国家的首要选择，而在区域协定不断扩张的情况下，区域利益与模式进一步被巩固，WTO 的权能与地位将被进一步削弱；另一方面，在 WTO 现有环境规则规定含混的情况下，部分国家以环境保护为由，滥用“绿色补贴”、环境例外条款实施单边贸易政策措施，将进一步破坏多边贸易体制。因此，当前 WTO 必须对环境规则改革问题予以足够重视，否则由环境问题导致的危机可能愈演愈烈。从机遇角度

---

① Steve Charnovitz，“A New WTO Paradigm for Trade and the Environment”，*Singapore Year Book of International Law*，Vol.11，2007，pp.15-40.

② Simeneh Kiros Assefa，“The Trade and Environment Debate: The Normative and Institutional Incongruity”，*Mizan Law Review*，Vol.2，No.2，2008，pp.311-338.

出发，与其他问题相比，环境问题是人类社会共同问题，解决环境环境问题是所有国家的共同责任，因此环境规则谈判更容易引发成员共鸣，凝聚多方共识，如 MC12 达成的《渔业补贴协定》便是 WTO 环境规则发展的典型体现，而该协定也是 WTO 自成立后缔结的第二份全新的多边贸易协定，对于提振多边主义、推进其他领域谈判具有重要意义。

三　结构性权力视角下 WTO 环境规则改革的挑战

作为由 166 个成员组成的国际组织，在现有决策机制下，WTO 环境规则改革面临的核心问题之一即为如何最大程度凝聚成员共识，进而实现对现有环境规则的修改调整或新型环境规则的确立。因此，不同成员在环境规则改革上的立场或利益分歧是改革面临的关键挑战。从可能出现的利益分歧情形来看，由于不同成员境内与环境规则相关的现实因素存在较大差别，因此即便是发达成员内部之间、发展中成员内部之间都可能存在分歧。然而，结合 WTO 过往议题发展实际状况，发展中成员与发达成员之间的利益分歧仍是 WTO 环境规则改革中最主要的分歧，也即改革面临的主要挑战。为探究双方分歧的类型及根源，本文借鉴国际政治经济学中的结构性权力理论作为研究方法。结构性权力理论最早由英国著名国际政治经济学家苏珊·斯特兰奇（Susan Strange）在其著作《国家与市场》中提出，后成为国际政治经济学的经典理论之一。结构性权力则是形成和决定全球各种政治经济结构的权力，不只是指确定议事日程或国际经济关系惯例和规则，而是决定办事方法的权力。[①]通过对人类社会基本价值观念的考察，斯特兰奇以财富、秩序、公正和自由四大基本价值理念为参照，提出构成结构性权力的四种具体权力结构——生产结构、安全结构、金融结构和知识结构。[②]因此，在上述四张结构中具备优势的主体能获得更多权力，进而更好地完成目标。

就 WTO 环境规则改革问题而言，从逻辑上看，利益分歧是阻碍改革的负面因素，利益共识是推进改革的积极因素，二者都是决定 WTO 能否实现环境规则改革目标的关键因素。将这种分歧或共识映射在抽象的权力层面则体现为分歧弱化 WTO 权力，是权力的负面因素；共识塑造 WTO 权力，是权力的积极因素。在此基础上，根据结构性权力理论，权力又由生产、安全、金融和知识四种结构中的权力共同塑造，进而可以推导出 WTO 发展中成员与发达成员在上述四种结构中存在的分歧是导致 WTO 权力弱化，难以推进环境规则改革的根本利益分歧；而四种结构中存在的利益共识则是强化 WTO 权力，能够推动环境规则改革的有

① 苏珊·斯特兰奇著，杨宇光等译：《国家与市场》，上海世纪出版集团 2006 年版，第 21 页。
② 苏珊·斯特兰奇著，杨宇光等译：《国家与市场》，第 19 页。

利因素。简单来说，本文以权力作为中转概念引入结构性权力理论，以该理论模型作为分析基础，认为 WTO 发展中成员与发达成员在环境规则改革的利益分歧主要由生产、安全、金融和知识四个层面存在的分歧构成，而四个层面可能存在共识则是 WTO 推进环境规则改革的有利条件，这极大限缩了对分歧、共识的研究范围，有利于把握阻碍 WTO 环境规则改革的主要矛盾。

（一）WTO 环境规则改革中的生产结构

生产结构是构成结构性权力的核心一环。斯特兰奇认为，生产结构具体包括生产内容、生产方式、生产技术等多方面内容，是有关生产因素的关系总和，主要由各生产行为体和在特定劳动分工过程中的价值创造构成，即如何产生和组织劳动分工以及生产内容是什么。[①]质言之，生产结构可以理解为决定生产什么、由谁生产、为谁生产、用什么方法生产和按什么条件生产等各种安排的总和。[②]从与国家的关系上看，与生产结构相关的要素诸如生产技术、生产方式和生产内容等是构成一国家财富、经济发展的重要基础，因此理论上应是塑造结构性权力的最重要的一环。就 WTO 环境规则改革问题而言，当前 WTO 推进环境规则改革的关键在于尽可能降低发展中成员与发达成员在生产结构中存在的利益分歧。然而，从实际情况来看，发展中成员与发达成员在生产结构中存在短时间内难以调和的利益分歧。

就生产结构与 WTO 环境规则改革可能具有联系的因素而言，WTO 环境规则与包括生产技术、生产方式、生产内容在内的诸多生产结构因素均会有直接或间接的联系，WTO 环境规则的实施可能会对具备差异化生产结构的成员造成不同的影响，而这种影响很大程度取决于 WTO 成员既有的生产结构是否为环境友好型的生产结构。比如，在生产技术上较多使用低碳生产技术，在生产方式上更多采用清洁能源作为生产能源以及在生产内容上更多生产低碳产品的发达成员，相较于发展中成员可以更好地适应 WTO 推出的新型环境规则。以化石燃料为例，化石燃料作为传统能源的一种，被认为是造成环境恶化的普遍诱因。在经济领域，化石燃料补贴则旨在降低化石燃料成本，提高国家利用化石燃料的生产效率及相关产业的国际竞争力。生产结构视角下的化石燃料补贴对发展中成员和发达成员的意义是不同的，一方面，发展中成员相较发达成员通常更加依赖化石燃料而非清洁能源作为生产能源；另一方面，发展中成员依赖化石燃料建立的产业比重可能也比发达成员更高，化石燃料补贴对于发展中成员来说具有更加重要的生产战略意义。因此，当前 WTO 推进新型环境规则，要求所有成员降低甚至取消化石燃料补贴，基于生产结构的差异性，该种规则将对发展中成员造

① 苏珊·斯特兰奇著，杨宇光等译：《国家与市场》，第 62 页。
② 参见张磊，卢毅聪：《结构性权力视域下中国引领议题的路径研究——以 WTO 投资便利化谈判为例》，载《国际经济评论》，2023 年第 5 期，第 88 页。

成更大冲击，或遭发展中成员强烈反对。相反，发达成员可能由于已经逐渐淘汰化石燃料，在清洁能源与绿色产业领域方面具有更多的比较优势，因此取消、降低化石燃料补贴对其造成的影响较小，其或支持该类规则。事实也证明，在 2024 年举办的 WTO 第十三届部长级会议（MC13）上，仅有 48 个参与化石燃料补贴改革倡议的 WTO 成员就该议题取得积极进展，多数发展中成员并未参与到其中。

（二）WTO 环境规则改革中的安全结构

斯特兰奇指出，环绕国家体制建立的安全结构即由于一行为体对另一行为体提供安全防务而形成的一种权力框架。[①]质言之，在国际关系中，能够满足或影响其他单位安全需求的主体将获得更多权力，对于这种由安全结构衍生的权力，其影响不仅直接体现在安全事务上，还表现在经济生产等各领域。安全结构下 WTO 成员对环境规则改革的分歧与共识根源在于环境规则改革是否能够同时回应双方的安全需求，如果改革仅侧重于满足二者之一的需求，那么安全结构上的分歧也就产生了。就 WTO 环境规则改革可能涉及的安全需求而言，作为协调贸易与环境的规则，显而易见的，WTO 环境规则主要和经济安全需求和环境安全需求两类需求挂钩，以下就两类需求分析 WTO 发展中成员和发达成员可能存在的分歧或共识状态。

首先，WTO 环境规则改革对发展中成员与发达成员的经济安全需求回应具有较大区别。结合上述生产结构相关分析可知，相较发达成员，发展中成员生产结构表现出的环境友好属性较弱，新型环境规则或对发展中成员既有生产技术、生产方式、生产内容提出更高的要求，带来更多挑战，而生产结构是一国经济发展的基础，决定一国的经济安全。因此，新型环境规则将为 WTO 发展中成员的经济安全带来更大挑战。相反的是，对于发达成员而言，由于当前发达成员逐渐加速环境友好型经济、产业转型进程，因此环境友好型经济正在塑造发达成员新的经济安全基础，WTO 通过推进环境规则改革，促进全球环境友好型经济发展，实质上在一定程度迎合了发达成员塑造新的经济安全基础的需求。因此，WTO 发展中成员与发达成员在环境规则改革的安全结构中存在经济安全需求的差异。

其次，WTO 环境规则改革在一定程度上能够同时回应发展中成员和发达成员共同的环境安全需求。当前，环境问题已经成为威胁人类社会可持续发展的关键问题。以气候问题为例，由全球气候变化引发的温度升高、海平面上升、冰川消融和极端天气等现象，或影响粮食供给，加剧人口迁移，破坏生态系统，对人类社会生存与发展带来严峻安全挑战。[②]因此，

---

① 苏珊·斯特兰奇著，杨宇光等译：《国家与市场》，第 41 页。

② 参见刘长松：《气候安全的作用机制、风险评估与治理路径》，载《阅江学刊》，2022 年第 2 期，第 4

环境问题是影响所有国家而非个别国家的问题，所有国家都有普遍的环境安全需求，而 WTO 环境规则改革的主要目标之一应为更好地保护环境，同时回应了发展中成员与发达成员的环境安全需求，因此二者在此类安全需求上主要存在共识而非分歧。

（三）WTO 环境规则改革中的金融结构

斯特兰奇将金融结构定义为一行为体支配信贷可获性的各种安排与决定各国货币之间交换条件的所有要素之总和，金融结构可以视为国际与国内两大金融体系的中转站。[①]其中，国际金融体系是非常重要的政治工具，它能塑造世界生产结构，并重新分配风险和机会、成本和收益。[②]在经济全球化背景下，世界各国之间的资本流动愈发频繁，国内金融体系与国际金融体系的相互影响程度日益加深，为国际金融结构带来摇摆和动荡。[③]一国国内金融体系的发展程度决定其在国际金融体系中的地位，影响其在金融结构维度上的权力获取与影响方式。就 WTO 环境规则改革可能涉及的金融结构问题而言，环境规则改革所依托或创造的金融结构越能得到成员支持，则金融结构衍生出的推进环境规则改革的力量便越强大。从 WTO 环境规则可能涉及金融体系类别而言，本文认为当今世界以美元为主导的国际货币金融体系和 WTO 未来可能探索构建的国际碳金融体系是环境规则改革可能涉及的主要金融结构体系，二者共同决定了 WTO 发展中成员与发达成员在金融结构下对环境规则改革的分歧或共识。其中，由于以美元为主导的国际货币金融体系是长期影响 WTO 各项议题推进的普遍因素，缺乏特殊性，本文以下主要就 WTO 未来可能创造并依托的国际碳金融体系进行讨论，分析发展中成员和发达成员对于国际碳金融体系的态度倾向。

碳市场旨在通过市场机制调节碳排放，碳排放权充当碳市场流通资产的作用。碳排放权可以进行分割、登记、托管、储存，可以现期或未来交易，因此不管是在产品形态上、财产权利属性上、交易特征上、发挥功能上，碳排放权与金融产品具有高度相似性，碳市场可以等同于金融市场。[④]碳金融的核心在于碳排放权的定价也即碳定价，其将环境保护等公共品或准公共品私人部门化，要求私人根据市场调整承担环境保护费用。因此，国际碳金融体系应是以国际碳市场为基础的金融体系，这一金融体系可能要求所有参与成员遵循相同的碳价标准。从 WTO 环境规则改革的方向上看，建立国际碳定价体系是当前 WTO 努力的方向。

---

7 页。

① 苏珊·斯特兰奇著，杨宇光等译：《国家与市场》，第 90 页。

② Susan Strange，“The word’s Money：Expanding the Agenda for Research”，International Journal ，Vol.36，No.4，1981，pp.691-712.

③ 参见张磊，卢毅聪：《结构性权力视域下中国引领议题的路径研究——以 WTO 投资便利化谈判为例》，载《国际经济评论》，2023 年第 5 期，第 91 页。

④ “央行金融所所长：碳市场是金融市场，须更多样化投资主体进入”，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1690757972563526373&wfr=spider&for=pc，访问时间：2024 年 9 月 1 日。

WTO 总干事伊维拉曾表示，全球碳定价有利于防止环境贸易措施扰乱贸易，WTO 正牵头与国际货币基金组织、经合组织和联合国合作建立国际碳定价体系，希望借此减少全球碳排放。然而，WTO 发展中成员与发达成员可能在建立统一的国际碳定价体系上存在较大的利益分歧。因为从当前全球碳交易市场分布格局来看，包括美国、欧盟、新西兰和韩国在内的 WTO 发达成员建立的碳市场构成了全球碳市场的主要部分，同时如欧盟碳市场已经形成相对完善的金融体系和价格机制，而发展中成员绝大多数尚处在碳市场的探索或起步阶段，基于发展的差异性，WTO 发展中成员与发达成员在建立统一碳定价体系问题上有较大可能存在不同利益诉求，进而制约国际碳定价体系的推进形成。

（四）WTO 环境规则改革中的知识结构

在四种结构中，知识结构是最难以衡量的，同时其衍生出来的力量也最容易受到忽视。斯特兰奇将知识结构定义为“决定被发现的是什么知识，怎样储存，以及谁用什么手段，根据什么条件，向什么人传输知识”。[①]同时，由知识结构衍生出的权力，其影响效果通常是出于接受者的自愿、自发形成的。为证明知识结构衍生出的权力影响，斯特兰奇以中世纪欧洲宗教为例，由于教会拥有伦理道德和宗教知识的控制权，因此可以借助这种知识结构实施保障其垄断地位，抑制新旧敌对势力侵蚀的措施。[②]质言之，在国际关系中，一行为体对外输出的信仰、道德、观念等知识元素越能被其他行为体理解、接受，那么输出知识的行为体便能借助知识结构获取更多的权力，进一步地影响其他行为体。知识结构下 WTO 推进环境规则改革的权力来源于成员对于环境规则改革价值理念的普遍共识。因此，WTO 成员越认同 WTO 环境规则改革的价值理念，知识结构衍生出权力就越强。实际上，本文认为在构成结构性权力的四种结构中，知识结构是 WTO 发展中成员与发达成员可能存在共识最多的结构，也是能够助推 WTO 环境规则改革的关键结构。具体而言，即便 WTO 发展中成员与发达成员可能在环境规则改革的具体议题、实现路径上秉持不同的意见。但不能否认，在全球环境日益恶化，国际社会对保护环境的呼吁持续升高的背景下，WTO 通过推进环境规则改革展现出的对环境问题的高度关注，对保护环境的价值理念以及进一步协调自由贸易和环境保护的价值追求是同时符合发展中成员与发达成员共同的理念认知的，而这种共性的理念认知也为不同发展程度的成员就环境规则改革问题进行谈判创造可能性。

① 苏珊·斯特兰奇著，杨宇光等译：《国家与市场》，第 125 页。
② 苏珊·斯特兰奇著，杨宇光等译：《国家与市场》，第 127 页。

四　WTO 环境规则改革的方向路径

在结构性权力视角下考察WTO发展中成员和发达成员在推进环境规则改革问题上的分歧和共识，可以发现双方在生产结构、安全结构与金融结构上均存在较大发展差异与利益分歧，由此阻碍环境规则改革推进。但同时注意到，WTO 环境规则改革反映的环境保护价值理念不仅同时契合双方在知识结构上的理念认知，而且回应了双方在安全结构中对于环境安全的需求，是助推改革的有利因素。有鉴于此，当前 WTO 应在合理评估上述分歧、共识的情况下，求同存异，寻找发展中成员和发达成员在环境规则改革问题上可能达成的最佳共识或最大公约数，并采取多元化方式以降低或规避发展中成员和发达成员短期难以消弭的分歧，以提高环境规则改革效率。

（一）以诸边模式推进环境规则改革

多哈回合以来，WTO 在推进包括环境规则在内的诸多议题上进展缓慢，成果差强人意，未能及时回应国际社会对经贸新问题、新情况的关切，而多边谈判模式通常被认为是导致多哈回合失败的主要原因，该模式要求 WTO 全体成员通过协商一致达成一揽子协议，在机制上存在致命缺陷，[①]WTO 总干事便曾将以往多边谈判的失败归咎于基于共识的决策，同时敦促各成员思考如何以创新的方式促进谈判功能的现代化。[②]就环境规则改革问题而言，上述论证可知，在由生产结构主导的权力结构中，WTO 发展中成员与发达成员在包括环境友好型生产技术、方式、内容等生产结构因素方面均存在较大差异，环境规则改革或对发展中成员境内产业造成更大冲击，同时引发发展中成员的经济安全风险，这就意味着通过多边模式达成普遍共识的可能性较低，而在多边谈判举步维艰的情况下，近年来逐渐兴起的诸边模式可能成为 WTO 推进环境规则改革的关键方向。

与多边模式相比，诸边模式突破了协商一致要求和一揽子承诺原则两大限制，使 WTO 部分成员就单一或少数议题进行谈判并达成协定成为可能。一方面，通过诸边模式推进 WTO 环境规则具备现实可能性，因为虽然从整体上看，发展中成员与发达成员就环境规则改革存在诸多分歧，但具体到发展中成员内部，部分发展中成员在某些环境议题上或与发达成员具有相对稳合的基础、目标。以碳价、碳市场为例，中国目前是 WTO 内第一个建立起相对成

① 参见张军旗：《WTO 诸边谈判模式的优势、法律地位及前景》，载《当代世界》，2024 年第 6 期，第 46 页。
② 参见都亳：《WTO 的未来：诸边协定是提振多边贸易体制的有效路径》，载《太平洋学报》，2024 年第 2 期，第 44 页。

熟有效碳市场的发展中成员，因此仅就建设国际碳价体系这一议题而言，中国和发达成员之间的谈判是有可能的，而诸边模式为 WTO 不同成员根据各自实际情况选择性参与环境规则改革创造了空间。另一方面，通过诸边模式推进 WTO 环境改革具备现实必要性，因为在多边谈判“一揽子承诺”原则限制下，WTO 成员必须同时接受所有谈判议题，在达成一致意见之前，达不成任何协议。[①]然而，当前环境议题已经成为影响人类社会可持续发展的最重要的问题之一，推进 WTO 环境规则改革具有现实的必要性和紧迫性，而诸边模式允许 WTO 成员单独就环境议题进行谈判并推动关键议题率先达成协定，对于解决重点领域的环境问题具有现实意义。总的来看，以诸边模式促进环境与贸易议题发展，推进环境规则改革不仅对解决环境贸易问题具有重要意义，或能起到激励其他议题发展的作用，成为 WTO 恢复谈判功能的重要趋势。[②]

（二）将共区原则与特殊与差别待遇原则相结合

在 GATT 和 WTO 体制内，1979 年 11 月通过的《对发展中国家差别和更优惠待遇、互惠和更全面参与的决定》（L/4903）授权缔约方可以违背 GATT 第一条最惠国待遇的规定，给予发展中成员差别和更为优惠的待遇，而不将此种待遇给予其他缔约方。该授权条款正式确立了 WTO 发展中成员享有特殊与差别待遇的合法性，在法律上永久确认了发展中成员和发达成员之间贸易关系应遵循非互惠原则。[③]长期以来，特殊与差别待遇被视为 WTO 的基本原则之一，尤其为发展中成员所支持，其正当性在于对实质公平的追求，因为由于历史原因，发达成员与发展中成员在经济发展水平、国家治理能力等方面存在明显差异，表面公平的自由贸易规则并不必然实现公平的贸易收益分配，因此需要对发展中成员作出更为有利的特殊权利、义务安排，以弥补其实力不足的弱势，追求实质公平的结果。[④]然而，虽然特殊与差别待遇原则不论是在法律性质上还是在 WTO 实际谈判过程中均有重要的地位，但其实际执行并不如预期，[⑤]其主要原因包括现有条款并没有规定具体义务或给予发达成员实施的灵活度，以及缺乏有效的监督机制。[⑥]对于 WTO 环境规则改革问题而言，基于环境保护问题的特殊性质，特殊差别与待遇原则在环境规则中的地位应被重申和强调，并应通过“硬法”

---

① 参见谭观福：《WTO 改革的诸边协定模式探究》，载《现代管理科学》，2019 年第 6 期，第 76 页。
② 参见贺小勇，罗震：《WTO 环境与贸易议题的新进展及中国贡献》，载《上海对外经贸大学学报》，2024 年第 4 期，第 31 页。
③ 参见杜明，李红波：《GATT/WTO 体制中特殊和差别待遇的历史考察》，载《世界经济与政治》，2005 年第 8 期，第 71 页。
④ 参见韩永红：《特殊与差别待遇：超越世界贸易组织的改革路径》，载《政治与法律》，2019 年第 11 期，第 137 页。
⑤ 参见张生：《世界贸易组织改革背景下发展中成员的特殊与差别待遇问题》，载《太平洋学报》，2019 年第 11 期，第 73 页。
⑥ 参见彭德雷，周围欢，屠新泉：《多边贸易体制下中国发展中国家地位问题研究——基于历史、现实与规范的多维考察》，载《太平洋学报》，2020 年第 1 期，第 69 页。

规范义实现，切实保障发展中成员的地位和待遇。

与贸易有关的环境政策措施是 WTO 环境规则调整的关键对象，如 GATT 第 20 条（b）和（g）项便允许成员出于保护环境的需要针对贸易采取限制措施，但该条并未明确规定发展中成员和发达成员的特殊差别待遇，也就意味着一成员以保护环境为由实施的贸易限制措施可以援引 GATT 第 20 条同时对抗发展中成员和发达成员。上述分析可知，环境保护领域中的发展中国家和发达国家遵循共区原则，实际上，与 WTO 特殊与差别待遇原则主要基于实质公平追求、政治意愿导向乃至多边谈判博弈等非义务性因素建立不同，环境保护领域内的共区原则是以发达国家与发展中国家在环境保护中的客观责任差异为基础建立起来的，因此发达国家有现实的责任去履行更多、更具体的环境义务，如《联合国气候变化框架公约》便明确规定发达国家和发展中国家承担相区别的温室气体减排义务，并要求发达国家采取具体措施限制温室气体排放，同时支持发展中国家履行公约。就 WTO 发达成员采取的贸易限制性环境政策措施而言，其采取政策措施的目的是为了保护环境，而保护环境理应遵循共区原则，因此如果该措施不能区分对待发展中成员与发达成员，其实质是通过贸易途径将发达成员的环境责任转嫁给发展中成员，破坏了共区原则。同时，此类环境措施通常使发展中成员承担了与发达成员等同但实际不应承担的经济负担，从实质上有悖于 WTO 体系下的特殊与差别待遇原则。然而，在缺乏共区原则明确规定的情况下，此类政策措施或有可能因符合 GATT 第 20 条而普遍适用于所有发展中成员或发达成员，致使两项原则均遭破坏。有鉴于此，WTO 环境规则改革应将共区原则与特殊与差别待遇原则相结合，使共区原则成为环境规则领域特殊与差别待遇原则的有机组成部分，同时可以通过设定具体的、可操作的执行标准以保障发展中成员特殊与差别待遇的实现，探索该原则的“硬法”规制模式。同样以化石燃料补贴为例，化石燃料补贴削减的幅度反映在环境层面则体现为环境保护措施的力度，即补贴削减幅度越大，环境保护措施的力度越大，反之亦然。在共区原则介入下，发展中国家应承担较发达国家更小的环境保护责任，因此逻辑上其实施环境保护措施的力度较发达国家更小，回归到化石燃料补贴问题上，其补贴削减幅度上也应更小。因此，WTO 在推进化石燃料补贴削减的过程中，在统一要求所有参与成员削减补贴的基础上，可以为发展中成员设定相较于发达成员更小的削减幅度或更优惠的附件条件，以此践行共区原则的客观要求。同时，由于化石燃料的削减幅度是可量化，具有执行性的，这同样是特殊与差别待遇原则通过“硬法”规范实现规制效果的积极尝试。

（三）加强环境议题国际合作

结构性权力视角下，WTO 环境规则改革同时回应了发展中成员和发达成员在安全结构

中的环境安全共同需求，并符合二者在知识结构中对于环境保护的理念认知，双方在这两种结构中存在的共识能够成为 WTO 推进环境规则改革的有利因素。因此，当前 WTO 应关注发展中成员和发达成员在环境规则改革理念层面的契合度并进一步推动成员达成合作，强化共识。同时，WTO 自身也应在环境议题上加强同其他国际组织的合作，提高环境规则改革的有效性，进一步强化成员对改革的理解和接受程度。

首先，WTO 可以通过正式或非正式会话、论坛等形式，组织发展中成员与发达成员就环境规则改革问题进行讨论，增进发展中成员和发达成员对彼此诉求差异的认知理解，进而寻找合作的机会。例如，MC13 上部长们首次就贸易、可持续性和气候进行了专题讨论，并且由中国发起并牵头的塑料污染与环境可持续塑料贸易非正式对话也在本次会议上发布了部长声明，对该议题的后续发展意义重大。此外，在 2023 年和 2024 年连续两年的 WTO 公共论坛上，环境与贸易议题均是各方关注的焦点，为发展中成员和发达成员共同讨论环境规则改革提供平台。事实证明，与组织环境规则谈判相比，WTO 组织成员讨论环境规则改革要容易得多。如 2024 年 4 月，WTO 贸易与环境委员会散发了美国提交的《了解绿色转型的机遇和挑战：与贸易有关的气候措施的一致性和互操作性》提案（WT/CTE/W/260），该提案建议 WTO 加强成员间和委员会间的沟通联系，开展更加深入地讨论以协同解决气候问题，可视为发达成员主动寻求与发展中成员就环境规则改革对话的体现。因此，未来 WTO 应把握发展中成员与发达成员对环境问题的共同关切，通过各种渠道提高环境规则改革议题在成员正式、非正式会话中的比重，进一步强化成员对推进环境规则改革的理念共识。

其次，WTO 应在环境议题上加强与其他国际组织的合作，共同探讨通过贸易规制实现最佳环境效果的方式路径。作为经济类国际组织，WTO 在推进环境规则改革的过程中或面临一些自身难以独立判断的专业环境问题，诸如环境保护标准、环保型限制性技术措施的必要性等问题均可能引起发展中成员与发达成员的争议，而如果 WTO 不能从专业的环境角度对所推行的规则进行合理解释，可能引发成员对有关环境规则真实环境保护效果的质疑，从而削弱发展中成员与发达成员在知识结构和安全结构中具备的理念共识。有鉴于此，WTO 应积极同包括国际环境组织在内的其他国际组织就环境贸易问题展开交流合作。实际上，当前 WTO 部分实践已经体现出加强同其他国际组织环境合作的迹象。2023 年 11 月，WTO 和世界卫生组织、世界知识产权组织于联合国日内瓦办事处联合举办了第十届“面向未来：人类健康与气候变化”联合技术研讨会，旨在探讨支持各国应对气候变化的三边合作方式，对于增进成员关于公共卫生、贸易和知识产权之间关系的理解具有积极意义，也有利于 WTO 在更加合理的轨道下推进环境规则改革。

五　结语

在气候变化等环境问题日益严峻，绿色低碳成为经济发展新趋势的背景下，环境规则已经成为 WTO 的重点改革领域之一。通过推进环境规则改革，WTO 不仅能促使国际贸易发挥对环境保护的积极作用，为人类社会可持续发展作出贡献；还能有效规制近年来少数国家出台的歧视性环境政策措施，维护多边贸易体制。然而，WTO 环境规则改革的进程绝非坦途，结构性权力视角下，WTO 发展中成员与发达成员在生产结构、安全结构、金融结构三大结构中存在的利益分歧将长期阻碍改革推进。有鉴于此，当前 WTO 可以通过推进诸边模式，将共区原则和特殊与差别待遇原则相结合等方式降低或规避不同成员之间的利益分歧，为环境规则谈判创造空间。同时，在发展中成员与发达成员秉持共同气候安全需求和环境保护价值理念的前提下，WTO 可以通过正式或非正式对话等多种形式为双方创造就环境问题对话的机会，同时加强与其他国际组织在环境议题上的协调合作，进一步强化成员对于推进环境规则改革的理念共识。

The Meaning, Challenges and Path of WTO Environmental Rules Reforms

--Based on Structural Power Perspective

Wu Jinchang

Shanghai University of International Business and Economics

School of Global Governance

[Abstract] In recent years, with the intensification of the global climate crisis, the inter national community's call and demand for sustainable and environmentally friendly trade is growing, and climate change is reshaping the traditional trade-led development pattern, rei nforcing the greening trend of the global economy, and bringing a new round of opportun ities and challenges. As the cornerstone of the multilateral trading system, the existing WT

O environmental rules related to climate governance have ambiguous standards and weak r egulations, which make it difficult to provide an effective system supply for coordinating f ree trade and environmental protection, and the environmental rules have been at the core of the WTO reform.The key to the reform of the WTO environmental rules is how to g ather consensus from various parties to promote the construction of a new type of rules, a nd examine the interests of each member from the perspective of structural power. Examin ing the distribution of interests of the members in the environment and trade issues from the perspective of structural power, it is found that the outstanding differences between the developing and developed members of the WTO in the power structure of production, se curity, finance, etc. will hinder the formation of consensus, which is the main challenge fo r the reform of the environmental rules. In the future, the WTO can reduce or avoid the divergence of interests between different members through the use of plurilateral model, in corporating the principle of common but differentiated responsibilities, and carrying out int ernational co-operation on environmental issues, so as to effectively promote the constructi on of a new type of environmental rules on the basis of strengthening the existing consen sus, and make due contribution to the sustainable development of human society.

[Key Words] WTO reform; environmental rules; climate crisis; green trade; structural p ower.

WTO 上诉机构改革中的权力分配问题研究

刘思艺*

所有文明社会都有一项共同特征，即都需要有一套适用于解释规则、和平解决争端的规范及程序。这是国际与国内法律制度的共同经验。

——E.-U. 彼得斯曼教授[1]

世界贸易组织（World Trade Organization, 以下简称 WTO）是迄今为止唯一的管理和协调各国（地区）政府贸易政策的全球性国际经济组织，[2]为成员之间贸易关系的运作与协调提供了主要框架和重要平台。作为国际经济治理体系的重要支柱，其独特的争端解决机制对解决 WTO 成员之间的争端功不可没。上诉机构作为 WTO“终审法院”，是 WTO 成员方以乌拉圭回合谈判为契机，通过建立全新的 WTO 消除 GATT 先天缺陷[3]而所作的最大创新[4]。约翰·杰克逊教授曾评价“WTO 争端解决机制最大的创新便是上诉机构，体现了 GATT 争端解决机制的显著进步，也是整个国际法领域的一大创举。”[5]彼得斯曼教授也对 WTO 上诉机构作了类似的高度评价。[6]据统计，WTO 成员方对上诉机制的利用相当积极，专家组报告的上诉率大约为 70%。[7]

然而，随着国际经济秩序的演进，WTO 面临前所未有的挑战，其争端解决机制更是首当其冲。2020 年 11 月 30 日，由于美国的阻挠，WTO 上诉机构成员的空缺无法通过遴选和连任得到补充，导致上诉机制因没有法官而停摆。部分 WTO 成员达成《多方临时上诉仲裁安排》，在这些成员之间架起了临时性的上诉替代机制。当前，针对 WTO 争端解决机制尤其是上诉机制的改革迫在眉睫。主要的讨论围绕美国提出的体制问题，包括上诉机构成员超过审理期限断案、超出任期仍然审案、发表咨询意见、将过往裁决报告视为有拘束力、审查

---

*

1 Ernst-Ulrich Petersmann, “The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948”, *Common Market Law Review*, Vol. 31, No. 6, 1994, p. 1157.

2 曹建明、贺小勇：《世界贸易组织》，法律出版社 2011 年版，第 17 页。

3 John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT and WTO-Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge University Press, 2000, p. 111; Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum & Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, 2006, p. 7.

4 Ernst-Urich Petersman, “How to Promote the International Rule of Laws? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, No. 1, 1998, p. 38.

5 John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT and WTO-Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge University Press, 2000, p. 87.

6 Ernst-Urich Petersman, “How to Promote the International Rule of Laws? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, No. 1, 1998, pp. 47-48.

7 Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2008, p. 262.

专家组对成员国内法的解释，以及逾越 WTO 成员赋予的权限进行裁判。同时，如何维护上诉机构的独立性，以使其免遭某些 WTO 成员的干预，也引发了关注。

今年在阿联酋召开的第十三届 WTO 部长级会议通过了《关于争端解决机制改革的部长决定》，重申旨在 2024 年前建立完整、运转良好并为所有成员都可及的争端解决机制。在长达一年、围绕美国关注开展的谈判后，在第十三届 WTO 部长级会议前公开的谈判文本[8]中，上诉/审议机制部分空缺，说明美国仍然不同意恢复上诉机构，甚至将上诉机构作为“人质”以获取更多的谈判筹码。[9]

一、上诉机构危机应对方案综述

第一类，涉及上诉机构危机及 WTO 未来的组织法改革的文献[10]，主要观点有：（1）由 WTO 成员投票启动上诉机构成员遴选程序[11]；（2）在 WTO 争端解决中更多地使用 DSU 第 25 条的仲裁程序[12]；（3）建立一个没有美国参加的上诉机制，通过签订守则性文件，其它 163 个成员约定上诉机构继续运转并仅对这些成员生效[13]；（4）“成员驱动”是 WTO 的典型特质，成员不会愿意放弃依据“协商一致决策”惯例在实质上享有的一票否决权，通过多边框架下的各种诸边协定推进新的规则制定或保留原有规则，部分成员的共同意志先一步得以实现，可为今后新的多边协定问世创造一定的条件[14]。

---

8 Special Meeting of the General Council, JOB/GC/385, 16 February 2024, Annex 1 Consolidated Text Referred to in Mr. Molina Report.

9 杨国华：“WTO 争端解决机制改革的现状与未来——部长级会议决定解读”，《国际商务研究》2024 年第 4 期，第 49-60 页。

10 例如都亳：“上诉机构停摆后的 WTO 争端解决”，《南大法学》2021 年第 1 期，第 101-113 页；胡加祥：“上诉机构‘停摆’之后的 WTO 争端解决机制何去何从”，《国际经贸探索》2020 年第 1 期，第 90-98 页；孔庆江：“一个解决 WTO 上诉机构僵局的设想”，《清华法学》2019 年第 4 期，第 197-207 页；李晓玲：“世贸组织上诉机构改革的谈判进程与岔路口选择”，《国际经贸探索》2020 年第 4 期，第 100-116 页；彭德雷：“十字路口的世贸组织上诉机构：改革观察与最新实践”，《国际经贸探索》2020 年第 9 期，第 88-102 页；石静霞：“世界贸易组织上诉机构的危机与改革”，《法商研究》2019 年第 3 期，第 150-163 页；杨国华：“WTO 上诉机构危机的原因”，《北大法律评论》第 19 卷第 2 辑，第 217-234 页；杨国华：“WTO 上诉机构危机中的法律问题”，《国际法学刊》2019 年第 1 期，第 72-84 页；Ernst-Ulrich Petersmann, “How Should WTO Members React to Their WTO Crises?”, *World Trade Review*, Vol. 18, No. 3, 2019, pp. 503-525; Joost Pauwelyn, “WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, No. 3, 2019, pp. 297-321; Alex Ansong, “The WTO Appellate Body: Are There Any Viable Solutions?”, *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 14, No. 4, 2019, pp. 169-178; Robert Mcdougall, “The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance”, *Journal of World Trade*, Vol. 52, No. 6, 2018, pp. 867-896.

11 宋瑞琛：“美国关于 WTO 改革的主张、措施及中国的策略选择”，《国际贸易》2020 年第 8 期，第 54 页。

12 胡加祥：“从 WTO 争端解决程序看《多方临时上诉仲裁安排》的可执行性”，《国际经贸探索》2021 年第 2 期，第 99-112 页；石静霞：“WTO《多方临时上诉仲裁安排》：基于仲裁的上诉替代”，《法学研究》2020 年第 6 期，第 167-185 页；石静霞、白芳艳：“应对 WTO 上诉机构危机：基于仲裁解决贸易争端的角度”，《国际贸易问题》2019 年第 4 期，第 13-34 页；杨国华：“WTO 上诉仲裁机制的建立”，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 6 期，第 29-38 页；郑晨：“《多方临时上诉仲裁安排》之法律问题初探”，《上海法学研究》2020 年第 22 卷，第 197-205 页。

13 郑伟、管健：“WTO 改革的形势、焦点与对策”，《武大国际法评论》2019 年第 1 期，第 90 页；沈伟：“WTO 失灵：困局和分歧”，《上海商学院学报》2019 年第 5 期，第 66 页。

14 张乃根：“关于 WTO 未来的若干国际法问题”，《国际法研究》2020 年第 5 期，第 3-19 页。

第二类，涉及 WTO 成员和上诉机构权力分配，主要观点有：（1）通过与 WTO 保持距离并采取一些关键的判理举措（jurisprudential moves）来应对 WTO 的政治冲突和瘫痪，这些举措导致其转变为一个独立法院，形成司法机构的全球治理（global governance by judiciary）[15]；（2）司法机构的全球治理是否存在，答案不绝对。上诉机构面临的挑战是反思它可以和应该做什么来提高判例法的质量和可预测性，同时保持其独立于政治压力。[16]（3）国际贸易法院或司法机构的全球治理，不符合上诉机构的意图和实践，更不符合绝大部分 WTO 成员的设想。[17]

第三类，涉及上诉机制的机构改革，文献较为零散，仅例举部分观点：（1）针对政治干预连任的情形，将上诉机构成员不得连任的情形纳入负面清单，如果 WTO 成员提出的反对理由不属于清单的明示范围，则连任自动发生。[18]（2）WTO 上诉机构的工作量显著增加，上诉机构的诉讼程序通常会超过 90 天时限，在某些情况下会显著超过。可以通过延长上诉审限、修改成员人数和任期等方式缓解局面。[19]

第四类，涉及上诉机制的程序改革，文献较为分散，以先例效果和咨询意见为例，主要观点有：（1）先前的专家组和上诉机构报告不具备严格法律意义上的约束力。在裁决报告中的法律分析和结论存在错误时，如遇到同类案件，可以提供令人信服之理由，要求专家组和上诉机构重新审查并作出合理认定；[20]（2）从实证的角度看，大多数咨询意见对于有效化解和预防争端都是必要的。应当由上诉机构自行判断什么是对于解决争端所必要的裁决[21]。

第五类，涉及越权裁判问题，主要观点有：（1）作为执行委托人意愿的代理人，上诉机构只有在满足特定条件才能获得成功，即 WTO 成员通过总理事会等各种政治机构允许了他们的做法。[22]（2）上诉机构在司法经济、GATT 第 20 条以及其他关税和进口费用等领域的判理存在前后不一致，但却未能给出令人信服的解释，这些判理的变化降低了争端解决的可预测性，尤其在这些变化发生得混乱模糊时。上诉机构应该更透明地处理判理的变化，并采用内部程序，减少这类变化。[23]（3）在上诉机构作出裁决报告后，如果争端方质疑裁决报告中存在不当解释的情形，则可以在 DSB 会议上提请投票，此时上诉机构报告的通过

---

15 Robert Howse, “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 1, pp. 9-77.

16 Bernard Hoekman, “The World Trade Order: Global Governance by Judiciary?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 4, pp. 1083-1093

17 Joost Pauwelyn, “The WTO 20 Years On: ‘Global Governance by Judiciary’ or, Rather, Member-driven Settlement of (Some) Trade Disputes between (Some) WTO Members?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 4, pp. 1119-1126.

18 沈伟：“WTO 失灵：困局和分歧”，《上海商学院学报》2019 年第 5 期，第 70 页。

19 Claus-Dieter Ehlermann, “The Workload of the WTO Appellate Body: Problems and Remedies”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 20, No. 3, 2017, pp. 705-734.

20 孙南翔：“超越先例作用力：基于 WTO 争端解决实践的研究”，《武大国际法评论》2015 年第 1 期，第 178-205 页。

21 胡建国、杨雨馨：“‘WTO 上诉机构发表咨询意见’否定论”，《国际商务研究》2019 年第 4 期，第 26-35 页。

22 Henry Gao & Weihuan Zhou, “‘Overreaching’ or ‘Overreacting’? Reflections on the Judicial Function and Approaches of WTO Appellate Body”, *Journal of World Trade*, Vol. 53, No. 6, 2019, pp. 951-978.

23 Frieder Roessler, “Changes in the jurisprudence of the WTO Appellate Body during the past twenty years”, *Journal of International Trade Law and Policy*, Vol. 14, No. 3, 2015, p.129.

适用 3/4 多数同意的表决方式，而不适用反向协商一致[24]。（4）WTO 成员可以运用反制手段应对上诉机构的司法能动和造法行为。例如，在遴选程序中，对上诉机构成员候选人作严格筛选和审查；申请作为第三方参加口头听证会；多渠道表达关切和反对意见，譬如利用总理事会、专门委员会和 DSB 召开的会议。[25]（5）应当允许 WTO 成员不同意上诉机构所作的解释，并有效地发表自己的解释，可以在 WTO 争端解决中重新建立适当的制衡机制。[26]

二、权力冲突：WTO 成员寻求自身利益最大化

以彼得·萨瑟兰（Peter Sutherland）为主席的 WTO 咨询委员会在 2004 年对 WTO 的审查中指出，“有一种看法，通常在政治或媒体圈子中被放大，即各国正在逐渐失去自行决定其政策方向和优先事项的能力。”[27]对于 WTO 来说，上诉机构会涉及评价或裁定成员国内经济体制的问题，因为大量的国内监管措施可以很容易地被描述为贸易壁垒。现代社会中，已经不可能在想象主权国家可以追寻纯粹的监管政策和选择上的自由，国家也很难简单地充分自由地进行规制，而不考虑任何外国行为体的潜在反应。[28]

在 WTO 成立 20 周年时，萨瑟兰咨询委员会发布的这份审查报告《WTO 成立 20 年：挑战与成就》，试图在消解 WTO 侵蚀成员主权这一问题，解决思路是在成员主权利益和 WTO 义务之间找到一致性。第一，专家组和上诉机构一直小心翼翼地避免超越成员主权的界限，一再重申成员有权进行监管以保护重要的社会价值，当然前提是他们以非歧视性的方式进行监管，并且不代表对国际贸易的变相限制[29]；第二，WTO 成员在国内政策上不能肆意违背 WTO 义务并不构成对成员主权的限制，而是有关成员主权的实践（exercise），因为成员主权的行使边界应以不影响其他成员在 WTO 下的权利为限。这份报告以日本—酒精饮料税、《实施卫生与植物卫生措施协定》、有关自然资源产品的贸易限制为例，论证“在多边环境中，各国的主权权利和义务必须相互平衡。虽然成员（对其自然资源等事项）保留主权，但是在 WTO 涵盖协定的规定范围之外，该成员不能用其自身的主权权利来否认其他成员的主权权利，包括其他成员的贸易权[30]”。

但是，显然以美国为代表的的 WTO 成员并不认同这一观点，指责上诉机构背离了 WTO 协议议定的范围，增加或减少了成员的权利义务，侵犯了成员的主权。因担忧国家利益受到

---

24 屠新泉、石晓婧：“国家主权与国际规则：美国对世界贸易组织争端解决机制的态度变迁”，《太平洋学报》2020 年第 6 期，第 10 页。
25 齐飞：“WTO 争端解决机构的造法”，《中国社会科学》2012 年第 2 期，第 147-163 页。
26 Yuka Fukunaga, “The Appellate Body’s Power to Interpret the WTO Agreements and WTO Members’ Power to Disagree with the Appellate Body”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 20, No. 6, 2019, pp. 792-819.
27 World Trade Organization, The WTO at Twenty: Challenges and Achievements, available at: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/wto_at_twenty_e.pdf, last accessed on 11 Oct. 2021, p. 65.
28 杨国华教授在“多边贸易体制的困境与革新系列会议之五——特朗普政府贸易政策与 WTO 改革在线会议”上的发言，2020 年 3 月 8 日。
29 World Trade Organization, The WTO at Twenty: Challenges and Achievements, available at: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/wto_at_twenty_e.pdf, last accessed on 11 Oct. 2021, p. 66.
30 World Trade Organization, The WTO at Twenty: Challenges and Achievements, available at: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/wto_at_twenty_e.pdf, last accessed on 11 Oct. 2021, p. 66.

不利裁决的影响，美国国内曾就 WTO 争端解决机制与国家主权的问题进行激烈讨论。在 WTO 成立之时，美国参议院官员的主流意见是由联邦法官组成专门委员会，审查对美国不利的专家组报告，以供国会判断是否考虑退出 WTO。尽管这一设想并未成行，但美国仍然对与其利益相悖的 WTO 裁决，保持了有力的应对。首先，执行败诉裁决通常需要经过美国国会正式立法，从时间上不能迅速地执行 DSB 建议；其次，不执行或不合理执行 DSB 建议。从数据来看，1995-2017 年期间，WTO 授权报复的情况共计 21 次，其中 15 次针对美国，占比高达 71.43%[31]。

（一）反倾销调查中的归零法

“倾销”的概念在国际贸易中由来已久，[32]美国最早的与国际贸易有关的法律之一也与倾销有关。[33]在国际贸易的背景下，倾销存在于出口商国内市场上产品的正常价值超过其出口价格的情况。[34]它是一种国际价格歧视的一般情况，通常用来描述商人的某些有害行为。这种歧视性定价做法被认为是不公平的；国际和国家法律制度允许采取某些应对措施，例如进口国征收反倾销税以抵消这种不公平行为的影响。反倾销工具因其在国际公平贸易法背景下的作用而广为人知。学者指出，反倾销法最初是作为国内竞争政策的类似物而制定的，抵消不公平贸易行为以及维护竞争市场的基本原理仍然是现代反倾销工具的基石。[35]

“归零法”（zeroing） 是指反倾销调查机关在计算倾销幅度时，如受调查产品的出口价格高于其正常价值，即倾销幅度为负数，则将该负数作零处理，而不是与其它正数的倾销幅度抵消。[36]该计算方法使得倾销幅度变大。由于《反倾销协定》没有对此作出明确规定，引发了不少涉及归零法的争端。上诉机构已经在多个案件中裁决归零法与《反倾销协定》不符，[37]而 WTO 成员如美国认为《反倾销协定》并不禁止使用归零法，同时上诉机构应当根据《反倾销协定》第 17.6 条采取有利于成员主管机关的解释方法。此次上诉机构停摆，归零法是美国质疑上诉机构越权裁判的最主要问题。目前，归零法与 WTO 义务的不符性仍然

---

31 屠新泉、石晓婧：“国际组织与主权国家权力的再平衡——以争端解决机制为视角”，《2019 年新兴经济体论坛论文集》，第 889 页。

32 最早颁布反倾销法的国家是加拿大（1904 年）、新西兰（1905 年）、澳大利亚（1906 年）和南非联盟（1914 年）。

33 John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 1997, p. 225.

34 See Wolfgang Müller, Nicholas Khan & Tibor Scharf, *EC and WTO Anti-dumping Law*, Oxford University Press, 2d ed. 2009, p. 86.

35 See e.g. Derk Bienen, Dan Ciuriak & Timothée Picarello, “Does Antidumping Address ‘Unfair’ Trade?”, *The International Trade Journal*, Vol. 28, No. 3, 2014, pp. 195-228; see also José Tavares de Araujo Jr., “Legal and Economic Interfaces Between Antidumping and Competition Policy”, United Nations Publications, *ECLAC - International Trade Series*, Issue 24, Dec. 2001.

36 刘勇：“论反倾销调查程序中的归零法”，《法治研究》2008 年第 10 期，第 10 页；韦静、熊志坚：“反倾销调查中的‘归零法’及其争端”，《国际经贸探索》2006 年第 3 期，第 43 页。

37 See e.g. European Communities - Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton - Type Bed Linen from India, Report of the Appellate Body,WT/DS141/AB/R, paras. 46-66; United States - Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada, Report of the Appellate Body, WT/DS264/AB/R, paras. 63-117; United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing"), Report of the Appellate Body, WT/DS294/AB/R, paras. 173-222.

限于争端解决实践的认定，对于成员的约束力有限，同时成员也在积极寻求纠正上诉机构的认定，以便提高反倾销税的征收幅度。

（二）GATT 第 21 条国家安全例外的滥用

根据 GATT 第 21 条 b 款，GATT 任何规定“不得被解释为阻止任何缔约方采取*其认为*（it considers）对保护其基本国家安全利益所必须的任何行动”。该款被称为国家安全例外条款。在 2016 年之前，包括 GATT 时期，WTO 成员/GATT 缔约方极为克制，主要在涉及军事政治安全的场合[38]援引该该款。

从 2017 年开始，该款被频繁使用，产生了一些 WTO 争端。最先是“俄罗斯过境运输案”，俄罗斯主张专家组对于 GATT 第 21 条没有管辖权，因为成员对该条的适用有自我裁定权。专家组驳回了俄罗斯根据 GATT 第 21 条（b）款引言所主张的“自我裁定”，认为 GATT 第 21 条不是完全的“自我裁定权”，专家组对此拥有管辖权，有权审查成员对基本安全利益的界定和是否处于国际关系紧急情况的问题。[39]

在此之后，又发生多次成员主张安全例外的争端，[40]包括美国对来自中国、欧盟、印度、俄罗斯等多个 WTO 成员的钢铝产品以“保障国家安全”为理由征收高额关税的争端。同时，成员主张适用 GATT 第 21 条的理由也变得宽泛，具体体现为成员“国家安全事项”从传统的军事政治安全问题扩展至非传统安全问题。[41]由此来看，目前存在对 GATT 第 21 条安全例外条款的滥用趋势。

（三）欧盟反倾销调查中损害和救济计算方式的修订

欧盟在 2017 年和 2018 年对反倾销法规进行了密集修订，通过了(EU)2017/2321 条例[42]和(EU) 2018/825 条例[43]。前者的目标是在出口国发生严重扭曲（significant distortion）的正常价值构造上，因此不宜使用出口国报告的国内价格和成本。后者涵盖了范围更广的程序以及实质性变更。本部分仅讨论(EU) 2018/825 条例中损害和救济规则的修订。

---

38 丁丽柏、陈喆：“论 WTO 对安全例外条款扩张适用的规制”，《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 2 期，第 129 页。

39 Russia - Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, 7.53-7.149.

40 DS526: United Arab Emirates - Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; DS576: Qata - Certain measures concerning goods from the United Arab Emirates; DS544,547, et al: United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products.这几起争端还处于专家组阶段。DS567: Saudi Arabia - Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights 该案已散发专家组报告，但争端方提起了上诉。

41 丁丽柏、陈喆：“论 WTO 对安全例外条款扩张适用的规制”，《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 2 期，第 129-130 页。

42 Regulation 2017/2321 of the European Parliament and of the Council of 12 Dec. 2017 amending Regulation (EU) 2016/1036 on protection against dumped imports from countries that are not Member States of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on protection against subsidized imports from countries that are not Member States of the European Union.

43 Regulation (EU) 2018/825 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Regulation (EU) 2016/1036 on protection against dumped imports from countries that are not Member States of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on protection against subsidized imports from countries that are not Member States of the European Union.

与美国不同，欧盟在反倾销调查中采用从低征税规则（Lesser Duty Rule）。该规则可表述为：反倾销措施水平的确定有两个基准，反倾销税应等于倾销幅度（dumping margin）或消除所受损害所需的金额（injury margin），以较低者为准。从低征税不是 WTO 规定的义务，而是 GATT 第 6 条和《反倾销协定》第 9.1 条[44]所倡导（desirable）的征税规则。

在此次改革之前，欧盟通过一套完善且复杂的规则在所有反倾销调查中应用从低征税规则。[45]欧盟普通法院（General Court of CJEU）在 EFMA 案件中确立了损害幅度的一般规则：用于计算目标价格的损害幅度，不应超过在没有倾销进口产品的正常竞争条件下，欧盟产业可以获得的利润率。[46]相比之下，修订条例扩大了欧盟委员会在评估目标利润水平时可能考虑的因素。特别是，对于欧盟产业的保护上升到包含欧盟生产者的全部成本和投资、研发和创新。此外，修订条例设计了 6%的最低利润门槛。[47]同时，欧盟委员会在确定目标价格时，应适当反映进口国与欧盟在遵守环境和劳工标准方面的成本差异。[48]除了对损害规则的修改，(EU) 2018/825 条例首次对从低征税规则作了重大修订，欧盟委员会在审查低于倾销幅度的关税是否足以消除损害时，应考虑有关产品使用的原材料是否存在价格扭曲。在满足一定条件时，从低征税原则不再适用[49]。

《反倾销协定》对于 WTO 成员如何征收反倾销税，只作了不得高于倾销幅度的明文要求。欧盟对反倾销措施作扩大适用，以旨在消除不同 WTO 成员之间获取原材料的成本差异，甚至不同市场劳动力和环境标准的差异时，表明反倾销措施成为了 WTO 成员用以达成贸易平衡的一种手段。LDR 规则被歧视性地适用，此外，通过引入劳工、环境等标准，WTO 成员的反倾销政策显然已经脱离 WTO 贸易救济措施原本的维护贸易公平的目的。

通过以上三个例子，可以看到，WTO 成员倾向的贸易政策侧重保护国内产业，与 WTO（上诉机构）的立场时有相左。对于 WTO 涵盖协定下没有被明令禁止的贸易政策，上诉机构可以通过条约解释方法，限缩成员的政策管理权力。这是 WTO 被质疑侵蚀成员主权的主要原由。

---

44 该条原文"…It is *desirable* that the imposition be permissive in the territory of all Members, and that the duty be less than the margin if such lesser duty would be adequate to remove the injury to the domestic industry."

45 See e.g. Wolfgang Müller, Nicholas Khan & Tibor Scharf, *EC and WTO Anti-dumping Law*, Oxford University Press, 2d ed. 2009, pp. 600-622; see also Edwin Vermulst and Paul Waer, "The Calculation of Injury Margins in EC Anti–Dumping Proceedings", *Journal of World Trade*, Vol. 25, No. 6, 1991, pp. 5-42; Angelos Pangratis & Edwin Vermulst, "Injury in Anti-Dumping Proceedings: The Need to Look Beyond the Uruguay Round Results", *Journal of World Trade*, Vol. 28, No. 5, 1994, pp. 61-96.

46 General Court, Case T-210/95, EFMA v Council, ECLI:EU:T:2005:455, para. 60.

47 在之前的反倾销调查中，超出正常利润率的过度保护将无法实现，目标利润应根据具体情况决定。在实践中，利润率通常适中，通常在税前从 5%到 10%不等，但有时可以达到更高的水平，例如 18%。See Wolfgang Müller, Nicholas Khan & Tibor Scharf, *EC and WTO Anti-dumping Law*, Oxford University Press, 2d ed. 2009, p. 616.

48 (EU) 2018/825 条例为(EU) 2016/1036 条例第 7 条增加的 2c 和 2d 款。

49 (EU) 2018/825 条例为(EU) 2016/1036 条例第 7 条增加的 2a 和 2b 款。

二、关于上诉机构权力边界的思考

（一）上诉机构入侵成员权力的一些误区

在美国指责上诉机构减损 WTO 成员的权利义务问题，尤其是认为上诉机构确立的一系列与贸易救济措施有关的判理损害了美国保护国内工业的能力时，我们很容易得出初步结论：美国是在指责 WTO 的权力扩张，WTO 不应当侵犯成员的经济主权。但是，如果我们探究一下发展中国家待遇和中国被指责的所谓强制技术转让等知识产权保护问题，就知道这个初步结论是错误的。因为在现有的 WTO 规则和判理（如有）支持成员在不违背 WTO 义务的前提下享有经济主权时，美国也是反对态度，要求修改规则，对成员的经济主权进行限缩。

1. 特殊与差别待遇问题

特殊与差别待遇是 WTO 的重要基石。关于发展中国家应如何界定，联合国和 WTO 的文件都没有作出规定。WTO 明确规定，“发展中国家地位是以自我选择为基础，并不一定自动地被所有 WTO 成员承认”，因此，WTO 成员有自称是发展中国家的权利，而无需得到其他成员的首肯。

经过多年发展，发展中国家无论是在数量上还是在国际影响力上已经发生了重大变化。我国成为世界第二大经济体，是目前最大的发展中国家。尽管我国人均 GDP 仍远远落后于多数发达国家，但 WTO 发达成员主张，我国不应再继续享有特殊与差别待遇。在欧盟内部甚至有这样的观点，可以针对中国的不同地区实施不同待遇：比如当货物来自北京、上海、广州、深圳等经济发达地区时，则不应赋予其发展中国家待遇。[50]

当前，美国等发达成员试图改变自我认定的模式，取消一大批发展中成员享受特殊和差别待遇的权利。[51]美国在《改革 WTO 中发展中国家地位的总统备忘录》中重申 WTO 应当改变自我认定的做法，并且如果在 90 天内该事项无法取得实质进展，将单方面采取措施。[52]然而，在发展中国家看来，采取自我认定的方式，以保证发展中国家发展的灵活性，正是 WTO 谈判继续推进的关键因素。[53]

2. 强制技术转让等知识产权保护问题

自 1980 年代末中国改革开放以来，美国就对中国的实质性知识产权法律和执法表示关注。1990 年代初，中美之间签订了双边协议解决了一些担忧。2001 年《中国加入世界贸易组织议定书》中针对知识产权保护作了更详细的规定。在 2007 年 4 月 10 日，美国曾就中国

50 该信息来源于曾任职欧盟委员会的 Jacques Bourgeois 教授与笔者的一次对话。
51 An Undifferentiated WTO: Self-Declared Development Status Risks Institutional Irrelevance, Communication from United States, WT/GC/W/757.
52 譬如，拒绝承认其发展中国家地位、不承认其在经合组织中的成员资格等。Presidential Memoranda: Memorandum on Reforming Developing Country Status in the WTO，https://www.federalregister.gov/documents/2019/07/31/2019-16497/reforming-developing-country-status-in-the-world-trade-organization, 26 Jul. 2019.
53 UNCTAD, Research Paper No. 33, (UNCTAD/SER.RP/2019/5), Jun. 2019, p. 31.

知识产权保护机制问题提出申诉，专家组裁定驳回有关中国“刑事门槛”违反《与贸易有关的知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下简称《TRIPS 协定》）第 61 条的指控，但裁定中国《著作权法》第 4 条第 1 款和海关处置没收侵犯知识产权货物的某些措施违反《TRIPS 协定》。

美国贸易代表办公室（USTR）年度特别 301 报告中关于中国知识产权制度的控诉从未停止。在 WTO 成立之时，美国以经国会认可的《行政行动声明》作出承诺，任何 301 措施决定将会基于 DSB 的决定。由此，在关于 301 条款的 WTO 争端中，专家组裁定如果美国不违反上述承诺，则达到了 WTO 规则的要求。[54]然而，以 2018 年 USTR 的 301 报告为例，报告第二部分是关于知识产权保护、执法和相关市场准入的国别报告，中国排在首要观察名单（priority watch list）的第一位（并非按首字母排序）。这份报告分析了中国知识产权体制对美国的限制效果，然后基于 301 条(b)本身，得出了应当对中国特定产品加征关税的结论。[55]因此，此类未经 DSB 合法化的 301 措施违反了 WTO 规则和美国的承诺。这是在 WTO 义务之外施加的单方面歧视性行动。目前美欧日都在积极推动该方面的规则改革，主要针对的国家也是我国。

Frederick M.Abbott 教授在演讲[56]中指出，中国在经济和技术转让方面的成功并不依赖于“遵循”WTO 体制下的规则，但也不是靠无视这些规则。中国之所以成功，是因为其国家体制和经济环境的特殊性。中国发展了一套极为复杂的技术发展规划以利用这些特殊性。事实上，在中国加入 WTO 之时，就能预见到中国的入世会使得美国、欧盟和日本的处境不那么舒服，也可以预见到改变规则的需求。不能否认，知识产权、技术转让和投资领域已成为“额外的 WTO”谈判、争议和协议的主题。

美欧等成员对知识产权规则升级的迫切愿望，使得如何平衡保护知识产权和防止知识产权滥用将成为 WTO 规则改革需要解决的难题。

因此，质疑和反对 WTO 入侵成员主权的本质是什么？如果不对比相关成员在类似“主权入侵”议题上的不同态度，进而发掘主权入侵质疑的核心，而立即将关注点放在是否修改被其质疑的 WTO 判理上，则是舍本逐末。很明显，部分 WTO 成员质疑的核心是其在具体 WTO 规则下的利益得失：

（1）在 WTO 留给成员经济主权的范围内，如规则缺失的实施效果不利于该成员利益时，则要求订立新规则、加强对其他成员的约束，如美欧积极推动知识产权保护升级、抨击补贴规则的羸弱、给其他成员定义非市场经济和提出市场导向条件等。明显，此时美国是不认为 WTO 应当尊重成员的经济主权的，假如这种尊重不符合美国利益；

（2）在 WTO 规则明确但保护了其他成员的利益时，则提出规则已不合时宜，如要求取消一大批发展中成员享受特殊和差别待遇的权利。乌拉圭回合里提出的一揽子承诺（single

54 United States - Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, Report of the Panel, paras. 308-330.
55 Office of the United States Trade Representative, 2018 Special 301 Report, pp. 44-45.
56 对外经贸大学和中国法学会世界贸易组织法研究会主办“变动中的国际经济秩序及国际法应对”国际学术研讨会，北京，2019 年 9 月 26-27 日。

undertaking）谈判模式，不允许成员对承诺挑挑拣拣，但是不同成员承担义务的能力不一样，由此而产生较多的发展中成员特殊和差别待遇条款。[57]对发展中成员“偏袒”的规则是一揽子协议的一部分，在一些规则上的“偏袒”是以在另一些规则上的“妥协”为对价的，忽略了这一前提空谈修改“利益不平衡”的某项规则，是不诚信的行为；

（3）在上诉机构对 WTO 规则的解释和适用不利于个别成员利益时，则强烈主张上诉机构减损了成员的权利和义务，将上诉机构的裁决报告内容与上诉机构成员的连任资格挂钩，只要裁决不利，就否认上诉机构成员任职的正当性；

（4）在前述目标不能通过谈判机制达成的情况下，转向争端解决机制，动用协商一致决策方式下的一票否决权，通过瘫痪上诉机制撬动其在谈判机制里无法取得的利益，从而以曲线方式达成个别成员的目的。

（二）关于上诉机构权力边界的法律分析

1. WTO 规则的性质和效力：合同还是宪章

关于 WTO 规则的性质和效力，朱迪斯·贝洛女士和杰克逊教授曾进行过一场辩论。二人观点相左：朱迪斯·贝洛女士认为，WTO 规则靠成员的自愿遵守，并没有传统意义上的约束力，成员如违反 WTO 规则，可从多个选项（修改争议措施、不修改措施但提供补偿、不修改措施并被利益受损的 WTO 成员报复）中择一应对；杰克逊教授批驳道，WTO 裁决具有传统意义上的拘束力，属于国际法义务，应当加以遵守。[58]上述两种观点引起了广泛关注与讨论。[59]

这两派观点体现了主张 WTO 是一个合同[60]还是一个宪章的分歧。迄今为止，关于 WTO 规则性质和效力的争论依然没有定论。[61]WTO 是合同还是宪章，一定程度上会影响上诉机构的定位，尤其是上诉机构应否成为一个国际贸易法院的问题。

此外，有多位学者从社会契约论的角度论述国际法未来的发展。[62]目前，国际组织、国际条约是国家之间基于合意而形成的，国家同意是国际法的基础，国际社会不存在超越国家的权力机制。对此，有学者指出，国家之间尚不存在真正意义上的国际社会契约——“国家就国际社会治理所形成并持续推进的彼此约束的状态”[63]。只有基于充分协商，形成超越国

57 赵宏：“论世界贸易组织的谈判机制”，《国际贸易》2016 年第 12 期，第 6-7 页。
58 赵维田著：《世贸组织（WTO）的法律制度》，吉林人民出版社 2000 年版，第 484-486 页。
59 相关学者的观点，详见陈喜峰：“约翰·杰克逊的 WTO 宪法思想和 WTO 当前的宪法问题”，《国际经济法学刊》2018 年第 2 期，第 37-38 页；Jeffrey L. Dunoff, “宪政的幻象：WTO 的‘宪法’和国际法的规训”，陈喜峰译，《国际经济法学刊》2007 年第 2 期，第 28-59 页。
60 如韩立余：“论世界贸易组织规则及义务的性质——国家利益是履行世界贸易组织义务的根本指导原则”，《国际经济法学刊》2005 年第 4 期，第 26-27 页。
61 韩立余：“当代单边主义与多边主义的碰撞及其发展前景”，《国际经济法学刊》2018 年第 4 期，第 30 页。
62 车丕照：“国际社会契约及其实现路径”，载《吉林大学社会科学学报》2013年第3期，第66-73页。何志鹏：“国际社会契约：法治世界的原点架构”，《政法论坛》2012年第1期，第50-66页。谢浩然：“再论国际法的起源和发展——以社会契约论为视角”，《湖北社会科学》2019年第9期，第146-153页。
63 车丕照：“国际社会契约及其实现路径”，载《吉林大学社会科学学报》2013 年第 3 期，第 66 页。

家权力的公共机制，至少在某些关键的事务上，国家有义务遵从该机制的指挥，才可能形成国际社会契约。[64]

2. 国家主权让渡的三种理论范式

相较于 WTO 是合同还是宪章的巨大分歧，这一问题似乎没有争议：当一个国家决定加入 WTO，就应当明了其在享有 WTO 最惠国待遇等权利时，也承担了不得违反 WTO 一揽子协定的义务，假如其制定的国内法违反了涵盖协定项下的义务，极有可能被相关成员诉诸争端解决系统，并面临撤销、修改相关措施的可能后果。也就是说，接受 WTO 这项庞杂的“合同”，必然意味着承诺让渡一部分主权权力，以换取其他成员的相应承诺。[65]杰克逊教授、彼得斯曼教授和凯斯教授基于司法裁决机构如何作出法律解释，分别提出了三种[66]WTO 宪法理论。

（1）杰克逊教授的理论核心是改良主权制度，通过制度设计分配各个国家的主权权力，将其中一部分权力上移给国际组织，解决现有国际经济中的“囚徒困境”以及“竞相逐底”（race to the bottom）等问题[67]，进而实现规则导向的国际经济体系。关于权力分配的具体方案，杰克逊教授并没有给出答案。

（2）彼得斯曼教授的理论核心，是将人权、市场自由和其他基本权利至于国家之上，避免国家将其利益优先于公共福利而破坏国际法治。他主张国际社会应该建立相应的“公共物品”，譬如条约体系以及国际组织，来阻止或者降低这种风险，从而根本上解决政府失灵和宪政失败的难题。[68]

（2）凯斯教授的理论核心，是将司法机构的条约解释行为，作为国际组织立法供给不足背景下，国际组织对国家主权的一种限制，使得国家部分经济主权向国际组织转移。她认为，上诉机构通过 WTO 争端解决机制，作出一系列司法解释，构建了一种新的宪法体系，某种程度上重新定义了 WTO 成员和 WTO 的关系，从而限制了国家管理经济的权力。[69]

---

64 何志鹏：“国际法的现代性：理论呈示”，《清华法学》2020 年第 5 期，第 177-178 页。

65 王中美：“质疑《WTO 的未来》——论 WTO 体制改革”，《国际经济法学刊》2005 年第 4 期，第 105 页。

66 也有学者提出，解决该问题的关键是寻找国家经济主权与国际组织内部的一致性，并指出承担国际规则义务可以加强国家经济主权，方式是使用国际机构限制国家权力，从而使得国内利益团体无法操控政治经济制度。宋阳：“国际机制强化国家经济主权——以主权内涵变迁为视角”，《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 5 期，第 139-140 页。

67 John. H. Jackson, “The WTO ‘Constitution’ and Proposed Reforms: Seven Mantras Revisited”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 1, 2001, pp. 69& 72.

68 Ernst U. Petersmann, “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 3, 2002, pp. 621-650.

69 Derborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trade System*, Oxford University Press, 2005, pp. 200-203.

3. WTO 上诉机构的运行状况

这次上诉机构危机，是一次审示上诉机构功能的契机。对此，两个问题有待回答：其一，上诉机构的运作是否已经偏离 WTO 成员的设想；其二，WTO 成员是否需要修正最初的设想。换言之，WTO 成员需要怎样的上诉机构？

关于 WTO 成员对上诉机构的需求，主要观点有三种：

第一种是非常跃进的“国际贸易法院”观念，认为上诉机构通过与 WTO 保持距离并采取一些关键的判理举措（jurisprudential moves）来应对 WTO 的政治冲突和瘫痪，这些举措导致其转变为一个独立法院，形成司法机构的全球治理（global governance by judiciary）[70]；

第二种观点则比较消极，认为国际贸易法院或司法机构的全球治理，不符合上诉机构的意图和实践，更不符合绝大部分 WTO 成员的设想。[71]有学者形象地描述道，各国都不愿意受到上诉机构裁决报告的不利约束，因此，他们一方面希望争端解决报告具备某种程度的拘束力，另一方面又要求争端解决机构处于羸弱的地位。[72]

第三种观念倾向于回避该问题，认为上诉机构面临的挑战是反思它可以和应该做什么来提高判例法的质量和可预测性，同时保持其独立于政治压力。[73]

i. WTO 上诉机构建立初衷之回顾

在乌拉圭回合 DSU 的谈判中，各国贸易代表们没有表现出建立一个强大的国际贸易法庭（international trade court）的意图。构建上诉机构的主要目的是在偶尔出现“糟糕”的专家组报告时，利用上诉机制作为安全阀。[74]基于这一初衷，DSU 第 17 条规定了很多对上诉机构的限制。一方面，与其他司法机构，譬如国内最高法院和国际法院相比，上诉机构法官的人数较少（只有 7 人），任期短（四年，可连任一次），还是兼职工作而非全职身份。另一方面，与其他司法机构的权限相比，WTO 上诉审查仅限于法律问题，且没有发回重审权。

ii. 民主路径的失效与司法路径的依赖

图 1[75]显示自 1995 年至 2020 年上半年的上诉数量的变化情况。

---

70 Robert Howse, “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 1, pp. 9-77.

71 Joost Pauwelyn, “The WTO 20 Years On: ‘Global Governance by Judiciary’ or, Rather, Member-driven Settlement of (Some) Trade Disputes between (Some) WTO Members?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 4, pp. 1119-1126.

72 王联合、张翔：“美国与世界贸易组织改革：战略考量与潜在影响”，《复旦国际关系评论》第 26 辑，第 108-109 页。

73 Bernard Hoekman, “The World Trade Order: Global Governance by Judiciary?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 4, pp. 1083-1093

74 Peter Van den Bossche, “From Afterthought to Centerpiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System”, in Rufus Yerxa and Bruce Wilson (eds.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge University Press, 2005, p. 64.

75 该图表源于上诉机构 2019-2020 年年度报告，WT/AB/30，第 174 页。

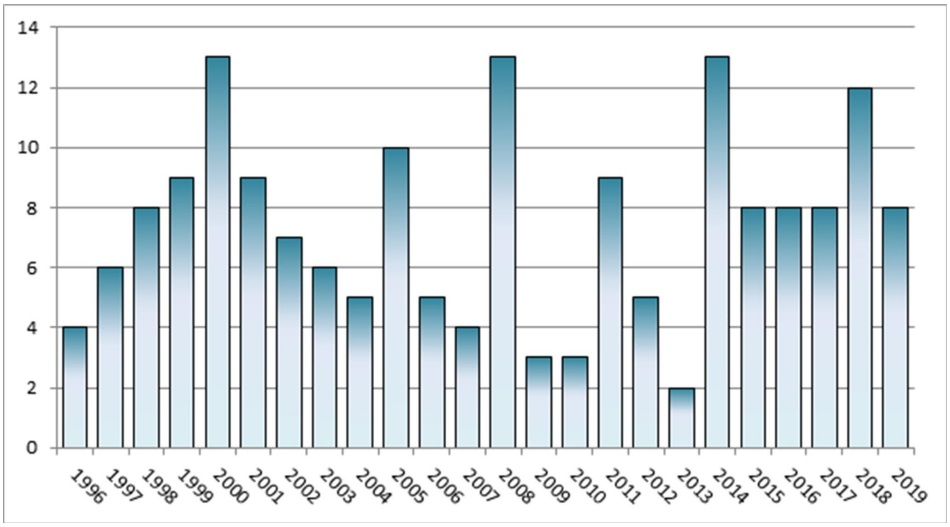


图 1 上诉总数：从 1995 年到 2020 年上半年

在 225 份专家组报告中有 149 份被上诉，占比高达 66%。其中非第 21.5 执行之诉的专家组报告上诉率为 65%，第 21.5 条执行之诉的专家组报告上诉率为 74%。WTO 成员对专家组报告的上诉如此频繁，使得我们很难将这种局面与“被偶尔使用的安全阀”的初衷联想起来。

尽管 WTO 成员设立上诉机构的初衷只是出于“偶尔使用”的需求，然而，在上诉机构 25 年的运行中，上诉机构实际起到的作用远大于此。WTO 和其他国际组织相似，由于制度设计问题，出现了立法解释困境：决策机构的立法解释运用效率低下，司法解释却极为活跃。[76]这一困境，便是民主路径的失效以及对司法路径的依赖。

产生这一现状的原因是多方面的：

第一，各国贸易代表在乌拉圭回合谈判期间撰写即将达成的协定条款时，出于迅速“达成一致/妥协”的目的大于“提供法律明确性”。因此，专家组和上诉机构很多时候面对的是一项不精确的法律条文。[77]在发生争端后，案件的结果往往取决于专家组和上诉机构对 WTO 协定条款所作的解释。

第二，由于决策中的共识规则和 WTO 成员的分歧，WTO 的谈判功能瘫痪，无法由决策机构从“立法”层面对 WTO 协定条款里的模糊之处作出权威解释。

第三，立法解释缺失，但是 WTO 成员之间的争端越来越多和复杂化，在具体争端中，争端各方也有被澄清协定项下权利和义务的迫切需求。由于 DSU 赋予专家组和上诉机构“依照国际公法的解释惯例澄清这些协定的现有规定”的权力，因此，WTO 成员将其在谈判机制中无法期待获得的利益/对规则的澄清，寄希望于通过活跃的争端解决机制获取。这进一

76 张乃根：“论条约的‘立法’解释及有关问题——以 WTO 争端解决为视角”，《法治研究》2017 年第 1 期，第 95 页。
77 Minutes of Meeting on 29 Oct. 2018, WT/DSB/M/420, para. 4.27.

步加大了 WTO 成员对争端解决机制的依赖程度，WTO 的谈判功能和争端解决功能进一步失衡，最后呈现跛足前行的状态。

诚然，鉴于争端解决功能的极度扩张，上诉机构的运行结果看似与 WTO 成员的初衷背道而驰。但是，细究下来，“偶尔使用”只是 WTO 成员对于设立上诉机构后的想象：上诉机构是被动的等待者，不可能主动要求争端方上诉。如果 WTO 成员不对专家组报告提起上诉，上诉机制当然不会启动。因此，“偶尔使用”只能依赖于 WTO 成员的自我约束和克制。

很明显，乌拉圭回合的谈判代表们低估了 WTO 成员对获得二审救济的渴望。与其说上诉机构背离了“偶尔使用”的初衷，更准确地说，是 WTO 成员偏离了 1994 年的初心，尽管造成这一局面的原由是多方面的。

iii. 上诉机构的合法性基础面临质疑

Joseph Weiler 教授把 WTO 争端解决的合法性分为内部合法性和外部合法性，内部合法性关注内部人员（WTO 成员和专业人士）对相关特定法律制度的看法，而外部合法性则反映外部人员（如非贸易支持者、民间社会和其他国际法院和法庭）的信念。[78]

前上诉机构成员 Ujal Singh Bhatia 在 2018 年的讲话里指出，国际法庭使其裁决得到尊重并确保其得到遵守的能力是判断其具备合法性的重要标志，譬如，即便法庭裁决的对象不同意裁决内容或将受到裁决的不利影响，它仍然愿意接受裁决。衡量国际法庭的合法性，可能的指标包括法庭被授予的权力范围、法庭遵守公正公平原则的程度（正当程序）、法庭裁决的质量（对国际法的合理解释和适用、法律推理的水平、解决争议的能力等等）。[79]此外，他将上诉机构取得合法性的渠道总结为两方面：

一方面，就内部合法性而言，通过 1. 制定《上诉审议工作程序》，明确公平对待争端各方；2. 上诉机构成员的意见交换制度，不属于特定案件分庭的上诉机构成员也能发表意见；3. 相较于 GATT 专家组，上诉机构采用更为正式、独立和严格的条约解释方法，恪守《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条的规定，保持一种公正、严谨的 WTO 协定解释者的角色；4. 强调判例的延续性和一致性，上诉机构从未公开推翻先前的决定，这四种方式赢得 WTO 成员对该套机制的信赖。WTO 成员频繁使用上诉机制，也几乎从未发生 WTO 成员败诉后明确表示不执行裁决的情况。

另一方面，就外部合法性而言，上诉机构主要是通过条约解释打消非贸易支持者的顾虑，在非贸易问题问题上保持敏感，寻求在 WTO 的贸易自由化使命与为 WTO 成员提供有意义的监管空间的需要之间取得平衡。[80]

---

78 Joseph H.H. Weiler, “The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement”, *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 2, 2001, p. 193, as cited in Address of Mr Ujal Singh Bhatia, The Legitimacy of the WTO Appellate Body, in Appellate Body Annual Report for 2018, WT/AB/29, p. 125.

79 Address of Mr Ujal Singh Bhatia, The Legitimacy of the WTO Appellate Body, in Appellate Body Annual Report for 2018, WT/AB/29, p. 124.

80 Address of Mr Ujal Singh Bhatia, The Legitimacy of the WTO Appellate Body, in Appellate Body Annual Report for 2018, WT/AB/29, pp. 125-128.

显然，此次上诉机构危机是对上诉机构内部合法性的挑战。尽管 WTO 成员没有质疑上诉机构在正当程序、内部合议方面的作为，但抨击了上诉机构通过条约解释逾越“其被授予的权力范围”的做法。因此，明确上诉机构与 WTO 成员的权力分配方式，这对于重启后的上诉机构获得内部合法性至关重要。

四、构建上诉机构与 WTO 成员权力分配的指导原则

政策争议中的“主权”一词通常涉及权力分配的问题[81]，杰克逊教授指出，权力分配的问题关键是怎样调和各国政府和国际机构之间分配处理这类问题的权力，以及有必要在国际组织里为防止权力滥用或权力不当配置而建立“节制和平衡”。[82]

关于权力分配的目标。

根据 DSU 第 2.4 条的规定，在 DSU 的规则和程序规定由 DSB 作出决定时，DSB *应经协商一致*作出决定。《WTO 协定》第 9.1 条事关决策，规定在成员无法协商一致作出决定的情况下，可以采取投票，按照简单多数的方式作出决定。投票和简单多数决的规定都有但书条款，而 DSU 第 2.4 条即为例外，“对于作为 DSB 召集的总理事会的决定，应仅依照 DSU 第 2.4 条的规定作出”。WTO 的决策程序以协商一致为基础，效率低下，收效甚微；与之相反，由于裁决报告采用反向协商一致的通过方式，成员将不受不利裁决约束的权力拱手相让，WTO 的争端解决程序效率极高。两套程序的实施效果之间存在严重的失衡，难以避免地，实践中出现了这样的局面：本应由决策程序解决的“规则制定”（rule making）和争端解决程序中的“规则适用”（rule applying）产生混淆和挪用的现象。[83]这正是 WTO 面临的一个体制性困境。[84]

如何解决 WTO 的这一制度困境，利用决策程序单方面打击上诉机制是无法达成目标的。只有通过重新分配权力，针对性地改变决策程序中的协商一致原则，同时，对上诉机制的反向协商一致设计约束措施，才有可能缓解两者之间的不平衡。

（1）此次上诉机构停摆，是成员利用决策程序打破了不平衡的局面，只是行动方向是将争端解决机制也拉入低效甚至无效。如果不对成员和上诉机构的权力进行重新分配，对事关上诉机制的决策方式进行变革，那么不仅无法解决这一制度困境，还会引发新的困难，即 WTO 由跛脚走路变为瘫痪状态。因此，论文试图提出的权力分配方案，目标之一是维护多边贸易体制下的上诉机制的运行，以期维护各 WTO 成员通过艰难谈判已经收获的成果和在 WTO 涵盖协定项下的诸多权利。

---

81 王中美：“质疑《WTO 的未来》——论 WTO 体制改革”，《国际经济法学刊》2005 年第 4 期，第 105 页。

82 陈喜峰：“约翰·杰克逊的 WTO 宪法思想和 WTO 当前的宪法问题”，《国际经济法学刊》2018 年第 2 期，第 42 页。

83 John. H. Jackson, “The WTO ‘Constitution’ and Proposed Reforms: Seven Mantras Revisited”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 1, 2001, p. 73.

84 John. H. Jackson, “The WTO ‘Constitution’ and Proposed Reforms: Seven Mantras Revisited”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 1, 2001, p. 74.

（2）上诉机构作为 WTO 终审法院，面对立法解释的空白，通过条约解释方法对 WTO 涵盖协定作出解释。上诉机构裁决报告采用反向协商一致的通过方式，鉴于立法解释机制的无效，没有任何其他行之有效的针对终审法院的救济方式。因此，上诉机构对成员贸易措施与 WTO 的相符性拥有事实上的、且高效的“一锤定音”。这对于 WTO 成员的主权观念构成了冲击。因此，论文试图提出的权力分配方案，目标之二是让 WTO 成员仍然保有一定程度的对争端解决机制的控制。

关于权力分配的标准。

基于权力分配原则的目标，是防止 WTO 成员基于协商一致决策方式滥用权力，以及上诉机构基于反向协商一致通过条约解释侵入成员权力，权力分配以上诉机制相关问题与 WTO 成员的主权密切程度作为标准。根据上诉机制相关问题与 WTO 成员的主权密切程度，判断哪些是与成员权力密切相关的，哪些是关联不大的，进而对是否需要赋予成员一票否决权、一票赞成权、或者采用 3/4 多数、简单多数、或由成员让渡权力等方案进行制度设计。权力分配的边界越明确，越有利于上述目标的实现。

最后，与权力分配有关的一个技术性问题。观察现有各项改革议题的切入角度，可以发现，WTO 现在关于上诉机构改革的磋商都是议题模式，WTO 成员的提案也是议题模式，有些提案涉及的问题其实和另一些问题是交织在一起的，但是提案没有一并考虑。如果用类比来形容，WTO 成员采用子议题模式和逐项建议提案，是觉得解决上诉机构危机是一场攀岩，需要一步一步走到顶端。笔者认为这种想象存在误区，上诉机构存在的问题更像一团缠绕的线团，我们的目标是解开线团，方式则只能是找到源头捋顺，在这个过程中，需要在不同的线条中拉扯和观察。

譬如超期审案，背后是多个原因共同作用的结果。我们首先想到的是“期限”本身。假设上诉机构成员已经相当敬业，没有恶意拖延，那么原因就是审限不合理。接着我们会联想到要延长审限，比如 120 天，或者尽管 90 天但是排除节假日和翻译日等时间（其实区别不大，只是说法不同）。但是这样就解决问题了吗？审限为什么不合理？有可能是具体案件太复杂、上诉范围广；再考虑一步，可能和上诉机构成员人数太少，导致轮换分配案件过多有关；也可能和上诉机构秘书、律师配置不足有关；再或许上诉机构成员变成全职身份也会改善这个问题？此外，有 WTO 成员指责上诉机构报告总是长篇累牍、发表咨询意见，这是不是也构成超期审案的缘由和改革方向？

（一）基于事项的权力分配原则

按照改革议题与 WTO 成员主权的密切程度，可对上诉机构存在的问题及其与成员主权的联系程度进行排列，结果见图 2。这是笔者根据个人理解所作的大致判断。相关问题大体上分为三个区间：（1）越权裁判、上诉机构审查国内法、上诉机构成员遴选和代表性问题，与 WTO 成员主权的关系非常密切，明显高于其他议题。（2）上诉机构成员任期、连任、

先例、咨询意见、发回重审、审限问题，处于一般的密切程度。（3）超期服役、上诉机构成员的内部工作方式（如其与秘书处的关系、上诉机构成员之间的意见交换制度）、上诉机构成员的人数、兼职身份与 WTO 成员主权的联系微弱。

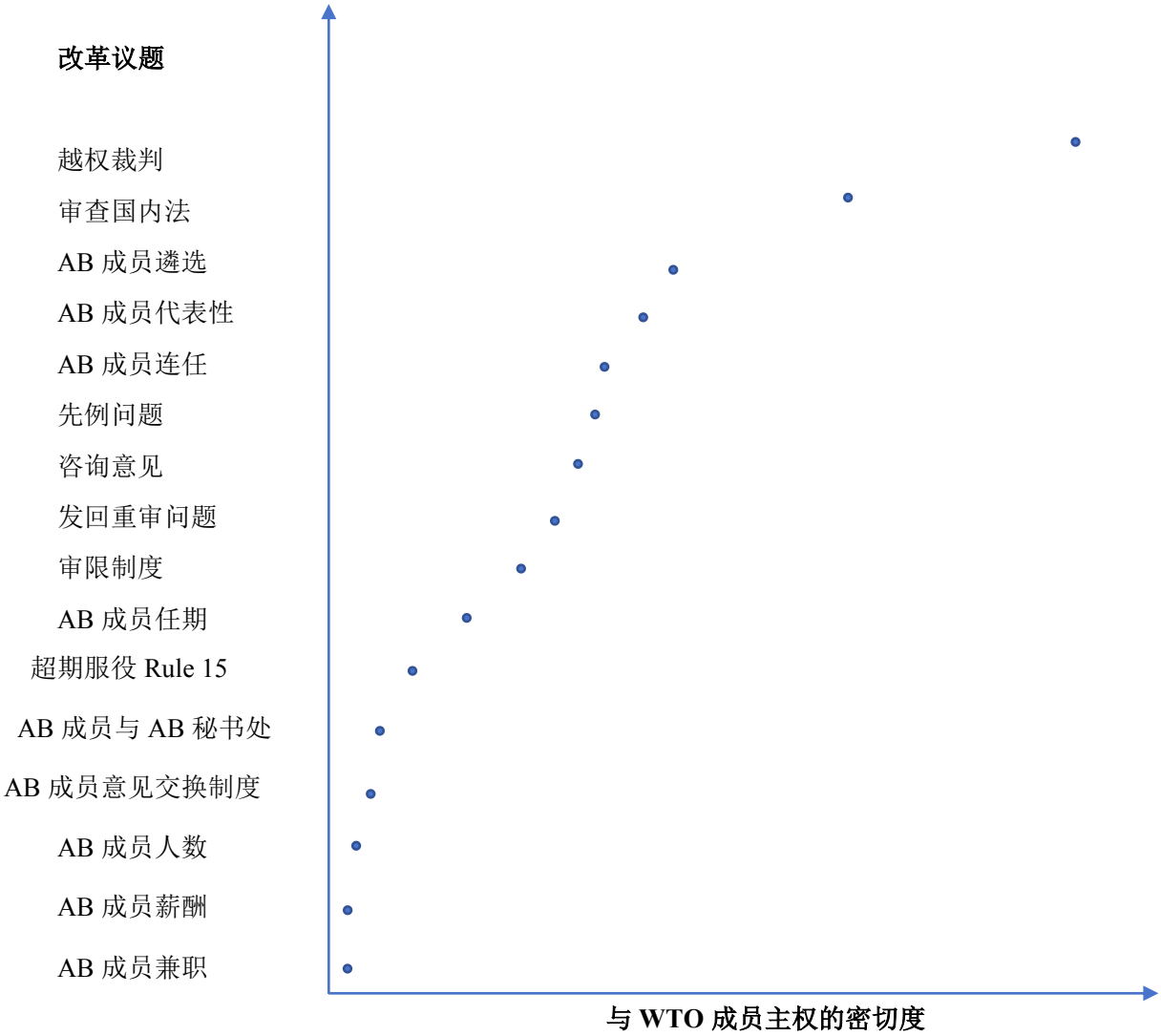


图 2 改革议题与 WTO 成员主权的密切度

我们可以把第一区间的问题定性为偏向成员主权的问题，将第三区间的问题定性为偏向司法资源的问题，第二区间的问题则处于两者之间。对于不同类别的问题，对其提出改革建议的原则也应当不同。

（1）对于偏向司法资源的问题，包括超期服役、上诉机构与秘书处的关系、上诉机构成员之间的意见交换制度、上诉机构成员的人数、兼职身份的问题，上诉机构改革建议应当通盘考虑，这不单是因为问题之间的相互关联，还受限于 WTO 成员能赋予上诉机构的司法资源的有限性。由于上诉机构工作量的变多，产生了同时增加上诉机构成员、兼职转全职、延长审限、简化裁决报告和加大运用司法经济原则等提议。单个来看，每一个建议在该项议

题下都有合理性，对解决问题有一定程度的帮助。但是，如果从全局来看，是否有必要同时做这些改革。假设一下，上诉机构成员由 7 人增加至 9 人，改为全职身份，审限延长，并带强制性地要求裁决报告简短，上诉机构的司法资源显著提升了，那么分配给上诉机构的预算也会大幅上涨。WTO 成员是否愿意负担上涨的预算也是个问题，尤其是在司法资源扩大、裁决报告简化的对比之下。值得注意的是，上诉机构危机的肇事者美国正是 WTO 预算的第一供给者。

因此，对于涉及司法资源的问题，更为可行的方案是，在对各个单项问题给予缓解的方向后，将具体的改革方案变成一个篮子，供上诉机构选取合适的搭配。

这类问题与主权关系不大，针对该类别问题，WTO 成员应当向上诉机构让渡权力，由上诉机构根据 WTO 争端解决实践中的动态需求制定规则和及时调整，以维护争端解决机制的效率和成员的权利。当然，WTO 成员有权就任何上诉机构在工作中的问题发表意见，上诉机构也可以听取 WTO 成员的相关意见，获得广泛的成员支持。此外，如果有关事项与预算挂钩，应由总理事会在听取上诉机构、预算委员会建议后决定。

（2）对于偏向成员主权的问题，即越权裁判、对国内法的审查、上诉机构成员遴选等问题，可以考虑分开制定权力边界。

第一，针对上诉机构成员遴选和其中的成员代表性问题，WTO 成员应当保留对规则的制定权和遴选过程当中的参与权，但相关规则和参与应当“基于规则”（rule-based），以 DSU 第 17 条第三款规定“公认权威并在法律、国际贸易和各涵盖协定所涉主题方面具有公认专门知识……不得附属于任何政府……广泛代表 WTO 的成员资格”为标准行事，不得以政治因素进行干预。

第二，针对上诉机构越权裁判和审查国内法问题，WTO 成员有权事前制定（比如在 DSU 改革谈判中）越权裁判和对国内法进行事实认定的标准。WTO 成员有权通过 DSB 享有事后监督权。但是，不应赋予 WTO 成员对实践中个案的事前审核权，以免阻挠上诉机构的有效运行。出于尊重上诉机构独立性的考虑，也为了避免部分 WTO 成员，尤其是在争端案件里的败诉方，以越权裁判为借口反对裁决报告，关于越权裁判这类事项的事后评判，应当以广泛共识为门槛，譬如以出席 DSB 会议的 WTO 成员的 3/4 作为阈值，超过 3/4 则视为构成越权裁判和对国内法作出了事实认定。

在通过上诉机构报告的 DSB 会议上，如确认存在构成越权裁判和/或对国内法作出了事实认定的情形，那么 DSB 对上诉机构报告中与这些问题不可分割的的部分应当不予通过，上诉机构报告中与这些问题可分割的的部分继续根据 DSU 第 17.14 条的程序通过/不予通过。如果由于越权裁判和/或对国内法作出了事实认定而导致部分问题/争端没有得到解决，可以经争端各方同意，授权上诉机构对其裁决报告进行修正，或者通过仲裁的方式解决相关问题。

（3）对于与成员主权联系程度一般的问题，包括上诉机构成员任期、连任、先例、咨询意见、发回重审、审限问题，既不应当全权授权上诉机构，也不能由 WTO 成员干预过多。最好能根据实践中的个案，以灵活、效率为处理原则。

这便是笔者提出的基于事项的权力分配原则，具体操作见图 3。

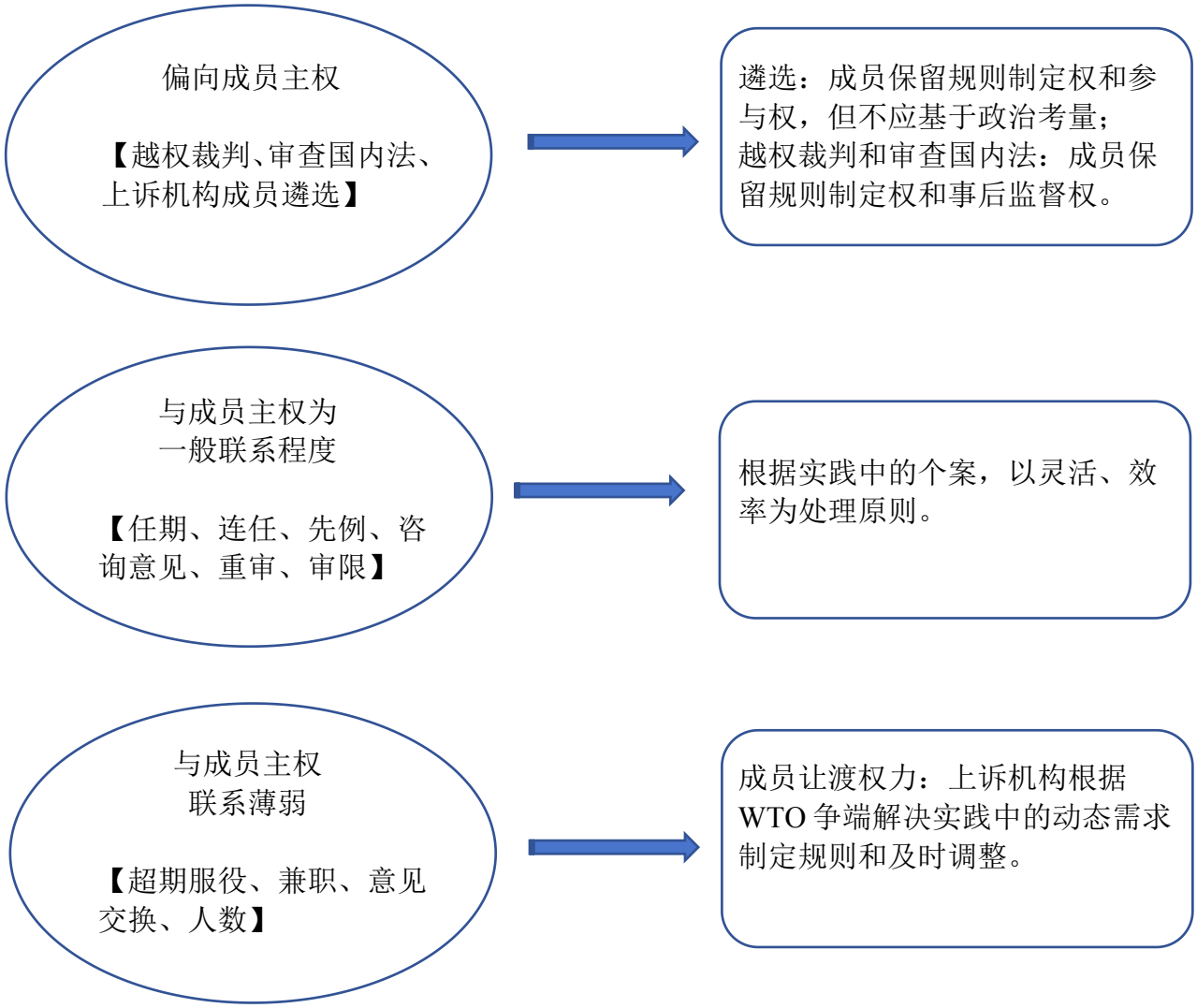


图 3 基于事项的权力分配原则

根据上述权力分配规则，现有的决策机制也要进行相应调整，细化协商一致的适用情形和协商一致的例外。

（二）决策机制的相应改革

有多位学者提供了对《WTO 协定》第 9 条决策的改革建议，主要有以下几种观点：

（1）可以慎重考虑协商一致以外的更有效率的方式，任何试图阻挠一项为大多数成员所支持的事项的成员，应当提交书面意见，说明其存在重大利益并理由。[85]

（2）修正协商一致的决策方式，代之以基于“关键多数”的决策方式。关键多数可以是绝大多数 WTO 成员（如 90%）和绝大多数的贸易份额（如 90%），比如 90%的成员方和 90%的贸易份额。如果达到关键多数，则可以作出决策而不必达成协商一致。[86]

（3）参考联合国常任理事国的决策机制，譬如由发达成员与发展中成员搭配 15-20 个常任决策成员，每两年轮换，由这些成员决定日常重大政策的落实和提出相关政策建议，供部长级会议作出决定。[87]

（4）GATT 时期协商一致的惯例在 WTO 阶段成为明文规定，充分表明了成员对一票否决权的重视，该决策规则实质性地加强了对国家主权的保护，从而使得作为成员驱动的 WTO 权力较弱。WTO 未来很大程度上有赖于其成员以“非全体的”合意达成诸边协定。[88] 可以改变“一揽子承诺”原则，通过区域贸易协定的方式作为 WTO 的补充机制。[89]

（5）多边贸易体制的根本性问题仍应适用协商一致的决策方式，在此基础上，可以科学合理地设计具体规则的修订程序和投票权分配比例，给予总理事会和秘书处充分的授权。[90]

上述关于 WTO 整体决策方式的建议或设想，都是纲领性的原则。

就上诉机制的改革而言，本文认为：

第一，应当修改 DSU 第 2.4 条的协商一致决策方式，以协商一致为原则，同时针对 DSB 决议的不同类型，保留决策方式的灵活性。

现有的 DSU 第 2.4 条为：

在 DSU 的规则和程序规定由 DSB 作出决定时，DSB 应经协商一致作出决定。

可以将第 2.4 条修改为：

在 DSU 的规则和程序规定由 DSB 作出决定时，DSB 应以经协商一致作出决定的做法为原则，以简单多数、3/4 多数同意作出决定为例外。例外决策规则所适用的事项，由 WTO 成员另行议定，并作为 DSU 附录 5。WTO 成员对附录五保留定期（两年一次）审查和随时作出修正的权力。修正的决定适用《WTO 协定》第 10.1 条、10.3 条和第 10.4 条。此外，对

85 有学者不同意这种观点，认为由于各国在某一具体事项某一贸易部门上的利益轻重有别，一国一票的基础上再实施多数表决有可能会忽略利益最相关的成员方的意见，而相对地，在这种情况下,协商一致就可能提供在多个事项上的平衡, 即所谓在“不否决”的承诺之间进行挂钩和交换。“反对理由书面说明制度”虽然提高协商一致的效率，但忽视了协商一致背后利益的差别。王中美：“质疑《WTO 的未来》——论 WTO 体制改革”，《国际经济法学刊》2005 年第 4 期，第 116-118 页。

86 John. H. Jackson, “The WTO ‘Constitution’ and Proposed Reforms: Seven Mantras Revisited”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 1, 2001, pp. 74-75.

87 张月姣：“建立与维护以规则为基础的多边贸易体制”，《当代世界》2015 年第 4 期，第 38 页。

88 张乃根：“关于 WTO 未来的若干国际法问题”，《国际法研究》2020 年第 5 期，第 15 页。

89 沈伟：“WTO 失灵：困局和分歧”，《上海商学院学报》2019 年第 5 期，第 63 页。

90 刘敬东：“WTO 改革的必要性及其议题设计”，《国际经济评论》2019 年第 1 期，第 52-53 页。

该条增加脚注说明：如在作出决定时，出席会议的成员未正式反对拟议的决定，则应视为该成员同意此项决定。

第二，应当删除《WTO 协定》第 9.1 条的第 3 个脚注，在启动成员投票的情形下，不应将 DSB 事项的决策方式设置为协商一致，应当同样适用于简单多数规则。

现有的《WTO 协定》第 9.1 条的第 3 个脚注为：“对于作为 DSB 召集的总理事会的决定，应仅依照 DSU 第 2.4 条的规定作出”。

应当直接删除该脚注。

第三，修改 DSU 第 17.14 条关于上诉机构报告的通过规定。

现有的 DSU 第 17.14 条为：上诉机构报告应由 DSB 通过，争端各方应无条件接受，除非在报告散发各成员后 30 天内，DSB 经协商一致决定不通过该报告。此通过程序不损害各成员就上诉机构报告发表意见的权利。

可以为 DSU 第 17.14 条增加一段话，作为第 17.14 条之二（Article 17.14 bis）：

在通过上诉机构报告的 DSB 会议上，如确认存在构成越权裁判和/或对国内法作出事实认定的情形，那么上诉机构报告中与这些问题不可分割的的部分不予通过，上诉机构报告中与这些问题可分割的的部分继续根据 DSU 第 17.14 条的程序通过/不予通过。经争端各方同意，可授权上诉机构对其报告进行修正。认定上诉机构构成越权裁判和/或对国内法作出事实认定的决定，应由出席 DSB 会议的 WTO 成员的四分之三多数作出。

五、关于减少越权裁判质疑的建议

在关于 DSU 改革的谈判中，美国和智利主张加强 WTO 成员对争端解决的控制，提出如增加对于上诉机构报告的中期审议程序[91]、经争端各方同意可以暂停上诉程序[92]、争端各方可以基于合意删除上诉机构的部分裁决内容或只通过部分裁决内容[93]，同时还提出就条约解释制定指导意见[94]、限制使用国际公法[95]等建议。非洲集团建议总理事会应定期听取并审议争端解决中制定的判例，争端各方有权在授权中止减让之前在诉讼的任何阶段将解释问题

91 Contribution by Chile and the United States, Negotiations on Improvements and Clarification of the Dispute Settlement Understanding on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, TN/DS/W/28, 23 Dec. 2002; Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, Textual Contribution by Chile and the United States, TN/DS/W/52.

92 Contribution by Chile and the United States, Negotiations on Improvements and Clarification of the Dispute Settlement Understanding on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, TN/DS/W/28, 23 Dec. 2002; Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, Textual Contribution by Chile and the United States, TN/DS/W/52.

93 Communication from Chile and the United States, Flexibility and Member Control: Revised Textual Proposal by Chile and the United States, TN/DS/W/89, 31 May 2007.

94 Contribution by the United States, TN/DS/W/74, 该文件讨论了关于如何制定指导意见的一些问题。

95 Contribution by the United States, TN/DS/W/74; Communication from the United States, Further Contribution of the United States on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, TN/DS/W/82, 24 Oct. 2005, and the Addendum, TN/DS/W/82/Add.1, 25 Oct. 2005, and TN/DS/W/82/Add.2, 17 Mar. 2006.

提交给总理事会，每五年进行一次定期审查，通过必要的修改来评估和改进争端解决机制，以期促进 WTO 的发展。[96]

围绕越权裁判的问题，WTO 成员提供了一些改革方案。此外，WTO 成员关于上诉机构事项的非正式磋商表明，第一，WTO 成员普遍认同“越权裁判”问题是最为复杂的，取决于所识别问题的范围和提出的解决方案的类型。第二，部分 WTO 成员建议，对某些一般性解释问题的解决方案可能有助于减轻未来对“越权裁判”的担忧。第三，上诉机构和 WTO 成员在 DSB 的主持召开年度会议或许会有所帮助。[97]

David Walker 发布的几份报告建议，（1）专家组和上诉机构的建议和裁决不能增加或减少 WTO 成员在涵盖协定中规定的权利和义务。（2）专家组和上诉机构应根据《反倾销协定》第 17.6(ii)条解释该协定的规定。[98]第十三届 WTO 部长级会议公开的谈判文本指出，案件裁决中条约解释的技术性和政策性影响可以提交给 WTO 相关机构进行讨论；WTO 成立一个咨询工作组专门讨论法律解释问题，工作组可以建议部长级会议或总理事会作出权威解释，或者建议 DSB 认定某具体解释不具有说服力。[99]

（一）现有改革方案的缺陷与不足

首先，关于 WTO 成员的改革方案。虽然笔者同意改进和使用调解方式等，但一些其他建议不可取，譬如以转移某些争议或问题免于裁决，特别是将某些类型的争议或某些问题正式排除在裁决之外。因为区分这些争议或问题是属于 WTO 协议管辖范围，还是属于 WTO 协议之外非常困难。WTO 协议之外的问题无疑不应由上诉机构来处理，但如何界定这一界限？特别是当现行的 WTO 规则涉及货物贸易、服务贸易、知识产权等诸多内容时，这个问题就变得尤为突出。如果被排除的争议点是涉及 WTO 协议内但却没有被明确指出的问题，将会非常危险，因为此种情形下的排除将导致对不符 WTO 规则措施的救济措施。我们不应忘记获授权的裁决机构的一项作用是澄清这些协定的现有规定[100]。因此，该提议不仅可能在成员之间造成严重的紧张局势，而且可能会破坏多边贸易体制。

同时，允许 WTO 成员就特定问题向裁决机构提供有约束力和无约束力的指导的想法令人沮丧。WTO 成员确实有机会在现行制度下对上诉机构报告提出立场和评论，而不会严重影响审判机构的独立性。但是，如果上升到指导性质，即使不考虑当时对具体案件的破坏性影响以及 WTO 成员意见可能存在的分歧，这种指导也会引起法官和争端方的怀疑。因为上诉机构裁决报告的约束力（binding effect）限于争端各方，其他 WTO 成员享有的权利仅仅是在满足一定条件下以第三方身份参与上诉环节，如果将其他 WTO 成员的权利贸然上升到

96 Proposal by the African Group, Negotiations on the Dispute Settlement Understanding, TN/DS/W/15, 25 Sep. 2002.
97 WTO/JOB/GC/215, WTO/JOB/GC/217, WTO/JOB/GC/220.
98 WTO/JOB/GC/222, WTO/JOB/GC/225.
99 杨国华：“WTO 争端解决机制改革的现状与未来——部长级会议决定解读”，《国际商务研究》2024 年第 4 期，第 49-60 页。
100 DSU 第 3 条第 2 款。

评价乃至决定争端各方的案件结果，将是对上诉机制的猛烈打击。这相当于，在国内法院里由案外人对案件裁判指点江山。

其次，关于学界提出的部分改革方案。

（1）可以扩大上诉机构审理权限，包括事实审理权。[101]这种扩大权限以减少越权质疑的观点，是对 WTO 成员设计上诉机构和专家组职能分工的根本性变革。牵一发而动全身，经过 GATT/WTO 几十年的发展，由专家组作事实认定的模式已经较为成熟，是否有必要改变这一行之有效的模式，笔者对此存疑。

（2）在上诉机构作出裁决报告后，如果争端方质疑裁决报告中存在不当解释的情形，则可以在 DSB 会议上提请投票，此时上诉机构报告的通过适用 3/4 多数同意的表决方式，而不适用反向协商一致原则。[102]笔者赞同对越权裁判情形不适用反向协商一致的报告通过规则，并对如何修改报告通过规则展开了详细阐述。

（3）设立专门的审查机构，判断上诉机构的解释是否与 WTO 规则相一致。在上诉机构需要对有争议的空白或模糊条款作出解释时，允许其不予受理，或允许其对争议条款提请权威解释。在权威解释作出之前，上诉机构不对相关条款继续审查，也不适用有关期限的规定。[103]笔者认同对上诉机构的条约解释应当有救济机制，但不赞同设立专门机构审查。专门机构的性质是什么？由什么人组成审查委员？这些人是否能比受到 WTO 成员推荐、经受住遴选程序重重考验，且受过争端解决实践训练的上诉机构法官更懂得 WTO 法？是否应对专门机构的审查结果有救济机制？相比之下，由 WTO 成员直接通过 DSB 的报告通过程序，控制上诉机构的越权解释，更具合法性基础和可操作性。此外，如涉及争议问题即暂停上诉程序，对于 WTO 争端解决体制的伤害较大，不应考虑这一提议。

（4）WTO 成员可以运用反制手段应对上诉机构的司法能动和造法行为。例如，在遴选程序中，对上诉机构成员候选人作严格筛选和审查；申请作为第三方参加口头听证会；多渠道表达关切和反对意见，譬如利用总理事会、专门委员会和 DSB 召开的会议。[104]目前的争端解决体制已经有相当程度的制度供给，以满足此类目标的达成，笔者认同可以加强利用这类制度。

（5）可以在 WTO 争端解决中重新建立适当的制衡机制，允许 WTO 成员不同意上诉机构所作的解释，并有效地发表自己的解释。具体方案是由单个 WTO 成员单方面出具，或由多个 WTO 成员共同出具“解释性声明（interpretative declaration）”，解释性声明与上诉机构的解释相悖，从而达到微妙的制衡效果。[105]这一设想非常新颖，不过就个案来看，解释性

---

101 例如，朱孝新：“论赋予 WTO 上诉机构事实审理权”，《世界贸易组织动态与研究》2003 年第 8 期，第 36-37 页。

102 例如，屠新泉、石晓婧：“国际组织与主权国家权力的再平衡——以争端解决机制为视角”，载《2019 年新兴经济体论坛论文集》，第 891 页。

103 例如，刘征、陈兵：“结构失衡与自我约束——对 WTO 争端解决机构的重新审视”，《江汉论坛》2005 年第 5 期，第 135 页。

104 齐飞：“WTO 争端解决机构的造法”，《中国社会科学》2012 年第 2 期，第 147-163 页。

105 Yuka Fukunaga, “The Appellate Body’s Power to Interpret the WTO Agreements and WTO Members’ Power to Disagree with the Appellate Body”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 20, No. 6, 2019, pp. 792-819.

声明的效力不足以对抗越权裁判情形。如前所述，通过修改报告通过规则，WTO 成员可通过 DSB 的报告通过程序，更有效地控制上诉机构的越权解释行为。其实，这一过程也是 WTO 成员通过达成“多数共识”以不同意上诉机构所作解释的一种实践。

（二）减少越权裁判质疑的制度设计

本部分将从内部控制和外部制约两方面，提出关于减少越权裁判质疑的建议。就内部控制而言，主要是指上诉机构对于司法经济原则的运用；就外部制约而言，主要是指增进部长级会议、总理事会的法律解释，增加发回重审制度和增设案例纠错设计。

1. 增进部长级会议、总理事会的法律解释

由于决策中的共识规则和监督机制的低效率和缺乏透明度，谈判和监督功能瘫痪。因此，这给裁决机构带来了最沉重的负担。一方面，裁决机构只能解释 WTO 的法律，而不能增加或减少 WTO 成员的权利或义务；另一方面，裁决机构迅速解决争端是必不可少的。这会导致一些局面，如争议中的问题很敏感或 WTO 协定没有给出明确指导。更糟糕的是，到目前为止，甚至没有一种权威的解释。要求上诉机构负责一切是不合理的。最好和最恰当的方法是达成权威性解释并寻求可能的程序便利以供采纳。

增加权威解释也符合 WTO 上诉机构的期望，上诉机构认为，WTO 一个或多个成员有时与上诉机构作出的裁决观点不同，这不意味着上诉机构在作出裁决时采取了超出其职权范围的行动。争端解决机制旨在解决争端各方对规则含义持不同观点的国际争端，如果 WTO 成员认为上诉机构在澄清涵盖协定时存在错误，可以根据《WTO 协定》第 9.2 条作出权威解释。[106]

有鉴于此，部长级会议和总理事会作为立法机构，应当及时作出权威解释。此外，鉴于 DSB 作为一项至关重要的“发声机制”[107]，WTO 成员和上诉机构可以充分利用 DSB 会议，甚至依靠 DSB 会议增设相关工作机制，为成员就上诉机构裁决报告发表不同意见、就争议较大的法律问题进行讨论，以及上诉机构成员回应 WTO 成员质疑搭建畅通的平台。在相关讨论较为成熟时，可由部长级会议或总理事会就相关问题作出权威解释或对 WTO 协定进行修正。

目前，不仅部长级会议和总理事会立法解释的功能为发挥作用，在 DSB 会议中，往往也未能就 WTO 成员颇具争议的立法/措施展开充分而深入的讨论，WTO 成员对于其它成员提问的回应颇为敷衍，认为此类会议并非解决该问题的正确场合。

---

106 Communication to the Dispute Settlement Body from Former Appellate Body Members dated 31 May 2016, in Appellate Body Annual Report for 2016, WT/AB/27, pp. 103.

107 Joshua Paine, “The WTO’s Dispute Settlement Body as a Voice Mechanism”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 20, No. 6, 2019, pp. 820-861.

2. 运用司法经济原则

在上诉程序中，上诉机构可以运用司法经济原则避免陷入越权裁判。运用司法经济原则有两点要求，其一，适用司法经济原则应该以有效解决争端为前提，审查有必要作出裁定的诉请和法律主张不仅仅是裁决机构的权利，而且也是其应当履行的职责。其二，基于正当程序和透明度的要求，适用司法经济原则必须作出明示说明，而不能以沉默的方式运用司法经济原则。

3. 增加发回重审制度

增加发回重审程序也能在一定程度上避免上诉机构陷入越权裁判的困境。增加发回重审制度可以避免上诉机构自身陷入对事实问题和专家组未决法律问题的评价，将专家组忽略的应审理的事项发回原专家组进行审理，使得专家组和上诉机构各司其职，进而解决上诉机构因权限不足面临的审理困境。这种制度设计既能克服限制或禁止司法经济原则引起的争端解决效率低下的弊端，又能成为专家组适用司法经济原则的一道安全阀；既能解决无法完成分析招致的案件搁置的批评，又能避免上诉机构陷入越权裁判、剥夺当事方审级利益和正当程序权利的泥淖。

4. 引入案例纠错设计

出于争端解决机制安全性和可预测性的目的，上诉机构会在不具备“令人信服之理由”时遵循先前裁决。因此，对于出现重大纰漏的上诉机构报告，如果在之后的案件里涉及了相同的法律问题，上诉机构可能需要耗费笔墨存在“令人信服之理由”。对此，WTO 争端解决机制中可以增加案例纠错制度，对于出现重大纰漏的上诉机构报告进行纠偏，具体来说可参考 WTO 成员纠偏“法庭之友问题”[108]的经验。

在美国海虾案中，专家组认为，专家组掌握寻求信息的主动权，非经请求或不属于争端各方和第三方提交的信息，都不应当被专家组接受。[109]然而，上诉机构认为，专家组的解读拘于字面、形式主义和技术性[110]，并在裁决中指出，“专家组的权力不仅仅包括选择和评估它可能寻求的信息或建议的来源，还应包括：根本不寻求此类信息或建议、接受或拒绝它可能寻求和收到的任何信息或建议，或做出一些其他适当的处置。”上诉机构将专家组寻求信息的权限概括为，确定个案的信息需求，对收到的信息作相关性和可采性分析，并决定赋予或不赋予一定的权重。此外，上诉机构还以专家组有权根据 DSU 第 12.1 条和第 12.2 条制定

---

[108] 法庭之友（amicus curiae）是指由个人或 NGO 所提交的，并非附加于当事人申请之中的法庭之友书面陈述。法庭之友能否被专家组和上诉机构接受，涉及对 DSU 第 13 条（寻求信息的权利）的解释。

109 根据 DSU 第 13 条，寻求（seek）信息和选择信息来源的主动权在于专家组。在任何其他情况下，只允许当事人和第三方直接向专家组提交信息。……接受来自非政府来源的非请求信息将不符合 DSU 规定。United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Panel, WT/DS58/R, para. 7.8.

110 United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, para. 107.

灵活的工作程序作为论据，佐证自己关于法庭之友的观点。在美国铅铋钢 II 案中，上诉机构还强调，上诉机构的权力仅受到 DSU 和涵盖协定的限制，只要不与之冲突，就属于上诉机构自由行事的范围。法庭之友问题也不例外。[111]

上诉机构的上述观点受到了 WTO 成员的广泛质疑。在欧共体石棉案中，上诉机构公开征集法庭之友意见，使得总理事会就法庭之友问题紧急召开了特别会议，28 个 WTO 成员发表了意见，除了美国持支持态度外，其他成员都反对上诉机构对于法庭之友的立场。在该案之后，上诉机构没有主动要求法庭之友意见，对于不受请求的法庭之友意见，也大多不予考虑。[112]

从这个例子可以看出，上诉机构对 DSU 第 13 条作了扩大解释，将专家组寻求信息的权力适用于上诉机构，并且主动寻求法庭之友意见。WTO 成员迅速通过召开特别会议的形式，基于绝大多数同意（27：1）作出了成员对 DSU 第 13 条的“解释”。通过这一方式，上诉机构的做法得到了纠正。可以参考这一做法，在 WTO 争端解决机制中增加案例纠错制度，对于出现重大纰漏的上诉机构报告/上诉机构的观点进行纠偏。

六、结论

本文提出了基于事项的权力分配原则：（1）对于偏向司法资源的问题类别，WTO 成员应当向上诉机构让渡权力，由上诉机构根据 WTO 争端解决实践中的动态需求制定规则和及时调整，以维护争端解决机制的效率和成员的权利。当然，WTO 成员有权就任何上诉机构在工作中的问题发表意见，上诉机构也可以听取 WTO 成员的相关意见，获得广泛的成员支持。与此同时，相关改革建议应当通盘考虑，这不单是因为问题之间的相互关联，还受限于 WTO 成员能赋予上诉机构的司法资源的有限性。因此，在对各个子问题给予改革的方向后，可将具体的改革方案变成一个篮子供上诉机构挑选和搭配。此外，如果有关事项与预算挂钩，应由总理事会在听取上诉机构、预算委员会建议后决定。（2）对于偏向成员主权的问题类别，应当对上诉机构成员遴选和越权裁判、审查国内法的问题分开制定权力边界。第一，针对上诉机构成员遴选和其中的成员代表性问题，WTO 成员应当保留对规则的制定权和遴选过程当中的参与权，但相关规则和参与应当“基于规则”（rule-based），不得以政治因素进行干预。第二，针对上诉机构越权裁判和审查国内法问题，WTO 成员有权事前制定（比如在 DSU 改革谈判中）越权裁判和对国内法进行事实认定的标准。WTO 成员有权通过 DSB 享有事后监督权。出于尊重上诉机构独立性的考虑，也为了避免部分 WTO 成员，尤其是在争端案件里的败诉方，以越权裁判为借口反对裁决报告，关于越权裁判这类事项的事后评判，

111 上诉机构报告原文：上诉机构拥有广泛的权力，可以采用不与 DSU 或涵盖协定中的任何规则和程序相冲突的程序规则。……只要我们按照 DSU 和涵盖协定的规定行事，我们就有法律权力来决定是否接受和考虑我们认为与上诉相关和有用的任何信息。United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, Report of the Appellate Body, WT/DS138/AB/R, para. 39.

112 杨国华：《丛林再现？WTO 上诉机制的兴衰》，人民出版社 2020 年版，第 88 页。

应当以广泛共识为门槛，譬如以出席 DSB 会议的 WTO 成员的 3/4 作为阈值，超过 3/4 则视为构成越权裁判和对国内法作出了事实认定。在通过上诉机构报告的 DSB 会议上，如确认存在构成越权裁判和/或对国内法作出了事实认定的情形，那么 DSB 对上诉机构报告中与这些问题不可分割的的部分应当不予通过，上诉机构报告中与这些问题可分割的的部分继续根据 DSU 第 17.14 条的程序通过/不予通过。如果由于越权裁判和/或对国内法作出了事实认定而导致部分问题/争端没有得到解决，可以经争端各方同意，授权上诉机构对其裁决报告进行修正，或者通过仲裁的方式解决相关问题。（3）对于介于两者之间的问题类别，既不应当全权授权上诉机构，也不能由 WTO 成员干预过多。最好能根据实践中的个案，以灵活、效率为处理原则。

关于越权裁判问题，与国内法院和国际法院不同，WTO 成员可接受的关于上诉机构行使司法能动的范围更为狭窄。为保全和加强上诉机构在 WTO 的内部合法性基础，上诉机构应当以司法节制作为其总体的裁判理念，正确运用司法经济原则，从内部避免越权裁判。同时，鉴于条约解释的复杂和法律推理的多元，很难判断上诉机构在特定案件中是否越权裁判，亦难以在事前对上诉机构的条约解释行为和法律推理加以约束。因此，也可以从外部增加对于上诉机构不当条约解释的纠偏机制，如增进部长级会议、总理事会的法律解释，增设发回重审制度和案例纠错制度。

总体来看，站在 WTO 多边贸易体制的立场，应当给上诉机构保持独立性、司法性和权威性的法律依据、程序便利和行政等配套资源支持，避免上诉机构被个别 WTO 成员政治裹挟，进而陷入瘫痪。但也不应忘记，各国在实体贸易规则的谈判上利益冲突很大，分歧很多。WTO 上诉机构毕竟不同于一国国内法院，它的存留、发展与完善将取决于 WTO 成员相互之间的利益权衡与整合，以及 WTO 作为一个国际法主体与其成员之间的权力折冲与分配。

WTO 安全例外视角下美式出口管制适法性检视及因应
——基于中美芯片争端案分析*

刘　宇

摘　要

晚近，美国在信息和通信技术领域针对中国密集实施一系列以保护国家安全为名的出口管制。此类措施主要聚焦半导体芯片等高新技术产品实施严格管控，构筑“小院高墙”式的贸易限制网络，并呈现不断强化、常态化与泛安全化之趋向。为此，中国运用多边争端解决机制就美国“某些半导体和其他产品以及相关服务和技术措施”的违法性问题在 WTO 提出申诉主张，引发中美芯片争端案（DS615）。虽该案仍处磋商阶段，但从美方既定立场出发，可预判其应当会主要援引 WTO 安全例外条款加以抗辩，并借以正当化其实施的贸易限制措施，进而可能加剧安全例外条款扩大适用之趋势。

根据 WTO 规则及既有争端案件特别是俄罗斯—过境运输措施案的裁判理据，可以首先明确 WTO 一般对于包括中美芯片争端案在内的涉国家安全贸易争端具有管辖权。进而检视和厘清该案涉诉美式出口管制措施既不符合安全例外条款中有关“国际关系中的其他紧急情况”客观审查要求，亦难满足依善意原则援引安全例外条款的主观审查要求。总体上，此类具有扩张性的出口管制并不符合援引安全例外条款抗辩的适用条件，不具有 WTO 适法性。

在此预判下，为阻遏美国在信息和通信技术领域对华出口管制泛滥之势，中国可综合运用多层策略进行攻防。在国际层面，切实运用 WTO 争端解决多边机制持续推进中美芯片争端案进程并争取胜诉，以此维护 WTO 权威地位并一定程度阻遏美式出口管制继续泛滥。同时，以 RCEP 为基准，CPTPP 为标杆明确安全例外等重大议题的多边谈判立场，在推进 WTO 有关安全例外规则改革过程中加强国际话语权。在国家层面，一方面在总体国家安全观引领下深入开展中国反制措施的国内法制化建设。另一方面仍应加强对中国反制措施国际合法性的审慎研判。从企业层面而言，中国企业要主动加强企业出海国家安全合规性审查和体系建设，最大程度预防和降低信息和通信技术领域的泛安全化交易风险，并通过域外诉讼等方式积极拓展遭遇泛安全化出口管制风险的救济渠道。

关键词：美式出口管制；WTO 适法性；安全例外

* **基金项目：**国家社科基金一般项目（项目批准号：20BFX133）。
作者简介：刘宇，男，安徽财经大学法学院副教授，法学博士。研究方向：国际经济法。

一、问题的提出

近年来，美国在信息和通信技术等商业领域针对包括中国在内的“外国对手”密集实施一系列泛化国家安全之名的出口管制。此类美式出口管制主要聚焦半导体芯片等高新技术产品，构筑“小院高墙”式的贸易限制网络。意图通过实施严格出口管控，打压目标国及保护本国“新兴和基础技术”领域相关产业。特别自 2018 年中美贸易摩擦激化以来，美国通过不断更新升级出口管制体系，强化对华关键技术的出口管制，使得国内不少产业遭遇“卡脖子”风险，危及国家安全利益。其具体制度大致历经以下演进过程。

第一阶段，在特朗普政府期间开启对华高科技领域出口管制和制裁的贸易战。其一，修订实施管制的“母法”。2018 年 8 月，美国商务部根据《2018 年出口管制改革法案》修订《出口管制条例》（以下简称 EAR）。其主要涵盖商业管制清单（CCL）规则、出口管制分类号（ECCN）规则、外国直接产品（FDP）规则、美国人活动规则等。其中特别通过实体清单、未经证实清单、被拒绝人清单以及最终军事用户清单等出口管制清单制度实施制裁，进而广泛管理和控制大多数商品、软件和技术的出口和再出口，包括可用于商业和军事目的具有“双重用途”的两用物项和技术，并扩及服务业领域。其二，加强经贸规制措施与国家安全连结。2019 年 5 月，美国发布《关于保护信息通信技术及服务供应链安全的总统行政命令》。该行政令试图解决“外国对手”透过信息和通信技术供应链对美国实施恶意网络行为的国家安全问题。尽管没有指名中国，但中国企业尤其是中国华为、字节跳动等被认为是该行政令的主要预期目标。同时美国商务部工业与安全局（以下简称 BIS）据此首次明确宣布将中国华为公司及其 68 个附属公司列入出口管制“实体清单”。

第二阶段，在拜登政府期间则延续并强化前任政府政策，实施更加泛安全化多样化的出口管制与制裁措施。其一，扩大规制的适用范围。2020 年 5 月美国政府将上述特朗普政府所发行政令的有效期再次延长一年。同年 11 月，BIS 公布新的暂行最终规则，极具针对性地将美国出口管制范围扩大和延伸至某些非美国物项, 如果该物项的接收方是中国华为或其被列入 BIS 实体清单的关联方。其二，明确受规制的主体范围。2021 年 1 月，美国商务部宣布实施《确保信息通信技术及服务供应链的安全》的最新规则，明确将中国纳入“外国对手”范围，并建立健全用于审查涉及“外国对手”信息和通信技术交易的流程和程序，禁止任何受美国管辖的人获取、进口、转让、安装、买卖或使用可能对其国家安全构成威胁的外国信息和通信技术物项。其三，持续升级具体规制措施。2022 年 10 月 7 日，BIS 发布《对向中国出口的先进计算和半导体制造物项实施新的出口管制》(以下简称为“10 月 7 日规则”)。这是自 2018 年以来，美国对中国半导体产业制裁的全新升级。总体上以国家安全为由，对向中国出口的芯片和相关芯片制造设备等增加了更多新限制。2023 年 10 月 17 日，美国商务部发布了新的先进计算芯片出口管制临时最终规则，具体包括 AC/S IFR 和 SME IFR 两项新规（以下简称“10 月 17 日新规”），对“10 月 7 日规则”进行修订升级。主要针对先进计算芯片及相关物项和芯片制造设备等实施更为严格的出口管制。而且这些管制规则实施范围扩

大至中国内地、香港和澳门。与此同时 BIS 还专门将中国芯片行业的 13 个实体列入实体清单。

由上可知，在中美贸易摩擦加剧背景下，美国不断有针对性地升级商业出口管制体系，使其体系日益庞杂且广泛，并呈现不断强化、常态化和泛安全化的趋向。虽然其规制对象主要是美国原产产品或技术的出口商，但其不仅与清单制裁制度紧密关联，形成“管制+制裁”的叠加打击效果，而且在特定情形下也可能产生域外效力，从而形成“国内规则的外向约束”[①]，对外国产品或企业造成不利影响。事实上，近年来美国一直寻求运用各种出口管制和制裁手段对中国高科技企业或相关实体实施贸易限制。截至 2024 年 1 月，纳入美国实体清单的中国实体已经高达近 800 家[②]。

虽然在贸易实践中，以国家安全为名实施出口管制本身是包括中国在内各国普遍采用的机制，但美式出口管制和制裁以实现其国内产业保护为政策目标，并潜藏中美竞争情势下大力推动“科技脱钩”的政治考量。美国始终认为确保经济及科技领导地位等同于维护国家安全，并宽泛援引国家安全例外作为主要的实施理据，同时坚称其具有国际合法性。这种美式出口管制中的国家安全本质上属于国家安全保护主义，并非 WTO 项下的国家安全概念[③]。WTO 亦经由一系列相关争端案件对此进行否定性裁判。但美国在对外经贸实践中依旧自行其是，不断升级加码出口管制和制裁的广度和力度。

为此，中国将美国对华半导体芯片等产品的出口管制措施诉诸 WTO 争端解决机制，亦即美国—某些半导体和其他产品以及相关服务和技术措施案（DS615，以下简称中美芯片争端案）。前述美国实施的一系列出口管制和制裁措施大多涵盖在涉诉措施内[④]。中方明确指控美方以模糊不清的国家安全相关理由打压竞争对手，其经济保护主义已经破坏了贸易规则，甚至对全球供应链构成威胁[⑤]。在当下大力推进 WTO 改革的背景下，明晰以信息和通信技术领域出口管制是否具有 WTO 适法性，并厘清其中有关国家安全的核心问题具有重要的现实意义。

二、WTO 安全例外视角下美式出口管制适法性检视

结合中美芯片争端案而言，信息和通信技术领域美式出口管制是否具备 WTO 适法性问题须至少主要考量以下面向：一是具体贸易限制措施是否符合 WTO 最惠国待遇和普遍取消数量限制规则要求；二是这些措施是否超越了国家安全例外的限度[⑥]。一般认为，美式出口

---

① 徐秀军.规则内化与规则外溢——中美参与全球治理的内在逻辑[J].世界经济与政治,2017 (9):69.

② 杜知航.美商务部:目前已有近 800 家中国实体被纳入“实体清单”[EB/OL].[2024-04-12].https://www.caixin.com/2024-01-31/102162379.html.

③ 郑玲丽.国家安全视域下美国出口管制法嬗变及中国应对[J].武大国际法评论.2023(6):137.

④ WT/DS615/1/Rev.1/Add.1.

⑤ WT/DS615/1，目前案件处于磋商阶段。

⑥ 囿于篇幅，本文主要聚焦货物贸易安全例外相关核心问题。除此以外，中美芯片争端案涉诉措施的 WTO 适法性问题还包括：涉诉措施是否单独或共同构成与 GATT1994 第 11 条不一致的投资措施，违反 TRIMS 第 2 条；涉诉措施是否单独和共同地阻止专利权人转让或通过继承转让专利以及签订许可合同，违反 TRIPS 第 28 条；涉诉措施是否未能及时公布并以统一、公正和合理的方式实施，违反 GATT 第 10 条；涉诉措施中影响服务贸易的普遍适用的措施是否以合理、客观和公正的方式实施，违反 GATS 第 6 条等。参见 WT/DS615/1/Rev.1/Add.1，paras. 38—42.

管制与 WTO 法具有较低的兼容性，涉嫌违反 WTO 最惠国待遇原则和取消数量限制的基本要求。所以实施方往往通过既有的安全例外规则进行合规性与正当性的辩护。其中最可质疑之处在于：WTO 安全例外规则是否能够完全涵盖并能用以妥善处理经贸领域国家安全问题，同时能够防止更多新的安全例外抗辩事由的出现[①]。否则，WTO 安全例外规则就可能沦为贸易保护主义的借口而已。

在贸易实践中，长期以来国家安全的政治性使得各国对以国家安全为名实施贸易限制或者援引 WTO 安全例外条款进行抗辩有所疑虑。理论上，此种条款并非完全无限制（open-ended）的例外条款，制定规则的初衷实际在于避免经济保护主义或单边主义[②]。事实上，WTO 成员亦鲜少援引此种条款。主要原因在于多数成员认识到一旦 WTO 被迫对任何国家的安全防御做出裁决，那将陷入非常被动的窘境：一方面如若取消此类贸易限制措施将可能被指责危及成员方的主权，从而损害 WTO 的权威性。另一方面如若支持此类贸易限制措施则意味着任意对其他成员展开贸易冲击时，似乎均可以动辄援引安全例外进行抗辩，从而使 WTO 的基本原则和规则变得毫无意义[③]。但是在基于国家安全关切而滥行单边出口管制的背景下，涉及 WTO 安全例外条款的争端案件数量正在不断增加，迄今已超过 10 起。其中进入专家组程序并做出报告的案件主要包括：俄罗斯—过境运输措施案（DS512）、沙特阿拉伯—知识产权保护措施案（DS567）、美国—钢铝产品关税措施案（DS544）[④]、美国—原产地标记措施案（DS597）。这些 WTO 贸易争端司法实践很大程度表明：一些成员方越来越倾向于使用经济贸易手段来实现其地缘政治目标[⑤]。在中美芯片争端案后续程序中，美国亦极有可能将安全例外条款作为其涉诉措施具有 WTO 适法性的主要抗辩依据。虽然世界贸易组织并未确立遵循先例原则，但通常仍然会保持“判理稳定性”甚或裁决的一致性[⑥]，至少可作为后例裁判的重要参考。以下主要结合 WTO 相关争端案件裁判理据，就其中的核心问题展开分析。

（一）援引国家安全例外的法律依据及分析逻辑

从 WTO 既有相关争端案件看，援引安全例外抗辩的法律依据主要为 GATT 第 21 条[⑦]。概括而言，该条款规定的安全例外包括国家安全信息、核材料、军事物资和服务、战时和其他国际紧急情况以及《联合国宪章》义务五类。其中采用客观标准判断的仅一种情形即涉及

---

① J. Benton Heath.National Security and Economic Globalization:Toward Collision or Reconciliation[J].Fordham International Law Journal,2019(42):1431-1432.

② Mona Pinchis-Paulsen.Trade Multilateralism and U.S. National Security:The Making of the GATT Security Exceptions[J].Michigan Journal of International Law,2020(41):118.

③ Peter Van den Bossche & Sarah Akpofure.The Use and Abuse of the National Security Exception under Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994[EB/OL].[2024-06-12].https://www.wti.org/media/filer_public/50/57/5057fb22-f949-4920-8bd1-e8ad352d22b2/wti_working_paper_03_2020.pdf.

④ 针对美国钢铝产品关税措施提起申诉的 WTO 成员除中国外，还包括印度、欧盟、加拿大、墨西哥、挪威、俄罗斯、瑞士、土耳其。其中挪威、瑞士和土耳其所诉案件专家组亦均已作出报告。

⑤Anthea Roberts,Henrique Choer Moraes&Victor Ferguson.Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment[J].Journal of International Economic Law,2019(22):655.

⑥ 张乃根.条约解释的国际法（上卷）[M].上海：上海人民出版社，2019：106-112.

⑦ GATS 第 14 条之二和 TRIPS 第 73 条亦有内容基本相同的安全例外规定。

成员根据《联合国宪章》义务采取的行动，其余四类例外情况是成员自行判断是否足以触发某一例外情况，从而有必要采取必要行动以推进其根本的安全利益保护[①]。在 WTO 涉国家安全例外条款的争端案件中，均主要围绕涉诉措施是否符合 GATT 第 21 条(b)款(iii)项展开分析。其具体内容为，“本协定的任何条款不得解释为：.....(b)阻止任何缔约方采取其认为对保护其基本安全利益所必需的与下列事项相关的任何行动：.....(iii)在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动.....”。有关案件的分析逻辑亦由此展开。这种分析逻辑最早在俄罗斯—过境运输措施案专家组报告中建立。该案也是 WTO 专家组首次针对成员援引安全例外条款的 WTO 适法性问题进行解释与裁判的案件，具有重大意义。其确立的整体分析逻辑如下：其一，明确 WTO 管辖权；其二，明晰客观要件，包括厘清国际关系中是否真实存在战争或其他紧急情况，判断采取涉诉措施的行动是否发生在战时或国际关系中的紧急情况期间；其三，判明主观要件，包括确定援引方是否根据善意原则定义其“基本安全利益”等内涵，明确涉诉措施是否符合此类安全利益的“最低合理性要求”。

确定客观要件过程中，需注意一方面要想认定涉诉措施属于第 21 条(b)款的规制范围，就必须客观地认定此类措施符合该条款所列举三种情形之一。另一方面涉诉措施与“紧急情况”在时间上须实际同时发生或处于同一时间序列。而厘清主观要件时，则不仅要求即使 WTO 成员可以界定其认为的“基本安全利益”内容，也应当对此类安全利益进行“充分阐明，足以证明其真实性”[②]。而且要求涉诉措施与此类安全利益之间存在最低程度的合理性，而并非不可信的[③]。

在 WTO 司法实践中，后续涉及安全例外条款的争端案件审理均大体遵循此种分析逻辑。基于“判理稳定性”，中美芯片争端案裁判框架和逻辑预计亦或如此。

（二）援引国家安全例外抗辩的主要问题

1.WTO 对涉国家安全案件是否具有管辖权？

美国等成员一贯的立场是认为：国家安全问题的内涵范围具有所谓充分的自裁性（self-judging），而不应由 WTO 裁定。亦即，认为 WTO 对此没有相应管辖权。其主要依据在于 GATT 第 21 条(b)款序言部分的关键措辞 “其认为对保护其基本安全利益所必需的”。具言之，基于文义解释的方法，该措辞在通常意义上应被解释为使该条款的全部或部分情形可以“自行判断”，即援引国可以自行决定是否采取行动[④]。在俄罗斯—过境运输措施案中，美国作为第三方就表达过这种观点[⑤]。也正是基于此，在中美芯片争端案中，美国接受中国磋商请求时明确表示：“国家安全问题是政治问题，不能通过 WTO 争端解决机制来审查或解决。WTO 每个成员保留自行决定其认为保护其基本安全利益所必需的措施的权力，这反映在 GATT 第 21 条、GATS 第 14 条之二和 TRIPS 第 73 条的案文中。”并强调在不影响美

① 孔庆江.国家经济安全与 WTO 例外规则的应用[J].社会科学辑刊,2018(5):137.
② WT/DS512/R, para. 7.134.
③ WT/DS512/R, para. 7.138.
④ WT/DS512/R, paras. 7.28—7.29
⑤ WT/DS512/R, paras. 7.51—7.52

方立场前提下接受磋商请求[①]。因此，在中美芯片争端案后续程序中势必涉及对该问题的厘清。

从 WTO 既有争端案件看，美国类似主张并没有得到支持。譬如在俄罗斯—过境运输措施案中，专家组通过对 GATT 第 21 条(b)款(iii)项的通常文义[②]、上下文[③]、以及 GATT 与 WTO 协定之目的与宗旨进行的解释分析[④]，并结合 GATT1947 第 21 条谈判史[⑤]，认为 GATT 第 21 条(b)款序言中的“其认为”并未完全赋予援引国具有主观性的酌处权，就涉诉措施是否符合该条款规定的具体情形，应当由专家组进行客观审查。进而认定，第三方美国认为基于本条款具有“自行判断”的性质而不可由 WTO 司法程序审理的主张亦不被接受[⑥]。同理，在中美芯片争端案后续程序中，美国的类似主张也很难获得支持。况且 DSU 亦并未授权 WTO 成员阻止专家组对 GATT 第 21 条的审理。质言之，该案后续可能设立的 WTO 专家组一般基于有关专家组的标准授权条款以及 DSU 第 7.1 条和第 7.2 条，针对美国对 GATT 第 21 条之援引应当具有管辖权。

2.是否符合“国际关系中的其他紧急情况”客观审查要求？

首先，需要明确国际关系中是否真实存在“紧急情况”的客观事实。虽然俄罗斯—过境运输措施案中专家组认为 GATT 第 21 条(b)款序言可纳入成员主观判断的范畴，但这种主观的自主酌处权并不完全。对于涉诉措施是否属于之下所列三种情形则应当进行客观审查，特别是“ (iii)在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动”。其中对于“战时”的客观的审查评估相对容易明晰。而“国际关系中的其他紧急情况”相对不太明确。专家组先参考前半句之“战时”规定，进而将“国际关系中的其他紧急情况”解释为：泛指武装冲突、潜在武装冲突、高度紧张或危机情况，或一国内或周边的普遍不稳定局势[⑦]。简言之，此类“紧急情况”必须与战争或武装冲突之核心存有必要的关联性[⑧]。并且专家组还具体对“紧急”和“国际关系”进行文义解释。前者字面解释包括：一种意外出现并需要紧急行动的情况，特别是危险或冲突的情况，以及当一区域中的危险或灾害或情况有迫切需求的情况[⑨]。后者则通常是指“世界政治”、或“全球政治互动，主要是主权国家间的互动”[⑩]。进而专家组认为政治或经济冲突即使“紧急”或“严重”，一般也不构成“国际关系中的其他紧急情况”[⑪]。但在后续沙特阿拉伯—知识产权保护措施案中，专家组在针对与 GATT 第 21 条规定内容基本一致的 TRIPS 第 73 条进行解释时，则认为即使没有军事成分，国家间的政治危机也可能构成“国际关系中的紧急

① WT/DS615/7
② WT/DS512/R, para. 7.65.
③ WT/DS512/R, paras. 7.74—7.76.
④ WT/DS512/R, para. 7.79
⑤ WT/DS512/R, paras. 7.83—7.100
⑥ WT/DS512/R, paras. 7.100—7.103.
⑦ WT/DS512/R, para. 7.76.
⑧ WT/DS512/R, para. 7.136.
⑨ WT/DS512/R, para. 7.72,
⑩ WT/DS512/R, para. 7.73.
⑪ WT/DS512/R, para. 7.75

情况”[①]。

值得注意的是，虽然在前述案件中专家组没有阐明“此类紧急情况的严重程度或规模”，但在后续案件中出现两种解释路径：一是美国—原产地标记措施案中进行更为限缩的文义解释，认为在程度上应达到“国家或国际关系的参与者间的关系发生极其严重的事态，该情形事实上代表关系呈现破裂或濒临破裂的状态”[②]。换言之，其严重的程度虽不须等同于战争，但对国际关系产生不利影响的严重程度与规模需与战争相当[③]。由于除了原产地标记要求和出口管制外，美国与香港间仍持续有贸易往来，专家小组认定争端状况尚未达到“国际关系中的紧急情况”要件所需的严重程度[④]。二是美国—钢铝产品关税措施案中虽未做类似的限制性文义解释，但专家组结合《二十国集团全球钢铁论坛报告》阐明美国提交相关事实证据只是反映了国际社会在合作努力解决钢铁特定部门产能过剩问题时所表达的关切，并无法证明该问题对国际关系的冲击达到构成“国际关系中的紧急情况”的严重程度[⑤]。无论何种解释路径实际上都极大增加了 WTO 成员援引该条款的难度。

结合中美芯片争端案，美国实施单边出口管制的重要考量是认为包括数据保护在内的信息和通信技术供应链安全事关国家总体安全。具言之，其臆测中国高科技企业存在通过网络协助窃取贸易、军事机密信息以及个人信息等危及其网络安全乃至国家安全的情况，进而为有效保护政府、贸易和商业秘密以及用户个人信息，亟需重点在信息通信技术等领域进行单边贸易限制。为此，美国实际上至少从 2012 年起就对中国华为公司等提出相关指控和限制[⑥]。对于这种新型国家安全威胁的疑虑，主要源于社会生活数字化的显著增长以及对信息通信技术的过度依赖。而且随着实践中通过各种黑客技术窃取个人敏感信息的可能性显著提升，监管部门确实会面临更多新的安全挑战。为应对此类问题，WTO 成员完全可以通过建立健全国内网络法制，加强个人数据的跨境传输监管等替代措施加以消弭，而无须刻意纳入国家间政治或经济冲突的层面考量，动辄借助信息和通信技术领域出口管制规则滥行单边出口管制。况且根据前述分析逻辑，即便可以提出证据证明中国高科技企业可能存在危及数据和网络安全的行为，也无法将存在这种行为的可能性等同于“国家间关系的紧张或危机加剧”，进而构成“国际关系中的紧急情况”。事实上，中国和美国之间一直存在持续的基本正常的贸易往来。质言之，如果实施美式出口管制而不切断国家之间关系或国家间关系中不存在任何其他具有颠覆性的严重危机，那么就很难证明存在“国际关系中的紧急情况”。

其次，需要明确涉诉措施是否实施于紧急情况发生期间。换言之，涉诉措施与国际紧急情况应处于同一时间序列，一般不能是预防性、假设性的。俄罗斯—过境运输措施案中专家

---

① WT/DS567/R, paras. 7.241—7.242.
② WT/DS597/R, para. 7.290.
③ WT/DS597/R, para. 7.297.
④ WT/DS597/R, para. 7.354.
⑤ WT/DS544/R, paras. 7.148—7.149.
⑥ U.S. House of Representatives.Investigative Report on the U.S. National Security Issues Posed by Chine se Telecommunications Companies Huawei and ZTE[EB/OL].[2024-05-26].https://intelligence.house.gov/sites/intelligence.house.gov/files/documents/huawei-zte%20investigative%20report%20(final).pdf.

组认为在第 21 条(b)款(iii)项中所规定的“在.....下所采取（taken in time of）”一词，表明所采取的行动与战时或其他国际关系中的紧急情况之间的联系。其要求行动必须是于战时或其他国际关系的紧急情况下所采取，并且这种时间上的变化发展属于可受客观审查的事实[①]。预防性的贸易限制措施显然并不符合此种客观审查的要求。换言之，不能通过论证如果不预先实施出口贸易限制措施，未来就可能发生的“紧急情况”来证明限制措施的合理性。显而易见的是，美式出口管制措施将中国假想为“对手”甚至“敌手”，大多带有较强的预防性质。其主张的将来有可能实施的诸如网络窃取或非法使用用户个人信息的行为，实际上很难满足前述时间条件要求。况且中美经贸往来实际也并未处于所谓“国际关系中的紧急情况”中。

3.是否符合依善意原则援引安全例外条款的主观审查要求？

《维也纳条约法公约》第 26 条已确立善意履行条约的基本原则，WTO 成员在援引 GATT 第 21 条时亦应遵从。早在俄罗斯—过境运输措施案中，中国作为第三方就明确提出这一主张[②]。该案专家组认定的善意义务即要求 WTO 成员不得通过援引第 21 条安全例外条款，规避 GATT 所赋予的义务[③]，特别要求 WTO 成员应当秉持善意界定“基本安全利益”等关键措辞。一般认为，其通常涵盖传统军事国防利益，基于经济利益而采取的贸易限制措施不在其列[④]。不宜对之随意加以泛化解读和适用。否则将使得任何确保国家竞争力的政策与法律制度，都有可能被解释为属于维护国家安全之范畴，反而会使国家安全的例外性丧失其原有的意义与价值。质言之，在实践中不应藉由维护国家“基本安全利益”之名，行促进自身贸易利益保护之实，并违反多边贸易体系所强调的公平透明和非歧视之法治内核。中美芯片争端案涉诉措施本质上遵循“确保美国经济及科技领导等于维护国家安全，为维护国家安全而实施出口管制”之政策逻辑，实际上已异化为美国实现其“在科学、技术、工程和制造业领域的领导地位”目标的工具，显然与此种善意原则的基本要求相背离。譬如，通过一系列管制规则更新升级，美国实施出口管制和制裁的对象已扩大涵盖至众多民用物项和商业实体的活动，其实质意在削弱 WTO 其他成员的科技发展，并保持本国技术优势。质言之，在实践中美国不仅对中国实施出口管制，而且凭借其域外控制迫使其他 WTO 成员效仿，试图使美式出口管制与制裁多边化。由于其过度扩大出口管制范围乃至欺凌其他 WTO 成员，势必会对国际贸易造成了严重破坏，有可能使全球半导体供应链解体[⑤]。并且在“10 月 7 日规则”中，还明确规定其旨在“限制中国获得先进计算芯片或进一步发展人工智能和超级计算机的能力”，限制“在中国本土生产此类先进集成电路的能力”，并“限制中国获得用以生产集成电路的半导体制造能力”。这种歧视性和贸易限制性的极端措辞揭示了其致力于保持技术优势和压制特定 WTO 成员半导体产业正常商业发展的真实意图，明显不符合遵从条约所应秉持的善意原则要求。

---

① WT/DS512/R, para. 7.70.
② WT/DS512/R, para. 7.41.
③ WT/DS512/R, para. 7.133.
④ 刘瑛、张璐.论 GATT 安全例外对美国 232 钢铝措施的适用[J].国际经贸探索,2019(12):111.
⑤ WT/DS615/1/Rev.1/Add.1, paras. 7—8.

此外，从涉诉措施是否符合基本安全利益的“最低合理性要求”而言，此类信息和通信技术领域出口管制和制裁措施亦违反善意原则。其不仅损害中国在多边贸易规则下期望取得的合法利益，进而破坏全球半导体供应链的稳定，而且也危及每个成员赖以获得合法发展权利的基于规则的多边贸易体系，构成了基于政治和经济动机的变相贸易限制。譬如根据 EAR 第 744.16 条，若 BIS 有合理理由相信相关实体对美国的国家安全或外交政策利益有重大风险，即可将其列入实体清单中。而“有合理理由相信”的证明标准非常低，甚至无须达到“表面证据”要求。这导致大部分被列入清单的中国企业实际上与国家安全并无任何关系[①]。其真实目的仍应主要在于本国高科技产业的保护以及科技主导地位的维护。由此可见，此类措施与“基本安全利益”缺乏最低程度的合理性关联，美方据此援引国家安全例外条款进行抗辩的理据并不充分。

综上所述，中美芯片争端案与 WTO 既有案件事实并不相同，而且不同的争端解决专家组也可能以不同的审理方式处理国家安全议题，因此尚无法断定 WTO 既有案件的裁决结果是否对美国更有利或更不利。但如有论者在评价俄罗斯—过境运输措施案时所言：尽管专家组裁决不具有官方先例价值，但是其为之后的国家安全相关案件裁决设立了“不能忽视的”门槛[②]。结合前述核心问题的分析，可以清楚的发现美国泛化国家安全之名实施的出口管制与制裁，实际上并不是为了保护其“基本安全利益”所“必需”，中国和美国当前也并不处于“战时或国际关系中的其他紧急情况”，而 WTO 规则乃至《联合国宪章》更没有条款要求或授权美国对中国采取这些贸易限制措施。总体上，美式出口管制和制裁措施并不符合安全例外条款的适用条件。质言之，在中美芯片争端案中，美国要想证明其涉诉措施符合 WTO 安全例外条款具有较大难度，而中国提出的主张客观上能够从 WTO 规则本身以及既有案件的裁判结果中获得更为充分的理据支持。

三、WTO 安全例外视角下应对美式出口管制的中国策略

（一）国际层面因应路径：“争端解决诉讼+多边谈判”

1.积极运用 WTO 争端解决多边救济方式，持续推进中美芯片争端案进程并争取胜诉。

首先，虽然将相关贸易争端诉至 WTO 争端解决机制解决需要承担时间成本或外部环境不确定性等代价[③]，但此举有助于维护 WTO 的权威地位。质言之，至少能够促进除上诉程序以外的 WTO 争端解决基本程序实际正常运作，防止系统性崩溃的情形出现。其次，通过个案申诉、审理乃至最终胜诉可以对美国滥用出口管制措施与制裁的行径加以全景展现，并可对其贸易保护主义本质进行更为充分的揭示。进而在国际层面形成强烈的舆论压力，甚至引发诉讼“蝴蝶效应”，一定程度阻遏美式出口管制措施继续泛滥。此外，在诉讼过程中可以结合 WTO 既有涉安全例外条款争端案件裁判观点，明确承认 WTO 对涉该条款争端管辖权

---

① 中国商务部.美国履行世贸组织规则义务情况报告[EB/OL].[2024-04-15].http://images.mofcom.gov.cn/sms/202308/20230814101855808.pdf.

② Hans Von Der Burchard.Trump's Steel and Car Tariffs Hit Major Legal Hurdle[EB/OL].[2024-04-15].https://www.politico.com/story/2019/04/26/trumps-steel-car-tariffs-1384221.

③ 彭德雷、周围欢、杨国华.国际贸易中的“国家安全”审视[J].国际经贸探索,2018(5):101.

的同时，坚持成员对自身安全利益一定程度的自判权，并强调援引时须遵循善意和理性。在此诉讼立场基础上寻求规则关键性措辞诸如“基本安全利益”“其他紧急情况”等形成具有共识性的精确定义。长久以来，援引安全例外容易演变为贸易保护主义工具的主要原因还在于 WTO 缺少针对滥用的有效约束机制。而这些关键性措辞内涵明晰有助于约束效果的加强，亦有利于进一步明确中国在多边谈判中有关该议题的基本立场。

2.以 RCEP 为基准，CPTPP 为标杆，通过相关议题多边谈判，推进 WTO 安全例外规则改革。

应当通过多边谈判大力推进 WTO 改革，对现有国际经贸多边规则进行更新升级，已成为普遍共识，关键问题是如何改革。无论 RCEP 还是 CPTPP 均在区域安排层面提高了国际经贸规则标准。总体上中国应以已生效实施的 RCEP 为基准，将已申请加入的 CPTPP 作为标杆，在相关议题的多边谈判中，推进 WTO 改革。就安全例外议题而言，可以着力于以下方面：

首先，通过中美芯片争端案的推进乃至胜诉，寻求有关安全例外条款的有利的权威司法解释，并以此作为多边谈判立场的重要组成部分。而彻底消弭各方歧见的最佳方案是对安全例外条款作出权威解释或修正[①]。为此，一些 WTO 成员已积极开始行动。譬如在历经涉安全例外条款相关案件的多次败诉后，美国率先提出应根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》寻求由部长级会议和总理事会对 GATT 第 21 条安全例外条款作出权威性解释[②]。由于其明确宣称这是 WTO 争端解决机制改革应当讨论的根本问题，这势必引发各成员在该议题上的激烈博弈。值得注意的是，由于美国对上诉机构人事任命的阻挠导致该机构运行陷入困境，而后其一方面在相关案件败诉后均提出上诉，使得程序无法终结，进而在法律角度仍能继续主张其涉诉措施并未违反 WTO 规则。另一方面试图将恢复上诉机构正常运行作为美国有关安全例外改革方案的利益互换筹码，而且有学者甚至提出上诉机构美国例外的改革设想[③]。但这本质上与WTO改革包容普惠的价值取向并不一致。对此中国应当遵循并行推进的路向，寻求有关安全例外议题的有利的司法或决策机构权威解释，并积极促成 WTO 各项改革议题能够一揽子解决。

其次，把握 RCEP 和 CPTPP 安全例外规则演进趋向，以此为基础开展有关安全例外议题多边谈判，在快速变动的全球化和逆全球化浪潮中寻求 WTO 国家安全例外新范式。安全例外条款本身存在解释和应用的限度，最好交由各国协商解决[④]。在 WTO 多边谈判整体陷入僵局的情势下，则可在新一代国际经贸规则中寻求推进改革的新契机。由 RCEP 和 CPTPP

---

① 李晓玲.WTO 安全例外条款：实践演进、路径选择与中国因应[J].国际法研究,2023(3):46.

② USTR.Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body[EB/OL].[2024-05-28].https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/january/statements-united-states-meeting-wto-dispute-settlement-body.

③ Robert Howse.A New Approach to the Appellate Body Impasse at the WTO[EB/OL].[2024-06-29].https://tradetakes.substack.com/p/a-new-approach-to-the-appellate-body?r=21w70&utm_campaign=post&utm_medium=web.

④ 彭岳.中美贸易战中的安全例外问题[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2019(1):166.

内容观之，安全例外规范实际已呈现宽泛化趋向。一方面，RCEP 第 17.13 条类似 WTO 采取列举式规范体例，相较 GATT 第 21 条主要变化在于：该条(b)款增加“(iii)为保护包括通讯、电力和水利基础设施在内的关键的公共基础设施而采取的行动”。而且“关键的公共基础设施”包括公有和私有。[①]其(iv)项虽大致与 GATT 第 21 条(b)款(iii)项对应，但增加了“国家紧急状态”（national emergency）情形。总体上更为细化但也较宽泛，为成员扩大安全例外的自主酌处权提供更明确指引。另一方面，CPTPP 第 29.2 条趋于概括式规范体例，相较 GATT 第 21 条内容虽未增加但做了较大删减，整体规则显得更为宽泛。[②]其最大变化在于：该条(b)款后半句完全删除了 GATT 第 21 条(b)款所列的三种情形，仅保留序言内容。这也表明其实际上取消了对于成员援引安全例外的限制，势必进一步扩大成员对安全例外的自主酌处权。

由此可见，无论 RCEP 还是 CPTPP 在安全例外条款方面都在一定程度偏向于扩大成员自主裁判的权利。而中国在国际司法和缔约实践中主要倾向对此做限制解读[③]。进言之，这种规则新发展将有可能放大 WTO 不同成员对安全例外规则法律解释的分歧。对此，中国须把握国家安全内涵扩大化趋势，基于总体国家安全观，在合理范围内扩大中国国家安全概念内核。以利益平衡为导向，参考 RCEP 将更多达成共识的国家安全情形明确纳入规制范围，并以 CPTPP 为标杆推进规则宽泛化设置的同时，寻求对“基本安全利益”等关键性措辞权威精确的解释与澄清。同时提高规则适用的透明度以及多边审查的力度，最大限度防止其遭受滥用。在推动 WTO 安全例外议题改革的基本策略方面，可以针对美国滥用安全例外的现状，优先与日本、韩国和欧盟等其他主要经济体开展合作，建立和完善相关对话机制，并争取能够联合提出有利于应对复杂多变的安全挑战，权利和义务趋于平衡的改革方案，进而提升中国在国际社会中的议题主导力和话语权。

（二）国家层面反制考量：“国内法制化+国际合法性”

1.总体国家安全观引领下开展中国反制措施的国内法制化建设。

总体国家安全观强调应当以经济安全为基础，以军事、科技、文化、社会安全为保障，以促进国际安全为依托。在此基本立场引领下，为应对美式出口管制与制裁，中国在实践中已经采取诸多反制措施加以补救。并且为应对日趋紧张的外部制裁压力，中国亦正在加快建立健全国内反制措施法律体系，完备反制裁领域的“法律工具箱”，促进中国反制措施有法可依、有法必依。进言之，依法实施反制措施对外有助于树立法治大国形象，赢得国际道义制高点并提升国际话语权；对内则利于解决反制措施国内法正当性问题，对于维护国家安全具有重要的现实意义。目前，中国已经通过一系列反制相关法律制度，初步建立私人民事赔偿之诉和行政性反制措施等核心规范。特别是在《反外国制裁法》和新近发布的《对外关系法》中均明确赋予中国针对性采取相应反制和限制措施的法定权利。这为我国针对美式出口管制

[①] RCEP 第 17 章注释 7。

[②] 该项规则沿袭自美国主导下的 TPP 相应条款，实际上很大程度体现美国的基本立场和观点。这从其他美式自由贸易协定亦可见一斑。譬如《美墨加协定》（USMCA）第 32.2 条即与之基本一致。

[③] 赵海乐.一般国际法在“安全例外”条款适用中的作用探析[J].国际经济法学刊,2021(2):98.

与制裁采取反制措施提供强有力的法律支持。当然，目前实践中，贸易反制措施依然存在法律依据不够明确、充分等问题，亟需在《对外贸易法》安全例外条款等方面加以修正[①]。而且还应注重结合执法和司法实践进行制度完善，补充制定相关实施细则，增强法律规则可操作性。譬如《反外国制裁法》中反制裁具体责任部门未明、歧视性限制措施界定不清等问题的改进。

2.加强对中国反制措施国际合法性的审慎研判。

如前所述美式出口管制措施并不具备 WTO 适法性，而中国反制措施的国际合法性同样也存在一定争议。毕竟中国加入的众多国际条约对于违反条约特定条款所导致的不利后果一般均有相应规制，中国实施的征收高额关税、资产冻结或禁止交易等反制措施虽同样基于国家经济安全的考量，大多具有国内合法性，但却可能存在违反已明确承担的条约义务的风险。故中国采取反制措施过程中应当对自身应履行的相关条约义务有较为全面的厘清，同时对于反制措施国际合法性的依据加以深入研判，譬如WTO相关规则以及其他国际法规则诸如《联合国宪章》《维也纳条约法公约》等均可作为中国反制措施具有 WTO 适法性的证成依据[②]。质言之，对于实践中预计采取的反制措施的 WTO 适法性须加强审慎预判和充分考量，最大限度避免或防范可能的争议。譬如中国针对美国进口钢铝产品关税措施加征报复性关税，实施反制。此举亦被美国诉至 WTO，亦即中国—对美国某些产品征收附加关税案（DS558）。专家组认为未经 WTO 授权的报复行为同样不具有 WTO 适法性[③]，中国报复性加征的附加关税违反 GATT 第 1 条最惠国待遇义务以及第 2 条关税减让表约束之义务[④]，最终裁判中国败诉。为此中方亦提出上诉。在目前上诉机构停摆的情形下，此种上诉行为似乎亦可视为变相的反制措施。但从维护 WTO 权威性角度出发，此举当为权宜之策。假设本案进入上诉程序终局审理阶段，中方还是应当继续坚持前述国际合法性论证理据，辩明自身主张的正当性与合规性，保护反制过程中的合法利益。

（三）企业层面风险防控策略：“合规预防+域外诉讼救济”

1.加强企业出海国家安全合规性审查和体系建设，最大程度预防和降低信息和通信技术领域的交易风险。

首先，以违规风险预防为导向，建立完整的信息和通信技术领域交易合规内部审查体系。包括信息和通信技术领域交易供应链风险评估和预警、内部员工背景调查与专项培训、内部定期检查及违规处理机制等。同时加强对信息和通信技术交易供应链各环节可能风险的定期全面筛查，并维护在相关物项受控时能够及时寻找替代供应商的具有灵活性的应急机制。其次，以出口安全为导向，建立出口信息和数据合规审核机制。企业在积极配合外国政府部门出口监管核查相关事项过程中，应注意保护企业及客户敏感信息。特别是在按外方要求提供

[①] 陈卫东.我国贸易反制措施的国内法依据：构建与完善[J].当代法学,2023(3):30.
[②] 杨国华.中美贸易战中的国际法[J].武大国际法评论,2018(3):136.
[③] WT/DS558/R, paras. 7.35—7.36.
[④] WT/DS558/R, para. 8.1(a).

相关企业资料时应严格遵守本国出口管制制度以及《数据安全法》、《个人信息保护法》等有关数据出境安全方面的法定要求。此外，企业应当重视和加强信息和通信技术领域的技术研发投入，大力开展自主创新并逐步减少外部技术依赖，进而提高自身核心竞争力。这是保护企业安全、合规的根本所在。

2.运用域外诉讼救济方式，维护企业合法权益。

出口管制措施一般须依据实施国国内法对外开展施行，如果实践中由于滥用导致不当实施，当然可以依其国内法通过向其国内法院诉讼提出挑战。譬如欧盟对外实施的出口管制与制裁就常在欧盟法院受到被管制对象的质疑。面对美式出口管制与制裁，中国企业特别是高新技术企业亦可善用美国国内的司法手段保护自身权益。在实践中，美国政府往往惯于先锁定欲打压的中国企业，然后寻找危及国家安全的相关“事实”，最终实现将其列入实体清单制裁的目的。在此过程中为了急于打击相关目标，尽速滥行其出口管制之措施，其可能会将主观臆测甚至道听途说的“证据”列入证明所谓“事实”的证据链范畴。此类存在先天缺陷的不可靠证据一般会因证明力不足导致事实认定错误。这势必有助于增加中国企业胜诉机率。譬如2021年小米公司针对单边出口管制在美国地方法院起诉美国政府并和解胜诉的主要原因正是成功证明了美方相关证据存在严重瑕疵，且总体上缺乏“实质性证据”[①]。进言之，这种域外诉讼救济方式亦有利于一定程度促使美国审慎实施信息和通信技术领域出口管制与制裁，并将其严格限定在国内法规制范围内。

[①] Bailey Williams.Xiaomi Corporation v. U.S. Department of Defense: Defending the International Emergency Economic Powers Act[J].Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy,2022(17):352-355.

人工智能和 WTO 法：技术、贸易和规范

任　虎*

人工智能，被国际社会推崇为人类在过去两百年历史长河中取得的最重大创新[1]，也被称之为人类“最后”的发明[2]。因此，各国将人工智能产业作为未来一百年国家竞争力的核心，纷纷出台政策鼓励和扶持人工智能产业的发展，抢占智能化时代的技术高峰，争抢第四次工业革命带来的惠益。

比如，美国 2016 年出台并 2019 年和 2023 年进行两次更新的《国家人工智能研发战略计划》明确，优先投资下一代人工智能技术，以推动负责任的创新发展，为公共利益服务，并使美国在人工智能领域保持世界领先地位。[3] 但鉴于人工智能研发过程的不透明、不可溯，以及研发结果的不可预测等风险[4]，以及伦理争议等问题，国际社会通过国内立法以及国际协定以降低伴随人工智能研发可能产生的风险。比如，欧盟议会于 2023 年 6 月 14 日通过的《人工智能法案》，将人工智能系统的风险划分为不可接受的风险（unacceptable risk）、高风险(high risk)、有限风险(limited risk)和低微风险(low or minimal risk)四种类型，根据具体风险量身定制监管措施[5]。新加坡、智利和新西兰等国家于 2022 年 6 月 12 日签署的《数字经济伙伴关系协定》则基于缔约方对“可信、安全和负责任地使用人工智能技术制定道德和治理框架的经济和社会重要性”的认识，呼吁“各方应努力促进采用道德和治理框架”，即“人工智能治理框架”[6]。

围绕人工智能的监管和政策环境（例如安全、隐私等）将继续演进，但同样重要的是要考虑人工智能和国际贸易的特有问题。[7] 例如，欧盟《人工智能法案》第 26 条规定的人工智

---

* 任虎，华东理工大学法学院 副教授。本文为摘要，正文尚未公开发表，谢绝引用。

1 Avi Goldfarb & Daniel Trefler, AI and International Trade, in The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda, Ajay Agrawal, Joshua Gans & Avi Goldfarb, University of Chicago Press, 2019, p.463.

2 Jams Barrat,Our Final Invention: Artificial Intelligence and the End of the Human Era, Thomas Dunne Books, October 2013.

3 Executive Office of the President of USA, National Artificial Intelligence Research and Development Strategic Plan 2023 Update, A report by the Select Committee on Artificial Intelligence of the National Science and Technology Council, May 2023, p.vii.

4 任虎，前引注 1，第 19 页。

5 European Commission, Regulation of the European Parliament and of the Council, Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, Brussels, 21.4.2021 COM(2021)206 final.

6 Digital Economy Partnership Agreement, Art.8

7 Janos Ferencz, Javier López-González, and Irene Oliván García，Artificial Intelligence and International Trade:

能系统（AI system）进口商应确保该人工智能系统的提供商已经执行适当的符合性评估程序、确保在高风险人工智能系统由其负责储存或运输时不会危及其遵守《人工智能法案》的要求，以及配合国家主管当局就系统采取任何行动时予以配合等义务，可能引起人工智能企业的贸易成本的增加。又如，2023 年 8 月 9 日，美国政府发布《关于解决美国对受关注国家的特定国家安全技术和产品投资的行政令（Executive Order on Addressing United States Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern）》，授权美国财政部对美国投资者在重点关注国家关涉人工智能和量子计算机技术、半导体和微电子等敏感技术和产品（sensitive technologies and products）等特定领域的投资审查监管等措施[8]，可能会筑起人工智能相关投资和贸易中的新型壁垒。

那么，欧盟和美国等国家人工智能系统进出口相关法律、法规或政策是否同世界贸易组织协定相一致，或者使其他成员根据协定获得的利益丧失或减损，或者妨碍适用协定实现目标，从而构成不当限制“人工智能系统”正常贸易的新型贸易壁垒？

世贸组织前总干事罗伯特 阿泽维多曾声称，物联网（IoT）、人工智能以及互联和自动驾驶汽车（CAV）等技术有可能深刻改变“我们的贸易方式、同谁交易，以及交易内容”。贸易不仅是商品和服务流通的渠道，也是知识和技术体现其价值的最佳路径。人工智能及其相关商品、服务和知识产权已经深深融入在国际贸易体系之中，相互影响、促进和推动。例如，人工智能有助于提升“智能”制造的自动化水平，改善对消费需求的预测以及生产地点的选择决策过程，还可以降低供应链中的温室气体排放，从而使产业能够降低生产、物流和贸易成本。

人工智能，作为通过计算机程序识别外部环境，像人类一样能够自主学习、思考、判断和行动等自主运行的，寻求达到人类智能的一系列技术[9]或系统，算法、数据、互联网是人工智能的三大构成要素。人工智能根据其智能可分为机械智能、弱人工智能（分析智能）、强人工智能（直觉智能），以及超人工智能（感同身受智能）等四个阶段。[10]

Some Preliminary Implications，OECD Trade Policy Paper，April 2022，p.4.

[8] The White House，Executive Order on Addressing United States Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern，August 09，2023，https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/08/09/executive-order-on-addressing-united-states-investments-in-certain-national-security-technologies-and-products-in-countries-of-concern/ ,最后访问日期：2023 年 10 月 20 日。

[9] 任虎：“人工智能和未来法律制度：从本质到目的”，载《中国政法大学学报》，2019 年第 4 期，第 17 页。

[10] Ming- Hui Huang，Roland T. Rust, Artificial Intelligence In service, Journal of Service Research, 2018, vol.21(2), pp.155-172. 机械智能涉及自动执行常规、重复任务的能力，谷歌、必应等搜索引擎为例；分析智能是处理信息以解决问题并从中学习的能力，IBM 公司的国际象棋计算机 Deep Blue 为例；直觉智能是创

根据 WIPO 的研究报告，机器学习是在专利中公开的主要人工智能技术，在所有已确认发明中，有三分之一(134,777 份专利文件)以上包括机器学习技术。机器学习相关专利申请量以年均 28%的速度增长，2016 年的专利申请量为 20,195 件(2013 年为 9,567 件)。 在已确认的人工智能相关专利中，电信(15%)，运输(15%)，生命和医学科学(12%)，个人设备、计算机和人机交互(HCI)(11%)。其他较为突出的行业有银行、娱乐业、安保、工业和制造业、农业、网络（包括社交网络、智慧城市和物联网)。在人工智能相关专利申请排名前 20 的公司中，有 12 家来自日本，3 家来自美国，2 家来自中国。

尽管《与贸易有关的知识产权协议》确定的是最低知识产权保护标准，但惩治假冒和盗版则是贸易有关知识产权措施的重要体现。比如，人工智能背后的软件或计算机程序通常受版权法保护，但人工智能生成的发明和作品是否可以授予专利权或版权则会成为一个国家的创新激励政策的风向标。此外，如果在未经机器学习授权的情况下使用版权作品中存在的数据被视为侵犯版权，那么对人工智能的发展和改善人工智能创新的数据自由流动会有什么影响？深度假货的技术，或生成模拟的人及其属性，如声音和外观，存在相当大的争议。特别是当在未经深度假货中描述的人授权的情况下创建时，以及当表示创建不真实的动作或属性观点时，能否获得肖像权的赔偿？商业秘密保护可防止未经授权使用或披露受保护的信息，但这不利于人工智能的持续研发。

在商品贸易领域，+人工智能产品，以及人工智能供应链产品则可能成为国际贸易的重点交易商品，比如高性能计算设备、数据传感器、通信单元和足够的网络设备是贸易措施对象。搭载人工智能系统的商品也可能因为未履行人工智能系统安全评估等技术标准而被拒绝进口；也有可能因为商品分类号的变更而可能面临重新评估其价格等贸易障碍。

在服务贸易领域，服务是人工智能开发和使用的基础。除了电信和计算机服务等 ICT 服务在建立开发人工智能系统所需的通信网络方面发挥的作用之外，服务市场作为人工智能技术货币化的渠道提供了机会（例如，改善现有服务并为新服务提供基础)。大多数服务现在可以在数字网络上进行部分或全部交易，人工智能系统正日益成为服务输入或输出的组成部分。一项活动是否构成一项服务将逐案确定，例如机器学习已经用于在线广告的实时竞标，根据世贸组织服务部门分类列表，该广告可以归类为“广告服务”；没有明确的模拟数字服务更有可能归入“计算机和相关服务”类别；在线搜索引擎可能被归类为“数据处理服务”。不同的服务类别可能会引起市场准入的重新谈判。

造性思维和有效适应新情况的能力，谷歌的 Deep mind Alphago 为例；感同身受的智能是指识别和理解他人情绪、适当回应情绪盟友并影响他人情绪的能力，是体验事物的能力，外观和表现都像人类的能力。

WTO 是否最佳的平台，还是如同 DEPA 推动人工智能为单一协商目标的平台？鉴于人工智能作为技术系统所具有的特征，以及其与货物贸易、服务贸易的之间的互动基础，在 WTO 体制内形成单一合作框架应当是最佳路径。但人工智能作为继互联网经济、数字经济之后的未来产业核心技术，应单独启动工作组，才能迎合“人工智能”时代的使然要求。

国际经贸规则重塑背景下反补贴规则的解构与扩张
——中国因应策略

付伟豪*

（上海对外经贸大学 国际组织学院，上海 425006504 ）

内容提要 随着世界经济格局的变化以及多边贸易体制的危机出现，欧美等发达国家开始主导国际经贸规则的重塑，而补贴规则作为各国都重点关注的领域与促进一国经济发展的有力手段，不可避免的被欧美等国做重点调整与规制。具体而言，欧盟与美国或在其域内立法中，或在其主导的巨型自由贸易协定中，对 SCM 协定中的补贴规则进行解构与扩张，从而达到其维护本国利益的目的，而中国作为最大的发展中国家，往往也是欧美等国主要针对的对象。因此，在本轮国际经贸规则重塑中，中国应积极把握自己的话语权，参与并主导国际经贸规则的重构，面对补贴规则发展趋势带来的冲击，为世界贡献中国声音与中国方案。

关键词 补贴规则；国际经贸规则；SCM 协定；跨境补贴；非商业援助

* 付伟豪：男，1999 年生，上海对外经贸大学国际组织学院（贸易谈判学院）2023 级研究生，世界贸易组织法专业,，联系电话 18056973950，邮箱地址 fwh0082@foxmail.com。

一、引言

随着国际经济形势的变化，世界贸易组织（以下简称“WTO”）的停摆以及其反补贴规则的局限性日益凸显，国际经贸规则的“集团化”与“碎片化”现象[①]导致了各种 FTA 中对反补贴规则的解构与扩张的趋势。因此，在 WTO 争端解决机制停摆的今天，以欧美发达国家为代表的部分 WTO 成员方，抑或是为了维护其本国产业在全球供应链中的优势地位，而扼制他国发展；抑或是为了转嫁自身经济发展困局，而以反补贴的名义对别国进行单边制裁，纷纷在本国立法或签订的自由贸易协定中规定了反补贴规则或同性质的条款。[②]

补贴与反补贴是国际经贸活动中的重要环节，涉及到国家的经济发展战略、产业政策、市场竞争甚至国家安全等多个方面。反补贴规则是指调整国际经济活动中补贴与反补贴措施的法律规范，主要包括 WTO 的《补贴与反补贴措施协定》（以下简称“SCM 协定”）和各国国内法或巨型自由贸易协定（Mega FTA）[③]中的反补贴法律。就 SCM 协定而言，反补贴规则的目的是为了防止补贴对国际贸易和竞争造成不公平的扭曲和损害，同时也为国家提供了一定的政策空间和灵活性，以实现其合法的经济目标和社会目标。

然而，部分发达国家或在其域内立法中，或在其主导的巨型自由贸易协定中，对 SCM 协定中的补贴规则进行解构与扩张，从而达到其维护本国利益的目的，而中国作为最大的发展中国家，往往也是欧美等国主要针对的对象。因此，在本轮国际经贸规则重塑中，中国应积极把握自己的话语权，参与并主导国际经贸规则的重构，面对补贴规则发展趋势带来的冲击，为世界贡献中国声音与中国方案。

二、国际经贸规则重塑中的反补贴规则

（一）国际经贸规则的发展现状

当前国际经贸规则的演进呈现出极其复杂的态势。一方面，多边贸易体制面临一系列挑战，保护主义、逆全球化抬头。与此同时，自由贸易协定的的兴起为全球贸易自由化与区域经济一体化提供了新的路径。此外，数字经济和电子商务的迅速发展也迫使 WTO 与自由贸易协定需要更为精细地考量相关议题，如数字贸易、数据流动和网络安全等。另一方面，环境可持续发展议程的融入国际贸易规则成为重要趋势之一，这反映了对全球环境挑战的共同担忧以及对经济增长与生态平衡之间关系的重新审视。因此，近年来国际经贸规则的走向和变化在整体态势上表现出全方位、各层次的调整和趋高。总体而言，我们可以明显地观察到，国际经贸规则正经历一场深刻的重塑过程，这个过程展现出了一些显著的特征。首先，它的覆盖范围非常广泛，几乎涉及到了国际经贸活动的所有方面。其次，这种重塑是在一个宽领域的范围内进行的，不仅包括传统的货物贸易，还包括了服务业开放、数字贸易等新兴领域。此外，这些规则的标准也更高，它们旨在建立一个更加公平、透明的国际贸易环境。最后，这一过程的影响范围也非常广，它不仅局限于某个特定的地区或国家，而是具有全球性的影响。

---

① 参见刘斌：《全球经济治理体系变革与国际经贸规则重构》《国家治理》 2023 年第 21 期， 35 页。

② 如《跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）中规定的非商业援助条款。

③ 巨型自由贸易协定（Mega FTA）相对于传统的双边或区域性贸易协定来说，其规模更大、范围更广。这种协定通常覆盖着多个国家或地区，可能影响到庞大的经济体，并对全球贸易格局产生重大影响。例如 CPTPP 和 RCEP 就是两个典型的巨型自由贸易协定。

这场国际经贸规则的重塑，不仅涉及到了服务业的开放，还包括了数字贸易、知识产权保护、竞争政策、国有企业和环保劳工等多个领域。这些领域的改革，无疑为整个世界带来了深刻的变革。例如，服务业的开放将促进全球服务业的发展，数字贸易将推动全球贸易的数字化转型，知识产权保护将鼓励更多的创新和研发，竞争政策的完善将促进市场的公平竞争，国有企业的改革将提高其效率和竞争力，环保劳工政策的完善将提高环境保护和劳工权益的保护水平。

总的来说，这场国际经贸规则的重塑，对于全球经济的发展和全球贸易的繁荣，都具有重要的意义。它将为全球经济带来新的机遇，也将面临新的挑战。但是，无论如何，这都是一个不可逆转的趋势，全球各国都需要积极应对，以适应新的国际经贸环境。④

虽然现行 WTO 框架下的 SCM 协定仍然是维护与保障各成员间公平贸易的有效规则，但随着国际经贸格局的变化与国际经贸规则的重塑，现行的补贴规则亦急需改革。自 2017 年以来，美国、欧盟、日本等 WTO 主要成员陆续发布了 7 次联合声明，强调应制定更适应解决产能过剩和市场扭曲的产业补贴规则。然而，由于 WTO 多边谈判进展缓慢，发达国家正在寻求通过双边和区域途径重塑补贴规则。在发达国家主导的新一代自由贸易协定中，如 CPTPP、USMCA 以及欧盟-日本经济伙伴关系协定（EPA），补贴规则作为重要内容得到了发展和深化。此外，美国和欧盟分别从汇率和外国补贴角度单方面提出了更具侵略性的反补贴政策。因此，国际补贴规则的改革已经展开，并且在多个层面都呈现出了新的发展趋势，尤其是在 WTO 多边谈判进展缓慢的情况下，发达国家正在积极探索双边和区域路径以重新塑造国际补贴规则。

（二）WTO 框架下的补贴规则困境

近年来，WTO 乃至整个多边贸易体制都面临着严峻的挑战，现在其主要面临着上诉机构停摆；数字经济、跨境电商等新规则的谈判进展缓慢等诸多困境和改革压力。各国虽然在推动 WTO 改革与多边体制发展上达成了一致，但是由于各国在改革议题上的分歧以及成员方的利益冲突不断增大，导致 WTO 的改革进展缓慢。

不可否认的是，WTO 框架下的 SCM 协定为货物贸易补贴规则奠定了坚实的基础。但由于国际经贸格局的变化与 WTO 的危机，WTO 框架下的反补贴规则弊端也日益凸显。

美欧等 WTO 发达国家成员认为现有的多边补贴纪律仍然存在不足，不能有效规制成员的补贴措施，并提出扩大禁止性补贴的适用范围、增加对反向通报的惩罚性后果、举证责任倒置以及认定公共机构规则等多项改革建议。首先，SCM 协定被西方国家主要诟病的问题在于对于国有企业补贴的规定，在目前 WTO 的定义中，某些形式的国家干预（包括对国有企业的补贴和由国有企业提供的补贴）并不会默认的被视为“补贴”。这种“补贴”可能包括向生产出口商品的国有企业提供资金或设备、技术支持等。以美国为首的发达国家对于在补贴规则中引入国企条款十分的迫切，这在一些自由贸易协定中已经有所体现，其中包括 CPTPP 和《美国-墨西哥-加拿大贸易协定》（以下简称“USMCA”）等。⑤其次，SCM 协定在补贴认定上也存在诸如补贴主体判断标准不清、对补贴利益的认定存在歧义、专项性认定缺乏统一标准等问题。

然而，发达国家所提出的改革建议并非没有争议。相当一部分的发展中国家认为，欧美

④ 参见赵硕刚：《国际经贸规则变化趋势对我国的影响及对策》，《海外投资与出口信贷》2019 年第 3 期，第 30-35 页。

⑤ Elizabeth Van Heuvelen，Subsidy Wars ，FINANCE & DEVELOPMENT，June 2023，P.35.

等发达国家的在补贴规则领域的提议过于偏向其自身利益，忽视了发展中国家在国际贸易中的特殊情况和需求。特别是在涉及到国有企业的补贴问题上，一些发展中国家，如中国，主张应该考虑到国家发展战略和产业政策的合理性，而不仅仅是将其视为不公平竞争行为的一种形式，因为过度严格的补贴规则可能会限制发展中国家发展经济和实现工业化的能力。[⑥]

并且对于 SCM 协定在补贴认定上存在的问题，尤其是在补贴主体判断标准不清、对补贴利益的认定存在歧义、专项性认定缺乏统一标准等方面的问题，各国之间也存在着分歧。不过大多国家包括我国都主张，需要更清晰、更具体的指导方针来应对不断变化的国际贸易环境和新兴的经济形式，以确保 SCM 协定能够及时有效地应对各种补贴形式的出现。[⑦]

（三）巨型自由贸易协定主导的反补贴规则格局形成

随着多哈回合谈判陷入僵局，补贴规则逐渐无法应对新时代发展的需求，发达国家开始转向主导推动补贴规则的更新，而非依赖多边贸易体系。近年来，在美欧等发达国家的指导下，达成了多个巨型自由贸易协定，如 CPTPP、USMCA、“欧日经济伙伴关系协定”（EJEPA）及全面区域经济伙伴关系协定（RCEP）等，正在引领新一轮国际经贸规则重构，形成货物—服务—投资“三位一体”的国际经贸新规则体系。[⑧]与 WTO 的困境截然不同，巨型自贸协定的蓬勃发展使得国际经贸规则的格局发生了重大变化。同时如前文所述，发达国家认为 SCM 协定存在问题过多，于是借此提出重塑反补贴规则，从欧美主导的大型自贸协定就可以看出,无论是 CPTPP、USMCA 还是欧日 EPA，都在反补贴规则的方面做出了一些修改与调整，试图进一步推动国际补贴规则的重塑。其中，补贴认定标准的修改、规制范围的扩大与补贴透明度义务的严格化成为国际经贸规则重塑的背景下补贴规则调整的重点议题。另外，在国内层面，美国和欧盟等发达国家相继对反补贴规则进行了不同程度的改革，以满足维护各自经贸利益的需求。

欧美为首的发达国家目前在国际层面以其自身所主导的大型自贸协定来构建新型反补贴规则，声称是为了弥补 WTO 项下补贴规则的真空地带。而在域内层面则试图通过以制定反补贴性质的国内法新规则来增强自身法律的域外效力，这是强权政治在国家对外关系中的投射和反映，对国际关系和现有多边治理机制的稳定产生了负面影响，是对国际治理的重大挑战。[⑨]

因此，在现如今多哈回合谈判没有明显进展、WTO 争端解决机制停摆、补贴规则局限性凸显的局面下，可以说欧美为首的发达国家主导了国际反补贴规则的发展走向。也可以说在国际经贸规则重构的背景下反补贴规则格局已经由欧美为首的发达国家通过大型自贸协定与国内反补贴规则所掌控。

---

⑥ 参见林毅夫：《产业政策与国家发展：新结构经济学的视角》，载观察者网 2016 年 11 月 13 日，https://www.guancha.cn/LinYiFu/2016_11_12_380318_5.shtml。

⑦ 《国务院关于“十四五”对外贸易高质量发展规划的批复》载中国政府网，http://www.mofcom.gov.cn/article/zcfb/zcwg/202202/20220203280764.shtml。

⑧ 参见全毅.：《国际经贸规则重构与 WTO 改革前景》《 经济学家》2023 年第一期，第 112 页。

⑨ 参见廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 178 页。

三、域内法与巨型自由贸易协定对反补贴规则的解构现象

（一）解构反补贴规则的现象与原因分析

1. 解构反补贴规则的现象出现

所谓的对反补贴规则的解构是指美国或欧盟等国通过立法或制定规则的方式将 SCM 协定中所规定的补贴定义与构成要件按其本国利益需求与意志进行重新定义或拆解，该种现象与做法主要体现在其本国立法中或其主导的巨型自贸协定中。SCM 协定中对补贴的定义是：（1）政府或公共机构的财政资助；（2）授予了利益；（3）具有专向性，即针对特定企业、产业或地区的补贴。[⑩]现如今，欧美等国为了自身利益的最大化或打压发展中国家发展会将上述补贴的构成条件简化或细化，甚至删除某项构成要件，以此达成降低认定补贴标准的目的。例如，尽管通过世贸组织的争端解决判例可知，“授予利益”是一项独立于“财政资助”的构成要件，是认定补贴的必要条件。[⑪]但是 CPTPP 与 USMCA 两个经贸协定在其补贴的构成要件中，仍然删除了 SCM 协定中有关补贴必须“授予一项利益”这一构成要件。只是在非商业援助条款中有关“商业援助”的定义中提及了“利益”，除此之外再无其他规定。这种解构反补贴规则的现象在欧美等国新近的国内立法或者签订的经贸协定中非常普遍，在对补贴规则解构最直观的效果就是极大的扩张了补贴规则适用范围以及降低了认定补贴的标准。

2.反补贴规则被解构的原因分析

补贴政策与反补贴措施的相关问题既是法律的，也是经济和政治的。[⑫]究其原因，首先是因为面临着国际经贸规则格局重塑不可避免的局势，各国所提出的补贴规则改革提案并没有在 WTO 乃至整个多边贸易体制层面取得明显进展。第二，贸易保护主义盛行，单边主义抬头。各国间的贸易摩擦不断升级，典型的贸易摩擦如中美贸易战近年来也是愈演愈烈。贸易保护主义作为一种周期性泛起的经济思潮和政策实践，自 2008 年国际金融危机后，由于世界经济并未真正走出阴霾、实现复苏，仍处于增长乏力的后危机时代，并在这种境遇下愈演愈烈。[⑬]而反补贴措施正是在贸易保护主义影响下，日趋与正当维护一国产业安全发展的目标渐行渐远，成为了部分国家实行贸易保护的工具。第三，发展中国家的崛起使得发达国家固有利益受损，发达国家需要更有针对性的反补贴措施打压发展中国家。最为代表性的就是中国作为当今世界最大的发展中国家，多次被欧美国家发起反补贴调查与征收反补贴税。如 2017 年，美国对中国铝箔产品发起反补贴调查，最终认定中国企业存在补贴行为，并对中国铝箔产品征收最高达 81.1%的反补贴关税。[⑭]以及 2023 年末欧盟以《关于扭曲欧盟内部市场的外国补贴条例》（以下简称《欧盟反补贴条例》）为依据宣布对中国的新能源电动汽车发起反补贴调查等针对中国的反补贴调查，不胜枚举。这些例子足以说明了欧美发达国家企图利用本国立法或主导的经贸协定中的补贴规则来制裁发展中国家，以维护自身利益。

---

⑩ 商务部贸易救济调查局：《贸易救济相关术语名词解释》，载中国救济信息网，2019 年 12 月 5 日 https://cacs.mofcom.gov.cn/cacscms/article/mcjs?articleId=161484&type=

⑪ Brazil-Export Financing Program for Aircraft, WT/DS46/R; Canada-Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, WT/DS70/R; para.7.68-7.70.

⑫ 参见单一：《规则与博弈：补贴与反补贴法律制度与实务》，北京大学出版社 2021 年版，第 593 页。

⑬ 参见刘顺：《习近平关于反对贸易保护主义重要论述的创新性贡献》，《文化软实力》, 2023 年第八卷第三期，第 26 页。

⑭ 《实况报道：商务部发现从中国进口的某些铝箔存在倾销和补贴》，载中国贸易救济信息网 https://enforcement.trade.gov/download/factsheets/factsheet-prc-aluminum-foil-ad-cvd-final-022718.pdf 。

当今，欧盟与美国是最擅长也最乐于解构与利用补贴规则的主体，笔者将结合其国内立法与其主导的巨型自贸协定详述其对补贴规则解构的具体表现。

（二）欧盟域内法及欧式巨型自由贸易协定对反补贴规则的解构

1. 欧盟域内法层面：以“跨境补贴”为例

首先，在欧盟的域内法方面，在 2020 年 6 月 17 日，欧盟委员会通过了《关于在外国补贴方面创造公平竞争环境的白皮书》（以下简称《白皮书》），旨在对外国补贴进行详细探讨。《白皮书》指出尽管欧盟成员国提供的补贴受到欧盟国家援助规则的监管，但对非欧盟国家提供的补贴则缺乏类似的监管制度。这导致在欧盟从事经济活动但未获得补贴的企业处于不利地位。为此，提出了外国补贴监管框架，涵盖了补贴的定义、形式、审查框架和救济措施等方面⑮。

随后在 2023 年 1 月 12 日，《关于扭曲欧盟内部市场的外国补贴条例》正式生效，从定义可以得出，欧盟对外国补贴的定义包括“提供主体”“财政资助”“授予一项利益”和“专向性”等四项要件。⑯虽然表面上看《欧盟反补贴条例》中补贴的构成要件与 SCM 协定中的补贴构成要件基本一致，但实际上《欧盟反补贴条例》试图规制外国政府或公共机构提供的补贴，即“跨境补贴⑰”，而 SCM 协定当中的文本中并没有跨境补贴这一概念。⑱此外，在对于因果关系认定中，《欧盟反补贴条例》摒弃了 SCM 协定所要求的对国内产业造成损害的标准，提出了扭曲市场这一概念，并且扭曲市场这一概念的判断在实践中具有不可控性。⑲可以明显看出，《欧盟反补贴条例》在表面上与 SCM 协定的补贴构成要件保持一致，但实质上仍然通过解构其构成要件并对个别构成要并件做扩大解释来降低补贴的认定标准。

《欧盟反补贴条例》中在第 2.1 条对外国补贴做出了规定：为了本条例之目的，如果第三国直接或间接给予财务补助，赋予在内部市场上从事经济活动的企业优惠，并且这项财务补助在法律上或实际上仅限于单一企业或行业或者几个企业或行业，则应视为存在外国补贴。⑳条例中对补贴的提供主体做出了“第三国”的表述，这实际上是对“政府或公共机构”这一 SCM 协定中的构成要件做了扩大解释，欧盟方面认为中央政府、其它各级公共机构、外国公共机构、任何私营机构，都应被纳入“第三国”的范围，这无疑是通过解构补贴构成要件并按自己意志加以重构的做法。

---

⑮ 参见林平, 魏昕：《欧盟外国补贴监管政策的动因、特征及影响》，《财经问题研究》，2023 年第 7 期，第 59 页。

⑯ See European Parliament．Regulation（EU）2022/2560 of the European Parliament and of the Council of 14 December2022 on foreign subsidies distorting the internal market［EB/OL］．（2022-12-23）［2023-03-13］. https://eur‐ lex.europa.eu/legal‐ content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2560&qid=1686851663964.

⑰ 指特定国家或经济体向自身领土外的受益者提供的补贴。

⑱ 参见徐昕，《国有企业海外投资跨境补贴的规制》，《法学研究》，2022 年第 44 卷 第 5 期，第 216 页。

⑲ 参见徐昕，《国有企业海外投资跨境补贴的规制》，《法学研究》，2022 年第 44 卷 第 5 期，第 216 页。

⑳ Article 2 (1) For the purpose of this Regulation, a foreign subsidy shall be deemed to exist where a third country provides a financial contribution which confers a benefit to an undertaking engaging in an economic activity in the internal market and which is limited, in law or in fact, to an individual undertaking or industry or to several undertakings or industries.

如前所述，《欧盟反补贴条例》通过对 SCM 协定补贴规则的解构，正式在立法上创设了“跨境补贴”这一概念，这为其之前已经实施过以及未来将要实施的反补贴措施提供法律依据，这毫无疑问是一种单边主义行为。

2. 欧式巨型自由贸易协定层面：以 CAI 为例

目前，在欧盟所签订的自贸协定中，补贴规则具有不同的表现形式，具体包括有反补贴措施、竞争政策和国有企业等。不同的自贸协定中有关补贴的条款的规定也是详略不同，其中超过 70%的协定中规定了竞争政策。[21]在《欧盟—加拿大经贸协定》（以下简称 CETA）中，对于产业补贴和国有企业的规定相对简略，而在《欧盟—日本协定》（以下简称 EPA）以及《欧盟—越南协定》（以下简称 EVA）中，则涵盖了关于扭曲市场的产业补贴的限制性规则。

实际上，在欧盟与不同国家所签订的自贸协定中，可以得出欧盟会以国别、经济利益、地缘政治等作为考量因素来制定不同的补贴规则。例如，在《中欧全面投资协定》(以下简称 CAI)中，与 EPA、EVA、USMCA、CPTPP 等欧式或巨型自贸协定中的国有企业条款相比，CAI“涵盖实体”[22]（covered entities）内容更广泛，不仅包括一般意义上的国有企业、指定垄断、专营或专卖企业，而且明确将受到国家通过各种形式所有权利益施加控制的企业纳入范围。此外，CAI 还将在法律上受国家指导或相当程度控制的企业纳入其中。特别是对于后一类企业的纳入，几乎是全面的。当然，CAI 并不是绝对限制国家对企业的控制，而是要求企业行为必须符合市场力量的逻辑，这意味着需要对政府对企业的干预加以约束。[23]这种做法在本质上也是一种对补贴规则的解构，欧盟通过在其与不同国家的经贸协定中设置不同的形式或概念来规制不同国家的补贴行为，肆意的在不同的协定中修改与重述补贴的定义或构成要件，如此区别对待的补贴认定标准显然背离了 SCM 协定中的补贴认定标准。

此外，CAI 的另外一个特点是没有规定直接适用于相关“涵盖实体”的补贴规则，其在透明度条款中直接援引了 SCM 协定中对补贴的定义，并且将义务范围扩大到了服务贸易领域。并且 CAI 对于补贴透明度的规定是非常灵活且义务性要求不严格，这实质上对于欧盟在未来采取单边措施或出台更为严格的补贴规则来说是有利的。[24]CAI 中，通过透明度条款来吸收 SCM 协定中补贴定义的做法也是一种对补贴规则的拆解。在 WTO 规则的框架下，透明度原则是一项基本的原则，该原则主要是对整个 WTO 有关贸易的具体规则起指导作用，GATT 第 10 条本身并没有涉及任何具体的贸易规则。因此 CAI 中欧盟在透明度条款直接纳入补贴定义的做法显然与 WTO 将透明度作为指导思想的做法是不符的，加之其将透明度条

㉑ 参见殷敏：《美式与欧式跨区域贸易协定竞争政策比较研究及中国对策》，《竞争政策研究》，2017 年第 5 期，第 103 页。

㉒ 与其他的欧盟投资协定以及美国投资协定不同，CAI 在表述上没有采用"国有企业"这一术语，也没有使用"国有企业、特权经营企业和指定垄断"等混合表述。相反，它使用了 CETA 第 18.1 条中的"涵盖实体"这一模糊且无实质意义的术语。

㉓ 参见叶斌：《〈中欧全面投资协定〉与监管权：战略机遇及外部风险》，《国际法究》，第 2021 年第 6 期第 18 页。

㉔ 参见石静霞、陈晓霞：《〈中欧全面投资协定〉：我国商签经贸条约的新范式》，《国际法研究》，2021 年第 5 期，第 86 页。

款的约束范围扩大至服务贸易领域，有理由认为欧盟解构补贴规则的目的是为了未来实施更严格的补贴规则。

综上，并且通过对比欧盟主导或签订的各种自贸协定，欧盟在缔约对象不同的基础上，在补贴规则上不同程度的降低了条款清晰性，这种做法不仅是对补贴规则的机构，实际上还是为其自身后续做出更严格的补贴规则做铺垫。

（三）美国国内法与美式自贸协定对反补贴规则的解构

1. 美国国内法层面：以“汇率补贴”为例

2020 年 2 月 3 日，美国商务部国际贸易局执行与合规部门在《联邦公报》上发布了关于在反补贴调查程序中确定“利益”和“专向性”的最新规则，即《关于反补贴程序中获利与专向性修订规则》。（以下简称《汇率补贴新规》）该规则于 2020 年 4 月 6 日正式生效。在此规则生效后不久，美国商务部对中国扎带产品展开了反补贴调查。并在随后的初裁中根据美国财政部的报告认定人民币汇率存在低估。[25]2021 年 5 月 21 日美国对越南作出了认定越南盾构成汇率补贴的最终裁决，这也是美国出台《汇率补贴新规》后所作出的首个实质性裁决。[26]《汇率补贴新规》可以说是美国国内立法中最具有代表性的对补贴规则解构的立法。具体而言，美国的《汇率补贴新规》对汇率低估构成补贴的认定逻辑如下：

首先，认定换汇行为构成 SCM 协定中“财政资助”[27]项下的“资金的直接转移”，在《汇率补贴新规》的制定阶段以及调查案中，美国将政府或公共机构的汇率操作行为视为“财政资助”中的“政府直接转移资金”，这明显超出了 SCM 协定的文本含义，是对“财政资助”这一构成要件的扩大解释。

其次，在认定汇率低估构成“利益授予”方面，美国方面称，要确定涉案国家货币汇率是否被低估，需要研究其实际有效汇率[28]（Real Effective Exchange Rate，以下简称 REER）与在中期实现外部平衡并反映适当政策的实际有效汇率（即均衡 REER）之间是否存在差距。美国在随后的汇率低估评估工作中径直使用了全球汇率评估框架（GERAF）这一新的计算模型，然而，美国随后直接得出了结论，认为中国政府的行为导致 2019 年人民币兑美元汇率低估约 5%。他们并没有提供任何量化计算过程，也没有详细分析中国政府各项措施的具

㉕参见沈伟，胡耀辉：《贸易摩擦的货币逻辑:美国汇率反补贴新规的变化、缘起和影响》，《国际贸易》，2022 年第 3 期， 第 76 页。

㉖ Final Determinations in the Antidumping and Countervailing Duty Investigations of Passenger Vehicle andLight Truck Tires from South Korea, Chinese Taiwan , Thailand, and Vietnam,https://www.trade.gov/faq/final-determinations-antidumping-and-countervailing-duty-investigations-passenger-ve hicl-and, visited on September 17,

㉗ SCM 协定第 1.1 条，"财政资助"明确包括以下四种类型：(1) 直接或潜在的资金或债务转移；(2) 税收的豁免或减免；(3) 提供货物或服务或购买货物；(4) 通过金融机构或私人实体实施的上述行为。

㉘ 实际有效汇率（REER）是剔除通货膨胀对各国货币购买力的影响，一国货币与所有贸易伙伴国货币双边名义汇率的加权平均数。贸易关系最大的国家通常在该比较指数中的权重最大。

体影响。[29]这种做法恰恰印证了美国认定汇率补贴的逻辑，其主观上已经确定要利用汇率低估为由实施反补贴措施，然后再通过立法来为自己的行为设立法律依据，即先定结论，再找理由。本质上还是对 SCM 协定中的补贴构成要件进行解构，并依照其主观意愿去重构或修改单个的构成要件，以达成认定补贴的目的。

第三，专项性认定方面，美国在《汇率补贴新规》中对 SCM 协定中所规定的“特定企业”含义进行了举例式的具体规定，在国际上买卖货物的企业都将被视为“特定企业”，这样一来，“特定企业”一词就有了很强的伸缩性。在这种情况下，涉及国际货物买卖的“特定企业”确实可能包括货物贸易领域内的各种行业。由于 SCM 协定未对此做出明确定义，这导致从事与国际货物贸易相关的一类企业成为了美国在《反补贴修订规则》中专门塑造的“专向性陷阱”的受害者。随后在反补贴调查过程中，美国商务部通过证明，将从事国际货物买卖的“特定企业”视为一国外汇的主要来源，从而确认了事实上的专向性存在。这显然是针对以货物贸易为主、出口导向型国家而对补贴规则进行的解构与重构。

具体分析汇率补贴的构成要件，不难发现，其本质上仍然是对 SCM 协定中补贴构成要件进行拆解与修改。并且，可以看出美国的提出汇率补贴是因为首先其需要有汇率相关的反补贴措施的存在来维护自身的利益，随后才对 SCM 协定中的补贴定义进行拆解与篡改，其目的是为自己实施汇率反补贴措施设立法律上的依据。

2.美式自由贸易协定层面：以 CPTPP 与 USMCA 为例

目前在美式巨型自由贸易协定或美国主导的经贸协定当中正在构建以“非商业援助制度”为名的新反补贴规则，最具代表性的是 CPTPP 与 USMCA 通过在国有企业的章节中增加非商业援助条款，以此来规避世贸组织关于补贴的规则。[30]根据 CPTPP 的条文可知，所谓非商业援助条款是指因政府拥有或控制国有企业而给予的援助。USMCA 中的非商业援助规则对于该条款进行了全方位的吸收。而与 SCM 协定相比，CPTPP 的非商业援助规则主要具有以下三个特点：

第一，补贴提供主体的认定范围进一步加大。不仅包括接受补贴的主体，还包括提供补贴的主体。SCM 协定特别强调了提供补贴的主体通常为政府机构，而非商业援助规则通过模糊国有企业的商业属性和公共属性，将补贴的提供主体从政府扩展至市场主体，包括国有企业在内。[31]这又是非常典型的拆解补贴构成定义的操作，单独的对“提供主体”做扩大解释。

第二，删去了“授予利益”该项构成要件。在 SCM 协定中，补贴的认定需要同时满足“存在由政府提供的资助”和“授予一项利益”等多个构成要件。而在非商业援助中，则省略了“授予一项利益”的规定，这相当于放宽了非商业援助（即补贴）的认定标准。[32]在前文中已经

㉙ 参见沈伟, 靳思远：《美元等级体系下的汇率低估反补贴制度、实践及应对》，《云南社会科学》，第 2022 年第 6 期，第 89 页。

㉚ 参见 应品广：《美式国有企业规则的推行路径与逻辑谬误——基于与澳式规则的比较分析》，《国际商务研究》，2021 年第 5 期，第 61 页。

㉛ 参见秦祥瑞：《CPTPP 非商业援助规则对国企的影响与应对措施》，《商业观察》，2023 年第 9 卷 32 期 第 100 页。

㉜ 参见毛真真：《国有企业补贴国际规则对比研究——从传统补贴规则到非商业支持规则》，《河北

介绍过 CPTPP 与 USMCA 等协定直接将 SCM 协定中明文规定的补贴构成要件进行了删减，这是对补贴构成要件非常直观的解构。

第三，扩大了适用领域，涵盖了服务贸易和投资领域，而 SCM 协定则仅适用于贸易领域。[33]这与前文所述的 CAI 中扩大规则涵盖领域的做法一致，体现了补贴规则的扩张趋势。

通过上述对非商业援助条款的分析，并结合 CPTPP 与 USMCA 等美式经贸协定在实践的运用当中，可以发现美国主导的补贴规则在经贸协定中显现出逻辑性不足，这些条款在缺乏科学论证的情况下修改了 WTO 的补贴规则，非商业援助宽松的适用范围和认定标准导致规则缺乏客观性。[34]这些问题实则都是由于美式巨型自由贸易协定对 WTO 补贴规则按其利益与意志进行解构并重塑为非商业援助条款而产生的后果。

四、巨型自由贸易协定中对反补贴规则的扩张趋势

伴随着对反补贴规则解构的现象出现，欧美各国所主导的 FTA 中反补贴规则的约束范围、涉及领域、规制要求也呈现了进一步的扩张的趋势。实际上，欧美各国所主导的 FTA 中反补贴规则特点就是具有强烈的单边主义色彩，本质上是借助反补贴规则进行单边制裁的做法。

换言之，欧美各国对反补贴规则进行解构的目的是为了赋予自身进行单边制裁的法理依据，而对反补贴规则的扩张则能够让欧美各国更好的维护自身在全球供应链中的优势地位，以及将本国的经济负面因素转嫁到他国。因此，就导致了反补贴规则被解构的同时，反补贴规则的约束范围、涉及领域、规制要求也呈现进一步扩张的趋势。

（一）巨型自由贸易协定中反补贴规则约束范围的扩大

在传统的 WTO 补贴规则项下，补贴可分为三种类型，即禁止性补贴、可诉补贴、不可诉补贴。其中不可诉补贴由于根据 SCM 协定的第 31 条规定，有效期为 WTO 生效后的五年。然而，在 2000 年，WTO 成员未能就不可诉补贴条款达成共识，因此不可诉条款最终到期，转变为可诉性补贴。[35]在新近的巨型自贸协定当中，欧美等国家主要通过增加禁止性补贴的规制对象来达成扩大补贴规则约束范围的目的。

SCM 协定中的禁止补贴分为出口补贴与进口替代补贴两类，美欧等发达国家试图扩大禁止性补贴的规制范围，美国甚至主张对所有扭曲市场的补贴实行全面禁止，扩大禁止有害产业补贴的范围，彻底禁止那些大规模扭曲市场的补贴，以促进解决钢铁和太阳能等航运的

法学》，2017 年第 35 卷第 5 期，第 159 页。

㉝ 参见陈瑶,应力：《CPTPP 国有企业章节的评价与中国应对》，《宁波大学学报(人文科学版)》，2021 年第 34 卷第 2 期，第 127 页。

㉞ 参见 刘雪红：《国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考》，《法商研究》，2019 年第 2 期，第 176 页。

㉟ 参见杨钊龙：《“双碳”目标背景下生物质发电电价补贴的环保和国际贸易双重属性》，《决策与信息》2022 年第 9 期，第 55 页。

产能过剩问题。[36]例如，在 USMCA 等中新增了多项针对国有企业的非商业援助条款。具体而言，主要新增了三项严格禁止的非商业援助内容，包括：禁止缔约国政府或国有企业向其他无资信保障的国有企业提供贷款或贷款担保；禁止为无可靠重组计划的破产国有企业提供非商业援助；禁止将国有企业的未偿债务转化为权益[37]。这明显是美国为了更方便针对国有企业实施反补贴措施而增设的禁止性补贴条款，这本质上是对反补贴规则约束范围的扩大。

以及，在一些欧式自贸协定中也将针对面临破产或重组企业的补贴列为禁止性补贴。如欧日 EPA 中引入了两种不同类型的禁止性补贴：一种是由政府或公共机构担保企业债务，但不限制担保金额和期限；另一种是在缺乏重组计划的情况下对企业进行重组的补贴。[38]这都体现出了欧美等国在其所主导或未来想要签订的经贸协定中扩大禁止性补贴适用范围的意图。

总的来说，虽然欧美等国主导的巨型自贸协定对三种补贴类型都有所调整或规制，但其扩大补贴规则约束范围的手段主要是通过更多的设立禁止性补贴的方式。究其原因，一方面是因为禁止性补贴存在的证明成本较低，只需证明存在补贴的存在即可。并且禁止性补贴所规制的补贴行为往往是大多数国家，尤其是发展中国家最迫切需要、最常用的补贴。一般来说，该种类型的补贴最有利于发展中国家的经济发展。另一方面，是因为可诉补贴的证明成本高，争端解决周期长，不仅需要证明补贴的存在，还需要证明补贴导致了“不利影响”或“损害后果”。[39]而不可诉补贴已经条款又已经失效多年，并且各国对于不可诉补贴的认识与利益衡量有较大的分歧，从不可诉条款失效至今并没有在该方面取得较大成果。

（二）巨型自由贸易协定中反补贴规则涉及领域的扩张

如前文所述，各个巨型自贸协定不仅扩大了禁止性补贴的规制范围，也对补贴规则所涵盖的领域做了进一步扩张。不过不得不承认的是，伴随着国际经济格局的变化以及数字贸易、国际投资、服务贸易等领域的快速发展，WTO 项下补贴规则的规制领域的确显得捉襟见肘。比如在服务贸易领域，《服务贸易总协定》（以下简称 GTAS）中并没有规则对服务贸易领域的补贴进行规制，所以各大自贸协定纷纷开始寻求扩张补贴规则能够规制的领域。

首先，前文中有提到的 CPTPP 通过非商业援助条款来扩大补贴的规制范围，CPTPP 非商业援助条款中还规定了：成员方不得允许其国有企业通过向其他成员方的国有企业提供商品生产、销售或服务，或向其他成员方的投资企业提供非商业援助，从而对其他成员方的利益造成不利影响。同时，也不得通过对其他成员方境内国有企业的投资进行商品生产、销售或服务提供非商业援助，以免损害其他成员方的国内产业。[40]简言之，缔约国及其国有企业

㊱ 参见余振、王雪纯：《WTO 改革：中美主要分歧与合作潜能》，《开放导报》，2022 年第 5 期，第 36 页。

㊲ See USMCA Art.22.6.

㊳ See Japan-EU Economic Partnership Agreement (EPA) ARTICLE 12.7

㊴ 参见单一：《规则与博弈：补贴与反补贴法律制度与实务》，北京大学出版社 2021 年版，第 248 页。

㊵ See CPTPP Article 17.6: Non-commercial Assistance

不得通过提供非商业援助而损害其他成员方的利益，该项规定将非商业援助条款所涵盖的领域扩大到了服务贸易、投资甚至任何对成员国造成利益损害的领域。无独有偶，USMCA 中的国有企业章节也有类似的条款。

其次，欧盟方面，新近的欧式自贸协定都有直接在补贴章节中规制服务贸易领域补贴的做法。例如，在欧盟与加拿大综合性经济贸易协定（以下简称 CETA）中，将透明度要求扩展至服务贸易领域。[41]以及在 EPA 中，直接指出补贴定义中的“经济活动”包括“在市场上提供服务的活动”[42]前文中所提及的 CAI 透明度条款在纳入补贴定义的同时也将补贴的涉及领域有所扩张，这都体现了巨型经贸协定实质上已将补贴规则涵盖范围扩张到了服务贸易领域。

当然，反补贴规则领域的扩张的主要原因并不是因为发达国家企图维护自身利益或打压发展中国家，而是因为 SCM 协定与 GTAS 等相关规则的局限性日益凸显，需要重构后国际经贸规则来规制那些逐渐发展、扩大的领域或问题，所以我们要正视反补贴规则涵盖领域扩张这一现象。

（三）巨型自由贸易协定中反补贴规则的透明度义务增强

透明度原则在 WTO 法律制度中扮演着重要角色，在贸易政策领域，《WTO 词汇表》将透明度界定为“贸易政策和做法以及其制定过程的公开和可预测性”。[43]但随着实践的不断发展，成员方、非政府组织和社会大众日益需要有效参与，并且迫切需要及时、全面地获取信息，这导致国际社会对 WTO 透明度提出了更为严格的要求，可 WTO 框架下的透明度原则在国际局势变化巨大的背景下暴露出了许多不足。聚焦到国际经贸规则领域，近年来多个巨型自由贸易协定，如《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）、CPRPP 都加强了透明度要求，要求缔约方境内的贸易和投资等措施必须符合相应的透明度标准。可见，提高并确保所有成员国的知情权已成为主流趋势。[44]这反映了在国际经贸规则领域对透明度原则的日益重视，彰显了透明度原则在国际经贸规则领域的基础性地位得到加强。

比如，在 CAI 中，透明度原则是初步解决服务贸易补贴分歧的手段，主要在其第 8 条当中对补贴透明度问题进行了比较全面的规定。然而，该协定并未设定具体的规则或标准，而是留待缔约双方在未来的具体实践中以一种“非强制性”的方式进行灵活协调。此外，该协定也不会影响双方未来在 WTO 框架下就此类问题进行进一步磋商。正是由于采用了这种“非强制性”或“软性”的处理方式，使得谈判双方能够相对轻松地将补贴这样的复杂问题达成一定程度的妥协，这种创新是中欧投资协定的一大亮点之一。[45]CAI 当中对于补贴透明度规则

㊶ See CETA Article 7.2 Transparency

㊷ See Japan-EU Economic Partnership Agreement (EPA) ARTICLE 12.2（a）

㊸ See Collins-Williams and Wolfe, Transparency as a trade policy tool: the WTO's cloudy windows“，World Trade Review，vol 9, p551.

㊹ 参见周一帆：《美欧日 WTO 补贴规则改革方案评析及中国应对》，《太平洋学报》，2022 年第 7 期，第 83 页。

㊺ 参见林进《 国际经贸规则重构中的透明度原则——以中欧投资协定为视角》，《中国外资》，2022 年第 5 卷，第 83 页。

做出的实际性规定，也体现了中欧双方在多边贸易领域共同推进补贴规则进步的意愿。

此外，CPTPP 与 USMCA 的透明度要求的标准都较高，其要求主动披露与被请求披露相结合，披露内容包括股权、人事、经营、财务、非商业援助和股权注资等。[46]同时，CPTPP 引入了通报实施机制，要求成员国在协定生效后的两年内向规制合作委员会提交通知，并每四年至少提交一次。规制合作委员会审议通报内容，供其他成员国提问和商讨，其陈述和商讨也有助于促进成员国遵守规则。这对透明度原则的落实来说，是一种高质量的通报机制。

总体而言，补贴的透明度义务增强能够降低各国间的贸易壁垒，有利于国际贸易的发展与经济的增长。面对贸易保护主义盛行，经济增长乏力的局面，补贴透明度义务的革新是整个世界所需要的。

五、国际经贸规则重塑背景下反补贴规则发展趋势对中国的影响和因应策略

（一）国际反补贴规则革新对中国的影响

补贴是政府行之有效的政策工具，宛如一只“有形的手”，用以调节市场失灵和促进均衡发展，目前，这一做法已经广泛应用于全球范围内。总的来说，随着经济社会的不断发展以及国际经贸规则的重构，各国对补贴的理解也在不断加深，对利用补贴实现社会经济发展目标的需求日益增强。在经贸协定中，补贴的作用也收到各国的重视，因此几乎在各种巨型自由贸易协定当中都能看到对补贴规则的解构或扩张。作世界上最大的发展中国家，我国的补贴政策是促进相关地区和产业发展的关键手段。在全球经济治理体系的变革和国际经贸规则的重塑阶段，标志着中国等发展中国家从规则追随者向规则引领者的转变，这是一个重要的机遇。西方资本主义国家，特别是美国，所倡导的贸易保护主义，不仅不利于建立新的经贸规则体系，也不利于发展中国家和落后国家真正享受全球化带来的福利。[47]

自改革开放以来，可以说中国将补贴作为重要的政策手段，有力的促进了经济的发展。但是在加入 WTO 后，作为重要的成员方与新兴市场国家的代表，中国的补贴政策正逐渐成为全球关注的焦点。为了与国际接轨，中国必须在实施补贴时受到国际规则的制约。这不仅是中国履行大国责任的必然之举，也是合理利用补贴政策促进本国和全球经济发展的必要条件。但是中国目前正处于经济体制转型和产业结构升级的关键时期，难以立即停止各种形式的企业补贴政策。历史实践表明，财政补贴在推动国民经济发展方面发挥了重要作用，各国在其经济发展的关键阶段普遍采用了大量补贴以支持产业升级、促进进出口贸易、刺激经济快速增长。同时也要认识到，我国不仅要规范好自身的补贴行为，也需要加强反补贴措施，防止被别国的不合理补贴行为侵犯本国利益。

我国目前的补贴制度确实存在种种问题，这些问题需要我们改进。例如，地方政府不合规补贴现象严重。尽管我国自改革开放以来国家对市场的控制与干预已相对减少，但由于政

㊻ 参见李思奇、金铭:《美式国有企业规则分析及启示——以 NAFTA、TPP、USMCA 为例》，《国际贸易》，2019 年第 8 期，第 91 页。

㊼ 参见刘斌：《全球经济治理体系变革与国际经贸规则重构》，《国家治理》，2023 年第 21 卷，第 36 页。

府对市场的调节是计划经济的标志之一，具体到补贴领域便体现为了各种补贴政策。在实践中，政府补贴以多种形式存在。由于各地各级政府财政状况和政治经济考虑的不同，政府有着采取灵活补贴措施的强烈动机。这些补贴常常以非法律法规文件的形式出现，甚至在某些情况下，会直接以行政决定的方式实施。[48]我国目前各地方政府补贴过度依赖规范性文件，这些文件层级低、零散繁杂，缺乏对补贴设定权限、适用范围和监督等方面的严格约束。[49]正是诸如此类的不合规补贴行为或法律法规，才让欧美等国家在其主导的经贸协定中有理由制定针对我国为首的广大发展中国家补贴规则。

（二）中国面对反补贴规则发展趋势的因应策略

1. 顺应国际经贸规则的发展趋势

首先，我们要顺应国际经贸规则的重构的趋势，并且积极参与 WTO 的改革。随着我国在全球治理中的影响力不断增强，我国已经成为全球国际经贸规则体系构建的积极参与者和贡献者。在国际经贸规则重塑的背景下，我们不能任由欧美发达国家主导格局，而应当积极参与新一轮国际经贸规则的重构，让中国的声音被世界听到。

为了实现这一目标，我们需要争取赢得发展中国家的广泛支持，致力于在规则设计和谈判中实现全新的利益平衡。作为最大的发展中国家，我国应该成为发达国家和发展中国家之间的沟通桥梁，以平衡和促进发展的立场推动国际反补贴规则的设计和谈判。在实际行动上，我国已经与其他国家达成了如 RCEP、CAI 等巨型经贸协定，并正在积极尝试加入更高标准的 CPTPP，这表明我国正在以实际行动推动国际经贸规则的重构。

另一方面，我国应坚持维护以 WTO 为核心的多边贸易体制，为 WTO 改革贡献中国力量，推动构建更加公平合理的国际经贸治理体系。通过积极参与国际经贸规则重构和 WTO 改革，我国将进一步提升在全球治理中的影响力，为全球经济发展和贸易自由化做出更大的贡献。

2. 完善外国补贴审查制度与国内的补贴政策的监督和审查机制

第二，建立完善的外国补贴审查制度与国内的补贴政策的监督和审查机制。一方面，欧美等国在其域内法以及签订的经贸协定中纷纷强化了补贴规则，以维护自身利益与域内大市场的，其实这种做法正是我国所需要学习的。如前所述，我国目前需要加强自身的反补贴措施来对冲外国的补贴行为或反补贴措施。具体而言，可以借鉴欧盟与美国的相关立法，在遵守国际原则的情况下建设我国的特色的外国补贴审查制度。另一方面，我国根据国务院发布的文件确立了公平竞争审查制度，以禁止实施歧视性补贴，从而消除商品和服务领域的歧视。同时，也不允许对特定经营者实施优惠政策。习近平总书记在座谈会上指出，必须进一步推动产业政策由差异化、选择性向普惠化、功能性转变，并清理违反公平、开放、透明市场规则的政策性文件，我国未来还需加强产业政策的研究。[50]

㊽ 参见王彦明, 王业辉：《政府补贴的法理与规制进路》，《河南社会科学》，2015 年 第 23 卷 第 12 期，第 60 页。

㊾ 参见吕清正, 郭志远：《我国政府补贴的法律治理》，《江淮论坛》， 2017 年第 3 卷，第 97 页。

㊿ 《习近平主持召开深入推进长三角一体化发展座谈会强调：推动长三角一体化发展取得新的重大突

3. 政府助力出海企业

第三，政府应当为出海的企业提供风险评估以及合规的协助。在近年来，我国的国有企业以及出海的企业，都面临了各种挑战和针对。比如，中国企业出海的过程中，就多次遭受了外国相关补贴规则的针对，就像近期欧盟根据《欧盟反补贴条例》，对中国的新能源汽车发起了反补贴调查。因此，我国政府有责任协助这些出海的企业进行风险的评估和合规的审查，为他们提供法律上的咨询和服务，帮助他们提前制定有效的反补贴策略。

具体来说，政府应该帮助企业准备与政府补贴相关的文件，收集证据以证明我国政府的补贴对欧盟产生了积极的影响。同时，政府还应该协助企业进行并购交易的尽职调查，按照非歧视的原则，为企业进行常规的申诉准备工作。这些工作都是非常重要的，它们可以帮助企业应对各种风险，确保企业的合法权益得到保护。

此外，政府还应该加强对企业的培训和指导，让他们了解和熟悉外国的相关法规和政策，提高他们的合规能力。同时，政府也应该鼓励企业加强自身的风险管理，建立健全的风险防控机制，以确保他们在出海的过程中，能够更好地应对各种挑战和风险。

总的来说，政府应该为企业提供全方位的支持和服务，帮助他们应对各种挑战，确保他们能够在海外市场取得成功。这不仅对企业的发展非常重要，也对我国的经济发展和国际地位的提升具有重要意义。

六、结语

面对急剧变化的国际经济格局与动荡的国际局势，夹杂着贸易保护主义与单边主义盛行、零和博弈思想笼罩的阴云，WTO 的争端解决机制的停摆与改革停滞其实是多边贸易体制遭受重大冲击的具象表现。对于不可避免的国际经贸规则重塑的格局，补贴规则作为各国重点关注的领域，自然会在各种新型经贸协定中被纳入与不断地重构。以欧盟、美国为首的发达国家显然认为，SCM 协定下的补贴规则过于宽松导致众多发展中国家利用补贴手段快速的发展自身的经济，并借此提升整体的国力与国际话语权，挤压力发达国家固有的利益空间。因此，在贸易保护主义思潮日益重燃的今天，欧美等发达国家为了维护本国利益或为了所谓的“维护本土市场公平竞争秩序”而在其国内法领域以及其主导的巨型自贸协定中对补贴规则做出了符合其利益的调整。具体而言，一方面将 SCM 协定中的补贴规则定义进行重述，或者解构其构成要件，让补贴的认定标准进一步降低。更有甚者，比如美国所提出的“汇率补贴”是预先确定了所要征收的新型补贴，再对 SCM 协定中的补贴定义与构成要件进行拆解与修改，以此来为其反补贴调查设立法理上的依据。另一方面，由于 WTO 项下补贴规则的种种局限性，其确实也无法适应当今世界实践，因此在国际经贸规则重塑的背景下，补贴规则的扩张趋势也是必然的。中国作为当今世界最大的发展中国家，同时也是被欧美等国主要的针对对象，为了维护自身以及广大发展中国家的共同利益，须在国际经贸规则的重构中发出中国声音，提出中国方案。

破 在中国式现代化中更好发挥引领示范作用》，载新华社，
https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202311/content_6917835.htm。

The Deconstruction and Expansion of Countervailing Rules in the Context of International Economic and Trade Rule Remodeling: China's Response Strategy

Fu Weihao

Abstract: With the changes in the world economic pattern and the emergence of the crisis of the multilateral trading system, Europe and the United States and other developed countries began to dominate the reshaping of the international economic and trade rules, and the subsidy rule, as a field of focus and a powerful means to promote a country's economic development, is inevitably adjusted by Europe and the United States and other countries to do key adjustments and regulations. Specifically, the EU and the U.S., either in their domestic legislation or in their dominant giant free trade agreements, have deconstructed and expanded the subsidy rules in the SCM agreements, so as to achieve the purpose of safeguarding their own interests, and China, as the largest developing country, is often the main target of Europe and the U.S. and other countries. Therefore, in the current round of international economic and trade rules reshaping, China should actively grasp its right to speak, participate in and lead the reconstruction of international economic and trade rules, face the impact of the development trend of subsidy rules, and contribute Chinese voices and Chinese solutions to the world.

Key words: Subsidy Rules;International Economic And Trade Rules;

SCM Protocol; Cross-Border Subsidies; Non-Commercial Assistance

涉外法治视野下欧美补贴规则输出及其启示

黄可而*

摘　要：规则输出是涉外法治建设进程的关键一环，而我国当前规则输出效能相对欧美仍在下风——补贴规制实践即为范例。考察欧美补贴规则输出可见，欧盟倾向于借助市场力量与规范价值推动单边规则国际化，在输出规则的同时输出欧洲价值观；在强大的政治经济实力背书下，美国通过小多边模式展开的补贴规则输出更近于国际制度竞争的结果。尽管欧美补贴规则输出的路径选择与动力基础有所差别，二者均呈现行动逻辑如下：在规则塑造阶段借由符号权力强化规则正当性，在规则扩散阶段通过场所转移推动规则单边化。鉴此，除在理念、制度与实践层面积极回应欧美补贴规则输出，我国参与新兴补贴规则塑造，个中关键在于结合符号设计、规则创制与制度输出，主动扩大补贴规制领域的话语基础及制度经验。

关键词：涉外法治；补贴规制；规则输出；布鲁塞尔效应；符号权力

引 言

早在本世纪初期，国际法与国际关系领域的学者便敏锐地指出：“现在国际政治争夺的内容不是对土地、资源、太空等自然物质的控制权，而是国际规则的制定权。”（阎学通等，2002）而今，随着涉外法治建设持续推进，国际规则制定权的重要性更不待言。习近平总书记指出：“加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远所需，也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急。”涉外法治视野下，国际竞争程度持续深化，愈发体现为法律之争、规则之争。与此同时，我国参与国际规则制定的必要性及紧迫性与日俱增，促进全球善治、构建人类命运共同体呼唤大国担当。

补贴规则塑造是规则之争的典型范例。补贴规制作为国际经济法领域一项经典议题，近年来迅速发展——规制领域由贸易领域延伸至投资领域，规制对象由境内补贴延伸至跨境补贴，规制范式由以《补贴与反补贴措施协定》（下称“《SCM 协定》”）为核心的多边范式逐渐转向非多边范式……其间，新兴补贴规则持续涌现。更甚者，欧美两大全球核心经济体在以产业重振、环境保护等理由大量授予补贴的同时，相继将其补贴规则输出至第三国乃至国际层面，在新兴补贴规则塑造中展现出不容忽视的影响力。转观我国，尽管我国积极参与多边贸易体制改革进程，新兴补贴规则塑造过程中，我国参与规则建设的程度与效果相对欧美等发达经济体暂处下风。不论我国申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（下称“CPTPP”），或就《欧盟外国补贴条例》相关措施展开

* 武汉大学政治与公共管理学院国际关系学系弘毅博士后，邮箱 keerhuang1997@gmail.com。

贸易投资壁垒调查，均反映出当前在面对欧美补贴规则输出时相对被动的地位。长期以来欧美对我国特殊经济体制及补贴政策的质疑与诟病更加剧了我国在补贴规制议题上的被动态势。

由此引申的问题是欧美补贴规则输出背后的逻辑原理。具体而言，第一，欧美补贴规则输出如何实现？既有研究关注到补贴规制演进中的制度变迁与理论发展，对补贴规制演进的实践动态、尤其是立法实践着墨较少。但理论与制度的发展离不开实践——良好的规制实践可将理论与制度发展落在实处；反之，规制实践缺陷可能导致规制目的落空，所谓公平导向的新兴补贴规则很可能加剧补贴规制的结构性矛盾。鉴此，需进一步考察补贴规制立法实践，厘清欧美补贴规则输出的实现路径，包括制度载体与规则设计。第二，欧美补贴规则输出缘何产生？跨境数据流动、环境保护等热点议题中，既有研究业已关注到“传统法律移植”“私人法律移植”“规范性力量”“布鲁塞尔效应”等关于欧盟规则输出动力的理论解释及其局限（金晶，2023）。至于补贴规制议题，亦有少数研究论及欧盟布鲁塞尔效应及其风险，但对补贴规则输出的动力基础未作展开。受议题性质、制度表现、利益关切等因素影响，其他议题下的规则输出理论能否用以解释欧美补贴规则输出的动力基础尚不明晰。第三，欧美补贴规则输出所依据的行动逻辑？为实现规则输出目的，规则输出国在规则塑造、规则扩散等阶段分别采取何种策略、形成何种影响有待阐明。第四，欧美补贴规则输出对我国参与新兴补贴规则塑造有何启示？涉外法治建设进程中，我国参与规则之争、法律之争的过程中如何回应他国补贴规则输出、如何强化补贴规制领域的话语权与影响力均待考察。

为处理前述问题，本文以欧美补贴规则输出为研究对象，首先结合晚近补贴规则实践，梳理欧美在补贴规则输出上的不同路径选择；后基于布鲁塞尔效应、规范性力量、国际制度竞争等理论，探寻欧美补贴规则输出的动力来源；再分阶段阐释欧美补贴规则输出的行动逻辑，包括规则塑造阶段的正当性证成及规则扩散阶段的单边化倾向；最后探讨欧美补贴规则输出的因应与镜鉴。

一、欧美补贴规则输出的路径选择

尽管欧美在补贴规制议题上存在紧密的利益关联，受政治经济实力、法律制度、产业发展状况等多重因素影响，二者关于补贴规制所持立场与规则设计不尽相同。同理，欧美输出其补贴规则所采具体路径亦有差别。下文结合晚近新兴补贴规则实践，分析欧盟及美国在补贴规则输出中的制度载体与规则设计。二者各有特点，也不乏共通之处。

（一） 欧盟路径：单边规则国际化

超国家经济制度在一定程度上约束了国家的政策创新空间。欧盟法下设国家援助制度这一特殊补贴规制框架，欧盟成员国或者试图加入欧盟的国家均需接受并采纳该框架下补贴规则。换言之，欧盟国家援助制度其存在本身标志着欧盟补贴规则的强影响力。在此基础上，以国际经贸协定为载体，欧盟补贴规则进一步输出至第三国，促进单边规则国际化，具体经由路径主要有下述三种。

第一，在国际经贸协定中纳入类似欧盟国家援助制度的补贴规则。欧盟与冰岛、列支敦士登、挪威等欧洲经济区内的非欧盟成员国订立的《欧洲经济协定》所规定的补贴

规则与欧盟国家援助制度大体一致；与西巴尔干国家（波黑、马其顿、塞尔维亚、黑山、阿尔巴尼亚）订立的《稳定和联系协定》亦是如此。由此，即便相关国家并非欧盟成员国，在补贴规制议题也同欧盟保持高度一致。

第二，在遵照《SCM 协定》基础上，在国际经贸协定补贴规则中引入欧盟元素。此处所称欧盟元素或源自欧盟国家援助制度相关规定，或反映欧盟在补贴规制议题的立场变化。早年欧盟与韩国、加拿大等国订立的自由贸易协定中，补贴规则与《SCM 协定》基本一致。2018 年以来，欧盟在与日本（2018）、新加坡（2018）、墨西哥（2018）、越南（2020）、新西兰（2023）等国订立的国际经贸协定中相继引入欧盟元素，包括：将服务贸易补贴纳入补贴定义范畴；强调通过补贴实现公共目标；引入针对特定补贴的例外规则；强化补贴透明度要求；等等。其中，服务贸易补贴规制、公共目标促进、特定补贴例外规则等元素在欧盟国家援助制度中亦有体现；强化补贴透明度要求等元素与欧盟近年所发布《美欧日三方联合声明》、世界贸易组织（下称“WTO”）提案等文件所持立场一致。较之前一路径，此路径中欧盟所参与国际经贸协定的缔约相对方在地理位置上已然超越了欧洲范畴，单边规则扩散范围更进一步。

第三，区别于《SCM 协定》，在国际经贸协定中纳入包括补贴规则在内的公平竞争（level playing field）条款。相较前两种路径，第三种路径中，欧盟在规则输出同期展开的价值观输出更为显著。具体而言，欧盟结合其在竞争政策上的经验优势，通过公平竞争理念包装补贴规则，将相关规则置入双诸边经贸协定。以《欧英贸易合作协定》（下称“《欧英 TCA》”）为例，公平竞争条款作为《欧英 TCA》的核心条款，致力于衡平规制环境，使同一市场内所有竞争者面临相同规制条件，其中便包括补贴规制。欧盟主张，欧盟企业受欧盟国家援助制度约束，而非欧盟成员国在补贴规制上存在制度缺陷——这导致欧盟企业因规制环境差异面临竞争劣势。同时，上世纪末谈判形成的《SCM 协定》未能有效约束第三国授予补贴的行为（Luca，2022）。欧盟于是在国际经贸协定中纳入公平竞争条款，以此强化补贴规制。新设条款类型以外，更值得关注的是，《欧英 TCA》公平竞争条款谈判中，欧盟试图以条文设计推动未来各缔约方在补贴规制议题上的协同共进。

表 1. 欧盟主张的条文设计模式

模式名称	条文设计内容
模式一 不倒退模式 （non-regression）	如 A 国与 B 国订立的规则包含标准 x，双方均可以单方面出台新的规则，但任一规则所规定的标准不得低于标准 x。如 A 国单方面出台更高的标准 y，B 国没有义务随之出台相应的规则以对准标准 y。
模式二 棘轮模式 （ratchet-up）	如 A 国与 B 国订立的规则包含标准 x，当 A 国与 B 国分别在新规中订立高于标准 x 的标准 y，则标准 y 不可倒退，亦即双方均可单方面出台新的规则，但任一规则所规定的标准不得低于标准 y。如 A 国单方面出台更高的标准 z，B 国没有义务随之出台相应的规则以对准标准 z。

模式三 动态校准模式 （dynamic alignment）	如果 A 国与 B 国订立的规则包含标准 x，后 A 国单方面出台新规订立高于标准 x 的标准 y，则 B 国有义务出台相关规则对准标准 y。对准方式有二：一是 B 国完全照搬 A 国提出的标准 y，二是 B 国新规纳入与标准 y 具有可比性的标准 z。

资料来源：作者自制。

上表梳理了欧盟所主张的条文设计模式。从中可见，由模式一至模式三，公平竞争条款对于缔约方保持协同共进的程度要求不断递增。《欧英 TCA》谈判过程中，针对补贴规制议题，欧盟最初在 2020 年 3 月草案中提出最为严苛的动态校准模式（模式三）。该模式下，《欧英 TCA》生效后，一旦欧盟提升补贴规制标准，英国作为协定缔约方同样受到约束，有义务采取行动对准欧盟提出的更高标准。动态校准模式一旦采用，无疑将进一步强化欧盟标准的影响力与持续性。就此，英国拒绝采用该模式，仅同意在事实上维持政策不倒退，包括维持有效的竞争规则、彼此进行补贴通报、就有害补贴展开磋商等。英国提出的草案更近于此前欧盟与加拿大、韩国、日本等国订立的自由贸易协定下的补贴规则。英国主张，若欧盟以严格的公平竞争条款（动态校准模式）为货物零关税的前提，英国可放弃零关税待遇再做谈判——这也被认为是英国有意为补贴政策保留空间的表现（Filippo，2020）。《欧英 TCA》最终生效文本第 355 条规定："本编（'为开放和公平竞争及可持续发展衡平竞争环境'）目的不在于协调缔约方的标准。双方决心在本编所涵盖的领域保持并提升各自的高标准"。可见，尽管欧盟试图在《欧英 TCA》中纳入公平竞争标准并通过动态校准等条文设计模式使欧英在补贴规制议题保持动态趋同，协定最终文本并未在法律层面限定缔约方在补贴规制上的不倒退或校准义务。总体而言，相较于前两种路径，欧盟补贴规则输出的第三条道路尚无较多规则实践。但鉴于前述公平竞争条款及相应条文设计模式在推进欧盟补贴规则输出上的巨大潜能，该路径未来的施行状况与实践效果有待跟进研究。

（二）美国路径：小多边模式

较之欧盟补贴规则输出，美国补贴规则输出更多凸显了小多边属性。"小多边（minilateralism）"模式或称少边模式，指由具有特定共同利益或相关干系的三个或三个以上的国家行为体组成的、在既有制度内外就特定议题寻求政策协调与问题解决的非正式组织（张勇，2012）。其与美国所主张"以规则为基础的国际秩序"一脉相承，即谋求规则定义权、认定权、解释权，以小圈子挑战多边机制。美国补贴规则输出的小多边属性在下述两方面情形均有体现，且相关情形中，美国补贴规则输出反映出显著的对华色彩。

第一，在小多边规则中引入美式标准，突破多边补贴纪律。最初由美国主导的CPTPP及后来美国参与的《美墨加协定》所设非商业援助规则即为典型。兹举两例以作说明。

例一：补贴受益者位置之规定。《SCM 协定》规定，补贴为"在一成员领土内由政府或任何公共机构提供的财政资助"，专向性要求进一步规定补贴授予"机关管辖范围内的企业或产业、或一组企业或产业"。就此，普遍认为，《SCM 协定》下的可诉补贴

要求补贴受益者位于补贴提供国境内。有别于此，美国主张将跨境补贴纳入补贴规制范畴，2024 年美国贸易救济新规也在法律层面上对此予以明确。而该规定生效之前，这一主张在美国主导的小多边经贸规则已有体现。CPTPP 及《美墨加协定》中，非商业援助规则除涵盖补贴受益者位于补贴提供国境内的情形（国内货物贸易、跨境货物贸易、跨境服务贸易）外，还涉及补贴受益者位于补贴提供国境外的情形，包括通过属于另一缔约方或其他缔约方领土内的涵盖投资企业在该另一缔约方领土内提供服务、通过属于另一缔约方领土内的涵盖投资企业在该另一缔约方生产和销售货物。

例二：补贴提供者身份之规定。《SCM 协定》将政府与公共机构列为适格补贴主体。关于公共机构认定，主要有“政府控制标准”及“政府权力标准”两派观点。WTO 上诉机构指出公共机构系拥有、行使或被赋予政府职权的实体，政府控制仅作为考量政府是否对某一实体行为施加“有意义的控制”的因素之一。然而，美国主张将“国有企业”“国家企业”纳入补贴提供者范畴，如《美国创新与竞争法案》规定补贴不仅包括《SCM 协定》第 1 条规定的补贴，也包括“由政府或中央管理的国有企业提供或推动的、违反被普遍接受的市场原则的、使企业相对于外国市场参与者获得实质利益的财政补贴”。同理，CPTPP 与《美墨加协定》下，造成不利影响的非商业援助的提供主体涵盖政府、国家企业及国有企业，回避了多边规则下公共机构认定的标准问题。据此，不受政府控制、不履行政府职能的国有企业也可能被认定为补贴提供者——国有商业银行、境外国有企业等均在其列，国有商业银行向其他企业提供的优惠贷款、给予出口商的货币低估补贴等均可能被纳入非商业援助范畴，进一步拓宽了补贴规制范围。

第二，在多边场合强化小多边同盟，宣扬美式标准。举例而言，美国联合欧盟与日本发布联合声明指出，国有企业是政府主导经济制度的基础，需解决公共机构和国有企业扭曲市场的行为，针对“非市场经济主导政策和做法”制定特殊的国有企业规则与补贴规则，包括扩大禁止性补贴范围、强化补贴通报义务、倒置补贴举证标准、修改公共机构认定标准等。更甚者，《美国创新与竞争法案》明确强调，美国应通过经合组织、世界贸易组织等多边平台强化与盟国间的合作，由此保障公平竞争与市场行为原则，确保“非自由市场经济体”在停止“对以市场为基础的国际贸易施加不合理和歧视性规定”之前不再与自由市场经济体享有同等待遇。可见，美国在理念与实践层面上有计划地联合欧日等发达经济体，在补贴规则改革中推广与其利益相符的美式标准，且相关标准具有显著的中国针对性。

二、欧美补贴规则输出的动力基础

明确欧美补贴规则输出如何发生后，下文尝试以三种理论解释欧美补贴规则输出的动力来源——市场规模、规范价值、国家实力。其中，市场力量与价值力量主要反映在欧盟补贴规则输出，国家力量主要体现于美国补贴规则输出。诚然，欧美补贴规则输出均受多元力量推动促成。本文作此区分主要目的在于突出欧美补贴规则输出行动各自特性，并未排除其他力量在欧盟或美国补贴规则输出过程的参与及效用。

（一） 布鲁塞尔效应：市场驱动

布鲁塞尔效应最初见于数据规则相关讨论，指欧盟通过《欧盟通用数据保护条例》

（GDPR）促使与欧盟市场有联系的国家及数字贸易企业采用欧盟数据隐私标准，凭借强大的市场力量——且仅仅凭借市场力量——将欧盟单边标准扩散至第三国，乃至转化为全球标准。就布鲁塞尔效应的产生而言，阿努·布拉德福德（Anu Bradford）提出四个前提要件：一是市场规模，跨国企业对于欧盟市场依赖性更大，欧盟标准的影响更大；二是监管倾向，高收入国家更倾向于强监管；三是监管对象缺乏弹性，强监管得以施行；四是标准的不可分割性，即当企业的生产经营活动在不同市场间难以分割，跨国企业遵循单一标准的效益优于遵循多元标准。就布鲁塞尔效应的实现而言：首先是事实上的布鲁塞尔效应，即欧盟凭借其市场优势，要求任何进入单一市场的经营者遵守欧盟政策，跨国企业基于市场利益与监管处罚等顾虑调整其合规政策和市场行为；其次是法律上的布鲁塞尔效应，跨国企业通过游说等方式推动本国政策调整，使本国政策与欧盟政策趋同，最终推动欧盟模式的全球输出。概言之，数据规则领域中，布鲁塞尔效应的产生与实现各有要求。同时，跨国企业在欧盟数据规则输出过程中发挥了重要作用。因此有观点认为，布鲁塞尔效应对于欧盟数据规则输出“仅是一种阶段性解释方案，而非持续性的科学定理”（金晶，2023）。

随着欧盟法域外效力日渐强化，布鲁塞尔效应作为一种理论本身也在持续更新。晚近“布鲁塞尔效应 2.0”相关讨论着重关注布鲁塞尔效应对欧盟输出经贸规则的促进作用。既有研究发现，欧盟凭借其市场规模扩散单边经贸政策，推动单边标准全球化，实现规则输出及以规则为载体的价值观输出（Elisabeth，2022）。具体至补贴规制议题，毋庸讳言，布鲁塞尔效应可在一定程度上为欧盟补贴规则输出提供理论解释——市场优势是补贴规则输出得以实现的必要条件。如欧盟委员会主席冯德莱恩所称，如无环保、劳工、税收、补贴等层面的竞争公平，则他国不能拥有“最高质量的市场准入”以进入“全球最大的单一市场”。换言之，市场准入、市场体量构成欧盟参与规则谈判的重要筹码。第三国要享受庞大的单一市场及相应的资源优势、制度优势，就面临欧盟主张的补贴规则。由此，市场力量构成欧盟补贴规则输出以及相应的欧洲价值观输出的重要动力。

需予澄清的是，尽管欧盟补贴规则输出与数据规则输出均受市场力量推动，二者在布鲁塞尔效应的产生与实现上有所区别。在布鲁塞尔效应的产生方面，一则，补贴规制领域中，跨国企业遵循单一标准的效益并不必然优于遵循多元标准；相反，企业可能利用多元标准在全球市场中谋取竞争优势。二则，随着全球供应链加速调整重构，企业的生产经营活动在不同市场间并非难以分割。在布鲁塞尔效应的实现方面，欧盟数据标准全球化过程中，跨国企业自发遵守、助推本国规则改革等系列行为起到关键作用。相较而言，欧盟补贴规则输出更多是国家行为的结果，且如前文《欧英 TCA》补贴规则谈判情况所示，各国对于监管强度需求不一。总体上，补贴规制领域的布鲁塞尔效应更多指向结果上、法律上的单边标准全球化，与数据规则领域的布鲁塞尔效应有所区别。但不可否认的是，欧盟补贴规则输出与其强大的市场力量不可分割。

（二） 规范性力量：价值输出

布鲁塞尔效应以外，规范性力量亦可为欧盟补贴规则输出提供解释。二者主要差别在于布鲁塞尔效应更强调市场驱动、消极外部化的溢出效应，规范性力量则关注价值输出、积极外部化的溢出效应。关于欧盟规范性力量的讨论可追溯至本世纪初期。早在 2002

年，国际关系学者伊恩·曼纳斯（Ian Manners）便提出“规范性力量欧洲（*normative power Europe*）”，以此重新解释欧盟的国际身份及欧盟政策的外部影响。“规范性力量欧洲”在很大程度上延续了“民事性力量欧洲”的讨论，且对“民事性力量欧洲”所推崇的物质主义、利益至上与威斯特伐利亚文化做了反思。伊恩·曼纳斯指出，“欧盟已经演化为一种超国家和国际形式的治理混合体，超越了威斯特伐利亚式的规范”，因此“需关注一种观念性质的规范性力量”。一方面，欧盟具有规范性基础，涵盖和平、自由、民主、法治、人权五大核心规范，以及社会团结、反歧视、可持续发展、善治四大次要规范。欧盟主张欧洲价值观具有普适性，以之为干预合法性来源。另一方面，欧盟通过规范扩散在国际社会中获得影响力，具体扩散途径包括接触性扩散、信息性扩散、程序性扩散、转移性扩散、明示性扩散、文化过滤等等。在规范性基础与规范扩散基础上，欧盟形成所谓规范性力量（或称规范性权力）。总体上，规范性力量的形成有下述特征：一是通过规范等非物质性因素产生影响；二是主要通过吸引其他国家遵守本国规范来实现；三是包含利他主义因素。

就补贴规制而言，欧盟在输出补贴规则的同时或隐或显地展开价值输出。此种价值输出在强化欧盟补贴规则正当性的同时，也作为规则输出的助力。前文所述欧盟补贴规则输出的前两种路径中，规则输出一大制度基础是欧盟国家援助制度。其与自由竞争这一欧洲经济宪法的核心原则在制度渊源与理论基础上有密切联结。长期以来，自由竞争是欧洲经济宪法的关键内容，国家援助制度则是保障共同市场竞争自由的重要手段。由此，当欧盟将国家援助制度相关规则输出至盟外国家时，也在无形中输出欧洲经济宪法下的自由竞争理念，这也与欧盟过去对于自由导向的多边贸易体制的推崇态度高度统一。

同时，不能忽视的是，规范性力量这一理论提出和发展与早期欧盟多边主义立场密不可分，欧洲模式的扩张也受全球化进程影响。换言之，规范性力量建立在多边制度而非单边行动基础上，多边主义是规范性力量构成的重要部分（金玲，2020）。规范性力量对于普适性规范和价值的强调也反映了对于全球社会和多边体制的关注。但随着多边体制式微，欧盟地缘政治利益诉求持续调整，从相互依存到经济自主、经济安全与供应链韧性。其晚近补贴规则实践——包括双诸边补贴规则实践与《欧盟外国补贴条例》等单边立法——恰恰反映了对多边路径的偏离。综合上述，尽管欧盟补贴规则输出伴随着显著的欧洲价值观输出，伴随欧盟经贸政策理念发展，规范性力量作为欧盟补贴规则输出的动力解释有其局限。

（三） 国际制度竞争：实力导向

以小多边模式为主要路径，美国补贴规则输出更多体现为国际制度竞争的结果。国际制度竞争以现实制度主义为理论支撑，其本质是制度互动过程中一种制度迫使另一种制度做出转变。一方面，国际制度在为制度成员国提供公共产品的同时，可被制度领导国私有化为特殊性权力工具；另一方面，国家实力、大国权力是推动制度建构和规则确立的关键动力。根据制度化水平高低，国际制度竞争可分为：（1）规则之争，如国际经济规范与原则的确立；（2）机制之争，如“丝绸之路经济带”“欧亚经济联盟”等经贸合作机制、二十国集团“金砖机制”等国际治理机制、“全面与进步跨太平洋伙伴关系协定”“区域全面经济伙伴关系协定”等区域经贸机制；（3）机构之争，如 WTO、世界

银行等国际经济组织内部的制度竞争；（4）秩序之争，如二战后的雅尔塔秩序和冷战后美国主导的自由霸权秩序建设（李巍和罗仪馥，2019）。

国家实力影响影响国家的制度选择和竞争，进而影响补贴规则输出效能。当前，美国补贴规则输出主要表现为规则之争、机制之争。这也是国际制度竞争中较为基础和显著的表现形态。小多边补贴规则谈判中，美国作为实力相对强大的国家，有动机去影响乃至主导补贴规则的制定，从而在小多边体系下最大限度地确立对于本国有利的补贴规则，具体包括补贴授予主体范围的扩大、反补贴外部基准的适用、补贴透明度要求的强化等，这在最初由美国主导的 CPTPP 和后来的《美墨加协定》中均有体现。另如前述，除在小多边规则纳入美式标准外，美国更是积极联合盟友在多边场合宣扬美式标准，这可能使规则之争、机制之争持续升级。相对于小多边规则，多边场合联合行动的制度竞争结果往往以多边规范呈现，这使得美国补贴规则输出效力更强、影响更广。

三、欧美补贴规则输出的行动逻辑

尽管欧美补贴规则输出在路径选择与动力基础上有所差别，相同的是，欧美在新兴补贴规则塑造中积累的话语优势与制度经验系由规则塑造与扩散等环节的行动安排协力促成。下文分析欧美补贴规则输出两个关键阶段——规则塑造与规则扩散，梳理呈现其间发达经济体行动逻辑。

（一） 规则塑造：符号权力与规则正当化

前文述及，规范性力量作为欧美补贴规则输出一类动力来源，包括公平价值在内的价值输出可为补贴规则输出提供解释。而不论补贴规则输出动力为何，欧美规则输出得以实现，规则正当性都是规则塑造中不可或缺的一环。相较于作为规则输出动力基础（之一）的公平价值，规则正当性不仅涉及规则公平性，还蕴含规则合理性、合法性等要求。因而欧美补贴规则正当性证成也不尽相同。譬如，受欧盟法特殊体系影响，欧盟单边规则国际化进程除了要从功能、价值、效果等层面对新兴补贴规则进行正当性证成以外，还受欧盟法下自由流动、非歧视等既有原则约束（叶斌，2023）。

欧美补贴规则正当性证成相同之处在于符号权力在其间的关键作用。在讨论符号权力具体效用之前，需强调的是，符号权力或生成符号权力的特定价值本身并未在补贴规则塑造过程当中排除规则输出国现实利益的参与。换言之，符号权力有助于欧美塑造形式上更为正当合理的补贴规则，使其输出行为表面上言之有理、师出有名——但这与补贴规则所承载的国家现实利益诉求并不矛盾。欧美在进行补贴规则输出时，也未回避其利益关切。回到符号权力，既有研究业已指出，国际经贸规则创制中不乏经济体利用符号权力塑造规则，以此寻求认同并扩散规则，最终服务本国利益（郝荻，2023）。

欧美补贴规则输出中，“公平”价值及其背后的符号权力不容忽视。这在单边补贴规则（补贴规则、竞争规则）与双诸边自由贸易协定（补贴章节、国有企业章节）等新兴补贴规则中均有反映。欧美大力倡导“公平贸易”“公平竞争”等公平价值，并通过规则载体实现规范制度化。在强调公平的同时，扭曲（贸易扭曲、投资扭曲、竞争扭曲）作为规制要素在新兴补贴规则中被予强化（黄可而，2024）。正如前述，欧盟擅于以规范力量推动规则输出，在输出补贴规则的同时输出公平价值。而不论欧盟还是美国，在

规则塑造中都有意通过公平价值强化其规则正当性，占据价值高地，为后期规则扩散建立正当性共识。

（二） 规则扩散：场所转移与规则单边化

晚近欧美补贴规则输出由多边场所逐渐转向非多边场所。究其原因，传统多边贸易体制下的补贴纪律面临规制局限与谈判困境。第一，以《SCM 协定》为核心的传统多边贸易补贴纪律在补贴规制上有所欠缺。首先，协定规制范围存在局限，主要规制补贴受益者位于补贴授予国境内的传统货物贸易补贴，在跨境补贴、外国补贴、投资补贴等新兴补贴的规制上捉襟见肘。其次，即便在货物贸易补贴规制上，《SCM 协定》的规制效果也差强人意，难以回应时代发展和经济环境变动下新的规制需求，面临不可诉补贴规则到期、补贴透明度不足等困境，以及关于补贴提供者、反补贴外部基准等问题的系列争议。第二，多边层面的补贴规则改革面临着较大阻力与不确定性。整体层面上，《SCM 协定》改革与多边贸易体制本身的有效性与可适用性有密切联系。晚近多边贸易体制遭受多重危机冲击，短期之内深层次、结构性矛盾难以消弭。至于补贴规制这一具体议题，各国在经济体系、产业结构、政治利益、发展水平等方面的情况不尽相同，因而在补贴依赖程度、补贴规制诉求等方面有所区别，对于补贴与反补贴规则的具体设计也持不同立场——即便在发达国家与发展中国家内部也不例外。总体上，WTO 成员方在恢复并扩展不可诉补贴规则、补贴透明度强化等问题上有一定共识，但对于产业补贴规制、补贴主体界定、补贴利益基准、特殊与发展待遇等问题仍有较大分歧。这进一步增加了国家在多边场所进行规则塑造与扩散的难度与复杂性。在此背景下，非多边场所在欧美补贴规则输出中成为优先选择。随着欧美补贴规则输出强化，单边与双诸边补贴规则数量也在迅速增长——其间折射欧美行动逻辑有二。

首先，欧美期望以非多边场所推动新兴补贴规则塑造，弥补多边补贴纪律当前的效力局限，在多边谈判受阻的情形下强化规则单边化，进而直接或间接地突破多边补贴纪律的限制。在双诸边层面上，以自由贸易协定等为规则载体，欧美补贴规则输出直接影响双诸边补贴纪律的塑造。在此基础上，相关协定还具备协同效应和示范效应，从而持续强化欧美与其经贸伙伴在补贴规制议题的协同共进。以欧盟经贸协定下设补贴规则为例，相关规则多由欧盟主导，反映欧盟意志，将欧盟国家援助制度相关要素以及相应的规制偏好通过国际经贸协定扩散至非欧盟国家。受此影响，相关国家可能进一步调整贸易政策、产业政策、国有企业政策等国内法规以适应欧盟政策，或将国际法义务转化为本国规则。当然，如前文所述《欧英 TCA》中补贴规则谈判情况，欧美补贴规则输出最终效能还在很大程度上取决于规则接受国在规则谈判中的议价能力与话语权。至于单边层面，立法维度的规则输出与司法维度的干预强化两相结合，构成欧美突破传统多边补贴纪律的主要路线。譬如，晚近欧盟法院关于跨境补贴单方反补贴措施的认定呈现出明显的创制型司法能动倾向，不仅突破了《欧盟反补贴基本条例》下的补贴范畴，更对《SCM 协定》的补贴定义做出新的阐释。欧盟玻璃纤维织物反补贴一案中，欧盟普通法院认为，《欧盟反补贴基本条例》与《SCM 协定》均未排除将第三国提供的财政资助归因于来源国或出口国政府之可能，是以欧委会将中国提供给埃及企业的补贴认定为《欧盟反补贴基本条例》下的补贴并无不当。该案上诉至欧洲法院后，欧洲法院佐审官在法律意见

中也支持了欧盟普通法院裁决，认为《SCM 协定》的补贴定义并未排除跨境补贴。结合司法维度的扩张适用与立法维度的规则输出，欧盟得以更有效地突破传统多边贸易补贴规则关于补贴定义在内的诸多限制，扩张其单边反补贴措施的适用范围。

其次，欧美非多边场所的补贴规则输出可能影响乃至改变多边补贴纪律改革进程，进一步巩固其此前在非多边规则实践所积累的制度优势。既往国际经贸规则塑造历程可见，当多边场合难以实现规则改革目标，发达经济体往往倾向于转移至其更具优势的非多边场所，在非多边场所引导特定目标国接受其提出的规则，并以此推动多边改革（余博闻，2023）。《SCM 协定》经多边谈判订立，多边贸易体制——包括实体规则与程序设计——可在一定程度上缓解国家实力差距导致的话语权不对等。在欧美补贴规则输出强化的情况下，欧美与作为规则接受国的第三国间有着更强的联结度，可能或已经在多边框架下补贴规则改革中提出共同主张，如此前美欧日三方联合声明中提及的外部标准调整、反向通报惩罚、不可诉补贴范围设置等。由此，欧美补贴规则输出非但强化了其在多边补贴规则谈判中的话语基础，也为其在多边场合主张相应标准提供制度经验。

四、欧美补贴规则输出的因应与镜鉴

诚如上述，欧美补贴规则输出不仅有助于其在非多边层面发展于其有利的新兴补贴规则，也使其在多边补贴规则改革进程占据一定优势。这一方面与欧美市场规模、规范价值及国际实力不可分割；另一方面，欧美在规则塑造和规则扩散等环节的行动安排也至为关键。这可为我国参与新兴补贴规则塑造提供启示：一来积极回应，结合欧美补贴规则输出的行动逻辑，对欧美歧视性行动做针对性回应；二来主动作为，融合符号设计、规则创制与制度输出，强化新兴补贴规则塑造中的话语权与影响力。

（一） 积极回应：理念、制度与实践

理念层面上，识别符号权力，澄清价值意涵。晚近欧美以公平价值包装新兴补贴规则，并利用规范性力量推动规则输出。就此，需识别与规则输出同期进行的价值输出。在此基础上，更关键的是揭示价值输出中的利益动机。一则，公平价值在新兴补贴规则正当性证成中固有局限。公平导向的新兴补贴规则可能混淆不同语境下的“公平”意涵，如欧美发达经济体所言公平主要针对包括补贴在内的政府干预手段，而发展中国家所言公平则更多指向经济意义上的公平，尤其是传统国际贸易活动使发展中国家的生产者处于被剥削与不利地位（赵宏，2023）。二则，公平价值作为欧美补贴规则输出的一项动力来源，与市场力量、国家实力等共同推动规则输出，进一步巩固了发达经济体在补贴规则谈判中的主导地位。由此，新兴补贴规则可能忽视发展中国家利益诉求，剥夺发展中国家的比较优势而保留发达国家的比较优势。

制度层面上，我国在与发达国家间的经贸协定谈判中，宜审慎接受关于补贴规制的协同条款。协同条款——包括不倒退模式、棘轮模式、动态校准模式在内的条文设计模式——可在一定程度上促进缔约方在特定议题的协同共进，这是欧美补贴规则输出路径之一。然而结合我国国情，从长远看，协同条款纳入有其风险。一方面，我国身份定位多元性可能导致具体问题所持立场调整，这要求我国在规则制定上保有一定自主空间与灵活性。此处身份定位多元性一是我国兼具国际经贸大国、社会主义市场经济国家、最

大发展中国家和负责任大国等多重身份，这意味着我国在补贴规制中需要权衡本国经济发展状况以及与我国发展水平和经济能力相符的义务履行；二是我国在贸易补贴规制与投资补贴规制中均具有双重身份，需兼顾出口国与进口国利益、兼顾投资者母国利益与东道国利益。另一方面，鉴于补贴规制所涉利益之复杂多样，协同条款对于规则预期性的限缩可能不利于我国经济利益与产业发展。举例而言，国有企业补贴和产业补贴是欧美等发达经济体针对我国补贴政策的两大核心关切。对于前者，欧美对中国国有企业的系统性偏见短期之内难以消除，中国国有企业可能被认定为补贴提供者或补贴收受者，且核心冲突仍在于中西方对于市场经济体制的理解差异；对于后者，我国尚处于产业发展阶段，需以技术改造、科技创新推动传统产业转型升级，发展新质生产力，平衡产业补贴利弊涉及政治、经济、法律等多维问题。

实践层面上，对欧美补贴规则输出中的歧视性做法予以回应。一方面，就欧美新兴反补贴规则与《SCM 协定》《IMF 协定》等多边规则的相左之处，考虑通过提请 IMF 与美国进行磋商、在 WTO 提起争端解决程序等方式寻求救济。另一方面，重视国际舆论宣传，就新兴补贴规则不合理、不合法、不公平之处进行回应，包括阐释相关规则的国际违法性、指出规则适用的实质不公等等。同时，宣传中国补贴政策改革动向，包括提升补贴透明度、深化国企改革等，为中企参与全球市场竞争营造积极正面的舆论环境。

（二） 主动作为：符号、规则与制度

符号设计维度上，维护经贸自由，关照发展需要。国际经贸规则重构过程中，经贸自由与监管自治间的张力愈加明显。补贴规制议题下，可借由符号设计将价值力量融入新兴补贴规则塑造过程。但相对于欧美所宣称公平价值，我国在新兴补贴规则塑造中宜维护多边贸易体制下的经贸自由价值，同时重点关照发展价值。一是澄清发展必要性，强调发展对于非发达国家和地区不可或缺，反映发展中国家诉求，在强化规则正当性的同时扩大规则认同。二是阐明补贴规制中价值协调的重要性，明确发展价值与其他价值的相容性。如阿马蒂亚·森（Amartya Sen）指出，发展的过程即是扩展人类自由的过程。

规则创制维度上，推动既有规则完善，探索新兴规则创新。首先，针对多边贸易体制的规制困境，积极推动多边补贴纪律完善。譬如，恢复并完善不可诉补贴规定。这不仅在于恢复《SCM 协定》规定的不可诉补贴（即服务于研发活动支持、落后地区援助和环境保护补贴等政策目标的补贴）规则效力，更在于扩展不可诉补贴范围以回应现阶段补贴规制需要。一是发展需要，如将提供全球公共产品的补贴（如用于应对气候变化危机的补贴）纳入不可诉补贴范畴（Aaron & Petros，2014）；二是创新需要，如在不可诉补贴范围细化过程中区分授予不同产业、不同发展阶段的产业补贴，关注新兴战略产业在非研发阶段对于补贴支持的需求。又如，调整禁止性补贴范围。一方面，新设禁止性补贴，如无限制的贷款或负债担保、对破产或即将破产的企业提供补贴等；另一方面，设置例外规定，如将用以补偿自然灾害或其他非经济特殊事件造成的损害、用以应对全国性或全球性卫生或经济紧急状况等事宜的临时性补贴排除在禁止性补贴范围以外，并通过临时性、针对性、合比例性等要求对相关补贴的授予加以限制，避免例外规定的滥用。其次，在非多边层面积极推动补贴规则创新，如新设回流型补贴规制条款等。随着欧美等发达经济体友岸、近岸、回岸行动推进，回流型补贴的适用频率持续增长。而不

论《SCM 协定》或欧美主导的新兴补贴规则，对于此类补贴的规制殊为有限。

制度输出维度上，双诸边与多边场合多管齐下。在双诸边场合，建设合作平台，强化规制合作。在实体层面，考虑针对化石燃料补贴、气候变化补贴等特定补贴专设合作机制；在程序层面，通过双诸边经贸协定下的规制合作平台，强化信息交流、相互承认、执行协作等程序性事宜的沟通合作，促进良好补贴规制实践。在多边场合，重视议题联结，扩大话语基础。议题联结有助于在多边规则协商中扩大合作、丰富议价选择、促进信息交流等等，从而增强一国在多边场合的谈判能力（孙嘉珣，2024）。加之多边贸易体制下，补贴规制议题本身牵涉其他关键问题有如特殊与差别待遇（下称“SDT”）及发展中国家地位认定、国有企业主体身份认定等，议题联结也是补贴规制议题谈判的实际需求。以 SDT 条款为例，SDT 条款实质是对发展中国家补贴空间的扩张，使发展中国家相对于发达国家拥有事实上的竞争优势，从而保障后进国家的发展权。补贴规制演进中，该条款的完善首先面临发展中国家地位认定这一前置性问题。该问题的复杂性在于，对发展中国家而言，地位认定关系该国发展立场与诉求的合理性，牵一发而动全身。一国发展中国家地位认定所影响的不仅是影响补贴规制议题下的 SDT，还涉及政治身份问题以及其他议题下的待遇变化。就此，需从整体视角考虑发展中国家地位认定标准的设置，加强国家间沟通，避免单方认定标准泛滥，且在标准设置上需考虑发展中国家与发达国家在经济社会指标等方面的客观差距。至于补贴规制议题下的 SDT 条款，一是强化 SDT 条款的灵活性，避免将发展中国家地位与 SDT 等同视之，在发展中国家地位与各项 SDT 之间设置分隔机制、在各项 SDT 之间设置分隔机制，降低单一议题下的 SDT 谈判引起的连带性和系统性效果。二是提升 SDT 条款的精细度，对 SDT 做有区分度的安排，包括区分适用于发展中国家与最不发达国家的 SDT、细化发展中国家分类标准、根据补贴类型调整 SDT 规定、设置 SDT 毕业条件等（漆彤和范睿，2019）。

结 语

党的二十届三中全会将加强涉外法治建设作为完善中国特色社会主义法治体系的重要方面进行部署。参与规则之争、法律之争是进一步塑造我国和世界关系新格局进程中的必然要求和必经步骤。本文通过研究欧美在新兴补贴规则塑造中的规则输出，为我国更好地参与规则制定、将我国理念与利益融入国际规则提供参鉴。文章先后梳理了欧美补贴规则输出的路径选择、动力基础及行动逻辑。从中发现，尽管欧美在补贴规制议题上存在紧密利益联结，二者输出补贴规则的路径选择与动力基础有所差别。其中，欧盟倾向于借助市场力量与规范力量推动单边规则国际化，在输出规则的同时输出欧洲价值观；而在强大的政治经济实力背书下，美国通过小多边模式展开的补贴规则输出更近于国际制度竞争的结果。相同之处在于，欧美补贴规则输出，或说欧美在新兴补贴规则塑造中所积累的话语优势与制度经验，系由价值引领、规则塑造、制度输出等多环节协力促成。究其逻辑，一是在规则塑造阶段，借符号权力强化规则正当性；二是在规则扩散阶段，以场所转移推动规则单边化。

有鉴于此，涉外法治建设持续推进背景下，除从理念、制度与实践等方面对欧美补贴规则输出中的歧视性行为予以积极回应，我国参与新兴补贴规则塑造的关键还在于化

被动为主动，结合符号设计、规则创制与制度输出，扩大我国在补贴规制议题的话语基础及制度经验。同时，欧美补贴规则输出也印证了市场规模、规范价值、国家实力等要素在国际经贸规则形成与扩散过程中的基础性作用与关键地位。我国参与国际经贸规则重构要重视多元力量的融合协调，尤其是在高标准国际经贸规则建设与发展中国家发展空间保障之间维系良性平衡。

The Subsidy Rule Export of the EU and the U.S. and Its Implications from the Perspective of Foreign-Related Rule of Law

Keer Huang

Abstract: Rule export is a critical component in establishing the foreign-related rule of law. However, as revealed in subsidy regulation, currently, the effectiveness of China's rule export efforts lags behind that of the EU and the U.S. Upon observation of the subsidy rule export by the two economies, it can be seen that the EU leverages market forces and normative influence to internationalize its unilateral rules, simultaneously exporting the European values. Conversely, the United States, supported by its considerable political and economic strength, favors a minilateralism approach where subsidy rule export is one of the outcomes of international institutional competition. Despite such differences, both the EU and the United States share a common strategic logic in the subsidy rule export, i.e., enhancing the legitimacy of rules through symbolic power at the rule formation stage, and promoting the unilateralization of rules by shifting the forums of rule-making to the non-multilateral ones at the rule diffusion stage. In response, China should not only actively engage at the conceptual, institutional, and practical levels to counterbalance the spillover effects of the other countries' rule, but more importantly, proactively expand its discourse and institutional experience in subsidy regulation by integrating symbolic design, rule making, as well as institution export.

Keyword: foreign-related rule of law, subsidy regulation, rule export, Brussel Effect, symbolic power

欧盟经贸协定可持续发展章节实体性条款的适用问题研究

李　昇*

香港中文大学法律学院

摘要：可持续发展理论的制度化、法治化程度加深，在国际经济治理中发挥越来越重要的作用。欧盟在国际经贸协定中设置的可持续发展条款，强调环境和劳工保护的社会议题与贸易或投资承诺之间的联系，是高标准国际经贸规则的重要内容。研究可持续发展条款的适用实践产生的问题，对我国认识、理解高标准国际经贸规则具有理论价值，同时对我国谈判制定国际经贸协定的规则形成现实借鉴。

欧盟经贸协定可持续发展章节包括实体性条款、机构条款和特殊争端解决条款。考察实体性条款的适用实践及其产生的问题是本研究的主要内容。实体性条款的适用经历了前期的国家实践，过渡到其特殊争端解决程序开始发挥作用，条款逐渐呈现出约束力和执行力增强的趋势。不同于经贸协定的传统条款，由于发达国家和发展中国家立场不一致，条款适用客观存在分歧。作为条款的主要内容，环境和劳工保护条款形成之初就存在的效力范围争议，实践中对其进行扩张性解释不可避免引起发展中国家对“贸易保护主义”的担忧。另外，欧盟最新经贸协定中把制裁措施作为条款适用后果的做法仍存在欠妥之处。

本研究得出的结论是，实体性条款的适用实践可以为我国带来认识和理解规则、构建规则两个维度的启示。结合《中欧全面投资协定》可持续发展章节谈判的背景，一方面，我国应在对外商签经贸协定中寻求可持续发展议题与经贸承诺的平衡，要主动对接高标准国际经贸规则；另一方面，警惕可持续发展条款适用产生的“贸易保护主义”和贸易政治化的风险，坚持我国作为最大的发展中国家维护多边主义的立场，以务实的态度履行可持续发展承诺。

关键词：欧盟经贸协定，可持续发展实体性条款，适用规则，《中欧全面投资协定》

一、问题的提出

实现人类可持续发展是全球共同的、必要的和永续的目标。联合国发布《2030 年可持续发展议程》，正式在世界范围提出 17 项可持续发展目标，强调全球治理应当实现经济、环境和社会层面的可持续。[2]可持续发展理念在全球经济治理中发挥愈加重要的作用。欧盟以对外商签包含贸易与可持续发展章节（“Trade and Sustainable Development”，以下简称“TSD”章节）经贸协定的形式，把环境、劳工、企业社会责任等非经贸领域的社会议题纳入国际经贸协定的框架，为在经贸合作领域解决可持续发展问题提供制度方案借鉴。[3]尽管不同协定

*李昇（1999 年1 月-），河南郑州人，香港中文大学法律学院博士研究生，研究方向：国际经济法，联系方式：shengli@link.cuhk.edu.hk。

[2]United Nations, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, https://sdgs.un.org/goals, last visited: 2023-12-18.

[3]欧盟已经在其对外签署的经贸协定中采用可持续发展专章的范式，根据欧盟委员会官网显示，目前订立可持续发展条款的情况

的 TSD 条款有所差别，但大体上可以分为三种类型：第一，实体性条款，主要包括与环境保护和劳工权利有关的可持续发展承诺义务。第二，机构条款，专门设置协定可持续发展议题的保障或监督机构，规定缔约双方应通过国内相关职权机构，与机构条款设置的专门机构，共同负责审查、检测和评估本协定实施对可持续发展目标的影响。[4]第三，特殊争端解决条款，设置独立于经贸协定一般的国家间争端解决机制的程序，争端解决的过程必须首先要通过政府间磋商，在磋商没有获得满意的情况下，成立由环境、社会与贸易领域的专家组成的小组就有关争议提出建议，发布专家组报告。

本文探讨欧盟经贸协定 TSD 章节实体性条款的适用问题。尽管 TSD 条款一度被视为没有法律约束力的“软性条款”，为了不让条款束之高阁，欧盟通过一系列的政策完善和实践，促进 TSD 条款的实施和执行。2020 年以来，依照《欧盟－乌克兰联合协定》和《欧盟－韩国自由贸易协定》成立的仲裁组以及专家组分别作出的报告均适用了对应协定的 TSD 条款，肯定了 TSD 条款的适用效果，提供了解决贸易与环境、劳工保护问题的参考思路，但条款适用的实践又不可避免地引起了诸多争议，有必要进行进一步的研究。特别地，2021 年谈判完成的《中欧全面投资协定》（“China-EU Comprehensive Agreement on Investment”，以下简称“CAI”）“投资与可持续发展章节”沿袭了欧盟以往的 TSD 条款范式。虽然 CAI 生效时间未明，但通过总结 TSD 条款适用的问题，可以为我国对外商签包含可持续发展要素的经贸协定提供有益参考。

二、欧盟经贸协定可持续发展章节实体性条款的实践现状

（一）实体性条款的范式分类

首先，实体性条款包括 TSD 条款的背景与目标（“Context and Objective”），属于介绍性规定。该部分与整个协定的序章部分相对应，指明可持续发展章节确立的背景。同时，以缔约双方为主语，使用“回忆起”（“recall”），“再次确认”（“reaffirm”），和“承认”（“recognise”）等动词引用与环境保护和劳工权利有关的国际文件，有的协定还引用了 WTO 协定和有关部长级宣言。[5]其意义在于，第一，缔约双方同意贸易与可持续发展议题要依靠加强环境和社会领域的合作。第二，环境和劳工标准不应成为“贸易保护主义”的工具，也不能以降低这种标准实现贸易或投资的发展。第三，承认双方客观存在不同发展水平，不提倡标准一体化实施。尽管该部分不包含具体的义务性规定，但可以作为 TSD 条款解释时的重要参考内容。[6]其次，实体性条款包括了双方实体性的承诺，构成了条款的实体性义务。根据义务内容不

如下：第一，条款已经生效实施的有：《欧盟－加拿大全面经济贸易协定》（第 23-24 章）、《欧盟－中美洲经济伙伴协议》（第 8 项）、《欧盟－哥伦比亚、秘鲁自由贸易协定》（第 9 项）、《欧盟－格鲁吉亚联合协定》（第 13 章）、《欧盟－日本经济伙伴关系协定》（第 16 章）、《欧盟－肯尼亚经济伙伴关系协定》（附件 5）、《欧盟－摩尔多瓦联合协定》（第 13 章）、《欧盟－新加坡自由贸易协定》（第 12 章）、《欧盟－韩国自由贸易协定》（第 13 章）、《欧盟－乌克兰联合协定》（第 13 章）、《欧盟－英国贸易与合作协定》（第 6-8 章）、《欧盟－越南自由贸易协定》（第 13 章）。第二，条款等待批准的有：智利、中国、南方共同市场（Mercosur）、墨西哥、新西兰；第三，条款正在谈判的有：澳大利亚、东部和南部非洲（Eastern and Southern Africa）、印度、印度尼西亚、泰国；第四，包含有限的可持续发展承诺的有：亚美尼亚、安哥拉、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、塔吉克斯坦、阿塞拜疆。详见 European Commission, *Sustainable development in EU trade agreements*, https://policy.trade.ec.europa.eu/development-and-sustainability/sustainable-development/sustainable-development-eu-trade-agreements_en, last visited: 2024-10-06.

[4]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.10 条。

[5] 例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.1 条和《欧盟-新加坡自由贸易协定》第 12.1 条。

[6]Gracia Marín Durán, “Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues,” *Common*

同，可以再详细分为三类，分别为国际标准承诺、国内立法承诺和更高标准的承诺。

1. 国际标准承诺

国际标准承诺包含三种形式，前两种形式涵盖了与劳工权利保护相关的国际公约，后一种形式涵盖了双方已经批准的劳工和多边环境保护公约。具体来说，第一种形式是公约批准义务。针对未批准核心劳工保护标准的缔约国，设置了批准特定国际公约的义务，包括有关结社自由和集体谈判权，消除一切形式的强迫劳动、强迫劳工，有效废除童工、消除就业和职业方面的歧视的公约。[7]由于这种条款一般使用“坚持和不断地努力”（“continued and sustained efforts”）的措辞，相对削弱了约束力，被视为“尽最大努力”的义务。[8]对于批准ILO 的“现代化公约”（“up-to-date”），有的公约同样规定了缔约国应当“尽最大努力”，有的则是另行规定为“同时考虑”（“will also consider”）。[9]第二种形式是承诺“尊重、促进和实现”（“respect, promote, and realise”）与 ILO 核心公约有关的基本权利，而不论是否批准有关的公约。[10]相较于前一种，采用让步形式表达即使缔约国没有批准相关的核心公约也应当促进实现最核心的四项权利，即结社自由和集体谈判权利、消除强迫或强制劳动、废除童工、消除就业和职业歧视。第三种形式是承诺有效执行（“effectively implement”）已经批准的劳工和环境保护公约。此外，有时还会专门规定对特定公约的执行义务，例如《巴黎气候变化协定》承诺的义务。[11]

2. 国内立法承诺

国内立法承诺主要有两项，第一项是要求缔约国的国内立法和政策必须“符合”（“consistent with”）有关环境保护和劳工权利的承诺，包括国际公认的承诺和自己作出的承诺。[12]由于这种保护标准已经在经贸协定实施生效之前就得到了国家层面的确认，一般被视为“最低水平条款”，仅要求缔约国进一步采取相关措施。[13]第二项是要求缔约国应当有效执行相应的立法和政策，“不降低”（“not weaken or reduce”）或“不损害”（“not waive or derogate”）国内环境和劳工保护的水平从而影响贸易或投资，被称为“不减损条款”。[14]需要注意的是，该条款要求与缔约双方在贸易或投资活动中的行为建立联系，保持与可持续发展章节目的一致。另外，一些协定也存在弱化这种联系的表现，采用“鼓励投资或贸易”的说法。[15]

3. 更高标准承诺

Market Law Review, 2020, Vol.57, No.4, p.1035.

[7]参见 ILO1998 年《关于工作中基本权利和原则宣言》第 2 条。

[8]例如，《欧盟－越南自由贸易协定》第 13.4.3 条，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.4.3 条，《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 12.3.4 条；Marco Bronckers & Giovanni Gruni, “Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements,” *Journal of International Economic Law*, 2021, Vol.24, No.1, p.26.

[9]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.4.3 条，《中欧全面投资协定》第 4 章第 3.4.2 条。

[10]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.4.3 条，《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 12.3.3 条。

[11]例如，《欧盟－日本经济伙伴关系协定》第 16.4.4 条，《欧盟－越南自由贸易协定》第 13.6 条，《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 12.6.3 条。

[12]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.3 和第 13.5.2 条，《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 12.2.1 和第 12.6.2 条。

[13]Gracia Marín Durán, “Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues,” *Common Market Law Review*, 2020, Vol.57, No.4, p.1035.

[14]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.7 条，《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 12.12 条。

[15]例如，《欧盟－加拿大全面经济贸易协定》第 23.4 条。

实体性条款的最后一种是更高标准的承诺，在协定文本中一般使用“努力达到”（“strive to”）的表述方式，目的是促进双方提高各自的劳工和环境保护标准，一般被称为“尽最大努力条款”。[16]这种条款不限于双方缔结的国际公约或国内立法的现状，鼓励缔约国不断提高本国的保护标准，但对应的条款规定更为模糊，较大削弱了条款的实施力，增加了实践中执行的难度。

（二）实体性条款适用的实践概述

1.条款适用的国家实践

欧盟通过出台各项官方文件表明促进实施和执行 TSD 条款的决心。[17]欧洲议会通过《里斯本条约》获得制定共同商业政策的权利，对贸易谈判的可持续发展议题施加影响，有权决定是否签署 TSD 条款。[18]欧盟认为，经贸协定中 TSD 条款从来不是孤立发挥作用的，而是与欧盟同步推进的与环境、社会议题相关的其他各项战略目标紧密联系，例如要求企业发布可持续尽职调查指令、禁止销售强迫劳动产品等的规定。除此以外，2017 年欧盟法院（“Court of Justice of the European Union”，以下简称“CJEU”）针对《欧盟－新加坡自由贸易协定》发布一项具有里程碑意义的咨询意见，即“2/15 号咨询意见”，对 TSD 条款的解释与适用产生了重要影响，欧盟立法机构和行政机构被赋予了就 TSD 条款实施产生更大的影响的合法权利。由于理事会和议会倾向于优先关注人权等意识形态价值，TSD 条款就有可能成为贸易政治化的工具，对国家间经贸合作关系和政治关系产生负面影响。[19]

双边协定条款的适用需要缔约双方共同的努力，除了欧盟及其成员国的努力，谈判第三国也在协定谈判中、协定批准前和协定生效后就有关 TSD 条款实施形成了相应的国家实践。一方面，以越南为例，其在《欧盟－越南自由贸易协定》生效后批准了 ILO 第 98 号和第 105 号公约。对于尚未批准的第 87 号公约的核心内容，越南已经通过 2019 年“劳动法”（“Labour Code”）的修改立法得到体现，同时越南表示会在 2024 年批准该公约。[20]以上做法促进了 TSD 条款的有效实施。另一方面，条款适用普遍的分歧存在于欧盟同发展中国家谈判签署的经贸协定当中，这主要是缔约国的环境与劳工保护水平与 TSD 条款义务标准存在较大差距导致的。同时，分歧还存在于欧盟成员国内部或其他利益相关者当中。例如，由于 TSD 条款适用可能造成的负面效果，特别是对经济增长产生的不利影响，以法国为代表的欧盟成员国和环境保护相关的民间团体反对《欧盟－南方共同市场联合协定》TSD 条款的适用。[21]

---

[16]例如，《欧盟－加拿大全面经济贸易协定》第 23.2 和第 24.3 条，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.3 和第 13.6 条，《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 12.2 条。

[17]European Commission, “Trade for All: Towards a More Responsible Trade and Investment Policy,” COM (2015)497, final; Commission Services, *Non-paper on Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements*, https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2018/02/TSD-Non-Paper.pdf, last visited: 2024-07-22.

[18]例如，欧洲议会在同意《欧盟－哥伦比亚、秘鲁自由贸易协定》之前，强调了人权和可持续议题的实质性工作的重要作用，在哥伦比亚和秘鲁两国提交相关确保环境与劳工权利保护的计划和路线图之后，议会对此项经贸协定才给予同意。

[19]参见钟艺琛：《欧盟委员会的扩权与欧盟对华政策的嬗变》，载《欧洲研究》2023 年第 4 期，第 15 页。

[20]Vietnam News, *Vietnam steps up implementation of labour commitments in free-trade agreements*, https://vietnamnews.vn/economy/1595527/viet-nam-steps-up-implementation-of-labour-commitments-in-free-trade-agreements.html, last visited: 2024-07-23.

[21]Sarah Morland, *France's Macron says EU-Mercosur proposal is 'very bad deal' on visit to Brazil*, https://www.reuters.com/world/frances-macron-says-proposed-eu-mercosur-agreement-is-very-bad-deal-2024-03-27/, last visited: 2024-07-27.

其认为，巴西作为主要的缔约国之一，却仍维持了低水平的环境管制规定，未能有效治理森林砍伐破坏的现状。在气候变化领域，欧盟通过农业关税持续减让的方法，激励南方共同市场国家履行气候协定的碳排放目标，但是如果作出承诺的国家没有按时实现承诺的目标，就有可能暂停这种承诺的优惠。[22]由于欧盟仍然无法信服巴西的国内立法和实践能够有效履行TSD 的条款义务，故向巴西提出了附加承诺的要求。尽管巴西政府依靠对话合作机制和政府间协商手段，表达希望以国家实践和承诺促进协定顺利缔结，[23]但没有带来积极的效果，该协定最终生效阻力重重。

2.条款设置的特殊争端解决程序开始发挥作用

TSD 条款设置的特殊争端解决程序开始发挥作用是 TSD 条款适用的最典型形式。截止目前，欧盟已经就经贸协定缔约国提起四个有关 TSD 条款争议的案件。[24]其中“韩国劳工承诺案”和“乌克兰出口禁令案”正式作出了报告和裁决，并对 TSD 条款的适用问题提供了重要的参考观点，本研究将重点选取分析。

“韩国劳工承诺案”是欧盟首次提起的以可持续发展争端解决机制审理的案件，对 TSD 实体性条款的解释和适用问题提供了重要参考。《欧盟－韩国自由贸易协定》规定双方应承担国际劳工组织（“International Labour Organization”，以下简称“ILO”）有关核心劳工标准保护标准的批准义务和“尊重、促进和实现”与公约有关核心权利的基本原则，并且要求缔约国国内立法应符合劳工权利的承诺。[25]欧盟认为韩国未能在国际标准承诺和国内立法承诺两个层面有效实施 TSD 条款的义务，与韩国磋商未取得实质进展后，欧盟依据协定提交书面请求，正式成立专家组解决前述争议。专家组于 2021 年发布了小组报告，得出结论：其一，韩国《工会和劳动关系调整法》（“Trade Union and Labour Relations Adjustment Act”，以下简称“TULRAA”）相关条款未能有效执行韩国 TSD 条款的承诺，应当进行调整；其二，韩国未构成违反批准 ILO 基本公约的义务，但应当继续努力履行批准第 87 号公约（《自由结社权和组织权保护公约》）和第 98 号公约（《组织权和集体谈判权公约》）。[26]该案报告发布后，韩国政府宣布批准包括案涉两项公约共计的三项 ILO 核心公约，并声明将有效调整 TULRAA 的不符规定。[27]值得注意的是，劳工议题是我国与欧盟 CAI 谈判的关键内容，该案形成的规则和引起的问题对我国后续的实践具有重要启示意义。

“乌克兰出口禁令案”并未启动 TSD 条款争端解决程序，欧盟的主要诉求是乌克兰出口禁令行为违反了协定的贸易承诺，因此该案仲裁组的审查依据是协定主要的国家间争端解

---

[22]参见《欧盟－南方共同市场联合协定》贸易与可持续发展章节第 6 条。

[23]《巴西总统：欧盟单方面对南共市-欧盟自贸协定附加条件“不可接受”》，载新华网，http://www.news.cn/fortune/2023-07/05/c_1129733219.htm，最后访问时间：2024 年 7 月 24 日。

[24]根据欧盟委员会的官网显示，这四项争议分别为：“欧盟－韩国劳工权利承诺案”，“欧盟－乌克兰木材出口禁令案”，“欧盟－阿尔及利亚贸易限制措施案”和“欧盟－南部非洲关税联盟家禽保护措施案”。详见 European Commission, *Bilateral disputes*, https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/dispute-settlement/bilateral-disputes_en, last visited: 2024-08-24.

[25]参见《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.3 和第 13.4.3 条。

[26]Report of the Expert Proceeding Constituted under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, Report of the Panel of Expert, 20 January 2021 (hereafter: Report of the Expert), paras 78-79.

[27]Ministry of Foreign Affairs, *Ratification of Three Fundamental ILO Conventions Marked in Virtual Ceremony with ILO*, https://www.mofa.go.kr/eng/brd/m_5676/view.do?seq=321641&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm=, last visited: 2024-07-25.

决机制。2019 年欧盟依据《欧盟－乌克兰联合协定》与乌克兰就“有关 10 种珍稀珍贵木材的永久出口禁令”（又称《2005 年出口禁令》）和“有关未加工出口木材临时出口禁令”（又称《2015 年出口禁令》)两项禁令进行磋商，而后仲裁小组成立并发布了最终报告，裁定《2005 年出口禁令》符合 1994 年《关税与贸易总协定》(“General Agreement on Tariffs and Trade”)第 20 条“一般例外”的情形而被豁免，《2015 年出口禁令》则不符合该情形违反协定的贸易承诺。该案的主要意义是，仲裁组通过将协定 TSD 条款视为辅助其他条款理解与适用的“相关背景”(“relevant context”）的做法，有效地把环境条款义务同“一般例外”环境保护条款联系起来，即 b 项“为保障人民、动植物生命健康所必须的措施”和 g 项“为保护可能用竭的天然资源的有关措施”。该案提供了与“韩国劳工承诺案”不同的观点，对 TSD 条款的解释与适用作出了具有参考价值的阐述和分析，引发了有关 TSD 条款与协定与其他条款关系，以及 TSD 条款义务与贸易承诺关联性的思考，同时丰富了 WTO“一般例外”条款的适用规则。[28]

3.条款约束力和执行力增强的趋势

以往，关于 TSD 条款的实施机制问题，欧盟内部产生了两种不同的观点。以欧洲议会为代表，主张考虑以制裁手段显著提高 TSD 条款约束力和执行力，督促欧盟委员会提出关于加强可持续发展章节执行的建议。[29]反对观点认为，现阶段引入制裁手段解决经贸协定中的可持续发展议题并不是最有效的方式，触发制裁的条件、制裁的范围不能确定，会给谈判增加负面影响。[30]这种分歧在 2022 年欧盟委员会发布的沟通文件中达成阶段性内部一致，基于 TSD 条款适用的现状，可以考虑把经贸协定设置的一般国家间争端解决机制涵盖范围扩张至可持续发展章节。[31]例如，若缔约国的行为构成对《巴黎气候变化协定》以及 ILO 基本劳工权利的重大违反，可以考虑诉诸于贸易制裁措施。并且，为了加强公众参与，国内咨询小组的职权范围也将从可持续发展章节扩大至整个经贸协定。这种策略已经体现在最新的经贸协定谈判成果文件中。[32]需要指出的是，欧盟并非在所有最新谈判的经贸协定文本中都成功纳入了这项新的做法。[33]由此可见，对谈判第三国，特别是发展中国家来说，制裁措施适用的范围能否涵盖 TSD 条款仍不确定。并且，欧盟能否通过这种趋向“硬性”的 TSD 条款争端解决方法在实践中显著提高条款的约束力和执行力也有待商榷。

---

[28]WTO 成员国适用“一般例外”环境条款并获得基本支持的案件有“欧共体石棉案”（DS135）、“美国汽油标准案”（DS2）和“美国海虾案”（DS588）。参见左海聪：《GATT 环境保护例外条款判例法的发展》，载《法学》2008 年第 3 期，第 129 页。

[29]European Parliament, I*mplementation of the common commercial policy–annual report 2018*, para 15, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0252_EN.html, last visited: 2024-07-25.

[30]European Commission, *Non-Paper on feedback and way forward on improving implementation and enforcement of trade and sustainable development chapters in EU free trade agreements*, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156618.pdf, last visited: 2024-01-25.

[31]European Commission, *Commission unveils new approach to trade agreements to promote green and just growth*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_3921, last visited: 2024-07-25.

[32]例如，《欧盟－新西兰自由贸易协定》第 26 章规定了本协定统一的争端解决机制同样适用于违反 TSD 条款承诺的情形，当某一方对劳工标准核心承诺和气候变化承诺构成严重违反时，可以实施制裁，包括要求被诉一方“赔偿”（“compensation”）或“暂停执行涵盖条款下的义务”（“suspend the application of obligations under the covered provisions”）。其中，第 16.3 条是对 2021 年《欧盟－英国贸易与合作协定》第 410.3 条规定的细化，先前规定若被诉方没有履行专家组报告，另一方可以考虑暂停遵守与协定相关的商业义务。

[33]例如，分别于 2022 年 12 月和 2023 年 6 月完成签订的《欧盟－智利高级框架协定》以及《欧盟－肯尼亚经济伙伴关系协定》的当前文本没有采纳以制裁方式解决有关可持续发展章节分歧的制度设计。

（三）可持续发展实体性条款适用的具体分析

1.实体性义务的约束范围

“韩国劳工承诺案”对条款实体性义务的约束范围进行了分析。其一，专家组就有关TSD条款规定的实体性义务约束的边界作出了解释说明，确立了《欧盟－韩国自由贸易协定》第13.4.3条规定的实体性义务不以与贸易有关为限的观点。韩国认为协定第13.2.1条限制了TSD条款的范围，可持续发展章节的义务应当只涉及与贸易具有联系的内容，然而欧盟的请求没有建立这种联系，双方缔约时也没有意图将TSD条款的义务延伸至与贸易或投资无关的领域。依据可持续发展争端解决机制成立的专家组超出了管辖权范围。[34]对此，专家组没有采纳以上观点，认为以上两个条款中“以贸易为限”（“trade-related”）和“基本权利”（“fundamental rights”）表达了对立的意味，所以协定第13.4.3条构成了第13.2.1条的特殊例外。因此，承诺“尊重、促进和实现”与ILO公约基本权利的原则可以突破贸易或投资的限制，从而涵盖一个更广泛的承诺范围。[35]但是不难发现，专家组的此种解读实际构成了对TSD条款立法内涵的突破。韩国在主张要求建立贸易关联性的观点时提到了“危地马拉劳工仲裁案”（“Guatemala Labour Obligations”）美国败诉的事由就是没有合理建立这种联系，欧盟不予采纳。[36]在美国范式下建立的联系，在TSD条款的适用中却被打破。可以看出，专家组的这种做法是大胆的，容易引起TSD条款适用的争议。

其二，该案的专家组还对实体性条款确立的公约批准义务约束力进行了讨论，得出的结论也引发选取条款履行判断标准的分歧。专家组通过阐释协定第13.4.3第三句话中“will”的含义来分析公约批准义务的约束力。韩国认为协定文本使用“will”表达“愿望、期望”，而非“必须、应当”的意味，因此公约的批准义务是一种较低层级的义务。[37]欧盟把该项义务视为“尽最大努力”的义务，但并不因此否认该义务能够产生一定的法律约束力。[38]专家组认为在没有证据证实双方希望通过使用“will”一词降低双方义务标准的情况下，参照上述对“尊重、促进和实现”公约基本权利条款的解读，认为该款规定仍然确立了具有约束力的法律义务，但没有提供明确的理由支撑观点。[39]而后在判断韩国是否违反公约义务的说明中又得出了与欧盟诉请相反的观点，可见专家组在此处的论证欠缺说服力，公约批准义务的约束力仍然存疑。

2.实体性义务的内容与履行标准判断

尽管“韩国劳工承诺案”对实体性义务内容的范围解读存在局限性，但该案确立的义务具体内容和履行标准判断规则具有较高的参考价值。

关于第13.4.3条规定的实体性义务的具体内容，专家组主要针对该条引用的ILO基本公约及其他软法性文件与TSD条款的义务内容之间的关系展开论述。首先，因为ILO要求所有成员国都应当遵守以上基本原则和劳工保护的基本权利，TSD条款适用的前提条件不

[34]Report of the Expert, para 56.
[35]Report of the Expert, para 133.
[36]Report of the Expert, para 93.
[37]Report of the Expert, para 262.
[38]Report of the Expert, para 265.
[39]Report of the Expert, para 269.

包括对基本公约的批准，韩国应当保护劳工的结社自由基本权利。[40]其次，ILO 理事会设立专门的结社自由委员会（“ILO Committee on Freedom of Association”，以下简称“CFA”）负责判断某一法规或惯例是否符合有公约规定的结社自由和集体谈判原则，以及处理违反具体公约规定的投诉。[41]CFA 编纂的一系列具有规范和实践指引意义的案例汇编和观点，也应当被用于辅助理解 TSD 条款义务的具体内容。例如，在判定 TULRAA 第 23.1 条是否构成违反 TSD 条款义务时，专家组采用了 CFA 的观点，认为韩国规定工会官员一定要在工会所属的企业工作的规定违背了劳工的结社自由权利。[42]通过这种解读方法，专家组把 TSD 条款的适用与 ILO 及其附属机构对劳工标准的解释协调联系起来，形式上保持了内容的一致性，也解决了缔约国未实际批准相关公约缺乏可供参照的解释的问题。但是这种解释也存在风险，因为多数 ILO 的成员国都没有实际批准部分核心公约，对劳工核心标准只是在加入 ILO 时所作的国家层面的承认，并没有明确的行动承诺会通过国内立法或措施实际履行这种义务。那么建立在这种较低约束力的国家承认基础上作出 TSD 条款义务内容的解释的实际意义有待考察。

关于如何判断“坚持和不断地努力”的标准，根据 TSD 条款的立法目的，“坚持和不断地努力”不包括停滞不前的情况，专家组否认了韩国主张的允许保持“保持现状最低限度的努力”的履行要求。但是“尽最大努力”的义务还要考虑客观现实，协定无法给缔约双方设置一种“不间断”（“without interruption”）的义务，更何况缔约时也未设置具体的履行时间表。[43]因此，依据韩国提交的为履行公约批准义务所作出的国家实践努力，虽是“并非最佳的”（“less than optimal”）但至少也是“实际的和切实的”（“tangible”）。[44]综上，专家组认为韩国未违反 TSD 条款的公约批准义务。可以看出，专家组采用的判断批准义务履行的标准是“过程导向”而并非以批准公约的客观结果作为唯一的标准，是一种灵活的判断标准。从这个解读过程以及结果来看，该观点与 TSD 条款的立约目的和文本形式协调一致，具有一定的说服力。

3.实体性条款可以视为解释其他条款的“相关文本”

“乌克兰出口禁令案”仲裁小组提供了有关 TSD 条款与其他条款关系的具有创新性的解读思路。首先，前已提到，仲裁组确认 TSD 条款有可能构成被申请一方作为辩护的依据。其次，回顾《欧盟－乌克兰联合协定》第 289.1 条可持续发展章节的目的，小组认为 TSD 条款本身不构成对整个协定促进贸易和市场开放目标的限制。因此，仲裁组反对了 TSD 条款本身可以独立构成或形成对其他条款无条件不受限制的例外，即不能单独依据 TSD 条款证明违反贸易承诺等义务的措施是合理的。[45]最后，仲裁组得出的结论是，可持续发展章节

[40]Report of the Expert, para 112.
[41]参见《国际劳工组织关于结社自由的法规、标准和程序》第 1 章第 6 条。
[42]Report of the Expert, para 226.
[43]Report of the Expert, paras 272-273, 291.
[44]Report of the Expert, paras 287, 291.
[45]Restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union, Final Report of the Arbitration Panel established pursuant to Article 307 of the Association Agreement between Ukraine of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, 11 December 2020 (hereafter: Final Report of the Panel), paras 243-244.

是对其他章节规定的补充，TSD 条款可以作为“相关背景”在解释和适用其他条款时考虑。如果一项措施被诉可能违反贸易承诺，若该举措包含了为实现环境保护目的，那么就应当在审查时特别考虑适用 TSD 条款作为证明措施合理性的依据。[46]

按照以上审查逻辑，仲裁组对乌克兰提出的 TSD 条款作为抗辩的理由进行了审查，并得出了以下三项解读结论：第一，如果被诉的国内措施涉及林业产品贸易或其他更普遍的环境保护时，有关 TSD 国内承诺义务条款的都可能被引用和参考，包括“规制权”条款和遵守多边环境协议条款。第二，由于 TSD 条款需要缔约双方适当履行环境保护义务，那么在审查乌克兰两项禁令措施是否违反协定贸易承诺时，TSD 条款可以视为审查是否满足第 36 条“一般例外”情形时的“相关背景”，[47]从而满足对同一协定文本的不同规定进行和谐解释的要求。第三，可持续发展章节的多数条款具有“促进性”或“纲领性”（“promotional” or “programmatic”）的特点，相较于其他包含详细、具体、强制性的规定，例如本案提到的第 35 条进出口限制条款，TSD 条款可能不会产生直接或明确的义务。因此，单独参考可持续发展章节的规定不能直接证实被诉措施没有违反协定义务。TSD 条款仅作为被诉违反其他条款义务的“法律庇护”（“legal shelter”）的理由之一，从而帮助审查缔约一方维持这种不符措施是否具有正当性。[48]最后，仲裁组结合了 WTO 审查“一般例外”情形的方法，针对第一项禁令，从措施的目的和必要性，以及是否构成对贸易的变相限制和不合理的歧视进行检验，得出结论：乌克兰《2005 年出口禁令》符合“为保护植物生命或健康”的例外，不构成对协定义务的违反。但关于《2015 年出口禁令》不符合“为保护可能用竭的自然资源”的例外，乌克兰没有对未经加工木材的国内消费同时实施有效的限制，构成了不合理的歧视与限制，此时援引 TSD 条款与证实被诉措施的正当性无关。[49]特别说明的是，以上条款解释的做法在 2023 年完成谈判的《欧盟－智利高级框架协定》得到规范层面的确认。[50]因此，可以看出 TSD 条款的最新实践强化了与其他条款存在的重要联系。

4.实体性条款适用的后果

CJEU 的咨询意见阐述了 TSD 条款适用后果的观点，可以对总结分析违反 TSD 条款义务能否适用制裁措施提供分析的材料。咨询意见提到，若一方违反可持续发展章节关于劳工社会保护和环境保护的条款义务，另一方可以依授权终止或暂停协定其他条款规定的贸易自由化承诺。这种结论依据的理由是：回顾协定文本可知，双方缔约的意图不是为了在各自领土上维持统一的社会和环境保护水平，而是通过实现贸易自由化的目标的同时遵守各自有关社会保护和环境保护的国际承诺义务，对双方之间的贸易不符合可持续发展的部分进行规制。因此，TSD 条款与缔约双方经贸合作存在特定的联系，可以被视为贸易政策不可分割的一

[46]Final Report of the Panel, paras 245-246.
[47]参见《欧盟－乌克兰联合协定》第 36 条规定：“本协定的任何规定均不得解释为妨碍任何缔约方根据 GATT1994 第 20 条和第 21 条及其解释性说明采取或执行措施，这些说明已被纳入本协定并成为本协定不可分割的一部分。”
[48]Final Report of the Panel, paras 248-253.
[49]Final Report of the Panel, paras 466-467.
[50]参见《欧盟－智利高级框架协定》第 32.3(c)条。根据协定“一般例外”条款规定，缔约国为实施多边环境协定所采取的措施，在证实与上述两种正当理由相关且不构成不合理的歧视时，可以落入“一般例外”的情形，成立对违反能源、原材料以及投资自由化章节相关义务责任的豁免。

部分，对贸易产生了直接的影响。根据《维也纳条约法公约》（“Vienna Convention on the Law of Treaties”，以下简称“VCLT”）的第 60 条规定，违反 TSD 条款的行为可能构成对协定的重大违约，另一方就有权以此为理由终止条约的实施。[51]从 CJEU 的意见可以看出，经贸协定项下的 TSD 条款承诺与各国的国际承诺应当是相互兼容的，可持续发展章节充当了协定促进可持续目标的条件，从而加强了 TSD 条款的实施效果。[52]按照可持续发展理念以及 TSD 条款的立法价值，承认相互的关联性具有合理性。并且，设置 TSD 条款给贸易发展目标增加了可持续因素的条件，促进缔约双方在实现贸易承诺时有效履行 TSD 条款义务。

然而，反对意见认为，TSD 条款不适用经贸协定的一般国家间争端解决机制，这种争端解决机制的区分设计表明了两种条款的相对独立性。在《欧盟－新加坡自由贸易协定》中，可持续发展争端解决机制不包含终止条约实施的效果。至少在最初进行制度设计时，缔约者没有强烈的意图约定一方因不能履行 TSD 条款义务而暂停或终止贸易承诺，53咨询意见的结论就缺少了合理性依据。以上两种不同的意见与 TSD 条款适用能否引起制裁措施的争议密切相关，随着欧盟最新经贸协定谈判的实践而引起更多讨论。在欧盟日益增长的对条款执行力的谈判需求背景下，部分缔约国，特别是发展中国家，坚持反对把实质后果的责任承担形式引入条款适用的立场，应当重点关注的是，如何平衡或化解这种观点与促进 TSD 条款实施之间直接或间接的矛盾问题。

三、欧盟经贸协定可持续发展章节实体性条款适用问题

（一）实体性条款的效力范围存有争议

1.条款效力争议的由来

TSD 条款的法律效力问题存有较多争议，本质上是条款产生义务的约束力问题，形成于双边和区域国际经贸协定加入环境条款和劳工条款的现象之初。环境条款方面，根据经济合作与发展组织（“Organisation for Economic Co-operation and Development”，以下简称“OECD”）统计，1947 至 2021 年签署的区域性经贸协定中 85%以上的协定都包括了至少一种的环境条款。[54]然而，对于大多数的区域性经贸协定来说，条款的实施效果不尽人意。WTO 曾经对 177 个包含实质性环境条款的协定实施进行审查，只能得到 18 个实施记录和评估报告。[55]劳工条款方面，1994 年签署的《北美自由贸易协定》被视为第一个通过经贸协定的方式在另一国家领土上实施劳工标准和保护的协定。[56]

2.公约批准义务的约束程度争议

---

[51]Opinion 2/15 of The Court, paras 161-166.
[52]Marise Cremona, “Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017,” *European Constitutional Law Review*, 2018, Vol.14, No.1, p.242.
[53]Opinion of Advocate General Sharpston, 21 December 2016, para 491, https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=EN, last visited: 2024-01-28; Gracia Marín Durán, “Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues,” *Common Market Law Review*, 2020, Vol.57, No.4, p.1047.
[54]OECD, *Work on Regional Trade Agreements and the environment: Policy Perspectives*, 2023, https://www.oecd.org/env/Policy-Perspectives-OECD-work-on-regional-trade-agreements-and-the-environment.pdf, last visited: 2024-01-29.
[55]José-Antonio Monteiro, *Typology of environment-related provisions in regional trade agreements*, Working paper of World Trade Organization, https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201613_e.pdf, last visited: 2024-07-29.
[56]Céline Carrère, Marcelo Olarreaga & Damian Raess, “Labor provisions in trade agreements: Hidden protectionism?” *The Review of International Organizations*, 2022, Vol.17, No.3, p.457.

一般情况下，缔约双方均签署了国际公认的多边环境公约，因此 TSD 条款的公约批准义务特指批准有关 ILO 的八项劳工基本权利公约，涵盖四项工人核心的保护原则。[57]公约批准义务确实产生了一定的效果，但同时存在三个方面的争议：

第一，该条款的适用是否构成对第三国内政的不当干预。批准 ILO 公约是 ILO 每个成员国的主权权利，表达成员国愿意受该公约约束。在“韩国劳工承诺案”中，由于缔约双方未规定具体的公约批准义务履行时间表，尽管韩国为批准公约所作努力未能达到预期但并未构成违反条款义务，专家组基于这种观点认为欧盟诉韩国未履行公约批准的义务的主张不成立。在专家报告发布后，韩国主动批准了包括案涉与劳工结社自由权利相关的公约在内的三部基本公约。有观点认为欧盟启动这种特殊争端解决程序促使韩国批准了以上公约，[58]但是韩国声称批准公约的行为与该案的磋商无关。韩国不希望争端解决程序干涉本国内政的一贯做法有关，高度警惕通过国际、区域和双边合作构成对内部事务的不当干预。[59]由此可知，缔约国坚持批准公约是国家主权行为的立场，认为 TSD 条款实施可以促进批准行为，但不应成为批准公约的主要原因。

第二，该条款的适用是否能够产生实际的促进劳工标准的效果。以越南为例，尽管欧盟 TSD 条款的实施提高了越南国内立法与实践对劳工保护水平，然而对比欧盟与其他新兴经济体谈判签署的国际经贸协定文本可以看出，欧盟对外贸易政策的不一致性导致容易导致 TSD 条款缺乏实质的约束力。《欧盟－越南自由贸易协定》在促进劳工标准的实际环节规定十分薄弱，并且该协定过度强调劳工核心标准而忽视了其他保护与全球经济治理之间的联系。更重要的是，没有在缔约时立足越南国内的实际情况，未能考虑越南国内更严重的大量失业率问题。[60]此外，尽管欧盟在与韩国、新加坡等发达国家签署的协定中承诺各方批准 ILO“优先公约”（“priority conventions”）和“现代化公约”，[61]涵盖了更广泛的劳工权利，但由于这些公约在全球的批准率都比较低，不难推测这些公约的批准义务的约束力将会更低。

第三，该条款的适用是否导致协定谈判签署进程的停滞不前。欧盟“预先批准”的主要影响可以具体体现于冻结与中国有关的 CAI 协定谈判进展的事实。尽管，目前我国正式批准了 CAI 规定批准第 29 号和第 105 号公约的义务，但欧盟仍不认为这种做法能够实际上改变我国人权保护事业的现状。[62]由此可知，欧盟在与我国商签经贸协定的过程中借可持续发展章节对社会议题和人权保护施加过度的关注，过多的政治考量不利于推进投资与贸易自由

---

[57]ILO 八项基本公约分别是：1930 年《强迫劳动公约》（第 29 号）；1948 年《结社自由和保护组织权公约》（第 87 号）；1949 年《组织权利和集体谈判权利公约》（第 98 号）；1951 年《同工同酬公约》（第 100 号）；1957 年《废除强迫劳动公约》（第 105 号）；1958 年《就业职业歧视公约》（第 111 号）；1973 年《最低就业年龄公约》（第 138 号）；1999 年《禁止和立即行动消除最有害的童工形式公约》（第 182 号）。

[58]Ji Sun Han, “The EU-Korea Labour Dispute: A Critical Analysis of the EU’s Approach,” *European Foreign Affairs Review*, 2021, Vol.26, No.4, p.544.

[59]Aleydis Nissen, “Not That Assertive: The EU’s Take on Enforcement of Labour Obligations in Its Free Trade Agreement with South Korea,” *European Journal of International Law*, 2022, Vol.33, No.2, p.628.

[60]Navasartian, Areg, “EU-Vietnam Free Trade Agreement: Insights on the Substantial and Procedural Guarantees for Labour Protection in Vietnam,” *European Papers-A Journal on Law and Integration*, 2020, Vol.5, No.1, pp.566-567.

[61]例如《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.4.3 条，《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 12.3.4 条。

[62]Lily McElwee, *Despite Beijing’s Charm Offensive, the EU-China Investment Agreement Is Not Coming Back*, https://www.csis.org/analysis/despite-beijings-charm-offensive-eu-china-investment-agreement-not-coming-back, last visited: 2024-07-30.

化的进程，对双方正常的经贸合作造成了不当阻碍。

3.扩张性解释引起“贸易保护主义”争议

从历史的视角来看，这种争议源于贸易与社会议题衔接过程中始终存在的发达国家与发展中国家的政治立场对立。[63]起初，发达国家和发展中国家针对 WTO 协议能否包含提高劳工标准的社会条款展开辩论，美国和彼时的欧洲共同体主张在协议中纳入劳工保护条款并且提倡借助 WTO 争端解决机制对未能履行标准的成员国进行贸易制裁。发达国家认为，随着全球化加深，大量新兴经济体国家进入多边贸易，给西方社会带来了经济治理方面的问题。美欧共同选择把贸易目标与社会议题联结，并以此作为对外贸易政策的战略，主要目的是为发展中国家设置进入全球贸易自由化市场竞争的门槛和标准，从而遏制其快速扩张的趋势。

早先就有推测认为，有关环境和劳工保护的问题会成为发达国家与发展中国家之间的主要贸易冲突。[64]因此，我国必须认识到这种涉及调整国内立法与执行措施的环境与劳工标准条款，本质上可以归为国际经济政治关系中“南北对立”的具体表现形式，发达国家正在加强这种以法律工具的手段包装实施“贸易保护主义”的目的。[65]发展中国家基于维护国家利益和多边主义贸易的成果，反对以区域、双边主义输送美欧价值观的立场。尽管发展中国家接受签署包含 TSD 条款义务的经贸协定，但是囿于与欧盟国家力量悬殊对比而不得已的做法，实际上并不同意这种政策价值观的渗透。[66]继而，使发展中国家产生对 TSD 条款适用构成“贸易保护主义”的担忧。

（1）关于国内立法承诺义务的适用范围解释

CJEU 的咨询意见可以视为对 TSD 条款的国内立法承诺义务条款进行了扩张性解释。CJEU 认为，“最低水平条款”规定了缔约双方应当保证他们之间的贸易活动遵守有关环境和劳工保护的义务。[67]结合前述对 TSD 条款的分类可知，文本明确规定了“不减损条款”与协定的贸易目标存在直接的联系。但是，“最低水平条款”和国际标准承诺的条款并没有直接建立这种联系。因此，正确的理解应当是“最低水平条款”的目的是要求缔约双方能够确保在各自的领土上尊重和实现有关环境保护和劳工权利的承诺，而不论是否涉及贸易的因素，即不考虑它是否对贸易产生影响。[68]

“韩国劳工承诺案”专家组报告的观点与这种解读的方式意见一致，都产生了扩大条款义务效力范围的效果。在涉及国内立法承诺义务与贸易之间的关系时，专家组回顾了 OECD 和 ILO 的研究结论，认为贸易自由化背景下，保护核心劳工权利不影响国家的竞争地位，甚至从长远来说会加强国家的经济竞争力。[69]该案专家组认为，案涉条款的文本起草采用了一组对立的概念，排除了国内承诺只在与劳工相关的贸易方面存在的可能性，因此构成与贸

[63]李春林：《贸易与劳工标准联接的国际政治经济与法律分析》，法律出版社 2014 年版，第 87 页。
[64]Karen Vossler Champion, “Who Pays for Free Trade-The Dilemma of Free Trade and International Labor Standards,” *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 1996, Vol.22, No.1, p.214.
[65]Yueming Yan, “Labour and Trade in Asia Pacific: Origin, Development, and Prospects,” *Asia Pacific Law Review*, 2023, Vol.31, No.2, p.577.
[66]蒋小红：《2016 贸易与人权的联结——试论欧盟对外贸易政策中的人权目标》，载《欧洲研究》2016 年第 1 期，第 94-95 页。
[67]Opinion 2/15 of The Court, para 153.
[68]Opinion of Advocate General Sharpston, para 491.
[69]Report of the Expert, para 88.

易联系的例外情形。[70]然而，这种观点是否具有说服力是有待讨论的，因为没有明显的依据可以证明该条款构成了与贸易有关的例外。按照专家组的逻辑，欧盟无需承担证明被诉措施直接或间接影响了贸易自由化的责任，专家组也获得了超出可持续发展争端解决机制规定的审查范围。[71]专家组对韩国国内立法进行了审查，把条款约束的范围扩大到缔约方国内与劳工基本权利有关的所有立法，是扩张、普遍性解释的做法，不仅表示出“贸易保护主义”的倾向，还有可能对缔约国的国家主权造成不当侵害。[72]

（2）关于国内立法承诺义务的适用效果解释

根据 CJEU 的观点，违反 TSD 条款行为本身可以构成对协定的重大违反，并可能造成暂停或条约实施的后果。理由是可持续发展章节与协定贸易承诺之间存在联系，形成的实体义务对贸易或投资产生了直接或间接的影响。实际上，这种对条款效力的解读是把 TSD 条款与协定其他条款（如涉及贸易自由化承诺的条款）放在了同样的地位。但是 CJEU 依据 VCLT 第 60 条的规定对违反 TSD 条款的效果进行的解释过程，似乎没有考虑第 60 条规定的目的应是在不会造成对具体条约规定的妨碍前提下，用于确定根本违反条约的一般后果，即遵循“特殊法优先”的原则。然而，考察 TSD 条款设置的争端解决机制，可以发现其并不具有实施终止贸易承诺的功能。[73]并且，CJEU 的观点实际上不能形成逻辑自洽。一方面，CJEU 强调 TSD 条款与欧盟成员国与新加坡之间贸易承诺存在特殊联系，体现了 TSD 条款对贸易自由化条款的附随性；但另一方面，CJEU 又以此论证违反 TSD 条款可以构成根本违约，履约一方可以暂停或停止实施贸易协定，似乎是暗示 TSD 条款效力可以超出其他部分条款效力。

“乌克兰出口禁令案”则提供了相反的观点，仲裁小组遵照 TSD 条款的立法目的针对条款的实施效果和效力范围，结合条款在整个协定文本的地位作用，进行了限缩性解释，把 TSD 条款义务视为履行贸易自由化承诺义务的条件。仲裁组的主要观点是，因为 TSD 条款的文本难以设定具体的、强有力的义务，所以不能单独构成违反其他条款义务时获得豁免的独立事由，但它可以充当审查过程中是否违约的“相关背景”。不过该结论与仲裁组先前的论点依据就产生了矛盾，既然它承认乌克兰有权根据可持续发展章节的规定提出抗辩，那么就变相地认可 TSD 条款能够构成一种独立例外。对比“韩国劳工承诺案”的观点，本案中 TSD 条款的解释出发点是乌克兰将条款作为与贸易承诺不符的抗辩理由，为了回应乌克兰的观点，仲裁组有必要针对不同性质条款之间的关联性进行限制性解释。而在“韩国劳工承诺案”中，专家组对条款作扩大性解释，使得 TSD 条款的实施可以产生规制国内立法与措施的效果。因此，以上两种结论都存在不周延之处，未能对实体性条款进行合理有效的解释，无法满足 TSD 条款内部保持解释和谐一致，未能解决条款的效力问题。

---

[70]Report of the Expert, para 65.
[71]Vidigal Geraldo, “Regional Trade Adjudication and the Rise of Sustainability Disputes: Korea—Labor Commitments and Ukraine—Wood Export Bans,” *American Journal of International Law*, 2022, Vol.116, No.3, p.574.
[72]参见赵春蕾：《国际经贸协定中劳工条款的解读——以欧韩劳工分歧处理案为例》，载《政法论坛》2022 年第 6 期，第 150 页。
[73]Gracia Marín Durán, “Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues,” *Common Market Law Review*, 2020, Vol.57, No.4, p.1047.

四、欧盟经贸协定可持续发展章节实体性条款适用的启示

（一）认识和理解规则：选取审慎的解释规则对实体性条款进行解释

1.解释规则的构成

（1）一般国际法基础

根据目前 TSD 条款规定的解释规则，审查条款应首先参照国际公法的习惯解释规则，并且不与 WTO 争端解决机制的解释产生冲突，不得增加或者减少条约的义务。[74]其次，有的协定还补充提到了 VCLT 编纂的成文法条约解释规则。最后，解释规则不应妨碍缔约国国内法相关情况下的不同考虑。[75]按照特别法优于一般法的原则，优先考查 VCLT 第 31 至 33 条的条约解释规定。总结来说，TSD 条款的解释重点是探求双方在缔结经贸协定的时候在有关环境与劳工保护非贸易议题方面希望达成的共同意图，从而依照这种目的对条款进行解释，使其约束力和效力发挥作用，双方承担合理的 TSD 条款义务。[76]

对于 VCLT 第 31 条的一般解释方法来说，要考虑文本解释（“ordinary meaning”）、上下文文本解释（“context”）、目的和宗旨解释（“object and purpose”），并且以上几种解释方法是没有顺序要求的，但要整体遵循善意解释（“in good faith”）原则。[77]在文本解释的过程中，要关注协定的序言和附件与 TSD 条款的相关内容，以及在谈判过程中形成的任何有关协定、声明或者文书。在上下文文本解释的过程中，要考虑有关 TSD 条款实施的成文与不成文的解释和规定，以及其他可以适用的国际法规则。

因此，TSD 条款生效后的文件或者实施措施都可以成为辅助解释的材料。考察 TSD 实体性条款设置的国际承诺义务和国内承诺义务，都要依靠审查缔约国的嗣后实践来判断是否有效履行。实体性条款本身就包含了不断变化和发展的意味，其适用应更加灵活，但这种灵活变化也不得过分超出缔约之初确定的双方合意，即不能以国家嗣后实践对条款进行超越文本的本意不合理的、扩张的解释。例如，在“韩国劳工承诺案”审查韩国是否违反国际公约的批准义务时，专家组充分考虑了韩国就尚未批准公约所作的嗣后实践，包括是否向韩国国会提交法案，是否纳入国会讨论批准，同时还关注韩国就有关第 105 号公约未能批准的客观国内法原因。专家组认为，这种批准公约的义务应当是“尽最大努力”的义务，不必须地施加给缔约方一种不间断迅速地批准义务。如果双方一开始就希望施加这种不间断义务，那么就应当在文本中体现这一点。因此，判断是否履行的标准需要以过程为导向，而非结果为导向。[78]最终，专家组没有支持欧盟的这项请求。又例如，关于争端解决机制的责任承担方式，尽管欧盟已经认识到在必要的情况下实施制裁才能有效执行 TSD 条款，但也不能扩大专家组报告的执行力，而仅能与其他订立新的协定中实施这种意图。

此外，对于 VCLT 第 32 和第 33 条来说，如果经由第 31 条作出的解释仍然不能得出合

---

[74]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 14.16 条。

[75]例如，《欧盟－乌克兰联合协定》第 320 条；《中欧全面投资经贸协定》第 4 章第 4.3.11 条。

[76]参见李浩培：《条约法概论》第 2 版，法律出版社 2003 年版，第 361 页。

[77]VCLT 第 31.1 条规定了解释条约的“背景”：“条约应按照其条款的普通含义，在其上下文及其目的和宗旨的指引下，以诚实守信的态度进行解释。”根据第 31.2 条，“为了解释条约，背景应包括除了文本以外的其他内容，包括其序文和附件。”

[78]Report of the Expert, paras 286-291.

理的结论时，这两条主要起到补充解释的作用；如果已经得出合理的解释，则被用来验证解释能否统一、和谐。然而，欧盟目前的实践并没有很好地贯彻该解释规则的宗旨，本研究将在后文进行分析。

（2）实体性条款解释的特殊依据

构建审慎的 TSD 条款解释规则，除了考虑对一般国际法解释规则进行部分完善，还必须重视关于 TSD 条款特殊的解释依据，是我国理解的难点和重点。主要包括两个方面：一方面是涉及劳工与环境保护公约有关的审查规则与实践。TSD 条款反复提及的 ILO 八个核心公约以及 ILO 章程，还有国际公认的多边环境公约，涉及气候变化、生物多样性保护、空气污染治理、森林与渔业保护等领域。除此以外，CAI 还包括了倡导企业负责任行为的国际公认的指南和原则。[79]应当重视与以上文件相关的国际组织、有权机构作出的官方解释或权威观点。另外，TSD 条款专门设置了“科学信息”的规定，提醒缔约双方在准备或实施保护环境与劳工权利的立法或措施时，考虑与之相关的科学和技术国际规范、标准与准则。缔约国还有权在向双方都参与的相关多边环境组织或 ILO 寻求专门的信息协助。[80]例如，在“韩国劳工承诺案”中，专家组审查韩国 TULRAA 相关规定有无违反结社自由权利时，参照了 ILO 下设的 CFA 对结社自由权利监测的规则及处理投诉的案例汇编。因此，专门机构针对条款解释的观点可以作为参照解释 TSD 条款的材料，但是必须建立在双方共同对义务本身没有异议的情况下适用，并不是所有情况下都无条件可以直接适用。

另一方面是涉及可持续发展专门机构对 TSD 条款作出的解释与实践。可持续发展委员会是由双方共同组成的，代表缔约国的共同合意；国内咨询小组则是本国利益相关者参与 TSD 条款实施与执行过程的重要机制，代表国内相关主体在有关问题上的观点。因此，在审查争议措施是否违反 TSD 条款时，可持续发展委员会有权召开会议就有关事项进行讨论，并可以征求双方国内咨询小组意见。[81]这一环节是争端解决机制的前置环节之一，形成的观点对之后专家组审查工作有参考意义。考虑到 TSD 条款设置的透明度规则，缔约国应当以透明的方式提出和通过采取的措施，为公众提供机会提出合理意见。[82]由此可知，尽管社会主体不是适格的有权解释主体，提供建议和方法无法对条约进行有效解释，但是这种沟通机制体现了 TSD 条款的强调公众参与治理的规范意旨，符合条款的立法精神。除此以外，缔约国可以向环境或劳工保护相关的组织、团体寻求技术和信息帮助，他们还可以作为法庭之友提交意见。[83]例如，国际工会联合会、欧洲工会联合会和国际人权联合会在“韩国劳工承诺案”中就韩国立法规定中涉及侵犯劳工自由结社权利的行为提出了支撑观点。

2.重视分析与其他条款之间的联系

---

[79]参见《中欧全面投资协定》第四章第 1.2.2 条。

[80]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.8 条；《欧盟－乌克兰联合协定》第 297 条；《中欧全面投资经贸协定》第 4 章第 4.2.6 条。

[81]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.14.3-4 条；《欧盟－乌克兰联合协定》第 300.6 条；《中欧全面投资经贸协定》第 4 章第 1.3.2 条。

[82]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.9 条；《中欧全面投资经贸协定》第 4 章第 1.3.2 条。

[83]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 14.15 条；《欧盟－乌克兰联合协定》第 319 条；《中欧全面投资经贸协定》第 4 章第 4.4.6 条。

在确立以上审慎的解释规则后，需要引起关注的是 TSD 条款与其他条款之间的联系，即能否突破与经贸协定主要目标的联系承认可持续发展章节的独立性。确定条款之间的联系，有助于我国把握条款适用的边界和范围，坚持反对贸易问题政治化的立场，避免超出条款意旨扩大解释。根据 TSD 条款的规定，实体性义务应当建立与贸易之间的影响，即以“贸易为限”，环境和劳工标准承诺不得被用于贸易保护的目的。[84]同时，“不减损义务”条款也提到不得以削弱或减损保护标准的方式鼓励贸易或投资，TSD 条款始终不能脱离贸易或投资的促进目标独立讨论的。如果双方有意在缔约时把完全独立地讨论可持续发展议题，那么完全可以通过附件或者后续协定、声明的方式另行订立。把 TSD 条款融入经贸协定的正文，是为了加强贸易与投资中的可持续发展因素，促进双方有效履行 TSD 条款义务进而对贸易或投资承诺发挥积极影响。在最新的《欧盟－新西兰自由贸易协定》正文还可以看出，可持续发展承诺融入了不同的章节，更加印证了与其他条款之间存在紧密的联系。

按照以上思路分析“韩国劳工承诺案”和“乌克兰出口禁令案”之间的分歧，后者仲裁小组提供的观点更具有说服力。经贸协定的可持续发展章节需要联系环境、经济与社会三个方面，如果单独脱离经济发展的主旨，缔约双方无需在商签协定的谈判中加入这个议题，除非就是缔约一方单独给缔约另一方，特别是发展中国家设置变向的限制和歧视。退一步来说，即使欧盟力图推进这种变向的限制，也是为了间接达成削弱对方贸易或投资竞争优势的最终目的，依旧无法脱离贸易或投资的主题。

本研究观察到，可持续发展章节的“贸易促进可持续”条款可以被视为确认 TSD 条款与其他条款之间联系的规定。[85]根据该条款规定，双方承诺以贸易促进可持续发展，认识到保护劳工核心标准可以提高生产力效率，贸易政策与就业和劳工保护政策之间应当协调。同时，应促进采取可持续再生能源、节能技术等生产的生态保护产品的贸易或投资，包括个遵循公平道德和企业社会责任生产的产品。其内涵应为，TSD 条款义务需要体现在贸易或投资的具体场景中，二者具有紧密的联系。只有最终通过全球价值链促进生产要素的可持续，TSD 条款的目的才能真正实现。由此可知，“韩国劳工承诺案”的观点扩张解释了 TSD 条款，超出了原本的缔约目的；而“乌克兰出口禁令案”得出的条款之间关系的结论更具有参考价值，同时还补充了 WTO 协定“一般例外”的验证情形，把 TSD 条款创新解释为判断违反贸易承诺的行为是否落入豁免条件的“相关背景”。从这一点也可以看出，该案的仲裁小组也遵循了 TSD 条款内容不得与 WTO 协定的规定相冲突的规定，可以在以后的 TSD 条款适用中重点参考。

3.应体现整体和谐的解释效果

尽管“韩国劳工承诺案”和“乌克兰出口禁令案”的背景和主题不同，争端解决的程序存在差异，也不能以此说明在有关 TSD 条款是否具有独立性的问题上两案形成相反的结论

[84]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.2 条；《欧盟－乌克兰联合协定》第 291.4 条；《中欧全面投资经贸协定》第 4 章第 3.2.6 条。

[85]例如，《欧盟－韩国自由贸易协定》第 13.6 条；《欧盟－乌克兰联合协定》第 324 条；《中欧全面投资经贸协定》第 4 章第 4.5 条和 4.6 条。

是合理的。[86]对于欧盟来说，未来应当在 TSD 适用中推进更具有一致性的解释结论，这样才能提高条款适用的说服力。

这种解释的一致性有两个层面的意义，其一是在协定内部，对 TSD 条款的解释结论也影响了其他条款的解释与适用，需要考虑整个协定的目的与宗旨，如若相互有明显抵触，就无法达成内部的和谐一致，更不能证明解释的合理性；其二是对于欧盟来说，欧洲一体化的重要理念和工具就是一致解释原则。不过，这种一致解释不代表无差别的一致，而是充分尊重多元的法律和社会背景下的合理一致。[87]如果包含 TSD 条款性质、地位以及与其他条款内容之间联系的最基本的问题依旧解释不一，无疑会加大条款有效适用的难度。前已提到，TSD 条款的表述还和欧盟其他的对外贸易政策十分相似，我国在日后对外商签经贸协定也不可避免地遇到此种问题。因此，同时实施这两种与贸易有关的可持续发展义务，更需要强调解释的和谐一致性。另外，由于 TSD 条款实体性义务涉及了对国际公约的批准与履行，在阐述和解释公约权利义务的过程中，缔约国应当采取积极措施，以防造成文本解释的分歧，导致对已经形成的有关环境保护和劳工权利问题的国际共识产生不当干扰。[88]

（二）运用规则：我国对外商签经贸协定的实践启示

1.在谈判过程中寻求可持续发展议题与经贸承诺的平衡

欧盟认为，在经贸协定谈判纳入社会议题能够产生积极效果，这个结论的出发点是 TSD 条款义务能够促使缔约国更加有效地促进可持续发展目标。但是，从欧盟与越南、欧盟与南方共同市场的经贸协定可以看出，这些协定具有更广泛的法律目标。欧盟意图通过施加 TSD 条款义务，促进发展中国家的法律变革，从而加强在人权、环境等社会问题的影响力。[89]在亚太地区，欧盟还以此为契机，希望减少《区域全面经济伙伴关系协定》（“The Regional Comprehensive Economic Partnership”，以下简称“RCEP”）和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（“The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership”，以下简称“CPTPP”）生效实施可能带来的贸易政策的孤立影响。本研究认为，欧盟需要作出政治选择，考虑具体把哪几项环境和劳工目标涵盖至贸易规制手段之中。对发达国家来说，加入高标准的政策目标可能并不会影响经贸谈判的整体进程。但是对诸多发展中国家来说，贸易与社会议题的联结可能会阻碍谈判的进展。

我国向来反对将政治问题与贸易目标联结的做法，但作为负责任的大国，我国仍然坚持在合理的经贸合作框架内解决环境和劳工保护问题。目前对外签署的自由贸易协定中一半以上包含了环境条款，并按照发展中国家和发达国家区分设计了不同重点的条款内容。[90]对于劳工条款，始终保持适当、谨慎的态度，包含此类条款的对外商签的经贸协定尚未形成较为稳定的范式。[91]2020 年完成初步谈判的 CAI 被视为当前我国商签的包含最多可持续发展要

---

[86]Gesa Kübek,, “Sustainable Development Chapters in EU FTAs and Dispute Settlement: Lessons Learned from Ukraine–Wood Products and Korea–Labour Rights,” in Elaine Fahey and Isabella Mancini (eds.), *Understanding the EU as a Good Global Actor*, Cambridge University Press, 2022, pp.292-293.

[87]彭岳：《一致解释原则的功能及适用要件》，载《法学研究》2023 年第 2 期，第 209-210 页。

[88]Desirée LeClercq, “Integrating non-binding labour standards in binding trade agreements: The ILO’s feedback loop,” *Journal of International Economic Law*, 2023, Vol.26, No.3, pp.554-555.

[89]Son Ngoc Bui, “Vertical Law and Development,” *Cornell International Law Journal*, 2021, Vol.54, No.1, pp.21-22.

[90]郑玲丽：《区域贸易协定环境条款三十年之变迁》，载《法学评论》2023 年第 6 期，第 152 页。

[91]参见梁咏：《供应链尽责理念影响下的国际投资条约中的劳工条款：国际实践与中国对策》，载《当代法学》2024 年第 2 期，

素的经贸协定，也是中欧关系目前最重要的协定。[92]然而，欧洲议会不断对我国的人权问题给予过度关注，甚至把 CAI 视为实现政治目标的工具，致使 CAI 在 2021 年 5 月被冻结。[93]在欧盟内部，支持者认为 CAI 是双方谈判的产物，纳入 TSD 条款能够在为可持续发展要素的国际合作和对话提供框架平台，还可以补充现有的国内政策的不足。反对者则认为 CAI 不具备强有力的执行机制，条款的义务可能仅是象征性的，涉及到国家根本利益的议题难以实现。[94]2021 年的欧洲议会对华出台了多项敏感性制裁决议，CAI 能否最终通过批准难以推测。欧盟无疑对 CAI 施加了过多的政治期待，把 CAI 签署批准视为干预我国劳工与人权保护事业的手段。然而，过多期望通过 TSD 条款的政策工具实现人权和社会价值，如果没有达成理想的效果，欧盟就不会继续推进 CAI 生效进程。这种逻辑显然违背了双方开展经贸合作谈判的初衷，CAI 的谈判实际上已经被欧盟引入了环境退化以及人权侵犯等复杂的议题，脱离投资与贸易发展水平的客观差距。我国并不是个例，在欧盟与印度的经贸协定谈判中，印度明确表示反对将贸易与环境和人权保护问题联结，坚持依靠多边主义平台解决社会议题，避免“贸易保护主义”抬头。[95]

社会议题纳入经贸协定是由当前全球经济化产生的问题决定的，具有一定的合理性。但是把环境与劳工标准与贸易或投资过度紧密地结合，不可避免地会产生“贸易保护主义”和“贸易政治化”的风险。CAI 批准程序被欧盟冻结，导致贸易与政治的摩擦愈演愈烈，地缘政治已经通过经贸手段开始渗入我国国内法的制定和完善进程，我国必须明确自己的站位和立场，才能做好充足准备寻求和平、自由发展的外部社会。[96]即使 CAI 已被欧盟单方冻结，我国应充分肯定 CAI 能够带来的经济效益，仍然坚持致力于深化中欧的对话合作机制，重视双方关系有利一面，以合作共赢的思路缓和中欧关系。[97]

2.警惕实体性条款扩张适用的风险

由于 CAI 是我国商签经贸条约中对环境和劳工承诺最多的协定，在欧盟对我国实施人权问题的制裁和极力促进 TSD 条款适用的趋势之下，必须警惕条款适用可能产生的风险，减少对投资自由和我国利益的损害。

我国应当思考如何把 TSD 条款保留有关社会议题国内规制权作为主要手段，应对条款义务的挑战和风险。[98]就当前 CAI 的文本来看，依旧保留了国际承诺义务和国内承诺义务，内容方面基本延续了欧盟可持续发展专章的范式，但是也有不同之处。国际公约批准义务方面，CAI 相对来说设置的义务范围较小于之前的协定。CAI 强调了缔约方应“坚持和不断地努力”批准第 29 号和第 105 号公约，但未涉及其他公约，且没有采用列举式说明“尊重、

第 144 页。

[92]石静霞，陈晓霞：《“中欧全面投资协定”：我国商签经贸条约的新范式》，载《国际法研究》2021 年第 5 期，第 93 页。

[93]张磊：《欧洲议会对华强硬态势的动因及影响》，载《现代国际关系》2021 年第 7 期，第 53-54 页。

[94]Lorenzo Cotula, “EU-China Comprehensive Agreement on Investment: An Appraisal of its Sustainable Development Section,” *Business and Human Rights Journal,* 2021, Vol.6, No.2, pp.366-367.

[95]Ranja Sengupta, *Can India protect its development objectives by signing a free trade agreement with an unequal partner with different ambitions?* https://in.boell.org/en/2023/06/07/proposed-eu-india-fta, last visited: 2024-08-27.

[96]参加李春林：《贸易与劳工标准联接的国际政治经济与法律分析》，法律出版社 2014 年版，第 384-385 页。

[97]《商务部召开例行新闻发布会》，载中华人民共和国商务部网， http://www.mofcom.gov.cn/xwfbh/20221201.shtml, 最后访问时间：2024 年 8 月 27 日。

[98]叶斌：《中欧全面投资协定与监管权：战略机遇及外部风险》，载《国际法研究》2021 年第 6 期，第 16-17 页。

促进和实现”的 ILO 核心公约的四项基本权利，而是笼统地概括。[99]因此，CAI 给予了双方更多的义务履行空间，同时又对反对强迫劳动的议题表达了特别关注。由于我国一向在该问题持谨慎的态度，结合美欧经常以劳工和人权问题对我国实施额外关切，不难推测可能性出现“韩国劳工承诺案”一系列的涉诉争议。因此如若 CAI 日后生效实施，我国必须对该义务的风险加以特别关注。在环境公约的执行方面，CAI 要求缔约方应当有效履行《巴黎气候变化协定》有关“国家自主贡献”（“national determined contribution”）的承诺，与《欧盟－新西兰自由贸易协定》的规定相似，均表达了对气候危机的重点关注。[100]由此，不难看出欧盟在促进履行气候协定承诺的决心。如果我国没有达成自主贡献的承诺，是否也会引起分歧解决机制的适用。此外，在规制主体的部分，尽管协定直接规制的是我国与欧盟成员国，但 CAI 增加了企业社会责任的规定，鼓励促进负责任的企业行为，可能结合欧盟推行的《公司可持续性尽责指令提案》为代表的域外立法对我国企业产生负面影响。我国应警惕可能产生的贸易壁垒，加强我国反歧视或不当限制的政策应对。[101]

3.鼓励以务实的态度履行可持续发展承诺

习近平总书记强调，尽管制度差异、竞争和分歧客观存在，但不能因此就停止合作、走向对抗，中欧双方要树立正确认知，看到经济之间的互补性，在深入、广泛的合作中建立利益共同体。[102]CAI 对中欧乃至全球的经济发展具有丰富意义，仍然可以成为促进中欧关系和国际经贸规则治理的重要方案。结合我国加入 RCEP 以及申请加入 CPTPP 的前景，应从实用主义的角度看待 TSD 条款的生效实施，以务实的态度履行作为全球最大的发展中国家的可持续发展承诺。

具体来说，第一，对于国际公约的批准和执行义务，我国应当遵照过程性履行的方式，不断通过实践积累，支撑自身解释条款的话语权和材料。2021 年我国已经批准了 CAI 规定应当批准的有关公约，参照 ILO 官网的数据，自 1983 年我国恢复在 ILO 活动以来，已经努力持续地批准了多项公约，可以体现我国履行劳工保护承诺的决心。[103]参照“韩国劳工承诺案”对公约批准义务的解释，未来我国应当在条约批准与执行中，不断丰富国内和国际两个层面的制度实践，从而形成有力的过程性履行证据，阐释履行义务的内容。

第二，对于国内承诺义务与国内监管权的关系，一方面，我国需要关注在国内立法和措施中推进有关劳工与环境承诺的内容，提高保护水平，不违背公约的宗旨和目的，对企业生产链存在的不合理侵犯工人权利、环境的内容的规制和惩处。另一方面，“韩国劳工承诺案”体现了欧盟对结社自由权利的重视，尽管 CAI 目前的文本没有单独提及此项权利，但考虑

[99]参见《中欧全面投资协定》第 4 章第 3.4.2 条。
[100]参见《中欧全面投资协定》第 4 章第 2.6 条和《欧盟－新西兰自由贸易协定》第 19.6.2 条。
[101]叶斌，杨昆灏：《绿色转型背景下欧盟法的域外效应——基于对 CBAM 和 CSDDD 提案的考察》，载《欧洲研究》2023 年第 6 期，第 55-55 页。
[102]《习近平会见欧洲理事会主席米歇尔和欧盟委员会主席冯德莱恩》，载中华人民共和国人民政府网，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202312/content_6918908.htm，最后访问时间：2024 年 9 月 5 日。
[103]根据 ILO 官网数据显示，我国自 1999 年至 2022 年批准了七项 ILO 基本公约。然而，美国仅批准了第 105、182 号公约且 1999 年至今没有批准新的公约。详见 ILO, *Ratifications of fundamental instruments by country*, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:10011:::NO:10011:P10011_DISPLAY_BY,P10011_CONVENTION_TYPE_CODE:1,F, last visited: 2024-09-05.

到我国目前仍未批准有关公约，不排除未来欧盟以此为由在投资或贸易领域对我国进行排除和限制。我国应立足实际情况，结合 ILO 结社自由权的解释与实践，谨慎地进行试点制度改革，同时警惕外部政治因素介入的风险。[104]

第三，程序性条款方面，应提高社会参与度和透明度，坚持有效的信息公开，主动发布白皮书、过程性报告，说明劳工与环境标准承诺的作为。同时借鉴欧盟的经验，重视吸收选拔可持续发展领域的专家或在环境和劳工保护领域、工商业届具有丰富经验的利益相关者，为政策实施制定提供意见，在非官方的视角也塑造我国法治化形象和立场。[105]另外，关于分歧解决机制，我国应加大研究力度，特别是结合 CPTPP 设置的劳工与环境保护条款，分析二者的共通和不同之处。以 CPTPP 环境条款为例，采取了递进式的协商谈判模式，CAI 则是这种模式的修正，补充了分歧解决机制作出报告的方式。我国应当看到，无论是 CAI 还是 CPTPP，反映我国对 TSD 条款规则的谈判和实施机制的不足，需要提高完善。[106]

最后，对外商签经贸协定包含 TSD 条款对我国对标高标准国际经贸规则、在参与亚太经济圈和全球经济治理过程中建设规则话语权具有重要意义。全球经济竞争愈演愈烈，国际经贸规则重塑面临挑战，我国在世界大变局中仍然坚持制度型开放的态度和对接高标准规则的决心。[107]目前，我国已经正式向 CPTPP 成员国递交加入文件的申请，并且通过不断加大自贸协定的谈判力度，共计已经同 29 个国家和地区完成谈判签署二十余项商签条约协定，丰富扩大了自身的贸易圈。[108]特别地，“一带一路”的陆上沿线国家大多面临严峻的环境保护挑战，海上沿线国家多为发展中国家，可持续发展要素的社会治理议题纳入我国对外商业政策符合可持续发展法治化转型的需要。[109]即使我国已经加入的 RCEP 当前文本不包括劳工和环境条款，但协定仍设置了总体审查机制定期进行审查，同时要求建立可持续发展委员会，专门讨论如气候变化、环境和绿色转型的议题。[110]因此，不排除 RCEP 成员国在未来推动引入可持续发展要素谈判的可能性。

总之，我国作为国际经贸规则的积极维护者，对发达国家引领的高标准规则包容和借鉴，认识到环境条款和劳工条款的实施意义，促进高水平制度开放；同时，作为最大的发展中国家，也应当成为国际秩序和经贸规则重塑中制度的贡献者，把可持续发展的目标应用于自贸区建设、“一带一路”和人类命运共同体的倡议中，制定有效的对外贸易战略，反对“贸易保护主义”和贸易政治化倾向，警惕美欧自贸协定社会议题带来的负面效应，维护更广泛的发展中国家的利益以及多边贸易来之不易的成果，真正意义上实现社会、环境、经济协调可持续发展。

---

[104]班小辉：《中欧全面投资协定软性劳工条款的风险及应对——以欧韩 FTA 争端案为视角》，载《国际商务研究》2024 年第 2 期，第 108-109 页。

[105]参见何志鹏：《国家形象驱动的涉外法治话语体系构建》，载《社会科学》2023 年第 6 期，第 16 页。

[106]曾文革，刘叶：《中欧全面投资协定与 CPTPP 环境保护条款的比较及启示》，载《国际商务研究》2022 年第 1 期，第 102-103 页。

[107]石静霞，陈晓霞：《“中欧全面投资协定”：我国商签经贸条约的新范式》，载《国际法研究》2021 年第 5 期，第 98-99 页。

[108]《中国外贸“朋友圈”不断扩大》，载中华人民共和国人民政府网，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202401/content_6929205.htm，最后访问时间：2024 年 9 月 15 日。

[109]刘敬东：《“一带一路”法治化体系构建研究》，载《政法论坛》2017 年第 5 期，第 128 页。

[110]参见《区域全面经济伙伴关系协定》第十八章机构条款，附件一第 12-14 条。

CPTPP 跨境服务贸易规则：内容、影响与中国因应

李 烨*

（南京大学法学院，江苏 南京 210093）

摘 要：作为由发达国家主导谈判的区域贸易协定，CPTPP 在服务贸易领域采取分立架构与多元化规制方案，给中国的申请加入带来了一定的困难与挑战。在核心规则内容上，CPTPP 要求缔约方采用负面清单模式确定开放部门，可以将不遵守开放义务的部门纳入不符措施，同时强化对缔约方国内规制权的约束。中国应当客观对待 CPTPP 跨境服务贸易规则带来的影响，一方面认识到规则在促进区域服务贸易经济与法治发展、提供高标准规则文本、推动 WTO 服务贸易立法进程方面的正面效应。另一方面，也需警惕规则加深国际服务贸易制度碎片化，增加国内法律调整压力的负面效应。中国应在深化规则研究的基础上，坚守核心利益，适度调整国内法律体系，在加入谈判中灵活表达中国主张与方案，进而实现服务贸易领域国内法治和涉外法治的积极互动与统筹发展。

关键词：CPTPP；跨境服务贸易规则；负面清单；国内规制；涉外法治

问题的提出

当前，世界正历经百年未有之大变局，国际政治与经济形势错综复杂，传统经贸体制与制度规则备受冲击亟须调整。基于国际权力转移理论，新兴大国正在国际经济法律秩序的变迁中输出自身偏好，维护国家经济利益。[①]作为世界第二大经济体的中国，既需要把握全球经济治理体制变革的重要机遇，也要面对国际经贸规则调整带来的严峻挑战。[②]2021 年 9 月，中国商务部部长王文涛代表中国政府提交了申请加入《全面进步的跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，以下简称 CPTPP）的书面信函，正式启动加入谈判进程。申请加入 CPTPP 被称为中国第二次“入世”，体现出中国对建设符合世界贸易组织（World Trade Organization，以下简称 WTO）原则、具备开放透明、互利共赢的区域自由贸易安排的坚定立场，也表明中国坚持互利共赢、开放发展的理念，共同推进经济全球化和区域经济一体化发展，构建人类命运共同体的信心。[③]与此同时，CPTPP 实现了区域高水平贸易自由化、深层次服务与投资市场开放，给中国的申请加入带来了一定的困难与挑战。[④]尤其值得关注的是，伴随数字经济的强势崛起，服务贸易作为国际贸易发展的重要引擎，成为我国制度型开放的重点领域。2023 年 9 月，习近平主席

---

* 李烨，男，1995 年 11 月生，南京大学法学院博士研究生。

作者简介：李烨（1995-），男，四川泸县人，南京大学法学院博士研究生，研究方向为国际经济法。

① See W. W. Bruke-White, “Power Shifts in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism”, Harvard International Law Journal, Vol.56, No.1 (2015), p.47.

② 参见王彦志：《中国模式与国际经济法律秩序变迁》，刘志云编：《国际关系与国际法学刊》（第 9 卷），厦门大学出版社，2021 年，第 225-226 页。

③ 参见周汉民：《从 WTO 到 CPTPP：中国对外开放的进程》，《国际商务研究》2021 年第 6 期，第 8 页。

④ 参见中国法学会 WTO 法研究会 CPTPP 课题组：《加入 CPTPP，中国需要做什么》，《武大国际法评论》2021 年第 5 期，第 1-2 页。

在中国国际服务贸易交易会全球服务贸易峰会上的致辞中指出，中国将放宽服务业市场准入，有序推进跨境服务贸易开放进程，提升服务贸易标准化水平，稳步扩大制度型开放。[①]为此，本文就 CPTPP 的跨境服务贸易规则展开，基于中国视角论述与分析规则的内容与影响，揭示中国接受 CPTPP 服务贸易领域规则的难点与重点。在此基础上，本文提出中国在加入 CPTPP 谈判过程中，商签跨境服务贸易相关规则事项应当坚持的原则立场与具体方案，为中国参与全球服务贸易竞争营造良好的国际法治环境。

CPTPP 跨境服务贸易规则的内容评述

在晚近的国际经贸规则变革当中，CPTPP 在数字贸易领域的系统规制模式，直接影响后续贸易协定的构建。[②]在受数字技术影响最大的服务贸易领域，CPTPP 树立起跨境服务贸易规则的新标准，在《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Services，以下简称 GATS）的基础上，实现了诸多突破与创新。本文从 CPTPP 服务贸易领域规则的理念与框架出发，在比较的视野下，论述与分析服务贸易开放部门与方式、约束纪律，缔约方采取不符措施与行使国内规制权的相关内容。

（一）规则理念与规则框架

CPTPP 作为促进经济一体化的区域贸易协定，通过互利规则为贸易和投资建立可预见的法律和商业框架。协定跨境服务贸易规则正是基于此框架进行构建，规则理念可以概括为自由、公平、公开、公正。首先，自由理念不仅是跨境服务贸易规则所有，其贯穿 CPTPP 始终，在跨境服务贸易领域以取消市场准入壁垒，实现服务贸易的自由化发展为目标。其次，CPTPP 也体现公平理念，跨境服务贸易规则强调准入前国民待遇，体现一视同仁。再次，为创造更加公平的区域经贸竞争环境，CPTPP 强调公开理念，即信息的公开与透明，在跨境服务贸易规则上“透明度”的强调正是该理念的体现。最后，CPTPP 要求缔约方政府以合理、客观与公正的方式实施服务贸易国内规制措施，在争端解决中也应秉持公正的态度。自由、公平、公开与公正是 CPTPP 规则体系构建的理念，中国应对 CPTPP 跨境服务贸易规则的准备也应当建立在理念统一的基础之上。

在规则框架方面，CPTPP 采用分立架构的形式，具体表现为内容分散、标准多元的特点。内容分散主要是指在 CPTPP30 个章节中，诸多章节[③]与服务贸易存在关联，而规制服务贸易的核心规则是第 10 章“跨境服务贸易”。标准多元是指 CPTPP 不同于 GATS 对 4 类服务贸易采用同一章节相同标准进行规制，而是采取多元化的标准。[④]CPTPP 第 10 章就跨境提供（mode 1）、境外消费（mode 2），以及自然人流动（mode 4）三种类型的服务贸易予以规制，而商业存在（mode 3）被放到第 9 章“投资”当中。纳入“投资”章节的商业存在，与金融服务、电信服务的开放水平与第 10 章“跨境服务贸易”有所不同，体现出 CPTPP 对

① 参见本报记者：《携手推动世界经济走上持续复苏轨道》，《人民日报》2023 年 9 月 3 日。

② See M. Burri, “Trade law 4.0: Are We There Yet?”, Journal of International Economic Law, Vol.26, No.1 (2023), p.94.

③ CPTPP 涉及服务贸易的其他章节包括：第 9 章“投资”、第 11 章“金融服务”、第 12 章“商务人员临时入境”、第 13 章“电信”、第 14 章“电子商务”、第 15 章“政府采购”、第 25 章“监管一致性”等。

④ 参见全毅：《CPTPP 与 RCEP 服务贸易规则比较及中国服务业开放策略》，《世界经济研究》2021 年第 12 期，第 31 页。

服务贸易差异化的规制方式，这也是协定采取分立架构的重要原因。CPTPP 更加注重服务贸易及其相关规则的开放性与多元化，反映出 GATS 不能适应数字经济时代的服务贸易规制需求，在 WTO 框架下多边谈判停滞的背景下，各国通过区域贸易协定（Regional Trade Agreement，以下简称 RTA）的方式探索因应实践发展的制度规则。[①]

（二）服务开放与约束纪律

在国际经贸协定中，服务贸易对外开放的承诺方式，是影响协定整体架构的系统性问题，在此基础上施加的规则纪律，是协定义务分配与约束效力的核心内容。[②]CPTPP 采取负面清单的服务承诺列表模式，在约束纪律上的设置强调更加自由化的服务贸易。

在服务开放方面，基于乌拉圭回合服务贸易的谈判成果，GATS 参照《联合国中心产品分类目录》，将服务部门分为 12 类[③]160 个分部门，随后签订的 RTAs 一般都以此作为服务贸易谈判与协商开放的部门基础。在服务开放的实体规定上，CPTPP 列明政府采购，政府履职服务，政府支持贷款、担保或保险，与航权有关的航空服务属于关闭的服务部门，即其他服务部门缔约方均应对外开放。在服务开放的程序规定上，CPTPP 要求缔约方采取负面清单模式制定服务承诺列表。

在国际实践中，服务承诺列表包括正面清单、负面清单，以及混合清单三种模式。[④]通常认为，正面清单模式是指一国在做出国民待遇或者市场准入承诺时，将市场准入、国民待遇局限在特定行业部门的贸易开放模式。GATS 正是采用正面清单模式的代表，WTO 成员需要列出接受 GATS 第 16 条“市场准入”与第 17 条“国民待遇”约束的服务部门或分部门，接受相应规定与条件的限制。[⑤]负面清单模式则是所有的行业部门和措施都是开放的，除非在附件中进行了特别的保留或者明确列举不符措施的贸易开放模式。CPTPP 要求缔约方提高对服务提供者的保护、可预测性和透明度，除了以“不符措施”（non-conforming measures）形式明确排除的服务以外，其他服务部门均应当对 CPTPP 其他缔约方开放。混合清单模式则是在不同的服务部门或不同的开放环节采用不同的清单模式，《服务贸易协定》是典型代表，其要求缔约方在市场准入环节采用正面清单模式，国民待遇环节采用负面清单模式进行开放。

从清单模式的假设来看，正面清单模式假定缔约方所有服务部门均不开放，通过谈判列入清单的部门才承担具体的开放义务，从本质上讲是“自下而上”的开放方式。负面清单则假定缔约方所有服务部门均开放，除非通过谈判列入不符措施予以排除，与正面清单模式正好相反，属于“自上而下”的开放方式。混合清单模式则结合上述两者，在开放与限制之间寻求平衡。从服务开放自由化角度而言，负面清单模式与正面清单模式、混合清单模式相比，蕴含着“法无禁止即自由”的思想，有利于降低市场主体面临的新业态准入风险、创新风险，

---

① See A. D. Mitchell, N. Mishra, “Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy”, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, Vol.20, No.4 (2020), pp.1088-1089.

② 参见石静霞：《中国加入 CPTPP 谈判中的服务贸易重点问题》，《中外法学》2023 年第 4 期，第 848 页。

③ 12 类服务部门包括：商业服务、通信服务、建筑及有关工程服务、销售服务、教育服务、环境服务、金融服务、健康与社会服务、旅游及相关服务、娱乐、文化与体育服务、交通运输服务，以及其他服务。

④ 参见刘征峰：《负面清单、透明度与法治原则——兼评我国自贸区外资管理的路径改革》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2018 年第 4 期，第 122-123 页。

⑤ See WTO Secretariat, A Handbook on Reading WTO Goods and Services Schedules, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p.34.

以及减少法律行为效力的不确定性。[①]

在约束纪律方面，CPTPP 服务贸易规则包括国民待遇与最惠国待遇、市场准入自由化承诺，以及禁止要求当地存在。首先，国民待遇与最惠国待遇共同构成服务贸易领域的非歧视原则。国民待遇作为边境后措施，与市场准入成为对外国服务和服务提供者所享受的待遇标准的重要参考。[②]最惠国待遇方面，CPTPP 不同于 GATS 在服务贸易最惠国待遇方面允许成员豁免，无豁免的最惠国待遇将进一步提升缔约方服务贸易对外开放水平。其次，CPTPP 第 10.5 条“市场准入”明确禁止数量限制措施，是 CPTPP 对跨境服务贸易市场准入要求的核心，需要认真对待。最后，CPTPP 第 10.6 条“当地存在”要求缔约方不得要求另一缔约方的服务提供者在其领土内设立或运营代表处、企业，以及当地居民作为跨境提供服务的条件，该纪律也被称为“禁止要求当地存在”。

禁止要求当地存在，是在 GATS 的基础上与 RTAs 的框架下，由本地化措施演进而来的义务，且容易与“商业存在”相混淆。禁止要求当地首次以独立条款的形式出现是在 1994 年《北美自由贸易协定》（North America Free Trade Agreement）的跨境服务贸易章节中。[③]当地存在措施的实施，使得跨境服务提供者设立存在或进行居住，与进入服务市场的权利相联系。对于跨境服务提供者而言，商业存在从“权利”转化为“义务”。禁止要求当地存在使得缔约方给予跨境服务提供者，基于各种因素自由决定是否设立商业存在的权利，而非进入市场所负担的义务。禁止要求当地存在一方面有利于跨境服务提供者成本的减少，显著改善跨境服务（model 1）的承诺水平，另一方面也有利于促进缔约方在专业服务、卫生服务和教育服务部门的市场开放。[④]此外，CPTPP 还对缔约方提出包括承认、拒绝给予利益，以及支付和转移等要求，但相关约束纪律与 GATS 或其他 RTAs 服务贸易规则内容一脉相承，中国接受相关规则条款不具有难度，故本文不对相关内容展开论述。

（三）不符措施与国内规制

在国际贸易领域，一国对外贸易政策包含两个基本方向，即自由贸易政策与保护贸易政策。[⑤]CPTPP 在推动区域服务贸易自由化的同时，也允许缔约方基于经济利益与公共政策而进行必要的“保护贸易”措施。不符措施与国内规制的行使与约束，正是贸易自由与贸易保护平衡的产物。

在不符措施方面，根据 CPTPP 第 10.7 条，缔约方拥有在负面清单中载明具体服务部门，并说明不遵守国民待遇、最惠国待遇、市场准入、禁止要求当地存在四项义务中的一项或两项以上的权利。所谓“不符”指的是与缔约方应承担的一般条约义务不相符的情形，这也成为缔约方拒绝或限制开放特定服务部门的依据。[⑥]

CPTPP 的不符措施包括两种类型：一是受“棘轮机制”（ratchet mechanism）限定的不

---

① 参见王利明：《负面清单管理模式与私法自治》，《中国法学》2014 年第 5 期，第 37-39 页。
② 参见参见韩龙：《试析 GATS 国民待遇规定中的立法技术问题》，《云南大学学报（法学版）》2005 年第 4 期，第 68 页。
③ 参见石静霞、鄢雨虹：《论服务跨境提供中的“禁止要求当地存在规则”——兼论对我国服务市场开放的启示》，《上海对外经贸大学学报》2020 年第 3 期，第 59 页。
④ See S. Harbinson, A. H. Lim, “Trade in Services”, in C. L. Lim, D. K. Elms and P. Low (eds.), The Trans-Pacific Partnership: A Quest for Twenty-First Century Trade Agreement, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p.140.
⑤ 参见佟家栋：《贸易自由化、贸易保护与经济利益》，经济科学出版社，2002 年，绪论第 1 页。
⑥ 参见张晓楠、李振宁：《投资准入“负面清单”制度辨析》，《商业研究》2019 年第 3 期，第 76-77 页。

符措施，列入负面清单附件Ⅰ，二是缔约方保留自由裁量权的不符措施，列入负面清单附件Ⅱ。在附件Ⅰ中，“棘轮机制”是指对于已经做出不符措施限制的服务部门，未来不符措施只能维持不变或放松限制，不得增加不符措施或取消不符措施之后再次采用。换言之，缔约方针对已有不符措施的任何修改，只能减少约束不能增加限制。另一方面，缔约方保留自由裁量权的不符措施纳入附件Ⅱ，即缔约方在现有不符措施的基础上，可以根据开放情况做出适时调整，增加不符措施以施加更严格的限制。附件Ⅱ从作用上看，起到类似“安全阀”机制效应，预留缔约方基于国家经济安全、社会公共利益等因素，对特定服务部门的开放采取限制措施的权力。在不符措施的形式说明上，CPTPP 要求包括所属部门与子部门、产业分类、措施涉及义务、采取或实施措施的政府层级、措施本身的描述以及其他说明等内容。详细全面的不符措施条目内容，对各国制定负面清单的技术与法律体系的调整也提出了更高的要求。

在国内规制方面，服务贸易无形性，生产和消费不可分离的特性，使得边境措施在服务贸易领域的规制效力较弱，边境后的国内规制措施往往是各国管理服务贸易的有效方式。[①]国内规制属于国家经济主权的范畴，在实践中往往会收到利益集团的挟持，成为隐蔽的贸易保护手段。[②]国内规制的使用与限制成为诸多 RTAs 的谈判焦点，CPTTP 协定也同样关注国内规制议题，并继承 GATS 对服务贸易国内规制监管的实体性内容与标准，即“保证与资格要求和程序、技术标准和许可要求相关的措施不构成不必要的服务贸易壁垒”。[③]但是，国内规制是国家主权行使的表现，对国内规制制定国际纪律，可能会造成国家主权和自由贸易之间的紧张关系。[④]为了避免对服务贸易构成不必要的壁垒，与资质要求和程序、技术标准和许可要求相关的措施，都应当基于客观和透明的标准，不得超过为保证服务质量所必需的限度，从而实现监管的政策目标与服务贸易的自由。

一方面，CPTPP 第 10.8 条“国内规制”要求每一缔约方应当确保合理、客观、公正的方式实施影响服务贸易一般适用的所有措施，具体包括缔约方在服务批准与资格许可方面对提供服务进行批准的程序、合理期限、时间表、拒绝理由、信息提供与指导、批准费用的合理与透明、许可或资格考试设置的合理性等内容。另一方面，CPTPP 第 10.11“透明度”要求缔约方应当设立或建立适当机制以答复利害关系人关于本章涉及法规的询问，给予服务提供者充分参与相关政策制定的机会，包括事前通知与参与评论等，拟生效实施的监管措施也应当提前公布以预留合理时间。在实践中，无论是起草还是修订影响涉外贸易的法规，都需要透明度作为决策公开性的基础。[⑤]“贸易政策与实践及其建立程序的公开和可预期程度”[⑥]，

---

① See P. Egger, J. Francois, B. Hoekman and M. Manchin, “Regulatory Bindings, Policy Uncertainty, and Market Access in Services”, in J. Francois, B. Hoekman (eds.), Behind-the-Border Policies: Assessing and Addressing Non-Tariff Measures, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp.48-49.

② 参见徐泉、耿旭洋：《边境后措施国际监管合作发展趋向与问题阐释》，《上海对外经贸大学学报》2021 年第 5 期，第 74 页。

③ 参见张磊、徐琳：《服务贸易国内规制的国际治理：基于 USMCA 对 CPTPP 的比较研究》，《社会科学》2020 年第 7 期，第 107-108 页。

④ See J. Trachtman, “Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity”, European Journal of Economic Law, Vol.9, No.1 (1998), pp.34-36.

⑤ See K. Iida, J. Nielson, “Transparency in Domestic Regulation: Practices and Possibilities”, in A. Mattoo, P. Sauvé (eds.), Domestic Regulation and Service Trade Liberalization, Washington, DC: World Bank and Oxford University Press, 2003. p.7.

⑥ See T. Collins-Williams, R. Wolfe, “Transparency as a Trade Policy Tool: The WTO’s Cloudy Window”, World Trade Review, Vol.9, No.4 (2010), p.553.

对于国际贸易活动而言至关重要。

综上所述，CPTPP 跨境服务贸易规则强调自由、公平、公开、公正的规则理念，采用分立架构的形式，对服务贸易的规制呈现出内容分散、标准多元的特点。贸易自由化的本质并不是追求贸易平衡，而是要贸易公平。[①]一方面，CPTPP 通过负面清单模式，贯彻国民待遇与最惠国待遇，强调市场准入自由化承诺，禁止要求当地存在，从纪律约束上对缔约方“施压”，以督促其开放本国服务业部门，促进区域跨境服务贸易自由化。另一方面，CPTPP 也赋予缔约方制定不符措施清单与行使国内规制的权限，通过“控压”保留缔约方必要的贸易限制与监管空间，在一定程度上促进贸易公平实现。[②]可以说，CPTPP 跨境服务贸易规则在“施压”与“控压”之间实现了动态调整与平衡。CPTPP 跨境服务贸易规则内容总结如表 1 所示。

表 1　CPTPP 跨境服务贸易规则

规则	内容
规则理念	自由、公平、公开、公正
规则框架	分立架构：内容分散、标准多元
服务开放	开放部门：除政府采购、政府履职服务、政府支持贷款、担保或保险、与航权有关的航空服务明确关闭以外的服务部门
	开放方式：负面清单模式
约束纪律	国民待遇与最惠国待遇
	市场准入自由化承诺
	禁止要求当地存在
不符措施	缔约方受“棘轮机制”限定的不符措施，列入负面清单附件 I
	缔约方保留自由裁量权的不符措施，列入负面清单附件 II
国内规制	实施方式合理、客观与公正
	监管透明度要求

CPTPP 跨境服务贸易规则的影响分析

在新区域主义影响之下，RTAs 推动区域经济、政治、社会、文化等多方面、多维度的一体化进程。[③]CPTPP 正是新区域主义浪潮中的代表，其突破传统 RTAs 缔约方地理相邻的限制，为全球跨境服务贸易等领域的规制提供了新的范本。[④]分析 CPTPP 跨境服务贸易规则的影响，将有助于中国完善服务领域法律体系，提升经济治理水平与能力，做好加入 CPTPP 的准备。

（一）CPTPP 跨境服务贸易规则的正面影响

① 参见华民：《新“里昂惕夫之谜”：贸易失衡的超边际分析——兼论中美贸易摩擦的理论根源与演变趋势》，《探索与争鸣》2018 年第 6 期，第 11 页。

② See P. Latrille, “Services Rules in Regional Trade Agreements: How Diverse or Creative are They Compared to the Multilateral Rules?”, in R. Acharya (ed.), Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp.421-429.

③ See J. Klučka, Regionalism in International Law, New York: Routledge, 2018, p.15.

④ See M. K. Lewis, “International Trade Agreement: Laboratories of Innovation or Propellers of Fragmentation?”, Journal of International Economic Law, Vol.26, No.1 (2023), p.119.

作为高标准自由贸易协定的代表，CPTPP 文本要求严格、程序完善，致力于推动服务贸易的高水平自由化发展。[①]从 CPTPP 带来的正面价值与影响来看，区域内跨境服务贸易发展获得新的契机，有助于提升缔约方跨境服务贸易法治水平，为世界提供了高标准跨境服务贸易规则文本，也将推动 WTO 服务贸易立法进程。

1.区域内跨境服务贸易发展获得新契机

在 CPTPP 的推动下，缔约方需要开放服务部门与行业，不得随意设置不符合跨境服务贸易规则的措施，以限制服务贸易的跨境发展。通常认为，区域集团内部通过取消关税等限制措施，成员方国内生产的高成本产品被来自其他成员方生产成本较低的产品所取代，新的贸易被“创造”出来，资源配置效率的提高，将增加成员方和整个社会的福利。[②]在 CPTPP 的推动下，缔约方迫于其他缔约方的谈判压力，减少限制开放的服务部门与不符措施，将推动缔约方具有成本优势的服务进入他国市场，让贸易在区域经济一体化下得到“创造”。

从国际政治经济学的视角进行探讨，国际贸易法制是国际经济领域的国际公共产品，CPTPP 则是区域层面的国际公共产品，其在区域分工、要素流动、资源再配置等方面获得经济区域一体化的可观效益，体现出国际贸易法制的正外部性。[③]在此种理论视角下，CPTPP 通过各项义务设置与纪律要求，能够有效减少缔约方服务贸易壁垒，推动服务与服务提供者跨境形成贸易创造、产生经济效益。

2.提升缔约方跨境服务贸易法治水平

以 CPTPP 为代表的 RTA 强调国际合作，注重政治方式与法律途径融合的争端解决机制，同时也给缔约方的国内法治水平提出了更高的要求。这就意味着，缔约方加入 CPTPP 势必要将部分约束纪律与规则条款内化于国内法之中，以促使国内规制依据的法律符合或满足 CPTPP 要求，这也是法律全球化“区域治理”模式的体现。[④]

CPTPP 跨境服务贸易规则的禁止性条款、限制性条款，以及要求性条款，均对缔约方法律的制定提出了要求。禁止性条款如“市场准入”“当地存在”等对缔约方对服务部门开放的法律制定提出了要求，即不得对跨境服务提供者作出相应限制，确保服务贸易活动的自由开展。限制性条款如“国内规制”对缔约方国内规制权的行使作出了限制，不得超过必要限制妨碍跨境服务贸易活动的进行。要求性条款如“透明度”“支付和转移”等，对缔约方法律条文制定与实施作出要求，增加法律条文与规制行为的透明度，方便服务提供者知晓并建立合理预期，增强跨境服务贸易活动开展的信心。相关规则不仅涉及缔约方边境措施，还延伸到边境后措施的构建与使用，意味着缔约方应当积极梳理本国服务贸易领域相关立法，以遵守或履行 CPTPP 跨境服务贸易所确立的国际规则。

实际上，缔约方遵守或履行区域国际立法的行为，是国际法与国内法互相影响，国际法对国内法调整对象染指的体现。[⑤]在这种情形下，缔约方具体的行动路径包括两个：一是采

---

① 参见林创伟、白洁、何传添：《高标准国际经贸规则解读、形成的挑战与中国应对——基于美式、欧式、亚太模板的比较分析》，《国际经贸探索》2022 年第 11 期，第 97 页。

② 参见多米尼克·萨尔瓦多：《国际经济学》，刘炳圻译，清华大学出版社，2019 年，第 233 页。

③ 参见孔庆江：《提高中国在国际贸易法制中话语权的路径研究》，《政法论坛》2023 年第 3 期，第 3 页。

④ 参见郭雨城：《法律全球化背景下的国际法与国内法关系》，《西北民族大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 5 期，第 92-93 页。

⑤ 参见沈伟、苏可桢：《变局之下国际法与国内法互动的转向》，《探索与争鸣》2024 年第 4 期，第 98 页。

取严格遵守的形式，起草或修订相关法律，以满足 CPTPP 的要求，二是维持现有法律状态，以“不符措施”的形式列入“负面清单”与其他缔约方进行谈判磋商。无论 CPTPP 缔约方采取何种路径，都将督促其认真审视并完善本国服务领域法律体系，进而推动区域各国服务贸易领域法律制度的建设与完善。

3.提供高标准跨境服务贸易规则文本

服务贸易作为国际贸易的重要组成部分，也是 RTAs 的必然组成部分。在服务贸易规则文本的设计上，CPTPP 采用“贸投分立”的立法模式与负面清单的开放模式，代表着国际服务贸易规则的发展趋势，向全球提供了高标准的规则文本。

首先，由于贸易与投资的在实践中的不可分性，服务贸易第三种模式“商业存在”将不可避免涉及服务贸易和跨境投资两个领域，如何构建与平衡服务贸易规则和投资规则是进行协定文本设计需要考量的问题。GATS 是采用“贸投整合”模式的代表，商业存在也纳入统一规制，这与 WTO 体系内尚不存在多边投资协定有关。与之相比，“贸投分离”模式则是在 RTAs 中得到实践，通过设置相互独立的服务贸易与投资规则，在理论上商业存在将受到双重约束。CPTPP 在章节设计上，不仅采用“贸投分离”模式，还将商业存在整合至投资章节，跨境服务贸易规则仅适用于其他三类服务贸易，有利于规范与完善与服务贸易相关的投资规则，同时更加聚焦跨境服务提供过程的规制。其次，在“贸投分立”模式的基础上，CPTPP 将负面清单模式运用到跨境服务贸易领域，也为其他 RTAs 采用负面清单模式提供了规则文本参考。最后，CPTPP 构建起较为完备的国内规制纪律。当前，边境后措施的内容数量已经超过边境措施，国际社会更加关注和强调国内规制和良好服务环境的构建。CPTPP 将“监管一致性”“良好监管实践”等议题纳入国内规制的制度性要求，在监管程序的透明度与监管效果上均对缔约方作出要求。总的来说，CPTPP 的签署生效，代表其构建的高标准跨境服务贸易规则正式投入运作，也将成为各国对外进行服务贸易谈判可以参考的重要规则文本。

4.推动 WTO 服务贸易立法进程

GATS 作为 20 世纪 80 到 90 年代初谈判形成的多边服务贸易规则，已严重滞后于实践的发展。2001 年 11 月，WTO 启动首轮多边贸易谈判，即多哈回合谈判。该轮谈判包括服务贸易在内的 8 大议题，目的在于促进世贸组织成员削减贸易壁垒，构建起更加开放的多边贸易体制。但是，WTO 多哈回合谈判多年进展不顺，其原因包括达成一揽子协议的客观困难、协商一致决策机制的僵化等。[①]从法理上探讨，还涉及 WTO 作为多边机制在国际法层面的普遍性“悖论”。[②]尽管在 WTO 框架下，一揽子协议的谈判方式可以促使贸易福利最大化与贸易扭曲最小化，但此种谈判模式也容易导致谈判效率低下，进程频繁陷入僵局，不利于协议的通过。[③]为了突破 GATS 多边谈判僵局，2013 年美国、欧盟和澳大利亚等所谓的“服务业挚友”成员开始进行《服务贸易协定》（Trade in Service Agreement）的谈判，但由于当时美国特朗普政府贸易政策的变化以及其他诸多因素，该协定谈判自 2017 年便停滞

① See R. H. Steinberg, “In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO,” International Organization, Vol.56, No.2 (2002), p.345.

② 参见于文婕：《多边贸易体制的普遍性困境及其突破》，《上海对外经贸大学学报》2021 年第 4 期，第 46 页。

③ See K. Heydon, “Plurilateral Agreements an Global Trade Governance: A Lesson from the OECD,” Journal of World Trade, Vol.48, No.5 (2014), pp.1045-1046.

不前，目前尚无实质性进展。

在此背景下，作为次优选择的 RTAs，相关规则的构建将满足经济全球化下世界各国服务贸易的跨境发展。RTAs 的谈判通过排除分歧较大的部门或行业，定向选择缔约伙伴，将成为突破多边自由化困境的重要力量。[①]CPTPP 跨境服务贸易规则正是部分 WTO 成员，通过谈判先行达成一致的成果，其蕴含的高标准与自由化的规则体系，既是消除区域服务贸易壁垒的重要途径，也为国际贸易规则的发展趋势与方向提供了重要参考，可以看作是 WTO 服务贸易立法的小范围实践。此外，随着 CPTPP 成员的不断增多，跨境服务贸易规则的适用范围也将逐步扩大。当世界主要经济体都接受此类规则约束，规则内容进入 WTO 服务贸易立法的阻碍也将降低，进而为综合性多边协定的达成奠定基础。

（二）CPTPP 跨境服务贸易规则的负面影响

CPTPP 高标准规则文本在带来诸多正面影响的同时，也会不可避免带来负面影响与弊端。总的来说，CPTPP 与《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement，以下简称 RCEP 协定）等 RTAs 在服务贸易领域不同的规则和标准，可能会造成规则碎片化的问题。CPTPP 跨境服务贸易规则对缔约方与申请加入方而言，其主要涉及边境内措施，也会增加国内法律体系的调整压力。

1.造成国际服务贸易领域规则碎片化问题

国际法结构碎片化问题由来已久，一般是指国际法体系内部存在多个子体系，同时子体系之间缺乏统一协调而无序并存的客观结构。[②]服务贸易与货物贸易固有特征的不同，也是 WTO 框架下货物与服务规则体系结构性差异的原因。[③]CPTPP 造成国际服务贸易领域规则碎片风险与问题主要表现为两个方面：一是 CPTPP 与众多 RTAs 的标准与规则并存造成“意大利面碗效应”，二是 CPTPP 过高的标准带来规则“孤岛性碎片化”问题，对达成协调有序的服务贸易国际规则产生负面效应。

一方面，当前数量庞大的 RTAs 将全球绝大多数经济囊括在其中，繁杂多样的规则与标准，将不可避免地造成“意大利面碗效应（spaghetti bowl）”和规则碎片化结果。[④]“意大利面碗效应”表现最为显著的领域为原产地规则，在该效应的影响下，全球监管与各国规制成本明显提高，实际上造成“负优化”的现象与结果。在服务贸易领域，“意大利面效应”也会造成优惠待遇与规则的差异化，增加服务贸易及其提供者利用 RTAs 的难度，不利于服务贸易的跨境开展。CPTPP 跨境服务贸易规则在开放领域方面，已经领先 RCEP 协定等 RTAs 采用全面的负面清单模式，同时在国内规制方面提出了更高的标准与要求。这就意味着服务提供者在不同 RTAs 缔约方提供服务，或来自不同 RTAs 缔约方的服务在进入一国之时，适用的边境与边境后措施，都会因相互加入的 RTAs 不同而产生差异。监管措施的不统一和待遇的不一致问题，将形成服务贸易版的“意大利面效应”，不利于公正的贸易秩序构建和国

① See K. Heydon, S. Woolcock, The Rise of Bilateralism: Comparing American, European and Asian Approaches to Preferential Trade Agreement, Tokyo and New York: United Nation University Press, 2009, p.159.

② 参见郑蕴、徐崇利：《论国际投资法体系的碎片化结构与性质》，《现代法学》2015 年第 1 期，第 163 页。

③ See S. Y. Peng, “Emergency safeguard measures for trade in services: a case study of intradisciplinary fragmentation”, in C. L. Lim and B. Mercurio, (eds.), International economic law after the global crisis: a tale of fragmented disciplines, Cambridge: Cambridge University Press. 2015, p.261.

④ 参见石静霞：《国际贸易投资规则的再构建及中国的因应》，《中国社会科学》2015 年第 9 期，第 131-132 页。

际法律规则的发展。

另一方面，在跨境服务贸易规则的制定上，各国秉持不同标准也造成规则体系间的分裂。CPTPP 作为美国退出后的产物，在跨境服务贸易规则方面全面继承了其前身《跨太平洋伙伴关系协定》的内容，可以视作为 RTAs 的“美式模板”代表。服务贸易大国为了维护对国际服务贸易领域的市场支配地位，在 RTAs 的设计当中融入自身的监管偏好与利益需求，CPTPP 跨境服务贸易规则也正是如此。但由于世界各国服务业发展差距，许多服务贸易后发国家很容易被排除在相关规则的制定过程之外。即便双方通过谈判缔结纳入跨境服务贸易规则的 RTA，也很难保证该规则对服务贸易后发国家是公平合理的。例如，CPTPP 给予越南在跨境服务贸易不符措施“棘轮机制”3 年的过渡期，但是面对现实需求，越南仍需要通过实施政治经济措施，满足服务贸易发展所需的资金与技术要求。但实践中，在服务贸易先发国家输出自身的监管偏好形成区域规则的情况下，服务贸易后发国家极有可能会陷入对外规则对接无力、向内资金技术短缺，服务业发展差距拉大，无法实现贸易规则共进，形成“孤岛性碎片化”问题。[①]故 CPTPP 跨境服务贸易规则虽然代表着高标准的规则文本，但是内嵌的规则构建导向与立场，将会不可避免带来 RTAs 众多规则标准的“意大利面碗效应”与“孤岛性碎片化”问题，对全球服务贸易领域规则的协调造成负面影响。

2.增加缔约方与申请加入方法律体系调整压力

CPTPP 是在 WTO 框架下国内规制相关规则无法适应经济全球发展的情形下，探索国内规制限制的新兴实践。CPTPP 体现着发达国家强调的“良好规制实践”要求，包括全方面透明度、利益相关者的参与、内部规制协调与一致、规制影响分析等。在服务贸易领域，CPTPP 全面系统的国内规制纪律要求，对缔约方与申请加入方都是不小的挑战。一方面，缔约方与申请加入方需要全面梳理本国服务贸易领域相关法律法规，修改相关规制措施避免对服务贸易构成不必要的壁垒，另一方面在制定并实施新的措施之时，也要确保利益相关者能够充分有效参与。同时，一国国内规制措施的制定与实施，会考察国内公共利益的维护与实现，这通常是法律保留的事项，需要慎重对待。[②]国内规制措施与国际法规则的对接，需要在实现对外开放与维护公共利益之间寻求平衡，缔约方与申请加入方国内法律体系的调整也需要实现该目的。此外，CPTPP 要求缔约方之间的监管一致性，对于中国而言也是一个全新议题，意味着中国在服务贸易领域的监管体制和法律制度需要向缔约方看齐，法律体系调整压力不言而喻。[③]

综上所述，CPTPP 跨境服务贸易规则倡导并构建的自由一体化服务贸易市场，有利于区域服务贸易发展与法治水平提升。从规则文本来看，CPTPP 为全球服务贸易的规制提供了新的范本，也为陷入僵局的 WTO 立法进程提供次优的区域立法先行实践经验。但是，CPTPP 作为诸多 RTAs 的一员，不同的规则和标准也造成国际服务贸易领域规则碎片化，国内规制的高标准也会给缔约方与申请加入方的法律体系调整带来压力，如何应对与协调是中国申请加入 CPTPP 必须考虑的问题。

---

① 参见黄家星：《国际数字贸易规则碎片化：现状、成因及应对》，《太平洋学报》2022 年第 4 期，第 72-73 页。

② 参见高志宏：《公共利益观的当代法治意蕴及其实现路径》，《政法论坛》2020 年第 2 期，第 27-28 页。

③ 参见张磊、徐琳：《服务贸易国内规制的国际治理：基于“良好监管实践”的视角》，《国际经贸探索》2024 年第 2 期，第 116-117 页。

CPTPP 跨境服务贸易规则的中国因应

2018 年中央经济工作会议明确指出，“推动由商品和要素流动型开放向规则等制度型开放转变”。在国际经贸规则领域，制度型开放需要中国对标国际通行规则，积极参与国际经贸协定的谈判与缔结，完善对外开放领域的法律体系。[①]申请加入 CPTPP，正是实现国内市场与国际市场精准深度融合的良好契机。中国应当深化规则研究，增强国际规则与国内规则的良性互动，对外坚守核心利益进行 CPTPP 加入谈判，对内调整法律体系完善相关制度措施，从而实现服务贸易领域高水平对外开放。

（一）深化规则研究，增强国际规则与国内规则的互动与发展

充分与深度的规则研究，是展开对话与谈判的基础，也是一国参与国际经济活动的必备条件。纵观国际法的各个领域，国际法与国内法之间的联通与协调，是实现国际法得到有效遵守目标的必要前提。[②]中国需要增加服务贸易领域国际规则与国内规则的联通，对 CPTPP 跨境服务贸易规则及其基础因素展开研究，做好经济改革与政策法律的双重准备。在政策法律的准备中，中国既需要结合国际规则对国内法律体系进行审视，也需要将国内规制良好实践进行对外输出，从而实现国际规则与国内规则之间的互动与发展。

CPTPP 隐含着服务贸易先发国家构建对自身有利的规则，推进经济与政治目的的意图，这实际上是领导国的国内经济秩序调整，对外输出拓展到国际层面，进而形成服务贸易领域国际秩序的体现。[③]从认识论的角度出发，中国对 CPTPP 相关规则的研究与理解，不能过多依赖于欧美学者的研究成果或思维定式，需要结合本国服务贸易发展实际状况与现有法律体系，对跨境服务贸易规则及其基础影响因素展开研究。

一方面，需要对 CPTPP 跨境服务贸易规则对中国及其产业的影响深度与广度进行全面分析。规则服务于实践，中国申请加入 CPTPP 需要认真审视相关规则对中国服务业产生的冲击与影响，再通过规则的手段将影响降至最低，保障相关产业的健康发展。另一方面，应当通过广泛而全面地比较研究，提炼出中国与其他国家共同的利益与规则。长期以来，中国在国际经济法领域的研究，总是带有二元对立价值分析范式，即发达国家与发展中国家在参与国际经济立法谈判与司法活动等行为的动机总是对立的，价值判断简单化与片面化，不利于双方寻求共识。[④]中国应当理性看待分歧，着重分析发现与不同发展阶段国家之间存在的共同利益与规则共识，将其作为中国对外交往“求同存异”的重要基础，避免国际规则建设与服务贸易发展被边缘化。总的来说，在深化规则研究的基础上，中国应结合 CPTPP 跨境服务贸易规则对国内法律体系进行审视，考虑相关规则对国内服务贸易相关产业的影响，并寻求各国之间的共同利益与规则共识，以此作为规则内化的依据与参考。

国际规则与国内规则的互动与发展，尤其在服务贸易领域，需要将国内规制的良好实践对外输出，由内到外予以主动回应。国际规则并不是孤立于国内法律及其实践而成立的，国

---

① 参见刘晓红：《推进高水平对外开放的法治维度》，《政治与法律》2023 年第 4 期，第 13 页。

② See V. Fikfak, “Judicial Strategies and their Impact on the Development of the International Rule of Law”, in M. Kanetake and A. Nollkaemper, (eds.), The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference, Oxford: Hart Publishing, 2016, p.48.

③ 参见黄琪轩：《国际秩序始于国内——领导国的国内经济秩序调整与国际经济秩序变迁》，《国际政治科学》2018 年第 4 期，第 9-10 页。

④ 参见刘志云：《方法论上的中国国际经济法研究：问题与前景》，《华东政法大学学报》2013 年第 1 期，第 121-122 页。

际主义或自由主义必须从国内起步。[①]国内法与国际法的交互，也来自各自法律秩序的行动者、规范与程序的互动联系。[②]在 CPTPP 文本已然明确的情况下，中国在应对相关规则挑战之时，不能只是单方面依赖外力的倒逼与推动，也需要做好国内规则的变革与创新。中国应通过深化对规则的理解，充分运用规制合作机制，将蕴含国内规则理念的“良好规制实践”进行对外输出，建立高效的内生发展机制，实现服务贸易领域国内法治与涉外法治的良性互动。在具体行动路径上，中国可以通过在自由贸易试验区、自由贸易港等地区先行探索服务贸易更大程度开放的可能，锻炼与提升监管能力。还可以把与“资格要求和程序、技术标准和许可要求”等相关的国内规制良好实践经验予以总结，进一步逐步延伸到全国，最终在国际层面推动国内规制的合作与发展，实现国际规则与国内规则的良性互动。

（二）坚守核心利益，在谈判过程中灵活表达中国主张与方案

中国申请加入 CPTPP 需要通过规定的程序，满足相应的条件才能正式成为协定成员。在加入谈判过程中，中国作为发展中国家要保持谨慎态度，避免掉进不同法律秩序之间具有先验性的等级构造话语陷阱，应当明确自身的价值取向与核心利益。[③]中国应对涉及核心利益的内容不退让，对非核心利益内容采取适度妥协的态度，通过不同部门不同行业的差异化开放策略，灵活表达中国的主张与方案。

根据 CPTPP 加入程序，中国需要先非正式地同 CPTPP 缔约方进行沟通，然后再正式向 CPTPP 委员会提出加入申请。如果 CPTPP 委员会同意申请，再成立专门的加入工作组负责相关工作。在后续的流程中，中国将重点阐述为达到 CPTPP 规则标准已经作出的努力或即将付诸的行动，同时还应提交市场准入报价与不符措施清单，只有 CPTPP 缔约方都同意该报价，才能正式启动谈判程序。可以看到，中国申请加入 CPTPP 面临的首要困难在于需要取得所有缔约方的同意。而取得所有缔约方同意的关键在于中国提出的市场准入报价是否满足 CPTPP 缔约方的预期，因此科学合理设置开放领域是中国在跨境服务贸易领域的重要问题。

在提交市场准入报价与谈判过程中，中国应将次要核心利益的服务领域放于负面清单列表Ⅰ。参考 CPTPP 成员已经做出的负面清单，列表Ⅰ涵盖服务业不涉及国家安全、经济安全等风险的部门行业。例如健康医疗服务、社会养老服务、高等教育服务、法律咨询服务、一般公证服务等。主要核心利益的服务部门放于负面清单列表Ⅱ。在此类服务贸易开放保持谨慎态度的领域，所列明的部门、分部门，未来可以采取更加严格的限制措施。主要核心利益的服务领域应当基于“基本安全利益”与“合法的公共政策目标”因素的考量，重点关注交通运输服务、娱乐、文化与体育服务、与重要自然资源相关服务等领域中涉及上述两个因素的具体服务行业。此外，中国应当建立对服务业部门的分类与风险评估机制，根据本国服务业发展的实际情况，动态调整负面清单列表。

在随后的加入工作中，中国作为申请加入方将持续与工作组以及有需要的 CPTPP 缔约

① 参见 E.-U.彼德斯曼：《国际经济法的宪法功能与宪法问题》，何志鹏等译，高等教育出版社，2004 年，第 4 页。

② See M. Kanetake, “The Interfaces Between the National and International Rule of Law: A Framework Paper”, in M. Kanetake and A. Nollkaemper, (eds.), The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference, Oxford: Hart Publishing, 2016, p.11.

③ See A. R. C. Giannattasio, “The Interaction between International and Domestic Legal Orders: Framing the Debate according to the Post-Modern Condition of International Law”, German Law Journal, Vol.19, No.1 (2018), p.19.

方之间进行谈判。当谈判工作取得工作组认可并向委员会提交书面报告之后，“委员会将以协商一致方式决定是否批准由加入工作组提交的关于有意加入的经济体加入 CPTPP 的条款和条件”。在此过程中，中国应当充分利用 CPTPP 所鼓励的非正式接触，就其成员感兴趣的问题或关注点进行一对一磋商。在面对 CPTPP 整体缔约方之时，要积极证明自身遵守 CPTPP 所有现行规则的方式、承诺提出最高标准的市场准入出价，以及实现全面市场准入承诺的目标作为改进方向。在跨境服务贸易领域，中国一方面应以主要核心利益与次要核心利益作为谈判磋商的底线，释放自身有能力接受 CPTPP 跨境服务贸易规则的信号，通过规则遵守与外交努力等方式争取 CPTPP 缔约方与委员会的信任与支持。另一方面，中国也要合理表达自身的诉求与意志，在对标规则行动的基础上寻求更多的国际话语权，未来可以将中国方案内嵌于 CPTPP 跨境服务贸易规则的改进与完善过程中。

（三）调整法律体系，完善国内规制措施与负面清单管理制度

CPTPP 跨境服务贸易规则的各项内容，已经深入并直指缔约方的内部监管体系和规制实践，对中国而言提出了更高的要求。中国应从法律体系的调整入手，梳理与完善国内规制措施，健全负面清单管理制度，在实践中总结国内规制良好实践经验，进而对外输出监管实践与规制标准。

当前，中国形成以《对外贸易法》为核心的涉外贸易国内规则体系。虽然做到有法可依，但是《对外贸易法》对于服务贸易的规制则较为粗糙，仅在第四章“国际服务贸易”参照 GATS 提供了原则性指引。在投资领域，中国推出了《外商投资法》确立了全面“准入前国民待遇+负面清单管理模式”，实现外商投资领域法律体系的整合。[①]在跨境服务贸易领域，中国也应当仿照《外商投资法》的制定方式与立法技术，考虑制定《服务贸易法》，解决跨境服务贸易没有专门的指导性法律的问题。同时，根据积极统筹国内法治和涉外法治的需求，中国可以先在自由贸易区等地先行试验。[②]由于自由贸易区等经济性特区，是国家用于促进经济发展的政策工具，通过为区域内企业提供合适的基础设施和物流条件，以及良好的监管环境来降低投资的成本和风险。[③]先行区域法治实验，是可行的路径之一。通过自由贸易区跨境服务贸易促进条例等法规规章的制定，积累国内规制经验，由点及面地加强跨境服务贸易的统筹管理。此外，国内规制措施还应当提升透明度、确定性与便利性。在透明度上，中国应当通过建立适当的机制，以满足外国服务提供者对服务业法律法规的咨询服务与征询工作。在保持信息公开稳定性的基础上，监管部门应积极通过网站或其他途径，加大相关规制措施与信息的公开范围与力度，提升服务贸易政策咨询的作用。在确定性上，中国应在处理申请提供服务方面，在可行范围内提供处理的流程与时间表，同时保持资格认证标准的相对稳定，提高规制政策的稳定性与连续性。在便利性上，不同区域组织、不同国家有明显的差异，中国在国内法层面应当提升制度安排。[④]具体而言，监管部门应当简化对服务提供者的

① 参见廖凡：《〈外商投资法〉：背景、创新与展望》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 3 期，第 141 页。

② 参见彭岳：《统筹推进国内法治和涉外法治的制度创新——中国自由贸易区建设的经验与启示》，《国际法研究》2022 年第 3 期，第 41 页。

③ M. J. Chi, “Regulation of Special Economic Zones Through Regional Trade Agreements: Confronting the Synergy Issue”, Journal of International Economic Law, Vol.24, No.2 (2021), p.424.

④ 参见胡晓红：《论贸易便利化制度差异性及我国的对策——以部分“丝绸之路经济带”国家为视角》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2015 年第 6 期，第 48 页。

专业人员能力评估程序，合理降低服务提供者的运营成本和行政负担，以应对 CPTPP 跨境服务贸易国内规制的相关要求。

在运用负面清单模式方面，中国在外商投资准入方面已全面推行，跨境服务贸易也应当顺应实践发展，逐步过渡到负面清单模式。中国首先需要以高层级的立法赋予负面清单制定行为的合法性，如在《服务贸易法》中明确中国跨境服务贸易采取负面清单管理模式。其次，在负面清单的行业分类上，中国应积极向国际靠拢，采取 GATS 服务部门分类替代当前外资准入采用的《国民经济行业分类及代码》，避免因分类不同而带来的混淆与歧义。最后，丰富负面清单的构成要素。由于中国对外条约实践中多运用正面清单，负面清单的制定尚不成熟完善，与 CPTPP 的要求相距甚远。[①]中国应参照 CPTPP 附件负面清单不符措施的制定格式，采取“部门与分部门、涉及条约义务、政府级别、措施描述、情况说明”的 6 项要件结构，取代现有的“部门+描述”2 项要件的外资准入特别措施列表，以增强负面清单的实践性和可操作性。中国跨境服务贸易领域的负面清单管理制度应当与外商投资领域保持一致，同时提升负面清单编制水平、厘清结构格式，以及完善管理机制。

综上所述，申请加入 CPTPP 对于中国服务贸易而言，既是机遇也是挑战。一方面，中国应当以 CPTPP 跨境服务贸易规则为基准，审视国内法律体系与规制措施，进一步完善与改进，做好加入准备。另一方面，中国也需要坚守核心利益，灵活表达自己的立场与主张，对外输出良好监管实践，在国际规则与国内规则的良性互动之下，实现中国乃至区域服务贸易的协同发展。

结语

服务贸易和服务业已成为构建全球共同繁荣新格局的重要领域和不可或缺的力量，党的二十大报告也提出，要创新服务贸易发展机制，发展数字贸易，加快建设贸易强国。[②]CPTPP 作为具有世界影响力的 RTA 代表，自诞生之初就以高标准、自由化为标签，试图引导全球经贸规则走向与发展。在跨境服务贸易规则领域，CPTPP 积极回应新兴议题与实践需求，顺应电子商务与数字贸易的发展，为国际服务贸易的发展与规则体系的构建提供了新的思路与模板。

中国申请加入 CPTPP，彰显其推动改革开放的决心，体现中国试图引领全球化再平衡的努力。尽管加入 CPTPP 会给国内经济发展与法律体系调整带来一定的压力与挑战，但正如此前加入 WTO 一样，扬长避短把握发展机遇才是应对之策。当前，国际经贸规则正处于变动与重塑的过程，中国坚持统筹推进国内法治与涉外法治，构建与推动人类命运共同体规则体系具有深刻意蕴。[③]申请加入 CPTPP，正是中国融入全球治理、引领全球治理的重要体现与国际实践。在塑造具有中国特色的国际法理论过程中，人民中心、互利合作、多边主义、创新发展、绿色低碳是其中要义。[④]在国际经贸领域，服务贸易的互利合作与多边主义的实现，需要依托组织机制与规则法治，主动融入其中既能提升制度型开放水平，也能表达来自

① See J. Huang, “Nationwide Regulatory Reform Starting from China’s Free Trade Zones: The Case of the Negative List of Non-conforming Measures”, in J. Chaisse (ed.), China’s International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy, Oxford: Oxford University Press, 2019, pp.92-93.
② 参见王文涛：《加快建设贸易强国》，《人民日报》2022 年 12 月 20 日。
③ 参见黄进：《论统筹推进国内法治和涉外法治》，《中国社会科学》2022 年 12 期，第 85 页。
④ 参见何志鹏：《新时代中国国际法理论的发展》，《中国法学》2023 年第 1 期，第 293-298 页。

中国的国际法理论话语。在申请加入 CPTPP 的基础上，中国应当协调推动国际治理与国内治理，以现代化的国内治理能力引领跨境服务贸易规则的谈判与实践，进而在新一代国际经贸规则的构建中发挥重要的引领作用。

CPTPP Agreement Cross-Border Trade in Services Rules: Content, Impact and China's Response

LI Ye

(Law School Nanjing University，Nanjing Jiangsu 210093)

Abstract: As a regional trade agreement led by developed countries, the CPTPP agreement adopts a discrete structure and diversified regulatory schemes in the area of trade in services, which brings certain difficulties and challenges to China's application for membership. In terms of the content of the core rules, the CPTPP agreement requires parties to adopt a negative-list model for identifying open sectors, which allows for the inclusion of sectors that do not comply with their openness obligations in non-conforming measures, while reinforcing the constraints on parties' domestic regulatory powers. China should be objective about the impact of the CPTPP agreement cross-border trade in services rules, on the one hand, recognizing the positive effects of the rules in promoting the development of the regional trade in services economy and the rule of law, providing a high-standard rules text, and promoting the legislative process on trade in services of WTO. On the other hand, it also needs to be alert to the negative effects of the rules in deepening the fragmentation of the international trade in services regime and increasing the pressure for domestic legal adjustments. China should, on the basis of deepening the study of rules and regulations, adhere to its core interests, make appropriate adjustments to its domestic legal system, and flexibly express China's ideas and proposals in accession negotiations, so as to achieve the positive interaction and coordination promotion of the domestic rule of law and foreign-related rule of law in the area of trade in services.

Key words: CPTPP; Cross-border trade in services rules; Negative list; Domestic regulation; Foreign-related rule of law

CPTPP 过境货物执行措施规则与中国应对

刘　彬*

【摘要】过境货物执行措施规则是当代各国自由贸易协定知识产权章中的焦点争议问题。CPTPP 对此有明确要求，给中国带来了一定挑战，是中国当前在国际经贸规则重构进程中两难处境的典型体现。从防守角度看，CPTPP 过境货物执行措施规则不会直接强化中国涉外贴牌加工方的知识产权注意义务，对中国涉外贴牌加工业面向 CPTPP 成员国的出口没有直接的不利影响，但对中国涉外贴牌加工业对欧、对美出口则有立场锁定和舆论压力的间接风险。从进取角度看，全球价值链时代知识产权侵权行为的跨国分工与组合日趋复杂，故中国有必要借鉴“进入本方市场可能性”理论，对过境本国的他国货物适度加强边境措施执法，以维护本国自由贸易试验区等海关特殊监管区域的公平贸易环境。总体来看，在过境货物执行措施问题上，不同于拥有知识产权优势地位、推行单一规则标准的美欧，中国应重视具体的双边贸易关系考量。当前，中国既不应简单追随西方国家，全面接受过境货物执行措施规则，又可选择在合适的双边 FTA 中进行局部性的制度试验。中国如选择加入 CPTPP，对 CPTPP 规定的替代措施应高度重视，此外还应在 CPTPP 所允许的范围内，合理优化本国海关依职权发起措施的程序。

【关键词】CPTPP；过境货物；执行措施；中国应对

知识产权是当代各国自由贸易协定（free trade agreement，以下简称 FTA）的重要组成部分，是 FTA 谈判中最具代表性的“规则密集型”议题。CPTPP（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，以下简称 CPTPP）作为高标准经贸规则的最典型体现，其知识产权章给中国带来了严峻挑战。其中，过境货物执行措施规则作为西方国家主导的该领域代表性规则，更属于经典的争议问题，影响持续存在。当前，中国正在以深化国内改革为切入口，全面接轨新一代国际经贸规则，构建更高水平的制度型开放体系。2021 年 9 月 16 日，中国正式申请加入 CPTPP。CPTPP 过境货物执行措施规则对于中国的

* 西南政法大学国际法学院副教授，法学博士。本文系作者主持的西南政法大学知识产权保护协同创新中心 2022 年度开放课题《CPTPP 知识产权规则与中国对标策略研究》（22CICIPP003）的阶段性成果。

挑战性究竟如何，中国如何应对，值得持续跟踪、深入研究。

一、过境货物执行措施的基本含义与国际法渊源

（一）“过境货物”法律含义辨析

在此，有必要先澄清“过境货物”的法律含义。“过境货物”（Goods in transit），也译为“转运货物”，在不同立法或语境中含义不尽相同。中国《海关法》第 100 条划分较细，将“过境货物”与“转运货物”相区分，规定由境外启运并通过中国境内陆路运输而继续运往境外的货物为“过境货物”；不通过境内陆路运输，而在境内设立海关的地点改换装运工具继续运往境外的货物为“转运货物”；由船舶、航空器载运进境并由原装运输工具载运出境的货物为“通运货物”。[1]《1994 年关税与贸易总协定》（General Agreement on Tariffs and Trade 1994，以下简称 GATT 1994）第 5 条未规定何为“过境货物”，而是给出了“过境运输”（traffic in transit）的概念：“货物（包括行李）及船舶和其他运输工具，如经过一缔约方领土，无论有无转船、仓储、拆分或改变运输方式，此经过仅为起点和终点均不在所经过的缔约方领土的全部路程的一部分，则应被视为经该缔约方领土过境。”《反假冒贸易协定》（Anti-Counterfeiting Trade Agreement，以下简称 ACTA）草案第 5 条（f）款对“过境货物”采取广义的概念，规定为“在海关的监管下从一个海关机构运至另一海关机构的货物”，[2]此范围涵盖了中国《海关法》上的“过境货物”“转运货物”“通运货物”。除此之外，ACTA 草案所指的“过境”除了包括关境之间的运输，也包括同一关境内的运输。

CPTPP 的正文并未对“过境货物”的范围进行规定，而仅在其第 18.76 条的注释中将同一关境内的运输也纳入“过境货物”的范围。[3]因此，CPTPP 中的“过境货物”是宽泛的概念，各缔约方可以根据国内法或国际规则给予其或宽或窄的解释。为方便论述，本书所指的“过境货物”也采纳广义的概念，不采纳中国《海关法》对“过境货物”“转运货物”“通运货物”的细分法，而更接近于 GATT 1994 第 5 条的含义，即强调全程运输的起点和终点不在过境国境内。这个界定与该领域中外文献基本相同。

---

[1] 除此之外，中国《海关法》第 100 条还将过境、转运和通运货物限定为境外启运、通过中国境内继续运往境外的货物。

[2] See ACTA (draft articles), Art. 5.

[3] CPTPP 的注释 122 规定：本项适用于正在该缔约方领土内自一海关运输至另一海关并将自后一海关出口的可疑货物。这种情况事实上可认为是出口行为，因此对本书此处的分析没有影响。

（二）国际经贸条约中的过境货物执行措施条款

过境货物执行措施在 TRIPS 协定中虽无实质规定，但按照该协定第三部分第 4 节的分类思路，与进口、出口货物的执行措施相似，都属于海关边境措施的范畴。ACTA 是国际经贸条约在这个问题上的始作俑者，但只规定了选择性义务。随后，由于多方面原因，欧盟决定不再接受 ACTA，导致 ACTA 胎死腹中。但值得注意的一个事实是，2020 年《中美经贸协议》以一种并非十分明确的措辞，实际上已经涉及对过境货物采取执行措施的义务。相关原文为："双方应致力于加强执法合作，以减少包括出口或转运在内的假冒和盗版商品数量。""中国应重点围绕出口或转运的假冒和盗版商品，针对假冒和盗版商品的检查、扣押、查封、行政没收和其他海关执法权力的行使，持续增加受训执法人员的数量。中国应采取的措施包括，在本协议生效后 9 个月内，显著增加对海关执法相关人员的培训；在本协议生效后 3 个月内，显著增加执法行动数量，并每季度在网上更新执法行动信息。"[4]这里的"转运"在该协定英文版中为"in transit"，就是本节所讨论的"过境"。如果说前一款的"致力于加强合作"还属于软性义务范畴，后一款显然硬性义务色彩十分浓厚，但该条总体上确实并未清晰规定中国应当承担过境货物执行措施义务。笔者注意到，中国目前《海关法》《知识产权海关保护条例》仍然将海关边境措施的范围限定于"进出境"或"进出口"，[5]并未根据《中美经贸协议》作出正式修改，这可能也是因为立法者倾向于认为《中美经贸协议》关于过境货物的上述规定并不具备硬性约束力。

CPTPP 知识产权章关于过境货物执行措施的规定见于第 18.76 条第 5 款（c）项。需要注意的是，该程序不能由权利人及利害关系方申请启动，只能由过境国主管机关依职权主动发起。ACTA 草案第 16 条第 2 款则规定两种启动途径皆可。[6]如前所述，中国政府过去对 ACTA 草案这种要求（即使只是选择性义务）公开表示了质疑，中国学者亦多对此口诛笔伐。CPTPP 在这里有所限定，以缓和相关争议。

[4] 参见《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》第 1 章第 1.21 条。
[5] 参见《中华人民共和国海关法》第 2、6 条、《中华人民共和国知识产权海关保护条例》第 2、3 条。
[6] 不过，CPTPP 与 ACTA 草案在过境货物执行措施的性质定位上有区别。ACTA 草案规定，缔约方可以将过境货物纳入其海关边境措施的规制范围，当然也可以不这样做。CPTPP 则是规定，缔约方应当使其海关部门可以（实际即"有权"）对过境货物依职权启动边境措施。尽管两者都存在"可以"，但含义却不同。对于缔约方而言，过境货物执行措施在 ACTA 中是选择性义务，而在 CPTPP 中则是准强制性义务（脚注 123 提供了替代措施）。

二、过境货物执行措施的主要争议点

（一）过境货物执行措施的性质争议：“TRIPS-Plus”抑或“TRIPS-Extra”？

本文认为：过境货物执行措施超出 WTO《与贸易有关的知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下简称 TRIPS 协定或 TRIPS）的规定范围。不过，中外学界对这个问题存在不同看法，至少有两份典型文献认为：TRIPS 协定的脚注 13[7]规定成员对于过境货物无义务适用海关边境措施程序，这意味着成员可以但并不被强制要求（may but are not obliged to）对边境货物采取执行措施。[8]如果按照这种理解，那么过境货物执行措施就应当属于狭义的“TRIPS-Plus”，而不属于“TRIPS-Extra”。[9]

但是，笔者不赞同上述观点，理由在于：首先，从条约的字面解释意义上看，在过境货物执行措施问题上，TRIPS 协定脚注 13 虽然规定了成员无义务（not obliged to）采取过境货物执行措施，但这在字面上绝不等同于成员可以（may）采取这种措施。TRIPS 协定第 51 条一方面针对进口的假冒与盗版货物规定了强制性义务，另一方面针对其他知识产权侵权行为、出口货物又规定了选择性义务：“各成员可针对涉及其他知识产权侵权行为的货物提出此种申请，只要符合本节的要求。各成员还可制定关于海关中止放行自其领土出口的侵权货物的相应程序。”在这里，法条明确使用了“可以”，才正面肯定了成员享有此种选择性权力。如果按照前述文献所理解的那样，“无义务”即等同于“可以”，那么就无法解释第 51 条及脚注 13 为何各自区分化使用“可以”与“无义务”。其次，从条约当事方意图的解释意义上看，在 WTO 框架下，2010 年 5 月印度与巴西相继就欧盟及其成员国荷兰对过境仿制药品采取海关边境措施提起申诉（即欧盟及一成员国“过境仿制药品扣押”案——DS408、DS409），而中国等发展中成员又在同年的 TRIPS 理事会会议中明确表达了对过境货物执行措施的质疑，这表明 WTO 许多

---

[7] 脚注 13 的原文是：“各方理解，对于由权利持有人或经其同意投放到另一成员市场上的进口货物或过境货物，无义务适用此类程序。”

[8] 参见张乃根主编：《与贸易有关的知识产权协定》，北京大学出版社 2018 年版，第 279 页；Bryan Mercurio, “Seizing Pharmaceuticals in Transit: Analysing the WTO Dispute That Wasn’t”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 2, 2012, p. 404.

[9] 严格地讲，“TRIPS-Plus”与“TRIPS-Extra”存在区别，狭义的“TRIPS-Plus”指在 TRIPS 的原有规则基础上进一步提高保护标准，是一种“深化”，而“TRIPS-Extra”则指新增 TRIPS 原本并未规定的内容，是一种“超越”。有国外学者分别称之为“TRIPS-Plus *sensu stricto*”与“TRIPS-Plus *sensu lato*”，see Lukas Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: from Collision to Collaboration*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 225. 不过，本文语境中的“超 TRIPS 规则”“TRIPS-Plus”如无专门说明，一般是基于广义的理解，既包含了“深化”，也涉及“超越”。这仅仅是一种研究视角，无意对“超 TRIPS 规则”“TRIPS-Plus”的用法作出绝对的界定。另外，在“TRIPS-Plus”的具体拼写上，中外文献往往存在些微差异，本书在行文中统一表述为“TRIPS-Plus”，但在引用具体文献时，仍尊重其原标题的表述。

成员认为此种措施不符合 TRIPS 协定的规定，具有极大争议性。

综上，过境货物执行措施在 TRIPS 协定中是合法性未有定论的问题，TRIPS 协定目前只是规定成员没有义务实行这一措施，但并未规定成员有权实行这一措施。所以，TRIPS 协定实际上没有对过境货物执行措施作出有实质意义的规定，简言之，该协定中不存在这一保护标准。因此，过境货物执行措施属于“TRIPS-Extra”，是 TRIPS 协定没有明确处理、尚无定论的问题。

（二）过境货物执行措施的利益争议：国内学界的担忧

面对 CPTPP 上述规定以及中国加入 CPTPP 的谈判需求，国内有不少学者表示担忧。[10]一种典型忧虑是：依照 CPTPP 知识产权章第 18.76 条第 5 款的规定，缔约国海关部门仅凭“怀疑”即可对过境货物主动进行查扣，此点相比 TRIPS 协定第 58 条“已取得初步证据证明”的要求，显然大大降低了措施门槛，容易导致海关当局随意的主观裁量权，对中国贸易利益不利。[11]另一忧虑是：中国如加入 CPTPP，此种针对过境货物的执行措施规定将导致中国涉外贴牌加工企业的出口货物更容易在其他缔约国被查扣，可能严重影响中国此类行业的发展。[12]

笔者认为，前一忧虑诚然有道理，但 CPTPP 第 18.76 条第 6 款又规定：缔约方应采取或设立程序，海关部门通过该程序可在启动相关查扣措施后的合理期限内，认定可疑货物是否侵犯知识产权，此类程序可以是通过认定可疑货物含有虚假贸易描述等方式。这就表明，缔约方海关部门的“怀疑”仍然应有事实根据，不能凭空臆测。总体上，CPTPP 知识产权章第 18.76 条第 5 款授权缔约国海关部门仅凭“怀疑”即可对过境货物主动查扣，相比 TRIPS 协定来说确实降低了措施门槛，但也并非完全不可接受，对中国而言可能有一定障碍，但还算不上重大障碍。后一忧虑则确实值得付出仔细研究，本文下面将作重点探讨。

三、防守：CPTPP 过境货物执行措施规则对中国涉外贴牌加工出口的影响

对此，须一分为二地进行辩证分析：从某些角度看，该规则具有非相关性，但从其他角度看，该规则又具有相关性。非相关性与相关性同时存在，都是事实。

[10] 例见韩秀丽、翟雨萌：《CPTPP 下过境货物知识产权的执法规则——法理解读及中国应对》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 141—151 页。

[11] 例见杨鸿：《贸易区域化中知识产权边境执法措施新问题及其应对》，载《环球法律评论》2016 年第 1 期，第 177 页。

[12] 参见颜晨、姜铭：《自贸区知识产权海关保护制度与 TPP 对接机制研究》，载陈晖主编：《海关法评论》，第 6 卷第 1 期，法律出版社 2016 年版，第 311 页。

（一）CPTPP 过境货物执行措施规则对于中国涉外贴牌加工出口的非相关性

如前所述，有一种观点担忧：如果中国加入 CPTPP，则 CPTPP 过境货物执行措施规则会导致中国涉外贴牌加工企业的出口产品在其他缔约国过境时被查扣风险更大。这是一种表面合理的担忧，但实际上却可能是一种望文生义的理解。

1.CPTPP 缔约国对待过境货物的态度与中国是否加入 CPTPP 无关

对于 CPTPP 的现有缔约国而言，它们如何对待途经本国的过境货物，与中国是否加入 CPTPP 无关。换言之，无论中国是否加入 CPTPP，其他国家只会根据本国法（包括国内法与国际条约义务）自行判断是否需要对过境货物采取海关边境措施。[13]这正是知识产权地域性原则所决定的。在此问题上起决定性作用的因素是过境国自身法律，而非中国是否加入 CPTPP。

除非，CPTPP 过境货物执行措施规则只对来自缔约方的过境货物适用，而对来自非缔约方的过境货物不适用，只有在这种情况下，中国是否加入 CPTPP 才会对本国涉外贴牌加工行业的出口产生影响，有关学者的上述忧虑才能成立。仔细观察 CPTPP 第 18.76 条第 5 款，可以发现：该款的正文连同脚注只是规定了措施对象为“货物”，但没有任何地方表明“货物”必须是来自缔约方的货物。因此，CPTPP 一缔约方根据该款确立的过境货物执行措施规则，理论上并非只针对 CPTPP 其他缔约方，而是对所有国家一视同仁。当然，第 18.76 条第 5 款的确也没有禁止一缔约方就其过境货物执行措施针对其他缔约方与非缔约方进行区别对待。但对于 CPTPP 缔约方来说，这种差别化实施并无必要，因为会带来以下弊端：一是导致本国的执行措施规则破碎化，明显加大了执法成本；二是带来与最惠国待遇相关的争议；三是可能导致更多的侵权货物不再选择从 CPTPP 缔约方境内启运，而是改为从非缔约方境内启运，造成过境货物执行措施的差别化实施被恶意利用，反而不利于遏制侵权态势，也不利于促进 CPTPP 区内的贸易运输。

因此，中国加入 CPTPP，并不会加大国内涉外贴牌加工业的出口货物被其他缔约国海关进行侵权查扣的可能性，因为这种可能性取决于他国自身关于过境货物的知识产权执行措施规则，与中国是否加入 CPTPP 没有直接关系。另外，

[13] 欧盟对待来自中国的过境货物的态度即取决于自身立法。参见朱秋沅：《欧盟第四次知识产权边境保护立法及其对我国贸易的壁垒性影响分析》，载《国际经济法学刊》2014 年第 2 期，第 152 页。

这个问题还有赖于实证考察，即 CPTPP 现有缔约方在其过境货物执行措施规则上，是否针对其他缔约方与非缔约方进行区别对待。若存在这种区别对待，中国选择加入 CPTPP 才可能对国内涉外贴牌加工业的出口发生影响。但即便如此，国内涉外贴牌加工方也并非没有风险规避方案，下面将继续分析。

2.涉外贴牌加工方在过境国第三方知识产权注意义务上处于有利地位

涉外贴牌加工活动涉及的侵权问题，事实上分为两个方面：第一，贴牌加工出口货物在卖方所在国是否侵犯第三方知识产权？第二，贴牌加工出口货物在买方所在国及第三国是否侵犯第三方知识产权？前一方面是中国知识产权法学界的探讨重点，相关法律渊源主要涉及中国国内法。后一方面则是国际贸易法学界的探讨重点，相关法律渊源主要涉及《联合国国际货物销售合同公约》（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods，以下简称 CISG）第 42 条。

对于贴牌加工出口货物在卖方所在国是否侵犯第三方知识产权的问题，国内知识产权法学界众说纷纭。特别值得注意的是，杨鸿教授提出了“双轨判断论”，指出：须区分加工方（卖方）与定作方（买方），分别判断这两个不同主体的行为的侵权状况。如有侵权，加工方行为属帮助性质的间接侵权，应以主观过错为必备要件；定作方行为属直接侵权，不以主观过错为必备要件。由此，加工方就承担了适当的注意义务，包括基本的审查与审慎义务、注意避让义务、电子商务或跨境消费下针对货物回流本国可能性的特殊注意义务等。加工方如未能履行这些注意义务，则存在主观过错，应承担间接侵权责任。[14]该观点具有较好的说服力，比较中肯地概括了加工方对于本国第三方知识产权的注意义务。

对于贴牌加工出口货物在买方所在国及第三国是否侵犯第三方知识产权的问题，CISG 第 42 条作了规定。[15]但在这里，存在一个先决问题：CISG 的适用对象是国际货物买卖合同，而涉外贴牌加工属于承揽合同，是否可以适用 CISG？对此，张玉敏教授的看法是：货物买卖和加工承揽确实是两种不同的合同，故不

[14] 参见杨鸿：《主体区分视角下定牌加工侵权判定的合理路径》，载《法学》2021 年第 9 期，第 130—135 页。

[15] CISG 第 42 条第 1 款原文为：“卖方所交付的货物，必须是第三方不能根据工业产权或其他知识产权主张任何权利或要求的货物，但以卖方在订立合同时已知道或不可能不知道的权利或要求为限，而且这种权利或要求根据以下国家的法律规定是以工业产权或其他知识产权为基础的：（a）如果双方当事人在订立合同时预期货物将在某一国境内转售或做其他使用，则根据货物将在其境内转售或作其他使用的国家的法律；或者（b）在任何其他情况下，根据买方营业地所在国家的法律。”该条第 2 款原文为：“卖方在上一款中的义务不适用于以下情况：（a）买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要求；或者（b）此项权利或要求的发生，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、程式或其他规格。”

可能将 CISG 关于当事人权利义务的规定全部适用于贴牌加工合同。但是，就交付货物（定作物）这一行为及其法律效果而言，货物买卖合同与贴牌加工合同并没有什么不同，与此相关的当事人权利义务和责任，如风险负担、与货物有关的侵权责任等，在合同法的基本原理和具体规定上也没有原则性区别。因此，CISG 第 42 条的规定应当可以参照适用于贴牌加工出口活动。[16]在此基础上，笔者认为还需进一步具体分析：在涉外贴牌加工活动中，如果加工方使用定作方提供的原材料进行加工，最终出口获利只是单纯的加工费，那么根据 CISG 第 3 条，这种情况即“来料加工”，自不可适用 CISG。但是，如果加工方使用自有原材料进行加工，向定作方的收费为“制造成本+加工费”，那么这就与张玉敏教授所说的情况完全一致，可以适用 CISG。另外，CPTPP 现有 12 个缔约方中，仅有马来西亚、文莱、英国不是 CISG 成员国，[17]因此在涉外贴牌加工的过境货物侵权问题上，CISG 有一定的准据法价值。

接下来必须认真对待的问题是：综合涉外贴牌加工所涉侵权问题的上述两个方面，如果对于加工方，已要求它根据本国一般知识产权法，对于本国境内第三方知识产权持适当的注意义务，又要求它根据 CISG 第 42 条，对于定作方所在国及其他第三国境内的第三方知识产权承担权利担保责任，那么加工方的义务是否过重？这就涉及对 CISG 第 42 条的功能定位的辨析。

国内 CISG 专家李巍教授指出：只有买方或买方的下游分销商能够决定货物将被销往何处，他们既可以在订立合同之前也可以在之后作出这样的决定。要求卖方清楚地了解货物最终销往不同国家之后它所处的知识产权地位，这是不公平的。正是出于这种考虑，CISG 立法者在制定第 42 条时，把立足点放在对卖方知识产权担保义务的限制上。[18]卖方在一般性权利担保方面承担严格责任，而在知识产权担保方面只承担有限责任，CISG 第 42 条应作严格解释与适用。[19]

第 42 条第 1 款中的“不可能不知道”，应理解为向卖方施加了法律上或道义上的调查义务。对于卖方经过一般查询即可获知的第三方知识产权，卖方未尽调查义务而不了解，或明知存在这种权利而矢口否认，则推定卖方有过错，要求他

[16] 参见张玉敏著：《商标注册与确权程序改革研究：追求效率与公平的统一》，知识产权出版社 2016 年版，第 206—207 页。
[17] See https://cisg-online.org/cisg-contracting-states/contracting-states-by-name, last visited on Mar. 26, 2024.
[18] 参见李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2009 年版，第 198 页。
[19] 参见李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2009 年版，第 199 页。

承担责任，这是合理的。[20]李巍教授进一步指出，客观情况不同，卖方的调查义务以及反证其不知道第三方知识产权存在的举证负担也轻重有别。这些应考虑的客观情况是：（1）第三方知识产权的可检索性。对于专利权、商标权这类须经批准、登记而公开的知识产权，卖方可以轻易通过互联网或商用指南查出结果，因此有无条件的查询与证明义务，未尽此义务则应负责；对于商业秘密这类不公开的知识产权客体，卖方无查询义务。（2）知识产权主题。在专利领域，欲了解产品的技术构造以及在目的国的知识产权状况，卖方处于更有利的地位，因此有较重的查询与证明义务；在商标领域，欲了解产品在目的国市场的商标权状况，语言、文化等因素使买方处于更有利地位，则卖方的查询与证明义务较轻。[21]在笔者看来，上述分析还遗漏了版权这一类极典型的知识产权，而当代大多数国家对版权奉行自动保护主义，并不强制要求作品的登记、公示。[22]那么，这势必对卖方的注意义务提出了更为苛刻的要求。

然而，CISG 第 42 条第 2 款（a）项为卖方提供了免责情形——“买方在订立合同时已知道或不可能不知道”，这就与该条第 1 款中的“卖方在订立合同时已知道或不可能不知道”形成了一种有趣的对照。李巍教授为此设想了一个争议：卖方首先抗辩说，他在订立合同时不知道货物存在第三方知识产权。买方会指出，专利已经公布，卖方不可能不知道第三方知识产权存在。卖方可以继续反驳说，既然凭专利公布就推定卖方明知，也应基于同样事实推定买方明知，根据 CISG 第 42 条第 2 款，买方在订立合同时明知货物存在第三方知识产权，卖方可免责。[23]但是，CISG 第 42 条前后使用相同措辞，不等于认定卖方或买方“不可能不知道”第三方知识产权存在的依据、证明责任也相同。哪一方有更重的义务去调查、了解第三方知识产权状况，有更充足的理由应该知道第三方特定的知识产权存在，这是事实问题，应进行个案分析。欲了解货物的专利权状况，卖方处于比买方更有利的地位；欲了解货物的商标权状况，买方处于比卖方更有利的地位。处于更有利地位的一方应承担较重的证明责任，证明其不知道存在第三方知识产权。司法实践中，如双方都声称不知道存在第三方知识产权，这时应依据当事人

[20] 参见李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2009 年版，第 201—202 页。
[21] 参见李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2009 年版，第 202 页。
[22] 参见李雨峰著：《中国著作权法：原理与材料》，华中科技大学出版社 2014 年版，第 182 页。
[23] 参见李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2009 年版，第 205 页。

履行调查义务的难易、举证责任的轻重，确定当事人过错大小及最终责任。[24]

在涉外贴牌加工的商标侵权问题上，李巍教授的以上观点显然有利于加工方。张玉敏教授更是直接认为，CISG 第 42 条第 2 款可以理解为对国际贸易中贴牌加工知识产权问题的特别规定。也就是说，在涉外贴牌加工活动中，对国外知识产权的注意义务不应属于国内加工方，而应属于国外定作方。[25]

不过，这里有个问题需要考虑：国际贸易中的货物过境国，算不算 CISG 第 42 条第 1 款（a）项中的“转售或作其他使用的国家”？如果算，才能适用 CISG 第 42 条对涉外贴牌加工出口展开上述分析。对于这个问题，中外 CISG 专家都倾向于不算。李巍教授认为，“转运国”不同于货物“被转售国”。对于转运国，货物在此中转、停留，没有进入流通领域；而所谓的“作其他使用”（英文本中为“otherwise used”），通常为货物用作生产、消费或进一步加工。[26]德国专家 Schlechtriem 也认为：在适用 CISG 第 42 条时，卖方所在国不用考虑，一般情况下的过境国也不用考虑。[27]在法律解释学上，“转售或作其他使用”与单纯的“过境”显然存在性质区别，对前者难以通过扩大解释将“过境”也包括在内。

笔者认为，在这里可以运用类比法律推理：既然根据 CISG 第 42 条第 2 款的精神，在涉外贴牌加工这种特殊经济活动中，货物转售或作其他使用的国家境内的第三方知识产权尚且由定作方承担注意义务更为合理，那么对于单纯的货物过境国境内的第三方知识产权，就更不应由加工方承担注意义务。因此，在这个问题上，类比适用 CISG 第 42 条第 2 款是合理的。[28]Schlechtriem 指出，对于 CISG 框架下发生转售或其他使用行为的第三国的情形，当事人在订立合同时必须明示。[29]以此类推，对于贴牌加工货物出口的具体过境国，加工方与定作方也应当尽量在买卖合同中明示，并明确约定对过境国内第三方知识产权的注意义务的归属。对于加工方，这是知识产权风险规避的有用策略。

另外，在过境问题上，国际贸易中的货物风险转移规则通常也有利于加工方。

---

[24] 参见李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2009 年版，第 205 页。
[25] 参见张玉敏著：《商标注册与确权程序改革研究：追求效率与公平的统一》，知识产权出版社 2016 年版，第 207 页。
[26] 参见李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2009 年版，第 203—204 页。
[27] 参见[德]彼得·施莱希特里姆著：《〈联合国国际货物销售合同公约〉评释》，李慧妮编译，北京大学出版社 2006 年版，第 123 页。
[28] 关于民事、经济法律关系中类比法律推理的适用，参见雍琦著：《法律逻辑学》，法律出版社 2022 年版，第 317—318 页。
[29] 参见[德]彼得·施莱希特里姆著：《〈联合国国际货物销售合同公约〉评释》，李慧妮编译，北京大学出版社 2006 年版，第 122 页。

在没有专门约定的情况下，中国外贸界常用贸易术语 FOB、CIF 下的货物风险都是在出口国港口离岸时转移，因此货物在过境国被采取海关边境措施的风险通常由定作方承担，定作方在未收到货物的情况下仍有按合同付款的义务。这在客观上也将促使定作方主动承担过境国第三方知识产权注意义务。

总之，一系列法教义学分析均表明：涉外贴牌加工合同中，在过境国第三方知识产权注意义务的分配问题上，国内加工方处于比国外定作方更有利的法律地位。一个国内加工方只要在贴牌加工合同的条款约定上保持审慎态度，CPTPP 过境货物执行措施规则就不会对他的个体利益产生直接的不利影响。

（二）CPTPP 过境货物执行措施规则对于中国涉外贴牌加工出口的相关性

本书第二章提及，中国曾在 2010 年 TRIPS 理事会会议上表达了对 ACTA 草案中过境货物执行措施规则（即使是选择性义务）的质疑，得到其他发展中国家的响应，具有重要的立场宣示意义。现在，中国如选择加入 CPTPP，CPTPP 过境货物执行措施规则将使中国面临法律立场的明显反复和舆论层面的一定压力，对于自身涉外贴牌加工行业也不能说毫无影响，至少对该行业的涉欧过境货物有间接影响。

1.过境货物执行措施对于药品以外普通货物的法理威胁依然存在

2010 年由印度、巴西提起的 WTO 欧盟及一成员国“过境仿制药品扣押”案以和解告终，未有裁决结论，在如此重要的法律问题上留下了不小的遗憾。学者们只能从法教义学层面进行各种分析。研究表明：发达成员的过境货物执行措施要求看似无理，违反了知识产权的地域性原则以及各国独立保护原则，但却拥有一些对它们有利的具体争点。

一是对“进口”（importation）的解释问题。印度、巴西都认为，欧盟与荷兰当局的措施违反 TRIPS 协定第 51、52 条。此处核心问题在于：货物过境是否属于“进口”？如果是，那么被诉措施就符合 TRIPS 协定，反之则不符合。尽管在中国人的日常观念中，“过境”与“进口”显然是两个不同的词，但对于一向偏好文牍主义的国际司法机构的推理思路，却不可作如此简单的预设。众所周知，在确定具体措辞的字面通常含义时，WTO 争端解决机构往往求助于权威词典。Mercurio 指出，美国著名的《韦氏大词典》（Merriam-Webster dictionary）对“进口”的解释是“从外国或外部来源引入：比如（将商品）从另一国引入一地

或一国”，因此，“过境”也属于“进口”。[30]这个解释确实与中国人的观念明显不符。然而令人稍感意外的是，《现代汉语词典》对“进口”的解释是：“外国或外地区的货物运进来。”[31]这似乎也与《韦氏大词典》一样，未明确区分“过境”与“进口”，由此就为我们敲响了警钟。

发展中成员也有两个可资利用的论据。首先，TRIPS 协定脚注 13 规定：“各方理解，对于由权利持有人或经其同意投放到另一成员市场上的进口货物或过境货物，无义务适用此类程序。”从条约有效性解释的角度看，如果“过境”属于“进口”，那么该脚注就不需要分别使用两个词来表达。其次，WTO 争端解决史上针对关于“过境自由”的 GATT 1994 第 5 条有过判例，即 2007 年哥伦比亚“入境口岸”案（DS366）。该案专家组报告对 GATT 1994 第 5 条第 1 款中的“过境运输”与第 2 款第一句话中的“过境运输”“过境自由”进行了解释。在专家组看来，第 5 条第 1 款中的“过境运输”的定义在字面上已经足够清晰，当该定义适用于第 5 条第 2 款时，“过境自由”就必须覆盖所有的“过境运输”，即货物运输经过一缔约方领土，但此种经过仅为起点和终点均在运输所经过的该方领土之外的全部路程的一部分，在所经过的该方领土内，货物无论有无经过转船、仓储、卸货或改变运输方式，上述过境自由都应当得到格外的保障。[32]从这个论述来看，该案专家组只是重申了 GATT 1994 第 5 条第 1 款中的“过境运输”定义，已经不认为这个定义还需要进一步解释。另一方面，GATT 1994 无论其正文抑或脚注，通篇都没有对何为“进口”作出专门的定义或解释。由此，“过境”应当不同于“进口”，而是如 GATT 1994 第 5 条第 1 款所定义的那样，是另一种类型的贸易行为。

不过，以上分析过程仍然表明：对“进口”的法教义学解释存在变数，最终结果可能取决于国际裁判机构所倾向于采取的具体解释技术，并非人们普通想象的那么简单。

二是涉公共健康相关药品与普通货物的区别。欧盟及一成员国“过境仿制药品扣押”案中，争讼所涉货物系仿制药品，而非普通制成品。对于印度、巴西非

[30] 《韦氏大词典》此处原文为“to bring from a foreign or external source: as ... to bring (as merchandise) into a place or country from another country.”See Bryan Mercurio, “Seizing Pharmaceuticals in Transit: Analysing the WTO Dispute That Wasn’t”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 2, 2012, p. 406.
[31] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2014 年版，第 677 页。
[32] See WTO, *Colombia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, Report of the Panel, WT/DS366/R, para. 7.396.

常有利的一点是，在公共健康问题上，2001 年即通过的《TRIPS 协定与公共健康多哈宣言》第 4 段规定：TRIPS 协定不应阻止成员采取保护公共健康的措施，而应以支持成员保护公共健康特别是促进民众获取药品的权力的方式进行解释和实施。在这种强劲助力之下，虽然 TRIPS 协定本身的条款解释还存在一些变数或模糊之处，但印度、巴西的胜算已然大增。另一方面，根据《TRIPS 协定与公共健康多哈宣言》第 6 段的指示，WTO 总理事会于 2003 年决定对原 TRIPS 协定的第 31 条进行修订，以便一成员在颁发专利强制许可令后，可将仿制药品出口至缺乏此种药品生产能力的其他成员。[33]如果任由发达成员对来自发展中成员的过境仿制药品以知识产权侵权为由大肆扣押，那么势必严重践踏上述修订精神。因此，欧盟随后在 2013 年知识产权海关执法相关的新条例中，一改先前的强势实践，对过境药品转向了更为务实的“进入本方市场可能性”理论，[34]这完全可以合理推测为一种必要的妥协。

对此，Mercurio 评论：药品具有特殊性，其过境纷争的解决，必须在公共健康这一更宽泛的情境下，对 TRIPS 协定更多运用上下文解释方法，综合考虑 WTO 框架下有关公共健康的相关宣言和其他文件。但是，如果所涉货物不是药品而是普通货物，那么 WTO 争端解决机构的解释结果就可能大不相同。[35]这是非常值得中国注意的一种提醒。

三是 TRIPS 协定第 58 条中知识产权相关准据法的缺失。该条系针对海关部门依职权主动发起边境措施的情况，规定如要求主管机关自行采取行动，对其已取得初步证据证明一项知识产权正在被侵犯的货物中止放行，则需满足一定的程序性条件。在这里，法条并未指明“一项知识产权”系基于何国法律而成立，这极可能是 TRIPS 协定谈判方与起草者的一种疏漏，表明他们当时并未真正重视过境货物的问题，但这在客观上就为发达成员采取过境货物执行措施打开了方便之门。如前所述，CPTPP 在过境货物执行措施上，只规定了海关依职权主动发起这一种途径。中国如加入 CPTPP，就在很大程度上近似于默认：TRIPS 协定第 58 条中知识产权相关准据法可以是货物过境国法律。那么，欧盟国家虽不是

[33] See WTO, *Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health*,WT/L/540 and Corr.1, 1 September 2003.
[34] 参见朱秋沅：《欧盟第四次知识产权边境保护立法及其对我国贸易的壁垒性影响分析》，载《国际经济法学刊》2014 年第 2 期，第 175 页。
[35] See Bryan Mercurio, “Seizing Pharmaceuticals in Transit: Analysing the WTO Dispute That Wasn’t”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 2, 2012, p. 426.

CPTPP 成员国，但仍可以 TRIPS 协定第 58 条为依据，对过境的中国货物采取海关边境措施。

四是 GATT 1994 第 5 条中的“海关执法例外”。对于印度、巴西，以“过境自由”为主题的 GATT 1994 第 5 条显然是极具代表性的有利法律依据。但是，第 5 条第 3 款有部分原文为:“……除未能符合适用的海关法律和法规的情况外，此种来自或前往其他缔约方领土的运输不得受到任何不必要的迟延或限制……”这就表明，过境国有权对过境货物适用其海关法律法规，这是过境自由的合法例外。Mercurio 特别指出：第 5 条隐含了一个假定，即过境自由只能适用于合法货物，而不能适用于非法货物。由此，在 2010 年案例中，欧盟成员国海关的相关执法条例可能本身内容（as such）符合第 5 条的纪律，只是其行使方式（as applied）不符合（扣押时间太长从而不符合 TRIPS 协定第 55 条的时限要求）。[36]

五是 GATT 1994 第 20 条（d）项的潜在辩护价值。即使欧盟成员国海关的行为确与 GATT 1994 第 5 条相悖，GATT 1994 第 20 条作为著名的“一般例外”条款也不可忽略。该条的（d）项情形为“为保证与本协定规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施，包括与海关执法……保护专利权、商标和版权以及防止欺诈行为有关的措施”。这完全有可能为欧盟成员国海关的知识产权边境措施提供抗辩依据。在 WTO 争端解决史上，GATT 1994 第 20 条的相关判例非常丰富，成员相关措施的合法性往往取决于所谓的“必要性”测试。[37]Mercurio 指出：WTO 争端解决机构在韩国“多种牛肉措施”案（DS161、DS169）等判例中已经表明，“必要”并不意味着“不可或缺”，接近于“作出贡献”即可。[38]在这种理解下，由于第 20 条（d）项措辞的模糊性，印度、巴西要挫败欧盟成员国海关的知识产权边境措施，仍难言有绝对胜算。

总体来看，仿制药品由于涉及公共健康，其过境行为在具体法律解释中容易借助《TRIPS 协定与公共健康多哈宣言》及其他后续文件、TRIPS 协定关于“目标”的第 7 条与关于“原则”的第 8 条中有利于公共健康的条款而得到合法性支持。Ruse-Khan 认为，这意味着 TRIPS 协定根据其第 1 条第 1 款[39]成为其他协定

[36] See Bryan Mercurio, “Seizing Pharmaceuticals in Transit: Analysing the WTO Dispute That Wasn’t”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 2, 2012, pp. 421, 426.
[37] See Ming Du, “The Necessity Test in World Trade Law: What Now?”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 15, No. 4, 2016, pp. 820-825.
[38] See Bryan Mercurio, “Seizing Pharmaceuticals in Transit: Analysing the WTO Dispute That Wasn’t”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 2, 2012, pp. 423-424.
[39] TRIPS 协定第 1 条第 1 款相关原文为：“……各成员可以，但并无义务，在其法律中实施比本协定要求更

中更高水平保护措施的合法性衡量标尺。[40]但是，药品以外的其他普通货物过境行为仍然面临较大的执行措施风险。在欧盟及一成员国“过境仿制药品扣押”案发生后，欧盟的知识产权海关保护新条例以及欧盟部分成员国法院相关判例、欧洲法院（European Court of Justice）相关判例、欧洲法院法律总顾问意见也都表明了这一点。[41]归根结底，WTO 现有纪律在过境货物执行措施问题上呈现法条供给不足状态。对于包括中国在内的发展中国家，这方面争议并未平息，杀机仍然暗藏。

2.中国的外贸结构与侵权状况使货物对欧、对美过境问题不容忽视

目前，中国仍有相当大比例的出口货物经欧洲转运至其他地区，让国内制造商、出口商自查出口货物是否违反欧盟各国知识产权法难度很大，[42]而中国出口货物存在的知识产权问题大多为低技术含量货物的商标侵权。[43]印度固然是仿制药生产大国，但中国的货物出口结构有明显不同，贴牌加工出口仍然占据重要地位。尽管如前所述，在涉外贴牌加工活动中，加工方处于注意义务上的有利地位，但仍不可掉以轻心。现实中，国内许多中小企业加工方可能对这种注意义务并不重视。目前，中国国内对出口货物的知识产权秩序整顿尚需时日。对于中国涉外贴牌加工的普通货物出口，欧盟知识产权海关保护相关条例在相当长时间内仍将是较大威胁。由于 CPTPP 对过境货物执行措施是近乎强制性义务（后文将提及 CPTPP 规定的替代措施），中国如加入 CPTPP，在类似“禁止反言”的效应下，其对欧过境贸易可能会暂时陷入一种相对被动的境地，对美过境贸易也是一样。

3.中国法律立场的变化可能面临发展中国家一定的舆论压力

中国如加入 CPTPP，在法律立场上就有一种不可低估的宣示性意义：尽管 CPTPP 并不包括欧盟国家（须注意已包括英国），但中国在过境货物执行措施问题上已经接受了发达国家的立场。这可能导致其他发展中国家在 WTO、WIPO 等多边场合中对中国发出一些不满的声音，或间接影响中国在各种多边经贸规则议题上的谈判地位。对此后果，应有合理预见和充分估计。

广泛的保护，只要此种保护不违反本协定的规定……”

[40] See Henning Grosse Ruse-Khan, “A Trade Agreement Creating Barriers to International Trade? ACTA Border Measures and Goods in Transit”, *American University International Law Review*, Vol. 26, No. 3, 2011, p. 724.

[41] 参见张乃根：《略论过境贸易中的知识产权海关保护》，载陈晖主编：《海关法评论》，第 2 卷，法律出版社 2011 年版，第 266—271 页。

[42] 参见朱秋沅：《欧盟第四次知识产权边境保护立法及其对我国贸易的壁垒性影响分析》，载《国际经济法学刊》2014 年第 2 期，第 177 页。

[43] 参见朱秋沅：《中国视角下对 TPP/CPTPP 知识产权边境保护条款的考量及相应建议》，载《电子知识产权》2018 年第 3 期，第 21—22 页。

四、进取：CPTPP 过境货物执行措施规则对中国查处他国货物的影响

在过境货物执行措施规则上，还需要关注的另一方面是：中国自身是否应接受 CPTPP 此种规则，从而对途径本国的他国过境货物可采取执行措施？

（一）国内知识产权法学者与海关法学者的代表性观点

在知识产权法学界，王迁教授是引人注目的支持者，不过他的研究是针对上海自贸试验区的。他的论证思路十分清晰：首先，上海自贸试验区仅旨在为相关国际贸易提供关税优惠和便利化安排，除此之外，仍然处于中国海关部门的监管权力（包括知识产权海关保护）范围内，并非海关法意义上的“法外之地”。其次，当前各国国内自贸区内的知识产权侵权行为相当猖獗，使这类区域成为“侵权港湾”。出于贸易安全、公共利益、管理声誉等考虑，对此大有法律规制的必要。再次，中国正在面对国际经贸规则新一轮重构的压力，不能自外于世界潮流，合理选择是在国内自贸试验区先行测试对高标准经贸规则的适应能力；复次，过境货物执行措施规则不能过于严苛，以免海关执法成本过高或影响自贸试验区的贸易自由宗旨，需要在贸易自由与知识产权保护之间保持平衡；最后，中国可以借鉴欧洲法院的“进入本方市场可能性”理论，只对确有可能进入本国市场、侵犯本国权利人知识产权的过境货物采取边境措施，同时对权利人申请启动、海关依职权启动这两种启动方式设置必要的条件。[44]

海关法专家朱秋沅也认为对过境货物采取执行措施具有正当性，其逻辑理据在于：过境自由在于享受进出境税费的免除和通关管理的便利，但要受到海关法律法规的限制。知识产权侵权行为已经成为危害国家安全、社会安全和国民安全的优先问题。既然进出境侵权货物已经成为“禁止进出境”的货物，转运的自由当然就不能包括“转运侵权货物的自由”。再从各类相关国际条约来看，它们并不构成对过境货物执法的限制。TRIPS 协定所规定的对进口货物进行边境执法的最低义务，并不限制成员提供更高的保护标准。ACTA 草案也已经规定了这方面的选择性义务。从有关过境自由的公约方面考虑，无论是《1921 年转运自由公约与规约》还是世界海关组织的《关于货物实行国际转运或过境运输的海关公约》或是 GATT 1994，都有条款明确规定，过境自由受到海关执法的限制。因此，只

[44] 参见王迁：《上海自贸区转运货物的知识产权边境执法问题研究》，载《东方法学》2015 年第 4 期，第 37—46 页。

强调这些公约中规定的“自由”，却忽略相关的限制，实为断章取义。[45]

（二）本文的观点

对王迁教授与朱秋沅教授的上述分析，笔者持赞成态度，并在此基础上补充几点：

第一，在全球价值链时代，[46]对过境货物侵犯知识产权的危害性应有重新认识。随着知识产权侵权行为的跨国分工与组合日趋复杂，一项侵权产品可能被分配给供应链的不同主体来完成，而这些主体各自从事的部分不一定构成侵权，因此，仅将知识产权边境措施适用于一般的进出口通关程序并不足以遏制跨境假冒和盗版货物的贸易。例如，不法分子在自贸试验区与海关特殊监管区域内对过境的侵权货物进行重新包装、加工后再转运至其他国家或进入中国国内市场，甚至会将一项侵权产品拆分给不同供应链主体，并将这些拆分部分转运至中国自贸试验区与海关特殊监管区域内进行加工组合，或者将一项侵权产品在中国不同的自贸试验区与海关特殊监管区域间进行分配和各自加工，最终通过转关进行组合。总之，如不将过境货物纳入海关边境措施的适用范围，那么自贸试验区与海关特殊监管区域或将成为知识产权的“侵权港湾”，导致形象受损，反而不利于吸引贸易和投资。

第二，侵犯知识产权的过境货物的上述危害性逻辑对于中国非自贸试验区的其他一般地区也适用。根据中国相关顶层文件，自贸试验区的设立目标之一是先行先试，为国内其他地区提供可复制、可推广的做法和经验。因此，在中国致力于打造更高水平开放型经济体制的背景下，对途径本国的过境货物的海关边境措施适用性不必局限于自贸试验区，可以扩展到全国一般地区。

第三，CPTPP 仅规定了缔约国主管机关依职权主动发起的途径，没有规定权利人及利害关系方申请发起的途径，这为中国海关部门提供了一定的裁量权，使其可在贸易自由与知识产权保护之间作具体权衡。

第四，CPTPP 第 18.76 条第 5 款（c）项的脚注 123 罕为人知，但值得高度注意。该脚注使得 CPTPP 缔约国并不必然承担对过境货物实施海关边境措施的义务——“作为对本项（笔者注：即第 18.76 条第 5 款（c）项）的替代方案，如这样做是适当的且为了消除假冒或盗版货物的国际贸易，一缔约方应转而努力

[45] 参见朱秋沅著：《知识产权边境保护制度原理与实案》，复旦大学出版社 2013 年版，第 264—265 页。
[46] 关于全球价值链对全球经贸活动与经贸规则的影响的全面分析，参见刘彬：《全球价值链理论：规则重构与法学评价》，载《国际法研究》2019 年第 6 期，第 41—59 页。

向另一缔约方提供有关它已予以检查且无当地收货人并通过其领土转运至该另一缔约方领土的货物的可获得的信息，以便利该另一缔约方在货物抵达其领土时识别可疑货物。”[47]这里“无当地收货人”的措辞，明显是为了确认货物不存在进入本国市场销售的可能性。由此，CPTPP 缔约国就拥有了选择权，既可以对过境货物实施海关边境措施（即便实施也是由海关部门视情况依职权发起），也可以选择履行该脚注规定的替代措施。这就进一步减轻了义务压力。

第五，依照 CPTPP 知识产权章第 18.76 条第 5 款，缔约国海关部门仅凭“怀疑”即可对过境货物主动进行查扣，这确实可能导致执法随意性，增加营商成本，影响营商环境。为此，中国可充分利用第 18.76 条第 6 款赋予的权限，设立比较合理的程序，让海关在依职权主动发起边境措施时应有合理理由，或掌握初步证据，以弥补第 18.76 条第 5 款之失。

五、结论

总体来看，CPTPP 过境货物执行措施规则对于中国固然存在一定障碍，但也并非绝对不可接受。不过，对过境货物采取执行措施终究涉及一国对知识产权地域性这一重大问题的态度，以及与具体经贸伙伴之间在双边法律关系上的主张，还有中国自身海关执法资源的承受能力。

有观点认为：当过境国知识产权资源丰富、产品出口较多又占据贸易枢纽的地理位置，往往倾向于加强该国主管机关的执法权，对过境货物进行严格执法。与之情况相反的国家对待过境货物的知识产权执法，则可能持不同观点。[48]中国固然当下国内自主知识产权资源已较为丰富，也是名列前茅的世界货物出口大国，但其贸易枢纽地位以及在全球价值链中的地位还在不断攀升，尚未稳定。在相当长的一段时期内，涉外贴牌加工货物仍然在中国出口货物中占据不小的比例，以商标侵权为中心的相关知识产权问题仍不可忽视。因此，过境货物执行措施问题最终仍有待实证观察，在相当程度上取决于中国与其他国家之间的双边贸易关系。这是中国与美国、欧盟最根本的不同点。美欧基于其在知识产权国际保

[47] 该脚注英文为：As an alternative to this subparagraph, a Party shall instead endeavour to provide, if appropriate and with a view to eliminating international trade in counterfeit trademark goods or pirated copyright goods, available information to another Party in respect of goods that it has examined without a local consignee and that are transhipped through its territory and destined for the territory of the other Party, to inform that other Party's efforts to identify suspect goods upon arrival in its territory.

[48] 参见韩秀丽、翟雨萌：《CPTPP 下过境货物知识产权的执法规则——法理解读及中国应对》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 144 页。

护格局中居高临下的“食物链”顶端地位，自可全面接受并要求他国也接受过境货物执行措施规则，而中国却需要具体对象具体分析。

因此，中国当前一方面应避免全方位接受过境货物执行措施规则，另一方面又可选择在合适的双边 FTA 中进行局部性的制度试验。中国如选择加入 CPTPP，在过境货物执行措施问题上，对于 CPTPP 第 18.76 条第 5 款（c）项的脚注 123 提供的替代措施应高度重视，此外还应在 CPTPP 所允许的范围内，合理优化本国海关依职权发起措施的程序。

RCEP 框架下农产品地理标志的出口保护研究[1]

马旭霞 吴宜轩

摘要：农产品的定义确实缺乏一个统一的、权威的界定标准，通常认为农产品是来源于种植业、林业、畜牧业和渔业的初级农产品及其初级加工品。在全球化的大背景下，农业生产、加工、销售等环节逐渐打破国界限制，呈现出国际化的趋势。农产品供需形势的失衡，全球农产品贸易限制政策频出、城市化进程加剧导致全球粮食安全仍然严峻。农产品全球化给我国农产品出口带来了重大机遇，但是我国农产品出口仍存在出口产品结构单一化的问题。加大地理标志农产品保护能够提升本国农产品竞争力、保护本国农民利益、发展现代农业、保护自然资源和传统文化等优势。

关键词：农产品；农产品地理标志；出口

一、农产品界定

农业是指以土地资源为生产对象，通过培育动植物产品从而生产食品及工业原料的产业，也叫做“第一产业”。而农产品就是与农业相关的具有经济价值的商品。提到农产品，人们首先联想到的是水稻、小麦等粮食，以及生活中常出现的蔬菜水果，但是对农产品的具体界定并不明晰。根据国家市场监督管理总局和国家标准委颁布的《国民经济行业分类》(GB/T 4754-2017)，农业包括 A 门类，其项下包括 01（种植业）、02（林业）、03（畜牧业）、04（渔业）、05 （副业）大类。因此，在我国农业包括种植业、林业、畜牧业、渔业以及副业。其中，利用土地资源进行种植生产的是种植业，利用土地资源培育采伐林木的是林业，利用土地资源培育或者直接利用草地发展畜牧的是畜牧业，利用土地上水域空间进行水产养殖的是渔业（又叫水产业），对这些产品进行小规模加工或者制作的是副业。我们通常所称的农产品通常是指 A 门类中所包含的全部产品。

《中华人民共和国农产品质量安全法》第二条指出：“本法所称农产品，是指来源于种植业、林业、畜牧业和渔业等的初级产品，即在农业活动中获得的植物、动物、微生物及其产品。”《农产品地理标志管理办法》第二条：本办法所称农产品是指来源于农业的初级产品，即在农业活动中获得的植物、动物、微生物及其产品。财政部、国家税务总局印发的《农业产品征税范围注释》规定：农业产品是指种植业、养殖业、林业、牧业、水产业生产的各

[1] 作者简介：马旭霞，女，博士，浙江财经大学法学院副教授，硕士生导师，联系电话 18358124211，邮箱：xuxiama3-c@zufe.edu.cn；吴宜轩，浙江财经大学硕士研究生。

种植物、动物的初级产品。

国际农产品贸易公约《农业协定》在协定中规定农产品的范围不仅包括粮食、水果等基本农产品，还包括由农产品所衍生出的所有产品，如面包、奶酪，以及加工过的农产品如香肠、葡萄酒。[2]林产品包括未加工的树脂、木材及其他部分，并包含了林木凋落物的化学成分。但是附件一中还做出了协调规定，另加以下几项编码产品：2905.43（甘露糖醇）、2905.44（山梨醇）、33.01（精油）、 35.01 至 35.05（蛋白类物质、改性淀粉、胶）、3809.10（整理剂）、3823.60(2905.44 以外的山梨醇）、 41.01 至 41.03（生皮）、 43.01（生毛皮）、50.01 至 50.03（生丝和废丝）、 51.01 至 51.03（羊毛和动物毛）、 52.01 至 52.03（原棉、废棉和已梳棉）、 53.01（生亚麻）、53.02（生大麻）。[3]但是《农业协定》将鱼及鱼制品排除在本协定范围内。

根据我国现行法规及相关国际条约的规定，关于农产品的定义确实缺乏一个统一的、权威的界定标准。例如《农业协定》中，农产品的范畴涵盖了除鱼产品外的所有初级农产品及其加工品。《农业协定》中的农产品范围不仅包括了传统意义上的谷物、蔬菜、水果等直接来源于农业的初级产品，还涵盖了诸如饮料、酒精、醋等经过初步加工但仍保留农产品基本特性的产品。我国《农产品地理标志管理办法》中，仅将初级农产品纳入农产品的范畴。《农业产品征税范围注释》同样认为农产品仅包括初级产品，而不包含加工品。本文认为农产品的范围应该界定为来源于种植业、林业、畜牧业和渔业的初级农产品及其初级加工品。初级农产品作为农产品基础，具有直接来源于农业、未经加工或仅经过初步加工等基本特征；初级加工品作为初级农产品的延伸和拓展，同样具有农产品的基本属性和特征。这些产品虽然经过了一定的加工处理，但并未改变其农产品的本质属性，仍然保持着与农业生产紧密相关的特点。

二、农产品贸易现状

（一）农产品国际贸易现状

在全球化的大背景下，农业生产、加工、销售等环节逐渐打破国界限制，呈现出国际化的趋势。农业贸易不再局限于国家和地区之间的小规模交流，而是形成了全球范围内的产业链、供应链。各国根据自己的资源禀赋和比较优势，在全球范围内进行农业生产和贸易。例如，我国在水稻、茶叶等农产品生产上具有优势，而美国、巴西等则在玉米、大豆等农产品

[2]董景山.农产品地理标志保护制度研究[M].知识产权出版社 2013:1.
[3]祁春节.WTO 农业相关规则详解[M].长沙：湖南科学技术出版社，2006：9.

生产上具有优势。这种分工与合作使得全球农业生产效率得到提高，农产品供应更加稳定，价格更加合理。

农产品是人类食物的主要来源，其产量、质量和稳定性直接关系到粮食安全的实现。农产品不仅包括了传统的粮食作物如小麦、水稻、玉米等，还涵盖了蔬菜、水果、肉类、奶制品等多元化的食品类别。粮食安全不仅仅是指人们能够获得足够的粮食来维持生命，更包括粮食的多样性、营养性、可负担性以及可持续性等多个方面。农产品种类的丰富性和生产的稳定性，对于保障粮食的多样性至关重要。根据联合国粮农组织（FAO）与世界粮食计划署（WFP）的最新报告显示，2022 年全球有 6.91 亿至 7.83 亿人面临饥饿，较 2019 年增加了 1.22 亿；有 24 亿人处于中度或重度粮食不安全状况，其中 9 亿人面临重度粮食不安全，超过 31 亿人无力负担健康的膳食。[4]全球范围内，仍然面临着粮食安全挑战。

1、农产品供需形势的失衡

农产品供需形势的失衡，无疑是导致粮食安全问题的首要因素。全球粮食产量比 2021-2022 年明显下降。据美国农业部（USDA）发布的数据，2022—2023 年，全球谷物产量预计将达到 27.4 亿吨，然而，这一数字与前一周期（2021—2022 年）相比，却减少了惊人的 5718.7 万吨，降幅高达 2.0%。随着全球人口的不断增长和生活水平的提高，对粮食的需求日益增加。然而，粮食生产的增长却未能跟上这一步伐，加之全球范围内的气候变化、自然灾害频发等因素的叠加影响，使得粮食供应愈发紧张。异常天气的频发，进一步加剧了全球粮食供需的矛盾。阿根廷、美国、巴西南部等全球重要的农作物主产区频繁遭受高温、飓风、干旱、寒潮等极端天气的侵袭，导致主要大田作物产量大幅下降。

2、全球农产品贸易限制政策频出

世贸组织 2023 年 3 月 2 日发布的贸易监测情况简报指出，自俄乌冲突爆发到 2023 年 2 月 28 日，共有 29 个世贸组织成员和 6 个观察员累计对基本农产品实施了 96 项出口限制。如 2023 年埃及暂停洋葱三个月出口，以控制国内洋葱市场价格。随着全球对环境保护关注度提高，绿色壁垒也逐渐成为农产品出口限制的重要手段。泰国对农药残留量的限制越来越严格，导致一些发展中国家农产品无法进入其市场。

农产品进出口遭遇限制，其连锁效应将深刻影响全球农产品供应的稳定性，尤其对高度依赖进口的发展中国家而言，其潜在影响难以估量。以小麦、大米等主食作物为例，其国际贸易量庞大，任何细微的供应变动均可能引发市场的剧烈震荡。出口国的限制措施将导致国际市场农产品供应量减少，进而使进口国面临供应短缺的风险。对于农业基础设施薄弱、自

[4] 联合国粮食及农业组织《2023 年世界粮食安全和营养状况》。

给自足能力有限的发展中国家而言，这种外部供应的中断将加剧其粮食安全危机，甚至可能触发社会动荡与政治不稳定。此外，农产品进出口的限制还将深刻影响当地农民的生计。农产品出口已成为众多农民增加收入的重要途径。一旦出口渠道受阻，农民将面临销售困境与收入下降的双重压力，这不仅会挫伤其生产积极性，还可能加剧农村地区的贫困状况与人才流失问题，对农业的可持续发展构成长期威胁。

更为严重的是，农产品进出口的限制将引发全球农产品价格的剧烈波动。市场供应的减少将不可避免地推高农产品价格，这不仅会增加消费者的生活成本，还可能引发一系列经济与社会问题。食品价格的上涨可能加剧通货膨胀，削弱消费者的购买力；同时，高昂的食品价格还可能加剧贫困问题，使更多人陷入贫困的深渊。

为了应对这一困境，部分国家可能采取报复性措施，从而引发贸易保护主义的连锁反应。这种反应非但无法解决问题，反而可能加剧全球农产品市场的供需失衡与价格波动。国家间的贸易摩擦与贸易战将增加农产品流通的困难与市场的不确定性，损害各国间的经贸关系，并对全球经济的稳定增长构成威胁。

3、城市化进程加剧

粮食安全问题不仅仅出现在最贫穷的国家，还出现在部分相对发达的国家。在不断推进的城市化进程中，一系列对粮食安全的影响逐渐显现，包括不健康的快餐供应激增、新鲜农产品稀缺、小农户遭受排挤以及城市扩张对自然资本的侵蚀。一、不健康的快餐供应增加：随着城市人口密度的增大和生活节奏的加快，快餐以其便捷、即时的特点迅速占据了餐饮市场的主导地位。然而，这种便利往往以牺牲营养和健康为代价。而与此同时，肥胖症、糖尿病等慢性疾病的发病率也显著上升。这背后，是高盐、高糖、高脂肪的快餐食品对人体健康的长期危害。更为严重的是，儿童与青少年群体成为这一不健康饮食习惯的主要受害者，他们的身体发育和未来健康受到了严重威胁。二、新鲜的农产品匮乏：城市化进程中的土地开发使得农田面积不断减少，加之农产品供应链条的复杂化和中间环节的增多，导致新鲜农产品在城市中的供应变得日益匮乏。这不仅推高了农产品价格，还使得城市居民难以获得新鲜、安全的食材。此外，长途运输和保鲜处理过程中的化学添加剂使用，也进一步加剧了食品安全问题。三、小农受到排斥：小农户往往因为资金、技术和市场渠道等方面的劣势而遭受排挤。他们面临着土地被征用、生产成本上升、销售渠道不畅等多重困境。这不仅导致了农村经济的衰退和社会不稳定因素的增加，还削弱了农业作为国民经济基础的地位。

面对这一严峻形势，国际社会已经采取了一系列措施来应对。FAO 和 WFP 等机构积极推广农业技术、提高农产品产量、改善农产品分配机制；各国政府也加大了对农业的投入和补

贴力度，努力保障本国人民的粮食安全。

（二）我国农产品进出口现状

我国是农业大国，农业发展史可追溯8000年前。我国不断推进农业发展的改革，打破制约生产力发展的桎梏，推动由传统农业改造到现代农业建设转变。农业国际化是我国农产品出口的重要机遇。这使得我国农产品可以更便捷地进入国际市场，同时也为我国带来了更多的国际农产品供应。从我国海关总署发布的数据来看，近十年的中国农产品对外贸易进出口总额，稳步增加，至2023年进出口额达3360.62亿美元。其中我国农产品出口额达到989.3亿美元，较2022年增长0.9%。2024年仅前八个月，我国农产品的出口额就已达到651.6亿美元。我国已深度参与国际农产品市场。农产品进口额居世界第一位，成为世界农产品大市场；同时农产品出口额居世界前列，是第五位，水果、蔬菜、水产品等优质农产品进入国际市场后广受欢迎。

在拓展国际市场的同时，我国农产品出口也面临着诸多挑战。从出口产品结构来看，出口产品结构单一化的问题依然突出。我国农产品出口的主力军仍聚焦于初级产品领域，如粮食、水果、蔬菜等，深加工及高附加值产品所占的比重却显得相对薄弱，这不仅限制了出口农产品的利润空间，也影响了其市场议价能力和整体竞争力。初级农产品虽然具备天然优势，但其在国际市场上的竞争往往陷入价格战的泥潭。由于技术含量和附加值较低，这些产品难以抵御来自其他国家和地区的同类产品的低价冲击。长此以往，农民的增收空间被不断压缩，农业的整体发展也陷入了瓶颈。 乡村农产品出口市场的高度集中性也是一个不容忽视的问题。当前，许多乡村农产品出口主要依赖于一两个主要市场，这种单一的市场结构使得农产品出口极易受到国际市场波动和贸易政策变动的影响。一旦这些市场出现动荡或调整贸易政策，乡村农产品的出口就会受到严重冲击，风险抵御能力显得尤为薄弱。 更为严峻的是，农产品出口质量参差不齐的问题也亟待解决。在国际市场上，消费者对农产品的品质要求越来越高，而部分乡村农产品由于在生产、加工、储存等环节缺乏科学管理和标准化操作，导致产品质量不稳定，难以满足国际市场的需求。这不仅损害了农产品的国际形象，也削弱了其在国际市场上的竞争力。

消费者对高品质、多样化农产品需求的日益增长。随着生活水平的提高，我国消费者对食品的需求不再仅仅满足于温饱，而是更加注重营养、健康和安全。因此，来自世界各地的优质农产品，如新西兰的乳制品、美国的坚果、智利的水果等，纷纷涌入我国市场，满足了我国消费者的多元化需求。这些进口农产品不仅丰富了我国的市场供应，也促进了我国农产

品市场的竞争和升级。

三、农产品地理标志的保护必要性

（一）各国的需求

我国是一个发展中的农业大国，农业是国民经济的基础。“保障粮食和重要农产品稳定安全供给始终是建设农业强国的头等大事”，党的十八大以来，我们党高度重视农产品的保护。尤其是农产品的保护成为国家关注和扶持的重点。农产品地理标志作为一项法律保护制度，是推动农业可持续发展、促进农民增收致富的重要手段。

截至 2024 年 8 月底，我国累计认定地理标志保护产品 2523 个，以地理标志作为集体商标、证明商标注册 7385 件；2023 年度，我国地理标志直接产值超过 9600 亿元。在我国地理标志产品中，地理标志产品中，农产品占比超过 95%，且以初级农产品为主，其中水果数量最多，占 21%，蔬菜占 17%，家禽牲畜占 15%，米面粮油占 12%，水产品占 9%，茶叶占 8%。中国地理标志的国际影响力也不断扩大，已和等多个国家进行地理标志产品的互认互保。

从 2024 年进口国家来看。前十名的农产品进口国包括澳大利亚、越南、印度尼西亚、泰国、新西兰。出口额前十名的 RCEP 国家有日本、韩国、越南、马来西亚、泰国、印度尼西亚。[5]可见 RCEP 的缔约国是我国农产品的重要贸易国家。2024 年 1-7 月，农产品出口品类，主要为蔬菜、水果、畜产品以及水产品。

建立起农产品进出口合作对其他 RCEP 缔约国同样重要。印度尼西亚气候湿润多雨，日照充足，农作物生长周期短，盛产棕榈油、橡胶等农林产品。印度尼西亚全国耕地面积约为 8000 万公顷，森林覆盖率为 54.25%，森林面积达 1 亿公顷，是世界第三大热带森林国家。印度尼西亚是世界领先的棕榈油生产国和出口国、第二大天然橡胶出口国，其稻米、咖啡产量也在世界前列。地理标志保护对日本同样重要。

日本，国土面积相对狭小，仅约为 37.8 万平方公里。山地地貌占据了其总面积的近四分之三，平原和盆地则显得尤为珍贵和稀少。除了自然条件的不足以外，日本国内从事农业的人数逐年减少。因此，日本在出口农产品上，只能选择走高净值的农业出口之路。日本致力于提升农产品的品质，通过对农产品地理标志的保护，在全球范围内建立起农产品地理标志的声誉。2024 年，中国香港地区和中国台湾地区排在日本农产品出口的前三位，中国大陆目前位列第四位。美国、中国、澳大利亚是日本农产品前三大进口来源地。

[5]中华人民共和国农业农村部 http://zdscxx.moa.gov.cn:8080/nyb/pc/index.jsp。

新加坡，作为RCEP（区域全面经济伙伴关系协定）成员国之一，其国土面积为735.2平方公里。但是新加坡仅将国土的1%用于农业生产和种植因此，新加坡超过90%的粮食需求依赖于进口，以满足其国内市场的多样化需求。在日常生活中，新加坡民众所需要的新鲜蔬菜、水果、猪肉、加工肉类、鸡蛋，以及各类海鲜和贝壳类小吃，均主要来自进口。因此稳定的农产品供应对新加坡至关重要，全球其他地方的粮食供应中断会对新加坡将造成严重打击。RCEP的生效极大地简化了成员国之间的贸易程序，为农产品供应提供了更加便利的条件。如中国产的豆苗、菜心、……在打包装箱后，从我国昆明海关出发，不到一日就可在新加坡市场上架销售。

因此，不论从本国经济利益、稳定国内农产品等方面，保护农产品地理标志成为RCEP各缔约国的共识。

（二）增加地理标志农产品国际竞争力

国际市场对健康、绿色、有机食品的需求日益增长，为RCEP缔约国农产品出口提供了广阔的市场空间。除了数量需求的增长，越来越多的国家和地区开始关注农产品的质量和安全问题。国际市场提高了农产品质量安全监管要求，需要农产品出口企业严格遵守相关的国际贸易规则和标准，保证农产品的质量和安全。否则，一旦出现质量问题，影响的不仅是企业的声誉和信誉，还可能导致国际贸易争端和法律纠纷。

农产品地理标志可以提高本国农产品在国际上的竞争力。农产品地理标志本就是同类产品中的精品，是多年来的人工优选形成，具有强大的市场竞争力。这种市场竞争力包括三类型的竞争。第一，增加生产区域内生产者之间的竞争力。地理标志保护制度，通常通过禁止将地理标志注册由个人注册成为普通商标或者其他相关的法律手段，防止地理标志被垄断使用。由此保障区域内的生产者可以公平地获取使用地理标志的机会，使得区域内的生产者平等地使用地理标志所带来的经济价值。在同样使用地理标志的基础上，地域内的生产者要提高自己商品在国际市场上的竞争力，就需要不断加强自身品牌与品质的建设，形成良性循环。第二，加强区域内生产者与其他国家相同商品生产者的竞争力。本国的品牌，在出口到另一个国家时，其声誉并非可以在一朝一夕之间所建立。并且，还需要投入大量的金钱成本。当各国都保护地理标志时，地理标志的品质保证功能得以被消费者所悉知。消费者在首次看到他国的农产品地理标志时，则会立刻知道该商品的品质具有保证，对比其他无法使用的地理标志的相同农产品，产生了优势。第三，加强了地域外生产者的竞争力。地理标志保护制度的最基础的共识，就是禁止地理标志生产区域外的商品使用地理标志。在这些生产者无法使

用地理标志，利用地理标志的信息优势时。这些生产者想要在市场竞争中生存下来，就必须提升自己商品的品质或者进行生产的创新。不可否认的生产区域内的生产者，必然是地理标志的获益者。但是从地理标志产生的长远效果来看，可以提高商品整体的品质，避免劣币驱逐良币的悲剧。

（三）保护本国农民利益

获得地理标志保护的农产品在市场上往往能够获得更高的认可度和附加值，其价格相较于同类商品普遍高出一定比例。2021 年，杭州市人民政府申报的“西湖龙井”茶国家地理标志产品保护示范区，成为全国首批筹建的国家地理标志产品保护示范区。同年，“西湖龙井”茶叶价格比去年平均增长 300 元/斤，每亩收入增长 1.5 万元左右。至 2024 年西湖龙井以品牌价值达 84.35 亿元。

农产品地理标志的利益是由当地所有地理标志农产品的生产农民所共享。商品信誉的建立，都是投入了大量的成本。农产品地理标志也不例外。农产品地理标志的形成，不是一夕之间形成的。而是一代代人在原材料、生产工艺上不断严格精益求精的成果。这些都是地理标志信誉形成的成本。如果不对农产品地理标志进行保护，那么就会出现，假的农产品地理标志商品伪装成为合格地理标志农产品出售。当假冒商标的商品以地理标志商品的正常价格出售时，一方面可以获得更大的利润，另一方面压缩了其他商品的生存空间。当假冒商品以低价销售时，更具竞争力，从而正宗商品压低价格。当正宗商品的价格过低时，生产者就会想办法从原料等生产环节节约成本，导致地理标志商品整体的品质下降。不仅无法持续地建立其商誉，先前投入的成本也无法获得回报。

保护农产品地理标志，会不断增加农民对于地理标志保护的意识。当农产品地理标志给农民带来客观的经济利益时，他们开始意识到，农产品地理标志可以为他们的劳动带来更丰厚的回报。一方面，他们开始有意识地去增强产品特色，不断提升产品的品质和口感；另一方面，积极寻求各种途径来保护其地理标志，以确保其产品的独特性和市场竞争力。此外，农民们还积极利用互联网等现代科技手段，拓宽销售渠道和市场影响力。他们通过建立自己的电商平台、参与网络直播等方式，将产品销往全国各地乃至全球市场。这些努力不仅提高了农民的收入水平，也进一步推动了地理标志产品的知名度和美誉度。

（四）发展现代化农业

地理标志，作为标识特定生产区域的标志，不仅是我国农产品区域化生产的重要推手，更是促进农业转型升级的关键举措。我国资源条件有限，人均耕地不足。家庭联产承包责任制作为我国农业的基本经营制度，虽在激发农民生产积极性方面发挥了巨大作用，但面对现代农业的发展需求，其小规模、分散化的经营模式显得力不从心。 正是基于这样的现实条件，我们更应积极探索适合我国国情的农业区域专业化发展路径。 农产品地理标志制度，通过科学的管理与严格的监督，可以将原本农户小规模、分散化的生产方式，转变为规模化、标准化、品牌化的运营模式。

在农产品地理标志的助力下，农业企业会更多地投入资金和资源进行技术研发和产品创新，通过技术引进、消化吸收再创新等方式不断提升自身竞争力。同时，新的农业技术的许可、转让等交易活动也为农业技术的快速传播和普及提供了可能，推动了农业生产方式的转型升级和现代农业体系的构建。

农产品地理标志促进了农业下游产业链的发展。农产品的出口，对加工、储藏、运输、销售的要求较高，为了减少地理标志农产品出口过程中的货损。企业不得不投入更多的精力与资源，提升产品的加工精度、储藏条件、运输效率。例如，在加工环节，企业可能会引进先进的加工设备和技术，提高产品的加工精度和品质稳定性；在储藏环节，则可能采用现代化的冷链物流系统，确保产品在长途运输过程中的新鲜度和安全性。农产品地理标志相关配套产业的发展，最终可以使得农产品出口到更多国家，拓宽产品的市场覆盖面和影响力。

（五）保护自然资源和传统文化

农产品地理标志不仅仅是一个简单的名称或标识，更承载着某一地区农产品特有的品质、声誉和其他特性。这些特性往往与当地的自然条件和人文因素紧密相连，如土壤成分、气候条件、传统种植技术等。因此，保护农产品地理标志，就是保护这些独特的自然条件和人文传承，确保农产品的纯正与独特。

在保护农产品地理标志的过程中，我们实际上也在间接地保护着自然资源。以法国为例，法国是世界上最早开展农产品地理标志保护的国家之一。其著名的香槟酒、干邑白兰地等地理标志产品享誉全球，这些产品的生产过程严格遵守环保标准，确保了自然资源的可持续利用。中国的农产品历史之悠久，可以追溯到数千年前。在那个时代，我们的祖先就已经开始观察自然、顺应天时，逐步形成了独特的农业生产体系。他们通过长期的实践，掌握了土壤改良、作物轮作等与自然和谐共生的智慧。

农产品地理标志具有保护和宣传对传统文化及历史的作用。农产品地理标志生产的过程

中，承载着世代农民的智慧与汗水，蕴含了从祖辈的生产实践中创造和累积的农产品制作技术和经验。以“西湖龙井”为例，龙井茶的制作，需经过采摘、晾晒、炒制等多道工序，每一步都饱含着茶农们的精湛技艺和丰富经验。又如祁门红茶简，是中国历史名茶，史籍记载最早可追溯至唐朝陆羽的茶经。消费者在食用这些农产品地理标志的时候，就是在对一国的饮食文化进行了解的过程。部分国家通过举办农产品展销会、文化节等活动形式，让更多的人了解和认识他们国家的优质农产品及背后传统文化。泰国商业部通过在线和线下媒体宣传泰国地理标志产品，例如举办 ThaiFex 2022、STYLE 2022 和 Rice Matching 2022 等展示活动。加强与消费者的沟通和互动，让他们亲身体验到传统农产品的独特文化魅力。

（六）保护消费者

近年来，食品安全事件大量出现，“油罐车”事件、“瘦肉精”事件、“科技与狠活”屡屡登上各大平台的热点。由此可见，消费者放在首位仍然是农产品的是否安全、健康。对于消费者来说，对于农产品及衍生食品，其品质是难以从外观或者说明上获得，需要购买品尝以后才能确定。地理标志农产品的生产标准的要求，就是向消费者传递了农产品安全的信息。《杭州市西湖龙井茶保护管理条例》规范了西湖龙井茶农业投入品的使用，西湖龙井茶生产者应当按照食品安全标准和相关规定使用农药、肥料等农业投入品，严格执行农业投入品使用安全间隔期的规定，并建立农业投入品使用档案。农产品地理标志还有专门机构进行检测监督。2024 年西湖龙井减少化学农药使用量 58%。对生物农药的施用实行全域化无人机植保飞防喷洒，农药用量降低 50%以上。

面对当前国际农产品地理标志贸易环境的复杂性和不确定性，中国农产品地理标志出口企业仍面临着贸易壁垒。中国应积极参与国际标准的制定和修订工作，推动国内标准与国际标准接轨。此外，还应加强知识产权保护工作，防止国外企业利用技术垄断和专利壁垒对中国农产品地理标志出口形成阻碍。再者，积极参与多边贸易谈判等措施的实施，中国将能够为中国农产品出口营造更加公平、公正、合理的国际环境，推动中国农产品地理标志贸易的健康发展。

RCEP 原产地累积规则研究

吴若惜*

一、RCEP 原产地累积规则的基础理论

原产地，顾名思义即来源地，广义上的原产地既包括货物的原产地也包括服务的原产地。按照适用范围的不同可以将原产地规则可以分为两类，优惠原产地规则与非优惠原产地规则。优惠原产地规则主要用于双边、多边自贸协定或者用在发达国家给发展中国家或者最不发达国家的普惠制中。非优惠原产地规则主要作用于原产地标记、关税统计、反倾销、反补贴等特定贸易措施领域，主要在 WTO 项下使用。本文的研究对象主要是 RCEP 第三章规定的货物原产地规则。原产地规则包括实体规则与程序规则，累积规则是原产地规则实体规则中判定区域内生产的货物是否具有原产资格的一个非常重要的实体规则，是指同一自贸协定的成员使用来自另一成员的原材料而加工产品并不丧失最终产品的优惠待遇。①

（一）原产地累积规则的分类

关于原产地累积规则的分类，世界海关组织(WCO)将其分为三类，分别是双边累积、对角累积以及完全累积。②双边累积是指自由贸易协定一方的原产材料被视为在另一方生产的最终产品中的原产材料。双边累积是所有优惠原产地规则中的一般规定，但也存在一些少数但显著的差异。在一些多边区域贸易协定（RTA）中，单独的农业协议规定，来自多边 RTA 一方的材料如果该方不是双边协议的缔约方，则被视为非原产材料。例如，在北美自由贸易协定（NAFTA）下，加拿大和墨西哥之间签署了一项关于农业的双边协议，根据该协议，来自美国的材料被视为第三方材料。同样的规定适用于所有欧洲自由贸易联盟（EFTA）国家在 EFTA 综合自由贸易协定框架下与其合作伙伴达成的单独双边农业安排。对角累积也称作多边累积，是指来自使用一套原产地规则的不同自由贸易协定的成员方的材料，可以被生产国视为原产材料。对角累积起源于 20 世纪 90 年代末的欧盟，泛欧地中海累积系统（PanEuroMed）

* 吴若惜，女，汉族，1996 年 8 月，西南政法大学国际法学院博士生，通讯地址：重庆市渝北区兴科二路 1 号，联系电话：17854162955，电子邮箱：17854162955@163.com

① 孟国碧：《优惠性原产地规则中的累积规则研究》，载《法学家》2008 年第 3 期，第 104-110 页。

② WCO, WCO Origin Compendium, 2017. http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/origin/instruments-and-tools/guidelines/origin_compendium.pdf?db=web.

是世界上最大的使用对角累积的区域。PanEuroMed 是一个不断演变的区域，该区域内所有RTA 适用的一套共同的原产地规则，并且采用欧盟“可变几何”对角累积规则的概念。“可变几何”意味着一旦缔约方与欧盟的RTA 缔约方已签署并实施了欧盟适用的RTA 原产地规则，该区域内原产地规则从双边累积几乎自动地发展为对角累积。完全累积指允许自由贸易协定成员国的所有生产过程或者价值成分进行累积，即使某些工序或者价值成分并没有单独满足原产地要求。大多数学者也将累积规则的种类分为三种。[①]

但也有学者将累积规则的种类分为五种，即在前述三种累积规则的基础上增加了单边累积与地区累积。[②]单边累积是指一国家准许另一国家使用来自本国的原材料或者中间品进行生产并视为来源于另一国家，但是反过来则不适用。单边累积的国际实践较少，一般多用在发达国家给予发展中国家的国家的普惠制中。如欧盟修改以前的普惠制原产地规则实行的就是单边累积。由于是发达国家单方面给与发展中国家优惠，因此单边累积规则的适用条件比较严格，一般情况下发达国家都会设置各种条件来限制单边累积规则的适用。比如在欧盟给与发展中国家的普惠制中，对于某些产业如纺织业设置一定的配额限制。地区累积指在多边贸易优惠安排中，生产国对来自于其它成员方获得原产地资格的中间品或者原材料可以认为来自于本国。地区累积是双边累积适用范围的扩大，双边累积多用在双边自由贸易协定中，或者在多边贸易协定中的，可能两个协定的成员方就某些方面单独签署协定。而地区累积则用在多边贸易协定中，在所有的缔约方范围内获得原产资格的来自其它缔约方的原产产品或者材料，视为来源为最终生产国，RCEP 现阶段则采用了这种形式。

（二）RCEP 原产地累积规则的文本解读

1.地区累积

RCEP 累积规则主要规定在第 3 章第 4 条。RCEP 第 3 章第 4 条第 1 款规定，除本协定另有规定外，符合第 3 章第 2 条（原产货物）规定的原产地要求且在另一缔约方用作生产另一货物或材料的材料，应当视为原产于对制成品或材料进行加工或处理的缔约方。从该款的字面意思来看，所有来自于成员国的被用作生产产品的货物或者材料都可以进行价值的累积，但是前提是货物必须要获得要区域内原产地资格，这就是上文所述的地区累积规则。在 RCEP 通过之前，区域内许多国家两两签订了自贸协定，比如中国—东盟自由贸易区、中国—新加坡自由贸易区，中国—新西兰自由贸易区等，自贸区协定的成员可加强彼此之间的货物贸易，

① 李海莲，邢丽：《区域自由贸易协定原产地规则的影响及治理策略》，载《经济纵横》2017 年第 1 期，第 111-116 页

② 孟国碧：《优惠性原产地规则中的累积规则研究》，载《法学家》2008 年第 3 期，第 104-110 页

实现双边的累积，但是整个区域内却无法实现货物的累积。采用地区累积规则改变了只能在国家之间两两进行货物的累积，但是彼此之间却不能进行累积的情形，使得货物可以在整个区域内进行累积。获得区域内国家原产资格的中间品或者原材料都可以视为来源于出口国，最终制成品的区域价值成分只要达到40%即可以获得原产地资格，获得优惠关税。比如，中国出口一件FOB为100美元的产品到菲律宾，其中该产品在中国境内增值20美元，同时含有日本的零部件价值20美元，美国的零部件价值30美元，德国零部件价值20美元，菲律宾的零部件价值10美元，根据中国—东盟自贸区协定，货物的区域价值成分要达到40%才能获得原产地资格，中国价值20美元的原产成分加上菲律宾价值10美元的原产成分，该货物的区域价值成分为30%，不能满足区域价值成分40%的要求，该批货物在中国-东盟自贸协定下不能获得优惠关税。但是采用RCEP地区累积规则后，价值20美元的日本原产价值就可以被累积在内，该批货物的原产成分则包括中国、菲律宾以及日本原产成分，区域价值成分为50%，因此这批货物可以获得RCEP项下的原产地资格，享受优惠关税。

2.完全累积

RCEP第3.4条第2款规定，缔约方应当自本协定对所有签署国生效之日起审议本条。本项审议将考虑将第一款中累积的适用范围扩大到各缔约方内的所有生产和货物增值。除缔约方另有共识外，缔约方应当自开始之日起五年内结束审议。RCEP规定各成员方五年之内要对完全累积规则完成审议，并没有马上实施，这主要考虑到虽然RCEP占据全球贸易量的三分之一，但是个别国家的产业尤其是东盟一些国家的产业相对来说比较的薄弱，一旦实行完全累积规则，即意味着没有获得原产地资格的中间品在区域内增值的部分也可被累积到区域内生产的最终产品中，增加区域外成员方与区域内成员方的产业竞争。而且RCEP区域价值成分要求为40%，相对来说较低，会使得使用区域外非原产材料生产的产品更容易获得原产地资格，在一定程度商削弱区域内中间品或者原材料的竞争力。对完全累积规则采用五年的审议期，一方面在五年的审议期内，各个国家通过RCEP贸易便利化措施不断发展自己的产业，增强产品的市场竞争力；另一方面观察区域内地区累积规则的实施情况，并在此基础上对于完全累积规则的实施采取更完善、具体的实施方案，包括配套的程序性措施，比如加强区域价值成分文件记录的监管等等，以便于更好应对完全累积规则带来市场以及海关执法方式的变化。

（二）吸收规则与微小含量

吸收规则、微小含量与累积规则密切相关。吸收规则指被用作生产最终品的中间品中含

有非原产材料，但中间产品具有原产地资格，当计算产品价值成分时，中间品所有的价值成分都可以被计算在最终产品中，非原产材料在计算时被吸收。比如菲律宾向中国出口 FOB 为 100 美元的商品，其中来自日本的中间品价值 30 美元（其中来自巴西的原材料价值 20 美元），来自韩国的中间品价值 20 美元（其中来自法国的原材料价值 10 美元），来自美国的中间品价值 30 美元，自己加工增值部分价值 20 美元。由于来自韩国的中间品可以获得区域内原产地资格，因此在计算最终价值成分时，来自韩国中间品价值成分为 20 美元，其中来自法国的价值 10 美元的非原产材料由于韩国中间品获得了原产资格。

微小含量（**De Minimis Rule**）是指不影响产品获得原产地资格下允许使用非原产材料的最大百分比。不同的自贸协定对于微小含量规定的百分比以及计算单位不同。RCEP 的微小含量规定在第 3 章第 7 条。RCEP 第 3 章第 7 条第 1 款规定，对于产品特定原产地规则中的协调编码制度的第一章至第 97 章规定的货物，用于货物生产但是没有发生税则分类改变标准的非原产材料不超过该货物 FOB 价值的 10%，可认为该货物是原产货物；第 2 项规定，对于第 3 章附件一中协调编码制度的第 50 章至第 60 章的货物，用于货物生产但是没有发生税则分类改变标准，不超过货物总重量的 10%。同时根据 RCEP 第 3 章第 7 条第 2 款，在区域价值成分标准中，微小含量的非原产材料价值应当计算在货物的非原产材料价值中，因此可知微小含量并不适用于区域价值成分标准。有的自贸协定对于某些产业做出了更为自细致的规定，比如 USMCA 规定纺织品服装的微小含量不能超过总体价值含量的 10%，其中弹性体含量的总重量不得超过货物总重量的 7%。微小含量原则有助于缓冲严格的原产地规则，增加了企业采购与生产过程中的灵活性，提高国际供应链的效率。

二、RCEP 原产地累积规则的适用范围

经常使用累积规则的是实质性改变标准的三种标准中的区域价值成分标准，但是这并不意味着累积规则仅仅适用于区域价值成分标准。根据 RCEP 第 3 章第 4 条规定可以看出，并没有规定累积规则仅限于区域价值成分标准，因此对于税则分类改变标准以及特定工序标准也可以适用累积规则。这是 RCEP 相较于其它的自由贸易区的一大进步。许多的自贸协定比如 CAFTA 升级之前的累积规则仅仅适用于区域价值成分标准，NAFTA 累积规则也仅仅适用于区域价值成分标准。

（一）区域价值成分标准

在区域价值成分下，累积规则适用起来比较简单，计算原产材料与非原产材料的价值成分百分比即可。根据 RCEP 第 3 章附件 1 的规定，RCEP 区域价值成分中在本地增值成分为 40%。

因此当在区域内累积的成分达到40%时，就可以认为产品是成员方原产产品，可以获得优惠原产地资格。比如，在菲律宾向中国出口FOB为100美元的商品，其中来自日本的中间品价值40美元（其中来自巴西的中间品价值30美元），来自韩国的中间品价值15美元（其中来自法国的原材料价值10美元），来自美国的中间品价值25美元，在菲律宾增值价值为20美元。对于来自日本的中间品，由于其中巴西的非原产材料占其价值百分比为75%，在本地增值成分达不到40%的要求，因此来自日本的中间品不能视为日本原产，因此不能被累积在最终产品中。由于生产韩国生产品的非原产材料为10美元，而在韩国增值价值成分为67%，因此可以认为该中间品由韩国原产，根据吸收规则，应当将来自韩国的价值成分100%计入最终产品的价值。因此根据RCEP的扣减法，最终产品的原产价值成分为：100-（40＋25）/100*100%=35%，该最终产品不能视为原产于RCEP区域内，不能获得RCEP原产地优惠。但如果在完全累积规则的情况下，在区域内增值部分都可以被累积在最终产品中，而无论生产所使用的原材料是否可以获得原产地资格。在这种情况下，在上述的例子中，来自日本的中间品虽然不能获得原产资格，但是其在本区域内增值10美元，可以被计算在最终产品内，根据RCEP扣减法，最终产品的价值成分为100-（30＋25）/100*100%=45%。

（二）特定工序标准

累积规则在特定工序中最常用的在纺织品中的”纱后（yarn forward）”原则，也即从纱线开始，到纱线纺织成面料，面料裁剪做成成衣等这一系列的关键过程需要在自贸协定的成员方区域内完成。比如在是使用纺织品“纱后原则”的自贸协定中，假设在成员A将纤维编成纱线，在成员B将纱线纺织成面料，在成员C将面料做成衣服并出口，这时所有的步骤都可以在累积到最终产品中，该纺织品可以认为是区域内原产的产品。值得注意的是，在地区累积与完全累积的不同情况下，累积的步骤要求也不一致。在地区累积的情况下，这些步骤可以累积的前提是，这些原材料具有区域内原产资格，因此在成员A的纱线必须要具备原产地资格，这就要求将天然纤维纺织成纱线的过程应当在A进行。然而若将适用完全累积规则，这一过程又会出现不同的变化。即在完全累积规则下，并不需要最终被用作生产产品的中间品具有原产地资格，因此在上述的案例中来成员A的纱线并不需要在本国生产，可以进口。因此相较于地区累积，完全累积在判断纺织品是否为原产产品时，可以省去一个步骤。但是RCEP并没有规定“纱后原则”。但是RCEP在产品特定原产地规则中，规定了化学反应，比如酚、酚醇，比如某种化学品在菲律宾进行部分原料的初步加工，然后在中国进行主要的化学反应步骤，最后在越南进行包装和标签等简单操作。在这种情况下，菲律宾与中国的加

工价值成分通过累积规则，可以被计算到越南生产的最终产品中，视为越南对此进行加工与处理，从而获得原产地资格。

（三）税则分类改变标准

在税则分类改变标准适用累积规则时，在地区累积与完全累积项下，税则分类改变标准的计算方式有所不同。根据 RCEP 第 3 章第 4 条的规定，在地区累积规则项下，被用作生产最终产品的中间品需要具备原产地资格。因此在税则分类改变标准适用累积规则的情况下，需要判断被用作生产最终产品的中间品的原材料与中间品相比是否发生了最终改变。也就是在上述的例子中，需要判断来自巴西的原材料与日本的产品相比是否发生了税号的改变。如果发生了税号的改变，则认为来自日本产品的价值成分可以被累积在最终产品中。但是在完全累积规则下，这一过程稍显不同。由于在完全累积规则下，并不需要用作生产最终产品的原材料获得原产地资格，因此无须将来自巴西的原材料与日本产品相比是否发生了税号的改变，而是需要判断来自巴西的原材料与来自菲律宾的最终产品相比是否发生税号的改变。

根据上述的表述可以进一步明确，在完全累积规则情况下，可以最大程度上增加区域内的产品获得原产地资格的几率，增加企业采购与生产的灵活性，缓解原产地规则的限制性，减少成本。

三、关税差异情形下 RCEP 原产地累积规则的适用

RCEP 关税实行“两两谈判”的方式，进口不同国家的相同产品，可能适用不同的优惠关税税率，因此企业灵活适用累积规则可以获得更优惠税率。根据 RCEP 各国的承诺关税表可知，各国家的关税承诺表可分为两类，一类是“统一减让”，对各国采用统一的关税承诺表，采用这种方式的国家有澳大利亚、新西兰、文莱、柬埔寨、新加坡、老挝、马来西亚、缅甸 8 个国家，第二类是“国别减让”，对于不同的国家采用不同的关税表，采用这一方式的有中国、韩国、印度尼西亚、菲律宾、越南，日本与泰国虽然采用统一的关税表，但是在其关税表中列出了对不同国家作出了不同的承诺，因此应当也属于第二类。由于 RCEP 成员国内所适用的优惠税率并不统一，因此非常可能出现企业为了获得较低的税率从而出现将产品先在某一成员国进行生产，然后再运到关税税率较低的出口国进行简单的组装、生产，从而获得进口国对于出口国适用较低的优惠关税税率。比如对于 HS4601.11（竹制篮筐），在 RCEP 关税承诺表下，中国对于东盟的关税第一年则降为 0，[①]中国对于日本的税率从剩生效后到第十年，税率分别为 8.2%、7.4%、6.5%、5.7%、4.9%、4.1%、3.3%、2.5%、1.6%以及

① 《区域全面经济伙伴关系协定》，附件一《关税承诺表》，中国对东盟成员国关税表。

0.8%，到第 11 年才降为 0，[①]如果日本出口商出口一批竹制篮筐到中国，可以先将零部件运到东盟成员国，然后进行组装从而获得原产地资格出口到中国，就可以享受到零关税。RCEP 对于适用第 3 章第 2 条（原产货物）第 2 项的原产货物，其在出口缔约方的生产工序超出第 5 款所列的微小加工的情况下，其 RCEP 原产国应当为出口缔约方。但是同时 RCEP 对于容忍规则也做出了一定的限制，采用差别关税税率的国家中国、日本、韩国、印度尼西亚、菲律宾、泰国、越南都在附录中增加了关于第 2 章第 6 条（关税差异）第 3 款的附加要求，要求出口缔约方生产原产货物的增值部分不低于原产货物价值的 20%。因此由于优惠税率的差别，区域内的出口商可以根据不同国家的税率规定，从而可以灵活地分配生产链。但是各国作出的出口国最低价值成分要求也在一定程度上阻碍了出口商为了利用关税税率的差别而获得最低的关税税率，使得承诺关税税率较低的缔约方成为其他缔约方货物规避较高税率的漏斗。但是值得注意的是，第 2 章第 6 条第四款规定，当不符合第 2 章第 6 条第 2、3 款的规定时，原产货物的出口缔约方未能被确立为 RCEP 原产国的情况下，该原产货物的 RCEP 原产国应当为该货物在出口缔约方的生产提供最高价值原产材料的缔约方。因此缔约方中的出口商出口的商品即使在出口国的增值成分并不满足最低价值成分 20%的要求，但是只要保持其增值价值是各缔约方内占比最高的即可。这仍然会给出口商灵活调配自己的生产链以获得最大的优惠税率提供了机会。

四、RCEP 与 CPTPP 原产地累积规则的比较

我国已经于 2021 年 9 月 16 日正式申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement forTrans-Pacific Partnership，CPTPP）。CPTPP 第三章原产地规则和原产地程序中第 10 条对于累积规则也进行了规定。因此将 RCEP 原产地累积规则内容与 CPTPP 原产地累积规则内容进行对比，可为以后我国成功加入 CPTPP，对接原产地累积规则做好准备。

（一）CPTPP 原产地累积规则文本分析

CPTPP 原产地累积规则规定在 CPTPP 第 3 章第 10 条。CPTPP 第 3 章第 10 条第 1 款规定，如一货物在一个或多个缔约方内由一个或多个生产商生产，则该货物为原产货物，条件是该货物满足第 3.2 条(原产货物)中的要求及本章中的所有其他适用要求。跟据以上的规定可以看出，CPTPP 第 1 款是一个总括式的规定，表明 CPTPP 原产地累积规则需要满足 CPTPP 原产货物的要求。CPTPP 第 3 章第 10 条第 2 款规定，如一个或多个缔约方的原产货物或材料在

① 《区域全面经济伙伴关系协定》，附件一《关税承诺表》，中国对日本关税表。

另一缔约方领土内用于生产另一个货物，则该货物或材料应被视为原产于该另一缔约方。第3款规定，为确定一货物的原产地，在一个或多个缔约方领土内由一个或多个生产商使用一非原产材料所从事的生产活动可计入该货物的原产成分，无论该生产活动是否足以赋予该材料本身原产资格。根据CPTPP第3章第10条第2款的规定可以看出，第2款要求来自一个或者多个缔约方的材料在另一缔约方生产货物时，应当是缔约方的原产货物或者材料，而且来自一个缔约方或者多个缔约方材料视为生产最终货物的缔约方，因此CPTPP第3章第10条第2款规定的是地区累积。CPTPP第3章第10条第3款规定，一个或者多个缔约方使用非原产材料进行的生产活动都可以累积，而不论生产活动是否可以赋予非原产材料原产资格，根据上文的定义可知该款规定的是完全累积规则。

需要注意的是，根据CPTPP第3章第10条、第2条、第3条的规定，CPTPP对于在区域内完全获得或者生产的货物也适用于累积规则。首先，根据CPTPP第3章第10条第1款的规定，累积规则的使用范围为CPTPP第3章第2条规定的原产货物，而根据CPTPP第3章第2条的规定，原产货物主要包括三类，完全获得或生产的货物、利用区域内原产材料生产的产品、利用区域内非原产材料生产的货物。而且根据CPTPP第3章2条第1款第1项的规定，完全获得或生产的货物可以在一个或多个缔约方领土内完全获得或生产。因此可以认为CPTPP的累积规则包括完全获得或生产的货物。虽然根据RCEP第3章第4条第1款的规定，累积规则的范围应当包括第3章第2条规定的原产货物，然而根据RCEP第3章第2条的规定，完全获得或者生产的货物仅仅指在一缔约方完全获得或者生产，因此累积规则无法适用。根据RCEP第3章第3条与CPTPP第3章第3条规定的完全获得或生产的货物，可以看出绝大多数应当是在一缔约方完全获得或生产，但是在一些情况下，可以在一个以上缔约方获得或者生产。比如RCEP与CPTPP第3章第3条都规定了在缔约方出生并饲养的活动物，在RCEP项下，活动物只能在一缔约方出生并饲养，否则不能归为完全获得货物，而在CPTPP项下，活动物可以由在一缔约方出生，而在另一缔约方饲养。因此相较于RCEP，CPTPP扩大了完全获得或生产货物的来源，可以扩大区域内缔约方原产货物的认定范围，从而使更多的原产货物获得优惠税率。

（二）CPTPP累积规则的适用

适用累积规则较多的是区域价值成分比标准。关于区域价值成分的计算方法CPTPP第3章第5条规定了4种区域价值成分的计算方法，分别是价格法、扣减法、增值法以及净成本法，净成本法仅仅适用于汽车产品。而RCEP只采用了两种区域价值成分计算方法，分别为

累加法与扣减法。而且每个公式的计算结果都要求 40%。CPTPP 针对不同的产品计算方式要求的区域价值成分也不同。针对同一种商品，区域价值成分要求从高到低分别为价格法、扣减法和增值法。比如，对于 HS6702.10（羽毛制品，雪绒花等）而言，在适用价格法公式时，RVC 应不低于 55%；在适用扣减法公式时，RVC 应不低于 45%；在适用增值法公式时，RVC 应不低于 35%。再如，对于 HS70.05（珍珠、宝石、硬金属类）而言，在适用价格法公式时，RVC 应不低于 50%；在适用扣减法公式时，RVC 应不低于 40%；在适用增值法公式时，RVC 应不低于 30%。无论采取哪一计算公式，只要其中一个 RVC 结果符合标准，货物就能取得 CPTPP 项下的原产地资格。企业可以根据不同的计算方法下不同的价值成分百分比，并结合自己的供货商、生产过程的分布以及销售等环节，灵活选择最有利的计算方式，综合考量各种因素来以使其利益最大化。

（三）CPTPP 原产地程序

CPTPP 与 RCEP 相比，增加了完全累积规则。完全累积规则相较于地区累积规则，对于原材料的要求比较高，因此在地区累积规则中，根据吸收规则，用作生产最终产品的中间品获得原产资格后，所使用的非原产材料就会被吸收，因此在计算的时候，中间品的价值成分被完全计算在最终产品里，因此无须追溯非原产材料的来源。但是在完全累积规则的情况下，用作生产中间品的材料可以直接被计入最终产品的价值成分，因此需要明确知道非原产材料的详细信息。因此 CPTPP 设置了非常详细且具体的原产地程序。在原产地核查方面，CPTPP 对于货物的出口商或生产商的经营场所作出了详细规定。根据 CPTPP 第 3 章第 27 条的规定，对于对货物的实体核查，规定了出口缔约方提出请求时详细规定了进口缔约方的义务与出口缔约方的义务、实体核查的程序、实体核查的结果等，使得实体核查具有非常强的可操作性。值得注意的是，CPTPP 对于纺织品与服装建立了专门的原产地规则与程序。

五、我国适用 RCEP 原产地累积规则的检视

（一）我国适用 RCEP 原产地累积规则的现状

1.完全累积规则尚未开始审议

RCEP 第 3 章第 4 条第 2 款将在生效内 5 年内完成对完全累积规则的审议，目前尚未看到相关消息。获得区域内的原产资格可获得优惠关税税率，但是在地区累积规则下，区域内的生产商为了获得优惠税率，只能选择区域内的原材料，而区域内的原材料可能价格高或者质量低，从而生产商或者出口商虽然获得了优惠税率，但是也增加了生产成本，降低了经济

效率。虽然适用完全累积规则会在一定程度上挑战区域内原材料或者货物的适用，但是同时也能增加生产商选择原材料的灵活性，可自主选择区域内外的原材料。CPTPP 成员国同澳大利亚、文莱、日本、马来西亚、新西兰、新加坡、越南也是 RCEP 成员国，在这些国家之间可以采用完全累积规则，然而由于完全累积规则可以累积在区域内进行的所有生产活动，从而可以更易获得原产地资格，因此 RCEP 其它成员国可能处于不利地位，因为生产商或者出口商为了提高效率，因此更优先倾向于在这几个国家进行投资，从而获得优惠税率，而包括我国在内的其它国家在贸易中处于劣势。

2.特殊监管区的原产地累积规则问题未明确

我国设立了海关特殊监管区域，按功能划分，可分为物流型和加工型两个类型。保税物流型货物，主要是以复出口或者内销为目的，并不在区内进行加工。另外一种是保税加工货物，主要在区内进行加工，然后转内销或者复出口。对于保税物流货物，目前已经明确了可以适用自贸协定的优惠税率。然而如果货物以加工贸易方式进口和转内销的，则目前依据海关公布的原产地管理办法，除了中国—新加坡、中国—秘鲁、中国—瑞士、中国—冰岛自贸协定未明确规定加工型货物不适用自贸协定原产地规则外，其余协定对应的海关总署令中均明确规定不适用。《办法》对此问题也没有进行规定。对于保税加工货物叠加适用优惠政策，有利于区内的企业更多的采用国内生产的原料以及区域协定成员国的原料。如果区内的企业不能享受自贸协定下原产地规则优惠，则将会失去区位优势。举个例子，比如说在上海的保税监管区内，甲企业进口来自日本的原料，在保税区进行加工，然后转内销，由于保税区内不适用于原产地累积规则，因此该企业不能享受优惠关税。但是同样情况下，区外的企业满足条件下则可以获得零关税，长此以往，将会使区内的企业慢慢失去竞争优势，最终迁出特殊监管区。

3.经核准出口商制度可操作性待提高

实施企业自主声明制度，大大增加了企业原产地证明欺诈的可能性，对于企业的信用程度要求大大提升。《经核准出口商管理办法》制定了关于核准出口商原产地声明的制度，对于经核准出口商的企业认证标准进行了规定。根据《经核准出口商管理办法》第 4 条对于核准出口商的规定了三个条件，[①]对于高级认证企业，没有规定企业信用等级和类型。是对于“掌握原产地规则以及“完备的原产地资格文件制度”比较模糊，没有客观的衡量标准。但

① 《中华人民共和国海关经核准出口商管理办法》第四条：经核准出口商应当符合以下条件：（一）海关高级认证企业；（二）掌握相关优惠贸易协定项下原产地规则；（三）建立完备的原产资格文件管理制度。

是在 RCEP 刚生效之初，较之前的原产地证书，依靠企业进行自主声明，将原产地声明权限下放给企业，大大增加原产地声明欺诈的风险。

（二）我国适用原产地累积规则的创新适配

1.尽快完成对完全累积规则的审议

我国已经正式申请加入 CPTPP，为了减少“意大利面碗”对我国企业造成的不利影响，同时为了减少 CPTPP 对 RCEP 其它成员国造成的贸易不利影响，应当尽快促进完全累积规则的审议。具体来说，首先要应当规定累积规则应当包括地区累积与完全累积。其次，对于完全累积相关的规则，随着完全累积规则的增加可增加区域价值成分的计算方式，从而增加规则适用的灵活性。

2.做好 RCEP 累积规则与自贸区（港）相关规则的衔接

RCEP 原产地规则采用地区累积规则，并规定区域价值成分百分比为 40%。《海南自由贸易港建设总体方案》规定了“海南原产”的概念，即对企业生产的不含进口料件或者含进口料件在海南自贸港加工增值超过 30%（含）的货物进入内地免征进口关税。为了最大程度上发挥海南自贸港吸引外资，鼓励生产的作用，可以将 RCEP 原产地累积规则与“海南原产”进行衔接。具体来说，可以规定，在海南自贸港中，对于来自获得 RCEP 成员国的原材料可以在海南自贸港中进行累积，视为“海南原产”成分。对来自于 RCEP 成员国进口料件在海南自由贸易港加工增值不一定要超过 30%，就可以获得“海南原产”的地位。但是，如果不加以限制就会导致海南自贸港成为“避税天堂”，许多的货物可能运到海南进行简单包装或者直接不包装就可以被认为是海南原产，因此针对于此，可以规定必须要在海南加工增值的百分比，比如说 20%等。相应的，对于在海南进行生产的产品符合 RCEP 原产地资格的要求，出口到 RCEP 成员国，也可以进行累积。为了最大程度上发挥国内的自由贸易港吸引投资的作用，我国可以引导各成员国就 RCEP 原产地可以适用于国内的自由贸易区（港）进行谈判。在国内通过立法的形式，做好 RCEP 原产地规则与国内的自由贸易区（港）适用问题。

3.增强经核准出口商制度的可操作性

目前中国-瑞士自贸协定下已明确仅 AA 类（即 AEO 高级认证）企业有资格取得认定，“降级”的企业不再享有“经核准出口商”资格。青岛海关 2020 年 12 月也强调了 AEO 高级认证企业可以向海关申请“经核准出口商”资格。[①]从以上的实践经验来看，我国海关倾向于将

① 《RCEP丨聚力“三服务”商法伴企行（四）》，中国国际贸易促进委员会湖州市委员会，http://ccpithz.huzhou.gov.cn/ssflfw/qtssflfw/20210428/i2947677.html，最后访问时间 2022 年 3 月 20 日。

AEO 高级认证作为衡量企业是否可以取得经核准出口商制度的标准。笔者认为从实施情况来说，将 AEO 高级认证标准作为衡量企业是否可以取得经核准出口商资格具有客观性，在实践中便于操作，因此笔者建议国家可以出台《经核准出口商管理办法》实施细则，规定企业的信用等级和类型。为了减少企业出具虚假的原产地声明，可以明确规定仅 AA 类企业具有资格取得认定。而且对于企业“掌握原产地信息”以及“完善的信息保管”设置更加客观的标准。

ARTICLE

EVOLUTION OF THE CHINESE LABOR PROBLEM IN TRADE AND INVESTMENT AGREEMENTS: NOTIONAL GAP AND NORMATIVE NECESSITY FOR ACCESSION TO CPTPP

*Lizhen Zheng**

ABSTRACT

China's perspective on labor regulation has impeded its integration into the global market. Although evidence indicates an attempt to assimilate to the dominant global markets' perspectives, major challenges in labor exist. This article will assess the manner and likelihood that China will overcome these challenges to join critical trade agreements and partnerships, with the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership ("CPTPP") as the latest analytical sample. The main issue is how China can prove its compliance with CPTPP labor provisions rather than bargaining over the division of relevant rights or obligations. China's linkage efforts with free trade agreements and bilateral investment treaties since 2005 have used some initial normative labor elements, such as the "not lowering requirement," the "effective domestic enforcement," and the use of a "panel of experts in inter-governmental labor disputes settlement" for negotiation. However, critical divergences on the interpretation of freedom of association, effective recognition of collective bargaining, and the right to strike, are predicted to dominate the accession negotiation in labor topic. Further, these are ideas that are rooted in notional gaps that have formed for years from the dynamic interaction between China and external parties under the framework of the International Labor Organization ("ILO"), the World Trade Organization ("WTO"), and

* The author is an associate professor of international labor law, Law School of Fujian Normal University, China; Visiting professor of ILR, Cornell University, USA between 2018-2019. This article is a phased achievement of Research Project No. 17 BFX217 and Research Project No. TZH2022-12.

trade and investment agreements. These gaps occurred through the difference in viewing the freedom of association, the effective recognition of collective bargaining, and the right to strike as "politically sensitive issues [versus] trade-related social issues", "internal affairs [versus] international labor cooperation" or "priority of domestic regulation [versus] with C87 and C98 as the minimum basis of international legitimacy for trade cooperation." Based on these challenges, critical points for China's accession negotiation in labor topics as an Aspirant Economy of CPTPP lie in whether the implementation of required provisions will be before or after accession, and a possible choice of compliance strategies that emulate the Vietnamese mode or Mexican mode. Recognizing that the final result is up to the complicated compromise and consensus between China and the eleven original Signatories of CPTPP, it is an opportunity for the accession negotiation to act as a lever to push forward China's bottom-up labor law reform.

ABSTRACT 473
I.INTRODUCTION 475
II. EXTERNAL CONCEPTIONS OF CHINESE LABOR ISSUES AND THE CONFLICTS 478
A. INTERNALIZATION ISSUES CONCERNING RECOGNIZED INTERNATIONAL LABOR CONVENTIONS (1949–1988) 479
B. HUMAN RIGHTS ISSUES (1989–2000) 483
1. IN THE NAME OF FREEDOM OF ASSOCIATION 483
2. IN THE NAME OF "SWEATSHOPS" 486
C. THE ISSUES OF SOCIAL DUMPING/UNFAIR TRADE (2001– 2023) 490
1. LABOR FACTORS IN THE DETERMINAITON OF A NON-MARKET ECONOMY COUNTRY UNDER THE WTO 491
2. LABOR PROTECTION IN FTA AND BIT 495
III.EVOLUTION OF NORMATIVE FACTORS IN CHINA'S FTA AND BIT LINKAGE EFFORTS 500
IV.LABOR CHALLENGES IN CHINA'S ACCESSION TO CPTPP 509

A. LEGISLATIVE COVERAGE OF CORE LABOR STANDARD (ARTICLE 19.3).....512
B. ENFORCEMENT VIA ADMINISTRATIVE &JUDICIAL ACTION (ART.19.4-ART.19.8).....518
C. PUBLIC PARTICIPATION IN SUPERVISION (ART.19.14, ART.19.9).....519
D. LABOR ARBITRATION AND ECONOMIC SANCTION (ART.28.7, ART.28.20).....521
V. PATH FOR LABOR IMPLEMENTATION AS AN ASPIRANT ECONOMY.....523
A. TIME REQUIREMENT: BEFORE OR AFTER ACCESSION.....524
B. REFERENCE COUNTRY: VIETNAMESE MODE OR MEXICAN MODE.....526
VI. CONCLUSION.....528
APPENDIX TABLE 1.....530

I. INTRODUCTION

Twenty years after China's entry into the WTO, the world saw that the second largest economy had many issues of disputed labor protection. As of the end of 2021, China's working population of 746,520,000 was the largest in the world and produced 18.5% of the world's GDP.[1] Accordingly, the external conception of China's labor problems have gradually shifted from a problem of human rights to social dumping.[2] There is a great divergence between China's conception of its labor law problems and the external view, especially from China's developed trade partners, such as the

1. *China's Share of Global GDP in 2022*, WORLD ECONOMIES, https://www.worldeconomics.com/Share-of-Global-GDP/China.aspx [https://perma.cc/Z7CX-3JRD] (last visited Mar. 31, 2023); *see Number of Employed People in China from 2012 to 2022*, STATISITA, https://www.statista.com/statistics/251380/number-of-employed-persons-in-china [https://perma.cc/65X2-KKQ6] (last visited Mar. 31, 2023).

2. *See generally* Robin Emmott & Michel Rose, *At EU Summit, Macron Pleads for Limits to Foreign Takeovers*, REUTERS (June 22, 2017), https://www.reuters.com/article/us-eu-summit-macron/at-eu-summit-macron-pleads-for-limits-to-foreign-takeovers-idUSKBN19D2HY [https://perma.cc/QAZ9-HFH2]; *see also* Stephen S. Golub, *Are International Labor Standards Needed to Prevent Social Dumping?*, 34 FIN. & DEV. 20, 23 (1997).

United States and European Union. This divergence has made labor one of the most contentious topics in China's economic cooperation with the European Union and United States. China's application to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership ("CPTPP")[3] is a sign that China would like to change its opposition to labor violations and the connected trade sanctions, and that China may attempt to understand more of its developed trade partners' labor concerns. This is especially true with the United States, which has linkage preference regarding trade sanctions.[4] China's application also indicates that it may start responding to comments from contracting parties and welcoming engagement to make its labor law reform consistent with the CPTPP. Therefore, the CPTPP's provisions are a good model for understanding how China would improve its labor protections and potentially prepare for more strict requirements from the European Union and United States in future trade agreement negotiations.

There is a rich collection of legal research on labor provisions in free trade agreements ("FTAs") or bilateral investment treaties ("BITs") globally. However, little research has touched on China's labor law cooperation with FTAs or BITs. The absence of research into China's FTA or BIT practices regarding labor issues becomes more evident when compared with the amount of research on legal issues within commercial topics such as Chinese subsidies for state-owned enterprises and intellectual property.[5]

Professor Ronald C. Brown had earlier noticed China's general weak linkage style in trade and investment agreements and

3. Kandy Wong, *What is the CPTPP and why is China eager to join?*, SOUTH CHINA MORNING POST (May, 5, 2022), https://www.scmp.com/economy/china-economy/article/3176487/what-cptpp-and-why-china-eager-join [https://perma.cc/6D9B-57WM].

4. *See* Jeffrey S. Vogt, *The Evolution of Labor Rights and Trade—A Transatlantic Comparison and Lessons for the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, 18 J. INT'L ECON. L. 827, 853 (2015).

5. For example, take the relevance of China and CPTPP. As of March 2, 2023, the Heinonline law journal database shows the tracking results of the key words: "CPTPP China state-owned enterprises," "CPTPP China intellectual property," and "CPTPP China labor."There are zero articles on the relevance of CPTPP labor issue and China, but there are at least seven articles touching on the relevance of CPTPP state-owned enterprise issues and China, and at least eight articles touching on the relevance of CPTPP intellectual property issue and China. This shows that labor issue for China's application to accede to CPTPP is greatly neglected, if not completely ignored.

highlighted the necessity of strict modern labor provisions in China's Belt and Road Initiative and China-EU BIT negotiation.[6] Professors Alan Hyde and Myriam Oehri have reflected on how to involve China in global labor regulations and the valued the role of bilateral labor cooperation agreements in China's acceptance of FTA and BIT conventions.[7] But researchers have not explored China's logic beneath its attitude toward global labor regulation. Moreover, the research does not specifically analyze the normative elements in China's FTA or BIT linkage practice.

This Article seeks to help close the gap in the current research by exploring the social dimension affecting China's engagement in economic globalization. Specifically, China's conservative attitudes and practices in terms of the strong linkage between labor standards and FTAs or BITs that contain arbitration and economic sanctions as key elements. This is based on a systematic study of how China's notion has conflicted with the external conceptions dynamically held by the developed world and the International Labor Organization ("ILO"),[8] and the evolution of interactions between these ideologies since 1978, when China first announced its national policy of reform and opening up its economy to the global markets.[9] More critically, this Article aims to track the most recent linkage efforts of China as an updated study. Methodologies of vertical historical analysis and horizontal normative comparison will be applied.

Part II will survey the development of external conceptions towards China's labor law problems with examples of its engagement into economic globalization at different stages, especially after the announcement of national reform and the opening policy in 1978. Part III tracks the evolution of normative labor factors in China's linkage efforts in FTA and BIT initiatives. Both positive and negative normative labor elements will be

6. *See* Ronald C. Brown, *EU-China Bit and FTA Enhance Labor Cooperation and Protection*, 4 U. BOLOGNA L. REV. 367, 371 (2019).

7. *See generally* Alan Hyde, *Getting China into the Game: Bilateral Labor Agreements in the System of Global Labor Rights*, 23 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 205 (2022); *see generally* Myriam Oehri, *Labour Rights Promotion in the Absence of Conditionality? How the EU and the US Engage China and India*, 22 EUR. FOREIGN AFF. REV. 137 (2017).

8. *See infra* Part II.

9. *See* Mark Preen, *Economic Reform in China: Current Progress and Future Prospects*, CHINA BRIEFING (Apr. 18, 2019), https://www.china-briefing.com/news/economic-reform-china-opening-up-future-prospects/ [https://perma.cc/L4UY-FR9D].

observed. Section IV explores China's social challenges as an aspirant economy of CPTPP, addressing the strong and weak points of the Chinese labor law system compared to the labor requirements of CPTPP. These points are measured through a lens of legislative coverage of core labor standards, and the enforcement of standards via administrative and judicial action, public participation in supervision, and the final remedies of labor arbitration and economic sanctions. Part V envisions the possible path for China in implementing CPTPP labor obligation as an aspirant economy. Additionally, the time requirement as to before accession or after, and the choices of Vietnamese mode or Mexican mode will be discussed as for points of reference.

II. EXTERNAL CONCEPTIONS OF CHINESE LABOR ISSUES AND THE CONFLICTS

Under the rule of the then Republic of China ("ROC") Government from 1912 to 1948, China joined the ILO which was established in 1919 and based on the labor provisions of the Treaty of Versailles' original Constitution.[10] China was one of the founding members of the ILO, and ratified its first ILO labor convention in 1930.[11] China had become more closely connected with the ILO by contributing to the adoption of international labor conventions and ratifying an additional thirteen conventions before 1949.[12] This was when the Communist-led People's Republic of China

10. *See* Chen Yifeng, *The International Labor Organization and Labor Governance in China 1919-1949*, *in* CHINA AND ILO FUNDAMENTAL PRINCIPLES AND RTS. AT WORK 15, 29 (Roger Blanpain et al. eds., 2014).

11. *See China ILO cooperation*, INT'L LAB. ORG. (Mar. 2023), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—-dgreports/—-exrel/documents/publication/wcms_550919.pdf [https://perma.cc/22ZG-EGSD]; *see also Ratifications for China*, INT'L LAB. ORG., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:103404 [https://perma.cc/WFM9-RVCG] (last visited March 3, 2023).

12. *See China ILO cooperation*, INT'L LAB. ORG., (Mar. 2023), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—-dgreports/—-exrel/documents/publication/wcms_550919.pdf; *see also Ratifications for China*, INT'L LAB. ORG., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:103404 [https://perma.cc/WFM9-RVCG] (last visited March 3, 2023). The ROC Government was led by the then Kuomintang/Nationalist Party during this period. In 1949, the ROC Government retreated to Taiwan Island of China, but still took the delegations seats of China in the UN and all related organizations including the ILO until 1971.

("PRC") Government was established and formally claimed the representative status of membership in international organizations, including the United Nations ("UN") and the ILO.[13] There was a disputed cooperation between the "so-called ROC" Government (operating from Taiwan)—the term in various international organizations for the delegation representing China— and the ILO regarding China's twenty-three ratifications of the ILO conventions from 1949 to 1970.[14] In 1971, the Government of PRC replaced ROC and became the sole legal representative of China in the ILO[15]and, simultaneously, China's membership in UN was recognized in 1971 with UN General Assembly Resolution 2758.[16] This Article assesses the "Chinese labor issues" against the background of the transnational labor regulation after 1971. Taking the "1989 student demonstrations" and China's accession to the WTO in 2001 as two nodes, "Chinese labor issues" against the background of transnational labor regulation externally conceived by international organizations or other countries can be classified into three stages: (1) 1949–1988; (2) 1989–2000; and (3) 2001–2023.

A. INTERNALIZATION ISSUES CONCERNING RECOGNIZED INTERNATIONAL LABOR CONVENTIONS (1949–1988)

After the Government of PRC succeeded the so-called ROC as the sole legal representative of China in the ILO in 1971, the PRC also recognized the fourteen labor conventions that were ratified by the ROC Government between 1919-1949, and denied the twenty three conventions ratified by the so-called ROC Government (Taiwan) during the period of 1949-1970.[17] It was not

13. *Mao Zedong Declares a New Nation (1949),* ALPHA HIST., https://alphahistory.com/chineserevolution/mao-declares-new-nation-1949/ [https://perma.cc/47LP-VKTH] (last visited Mar. 3, 2023).

14. This is because the representatives of so-called ROC Government (Taiwan), which was appointed to ILO by its governor Chiang Kai-shek (Jiang Jieshi), was announced to be illegal at the same time that the lawful rights of the PRC Government as the only lawful representatives of Chinese people was restored in the UN with the UN General Assembly Resolution 2758 (XXVI) in 1971. *See* G.A. Res. 2758 (XXVI) (Oct. 25, 1971).

15. *See* Wen-Chen Chang, *The Convergence of Constitutions and International Human Rights: Taiwan and South Korea in Comparison*, 36 UNIV. N.C. 594, 597-98 (2011).

16. *See id.* at 598.

17. *China Relations with the ILO- Executive China Commission Roundtable on Labor. Rights*, at 1, U.N. Doc. A/CN.4/ 215 (Mar. 18, 2002) [hereinafter *China Relations with the ILO*].

until 1983 that the PRC Government began to delegate government representatives to attend the annual International Labor Conference.[18] Further, it was not until 1988 that the Government of the PRC ratified its first international labor convention (i.e., C159 on vocational rehabilitation and employment of disabled persons).[19] From 1978 to 1988, the labor market gradually developed to match the demand of laborers from foreign-investment companies and China's privately-owned enterprises, to the supply of the surplus rural labor force that resulted from increased efficiency in agriculture production after the practice of Household Contract Responsibility System.[20]

During this period, there were very limited interactions between the Chinese economy and the outside world. China only ranked eleventh in GDP globally with a minimal percentage of 1.7275% in 1978.[21] Moreover, China only ranked thirty-eighth in foreign exchange reserves with US$ 0.17 per capita in 1978.[22] At

---

18. China was absent from ILO activities between 1971 and 1982 because of some unsolved historical issues such as the arrears of dues by the so-called ROC Government (Taiwan) and its illegal ratifications of international labor convention during the period of 1949-1970. China and ILO kept discussing the unsettled historical issues until in 1980, when both parties reached an initial consensus during Director Francis Blanchard's visit to China. It was not until 1983 that the Government of the PRC began to delegate government representatives to attend the annual International Labor Conference. This was headed by the then Minister of Labor and Personnel Zhao Shouyi and Deputy Minister Li Yunchuan. Ever since then the government of PRC has been actively participating in ILO legislative and technical activities. *See* Zhang Longping (张龙平), (国际劳工组织与中国百年历史回顾) [The International Labor Organization and China: A Centennial History Review], NAT'L OFF. FOR PHIL. AND SOC. SCI. (June 5, 2019), http://www.nopss.gov.cn/n1/2019/0605/c373410-31121834.html [https://perma.cc/KK2Y-MDFR]; *see also China's Relation with the International Labor Organization*, P.R.C. MINISTRY FOREIGN REL (Sept. 27, 2003), https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjb_663304/zzjg_663340/gjs_665170/gjzzyhy_665174/2594_665176/2600_665188/200309/t20030927_598051.html [https://perma.cc/W4FN-R5JM].

19. *See China Relations with The ILO*, *supra* note 17.

20. *See* Judith Banister & Jeffrey R. Taylor, *China: Surplus Labor and Migration, 4 ASIA-PACIFIC POPULATION* J. 3, 8 (1989) (With the shift from collective agriculture to household contracts (1978-1984), the number of farmers in crop production declined by 28 million).

21. 1978 GDP □ □ □ □ 国数□ [GDP Data of Countries in the World in 1978], (快易理财网) [EASY MONEY NETWORK], https://www.kylc.com/stats/global/yearly/g_gdp/1978.html [https://perma.cc/DF7J-4989] (last visited Jan. 9, 2023).

22. (统计□ □ 1978 □ □ 来□ 国经济□ 会发□ □ □ □ 变□) [Great Changes in China's Economic and Social Development Since 1978], NAT'L BUREAU STAT.,

that time, China's exportation ability fell behind its importation needs and therefore the income from international trade was negative. Although China had a working population of 559,000,000, who were subject to the strictly planned administration,[23] its global effect was limited at the time. By 1988, China's ranking of GDP in the world increased slightly to tenth,[24] although the percentage of Chinese GDP decreased to 1.6150% of the world total.[25] At the same time, China's foreign exchange reserves were negative in 1985, 1986, and 1988,[26] and its international trade deficit remained and only represented a minimal share of the world trade total.

Against this background, the external conceptions of Chinese labor issues connected to the international labor cooperation were focused on China's internalization of the recognized and newly ratified international labor conventions rather than outward transnational labor cooperation. The ILO resumed the qualification of the PRC Government as a Member of chief industrial importance and with an expectation for China to play a significant role moving forward.[27]

For the PRC Government, the formal recognition of its status as the sole Chinese representative in the ILO was more politically significant than economically and socially important. Therefore, what the PRC valued most was the guarantee from the ILO of its exclusive status in ILO governance. Also, to show its positive attitude toward performing the obligations prescribed in ILO C159

---

http://www.gov.cn/jrzg/2013-11/06/content_2522445.htm [https://perma.cc/9STD-SN77] (last visited Jan. 9, 2023).

23. Abul Rizvi, *China versus USA: The Demographic Dimensions*, INDEP. AUSTL. (Oct. 12, 2021), https://independentaustralia.net/politics/politics-display/china-versus-usa-the-demographic-dimensions,15617 [https://perma.cc/2JG9-X3BX].

24. 1988 GDP □ □ □ □ 国数□ [GDP Data of Countries in the World in 1988], KYLC, https://www.kylc.com/stats/global/yearly/g_gdp/1988.html [https://perma.cc/SH2C-MYLU] (last visited Jan. 9, 2023).

25. *See id.*

26. China's foreign exchange reserves had: (1) - $11.417 billion in 1985; (2) - US$7.034 billion in 1986; and (3) US $3.802 billion in 1988. *See* Department of Comprehensive Statistics of National Bureau of Statistics (edited); CHINA STATISTICS PRESS, COMPREHENSIVE STATISTICAL DATA AND MATERIALS ON 50 YEARS OF NEW CHINA. 73 (1999).

27. *See Composition of the Governing Body: Criteria for geographical and country representation within the Governing Body*, ILO 1, 5 (Nov. 2007), http://ilo.ch/wcmsp5/groups/public/—-ed_norm/—-relconf/documents/meetingdocument/wcms_084513.pdf [https://perma.cc/MLF4-GN5R].

that bound China starting February 1988, China formulated the "Five-Year Work Program for China's Disability Affairs" (1988-1992) to promote vocational rehabilitation and employment of disabled persons as a typical means of national social plans.[28] Admittedly, the Chinese national social plan was merely a preliminary step, compared to the key requirements of "universal coverage," "equality of opportunity and treatment," and "consultation with the representative organizations of employers and workers" in Convention No. (C159).[29]

In summary, Chinese labor problems aroused little attention from the international labor community before 1989 due to its limited integration to the world economy. Accordingly, no external pressure was imposed on China. But China held a politically vigilant and socially experimental attitude towards international labor cooperation, and had cautiously chosen to ratify C159, which was not politically or domestically controversial, and consistent with China's priority social development plan.[30]

---

28. The program was approved by Chinese State Council for implementation after the joint formulation among the then State Planning Commission of China, the State Education Commission, the Ministry of Civil Affairs, the Ministry of Finance, the Ministry of Labor, the Ministry of Health and the China Disabled Persons' Federation in September 1988. *See Employment of People with Disabilities: The Impact of Legislation (Asia and the Pacific), China Country Profile,* ILO 1,12-13 (March 2003), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—-ed_emp/—-ifp_skills/documents/publication/wcms_107858.pdf [https://perma.cc/UH2Y-QT67]; 中国残疾人事业五年工作纲要 [Five-Year Work Program for China's Disability Affairs], 中华人民共和国国务院 [Sup. People's Ct. Gaz.] 803, 809-19 (promulgated Nov. 25, 1988, effective Dec. 6, 1988), http://www.gov.cn/gongbao/shuju/1988/gwyb198825.pdf [https://perma.cc/8EWT-LGUC] [hereinafter Five-Year Work Program].

29. This plan was merely a preliminary step by putting forth legislation plans for the protection of disabled people in labor and employment, taxation of welfare enterprises, enrollment of the disabled, special education allowances, welfare relief, and etc. It was not realized until 2008 when the first relevant law, the Disabled Persons Protection Act, was enacted. Even in this long-anticipated Act, only the principles of "the right to work" and that "the state implements a system of proportional employment of disabled persons" are prescribed, without explicit provisions on the key requirements of "equality of opportunity and treatment" and "consultation with the representative organizations of employers and workers" that were required by C159. *Compare* Five-Year Work Program, *supra* note 28, 813, *with* Convention on the Rights of Persons with Disabilities, arts. 30, 33, U.N. Doc. A/RES/61/106, (Dec. 30, 2006), *and Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention*, ILO, arts. 4, 5 (June 20, 1983), https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,en,C159,/Document [https://perma.cc/2LRP-BK6W].

30. There was a large disabled population with 51.64 million out of 1.11 billion total with disabilities in the first sample survey in 1987 when China formally ratified the C159 of ILO. According to "The First National Sample Survey on Disability" in 1987, the disabled

B. HUMAN RIGHTS ISSUES (1989–2000)

1. IN THE NAME OF FREEDOM OF ASSOCIATION

External conceptions of Chinese labor during this period were initiated by the Chinese student demonstration in 1989, which addressed varied issues of both democracy and human rights, and was later centered on the right to enjoy freedom of association in the early 2000s.[31] The demonstrations saw a mix of labor and labor-related issues, such as the so-claimed suppression of union leaders who had participated in the student demonstrations, as well as the so-claimed denial of freedom of association and collective bargaining in interest-based labor disputes arising from the privatization of publicly-owned enterprises and the bankruptcy or restructuring of publicly-owned enterprises.[32] Five complaints were brought against China by the ILO's Committee on Freedom of Association ("CFA") between 1989 and 2000, with only two or three years between the complaints.[33] Case No. 1500 discussed the student demonstrations of 1989 where the PRC Government claimed that the worker organization was not formed to fight for workers' rights but for political reasons.[34]

Labor issues in all five complaints were embedded in human rights to the CFA's eyes, which were typically narrated as a "violation of trade union rights."[35] For example, it was written in

---

population was 60 million, accounting for 4.89 percent of the total population. *See* Xu Lan, The National Sample Survey on Disability, DEP'T POPULATION AND EMP. NATI'L BUREAU STAT. CHINA, https://unstats.un.org/unsd/demographic-social/meetings/2016/bangkok—disability-measurement-and-statistics/Session-7/China.pdf [https://perma.cc/T5RT-A9DZ] (last visited Mar. 31, 2023).

31. Lei Guang, *Elusive Democracy: Conceptual change and the Chinese democracy movement, 1978-79 to 1989*, 22 Modern China 417, 438-39 (1996)

32. *See id.*

33. *Freedom of association cases*, ILO, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:20060::FIND:NO::: [https://perma.cc/MZU6-KP6L] (last visited April, 20, 2023).

34. *See* International Confederation of Free Trade Unions [ICFTU], Complaint against the Government of People's Republic of China presented by International Confederation of Free Trade Unions [ICFTU]: 268th Report (Case No. 1500), ¶¶ 687, 689 [hereinafter ILO Complaint Case No.1500, Report 268].

35. *See generally* ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of China presented by ICFTU: 286th Report (Case No. 1652)[hereinafter ILO Complaint Case No.1652, Report 286]; ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of China presented by ICFTU: 304th Report (Case No. 1819) [hereinafter ILO Complaint Case No.1819, Report 304]; ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of

one complaint that "many provisions of the Trade Union Act adopted in April 1992 are contrary to the ILO's fundamental principles concerning the right of workers without distinction whatsoever to form and join organizations of their own choosing without previous authorization and the right of trade unions to establish their constitutions, organize their activities, and formulate their programmes."[36] In another, "[t]he Committee urges the Government to guarantee and respect the rights of seafarers to form trade unions of their choice and to affiliate with organizations freely chosen by them, including directly with an international organization if they so wish."[37] External conceptions of these labor issues were condemnation of the Chinese Government's failure to protect basic human rights and uphold its commitments to the ILO Constitution regarding freedom of association. All of the complaints were filed by the International Confederation of Free Trade Unions ("ICFTU"). After examining the information from both the ICFTU and the Chinese Government, the CFA strongly recommended that China amend the relevant provisions of the Trade Union Law of 1992 or the Labor Law of 1995.[38] The recommendation stated that the amendment should ensure that overseas seafarers, migrant rural workers in private enterprises, laid-off workers in state-owned enterprises, and those who had lost their jobs due to their employer's financial woes, shall be free to form trade unions of their own choosing, conduct political activities to promote social objectives, and enjoy freedom of opinion and expression, including publication and distribution of news and information about trade unions.[39]

China presented by ICFTU: 310th Report (Case No. 1930) [hereinafter ILO Complaint Case No.1930, Report 310]; ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of China presented by ICFTU: 321th Report (Case No. 2031) [hereinafter ILO Complaint Case No.2031, Report 321].

36. ILO complaint case no.1652, Report 286, *supra* note 35, ¶ 728(a).

37. ILO complaint case no.1819, Report 304, *supra* note 35, ¶ 156.

38. *See* ILO complaint case no.1652, Report 286, *supra* note 35, ¶ 728(a); ILO complaint case no.1930, Report 310, *supra* note 35, ¶¶ 343,344,367; ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of China presented by ICFTU: 316th Report (Case No. 1930), ¶¶ 362, 378(a) [hereinafter ILO Complaint Case No.1930, Report 316]; ILO complaint case no.2031, Report 321, *supra* note 35, ¶¶165,176(a).

39. *See* ILO complaint case no.1819, Report 304, *supra* note 38, ¶156; ILO complaint case no.1652, Report 286, *supra* note 35, ¶728(a); ILO complaint case no.1930, Report 310, *supra* note 38, ¶¶343, 344, 367; ILO complaint case no.1930, Report 316, ¶¶362, 378(a); ILO complaint case no.2031, Report 321, *supra* note 35, ¶¶165,176(a).

There are two notable aspects of logic regarding the CFA's view of China's labor issues based on the complaints during this period. First, Chinese labor issues had an intentional spillover into the international realm because of its membership in the ILO. As stated in the CFA Interim Report of Case No. 1500, once a State becomes a member of the ILO, it must accept the fundamental principles embodied in the Constitution and the Declaration of Philadelphia, especially those relating to the freedom of association.[40] As a result, allegations concerning violations of trade union rights could not be considered an internal matter and the Committee must examine the submitted complaints.[41] Second, the CFA held that the freedom of association prescribed in the ILO Constitution was an international obligation that bound China as a member. Therefore, China should implement the freedom through domestic labor statutes, regulation, or policy.[42]

In these two aspects of logic, the CFA did not agree with the Chinese Government regarding the priority status of the law of the land in compliance with C87. The CFA Interim Report No 275 of Case No 1500 (China) and Report No 321 of Case No 2031 stressed the priority of the principle of freedom of association in the ILO Constitution.[43] Specifically, workers and their organizations should respect the law of the land in exercising their right to freedom of association, provided that the law of the land does not impair, nor be applied in a manner that impairs the principles of freedom of association.[44]

The Chinese Government held a different conception of the complaints than the CFA, focusing arguments on three aspects. First, the complaints interfered in the internal affairs of China. The decisions and actions of the Chinese Government were based on the fact that the worker organizations were established illegally

40. *See* ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of China presented by ICFTU: 275th Report (Case No. 1500) [hereinafter ILO Complaint Case No.1500, Report 275].

41. *Id.*

42. *Id.*

43. *See* ILO Report No. 275, ILO complaint case no. 1500, ¶ 351; ILO Report No. 321, ILO complaint case No. 2031, ¶ 166, 176(a)

44. *See* ILO Report No. 275, ILO complaint case no.1500, ¶ 351; ILO Report No. 321, ILO complaint case no.2031, at ¶ 166, 176(a).

because of inconsistencies with the Trade Union Act.[45] Second, the activities of the so-called worker organizations were illegal because of their suspected political intention and violation against state security.[46] Third, the sovereignty right of the Chinese Government to deal with its social and political issues were fully supported in Article 8 of C87 because the latter expressly provided that workers, employers, and their respective organizations should respect the law of the land in exercising rights of freedom of association.[47] Through these arguments, the Chinese Government conveyed to the CFA that the standard of living, the fundamental rights of workers, and their working conditions had all improved considerably in concert with considerable progress in the development of democracy and legislation in China since 1978.[48] Furthermore, the Chinese Government argued to the CFA that unexpected problems were inevitable given the country's level of economic development and that the social security system was in a transitional phase, as it was still being developed despite the enormous efforts that the government had undertaken.[49] Following the Chinese Government's logic, over politicization of their labor problem had caused the external negative conception of Chinese labor issues as violations of basic human rights and the basic labor right of freedom of association.

2. IN THE NAME OF "SWEATSHOPS"

Chinese enterprises, especially private enterprises, have gradually integrated into the global supply chain since the national policy of reform and opening in 1978, but they began to encounter "sweatshop" accusations by western non-governmental organizations ("NGOs") in the 1980s.[50] The narratives included

45. *See* ILO complaint case no.1500, Report 268, *supra* note 34, ¶688; ILO complaint case no.1930, Report 310, *supra* note 35, ¶331.

46. *See* ILO complaint case no.1500, Report 268, *supra* note 34, ¶688; ILO complaint case no.1930, Report 310, *supra* note 35, ¶331; ILO complaint case no.2031, Report 321, *supra* note 35, ¶160.

47. *See* ILO complaint case no.2031, Report 321, *supra* note 35, ¶159.

48. *See* ILO complaint case no.1652, Report 268, *supra* note 35, ¶693; ILO complaint case no.1819, Report 304, *supra* note 35, ¶¶139, 147; ILO complaint case no.1930, Report 310, *supra* note 35, ¶324; ILO complaint case no.2031, Report 321, *supra* note 35, ¶57.

49. *See* ILO complaint case No. 2031, Report 321, *supra* note 35, ¶157.

50. *See Sweatshops in China*, WAR ON WANT (Oct. 12, 2009), https://waronwant.org/news-analysis/sweatshops-china [https://perma.cc/U6WU-WZJE]; Kathy Chu & Bob Davis, *China, Levi Strauss and the Long-Simmering Battle Over*

claims of freedom of association violations, collective bargaining violations, forced labor, child labor, discrimination, unacceptable minimum wages, long hours of work, and occupational safety.[51] Sweatshop issues were delivered in the discourse of basic human rights under the combined frameworks of the Universal Declaration of Human Rights, the Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, and eight conventions that were subsequently listed as fundamental labor conventions in the ILO Declaration of 1998.[52] Accordingly, the matter was labeled as a human rights issue.[53]

Western media and NGOs drew attention to the issue which drove a sizeable number of multinational companies to require Chinese suppliers in the sectors of clothing, textile, footwear and toys to correct the violations of labor rights through corporate codes of conduct, which became the mainstream means of corporate social responsibility ("CSR") in China.[54] For example, in 1993 Levi Strauss announced that China would be excluded from the country catalog of its purchase.[55] In 1994, in response to criticism over Chinese labor problems, the Clinton Administration required all American multinational companies with Chinese suppliers or investors to formulate corporate codes of conduct on labor issues.[56] At the same time, some European multinational companies such as C&A and Pentland Group announced similar

Labor Rights, WALL ST. J. (Nov. 23, 2015), https://www.wsj.com/articles/BL-CJB-28173 [https://perma.cc/TB4A-6Q76].

51. *See* Chu & Davis, *supra* note 50.

52. *See Conventions and Recommendations*, ILO, https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang—en/index.htm [https://perma.cc/3FTT-YUFQ] (last visited Apr. 20 2023); *See* Debra Cohen Maryanov, *Sweatshop Liability: Corporate Codes of Conduct and the Governance of Labor Standards in the International Supply Chain*, 14 LEWIS & CLARK L. REV. 397, 448 (2010); Gare Smith & Dan Feldman, *Company Codes of Conduct And International Standards: An Analytical Comparison*, WORLD BANK 11, 18-23, 29 (Oct. 2003).

53. *See* Maryanov, *supra* note 52; *See* Smith & Feldman, *supra* note 52.

54. *See* Katie Quan, *China and The American Anti-Sweatshop Movement*, CHINA RTS. FORUM, 62-63 (2003), https://laborcenter.berkeley.edu/pdf/2003/china_american.pdf [https://perma.cc/3MUY-E9M7].

55. *See* David J. Doorey, *The Transparent Supply Chain: from Resistance to Implementation at Nike and Levi-Strauss*, 103 J. BUS. ETHICS 587, 596 (2011).

56. *See* David E. Sanger, *Clinton to Urge a Rights Code For Businesses Dealing Abroad*, N.Y. TIMES (Mar. 27, 1995), https://www.nytimes.com/1995/03/27/business/clinton-to-urge-a-rights-code-for-businesses-dealing-abroad.html [https://perma.cc/F34W-V2V6].

codes of conduct as the American multinationals, targeting the sweatshop issue in China.[57]

Differing from China's response to the external criticisms of the CFA, the Chinese Government did not intervene with official refutations or counter measures against the waves of corporate codes of conduct in the 1980s and 1990s. However, these codes of conduct were criticized by the pubic propaganda as "blue barriers" that disfavored China's international trade later in 2000s.[58] The Chinese Government gradually began realizing the irreversible trend of social protection requirements in international trade. In 2005, it amended the Company Law to insert Article 5 on corporate social responsibility, so that companies engaged in business activities must: (1) abide by laws and administrative regulations, social and business ethics; (2) be honest and trustworthy; (3) accept the supervision of the government and the public; and (4) assume social responsibilities.[59] This amendment prompted Chinese companies, including state-owned companies, to practice social responsibility, particularly in the traditional export industries of textile and the emerging financial industry.[60] One example is in 2005, the China National Textile and Apparel Industry Association took the lead in publishing the industry codes of conduct based on the "CSC9000T China Social Compliance For Textile & Apparel Industry Principles and Guidelines (2005)".[61]

---

57. *See Case Study: Cheaper Through Exploitation?*, INT'L BUS.SOC'Y MGMT 1,2 (Apr. 2006), http://www.ib-sm.org/CaseC&A.pdf [https://perma.cc/RCX9-S5XF]; *see also* Smith & Feldman, *supra* note 52, at 5, 6, 11.

58. For example, alerts against "blue barrier" that were published by two official news organs of China, China Industrial Economic News and China Gate Times, were reproduced on the official website of the Chinese Ministry of Commerce. *See e.g.* Yan Qin (晏琴), (警惕"蓝色壁垒"，别落入贸易保护的陷阱) [Be Alert to the "Blue Barrier" and Don't Fall Into the Trap of Trade Protection], CHINA INDUS. ECON. NEWS (Jan. 13, 2010), http://chinawto.mofcom.gov.cn/article/ap/p/201001/20100106751540.shtml [https://perma.cc/5ZHB-ZFPJ]; *see e.g.* (警惕"蓝色贸易壁垒"对我国劳动密集型企业的影响) [Be Alert to the Impact of 'Blue Trade Barriers'" on The Country's Labor-Intensive Enterprises], CHINA GATE NEWS (Nov. 19, 2015), http://trb.mofcom.gov.cn/article/zuixindt/201511/20151101171655.shtml [https://perma.cc/LKM4-YNT7].

59. *See* Zhonghua Renmin Gongheguo Gongsi Fa [Company Law of the People's Republic of China], Standing Comm. Nat'l People's Cong., Oct. 27, 2005 (effective Jan. 1, 2006), art. 5 [hereinafter 2005 PRC Company Law].

60. *See* May Tan-Mullins and Peter S. Hofman, *The Shaping of Chinese Corporate Social Responsibility*, 43 J. OF CURRENT CHINESE AFF. 7-8 (2014).

61. *See CSC9000T China Social Compliance For Textile & Apparel Industry Principles and Guidelines (2005)*, CHINA NAT'L TEXTILE & APPAREL COUNCIL (2005),

These currently effective codes of conduct are based on Chinese domestic labor laws and regulations on labor and the relevant human right conventions and labor conventions, The positive response by Chinese suppliers to foreign corporate codes of conduct could also be observed from the fact that quite a number of Chinese companies have accepted the Fair Labor Association ('FLA") codes of conduct of the UN Global Compact.[62] Even domestically listed enterprises were prompted to practice corporate codes of conduct.[63] In 2006, the Shenzhen Stock Exchange promulgated the "Guidelines for Social Responsibility of Listed Companies," which required listed companies to abide by business ethics in addition to the requirements of the law to protect the legitimate rights and interests of consumers, and to protect the health and safety of workers in their business operations.[64] The Guidelines are still effective and binding on all the listed companies, including foreign-invested enterprises in China.[65] In general, China did not show antagonism against the

http://www.csc9000.org.cn/d/file/p/2023/02-03/876e38a82f9021c6444d422517f4eeca.pdf [https://perma.cc/M4L7-526P].

62. As of March 2023, three Chinese suppliers, such as Kingdom, joined the FLA as suppliers. *See Participating Suppliers*, FAIR LAB., https://www.fairlabor.org/members/suppliers/?location=cn&member_type=fla-accredited%7Cparticipating-company%7Cparticipating-supplier [https://perma.cc/NK7X-HL8A] (last visited Mar. 27, 2023); 703 Chinese suppliers participate in the UN Global Compact. *See Who's Involved*, U.N., https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants/search?page=3&search%5Bcountries%5D%5B%5D=38&search%5Bkeywords%5D=&search%5Bper_page%5D=10&search%5Bsort_direction%5D=asc&search%5Bsort_field%5D=&utf8=%E2%9C%93 [https://perma.cc/manage/create] (last visited Mar. 27, 2023)..

63. Carlos Noronha, et al., *Corporate Social Responsibility Reporting in China: An Overview and Comparison with Major Trends*, 20 CORPORATE SOC. RESPONSIBILITY AND ENV'T MGMT, 29, 32 (2013).

64. Jia Wei, *Shenzhen Stock Exchange issued the "Guidelines for Social Responsibility of Listed Companies"*, ECON. DAILY (Sep., 26, 2006), http://www.gov.cn/banshi/2006-09/26/content_399213.htm [https://perma.cc/5YAC-ZQ58].

65. The Guidelines remain influential through integration into the social responsibility chapter of "Shenzhen Stock Exchange Listed Companies Self-Regulatory Guidelines No. 1—Standardized Operation of Main Board Listed Companies" (2022), as of January 2023. *See generally* 深圳证券交易所上市公司自律监管指引 第 1 号——主板上市公司规范运作 [Shenzhen Stock Exchange Listed Companies Self-Regulatory Guidelines No. 1—Standardized Operation of Main Board Listed Companies], SHENZHEN STOCK EXCH. (2022), http://docs.static.szse.cn/www/lawrules/rule/stock/supervision/mb/W020220107718977234246.pdf [https://perma.cc/ZL35-MD2F].

external criticism over the Chinese labor issues that were in the name of human rights. During the waves of CSR in the 1980s, 1990s, and early 2000s, China recognized human rights as an issue of market discipline, and accordingly, had managed to respond actively with promotional legislation that placed self-regulation of labor by companies at the center.

C. THE ISSUES OF SOCIAL DUMPING/UNFAIR TRADE (2001– 2023)

The human rights discourse regarding the "Chinese labor issues" continued into the first twenty years of the twenty-first century against the backdrop of transnational labor regulation, but the intervals became much longer. There was a greater time gap between the sixth and seventh complaint, filed on March 27, 2002, and February 15, 2016, the seventh case is still in process as of May 3, 2023.[66] Since the two recent complaints centered on interest-based labor disputes, without the influence of political demonstrations, the Chinese Government has been less politically vigilant and has been focusing on the technical legal issues, with efforts to clarify that its action against certain individuals was based on their violation of mandatory public law, such as criminal law, instead of denying the freedom of association or collective bargaining.[67] While the CFA has been reiterating similar logic in the previous five complaints against China, China has shown more willingness to carry out investigations and exchange information with the complainant and the CFA.[68] This is an indication that both parties and the CFA have recognized that the denial of freedom of association as a traditional human rights issue would not be solved in a short time, but needs sustainable efforts. Also, negative impact of corporate codes of conduct on Chinese enterprises is seen to be weakened because of the inclusive attitude of the Chinese Government, including active responses from Chinese industries,

66. *See* ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of China presented by ICFTU: 330th Report (Case No. 2189)[hereinafter ILO Complaint Case No.2189, Report 330]; ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of China presented by ICFTU: 380th Report (Case No. 3184) [hereinafter ILO Complaint Case No.3184, Report 380].

67. *See* ILO complaint case No. 2189, Report 330, *supra* note 66, ¶435; *see generally* ILO complaint case No. 3184, Report 380, *supra* note 66.

68. *See* ILO complaint case No. 2189, Report 330, *supra* note 66, ¶444.

and exporting enterprises since 2005.[69] Therefore, external conception of the "Chinese labor issues" as an "issue of human rights" gradually faded during this period.

However, ever since China's entry into the WTO, new external conceptions of "Chinese labor issues" have arisen as one of the causes of unfair trade.[70] A giant Chinese labor force was rapidly integrated into labor-intensive industries in the global supply chain with exceptional comparative advantages, but Chinese labor protection, especially the average wage growth rate of Chinese workers, lagged behind its GDP development between 2000 and 2012.[71] The so-called "social dumping" or "unfair trade" discourse was formed, and it is especially reflected under the framework of the WTO multilateral trading system, the FTA regional trade system, and the bilateral investment system.

1. LABOR FACTORS IN THE DETERMINAITON OF A NON-MARKET ECONOMY COUNTRY UNDER THE WTO

Although labor standards are not explicitly linked with GATT or WTO, they are implicitly embedded in the treaties' trade remedy mechanisms of anti-dumping and countervailing by structuring labor factors into determinations of the market economy country.[72] The GATT and WTO are recognized for lowering trade barriers with most-favored nation treatment as its central pillar and contracting parties are presumed to run on the basis of the market economy system in order to maintain fair competition.[73] Therefore, any country that applies to join the WTO or its predecessor, the GATT, needs to accept the review of the foreign trade system as to whether it has functioned within the market

69. Johan Graafland & Lei Zhang, *Corporate Social Responsibility in China: Implementation & Challenges*, 23 BUS. ETHICS: A EUR. REV. 34, 34 (2014).

70. Lance Compa, *Free Trade, Fair Trade, and the Battle for Labor Rights, in* REKINDLING THE MOVEMENT: LABOR'S QUEST FOR RELEVANCE IN THE 21ST CENTURY 316–17 (Lowell Turner, Harry C. Katz & Richard W. Hurd, eds., 2001).

71. *Wages, Productivity, and Labor Share In China*, ILO 1, 5 (Apr. 2016), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—-asia/—-ro-bangkok/documents/publication/wcms_475254.pdf [https://perma.cc/8NTR-Y347].

72. *See* Kimberly A. Tracey, *Non-Market Economy Methodology Under US Anti-Dumping Laws: A Protectionist Shield from Chinese Competition*, 15 CURRENTS: INT'L TRADE L. J. 81 (2006); *see also* Antidumping Methodologies in Proceedings Involving Non-Market Economies: Valuing the Factor of Production: Labor, 76 Fed. Reg. 36092 (June 21, 2011).

73. *See* Chieh Huang, *Non-Market Economies' Accessions to the WTO: Evolution of the Approach and Implications for the Organization*, 4 HAGUE J. DIPL. 61, 70-71, (2009).

economic system.[74] As there is no uniform rule for determination of a market economy country, each member has its own standard theoretically, and the European Union and the United States have a clearer and more stable legal criteria on this issue than other WTO members.

Since the 1990s, when China applied to the WTO, the economy has been shifting from a centrally planned economy to a market economic system; this required China to restrict itself in the accession negotiation, including a commitment to a fifteen year "non-market economy status" in determining comparable prices for subsidies and dumping.[75] This is why the "surrogate country standard" was used in determinations of dumping and subsidy margins, which led to a higher retaliation tariff imposed on China than the original commitments of tariff concession.[76] Today, China understands that its market economy transformation is not fully completed, but China insists that it is being unfairly discriminated against in anti-dumping and countervailing as the fifteen year transition expired in December 2016.[77] Contrary to China's self-proclaiming, both the United States and European Union do not think the lapse of the fifteen year transition period is equal to the invalidity of the determination of "non-market economy" and the inapplicability of "surrogate country standard" in anti-dumping and countervailing cases. Rather than resting determinations on the passage of time, both economies prefer to base the application of "surrogate country standard" on whether China is currently a "non-market economy country" in regard to anti-dumping and countervailing.

Linkage between labor standards and determinations of a "non-market economy" have long been applied by the United States and European Union before December 2016, but labor content has been even more emphasized after 2016. Both the United States and European Union have been taking the situation of "deviation" from the so-called liberal market economic

74. *See id.* at 73.

75. World Trade Organization, Accession of the People's Republic of China: Decision of November 1, 2001, WTO Doc. WT/L/432, at 9 (Nov. 23, 2001).

76. *See Foreign Market Access Report: 2005 of the Ministry of Commerce People's Republic of China*, P.R.C. MINISTRY COM. 1, 127–29 (2005), http://images.mofcom.gov.cn/trb/table/2005en.pdf [https://perma.cc/BXX5-WBHQ].

77. *China's Status as a Nonmarket Economy (NME)*, CONG. RSCH. SERV. (Jan. 10, 2019), https://sgp.fas.org/crs/row/IF10385.pdf [https://perma.cc/AD6K-Y8L7].

principles as "non-market economic conditions" or "trade distortion." For example, according to Article 771(18)(B) of the US Tariff Act of 1930, when judging whether a country constitutes a non-market economy condition for anti-dumping and countervailing, the Department of Commerce needs to consider six factors, the second of which is the extent to which wage rates in the foreign country are determined by free bargaining between labor and management.[78] As one of the necessary conditions, if a foreign country's labor factor is determined to be inconsistent with Article 771(18)(B), it may lead to the conclusion of non-market economy status for the country in anti-dumping and countervailing.[79] The European Union shows similar concerns to that of the United States but with different expressions. In the EU Regulations on anti-dumping or countervailing, there is a consistent consideration of significant state interference in labor costs in the determination of a non-market economy country.[80]

Both the United States and the European Union issued increased labor content in the determination of a nonmarket economy to China. This was after their most recent determination on December 11, 2016, the date China believed was the deadline for the application of "surrogate country standard".[81] For instance, the United States' Department of Commerce's International Trade Administration issued a Memorandum on October 26, 2017 on China's Status as a non-market economy.[82] The Memorandum systematically concluded that there were still significant institutional constraints on the extent to which wage rates were determined through free bargaining between labor and

78. *See* Tariff Act of 1930, Title VII, §771(18)(B) (codified at 19 U.S.C. §1671-1677 2000).

79. *See id.*

80. *See, e.g.,*, Commission Regulation 905/98, art. 1 (c), 1998 O.J. (L 128) (EC); Commission Regulation 597/2009, art. 1, 2009 O.J. (L 188) (EC); Commission Regulation 2016/1036, art.2.7, 2016 O.J. (L 176) (EU).

81. Ben Blanchard & David Lawder, *China Launches WTO Complaint Against U.S., EU Over Dumping Rules*, REUTERS (Dec. 12, 2016), https://www.reuters.com/article/us-china-trade-wto/china-launches-wto-complaint-against-u-s-eu-over-dumping-rules-idUSKBN14112M [https://perma.cc/S73X-FA44].

82. *See* Memorandum from Leah Wils-Owens, Office of Pol'y, Enforcement & Compliance, to Gary Taverman, Deputy Assistant Sec'y for Antidumping and Countervailing Duty Operations, China's Status as a Non-Market Economy, Inv. No. A-570-053 (U.S. Dep't of Com. Oct. 26, 2017) [hereinafter Memorandum, China's Status as a Non-Market Economy].

management in China.[83] Aspects of the Chinese labor market that were assessed, including China's legal and institutional framework for labor, constraints on wage formation including the setting of the minimum wage, wage arrears, collective bargaining on wage, labor costs, and labor protection brought about by restrictions on labor mobility (Hukou).[84]

Similarly, the European Union has strengthened the examination of labor law issues in trade distortion determination concerning anti-dumping and countervailing measures with "wage costs being distorted" as one of the criteria to determine significant distortion in regulation.[85] It is shown in the preamble of EU Regulation 2017/2321 that relevant international standards, including core conventions of the ILO, should be taken into account where appropriate when assessing the existence of significant distortions.[86] The European Union has conducted its first country report on significant distortion in the economy of China,[87] where labor is listed as one of the five key production factors to assess trade distortion. In the elaboration of the labor factors, the European Union has systematically examined China's labor law and its enforcement via administration and judicial action, centering on the wage level, wage formation mechanism, and the flow of labor factors, with a conclusion that significant distortion exits in the labor factors of production.[88] This means that one of the external conceptions is that "Chinese labor issues" are one of the causes of unfair competition in bilateral economic relationship between the United States and European Union, which was strengthened after the expiration of the fifteen year transition period in 2016.

By contrast, China believes that it should be waived from the application of "surrogate country standard" as the fifteen year transition lapsed by November 10, 2016, based on point 15(d) of Part 1in the Protocol on the Accession of the People's Republic of

83. *See id.*

84. *See id.*

85. Commission Regulation 2017/2321, pmbl. ¶ 3, 2017 O.J. (L 338) (EU).

86. *See id.* pbml. ¶ 4.

87. *See generally* Eur. Commission (EC), Corrigendum to Commission Staff Working Document on Significant Distortions in the Economy of the People's Republic of China for the Purposes of Trade Defense Investigations, at 327-45 SWD (2017) 483 final/2 (Dec. 20, 2017) [hereinafter Commission Staff Working Document].

88. *See id.*

China, which reads "[i]n any event, the provisions of subparagraph (a)(ii) (surrogate country standard) shall expire 15 years after the date of accession."[89] Bearing this understanding, China sued the European Union and the United States against the application of "surrogate country standard." As of January 2023, there is no definite award from the WTO dispute settlement body, with DS515 (the U.S. as the defendant) still being in consultation, and with DS516 (the EU as the defendant) being withdrawn because of the lapse of authority for a panel.[90] This means that the conceptional conflict between China and the European Union, and the United States respectively, will continue and Chinese industries are still subject to the "surrogate country standard."

2. LABOR PROTECTION IN FTA AND BIT

Negative effects on the social dimensions by trade and investment liberalization was noticed in 1940s when fair labor standards were included in Article 7 of Chapter 2 in the aborted Havana Charter draft that planned to establish the International Trade Organization.[91] The linkage between labor standard and international trade systems continued in the GATT and WTO negotiation rounds until a basic consensus on the dis-linkage in the Singapore Ministerial Declaration in 1996.[92] Due to the failure of explicit and general linkage between labor standards, and the GATT and WTO trading system, some of the developed countries that had favored the linkage during the GATT negotiation rounds, such as the United States, Canada, Iceland, Finland, Sweden, New Zealand, and Japan, have shifted the efforts to FTA or BIT for the linkage after the GATT turned into the WTO. [93] Some other developed countries or economic unions like Switzerland, the European Union and even some developing country like Chile, [94]

89. World Trade Organization, *supra* note 75, at 9.

90. *See* Mirek Tobiaš Hošman, *China's NME status at the WTO: Analysis of the Debate*, 20 J. OF INT'L TRADE L. AND POL'Y 4-6 (2021).

91. *See generally* U.N. Conference on Trade and Employment, Havana Charter for the International Trade Organization, U.N. Doc. E/Conf.2/78 (Apr. 1948) [hereinafter 1948 Havana Charter].

92. *See generally* World Trade Organization, Ministerial Declaration of December 13, 1996, WTO Doc. WT/MIN(96)/DEC (1996).

93. *See* BOB HEPPLE, LABOUR LAWS AND GLOBAL TRADE 130 (2005).

94. Chile practices FTA linkage not only with developed countries such as the United States, Canada, but also with developing countries such as Turkey in 2011, China in 2013,

have joined the FTA linkage practice. Despite of some phenomena of protectionism ever since the 1970s, it can't be denied that a growing interdependence among countries and the internationalization of production play a role in the mainstream.[95] Hence, China' s labor issues against the backdrop of its great economic volume and immense work force have become a trade or investment topic when negotiating FTAs or BITs with trade partners.

By the end of 2022, China has four effective FTAs in place with New Zealand, Switzerland, Iceland and Chile respectively.[96] Also, China negotiated two BITs with the United States in 2008 and the European Union in 2013, and both BITs explicitly included labor topics before they were suspended in 2017 and 2021 respectively.[97] Both BIT initiatives had sticky negotiations on labor topics because of considerable disconnects.[98] Only an initial consensus was reached on the labor provisions in the China-European Union BIT/Comprehensive Agreement on Investment ("CAI") draft in December 2020, and there were more conflicting opinions on labor in the United States and China's BIT negotiation.[99] China did not initiate the labor discussions in the

---

and Thailand in 2015. For texts of relevant Chilean FTAs, *see Regional Trade Agreements Database*, WTO, http://rtais.wto.org/UI/publicPreDefRepByCountry.aspx [https://perma.cc/V8TQ-KBQH].

95. As of January 2023, China has concluded twenty-four FTAs and 145 BITs. *See China FTA Network*, P..R.C. MINISTRY COM., http://fta.mofcom.gov.cn/english/index.shtml [https://perma.cc/RHJ4-LTF4] (last visited Mar. 8, 2023); *Investment Policy Hub*, U.N. CONF. ON TRADE AND DEV., https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china [https://perma.cc/X8DA-QGZ7] (last visited Mar. 8, 2023).

96. *See* China FTA Network, *supra* note 95.

97. *See The US-China Bilateral Investment Treaty (BIT)*, PUB. CITIZEN, https://www.citizen.org/wp-content/uploads/china-bit-fact-sheet.pdf [https://perma.cc/7XFR-7K9V] (last visited Mar. 8, 2023); *see also* Henry Ridgwell, *EU Suspends China Trade Deal as Tensions Grow Over Xinjiang, Hong Kong*, VOA NEWS (May 10, 2021), https://www.voanews.com/a/east-asia-pacific_voa-news-china_eu-suspends-china-trade-deal-tensions-grow-over-xinjiang-hong-kong/6205673.html [https://perma.cc/W5PG-FRT7].

98. *See infra*, Appendix Table 1.

99. *See Policy Considerations for Negotiating a US-China Bilateral Investment Treaty*, US-CHINA ECON. & SEC. REV. COMM'N 1, 8, 10 (Aug. 1, 2016), https://www.uscc.gov/sites/default/files/Research/Staff%20Report_Policy%20Considerations%20for%20Negotiating%20a%20U.S.-China%20Bilateral%20Investment%20Treaty080116.pdf [https://perma.cc/7VFZ-TFZ7].

negotiations of the four effective FTAs, nor that of the two suspended BIT negotiation.[100]

China made great efforts to soften the labor provisions in all these negotiations in order to leave enough policy space for domestic labor regulation or labor reform. One example was China and the European Union's initial negotiations on labor topics, before it was suspended in 2021. The draft on the Section on Investment and Sustainable Development was much simpler than the Trade and Sustainable Development Chapters in other FTAs concluded by the European Union after 2009.[101] The China-EU BIT/CAI draft, published in December 2020, did not contain a definition of labor law.[102] While social justice has been an important facet of labor negotiations in existing FTAs and unsuccessful BIT initiatives, concerns over unfair competition have increased the emphasis on protections afforded by domestic labor laws. This is demonstrated by the draft on the Section of Investment and Sustainable Development in the suspended China-EU BIT/CAI, which contains more dense normative labor factors than the four effective FTA linkage practices of China, including a non-lowering requirement, effective enforcement, and a reaffirmation that violations of fundamental labor rights cannot create a legitimate comparative advantage.[103] Moreover, labor standards cannot be used for protectionist purposes.[104] Therefore, it is logical that China's ascension of labor protections in these four FTAs and the two suspended BITs are mainly driven by external concerns from economic partners, who bear the notion that unfair competition arises from lower domestic labor protection and weaker labor enforcement.

100. *See id.* at 8; Commission Staff Working Document, *supra* note 87.

101. The former draft had missed a critical obligation of the latter as to respect, promote and realize recognized core labor standards that are embodied in the fundamental ILO conventions, or consistent with their commitments in ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up of 1998.

102. *See generally* Gisela Grieger, *EU–China Comprehensive Agreement on Investment: Levelling the Playing Field with China*, MEMBERS' RSCH. SERV. (Mar. 2021), https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/679103/EPRS_BRI(2021)679103_EN.pdf [HTTPS://PERMA.CC/66FA-SFA2].

103. *See id.*; *see infra,* Appendix Table 1.

104. *See* Investment Negotiation, EU-China (draft, 2020), § IV. subsec. 3 art. 2 [hereinafter China-EU BIT/CAI Draft].

More challenging is China's accession negotiations into the CPTPP. China has formally applied to accede to CPTPP.[105] The labor provisions of the CPTPP have substantially taken after the labor provisions of its predecessor, the United States-led TPP,[106] which are much stricter than China's current Trade agreements.[107] Concerns have arisen from the fact that China has never accepted the arbitration procedure and economic sanctions as the final procedural and substantial implementation guarantee in any FTA linkage practice.[108] One of main intentions of the Obama Administration in the TPP labor provisions was to redress the unfair advantage arising from lower worker standards outside of the United States.[109] So, the deep objective of preventing unfair competition arising from labor is likely to remain in the CPTPP. Based on the CPTPP accession process, aspirant economies must (1) demonstrate the means by which they will comply with all of the existing rules contained in the CPTPP; and (2) undertake to deliver the highest standard of market access.[110] Some contracting parties such as Australia and Japan have reacted to China's application to join the CTPP with the explicit expectations that China be ready to meet the high standards, including labor standards, of this agreement before the accession.[111] Also,

105. *See* Rahul Nath Choudhury, *Will China Reshape the Global Trade Landscape by Joining CPTPP?*, India Council of World Aff. (Oct. 12, 2021) https://www.icwa.in/show_content.php?lang=1&level=3&ls_id=6465&lid=4447 [https://perma.cc/YU39-FDA6].

106. *See* James McBride et al., *What's Next for the Trans-Pacific Partnership (TPP)?*, COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS (Sep. 20, 2021), https://www.cfr.org/backgrounder/what-trans-pacific-partnership-tpp [https://perma.cc/2A39-M8J6].

107. The former is stricter than the latter in terms of legislative coverage, restriction on discretion in allocation of enforcement resources, private action and domestic procedure guarantee, CSR promotion, public submission/communication, arbitral panel as the last resort, and economic sanction as the final implementation guarantee, *see* Appendix Table 1.

108. *See* Choudhury, *supra* note 105.

109. *See The Trans-Pacific Partnership: What You Need to Know about President Obama's Trade Agreement*, WHITE HOUSE, https://obamawhitehouse.archives.gov/issues/economy/trade [https://perma.cc/VT42-DKWB] (last visited Jan. 19, 2023).

110. *See* Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) Accession Process, Annex to CPTPP/COM/2019/D002, ¶ 3.3, 5.1(b).

111. *See Quote-Unquote: China's Pitch for CPTPP Membership*, INSIDE US TRADE (Sept. 23, 2021), https://insidetrade.com/trade/quote-unquote-china's-pitch-cptpp-membership [https://perma.cc/APB2-9VN7].

stakeholders in the CPTPP's contracting nations, such as New Zealand, have raised concerns over the inconsistency between China's domestic labor law and the requirements of the CPTPP.[112] These concerns further demonstrates that the rhetoric of labor protections in fair competition are important facets of China's integration into Asia Pacific Region market.

Internally, China has gradually become aware of the external concerns over its labor issues in terms of fair trade. China recognized the much stricter labor provisions in the TPP/CPTPP than its previous FTA linkage practice, but it had held an open attitude toward the TPP, the precedent of the CPTPP since the early negotiation stages. China continuously tracked the progress of labor negotiation and assessed their impact before announcing its formal application for accession in September 2021.[113] Although China's primary goal of ratifying C29 and C105 on forced labor in August 2022 was to meet the requirement of the suspended China-EU BIT/CAI,[114] with an effort to push the approval process forward, the ratification shows China's intention to fulfil its commitment to respect, promote, and realize the basic labor standards of the ILO, which is also a focus of the CPTPP labor provisions. These ratifications also indicate China's recognition of the challenges arising from the strong linkage between trade sanctions and labor violations in their formal application for accession.

C29 and C105 are forced labor provisions, which the ILO enacted in 1930 and 1957 respectively.[115] China's formal acceptance of them in 2022 shows a shift away from an antagonist attitude toward the external concerns about its labor problems causing unfair trade advantages. It also signals China's willingness to engage with trade partners about how to internalize the CPTPP labor obligations, as the China-EU BIT negotiations incentivized the ratifications. China has gradually understood the significant

112. *See generally Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) Accessions: Consultation Outcomes*, N.Z. FOREIGN AFF. & TRADE 13 (June 2021).

113. *See* Joseph Boris & Li Jiabao, *Door to TPP is Open for China, Says US*, CHINA DAILY (Mar. 22, 2013), https://usa.chinadaily.com.cn/business/2013-03/22/content_16332233.htm [https://perma.cc/5HN9-YG73].

114. *See* Investment Negotiation, EU-China (draft, 2020), § IV subsec. 3 art. 4.2.

115. *See* ILO, The Forced Labour Convention, Convention No. 29 (1930); ILO, The Abolition of Forced Labour Convention, Convention No. 105 (1957).

role of labor standards in future international economic cooperation, rather than its previous view of external concerns of its labor issues as an interfere in China's internal affairs.

III. EVOLUTION OF NORMATIVE FACTORS IN CHINA'S FTA AND BIT LINKAGE EFFORTS

The gradual shift of China's self-conception of its labor issues from being solely politically significant, to being socially and economically important, to its integration into economic globalization has paved the way for China's FTA and BIT linkage efforts after its entry into the WTO. As of January 25, 2023, China has twenty effective FTAs,[116] four of which contain labor standards. However, all the Chinese FTA linkage practices are quite vague in normative factors. For example, the China-Iceland FTA only expresses an intent to further communication and cooperation on labor issues in Article 96.[117] Also, most of the cooperation agreements, including those about labor, are signed between sub-State entities. Only the Memorandum of Understanding ("MOU") on Labor Cooperation of the China-New Zealand FTA are signed by the two central governments.[118]

In addition to FTA linkage practices, China also negotiated labor provisions in BITs with the European Union and the United States respectively.[119] Labor provisions in the Section of Investment and Sustainable Development under the China-European Union BIT/CAI draft were agreed on and announced on December 30, 2020 by the EU Commission, together with other parts of the BIT initiative.[120] No text on labor provisions in the

116. *See* China FTA Network, *supra* note 95.

117. *See* Free Trade Agreement between the Government of Iceland and the Peoples Republic of China IC-PRC, Apr. 30, 2013, WT/TPR/G/361 .

118. *See e.g.* Memorandum of Understanding on Labour Cooperation NZ-CH, Apr. 6, 2022, WT/TPR/S/426.

119. *See* US-CHINA ECON. & SEC. REV. COMM'N, *supra* note 99, at 8; *see also* C. Fred Bergsten, et al., *Towards a US-China Investment Treaty*, PETERSON INST. FOR INT'L ECON. 1, 3 (Feb. 2015), https://www.piie.com/publications/piie-briefings/toward-us-china-investment-treaty [https://perma.cc/4NEZ-WL49]; Joe Zhang, *The EU–China Investment Deal is a Missed Opportunity for Sustainable Development*, CHINA DIALOGUE (March 9,2021) https://chinadialogue.net/en/business/the-eu-china-investment-deal-is-a-missed-opportunity-for-sustainable-development/.

120. *See EU and China Announce an "In Principle"Investment Agreement*, INT'L INST. FOR SUSTAINABLE DEV. (Mar. 23, 2021), https://www.iisd.org/itn/en/2021/03/23/eu-

China-US BIT were announced before it was suspended in 2017 by the Trump Administration.[121] But it was reported by the Peterson Institute for International Economics that the United States had negotiated the BIT with China based on the 2012 US Model Bilateral Investment Treaty.[122] Negotiating labor provisions that were consistent with labor provisions in 2012 US Model Bilateral Investment Treaty was a precondition for ratification by the US Congress.[123] It was a great social challenge for China to wholly accept labor provisions based on these requirements because some of the requirements, such as freedom of association and collective bargaining, were much stronger than Chinese labor law.[124] Moreover, China had only accepted limited linkage practices in FTAs that imposed no substantial pressure to significant reform of domestic labor law prior to the China-US BIT negotiation.[125]

---

and-china-announce-an-in-principle-investment-agreement/ [https://perma.cc/WVR9-NFEC].

121. *See* PUB. CITIZEN, *supra* note, 97.

122. *See* US-CHINA ECON. & SEC. REV. COMM'N, *supra* note 99, at 8; *See* C. Fred Bergsten, et al., *supra* note 119.

123. This is because a two-thirds vote of the Senate is required for the approval of BITs by the United States. *See* PETERSON INST. FOR INT'L ECON., *supra* note 119, at 4.

124. For example, the Chinese Trade Union Law has set up a unitary trade union system led by the All-China Federation of Trade Unions, and independent grassroots trade unions are not allowed to establish outside the system. Also, strikes are strictly limited in collective bargaining. Comparatively, labor provisions in the 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty are based on the US practice in allowing the establishment of independent unions, and strikes and other concerted activities in order to ensure effective collective bargaining. Based on the difference, Chinese Government is concerned with the political motivations behind the practice of freedom of association or collective bargaining in the CFA cases against it. Particular responses that shows the political sensitivity in view of the Chinese Government are exemplified in so-replied concerns of rebellion. *See* ILO complaint case no.1500, Report 268, *supra* note 34, ¶687; ILO complaint case no.1652, Report 286, *supra* note 35, ¶702 (discussing subversion); ILO complaint case no.1930, Report 310, *supra* note 35, ¶332 (discussing state security); ILO complaint case no.2189, Report 330, *supra* note 66, ¶433(discussing public security); ILO complaint case no.2189, Report 330, *supra* note 66, ¶433 (discussing public order); ICFTU, Complaint against the Government of People's Republic of China presented by ICFTU: 380th Report (Case No. 3184), ¶222 [hereinafter ILO Complaint Case No.3184, Report 380]; ILO complaint case no.2189, Report 330, *supra* note 66, ¶433 (discussing terrorism and sabotage).

125. That was why it was reported in 2016 by International Business, who was under the auspices of the Chinese Ministry of Commerce, that negotiation on labor topic was sticky, and would be a challenge for China to further domestic labor reform if China concluded the BIT with the United States, or join into other possible FTA initiatives such as the then TPP and TTIP negotiations, even though China had announced both parties had successfully made several rounds of exchange on negative lists under the China -US BIT

Based on the above observations, labor provisions in China's FTAs with Chile, New Zealand, Iceland, and Switzerland, and the labor provisions in the China-EU BIT/CAI draft and in the US proposal in the China-US BIT initiative, are used to understand the evolution of labor normative factors in China's linkage efforts of FTA and BIT before it applied to join the CPTPP. With reference to the general normative structure of CPTPP labor provisions. Appendix Table 1 observes the evolution of these normative labor factors from the lens of legislative coverage, domestic enforcement, public supervision, third-party dispute settlement, and legal remedy, Appendix Table 1 shows four positive observations on the evolution of normative labor factors in China's linkage efforts of FTA and BITs as follows.

First, normative labor elements have gradually increased from nearly zero obligation in the labor MOU under the China-Chile FTA in 2006 to two additional aspects of express obligations on "not lowering requirement" and "effective domestic enforcement" in the labor MOU under the China-New Zealand FTA in 2008 and the Cooperation Agreement On the field of Labor and Employment under the China-Switzerland FTA in 2014. There is one more aspect of express obligations on third-party dispute settlement in the China-EU BIT/CAI draft that both parties had agreed in principle in December 2020.[126] In the 2020 China-EU BIT/CAI draft China planned to accept a neutral third party, known as a "panel of experts," as the final resort for intergovernmental labor disputes for the first time.[127] In general, all of the samples see low precision of labor obligations, the definition of labor law or internationally recognized labor rights are missing in all of China's FTA linkage practices and the 2020 China-EU BIT/CAI draft.[128]

Professor Kenneth W. Abbott and others describe the three "dimensions of legalization," which can be used to assess the labor provisions in China's international agreements and

negotiation by September 2016. Therefore, art. 13 (i.e., Investment and Labor) in the 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty could be observed as labor provisions that China could accept at most in its BIT negotiation with the United States, if it could be concluded by both parties.

126. *See* INT'L INST. FOR SUSTAINABLE DEV., *supra* note 120.

127. *See* China-EU BIT/CAI Draft, *supra* note 104, art. IV.3.

128. *See generally id.*

negotiations.[129] The dimensions include obligation, precision, and delegation.[130] The dimension of obligation, varies from nonlegal norm to jus cogens. The dimension of precision ranges from vague principle to highly elaborated rules, and the dimension of delegation roams between diplomacy, international court, organizations, and domestic application.[131]

Chinese FTA linkage practices and the 2020 China-EU BIT/CAI draft have limited dimensions of obligation, as there is only effective enforcement in principle, without precise or elaborated discretion in allocation of enforcement resources, and without domestic private action or domestic procedure guarantees.[132] More obviously, Chinese FTA linkage practices and the China-EU BIT/CAI draft lack a dimension of precision without a definition of labor law. Critically, Chinese FTA linkage practices and China-EU BIT/CAI draft have a limited dimension of delegation, investor-state labor disputes and third-party dispute settlement procedures do not delegate a binding effect of the awards or delegate contracting parties to take economic sanctions as the final remedy against intergovernmental labor disputes.[133] Objectively speaking, there are signs of legalization in the evolution of Chinese FTA and BIT linkage efforts, but in its early and immature development, it is soft legalization.

Secondly, in terms the role of labor standard in trade and investment agreements, China has begun to accept the notion of labor standard as a factor that might influence fair economic competition. While iterating prohibitions on trade protectionism by means of labor standard in certain linkage efforts, such as the China-New Zealand MOU on labor cooperation and labor provisions in the China-EU BIT/CAI initiative, China did plan to accept a prohibition against gaining an illegitimate comparative advantage through violations of fundamental principles and rights at work in the 2020 China-EU BIT/CAI draft.[134] This indicates that China began to recognize the economic functions of labor standard

129. Kenneth W. Abbott et al., *The Concept of Legalization*, 54 INT'L ORG. 401, 405–06 (2000).

130. *See id.*

131. *See id.*

132. *See* China-EU BIT/CAI Draft, *supra* note, 104; *see infra* Appendix Table 1.

133. *See* China-EU BIT/CAI Draft, *supra* note 104, §IV I art.1.1-2.

134. *See* China-EU BIT/CAI Draft, *supra* note 104, §II art. 2.6.

as a way to ensure fair economic competition and planned to respond more actively to the concerns of trade partners.

Thirdly, regarding domestic enforcement, China has accepted detailed provisions on cooperation activities in employment, training, labor inspection policies and social securities, including the means of cooperation.[135] This shows that China is relatively more confident in fulfilling its commitment of effective enforcement of its existing labor law or policy, and meeting the requirements against weakening, lowering, or waiving its domestic enforcement for a purpose of encouraging trade or investment.

Fourthly, relatively speaking, the labor provisions in the China-EU BIT/CAI draft that both parties agreed to in December 2020 was the strictest linkage that China had ever accepted.[136] Not only because it accepted CSR as a discretionary obligation of contracting parties, but also because it included an arbitration procedure that was applied to labor disputes and amicus curiae submissions were allowed in arbitration.[137] Also, the draft of the China-EU BIT/CAI did not exclude mutually agreed compensation as a legal remedy choice, since it allowed a mutually agreed solution to a disagreement at any time.[138] Most noticeably, the China-EU BIT/CAI initiative set a definite and specific obligation for contracting parties to ratify C29 and C105 on forced labor.[139] The provision essentially only bound China because all the EU members have ratified these forced labor conventions.[140] Despite the suspended status of the China-EU BIT/CAI Initiative, China met this requirement to signal a positive attitude towards the resumption of the approval procedure of the BIT initiative.[141]

---

135. *See, e.g.*, China-New Zealand FTA NZ-China (2008), arts. 1.3, 1.4; *see* China-EU BIT/CAI Draft (2020), *supra* note 132, § II arts. 5, 6, 7.

136. *See infra* Appendix Table 1.

137. *See* China-EU BIT/CAI Draft (2020), *supra* note 104, § IV subsec. 1 art. 2, subsec. 4 art. 3, 6.

138. *See* China-EU BIT/CAI Draft (2020), *supra*, note 104, § IV subsec. 4 art.2.

139. *See* China-EU BIT/CAI Draft (2020), *supra*, note 104, § IV subsec. 3 art. 4.

140. *See Proposal for a Ban on Goods Made Using Forced Labour*, EU PARLIAMENT 1, 3 (Sep. 4 2022), https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739356/EPRS_BRI(2023)739356_EN.pdf [https://perma.cc/23D9-8RYA].

141. *See Q&A: EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI)*, EUR. COMM'N, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/qanda_20_2543 [https://perma.cc/X46J-6QLD] (last visited Mar. 8, 2023).

These ratifications were expected to simultaneously serve other purposes for China, such as responding to international accusation of so-called forced labor in the Xin Jiang Province of China.[142]

There are also some obvious weak links in China's FTA and BIT linkage efforts. Five of these are described below. First, in terms of the right to regulate, though China's self-conception, which has evolved since the CFA cases of the 1990s,[143] the sovereignty right to regulate is frequently emphasized in most of China's linkage efforts in negotiation of FTAs or BITs. The China-New Zealand FTA and the draft of China-EU BIT/CAI are two prime examples. China attempts to exclude discretion in allocation of enforcement resources in all its FTA linkage practice and the 2020 China-EU BIT/CAI draft.[144]

Second, the internationally recognized definition of labor law, and the obligation of legislative coverage of core labor standards proclaimed in the 1998 ILO Declaration are excluded from China's FTA linkage efforts and the 2020 China-EU BIT/CAI draft.[145] It is quite unusual for the European Union as all its FTA linkage practices after the Liston Treaty[146] insisted on the legislative coverage of core labor standards.[147] China's self-conception views of freedom of association and collective bargaining as politically sensitive issues speak to its hesitance of linkage to the international definition of labor rights and legislative coverage of the ILO's core labor standards.[148]

---

142. *See China Ratifies International Labor Treaties as Scrutiny of Treatment of Ethnic Minorities Mounts*, France 24 (Apr. 20, 2022), https://www.france24.com/en/asia-pacific/20220420-china-ratifies-international-labour-treaties-as-scrutiny-of-treatment-of-ethnic-minorities-mounts [https://perma.cc/3ZDZ-6EE8].

143. As Part II.C of this Article has mentioned, China's self-conception of labor issues has evolved to be less politically vigilant and more technically focused on legal issues from the first five complained freedom association cases between 1989 and 2000 to the latest two cases between 2001 and 2023. *See* ILO complaint case No. 2189, Report 330, *supra* note 66, ¶435; *see generally* ILO complaint case no.3184, Report 380, *supra* note 66.

144. *See* China-EU BIT/CAI Draft, *supra* note, 104; s*ee infra* Appendix Table 1.

145. *See infra* Appendix Table 1; *see generally* China-EU BIT/CAI Draft (2020), *supra* note 104.

146. *See generally* Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 2007, O.J. (C 306).

147. *See Proposal for a Ban on Goods Made Using Forced Labour*, EU PARLIAMENT 1, 3 (Sep. 4 2022), https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739356/EPRS_BRI(2023)739356_EN.pdf [https://perma.cc/23D9-8RYA].

148. Politically sensitive issues.

Third, the provisions in China's trade agreements that enumerate cooperation and information sharing between parties are largely discretionary. Compared to the limited normative labor factors that have hardly squeezed into the public policy provisions of China's FTA linkage practice and the 2020 China-EU BIT/CAI draft ,[149] China has accepted detailed provisions on cooperation activities in employment, training, labor inspection policies and social securities, including the means of cooperation.[150] Such provisions have included exchanges of information and expertise, reciprocal visits of experts and delegations, co-organized seminars, consultations within the framework of multilateral discussions, as well as budget issues.[151] However, cooperation activities shall depend on the budgets available and shall be governed by the laws and regulations applicable in each country.[152] Effectively, the cooperative activities are largely subject to the broad discretion of contracting parties, specifically, the financial resources and the political will to do so.

Fourth, negotiations were deadlocked when a trade partner required China to accept a clear definition of labor law and ensure definitive protections for investors. China encountered stern negotiations with the United States, who insisted on China's acceptance of the legislative coverage of core labor standards in the 1998 ILO Declaration , and the mechanism of investor-state arbitration on investment-related labor disputes as the final safeguard for investors in the China-US BIT initiative.[153] Admittedly, the legislative coverage of core labor standards in the 1998 ILO Declaration was encountered in prior negotiations of FTAs or BITs with parties other than the United States. It appeared in the negotiation of the China-EU BIT/CAI, but China successfully excluded the factor when the draft text of the BIT was agreed principally by both parties in December 2020.[154] However, China

149. *See infra* Appendix Table 1.

150. *See* Labour Cooperation NZ-China, *supra*, note 118.

151. *See* Memorandum of Understanding on Labor and Social Security, China-Chile, art. 2 (2012); Labour Cooperation NZ-China, *supra*, note 118, § IV art. 96.

152. *See* Memorandum of Understanding on Labor and Social Security, China-Chile, art. 3.2 (2012); Labour Cooperation NZ-China, *supra*, note 118, § IV subsec. 4 art. 3.

153. *See* US-CHINA ECON. & SEC. REV. COMM'N, *supra* note 99, at 8, 10.

154. The argument is based on three aspects of observations. First, FTA linkage practice of the European Union after the effectiveness of the Lisbon Treaty (no matter the FTAs with Colombia and Peru, and Central America before the negotiation of EU-China

could not evade a clear requirement on the definition of labor law from the United States, including China's self-conceived politically sensitive issues of freedom of association and collective bargaining. The United States insisted a definition of labor law was a necessary element in the 2012 US Model Bilateral Investment Treaty to ensure approval by the United States Congress. Similar conflicts of conception laid in the United States requirement of a mechanism of investor-state arbitration on investment-related labor disputes, which China has never encountered in previous FTA or BIT linkage efforts. In a nutshell, stark divergences existed until the China-US BIT imitative was put on hold by the Trump Administration and maintains the status quo as of February 2023 in the Biden Administration.[155]

Fifth, even though the China-US BIT negotiation before 2017 had imposed severe social challenges on China by referencing the 2012 US Model Bilateral Investment Treaty as the basis of negotiations for labor provisions, these labor requirements were the tip of the iceberg compared to the labor requirements of CPTPP. In the negotiation of FTA linkage practice, the 2020 China-EU BIT/CAI draft, and the China-US BIT initiative, China has never agreed to similar key factors in the CPTPP labor provisions, such as effective enforcement through administrative and judicial action, public submission to initiate the dispute settlement, an arbitration as a dispute settlement guarantee, and economic sanction as the final remedy guarantee for inter-governmental labor dispute. The CPTPP labor provisions are heavily influenced by the incorporation of the United States led TPP.[156] Accordingly,

BIT/CAI in 2013, or FTAs with Moldova, Georgia, Ukraine, Korea, Japan, Vietnam, Canada, UK after 2013) contains a legislative obligation of the parties in respecting, promoting, and realizing recognized core labor standards that are embodied in the fundamental ILO conventions, or consistent with their commitments in ILO Declaration of 1998 in the Chapter of Trade and Sustainable Development. Second, the European Union did list the factor of "prohibition on encouragement of foreign direct investment be relaxing core labor standards to encourage" as one of the operational objectives in EU-China BIT/CAI negotiation. Third, such normative factor is not included in the EU-China BIT/CAI draft (2020). *See* Initial appraisal of a European Commission Impact Assessment: European Commission proposal on EU-China Investment Relation,, EUR. PARLIAMENT, IMPA, 185, SWD (2013) of art. 4.3 ¶ 23 (Dec. 2013); Labour Cooperation NZ-China, *supra*, note 118, § IV.

155. *See The US-China Bilateral Investment Treaty (BIT), supra* note 97.

156. *See* James McBride et al., *What's Next for the Trans-Pacific Partnership (TPP)?*, COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS (Sep. 20, 2021), https://www.cfr.org/backgrounder/what-trans-pacific-partnership-tpp [https://perma.cc/2A39-M8J6].

CPTPP labor provisions are similar to the US FTA linkage practice and contain the key aspects stated above. These factors did not appear in the negotiation of China-US BIT initiative because there were dual tracks of linkage under the framework of FTA and BITs respectively before the Bipartisan Trade Deal of May 10, 2007.[157]

Between 1994 and 2007, the United States linked labor standard with its FTAs unexceptionally.[158] Labor factors such as elaborated effective enforcement through administrative and judicial action, public submission as one of the means to initiate the dispute settlement procedure, and arbitration and economic sanction as the final dispute settlement guarantee and legal remedy for inter-governmental labor dispute, were included in all of the United States' FTAs concluded in this period.[159] The United States had only linked labor standards with two BITs, the 2006 Uruguay BIT and 2012 Rwanda BIT , out of all of its forty-one effective BITs, and the relevant labor factors BITs were relatively much weaker.[160] To sum up, China has never experienced negotiations regarding most of the key normative factors in the CPTPP, other than the principles of "not-lowering requirement" and "not fail to effective enforcement" in its negotiations of labor provisions in FTAs or BIT initiatives. China had managed to exclude a definition of labor law from the China-2020 EU BIT/CAI draft that had been expected by the European Union to contain the legislative obligation of freedom of association and effective recognition of collective bargaining.[161]

---

157. *See* Vid Prislan & Ruben Zandvliet, *Labor Provisions in International Investment Agreements: Prospects for Sustainable Development*, (Grotius Ctr. Working Paper 2013/003-IE).

158. *See generally Labor Enforcement Issues in U.S. FTAs*, CONG. RSCH. SEV. (Mar. 23, 2023), https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10972/7 [https://perma.cc/HQJ9-F2ZJ].

159. *See id.*

160. *See* Bertram Boie, *Employment Sector: Employment Working Paper No. 126*, ILO 1, 10-14, 22-23 (2012), HTTPS://WWW.ILO.ORG/WCMSP5/GROUPS/PUBLIC/—-ED_EMP/DOCUMENTS/PUBLICATION/WCMS_191245.PDF [TTPS://PERMA.CC/T6B5-JQ66]; *United States of America*, UN CONF. ON TRADE AND DEV.: INV. POLC'Y HUB, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/223/united-states-of-america [https://perma.cc/KSF3-W2CW] (last visited Apr. 22, 2023).

161. *See* US-CHINA ECON. & SEC. REV. COMM'N, *supra* note 99, at 8, 10; *See* Initial appraisal of a European Commission Impact Assessment: European Commission proposal on EU-China Investment Relation,EUR. PARLIAMENT, IMPA, 185, SWD (2013) of art. 4.3 ¶ 23 (Dec. 2013).

China's self-conception of labor law issues resulted in an attitude against cooperation on transnational labor regulation under the background of economic globalization. This attitude has gradually changed to recognition of the necessity of social protection and fair trade as the main objectives of labor provisions in FTAs or BIT initiatives. Even though the shift is mainly driven by external actors- including the ILO, labor communities, labor organizations, and trading partners of both developed and developing countries- it has shown some phasic consensus during the tense and complex conceptional interaction between China and the external actors beneath the negotiation of FTA or BIT initiatives. However, China's linkage efforts in FTA and BIT initiatives are experimental and selective, with an intent to seek as much public space and broad discretion in labor law reform as possible. But, China should recognize that failure to accept strict labor standard in FTAs or BITs has been one of the obstacles that prevents China from deepening economic cooperation with developed trading partners such as the United States and European Union.

IV. LABOR CHALLENGES IN CHINA'S ACCESSION TO CPTPP

Different from China's labor provision negotiation in previous FTAs or BIT initiatives, negotiations on accession into the CPTPP have posed greater challenges for China. Not only because the agreement contains much stricter labor obligations, but also because of the difference between the accession and original negotiations. As of January 2023, the CPTPP has entered into force for nine of its eleven contracting parties,[162] and China is the second aspirant economy (right after the United Kingdom) that has notified New Zealand, the CPTPP depositary, of the formal request to accede to the CPTPP.[163] China is still waiting for the CPTPP Commission to make a decision on whether to commence

162. *See CPTPP: Overview and Issues for Congress*, CONG. RSCH. SRV. 1, 1 (Oct. 17, 2022), https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF12078 [https://perma.cc/NLS6-9ZXY].

163. *See Second-largest Economy's Accession to CPTPP Would Prove Mutually Beneficial: China Daily editorial*, CHINA DAILY (Apr. 24, 2023), https://www.chinadaily.com.cn/a/202304/24/WS64467511a310b6054facf7e0.html [https://perma.cc/NJ3G-5SR4].

negotiations.[164] A consensus from all eleven contracting parties is needed for the commencement of the accession process.[165] Singapore supports China's interest into the CPTPP, and optimistically believe that China is able to meet all the CPTPP requirements through accession negotiations.[166]

After China's announcement of formal application for accession to CPTPP on September 16, 2021, it further demonstrated its motive and desire to join the trade bloc via a press conference.[167] Three points of notable information came from the announcement. First, China recognizes that the CPTPP is a high-standard international economic and trade agreement, based on the fact that some of its provisions, such as state-owned enterprises and digital data, are complex and sensitive to its acceptance.[168] But China is open to the high standards of the CPTPP and believes that the standards are consistent with China's efforts towards deepening reform and expanding opening up.[169] Despite the challenges, China views accession to the CPTPP as an opportunity to promote deep domestic reforms that will help boost high-quality development.[170]

Second, China is determined to fully comply with all the existing rules of the CPTPP. Its accession decision is based on comprehensive research and analysis of the CPTPP provisions, which was conducted by the Ministry of Commerce.[171] Third, China

---

164. *See* Hugh Stephens & Jeff Kucharski, *The CPTPP Bids of China and Taiwan: Issues and Implications*, ASIA PAC. FOUND.CANADA (Nov. 15, 2022), https://www.asiapacific.ca/publication/cptpp-bids-of-china-and-taiwan-issues-and-implication.

165. *See id.*

166. *See* PM Lee Hsien Loong's, *Remarks on China's application to the CPTPP*, MINISTRY OF FOREIGN SINGAPORE (Nov. 14 2022) https://www.mfa.gov.sg/Newsroom/Press-Statements-Transcripts-and-Photos/2022/11/20221114-cptpp [https://perma.cc/7V9P-25FU].

167. *See* □请□□CPTPP□□国□时□扩□对□开□□□个□□举□ [Applying to join the CPTPP is an Important Measure for China to Expand Its Opening Up in the New Era], STATE COUNCIL INFO. OFF. P.R.C. (Mar. 1, 2022), http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwbfbh/wqfbh/47673/47949/zy47953/Document/1721002/1721002.htm [https://perma.cc/UKH8-7TC3].

168. *See id.*

169. *See id.*

170. *See id.*

171. *See* Zhang Hongpei, *China Has Willingness, Capability to Join CPTPP: Senior Trade Official*, GLOB. TIMES (Apr. 23, 2023), https://www.globaltimes.cn/page/202304/1289617.shtml [https://perma.cc/5UKH-BP6B].

undertakes to deliver market access that is expected to exceed all existing accession commitments of the contracting parties.[172] The goal is to provide more market access opportunities for the contracting parties of the CPTPP and further comprehensive cooperation in the trade bloc, including the trade of goods and services and investment.[173]

Unlike the original labor negotiation of the CPTPP where original signatories had bargained intensely before a consensus was reached,[174] the CPTPP now has an established criteria for accession negotiations in labor.[175] Therefore, negotiations now focus on how the aspirant economy would comply with the labor obligations according to the CPTPP accession process, China must consult with the original signatories of the CPTPP to obtain the consensus to start the accession procedure.[176] These consultations will include labor topics, China should begin to listen to comments from contracting parties in terms of whether its domestic labor law is consistent with the CPTPP labor provisions, and if not, there will be discussion about reform procedures.[177]

China's positive attitude toward CPTPP compliance in labor topics are not without reason. The CPTPP labor provisions are not the strictest, especially when compared to United States-Mexico-Canada Agreement's ("USCMA") labor provisions.[178] Therefore, it still leaves some latitude for contracting parties in the implementation of required provisions. In this case, there is a need

172. *See id.*

173. *See id.*

174. *See* Christopher F. Corr et al., *The CPTPP Enters into Force: What Does it Mean for Global Trade?*, WHITE & CASE (Jan. 21, 2019), https://www.whitecase.com/insight-alert/cptpp-enters-force-what-does-it-mean-global-trade [https://perma.cc/MX7F-74GS].

175. *See id.*

176. *See* Comprehensive and Progressive Agreement for Tran-Pacific Partnership Accession Process, CPTPP/COM/2019/D002, annex ¶ 2.2 (2019).

177. *See id.*

178. *See* Kimberly Breier et al., *USMCA Labor-related Provisions: An Assessment After 20 Months*, COVINGTON & BURLING LLP (Mar. 30, 2022), https://www.globalpolicywatch.com/2022/03/usmca-labor-related-provisions-an-assessment-after-20-months/ [https://perma.cc/WQ6N-VV6N] (explaining that the USMCA is the only FTA to require a party (Mexico) to pass legislation recognizing the right of workers to organize and engage in collective bargaining, and through the Rapid respons labor mechanisms ("RRM") allows one USMCA Party to petition another to investigate complaints that specific facilities are violating labor right.).

to explore how easy or difficult it is for China to comply with the requirements.

A. LEGISLATIVE COVERAGE OF CORE LABOR STANDARD (ARTICLE 19.3)

The CPTPP requires contracting parties to adopt and maintain their statutes and regulations, and practice the four aspects of core labor standards, in accordance to the original 1998 ILO Declaration as well as acceptable conditions of acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.[179] As shown in Part III, China has excluded the legislative coverage of core labor standards and the definition of internationally recognized labor law in all four of its effective FTA linkage practice and the 2020 China-EU BIT/CAI draft.[180] This would be the first time China attempts to accept this obligation.

Regarding the CPTPP reference to the original ILO declaration, the ILO maintains four core standards that would not be difficult for China to accept. These core labor standards are: (1) freedom of association; (2) effective recognition of collective bargaining; (3) effective abolition of forced labor (including compulsory child labor); and (4) elimination of discrimination in employment and occupation.[181] Even weaker legal effect is seen in the legislative obligation of acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health, because there is no international document reference; thus, contracting Parties are not obliged to meet the original ILO Declaration (1998). Admittedly, China's domestic labor statutes and regulations are not fully consistent with the five aspects of the core labor standards prescribed in the ten core labor conventions that are listed in the 2022 amendment of the 1998 ILO Declaration. But considering the vague and weak international legal effect of the CPTPP,[182] it will not be difficult for China to argue its compliance in this aspect, since all the five aspects of labor standard in Article

179. *See* Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), art. 19.3, Mar. 8, 2018.

180. *See supra*, Part III.

181. *See ILO Welcomes China's Move Towards the Ratification of Two Forced Labour Conventions*, ILO (Apr. 20, 2022).

182. *See* CPTPP, *supra* note 179.

19.3 of the CPTPP are covered by the Chinese labor law system,[183] even if they are not substantially reviewed.

Critical divergences that exist in the interpretation of core labor standards (e.g., freedom of association, effective recognition of collective bargaining, and the right to strike) between China and developed contracting parties of the CPTPP is predicted to make the consultations for the commencement of the accession process quite uncertain. The CPTPP sets no uniform rule for understanding of its provisions in Article 19.3.[184]Each contracting party has its own understanding according to their unique different development of industrial organization's circumstances.

For example, in China's self-conception, Chinese workers' right to freedom of association is guaranteed by Chinese Labor Law and Chinese Trade Union Law through the system of the Chinese Federation of Trade Unions ("ACFTU").[185] China claimed this understanding in response to the first six complaints filed against it in the CFA.[186] Also, in China's self-understanding, the political and social essence of its trade union system manifests through the unitary nature of the ACFTU, which was shaped by the historical and present context of China as a socialist country.[187] The ACFTU is expected to bridge the Communist Party of China with masses of workers, and it is obliged to represent the interests of employees and safeguard their legitimate rights and interests in accordance with the law.[188] However, all of the developed contracting parties of the CPTPP have independent trade unions, and recognize it as an integral element of a free labor market institution and a critical actor in industrial relationships.[189] Also, most of the developed

183. *See, e.g.*, LABOR LAW [Lab. L.] 1995 (China); LABOR CONTRACT LAW [LAB. CONT. L.] 2012 (China); TRADE UNION LAW [TRADE UNION L.] 2021 (China); SAFE PRODUCTION LAW [SAFE PROD. L.] 2021 (China), OCCUPATIONAL DISEASE PREVENTION LAW [OCC. DISEASE PREVENTION L.] 2011 (China).

184. *See* CPTPP, *supra* note 179.

185. *See* LABOR LAW [Lab. L.] 1995 (China); LABOR CONTRACT LAW [LAB. CONT. L.] 2012 (China); TRADE UNION LAW [TRADE UNION L.] 2021.

186. *See* reports *supra* note, 42.

187. *See* ILO complaint case no.1652, Report 286, *supra* note 35, ¶696.

188. *See id.*, TRADE UNION LAW [TRADE UNION L.] 2021 art 2.

189. C87 has been ratified by Canada (1972), Japan (1965) and Australia (1973); C98 has been ratified by New Zealand (2003), Singapore (1965), Canada (2017), Japan (1953), and Australia (1973). *See Ratifications by Country*, ILO, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11001:0::NO::: [https://perma.cc/J3N2-V7HU] (last visited Mar. 8, 2023).

contracting parties of the CPTPP, such as Japan, Australia, and Canada, ratified the ILO convention on freedom of association by the 1970s.[190] Most developed ILO members tend to agree with the judgements of the CFA in the six complaints against China and support the recommendation of the CFA that China's domestic laws shall not impair the principles of freedom of association in ILO Constitution.

Another divergence is in the effective recognition of collective bargaining between China's self-conception and the opinion of the outside world in the previous practice of transnational labor regulation. Chapter III of Chinese Labor Law, Chapter V of Chinese Labor Contract Law (2008), and the Regulation on Collective Contract Provisions (2004) are thought to have laid necessary and basic procedural requirements for collective bargaining on topics including, but not limited to, remuneration, working hours, rest and vacation, occupational safety and health, vocational training, and insurance benefits.

In Chinese collective bargaining, the ACFTU is empowered to take consultation with employers and to conclude collective contracts.[191] The ACFTU claims that its mission includes safeguarding the labor rights and interests of employees, helping improve the coordination mechanism of labor relationship and building a harmonious labor relationship.[192] The local branches of ACFTU are established and administrated in the same way as the administrative division of the governments.[193]

Counter-Parties in collective bargaining can be divided into three types: individual enterprises at enterprise-level, China Enterprise Confederation, and All-China Federation of Industry and Commerce at industrial or regional level respectively.[194] Collective bargaining at the industrial or regional level does happen, but it is not as frequent or comprehensive as the collective bargaining at the enterprise level, because the law limits the industry-level collective bargaining to industries of construction,

190. *See id.*

191. *See* Ming Wei Liu, *Union Organizing in China: Still a Monolithic Labor Movement?*, 64 ILR Rev. 30, 32 (Oct. 2010).

192. *See* TRADE UNION L., *supra* note 185, art. 6

193. *See* Angelina W.K. Yuen-Tsang & Sibin Wang, *Revitalization of social work in China: The Significance of Human Agency in Institutional Transformation and Structural Change*, 1 China J. Soc.ial Work,. 5, 10 (2008).

194. *See* LAB. CONT. L., *supra* note 185, arts. 52, 53.

mining, and the catering service industry.[195] The law also limits the regional-level collective bargaining to below the county level, which is inferior to province and city levels.[196] There is no definite legal rule to safeguard the right of collective bargaining for Chinese employer associations;[197] instead, both Articles of China Enterprise Confederation and that of the All-China Federation of Industry and Commerce do not view themselves as one party in collective bargaining, but only vaguely state their role as coordinating labor relations.[198] [It purports] The China Enterprise Confederation claims to protect the rights and interests of entrepreneurs.[199] However, there is no legal duty to protect entrepreneurs or represent members in collective bargaining.[200] The China Enterprise Confederation is subject to the supervision of the State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the Chinese State Council. The All-China Federation of Industry and Commerce has explicitly proclaimed its dual attributes as a "people's organization" which is of the political and social essence, as well as a "commercial organization," which is of the economic essence.[201] In collective bargaining, the role of the competent government, at or above the county level, is to supervise the negotiation, conclusion, and performance of collective labor contracts within their administrative regions, and the government is responsible for reviewing the collective contracts before they become effective.[202]

By doing this, China has built up its own government-dominated top-down collective bargaining model. In the understanding of the Chinese Government, this "top-down" style of collective bargaining suits its current development stage in

195. *See id.* art. 53.

196. *See id.*

197. *See* LAB. L., *supra* note 185, art. 33; TRADE UNION L., *supra* note 185, art. 6.

198. *See generally* Judith Shuqin Zhu & Chris Nyland, *Chinese Employer Associations, Institutional Complementarity and Countervailing Power*, 31 WORK, EMP. & SOC'Y 301 (Apr. 2017).

199. *See id.* at 296.

200. *See id.*

201. *See* Preamble of the Constitution of the All-China Federation of Industry and Commerce (2017).

202. *See id.* art. 4; Preamble of the Articles of the All-China Federation of Industry and Commerce (2017).

political, economic, and social dimensions, which is evidenced with some initial successful cases, with Collective Bargaining.[203]

However, Chinese collective bargaining has been criticized by external parties. The CFA reports in the complaints filed against China, that the autonomy of the bargaining parties are not provided autonomy and the prior authorization of collective agreements to make an agreement valid might discourage the use of voluntary collective bargaining between employers and workers for the settlement of conditions of employment.[204] Put simply, critics believe that a top-down monolithic government-led union may not act in the interests of the parties when the interests of the "commercial" and the "people" diverge.[205] Failure to meet the requirements of free bargaining between labor and management in the determination of wage rates is one of the reasons why the European Union and the United States have decided to continue the WTO's determination on China's "non-market economy" status in anti-dumping and countervailing.[206] Japan, as one of the developed contracting party of the CPTPP, has explicitly joined the United States and European Union in the criteria of a "non-market economy" country.[207] Therefore, the gap between China's conceptualization of collective bargaining and the conceptualization of collective bargaining by the ILO and by the developed contracting parties of the CPTPP, would make the accession negotiations challenging for China. Another aspect of divergence in the interpretation of Article 19.3 of the CPTPP is on the issue of strikes. It is implied in the core labor standard of freedom of association and recognized by most developed

203. *See generally* Chang-Hee Lee et al., *What Sort of Collective Bargaining Is Emerging in China?*, 54 BRITISH J. EMP. REL'S. 214 (2014); *Collective Bargaining Nets Honda Workers in Foshan a 611 Yuan Increase in Pay for 2011*, CHINA LAB. BULL. (Mar. 7, 2011), https://clb.org.hk/content/collective-bargaining-nets-honda-workers-foshan-611-yuan-increase-pay-2011 [https://perma.cc/G7JX-CY47]; *Environmental, Social and Governance Report*, JD.COM 57 (2021).

204. *See* ILO complaint case no.1930, Report 310, *supra* note 35, ¶¶ 346, 367.

205. Qiu Yang, *ILO Fundamental Conventions and Chinese Labor Law: From a Comparative Perspective*, 2 U. PA. E. ASIA L. REV. 18, 23-24 (2006).

206. *See* Commission Regulation 905/98, 1998 O.J. (L 128) (EC); Commission Regulation 597/2009, 2009 O.J. (L 188) (EC); Commission Regulation 2016/1036, 2016 O.J. (L 176) (EU); Leah Wils-Owen, *China's Status as a Non-Market Economy*, US DEPT. COM. IN'L TRADE ADMIN. ,A-570-053 E&C VI: MJH/TB. (Oct. 2017).

207. *See* Press Release, Off. US Trade Rep., Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union (May 31, 2018).

countries as an effective concerted activity for collective bargaining, although it is not explicitly listed in C87 or C98.[208] In China's perception its domestic labor law is meant to prevent and resolve labor disputes in a manner that establishes a sound and harmonious labor relationship.[209] Hence the antagonist feature of strikes does not best serve this purpose. Essentially, China's hesitation to recognize the right to strike stems from its conception of strikes as a solely political action.

In the opinion of outside actors like the CFA, it is important for Chinese workers and organizations to maintain the right to strike as leverage in potential negotiations to defend their social and economic interests.[210] Basically, the CFA's logic focuses on the economic essence of the right to strike, especially as an concerted action in seeking positive economic interests and benefits for workers, by incentivizing both parties of the labor relationship back into constructive collective bargaining.[211] The CFA's concerns echo the current insufficiency of China's legal remedy for interest-based collective labor disputes. Chinese collective labor disputes are classified as rights-based and interest-based types.[212] However only rights-based labor disputes that are explicitly stipulated by laws and regulations have legal foundation to turn to the Labor Dispute Arbitration Committee or to sue in court. In contrast, interest-based types can only turn to amicable collective bargaining that has no efficient mechanism to resolve deadlocks during the negotiation. In the face of a deadlock in collective bargaining, the law offers no other choice than for both parties to accept a final coordination agreement by the competent government sector of labor and social security.[213]

208. The right of strike is interpreted to be implied in article 3.1. and article 3.2. of C87 in that workers' organizations shall have the right to organize their activities and to formulate their programes, and the public authorities shall refrain from any interference which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof, according to some publications from ILO such as. *See e.g.* David Tajgman & Karen Curtis, *Freedom of Association: A User's Guide*, ILO 1, 20 (2020).

209. *See* ILO complaint case no.1930, Report 316, *supra* note 38, ¶351 (showing the committee's requests to be kept informed of development).

210. *See id.* ¶ 348.

211. *See* TAJGMAN & CURTIS, *supra* note 208, at 25

212. *See* Stefan Brehm, *Collective Bargaining: New Hope for China's Workers?*, INST. FOR SEC. & DEV. POL'Y 2 (Mar. 31, 2017).

213. *See* REG. COLLECTIVE CONT. PROVISIONS, arts. 49–54.

The above three aspects of divergence are critical in China's accession negotiation into the CPTPP due to their intentionally recognized "enabling rights."[214] Still, there are other issues under the title of legislative coverage, such as the inadequate coverage of labor protection stemming from the strict definition of "employees," which refers only to those who have a registered and recognized employer within the territory of China as the counter party in the labor relationship.[215] So workers that fall into the informal economy are not eligible for the status of "employee," and thus are excluded from the basic labor protections of the law.

B. ENFORCEMENT VIA ADMINISTRATIVE &JUDICIAL ACTION (ART.19.4-ART.19.8)

As analyzed in Part III, China shows its confidence in fulfilling the principle of the "not-lowering requirement" and "not fail to effective enforcement" in the effective China-New Zealand FTA and China-Switzerland FTA, as well as China-EU BIT/CAI draft (2020). But compared with the elaborate and strict obligation of effective labor enforcement in CPTPP, China still has space for significant improvements in its labor enforcement. One of the improvements is to devote more resources to strengthening capacity building.[216] As it is now the second largest economy by volume in the world, China has fewer difficulties providing adequate enforcement resources than before.[217] Hence, there are fewer problems of discretion in the allocation of enforcement resources on labor that is required by Article 19.5.2 of the CPTPP. Also, few legal barriers deter China from promoting public awareness of its labor laws and provisions with procedural guarantees because it is also part of China's obligation to keep its laws or policies transparent as a member of WTO. China has constructed a remedy system for individual labor disputes, which includes "mediation (discretionary) - arbitration (obligatory, be composed of tripartite

214. DANIEL MAUL, THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION: 100 YEARS OF GLOBAL SOCIAL POLICY 262 (2019).

215. *See* LAB. L., *supra* note 185, art. 2.

216. *See* Giuseppe Casale & Changyou Zhu, *Labor Administration Reforms in China*, ILO 99 (2013).

217. *See Biggest economies in 2021 by Gross Domestic Product*, WORLDDATA.INFO, https://www.worlddata.info/largest-economies.php [https://perma.cc/98Y8-BTJW] (last visited Apr. 22, 2023).

representatives, pre-procedure for litigation)- litigation (last resort, with the appellate procedure as the final)".[218]

However, the real problem lies in the remedy mechanism for individual and collective labor disputes. For example, Chinese Labor Law and Chinese Labor Contract Law protects working conditions.[219] But arbitration awards on disputes arising from the implementation of national labor standards, such as working hours, rest and vacation, and social insurance are final.[220] Accordingly, the basic litigation right is not available as a last resort for disputes on working conditions other than wage and occupational safety and health. Although this simplified dispute settlement procedure sometimes does increase the efficiency of dispute settlements. [221]

As mentioned in Section A of Part IV, disputes arising from collective bargaining have no recourse other than accepting the coordination of the competent government sector, with an coordination agreement as the final remedy.[222] Although Article 11 of Trade Union Law, amended in 2021 and Article 21 of Chinese Labor Contract Law, amended in 2012, do empower the trade unions to sue the court for their members. The above mentioned defects are vulnerable to inconsistencies with the enforcement requirements of the CPTPP and hence may be a barrier in China's accession negotiation.

C. PUBLIC PARTICIPATION IN SUPERVISION (ART.19.14, ART.19.9)

China has accepted a discretionary requirement on the establishment of a national advisory body that is composed of social partners in its FTA with New Zealand.[223] Although this obligation is mandatory in the CPTPP,[224] it will not be a substantial legal obstacle in China's implementation of this obligation. The

218. Haina Lu, *New Developments in China's Labor Dispute Resolution System: Better Protection for Workers' Rights*, 29 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J. 247, 249–53 (2008).

219. *See* LAB. L., *supra* note 185, art. 36–76; LAB. CONT. L., *supra* note 185, art. 17.

220. Law on Labor Dispute Mediation and Arbitration (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., Dec. 29, 2007, effective May 1, 2008), art. 47, 49, LAWINFOCHINA (last visited Dec. 31, 2008) (P.R.C.).

221. *See* Haina Lu, *New Developments in China's Labor Dispute Resolution System: Better Protection for Workers' Rights*, 29 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J. 247, 72 (2008).

222. *See* REG COLLECTIVE CONT. PROVISIONS *supra* note 213.

223. *See* Labour Cooperation NZ-China, *supra* note 118, art. 3.6.

224. *See* CPTPP, note 179, art. 19.14.

transition will be eased by China's regular practice of tripartite consultation in formulating the social policy.[225]

Nevertheless, China's real challenge lies in the broad definition of "the public," as well as the explicit timetable and procedure mechanism of public submission that could initiate intergovernmental labor dispute settlement procedure. China has never negotiated or accepted public submission in its previous FTA linkage practice. According to Article 19.9.1 of the CPTPP, those who are entitled to file a submission are persons of a party.[226] Although there is no definition of "persons of a Party" in the CPTPP, some members, such as Canada and Mexico, have rich practices to define parties as one or more individuals, non-governmental organizations, labor organizations, partnerships, associations, corporations, or legal representatives.[227] A variety of "Persons" have filed forty submissions under NAALC, as complainants, as of July 2016.[228] The mechanism of public submission is deeply rooted in the independent roles of domestic social partners within a contracting party. Additionally, it is greatly reliant on an open environment with external supervision from the social partners of other parties, thus posing at least three challenges for China's accession negotiation.

First, based on the observation of Section A of Part IV it would be extremely difficult for Chinese social partners to take joint efforts with the public of other contracting parties to file a submission against China's failure to comply with the CPTPP. This difficulty is because of the politically dependent status and multiple roles of both the trade unions (i.e., ACFTU) and employer associations of the China Enterprise Confederation and All-China

225. *See generally* Shen Jie & John Benson, *Tripartite Consultation in China: A First Step towards Collective Bargaining*, 147 INT'L LAB. REV. 236 (2008).

226. *See* Christopher F. Corr et al., T*he CPTPP Enters into Force: What Does it Mean for Global Trade?*, WHITE & CASE (Jan. 21, 2019), https://www.whitecase.com/insight-alert/cptpp-enters-force-what-does-it-mean-global-trade [https://perma.cc/MX7F-74GS].

227. U.S. National Administrative Office and Procedural Guidelines, 59 Fed. Reg. 61419 (Apr. 7, 1994).

228. *Submissions Under the North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC)*, US DEP'T LAB., https://www.dol.gov/agencies/ilab/submissions-under-north-american-agreement-labor-cooperation-naalc?combine=&field_naalc_office_target_id=All&field_status_target_id=All&field_issue_target_id=All&items_per_page=10&page=0 [https://perma.cc/4XN4-G6SL] (last visited Jan. 6, 2023).

Federation of Industry and Commerce. Second, it is equally challenging for Chinese social partners to file a public submission to contact points in other party states because of the absence of direct experience in dealing with complaints under the framework of China's FTA linkage practice.[229] Chinese social partners also lack indirect experience with all ILO and CSR initiatives.[230] Third, it would also be difficult for China to radically shift its traditional conception of the independent role of social partners as threats to political and social security. In other words, it needs a reconstruction of the labor or trade union law to build up the politically independent status of social partners from the government and the ruling political party.

D. LABOR ARBITRATION AND ECONOMIC SANCTION (ART.28.7, ART.28.20)

There are few issues for China accepting dispute settlement procedure of arbitration for intergovernmental labor disputes in FTAs, because China has accumulated quite rich experience in dealing with inter-governmental commercial arbitration, with its participation in 264 cases under the WTO.[231] Accordingly, China has legal experience that can be used to argue against economic sanctions, based on the integrated dispute settlement procedure and remedy mechanism between labor disputes and commercial disputes in the CPTPP. In particular, there is a high benchmark for the complainant to prove non-compliance. Inter-governmental dispute settlement is usually lengthy, so the losing party often has time to institute domestic reforms before a trade sanction is

229. As of January 2023, no labor disputes are complained under China's FTA linkage practice because no disupte settlement is provided in the MOU On Labour and Social Security Cooperation under the framework of China-Chile FTA (2006) or China-Iceland FTA; only consultation is allowed for labor disputes according to Art.4 of both the MOU on Labor Cooperation under the framework of the China-New Zealand FTA (2008) and the Cooperation Agreement On the field of labor and employment China-Switzerland (2014).

230. As of January 2023, only six instances under the OECD Guidelines involve China as host country, but none of them are filed by Chinese social partners. OCED,https://mneguidelines.oecd.org/database/searchresults/?q=(Host:(China%20(People%E2%80%99s%20Republic%20of))) (last visited 8 March 2023).

231. *Disputes by member*, WTO (last visited Apr. 23, 2023) https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm [https://perma.cc/E34U-GMBE].

finalized.[232] For example, the Guatemala- Dominican Republic dispute under CAFTA-DR took about nine years, between the public submission by the AFL-CIO and six Guatemalan unions in 2008, and the delivery of the final Ruling in 2017.[233] It may have taken longer if both parties had moved to negotiate mutually acceptable compensation, or if the complainant party had tried to seek economic sanctions. So, China will have time to make domestic labor reform or adjustments if it had a labor dispute as a party of the CPTPP.

Nevertheless, practical difficulty does exist because there is always a possibility for real economic sanctions for noncompliance of labor obligation of the CPPTP after accession. There will be critical notional challenges for China if economic sanctions were levied on China. China is not on the list of countries supporting the linkage between labor standard and trade sanctions in the WTO.[234]

One recent example is China's objection to the United States' proposal to add a forced labor abolition in the WTO Agreement on Fisheries Subsidies.[235] Also, as mentioned above, China has never negotiated the key normative factor of economic sanctions in FTAs or BITs labor provisions.[236] China's previous negative practice and attitude towards transitional labor cooperation by means of economic sanctions can be analyzed from political and economic perspectives.

Politically, China's disapproval of economic sanctions was deeply rooted in its strict notion of sovereignty and the right to craft its development. In this China understands domestic labor affairs as an internal affairs, and no other country should interfere.[237] Also, China views labor rights as collective rights,

232. *See* Robert A. Green, *Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments: A Comparison of the International Tax and Trade Regimes.* 23 YALE J. INT'l L. 79, 79-82 (1998).

233. *See* Ciaran Cross, *Failure by Design: Did the US Choose to Lose the Guatemala Labour Dispute?*, 24 Int'l Union Rts. 23, 23(2017).

234. *See* BOB HEPPLE, LABOUR LAWS AND GLOBAL TRADE 130 (2005).

235. *See* Simon Lester, *Negotiating Text Addresses Forced Labor*, CHINA TRADE MONITOR, (Nov. 09, 2021) https://www.chinatrademonitor.com/latest-wto-fisheries-subsidies-negotiating-text-addresses-forced-labor/ [https://perma.cc/RK64-VWR2].

236. *See inra* Appendix Table 1.

237. *See* Lei Guang, *Realpolitik Nationalism: International Sources of Chinese Nationalism*, 31 MOD. CHINA 487, 501(2005); *See* The Right to Development: China's Philosophy, Practice and Contribution The State Council Information Office of the People's Republic of China (Dec. 1, 2016)

which should be determined by China's national condition, and should serve the purpose of comprehensive national development. This conception was evidenced in China's ratification practice of labor conventions with a basic principle of "avoid[ing] political conventions . . . and choos[ing] technical conventions that have certain political influences."[238] It was also witnessed with China's persistent hesitancy to ratify C87 and C98, and with a reservation of Article 8.1 (a) (freedom of association) when ratifying the UN Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights in 2001.[239]In short, it remains to be seen whether China would shift its conservative notions of sovereignty and rthe right to development in connecting labor issues with economic sanctions, in order to harvest the overall benefits from the one-single package commitments of the CPTPP. This is a difficult and complicated notional balance for China.

V. PATH FOR LABOR IMPLEMENTATION AS AN ASPIRANT ECONOMY

Linkage of labor standards with the trade and investment administration in the CPTPP directly reflects the values of fair trade, with the prohibition of protectionism through labor standards on one hand, and the prohibition of illegitimate comparative advantages through violations of fundamental principles and rights on the other. Among labor provisions of the CPTPP, freedom of association, effective collective bargaining, and the right to strike are core issues that dominate the substantial obligations, especially the legislative coverage enforcement via judicial or administrative action, and public participation in supervision.[240]

As China is making efforts to gain more international recognition of their status as a market-economy country and gain

http://english.www.gov.cn/archive/white_paper/2016/12/01/content_281475505407672.htm [https://perma.cc/ZY95-ZUCW].

238. *See* DEP'T POPULATION AND EMP. NATI'L BUREAU STAT., *supra* note 30.

239. *See Paying the Price: Worker Unrest in Northeast China*, 14 HUM. RTS. WATCH 1, 47–49 (Dec. 22, 2008), https://www.hrw.org/report/2008/12/22/paying-price [https://perma.cc/9F73-NB4P].

240. *See CPTPP Outcomes: Labour*, Austl. GOV'T, DEP'T FOREIGN AFF. AND TRADE, https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/cptpp/outcomes-documents/cptpp-outcomes-labour (last visited Apr. 22, 2023).

acceptance to the CPTPP through the original contracting parties, issues of freedom of association, effective recognition of collective bargaining, and the right to strike are determinative in the accession negotiations, and thus are objects of analysis on the path of labor reform for China.

A. TIME REQUIREMENT: BEFORE OR AFTER ACCESSION

There was no requirement on domestic labor reform in the main text in the TPP, which is the predecessor to the CPTPP.[241] However, the United States required Vietnam and Malaysia to make partial domestic labor reform before the TPP could be binding between them and the United States.[242] The United States was a critical to making these labor plans possible with extra tariff concessions as "carrots" for Vietnam, and Malaysia. But labor reform in these countries was obviously slowed or even had nearly paused, when the United States opted out of the TPP and the other eleven contracting parties suspended theses bilateral labor plans in the CPTPP. The developing parties of the CPTPP mentioned above did not comply with the bilateral labor plans after the United States exited the TPP.[243] Vietnam even obtained a provisional waivers from the CPTPP with three contracting parties, Australia, New Zealand and Canada.[244] In the CPTPP negotiations Vietnam's major labor law reform efforts occurred only after the CPTPP came into effect.[245]Although Vietnam's efforts to fulfil the domestic labor law reform and international labor cooperation requirements of the CPTPP occurred after the CPTPP became binding, the primary

241. *See* Trans Pacific Partnership, Ch 19, https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Labour.pdf, [last visited Mar.31,2023]; Corr et al., *supra* note 174.

242. *See Pacific Trade Pact Tackles Malaysia Trafficking, Vietnam Labor*, Reuters (Nov. 5, 2015), https://www.reuters.com/article/us-trade-tpp-labor/pacific-trade-pact-tackles-malaysia-trafficking-vietnam-labor-idUSKCN0SU10J20151105 [https://perma.cc/BYN3-L4SA].

243. *See* Daniel C.K. Chow et al., *How the United States Withdrawal from the Trans-Pacific Partnership Benefits China*, 4 UNIV. OF PENN. J. L. & PUB. AFF., 37, 41-44 (2018).

244. *See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) Signed*, INV. TREATY NEWS (Apr. 24, 2018) https://www.iisd.org/itn/en/2018/04/24/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-cptpp-signed/ [https://perma.cc/7YDZ-PAE4].

245. *See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) Signed*, INV. TREATY NEWS (Apr. 24, 2018), https://www.iisd.org/itn/en/2018/04/24/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-cptpp-signed/ [https://perma.cc/7YDZ-PAE4].

motivation was the Vietnam-EU FTA approval by the European Union.[246] Similarly, Malaysia only passed the amendment of the Employment Act of 1955 in 2020, before the CPTPP became binding in 2021, but three years after the CPTPP became effective. The agreement with Malaysia has been criticized for the lack of progress in its other two domestic law reform initiatives, the amendment of the Industrial Relations Act 1967 and the Trade Union Act 1959. [247] The TPP had originally required the initiatives to be completed before the TPP became binding the US-Malaysia Labor Consistency.[248]

The United States played a significant role in encouraging Mexico to complete labor legislation by postponing the ratification of USMCA until the Mexican Federal Labor Law became effective in 2019.[249] The USMCA case illustrates that the external impact of key contracting parties as supervisors is significant to achieving substantial domestic labor reform in targeted contracting parties. However, the enacting nation's internal motivations are also a key factor.

Unlike Vietnam and Malaysia, China is vulnerable to the requirements on domestic labor law reform prior to ratification because of the consensus mechanism during the CPTPP accession process. Two factors in particular cause uncertainty. First, Vietnam and Malaysia were not directly pressured from the United States,[250] who has been concerned with China's labor law issues

246. *See generally* Kristoffer & Marslev, *Towards a stronger EU approach on the trade-labor nexus? The EU-Vietnam Free Trade Agreement, social struggles and labor reforms in Vietnam*, REV. OF INT'L POL. ECON. (June 20, 2022) [https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09692290.2022.2056903] [https://perma.cc/MNB8-3TVT].

247. *See* Ng Yap Hwa, *Whither Labor Law Reform In Malaysia?*, NEW MANDALA (May 4, 2021), https://www.newmandala.org/whither-labour-law-reform-in-malaysia/ [https://perma.cc/7GHC-YBPV].

248. *See* Sanchita Basu Das, *Labour Provisions of the Trans-Pacific Partnership (TPP) and how they may Affect Southeast Asian Countries*, YUSOF ISHAK INST., PERSP. 1, 1 (Jun 28, 2016), [https://www.iseas.edu.sg/wp-content/uploads/2015/07/ISEAS_Perspective_2016_37.pdf] [https://perma.cc/W7PR-RAHK] (describing the original arrangement).

249. *See* David A. Gantz, *The U.S.-Mexico-Canada Agreement: Labor Rights and Environmental Protection*, Rice Univ. Int. for Pub. Pol'y (June 13, 2019), https://www.bakerinstitute.org/research/protecting-labor-rights-and-environment-under-usmca [https://perma.cc/8L7F-CAKB].

250. *See* Chow et al., *supra* note, 243; *see supra* Part V. A.

ever since the1990s.[251] It is unclear whether contracting parties will take after the United States in promoting China's labor law reform before the accession procedure begins or before the final approval. Second, the accession negotiation creates the possibility of bargaining labor commitments for commercial ones. One example is China successfully removing the definition of "internationally recognized labor law" from the investment and sustainable development Chapter in China-BIT draft in December 2020.[252]

B. REFERENCE COUNTRY: VIETNAMESE MODE OR MEXICAN MODE

As developing contracting parties of the CPTPP, both Vietnam and Mexico published amended labor laws in 2019.[253] Both Vietnam and Mexico have encountered a mix of normative, political, and economical factors both domestically and internationally in implementing labor provisions of the CPTPP and other FTA or BIT linkage practices.[254] Recognizing these factors, the nations have turned to different tracks of domestic labor law reform.

Labor law reform in Vietnam was first externally driven by the TPP negotiations. In the original US-Vietnam Plan for Enhancement of Trade and Labour Relations under TPP, the focus of Vietnam's legal reform rested in the establishment of grass-roots trade unions, cross-affiliations to form a broader national

---

251. Anshu Siripurapu & Noah Berman, *The Contentious U.S.-China Trade Relationship*, COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS (Dec. 2, 2022) cfr.org/backgrounder/contentious-us-china-trade-relationship [https://perma.cc/3ULJ-FDUS].

252. *See* EUR. PARLIAMENT, IMPA *supra* note 154.

253. *See Summary of All New Points in the Labor Law 2019 in Vietnam*, ASL LAW FIRM, https://aslgate.com/summary-of-all-new-points-in-the-labor-law-2019-in-vietnam/ [https://perma.cc/X5Q6-6CNU] (last visited Apr. 25, 2023); *Labor Law Reform in Mexico 2019: Everything You Need to Know*, BORDER ASSEMBLY SAN DIEGO, (Oct. 19, 2019) https://borderassembly.com/labor-law-reform-in-mexico-2019/#:~:text=The%20Labor%20Reform%20of%20Mexico,obligated%20to%20join%20such%20organizations [https://perma.cc/C4HY-S4Q4].

254. *See* Anh Hong, *Vietnam Faces Challenges in Implementing New Generation FTAs*, HANOI TIMES (Oct. 11, 2019), https://hanoitimes.vn/vietnam-faces-challenges-in-implementing-new-generation-ftas-45260.html [https://perma.cc/NHF7-NG3L]; Cathy Feingold, *Mexico's Labor Reform: Opportunities and Challenges for an Improved NAFTA*, AFL-CIO (June 25, 2019), https://aflcio.org/testimonies/mexicos-labor-reform-opportunities-and-challenges-improved-nafta [https://perma.cc/5UVV-MVCZ].

federation, and strengthening the right to strike in collective bargaining.[255] Conversely, Vietnam's labor law reform under the CPTPP without the United States, were not as strong as those under ILO, specifically regarding the freedom of association and effective recognition of the right to collective bargaining.[256] For example, registration of an internal employee organization in an enterprise still must be approved by the competent authority.[257] Registration can be canceled if an internal employee organization acts against the objectives and principles of the Vietnam Labor Code. It also affords broad discretion to the competent authority in deterring the establishment of an internal employee organization.[258] An internal employee organization that wishes to join the trade union must obey the Trade Union Law, which is highly restrictive to cross-affiliations. The Trade Union Law is awaiting further reform that has no clear timetable.[259] Similarly, Vietnam's Labor Code (2019) allows broad discretion for strikes to be considered illegal, postponed, or canceled by a competent authority.[260]

Similarly, the TPP labor negotiation and USMCA had pushed the labor law reform of Mexico, in addition to NAALC (1994). Comparatively, the amended Federal Labor Law (2019) of Mexico moves much closer to the C87 and C98 of the ILO than the Vietnam Labor Code. For example, unions shall not be dissolved, suspended or canceled by competent authorities.[261] Other important reforms have been made regarding electing union officials, establishing labor courts, and lawful strikes. While it remains to be seen if the labor law reform of Mexico will yield better labor protection, it is quite clear that the judicially oriented dispute settlement procedure for freedom of association, collective bargaining, and

255. *See generally US-Vietnam plan for the Enhancement of Trade and Labor Relations*, *supra* note 242.

256. *See* Joe Buckley, *The Limits of Vietnam's Labor Reforms*, THE DIPLOMAT (Jan. 01, 2022) https://thediplomat.com/2021/12/the-limits-of-vietnams-labor-reforms/ [https://perma.cc/THA2-D5F8].

257. *See* VIE. LABOUR CODE ART. 172.1.

258. The registration can be canceled if the organization violates objectives likelawful rights and interests of the members in labor relations in the enterprise, cooperate with the employer in resolving issues relevant to the rights, obligations and interest of the employer and employees" and "develop progressive, harmonious and stable labor relation." *Id.* art.172.2, 174.1(b).

259. *See id.* art.172.3.

260. *See id* art.204.6, Art.211.

261. *See* Artículo 376(v) de la Ley Federal del Trabajo (2019).

strikes in Mexico better meets the requirements of C87 and C98 of the ILO, if compared with the administratively oriented dispute settlement procedure in Vietnam.

The Vietnamese mode of labor law reform will provide a basic reference to understand China's possible labor law reform in the accession procedure. China and Vietnam have similar socialism in comprehensive domestic governance, and a similar framework and structure in their labor laws.[262] China could make similar labor law reform as the Vietnamese mode, which would allow China to maintain a top-to-down labor regulation, which would preserve the leadership of the political party, social security, and the status of the ACTFU. China can make similar reforms as the Vietnamese mode without significant difficulties. However, China will face higher labor law reform expectations than Vietnam from the CPTPP parties.[263] Hence, it is less likely that developed contracting parties will accept a lower level of commitments from China, unlike Vietnam.

Strict normative factors in Mexican labor law may be a better predictor of the expectations of contracting parties, particularly the developed ones. China and Mexico have similar comparative advantages in exporting and labor issues, both have been constantly blamed for unfair trade.[264] As discussed, China still has a long way to march towards the labor requirements of the CPTPP.[265] The long march is due to key elements of China's labor law, including the role of social partners, substantive and procedural factors of collective bargaining, the highly administrative settlement procedure for collective labor disputes, and the expectations of some contracting parties.

VI. CONCLUSION

Conflicting conceptions of labor issues between China and its trade partners have evolved in the WTO, FTAs and BITs, with the three key topics: freedom of association; effective recognition of

262. *See generally* Ying Zhu & Stephanie Fahey, *The Challenges and Opportunities for the Trade Union Movement in the Transition Era: Two Socialist Market Economies—China and Vietnam*, 6 ASIA PAC. BUS. REV. 282 (2000).

263. *See* Choudhury, *supra* note 105.

264. *See* Lance Compa, *Labor Rights and Labor Standards in International Trade*, 25 L. & POL'Y IN INT'L BUS. 165, 165, 172, 190 (1993).

265. *See* MAUL, *supra* note 214.

collective bargaining; and the right to strike. The conflicts have been long rooted in the different choices of political, economic, and social systems between China and major developed trade partners such as the United States and the European Union. China's application for accession to the CPTPP provides an opportunity for China to remove trade friction by eradicating labor issues under the regional trading and investing system. But it is a process of balance or re-balance between sovereignty rights and human rights, human right and development rights, individual human rights and collective human rights, free trade and fair trade for China. The application to accede to the CPTPP is a sign that China would like to change its previous opposition to strong linkage between trade sanctions and labor violations, and that China may be more understanding of their developed trade partners concerns of unfair trade caused by labor standards. Admitting the extreme difficulties in solving all of China's labor problems in a single FTA negotiation, such as the CPTPP, these labor negotiations could be a lever to push China's labor law reform forward with the public submission as the supporting point, and with the conceptional shock of freedom of association, effective recognition of collective bargaining, and the right to strike as the input force, to ignite a greater output force of bottom-up labor law reform.

APPENDIX TABLE 1

TABLE 1 EVOLUTION OF NORMATIVE FACTORS IN CHINA'S FTA AND BIT LINKAGE EFFORTS

		Chile FTA (2005)	New Zealand FTA (2008)	Iceland FTA (2013)	Switzerland FTA (2014)	EU BIT Initiative (2020 agreed in principle)	US BIT Initiative Acceptance of 2012 US BIT model at most	CPTPP
Counter- Party								
Legislative Coverage	4 aspects of core labor standard in ILO 1998 Declaration	×	×	×	×		Five items of Core labor standard ; 266	√ Five items of Core labor standard; Added: Elaboration of forced labor prohibition 267
Enforcement via administrative & judicial action	Not lowering/ relaxing/ derogating / weakening/ reducing	×	√	×	√ protectionism on labor are prohibited	√ illegitimate advantage and protectionism on labor are prohibited	√	√ Added: Emphasis on application to special zones. 268
	Not fail to effectively enforce	×	√	×	√	√ illegitimate advantage and protectionism on labor are prohibited	√	√
	Restriction on discretion in allocation of enforcement resources	×	×	×	×	×	×	√ More assertive than previous US FTA linkage practice 269

266. Not only the four aspects of core labor standard in ILO Declaration (1998), but also the item of acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health are included.

267. Art. 19.6 of CPTPP states that each Party shall also discourage, through initiatives it considers appropriate, the importation of goods from other sources produced in whole or in part by forced or compulsory labour, including forced or compulsory child labor.

268. Art. 19.4(b) of CPTPP emphasizes contracting parties' obligation to enforce labor law in a special trade or customs area such as an export processing zone or foreign trade zone, in the Party's territory.

269. According to Art. 19.5.2 of CPTPP, the bona fide decisions in allocation of enforcement resources shall not excuse the inconsistency with the agreement's labor obligations. Accordingly, a member's bona fide decisions to allocate enforcement resources are only compliant to the extent that they are consistent with the labor provisions in this agreement.

	Private action and domestic procedure guarantee	×	×	×	×	×	×	√
	CSR[270]	×	×	×	×	√ (agree to promote)	×	√(shall encourage)
Public participation in supervision	National advisory committee/	×	√ (discretionary) domestic consultation with with national stakeholders in formulating these policies and implementation	×	×	×	×	√ (obligatory)
	Public submission/ communication	×	×	×	×	×	×	√ substantial and procedural requirements are elaborated[271]

270. Corporate social responsibility initiatives on labor issues.

271. As Art. 19.9.3 of CPTPP provides, substantial conditions for a eligible submission include at a minimum: (a) raise an issue directly relevant to this Chapter; (b) clearly identify the person or organization making the submission; and (c) explain, to the degree possible, how and to what extent the issue raised affects trade or investment between the Parties. Transparency in procedures, including timelines, for the receipt and consideration of written submissions are also required.

Third- party dispute settlement	Arbitral panel/panel of experts	×	×	×	×	√ transparency are strengthened, including the mechanism of Amicus Curiae Submissions	Inter- governmental Arbitration are excluded. Investor- State Arbitration are not excluded	Complete coverage: all relevant disputes Added: panelists other than the chair shall have expertise or experience in labor law or practice
Legal remedy	Mutually agreed compensation	×	×	×	×	√ (discretionary) Mutually agreed solution, not excluding compensation	Inter- governmental Arbitration are excluded. Investor- State Arbitration are not excluded	√
	Monetary enforcement assessment	×	×	×	×	×	×	50% of trade benefits of equivalent effect decided by the pane or claimed by the complaining Party. period: a maximum of 12 months unless extension is otherwise agreed by the complainant.
	Suspension of trade benefits	×	×	×	×	×	×	Full execution

浅析《区域全面经济伙伴关系协定》背景下争端解决机制的问题及完善路径

肖瑶林*

摘 要：《区域全面伙伴关系协定》（以下简称 RCEP）于 2022 年 1 月 1 日正式生效，无论是在人口数量上，还是在经贸规模上，RCEP 协定均堪称世界第一，必将持续推动区域乃至全球贸易投资增长。RCEP 争端解决机制产生于 WTO 上诉机构停摆背景下，在复杂的国际经贸环境中反映出亚洲东部经济贸易需求。在设计上，RCEP 争端解决机制赋予了成员国选择争端解决程序的自由，但同时也对案件的管辖权做出了规定，以避免管辖权冲突，并且照顾到最不发达国家的利益。RCEP 争端解决机制在非争端当事方参与、场所选择条款、特殊与差别待遇条款中具有一定不足之处或争议叩待解决，中国面对 RCEP 争端解决机制应当作出一定选择，共同促进世界经济朝着开放、合作、共赢的方向发展。

关键词：RCEP；争端解决机制；场所选择条款；特殊与差别待遇

一、RCEP 争端解决机制的出台背景及内容

（一）RCEP 争端解决机制的出台背景

1. WTO 争端解决机制式微推动 RCEP 争端解决机制构建

WTO 争端解决机制（DSM）以其有史以来最完善国际争端解决机制之一的地位被誉为“WTO”皇冠上的明珠，[①]并成为多边贸易体制的重要支柱，对全球经济发展作出了不可替代的重要作用。WTO 争端解决机制框架下《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）赋予了争端解决机构以强制管辖权，结合 DSU 第 3. 2 条的规定，在为自由贸易体制提供可靠性和可预测性方面，WTO 争端解决机制是一个重要因素。[②]这其中 WTO 争端解决机制的上诉机构常任制、准自动化与决策程序的一票通过规则颇具影响，能够避免任何成员通过自己

* 肖瑶林，女，河南大学硕士研究生，通讯地址：河南省开封市顺河回族区明伦街 85 号河南大学明伦校区，电子邮箱：xyl116639809719@163.com。

① See Peter Sutherland：《Concluding the Uruguay Round——Creating the New Architecture of Trade for the Global Economy》, 24 Fordham International Law Journal, 26（2000）.

② ［美］帕尔米特、［希］马弗鲁第斯：《WTO 中的争端解决：实践与程序》（第二版），罗培新、李春林译，北京大学出版社 2005 年版，第 13 页。

的力量阻碍争端解决程序的运行，通过此种方法同时对专家组在审理案件过程中可能出现的法律错误进行审查和救济。[③]

按理来说，在经济全球化的背景下，随着全球贸易争端的增加，WTO 成员参与争端解决的广泛度以及 WTO 争端解决机制的利用率也会随之增加，然而，由于国际环境变化多端，WTO 争端解决机制解决贸易争端的能力对于大量出现的新型贸易争端而言捉襟见肘，影响成员国的选择意向；发达国家与发展中国家运用 WTO 争端解决机制能力的差异不同；WTO 争端解决机制“抑制滥诉、促进慎诉”的整体态度等原因，使得 WTO 争端解决机制的利用率逐渐降低。[④]并且，自 2017 年美国通过短时间内多次动用“一票否决权”单方面阻挠 WTO 上诉机构法官遴选，使得 WTO 上诉机构彻底陷入瘫痪。2020 年 3 月，包括中国、欧盟等在内的 19 个 WTO 成员方为破解 WTO 争端解决机构面临的危机，决定建立“多方临时上诉仲裁安排”（Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement，以下统称 MPIA）并发布部长声明，这一安排利用 DSU 第 25 条规定的仲裁程序，将在 WTO 上诉机构停摆期间，审理各参加方提起上诉的争端案件，并在此之后由 10 名仲裁员组成了专家库，通过仲裁的方式为维护世界贸易法治提供了坚实基础。[⑤]

2.国际经贸环境错综复杂

MPIA 的建立在 WTO 上诉机制瘫痪的背景下维持了 WTO 争端解决机制的运转，一定程度上维护了以规则为基础的多边贸易体制，但是，MPIA 并非长久举措，其本质上是在上诉机构停摆期间的临时措施和过渡机制，最终目标仍是启动上诉机构成员遴选，恢复上诉机构正常运转。在此背景之下，2020 年 11 月 15 日，历经八年谈判的《区域全面经济伙伴关系协定》终于由由包括中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰和东盟十国共 15 方成员签署并在 2022 年 1 月 1 日正式生效。RCEP 包含了 WTO 协定没有覆盖的内容，如电子商务、竞争、中小企业、经济与技术合作，[⑥]覆盖包含 22 亿人口的市场，预估占世界 GDP 的 30%，这标志着当前世界上人口最多、经贸规模最大、最具发展潜力的自由贸易区正式启航。

然而，东亚地区地缘政治关系复杂，存在大量尚未解决的历史遗留问题，RCEP 成员国

---

③ 张建：《RCEP 背景下国际贸易争端解决机制的创新与完善》，载《中国政法大学学报》2022 年第 2 期。

④ 赵骏：《“皇冠上明珠”的黯然失色 WTO 争端解决机制利用率减少的原因探究》，载《中外法学》2013 年第 6 期。

⑤ 2020 年 4 月 30 日，包括中国、欧盟在内的 19 个世贸组织成员正式向 WTO 提交通知，呼吁依据 DSU 第 25 条建立 MPIA，以暂时替代为美国所阻挠而陷入停摆的原上诉机构。经过多轮磋商，19 个成员国中遴选出的 10 个仲裁员的名单于 2020 年 7 月 31 日正式确认，并在当年 8 月 3 日公布。

⑥ 分别为 RCEP 第十二章、第十三章、第十四章和第十五章。

各方的合作意愿需要考虑到经济发展水平、政治立场、意识形态、制度环境或国情政策、法律法规、宗教文化等政治因素与域外因素，这些因素往往存在较大的差异，8 年的签署过程表明各方在利益诉求方面的协商与调整经历了一个长期复杂的过程，也表明 RCEP 成员方市场较为复杂。[⑦]东亚区域经济一体化的进程本身就伴随着各成员国对东亚合作主导权的博弈，RCEP 提出的背景也显示出东盟对政治因素的考量和单边主义抬头的国际形势。[⑧]将来，东亚区域经济合作仍然可能被政治因素或域外因素影响，各成员国在实施协议的过程中仍需充分开展建设性对话，把控分歧，弥合多边政治互信，深化全球经贸合作进程。

3.亚洲东部经济贸易实践需求

争端解决机制几乎已经能够成为自由贸易协定的标配，RCEP 也不例外。在一个自由贸易协定当中，争端解决机制的设定、运行和维护成本不菲，且在实践当中由于 WTO 争端解决机制的存在，使得自由贸易协定项下争端解决机制的运用率较低。从货物贸易统计数据来看，RCEP 缔约方相互之间占据了各自货物贸易总额的较大比重，并且 RCEP 缔约方之间产业存在高度关联性，成员国之间的关联度及该关联度占境外关联度的比重也在不断上升，各成员国之间贸易与投资往来将会日益频繁，贸易与投资额也将会与日俱增，[⑨]。2017 年，仅东盟与其他 5 个缔约方之间的贸易额就已达到 10289 亿美元，因此 RCEP 争端解决机制的设立是各缔约方之间紧密经贸关系的要求。

（二）RCEP 争端解决机制的内容

RCEP 争端解决机制的内容在条文中第十九章，在争端解决有关场所的选择、争端双方的磋商、关于斡旋、调解或调停、设立专家组、第三方权利等方面作了明确规定。还详细规定了专家组职能、专家组程序、专家组最终报告的执行、执行审查程序、赔偿以及中止减让或其他义务等。本文详细介绍 RCEP 争端解决机制的范围、“场所选择条款”与“特殊与差别待遇”。

1.RCEP 争端解决机制“有限”的适用范围

RCEP 的创新之处在于其将基于东盟的五个“10+1”FTA 整合在一起，[⑩]但由于这五个

---

⑦ 庄芮、林佳欣：《RCEP:进展、挑战与前景》，载《东南亚研究》2018 年第 4 期。

⑧ 肖琬君、冼国明：《RCEP 发展历程：各方利益博弈与中国的战略选择》，载《国际经济合作》2020 年第 2 期。

⑨ 陈凤兰、陈爱贞：《RCEP 区域产业链发展机制研究——兼论中国产业链升级路径》，载《经济学家》，2021 年第 6 期。

⑩ 分别为 Agreement Establishing the ASEAN-Australia New Zealand Free Trade Area, Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation Among the Governments of the Member Countries of the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of Korea, Framework for Comprehensive Econ

争端解决机制开放的部门及深度具有差异，因此其适用范围并不完全相同。为了达到高效、充分、透明的目标，RCEP 争端解决机制充分考虑了亚洲地区各缔约国经济发展水平与争端解决传统方面的差异，其特色在于融合了一般规则与特殊规则，同时考虑了争端解决制度与争端预防制度。RCEP 项下争端解决机制所处理的争端包括（1）缔约方之间解释本协定时所产生的争端；以及（2）缔约方之间由于违反协定规定的义务而产生的争端，⑪这表明非违反之诉⑫被排除在 RCEP 争端解决机制适用范围之外。并且，RCEP 争端解决机制在适用范围上设定了诸多例外，其将反倾销与反补贴措施引起的争端⑬与投资便利化引起的争端⑭排除在适用范围之外，也将争端解决机制适用于由一缔约方主管机关，包括外国投资机关，作出的是否批准或承认外国投资建议的决定，以及对批准或承认投资所必须满足的任何条件或要求的执行所引起的任何争端⑮排除在外；服务贸易领域，有关透明度清单与补贴引起的争端、缔约方之间在电子商务、竞争、中小企业、经济技术合作和政府采购领域产生的争端亦不在 RCEP 争端解决机制适用范围之列。⑯值得一提的是，RCEP 并未专门设置针对投资者与国家之间投资争端的解决机制。

2.RCEP 争端解决机制的“场所选择条款”

多边贸易体制由于允许成员方基于核心利益或公共政策目标援引例外条款，采取多边规制以外的单边、双边、区域贸易措施，能够促进全球贸易自由化的实现，而区域贸易协定的大量缔结客观来讲冲击了传统上以 WTO 为基础的多边国际贸易法治，加速了国际法的碎片化。⑰在全球经济一体化与区域经济一体化并行的大背景之下，由于某些区域贸易协定的缔约方同时可能拥有 WTO 成员或其他多重身份，而 WTO 的某些规定可能为该区域贸易协定所采纳，因此面临着国际经贸产生了国际层面的争端解决与国际组织之间管辖权冲突的问题。

---

omic Partnership Between The Association of South East Asian Nations and Japan, Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the People’s Republic of China and the Association of South East Asian Nations, Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Republic of India and the Association of South East Asian Nations.

⑪ RCEP 第 19. 3 条。

⑫ 非违反之诉（non－violation complaint），是指某一自贸协定的一缔约方的某项措施致使另一缔约方依照该协定而合理预期的利益遭到抵消或损害，即使该项措施并未违反该协定，利益遭到抵消或损害的缔约方仍然有权依照该自贸协定争端解决程序提起申诉，如果裁定非违反之诉成立，被诉方虽然没有撤销被诉的措施，但有义务与申诉方达成满意的调解或对其进行补偿。

⑬ RCEP 第 7. 16 条。

⑭ RCEP 第 10. 17 条第 5 款。

⑮ RCEP 第 17. 11 条。

⑯ 分别见 RCEP 第 8. 1 条第 5 款、8. 22 条第 3 款、12. 17 条、13. 9 条、14. 5 条、15. 7 条、16. 8 条。

⑰ 翟语嘉：《多边贸易体制中单边措施适法性问题研究》，载《中国政法大学学报》2020 年第 4 期。

例如 GATT 第 20 条适用于第二章（货物贸易）、第三章（原产地规则）、第四章（海关程序和贸易便利化）、第五章（卫生与植物卫生措施）、第六章（标准、技术法规和合格评定程序）、第十章（投资）和第十二章（电子商务），[18]GATS 第 14 条适用于第八章（服务贸易）、第九章（自然人临时移动）、第十章（投资）和第十二章（电子商务）。[19]针对此类问题，RCEP 第十九章第 5 条设定了“场所选择条款”（Choice of Forum）。

RCEP 设定的“场所选择条款”具有排他的效力，即在争议涉及 RCEP 项下与争议当事人均是缔约国的另一种贸易或者投资协议项下实质相等的权力或者义务时，一旦争端当事方选择 RCEP 争端解决机构处理争议便意味着放弃了就同一争端在其他条约项下的争端解决机构申诉的权利。[20]根据 RCEP 的规定，如果缔约方请求设立专家组或将争端提交给其他贸易或投资协定项下专家组或裁判庭，即意味着对争议解决场所作出了选择。此外，RCEP 争端解决机制充分尊重意思自治，为争议当事方赋予了约定不适用 RCEP 争端解决机制的权利，若争端当事方以书面形式明示同意不适用某一争端，则对于该争端不予适用。该规定巧妙地避免了 RCEP 争端解决机制与其他区域贸易协定争端解决机制之间管辖权冲突，并充分给予缔约方自由选择的权利，使其面对不同类型的争议能够依照自身经济水平、政治文化传统等因素选择合适的争端解决机制。

3.RCEP 争端解决机制中的“特殊与差别待遇条款”

特殊与差别待遇（Special and Differential Treatment）是 WTO 协议中的术语，其作为改革中的焦点问题，旨在扶持发展中成员经贸发展的特殊条款，该条款的实施关系到最不发达国家的切实利益，[21]允许发展中成员在一定的范围和条件下背离协定所规定的一般性承诺，从而拥有相对于发达成员而言较轻的义务水平。

RCEP 考虑到成员方之间经济发展水平的巨大差异，成为首个在争端解决机制中规定了特殊与差别待遇条款的区域贸易协定，相比于《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）等区域贸易协定，RCEP 体现出更多发展与包容性。在一定程度上推动了 WTO 改革与发展中成员更好的融入经济全球化。

RCEP 在第 19. 18 条中规定了“最不发达国家缔约方的特殊与差别待遇”，虽然其未明确“最不发达国家”的范围，但在第 1. 2 条中规定：“最不发达国家是‘联合国指定的、尚

---

⑱ RCEP 第 17. 12 条第 1 款。

⑲ RCEP 第 17. 12 条第 2 款。

⑳ 陈儒丹：《TPP 中选择性排他管辖权条款的效力研究》，载《政法论坛》2016 年第 5 期。

㉑ 韩永红：《特殊与差别待遇：超越世界贸易组织的改革路径》，载《政治与法律》，2019 年第 11 期。

未从最不发达国家的类型中毕业的任何国家’”。目前在联合国公布的最不发达国家中，老挝、柬埔寨与缅甸三个国家可以享受 RCEP 争端解决机制中规定的特殊与差别待遇。RCEP 明确：如一个或多个争端方为发展中国家成员，则专家组报告应明确说明以何种形式考虑对发展中国家成员在争端解决程序过程中提出的适用协定中有关发展中国家成员的差别和更优惠待遇规定”[22]该条规定的针对性极强，是专门给予最不发达国家缔约方的特殊和差别待遇，其只考虑给予最不发达国家的优待，并未涵盖发展中国家。该条在争端的原因或者争端的解决程序阶段与 WTO 相同，二者均采用“适当克制”、“适当考虑”等模糊词汇，对特殊差别待遇内容明确度和强制力方面都基本一致，这表明 RCEP 在该款基本完全沿袭了 WTO 的相关原则和规定，未对权利义务范围进行明确。并且，在程序设置差异方面，RCEP 规定了专家组的报告义务，明确规定专家组报告应当考虑最不发达国家缔约方，该规定在一定程度上能够确保特殊与差别待遇对最不发达国家的适用。[23]

二、RCEP 争端解决机制的不足与争议之处

（一）非争端当事方规定存在的不足之处

RCEP 第 19. 10 条规定：对专家组审查的事项有实质利益的任何缔约方可以在不迟于提出请求之日后 10 天将其利益通报争端各方。RCEP 争端解决机制中的非争端当事方或者说第三方拥有出席专家组与争端当事方举行的听证会和提交书面陈述，以及以书面形式答复专家组向第三方提出的任何问题等参与争端解决的权利，体现出 RCEP 争端解决机制考虑问题的全面性，并且事实上为争端当事方以外的其他 RCEP 缔约方充当法庭之友（Amicus curiae）[24]提供了法律依据。然而该规定具有一定不足之处：

其一，缺乏成为“第三方”要件方面的规定。协定第 10 条规定成为第三方要求对专家组审查的内容具有“实质利益”，可以看出是否具有“实质利益”是能否成为第三方并参与到争端解决程序中的决定性因素，但是实践中对于何为“实质利益”缺乏准确的规定。并且第三方对于专家组主席的选择具有重要影响，协定规定：专家组主席不得为任何争端方或者第三方的国民，按照现行 RCEP 的规定，在设立专家组的请求或执行审查或补偿和中止减让

㉒ RCEP 第 19.18 条。

㉓ 樊子宣：《RCEP 争端解决机制中特殊与差别待遇条款探析》，载《西昌学院学报（社会科学版）》2023 年第 2 期。

㉔ 所谓法庭之友，特指案件当事人以外的主体对法庭或仲裁庭存有疑问的事实或法律问题通过提交书面报告或参加庭审的方式善意地提醒法官或仲裁员加以注意的人，其内涵随着实践的发展而不断丰富，现在也包括非诉讼当事方但对案件实质问题有重大利害关系，主动申请或应法庭的要求而提交意见或参与审理的第三人。王春婕：《区域贸易争端解决机制比较研究》，法律出版社 2012 年版，第 184 页。

或其他义务，三个时间节点尤其是后两种在执行审查或补偿和中止减让或其他义务十天后确定具有第三方主体资格对专家组主席的确定具有较大的影响。

其二，非争端当事方参与争端解决程序可能产生负面影响。非争端当事方或者以法庭之友或者第三方的身份参与到案件审理的过程中的做法并不少见，在《北美自由贸易协定》等区域性贸易和投资争端解决实践中就出现过，然而该项制度赋予非争端当事方在利益受损时以表达权的同时也引发担忧，例如其地位并非中立，参与到争端处理过程中可能会使打破案件审理的平衡，或者造成争议解决效率地下的问题。

（二）场所选择条款存在的争议之处

在区域贸易协定纳入 WTO 协定或缔约方参加的其他协定中的部分内容时，通常会发生一项争端同时违反两个或两个以上国际贸易协定的情况。如果区域贸易协定引入了 WTO 规则，原告选择在区域贸易协定向下进行争端解决，则区域贸易协定有权引用 WTO 规则进行裁决，因此区域贸易协定争端解决机构也可以引用WTO专家组与上诉机构解释来解释规则。然而，除非区域贸易协定的规则被纳入 WTO 当中，若争端方在 WTO 项下引用区域贸易协定的规定，WTO 专家组或上诉机构则不予考虑。因此，区域贸易协定争端解决机制常与 WTO 等协定发生管辖权冲突。RCEP 在制度设计时考虑到防范国际经贸争端解决管辖权冲突，在 19 章第 5 条规定的场所选择条款。场所选择条款并非 RCEP 的原创，[21]在该条款的规定下，一旦当事方选择通过 RCEP 争端解决机制解决经贸争端，便意味着就同一争端排除了在其他协定争端解决机制项下提出申诉的权利。[22]对于挑选法院的行为，由于场所选择权通常掌握在主动提出申诉的当事方，从国际民事诉讼的角度上讲，该种行为与当事人之间协议管辖的性质不同，更多的与当事人单方面挑选法院的性质类似。基于此，有反对者认为：挑选法院客观上破坏了法律秩序所追求的三大目标：当事人的道德、效力和法律的社会控制。

（三）特殊与差别待遇条款存在的不足之处

其一，义务主体程序规定不明确。根据 RCEP19. 18 条第一款的规定，争端当事方在涉及最不发达国家缔约方争端的原因以及解决程序的所有阶段应当保持克制，而根据一般理解，“涉及”一词所包含的含义应当不仅包括作为争端申诉方或应诉方的最不发达国家的情况，也包括其作为第三方的情况。此外，对于“应保持适当克制”的义务主体指最不发达国家作为争端应诉方或申诉方还是第三方也未进行明确。这将导致最不发达国家作为争端第三方时

㉑ 《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）第 28 条第 4 款亦规定了场所选择条款，旨在为多边贸易协定与 RTA 重叠时确定争端解决管辖权提供依据。张建:《TPP 协定中的场所选择条款及其价值取向》，载《上海商学院学报》2016 年第 1 期。

㉒ 陈儒丹：《TPP 中选择性排他管辖权条款的效力研究》，载《政法论坛》2016 年第 5 期。

对特殊技差别待遇条款适用的可能性降低从而降低该条款的引用概率。并且根据 RCEP19. 1 8 条第二款规定：专家组报告应当表明争端解决程序过程中提出的关于特殊和差别待遇相关规定的考虑形式，专家组对最不发达国家提出的特殊与差别待遇条款是否具有审查义务取决于时间点如何，但是第二款对于“争端解决程序”的起始点并未进行明确。

其二，实施中约束力弱。争端解决过程当中，由于争端当事方均代表各自利益，因此常常处于极端对立状态，进而影响到履行的顺利，在此状态下条款的强制力是十分有必要的。RCEP 第 19. 18 条对特殊与差别待遇进行了成文性质的规定，但是在措辞方面则多使用鼓励性或授权性表达，这将导致义务履行方面缺乏相应的惩罚性补救措施，缺乏约束力，在实践的过程中会导致条款的应用流于形式。柔性条款很难改善争端当事方之间实力悬殊而产生的不公平现象，没有救济力量保障的条款等同于一纸空文。

三、RCEP 争端解决机制的完善路径

（一）促使非争端方以合理方式参与争端解决

RCEP 第 19 章第 10 条对非争端缔约方以第三方身份参与争端解决的途径、条件、程序等具体问题进行了明确，该条款在制度设计上借鉴了 WTO 等争端解决机制的实践经验，这一点值得肯定，其汲取了经验教训，在明确第三方权利的同时也规定了应当遵循信息保密义务，RCEP 第 19 章第 10 条第 4 款规定在遵循信息保密义务的前提之下、中期报告发布之前、在向专家组提交书面陈述与答复的同时，每一争端方应当使每一第三方可获得该争端方向专家组提交的书面陈 述、书面形式的口头陈述以及对问题的书面答复。对于该规定的完善，其一，应当对协定中“实质利益”作出明确规定。由于专家组对于争端过程以及申请方实质利益与争端是否具有密切联系具有较为具体的了解，因此对于此应当由专家组来确定由哪个机构掌握对第三方是否能够参与争端解决的决定权，由专家组确定 哪个机构可以进行决定符合争端事项审理需要和各争端当事方的实际需要。其二，应当对非争端方参与争端的权利加以限制。若对非争端缔约方参与审理的门槛进行随意规定，将会导致程序阻滞，争端解决效率低下的问题，并且专家组过多接受法庭之友陈述，可能给审判效率带来消极影响，也可能使争端解决机构的独立性受损。有鉴于此，应当对非争端方参与争端解决过程的权利加以限缩，如果其确定以法庭之友或者第三方的身份参与进来，必须明确规定其服从专家组对整个程序的控制权。非争端缔约方发表意见的范围应当严格限于条约解释，而不宜插手或干预专家组对证据的认定和对事实的判断，最后，非争端缔约方参与案件审理，应以不破坏争端

当事方之间的利益平衡为限，如果允许第三方参与审理将明显地导致争端当事方之间的利益平衡受到破坏，则不应当再准许其参与其中。[23]

（二）充分发挥场所选择条款的功用

挑选法院行为本身无可厚非，实质上是基于理性人的自然选择，并没有背离法律与道德的约束，更多的体现为一种诉讼策略，本质上是符合经济原则的，也是一种对起诉方人权与诉权的尊重。[24]场所选择条款是在挑选法院这一中性概念的基础之上构建起来的法律制度，在相互冲突的管辖权规则体系当中，他的功能在于寻求合适的定位，固定处于不确定状态中的争端解决场所，因此 RECP 争端解决机制中的场所选择条款设置并无不妥之处，其赋予起诉方选择的权利，使其通过申请设立专家组的方式行使权力，体现出 RCEP 争端解决机制构建的灵活性。

总而言之，在 RCEP 争端解决机制与 WTO 争端解决机制之间产生管辖权冲突时，应当首先考虑是否具有场所选择条款，并考察待解决的争端是否在该条款的适用范围之列；其次，当场所选择条款由于争端解决机制之间的规定而互相排斥时，应当考虑不方便法院原则、一事不再理原则等国际民事诉讼中争端化解中的其他制度；最后，如果前两种方法均不适用，可以考虑援用国际法中的一般法律原则。[25]

（三）提升最不发达国家能力并增强条款的执行力

其一，提高最不发达国家参诉能力。最不发达国家在争端解决机制中始终处于弱势地位的根本原因是其在国立对比中处于下风，要从根本上扭转该种局面的根本方法是对其能力上进行提升。在应对国际争端时，最不发达国家应当对国内包括民间组织、法律服务中心、经济学家、法律学家、高校等在内的资源进行整合，通过公与私的结合提升国家参诉能力，并且可以借鉴其他国家应诉经验。在此过程当中，政府部门应当起到领导作用，对各种资源进行整合，在各个部门之间发挥好沟通协调的左右。RCEP 第 19. 10 条规定了第三方包括获取通报、参加听证及提交书面陈述等权利，最不发达国家也可以通过作为非争端方参与到 RCEP 争端解决机制当中，积累参诉经验。对于国际社会方面，可效仿 WTO 法律咨询中心，建立区域性法律咨询中心，为最不发达国家争端解决提供法律服务，亦可以在制度设计上参考 WTO 法律咨询中心的运行模式，提高 RCEP 争端解决机制特殊与差别待遇条款的适用可能性，辅助该条款的运用。

㉓ 张建：《RCEP 背景下国际贸易争端解决机制的创新与完善》，载《中国政法大学学报》2022 年第 2 期。
㉔ 李晶：《国际民事诉讼中的挑选法院》，北京大学出版社 2008 年版，第 66 页。
㉕ 曾炜：《WTO 与 RTA 争端解决管辖权冲突与调和研究》，武汉大学出版社 2020 年版，第 19 页。

其二，增强特殊与差别待遇的执行力与约束力。对于执行力与约束力方面，可以考虑增加金钱补偿和集体报复的救济措施，最不发达国家在现有争端解决机制下对 于被诉方延缓或拒不执行专家组报告缺乏必要的对抗力。 为此，未应考虑为最不发达国家特别设立金钱补偿和集体报复的救济措施。[26]金钱补偿可以迫使被诉方尽快遵循专家组报告决定，中止或撤销违法措施，能够提高争端解决和执行的效率，防止拖延。同时，为了增强特殊及差别待遇条款的强制力或约束力，建议赋予最不发达国家集体报复的能力，可以考虑缔约国视情况采取集体报复、多数成员报复与个别成员报复的情况。

四、RCEP 争端解决机制对中国的影响及应对

（一）RCEP 争端解决机制对中国的影响

1.为“一带一路”合作争端解决提供“区域范本”

“一带一路”倡议极具开放性与包容性，是新型区域合作倡议，顺应国际环境发展趋势，由于目前并没有形成专门的具体机制安排，主要依靠于中国与相关国家、地区等的既有的双边和多边机制，借助既有的区域合作平台和国际组织，促进与沿线国家的务实合作。RCEP 争端解决机制为中国及其他成员国提供了另一种新型争端解决方式，也提供了更加新颖的、更符合我国现实需要的争端解决机制。“一带一路”合作倡议多以备忘录、宣言、行动计划、联合声明等形式表现，这些文件多体现出软法的性质和特点，其以灵活性和包容性凝聚各国利益的最大公约数，有助于推动合作。[27]RCEP 的多数成员国同时也是“一带一路”倡议的重要节点国家，应成员国之间稳定经贸合作与降低合作交易成本的需要，为未来进一步推动区域经济一体化发展奠定良好开端。在此基础上，RCEP 争端解决机制对现有国际法体制的创新可以成为未来“一带一路”倡议下争端解决的“区域范本”。[28]

2.提供了新型争端解决机制

由于当前全球化趋势的影响，区域贸易协定争端解决机制成为问题转移的产物，战略问题出现了巨大的转移，战略问题的转移导致了国际体系结构的变化，进而对“国际机制的性质产生了深刻的影响”。[29]在争端解决领域变化主要表现为由个案的争端解决转化为争端的预防。 既然要预防争端，其手段必然走向多元化。具体到贸易争端解决领域，因此建立规

㉖ 肖威：《WTO“贸易救济体制”中的“金钱赔偿制度”研究》，载《江苏社会科学》，2009 年第 4 期。
㉗ 石静霞：《“一带一路”倡议与国际法——基于国际公共产品供给视角的分析》，载《中国社会科学》2021 年第 1 期。
㉘ 袁星：《RCEP 争端解决机制及对中国的意义》，载《对外经贸》2021 年第 8 期。
㉙ [美]罗伯特·基欧汉，约瑟夫·奈.权力与相互依赖（第四版），门洪华译. 北京大学出版社。

范化、制度化的争端解决机制就成为应有之义。[30]RCEP 争端解决机制是建立在 WTO 争端解决机制之上的创新，其以排除非违反之诉、较短的争议解决时限、执行审查专家组保障最终报告的执行等内容回应了 DSU 机制运行以来所产生的争端解决效率低下、上诉程序冗长、执行监督缺位、较易受到国家实力影响等问题，并且客观上缓解了成员国对 WTO 争端解决机制和解决平台的依赖，为成员国提供了新的，并且是更加符合亚太地区国家利益和需求的选择，提高了争端解决效率。

（二）中国对 RCEP 争端解决机制的应对

1.完善国内机制对标 RCEP 标准。

规则的一致性越高越能减少贸易摩擦的数量，RCEP 规则内容广泛、涵盖领域广，涉及众多政府职能部门，为了减少争端数量，避免不必要的成本，需要各级各层面政府具体落实。中国目前在绝大多数领域已然符合了 RCEP 的要求，例如货物贸易便利化措施、市场准入要求等，[31]但是 RCEP 一些领域的规则，诸如知识产权领域，对标高水平国际经贸规则，以知识产权领域为例，为了对齐 RCEP 知识产权条款，履行条约义务，对照 RCEP 知识产权条款，中国目前还需要完善包括《商标法》、《专利法》、《著作权法》在内的国内法。除此之外，对规则理解的不同也会导致争端的产生，在对标 RCEP 规则完善国内机制时也应当注意对 RCEP 规则进行正确解读。[32]

2.推动争端解决机制适用范围扩大

当前 WTO 上诉机构处于停摆的现状，RCEP 成员国均是 WTO 成员方，部分缔约国之间又缺少贸易协定，例如目前中国与日本、韩国与日本之间就没有签订自贸协定，鉴于 RCEP 已经生效，扩大其适用范围是具有必要性的，中国作为一个负责任的大国，有必要对 RCEP 适用范围的扩大承担一定责任。RCEP 争端解决机制适用范围的扩大应当采取逐步扩大的方式。应当考虑区域经济形势的变化，随着 RCEP 的生效，成员国之间的经贸往来会不断加深，在世界经济一体化的背景下 RCEP 成员间的经济形势会不断变化，争端也会随之产生。RCEP 争端解决机制的适用范围目前未覆盖反倾销、反补贴领域，当 RCEP 成员方面临此类争端时便无从下手，因此中国应当推动 RCEP 争端解决机制适用范围的扩大，基于区域经济形势的变化进行考量，对于未覆盖的领域在适当时机纳入 RCEP 争端解决机制。

㉚ 孙志煜：《战略观视野下的区域贸易协定争端解决机制析解》，载《江西科技师范大学学报》2016 年第 5 期。
㉛ 袁明兰、张小玲：《RCEP 签署带来的机遇、挑战及中国的策略选择》，载《价格理论与实践》2021 年第 1 期。
㉜ 范巾妹：《〈区域全面经济伙伴关系协定〉争端解决机制探究》，载《国际经贸》2022 年第 12 期。

五、结语

争端解决机制是现代自由贸易协定的标配，因为在经济一体化国际潮流背景下，国际经济贸易争端的解决不仅关系到争端当事国依据国际条约所享有的权利的实现，而且也是全球经济治理法治化的具体呈现。RCEP 争端解决机制的运行缓解了 WTO 上诉机构停摆背景下国际争端解决的需求，起到了确保各缔约方达成承诺的作用，其以自身的特点以及优势，有望成为成员国选择争端解决机制时的优先考虑，对世界，尤其是亚太地区意义重大，正如习近平总书记所说，在单边主义、保护主义蔓延的态势下，世界经济充满了不确定性和不稳定性因素，然而中国进一步深化改革、对外开放的步伐并不因此止步。在对 RCEP 争端解决机制进行深入研究的基础上可知，区域一体化趋势的强化并非对多边主义的冲击，而是在现有多边主义的基础上以开放、合作、共赢的姿态共同为世界经济发展注入新的活力。

比较视角下 RCEP 争端解决机制优化研究
——以美墨加协定争端解决条款为鉴

俞吉* 邱佳晖*

内容提要 随着区域自由贸易的不断发展，区域贸易协定（FTA）在推动贸易自由化和促进全球经济发展中扮演着越来越重要的角色。《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）作为全球最大的区域贸易协定之一，其争端解决机制（DSM）的有效性对维护区域贸易秩序至关重要。本文旨在通过比较 RCEP 与《美墨加协定》（USMCA）的争端解决机制，分析 RCEP 争端解决机制的优势与不足，并提出相应的优化建议。

RCEP 争端解决机制源自于 WTO 和 CAFTA，构建时考虑了成员国经济发展水平的差异，采取了混合模式，包括专家组程序和政治手段解决争端。如今国际经贸规则发展趋势的典型代表 USMCA 的争端解决机制则在 NAFTA 的基础上进行了改进，引入了更严格的“用尽当地救济”原则，并在劳工和环境等新议题上设置了专门的合作和争端解决条款。RCEP 与 USMCA DSM 在目标和范围、法庭选择、磋商、斡旋、调解、专家组程序等方面存在一定的相似性，但也各有特点。例如，RCEP 争端解决机制在专家组组成和运行程序上更为灵活和高效，而 USMCA 争端解决机制则在专家组成员人数和组成规则上更为复杂。此外，USMCA 争端解决机制在 ISDS 机制上保留了“三国四制”的做法，体现了对 ISDS 机制渐进改良的立场。

面对 RCEP 争端解决机制在委员会设置、专家组相关规定、新议题争端解决机制设置、ISDS 机制设置以及私人商事争端解决相关规定方面存在不足，建议 RCEP DSM 可以借鉴 USMCA 的经验，建立专门委员会，优化专家组组成和运行程序，引入劳工、环境等新议题的争端解决机制，并构建符合成员国利益的 ISDS 机制，其进一步完善对中国乃至整个亚太地区都具有重要意义。通过借鉴 USMCA 等高水平区域贸易协定的经验，明晰 RCEP 争端解决机制完善的方向，可以进一步提高其效率和公正性，为中国在区域经济中的地位提升和亚太自贸区（FTAAP）的构建创造有利条件，在区域贸易自由化中获得实实在在的好处。

关键词 RCEP USMCA 区域贸易协定 争端解决机制

* 俞吉，上海对外经贸大学世界贸易组织法专业研究生。
* 邱佳晖，上海对外经贸大学世界贸易组织法专业研究生。

目次

一、绪论
二、RCEP 与 USMCA 争端解决机制概述
三、RCEP 争端解决机制与 USMCA 争端解决机制比较
四、RCEP 争端解决机制的不足和改进建议
五、结语

一、 绪论

随着经济全球化的不断深入，经济发展区域一体化成为趋势。特别是在世界贸易组织（WTO）多哈回合谈判受挫和争端解决机制上诉机构停摆的情况下，世界各经济体为进一步推动贸易自由化、促进全球经济发展，正在加紧推动区域贸易协定（FTA）的谈判和制定。如 RCEP、CPTPP、USMCA 等区域贸易协定如雨后春笋般诞生，并在其中积极探索作为化解缔约方矛盾和维护协定内容稳定的争端解决机制的完善和创新，形成自己的特色。面对具有较强应用效果的争端解决机制将有效协调经济发展水平、意识形态与政治制度有较大差异的的缔约方之间的争端纠纷，平衡各方的利益，也有利于中国在其中更好地维护自身权益。

理论界对于 RCEP 争端解决机制的研究自 2011 年 RECP 正式提出来给予了较多的关注，是较为热门的研究话题。在 RECP 争端解决机制诞生前，理论界对于 RCEP 的讨论主要集中于其背景、可行性、现实挑战等问题，如郑学党、庄芮[1]等便对于这些问题给予了关注。其次便是关于争端解决机制的构建问题，如王茜、高锦涵[2]对于争端解决机制构建的模式选择上提出了自己的观点，认为应当选择混合模式。在 RCEP 签订后，研究领域主要面向其具体的条文的特点以及其对于我国的影响。袁星[3]对 RECP 争端解决机制的特点、对中国的意义进行了详尽的分析，并对于中国应当采取的对策提出了自己的建议。孔庆江[4]具体梳理了 RCEP 争端解决机制的条文，同时提出应当在维护该解决机制合理运行的情况下继续推进后续的谈判以促进其进一步完善。RCEP 争端解决机制因中国参与其中与我们息息相关，学者紧跟该机制的发展，不断对其现状和未来道路继续研究分析。

相较于 RCEP 争端解决机制的研究，理论界对于 USMCA 的研究要欠缺很多。研究内容主要集中在 USMCA 产生的背景、内因、特点及对于中国的影响。如张小波、李成[5]对 USMCA 产生的背景、内容特点以及对于中国的影响进行了分析，廖凡[6]分析了 USMCA 与 NAFTA 之间存在的差别，提出了中国的对策。对于 USMCA 的争端解决机制的研究上，学者主要集中在投资者-国家争端解决机制问题，伍穗龙、陈子雷[7]对 ISDS 机制的从 NAFTA 到 MUSCA 的演变过程进行了分析，殷敏[8]对于 ISDS 机制的价值选择和发展趋势提出了自己的看法，廖凡

[1] 郑学党,庄芮.RCEP 的动因、内容、挑战及中国对策[J].东南亚研究,2014(01):33-38.
[2] 王茜,高锦涵.RCEP 争端解决机制构建研究[J].国际展望,2018,10(02):134-152+158.
[3] 袁星.RCEP 争端解决机制及对中国的意义[J].对外经贸,2021(08):51-54.
[4] 孔庆江.RCEP 争端解决机制：为亚洲打造的自贸区争端解决机制[J].当代法学,2021,35(02):34-43.
[5] 张小波,李成.论《美国-墨西哥-加拿大协定》背景、新变化及对中国的影响[J].社会科学,2019(05):27-39.
[6] 廖凡.从《美墨加协定》看美式单边主义及其应对[J].拉丁美洲研究,2019,41(01):43-59+156.
[7] 伍穗龙,陈子雷.从 NAFTA 到 USMCA：投资争端解决机制的变化、成因及启示[J].国际展望,2021,13(03):58-75+154-155.
[8] 殷敏.《美墨加协定》投资者-国家争端解决机制及其启示与应对[J].环球法律评论,2019,41(05):160-174.

对于代表如今 ISDS 最新改革成果这一机制用尽当地救济的原则进行了分析。USMCA 作为一部最新的区域贸易协定，在许多方面处于较为先进的水平，仍有较多的研究空间。

在经济全球化、经济区域一体化的趋势下，区域自由贸易协定（RCEP）的签订和生效，进入应用实践阶段。这是亚太地区各个国家继续扩大和深入经济一体化的重要一步。其制定的争端解决机制从如 DSU 等争端解决机制发展而来，随着国际经济合作的新需要而作出调整。本文立足比较视角，分析其与美墨加协定（USMCA）争端解决机制的异同，探索和研究 RCEP 的优缺点，提出其进一步完善的方向和措施，促进其制度构建的进一步优化，使其更具有可操作性。这有助于解决协定缔约方之间的冲突，维护区域贸易协定的相对稳定，促进区域间经济的发展，推动贸易自由化不断扩大和深入。

二、 RCEP与USMCA争端解决机制概述

（一）RCEP 产生和发展

《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）是由东盟十国于 2012 年发起并主导，包括中国、日本、韩国、澳大利亚和新西兰共计十五国在内的现代、全面、高质量和互惠的经济伙伴关系协定[9]。该协定自 2012 年起开始提上议程，到 2020 年 11 月 15 日正式签署，其中的谈判过程漫长而曲折，印度在谈判中途的退出更曾让协定的最终诞生产生不确定性。2022 年 1 月 1 日，随着 10 国正式提交核准书，RCEP 正式生效，全球最大的自贸区诞生。目前已有 15 个国家正式宣布 RCEP 生效，地区国家通过实际行动维护多边贸易体制，建设开放型世界经济迈出了重要一步，区域乃至全球经济将得到极大的增长。

RCEP 作为当今全球最大的自贸协定，缔约方结构极为多元，既有经济发展极高的新加坡、韩国，也有经济发展落后的缅甸、柬埔寨；既有经济总量庞大的中国、日本，也有经济总量较小的老挝。各国现实情况的巨大差异导致需要照顾各方利益关切的协定文本谈判的艰难。同时因其涵盖人口超过 35 亿，国内生产总值占全球 32.2%，外贸总额占全球 29.1%，发展中国家众多，各国经济联系紧密，发展潜力巨大。

RCEP 自贸协定由序言、20 个章节以及 4 个市场准入承诺表附件组成，不仅包含货物贸易，而且包含服务贸易、投资等市场准入、经济技术合作、知识产权、电子商务、竞争政策、政府采购等领域，包含了许多高水平的现代化议题。4 个市场准入承诺表附件包含关税承诺表、服务具体承诺表、投资保留、不符措施承诺表以及自然人临时流动具体承诺表，其全面性可见于此[10]。

（二）RCEP 争端解决机制及其特点

RCEP 争端解决章节第十九章开始于 2013 年 9 月的第二轮谈判，2017 年 2 月的第 17 轮谈判进入实质性阶段，直至 2019 年年底最终结束，经历了一段漫长的过程。RCEP 争端解决机制来源于东盟争端解决机制和“东盟+”自贸协定争端解决机制[11]，鉴于各国的经济程度的不同采取了混合解决模式，既有专家组程序，也有磋商、斡旋、调解等政治手段解决争端的方式。

21 个条文中首先对该章中的各类名词做了解释，其次对章节的目标、适用范围以及解决争端的三类具体方式进行阐述，并且对有关专家组报告执行的相关措施规定进行说明，最后针对最不发达国家缔约方的特殊和差别待遇、费用、联络点和语言的适用作了规定[12]。

---

[9] 肖琬君,冼国明.RCEP 发展历程：各方利益博弈与中国的战略选择[J].国际经济合作,2020,No.404(02):12-25.

[10] 区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）正式生效[J].中国会展(中国会议),2022,No.506(02):16.

[11] 孔庆江.RCEP 争端解决机制：为亚洲打造的自贸区争端解决机制[J].当代法学,2021,35(02):34-43.

[12] 范巾妹.《区域全面经济伙伴关系协定》争端解决机制探究[J].对外经贸,2022,No.342(12):16-19.

RCEP 协定如今尚未制定投资者和国家争端解决机制（ISDS），投资章第十八条规定“缔约方在不迟于本协定生效之日后的两年进行讨论，……讨论开始后三年内结束”。

由此可见，RCEP 协定已是一个条款标准水平较高的协定，针对不发达国家缔约方的特殊和差别待遇条款更加体现其包容性和发展性[13]。对于已设置的供缔约方自由选择场所的条款和尚未制定但积极推动各方在未来进行谈判的条款更是体现了 RCEP 协定的自治性和灵活性。

（三）USMCA 产生和发展

《美墨加协定》（USMCA）的前身为 1994 年美国、加拿大和墨西哥三国达成的《北美自由贸易协定》（NAFTA）。NAFTA 作为当时先进的区域贸易协定为三国互补的经济增添了新的动力。然而在美国总统特朗普上台后奉行“美国优先”政策，要求与加、墨两国重谈三国协定。2018 年 USMCA 签署，但后续因美国国内政治力量的阻挠三国重新进行谈判，并于 2019 年 12 月 10 日签署谈判后的新版本，2020 年 7 月 1 日正式生效。虽然 USMCA 被称为“新版 NAFTA”，但其协定的绝大部分文本与《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）一致，体现了美国对新国际贸易规则的高标准要求，也体现了美国优先、保护主义和单边主义的倾向[14]。 同时由于其没有把区域经济一体化列为 USMCA 的目标，相比 NAFTA 而言壁垒更多，某种角度上其不应当被看作是区域自贸协定，而应当在国际法地位上弱化为国家间协定[15]。

USMCA 共有 34 个章节，其中 25 个章节在 NAFTA 中均能找到，劳工和环境两个章节 NAFTA 也有相应的补充协议，但包括对墨西哥碳氢化合物所有权的承认、数字贸易、中小企业、竞争力、反腐败等的另外 7 个章节属新兴领域，体现其高标准和全面性。

（四）USMCA 争端解决机制及其特点

在争端解决机制方面，与 NAFTA 只用第二十章一章来确定机构安排和争端解决程序不同，USMCA 采用与 TPP 一致的结构，分设第三十章和第三十一章两章来规定管理和机制条款以及争端解决条款。但在争端解决机制的具体规则上，USMCA 和 NAFTA 基本一致，吸收了 TPP 的部分内容。第三十一章首先对一般规定进行阐述，涉及合作、适用范围、法庭选择、磋商、委员会、斡旋和调解，专家组程序等条款，其次对司法或行政程序事宜的移交、私权、替代性争端解决等条款进行了规定。

另外，USMCA 分别在劳工章节和环境章节对相应的议题制定了合作和争端解决条款，促使相关问题得到针对性地解决。在投资章节的三个附件之中，USMCA 的投资者和国家争端解决机制得以保留，却出现了“三国四制”的现象，值得进行具体探讨。毫无疑问，USMCA 的协定以其高标准的内容凸显了自贸协定未来的发展趋势，展现出自身的先进性。

三、 RECP争端解决机制与USMCA争端解决机制比较

（一）两协定争端解决机制比较的必要性和合理性

RCEP 争端解决机制诞生时间较晚，作为标准水平较高的协定其吸收众多以往争端解决机制的经验，注重灵活性和效率性。其以经实践检验证明最有实效的混合争端解决模式为主体，同时具有创新性，兼顾最不发达国家缔约方的利益而加入了特殊和差别待遇条款，且重视磋商解决问题。然而因其诞生时间较短，尚未有具体应用该争端解决机制的具体案例，对于高标准的适度性和发展的渐进性的强调使得部分条款存在缺失和不足，如投资者和国家争端解决条款尚未进行制定、环境与劳工等新兴议题的争端解决条款尚未涉及等，未来势必会

[13] 娄卫阳.RCEP 争端解决机制中特殊与差别待遇条款：意义、挑战与路径[J].太平洋学报,2021,29(11):26-39.

[14] 白洁,苏庆义.《美墨加协定》：特征、影响及中国应对[J].国际经济评论,2020(06):123-138+7.

[15] 欧阳俊,邱琼.《美墨加协定》的目标、原则和治理机制分析[J].拉丁美洲研究,2019,41(01):23-42+155-156.

对这一如今世界最大的自贸区区域内缔约方的贸易争端解决问题产生重大影响。因此需要从其他高水平的先进贸易协定的争端解决条款中汲取有益经验进行完善，循序渐进、逐步推进[16]，提高其全面性和先进性。

基于 RCEP 争端解决机制需要完善的需求以及将其与其他高水平的先进贸易协定的争端解决条款比较来进行完善的必要性，USMCA 作为与其横向对比的对象将成为一个较好的选择。USMCA 不仅是 NAFTA 的升级版，其条款更是主要来源于 TPP，整体而言在规则的保护程度和保护标准上展现出高标准和高水平，对众多议题的争端解决机制均有涉及，且为平衡各方利益产生了按原条款解决争端、可直接仲裁、穷尽当地救济再仲裁、不得仲裁等的“三国四制”，是目前国际投资规则领域最全面最细致的协定[17]。其全面性、高标准，以及创新性，对 RCEP 争端解决机制都具有重要的启示意义，无疑是比较借鉴、汲取其有益经验的良好对象。

（二）两协定争端解决机制的模式选择

争端解决机制狭义上是指根据其与贸易协定中对缔约方之间贸易争端解决规则和程序的具体法律规定[18]。通常争端结局机制被分为政治解决模式、司法解决模式和混合解决模式等三种模式。政治解决模式是最传统的区域贸易协定缔约方之间解决争端的模式，采取的方法为传统的政治、外交等途径；司法解决模式借助法律解决争端，往往会在区域贸易协定框架下建立专门的司法机构；混合解决模式即前两种方法的混合，兼用磋商、斡旋和专家组、仲裁，具有准司法性质。

区域贸易协定中争端解决模式的选择往往受到成员的数量、成员希望达成的一体化程度、成员的相对经济实力、愿意提交争端解决的事项、其中一国的经济对其他贸易伙伴的依赖程度、成员间的政治关系等因素的影响[19]。混合模式同时符合 RCEP 以及 USMCA 两协定的缔约方间经济发展水平差距较大、政治环境多元的现实情况，既不同于政治解决模式会导致实力较强的国家在谈判协商中处于强势地位使弱势国家的利益受损，也不同于如欧盟法院这类司法争端解决机制虽然作出的判决具有法律约束力和执行力但成本较高且往往会对缔约方的主权造成约束和损害[20]，因此同时得到两个协定缔约方的选择。RCEP 和 USMCA 既允许各方在发生争端时进行磋商、斡旋和调解，也提供各方将争端提交专家组程序进行解决，手段灵活且全面，有利于维护协定各缔约方经贸关系的稳定，保障各方的合法权益。当然两者在具体框架的设计上仍然存在着不同，值得进行比较分析，从中发现现今区域贸易协定争端解决机制的发展趋势。

（三）争端解决机制主要内容比较

1、 目标和范围

RCEP 争端解决机制的目标为“希望建立有效、高效和透明的争端解决机制[21]”，适用范围包括就本协定的解释和适用的相关争端，但不适用反倾销和反补贴事项[22]、投资便利化引起的争端[23]、由一透明度清单产生的任何争端或与解释有关的事项[24]、就补贴提出的任何请

---

[16] 孔庆江.RCEP 争端解决机制：为亚洲打造的自贸区争端解决机制[J].当代法学,2021,35(02):34-43.

[17] 杨洁.《美墨加协定》投资争端解决机制核心条款研究[D].西南政法大学,2019.

[18] 余振.《美墨加协定》研究：基于文本比较的视角[J].北京:社会科学文献出版社,2022.

[19] 余振.《美墨加协定》研究：基于文本比较的视角[J].北京:社会科学文献出版社,2022.

[20] 钟立国.论区域贸易协定争端解决机制的模式及其选择[J].法学评论,2012(3):57-64.

[21] 孔庆江.RCEP 争端解决机制：为亚洲打造的自贸区争端解决机制[J].当代法学,2021,35(02):34-43.

[22] RCEP 第七章第 16 条。

[23] RCEP 第十章第 17 条第 5 款。

[24] RCEP 第八章第 10 条第 5 款.

求或进行的磋商、根据补贴产生的任何争端[25]、由电子商务、竞争、中小企业、经济技术合作和政府采购引起的争端[26]；适用的范围还包括缔约方认为另一缔约方未履行义务或措施与义务不相符的情况。另外争端解决机制也仅限于缔约国层面，尚未涉及投资者和国家争端解决。USMCA 争端解决条款的相关规定与 RCEP 相近。

2、 法庭选择

RCEP 和 USMCA 都允许缔约方在产生争端时自主选择争端解决的场所，但一经选择不可改变，强调争端解决场所选择的排他性。RCEP 中规定“当争端各方均为缔约方的另一国际贸易或投资协定项下实质相等的权利和义务时，起诉方可以选择解决争端的场所，并且应当在使用该场所的同时排除其他场所[27]”，USMCA 则规定“若双方同时参加了另一国际贸易协定，则提出申诉的一方可以选择解决争端的法庭，一经选定则无法更改[28]”。

3、 磋商

磋商以及斡旋、调解或调停是现如今许多选择混合争端解决模式的区域贸易协定乃至 WTO 争端解决机制的必要组成部分，当争端解决发生时双方可以选择先进行双边谈判，而不是一味提交专家组进行审议。RCEP 和 USMCA 都十分重视磋商的作用，对于磋商的重要节点的时间期限规定类似，允许第三方的加入。值得注意的是，USMCA 特别强调当磋商线下开展时地点为提出方的首都，而 RCEP 没有类似规定。

RCEP 中规定磋商不是提请设立专家组的必要条件。磋商包括一方提出请求并说明原因，原因中应当包括涉争的措施以及投诉的事实和法律依据[29]，另一方在接到磋商请求后应当在 7 日内作出回应，若同意磋商双方应当在接到请求后 30 日内进行磋商，紧急情况下可在 15 日内进行磋商[30]，磋商双方应当履行如诚信原则、尽最大努力促成合意、充分交换信息和保密原则等义务。与争端相关的第三方也有加入磋商的权利[31]。

USMCA 中规定磋商是当双方在一些问题上产生分歧时可选择的手段，包括一方以书面形式说明要求磋商理由和法律依据，在提出请求之日起 30 日内（与易腐品有关的为 15 日内）应当进行磋商，为促进磋商的达成，双方都应当履行充分交换信息、保密原则等义务。磋商可当面进行，进行地点为提出方的首都，也可通过双方可利用的技术手段进行。与磋商有关的第三方也可应通知参加磋商[32]。

4、 斡旋、调解或调停

RCEP 允许争端双方在任何时间、任何阶段采用斡旋、调节或和解等争端解决的替代方法解决争端，可以随时开始，也可以随时终止 。

USMCA 规定如果磋商未在期限内将问题解决，则磋商方可以通过书面形式请求委员会召集会议。请求书中列明申诉事实和法律依据。委员会应当在收到请求的 10 日内诉诸斡旋、调解、调停或其他争端解决途径，解决途径在期间内可随时中止或更改，程序应当全程保密 。

5、 专家组程序

两协定对于专家组职能的规定近似，RCEP 强调专家组应当“对其审议的事项作出客观评估”，具体包括案件事实、争端双方引用的本协议条款的适用性、有关措施是否不符项下

---

[25] RCEP 第八章第 22 条第 3 款。

[26] RCEP 第十二章第 17 条、第十三章第 9 条、第十四章第 5 条、第十五章第 7 条、第十六章第 8 条。

[27] RCEP 第十九章第 5 条。

[28] USMCA 第三十一章第 3 条。

[29] RCEP 第十九章第 6 条第 2 款。

[30] RCEP 第十九章第 6 条第 6 款。

[31] RCEP 第十九章第 6 条第 9 款。

[32] USMCA 第三十一章第 4 条。

的义务、被诉方是否未能履行其项下的义务[33]。而USMCA要求专家组对争端进行客观评估，提交的报告内容应包括事实调查结果、有关措施是否与本协定中的义务不一致、一方能否履行本协定中规定的义务、解决争端的建议、调查结果和裁定理由等。另外专家组的调查结果、裁定和建议不得增加或减少各缔约方在本协定下的权利和义务[34]。

RCEP 专家组在被诉方拒绝磋商或磋商的规定期限内未能解决争端，起诉方即可请求成立，被诉方应当立即通知以确认收到请求[35]。USMCA 专家组可当磋商未在期限内将问题解决时，由磋商提起方以书面形式请求另一方成立，委员会应当设立，或在有相同事项已设立专家组的情况下设立一个专门小组对这些申诉进行审查[36]。

RCEP 和 USMCA 对专家组组成的规定有较大的差异，前者的专家组成员仅三人，后者的专家组成员人数则达到五人；前者的专家组任命时间周期短于后者，且任命的规则也较后者简化许多。

RCEP 规定专家组的组成应由双方在收到通知之日起 10 日内达成共识。专家组应包括三名成员，起诉方应当在被诉方收到通知之日起 10 日内任命一名，被诉方应当在收到通知之日起 20 日内任命一名，并由双方对最后一名专家组成员的任命达成共识，随后专家组即告成立[37]。

USMCA 规定该协议在设立时应当设立一专家审议小组成员名册供缔约方任命[38]。当争议方涉及两方时，专家组由 5 人组成，主席由双方在 15 天内合意选出或双方抽签产生一方在 5 天内进行挑选，选出主席的 15 日内双方分别选出两名专家组成员；当争议方涉及三方及以上时，专家组由 5 人组成，主席由各方在 15 天内合意选出或双方抽签产生一方或多方在 10 天内进行挑选，选出主席的 15 日内双方分别选出两名专家组成员[39]。专家组成员可以在当事方均同意的情况下被撤销，撤销后至替换上新成员期间适用该专家组程序的时限应当暂停[40]。

RCEP 的专家组运行程序只要不与协议规定冲突则可以进行调整，具有极高的灵活性[41]；专家组应当在组建后的 15 日内确定工作时间表，组建后至出具中期报告的期限不得超过 150 日（特殊情况需要尽可能提前至 90 日内发布或延迟至 180 日发布），出具最终报告的期限不得超过 7 个月，具有较高的效率性；专家组可在中途应争端方要求中止程序，但不得超过 12 个月；专家组应当达成一致决定，最后若意见不一可据多数意见作出决定，并表明不同意见[42]。

USMCA 的专家组需要在最后一名专家确定后的 150 日内（紧急情况下为 120 日或延迟至 180 日）向争议缔约方提交初次报告，并在双方无另外约定的情况下不迟于初次报告发布的 30 天内提交最终报告[43]。专家组可在申诉方的要求下随之暂停工作，但不得超过 12 个月，

---

[33] RCEP 第十九章第 12 条第 1 款。

[34] USMCA 第三十一章第 13 条。

[35] RCEP 第十九章第 8 条。

[36] USMCA 第三十一章第 6 条。

[37] RCEP 第十九章第 11 条。

[38] USMCA 第三十一章第 8 条。

[39] USMCA 第三十一章第 9 条。

[40] USMCA 第三十一章第 10 条。

[41] 王茜,高锦涵.RCEP 争端解决机制构建研究[J].国际展望,2018,10(02):134-152+158.

[42] RCEP 第十九章第 13 条。

[43] USMCA 第三十一章第 17 条。

超过 12 个月专家组应终止程序[44]。专家组应当协商一致作出决定，若最后意见不一可由多数意见作出决定，同时阐明不同意见[45]。由此可见两者对专家组运行程序的规定高度类似，出具报告的时间显著短于 WTO 争端解决机制，体现了如今区域贸易协定争端解决机制对于解决争端的效率的追求。

无论是 RCEP 还是 USMCA，专家组提交的最终报告对于争端的各方都具有约束力，且一裁终局，未设置类似 WTO 争端解决机制上诉机制的机构。RECP 规定专家组的裁定或决定是终局性的，并对争端当事方均有约束力，若当事方对专家组最终报告的执行措施不服，应当重新召集执行审查专家组来解决争端[46]。USMCA 要求争议各方在收到专家组的最终报告后 45 天内，应当就争端解决方案达成一致，采取的措施可以包括消除不合格、无效或有损害的措施，应诉方应当提供对方接受的赔偿或其他可能的措施[47]。

6、 补偿和报复措施

RCEP 第十九章明确指出若被诉方未在规定期限内执行最终报告，双方在协商 30 日内未能就补偿问题达成一致的，起诉方可采取临时的补偿措施，包括中止适用针对被诉方的减让义务等[48]。

7、 争端解决机制章节特色条款

RCEP 是世界上第一个在争端解决机制中规定特殊和差别待遇的区域贸易协定[49]，这取决于 RCEP 缔约方之间的巨大差异。因此当由最不发达缔约方造成了他国的利益减损或丧失，起诉方应当对补偿和中止减让或其他义务涵盖的事项保持适当克制[50]。特殊和差别待遇条款的规定有利于维护最不发达成员方的切身利益，促进自贸区成员之间的团结和稳定，更是对以 WTO 争端解决机制特殊和差别待遇条款为代表的原有规则改革的积极尝试。

USMCA 对于私权作出如下规定：任何一缔约方不得以另一缔约方的措施不符合本协定为由根据其法律规定对另一缔约方提起诉讼[51]。同时其要求各缔约方应尽可能通过教育、仲裁调解等方式鼓励、便利和促进自由贸易区私人之间的国际商事争端的预防和解决。委员会应当设立私人商事争端咨询委员会用以自贸区私人争端的预防和解决[52]。

（四）USMCA 投资者和国家争端解决机制

1、 投资者和国家争端解决机制概述

投资者和国家争端解决（ISDS）机制是一种国际公法性质的，在解释和适用条约的基础上确定国家责任的一种救济方式，通过赋予投资者诉讼东道国的权利来强化投资者在国际投资争端解决的主动权，用于保护投资者利益和维护东道国监管权，维护和促进国际投资[53]。从贸易投资条约来看，其往往作为核心内容，是必不可少的组成部分。从争端解决机制来看，其作为主要争端解决途径，与国家和国家投资争端机制共同构成了国际投资争端解决体系。

ISDS 机制的设立是国际投资争端解决方式从“炮舰外交”到政治干预再到法律解决的

---

[44] USMCA 第三十一章第 16 条。

[45] USMCA 第三十一章第 13 条。

[46] RCEP 第十九章第 15 条。

[47] USMCA 第三十一章第 18 条。

[48] RCEP 第十九章第 17 条。

[49] 娄卫阳.RCEP 争端解决机制中特殊与差别待遇条款：意义、挑战与路径[J].太平洋学报,2021,29(11):26-39.

[50] RCEP 第十九章第 18 条。

[51] USMCA 第三十一章第 21 条。

[52] USMCA 第三十一章第 22 条。

[53] 谈谭,裴雷.中外双边投资协定中投资者东道国争端解决机制分析[J].武大国际法评论,2022,6(05):139-157.

产物。其最初的目的是为了维护发达国家向发展中国家投资时的利益。当出现纠纷时，投资者有权利将东道国诉诸国际仲裁庭，排除当地救济存在的地方保护主义、效率低下、司法腐败等缺陷，也可以避免投资争端升级为国家间政治矛盾[54]，但这往往使得东道国处于被动地位，这导致了当时南美国家卡尔沃主义的兴起。这样的投资争端解决体系在过去 30 年里为投资者和东道国之间投资纠纷的解决作出了重要贡献，仍为各国所普遍接受，是解决国际投资争端的主要方式。

在近几十年里，越来越多的发展中国家投资者开始成为投资仲裁的原告，且 ISDS 机制下的案件增加导致其机制的缺陷如挑战国家主权、仲裁自由裁量权过大导致仲裁公正性和一致性受损、仲裁成本高时间长、缺乏透明度等问题不断暴露，另外各国在国际投资活动中的需求差异巨大，越来越多的国家开始质疑 ICSID 作出的仲裁裁决的“合法性”，质疑 ISDS 机制的“正当性”。就 ISDS 的改革路径而言，国际投资法知名学者安西亚·罗伯特（Anthea Robert）教授将其分为三派:以美国为代表、以美墨加协定为改革成果的渐进式改良派，以欧盟为代表主张建立投资法庭和上诉机制的激进式改革派以及以拉丁美洲国家为代表、表现为卡尔沃主义回归和否定 ICSID 的颠覆式革新派[55]。现如今的 ISDS 改革难以推进，学界观点分歧较大一致难以弥合，可能存在朝着多元共存的方向进一步发展的趋势[56]。

2、 USMCA 中的投资者和国家争端解决机制

作为现今投资者和国家争端解决机制改革成果之一的 USMCA 协定沿袭自 TPP 协定。在 USMCA 第十四章坚持对其进行保留但根据实际情况作出调整，对投资者与东道国的权益进行再平衡，形成了独特的“三国四制”，表明了美国对 ISDS 机制所持的渐进改良的主张。

作为 NAFTA 和 USMCA 的过渡期，协议的附件 14-C 规定在 USMCA 生效前作出的投资而产生且已经进入 NAFTA 仲裁程序的争端、涉及 NAFTA 有效期内且在 USMCA 生效时仍存在的预留投资产生的争端可以通过 NAFTA 仲裁进行解决[57]。

美国和墨西哥及其投资者间对于天然气与石油、电力、电信服务、交通服务及基础设施等特定部门的政府合同产生的所有投资争端，投资者可以就缔约国违反相关义务为由在争端产生 6 个月后直接提起仲裁，不必诉诸国内救济，也不必受到时间和程序限制[58]。

美国和墨西哥及其投资者间涉及非特定经济部门产生的投资争端可以提起仲裁，但是依据附件 14-D 的规定，投资者在提起仲裁前必须先向具有管辖权的东道国法院或行政法庭对东道国提起诉讼，即“穷尽当地救济”的原则；且投资者若要继续提起仲裁，必须在国内诉讼终审程序结束之后或诉讼提起 30 个月之后进行[59]。该规定一改 NAFTA 时期的宽松规定，对提交仲裁的争端范围、程序、时间都作出了严格的要求，其标准之高当今大部分的国际投资协定条款都难以企及，对投资者设置的如此高的仲裁提起门槛将导致投资者不得不慎重考虑对东道国提起仲裁。“穷尽当地救济”的原则经典地展现了如今国际经济治理中出现的“回归国家”或“去国际化”的倾向[60]。

USMCA 项下所有与加拿大有关的投资争端除附件 14-C 中涉及 NAFTA 项下投资仲裁

---

[54] 陈江滢,葛顺奇.投资者—国家争端解决机制的改革与中国对策[J].国际贸易,2021(01):47-56+82

[55] Anthea Roberts, Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration, 112(3) The American Journal of International Law 410 (2018).

[56] 顾天杰.国际投资争端解决机制改革：守正、创新与多元生态[J].商事仲裁与调解,2021,(06):105-122.

[57] USMCA 附件 14-C 第 6 条。

[58] USMCA 附件 14-E。

[59] USMCA 附件 14-D 第 5 条。

[60] See generally Jose E. Alvarez, The Return of State, 20 (2) MINNESOTA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 223 (2015); Matthew C. Porterfield, Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time Has Come? 41 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2015).

争端解决机制的两种情况外，不允许根据 USMCA 提起仲裁[61]，只能通过国内法院、国家间仲裁或加拿大与另一国家同时缔约的某一投资协定的方法解决争端。因此基于此规定，加拿大与美国及其投资者之间产生的争端不可提起仲裁，加拿大与墨西哥及其投资者之间仍可以通过两国均缔约的 CPTPP 项下的投资仲裁解决争端。

加拿大放弃国际仲裁的举动一般被理解为其在 NAFTA 投资仲裁中频繁被诉的反应[62]。不仅如此，加拿大更是积极支持投资法庭及其上诉制度，2014 年加拿大与欧盟签署的《加拿大与欧洲联盟综合经济与贸易协定》（CETA）便是佐证，加拿大和欧盟甚至将推动常设性多边投资法院的设立[63]。加拿大积极寻求一个新的国际司法化的投资争端解决机制的态度表现了其对国际投资争端解决中心（ICSID）为主要专门机构的 ISDS 机制所作仲裁公正性的质疑，其对建立投资法庭和上诉机制的支持展现了与美国主导制定的 USMCA 强调回归东道国但坚持保留投资仲裁机制的渐进式改良主义完全不同的 ISDS 机制的改革道路。

（五）USMCA 劳工、环境争端解决机制

作为高水平的区域贸易协定，USMCA 在诸多协定新议题上设置了专门的合作和争端解决条款。如劳工章节和环境章节，值得研究其框架设计用于促进 RCEP 协定文本的完善。

作为高水平的区域贸易协定，USMCA 在诸多协定新议题上设置了专门的合作和争端解决条款。首先协定第 23 条规定缔约方以及雇主和劳工代表等利益相关方应当就国际劳工组织第 182 号公约所列的 20 个劳工问题展开合作，共同维护劳工权利[64]。缔约方应当积极展开对话，通过设立劳工委员会召开会议审议本章范围内的事项。其次，建立一个包括一般磋商、高级代表磋商、部长级磋商和争端解决等多层面的争端解决机制。磋商和委员会调解仍不能解决问题则可通过成立专家组的方式进行解决[65]。

USMCA 的环境章节与劳工章节的多层次争端解决机制与环境章节类似，沿用了 TPP 的相关条款。在一般磋商环节，一方通知另一方进行磋商时被通知方需在 30 天内进行答复，若磋商未能达成共识，则可要求环境委员会代表召开会议进行审议，若高级代表磋商无效，则可发起部长级磋商[66]。除磋商外，通过环境委员会进行斡旋、协调和调解乃至设立专家组审议都是解决争端的方法[67]。

四、 RECP争端解决机制不足和改进建议

（一） 国家与国家争端解决机制的委员会设置

USMCA 文本继承自 NAFTA 和 TPP 协定的相关内容，不仅对其他议题设置了专门委员会，而且对争端解决机制同样设置了专门委员会确保其能够有效运行。而 RCEP 争端解决机制缺乏相对应的专门委员会，可能会导致争端解决机制的效率无法得到保证。专门委员会的建立将促使该机制得到常态化的管理，对机制的各方面进行协调，提高 RCEP 争端解决机制的权威性和公信力[68]。因此 RCEP 争端解决机制条款可以参考 USMCA 的专门委员会的设置

---

[61] USMCA 第 14 章。

[62] 池漫郊.《美墨加协定》投资争端解决之“三国四制”：表象、成因及启示[J].经贸法律评论,2019,No.5(04):14-26.

[63] See European Commission, Trade for All: Towards a More Responsible Trade and Investment Policy, pp.21-22, http://trade.ec. europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf (last visited Jun.3, 2019).

[64] USMCA 第二十三条章第 12 条。

[65] USMCA 第二十三条章第 17 条。

[66] USMCA 第二十三条章第 29、30、31 条。

[67] USMCA 第二十三章第 32 条。

[68] 丁可. RCEP 争端解决机制研究[D].北京外国语大学,2022.

对其进行组建，进一步提升其高效的特点。

（二） 国家与国家争端解决机制的专家组相关规定

对于我国在专家组的组成人员方面，RCEP 与 USMCA 之间有很大差异。RCEP 的专家组组成人数和 WTO 争端解决机制专家组的组成人数一致，由一个专家组主席和双方各自选出的一名专家组成员共三人组成。而 USMCA 的专家组由一个专家组主席和双方各自选出的两名专家组成员共五人组成。并且当争端的当事方不止一方时，专家组主席选任的时间也有不同，包括五日和十日两个期限。

不同于 WTO 争端解决机制既有专家组程序又包含上诉机构审议程序，允许上诉机构对专家组作出的裁决进行纠正，一裁终局的专家组程序在实行专家组意见多数决时，三名成员作出多数决定显然有较高的可能性存在不公正或不合理的情况。那么为了兼顾一裁终局具有的效率高和专家组决定的公正和权威，将专家组的组成人数提升至五人将是一个较好的选择。若专家组由五人组成，则在专家组成员遴选时将更好地平衡争端各方的利益诉求，专家组做出多数决时将更加有说服力。对专家组的组成人数进行调整，对组成规则进行更加细致的确定，有助于专家组的裁决和决定在最大程度上保证其公正性和合理性，为 RCEP 各缔约方认可和接受。

USMCA 及 RCEP 中对于各方遴选专家组成员的时间限制不同，USMCA 中规定的时间长于 RCEP，且更为复杂。虽然这应当是对五人专家组产生的合理设置，但鉴于效率性的考虑，RCEP 中若增加专家组人数至五人，各方遴选专家组成员的时间限制并不建议完全照搬 USMCA 的规定，可根据实际情况作出合理的调整。

（三） 劳工、环境等新议题争端解决机制的设置

RCEP 在协定文本谈判期间未将部分国际经贸规则新议题列入其中，包括劳工、环境等议题均未专门设置章节。USMCA 则因其全方位、多元化和高标准的定位，设置了劳工和环境章节并设置了专门的合作机制和包含一般磋商、高级代表磋商、部长级磋商和争端解决等多层面的专门争端解决机制，促使相关问题得以在缔约方间得到妥善的解决。RCEP 的协定文本更新可以就此部分议题的讨论参考 USMCA 的具体规定。

（四） 投资者与国家争端解决机制的设置

投资者与国家争端解决机制毫无疑问是如今区域贸易协定必不可少的一部分，暂时地缺少这一机制将到导致协定生效后的一段时间里投资者只能寻求本国政府与东道国进行协商寻求争端的解决。RCEP 的缔约方也十分明确这一点，协定投资章第十八条规定缔约方本协定生效之日后两年内开启讨论，讨论开始后三年内结束。因此对于 ISDS 机制如何构建将成为 RCEP 缔约方后续谈判的重要话题。

USMCA 虽然存在明显的强化区域价值链、美国优先和单边主义倾向，但继承自 NAFTA 以及 CPTPP 的前身 TPP，其将国际经贸规则的水平进一步提高，一定程度上代表了未来国际经贸规则议题谈判以及文本制定的发展方向。USMCA 的投资者与国家争端解决机制产生于国际社会对于国际投资争端解决机制的主流 ISDS 机制的质疑，是该领域在美国主导下的改革成果之一。其“用尽当地救济”的原则让争端解决回归国内法律，是对传统 ISDS 机制下投资者对东道国滥诉的回应；依然在美国和墨西哥之间保留 ISDS 机制避免了投资争端解决机制的激进变革；对 NAFTA 项下的争端继续沿用其投资争端解决机制的相关制度安排为其他区域贸易协定更新变革时如何处理原有的争端案件提供了参考的范本。此外，USMCA 的谈判过程也值得注意，其提出始于美国的要求，在即将签署时美国国内又要求对部分条款进行重新谈判。墨西哥和加拿大并非对协定完全满意，这点在加拿大最终没有与其他两国在投资者与国家争端解决机制的问题上达成完全一致可以看出。USMCA 正是美国这一世界头号贸易大国全球治理理念和贸易政策意图的重要载体，对其进行深入研究并将其优点利用于

与中国相关的区域贸易协定文本的谈判中具有重要意义[69]。

具体来说，RCEP 协定的投资者与国家争端解决机制首先在谈判时需要注意平等协商，充分听取各方意见，尽可能地制定各方均认同的协议文本，争取让每一条款得到缔约方最大化的理解和支持[70]。其次，对于机制的构建，可以先确定一般条款，无法谈拢的条款可以作为附件进行后续补充。再者，应当尽可能给予投资者选择救济方式的自由，允许其自由选择争端解决方式，若其选择 ISDS 机制也应当允许其自由选择仲裁机构和规则。最后，对于投资者对东道国进行滥诉的可能性，可以适当考虑建立与 USMCA 要求用尽当地救济类似的前置程序以减少制度资源的浪费。

（五） 私人商事争端解决的相关规定

私人商事争端解决机制相关条款的设立表现了 USMCA 缔约方对于私人之间的国际商事争端的预防和解决的关注，各缔约方被要求应尽可能鼓励、便利和促进自由贸易区私人之间的国际商事争端的预防和解决。私人商事争端咨询委员会的设立也值得 RCEP 在协定文本更新时进行研究和考虑。

五、 结语

RCEP对中国而言意义重大，在这一世界最大的自由贸易区内，中国与区域内的国家经济联系更加紧密，中国在区域经济内的影响力和贸易规则制定的话语权也得到进一步提升。而构建RCEP区域贸易争端解决机制这一RCEP的重要组成部分既可以避免双边磋商机制双方长时间博弈的问题，更加有效率；也可以避免WTO争端解决机制程序繁复的问题，更加便捷，推动本区域贸易争端尽早化解。并且采用准司法的混合争端解决模式可以减少区域贸易过程中的机会主义行为，提高争端解决透明度、减少不确定性，从而降低区域贸易交易成本，增强国际经贸合作，提高区域贸易的可持续性[71]。RCEP争端解决机制的构建和完善中国在其中有深入全面的参与，采用如今主流的混合争端解决模式，借鉴WTO争端解决机制的专家组机制，并对其进行效率化的改进，更照顾发展中国家的实际情况，融入特殊和差别待遇。符合RCEP各缔约国的实际情况，也符合中国的实际需要。

借鉴USMCA这一当前国际经贸规则改革的成果，吸收其有益经验对RCEP争端解决机制进行进一步的完善，优化专家组的机制，构建投资者与国家争端解决机制，有利于使RCEP协定向全方位、多领域、高标准的目标靠拢，一份高质量的先进协定及其争端解决机制将促使RCEP自由贸易区内的经济交往更加稳定，阻力和障碍更小，更加富有活力，中国也将在这一过程中享受到RCEP带来的发展红利。利用好RCEP这一平台及其争端解决机制，能够更好地维护本国投资者的合法权益，乃至提升区域内的经济规则制定的话语权，为未来主导其他贸易协定以及争端解决机制的构建积累经验，在世界浪潮中的机遇和挑战面前找到对策和出路；为中国提倡的亚太自贸区（FTAAP）的构建创造更加有利的条件[72]，在世界经济的繁荣和发展之路上做出更多中国贡献。

Abstract: As a result of the continuous development of regional free trade today, the dispute settlement mechanism of RCEP, the world's largest regional trade agreement,

[69] 白洁,苏庆义.《美墨加协定》：特征、影响及中国应对[J].国际经济评论,2020(06):123-138+7.

[70] 殷敏.《美墨加协定》投资者-国家争端解决机制及其启示与应对[J].环球法律评论,2019,41(05):160-174.

[71] 余振.《美墨加协定》研究：基于文本比较的视角[J].北京:社会科学文献出版社,2022.

[72] 孔庆江.RCEP 争端解决机制：为亚洲打造的自贸区争端解决机制[J].当代法学,2021,35(02):34-43.

is gaining the attention of many scholars because of its strong applicability. The dispute settlement mechanism of RCEP originated from WTO and CAFTA, and has made its own adjustments according to the actual situation of the parties to the agreement, and has some remarkable features, but currently lacks practical application, and the dispute settlement There are a number of problems with the dispute settlement mechanism, such as the small scope of application and the lack of an investor-state dispute settlement mechanism. Through the introduction of the specific provisions of the dispute settlement mechanism of the RCEP and the dispute settlement mechanism of the USMCA, which is a typical representative of the development trend of international economic and trade rules today, and the comparative analysis of the two, the summary of the shortcomings of the dispute settlement mechanism of the RCEP will help us to clarify the direction of the improvement of the dispute settlement mechanism of the RCEP, so that China can make better use of it and obtain real benefits in the regional trade liberalization. This will enable China to make better use of the RCEP dispute settlement mechanism and obtain tangible benefits in regional trade liberalization.

参考文献

[1]白洁,苏庆义.《美墨加协定》：特征、影响及中国应对[J].国际经济评论,2020(06):123-138+7.

[2]陈江滢,葛顺奇.投资者—国家争端解决机制的改革与中国对策[J].国际贸易,2021(01):47-56+82

[3]池漫郊.《美墨加协定》投资争端解决之“三国四制”：表象、成因及启示[J].经贸法律评论,2019,No.5(04):14-26.

[4]丁可. RCEP争端解决机制研究[D].北京外国语大学,2022.

[5]韩永辉,谭舒婷.改革意愿、议价能力与国际投资争端解决机制改革的路径选择[J].当代亚太,2024,(03):108-134+165-167.

[6]刘子婧.面向争端预防的投资者—国家争端解决机制改革路径及其中国方案[J].经贸法律评论,2024,(03):24-45.

[7]赵玉意,董子晖.RCEP投资争端解决机制的选项及中国的政策选择[J].国际贸易,2022,(08):79-88.DOI:10.14114/j.cnki.itrade.2022.08.009.

[8]范巾妹.《区域全面经济伙伴关系协定》争端解决机制探究[J].对外经贸,2022,No.342(12):16-19.

[9]孔庆江.RCEP争端解决机制：为亚洲打造的自贸区争端解决机制[J].当代法学,2021,35(02):34-43.

[10]廖凡.从《美墨加协定》看美式单边主义及其应对[J].拉丁美洲研究,2019,41(01):43-59+156.

[11]娄卫阳.RCEP争端解决机制中特殊与差别待遇条款：意义、挑战与路径[J].太平洋学报,2021,29(11):26-39.

[12]欧阳俊,邱琼.《美墨加协定》的目标、原则和治理机制分析[J].拉丁美洲研究,2019,41(01):23-42+155-156.

[13]顾天杰.国际投资争端解决机制改革：守正、创新与多元生态[J].商事仲裁与调解,2021,(06):105-122.

[14]谈谭,裴雷.中外双边投资协定中投资者东道国争端解决机制分析[J].武大国际法评论,2022,6(05):139-157.
[15]王茜,高锦涵.RCEP争端解决机制构建研究[J].国际展望,2018,10(02):134-152+158.
[16]伍穗龙,陈子雷.从NAFTA到USMCA：投资争端解决机制的变化、成因及启示[J].国际展望,2021,13(03):58-75+154-155.
[17]肖琬君,冼国明.RCEP发展历程：各方利益博弈与中国的战略选择[J].国际经济合作,2020,No.404(02):12-25.
[18]杨洁.《美墨加协定》投资争端解决机制核心条款研究[D].西南政法大学,2019.
[19]殷敏.《美墨加协定》投资者-国家争端解决机制及其启示与应对[J].环球法律评论,2019,41(05):160-174.
[20]袁星.RCEP争端解决机制及对中国的意义[J].对外经贸,2021(08):51-54.
[21]余振.《美墨加协定》研究：基于文本比较的视角[J].北京:社会科学文献出版社,2022.
[22]钟立国.论区域贸易协定争端解决机制的模式及其选择[J].法学评论,2012(3):57-64.
[23]张小波,李成.论《美国-墨西哥-加拿大协定》背景、新变化及对中国的影响[J].社会科学,2019(05):27-39.
[24]郑学党,庄芮.RCEP的动因、内容、挑战及中国对策[J].东南亚研究,2014(01):33-38.
[25]区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）正式生效[J].中国会展(中国会议),2022,No.506(02):16.
[26] Anthea Roberts, Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration, 112(3) The American Journal of International Law 410 (2018).
[27] See European Commission, Trade for All: Towards a More Responsible Trade and Investment Policy, pp.21-22.
[28] See generally Jose E. Alvarez, The Return of State, 20 (2) MINNESOTA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 223 (2015); Matthew C. Porterfield, Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time Has Come? 41 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2015).

欧盟《新电池法案》碳足迹规则研究现状：一个文献综述

江云枫*

摘要 该文综述了欧盟《新电池法案》及其对我国动力电池出口企业的影响，并探讨了我国的应对策略。首先介绍了欧盟《新电池法案》的背景、目的和主要内容，指出该法案旨在通过全生命周期管理，推动电池产业的可持续发展，并确保欧盟市场竞争力。其次，文章从法学视角探讨了《新电池法案》中的碳足迹规则与国际贸易规则的关系，指出这些规则可能会成为新的非关税贸易壁垒，影响我国电池产品的国际竞争力。再次，还讨论了国内外对《新电池法案》的研究现状，包括对法规内容的解读、对企业的影响评估，以及对国际贸易的影响分析。最后，研究欧盟《新电池法案》的碳足迹规则，不仅有助于理解欧盟的气候和能源政策，为中国企业提供法律参考，还有助于提升中国在全球气候治理中的话语权，并为实现国内“双碳”目标提供支持。

关键词 欧盟《新电池法案》；碳足迹规则；贸易规则；气候治理

一、欧盟《新电池法案》出台的背景

国务院在 2020 年发布的规划中提及，发展新能源汽车是我国从汽车大国迈向汽车强国的必由之路，是应对气候变化，推动绿色发展的战略举措。规划还指出，要推动动力电池全价值链发展，在电池关键资源、工艺水平、回收利用上加强全生命周期的监管[1]。

国际能源署 2024 年发布的《2024 年全球电动汽车概况》指出，电动汽车的销量持续增长，预计 2024 年将达到约 1700 万辆，占全球汽车总销量的五分之一以上。电动汽车在成为更多国家的大众市场产品方面不断取得进展。2024 年第一季度，电动汽车销量比 2023 年第一季度相比增长了约 25%，与 2022 年同期的同比增长相近。据估计，2024 年，中国电动汽车销量将增至 1000 万辆左右，约占中国国内汽车销量的 45%；在美国和欧洲，电动汽车销量占比预计分别为九分之一和四分之一左右[2]。

中国共产党第二十届三中全会报告提及要建立健全绿色低碳发展机制，因地制宜发展新质生产力，扎实推进绿色低碳发展，这表明中国正致力于通过政策引导和技术创新，推动能源结构的优化和产业的绿色转型[3]。在此背景下，欧盟电池法案的出台不仅对欧盟内部的电池产业产生影响，也为中国电池制造商带来了新的挑战和机遇，促使其在生产过程中更加注重能效和环保，以符合国际市场的要求。

自 2006 年以来，欧盟按照《电池和废电池指令》（2006/66/EC）（以下简称“《电池指令》”）[4]在欧盟层面对电池进行监管。由于社会经济条件、技术发展、市场和电池使用的变化，有必要对电池指令进行修订。另外，由于电池需求正在迅速增长，预计到 2030 年将增长 14 倍，这

* 男，广东惠州人，华南理工大学法学院 2023 级国际法学专业硕士研究生，联系电话 18211380313，邮箱 1044461742@qq.com，通讯地址广东省广州市番禺区小谷围街道华南理工大学大学城校区，邮编 510006。

[1] 中华人民共和国工业和信息化部. 新能源汽车产业发展规划（2021-2035 年）, 2020, https://www.gov.cn/zhengce/content/2020-11/02/content_5556716.htm

[2] See IEA (2024), Global EV Outlook 2024, IEA, Paris https://www.iea.org/reports/global-ev-outlook-2024, Licence: CC BY 4.0.

[3] 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》（2024 年 7 月 18 日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过）[N].人民日报,2024-07-22(001).

[4] 指令全称为“DIRECTIVE 2006/66/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 6 September 2006 on batteries and accumulators and waste batteries and accumulators and repealing Directive 91/157/EEC”.

主要是得益于电力运输驱使，使电池市场在全球层面上越来越具有战略意义。全球电池需求的指数级增长将导致原材料需求的同等增长，因此需要将其对环境的影响降至最低[5]。

在欧盟“绿色新政”（European Green Deal）的推动下，2020 年 12 月 10 日，欧盟发布了《电池与废电池法规》（以下简称“《新电池法案》”）提议草案，拟废除欧盟现行的《电池指令》，实施方式由“指令”变为“法规”，以确保投放欧盟市场的电池在整个生命周期中都变得可持续、高性能和安全。

2023 年 6 月 14 日，欧洲议会通过《新电池法案》[6]，并于 8 月 17 日在欧盟正式生效。新的电池法规强调循环和可持续发展，覆盖几乎所有类型电池（军事、航空等除外）[7]，更新了碳足迹规则、供应链调查义务、引入了回收材料使用比例等内容。《新电池法案》推进了欧盟实现建立一个更强大的单一市场的目标，其贯穿电池整个生命周期的碳足迹披露要求、回收效率和回收材料使用等一系列规则将致力于实现欧盟的减排和本土制造目标，满足欧盟电池供应链韧性和竞争的需要。

碳足迹规则要求全产业链的绿色转型。欧盟《新电池法案》要求电动汽车、轻型运输工具和可充电工业电池这三类用量大的电池需披露从上游矿产、材料到电池生产、回收及再利用各环节的碳排放数据，并标识碳足迹等级，在随附技术文档中证明电池生命周期内的碳足迹低于法规设定阈值。相关披露义务最早将从 2025 年 2 月 18 日开始，从电动汽车电池率先执行，2028 年将为电动汽车电池设定碳足迹阈值，超出该阈值的电动汽车电池将不能投入欧盟市场；2026 年可充电工业电池需要提出碳足迹声明，2033 年提出碳足迹阈值；轻型运输工具从 2028 年开始提交碳足迹声明，2031 年引入碳足迹阈值。

披露义务要求	电动汽车电池	可充电工业电池	轻型交通工具电池
第一阶段：随附技术文件中应包含碳足迹声明	法规生效后 18 个月	法规生效后 30 个月	法规生效后 60 个月
第二阶段：加贴表明该电池碳足迹性能等级的标签	法规生效后 36 个月	法规生效后 48 个月	法规生效后 78 个月
第三阶段：满足法规中碳足迹阈值要求	法规生效后 54 个月	法规生效后 66 个月	法规生效后 96 个月

表 1 欧盟《新电池法案》碳足迹披露义务要求

[5] See European Commission-Press release：Green Deal: Sustainable batteries for a circular and climate neutral economy.
[6] 法规全称为“REGULATION (EU) 2023/1542 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 July 2023 concerning batteries and waste batteries, amending Directive 2008/98/EC and Regulation (EU) 2019/1020 and repealing Directive 2006/66/EC”.
[7] 《新电池法案》的适用对象根据电池的设计用途分为五类，包括便携式电池、轻型运输工具电池、SLI 电池（启动、照明和点火电池 starting, lighting and ignition battery）、工业电池和电动汽车电池。

欧盟《新电池法案》提出的分三阶段划定碳足迹阈值的方法，逐步提出促进低碳电动汽车电池生产的要求，如果不满足该要求，将无法有效进入欧盟市场。从声明和标签到最大碳足迹要求，这三个阶段作为执行工具的措施的严格程度逐渐提高。在每个阶段，当相关产品不存在于欧盟内部市场时，该法规将绕过地域体系边界来监管国外产生的碳排放，以排放密集型方式生产电动汽车电池的制造商在出口到欧盟时将会受到处罚，特别是在第三阶段，在此阶段将对碳排放实行数字限制。

欧盟整合不同政策目标来监管电池碳足迹将在制定该法规的具体设计和实施方面发挥重要作用。有人担心政策制定者可能会利用环境问题来追求非环境目标，例如提高自给自足和促进出口。由于追求多重政策目标，欧盟立法者制定的标准可能有意或无意地包含有利于欧盟内部生产商而不是外国同行的歧视性因素，从而损害市场的公平竞争。

《新电池法案》也可能被任意或不合理地设定得过于严格，从而限制外国出口商进入欧盟市场并导致事实上的歧视。尽管欧洲电池制造商积极参与政策制定，但在政策制定和实施过程中，外国利益相关者就市场准入问题进行谈判的机会有限。因此，与欧盟域内生产商相比，外国竞争者的合规成本可能更高。该法规与欧盟在 WTO 制度下的贸易义务的一致性受到质疑。新能源汽车产业是中国实现“双碳”目标的重要路径之一，动力电池低碳化不仅关乎中国实现“双碳”目标战略，也是突破欧盟贸易壁垒的重要手段。

下文将对碳足迹规则、欧盟《新电池法案》、贸易壁垒的研究现状进行梳理及分析，以求达到对欧盟《新电池法案》中碳足迹规则的初步理论和实践认识，并更好地为下一步研究奠定基础。

二、碳足迹规则的研究现状

（一）碳足迹的起源

碳足迹属于生态足迹的一种，起源于加拿大生态学家 Rees（1992）提出的生态足迹理论。生态足迹的思想源自于可持续发展的思想，同时生态足迹也是分析和评估社会经济可持续发展的一种方法。Rees 认为，人类的一切活动和消费对生态环境的影响或环境隐性成本均可以换算成土地占用面积（即生态足迹），而作为人类赖以生存空间的土地面积是既定的，由此来判断可持续发展状况[8]。

（二）碳足迹的内涵

作为生态足迹的一种，碳足迹的实质是在可持续发展思想的影响下,以全球变暖趋势为基础进行的 CO_2 与其他温室气体（如 CH_4、N_2O、CF_4）之间的碳当量转换。但到目前为止，碳足迹的定义缺乏统一的、明确的界定，不同学者、机构和研究文献给出了不同的定义（见表 2）。

从表 2 可知，虽然学者和机构对碳足迹的定义不尽相同，但就全生命周期、全流程和 CO_2 排放量等关键信息基本达成一致，即碳足迹是产品全生命周期或生产活动全流程中所排放的至少包含 CO_2 在内的温室气体的量，并以 CO_2 及其等价物的量予以衡量和比较。相较于碳排放，碳足迹强调全生命周期视角，分析与产品、生产、消费等活动相关的所有直接和间接的碳排放或温室气体排放过程。且碳排放多是从生产者的角度出发，强调生产者的责任；碳足迹则是基于消费者的角度，强调消费者的责任和控碳排放意识。而碳足迹的内涵中尚未达成一致的内容主要集中在碳的范围、来源、边界和单位等四个方面。

[8] See Rees W E.Ecological footprints and appropriated carrying capacity: what urban economics leaves out[J].Environment and Urbanization, 1992, 4(2):121-130.

一是碳的范围。碳足迹是仅关注 CO_2 还是涵盖所有含碳温室气体，还是所有的温室气体（如 CH_4、NOx）。不少定义中，碳足迹仅考虑了 CO_2 的排放量，而没有衡量 CO_2 以外的温室气体对全球气候变化的影响。有研究表明，虽 CH_4、NOx 等温室气体对气候变化有着不可忽略的影响，但除 CO_2 以外的温室气体排放量相对较小。而且适当的简化便于定性和定量分析。也有不少定义，特别是 Carbon Trust（2007）和《PAS2050 规范》（BSI, 2008）对碳足迹的定义涵盖所有的温室气体，且除 CO_2 以外的温室气体折算成 CO_2 当量予以衡量。从碳足迹的起源、生命周期和全球变暖影响因素及双碳目标出发，本文认为碳足迹应该涵盖所有温室气体，在计算时均折换成 CO_2 当量予以度量和比较分析。

二是碳的来源。碳足迹评估的温室气体除化石燃料等能源消耗释放的温室气体外，还应考虑土壤中释放的 CO_2 等其他来源。Global Footprint Network（2007）强调化石燃料等能源消耗释放的温室气体，而 Carbon Trust（2007）和《PAS 2050 规范》（2008）则明确认为碳足迹涵盖所有形式的碳排放。碳足迹是生态足迹的一种，起源于生命周期的理论及相关评价等。基于此，本文认为，碳足迹应该涵盖产品全生命周期或活动过程全流程的、包括所有来源的温室气体排放。

来源	定义
POST（2006）	从生命周期理论出发，碳足迹是某产品或活动全流程范围内排放的包含 CO_2 在内的温室气体总量。在计算时，所有温室气体的量均换算成 CO_2 等价物[9]。
BP（2007）	碳足迹是人类在日常生产、生活过程中排放的 CO_2 总量。
Energetics（2007）	碳足迹是在经济活动中人类所排放的、包括直接和间接排放的 CO_2 总量[10]。
ETAP（2007）	碳足迹用以衡量人类活动对地球环境生态的影响，具体指人类在生活、生产过程中所排放的 CO_2 的量。
Hammond（2007）	与规模不同，更强调碳的重量，即碳足迹是人生产生活中释放的碳重量[11]。
世界资源研究所（WRI）和世界可持续发展工商理事会（WBCSD）（2008）	碳足迹要从三个层面理解。第一层面强调部门自己单独的直接碳排放；第二层面涵盖为第一层供能的能源产业的直接碳排放；第三层面则是全覆盖、涵盖整个供应链的、全生命周期流程（包括直接和间接）的碳排放[12]。
Carbon Trust（2007）	侧重对产品碳足迹的探索，强调产品全生命周期，包括但不限于原材料开发、原料加工、废弃物处理等过程。即碳足迹是产品从无到有再到废物处理等全流程中所排放的温室气体。在计算时，所有温室气体的量均换算成 CO_2 等价物[13]。
Wiedmann and Minx（2007）	从产品的角度，碳足迹是产品或服务在全生命周期过程中所排放的 CO_2 总量。从活动的角度，碳足迹是活动主体（如个人、机构、政府、工业部门等）全过程、全流程中直接和间接排放的 CO_2 总量[14]。
Global Footprint Network（2007）	更强调燃料燃烧所释放的 CO_2。作为生态足迹的一种，碳足迹是生态系统通过光合作用消化化石燃料燃烧释放的 CO_2 的生物承载力需求[15]。
碳足迹组织	强调燃料燃烧所释放的 CO_2。碳足迹是在日常生活（如家电使用、照明取暖、交通运输

[9] See POST.Carbon Footprint of Electricity Generation[R].London:Parliamentary Office of Science and Technology, 2006.
[10] See Energetics.The reality of carbon neutrality[R].London:Energetics, 2007.
[11] See Hammond G.Time to give due weight to the carbon footprint issue[J].Nature, 2007, 445(7125):256.
[12] See World Resources Institute, World Bussiness Council on Sustainable Development.The green house gas protocol[EB/OL].[2024-08-23].http://pdf.wri.org/ghgp_product_life_cycle_standard.pdf.
[13] See Carbon Trust.Carbon Footprint Measurement Methodology[R].London:The Carbon Trust, 2007.
[14] See Wiedmann T, Minx J.A definition of carbon footprint [R].Durham:ISAUK Research&Consulting, 2007.
[15]See GFN.Ecological Footprint Glossary[R].Oakland：Global Footprint Network, 2007.

（2008）	等）中，人类燃烧化石燃料所释放的温室气体数量。碳足迹用 CO_2 的数量衡量，单位是吨或者千克[16]。
《PAS 2050 规范》（英国标准协会，2008）	碳足迹用以描述活动活实体的温室气体排放量。产品碳足迹是从全生命周期理论出发，用以评价产品在从生产再到运输、销售、使用和处置等全过程中，所排放温室气体[17]。
Brownea ，O'Regan and Moles（2009）	从产品消费的角度探讨碳足迹计算。此外，他们还认为，作为碳足迹的一种，碳足迹用吸收对应量温室气体的土地面积（单位：公顷）表示[18]。
国际标准化组织（ISO，2012）	侧重产品碳足迹。即在产品生产消费全流程（原料采购、生产制造、物流运输、销售、使用和废弃处置等环节）中直接和间接排放的温室气体总量[19]。

表 2 碳足迹的部分定义

三是碳的边界。现在基本达成共识的是，基于生命周期理论，碳足迹不仅考虑直接碳排放，还包括间接碳排放。从时间和空间的角度出发，碳足迹涵盖了上游生产过程中的间接排放，但这个间接的边界在哪里尚未有定论。部分机构和学者（WRI, 2004；Larsen H N & Hertwich E G, 2009Matthews H Set al, 2008;Barthelmie R Jet al, 2008） 对碳足迹进行了分层论述、计算和分析，以确保计算全生命周期、全范围覆盖的同时，避免重复计算。具体地，第一层为直接排放，第二层是能源消费导致的间接排放，第三层则是所有的间接排放。本文认为，根据生命周期和生态足迹的内涵，碳足迹应包含所有的直接和间接碳排放，但在实际计算和评估中，为了兼顾可行性和效率，可以根据研究目的选择具体计算范围。

四是碳的单位。碳足迹的概念起源于足迹，足迹的单位在不少研究中以面积单位加衣测度或表达；碳足迹也是生态足迹的一部分，生态足迹多是以土地面积为单位，如 ha、m^2、km^2 等。那么，碳排放的单位是以面积为单位，还是以质量为单位，如 g、kg、t 等。如果是前者，那么如何换算、换算标准是什么？研究分析和实际计算中，“CO_2 总量”是一个数量或质量单位，如将其转换成土地面积等单位不得不进行一系列的假设和换算，这会增加碳足迹计算、分析和评估过程中的误差和不确定性，影响准确性。那么，为避免误差、保证准确性，应最大程度避免不必要的换算，而直接选用最合适、最直接的单位。因此，虽然一些官方文件（苏格兰气候变化战略，2006）和学术研究（Browneaet al，2009） 用土地面积用以表示碳足迹，但目前大多数计算评估和分析研究倾向于用数量或质量单位。

（三）碳足迹测量的相关标准和方法

碳足迹测量可以看作是生命周期评价的一个子集，即对生命周期评价的所有排放物中具有全球变暖潜能的那几种温室气体排放量的测度。因此，碳足迹的测量标准和方法基于生命周期评价，生命周期评价因而开始在气候变化的政策制定中得到普遍接受。国际标准化组织（ISO）关于生命周期评价的几项主要标准、英国标准协会（BSI）推出的《PAS2050》、IPCC 推出的《国家温室气体清单指南》，世界资源研究所（WRI）和世界可持续发展工商理事会（WBCSD）推出的《产品和供应链标准》（Product and Supply Chain Standards）等都是实施碳足迹研究的必要工具。

---

[16] See CARBON FOOTPRINT．What is a carbon footprint?［EB/OL]. (2008-05-10) ［2024-09-28］.http:www.carbon footprint.com/carbonfootprint.html.

[17] See BSI.Specification for the assessment of the life cycle greenhouse gas emissions of goods and services（PAS 2050）[R].London：British Standards Institution, 2008.

[18] See Rownea D, Oregan B, Moles R.Use of carbon footprinting to explore alternative household waste policy scenarios in an Irish city-region[J].Resources，Coversation and Recycling，2009，54（2）：113-122.

[19] See INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO) .ISO 14067: carbon footprint of products［EB/OL］. (2012-10-01) ［2024-09-28].http: www. iso.org /iso /home /store /catalogue_tc /catalogue_detail.htm? csnumber =59521.

1.ISO 系列标准。在现有标准中，与单个产品或服务的碳足迹估算相关的是 ISO14040（2006）[20]和 ISO14044 标准（2006）[21]，ISO14064（2006）与组织或企业尺度上的碳足迹测算相关[22]，为组织和企业设定了碳足迹测量和验证的规范和指导。ISO14065（2007）是对 ISO14064 的补充，为采用 ISO14064 或其他相关标准或规范进行 GHG 确认和验证机构的提供规范及指南，而 ISO14067 标准，主要是为了解决碳足迹具体计算方法的问题。[23]

2.PAS2050 规范。《PAS2050 规范》》（公众可获取的规范: 商品和服务在生命周期内的温室气体排放评价规范）（PAS 2050: 2008—Publicly Available Specification: Specification for the assessment of the life cycle greenhouse gas emissions of goods and services）是由碳基金（Carbon Trust）和英国环境、食品和乡村事务部（DEFRA）联合发起，英国标准协会（BSI）编制发布的一套公众可获取的规范，适用于多种类型的产品和行业，包括：商品和服务；生产厂家、零售商和贸易商；企业到企业（B2B）以及企业到消费者（B2C）和国际供应链的碳足迹评估。[24]

3.IPCC 国家温室气体清单指南。IPCC 的《国家温室气体清单指南》提供了一种方法，可以分碳源和碳汇估算人为排放的国家清单[25]。因此，研究系统的边界就相应地为国家的边界，因而并不遵循生命周期分析方法，但这些估算温室气体排放的排放因子和方法也能适用于生命周期评估的研究。

4.WRI/WBSCD 的《产品和供应链标准》。世界资源研究所（WRI）和世界可持续发展工商理事会（WBCSD）于 2008 年底拟定了《产品生命周期核算和报告标准》（A Product Life Cycle Accounting and Reporting Standard）和《企业（范围 3 /供应链）核算和报告标准》（A Corporate（Scope 3 /Supply Chain）Accounting and Reporting Standard），合称《产品和供应链标准》（Product and Supply Chain Standards）[26]。WRI /WBSCD 企业标准改变了产品碳足迹中完全使用生命周期评价方法的做法，开始允许甚至鼓励使用投入产出分析方法。

（四）不同视角下碳足迹规则的研究

1.国内视角

国内学者董雪旺（2012）对早期碳足迹的定义进行考察，通过从全球碳足迹网络、碳足迹组织、《PAS 2050 规范》、国际标准化组织（ISO）得出早期关于碳足迹的各种定义以灰色文献为主，侧重于描述，表达不够规范[27]。翟超颖、龚晨（2022）从宏观、中观和微观三个层面探讨了碳足迹的研究角度，包括国际和国家视角、区域角度、产业（品）角度以及微观个体角度。还探讨了碳足迹在不同领域的应用，如城市规划、国际贸易、政策制定和企业发展[28]。

---

[20] See INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO).ISO 14040: Environmental management-life cycle assessment-principles and framework［EB /OL］.(2006-07-01)

[21] See INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO) .ISO 14044: Environmental management-life cycle assessment-requirements and guidelines［EB/OL］. (2010-07-17) .http: // www.iso.org /iso/catalogue_detail? csnumber = 38498.

[22] See INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO) .ISO 14064: Greenhouse gases—part 1: specification with guidance at the organization level for quantification and reporting of greenhouse gas emissions and removals［EB /OL］.(2009-06-26) ［2024-09-28］.http://www.iso.org /iso /catalogue_detail? csnumber = 38381.

[23] See INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO).ISO 14067: carbon footprint of products［EB/OL］.(2012-10-01)［2024-09-28］. http://www.iso.org/iso/home/store/catalogue_tc/catalogue_detail.htm? csnumber =59521.

[24] See BSI, CARBON TRUST, DEFRA, et al.PAS 2050: specification for the assessment of the life cycle greenhouse gas emissions of goods and services［EB /OL］. (2008-10-29) ［2024-09-28］. http://shop.bsigroup.com /en /Browse-by-Sector /Energy-Utilities / PAS－2050 /.

[25]See INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC) .Guidelines for national greenhouse gas inventories［EB /OL］. (2006-01-01)［2024-09-28］.http:// www.ipcc-nggip.iges.or.jp / public /2006gl /index.html.

[26] See WORLD RESOURCES INSTITUTE (WRI) , WORLD BUSINESS COUNCIL ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT(WBCSD).The greenhouse gas protocol［EB /OL］. (2011-09-01) ［2024-09-28］.http:// pdf.wri.org /ghgp_product_life_cycle_standard.pdf.

[27] 董雪旺.国内外碳足迹研究进展述评[J].浙江工商大学学报,2013(02):67-75.

[28] 翟超颖,龚晨.碳足迹研究与应用现状：一个文献综述[J].海南金融,2022,(05):39-50.

2.国外视角

Dobson, Natalie（2017）从国际法和贸易法的角度进行分析，探讨了欧盟对“域外”碳足迹进行规范所涉及的域外性争议、WTO 法律框架下对欧盟生产过程和生产方法要求的争议的法律问题，并呼吁在贸易法讨论中采取综合方法，结合国际习惯法和具体的 WTO 法律规则，明确和解决欧盟碳足迹调控措施的法律争议[29]。

（五）碳足迹的应用

1.碳足迹在国际贸易方面的应用

碳足迹在国际贸易方面的应用主要在于国际贸易伴随的碳排放和碳足迹转移、隐含碳关税和贸易产品的碳足迹标识等方面。不少研究发现，发达国家的碳足迹规模大于、增长速度快于其国土碳足迹。简单来讲，经济较为富裕的国家的国民所产生的碳足迹大于其国土面积之内产生的碳足迹，而这两者之间多出的碳足迹则来自经济落后国家。这在一定程度上说明，碳排放通过国际贸易从发达经济体转移到发展中经济体，结果显示美国家庭 2004 年产生的碳足迹中有 30%在美国国土以外产生。Druckman&Jackson（2009）对英国家庭碳足迹的分析研究得出类似结论[30]。Wei&Li（2024）指出，发展中经济体排放相同单位二氧化碳从国际贸易中获得的附加值远低于发达经济体。这表明发展中经济体可能会遭受全球价值链碳不平等的影响。[31]。综上可知，碳足迹在国际贸易方面可以用以分析和解决碳排放的国际转移与责任区域扩散等问题。Yu Junqing et al（2021）通过对 2007-2017 年中国 42 个行业的碳足迹评估分析指出，虽然中国碳足迹增速放缓，但总量仍在增加，且出口是引起足迹增加的原因之一[32]。

2.碳足迹在企业发展方面的应用

碳足迹在企业发展方面的应用主要体现在企业低碳发展与产品碳足迹标识上。微观企业在制定管理政策和经营计划时也可以纳入碳足迹评估，可以帮助企业达到节能减排、绿色发展和可持续发展。而产品碳足迹标识时企业作为生产者开始节能减排、低碳发展的第一步，也是引导消费者低碳行为的有效举措。此外，碳足迹标识还能够在挖掘企业节能减排潜力、增强品牌效应、强化企业声誉等方面发挥作用。何文滔等（2021）对我国新能源汽车的碳足迹和发达国家的碳足迹进行比较，还提出了我国新能源汽车低碳发展的方向。[33]Panitas et al（2021）的研究表明，产品碳足迹标识能有效提高公司绿色形象，增加销量、降低成本[34]。

三、欧盟《新电池法案》的研究现状

（一）欧盟《新电池法案》出台前的研究

欧盟《新电池法案》出台之前，国内主要是对法案的前身电池指令（2006/66/EC）以及法案的草案进行研究，均从电池工业的角度出发。魏洪兵等（2011）对便携式二次电池（可充电）、

---

[29] See Dobson, Natalie. (2017). The EU's conditioning of the ‘extraterritorial’ carbon footprint: A call for an integrated approach in trade law discourse. Review of European, Comparative & International Environmental Law. 27.

[30] See Druckman A, Jackson T.The carbon footprint of UK households 1990—2004:a socio-economically disaggregated, quasi-multi-regional input-output model[J].Ecological Economics, 2009（5）:1-19.

[31] See Wei L, Li W, Jin Z. Global value chains participation and trade-induced carbon inequality: A comparative analysis of developed and developing economies[J]. Ecological Economics, 2024, 220: 108186.

[32] See Yu Junqing，Yang Ting，Ding Tao，Zhou Kaile. “New normal”characteristics show in China's energy footprints and carbon footprint[J].Science of The Total Environment，2021（785）：147210-147233.

[33] 何文韬,郝晓莉,陈凤.基于生命周期的新能源汽车碳足迹评价—研究进展与展望[J].东北财经大学学报, 2021.

[34] See Sureeyatanapas Panitas, Yodprang Kanittha, Varabuntoonvit Viganda.Drivers, Barriers and Benefits of Product Carbon Footprinting：A State of the Art Survey of Thai Manufacturers[J].Journal of Sustainability Volume，2021（12）：6543-6560.

汽车电池和蓄电池的容量标签规则进行了解读，并对电池容量检测中遇到的问题进行了分析[35]；陈铁艳、刘晖（2012）对电池指令的电池分类管理、标签标识要求、回收要求、容量标签条例进行分析[36]；王彩娟等（2021）分析了法规草案涉及对在欧盟市场投放的电池的可持续性、安全性、标签和信息要求，以及对运营商的尽职调查要求和废电池报废处理要求[37]；刘南等（2022）基于欧盟《新电池法案》草案，立足交通领域碳中和背景下动力电池的战略需求，从欧盟动力电池回收利用法律制度的视角，总结了欧盟《新电池法案》的特点和内容[38]。

（二）不同视角下对欧盟《新电池法案》的研究

1.国内视角

国内对法案出台后的研究数量不少，但主要集中于政策学、国际关系、经济学和工业方向，相比之下较少文章从法学的角度研究。

赵昕劼（2023）提出我国缺少成体系的电池行业全链条管理的法律体系,缺少动力电池行业的监管规则[39]；乔怡云等（2024）以构建循环经济的角度应对可持续发展为我国动力电池循环体系的搭建提出建议[40]。

吴泽林（2024）从国际关系角度提出，中美欧市场是全球动力电池竞争的核心区域，也将继续成为影响动力电池格局演变的主要变量[41]。

付甜甜等（2023）从电力工业和工业经济学的角度，通过对电池关键指标对比图的方式得知，欧盟新电池法案在电池原材料供应体系和电池全价值链管理体系建设上具有一定先进性，而我国在电池技术和产业链完整性方面更具有优势[42]；张纯（2024）从电力工业的角度提出生命周期评价（life cycle assessment，LCA）方法学用来评估电池或设施从“摇篮到坟墓”的整个生命周期中对环境的影响，以及通过电池碳足迹（carbon footprint of products，CFP）基于 ISO14040 与 ISO14044 标准的研究方法，评估产品生命周期中的碳排放变化情况[43]；王欢等（2023）提出法规原材料循环利用的有关内容对有色金属工业及标准体系的影响[44]。

杨洁（2023）以法学的角度从气候治理政策演变的角度分析新法规，得出该法规立法从整体上融合了气候目标要求，体现了供应链绿色要求，是气候政策向供应链扩张的典型立法[45]。龚陈茵等（2024）在文章指出，尽管中国在电池性能和寿命、电池参数管理、回收利用管控以及关键材料回收率方面具有优势，但在溯源管理体系、碳足迹核算和尽职调查方面存在不足。为此，文章提出了健全国内政策体系、加强与欧盟沟通协调、新能源汽车企业和电池企业积极应对等建议，以促进中国电池产业的健康发展，并提高在国际市场上的竞争力。最后，文章强调了中国作为新能源领域领导者，需要顺应新时代发展趋势，确保合规，并通过政策和标准提高自身竞争优势[46]。吴姣等（2024）论文指出，新电池法规对电池企业进入欧盟市场设置了较高的门槛，并对我国新

[35] 魏洪兵,王彩娟,金挺,等.二次电池容量标签欧盟法规解读[J].电池工业, 2011,16(02):126-128.
[36] 陈铁艳,刘晖.欧盟锂动力电池法规与国际标准解析[J].认证技术, 2012(12):52-54.
[37] 王彩娟,朱相欢,宋杨,等.欧盟电池新法规 TBT 通报的解析[J]. 电池,2021,51(05).
[38] 刘南,乔凡宸,师婉睿,等.欧盟新能源汽车动力电池回收利用的法律制度与启示——基于欧盟《新电池法》的分析[J].环境影响评价,2022,44(06):44-49.
[39] 赵昕劼.欧盟《电池法》对我国动力电池行业的立法启示[J].能源,2023(08):60-61.
[40] 乔怡云,赫春秀.欧盟电池政策升级对我国循环经济构建的启示[J].中国汽车,2024(04):19-24.
[41] 吴泽林. 全球动力电池竞争及其影响[J].现代国际关系,2024(03):5-24+133.
[42] 付甜甜, 任杰, 万力等. 欧盟新电池法案案对我国锂离子电池行业制造和出口的启发[J]. 电源技术,2023,47(07):834-837.
[43] 张纯, 江婷婷, 王蒙, 等. 面向欧盟《电池和废电池法规》动力电池碳足迹的减排路径与情景[J].电池工业,2024,28(01):46-52.
[44] 王欢, 刘诚, 李兵, 等. 基于欧盟新《电池法》对我国有色金属工业标准体系构建的思考[J]. 绿色矿冶,2023,39(06):1-6.
[45] 杨洁.气候治理政策的变化趋势：从碳边境到绿色供应链——以欧盟新电池法案案规为例[A].“一带一路”倡议 10 周年与中国特色国际经济法学的创新发展论文集[C].中国广州.中国国际经济法学会,2023.
[46] 龚陈茵, 兰晋玲, 王斌, 等.欧盟新电池法规解读及应对措施[J].电池,2024,54(4):548-551.

能源汽车产业全球化进程产生了影响。论文最后强调，各生产企业应与第三方检测机构合作，提前准备，以降低风险，促进我国新能源汽车和电池产业走向国际市场[47]。唐中石等（2024）论文指出，新电池法将对我国动力电池企业造成广泛影响，尤其是碳足迹披露、电池护照和供应链尽职调查等方面的要求。我国动力电池产业在全球市场中占据重要地位，对欧盟出口量大，因此新电池法的实施将对我国企业提出新的挑战。论文建议，我国企业应研判欧盟市场形势，及时调整出口策略；政府和企业应合作提高碳足迹管理能力；企业应提高信息披露水平，研究中国版电池护照；有关部门应出台尽职调查规章制度，排查供应链风险。这些建议旨在帮助我国企业应对新电池法带来的挑战，保障在欧盟市场的利益[48]。

2.国外视角

电池政策围绕着众多复杂的问题而展开，总体来看，国外学者对欧盟《新电池法案》的相关研究较国内学者来说更为丰富，特别是在锂离子电池方面，对该领域新技术的引入进行了深入研究。这些问题包括 Fick（2022）对电池政策的变化[49]、Giosuè et al.（2021）探讨对未来立法的影响[50]、Bai et al.（2020）、Sharma（2020）对环境问题的讨论[51][52]以及 Malinauskaite et al.（2021）通过在电动汽车中的使用对政策的影响[53]、Melin et al.(2021)阐述欧盟《新电池法案》在全球范围内的影响[54]以及 Bielewski, M. et al.(2021)欧洲的电池生产情况[55]，最后 Duffner et al.(2020)、Turner et al.(2016)关注生产者义务等具体问题[56][57]。

此外，还有从政治学、经济学、环境政策、工程技术方面对欧盟《新电池法案》进行分析：如 Craig A. Johnson（2024）是从政治学和环境政策的角度进行分析，讨论了新法规对全球电池产业链的影响，特别是从开采、生产、消费到处置的全生命周期管理，以及这些法规如何反映欧盟的利益，并对生产国的经济和政治利益产生影响[58]；Sönke Hansen et al.（2024）是从工程技术和环境政策的角度进行分析。提出了一种结构化的方法，用于分析电池系统如何符合新法规，并帮助制造商制定产品开发策略以满足法规要求[59]；Xiaoning Xia, Pengwei Li, Yang Cheng（2023）则从经济学和环境政策的角度，通过演化博弈论分析了在新法规下，动力电池碳足迹披露的策略决策过程极其影响因素[60]。

---

[47] 吴姣，王素芳.欧盟《新电池法规》深度解析[J].上海汽车,2024,(07):45-48+53.

[48] 唐中石,吴丹,阳平坚.欧盟新电池法对我国动力电池出口企业的影响及我国的应对之策[J].环境保护,2024,52(12):65-69.

[49] See Fick, Katharina. Policy Change Around Batteries: Understanding The Change Towards Resource Efficiency In The EU Batteries Policy With The Advocacy Coalition Framework. MS thesis. University of Twente, 2022.

[50] See Giosuè, Chiara; Marchese, Daniele; Cavalletti, Matteo; Isidori, Robertino; Conti, Massimo; Orcioni, Simone et al. (2021): An Exploratory Study of the Policies and Legislative Perspectives on the End-of-Life of Lithium-Ion Batteries from the Perspective of Producer Obligation. In Sustainability 13 (20).

[51] See Bai, Yaocai; Muralidharan, Nitin; Sun, Yang-Kook; Passerini, Stefano; Stanley Whittingham, M.; Belharouak, Ilias (2020): Energy and environmental aspects in recycling lithium-ion batteries: Concept of Battery Identity Global Passport. In Materials Today 41.

[52] See Sharma, Shyam S.; Manthiram, Arumugam (2020): Towards more environmentally and socially responsible batteries. In: Energy Environ. Sci. 13 (11).

[53] See Malinauskaite, J.; Anguilano, L.; Rivera, X. Schmidt (2021): Circular waste management of electric vehicle batteries: Legal and technical perspectives from the EU and the UK post Brexit. In International Journal of Thermofluids 10.

[54] See Melin, Hans Eric; Rajaeifar, Mohammad Ali; Ku, Anthony Y.; Kendall, Alissa; Harper, Gavin; Heidrich, Oliver (2021): Global implications of the EU battery regulation. In: Science (New York, N.Y.) 373 (6553), S. 384 - 387.

[55] See Bielewski, M. et al., Analysis of sustainability criteria for lithium-ion batteries including related standards and regulations, EUR 30597 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.

[56] See Duffner, Fabian; Krätzig, Oliver; Leker, Jens (2020): Battery plant location considering the balance between knowledge and cost: A comparative study of the EU-28 countries. In Journal of Cleaner Production 264.

[57] See Turner, James Morton; Nugent, Leah M. (2016): Charging up Battery Recycling Policies: Extended Producer Responsibility for Single - Use Batteries in the European Union, Canada, and the United States. In: Journal of Industrial Ecology 20 (5).

[58] See Craig A. Johnson, Jonathan Khosravani, Greening the global battery chain? Critical reflections on the EU's 2023 battery regulations, The Extractive Industries and Society, Volume 18,2024,101467.

[59] See Sönke Hansen et al., A structured approach for the compliance analysis of battery systems with regard to the new EU Battery Regulation, Resources, Conservation and Recycling, Volume 209,2024,107752.

[60] See Xiaoning Xia, Pengwei Li, Yang Cheng, Tripartite evolutionary game analysis of power battery carbon footprint disclosure under the EU battery regulation, Energy, Volume 284,2023,129315.

目前检索到关于欧盟《新电池法案》的法学文献，Mandy Meng Fang（2023），作者从法规中电池碳足迹的角度分析了这一法规是否符合世界贸易组织（WTO）的义务，并讨论其对全球电池贸易和产品标准制定的潜在影响，具有借鉴意义[61]。

（三）欧盟《新电池法案》带来的后果及应对措施

目前国内对于新法规带来后果的研究主要集中与对电池供应链以及贸易壁垒上。

白玫（2022）提出，欧盟通过立法设立市场进入壁垒，阻止发展中国家获得公平发展的机会。欧盟新电池法案规将成为中国电池企业进入欧盟市场的非关税壁垒，欧盟的目标是提高欧盟电池的竞争力和供应链韧性[62]。

黄磊（2023）认为法规生效无疑会让欧洲以及欧洲之外动力电池出口企业环保进程提速。势将倒逼相关企业进行技术革新，加速市场竞争格局演变，推动全球电池企业向低碳化转型[63]；杨帅（2023）指出欧美积极构建低碳产业竞争力，通过建立碳壁垒，试图引领动力电池国际标准[64]。

付甜甜（2023）提出电池企业可以通过熟悉法规要求、完善产品合规性、建立供应链合规管理、主动接受认证和测试、提供透明的信息五方面进行应对[65]；张纯（2024）提出新能源汽车产业是中国实现“双碳”目标的重要路径之一，动力电池低碳化不仅关乎中国实现“双碳”目标战略，也是突破欧盟贸易壁垒的重要手段[66]；潘玉蓉（2023）欧盟《新电池法案》的出台，会使中国企业出口遭遇碳足迹声明、电池材料的回收利用要求、电池护照里过高的信息披露要求三大挑战[67]；李岚春（2023）通过对欧美发达国家电池供应链部署政策的文本分析，欧美主要通过制定发展蓝图、原材料供应、研发攻关、产业生态及海外扩张等措施，试图利用本土化、阵营化、政治化举措对中国进行打压，中国电池产业将面临关键原材料供应、技术和市场竞争、碳贸易壁垒等诸多挑战[68]。

四、贸易壁垒的研究现状

杨帅（2023）提到，在严格的碳排放标准下，欧洲各国密集出台补贴政策、税收减免，加快新能源汽车产业发展步伐。动力电池在纯电动汽车车辆周期的碳排放占比高达近 40%，是电动车生产制造环节重要的碳排放来源。欧美积极构建低碳产业竞争力，通过建立碳壁垒，试图引领动力电池国际标准[69]。

（一）关于绿色贸易壁垒的定义的争议

对于绿色贸易壁垒的定义大致包含以下几种观点。第一，持环境名义说观点的学者邱思萍（2008）认为绿色贸易壁垒虽然直接或间接导致了限制或者禁止自由贸易往来的结果，但是它的根本目的在于保护环境和人类健康[70]；第二，持贸易保护说的学者张锡瑕（2004）认为绿色贸易壁垒是一国为了保护本国经济不受外来冲击而采取的直接或间接限制甚至禁止进出口贸易的法律、法规和政策措施。其本质是新的贸易保护主义措施；持这种观点的学者一般认为所谓环境保

[61] See Mandy Meng Fang, “Regulating EV Batteries Carbon Footprint: EU Climate Ambition or Green Protectionism?” The Environmental Law Reporter (2023); City University of Hong Kong School of Law Legal Studies Research Paper No. 2023 (1) - 008.
[62] 白玫.欧盟产业链供应链韧性政策研究.价格理论与实践.2022 年第 9 期:71-77.
[63] 黄磊.《欧盟电池法》的行业壁垒与机遇[J]. 检察风云,2023,(24):46-47.
[64] 杨帅.基于“双碳”目标下的动力电池产业强链路径研究[J].汽车与配件,2023(07):63-67.
[65] 前注[42].
[66] 前注[43].
[67] 潘玉蓉.欧盟新电池法将生效国内电池企业直面三大挑战[N].证券时报,2023-08-15(A04).
[68] 李岚春, 汤匀, 岳芳, 等. 欧美电池供应链竞争布局及对我国的影响与对策[J].科技管理研究, 2023, 43(11):102-108.
[69] 前注[64]
[70] 邱思萍. 绿色贸易壁垒非正当性法律分析及其对策[J].十堰职业技术学院学报,2008(03):66-69.

护、人类健康等不过是某些国家为了打压进口产品和产业的“幌子”而已[71]。第三，持严格标准说的学者邱思萍（2008）认为，绿色贸易壁垒只不过是一种技术壁垒，是一国根据实际需要制定严格的环保技术标准或检验检疫制度、包装与标签要求等，客观的结果是限制或者禁止了他国产品的进入，而这样做的出发点不在考虑之列。有些人认为这种观点对绿色贸易壁垒持否定的态度，而有些学者却持中立态度，认为应该具体问题具体分析。当实施目的是为了保护环境时，就是合理的反之当实施目的是单纯贸易保护时，就是非正当的[72]。

学者朱京安（2018）指出，各国围绕碳减排和低碳技术相继实施的诸如碳关税、碳标签、低碳认证、低碳订单和生态设计标准等制度，已成为新的贸易壁垒形式。这些低碳措施构成贸易壁垒，是因为它们具有隐性贸易保护的特征。这种低碳壁垒是低碳经济在绿色壁垒中的新反映，尽管它对于促进节能环保、发展绿色经济具有一定的促进作用，但对我国的出口贸易造成的负面影响却不容忽视，其特性、发展趋势与应对策略则应引起高度关注[73]。

学者朱晓勤（2001）认为绿色壁垒作为一种市场准入的障碍，是指进口国通过制定严格的环保技术标准、复杂的卫生检疫制度或采用绿色环境标志、绿色包装制度，以阻止或限制某些外国商品的进口[74]。学者王璟（2017）认为，绿色贸易壁垒是在新的国际政治、经济形势下产生的，是新贸易保护主义和环境保护主义相结合的产物。[75]

（二）关于贸易保护主义的研究

李轩（2007）认为，新贸易保护理论关注的对象不再仅仅是经济问题，它更关注政治、社会、环境等综合问题，更强调人、社会、自然环境的和谐发展。因此具有强烈的人文化导向，具有一定的合理性和隐蔽性。其中，环境优先新贸易保护论认为，为了保护环境，任何国家都可以采取保护措施，限制对环境产生威胁的产品的进口。同时，企业要将保护环境所耗费的成本计入产品价格之内，这就是环境成本内在化。事实上，进口国还主要采用以技术壁垒和环境壁垒为核心的非关税壁垒措施，以保护环境、保护人类、动植物的生命健康安全为名行贸易保护之实[76]。

学者薛荣久（2009）认为，贸易保护主义带来的坏处多、好处少是得到世界统一认识的，新贸易保护主义有着保护层次深、保护范围大、保护方式隐蔽好、保护种类多等特点，会阻碍经济全球化的发展，造成形成的金融体系、全球性分工体系、生产体系和销售体系等多种体系的崩溃，给参与其中的世界各国的经济发展带来沉重打击[77]。

学者李国（2013）从整体到局部的分析后发现，在 2008 年金融危机后欧盟的贸易保护主义表现的是最为激烈的，并且，欧盟针对中国的贸易保护措施的重点从“反倾销”向“反补贴”有所转变。再者，欧美针对企业的贸易保护措施主要是一些关系到国家战略和国计民生的防治业、钢铁业以及光伏业等新兴企业[78]。

田彪（2014）指出新贸易保护主义开始于美国，并很快的向世界各国蔓延。相较于传统的贸易保护主义，新贸易保护主义有着新的特点。但是，它们都对世界经济的发展产生了不利的影响，新贸易保护主义的兴起，带来了蓝色壁垒、绿色壁垒等一些新的贸易壁垒。通过从一些新角度来分析西方国家新贸易保护主义的经济学解释等问题，提出了建立激励机制和加强国际经济组织约

[71] 张锡瑕.外国技术性贸易壁垒及其应对[M].对外经济贸易大学出版社 2004 年 5 月第 1 版，第 144 页.
[72] 前注[70]
[73] 朱京安.中国绿色贸易壁垒法律制度研究[M].人民出版社 2018 年版，第 222 页.
[74] 朱晓勤.WTO 与绿色壁垒:若干法律问题分析[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版),2001(04): 83-89.
[75] 王璟.WTO 框架下绿色贸易壁垒的法律对策[J]. 现代经济信息,2017(13):280-282+290.
[76] 李轩.西方新贸易保护主义理论述评[J]. 当代经济研究,2007(05):15-17+56.
[77] 薛荣久.经济全球化下贸易保护主义的特点、危害与遏制[J]. 国际贸易,2009(03):28-31.
[78] 李国.后危机时代国际贸易保护主义新特点[J]. 经济研究导刊,2013(26):183-184.

束力的政策建议[79]。

（三）对于非关税壁垒的研究

学者邓纲（2005）认为，构建非关税壁垒问题的理论分析框架，阐释自由贸易是国际贸易政策的必然选择，贸易保护性质的非关税壁垒的存在主要是由于利益集团和政府的寻租行为，需要依靠更加广泛的国际合作与政治民主来加以解决。从法律规范角度讲，一方面应当尽可能减少和消除财富转移效应强的非关税壁垒，同时防范其它非关税壁垒被滥用[80]。

（四）碳壁垒的研究

学者边永民、蒋硕（2009）对于碳壁垒做出定义，碳壁垒是指对产品在运输、生产、消费和处置环节中而产生的碳而设计和实施的碳税、边境碳税调整、碳标识和碳标准等影响产品贸易的规章和标准[81]。

王云鹏（2023）认为为应对气候变化为由而采取的单边主义措施，主要表现为以商品在生产过程中的碳排放量为依据制定的边境调节关税、国内税费、碳配额申购要求或其他具有贸易阻碍效应的措施，可概称为“碳贸易壁垒”。[82]

学者任艳红等人（2024）提到，目前国际碳壁垒法案设置的“壁垒”主要体现在以下三个方面：一是以关税等形式直接增加出口成本；二是强制披露产品碳足迹等信息；三是产品全生命周期绿色低碳内在要求。碳壁垒法案表现出隐蔽性、多样性和宽泛性等特征[83]。近期碳壁垒政策如电池法规要求部分电池产品提供碳足迹声明，但尚未设定强制性阈值以过渡完善为主，实质性影响较小；中期碳壁垒政策将逐步产生实质性影响：如进入欧盟市场的产品需严格满足可持续性要求；多种电池产品设定碳足迹强制阈值的市场准入门槛。远期碳壁垒将持续扩围，呈现核算边界逐步拓宽，覆盖行业范围不断扩大，参与国家区域不断增多，对世界贸易格局和经济社会发展的影响程度不断加深。

学者符大海等（2024）提到非关税碳壁垒不仅局限于产品层面，还延伸到整个供应链。《新电池法案》也要求实施碳标签等规定,碳壁垒的法制化倾向,使贸易企业所受约束逐步提高,企业面临在碳资信、产品碳足迹标识等方面的压力。此外，碳壁垒还对全球气候治理、国际贸易、全球产业链都造成了不同程度的影响[84]。

（五）技术性法规是否构成贸易壁垒的研究

世界贸易组织 World trade report 2022:Climate change and international trade（2022）报告中指出，从贸易角度来看,国际贸易可以通过提高环境产品、服务和技术的可得性和可负担性,在帮助各国减少排放方面发挥重要作用。但是碳壁垒阻碍贸易,也就削弱了贸易工具应对气候变化的力量[85]。

对于技术法规是否能推动产品创新和产业管理 Yoojin Cha & Mingyo Koo (2021)指出严格遵守更严格的监管要求也能促进产品创新，推动全球监管的协调统一[86]。但是，European Automobile Manufacturers’ Association et al.(2022),鉴于电动汽车电池和应用设计仍处于快速发展阶段，认为

---

[79] 田彪.新贸易保护主义研究[J]. 新经济,2014(29):5.
[80] 邓纲.非关税壁垒论纲[J]. 贵州民族学院学报(哲学社会科学版),2005(05):93-98.
[81] 边永民，蒋硕.一类新型的贸易壁垒措施——碳壁垒[J]. 中国对外贸易,2009(10):84-86.
[82] 王云鹏.世界贸易组织法下碳贸易壁垒合法性判定的相对性[J]. 经贸法律评论,2023(05):34-55.
[83] 任艳红，倪微琪，顾思婷，李晓亮，董战峰. 西方发达国家碳壁垒政策对中国的影响及应对策略[J].科技导报，2024,42(7):103-114.
[84] 符大海，王妍，张莹. 国际贸易中的碳壁垒:发展趋势、影响及中国对策[J]. 国际贸易,2024,(04):25-35.
[85] WTO. World trade report 2022: Climate change and international trade[R]. Geneva: WTO,2022.
[86] See Yoojin Cha & Mingyo Koo, Who Embraces Technical Barriers to Trade? The Case of European REACH Regulations, 20 WORLD TRADE REV. 25, 39 (2021).

过于严格的标准将导致高昂的合规成本，从而阻碍创新，甚至阻碍安全相关设计的改进[87]。

五、研究启示与展望

碳足迹作为衡量可持续发展、碳排放和人对自然生态环境影响的工具，概念形象、内涵丰富，研究方法也在不断改进完善，基本上能够实现对特定目标的计算、分析和对比，有助于检测人类生活对全球气候变暖的影响。

国内外对欧盟《新电池法案》这一议题较少从法学视角关注其中碳足迹规则与区域、国际上其他的碳足迹标准的比较，以及与国际贸易规则的对比，还有对全球气候治理的影响。因此，笔者认为欧盟《新电池法案》碳足迹规则仍存在较大的研究和讨论空间。从现有的国内外对欧盟《新电池法案》的研究来看，对法案的研究内容增多是必然趋势，讨论碳足迹规则的法律影响具有十分重要的现实意义。

在理论意义层面，欧盟颁布《新电池法案》，为未来进口至欧盟的各类电池设立门槛，实际上则是构筑贸易壁垒，以保护环境之名行限制自由贸易之实。加强对《新电池法案》中所蕴含的非关税壁垒的理论知识的研究，有助于帮助我们更好地理解欧盟在一系列绿色立法背后的法律逻辑，为未来国内应对类似的法律提供理论基础。

在实践意义层面，首先，欧盟《新电池法案》作为第一部专门针对电池的技术法规，一方面对电池供应链上下游的企业影响巨大，势必会造成电池产业的重新洗牌。另一方面也会倒逼电池企业进行转型升级，以符合欧盟的要求。其次，中国作为电池技术领先大国和电池出口大国，法规中的碳足迹规则会对中国的电池出口造成影响，不仅影响国际贸易与跨国投资，也是新一轮中美欧争夺国际低碳话语权的体现。最后，法规也揭示了未来立法的绿色化发展方向，为中国在“双碳”背景在更好实现节能减排政策目标提供方向。

研究欧盟《新电池法案》碳足迹规则不仅是对欧盟当前气候、能源政策的全面解读，为赴欧投资企业提供法律参考，帮助企业在规则层面实现效益最大化；更是关于欧盟对华态度的深层剖析，为中国电池产业供应链、价值链安全发出预警，为提升中国的全球气候治理话语权提供解决之策。此外，研究欧盟《新电池法案》碳足迹规则，可以检视我国电池政策存在的不足，帮助完善我国碳足迹法律体系，为实现双碳目标打下坚实基础。

[87] See European Automobile Manufacturers' Association et al., Joint Industry Position Paper on The Batteries Regulation (2022).

欧盟碳边境调节机制的法律属性与中国对策研究

刘　勇[*]　朱　瑜[**]

摘要：欧盟碳边境调节机制兼具贸易规制与气候治理行动的特性。它以应对气候变化为由，要求进口商根据特定进口产品的碳含量与欧盟碳排放交易市场的价格购买并提交相应的排放配额，由此支付特殊的碳成本，从而对国际货物贸易造成了限制性影响。就其法律属性而言，它不属于关税措施，也不构成在进口环节加征的国内税费，而是一项具有数量限制效果的进口措施。为应对欧盟碳边境调节机制，防范跨境单边气候措施的使用，中国应深刻揭露其贸易保护主义特质，积极开展中欧合作应对气候变化，努力构建绿色低碳贸易规则体系，加快完善国内碳市场的建设。

关键词：气候变化；碳边境调节机制；碳关税；国内税费；数量限制措施

一、引言

欧盟碳边境调节机制是全球第一个正式执行的以进口国的碳价为基准值而对进口产品加征特别费用的边境调节措施。碳边境调节机制兼具贸易规制与气候治理行动的特性，也是晚近国际经贸规则加快绿色转型的重要表现，必然对传统的国际经贸法律秩序造成巨大的冲击。在全球气候变暖、极端气候事件频发的大背景下，此类与气候变化相关的贸易措施可能会进入快速增长的轨道，[①]故值得学界广泛关注与深入研究。

自 2023 年 10 月 1 日开始，欧盟碳边境调节机制（Carbon Border Adjustment Mechanism）进入过渡期，至 2025 年底结束。进口商在过渡期内只需要承担报

[*] 刘勇，浙江财经大学法学院教授，法学博士，研究方向：国际经济法

[**] 朱瑜，中国计量大学经济与管理学院副教授，研究方向：国际贸易理论与政策

[①] 例如，2023 年 12 月 18 日，英国能源安全与净零排放部（Department for Energy Security & Net Zero）与财政部（HM Treasury）联合宣布将在 2027 年之前启动碳边境调节机制，涵盖钢铁、化肥、玻璃、铝等高排放产业，要求进口商就进口产品的碳含量支付特定的费用，以确保其与英国同类产品的生产商承担相同的碳成本。同时，防范因各国实施不同力度的温室气体减排政策所导致的碳泄漏风险。Consultation outcome, Factsheet: UK Carbon Border Adjustment Mechanism[EB/OL], https://www.gov.uk/government/consultations/addressing-carbon-leakage-risk-to-support-decarbonisation/outcome/factsheet-uk-carbon-border-adjustment mechanism#:~:text=The%20UK%20CBAM%20will%20place,subject%20of%20consultation%20in%202024[2024-7-20].

告义务，即向本国指定的气候变化主管部门报告进口产品的碳含量（碳排放量）。[①]依据相关条例，[②]欧盟将自 2026 年 1 月 1 日起正式执行碳边境调节机制，对于原产于非欧盟成员国的钢铁、水泥、铝、化肥、电力、氢气等六类进口产品，依据其生产过程的温室气体排放量，要求进口商向所属国的主管机关购买并提交特定数量的温室气体排放许可（又称为“排放配额”）。进口商为此所支付的费用将以欧盟碳排放权交易市场拍卖平台每一周的平均配额价格为基准值（即所谓的“碳价”），其目的是保证进口产品与欧盟本土的同类产品应承担相同的碳价，实现两者之间的公平竞争，并防范有义务参与欧盟碳排放交易的企业将其生产基地转移至不对温室气体排放进行约束或约束较少的第三国（即所谓的“碳泄漏”风险）。

作为一项与气候变化相关的贸易措施，碳边境调节机制应受到世界贸易组织（World Trade Organization，以下简称 WTO）规则体系的约束，其在 WTO 框架下的法律属性也亟需澄清。欧盟的出发点在于，通过气候治理与贸易措施的深度挂钩，以强制性的贸易措施来迫使贸易伙伴国采取与欧盟相同或相似的气候减排政策，最终实现双重目标：一是维护欧盟钢铁、水泥等碳泄漏高风险产业的市场竞争力，保证同类产品之间的“公平竞争”，二是推广碳定价政策，并以欧盟气候政策为标准来提升全球各国温室气体减排的力度。本文拟对碳边境调节机制的立法背景入手，厘清其法律属性，以期澄清某些错误的观点，厘清其贸易保护主义的特质，同时提出更加精确的应对策略，希望引起大家更多的关注。

二、欧盟碳边境调节机制的立法背景

碳边境调节机制是当前欧盟进攻性、自主性贸易政策的重要体现。2021 年 2 月 18 日，欧盟委员会发布题为《开放、可持续和坚定的贸易政策》的政策性文件。[③]该文件明确指出，欧盟正处于经济的绿色与数字转型、地缘政治关系不稳定的大环境中，贸易政策应在疫情之后的经济复苏、应对经济转型与维护欧盟内

---

① 欧盟委员会于2024年3月公布了27个成员国主管碳边境调节机制的政府机关名单。European Commission, Provisional list of National Competent Authorities (NCAs) for the Carbon Border Adjustment Mechanism As of 19 March 2024[EB/OL]. https://taxation-customs.ec.europa.eu/document/download/5595ce5b-9fd2-42f6-9908ed6325338ffa_en?filename=20240220%20Updated%20provisional%20list%20of%20NCAs%20for%20CBAM.pdf[2024-7-20]

② REGULATION (EU) 2023/956 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 10 May 2023 establishing a carbon border adjustment mechanism[R].2023.

③ Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 18.2.2021 COM(2021) 66 final.

部与外部利益方面发挥充分的作用。就贸易政策的指导思想而言，欧盟明确提出了“开放的战略自主性”（open strategic autonomy）这一概念，即贸易政策应强化欧盟作出自主决策、通过领导力塑造外部世界与反映欧盟战略利益与价值的能力。欧盟贸易政策的三大核心目标分别是：第一，推进欧盟经济的绿色与数字转型，促进贸易政策与外交政策的协调性；第二，构建更具有可持续性与更公平的全球规则，确保贸易政策成为支持社会公平与环境可持续性的重要工具；在继续推进 WTO 多边贸易体制的改革的同时，及时采取应对贸易扭曲与不公平竞争的措施；第三，强化欧盟实现其利益与保障其权利的能力，欧盟将在遵守国际义务的前提下优化应对非公平贸易行为或其他敌对行为的工具箱。为此，欧盟委员会的重要工作之一是强化欧盟在国际社会的领导力，特别是在全球绿色贸易规则的制定中采取先发制人的方法；另一重要工作是强化贸易协定的执行，营造公平竞争的环境，特别是继续强有力地实施贸易防御工具，避免欧盟产业受到外部非公平行为的侵害。

晚近欧盟贸易新政的核心思想是强调欧盟的“战略自主性”与领导力，主张贸易为欧盟经济的绿色与数字转型服务，同时试图引领全球经贸规则的重构，特别是全面推进全球贸易可持续发展，不惜为此采取更具主动性、进攻性的单边贸易措施。有学者指出，欧盟单边贸易政策工具的重要功能是对外国产品进入欧盟市场施加更加苛刻的条件，由此表明其长期支持贸易自由化与多边主义的传统立场已经发生了重大转折。[①]欧盟委员会也公开宣布，欧盟将继续支持多边主义与改革全球贸易规则，同时保留自己的战略自主权；如果必要，欧盟将采取更有力的措施来维护自己的利益与价值观，包括使用新的贸易政策工具。[②]碳边境调节机制就是欧盟采取的新型贸易政策工具。

碳边境调节机制的正式执行也反映了欧盟贸易政策基本导向的转折。欧盟的传统贸易政策秉持“强化合作”的核心思想，强调通过消除关税和配额等贸易壁垒来保证出口市场的公平竞争，并增加欧洲企业进入外国市场的贸易机会。如今，欧盟的贸易政策更具对抗性与进攻性，希望通过贸易政策实现保护人权、社会、环境与可持续发展等非贸易目标，将气候变化、劳工保护等作为贸易政策的重要

[①] Ferdi DE VILLE，Simon HAPPERSBERGER and Harri KALIMO, The Unilateral Turn in EU Trade Policy? The Origins and Characteristics of the EU’s New Trade Instruments[J]. European Foreign Affairs Review, 2023(1)：15–34.

[②] EU Commission, Commission sets course for an open, sustainable and assertive EU trade policy[EB/OL],, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_644, 2024-07-20.

考量因素，将新贸易政策视为实现“开放的战略自主性”的主要工具，并且准备对不符合欧盟标准的外国政府行为采取更加强硬的态度。[①]

三、欧盟碳边境调节机制不属于关税措施（碳关税）

很多研究成果以“碳关税”来指称欧盟碳边境调节机制。关税是一国或单独关税区根据其法律及关税税则的规定，代表国家或政府按照货物进出口关境时的状态对进出口货物征收的一种税（余劲松，2019）。从表面上看，碳边境调节机制似乎具备关税措施的以下特点：第一，义务人为进口商，且纳税义务产生于产品的进口环节。《欧盟碳边境调节机制条例》规定，遵守碳边境调节机制的义务人是进口商，同时进口商在碳边境调节机制下的支付义务产生于外国产品的进口这一客观事实，而不是与外国产品在进口国境内的销售、运输或用途相关。第二，构成进口商的财政负担。关税是一种限制进出口贸易的经济手段。对进口商而言，碳边境调节机制是一种金钱支付义务。进口商需要在每年 5 月底之前向所在国的主管机关提交一定数量的电子凭证，其数量相当于上一年度全部进口产品的碳排放量。而电子凭证是进口商之前向本国主管机关有偿购买的，这相当于进口商为获得进口许可而不得不支付的特殊成本或费用。

不过，仅凭这两点就认定碳边境调节机制为就进口关税，似乎比较牵强，[②]因为碳边境调节机制与传统关税存在以下本质差别：

首先，关税具备透明度与可预见性。进口国征收关税的重要依据是该国通过立法程序制定并公布实施的税率目录表，通常包括税则号、商品名称和税率三部分。一旦政府公布关税税率表，即为公众所知晓，且从事进出口的贸易商人会据此形成准确的预期。作为关税同盟，欧盟的成员国对外采用统一、透明和稳定的关税税率。但是，碳边境调节机制所涉的碳价不具有可预见性，因为它以碳排放交易市场的拍卖平台每一周的平均配额价格作为基准值，来计算进口产品应承担的碳成本，进口商则根据这个价格向所属国的气候变化主管部门购买排放配额。该价格由市场规律决定，而非政府所能控制。换言之，进口商不可能预判其购买排放配额所应付出的成本。

其次，关税税率具有唯一性。关税的税率取决于所征税商品的类别，每一类商品对应一个税则号与税率。各国首先依据国际海关组织《商品名称与协调编码

---

① 王展鹏等. 21 世纪以来欧盟贸易政策的演变及其影响研究[M].社会科学文献出版社, 2021.45-48.

② 边永民. 世界贸易组织法视域下欧盟碳边境调节措施的合法性[J].财经法律评论，2022(2):3-10.

制度》做出商品分类，然后就每种商品通常确定一种税率。该商品分类主要考虑商品的物理特性、化学成分、最终用途、消费者偏好等因素，并未顾及商品在生产过程中的碳排放量。如果我们将碳边境调节机制视为一种“碳关税”，则可能产生以下荒唐的结论：针对同一类进口商品，因其生产过程碳排放量存在不同，进口商需要为其提交不同数量的排放许可，故被征收不同金额的“关税”。

最后，关税的种类与税率具备法定性，通常要受到专门立法的制约。一国的关税税则与税率表一般由立法机关或经法律授权的行政机关来决定和调整。换言之，关税的开征、调整或废止均应获得法律的明确规定或授权。例如，中国《税收征管法》第3条规定，有关税收的开征、停征等事项，根据法律的规定执行；法律授权国务院规定的，由国务院通过行政法规来执行。目前中国的关税税目表由法律授权国务院关税税则委员会决定，并由海关依据《进出口关税条例》负责执行。又如，欧盟的关税政策被规定于《欧盟运行条约》第28条以及在此基础上制定的三大基础性法律，即《海关法典》、《海关法典实施细则》和《共同海关税率》，并由各成员国海关统一执行（李娜，2017）。

关税制度必须遵循税法中的税收法定原则。依据该原则，不仅税收主体、征税客体、税目、计税依据、税率、课税程序、争议解决等课税要素必须由法律规定，而且其规定必须十分明确，避免出现歧义或漏洞，使政府的课税权在确定的法律空间内按照特定的方式来行使，同时保障纳税义务人形成合理稳定的预期。简言之，税收的任何构成要素都必须由法律明确规定（刘剑文，2015；张婉苏，2023）。《欧盟碳边境调节机制条例》通篇未提及“关税”这一措辞，也没有明确提及欧盟的上述关税法律文件，由此表明立法者并无意将其纳入欧盟共同关税体系。况且，进口商须向所在国的气候变化主管机关（而非海关）支付碳成本，这同样不符合关税的传统特征。

四、欧盟碳边境调节机制不属于进口环节加征的国内税费

碳边境调节机制的支持者们主张，欧盟碳边境调节机制属于进口国在进口环节征收的一种国内税费（Mehling, 2019; Dias, 2020），[①]其法律依据是《关税与贸易总协定》（以下简称《关贸总协定》）第2条第2款a项，即“成员方可在进口某

[①] Mehling, Michael A. et.al., Designing Carbon Adjustment for Enhanced Climate Action[J]. American Journal of International Law, 2019(3):433-481. Dias, Anna, et.al., EU Border Carbon Adjustment and the WTO: Hand in Hand Towards Tackling Climate Change[J]. Global Trade and Customs Journal, 2020(1):15-30.

产品时征收等同于国内同类产品应纳的、与第3条第2款相一致的国内税收的费用”。此规定蕴含着国民待遇要求，因为“等同于国内税收的费用”这一措辞表明，在进口环节加征的国内税费应与国内同类产品的税负相一致。《关贸总协定》第3条第2款也要求，进口国对进口产品征收国内税费时不得超过国内同类产品所负担的金额，也不得只对进口产品征收不适用于国内产品的特殊税费。

从表面上看，欧盟碳边境调节机制具备国内税费的特点，因为进口商需要依据欧盟碳排放交易市场的配额价格以及进口产品生产过程的温室气体排放量两个因素来购买并提交排放许可，由此保证进口产品与欧盟同类产品为排放每一吨温室气体均付出了相同的经济成本。将碳边境调节机制视为WTO意义上的“国内税费”也是欧盟立法者所没有明言的立法导向。《欧盟碳边境调节机制条例》前言第15段指出，碳边境调节机制旨在保证进口产品承担欧盟碳排放交易所产生的碳成本，实现进口产品与欧盟同类产品之碳价的一致性，最终使其符合WTO规则。据此，碳边境调节机制是欧盟碳排放交易制度扩展适用于外国进口产品的结果。不过，将碳边境调节机制视为WTO意义上的“国内税费”尚面临以下障碍：

首先，碳边境调节机制不具备国内税费的实施依据。碳边境调节机制的实施依据是外国产品的进口，而不是外国产品进入本国市场后的销售、运输、分销等流通活动。按 WTO 上诉机构在“欧盟、美国与加拿大诉中国影响汽车零部件进口措施案”中的观点，一项贸易措施属于国内措施（边境后措施）抑或边境措施，其关键之处并不在于采取该措施的时间，而是取决于政府采取该措施的依据或条件。进口关税可在产品进口之后才收取，国内税费也可在产品进口时征收。[①]据此，如果一项贸易措施乃针对外国产品进口这一事实而采取，那么就属于边境措施；如果一项贸易行为乃针对已经进口的外国产品在本国境内的销售或使用而采取，那么就属于国内措施。尽管碳边境调节机制下的特殊费用并非在产品进口时即被征收，但该费用的支付无疑取决于外国产品进入本国市场这个客观事实，且其义务人为进口商，经济负担与付款义务也产生于进口环节，因此属于一项典型的边境措施。

其次，碳边境调节机制不具备国内税费的经济特质。进口国的气候变化政策

[①]China—Measures Affecting Imports of Automobile Parts, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R, Adopted on 15 December 2008, paras. 158-165.

不一定属于国内税费。国内税费的特点是增加义务人的经济负担，从而减少其市场竞争机会或降低其竞争能力，例如消费税、环境税、污染费等。从规制经济学的角度来讲，应对气候变化等环境外部性问题，政府通常可以采取标准规制、收费规制和许可证规制三种政策工具。标准规制是指政府通过设定相应的强制性标准来减少环境污染，包括要求企业采用特定的环保型生产技术或使用特定比例的清洁能源、对生产或消费环节采用严格的温室气体排放标准等，因此可称为行政强制型或“命令与控制型”手段。收费规制和许可证规制可统称为经济激励型手段，因为它们具有一个共同的特点，即利用经济因素调动人们的积极性以鼓励人们保护环境，具体包括对污染物或温室气体的排放行为征收税费（如环境税或碳税）、对特定产品直接征税（如燃油税）、开展碳排放交易、对生产者使用可再生能源的行为进行奖励等。除了碳税或燃油税等，经济激励型气候变化政策很难被归类于传统的国内税费。

例如，在欧盟碳排放交易体系内，并非所有控排企业都需要为履行减排义务而额外付出经济成本，排放绩效高或获得大量免费配额的控排企业甚至可以通过出售多余的排放配额而获取高额利润。非政府组织“碳市场观察”的研究报告认为，2008-2019 年间，德国、英国、法国等成员国的钢铁、水泥、化工、炼油等所谓碳泄漏高风险行业从政府免费发放的排放配额中获得了 500 亿欧元以上的“意外之财”（windfall profits）。主要原因是免费配额的数量过多，部分企业将免费获得的配额有偿售于其他企业，其收益在补偿减排成本后仍有盈余。[①]归根结底，作为一种经济激励型减排行动，碳排放交易通过排放配额的价格信号作用来引导、激励企业采取实质性减排措施（包括使用清洁能源、环境友好型技术等），同时允许企业通过“高卖”或“低买”排放配额以尽可能降低其减排成本，甚至鼓励企业从中获利。这种政策与传统的国内税费存在本质上的差别。

最后，国内税费政策下的税率或收费标准通常是固定的，这为政府通过边境税收措施来予以调节提供了技术上的可行性。但在碳排放交易体系下，排放配额的价格将随市场供求关系的变化而不断波动。即使我们把排放配额理解为一种“税负”，但考虑到此“税负”的可变性和波动性，如何向进口产品施加同样的负担也将是一个难题。《欧盟碳边境调节机制条例》以每周排放配额的平均拍卖

[①] Carbon Market Watch. The Phantom Leakage – Industry windfall profits from Europe’s carbon market 2008-2019[EB/OL].https://carbonmarketwatch.org/wp-content/uploads/2021/06/Phantom_leakage_WEB.pdf. [2021-06-15](2023-09-19).

价格作为进口商支付碳价的基数，并将之视为这段时间内欧盟市场上所有同类产品（无论其原产于欧盟成员国还是第三国）应支付的统一的碳成本。事实上，这一方案与碳排放交易的内在机理是相抵触的。因为碳排放交易的参与企业每减排一吨温室气体所付出的成本是不同的，减排成本的差异造就了企业买卖配额的动机：减排成本高的企业倾向于不采取实际减排行动，而是通过购买和提交配额来履行其减排义务，而减排成本低的企业则可能选择采取实际行动以履行其减排义务，并将多余的配额高价售予其他企业。减排成本的差异性越大，企业参与交易的积极性越高。如果参与企业为获得排放权而承担的碳成本是完全一致的，那么碳排放交易就失去了存在的价值。质言之，欧盟碳边境调节机制以碳排放交易体系内的配额市场价格作为基准值，此方案可谓是存在“严重的先天不足”，因为它无法避免进口产品承担比欧盟同类产品更高碳价的可能性，从而违反国民待遇原则。

既然欧盟的碳排放交易体系难以被视为一种国内税费，那么碳边境调节机制也就不属于《关贸总协定》第2条第2款a项所称之“在进口环节征收的国内税费”。进言之，一国的气候变化政策十分复杂多样，受管制产业所承担的碳成本并非必然属于传统意义上的国内税费，不能一概适用边境税收调节机制，进口国也不能以应对气候变化为由而采取具有贸易限制效果的边境调节措施，因为该措施不可能彻底消除气候变化政策对产品竞争力、国际贸易关系的扭曲与负面影响。

五、欧盟碳边境调节机制是具有数量限制效果的贸易措施

考虑到碳边境调节机制对国际货物贸易的限制性作用，我们可将其视为《关贸总协定》第11条第1款所禁止的具有数量限制效果的措施。原因在于，第11条的规制对象不仅包括配额、进出口许可证等直接对货物贸易的数量或金额进行限制的行为，而且还涵盖了所有对货物贸易产生事实上的负面影响或限制效果的措施。上述观点可从立法与司法两个角度得到印证。

在立法层面，《关贸总协定》第 11 条第 1 款要求成员方取消的数量限制包括配额、进出口许可证或“其他措施”。“其他措施”是一个兜底性用词。按照条约解释中的“同一种类规则”（*eiusdem generis* rule），即法律列举许多特定事项后，用“其他……”来结束，对其他事项的解释应与特定事项的解释应相吻合，“其他措施”应解释为其他具有与配额、进出口许可证相同或相似的贸易限制效果的

措施。著名学者杰克逊（John H. Jackson）教授也认为，第 11 条通常被理解为禁止配额措施，但它的调整范围实际上远超配额。该条款的基本逻辑是，对于进出口的限制一般应采用关税的形式，非关税类的限制措施原则上不能使用。[①]

在司法层面，WTO 对《关贸总协定》第 11 条第 1 款所规制的数量限制措施的范围进行扩张性解释已经成为一种比较普遍的做法，进出口产品的技术认证、贸易权许可、保证金、最低进出口价格甚至法律的模糊措辞等都曾经被认定为对贸易的“限制或禁止”，从而违反《关贸总协定》第 11 条第 1 款（左海聪，2006）。[②]在“欧共体、美国诉印度影响汽车工业措施案”中，印度对进口汽车零部件的整车企业提出了若干要求，例如企业必须拥有完整的汽车生产线、如果属于外商投资企业则外方投资必须不低于 5000 万美元、组装整车时使用的零部件必须 50%以上为国产品、自行维持进出口贸易金额的平衡等。专家组认定上述要求构成第 11 条第 1 款所禁止的数量限制措施。[③] “欧共体诉阿根廷影响生牛皮出口措施案”的专家组指出，第 11 条第 1 款的纪律适用于具有事实上的限制作用的措施。阿根廷政府允许国内的制革企业代表参与生牛皮出口的质量检测工作，对生牛皮的出口具有事实上的限制作用，从而违反了第 11 条第 1 款。[④]“美国、欧盟与墨西哥诉中国原材料出口限制案”的专家组也主张，第 11 条第 1 款的适用范围不限于正式的数量限制（配额），还包括广泛意义上的“其他措施”。该案专家组认定，中国对矾土、焦炭、锰等商品的出口许可证管理措施违反了第 11 条第 1 款，理由是中国发证机关在审查与发放许可证时所遵循的依据或标准有很多不够明确之处，[⑤]使其可以非正当地拒绝发放许可证，从而对出口贸易造成一种潜在的限制性影响。[⑥]由此可见，只要涉案的非关税措施对贸易有事实上的负面影响，不管其公开的目的是什么，也不管其是否具有法律强制力，都为《关贸总协定》第 11 条第 1 款所禁止。

欧盟碳边境调节机制对国际贸易的限制性影响十分宽泛。除了进口商必须负

---

① Jackson, John H., Legal Problems of International Economic Relations[M]. West Group, 2002:110-112.

② 左海聪.1994 年关贸总协定逐条释义[M]. 长沙:湖南科学技术出版社, 2006:150-160.

③India – Measures Affecting the Automotive Sector,WT/DS146/R, WT/DS175/R and Corr.1, adopted on 5 April 2002, para. 7.270.

④Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and Import of Finished Leather[R]. WT/DS155/R and Corr.1, adopted on 16 February 2001,para.11.17.

⑤ 例如，《出口许可证签发工作规范》（商配发[2008]398 号）第五条规定了经营者申领出口许可证应提交的文件，其中包括“商务部规定的其他应提交的材料”。该文件并没有指出此类材料的具体种类或性质。

⑥China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials[R]. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R,adopted on 22 February 2012,paras.7.913-7.915. paras.7.1075-7.1081.

担经济成本来购买并提交排放许可之外，外国出口商还需要为此构建专门的气候变化合规管理体系，包括雇佣专业的碳资产管理人士、采取环境友好型技术以减少生产过程的实际排放量、聘请欧盟认可的独立第三方机构来核查其实际排放量以及可用于扣减的已经在原产国支付的碳成本等。鉴于碳边境调节机制将显著增加出口商与进口商的贸易成本，对国际贸易造成限制性影响，其无疑将构成《关贸总协定》第 11 条第 1 款所称的具有数量限制效果的贸易措施。可资佐证的是，联合国贸易与发展会议（United Nations Conference on Trade and Development）的研究报告披露，碳边境调节机制不仅对于全球减排的贡献十分有限，仅能减少0.1%的总排放量，而且将对全球货物贸易带来严重的负面影响，迫使商人们承担昂贵的贸易成本。随着碳边境调节机制适用范围的扩展，中国等发展中国家的钢铁、铝、水泥、造纸等碳密集型出口产业将付出高昂的代价。据估算，当欧盟碳排放配额的市场价格为每吨 44 美元时，发展中国家的出口量将因此减少 1.4%；当该价格上升到每吨 88 美元时，出口量将减少 2.4%。[①]

六、中国的应对建议

欧盟碳边境调节机制是一种与气候变化相关的贸易限制措施。我们应辩证看待和理性应对：一方面准确披露其贸易保护特性，敦促欧盟暂停实施该机制；另一方面也应积极推动全球合作应对气候变化，努力构建绿色低碳贸易规则体系，促进气候治理与贸易自由化之间的协调，从而在根本上消除碳边境调节机制等单边气候措施据以生成的客观环境。

（一）深刻揭露碳边境调节机制的贸易保护主义特质

中国应在WTO贸易与环境委员会、中欧气候变化合作谈判等国际场合深刻揭露碳边境调节机制的贸易保护主义特质。一方面这可以获得其他受影响国与国际社会正义力量的广泛支持，迫使欧盟暂缓实施碳边境调节机制，另一方面也可在国际谈判中占据道义高地，有助于达成对己有利的谈判结果。

碳边境调节机制的基本逻辑是以欧盟碳排放交易市场的配额价格作为基准值，要求进口商品承担与欧盟同类产品相同金额的碳成本，即要求进口商向所在国气候变化主管机构购买并提交特定数量的排放许可，使进口产品在其生产过程排放的每一吨温室气体都会内化为生产成本，从而确保产品之间的公平竞争以及

[①] UNCTAD, EU should consider trade impacts of new climate change mechanism[EB/OL]. https://unctad.org/news/eu-should-consider-trade-impacts-new-climate-change-mechanism.[2024-07-21].

防范所谓“碳泄漏”现象。但是，此做法刻意忽略各国贸易竞争力方面的差异，以气候变化为名而行贸易保护之实，是一种新型的单边贸易措施。跨国货物贸易与商品交换的动力首先源自各国自然资源、劳动生产率、人口、资金、技术水平等生产要素的差异。这些差异将反映在产品的最终价格中，促使贸易的参与方通过“高卖”或“低买”来获取最大的经济收益，同时推动经济要素被分配至最能发挥其效用的地方。欧盟要求贸易伙伴国的气候政策完全与其保持一致，目的是实现碳定价的一致性。此举不仅严重背离国际贸易得以产生与发展的经济逻辑，构成一种贸易霸凌行径与绿色贸易壁垒，同时也故意忽视各国的差异性气候治理义务与能力，违反了联合国气候变化公约下的“共同而有区别责任原则”与“各自能力原则”。

此外，欧盟碳边境调节机制强制要求外国企业承担与欧盟企业相同的碳成本，其重要理由是碳成本的高低反映了一个国家气候政策约束力度的大小。欧洲议会曾经明确指出，如果某些进口产品的原产国的气候变化政策不具有与欧盟相同或相似的管制力度，那么议员们支持对这些产品设置碳定价。此举不仅将创造一个全球性的公平竞技场，要求贸易伙伴国在进入欧盟市场前必须采用与欧盟同等力度的减排政策，而且也将促使其他国家积极采取“去碳化”措施以推动《巴黎协定》的执行。[①]问题在于，碳成本（如排放配额的市场价格）是一国气候政策下企业所承担的减排费用，与该国气候政策的管制力度并无必然的关系。各国企业付出的碳成本犹如土地、能源、劳动力等经济要素的价格一样，受到自然禀赋、产业结构、市场供求关系等多种要素的影响，事实上不宜也不可能取得绝对的一致。况且，全球气候治理的目标并不是实现碳定价的统一，而是鼓励各国共同减排，努力追求减排实效，在本世纪末实现预期的控温目标。联合国气候变化公约也允许各国采取多样化的减排措施。因此，尽管碳边境调节机制拥有气候治理行动的“外衣”，但其本质上仍属于贸易保护措施，最终目的是保护欧盟钢铁、水泥等特定产业的竞争力，同时也是欧盟试图借助于经济实力维护其气候变化规则主导权与制定权的举措。

（二）积极开展中欧合作应对气候变化

WTO 发布的《2022 年世界贸易报告》指出，各国碳定价机制之间的巨大差

① European Parliament, Put a carbon price on certain EU imports to raise global climate ambition[EB/OL]. https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210304IPR99208/meps-put-a-carbon-price-on-certain-eu-imports-to-raise-global-climate-ambition. [2021-03-04](2024-05-19).

异性是引发碳边境调节机制立法动机的重要因素。[①]气候政策的跨国合作机制不仅符合气候治理突破国家地理边界的内在需求，有助于推进各国相互认可对方的政策体系以及碳成本，避免采取碳边境调节机制等气候单边主义措施，还能克服气候行动中存在的“搭便车动机”，进一步激发减排的积极性，普遍降低企业的减排成本。中国可与欧盟开展两个层面的国际合作：

首先，以尽可能减少碳边境调节机制的消极影响为目标，开展碳排放许可的相互认可谈判。《欧盟碳边境调节机制条例》规定，进口产品在其原产国已经支付的碳价（分为碳排放交易体系中的排放配额与财税政策中的碳税两种情况）可从碳边境调节机制特别费用中予以扣除。尽管中国与欧盟均在实施碳排放交易，但两者的温室气体减排目标存在不一致之处，欧盟为绝对总量削减目标而中国为单位国内生产总值之排放量的碳强度减排目标，而且排放配额的分配方法也有所不同。那么，中国、欧盟碳市场的配额价格（碳价）是否可以按 1:1 的比例予以互认？假设参与地方碳排放交易的中国某钢铁企业为每一吨钢材支付了 50 元人民币的碳成本，那么在入境欧盟市场时，进口商应支付的费用中是否应直接扣除等值的欧元？或者，欧盟在折算中国产品的碳成本时，是否需要根据中国碳排放交易体系的特点，引入相应的调整系数？以上问题均需中欧双方通过谈判来确定。

其次，待时机成熟，以豁免碳边境调节机制的使用为目标，中欧之间可通过专门安排或协议的方式进一步扩展与深化气候变化合作，推进两大碳市场在基本理念、方法学、制度设计、监管手段等方面的相互协调与连接，允许符合条件的排放配额在中欧碳市场之间自由流通。此类专门安排应从控排企业的选择、排放配额的资格要求与初始分配方案、监测、报告与核证机制、履约与违规处罚机制、争端解决等方面，制定详细的内容。为尽可能降低跨国合作所带来的市场风险（如引发本国碳价的激烈波动），同时确保“大多数减排发生在中国”，中国碳市场对合格的欧盟排放配额应进行严格的数量与质量限制，必要时采取适当的价格干预手段。待合作机制成熟后，中国政府再逐步较少此类限制，但应始终保留干预市场的权力。

（三）努力构建绿色低碳贸易规则体系

欧盟碳边境调节机制的贸易限制属性凸显贸易自由化与气候治理之间的冲

[①] WTO, World Trade Report 2022: Climate Change and International Trade[R].2022.

突。推动两者之间的协调与相互支持、构建绿色低碳贸易规则体系可以有效避免单边气候措施的使用。

首先，尽快修订《对外贸易法》等重要贸易制度，统筹兼顾贸易发展与气候变化治理。《对外贸易法》的指导思想、总体框架和主要制度成型于近 30 年前（1994 年），已经不能适应当前对外贸易发展的客观需要。立法机关应明确将“促进对外贸易的可持续发展，保护环境和应对气候变化”这一目标写入《对外贸易法》第 1 条，还应在具体章节中体现此立法精神。例如，在“货物进出口”章节增加绿色低碳进出口产品的认证与标识体系。主管机关可率先在钢铁、水泥等高排放行业进行试点，根据特定行业温室气体排放量的先进值来确定该产品排放的基准线，对低于基准线的产品给予认证和标识，并在海关手续、关税税率等方面给予优惠待遇。

其次，积极参与 WTO 框架下的贸易与气候变化谈判，推进绿色贸易国际规则和标准的制定。当下，中国分别在两个层面参与 WTO 相关谈判：在诸边层面，中、美、欧等 71 位成员方于 2021 年 12 月 3 日共同发布“关于贸易与环境可持续发展结构谈判的联合部长声明”，其工作目标之一是深入讨论如何确保与贸易相关的气候措施既符合 WTO 规则又能实现气候治理的目标；[①]在多边层面，中国于 2023 年 3 月 15 日在 WTO 贸易与环境委员会的工作会议中提出，应在多边谈判中深入讨论以环境保护为目标的贸易措施，包括其与 WTO 规则的相符性、是否构成贸易保护措施或者绿色贸易壁垒等。[②]为尽快达成协议，减少欧盟实施碳边境调节机制的消极后果，中国可首先着力于诸边谈判，推动各方就气候政策（包括碳定价）的相互认可、碳成本的测算方法等关键问题先行制定指南性文件，或在条件成熟、立场相似的部分成员方内达成诸边协议。

最后，积极构建与欧美“气候俱乐部”相平行的绿色经贸国际规则体系，对抗和反制欧美的单边气候行动与贸易措施。欧盟碳边境调节机制是一种封闭排他型“气候俱乐部”模式，其特点是利用价格机制、财税措施等经济手段吸引和奖励参与方，同时惩罚和排斥非参与方和搭便车者，最终目的是激励减排行动、公平分摊减排成本与统一减排力度。[③]中国参与制定绿色经贸国际规则体系可有效

[①] WTO. Ministerial Statement on Trade and Environmental Sustainability[R].2021.

[②] China.A Proposal for Dedicated Multilateral Discussions on the Trade Aspects and Implications of Certain Environmental Measures[R].2023.

[③] 胡王云.《巴黎协定》下全球气候治理的俱乐部模式及其功能和风险[J].太平洋学报.2023(2):27-41.

对抗“气候俱乐部”。我们可以先与韩国、新西兰等已经实施气候变化减缓政策且与中国达成自贸协定的国家进行谈判，并在自贸协定项下增加与气候变化相关的议定书。其主要内容是对双方的气候政策进行评估，明确认可企业在各自的气候政策体系下所承担的碳成本，同时共同指定符合要求的第三方机构，建立进出口产品碳排放的认证与标识制度，并对符合条件的进出口产品给予贸易优惠待遇。

（四）加快完善国内碳排放权交易市场的建设

拥有一个管理成熟、运行高效的碳排放权交易市场（以下简称“碳市场”）是中国积极推动全球合作应对气候变化的重要前提，也是开展气候变化国际谈判的必要基础。为此，我们需要加快解决碳市场建设过程中的三大难点问题。

首先，加快碳排放权交易国际合作的制度建设。国务院于2024年1月5日通过《碳排放权交易管理暂行条例》，为中国碳市场的发展提供了适当的法律保障。该条例第3条特别规定，国家加强碳排放权交易领域的国际合作与交流。为提高该条款的可操作性，建议由国务院发布一个专门通知，具体内容为：国务院授权生态环境部门与其他国家或地区的碳排放交易市场的主管部门进行磋商，就相互认可排放配额、减排信用等合作事宜进行谈判。在条件成熟时，将《气候变化法》列入全国人大的立法计划。该法应将温室气体减排、气候变化适应、气候变化引起的损害与救济、与气候变化相关的贸易措施、气候变化治理的国际合作等作为重点内容。气候变化专门立法不仅可以使减排目标与手段法定化，而且可为中国参与国际气候变化谈判提供重要保障和指引。

其次，改进碳排放配额的初始分配方式与价格调节措施。围绕与气候变化相关的贸易措施，各方争议的焦点实质上就是如何处理各国同类产品所承担的不同碳成本，例如排放配额的不同市场价格。该价格主要取决于排放配额的初始分配方式与事后的价格调节措施。就初始分配方式而言，中国政府应尊重环境治理中的“污染者付费原则”，从目前的免费分配为主、有偿分配为辅的模式，逐步转变至有偿分配为主、免费分配为辅的新模式，而且在免费分配配额时，逐步采用有效激励企业减排行动的行业基准法，摒弃保护落后企业的历史排放法。就分配后的价格调节机制而言，中国政府应坚持采用市场导向型措施，尊重碳市场的自我纠错机制，避免采用直接注销配额等行政强制性手段，保障市场供求关系对资源配置的决定性作用，具体包括两种手段：一是政府每年预留少数比例的配额，

并在必要时向市场投放此预留配额以平抑或降低碳价；二是政府设立碳市场调控资金，在配额偏多、碳价低迷时通过回购来减少配额的供应，以提高碳价。

最后，确保碳交易市场相关数据的真实性、完整性与可靠性。碳交易市场的健康运行以及减排目标的实现有赖于准确、真实的海量数据。准确、可靠和高质量的排放数据也是欧盟确认中国企业生产过程的实际排放量以及已经支付碳成本的基本前提。如果某一中国企业不能提供可靠可信的数据，则欧盟不仅将拒绝认可前者在中国碳排放交易中已经支出的成本，而且将对每一单位中国产品的排放强度采用欧盟落后企业的标准，这无疑将使该企业在进入欧盟市场时处于非常不利的境地。据报道，2022年3月14日生态环境部通报四家碳资产咨询、核查公司存在数据造假行为，并对其开出了罚单。[①]为避免数据造假并保护中国碳排放交易市场的可信度，政府应提高碳核查机构的准入门槛，同时加大数据造假行为的处罚力度，必要时可要求相关企业停业整顿甚至强制注销。

七、结语

无论是气候变化还是国际贸易，都天然地具有跨国性和全球性特征，或者说都属于全球公共问题。为此，各国应突破国家利益的传统藩篱和短视行为，克服“非黑即白”的零和思维模式，避免采用“以邻为壑”的单边主义行动，并以保护全人类共同利益为导向，寻求一种更具协作性、均衡性和开放性的解决方案。就其贸易属性而言，欧盟碳边境调节机制是一种新型的以应对气候变化为名的数量限制措施，必将增加出口商与进口商的贸易成本，对全球贸易自由化产生消极影响。气候变化的影响跨越国境，是各国面临的共同挑战，所以多边合作是解决问题的最佳方案。以应对气候变化为导向的贸易措施必须同时顾及 WTO 规则与国际环境治理的要求。实施环境保护、应对气候变化的最佳方式是各方就统一性保护方案达成合作协议；在这过程中，还应考虑到不同地理区域的不同情况以及各国在国际环境法中所承担的共同而有区别责任原则。

[①] 林方舟.碳市场再爆弄虚作假案:碳排放数据如何动手脚[N].南方周末，2022-3-16（7）.

参考文献

[1] 胡王云.《巴黎协定》下全球气候治理的俱乐部模式及其功能和风险[J].太平洋学报, 2023, (2).

[2]李娜.欧盟税法的新发展: 利用 BEPS 项目推进税收一体化[J].欧洲研究, 2017,(1).

[3]刘剑文.落实税收法定原则的现实路径[J].政法论坛, 2015,(3).

[4]马云泽. 规制经济学[M]. 北京：经济管理出版社, 2008.

[5]曲振涛, 杨恺钧. 规制经济学[M].上海：复旦大学出版社,2006.

[6]余劲松.国际经济法学（第二版）[M]. 北京：高等教育出版社,2019.

[7]张婉苏. 从税收法定到税收法治的实践进阶——以进一步落实税收法定原则为中心[J]. 法学研究,2023,(1).

[8]赵维田.世贸组织（WTO）的法律制度[M].吉林：吉林人民出版社.2000.

[9]左海聪.1994 年关贸总协定逐条释义[M]. 长沙:湖南科学技术出版社, 2006.

[10]Dias, Anna, et.al., EU Border Carbon Adjustment and the WTO: Hand in Hand Towards Tackling Climate Change[J]. Global Trade and Customs Journal, 2020, 15(1).

[11]Jackson, John H., Legal Problems of International Economic Relations[M]. West Group, 2002.

[12]Mehling, Michael A. et.al., Designing Carbon Adjustment for Enhanced Climate Action[J]. American Journal of International Law, 2019, 113(3).

国际规制合作中的标准化维度

郝　荻*

摘要：规制合作与标准化之间存在密切联系。标准能够弥补规制的功能缺位，以技术要求细化规制内涵；标准化合作有利于缓解国际规则的生成危机，推动各国国内规制的趋同，为规制的创设搭建基础性框架和通用语言。技术法规引用标准制度、标准化请求委托制度，以及“以国际标准为基础”的条约义务分别为标准化支撑国际规制合作提供了国内、国际层面的制度基础。标准化不仅仅是解决国际规制合作问题的重要突破口，也是技术变革的时代背景下国际规制合作的必然趋势。标准化国际合作呈现出合作主体的多元化、国内标准的竞争性国际化、区域内合作形式的法治化，以及规范价值的意识形态化等趋势，增加了国际规制合作的层次，拓展了国际规制竞争的场域，也增加了歧视性规制合作的风险。我国应重视标准化在规制合作中的战略地位，强化对非政府主体参与标准化的激励及监管，进一步提升我国标准化的对外开放程度和法治化水平。

关键词：规制；标准；规制合作；标准化

一、问题的提出

规制（regulation）是指公共部门依据法律法规的授权，对经济和其他社会活动进行干预、调节和监管的行为。[1]规制不但在干预市场配置机制等方面发挥着重要作用，还承载着一国文化、环境、健康、安全等价值理念，被用于应对各类系统性风险。特别是伴随着人工智能等新型科技力量的发展变化，新技术的运用在创造了新发展机遇的同时，也可能引发威胁国家安全、侵犯个人隐私等重大风险，因而针对各类风险量身定制法律规制框架变得尤为重要。

由于不同国家有着不同的规制偏好，规制的差异性会产生一系列的外部性。[2]首先，在全球范围内，各国大量不同的法规和技术标准可能会引发“规制冲突、重叠和缺失”。[3]市场主体为提供符合各国规制的产品和服务，不得不放弃规模经济，同时还会引发高昂的合规成本。[4]其次，国内规制的滥用可能形成不必要的贸易壁垒。政府可能利用其规制权力来追求重商主义目标，利用国内规制偏袒国内市场主体，阻碍全球竞争和与贸易投资的自由流动。

* 郝荻，女，1991 年 8 月，首都经济贸易大学法学院，讲师。通讯地址：北京市丰台区花乡张家路口 121 号首都经济贸易大学。电子邮箱：haodi6756@126.com.

[1] 刘水林、吴锐：《论“规制行政法”的范式革命》，《法律科学》2016 年第 3 期，第 62 页。

[2] Shin-yi Peng, Autonomous Vehicle Standards under the Technical Barriers to Trade Agreement: Disrupting the Boundaries? in Shin-yi Peng et al. eds., Artificial Intelligence and International Economic Law: Disruption, Regulation, and Reconfiguration, Cambridge University Press, 2021, p.123.

[3] 彭岳：《数字贸易治理及其规制路径》，《比较法研究》2021 年第 4 期，第 166 页。

[4] Jacques Pelkmans, Lowering Regulatory Trade Costs, World Trade Review, vol.22, 2023, p.497.

[5]最后，规制合作的缺失可能在一些新兴产业产生“向下竞争”的问题。如各国通过国家战略和激励措施来吸引人工智能产业的发展，但激烈的竞争与宽松的监管可能会产生一定的社会风险。[6]因此，在经济全球化的背景下，国际规制合作的开展具有一系列重要价值。国际规制合作是“为实现国内社会或国际社会中关于经济、政治和法律等方面的目标，国家及国际组织所进行的旨在预防、减少或消除国家间不必要的规制差异的活动”。[7]规制合作的目的不仅仅是消除不必要的贸易壁垒，更是减少具有合法目标的规制间的差异，[8]释放科技发展所蕴含着的经济发展前景，降低中小企业参与国际贸易与投资的成本。[9]

规制合作可以体现为程度由浅入深的多种形式：浅层的规制合作主要体现为设置国家良好规制实践、强化透明度、公众咨询、进行规制影响分析；更进一步的合作体现为国家间技术法规、标准、合格评定程序及其结果的互认；深度的规制合作主要包括技术法规及标准趋同及协调。[10]在实践中，一些“浅层”规制合作相对更易达成，而深度的国际规制合作则面临着的“国家主权”形成的固有屏障。特别是考虑到各国具有不同的公共政策目标和保护水平，深度的规制合作需要各国让渡自身的规制自主性，容易引发国家对于规制主权的担忧。[11]故而现实中，法规的互认以及协调统一常常需要借助技术性更强、政治性和约束力更弱的标准来实现。

规制合作与标准化问题之间存在密切联系。标准化不仅仅是解决国际规制合作问题的重要突破口，也是技术变革的时代背景下国际规制合作的必然趋势。对于标准化的研究已成为寻求国际规制合作所无法回避的命题。一方面，标准的科学性与规范性使之能够缓解国际规则的生成危机，并在全球和国内治理中发挥着日益重要的作用。标准与规制间的连结塑造了“多元多层”的“公私协作”治理模式。但另一方面，标准化问题又对规制合作产生了新的影响与挑战。标准制定主体的多元化对传统法治的民主正当性造成了一定程度的冲击，标准化竞争与合作成为了新地缘政治时期各国争取国际规制主导权的重要场域，技术标准的锁定效应更使其成为大国博弈的重要战略工具。本文旨在澄清标准与规制、标准化与规制合作之间的复杂关联，剖析这种关联的制度基础，从而揭示出标准化在推动国际规制合作进程中的重要地位、趋势与影响，促进我国利用标准的国际化，打破他国的规制壁垒，实现更大范围与更深程度的规制合作。

---

[5] Gene M. Grossman, Phillip McCalman, Robert W. Staiger, The “New” Economics of Trade Agreements: From Trade Liberalization to Regulatory Convergence? Econometrica, vol.89, no.1, 2021, p. 216.

[6] Peter Cihon, Standards for AI Governance: International Standards to Enable Global Coordination in AI Research & Development, Technical Report, p.7.

[7] 张亮、黎东铭：《国际规制合作：一个概念的解析与界定》，《国际经济法学刊》2021 年第 2 期，第 81 页。

[8] Gene M. Grossman, Phillip McCalman, Robert W. Staiger, The “New” Economics of Trade Agreements: From Trade Liberalization to Regulatory Convergence? Econometrica, vol.89, no.1, 2021, p. 216.

[9] Usman Ahmed, “The Importance of Cross-Border Regulatory Cooperation in an Era of Digital Trade,” World Trade Review, vol.18, no.S1, 2019, p. 100.

[10] Han-Wei Liu and Ching-Fu Lin, “The Emergence of Global Regulatory Coherence: A Thorny Embrace for China?” University of Pennsylvania Journal of International Law, vol.40, no.1, 2018, p.149.

[11] 胡枚玲、张军旗：《论 CPTPP 规制合作的新范式及中国应对》，《国际贸易》，2019 年第 10 期，第 36 页。

二、国际规制合作中的标准化嵌入

（一）标准弥补了规制的功能缺位

新产业、新业态、新模式的出现彰显出标准在国内和全球规制中的重要作用。速度惊人的技术变革、日新月异的技术发展产生了复杂治理问题，仅依靠“传统”政府主导的规制方式很难做出及时有效的应对。而标准能够对技术发展做出更迅速的反应。标准通常具有非强制性因而更加灵活，能够适应快速变化的科技与政治格局。[12]已有越来越多的国家旨在减少强制性的政府监管，并支持自愿的、行业主导的、不具约束力的标准。[13]特别是非政府制定的标准因受市场驱动，经济效率更高，开发时间更短。[14]例如在人工智能等领域，技术标准很大一部分都是由包括硬件制造商和软件开发商、互联网服务提供商等在内的非政府机构制定和提出，非政府标准在这些领域中的治理作用不可忽视。[15]与此同时，标准具有较强的专业化、技术化特征，其影响力更多来自于它们的技术优势和广泛的市场接受度。特别是随着经济社会与科学技术的发展，人们对于产品或服务的技术需求不断更新，而标准所代表的软法也可在某种程度上缓解当下新兴技术领域规则规制的缺失。[16]从人工智能(AI)和物联网(IoT)，标准引领作用十分突出。[17]

以无人驾驶汽车为例，各国倾向于为自动驾驶汽车的安全性提供更加柔和的治理方法。[18]英国政府已经发布了“行为准则”（Code of Practice），为自动驾驶汽车的测试提供“指导”（Guidance）。[19]尽管从守则的本质来看，遵守是自愿的，但它仍然规定了政府认为应遵循的“原则”和详细的“建议”，以尽量减少潜在风险。准则建议试验机构考虑采用汽车网络安全方面的国际标准和英国标准。[20]美国 NHTSA 和美国交通部（DOT）于 2020 年 1 月联合发布

---

[12] Shin-yi Peng, “Autonomous Vehicle Standards under the Technical Barriers to Trade Agreement: Disrupting the Boundaries?” in Shin-yi Peng, Ching-fu Lin, and Thomas Streinz, eds., Artificial Intelligence and International Economic Law, Disruption, Regulation, and Reconfiguration, Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p.133.

[13] 《TBT 协定》附件 1.2 条将“标准”定义为:经认可机构批准的文件，为通用和重复使用提供产品或相关工艺和生产方法的规则、指南或特性，非强制性遵守。它还可以包括或专门处理适用于产品、过程或生产方法的术语、符号、包装、标记或标签要求。标准的非强制性是使其与技术法规相区别的重要特征。

[14] Michael M. Du, “The Regulation of Private Standards in the World Trade Organization,” Food and Drug Law Journal, vol.73, no.3, 2018, pp.432-433.

[15] 戴艺晗：《国际贸易法视域下的人工智能规制——以 WTO 规则为视角》，《上海财经大学学报》，2023 年第 2 期，第 135 页。

[16] 戴艺晗：《国际贸易法视域下的人工智能规制——以 WTO 规则为视角》，《上海财经大学学报》，2023 年第 2 期，第 131 页。

[17] Daniel R. Russel, Stacking the Deck: Report Subtitle: China’s Influence in International Technology Standards Setting, Asia Society, 2021, p.9.

[18] Shin-yi Peng, “Autonomous Vehicle Standards under the Technical Barriers to Trade Agreement: Disrupting the Boundaries?” in Shin-yi Peng, Ching-fu Lin, and Thomas Streinz, eds., Artificial Intelligence and International Economic Law, Disruption, Regulation, and Reconfiguration, Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p.132.

[19] Code of Practice: Automated Vehicle Trialing, https://www.gov.uk/government/publications/trialling-automated-vehicle-technologies-in-public/code-of-practice-automated-vehicle-trialling#definitions.

[20] 例如准则建议试验组织考虑采用汽车网络安全的基本原则(BSI PAS 1885：2018)，PAS 1885 是道路车辆的国际标准；以及考虑采用英国标准协会制定的 PAS 标准——“确保自动驾驶车辆的运行安全”(BSI PAS

了报告——《确保美国在自动驾驶汽车技术方面的领导权》（“自动驾驶汽车 4.0”）。报告提出美国政府将与自动驾驶汽车的开发商、制造商、和服务提供商合作，制定和推广物理和网络安全标准，以检测并阻止相应的安全风险，并利用标准将具有成本效益的创新快速推向市场。[21]

可见，当下新兴技术产业的发展内在地需要监管方式的转变，从寻求通过强规范性的法律法规来塑造行为，转向使用弱规范性的标准作为一种新的监管方式。在硬性治理规则尚未成熟的情况下，非规范性的技术管理补充了法律法规对行为的塑造作用，调整了法律法规本身并不直接规定所涉及的科学技术问题。[22]通过将标准纳入进法律体系，法律调整科学技术领域的可能性被延展了。

（二）标准以技术要求细化了规制内涵

法律制定的权利义务是相对抽象的，这种抽象的权利和义务往往需要通过标准使之具体确定。特别是技术要求的制定往往非立法者能力所及 ，“需要标准提供技术支撑而取得法治的效果。”[23]正如有学者所说，我们已经进入了利用技术措施来实现规制目的的“法律 3.0 的时代”。[24]而标准的意义，在于为法律法规的权利义务配置提供科学技术上合理化的支持。[25]标准在专业性、技术性方面能够对规制的具体要求及其实施提供更精确的解释，为权利义务之内容提供具体的依据。[26]例如，欧盟《人工智能法案》第 10 条建立了“高质量训练数据集”的标准。然而，数据集的质量是一个规范概念，很难客观评估。因而利益相关者主张建立欧盟标准来定义什么是“高质量”的数据集，以及它应该具有哪些理想的属性。法律规则设定了人工智能系统提供商应该实现的技术目标；而协调标准提供了详细的技术规范，这些规范可以服务于相关法律法规要求的实施。

标准在实施法律法规所确定的分级分类要求时，也发挥了重要作用。分类分级是指根据事物的属性、特征和需求，将其划分为不同的类别和级别，以便进行规范化管理，标准因其技术性更适于承担这一角色。例如，国际自动机工程师学会（Society of Automotive Engineers International, 简称“SAE International”）发布的自动驾驶分级标准将自动驾驶功能由低到高分为 L0-L5 六个级别。自动驾驶汽车分级标准在多国广泛适用，该标准有助于道路交通安全法律法规对不同“类型”的自动驾驶汽车进行有效规制。再如，我国网络安全标准化技术委员会于 2024 年 3 月 15 日发布、2024 年 10 月 1 日实施了《数据安全技术 数据分类分级规则》（标准号：GB/T 43697-2024）。这一推荐性国家标准为《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》的相关规定，给出了数据分

1881:2022)。

[21] 例如 NIST 国家网络安全卓越中心（NCCoE）在开展研究，加速安全、基于标准的风险管理解决方案的部署和使用，NIST 网络安全框架已经成为行业网络安全的实际通用措施。

[22] 戴艺晗：《国际贸易法视域下的人工智能规制——以 WTO 规则为视角》，《上海财经大学学报》，2023 年第 2 期，第 10 页。

[23] 柳经纬：《论标准对法律的支撑作用》，《厦门大学学报》，2020 年第 6 期，第 160 页。

[24] 罗杰·布朗斯沃德：《法律 3.0：规则、规制和技术》，毛海栋译，北京：北京大学出版社，第 5 页。

[25] 陈伟：《作为规范的技术标准》，《法学研究》2022 年第 5 期，第 87-89 页。

[26] 柳经纬：《法律引用标准的三重意义》，《电子知识产权》，2023 年第 6 期，第 9 页。

类分级的通用规则。[27]技术标准治理逐渐与规则规制相结合，在各国和全球经济体系内均发挥重要作用。[28]

鉴于标准对规制内涵的支撑，标准可能被赋予推定合规的效力，进而承接规制的法律约束力。传统意义上的标准在法律上不具有约束力，但在创造产品兼容性、互操作性和基本安全性方面具有重要的影响力。然而，自愿遵守的标准也可能会因法律法规的规定，产生推定合规的效力，因而具有事实上的约束力。例如欧盟《人工智能法案》规定“符合 2012 年 1025 号法规所规定的在欧盟官方公报上公布的标准化或其部分的高风险 AI 系统或通用 AI 模型”将被推定为符合法案中的特定义务。在司法实践中，标准可以通过提供“标准事实”的指引而提升效率，[29]从而在监管调查和司法诉讼方面具有重要的证据价值。[30]例如自愿性标准为法官评估自动驾驶汽车安全的适当水平和证据提供了基准，可能成为自动驾驶汽车制造商遵守“指南”“最佳实践”或“行为准则”的强大动力。自动驾驶汽车制造商可以通过证明符合安全标准来部分减轻法律风险。[31]

（三）标准化对于国际规制合作具有引导作用

全球治理转型需要克服“碎片化”治理所导致的日益分化的影响。而标准化有望为一个日益分化的世界提供另一维度的治理引擎，在以下方面引导国际规制合作的形成。

第一，标准化有利于缓解国际规则的生成危机，引导国际规制合作的形成。[32]通过制定统一实体性规则实现规制协调（harmonisation），是国际规制合作的最深度的形式。[33]然而在中心权威缺失的全球化背景下，由主权国家推动形成的国际法存在着一定的保守性。现有的国际机构往往因僵硬的决策程序而陷入瘫痪，新兴经济体的迅速崛起使多边谈判变得更加困难。且传统的谈判方式需要各国消耗大量成本和资源来谈判、缔结国际条约，因而也可能对于国际社会的回应过于缓慢。倘若有效的国际规则未能随新技术和新模式及时跟进和创制，将影响其全球治理的功能发挥。以世贸组织为例，随着决策影响力逐渐越来越分散，WTO 成员方越来越难以应对自身的结构性不平衡，需要处理的“边界后”问题越来越敏感，短期内

---

[27] 参见《数据安全技术 数据分类分级规则》，引言。

[28] 周银玲：《从科学权威到规则权威：全球治理中的标准及其规范化进路》，北京：中国社会科学出版社，2021 年，第 80 页。

[29] 陈伟：《作为规范的技术标准及其与法律的关系》，《法学研究》2022 年第 5 期，第 84 页。

[30] 据统计，我国自动驾驶标准体系中，推荐性文件占比 88.7%。例如《智能网联汽车 自动驾驶系统通用技术要求》为推荐性国家标准，规定了自动驾驶系统的安全性要求，明确了自动驾驶系统应具备的功能。

[31] Shin-yi Peng, “Autonomous Vehicle Standards under the Technical Barriers to Trade Agreement: Disrupting the Boundaries?” in Shin-yi Peng, Ching-fu Lin, and Thomas Streinz, eds., Artificial Intelligence and International Economic Law, Disruption, Regulation, and Reconfiguration, Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p.123.

[32] Jeffrey L. Dunoff, “Mapping A Hidden World of International Regulatory Cooperation,” Law and Contemporary Problems, voo.78, no.4, 2015, p.269.

[33] OECD, International regulatory Co-operation: Addressing Global Challenges, OECD Publishing, 2013, p.23.

在 WTO 体制内实现多边规则的实质更新几乎不可能。[34]也因此，全球治理呼吁新的治理模式和决策机制的出现，以补充并更新现有的国际规则。

相比于国际规则，标准作为一种非条约规范，技术性更强，政治性相对较弱。国际标准化机构非常重视技术专家的意见，且要求任何影响标准的干预措施都必须基于技术推理。[35]正因为国际标准的专业性和规范性，国际层面上的标准化相比于国家间统一规则更加容易实现；同时，国际标准化也有利于增进国家或其他主体间的相互理解和信任，促进国际法创设范围的拓新。[36]以人工智能治理为例，更传统的国际法途径难以实现“透明度”“风险”等复杂且敏感的概念商定，但全球标准制定组织正在相对轻松地完成这项工作。例如，2022 年 7 月，国际标准化组织（ISO）和国际电工委员会（IEC）联合技术委员会（JTC）的第 42 小组委员会（SC 42）发布了第一个全球人工智能基础标准。人工智能概念和术语（“ISO/IEC 22989：2022”）是第一个全球公认的人工智能通用术语，[37]也是 JTC 中代表的各方之间术语协议的第一个版本。

第二，标准在国际层面的广泛适用会促进各国国内规制的趋同。标准的运用有助于突破国际贸易的技术壁垒，实现全球或区域间的产品和服务标准的统一。随着标准使用者数量增加，标准的价值也在增加，这种价值又会进一步吸引更多用户，从而形成网络效应。网络效应形成的压力将市场推向单一的主导标准。[38]跨国公司在推动形成统一的全球标准治理格局过程中发挥了重要作用。例如，ISO 数据安全标准已被阿里巴巴、亚马逊、苹果、谷歌、微软和腾讯等云计算提供商广泛采用。[39]此外，大型跨国公司也有充分的动力游说促进各国技术法规和标准的统一化，以此降低的公司的治理成本和合规成本。对于产品供应商而言，要进入跨国公司的特定供应链，需要遵守这些供应链上的标准，[40]否则可能导致该供应商被排除于市场之外。此时，自愿性标准将会产生事实上的强制力。[41]

除了公司等市场主体外，国家也容易受到标准网络效应的影响。当大量市场主体进出一国的市场，倘若该国的国内规制与国际普遍适用的标准缺乏互操作性，则该国可能会削弱其自身营商环境的吸引力。而接纳广泛适用的标准将在更大程度上符合国家的利益。国家间技术法规与标准的协调程度越高，各国进行经贸交往的障碍也就越小。[42]因此，只要特定标准

---

[34] Gabriel Gari, “Is the WTO's Approach to International Standards on Services Outdated?” Journal of International Economic Law, vol.19, no.3, 2016, p.592.

[35] Peter Cihon, Standards for AI Governance: International Standards to Enable Global Coordination in AI Research & Development, Technical Report, p.14.

[36] 周银玲：《从科学权威到规则权威：全球治理中的标准及其规范化进路》，北京：中国社会科学出版社，2021 年，第 177 页。

[37] José-Miguel Bello Y. Villarino, “Global Standard-Setting for Artificial Intelligence: Para-regulating International Law for AI?”, The Australian Year Book of International Law Volume, 2023, p.158.

[38] Eva Van Der Zee, “Disciplining Private Standards Under the SPS and TBT Agreement: A Plea for Market-state Procedural Guidelines,” Journal of World Trade, vol. 52, no.3, p.414.

[39] Peter Cihon, Standards for AI Governance: International Standards to Enable Global Coordination in AI Research & Development, Technical Report, p.10.

[40] Michael M. Du, “The Regulation of Private Standards in the World Trade Organization,” Food and Drug Law Journal, vol.73, no.3, 2018, p.433.

[41] 周银玲：《从科学权威到规则权威：全球治理中的标准及其规范化进路》，北京：中国社会科学出版社，2021 年，第 30 页。

[42] 金观平：《发挥标准引领作用至为关键》，《经济日报》2023 年 4 月 8 日，第 001 版。

在全球范围内形成了一定的适用规模，其他国家的国内规制也将面临效仿的压力，这种压力也将构成对于国际规制合作的推动力。

第三，标准能够为规制的创设搭建基础性框架和通用语言。[43]标准可以区分为基础标准和执行标准。[44]在技术法规尚未形成知之时，标准成为了未来规范的基础。它使得技术从业者、技术专家和监管机构可以使用相同的语言。[45]特别是国际标准化机构还可以为各国标准化主体提供共享的治理框架，使其建立起一定程度的信任，以达成更具约束力的规则。可见，标准并不局限于解决纯粹的技术问题，有学者将这一过程称为“准规制”。[46]且标准的先行存在可以成为规制形成中的路径依赖，随着时间的推移，标准对于规制的影响将更加难动摇。正如托马斯·伯里（Thomas Burri）所提出，框架和标准可以进入法律法规的制定过程，因为它们是规范起草者（有意识或无意识的）参考点，他将这一过程称为“潜意识扩散”。也正因为如此，有学者认为标准已然构成了“国际法渊源的新类型”[47]，标准所形成的准规制可以在国际规则的谈判制定过程中形成“先发优势”。

总之，标准化是各国进行国际规制合作所不能回避的重要组成部分。标准与规制之间的密切联系，及标准事实上的法律约束力使其成为了沟通软法与硬法的桥梁，能够弥补既有的规则真空。鉴于标准技术性、灵活性的特征，及其内在的网络效应，标准化成为了国际规制合作的重要突破口。特别是在国内及国际规制尚未形成的领域，标准化受市场因素的驱动更加明显，在全球范围内形成一定规模的标准将会成为影响一国国内规制的重要力量。

三、标准化支撑国际规制合作的制度基础

（一）技术法规引用标准制度

在国际层面，国际规则对于技术标准的认可事实上革新了国际法的创设方式，技术标准“可软可硬”的特征使其逐步成为全球治理的有效工具。[48]在很多国家国内法层面，在法规中引用标准也是一种普遍做法。[49]随着这些国家法规引用标准制度机制的健全和实践的深入，技术法规通常不再涉及产品特性等具体的技术内容，而是仅规定达到规制目的的基本原则和要求，通过引用的自愿性标准来实现具体技术解决方案，即通过“技术法规+自愿性标准”的模式共同起到保障健康、安全和环境的目的。[50]例如英国政府与英国标准学会签订的《联合

---

[43] 例如 ISO/IEC 22989:2022 等基础标准旨在创建一种通用语言。José-Miguel Bello Y. Villarino, “Global Standard-Setting for Artificial Intelligence: Para-regulating International Law for AI?”, The Australian Year Book of International Law Volume, 2023, p.172.

[44] AI Watch: AI Standardisation landscape, state of play and link to the EC proposal for an AI Regulatory Framework, p.10.

[45] José-Miguel Bello Y. Villarino, “Global Standard-Setting for Artificial Intelligence: Para-regulating International Law for AI?”, The Australian Year Book of International Law Volume, 2023, p. 169.

[46] Ibid., p.159.

[47] 周银玲：《从科学权威到规则权威：全球治理中的标准及其规范化进路》，北京：中国社会科学出版社，2021 年，第 23 页。

[48] 周银玲：《从科学权威到规则权威：全球治理中的标准及其规范化进路》，北京：中国社会科学出版社，2021 年，第 6 页。

[49] Raphael Padula, Diego Eugênio Pizetta, “The Increasing Dispute between USA and China over International Standardization,” Revista Brasileira de Política Internacional, vol.65, no.1, 2022, p.1.

[50] 车佳、车迪、陈俊华：《法律法规与标准的关系及引用模式研究》，《标准科学》，2023 年第 6 期，第

王国政府和英国标准学会在标准方面的备忘录》规定在确定政府采购规格及制定的法律中要引用英国国家标准。[51]《日本工业标准化法》第 69 条明确要求国家和地方政府在制定矿工业的技术要求时、在确定采购产品的规格时、以及就特定其他事务制定标准时，应尊重日本工业标准。[52]美国联邦政府的标准化工作尤其依赖非政府的标准化机构，因而其技术法规与标准的关系更为紧密。当联邦机构需要一项技术标准来补充监管要求时，“它通常会从已经由私人开发的可用标准中进行选择。”[53]美国联邦法规制定奉行实用主义，技术内容能满足法规需要的标准都可以被引用。[54]

美国标准与法律融合有着较为成熟的制度体系。《1995 年国家技术转让与推动法案》（NTTAA）、OMB 通告 A-199、《2004 标准制定组织推动法案》以及《美国联邦法规》第 51 部分共同构成了美国标准化体系的核心组成部分。其中，NTTAA 是美国标准与法律融合制度中最重要的法律依据。NTTAA Sec.12(d)(1)规定“所有的联邦机构与部门均应使用自愿共识标准组织制定或采纳的技术标准，并以技术标准作为手段，执行机构和部门确定的政策目标”。NTTAA 的实施推动了美国标准与法律融合的制度发展。而 OMB 通告 A-199 是由美国总统府管理与预算办公室制定的行政法规，能够作为 NTTAA 的支撑法规。OMB 通告 A-199 明确列举了联邦政府机构使用非政府标准的考量因素，要求所有联邦机构必须在采购和监管活动中使用自愿共识标准代替政府专用标准，除非在违反法律或者不可行的情况下，相关机构必须说明原因，还对“不可行情形”作出了细化的规定。《2004 标准制定组织推动法案》进一步支撑了 NTTAA 的实施，并为了鼓励自愿共识标准的制定与颁布，在反垄断法层面为标准制定组织的标准化活动争取到一些豁免。[55]《美国联邦法规》第 51 部分则为“参引合并”（Incorporation by Reference，简称 IBR）立法技术的实施提供了操作指引，进而更好地实现美国标准与法律的融合。所引用的标准（或其他材料）被视为已在《联邦公报》和《联邦法规》中发布，具有法律效力。

我国虽未正式建立起这一制度，但也有类似的实践做法。例如《密码法》第二十四条提出“商用密码从业单位开展商用密码活动，应当符合有关法律、行政法规、商用密码强制性国家标准以及该从业单位公开标准的技术要求。”《国家安全法》第七十二条规定“承担国家安全战略物资储备任务的单位，应当按照国家有关规定和标准对国家安全物资进行收储、保管和维护，定期调整更换，保证储备物资的使用效能和安全。”《网络安全法》第二十二条要求“网络产品、服务应当符合相关国家标准的强制性要求。”《产品质量法》第十三条规定，“可能危及人体健康和人身、财产安全的工业产品，必须符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准；未制定国家标准、行业标准的，必须符合保障人体健康和人身、财产安全的要求。禁止生产、销售不符合保障人体健康和人身、财产安全的标准和要求的工

---

24 页。

[51] Memorandum of Understanding between the United Kingdom Government and the British Standards Institution in Respect of its Activities as the United Kingdom’s National Standards Body, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910301/memorandum-of-understanding-between-bsi-and-beis.pdf

[52] Article 69 of Japanese Industrial Standardization Act.

[53] Emily S. Bremer, “American and European Perspectives on Private Standards in Public Law,” Tulane Law Review, vol.91, no.2, 2016, p.342.

[54] 张慕、刘颖：《美国标准化体系概述》，《中国标准化》2019 年第 12 期，第 298 页。

[55] 周宇：《美国标准与法律融合研究》，厦门：厦门大学出版社，2022 年版，第 113-122 页。

业产品。”上述法律法规将符合标准，特别是国家标准作为履行法定义务的行为要件以及判断违法与否的依据，以确保中国使用的技术是“安全可控的”。[56]

法规援引标准制度并不规范标准制定组织的内部运作，但它间接地影响了标准制定过程。因为政府采纳的前提是自愿性标准能够为政府提供有效的服务。政府机构的采纳是对标准组织的动力，这一动力的主动权掌握在政府手中。政府通过采纳、审查自愿性标准，能够引导和规范自愿性标准的发展。当标准被法律引用时，即履行了法律功能，软法和硬法之间开始渗透融合。技术法规援引标准制度将抽象的立法与具体的技术标准相结合，[57]减少了静态规则和动态技术之间的摩擦，为技术治理提供了一个灵活和动态的法律框架。[58]

（二）标准化请求委托制度

与技术法规引用标准制度相类似，欧盟标准化体系采用标准化请求委托制度。标准化请求委托制度的法律依据最初是欧盟在 1985 年形成的《关于技术协调和标准的新方法决议》（下称《新方法决议》）中确立的。该方法推动了技术法规从直接规定技术要求到间接引用标准转变。即欧盟委员会根据已经制定的法规的需要，向一个或多个欧洲标准化组织提出“标准化请求”的委托，请求欧洲标准化组织起草或修订欧洲标准或其他欧洲标准化成果。[59]委托制度为欧洲标准满足欧盟法律法规提供了基本指引。欧盟利用标准化请求委托制度，更好地实现了高度制约和监管下的协调标准化，在市场经营者、标准制定者和立法者之间建立起了高效的公司合营关系。

《欧盟标准化法规》进一步确定了标准化委托制度“请求-接受-执行-评估-采用”几个主要步骤。[60]具言之，委员会可以委托标准化组织制定年度工作方案中规定的标准。这个过程被称为标准化请求。委员会的标准化请求详细说明了起草标准的目标、范围和期限。在委员会发出标准化请求后，欧洲标准化组织必须在一个月内作出回应，表明是否接受该请求。如果标准化组织接受，它将开始随时向委员会通报进展情况，并确保正确执行请求。根据欧盟委员会提交的要求而采用的欧洲标准被定义为“协调标准”。[61]协调标准要经过一系列检查和评估，如果评估的结果为符合标准化请求和相应的欧盟协调立法中规定的要求，欧盟委员会将在《欧盟官方公报》中予以公布。

但欧盟的“新方法”并没有强制性要求遵守“协调标准”，而是推定其具有符合技术法规的效力。当欧盟委员会引用一项标准时，它并不因此赋予该标准正式的法律效力。相反，参考

---

[56] Raphael Padula, Diego Eugênio Pizetta, “The Increasing Dispute between USA and China over International Standardization,” Revista Brasileira de Política Internacional, vol.65, no.1, 2022, p.11.

[57] 周宇：《美国标准与法律融合研究》，厦门：厦门大学出版社，2022 年版，第 25 页。

[58] Johannes Brake, Co-Regulation or Capitulation? Addressing Conflicts Arising by AI and Standardization, vol.25, no.2, 2020, p.12.

[59] 欧洲标准化委员会(CEN)，欧洲电工标准化委员会(CENELEC)和欧洲电信标准协会(ETSI)具有特权和突出的作用:它们是唯一有资格从事委员会发布的标准化要求的组织。European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: An EU Strategy on Standardisation Setting Global Standards in Support of a Resilient, Green and Digital EU Single Market, Brussels, 2.2.2022, p.4.

[60] Article 10 of the Regulation (EU) No 1025/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on European Standardisation.

[61] Alessio Tartaro, Regulating by Standards: Current Progress and Main Challenges in the Standardisation of Artificial Intelligence in Support of the AI Act, European Journal of Privacy Law and Technologies, No.1, 2023, pp.152-153.

标准始终是自愿的，受监管方可以通过证明符合某些其他标准来证明符合欧盟立法的基本要求。然而，在实践中，协调标准仍然是受监管方证明遵守欧盟法规的首选手段，因为它向供应商提供了技术解决方案，且能够衡量供应商是否实施了法规的要求，进而在提供技术解决方案方面发挥着关键作用，而被监管方通过遵守替代标准来证明合规性的成本高昂。[62]因此，尽管欧盟协调标准在技术上是自愿的，但它们已近乎具有事实上的强制性。

（三）“以国际标准为基础”的条约义务

作为削减不必要的技术性贸易壁垒的重要途径，WTO 的《TBT 协定》规定了向国际标准进行协调的义务。此类义务在推动成员方在减少贸易壁垒的同时，提升了国际标准的适用率。《TBT 协定》第 2.4 条和 2.5 条设置了向国际标准进行协调的不同水平。其中，第 2.4 条要求“各成员应使用这些国际标准或其中的相关部分作为其技术法规的基础，除非这些国际标准或其中的相关部分对达到其追求的合法目标无效或不适当”。“作为……基础”（based on）意味着成员方的技术法规不必与国际标准完全一致。第 2.5 条则提出，“只要出于第 2 款明确提及的合法目标之一，并符合有关国际标准制定、采用和实施的技术法规，均应作出未对国际贸易造成不必要障碍的可予驳回的推定。”因此，WTO 的《TBT 协定》事实上规定了向国际标准进行协调的三种不同水平，最高为“与国际标准相符”（“in accordance with”），此时 WTO 规则允许成员方享受未对国际贸易造成不必要障碍的推定；中等水平为将国际标准作为技术法规的基础；而最低水平条件下，成员方的技术法规也可以偏离国际标准的规定，但条件是“这些国际标准或其中的相关部分对达到其追求的合法目标无效或不适当”。可见，技术法规偏离国际标准事实上仅在例外情况下被允许。

区域贸易协定中的相关章节在WTO规则的基础上进一步重申并细化了国际标准在国内规制合作中的作用。如 CETA 第 8.5.1 条、CPTPP 第 8.5.1 条、USMCA 第 11.4.1 条等区域贸易规则均强调“国际标准、指南和建议在支持加强规制一致性、良好规制实践和减少不必要的贸易壁垒方面可以发挥重要作用。”此外，在 WTO 的 TBT 规则基础上，以 USMCA 为代表的高标准国际经贸规则还设定了更具体的义务，以强化国际标准对于国内规制的引导作用。例如，USMCA 第 11.5.2（a）条设置了长效跟踪的动态义务，要求每一缔约方应定期审查技术法规和合格评定程序，以便与相关国际标准日益保持一致，“包括审查相关国际标准的任何新发展，以及导致与任何相关国际标准不一致的情况是否继续存在。”第 11.5.3 条规定了存在多个国际标准时的逐项考虑义务，提出“如果存在多项国际标准对实现某一技术法规或合格评定程序的合法目标是有效和适当的，则该缔约方应考虑使用每一项国际标准作为技术法规或合格评定程序的基础，只要其能够实现技术法规或合格评定程序的合法目标”。第 11.5.6 条设置了未使用国际标准时阐明理由的义务——“如果一缔约方未使用国际标准作为技术法规的基础，应另一缔约方的要求，该缔约方应解释其未使用相关国际标准或实质性偏离国际标准的原因。解释应说明为什么该标准被判定为不合适或对所追求的目标无效，并确定该评价所依据的科学或技术证据。”

在服务贸易领域，相关国际规则所设定的义务整体低于货物贸易领域，但服务贸易规则仍有限地引入了国际标准作为服务贸易的补充治理工具。例如根据 GATS 第 6 条第 5 款（a）项，成员的许可、认证要求以及技术法规应以客观透明的标准为基础，不能制造不必要的负

[62] Emily S. Bremer, “American and European Perspectives on Private Standards in Public Law,” Tulane Law Review, vol.91, no.2, 2016, P.352.

担，进而使该成员作出的具体承诺无效。GATS 第 6 条第 5 款（b）项提出，在判断成员方是否遵守了上述义务时，需要考虑相关国际组织制定的国际标准。[63]CPTPP 第 10.8 条也做出了类似的规定。[64]

在数字贸易领域，国际标准同样在各国的规制合作中发挥了不可或缺的作用。例如在DEPA关于电子支付的条款中，缔约方承诺“通过促进国际公认标准的采用和使用、促进支付基础设施的可交互操作性和联通性”，[65]以及“努力考虑相关支付系统的国际公认支付标准，以增强支付系统之间的可交互操作性。”[66]CETA第16.4条则要求缔约方“制定或维持保护电子商务用户个人信息的法律、法规或行政措施，并应充分考虑双方加入的有关国际组织在数据保护方面的国际标准。”此外，在91个WTO成员方于2024年7月所达成的电子商务联合声明倡议中，缔约各方作出承诺：在制定与电子发票框架相关的措施的范围内“考虑相关的国际标准、指南或建议（如存在）”；[67]在建立或维持其单一窗口时，“努力纳入世界海关组织数据模型或数据要素的其他国际标准”；[68]在电子支付服务方面“促进采用和使用国际认可的标准，促进电子支付系统的互用性”[69]。

相比于WTO规则，高标准的区域贸易协定普遍增加了规制一致性或规制合作等横向章节。在此类章节中，国际标准的重要性被进一步强调。例如，USMCA第28.4.1条规定，在规章制定过程中，每个缔约方应当为彼此之间提供协商、协调和审查的内部程序或机制，以遵守国际贸易和投资义务，并酌情考虑国际标准、指南和建议；[70]CETA第21.4（h）条鼓励缔约方“就有关国际标准、指南和建议的发展、采用、执行和维持的问题进行合作”； CETA第21.4（r）条要求在恰当的时候使用国际标准来“减少现有规制差异对一缔约方所确定部门的双边贸易和投资的不利影响”。

由此可见，规制与标准间的紧密联系具有制度性基础。标准可以依法被援引成为规制的一部分，或实际上被赋予规制的效力；与此同时，在多数情况下将国际标准作为国内技术法规的基础也是各国重要的国际义务，国际标准在国家间规制的协调方面发挥着不可或缺的作用。

四、标准化的国际发展趋势及对规制合作的影响

标准化虽然能够引导、推动国际规制合作的形成，但标准化本身并非与权力政治相隔绝的进程。二者的关系是复杂的。标准与国内规制一样，均有可能形成技术性贸易壁垒，产生阻碍国际贸易的效应。且以标准为代表的技术性贸易措施可能具有表面上的正当性、外观上的复杂性、手段上的隐蔽性、内涵上的歧视性、领域上的广泛性、发展上的动态性。[71]为此，

---

[63] Article 6.5 of the GATS.

[64] Article 10.8.2 of the CPTPP.

[65] Article 2.7.1 of the DEPA.

[66] Article 2.7.2 (a) of the DEPA.

[67] Article 7.4 of the Agreement on Electronic Commerce.

[68] Article 9.3 (a) of the Agreement on Electronic Commerce.

[69] Article 10.2 (a) of the Agreement on Electronic Commerce.

[70] Article 28.4.1 of the USMCA

[71] 周英、刘静、周晓聪：《浅议技术性贸易措施的影响及应对》，《中国标准化》2024 年第 5 期，第 270 页。

有必要深入探究标准化的国际发展趋势及其对规制合作的影响，积极应对标准化维度所形成的挑战。

（一）标准化国际合作的实现路径

标准化国际合作可以体现为多种路径。首先是在国际标准化机构内制定标准。特别是公认的几大传统国际标准化机构所设置的标准，凝聚了不同国家标准制定主体的共识，是标准化国际合作的重要途径。其次，还可以通过国家之间的标准协调来实现。国家间标准协调存在直接协调和间接协调两种方式。直接协调是指某一国家的标准与另一国家的标准保持一致，例如欧盟在与地中海国家签订的自由贸易协定中要求这些国家使用欧盟标准；而间接协调是指两个以上国家的标准均向国际标准进行转化，例如《TBT 协定》附件 3“关于制定、采用和实施标准的良好行为规范”便要求各成员方的标准化机构应将国际标准作为其制定标准的基础。作为推动标准化合作的另一重要路径，一国还可能给予他国主体以参与本国标准化进程的国民待遇。通过保障他国主体的国民待遇，他国的标准化草案能够进入本国的标准化机构，从而提升标准化的对外开放水平。

考虑到各主体统一标准可能具有一定困难，国家间的标准互认也是标准合作的重要路径。国家间的标准互认可能通过将他国的标准或技术法规视为等效而实现。技术法规是法律采用标准化成果的产物。[72]作为削减技术性贸易壁垒的另一种方式，《TBT 协定》要求成员方考虑将其他成员方的技术法规视为等效。第 2.7 规定，“各成员应积极考虑将其他成员的技术法规作为等效法规加以接受，即使这些法规不同于自己的法规，只要它们确信这些法规足以实现与自己的法规相同的目标。”将另一成员方的技术法规视为等效，在很多时候意味着允许另一成员方的标准进入本国市场，进而给予了他国标准以平等竞争的机会。此外，部分国家或政府部门之间、标准化机构相互之间还通过签订标准互认协议来实现合作。例如截止到 2023 年年底，我国市场监管总局已与 43 个共建“一带一路”国家、区域标准化机构签署 54 份合作协议。与俄罗斯、哈萨克斯坦、蒙古等实现 450 余项标准互认。

（二）标准化国际合作的发展趋势

第一，标准合作主体的多元化。标准制定与标准合作的相关主体是多元化的。很多时候标准化进程并不是由国家来完成的，而是由私营实体主导。例如美国联邦政府的标准化工作通常会从已经由私人开发的可用标准中进行选择，在极少数情况下，联邦机构可能会要求与其定期合作的标准开发组织创建新标准或修改旧标准。”[73]欧洲标准化组织同样鼓励包括中小型企业、消费者组织、以及环境和社会等利益相关者的积极参与。“欧盟政府通常会补贴小企业和非商业利益团体参与制定标准的技术委员会的工作。[74]我国也已推动了标准化法律体制的市场化改革，2018 年 1 月 1 日实施的《中华人民共和国标准化法》赋予团体标准以法律地位，增强了市场在标准制定中的作用，将政府主导的标准化模式转变为政府和民间标准并存的模式。

而在很多国际标准化机构中，包含非国家行为体的多利益相关方也成为了关键的标准制定主体。事实上，当前多数国际标准来自私营部门标准开发组织或私营/公共伙伴关系，其

---

[72] 柳经纬、陈君：《技术法规概念之考查与重塑》，《东南学术》2023 年第 1 期，204 页。

[73] Emily S. Bremer, “American and European Perspectives on Private Standards in Public Law,” Tulane Law Review, vol.91, no.2, 2016, p.342.

[74] 江山：《论中国标准化战略的转型——基于欧盟标准化实践的考察》，《社会科学》2020 年第 6 期。

中包括企业、商业协会和非政府组织的私人主体成为了重要的推动力量。例如在国际标准化组织（ISO）内部，一些跨国公司把自己的专家放在几个委员会中，以影响 ISO 委员会的讨论和决策。[75]此外，还有大量的国际标准是在 3GPP 和 IEEE 等市场主导的标准化组织之中产生。很多时候，这些标准都是依据市场占有率而非正式的机构特征获得正当性，消费者和市场的青睐已经让这些标准获得了事实上的约束力。公司、联盟和其他私人标准制定者经常建立他们自己的技术问题解决方案，推动其成为事实上的标准。国家和政府无法独自支撑标准化进程，标准合作的过程中包含了私主体和公主体的多元化复杂混合。[76]

第二，国内标准的竞争性国际化。技术标准从来不是一个以单纯技术为基础的规范性载体，它在形成和实施的整个过程中都摆脱不了权力的作用和政治经济的影响。随着技术标准的战略性意义越来越强，技术标准已然成为大国竞争博弈的焦点。特别是考虑到国际标准在协调国内规制方面的重要性，各国竞相推动本国标准的国际化。欧盟在其内部形成统一的技术标准后，注重在其签订的贸易协定中，促进贸易伙伴向欧盟标准进行协调。特别是在欧盟早期与地中海国家签订的协定中，这一做法更为明显。[77]而美国在其签订的贸易协定中采取了间接的方式输出美国国内的标准，即要求相互给予他国主体参与本国标准制定的国民待遇，同时鼓励将对方的技术法规视为等效，并强调标准及合格评定程序的互认。该做法有利于推动美国标准事实上进入他国市场和他国标准化机构。

鉴于技术标准与法律规则之间的复杂、密切联系，大国之间的规则之争也已成为标准之争的更深维度。例如针对如何在国际贸易规则中界定“国际标准”概念这一问题，主要经济体产生了深刻争议。欧盟支持对“国际标准”概念的限缩性解释，甚至采取了列举式定义国际标准的做法。[78]这源于欧盟在几个传统国际标准化机构中的影响力，以及欧盟标准与国际标准相当范围的重合。[79]而美国体系的特点是多个标准制定者之间的碎片化、重叠和竞争，[80]他们更难在国际层面上提出任何统一的立场。[81]故美国支持宽泛的国际标准定义。美国努力凭借自身标准化机构开放、透明的特点和优势，让美国国内的标准化机构获得国际标准化机构的资格，从而让美国的标准成为国际标准。[82]

---

[75] Peter Cihon, Standards for AI Governance: International Standards to Enable Global Coordination in AI Research & Development, Technical Report, p.28.

[76] Tim Nicholas Rühlig and Tobias ten Brink, “The Externalization of China’s Technical Standardization Approach,” Development and Change, vol.52, no.5, 2021, p.1200.

[77] 例如《欧盟-智利协定》第 18.2 条提出，“双方合作应力求促进以下方面的努力:(a)规制合作;(b)以国际和欧洲标准为基础的技术法规的兼容性”。

[78] 参见《欧日经济伙伴关系协定》第 7.6.1 条。

[79] Luliana Romanchyshyna, “Technical Barriers to Trade in “New Generation” RTAs and in the WTO Agreements: Conflict or Complementarity?” EYIEL Monographs Studies in European and International Economic Law, vol.29, p.127.

[80] Manred Elsig and Sebastian Klotz, “Behind-the-Border Measures and the New Generation of Trade Agreements: Technical Barriers to Trade and Sanitary and Phytosanitary Measures Compared” in Joseph Francois and Bernard Hoekman eds., Behind-the-Border Policies: Assessing and Addressing Non-Tariff Measures, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p.271.

[81] Walter Mattli and Tim Büthe, “Setting International Standards: Technological Rationality or Primacy of Power? World Politics, vol.56, no.1, 2003, p.40.

[82] Raphael Padula, Diego Eugênio Pizetta, “The Increasing Dispute between USA and China over International Standardization,” Revista Brasileira de Política Internacional, vol.65, no.1, 2022, p.5.

此外，美、欧等经济体均加大了对于标准化进程的国家干预，并相继出台了各自的标准化战略。2022 年 2 月 2 日，欧盟委员会提出了新的标准化战略，宣布了新的标准化战略和对标准化法规进行立法调整的计划。该战略强调了技术标准在协助欧洲产业面对当前挑战方面能够发挥的关键作用。该战略还提出了一系列行动方案，旨在确保欧洲在全球标准方面的领导地位，使标准化成为欧盟保持产业竞争力和韧性的驱动力量，确保标准支持欧盟实现绿色和数字化转型，并为技术应用嵌入欧盟的民主价值观。[83]美国则在 2023 年发布《美国政府关键和新兴技术国家标准战略》，在经费投入、提升参与、人才教育、完整性和包容性四方面加强美国政府在国际标准化方面的支持和参与，确保美国在关键和新兴技术国际标准中的主导地位。[84]

第三，区域内合作形式的法治化。标准本身虽然属于软法，但是国家逐渐以规则的形式强化了标准化合作的义务。且这种法治化趋势发生于区域而非多边规则层面。在美欧等发达经济体所主导的国际高标准经贸规则中，国家间规制和标准合作呈现出更高的水平。虽然这些规则中也较多使用了“鼓励”“考虑”等模糊性的用语，但总体而言，美欧主导的新一代国际高标准经贸规则在削减技术性贸易壁垒、推动国家规制和标准化合作方面仍然迈出了实质性一步。

例如，现有规则明确规定了缔约方标准化机构间的合作义务。《欧盟越南自由贸易协定》第 5.5.2 条规定“为了在尽可能广泛的基础上协调标准，各缔约方应鼓励其标准化机构以及其或其标准化机构为成员的区域标准化机构在国际标准化活动中与另一缔约方的有关标准化机构合作。这种合作可以在国际标准化机构或在区域一级进行。”[85]《欧盟新加坡自由贸易协定》第 4.4.2（d）条要求“缔约方应寻求确定和制定适合特定问题或部门的监管合作举措，其中可包括但不限于:鼓励各自负责计量、标准化、测试、认证和认可的公共或私营机构之间的合作”。[86]

再如，给予其他缔约方人员参与本国标准化活动的国民待遇义务也被进一步强化。USMCA 第 11.7.8 条规定，“如一缔约方要求其领土内的某一机构制定一项标准作为技术法规或合格评定程序使用，则该缔约方应要求该机构允许另一缔约方的人员以不低于其本国人员的条件参加正在制定该标准的机构的小组或委员会，并适用《技术性贸易壁垒协定》附件 3 的纪律。”[87]《美国秘鲁自由贸易协定》第 7.6.1 条提出，“每一缔约方应允许其他缔约方的人员参与其标准、技术法规和合格评定程序的制定。每一缔约方应允许其他缔约方的人员以不低于给予其本国人员和任何其他缔约方人员的条件参与此类措施的制定。”[88]

此外，在 WTO 规则的基础上，一些经济体推动了标准协调或互认更加严格的义务。例如欧盟在 2018 年世贸组织《技术性贸易壁垒协定》三年期审议上的声明：在适当情况下，

---

[83] European Commission, An EU Strategy on Standardisation – Setting Global Standards in support of A Resilient, Green and Digital EU Single Market, 01/02/2022.

[84] See The White House, “United States Government National Standards Strategy for Critical and Emerging Technology,” May 2023.

[85] Article 5.5.2 of the Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Viet Nam.

[86] Article 4.4.2(d) of the Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore.

[87] Article 11.7.8 of the USMCA.

[88] Article 7.6.1 of the United States-Peru Free Trade Agreement.

将现有的双边互认协议纳入自由贸易协定。[89]CETA 中关于相互接受合格评定结果的议定书正是对 1998 年欧盟-加拿大互认协议的修改。[90]USMCA 第 12.C.4 条提出，“鼓励各方落实 1998 年 5 月 8 日《亚太经合组织电信设备合格评定相互承认安排》(MRA-TEL)和 2010 年 10 月 31 日《亚太经合组织技术要求等效相互承认安排》(MRA-ETR)，并考虑采取其他措施促进电信设备贸易。”[91]可见，对于将互认协议引入自贸协定，进而增加互认协议的约束力和可执行性这一实践上，主要经济体有相向而行的趋势。

第四，标准规范价值的意识形态化。标准之中反映着标准制定主体的价值理念与偏好。在新兴技术日益渗透到公共和私人生活的各个领域的时候，伦理、政治和安全问题在标准化中发挥着越来越大的作用。各国所支持的技术标准有时差别很大，而且不同的标准偏好背后往往有充分的理由。例如，一些政府可能认为"有控制地使用"某种有害物质足以保护人类健康，而另一些政府则可能认为应彻底禁止。[92]一些社会对生态问题的认识和敏感程度高于其他社会。由于对不同价值重视程度的差异，各国选择为其公民提供所需的标准也会有所不同。由于具有较强的影响力，具有技术优势的国家更可能将有利于其利益的理念、伦理、价值引入到标准之中。以美国为例，最近几年，它获得了世界上大约半数的人工智能专利，美国在人工智能方面的标准理念亦随之在全球扩展与蔓延。

然而，标准制定的价值观差异存在被意识形态化的趋势，并影响了标准化合作的对象和范围。美国在关键产品和技术供应链领域推动了各种联盟机制的建立，试图在共同的民主价值基础上，共同发展并应用新的技术。例如美欧经贸理事会是在 2021 年六月美欧首脑会议上建立起来的，目的是推动美、欧两国之间的技术标准的协调和合作。委员会下设的第一工作组即为技术标准工作组，其首要职责是制订一种协调协作的方法，推动美欧两国根据各自的核心价值，建立起共同的标准，以维护美欧在重要和新兴技术方面的利益。[93]此外，美国与日本达成《美日竞争力与韧性合作倡议》（The U.S.-Japan Competitiveness and Resilience Partnership）强调美日将通过国际标准的合作网络，进一步加强在国际技术标准制定方面的合作，具体包括为电动和氢燃料电池汽车技术制定国际安全标准，为安全可靠的先进自动驾驶技术制定国际准则和技术要求等。[94]标准塑造着所谓“正常”的技术，但关于“正常的”技术选择既是一种价值取舍，也是一种权力博弈。

（三）标准化发展趋势对国际规制合作的影响

---

[89] WTO Committee on Technical Barriers to Trade (2018) Eighth Triennial Review of the Operation and Implementation of the Agreement on Technical Barriers to Trade Under Article 15.4. G/ TBT/ 41, 19.11.2018, para. 4.7.

[90] 与所有其他 MRA 相比，该协定涵盖的行业范围最广:11 个行业，包括电气和电子设备、无线电和电信终端设备、玩具和机械，其中一些以前不在 MRA 的范围内或没有运作。See also Text of the Comprehensive Economic and Trade Agreement – Protocol on the mutual acceptance of the results of conformity assessment.

[91] Article 12.C.4 of the USMCA.

[92] Ming Du, The Regulation of Product Standards in World Trade Law, Oxford: Bloomsbury Publishing, 2020, p.4.

[93] The White House, “U.S.-EU Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement,” September 29, 2021, https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/09/29/u-s-eu-trade-and-technology-council-inaugural-joint-statement/.

[94] The White House, “Fact Sheet: The U.S.-Japan Competitiveness and Resilience (CoRe) Partnership,” May 23, 2022, https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/23/fact-sheet-the-u-s-japan-competitiveness-and-resilience-core-partnership/.

第一，增加了国际规制合作的层次。在科技迅猛发展的背景下，国家和全球治理的技术性需求越来越高，国家在制定、监督和执行监管方面的传统角色开始发生变化，私营部门和公民社会在制定和执行监管标准方面发挥了更大的作用。政府与私营部门、公民社会、技术专家等主体相结合，形成了公私合作伙伴关系，形成了“跨国新治理模式”[95]，创造了国际法立法进程的多元化局面。

但这种多元主体的协作立法模式也会对造成一定程度上的合法性关注。首先是标准制定过程的民主赤字。私人标准的制定与实施主要受市场驱动，具有一定的自发性，极可能导致不平等的治理，特别是损害中小企业的利益。一些实力较强的私营标准化组织不能充分考虑规模较小、实力较弱的利益相关主体的意见。此外，许多私人标准的制定过程并不透明，与标准制定和监测有关的信息很少向公众提供。私人标准的披露以自我报告为基础。没有任何申诉程序来纠正任何缺陷。[96]在某些情况下，因标准制定程序中不能充分反映各方利益，而被利用成为垄断行为与排除竞争行为的“利器”。其次，私人标准化也会造成一定的发展赤字。一些企业或非政府组织并不必然自发追求良治，而是优先满足单方的、自利的、短期的价值，无法确保标准之治的公益导向。现实情况中，一些私营标准组织制定自愿共识标准没能充分反映公共利益，甚至与控制的风险不成比例，引发了对利益相关者以及公共利益是否得到最佳服务的担忧。

全球治理如今也已从以国际条约为基础的国际组织的治理、国家自主治理转向更加复杂的以非国家行为者为共同治理主体的公私协作治理模式。私人标准的激增突破了通过国际政府组织协调国际标准的进程，引入了一种新的治理层。国内标准化的民主赤字和发展赤字同样存在于国际标准化进程中。在国际标准化组织中，一些发展中国家规模较小、实力较弱的标准制定参与者不仅意见不受重视，还因客观物质方面的限制，无法出席会议并表达意见。[97]在一国的私人标准化机构内部，出口商和其他利益相关者要么被完全排除在标准制定过程之外，要么只被赋予咨询角色。而民主与透明度的欠缺又会进一步引发一系列合法性关切，例如标准的制定是否具有科学依据，是否兼顾了社会公共利益，特别是弱势群体的利益，以及合规的成本是否被公平分配，是否造成了不必要的技术性贸易壁垒等。私人标准治理可能会对国家主权平等的国际法基本原则产生影响，[98]加深国际法治的结构性失衡。通常情况下，具有技术优势的国家在制订全球技术标准和规则时拥有更大的影响力和实质上的发言权。而不同国家间私人标准化主体力量差距进一步扩大了发展中国家与发达国家间在科技水平、谈判人才、谈判能力、社会参与和支持度等多方面的鸿沟。

第二，拓展了国际规制竞争的场域。国家规制偏好的差异导致各国倾向于扩大其规制的域外效力，在国际层面推广自身的规制模式。以跨境数据流动为例，数字贸易大国积极推进不同的规制路径和范式，在全球层面形成相互竞争的规制体系。特别是欧盟、美国结合各自情况，均在其主导的双边贸易协定中形成了不同的规制路径。而国际标准旨在减少全球市场

---

[95] Elizabeth Trujillo, “Regulatory Cooperation in International Trade and Its Transformative Effects on Executive Power,” Indiana University Maurer School of Law, vol.25, no.1, 2018, p.383.

[96] Michael M. Du, “The Regulation of Private Standards in the World Trade Organization,” Food and Drug Law Journal, vol.73, no.3, 2018, p.445.

[97] 周宇：《美国标准与法律融合研究》，厦门大学出版社，2022 年版，第 187-191 页。

[98] José-Miguel Bello Y. Villarino, “Global Standard-Setting for Artificial Intelligence: Para-regulating International Law for AI?”, The Australian Year Book of International Law Volume, 2023, p.178.

跨司法管辖区的贸易壁垒，但其本身却也引发了新的竞争。且随着国际标准变得越重要，标准化竞争就越激烈。[99]要求 WTO 成员技术法规以国际标准为基础的国际义务事实上为国际标准的发起者提供了先行优势，从而产生了推动国家标准向全球扩散的强烈动机。技术标准不仅仅是一项技术工具，也是一项战略工具，是当前国际技术竞争的制高点。[100]国家权力、规则规制与技术标准之间“形成了一种国际政策体系、规则体系、标准体系相互勾连、相互套嵌的闭环架构”[101]。

特别是随着新技术、新产业、新业态、新模式的出现，赢得技术标准制定的主动权，对于一国维护国家安全、扩大国际影响力、保持经济竞争力具有重要意义。例如通信技术作为数字经济增长的关键元素，既关系到一国的经济发展，也直接影响一国的军事能力和国家安全，这也解释了为何世界主要经济体在通信技术标准上的争夺如此激烈。再如，伴随着人工智能技术的国际竞争，人工智能标准的竞争也开始显现。特别是人工智能国际标准拥有在人工智能产业界顶级的权威性，这种指引是对开源框架、工具等技术路线极强的引导。[102]欧盟已率先引领围绕人工智能规制的全球标准的讨论，美国国家标准与技术研究院也已发布了关于人工智能的风险管理框架。可见，标准化竞争已成为国家间技术竞争与规制竞争的延伸。[103]

第三，增加了歧视性规制合作的风险。多元化和法治化水平的提高意味着标准合作程度的加深，标准的合作将会进一步带动区域内国家的规制合作。标准化原本是国际规制合作的突破口，但标准及其背后的价值分歧也可能会加剧潜在的冲突，成为国际合作的障碍。[104]由于技术、标准、规则、理念、权力呈现出作用的混合体，标准化可能会加深规制合作的歧视性。美国以意识形态为噱头，借助正式或非正式的联盟机制固化阵营，掌握关键领域标准和规则，并积极拉拢非国家行为体，以使更多利益攸关方参与其中。全球治理秩序愈发呈现出排他性、破碎性、碎片化现象加剧的趋势。

区域内标准合作的法治化以及排他性的价值理念，不仅会对真正的多边主义和全球治理造成压力，更进一步增加了中国所面临的歧视性风险。[105]例如美欧贸易与技术委员会（TTC）的创始文件并未明确指出中国，但其议程基于一个共识，即缓解美欧横向规制冲突，并加强跨大西洋联盟。美国已经在呼吁世界“技术民主国家”开展更紧密的合作，以对抗中国和其他所谓“技术独裁国家”日益增长的影响力。2024 年 2 月 26 日，美国再次联手英国、法国、日本、韩国、加拿大、澳大利亚、捷克、芬兰、瑞典等国家发表联合声明，就 6G 无线通信系统标准化研发提出安全、可信、开放、自由、全球化、可互操作、具有韧性的共同原则。美国还声称中国在面部识别技术领域所制定的标准构成了人权威胁，因而要求政府和企业联

---

[99] Ming Du, The Regulation of Product Standards in World Trade Law, Oxford: Bloomsbury Publishing, 2020, p.128.

[100] Raphael Padula, Diego Eugênio Pizetta, “The Increasing Dispute between USA and China over International Standardization,” Revista Brasileira de Política Internacional, vol.65, no.1, 2022, p.2.

[101] 孙迎春：《国际标准化助推“一带一路”高质量发展》，《中国行政管理》2022 年第 1 期。

[102] 曹晓琦、董建：《人工智能国际标准化研究》，《信息技术与标准化》2023 年第 1-3 期，第 11 页。

[103] Johannes Brake, Co-Regulation or Capitulation? Addressing Conflicts Arising by AI and Standardization, vol.25, no.2, 2020, p.16.

[104] Ibid.

[105] Csongor István Nagy, World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can you Really Have Your Cake and Eat it Too? Indiana Journal of Global Legal Studies, vol.26, no.1, 2019, p.130.

合阻止该标准。[106]美国及其盟友就信息通信技术供应链的投资、信息共享与安全标准的制定等结成同盟来应对所谓的“中国威胁”，同时不断更新供应链安全事项的审查和应对机制，事实上是试图在高新技术领域建立起对中国的“隔离墙”。

（四）标准化推动国际规制合作对我国的启示

第一，重视标准化在规制合作中的战略地位。鉴于标准之争已成为大国博弈的重要维度，[107]中国应充分重视标准化在国际规制竞争与合作中的重要意义。且面对中国产品、服务出口所面临的技术性贸易壁垒，中国标准的国际化能够降低他国规制及标准形成的阻碍。在国内治理层面，应加快建设法规引用标准制度，促进标准在国内规制中发挥更大的作用。标准化是国家治理体系规范化、精细化的重要表现，同时也具有政治性价值、管理性价值及制度化价值的现实功能。[108]标准化治理将是中国在新一轮战略机遇期中内外联动实现高质量发展的路径保障。[109]

第二，强化对非政府主体参与标准化的激励及监管。一方面，我国仍需激励非市场主体参与标准化活动的主动性，坚持标准化领域政府与市场作用的并重。未来我国需完善地方标准、行业标准等采信团体标准等机制，进一步推动国内规制从“国家中心”向“国家与社会互动”的范式转换。[110]另一方面，我国标准化体制进一步市场化改革的过程中，不能忽视政府的引领作用。故我国也应强化对于非政府标准制定的监管，建立起对于非政府主体标准化的透明和问责机制，确保非政府标准制定主体的内部程序具备过程合法性，保障企业标准、团体标准的质量，避免“先乱后治”。特别是面对大国间的科技竞争和战略博弈，有必要建立有为政府和有效市场的协同创新路径，推动标准供给从政府主导向政府、市场并重转变。以顶层设计破解科技创新外部性和市场失灵，引领多元创新主体利用市场活力高效配置资源，进而形成新型举国体制的创新合力。

第三，扩大我国标准化的对外开放程度。我国的标准化体制改革已在市场化方向上取得实质性进展，然而在扩大标准化对外开放的相关改革方面仍有提升空间。标准化的对外开放本身就是国际规制合作的内在组成部分，且中国标准体系已进入全方位、系统性开放阶段，势必需要加强标准化的对外开放，以提升中国标准的国际化水平。我国未来可以进一步加强对外商投资企业参与我国标准制定的保障，完善保障外资企业平等参与标准制定的机制，细化国民待遇的具体内容及救济。这一机制建设的目的是借助法治力量优化外商投资企业的营商环境。我国还可以在自由贸易试验区尝试进一步扩大开放力度，为其他国家的利害关系方提供合理的机会，参与我国相关标准化机构的标准化活动，对其拟制定的标准提出意见。最好的标准是在公开透明的论坛中代表所有感兴趣的利益相关者的广泛参与下制定的，这些标准能够反映不同群体的共识，当在多个市场中按预期使用时，这些标准将推动显著的规模经

---

[106] 侯冠华：《美国对华技术标准竞争：动因、举措与挑战》，《国际论坛》2024 年第 1 期，第 119 页。

[107] 董琴：《中国参与全球治理的“守正”与“拓展：基于标准化视角》，《经济学家》2023 年第 1 期，第 93 页。

[108] 孙迎春：《国际标准化助推“一带一路”高质量发展》《中国行政管理》，2022 年第 1 期，第 153 页。

[109] 孙灿：《“标准化”全球治理：“一带一路”标准联通与中国的对外开放》，《印度洋经济体研究》2020 年第 4 期，第 155 页。

[110] 刘建：《标准化治理的理论范式与结构体系：一种国家治理的新视角》，《甘肃行政学院学报》，2020 年第 5 期，第 85 页。

济。[111]我国可以从部分团体标准开始，在自贸试验区由浅入深地尝试向外国主体开放标准制定程序，推动相关社会团体获得国际标准化机构的资格。我国能够就标准化过程向外国主体开放的尝试，逐渐培育出总部在中国的国际标准化机构，进而充分利用本土优势对于国际标准的制定施加更大的影响力。

第四，提升标准化合作的法治化水平。美国、欧盟等经济体在其主导的区域贸易协定中，以符合自身标准化体制的方式，升级了国际规制和标准合作，这在很大程度上为中国规制合作以及推动自身标准的国际化造成了压力。中国原本作为全球重要的制造中心，占据了全球供应链的重要环节。而西方经济体一面对我国采取歧视性的技术性贸易壁垒，另一面提升内部的标准化法治水平和合作深度，这导致中国标准和法规受到孤立，我国作为全球和亚洲制造枢纽的地位可能会受到侵蚀。鉴于此，中国需要尽快同第三方国家拓展标准合作空间，以“一带一路”以及区域全面经济伙伴关系协定中的机制为依托，在双边与区域层面签署标准化合作协议，以“设立截止日期”等方式推动标准互认协议的达成，[112]促进标准治理相关规则的升级，增加中国标准在国际上的认可度与合法性。此外，我国还可以优化国际标准的长效跟踪和同步转化机制，建立技术性贸易措施和海外标准信息的分析预警机制，以降低出口企业面临的技术性贸易壁垒。我国规制及标准合作法治化水平的提升，不仅有利于缓解美、欧标准化合作造成的贸易与投资转移效应，也有利于促进中国标准在国际市场上的竞争力，降低中国产业被排斥于全球产业链的风险。

五、结论

标准化在解决国际规制合作问题上发挥了不可或缺的作用，体现了技术变革的时代背景下国际规制合作的必然趋势。标准与规制之间的密切联系，及标准事实上的法律约束力使其成为了沟通软法与硬法的桥梁，能够弥补既有的规则规制的真空。鉴于标准技术性、灵活性的特征，及其内在的网络效应，在全球范围内形成规模的标准将会成为影响国内规制的重要力量，因而标准化成为了国际规制合作的重要突破口。但另一方面，标准化问题又对规制合作产生了新的影响与挑战。标准制定主体的多元化对传统法治的民主正当性造成了一定程度的冲击。且标准与国内规制一样，均有可能形成技术性贸易壁垒，产生阻碍国际贸易的效应。更重要的是，标准不仅仅是一项技术工具，也是一项战略工具，是当前国际技术竞争的制高点，标准化竞争拓展了国际规制竞争的场域。标准化使得国际规制合作变得可行，又使后者变得更为复杂。国家权力、规则规制与技术标准之间形成了一种国际政策体系、规则体系、标准体系相互勾连、相互套嵌的闭环架构。我国应重视标准化在规制合作中的战略地位，在国内促进支持高质量发展的标准体系的形成，强化对非政府主体参与标准化的激励及监管；同时，也应进一步提升我国标准化的对外开放程度和法治化水平，积极争取国际标准的制定权，在大国标准化竞争中占据主动地位。[113]

---

[111] https://www.nist.gov/speech-testimony/setting-standards-strengthening-us-leadership-technical-standards

[112] Usman Ahmed, “The Importance of Cross-Border Regulatory Cooperation in an Era of Digital Trade,” World Trade Review, vol.18, no.S1, 2019, p. 119.

[113] 刘国柱、史博伟：《大国竞争时代美国科技创新战略及其对中国的挑战——以国家安全创新基地为中心》，《社会科学》，2021 年第 5 期，第 38 页。

“一带一路”碳市场衔接法律制度研究

张春雨

摘要：全球化的加速使得许多国家正在努力推进全球碳市场，国际碳市场衔接合作具有可能性。通过这种碳市场衔接，不仅可以拓宽碳交易的领域，而且还有助于减少环境污染，达到全球的碳减排目标。充分认识各个国家和地域之间的碳交易市场发展情况，充分利用各种政策措施，实现有效的链接。在这种背景下，绿色“一带一路”碳市场链接合作的研究具有必要性。绿色是“一带一路”建设的底色，绿色丝绸之路建设顺应全球生态环保合作的大潮流，显示出强大的韧性和活力。绿色丝绸之路建设充分释放了中国在绿色转型方面的领先优势，将中国的绿色技术、资金、设备与沿线国家的绿色市场相结合，推动沿线国家在绿色价值链方面的深层次合作，并逐渐形成以中国为中心的区域绿色价值链网络。绿色丝绸之路建设具有辐射效应、构建效应和带动效应，推动全球绿色发展资源向发展中国家的绿色部门加速汇集，具有国际公共产品属性。通过论证“一带一路”碳市场衔接合作的条件及方向，探讨了绿色“一带一路”建设的机制与路径。国际法领域中，要在国家之间建立碳市场的互联互通，有可能采用“硬法”或“软法”或二者相互合并适用。硬法手段强制性高，但是缺乏灵活性，软法灵活性强但是执行力弱。在国内层面，中国主要通过完善国内立法，开展碳市场试点等来参与到碳市场衔接中。整体上而言，绿色“一带一路”建设需要在坚持发展导向的前提下，秉持共同但有区别责任原则,探索兼顾增长与减排的现实路径，实现削峰发展和早日达峰，为全球碳中和进程奠定良好基础。同时，国际社会应秉持人类命运共同体理念以化解国际权力政治对气候议题的牵制。

关键词：绿色“一带一路”；碳市场；环境外部性；衔接合作

“Belt and Road” carbon market connection legal system research

Abstract：The acceleration of globalization has led many countries to make efforts to promote the global carbon market, and there is a possibility of international carbon market convergence and cooperation. Through this carbon market linkage, not only can the field of carbon trading be

broadened, but it can also help to reduce environmental pollution and achieve the global goal of carbon emission reduction. We should fully understand the development of carbon market among countries and regions, and make full use of various policy measures to realize effective linkage. In this context, the study of green “Belt and Road” carbon market linkage and cooperation is necessary. Green is the background color of the “Belt and Road” construction, and the construction of the Green Silk Road is in line with the trend of global ecological and environmental protection cooperation, showing strong resilience and vitality. The construction of Green Silk Road fully releases China's leading advantages in green transformation, combines China's green technology, capital and equipment with the green markets of the countries along the route, and promotes the deep-level cooperation of the countries along the route in the green value chain, and gradually forms a regional green value chain network centered on China. The construction of the Green Silk Road has a radiation effect, a construction effect and a driving effect, and promotes the acceleration of the convergence of global green development resources to the green sectors of developing countries, which has the attribute of international public goods. By demonstrating the conditions and direction of carbon market convergence and cooperation in the “Belt and Road”, the mechanism and path of green “Belt and Road” construction are discussed. In the field of international law, in order to establish carbon market interconnection between countries, it is possible to use “hard law” or “soft law” or a combination of the two. Hard law instruments are highly mandatory but lack flexibility, while soft law is flexible but weak in enforcement. At the domestic level, China has participated in the carbon market interface by improving domestic legislation and conducting carbon market pilots. On the whole, the construction of the green “Belt and Road” needs to adhere to the premise of development orientation, uphold the principle of common but differentiated responsibilities, and explore realistic paths that balance growth and emission reduction, so as to realize peak-shaving development and early peak attainment, and lay a good foundation for the process of global carbon neutrality. At the same time, the international community should uphold the concept of a community of human destiny in order to resolve the constraints of international power politics on climate issues.

Key words:Green Belt and Road; carbon markets; environmental externalities; convergence and cooperation

一 问题的提出

碳市场是促进温室气体减排、实现碳中和愿景的重要市场机制。目前，气候变化面临的问题日益严重，碳排放空间的稀缺性越来越明显，利用碳交易市场机制实现碳排放权的有效配置，成为全球应对气候变化、促进低碳发展的重要环节。因此，推动碳市场的建设发展以及探索进行不同地区间碳市场合作，从而在更大范围内发现合理的减排成本以实现协同增效已经成为研究热点。

2015 年，《巴黎协定》第 6.2 条[①]、第 6.4 条[②]规定了两个弹性机制。2021 年 11 月，格拉斯哥气候大会通过了《关于第 6.2 条所述合作方式的指导》[③]和《根据第 6.4 条所建立机制的规则、模式和程序》[④]。第 6.2 条细化了可国际转让减排成果（ITMOs）的授权与签发规则，明确其授权和签发都需要基于国家自主贡献（NDC）进行，并允许此项链接适用各种方法与机制，包括国家间的双边合作方案、国家或地区排放交易计划。第 6.4 条细化了基于项目的可持续发展机制（SDM），允许将其用于各种用途，为建立碳市场提供了基本制度安排。2022 年 11 月，沙姆沙伊赫会议对于《巴黎协定》第 6.2 条，细化了登记结算、专家审查、报告、透明度、格式等要求，决定开展相关培训工作；对于《巴黎协定》第 6.4 条，细化了从清洁发展机制到第 6.4 条机制的过渡程序、首个国家自主贡献报告如何使用核证减排量、

---

① 二. 缔约方如果在自愿的基础上采取合作方法，并使用国际转让的减缓成果来实现国家自主贡献，就应促进可持续发展，确保环境完整性和透明度，包括在治理方面，并应依作为本协定缔约方会议的《公约》缔约方会议通过的指导运用稳健的核算，除其它外，确保避免双重核算。

2. Parties shall, where engaging on a voluntary basis in cooperative approaches that involve the use of internationally transferred mitigation outcomes towards nationally determined contributions, promote sustainable development and ensure environmental integrity and transparency, including in governance, and shall apply robust accounting to ensure, inter alia, the avoidance of double counting, consistent with guidance adopted by the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Agreement.

② 四. 兹在作为本协定缔约方会议的《公约》缔约方会议的权力和指导下，建立一个机制，供缔约方自愿使用，以促进温室气体排放的减缓，支持可持续发展。它应受作为本协定缔约方会议的《公约》缔约方会议指定的一个机构的监督，应旨在：

4. A mechanism to contribute to the mitigation of greenhouse gas emissions and support sustainable development is hereby established under the authority and guidance of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Agreement for use by Parties on a voluntary basis. It shall be supervised by a body designated by the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Agreement, and shall aim:

(一) 促进减缓温室气体排放，同时促进可持续发展；

(a) To promote the mitigation of greenhouse gas emissions while fostering sustainable development;

(二) 奖励和便利缔约方授权下的公私实体参与减缓温室气体排放；

(b) To incentivize and facilitate participation in the mitigation of greenhouse gas emissions by public and private entities authorized by a Party;

(三) 促进东道缔约方减少排放水平，以便从减缓活动导致的减排中受益，这也可以被另一缔约方用来履行其国家自主贡献；并

(c) To contribute to the reduction of emission levels in the host Party, which will benefit from mitigation activities resulting in emission reductions that can also be used by another Party to fulfil its nationally determined contribution; and

(四) 实现全球排放的全面减缓。

(d) To deliver an overall mitigation in global emissions.

③ Decision 2/CMA.3 Guidance on cooperative approaches referred to in Article 6， paragraph 2， of the Paris Agreement.

④ Decision 3/CMA. 3 Rules， modalities and procedures for the mechanism established by Article 6， paragraph 4，of the Paris Agreement.

减排项目东道国的报告义务等程序问题，细化了第 6.4 条监督机构的工作机制。[①]目前的状况看，市场对于 COP28 和《巴黎协定》第 6 条（特别是第 6.4 条）的定义寄予了非常高的期望，希望能够确立更高的质量标准，并为碳去除碳汇提供指导。需要依靠国际碳汇来实现本国 NDC（国家自主贡献）减排目标的国家也在等待 COP28 和第 6 条的确立，以据此建立碳汇交易时相对应的国家减排清查调整。这一机制仍处于早期阶段，依赖于双边合作，并在碳减排责任和透明度方面存在一些模糊的领域。

2024 年，约有 38 个国家级司法管辖区和 24 个州、地区或城市正在运行碳交易市场，呈现多层次的特点，碳交易已成为碳减排的核心政策工具之一；这些区域 GDP 总量占全球约 54%，人口占全球的 1/3 左右，全球各个碳排放权交易体系已通过拍卖配额筹集了超过 1030 亿美元资金。当前全球范围内 33 个正在运行的碳交易体系已覆盖了 16%的温室气体排放，还有 8 个碳交易体系即将开始运营。

在国际层面上，还未形成全球范围内统一的碳交易市场，但不同碳市场之间开始尝试进行链接。世界各国政府开始实施气候政策，碳市场（ETS）成为全球应对气候变化的重要工具，为减少温室气体排放提供了以市场为基础的解决方案。全球越来越多的政府选择采用碳市场，但政策实施仍存在挑战世界各国政府愈发视碳市场为气候政策的重要组成部分。在欧洲，欧盟碳市场已成为全球规模最大的碳市场，是碳交易体系的领跑者；在北美洲，尽管美国是排污权交易的先行者，但由于政治因素一直未形成统一的碳交易体系，当前是多个区域性质的碳交易体系并存的状态，且覆盖范围较小；在亚洲，韩国是东亚地区第一个启动全国统一碳交易市场的国家，启动后发展迅速，已成为目前世界第二大国家级碳市场；在大洋洲，作为较早尝试碳交易市场的澳大利亚当前已基本退出碳交易舞台，仅剩新西兰碳排放权交易体系，在“放养”较长时间后已回归稳步发展。

在区域层面上，如中国所倡导的绿色“一带一路”。“一带一路”倡议覆盖 68 个国家，其中 GDP 比例高达 1/3（截至 2024 年），这使得它在减少世界碳排放方面发挥着至关重要的作用。“一带一路”倡议加强了环境保护和气候变化方面的合作，运用碳市场，进一步助推低碳环保的绿色理念。2019 年，“一带一路”倡议给环保绿色带来了重大突破，使得各个发达国家、各个地区的生态环境政策、法律以及相关的国际标准得以有效衔接，中国也参与“一带一路”的各国社会活动，并且发布了一系列的双边、多边的环保绿色协议。[②]“一带一路”提出了促进全球可持续发展的重大战略，以及通过建立有效的碳排放管控体系，来应对全球

[①] 吕忠梅,尤明青.全球弱总量约束下的碳市场制度完善路径——以全球温室气体总量控制为视角[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2023,53(11):28-39.

[②] 云静达.全国统一碳市场的法治化建构：价值平衡与路径借鉴[J].学术交流, 2023, (08): 70-86.

性的气候变暖，并且“一带一路”提出了更多的可持续性政策，以此来促进“一带一路国家的可持续发展。[①]2023 年，“一带一路”绿色发展北京倡议发布，倡议提出各方应践行共商、共建、共享的原则，加强绿色低碳发展的政策沟通与战略对接，分享绿色发展的理念与实践。在“一带一路”不同区域的沿线国家发展中，如：新兴经济体在推动全球制定和实施新碳市场的表现尤为突出。在拉丁美洲，巴西已经采取了重要措施，提出了实施碳市场的法律草案，而阿根廷则考虑启动能源行业的碳市场。墨西哥正在进行一项碳市场试点计划，预计将在 2024 年全面实施。智利和哥伦比亚从碳税的实施中获取经验，目前正在考虑和准备实施碳市场交易的不同阶段。在亚太地区，印度已公布建立碳市场框架的步骤，包括履约市场和自愿市场。印度尼西亚最近也启动了涵盖发电行业的碳市场。越南计划在未来数年启动碳市场试点，而亚太地区的一些其他国家，包括马来西亚、巴基斯坦、菲律宾和泰国，都在考虑或设计碳市场的不同阶段。此外，土耳其计划在 2024 年启动碳市场试点，进一步突显了全球碳市场发展的势头。

在中国国内层面上，2020 年 9 月 22 日，中国政府在第 75 届联合国大会强调了双碳目标，我国政府在期间表示将采取多项政策和措施早日实现“双碳目标”，即二氧化碳排放力争于 2030 年前达到峰值，努力争取 2060 年前实现碳中和[②]。中国国家碳市场完成了 2021 年和 2022 年的第二个履约周期，配额价格上涨至每吨二氧化碳 11 美元。生态部于 2023 年底推出了新的抵消计划，为国内减排项目创造了新的市场。国务院于 2024 年 2 月发布了新的碳市场条例，大幅提高了对违规、数据欺诈和市场操纵行为的处罚力度。新条例亦将支持扩展覆盖范围、设定长期限额和支持其他碳市场的未来发展。所有中国区域碳市场继续交易和履约，并更新了碳市场的管理措施。在中国地区试点上，湖北试点碳市场就降低管理规则草案中的覆盖门槛，进行公众咨询。上海试点碳市场扩大了覆盖范围，纳入了数据中心，并引入了地方减排信用系统。同样地，广东试点碳市场将覆盖范围扩大至陶瓷、港口和数据中心。

① 季华.《巴黎协定》国际碳市场法律机制的内涵、路径与应对 [J]. 江汉学术, 2023, 42 (04): 104-112.
② 任洪涛.“双碳目标”背景下我国碳交易市场制度的不足与完善[J].环境法评论,2022,(02):18-34.

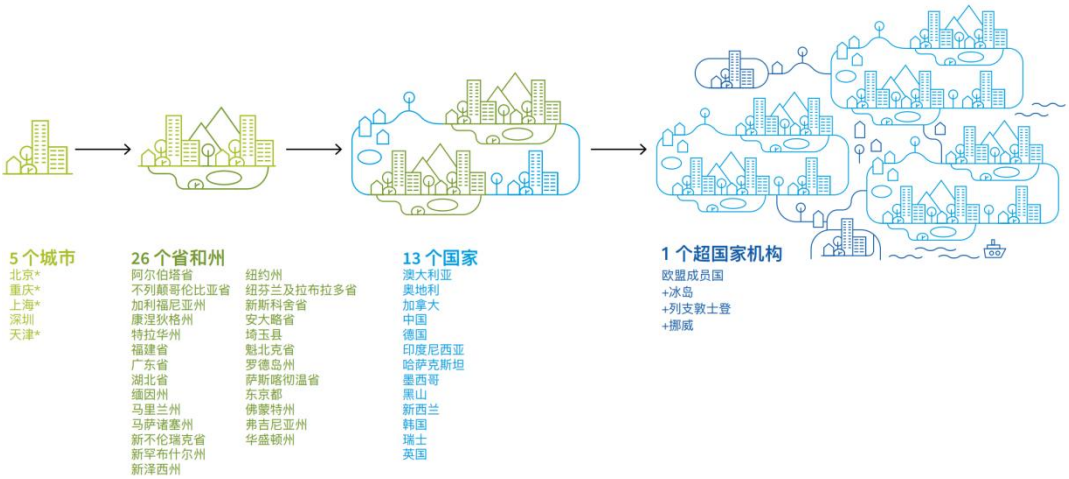


图 1：数据来源于全球碳市场进展：2024 年度报告

简言之，全世界碳市场的建设合作可以最大限度降低碳减排的总成本。全球碳市场越早建立，节约的减排成本越多，短期内提高减排的可能性也越大。建设合作需要根据碳市场的相关设计来调整，且监管主体为了衔接合作须让出部分监管权，这些都会破坏该国（地区）环境政策的一致性，有意向参与衔接合作建设的碳市场需要在各方面设计上保持灵活性和兼容性。

2019 年 12 月 10 日，在马德里召开的联合国气候变化大会（COP25）上巴基斯坦宣布成立一个委员会，该委员会将由各部委、各省政府及相关私营部门利益相关者等参与，负责评估该国建立国内碳市场和参与国际碳市场的潜力。联合国气候变化框架公约（UNFCCC）和政府间气候变化专门委员会（IGES）最近发布的一份研究报告也建议巴基斯坦在努力采取措施建立国内排放交易机制的同时，还应并行发展基于信贷的碳交易机制，而这些机制正可以为中国碳市场提供抵消。[①]这不但有助于巴基斯坦实现自己的有条件的国家自主贡献目标，还有利于充盈实施其国内绿色计划的资金。巴基斯坦的潜在碳市场非常巨大，而且是我国的邻国和全天候战略伙伴，政治经济和人文互信度都很高，在合适的时机与其签署双边碳市场的链接协议有先天优势和必要性，对于“一带一路”碳市场法律制度的构建可以起到引领示范作用。[②]中国与多数共建“一带一路”国家同为发展中国家，在应对全球气候变暖进程中共同面临经济、能源、贸易领域三重碳约束，存在收益性、结构性、阶段性、协同性、安全性五大共性挑战机遇，共商共建共享绿色丝绸之路公约数基数大，合作前景广阔。

① International Carbon Action Partnership (ICAP) .Pakistan to evaluate capacity to implement ETS [EB/OL].Available from: https://icapcarbonaction.com/en/news -archive/681 -pakistan -to -evaluate -capacity -to -imple－ment-ets，2024-01-02

② 史学瀛,孙成龙.“一带一路”碳市场法律制度初构[J].理论与现代化,2020(02):79-90.

二、“一带一路”碳市场衔接法律制度的背景

多年来，气候变化已成为全球最关心的问题，这主要是由于后工业革命时代的人类活动。人类必须减少碳排放和碳密集型能源消耗，以遏制全球变暖并保护家园。1992 年，联合国国际组织公布第一部控制温室气体排放的条约《联合国气候变化框架公约》。1997 年，联合国国际气候大会又颁布了一份具备强大法律效力的《京都议定书》，以加强全球气候变化的对抗。全球变暖和恶劣天气现象的加剧要求各国采取更严格的政策来履行和加强其减排义务。《京都议定书》明确了碳减排的碳达峰和分解指数。它规定了三种基于市场的减排机制。根据第 6 条规定，我们应当共同努力实施联合执行；根据第 12 条规定,我们应当建立清洁发展机制（CDM）；而根据第 17 条规定，我们应当开展国际排放交易（IET）。这些机制决定了碳市场的总体思路。

（一）全球气候治理出现转变

国际社会正在积极合作，以共同对抗气候变化。全球气候治理被认为是影响各国发展和竞争力的关键问题。2015 年 12 月，《巴黎协定》达成，2016 年 11 月生效，标志着全球应对气候变化合作迈入新阶段。《巴黎协定》基于“共同但有区别的责任”、“公正”和“适当能力”的原则，确立了将全球平均气温上升限制在工业化前水平以上 2 摄氏度和 1.5 摄氏度的共同目标。从 2020 年起，《巴黎协定》引入了一项国家自主贡献的自下而上气候变化缓解机制。同时，该协定还设立了一个更新机制，包括定期进行全球排放清单的审查，在全球减排进展与长期减排目标之间存在差距时，推动提高减排力度和加强国际合作。[①]《巴黎协定》被视为一项全面、平衡且具有法律约束力的国际协议，确立了 2020 年后全球气候行动的框架，重建了国际社会应对气候变化的信心，开启了全球气候政策的新纪元。

（二）政治经济环境发生变化

《联合国气候变化框架公约》签订的时间较早，当前无论是经济还是政治都出现了逆全球化现象，这些变化的存在也会影响全球气候的治理。美国退出《巴黎协定》、英国脱欧等事件，使得地缘化政治和经济利益矛盾具象化，导致在国际公共产品领域行动缓慢，甚至出现停滞现象。“共同但有区别的责任原则”效力明显减弱，发达国家的治理能力也随之变低，发展中国家主导下的中国等国家肩负起越来越多的责任，但却未获得应有的资金支持，南南合作的重要性也逐渐凸显。

随着全球变暖的不断加剧，非国家行为体在全球气候治理中的参与范围也日益扩大，但

---

① 齐绍洲,程师瀚. 中国碳市场建设的经验、成效、挑战与政策思考[J/OL].国际经济评论,1-21[2024-03-30].

由于参与主体和控制任务的分散性，因此需要建立一个完善的合作机制来实现共同的目标。随着全球变暖的加剧，巴西和澳大利亚的山火已经变得更加严重，无法控制。①这种情况导致了巨大的经济损失和生物多样性的破坏，使得气候治理的任务变得更加艰巨。为了达到公平、有效的气候治理目标，必须通过市场机制来合理分配和调节气候资源。

（三）“一带一路”倡议绿色发展

“一带一路”倡议覆盖 68 个国家，其中 GDP 比例高达 1/3，这使得它在减少世界碳排放方面发挥着至关重要的作用。“一带一路”倡议加强了环境保护和气候变化方面的合作，运用碳市场，进一步助推低碳环保的绿色理念。2019 年，“一带一路”倡议给环保绿色带来了重大突破，使得各个发达国家、各个地区的生态环境政策、法律以及相关的国际标准得以有效衔接，中国也参与“一带一路”的各国社会活动，并且发布了一系列的双边、多边的环保绿色协议。②“一带一路”提出了促进全球可持续发展的重大战略，以及通过建立有效的碳排放管控体系，来应对全球性的气候变暖，并且“一带一路”提出了更多的可持续性政策，以此来促进“一带一路国家的可持续发展。③2023 年，“一带一路”绿色发展北京倡议发布，倡议提出各方应践行共商、共建、共享的原则，加强绿色低碳发展的政策沟通与战略对接，分享绿色发展的理念与实践。

三、“一带一路”碳市场衔接存在的问题

碳市场的经济运行在经济全球化的大背景下受到国际市场调节，与世界接轨的制度参与国际市场有完善释放合理碳价格，这要求国内碳市场制度与各国步伐趋同。④气候变化的国际交易，无论将碳排放权交易归属于服务贸易或是货物贸易，都应该构建低关税低壁垒的贸易便利化制度，促进国际绿色金融机制的顺利运用。一些国家测算碳脚印并主张征收边境调节税，在测算数据兼容性把控不到位的情况下，有遭遇恶性碳脚印测算和保护主义边境调节税征收的可能。

（一）碳市场衔接的市场趋同问题

从碳市场的分配运行规则来看，国内碳市场制度与国际碳市场的总量控制规则存在差异，并成为国际链接的不稳定因素。尽管 2030 年目标中提到碳排放强度减少 65%的任务，但是至今没有纳入法律，也没有明确 65%减排任务的计算基数，这导致总量目标至今仍不清晰。由于总量上限使参与企业受制于排放许可，这种许可的日益稀缺性引发配额价格的稳定，大

① 杨博文.《巴黎协定》后全球气候多边进程的国际规则变迁及中国策略[J].上海对外经贸大学学报, 2023, 30 (05): 68-79.
② 云静达.全国统一碳市场的法治化建构：价值平衡与路径借鉴[J].学术交流, 2023, (08): 70-86.
③ 季华.《巴黎协定》国际碳市场法律机制的内涵、路径与应对 [J]. 江汉学术, 2023, 42 (04): 104-112.
④ 索米娅,马军. 国外主流碳市场发展对中国碳市场建设的启示研究 [J]. 农场经济管理, 2023, (07): 26-31.

多数国家通过立法确定了这一规定。原本链接两个碳市场可以解决不同经济体之间的碳泄露顾虑，平衡双方价格，使两个碳市场的排放权价格具有可比性，但是中国虽然采用了配额分配方式，却没有制定二氧化碳的绝对排放上限规则。尽管我国应用了每单位国内生产总值的二氧化碳排放限制规则，但这一规则意味着产出增加时，总排放量可以继续增加。故此，总量控制规则的缺失对国际市场链接造成阻碍，国际链接不可能发生在缺少总量控制规则与采用总量控制规则的国家之间。

若碳市场某一个体系较脆弱，对碳市场稳定性造成影响。若碳市场系统衔接不够成熟，存在内部机制难以有效应对外部环境变化的风险，可能影响整体系统的稳定性和环境调节功能。[①]由于这种做法本身就存在着潜在的风险，因此，它们很有可能无法实现原本的碳减排作用。由于各种碳市场体系的目标、政策及重点有所差异，一些更加严格的体系为了满足更加宽松的环境保护条件，会放弃一些更加严格的环境保护条件，从而导致整个碳市场的环保目标大幅度下调。而且，衔接机制可能会对低碳创新技术的推广造成不利影响，特别是会抑制成本较高的低碳技术的发展，对长期减少排放无益。

（二）碳市场衔接法律路径的选择问题

“软法”和“硬法”是根据其强制执行的标准而划分的两种类型。“硬法”以其明确的、合乎逻辑的流程来实施，而“软法”则以其更加灵活的方式来实施,以确保“软法”和“硬法”的执行。在许多情况下，国际硬法的特征是它们具备强制性,要求各个参与国家必须遵守并履行其相关的法律义务。[②]因此，许多学者认为，只要符合这些特征，就应当将其视作“硬法”。这种做法不仅能够使参与国家在外部形势上更加自由，也能够使他们在内部社会更加团结。[③]“硬法”不仅仅适用于单方面的、双方面的和多方面的碳排放交换，而且通过《议定书》等多方协议的形式上使各国内的碳交易市场构成衔接，促进了全球的绿色发展。

“硬法”的衔接方式在于用书面文件固定各国的意思表示，而且还提供了一个清晰的、稳健的框架，从而使它们的执行变得更加公平、公正。目前，“硬法”已成为许多参与碳排放权贸易的国家或地区的首选。然而，缔结、改动、增加、扩展这些协议的过程非常苛刻，因此在与许多主权国家进行谈判时会非常困难，并花费很长的时间。[④]此外，在缔结协议之后，它必须被转换成国内法，才能获得适当的实施效果。此外，国际法的基础是国际法的基础是国家享有主权这一“帝王原则”，各个国家均拥有完全的自治权，从而确保各个缔结的

① 李晓依,张剑. 全球碳市场发展趋势及启示 [J]. 中国外资, 2023, (05): 34-37.
② 张叶东. 中国式现代化视域下的碳市场法治保障研究 [J]. 经济发展研究, 2023, (01): 31-44.
③ 王蕾. 国际发展经验对我国碳市场建设的借鉴与启示 [J]. 华北金融, 2022, (12): 69-74.
④ 宾晖,张叶东. 关于中国碳市场建设和发展的若干思考 [J]. 环境保护, 2022, 50 (22): 11-15.

协议都受到严格的执行。然而，由于缺乏足够的自治能力，许多地方无法达成协议，导致当前的碳市场管理系统无法正常运行，从而影响到全球的气候变化。

随着全球经济的发展，“软法”从以往的“同意”转变为以“关注”为基础的“软法”，这些“软法”不仅可以解决国家之间的矛盾,还可以提供一种有效的方式来促进全球经济的发展，从而使"硬法"成为一种可行的解决方案。[①]“软法”的出台极大地推动了国际合作，因为它能够满足不同国家对于国际法的多样化要求。“主权成本”的出台大大减少了国家间的争端，具有灵活性、透明性和确定性，降低了谈判成本和实施难度。“软法”虽然没有强制性的约束力，但它却能够在一定程度上起到指导作用，防止国家之间的政治斗争给环境带来不良影响。此外，“软法”也可以转变为国际习俗、国家行为，甚至通过国际法庭的审核，最终达到软法的要求，从而达到规范的目的。目前，《巴厘路线图》、《哥本哈根协议》以及一些国际组织如 ICPA、IPCC 发布的报告和指南都被视为“软法”的范畴。

“软法”存在明显问题，规则过于宽松，容易被滥用，即使发现问题也只能做出适当的惩罚。[②]软性法规的稳定性显著低于硬性法规，相关国家可根据本国政策和情况宣布退出。尤其在碳交易市场的衔接问题上，软性法规的缺失可能导致连通性下降，甚至对双方碳交易市场构成威胁。

四、“一带一路”碳市场衔接的建设路径

温室气体减排行动不仅需要各个国家付出相应的努力，还需要国际间的减排合作以提升减排效率。随着全球各大洲碳市场版图的不断扩大，许多国家对实施碳市场链接这种合作形式表现出支持的态度，碳市场之间的衔接将成为一种趋势。

（一）在碳市场衔接上“硬法”和“软法”的选择

“硬法”和“软法”在碳交易市场的建立上各有优势，但为了实现全球统一的目标,应当充分利用它们的优势,并根据不同国家的发展情况，采取适当的衔接措施,以实现碳交易市场的均衡发展。

在当今全球化的背景下，《巴黎协定》的出台为全球碳交易市场的可持续性发展打下了基础。特别是 6.2 条和 6.4 条，为全球范围内的碳市场交易提供了强有力的政策指导。《巴黎协定》旨在提供强大的支撑，以便国际社会能够顺利完成碳交易。通过引入国际法，可以规范国家的减排行为，从而激励各国之间的协同配合，共同参与全球气候变化的治理。这将有助于建立起国际性的碳交易机制，并且能够帮助各国采取更积极的措施，以达到节能环保的

① 张希良,余润心,翁玉艳. 中外碳市场制度设计比较 [J]. 环境保护, 2022, 50(22): 16-20.
② 曾文革,江莉. 《巴黎协定》下我国碳市场机制的发展桎梏与纾困路径 [J]. 东岳论丛, 2022, 43 (02): 105-114+192.

目的。采取有效措施，充分发挥碳交易市场资源配置的功能，推动全球碳配额的交易，从而实现各国碳减排目标。

因此，需要充分发挥“硬法”的强制优势，以确保碳交易市场的衔接程序严谨。在签订单边、双边或多边国际协定时，应注意到碳交易市场的连接可能会受到情况变化和政治原因的影响，这些影响必须考虑在双边协议中，并明确用文件声明将其的影响书面化，不然会给碳交易市场带来潜在的风险。[①]在构建双边碳交易市场的连接时，可以通过双边或多边协议明确规定政治因素引发情况变化可能对缔约方造成的损失，或者直接排除与政治行为相关的情况，以减少碳交易市场连接的潜在不可控风险。

此外，发展水平迥异的国家和地区应充分利用“软法”的灵活性，建立碳贸易接口，并应促进国际合作，构建碳市场接口体系。即使在国家利益发生冲突的情况下，也应采取更灵活的方法，通过立法促进减少二氧化碳排放的合作，以实现碳交易市场与减少二氧化碳排放目标的趋同。[②]有必要提高《联合国人类环境会议宣言》、《联合国气候变化框架公约》、《巴厘岛路线图》和《哥本哈根协定》等现有国际“软法”的有效性。充分利用它，支持各国或地区根据相关会议主题和会议报告开展气候合作，促进碳交易市场趋同。应通过相关会议的议题和报告促进碳交易市场，以指导国家或区域应对气候变化的合作。另一方面，各国或地区应积极参与相关磋商程序，就碳市场的趋同达成一致，以最终促进碳市场的真正趋同。

（二）建立统一透明的交易与灵活履约机制

为了实现“一带一路”碳市场的衔接合作发展，需要建设一个全球性的碳交易注册与交易体系以 MRV（监测、报告和核查）制度为核心的信息披露制度，以确保每个参与者都能够获得充分的权益，并且能够实现实时的监控，以及及时追溯到参与者的履行义务。通过利用最先进的区块链技术构建的“一带一路”碳交易系统，不仅能够极大地降低交易成本，还能为参与者提供更加完善的信息，包括但不限于国家配额、交易量、交易类型等，并且能够通过“一带一路”碳交易管理机构的审核，确保“一带一路”碳交易的全面性。完善的信息披露机制可以有效地降低市场的竞争压力，减少信息的不对称，从而降低企业的竞争壁垒，并有助于确保碳排放的公正、透明、可控，从而实现可持续发展。

MRV 制度的出台为维护全球气候健康提供了坚强的支撑，它既可以确保市场的公开透明，又可以防止由于双方的利益冲突,从而使得市场上的配额数量不断上升，从而降低了碳汇的成本，从而达到了节能环境的目的。为了确保 MRV 的有效实施,双方必须制订一套完善

① 史学瀛,孙成龙. “一带一路”碳市场法律制度初构 [J]. 理论与现代化, 2020, (02): 79-90.
② 何秋洁,王静,何南君. 碳市场建设路径:国际经验及对中国的启示 [J]. 经济论坛, 2019, (10): 139-145.

的监督、审计与报告机制，确保《巴黎协议》中的透明度标准得到充分遵守。[①]此外，为了保证碳交易的有效实施，必须加强对系统的灵活性与流通性的管理，从而确保碳排放的平衡。通过提高系统灵活性，企业能够更加轻松地执行其减排任务，并且能够更好地控制成本，从而更好地实现其环境友好型。因此，需制定具体举措，例如设立存储配额、支持配额预借、激励回收等，以促使企业在不同环境下更好地履行环境责任，最终达到减少环境污染的目的。为推动“一带一路”碳市场发展，需建立强有力的监管机构，建议吸纳政府部门、工业协会、交易所等有实力的参与者，共同努力，及时发现和纠正违规行为，并出台有力措施，确保“一带一路”碳市场有序运行。

（三）建立合适的监管与纠纷解决机制

经过深入分析，“一带一路”碳市场的存在显示出，监管组织的存在为维护“一带一路”碳市场的健康、安全、高效的运营提供了必要的支持，为实现“一带一路”的目标提供了强大的支撑。每个国家都必须遵守“一带一路”的规定，享受合理的自治权，承担起维护和促进“一带一路”碳市场的正常发展的职能。政府的监督措施必须恰当，以确保“一带一路”的可持续发展，但必须在一定程度上抑制它的不足之处。如果对环境保护的要求太严格，就有可能带来巨额的财务损失，包括较高的交易费用、较大的投资者风险乃至无法预料的回报。例如，CDM 的实践证明，即使采取了相同的措施，但需要进行繁琐而又严格的审核流程，这将使得整体的环境保护费用更为显著。因此，为了确保公平、合理的市场运行，监管部门需采取适当的限制，包括但不限于：价格控制、跨境融资等。此外，为了减少投资者的不确定性，还需加强对参与方的审查，并在适当的时候采取相关的政策。为了更好地执行相关的监管政策，需要根据交易所、市场、现货、期货、配额及其碳排放权的特点，确定各种形式的监督机构、监督渠道及其相关的监督方式。“一带一路”碳市场法律制度应确定监控区域，严格管控出现的一些垄断行为和内幕贸易行为，甚至例像碳偷盗和碳欺诈的犯罪行为。同时，要构建与之相关的法律约束机制，出现违法的行为要停止其配额占比，并受到相应的惩罚。关于不遵约的惩罚激励机制可借鉴西方国家有关碳交易履约的规定，将督促履约与惩罚激励机制结合。

在“一带一路”碳市场上，由于存在明显的政治偏见，导致许多争议无法通过司法程序得到妥善处理，为了维护“一带一路”碳市场的公平性，必须采取措施来缓冲这种冲突，防止配额与碳信用之间的不平衡，进而损害该市场的综合运行。“一带一路”的商业争端纠纷解决机制旨在加强对配额与碳信用的管理，并促进更快速的纠纷处理。为了更好地遵循“一

① 郑玲丽. 全球治理视角下“一带一路”碳交易法律体系的构建 [J]. 法治现代化研究, 2018, 2 (02): 46-56.

带一路”的原则，所有参与者都必须签订适当的“一带一路”附属协议，该协议具有一定约束力，而且规定的内容也较具体。

（四）完善资金融通配套制度

“一带一路”的碳市场的发展离不开资本的流动，而“一带一路”的发展则需要更多的外部支持，以便实现“一带一路”的可持续发展。为了确保“一带一路”的可持续发展，必须加强相关的法规规范，以确保资本的流动。“一带一路”碳基金的成立将有助于缓解当前的紧迫状况，它不仅能够提供更多的财政支撑，而且能够扩大区域碳市场的投资范围，确保投资的及时、充分。同时，该项目也将构建一套有效的激励措施，支持低风险行业的金融创新，并增强气候金融的协同作用。当前的碳排放交换机制仅限于控制生产过程中的污染，而无法满足对环境的持续改善。①因此，我们应该鼓励社会各界参与到环境保护中来，建立起更加健全的环境保护体系，从而推进绿色发展。“一带一路”碳基金不仅能够帮助南南合作关系，还能够用于提供给发展中国家的绿色援助，从而推动全球气候变化的进程。然而，应当强调的是，在拓宽碳市场的功能的过程中，应该严格控制并阻止金融机构的投资行为，以确保它们不会被迫追求短期的收益，从而达到不正当的环境影响。“一带一路”碳交易市场的实施必须结合《巴黎协定》，以确保欧盟的《连接指令》能够有效地连接京都体系，同时还要确保“一带一路”的实施能够充分发挥各国国家的自主贡献政策，并且在《巴黎协定》的基础上，更好地促进世界气候的发展。为了更好地促进发展，建立有效的激励政策是至关重要的。为了落实“一带一路”绿色发展国际联盟的愿景，充分发挥政府部门的作用，以期推动国内低碳经济的发展与国家的发展。

五、“一带一路”碳市场衔接的中国参与

建立国内碳市场能够有效促进各国的碳减排并实现总量控制。各国应积极参与国内碳市场的建立，同时已有碳市场试点运行的国家如：中国应积极分享经验和政策，帮助其他国家尽快建立碳市场，实现各国碳排放总量控制。在衔接设计中，应找准国际碳市场的合作对象，明确定位，以保证格各国可以通过“一带一路”市场获取收益。

（一）加快全国统一的碳市场建设进程

国家主席习近平指出，面对气候变化，《巴黎协定》代表了全球走向绿色低碳转型的重要方向。中国将加大自主贡献力度，实施更加有力的政策和措施，争取在 2030 年前使二氧化碳排放达到峰值，并努力在 2060 年前实现碳中和目标。国务院副总理韩正强调，要深入

① 杜子平,孟琛,刘永宁. 我国全面启动碳交易市场面临的机遇与挑战——基于“一带一路”战略背景 [J]. 财会月刊, 2017, (34): 14-21.

贯彻习近平生态文明思想，围绕我国新设定的二氧化碳达峰和碳中和目标，加快推动全国碳市场建设，积极参与全球气候治理。当中国全国碳市场运行较为成熟后，将逐步探索不同类型的“一带一路”碳市场链接和合作方式。在“一带一路”碳市场链接设计上，可优先考虑与韩国、欧盟、美国等国建立双向链接。待未来其他国家的碳市场逐渐成熟后，将逐步加入这一合作机制。

（二）开展碳市场试点

中国目前以发电行业为突破口，率先启动全国碳排放交易体系，并培育市场主体，健全市场监管，逐步扩大市场覆盖范围。韩国、泰国、印度尼西亚、欧盟和美国等国家也正在电力领域优先推进碳排放交易。因此，建议支持有意在建立碳市场的国家首先在电力领域开展碳市场试点，尤其是那些拥有中国控股电厂的“一带一路”地区，以彰显“一带一路”倡议的“绿色”精神。建议中国在碳市场相关项目“走出去”的标准需求，与一带一路国家进行标准互认制度，促进技术标准的合作和交流。

（三）专业人才队伍的培养

深入推动“一带一路”国家在碳交易市场合作交流上的广泛合作，加速应对气候变化和碳市场相关学科专业的建设和人才培养。举办“一带一路”碳市场研讨会，邀请来自相关国家政府、学术界和企业的代表参加，探讨国内国际碳市场建立的必要性、可行性和挑战，增进各国对碳定价机制的理解。制定系统完善的培训计划，建立健全的人才储备体系，为各国碳交易市场提供持续输送优秀人才。同时协助技术薄弱的国家和地区加快相关学科专业的建设和人才培养。

结语

面对全球气候变化空前紧迫的形势，国际社会积极合作应对气候变化，以碳市场为代表的碳定价机制快速发展。研究“一带一路”主要国家及地区建立碳市场的意义与可行性具有现实意义。在“一带一路”倡议基础上，寻求其存在的问题并开展相应的合作，软法硬法路径并进，推动各沿线国家的发展。针对中国而言，不仅仅完善国内立法，推动碳市场试点互动，对专业人才的培养，逐步提高合作层次，选择更加成熟的衔接市场，与沿线国家共同推进碳市场衔接合作。

FOB 术语下托运人角度目的港无人提货之责任谈判研究

张元如*

摘要

由于全球变暖的环境影响和国际贸易环境的大变局，FOB 术语下目的港无人提货的情况屡屡出现，对于托运人利益损害、港口经营成本增加以及司法成本加重均产生一定的影响。本文从法律谈判的角度，以合同条款和法律规定为依据，以判断托运人是否应当承担相应的责任及责任范围，并强调了在事前降低风险的重要性和事后有效谈判的方式，以避免类似问题的发生和现存问题的解决；为托运人在面对类似情况时提供了一定参考，有助于保护其合法权益。

关键词 FOB，无人提货，托运人，实际托运人，法律谈判

Abstract

Due to the environmental impact of global warming and the great changes in the international trade environment, no delivery of the destination port under FOB terms often occurs, which has a certain impact on the damage to the interests of the shipper, the increase of port operation costs and the aggravation of judicial costs. From the perspective of legal negotiation, based on the contract terms and legal provisions, to judge whether the shipper should bear the corresponding responsibility and the scope of responsibility, and emphasizes the importance of risk reduction in advance and effective negotiation, in order to avoid the occurrence of similar problems and existing problems; for the shipper in similar situations, help to protect their legitimate rights and interests.

Key words FOB, No delivery, Shipper, Actual shipper, Legal negotiations

* 张元如，女，东南大学法学院硕士研究生

目　录

一、研究背景 1
（一）目的港无人提货问题的现状与影响 1
（二）FOB 术语下托运人的类别厘清 1
二、谈判依据：托运人在目的港无人提货中的责任分析 2
（一）合同条款和风险转移 2
（二）法律规定和司法实践 3
1.法律规定：收货人义务转化为托运人责任 3
2.司法案例：缔约托运人的责任承担和实际托运人的责任分离 4
三、谈判应用 5
（一）谈判技巧和利益平衡 5
（二）结果影响 6
四、结语 6
参考文献 7

一、研究背景

（一）目的港无人提货问题的现状与影响

目的港无人提货问题在国际经济贸易中日渐突出。在全球变暖的大背景下，极端气候事件频发，如洪水、干旱、飓风等自然灾害，不仅直接影响货物的生产和运输，还可能导致供应链中断或港口运营中断，增加了货物滞留和无人提货的风险。同时自然灾害等不可抗力因素的侵扰，也使得部分企业面临经营困难的问题，导致无法按时支付货款或提货费用，从而引发了大量货物在目的港无人提货的情况。

目的港无人提货的问题对港口造成了港口资源占用、运营成本增加和形象受损的影响；同时对托运人也带来了不利影响。首先，财务风险增加；托运人需承担因货物无人提货而产生的滞港费、仓储费、保管费等额外费用，这些费用可能随着货物滞留时间的延长而不断增加，给托运人带来沉重的财务负担。其次，商业信誉受损；货物长期滞留在目的港无人提货，可能导致托运人在业界的信誉受损，这不仅会影响其与合作伙伴的关系，还可能影响其未来的业务发展。最后，货物损失风险；长期无人提货的货物可能因保管不善而损坏或丢失，给托运人造成直接的经济损失，此外，货物的长期滞留还可能引发保险问题。

综上所述，目的港无人提货问题已成为当前国际贸易中亟待解决的问题，全球变暖的叠加效应使得该问题日益严重，对托运人产生了深远的影响。因此，需要各方共同努力，采取有效措施加以应对。而托运人为减少经济成本和时间成本，适宜依托法律谈判解决其在该问题项下的责任承担。

（二）FOB 术语下托运人的类别厘清

在 FOB 术语中，货物的运输由买方负责，其通过与承运人签订合同获得托运人的身份，而卖方责任则在将货物交上船即止。此时卖方因和承运人之间没有直接的合同关系而不具有货物的控制权，同时也因买家未收到并检验货物而不曾收到货款。卖方在交易中的货物风险虽已转移，但实际的风险却大大增加。

针对于此，《汉堡规则》首次创立了实际托运人制度，其将未与承运人订立运输合同，而只是将货物交付承运人的一方定义为另一种托运人。实际托运人不仅囊括 FOB 术语中的卖家，也将适用范围扩大至其他术语。这一规则突破了运输合同中的传统概念，也突破了合同相对性原则。

而不同国际海事公约对托运人的类别界定也有所不同，如《海牙规则》、《鹿特丹规则》并未规定实际托运人；而《国际货物多式联运公约》所定义的发货人，其实质与《汉堡规则》中托运人的范围并无本质区别。[1]

在此基础上，我国《海商法》吸纳了《汉堡规则》之长处，将托运人的类别分为两类，并明确与《汉堡规则》中两种托运人选择其一的做法不同，[2] 而是以完全囊括的方式，为贸易当事方提供了更大范围的便捷。我国《海商法》第 42 条对此作出了明文规定，托运人可以是海上货物运输合同的缔约人（下称缔约托运人），也可以是与承运人交接的实际交货人（下称实际托运人）。依据该法律规定，卖方在 FOB 术语下所承担的风险无疑回归至初始且平等的程度，有效促进了我国海上贸易的成交量，也有助于推动我国海事海商司法的进步和国际话语权。

综上所述，由于托运人的类别在国际条约和我国法律中有所不同，在实际操作中，需要根据具体的法律环境和合同条款来界定托运人的类别并确定其相应责任。而基于在不同条约以及国家法律中 FOB 术语下托运人范围的特殊性，和我国海上贸易成交量日渐增大的现状，应以此为基础进行问题的具体分析。

二、谈判依据：托运人在目的港无人提货中的责任分析

虽然在传统 FOB 术语下，由合同买方办理货物运输手续，但在大量运用该术语的当下，存在着部分由合同卖方安排货运的情况，因此在下文的讨论中，本文不只针对 FOB 术语中的实际托运人，而是将两类托运人均予以讨论分析。

（一）合同条款和风险转移

在处理纠纷时，合同条款往往是核心内容。而缔约托运人和承运人之间的运输合同通常会明确双方的权利和义务，具体包括货物交付和责任承担等条款。如果合同中明确约定了目的港无人提货时的处理方式、责任划分或相关费用的承担，那么双方应依据合同条款执行。在难以执行或产生争议时，合同条款也将成为托运人和承运人进行谈判的依据和提出主张的有力支持。

如果合同中对此没有明确约定，或是因实际托运人不属于合同相对方而无法辨别责任如何分配，此时托运人仍然需要依照合同条款进行核对。缔约托运人应当确保自身是否履行与承运人所签订合同中约定的义务，如提供符合约定的货物等；实际托运人同样需要确认自身是否已履行完与缔约托运人之间签订合同所约定的义务，如正确保管和运输货物至承运人处等。如果托运人未能按照合同约定履行义务，导致货物在目的港无人提货，那么托运人可能需要承担相应的违约责任或赔偿责任。

相应地，根据合同相对性原则，托运人负有提示目的港有人及时提货的默示义务，因此在目的港无人提货情况出现后，承运人当然可以要求缔约托运人承担违约责任，[3] 此时货物损毁灭失的风险虽已自缔约托运人处转移，但其潜在的损失赔偿风险仍然保留。而实际托

运人由于与承运人之间不存在直接法律关系，相应的法律风险也随之降低，在其未出现过错的情况下，承运人自然无法要求其承担相应责任。因此，托运人之风险转移和责任承担不仅要依靠其自身对合同的实施，也依赖于合同买方能否顺利提货；对此基于法律风险，在 FOB 术语下，合同卖方顺应传统成为实际托运人的选择最为合适保守，而选择提供货物运输成为缔约托运人则需要对合同买方的经营状况和商业信用等提前予以评估。

（二）法律规定和司法实践

1.法律规定：收货人义务转化为托运人责任

针对目的港无人提货现象，我国法律并未有明确系统的规定，只作出了部分的指引和规范。依据《海商法》第 86 条之规定，目的港无人提货或者迟延、拒绝提货情况出现时，承运人可以将货物卸在适当场所，由此产生的费用由收货人承担；根据第 87 及 88 条规定，如果存在应当向承运人支付的费用没有付清的情况，承运人可以留置货物，该货物自抵达港口满六十日仍无人提货的，承运人可申请法院裁定拍卖以补足未支付的费用，不足的部分可以向承运人追偿。结合我国《民法典》第 830 条关于承运人和收货人之间相互权利义务的规定，可以得出提取货物并支付运输费用属于收货人的义务这一前提，[4] 因此当承运人完成合同规定的义务要求行使权利时，而收货人却通过明示（迟延、拒绝提货）或暗示（无人提货）的方式拒绝履行其义务，无论收货人是作为缔约托运人还是合同中具有权利义务的第三方，均必然要承担违约责任。此时，为挽回自身所受损失、保护己方权益，承运人可以采取请求司法拍卖货物或与收货人联络要求其支付费用赔偿损失。同时，无论以上方式能否对承运人的利益进行完全的救济，根据《海商法》之规定，承运人均有权向托运人提出赔偿要求。

无疑，《海商法》之以上规定推动了由收货人义务向托运人责任的转变；而托运人在进行谈判之前需要明确梳理的是，在目的港无人提货的情况下收货人义务转变为托运人责任必然具有其合理性和内在逻辑，才能把握理论基点。上文曾述，我国《海商法》第 42 条将托运人分成缔约托运人和实际托运人两类，其具体名称与托运人在海上货物运输中所发挥的作用密切相关，是由业界学者为研究便利赋名而来，而实际中该条文第三款明确将该两类托运人均统称为“托运人”。然而，该条文前两款却明确分别对“承运人”以及“实际承运人”给出定义，相较之下，所谓实际托运人在法律规定中却并不能与缔约托运人相分离，其并不具有独立的名称或地位，因此我国法律中对“托运人”赋予的权利和明确的义务，均平等落实在缔约托运人和实际托运人之上。简单来看，在海上货物运输中，托运人无论作为运输合同的相对方（即缔约托运人）或是委托行为的相对方（即实际托运人），均在此过程中需要履行一定的义务，当其交货至承运人，其间的权利义务关系并未因此结束，而是延续到收货

人之收货行为为止；据此，若出现目的港无人提货结果，托运人也应当对此承担责任。实际中，鉴于纳入实际托运人的目的，以及缔约托运人和实际托运人之间的本质差异，托运人责任却不能依此一概而论。

2.司法案例：缔约托运人的责任承担和实际托运人的责任分离

正如上文所述，实际托运人概念的提出是为了达到保护合同卖方权利的目的，而在我国，经由海上货物运输的贸易合同有80%选择了FOB术语，能够更好地促进国际贸易的进行。因此既是为了保护货物卖方作为实际托运人在货物运输过程中本应具有的控制货物、要求中止运输等权利，而使其更好地降低己方在贸易中的风险，则更不应当向其强加本不应当承担的义务和责任。

同样，在司法实务中，法院也倾向于将实际托运人从责任承担的主体中分离出来的做法。在海源通公司诉迈克威公司一案中，法官认定迈克威公司作为实际托运人既不应承担运费责任，也不应承担括集装箱超期费、税费、其他代垫费等扩大损失的责任。[5] 在新鑫海公司诉中国机械公司一案中，法官也同样认为中国机械公司作为实际托运人不对承运人新鑫海公司因目的港无人提货而产生的经济损失负有赔偿责任。[6]

从法律关系的角度来看，缔约托运人与承运人之间签订货物运输合同，具有合同关系；而实际托运人出于收货人的委托或为履行和收货人之间的买卖合同而行事，其与承运人之间并不存在直接的法律关系。在此基础上，缔约托运人依据其合同关系能够无条件指派承运人进行、中止或调整运输活动，因此也应当依据合同关系就无人提货向承运人承担责任；而实际托运人既无与承运人之间的法律关系，也不具有实际的无条件指派承运人活动的权利，自然也不承担与之对等的责任。其次，即使实际托运人具有法律赋予其的托运人地位，但该法律地位是特殊拟制的，以保护和救济贸易卖方权益，而在实际中，若无权益受损之情形，实际托运人自然不会使用该种事后救济权利。同样，根据合同的相对性原理，缔约托运人应当履行与承运人签订的双务合同，且具有默示的保证收货人及时提取货物的责任；[7] 而实际托运人对于收货人所委托的义务在交货上船之后便已履行结束，且在FOB术语项下，此时货物毁损灭失的风险也已经转移到收货人处，承运人的利益救济对象自然不应是实际托运人。

三、谈判应用

（一）谈判技巧和利益平衡

在针对目的港无人提货的责任承担问题进行谈判时，托运人除了应当做好法律依据上的充分准备，还应当具备谈判技巧，以达成软性沟通的结果，降低争议解决成本，并维护商业伙伴关系。一方面，托运人应当提前明确谈判目标和底线，以在谈判中占据主动，并有针对

性地持续进行沟通，在谈判进入僵局时通过更换人员或谈判策略等方式推动谈判高效进行；另一方面，面对对方的意见和需求，托运人应根据实际情况灵活调整谈判意向和计划，以便更好地达成共识，同时也应保持冷静，避免情绪化，以便更好地应对谈判中的各种突发情况。

除了掌握一定的谈判技巧，以便于保护自身利益，另一重要的内容是要达成双方都能接受的谈判结果，顺利解决争议，降低运营成本和商业声誉损失。因此，托运人还需要在谈判过程中平衡两方的利益，以确保谈判过程的顺利开展，以及谈判结果的公平性和合理性。一方面，托运人应遵循公平原则，通过沟通积极寻求互惠互利的解决方案，以确保各方利益得到合理保障，实现共赢；另一方面，要在尊重对方权益和需求的基础上，根据实际情况和法律事实进行责任的合理分配，以在实现利益平衡间建立持续良好的商业伙伴关系，为两方带来更好的合作机会。

（二）结果影响

有效的法律谈判能够正向促进托运人的商业运营：通过谈判明确托运人在目的港无人提货情况下的责任，可以确保承运人和托运人之间的风险得到合理分担，避免单一方承担过大的经济损失；而高效的谈判结果有助于减少法律纠纷和不确定性，以便其迅速投入下一段贸易工作；此外，谈判过程中，双方也可以就如何预防未来类似情况的发生进行讨论，从而加强合作，提高贸易效率。

然而，托运人在对目的港无人提货责任进行谈判时，其结果也并不确定，如果谈判结果对托运人不利，可能导致其承担过高的费用，造成经济损失；亦可能谈判双方未能达成一致，从而引发法律诉讼，增加时间和金钱成本；更有甚者，谈判过程中如果双方立场过于强硬，可能导致双方关系紧张，影响未来的合作。因此，一旦明确选择了谈判的解决路径，则应当已经做好充分的前期工作和接受不确定结果的准备。

四、结语

面对国际环境之变局，应推动我国海商法在贸易中为国际社会所选择，而 FOB 术语下托运人在应对此类纠纷时提早做好准备：一方面，要加强合同管理，寻求专业法律及相关商业人士的帮助，以在合同中明确约定目的港无人提货时的责任归属和费用分担方式，以避免未来纠纷；另一方面，要提高风险意识，并与对方建立长久有效的沟通机制，及时沟通货物运输、合同进度等相关情况，预防目的港无人提货情况的发生。

参考文献

[1] 李根，徐一：《<海商法>修改背景下 FOB 实际托运人的定义、权利探析与重构 》，载《世界海运》2023 年第 46 卷第 8 期，第 41-48 页。
[2] 司玉琢，吴煦：《FOB 卖方权利保护的运输法路径选择——<海商法>实际托运人的制度设计》，载《中国海商法研究》2024 年第 35 卷第 2 期，第 3-14 页。
[3] 张蕾：《RCEP 背景下涉自贸区海运合同滞箱费法律问题研究》，载《人民司法》2023 年第 1 期，第 96-101 页。
[4] 张小弟：《目的港无人提货的法律规制》，载《水运管理》2024 年第 46 卷第 2 期，第 15-17 及 38 页。
[5] 李慧，刘玉蓉：《FOB 贸易合同中实际托运人的识别及运费、扩大损失的承担主体认定》，载《世界海运》2023 年第 46 卷第 7 期，第 35-41 页。
[6]（2019）津 72 民初 1012 号；（2020）津民终 466 号。
[7] 李善川，程旭丹：《托运人承担目的港无人提货责任分析》，载《人民司法》2023 年第 23 期，第 91-95 页。

寻找遗失的皇冠明珠：我国独立保函失权规则之构建

王金根[1] 高祥[2]

内容摘要：独立保函开立人对受益人承担了严格相符交单下的付款义务，以及不符拒付下的及时通知义务。一旦开立人未能严格履行不符通知要求，其在法律上便丧失了声称单据不符的权利，即失权。失权本质上是对严格相符原则偏向开立人和申请人利益的矫正、是对独立保函付款迅捷、确定与低成本价值以及先付款后争议机制的贯彻，并有助于受益人补救不符。正是因为其在法律上的重大意义，而被誉为是“皇冠上的明珠”，并获得美国 1995 UCC 以及包括 URDG758、ISP98 及 UCP600 等在内的诸多国际商事规则的普遍承认。尽管我国《独立保函司法解释》并未明文承认失权规则，但当事人可通过在独立保函中规定失权条款或直接并入 URDG758、ISP98 等的失权规则，法院也可通过《民法典》第 10 条或第 509 条引入 URDG758、ISP98 等的失权规定而为相关争议提供裁判依据。

关键词：独立保函；失权规则；漏洞补充；URDG758；《民法典》

Looking for the Lost Jewel in the Crown: Establishment of Preclusion Rule in the Chinese Law of Independent Guarantees

WANG Jingen GAO Xiang

Abstract: The guarantor in an independent guarantee undertakes the obligations to pay the beneficiary upon complying presentation, and to give a notice of refusal upon non-complying presentation. The guarantor shall be precluded from claiming the discrepancies whenever it has failed to comply with the notice requirements. As a fitting pro-beneficiary rule to counter-balance the usually pro-guarantor strict compliance principle, the preclusion rule may not only facilitate the realization of the simplicity, certainty and low cost pursued by independent guarantee, but also enable the beneficiary’s cure of discrepancies. Based on these values, the preclusion rule is described as the “Jewel in the Crown”, and accepted by the US 1995 UCC and the relevant

[1] 王金根：（1980-），法学博士，泉州师范学院陈守仁商学院副教授，硕士生导师，福建泉州丰泽区东海大街 398 号，电话：15859571250，邮箱：roc77@qq.com。

[2] 高祥：法学博士，中国政法大学教授，博士生导师。

基金项目：国家社会科学基金项目“独立担保制度的本土体系化构建研究”（项目批准号：19BFX124）。

international commercial customs, URDG758, ISP98 and UCP600. The Judicial Interpretation on Independent Guarantee in China has failed to provide the preclusion rule. The parties to the independent guarantee may provide such rule in their independent guarantees or incorporate the preclusion rule in the URDG758, ISP98 or even UCP600. Otherwise, the court shall apply the preclusion rule in the international commercial customs through Chinese Civil Code articles 10 or 509.

Key Words: Independent Guarantee; Preclusion Rule; Filling-in of Loopholes; URDG758; Chinese Civil Code

一、问题的提出

独立保函是开立人（担保人）对受益人（债权人）做出的独立的凭单据付款的承诺。在实务中，合同当事人经常使用独立保函担保金钱债务或非金钱债务的履行。如果债务人（独立保函申请人）在基础合同下违约，只要受益人能够严格按照独立保函所规定的条件提交相符的单据，开立人即应支付受益人独立保函规定的款项，[1]而不得以基础交易关系或者独立保函申请关系对付款义务提出抗辩；[2]如果受益人提交的单据不符，保函开立人则可拒付。不过，如果独立保函约定适用《见索即付保函统一规则》（以下简称“URDG758”），开立人在对受益人的不符交单拒付时，得按照 URDG758 第 24 条履行适当的通知义务。该条 d 款规定，“当担保人拒绝付款时，应就此向索款交单人发出一次性的拒付通知。该通知应说明：i. 担保人拒绝付款，以及 ii. 担保人拒绝付款的每一个不符点”；e 款规定，该通知“应毫不迟延地发出，最晚不得迟于交单日翌日起第五个营业日结束之前”；f 款进一步规定，“如果担保人未能按照本条 d 款或 e 款的规定行事，则其将无权宣称索款书以及任何相关单据不构成相符索款”，即独立保函开立人必须按照独立保函规定的数额付款。[3]此即所谓独立保函的失权规则。基于独立保函的失权规则在独立保函法下具有重要地位与价值，有学者将之誉为“皇冠上的明珠”。[4]

在我国，由于《独立保函司法解释》未对此做出规定，在独立保函本身并未规定失权规则或未明确援引适用 URDG758 等国际商事规则时，我国法院的判决立场不一。具体来看，分为以下几种情形：

一、受益人未主张失权，法院也未考虑失权。比如，在淮化公司案[5]中，受益人淮化公司未按保函要求提交相关单据，开立人通知拒付称：“鉴于保函项下债务人需承担赔偿金额没有相应的有效依据，故暂不履行保函责任，如需继续主张保函权利，请进一步提供依据”。

---

[1] 参见最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2016〕24 号，法释〔2020〕18 号修正，以下简称《独立保函司法解释》）第 1 条。

[2] 参见《独立保函司法解释》第 6 条。

[3] See URDG758 Article 24 (d), (e), (f). See also ISP98 Rules 5.01, 5.02, 5.03; UCP600 Article 16.

[4] See Brook Winnicke, et. al., *Standby and Commercial Letters of Credit* (3rd edition), Wolters International, 2013, §6.06 [A] The Jewel in the Crown.

[5] 江苏省苏州市中级人民法院“安徽淮化股份有限公司与上海浦东发展银行股份有限公司张家港支行合同纠纷案”（2019）苏 05 民终 4820 号。

受益人起诉开立人不当拒付，并未主张开立人的前述拒付通知是否构成失权。法院则以受益人未能在保函有效期内提交相符单据为由驳回受益人起诉。[1]

二、受益人主张失权，但法院以保函未约定适用 URDG758 为由驳回受益人的失权主张。比如，在宣城建投公司案[2]中，受益人宣城建投公司起诉开立人不当拒付，因为开立人“在收到单据后直至一审庭审结束，并没有提出单据不符点，也并未主张宣城建投公司提交的单据不符合涉案保函的约定”。开立人则抗辩认为：一审庭审中开立人在对两份保函发表质证意见时“向法庭说明了单据的不符点。不存在宣城建投公司所说的建行对单据不符点从未提出异议的说法”。法院判决认为，由于保函并未约定适用 URDG758，开立人庭审时也未主张援引，因此该案不适用 URDG758 的失权规则。[3]

三、受益人主张失权，法院也间接承认开立人失权。比如，在保乐力加公司案[4]中，开立人交通银行上海分行以受益人保乐力加公司交单不符为由拒付。法院判决认为，受益人交单相符，且开立人“也未曾提交其在本案诉讼前已向保乐力加公司明确拒付及说明拒付理由的证据，此时更不应苛责作为受益人的保乐力加公司按照交通银行上海分行在诉讼中方才发表的意见提交所谓完备的‘货运单据副本一套’。”[5]故此，开立人应对受益人承担不当拒付损害赔偿责任。

四、受益人主张失权，法院参照 URDG 间接认定开立人失权。比如，在莎菲特公司案[6]中，受益人莎菲特公司起诉保函开立人不当拒付。法院判决认为，涉案保函纠纷应参照适用 URDG458，受益人在有效期内向开立人提交了与保函书面条款一致的文件，开立人“并未提出任何异议且在原审中表示应当付款”，所以开立人承担保函责任的条件已满足，开立人违反国际惯例拒付，应对受益人承担不当拒付损害赔偿责任。[7]

可以看出，就我国法院的上述四种立场而言，第一、二种本质上相同，即法院不承认失权规则；而第三、四种法院的立场虽然一致，即承认失权规则，但在具体解释的依据上略有差异。

本文将就独立保函本身未规定失权规则，也未援引 URDG758 或类似国际商事规则时，受益人能否基于保函开立人未能就其不符交单发出适当拒付通知而主张构成失权的问题展开讨论，并为解决我国这方面的法律问题提出建议。本文的主文包括四个部分：首先，第二

---

[1] 江苏省苏州市中级人民法院“安徽淮化股份有限公司与上海浦东发展银行股份有限公司张家港支行合同纠纷案”（2019）苏 05 民终 4820 号。

[2] 甘肃省高级人民法院“宣城经济技术开发区建设投资有限公司与中国建设银行股份有限公司金昌分行合同纠纷案”（2019）甘民终 242 号。

[3] 甘肃省高级人民法院“宣城经济技术开发区建设投资有限公司与中国建设银行股份有限公司金昌分行合同纠纷案”（2019）甘民终 242 号。

[4] 上海市高级人民法院“交通银行股份有限公司上海市分行与保乐力加（中国）贸易有限公司保证合同纠纷案”（2019）沪民终 107 号。

[5] 上海市高级人民法院“交通银行股份有限公司上海市分行与保乐力加（中国）贸易有限公司保证合同纠纷案”（2019）沪民终 107 号。

[6] 最高人民法院“意大利商业银行与江苏溧阳莎菲特非织造布有限公司、意大利费尔特高公司购销合同不能交货纠纷案”（1998）经终字第 289 号。

[7] 最高人民法院“意大利商业银行与江苏溧阳莎菲特非织造布有限公司、意大利费尔特高公司购销合同不能交货纠纷案”（1998）经终字第 289 号。当然，如后文所述，严格意义上而言，URDG458 并未明文规定拒付通知失权，法院也并未明确依据拒付通知失权规则判决保函开立人不当拒付，但法院强调保函开立人对受益人的交单“并未提出任何异议”，已有间接承认失权的意义，否则法院完全无需强调保函开立人对受益人的交单并未提出不符点。

部分将分析相关国际商事规则中对此问题的规定；其次，第三部分将讨论在规则、判例与法理较为发达的美国在此问题上的立场；再次，第四部分将在上述讨论的基础上总结提炼失权规则背后的基本法理，以为第五部分的论证提供理论基础；最后，第五部分将在前述规则、判例及理论介绍的基础上，提出我国独立保函失权规则的构建路径。

二、国际公约与规则下的失权规则

在国际规则层面，规范独立保函的国际商事规范主要是 URDG758。但专门适用于备用信用证的《国际备用证惯例》（以下简称“ISP98”）和主要适用于商业信用证的《跟单信用证统一惯例》（以下简称“UCP600”），原则上也可适用于独立保函。[1]除此之外，还有一份联合国国际贸易法委员会制定的主要规范独立保函和备用信用证的《独立担保与备用信用证公约》（以下简称“《公约》”）。[2]

（一）UCP、URDG 和 ISP98 规定的失权规则

三个国际商事规则中，UCP 是最早确立失权规则的，也是目前为止规定得最为严格的。[3]1974 年《跟单信用证统一惯例》（以下简称“UCP290”）的第 8 条 f 款首次确立了退单不当失权的立场，这是失权规则最早的萌芽。[4]随后 1983 年《跟单信用证统一惯例》（以下简称“UCP400”）将退单不当失权扩充适用于拒付通知不当失权。[5]此后，UCP500 和 UCP600 都继受了前述规定。[6]UCP600 第 16 条 c 款规定，当开证行决定拒付时，其“必须一次性通知交单人，且通知必须声明：i. 银行拒绝承付；ii. 银行凭以拒付的每一个不符点；iii. 单据处置方式：a) 银行持有单据等候交单人进一步指示；或 b) 开证行持有单据直到收到申请人通知弃权并同意接受该弃权，或在同意接受弃权前从交单人处收到进一步指示；或 c) 银行退回单据；或 d) 银行按照先前从交单人处收到的指示行事。”d 款规定，“c 款规定的通知必须以电讯方式发出，或者，如果不可能以电讯方式通知时，则以其他快捷方式通知，但不

---

[1] See James E. Byrne, et. al., *Standby & Demand Guarantee Practice: Understanding UCP600, ISP98 & URDG758*, The Institute of International Banking Law & Practice, 2014, p. 21; 高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 9 页。另参见湖南省高级人民法院“发得科技工业股份有限公司、湖南省机械设备进出口公司独立保函纠纷案”（2018）湘民终 707 号；湖南省高级人民法院“发得科技工业股份有限公司、交通银行股份有限公司湖南省分行独立保函纠纷案”（2019）湘民终 277 号：上述两案独立保函均规定适用 UCP600；Esal (Commodities) Ltd. v. Oriental Credit Ltd. [1985] 2 Lloyd’s Rep. 546：涉案独立保函规定适用 UCP290。

[2] 《联合国独立担保与备用信用证公约》第 2 条。

[3] 之所以说 UCP 所规定的失权规则最为严格，是因为 UCP 所规定的失权，不仅要求开证人拒付通知中必须明确表明单据处置方式，而且必须严格按照通知或受益人要求退单，否则将构成失权。而如后文所述，URDG758 和 ISP98 的拒付通知失权规则都不要求开证人于拒付通知中表明单据处置方式，也未明确规定退单不当将构成失权。当然由于退单不当失权问题已超出本文论述范围，故此不再赘述。相关问题可参见王金根：《信用证不当拒付损害赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 210-218，231-233 页。

[4] See UCP290 Article 8 (f). UCP 最早颁布于 1933 年，国际商会出版物编号为 82 号，简称 UCP82。后国际商会分别于 1951 年、1963 年、1974 年、1983 年、1993 年和 2007 年对 UCP 进行了修订，对应国际商会出版物编号分别为 151 号、222 号、290 号、400 号、500 号和 600 号，故而分别简称 UCP151、UCP222、UCP290、UCP400、UCP500 和 UCP600。除了最早的 UCP82 没有规定开证人不符通知义务外，UCP151 和 UCP222 都只是规定开证人对受益人的不符交单承担了拒付通知义务，而并未规定开证人违反拒付通知义务将构成失权。See UCP222 Article 8; UCP151 Article 10.

[5] See UCP400 Article 16 (c), (d), (e).

[6] See UCP500 Article 14 (d), (e); 王金根：《UCP600 信用证失权规则研究》，载《国际经济法学刊》2020 年第 3 期，第 134 页。

得迟于交单日期翌日起第 5 个银行工作日终了。”[1]据此，开证人拒付通知必须明确表明开证人的拒付意图、凭以拒付的每一个不符点以及单据处置方式，而且拒付通知必须在五个银行工作日内用电讯等迅捷方式发出。[2]

1992 年的 URDG458 和早期的 UCP 一样，只是规定了保函开立人的拒付通知义务，而并未明确规定保函开立人违反通知义务所面临的失权风险。[3]但未明确规定，不等于保函开立人违反拒付通知义务时无需承担任何责任。学者认为，于此情形下应可借鉴 UCP 拒付通知失权规则或国内法的诚信原则来追究保函开立人的责任。[4]当然，为避免不必要的争议，并有效平衡保函开立人与受益人之间的利益，2010 年 URDG758 在吸收 UCP 失权规则的成功经验基础之上，明确于第 24 条规定了保函开立人的拒付通知失权规则。[5]URDG758 第 24 条规定，“当担保人拒绝付款时，应就此向索款提交人发出一次性的拒付通知。该通知应说明：i. 担保人拒绝付款，以及 ii. 担保人拒绝付款的每一个不符点”；[6]该通知“应毫不迟延地发出，最晚不得迟于交单日翌日起第五个营业日结束之前”；[7]如保函开立人未能按照前述规定行事，“则其将无权宣称索款书及任何相关单据不构成相符索款。”[8]据此，保函开立人的拒付通知必须明确表明开立人的拒付意图以及凭以拒付的每一个不符点，而且拒付通知必须在五个工作日内发出。[9]

ISP98 拒付通知失权规则主要规定在第 5.01、5.02 和 5.03 条。据此，备用信用证开证人必须以电讯方式在规定时限内发出拒付通知，[10]并列明凭以拒付的所有不符点，[11]否则便丧失声称交单不符的权利。[12]其中，就拒付时限，ISP98 规定，自收到单据之次一营业日起，三个工作日内视为合理期限，超过 7 个工作日视为不合理期限。[13]至于在 3-7 个工作日之间拒付的，开证人是否满足了拒付期限要求，则需综合考量单据复杂性、单据数量、开证人审单部门规模以及开证人是否有联系申请人放弃不符点等因素来判定。[14]

从上述三个国际商事规则来看，尽管拒付通知失权规定详尽不一，且具体通知要求并不完全一致，但他们都明确要求拒付之保函开立人必须及时、明确表示拒付，并列明凭以拒付的每一不符点，否则开立人便丧失声称受益人交单不符的权利，即构成失权。值得强调的是，上述三个规则均是由国际商会制定或颁布，国际商会银行委员会在此过程中发挥了重要作

---

[1] See UCP600 Article 16 (c), (d); 王金根：《信用证不当拒付损害赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 177-218，230-234 页。

[2] 参见王金根：《UCP600 信用证失权规则研究》，载《国际经济法学刊》2020 年第 3 期，第 129-131 页。

[3] See URDG458 Article 10.

[4] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, p. 360; 李燕：《独立担保法律制度》，中国检察出版社 2004 年版，第 157 页。

[5] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, pp. 359-360.

[6] URDG758 Article 24 (d).

[7] URDG758 Article 24 (e).

[8] URDG758 Article 24 (f). See also ISDGP paras. 173-174.

[9] 王金根：《信用证不当拒付损害赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 232-234 页。

[10] ISP98 Rule 5.01 (a), (b).

[11] ISP98 Rule 5.02.

[12] ISP98 Rule 5.03.

[13] ISP98 Rule 5.01 (a).

[14] See James E. Byrne, *The Official Commentary on the International Standby Practice,* The Institute of International Banking Law & Practice, 1998, pp. 203, 216.

用。从此角度而言，失权规则可以说是代表了银行界的基本立场与普遍共识。

（二）《独立担保与备用信用证公约》规定的失权规则

《公约》在第 16 条也对保函开立人的拒付通知做出了明确规定。据此，一旦开立人审单不符“决定不予付款，应向受益人作出不付款的通知”；该通知“应以电传方式，若电传不可能，应以其他快捷方式作出，并且应当表明不予付款的理由。”开立人“应当在合理期限内，但最长在收到请求和任何附随单据之日起 7 个营业日内”发出拒付通知。[1]然而，与 URDG758 等不同的是，《公约》并未针对保函开立人的拒付通知设定失权规则。也就是说，开立人违反拒付通知并不必然会导致丧失声称单据不符的权利。只是在具体司法实践中，受益人可能可基于国内法规定或者 URDG758 等国际商事规则追究开立人的损害赔偿责任。[2]值得强调的是，因为批准《公约》的国家有限，[3]其在司法实务中并无太大影响力，故而各国法院究竟会如何解读《公约》的拒付通知义务及违反应承担何种责任，仍有待观察。

三、美国法上的失权规则

独立保函在美国被称为备用信用证。[4]而且，美国 1995 年《统一商法典》第五编（以下简称“1995 UCC §5”）第 5-102 条的官方评论明确表示，该编不仅适用于商业信用证、备用信用证，也适用于独立保函。[5]因此，在美国法下，独立保函像备用信用证、商业信用证一样，也是适用 1995 UCC §5。从下面的讨论可以看出，美国法下的失权规则是一个逐步演变和完善的过程。

（一）UCC §5 的规定

UCC §5 有三个版本，1952 年版，1962 年版和 1995 年版。[6]1952 UCC §5-112 第（1）款规定，“信用证下接收跟单汇票的银行，在未拒绝承付汇票或信用证时，可以：（a）在收到单据翌日起三个银行工作日终了前暂停（withhold）承付；（b）在交单人明示或默示同意时，可以继续暂停（further withhold）承付。”[7]该条第（2）款规定，“一旦拒付，如果交单人与接收单据的银行不在同一地区，则该银行可以凭通知交单人其代为持有汇票和单据等候交单人处置的方式，来完成其退回汇票和单据的义务，但交单人另有指示除外。”[8]据此，开证人可以享有至少三个银行工作日的审单时限；在开证人拒付时，如果交单人与开证人不在同一地区，开证人可以通知交单人其代为持有单据，等候交单人处置。然而该条并未明确规定，如开证人未在三个银行工作日给予拒付通知，其是否丧失拒付权利。

---

[1] 《联合国独立担保与备用信用证公约》第 16 条 2 款。
[2] 参见王金根：《信用证不当拒付损害赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 234-235 页。
[3] 迄今批准《公约》的国家仅八个。参见 https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/independent_guarantees/status, 访问日期：2024 年 9 月 3 日。
[4] 参见高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 6 页。
[5] 1995 UCC §5-102 cmt. 6.
[6] John F. Dolan, *The Drafting History of UCC Article 5*, Carolina Academic Press, 2016, pp. xi-xii.
[7] 1952 UCC §5-112 (1).
[8] 1995 UCC §5-112 (2).

1962 UCC §5-114 第 4 款规定，“如果信用证规定，开证人只有在得到通知，即当所需提交的单据已在代理行或开证人的其他代理人占有之下时，才能付款，则：（a）任何凭收到此通知作出的付款为有条件的付款；且（b）开证人可拒绝接受与信用证不符的单据，只要此种拒收在收到单据后的三个银行工作日内作出……”。该条第 5 款进一步规定，“涉及到本条第（4）款规定的情况时，如果未能在前述（b）项规定的时间内拒收单据，即构成对单据的接受，其因此而对受益人的付款是终局的”。[1]从该条规定来看，其似乎已有现代拒付通知失权规则之雏形。然而，令人遗憾的是，一方面，该两款规定属于选择性规定，而非强制性规定，各州通过 UCC 时并非必须采纳该两款规定；另一方面，其适用的前提是信用证明确规定开证人没有收到单据而仅仅只是收到其代理人所发出的单据相符的通知时即有义务先行支付款项的情形。

真正在立法上明确采纳现代意义上的拒付通知失权制度的是 1995 UCC §5-108。该条 b 款规定，“见到提示后开证人应有一个合理的期限，但不得超过自其收到单据的翌日起第七个工作日之结束，作出如下行为：……（3）就所交单据中的不符点向交单人发出通知。”c 款规定，“如果开证人未能及时发出通知，或虽然及时发出通知但通知中未能包括某项不符点，则开证人无权以存在任何不符点或某项不符点为由提出拒付。”[2]据此，开证人必须在收到单据之次日起不超过 7 个工作日的合理期限内拒付，且拒付通知必须明确表明单据不符点，否则将丧失声明单据不符的权利。

从 1995 UCC §5-108 的规定来看，开证人在如下两种情形下失权：一、未能及时给予拒付通知；二、拒付通知未能表明不符点。然而学理解释上，基于“及时”通知之规定，开证人必须采用迅捷方式发出拒付通知，否则也将会构成失权。[3]但 1995 UCC §5-108 并不要求拒付通知中必须表明单据处置方式，或者说，在 UCC 下开证人未能表明单据处置方式并不导致失权。[4]这点和 URDG758、ISP98 一样。其背后的原因在于，在美国使用量占主导地位的备用信用证下的单据通常并无商业价值，不像商业信用证下的受益人，需及时凭借商业单据来处置货物或减轻损失。但是，这并不意味着开证人就可以任意处置备用信用证下的单据。1995 UCC §5-108 条 h 款明确规定，开证人拒付后，应（shall）退回单据或代交单人持有单据，且需如此通知交单人。如果受益人因开证人处置单据不当而遭受损失，其可基于侵权法等规定追究开证人的损害赔偿责任。[5]

（二）美国判例立场

尽管早期美国 UCC §5 并未明确规定开证人拒付通知失权规则，但这并不意味着开证人可以肆意拖延拒付或于拒付通知中不明确告知据以拒付的不符点。此时，法院会通过适用普

---

[1] 1962 UCC §5-114; John F. Dolan, *The Drafting History of UCC Article 5*, Carolina Academic Press, 2016, p. 124.

[2] 1995 UCC §5-108 (b), (c). 同时该条 d 款进一步规定了失权规则适用的例外，即信用证失权规则对信用证欺诈及已失效之信用证不适用。

[3] 1995 UCC §5-108 cmt. 4; 王金根：《信用证不当拒付损害赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 224 页。

[4] See James E. Byrne, *6B Hawkland UCC Series*, Thomson Reuters 2016, § 5-108:11 [Rev] Preclusion rule.

[5] See James E. Byrne, *The Official Commentary on the International Standby Practices,* The Institute of International Banking Law & Practices, 1994, p. 222.

通法中的禁反言（estoppel）规则对开证人的拒付予以规制。[1]

然而，普通法下的禁反言规则要求受益人必须举证证明：1. 开证人的行为导致受益人相信其所提交的单据与信用证是相符的；2. 受益人的该信赖是合理的；3. 受益人因该信赖而遭受损害。[2]例如，在 Board of County Commissioners 案[3]中，涉案信用证适用 UCC，[4]开证人以基础合同下的理由在三份信用证下拒付了受益人，随后又主张受益人的交单存在瑕疵。一、二审法院判决受益人胜诉，认为开证人未能于拒付通知中明确提出单据不符点，已构成“失权（precluded）”，必须支付三份信用证项下的款项以及相应的迟延付款利息。然而，科罗拉多高等法院却部分推翻了一、二审判决，认为，鉴于受益人在第一、二份信用证中只在信用证有效期的最后一天提交单据，而既然开证人有三天的审单时限，即使开证人明确告知不符点，受益人也丧失了补救的机会。故而受益人在第一、二份信用证下并未因“信赖”开证人的行为而遭受损害，自然也就无权在该两份信用证下追究开证人的不当拒付责任。[5]

在 Flagship Cruises 案[6]中，涉案信用证适用的是 1962 年的 UCP222。UCP222 未明确规定失权规则。受益人在该案中主张 UCP222 第 8 条拒付通知的规定为失权规则提供了依据。[7]受益人认为，只要开证人未在拒付通知中列明某一不符点，开证人便丧失了依据该不符点主张拒付的权利。但法院拒绝了受益人的主张，认为受益人必须举证证明，开证人的拒付通知存在误导，导致其未能补救开证人未列明的不符点。

在 Breathless Associates 案[8]中，涉案信用证适用 1974 年的 UCP290。因为 UCP290 只规定退单不当构成失权，而未规定拒付通知不当失权，已如前述。[9]所以法院依据普通合同法判决认为，既然受益人所提交之单据不符点无法补救，自然其也就无权追究开证人的不当拒付损害赔偿责任。

然而，在 Price & Pierce International 案[10]中，涉案信用证适用的也是 1974 年的 UCP290，开证人未能在 7 个银行工作日内通知拒付。法院却以开证人的行为构成对开证人付款义务的严重违反为由，驳回了开证人所主张的受益人必须提供证据证明其因开证人的迟延拒付遭受损害的抗辩。该案的专家证人 Henry Harfield 认为，为便于受益人及时转售货物或及时停止

---

[1] See James J. White, *Influence of International Practice on the Revision of Article 5 of the UCC,* 16 Nw. J. Int'l L. & Bus. 189, 208-209 (1996).

[2] See, e.g., Brown v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 776 SW2d 384, 386 (Mo. 1989); John F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits,* LexisNexis AS Pratt, 2022, §6.06 [2][b] The Classical Esstopel Case.

[3] Board of County Commissioners v. Colorado National Bank, 43 Colo. App. 186, 190 (1979).

[4] Uniform Commercial Code, §4-5-102(1), C.R.S.1973.

[5] Colorado National Bank v. Board of County Commissioners, 634 P.2d 32, 41 (1981).

[6] Flagship Cruises, Ltd. v. New England Merchants National Bank, 569 F2d 699, 703 (1st Cir. 1978).

[7] UCP222 Article 8 states: ... If, upon receipt of the documents, the issuing bank considers that they appear on their face not be in accordance with the terms and conditions of the credit ... If such claim is to be made, notice to that effect, stating the reasons therefor, must be given by cable or other expeditious means to the bank from which the documents have been received and such notice must state that the documents are being held at the disposal of such bank or are being returned thereto. The issuing bank shall have a reasonable time to examine the documents.

[8] Breathless Assocs. v. First Sav. & Loan Ass'n of Burkburnett, 654 F. Supp. 832. 838 (N.D. Tex. 1986).

[9] See UCP290 Article 8 (f).

[10] Price & Pierce International, Inc. v. Cimex U.S.A., Inc., reprinted in 3 Letter of Credit Update 35, 42 (July 1987) (NY Sup. Ct. 1987).

付运，及时通知受益人拒付至为关键；迟延通知带来的损害往往难以证明；而严格的失权规则是一个高效的规则；且开证人及时给予拒付通知不会给其带来太多不便。[1]

从上述四起判例可以看出，它们都明确肯定，一旦开证人决定以受益人交单不符为由拒付，其必须给予受益人通知，以便受益人能够及时补救不符点或采取其他补救措施。但与其他三个案例不同的是，在 Price & Pierce International 案中，法院判决受益人无需举证证明其因开证人的迟延拒付通知而遭受损害。显然，该案判决是法院在严格解读 UCP290 的规则后得出的结论，而并非基于美国普通法禁反言理论。[2]当然，正如前述，严格意义上 UCP290 并未规定拒付通知失权，而仅规定退单不当失权。Price & Pierce International 案法院之所以最终采纳了专家证人 Harfield 的拒付通知失权意见，一方面是基于 Harfield 在信用证法领域的巨大影响力；但更为根本的原因在于 Harfield 所阐述的拒付通知失权规则背后所蕴含的有效平衡开证人与受益人利益、便于受益人减轻损失等价值。

由于普通法禁反言理论和拒付通知失权规则下受益人承担的举证责任的差异，导致法院适用不同理论所得出的结论显然不同。为有效统一国内规则和国际惯例、避免法院判决结论的不一，1995 UCC §5 在借鉴 UCP500 第 14 条规定基础上，于§5-108 明确规定了开证人拒付通知失权制度，[3]并且认为，这是对严格相符原则偏向开证人利益的一种矫正。[4]自此，普通法中的禁反言理论在美国信用证拒付通知不当的责任中逐渐式微，而被通行的失权规则所取代。[5]

四、独立保函失权规则原理

综合国际商事规则及美国国内法中的失权规则可知，银行界基本上都认可一旦保函开立人未能按照规定要求发出拒付通知或未能列明凭以拒付的每一不符点，便丧失声称单据不符权利。此时受益人便可立即起诉开立人不当拒付并索赔保函金额外加迟延利息等损失，而无需受益人举证其善意信赖保函开立人之行为且因该信赖而遭受损失。这背后的根本原因，有如下几点。[6]

（一）对严格相符原则的矫正

首先，拒付通知失权制度是对严格相符原则对受益人严苛性的矫正，从而有效地平衡开立人与受益人之间的利益。独立保函下受益人承担着提交严格相符单据的义务，否则开立人

---

[1] See John F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits,* LexisNexis AS Pratt, 2022, §6.06 [2][c] [iii]The Pre-UCP 600 Preclusion Rule.

[2] 关于传统禁反言理论和失权规则之间的差异，see LaBarge Pipe & Steel Co. v. First Bank 550 F.3d 442, 458-463 (5th Circuit 2008).

[3] 1995 UCC §5-108 借鉴 UCP500 的失权规则时，各方尤其是银行对此并没有表示反对。See James J. White, *Influence of International Practice on the Revision of Article 5 of the UCC*, 16 Nw. J. Int'l L. & Bus. 189, 208-209 (1996).

[4] See James J. White, *Influence of International Practice on the Revision of Article 5 of the UCC*, 16 Nw. J. Int'l L. & Bus. 189, 209 (1996).

[5] 参见王金根：《信用证不当拒付损害赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 43 页注释 7。See also ACE Am. Ins. Co. v. Bank of the Ozarks, 2014 U.S. Dist. LEXIS 140541 *28-30; Amwest Sur. Ins. Co. v. Concord Bank, 248 F. Supp. 2d 867, 878-879 (E.D. Mo., 2003): 在该两案中，法院援引 UCP500 Article 14 和 1995 UCC §5-108 判决开证人构成失权。

[6] 参见王金根：《UCP600 信用证失权规则研究》，载《国际经济法学刊》2020 年第 3 期，第 132-133 页。

有权拒付。[1]严格相符交单要求对受益人颇为严格，再加上独立性原则限制，[2]即使受益人有充分证据证明申请人在基础合同下构成违约，从而其有权要求保函开立人承担付款义务，但只要受益人交单存在不符点，除非是微小错误，否则开立人即可拒付。[3]因此，从这一角度来说，严格相符原则是偏向开立人利益的。然而，法律的运行必然需要建立在公平公正基础之上。独立保函法在交单要求上偏向开立人利益，则必然会在其他方面侧重于偏向受益人利益，从而有效兼顾受益人与开立人之间利益关系，否则受益人将会丧失对独立保函的使用意愿。[4]而拒付通知失权规则便承担了这样一种利益平衡功能。[5]

（二）便于受益人补救不符

其次，拒付通知失权规则有助于受益人补救不符或采取其他减轻损失措施。受益人独立保函下最为关注的是其提交单据后是否能够获得开立人付款。在受益人交单不符开立人拒付时，如果时间允许，受益人尚可对单据进行补救并再次交单。[6]如果容许开立人审单时拖延时日，抑或不明确告知受益人具体不符点所在，将严重影响受益人对单据补救的可能性。从此角度而言，严格拒付通知失权规则有助于受益人不符单据补救权利之行使。[7]

（三）贯彻独立保函付款迅捷、确定与低成本价值

再次，拒付通知失权规则也是独立保函付款迅捷、确定与低成本价值追求的要求与体现。[8]一方面，独立保函开立人必须及时审单并迅速决定单据是否相符，单据相符便必须付款；单据不符且开立人决定拒付时，则其必须于限定期限内发出拒付通知并表明开立人拒付意图以及凭以拒付每一不符点，以便受益人迅速决定是否修改、如何修改不符点，抑或者采取其他应对措施。这些要求都有助于独立保函担保付款机制迅捷价值目标的实现。另一方面，一旦开立人未能于限定期限发出拒付通知或所发出拒付通知不满足法律规定要求，则开立人将丧失拒付权利，此显然有助于培养受益人对独立保函担保付款机制的确信。而且，失权规则下受益人无需举证其对单据不符是否知悉、其是否因开立人拒付通知不符合要求而遭受损失，甚至无需举证其交单是否相符，只要开立人未于限定时间发出合格拒付通知，受益人就有权追究独立保函开立人不当拒付损害赔偿责任，[9]从而有助于迅捷、高效、低成本地解决

---

[1] See UCP600 Article 14.
[2] See UCP600 Articles 4, 5.
[3] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, p. 124; ISDGP paras 147-150.
[4] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, p. 133.
[5] See John. F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits,* LexisNexis AS Pratt, 2022, §6.06 [2][d] Estoppel and Defects Asserted After the Fact; James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* (6th ed.), West, 2010, pp. 1117, 1120.
[6] See e.g., ICC Official Opinion R328; TA 408; TA 609.
[7] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, p. 133; Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, (4th revised ed.) Kluwer Law 2013, pp. 328-329.
[8] See John. F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits,* LexisNexis AS Pratt, 2022, §6.06 [2][c][iii] The Pre-UCP600 Preclusion Rule; James E. Byrne, *6B Hawkland UCC Series*, Thomson Reuters, 2016, §5-108:11 [Rev] Preclusion rule; 1995 UCC §5-108 cmt 3.
[9] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, p. 136.

独立保函双方争议。[1]而这正是失权规则和美国传统禁反言规则的区别所在以及美国 1995 UCC 放弃传统禁反言而改采失权规则的重要原因。

（四）贯彻先付款后争议机制

独立保函本质上是“先付款、后争议”的担保机制，[2]这是其和从属性担保的重要差异所在。而失权规则有助于保障独立保函“先付款、后争议”机制的实现。因为，如果不确认开立人丧失声称单据不符的权利，在申请人资不抵债等意外情形下，将极有可能会诱导开立人拖延付款甚至故意不当拒付，[3]并迫使受益人不得不以诉讼方式解决双方争议，从而使得原本为“先付款、后争议”的担保制度沦落为“先争议、后付款”的拒付制度。

总而言之，正是通过严格相符和失权规则的配合来确保独立保函担保付款的确定性与迅捷性，并使之成为一种与从属担保相区别的低成本担保制度。

五、我国独立保函失权规则构建

毫无疑问，鉴于目前《独立保函司法解释》所存在的缺陷，将来如果可能通过修改司法解释的方式来补充开立人拒付通知失权规则，固然是比较理想的方式。但在修改司法解释之前，保函受益人应可通过约定方式在保函中设定拒付通知失权规则。即在签订基础合同时，保函受益人便明确要求申请人在将来申请开立的保函条款中规定，保函开立人必须于多少个工作日内通知凭以拒付的每一不符点，否则丧失声称受益人交单不符的权利，[4]或者要求在独立保函中直接并入 URDG758 或 ISP98 的拒付失权规定。[5]

如若不可能，或者独立保函因故未能做出如上规定，则法院解释上应基于贯彻独立保函“国际性”的属性，[6]维护独立保函付款迅捷、确定与低成本之价值，[7]以及平衡保函开立人与受益人之间利益之精神，通过漏洞补充的方式确认保函开立人对受益人承担了在一定期限内发出拒付通知并表明其凭以拒付的每一不符点的义务，否则将承担失权的不利后果。[8]

---

[1] See James E. Byrne et. al., *An Examination of UCC Article 5*, 45 Bus. Law. 1521, 1602 (1990); 1995 UCC §5-108 cmt. 3; 王金根：《独立保函商业价值论》，载《福州大学学报》（哲学社会科学版）2023 年第 2 期，第 108-109 页。

[2] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, p. 21；高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 5-6 页；刘斌：《独立担保的商法构造》，法律出版社 2022 年版，第 157 页。

[3] 参见李燕：《独立保函单据化的逻辑解释与我国立法之选择》，载《政法论坛》2013 年第 4 期，第 134 页。

[4] 令人遗憾的是，实务中很少有保函会明确规定开立人所应承担之拒付通知义务及违反之失权后果。即使部分保函的确有规定开立人的审单期限，但一般也不会明确规定一旦保函开立人违反审单期限将会承担何种法律后果。

[5] 参见张勇健、沈红雨：《<关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定>的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 26 页。

[6] 参见张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 23 页：“在制定[独立保函司法解释]过程中，我们坚持……充分与国际规则接轨……等原则。”

[7] 参见王金根：《独立保函商业价值论》，载《福州大学学报》（哲学社会科学版）2023 年第 2 期，第 103-113。

[8] 参见刘斌：《独立担保的商法构造》，法律出版社 2022 年版，第 48，158 页；李燕：《独立保函单据化的逻辑解释与我国立法之选择》，载《政法论坛》2013 年第 4 期，第 134 页。

（一）构建独立保函失权规则的可能路径

然而，在《独立保函司法解释》并未明确规定失权规则的情况下，法院应通过何种途径来构建独立保函失权规则？在我国法语境下，最高人民法院明确认定独立保函本质上是开立人与受益人之间的合同，[1]自然，《民法典》中有关合同的规定，在不违背独立保函基本性质的基础上当然便有适用的余地。[2]而从《民法典》角度视之，似有如下几种解释路径。

一是通过《民法典》第 646 条参照适用《民法典》第 621 条买受人瑕疵通知的规定。[3]《民法典》第 621 条规定，买受人应当在约定的检验期限或合理期限内将标的物的数量或质量不符合约定的情形通知出卖人；买受人怠于通知的，“视为标的物的数量或质量符合约定。”但“出卖人知道或应当知道提供的标的物不符合约定的”，买受人不受前述通知期限的限制。通说认为，《民法典》的该条规定可以准用于出卖人交单不符之情形。[4]

二是通过《民法典》第 509 条“交易习惯”一词的解释。该条是有关合同当事人履行义务的规定。其中第 2 款规定，“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知……等义务。”在独立保函中，保函开立人对受益人承担了相符交单下的付款义务。这是保函开立人对受益人所承担的最基本义务。但是，与此基本义务相关，保函开立人因审单确认受益人交单不符而决定拒付时，承担了及时向受益人通知其拒付决定及其原因的义务。该“通知”义务的产生，并非基于“法律”的直接规定，而是基于独立保函合同的“性质、目的和交易习惯”而在双方当事人之间产生。[5]只是，开立人究竟应在多少个工作日内通知拒付，拒付不符点表示是否妥当，则应根据独立保函这一领域或行业“通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法”或者“当事人之间在交易活动中的惯常做法”来确认。[6]而如后所述，URDG758 或 ISP98 等的失权规定足可构成此处所谓之“交易习惯”。

三是通过《民法典》第 10 条法源的规定进行解释。《民法典》第 10 条是关于民法法源的规定，“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”[7]此处之习惯，通说认为是指习惯法。[8]值得注意的是，尽管该条只列明了法律

---

[1] 参见张勇健、沈红雨：《<关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定>的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 28 页；杨万明主编：《最高人民法院新民事案件案由规定理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 980 页；刘贵祥、沈红雨、黄西武：《涉外商事海事审判若干疑难问题研究》，载《法律适用》2013 年第 4 期，第 55 页。

[2] 参见刘贵祥、沈红雨、黄西武：《涉外商事海事审判若干疑难问题研究》，载《法律适用》2013 年第 4 期，第 57 页；王利明：《独立保证的相关问题探讨》，载《当代法学》2020 年第 2 期，第 12 页；王金根：《独立保函不当拒付损害赔偿责任研究》，载《比较法研究》2022 年第 4 期，第 195-200 页。

[3] 参见《民法典》第 646 条；最高人民法院“无锡湖美热能电力工程有限公司与新加坡星展银行信用证纠纷案”（2017）最高法民终 327 号：一审江苏省高级人民法院通过《合同法》第 174 条（即《民法典》第 646 条）参照违约损害赔偿的规定判决开证人应对受益人承担逾期付款损失赔偿金的责任，二审最高人民法院维持原判。

[4] 参见朱庆育主编：《中国民法典评注·条文选注（第 2 册）》，第 621 条（买受人的通知义务），金晶，中国民主法制出版社 2021 年版，第 393 页。

[5] 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：合同编》（下册），法律出版社 2013 年版，第 1301 页。

[6] 参见最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民法典>合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号）第 2 条；王利明主编：《中国民法典释评：合同编·通则》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 224-226 页。

[7] 最高人民法院最近新颁布了《关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》（法释〔2023〕15 号）。该司法解释第 6 条规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，人民法院可以适用国际惯例。当事人仅以未明示选择为由主张排除适用国际惯例的，

及“习惯法”两类法源，但权威立场认为，该条规定并未排除法理构成民法法源之可能。“应当肯定，法庭所裁判的案件，既没有可以适用的法律、习惯，也没有相应的司法解释、指导性案例时，是可以引用相关法理作为裁判依据的。”[1]诚如王泽鉴先生所言，“填补法律漏洞之材料，非系本国法上既有之规定或制度，而是采自外国立法例时，则应认为系以外国立法例作为法理而适用”。[2]尽管王泽鉴先生此处仅提及外国立法例，而未涉及国际商事规则，但基于独立保函制度本身之国际性属性，在可以援引某一具体国家立法例作为法理裁判案件时，更是可以援引更具普遍性、国际性的商事规则作为法理裁判案件。[3]当然，如若试图通过该条规定来构建我国的独立保函失权规则，问题便是，是否可以将 URDG758 或 ISP98 等的失权规定解释为《民法典》第 10 条所指之“习惯法”或“法理”。

（二）构建独立保函失权规则不同路径评析

显然，如若独立保函本身能够直接并入 URDG758 或 ISP98 的失权规则，效果上最佳。一旦独立保函本身未能规定，退而求其次，上述三种漏洞补充方式中，本文以为，第一种方式并不可取，而第二、三种方式法律效果上大体相同，且均为可行。[4]

第一种解释路径存在如下不足：一是，《民法典》第 646 条参照适用的前提是“有偿合同”。[5]尽管独立保函下开立人不会无偿开立保函，但毕竟其开立保函的对价或开证费并非源自受益人，而是申请人。因此，严格意义上来讲，独立保函并真正的有偿合同；[6]二是，一旦独立保函本身并未约定保函开立人的“检验期限（审单期限）”，则只能适用《民法典》第 621 条所规定的“合理期限”，即保函开立人可以在收到单据次日起的合理期限对受益人通知单据不符。而此合理期限一词解释上过于灵活，且极易引发争议，在缺乏国际商事规则等参照物进行限定的情况下，法院如何解释无法预测，因而有违独立保函所追求的付款迅捷、确定与低成本价值；三是，第 621 条的通知义务存在例外之情形，即受益人“知道或应当知

人民法院不予支持。”因而，如若是涉外独立保函争议，当事人也可通过该司法解释第 6 条规定来引入 URDG758 或 ISP98 的失权规则。应指出的是，该司法解释第 6 条所谓之“国际惯例”是指准据法性的国际惯例，相当于《民法典》第 10 条之“习惯”（参见黄进：《在涉外民商事审判中加强国际法研究和运用》，载《人民法院报》2024 年 1 月 4 日第 02 版）。因而解释路径上和《民法典》第 10 条“习惯”之解释路径类似，即论证 URDG758 或 ISP98 中的失权规则因“普遍性”与“原则性”而具有准据法性的“国际惯例”地位。为论述简便考虑，后文不再讨论此种失权规则构建方法。

[8] 最高人民法院民事审判第二庭、研究室：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 53 页；王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》，中国法制出版社 2017 年版，第 53 页；杨代雄主编：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社 2022 年版，第 10 页。

[1] 梁慧星：《民法总则讲义》，法律出版社 2018 年版，第 33 页。另参见杨代雄主编：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社 2022 年版，第 10-11 页；《瑞士民法典》第 1 条；我国台湾地区《民法典》第 1 条。

[2] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第二册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 30 页。

[3] 参见何其生：《国际惯例适用规则的立法范式研究——以我国司法实践为出发点》，载《法学研究》2023 年第 6 期，第 220 页：“一般法律原则中便包括了长期流传下来的被法院认可的商事惯例。”

[4] 当然，从举证责任角度来讲，受益人需就失权规则是否构成《民法典》第 509 条之“交易习惯”承担举证责任，而若失权规则构成《民法典》第 10 条所规定之“习惯”时，法院可直接适用失权规则而无需受益人举证。此不可不察。参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 53 页；最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民法典>总则编若干问题的解释》（法释〔2022〕6 号）第 2 条。

[5] 《民法典》第 646 条。

[6] 刘贵祥、沈红雨、黄西武：《涉外商事海事审判若干疑难问题研究》，载《法律适用》2013 年第 4 期，第 57 页；韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社 2018 年版，第 79 页。

道提供的标的物不符合约定的”，保函开立人不受前述通知期限的限制。[1]此与国际商事规则及国内法等所确立的保函开立人不得以受益人明知其单据不符为由主张免除其拒付通知义务的精神不符；[2]四是，违反第 621 条通知义务的法律效果之一是排除“买受人（即保函开立人）的违约救济权利”。[3]此显然与独立保函理念不符。因为与买卖合同系双务合同不同，在独立保函下，受益人对独立保函并不承担必须交付单据的义务，因而即使受益人交单不符，其也仅仅只是丧失要求保函开立人支付价款的权利，而并不存在对开立人违约之情形，[4]自然也就不存在开立人因为未能及时通知受益人交单不符而丧失“违约救济权利”的可能；最后，也是最为关键的是，通过第一种路径来填补《独立保函司法解释》失权规则之不足，恐将导致原本属“国际性”“统一性”的独立保函规则存在“国内化”的倾向。[5]注意，这一点正是 1995 UCC 明确废弃传统的开立人禁反言救济路径，而改采“国际通行”的失权规则的原因所在。[6]

第二种构建独立保函失权规则路径的障碍在于能否将 URDG758 或 ISP98 所规定的失权规则解读为第 509 条所指之“交易习惯”。

我国最高人民法院并不承认 URDG758、ISP98 等的“交易习惯”地位。[7]这一点在《独立保函司法解释》第 5 条体现的非常明显。该条以“目前在独立保函领域并未形成经反复适用而得到普遍认可的统一国际惯例，《见索即付保函统一规则》、《国际备用信用证惯例》、《跟单信用证统一惯例》均有一定市场”为由，将 URDG758 认定为“交易示范规则”。[8]从而，“在独立保函没有载明适用何种交易示范规则，开立人和受益人在一审法庭程序辩论终结前也没有达成一致援引的意思表示时，法院不应主动适用[URDG758]”。[9]

---

[1] 《民法典》第 621 条（3）款。

[2] 参见李垠：《论信用证法上的失权规则》，载高祥主编，《信用证法律专题研究》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 173-176 页。

[3] 朱庆育主编：《中国民法典评注 • 条文选注》（第 2 册），中国民主法制出版社 2021 年版，第 410 页。

[4] 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 24 页。

[5] 参见张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 23 页：最高人民法院制定《独立保函司法解释》时尤其强调“充分与国际规则接轨”的精神。See also Fortis Bank v. Indian Overseas Bank [2011] EWCA Civ. 58 at para. 29: “a court must recognise the international nature of the UCP and approach its construction in that spirit... A literalistic and national approach must be avoided.”

[6] See also James J. White, Influence of International Practice on the Revision of Article 5 of the UCC, 16 Nw. J. Int'l L. & Bus. 189 (1995-1996); James G. Barnes, Internationalization of Revised UCC Article 5--Letters of Credit, 16 Nw. J. Int'l L. & Bus. 215 (1995-1996): 美国 1995 UCC 5 修改过程中，无不贯彻了信用证（独立保函）“国际性”的精神。Prefatory Note to UCC Revised Article 5. Letters of Credit (1995), p. 2.

[7] 参见《独立保函司法解释》第 5 条；张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 26 页。

[8] 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 26 页；杨万明主编：《最高人民法院新民事案件案由规定理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 975 页。此“交易示范规则”又可称之为契约性国际商事惯例，与之对应的则称之为规范性国际商事惯例（参见何其生：《国际惯例适用规则的立法范式研究——以我国司法实践为出发点》，载《法学研究》2023 年第 6 期，第 220 页）。

[9] 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 26 页。然而在“涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例司法解释及典型案例新闻发布会”中，最高人民法院明确指出“《见索即付独立保函统一规则》”属于《关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》所规定的国际惯例。此是否意味着最高人民法院已改变《独立保函司法解释》第 5 条对 URDG“交易示范规则”性质的认定，仍有待观察。如最高人民法院已然改变立场，则意味着至少在涉外独立保函纠纷领域，人民法院可以直接依据 URDG758 第 24 条之规定判决独立保函开立人

然而，我们并不能单凭此就认为最高人民法院一概否认 URDG758、ISP98 中包含失权在内的所有规定的“交易习惯”地位。[1]最高人民法院之所以否认 URDG758 的“交易习惯”的法律地位，根本原因是在独立保函业务中，URDG758、ISP98 和 UCP600“均有一定市场”。[2]但注意的是，无论是 URDG758，还是 ISP98、UCP600，它们均毫无例外地规定了失权规则。从此角度而言，我们显然有充分有理由认为 URDG758、ISP98 等国际商事规则中的失权规则已经达到经反复适用而得到普遍认可的程度，从而构成《民法典》第 509 条所指的独立保函领域“通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法”。[3]

当然，如果受益人能够举证此前开立人对其开立之独立保函一向都规定适用 URDG758，则我们也可据此认定 URDG758 已构成“当事人之间在交易活动中的惯常做法”。[4]从而，即使此次独立保函未明确规定适用 URDG758，法院也可据 URDG758 来裁决双方之间拒付失权纠纷。[5]但此一路径的弊端在于，保函开立人可能会以各个独立保函彼此独立为由对受益人的上述主张进行抗辩。

至于第三种解释路径，其困难在于，我们是否能够将 URDG758、ISP98 等国际商事规则中的失权规定解读为《民法典》第 10 条的“习惯法”。如若不可能，则是否可解读为该条所未明确指称的“法理”。

如前述，既然我国最高人民法院并不承认 URDG758、ISP98 等的“交易习惯”地位，自然，它更是不会承认 URDG758 等的“习惯法”地位。但是，基于失权规则在独立保函法领域所具有之“普遍性”的地位，将之认定为“多年惯行之事实”且独立保函领域内当事人“对该惯行有法的确信”，[6]似无不可。果如此，则法院应是可以依据《民法典》第 10 条之“习惯法”规定而引入 URDG758 等规定中的失权规则。[7]

退一步而言，纵使我们无从将 URDG758 等规定的失权规则解读为《民法典》第 10 条之“习惯法”。但权威立场认为，《民法典》第 10 条规定并未排除法理构成民法法源之可能，已如前述。而外国立法例及相关国际商事规则显然可以构成此处所谓之法理而被人民法院援引适用。那 URDG758、ISP98 中的失权规则是否足以构成此处之“法理”？我们应明确的是，URDG758 中各个规范性质不一，既有属于原则性的规定（principles），也有属于制度性的规定（system rules）。正如 James E. Byrne 教授所说，URDG758、ISP98 等“惯例

是否构成失权（参见黄进：《在涉外民商事审判中加强国际法研究和运用》，载《人民法院报》2024 年 1 月 4 日第 02 版）。但在国内独立保函争议中，则仍然存在如何构建失权规则的问题（参见 https://www.chinacourt.org/article/subjectdetail/id/ MzAwNCgqM4ABAA.shtml，访问日期：2023 年 12 月 28 日）。

[1] 李燕：《独立担保法律制度》，中国检察出版社 2004 年版，第 193 页。

[2] 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 26 页。

[3] 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号）第 2 条；李燕：《独立担保法律制度》，中国检察出版社 2004 年版，第 193 页。

[4] 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号）第 2 条。

[5] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, pp. 36-37; 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第五版），中国法制出版社 2022 年版，第 53-54 页。

[6] 杨代雄主编：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社 2022 年版，第 10 页。

[7] 学者认为，我国《民法典》第 10 条所谓之“习惯”，包含“国际惯例”。参见车丕照：《〈民法典〉颁行后国际条约与惯例在我国的适用》，载《中国应用法学》2020 年第 6 期，第 7 页。

（practice）”包含的内容不仅仅只是“惯例（practices）”，而且还包含具体的“制度性规定（system rules）”以及“原则性规定（principles）”等内容。[1]而失权规则便属于原则性规定范畴。[2]因为，失权规则存在的意义，不仅仅只是便于受益人补救不符交单，而且还在于矫正严格相符原则所带来的偏向开立人利益的弊端，维护独立保函付款迅捷、确定与低成本的价值追求，保障独立保函先付款后争议的担保机制的实现，已如前述。从此角度而言，拒付通知失权规则之于严格相符原则，就相当于保函欺诈例外规则之于保函独立性原则一样，都属于独立保函法律制度的根本性、原则性规则。自然，基于失权规则在独立保函法领域的“原则性”规定的法律地位，其足以构成《民法典》第 10 条中所未明确列明之“法理”地位。从而，人民法院在裁决相关案件时可通过“法理”法源直接援引 URDG758 或 ISP98 的失权规则来裁决案件。

应强调的是，在独立保函争议中通过《民法典》第 10 条或第 509 条引入失权规则完全吻合《独立保函司法解释》所追求的“充分与国际规则接轨”的精神。[3]基于独立保函的国际商事交易属性，在起草《独立保函司法解释》过程中，最高人民法院不仅在宏观层面提出了“充分与国际规则接轨”的指导方针，而且在具体制度层面尤其注重贯彻对 URDG758 等国际商事规则所体现出来的“普遍适用的”“国际性”规则的尊重。[4]如《独立保函司法解释》第 4 条有关独立保函一经发出即为开立以及默认独立保函不可撤销的规定、[5]第 6 条第 1 款单据表面相符之规定、[6]第 6 条第 2 款及第 8 条独立性原则之规定、[7]第 12 条独立保函欺诈类型的规定，[8]等等。特别是，《独立保函司法解释》第 7 条明确规定，在保函并未载明具体审单标准时，人民法院可“参照适用国际商会确定的相关审单标准”确认受益人交单是否相符。而所谓国际商会确定的相关审单标准，显然包括 URDG758 或 ISP98 当中的具体审单标准与规则。[9]而 URDG758 和 ISP98 中的失权规则本质上是对 URDG758 或 ISP98 所确立的严格相符审单标准的平衡的产物，以避免严格相符审单标准给受益人带来严重不利，已如前述。在最高人民法院明确可以“参照适用国际商会确定的相关审单标准”确认受益人交单是否相符的情况下，如果禁止法院参照 URDG758 或 ISP98 所确认的失权规则，则必将导致保函开立人和受益人之间的利益失衡。从此角度而言，应不容许保函开立人以《独立保函司

---

[1] James E. Byrne, et. al., Standby & Demand Guarantee Practice: Understanding UCP600, ISP98 & URDG758, The Institute of International Banking Law & Practice, 2014, pp. 15-16.

[2] James E. Byrne, et. al., Standby & Demand Guarantee Practice: Understanding UCP600, ISP98 & URDG758, The Institute of International Banking Law & Practice, 2014, p. 15.

[3] 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 23 页。

[4] 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2017 年第 1 期，第 23 页：“在广泛调研、总结审判经验、收集研究相关国际条约和各国立法及判例的基础上形成了初稿”，后“我国银行业将征求意见稿全文翻译成英文，由国际商会银行委员会在全球专业会议上讨论并提出相应建议。”

[5] 《独立保函司法解释》第 4 条；URDG758 Article 4。

[6] 《独立保函司法解释》第 6 条；URDG758 Article 19。

[7] 《独立保函司法解释》第 6、8 条；URDG758 Article 5。

[8] 《独立保函司法解释》第 12 条；《独立担保与备用信用证公约》第 19 条。

[9] 最高人民法院“中国水利水电第四工程局有限公司与中工国际工程股份有限公司独立保函欺诈纠纷案”（2019）最高法民终 349 号：“案涉保函未载明审单标准，在认定是否构成表面相符时，可以参照 URDG758 确定的审单标准。”另参见蔡高强、唐熳婷：《“一带一路”背景下国际商事交易中独立保函应用的法律问题探析——以现代重工有限公司与中国工商银行股份有限公司浙江省分行独立保函索赔纠纷上诉案为例》，载《法律适用》2018 年第 20 期，第 132 页。

法解释》第 5 条第 2 款规定，即在保函未明确约定适用 URDG758 等独立保函交易示范规则的情况下，“当事人主张独立保函适用相关交易师范规则的，人民法院不予支持”这一规定提出抗辩。[1]

值得指出的是，最高人民法院在 2013 年的《独立保函司法解释（征求意见稿）》第 10 条中是有明确规定失权规则的，“担保人自收到受益人付款请求之次日起超过 7 个营业日未发出拒付通知，或在前述期限内发出拒付通知但未列明不符点，其以受益人付款请求存在不符点为由主张拒付的，人民法院不予支持。独立保函对审单期限另有约定的，从其约定。”[2]令人遗憾的是，最终正式颁布的《独立保函司法解释》却删除了该规定。删除的可能原因在于，最高人民法院只能对具体法律进行解释，而不能轻易“造法”[3]。[4]但是，结合该征求意见稿第 10 条及最高人民法院在莎菲特公司案判决立场，[5]应可以得出结论认为，最高人民法院是有意承认独立保函失权规则的，只是受制于其司法解释权限而无从在《独立保函司法解释》中“创设”失权规则而已。

然而，因为 URDG758、ISP98 和 UCP600 所规定的失权规则略有差异，[6]法院究竟是应依据哪一个失权规则来判定开立人是否丧失声称单据不符权利？鉴于实务中独立保函基本上是去约定适用 URDG758，而备用信用证通常是约定适用 ISP98 或 UCP600，[7]故此，就独立保函争议，法院依据 URDG758 失权规则裁决案件为妥。[8]至于备用信用证，尽管实务中备用信用证更多的是约定适用 UCP 而非 ISP98，[9]鉴于 UCP600 中包括失权规则在内的相当一部分规则主要是适用于商业信用证，[10]因而法院似可依据 ISP98 失权规则来裁决开立人拒付通知是否合格，除非当事人能够举证证明此前双方之间所开立之备用信用证均约定适用 UCP600。

---

[1] 参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第五版），中国法制出版社 2022 年版，第 53-54 页：作者认为，即使独立保函未规定适用 URDG，根据双方交易惯例或者根据诚信原则可以推定当事人知道该规则的，法院可依据 URDG 裁决案件，否则不应认定为独立保函；杨立新：《民法典视野下独立保函的法律适用规则——以 2021 年独立保函司法解释为依据》，载《河北学刊》2023 年第 4 期，第 200 页：“当事人可以根据意思自治原则选择是否适用《见索即付保函统一规则》规定的规则，不能达成一致的，法院也可以参照该规则的示范性条款作出裁判。”

[2] 参见最高人民法院就独立保函司法解释公开征求社会各界意见，载 https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/5888.html, 访问日期：2023 年 7 月 8 日。

[3] 参见《立法法》第 119 条；《人民法院组织法》第 18 条；《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发[2007]12 号）第 2 条：人民法院在审判工作中“具体应用法律”的问题，由最高人民法院作出司法解释。

[4] 中国国际商会独立保函专家组组长、民生银行产品中心朱宏生总经理对本人疑问的回复。

[5] 最高人民法院“意大利商业银行与江苏溧阳莎菲特非织造布有限公司、意大利费尔特高公司购销合同不能交货纠纷案”（1998）经终字第 289 号。值得注意的是，该案法院主动适用 URDG458 的相关规定受到独立保函权威学者 Georges Affaki 和 Roy Goode 的高度肯定（see Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, pp. 36-37, 451）。

[6] 参见王金根：《信用证不当拒付损害赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 177-234 页。

[7] See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,* ICC Services Publications No. 702E 2011, p. 57; 陆璐：《独立保函的时代演进与制度发展》，东南大学出版社 2019 年版，第 5 页。

[8] 参见翟红、余希：《独立保函纠纷审判难点探究》，载《人民司法（应用）》2012 年第 3 期，第 33 页：“尽管信用证与独立保函具有相似性，但毕竟属两种制度，在当事人没有约定的情况下，信用证的相关国际惯例和司法解释不应作为定案依据。”

[9] UCP600 Drafting Group, Commentary on UCP600: Article-by-Article Analysis, ICC Services Publication Department No. 680, 2007, p. 12.

[10] James E. Byrne, et. al., Standby & Demand Guarantee Practice: Understanding UCP600, ISP98 & URDG758, The Institute of International Banking Law & Practice, 2014, pp. 18-19; 王金根：《信用证不当拒付损害赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 230-232 页。

六、结论

独立保函失权规则因其背后所体现的价值与实益而被学者誉为“皇冠上的明珠”。包括URDG758、ISP98 以及 UCP600 在内的国际商事规则均明确规定了保函开立人的拒付通知义务及违反时的失权后果。美国早期是通过禁反言规则禁止未能给予不符通知的开证人提出受益人交单不符的主张。但基于与国际规则接轨及贯彻信用证付款迅捷、确定与低成本价值等目的，美国在 1995 UCC 中最终弃传统禁反言规则而改采国际通行之失权规则。

受制于司法解释权限，最高人民法院在制定《独立保函司法解释》时最终放弃了征求意见稿中的失权规则而对该问题保持沉默，由此导致司法实务中法院判决结果不一。基于与国际交易规则接轨之目的及贯彻落实失权规则所体现之价值与精神，在独立保函本身并未明确规定失权规则，也未并入 URDG758 或 ISP98 等相关规定时，我们可通过《民法典》第 10 条“习惯”或“法理”或第 509 条“交易习惯”之规定而引入 URDG758 或 ISP98 中的失权规定，以为实务争议提供裁判依据。鉴于两种路径举证责任上的差异，对受益人而言，似乎《民法典》第 10 条“习惯”或“法理”之解释路径更优。

当然，待条件成熟时，最高人民法院不妨像《信用证司法解释》第 2 条一样，在修订《独立保函司法解释》时明确承认 URDG758 与 ISP98 的习惯法法源地位，或者直接在《独立保函司法解释》中增补失权规则，以求彻底解决问题。

全球国际商事法庭制度发展演进与中国因应

费秀艳*

目次

一、引言

二、全球国际商事法庭制度：诉讼专业化向国际化、私人化演进

摘 要 全球国际商事法庭制度建设呈现两个发展阶段：早期国际商事法庭源于地缘经济优势，追求诉讼专业化来提升审判效率和审判质量；晚近国际商事法庭则借鉴了普通法系和仲裁制度设计，呈现国际化与私人化发展趋势，推动国际商事争议解决服务发展为“成长型”产业，同时为底层经贸活动提供法治保障，将本国建设成为区域性或全球性争议解决中心。晚近国际商事法庭建设固然为国际商事主体采取诉讼方式解决争议提供便利，但可能引发逐底竞争，甚或损害司法的公共性及其公共产品价值。我国国际商事法庭建设起步较晚，囿于当前法律制度之约束，法庭制度设计较为保守；由于受理的案件数量有限，无法发挥引领全球国际商事法庭制度变革、推动国际商事法律发展的重任。我国应坚持相对独立性和国际包容性原则，赋予国际商事法庭改革创新的探索空间，汇聚中外法律智慧与法律资源，在我国港澳地区增设国际商事法庭，积极探索改革方案与发展进路；同时坚持司法公开和多边协商机制，厘定国际商事诉讼和仲裁的边界，促进各国国际商事法庭之间的协同发展。

关键词 国际商事法庭 诉讼 仲裁 相对独立性 国际包容性 司法公开

一、引言

当前，全球商事争议解决服务已发展为“成长型产业”，此领域的竞争不再局限于仲裁行业，各国日益重视本国国际商事法庭建设，借此提升本国在国际

* 华东政法大学国际法学院、金砖国家法律研究院副研究员。

本文系 2019 年度国家法治与法学理论研究项目“美国参与国际贸易治理中的法治冲突研究”（19SFB3050）的阶段性成果。

商事争议解决法律服务产业中的地位。[1]自 21 世纪以来，迪拜、卡塔尔、新加坡、德国、法国、荷兰、瑞士等纷纷设立国际商事法庭。其中，新加坡国际商事法庭颇有信心地表述：新加坡是国际商事争议解决的首选地点，在仲裁产业获得成功的基础上，新加坡国际商事法庭旨在进一步提高新加坡作为法律服务和国际商业纠纷解决领先场域的价值。[2]鉴此，新加坡已将国际商事诉讼视为与国际商事仲裁并驾齐驱的产业，是我国成为亚洲国际商事争议解决中心的强劲对手。此外，多数国际商事法庭均受理离岸案件，即当事人可以协议选择与争议无实际联系的法院提起诉讼，因此，拥有离岸案件管辖权的国际商事法庭之间面临争夺案源之竞争。我国于 2023 年修改了《民事诉讼法》，新增的第 277 条赋予我国法院受理离岸案件管辖权，[3]这意味着我国与其他国家国际商事法庭之间亦存在竞争。

回顾我国国际商事法庭建设，其重要意义在于开启我国国际商事诉讼改革新纪元，以司法保障中外当事人合法权益的理念得到进一步深化与落实。具体而言，最高人民法院于 2018 年率先在深圳和西安设立第一国际商事法庭和第二国际商事法庭，苏州、北京、南京等中级人民法院跟进设立地方国际商事法庭。[4]目前，国际商事法庭建设是我国涉外法治建设的重要组成部分，承载着探索高水平对外开放、推进涉外司法体制改革、彰显司法公信力、改善我国营商环境的重任。[5]在法官选任、审级制度、证据质证、文书制作等方面，我国国际商事法庭进行了一些探索与创新。[6]然而，与新加坡国际商事法庭相比，[7]我国国际商

---

[1] See Pamela K. Bookman, The Adjudication Business, 45(2) *The Yale Journal of International* (2020), 227, 227 (2020).

[2] 新加坡对于“仲裁产业”的英文表述是“arbitration sector”。See Establishment of the SICC, https://www.judiciary.gov.sg/singapore-international-commercial-court/about-the-sicc/establishment-of-the-sicc, 最近访问时间 [2024 年 2 月 1 日]。

[3] 《中华人民共和国民事诉讼法（2023 修正）》第 277 条：涉外民事纠纷的当事人书面协议选择人民法院管辖的，可以由人民法院管辖。

[4] 截至 2023 年 12 月 31 日，我国苏州、北京、成都、厦门、长春、泉州、无锡、南宁、杭州、宁波、南京、青岛等 12 个地方层面设立了国际商事法庭。

[5] 习近平在中共中央政治局第十次集体学习时指出，“要建设协同高效的涉外法治实施体系，提升涉外执法司法效能，推进涉外司法审判体制机制改革，提高涉外司法公信力”。最高人民法院在《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》中明确表示，中国设立国际商事法庭的目的在于“依法公正及时审理国际商事案件，平等保护中外当事人合法权益，营造稳定、公平、透明、便捷的法治化国际营商环境，服务和保障“一带一路”建设”。参见《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调 加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》，https://wb.beijing.gov.cn/home/index/rdgz/202311/t20231129_3322495.html，最近访问时间 [2024 年 1 月 25 日]；参见最高人民法院审判委员会：《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》，法释〔2018〕11 号。

[6] 参见乔文心：《最高人民法院民四庭负责人就修改最高人民法院国际商事法庭司法解释的决定答记者问》，《人民法院报》2023 年 12 月 19 日第 003 版。

[7] 新加坡国际商事法庭自 2015 年 1 月成立至 2024 年 1 月，官方网站公布了 163 份判决。See

事法庭受理的案件数量较少，[8]同时由于我国判决文书均以中文作出，其国际传播力和影响力远不如新加坡国际商事法庭。

应注意的是，我国国际商事法庭制度建设面临着一些批评和质疑，主要表现在四个方面。第一，就国际商事法庭设立的法律基础而言，有学者认为最高人民法院发布的《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》法律位阶过低，这导致国际商事法庭在设立方面缺乏充分的法律依据，同时限制了国际商事法庭的制度创新。[9]第二，就国际商事法庭的国际化程度而言，特别是与新加坡国际商事法庭相比，外籍法官和外籍律师不能参加我国国际商事法庭建设，有学者据此认为我国国际商事法庭更像是国内法庭，[10]不利于彰显法庭的专业性和司法公信力，[11]甚至有学者质疑我国国际商事法庭排除外籍人士担任法官的目的是有意偏袒中国当事人。[12]第三，在诉讼程序方面，有学者认为我国国际商事法庭制度在域外送达、域外法律适用、法庭审理语言等方面缺乏灵活性，没能给予当事人充分的自主权，这削弱了我国国际商事法庭诉讼程序的灵活性和可适应性。[13]第四，在判决的承认与执行方面，我国尚未批准《海牙选择法院协议公约》和《外国民商事判决承认与执行公约》，[14]同时中外司法协助条约数量有限，因此，有学者认为这将影响我国国际商事法庭判决在其他国家的承认与执行，无法满足“一带一路”争议解决要求。[15]

Singapore International Commercial Court, ‘Judgments’, https://www.sicc.gov.sg/hearings-judgments/judgments, 最近访问时间 [2024 年 3 月 2 日].

[8] 我国国际商事法庭官方网站仅公布了 2 份判决书和 7 份裁定书，https://cicc.court.gov.cn/html/1//218/180/index.html，最近访问时间 [2024 年 1 月 2 日]。

[9] Zhengxin Huo and Man Yip, Comparing the International Commercial Courts of China with the Singapore International Commercial Court, 68(4) *International and Comparative Law Quarterly* 1, 8 (2019).

[10] Julie Chaisse and Xu Qian, Conservative Innovation: The Ambiguities of the China International Commercial Court, 115 *AJIL Unbound* 17, 17 (2021).

[11] 黄进、刘静坤、刘天舒：《中国国际商事法庭制度改革探析》,《武大国际法评论》2020 年第 6 期，第 8 页。

[12] See Leyton Nelson, Dispute Settlement with Chinese Characteristics: Assessing China’s International Commercial Court, Staff Research Report of the US-China Economic and Security Review Commission, 28 February 2023, https://www.uscc.gov/research/dispute-settlement-chinese-characteristics-assessing-chinas-international-commercial-court, 最近访问时间[2024 年 3 月 5 日]。

[13] 参见吴永辉：《论国际商事诉讼的仲裁化——兼评我国<民事诉讼法>涉外编修改》,《现代法学》2023 年第 4 期，第 166 页；卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》,《求是学刊》2018 年第 5 期，第 97-98 页。

[14] 我国于 2017 年签署了《海牙法院选择协议公约》，但尚未批准该公约；关于《外国民商事判决承认与执行公约》，我国既未签署，也未批准。

[15] 殷敏：《“一带一路”实践下中国国际商事法庭面临的挑战及应对》,《国际商务研究》2022 年第 4 期，

我国学者密切关注国际商事法庭的发展动态，已注意到国际商事法庭发展的仲裁化趋势，[16]同时对上述“批评和质疑”提出了一些应对之策。多数学者认为在当前法律框架下，不宜采取激进的改革措施；[17]少数学者认为我国应效仿外国做法，积极进行制度创新。[18]总体而言，我国学者研究存在以下三个方面的局限：一是部分研究成果发表在我国国际商事法庭设立初期，没能注意到近年来我国国际商事法庭受理的案件数量一直较少、无法发挥国际影响力的现状，相关建议过于保守；二是没能准确厘定国际商事诉讼和仲裁的法律机理，未能清晰阐释国际商事法庭制度建设的特殊性；三是未能注意到英国在多边层面推动国际商事法庭之间进行沟通与协作的努力，鲜少论及各国国际商事法庭之间应当如何避免恶性竞争。

本文在现有研究的基础上，首先回顾全球国际商事法庭的发展演变及其启示，然后分析我国国际商事法庭在全球国际商事法庭图景中面临的挑战，最后阐释我国国际商事法庭在全球制度演进中应坚持的发展原则与进路。

二、全球国际商事法庭制度：诉讼专业化向国际化、私人化演进

全球国际商事法庭经历了诉讼专业化、国际化与私人化两个发展阶段。早期国际商事法庭以伦敦商事法院和纽约商事分庭为代表，两者根源于地缘经济优势及其在世界法律文化方面的领先地位，吸引了大量的国际商事活动并由此滋生国际商事争议解决诉求。在诉讼和仲裁相竞争、本国内部法院之间竞争日渐显著的情况下，伦敦和纽约地区旨在通过设立国际商事法庭来提升案件审理效率和质量。晚近国际商事法庭以迪拜、巴黎、新加坡等地代表，这些法庭或者追求以上层法治建设推动底层经济发展，或者追求国际争议解决法律服务作为独立产业得到蓬勃发展。由于晚近国际商事法庭所在地在经济、法律等方面不具有世界领先地位，亟需效仿具有世界影响力的普通法系争议解决机制来迎合国际商事主体诉求，因此，晚近国际商事法庭制度呈现国际化与私人化趋势，在不同程度上去除了本国法律体系下的诉讼制度特征，移植了普通法系诉讼制度与仲裁元素，形成有别于本国其他法院的国际商事法庭。

（一）早期国际商事法庭：诉讼专业化

伦敦商事法院和纽约商事分庭分别成立于 1895 年和 1995 年，两者成立时

第 58-59 页。

[16] 参见刘沁予：《国际商事法庭的诉讼仲裁化及其限度》，《国际法研究》2024 年第 2 期；吴永辉：《论国际商事诉讼的仲裁化》，《现代法学》2023 年第 4 期。

[17] 参见何其生课题组：《论中国国际商事法听的构建》，《武大国际法评论》2018 年第 3 期；黄进、刘静坤、刘天舒：《中国国际商事法庭制度改革探析》，《武大国际法评论》2020 年第 6 期。

[18] 参见沈伟：《国际商事法庭的趋势、逻辑和功能》，《国际法研究》2018 年第 5 期。

间相距一百年，这与两者先后成为世界经济金融中心的时间相呼应，实则体现了经济基础对法律上层建筑的激励作用。由于伦敦和纽约同属普通普通法系，两者在法律、文化、语言等方面处于全球领先地位，因此，伦敦商事法院和纽约商事分庭在法庭制度设计方面无需借鉴其他国家的诉讼制度，在自身基础上进行制度优化即可成为全球国际商事法庭制度建设的鼻祖。考察两者的设立动因及其过程，可以得出三项要点。

1. 竞争是国际商事法庭设立的主要动因

国际商事争议解决主要包含诉讼、仲裁、调解三种模式，这三种模式之间及其模式内部存在竞争关系，竞争是推动各种争议解决方式在实践中不断进行调试、获得进步的重要原因，也是推动伦敦商事法院和纽约商事分庭成立的主要动因。值得注意的是，虽然同为竞争之下的产物，但伦敦商事法院和纽约商事分庭所面临的竞争不尽相同。

19 世纪下半叶，伦敦高等法院为应对仲裁在争夺商事案源方面所带来的竞争，决定设立专门处理商事案件的伦敦商事法院。伦敦商事法院虽然名为“法院”，但实际上并不是一个独立法院，而是伦敦高等法院国王分庭[19]的一个组成部分。1892 年，时任伦敦高等法院的大法官鲍恩（Bowen）指出：“商事主体更愿意选择危险而隐秘的仲裁来解决争议，仲裁员对法律的了解犹如他们对神学的了解一样，他们运用粗略的道德意识或易于接受的胜诉平均分配原则来解决复杂的法律和事实问题。”[20]该论述凸显了两个问题：一是当时的仲裁员并不具备精深的法律知识；二是危险而隐秘的仲裁程序可能损害程序正当，无法保障仲裁程序与结果的公平公正。然而，商事主体之所以青睐仲裁，主要因为当时的伦敦高等法院在处理商事纠纷方面存在三个问题：一是当事人在诉讼过程中通常纠缠于诉讼程序问题，导致诉讼效率低下；二是法官缺乏商事交易方面的专业知识，导致法官裁决案件犹豫不决，造成诉讼程序拖延；三是商事主体无法预测商事诉讼所需花费的时间与成本，诉讼程序本身存在不确定性。[21]因此，伦敦高等法院希望设立商事法院来解决这些问题。

20 世纪末，纽约州最高法院面临着本国各地法院在受理商事案件时所带来的竞争，这成为纽约商事分庭设立的主要动因。纽约商事分庭是纽约州最高法

---

[19] “国王分庭”，有时也称之为“女王分庭”，该称呼根据英国国王性别予以确定。如果英国国王为男性，则称为国王分庭；如果国王为女性，则称为女王分庭。因此，下文根据具体历史时期的英国国王性别，将其称为国王分庭或女王分庭。

[20] The Origins of the Commercial Court, https://www.commercialcourt.london/origins2, 最近访问时间 [2024 年 2 月 1 日]。

[21] See Lord Hamblen, The Commercial Court: Past, Present, and Future, Annual Combar Lecture 2020, https://www.supremecourt.uk/docs/speech-201013.pdf, 最近访问时间 [2024 年 2 月 1 日]。

院的下属法庭。20 世纪 90 年代，越来越多的商事主体开始对纽约州审理商事案件的初审法院丧失信心，这些商事主体更倾向于选择联邦法院、特拉华州等其他州具有竞争优势的法院、以及仲裁来解决商事争议。[22]为了提高纽约州法院的竞争力，1993 年 1 月 1 日，时任纽约州最高法院民事部门的行政法官斯坦利·奥斯特劳（Stanley S. Ostrau）发起试点计划，率先设立四个商事部门，指定四名纽约州最高法院法官专门审理商事案件，旨在探索是否可以通过聚焦审理商事案件来提高诉讼效率和判决质量。[23]试点计划取得了极大成功与认可，1993 年受理的商事案件数量比 1992 年增长了 35%；[24]1995 年《纽约法律杂志》发布的问卷调查结果显示，在受访的 300 余名商事律师中，78%的商事律师表示纽约曼哈顿法院应当设立更多的商事法庭，86%的商事律师认为其他州法院也应设立更多的商事法庭，[25]至此，纽约州开启了商事法庭设立之路。

2.法律职业共同体影响国际商事法庭的设立进程

法官和律师是法律职业共同体的最重要组成部分，两者既可能推动国际商事法庭的设立，为其提供智力支持，也可能否认国际商事法庭设立的必要性，阻碍其设立进程。无论发挥何种作用，均不应忽视法律职业共同体对国际商事法庭所产生的影响。

伦敦商事法院的设立过程一波三折，英国律师公会和罗素（Russell）法官个人的法律素养在设立过程中发挥了积极作用。早于 1888 年，英国律师公会提出法院改革建议，提议商事案件应由富有商事争议解决经验的法官来审理，这成为伦敦商事法院设立的萌芽。为了应对伦敦高等法院在商事争议解决方面的短板，伦敦高等法院法官委员会采纳了英国律师公会建议，于 1892 年制定改革决议草案（以下简称《决议草案》）。《决议草案》包括建立商事诉讼清单、指定专门法官审理商事纠纷、为商事诉讼配备具有商事知识的陪审团等内容。[26]《决议草案》未能顺利通过，时任大法官科尔里奇（Coleridge）否决了伦敦高等法院的改革方案，直至大法官罗素在科尔里奇去世后取代其职位，建立商事诉讼清单的建议才得以付诸实践。[27]与科尔里奇相比，罗素在商事诉讼方面具有丰富

---

[22] Mitchell L. Bach and Lee Applebaum, A History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade, 60 *The Business Lawyer* 147, 152 (2004).

[23] New York State Unified Court System, https://ww2.nycourts.gov/courts/comdiv/history.shtml, 最近访问时间 [2024 年 2 月 1 日]。

[24] R. Franklin Balotti and Roland E. Brandel, Business Bench: Are Special Courts the Future, 4(3) B*usiness Law Today* 25, 27 (1995).

[25] Robert L. Haig, Can New York' s New Commercial Division Resolve Business Disputes as Well as Anyone?, 13(1) *Touro Law Review* 191, 193 (1996).

[26] See The Origins of the Commercial Court, https://www.commercialcourt.london/origins3, 最近访问时间 [2024 年 2 月 1 日]。

[27] Lord Hamblen, The Commercial Court: Past, Present, and Future, Annual Combar Lecture 2020,

的实践经验，同时更具开放创新精神，因此，罗素积极推动商事诉讼改革。罗素原本打算通过修改《最高法院规则》的方式来实施改革，但规则委员会对于如何界定“商事案件”迟疑不决，罗素决定跳过规则委员会直接召集女王分庭法官开会讨论改革方案，会议指定专门委员会制定改革报告。幸运的是，改革报告于 1895 年获得批准，马修（Mathew）被指定为首个专门处理商事案件的法官，罗素和理查德·海恩·柯林斯爵士被指定为补充法官，至此，伦敦商事法院诞生。[28]

纽约商事分庭的成功设立得益于纽约司法部门与商事律师之间的合作。纽约州律师协会下属的商事与联邦诉讼部于 1995 年发布了有关纽约州商事诉讼改革的研究报告（以下简称“研究报告”），高度肯定了商事诉讼改革的积极意义，同时建议商事诉讼改革应当推广至纽约州全州境内的法院系统。[29]此外，研究报告认为纽约州应成立单独的商事法庭，这将为复杂的商事案件提供专业的司法保障，提振商事主体对纽约州司法体系的信心，改变纽约州法院日益丧失商事诉讼的颓势，促进纽约作为商业中心所发挥的作用。[30]在研究报告的激励下，纽约州大法官朱迪斯·凯伊（Judith S. Kaye）倡议成立商事法庭工作组，由工作组负责审查研究报告内容及其建议的可行性。工作组对研究报告表示认可，不仅建议成立商事分庭，还建议在案件管理、采用先进科技和其他层面作出司法改革，以便提升商事案件审理效率。[31]1995 年 11 月，纽约州高等法院商事分庭在纽约郡和门罗郡率先成立，由此开启了纽约州商事法庭迅猛发展的时代。

3. 诉讼专业化是国际商事法庭的设立要点

无论是伦敦商事法院还是纽约商事分庭，其制度建设要点是追求商事诉讼专业化，即遴选具有商事经验的法官来审理商事案件，同时注重提高案件审理效率，推动诉讼与非诉争议解决机制相结合。具体而言，在法官专业背景方面，伦敦商事法院和纽约商事分庭法官在任职前均具有商事法律实践经历，法官遴

---

https://www.supremecourt.uk/docs/speech-201013.pdf, 最近访问时间 [2024 年 2 月 1 日]。

[28] See The Origins of the Commercial Court, https://www.commercialcourt.london/origins3, 最近访问时间[2024 年 2 月 2 日]。

[29] The Commercial Division of the Supreme Court of the State of New York, Celebrating A Twenty-First Century Forum for the Resolution of Business Disputes, 25 January 2006, p. 3, https://www.nycourts.gov/LegacyPDFS/courts/comdiv/pdfs/ComDiv-Jan06.pdf, 最近访问时间 [2024 年 8 月 1 日]。

[30] The Commercial Division of the Supreme Court of the State of New York, Report of the Office of Court Administration to the Chief Judge on the General Division Focus Groups, July 2006, P. 4, https://ww2.nycourts.gov/sites/default/files/document/files/2018-05/ComDivFocusGroupReport.pdf, 最近访问时间 [2024 年 8 月 1 日]。

[31] See the website of the Commercial Division of the NY Supreme Court, https://ww2.nycourts.gov/courts/comdiv/history.shtml, 最近访问时间[2024 年 8 月 1 日]。

选侧重于考察候选人是否具有审理复杂商事案件的能力。伦敦商事法院目前共有 14 位法官，法官简历在法院官网均可查阅，多数法官不仅具有商事案件代理经验，同时具有英国名校求学经历。纽约商事分庭目前共有 28 位法官，分布于纽约郡、皇后郡等十个司法地区，这些法官具有丰富的法律实践经验，包括任职前从事诉讼代理、司法审判、法律教学等经历。[32]

在提高案件审理效率方面，伦敦商事法院允许当事人在达成合意的基础上申请免除繁琐的证据规则，或就紧急案件申请提前开庭，[33]或协议选择商事法官就案件所作出的任何裁定为终审判决。[34]此外，伦敦商事法院要求起诉书应简明扼要，法庭和当事人在案件管理会议（Case Management Conference）中就案件各项程序所需时间进行协商并确立时间表。[35]纽约商事分庭同样注重提高案件审理效率，允许当事人在达成合意的基础上向法庭申请加速审理案件。一旦当事人申请加速审理，纽约商事分庭则基于时间考虑，视为当事人放弃下述权利：（1）基于属人管辖权或不方便法院原则提起异议；（2）陪审团审判权；（3）追讨惩罚性赔偿权；（4）中间上诉权；（5）证据开示权。[36] 另外，为了防止当事人提交冗长法律文件，法庭程序规则对当事人可以提交的法律文件字数设置了最高上限。[37]

在诉讼与非诉争议解决机制结合方面，为了节约诉讼资源，伦敦商事法院和纽约商事分庭均鼓励当事人采用替代争议解决机制。具体而言，伦敦商事法院允许当事人在诉讼程序早期选择“早期中性评估”（Early Neutral Evaluation）[38]方式解决争议，或在诉讼任何阶段采用“协商争议解决”（Negotiated Dispute Resolution）[39]方式解决争议。[40]纽约商事分庭同样允许

---

[32] See the website of the Commercial Division of the NY Supreme Court, https://ww2.nycourts.gov/courts/comdiv/history.shtml, 最近访问时间[2024 年 8 月 1 日]。

[33] 参见伦敦商事法院 1895 年《商事案件案由通知》(Commercial Causes Notice) 第 6 条和第 10 条。

[34] 参见伦敦商事法院 1895 年《商事案件案由通知》(Commercial Causes Notice) 第 9 条。

[35] See Paras. B.3.4 and D.2 of the Commercial Court Guide, 11th edition 2022 (Revised July 2023).

[36] See Rule 9 of the Section 202.70 Rules of the Commercial Division of the Supreme Court of Part 202. Uniform Civil Rules for the Supreme Court & The County Court (the US).

[37] 当事人提交的每份法律意见书不得超过 7000 字；答辩书不得超过 4200 字，且不得包含与论点无关的论证；每份宣誓书和证言不得超过 7000 字。See Rule 17 of the Section 202.70 Rules of the Commercial Division of the Supreme Court of Part 202. Uniform Civil Rules for the Supreme Court & The County Court (the US).

[38] “早期中立评估”类似于调解，指当事人同意在案件程序早期聘请具有专业知识的中立第三人对案件进行评估，帮助当事人达成和解协议，同时帮助当事人理解选择诉讼解决争议的性价比。

[39] 伦敦商事法院在早期《商事法院指引》中采用“可替代争议解决”这一表述，但在 2022 年第 11 版《商事法院指引》中使用“协商争议解决”这个表述。伦敦商事法院并未解释为何替换表述，也未解释这两个表述之间是否具有实质差别。

[40] See Paras. G.1 and G.2 of the Commercial Court Guide, 11th edition 2022 (Revised July 2023).

法官或代理律师在诉讼任何阶段指定或请求指定调解员或中立评估员来协助解决诉讼中的一个或多个争议问题。[41]一旦当事人达成和解协议，则仅需将达成和解协议的事实告知承办法官，无需告知和解协议的具体内容。[42]

（二）晚近国际商事法庭：国际化与私人化引发国际竞争

晚近国际商事法庭除了具备早期国际商事法庭所追求的诉讼专业化特征，还呈现出国际化与私人化发展趋势。其中，“国际化”是从国际商事法庭引入外来元素的角度进行描述，“私人化”是以诉讼当事人享有的自主权视角进行分析。国际化表现为借鉴采用普通法系诉讼制度或仲裁元素，去除本国诉讼法律制度中的部分特征；[43]私人化表现为国家让渡部分司法主权，赋予当事人在程序法和实体法方面享有一定程度的自主权。[44]国际化与私人化之耦合，引发全球国际商事法庭之间产生竞争关系。下文将选取三个位于不同地域与法律文化之下的国际商事法庭，即迪拜国际金融中心法院、巴黎国际商事法庭、新加坡国际商事法庭，对国际化与私人化及其引发的国际竞争关系展开论述。

1. 追求不同程度的国际化发展

在国际化方面，迪拜国际金融中心法院最具变革精神，追求较高的国际化发展；巴黎国际商事法庭相对保守，在固守传统大陆法系制度的基础上采取了小修小补措施；新加坡国际商事法庭源于本国所具有的普通法系特征，采取了相对折中的国际化发展路线。这些法庭之所以呈现不同程度的国际化水平，与所属国的法律文化传统及其对本国法律体系的认知密切相关。下文主要从法官选任、法庭语言、外籍律师可否代理案件三个方面，对各法庭进行分别论述。

迪拜国际金融中心法院设立于 2004 年，坐落在阿联酋自由金融中心（以下简称“金融中心），与金融中心相伴而生，其设立目的是为金融中心提供独立的司法监督机制，这决定了迪拜国际金融中心法院在阿联酋司法体系中具有较高的独立性。阿联酋通过系统性法律修改，即 2004 年对宪法、联邦法、迪拜法进行修改，[45]赋予法院较高的独立性。在国际化建设方面，区别于阿联酋所传承的大陆法系和伊斯兰法系，迪拜国际金融中心法院借鉴了普通法系特征。在法官

---

[41] See Rule 9 of the Section 202.70 Rules of the Commercial Division of the Supreme Court of Part 202. Uniform Civil Rules For The Supreme Court & The County Court (the US).

[42] See Rule 2 of the Section 202.70 Rules of the Commercial Division of the Supreme Court of Part 202. Uniform Civil Rules For The Supreme Court & The County Court (the US).

[43] See Sean David Yates, New International Commercial Courts: A Delocalized Approach, 15(1) *Journal of International Dispute Settlement* 15, 54 (2024).

[44] 国际化和私人化之间可能存在重合关系，例如，法庭允许外籍律师代理案件，既属于法庭引入外来元素的国际化表现，也同时赋予当事人选择哪个国籍律师代理案件的权利。

[45] DIFC Courts, https://www.difccourts.ae/about/difc-courts, 最近访问时间 [2024 年 3 月 1 日]。

选任方面，法院除了聘请本国法官，还聘用了拥有普通法系经验的外籍法官。[46]在法庭语言方面，英文是庭审和判决的官方语言；当英文文本与阿拉伯文文本相冲突时，英文文本效力优先。[47]在外籍律师代理方面，具备法律实践经验、知晓普通法系与迪拜国际金融中心法院规则、掌握英文的外籍律师，经注册后可以代理案件。[48]

巴黎商事法院国际分庭和巴黎上诉法院国际分庭（下文将这两个法庭合称为“巴黎国际商事法庭”）设立于 2018 年，英国脱欧激励法国争夺传统上以伦敦为中心的银行与金融服务，同时刺激法国重建国际商事法庭以快速解决商事争议。[49]然而，巴黎国际商事法庭的机制建设重在充分利用法国现有程序规则，而不是作出重大制度变革，因此，法国 2018 年 2 月签署的《巴黎商事法院国际分庭程序规则议定书》和《巴黎上诉法院国际分庭程序规则议定书》相对保守。[50]此外，巴黎国际商事法庭的程序运作不仅需遵守上述两个议定书，还需遵守法国《民事诉讼法典》规定，在很大程度上保留了法国法律制度特色。在法官选任方面，巴黎国际商事法庭并未聘请外籍法官，仅聘请本国具有商事和法律经验的法官任职，但法官需至少掌握法语和英语两种语言。[51]在法庭语言方面，法文为官方语言，在有限情况下可以使用英文。具体而言，外国当事人、外国专家证人在获得法庭准许的情况下可以使用英文；在当事人达成合意的情况下，当事人可以指定同声传译，若当事人无法达成合意，则由法官指定同声传译人；法庭判决和命令将以法文作出，同时提供经宣誓人作出的英文翻译副本。[52]在外籍律师代理方面，根据互惠原则或相关国际条约，欧盟以外国家的律师在通过

---

[46] 根据法院官方网站所公布信息，14 名大法官中有 5 位为阿联酋法官，5 位来自英国，3 位来自澳大利亚，1 位来自马来西亚，https://www.difccourts.ae/about/court-structure/judges，最近访问时间 [2024 年 1 月 1 日]。

[47] Article 2.1 of the Rules of the Dubai International Financial Centre Courts 2014.

[48] Guidelines for Registration of Legal Practitioners, https://www.difccourts.ae/difc-courts/registration-of-practitioners/guidelines, 最近访问时间 [2024 年 4 月 2 日]。

[49] 法国是较早设立商事法院的国家，但在国际商事法庭设立方面一波三折：早在 1792 年，法国设立了商事法院，并于 1995 年设立巴黎商事法院国际分庭，然而，巴黎商事法院国际分庭没能获得国际商事主体青睐，由于受理案件过少，2015 年与欧盟法分庭合并。See Dorothee Ruckteschler and Tanja Stooss, International Commercial Courts: A Superior Alternative to Arbitration?, 36(4) *Journal of International Arbitration* 431, 435 (2019); Toni Deskoski, Vangel Dokovski, and Ljuben Kocev, The Birth and Rise of International Commercial Courts – Boosting, 10(2) *Lustinianus Primus Law Review* 29, 32 (2019).

[50] See Alexandre Biard, International Commercial Courts in France: Innovation without Revolution?, 12(1) *Erasmus Law Review* 24, 24-25 (2019).

[51] See the International Chamber, https://www.tribunal-de-commerce-de-paris.fr/en/chambre-internationale, 最近访问时间 [2024 年 3 月 1 日]。

[52] Article 2, Articles 6-7 of the Protocol Relating to Procedural Rules Applicable to the International Chamber of the Paris Commercial Court.

法国法律考试后可以代理案件。[53]

新加坡国际商事法庭成立于 2015 年，是高等法院普通庭的一个分庭，也是新加坡最高法院的一部分，受理具有“国际商业属性”的案件。其设立目的在于确立新加坡在亚洲争议解决法律服务方面的战略中心地位，提供世界一流、高效、具有竞争力、以诚信为本的争议解决机制。[54]由于新加坡本身属于普通法系国家，因此，新加坡国际商事法庭无需过多引入外来元素，即可为国际商事主体提供较为熟知的诉讼服务。在法官选任方面，法庭 47 名法官中有 19 名为来外籍法官，包括 1 名中国籍法官张勇健。[55]在法庭语言方面，英语本就是新加坡四种官方语言之一，也是新加坡通用语言，因此，法庭指定英语为法庭语言并不具有变革性。在外国律师代理方面，外国律师可以出庭辩护。外国律师可以以两种方式在国际商事法庭注册：一是基本没有出庭限制的完整注册，此类外国律师可以像新加坡律师那样参与国际商事法庭审理的离岸诉讼，但不得就新加坡法律问题提交法律意见；[56]二是具有出庭限制的限制性注册，此类外籍律师仅可以就法庭允许的相关诉讼中的外国法事项提交法律意见。[57]

2. 赋予当事人趋同但差异化的自主权

就当事人所享有的自主权而言，迪拜国际金融中心法院、巴黎国际商事法庭、新加坡国际商事法庭存在趋同化做法，即赋予当事人在实体法和程序法方面越来越多的选择权。然而，每个法院或法庭赋予当事人的自主权并不相同，其中的细微差别体现了不同国家构建国际商事法庭的策略考量。

在当事人协议选择管辖法院方面，国际商事法律发展的普遍趋势是法院管辖权问题不再由国际私法中的“连接点”来决定，而是允许当事人以协议方式作出选择，[58]国际商事法庭的做法亦复如是。迪拜国际金融中心法院最初仅受理因金融中心所产生的或发生在金融中心的民商事争议；2011 年修改立法，法院

---

[53] Practical Guide to Proceedings before the International Chambers of the Paris Commercial Court and the Paris Court of Appeal, p. 118.

[54] 参见新加坡国际商事法庭网站，https://www.sicc.gov.sg/，最近访问时间 [2024 年 4 月 4 日]。

[55] 参见新加坡国际商事法庭网站，https://www.sicc.gov.sg/about-the-sicc/judges，最近访问时间 [2024 年 4 月 4 日]。

[56] See Singapore International Commercial Court Rules 2021, O. 3, r. 1.

[57] 参见新加坡国际商事法庭网站，https://www.sicc.gov.sg/registration-of-foreign-lawyers/registration-of-foreign-lawyers，最近访问时间 [2024 年 4 月 4 日]。

[58] Alex Mills, The Privatisation of Private (and) International Law, 76(1) *Current Legal Problems* 75, 86 (2023).

管辖权扩展至当事人以书面形式协议选择迪拜金融中心法院但与金融中心并无实质联系的民商事争议，即法院有权受理离岸案件。[59]巴黎国际商事法庭有权受理涉及国际商事利益的诉讼，也有权受理当事人通过合同条款赋予法院管辖权的案件。[60]新加坡国际商事法庭不仅受理离岸案件，[61]同时赋予当事人协议界定案件商事属性并向法庭提起诉讼的权利。例如，“商事”案件不仅包括商事纠纷和知识产权纠纷，还包括所有当事方同意将案件性质界定为商事争议的案件。[62]

在法庭程序方面，巴黎国际商事法庭的做法最为保守，迪拜国际金融中心法院则赋予当事人一定程度的自主权，新加坡国际商事法庭赋予当事人较多自主权。具体而言，巴黎国际商事法庭虽然有意借鉴普通法系和仲裁在程序方面的灵活性特征，但法国同时想借助国际商事法庭扩展法国传统大陆法系的国际影响，[63]这导致巴黎国际商事法庭没能大刀阔斧地进行程序变革。迪拜国际金融中心法院一方面鼓励当事人在法庭程序中进行合作，特别是在庭审前期当事人应就电子文件作为证据的格式达成协议，[64]另一方面允许当事人选择符合资质的外籍律师代理案件。新加坡国际商事法庭赋予当事人的自主权体现在三个方面：一是如上文所述，当事人可以在离岸案件中聘请外籍律师；二是当事人可以向法庭申请不适用新加坡法律中的证据规则，选择适用其他国家法律或仲裁等程序中的证据规则；[65]三是当事人可以向法庭申请庭审保密和案件材料信息保密，法庭将根据案件是否为离岸案件以及当事人是否就保密事项达成协议作出命令。[66]

在判决执行方面，为提高判决的域外执行力，迪拜国际金融中心法院允许当事人申请将有关金钱支付的判决转化为仲裁裁决，进而依据《纽约公约》获得承认与执行。[67]比较而言，巴黎和新加坡国际商事法庭判决仅能依照传统方式在域外获得执行，即根据国家之间签署的司法互助协定或其他条约进行执行，

---

[59] See Article 5 of Law No.12 of 2004 in respect of the Judicial Authority at Dubai International Financial Centre as amended.

[60] Article 1 of the Protocol Relating to Procedural Rules Applicable to the International Chamber of the Paris Commercial Court; Article 1 of the Protocol Relating to Procedural Rules Applicable to the International Chamber of the Court of Appeal of Paris.

[61] See Singapore International Commercial Court Rules 2021, O. 3, r. 3.

[62] Singapore International Commercial Court Rules 2021, O.2, r. 1, paragraph (3)(b).

[63] See The International Chamber, https://www.tribunal-de-commerce-de-paris.fr/en/chambre-internationale#presentation-practical-guide, 最近访问时间 [2024 年 4 月 2 日]。

[64] Articles 1.9 and 28.12 of the Rules of the Dubai International Financial Centre Courts 2014.

[65] O.13 R.15 of the Singapore International Commercial Court Rules 2021.

[66] See Singapore International Commercial Court Rules 2021, O. 16, r. 9.

[67] See Amended DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015 – Referral of Judgment Payment Disputes to Arbitration

但这并不意味着巴黎和新加坡国际商事法庭判决缺乏域外执行力。欧盟和新加坡均为《海牙法院选择协议公约》成员，巴黎国际商事法庭得益于法国所属的欧盟成员国身份，新加坡国际商事法庭受益于新加坡签署的双边条约与国际条约，两者判决均可在众多国家获得执行。

3. 逐顶竞争亦或逐底竞争？

晚近国际商事法庭所呈现的国际化与私人化发展趋势，旨在迎合国际商事主体的争议解决需求，将本国打造为区域性或全球性争议解决中心。国际化与私人化发展趋势，固然为国际商事主体采取诉讼方式解决争议提供便利，但同时也存在风险隐患，这究竟是逐顶竞争还是逐底竞争，短时间内尚缺乏足够的实践予以检验。

无论是早期还是晚期国际商事法庭建设，实际上均是围绕国际商事主体选择法庭的偏好所展开的，即（1）法庭所属国的法律制度为国际商事主体所熟知；（2）法官具有专业素养和中立性；（3）法庭程序便捷、高效；（4）法庭所属国的法律规定以及相关判决具有确定性和可预期性；（5）判决便于执行。[68]早期英美国际商事法庭源于普通法系的传统优势，无需进行国际化改革，本国法律制度即为国际商事主体所熟知。因此，早期国际商事法庭更专注于专业化建设，旨在优化法庭程序建设。晚近国际商事法庭兴起于非英美国家，需要通过引进外籍法官、适度采用英文作为法庭语言、借鉴英美法庭程序等方式赢得国际商事主体的信任与青睐。

具体而言，晚近国际商事法庭的国际化建设可以在国际层面产生积极效应，但也可能对本国法律制度的内部协调与发展造成不利影响。就积极效应而言，第一，引进外籍法官可以促进通晓国际商事业务的法官在不同国家流动，加强外籍法官与本国法官之间的沟通、理解与互鉴。第二，适当采用英文作为法庭语言，特别是出具英文法律判决，能够促进律师、法官、学者等全球法律工作者了解这个国家的法律及其运行机制，从而加强本国法律制度的国际影响力。第三，适度允许外籍律师代理诉讼，可以从实务层面进一步促进外籍法律人士熟知并运用本国法律制度，同时激励外籍律师帮助国际商事主体选择该国法庭作为争议解决机构。就不利影响而言，国际商事法庭的国际化建设实际上是“去本地化”，即去除本国诉讼制度中的部分元素，这可能削弱本国法律制度的传统特色，国际商事法庭与本国其他法庭之间可能产生管辖权冲突，甚或导致本国诉讼资源在不同法庭之间的分配失衡。[69]

---

[68] See Stefan Voigt, Are International Merchants Stupid? Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory, 5(1) *Journal of Empirical Legal Studies* 1, 8-11 (2018).

[69] See Sean David Yates, New International Commercial Courts: A Delocalized Approach, 15(1)

同样，晚近国际商事法庭的私人化发展是把双刃剑，赋予当事人越来越多自主权的同时，可能导致国际商事法庭之间的恶性竞争、以及国际商事法庭与仲裁之间的紧张关系，甚或损害司法的公共性及其公共产品价值。首先，国际商事法庭赋予当事人以协议方式选择管辖法院的权利，特别就离岸案件而言，众多国际商事法庭均享有潜在管辖权，这必将引起不同国家的国际商事法庭之间产生竞争关系，特别是受理离岸案件的法庭与最密切联系法庭之间的竞争关系。其次，鉴于国际商事法庭和国际商事仲裁均可以受理国际商事案件，同时二者均是以法律和规则为导向的对抗式第三方争议解决方式，当事人可以将国际商事案件提交国际商事法庭或仲裁，这可能引发国际商事法庭与仲裁之间的竞争关系。值得一提的是，早期伦敦商事法院设立的首要原因即为解决法院所面临的仲裁竞争。[70]最后，法院属于提供司法正义的公共物品，新加坡国际商事法庭允许当事人在离岸案件中申请程序保密，这将可能减损司法公开所承担的教育功能，挑战正当程序所体现的“看得见的正义”。[71]

综上，晚近国际商事法庭的近期发展有利于提高国际商事案件的审理质量和效率，促进各国商事法律制度之间的交融与互鉴。然而，如何防范国际商事法庭长期发展可能带来的负面影响，特别是各国国际商事法庭之间的竞争关系问题，国际商事法庭与仲裁之间的边界问题，国际商事法庭对法治发展所带来的反噬问题，仍需持续关注与深入研究，[72]这些也正是我国国际商事法庭建设值得思考的问题。

三、我国国际商事法庭在全球制度演进中面临的挑战

当前，全球国际商事诉讼法律服务市场面临激烈竞争，然而，我国国际商事法庭建设起步较晚，积累的经验较少，需要审甚应对法庭建设中所遇到一系列挑战。除了国际商事法庭建设所共同面临的一些负面影响，我国国际商事法庭还面临下述挑战：一方面，中国特色社会主义法律制度具有特殊性，加之我国国际商事法庭的国际化与私有化建设程度有限，这可能引发外国商事主体对我国国际商事法庭产生疏离感；另一方面，在当前地缘竞争持续加剧的背景下，部分外国主体有意或无意地质疑我国国际商事法庭的公平公正性。下文将对我国国际商事法庭具体面临的六项挑战展开论述。

Journal of International Dispute Settlement 25, 19-20, 28 (2024).

[70] 见上文关于“伦敦商事法院”的阐释。

[71] 费秀艳：《国际商事调解的法律性质及其制度构建》，《江汉论坛》2022 年第 11 期，第 126 页。

[72] See Thomas Schultz and Clement Bachmann, ‘International Commercial Courts: Possible Problematic Social Externalities of a Dispute Resolution Product with Good Market Potential’ in Stavoros Brekoulakis and Georgios Dimitropoulos (eds.) *International Commercial Courts: The Future of Transnational Adjudication* (Cambridge University Press, 2022) pp. 54-55.

其一，在法律制度方面，我国法律制度对外国商事主体而言具有一定的神秘性和陌生性，这可能构成其选择我国国际商事法庭的障碍。我国法律制度是具有中国特色的社会主义法律体系，独具一格且有别于传统的普通法系或大陆法系，这实际上不利于外国律师及其当事人熟悉并理解我国法律制度的运作及其特点。此外，以美国为代表的部分西方国家对我国法律制度存在偏见与误解，[73]这可能加重外国商事主体选择我国法律或国际商事法庭的心理负担。因此，根植于我国法律制度的国际商事法庭，如何获取外国律师与国际商事主体的正向认知是法庭发展所面临的重大挑战。

其二，在法官选任方面，虽然我国国际商事法庭法官具有较高的法律素养与实务经验，但由于国际商事法庭法官均为我国国籍，外国律师及其当事人可能对我国法官能否公正审理案件持有偏见，主要体现为“袒护本国当事人”偏见和“政治影响”偏见。“袒护本国当事人”偏见是外国当事人在对方当事人母国法院提起国际商事诉讼时普遍存在的顾虑，这因此导致当事人更青睐于选择国际商事仲裁来解决争议，借此规避法院对本国当事人的偏袒。[74]“政治影响”偏见是指当事人担心法院出于政治考量而无法公平公正审理案件，此种偏见主要产生于威权国家。就我国而言，部分外国学者质疑我国政党可能对司法系统施加不利影响，[75]诚然，此等质疑毫无事实根据，但如何消除质疑是我国国际商事法庭建设不得不解决的问题。

其三，在争议解决的确定性和可预期性方面，我国国际商事法庭相关规定存在模糊之处，主要体现在两个方面。第一，在管辖权方面，我国《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定（2023 修正）》（以下简称《若干规定》）第 2 条规定争议案件“标的额为人民币 3 亿元以上”，该标的额要求可能将给部分国际商事主体选择我国国际商事法庭造成顾虑。[76]主要原因是当事人在争议发生前一般很难确定争议金额，例如，原告提起的合同损害赔偿金额可能小于或大于合同交易金额；此外，即使国际商事争议已发生，双方当事人极有可能对争议标的额各执一词，这将造成双方当事人对法庭管辖权产生争议。第

---

[73] See Leyton Nelson, Dispute Settlement with Chinese Characteristics: Assessing China’s International Commercial Court, 28 February 2024, p. 14, https://www.uscc.gov/sites/default/files/2023-02/Dispute_Settlement_with_Chinese_Characteristics-Assessing_Chinas_International_Commercial_Court.pdf, 最近访问时间 [2024 年 8 月 1 日]。

[74] See Tony Cole and Pietro Ortolani, *Understanding International Arbitration* (Routledge, 2020) p. 13.

[75] See William Fairbairn, An Examination of Judicial Independence in China, 23(4) *Journal of Financial Crime* 819, 829 (2016).

[76] Julien Chaisse and Xu Qian, Conservative Innovation: The Ambiguities of the China International Commercial Court, 115 *AJIL Unbound* 17, 19 (2020).

二，在“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制建设方面，外国商事仲裁或调解机构能否纳入该机制，尚不明确。《若干规定》第 11 条规定最高人民法院将“选定符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台”，其中“符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构”应当如何界定，需要立法加以明确规定。目前，我国《仲裁法（修订）（征求意见稿）》尚在讨论阶段，根据现行有效的《仲裁法》，外国仲裁机构不能在我国开展业务，除非根据特殊条例获得批准。[77]对于依据特殊条例获得批准的外国仲裁机构，能否纳入“一站式”国际商事纠纷解决机制，也是未来立法需要澄清的问题。

其四，在法庭程序方面，与其他国家商事法庭程序相比，我国国际商事法庭的庭审语言、审级设置、程序保密这三个方面尚不能完全满足国际商事主体需求。第一，就庭审语言而言，虽然我国国际商事法庭提供翻译服务且允许提交英文证据，[78]但与那些将英语作为庭审语言的国际商事法庭相比，我国仅准许中文作为庭审语言，这将对外籍当事人造成额外负担和费用，削减我国国际商事法庭的竞争力。第二，在审级方面，多数国家的国际商事法庭均设有二审程序，我国国际商事法庭采取一审终审制，这虽然有利于快速解决争议并节省诉讼费用，但部分商事主体可能担心初审一旦出现错误则无法得到纠正，这可能成为外国商事主体选择我国国际商事法庭的隐忧。[79]第三，由于我国《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》的位阶低于《民事诉讼法》，在是否准予不公开审理方面，国际商事法庭必须遵守《民事诉讼法》第 137 条规定，除非案件涉及国家秘密、个人隐私或商事秘密，否则，国际商事法庭审理案件必须公开。比较而言，新加坡国际商事法庭可以依据当事人申请准予离岸诉讼进行非公开审理，包括准予当事人不得泄露离岸案案件任何信息。[80]虽然新加坡国际商事法庭的做法未必妥当，但不可否认，对于不想因商事纠纷损害公司信誉的商事主体而言，诉讼程序高度保密对其至关重要，这可能成为商事主体是否选择诉讼或仲裁的重要考量。

---

[77] 2023 年 12 月 1 日，韩国大韩商事仲裁院上海中心作为我国首家外国仲裁机构，依据《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》在上海获准登记。上海市司法局：《首家外国仲裁机构在上海设立业务机构》，2023 年 12 月 7 日，https://wsb.sh.gov.cn/xwdt/gzjx/20231207/2b10d713acdb46739a2f12bacf9e6620.html，最近访问时间 [2024 年 1 月 2 日]。

[78] 《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》第 6 条规定：国际商事法庭根据当事人的申请，为当事人提供翻译服务，费用由当事人负担。《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 9 条第 2 款规定：当事人提交的证据材料系英文且经对方当事人同意的，可以不提交中文翻译件。

[79] 黄进、刘静坤、刘天舒：《中国国际商事法庭制度改革探析》，《武大国际法评论》2020 年第 6 期，第 10 页。

[80] See Singapore International Commercial Court Rules 2021, O. 16, r. 9.

其五，在判决执行方面，国际商事判决领域不存在类似于《纽约公约》那样被国际社会广泛接受的公约，因此，各国国际商事法庭判决均面临着跨国承认与执行方面的挑战，[81]我国国际商事法庭亦复如是。一方面，我国尚未批准《海牙选择法院协议公约》和《外国民商事判决承认与执行公约》，因此，我国国际商事法庭判决无法依据这两个公约在其他成员国间获得执行。另一方面，虽然我国与三十多个国家签署了民商事司法协助条约，但其中个别条约并不包含民商事判决承认与执行条款；[82]此外，考虑到我国“一带一路”沿线有六十多个国家，我国已签署的三十多个司法协助条约远不能覆盖我国国际商事法庭判决在沿线国家的承认与执行问题。

其六，个别西方学者和组织质疑我国法治建设以及设立国际商事法庭的目的及其正当性，一些否定性评价可能影响国际商事主体对我国国际商事法庭的信赖。美中经济与安全审查委员会[83]向美国国会提交的《2023 年年度报告》中否认我国是法治国家，认为法律是执政党用以获得权力的工具，而不是对权力的限制。[84]具体就我国国际商事法庭而言，该委员会质疑其公平公正性，认为法庭制度安排将导致美国商事主体和其他外国当事人处于不利地位，宣称我国设立国际商事法庭的目的是重塑不利于美国的国际规范。[85]此外，欧盟非政府组织绿色团体持有与美中经济与安全委员会类似观点，认为我国设立国际商事法庭的目的是保护我国国有企业及其一带一路项目，通过司法来输出有利于我国的政治与经济影响，借此来构建“以中国为中心的一带一路”。[86]

---

[81] Julien Chaisse and Xu Qian, Conservative Innovation: The Ambiguities of the China International Commercial Court, 115 *AJIL Unbound* 17, 20 (2020).

[82] 根据我国司法部公布的信息，截至 2018 年 12 月 25 日，我国与 37 个国家签署了民商事司法协助条约。其中个别条约不包含判决承认与执行条款，例如，《中华人民共和国和新加坡共和国关于民事和商事司法协助的条约》和《中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约》仅包括仲裁裁决的承认与执行条款，不包括法院判决的承认与执行条款。参见中华人民共和国司法部：“民商事司法协助条约”，https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/flfggz/flfggzflty/fltymsssfxzty/index.html，最近访问时间 [2024 年 1 月 2 日]。

[83] “美中经济与安全审查委员会”的英文表述为“US-China Economic and Security Review Commission”，该委员会由美国国会于 2000 年 10 月创立，负责每年向国会提交年度报告，报告需载明美中经贸关系对于美国国家安全的影响以及建议措施。参见美中经济与安全审查委员会官网，https://www.uscc.gov/about-us，最近访问时间 [2024 年 1 月 2 日]。

[84] US-China Economic and Security Review Commission, 2023 Report to Congress of the US-China Economic and Security Review Commission, p. 175.

[85] Leyton Nelson, ‘Dispute Settlement with Chinese Characteristics: Assessing China’s International Commercial Court’, 28 February 2024, p. 14, https://www.uscc.gov/annual-report/2023-annual-report-congress, 最近访问时间 [2024 年 8 月 1 日]。

[86] Nora Sausmikat and Daniel Sprick, China’s International Commercial Courts for the ‘Belt & Road’: A Gateway for Beijing’s Bigger Role in Global Rules Setting, July 2019, pp. 14-15, https://reinhardbuetikofer.eu/wp-content/uploads/2019/10/Study-CICCs-final.pdf, 最近访问时间

四、我国国际商事法庭在全球制度演进中应坚持的发展原则与进路

我国国际商事法庭目前受理的案件数量十分有限，难以让外国商事主体对我国国际商事法庭产生深层次认知，无法在国际社会产生有效影响力。追根溯源，我国国际商事法庭制度建设既不能脱离全球国际商事法庭制度的发展趋势，也不能脱离我国法律传统与特色。妥善处理我国国际商事法庭与其他国家国际商事法庭、国际商事仲裁之间的关系，是我国以及全球国际商事法庭制度建设的要点。我国应抓住国际社会尚未形成国际商事法庭统一发展模式的机遇，积极推动我国国际商事法庭制度创新，同时借助国内法治建设和司法改革的动力主动谋划制度创新，然后聚焦于我国国际商事法庭建设所面临的挑战，制定切实可行的发展原则和进路。

（一）我国国际商事法庭制度建设的发展原则：相对独立性和国际包容性

我国国际商事法庭应同时具备相对独立性和国际包容性。其中，“相对独立性”是指法庭制度不仅应根植于中国特色社会主义法律制度，同时应具有一定的独立性，该独立性应有助于排除外国商事主体对我国国际商事法庭的质疑和猜测。“国际包容性”是指我国国际商事法庭制度建设应同时兼顾中国和外国商事主体诉求，充分利用中国和外国两种法律资源，包括中外法庭制度设计、中外法律服务机构、中外法律学者与实务人员的法律智慧等各项资源，这样有利于促进我国国际商事法庭兼容并包地得到蓬勃发展。国际商事法庭的相对独立性和国际包容性之间相辅相成，相对独立性是构建国际包容性的前提和基础，国际包容性是相对独立性存在的延展和体现。

首先，为确保国际商事法庭的制度建设具有合法性，全国人民代表大会或其常务委员会应制定相关法律，赋予国际商事法庭自主权来探索法庭的相对独立性和国际包容性建设。目前，我国国际商事法庭设立的法律依据是最高人民法院发布的规定，立法层级较低，导致国际社会对我国国际商事法庭设立及其运作的合法性存在质疑。[87]同时，我国国际商事法庭制度建设受制于《法官法》和《民事诉讼法》，这导致国际商事法庭在外籍法官选任、审级设置、证据程序、庭审语言等方面受到诸多限制。[88] 因此，我国亟需全国人民代表大会或其常务委员会就国际商事法庭的法律地位及其职能进行单独立法，厘定国际商事法庭的法律地位与职能。此外，如果我国港澳地区设立国际商事法庭，则需香港特

[2024 年 3 月 4 日]。

[87] Zhengxin Huo and Man Yip, Comparing the International Commercial Courts of China with the Singapore International Commercial Court, 68(4) *International and Comparative Law Quarterly* 1, 8 (2019).

[88] See Asal Juraeva and Khumoyun Soyipov, Chinese International Commercial Courts: Overview and Potential Questions Around It, 8(1) *Hasanuddin Law Review* 1, 11-12 (2022).

别行政区立法会和澳门特别行政区立法会制定相应立法。

其次，在相对独立性方面，国际商事法庭应结合我国法律体制及其特点进行构建，批判性借鉴国外相关经验，坚持司法公开公正原则，妥善处理诉讼和仲裁之间的关系。对于国际商事主体而言，不同法系之间的区别尚不能表明在哪个法系进行诉讼更简单或便捷，大陆法系或普通法系本身不构成国际商事主体是否选择某个法院解决争议的主要考量因素。[89]司法程序是否高效便捷、司法审判是否透明且具有可预期性，是决定法院是否具有竞争优势的首要因素。我国国际商事法庭建设无需照搬大陆法系或普通法系做法，而是应结合中国特色司法制度进行构建。成文法体制下嵌入指导性案例是我国的司法审判特色，[90]这可以成为我国国际商事法庭沿袭并向国际社会推广的制度。就国外相关经验而言，新加坡国际商事法庭为迎合当事人诉求，积极扩大法庭的私人化建设，赋予当事人越来越多的自主权。虽然国际商事法庭建设的要义是服务国际商事主体诉求，但这并非意味着迎合当事人诉求是国际商事法庭建设的唯一追求。坚持诉讼公开原则，厘清诉讼和仲裁的边界，是国际商事法庭建设应坚守的底线。

再次，在国际包容性方面，我国国际商事法庭应实现人力资源与制度方面的对外兼容，吸引外籍律师、法官、法学家直接或间接参与我国法庭建设，推动我国国际商事法庭与其他国家国际商事法庭及其司法制度之间的交流与合作。就人力资源对外兼容而言，外籍律师对于我国国际商事法庭的评价以及能否代理客户出庭均会成为外国商事主体是否选择我国国际商事法庭的重要因素；外籍法官能否参与案件审理工作，在很大程度上影响着外国商事主体能否摆脱法官“偏袒本国当事人”的偏见；外国法学家能否对我国国际商事法庭给出积极的学术评价，同样关乎着法庭在国际诉讼行业中的口碑与前景。因此，积极争取外籍律师、法官、法学家参与我国国际商事法庭建设具有重要意义。就制度方面的对外兼容而言，一方面，我国国际商事法庭在采取临时措施与判决的承认与执行方面需要与外国法院及其司法机构开展合作，另一方面，我国国际商事法庭在“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制建设中需要与久负盛名的外国仲裁机构、调解机构等组织进行合作，借此满足国际商事主体的多元需求并拓展法庭的国际影响力。

最后，我国国际商事法庭的相对独立性和国际包容性建设，不应仅局限在内地设置国际商事法庭，还应综合考虑内地、香港特别行政区和澳门特别行政区的法律文化与制度差别，鼓励港澳结合自身法律文化体制分别设立国际商事法庭，促进我国国际商事法庭多元化发展。其中，香港特别行政区的官方语言

---

[89] Erlis Themeli, Matchmaking international Commercial Courts and Lawyers' Preferences in Europe, 12(1) *Erasmus Law Review* 70, 74 (2019).

[90] 参见李振贤：《我国成文法体制下判例嵌入司法场域的机理》，《法学》2022 年第 1 期，第 110-111 页。

为中文和英文，其司法制度具有普通法系特点。如果在香港特别行政区设立国际商事法庭，则可直接采用中文和英文作为庭审语言，结合普通法系特点设置法庭制度，积极受理英美法系相关商事主体所涉争议。[91]澳门特别行政区的官方语言为中文和葡文，其司法制度具有大陆法系特点。如果在澳门特别行政区设立国际商事法庭，则可直接采用中文和葡文作为庭审语言，结合大陆法系特点设置庭审制度，进而便于葡语法系商事主体采用该法庭解决争议。同时，我国内地与港澳分别于 2019 年和 2006 签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》，内地和港澳地区的国际商事法庭判决可借助这些“安排”在内地和港澳得到认可与执行。

（二）我国国际商事法庭制度建设的发展进路

秉持“相对独立性”和“国际包容性”发展原则，针对我国国际商事法庭面临的挑战，统筹利用国内和国际两种法律资源，加强我国国际商事法庭能力建设，不仅将扩展我国在国际商事法律发展中的影响力，还可以更好地服务一带一路建设。对应上文阐释的我国国际商事法庭面临的六项挑战，下文将从六个层面论述我国国际商事法庭制度建设的发展进路。

1. 试点开放我国法律服务业

通过试点方式逐步开放我国法律服务业，为外籍律师代理我国国际商事法庭案件设置资质要求与参与通道，是帮助外国法律人士深入了解我国法律制度、解开我国法律制度神秘面纱的重要途经，也是我国国际商事法庭包容性建设的重要体现。诚然，外国主体对我国法律制度存在认知局限，这并不是我国法律制度本身的缺陷或不足。然而，国际商事活动及其法律服务产业的全球化发展意味着任何一个国家的法律制度均不应成为一座孤岛，特别是在国际商事领域，美欧等国允许外国人在东道国为国际商事主体提供母国法律咨询与服务已具有悠久历史。[92]在外国律师代理国际商事法庭案件方面，伦敦国际商事法院、纽约商事分庭、新加坡国际商事法庭等均在一定范围允许外国律师出庭，[93]我国亦应借鉴这种做法，让外国律师身临其境地理解我国法律制度。

---

[91] See Weixia Gu and Yi Tang, Exploring the Potential for Establishing an International Commercial Court in Hong Kong: A New Momentum for Developing this Legal Hub?, 26(1) *Asian Dispute Review* 19, 20-21 (2024).

[92] See Kenneth S. Kilimnik, Lawyers Abroad: New Rules for Practice in a Global Economy, 12(2) *Dickinson Journal of International Law* 271, 304 (1994).

[93] 参见殷敏：《“一带一路”实践下中国国际商事法庭面临的挑战及应对》，《国际商务研究》2022 年第 4 期，第 54 页。

在探索开放法律服务业方面，我国有三个方案可以选择适用。第一个是保守方案，参考新加坡国际商事法庭做法，对外籍律师实施两种规制方式：一是完全注册制，即允许此类注册律师代理我国国际商事法庭受理的离岸案件，但不得就中国法提供法庭意见；另一种是限制性注册制，即仅允许此类注册律师就外国法查明问题提供法律意见。

第二个是渐进方案，即允许部分国家的外国人在我国接受系统的法学本科教育后参加我国法律职业资格考试，通过考试的外国人在我国本土律师事务所实习满一年后享有与我国律师同等的诉讼地位。前述“部分国家”应界定为：与我国签有自由贸易协定（“自贸协定”），同意修改相关自贸协定条款并提供互惠的国家。之所以将“部分国家”限定为与我国签有自贸协定的国家，主要有两个原因。一是鼓励其他国家与我国签署自贸协定，保持友好的经济互通关系；对于那些热衷于地缘竞争，拒绝与我国商谈自贸协定的国家，我国可通过拒绝向这些国家公民开放法律服务业市场来给予警示。二是避免我国违反 WTO 规定。WTO《服务贸易总协定》第 2 条规定了最惠国待遇原则，依照该原则，我国给予其他国家的优惠待遇，包括我国向任何一个 WTO 成员开放法律服务业市场的优惠待遇，也应立即、无条件地给予任何其他 WTO 成员；同时，WTO 成员可依据《服务贸易总协定》第 5 条背离最惠国待遇原则，该条允许自贸协定成员为实现成员间经济一体化而暂时不履行最惠国待遇原则。因此，我国仅向自贸协定成员开放法律服务业市场不会违反最惠国待遇原则。

第三个是激进方案，即在参加法律职业资格考试和律师执业方面不做国籍区分，允许所有国家的外国人在我国接受系统的法学本科教育后参加我国法律职业资格考试，通过考试的外国人在我国本土律师事务所实习满一年后享有与我国律师同等的诉讼地位。由于该方案可能引发外国人争夺我国法律就业市场，我国可以通过设置配额来控制每年来华接受法学本科教育的外国人数量，根据就业市场情况定期调整配额。实际上，英格兰律师学会早在 1942 年即表示不反对外国人在英国从事法律职业；美国纽约州、宾夕法尼亚州等长期允许外国人在美国接受硕士法律教育后参加律师资格考试。[94]我国适度开放法律职业资格考试，不仅会促进外国人深度认知我国法律制度，也会提升我国法律制度和汉语文化在全球的影响力，这有利于扩展我国在国际社会的话语权。

2.适当引入外籍法官

适当引入外籍法官加入我国国际商事法庭，不仅可以打消外籍律师及其当事人可能持有的“偏袒本国当事人”和“政治影响”偏见，还可以回击美欧等

---

[94] Kenneth S. Kilimnik, Lawyers Abroad: New Rules for Practice in a Global Economy, 12(2) *Penn State International Law Review* 271, 317 (1994).

外国主体对我国国际商事法庭的公平公正性质疑。此外，对于那些富有案件审理经验、享有国际声望的外籍法官，可以在外国法的解释与适用、知识产权纠纷、跨国金融案件等特定领域提供高质量的专业知识，[95]同时为争议解决提供国际视角，提升判决在国际社会的认可度。[96]固然，聘任外籍法官在我国现行法律框架下并不可行，因此需要全国人民代表大会或其常务委员会进行立法，对法庭相对独立性作出规定。

在外籍法官聘任方面，由于我国国际商事法庭受理的案件数量有限，目前不宜聘任全职外籍法官，可采取兼职方式，指定外籍法官参与准据法为外国法的相关案件审理工作。在选任外籍法官时，应考虑下列要素：一是外籍法官的品格，正直、公正、勤勉是法官必须具备的素质；二是外籍法官的专业素养，即是否精通国际商事法律规范与实践；三是外籍法官的国籍，应优先聘请曾经或现在在我国香港特别行政区、澳门特别行政区任职的外籍法官，以及一带一路沿线国家享有声望的法官；四是考察外籍法官对中国法律制度与法律文化的态度与认知，虽不要求外籍法官精通中国法，但外籍法官应具备初步的中国法与文化素养；五是外籍法官的性别，应注重平衡不同性别的法官比例，避免性别歧视。总体而言，引入外籍法官参加我国国际商事法庭审理工作，需要逐步探索并定期对外籍法官的工作表现及其贡献作出评估，同时推动外籍法官与我国法官之间的沟通与交流，借此提升我国法官的国际视野并推动我国法官在外国国际商事法庭任职。

3. 加强法庭的确定性和可预期性建设

我国国际商事法庭相关规定在两个方面存在模糊之处：一是管辖权问题，二是外国仲裁或调解机构能否纳入“一站式”争议解决机制。参考其他国家国际商事法庭做法，为改善我国国际商事法庭受理案件较少的境况，结合国际包容性原则，我国可采取下述改进措施。

在管辖权方面，我国可以考虑取消国际商事法庭受理案件的“标的额为人民币 3 亿元以上”的规定，通过“最低诉讼费用”来调控法庭受理案件的数量。诚然，我国对国际商事法庭受理的案件金额设置最低标的额规定，目的在于减轻法院负担，集中法院资源审理重大国际商事案件。然而，标的额本身不是衡量案件是否重要的唯一标准，有些案件虽然争议金额不大，但可能涉及新的法

---

[95] See Alyssa S. King and Pamela K. Bookman, Traveling Judges, 116(3) *The American Journal of International Law* 477, 511 (2022).

[96] See Dennis Byron, ‘Foreign Judges on Domestic and Regional Courts: The Difference between What Matters and What Seems to Matter’ in Anna Dziedzip and Simon N. M. Young (eds.) *The Cambridge Handbook of Foreign Judges on Domestic Courts* (Cambridge University Press, 2023) p. 227.

律问题，例如，俄乌战争背景下的经济制裁所引发的合同无法履行问题，此类案件关涉国际商事法律的发展趋势，我国国际商事法庭应当对此作出判决。另外，国际商事主体在争议发生前或争议发生后一般均存在难以明确争议标的额的情况，一旦案件审理过程中所确定的标的额低于 3 亿元，那么法庭是否应当继续审理案件，这不仅给当事人造成困惑，也将法庭置于进退两难之地。纵观其他国家国际商事法庭，鲜少采用最低标的额要求来控制法庭受理的案件数量。考虑到我国国际商事法庭目前受理案件过少，无法在国际商事争议解决中发挥有效影响力，当前应取消标的额限制。另外，鉴于国际商事法庭法官均为选拔出来的资深法官，法院设施在全国具有领先性，案件受理费应适度高于《诉讼费用交纳办法》所规定的费用，通过设置最低诉讼费来回应国际商事案件的商事属性。

关于外国仲裁或调解机构能否纳入“一站式”平台，我国应制定外国仲裁或调解机构纳入“一站式”平台的标准，鼓励外国仲裁或调解机构在我国设立分支机构，[97]将符合资质要求的外国仲裁或调解机构纳入“一站式”平台，促进我国国际商事争议解决中心建设。值得注意的是，2023 年 12 月 29 日，最高人民法院发布《“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台工作指引（试行）》（以下简称《工作指引》），目前有十家仲裁机构[98]、两家调解机构[99]已纳入至“一站式”平台，同时规定了“一站式”平台的工作流程。但是，《工作指引》并未阐明前述仲裁或调解机构纳入“一站式”平台的选取标准，也未明确禁止外国仲裁或调解机构是否可以纳入“一站式”平台。目前纳入“一站式”平台的仲裁和调解机构主要是中国机构，该做法虽然为我国仲裁和调解机构提供了更多的业务机会，但是，该做法可能带来负面影响，即国际商事主体可能由于“一站式”平台缺少知名外国仲裁或调解机构，转而直接选择外国仲裁或调解机构解决争议，彻底放弃选择我国国际商事法庭。因此，明确外国仲裁或调解机构纳入“一站式”平台的标准，特别是要求外国仲裁或调解机构必须在我国设有业务机构，在满足资质要求后可以纳入“一站式”平台，这虽然会带来外国仲裁或调解机构与我国本土机构之间的竞争，但如果能够借此增加案源，将我国商事争议解决产业的“蛋糕”做大，则将促进我国国际商事争议解决中心的发展。

4. 优化法庭程序设计

---

[97] 在地方层面，我国上海浦东新区七届人大常委会于 2024 年 4 月 29 日表决通过《浦东新区健全涉外商事争议多元解决机制若干规定》，该法规第 5 条明确规定“鼓励境外仲裁、调解等争议解决机构设立的业务机构入驻争议解决中心并按照规定开展业务”。

[98] 十家仲裁机构是中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）、深圳国际仲裁院、北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心、中国海事仲裁委员会、广州仲裁委员会（广州国际仲裁院）、上海仲裁委员会、厦门仲裁委员会、海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）、香港国际仲裁中心。

[99] 两家调解机构是中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心。

在法庭程序方面，我国主要面临三个问题：一是是否增设英文为庭审语言，二是国际商事法庭是否坚持一审终审制，三是是否赋予当事人在离岸案件中更多的自主权。法庭程序设置固然与当事人利益息息相关，同时也应兼顾与案件有关的第三人或公共利益。

就法庭语言而言，英文是全球使用最广的语言，考虑到我国国际商事法庭法官均精通英文，增加英文为庭审语言不会对法官造成额外负担，因此，可以增设英文为法庭辅助语言，允许当事人协议选择中文或英文为庭审语言。对于当事人对庭审语言有争议的，则默认中文为庭审语言，允许外国当事人聘请同声传译或由法庭指定同声传译。如果庭审语言为英文，判决应以英文和中文作出；否则，判决则仅以中文作出，应当事人请求可出具英文副本。值得注意的是，如果判决附带英文版本，则方便向国际社会传播中国司法审判成果，扩展中国法治建设的国际影响。

在审级设置方面，考虑到多数国家的国际商事法庭均设有上诉程序以及部分当事人期待拥有上诉权来纠正初审法庭可能对其作出的不利判决，我国国际商事法庭可以赋予当事人选择权，允许当事人在诉讼开始前选择一审终审制或两审终审制。对此，我国可允许当事人在合同争议解决条款中明确审级选择；对于当事人在诉讼开始前未达成审级选择协议的，则默认为一审制，除非当事人在庭前会议中就审级问题达成二审协议。

就离岸案件的程序设置而言，我国应坚持司法公开原则，同等对待离岸案件和其他案件，兼顾国际商事法庭所承载的服务当事人利益、接受公众监督、为社会提供司法公共物品、捍卫国际商事法律秩序发展的多元价值，[100]而不是过度迎合当事人或追求法庭的短期发展。值得警示的是，投资仲裁经历了快速发展阶段之后面临着合法性危机，国际社会反思投资仲裁是否过度保护外国投资者利益而忽视了发展中国家作为东道国所应享有的规制权。[101]纵观国际商事争议解决，无论是仲裁还是诉讼，争议解决的总体结果体现了社会的权力分配、价值选择、财富分配或再分配等，关涉社会平等与公正等根本问题。[102]虽然离

---

[100] House of Commons of the UK Parliament, Open Justice: Court Reporting in the Digital Age, Fifth Report of Session 2022-23, p. 7, https://committees.parliament.uk/publications/31426/documents/176229/default/, 最近访问时间[2024 年 3 月 1 日]。

[101] Malcolm Langford and Daniel Behn, Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?, 29(2) *European Journal of International Law* 551, 552-553 (2018), pp. 552-553.

[102] Thomas Schultz and Clement Bachmann, 'International Commercial Courts: Possible Problematic Social Externalities of a Dispute Resolution Product with Good Market Potential' in Stavros Brekoulakis and Georgios Dimitropoulos (eds.) *International Commercial Courts: The Future of Transnational Adjudication* (Cambridge University Press, 2022) p. 66.

岸案件与法院地并无实质联系，但与案件有最密切联系的法院地国的利益息息相关。新加坡国际商事法庭区别对待离案案件和非离案案件，赋予当事人在离岸案件中享有案件保密申请权，这似乎无视最密切联系法院地国的司法公开原则，此等判决可能因违反公共秩序而难以在最密切联系法院地国获得承认与执行。

5.多路径推进判决在国外得到承认与执行

判决能否在国际社会得到承认与执行，是国际商事主体最为关切的要点；否则，判决将成为一纸空文，任何理性当事人均不会通过诉讼来追求缺乏执行力的判决。为推动我国国际商事法庭判决在国外得到承认于执行，我国可在多边、双边和区域层面进行谋划。

在多边层面，对于我国已签署的《海牙选择法院协议公约》，我国应加强研究批准该公约的国内法衔接问题，尽快推进公约批准工作。对于我国尚未签署的《外国民商事判决承认与执行公约》，我国可研究签署并批准该公约的必要性和可行性，从而确定下一步可采取的措施。此外，我国可在商事法院常设国际论坛（Standing International Forum of Commercial Courts）推动各国在国际商事法庭之间开展司法互助合作，包括外国法查明合作、判决的承认与执行合作、国际商事法官培训等合作，特别是推进《关于执行金钱商事判决的多边备忘录》转变为具有法律效力的协定，促进各国国际商事法庭判决在商事法院常设国际论坛各成员国之间获得相互承认与执行。

在双边和区域层面，我国可从两个方面采取措施。一方面，我国已签署 37 个民商事司法协助条约，但其中个别条约缺乏“判决的承认与执行”条款，我国可与相关国家进行磋商，补充“判决的承认与执行”条款。此外，对于尚未与我国缔结司法协助条约的国家，我国可与其开展司法互助磋商，探讨民商事判决的互惠承认与执行问题，促进达成司法协助条约。另一方面，我国可在一带一路、中国-东盟、上海合作组织、金砖国家等区域平台推进司法互助合作，特别是推动一带一路国家签署《一带一路民商事司法协助条约》，促进我国与沿线国家在司法培训、域外取证、数字化法庭建设、判决的承认与执行等方面建立全方面合作，促进一带一路国家的法治进步，改善沿线国家营商环境。

6.提升法庭的国际化建设及其国际话语建构

美国和欧盟个别主体对我国国际商事法庭的质疑和指责主要源于对我国法院和司法体系缺乏信任，我国可通过国际商事法庭的国际化建设及其话语建构，增强外国商事主体我国国际商事法庭的认知，消弭质疑和指责。在国际化建设方面，如上文所述，在一定程度上准予外籍律师代理国际商事案件，吸纳外籍

法官特别是一带一路沿线国家法官加入我国国际商事法庭的法官团队，允许符合资质要求的外国仲裁机构和调解机构加入一站式争议解决机制，必将提振国际商事主体对我国国际商事法庭的信任，提升我国国际商事法庭的公平公正形象。在国际话语建构方面，我国已加入商事法院常设国际论坛，每年均会选派最高人民法院及国际商事法庭法官参加该论坛活动，这有利于向国际社会传播我国国际商事法庭建设成果。需注意的是，商事法院常设国际论坛既面向国家开放会员，也面向机构开放伙伴关系，国际律师协会、新加坡调解中心等机构均是该论坛的合作伙伴。我国也应鼓励中华全国律师协会、中国仲裁协会、中国法学会等机构与论坛建立伙伴关系，借助论坛阐述我国国际商事法庭建设、司法改革等取得的一系列成果，同时向国际社会传达我国对全球国际商事法庭协调发展的愿景与方案，增强我国国际话语权。

五、结语

总体而言，早期英美国际商事法庭专注于诉讼专业化建设，晚近国际商事法庭则注重法庭的国际化与私人化建设，原因在于早期国际商事法庭基于本国地缘经济优势，以本国国际经贸繁荣所滋生的国际商事争议解决需求为契机，推动本国设立专门审理商事案件的法院或分庭，借此提高审判效率和质量，从而应对来自仲裁或本国内部法院系统之间的竞争。晚近国际商事法庭已呈现出追求国际商事争议解决服务产业化的发展方向，旨在将本国建为国际商事争议解决中心或借此吸引外资、推动本国经济发展。晚近国际商事法庭制度建设更多借鉴了普通法系和国际商事仲裁制度特征，呈现国际化与私人化发展趋势，这虽然在短期内激励国际商事法庭在制度建设方面进行变革创新，但同时可能引发国际商事法庭之间、国际商事法庭与仲裁之间的恶性竞争，甚或损害司法的公共性及其公共产品价值。

在当前国际商事诉讼产业化的发展趋势下，我国国际商事法庭受理的案件数量有限，无论是推动全球国际商事法庭制度变革还是影响未来国际商事法律发展，均无法与我国的经济体量和一带一路争议解决需求相匹配。对于我国国际商事法庭所面临的六项具体挑战，我国应以“相对独立性”和“国际包容性”为原则，注重法律职业共同体建设，汇聚中外法律智慧与法律资源，在试点开放我国法律服务业、适当引入外籍法官、加强法庭的确定性和可预期性、优化法庭程序设计、多路径推进判决在国外得到承认与执行、提升法庭的国际化建设及其国际话语建构方面作出探索。同时，我国应注意防范全球国际商事法庭制度激进发展可能带来的管辖权冲突及其他负面效应，积极参加商事法院常设国际论坛，推动全球国际商事法庭制度建设的协同发展。

The Global Evolution of International Commercial Courts and China's Response

[**Abstract**] The global development of international commercial courts can be divided into two stages. Early international commercial courts (EICCs), embedded in geo-economic advantages, pursued providing professional service of adjudication so as to improve trial efficiency and quality. Recent established international commercial courts (REICCs) borrowed the design of common law system and arbitration mechanism, presenting the trend of internationalization and privatization, in order to build the state as a regional or global dispute resolution center. Meanwhile, REICCs safeguarded the underlying economic activities by proffering the rule of law. It is not denied that REICCs facilitated dispute resolution for international commercial parties via litigation, however, that may result in racing to the bottom or even worse damaging the publicity of justice or the attribution of justice as public goods. China was late to start the construction of international commercial courts. Restricted by China's legal regime, China was conservative in designing the structure of Chinese international commercial courts (CICCs). Due to the limited number of cases heard by the CICCs, China could not play a leading role in global development of international commercial courts or shoulder the responsibility of pushing forward the development of international commercial courts. Therefore, China should adhere to the principles of relevant independence and international inclusiveness, give international commercial courts room for exploring reform and innovation, pool legal wisdom and resources from China and abroad, establish international commercial courts in Hong Kong and Macao, and actively explore reform plans and development paths. At the same time, China should uphold judicial openness and multilateral consultation mechanisms to delimit the boundaries between international commercial litigation and arbitration, and promote the coordinated development of international commercial courts in international society.

海南自贸港国际商事调解机制完善研究

陈世阳，孟国碧[①]

摘要：2018 年，海南经济特区建立 30 周年，中共中央、国务院支持海南全面深化改革开放，海南自贸港建设正式开启。近年来，海南自贸港建设卓有成效，对外开放水平、吸引外资能力大幅提升，国际商事纠纷日益复杂多样。调解有利于维护当事人之间的合作关系，本身具备经济性、高效性、灵活性、保密性、自主性等特征，在海南自贸港国际商事纠纷解决中优势突出。并且根据《服务贸易总协定》第 22 条“磋商”和第 23 条“争端解决和实施”，调解更适合解决服务贸易纠纷，契合了海南自贸港重视服务贸易的特色。同时海南自贸港丰富多样的商事纠纷、制度创新的极大自由度等独特优势，将为我国发展国际商事调解机制提供高质量的试点经验。《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）国际商事调解中心调解规则（试行）》是海南现行最全面、具体的商事调解规则，基于此规则并结合目前实践，对比世界先进的国际商事调解机制，虽然当前海南自贸港的国际商事调解机制取得较大进步，但是仍无法满足需求。首先，适用范围模糊，对于“国际性”、“商事争议”的认定存在缺陷，明确适用范围是机制构建的首要任务，与国际贸易的可靠性和可预测性相关联。其次，调解协议的跨国执行机制不完善，目前海南自贸港调解协议的强制执行需通过司法确认制度，从根本上削弱了调解高效、低成本的优势，不符合海南自贸港的开放地位及国际商事纠纷繁杂的背景。此外，调解员资格认证机制缺失，无法确保调解员的专业水平，进而影响调解的效果、质量和公信力。今后应借鉴域外经验，结合自贸港现状，从以下方面予以完善。首先，确定“国际”及“商事”之内涵和外延以明晰适用范围，参照《新加坡调解公约》，以“营业地”来确定“国际性”，排除消费、继承、家庭和就业相关的争议。其次，基于自贸港改革高地的特性，顺应国际商事调解发展趋势，赋予调解协议直接执行力，吸引更多国际商事纠纷当事人选择调解机制。此外，借鉴香港、新加坡经验，由政府引导，民间推动，形成统一的调解员分级认证机制。并且制定调解员行为规范，纳入定期考核，以此更好的规范海南自贸港内调解员的行为。最后，依靠自贸港现有的国际商事调解机构，设立自贸港国际服务贸易专

[①] **[作者简介]**陈世阳（1999 年 1 月-）,男，浙江绍兴人，广东财经大学法学院国际法学专业硕士研究生，E-mail:csyang0101@163.com;孟国碧（1969 年 12 月-），女，广东财经大学法学院教授，硕士生导师，厦门大学法学博士，中国国际经济法学会理事，E-mail:mengguobi@sina.com。

门调解办公室，并且建立完善的调解规则和程序，并在其中充分体现服务贸易特色。在统一的调解员分级认证机制中，设立服务贸易专门调解员资格认证制度，进行服务贸易针对性培训及考核。

关键词：海南自贸港；国际商事调解；跨国执行机制；调解员认证机制

2018 年 4 月 13 日，习近平总书记在庆祝海南建省办经济特区 30 周年大会上郑重宣布，党中央决定支持海南全岛建设自由贸易试验区。这标志着海南自由贸易港（下称“海南自贸港”）建设正式开启，随后，《海南自由贸易港建设总体方案》于 2020 年 6 月 1 日出台。自 2018 年以来，海南自贸港建设稳步推进，对外开放逐步深入，吸引外资、对外贸易卓有成效。随之而来的是海南自贸港的国际商事纠纷大幅增加，案件的复杂性也不断提升。若没有配套有效的纠纷解决机制，将阻碍自贸港国际一流法治环境的营造。海南自贸港自建设以来，一直重视商事纠纷解决机制构建，《海南自由贸易港法》、《海南自由贸易港建设总体方案》、《海南省多元化解纠纷条例》三个文件为海南自贸港多元化商事纠纷解决机制奠定了基础。调解是海南自贸港构建多元化商事纠纷解决机制的重要内容。相比仲裁、诉讼，调解具备低成本、高效率、多合意、少强制的特点，亦凸显东方“以和为贵”的传统文化，有助于当事主体平和化解分歧、维持稳定合作关系。[②]国际调解协会对 20 余个法域 150 多名代表的调查表明，过半数当事人在纠纷导致法律行动之前，渴望尽可能早地使用调解机制以化解纠纷。由此可见调解在处理国际商事纠纷中的巨大潜力。海南自贸港目前的国际商事调解机制，还无法满足现实需求，随着海南自贸港改革开放的不断全面深化，借《新加坡调解公约》推行之势，海南自贸港国际商事调解机制的完善势在必行。

一、海南自贸港国际商事调解机制的发展动因

（一）自贸港国际商事纠纷复杂多样

随着贸易便利化、投资便利化政策逐步落地，海南自贸港对外贸易和吸收外资的能力不断加强。截止 2023 年，海南自贸港外商直接投资近 5 年年均增长 66%[③]；2022 年，海南省

[②] 参见郭子平：《我国国际商事调解特区立法：问题争议、解决机制及制度贡献》，《深圳大学学报(人文社会科学版)》2023 年第 40(04)期，第 13-25 页。

[③] 参见《近五年海南自贸港外商直接投资年均增长 66%》，海南省人民政府网，https://www.hainan.gov.cn/hainan/zxztc/202304/56f4b3e206aa4482baaa3bcf435c89d4.shtml，最后访问日期：2024 年 4 月 3 日。

新设外商投资企业 1320 家[④]。随着海南自贸港商事往来更为活跃，外商数量大幅增长，国际商事纠纷不可避免的大幅增加。以知识产权纠纷为例，2024 年海南自贸港知识产权法院受理各类知识产权案件 1009 件，案件数量大幅提升[⑤]，涉外案件明显增多，较 2023 年增长 48.84%。此外，根据海南省高级人民法院发布的 2023 年典型案例分析来看，计算机软件开发、网络著作权保护、反不正当竞争、反垄断等标的数额较大、疑难复杂案件的数量明显增加。[⑥]商事争议的妥善解决，对于海南自贸港优化营商环境尤为重要，是商业健康运转以及商业关系维持和睦的关键。

营利是商事行为的主要目的，商事法律关系所保护的价值取向即为利益。因此，商事法律关系主体在从事以营利为目的的行为时所采取的对抗行为的主张和方式极具营利性特征。[⑦]基于此，商事纠纷对抗性相对较弱，其往往企图寻求一种更为灵活且经济高效的纠纷解决方式来节省成本并且维持双方“共赢”的商业关系。除此以外，海南自贸港的商事纠纷的跨地域性也十分突出，来自全球各地的商主体，文化内涵各不相同，受地域、文化等传统因素钳制较深的纠纷解决方式难以发挥自身全部作用。该特征使纠纷主体寻求一种更为灵活的纠纷解决方式，通过国际惯例、商业习惯等途径来寻求达成共识以解决纠纷。

调解，相比于其他通行的纠纷解决方式，其独特优势能够有效满足海南自贸港国际商事纠纷解决的需求。调解过程中，当事人的自主合意贯彻全程，调解本身具备的经济性、高效性、灵活性、保密性等特征，能够有效帮助纠纷当事人降低成本、提高效率，并通过自主非对抗来维持双方的良好合作关系。因此，海南自贸港国际商事纠纷的解决离不开国际商事调解机制。

（二）自贸港凸显服务贸易特色

《海南自由贸易港建设总体方案》明确大力发展旅游业、现代服务业和高新技术产业构

[④] 参见《海南实际使用外资规模稳步增长》，中华人民共和国国家发展和改革委员会官网，https://www.ndrc.gov.cn/xwdt/ztzl/dfwwzjyzf/202302/t20230220_1348941.html，最后访问日期：2024 年 4 月 3 日。

[⑤] 参见《海南自由贸易港知识产权法院两年受理各类案件 956 件》，海南省人民政府网，https://www.hainan.gov.cn/hainan/zymygxwzxd/202301/d915afacaca84bc1882aff8cb076bacb.shtml，最后访问日期：2024 年 4 月 3 日。

[⑥] 参见《海南自由贸易港知识产权法院发布 2023 年度典型案例》，海南省自由贸易港网，https://www.hnftp.gov.cn/xwzx/ywsd/202401/t20240108_3565863.html，最后访问日期：2024 年 9 月 11 日。

[⑦] 参见王琦：《海南全面深化改革进程中的国际商事纠纷调解机制研究》，《海南大学学报(人文社会科学版)》2019 年第 37(03)期，第 116-123 页。

建现代产业体系，突出“减少跨境服务贸易限制”、“推进服务贸易自由便利”等政策，那么海南自贸港将迥异于以货物贸易为亮点的其他自贸试验区，形成以服务贸易为重点的特色。随着自贸港政策红利不断释放，依靠《海南自由贸易港跨境服务贸易特别管理措施（负面清单）等政策，服务贸易作为海南自贸试验区最亮丽的禀赋发展迅速。2023 年，自贸港服务贸易增长 29.6%，远高于货物贸易的 15.3%。[⑧]

《关于争端解决规则与程序的谅解协议》(以下简称为 DSU)确立的统一争端解决机制适用于国际服务贸易争端解决，同时《服务贸易总协定》（以下简称为 GATS）第 22 条“磋商”和第 23 条“争端解决和实施”是专为服务贸易争端解决设置的条款。GATS 第 22 条、第 23 条将三种争端解决方式中的磋商置于仲裁和申诉之前，充分体现了服务贸易的特点。实践中，鲜有提交 DSB 的服务贸易争端，由于服务贸易往往援引框架性协议，权利义务关系模糊，并且 DSB 服务贸易争端案例欠缺，致使 DSB 管辖的服务贸易纠纷极少。由此看来，海南自贸港产生的服务贸易纠纷更适合使用与 DSB 的磋商最为接近的调解，寻求双方共赢的解决方案。

（三）自贸港具备试点优势

2018 年 6 月中央提出支持优质国内调解机构开展涉“一带一路”国际商事调解。2019 年 8 月 7 日，我国作为首批国家之一签署《新加坡调解公约》。以上均表明我国完善国际商事调解机制的需求和决心。国际商事调解可以减少当事人商业关系因纠纷而终止的情况，以达成商事纠纷当事人实现“双赢”局面，并节省解纷成本。[⑨]完善国际商事调解机制于现阶段的我国而言势在必行。《新加坡调解公约》作为第一个专门适用于国际商事调解的多边条约，是调解在国际商事争端解决方面的重大突破，我国虽未正式批准，但签署行为已表明我国发展国际商事调解机制的倾向，可乘发展国际商事调解的国际东风，积极借鉴以《新加坡调解公约》和《国际商事调解示范法》为主体的国际通行做法。但是，需要注意的是，目前国际商事调解的国际通行做法如同其他国际商事纠纷解决手段一样，均由西方发达国家主导。若一味行“照搬主义”，则不利于构建国际经济新秩序。应结合我国国情，根据我国经济、政治、文化、社会特征，形成具有中国特色的服务对外开放、与国际接轨的国际商事调解机制。

[⑧] 参见《海南以自贸港建设引领“大开放大改革”》，海南省自由贸易港网，https://www.hnftp.gov.cn/xwzx/ywsd/202407/t20240710_3695428.html，最后访问日期：2024 年 9 月 12 日。

[⑨] 参见杜军：《我国国际商事调解法治化的思考》，《法律适用》2021 年第 01 期，第 150-156 页。

海南自贸港作为全面深化开放的新高地，积极落实贸易、投资自由便利化等政策，顺应国际趋势。因此，自贸港内商事纠纷往往呈现高度的国际性、复杂性、专业性，大量集中于贸易、投资、金融、知识产权领域，对于完善国际商事调解机制是完美的研究素材和实践基地。同时，根据《海南自由贸易港建设总体方案》，海南自贸港具备制度创新的极大自由度。根据《中国自由贸易试验区发展报告（2023）》，2022 年中国自贸试验区累计形成了 260 项改革试点经验，并推广至全国。因此，海南自贸港在制度创新试点方面具备天然优势，有助于完善我国国际商事调解机制。

二、海南自贸港国际商事调解机制的现状与困境

近年来，海南自贸港聚力打造国际商事调解新高地，国际商事调解机制取得了显著发展。《海南省多元化解纠纷条例》作为构建国际商事纠纷多元化解决机制的框架性法律文件，保障了自贸港国际商事调解机制的有序建设。到目前为止，海南自贸港共成立国际商事调解机构四家。其中，海口国际商事调解中心大力推行合作备忘录模式，与琼港澳三地紧密合作；三亚国际商事调解中心积极汲取国际先进经验，与国际仲裁中心、国际调解中心等机构加强了合作交流。除此以外，海南自贸港各国际商事调解组织聘请了包括退休法官和资深律师在内的众多调解员，涵盖了电子商务、投资、金融等多个专业领域。这一系列的发展进步显示出海南自贸港正积极打造一个高效和专业的国际商事调解环境，以满足不断增长的国际商事活动及其纠纷解决的需求。

目前，我国尚无专门的国际商事调解立法，国际商事调解机制更多的依靠地方立法和调解机构自行制定的规则。《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）国际商事调解中心调解规则（试行）》（下文称《海南国仲院调解规则（试行）》）是海南现行最全面、具体的商事调解规则，基于此规则并结合目前海南自贸港国际商事调解实践，对比世界先进的国际商事调解规则尤其是《新加坡调解公约》，目前海南自贸港国际商事调解机制尚无法满足海南自贸港建设为世界最开放自贸港的目标，海南自贸港国际商事调解机制尚存缺陷。

（一）国际商事调解机制适用范围模糊

构建国际商事调解机制，首先需要明确国际商事调解的适用范围即何为“国际”？何为“商事”？首先，对于“国际性”的认定标准，《海南国仲院调解规则（试行）》尚未有相

关规定，只能参考我国现行法律对私法关系涉外性的认定标准[10]。然而，国际机制应当是超越国别性的且是国家间相互承担公正解决之义务的机制，有别于传统意义上的仅靠一国以“涉外性”作为国内民商事关系的延伸。[11]与此不同，《新加坡调解公约》第 1 条明确了“国际性”的认定标准，其将“营业地”作为首要标准，同时以“和解协议义务履行地”和“最密切联系地”作为辅助认定标准。而我国现行法律对“涉外性”的认定标准并不包含“营业地”。

其次，对于“商事”即“商事争议”的界定，《海南国仲院调解规则（试行）》未明确界定“商事争议”的内涵、外延，仅在第 2 条以描述性文字“合同纠纷和其他财产权益纠纷等”对商事争议进行解释。与此不同，《新加坡调解公约》明确将调解协议限定为具有“商事性”的调解协议，同时采取负面清单的方式明确界定商事争议范围。相比《新加坡调解公约》，《海南国仲院调解规则（试行）》的适用范围远大于《新加坡调解公约》。

明确国际商事调解机制的适用范围是机制构建的首要任务。当前海南自贸港各个国际商事调解中心均受理国际和国内商事纠纷，但根据自贸港目前适用的法律规定，国际、国内商事调解协议在效力认定及执行方面均非完全一致，若不能将两者合理区分，将可能导致混淆，不利于国际商事纠纷的高效解决。同时，国际商事调解机制适用范围的明确性还与国际贸易的可靠性和可预测性相关联，模糊的适用范围将阻碍海南自贸港国际商事调解机制乃至自贸港经济贸易的发展。

（二）调解协议的跨国执行机制不完善

目前，《海南国仲院调解规则（试行）》对调解协议的强制执行未做相关规定，海南自贸港尚且未对国际商事调解协议的强制执行机制进行改革创新。我国调解协议的强制执行需通过司法确认制度，现规定当事人可向法院申请对调解协议进行司法确认，由法院依法审查、决定最终是否予以确认。法院确认与否的法律依据主要来源于《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 358 条。而“商事和解协议的强制执行在我国的司法适用上尚处于混乱状态”[12]，在司法实践中，对于许多经调解机构达成的调解协议，司法部

[10] 参见王国华，施长艳：《<新加坡公约>与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道》，《中国海商法研究》2023 年第 34(02)期，第 37-48 页。

[11] 参见黄进，宋连斌：《国际民商事争议解决机制的几个重要问题》，《 政法论坛》2009 年第(04)期。

[12] 参见孙志煜，沈旦：《浅议“一带一路”背景下国际商事和解协议的强制执行效力》，《法治论坛》2021 年第 2 期，第 165-177 页。

门仍持保留态度。[13]通常，法院确认调解协议的申请主要来自于与法院有诉讼调解衔接合作的调解机构。而对于其他非合作关系调解机构的调解协议，法院在处理时，将进行深入的实质审查包括对调解协议的合法性、效力的审查。调解协议的司法确认制度，大幅增加了调解协议的执行成本，国际商事调解协议的跨境执行则更甚，当事人将花费更多的时间、精力，这从根本上削弱了调解高效、低成本的优势。基于海南自贸港国际商事纠纷繁杂的背景，这无疑将阻碍调解于国际商事纠纷中发挥应有之优势，阻碍纠纷当事人选择调解机制来处理国际商事纠纷进而影响国际商事纠纷的高效解决，且最终影响海南自贸港多元化解纠纷机制的发展、一流营商环境的营造。

《新加坡调解公约》规定了国际商事调解协议的直接执行机制。调解协议若符合公约适用范围、形式条件且不具有拒绝准予救济的理由，即应按照“本国程序规则”并根据本公约规定的条件执行和解协议。对比《新加坡调解公约》，完善海南自贸港国际商事调解机制需要考虑是否设置对调解协议的确认程序、调解协议执行的审查标准以及防范虚假调解套利的问题[14]。以上问题，在根本上是考虑是否要直接赋予未经公权力审核的意思自治下的私权利文书强制执行力，即在海南自贸港法治化不足的背景下，权衡“意思自治”之利益和风险。

（三）调解员资格认证机制缺失

在国际商事调解领域，商事调解的专业性、复杂性和国际性要求调解员具备卓越的专业素养。调解员不仅需要掌握处理国内民商事纠纷的基础技能，还应具备出色的外语能力、跨文化沟通技巧，并对不同法律体系的构造与特点有深入理解。例如，在跨文化交流中，不同国家和地区的谈判风格存在显著差异，该文化因素会在调解过程中影响调解员与各方的互动，影响建立三方信任、理解各方的需求与利益、以及掌握谈判策略等方面。在商事调解较为发达的地区，调解员的资格认证是商事调解机制的最为关键的配套制度之一。

我国针对调解员的现行规定主要存在于人民调解制度中。近年来，人民调解员的选拔标准不断细化，培养制度和评价体系也更为科学化。但是，人民调解员的培养方案与选拔标准与国际商事调解对调解员的要求不相匹配。同年，7 家国际商事仲裁及调解机构机构作为首批次被纳入了“一站式”国际商事争议多元化解决机制，但 7 家机构并未设定统一的调解员标

[13] 参见王国华，施长艳：《<新加坡公约>与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道》，《中国海商法研究》2023 年第 34(02)期，第 37-48 页。

[14] 参见王国华，施长艳：《<新加坡公约>与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道》，《中国海商法研究》2023 年第 34(02)期，第 37-48 页。

准及认证机制。[15]为了适应多元化纠纷解决机制的发展，我国近年来成立了多个国际争端解决机构，海南自贸港作为改革开放先锋地，现已经成立了中国贸促会、海南国际仲裁院、三亚和海口国际商事调解中心四家国际调解机构，极大促进了自贸港国际商事调解机制的发展。尽管如此，海南自贸港内国际商事调解机构仍未建立统一的调解员资格认证机制。因此，海南自贸港国际商事调解员资格认证制度仍缺乏统一的资质标准，无法确保调解员的专业水平，进而影响调解的效果、质量和公信力。

三、完善海南自贸港国际商事调解机制的建议

（一）明晰国际商事调解机制的适用范围

《新加坡调解公约》与我国法律就调解协议的“国际性”认定标准不同，主要是因为在国际上，调解的统一机制构建尚处初期，中国的国际调解机制并未处在领先地位，缺乏相关法律规范。在多数国家，调解仍处于初级阶段，具有国际商事调解具体法律规则的国家则少之又少。目前，各国主要根据国际私法中的涉外性标准来判断调解协议的国际性。但国际机制应超越国别，由各国共同承担公正解决的义务，不应仅限于一国内部民商事关系的延伸。因此，明确我国国际商事调解的国际性认定标准变得尤为重要。[16]近年来，海南自贸港致力于打造国际商事调解新高地，出台《海南省多元化解纠纷条例》，成立四个国际商事调解机构，并探索建立了诉调、调仲的无缝对接机制。这些发展为确定“国际性”的认定标准提供了必要的法治环境。相比目前我国以法律关系要素认定商事调解国际性的做法，《新加坡调解公约》的国际性认定标准更适合商事调解的特性。首先，商事调解尊重意思自治，赋予当事人最大的自主性，调解可以在任何国家进行，因此确定调解地点较为困难。其次，商事调解协议与调解地的法律并非一定有直接且实质的联系，实践中协议的履行地通常是执行地，而执行地的法律是审查协议的依据。因此，海南自贸港的商事调解规则应参照《新加坡调解公约》，以“营业地”来确定“国际性”。

至于“商事争议”，《新加坡调解公约》采用了狭义解释，排除了经由法院批准或在法院相关程序过程中订立的调解协议、可在该法院所在国作为判决执行的调解协议和已记录在

---

[15] 参见杨安琪，杨署东：《我国商事调解机制与<新加坡调解公约>对接的现实困境及其破解路径》，《河南财经政法大学学报》2022 年第 37(02)期，第 75-84 页。

[16] 参见王国华，施长艳：《<新加坡公约>与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道》，《中国海商法研究》2023 年第 34(02)期，第 37-48 页。

案并可作为仲裁裁决执行的调解协议。此举旨在防止调解协议在跨国执行时与相关的司法及仲裁程序发生效力上的冲突，同时提高公约的针对性，节省司法资源，并专注于解决由独立调解产生的调解协议在跨国执行上的难点。除此以外，公约也未将劳动和一般民事纠纷纳入调整范围。《新加坡调解公约》此种对商事争议类型的明确界定有助于建立专门的商事调解机制。[17]因此，海南自贸港国际商事调解机制对商事争议的范围界定应借鉴《新加坡调解公约》，排除消费、继承、家庭和就业相关的争议。同时，还可以参考 2021 年新版《联合国国际贸易法委员会调解规则》，进一步阐释“商事争议”，以期包含所有实质性国际商事纠纷。

（二）赋予调解协议直接执行力

不同于《新加坡调解公约》赋予国际商事调解协议直接执行力的规定，我国法律规定调解协议需通过司法确认制度才能获得强制执行力。鉴于此，海南自贸港在制定国际商事调解规则时，需确定是否采纳《新加坡调解公约》中的直接执行机制。有观点认为，鉴于我国国际商事调解制度的现状和当前我国法治环境，完善国际调解协议的执行制度时，应融入现行的司法确认制度。同时，考虑到《新加坡调解公约》未来的正式批准和实施，应简化调解协议的审查机制。[18]这样与我国国情更为契合，有助于避免法律移植过程中的冒进，防止理论与实践的脱节。然而，我国作为《新加坡调解公约》的首批签署国，表明了商事调解机制国际化的决心和信心，因此全面接轨《新加坡调解公约》仅是时间问题。更为重要的是，《新加坡调解公约》赋予国际商事调解协议直接强制执行力之举将从根本上改善商事调解在国际上落后仲裁的现状，更加充分的发挥国际商事调解高效的优势。海南自贸港作为全面深化改革开放之先锋，在国际商事调解机制的完善上也走在全国前列，对国际商事调解协议实行直接执行机制，将吸引更多国际商事纠纷当事人选择调解机制，推动完善自贸港内多元化纠纷解决机制，促进自贸港国际商事纠纷的解决。

关于执行救济的审查标准，《新加坡调解公约》第 5 条对缔约国可拒绝执行调解协议的事由做出了规定。公约规定拒绝执行的事由较多，具体事由的理解和适用还需缔约国通过立法或司法解释来明确。因此，海南自贸港在完善国际商事调解执行机制时，应结合实际情况，通过立法或司法解释来明确拒绝执行境外调解协议的标准。鉴于我国国际商事调解制度尚且

[17] 参见范愉：《商事调解的过去、现在和未来》，《商事仲裁与调解》2020 年第(01)期，第 126-141 页。

[18] 参见郭子平：《我国国际商事调解特区立法：问题争议、解决机制及制度贡献》，《深圳大学学报(人文社会科学版)》2023 年第 40(04)期，第 13-25 页。

存在较大不足的，相关审查机构可能对《新加坡调解公约》中可拒绝执行的事项理解不足。因此，可以考虑在国际商事调解领域引入拒绝执行逐级报告制度，保障当事人权益。[19]同时，执行机制的完善还需要配套机制的支持，如完善案外人救济措施、预防和补救虚假调解的机制以及针对国有企业的保护机制等。[20]

（三）政府民间合力构建统一的调解员分级认证机制

我国现行调解机制更多的依托法院，其行政性色彩较为浓厚，与商事调解尊重意思自治的本质不相符合。基于此，海南自贸港在制订调解员认证模式时应着重考虑维持、发展调解的民间性，这也符合海南自贸港深化市场化改革的内涵。新加坡、我国香港的调解员认证机制较为成熟，且两地文化背景与我国具有一定的相似性，值得我国借鉴。香港的调解员认证机构香港调解协会（HKMAAL）采用行业主导的调解员认证模式，HKMAAL 的设立建议最初是由香港律政司牵头设立的调解专责小组提出的，但自始至终官方对 HKMAAL 的设立并未有过实质性的介入，HKMAAL 是由香港调解机构、仲裁机构以及律师界联合推动设立的一个非官方的机构。[21]相比新加坡由新加坡法律部根据《2017 调解法》第 7 条的授权指定的新加坡调解员认证机构新加坡国际调解协会 SIMI，香港调解员认证机构的设立模式更具备民间性质。而在认证方案方面，新加坡的调解员认证方案更为规范和缜密。其分为四级调解员，认证要求中包含调解课程、调解实践以及考试。实际上，新加坡并无专门规定商事调解员资格的法律规范。因此，新加坡的调解员并非全部经过认证。但根据《2017 年调解法》第 12 条规定，原则上只有经过指定提供调解服务的机构或经过认证的调解员进行调解所达成的调解协议，才能被记录为“法院命令”即具备强制执行力。而新加坡国际调解协会的认证即为指定的认证。

因此，海南自贸港可授权一个政府机构负责自贸港内调解认证的推动工作而不进行实质参与，由该机构引导自贸港内律师协会、行业协会、仲裁、调解机构等民间力量，合力推动形成统一的海南自贸港调解员认证机制。并且通过对调解员进行分层次认证来确保调解员的专业性，对最高级别的调解员或者对分设的国际调解员在外语能力、跨文化理解能力及针对

---

[19] 参见彭真明，肖玲：《<新加坡调解公约>与海南自贸港商事调解规则的构建》，《海南大学学报(人文社会科学版)》2022 年第 40(03)期，第 40-46 页。

[20] 参见王宇石：《我国自由贸易试验区商事调解制度的优化与创新——以<新加坡公约>为背景》，《求索》2022 年第 5 期，第 170-17 页。.

[21] 参见唐琼琼：《<新加坡调解公约>背景下我国商事调解制度的完善》，《上海大学学报(社会科学版)》2019 年第 36(04)期，第 116-129 页。

不同法系的掌握程度方面提出额外要求。并且，由该机构认证的调解员必须遵守该机构制定的调解员行为规范，且将此作为定期考核的参考依据，以此更好的规范海南自贸港内调解员的行为。

（四）设立自贸港国际服务贸易专门调解办公室与调解员队伍

海南自贸港以服务贸易为特色推动了自贸港服务贸易的快速发展，使得自贸港国际服务贸易纠纷的解决更为紧迫。在解决上文所述的自贸港国际商事调解机制困境的基础上，可以通过构建自贸港国际服务贸易专门调解办公室与调解员队伍，来针对性解决自贸港国际服务贸易纠纷。

首先，设立自贸港国际服务贸易专门调解办公室。自贸港内现有国际商事调解机构四家，可依靠现有国际商事调解机构较为成熟的运转机制、调解规则和程序、专业人员团队，以及场地和设施，将自贸港国际服务贸易专门调解办公室内设于其中。国际服务贸易调解办公室应具备相对独立性，以此确保其在处理纠纷时的公正性和高效性。国际服务贸易调解办公室还应建立完善的调解规则和程序，并在其中充分体现服务贸易特色，在国际商事调解中心调解规则的基础上对何谓服务贸易纠纷、选任调解员时应优先考虑擅长服务贸易的专家、调解方式与调解员权利义务应与服务贸易相契合、调解地点应选择在自贸港国际商事调解中心等作出明确规定。其次，设立自贸港服务贸易专门调解员队伍。在统一的调解员分级认证机制中，设立服务贸易专门调解员资格认证制度，进行服务贸易针对性培训及考核。通过服务贸易专门调解员资格认证的调解员，将被自贸港国际服务贸易专门调解办公室优先选任。除此以外，统一的调解员认证资格培训、考核中，也应加强对服务贸易的重视。

结语

海南自贸港自 2018 年启动建设以来，积极落实多元化商事纠纷解决机制，聚力打造国际商事调解新高地。海南自贸港作为我国对外开放程度最高的地方，其商事关系错综复杂，且具备极强的国际性。而调解作为非诉讼纠纷解决方式，与诉讼、仲裁相比具备成本低、效率高的特征。更为重要的是，调解突出自主性，符合商人逐利之特征，在维护商事纠纷当事人之间良好的商业关系、达成“共赢”之目标方面有重要优势。因此，海南自贸港完善国际商事调解机制是自贸港建设应有之义。当前，海南自贸港国际商事调解机制存在着较大缺陷，其适用范围模糊、调解协议跨境执行机制不完善、调解员资格认证机制缺失。在《新加坡调

解公约》推行、国际商事调解跨越式发展之际，海南自贸港完善国际商事调解机制刻不容缓。基于海南自贸港自身情况，借鉴域外经验，应确定“国际性”认定标准及界定“商事争议”范围以明确国际商事调解机制的适用范围、赋予国际商事调解协议以直接执行力、构建统一的调解员认证机制、设立自贸港国际服务贸易专门调解办公室与调解员队伍。目前，我国已签署《新加坡调解公约》，公约虽尚未在我国生效，但我国发展国际商事调解机制已势在必行。利用海南自贸港改革创新之优势，试点完善国际商事调解制度，为在全国范围内推广复制做好充分准备。以此，更好的服务海南自贸港乃至我国社会主义现代化国家的建设。

国际商事仲裁中禁诉令的应用问题研究

林雨涵*

（甘肃政法大学 涉外法治学院 甘肃 730000）

[摘要] 尽管申请平行程序并不等于滥用程序，但其确有重复劳动，增加成本，危害仲裁裁决效力的风险。而在对抗平行程序的各种救济手段中，禁诉令具有融合各手段，应用范围广等优势，对于仲裁当事人来说，在国际商事仲裁中如何应用禁诉令来防止其利益受到平行程序的不利影响是值得思考的问题。为此，有必要提出应用禁诉令的策略，其要旨正在于保障禁诉令之目的可实现，效力不落空。

[关键词] 国际商事仲裁；平行程序；仲裁协议；禁诉令；应用策略

Study on the Application of Anti-suit Orders in International Commercial Arbitration

Lin Yuhan

(Gansu University of Political Science and Law, 730000, Gansu, China)

Abstract: Although an application for parallel proceedings does not amount to an abuse of process, it does carry the risk of duplicating efforts, increasing costs and jeopardising the validity of the arbitral award. Among the various remedies against parallel proceedings, injunction has the advantages of integration of various means and wide scope of application, etc. For the parties to the arbitration, how to apply the injunction in international commercial arbitration to prevent their interests from being adversely affected by the parallel proceedings is a question worthy of consideration. For this reason, it is necessary to propose a strategy for the application of an injunction, the purpose of which is to ensure that the purpose of the injunction can be achieved and its effects are not frustrated.

Key words: International commercial arbitration; parallel proceedings; arbitration agreement; injunction; application strategy

* 林雨涵，男，浙江舟山人，甘肃政法大学涉外法治学院硕士研究生，研究方向：国际经济法、国际私法。

一、 问题的提出

按照国际仲裁的一般理论，当事人一旦达成仲裁合意，即意味着任何一方均负有不可对仲裁事项提起诉讼的消极义务。[1]〔84〕但是，若当事人对仲裁裁决持有悲观的预期时，可能会寻求诉讼等平行程序来试图先行作出判决以获得既判力保护。在存在有效的仲裁协议的前提下，申请平行程序往往会导致重复劳动或司法资源的浪费，也会损害仲裁裁决的效力及可执行性。

本文讨论的禁诉令是较广义的禁诉令，[①]即在管辖权冲突的情况下，由法院或仲裁庭发布的禁止当事人提起或者继续平行程序的令状。目前国际仲裁的实践中，为保障仲裁程序的完整性和仲裁裁决的可执行性，不乏请求颁布禁诉令以排除平行程序干扰的情形。如，在 Niagara 海运公司诉天津港铁集团及太平保险湖北分公司诉 Starlight Shipping 公司海上货物运输合同纠纷中，英国法院以提单中含有并入租船合同约定的仲裁条款为由，向我国当事人签发禁诉令，限制我国当事人在中国法院进行诉讼。[②③]而我国《仲裁法》对这一制度的规定则尚属空白，仅在 2021 年颁布的《仲裁法》修订草案（下称《仲裁法》草案）第四十三条中做出对“行为保全”等“临时措施”的规定，[④]在实践中，人民法院则一般援引《民事诉讼法》中的行为保全制度作为禁止当事人提起平行程序的依据，但与《仲裁法》规定相比，也未有进一步解释。鉴于上述实践和立法现状，禁诉令具有怎样的优势，禁诉令的效果为何，当事人如何应用禁诉令都是目前需要回答的问题。

二、 禁诉令的地位

要理解国际商事仲裁中的禁诉令的运行逻辑，首先要确定禁诉令在众多救济手段和不同法律体系中处于何种地位。

1. 禁诉令在救济手段中的地位

为了对受到平行程序影响的仲裁进行救济，当事人可能有如下几种救济：管辖权异议、程序合并、损害赔偿和禁诉令。

①管辖权异议、程序合并和损害赔偿的局限

---

① 狭义上的禁诉令是指存在管辖权冲突时，由法院或仲裁庭发布的禁止当事人提起或继续平行诉讼的令状，仅仅包含禁止当事人进行诉讼行为的意图，禁止的客体不包含平行的仲裁、调解等争端解决程序。最广义的禁诉令还包括禁执行令等针对临时措施的禁令。

② Niagara Maritime SA v Tianjin Iron & Steel Group Company Limited, [2011] EWHC 3035 (Comm).

③ Starlight Shipping Co v Tai Ping Insurance Co Ltd (Hubei Branch), [2007] EWHC 2409 (Comm).

④ 《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》第四十三条：“当事人在仲裁程序进行前或者进行期间，为了保障仲裁程序的进行、查明争议事实或者裁决执行，可以请求人民法院或者仲裁庭采取与争议标的相关的临时性、紧急性措施。临时措施包括财产保全、证据保全、行为保全和仲裁庭认为有必要的其他短期措施。”

管辖权异议是最直接的方式，具有《纽约公约》，[①]2006 年的《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（下称《示范法》）[②]的规定的支持，[2]〔20〕但因诉讼时间、诉讼成本和诉讼风险的种种考虑，当事人往往并不乐意单独使用该手段，当法院收到管辖权异议时，也并不总是驳回或中止诉讼。[③④]

程序合并则是指将多个关联程序合并为一个单一程序进行审理。但首先，该方式的应用范围明显较其他方式狭窄，仅仅可以将平行的关联仲裁作为合并仲裁的对象。其次，程序合并不能创设新的程序，这意味着其只能在各个仲裁地申请。这可能在双方当事人间产生新的争端，不能解决程序拖延的问题。

损害赔偿的局限在于部分法院认为法院选择条款是程序性的，[⑤]并不赋予因违反该条款而获得损害赔偿的权利。[3]〔162〕而且如不结合以行为强制，该手段纯为事后救济。

②禁诉令的优势

对于希望避免平行程序产生负面影响的当事人来说，申请禁诉令似乎是一个合适的答案，甚至有法院在案件中指出，“禁诉令是对被告违约的唯一有效救济”。[⑥]

禁诉令与上述各个救济手段并不冲突，相反，先行取得禁诉令可以为上述救济手段提供支持。首先，禁诉令之直接效果即为阻止或撤回平行程序，这和管辖权异议之效果一致。其次，禁诉令可以将损害赔偿作为后续救济，且违反禁诉令而承担损害赔偿的理由比违反仲裁协议而承担赔偿义务的理由更可能得到公共政策的支持，尤其在禁诉令的签发地。部分国家甚至将违反禁诉令的行为列为犯罪而予以制裁，这种强制力是单就违约事由申请赔偿难以企及的。最后，相较于申请合并平行仲裁，禁诉令的应用范围更广，因为在国际民商事争端中，“诉”的外延广泛，除了最狭义的诉讼，有时针对仲裁程序的禁仲裁令，甚至针对执行程序的禁执行令也会被纳入广义的禁诉令范畴。并且

---

① 《承认及执行外国仲裁裁决公约》第二条第三款：“当事人就诉讼事项订有本条所称之协议者，缔约国法院受理诉讼时应依当事人一造之请求，命当事人提交公断，但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限”

② 《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第八条：“(1) 就仲裁协议的标的向法院提起诉讼时，一方当事人在不迟于其就争议实体提出第一次申述时要求仲裁的，法院应让当事人诉诸仲裁，除非法院认定仲裁协议无效、不能实行或不能履行。(2) 提起本条第 (1) 款所指诉讼后，在法院对该问题未决期间，仍然可以开始或继续进行仲裁程序，并可作出裁决。”

③ Gergel v. High View Homes, LLC (Colo. Ct. App. 1999)

④ Dodwell & Co. v. Moss Sec., XIX Y.B. Comm. Arb. 615 (Australian Fed. Ct. 1990);

⑤ Wells v. Entre Computer Centers（933 F.2d 1253. 1991）

⑥ CONTINENTAL BANK N.A. v. AEAKOS COMPANIA NAVIERA S.A. And OTHERS [1994] 1 Lloyd's Rep. 505

相较于程序合并可能产生新的争议而导致仲裁程序不能继续进行，禁诉令由于并不影响原本仲裁协议选定的仲裁地、仲裁机构、仲裁规则等核心意思表示，往往不影响仲裁程序径自进行。

2. 禁诉令在不同法律体系中的地位

既有的国际规则将禁诉令作为临时措施对待。《示范法》第 17 条即对仲裁庭有权采取的临时措施做出列举。其中第（2）款的（a）（b）两项按照其文义可以被解释为仲裁庭可以采取包括禁诉令在内的程序措施。[①]

在我国，2019 年生效的《内地与香港保全安排》第一条将大陆的财产、证据、行为保全制度作为香港的“强制令以及其他临时措施”的对称；[②]当需要签发禁诉令时，我国人民法院一般援引我国《民事诉讼法》一百零三条规定的行为保全制度来作为依据。[③]我国最高人民法院在 2020 年度“中国法院十大案例”的康文森公司与华为专利纠纷一案（下称“康文森公司案”）中就裁定作出“具有‘禁诉令’性质的行为保全”。[④]我国香港在国际商事仲裁在临时措施的分类上采取了《示范法》第 17 条的规定，且在其《仲裁条例》第 609 章援引《示范法》第 17 条时，加上了所列举临时措施包括强制令的注释。[⑤]这些都说明我国既有实践倾向于认定禁诉令属于临时措施之一种。

作为临时措施，禁诉令在仲裁中往往以中间裁决（Interim Award）的形式作出，中间裁决是否和终局裁决（Final Award）一样具有既判力尚有争议，《纽约公约》并未对此问题作出明确回答，因

---

① 《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法（2006 年修正）》第 17 条第（2）款：“临时措施是以裁决书为形式的或另一种形式的任何短期措施，仲裁庭在发出最后裁定争议的裁决书之前任何时候，以这种措施责令一方当事人实施以下任何行为：(a)在争议得以裁定之前维持现状或恢复原状；(b)采取行动防止目前或即将对仲裁程序发生的危害或损害，或不采取可能造成.这种危害或损害的行动;(c)提供一种保全资产以执行后继裁决的手段;或(d)保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。”

② 《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》：第一条：“本安排所称‘保全’，在内地包括财产保全、证据保全、行为保全；在香港特别行政区包括强制令以及其他临时措施，以在争议得以裁决之前维持现状或者恢复原状、采取行动防止目前或者即将对仲裁程序发生的危害或者损害，或者不采取可能造成这种危害或者损害的行动、保全资产或者保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。”

③ 《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零三条：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。”

④ 华为技术有限公司等与康文森无线许可有限公司确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷案，最高人民法院（2019）最高法知民终 732、733、734 号之二民事裁定书

⑤ 《香港仲裁条例》第 609 章第六部第 35 条第（2）款：“藉第 (1) 款而具有效力的《贸法委示范法》第 17 条所提述的临时措施，须解释为包括强制令，但不包括第 56 条所指的命令。”

此寻求禁诉令承认和执行的当事人并不能和对待终局裁决一样援引《纽约公约》以支持自己的主张。一些法域也认为禁诉令并不属于《纽约公约》调整范围之内，在这些法域，禁诉令的承认和执行一般从国内法中寻找依据。[4]〔130〕

但在不同法律体系中，禁诉令或被划入行为保全制度的范畴，或被划入中间禁令范畴。行为保全是大陆法系的制度，例如德国的保全程序（假扣押和假处分）。中间禁令则属于英美法系的制度，且是禁诉令制度的直接渊薮。[5]〔57〕中间禁令和行为保全措施毕竟存在差距，有学者认为，行为保全属于临时措施；而发轫于英美法系的禁诉令则是中间禁令，属于一种程序性救济，具有实体法意义。[6]〔175〕从制度效果来看，行为保全制度一般并不涉及对于他国司法管辖权的评价，但禁令（尤其是禁诉令）则往往涉及对域外司法管辖权的挑战。[7]〔98-99〕禁诉令在各个法律体系中的不同定位，最终将影响禁诉令的签发和审查。

三、禁诉令之效果分析

1. 禁诉令的直接效果

①平行程序之弊端

一般认为，当事人选择国际商事仲裁的理由是其具有中立性、强制力、灵活性、高效性、保密性等特点，平行程序影响的主要是国际商事仲裁的强制力、高效性和保密性。

平行程序的结果可能在不同法域被承认和执行。即使在仲裁地，基于既判力原则，平行程序得出结论的情况下，仲裁裁决的承认和执行空间很可能被平行程序的结果所挤占。[8]〔207〕而在平行程序的所在地，仲裁裁决的承认和执行则会更困难。①

对于大多数寻求平行程序的当事人来说，诉诸平行程序可能会拖延仲裁程序，增加诉讼费用，从而达到促使仲裁申请人放弃仲裁而达成和解的目的，避免可能收到不利裁决的风险。[9]〔206〕如在著名的 West Tanker 案中，②欧洲法院废除了英国法院颁发的禁诉令，导致平行程序得以继续，平行程序的发起一方得以成功拖延仲裁进程的结果。③

此外，平行程序中产生的证据或披露的文件将跨越程序起到作用，事实的承认或责任的承担不会因为平行程序的结束而终止。

---

① 《承认及执行外国仲裁裁决公约》第五条：“裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时，始得依该造之请求，拒予承认及执行：……”

② Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc. (C-185/07)

③ 此案当事人使用的拖延策略被称为“意大利鱼雷”策略，系取鱼雷子母弹的含义，一弹先行而另一弹滞后。作为诉讼策略解释时，是指在当时的欧盟法律体系下，当事人利用“先行判决优先”的原则和意大利冗长缓慢的诉讼程序，在意大利先行诉讼，以拖延仲裁的启动乃至妨碍仲裁裁决的生成和执行。

②禁诉令能够直接对平行程序发挥作用

有效的禁诉令通过对被执行人科以义务，来实现杜绝或限制平行程序弊端的效果。从对被申请人行为要求的角度，传统观点将禁诉令分为禁止性禁诉令与强制性禁诉令两种类型。前者阻止被申请人启动或继续平行程序，即平行程序的中止效力；后者则要求被申请人主动撤回或停止已经启动的平行程序，即平行程序的终止和撤销效力。[10]〔96〕

2.禁诉令的间接效果

正如美国法院在有关禁诉令的案件中所承认："期待外国法院不因为美国签发的禁诉令而不感觉到受冒犯几乎是不可能的。"[11]〔312〕涉及跨国平行程序的禁诉令本身就构成对于外国司法主权的一种挑战，可以想见其在域外试图获取承认和执行中将会面对怎样的阻力。而且禁诉令的被执行一方也可能向接收禁诉令的法院申请反制措施。

但是，即使在上述情况下，禁诉令也可能发挥一些作用。第一，在国际商事仲裁语境下，签发禁诉令的机构往往是仲裁地的法院或直接是仲裁庭。而在仲裁地选取时，当事人往往会选取那些有利于仲裁裁决得到承认和执行的司法管辖区，甚至直接选取仲裁标的之所在地作为仲裁地。禁诉令至少意味着仲裁地对于平行程序的态度是否定的，所以该平行程序形成的裁决将不能通过承认和执行程序中的管辖权审查，因而无法执行。

第二，被申请人不遵守禁诉令义务的行为可能还会导致申请人的"追击"。首先，基于前述理由，在执行问题上申请人很可能会主动向法院申请禁执行令。其次，在部分法域，不遵守禁诉令的行为意味着被申请人明显违反了仲裁协议，申请人可以基于违约事由申请损害赔偿。[12]

四、禁诉令的应用策略

在各国经济下行，经贸摩擦不断增强的大背景下，跨境纠纷中我国企业或个人遭遇平行诉讼的情况也不断增多。基于平行程序可能存在的弊端，当有遭遇平行程序风险时，当事人可以考虑应用禁诉令来规避。具体而言，有以下几点策略。

1. 事前保障禁诉令的可用性

①保障仲裁程序的单一性

在草拟仲裁条款时，当事人应考虑到出现相关争议的可能性，并相应调整争议解决条款以便条款具有程序上的排他性或至少能够保证多个程序可以合并。例如，当事人可以明确相关合同具有关联性，任何争议都应在仲裁程序中解决。另一种选择是，在多个仲裁程序中出现共同的法律或事实问题，或请求权产生于相同交易的情况下，约定允许合并仲裁程序。[13](124)此类约定，不仅能够对当

前签订合同的相对人产生不得诉诸平行程序（或合并平行程序）的约束力，也能对潜在的合同受让人产生得以应用禁诉令的效力。如在 Hai Jiang 1401 Pte. Ltd. v Singapore Technologies Marine Ltd.案中，[①]新加坡法院支持 Sea Premium Shipping Ltd v Sea Consortium Pte Ltd 一案所发轫的原则，[②]认为尽管禁诉令申请人并非仲裁条款或专属管辖条款的缔约方，但因其为仲裁条款或专属管辖条款的受让人，仍有权主张外国诉讼程序违反基础合同中的仲裁条款或专属管辖条款，从而获取法院对禁诉令申请的支持。

②合理选定仲裁准据法

首先，在大部分法域，并不是所有争议都可以提交仲裁。比如在大多数欧盟国家，消费者争议属于“不可仲裁的事项”。[1]〔112〕仲裁裁决争议被认定为“不可仲裁的事项”的后果是仲裁裁决很可能依据《纽约公约》或各国仲裁法被撤销或不承认。[③]所以，合理选定仲裁适用的法律以涵摄可能出现的争议是比较明智的做法。

其次，选择合适的仲裁准据法也有助于禁诉令的顺利签发。一些司法管辖区甚至可能为仲裁地处于外国的仲裁颁发禁诉令，如英国上诉法院裁判的 RusChemAlliance LLC v. Linde Gmbh, Linde Engineering 案。[④]该案中上诉法院提出了英国法院是“合适法院”，有权颁布禁诉令的三条理由：第一，仲裁的准据法是英国法；第二，法国法院存在承认外国法院颁发的禁诉令的先例；第三，仲裁地的法国法院不会颁发禁诉令。相较于本案中英国法院为外国仲裁颁布禁诉令“保驾护航”的少见判决而言，上述条件并不严格。

③审慎选定仲裁地

仲裁地的选定对仲裁的各方面都有着重要影响，在禁诉令的应用中也是如此。首先，仲裁地的法院或者仲裁机构本身对于禁诉令的适用越熟悉，对于仲裁协议的解释越宽泛，公共政策越支持仲裁，则禁诉令申请越容易得到批准。其次，鉴于禁诉令申请时往往处于紧急情况，当事人可能希望尽早颁发禁诉令以阻却平行程序，选择认可紧急仲裁员制度的仲裁地和仲裁机构会更有利于降低风险。再次，选择在国际经济贸易中更具地位的仲裁地和仲裁机构，也更有利于禁诉令的执行。如在英国法律中，除非自愿接受惩罚，否则不遵守禁诉令的当事人将被禁止涉足英国，鉴于英国在经贸

① Hai Jiang 1401 Pte. Ltd. v Singapore Technologies Marine Ltd. [2020] SGHC 20

② Sea Premium Shipping Ltd v Sea Consortium Pte Ltd [2001] EWHC 540

③《承认及执行外国仲裁裁决公约》第五条：“……二．倘声请承认及执行地所在国之主管机关认定有下列情形之一，亦得拒不承认及执行公断裁决：（甲）依该国法律，争议事项系不能以公断解决者；（乙）承认或执行裁决有违该国公共政策者。”

④ RusChemAlliance LLC v. Linde Gmbh, Linde Engineering [2023] EWHC 2145 (Comm)

领域的重要地位，漠视英国签发的禁诉令对于国际商事主体来说显然是不明智的举动。[14]〔141〕

2. 应用时需考虑多种执行进路

如果在仲裁过程中，对方当事人发起平行程序，希望进行仲裁的一方当事人当然可以采取申请禁诉令的方式以防止平行程序的进行。但为了保证仲裁程序的正常进行，当事人可以配套地采取更多措施。

①做好域外法查明工作

应当在全面充分查明域外法的基础上制定策略。比如，在签发地和仲裁地、标的所在地并不一致的情况下，当事人可以援引国际条约和互惠原则以便利禁诉令的送达，为其承认和执行做铺垫。此外，禁诉令承认和执行涉及受送达地法院的禁诉令审查制度，在此一方面，国际上多数法院采取以下五项标准：[15]〔88〕第一，当事人之间具有有效仲裁协议；第二，法院地与仲裁具有足够联系；第三，平行程序和仲裁讨论的是同一争端；第四，平行程序被证明是极大损害公平原则、不合理且缠诉、严苛的；[5]〔127〕第五，申请禁诉令需要进行利益平衡的考量。比如仲裁机构可能会对比临时措施对两方的影响，判断申请者遭受的负面影响是否显著大于被申请者遭受的负面影响。①针对上述五项标准，当事人可以向平行程序所在地提交相应的证据材料以保证禁诉令能够得到承认和执行。

②以财产保全作为配套措施

此外，禁诉令的申请人如果发现域外被申请人在受理禁诉令申请地的财产，应当及时申请保全。这样才能确保在禁诉令签发后，最大限度限制外国被申请人在境外启动平行程序，掌握跨境争议纠纷中的主动权。如在轩辉公司诉智利南美轮船公司系列案中，②南美轮船公司即在宁波海事法院的第一份生效判决作出之前，在英国法院对轩辉公司申请了所谓的“全球冻结令”，冻结轩辉公司在全球范围内的财产。[16]〔16〕

3、事后保证禁诉令目的得以实现

①积极主张损害赔偿或制裁

禁诉令意味着签发地法院对于平行程序的否定态度。至少在签发地，平行程序的结果不能得到

① 《2018 香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第 23.4 条 a 款: “……损害较临时措施对其所针对的一方可能造成的损害显为严重；……”

② 参见宁波海事法院（2013）甬海法商初字第 508 号民事判决书、（2013）甬海法商初字第 512 号民事判决书、（2013）甬海法商初字第 513 号民事判决书、（2013）甬海法商初字第 514 号民事判决书、（2013）甬海法商初字第 515 号民事判决书、（2013）甬海法商初字第 516 号民事判决书、（2013）甬海法商初字第 523 号民事判决书、（2013）甬海法商初字第 525 号民事判决书；上海海事法院（2013）沪海法商初字第 1177 号民事判决书；广州海事法院（2013）广海法初字第 116 号民事判决书；武汉海事法院（2012）武海法商字第 00972 号民事判决书。

承认和执行。在对方当事人并不遵守禁诉令的情况下，根据签发禁诉令的主体不同，当事人可就禁诉令提出的主张也不同。

不遵守仲裁庭的命令可能会对最终裁决的结果产生负面影响，但如果一方当事人认为该仲裁庭做出的任何裁决都不会得到执行，那么他可能会拒不遵守仲裁庭签发的禁诉令，而大多数仲裁庭无权对不执行裁决的行为进行金钱制裁，但可以要求抗辩方承担其他程序产生的所有额外费用。[8]〔207〕而通常情况下，受理平行程序的法院既不会执行限制其管辖权的禁诉令，也不会对不遵守此类命令的国民实施处罚。申请人常援引法院签发的禁诉令主张损害赔偿或金钱制裁，范围往往限于被申请人在签发地的财产。[8]〔207〕

②利用禁令攻防战促使和解

如果对方当事人在域外获得了反禁诉令。仍可以在国内申请进一步的“反”反禁诉令予以对抗，反禁令的签发意味着对方很可能面临平行程序的成本落空和遭遇不利仲裁裁决的双重风险。鉴于申请和挑战禁令的较高成本，被卷入“禁令——反禁令”大战的不利预期也有可能迫使对方作出让步，达成和解。[8]〔208〕此类实践国内已有相近先例，如 2008 年，武汉海事法院首次签发海事强制令，要求申请人撤回向美国法院申请的财产保全措施。①2017 年，武汉海事法院签发海事强制令，责令克利伯租船公司立即向香港高等法院撤回禁诉令。②但是在这一情况下，有涉外业务、海外资产、有出入境需求的企业或个人要做好预案，避免因域外法院的强制措施而陷入被动境地。

五、 结语

诚然，国际商事仲裁是对当事人较为经济有效，保密性更强的选择，但在实践中，当事人也可能基于在争端解决程序中可能取得更大经济利益的预期而诉诸平行程序。讨论如何应用禁诉令以排除国际商事仲裁中的平行程序弊端，对于合理运用禁诉令，维护仲裁程序完整性，保障仲裁效率，避免重复劳动和资源浪费具有重要意义。在适用禁诉令时，当事人应当明确把握禁诉令的效果，并依据禁诉令之效果制定申请前、申请时和签发后可行的应用策略以发挥禁诉令的直接和间接效果，削弱平行程序给国际商事仲裁带来的不利影响。

---

① 参见（2008）武海法强字第 5 号裁定书，转引自张振宇，蒋煜文：《禁诉令与反禁诉令——涉外商事纠纷司法管辖权之博弈（上）》，载金诚同达官网，https://www.jtn.com/CN/booksdetail.aspx?type=06001&keyid=000000000000000007336&PageUrl=majorbook&Lan=CN，2024 年 6 月 5 日访问。

② 华泰财产保险有限公司深圳分公司、克利伯租船公司船舶租用合同纠纷，武汉海事法院（2017）鄂 72 行保 3 号其他民事裁定书。

参考文献

[1] [美]加里·B.博恩.国际仲裁：法律与实践[M].白麟，陈福勇等译.北京：商务印书馆.2015

[2] Arsic, Milica. (2016). Anti-Suit Injunctions In International Arbitration. Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, 2016, 17-31.

[3] 胡海龙.选择法院协议损害赔偿救济的法理基础与实践进路[J].法律适用,2022,(12):161-172.

[4] 栗婕.论国际商事仲裁平行程序中的禁诉令[J].仲裁研究,2023(01):126-135.

[5] 江伟,肖建国.民事诉讼中的行为保全初探[J].政法论坛,1994(03):56-59+80.

[6] Strong, S. I. (2018). Anti-suit injunctions in judicial and arbitral procedures in the united states. American Journal of Comparative Law, 66(Supplement), 153-180.

[7] 杜焕芳,段鑫睿.跨国禁诉令中国际礼让的角色和适用[J].中国高校社会科学,2023(04):96-110+157.

[8] Baade, H. W. (1980). An overview of transnational parallel litigation: recommended strategies. Review of Litigation, 1(2), 191-210.

[9] Mange, Flavia Foz. (2010). Anti-suit injunctions in international arbitration: protecting the procedure or pushing the settlement. Dispute Resolution International, 4(2), 191-218.

[10] 胡海龙. 国际商事仲裁中的禁诉令研究[D].华东政法大学,2024.

[11] Tan, Daniel. (2005). Anti-suit injunctions and the vexing problem of comity. Virginia Journal of International Law, 45(2),283-356.

[12] 熊晨. 论违反选择法院协议的损害赔偿救济[D].苏州大学,2021.

[13] Alex, Fawke. Albert, Monichino. (2012). Parallel Litigation and Arbitration: Abuse of Process?, Asian Dispute Review, 14, Issue 4, 121-125.

[14] 傅攀峰.国际商事仲裁中的禁诉令：特殊性及其应对[J].河北法学,2021,39(08):132-145.

[15] 张先春,殷越.国际平行诉讼背景下禁诉令签发条件的考量——以华为公司诉康文森公司案为例[J].人民司法,2023,(25):87-92.

[16] 曾二秀.中英选择管辖协议效力及执行比较研究——基于轩辉国际物流有限公司与智利南美轮船有限公司三法域诉讼案的分析[J].中国海商法研究,2018,29(04):15-27.

海南自由贸易港构建多元化国际商事争端解决机制的文献综述研究及现代化建设路径

孙雅兰*

武汉大学国际法研究所

内容摘要：海南自由贸易港作为中国深化改革开放的新高地，其多元化争端解决机制的建设对提升区域经济竞争力和吸引外资具有重要意义。围绕海南自贸港构建多元化商事争端解决机制的相关文献，分析国内外相关经验和研究成果。国内其他地区如上海、重庆、广东等地的自贸试验区开展了构建多元化国际商事争端解决机制的一系列尝试，为海南自贸港提供了参考。在国际经验方面，北美自由贸易区、东盟自由贸易区、新加坡以及香港等地的国际商事争端解决实践提供了丰富的借鉴。此外，对接“一带一路”倡议、国际商事法庭以及其他区域性争端解决机制能够提升海南自贸港的国际竞争力。基于海南自贸港现有国际商事争端解决机制中的不足，未来应进一步借鉴国际经验、创新本地实践，通过转型升级为自贸港国际商事法庭、构建多元化国际商事解纷中心、加强国际与区际合作等，构建高效、公正、透明的多元化国际商事争端解决机制，营造国际化、法治化的自贸港营商环境。

关键词：海南自由贸易港 国际商事调解 国际商事争端解决机制 国际商事法庭

引言

随着全球经济一体化的深入发展，国际贸易和投资活动日益频繁，由此产生的商事纠纷也日益增多。在此背景下，建立有效的多元化国际商事争端解决机制成为提升自由贸易港法治环境和营商环境的重要任务。海南自由贸易港（以下简称“海南自贸港”）作为中国深化改革开放的新高地，其建设不仅关乎区域经济的发展，也是国家对外开放战略的重要组成部分。因此，如何建立一个高效、公正、国际化的商事争端解决机制，是海南自由贸易港可持续发展的关键。本文旨在综合分析和总结现有文献中关于海南自由贸易港应当如何建立多元化国际商事争端解决机制的研究成果，以及相关的国内外自贸试验区（港）和区域贸易协定的建设经验等，以期为相关的制度建设和政策制定提供一定的理论支持和实践指导。

一、研究背景

中国对自贸试验区（港）的战略布局，反映了中国商事争议解决体系现代化的共同努力。

* 孙雅兰，女，汉族，武汉大学法学院博士研究生，研究方向：国际经济法、国际投资法，15235127071，1179557747@qq.com。

[①]例如，在“一带一路”倡议下设立中国国际商事法庭，在自由贸易试验区（港）内进行重大制度创新与改革，以及受《新加坡调解公约》影响的商事调解的发展。近年来，各个自贸试验区已着手建立多元化争议解决机制（DDRM），旨在将诉讼与其他争议解决方式相结合，以提高其争议解决制度的效率和灵活性。[②]海南自由贸易港的建设是中国进一步深化改革、扩大开放的重要举措。随着《中华人民共和国海南自由贸易港法》的颁布，海南自由贸易港的法律保障制度初成雏形，立法保障和法律体系建设逐步完善。该倡议中强调了多元化国际商事争端解决机制的重要性，以有效处理潜在的冲突，确保各项投资和贸易得到保护。[③]基于这些目标，海南自贸港需要构建更加完善的多元化国际商事争端解决机制，包括完善国际商事纠纷集中审判机制，创新国际商事仲裁和调解等非诉解决方案等[④]，从而为国际贸易和投资创造一个稳定和有吸引力的法治环境。因此，如何在海南自贸港内建立一个与国际经贸规则对接且具有中国特色的多元化国际商事争端解决机制，成为学术界和实务界关注的焦点。

二、国内外相关文献综述

中国自贸试验区（港）在构建国际商事争端解决机制方面，通过设立国际商事法庭和参考仲裁与调解的域外实践，展现了其与国际标准接轨的努力。未来，中国自贸试验区应继续借鉴国内外先进经验，优化和创新国际商事争端解决机制，促进区域经济一体化和全球经贸合作的深化发展。

（一）海南自贸港构建国际商事争端解决机制相关问题研究

通过对现有相关文献的对比分析可以看出，海南自贸港在多元化国际争端解决机制的建设上已经取得了一定的进展，但仍存在一些亟待解决的问题。例如，现有的国际商事调解和仲裁机制尚不完善，法治保障体系需要进一步加强，商事调解和仲裁的专业化、国际化水平有待提升。

1. 海南自贸港的法治化营商环境建设

海南自贸港的法治化营商环境建设是其吸引国际投资和促进经济发展的关键。邓和军

---

① See Dream Zhou, China’s 21 Free Trade Zones, 2024-05-12, https://msadvisory.com/china-free-trade-zones/,visited on 20 September 2024.

② See Jie Zheng & Li Chen, A Diversified Dispute Resolution Mechanism for Settling International Commercial Disputes in China,3 Digital Economy, Sustainability and International Economic Law Current and Future Developments in Law 138-162(2023).

③ See OUYANG SHIJIA, New law set to enhance free trade in Hainan port, 2021-06-11, https://global.chinadaily.com.cn/a/202106/11/WS60c2a711a31024ad0bac5042.html, visited on 20 September 2024.

④ 参见国务院：《海南自由贸易港建设总体方案》，https://www.hainan.gov.cn/hainan/zcwjztfa/202006/66ab3dab352d4a86bdfa23edd9135265.shtml，2024 年 9 月 20 日访问。

（2021）[①]在探讨《海南自由贸易港法》的基础上，讨论了商事纠纷解决机制的重要性及其在法治环境中的应用。刘道远和闫娅君（2019）[②]探讨了海南自贸港法律制度创新建设的问题与路径，强调了在政府治理和市场自治之间找到平衡的重要性。韩逸畴（2021）[③]探讨了《海南自由贸易港法》在高标准国际规则对接、事权划分、外资准入等方面的重点与难点，为理解法律如何支持纠纷解决提供了基础。此外，王蕊（2022）[④]在其研究中详细分析了海南自贸港的法律保障制度，包括授权立法、通关便利化、“零关税”政策等方面，并且对相关法律制度的创新提出了具体的建议和对策。王崇敏在其系列文章[⑤]中深入探讨了海南自贸港立法的相关问题，其认为构建多元化的商事纠纷解决机制是提升营商环境的重要组成部分，法治是建设一流营商环境和自贸港的核心，进而提出海南建设中国特色自贸港应注重法治，在参考国际成功经验的基础上，结合海南实际情况，制定适应本地发展的法律和制度。总的来说，《海南自由贸易港法》的制定与实施为多元化纠纷解决提供了法律基础和框架。

2. 海南自贸港的各项纠纷解决机制建设

海南自贸港在建立各项商事纠纷解决机制方面已经取得了一定的进展。张颖（2020）[⑥]详细分析了临时仲裁在自由贸易区内的应用，强调了其在减少国家机关责任、简化程序、降低成本方面的优势。封面（2021）[⑦]指出，《仲裁法》的滞后性显著，并且认为海南自贸港需要引入和实践临时仲裁，提出了临时仲裁合法性的补足、临时仲裁员制度等完善建议。吴茜萌（2020）[⑧]认为临时仲裁制度的建立有助于提高解决国际商事纠纷的效率和灵活性。并且提出了海南自贸港建立临时仲裁制度的初步建议，包括制定地方性临时仲裁规则和借鉴国际经验等。段嘉伟（2021）[⑨]深入分析了海南自贸港人民调解制度的创新需求，探讨了制度创新对降低纠纷解决成本和维护合作关系的重要性，为建立与国际接轨的商事调解机制提供了创新思路和实施路径。柴裕红和瞿子超（2022）[⑩]讨论了在“一带一路”背景下，海南建设国际商事纠纷解决中心的路径，并与日本国际纠纷解决中心进行比较。文章认为，海南建设

---

① 参见邓和军：《<海南自由贸易港法>纠纷解决相关规定探讨》，《海南大学学报(人文社会科学版)》2021年第4版，第93-99页。

② 参见刘道远、闫娅君：《海南自由贸易港法律制度创新建设问题探讨》，《行政管理改革》2019年第5期，第52-58页。

③ 参见韩逸畴：《海南自由贸易港建设对接高标准国际规则——重点、难点问题与解决路径》，《经贸法律评论》2021年第4期，第16-29页。

④ 参见王蕊：《海南自贸港建设的法律保障制度研究》，南京财经大学学位论文，2022年，第23—35页。

⑤ 参见王崇敏、曹晓路：《海南自由贸易港一流营商环境的法治基础》，河南财经政法大学学报2021年第2版，第34-40页；王崇敏、王明：《海南自由贸易港立法研究——以营商环境为核心展开》，《河南财经政法大学学报》 2019年第6版，第70-77页；王崇敏：《海南自由贸易港立法的总体构想》，《今日海南》 2020年第6期，第49-51页。

⑥ 参见张颖：《临时仲裁制度在我国的发展与实践——以自由贸易区（港）为切入点》，《<上海法学研究>集刊》2020年第22卷，第268-274页。

⑦ 参见封面：《海南自由贸易港临时仲裁制度研究》，海南大学学位论文，2021年，第15—28页。

⑧ 参见吴茜萌：《海南自由贸易港临时仲裁制度的构建》，《海南热带海洋学院学报》2020年第6期，第68-75 页。

⑨ 参见段嘉伟：《海南自贸港人民调解制度的创新研究》，海南大学学位论文，2021年，第20—39页。

⑩ 参见柴裕红、瞿子超：《“一带一路”背景下海南建设国际商事纠纷解决中心的路径构建——兼与日本国际纠纷解决中心之比较》，《合肥工业大学学报（社会科学版）》2022年第3版，第113-122页。

国际商事纠纷解决中心需要修改当前纠纷解决的法律规定，借鉴日本和新加坡的成功经验，适度扩大海南自贸港的授权立法范围，建立跨部门协调机制，完善多元化纠纷解决机制。此外，辜韧佳（2022）[①]探讨了海事仲裁制度在海南自贸港建设中的重要性，提出了引入临时仲裁、海事仲裁保全等创新性构想，以提升海南自贸港海事司法国际话语权。王淑敏和何悦涵（2018）[②]探讨了在海南自贸港设立国际争端调解机制的重要性，强调应当设立独立的国际商事调解中心，制定地方立法及彰显服务贸易为特色的区内国际商事调解规则。总的来说，各项商事纠纷解决机制的发展是海南自贸港法治建设的重要组成部分，通过对各项商事争端解决机制的分析，能够为构建多元化商事争端解决机制建立充分的研究基础。

3. 海南自贸港的多元化国际商事争端解决机制建设

多元化国际商事争端解决机制的构建是海南自贸港高水平开放的重要组成部分，对于提升自贸港的国际竞争力、保护投资者权益等具有重要意义。

辜韧佳（2022）[③]认为海南自贸港建设和进一步优化营商环境需要建立健全国际商事多元化纠纷解决机制。建议学习借鉴其他自贸港成功经验，对标国际规则，创新完善独具海南特色的“一站式”多元化国际商事纠纷解决机制。李猛和赵若锦（2023）[④]强调，建立健全多元化民商事纠纷解决机制是打造国际一流营商环境、加快建设海南自贸港的重要保障。应当通过完善相关立法、充分发挥调解作用、深化体制机制改革等多种途径，提升海南自贸港民商事纠纷解决的国际影响力和竞争力。 陈利强和邱梦婷（2021）[⑤]针对现有机制的不足，提出了特别授权法模式在构建多元化商事纠纷解决机制中的应用，以增强机制的适应性和灵活性。戴为卿（2022）[⑥]研究了海南自贸港发展国际商事仲裁的可行性，强调了多元化纠纷解决机制在构建高效、公正的法治环境中的重要性。王崇敏和曹晓路（2019）[⑦]提出，在海南建设中国特色自由贸易港的过程中，必须注重法治，强调法治的规范、引领和保障作用。建议借鉴香港、新加坡、迪拜等地区的成熟经验，构建统一完备的自贸港法律促进体系。

自贸试验区内单一诉讼模式、多元调整模式、协调中心模式等争端解决方式的比较研究表明，构建多元化争端解决机制应充分考虑经济、政治、文化和法律因素。应采取强调替代性争端解决机制（ADR）、各方主体共同参与的争端解决机制，将中国价值追求融入争端解

① 参见辜韧佳：《海南自由贸易港海事仲裁制度创新研究》，海南大学学位论文，2022 年，第 23—45 页。
② 参见王淑敏、何悦涵：《海南自贸试验区国际商事调解机制：理论分析与制度建构》，《海南大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 5 期，第 26-35 页。
③ 参见辜韧佳：《创新海南自由贸易港国际商事多元化纠纷解决机制研究》，《新东方》2022 年第 1 期，第 1-6 页。
④ 参见李猛、赵若锦：《海南自贸港多元化民商事纠纷解决机制现代化建设路径探索》，《武大国际法评论》2023 年第 4 期，第 141-157 页。
⑤ 参见陈利强、邱梦婷：《海南[redacted]由贸易港多元化商事纠纷解决机制构建研究》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2021 年第 2 期，第 57-65 页。
⑥ 参见戴为卿：《海南[redacted]贸港发展国际商事仲裁的可行性研究》，《珠江水运》2022 年第 13 期，第 15-17 页。
⑦ 参见王崇敏、曹晓路：《海南中国特色自由贸易港建设的法治创新与立法保障》，《江汉大学学报（社会科学版）》2019 年第 1 期，第 14-21 页。

决机制中，以促进自由贸易港建设。[①]

4. 海南自贸港与国际高水平经贸规则对接问题

就海南自贸港与国际高水平经贸规则对接而言，海南自贸港的建设需要与国际高水平的经贸规则保持一致，以增强其国际竞争力。孟广文（2021）[②]系统分析了自由贸易区的含义、类型以及发展经验，并且提出海南自贸港应成为双循环发展战略、区域全面经济伙伴关系（RCEP）和中欧投资协定（CAI）下的先行试验区和复合综合型自贸区。刘甜（2021）[③]通过对新加坡和迪拜自由贸易港的研究，认为海南应定位于“港—产—城”模式，基于区位优势、国际经验教训等，探索符合中国国情和海南发展定位的综合型自贸港，对海南自贸港构建多元化争端解决机制具有重要的参考价值。沈芳君（2022）[④]深入探讨了“一带一路”背景下涉外商事纠纷多元化解机制的实证研究，为海南自贸港提供了构建多元化纠纷解决机制的国际经验和实践案例。此外，陈瑞云（2024）[⑤]在《<新加坡调解公约>视域下海南自贸港商事调解机制创新研究》一文中研究了《新加坡调解公约》对海南自贸港商事调解的影响，提出了明确“国际性”认定标准、确立个人调解制度等建议，以推动海南自贸港商事调解机制与国际接轨。考虑到国际经贸规则的变化与发展，海南自贸港在构建多元化国际商事争端解决机制时需要更多地适应国际规则，以体现其国际性和包容性。

（二）国内其他自贸试验区构建国际商事纠纷解决机制的参考经验

国内其他自贸试验区的经验为海南自贸港构建多元化国际商事争端解决机制提供了丰富的启示。上海自贸试验区的制度创新、重庆的本地化实践，以及福州和粤港澳大湾区等地的国际化探索，均为海南提供了可借鉴的范例。此外，其他自贸试验区在与国际商事法庭、“一带一路”争端解决机制的衔接方面进行了诸多尝试，海南自贸港可以在此基础上吸收先进经验，进一步与国际规则接轨，优化其营商环境。

1. 关于中国自贸试验区构建国际商事纠纷解决机制的广泛性研究

随着“一带一路”倡议的推进和自贸试验区的建设，如何构建一个既符合国际规则又适应我国国情的多元化争端解决机制，成为了理论与实践中的一个重要课题。王子欣（2018）[⑥]提出了自贸试验区投资争端解决机制进行立法先行、多元化机制构建和投资争端预警机制

① 参见梁旋、吴兴光：《自由贸易港多元化争端解决机制建构研究》，《价格月刊》2019 年第 12 期，第 90-94 页。
② 参见孟广文：《国际经验对海南自由贸易港规划建设的启示》，《资源科学》2021 年第 2 期，第 217-228 页。
③ 参见刘甜：《国际经验视角下海南自由贸易港建设研究》，天津商业大学学位论文，2021 年，第 28-45 页。
④ 参见沈芳君：《“一带一路”背景下涉外商事纠纷多元化解机制实证研究》，《法律适用》2022 第 8 期，第 55-65 页。
⑤ 参见陈瑞云：《〈新加坡调解〉公约视域下海南自贸港商事调解机制创新研究》，《新东方》2024 年第 1 期，第 15-20 页。
⑥ 参见王子欣：《“自贸区 3.0 时代”投资争端解决机制探究》，《青春岁月》2018 年第 9 期，第 183 页。

的建议，以打造稳定的投资环境。孙南翔（2019）[①]详细探讨了中国自贸试验区仲裁制度的创新发展及其面临的挑战，从仲裁规则、仲裁机构以及司法保障等方面分析了自贸区仲裁制度的现状和未来发展方向。申林（2021）[②]研究了自贸试验区争端解决衔接机制，强调了需要整合现有争端解决方式，并探索争端预防机制，以推动自贸区争端解决机制的多元化和稳健运行。王君（2019）[③]通过分析上海等 12 个自贸试验区的实践，指出了外商投资争端解决机制在立法、执行等方面的不足，并提出了包括修改《仲裁法》等多项完善建议。郝佳艺（2022）[④]回顾了自贸试验区建设中的司法保障现状，并针对存在的问题提出了包括提升审判**犬**才专业化水平、优化送达机制等改进建议。从中可以看出，司法保障是自贸试验区争端解决机制中不可或缺的一环。此外，钱学锋等（2024）[⑤]通过系统梳理自贸试验区的制度创新成果，指出了在制度供给、改革深度等方面的问题，并提出了进一步推动高质量制度创新的途径。孙彩霞（2021）[⑥]研究了自贸试验区外商投资争端解决机制，提出了从国际投资争端解决机制的经验中学习，建立更适应中国国情的争端解决衔接机制。Kun Fan（2013）[⑦]深入探讨了中国自贸试验区内商事仲裁与调解的演变，突出了中国为使其纠纷解决实践与国际标准接轨而进行的选择性适应。作者讨论了全球规制与地方实践之间的互动，强调了非正式规范和灵活性的作用。冯硕和王誉（2022）[⑧]分析了中国自贸试验区内现有的法律框架，探讨了现行法律制度的优势与不足，并提出了优化建议。文章强调，借鉴国际经验，构建多元化、国际化的争端解决机制，是提升中国自贸试验区吸引力和竞争力的重要手段。

总的来说，构建有效的商事争端解决机制对自贸试验区的成功运行至关重要，建立和完善自贸试验区纠纷解决机制的关键在于整合资源、完善法律制度、增强调解的引导和激励机制，并借鉴国际经验构建多元化的争端解决体系。

2. 国内其他自贸试验区的参考经验

除海南自贸港以外，中国自贸试验区在国际商事争端解决机制方面的经验，主要集中在上海、天津、广东、重庆等自贸试验区。这些自贸试验区通过借鉴国际先进经验和结合自身实际情况，逐步形成了较为完善的争端解决机制。

（1）上海自贸试验区

---

① 参见孙南翔：《探索中国自由贸易试验区仲裁制度的创新路径》，《人民法治》2018 年第 5 期，第 39-41 页。
② 参见申林：《中国自贸区争端解决衔接机制研究》，山东政法学院学位论文，2021 年，第 13—30 页。
③ 参见王君：《论中国自贸区外商投资争端解决机制的完善》，西安工程大学学位论文，2019 年，第 8-23 页。
④ 参见郝佳艺：《**自**由贸易试验区建设司法保障研究》，南京审计大学学位论文，2022 年，第 15-26 页。
⑤ 参见钱学锋、**高**婉：《中国**自**由贸易试验区制度创新：特征、问题及对策》，《长安大学学报（社会科学版）》，2024 年第 3 期，第 103-124 页。
⑥ 参见孙彩霞：《中国**自**贸区外商投资争端解决机制研究》，河北经贸大学学位论文，2021 年，第 8—14 页。
⑦ See Kun Fan, Arbitration in China: A Legal and Cultural Analysis, 65 (Hart Publishing 2013).
⑧ 参见冯硕、王誉：《国际商事争议多元化解决的理论基础与体系生成——兼论上海自贸区商事争议多元化解决的改革经验》，《上海法学研究》集 2022 年第 2 卷，第 15 页。

上海自贸试验区于 2013 年 8 月 22 日成立，其争端解决机制作为自贸试验区制度建设的重要组成部分，逐渐受到各界关注。上海自贸试验区从中国双边或多边的自贸区争端解决机制中吸取经验教训，建立了透明良好的区内争端解决机制。[①]《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》对临时措施、合并仲裁、开放名册、仲裁调解、友好仲裁等仲裁制度进行了大胆而有益的实践。这些创新制度在仲裁规则中的尝试为自贸试验区仲裁制度的发展提供了新思路。[②]上海自贸试验区仲裁院在仲裁规则的基础上进行了制度创新，借鉴了国际先进仲裁机构的仲裁规则，并提出了进一步发展的建议，包括建立临时仲裁制度，引入国际先进仲裁机构，规范第三方资助仲裁中可能出现的法律问题等。[③]梁旋与吴兴光（2019）[④]探讨了自贸港多元化争端解决机制的建构，并以上海自贸试验区为例提出了相关建议，强调了在新时代背景下，自由贸易港争端解决机制创新的必要性和实践方向。邢厚媛（2014）[⑤]通过比较中国香港和新加坡自由港政策，为上海自贸试验区的政策制定提供了借鉴。文章建议学习香港和新加坡在争端解决机制方面的成功经验，提高上海自贸试验区的国际化水平。Wang Bin（2017）[⑥]讨论了在中国（上海）自由贸易试验区（SPFTZ）内建立和发展的仲裁机制，强调了仲裁为争议解决首选方法的重要性，并且认为《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》创建了一个全面且高效的仲裁机制。Villalta 等人（2017）[⑦]认为管理自贸试验区的法律框架需要明确和连贯，这对于避免投资者与东道国之间的争端至关重要。解决法律不确定性的建议包括对管辖权问题采用合理联系规则、制定更详细的法律规范，以及改革争端解决机制等。

上海自贸试验区在争端解决机制的多元化方面进行了一定的创新和发展，虽然还存在广泛的实践检验空间，但作为我国首批积极开展多元化国际商事争端解决机制建设的自贸试验区之一，其为海南自贸港完善多元化国际商事争端解决机制提供了宝贵的参考经验。

（2）重庆自贸试验区

刘建军（2020）[⑧]在《中国（重庆）自由贸易试验区发展报告》中详细介绍了重庆自贸试验区的发展历程和政策背景，强调了争端解决机制在保障投资者权益和促进经济发展中的重要性。宋云博、俞简、马寅翀等人（2020）[⑨]提出重庆自贸试验区在机构与制度已基本建立的情况下，吸收借鉴国内外各仲裁机构的实践经验，通过完善临时仲裁制度等一系列仲裁

---

① 参见朱继娟：《上海自贸区争端解决机制研究》，《现代商贸工业》2015 年第 15 期，第 41-42 页。
② 参见黄荣楠：《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则评述》，《上海对外经贸大学学报》2014 年第 6 期。
③ 参见黄惠娥：《上海自贸区仲裁制度创新的比较研究》，厦门大学学位论文，2017 年，第 6-28 页。
④ 参见梁旋、吴兴光：《自由贸易港多元化争端解决机制建构研究》，《价格月刊》2019 年第 12 期，第 90-94 页。
⑤ 参见商务部国际贸易经济合作研究院课题组,邢厚媛：《中国(上海)自由贸易试验区与中国香港、新加坡自由港政策比较及借鉴研究》，《科学发展》2014 年第 9 期，第 5-17 页。
⑥ See Wang, B., Arbitration within the China (Shanghai) pilot Free Trade Zone, 4 The Chinese Economy,274-282(2017).
⑦ See Villalta Puig, G.& Tsam Tai, S.L., China (Shanghai) pilot Free Trade Zone Investor-State Dispute Settlement: An Uncertain Experiment,The Journal of World Investment & Trade,673-711(2017).
⑧ 参见刘建军：《中国（重庆）自由贸易试验区发展报告》，社会科学文献出版社 2020 年版，第 38-65 页。
⑨ 参见宋云博、俞简、马寅翀等：《自贸区仲裁机制的探索与创新——以重庆自贸区为例》，《重庆电子工程职业学院学报》2020 年第 5 期，第 8-12 页。

机制，提高立法效率，为自贸试验区民商事纠纷解决提供了多元化制度保障。黄明楠（2022）[①]认为重庆自贸试验区由于其地缘特征和营商优势，探索临时仲裁制度的构建具有独特意义。通过分析香港、英国和新加坡自贸港的临时仲裁体系，提出了在重庆自贸区构建临时仲裁制度的具体方法和规则。钱丹（2019）[②]研究了重庆自贸试验区事中事后监管制度的构建，强调了加强监管对于规范市场行为、维护市场秩序的重要性。并且建议在监管体系中融入多元化争端解决机制，以提高监管效率和公正性。海南自贸港在构建体系化的国际商事纠纷解决机制时，可以借鉴重庆自贸试验区的经验，结合自身特点和需求，进一步加强制度创新和国际合作。

（3）其他自贸试验区的综合发展经验

福州自贸试验区借鉴了上海、天津、广东自贸试验区的先进做法与经验，着力在机制创新上求突破，营造与国际接轨的营商环境，福州自贸试验区在建立多元化纠纷解决机制时，注重国际化和专业化，并与“一带一路”战略紧密结合。[③] 粤港澳大湾区在构建多元化纠纷解决机制方面进行了大量探索，通过建立国际商事法庭、引入国际仲裁和调解机构，形成了一站式国际商事纠纷解决平台。[④]这一经验对于其他自贸试验区具有重要参考价值。王宇石（2020）[⑤]分析了中国自贸试验区国际商事调解机制的现状和问题，认为调解作为商事争议解决的一种重要方式，在自贸区试验区的应用还有待加强，建议加强调解机构建设、完善调解法规、培养专业调解员等。黄炎（2016）[⑥]探讨了天津、广东和福建自贸试验区在仲裁规则制定方面的创新，并提出在仲裁范围和机构方面的进一步开放建议，如扩大仲裁适用范围、承认临时仲裁制度等。郭子平（2023）[⑦]探讨了中国国际商事调解特区立法的现状、面临的问题和解决机制等。并且认为《深圳经济特区矛盾纠纷多元化解条例》的实施赋予了商事调解独立的法律地位，创设了若干具有引领示范效应的制度举措，对自贸试验区构建商事调解机制具有参考作用。

随着“一带一路”倡议和各类区域贸易协定的推进，中国在对外投资和吸引外资方面面临着越来越多的投资争端。建立调解、仲裁、诉讼相协调的多元化投资争端解决机制，对于提升中国在国际投资领域的竞争力和吸引力具有重要意义。[⑧]

---

① 参见黄明楠：《论重庆自贸区临时仲裁制度的构建》，西南政法大学学位论文，2022 年，第 15—32 页。
② 参见钱丹：《重庆自由贸易试验区事中事后监管制度研究》，《今日财富》2019 年第 16 期，第 50 页。
③ 参见徐勇：《借鉴上海、天津、广东自贸试验区先进经验全力推进福州自贸试验区建设》，《科学发展》2015 年第 11 期，第 42-46 页。
④ 参见柯静嘉：《一带一路”国际商事争端多元化纠纷解决机制的构建——以粤港澳大湾区为试点》，《港澳研究》2023 年第 1 期。第 51-65 页.
⑤ 参见王宇石：《我国自由贸易试验区商事调解制度的优化与创新——以<新加坡公约>为背景》，《求索》2022 年第 5 期，第 170-178 页。
⑥ 参见黄炎：《“一带一路”战略背景下中国自贸区仲裁纠纷解决机制创新研究》，《河北科技大学学报（社会科学版）》2016 年第 2 期，第 56-61 页。
⑦ 参见郭子平：《我国国际商事调解特区立法：问题争议、解决机制及制度贡献》，《深圳大学学报（人文社会科学版）》2023 年第 4 期，第 13-25 页。
⑧ 参见王炼、卢山：《建设多元化投资争端解决机制问题探究——从调解和仲裁的视角》，《知识文库》2020 年第 12 期，第 148-150 页。

3. 与“一带一路”争端解决机制、国际商事法庭等进行衔接

在“一带一路”战略背景下，中国多个自贸试验区相继设立，“一带一路”纠纷解决机制和国际商事法庭的实践为中国自贸试验区提供了宝贵的经验和启示。《China and International Dispute Resolution in the Context of the Belt and Road Initiative》一书[①]中汇集了欧洲、美国和中国等国家的法官、法律学者和实践者的观点，重点研究了“一带一路”倡议（BRI）下的国际争端解决机制的重要性及其实施路径。其中 James Crawford 指出，一个有效的争端解决机制对于“一带一路”倡议（BRI）的成功至关重要。Michael Hwang 和 Lim Si Cheng 探讨了跨境交易中的争端解决选项，认为国际仲裁是治理跨境争端的最佳选择。Petersmann 探讨了多层次贸易和投资监管的法律方法问题，认为替代性争端解决（ADR）可能成为 BRI 的重要“法律创新”之一，并强调了在争端解决中第三方介入所带来的正义和法律方法问题。张梓良（2019）[②]研究了“一带一路”倡议背景下多元化争端解决机制的法律问题，并强调了构建适应国际规则的争端解决机制的重要性。Jiangyu Wang（2020）[③]分析了“一带一路”倡议下的国际商事争端解决机制，强调了多元化纠纷解决机制在促进国际合作和保障投资安全中的重要性。黄佳贝（2021）[④]详细分析了我国国际商事争端多元解决机制的创新背景、具体举措及其国内外影响，指出了信息化技术在争端解决中的应用前景。沈芳君（2022）[⑤]深入探讨了推进我国调解、仲裁、诉讼“三驾马车”在涉外商事领域的实践与发展，提出了建设性方案，旨在向中外当事人提供多元、便捷、高效的解决途径和一站式服务。

李忠操（2022）[⑥]以国际公共产品理论为基础，探讨最高人民法院国际商事法庭的运行理论及其与“一带一路”倡议的内在联系。并且选取了域外著名的国际商事法庭，总结其建设实践，以期探究国际商事法庭构建的共性，提出了一系列优化建议。Xiangzhuang Sun（2020）[⑦]探讨了中国国际商事法庭（CICC）的设立及其在增强中国国际商事纠纷解决框架中的作用。文章强调了法庭在程序上的创新，包括数字技术的使用和外籍法律专家的引入，以确保公正和高效。Fan Kun（2024）[⑧]审视了中国商事纠纷解决机制的最新转变，重点在于仲裁实践的全球化与本地化之间的平衡。研究强调，中国正在努力使其纠纷解决机制与国际标准接轨，

---

① See Shan, W., Zhang, S., & Su, J. (Eds.), China and International Dispute Resolution in the Context of the ‘Belt and Road Initiative’,10-76(Cambridge University Press 2021).

② 参见张梓良：《“一带一路”背景下多元化争端解决机制的法律问题研究》，《湖南科技学院学报》2019 年第 12 期，第 75- 77 页。

③ See Jiangyu Wang, Dispute Settlement in the Belt and Road Initiative: Progress, Issues, and Future Research Agenda, 1 The Chinese Journal of Comparative Law, 4-28(2020).

④ 参见黄佳贝：《我国国际商事争端多元解决机制：创新、影响与展望》，《商事仲裁与调解》2021 年第 4 期,第 122-141 页。

⑤ 参见沈芳君：《“一带一路”背景下涉外商事纠纷多元化解机制实证研究》，《法律适用》2022 年第 8 期，第 55-65 页。

⑥ 参见李忠操：《最高人民法院国际商事法庭诉讼问题研究》，大连海事大学学位论文，2022 年，第 12-35 页。

⑦ See Sun, X., A Chinese Approach to International Commercial Dispute Resolution: The China International Commercial Court,8 The Chinese Journal of Comparative Law, 45-54(2020).

⑧ See Fan Kun ,Adaptations and Paradigm Shift: Recent Developments of Commercial Dispute Resolution Mechanism in China, McGill Journal of Dispute Resolution,12-20(2021).

同时保持灵活性以适应本地实践。作者讨论了非国家行为者在仲裁改革中的重要作用，并指出中国国际商事法庭在塑造跨国纠纷解决规范中的作用。

“一带一路”倡议和国际商事法庭的纠纷解决机制为中国自贸试验区构建多元化纠纷解决机制提供了丰富的经验和借鉴。

（三）国际经验参考

不同的自由贸易区在争端解决机制的构建上各有特点，这些经验为我国自贸试验区在构建多元化争端解决机制时提供了重要的启示。未来，中国自贸试验区应继续借鉴国际先进经验，优化和创新纠纷解决机制，提升国际化水平。

1. 北美自由贸易区争端解决机制

北美自由贸易区（NAFTA）是由发达国家与发展中国家组成的区域经济一体化组织，其多元化纠纷解决机制具有多套机制并存、受案范围广泛、注重私人利益保护和专家组程序设置的特点。曹平、尹少（2013）[①]指出，NAFTA 的经验对中国在自贸试验区构建多元化纠纷解决机制具有重要的启示作用，特别是在调解和仲裁的结合、专家组程序设置等方面。《北美自由贸易协定》在加拿大、墨西哥和美国之间建立了一个三边自由贸易区，强调需要一个全面的争端解决机制来管理因贸易活动增加而引起的冲突。[②]此外，王华勇（2015）[③]深入研究了北美自由贸易区争端解决机制，并对其程序规则和实践中的问题提出了改进建议，总结了北美自贸区争端解决机制的特点和实践中的经验教训。Miljkovic 等人（2013）[④]深入研究了区域自由贸易协定中争议解决体系的机制设计，强调了北美自由贸易协定中争议解决公司（DRC）内关键公司的重要性。该研究强调了使这些机制有效运作需要注意的方面，指出在贸易协定中设计争端解决制度所涉及的复杂性。John 等人（2019）[⑤]分析了北美自由贸易协议（NAFTA）和美墨加协定（USMCA）中的争端解决机制，并且探讨了它们与国家主权的关系，尤其是当争端解决涉及绕过一国法院的情况下。Davey（2005）[⑥]介绍了 NAFTA 下的争端解决机制，包括国家间仲裁、调解和专家小组裁决等多种形式，强调了机制的多样性和灵活性。NAFTA 的经验表明，多元化的国际商事争端解决机制可以有效应对复杂的国际商业纠纷。

2. 东盟自由贸易区争端解决机制

---

① 参见曹平、尹少：《北美自由贸易区经贸争端解决机制研究——兼论对中国—东盟自贸区经贸争端解决的启示》，《广西警官高等专科学校学报》2013 年第 6 期，第 64-68 页。

② See Baker, M.,California agribusiness representatives' perceptions of the North American Free Trade Agreement with implications for globalizing academic programs in Higher Education, 2 European Journal of Agricultural Education and Extension 143–148(1977).

③ 参见王华勇：《北美自由贸易区争端解决机制研究》，上海师范大学学位论文，2015 年，第 12—26 页。

④ See Miljkovic, D. & Gomez, M., A Mechanism Design of Dispute Resolution Systems in a Regional-Free Trade Agreement,1 Journal of Agricultural and Food Industrial Organization,1-17(2013).

⑤ See John S. Baker Jr. & Lindsey Keiser, NAFTA/USMCA Dispute Settlement Mechanisms and the Constitution, 50 U. Miami InterAm. L. Rev. 1, 10-36(2019).

⑥ See Davey, W. J. ,Dispute resolution in international trade agreements,2 Law and Policy in International Business, 1-28(2005).

Locknie Hsu（2013）[①]在《The ASEAN Dispute Settlement System》一书中介绍了东盟通过多个条约和协议建立了其争端解决体系，包括《东盟宪章》和《2004 年增强争端解决机制议定书》。这些机制涵盖了贸易和投资纠纷的解决，旨在促进区域经济一体化和贸易自由化。这种法律框架和解决机制可以为中国自贸试验区提供参考，以增强其国际商事纠纷解决能力。王彦志（2022）[②]讨论了在 RCEP 框架下，中国与东盟国家如何利用现有机制解决投资争端。该文提出，应积极探索多种方式结合的争端解决机制，包括调解、仲裁、诉讼等，以应对跨境投资争端。Puig 等人（2015）[③]探讨了东盟自由贸易区争端解决机制存在的问题，并提出了一种仲裁模式作为解决冲突的理想方法。文章强调了东盟自由贸易区（AFTA）下的争端解决机制的局限性和制约因素，强调在自由贸易区内建立有效和基于规则的争端解决机制的必要性。Ewing-Chow 等人（2018）[④]认为尽管东盟有多个争端解决机制，但这些机制在实践中的应用较少，大多数成员国更倾向于使用 WTO 的争端解决机制。东盟的争端解决文化强调和平手段和非对抗性，这种文化在一定程度上影响了争端解决机制的实际应用。这种文化背景对中国自贸试验区在构建和完善其争端解决机制时具有参考意义，尤其是在处理跨境贸易纠纷时。Massimo Lando（2022）[⑤]通过比较 RCEP 与 WTO 和其他自由贸易协定的争端解决条款，展示了 RCEP 在处理区域经济争端中的独特之处。并且提出 RCEP 争端解决机制（第 19 章）强调“东盟方式”，即通过灵活、共识和避免直接对抗的方式解决国家间争端。这一方法与世贸组织的争端解决机制以及其他“东盟+1”自由贸易协定相比，具有独特的优势。

通过分析东盟和 RCEP 的争端解决机制，可以看出，这些机制在法律基础设施、柔性解决方式和制度化标准等方面为中国自贸试验区提供了宝贵的经验，借鉴这些经验能够增强自贸试验区在处理国际商事纠纷中的效率和公正性。

3. 《新加坡调解公约》和新加坡国际商事争端解决机制

《新加坡调解公约》对跨境调解协议的执行提供了法律保障，推动了调解作为替代性纠纷解决方法的普及，《The Singapore Mediation Convention and International Business Mediation》一文[⑥]分析了《新加坡调解公约》及其在国际商事调解中的作用，指出该公约促

① Hsu L., 8 The Asean Dispute Settlement System, The ASEAN Economic Community: A Work in Progress, edited by Sanchita Basu Das, Jayant Menon and Rodolfo C. Severino, 382-410(ISEAS Publishing 2013).

② 参见王彦志：《RCEP 背景下中国—东盟投资争端解决机制》，《政法论丛》2022 年第 6 期，第 86-96 页。

③ See Gonzalo Villalta Puig & Lee Tsun Tat, Problems with The ASEAN Free Trade Area Dispute Settlement Mechanism and Solutions for The ASEAN Economic Community,2 Journal of World Trade,77-308(2015).

④ See Ewing-Chow, M., & Yusran, R. (n.d.). The ASEAN trade dispute settlement mechanism. In The legitimacy of international trade courts and tribunals, 365-402(Cambridge University Press 2018).

⑤ See Massimo Lando, Enhancing Conflict Resolution‘ASEAN Way’: The Dispute Settlement System of the Regional Comprehensive Economic Partnership, 1 Journal of International Dispute Settlement, 98-120(2022).

⑥ See Malacka, M.,The Singapore Mediation Convention and International Business Mediation, 2 International and Comparative Law Review,179-196(2022).

进了调解协议的跨境执行，为国际商事纠纷提供了有效的解决途径。Chong（2020）[①]认为新加坡在“一带一路”倡议中的角色不仅体现在其作为中立的争端解决平台，还包括通过建立亚洲商业法律研究所、新加坡国际商事法庭以及新加坡—中国年度法律和司法圆桌会议等，分享法律框架和争端解决经验。并且指出，新加坡的这些举措强化了其在国际商事争端解决中的地位，为中国自贸试验区提供了宝贵的借鉴。Moser 等人（2016）[②]探讨了新加坡国际仲裁中心（SIAC）在亚太地区的重要作用，分析了其高效、公正和专业的仲裁服务如何吸引国际商业纠纷在此解决。新加坡的经验显示，建立一个独立且高效的仲裁机构，并确保其裁决在国际上得到广泛承认，是构建国际商事纠纷解决机制的重要途径。Sutton 等人（2020）[③]深入分析了新加坡仲裁机制的成功经验，并探讨了其对中国自贸试验区构建国际商事纠纷解决机制的启示。文章认为，通过引入高效的仲裁程序和国际认可的仲裁规则，中国自贸试验区可以大大提升其国际商事纠纷解决能力。

4. 香港国际商事争端解决机制

香港的争端解决机制为中国自贸试验区提供了宝贵的参考，尤其是在法律框架、国际一致性和技术整合方面。通过借鉴和对接这些实践，中国自贸试验区可以增强其争端解决能力，构建更高效和投资者友好的营商环境。

Michael Hwang（2020）[④]探讨了香港仲裁在处理复杂跨境争端中的优势，包括专业法官的参与和高效的程序管理。并且认为香港仲裁法与《联合国国际贸易法委员会示范法》的一致性，提升了香港作为国际仲裁中心的地位。在其另一篇文章[⑤]中介绍了香港国际商事法庭（HKICC）的混合争端解决模式，结合了法院的权威性和仲裁的灵活性。并且强调 HKICC 在吸引国际商事案件方面的优势，尤其是其国际化的法官团队和专业化的程序。Karen Lee（2021）[⑥]探讨了在线争端解决平台在提高争端解决效率和降低成本方面的潜力，认为区块链技术在证据管理和确保数据完整性方面存在优势，并且进一步讨论了技术在促进跨境争端解决中的挑战，包括数据安全和隐私保护等。Lin（2020）[⑦]认为香港在“一带一路”争端解决中处于战略地位，尤其是在连接亚洲和欧洲市场方面。并且讨论了香港在处理“一带一路”相关争端中的优势，包括其国际化的法律环境和专业的法律服务等。Alexander（2022）[⑧]探

---

① See Chong, J.S., Dispute settlement in the belt and road initiative: Lessons from the Singapore experience, 1 The Chinese Journal of Comparative Law,30-39(2020).

② See Moser Michael & John Choong, International Commercial Arbitration in Asian Free Trade Agreements: A Case Study. 4 Journal of International Arbitration, 455-475(2016).

③ See Sutton, P. J. B., Arbitration as a dispute resolution mechanism in China’s free trade zones: Lessons from Singapore. 2 Asian Dispute Review, 25-34(2020).

④ See Hwang, M., Arbitration in Hong Kong: A gateway for international dispute resolution, 1 International Arbitration Law Review, 10-25(2020).

⑤ See Hwang, M., The Hong Kong International Commercial Court: A new frontier in international dispute resolution,4 Asian Dispute Review, 15-24(2019).

⑥ See Karen Lee, Technology and dispute resolution in Hong Kong: Innovations and challenges, 3 Journal of International Commercial Law and Technology, 75-90(2021).

⑦ See Lin, et al. Hong Kong as a belt and Road Initiative Dispute Resolution Hub. 50-63(Routledge 2023).

⑧ See Alexander, Nadja Marie and Kwok, Iu Ting and Yuen, Rimsky and Chen, Ada, The Hong Kong Mediation

讨了《香港调解条例》在促进调解协议的法律认可和执行方面的作用，分析了该条例在提高调解效率和降低争端解决成本方面所具有的优势，提倡通过借鉴《香港调解条例》，完善自贸试验区的争端调解机制。

香港的法律制度和仲裁实践在国际上广受信任，由于中国大陆的改革和大湾区的发展，越来越多的国际商事纠纷选择在香港解决。这不仅增强了香港作为全球纠纷解决中心的地位，也为中国自贸试验区提供了可借鉴的法律框架和操作经验。[①]

5. 其他地区构建国际商事争端解决机制的国际经验

李旭（2022）[②]分析了中国自贸试验区建设的现状及其面临的挑战，通过对新加坡等国家自贸区的详细研究，总结了其在政策、法律、谈判方式及组织机制等方面的经验，提出了中国自贸试验区建设中相应的改进意见。Dearden（1997）[③]讨论了《加拿大—美国自由贸易协定》下的贸易争端解决机制，强调需要有专门的机制来处理政府间的争端，这凸显了在自由贸易协定中为不同类型的争端建立相应的解决机制的重要性。Farrah（2010）[④]重点关注双边贸易协定中非关税壁垒的解决，文章强调需要建立一个有效解决非关税壁垒的框架，建立可执行的高效争端解决机制。亚太地区在推动自由贸易区建设的过程中，对争端解决机制进行了大量研究和实践。段锐（2015）[⑤]详细研究了亚太自贸区争端解决机制构建中的若干法律问题，比较了中国—东盟自由贸易协定与跨太平洋伙伴关系协定（TPP）的相关机制。并提出，通过借鉴这些区域性组织的成功经验，中国可以在自贸试验区构建起更加完善和多元化的国际商事纠纷解决机制。此外，中欧自由贸易协定（CEFTA）等区域贸易协定的发展也影响了争端解决机制的特点。通过研究欧盟（EU）争端解决机制的运作，学者们已经能够探索在区域贸易协定中解决贸易争端的新方法背后的基本原理。[⑥] IDREES（2020）[⑦]深入分析了中巴跨境贸易冲突解决机制，强调需要制定社会、经济和法律政策来支持双边贸易

Manual-Third Edition(July 30, 2022), (Lexis Nexis 2022).

① See South China Morning Post, (2023), Hong Kong's rise as a global dispute resolution centre is due to China's reforms,
https://www.scmp.com/business/article/3181052/hong-kongs-rise-global-dispute-resolution-centre-due-chinas-reforms-greater,visited on 20 September 2024.

② 参见李旭：《中国自贸区建设的国际经验借鉴与分析》，《中国商论》2022 年第 17 期，第 49-51 页。

③ See Dearden, R.G.,Trade disputes and settlement mechanisms under the Canada-US free trade agreement, Western Hemisphere Trade Integration, 207–231(1997).

④ See Farrah, Jeffrey E., Resolution of Non-Tariff Barriers in Bilateral Trade Agreements: Lessons from the U.S. - Korea Free Trade Agreement and a Model for Market Access in the Twenty-First Century, International political economy ejournal, 26-35(2010).

⑤ 参见段锐：《亚太自贸区争端解决机制构建中的若干法律问题研究》，外交学院学位论文，2015 年，第 5—21 页。

⑥ See Biuković, L.,The new face of CEFTA and its dispute resolution mechanisms,
3 Review of Central and East European Law,257–294(2008).

⑦ See IDREES, R.Q.& CHEEMA, Z.I. & RIAZ, J.,Analysis of china-pakistan cross border trade conflicts resolution mechanism, 2 Journal of Advanced Research in Law and Economics,382(2020).

关系中争端的有效解决。 Qumba（2021）[①]研究了非洲大陆自由贸易协定（AfCFTA）的投资者与国家争端解决规则，包括用尽当地补救措施规则等，以确保公平透明的投资争端解决程序。陈磊等人（2021）[②]认为迪拜国际金融中心法庭、新加坡国际商事法庭等国际经验表明，国际商事法庭与仲裁机构的良好衔接对提高争端解决的效率和公信力至关重要。文章中详细分析了这些机制，并提出中国应借鉴这些经验，推动中国国际商事法庭与仲裁机构的有机结合。ODERMATT（2022）[③]探讨了欧盟通过设立欧洲法院和使用欧盟仲裁公约，建立了一套完整的跨国商事纠纷解决机制，强调法律的一体化和跨国执行力。这为中国自贸试验区提供了借鉴，即通过制定统一的法律标准和加强国际司法合作，提升商事纠纷解决的效率和公信力。

上述文献研究表明，构建高效、公正和多元化的国际商事纠纷解决机制，对提升中国自贸试验区的国际吸引力至关重要。通过借鉴新加坡、香港、NAFTA 和欧盟等地的优秀经验，结合中国的实际情况，制定符合国际标准的法律框架和商事争端解决规则是实现这一目标的关键。

三、国内外文献研究之总结与分析

国内外文献对中国自贸试验区构建多元化国际商事纠纷解决机制的研究和实践提供了丰富的理论基础和实践经验。海南作为中国改革开放的前沿阵地，其自由贸易港的建设不仅是国家战略的重要组成部分，也是推动地区经济发展和国际商事纠纷解决机制的重要平台。未来，海南自贸港应继续借鉴其他自贸试验区和国际先进经验，优化和创新纠纷解决机制。

（一）国内外相关文献研究总体情况述评

通过对一系列文献的综合分析，可以发现中国在构建自贸试验区商事争端解决机制方面已经取得了一定的进展。多篇文献表明，中国自贸试验区在探索多元化争端解决机制方面进行了有益的尝试，如上海自贸试验区试行临时仲裁[④]、重庆自贸试验区探索多元化争端解决机制等。这些实践尝试不仅体现了自贸试验区（港）在法治建设方面的创新与实践，也反映了在全球化背景下，中国自贸试验区对于国际商事争端解决机制的学习与适应。然而，现有的研究也指出了在这一过程中存在的问题，如法律适用标准不统一、仲裁制度不完善、缺乏有效的投资者—东道国投资争端解决机制等。考虑到国际经贸规则的不断发展与变化，中国自贸试验区的国际商事争端解决机制需要更好地对接国际经贸规则，增强其国际竞争力。

---

① See Mmiselo Freedom Qumba,The exhaustion of local judicial remedies in investor-state dispute settlement: A proposal for the African Continental Free Trade Agreement on Investment Protocol, 25 Law, Democracy and Development ,18-42(2021).

② 参见陈磊、时界、黎家祺：《“三位一体”国际商事争端解决机制中仲裁制度的革新——从国际商事法庭与国际商事仲裁机构的关系切入》，《仲裁研究》2021 年第 1 期，第 1-12 页。

③ See ODERMATT J.,The Court of Justice of the European Union and International Dispute Settlement: Conflict, Cooperation and Coexistence, 24 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 88-110(2022).

④ 参见徐可心、刘婧怡：《上海自贸试验区多元化纠纷解决机制的构建路径》，《法治实务》集刊 2024 年第 2 卷，第 15 页。

①

首先，尽管各个自贸试验区采取了一些创新措施，以促进国际商事争议解决机制的多元化，但仍然存在一些问题和挑战。国内对于多元化争端解决机制的研究较为零散，主要集中在调解和仲裁等具体方面。例如，虽然许多研究探讨了临时仲裁、第三方资助仲裁以及国外仲裁机构在中国设立分支机构的问题。但是有必要更系统化的将各项制度进行综合研究，而不仅仅是分散化的探讨各个主题下的具体问题。各项制度之间的衔接和联动问题在广泛性的研究中并不突出，这使得在构建体系化的多元化争端解决机制时存在一定的理论空白和实践挑战。

其次，与国外自贸区（港）相比，中国的争端解决机制仍然主要依赖于传统的以法院为主导的争端解决模式。相关制度的国际化程度有待提升，特别是在证据传递与保全制度、调解程序和执行机制等方面。②国外文献研究凸显了商事争端解决机制的国际化和专业度的重要性，例如，新加坡自贸港通过构建国际仲裁和调解中心，提供了高效和中立的争端解决服务；北美自由贸易区则通过设立专门的争端解决委员会，提供系统化的解决方案。③未来的研究应进一步关注自贸试验区商事争端解决的实际效果，探索如何在保持中国特色的同时，提升其国际化水平。

再次，尽管近年来“一带一路”倡议和 RCEP 协定等对商事争端解决机制提出了新的要求，但就其与自贸试验区争端解决机制进行协调与联动的研究较少。在完善自贸试验区国际商事争端解决机制的过程中，应关注与国际商事法庭、区域贸易协定争端解决机制等的协调与衔接。同时避免多重管理和资源浪费等问题，加强相关机制的协调性和体系化，从而推动自贸试验区成为中国国际商事争端解决多元化联动的示范性模板。

最后，海南自贸港的多元化国际商事争端解决机制刚刚起步，具有成为沿海区域典型模板的潜力。深入研究和构建更为国际化、法治化、体系化的争端解决机制，将有助于提升海南自贸港的国际影响力。进而通过实践探索，形成可复制、可推广的经验，推动全国自贸试验区争端解决机制的改革与发展。未来研究还应在信息共享平台、跨境数据管理等方面加大投入，提高争端解决的效率和透明度。

（二）海南自贸港相关文献研究总结与分析

首先，海南自贸港在构建多元化争端解决机制的过程中，法治化营商环境的建设是关键。研究显示，海南自贸港通过《海南自由贸易港法》的制定和实施，为多元化争端解决提供了法律基础和框架。相关文献探讨了法治保障体系的重要性，提出了在政府治理和市场自治之间找到平衡的路径，强调了高标准对接国际经贸规则，在事权划分和外资准入等方面提供法

① 参见张建：《中国仲裁法治现代化研究》，中国政法大学出版社 2022 年版，第 120-156 页。
② 参见许凯、包蕾、张磊：《中国(上海)自由贸易试验区司法保障问题研究》，北京大学出版社 2020 年版，第 30-75 页。
③ See John S. Baker Jr. & Lindsey Keiser, NAFTA/USMCA Dispute Settlement Mechanisms and the Constitution, 50 U. Miami InterAm. L. Rev. 1, 10-36(2019).

律支持的重要性。[①]

其次，海南自贸港在建立各项商事纠纷解决机制方面已经取得了一定的进展。研究分析了临时仲裁在自贸港内的应用，提出了其在简化程序、降低成本方面的优势。同时，相关文献指出了《仲裁法》的滞后性，建议海南自贸港引入和实践临时仲裁，在借鉴国际经验的基础上制定地方性临时仲裁规则。[②]此外，研究还探讨了人民调解制度的创新需求，提出了完善国际商事调解等非诉方式解决纠纷的建议。[③]

再次，海南自贸港多元化国际商事纠纷解决机制的建立，对于提升区域的国际竞争力、吸引外资等具有重要意义。相关研究建议借鉴其他自贸试验区（港）的成功经验，对标国际规则，构建独具海南特色的“一站式”多元化国际商事纠纷解决机制。[④]进一步强调了完善相关立法、充分发挥调解作用、深化体制机制改革等多种途径，从而提升海南自贸港民商事纠纷解决的公信力。

最后，海南自贸港的建设需要与国际高水平的经贸规则保持一致，以增强其国际影响力。相关文献系统分析了自贸试验区的含义、类型以及发展经验，提出了海南自贸港应成为复合综合型自贸试验区的建议。此外，还探讨了“一带一路”背景下多元化涉外商事纠纷解决机制的实证研究，提出了明确“国际性”认定标准、确立个人调解制度等建议[⑤]，以推动海南自贸港商事调解机制与国际接轨。

通过对相关文献进行综合分析，我们可以发现关于海南自贸港建立多元化国际纠纷解决机制的研究主要集中在仲裁制度的创新与完善、各项商事纠纷解决机制的构建、以及与国际高水平经贸规则的对标等方面。这些研究为海南自贸港创造“法治化、国际化、便利化”的营商环境提供了重要的制度保障，并为其进一步的制度创新和国际合作提供了理论与实践基础。

未来的研究方向应注重探讨临时仲裁与传统机构仲裁的平衡与互补，研究如何通过立法和司法解释进一步完善相关法律制度，以及如何在借鉴国际经验的基础上，创新和优化适应海南自贸港特点的国际商事纠纷解决机制。此外，还需关注如何提升仲裁公信力、优化仲裁员选任制度、构建仲裁裁决的监督机制等方面，以确保仲裁裁决的国际承认与执行，进一步优化海南自贸港的营商环境。

（三）国内其他自贸试验区经验及各项机制衔接的总结与分析

---

① 参见韩逸畴：《海南自由贸易港建设对接高标准国际规则——重点、难点问题与解决路径》，《经贸法律评论》2021 年第 4 期，第 16-29 页。
② 参见封面：《海南自由贸易港临时仲裁制度研究》，海南大学学位论文，2021 年，第 15—28 页。
③ 参见段嘉伟：《海南自贸港人民调解制度的创新研究》，海南大学学位论文，2021 年，第 20—39 页。
④ 参见李猛、赵若锦：《海南自贸港多元化民商事纠纷解决机制现代化建设路径探索》，《武大国际法评论》2023 年第 4 期，第 141-157 页。
⑤ 参见陈瑞云：《〈新加坡调解〉公约视域下海南自贸港商事调解机制创新研究》，《新东方》2024 年第 1 期，第 15-20 页。

近年来，中国自贸试验区在国际商事争端解决机制的建设方面取得了显著进展，特别是在上海、天津、广东、重庆等地，这些地区的自贸试验区通过借鉴国际先进经验，结合自身实际情况，在国际商事争端解决机制方面进行了较多制度创新和实践尝试。

上海自贸试验区在国际商事争议解决机制方面进行了大量创新和实践，例如《上海自贸区仲裁规则》的制定和实施，涵盖了临时措施、合并仲裁、开放名册等内容。这些创新为自贸试验区争端解决机制的发展提供了新思路，并推动了自贸试验区仲裁制度的完善和国际化。[①]重庆自贸试验区在构建多元化争端解决机制方面也取得了一定成效，通过借鉴香港、英国和新加坡等地的经验，重庆自贸试验区致力于提高争端解决机制的灵活性和高效性。[②]其他自贸试验区如福州自贸试验区和粤港澳大湾区等也在多元化争端解决机制方面进行了有益探索，福州自贸区注重国际化和专业化，并结合“一带一路”战略，建立了一站式国际商事纠纷解决平台。粤港澳大湾区通过引入国际仲裁和调解机构，进一步提升了国际商事争端解决能力。[③]

“一带一路”倡议和区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）背景下，多元化争端解决机制的重要性日益凸显。中国国际商事法庭的设立，为国际商事纠纷的多元化解决提供了初步的法律框架。[④]通过与“一带一路”争端解决机制和国际商事法庭的衔接，自贸试验区能够借鉴其在管辖权、审理程序、判决执行等方面的优秀经验，逐步构建与国际标准对接的争端解决机制。从而提升中国在国际投资领域的竞争力，为促进区域经济发展和国际合作提供坚实的法律保障。

未来相关文献研究应继续关注自贸试验区在争端解决机制上的制度创新，提升机制的适应性和灵活性，特别是在仲裁机制研究、立法完善、诉仲调对接、以及国际合作与交流等方面。此外，随着自贸试验区的不断发展和扩大，如何在保证法律稳定性的同时，提高争端解决机制的灵活性和效率，也是需要关注的重点内容。国际商事法庭的实践为中国自贸试验区提供了纠纷解决的国际经验和模式，结合“一带一路”争端解决机制和国际商事法庭的经验，可以为中国自贸试验区构建更加完善的多元化纠纷解决机制提供参考。

（四）构建国际商事争端解决机制国际经验的总结与分析

各国根据自身的经济发展水平、法律体系和国际贸易需求，建立了各具特色的自由贸易区，这些区域不仅促进了区域内的经济合作，也为解决贸易、投资等领域的争端提供了机制

① 参见冯硕、王誉：《国际商事争议多元化解决的理论基础与体系生成——兼论上海自贸区商事争议多元化解决的改革经验》，《上海法学研究》集刊 2022 年第 2 卷，第 15 页。
② 参见刘建军：《中国（重庆）自由贸易试验区发展报告》，社会科学文献出版社 2020 年版，第 38-65 页。
③ 参见柯静嘉：《一带一路”国际商事争端多元化纠纷解决机制的构建——以粤港澳大湾区为试点》，《港澳研究》2023 年第 1 期。第 51-65 页。
④ 参见陈磊、时界、黎家祺：《“三位一体”国际商事争端解决机制中仲裁制度的革新——从国际商事法庭与国际商事仲裁机构的关系切入》，《仲裁研究》2021 年第 1 期，第 1-12 页。

和平台。国外不同自贸区和争端解决中心在争端解决机制构建上的特点和经验，为中国自贸试验区提供了借鉴和启示。

北美自由贸易区（NAFTA）的争端解决机制具有多套制度并存、受案范围广泛等特点，为我国自贸试验区在构建多元化纠纷解决机制提供了重要的启示，特别是在调解和仲裁结合、专家组裁决程序等方面。[①]中国—东盟自由贸易区通过多个条约和协议建立了其争端解决体系，涵盖了贸易和投资纠纷的解决。相关文献研究表明东盟的争端解决文化注重和平手段和非对抗性[②]，RCEP 争端解决机制同样强调通过灵活、共识和避免直接对抗的方式解决国家间争端，这种文化对中国自贸试验区构建争端解决机制具有参考价值。[③]中欧自贸协定（CEFTA）、非洲大陆自贸协定（AFCFTA）和欧盟的争端解决机制展示了在区域贸易协定中解决贸易争端的新方法，通过制定统一的法律标准和加强国际司法合作，促进国际商事纠纷的高效解决和执行。

就国际商事法庭和仲裁机制而言，香港在建立健全的争端解决机制方面具有丰富经验，其法律制度和仲裁实践在国际上广受信任，在“一带一路”争端解决中具有战略地位。[④]《新加坡调解公约》推动了调解作为替代性纠纷解决方法的普及，为跨境调解协议的执行提供了法律保障，凸显了在国际商事纠纷中调解的核心地位。新加坡通过建立亚洲商业法律研究所、新加坡国际商事法庭等机构，在国际商事争端解决中起到了重要作用。[⑤]此外，新加坡国际仲裁中心（SIAC）以其高效、公正和专业的仲裁服务吸引了大量国际商业纠纷，成为区域内核心的争端解决平台。其他地区如迪拜国际金融中心法庭的成功经验也表明，国际商事法庭与仲裁机构的良好衔接对提高争端解决的效率和公信力至关重要。[⑥]

通过对相关文献进行综合分析，我们可以发现，不同的自贸区在争端解决机制的构建上各有特点。例如，北美自贸区的争端解决机制具有多套机制并存、注重私犬利益保护的特点，中国—东盟自贸区则强调内部争端解决机制的适用性和操作性。未来的相关研究可以基于对现有国内外自贸区争端解决机制的深入比较分析，探索适合我国国情的自贸试验区多元化争端解决机制。此外，还可以研究如何将国际经贸规则与国内法律相衔接，强化与国际仲裁机构和其他争端解决机构的合作，推动仲裁裁决在国际上的广泛承认和执行。同时，随着“一带一路”倡议的推进，借鉴 RCEP 和“一带一路”倡议下的争端解决机制，通过灵活、

---

① See John S. Baker Jr. & Lindsey Keiser, NAFTA/USMCA Dispute Settlement Mechanisms and the Constitution, 50 U. Miami InterAm. L. Rev. 1, 10-36(2019).

② See Ewing-Chow, M., & Yusran, R. (n.d.). The ASEAN trade dispute settlement mechanism. In The legitimacy of international trade courts and tribunals, 365-402(Cambridge University Press 2018).

③ 参见王彦志：《RCEP 背景下中国—东盟投资争端解决机制》，《政法论丛》2022 年第 6 期，第 86-96 页。

④ See Hwang, M., Arbitration in Hong Kong: A gateway for international dispute resolution, 1 International Arbitration Law Review, 10-25(2020).

⑤ See Chong, J.S., Dispute settlement in the belt and road initiative: Lessons from the Singapore experience, 1 The Chinese Journal of Comparative Law,30-39(2020).

⑥ 参见范冰仪：《中国国际商事法庭制度：困境与出路》，吉林大学 2023 年博士学位论文，第 25-83 页。

共识和非对抗性方式解决国际商事争端也是未来的重要课题。

四、海南自贸港构建多元化国际商事争端解决机制的现代化建设路径

海南自贸港的多元化国际商事争端解决机制建设，是推动自贸港法治化、国际化进程的重要环节。为了实现这一目标，需要在现有涉外民商事法庭的基础上实现转型升级，建立以自贸港国际商事法庭为核心的多元化国际商事解纷平台，通过联动多个部门和机构，实现投诉、调解、仲裁和诉讼等多种争端解决方式的有效衔接和协调。同时，海南自贸港应加强与“一带一路”争端解决机制及国际商事法庭的衔接，应对和化解商事争端解决领域的重叠现象，实现高效的争端管理。通过深化国际与区际合作，海南自贸港能够更好地与国际经贸规则对接，推动国际商事纠纷解决的现代化和国际化。

（一）实现从海南涉外民商事法庭到海南自贸港国际商事法庭的转型升级

随着海南自贸港计划在2025年实现封关，海南正逐步转型为一个具有国际竞争力的自由贸易中心。封关意味着海南将实施更为开放的进出口关税管理制度，包括对外国货物免税和对内地货物实行一般贸易监管，这将极大促进贸易和投资的自由化。

海南自贸港的建设旨在促进与周边国家和地区的合作，充分利用政策优势，营造法治化、国际化的营商环境。自2018年以来，海南自贸港已逐步建立了包括国际仲裁院、涉外民商事法庭、知识产权法庭和国际商事调解中心在内的多个国际民商事纠纷解决机构。[①]然而，尽管机构逐渐增多，海南在软实力建设方面仍显不足，缺乏系统的规则、管理和服务保障体系。目前，缺少集中统一的民商事纠纷解决机制立法，尚未形成统一管理与布局的国际民商事调解法律服务体系。此外，仲裁与调解机构的建设和专业人才的培养有所不足，诉讼与非诉程序的有效对接也未得到充分实现。[②]这些问题直接影响了海南自贸港的国际民商事纠纷解决机制的效率和竞争力。

涉外民商事法庭作为法院下辖的业务庭，其职能、国际性及自由度相较于独立的自贸港国际商事法院较为有限。随着海南自贸港的不断发展，其国际性和开放性特征愈加突出，自贸港政策法规仍处于探索阶段，政策法规的不确定性和涉外民商事案件的复杂性逐渐凸显，这些因素使得国际纠纷的解决变得更加复杂。[③]为有效应对上述挑战，海南自贸港亟需建立一个适应其高水平开放的多元化国际商事争端解决机制。该机制应具备灵活多样的解决形式，为复杂案件提供一个高效的机制性平台。

2024年“两会”期间，有提案建议支持海南涉外民商事法庭向国际民商事法院转型升

---

① 参见李猛、赵若锦：《中国海南自由贸易港风险防控体系构建研究——以更高水平对外开放与国家经济安全利益平衡为视角》，《中国经济学》辑刊第1期，第213-243页。

② 参见戴为卿：《海南自贸港发展国际商事仲裁的可行性研究》，《珠江水运》2022年第13期，第15-17页。

③ 参见辜韧佳：《创新海南自由贸易港国际商事多元化纠纷解决机制研究》，《新东方》2022年第1期，第1-6页。

级，以建立一个国际商事纠纷解决的“优选地”。[①]为了更好地应对国际商事活动的需求，海南涉外民商事法庭可以转型升级为海南自贸港国际民商事法庭，重点集中处理与自贸港相关的金融、投资及跨境贸易等高度专业化的商事纠纷。这一转型不仅可以提高法庭处理案件的能力，也能增强法律服务的专业性。为了适应整体性、国际化、高层次开放需要，设立海南自贸港国际商事法院已是大势所趋。[②]

海南自贸港国际商事法院可以集中资源，处理与自贸港相关的重大民商事案件，特别是国际性的一审案件，确保高效、专业的审判。在此基础上，优化案件分流机制，建立清晰的案件分流系统，明确各类商事纠纷的处理路径，提高整体效率。在诉、仲、调三条线的专家资源方面，通过专家参审、专家意见、专家研讨等方式实现资源共享。[③]海南涉外民商事法庭向海南自贸港国际商事法庭的转型升级，不仅是对现有司法资源的优化，也是海南自贸港法治环境国际化、现代化的重要一步。

（二）构建以自贸港国际商事法庭为主体，多部门、多层级联动的自贸港多元化国际商事解纷中心

海南省人民政府办公厅 2024 年 5 月出台了《加快提升国际化营商环境的行动方案》，其中提出：推动《海南自由贸易港商事纠纷调解规定》和《海南自由贸易港国际商事仲裁中心建设促进条例》立法工作，推动海口、三亚中央法务区挂牌启动建设，建立完善“调解+仲裁+诉讼”相互衔接、有效配合的“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制。[④]海南自贸港的建设中，法治建设是基础，多元化商事纠纷解决机制是其中的关键环节。《海南自由贸易港建设总体方案》和《海南自由贸易港法》都强调了建立多元化商事纠纷解决机制的必要性，包括完善集中审判机制和提供多种非诉讼解决途径。为了实现这一目标，海南自贸港应当建立一个以自贸港国际商事法庭为主体，多部门、多层级联动，下设调解与仲裁机构，检察院、司法局、律师常驻，信访、市场监管等职能部门参与会商，区域与国际合作机构繁荣发展的“多元化国际商事解纷中心”。[⑤]

在一则涉外商事纠纷解决过程中，可能涉及证据公证、当事人主体资格认证、诉讼材料翻译、外国法查明等多个配套环节，每个环节的实施机构、对接方式等各有差异。[⑥]海南自贸港可以借鉴上海自贸试验区的经验，通过构建“多元化国际商事解纷中心”，整合调解、

---

① 参见法治日报两会特刊：《完善海南自贸港多元化解决机制 打造国际商事纠纷解决“优选地”》，http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20240308/Articel06007GN.htm，2024 年 9 月 20 日访问。

② 参见辜韧佳：《创新海南自由贸易港国际商事多元化纠纷解决机制研究》，《新东方》2022 年第 1 期，第 1-6 页。

③ 参见浦东新区人民法院自贸区法庭课题组：《上海自由贸易试验区涉外商事纠纷多元解决机制研究》，https://sfj.sh.gov.cn/qmyfzs_fzyjcg/20201125/2dc6135ae147478cadf8df0d13e9815f.html，2024 年 9 月 20 日访问。

④ 海南省人民政府办公厅：《加快提升国际化营商环境的行动方案》，发布于 2024 年 5 月 26 日。

⑤ 参见侯文静：《长三角区域一体化营商环境法治保障机制探索——以 RCEP 视野下自贸区“专业解纷中心”的构建为视角》，《上海法学研究》集刊 2021 年第 14 卷，第 12-25 页。

⑥ 参考龙飞：《多元化纠纷解决机制促进法研究》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 26-52 页。

仲裁及其他职能部门如司法局、市场监管局等，形成全面的法律服务网络。在多主体参与的布局下，海南省司法局的参与能够提升法律服务能力，整合律师、公证、仲裁等资源；海南省信访部门可以及时发现并解决早期矛盾，营造和谐的市场环境；市场监管部门能够利用综合执法优势，创新监管手段，为调解机构提供支持，对投资者的问题进行及时反馈。此外，可以借鉴迪拜国际金融中心的模式，强化国际商事纠纷的分流处理，实现诉调裁三种方式的无缝对接。[①]

自贸港多元化国际商事解纷中心可以实现多重功能，在对接海南自贸港已有的多元化商事争端解决 ODR 平台的基础上，实现咨询、评估、调解、仲裁和诉讼的高效衔接，在此基础上整合其他服务功能。如统一不同争端解决机制下的裁判标准，确保裁判结果的一致性。以及建立多种配套辅助机制，提供证据公证、法律查明、翻译、专家咨询等辅助服务。

1. 构建多层递进解纷网络，促进各机制间的程序衔接

首先，鼓励当事人优先采用成本较低、更为温和的解纷方式，通过多层次的解纷网络，合理分配司法和社会资源，提高解纷效率。其次，完善一体化衔接程序。为仲裁机构对接诉讼中的事实和证据提供明确的指导原则和标准。[②]与市场的快速变化相适应，通过设置时间限制等，确保商事争端在不同机构间的顺畅转换，以减少当事人的重复性工作。再次，完善证据和材料的衔接。建立互通的卷宗共享机制，明确诉讼和仲裁程序之间的衔接规范，以确保证据和财产保全措施等可以平稳转移。[③]最后，协调证据公证、资格认证、翻译、法律查明等配套环节，探索费用减免和鼓励措施，以提高多元化国际商事解纷中心的社会认可度。通过这些措施，海南自贸港能够实现解纷中心内各个机制的高效运转，提升整体的争端解决能力。

2. 优化案件分流与案件跟踪制度

首先，通过案件类型化的分流机制，可以根据纠纷的复杂性和双方的意向，准确地将案件引导至适合的解决途径，提高资源利用效率。[④]其次，强化“一站式”服务的案件管理和跟踪。构建“一站式”服务机制，实现案件处理的全程跟踪。通过建立自动化的案件识别与分流系统，可以根据当事人的户籍、注册地等信息，对案件进行智能化识别并分类，减少人工识别的误差，提升整体解纷效率。[⑤]全流程跟踪制度可以确保案件在不同争端解决机制间的顺畅转化，避免造成不必要的延误。最后，设立案件分流的指导原则。在案件分流过程中，法院应当制定明确的指导标准。例如，优先引导争议较小的纠纷进入调解程序，减少诉讼压力；复杂且需要国际合作的案件则可以考虑通过仲裁途径解决。通过案例指导制度，法院可

① 参见顾维遐：《全球国际商事法庭的兴起与生态》，《南大法学》2022 年第 6 期，第 18-27 页。
② 参见周继业、周成：《社会治理现代化视域下矛盾纠纷多元化解路径》，《法治现代化研究》2024 年第 3 期，第 15-28 页。
③ 参考龙飞：《多元化纠纷解决机制促进法研究》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 53-75 页。
④ 参见周艳萍：《法院调解制度改革研究》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 20-48 页。
⑤ 参见梁文才：《论国际商事法庭多元化纠纷解决机制——兼评我国国际商事法庭“一站式”机制的运行》，《海外投资与出口信贷》2019 年第 4 期，第 42-48 页。

以将某些具有代表性的案例作为参考，为后续案件提供判例指导。[①]

此外，还可以通过建立中立评估机制，高效解决纠纷。当事人在选择中立评估制度之前，可以在多元化国际商事解纷平台下提交相关申请，包括选择评估专家、提交身份证明和证据材料等，征求被申请方的同意后组织评估会议。中立评估机制能够为案件提供清晰的分流方向，使当事人在纠纷发生初期就能够选择适合的解决方式。通过收集和分析案件信息，中立评估还可以为后续的纠纷解决提供材料支持，优化案件在不同解纷渠道之间的流转。[②]在此基础上，海南自贸港能够实现更加高效、系统的案件分流和管理，确保不同类型的纠纷得到精准、快速的解决，从而提高整体司法服务水平。

3. 协调外商投诉制度，健全监督监管体系

一方面，《外商投资法》第 26 条确立了外商投资企业投诉工作机制。为外商提供行政复议、行政诉讼之外的解决途径，保护其合法权益。海南省人民政府办公厅《加快提升国际化营商环境的行动方案》中提出：依托整合 12345 热线和营商环境受理平台，建立健全外商投资企业投诉协调工作机制，形成“现场办公”“会后督办”“限期办结”的高效闭环服务。[③]外商投诉制度与国际商事争端解决机制之间存在一定的功能互补，对于外国投资者而言，外商投诉制度往往作为争端解决的第一步，如果投诉不能得到有效解决，国际商事争端解决机制和行政诉讼则提供进一步的解决途径。有效的外商投诉制度能够减少外国投资者使用争端解决机制的频率。[④]此外，外商在投诉中反映的问题和诉求可以为政策制定者提供重要的参考依据，通过分析外商投诉的内容，相关部门可以识别出潜在的法律和政策缺陷。外商投诉制度与争端解决机制之间的反馈循环，可以促使两者不断调整和优化。[⑤]不论是对于外国投资者还是本国投资者，其在海南自贸港进行投资与贸易时，对于法律政策、规章文件等出现的问题和困惑，虽然目前已有相应的投资者投诉与帮助制度，但其专业性和有效性仍有待提高，通过协调投资者投诉与帮助制度和国际商事争端解决机制，能够更好地防范和应对自贸港内出现的投资风险。

另一方面，《海南自由贸易港进一步优化营商环境行动方案（2022—2025 年）》中提出：实施事前事中事后全流程监管。全面推行“双随机、一公开”监管。建立健全综合监管机制，开展“监管一件事”改革。推进“互联网+监管”，依托省一体化监管平台，加强市场主体全生命周期监管。[⑥]海南自贸港可以在多元化国际商事解纷中心下建立更加健全的监

① 参见廖永安、胡仕浩：《新时代多元化纠纷解决机制》，《中国人民大学出版社》2019 年版，第 35-55 页。
② 参见黄佳贝：《我国国际商事争端多元解决机制：创新、影响与展望》，《商事仲裁与调解》2021 年第 4 期，第 122-141 页。
③ 海南省人民政府办公厅：《加快提升国际化营商环境的行动方案》，发布于 2024 年 5 月 26 日。
④ 参见刘子婧：《面向争端预防的投资者—国家争端解决机制改革路径及其中国方案》，《经贸法律评论》2024 年第 3 期，第 24-45 页。
⑤ 参见沈喜颖：<《外商投资法》下外商投资企业投诉工作机制研究>，西南政法大学 2020 年学位论文，第 30-54 页。
⑥ 海南省人民政府办公厅：《海南自由贸易港进一步优化营商环境行动方案（2022—2025 年）》，发布于 2022 年 6 月 1 日。

督监管体系，构建政府、行业协会、市场主体和公众参与的综合监管网络，实现跨部门的协同监管，形成合力。为了“解纷中心”能够长久健康运转，需要对其中的各个环节和要素进行规范监管，从而构建权责明确、公平公正、透明高效的解纷中心。[①]可以从以下几个方面完善和规范监督监管模式，建立统一透明的监管体系。首先，建立国际商事解纷中心下的信用评价机制，推动构建以信用为核心的监管机制，强化市场主体的信用意识。引导当事人对机构进行评价以及推进机构自评工作，鼓励当事人对各类争端解决制度进行评估与反馈，加强信息披露和举报保护制度，形成长效跟踪机制。[②]其次，探索与第三方合作建立解纷中心下的信息化监管平台，构建一个多方共同参与的监管体系，与税务、工商等政务部门建立信息互联，实现监管信息的共享。[③]覆盖投诉、调解、仲裁和诉讼等各个领域，实时监控并主动识别不良和异常情况，提升监管的前瞻性和有效性。最后，在解纷中心设立检察院常驻机构，强化其对调解、仲裁和审判的监督职能。例如，天津市滨海新区人民检察院设立派驻天津自贸区及滨海新区功能区检察室，致力于专业化建设并改变原自贸检察室监督职能“虚置”困境。法庭、仲裁庭可将调解书内容与案件情况按照“网格化管理模式”，点对点发送给检察院监督检察小组作为备份。[④]针对当事人一方明显弱势的情况，检察院应重点关注，帮助其更好地维护权益。构建一个全面、高效、透明的监督监管体系，能够为多元化国际商事解纷中心提供充分的法治保障。

通过各部门的协同合作和国际先进经验的借鉴，海南自贸港的多元化国际商事解纷机制能够逐渐走向成熟，成为区域合作与国际交流的重要平台。

（三）与“一带一路”争端解决机制、国际商事法庭等进行衔接，减少争端解决领域的“面条碗效应”

海南自贸港作为“一带一路”和 RCEP 的重要节点，其国际商事争端解决机制与两者密切相关。通过与“一带一路”沿线国家和 RCEP 成员国的法律框架对接，海南自贸港能够建立更加国际化、专业化的商事争端解决平台。[⑤]需要重点关注不同区域的机制协调与对接、加强与国际机构的合作、以及完善跨境执行和调解机制等方面。[⑥]这些机制的重复和重叠可能导致资源浪费、效率低下，并且增加了商事主体的合规成本。在海南自贸港构建多元化国际商事争端解决机制的过程中，借鉴国际经验、与现有国际商事法庭和“一带一路”多元化

---

① 参见侯文静：《长三角区域一体化营商环境法治保障机制探索——以 RCEP 视野下自贸区“专业解纷中心”的构建为视角》，《上海法学研究》集刊 2021 年第 14 卷，第 12-25 页。
② 参见张晓君、敬云川、李文婧等：《国际投资争端风险防控法律实务》，厦门大学出版社 2023 年版，第 23-76 页。
③ 参见王淑敏、李忠操：《海南自由贸易港拟建国际商事法庭应重点聚焦国际化改革》，《政法论丛》2019 年第 3 期，第 133-147 页。
④ 参见天津市人民检察院第三分院课题组：《检察机关运用新时代“枫桥经验”参与社会治理的路径——以检察机关服务天津自由贸易试验区展开》，《天津法学》2019 年第 4 期，第 88-95 页。
⑤ 参见沈芳君：《“一带一路”背景下涉外商事纠纷多元化解机制实证研究》，《法律适用》2022 年第 8 期，第 55-65 页。
⑥ 参见杨韶艳：《“一带一路”倡议下中国与沿线国家贸易投资便利化》，中国人民大学出版社 2022 年版，第 52-98 页。

争端解决机制对接，能够有效减少“面条碗效应”[①]。

因此，如何实现高效对接、减少管理与资源上的重复至关重要。首先，可以建立各机制相互交流的信息共享平台。通过在自贸港多元化国际商事解纷中心下建立集中的信息共享平台，海南自贸港可以实现与“一带一路”争端解决机制及国际商事法庭的信息互通，与“一带一路”框架内的争端解决机制形成良好的协调和互补。[②]该信息共享平台应积极对接不同地区争端解决机制的案例、资源和法律框架，通过集成的信息资源，更好地处理和应对跨境商事纠纷。其次，构建规范化的跨境争端解决流程。例如，可以向“一带一路”争端解决机制和国际商事法庭看齐，设置标准化、国际化的申请和处理流程，统一裁决的执行标准，确保海南自贸港范围内的裁决在“一带一路”沿线国家中得到承认和执行，并且减少法律障碍和多重机构管辖间的冲突[③]。最后，海南自贸港应主动与“一带一路”沿线国家的法院、仲裁机构和调解组织加强合作关系。[④]这种国际合作能够帮助各方在争端解决中共享经验与最佳实践，推动机制的相互交流与协同。例如，通过联合举办研讨会、培训等活动，各国机构可以就争端解决的不同方法进行交流，从而促进形成统一的标准和实践。

研究显示，成功的国际商事法庭与自由贸易港之间有着紧密的联系，这些法庭的优势在于它们提供的高度国际化服务，这一发现为海南自贸港的发展提供了重要启示。[⑤]海南自贸港应与国际商事法庭建立紧密的合作关系，以提升自身的案件管理与争端解决能力。第一，在案件处理中建立协同机制。在多元化国际商事解纷中心下设立一个专门的协调委员会，负责与最高院国际商事法庭进行沟通和协调，确保案件处理的一致性。第二，构建一个共享的信息平台，实现案件信息、法律文书和审判经验的共享。通过与国际商事法庭建立互通的案件数据库，查询和借鉴成功案例，为海南自贸港的争端解决提供参考。[⑥]第三，学习和借鉴国际商事法庭在多元化解决国际商事争端等方面的创新做法，与国际商事法庭合作开展法官、仲裁员、调解员的联合培训项目，建立定期反馈机制，对合作中发现的问题进行总结和改进。[⑦]

未来，海南自贸港的多元化国际商事争端解决机制应逐步发展成为一个集成化、专业化的国际商事争端解决平台。这一平台将与“一带一路”争端解决机制及国际商事法庭形成有效的对接，最大程度减少机构的重叠和资源的重复，推动海南自贸港在全球商事争端解决中

---

① “面条碗效应”是一个经济学术语，用来形象地描述在同一个地区，同时适用不同的自由贸易协定（FTA）或其他经济一体化协议，由于规则的复杂性和重叠性而导致的效率低下和混乱现象。这个术语的灵感来自于意大利面条，当许多面条交织在一起时，它们变得难以分开和理清。

② See Allison Goh, Framework for the Resolution of Disputes Under the Belt and Road Initiative, 87 Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 2021(243-267).

③ 参见李向阳：《“一带一路”的高质量发展与机制化建设》，《世界经济与政治》2020 年第 5 期，第 51-70 页。

④ 参见宋雪菲：《“一带一路”沿线国家国际商事争端解决机制法律问题研究》，江苏大学 2021 年学位论文，第 27-56 页。

⑤ 参见辜韧佳：《创新海南自由贸易港国际商事多元化纠纷解决机制研究》，《新东方》2022 年第 1 期，第 1-6 页。

⑥ 参见乔一伟：《“一带一路”背景下国际商事法庭协议管辖研究》，《南方论刊》2024 年第 4 期，第 76-79 页。

⑦ 参见张晨：《探索国际商事争端解决机制和机构建设新路径》，法治日报 2023 年 9 月 28 日第三版。

树立起良好的示范形象。

（四）通过国际合作和区际合作实现与国际经贸规则对接

为提高竞争力，各国纷纷设立或强化国际商事法庭，以便在全球市场中占据一席之地。如 2008 年的迪拜国际金融中心法院、2009 年的卡塔尔国际法庭和 2015 年的阿布扎比全球市场法院，以及新加坡于 2015 年在最高法院下设立国际商事法庭，法国在巴黎商事法院及其上诉法院均设立国际商事法庭[①]，这些法庭的共同特点是程序简便、当事人自由度高、裁判质量高、法律适用公平可预见、与市场发展同步。在“一带一路”倡议和区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）的背景下，通过借鉴国际经验和实施区域合作，海南自贸港有望成为亚太地区商事争端解决的新平台。

当事人在国际商事纠纷中选择法院和法律的过程中，通常会全面评估目标国家的法律体系及司法环境。国际法庭如新加坡国际商事法庭、迪拜国际金融中心法院等，以其高效、低成本和透明的法律程序，成为各国商事争端解决的热门选择。[②]以迪拜国际金融中心法庭为例，该法庭遵循普通法体系，采用英国法律作为商事案件的审判依据，并以英语作为工作语言。这一模式被阿拉伯法系国家如哈萨克斯坦和卡塔尔广泛借鉴，显示出将国际商事法庭功能本土化的趋势。[③]新加坡的成功经验展示了如何通过有效的替代性争端解决（ADR）机制提升国际竞争力，其国际仲裁法的修订则平衡了法院对仲裁的支持与仲裁的独立性。海南自贸港应积极通过国际合作，提升自身法律框架的专业性和国际认可度。

2023 年 3 月，海南与境内外 25 个自贸区（港）共同发起并签署了《全球自贸区（港）伙伴关系倡议》，目前加入倡议的成员已达 34 个。[④]通过建立合作机制，海南自贸港可以在法律适用、审判机制等方面实现跨区域的协同发展。在国际合作和区际合作的基础上，建立区域性的多元化国际商事争端解决联动机制，吸引更多的国际仲裁和调解机构进驻。此外，海南应积极推进与《纽约公约》、《海牙判决公约》以及《新加坡调解公约》等国际性法律条约的对接，确保在国际商事仲裁和调解协议的执行上与国际规则一致。在区际合作方面，粤港澳大湾区拥有丰富的商事争端解决经验，尤其是在法律适用和裁判执行等领域[⑤]，海南自贸港可以与粤港澳大湾区、长三角等区域开展合作，建立跨境商事争端信息共享平台，实现案件进展、法律资源和专家意见的交流，形成区域内的联动机制。同时整合各地的调解员和仲裁员资源，建立跨区域的专业服务网络。通过在《全球自贸区（港）伙伴关系倡议》下

---

① 参见高晓力：《我国国际商事争端解决机制和机构建设——以最高人民法院国际商事法庭为视角》，《中国法治》2024 年第 1 期，第 99-104 页。

② See Lucas Clover Alcolea, The Rise of the International Commercial Court: A Threat to the Rule of Law?, 13 Journal of International Dispute Settlement, 413-442(2022).

③ See Andrew Dahdal, Navigating Judicial Conflict amidst Jurisdictional Expansion: Common Law Commercial Courts in Arab Civil Law Countries, 11 The Chinese Journal of Comparative Law, 26-32(2023).

④ 参见人民日报：《从自贸试验区、自由贸易港看高水平对外开放》，https://db.hainan.gov.cn/xwdt/yszx/202409/t20240918_3733620.html，2024 年 9 月 20 日访问。

⑤ 参见杜承铭、朱孔武、柯静嘉：《粤港澳大湾区法律论坛》，中国政法大学出版社 2019 年版，第 25-76 页。

与各地法院和调解、仲裁机构开展合作，可以增强司法互信，推动共同的法律框架和衔接机制的建立，促进跨区域案件的高效处理和资源整合。从而减少因地区差异导致的法律适用和执行障碍，为商事活动提供更为稳定的法律环境。

结语

通过对一系列文献的分析，可以看出海南自贸港在建立多元化国际争端解决机制方面已经取得了一定的进展。已有研究表明，临时仲裁、商事调解、以及多元化国际商事争端解决机制的现代化建设是海南自贸港法治建设的重要组成部分。这些机制的建立和完善，不仅有助于提高解决国际商事纠纷的效率和质量，而且对于打造国际一流的自贸港营商环境具有重要意义。海南自贸港的建设不仅需要借鉴国际自贸港的成功经验，还需要结合中国特色进行创新发展。相关文献研究表明，海南自贸港在商事争端解决机制建设方面还存在着尚未与国际经贸规则充分接轨、商事纠纷解决专门立法不足和国际合作深度有待加强等问题，这些都需要在未来的研究和实践中重点关注。

就国内自贸试验区而言，除海南自贸港以外，上海、重庆、广东等地通过借鉴国际经验，积极推动多元化商事争端解决机制的建立，取得了显著成效，包括引入国际仲裁机构、设立国际商事调解中心、推动仲裁与调解的结合等。就国外自贸区的先进经验而言，如北美自贸区和新加坡自贸港的多元化商事争端解决机制，强调效率、公正和国际化，为中国自贸试验区提供了宝贵的参考。这些经验表明，一个高效、透明、公正的多元化国际商事争端解决机制，能够显著优化自贸试验区的营商环境。

未来应进一步完善和创新海南自贸港现有的多元化国际商事争端解决机制，例如引入国际商事仲裁和调解的先进经验，完善相关立法，加强与国际经贸规则的接轨。此外，还需关注如何通过立法和制度创新，提升商事调解、仲裁和司法审判的协同效应，以及通过构建多部门、多层级的多元化国际商事解纷中心，实现区域联动与国际合作，从而推动海南自贸港在全球贸易和投资领域的国际竞争力。

A Literature Review Study on the Construction of a Diversified International Commercial Dispute Resolution Mechanism in Hainan Free Trade Port and Its Modernization Pathway

Abstract: The construction of a diversified dispute resolution mechanism in Hainan Free Trade Port, as a new highland for China's deepening reform and opening up, holds significant importance for enhancing regional economic competitiveness and attracting foreign investment. This paper analyzes relevant domestic and international construction experiences and research findings surrounding the establishment of a diversified commercial dispute resolution mechanism in Hainan Free Trade Port. Research indicates that other regions in China, such as Shanghai, Chongqing, and Guangdong, have undertaken a series of initiatives to establish a diversified international commercial dispute resolution mechanism, providing valuable references for Hainan Free Trade Port. In terms of international experience, the dispute resolution practices in areas such as the North American Free Trade Area, the China-ASEAN Free Trade Area, Singapore, and Hong Kong offer valuable lessons. Additionally, integrating with the international commercial courts and regional dispute resolution mechanisms under the Belt and Road Initiative can enhance the international competitiveness of Hainan Free Trade Port. Given the shortcomings in the existing international commercial dispute resolution mechanisms at Hainan Free Trade Port, it is imperative to further draw on international experiences and innovate local practices in the future. This includes upgrading and transforming the Free Trade Port's international commercial courts, constructing diversified international commercial dispute resolution centers, and strengthening international and interregional cooperation. This will build an efficient, fair and transparent diversified international commercial dispute resolution mechanism, creating an international and rule-of-law-based business environment for the Free Trade Port.

Key words: Hainan free trade port; international commercial mediation; international commercial dispute resolution mechanism; international commercial court

内地与香港跨境破产协助机制的现实困境与解决路径
——基于从“华信案”到“森信案”的发展分析

孙　瑶

摘要：在内地与香港经济融合背景下，两地当前跨境破产协助机制的立法现状和司法实践存在诸多不足，内地和香港跨境破产协助的典型案例揭示两地在跨境破产司法协助方面的发展与挑战。内地与香港跨境破产协助机制的现实困境主要包括法律规则衔接不足、管辖权协调问题、VIE 架构与 COMI 规则不一致等。解决路径包括强化法律规则的衔接与统一、优化平行破产程序管辖权的协调、明确 VIE 架构下的 COMI 判定以及建立高效的信息共享与沟通机制等。

关键词： 内地与香港；跨境破产；司法协助机制；现实困境；路径

引言

伴随着“一带一路”倡议的提出以及粤港澳大湾区的建设，我国对外开放的程度不断深入，内地与香港的交往在文化、经济、贸易等各个方面愈发紧密趋于融合。然而近年来全球经济下行，跨境企业的生存面临着巨大挑战，困难企业不得不或主动或被动进入破产程序，与此同时由于内地与香港的司法体制与法律环境存在巨大差异，[①]破产（香港称之为“清盘”）已经不再是仅单一适用内地或香港的破产程序就可以处理的问题，这是一种双向的处理机制。[②]通常跨境企业的实际经营和“主要利益中心”（center of main interest，以下简称为 COMI，）分别设立。[③]企业一旦宣告破产，那么破产程序由于加入了跨境因素一般会出现以下三种情况：（1）相关企业在两地同时进入破产程序；（2）企业在内地进入破产程序但需要香港司法的协助；（3）企业在香港进入破产程序同时也需要内地的司法协助。[④]香港回归后，虽然内地与香港已经签署了多项民商事司法协助安排，但因破产制度存在显著差异，跨境破产协助机制的建立一直是一项挑战。一方面，自 2019 到 2023 年，我国企业在内地进入破产程序并在香港获得承认与协助的案件共有 5 例。[⑤]另一方面，截指目前，香港清盘案件在内地法院

---

*作者简介：孙瑶，女，(1998.09—)，河南郑州人，郑州航空工业管理学院文法学院法律非法学专业研究生，河南省郑州市郑州航空工业管理学院东校区，13213134629

① 袁泉, 内地与香港跨境破产合作机制前瞻. 法律科学(西北政法大学学报), 2022. 40(03): 173-187.

② 谢晓丹. 内地与香港跨境破产合作制度建设[D]. 导师：王千华. 深圳大学, 2022.

③ 王静.跨境破产承认与协作的新探索——以全国首例新加坡高等法院认可我国主程序及管理人身份案为视角[J].人民司法,2022,(16):59-64.

④ 于若兰, 内地与香港跨境破产协作机制：实践演进与规则调适. 财会通讯, 2024.

⑤ https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/164/2273.html.国际商事法庭 | CICC - 【研讨会议题四主

获得司法协助有两例：2021 年“森信公司”案、2022 年“Ozner Water International Holding Ltd.（即“浩泽净水国际控股有限公司”）清盘案。 由于香港目前还没有制定一套关于跨国破产认可与协助的成文法，内地在这一领域的立法也需要进一步完善，两地在跨境破产合作的法律体系基础上更是存在固有的缺陷，这导致了两地一直无法建立一套完整的司法协助机制以展开合作。随着两岸经济一体化加深，企业亟待一套完善的跨境破产协助机制以解决两地法律体系差异导致的破产程序不互通问题，保护债务人和债权人的合法权益，促进破产清算与重整的高效进行，以更好优化两地的营商环境。

一、 内地与香港跨境破产发展现状

（一）我国跨境破产的立法规定

我国在跨境破产领域目前并没有一部专门性法律文件对跨境破产进行规范在立法方面尚处于空白阶段。2007 年 6 月 1 日《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“企业破产法”）正式实施前，我国关于跨境破产的问题也仅在为数不多的地方立法中进行了规定：（1）1987 年 《广东省经济特区涉外公司条例》在第 40 条规定了合资公司、合作公司和外资公司的客商资产的处理问题；（2）1987 年《深圳经济特区涉外公司破产条例》第 5 条则规定了我国在跨境破产程序中适用绝对的属地主义原则，但对我国法院宣告的破产程序境外效力并未涉及；（3）1993 年《广东省公司破产条例》的出台则完全取代了上述两部法律。直到《企业破产法》的实施，关于跨境破产的事项我国再无其他立法性文件的出台。[⑥]

《企业破产法》对于跨境破产问题的规定主要集中在第 5 条，法条规定我国法院进行破产程序适用折中主义原则，又称为“有限普遍主义”原则，该原则试图在维护国家主权和促进国际合作之间找到平衡点，既不是完全的普遍主义（无条件承认所有外国破产程序），也不是彻底的地域主义（只承认本国破产程序）。折中主义主要包括两个方面：（1）对于国内的破产程序适用普及主义，即债务人一旦在国内进入破产程序，则该程序的效力及于债务人国内和国外所有的财产；（2）对于国外的破产程序，在不违反我国法律基本原则、不损害国家主权、安全和社会公共利益的前提下，我国可以依据事实互惠原则对国外的破产程序给予一定的承认和协助以最大化维护本国债权人的利益。但实践表明事实互惠的情况下，由于适用条件严苛，并不能灵活处理相关破产案件，反而易陷入司法僵持的局面，故而近年来我国正在从事实互惠向推定互惠原则进行转变，即如果一个国家没有先例表明它以缺乏互惠关系为理由拒绝承认或执行我国的判决，并且在其法律体系中存在承认和执行我国判决的可能性，那么我们可以推定这个国家与我国之间存在互惠关系。《企业破产法》的第 5 条对我国跨境破产的问题进行了相关规定，但其本质上作为一项原则性规定在实践方面依然存在问题，如适用条件严苛，该规定仅适用于企业债务人；事实互惠与国际通行的原则缺乏衔接性和一致

题发言】石静霞：我国跨境破产承认与协助的现状、趋势与建议.

⑥ 范志勇与徐阳光, 我国跨境破产制度的规范评析与完善路径——以跨境破产平行模式为中心. 福建师范大学学报(哲学社会科学版), 2021(02): 96-108.

性；实践操作性不强。所以总体看来，我国尽快需要出台一部跨境破产专门性法律以更好的适应经济发展，满足现实需求。

（二）我国内地与香港跨境破产协助机制的立法及司法规定

为顺应现实需求，进一步完善内地与香港特别行政区司法协助制度体系，2021 年 5 月 14 日，中国内地出台了办理跨境破产协助案件首个可操作性规范，最高人民法院和香港特区政府在深圳签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和协助破产程序的会谈纪要》（以下简称“《会谈纪要》”），明确了相互认可和协助破产程序的具体内容，包括划定试点地区、界定适用范围、规定法律效力、规范协助方式等。此外，还明确了内地法院认可和协助香港破产程序可以通过两种协助方式进行：一是依申请允许香港管理人在内地履职，二是依申请指定内地管理人，由其负责债务人在内地的事务和财产，两地管理人进行最大限度的合作。为细化、落实《会谈纪要》，最高人民法院和香港特区律政司分别制定《关于开展认可和协助香港特别行政区破产程序试点工作的意见》（以下简称“《试点意见》”）和《内地破产管理人向香港特区法院申请认可和协助的程序实用指南》（以下简称“《程序指南》”），这标志着两地破产程序互认合作机制开始正式建立。内地上海市、福建省厦门市、广东省深圳市有关人民法院，可以依据《试点意见》认可和协助香港破产程序。香港依据普通法原则认可和协助内地破产程序，协助范围不限于上述试点地区，《程序指南》则针对内地破产管理人向香港特区高等法院申请认可和协助的简要程序进行了明确规定并提供了文件范本。2021 年 12 月深圳市中级人民法院作出裁定，认可了森信纸业有限公司的香港清盘程序及清盘人身份，并允许香港清盘人在内地履职，成为该合作机制实施以来的首例。

（三）内地和香港跨境破产破产协助的典型案例分析

（一）香港承认内地破产程序案例

1、 “华信案”

2018 年末华信集团账面资产约 800 余亿元，负债高达 1700 余亿元，严重资不抵债，2019 年华信集团进入破产清算，该案件由上海三中院裁定受理。上海三中院对华信集团涉香港的财产，向香港高等法院出具司法协助《请求信》，由管理人同步向香港高等法院提起认可上海三中院破产清算程序的申请。《程序指南》中明确规定香港承认域外破产程序需满足两项条件：一是域外破产程序属于集体性程序；二是由域外破产程序需在公司注册地进行[⑦]。夏利士法官在判决书中指出华信案充分满足上述两项条件，故而香港高等法院于 2019 年 12 月签署书面命令（“ORDER”），认可上海三中院受理的上海华信破产清算程序及指定的管理人身份，并确认联合管理人在香港地区行使的职权事项。这是内地破产管理人首次“主动”向香港法院申请承认内地破产管理程序及破产管理人资格并获批准的案件，该案件合作的基础为两地之间关于破产程序互相认可和协助机制的建立，此机制允许内地的破产程序在香港得到法律上的承认，使得破产管理人可以在香港执行相关职责，如追查和控制破产人在香港

⑦ 于若兰, 内地与香港跨境破产协作机制：实践演进与规则调适. 财会通讯, 2024.

的资产，这对于内地和香港跨境破产案件的处理具有重大意义。[⑧]

2、 “年富案”

2020 年 5 月，年富供应链的破产管理人向香港高等法院提交了一份申请，旨在确认其作为管理人的合法地位，并寻求法院的协助以便在香港地区顺利执行其职责。该申请得到了深圳市中级人民法院的明确支持，后者向香港高等法院发送了一份《请求承认和协助函》，以促进跨境司法合作。与“华信案”相同，“年富案”仍由夏利士法官负责，香港法院进行了书面审查并迅速作出了决定，对该公司破产程序在香港的的效力予以认可，并授权内地破产管理人在香港履行相关职权。[⑪]与上海华信的案例相比，深圳年富破产案中的一个显著特点是，破产管理人的权限得到了进一步扩大，年富供应链的破产管理人不仅限于处理母公司层面的破产事务，还被赋予了更广泛的权力，能够介入并管理公司在香港及可能的其他地区的子公司的资产和事务，包括但不限于行使股东权利、参与决策、处置资产等，这是对传统破产管理职责的重要延伸。这一扩展的权限对于破产管理人而言，既是机遇也是挑战，因为它要求管理人具备处理跨国界、跨企业结构复杂关系的能力，同时确保破产财产的最大化回收，保护债权人利益。此外，这也体现了内地与香港在跨境破产合作中不断深化的司法协助和互信，为跨境破产管理实践树立了新的标杆。

“华信案”是香港地区高等法院认可内地破产管理人地位并赋予其履职权限的第一案，而“年富案”则直接申请香港高等法院认可破产管理人地位并赋予破产管理人权限的程序。两起案件均体现了内地与香港在跨境破产案件中的合作与协助，对后续涉及跨境破产的其他案件提供了“先行先试”价值，促进了双方在此领域的进一步交流与合作，并极大地推动了内地与香港地区跨境破产司法协助具体法律的出台进程。

（二）内地承认和协助香港清盘案

1、 “森信公司清盘案”

森信纸业集团有限公司于香港注册成立， 2020 年公司以资不抵债为由在香港启动自动清盘程序后，香港法院对清盘人的指定给予了确认。2021 年 7 月香港法院在［2021］HKCFI 2151 案中批准了清盘人关于发出司法协助请求函的申请，请求函内容包括准许清盘人处理公司在中国内地的大量资产（下称“请求函”）。它是香港法院首次根据合作机制向中国内地法院发出请求函。清盘人请求深圳法院做出裁定：（1）在中国内地认可清盘人的身份，以及（2）对清盘人可在中国内地行使权力（等）给予指示。那么深圳法院若想要对该案行使管辖权，那么必须满足以下条件：（1）债务人的主要资产位于合作机制确定的三个试点地区之一（即：上海、深圳或厦门）；（2）债务人在此三个试点地区之一设有营业地或代表机构。

---

⑧ 石静霞, 香港法院对内地破产程序的承认与协助——以华信破产案裁决为视角. 环球法律评论, 2020. 42(03): 162-176.

⑪ 常洁,刘琦.承认外国破产程序的审查标准——以我国内地首例适用法律互惠承认外国破产程序案为例[J].法律适用,2023,(09):126-138.

深圳法院认定，公司的全资子公司森信纸业（深圳）有限公司（（下称“森信深圳”）是公司在中国内地的主要资产，且森信深圳在深圳成立并在深圳设有营业地。因此，深圳法院适用关于主要资产的第一个条件裁定，其对清盘人的申请享有管辖权，并对清盘人予以认可，确认清盘人可在中国内地行使清盘人权力，履行相关职责。⑫

该案表明，一旦香港清盘人获得中国内地法院的认可，其便有可能对债务人在中国内地试点地区以外的资产行使清盘人权力。然而，当清盘人为境外债权人的利益试图将中国内地资产变现出境时，清盘人的权力似乎仍会受到限制。该案件是内地法院首次根据跨境破产合作机制对获指定担任香港公司的香港清盘人正式给予认可及协助，是两地跨境破产协助机制从制度建立走向司法运行的首次具体司法实践，具有开创性意义。

2、 “Ozner Water International Holding Ltd.（公司）”清盘案

Ozner Water International Holding Ltd.（公司）于开曼群岛注册成立，并根据《公司条例》（第 622 章）第 16 部在香港登记为香港注册非香港公司。公司于香港联合交易所有限公司挂牌上市，因此香港法院认为公司的主要营业地在香港。公司在深圳的资产包括：一家深圳公司欠其的判决债务，以及可向深圳公司收取的应收款。2020 年 12 月 14 日，债权人针对公司启动了香港的清盘程序。2021 年 3 月 17 日被香港高等法院在 HCCW 430/2020 案中颁布清盘令，并于 4 月 16 日由破产管理署署长凭借其职位成为公司的临时清盘人。香港法院认为根据最高人民法院意见的要求，若要适用合作机制，香港法院和内地法院均需认定相关债务人的 COMI 为香港。香港法院结合证据的认定是，公司的 COMI “自从注册以来便一直是香港，因为其一直是通过香港来管理运营的。

因此”香港法院在[2022] HKCU 940 中批准了该公司清盘人的申请，即香港法院同意向深圳中级人民法院发出认可和协助香港清盘程序的请求函，该请求函旨在寻求司法协助，以帮助清盘人对公司的中国内地资产开展收集工作。根据香港《公司清盘条例》及普通法案例，香港法院对在内地成立的非香港公司具有酌定管辖权，但在决定是否清盘时需要考虑公司与香港的关联度、清盘令的合理性及香港法院对相关人员的司法管辖权。这些考量因素促使两地法院在跨境破产案件中加强沟通与合作，确保案件处理的公正性和效率。该案是香港法院首次准许开曼群岛注册成立的公司适用合作机制项下的认可与协助安排，是两地跨境破产协助机制具体司法实践的又一项拓展，在一定程度上推动了跨境破产协助法律制度的完善。⑬

二、 内地与香港跨境破产协助机制适用的现实困境

通过对上述内地与香港跨境破产相关案件的分类探析，可以看出我国目前内地与香港跨

---

⑫ 香港清盘人取得管理中国内地资产的权力.
https://www.sidley.com/zh-hans/insights/newsupdates/2022/03/hong-kong-liquidators-reach-mainland-assets

⑬ 香港清盘人寻求管理香港上市公司在中国内地的资产.
https://www.sidley.com/zh-hans/insights/newsupdates/2022/03/hong-kong-liquidators-seek-mainland-assets-of-hong-kong-listed-company

境破产协助机制正处在起步探索阶段，即使相关案例已经依据现有法律框架处理妥当，然而司法实践中我国内地与香港跨境破产协助机制仍存在现实问题：

（一）内地与香港关于跨境破产的规定缺乏有效的衔接

在《会议纪要》的指导下，我国最高人民法院在对《会议纪要》规定细化的基础上出台了《试点意见》，相较于香港律政司《程序指南》主要依赖于判例法的规则侧重于跨境破产中的某些特定程序和原则，《试点意见》则对于两地跨境破产的内容和程序作出了较为全面的规定，但对于如何保障破产管理人行使相关权利地具体措施并未涉及，并且二者的效力位阶也存在着一定的差异，这种位阶上的差异可能导致在实际执行中出现效力认定的问题。因此，这两份文件在规则衔接方面存在一定的不足，在一定程度上增加了内地破产管理人在申请获得香港法院协助的不确定性。⑭

（二）两地在管辖权方面存在一定程度的不协调

1、 两地欠缺平行破产程序制度

跨境破产领域的一个显著特点即平行破产程序与破产管辖权的紧密联系。国际上，目前在跨境破产领域普遍接受的“有限普遍主义”和基于此建立的主从程序、跨境破产司法协作等措施和制度，实际上主要就是对平行破产程序的妥协和折中。关于这一方面，《试点意见》在第 19 条虽有规定，香港特别行政区和内地就同一债务人或者具有关联关系的债务人分别进行破产程序的，两地管理人应该加强沟通与合作，然而关于债务人的财产追索问题并没有涉及。

2、 内地 VIE（即可变利益实体，Variable Interest Entity）架构的合法性与香港“COMI”规则不一致

COMI 是跨境破产案件中判断破产程序管辖权和法律适用的关键因素，但在涉及跨境破产的情况下，尤其是当采用 VIE 结构的集团需要处理破产事宜时，问题变得更加复杂。由于 VIE 架构依赖于复杂的协议而非直接的股权控制，这可能会影响内地法院对境外公司与境内实体之间关系的认定。特别是采用“COMI”原则作为管辖标准时，如何界定内地子公司的实际控制权归属，以及是否承认境外公司与境内实体之间的母子公司或关联关系，成为关键问题。⑮

（三）两地跨境破产司法协助缺乏高效的信息共享与沟通

目前，内地与香港之间由于破产法律制度和司法实践上存在的显著差异，跨境破产涉及了多个司法管辖区和利益方，它既是程序法的问题也包含实体法的问题。在这样复杂的环境中，更需要各方进行有效的沟通和协调，然而香港和内地之间仍尚未建立起完善的跨境破产信息共享机制，并且香港和内地之间的跨境破产沟通渠道也不够畅通，这就导致两地在处理跨境破产案件时，往往难以获取对方司法管辖区的相关案件信息和法律文件，信息的缺乏使

⑭ 于若兰, 内地与香港跨境破产协作机制：实践演进与规则调适. 财会通讯, 2024.

⑮ 于若兰, 内地与香港跨境破产协作机制：实践演进与规则调适. 财会通讯, 2024.

得两地的法院和破产管理人在处理案件时难以做出准确的判断和决策，这将极大影响案件处理的效率和效果。

三、 解决路径的探讨

针对上述内地与香港跨境破产协助机制存在的现实困境，解决路径如下：

（一）强化法律规则的衔接与统一

1、 制定更高层次的法律文件

通过立法机关推动制定更高层级的法律法规或双边协议，统一内地与香港在跨境破产领域的基本规则，确保两地规则的有效衔接和效力的一致性。具体来讲则可以考虑在国家层面制定统一的跨境破产法律框架，确保内地与香港的法律体系在跨境破产问题上具有一致性和兼容性；推动签订双边协议，明确跨境破产的协助机制、程序和标准，为两地法院和破产管理人提供明确的操作指南；定期评估和更新法律文件，以适应新的法律需求和实践变化。

2、 明确破产管理人权利与义务

首先在法律法规或指导性文件中明确破产管理人在跨境破产中的具体权利与义务，制定详细的操作指南，包括在对方司法管辖区的行动权限、如何行使权利的具体步骤以及破产管理人在跨境破产中的职责、权利、义务、操作流程以减少执行中的不确定性。其次为破产管理人提供必要的培训和认证，确保他们了解并能够履行其在跨境破产中的角色和责任。最后还需要建立问责监督机制，以提高公众对破产程序的信任并确保破产管理人的行为具有透明度。

3、 加强司法解释与指导

最高人民法院与香港高等法院可以联合发布更为详尽的司法解释或指导案例，通过发布指导案例，为法官和破产管理人提供具体明确的操作指引，帮助他们理解如何应用法律规则对跨境破产中的具体问题，这样可以提升两地对于跨境破产规则的可操作性。另外建立内地与香港法院之间的定期沟通和专家咨询机制也同样是一种有效解决两地跨境破产困境的有效路径，主要包括两地定期分享司法实践中的经验、邀请法律专家参与司法解释的制定等，这样可以在一定程度上确保解释的专业性和准确性以更好的解决司法实践中遇到的问题。

（二）优化平行破产程序管辖权的协调与 VIE 架构的处理

1、 建立平行破产程序制度

由于各国法律制度的差异和司法管辖权的独立，平行破产程序在复杂的跨境破产环境下的出现是不可避免的。因此，我国破产立法应正视这一现象，并在法律框架内对其进行合理的规制。我国可以参考国际通行做法，明确内地与香港在平行破产程序中的协调机制，包括如何分配管辖权、资产处置权限、信息交换等，减少重复诉讼和资源浪费。当主破产程序在我国启动时，我国破产立法应主张其绝对普遍主义的域外效力。这意味着主破产程序在我国法院启动后，其效力应及于债务人在全球范围内的财产和债权人，其他国家的法院也应予以

承认和协助。这有助于实现跨境破产案件的高效处理，保护全球范围内债权人的利益。⑯

在非债务人主要利益中心地，拥有跨境破产案件合法管辖权的国家启动的从破产程序，一般仅在本司法管辖区范围内具有属地效力。当我国的破产程序仅符合从破产程序特征时，我国破产立法应对此采取谦抑性立场，主张该程序的属地主义效力。这意味着从破产程序的效力仅限于我国司法管辖区范围内，不涉及债务人在其他国家的财产和债权人。这既尊重了其他国家的司法管辖权，也避免了不必要的法律冲突。

2、 明确 VIE 架构下的 COMI 判定

VIE 模式设计的初衷确实是为了帮助中国企业绕过外商投资限制，尤其是那些存在于互联网、教育、传媒等敏感行业的限制。通过境外设立壳公司并在海外上市，然后通过一系列复杂的协议安排控制境内的运营实体，实现了资金的回流和运营控制，同时避免了直接的外商投资身份所带来的法律风险和监管限制，相关法律框架的完善将是决定 VIE 模式命运的关键，因此通过立法或司法解释，明确在 VIE 架构下如何认定 COMI，可以考虑制定专门的指引或标准，以适应 VIE 模式的特殊性，确保跨境破产中的法律适用一致性。

（三）建立高效的信息共享与沟通机制

1、 搭建信息共享平台

信息共享平台的建立对于提高跨境破产案件处理效率至关重要，两地通过信息共享可以最大程度实现两地破产案件信息、法律文书、资产清单等关键资料的即时共享，能够确保关键信息的即时获取，减少因信息不对称导致的延误和错误，从而提高信息透明度和处理效率。

在操作层面上，可以利用现代信息和人工智能技术，如云计算和大数据分析，构建一个安全、可靠的电子平台，将破产案件信息、法律文书、资产清单等资料整合到一个统一的数据库中，用户界面设计的尽量直观易操作，这样确保用户能够快速检索和获取所需信息。最后信息时代的数据安全一直是重中之重，故而在信息共享平台的搭建过程中更加需要采取加密和访问控制等措施保护敏感信息，确保平台符合数据保护法律法规，并注重对相关个人和企业的隐私保护。

2、 建立常态化的沟通机制

跨境破产的案件一般涉及的企业和部门众多，两地由于法律制度和距离等原因在及时沟通方面存在一定的的难度，若两地能够建立一种常态化的沟通机制，不仅有助于及时解决跨境破产案件处理中的问题，更可以提高两地司法部门决策的效率和质量。

在具体实施层面，可以可以设立跨境破产协调小组或定期会议机制，包括两地的法院、破产管理人、监管机构等，定期举行会议讨论和解决跨境破产案件中的具体问题；建立快速响应机制，对于紧急情况能够迅速作出反应。

3、 培训与交流

由于两地法律体系与语言文化方面等存在的差异，以及目前随着经济的发展，两地跨境

⑯ 刘诗琦.论我国跨境破产管辖权制度的完善[J].广东开放大学学报,2023,32(05):43-49.

破产的案件数量急速上升，这就对两地法官、律师、破产管理人等专业人员的跨境破产方面的法律知识提出了更高的要求，所以加强两地专业人员跨境破产方面法律与实务培训和交流以提升跨境合作的专业水平显得至关重要。例如，可以定期举办跨境破产法律和实务的培训课程；鼓励两地的法官、律师、破产管理人分享经验，供学习实践；设立两地交流项目，促进两地专业人员的相互访问和学习等。

通过上述路径的实施，内地与香港跨境破产协助机制面临的现实困境可以在一定程度上得到有效解决，两地可以在跨境破产领域更好地合作与协调，以此能更有效地地保护债权人和债务人的合法权益，维护市场秩序和金融稳定。

四、 结论与展望

完善内地与香港跨境破产协助机制不仅是经济一体化发展的必然要求，更是保护债权人与债务人权益、维护区域金融稳定的关键举措。伴随“一带一路”与粤港澳大湾区建设的推进，跨境企业数量增多，破产风险也随之上升，高效的跨境破产合作机制对于优化营商环境、促进经济健康发展至关重要。未来两地应加快立法层面的深度融合，通过高层次法律文件明确跨境破产的基本框架，统一破产管理人的权利义务；同时，创新并完善平行破产程序制度，明确 VIE 架构下的 COMI 判定规则，以适应新经济形态下的司法实践需求。此外，建立高效的信息共享平台与常态化的沟通机制，提升跨境破产处理的效率与协同性，是未来合作的重点方向。长远来看，深化司法合作与专业人才培养，推动跨境破产法律体系的现代化，将为两地乃至国际社会提供重要的司法合作范本，以促进全球经济秩序的稳定与繁荣。

参考文献：

[1] 张烁.从“广信案”到“华信案”：香港对内地公司跨境破产清算承认与协助的新发展[J].法律适用,2020,(14):41-49.

[2] 岳燕妮,唐姗,王芳.内地与香港跨境破产的实践探索[J].人民司法,2020,(25):4-8+29.

[3] 袁泉，内地与香港跨境破产合作机制前瞻．法律科学(西北政法大学学报)，2022．40(03)：173-187.

[4] 常洁,刘琦.承认外国破产程序的审查标准——以我国内地首例适用法律互惠承认外国破产程序案为例[J].法律适用,2023,(09):126-138.

[5] 刘诗琦.论我国跨境破产管辖权制度的完善[J].广东开放大学学报,2023,32(05):43-49.

[6] 谢晓丹．内地与香港跨境破产合作制度建设[D]．导师：王千华．深圳大学，2022.

[7] 于若兰，内地与香港跨境破产协作机制：实践演进与规则调适．财会通讯，2024.

[8] 范志勇与徐阳光，我国跨境破产制度的规范评析与完善路径——以跨境破产平行模式为中心．福建师范大学学报(哲学社会科学版)，2021(02)：96-108.

[9] 石静霞，香港法院对内地破产程序的承认与协助——以华信破产案裁决为视角．环球法律评论，2020.42(03)：162-176.

[10] 王静.跨境破产承认与协作的新探索——以全国首例新加坡高等法院认可我国主程序及管理人身份案为视角[J].人民司法,2022,(16):59-64.

经济制裁在国际商事仲裁的识别、影响与启示

陈计[1] 周雁琳[2]

（2.厦门大学法学院，福建厦门 3610051 ；华东政法大学国际法学院，上海 201620）

摘要：全球化背景下，经济制裁成为国家间政治博弈的重要工具，在国际经济交往中频繁的被使用，给国际商事仲裁带来广泛而深远的影响。经济制裁在识别上存在“事实论”和“法律论”的不同观点，遗憾的是这两种观点都未能准确界定经济制裁的性质；相较之，“混合论”采取分别定性和讨论的方式更为恰当。此外，经济制裁既给商事仲裁带来诸如扰乱仲裁机构选择和仲裁费用支付、阻碍仲裁员选任、干预准据法确定等程序性方面的影响，也对商事仲裁的承认与执行造成阻碍。最后，经济制裁对中国参与国际商事仲裁具有深刻的启示意义。在国际层面，中国政府要在国际社会上呼吁减少经济制裁对国际商事仲裁的影响，并借机提升中国话语权，提出具体的中国方案；而在国内层面，则要在厘清经济制裁适用所属法律依据的同时，也要充分保障中国出海企业的切实利益。

关键词：经济制裁；国际商事仲裁；公共政策；强制性规定

经济制裁（economic sanctions）最早可以追溯到公元前 432 年伯里克利颁布的《麦加拉法令》（Megarian Decrees），[①]是通过采取强制性经济措施的手段来迫使目标国（target state）改变其原有的政策或行为，以达到实现制裁方(sending state)的政治意图[②]，主要通过贸易禁运、投资限制、交易限额以及资产冻结等强制性经济手段。[③]自二战结束以来，世界各国间的经贸关系往来频繁，以美国为代表的西方强国，频繁使用以经济制裁代替军事行动，维持其在世界政治角斗场中的主动权。在近年的经济制裁中（图 1），单边经济制裁[④]显得尤为突出，如美国和欧盟等国家或地区频繁挥舞单边经济制裁的大棒，恣意断绝或者威胁断绝

基金项目：国家社科基金后期项目“领土边界条约的解释问题研究”(22FFXB011)

作者简介：陈计（1999—），男，安徽蚌埠人，厦门大学法学院博士研究生，主要研究方向：国际公法、国际经济法；周雁琳（1998—），女，江西抚州人，华东政法大学国际法学院博士研究生，主要研究方向：海洋法。手机号码：13145525638；邮箱：2812312293@qq.com；地址：福建省厦门市厦门大学海韵学生公寓 12 栋 1 层 123 室。

① [美]格雷厄姆·艾利森:《注定一战:中美能避免修昔底德陷阱吗?》，陈定定、傅强译，上海人民出版社 2019 年版，第 60 页。

② 俎文天:《美西方经济制裁效力困境下的中国涉外法治回应》，载《财经法学》2024 年第 1 期，第 175 页。

③ 孙才华:《美国经济制裁风险防范:实务指南与案例分析》，人民日报出版社 2020 年版，第 4 页。

④ 单边经济制裁是由单边国家或若干国家组织的在不具备联合国安理会互联网执行联合国安理会决议授权之外的，根据一国国内国外区域性法律，擅自对其他国际或地区采取政治、经济或者军事等制裁措施。

与别国贸易和金融关系的往来，给国际规则和多边体制带来不确定性，也对全球商事贸易生态造成巨大的破坏。

目前，经济制裁对国际商事制裁的影响已经成为学术界和实务界研究的焦点问题，国内学者主要从经济制裁对国际商事中的影响、适用规则和 ISDS 实践视角的分析入手，对经济制裁的合法性、单边经济制裁的性质界定以及经济制裁是否违反投资保护的实体待遇标准、东道国能否援引安全例外条款等进行了详细的论证。而国外学者则主要从微观角度切入，对法律适用、管辖权、投资保护、东道国抗辩等细节问题进行深入研讨。总体而言，现今的国内外研究局限于理论层面的研究，尚未深入了解到具体的实践中，特别是缺乏对既有国际商事仲裁案例的考察。所以，本文从实践的角度出发，以经济制裁的识别为出发点，结合理论依据与实践案例，深入剖析经济制裁给国际商事仲裁造成的影响，并给出具体的国际解决方案，有助于践行人类命运共同体理念，建设开放包容、清洁美丽的国际商事贸易生态环境。

图 1 国际商事仲裁中涉经济制裁主要案件统计

序号	年份	当事方	争议焦点	案件名
1	2018	乌兹别克斯坦与 Bayer 公司	涉及乌兹别克斯坦的经济制裁，Bayer 公司因制裁的实施声称利润损失。	Bayer CropScience vs. Uzbekistan (ICDR Arbitration 2018)
2	2018	伊朗与德意志银行	伊朗公司因国际制裁起诉德意志银行，声称因金融制裁无法进行交易，要求赔偿损失。	CC/Deutsche Bank vs. Iran (LCIA Arbitration 2018)
3	2017	乌克兰和俄罗斯	该案件涉及乌克兰和俄罗斯之间的经济制裁，申请人因制裁而遭受损失，寻求赔偿。仲裁庭必须考虑制裁的合法性及其对合同履行的影响。	Viktorya Чистяков vs. Alushta Resort and Spa (2017)
4	2016	伊朗与 Tonnage 公司	本案中，申请方诉称因美国对伊朗的经济制裁导致合同无法履行，仲裁庭需评估制裁对合同的影响及其执行的合规性。	Tonnage Services Limited vs. Iran (ICC Arbitration 2016)
5	2005	俄罗斯与 Yukos 公司	虽然主要有关投资争端，但俄方的惩罚措施和制裁措施在案件中也被提及，涉及对业务流转的影响。	Yukos Universal Limited vs. Russia (PCA Case 2005)

一、经济制裁在国际商事仲裁中的识别

在国际政治格局的深刻变革下，贸易保护主义、单边主义不断抬头，逆全球

化思潮暗流涌动，美国等西方国家为了转移国内经济压力，实现对外政策，频繁发起经济制裁，导致近年间全球上出现大量国际商事纠纷。毫无疑问，当前国际商事仲裁是全球经贸领域通行的争端解决方式，所以当仲裁庭处理此类纠纷时，首先面对的就是如何对经济制裁加以识别，换句话说就是经济制裁的性质如何认定？由此将会引发一系列的问题，如经济制裁在国际商事仲裁中应当如何考虑，是作为事实因素还是法律因素嵌入到案件的审理过程中？为什么可以将其界定为该种要素？是否具备合理性？如果不合理应该如何对待？

（一）孰优孰劣——“事实论”抑或“法律论”？

事实论（datum），顾名思义，是把经济制裁当作事实因素考量，看作影响国际商事合同关系产生、变更、终止的事实要素，直接影响合同的权利义务关系。这种观点的形成，主要依托冲突法“公法禁忌”理论[⑤]，在传统冲突规范协调各国私法规则的实践中，法院地法始终居于垄断地位，外国公法基本无适用之可能。所以在此种学说的影响下，公法应有强烈的属地性，不具备域外法律效力，一国没有义务对他国为行使主权所制定的法律、方针、政策等予以认可或接受。[⑥]具体而言，在将经济制裁作为事实因素处理的过程中，此时经济制裁视同“行为规则”，而不是“裁判规则”，仲裁庭在适用的过程中不需要考虑经济制裁是否具备国际法上的合法性，只需要判断其是否能得到调整该合同关系的准据法的认可[⑦]，该项抗辩是否合理，能否得到支持。例如当制裁国发起进出口贸易禁令时，一方当事人以存在经济制裁为由拒不履行合同，仲裁庭无须考虑该行为在国际法上的合法性，而应考虑制裁国的此项禁令是否构成不可抗力，属于准据法中免除合同履行的法定例外；还是存在其他可以解决的替代方案。

与此同时，伴随着国家间经济往来合作的频繁密切，私人主体越来越多的介入国际经济合作领域，公法和私法的触角也延伸到了彼此的法域，“公法私法化[⑧]”和“私法公法化[⑨]”进程日益明显和加快，故此有学者提出“公法禁忌”是可以被打破的，相互合作执行彼此的公法存在互利互惠、合作共赢的前景。[⑩]所以“法律论”与“事实论”相比则存在显著的差异，前者恰是把经济制裁视作裁判规则。法律论的支持者认为，经济制裁应当视为可以直接适用于判断合同有效性的法律规则，而适用的难点在于需要对经济制裁的合法性和正当性予以评判和认

---

⑤ 最初的“公法禁忌”仅产生于对外国惩罚性法律和税收规则效力的否认,而后逐渐扩展至其他公法部门,经由实践归纳为理论再投射于实践，该原则自诞生起已持续数个世纪。

⑥ 章晶:《反思冲突法“公法禁忌”原则之突破》，南京大学 2012 年硕士论文，第 7 页。

⑦ 霍政欣,陈锐达:《反外国制裁的司法维度展开》，载《世界社会科学》2023 年第 2 期，第 165 页。

⑧ 金自宁:《“公法私法化”诸观念反思——以公共行政改革运动为背景》，载《浙江学刊》2007 年第 5 期，第 143 页。

⑨ 马忠法:《论国际贸易领域中的“私法行为公法化”》，载《政法论丛》2022 年第 1 期，第 42 页。

⑩ William S.Dodge,“The Public and Private Distinction in Conflict of Laws",(2008) 18 Duke Journal of Comparative & International Law 372,p.389.

可，是否具备在个案中将经济制裁作为强制性规定直接适用的法律效力？然而经济制裁又存在具体的经济制裁和抽象的经济制裁，两者的性质存在明显的差异，前者类似于跨国行政处罚，是采取执法对私人民商事行为的介入，属于依法作出的具体行政行为；后者却属于立法机关的国内立法，是采取经济制裁行为的法律基础和依据。例如在 2021 年的 Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH 案中，依据《免受第三国立法及由此产生行动之域外适用影响的保护法案》（EC Regulation No.2271/96, 以下简称“《欧盟阻断条例》”）第 5 条第 1 款的规定，禁止任何第 11 条下的个人遵守“任何基于附件所列外国法律或由这些法律所产生的、包括外国法院的要求在内的任何要求或禁令”，[11]汉堡高等法院认为，德国电信公司终止同 Melli 的合作关系的理由是基于美国的次级制裁，这足以导致《欧盟阻断条例》第 5 条第 1 款的适用，而且强迫其继续履行与 Melli 公司的合同，将会使德国电信公司面临巨大的经济风险，违背《欧盟阻断条例》项下第 9 条的相称性风险。[12]本案中德国法院认为美国的次级制裁就是一种法律上的“强制性规范”，故此引发了阻断条例对美国所谓“要求或禁止遵守义务”实施阻断。

（二）两种观点的不足与“混和论”的提出

武汉大学的韦艳茹博士经考察发现，在实践中“法律论”与“事实论”两种观点所导致的结果基本一致，只是往往“法律论”的说理过程更加详尽充分。[13]从“法律论”来看，其逻辑起点是将经济制裁定性为国际私法意义上必须予以直接适用的法，实践中是将经济制裁作为公共政策的组成部分或必须予以适用的强制性规定。从“事实论”来看，仲裁庭应当将经济制裁作为事实在实体法适用阶段考量，判断经济制裁的实施效果是否构成准据法所属法域中不可抗力、背离公共秩序或者不合法、不道德的情形等。[14]看似合理的背后，两种裁定性分析路径都存在一定程度的不足够与缺陷。如在“事实论”中，当准据法为受制裁国法时，准据法国的法律和公共政策与制裁措施必然存在明显差异甚至截然不同，而仲裁庭若采用事实论的观点，相当于认可制裁措施作为事实的客观效力，此时又适用制裁国的法律来判断合同违约的效力，法律逻辑和价值取向上存在尖锐的矛盾和对立。同时仲裁庭的成员作为私人主体，必须遵守所在国的法律规范和理念，很

[11] No person referred to in Article 11 shall comply, whether directly or through a subsidiary or other intermediary person, actively or by deliberate omission, with any requirement or prohibition, including requests of foreign courts, based on or resulting, directly or indirectly, from the laws specified in the Annex or from actions based thereon or resulting therefrom.

[12] 北京理工大学国际争端研究院:《<欧盟阻断条例>第 5 条第 1 款未排除商事主体在未给出理由的情况下终止与美国 SDN 清单下的主体签订的合同》，https://iidps.bit.edu.cn/gatsw/7549649a8c0c4871982994029e365ccd.htm，访问时间：2024 年 10 月 2 日。

[13] 韦艳茹:《论单边经济制裁在国际商事仲裁中的适用》，载《中国国际私法与比较法年刊》2022 年第 2 期，第 270 页。

[14] Van Houtte,Trade Sanctions and Arbitration, International Business Lawyer 25, 1997,p.167.

容易在案件“自由心证”的过程中存在特定的倾向；在“法律论”中亦是如此，法律论在适用的过程中坚持合同准据法整体适用，不得将公法性质或强制性规范的法律规定排除在适用之外。当准据法为受制裁国法时，制裁措施与受制裁国公共政策相悖，法律效力不被认为，被制裁国可能以违反本国公共利益或价值为由进行阻断甚至发起制裁，这将会导致法律适用陷入一种混乱、不稳定、不可预见性的状态。

“混合论”是由“事实论”和“法律论”的基础上发展而来，介于两者之间。它不是片面的将经济制裁定为事实或法律，而是基于强制性规范的特征分别进行定性和讨论。具体来说，它将直接导致合同能否履行的经济制裁视为法律，将仅仅涉及合同效力的贸易禁令视为法律。首都经济贸易大学的张建副教授比较赞同布伦纳教授的观点，认为能决定合同效力、为合同终止提供正当性依据且属于跨国公共政策的强制性规范视作法律，如外汇管制、经济制裁等；而将不能被认定为跨国公司政策或者仅存在艰难情势、不可抗力或者其它免于履行合同义务的强制性规范视作事实[15]。与前两种观点相比，“混合说”是一种较为令人满意的方式，仲裁庭不会机械的将经济制裁视作事实或法律，而是具体案件具体分析。先辨明经济制裁是对合同履行的影响还是合同效力的影响，再进而决定其应归属于事实还是法律，既有助于仲裁庭实现目标的可预见性与结果的一致性，也有利于国家参与国际政治斗争时，掌握反制裁司法适用的主动权，促进国际政治形势和法律环境的稳定。

二、经济制裁对国际商事仲裁的影响

经济制裁作为一种影响深远的国际关系工具，为国家或国际组织达到特定政治、经济目标而采取的措施，近年来在国际关系中愈发盛行，正在重塑国际商事仲裁的生态。这些制裁措施通过禁止贸易、限制金融交易、阻碍投资等手段，直接影响了相关国家和地区的经济活动。与此同时，国际商业交易也受到了深刻影响，特别是在国际商事仲裁这一重要的争端解决机制中，经济制裁带来了复杂的法律和实践问题。它不仅影响了仲裁的适用性，还对仲裁员的选择、仲裁程序的高效性、以及裁决的可执行性造成了挑战。在未来的国际商事仲裁中，相关各方需意识到经济制裁的复杂性与多变性，并通过积极的法律与实践措施应对其带来的新挑战，只有在理解制裁背景下的法律环境，才能更好地维护自己的权益，确保国际商事交易的持续与稳定。

（一）经济制裁对仲裁程序的影响

[15] Christoph Brunner,Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles-Exemption for Non-Performance in International Arbitration,Kluwer Law International,2009,p.272.

（1）扰乱仲裁机构选择和仲裁费用支付

通常来说，除非双方事前约定，仲裁程序都要适用仲裁机构规则和仲裁地法律，[16]仲裁机构和仲裁地的选择对双方当事人解决争议具有重大影响。首先，仲裁机构在受理案件时，是否会因为该起案件受到经济制裁而拒绝受理？早在2015年国际商会、英国伦敦国际仲裁院和瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院三家的联合声明中就指出，仲裁机构不妨碍受制裁的实体或个人发起仲裁，接受任何国籍方的仲裁申请，具备天然的中立性；同时建议受制裁个人或实体将制裁情况告知仲裁机构，以便协商行政程序。但是据俄罗斯仲裁协会（下称“RAA”）调查，超过20%的用户反馈，当他们提交含有经济制裁的仲裁申请时，仲裁机构往往拒绝受理案件。[17]由此可见，声明和实践中还存在一些差异。

其次，经济制裁发生时，当事人可能由于受到资产冻结等多种经济形式的限制措施，无法按时支付仲裁费，这就直接导致仲裁当事方、最终受益人或任何相关实体所期望的仲裁程序无法继续进行。同样据RAA的调查显示，有38.5%的仲裁机构（通常是收款银行代收）没有按时收到当事人的仲裁费用，故而为了解决这些问题，有些仲裁机构允许受制裁主体向有关部门申请冻结资金的豁免。欧盟仲裁机构为此付出了巨大的努力，欧盟第269/2014号条例、第2022/1269号条例，都明确规定法律服务的费用可以排除在制裁冻结资金的豁免范围，用以确保被制裁主体可以为进入司法、仲裁等程序支付必要的费用[18]，瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院对此表态，认为此项措施保证了各方在特别困难的时刻诉诸司法的机会，很大程度上支持了涉及制裁案件的仲裁程序的推进[19]。

（2）阻碍仲裁员选任

仲裁员作为处理仲裁案件的主体，具备专业的法律、经济知识和丰富的实践经验，是经贸领域的专家学者。通常来说仲裁员的选任是双方当事人根据意思自治原则在仲裁委员会提供的名单中自由选定或委托仲裁委员会指定。然而，在经济制裁的案件中事情就变的复杂起来，当事人在选任仲裁员时会特别审慎考虑仲裁员是否来自制裁发起国、受制裁国还是第三国，能否保证仲裁程序的的公正性？同样，仲裁员也会忧虑自己是否会因参与此案件而受到制裁国制裁，增加了仲裁员的职业风险。首先，仲裁员会受到本国经济制裁的影响。一般的经济制裁

---

[16] 如英国伦敦国际仲裁院设立在英国，要遵守欧盟的法律规范和制裁法规；香港国际仲裁中心设立在中国香港，所以要遵守《中国人民共和国维护香港特别行政区维护国家安全法》及其制裁措施。

[17] The Russian Arbitration Association,“2022Russian Arbitration Association Survey:The Impact of Sanctions on CommercialArbitration",https://arbitration.ru/upload/medialibrary/319/rwbwb3rdjvkywize5jo5e6nu12t8c6it/RA-2022-Study-on-sanctions_eng.pdf ,last visited 3 October 2023.

[18] ICC,The Potential Impact of the EU Sanctions Against Russia on International ArbitrationAdministered by EU-BasedInstitutions,https://www.lcia.org//media/download.aspx?Mediald=445,last visited on 9 April 2023.

[19] SCC,VIAC,FAI,DIS,CAM and Swiss Arbitration Centre,“Joint Statement of SCC,VIAC,FAI,DIS,CAM and Swiss Arbitration Centre on the EU'S 7thSanctions Package(2022)",https://sccarbitrationinstitute.se/en/news/jointstatement-eu-provides-exemption-arbitration-proceedings ,last visited 30 October 2023.

中往往会带有禁止本国公民或其他主体对被制裁实体提供服务或者协助，这里当然包括诉讼或者仲裁等法律服务。实践中，美国所采取的是“原则+例外”的模式，如 2022 年美国总统第 13902 号行政命令第 1（a）(iii)条就明确规定，禁止向被美国实施冻结财产或财产性权益制裁的主体提供技术支持、资金赞助、法律服务等任何实质性的协助。⑳但美国海外资产控制办公室(US Office of Foreign Assets Control，以下简称“OFAC”)又对该项条款进行澄清，解释当相关机构或者人员符合通用证制度的情形，仍可接受美国制裁实体的仲裁委托。其次，仲裁员也会受到他国反制裁的影响。如根据《中华人民共和国反外国制裁法》的规定，我国有权对被列入反制裁清单的人员要求其不得担任中华境内仲裁机构的仲裁员。[21]那当受到制裁的是个人所在单位或者组织应当如何处理？华东政法大学的杜涛教授认为对于该种情况应该分情况讨论，若该人员从事的是单位活动有关的行为应当受到制裁；若与单位活动无关，则不应受到影响。[22]

（3）干预准据法确定

仲裁准据法包括程序准据法和实体准据法，通常来说程序准据法不包括与经济制裁的相关条款，所以经济制裁对准据法的影响，主要针对的是实体准据法。[23]其中最突出的矛盾在于，若经冲突规范所指引的准据法为仲裁地时，仲裁地国的经济制裁是否应该适用？部分学者坚持“非当地化”理论，[24]认为仲裁的核心理念在于“契约性”和“国际性”，应该淡化仲裁的地域因素，仲裁法律的适用要秉持仲裁庭自由裁量权和当事人意思自治原则的指引。但是此种观点过于片面和理想化，仲裁裁决的合法性和可执行性才是当事人的初衷，若裁决被撤销或者不予执行，变为一纸空文，必然不是劳心费力的当事人所期望的结果。所以一般情况下，仲裁地法律应该被作为准据法适用，要遵守仲裁地的强制性规定和公共政策。[25]而当仲裁地法内部面临合同继续履行的合同法与阻挠合同继续履行的经济制裁法冲突时，应当如何解决？要求继续履行的合同法涉及合同的确立、变更、效力和履行等内容，保障的是私人间民商事交往关系和交易秩序；而阻挠合同履行的经济制裁法所代表的是国家对外政策，保护的是国家利益。根据特别法优于

---

⑳ Federal Register,Imposing Sanctions with Respect to Additional Sectors of Iran,https://www.federal register. Gov/documents/2020/01/14/2020-00534/imposing-sanctions-with-respect-to-additional-sectors-of-iran,last visi ted on 3 May 2024.

21 《中华人民共和国反外国制裁法》第 6 条:“国务院有关部门可以按照各自职责和任务分工，对本法第 4 条、第 5 条规定的个人、组织，根据实际情况决定采取下列一种或者几种措施：不予签发签证、不准入境、注销签证或者驱逐出境；查封、扣押、冻结在我国境内的动产、不动产和其他各类财产；禁止或者限制我国境内的组织、个人与其进行有关交易、合作等活动；其他必要措施。”

22 杜涛,叶子雯:《论经济制裁对国际商事仲裁的影响》，载《武大国际法评论》2023,年第 3 期，第 69 页。

23 同上

24 毕莹:《国际商事仲裁“非内国化”之研究》，载《海南大学学报(人文社会科学版)》2005 年第 3 期，第 320 页。

25 肖永平,朱克鹏:《论强制性规则与公共政策对国际商事仲裁的影响》，载《国际贸易问题》1997 年第 9 期，第 56 页。

一般法的传统理论，经济制裁法显然是特别法，具备强烈的公法属性，所以理应应优先适用。

（二）经济制裁对仲裁裁决承认与执行的影响

（1）经济制裁能否纳入公共政策范畴？

毫无疑问，裁决的承认与执行是仲裁最为关键的一环，只有裁决得到切实的执行，胜诉方才能取得赔偿款，得到其应得的利益。索瑟·霍尔（Sauser Hall）的“混合理论仲裁”[26]为现有仲裁裁决承认与执行规则的指引，转化入《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称“纽约公约”）和《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（以下简称“华盛顿公约”）中。作为与仲裁裁决承认与执行最密切的公约，《纽约公约》第 3 条[27]、第 4 条以及《华盛顿公约》第 53 条、54 条[28]为仲裁裁决在跨国间的承认与执行提供了法律依据。但同时规定了例外情形，《纽约公约》第 5 条第 2 款 b 项规定，“承认与执行裁决有违该国公共政策者，亦可拒不承认及执行仲裁裁决。”具体到经济制裁的案件中，既然《纽约公约》和《华盛顿公约》都接受“公共政策”可以作为拒绝承认与执行的理由，那么经济制裁能不能构成公共政策？由于公约缺乏对“公共政策”明确的定义，导致实践中存在差异。国际社会的主流观点倾向认为联合国安理会的制裁属于跨国或国际公共政策，属于强制性国际公法的组成部分；而一国或区域性经济制裁不具备普遍性效力，不应纳入公共政策的范畴。[29]例如在 Bank Melli Iran and Bank Saderat Iran v. Bahrain 案中，仲裁庭认为联合国对伊朗的制裁属于国际公共政策；在 National Oil Corporate v. Libyan Sun Oil Corporate 案中，仲裁庭认为美国单方面的经济制裁则不构成公共政策。

（2）承认与执行仲裁裁决的典型案件分析

随着全球一体化的不断深入，国际商事仲裁成为跨国经济中最常用的纠纷解决机制，但在经济制裁的背景下，仲裁裁决与执行的结果往往很难取得预期的目标，通过对具体案例的考察，来深入了解经济制裁是否能影响以及如何影响仲裁裁决的承认与执行。在 2017 年 10 月的 Koch Minerals v. Venezuela 案中，[30]仲裁

---

[26] 该理论将仲裁作为一种特殊的混合的司法制度，当仲裁发起前适用“契约理论”，依靠当事人合意启动仲裁；而仲裁发起后适用“司法权理论”，仲裁庭充当“准司法机关”，对纠纷进行裁决，具有与法院判决等同的效力。

[27] 《纽约公约》第 3 条:“各缔约国应承认仲裁裁决具有拘束力，并依援引裁决地之程序规则及下列各条所载条件执行之。承认或执行适用本公约之仲裁裁决时，不得较承认或执行内国仲裁裁决附加过苛之条件或征收过多之费用。”

[28] 《华盛顿公约》第 54 条:“每一缔约国应承认依照本公约作出的裁决具有约束力，并在其领土内履行该裁决所加的财政义务，正如该裁决是该国法院的最后判决一样。”

[29] Katie Mcdougall&James Rogers,Impact of International Sanctions on Arbitral Proceedings,18 International Arbitration Report 17-19(2022).

[30] Koch Minerals v.Venezuela,Memorandum Opinion and Order of the United States District Court for the District of Columbia,No.17-cv-2559-ZMF,(D.D.C.Feb,22,2022),p.8.

庭裁决委内瑞拉需要向科赫矿物公司支付 3 亿美元的赔偿金，2022 年哥伦比亚法院对裁决的结果作出确认，随后同意科赫矿物公司对委内瑞拉在美国的财产进行冻结。但由于委内瑞拉受到美国的经济制裁，且财产都在特拉华州，所以将由特拉华州法院决定是否同意在未取得 OFAC 许可的情况下进行冻结；而在 2021 年的 Dayyani v.Soouthrea（II）案中，Dayyani 公司要求韩国履行 6800 万美元的赔偿，韩国则以伊朗受到美国经济制裁为由进行抗辩；但在 1977 年的 Iran v.Cubic Defense Systems 案中却持截然相反的态度，[31]美国 Cubic 公司和伊朗国防部签订了出售和维修空闲机动靶场的合同，由于伊朗革命未能履行。随后伊朗国防部发起仲裁进行索赔，1998 年美国联邦地区法院收到请求确认与执行仲裁裁决，联邦地区法院却认为 Cubic 公司将款项打入被美国财政部冻结的账户，不违背美国对伊朗经济制裁的政策。

三、经济制裁对中国参与国际商事仲裁的启示

随着中国经济的快速发展，中国在国际商事仲裁中的地位与作用日益凸显。然经济制裁作为国家之间政治和经济斗争的工具，却频繁的发生，对国际商事仲裁产生了深远的影响。在当前全球经济政治环境日益复杂和变幻莫测的背景下，中国企业在海外的投资和商业活动日益频繁，不可避免地会遭遇到经济制裁的问题。因此，理解经济制裁对国际商事仲裁的影响并采取相应的策略，不仅对中国在国际仲裁领域的参与模式和策略提供重要的启示，也对中国出海企业的经营活动至关重要。

（一）国际层面

（1）在国际社会上呼吁降低经济制裁对国际商事仲裁的影响

国际商事仲裁以契约自由的私法自治原则为指导，具备公平、公正、高效和易于执行等优势，是现行国际经贸领域最重要的争议解决机制。其“最有价值的的特征”在于可以规避“特定的法律制度或国家法院”且“裁决具有可执行性”，[32]然而现有的经济制裁与反制裁实践证明，由经济制裁所引发的一系列国内、区域和国际间棘手的互动关系与复杂的法律关系，严重冲击国际私人主体之间交易的稳定、削弱了当事人对国际商事仲裁的信心，使得这一“最有价值的特征”正在弱化。经济制裁一般带有政治目的，通过贸易禁运、金融管制等手段，对被制裁国的贸易、市场、投资、金融等领域施压，迫使其改变原有的方式政策。从本

[31] Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v.Cubic Defense Systems,United States Court of Appeals,Ninth Circuit,15 December 2011,665 F.3d 1091.

[32] 霍政欣,陈静：《单边经济制裁对国际商事仲裁的影响及其国际解决方案》，载《国际法研究》2024 第 1 期，第 55 页。

质上来看，经济制裁和国际商事仲裁二者存在功能和目标上的冲突，经济制裁服务于国家政策需要，以扰乱被制裁国商业关系的方式来达到其背后暗含的政治目的；而国际商事仲裁设计的目标以保障争议解决的确定性和可预测性为手段，促进纠纷的顺利解决，维护国际商事活动的持续发展。

然而，经济制裁正在对国际商事仲裁制度优势不断侵蚀，使其深陷错综复杂、不确定的泥潭，影响其原有功能的发挥，形成致使国际经济衰退、国际社会混乱的恶性循环局面。据数据统计，制裁实施的两年间，被制裁国外商投资降低 26.8%、跨境贸易减少 3.83%、人均 GDP 下降 2.82%。[33]2023 年 9 月，中华人民共和国外交部发布《关于全球治理变革和建设的中国方案》明确提出，“面对日益严峻复杂的全球挑战，推动加强和完善全球治理体系是世界各国必须承担的共同任务。”[34]中国是多边主义的维护者和践行者，应当积极引领国际议题，在国际社会上呼吁降低经济制裁对国际商事仲裁的影响，共同推进国际法治建设。

（2）提升中国话语权并倡议具体的中国方案

中国参与减少经济制裁对国际商事仲裁的国际立法方案，应把握国际商事仲裁中的话语主导权，意在促进国际商事仲裁制度的健康发展。习总书记强调，“要坚定维护以国际法为基础的国际秩序，主动参与国际规则制定，推动国际关系法治化。”[35]现有的国际体系，是冷战后以美国自由主义价值观构建的，时至今日，美国仍是国际规范的主导者。要想扩大中国话语权，关键在于掌握国际规则的制定权，角色要尽快从国际规则的“追随者”转变为“制定者”。作为联合国安理会常任理事国和世界第二大经济体，中国有必要率先在国际社会发出减少经济制裁对国际商事仲裁影响议题的国际立法倡议，此举既可为中国现代化创造和谐稳定的国际经贸环境，也有利于扩大中国在国际社会的话语权与影响力。

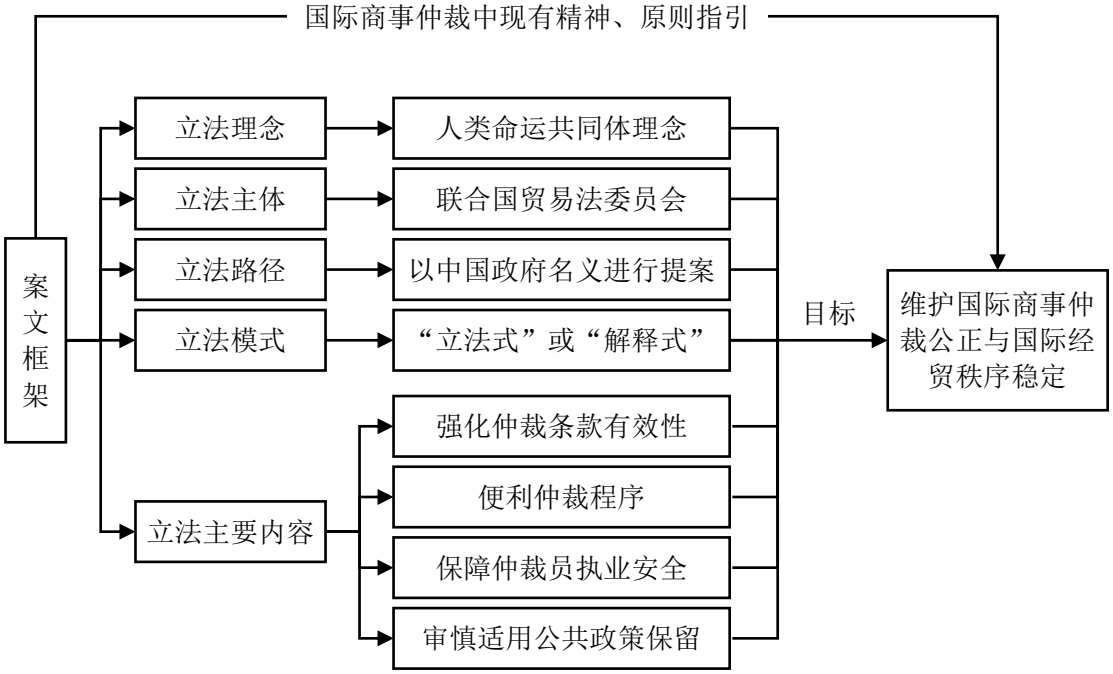
---

[33] Jerg Gutmanna,Matthias Neuenkirchb,Florian Neumeierc,"The Economic Effects of International Sanctions:An Event Study",https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0147596723000525,last visited 30 October 2023.

[34] 中华人民共和国外交部,《关于全球治理变革和建设的中国方案》,https://www.mfa.gov.cn/wjbxw_new/202309/t20230913_11142009.shtml，访问时间:2024 年 6 月 30 日。

[35] 《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境》，载《人民日报》2023 年 11 月 29 日,第 1 版。

图 2 国际立法方案设想图



进言之，中国倡议的国际立法方案不是要推翻以《纽约公约》《华盛顿公约》为代表的的一系列仲裁规范和规则，而是应对经济制裁对国际商事仲裁消极影响的特殊立法，旨在以法律规范调整和恢复稳定的国际秩序，[36]下面对具体方案的设计框架（图 2）进行分析。首先，中国提出的“人类命运共同体理念”，具有包容审慎、天下大同的国际社会发展观，可以作为方案中的指导理念。其次，在具体制定过程中，中国政府可以向联合国国贸易法委员会提出启动相关国际立法的提案。联合国贸易法委员会作为解决、研究国际经济贸易领域争端的专业部门，有能力牵头就涉及制裁的国际仲裁问题协调成员国共同制定完善的国际法规则。最后，在具体的文本内容上，应重点关注如下几个问题，仲裁协议效力模糊；仲裁机构和仲裁员可能受到制裁国的制裁；仲裁费用的收付障碍；仲裁程序推进的不确定性。

（二）国内层面

（1）理论完善：厘清《仲裁法》中强制性规则的适用

《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“仲裁法”）自 1994 年制定来，迄今为止已经经过两次修订[37]，第三次修订正在紧锣密鼓的筹备中，据光明网消息报道，第三次修订草案目前已经国务院常委会议审议通过。[38]从内容上看，针对

[36] 霍政欣,陈锐达，同注⑫，第 58 页。

[37] 已于 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议第一次修订，2017 年 9 月 1 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议第二次修订。

[38] 光明网：《司法部：仲裁法修订草案目前已经国务院常务会议审议通过》，https://baijiahao.baidu.com/s?id

国内仲裁和涉外仲裁，我国采取的是合并统一的立法模式，共同适用《仲裁法》的有关规定。那么经济制裁对中国国际商事仲裁审理过程中又会带来什么样的启示？经济制裁可否被作为强制性规定的适用？强制性规定是指当事人不可以通过协议进行变更与减损的规则，与任意性规定相对。《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第 30 条针对强制性规定首次明确，指出“当事人可以约定仲裁程序或者适用的仲裁规则，但违反本法强制性规定的除外；当事人没有约定或者约定不明确的，仲裁庭可以按照其认为适当的方式仲裁，但违反本法强制性规定的除外”。遗憾的是仲裁法并没有对强制性规定进行释明或者列举。那么，经济制裁是否可以作为强制性规则在仲裁庭审理时予以适用？第一，经济制裁偏向于实体性强制规定，而非程序性强制性规定，而仲裁法中的强制性规定一般来说是一裁终局、程序平等等程序事项，两者概念不可简单等同。第二，仲裁法已经将限定词框定于“本法”，此处应做严格解释，所以既不包括外国的经济制裁，也不包括外国的经济制裁。所以，经济制裁不宜作为强制性规定适用在我国仲裁法中适用。

（2）实践目标：保障中国出海企业切实利益

伴随“一带一路”倡议和“21 世纪海上丝绸之路”的深入推进，中国企业在海外的投资和商业活动日益频繁、规模也不断扩大。2024 年中国跨国公司 100 大海外资产总额为 123690 亿元、海外营业收入 86205 亿元、海外员工总数为 1273583 人，[39]企业拓展海外业务取得一系列骄人的成绩。然而在全球政治经济变幻莫测的形势下，经济制裁频繁的实施，特别是以美国为首针对中国的经济制裁，给中国出海企业的正常经营活动带来巨大的风险和深刻的影响。中国出海企业在处理国际贸易纠纷采取国际商事仲裁时，要具备前瞻性、未雨绸缪，充分评估可能面临的制裁风险，制定相应的策略，尽可能减少经济制裁对所参与仲裁案件的影响。

首先，中国出海企业要完善自身风险把控和合规性建设，在国际贸易的合同中要充分考虑经济制裁的因素，预先在合同中设计相应的条款，如不可抗力条款、制裁条款和合同终止条款等；同时要保持注重与国际标准接轨，如与个人数据相关的欧盟《一般数据保护条例（GDPR)》、美国《加州消费隐私法案（CCPA)》，[40]构建合理完善的数据隐私安全的组织架构与管理体系。其次，在仲裁地机构、仲裁员以及适用法律上要尽量谨慎，要充分考量仲裁地的法律环境、对制裁的立场以及与中国的关系和仲裁员的公正性等因素。特别要指出的是，由于制裁的实施，

=1809709243607488759&wfr=spider&for=pc，访问时间：2024 年 9 月 7 日。

[39] 周頔：《中企“出海”成绩单：2024 中国跨国公司 100 大海外资产达 12.37 万亿元，这两家民企挤进前五》，https://www.21jingji.com/article/20240911/herald/f08039a03399cc8b0288b467742288ed.html，访问时间：2024 年 9 月 11 日。

[40] 陈国彧：《中国物联网企业出海的必修课——消费者个人信息的数据安全和隐私保护合规攻略》，载《中国信息安全》2020 年第 8 期，第 52 页。

中国企业在仲裁中可能面临信息不对称的问题，无法获取必要的证据和信息支持。中国企业要善于运用现代科技手段，加强信息收集和分析的能力，以保证在仲裁过程中可以充分展示明确的诉求，维护自身的合法权益。最后，在国际贸易交往中，既然纠纷在所难免，中国出海企业则要加大对优秀涉外法律人才队伍的培养力度，政府也因给予必要的支持和帮助，提供专业的法律咨询和服务，综合提高出海企业商事纠纷中的应对能力，以确保在国际商事环境中占据主动地位。

四、结语

在全球化日益加深的今天，经济制裁作为国家间政治博弈的重要工具，在政治、经济和法律层面交织，影响仲裁裁决的有效性和可执行性。首先，经济制裁的识别意味着法律实践中需要对其性质和依据进行辨明。其次，经济制裁对国际商事仲裁的影响深刻而多维，仲裁机构与仲裁员在选择和审理案件时也可能受到制裁政策的干扰，影响案件的公正性与透明度；仲裁裁决的执行可能受到政治考量的影响，面临资产冻结、交易限制等阻碍。最后，经济制裁在国际商事仲裁中的影响也为我们提供了重要的启示。中国政府应增强自身在国际法领域的地位，加大参与国际规则制定的力度，以提升在国际商事仲裁中的话语权。通过积极参与国际仲裁机制的方案与改革，推动建立更加公正、透明的国际商事仲裁环境；中国企业也应当主动适应国际经济环境，提升法律意识，强化合规管理，以确保在缔结国际合同及解决争端时，能够有效规避潜在的法律风险。概言之，经济制裁在国际商事仲裁中的识别与影响具有极其重大的现实意义，各国应当携起手来，通过规范和改进仲裁机制，努力实现国际商事活动的合法性与稳定性，从而在全球经济的一体化进程中，推动国际经济贸易的繁荣与发展。

Identification, Impact and Revelation of Economic Sanctions in International Commercial Arbitration

Abstract: In the context of globalization, economic sanctions have become an important tool for political games between countries. They are frequently used in international economic exchanges, bringing a wide and far-reaching impact on international commercial arbitration. There are different views of "fact theory" and "legal theory" in the identification of economic sanctions. Unfortunately, neither of these views can accurately define the nature of economic sanctions. In comparison, it

is more appropriate for "hybrid theory" to adopt separate characterization and discussion. In addition, economic sanctions not only have procedural effects on arbitration, such as disrupting the selection of arbitration institutions and the payment of arbitration fees, hindering the election of arbitrators, and interfering in the determination of the access law, but also hindering the recognition and execution of arbitration. Finally, at the international level, the Chinese government should call for the international community to reduce the impact of economic sanctions on international commercial arbitration, take the opportunity to enhance China's right to speak, and put forward specific Chinese plans; at the domestic level, it should clarify the legal basis for the application of economic sanctions, and fully guarantee the practical benefits of Chinese enterprises going abroad. Benefit.

Keywords: economic sanctions; international commercial arbitration; public policy; mandatory regulations

论国际贸易调查中的商业秘密保护困境、影响与中国因应
——以欧盟对华电动车反补贴案为切入点

王悦玥*

【内容提要】WTO 框架下的全球性多边经贸规则与区域性或双边自由贸易协定的知识产权规则之间的衔接不畅导致贸易调查中企业的商业秘密难以得到有效保护。当国际贸易调查被异化为窥伺我国企业商业秘密的工具时，不仅不利于企业维护其核心竞争力，更是对我国的知识产权安全造成了极大的威胁。对此，我国首先应当参与、主导商业秘密的国际协调；其次，构建完善的贸易调查中的商业秘密披露机制：以“利益平衡”为原则重构贸易调查中涉商业秘密的举证与抗辩机制，以比例原则与必要性原则为基础明确贸易调查中的商业秘密披露限度，并且以“一带一路”倡议与自由贸易协定为平台先行先试；再次，应进一步细化我国行政程序中的商业秘密保护制度；最后，公私法主体应互相配合维护我国知识产权安全，防范商业秘密被他国强制获取与披露。

【关键词】贸易调查 商业秘密 知识产权安全 比例原则

2023 年 10 月 4 日，欧盟委员会发布公告，决定依职权主动对中国电动载人汽车发起反补贴调查（以下简称“欧盟电动车案”）。2024 年 6 月 12 日，欧盟委员会发布初裁披露，拟对进口自中国的电动汽车征收临时反补贴税。[1]对此，我国商务部回应，“此次欧方反补贴调查中，对中国企业进行恐吓、胁迫施压，以认定惩罚性高额税率相威胁，要求提供过于宽泛的信息，很多涉及商业敏感信息和企业核心秘密，窥探中国企业商业秘密和知识产权。”[2]

随着国际经贸往来中各国日渐重视知识产权的保护，无论是学界还是实务界都将目光更多地集中于与国际贸易（尤其是涉及知识产权的贸易）相关的知识产权规则的制定，例如探讨近年来成为热潮的自由贸易协定（FTA）的知识产权章节的内容、特征及其影响。从近年来影响较大的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）、《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）等 FTA 的知识产权章节的内容上看，能够达成共识的是，发达国家通过 FTA 达成的知识产权规则的保护水平远远高于《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS），并且通过多边、双边 FTA 的较为严格的知识产权规则提升发展中国家的知识产权保护水平，为发展中国家的立法、司法与执法等带来挑战，发展中国家在履约时也承受着较重的义务。[3]在

* 王悦玥（1996-），女，复旦大学法学院博士研究生，主要研究领域：国际知识产权法，联系方式：15122396613，269596802@qq.com。

[1] See European Commission, *Case AS689-New battery electric vehicles for passengers*, 12 June, 2024, at https://tron.trade.ec.europa.eu/investigations/case-view?caseId=2684.

[2] 商务部新闻办公室：《商务部新闻发言人就近期有媒体称欧方担心中欧贸易摩擦升级或引发“贸易战”答记者问》，载中华人民共和国商务部官网 2024 年 6 月 21 日，https://m.mofcom.gov.cn/article/syxwfb/202406/20240603517824.shtml。

[3] 马忠法、王悦玥：《RCEP 与 CPTPP 鼓励性知识产权条款与中国因应》，载《云南社会科学》2022 年第 4 期；马忠法、王悦玥：《论 RCEP 知识产权条款与中国企业的应对》，载《知识产权》2021 年第 12 期；张

商业秘密保护问题上，以美国为首的西方发达国家近年来频繁以保护其国内权利人的商业秘密甚至是以“国家安全”为由大肆抨击他国立法，发起“特别 301 调查”甚至制裁，以及在国内法、双边 FTA 中制定十分严格的商业秘密保护规则。最为典型的即为 2020 年美国与我国签订的《中美第一阶段经贸协议》（《中美经贸协议》）中占据了较大篇幅且十分细致的“商业秘密与保密商务信息”条款，对我国的商业秘密保护提出了较多新要求。此外，美国于 2023 年 1 月颁布的《保护美国知识产权法案》虽名为“知识产权法案”，但其内容仅涉及商业秘密，可见其近年来对该问题的重视。

然而，此次欧盟对华电动车反补贴调查中向我国企业索取涉及商业秘密的信息的行为明显与发达国家向来坚持的“严格保护商业秘密”的立场相悖，体现出欧美在知识产权保护问题上的“双重标准”。正如有学者指出的，中国逐步掌握了全球汽车产业电气化和智能化转型话语权，对以美日欧为主的传统汽车产业格局产生了冲击，难免会遭遇各种形式的贸易保护主义。[4]但是此次事件不仅反映了保护主义这一表面现象，更是揭露了长期被我们忽略的更深层次的问题——在现行贸易救济规则与知识产权规则的框架下，遭遇贸易调查的企业的商业秘密应当如何受到保护？披露商业秘密的限度是否有国际标准？国际标准的缺失对于常常处于“被调查对象”的发展中国家而言有何不利影响以及如何应对？在保护主义频繁抬头，“逆全球化”现象屡见不鲜的当下，无论是出于维护公平、自由的国际贸易秩序，还是维护我国企业竞争优势，甚至是保障我国知识产权安全维护我国国家利益，探讨上述问题都十分必要。

一、国际贸易调查中的商业秘密保护规则现状

（一）贸易救济规则：通过“非机密摘要”保护商业秘密

普遍性国际条约层面，能够用以规制贸易调查程序的主要是世界贸易组织（WTO）框架下的多边经贸条约。以反补贴调查为例，开展反补贴调查依据的是 WTO 的《补贴与反补贴措施协议》（《反补贴协议》），该条约第 5 部分“反补贴措施”规定了反补贴调查的发起条件、调查应遵循的原则、证据的提交等内容。其中，第 12 条“证据”条款多次提及对涉案信息的保密要求，该条不仅多次使用“在遵守保护机密资料规定的同时”“考虑保护机密信息的需要”等类似表述，第 4 款还专门对信息的保密作出了较为详细的规定：任何本质上属于保密的信息（例如，由于信息的披露会给其竞争者巨大的竞争优势，或由于信息的披露会给信息提供者带来严重不利影响），或由调查参加方在保密的基础上提供的信息，主管机关应在对方说明正当原因后，按机密信息处理。此类信息未经提供方特别允许不得披露。主管机关应要求提供机密信息的利害关系方提供此类信息的“非机密摘要”。这些摘要应足够详细，以便能够（使其他主体）合理了解以机密形式提交的信息的实质内容。在特殊情况下，此类成员或各方可表明此类信息无法形成摘要。在此类特殊情况下，必须提供一份关于为何不能提供摘要的原因的说明。如主管机关认为关于保密的请求缺乏正当理由，且如果信息提供者不愿披露信息，或不愿授权以概括或摘要的形式披露信息，则主管机关可不予考虑此类

惠彬、王怀宾：《高标准自由贸易协定知识产权新规则与中国因应》，载《国际关系研究》2022 年第 2 期。

[4] 巫细波、覃剑、陈智颖：《欧盟对中国电动汽车实施反补贴调查的影响及对策》，载《对外经贸实务》2024 年第 5 期。

信息，除非主管机关可从适当的来源充分地证明此类信息是正确的。[5]

FTA 层面，近年来发达国家逐步将经贸规则的谈判场所转移至 FTA，影响较大的 FTA 中均包含“贸易救济”章节和“知识产权章节”。首先，贸易救济章节中涵盖贸易救济条款，主要涉及反倾销和反垄断。例如，CPTPP 的第 6 章 B 节、RCEP 第 7 章第 2 节即为“反倾销与反补贴税”。CPTPP 概述了相关条款与 WTO 条约的关系，并未对成员施加更多义务；在“机密信息处理”条款上，RCEP 仅提及了反倾销调查的机密信息保护要求，在《反倾销协定》的基础上，重申了各方提供的“非机密摘要”应当足够详细；此外，该章节也规定，任何调查程序中，“缔约方的调查机关应当为每一调查和复审案件设立非机密案卷，其内容包括：属调查或复审记录一部分的所有非机密文件；在可行且不泄露机密信息的限度内，每一项调查或复审记录中所含机密信息的非机密摘要。”并且规定了调查或复审期间调查机关向利害关系方提供非机密案卷的方式。[6]《美墨加协议》（USMCA）则与 CPTPP 和 RCEP 不同，其贸易救济章节中用较大篇幅规定了机密信息的保护，除了正文中“反倾销和反补贴税事项的审查和争端解决”小节中涵盖的保密规定，例如“在实施反倾销和反补贴税法时，宜给予合理的信息获取权，...包括获取机密（商业专有）信息，但不包括高度敏感以至于泄露将给所有者带来重大和不可逆转损害的信息，也不包括根据一方国内法律必须保密的信息，应保护主管调查机关收到的机密（商业专有）信息，以确保除了向主管调查机关确定的有资格的代表披露之外，不向其他人披露”；[7]该章的附录中专门规定了“与反倾销和反补贴税程序有关的做法”，指出各方“认识到提高反倾销和反补贴税程序的透明度以及确保各方有机会有意义地参与此类程序的重要性。”并且在涉及披露机密信息的条款中通过多个脚注指出，“缔约方应根据各自的法律保护信息的机密性。”[8]

通常情况下，各国（地区）均会将开展贸易调查的国际法依据转换为国内（地区）立法，并且结合自身实际，在不违反国际标准的情况下制定与贸易调查相关的规则。我国早在 1994 年就制定了《对外贸易法》，但是彼时我国还未加入关贸总协定（GATT），《对外贸易法》的内容也与 GATT 的规则存在一定的差异，其中也并未包含专门的“对外贸易调查”章节，而是简单地规定“国务院规定的部门或机构”能够对开展贸易调查。[9]我国 2001 年入世之后，于 2004 年修订了《对外贸易法》，加入了“对外贸易调查”章节，[10]并且规定相关部门开展对外贸易调查时可采取的手段。[11]在商业秘密的保护方面，我国早在 1994 年首次颁布《对外贸易法》时就已规定了对提供给有关部门的文件及资料中的商业秘密进行保密。[12]2004 年修订该法时，还专门在对外贸易调查章节中新增了“有关部门及其工作人员对知悉的商业秘密负有保密义务”的规定。[13]具体到反补贴调查上，我国 2001 年颁布的《反补贴条例》中也已存在保护利害关系方、利害关系国（地区）政府提供的“保密资料”的规定，但是相关内容

[5] 参见《反补贴协议》第 12 条第 4 款。
[6] 参见 RCEP 第 7 章第 11 条第 3 款、第 4 款。
[7] 参见 USMCA 第 10.15 条“Consultations”第 3(d)(f)。
[8] 参见 USMCA 附录 10-A“Practices Relating to Anti-dumping and Countervailing Duty Proceedings”。
[9] 参见《中华人民共和国对外贸易法（1994）》第 29、30、31 条。
[10] 参见《中华人民共和国对外贸易法（1994）》第 37 条。
[11] 参见《中华人民共和国对外贸易法（1994）》第 38 条。
[12] 参见《中华人民共和国对外贸易法（1994）》第 14 条。
[13] 参见《中华人民共和国对外贸易法（2004）》第 39 条。

具有较强的原则性，仅规定了被调查主体应提供“非保密的资料概要”。[14]上述规则均沿用至今。可见，我国立法基本上是贯彻了 WTO 条约的保密原则，未对其具体化或作出创新。

本次欧盟电动车案中，欧盟委员会下发给我国出口企业以及其区域内的进口企业与其他生产商的调查问卷中也都注意到了商业秘密问题。问卷开头均标注了“敏感版本”(Sensitive version)与公开征求意见版本（Version open for consultation），并且通过脚注指出：“根据《2016/1037 号条例》第 29 条，委员会仅将标注‘敏感’的信息作为机密信息保护。”其中的《2016/1037 号条例》基本复制了 WTO《反补贴协议》中的保密条款，要求当事人提交涉密信息的足够详细的非机密摘要。[15]在此基础上，欧盟进一步规定，“本条不排除欧盟当局披露一般信息（general information），特别是根据本条例做出的决定所依据的理由，或披露欧盟当局在诉讼中解释这些理由所必需的证据。此类披露应考虑有关各方的合法利益，即商业秘密或政府秘密不得泄露；[16]未经信息提供者的明确许可，委员会和成员国，包括双方的官员，都不得披露任何根据本条例要求进行保密处理的信息；委员会与成员国间的信息交换以及内部文件均不可泄露。[17]根据本条例获取的信息只能用于特定目的，但是不排除使用在一项调查中获得的信息，以便在同一程序中就相同的同类产品发起其他调查。”[18]2022 年 11 月，欧盟理事会批准《关于扭曲欧盟内部市场的外国政府补贴条例》（《外国补贴条例》），该条例的序言中指出，“欧委会公布决定时对机密信息和商业秘密进行保密的原则。[19]接受调查的企业应有机会就欧委会拟作出决定的理由提交意见，因此有权查阅案件，但确保其申辩权的同时，保护商业秘密也至关重要。”[20]该条例的正文中规定了参与调查的人员的“职业秘密和保密义务”（obligations of professional secrecy）条款。这一条款首先重申了所获取的信息仅用于特定目的，其次要求“成员国、欧委会、其官员和在其监督下工作的其他人员应确保根据相关适用规则保护在适用本条例时获得的机密信息，不得披露他们根据本条例获得的属于职业保密义务的信息。”值得注意的是，序言部分还指出，“如果企业所标明的保密信息或商业秘密似乎不在职业保密义务的范围内，那么就应建立一种机制，使委员会有权决定此类信息的披露范围。[21]可见，《外国补贴条例》中的保密规则主要用于约束参与调查的人员，防止其披露企业提交的商业秘密。

（二）知识产权规则：“行政程序中的商业秘密保护”条款

商业秘密必然属于机密信息的范畴。TRIPS 第 39 条首次在国际层面规定了商业秘密的最低保护标准，然而该条的重点在于为各国制定商业秘密相关立法提供指引。虽然该条约也要求成员在当事人寻求救济的过程中保护其机密信息，[22]并且要求司法机关在可保证保护机密信息的前提下命令当事人提供证据，但是相关规则仅适用于知识产权民事司法程序。从实施国际贸易调查的机构的特征上看，贸易调查是一种涉外具体行政行为。例如，我国实施贸易调查的主体为国务院对外贸易主管部门以及国务院其他有关部门；美国实施贸易调查的主

---

14 参见《中华人民共和国反补贴条例（2001）》第 21、22、23 条。
15 参见欧盟《2016/1037 号条例》第 29 条第 1、2、3 款。
16 参见欧盟《2016/1037 号条例》第 29 条第 4 款。
17 参见欧盟《2016/1037 号条例》第 29 条第 5 款。
18 参见欧盟《2016/1037 号条例》第 29 条第 6 款。
19 参见欧盟《2016/1037 号条例》序言第 64 条。
20 参见欧盟《2016/1037 号条例》序言第 66 条。
21 参见欧盟《2016/1037 号条例》序言第 65 条。
22 参见 TRIPS 第 42 条。

体为美国贸易代表办公室（USTR）；欧盟则主要是由欧盟委员会承担贸易调查的职责。由此可见，贸易调查并非司法程序，因此 TRIPS 的相关规则并不适用于贸易调查中的商业秘密保护问题。

区域立法层面，为解决 TRIPS 商业秘密规则的缺陷导致的成员商业秘密立法、保护水平不一的问题，欧盟于 2016 年颁布《防止未披露专有技术和商业信息（商业秘密）被非法获取、使用和披露的指令》（《商业秘密指令》），然而和 TRIPS 一样，该指令中仅涵盖了司法程序中的商业秘密保护规则。与 TRIPS 和欧盟《商业秘密指令》不同的是，高标准 FTA 知识产权章节中的商业秘密规则更加详细，保护水平也更高。相比于专利、商标等其他传统知识产权，近年来商业秘密条款在 FTA 中得到了前所未有的关注。USMCA 与《中美经贸协议》中都涵盖了其他条约未包含的“行政程序中的商业秘密保护规则”。根据 USMCA，在监管程序（regulatory proceedings）中，每一缔约方应禁止中央一级的政府官员在其公务范围外未经授权披露商业秘密，并且规定了“具有威慑性的处罚”，包含罚款、停职或终止雇佣以及监禁。[23]在《中美经贸协议》中，除了中央一级的政府，地方政府也被纳入到约束范围，除了各级行政机构及其工作人员，“其他机构”以及第三方专家或顾问也在行政程序（administrative proceedings）和监管程序中负有保密义务。在具体的保密程序上，《中美经贸协议》提出了一系列要求，包含控制能够向权利人提出提交商业秘密的要求的程序范围；控制有权接触商业秘密的人员范围；确保已提交信息的安全和保护；确保与提交方有竞争关系或与相关行政程序结果有利益关系的任何第三方专家、顾问接触不到此信息；建立信息披露的豁免程序，以及向第三方披露信息时允许权利人提出异议；对违法规定的责任人施加刑事、民事和行政处罚，包含罚金和停止与终止聘用，以及监禁。[24]上述规则并非像 TRIPS 和欧盟《商业秘密指令》一样局限于知识产权民事司法程序，因此自然能够适用于贸易调查的行政程序，可以作为 WTO 框架下相关协议以及 FTA 贸易救济章节中的商业秘密保护规则的补充。

二、当前立法存在的问题：贸易救济规则和知识产权规则衔接不畅

WTO 框架下的贸易救济规则虽然为商业秘密提供了“非机密摘要”的保护方式，然而，企业采取这一方式时却难以规避两个前提条件：即“正当理由”以及“足够详细”。国际知识产权规则中虽然已开始重视行政程序中的商业秘密的保护，但是各国的立法以及保护水平同样存在较大差异，进而将导致不同国家在上述两个要件的判定上存在差别。

（一）判定“属于商业秘密”进而认定“存在正当理由”的标准不一

贸易救济规则将机密信息分为“本质上为机密的信息”与“依照企业申请能够认定为机密的信息”。商业秘密应属于“本质上属于机密的信息”，然而，由于贸易救济规则并给出判定信息机密性的标准，更未定义商业秘密，因此涉及商业秘密的判定时，只能转向普遍性知识产权条约即 TRIPS 的标准，进而判定哪些信息属于商业秘密，哪些是“依企业申请能够认定为机密的信息”以及“非机密信息”。然而，TRIPS 在商业秘密的定义上存在模糊性，也正是因为 TRIPS 的不足，FTA 才在商业秘密规则的制定上有了更大的空间。但是在 FTA 层

[23] 参见 USMCA 第 20.77 条。
[24] 参见《中美经贸协议》第 1.9 条。

面，不同 FTA 在商业秘密的定义方面实际上也存在较大的区别，加入不同 FTA 的国家在认定商业秘密时必然会给出不同的结果。考察 TRIPS、欧盟《商业秘密指令》、USMSA、CPTPP、RCEP 与《中美经贸协议》中的商业秘密定义，由于商业秘密难以通过列举的方式进行定义，因此各条约都是通过概述其特征的方式定义商业秘密。从商业秘密的特征上看，各条约都将商业秘密概述为“秘密的，具有商业价值，且权利人采取了合理的保密措施进行控制的信息”。TRIPS、欧盟《商业秘密指令》以及 RCEP（根据 TRIPS 保护商业秘密）的表述一致，即信息因具有秘密性，所以具有价值，[25]而 USMCA 则将“价值”明确为实际价值和潜在价值。[26]此外，各项条约并未对“价值性”的判定标准作出规定，各国制定国内法时则具有较大的自由度，虽然这在一定程度上有助于保障条约的灵活性，使得不同发展程度的国家能够自主选择适合国情的标准，但是如此规定必然导致同样的信息在不同的国家受不同保护的可能性大大提升。相比于上述三个条约，CPTPP 则并未直接对商业秘密进行明确的定义，而是指出商业秘密“至少包含”TRIPS 所定义的商业秘密，可见根据该条约能够受到保护的信息的范畴实际上大于根据 TRIPS 能受到保护的信息的范畴。《中美经贸协议》的商业秘密小节的标题将商业秘密与“保密商务信息”并列，将后者纳入保护范畴，并且在注释中通过列举加上描述的方式定义了“保密商务信息”。[27]保密商务信息的范畴远远大于商业秘密，是具有维护权利人竞争地位的商业价值的信息。

本次欧盟电动车案中，我国企业收到的问卷材料中包含了判定信息机密与否的“一般规则附表”，该附表将要求企业提交的信息的性质分为“非机密”“如有要求则保密”以及“本质上为机密”三种类型。[28]其所载的“分销渠道、销售渠道、采购渠道、销售方式、生产流程、非上市公司的财务报表、财务审计账目”以及“进口商的详细联系方式”等信息根据《中美经贸协议》以及我国立法能够直接被认定为“商业秘密及保密商务信息”，然而这些内容均未被欧盟委员会列入“本质上为机密信息”的范畴，而是被纳入“如企业请求则保密”之列。这样一来，调查方即可依据其自己的标准拒绝企业的保密申请，企业的商业秘密则有被不当披露的风险。例如，根据欧盟《2016/1037 号条例》，欧盟委员会可以公布其作出裁定的理由及相关证据，一旦其否定企业提交的信息为商业秘密，那么“商业秘密不得披露”的条款也将沦为摆设。也正如相关企业所反映的，“欧委会索取中国电动汽车及电池企业生产经营、发展规划、技术工艺、产品配方等方面的大量信息。比如，要求中国企业详细提供电池成分和配方，还要求企业提供电动汽车生产成本、所有电动汽车零部件和原材料逐笔采购信息、销售渠道和定价方式，以及在欧客户信息、供应链布局信息等等。”[29]上述信息基本上都属于商业秘密和保密商务信息。总之，贸易救济规则中机密信息、商业秘密等定义方面的缺失以及知识产权国际规则中商业秘密的定义不明共同导致了贸易程序中判定商业秘密

---

[25] 参见 TRIPS 第 39 条第 2 款；RCEP 第 56 条；欧盟《商业秘密指令》第 2 条。

[26] 参见 USMCA 第 20.72 条。

[27] 《中美经贸协议》指出，保密商务信息是涉及或与如下情况相关的信息：任何自然人或法人的商业秘密、流程、经营、作品风格或设备，或生产、商业交易，或物流、客户信息、库存，或收入、利润、损失或费用的金额或来源，或其他具备商业价值的信息，且披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害。

[28] See European Commission, *Case AS689-New battery electric vehicles for passengers-Questionnaire for the exporting producers*, 04 October, 2023, at https://tron.trade.ec.europa.eu/investigations/case-view?caseId=2684.

[29] 环球时报：《中国车企控诉欧盟：借所谓“反补贴调查”之名，窥探中国技术内幕》，载环球网 2024 年 6 月 21 日，https://world.huanqiu.com/article/4II8EloJLOe。

保护范畴时出现混乱，也为调查国“浑水摸鱼”提供了可乘之机。

（二）“足够详细”的披露要求使得企业进退两难

“足够详细的摘要”这一表述中，何为“足够详细”也并无定义。也就是说，对于涉密信息的披露限度并无具体的标准，判定相关信息是否适合以摘要进行概述的标准也都是由各国自行决定。若企业的披露不全面，则调查主体极有可能认为被调查方资料不完整、缺乏证据；若企业更为全面地披露，那么极有可能导致商业秘密的泄露。因此，虽然“非机密摘要”制度在某种程度上有助于参与调查的企业保护其商业秘密，但是关于商业秘密的披露限度、知悉商业秘密的人员的范围、具体程序中的商业秘密保护标准等规则的缺失大大提升了商业秘密权利人利益受损的风险。

（三）行政程序中的商业秘密保护规则难以约束调查机关不当获取商业秘密的行为

首先，保护水平较高的 FTA 即使关注到了行政程序中的商业秘密保护规则，但是实际上其内容仍不全面，基本上都是原则性规定。受制于缔约国的数量，其能够产生的影响力也不足。以我国为例，为履行《中美经贸协议》的义务，我国司法部于 2020 年 8 月出台《关于强化行政许可过程中商业秘密和保密商务信息保护的指导意见（征求意见稿）》（《指导意见（征求意见稿）》）并且提出了 10 条指导意见，分别涉及“保密范围界定”“保密管理措施”“保密义务和责任”，对企业提交信息的披露限度、接触相关信息的人员范围方面作出了较为清晰的限制。虽然《指导意见（征求意见稿）》为行政许可程序中的商业秘密及保密商务信息的保护提供了重要的参考，一定程度上填补了相关立法空白，然而，正如其标题所阐明的，这一《指导意见（征求意见稿）》仅适用于行政许可领域，难以为对外贸易调查中的商业秘密保护作出指引。此外，时隔四年，该《指导意见》仍然为“征求意见稿”，并不具有实际的法律效力。

其次，值得我们注意的是，知识产权规则中的行政程序商业秘密保护条款实际上只能起到防止调查机构在未经企业允许的情况下披露其商业秘密的行为，却不能阻止其不当获取我国企业的商业秘密的行为。再回到贸易救济规则，虽然欧盟《外国补贴条例》对调查机构及其官员的行为作出了约束，但同样仅是限制其披露已掌握的信息。可见，当前的立法中并未约束行政主体要求企业披露商业秘密的行为限度。此次欧盟电动车案中，欧盟委员会大幅扩张企业需提供的信息的范围的举动即反映了这一问题。

三、对我国的影响：贸易调查被异化为窥探我国企业商业秘密的工具

（一）我国企业的商业秘密难以获得良好的保护

国际标准的缺失使得主导贸易调查的一方在制定规则时缺乏约束，进而拥有更多话语权。与此相反，作为被调查一方的企业在承担较重举证责任的同时，其商业秘密却存在被不当披露的风险。

从欧盟委员会发给不同企业的问卷中有关保护信息机密性的条款的表述上看，发给其境内企业的问卷中指出，“将在程序中充分尊重信息的保密性，因此，信息和证据可以在保密的基础上提供（例如包含客户名单等在内的商业秘密），并且不会提供给任何其他利益相关方或除欧盟委员会贸易总局之外的任何行政部门。根据欧盟《2016/1037 号条例》，提供此类‘敏感’信息的任何一方都必须提供该敏感信息的非机密摘要，并向其他各方开放供其查

阅。此类摘要应足够详细，以便证明其作为‘敏感’信息的合理实质。在特殊情况下，此类当事方可声明此类信息不适用于此类摘要。如果没有提供有意义的摘要，而且信息适用于摘要，则不理会其以‘敏感’信息提交资料的申请。”欧盟委员会发给中国企业的问卷中则指出“在适当的情况下，某些信息以及证据可能可以‘保密’的方式提供。敏感信息，即商业秘密等，将不会提供给任何其他利益相关方。”

与欧盟企业问卷相比，首先，中国企业问卷中的表述通过“在适当情况下”以及“可能”等限定词，限缩了企业以“商业秘密”为由不提供完整信息的可能性。其次，欧盟委员会不仅通过上文所提及的“一般规则附表”的形式直接认定了各类信息的性质，还在其中明确了中国企业必须提供摘要的情况以及摘要中需要包含的内容。[30]基本上所有“依企业请求获得保护的商业秘密”以及部分“根据性质为商业秘密”的信息（尤其是有关产品描述和运营统计的信息）都需提供摘要，加重了企业保护其商业秘密的负担。换句话说，在判定信息机密性以及是否适用摘要的“一般规则”的约束下，不仅是根据我国法律属于商业秘密的信息在欧盟的程序中只有在企业请求保护的情况下才有可能获得商业秘密保护，企业以“不适用摘要”进行抗辩也极容易被驳回。相反，发放给欧盟企业的问卷中并不包含这一“附表”，也就是说，欧盟境内的生产商、进口商所填写的问卷及其提交信息时可由其自行决定是否为机密信息，其披露信息的程度、摘要内容等都能够由其自行把握，相关行政机关判定是否是机密信息以及是否适用摘要时的自由度也都更大。此外，我国企业的问卷中虽然明确了“商业秘密不会被提供给利益相关方”，然而并未像其境内企业的问卷中那样说明“商业秘密也不会提供给任何行政部门”。也就是说，中国企业的商业秘密有可能向其他行政部门披露，且并不确定会向哪些行政部门披露。

可见，在无国际标准的情况下，启动贸易的一方能够仅依据其国内（区域）立法，在调查中拥有被调查的一方难以企及的话语权。

（二）威胁我国知识产权安全

国际标准的不完善除了导致涉外贸易调查中保护商业秘密的方式、水平以及前提条件不同，最终导致调查方与被调查方企业的地位、承担的义务以及享有的利益均严重地不平衡，不仅为占据优势的一方提供了滥用调查机制构建贸易壁垒的机会，还为其将贸易调查异化为窥探被调查企业的商业秘密进而危害我国知识产权安全提供了便利。

近年来，我国学界已经关注到了知识产权安全这一新议题。有学者指出，在全球知识产权国际争端日趋复杂的外部环境与内部实施创新驱动发展的情境下，知识产权安全存在诸多不确定性，其安全风险激增、风险边界扩大，一般性的知识产权安全风险上升到国家层面的安全。[31]以知识产权为工具的国家间竞争涉及整个知识产权发展链条，包括知识产权的创造、运用与保护三个环节。[32]上述三个环节均与知识产权本身有关。然而此次欧盟电动车案却揭示了他国在与知识产权本身完全无关的贸易调查中利用贸易救济规则和当前知识产权规则的漏洞“合理”且“合法”地获取我国企业知识产权的可能性。这种滥用贸易调查的行为无

---

[30] See European Commission, *Case AS689-New battery electric vehicles for passengers-Questionnaire for the exporting producers*, 04 October, 2023, at https://tron.trade.ec.europa.eu/investigations/case-view?caseId=2684.

[31] 冉从敬、马丽娜、王少辉：《总体国家安全观视阈下知识产权安全：风险形构、治理困境及行动框架》，载《图书与情报》2022 年第 4 期。

[32] 朱雪忠、代志在：《总体国家安全观下的知识产权安全治理体系研究》，载《知识产权》2021 年第 8 期。

疑为我国的知识产权安全带来了严重的威胁。当前，越来越多的权利人通过商业秘密（技术秘密）保护其技术，而非通过具有公示性的专利制度。因此，想要了解他国的优势技术以及相关产业的发展阶段，必然需要想方设法窥探商业秘密。这些商业秘密一旦泄露，我国企业的竞争优势则荡然无存。

总之，当原本以维护国际贸易秩序而构建的贸易调查制度被滥用，企业要么不提供其涉密信息，进而他国以“我国企业不配合调查”为由判定存在补贴、倾销，进而遭遇贸易壁垒或制裁；要么就是提供涉密信息，但是这无疑不利于企业维护其在该技术领域的优势。无论哪种情况都对调查国百利而无一害，对于被调查国而言，则百害而无一利。我国目前已有较多产业走在全球前列，此次涉案的电动车产业亦是如此。可以认为，利用贸易调查设置贸易壁垒并在经贸往来的层面降低我国的竞争优势仅是外在的目的，更深层的目的则是获取我国优势产业的商业秘密，从根本上剥夺我国企业的技术优势，可谓“一石二鸟”。

四、中国应对策略

（一）主动参与、主导商业秘密的国际协调

通过上文的分析，可以认为，导致本就不完善的贸易救济规则无法保护被调查国及其企业商业秘密的首要原因就是作为前置条件的“商业秘密国际保护标准”的缺失。国际知识产权法律制度经过 140 多年的发展，技术领域的知识产权规则由“重专利保护”向“重技术秘密保护”转变，商业秘密保护注定是未来国际知识产权制度关注的重点。[33]规则的缺失既是挑战，也是机遇。相比于其他知识产权的国际协调起步较早，彼时我国不曾有机会参与规则的制定，例如，无论是 19 世纪的《巴黎公约》《伯尔尼公约》还是 20 世纪末的 TRIPS，均在发达国家的主导下诞生，我国均是以“被动接受者”的身份加入上述条约，然而，商业秘密的国际协调从开始到现在仅仅过了 20 余年，并且目前的协调仍存在较多问题，对于我国而言则是一个重要的契机。

随着我国在知识产权全球治理领域的话语权的提升，从国际知识产权立法实践上看，我国近年来不仅积极参与 WIPO 框架下的知识产权国际交流与合作、与其他发展中国家和部分发达国家达成知识产权双边合作条约、备忘录，在 FTA 的知识产权章节谈判方面，我国也取得了瞩目的成果。因此，我国可将商业秘密的国际协调作为日后参与知识产权全球治理的重点内容，借助双多边合作、WIPO 等国际组织的平台，在商业秘密的定义、定性、保护标准等问题上形成“中式模板”。这不仅是贯彻我国统筹国内法治与涉外法治目标的要求，也能够保障日益频繁的国际贸易调查更加公平公正；不仅能够防止各国因商业秘密定义、保护水平不同导致争端，更是能够防止部分国家利用商业秘密国际规则的漏洞在贸易调查中恶意收集、披露我国企业商业秘密，进而威胁我国知识产权安全。

（二）构建完善的国际贸易调查中的商业秘密披露机制

在商业秘密国际协调的基础上，贸易救济规则中的商业秘密条款也应当进一步细化，不仅应当防止商业秘密的不当披露，更应当防止商业秘密的不当获取，进而保障调查方与被调查方之间的利益平衡。在 WTO 面临困境的当下，FTA 与“一带一路”倡议将为规则的创新提供良好的平台。

---

[33] 马忠法：《国际知识产权法律制度发展趋势及中国应对》，载《经贸法律评论》2024 年第 3 期。

1.以“利益平衡”为原则重构贸易调查中涉商业秘密的举证与抗辩机制

与传统国际知识产权规则的制定背景一样，当前开展贸易调查、制定国内立法所依据的WTO框架下的经贸条约同样是由发达国家一手主导的。TRIPS协议十分关注盗版、假冒、专利侵权等问题，基本上是针对彼时国际贸易中发达国家的知识产权保护需求所设定的。同一时期的贸易救济规则也反映了这一特征，由于彼时的贸易调查均为发达国家对发展中国家发起的，因此自然要维护发达国家在其中的优势地位，进而并未过多关注调查程序中保护被调查一方的商业秘密的问题。对此，应重构贸易调查中的商业秘密保护机制，进而促进调查国与被调查国双方的利益平衡。

首先，在举证责任方面，在调查国向被调查企业索取某些信息时，应由其论证相关信息不具有机密性，若无法证明其索要的信息不是商业秘密，则不应当强制企业提供相关信息；在企业请求保密进而要求调查国判定信息的机密性时，若调查国认为相关信息不属于商业秘密，则应由调查国证明根据企业提供的非机密摘要判定相关信息属于公知信息，而非要求企业通过进一步披露更多信息的方式证明其信息为商业秘密。这种举证责任倒置的方式已出现在《中美经贸协议》中，该条约指出，“商业秘密权利人提供初步证据证明其已对其主张的商业秘密采取保密措施的情形下，举证责任或提供证据的责任转移至对方，以证明权利人确认的商业秘密为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道或容易获得，因而不是商业秘密。”[34]在国际贸易调查中援引这种举证责任倒置的机制能够较大程度上防止权利人的商业秘密被不当获取甚至披露。

其次，在抗辩理由方面，应当明确商业秘密属于机密信息进而属于披露例外，调查国强行要求企业进行披露时，企业可进行抗辩。商业秘密的定义、范围也应当在国际标准、各国立法与惯常做法的基础上确定，而非由调查国单方面确定何为“商业秘密”或“机密信息”以及制定摘要内容。

2.以比例原则与必要性原则为基础明确贸易调查中的商业秘密披露限度

现代意义上的比例原则源于德国行政法，被称为公法的“帝王原则”；必要性原则是比例原则的子原则之一，它要求实现正当目的的手段具有必要性，对当事人造成的损害最小。[35]对外贸易调查虽然具有涉外性，但是开展调查所依据的是国内法。因此，适用比例原则这一源自国内法场域的法律规范具有合法性与合理性；也因此，调查机关应当依据比例原则和必要性原则确定其收集被调查企业的商业秘密的限度以及披露相关商业秘密的范围。当前在国际投资领域，比例原则是仲裁庭经常引用的审查标准之一，有的仲裁庭则将比例原则视为公平公正原则的重要组成部分，或者将其作为是否违反非歧视原则的判断因素。[36]贸易救济规则中的商业秘密保护条款的完善中，应明确调查国的权利限度，防止贸易救济规则遭到滥用。贸易调查实践中所要求的“非机密摘要”的“详细程度”的限度，同样应结合具体案件的实际情况，在比例原则和必要性原则的基础上，确定“详尽”的界限，防止过度披露。

3.以“一带一路”倡议与FTA为平台先行先试

在完善规则的具体的路径上，目前国际经贸规则正在区域层面和WTO多边层面进行重构。

---

[34] 参见《中美经贸协议》第1.5条。

[35] 刘权：《论必要性原则的客观化》，载《中国法学》2016年第5期。

[36] 何焰、谷放：《比例原则在国际投资仲裁中的适用反思：场域边界与规范张力》，载《武大国际法评论》2023年第2期。

然而，由于各国生产力发展水平与竞争能力相差悬殊，各国利益诉求不同，以及 WTO 协商一致的决策机制，使得 WTO 成立以来发起的多哈回合谈判久拖不决。[37]在 WTO 面临危机的情况下，转向双边、多边 FTA 的谈判场所，在 FTA 的谈判中对贸易救济规则的商业秘密条款进行创新，更具有可行性。FTA 之外，我国也可通过“一带一路”的平台，在开展“一带一路”框架下的商业秘密国际协调时将贸易救济规则的商业秘密保护也纳入合作议题。截至 2024 年 6 月，已有 154 个国家参与“一带一路”倡议，大部分国家为发展中国家，其中较多国家和我国一样，在贸易调查中受到发达国家的不公平对待，因此也具有相同的诉求。

除了形成具有约束力的硬法，也可先以“备忘录”“指引”等软法形式进一步重申贸易救济中的保护商业秘密的基本原则，并且对其进行具体化。还可以将其作为“鼓励性条款”纳入 FTA，待较多国家借鉴并且实践后，再在合适的时机下将其转变为具有约束力的硬法。

（三）细化我国行政程序中的商业秘密保护制度

在当前的国际知识产权治理领域，行政程序中的商业秘密保护问题仍然属于新议题。在参与制定国际法成本较高且在短时间内提升商业秘密保护标准并不现实的情况下，我国可先从国内法入手，从我国的现实情况出发，完善国内法规则。对于我国而言，以美国为首的西方发达国家已开始通过 FTA 强化行政程序中的商业秘密保护要求。可见，在完善行政程序中的商业秘密保护规则既是我国履行条约义务时不可忽略的内容，也将成为我国保障良好营商环境的重要一环。前文提及的司法部《指导意见（征求意见稿）》中的大部分内容都具有较高的参考价值，应在其基础上对其进行细化，改变我国当前相关规则散落于各部门法且仅具有宣示性的局面，形成专门的、系统的、完善的可适用于包括对外贸易调查在内的行政程序的商业秘密保护机制。首先，应明确行政程序中的商业秘密及保密商务信息的范围；其次，应遵循比例原则与必要性原则限定商业秘密的披露范围与程度；再次，应分类分级处理涉及商业秘密的信息；最后，完善其他第三方及政府机构共享商业秘密的保密机制，尤其是在贸易调查中，这一要求具有重要的现实意义。我国若制定出具有可操作性的立法，未来可以将其推广至前述“一带一路”以及 FTA 的平台，甚至能为我国开展更加广泛商业秘密国际协调打下坚实的基础。

（四）公、私法主体互相配合维护我国知识产权安全

为应对日渐频繁的各类贸易调查，企业在此过程中应当严格保护作为核心竞争力的知识产权，尤其是一经披露就失去价值的商业秘密。企业在配合调查的同时，首先应当了解对方的国内立法，考察相关信息、资料依据其国内法是否属于商业秘密。若属于商业秘密，则应当积极提出商业秘密抗辩，拒绝披露；若相关信息基于国际惯例以及我国立法属于商业秘密，而对方国内法中未明确其为商业秘密，则应当提出异议，并且在不披露商业秘密的前提下，与对方行政机关友好协商，尽可能争取对商业秘密的保护。面对调查机关提出的超出比例原则和必要性原则的信息获取要求，或者已提供的商业秘密遭遇不当披露时，企业应当积极维权，对相关者主体提起行政诉讼，同时向我国贸易主管部门以及相关组织寻求帮助。

公法主体层面，虽然 WTO 的争端解决机制目前同样面临危机，但是为应对我国企业遭遇他国非法获取商业秘密进而威胁我国知识产权安全的情况，我国可适时提请 WTO 争端解决机制处理纠纷，引发国际层面对滥用贸易调查设置贸易壁垒以及滥用贸易调查获取他国商业秘

[37] 全毅：《国际经贸规则重构与 WTO 改革前景》，载《经济学家》2023 年第 1 期。

密问题的关注。

五、结语

随着知识产权在国际贸易中的重要性日益增加，商业秘密作为企业核心竞争力的重要组成部分，在贸易保护主义频繁抬头的背景下，加强对商业秘密的保护显得尤为关键。通过将本次欧盟对华电动车反补贴案作为切入点，本文探讨了当前贸易调查中企业商业秘密的保护困境及不利影响，并提出了我国的应对策略。“一带一路”倡议已走过十年，如今已迈向新阶段，在国际层面既缺乏商业秘密的国际协调也缺乏贸易救济规则下的商业秘密保护条款的双重背景下，我国应把握契机，借助“一带一路”等平台积极参与和主导上述规则的制定，推动形成公平合理的商业秘密保护标准，同时完善国内立法，营造良好的营商环境。最终实现维护我国企业合法利益、保障我国知识产权安全，以及统筹国内法治与涉外法治的目标，为知识产权全球治理贡献中国智慧和中国方案。

ICSID 管辖的双重限制体系：本义、实践与改革

黄　钰*

摘　要：梳理谈判史发现，ICSID 管辖规则设定了一个双重限制体系。“缔约方同意”是这一体系的基础，也是“仲裁庭权限”的根本来源；“中心的管辖”是这一体系的外部界限，而非仲裁庭可受理争端的范围。公约管辖条款不定义投资是不得已而为之，因此为双重限制体系施加了一个微妙的设定，也使得本应谦抑的仲裁庭在管辖问题上占据主导地位。实践中，不少仲裁庭混淆了“中心的管辖”与“仲裁庭的权限”，未能遵循双重限制体系的本义。但投资“客观标准”的出现是仲裁庭完成了公约谈判遗留的问题，有其存在的必要。仲裁庭片面地解读投资协定目的背离了缔约方意愿，利用投资待遇条款突破管辖约定则是错误地理解了自身管辖的本质和属性，进一步侵蚀了作为双重限制体系基础的缔约方同意。缔约国应当充分把握自身对管辖的根本决定地位，利用投资协定对相关规则作出明确规定。多边层面，双重限制体系需要得到正确的澄清，可能建立的常设机制应该参照 ICSID 的经验，结合管辖的内在意涵合理设置相关规则。

关键词：国际投资仲裁　ICSID　管辖　自裁权限　投资界定

管辖争议在投资者—国家间争端解决（Investor-state dispute settlement，ISDS）中异常频繁。根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States，以下称《ICSID 公约》或“公约”）第 25 条第 1 款的规定，“中心的管辖”适用于“直接因投资而产生的法律争端”。该条款在公约谈判中产生过激烈的争论，[①]最终公约并未对“投资”作出任何界定或说明。实践中，不同仲裁庭对“管辖”的理解以及判定“投资”的思路和结果，也都呈现较大的分歧和差异。

对于国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，ICSID）管辖权与投资定义等问题的研究颇多，但多是从实践出发考察传统分类下属事、属人和属时管辖的具体认定，[②]以及归纳和评析不同的裁判或解释路径。[③]现有研究主要存在三个方面的问题：一是缺乏对公约“管辖”条款自身性质的深入解读，尤其是对公约设立的双重限制体系缺乏准确认识，因此对仲裁庭扩张管辖权的批判[④]缺乏坚实的基础；二是对公约在“投资”界定问题上的初始设定的理

＊　复旦大学法学院博士研究生。

①　当时主持谈判的主席布罗奇斯（Aron Broches）称：该条款是草案中可能有三分之一的代表发言时提到的唯一一项条款。See ICSID, History of the ICSID Convention (Volume II-2) ［hereafter“Volume II-2”］563 (ICSID Publication 2009).

②　参见孙南申：《国际投资仲裁中对人管辖的投资者国籍认定问题》，《国际商务研究》2021 年第 6 期；Peyman Ghaffari, Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review, 12(4) Journal of World Investment & Trade 603 (2011); Andrea Gattini, Jurisdiction Ratione Temporis in International Investment Arbitration, 16(1) Law & Practice of International Courts and Tribunals 139 (2017).

③　参见袁杜娟：《适格投资界定路径的新发展及其启示》，《法商研究》2014 年第 2 期。赵骏：《国际投资仲裁中“投资”定义的张力和影响》，《现代法学》2014 年第 3 期；Paolo Vargiu, Beyond Hallmarks and Formal Requirements: a “Jurisprudence Constante” on the Notion of Investment in the ICSID Convention, 10(5) The Journal of World Investment & Trade 953 (2009). Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi, The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment, in Meg Kinnear et al. (eds.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID 97-125 (Kluwer Law International 2016).

④　参见徐树：《国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对》，《清华法学》2017 年第 3 期；蔡凌丽：《国际投资仲裁管辖权扩张问题研究》，武汉大学 2019 年博士学位论文。

解不够准确，尽管部分研究亦对谈判史有所回顾，但都未见系统梳理；三是将“投资”定义和投资待遇条款的解释等问题与管辖议题割裂开来，相关论述缺乏基于管辖这一基本议题和双重限制体系的系统分析。

此前的研究建议与仲裁实践的对比也表明，寄希望于仲裁庭的自我限制来解决出现的诸多管辖问题并非完善 ISDS 机制的有效路径。本文将指出，这些问题的出现很大程度上源于公约规则本身的缺陷，以及仲裁庭在适用公约管辖规则上存在的根本认识“错误”，而不仅仅是作为“程度”的“扩张倾向”或作为“方法”的“条约解释”方面的问题。这也能部分解释当下对 ISDS 机制进行系统性革新的呼声。然而从改革来看，ICSID 自身此前的规则修订仅关注争端解决的具体程序规则，对于公约规则本身缺乏重视。联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission On International Trade Law，UNCITRAL）第三工作组发布的常设机制的管辖规则又在很大程度上借鉴自《ICSID 公约》，目前收到的反馈意见与公约谈判中出现的争论也高度重合。因此，从谈判史出发理解和澄清 ICSID 的管辖规则，既有助于更客观和准确地评判仲裁庭的实践，也能为当下的改革提供镜鉴。

一、ICSID 管辖规则体系的形成：谈判史回顾

1962 年，世界银行设立专门的工作组和执行理事会，召集各国代表和专家商讨建立一套解决投资者与东道国之间争端的机制，议定《ICSID 公约》。公约草案前后出现过四个版本，分别是“工作文件”“初始草案”“第一草案”和“修订草案”。管辖议题的争论异常激烈，激烈到对于“管辖（jurisdiction）”一词的使用本身都存在分歧。其次，对于是否界定投资以及如何界定投资的讨论贯穿全程。最后，还涉及到决定管辖的主体设定。

（一）源起：“管辖”与“权限”的界分

在公约的表述中，“管辖”一词自始至终都和“中心（center）”联系在一起。在国际争端解决中，“管辖”首先和一般都意味着“解决被提交给它的争端的权力”，[①]指向的是具体审理争端的法庭或仲裁庭。然而，ICSID 是一个为争端解决提供设施和支持的案件管理机构，而非实际受理争端的裁判机构。显然公约所使用的“管辖”一词具有特殊的含义，甚至有观点认为这一表述不合适。[②]

“初始草案”评注作出的首次说明称：“管辖”表示“中心提供设施的范围”，涉及程序类型、争端类别、争端当事方和合意管辖属性四个方面。[③]讨论中，布罗奇斯以及部分代表多直接并称“管辖或中心活动的范围”。[④]布罗奇斯进一步说明：“中心的管辖”不是定义事实上会诉诸中心的具体情形，而是表明在获得双方同意的情况下，中心具有管辖权的外部界限。[⑤]最终《执行理事会关于<ICSID 公约>的报告》（Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment

① See Chittharanjan F. Amerasinghe, Jurisdiction of International Tribunals 64-65 (Kluwer Law International 2003).
② See Gerold Zeiler, Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings, in Christina Binder et al. (eds.), International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer 80 (Oxford University Press 2009).
③ See ICSID, History of the ICSID Convention (Volume II-1) [hereafter “Volume II-1”] 203 (ICSID Publication 2009).
④ See Volume II-1, p.320, 500, 540.
⑤ See Volume II-1, p.566.

Disputes between States and Nationals of Other States，以下称《执行理事会报告》）还在“中心设施可被利用的范围”前增加了“公约规则适用的范围”这一内容，[①]意味着在确定落入到“中心的管辖”范围之前，公约不适用。显然，“中心的管辖”并不是实际裁决案件的仲裁庭受理争端的范围，对于仲裁庭，公约使用的是“权限（competence）”。

布罗奇斯作出的说明称：“权限”针对的是中心下设的委员会或仲裁庭。首先指向调解和仲裁两种程序，其次是争端的类型，即法律性质的投资争端，而管辖的范围则由当事方自己确定，中心的管辖最重要的特征是建立在当事方同意的基础之上。[②]这一说明并不清晰，反而在很大程度上与“中心的管辖”重合。“初始草案”中，“自裁权限”规则之后紧接着规定了四项对仲裁庭“权限”提出质疑的情形：不存在争端、没有对管辖的有效同意、争端超出了同意的范围、争端一方不是一缔约国的国民。对于这四项异议，曾有代表建议增加一项“争端不在公约范围内”，布罗奇斯则认为这一项可以替换第一项（不存在争端）。[③]

事实上，上述四项内容中，第一、二、四项均取自“中心的管辖”，直接对应前述“争端类别”“合意管辖属性”和“争端当事方”三项内涵，本质上就是对中心的管辖异议。在“第一草案”以及“修订草案”中，这三项也因此被简化为“争端根据公约不能提起仲裁程序”。[④]最终，这四项内容进一步被简化为两项：“不在中心的管辖范围”和“不在仲裁庭的权限范围”。可以说，起草者们对二者的关系并没有清晰的界分和认知。事实上，一方面，许多代表在讨论中都混用了这两个词。[⑤]另一方面，也有代表直接表达过对于二者在区别上的困惑。[⑥]荷兰代表坚持区分这两者，他认为存在两个环节。第一个环节是让秘书长判断争端是否在公约范围内，第二个环节是让仲裁庭判断自己的权限。[⑦]总之，代表们对二者的区分和关系莫衷一是。

（二）管辖外部界限的划定：是否以及如何界定投资？

既然“中心的管辖”指向管辖的外部界限，那么在公约中界定投资本质上就是如何划定这一界限的问题。对此，工作组初始的态度是：一旦公约序言载明中心主要处理区别于政治和商业的投资法律制度，似乎就不必再作出确切定义。[⑧]代表们提出质疑，认为通过缔约国单方面声明确定公约适用范围的做法不恰当，因为国家会面临因限制范围而打击投资的压力。因此主张尽可能在公约中清晰地界定中心的职权，并将中心的管辖限定在特定的例外情形。[⑨]然而工作组最开始根本无意限定中心的管辖范围，因为在其看来，不必在公约中为“投资争端”施加限制，而是应由当事方决定是否

---

① See ICSID, Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States［hereafter“Report of the Executive Directors”］, para.22.

② See Volume II-1, p.320.如果细究这一表述，会发现其中对“管辖”一词的使用存在矛盾和混乱。一方面所谓“管辖的范围由当事方自己确定”是指案件审理机构受理争端的范围。另一方面又使用了公约中“中心的管辖”这一表述，但是又称“中心的管辖建立在当事方同意的基础之上”，此处应该又是指通常意义上的管辖，而非公约当中的“中心的管辖”。显然，这就是因为公约使用的“中心的管辖”一词过于特殊，导致了很多表述的混乱和理解上的困难。部分代表也表达过对公约使用“中心的管辖”这一表述的反对。See Volume II-2, p.830.

③ See Volume II-1, p.406-407.

④ See Volume II-1&2, p.630, 923.

⑤ 例如，坦噶尼喀和巴拿马代表都使用过“中心的权限”这一表述。See Volume II-1, p.258, 307.萨尔瓦多代表对仲裁庭使用过“管辖权”的表述。See Volume II-2, p.848.

⑥ See Volume II-1, p.408.

⑦ See Volume II-1, p.408. 值得注意的是，“双重限制体系”在这一理解中初露端倪。

⑧ See Volume II-1, p.83.

⑨ See Volume II-1, p.57-58.

将其纳入公约的规定。[①]质言之，公约本身不对“投资”或“投资争端”作出定义，而是将这一定义权交给当事方，这是从一开始就确定的基本思路。此外，工作组还给出了不界定“投资争端”的另外两项理由。一是精确地界定“投资争端”十分困难；二是作出界定可能带来不良（undesirable）的管辖争议，导致一方对双方原本同意提交的争端提出管辖异议，声称争端不属于公约界定的范围。[②]

“初始草案”阶段，工作组维持了此前对“管辖范围”的基本态度，并且进一步全数放弃了包括最低涉案金额在内的对管辖的具体限定。然而，许多代表仍然坚持要求对“投资争端”和“法律性质”作出明确界定，[③]并进一步提出：中心管辖的“任择”属性在实践中可能被破坏、[④]缺乏界定会带来关于公约适用性的争议、[⑤]国家同意的表达并非完全自由[⑥]等观点。鉴于此类意见，布罗奇斯在后期开始松动，表示对中心的管辖进行某种限制是可取的。转而认为：应当首先从广义上说明中心的管辖范围，然后排除广泛接受的不属于公约寻求处理的主题的争端。最后允许每个国家如果愿意，事先说明它将考虑或不考虑向中心提交的争端类型。[⑦]“初始草案”讨论结束后，各国代表组成法律委员会，公布的“第一草案”纳入了对投资的定义：“无限期或如果期限确定，则不少于五年的任何货币或其他具有经济价值的资产的投入。”[⑧]

许多代表都对这一定义表达了不满，主要是认为该定义太过宽泛和模糊。[⑨]各方的分歧很大，布罗奇斯和许多代表都认为界定投资十分困难，几乎不可能达成一个合适的定义。[⑩]“修订草案”阶段设立的处理管辖问题的第四小组亦出现了前述分歧，经过表决，最终再次删除了投资定义的内容。[⑪]布罗奇斯表示，《执行理事会报告》将指出，鉴于缔约方同意的基本要求，以及缔约方可以事先告知其考虑在何种限度内使用中心设施的事实，执行理事会认为“没有必要或不希望试图界定‘投资’”一词。因此，每个缔约国都可以作出自己的界定。[⑫]针对这一说法，有代表表示，他不能支持“定义不是必须或可取的”这样的想法。在他看来，事实是确实难以界定，而非不需要界定。[⑬]这一立场得到了布罗奇斯的认同，最终的表述改为了“没有试图定义投资”。[⑭]

（三）决定管辖的主体：缔约国与仲裁庭的角色划分

如果“投资”和“法律争端”等关键术语不能得到明确界定，那么引发的关键问题就是谁来决定管辖。显然，按照公约的设定，最初也是最主要对管辖问题作出决定的是当事方之间的约定。换言之，缔约国原本应当占据管辖的根本决定地位。然后，直观地从公约第 41 条出发，即仲裁庭“自裁权限”，在出现管辖争议时，仲裁庭自然有权决定自己是否对案件所涉争端具有管辖权。然而，仲

① See Volume II-1, p.22.
② See Volume II-1, p.83.
③ See Volume II-1, p.261, 400, 468,470, 474, 493, 497, 504.
④ See Volume II-1, p.259, 261.
⑤ See Volume II-1, p.450.
⑥ See Volume II-1, p.494, 496, 501.
⑦ See Volume II-1, p.498-499.
⑧ See Volume II-1, p.623.
⑨ See Volume II-2, p.652, 661, 670.
⑩ See Volume II-1&2, p.496, 707, 841.
⑪ See Volume II-2, p.936.
⑫ See Volume II-2, p.972.
⑬ See Volume II-2, p.1027.
⑭ See Report of the Executive Directors, para.27.

裁庭“自裁权限”必须明确的前置问题是其权限从何而来，因为显然仲裁庭不能凭空对管辖权作出裁定。对于这一问题，起草者们并未进行深入讨论。如前所述，公约最终并称“不在中心的管辖范围”和“不在仲裁庭的权限范围”的表述，确实纠正了此前在使用“管辖”与“权限”上的含混，但是却没有在根本上澄清第 41 条第 1 款和第 2 款在逻辑上的不圆融。即，仲裁庭有权裁定一项争端是否属于自身权限的范围，但是对于一项争端是否属于中心管辖的范围，仲裁庭何以有权决定？这一问题的实质是公约解释权。

对于公约解释权的问题，“初始草案”阶段曾有过一项补充条款：争端当事方之间就公约的解释或适用出现分歧，而仲裁庭认为该问题合理且可能影响仲裁结果的，仲裁庭应中止程序，在一定期限内未得到解释结果再恢复程序。[①]有代表认为这一规定可能赋予仲裁庭解释公约的权力，而他认为不应由仲裁庭决定此类问题。布罗奇斯则认为，仲裁庭是一个准司法机构，在没有诉诸国际法院的情况下，有权确定包括条约解释在内的法律问题。随后该代表认为如果赋予仲裁庭这种权力，公约应当进行清晰的陈述。布罗奇斯认为没有必要，因为在没有其他有权机构处理的情况下，仲裁庭自然不得不做出解释。[②]最终，考虑到可能导致争议双方之间的不平等地位以及程序的延宕，公约未纳入该条款。[③]也有代表建议在中心内部建立委员会来处理公约解释问题，[④]或者在仲裁庭外设置程序，由世界银行行长在个案中确定是否有投资争端的存在。[⑤]后续许多代表都表达了建立一个类似机构来处理管辖权问题的建议，但在表决中均未获通过。[⑥]

二、ICSID 管辖双重限制体系的证成与解读

多边规则的达成通常都是妥协的结果，也不可避免地存在一些遗留问题，《ICSID 公约》亦如是。通过对谈判史的梳理，可以发现起草者们对管辖议题有如下预设以及相应潜藏的问题。

（一）ICSID 管辖规则设定了一个双重限制体系

谈判中的一份“主席报告”曾明确指出：公约的管辖规则设定了一个双重限制体系（a dual system of limitation），[⑦]而这一双重限制的存在正是源于“管辖”与“权限”的界分。如前所述，起草者们对二者的区分和关系并没有进行清晰的阐释，因而对于双重限制体系的内涵也缺乏解读。事实上，《ICSID 公约》以及其实施条例和规则也都主要以国际公法文件为基础，[⑧]ISDS 机制的公法属性也在晚近被国际社会所认知和重视，[⑨]因此国际公法争端解决实践或可为这一问题提供参考和启示。

对“管辖”与“权限”作出经典阐释的是科孚海峡案（Corfu Channel Case）中的专案法官达克

① See Volume II-1, p.290.
② See Volume II-1, p.290-291.
③ See Volume II-1, p.440, 578.
④ See Volume II-1, p.294.
⑤ See Volume II-1, p.399.
⑥ See Volume II-2, p.771-773, 775.
⑦ See Volume II-1, p.563. 学者对这一表述的使用，See Yanwen Zhang, The Judicial Function of Investment Tribunals: Taking Foundational Assumptions Seriously, 51(1) Journal of International Economic Law 141 (2022).
⑧ See Antonio Parra, The History of ICSID (2nd ed.) 287 (Oxford University Press 2017).
⑨ See Gus Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law (Oxford University Press 2007); Eric De Brabandere, Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications (Cambridge University Press 2014).

斯纳（Igor Daxner）。他在反对意见中提出，国际法中的“管辖”一词有两种基本含义：一是承认法庭是一个为了获得审判权而设立的机构，并获得出庭的能力；二是确定法庭的权限，即赋予法庭解决具体案件的权力。第一种含义是国家对法院管辖权的接受，是出庭的先决条件，此时法庭的权限尚未确立。法庭的权限确立于特定法律文件对强制管辖的接受。[①]基于这一区分，后续有观点认为，“管辖”是一个比“权限”更严格的概念，关系到法庭裁决案件的“权利能力”（capacity）；“权限”则更具主观性。[②]换言之，不满足“管辖”条件当然使得一个法庭没有权限裁决特定案件，但满足基本的“管辖”条件却并不必然确立法庭对特定案件的“权限”。[③]

类比上述理解，缔约方加入《ICSID 公约》的行为对应“对中心管辖的接受”，但此时仲裁庭的权限并未确立，仲裁庭的权限从根本上来自于规定将特定争端提交中心解决的法律文件。这一结论也可以从前述仲裁庭权限异议规则的演变得到佐证，因为最终“不在仲裁庭的权限范围”对标的就是此前的“争端超出了同意的范围”。对于实际审理案件的国际法院而言，管辖与权限都指向法院本身，二者融为一体。但是对于 ICSID 仲裁庭而言，二者是被明确分立的，因此对于理解其“权限”至关重要。[④]一方面，不同于可以管辖当事方同意提交的“一切案件”的国际法院和常设仲裁法院，[⑤]ICSID 仲裁庭的管辖首先受到“中心的管辖”的限制，即限于“缔约国与另一缔约国之间直接因投资而产生的任何法律争端”。另一方面，仲裁庭的权限来源于当事方在特定法律文件中作出的同意，这是被起草组们反复强调的中心（仲裁庭）管辖的根本属性，[⑥]仲裁庭当然地要受到当事方同意的限制。

因此，公约管辖规则设定了一个双重限制体系：首要的条件是同意，除非同意诉诸中心，否则公约的一切规定都不会得到适用，当事方同意是这一体系的基础。但是即便当事方同意，公约也仅在符合第二项限制的情况下适用，也即必须满足作为外部界限的“中心的管辖”本身的规定。缔约方同意与中心的管辖的重叠部分才是仲裁庭的管辖范围，起草者们设想的理想情况如图 1。

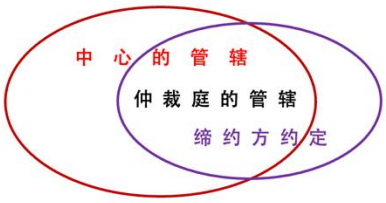


图 1

（二）“投资”作为管辖外部界限的定义缺失是“不得已而为之”

“管辖”与“权限”的区分尽管特殊，但并不难以理解。更复杂的是缔约方同意与中心的管辖的关系，尤其体现在“投资”定义问题上。按照《执行理事会报告》，当事方的同意也要受限于“中

① See Corfu Channel Case (UK v Albania) (Preliminary Objection), 1948 ICJ Reports, p.39-40.
② See Shabtai Rosenne & Yaël Ronen, The Law and Practice of the International Court: 1920-2005 (4th ed. Volume I) 524 (Brill 2006).
③ See Gerald Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure, 34 British Year Book of International Law 8-9 (1958).
④ See Chittharanjan F. Amerasinghe, Jurisdiction of International Tribunals 80-82 (Kluwer Law International 2003).
⑤ See Statute of the International Court of Justice, Article 36; 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, Article 47.
⑥ See Volume II-1&2, p.257, 320, 399, 563, 566, 702.

心的管辖”。也即，当事方的同意本身并不必然符合中心管辖的要求。[①]换言之，图 1 中当事方虽然同意提交但不在中心管辖范围内的争端，也不在仲裁庭的管辖范围内。然而，布罗奇斯后续曾发表过如下观点：“尽管不是决定性的，但当事方将一项争端认定为‘投资争端’的合意在决定‘中心的管辖’上会占据重要分量。”[②]如果依照《执行理事会报告》的理解，那么这一说法可能是混淆了中心的管辖与仲裁庭的管辖。应该是中心的管辖限制缔约方的同意，而不是缔约方的同意反过来还能决定中心的管辖。然而事实上并不是如此简单，布罗奇斯的这一观点恰是理解缔约方同意与中心的管辖的关键突破口。

后续研究多将公约不界定“投资”描述为“刻意为之（intentionally）”，[③]这一表述诚然不错，但并不准确。事实上，从“初始草案”开始，此前工作组认为“定义投资会带来不良的管辖争议”的基础实际上已经不存在了，因为各方都明确了“有一些争端不适合在中心解决”。因此，不界定“投资”剩下的唯一一项基础就是“界定投资十分困难”这一现实因素。所以，这一结果的产生与其说是刻意为之，不如说是由于定义本身的困难不得已而为之，即难度和分歧太大，以至于无法界定，而不是不需要界定。然而这一思路事实上存在矛盾，公约使用“直接因投资产生的法律争端”这一表述，却不界定“投资”，但又强调中心仅为“投资争端”提供设施和支持。布罗奇斯的一处发言体现了对这一矛盾的理解，他在最终讨论是否定义投资时表示：“虽然很难定义‘投资’，但事实上，投资是容易识别的。”[④]换言之，事实上存在对于“投资”的一般认识和理解，但是因为文字表达本身的困难和局限，最终选择不在公约中进行阐述。正是在这个意义上，当事方在有关法律文件中对“投资”作出的界定或说明对于理解公约未做任何说明的“投资”确实占据重要地位，这才是起草者们对于投资定义问题的内在实质立场。

基于此，可以对“双重限制体系”作进一步的阐释：虽然“缔约方同意”与“中心的管辖”共同确定了仲裁庭的管辖范围，然而作为外部界限的中心的管辖范围并未得到清晰的界定。因此一方面，仲裁庭管辖权的根本来源是缔约方同意，因而仲裁庭不能根据“中心的管辖”确立自身的管辖权；另一方面，仲裁庭判断“中心的管辖”时只能借助于国际社会对“投资”的一般理解，同时需要一定程度上参考缔约方之间的法律文件对“投资”的界定。这是一个极其微妙的设定，可想而知，一个本身存在重大分歧的概念，在实践中自然也容易产生争议。公约不对作为“立身之本”的投资作出界定，自然为将来的争论埋下祸根，如图 2。

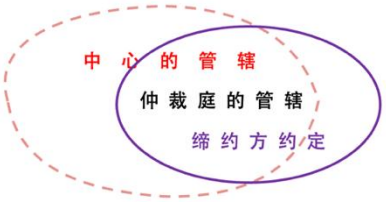


图 2

① See Report of the Executive Directors, para.25.

② See Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law 168 (Martinus Nijhoff Publishers 1995).

③ 参见赵骏：《国际投资仲裁中“投资”定义的张力和影响》，《现代法学》2014 年第 3 期，第 164 页。Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi, The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment, in Meg Kinnear et al. (eds.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID 98 (Kluwer Law International 2016).

④ See Volume II-2, p.972.

（三）规则留白使得本应谦抑的仲裁庭主导了管辖的判定

在决定管辖和解释公约的问题上，需要再次强调的是当事方自行决定管辖的根本预设。然而当事方决定管辖是在仲裁程序进行之前，争端产生后，虽然布罗奇斯和许多代表都表达了对仲裁庭的自由裁量作出限制的想法和具体的规则建议，但最终出于规则惯例和效率的考虑还是总体上维持了仲裁庭的“自裁权限”。然而自裁权限的基础应该是“缔约方同意”，“自裁”表明的是主体而非范围，仲裁庭无能毫无凭据地发挥自由裁量。同时，公约本身并未直接赋予仲裁庭解释公约的权力，仲裁庭应当首先受到有权解释的限制，在有权机关缺位的情况下，仲裁庭应当严格限制自身出于实践需要对公约作出解释。布罗奇斯也曾明确提出过限制仲裁庭解释公约的两种具体情形，一是有关仲裁庭权限或者中心管辖权的问题仍然包含在国际法院对公约作出的解释之内。二是在仲裁程序中，如果仲裁庭希望在公约的解释问题上得到指引，可以采取特定方式通过有关缔约国将争议提交国际法院，从而间接地得到国际法院的解释。[①]总之，起草者们原本对仲裁庭的角色有明确的限制预期和谦抑的设定。

谦抑的设定依赖于规则的明确，然而公约对于何为“投资”和“法律争端”均未阐明。有关定义几经增删，最终的想法也是将这一问题交由当事方自己确定。核心的理念是尽可能不对“中心的管辖”作出具体的规定，由当事方自行界定“投资”和决定是否提交以及提交何种类型的争端。[②]直言之，实质上公约对于“管辖”没有作出具体界定，在管辖问题上存在事实上的“规则留白”。

在起草者们的设想中，仲裁庭的管辖在投资合同的情况下是个案诸定的，即便在投资条约的情况下，也是个国诸定的，初衷是有意让当事方自己决定实际的管辖。但这样的设定存在明显的缺陷，正如中国代表提出的，因为公约的管辖太过宽泛，而投资的定义又是如此模糊，以至于国家同意在排除特定不适宜事项上的作用很弱。[③]因为当事方提起的程序一定以特定的投资形式和争端为依托，没有投资和争端就不可能有程序。造成的结果就是对于当事方提交的争端，公约没有清晰的规定，当事方如果对管辖问题发生争议，那么只能由仲裁庭裁决。显然，规则的留白与对仲裁庭的谦抑设定存在冲突，对“中心的管辖”的判断仍然极大程度上掌握在仲裁庭手中。布罗奇斯后续也承认，仲裁庭在管辖问题上占据了中心地位。[④]然而不论主动还是被动，模糊的规则容易助长争端解决机构的司法能动。[⑤]如此一来，模糊的边界就可能产生较大的变动，如图 3。

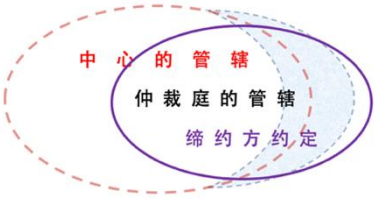


图 3

① See Volume II-1, p.533-534.
② See Volume II-1, p.419.
③ See Volume II-2, p.700-701.
④ See Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law 178 (Martinus Nijhoff Publishers 1995).
⑤ 参见韩逸畴：《国际法中的“建设性模糊”研究》，《法商研究》2015 年第 6 期，第 175 页。Bradly J. Condon, Captain America and the Tarnishing of the Crown: The Feud between the WTO Appellate Body and the USA, 52(4) Journal of World Trade 538 (2018).

可以想见，公约适用前提的管辖问题和公约规则澄清的解释问题这两项关乎公约“生死存亡”的关键议题都很大程度上掌握在仲裁庭手中，那么公约的命运也就很可能最终被仲裁庭左右，因此仲裁庭在管辖方面上的实践至关重要。

三、仲裁庭对双重限制体系的实践及其批判

国际投资争端解决的现状已经很大程度上超出了起草者们对《ICSID 公约》的设想。一方面，投资条约仲裁成为了主要的模式，截止 2023 年 12 月 31 日，登记在 ICSID 下的 967 起案件中，根据条约提起的案件占 78%。[①]另一方面，仲裁庭地位愈发凸显，其对有关条款的解释成为了国际投资法发展的重要内容。[②]仅从条约解释出发宽泛地指责仲裁庭扩张管辖并不能清晰地揭示扩张从何而来，因此有必要结合公约对仲裁庭权限的设定来考察仲裁庭的管辖实践。如前所述，公约管辖规则刻意区分了“管辖”与“权限”，设定了一个双重限制体系，因此首先要考察这一体系是否在实践中得到了遵循和实现。其次，在投资界定问题上的微妙设定是否被正确认知和审慎对待。最后，实践中出现了一些起草者们并未预料到的情况，因而需要考察 ICSID 管辖规则的本义和基本属性是否被仲裁庭所信守，以及这一体系能否适应这些新的挑战。

（一）双重限制体系未得到严格遵循：“管辖”与“权限”的区分被忽视

《ICSID 公约》以及后续的仲裁程序规则都刻意地区分了“管辖”与“权限”，[③]但实践中，这一刻意区分被严重忽视。就连国际投资法领域的权威学者朔伊尔（Christoph Schreuer）也认为这两个术语经常被当成同义词使用，二者之间的区分无关紧要。[④]在裁决文书中，东道国提出的管辖异议和仲裁庭的分析也大多都将二者等而视之，通常都是并称“中心没有管辖权以及仲裁庭没有权限”，[⑤]或仅称“仲裁庭没有管辖权”，[⑥]也有称“中心和仲裁庭没有管辖权”。[⑦]无论是有意还是无意，这一忽视带来了许多没有被各方充分意识到的问题，双重限制体系也因此未能在实践中得到严格遵循。

1. 东道国不能准确地提出“管辖”异议

“管辖”与“权限”的区分被忽视，呈现的直接结果是东道国提出的管辖异议往往并不准确，

---

① See ICSID, The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2024-1), p.8. 值得注意的是，如今许多论述已将“国际投资仲裁”等同于“投资条约仲裁”，参见王燕：《国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争》，《环球法律评论》2017 年第 2 期，第 180 页；李庆灵：《国际投资仲裁中的缔约国解释：式微与回归》，《华东政法大学学报》2016 年第 5 期，第 132 页。诚然这是基于后续发展状况的习惯性表述，但也反映了《ICSID 公约》谈判史未得到充分重视的问题。本文后续也主要讨论投资条约仲裁，因此如无特别说明，后续使用的“国际投资仲裁”也指向“投资条约仲裁”。另外，一些关键的表述也将采取习惯性和更加准确的表达，如“当事方决定管辖”将表述为“缔约方决定管辖”。

② See Catharine Titi, The Arbitrator as a Lawmaker: Juris generative Processes in Investment Arbitration, 14(5) Journal of World Investment & Trade 830 (2013). Alec Stone Sweet, Michael Yunsuck Chung & Adam Saltzman, Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor–State Arbitration, 8(4) Journal of International Dispute Settlement 579 (2017).

③ 2022 版《ICSID 仲裁程序规则》（The ICSIS Arbitration Rules-2022Version）第 41 条、43 和 49 条仍然明确区分了“中心的管辖”与“仲裁庭的权限”。

④ See Christoph Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary (2nd ed.) 532 (Cambridge University Press 2009).

⑤ See Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, para.19, 65, 90. Noble Energy, Inc. and Machalapower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008, para.43-44; Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, para.49.

⑥ See Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Jurisdiction, 30 June 2011, para.45-46. Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21 December 2012, para.72.

⑦ See Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, para.4.

即到底是对“中心的管辖”的异议，还是对“仲裁庭的权限”的异议。在 Maffezini v. Spain 案中，东道国提出了三项管辖异议：（1）申请人没有用尽双边投资条约（Bilateral Investment Treaty, BIT）中规定的当地救济；（2）争端并不是“投资者与缔约国之间的争端”；（3）争端产生于投资协定生效前。东道国在三项异议中均称“ICSID 没有管辖权以及仲裁庭没有权限”。[①]表述上的混淆不仅关系到“管辖异议”的准确性，还可能隐性地影响仲裁庭的分析和说理。该案中，东道国主张申请人的损失系国内一家公司造成，而该公司的行为不能归于东道国，因此提出了第（2）项管辖异议。仲裁庭在处理这一项异议时，首先认为《ICSID 公约》没有定义“缔约国”，而且“缔约国指定给中心的该缔约国的组成部分（constituent subdivision）或机构（agency）”这一说明，以及所涉 BIT 规定的“国家当局（state authorities）”对于本案都没有帮助。因此，仲裁庭认为确定管辖需要分析所涉公司是不是“国家实体（state entity）”。[②]

首先，“争端是否为投资者与缔约国之间的争端”显然是有关“中心的管辖”异议。虽然没有定义缔约国，但公约第 25（1）“缔约国”一词附随括号内的补充说明正是与第（2）项管辖异议直接相关的内容。仲裁庭抛开“constituent subdivision & agency”的说明，转而寻求确认“entity”，这样的论证路径不得不让人怀疑其说理的严密性。其次，尽管没有细致分析所涉 BIT 的相关规定，但仲裁庭试图利用 BIT 来确立自己对“缔约国”有关问题的管辖，这样的思路就是未能正确理解双重限制体系。因为对于一项“中心的管辖”异议，假设在极端情况下，即便特定 BIT 约定将投资者与东道国公司之间的争端提交 ICSID，而这显然超出了“中心的管辖”，所以仲裁庭也不具有管辖权。因此，如果东道国自身不能准确地区分“管辖”与“权限”，很有可能打开仲裁庭发挥任意性的大门，类似上述情况，利用“缔约方的约定”突破“中心的管辖”，如图 4。

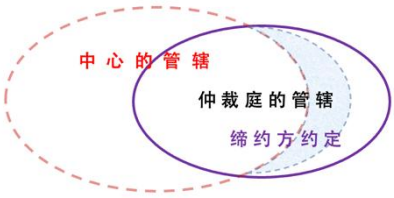


图 4

2. 仲裁庭错误地根据“中心的管辖”确立自身的管辖权

归根结底，这一忽视最终带来的后果是可能使得仲裁庭混淆“管辖”和“权限”，突破双重限制体系进而错误地确立管辖权。在 Minicom v. Senegal 案中，所涉 BIT 将“国民（national）”定义为具有缔约一方国籍的“自然人”。此案中，申请人是一家公司，因此东道国认为仲裁庭没有管辖权。仲裁庭则认为，“国民”一词应当结合《ICSID 公约》进行理解。仲裁庭给出的理由是：“在 BIT 管辖条款中，‘国民’一词被使用了三次：前两次用来指代那些已经或计划进行投资的人，第三次是在最后一行重复了公约的标题。[③]可以肯定的是，第三次使用这个词时，它必然包括自然人和法人。因为

① See Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, para.19, 65, 90.

② See Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, para.74-75.

③ 此案所涉 BIT 管辖条款（第 10 条）规定如下：在另一缔约方的国民在其领土上进行或拟进行投资的缔约方，应同意该国民提出的任何请求，将与该投资有关的任何争议提交给根据 1965 年 3 月 18 日《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（以下简称“华盛顿公

提到的是公约意义上的‘国民’，而公约第 25（2）条规定的‘国民’采取的是一个宽泛的定义。”[①] 基于这一解释，仲裁庭最终确认自己可以管辖公司提出的仲裁请求，这显然混淆了“中心的管辖”与“仲裁庭的权限”。公约的管辖规则当然包括公司，但仲裁庭权限的来源并不是“中心的管辖”，而是缔约方在 BIT 中作出的同意。该案中，缔约方显然不同意将公司提出的仲裁请求纳入可提交仲裁的范围。因此，仲裁庭颠倒了双重限制体系，其确立管辖权的依据不是缔约方的同意，而实质上是“中心的管辖”（如图 5）。

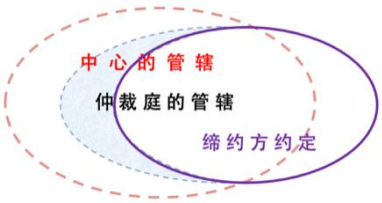


图 5

3. 仲裁庭以“中心的管辖”正面证成“缔约方同意”

前述情形比较极端，即仲裁庭以“中心的管辖”突破了明确的“缔约方同意”。事实上，仲裁庭对“管辖”与“权限”区分的忽视所产生的更深远的影响体现在对模糊的缔约方同意的解释与论证当中，因此也更加隐蔽。比如，当案件所涉投资协定没有明确规定“间接投资”作为保护对象，在判断间接投资者是否有权依据投资协定提出仲裁请求时，许多仲裁庭的说理过程通常是：首先阐明《ICSID 公约》和以往的案例允许股东独立于公司提出索赔请求。然后认为如果投资协定意欲排除间接投资，那么就应当在协定中明确地进行表述。否则，不能推定投资协定将间接投资排除在外，进而最终确立仲裁庭对间接投资者索赔请求的管辖权。[②]

以上论证思路事实上就是假定缔约方接受了公约规定的“中心的管辖”范围，因此如果缔约方没有明确的“不同意”，那么“中心的管辖”也即仲裁庭的管辖范围。这一思路同样对双重限制体系作了错误解读，“中心的管辖”并不能从正面上证成“缔约方同意”。相反，“中心的管辖”本身在投资界定问题上存在规则留白，正如布罗奇斯所言，在“投资”识别方面，反而是缔约方的同意能加强对“中心的管辖”的理解。

（二）“客观标准”的出现：仲裁庭难以实现投资界定上的微妙设定

在实践中，东道国常常以申请人的活动不属于“投资”作为抗辩，因此仲裁庭不得不就特定案件中的活动是否属于“投资”作出判定，投资界定上的微妙设定也因此经常受到检验。因为不管是清晰还是模糊，是实质上作出了界定还是没有界定，公约既然包含一条“管辖规则”，当事方就都有可能提出对管辖条款解释的争议。因此这不是谈判时工作组认为的是否定义投资带来的问题，而是

约”）设立的中心进行仲裁或调解。

① See Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 16 July 2010, para.67-73.

② See Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21 December 2012, para.208-238; Enron Corporation and Ponderosa Assets lp v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para.33-49; Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/08/15, Decision on Jurisdiction,30 December 2010, para.149-158.

经济活动的复杂性所必然产生的现象。

1. 判定投资的主客观模式

实践中发展出了主观和客观两种判定“投资”的解释模式，前者严格按照争端所涉投资协定对“投资”的界定，后者认为“投资”的判定存在独立于协定的客观标准。[①]这两种模式本质上对应的就是双重限制体系中的缔约方同意和中心的管辖两个部分。实践中，仲裁庭对“客观标准”的定位并不一致。一种是将“客观标准”作为管辖的要件，只有满足所有的客观标准仲裁庭才具有管辖权；[②]二是仅将“客观标准”作为判定投资的特征。[③]需要指出的是，“客观标准”的主要提出者朔伊尔事实上并不赞同将客观标准作为确定管辖的依据，[④]第一类仲裁庭显然进行了“自我发挥”。

如果基于公约的基本设定，公约本身不界定“投资”而是交由当事方自行约定，那么缔约方在投资协定中对“投资”的界定理所当然就是一种对管辖的限定。同时，所谓“中心的管辖”并不是仲裁庭受理特定争端的自足规则，根据客观标准“判定”投资违背了“中心的管辖”作为双重限制体系外部界限的设定。相反，诚如布罗奇斯所言：“争议必须因‘投资’引起的要求可以并入同意管辖的要求当中。”[⑤]因此，认为在投资协定外存在客观标准的理解，如果直观地按照公约的设定，表面上确实背离了让缔约方限定管辖的初衷。而且事实上如果存在一项早已确定和普遍接受的关于“投资”的客观标准，那么谈判中可能就不会出现激烈争论了。在此意义上，仲裁庭并不是在可能的范围内进行解释，而是事实上在“造法”，也即将自己对投资概念的理解加入到公约当中。

2. “客观标准”出现的客观原因

现有研究对仲裁庭造法多有批判，然而问题是，仲裁庭为何发展出了界定投资的“客观模式”？公约将定义权交由缔约方的设定并不难探知，作为“客观模式”重要源头的 Salini v．Morocco 仲裁庭事实上也回顾了《执行理事会报告》对不界定投资的说明。仲裁庭称：认为争端“与投资直接相关”的要求因缔约方的同意而淡化（be diluted）是不准确的。相反，ICSID 判例法和学者一致认为，必须尊重投资要求作为中心管辖权的客观条件。[⑥]这一理由并不准确和充分，因为一方面，国家同意

---

① See Christoph Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, 11(2) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 372 (1996).这是朔伊尔同名经典著作最早刊载在期刊上的版本，他在该文中提出了识别投资的三项特征：“一定持续时间”“规律的投入与回报”和“风险”。经典案例是 Fedax v．Venezuela 和 Salini v．Morocco，后者使用的标准还被称为“Salini Test”，具体包括“投入”“一定的履行期间”“风险”和“对东道国经济发展的贡献”四项内容。其中前三项援引自学者盖拉德（Emmanuel Gaillard），最后一项是仲裁庭自己从公约序言中得出的结论。See FEDAX N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award on Jurisdiction, 11 July 1997, para.43; Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para.52. 后续实践中，不同仲裁庭所采纳的客观标准也并不相同。例如，Joy Mining v. Egypt 案仲裁庭在“Salini test”之外，还引入了“规律的利润与回报”作为第五项要素。See Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 Aug 2004, para.53.

② See Consortium Groupement L.E.S.I-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No ARB/03/08, Award, 10 January 2005, para. II. 13-14; Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 Aug 2004, para.53-63; Saipem SpA v People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, para.99-102.

③ See Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, paras. 310–318. Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, para. 60-91; M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, para.165. 此外，也有许多仲裁庭非常灵活地使用客观标准，并未明确是否需要同时满足各项标准。See Richard Happ & Noah Rubins, Digest of ICSID Awards and Decisions: 2003-2007 341-342 (Oxford University Press 2009).

④ See Christoph Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary (2nd ed.) 132-134 (Cambridge University Press 2009).

⑤ See Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law 168 (Martinus Nijhoff Publishers 1995).

⑥ See Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para.52. 当然，仲裁庭也并未完整地回顾谈判史，仅从报告中的说明事实上也确实很难十分准确地理解起草者们在投资界定问题上的微妙设定。另外，报告中的表述“no attempt was made to define the term”也确实具有误导性。因为事实上，第一草案有过“投资”的定义条款，起草者们并不是没有试图去界定投资，而是如前所述，定义的难度和分歧太大以至于无法做出满意的定义。进一步，通过对

是仲裁庭管辖的基础；另一方面，在投资判定上，国家同意不仅是仲裁庭权限的的来源，还实质上构成了中心管辖规则的一部分。因此不是缔约方的同意“淡化”了公约的管辖规定，相反，缔约方的约定补充了公约本身不完整、不清晰的管辖规则。在 CSOB. v. Slovak 案中，仲裁庭认为公约管辖条款规定的“投资”具有天然的客观属性，缔约方可以达成一个更加准确和限制性的定义，但是不能向中心提交与投资完全无关的争端。[①]这一理由更具说服力，也更加准确，事实上这恰好符合起草者们在投资界定问题上对双重限制体系的微妙设定。如前所述，虽然很难定义，但是对于何为投资确实存在一般的认识和理解。

正如有仲裁庭指出的：当事方约定的投资定义不能超越第 25 条中投资的客观标准，否则第 25 条及其对投资概念的依赖，会变成毫无意义的条款。[②]这一说法恰当地展现了双重限制体系的初衷，也即，第 25 条使用“投资”一词是为了与公约主题以及目的与宗旨相符。换言之，中心的管辖应根据公约所寻求实现的目的加以限制。[③]总之，作为外部界限的“中心的管辖”是在一种排除性的意义上使用“投资”一词。在双重限制体系之下，中心的管辖限于“投资争端”，因此中心不受理“非投资”引起的争端，但对于具体何为“投资”，则由缔约方自行约定。从这个意义上讲，后续实践中仲裁庭提出的“客观标准”事实上就是为了使得这一排除性的外部界限具像化，补足了起草者们没有完成的议题，增强了双重限制体系的可操作性。

3. “客观标准”存在的必要性

仲裁庭提出“客观标准”可能一方面是其理解“中心的管辖”的含义的地位，然而事实上更直接和现实的原因可能是许多投资协定在投资界定问题上的模糊性。许多协定都使用类似“任何/各种类型的财产（any/every kind of asset）”的表述来描述投资，[④]内容宽泛而模糊。再加之《ICSID 公约》未对“投资”作出任何界定和说明，许多仲裁庭甚至认为案件所涉 BIT 的投资定义与公约一样宽泛。[⑤]因此一方面仲裁庭在判定投资上的任意性非常大（如图 6）。另一方面，仲裁庭在公约未定义投资和 BIT 的定义宽泛而模糊的情况下，就必须找到相对明晰的依据。因此，双重限制体系在投资界定问题上的微妙设定本就相当考验仲裁庭的能力，遗憾的是，实践中，在投资协定亦未能对投资作出清晰界定的情况下，仲裁庭很难理解和实现这一微妙设定。在这个意义上，虽然投资的客观标准是仲裁庭通过实践“造法”而形成，但客观标准在当下确有存在的必要，否则投资很容易变成一个无所不包的概念。

谈判史的梳理，本文的发现也反驳了将《执行理事会报告》作为公约上下文的一部分，进而赋予报告以具有约束力的解释效力的观点。See Barton Legum & William Kirtley, The Status of the Report of the Executive Directors on the ICSID Convention, 27(1) ICSID Review 171 (2012).

① See Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, para. 55.

② See Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 Aug 2004, para.50. 虽然该案仲裁庭对公约的理解相对准确，但最终还是倾向于将客观标准作为管辖要件。

③ See Volume II-1, p.567.

④ See Bartum Legum and Caline Mouawad, The Meaning of ‘Investment’ in the ICSID Convention, in Peter H F Bekker, Rudolf Dolzer & Michael Waibel (eds.), Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts 327-328 (Cambridge University Press 2010). 此文在注释中提到，法国、德国、马来西亚、布隆迪和英国的投资条约范本都采取了宽泛的投资定义。事实上，中国也是如此，尤其是早期的许多投资协定。如《中华-瑞士 BIT》第 1 条规定“投资一词应包括各种财产”。《中国-荷兰 BIT》第 1 条将投资界定为“缔约一方投资者在缔约另一方领土内所投入的各种财产”。

⑤ See Consortium Groupement L.E.S.I-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, para. II. 24; Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB /99 /76, Award, 9 February 2004, p.55;

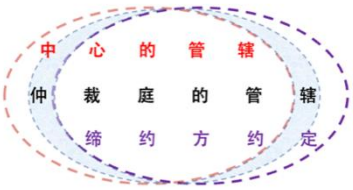


图 6

但是必须强调，“客观标准”仅能作为识别要素，在“中心的管辖”的意义上以排除性的方式得到适用。实践中，有仲裁庭背离投资协定中缔约方的约定，运用客观标准来证成一些明显的非投资，如仲裁裁决等。[①]此外，还有部分仲裁庭认为缔约方同意诉诸 ICSID 表明其认为条约覆盖的投资当然地符合公约的要求。[②]投资协定对“投资”的约定固然要在“客观标准”之下，但客观标准本身不能作为确定管辖的依据，否则就属于强加投资的概念，违背了双重限制体系的本义。这些对“客观标准”的错误使用明显源于对双重限制体系的认识不足，以上这些对投资界定问题的错误理解都应该、也能够在准确解读公约内在设定的基础上得到澄清。

（三）缔约方同意被侵蚀：仲裁庭对管辖作出了片面和错误解读

实践中，出现了仲裁庭认可投资者援引“最惠国待遇”“保护伞”等投资待遇条款突破基础投资协定管辖规则进而确立管辖权的现象。“最惠国待遇”条款尤为突出，也引起了激烈的争论。[③]宽泛地解释投资待遇条款也是目前仲裁庭确立管辖权的一种常见形式，投资待遇条款与争端解决乃至 ISDS 机制改革之间的关系也日趋复杂，[④]这是起草者们没有预料到的情况。考察其解释过程可见，仲裁庭通常都将投资协定和 ISDS 机制的目的理解为“保护投资”，进而过度依赖甚至滥用了“目的和宗旨”的解释方式。现有研究因此也多认为问题的产生是仲裁庭偏离了条约解释的习惯国际法所致。[⑤]但本文进一步提出，从管辖的角度，以上解释路径在更深的层面反映了仲裁庭对 ISDS 机制、投资协定和管辖条款的主观和错误认知，而这样的认知偏离了公约的设定和作为双重限制体系基础的缔约方同意。

1. 滥用“目的和宗旨”背离了缔约方的意愿

首先，在根本上，仲裁庭对公约和投资协定目的的解读是片面甚至错误的。就公约目的而言，谈判文件指出：公约起草的背景是推进当时促进发展中国家经济增长的计划，[⑥]起草者们一开始就表

---

① See Saipem SpA v People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation o n Provisional Measures, 21 March 2007, para.98-115.该案中，仲裁庭在根据“客观标准”认定投资后，认为在 BIT“任何类型的财产”的表述下，仲裁庭无法理解有关经营如何不能被视为受 BIT 保护的“一种财产”。

② See Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objec tions to Jurisdiction, 24 May 1999, para.66; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. A RB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010, para.95.

③ See Zachary Douglas, The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails, 2(1) Journal of International Dispute Settlement 97 (2009); Stephan W. Schill, Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdict ion: A Reply to Zachary Douglas, 2(2) Journal of International Dispute Settlement 353 (2011).

④ See Catharine Titi, Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law, 33(5) Journal of International Arbitration 425 (2016)；王彦志：《从程序到实体：国际投资协定最惠国待遇适用范围的新争议》，《清华法学》2020 年第 5 期，第 194 页。

⑤ See Julie A. Maupin, MFN-based Jurisdiction in Investor–State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach? 14(1) J ournal of International Economic Law 157 (2011). 朱明新：《最惠国待遇条款适用投资争端解决程序的表象与实质—基于条约解释的视角》，《法商研究》2015 年第 3 期，第 176-179 页。

⑥ See Volume II-1, p.2.

明：公约不会制定关于外国投资待遇的实体规则，关键是依靠该机制消除国际资本流动的障碍。[①]直言之，正如中国代表所言：公约的目的是促进投资而不是保护财产。[②]就投资协定而言，不可否认，“保护投资”确实是其目的之一。但是大多数国际条约都不只有单一纯粹的目的，而是存在多项并且可能相互冲突的目的。[③]投资协定一般都包含两个方面的目的：一是通过提供保护甚至优惠待遇来促进投资；二是通过投资的流入来促进本地经济发展。[④]如果片面地认为投资协定是为了保护投资而无所限制地给予投资者以优待，严重辖制缔约国的规制空间，在 BIT 与吸引投资之间的关系并不明朗的情况下，[⑤]不仅国家通过对投资者“让利”换取经济发展的目的很可能落空，其他方面的发展也因此受限。

其次，“目的”议题与管辖的关系在于，之所以仲裁庭对于特定争端具有管辖权，是因为东道国愿意在这一方面让渡自己的司法主权以增强投资者的信心，进而希望吸引投资以促进自身经济发展。因此，仲裁庭片面地将投资协定目的理解为“保护投资”，本质上是对缔约方意愿的片面解读，因为不同国家对各类争端的认识不一样。比如，许多国家不愿将征收的合法性交由仲裁庭裁决，背后是认为国家行政机关作出的行为具有主权至上性，不愿意让渡这一方面的主权权益来换取投资者的青睐。进一步，仲裁庭滥用“保护投资”这一目的确立管辖权，不与缔约方吸引投资促进发展的另一目的相权衡，明显背离了缔约方的意愿。诚然，仲裁庭在解释条约时拥有一定的自主性，但片面地根据“保护投资”的目的给予投资者以优待，而不考虑缔约方是否愿意基于特定的投资协定给予这种优待，明显是仲裁庭将自身的主观偏好掩盖在了条约解释之下。

最后结果是，一方面，被管辖的争端可能超出了缔约方事先能够预料到的范围。例如，有仲裁庭在投资协定没有规定“保护伞”条款的情况下，依然通过援引最惠国待遇引入第三方条约中的保护伞条款，进而确立对投资合同争端的管辖权。[⑥]另一方面，更严重的是，可能使得缔约方原本不愿意提交的一类争端被仲裁庭管辖（如图 5）。典型的情况就是基础 BIT 将管辖限定在征收赔偿的数额和支付方面，然而仲裁庭认可投资者援引最惠国待遇突破这一约定，将管辖权扩展到征收的存在和合法性。[⑦]在反驳援引最惠国待遇的结果与基础 BIT 中对管辖的限制相冲突时，仲裁庭认为这是援引最惠国待遇常见的结果，因为该条款的根本特征和目的即是给予投资者比基础投资协定更加宽泛的保护。[⑧]仲裁庭“保护投资”的倾向十分突出，然而在东道国自身意愿被片面解读和遭到侵蚀的情况下，加之东道国的期望未能得到很好的实现，其通过 ISDS 机制“保护投资”的意愿也势必降低，这也是当下呼唤改革的内在原因之一。

---

① See Volume II-1, p.6.

② See Volume II-2, p.652.

③ See Ian Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties (2nd ed.) 130 (Manchester University Press 1984).

④ See Tarcisio Gazzini, Interpretation of International Investment Treaties 161 (Hart Publishing 2016).

⑤ See Karl P. Sauvant & Lisa E. Sachs (eds.), The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows 109-457 (Oxford University Press 2009). 该书第二部分“探讨 BIT 对外国直接投资流动的影响”汇编了有关投资协定与直接投资之间关系的 11 篇文章以及 UNCTAD 的报告，其中绝大多数的结论都认为 BIT 在吸引投资方面不具有直接和显著的作用。

⑥ See Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, para.393-396.

⑦ See RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction, October 2007, para.124-139. 该案在斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁，严格而言并非 ICSID 仲裁。但是在投资待遇问题上，不涉及“管辖”与“权限”的区分，甚至因为没有《ICSID 公约》的存在，仲裁庭本来应当更加依从“当事方同意”。

⑧ See RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction, October 2007, para.131.

2. 仲裁庭对自身“管辖”本质和属性的错误认知

首先，援引最惠国待遇突破基础条约管辖规定的做法，本质上反映的是仲裁庭将管辖与投资待遇等而视之的观念。RosInvestCo v. Russia 仲裁庭在论证最惠国待遇适用于争端解决时，给出的理由就是：如果最惠国待遇可以适用于实体保护规则，那就更应该适用于程序保护规则。[①]这是仲裁庭在根源上的认知错误，因为“国家同意”才是 ICSID 管辖的根本属性和仲裁庭权限的根本来源。投资待遇条款是投资协定缔约方各自承担的对对方国民义务的来源，而不是仲裁庭管辖权的来源。在投资条约仲裁中，ICSID 仲裁庭证成自身管辖权的关键是要在符合外部界限情况下，去查明特定投资协定中体现的“国家对将特定争端提交 ICSID 的同意”这一基础，这与投资待遇是两回事。这一区别的本质在于，投资待遇是投资协定缔约方利用主权作出的承诺，但将争端提交国际裁决是缔约方对主权的让渡。

其次，通过投资待遇条款确立管辖还反映了仲裁庭对自身管辖权属性的错误认知。缔约方未履行投资待遇条款所施加的义务当然构成对条约的违反，但是 ICSID 是“任择性”而非强制性管辖。仲裁庭并不当然对所有违反投资协定的争端具有管辖权，而是只能管辖“缔约方同意提交”的争端。即便通过解释，仲裁庭认为特定投资待遇条款给予投资者以特定的甚至更优的实体保护，而缔约方在实践中未提供该等保护。在此等情况下，如果缔约方未同意将这一违反条约的争端提交仲裁，那么仲裁庭也不具有对该类争端的管辖权。如果仲裁庭基于投资待遇条款，然后片面地解读投资协定目的以确立管辖，显然使得仲裁庭的管辖变成了强制性管辖，侵蚀了“缔约方同意”，这是对国家主权的僭越。

四、双重限制体系的困境成因与完善的必要性

当下 ICSID 管辖双重限制体系的规则缺陷一方面是谈判过程中博弈和妥协的产物，另一方面也在于对“管辖”内在意涵的把握不够深入，因而规则设计存在内在的矛盾。因此有必要对国际法上的“管辖”这一基本议题进行深入的剖析，并结合实践发展，找到困境的症结所在。

（一）“管辖”的内在意涵

在国际法中，争端的可裁决性（justiciability）没有像国内法一样被明确地规定在法律当中，而从性质上看是一种需要具体承担的义务。[②]在无政府状态的国际法秩序中，对这一义务的接受需要国家的同意。进一步，国家在作出同意时需要考量自身的状况以及特定争端的属性，分别指向“意愿”与“适当性”。[③]此外，不像国内法院的建立来自明确的宪法性文件，国际法庭或仲裁庭的建立本身也存在“合法性”问题。[④]换言之，国际法庭或仲裁庭裁决争端的“权限”不仅指向一个“范围”，还涉及其“权力”来源也即合法性问题。总之，国际争端解决机构的“管辖”具体包含“意愿”“适

① See RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction, October 2007, para.132.
② See Hersch Lauterpacht, The Function of Law in the International Community 21 (Oxford University Press 2011).
③ See Hersch Lauterpacht, The Function of Law in the International Community 20, 172 (Oxford University Press 2011).
④ See Chittharanjan F. Amerasinghe, Jurisdiction of International Tribunals 57-58 (Kluwer Law International 2003).

当性”“范围”和“权力”，一共四种可能的内在意涵。对于这四项内涵，有两个方面需要注意。

第一，这四项内涵彼此并非完全独立，现实中可能存在重叠。比如“违背缔约方意愿”的同时也可能“不具有被仲裁的适当性”，或者“超出了仲裁庭有权审理的范围”。也正是因为这种重叠的可能，《ICSID 公约》对管辖的设定最突出的特征和最明显的问题就是“适当性”“范围”和“权力”都不同程度地通过缔约方的“同意/意愿”来表达。“适当性”问题基本全部交给了“意愿”，“范围”一方面赋予给“意愿”，另一方面公约自身设定了并不清晰的外部界限，“权力”则从根本上来自于“意愿”。结果就是“意愿”承载了过多的任务，加之后续“意愿”更多通过投资协定中的“一般同意”来表达，就导致“意愿”无法很好地对其他三项内涵进行充分而详尽的考虑，往往仅集中在“权力”问题上。于是，有关“适当性”和“范围”的管辖争论纷至沓来。

第二，管辖不同的内涵是否都适合由“意愿”来表达是起草者们未深入讨论的议题，相反，以“意愿”绕过“适当性”是公约最终采取的核心理念。“合法性”当然需要也应当由“意愿”来表达。“范围”虽然要求国家在作出同意时尽可能通过技巧使其真实意愿能得到有效实现，但总体上也适合通过意愿来表达。但是，“适当性”则不然，其一方面当然是不同缔约方基于自身的情况需要考量的因素。但在另一方面也关系到国际法治水平和争端本身的特性，[①]以及争端解决方式的性质。具体而言，在国际投资仲裁中分别指向“可裁决性”和“可（临时）仲裁性”。“可裁决性”这一传统国际法议题或许还可以期待仲裁庭参照国际公法争端解决机构的实践来处理，[②]但“可仲裁性”显然不适合由单一的国家意愿进行判断，而是要借助集体的智慧、基于共识和“投资仲裁”本身的性质进行统一的规定。[③]

（二）双重限制体系困境的成因分析

首先，承载了大量任务的缔约国意愿的表达往往并不真切。当前，一是许多投资协定存在大量模糊和原则性的规定，二是很多 BIT 并没有经过详细地讨论和谈判，而是很大程度上来源于经济合作与发展组织（Organisation for Economic Co-operation and Development）的示范条约和《美国 BIT 范本》等模版，[④]甚至部分国家在投资协定中接受 ISDS 机制是迫于谈判的压力或被蒙蔽的结果。[⑤]有关缔约方，尤其是大量发展中国家，对于很多条款本身缺乏细致的理解，遑论引导制定符合自身需求的规则的能力。在缔约方的意愿表达并不真切的情况下，公约对“意愿”的过度依赖自然就更容易导致诸多的问题。

其次，外部界限未能解决“适当性”问题。应当认识到，起草者们对仲裁庭乃至 ICSID 自身功

---

① See Vaughan Lowe, The Function of Litigation in International Society, 61(2) International & Comparative Law Quarterly 214-220 (2012).

② 事实上也很难期望仲裁庭重视国际公法的争端解决实践。对 ISDS 仲裁庭援引国际法院案例的研究表明，如果不涉及合法性问题，仲裁庭非常乐意在国际法院立场提供的遮蔽下庇护他们对管辖权的扩张欲望。See Alain Pellet, The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration, 28(2) ICSID Review 239 (2013).

③ 限于主题和篇幅，本文未深入讨论国际投资争端的“可仲裁性”，但认为这一议题至关重要，而且被公约起草者刻意回避，缔约国、仲裁庭以及学界也都未见对该议题的深入探讨。

④ See Thomas W. Wälde, Interpreting Investment Treaty：Experiences and Examples, in Christina Binder et al. (eds.), International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer 749 (Oxford University Press 2009); Meg Kinnear & Robin Hansen, The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape, 12(1) U.C. Davis Journal of International Law & Policy 115 (2005).

⑤ 参见蔡从燕：《外国投资者利用国际投资仲裁机制新发展反思—国际法实施机制与南北矛盾的双重视角》，《法学家》2007 年第 3 期，第 107 页。

能和角色的设定是相当谦抑和有限的。[①]然而“中心的管辖”条款的设置尽管表达了这一意图，但公约规则的留白却与这一目的存在冲突，未能达到起草者们所称的根据公约的目的和宗旨进行限制的功能。根本问题在于，由于“直接因投资而产生的法律争端”的内涵极度不确定，再加之未排除不适合在中心解决的争端类型，适当性问题悬而未决。在加入公约时，缔约方很大程度上并不清楚中心到底受理或不受理何种类型的争端，国家同意对 ICSID 管辖权的接受存在很强的不确定性乃至盲目性。如此一来，“中心的管辖”不仅未能发挥其“外部界限”的排除功能，反而助推了仲裁庭权限的扩张，致使双重限制体系被颠覆，这才是 ICSID 管辖需要从根本上解决的问题。

最后，自裁权限的规则模糊引发了合法性争论。一方面，在外部界限不明和缔约方意愿不真切的情况下，“自裁权限”的仲裁庭拥有巨大的自由裁量空间，“范围”的判定很大程度上掌握在仲裁庭手中。另一方面，在投资条约仲裁占主导的当下，本来应该逐个同意的情况被投资协定中一般的事先同意所取代，中心管辖的任择性被大大削弱，缔约方同意受到长期仲裁实践的掣肘。于是，在“自裁权限”的掩护下，仲裁庭作出了许多不一致以及在缔约国看来侵害自身主权的裁决，合法性批判接踵而至。[②]正如研究“无默契仲裁（arbitration without privity）”的学者所预料的，作为一种“纤弱”的机制，一个冒进的仲裁员在一个敏感的案件中超出了它的管辖范围，可能就足以引发强烈的反应。[③]现实的发展显然印证了这一预测，因此无论是从 ISDS 机制本身对“任择属性”的依赖，还是实践中“无默契仲裁”的特性，都要求对仲裁庭的权限进行明确限制。

（三）完善双重限制体系的必要性

通过对实践的考察和对理论的分析，可见，一方面，基于对国家主权和意愿的高度尊重，以及对自身功能和角色的谦抑设定，双重限制体系确有存续的必要。然而另一方面，这一体系在实践中未能得到充分遵循，未实现其应有的功能；在投资界定上的微妙设定缺乏可操作性，也使得仲裁庭面临两难的处境；本身存在缺陷的规则更是难以应对新的发展和挑战，导致缔约方同意被侵蚀进而引发国家的不满。因此，无论是出于推动双重限制体系有效发挥其功能，还是引导仲裁庭回归原本对其谦抑的设定，抑或提振国家对 ISDS 机制的信心，都有必要对双重限制体系进行完善。

从既有规则完善的角度，作为投资争端的主要管理机构，ICSID 此前四轮的规则修订针对的都是程序规则，在公约规定的争端解决“实体”规则的发展和革新方面长期缺位。对于作为公约和程序规则适用前提的管辖规则，ICSID 并未积极有效地回应晚近该领域出现的诸多问题。在这个意义上，程序规则的修改只能是隔靴搔痒。无论是为了回应所谓 ISDS 机制的合法性危机等批判，还是维持中心在国际投资争端解决的主导地位，当下都要求 ICSID 积极行动，与时俱进地推动公约规则的完善。

从规则发展的角度，当下 UNCITRAL 进行的改革也有意维持这一双重限制体系，其发布的“常设多边机制草案”（以下称“草案”）的管辖规则如下：“仲裁庭对缔约国与另一缔约国国民之间因投

① See Yanwen Zhang, The Judicial Function of Investment Tribunals: Taking Foundational Assumptions Seriously, 51(1) Journal of International Economic Law 146-147 (2022).

② See Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, 73(5) Fordham Law Review 1625 (2005).

③ See Jan Paulsson, Arbitration Without Privity, 10(2) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 257 (1995).

资引起的、当事方同意提交仲裁庭的任何争端行使管辖权。”[①]首先，这一条款的标题放弃了《ICSID公约》所使用的“中心的管辖”，而直接使用“仲裁庭的管辖权”。这一表述上的改变总体上是有益的，因为原来公约所使用的“管辖”内涵过于特殊，本身就容易引起误解。而且常设机制本身作为受理案件的机构，对其所设立的仲裁庭采用“管辖”的表述也符合其身份。但需注意，即便是常设机制，在没有统一实体规则的情况下，其仲裁庭的管辖权仍然来自于缔约方的约定，这仍然不同于类似世界贸易组织（World Trade Organization，WTO）等拥有统一实体规则的争端解决机制。草案的评注也强调：成员方加入设立仲裁庭的协议并不自动意味着该国同意将争端诉诸仲裁庭。仲裁庭只对当事方同意提交的争端行使管辖权。[②]因此，虽然在形式上“管辖”与“权限”的区分可能不复存在，但是二者的实质区分依然存在，仍然是一个双重限制体系，那么前述实践中出现的种种问题仍然需要得到重视。

五、结论：缔约国的应对与 ISDS 机制的改革建议

基于公约初始设定与后续各方理解之间的历史互动经验，完善双重限制体系需要各方的共同努力。一方面是缔约国针对目前的被动局面如何采取有效的改进措施；另一方面澄清公约“管辖”相关规则的本义，以及合理地设置可能建立的常设多边机制的管辖相关规则，使得双重限制体系以及仲裁庭能走出当下的困境并正确发挥其功能。

（一）充分利用投资协定掌握主动权

第一，协定目的方面，可以在序言等内容中明确协定除了保护投资，还意在促进资本流入和国内经济发展，以及对东道国规制权的尊重，充分地表达缔约方的意愿。例如，《美墨加协定》（Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada）的序言就承认缔约各方固有的规制权，并且维护各方在立法与管理上设立优先事项的灵活性，以及保护公共健康等公共福利目标。[③]相比而言，中国早期签订的投资协定序言部分过于粗糙，如《中国-荷兰 BIT》《中国-挪威 BIT》的序言仅有简短的一句话。[④]投资协定的目的除了使得缔约方的意愿得到更加清晰的表达外，在仲裁庭频繁诉诸“目的和宗旨”解释方式的现状下，还可能直接影响对关键术语和条款的解释，比如“投资”。[⑤]总之，投资协定序言部分需要得到高度的重视。

第二，从实践来看，仅是在序言中陈述目的可能效果仍然有限，细化实体规则更加有效，例如在最惠国待遇条款中明确将争端解决的程序规则排除在外。另外，当事方在有关协定中正面约定的争端类型在实践中也有被仲裁庭扩大解释的风险，因此更有效的方式是以“肯定+否定”的方式来进行争端类型的界定。例如，除了规定仅就征收赔偿的数额接受 ICSID 的管辖外，还应说明征收的合

① See UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Standing multilateral mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters (Note by the Secretariat), para.8.

② See UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Standing multilateral mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters (Note by the Secretariat), para.10.

③ See Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Preamble.

④ 参见《中华人民共和国和荷兰王国关于相互鼓励和保护投资协定》序言;《中华人民共和国政府和挪威王国政府关于相互保护投资的协定》序言。

⑤ See Michael Waibel, Subject Matter Jurisdiction: The Notion of Investment. 19 ICSID Reports 25 (2021).

法性问题不接受管辖，这样才能有效地表达和实现缔约方的真实意愿。

第三，对于投资界定，应该尽量避免开放式的界定方式，采取可扩张性更低的封闭式或混合式。封闭式如 2004 年《加拿大 BIT 范本》，其未对“投资”的内涵作出直接规定，而是采取列举式的清单，同时明确排除特定的类型。这样就很大程度上降低了仲裁庭利用开放式定义中类似“所有类型的财产”的表述来进行扩张性解释，以及仲裁庭通过“中心的管辖”正面证成缔约方同意的可能。混合式如 2012 年《美国 BIT 范本》，首先从一般意义上对投资内涵进行界定，然后融入投资的典型特征，最后列举典型的投资形式。如果特征和典型类型规定得当，就能够在一定程度上将明显的“非投资”排除在外。

第四，对于“客观标准”。首先，鉴于其存在的必要性，在投资定义中纳入典型特征有两个方面的好处。一是赋予“客观标准”以合法性，目前仲裁庭自行适用客观标准最大的问题是为“投资”创设了未经公约缔约方同意的限制。[①]二是利用普遍的投资协定实践，推动“客观标准”合法且广泛地适用，甚至促成其“习惯法”地位。中国晚近签订的部分 BIT 开始将“具有投资特征”纳入到“投资”内涵当中，[②]但并未明确“投资特征”的具体内容，这很有可能导致仲裁庭最终实际适用已经成型的 Salini test。因此有必要在仔细梳理仲裁实践对客观标准的认定的基础上，明确“投资特征”的具体内容，根据实际的需求纳入相应的特征。

但必须指出，投资协定层面的完善虽然可以夯实作为双重限制体系基础的“缔约方同意”，但无法从根本上解决《ICSID 公约》管辖规则的缺陷，即完全通过当事方意愿绕过适当性问题的制度设计在实践中潜藏着前述诸多的风险和问题。正如有代表在谈判时指出的：如果不区分按照公约设定的原则本身不能仲裁的案件，和国家不愿或不能提交国际管辖的案件，那么要么国家因为担心不利影响而被迫同意仲裁，要么对资本流动造成阻碍。[③]

（二）正确地澄清 ICSID 管辖的双重限制体系

第一，澄清双重限制体系的内涵。事实上，“管辖”可以说是 ICSID 仲裁与其他投资仲裁的根本区别所在，即前者是一个双重限制体系，后者完全是当事方意思自治的商事仲裁模式。秘书处可以考虑发布一份专题声明，详尽地阐明“中心的管辖”与“仲裁庭的权限”的区别和关系以扭转此前的错误实践。需要说明的是，二者的关系完全可以通过谈判史予以“发现”，因此秘书处虽然没有解释公约的权限，但是仍然可以正当地开展这一工作。

第二，在行政理事会下设立专门的法律解释委员会，统一处理有关公约的解释问题。目前的撤销程序无法促进对公约的一致理解，然而公约的管辖条款涉及到公约的适用性问题，会影响到所有的缔约国。事实上，在谈判早期，起草者们敏锐地察觉到了这一问题。初始草案曾规定：“在东道国以投资者在争端被提交时非另一缔约国国民提出管辖异议时，应当停止程序直至处理完，而这一判

---

① See Michail Dekastros, Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention, 14(2) Journal of World Investment & Trade 286 (2013).

② 参见《中华人民共和国政府和刚果民主共和国政府关于促进和保护投资的协定》《中华人民共和国政府和坦桑尼亚联合共和国政府关于促进和相互保护投资协定》

③ See Volume II-1, p.470-471.

断由秘书长作出。”[①]然而随着对中心的管辖异议最终交由仲裁庭处理，这一关键思路也未再得到重视。仲裁庭在实践中对公约进行解释当然是出于实践的需要，但目前“碎片化”的仲裁庭频繁对公约作出不一致的解释，严重破坏了公约的可适用性。

第三，投资的客观标准确实是公约谈判遗留的问题，但投资的判定是国际投资法律体系的基础，以至于联合国贸易和发展会议（United Nations Conference on Trade and Development）曾经设想直接在协议中纳入具体的“解释条款”来指导和约束仲裁庭的解释。[②]根本的方法可能是修订公约，但如果多边规则的修改十分困难，秘书处事实上可以考虑发布不具有硬性约束力的指引性文件。通过归纳和分析仲裁庭在“客观标准”上的实践，提出 ICSID 认为恰当的标准要素，供缔约国在投资协定中予以纳入以及仲裁庭在争端解决中进行参考。

在思路上，首先要有明确的目的导向，即确定投资的基本要素是为了排除非投资。因此，设定的标准不宜太严格，而是更多从经济学的角度出发。有研究显示，目前被广为接受的国际货币基金组织（International Monetary Fund，IMF）对投资的定义与传统投资仲裁中的要素高度重合，而且也得到了许多国际组织和国家的接受。[③]可以考虑从 IMF 的界定出发，结合仲裁实践得出一个投资的基本要素。其次，要考虑价值取向，也即谈判过程中强调的公约处理的“主题”或“寻求实现的目的”。[④]无论投资协定在目的方面如何趋于多样化，促进投资流动和东道国经济发展仍然是最基本的愿景。在这个意义上，将“对东道国的经济贡献”纳入到基本要素当中，对于 ISDS 机制更稳定地发挥作用应该有其裨益。

（三）合理地设置常设多边机制管辖的相关规则

“草案”的评注仍然强调其管辖规则以“同意”为中心。[⑤]许多国家在反馈中也尤为支持这一点，如加拿大。[⑥]但各国的关注点有所不同，例如，韩国将关注点放在“投资”定义上，[⑦]马里共和国将重点放在“合法性”上，[⑧]欧盟则主张不在管辖条款中纳入“投资”。[⑨]很明显，这些反馈与《ICSID 公约》起草过程中的讨论高度重合。因此结合此前的论述以及管辖的内涵，有以下三个方面的建议。

第一，限制仲裁庭的权限。事实上，起草公约时，布罗奇斯认为事先的一般同意几乎不可能发生。[⑩]然而如前所述，当前大量投资协定的管辖约定也存在模糊和表意不明的缺陷，而且多边的国际

---

① See Volume II-1, p.470-471.

② See UNCTAD, Scope and Definition (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), 119 (United Nations Publication 2011).

③ See Michail Dekastros, Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention, 14(2) Journal of World Investment & Trade 310, 318 (2013).

④ See Volume II-1, p.499, 566.

⑤ See UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Standing multilateral mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters (Note by the Secretariat), para.10.

⑥ See Canada, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Initial draft on Standing multilateral mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters Submission of the Government of Canada, November 2021, p.1, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/canada.pdf, last visit on 8 April 2023.

⑦ See Korea, Comments from the Government of the Republic of Korea on the Draft Working Paper on Standing multilateral mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters, p.1-2, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral_wgiii_comments_by_korea.pdf, last visit on 8 April 2023.

⑧ See Mali, Contribution Du Mali a La Reforme Du Règlement Des Différends Entre Investisseurs Et Etats (Rdie), p.1-2, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mali.pdf, last visit on 8 April 2023.

⑨ See European Union and its Member States, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)-Standing multilateral mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters, p.1, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/singapore.pdf, last visit on 8 April 2024.

⑩ See Volume II-1, p.59.

投资实体规则在可预见的将来很难达成。可以想见，“仲裁庭造法”依旧会是突出的现象，因此其扩张管辖的趋势必须得到有效的控制。鉴于此，常设仲裁庭的“自裁管辖”规则可以考虑如下表述：“仲裁庭有权在当事方同意的基础上裁定自身的权限”。这一规定有两个方面的考虑：一是明确仲裁庭对具体争端的管辖权来自缔约方的同意，其自裁权限的范围也应该受到缔约方同意的限制。这样一定程度上可以避免仲裁庭利用常设机制的管辖突破缔约方同意，以及利用常设机制的管辖正面证成缔约方同意的情况。二是沿用《ICSID 公约》“管辖”与“权限”的区分。因为如前所述，二者的实质区分仍然存在，维持二者形式上的区分，加上后续条约解释机构的设立，可以明确限制仲裁庭解释多边文书的权力。

第二，在将来建立多边机制的协定中纳入有关“投资”的基本要素，将其作为排除“非投资”的依据，明确“适当性”的问题，也在一定程度上给予缔约方以“范围”上的指引。事实上，此前许多起草者的过分担忧，本质上在于没有准确认知公约界定投资的实质功能，也即界定投资根本上不是为了确立管辖，而是为了排除不适合在中心解决的争端。在多边文书中纳入基本要素后，缔约方仍然可以在投资协定中做出更具体和限制性的界定，缔约方的“意愿”仍然得到了尊重，“范围”也得到了指引。如前所述，仲裁庭在“客观标准”上的“造法”事实上是公约未对“投资”作出任何界定的遗患。然而无论如何，目前仲裁庭依据“客观标准”判定投资的做法存在根本的合法性问题，可以利用当下谈判的机会，参照前述思路，达成一个投资的基本外延。

第三，同样要考虑设立由各缔约方代表组成的专门机构来处理有关多边文书的解释问题。草案已经规定建立一个由各缔约方代表组成的委员会，目前的规则主要设想其负责仲裁程序规则的制定和修改问题。[①]虽然常设仲裁庭可能相较碎片化的仲裁庭在条约解释上能够展现更好的一致性，但是鉴于 WTO 上诉机构和此前 ICSID 仲裁庭的教训，仍然可能出现法律解释权错配和争端解决机构“造法”的问题。[②]因此，应当进一步明确赋予这一委员会解释多边文书的主导作用，并设计仲裁庭在遇到公约解释问题时，请求委员会发布具有拘束力的解释意见的程序规则。具体到管辖问题，就应当区分对“常设机制管辖的异议”和对“仲裁庭权限的异议”，前者交由委员会处理，后者由仲裁庭“自裁”。

A Dual System of Limitation on ICSID Jurisdiction: Original Intent, Practice and Reform

Abstract: A review of the negotiation history reveals that the ICSID jurisdictional rules have established a dual-restriction system. "Consent of the contracting parties" is the foundation of this system and the ultimate source of "competence of the tribunal"; whereas "jurisdiction of the Center" constitutes the external boundary of this system, not the scope of disputes that the tribunal can accept. The omission of a

① See UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Standing multilateral mechanism: Selection and appoin tment of ISDS tribunal members and related matters (Note by the Secretariat), para.11.

② 参见胡加祥：《WTO 法律解释权的错配与重置》，《法学》2021 年第 10 期。

definition for "investment" in the jurisdictional clause of the Convention was an unavoidable compromise, thus imposing a subtle setting on the dual-restriction system and allowing the arbitral tribunal to take a dominant position on jurisdictional issues. In practice, numerous tribunals have confused "jurisdiction of the Center" with " competence of the tribunal," failing to adhere to the original intent of the dual-restriction system. Nonetheless, the emergence of objective criteria for investments addresses the lingering issues from negotiations and serves a necessary purpose. The tribunals' partial interpretation of the purpose of investment agreements erodes the intentions of the contracting parties, and the misuse of investment treatment clause to bypass jurisdictional provisions represents an erroneous understanding of the nature and attributes of their own jurisdiction, further damaging the "consent of the contracting parties," which is the basis of the dual-restriction system. Contracting states should fully grasp their fundamental decisive role in jurisdictional matters and take full advantage of investment agreements to establish clear rules on jurisdiction. At the multilateral level, the dual-restriction system needs to be correctly clarified, and the potential permanent mechanism should properly establish jurisdictional rules, drawing upon the experience of ICSID and the inherent implications of jurisdiction.

Key words: International investment arbitration; ICSID; jurisdiction; competence-competence; definition of investment

“一带一路”背景下 ISDS 机制改革的中国应对

石纪元

摘要：自《华盛顿公约》生效以来，国际投资争端解决（ISDS）机制作为解决外国投资者与东道国政府间投资争议的重要工具。随着全球化进程加速，其重要性日益凸显。然而，通过分析 ISDS 机制现状可以看出，该机制在仲裁员独立性、仲裁透明度、仲裁裁决执行等方面存在诸多挑战，难以满足当前国际投资环境的需求，亟待改革。结合目前“一带一路”倡议的背景，中国参与 ISDS 机制改革是必要的；通过分析现有的实践，我国应当以更加主动的态度拥抱 ISDS 机制改革，在国内立法方面促进与国际规则的衔接，并提高企业面对 ISDS 争端的能力，以确保中国在国际投资争端解决机制中的核心利益得到有效维护，推动全球投资治理体系的健康发展。

关键词：国际投资争端解决机制；“一带一路”；改革；中国方案

一、引言

二战以后，伴随着国际货币基金组织、世界银行等机构的相继建立，新的国际经济秩序逐步形成；1966 年，《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》（简称《华盛顿公约》）正式生效，ISDS 机制就此诞生；20 世纪 90 年代以来，经济全球化趋势愈发明显，国际投资数量、范围快速增长，与此同时，投资者与东道国之间的矛盾不断增加，ISDS 机制也成为不少投资者维护自身利益的选择，联合国贸易和发展委员会(UNCTAD)官网统计的数据显示，截止到 2023 年 12 月 31 日，共计有 1332 件基于 ISDS 机制提起仲裁的案件，涉及 146 个国家，且案件数量呈现较为明显的上升趋势。[1]目前，ISDS 已成为国际投资争端解决和东道国吸引外资的重要手段。我国于 1990 年签署《华盛顿公约》，并在管辖权方面提出保留。

在“一带一路”倡议背景下，中国作为发起国，与沿线国家展开广泛的合作，吸引国内企业“走出去”，在国际投资领域同样需要争端解决机制。然而目前 ISDS 机制自身面临诸多问题，且在一些层面无法满足中国与“一带一路”沿线国家的现实需要。ISDS 机制的改革始于 2016 年，并在 2022 年取得了里程碑式的进展。因此，本文将分析 ISDS 机制的改革，

作者简介：石纪元，大连海事大学法学院硕士研究生。

[1] https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement#

并结合中国在“一带一路”中的角色探讨如何积极应对。

二、ISDS 机制现状与改革动因

（一）ISDS 机制概述

ISDS 机制，旨在为外国投资者与东道国政府间的投资争议提供一种中立且高效的解决路径，它允许投资者直接向东道国法院提起国际仲裁，从而不同于传统国际法中国家对国家的模式。考虑到跨境投资争端解决中存在的复杂性和多变性，ISDS 机制强调的是仲裁而非诉讼，强调灵活性、专业性，能够更好地协调不同国家法律体系与国际商业惯例之间的矛盾。在实践中，当投资者认为东道国的政策或行为违反了双边投资条约（BIT）中的保护标准时，他们可以向国际投资争端解决中心（ICSID），或是根据联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）规则设立的临时仲裁庭来提起申诉。与传统的商业仲裁相比，ISDS 机制在处理投资争端时更注重公共利益与私人权利之间的平衡。ISDS 机制的设立是国际投资法领域的一大进步，有效缓解了投资者面临的政治与法律风险。

（二）ISDS 机制存在的问题

1.东道国的规制权受到限制

ISDS 机制设置的初衷是保护相对弱小的外国投资者的利益，然而，从目前的实践来看，东道国作为主权国家，其规制权在该机制下受到限制，影响了东道国的利益。ICSID 在一些案件中将投资者与东道国之间的纠纷简单转化为跨国商事主体之间的商事纠纷，从而大量借鉴国际商事仲裁的规则与经验；但是，他们忽视了两主体在东道国国内是管理与被管理的关系[2]。除了单纯的投资问题外，部分裁决涉及了东道国国内的立法、行政、司法行为之正当性问题，仲裁庭在部分案件中越俎代庖，实际上履行了国内审查机构的职责，严重损害了东道国的国家利益。

2.仲裁员独立性与公正性存在争议

在仲裁中，双方都可以指派仲裁员。这种制度一方面体现了仲裁的程序相对自由，另一方面也为仲裁员的独立性、公平性埋下隐患。根据联合国贸易和发展委员会官网提供的名单，在所有由索赔人、答辩人指定的仲裁员中，参与案件最多的仲裁员仲裁了 120 个案件。根据另一项调查，ICSID 中超过 70%的仲裁员来自于发达国家，其中来自美国、法国、英国的仲裁员数量位列前三。仲裁员的选任程序允许不同职业背景的人群走进仲裁、以提高仲裁的公正性，然而目前在 ISDS 机制下仲裁员构成的极度不平衡不仅不利于发展中国家的利益，且对 ISDS 机制作出的仲裁协议的公正性带来巨大挑战。

[2] 章抒涛：《论投资者—东道国仲裁制度的发展和现状》，北京外国语大学 2016 年硕士学位论文.

3.仲裁的透明度不足

目前 ISDS 机制类似于一般商事仲裁，具有较高的保密性。保密程度高对商主体来说意味着可以最大程度维护自身声誉、保守商业秘密，但是，国际投资争端解决中的仲裁绝对不局限于两个商主体之间的私法领域问题。作为被申请人的东道国，国际投资争端的仲裁裁决往往涉及到国家税收、环境保护等公共利益，对东道国以及东道国的其他外资企业、公民的利益息息相关，他们自然有权利了解仲裁裁决的相关内容。虽然 ICSID 在其 2006 年的改革中打破了仲裁的秘密性，允许第三方以某种方式参与仲裁，但“仲裁裁决不公开”的局面依旧没有改变[3]。仲裁庭采用的是“判例法”的规则，仲裁员需要“遵循判例”，然而这种缺乏透明度的仲裁机制引起了人们对程序公正性的担忧，这种担忧已经演变为国际社会对现有 ISDS 机制的主要诟病之处。

4.裁决执行难题

在国际投资争议纠纷日益增多的今天，仲裁结果的执行日益受到世界各国的重视。《华盛顿公约》第 53 条第 1 款规定，仲裁双方都应受仲裁裁决的约束。除了根据《华盛顿公约》的规定，各方都不能提起申诉，也不能要求其它救济。除非有特别情况，各方必须严格执行仲裁条款。同时，如果违反了第 53 条，则可根据有关条约，缔约国可以对本国公民采取外交保护措施，也可以将其送交国内法庭。尽管相关条款规定可以通过多种方式来执行仲裁裁决，但在实践中依然存在着很大的难度，从而使裁决的执行得不到及时的保证。

基于上述问题，国际投资解决争端中心（ICSID）于 2016 年启动规则现代化改革。

三、ISDS 机制改革的创新路径

（一）改革的两种学说

1.渐进式改革

渐进式改革的支持者认为现行 ISDS 机制仍是处理投资者与东道国间投资争端的最佳方式，虽然投资仲裁确实有一些问题，但还有很多可以完善的地方，不能只因为一时的困难而放弃他，所以他们主张仅需在此基础上施以特定的改良措施即可。美国是此种改革的积极拥护者，其主张除了维持原来的仲裁制度之外，另设一个独立的二级审查制度，当事人可以根据特定的原因进行上诉，并由该制度对仲裁裁决进行审查，从而做出最后的裁定。与此同时，美国还修改多部与 ISDS 相关的条款，使其更好地发挥作用。

2.革新式改革

[3] 梁丹妮：《国际投资争端仲裁程序透明度研究——从<ICSID 仲裁规则>(2006)和<UNCITRAL 仲裁规则(修订草案)>谈起》，载于《国际经济法学刊》2010 年第 1 期。

又称系统式改革、彻底性改革，是指在公约的框架下设立一套专门的两级法院制度来处理外国投资者与东道国之间的国际投资争端。这意味着几乎要彻底放弃实施了几十年的仲裁制度，将此类争端解决机制转向司法属性，其核心特征是建立经特定程序选任的法官所组成的、具有初审和上诉审查机制的多边投资法院，一切像法院的模式靠拢。欧盟是此种改革模式的主要支持者，早在 2015 年，其在与欧洲各国进行的投资谈判中，就提出建立新的投资法庭系统，来代替 ISDS 机制的功能，随之还给出一些改革方向和终极目标。

（二）ISDS 改革的路径

1.重视东道国的主权与国家利益

在 ISDS 机制中，东道国作为被申请人，是仲裁的一方，理应受到足够的重视。然而，在该机制设立之初，双方在事实上就无法达到绝对意义上的公平。在这种情况下，缔约国可以通过条约保留等形式在国内法中另行规定，限制管辖的案件类型，从而维护国家利益。我国在加入条约之初就对公约的管辖权进行了严格的限制，只考虑将由于征收和国有化而产生的赔偿争议交由 ICSID 管辖。

2. 优化仲裁员的选任与监督

ISDS 机制自 20 世纪 60 年代设立以来，为跨境投资作出了非凡的贡献；且该机制已存在数十年，已经有不少缔约国，尽管存在一定问题，到目前为止仍然是有效的争端解决机制，因此笔者认为可以维持目前的仲裁制度，不必进行彻底的司法化的改革。

仲裁员是仲裁庭的灵魂，要想维持现有的仲裁制度，就要优化仲裁员的选任与监督。第一，应建立健全的仲裁员资格认证制度，设立专门的仲裁员资格认证机构，对候选人的专业背景、职业操守、经验水平等进行全面评估和严格审核，从而筛选出具有足够法律知识、行业经验及高道德标准的仲裁员，确保他们在处理案件时具备独立性与公正性；第二，为了避免同一仲裁员频繁参与多个案件，可以实施仲裁员轮换制度，不仅能有效降低因仲裁员个人偏见或潜在利益冲突而产生的司法不公，还能引入多元化的审判视角，保证仲裁过程中不同案件能得到更加客观的处理。第三，必须加强对仲裁员的监督与问责机制，确保他们在履职过程中始终保持高标准的职业操守和公正立场。建立一个持续的、透明的仲裁员行为监督系统，对其职业行为进行定期审查和评估，将有助于及时发现并纠正不当行为。此外，对于违反职业规范或存在偏见的仲裁员，应采取严厉的问责措施，必要时予以暂停或取消其仲裁资格，以确保仲裁制度的公平性与公信力。

3. 提升仲裁透明度，提高 ISDS 机制下国际投资仲裁的权威性

首先，针对饱受诟病的透明度问题，ISDS 机制改革应推动仲裁文件的公开化，公开裁

决书的内容。正如前文所述，ISDS 机制下仲裁的一方是东道国，裁决书中大概率会涉及到东道国财税政策等有关公共利益的内容，东道国的公民以及在该国活动的外国投资者当然有权了解其内容。并且，仲裁文件公开也有助于其他仲裁员查阅先前的“判例”，从而遵循判例，更好地作出裁决。此外，可以建立严格的信息披露制度，要求仲裁员与当事方披露与案件相关的潜在利益冲突及资助来源，以防止这些因素对仲裁裁决的公正性造成不利影响。

4.创新争端解决方式

在 ISDS 机制改革中，可以在仲裁的基础上引入调解、和解等更加灵活、高效的替代性争端解决方式。作为非对抗性的争端解决方式，调解和和解有利于促进当事方之间的沟通与协商，帮助各方避免陷入长期的诉讼僵局，能够尽快达成自愿的解决方案。众所周知，目前 ISDS 机制的仲裁成本较高，采用这种方式不仅能够有效降低争端解决的时间和成本，还能在一定程度上缓解国际投资纠纷中的紧张局势，从而维护各方的商业关系与利益。

四、中国在 ISDS 机制改革中的角色与策略

随着全球经济一体化的加深和中国对外投资的快速增长，国际投资争端解决机制（ISDS）的改革已成为全球投资治理的重要议题。中国发起的“一带一路”倡议至今已有十年，中国已同 151 个国家、32 个国际组织签署了两百多份合作协议。在这一背景下，作为全球经济体的重要参与者，中国积极参与 ISDS 改革具有重要意义。通过维护海外投资利益和提升国际投资规则制定权，中国能够在全球经济治理中发挥更加重要的作用。

（一）中国参与 ISDS 改革的必要性

中国参与 ISDS 改革的核心动力在于维护其日益扩大的海外投资利益。随着“一带一路”倡议的推进和中国企业对外投资规模的不断扩大，保护海外投资者的合法权益成为中国政府和企业关注的重点。然而，现行的 ISDS 机制存在着众多问题，这些缺陷可能对中国投资者在海外的合法利益构成威胁。

据统计，“一带一路”沿线国家加入《华盛顿公约》的情况良好，仅有 9 个国家尚未加入该公约[4]，这意味着 ICSID 在目前的“一带一路”沿线国家中，具有巨大影响力和广泛的适用范围。如果是“另起炉灶”，新建一个全新投资争端解决机制，无论是从经验积累、机制的成熟度还是国际公信力上，都很难在短时间内超过现有机制。因此，中国只有积极参与 ISDS 机制改革，才能够在投资争端解决过程中更好地维护本国企业的权益，减少因不公正的法律裁决导致的投资损失。

[4] 参见何志鹏、赵建舟《中国主导的“一带一路”争端解决机制审思》，载《“一带一路”法律研究》（第 2 卷），知识产权出版社 2020 年版。

同时，中国在 ISDS 制度改革过程中的积极参与，有利于提高其在国际投资领域的发言权和发言权。当前，“一带一路”以发展中国家为主，而 ISDS 机制仍然是以发达国家为主导，以中国为代表的发展中国家在这一进程中显得比较被动。中国可以通过加入 ISDS 的改革进程，促进国际规则的公平和透明化，使发展中国家能够更好地享受到更多的权益，并致力于改变当前的全球治理体系。

（二）中国现有的实践以及对 ISDS 改革的贡献

目前，中国已经采取多种举措，为 ISDS 机制的改革作出了重要贡献。一方面，中国积极参与了多个国际投资协定的谈判和修订工作。自加入 WTO 以来，中国在多边和双边投资协定的谈判中扮演了重要角色，特别是在涉及投资争端解决条款的谈判，展现了我国对国际投资规则改革的积极态度。另一方面，我国在多地建立国际商事法庭，例如最高院在深圳、西安分别设立国际商事法庭，为“一带一路”建设提供公正高效司法服务和法治保障；同时，青岛、宁波、南宁等地也纷纷设立地方性的国际商事法庭。可以看出，目前我国在积极推动国内投资争端解决机制的改革，以应对日益复杂的跨国投资争端问题。这一机制不仅增强了中国对国际投资争端的处理能力，也为全球 ISDS 改革提供了宝贵的实践经验。通过这些创新性实践，中国展示了其在国际投资争端解决领域的责任与能力。

（三）未来策略建议

面对全球 ISDS 改革的复杂局面，中国需要在未来采取更加主动的策略，以确保其在国际投资争端解决机制中的核心利益得到有效维护。中国应继续积极参与 ISDS 改革的国际谈判与合作。作为全球第二大经济体，中国在国际舞台上扮演着越来越重要的角色，因此，有必要通过多边平台、双边谈判等途径，推动全球投资争端解决机制的改革。通过参与国际合作，中国可以与其他国家共同推动 ISDS 机制朝着更加公正、透明和高效的方向发展，减少现行机制中的不公平现象。

中国应在推动 ISDS 机制改革的过程中，致力于建立更加公正、透明和高效的 ISDS 体系。当前 ISDS 机制的最大问题在于其透明度不足、仲裁员独立性存疑以及程序的复杂性。因此，中国可以推动引入更加严格的透明度要求，强化对仲裁员利益冲突的审查，确保争端解决过程公开、透明。

与此同时，中国还需加强国内立法与国际规则的衔接与协调。在国际规则不断演变的背景下，尤其是在“一带一路”影响力不断扩大的背景下，中国应及时更新国内法律体系，确保其与国际投资争端解决机制的最新发展保持一致。在跨国投资争端处理程序和标准方面，中国应通过立法改革提高国内法院处理国际投资争端的能力，确保国内法律与国际规则相互

衔接，为中国企业在海外投资提供更坚实的法律支持。例如，2022 年 ICSID 新规则的一大亮点是降低仲裁成本费用、全面提高成本效率，对此我国也应当积极顺应时代潮流，通过简化不必要的程序提升效率，减少投资者在争端解决中的时间和成本负担，从而促进全球投资环境的改善。

最后，中国的企业也应提升应对 ISDS 争端的能力。随着中国企业“走出去”步伐加快，特别是“一带一路”倡议下，沿线国家与中国的合作更加密切，更多的中国企业需要同外国政府打交道，因此企业面临国际投资争端的风险也日益增多。然而官网显示，截至 2023 年 12 月 31 日，ISDS 机制下涉及中国的案件共有 28 起，其中 19 起是由中国投资者针对东道国提起的仲裁，9 起是中国作为东道国被提起仲裁。案件数量与中国对外投资的巨大规模明显不匹配，这说明我国企业应对 ISDS 争端的能力还有所欠缺。为此，中国政府和企业应共同努力，通过开展法律培训、加强国际法律事务团队建设等方式，提升企业在应对国际投资争端时的能力，使中国企业能够更加从容地应对国际投资争端，减少因争端解决不当导致的损失。

总之，中国在 ISDS 机制改革中的角色不仅关乎本国海外投资利益的维护，更关系到全球投资治理格局的重塑。通过积极参与国际合作、推动机制改革以及加强国内外法律协调，中国将在全球 ISDS 机制改革中发挥更加重要的作用，为构建更加公正、透明和高效的国际投资争端解决机制贡献力量。

参考文献

[1]肖灵敏,卿文清.ISDS 机制改革问题的中国对策[J].法制博览,2024,(17):10-12.

[2]陈虹睿,宋静怡.ISDS 机制改革背景下审裁员身份冲突规制：分歧、价值平衡与路径选择[J].商事仲裁与调解,2024,(02):27-46.

[3]刘子婧.从裁决到协商：我国国内 ISDS 机制的新趋势——兼议外商投资投诉制度（英文）[J]. 北京仲裁,2022,(04):77-112.DOI:10.13611/b.cnki.978-7-5093-3452-2.2022.04.009.

[4]刘一行.ISDS 改革背景下国际投资调解的困境成因及纾解[J].商事仲裁与调解,2023,(06):72-90.

[5]盛好.ISDS 机制转型的多元路径与中国方案[J].产业创新研究,2023,(20):29-31.

[6]杲沈洁,肖冰.国际争端解决机制的司法化困境及其改革进路[J].外交评论(外交学院学报), 2023, 40(05):128-154 +8.DOI:10.13569/j.cnki.far.2023. 05.128.

[7]于占洋.ISDS改革视野下国际多边投资争端解决中心的构建方案及实施路径[C]//《法学前沿》集刊2023年第4卷——新时代航运法治建设研究文集.中国政法大学国际法学院;,2023:11.DOI:10.26914/c.cnkihy.2023.036503.

[8]于艳萍.ISDS常设上诉机制构建研究[D].大连海事大学,2023.DOI:10.26989/d.cnki.gdlhu.2023.002273.

[9]桑远棵.《中欧全面投资协定》ISDS机制：欧盟方案与中国选择[J].国际贸易,2023,(05):66-73.DOI:10.14114/j.cnki.itrade.2023.05.008.

[10]王晟权.ISDS机制改革与中国的选择探究[D].海南大学,2023.DOI:10.27073/d.cnki.ghadu.2023.001007.

[11]漆彤.投资争端解决机制现代化改革的重要里程碑——评2022年ICSID新规则[J].国际经济评论,2023,(03):51-67+6.

[12]谈谭,裴雷.中外双边投资协定中投资者—东道国争端解决机制分析[J].武大国际法评论,2022,6(05): 139-157. DOI:10.13871/ j. cnki. whuilr. 2022. 05.003.

[13]阮博菡.欧盟ISDS机制改革启示下“一带一路”投资争端解决机制的构建[D].山东财经大学,2022.DOI:10.27274/d.cnki.gsdjc.2022.000858.

[14]曹兴国.欧盟ISDS机制改革中的欧盟法挑战:欧盟法院的解释与启示[J].中国海商法研究,2021,32(04):29-38.

[15]唐颖侠.国际法与国内法的关系及国际条约在中国国内法中的适用[J].社会科学战线,2003,(01):176-180.

[16]董静然.国际投资规则中的国家规制权研究[J].河北法学,2018,36(12):102-113.DOI:10.16494/j.cnki.1002-3933.2018.12.008.

[17]章抒涛.论投资者—东道国仲裁制度的发展和现状[D].北京外国语大学,2016.

可再生能源投资仲裁裁决的反执行行动及其破解

陈红彦　黄丽萍　*

摘　要：多国在可再生能源改革中遭遇群发性的投资仲裁纠纷，针对裁决的反执行行动值得反思。以西班牙为代表的当事国反复申请对裁决的反执行禁令，不仅难以达到特殊临时措施的高门槛，还造成司法不经济和对国际投资仲裁机制的道德压力。欧盟依据欧盟法反复干预针对成员国裁决的执行，其正当性存疑。可再生能源投资仲裁裁决极其反常的执行困境，深刻暴露出能源转型过程中相关域内法与国际法的冲突以及传统国际投资条约的不足。国家在追求能源转型目标的同时须增强域内法与国际法的协调性，国际投资条约也急需深度转型，从而与全球气候目标相向而行。为应对现有的僵局，当事国可以考虑与相关投资者进行和解谈判，在不挑战裁决的前提下寻求双方均可接受的方案。

关键词：国际投资仲裁 能源转型 反执行禁令 欧盟法 国际投资条约改革

气候变化问题是当前国际社会面临的最严峻的挑战之一。应对这一挑战最根本的举措是实现从化石能源向可再生能源的转型。然而，能源转型涉及深层次的利益调整和重构，必然对既有权益构成威胁乃至损害。根据联合国贸发会的统计，在过去的十年，由可再生能源行业的投资者提出的国际投资仲裁案件激增，已超过 80 起案件，[1]涉及西班牙、捷克、意大利、保加利亚等国。这些纠纷多是由于政府降低或取消可再生能源补贴等立法改革所致，引起国内外学者的高度关注。[2]随着第一批裁决执行阶段的到来，可再生能源改革引起的国际投资仲裁裁决的执行显现出极不寻常的特点，尤其是，东道国反复启动反执行禁令程序，欧盟也不断干预成员国裁决的执行，目前国内外学者对此问题的讨论尚显不足。由于超过 60%的案件涉及西班牙对可再生能源补贴规则的修改问题，本文将以西班牙的群发性投资仲裁案件为视角，探究仲裁裁决反执行行动的合法性问题，反思能源转型需

* 陈红彦，华南理工大学法学院教授；黄丽萍，湖南大学法学院讲师。

[1] See UNTCAD, International Investment in Climate Change Mitigation and Adaption, UN, 2022, p. 28.

[2] See Fernando Dias Simoes, When Green Incentives Go Pale: Investment Arbitration and Renewable Energy Policymaking, 45(2) Denver Journal of International Law and Policy 251, 258-285 (2017); Yulia S. Selivanova, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases, 33(2) ICSID Review 433, 435-452 (2018)；参见吕江、赵靖：《<能源宪章条约>对可再生能源投资的规制研究》，载《武大国际法评论》 2021 年第 4 期，第 49-61 页；刘禹、孔庆江：《碳排放政策的投资仲裁风险与因应》，载《太平洋学报》2022 年第 4 期，第 45-55 页。

求与国际法相关制度供应的深层矛盾，并从务实的角度提出解决当前裁决执行困境的方案。

一、可再生能源投资仲裁裁决的反执行行动

气候变化问题持续对各国的能源与环境政策施压。自上世纪末起，世界各地均不同程度地出台了支持可再生能源发展的政策，包括对可再生能源的税收减免、入网电价补贴等，为资本密集型的清洁能源生产技术和设施提供经济支持。这些支持措施极大地促进了本地的能源转型，但同时给政府造成巨大的经济压力。[3]在 2008 年全球经济危机的激化下，许多国家纷纷调整可再生能源支持措施，影响了可再生能源行业生产者和投资者的既有利益和预期回报。[4]由于对可再生能源支持政策的变动可能影响不特定的多数生产者和投资者，因此此类纠纷往往具有群发性，包括外国投资者提起的群发性国际投资仲裁。西班牙遭遇的投资仲裁案件最为典型，截止目前已达 51 起，总索赔额近 80 亿欧元。[5]

在国际投资仲裁领域，由于存在《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（《ICSID 公约》）和《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）这两种以公约为基础的执行机制，投资仲裁裁决通常都能得到顺利执行，不执行极其少见。然后，上述已进入执行阶段的可再生能源投资仲裁案件，却表现出前所未有的反执行特点。具体而言，西班牙等被执行国不仅向国际投资争端解决中心（ICSID）的临时撤销委员会或仲裁地法院申请撤销裁决，而且反复向执行法院和投资者母国法院启动反执行禁令程序。以西班牙可再生能源政策调整引发的第一个案件——PV Investors v. Spain 案为例，2011 年，德国、卢森堡和荷兰 15 家公司向常设仲裁院（PCA）提起对该案的仲裁请求，仲裁庭于 2020 年对该案做出裁决后，[6]西班牙先是向仲裁地法院申请撤销仲裁裁决，但遭到瑞士联邦法院的拒绝。[7]虽然大部分申请方选择放弃索赔，荷兰公司 AES 和 AEF 依然坚持向美国哥伦比亚地方法院申请执行裁决，希望从西班牙在美银行资产中受偿。西班牙先是向该法院提出驳回投资者请求的动议，在法院对此做出决定前，又向投资者母国的阿姆斯特丹法院提起反诉（执行）禁令申请，请求法院禁止 AES 和 AEF 采取任何旨在执行裁决的措施。

---

[3] See Gerard Marata, Olegario Soldevila Ferrer, Jeff W. Dorrill & Erin Larkin Watkins, Renewable Energy Incentives in the United States and Spain: Different Paths – Same Destination, 28(4) Journal of Energy & Natural Resources Law 481, 482 (2010).

[4] See Valentina Vadi, Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals, 48(5) Vanderbilt Journal of Transnational Law 1285, 1320 (2015); Yulia S. Selivanova, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases, 33(2) ICSID Revie 433, 435 (2018).

[5] 案件列表参见联合国贸发会议（UNCTAD）投资争端解决数据库：https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain/respondent，2023 年 5 月 7 日最后访问。索赔额统计参见 The Arbitration Brief 报道：Aloke Prabhu & Junior Staffer, Spain's Renewable Energy Disputes: Renewable Energy Needs Reliable Arbitration (15 February 2023), https://thearbitrationbrief.com/2023/02/15/spains-renewable-energy-disputes-renewable-energy-needs-reliable-arbitration/, 2023 年 5 月 7 日最后访问。

[6] See The PV Investors v. The Kingdom of Spain, PCA Case No. 2012-14, Final Award, 28 February 2020.

[7] See The Kingdom of Spain v. The PV Investors, Decision of the Swiss Federal Tribunal dated 23 February 2021.

为了阻止投资者在美国法院获取对应的反反诉（执行）命令，西班牙还向荷兰法院初步救济法官启动简易程序，申请反反反诉（执行）临时限制令。

除了被执行方提起的反执行程序，在西班牙等国的可再生能源国际投资仲裁裁决的执行阶段，还出现了非当事方的干预，尤其是欧盟的介入。一方面，欧盟开展了关于裁决执行是否违反欧盟法的合规调查，为西班牙等国申请暂缓执行提供支持；另一方面，欧盟委员会多次申请参加执行审理程序，但又往往无疾而终。比如，Antin v. Spain 案申请方在裁决得到 ICSID 撤销委员会的支持后，[8]在英国和美国提起了对裁决的执行申请。与此同时，欧盟委员会先是发起调查，确定该裁决的支付是否构成欧盟法下的非法国家援助，后又申请介入执行程序。2023 年 1 月 27 日，英格兰和威尔士高等法院驳回欧盟委员会对于加入该案执行程序的申请，认为这种介入只会增加当事方的费用，而不会对西班牙的主张提供任何补充。[9]2017 年 11 月 10 日，欧盟委员会宣布，西班牙在 2007 年至 2008 年采取的取消和取代对可再生能源的保价经济制度的立法改革不构成欧盟法规定的非法国家援助，但基于西班牙更改保价经济制度给予投资者的赔偿构成国家援助，仲裁庭无权授予这种赔偿。且欧盟委员会警告投资仲裁庭，“如果像 Eiser v. Spain 案一样裁决赔偿，将被通告为国家援助，受到停止义务的约束。”[10]尽管如此，投资仲裁庭依然在多个案件中裁决西班牙承担对投资者的赔偿。欧盟委员会也没有罢休，在这些案件的裁决执行过程中依然寻求干预。

无论是作为裁决被执行方申请反执行禁令，还是以法庭之友和非争议当事方身份寻求干预，上述行为均对相关投资仲裁裁决的执行造成了影响，其是否具备正当性，值得探究和反思。

二、投资东道国反执行行动的正当性审查

在可再生能源投资仲裁裁决的执行过程中，不仅有作为被申请方的投资东道国提出的反执行禁令申请，且可能进一步引发作为申请方的投资者针对被申请方反执行禁令的反反执行禁令以及投资东道国的反反反执行禁令等临时程序，几乎可以使裁决陷入暂缓执行的无限循环，但这些皆因投资东道国的反执行禁令而起。从投资仲裁裁决的整体执行情况来看，反执行禁令并不常见，探究其正当性需要追溯反执行禁令的渊源及其在国际争端解决程序中适用的情况。

---

[8] See Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018; Decision on Annulment, 30 July 2021.

[9] See Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain, Case No: CL-2021-000362, APPROVED JUDGMENT 1, 27 January 2023.

[10] European Commission, State Aid SA.40348 (2015/NN) – Spain, Support for Electricity Generation from Renewable Energy Sources, Cogeneration and Waste, C(2017) 7384 final, 10 November 2017, para. 165.

（一）反执行禁令溯源与国际适用

反执行禁令属于反诉禁令的一种，是反诉禁令在执行阶段的一种表现形式。它是指被执行人向法院或仲裁庭申请的禁止执行申请人在法院申请执行裁决或其他裁判决定的命令，属于禁止性的临时救济措施。反诉禁令由英国法院于 15 世纪发明，在大陆法国家的传统中并不存在，如今它被许多国家都适用，但名称和使用方式各异。[11]通常，反诉禁令是仲裁庭或法庭为了保证仲裁协议或法院选择协议的有效履行、避免平行的法院程序威胁仲裁庭或法院专属管辖权而采取的保护机制。[12]反诉禁令所针对的一方可在另一程序中反过来请求禁止反诉禁令申请方寻求反诉禁令，因此可能进一步产生反反诉禁令、反反反诉禁令等，但它们皆因反诉禁令而起，有时被直接简称为反诉禁令。此外，当禁令针对的是仲裁而非诉讼程序时，可能被称为反仲裁禁令。

在国际层面，反诉禁令存在干预一国司法管辖权的风险。出于国际礼让的考虑，国内法院和国际争端解决机构在决定是否发布国际性反诉禁令的问题上，通常较为审慎。以国际商事仲裁为例，有关反诉禁令的异议颇多，尤其是在欧盟体制内，欧盟法院在多个案件中都明确反对过反诉禁令。例如，在 West Tankers 案中，欧盟法院认为反诉禁令的使用相当于剥夺涉案法院根据《布鲁塞尔条例 I》[13]享有的对自身管辖权的决定权，这样的救济不仅会干预成员国之间的信任，而且会否定申请方对司法保护的准入，从而损害欧盟法的有效性。[14]在后来的 Gazprom 案中，欧盟法院进一步声明，任何限制一方当事人诉诸成员国法院的禁令违反《布鲁塞尔条例 I》。[15]

就国际投资仲裁而言，对仲裁裁决的反执行禁令受到过强烈的质疑。例如，雪佛龙因在厄瓜多尔造成了石油污染引发 Lago Agrio 地区居民的集团诉讼，被厄瓜多尔法院判决侵权赔偿责任，对此，雪佛龙不仅在美国纽约南部地区法院申请获得反执行禁令，[16]而且向 PCA 仲裁庭提起针对厄瓜多尔法院判决的投资仲裁请求。2018 年，仲裁庭在 Chevron v. Ecuador 案的部分裁决中认定厄瓜多尔法院的判决构成拒绝司法，损害了雪佛龙的权利，违反公平公正待遇标准和习惯国际法，因为厄瓜多尔相关上诉法院、宪法法院和检察机关“没有采取适当措施解决雪佛龙当时提出的程序欺诈、司法不当和‘代笔’指控，足以暂

[11] See Greta Niehaus, First Anti-Anti-Suit Injunction in Germany: The Costs for International Arbitration (28 February 2021), at Kluwer Arbitration Blog: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/28/first-anti-anti-suit-injunction-in-germany-the-costs-for-international-arbitration/, last visited on 26 April 2023.
[12] See Tasnim Ahmed, The CJEU and the Introduction of International Dispute Settlement Mechanisms within the EU: Is Alternative Dispute Resolution in the EU in Safe Hands?, 22 Pepp. Disp. Resol. L.J. 491, 498-499 (2022).
[13] COUNCIL REGULATION (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.
[14] See AllianZ SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers (2009) E.C.R para. 19.
[15] See Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika, Case C-536/13, ECLI:EU:C:2015:316, pp. 32-34 (May 13, 2015).
[16] 该命令后经第二巡回法院推翻。See Chevron Corp. v. Donziger, 768 F. Supp. 2d 581, 660 (S.D.N.Y. 2011); Chevron Corp. v. Naranjo, 667 F.3d 232, 234 (2d. Cir. 2012)。

停 Lago Agrio 判决的可执行性并遵守仲裁庭关于临时措施的若干命令和裁决”。[17]有学者指出该裁决相当于雪佛龙向美国法院寻求的反执行禁令，而反执行禁令“在针对国家时，不仅对作为诉讼当事人的执行主体施加义务，也对国家的司法机关施加义务”。[18]因此，该裁决超出了投资仲裁庭管辖权的范围，对国家主权和国际礼让原则产生挑战。[19]

由此可见，在国际商事和投资争端解决中，反诉禁令因存在干预国家主权、损害法庭管辖权的风险而长期受到非议。这奠定了反执行禁令适用条件的严苛和审慎基础。不过，仅从纵向角度，不能完全判定对特定裁决的反执行禁令程序是否正当，还需要考查相关反执行禁令的申请是否满足法定的条件。

（二）可再生能源投资仲裁裁决反执行禁令的适格性问题

反执行禁令无疑会干预法律程序的正常进行，相应禁令的发布需满足一定的条件。作为临时措施的一种形式，它首先需满足临时措施的基本条件。这规定在仲裁协议、仲裁地法和仲裁规则中，通常包括必要性、紧急性和比例性这三个要素，即存在需要临时措施保护的权利；若没有临时措施的保护，相关权利将面临实质或不可修复的损害风险；准许临时措施是权衡利弊的选择，即准许临时措施所保护的权利优于对被申请方的损害。[20]而作为一种特殊的临时救济措施，反执行禁令理应比普通临时措施门槛更高，考虑因素更加复杂。比如，有法官就认为，反诉禁令的发布必须谨慎，只有在仲裁程序无理、不公或滥用权利时才能做出。[21]有学者提出，仲裁领域的反诉禁令除了适用与其他临时措施相同的标准，还应当额外考虑三个要素：一是反诉禁令旨在破坏的程序的性质，即相关国内程序保护公共利益的程度；二是反诉禁令是否只影响仲裁当事方还是也可能影响第三方的权利和利益；三是反诉禁令的目的是否保护仲裁专属性、仲裁程序的完整性或仅是不加剧争端。[22]对于投资仲裁裁决的反执行禁令条件，尽管目前理论和实务界尚不存在明确和统一的标准，但考虑到裁决是由国家授权的国际仲裁庭做出的，且根据国家缔结的条约获得承认与执行资格，尤其是根据《ICSID 公约》获得自动执行资格的裁决，对这种裁决的反执行禁令应当慎之又慎。

具体到可再生能源投资仲裁裁决反执行禁令的适格性问题，以西班牙为例，其提出反

[17] See Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II), PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II dated 30 August 2018, paras. 8.34, 8.59-8.77.
[18] Michael D. Goldhaber, The Rise of Arbitral Power over Domestic Courts, 1 STAN. J. COMPLEX LITIG. 373, 375 (2013).
[19] See Lorena Guzman-Diaz, NOTE: To Domestic Courts Worldwide: Here Is Why You Can Disregard the August 2018 Partial Award from the Hague, Netherlands in the Chevron-Ecuador Litigation, 2(1) ITA in Review: The Journal of the Institute for Transnational Arbitration 54, 75-76 (2020)
[20] 有的仲裁规则进一步要求临时措施申请方有在仲裁请求实体上获胜的合理可能性。如参见《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 17A 条和《联合国贸易法委员会仲裁规则》第 26 条。
[21] See The British Caribbean Bank Limited v The Attorney General [2013] CCJ 4 (AJ); Dunkeld-V-AG-of-Belize,-Ct-of-App-Judgment,Nov 1, 2013, paras. 135-146.
[22] See Rodolfo Donatelli, A Multi-Factor Test for Anti-Suit Injunctions in ICSID Arbitration, 30 Am. Rev. Int'l Arb. 303, 313 (2019).

执行禁令申请的主要理由在于，争议案件系欧盟内部投资者与成员国之间的争端，交由国际投资仲裁庭解决违反了欧盟法。其实，这一理由与西班牙在仲裁程序中提出的管辖权异议主张以及裁决做出后申请撤销裁决的理由几乎一致，仲裁庭和裁决撤销委员会对此均未认可。这表明，西班牙所主张保护的权利在之前的程序中已经被反复审查但均未被认可。可以认为，西班牙希望通过反执行禁令保护的权利在法律上是存疑的，可能根本不存在或者难以得到认可。而以这种权利为基础主张其面临实质或不可修复的损害风险，进而证明反执行禁令作为临时措施所必需的必要性和紧急性等条件，自然难以成立。

而且，当执行法院不属于欧盟国家时，反执行禁令可能进一步存在侵犯外国司法管辖权、违背国际礼让原则的风险。例如，针对 9Ren v. Spain 案和 NextEra v. Spain 案投资者提起的反反执行禁令申请，美国哥伦比亚地方法院法官认为，被执行方西班牙在卢森堡和荷兰所寻求的反诉禁令是“纯冒犯性的”，意在剥夺美国法院对涉及美国资产的诉讼管辖权，通过准许投资者的反反执行禁令，才可以阻止欧洲的法院对美国程序的可能干预。对于西班牙援引礼让原则的抗辩，美国法官认为，国际礼让绝不意味着当美国法院原本就具有管辖权时，外国法院可以据此干预美国行使管辖权的权力。[23]

目前，尽管对西班牙申请的反执行禁令，相关法院均未做出决定，其最终态度尚未可知，但值得注意的是，针对西班牙的反执行行动，相关投资者也发起了针对性的反反执行行动。比如，在 9Ren v. Spain 案[24]和 NextEra v. Spain 案[25]裁决的执行程序中，针对西班牙在卢森堡和荷兰提起的反执行禁令申请，投资者向美国法院申请禁止西班牙寻求反执行禁令的反反执行禁令，并得到美国主审法官的支持。[26]而在另一起案件中，西班牙请求禁止 PV investors v. Spain 案投资者申请类似的反反执行禁令，阿姆斯特丹法院初步救济法官也于 2023 年 3 月驳回了西班牙的反反反执行禁令申请。这些都间接表明，西班牙的反执行禁令申请可能难以得到法院的支持。

（三）司法成本与国际投资仲裁机制的道德风险问题

除了适格性，还应当考虑西班牙等国在投资者母国法院和外国执行法院反复寻求反执行禁令申请是否会产生其他负面影响。这也构成判定反执行禁令正当性的因素。

如前文所述，尽管法院对于西班牙的反执行禁令申请都尚未作出最终决定，但结果并

[23] See NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, Memorandum Opinion, Case 1:19-cv-01618-TSC, ECF Nos. 84, 85 (February 15, 2023), p.20; 9REN Holding S.À.R.L. v. Kingdom of Spain, Memorandum Opinion, Case 1:19-cv-01871-TSC (February 15, 2023), p. 20.
[24] See 9REN Holding S.A.R.L v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award, 31 May 2019; Decision on Annulment, 17 November 2022.
[25] See NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/11, Award, 31 May 2019; Decision on Annulment, 18 March 2022.
[26] See NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, Memorandum Opinion, Case 1:19-cv-01618-TSC, ECF Nos. 84, 85 (February 15, 2023), pp. 29-30; 9REN Holding S.À.R.L. v. Kingdom of Spain, Memorandum Opinion, Case 1:19-cv-01871-TSC (February 15, 2023), p. 25.

不乐观，西班牙可能很难实现其预期目标。但这些反执行禁令申请已经进一步引发了反反执行禁令申请、反反反执行禁令申请，造成司法资源的浪费、产生不必要的诉讼成本，违反司法经济原则。例如，NextEra v. Spain 案和 9Ren v. Spain 案裁决于 2019 年做出，执行拖延已有四年，除了向 ICSID 申请撤销裁决，西班牙还在荷兰阿姆斯特丹法院启动了对前者的反执行禁令申请程序和临时限制令申请程序，同时在卢森堡法院启动了对后者的反执行禁令申请程序，由此导致投资者在美国哥伦比亚地方法院的反反执行禁令申请程序。这些程序看似只造成了无害的执行拖延，但确是对司法资源的极大浪费和投资者诉讼成本的现实负担。对于有的投资者而言，这可能严重阻碍他们实现裁决的可能性。事实上，许多受西班牙能源措施影响的投资者，在投资仲裁程序进行时甚至裁决做出后放弃了索赔，除了下文提到的西班牙以投资者放弃索赔为条件承诺给予一定的利益补偿之外，反执行活动对它们造成的诉讼成本和由此加剧的执行不确定性很可能是弃权和接受条件的重要因素。

针对西班牙的可再生能源投资仲裁案件已经产生了许多生效裁决，但很多都没有执行。除了投资者利益和司法资源所受到的影响，国际投资仲裁机制的公信力和效力也受到威胁。假设相关投资仲裁裁决普遍得不到执行，不仅个案投资者遭受的损害无法实现救济，ICSID 等负责审理相关案件的国际投资仲裁机构的公信力以及国际投资条约与《ICSID 公约》《纽约公约》等有关国际投资争端解决和裁决承认与执行的规则也会面临无实际效力的道德风险。2023 年 1 月 25 日，ICSID 副总干事专门致函西班牙，邀请其遵守 ICSID 仲裁庭于 2018 年做出的 Antin Infrastructure v. Spain 案裁决。[27]可见，作为专门解决国际投资争端的机构和多边国际组织，ICSID 已经受到道德风险的试压。这种压力暴露出西班牙拒绝执行相关投资仲裁裁决可能对国际投资仲裁机制造成的公信力和效力威胁。

综上，西班牙针对已生效的投资仲裁裁决的反执行行动，一方面难以满足反执行禁令所需的适用条件，另一方面存在司法不经济以及威胁国际投资仲裁机制公信力的负面影响，难以获得正当性。然而，这些反执行行动却得到了欧盟多个机构的支持。因此，探究西班牙等欧盟国家针对可再生能源投资仲裁裁决的反执行问题，不能回避对欧盟干预行为的法律分析。

三、欧盟干预裁决执行的正当性考查

欧盟机构以法庭之友和非争议当事方身份，广泛参与了成员国可再生能源仲裁裁决执行的相关法律程序。这是欧盟以维护自身法律秩序为目的、以欧盟法为依据所进行的法律干预。然而，从国际法和欧盟外部视角来看，欧盟法能否作为反对欧盟国家可再生能源投资仲裁裁决执行的依据是存疑的，需要结合具体的干预思路。实践中，欧盟主要运用两种

[27] See Lisa Bohmer, ICSID Invites Spain to Comply with Renewable Energy Award (15 February 2023), IAReporter: https://www.iareporter.com/articles/icsid-invites-spain-to-comply-with-renewable-energy-award/, last visited on 29 April 2023.

干预路径：一种是基于欧盟的统一竞争法，认为投资仲裁庭裁决当事国向投资者赔偿因调整投资激励所造成的损害构成非法国家援助；另一种则基于欧盟委员会对投资事务的专属管辖权与欧盟法院对欧盟法解释问题的先决权，判定任一成员国与另一成员国投资者之间缺乏有效仲裁协议。

（一）是否构成非法国家援助

欧盟主张，国际投资仲裁庭做出的成员国向投资者支付调整投资激励的赔偿裁决构成欧盟法所禁止的非法国家援助。[28]核心依据是《欧盟运行条约》第 107（1）条。该条规定："除条约另有规定外，成员国给予的或通过国家资源给予的通过惠及某些企业或某些商品的生产而扭曲或可能扭曲竞争的任何形式的援助，只要对成员国之间的贸易有影响，就与内部市场不相容。"实践中，已有多项因成员国取消对其他成员国投资者的激励措施而被投资仲裁庭裁决的损害赔偿被欧盟委员会认定为国家援助。其中的代表性案例是 Micula v. Romania 案，该案是罗马尼亚为加入欧盟而取消对瑞典投资者的投资激励所引发的 ICSID 仲裁，欧盟委员会以法庭之友身份参与了仲裁程序，最终罗马尼亚仍然被裁决负有赔偿责任。[29]罗马尼亚加入欧盟后，欧盟委员会宣布该裁决的赔偿构成非法国家援助，命令罗马尼亚收回支付给投资者的赔偿款与利息。[30]针对西班牙可再生能源政策调整引发的群发性纠纷，欧盟委员会专门在 2017 年 11 月 10 日发布声明，宣布西班牙自 2007 年至 2008 年取代和避免对可再生能源激励的立法改革不构成欧盟法下的非法国家援助，但投资仲裁庭基于西班牙能源改革给予投资者的赔偿构成国家援助，仲裁庭无权授予。[31]

然而，对欧盟的这一主张，本文并不认同。《欧盟运行条约》第 107（1）条所规定的国家援助有相对明确的判定标准，而国际投资仲裁庭针对欧盟成员国调整投资激励政策所做出的损害赔偿裁决并不符合国家援助的定义。

首先，就行为主体而言，非法国家援助的法定主体需是欧盟成员国的国家机构，而投资仲裁裁决由国际仲裁庭做出。虽然投资仲裁庭理论上由包含国家在内的争端当事方授权组建，但其并非国家机构，属于独立的第三方。欧盟当事国作为被申请方，甚至不具有启动仲裁程序的权利和能动性，在整个争端解决过程中处于被动地位。所以，即使从裁决的后续来看，当事国履行裁决产生了影响欧盟市场竞争的效果，也不能归责于当事国，因为履行生效的投资仲裁裁决是裁决债务人承担有法律约束力的国际义务的结果，而不是根据

[28] See Ana M. LoÂpez-RodrõÂguez & Pilar Navarro, Investment Arbitration and EU Law in the Aftermath of Renewable Energy Cuts in Spain, 25 European Energy and Environmental Law Review 2, 4 (2016).
[29] See Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013, paras. 36, 1329.
[30] See COMMISSION DECISION (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania — Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013, L (232/43), Official Journal of the European Union 43, 69-70 (2015).
[31] European Commission, State Aid SA.40348 (2015/NN) – Spain, Support for Electricity Generation from Renewable Energy Sources, Cogeneration and Waste, C(2017) 7384 final, 10 November 2017, paras. 162-165.

当事国的意志做出的自发选择。

其次，从仲裁庭做出裁决与当事国执行裁决的效果来看，支付赔偿只能填补投资者损害，并不能对投资者产生足以扭曲欧盟市场的竞争优势。已有学者质疑欧盟以非法国家援助规则阻碍西班牙等国履行投资激励政策引发的裁决，认为赔偿不一定给投资者造成经济优势。[32]其实可以更确切地说，从法律上而言，投资者获得的赔偿无论高低，均不能创造经济优势，因为损害赔偿是救济性的，而不是增值性的。损害赔偿最大化的目标只是填补损害，帮助投资恢复到遭受当事国争议措施影响之前的状态。所以，在法律上，获得损害赔偿不会对投资者产生任何足以影响贸易竞争的经济优势。

从因果关系与行为逻辑上而言，国际投资仲裁庭裁决西班牙等国赔偿投资者损害，只是相关国家改变投资激励造成投资损害的结果，根本不应当被定义为欧盟竞争法要求成员国承担的义务。反而有可能构成国家援助的是西班牙等当事国一开始决定给予投资者激励的法律与政策。而相关的投资激励法律与政策，有的是在欧盟统一竞争法之前就实施了。因此，从法的时际效力而言，非法国家援助相关欧盟法也不一定适用于成员国投资激励引发的争议。

（二）是否构成无效的内部投资仲裁协议

相比竞争法上的理由，欧盟干预对西班牙等成员国的裁决执行，更常见的是基于共同商业政策主张对投资事务的专属管辖权，排斥成员国与共同市场内部投资者之间的投资仲裁。

1. 欧盟主张内部投资仲裁协议无效的欧盟法依据及其实践

首先，2007 年《里斯本条约》确立了欧盟对联盟的外国直接投资事务的专属管辖权，包括欧盟理事会以集体行动方式对外谈判和缔结投资协定的专属权力，集中体现在《欧盟运行条约》第 207 条。根据该项权力，欧盟在干预针对西班牙等成员国能源改革群发性投资仲裁裁决的执行时，主张成员国没有缔结彼此之间双边或多边协定的能力，成员国之间有关投资者与国家间投资仲裁的规定因违反欧盟法而无效，因此被申请方与投资者之间不存在有效的仲裁协议。

其次，欧盟法院在多个案件中判定根据欧盟成员国之间双边或多边条约引发的欧盟内部投资仲裁违反欧盟法。其中最重要的是 2018 年针对 Achmea v. Slovakia 案的一项判决，欧盟法院认为该案所根据的欧盟成员国之间的 BIT 违反了欧盟法，尤其是《欧盟运行条约》第 267 条和第 344 条，它们规定了欧盟法院对欧盟条约解释问题进行初步判定的专属权力，并禁止成员国将涉及欧盟条约解释和适用的争议提交条约规定之外的其他争端解决

[32] See Ana Mercedes López-Rodríguez, The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU, 8(2) Transnational Environmental Law 279, 287-288 (2019).

方法。背后的顾虑是，如果将涉及欧盟法解释的争议提交国际投资仲裁庭，可能剥夺欧盟法院初步判定相关问题的机会。[33]因此，欧盟法院认定成员国之间 BIT 所规定的仲裁协议无效。[34]2021 年，在 Komstroy v. Moldova 案裁决引发的争议中，欧盟法院将前述结论扩大至包含成员国同意仲裁的《能源宪章条约》（Energy Charter Treaty，下称 ECT）等多边条约，认定欧盟法的自治性排除了成员国根据 ECT 承担的对彼此的义务，条约中包含的仲裁条款不符合欧盟法，因此不适用于欧盟成员国与成员国国民之间的争端。[35]

由此可见，欧盟立法及欧盟法院的司法实践的确反对欧盟内部的投资仲裁。然而，欧盟成员国国内法院在相关案件的判定上意见并不统一。比如，对于以欧盟内部仲裁无效为由提起的反仲裁请求，德国不同法院就做出了相互矛盾的决定。[36]在西班牙可再生能源投资仲裁程序中，不同仲裁庭和执行法院对此态度也有差别。此外，欧盟法院对上述 Komstroy v. Moldova 案的判决以及将 Achmea v. Slovakia 案适用于欧盟外的仲裁均有争议，因为欧盟成员国与内部投资者之间的投资仲裁在适用法、仲裁规则、裁决执行机制等方面的情况其实也很复杂。所以，欧盟内部投资仲裁是否因欧盟法的规定而缺乏有效性，不能一概而论。

2. 内部投资仲裁协议无效的范围应做严格的限缩

在尊重欧盟成员国主权意志的前提下，可以接受欧盟提出的内部投资仲裁协议因违反欧盟法而无效的主张，但相关欧盟法与欧盟法院判决在适用主体和适用时间上都应当限定。

一方面，判定欧盟内部投资仲裁协议无效应当仅限于根据成员国之间 BIT 等纯粹成员国之间协定进行的投资仲裁。正如有学者提出的，Achmea v. Slovakia 案判决只适用于成员国内部，不应当包括根据《ICSID 公约》、ECT 等有非欧盟缔约方的多边条约。[37]虽然欧盟机构与成员国已多次重申，无论是根据纯粹欧盟成员国之间的投资条约还是有非欧盟成员国参与的多边条约，欧盟内部投资仲裁协议均为无效，但这种主张其实没有考虑国际法的依据。条约法并未规定当条约部分缔约国属于国家组成的联盟时，条约所规定的权利义务可以根据联盟内部的协议在成员相互之间排除适用。条约作为全体缔约国政治共识的凝

[33] See Tasnim Ahmed, The CJEU and the Introduction of International Dispute Settlement Mechanisms within the EU: Is Alternative Dispute Resolution in the EU in Safe Hands?, 22 Pepp. Disp. Resol. L.J. 491, 493 (2022).
[34] See The Slovak Republic v. Achmea B.V., Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018 (C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158), paras. 56-60.
[35] See République de Moldavie v Komstroy LLC, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 September 2021 (Case C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655), paras. 64-66.
[36] See Lisa Bohmer, Dispute over Enforcement of Intra-EU ICSID Award against Spain Heats up, as Both Parties to the NextEra V. Spain Arbitration Seek Anti-Suit Injunctions (13 January 2023), IAReporter: https://www.iareporter.com/articles/dispute-over-enforcement-of-intra-eu-icsid-award-against-spain-heats-up-as-both-parties-to-the-nextera-v-spain-arbitration-seek-anti-suit-injunctions/, last visited on 5 May 2023.
[37] See Ana Mercedes López-Rodríguez, The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU, 8(2) Transnational Environmental Law 279, 289 (2019).

结体，反映了各缔约国之间的多重相互关系，无法根据部分缔约国的组织属性进行机械分割。在多边条约中，任何两方之间的关系发生改变都会影响全体缔约国之间相互关系的平衡。在部分缔约国之间排除条约规定的适用，属于保留或修改。根据《维也纳条约法公约》，保留应当在“签署、批准、接受、赞同或加入条约时”提出，并只对接受保留的其他缔约国有效。[38]因此，欧盟成员国在缔结多边的国际投资条约后，在相互之间排除条约规定的适用，属于“仅在若干当事国间修改多边条约之协定”，应当满足“（甲）条约内规定有作此种修改之可能者；或（乙）有关之修改非为条约所禁止，且：（一）不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者；（二）不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。”[39]关键在于应当征得其他缔约国的同意。在西班牙能源改革引发的投资仲裁中，有仲裁庭拒绝将 Achmea 案判决意见和欧盟内部投资仲裁协议无效的观点适用于 ECT 等有非欧盟成员国参与的多边条约，[40]本文亦持此观点。

另一方面，欧盟内部投资仲裁协议是否失效还应考查相关国际投资条约的有效期、欧盟法排除内部投资仲裁的时间以及相关投资者在成员国做出投资的时间。欧盟法与国际投资条约其实都属于国际条约，根据《维也纳条约法公约》，“除条约表示不同意思，或另经确定外，关于条约对一当事国生效之日以前所发生之任何行为或事实或已不存在之任何情势，条约之规定不对该当事国发生拘束力。”[41]即，条约原则上不溯及既往。[42]欧盟成员国在 2007 年《里斯本条约》赋予欧盟对投资事务的专属管辖权之前相互缔结了大量的 BITs 以及 ECT 等其他投资条约。而国际投资条约通常规定至少十年的有效期，有的还规定日落条款或自动延期条款。《里斯本条约》生效时，欧盟成员国之间的国际投资条约许多都在有效期内。欧盟与成员国根据《里斯本条约》宣布内部投资仲裁无效与这些国际投资条约相冲突。根据法不溯及既往原则，终止内部投资仲裁协议效力的欧盟法不应当适用于已根据有效期内的欧盟成员国之间的国际投资条约做出的投资，因为作为投资东道国的欧盟成员国已经对这些投资者负有条约所规定的义务。从相关投资者的角度而言，新的欧盟法终止成员国之间国际投资条约的效力是不可预测的，它们对条约中实体权益和投资仲裁机制的期待值得保护。因此，即使作为缔约方的欧盟成员国共同决定欧盟法具有溯及力，终止内部投资仲裁协议的效力也不应当溯及 2007 年《里斯本条约》生效前、根据有效的欧

[38] 《维也纳条约法公约》第十九条与第二十条第四款。
[39] 《维也纳条约法公约》第四十一条。
[40] See e.g. Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para. 679.
[41] 《维也纳条约法公约》第二十八条。
[42] 国际投资仲裁庭在许多案件中援引过该原则。例如，Ping An v. Belgium 案仲裁庭基于国际法院的判决和先前投资仲裁案件的裁决表示，“排除法不溯及既往原则必须有清楚和明确的意图表示”。See Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015, para. 144.

盟成员国之间的国际投资条约做出的投资。

欧盟联合内部投资者的母国与东道国共同反对成员国可再生能源改革措施引发的投资仲裁裁决的执行，从联盟的角度而言，是一种维护区域内法律秩序统一的表现，但是从投资者的利益出发，明显转嫁了成员国违反国际投资条约义务的责任。欧盟与当事成员国以欧盟法为依据逃避对相关投资者的国际法义务，相当于从区域层面侵犯投资者权利，不具有国际法上的正当性。

四、可再生能源投资仲裁裁决执行困境的破解

西班牙等国可再生能源投资仲裁案件的执行目前陷入僵局，作为“败诉”方的投资东道国不断申请反执行禁令，并由此进一步引发反反执行禁令与反反反执行禁令等临时措施，案件被拖入无休止的程序之争，而欧盟更是反复高调地强势干预。从国际投资仲裁裁决的整体执行情况来看，这种“纠缠不休”的反执行行动其实极为罕见，揭示出此类案件的特殊性。事实上，西班牙等国的投资争端不仅关乎相关国家和投资者的个案利益，也不只暴露 ECT 等个别国际投资条约存在的问题。作为区域政策协调者，欧盟对这些裁决采取的反执行行动虽然有特殊之处，但并非没有代表性和参考价值。在全球气候治理和能源转型越发迫切和普遍化的当下，同样的群发性投资仲裁风险和裁决执行僵局很可能复刻于其他国家和地区。而要破解此种困境与僵局，我们不仅应着眼于当下，寻找可能的应对之策，更需反思问题的根源，顺应国际经济规则低碳化改革浪潮，更好的处理能源转型与国际投资法律秩序的关系。

（一）和解是打破执行僵局的可行之策

正如前文所述，单从反执行禁令等临时措施本身的法律适用条件来看，西班牙等国以欧盟内部投资者与成员国之间的争端交由国际投资仲裁庭解决违反欧盟法为依据提出的反执行申请，显然难以达到反执行禁令等临时措施的适用门槛，事实上，这些主张已经在案件审理阶段被仲裁庭反复审查了的。从裁决申请方的行动来看，即使是欧盟内部投资者，也不完全屈服于欧盟与当事国反执行的压力，而是积极寻求解决方法，现已向美国、英国等被执行国财产所在地法院申请执行。如果当事国继续以欧盟合规性为依据抗拒裁决的执行，可能进一步引发在世界各地的财产执行危机。在综合评估所有裁决的基础上进行和解谈判可能是解决执行僵局的一种可行出路。

通过和解解决可再生能源投资仲裁裁决反执行僵局有其优势。首先，对当事国而言，和解可以更柔和地处理域内能源法改革与国际法之间、国际投资法与全球气候规则之间协调不足的缺陷。正是这种不协调引发的冲突，才是西班牙等国目前遭遇的最本质的法律根源，对此下文将做进一步分析。和解对正在强势干预成员国执行活动的欧盟亦有意义。因为无论是欧盟还是作为裁决被执行人的欧盟成员国，其依据欧盟法主张仲裁裁决不执行

时，其实都将面临不同法院对欧盟法适用的一次又一次的司法审查，欧盟法本身的权威性也将因此遭受一次又一次被质疑的风险。因此，通过生硬的、看似是非分明的司法行为来解决此种冲突，将极可能进一步激化新的现实矛盾。对于相关投资者来说，和解的优势更加突出，不仅可以省却在繁复的执行申请程序中投入的时间、费用等成本，克服执行不确定性所带来的风险和负担，有效获得适当救济和可接受的其他条件。同时，和解也能相对保持投资者与东道国的友好关系，不影响投资者未来继续在该国投资与经营的选择。[43]

能否成功和解，还需要考虑双方和解的意愿与可行性。在纠纷的早期，西班牙曾以出台新的投资优惠使部分投资者撤销了仲裁请求或暂停程序。例如，在 Masdar v. Spain 案裁决做出之后，西班牙向 ICSID 申请了撤销裁决，但撤销程序在 2020 年初即暂停，因为西班牙在 2019 年 11 月颁布的第 RDL 17/2019 号皇家法令中提供了新的激励措施，规定在 2013 和 2014 年的规制变化发生之前有权享受上网电价补贴的可再生能源生产商将获得 7.398% 的固定回报，这比提供给其他投资者的政策都更优惠。但获得这种优惠的前提是投资者保证不再提出仲裁请求或退出正在进行的仲裁程序，并放弃就任何仲裁裁决索取费用的权利。因此，投资者放弃了通过仲裁索赔的权利。[44]此外，Stadtwerke München and others v. Spain 案和 RREEF v. Spain 案申请方以及 PV Investors v. Spain 案部分申请方也基于相同的原因放弃了仲裁请求或裁决的权利。[45]这不仅反映了西班牙与相关投资者和解的意愿，也能够说明，调整能源投资政策对投资者产生的影响可以采用当事国与相关投资者均能接受的替代性措施予以补救，避免投资者的不满。

从近两年的情况来看，西班牙面临的裁决执行压力还在增加。裁决获胜的投资者不仅向国际货币基金组织（IMF）等国际组织申请对西班牙给予负面信用评价，[46]近期更是出现了将投资仲裁裁决转让给第三方的趋势。截至目前，PV Investors v. Spain、InfraRed v. Spain 和 RREEF v. Spain 案坚持申请执行的投资者均已将裁决的权利转让给美国公司 Blasket Renewable Investments，由后者进行裁决执行相关的程序。根据投资仲裁报道（Investment Arbitration Reporter，IAReporter）转载的西班牙媒体报道，2023 年 3 月 27 日，英国高等法院准许了 Blasket 公司提出的三项临时扣押令。由西班牙北部港市桑坦德管理以及塞万提斯学院控制的银行账户已经被冻结。如果西班牙不履行裁决，Blasket 公司还

[43] 这也是近年来调解在国际投资争端解决中受到重视的一个原因。参见漆彤、张生、黄丽萍：《调解在国际争端解决中的发展与应用》，载《武大国际法评论》2020 年第 2 期，第 83 页。
[44] See Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Order taking note of the discontinuance of the proceeding pursuant to ICSID Arbitration Rule 44 dated 27 November 2020.
[45] See Lisa Bohmer, RREEF and Stadtwerke Are Said to Renounce their Arbitration Claims against Spain (22 October 2020), IAReporter: https://www.iareporter.com/articles/rreef-and-stadtwerke-are-said-to-renounce-their-arbitration-claims-against-spain/, last visited on 6 May 2023.
[46] 例如，Antin v. Spain 案申请方已请求 IMF 和国际评价机构在决定西班牙的信用评级时考虑西班牙不遵从其可再生能源裁决的行为。See Lisa Bohmer, ICSID Invites Spain to Comply with Renewable Energy Award (15 February 2023), IAReporter: https://www.iareporter.com/articles/icsid-invites-spain-to-comply-with-renewable-energy-award/, last visited on 6 May 2023.

可能被赋予取消伦敦塞万提斯学院总部与加泰罗尼亚在伦敦商业“大使馆”的财产抵押赎回权。[47]

欧盟投资者向外国公司转让裁决并申请国际组织信用评级，可能超出欧盟与西班牙等成员国运用欧盟法反执行的可控范围。西班牙等国需要更积极地与相关投资者谈判，避免进一步的国际冲突与财产风险。考虑到群发性裁决涉及的当事方数量之多，情形之相似，可以将所有已生效的裁决或相关联的裁决合并与分组，在进行综合评估的基础上，与相关投资者进行和解谈判，寻求双方都能接受的现实解决方案。综合考量，一方面可以让投资者和国家双方都了解按原裁决执行的难度与法律冲突；另一方面，将案件合并之后，可以体现能源投资政策变化的某些正当化理由与公共利益目的，从而有利于达成和解。当然，个案均有特殊性，且裁决做出的时间不同，裁决执行程序的进展也不同。可以考虑分批次对已生效的裁决进行谈判。比如，西班牙能源转型措施引发的投资仲裁案件其实针对的措施有两个阶段，包括 2007 至 2010 年的改革与 2013 至 2014 年的规制变化，可以按照这两次改革对受影响的投资者进行分组。

总之，无论是站在投资者立场争取按原裁决执行，还是从当事国角度坚持反执行，都会面临一定的现实阻碍与法律冲突的风险。根据当事国与投资者之前的行动，积极通过谈判寻求和解是比较务实的做法。

（二）加强能源转型过程中相关域内法与现有国际法的协调

从应对气候变化和能源转型、欧盟竞争法的区域一体化、外国投资保护等不同维度来看，西班牙等国的可再生能源法律和政策调整和因此导致的投资仲裁裁决执行僵局，可以做不同的评判。仅从法律的维度而言，当前的裁决执行困境根源在于国内能源法律政策变化违背国际投资法。而这在仲裁庭做出实体裁决时，结局已经注定。只不过，因为有了欧盟的支持和欧盟法的背书，西班牙等国似乎面对的是履行国际投资条约等国际法义务或遵从欧盟法的两难。殊不知，欧盟法亦受到国际公法的制约。即使以区域法律政策为后盾，国家和地区进行能源转型无法规避的重要一步是确保域内能源法律政策符合国际投资条约等国际法。否则，即使有区域性政策的支撑，当事国依然无法摆脱国际法上的责任。综合考察西班牙可再生能源国际投资仲裁案件可知，多数做出了实体裁决的仲裁庭都认定国家应当承担对外国投资者的法律责任。因此，站在能源转型国家立场，从西班牙等欧盟国家的遭遇中可吸取的关键教训是，国家与区域进行能源改革，需要对域内能源法与国际投资法等国际法进行更好的协调。

[47] See Vladislav Djanic, UK High Court Allows Provisional Attachment of Spanish Cultural Institute and Catalonian Commercial “Embassy” over ICSID Award (6 April 2023), IAReporter: https://www.iareporter.com/articles/uk-high-court-allows-provisional-attachment-of-spanish-cultural-institute-and-catalonian-commercial-embassy-over-icsid-award/, last visited on 6 May 2023.

首先，如果能源改革相关的域内法与国际投资条约相冲突，改革当事国应当经其他缔约方同意后退出或修改条约。无论是单方退出，还是多个缔约方基于相互之间的协议或联盟共同退出或修改条约，都应当按照《维也纳条约法公约》的规定执行。其中，征得其余缔约方同意是核心要件。上文已说明在部分缔约国之间排除条约适用的条件。就退出条约而言，应当“依照条约之规定”或“无论何时经全体当事国于咨商其他各缔约国后表示同意”。[48]如果国际投资条约缔约国在条约终止之前进行能源改革将造成域内法与国际投资条约的冲突，则应当与全体当事国咨商后获得同意，并对冲突做出协调安排。

此外，当计划采取可能影响外资利益的能源改革措施时，当事国还应最大化地保障外国投资者在国际投资条约有效期内所获得的权利。为此，国家可以在制定和修改能源改革相关的立法时使用日出条款、过渡期等工具。国际投资条约不仅规范缔约国之间的法律关系，也涉及缔约国与涵盖投资者之间的权利义务关系，如果能源转型需要国家退出或修改条约来解决法律冲突，除了征得其他缔约国的同意，当事国还需对投资者负责，关键要对外国投资者可能造成的影响提供缓冲的空间。对于可能违背国际投资条约先前承诺的新法，可以为国际投资条约的停止或变更适用设置过渡期，同时为新法设计日出条款。这样可以在新法与国际投资条约有冲突的特定期限内，对冲突做出灵活性的临时安排，或者暂停新法部分规定的适用，在产生冲突的期间内保障已根据原条约做出投资的投资者能够实现条约保护，同时为有投资意向的潜在投资者提供应对风险的可预测性。

（三）进一步加强国际投资条约与全球气候规则之间的协调

正如前文所述，针对西班牙等国投资仲裁裁决的纠缠不休的反执行活动，无论是裁决当事国还是作为第三方的欧盟，其实都极其罕见。投资东道国在仲裁过程的不同阶段反复运用相似的法律主张进行抗辩甚至干扰，反映出在气候变化和碳中和的压力之下，国家面对传统国际经济规则所固化的法律利益无所适从的尴尬境地。[49]从国际投资条约的角度来看，东道国将不仅面临可再生能源政策调整可能引发的国际投资仲裁风险，同样面临因加快对化石能源的淘汰政策而引发投资仲裁的风险。比如，越来越多的国家基于碳中和目标做出了取消化石能源补贴、缩减或终止化石能源开采项目等决策，这就会造成所谓的“搁浅资产”问题。据估计，仅 G20 国家的电力部门，2016-2050 年产生的搁浅资产就将达到惊人的 1.6 万亿美元。[50]巨额的搁浅资产将极大地刺激化石能源投资者利用投资仲裁制度维护其既得利益，而东道国的碳中和举措将因此受到极大的挑战，并面临巨额财政损失的风

[48] 《维也纳条约法公约》第五十四条。
[49] 有关碳中和压力下传统国际经济规则的缺陷及其低碳化改革问题，参见陈红彦：《碳中和目标下全球气候治理的竞争转向与中国对策》，载《法商研究》2023 年第 3 期，第 3-16 页。
[50] See Kyla Tienhaara and Lorenzo Cotula, Raising the Cost of Climate Action? Investor-state Dispute Settlement and Compensation for Stranded Fossil Fuel Assets, London: IIED, 2020, p.11.

险。事实上，相关案例已经出现。[51]

在国际社会整体向碳中和目标进发的过程中，现行的国际投资条约面临着系统性改革的压力。这是因为，自工业革命以来世界经济已经长期运行在化石能源基础之上，国际规则也因此或主动或被动，或有意或无意地在固化和维护化石能源利益。相应的，传统的国际投资条约或者如 ECT 那样，其缔约目的就在于促进和保护化石能源投资；或者如其他一般性国际投资条约那样，化石能源投资作为一种底层逻辑和共性，内嵌其中。而碳中和的本质是要将现代工业文明的能源底座从化石能源整体平移至非化石能源，这事实上框定了全球范围内化石能源投资和消费的淘汰时间表，世界各国对此均负有义务。然而，此种能源转型对包括发达国家在内的所有国家而言，都绝非易事，因为它意味着一场系统性经济和社会的深刻变革。在此过程中，国家必须获得更多的规制空间和灵活度，才可能完成此异常艰巨的任务。比如，西班牙等国可再生能源支持政策的调整固然有财政压力方面的原因，尤其是 2008 年全球金融危机之后。但同时也存在一定的客观必然性。实现能源转型的关键在于解决可再生能源的绿色溢价问题，而补贴被证明是最行之有效的手段之一。事实上，正是由于包括中国在内的世界主要大国通过补贴等多种手段的强势干预，可再生能源的成本才得以大幅度下降。[52]当可再生能源已经具备了市场竞争力，取消或降低可再生能源补贴当然具有合理性，否则就极易导致不公平的市场竞争。然而，传统的国际投资条约没有赋予国家基于气候目标的灵活规制空间，使得投资者可以轻易而合法地挑战东道国的低碳政策，这正是国际投资条约所面临的困境。进一步加快国际投资条约与全球气候规则的协调，刻不容缓。

近年来，国际投资条约已经开始做出调整，也即所谓的新一代投资协定。比如，一些晚近的国际投资条约开始在其序言中增加对气候变化的关切，[53]并强调外资保护与其他目标之间的协调，从而增强国际投资条约多元价值之间的平衡。 同时，在投资条约具体的内容上，对国家与外国投资者权利义务和责任的分配也做了呼应性的调整，其核心是强化对国家规制权的保护，放宽国家在环境和气候等问题上进行投资规制的空间。[54]这种强化投资条约与气候目标衔接性的改革当然具有重要意义。但令人担心的是，即便是更好融入气候目标的新一代投资协定，其是否可以更好地平衡投资者保护与气候义务之间的关系，也

[51] 比如，在 RWE v. Netherlands 一案中，荷兰政府基于对《巴黎协定》的承诺，决定在 2030 年之前禁止煤炭发电，投资者据此认为投资利益受损而发起了投资仲裁申请。See RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4, Request for Arbitration, 20 January 2021.

[52] 比如，受益于经济规模的巨大提升，太阳能光伏装机成本已经低于化石能源发电成本。国际可再生能源机构估计，到 2030 年平准化发电成本将仅为 0.02 美元/千瓦时。International Renewable Energy Agency (IRENA) (2019a), Renewable Power Generation Costs in 2019, https://www.irena.org/publications/2020/Jun/Renewable-PowerCosts-in-2019.

[53] See Free Trade Agreement Between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Turkey(2020), Preamble.

[54] See Free Trade Agreement Between the European Union and New Zealand(2023), Preamble.

并不确定。比如，2021 年的 Eco Oro v. Colombia 一案，尽管哥伦比亚和加拿大的自贸协定（2008）中明确规定了国家基于环境保护的例外条款，但仲裁庭依然认为哥伦比亚基于环境目的颁布的采矿禁令违反了对投资者的保护义务，需要赔偿。[55]这表明，如果不彻底对投资协定进行低碳化改革，一旦发生投资争端，气候目标能否得到合理的尊重和实现仍然具有极大的不确定性。

目前，在投资条约的低碳化改革方面最引人瞩目的莫过于 ECT 的现代化改革。ECT 是目前能源投资领域投资者发起仲裁申请最重要的法律依据。在新能源投资领域，以 ECT 为依据的案件超过全部案件的 90%。[56]作为一个 20 世纪 90 年代签署的并以维护化石能源投资利益为己任的多边投资条约，其如何妥善地处理能源投资与气候变化的关系，成为 ECT 改革的核心要旨。2022 年 6 月 ECT 完成了其现代化改革的所有谈判，在更好地处理与气候相关的问题上迈出了实质性的的步伐。比如，ECT 在其序言和正文中重申并加强了缔约方在其领土内进行管制的权利，包括为了合法的公共政策目标而对投资和投资者进行监管的权利；强化可持续发展和企业社会责任的相关规定，尤其提到了有效应对气候变化的义务；在间接征收条款中明确规定，作为一般性原则，为保护合法的政策目标，如减缓和适应气候变化而采取的非歧视性措施不构成间接征用。更引人瞩目的是，其不仅明确地将脱碳活动如二氧化碳的捕获、利用和存储（CCUS）等纳入受保护的能源活动范围，增加氢气、 生物燃料等新能源作为受保护的能源材料，而且引入了一种全新的“灵活机制”，允许缔约方根据各自的能源安全和气候目标，在其领土上排除对化石能源的投资保护。比如，欧盟和英国就此做出规定，对 2023 年 8 月 15 日之后的化石能源新投资，以及生效 10 年以上的化石能源旧投资，不再提供投资保护。同时，改革之后的 ECT 新设了定期审查机制，规定每隔五年将对受保护的能源材料和产品清单进行审查，以使缔约方可以基于技术和政治的发展而对清单范围作出调整。[57]整体来看，ECT 此次基于气候目标的改革力度非常之大，不过其实际效果依然有待于进一步观察。而对于其他众多的国际投资条约而言，加快与气候目标相适应的改革依然任重道远。

五、结语

碳中和目标正在引领世界范围内从化石能源向可再生能源的深刻变革。作为国际投资的重要部门，能源行业的法律政策改变可能引发外国投资者的纠纷。除了投资仲裁风险和仲裁程序中的法律问题，裁决执行阶段所出现的问题也不容忽视。本文基于西班牙可再生能源政策调整引发的投资仲裁裁决的反执行现象，考查了投资仲裁裁决反执行禁令和欧盟

[55] See Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, 9 September 2021.
[56] See UNTCAD, International Investment in Climate Change Mitigation and Adaption, UN, 2022, p. 29.
[57] See ECT, Finalisation of the negotiations on the Modernisation of the Energy Charter Treaty(24 June 2022), https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty.

干预执行的正当性。针对现有的执行僵局，西班牙等国可以考虑在综合评估所有裁决的基础上与相关投资者进行谈判，寻求和解。更为重要的，能源转型当事国需要充分协调国内法或区域一体化法与国际投资条约等国际法，加快国际投资条约的改革，使其与全球气候目标相向而行。当前，欧盟、北美等各区域的能源政策多变，能源行业投资者需要更加谨慎，了解东道国能源政策实施动态和长期发展趋势，实时评估和应对投资仲裁裁决的反执行风险。

对抗不一致：从中国投资仲裁条款解释分歧到有效解释原则重塑

魏　颖

西安交通大学法学院博士研究生

【摘　要】条约解释对仲裁庭裁决有着重要影响，对条约解释方法的不同理解与适用可能会产生不同的裁决结果。规范与完善条约解释方法，将对缓解投资仲裁裁决不合理的不一致性问题产生积极作用。有效解释原则在涉华投资仲裁案件中的适用存在不一致性，面对相似甚至几乎一样的仲裁条款，仲裁庭在适用有效解释原则后得出了两种截然不同的解释结果。本文以仲裁庭对中国投资仲裁条款的解释分歧为起点，通过全面梳理有效解释原则在中国投资仲裁案件中的适用，发现仲裁庭对有效解释原则“有效性”要求的不同理解与对有效解释原则与解释通则关系的不同认定是导致裁决结果不一致的主要原因。回溯有效解释原则的理论与实践演进，本文发现，当前的有效解释原则理论在“有效性”的界定方面存在分歧，在对有效解释原则与解释通则的关系认定方面存在误区，国际法委员会（ILC）没有将有效解释原则纳入《维也纳条约法公约》（VCLT）存在过于保守之嫌。有效解释原则亟待完善，应当明确有效解释原则所要求的“有效性”的具体内涵，并重塑有效解释在条约解释中区别于解释通则的重要作用与地位。

【关键词】裁决不一致；有效解释原则；中国投资仲裁条款

一、引言

仲裁裁决的不一致性问题作为引发国际投资仲裁机制“合法性危机”的重要原因[1] 已受到学界的广泛关注。仲裁庭对条约的解释往往会对裁决结果产生重要影响。尤其是在一些管辖权争议案件中，由于尚未涉及到对实体问题的审查，仲裁庭对仲裁条款的解释甚至会直接决定管辖权争议的裁决结果。例如，在 ICSID 仲裁庭于 2023 年 2 月 6 日作出裁决的“新加坡亚化集团和西北化工公司诉中国政府（AsiaPhos Limited and Norwest Chemicals Pte Limited v. China）”一案中，有效解释原则在仲裁庭解释核心争议条款进而确定管辖权范围的过程中，就发挥了关键性作用。该案仲裁庭注意到，缔约方使用的措辞为“关于征收补偿款额的争议”[2]

---

[1] See Martti Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fifty-eighty session, 2006; Gabriel Egli, Don’t Get BIT: Addressing ICSID’ s Inconsistent Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Dispute Resolution Provision, Pepperdine Law Review, 2007(4):1064; J. R. Weeramantry, The Interpretation of Treaties by Foreign Investment Arbitral Tribunals, Queen Mary College, University of London, 2011; Gerald Fitzmaurice, Vae victis or woe to the negotiators: Your treaty or our ‘interpretation’ of it, American Journal of International Law, 1971(2):373.

[2] 英文原文为 “a dispute involving the amount of compensation resulting from expropriation.”

而非“关于征收的争议”[3]。依据有效解释原则，“补偿款额（the amount of compensation）”这一限制性术语在解释条约时必须被赋予有效的含义。如果采用投资者所主张的广义解释，那么限制性地插入“款额（the amount of）”一词将是多余的。因此，仲裁庭对该条款的解释支持了中国的立场，即仲裁同意的范围仅限于与征收补偿款额有关的数量问题争议，对于申请人提起的关于征收的存在性及合法性问题，该案仲裁庭不具有管辖权，并以此驳回了申请人的所有主张。

有效解释原则的萌芽可追溯至格劳秀斯时代，在《维也纳条约法公约》（VCLT）编纂前，并没有形成“有效解释”这一如今被普遍接受的表述，一些拉丁文法谚也被认为包含着有效解释的要求，例如“与其毁物不如使之有用”[4]。国际法委员会（ILC）在起草《维也纳条约法公约》草案时，第四任特别报告员沃尔多克（Waldock）曾将草案第 72 条拟为“术语的有效解释”，但 ILC 最终并没有将该条款纳入 VCLT。VCLT 颁布后，也有学者尝试对有效解释原则作出定义，但目前尚无形成明确统一的观点。各投资仲裁庭对于该原则的适用不但没有形成一致的做法，甚至存在诸多矛盾之处。

在已作出最终裁决的 13 起涉华投资仲裁案件（11 起中国投资者诉外国政府，2 起外国投资者诉中国）中，6 起案件都涉及到有效解释原则。有效解释原则在涉华投资仲裁案件中的适用也具有不确定性，适用有效解释原则所得出的解释结果也存在矛盾或分歧，但不同的是，在涉华案件中，适用有效解释原则所涉及的争议问题及争议条款具有高度相似性，为控制变量深入探索有效解释原则的适用问题创造了有利条件。在国际投资仲裁合法性危机的背景下，裁决一致性缺陷饱受批评，中国案件在有效解释原则适用方面呈现出的特征或许可以形成对该问题的新的回应。

二、解释分歧：中国投资仲裁条款适用有效解释原则检视

国际投资仲裁庭在适用有效解释原则对中国投资仲裁条款进行解释时，表现出不一致性。在当前已知的作出裁决的涉华投资仲裁案件中，共有六起案件适用有效解释原则，分别是北京爱德威通亮技术公司诉加纳案、新加坡亚化集团诉中国案、北京首钢诉蒙古案、北京城建诉也门案、世能公司诉老挝案以及谢业深诉秘鲁案。上述案件在适用有效解释原则时，涉及相似的争议事项与争议条款，却导向了广义解释与狭义解释两种不同的解释结果。中国投资仲裁条款适用有效解释原则的解释结果分歧是本文的问题起点。本部分将通过解构上述案件适用有效解释原则所涉及的仲裁条款，分析投资仲裁庭对案件适用有效解释原则的阐释，比较有效解释原则在这些案件中的适用路径，以定位导致上述分歧的症结，为后续分析问题及解决问题确定切入口。

（一）所涉仲裁条款的相似性

---

[3] 英文原文为“a dispute involving expropriation”.

[4] 拉丁文表述为 *ur res magis valeat quam pereat.*

涉华投资仲裁案件适用有效解释原则所涉及的核心问题是对案涉仲裁条款的适用范围进行解释，具体涉及《中国-加纳 BIT》第十条第一款、《中国-新加坡 BIT》第十三条第三款、《中国-蒙古 BIT》第八条第三款、《中国-也门 BIT》第十条第二款、《中国-老挝 BIT》第八条第三款、《中国-秘鲁 BIT》第八条第三款。如表 1 所示，通过对这些条款进行解构，不难发现其在内容与结构上的相似性。

表 1 涉华投资仲裁案件适用有效解释原则所涉仲裁条款解构

条款内容		中国-新加坡 BIT（1985）	中国-加纳 BIT（1989）	中国-蒙古 BIT（1991）	中国-老挝 BIT（1993）	中国-秘鲁 BIT（1994）	中国-也门 BIT（1998）
1.友好协商		✓	——	✓	✓	✓	✓
2.6 个月内未能协商解决	可以提交东道国国内法院	✓	——	✓	✓	✓	——
	可以提交东道国国内法院或 ICSID 仲裁	——	——	——	——	——	✓
3.征收补偿款额争议在协商程序后 6 个月内仍未能解决	可将争议提交国际仲裁庭	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	提交国内法院的，不得再提起仲裁	✓	——	✓	✓	✓	——

在上述条款中，《中国-新加坡 BIT》第十三条、《中国-蒙古 BIT》第八条、《中国-老挝 BIT》第八条、《中国-秘鲁 BIT》第八条的规定几乎一致，都规定争端应当先友好协商解决，6 个月内协商不成的将争端提交东道国国内法院，与征收补偿款额有关的争议可提交国际仲裁庭 ，但已提交国内法院的则不得提交仲裁。“提交国内法院的，不得再提起仲裁”是上述四个协定中共有的岔路口条款。

与上诉四个协定稍有不同，《中国-也门 BIT》规定，在协商 6 个月后仍未能解决的情况下，当事人可将争议提交至（1）东道国国内法院或（2）ICSID 仲裁，其中，涉及征收补偿款额的争议必须提交 ICSID 仲裁。该协定中的岔路口条款表述为“可提交东道国国内法院或 ICSID 仲裁”，并未像前述 4 个协定一样，明确规定提交国内法院的争议不得再提起仲裁，这使得提交国际仲裁与提交国内法院诉讼的关系不够明朗，也成为了北京城建诉也门案中的争议问题之一。

《中国-加纳 BIT》中没有明显的岔路口条款。在北京爱德威通亮技术公司诉加纳案中，申请人曾主张中国-加纳 BIT 中包含一个“隐形的岔路口条款（invisible folk-in-the-road-clause）”,仲裁庭对该观点予以否认。此外，仲裁庭认为，该协定第十条的标

题为“对补偿数额的争议解决(DISPUTE (sic) ON QUANTUM OF COMPENSATION)”，这强调了对该标题下正文的解释不应包括补偿数额以外的任何内容。[5]反观其他五个协定，相关条款要么没有标题，要么使用了“投资争议”、“有关投资的争议解决”等所指范围更加广泛的标题。

（二）相似仲裁条款适用有效解释原则的不一致性

1.中国投资仲裁条款适用有效解释原则的不同解释结果

在涉华投资仲裁案件中，对争议解决条款适用范围的解释存在广义解释与狭义解释两种可能的结果。根据广义解释，仲裁庭不仅对征收补偿款的数额问题享有管辖权，而且对东道国实施征收的合法性问题也享有管辖权，即仲裁同意的范围既包括数量问题，也包括权利问题。而在狭义解释的情况下，只有征收补偿款的数额问题可以提交仲裁，仲裁庭对征收的合法性问题或权利问题不具有管辖权。在适用有效解释原则的涉华投资仲裁案件中，北京爱德威通亮技术公司诉加纳案、新加坡亚化集团诉中国案、北京首钢诉蒙古案这三个案件采用了狭义解释，而北京城建诉也门案、世能公司诉老挝案、谢业深诉秘鲁案采用了广义解释。采用广义解释的案件中，“狭义解释会使得仲裁条款无效”是关键性裁决理由；在采用狭义解释的案件中，要么直接不考虑岔路口问题，要么认为狭义解释不会影响仲裁条款的效力（见表2）。在有效解释原则的适用过程中，岔路口条款成为重要甚至主要的考虑因素。

表 2 有效解释原则在涉华投资仲裁案件中的适用结果

案件名称	是否考虑岔路口条款的影响			解释结果
	否	是		
		使仲裁条款无效	不影响仲裁条款效力	
北京爱德威通亮技术公司诉加纳案	✓			狭义解释
新加坡西北亚化集团诉中国案			✓	狭义解释
北京首钢诉蒙古案			✓	狭义解释
北京城建诉也门案		✓		广义解释
世能公司诉老挝案		✓		广义解释
谢业深诉秘鲁案		✓		广义解释

世能公司诉老挝案的仲裁庭明确指出，被申请人援引的作出狭义解释的案件中涉及的BIT 都不含有岔路口条款，与《中国-老挝 BIT》存在重要的区别。如果作出狭义解释，将使得《中国-老挝 BIT》第八条第三款无效，这将违背有效解释原则。[6]北京城建诉也门案和谢业深诉秘鲁案的仲裁庭在谈及狭义解释将使得仲裁条款无效时，都表示“（狭义解释）将导致一个立不住脚的结论，即投资者实际上永远无法诉诸仲裁。除非获得被申请人的同意。”[7]

---

[5] Beijing Everyway Traffic & Lighting Tech. Co., Ltd v. The Government of the Republic of Ghana, PCA Case No. 2021-15, Final Award on Jurisdiction, January 30, 2023.

[6] Sanum Investments Limited. v. The Government of the Lao People’s Democratic Republic, PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, December 13, 2013, para 325-342.

[7] Beijing Urban Construction Group Co. Ltd v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, May 31, 2017, para 72; Mr. Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision

可见，在上述仲裁庭看来，投资者能否实际上诉诸仲裁是判断仲裁条款效力的标准。

与之相对，作出狭义解释的仲裁庭并不认为投资者会失去诉诸仲裁的权利。在新加坡亚化集团诉中国政府案中，申请人曾提出与作出广义解释的仲裁庭相同的观点，认为狭义解释将导致仲裁条款无效，从而剥夺投资者诉诸仲裁的权利。申请人称，任何先前诉诸中国国内法院就争议措施的责任作出裁决的行为都将触发该岔路口条款，从而排除了将后续任何关于补偿款额的争议诉诸国际仲裁的可能性。仲裁庭认为，纵观《中国-新加坡 BIT》的文本体系，岔路口条款位于第 13（3）条的第二句，该条第一句规定了第 13（2）条一般规则的例外情况，即“与征收补偿款额有关的争议”。这一位置信息表明，此处的岔路口条款仅适用于第 1 句提到的“与征收补偿款额有关”的争议提交国内法院的情形。也就是说，只有国内诉讼程序是关于征收补偿款额的争议时，岔路口机制才会被触发。此外，仲裁庭还指出，岔路口条款的目的是避免因对同一争议的平行或重复诉讼而引起裁决结果相互矛盾的风险。如果投资者能够将其向国内法院提起的救济请求限制在争议措施的合法性问题上，并将补偿款额的问题推迟到随后的仲裁程序中，那么由于这两个程序处理的事项不同，便不存在裁决相矛盾的风险。因此，仲裁庭不认为投资者将被剥夺利用仲裁条款的权利，也不相信仲裁条款将没有任何效力。[8]在北京首钢诉蒙古案中，仲裁庭也认为，只要投资者在国内诉讼程序中明确提出对补偿数额问题进行保留，岔路口条款就不会剥夺其诉诸国际仲裁的权利，仲裁条款也便不会失效。[9]

至此，以“征收补偿款额”限制条款为例，涉华投资仲裁庭适用有效解释原则的路径已初步呈现（图 1）。需要承认的是，囿于涉华投资仲裁案件数量的有限性、适用条款类型的单一性，下图只是对涉华投资仲裁庭适用有效解释原则的一个粗略概括，对于有效解释原则在更广泛的领域中的适用，仍需进一步研究。与此同时，更应当感到欣喜的是，中国案件的相似性与单一性恰恰为层层剥离事实差异、抽丝剥茧地探索有效解释原则的本质提供了难得的机会。

---

on Award, 12 February, 2015, para 130-140.

[8] Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of June 27, 1990, para 84.

[9] China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, UNCITRAL, PCA, Award, 30 June 2017. para 441-454.

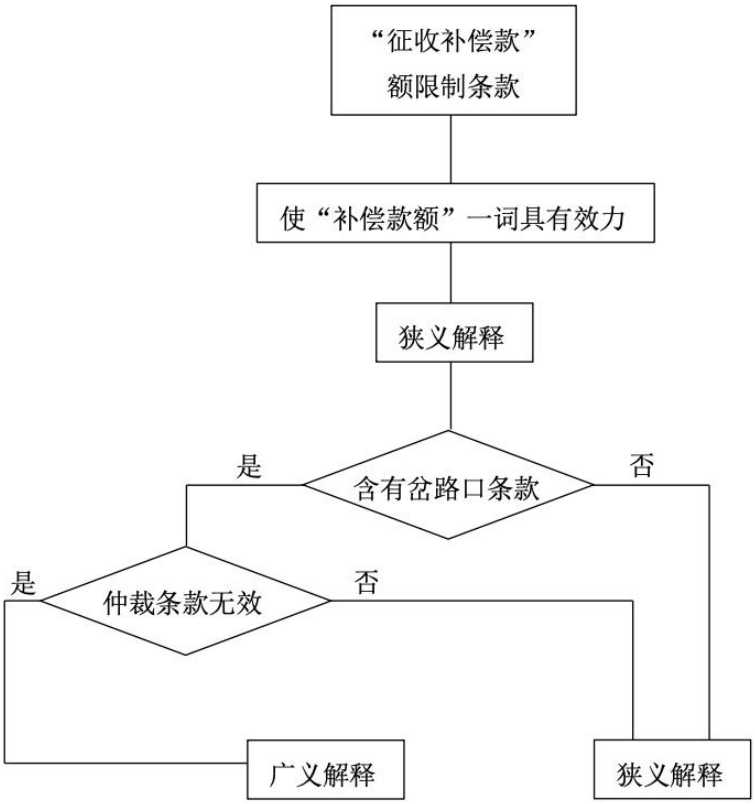


图 1　“征收补偿款额”限制条款适用有效解释原则路径图

有效解释原则的适用是在两种预设的解释结果中做出选择，而非提供一种独立的解释结果。狭义解释结果可以满足“使‘征收补偿款额’一词具有效力”的积极要求，在不含有岔路口条款的案件中，狭义解释结果将被直接采纳。在含有岔路口条款的案件中，如果仲裁庭认为狭义解释结果还可以同时满足“不导致仲裁条款无效”的消极要求，那么狭义解释结果便可以被采纳；反之，将转向广义解释结果。可以发现，在这一过程中，在以“导致仲裁条款无效”这一理由排除狭义解释结果而采用广义解释结果时，仲裁庭并不会再去验证广义解释结果是否会使得“补偿款额”一词失去效力；而在以“导致‘补偿款额’一词失去效力”为理由排除广义解释结果后，仲裁庭仍会对狭义解释结果是否会使得仲裁条款失去效力进行检验。这反映出涉华投资仲裁庭对有效解释原则的不同理解。一方面体现在保障单个术语的有效性与保障条约整体的有效性之间的不同侧重；另一方面体现在判断有效性时采用的不同标准。

由此，面对涉华投资仲裁庭在同类案件中适用有效解释原则的不同结果，更加抽象与更具一般性的问题跃然纸上：有效解释原则中的有效性要求。事实上，正是对该问题的不同理解导致了实践中对有效解释原则的不同适用。

2.仲裁庭对“有效性”要求的不同理解

世能公司诉老挝案是已知的第一个明确阐释有效解释原则内容的涉华投资仲裁案件，该案仲裁庭指出，“有效解释原则要求对国际协定进行解释时，应使其具有最完整(fullest)的效

果和作用，并应与该术语的通常含义及文本的其他部分相一致，使文本的每一部分都具有存在的原因和意义”[10]。为了进一步说明如何适用有效解释原则，世能公司诉老挝案援引了AAPL 诉斯里兰卡案对该原则的归纳，即“作为在所有法律制度中的一项解释原则，更好的措施必须是在解释有关条款时赋予其意义，而非使其毫无意义”。[11] 在随后的北京城建诉也门案中，仲裁庭沿用了世能公司诉老挝案对有效解释原则的上述阐释，在此基础上，北京城建诉也门案仲裁庭进一步指出，“导致投资者任何一种选择无效的解释都应当被避免”。[12]

上述两个案件在阐述有效解释原则时，使用了“最完整”这一表述，说明仲裁庭认为在适用该原则时，不仅仅要求条约解释达到不荒谬的程度即可，对条约的完整性也有较高的要求。有一些观点认为，追求条款的最大效用是对有效解释原则的误用，[6][10]这似乎与这两个案件对该原则的阐释存在冲突。但整体分析世能公司诉老挝案与北京城建诉也门案仲裁庭对有效解释原则的解释及后续说理，所谓“最完整的效果” 主要是追求条约的统一性和整体性，在具体适用中表现为避免使任一条款或术语失去意义，而非通过逐一比较，在众多赋予条款或术语特定意义的解释中选择能够使条约发挥最大效用的解释。这与前述观点并不存在本质冲突。

仅从表述而言，涉华投资仲裁庭对有效解释原则内涵的阐释虽然使用了不同的措辞，但不存在本质分歧。在适用有效解释原则时，要求对条约的解释在赋予特定条款或术语含义的同时，不得使其他条款失去效力。具言之，有效解释原则在涉华投资仲裁案件中的适用反映出该原则同时赋予条约解释以积极义务与消极义务。积极义务要求仲裁庭努力追求使每个术语与条款都能发挥效用的解释结果；消极义务要求仲裁庭避免作出使任意条款或术语失去效用的解释。其中，前者侧重行为，注重于对“有效果”或“有意义”的倾向与追求，至于要达到何种效果或意义，并没有要求。反之，后者注重结果，一旦出现使任何条款或术语失效的情况，便会被认定为违反有效解释原则。相较而言，“避免失效”比“有意义”表述更清晰、操作更容易。或许正是基于此，所有涉华投资仲裁庭在适用有效解释原则时，都以某一解释结果会导致特定术语或条款失去效力为由，排除该解释转而采用另一种解释，而非花笔墨论证被采用的解释能够赋予条约何种意义或效果。

然而，表述层面的共性并没有引出有效解释原则在适用过程中的一致性。“使条约的每一个条款或术语都能有意义”是有效解释原则的一个核心要求，在多个适用有效解释原则的涉华投资仲裁案件中都有相似表述。[13] 但是，至于何为有效或有意义，在理论与实践层面

---

[10] Sanum Investments Limited. v. The Government of the Lao People’s Democratic Republic, PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, December 13, 2013, para.333.

[11] Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of June 27, 1990, para 40.

[12] Beijing Urban Construction Group Co. Ltd v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, May 31, 2017, para 72.

[13] 除了前述世能诉老挝案与北京城建诉也门案，在北京爱德威通亮技术诉加纳案中，仲裁庭在开始解释案涉条款之前便指出，“仲裁庭应当努力使每一个被解释的术语都有意义”, 前注 5, para 148; 在新加坡亚化集团诉中国案中，仲裁庭指出“‘补偿款额’这一限制性术语在解释条约时必须被赋予有效的含义”，AsiaPhos Limited and Norwest Chemicals Pte Limited v. China, ICSID Case No. ADM/21/1, para 84.

都尚未形成统一的标准。在北京首钢诉蒙古案中，仲裁庭虽然没有直接解释有效解释原则的内涵，但用到了一些更为具体的标准来体现“有效”，诸如“实践意义（practical meaning）”[14]，“法律效果（legal effect）”[15],“有意义的机会（meaningful opportunity）”[16]等表述。可见，该案仲裁庭适用有效解释原则不仅要求条约解释赋予相关条款在理论上的有效性，还应在实践中具有可行性。需要指出的是，该案仲裁庭适用有效解释原则时，对于上述标准的运用并非为了直接赋予待解释条款一个明确的含义，而是为了检验两种可能的解释结果是否会使其他条款失效。

3.仲裁庭对有效解释原则与解释通则适用关系的不同认定

通过从微观层面聚焦有效解释原则与每一个解释通则的互动过程可以发现，在涉华投资仲裁案件中，在某些情况下，有效解释原则的适用似乎被包含于其他解释通则的适用过程之中。最为典型的例子是在北京爱德威通亮技术公司诉加纳案中，在解释中国-加纳 BIT 第 10（1）条时，仲裁庭运用有效解释原则进行说理的内容至于“通常含义”这一大标题下，[17]表明该案仲裁庭认为，对条约的通常含义解释本身就包含着有效解释。再如，在新加坡亚化集团诉中国案中，仲裁庭直接指出，“依据 VCLT 第 31（1）条，在解释条约时‘补偿款额’这一限制性术语必须被赋予有效的含义”[18]，这说明该案仲裁庭也认为有效解释原则被包含于 VCLT 第 31（1）条之中。其他案件虽然没有在形式上如此明确地体现有效解释原则与解释通则之间的适用关系，但通过对条约解释内容的分析，对有效解释原则的适用也被包含于通常含义解释、上下文解释、目的与宗旨解释之中。

然而，从较为宏观的层面在整个条约解释过程中考察有效解释原则的适用，将有效解释原则在涉华投资仲裁案件中与其他解释通则的适用关系简单地概括为“有效解释原则包含于 VCLT 第 31 条的解释通则之中”是不准确的。

一方面，从适用位阶来看，有效解释原则与其他解释通则不存在适用上的先后顺序，对有效解释原则的适用可能贯穿于解释通则适用的全过程。在北京爱德威通亮技术诉加纳案中，仲裁庭在对争议条款进行分析之前，首先罗列了其在解释条约时将遵循的五条指导思想。[19]第四条指导思想是对 VCLT 第 31 条解释通则的阐释，指明解释通则各要素之间不存在适用

---

[14] China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, PCA, Award, 30 June 2017.para 447.

[15] 前注 para 448.

[16] 前注 para 450.

[17] 前注 5, para 167.

[18] 前注 5, para 84.

[19] 这五条指导思想分别是：第一，作为国际法层面的协定，条约的条款被赋予的意义必须独立于任何缔约方的国内法体系。因此，无论条款中的“缔约方”意指中国还是加纳，解释的结果都必须相同；第二，“通常意义”必须是在缔结条约时赋予这些术语的意义；第三，仲裁庭应当努力使每一个被解释的术语都有意义；第四，VCLT 第 31 条有四个与条约解释相关的因素，分别是“善意”、“通常含义”、“上下文”、“目的与宗旨”。虽然识别术语的通常含义往往被视为解释条约的起点，但这并不意味着通常含义解释优先于其他三个要素。依据 VCLT 第 31 条进行解释是一个渐进的循环往复的过程（a process of progressive encirclement），各解释要素平等地发挥作用，且需要被综合考虑；第五，投资条约仲裁庭没有义务接受先前投资条约仲裁庭的裁决，即使它们已经就类似事项作出裁决。前注 5，para 145-150.

上的位阶顺序。有效解释原则作为第三条指导思想被单独罗列。这似乎在某种程度上体现出仲裁庭将有效解释原则作为与解释通则相并列的独立解释原则进行适用的立场。或者至少说明该案仲裁庭认为有效解释原则的地位不仅仅是被包含于其他解释通则之中，该原则对于该案的重要性达到了需要单独罗列强调的程度。在新加坡亚化集团诉中国案与北京城建诉也门案中，有效解释原则贯穿整个条约解释过程，既体现在通常含义解释之中，也体现在上下文解释和目的与宗旨解释之中。

另一方面，从有效解释原则在条约解释中发挥的实际效果来看，有效解释原则的作用主要是检验其他解释通则是否被正确适用。在进行通常含义解释时，有效解释原则并不能直接赋予待解释条款一个明确的含义，而是通过检验可能的解释结果是否使得每一个术语都有意义，来排除不符合要求的结果，从而得出正确的结论。例如，在北京爱德威通亮技术公司诉加纳案中，仲裁庭认为，按照广义解释的结果，“与征收有关(concerning expropriation)”和“与征收补偿款额有关(concerning the amount of compensation)”将具有相同的含义与范围，那么“款额 (the amount of)”一词将变得毫无意，这违背了条约解释的有效性原则。[20] 同理，在上下文解释和目的与宗旨解释中，对有效解释原则的适用并非从正面直接体现文本一致性或目标统一性，而是从检验的角度，考察目标解释结果是否会使得其他术语或条款失去效果、是否违背条约的目的与宗旨。从检验的角度讲，不违背有效解释原则是符合其他解释通则的一个必要不充分条件，这并不能说明有效解释原则被包含于其他解释通则之中。

三、正本清源：有效解释原则回溯

（一）理论溯源

完整而系统的条约解释规则的初步形成可追溯至格劳秀斯的《战争与国际法》，其“论解释”一章通过引述古罗马的经典文献较为系统地介绍了条约解释理论其关于依据效果而进行推断的论述可视为有效解释原则的萌芽。该书指出，“对于模棱两可的用语，应倾向于接受其没有瑕疵的含义”。[21]VCLT 诞生以前，对有效解释原则的研究散见于瓦特尔、劳特派特、菲茨莫里斯等学者的著述。瓦特尔认为，对条约文件的解释旨在使其有效而非无效，即“不可采纳使得文件无效之解释”。[22]劳特派特引用古罗马法谚“与其毁物不如使之有用”强调了有效解释原则在实践中的意义。[23]菲茨莫里斯在前述基础上将条约的目的与宗旨也纳入对有效解释原则的考量，他认为有效解释原则首先应当遵循条约缔结时的目的和宗旨，使条约产生其既定效果并充分有效，并应当兼顾条约中特别条款与条约整体的一致有效性。[24]这一时期

---

[20] 前注 5, para 167.

[21] [荷]格劳秀斯著. 战争与和平法（第二卷）[M]. [美]弗朗西斯 W.凯尔西等英译，马呈元、谭瑞译，中国政法大学出版社，2016.

[22] E.de.Vattel. The law of Nations or the Principles of Natural Law: Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns, Translation of Edition of 1758, Published by the Carnegie Institution of Washington, 1916, Geneva: Slatkine Reprints- Henry Dunant Institute, 1983.

[23] Hersch Lauterpacht. Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties, The British Yearbook of International Law, 1949.

[24] Fitzmaurice, Gerald. The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-1954: Treaty

由于尚未形成成文的条约解释规则，对有效解释原则的研究主要集中于其内涵及适用情形的界定方面。

随着 VCLT 的签订与生效，其第 31 条所列明的条约解释规则被广泛应用于国际争端解决实践中，第 31 条所载的通常含义解释、上下文解释、目的与宗旨解释及善意解释规则也被接受为条约解释的通则。但有效解释原则并没有被写入 VCLT 中，对于该原则地位形成了不同的观点。现有研究在阐释有效解释原则的地位时，主要涉及两个方面：一是该原则的习惯国际法地位；二是该原则与 VCLT 第 31 条所列条约解释通则的关系。对于有效解释原则的习惯国际法地位，承认与不承认的观点并行。承认的观点认为，有效解释原则隐含于 VCLT 第 31 条所列的善意解释或目的解释之中，由于 VCLT 被接受为习惯国际法，所以有效解释原则也间接具有习惯国际法地位。[25]相反，不承认的观点认为有效解释原则在国家实践与法律确信方面都没有达到成为习惯国际法的要求，否认有效解释原则的习惯国际法地位。[26]相应地，对于有效解释原则与解释通则的关系，可概括为包含说与独立说两类，分别认为有效解释原则包含于解释通则中的目的解释或善意解释之中，[27]或有效解释原则独立于解释通则。[28]此外，一些系统针对条约解释所作的研究在阐释条约解释的基本理论、[29]比较研究、[30]演化实践[31]时会涉及或涵盖有效解释原则。在有效解释原则的实践研究方面，一些分别针对世界贸易组织（WTO）及国际法院（ICJ）等国际争端解决机构在条约解释实践方面的研究也会涉及有效解释原则。ICJ 通常会将有效解释原则与条约的目的和宗旨解释联系在一起，[32]但尚未对有效解释原则作出前后一致的、完整清晰的表述。[33] WTO 上诉机构对有效解释原则的运用发挥着不同的功能，[34]包括但不限于解释条约用语的含义、纠正条约解释结果、考察条约术语的有效性。[35]在国际投资仲裁实践中，对有效解释原则的明确适用仅限于对双边投资协定本身的解释，对于国家单方面声明或具有这一性质的国内法的适用，尚无一贯的做法。

Interpretation and Other Treaty Points, Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

[25] International Law Commission Commentary on the Draft Vienna Convention, Yearbook of the International Law Commission, ILC Commentary, vol. II, 1996.

[26] 张乃根：《条约解释的国际法（上下册）》，上海人民出版社，2019.

[27] 前注 25.

[28] Isabelle Van Damme. Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, The European Journal of International Law, 2010, 21(3):628-629.

[29] Richard Gardiner. Treaty Interpretation, Oxford University Press, 2010; Ulf Linderfalk. On the Interpretation of Treaties: The Modern Interpretation Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Springer, 2007; Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias and Panos Merkouris. Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

[30] 杨泽伟：《国内法与国际法解释之比较研究》，载《法律科学》，1996(5):27-33.

[31] 吴卡：《国际条约演化解释理论与实践》，法律出版社，2016.

[32] 张生：《国际投资仲裁条约解释研究》，法律出版社，2016；Hugh Thirlway, The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Supplement. British Yearbook of International Law, 2012.

[33] 张乃根：《ICSID 仲裁中的有效解释原则：溯源、适用及其略比》，载《武大国际法评论》，2017(1):103-118.

[34] 张东平：《WTO 争端解决中的条约解释研究》，厦门大学出版，2003；尹德永：《试论 WTO 争端解决机构的法律解释权》，载《河北法学》, 2004(4):24-28；翁国民，蒋奋：《论 WTO 规则的法律解释方法——兼谈国际条约法的解释理论在 WTO 争端解决机制中的运用》，载《当代法学》, 2004(5):132-140.

[35] Isabelle Van Damme. Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, The European Journal of International Law, 2010, 21(3):628-629.

[36]甚至有一些仲裁庭在实践中会明确拒绝适用有效解释原则。[37]关于有效解释原则的研究有着久远而丰富的理论与实践基础，但尚存在诸多分歧之处。

（二）实践溯源

无法被准确界定是有效解释原则的一个内在特点，任何理论上的界定都不能准确反映该原则在平衡条约价值和目的中的作用。[38]对有效解释原则的考察需结合具体的条约实践进行分析。表 3 整理了早期 ICJ 及 PCIJ 判例[39]中对有效解释原则的具体表述，部分列举了实践中阐释有效解释原则时使用的措辞，并将其分为积极表述与消极表述两类。积极表述强调在解释条约时对“有效结果”的追求，消极表述强调在解释条约时对“无效结果”的避免。

表 3 判例对有效解释原则的表述

	案例	相关表述
积极表述	和平条约解释案咨询意见	“与其毁物不如使之有用”（ut res magis valest quam pereat）
	联合国求偿权案	“给予其有效行使这些职责的权限”
	洛桑条约解释案咨询意见	对国联公约有关行政院的职权应作“实际上”（in effect）有决定权的解释
	上萨瓦的自由区案	应以“使得这些条款本身具有适当效果的方式加以解读”
消极表述	科孚海峡案	“此类特别协定中的规定变得毫无目的或效果（effect），将抵触普遍接受的解释规则”
	安巴提罗斯案	拒绝“有悖于双方继续有意将所有分歧付诸不同方式仲裁”的解释结果
	领土争端案	“解释双边条约应避免使其无效果（ineffective）”

观察上表可以发现，在以往的判例中，涉及有效解释原则的各类表述并不能充分体现对最大限度有效性的追求。诚然，上表为不完全列举，无法避免遗漏其他可能的情况。但事实上，恰如笔者无法穷尽罗列所有可能的表述一般，在国际司法实践中，裁决者也无法穷尽罗列特定条约条款可能实现的所有效果，并对实现效果的程度大小进行比较从而选出最大程度的一项。因此，最大程度的有效性在实践中欠缺可操作性，不宜作为有效解释原则的内在要求。此外，追求最大程度的有效性易导致扩大解释，赋予有效解释过大的范围，国际法委员会（ILC）在起草 VCLT 草案时对有效解释原则的取舍过程便反映了这一顾虑。

有效解释原则虽然没有被明确写入 VCLT 中，但曾出现于起草 VCLT 的草案中，并引发了国际法委员会的分析讨论。通过考察有效解释原则在 VCLT 草案中的短暂存在以及 ILC 对该原则的取舍过程，可以对界定该原则提供参考。在起草 VCLT 第四任特别报告员沃尔多

---

[36] 前注 33.

[37] SGS v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, para. 115-116.

[38] Isabella Van Damme, Treaty Interpretation By the WTO Appellate Body, Oxford University Press, 2009.

[39] Interpretation of Peace Treaty (second phase), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949; Of the treaty of Lausanne, PCIJ Collection of Advisory Opinions, Series B. No.12, November 21. 1925; Free Zones of Upper Savoy and the Districtof Gex, Order of 19 August 1929, P.C.J., Series A. No. 22; Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949; Ambatielos case (jurisdiction), I.C.J. Reports 1952; Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994.

克（Waldock）的第三份报告中，有效解释原则被列为第 72 条“术语的有效解释”，紧承第 70 条“通则”与第 71 条“通则的适用”之后。具体规定为：“在适用第 70 条和第 71 条时，条约术语的解释应赋予其最充分的考虑及有效的一致性：(a)该术语的自然的、通常的含义和条约其他属于的含义；(b)该条约的目的及宗旨。”[40]虽然在沃尔多克的报告中有效解释原则被列为 VCLT 草案第 72 条，但沃尔多克本人曾对是否要在草案中纳入有效解释原则表示怀疑。一方面，他担心如果纳入有效解释原则，将引起“有效解释”与“扩大解释”或“目的解释”等同或混淆，并赋予有效解释过大的范围；另一方面，他认为有效解释原则或许已经被包含于善意解释原则之中，无须对其另行规定。[55]国际法委员会在讨论第 72 条草案时，肯定了沃尔多克的怀疑，认为条约解释的通则本身已经包含了有效解释原则，并且担心将该原则列入草案可能引发对条约进行过于宽泛解释的风险，[41]有违 ILC 严格解释约文的立场。因此，ILC 在最终的文本中删除了第 72 条。

四、有效解释原则重塑

（一）对有效解释原则未纳入 VCLT 第 31 条解释通则的再思考

报告员沃尔多克及 ILC 在 VCLT 的最终版本中舍弃有效解释原则主要基于两方面的考虑：其一，纳入有效解释可能引发将“有效”与“扩大”混同的倾向，从而导致扩大解释的不利后果；其二，对有效解释的正确理解已经隐含于善意解释或目的解释之中。这样的考虑不无道理，但是因此而舍弃有效解释的做法存在过于保守之嫌。

1.有效解释与扩大解释之间有清晰的界限

深入分析以往判例对有效解释原则的适用，可以发现有效解释与扩大解释之间有清晰的界限。诚然，当国际法庭或仲裁庭在其判例中援引有效解释原则时，通常是为了驳回一个当事方提出的限制性解释。但这是由于被驳回的限制性解释会背离或在很大程度上违背缔约方的意图，或者不符合条款的通常含义。被法庭采用的解释是对条款术语通常含义的应用，而不是延伸或扩大。例如，常设国际法院在关于获得波兰国籍的请求意见案中，驳回限制性解释的理由是“如果不是这样，条约的价值和适用范围将会大打折扣”。[42]此外，在科孚海峡案中，ICJ 在解释一项特别协定时说:“承认在一项特别协定中出现的这类条款没有意义或效果确实不符合公认的解释规则。”[43]应当明确，有效解释原则并不要求解释结果使条约文本在其包含的语意范围内发挥最大效力，而是在其所具有的通常含义的语意范围内，发挥能够符合缔约方共同意图的最大效力。

---

[40] Third Report by Humphrey Waldock, A/CN.4/167, p.53.

[41] 时任 ILC 主席罗伯特·阿果（Robert Ago）教授认为：“第 72 条表述的规则会导致宽泛的解释……尽管第 72 条以谨慎的方式起草，但是不可避免地最终肯定宽泛的解释”Summary Records of the Sixteen Sessions, 11 May-24 June 1964, A/CN.A/SER.A/1964, Yearbook of the International Law Commission 1964 Volume I, p. 290. paras. 101-102.

[42] Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1966(2):219.

[43] Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1952.

2.善意解释或目的解释无法完全涵盖有效解释

对于有效解释隐含于善意解释或目的解释之中的观点，即使成立，也存在明显弊端。其一，该观点忽视了有效解释原则区别于目的解释的特殊作用。并非所有的条约都会明确列举缔约方签订条约时的目的与宗旨，对于目的不明确或有争议的条约，需要通过条约明确使用的术语和文本来推测条约暗含的目的。而对文本含义的确定可以通过有效解释的方式获得。在此种情形可以发现，一方面，在目的解释难以进行时，有效解释仍然可以发挥价值，并不会随着目的解释的瘫痪而瘫痪；另一方面，有效解释成为了确定条约目的的一种手段或一个环节，如果一定要认定一种包含关系，在此情形下，更接近于目的解释被包含于有效解释之中。从任意一个角度讲，认为有效解释被包含于目的解释中的观点，都无法还原有效解释的重要作用。其二，结合特别报告员和 ILC 的第一点担忧，这样的立场含有潜在的扩大目的解释的风险。如果说有效解释原则有导向扩大解释的风险，正确的做法应当是对有效解释原则的适用作出明确的规定与限制，而非将其纳入其他通则之中。有效解释导向扩大解释的风险并不会因为其被包含于目的解释与善意解释之中而消除或减少，相反，风险不仅会一直存在，还会因为被纳入其他通则而延伸至其他通则中去。

（二）对有效解释原则所要求的“有效性”内涵的明确

应当明确，有效解释原则并不要求赋予条约条款最大的效力（图 2 点 B 处），更不是超越条约文本本身的效力。如若要对有效解释原则中条约有效性的程度进行划分，不超出条约文本本身所具有的效力范围或许较为妥当（图 2 线段 AB 之间）。

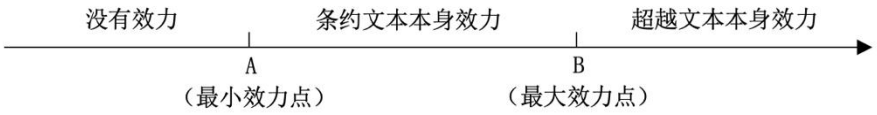


图 2 条约的效力

基于前文的讨论，虽然难以对有效解释原则作出权威定义，但可以归纳出有效解释原则的核心要求：对条约的解释应赋予条约文本每一部分以意义与效力；在赋予特定条款或术语效力时应避免使其他条款或术语失去效力；赋予条约条款的效力不得超出条约文本本身的效力；赋予条约条款的效力应当符合条约的目的与宗旨。

需要指出的是，有效解释原则与其他解释通则之间存在着互动关系，因而上述要求并非有效解释原则所独有的，利用文本解释或目的解释等其他解释方法或原则也可以满足上述要求。因此，即使一些案件在条约解释部分没有明显的痕迹表明其采用了有效解释原则，但实质上也可能体现了有效解释原则的要求，可以视为对有效解释原则的适用。不可否认，对此类案件的研究将对研究有效解释原则提供更加完整的视角，但考虑到有效解释原则在此类案件中对于推导得出解释结果的作用微乎其微，对裁决结果不会产生实质影响，且在研究方法与具体操作层面存在较大难度，因而此类观点及案件不属于本文的讨论范围。

五、结语

本文在国际投资仲裁合法性危机背景下，以中国投资仲裁条款解释分歧为切入点，探索有效解释原则的适用与仲裁庭裁决不一致之间的内在联系，并试图通过重塑有效解释原则，从条约解释的视角为缓解裁决不一致问题提供思路。

有效解释原则的理论内涵亟待发展，已有的理论在有效解释原则的界定方面存在分歧，对何为“有效”及应当达到何种程度的有效性没有形成明确统一的观点；在有效解释原则与条约解释通则的关系认定方面存在误区，将有效解释原则错误地理解为包含于其他解释通则之中，没有正确认识到有效解释原则的重要意义与独立价值。这为有效解释原则在实践中的不一致适用埋下了隐患。

诚然，有效解释原则在实践中并不具有完全独立性，其适用在很大程度上与解释通则密切相关，但对解释通则的理论阐释并不能替代对有效解释原则的理论阐释。倘若解释通则可以完全涵盖有效解释原则，那么随着实践的演进，有效解释原则将失去存在的必要性，继而消失在历史中。然而，一些涉华投资仲裁庭正是在解释通则束手无策的情形之下引入有效解释原则，有效解释原则的存在必要且重要。缺乏对有效解释原则独立且系统的阐释是有效解释原则适用不确定性的重要原因之一，也是仲裁庭对有效解释原则不当适用的原因之一。因此，需要对有效解释原则的内涵、适用条件、与解释通则的适用关系等要素形成更加清晰统一的理论共识与实践指引。

长远来看，有效解释原则这一发端久远但至今依旧沿用的国际法原则在投资争端解决机制中发挥着重要作用，与我国国家利益和海外投资者利益息息相关。作为投资争端解决机制变革推动者，中国应当深谋远虑，努力为完善国际法理论贡献中国智慧，从理论与实践多维度深入参与全球治理。

论国际投资仲裁中的异议意见制度

傅攀峰*

摘　要：与国际商事仲裁对异议意见制度的集体沉默不同，以《华盛顿公约》为中心的国际投资仲裁体系一开始便从规则层面引入了异议意见制度。这种原始引入主要是基于以下先验判断：作为言论自由的一种表达，异议意见能够促使持多数意见的仲裁员以更负责任的态度裁案，进而有利于优质裁决的产生；有助于提升当事人对仲裁程序的信任；有助于促进国际投资法的发展。然而，实践中，几乎所有异议意见都来自败诉方委任的仲裁员。国际投资仲裁的多年实践，并未印证异议意见制度引入国际投资仲裁的先验判断。从成因上看，联裁委任机制的道德风险是造成此种现象的首要原因。然而，废除联裁委任机制不仅无法根除裁判者的偏见，反而会动摇仲裁的合法性根基，导致国际投资争端解决机构日益官僚化。废除异议意见制度，又过于极端，且须在全球范围内就《华盛顿公约》等一系列国际法律文件的修订达成共识，难度较大。为缓解异议意见制度在国际投资仲裁中的实践困境：一是要强化仲裁员的责任意识，使其慎于发表异议意见；二是要引入首席裁决机制，在两名联裁产生重大分歧之时，允许首裁根据自己的意见独立作出裁决，不必被迫“站队”；三是要在标的额相对较小、争议内容相对简单的案件中，大力倡导独任仲裁庭的运用。

关键词：国际投资仲裁　异议意见　联席仲裁员　仲裁员责任　委任机制

过去 10 多年，国际投资仲裁合法性危机从理论批判迅速向现实变革推进。[①]在以欧盟为首的国际力量的推动下，仲裁在国际投资争端解决中的角色意义正在下降，代之的是对国际投资法庭的追捧。[②]在这场危机中，学者们经常将批判的矛头指向投资仲裁庭或仲裁员，认为其存在过分偏向于维护投资者利益的倾向，[③]且一定程度上应为国际投资仲裁裁决不一致问题负责。[④]此类批评能否成立，仍有争议。但难以否认却又能够给投资仲裁庭或仲裁员的工作提出严肃质疑的是，异议意见制度在国际投资仲裁实践中发生了严重扭曲。因为考察所有国际投资仲裁案件，可以发现，几乎所有异议意见都来自败诉方委任的仲裁员。荷兰仲

* 傅攀峰，中国社会科学院国际法研究所副研究员。本文所引用网络资源的最后访问时间均为 2024 年 5 月 20 日。

① 弗兰克（Susan Franck）教授早在 2005 年就系统阐述了国际投资仲裁合法性危机，强调对政府公共利益以及裁决一致性的关切，并提出设立上诉机构的设想。See Susan Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, (2005) 4 *Fordham Law Review* 1521, p. 1521.

② 参见叶斌：《〈欧盟与加拿大全面经济贸易协定〉对投资者诉国家争端解决机制的司法化》，载《国际法研究》2017 年第 6 期，第 115—126 页。

③ 参见刘笋：《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》，载《法学研究》2008 年第 6 期，第 145 页。

④ 参见刘笋：《国际投资仲裁裁决的不一致性问题及其解决》，载《法商研究》2009 年第 6 期，第 142 页。

裁法学家范登伯格（Albert J. van den Berg）早在 10 多年前即已观察到这一现象。[①]作为深度参与国际投资仲裁的仲裁员，范登伯格不仅对国际投资仲裁实践拥有可靠的感性认识，而且通过对其搜集到的 1983—2008 年[②]出现异议意见的国际投资仲裁裁决的统计，揭示了前述现象，并对其作了深入分析。如今，10 多年已经过去，而在此期间，国际投资仲裁虽饱受批评，但案件数量却迎来史无前例的高速增长。遗憾的是，范登伯格 10 多年前所观察到的现象仍在延续。对于该现象，国外学者虽已有所研究，[③]国内学者却尚未关注。鉴于此，本文尝试对国际投资仲裁中的异议意见制度作一初步探析，考察将其引入国际投资仲裁中的考量因素，揭示其实践困境，探究其背后成因，并思考其破局之路。

一　异议意见制度引入国际投资仲裁之考量

异议意见是指，少数裁判者表达的不同意构成裁判基础的多数意见（majority opinion）的反对意见。虽然异议意见无法构成裁判的依据，但往往与多数意见同时发布，能够在法律层面或社会层面产生一定影响。[④]从比较法的角度看，异议意见制度源自普通法系，在当今普通法国家或地区的司法实践中被广泛运用。[⑤]大陆法系并没有异议意见制度的传统。[⑥]

就国际商事仲裁而言，代表全球广泛共识的《联合国国际商事仲裁示范法》（下文简称《示范法》）要求裁决书原则上附具裁决理由，但对异议意见只字未提。仲裁规则方面，除《荷兰仲裁院仲裁规则》与《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》有所规定外，[⑦]诸如国际商会国际仲裁院（下文简称 ICC 国际仲裁院）、伦敦国际仲裁院（下文简称 LCIA）、斯德哥尔摩商会仲裁院等主流国际商事仲裁机构的仲裁规则均未提及异议意见。[⑧]广泛适用

---

① See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnoush Arsanjani *et al*. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), pp. 821-843.

② 1983 年的 *Klockner v. Cameroun* 案是首次出现异议意见的投资仲裁案件。

③ See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnoush Arsanjani *et al*. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), pp. 821-843; Catherine Titi, “Investment Arbitration and the Controverted Right of the Arbitrator to Issue a Separate or Dissenting Opinion”, (2018) 17 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 197, pp. 197-216.

④ 异议意见无法构成具有约束力的判例（precedent），但可能对今后相关司法案件具有参考意义。如果异议意见被后一法院（层级高于原法院）采纳并据此作出判决，则其借此将转化为真正的判例。

⑤ 美国最高法院将异议意见制度运用到极致。据美国学者统计，在 1789—1928 年，美国最高法院所作出的判决 15%都出现了异议，而在 1930—1957 年，这一数据翻了将近 3 倍，占美国最高法院判决的 42%。随着历史的发展，美国法院对法官发表单独意见开始持欢迎的态度，许多法官在决定是否发表异议意见之时不再如以前那样犹豫不决。美国最高法院金斯伯格大法官（Justice Ruth Bader Ginsburg）更是以善于并敢于发表异议意见而著称。See Iman Zekri, “Respectfully Dissenting: How Dissenting Opinions Shape the Law and Impact Collegiality Among Judges”, (2020) *Florida Bar Journal*, https://www.floridabar.org/the-florida-bar-journal/respectfully-dissenting-how-dissenting-opinions-shape-the-law-and-impact-collegiality-among-judges/.

⑥ See John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (Stanford University Press, 2007), p. 122.

⑦ 参见《荷兰仲裁院仲裁规则（2015 年）》第 43 条、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2015 年）》第 49 条。

⑧ 斯德哥尔摩商会仲裁院是除国际投资争端解决中心（下文简称 ICSID）之外受理国际投资争端最多的仲裁机构。该机构 1999 年版的仲裁规则曾明确规定仲裁员可以在仲裁裁决上附上自己的异议意见，但该规定

于临时仲裁的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（下文简称《UNCITRAL 仲裁规则》）也未对异议意见作出规定。[①]当然，这种对异议意见的集体沉默，并不代表仲裁员不可以在国际商事仲裁中发表不同于仲裁庭多数意见的看法。事实上，在 ICC 国际仲裁院的仲裁实践中，仲裁员发表异议意见的情况时常出现。[②]对此，ICC 国际仲裁院曾在 20 世纪 80 年代组织各国仲裁法专家研究异议意见在 ICC 国际仲裁院仲裁中的合理性。专家们达成的共识是，在 ICC 国际仲裁院的仲裁中压制异议意见既不现实也不值得追求。少数观点认为，ICC 国际仲裁院应当尽可能地弱化异议意见的角色。主流观点则认为，ICC 国际仲裁院既不应该鼓励，也不应该压制异议意见的发表。[③]当然，本文聚焦的是国际投资仲裁中的异议意见，无意于深入探究其在国际商事仲裁中的情况，原因有二。其一，国际商事仲裁奉行严格的保密原则，仲裁裁决基本上不对外公开，故难以统计分析异议意见在国际商事仲裁中的情况。而在国际投资仲裁中，仲裁裁决基本上都对外公开，对异议意见在国际投资仲裁中的情况作可靠的统计分析，具有可行性。其二，国际商事仲裁涉及的是私人之间的商事纠纷，案件数量庞杂且分散，而国际投资仲裁的案件数量少而集中。而且，由于后者往往涉及主权国家的重大利益，在案件的受关注度与社会影响力方面，国际商事仲裁难以与之相比。在中国政府与中国企业日益以当事人的身份参与国际投资仲裁的当下，集中考察异议意见在国际投资仲裁中的情况，尤其具有现实意义。

与国际商事仲裁不同的是，以《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（下文简称《华盛顿公约》）为中心的国际投资仲裁明确支持异议意见制度。《华盛顿公约》第 48 条第 4 款规定，仲裁庭的任何成员不论其是否同意仲裁庭的多数意见，都可以将个人意见附在裁决书上，或者可以附上自己的异议意见。而且，《华盛顿公约》体系下的《ICSID 仲裁规则》[④]以及《ICSID 附加便利规则》[⑤]重申了这一点。

相比于具有久远历史的国际商事仲裁，国际投资仲裁在 20 世纪六七十年代才正式登上历史舞台，距今不过 50 多年。当初，投资条约缔结者与投资仲裁规则制定者将异议意见制度引入国际投资仲裁时，投资仲裁案件尚未出现。ICSID 直到 1972 年才受理第一起国际投资仲裁案件。而且，在随后的 20 年里，ICSID 年均受案量不到 2 起。[⑥]国际投资仲裁真正繁荣发展起来，不过是近 30 年的事。由此可见，异议意见制度一开始便从规则层面引入国际

在其 2007 年版的仲裁规则中被删除。

① See Inan Uluc, Kristi R. Sutton, "Without Silence, There Is No Golden Rule; Without Dissent, There Is No Progress", (2018) 20 *Oregon Review of International Law* 219, pp. 235-236.

② 例如，在 ICC 国际仲裁院近年受理的 *Damietta International Port Company (DIPCO) v. Damietta Port Authority* 案中，联裁瑞亚德（Tarek Riad）发表了不同意其他仲裁员对埃及法律作出的解释的异议意见。See "Port project award upheld in Egypt", 14 December 2020, GAR Report by Jack Ballantyne, https://globalarbitrationreview.com/public-policy/port-project-award-upheld-in-egypt.

③ See "Final Report on Dissenting and Separate Opinions", (1991) 2 (1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 32, https://jusmundi.com/en/document/publication/en-final-report-on-dissenting-and-separate-opinions.

④ 参见《ICSID 仲裁规则（2022）》第 59 条第 3 款。

⑤ 参见《ICSID 附加便利规则》第 52 条第 2 款。

⑥ See "The ICSID Caseload—Statistics (Issue 2024-1)", https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue%202024.pdf.

投资仲裁，是一种原始引入，而不是基于国际投资仲裁实践充分发展通过制度变革引入的。故最初将异议意见制度引入国际投资仲裁，必然是基于对其优点的先验判断，其不外乎以下4个方面。

第一，异议意见能够促使持多数意见的仲裁员以更负责任的态度裁案，进而有利于优质裁决的产生。对此，莫斯克（Richard Mosk）与金斯伯格（Tom Ginsburg）认为，异议意见所针对的往往是案件中最复杂且具有重大意义的问题，而异议仲裁员就相关问题以理性的态度清晰地表达自己的不同看法，能够引起持多数意见的仲裁员对这些问题的高度重视，促使其反复斟酌处理这些问题的裁判方法，进而作出1份具有较强说服力的裁决书。[①]这一判断存在一个重要的假定前提，即异议意见是仲裁庭在行使裁决权的过程中需要引起高度重视的非正常现象。而这项假定又以如下假定为前提，即基于仲裁庭一致意见的裁决比基于多数仲裁员意见或首席仲裁员单独意见的裁决更权威。只有在此前提上，异议意见才值得引起其他仲裁员重视，进而促使后者以更负责任的态度裁案。

第二，异议意见有助于提升当事人对仲裁程序的信任。莫斯克与金斯伯格还认为，无论是诉讼还是仲裁，裁判过程的合法性很大程度上取决于当事人的感知。而当事人对裁判过程合法性的感知，关键又在于当事人是否获得了公平对待。异议意见制度允许持少数意见一方郑重阐释其对案件相关问题的立场，即使这一立场最终未被仲裁庭采纳，至少可以使败诉当事人相信仲裁庭曾考虑过其他裁判选项，从而增强当事人对裁判过程合法性的感知，提高败诉当事人自愿履行仲裁裁决的可能性。[②]这一判断的假定前提是，每一名裁判者都是独立、公正的，能够不偏不倚地根据自己对案件具体问题的理解与判断发表意见。

第三，异议意见有助于促进国际投资法的发展。异议意见对于法律发展的意义，根植于普通法系将法律视为一种不断演进的规范的理念。作为普通法系的主要法律渊源，判例法的发展离不开司法裁判过程中不同意见的交锋与碰撞，经年累月淬炼出与社会发展相适应的不成文规则。虽然判例一般都是基于判决的多数意见而形成，但福莱加（Pedro Fraga）与萨姆拉（Harout Samra）[③]认为，异议意见不仅有助于成熟的多数意见发展成为经得起推敲的法律规则，其本身亦可能在一定的历史条件下，通过后案的援引转化为法律规则。这一判断并非毫无根据。以美国宪法发展为例，不少后来发展成为法律的规则最初都体现在美国司法判例的异议意见中。[④]美国最高法院哈兰（Harlan）大法官在1896年普莱西诉弗格森案（*Plessy v. Ferguson*）中就种族隔离问题发表的异议意见即为经典之例。虽然在半个多世纪里，哈兰大法官的异议意见未被认真对待，但在1954年著名的布朗诉托皮卡教育局案（*Brown v. Board*

---

① See Richard Mosk, Tom Ginsburg, "Dissenting Opinions in International Arbitration", in Matti Tupamäki (ed.), *Liber Amicorum Bengt Broms* (PMS Print Oy, 1999), p. 271.

② Richard Mosk, Tom Ginsburg, "Dissenting Opinions in International Arbitration", in Matti Tupamäki (ed.), *Liber Amicorum Bengt Broms* (PMS Print Oy, 1999), p. 272.

③ Pedro J. Martinez-Fraga, Harout Jack Samra, "A Defense of Dissents in Investment Arbitration", (2012) 43 *University of Miami Inter-American Law Review* 445, p. 475.

④ 美国最高法院著名大法官霍尔姆斯（Oliver Wendell Holmes）在多个案件中发表的异议意见最终奠定了当代美国言论自由与经济规制的基础。

of Education of Topeka）中却获得了重视。美国最高法院最终以 9:0 的一致意见表达了坚决反对种族隔离的立场，在整个美国历史上书写了浓墨重彩的一笔。在国际法领域，由于国际法很大程度上由习惯法构成，与判例法一样具有不断演进的特质，故而适合引入异议意见制度。异议意见在常设国际法院（Permanent Court of International Justice, 1922—1946 年）受理的案件中即已颇为常见。[①]安齐洛蒂（Dionisio Anzilotti）法官在德奥关税同盟案（*Austro-German Customs Union Case*）[②]中所表达的独立意见曾被誉为“对国际司法的永久价值作出了突出贡献”。[③]诸如国际法院、[④]国际海洋法法庭、[⑤]国际刑事法院、[⑥]欧洲人权法院[⑦]等重要的国际争端解决机构都引入了异议意见制度。

第四，异议意见制度是言论自由的逻辑延伸。言论自由作为一个政治概念，是指公民拥有通过各种媒体就社会生活中的各种问题表达思想观点的自由。早在 1789 年，法国《人权与公民权宣言》就将言论自由视为最重要的人权之一。这项自由目前被世界各国普遍接受，已经发展成为一项具有根本意义的宪法性自由，其重要性不言而喻。[⑧]在司法场景下，毋庸置疑的是，裁判者亦享有就案件发表个人意见的自由，这是言论自由的一种具体表达。其逻辑结果是，任何裁判者不可将其意见强加给其他裁判者，任何裁判者亦不应被迫接受其他裁判者的意见。正如索德兰（Christer Söderlund）所言：“发表异议意见的自由，源自仲裁员不受约束地表达自身观点且不被强迫接受其自身无法认可的特定观点的权利——这是一项不可分割的基本权利。”[⑨]

更进一步讲，作为言论自由的一种延伸，异议意见还能弥补裁决民主过程的缺失。在出现异议意见的情况下，裁判通常根据多数意见作出，这是民主的要求与体现。但多数意见并非必然正确且能经得起历史的考验。前述哈兰大法官就种族隔离问题发表的异议意见所针对的多数意见，即是典型。美国最高法院斯卡利亚大法官（Antonin Gregory Scalia）曾表示：“当历史证明美国最高法院的某项判决确实犯有可怕的错误时，回顾历史，如果我们发现曾有大法官当时清楚地看到危险的存在，并且基于担忧对此发出雄辩的声音，我们就会获得一些宽慰。”[⑩]可见，异议意见的发表，不仅是言论自由的一种表达，还能够在裁判有错的情况下，一定程度上挽回司法的尊严。

---

① See Edward Dumbauld, “Dissenting Opinions in International Adjudication”, (1942) 90 *University of Pennsylvania Law Review* 929, p. 945.
② See (1931) P.C.I.J., Ser. A/B, No. 41.
③ See Edward Dumbauld, “Dissenting Opinions in International Adjudication”, (1942) 90 *University of Pennsylvania Law Review* 929, p. 929.
④ 参见《国际法院规约》第 57 条。
⑤ 参见《国际海洋法法庭规约》第 30（3）条。
⑥ 参见《国际刑事法院罗马规约》第 83（4）条。
⑦ 参见《欧洲人权公约》第 45（2）条。
⑧ 言论自由也是中国宪法所明确规定的一项自由。《中华人民共和国宪法》第 35 条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”
⑨ See Christer Söderlund, “Dissenting Opinions and Why They Should be Tolerated”, 12 March 2019, https://journal.arbitration.ru/analytics/dissenting-opinions-and-why-they-should-be-tolerated/.
⑩ See Ruth Bader Ginsburg, “The Role of Dissenting Opinions”, (2010) 95 *Minnesota Law Review* 1, p. 5.

二　异议意见制度的实践困境：现象及成因

（一）困境的产生

在国际投资仲裁中，绝大多数案件都由 3 名仲裁员组成的仲裁庭（下文简称三人庭）审理。通常，2 名联席仲裁员（下文简称联裁）分别由投资者与东道国政府单方面委任；首席仲裁员（下文简称首裁）则由双方当事人共同委任。作为裁判者，仲裁员在裁判权的行使逻辑上，与法官具有相似性。正如法官的公正性是司法正义的活水之源，仲裁员的公正性对于仲裁正义的实现同样至关重要。[①]无论是首裁还是联裁，都必须独立、公正，同样遵守适用于裁判者的道德规范。据此，在异议意见制度的正常实践下，发表异议意见的仲裁员既可能是联裁，也可能是首裁。现实是，考察迄今为止所有国际投资仲裁案件，首裁发表异议意见的案件凤毛麟角；[②]而联裁发表异议意见的案件则比比皆是。[③]而且，在所有出现异议意见的案件中，发表异议意见的联裁几乎都是由不满裁决结果的一方当事人所委任。[④]以下是笔者随机搜集到的 2009 年至今出现异议意见的 21 起国际投资仲裁案件（见表 1）。在这些案件中，发表异议意见的仲裁员都是联裁，且其委任方都不是裁决结果的受益方。

表 1　2009—2021 年国际投资仲裁裁决异议意见情况不完全统计

年份	案名	异议仲裁员类型	异议仲裁员委任方	裁决结果受益方[⑤]	异议意见
2009	*Austrian Airlines v. Slovak*	联裁	投资者	东道国	布劳尔（Charles Brower）不同意多数意见对最惠国待遇原则的解释。
2009	*Hrvatska Elektroprivreda v. Slovenia*	联裁	东道国	投资者	波尔森（Jan Paulsson）认为，多数意见对涉案协议的解释方法过于激进，东道国不应承担对投资者的赔偿义务。

[①] 几乎所有仲裁法或仲裁规则都要求仲裁员须保持独立、公正。例如，《示范法》第 12 条明确要求仲裁员披露可能影响其独立性或公正性的任何情况，如果存在任何能够对仲裁员公正性或独立性提出质疑的情况，当事人可以提出要求其予以回避的申请。《中华人民共和国仲裁法》（下文简称《中国仲裁法》）第 34 条规定了当事人有权申请仲裁员回避的 4 类情形，这些情形都指向仲裁员的公正性。

[②] 笔者目前发现的唯一案例是 2004 年的 *Tokios Tokelés v. Ukraine* 案（ICSID Case No. ARB/02/18）。该案中，首席仲裁员维尔（Prosper Weil）认为仲裁庭的管辖权无法成立，但无法说服 2 位联裁。基于 2 位联裁的多数意见形成的仲裁裁决，主张对案件行使管辖权。对此，维尔发表了异议意见，并辞去了首裁职务。

[③] 不过，各类仲裁规则一般都规定，仲裁庭无法达成合意的情况下由首裁裁断。由此，首裁实际上拥有比联裁更高的裁断权。鉴于此，难以找到首裁发表异议意见的案件，尚可理解。

[④] 截至 2023 年 12 月，ICSID 受理的投资仲裁案件达 967 起，其中超过一半的案件是最近 10 年受理的。See “The ICSID Caseload—Statistics (Issue 2024-1)”, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue%202024.pdf.

[⑤] 此处的裁决结果并非必然是仲裁庭作出的综合裁决结果（即胜诉或败诉），而主要是指仲裁庭就异议意见所针对的问题作出的裁决结果。

2011	*Abaclat et al v. Argentine*	联裁	东道国	投资者	阿比萨布（Georges Abi-Saab）认为，根据《华盛顿公约》及相关 BIT 条款，仲裁庭对本案主权债务集体纠纷无事项管辖权，而且未经东道国同意，仲裁庭也无属人管辖权，且不可为审理此类集体纠纷创设新的程序。
2011	*ABC Investments v. Tunisia*	联裁	东道国	投资者	斯特恩（Brigitte Stern）认为，在《突尼斯投资法典》1993 年废除前，投资者未明确表达接受 ICSID 仲裁的意愿，不满足《华盛顿公约》第 25 条所规定的条件，故仲裁庭对本案不享有管辖权。
2011	*Lemire v. Ukraine*	联裁	东道国	投资者	沃斯（Jürgen Voss）认为，仲裁庭忽视了双方当事人曾达成的和解协议，而且对公平公正待遇范围的界定不正确。
2011	*Hochtief v. Argentina*	联裁	东道国	投资者	托马斯（J. Christopher Thomas）认为，仲裁庭自行为自己创设管辖权，用最惠国待遇条款取代条约中关于仲裁管辖权的门槛规定，无异于本末倒置。
2015	*Charanne v. Spain*	联裁	投资者	东道国	托维尔（Guido Santiago Tawil）不同意仲裁庭对合理期待的解释，认为不应当将与合理期待相关的请求限于东道国是否违反了特定的承诺。
2015	*Bilcon v. Canada*	联裁	东道国	投资者	麦克瑞（Donald McRae）认为，东道国并未违反《北美自由贸易协定》第 1105 条第 1 款项下的最低待遇标准。
2015	*Detroit International Bridge Company v. Canada*	联裁	投资者	东道国	切尔托夫（Michael Chertoff）认为，《北美自由贸易协定》第 1121 条项下的弃权成立，仲裁庭对涉案争议拥有管辖权。
2015	*Venoklim v. Venezuela*	联裁	投资者	东道国	品松（Enrique Gómez Pinzón）认为，即便涉案投资者由东道国国民控制，也享有获得涉案 BIT 保护的资格，而且案件并未出现可以“刺破公司面纱”的情形。
2017	*Bear Creek Mining v. Peru*	联裁	东道国	投资者	桑兹（Phillipe Sands）认为，投资者也应该担负起社会责任，《国际劳

					工组织公约》关于原住民的相关规定也应该适用于外国投资者。
2017	*EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v. Slovak*	联裁	投资者	东道国	盖拉德（Emmanuel Gaillard）认为，争议在涉案 BIT 规定的属时管辖（*ratione temporis*）范围内，仲裁庭由此对争议所涉问题享有管辖权。
2019	*Anglo American v. Venezuela*	联裁	投资者	东道国	托维尔认为，东道国扣押资产的行为构成非法征收，并违反了公平公正待遇原则所要求的透明义务。
2019	*Stadtwerke v. Spain*	联裁	投资者	东道国	赫贝尔（Kaj Hobér）认为，东道国违反了《能源宪章条约》下的公平公正待遇标准，应全额赔偿投资者的损失。
2020	*Herzig v. Turk*	联裁	东道国	投资者	桑兹认为，仲裁庭允许申请者不为第三方资助提供费用担保，将刺激投资者使用这种显失公平的资助安排，从而进一步加深关于投资仲裁并非必然服务于公共利益的印象。
2020	*Portigon AG v. Spain*	联裁	东道国	投资者	萨瑟多提（George Sacerdoti）认为，由于争议与涉案投资不具有直接联系，投资者的请求无法满足《华盛顿公约》第 25 条设定的管辖条件。
2020	*Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*	联裁	东道国	投资者	科恩（Marcelo Kohen）认为，东道国未在涉案条约中作出将投资争端提交仲裁的承诺，且涉案条约不保护间接投资。
2020	*Theodoros Adamakopoulos et al v. Cyprus*	联裁	东道国	投资者	科恩认为，欧盟法律禁止投资者基于欧盟成员国内部 BIT 将投资争端提交仲裁解决。
2020	*STEAG GmbH v. Spain*	联裁	东道国	投资者	杜普锐（Pierre-Marie Dupuy）认为，东道国并未损害投资者合法且唯一的投资收益期待。
2020	*Muszynianka v. Slovak*	联裁	投资者	东道国	沃尔特拉（Robert Volterra）认为，东道国宪法修正案对瓶装矿泉水外的水资源出口的限制是不合理的歧视性措施。
2021	*Eurus Energy Holdings Corporation v. Spain*	联裁	投资者	东道国	加里巴拉迪（Oscar M. Garibaldi）认为，东道国应为违反《能源宪章条约》下的公平公正待遇原则负责，并对投资者作出赔偿。

（二）成因分析

事实上，裁决结果受益方与异议联裁委任方已然存在系统性的对立。换言之，如果裁决结果受益方是投资者，异议联裁委任方必然是东道国；反之，如果裁决结果受益方是东道国，异议联裁委任方必然是投资者。这种系统性的对立表明，在国际投资仲裁中，异议联裁存在偏袒其委任者的倾向。[①]从成因上讲，联裁委任机制的道德风险是造成这种现象的主要原因。此外，联裁接受委任的动机以及当事人的预先操作等主观因素，也不容忽视。

1. 联裁委任机制的道德风险

作为当事人意思自治在仲裁中的重要体现，联裁委任机制在当代国际仲裁实践中也带来了许多涉及仲裁员公正性的道德问题。最尖锐者莫过于，联裁往往难以避免沦为当事人的代理人，丧失其作为一名裁判者所应具备的公正品质。[②]

实践中，联裁沦为当事人的代理人，屡见不鲜。洛文集团诉美国政府案（*Loewen v. USA*，下文简称洛文案）[③]即为一例。该案中，美国政府委任米克瓦（Abner J. Mikva）为联裁。作为美国资深法律专家，米克瓦曾在 2014 年被美国总统奥巴马授予总统自由勋章，在美国政界与法律界享有崇高威望。理论上，1 名社会名望如此高的仲裁员定会遵守仲裁员的基本道德规范，秉公裁案。然而，据米克瓦自己披露，他曾与美国司法部的官员会面，后者的谈话使其感到必须取得让美国政府满意的裁决结果，而对方当事人对此根本不知情。在案件审理过程中，米克瓦与另外 2 名仲裁员在 1 个复杂的问题上存有分歧，后两者倾向于认为洛文集团是美国法院司法不当行为的受害者，而米克瓦却不赞同。然而，裁决书明确显示，仲裁庭作出了 1 项意见一致的裁决。事实上，米克瓦分明记得其对另外 2 名仲裁员的意见存有异议，而为了确保美国政府不败诉，米克瓦与另外 2 名仲裁员做了交易。交易的结果是，仲裁庭作出 1 项意见一致的裁决，认定美国法院的确存在司法不当行为，换取仲裁庭基于洛文集团主体不适格作出驳回其请求的最终决定。毋庸置疑，米克瓦与美国政府单方面的沟通，并且向美国政府示意其领悟美国政府的授意，违背了仲裁员公正、独立的道德义务。[④]

如果说洛文案揭示了基于妥协形成的一致裁决是联裁偏袒其委任者的隐性表达，那么可以说，异议意见往往是联裁偏袒其委任者的显性表达。造成联裁通过异议意见为其委任者“辩护”的主要原因在于，联裁委任机制本身所蕴含的道德风险。诚如范登伯格所言：“问题的根源在于仲裁员的委任方式，联裁委任机制会产生一些对作为委任者的当事人具有某种依赖的仲裁员。”[⑤]一方面，联裁因一方当事人的委任而获得以仲裁员的身份参与案件的机会；

[①] 值得注意的是，由于异议联裁既可能是由投资者委任，也可能是由东道国委任，故就裁判倾向看，不存在联裁系统性地偏袒东道国或者投资者的情况。不过，这反而又突出了联裁偏袒其委任者的现象。即，无论委任者是东道国，还是投资者，联裁的偏袒倾向不以当事人的主体性质而以“谁委任我”而论。

[②] See J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, (2010) 25 *ICSID Review* 339, pp. 339-355.

[③] 洛文案是加拿大投资者针对美国政府提起的《北美自由贸易协议》项下的投资仲裁案。

[④] 关于米克瓦透露的洛文案内幕，参见傅攀峰：《单边仲裁员委任机制的道德困境及其突围——以 Paulsson 的提议为核心》，载《当代法学》2017 年第 3 期，第 120—121 页。

[⑤] See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”,

另一方面，这种单方面委任行为与联裁接受委任的个人动机相结合，使联裁与其委任者之间形成了某种利益关系，进而可能导致联裁通过发表异议为其委任者“辩护”。

2. 联裁接受委任的动机

必须看到，仲裁员接受当事人委任，存在较为显著的个人动机。这点从近年引人热议的国际法院法官在国际投资仲裁中的兼职问题中可窥见一二。

一直以来，在许多国际投资仲裁案件中，我们都能看到国际法院法官担任仲裁员的身影，如克劳福德（James Crawford）、汤姆卡（Peter Tomka）、格林伍德（Christopher Greenwood）。这一现象近年招致国际法学界的广泛批评。[①]在谈到现任国际法院法官为何乐于在国际投资仲裁中兼职之时，西玛（Bruno Simma）法官承认，相比于在国际投资仲裁中兼职所获得的报酬，国际法院的固定薪酬制严重限制了法官们的收入，对于来自发达国家的法官更是如此。[②]可见，即便是身居显赫之位的国际法院法官，物质生活已足够体面，也有在国际投资仲裁中兼职仲裁员的经济动机。

揭示仲裁员接受委任的动机，并非否定仲裁员获取报酬的正当性。仲裁员的裁判服务理应获得尊重，其劳动理应获得报酬。问题是，仲裁员获得报酬的机会及其报酬来源往往与联裁委任机制密切相关。与身居显位而常被仲裁机构指定为首裁的国际法院法官以及声誉较高的资深国际仲裁员不同，许多新任国际仲裁员往往是通过当事人的单方面委任获得担任仲裁员的机会。在个人利益的驱动下，这些新任仲裁员往往可能有意在仲裁庭中突出自己的角色。如果不争取在案件中为其委任者获得有利裁决，或者当裁决结果对其委任者不利而不作出任何表示，他们被再度委任的可能性势必受影响。而必要之时，发表异议意见恰好成为他们对其委任者作出交代的机会，而且也是向未来委任他们的潜在当事人展现自我“价值”的方式。[③]换言之，不论案件裁决结果如何，联裁具有以一种明确的方式维护其委任者的“责任感”与因应国际投资仲裁市场需求的“倾向性”，异议意见的发布可能正是源于这种心理驱动。通俗来讲，这种心理动机就是：既然当事人好心委任我做仲裁员，让我有机会审理案件、获得报酬并在国际仲裁界积累名声，那我就应该为维护当事人的利益努力，并让当事人自己以及未来潜在的当事人看到我的责任心。[④]这种心理动机，足以驱使缺乏职业操守的联裁在裁

---

in Mahnoush Arsanjani *et al*. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), p. 834.

① 国际可持续发展研究所（IISD）的 2 名学者在 2017 年底发布的 1 份题为《“兼职”是个问题吗？国际法院法官在国际投资争端解决中的角色》的报告，引起国际法学界广泛关注。该报告表示：“我们呼吁各国和其他利益相关者分析和讨论国际法院法官担任投资仲裁员的后果。这种做法似乎有损国际法院作为具有独立性的国际公法最高权威的声誉。”See Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Martin Dietrich Brauch, “Is ‘Moonlighting’ a Problem? The role of ICJ judges in ISDS”, https://www.iisd.org/system/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf?q=sites/default/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf.

② See “Past and Present ICJ Judges Welcome Curb on Moonlighting”, 9 April 2021, GAR Report by Jack Ballantyne and Alison Ross. https://globalarbitrationreview.com/past-and-present-icj-judges-welcome-curb-moonlighting.

③ See Dapha Kapeliuk, “The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators”, (2010) 96 *Cornell Law Review* 47, p. 68.

④ 实际上，在此种心理驱动下发表异议意见的情况不仅发生在仲裁中，国际法院也存在这种情况。西玛法

判过程中偏袒其委任者。

3. 当事人的预先操作：一个充满悖论的因素

必须承认，异议联裁偏袒其委任者亦可能源自当事人的预先操作——当事人往往会通过事先调查，了解潜在仲裁员将如何看待涉案问题，从而作出选择哪位仲裁员的决定。[①]这在国际投资仲裁中尤为明显。一方面，国际投资仲裁往往涉及相当复杂的法律问题，对这些法律问题的裁判态度往往决定争议的最终结果。另一方面，国际投资仲裁员往往是具有较大公众影响力的知名人士，对投资仲裁中的一些法律问题曾公开持某种观点，并体现在其过去处理的一系列案件中。

据统计，在国际投资仲裁中，诸如斯特恩、托马斯、桑兹等仲裁员绝大多数情况下都由东道国政府委任，这是一个极端；另一个极端是，诸如布劳尔、阿列克桑德罗夫（Staminir Alexandrov）等仲裁员绝大多数情况下都由投资者委任。[②]这表明，在某一具体问题上，当事人选定的仲裁员将如何裁决，似乎早已注定，除非该名仲裁员甘愿承受事后来自评论界的批评，表达与其以往所持观点相左的意见。这是前述仲裁员分别被主权国家或投资者一边倒地反复委任的重要原因。

问题却在于，当事人的这种预先操作，完全背离了关于仲裁员的制度性假设，即所有仲裁员，无论是首裁还是联裁，都应当受双方当事人的充分信任。[③]本着这一前提，当事人在选择仲裁员时，只应当看其是否具有独立性和公正性，办案是否认真负责，而不是评估其在某个争议焦点上会不会支持其诉求。沿此逻辑，当事人理应更加信任首裁，因为首裁并非一方当事人单方面委任，而是由双方当事人共同委任，独立性与公正性理应更高。但现实是，当事人甚至连首裁都不信任，只信任自己委任的仲裁员。因为在实践中，双方当事人很少能够就首裁人选达成一致，大多数情况下都由仲裁机构指定；[④]而对于联裁的委任，当事人却极少怠慢，由仲裁机构代为指定的情况甚为少见。[⑤]

官认为，当前国际法院法官 9 年 1 届连选连任的制度应改为只准任 1 届，每届任期 12 年。因为有的法官为了获得连任，会故意在案件中表达一些没有必要的异议意见，以吸引一些国家对这些法官的工作“业绩”的注意。See “Past and Present ICJ Judges Welcome Curb on Moonlighting”, 9 April 2021, GAR Report by Jack Ballantyne and Alison Ross. https://globalarbitrationreview.com/past-and-present-icj-judges-welcome-curb-moonlighting.

① 参见傅攀峰：《单边仲裁员委任机制的道德困境及其突围——以 Paulsson 的提议为核心》，载《当代法学》2017 年第 3 期，第 121 页。

② See Rodrigo Polanco Lazo, Valentino Desilvestro, “Does an Arbitrator’s Background Influence the Outcome of an Investor-State Arbitration?”, (2018) 17 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 18, pp. 18-48.

③ 关于此点，波尔森曾作出过精彩论述。See J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, (2010) 25 *ICSID Review* 339, p. 349.

④ See Chiara Giorgetti, “Who Decides Who Decides in International Investment Arbitration?”, (2014) 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 431, p. 446.

⑤ See Chiara Giorgetti, “Who Decides Who Decides in International Investment Arbitration?”, (2014) 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 431, p. 446.

三　异议意见制度引入国际投资仲裁之反思

上述实践困境，同时促使我们反思异议意见对国际投资仲裁的实际价值。经过多年实践，异议意见制度是否已经印证当初其被引入国际投资仲裁的先验判断？结合上述实践统计并考察相关案例，可以发现，理想与现实相隔较远。

第一，异议意见能否促使持多数意见的仲裁员以更加负责的态度裁案，进而是否有利于优质裁决的产生，很大程度上取决于异议意见是否在裁决作出前以简洁、郑重而又不失礼貌的方式向其他仲裁员表达。[①]如果异议仲裁员以一种难以理喻且阻碍仲裁程序正常推进的方式表达异议意见，这种异议意见就难以获得仲裁庭同仁的重视，也不可能有利于优质裁决的产生。

实践中，有的仲裁员在裁决作出后许久才表达异议意见。例如，在美伊求偿仲裁庭（US-Iran Claims Tribunal）审理的某案中，1 名仲裁员在裁决作出 5 个月后才向仲裁庭其他成员表达异议意见。[②]异议意见在裁决作出后才向其他仲裁员表达，不仅无法给裁决质量的增进带来任何正面意义，反而会损害裁决在当事人以及公众眼中的严肃性与合法性。有的异议意见喧宾夺主，篇幅远超裁决书本身。在勒麦尔诉乌克兰案（*Lemire v. Ukraine*）中，裁决书的篇幅是 107 页，而乌克兰政府委任的联裁发布了 1 份长达 173 页且充满矛盾论述的异议意见，[③]严重拖延了仲裁程序的开展。[④]

异议意见还可能破坏仲裁庭的审议过程。如果某位联裁认为其应当支持甚至强化其委任者的辩护意见，就可能不会与其他仲裁员围绕案件本身作有意义的沟通。其他仲裁员会发现，仲裁庭已然存在一个作为当事人准代理人的仲裁员，从而不再认真对待这位仲裁员的言行。结果是，仲裁庭成员之间基于相互信任的协作关系破裂，仲裁庭的审议过程塌陷。[⑤]

第二，“异议意见有助于提升当事人对仲裁程序的信任”这一论述实际上只能对委任异议联裁的当事人成立。当事人对仲裁程序的信任并非来自于其对仲裁程序的抽象感知，而是来自于仲裁程序或者仲裁庭给其带来的实际利益。异议意见能够强化当事人对仲裁程序的信任，并非建立在仲裁员本着独立、公正的态度自由表达异议意见的基础上，而是以仲裁员以偏袒的姿态发表异议意见为前提的。所谓“异议意见有助于提升当事人对仲裁程序的信任”，

[①] 著名仲裁法学家雷德芬（Alan Redfern）曾将异议意见的表达分为 3 类：好的、坏的与丑陋的。好的异议意见应当以友好的方式有节制地向仲裁庭的其他同仁简明扼要地表达出来。See Alan Redfern, “Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration”, (2004) 20 *Arbitration International* 223, p. 226.

[②] See Richard Mosk, Tom Ginsburg, “Dissenting Opinions in International Arbitration”, in Matti Tupamäki (ed.), *Liber Amicorum Bengt Broms* (PMS Print Oy, 1999), p. 271.

[③] See “Dissenting Opinion of Arbitrator Dr. Jürgen Voss”, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0455.pdf.

[④] See “Ukraine award inflames debate on dissents”, GAR Report dated on 1 April 2011, https://globalarbitrationreview.com/ukraine-award-inflames-debate-dissents.

[⑤] 德兰（Yves Derains）曾将仲裁庭的审议分为“和谐审议”（harmonious deliberation）与“病态审议”(pathological deliberation)，并将某些病态审议过程描述为“仲裁恐怖主义”（le terrorisme arbitral）。See Yves Derains, “La pratique du délibéré arbitral”, in Gerald Asken *et al.* (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Rober Briner* (ICC Publishing, 2005), pp. 221-224.

是一种脱离语境的设想。事实上，当前国际投资仲裁中的一个不良现象足以印证这一点，即：如果仲裁庭即将作出的裁决将对某名联裁的委任者不利，该名联裁就会产生一种必须就裁决结果发表异议的外在压力，人们甚至会预料到其一定会发表异议意见。[①]

从国际投资仲裁的具体实践看，异议意见不仅无法加强当事人对仲裁程序的信任，反而可能激起当事人申请撤销仲裁裁决，破坏仲裁的最终成果。ICSID 早期受理的克罗克纳诉喀麦隆案（*Klöckner v. Cameroon*）是异议意见激起败诉方申请撤裁的典型案例。该案中，败诉方克罗克纳委任的仲裁员发表了异议意见。基于这一异议意见所列明的理由，克罗克纳申请撤销裁决。而负责审查该案仲裁裁决的特设仲裁庭（*ad hoc* tribunal）撤销了涉案裁决。不无争议的是，特设仲裁庭撤销裁决的依据与异议意见所列明的理由基本一致。[②]在 CME 公司诉捷克案（*CME v. Czech*）中，捷克政府委任的联裁发表了 1 份措辞极其强烈的异议意见，声称被其他 2 名仲裁员完全排除在合议程序之外，进而攻击整个仲裁程序的正当性。让人难以理解的是，因认为其委任者未获公正对待，该名联裁竟然鼓励捷克政府申请撤销裁决。最后，虽然涉案裁决未被撤销，但却出现 3 名仲裁员被唤至瑞典法院作证的尴尬局面，对国际投资仲裁的实践生态产生了非常不良的影响。[③]

第三，异议意见不具备促进国际投资法发展的功能。国际投资法的发展属于立法范畴的事务，通常应由公权力机构主导。这当然既可以是立法者，也可以是司法者。而从性质上讲，仲裁属于非公权力主导的私人纠纷解决机制。国际投资仲裁庭既不是美国最高法院，也不是国际法院或欧洲人权法院，它完全是由作为私人的仲裁员组成的争议解决临时集合体，以解决当下投资争端为要务，不宜兼顾国际投资法的发展。

德国著名仲裁员伯克斯蒂格（Karl-Heinz Böckstiegel）对于某些仲裁员喜欢在裁决书中对国际法问题大加阐述以期促进国际法发展的倾向，曾批评道：

我们应当深刻认识到，仲裁庭的权力源自委任他们担任仲裁员的当事人与仲裁机构，此种授权的目的在于使仲裁庭对当事人的仲裁请求作出裁决，而作出的裁决是基于仲裁庭对与裁决相关的所有事实与法律问题的考量，此种考量的范围须与裁决相关，不能少但又不能多。[④]

退一步讲，即便在国际投资仲裁领域，类似于普通法的判例体系值得追求，[⑤]这也只能

---

① See Albert Jan van den Berg, "Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration", in Mahnoush Arsanjani *et al*. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), p. 830.

② 范登伯格认为，如果仲裁裁决或仲裁程序出了问题，裁决本身以及仲裁程序记录足以作为申请撤销裁决的依据，异议意见不应当成为当事人申请撤销裁决的依据。See Albert Jan van den Berg, "Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration", in Mahnoush Arsanjani *et al.* (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), p. 828.

③ See Alan Redfern, "Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration", (2004) 20 *Arbitration International* 223, p. 229.

④ Karl-Heinz Böckstiegel, "Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today?", (2012) 28 *Arbitration International* 577, p. 588.

⑤ 考夫曼-科勒（Gabrielle Kaufmann-Kohler）认为，对于尚不成熟的法律领域，为确保裁决的确定性与一致性，通过先例发展法律，是值得追求的。See Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse?", (2007) 23 *Arbitration International* 357, p. 357.

是“源于仲裁庭在其具体案件中为裁断当事人提出的仲裁请求而表达的裁决意见”，[①]而非源于不具有任何法律约束力的异议意见或附带意见（*obiter dicta*）。事实上，在至今累计的1000多起国际投资仲裁案件中，很难找到一起前案异议意见获得后案仲裁庭援引的案例。[②]经历了50多年的发展，建立在裁决多数意见基础上的国际投资法判例体系远未形成，裁决不一致现象频发，何以期待异议意见推动国际投资法的发展？

第四，可能也是难以反驳的一点是，异议意见制度是对裁判者言论自由的尊重，也是司法民主的内在要求。这也是为何，即便异议意见制度在国际投资仲裁实践中很大程度上已被扭曲，以至于异议意见的发表，日益成为一种程式化操作，往往不再关乎裁判者基于内心自由所表达的真实立场，完全废除异议意见制度，仍然过于极端，也不可取。就可行性而言，废除国际投资仲裁中的异议意见制度，须在全球范围内就《华盛顿公约》等一系列重要的国际法律文件的修订达成共识，其难度可想而知。此外，从实践的角度讲，即便禁止联裁发表异议意见，其亦可通过其他方式表达异议，如拒绝合作、阻碍仲裁程序推进，并不能从根本上解决问题。

四　异议意见制度实践困境的缓解路径

（一）关于废除联裁委任机制的争议

前文已揭示，联裁委任机制是异议意见制度在国际投资仲裁实践中产生上述困境的重要原因。在波尔森看来，禁止或者至少是限制联裁委任机制，才能克服其产生的道德风险。为此，他提出，无论仲裁庭由多少名仲裁员组成，所有仲裁员都应当由双方当事人共同委任，如果双方当事人无法就此达成一致，则应当由一个中立的外部机构委任。[③]这一提议在国际仲裁界引起了极大争议。[④]

施密特（Hans Smit）明确支持波尔森的提议。他认为，除非联裁作为代理人的角色完全被认可，否则，联裁委任机制应被废除。若无法实现这一点，就不要指望联裁不偏不倚地

[①] Karl-Heinz Böckstiegel, “Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today?”, (2012) 28 *Arbitration International* 577, p. 588.

[②] 虽然无法通过实证研究予以证实，但有理由相信，之所以难以在投资仲裁中发现以往案件的异议意见得到引用，是因为仲裁员都清楚，异议意见总是源自对裁决结果不满的一方面当事人所委任的联裁，故其参考意义值得怀疑。See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnoush Arsanjani *et al*. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), pp. 826-827.

[③] See J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, (2010) 25 *ICSID Review* 339, pp. 339-355.

[④] See Charles Brower and Charles Rosenberg, “The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded”, (2013) 29 *Arbitration International* 7; Albert Jan van den Berg, “Charles Brower’s Problem with 100 Per Cent – Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, (2015) 31 *Arbitration International* 381.

裁案。[①]尤其值得注意的是，施密特认为，把联裁委任机制引入涉及公共利益的投资仲裁，极不合理。对于投资争端，仲裁庭的组成人员都应当由一个中立机构委任。各国应该修订双边投资协定，实现此种安排。通过这种途径，国际投资仲裁将在仲裁员委任机制的重构上为整个国际仲裁体系树立一个可供推广的标杆。[②]

这种立场强调了国际投资仲裁所涉利益的重要性。诚然，与一般的商事争议不同，投资争端牵涉东道国的公共利益，与一国对于外国投资的政策立场紧密相关，具有一定的政治色彩。一方面，投资争端往往因政府征收所致，而征收的概念已经远远突破了传统意义上的直接征收，如果东道国的相关立法或管制措施损害了投资者的利益，投资者便可单向地起诉东道国，这会直接影响东道国的立法权与经济管理权；另一方面，投资仲裁裁决所涉金额往往高达数亿美元甚至数十亿美元，而东道国要用纳税人的钱履行涉案金额巨大的仲裁裁决。[③]但是，也必须清醒地认识到，废除联裁委任机制将从根本上动摇现代仲裁制度的根基，使主权国家进一步疏远当前饱受批评的国际投资争端解决机制，原因有三。

第一，联裁委任机制是确保当事人对仲裁程序产生信任的关键。不论裁决结果如何，当事人亲自委任 1 名仲裁员，会拉近其与仲裁程序的距离，使其对仲裁产生一种亲近感，进而使其更容易接受裁决结果。对此，波恩（Gary Born）曾明确表示：

国际仲裁的一个根本特质在于当事人对仲裁程序的深度融入。而这关键体现在当事人能够委任仲裁庭中的 1 名成员。它能够让当事人融入仲裁的过程，并且是仲裁区别于法院诉讼的一大特征。抛弃这一机制将给仲裁带来巨大损害。[④]

值得注意的是，2019 年中国政府向联合国国际贸易法委员会提交的《关于国际投资争端解决机制改革的意见书》（下文简称《意见书》）明确强调“当事人指定仲裁员的权利”应在改革方案中得到体现。《意见书》指出：“从国际仲裁传统实践看，当事方指定仲裁员的权利是国际仲裁的基本特征，也体现了当事方意愿。投资仲裁的参与各方（投资者、东道国政府官员、律师或仲裁员）普遍认为，该特征是国际仲裁核心的、最具吸引力的特征。”[⑤]

第二，从可行性看，如果废除联裁委任机制，仲裁员的委任将首先由双方当事人达成合意来完成，而这在实践中往往难以实现，结果将导致，需要由机构代为指定仲裁员，这只会导致 ICSID 等主流国际投资争端解决机构日益官僚化，招致更为强烈的批评。对此，伯克

[①] Hans Smit, “The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 33, (14 December 2010).

[②] Hans Smit, “The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 33, (14 December 2010).

[③] 参见傅攀峰：《单边仲裁员委任机制的道德困境及其突围——以 Paulsson 的提议为核心》，载《当代法学》2017 年第 3 期，第 131 页。

[④] See “When GAR met Gary” interview conducted by Michael Moser with Gary Born, http://globalarbitrationreview.com/news/article/33167/.

[⑤] 关于中国政府于 2019 年 10 月在联合国国际贸易法委员会第三工作组第 38 届会议上提交的关于投资者与国家间争端解决机制改革的意见，可参见《中国关于投资者与国家间争端解决机制改革的建议文件》，https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf。

斯蒂格曾表达如下担忧：

面对联裁委任机制的困境，有人曾建议所有的 3 名仲裁员都应当由某一个机构来委任。我不赞成这种方案。因为当事人选择以仲裁的方式解决其纠纷，一个很重要的原因在于，他们能够分别选择各自信任的仲裁员。而在仲裁程序初始阶段，对于当事人申请仲裁的特定案件的具体情况，任何机构都不如当事人了解得那么详细。因此，当事人委任仲裁员这一点是不能够被某一个机构来取代的。[①]

ICC 国际仲裁院前主席穆尔（Alexis Mourre）更是认为，所有仲裁机构或多或少都存在着一定的官僚气，由机构委任所有的仲裁员会导致仲裁员不再关心当事人的需求，而是投仲裁机构之所好，进而可能导致仲裁员逐渐沦为政客。[②]

第三，联裁委任机制固然可能导致仲裁员产生裁判偏见，但须认识到，任何裁判者基于自身的知识背景或生活经历，对外部事物的判断都难免带有某种偏见，废除联裁委任机制并不能根除裁判者的偏见。[③]若从现实考虑，正视联裁的偏见，将其化为使仲裁庭各成员相互制衡的一把钥匙，则无疑有助于裁决结果趋于理性，不至于偏激。鉴于仲裁裁决缺乏上诉纠错机制，这种内部制衡机制对于确保裁决结果的公正性和可预见性具有重要意义。[④]

（二）强化仲裁员的责任意识

在保留联裁委任机制的前提下，强化仲裁员的责任意识，使其慎于发表异议意见，才是适当之举。

一方面，必须加强对发表异议意见的仲裁员的公开监督，使其意识到，发表异议意见是一件极其严肃的事情，不可率意为之。实际上，有些仲裁员在存在不同意见时，总是会选择尊重多数仲裁员的意见，决不发表异议意见。[⑤]从实际的角度看，发表异议意见会降低仲裁员获委任的概率。[⑥]无论怎样，当前国际仲裁界对于异议意见的发表已达成初步共识，即某位仲裁员若认为自己的裁判观点更合理，应当争取说服其他仲裁员，而不应诉诸异议意见的发表。

必须看到，作为一项公开的文件，异议意见或多或少会对裁决过程产生一定的负面影响。至少从裁决权威性的角度讲，仲裁庭以一致意见形成的仲裁裁决比存在异议意见的仲裁裁决社会效果更好。[⑦]因此，对于从偏袒当事人的角度肆意发表异议意见，或者发表异议意见显

---

① Karl-Heinz Böckstiegel, “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today”, (2012) 28 *Arbitration International* 577, p. 582.

② See Alexis Mourre, “Are Unilateral Appointments Defensible: on Jan Paulsson’s Moral Hazard in International Arbitration”, in Stefan M. Kroll *et al*. (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Kluwer Law International, 2011), p. 385.

③ See Catherine A. Rogers, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality”, (2023) 64 *Harvard International Law Journal* 137, pp. 137-202.

④ See Catherine A. Rogers, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality”, (2023) 64 *Harvard International Law Journal* 137, p. 201.

⑤ See “Stern dissents in Tunisian bank dispute”, GAR Report by Alison Ross on 5 April 2011, https://globalarbitrationreview.com/stern-dissents-in-tunisian-bank-dispute.

⑥ See Catherine Titi, “Investment Arbitration and the Controverted Right of the Arbitrator to Issue a Separate or Dissenting Opinion”, (2018) 17 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 197, p. 211.

⑦ See Catherine Titi, “Investment Arbitration and the Controverted Right of the Arbitrator to Issue a Separate or

然不合常理的仲裁员，媒体和学者应当敢于报道并加以批评。这种良性的外部监督机制，是强化仲裁员责任意识的有力工具。

另一方面，还应当认识到，强化仲裁员的责任意识是一项系统工程，既涉及仲裁员的教育、培训、准入等一系列问题，又涉及当事人、律师等对仲裁员职业及其角色的认识问题。

当前，国际投资仲裁的参与呈现日益多元化的格局。从仲裁员的来源地看，国际投资仲裁案件不再是由欧美精英圈子垄断，越来越多的来自亚非拉等地区的人士以仲裁员的身份参与国际投资仲裁。这种多元化的发展格局，很大程度上是由发展中国家或国际组织等公权力主体的推动予以实现的，[①]其为国际投资仲裁带来更广泛的参与度与更强的合法性的同时，也滋生了一系列隐忧。这些来自国际仲裁实践相对落后的地区的新任仲裁员，是否受到过系统的国际仲裁职业伦理教育？是否拥有处理国际仲裁案件的丰富经验与良好的办案口碑？这些问题的答案，直接决定仲裁员能否以负责任的态度参与国际投资争端的解决。

还应当看到，当事人或律师对联裁角色的认识也会对联裁的裁决行为产生影响。如果前者能够认识到，其所委任的仲裁员必须公正地裁决案件，并有意识地与其委任的仲裁员保持距离，后者将获得秉公办案的舒适空间。但现实中，有的当事人或律师总认为其所委任的仲裁员理所当然应当对其负责、为其说话，不仅不避嫌，反而在仲裁案件的审理过程中，作出非常举动，置其委任的仲裁员于尴尬境地。[②]

以上两方面的问题，是国际仲裁职业共同体自身的问题，需要由国际仲裁职业共同体自己来解决。国际仲裁职业共同体是在国际仲裁法律服务市场机制的推动下，经过长年的积累与发展而自发形成的，其由一群对国际仲裁抱有浓厚兴趣，拥有丰富实践经验，具有较强的职业操守和使命感的人士所组成。该共同体内的核心人士，既是国际投资仲裁兴盛繁荣的受益者，又是国际投资仲裁健康发展的监督者与推动者。我们不能寄望于国家或相关国际组织通过具有浓厚政治色彩的手段，来达到强化仲裁员的责任感的目的，因为这种手段既不具有可持续性，又不能使日益多元化的国际投资仲裁员群体形成牢固的责任共识。只有通过国际仲裁职业共同体对仲裁员尤其是新任仲裁员的吸纳、分享与监督，整个国际投资仲裁员群体的责任意识，方能从实质上得到强化。在此前提下，那种以偏袒心态发表异议意见的情况，必然会大大减少。

（三）引入首席裁决机制

从裁决意见与仲裁裁决的关系看，仲裁裁决可以呈现以下 3 种形态：一致裁决、多数裁决与首席裁决。一致裁决是基于仲裁庭所有成员的一致意见作出的裁决。此类裁决固然是最

Dissenting Opinion", (2018) 17 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 197, p. 209.

[①] 中国政府曾在关于国际投资争端解决机制改革的《意见书》中指出："投资仲裁的仲裁员和律师局限于少数专家的现象值得高度关注，投资者与国家间争端解决机制应该更加开放、更加具有包容性，增加发展中国家专家的参与度。"

[②] 关于此种情况，请参见国际著名仲裁员伯格（Klaus Peter Berger）分享的仲裁轶事。See Klaus Peter Berger, "The In-House Counsel Who Went Astray: Ex-Parte Communications with Party-Appointed Arbitrators", in Domitille Baizeau & Bernd Ehle (eds.), S*tories from the Hearing Room: Experience from Arbitral Practice, Essays in Honour of Michael E. Schneider* (Kluwer Law International, 2015), pp.7-16.

优裁决，也是仲裁庭极力追求的裁决形态，但往往因 2 名联裁无法就相关问题达成一致而难以实现。多数裁决是基于仲裁庭多数成员的意见作出的裁决。所有出现异议意见的国际投资仲裁案件基本上都以多数裁决结案。首席裁决是在仲裁庭所有成员无法取得一致意见或多数意见的情况下，基于首裁的单独意见作出的裁决。在 2 名联裁就关键问题持截然相反的意见之时，此类裁决往往显得更公平、合理。

然而，当前国际投资仲裁体制并未提供首席裁决机制。对于 ICSID 投资仲裁，无论是《华盛顿公约》还是《ICSID 仲裁规则》都明确规定，仲裁庭的决定须以多数意见为准。[①]而普遍运用于非 ICSID 投资仲裁中的《UNCITRAL 仲裁规则》也同样规定，仲裁裁决须根据多数意见作出。[②]这意味着，在双方当事人各自委任的联裁就相关问题各持一端时，首裁必须“站队”，与其中 1 名联裁的意见保持一致，以最终作出 1 项合法裁决。然而，这容易激起另 1 名联裁就裁决结果发表异议意见。如果引入首席裁决机制，在 2 名联裁就案件重大事项产生分歧之时，首裁根据自己的意见独立作出裁决，而不必被迫与其中 1 名联裁形成多数意见，则异议意见出现的可能性必然会降低。

首席裁决机制并非新奇事物。《中国仲裁法》第 53 条规定：“裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。”该条规定以多数裁决为原则，同时提供了首席裁决机制。再以法国为例，2011 年修订的《法国民事诉讼法典》（Code de procédure civile）要求国内仲裁裁决必须根据多数意见作出，否则当事人可以申请撤销裁决。这点曾引起法国仲裁界的批评。[③]究其原因，法国立法者将国内仲裁类比于国内诉讼，因为在国内诉讼的语境下，当法官们的意见产生分歧时，主审法官无权抛开其他法官单独作出判决。但值得注意的是，对于国际仲裁，如果仲裁庭无法形成多数意见，《法国民事诉讼法典》允许裁决根据首裁的意见单独作出。[④]鉴于巴黎是国际上最受欢迎的仲裁地之一，法国允许国际仲裁裁决基于首裁的意见作出，实际上也为未来国际投资仲裁引入首席裁决机制提供了某种可供探索的空间。

（四）倡导独任仲裁庭的运用

与引入首席裁决机制的思路具有内在一致性的是，倡导独任仲裁庭的运用。独任仲裁庭由双方当事人共同委任或由第三方指定的 1 名仲裁员组成，不涉及当事人单方面委任仲裁员的情况，故而是一个规避联裁委任机制负面影响的有效途径。

传统观点认为，3 名仲裁员的智慧高过 1 名仲裁员，案件有 3 名仲裁员把关，出错率更低，故对于案情复杂或争议标的额较大的案件，独任仲裁庭不太合适。问题是，如果 2 名联裁不将其“智慧”用在公正裁案上，而是从维护一方当事人的立场出发，恣意发表异议

[①] 参见《华盛顿公约》第 48 条、《ICSID 仲裁规则（2022）》第 35 条。
[②] 参见《UNCITRAL 仲裁规则（2010 年修订）》第 33 条。
[③] 例如，迈耶（Pierre Mayer）认为，仲裁庭作出的裁决必须基于多数意见是一项不合理的要求。See Pierre Mayer, “Rapport de Synthèse”, in Thomas Clay (ed.), *Le Nouveau droit français de l’arbitrage* (Lextenso éditions, 2011), p. 226.
[④] 参见《法国民事诉讼法典》第 1513 条。

意见，则不仅会干扰仲裁庭的裁决过程，还可能增加案件的出错率。

实际上，独任仲裁庭具有许多值得称颂的优点，尤其是对于当事人而言，既经济又高效。因为一方面，当事人只需支付 1 名仲裁员的报酬，仲裁费将大大降低；另一方面，联裁不配合仲裁庭正常开展工作的尴尬情形不会出现，争议能够得到高效解决。事实上，在众多知名国际商事仲裁机构中，独任仲裁庭的运用比例非常可观。以 LCIA 为例，据统计，在 2021—2022 年间其受理的所有案件中，大约 40%的案件由独任仲裁庭审理。[①]

对于本文所讨论的异议制度而言，在独任仲裁庭审理案件的背景下，异议意见根本不可能出现。而且，倡导独任仲裁庭在国际投资仲裁中的运用有着坚实的制度基础。《华盛顿公约》规定，在当事人未就仲裁庭人数作出明确约定的前提下，仲裁庭的默认人数是 3 人。与此同时，该公约允许双方当事人约定案件由独任仲裁庭审理。遗憾的是，实践中，绝大多数国际投资仲裁案件都由三人庭审理。这意味着，不论涉案金额高低、涉案复杂程度如何，联裁发表异议意见的可能性就会存在。提升独任仲裁庭在国际投资仲裁中的运用比例，不仅可以降低当前为人诟病的国际仲裁费用飙升的问题，还可以从一定程度上缓解异议意见制度在国际投资仲裁中所面临的困境。这对于标的额相对较小、争议内容相对简单的国际投资仲裁案件，是完全可行的。

对此，ICSID 已经作出了实质性的努力，以促使东道国与投资者选择独任仲裁庭审理案件。2022 年生效的新版《ICSID 仲裁规则》的一个突出亮点是，引入了快速仲裁程序。作为一种程序开展方式，快速仲裁与普通仲裁相对应。通过简化普通仲裁规则，缩短仲裁程序的相关期限，简化仲裁程序的某些环节，快速仲裁能够有效降低仲裁程序所耗费的时间与费用。ICSID 推出快速仲裁程序的目的在于，通过缩短 ICSID 普通仲裁程序的周期，降低仲裁成本。而缩短仲裁庭的组庭时间，则是其中的一个重要方面。为此，《ICSID 仲裁规则》在允许双方当事人自由选择仲裁庭组成人数的基础上，规定默认的仲裁庭人数为 1 人。换言之，独任仲裁庭是 ICSID 快速仲裁程序的默认组庭形式。由于与三人庭相比，独任仲裁庭的组庭时间减少一半，故将独任仲裁庭设为快速仲裁程序的默认组庭形式，将大幅提升组庭效率。[②]不仅如此，由独任仲裁庭审理案件，还将完全避免 2 名联裁之间产生重大分歧，使仲裁程序更高效地推进。在此背景下，本文所探讨的异议意见困境显然不会出现。

目前，ICSID 快速仲裁实践尚未充分展开，其具体效果有待时间验证。不过，有理由相信，独任仲裁庭将在国际投资仲裁中日益展现其独有的制度价值，为缓解包括异议意见制度困境在内的种种实践难题提供契机。

[①] See LCIA Annual Casework Report 2022, https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-report-on-2022-updates-on-the-lcia-court-and.aspx.

[②] 在 ICSID 快速仲裁程序中，三人庭的组庭时间最长不得超过 40 天，独任庭的组庭时间最长不得超过 20 天。参见《ICSID 仲裁规则（2022）》第 77 条和第 78 条。

五　结语

异议意见制度引入国际投资仲裁，旨在尊重仲裁员的表达自由，通过这种司法民主机制加强仲裁员的责任感，提高仲裁裁决的质量，进而提升当事人对仲裁程序的信任，同时推动国际投资法向前发展。然而，正如本文所揭示的，这一理想正面临实践的严肃拷问，因为几乎所有异议意见都来自败诉方委任的仲裁员。这一实践困境，很大程度上源自联裁委任机制的道德风险。在此机制下，联裁可能会沦为当事人的代理人，丧失其作为一名裁判者所应具备的公正品质。与此同时，必须看到，废除联裁委任机制，不仅将动摇国际投资仲裁的根基，而且会导致更严重的后果，并不可取。克服或缓解异议意见制度的实践困境，一是要透过国际仲裁职业共同体对仲裁员尤其是新任仲裁员的吸纳、分享与监督，强化国际仲裁员群体的责任意识；二是要引入首席裁决机制，防止首裁被迫与其中一名联裁形成多数意见；三是要倡导独任仲裁庭的运用。

Dissenting Opinions in International Investor - State Arbitration

Fu Panfeng

Abstract: Unlike the collective silence on the dissenting opinion system in international commercial arbitration, the international investment arbitration system centered on the *Washington Convention* introduced the dissenting opinion system at the rule level from the very beginning. This original introduction was mainly based on the following a priori judgment: as an expression of freedom of speech, dissenting opinions can prompt arbitrators holding majority opinions to adjudicate cases in a more responsible manner, which in turn is conducive to the production of high-quality awards, and helps to enhance the parties' trust in the arbitration process and to promote the development of international investment law. However, in practice, almost all dissenting opinions come from arbitrators appointed by the losing party. Years of practice in international investment arbitration have not confirmed the a priori judgment based on which the dissenting opinion system was introduced into international investment arbitration in the first place. The moral hazard of the unilateral appointment mechanism is believed to be the main cause for this phenomenon. However, the abolition of the unilateral appointment mechanism would undermine the legitimacy of arbitration, lead to the increasing bureaucratization of ICSID institutions, and would not fully eradicate the bias of adjudicators. Abolishing the system of dissenting opinions would be too extreme and would require a global consensus on the revision of a series of important international legal instruments, such as the *Washington Convention*, which would be difficult to achieve. In order to alleviate the practical dilemma of the dissenting opinion mechanism in international investment arbitration, it is firstly necessary to strengthen the sense of

responsibility of the arbitrators, so as to make them prudent in expressing dissenting opinions. Secondly, it is necessary to introduce the type of arbitral awards made by the presiding arbitrator alone, so that when the two co-arbitrators have significant disagreement on the case, the presiding arbitrator is allowed to make the decision independently according to his/her own opinion, and is not compelled to “take sides”. Thirdly, the sole arbitral tribunal should be advocated to be widely used in cases involving small amount of money or with simple background.
Keywords: International Investor - State Arbitration, Dissenting Opinion, Unilaterally Appointed Arbitrator, Arbitrator Accountability, Appointment Mechanism

“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的适用研究：法理辨正与实践证成

谷 放[1]

摘要：自国际法院在“货币黄金案”中明确提出并适用“货币黄金原则”以来，其解释与适用得到了国际社会的广泛关注。经过国际司法实践的不断检证，其内容与判断标准产生了狭义与广义的区分，适用场域也逐渐向国际法院之外的司法机构延伸。然而，“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的适用却极为罕见且存在较大争议。具体包括对基础法理与制度环境的相称性以及国际法庭与投资仲裁庭的职能相似性的质疑。之所以会产生上述问题，核心原因在于传统观点对“货币黄金原则”的核心机理以及投资仲裁庭的功能性质与范围的理解较为片面。一方面，传统视角下的国家同意原则的解释力存在局限与瑕疵，无法适应 “货币黄金原则”的发展；另一方面，国际投资仲裁因其独特的审查对象以及运行模式，使得仲裁庭需要不断考虑个案之外的因素。为了纾解上述困境，应当引入司法适当性原则作为“货币黄金原则”法理基础的补充，并以此为基础通过调和狭义与广义货币黄金原则以及参考国际商事仲裁实践这两条进路对适用标准进行调适。

关键词：国际投资仲裁，“货币黄金原则”，国家同意，司法适当性原则

引言

随着全球化进程的加快，各国之间的互动联系愈发紧密。国际关系的格局也经历了从双边到多变，从区域到整体的发展趋势。[2]国际社会逐步成为真正意义上的“利益共同体”，任何国家都可能成为任一国际事件的利害关系方。具体而言，一国采取的行动计划会极大程度地影响其他国家的政策导向，同样，其秉持的对外关系战略亦不可避免地制约着他国的行为模式。[3]由此可见，在当代国际社会，国家行为的影响力绝不仅限于自身以及目标国，其设想之外的另一些国家依然有可能置身其中。这种多元化的关系网络对国与国之

1 谷放，浙江大学光华法学院博士研究生，联系电话：15504265746，邮箱：attornygu@gmail.com。

2 参见：郑蕴：《国际贸易法体系的碎片化结构:历史性变局、主要矛盾与中国对策》，载《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 61-64 页。See Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2010, pp.8-9; Geraldo Vidigal, *From Bilateral to Multilateral Law-making: Legislation, Practice, Evolution and the Future of Inter Se Agreements in the WTO*, 24 European Journal of International Law 1027, 1027-1053.

3 参见：徐崇利：《国际社会理论与国际法变动性的类型化分析》，载《世界社会科学》2024 年第 3 期，第 75-78 页。See Emily Meierding and Rachel Sigman, *Understanding the Mechanisms of International Influence in an Era of Great Power Competition*, 6 Journal of Global Security Studies 1, 3-6 (2021).

间的交流以及国际社会的规则演进具有无可置疑的促进作用，但同样也为国际争端解决带来了前所未有的挑战。[4]一方面，国家互动方式的多样性使得国际法律关系日趋复杂，其内容的认定往往需要多重法律认定，对国际司法机构的司法职能提出了更高的要求；另一方面，对争议的裁判除了对争议双方具有法律约束力之外，还可能沿着不同的联系纽带产生更为广泛的利益影响。这就意味着国际司法机构在做出司法判决时不仅要尊重当事方赋予的司法权能，还要考虑第三方主体的利益平衡[5]。正是在此背景下，国际法院在“货币黄金案”中提出的“货币黄金原则”得到了广泛的关注。然而，此后的司法判例却未能进一步的澄清其适用的场域边界与具体标准，学界关于此原则的讨论亦莫衷一是，没有形成具有解释力的通说。上述问题给之后的法庭或者仲裁庭处理相似情形的争端带来了诸多困难。尤其是在国际投资仲裁领域，“货币黄金原则”能否适用以及其适用标准一直饱受争议，但仲裁庭在大多数案件中都没有选择直接回应而是通过利用援引先例等司法技术规避此问题。因此，在国际投资仲裁语境下研究“货币黄金原则”的适用具有廓清理论基础以及运作模式的积极意义。另外，讨论“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的实践运用同样有着实然层面的必要性以及不可忽略的现实价值。国际投资法律关系的复合性质决定了仲裁庭必须要以认定东道国国家责任的方式支持投资者的索赔请求。[6]在这个过程中，仲裁庭在法律适用与推理方面将采用典型的国际公法范式，国际投资仲裁所涉及的争议在绝大多数情况下都是围绕着国际条约展开。[7]条约数量的与日俱增以及种类的不断丰富必然会对投资争议指向的基础法律关系的多样性产生推动作用。国际投资仲裁在形态上具有明显的私法特征，其基础事实包括多个商业主体之间具有一定经济关联性的投资行为，因而其做出的裁决也必然会影响仲裁双方之外的其他利益主体。[8]由此可见，国际投资仲裁依然会面临有限的司法权限与多样的法律关系之间的张力，能否因地制宜且与时俱进地适用“货币黄金原则”是仲裁庭亟待解决的问题。下文将以“货币黄金原则”的理论源起与实践发展作为研究的逻辑起点，梳理其在司法实践中的内涵演变以及法理演化，并以此为基础探讨国际投资仲裁庭如何在解决国际投资争端的过程中正确且恰当地适用“货币黄金原则”。

---

[4] See Karen J. Alter, *Contracting v. Multilateralism in Global Economic Governance: Before, During and After the WTO* in Manfred Elsig et al., International Economic Dispute Settlement: Demise or Transformation? Cambridge University Press, 2021, pp. 15-44.

[5] 参见：朱利江：《论国际裁判中的司法政策》，载《中国法学》2024 年第 3 期，第 289-290 页。See Armin Von Bogdandy and Ingo Venzke, *On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority*, 26 Leiden Journal of International Law 49, 57-59 (2013).

[6] See Zachary Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 74 British Yearbook of International Law 151, 184-189(2003); Anthea Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, 107 American Journal of International Law 45, 54 (2012).

[7] See Bruno Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, 60 International & Comparative Law Quarterly 573, 573-574; Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

[8] See Christopher R. Drahozal, *Parties and Affected Others: Signatories and Non-signatories to International Arbitration Agreements*, in Stefan Kröll et al., Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration, Cambridge University Press, 2023, pp. 283-304; Julian Arato, The Private Law Critique of International Investment Law, 113 American Journal of International Law 1, 1-53.

一、“货币黄金原则”的概念溯源及实践发展

（一） “货币黄金原则”的规范源起

虽然“货币黄金原则(monetary gold principle)”这一称谓来源于国际法院（International Court of Justice）在 1954 年审理的“1943 年从罗马转移的货币黄金案”，但实际上，在中美洲法院审理的 “哥斯达黎加诉尼加拉瓜案”与“萨尔瓦多诉尼加拉瓜案”两起案件中，“货币黄金原则”的雏形便已初见轮廓。哥斯达黎加与萨尔瓦多分别在各自的诉求中请求法院判令美国与尼加拉瓜签订的《布莱恩——查莫罗条约》违反二者的国家权益从而无效。[9]然而法院认为，上述诉求本质上需要法庭审查美国的行为合法性，但问题在于美国并没有接受法院的管辖。如果法庭贸然审理了上诉方的请求，就意味着其对本不应当管辖主体做出了法律认定，这显然超越了司法权限。[10]因此，法院拒绝了二者的诉请。

之后，在国际法院于 1949 年审理的“科孚海峡案”中，被上诉方阿尔巴尼亚在对国际法院的命令回复中提出，国际法院不应该在没有确认主责任国前南斯拉夫的国家责任的前提下，审理从属责任国的责任。[11]虽然阿尔巴尼亚没有明确反对国际法院在此争端中的管辖权问题，但其同样表明了法庭若想认定其国家责任，就必须先对前南斯拉夫的国家责任进行审查。而由于前南斯拉夫没有同意接受国际法院的管辖，因而本案不应得到审理。但随后在法庭的听证环节阿尔巴尼亚并没有选择就此问题进行更多的展开，而是将重点放在对自身行为合法性的抗辩上，相应地法庭也没有做出回应。

此后，在 1954 年，国际法院为了解决意大利与英国、法国和美国之间针对德国从罗马劫掠的黄金产生的争端，创造性地提出了“货币黄金原则”。在本案中，争议黄金的原归属国应当为阿尔巴尼亚，但由于阿尔巴尼亚的国有化措施导致意大利企业遭受损失，据此意大利认为此黄金应当用于赔偿其损失。与此同时，英国认为阿尔巴尼亚应先执行“科孚海峡案”的判决，将黄金作为科孚海峡案判决的赔偿款。在此情形下，国际法院认为其有必要先明确阿尔巴尼亚是否真正需要为意大利所提出的国有化行为承担国家责任。可关键在于，“未经阿尔巴尼亚同意就对其国际责任作出裁决违背了《国际法院规约》所体现的既定国际法原则，即法院只能在一国同意的情况下对其行使管辖权。”[12]因此，法院认为：“在本案中，阿尔巴尼亚的法律利益不仅会受到判决的影响，而且会构成裁决的诉讼标的[13]

---

9 See Costa Rica v Nicaragua (1916), 11 American Journal of International Law 181, 209–210; El Salvador v Nicaragua (1917) ,11 American Journal of International Law 674, 694–695.

10 Ibid.

11 See Corfu Channel (UK v Albania) ICJ Pleadings, vol II, Reply submitted by the Albanian Government according to Order of the Court of 28 March 1948, p.353.

12 See Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), Judgment, 1954, p.32.

13 国内亦有学者将国际法院的此表述翻译为“主题事项”，参见：徐奇：《国际法上“货币黄金案原则”的再审视:法理演进和实践挑战———兼评“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”》，载《国际法研究》2021 年第 5 期，第 55 页。但由于判决书的英文表述“the subject-matter”与法文表述“l’objet”在法律用语中均意味着“法律义务寄托的客体”，故笔者将其翻译为中国法语境下的“诉讼标的”。

（subject-matter，l'objet）。在这种情况下，《国际法院规约》不能被视为默示授权在阿尔巴尼亚缺席的情况下继续进行诉讼。”[14]至此，“货币黄金原则”这一概念正式诞生，并在此后的国际司法实践中被反复提及与适用。

（二） “货币黄金原则”在国际司法实践中的内容变化与场域扩张

“货币黄金原则”自提出之后，在国际法院的裁判过程中起到了重要作用。各国开始纷纷原因此项原则进行抗辩。正是在这个过程中，“货币黄金原则”的内容得到了进一步的发展，其适用的领域也实现了拓宽。下文将主要从“货币黄金原则”的内容变化与适用场域扩张者两个角度对其发展进行梳理。

1.“货币黄金原则”在国际司法实践中的内容变化

在前述“货币黄金案”中，国际法院在判断“货币黄金原则”能否得到适用时，唯一的标准为第三方的法律利益是否成为了争议案件的“诉讼标的”。[15]“货币黄金案”中意大利与英国的争议本质上是黄金的归属问题，阿尔巴尼亚作为黄金的所有权国，其与意大利之间的赔偿争议也必然涉及到黄金的归属，因此其法律利益可以被视为“货币黄金案”的诉讼标的。然而，“诉讼标的”本身是一个内涵与外延都较为丰富的概念，其能够涵盖的法律关系范围可以随着解释方式的变化以及类型化分析的差异而予以调整。例如，有学者认为国际法院适用的“诉讼标的”标准的判断客体应当为申请方的诉讼请求。正是因为意大利提出了其与阿尔巴尼亚之间的赔偿之诉以及英国的求偿顺序之诉，因而法庭才必须考虑在阿尔巴尼亚没有同意管辖的前提下，裁断二者之间的争端是否符合法院的职能要求。[16]由此可见，虽然国际法院提出了“货币黄金原则”并成功地解决了争议方之间的利益矛盾，但由于本案案件事实的特殊性，导致国际法院没有能够更深层次地对“货币黄金原则”的核心内容以及相关标准做出更为细致的分析。本案要求法庭解决的赔偿问题具有明显的财产属性，而其所天然具有的排他性决定了法庭在处理相应纠纷时必须要先明确财产的归属，否则之后的认定都将失去相应的合法性基础。因此与黄金的所有权有关的任何赔偿纠纷都将不可避免地影响法庭的决断。[17]诚如著名国际法学者劳特派特的评价所言，国际法院在“货币黄金案”中的理论阐述只是为了解决黄金的归属问题，而并没有考虑到其对国际法

---

[14] Ibid.

[15] See Alexander Orakhelashvili, *The Competence of the International Court of Justice and the Doctrine of the Indispensable Party: from Monetary Gold to East Timor and Beyond*, 2 Journal of International Dispute Settlement 373, 374 (2011); See Tom Sparks, *Reassessing State Consent to Jurisdiction: The Indispensable Third Party Principle before the ICJ*, 91 Nordic Journal of International Law 216, 217,

[16] See Pierre d'Argent, *The Monetary Gold Principle: A Matter of Submissions,* 115 American Journal of International Law 149, 150 (2021).

[17] See Alexander Orakhelashvili, *Elephant in the courtroom: Monetary Gold, the indispensable parties' doctrine, and the ICJ's ongoing litigation in Guyana v Venezuela*, Birmingham Law School Research Blog, https://blog.bham.ac.uk/lawresearch/2022/12/elephant-in-the-courtroom-monetary-gold-the-indispensable-parties-doctrine-and-the-icjs-ongoing-litigation-in-guyana-v-venezuela/.（最后访问日期：2024 年 7 月 20 日。）

未来发展的影响。[18]也正因其内涵与标准的模糊性，使得之后的法庭对“货币黄金原则”存在不同的理解方式。不同的当事国在援引其进行抗辩时，也提出了诸多不同的解释路径。

在“尼加拉瓜军事行动与准军事行动案”中，美国在面对尼加拉瓜关于非法使用武力的指控时，提出法庭应当考虑其他拉丁美洲国家的权益，因为此项判决必然涉及到这些国家自卫权的行使。基于此，美国并没有直接使用“货币黄金原则”这一用语，而是提出与之相似的“不可或缺第三方原则（Indispensable Third Party Principle ）”。[19]具体而言，美国认为在与判决内容具有直接利害关系的第三方主体未能参与庭审程序的情况下，法庭不应当行使管辖权审理纠纷。法庭在判决中没有直接回应，而是直接反对适用“不可或缺第三方原则”，原因在于，法庭认为上述主体可以通过《国际法院规约》第 59 条，即法庭的判决仅约束当事方这一原则保障自己的权益。虽然法庭在此案中没有过多探讨“货币黄金原则”的内容，但不难发现法庭的论述方向已经将“诉讼标的”测试与第三方主体利益联系的密切程度相关联。换言之，只有司法判决对第三方主体的法律利益的影响足够直接，才能将其认定为“诉讼标的”。[20]这一点在之后的“萨尔瓦多诉洪都拉斯案”中体现的更为明显。此案中，尼加拉瓜主张争议海湾的法律地位与自身利益密切相关，已经构成了本案的“诉讼标的”。但法庭认为虽然尼加拉瓜的利益会受到影响，但这种影响只能够达到《国际法院规约》第 62 条规定的申请参与，尚不足以支持尼加拉瓜的主张，不能将其法律利益认定为本案的“诉讼标的”。[21]由此可见，法庭一方面赞同其司法裁判会涉及尼加拉瓜的合法利益，因此准许其申请参与庭审；另一方面，法庭同时表明利益影响与“诉讼标的”并非完全等同。只有前者的程度足够大才能被认定为构成后者。此标准的采用意味着法院将“货币黄金原则”的核心功能理解为对国家主权的尊重与保护，因而特定国家的利益是否受到实质影响是法庭所要考虑的唯一因素。[22]

直到 1992 年的“瑙鲁诉澳大利亚案”，“诉讼标的”测试的标准得到了进一步澄清。本案中，澳大利亚在根据对瑙鲁的托管协议担任管理人时，被指控对瑙鲁磷酸盐开采负有国际责任。对此，澳大利亚主张法院应适用“货币黄金原则”，因为法院关于澳大利亚责任的任何裁定将同时确定新西兰和联合王国的责任，后两者也是瑙鲁所托管的管理当局的成员。尽管持不同意见的法官接受了这一论点，但法院指出，确定“货币黄金原则”适用性

---

18 See H Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons, 1955, 33–34.

19 See Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States) (Jurisdiction and Admissibility) ICJ Pleadings, vol II, 133–35; vol III, 254–58

20 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US) (Jurisdiction and Admissibility) [1984] ICJ Rep 392, para. 88.

21 See Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgement [1990] ICJ. Reports 92, para. 79.

22 参见：徐奇：《货币黄金案原则在国际司法实践中的可适用性问题研究》，载《武大国际法评论》2019 年第 6 期，第 59 页。See Zachary Mollengarden and Noam Zamir, *The Monetary Gold Principle: Back to Basics*, 115 American Journal of International Law 41, 50-51.

的必要考虑因素是对第三国利益的裁决是否为解决争端的逻辑前提。如果涉案争议的解决必须依赖于另一个法律关系的认定，则后者同样可以被视为“诉讼标的”。[23]自此，国际法院更改了对“诉讼标的”测试的判定标准，将抽象的司法利益具象化为国家责任的判定。与此同时，争端解决的程序适当性以及司法职能的完整性同样也作为考虑要素。正如 Shahabuddeen 法官在其对瑙鲁案的个别意见中所阐明的那样，判断“货币黄金原则”能够适用的依据不仅仅是“诉讼标的”与争议事项的统一性，更为重要的是法庭就同一事项做出认定是否会真正地涉及第三方的国家责任。[24]换言之，单纯的利益衡量并非是“货币黄金原则”所涵盖的唯一要素，是否必须通过审理确认国家责任才是更为主要的判断标准。同样，Crawford 法官在“马绍尔岛诉印度案”的反对意见中做出了相同原理的陈述，其认为判决仅仅是影响或者提及第三方的合法利益无法满足使用“货币黄金原则”的条件，而是应当援引《国际法院规约》第 59 条。[25]

从上述司法实践可以看出，“货币黄金原则”的内涵经历了从特殊化到一般化，从以利益影响程度为中心的判断标准到综合考量国家责任与司法程序的判断标准的过程。[26]有学者将上述两种模式分别定义为“狭义的货币黄金原则”与“广义的货币黄金原则”。[27]“狭义的货币黄金原则”的适用不仅需要司法判决对第三国的国家责任做出认定，还必须以此作为必要的逻辑前提，两项要素缺一不可。[28]而“广义的货币黄金原则”只要求第三方的利益受到切实影响且未接受司法机构的管辖即可。[29]虽然二者存在明显的区别，但也并非完全互斥, 而是可以相互弥补，因为判断国家的行为是否承担国家责任本身就会对其利益产生至关重要的影响。前者属于更为宽泛的要求，其重点关注是国家在事实层面上的实体利益是否在未经同意的情况下受到司法程序的影响；而后者更强调法律层面上的公正与秩序。一方面，法庭的管辖权来源于国家的明确同意，法庭不能在没有国家明确授权的前提下任意裁判国家行为的合法性；另一方面，采用正确的逻辑推理范式同样是公正审理的内在旨意，若案涉争端无法直接仅通过分析当事方的法律关系得到充分的解决，而是必须要参考或者直接运用与第三方责任有关的特定结论，那么在这种情况下，为了推理的正当性与判决的

---

23 See Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v Australia) (Preliminary Objections) [1992] ICJ Rep 240, para 55.

24 See East Timor (Portugal v Australia) [1995] ICJ Rep 90, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 293.

25 See Obligations Concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v India) (Jurisdiction and Admissibility) [2016] ICJ Rep 255, Dissenting Opinion of Judge Crawford para. 29.

26 参见：徐奇:《国际法上“货币黄金案原则”的再审视:法理演进和实践挑战———兼评“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”》，载《国际法研究》2021 年第 5 期，第 56-60 页。

27 See Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, 2nd edn, LGDJ, 2015, pp. 272-273.

28 See Andrej Lang and Christian Tietje, *The (Non-)Applicability of the Monetary Gold Principle in ICSID Arbitration Concerning Matters of EU Law*, in Stefan Huber/ Christoph Benicke (eds.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag, Bielefeld, Gieseking Verlag 2020, p. 1613.

29 See Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, 2nd edn, LGDJ, 2015, pp. 235-236.

合法性，法庭有义务确认第三方的国家责任问题。[30]除此之外，两项判断标准应当共存的另一项原因是二者的覆盖范围有交集但并非完全相同。尤其是对于广义货币黄金原则而言，虽然法庭没有直接认定第三国责任，但对其行为合法性的附带判断会间接影响其责任的产生。[31]在此情况下，若适用狭义货比黄金原则的标准，仅因没有明确的责任认定，法庭就排除货币黄金原则的适用显然不合理。因此，即使国际法院司法实践更倾向于适用狭义货币黄金原则，广义货币黄金原则依然有其存在的意义与价值。在二者的共同作用下，货币黄金原则才能成为国际司法机构拒绝行使管辖权的理由。

2.“货币黄金原则”的适用场域扩张

在内容以及判准变化的同时，“货币黄金原则”的适用范围也开始逐步走出国际法院，进入到其他国际司法机构的审判过程中。例如，在国际海洋法庭审判的“诺星案（M/V Norstar case）” 案中，意大利检察官发布了扣押一艘悬挂巴拿马国旗的船只诺星号的命令。西班牙当局根据一项互助协定对该法令采取了行动。巴拿马对意大利提起诉讼，要求国际海洋法庭宣布意大利违反了《联合国海洋法公约》的若干条款，以及巴拿马有权获得损害赔偿。意大利认为，在国际海洋法庭裁定其行为之前有必要裁定西班牙行为的合法性，否则将违背国际程序法的最基本原则。对此，国际海洋法庭首先承认，“不可或缺当事方”的概念是国际司法程序中的一项既定程序规则，主要是通过国际法院的判决发展而来的。然而，由于巴拿马只起诉了意大利的行为，并不需要根据上述法令裁定西班牙行动的合法性，因而上述规则并不适用本案。[32]除此之外，非公法领域同样出现了讨论“货币黄金原则”适用的情形。例如世界贸易组织专家组审理的“土耳其纺织品案”。土耳其表示，所涉措施是在与欧共体缔结的贸易协定范围内采取的，土耳其和欧共体已将该协定作为关税同盟的一部分。专家组显然必须评估土耳其在该贸易协定范围内实行的此类进口限制是否符合世贸组织协定及其相关协定。[33]虽然专家组通过援引国际法院的一系列判例证明了“货币黄金原则”的存在，但其坚持认为此项法律原则不适用于 WTO 的语境下，因而驳回土耳其的请求。[34]随着国际法的发展，国际仲裁庭在处理非国家主体与国家之间的争议时，也开始适用“货币黄金原则”检视是否应当审理特定诉求。最为著名的为“拉森诉夏威夷王国案”。在本案中，申请人拉森被美国以违反其国内法的名义处以监禁，其要求法庭裁定夏威夷王国未能履行保护其免受美国侵犯的义务。常设仲裁法院认为，由于对此项指控的裁定必然会涉及到美国在夏威夷王国的法律利益，而美国并没有授权法院管辖，因而法院不

30 See Brian McGarry and Yusra Suedi, *Judicial Reasoning and Non-State Participation before Inter-State Courts and Tribunals*, 21 The Law & Practice of International Courts and Tribunals 123, 123-126.

31 See Tobias Thienel, *Third States and the Jurisdiction of the International Court of Justice: The Monetary Gold Principle*, 57 German Yearbook of International Law 321, 336 (2014).

32 See M/V “Norstar” (Panama v Italy) (Preliminary Objections) 2016, paras.172-173.

33 WTO, Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products (31 May 1999) WT/DS34/R, Panel Report, para. 9.7

34 Ibid, para. 9.11.

能裁定这一事项。[35]虽然法庭在整个判决中都没有明确提及“货币黄金原则”，但毫无疑问上述法律推理的过程所依据的基本原理与“货币黄金原则”并无实质性区别。由此可见，货币黄金原则虽发源于国际法院的司法实践，然而为了应对国际社会的格局变化，其适用范围不再局限于国际公法领域，适用对象也逐渐由完全的国家主体向非国家主体延展。

二、“货币黄金原则”在国际投资仲裁中适用的现状与争议

货币黄金原则的内容变化与适用场域扩张丰富了其规范层面的表达模式以及理论层面的内涵范围，但同时也给国际司法实践带来了不可忽略的干扰与障碍。其一，如前文所述，货币黄金原则的适用并不存在着唯一的判断标准，即使选择了广义或者狭义的认定模式，如何去判断利益相关性以及逻辑必要性在很大程度上依旧需要取决于司法机构的自我裁量。

即使是同一标准，不同法庭的理解方式亦不完全相同。其二，货币黄金原则创设的原初目的为解决第三国的国家利益与司法判决影响之间的冲突。其中所涉及到的国际法主体均为国家，相关的争议也都围绕着国家之间的条约关系。那么其缘何能够适用在国际投资仲裁领域解决国家与非国家主体的跨国投资纠纷？ 针对此问题，迄今尚无仲裁庭对其迁移适用的合理性做出明确而清晰的论证。下文将归纳货币黄金原则在国际投资仲裁具体实践中的引用以及相关争议

（一）“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的适用梳理

事实上，早在 2012 年的“Chevron 公司诉厄瓜多尔案”中，货币黄金原则在国际投资仲裁中的适用就已经成为了仲裁庭不得不面对的一个棘手问题。被申请方厄瓜多尔认为，由于之前的 1995 年争端解决协议已经免除了 Chevrion 公司对苏昆比奥斯省的环境污染责任，本案如果就此协议的效力做出认定，必然会影响苏昆比奥斯省的 Lago Agrio 居民团体的利益。在上述利益相关方没有同意且加入仲裁程序的情况下，仲裁庭不应行使管辖权。[36]但仲裁庭认为本案中要解决的问题是厄瓜多尔政府是否违反了双边投资协定，Lago Agrio 人民团体既非双倍投资协定的缔约方，也不是争端解决协议的参与方，因而当前的投资争端与其权利无关。基于上述理由，虽然仲裁庭认可货币黄金原则在国家投资仲裁中的可适用性，但适用的具体条件在本案中无法得到满足。[37]此后，又有多个国际投资争端中的东道国尝试援用货币黄金原则挑战仲裁庭的管辖权行使。通过对相关案例进行统计梳理可以发现，货币黄金原则在国际投资仲裁中的适用存在如下特点：首先，货币黄金原则在国际投资仲裁争端中被援引的次数及其有限，根据笔者的统计，目前只有 8 起国际投资仲裁将货

---

35 See Larsen v. Hawaiian Kingdom, PCA Case No. 1999-01, Award, 5 February 2001, paras. 12.6-12.7.

36 See Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Ecuador, PCA Case No. 2009-23, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 27 February 2012, para. 4.66.

37 Ibid, para. 4.70

币黄金原则的适用作为案件的争议焦点进行审理(见下图)；其次，在这八起案件中，所有仲裁庭都没有否认货币黄金原则在国际投资仲裁中可以适用，然而除“平安保险公司诉比利时政府案”是因东道国主动在听证阶段放弃货比黄金原则抗辩从而仲裁庭无需做出认定之外，其余七起案件的仲裁庭均以适用条件未成就为理由拒绝了东道国的抗辩。例如在“Peteris Pildegovics and SIA North Star 诉挪威案”中，仲裁庭首先援引国际法院审理的“瑙鲁诉澳大利亚案”等与货币黄金原则有关的经典案例，然后将本案的案件事实与法律关系与其进行对照，最终认定本案不符合适用货币黄金原则的情形[38]；最后，值得注意的是，虽然上述案件的仲裁庭在审理的过程中对货币黄金原则的抗辩都做出了明确的认定。然而，此种做法相当于直接推定起源于国际法院司法实践中的货币黄金原则可以直接适用于国际投资仲裁领域。而做出此种推定的理由却并没有出现在之后的裁决论证中。除极少数仲裁庭在裁决中对货币黄金原则在国际投资仲裁中的可适用性做出了较为详细的论述外，其余案件均未直接回应此问题。Chevron Corporation 案仲裁庭认为，货币黄金原则源于国际法的一项重要基本原则，即国家同意原则。仲裁庭可以将此项原则进行类推适用（by analogy），因此货币黄金原则同样可以运用于国际投资仲裁中。[39]“Addiko Bank 诉格鲁吉亚案”是另一个明确讨论货币黄金原则的案例，此案仲裁庭认为货币黄金原则不是本案 BIT 所列明的可适用法律之一，因而不予适用。即使其在本案具有可适用性，相关的事实也无法满足适用条件。[40]在其余的案件中，仲裁庭仅在事实角度论证货币黄金原则无法对本案的管辖权产生影响，而对理论层面的规则适用性却鲜有讨论。例如在 Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia 案中，仲裁庭在可适用性问题上的说理过程及其简略。首先，仲裁庭明确指出 “仲裁庭认为本案不涉及货币黄金原则的适用”。紧接着，仲裁庭仅仅用了一小段阐述本案的基础事实不符合货币黄金原则的适用条件，因而不予适用。[41]为何从国际法院的相关判例中发展出的国际法原则可以直接指导国际投资仲裁庭进行裁判却没有体现在最终的裁决中。

案件名称	裁决公布日期	货币黄金原则的适用情况
Peteris Pildegovics and SIA North Star v. Kingdom of	2023 年 12 月 22 日	仲裁庭不否认货币黄金原则可以适用，但认为本案不满足适用条件，故不予适用[42]

[38] See Peteris Pildegovics and SIA North Star v. Kingdom of Norway, ICSID Case No. ARB/20/11, Award, 22 December 2023, paras. 296-297.

[39] See Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Ecuador, PCA Case No. 2009-23, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 27 February 2012, para.4.61.

[40] See Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis, 12 June 2020, paras. 306.

[41] See Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia (I), ICSID Case No. ARB/17/34, Decision on Respondent's Jurisdictional Objections, 30 September 2020, para. 295.

[42] See Peteris Pildegovics and SIA North Star v. Kingdom of Norway, ICSID Case No. ARB/20/11, Award, 22 December 2023, paras. 296-297.

Norway		
Bedri Selmani v. Republic of Kosovo	2022年8月1日	仲裁庭不否认货币黄金原则可以适用，但认为本案不满足适用条件，故不予适用[43]
RENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/18	2022年5月6日	仲裁庭不否认货币黄金原则可以适用，但认为本案不满足适用条件，故不予适用[44]
Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia	2022年9月30日	仲裁庭不否认货币黄金原则可以适用，但认为本案不满足适用条件，故不予适用[45]
Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia	2022年6月12日	仲裁庭不否认货币黄金原则可以适用，但认为本案不满足适用条件，故不予适用[46]
Ping An Life Insurance Company, Limited and Ping An Insurance (Group) Company, Limited v. The Government of Belgium	2015年4月30日	仲裁庭尊重被申请方选择，不予审理与货币黄金原则有关的管辖权异议。[47]
Niko Resources (Bangladesh) Limited v. Bangladesh and other	2013年8月19日	仲裁庭不否认货币黄金原则可以适用，但认为本案不满足适用条件，故不予适用。[48]
Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador	2012年2月27日	仲裁庭明确认可货币黄金原则可以适用，但认为本案不满足适用条件，故不予适用。[49]

（二）“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的适用争议

由上述仲裁实践可知，目前货币黄金原则已经在实然层面上成为了仲裁庭所承认的

[43] See Bedri Selmani v. Republic of Kosovo, ICC Case No. 24443/MHM/HBH, Final Award, 1 August 2022, para.332.

[44] See RENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/18, Award, 6 May 2022, para. 509.

[45] See Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia (I), ICSID Case No. ARB/17/34, Decision on Respondent's Jurisdictional Objections, 30 September 2020, paras. 294-297.

[46] See Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis, 12 June 2020, paras. 306-307.

[47] See Ping An Life Insurance Company, Limited and Ping An Insurance (Group) Company, Limited v. The Government of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015, para.238.

[48] See Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla"), ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, paras. 516-524.

[49] See Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II), PCA Case No. 2009-23, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, paras.4.59-4.71.

可适用法律之一，但对于应然层面的原理机制仲裁庭却始终语焉不详。这种模糊性与不确定性遭到了诸多批判与质疑。纵观货币黄金原则在国际投资仲裁中的适用争议，可以将其总结为以下三点。

首先，国际投资仲裁与普通的国际诉讼程序所解决的争议或者审理的事实关系存在不可忽视的差别。前者包括与跨国投资相关的经济交往活动及其政府规制行为，仲裁庭需要根据国际投资条约的相关规定检视投资者的投资行为以及东道国的管理行为。[50]而后者关注的对象主要为国家的主权行为，国际法院等国际司法机构必须结合争议双方所签署的国际条约判断相应的国家责任成立与否。[51]正是基础事实与法律关系的不同导致潜在的利益相关方的数量与利益密切程度亦有所区别。具体而言，国际投资法律关系的成立需要基于一系列的私主体与公权力机关的配合。[52]在此过程中，往往涉及到多个和投资者存在经济联系的分支机构与东道国有权机构签订的投资合同，因而仲裁庭对外国投资者与东道国投资纠纷的认定必然会沿着投资相关方之间的经济关系产生仲裁之外的影响。[53]而对于普通的国际诉讼程序而言，由于其审理对象为国家行为与特定条约的相符性以及相关联的国家责任，相较于投资法律关系，主权国家之间的争端无论是相关主体、所涉法源还是效果范围都十分有限。只有在极特殊的情况下，两国之间的法律纠纷会涉及到第三方国家的责任认定与利益衡量。所以有学者指出，货币黄金原则虽然可以被称作“法律原则（principle）”，但其适用场景实际上极其受限。[54]所以，货币黄金原则在国际投资仲裁中的适用绝对不能完全援用其在普通国际诉讼程序中的模式。

其次，在现有的国际投资仲裁判例中，几乎所有仲裁庭都引用“货币黄金案”作为适用“货币黄金原则”的理据。然而，问题在于，“货币黄金案”判决中已经明确指出，“货币黄金原则”的法理基础是国家同意原则。[55]出于对国家主权平等的维护，在国家没有明确向国际司法机构表明愿意接受管辖的情况下，对国家行为以及国家责任的司法认定都是不被允许的。此项基本原则对于以“投资者——东道国”为争端解决模式的国际投资仲裁而言，在大多数情况下都无法直接援引。[56]原因在于，仲裁庭的管辖权取得虽然同样依赖投资

---

50 参见：何焰，谷放：《比例原则在国际投资仲裁中的适用反思：场域边界与规范张力》，载《武大国际法评论》2023 年第 2 期，第 149 页；See Eric De Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014, pp. 27-29.

51 See Gleider I Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford University Press, 2014, pp.1-9.

52 See Julie A. Maupin, *Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach*, 54 Virginia Journal of International Law 367, 401-406 (2014).

53 See Noam Zamir, *The applicability of the Monetary Gold principle in international arbitration*, 33 Arbitration International 523, 534 (2017).

54 See Martins Paparinskis, *Long Live Monetary Gold: Terms and Conditions Apply*, 115 American Journal of International Law 154, 157 (2021).

55 See Stuart Kaye, *Jurisdiction in the South China Sea Arbitration: application of the Monetary Gold principle,* in S. Jayakumar et al., The South China Sea Arbitration, Edward Elgar, 2018, p. 46.

56 参见：曲波：《国际争端解决中货币黄金原则的适用》，载《当代法学》2020 年第 4 期，第 156 页。

者与东道国的同意授予，但此种同意的类型并非是国家的单方面权利让渡，而是平等主体之间的合意实现。[57]因此，普通国际诉讼中的法庭与国际投资仲裁中的仲裁庭的权能来源并不相同，因而适用于限制前者的货币黄金原则的法理基础并非能够直接作为后者的正当性依据。

最后，还有部分学者主张，国际法院与仲裁庭的机构性质不同，因而司法职能与审判职责亦有显著区别。对于前者而言，国际法院的职能范围与合法性由联合国宪章明确规定。其不仅仅是作为解决个案而设立的裁判性组织，更是需要保障国际司法秩序正常运行的常设司法机构。[58]据此，国际法院的判决虽然只对特定案件的当事方有法律约束力，但其作为国际社会公认的司法机构独有的权威属性使其做出的司法认定往往拥有超越争议双方的效力。[59]具体而言，国际法院的判例经常会被包括国际投资仲裁庭在内的其他国际司法机构在裁判说理的过程中援引。[60]国家法院本身在裁判的过程中也更为倾向维持先前的结论。[61]其在针对某个案件的推理完全有可能成为另一争端当事方诉讼请求的有力佐证。[62]正因如此，国际法院对涉案国家之外的其他国家的司法权益亦可能产生间接影响。因此，“货币黄金原则”的适用除了是对国际法院管辖权的消极限制之外，也是对其裁判保持谨慎的积极要求。对于后者而言，国际投资仲裁庭由当事方合意决定，无论是其机构性质的临时性还是仲裁过程的保密性[63]，都能够佐证其职能范围集中于对个案的裁判而非对整体司法秩序与国际社会利益的维护。综上，鉴于国际法院与国际投资仲裁庭的职能与性质上的差异，亦不能将“货币黄金原则”进行简单地类比适用。正如 Ajibola 法官所言：国际法院作为一个常设司法机构，它不是当事方合意的产物，而是联合国的“主要司法机关”，其显著特点之一是，国际法院不仅仅是应当事方的要求而存在(如仲裁法庭那样)，因此，它不仅仅关注特定案件当事方的合法利益。法院不仅有义务保护提交法院审理的国家的利益和权利，还有义务保护未提交法院审理但未同意对其行使管辖权的国家的利益和权利。[64]

---

57 See Guiguo Wang, *Consent in Investor－State Arbitration: A Critical Analysis*, 13 Chinese Journal of International Law 335, 336 (2014).

58 See Bertrand Ramcharan, *Modernizing the Role of the International Court of Justice*, Springer, 2020.

59 See Niels Petersen, *Lawmaking by the International Court of Justice—Factors of Success*, 12 German Law Journal 1295, 1303-1316 (2011).

60 See Erik Voeten, *Borrowing and Nonborrowing among International Courts*, 39 The Journal of Legal Studies 547, 570-571 (2010).

61 See James Gerard Devaney, *The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: A constructive interpretation*, 35 Leiden Journal of International Law 641, 645-647 (2022).

62 See Niccolò Lanzoni, *The Authority of ICJ Advisory Opinions as Precedents: The Mauritius/Maldives Case*, 2 The Italian Review of International and Comparative Law 296, 298-299 (2022).

63 See Mohammad Hamdy, An Ad Hoc Dispute Settlement Mechanism or a Harmonization Mission? A Reappraisal of Jurisprudential Fragmentation in International Investment Arbitration, 32 Duke Journal of Comparative & International Law 287, 296; Julie A. Maupin, Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky, in Andrea Bianchi & Anne Peters eds, Cambridge University Press, 2013, pp. 142-171.

64 See Bola Ajibola, The International Court of Justice and Absent Third States, 4 African Yearbook of International Law 85, 89 (1996).

三、“货币黄金原则”的国际法原理反思与澄清

从以上观点归纳不难发现，目前学界大多将争议的产生归因于国际投资仲裁与一般国际诉讼程序的差异以及待解决争议问题的性质区别，却鲜有质疑对货比黄金原则的传统理解是否存在不周延之处。正如前文论述，货币黄金案的法律推理具有特殊性，令人遗憾的是，之后的司法实践从未试图从更为一般化的理论视角分析货比黄金原则的核心法理。 因此，下文将重新审视货币黄金原则的基础原理，反思传统观点中的国家同意原则是否能够完全支持货币黄金原则适用的合法性与合理性。

（一）传统国家同意原则的功能缺陷与范围局限

诚然，国家同意原则是国际争端解决机制的基石，更是国家主权的必要保障。[65]将货币黄金原则的理论基底确定为国家同意原则既能保证法庭在适用时充分考虑国家的授权完整性，同时也能确保国家能够对法庭的超权管辖进行直接抗辩。[66]除此之外，其作为货币黄金原则的另一益处在于调和“广义”与“狭义”标准之间的区隔。二者之间之所以可以相互补充，本质是因为都涉及对国家同意原则的解释适用，只是在解释的限度方面有所不同。[67]然而，上述司法实践中的部分合理性并不能掩盖其理论解释力以及效果范围的局限性。

首先，国家同意原则在解释“货币黄金原则”适用的合法性方面存在功能缺陷。同意原则的法理基础为国际法框架下的主权平等以及经其延伸出的一系列权能。[68]其中最为核心的是自主权。[69]换言之，任何国家的主权行为不得受到他者的干涉，尤其对于国际司法机构而言，任何司法裁判都不能约束未授权其同意的国家。[70]然而问题在于，司法判决只有在最终明确对于具体事项的司法认定的情况下才能被认为具有约束力。[71]这一点在诸多国际司法机构的规约或者章程中均有所体现。例如，《国际法院规约》第 60 条指出“法院之判决系属确定，不得上诉。判词之意义或范围发生争端时，经任何当事国之请求后，法院应予解释。”[72]由此可见，司法判决只有做出有关特定法律关系的最终结论的情况下才能产生对当事方的强制效力。换言之，国家同意原则真正约束的是国际司法机构对第三国的国家责任做出最终的判断，即特定国家的特定行为承担国家责任，而并非限制其对涉及国家利益的

---

65 See Alexander Orakhelashvili, Consensual Principle, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2020, para. 1.

66 See Alvaro Galindo and Ahmed Elsisi, Non-Disputing Parties’ Rights in Investor-State Dispute Settlement: The Application of the Monetary Gold Principle, in Katia Fach Gόmez eds., Private Actors in International Investment Law, Springer, 2021, pp.183-184.

67 See Ori Pomson, Does the Monetary Gold Principle Apply to International Courts and Tribunals Generally? 10 Journal of International Dispute Settlement 88, 114 (2019).

68 See Samantha Besson, Sovereignty, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2011, para. 37.

69 See Samantha Besson, Sovereignty, International Law and Democracy, 22 European Journal of International Law 373, 378 (2011).

70 See Tobias Thienel, Third States and the Jurisdiction of the International Court of Justice: The Monetary Gold Principle, 57 German Yearbook of International Law 321, 332 (2014).

71 See South West Africa (Liberia v. South Africa), Dissenting Opinion of Judge Koretsky, 18 July 1966, p.241.

72 See ICJ Statute, Article 60

事项进行分析。在后者的情形下，第三国不会受到判决的约束。《维也纳条约法公约》第35 条便是对此观点的一个有力支持。其规定如果两国在签订的条约中规定了第三国的利益，除非第三国明确同意受其约束，否则此条约对第三国不产生效力。国家同意原则的作用是阻却被强行施加的义务，因此，只有当两国以条约要求第三国承担特定义务时，国家同意原则才能起到作用。[73]同理，如果国际司法机构的判决中指出第三国需要承担国家责任，此时若第三国以“狭义货币黄金原则”抗辩，则将其解读为国家同意原则的延伸没有争议。但如果遇到了“广义货币黄金原则”的适用情形，即判决中没有直接认定第三国的责任，而是探讨了如行为合法性等与其司法利益有直接关联的内容或者仅将第三国的既存利益进行事实层面的陈述，在这种情况下，由于不涉及国家同意原则的适用，则狭义货币黄金原则也无法适用。[74]而这明显与货比黄金原则的创设初衷相悖。

其次，国家同意原则的适用对象以及应用场景存在一定的局限性。国家同意原则诞生于威斯特伐利亚体系主导的国际法规则框架。[75]在此理论型构中，国家被认为是国际法律关系中唯一的行为主体。[76]国家主权的权威属性要求任何规则的创制都不能逾越国家主权，除非国家自愿让渡相应的权利。[77]由此，国家同意成为了国际法效力的核心要素。但不可否认，当代国际社会的构成相较于威斯特伐利亚体系的时代已经产生了显著的变化。最为核心的部分在于国家不再是国际法承认以及规制的唯一主体。非国家主体在国际法规则的生成与演变的过程中扮演者越来越重要的角色。[78]国家同意不再是评判国际社会交往正当性的唯一要素。[79]黎巴嫩问题特别法庭前庭长安东尼奥·卡塞瑟将上述国际法的演化进程总结为两个模式。[80]第一个是“威斯特伐利亚模式”，即传统国际法，其基础是主权国家共同体的概念，一个国家的主权只能通过其同意来限制。第二种模式扩大了传统国际法的范围，被称为“联合国宪章模式”。根据这一模式，国家仍然是国际法的主要主体，但有组织的人民、国际组织和个人在国家间关系中也发挥了至关重要的作用。卡塞瑟认为后者并没有完全取代前者，因而二者强调的对象不同。威斯特伐利亚模式强调国际法在现实情形下的适用，而联合国宪章模式是一套“旨在将更大的正义引入国际关系”的规则。“威斯特伐利亚模式”和“《联合国宪章》模式”的共存反映了国际社会互动竞争的复杂交织性质，国际司法

---

73 See Ori Pomson, Does the Monetary Gold Principle Apply to International Courts and Tribunals Generally? 10 Journal of International Dispute Settlement 88, 109-110 (2019).

74 Ibid.

75 See David Armstrong, Revolution and World Order: The Revolutionary State in International Society, Oxford University Press, 1993, p. 16.

76 See Stephen D. Krasner, Rethinking the sovereign state model, 27 Review of International Studies 17, 18 (2004)

77 See Samantha Besson, Sovereignty, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2011, para.1.

78 See Andrea Bianchi, The Fight for Inclusion: Non-State Actors and International Law, in Ulrich Fastenrath (ed.) et al., From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, Oxford University Press, 2021, pp. 39-57.

79 See Nienke Grossman, The Normative Legitimacy of International Courts, 86 Temple Law Review 61, 68-76 (2013).

80 See Antonio Cassese, International Law in a Divided World, Oxford University Press, 1987, pp. 397-400.

机构想要维护国际司法秩序的平衡与稳定就必须同时考虑两种模式下的法律适用。[81]由此，在前者语境下凝结而成的法律原则必然无法完全适应当前国际法的制度环境。在“货币黄金原则”的适用性这一问题上，仅仅因为国家同意原则无法适应仲裁的规范体系就断言“货币黄金原则”不能适用于国际投资仲裁，无异于试图以静态的“威斯特伐利亚模式”统摄动态的国际法互动过程，而这显然不恰当也不可行。

（二）司法适当性原则引入的合法性基础

上述分析表明，国家同意原则只能够在部分问题上解释“狭义货币黄金原则”适用的正当性，面对“广义货币黄金原则”所针对的情形却无法应对。据此，必须在国家同意原则之外找寻其他理论基础作为“货币黄金原则”的补充。事实上，不少学者以及法官也提出了此类想法。例如，在国际法院 2016 年审理的“马绍尔群岛诉英国案”中，Cançado Trindade 法官在其反对意见中指出，讨论“货币黄金原则”的适用不应拘泥于先例，而是应当具体情况具体分析。摆脱“严格的以国家为中心的唯意志论观点”和“对国家同意的推崇”，并寻求基本原则(prima principia)的指导。[82]而在此之前，亦有法官对“货币黄金原则”的理论基础提出了质疑。Robert Jenning 法官在“利比亚诉马耳他案”中的反对意见中对“货币黄金案”作出了不同的诠释。其认为“货币黄金原则”的提出是为了阻止法庭“不适当行使管辖权（The impropriety of exercising jurisdiction）”。[83]而之后“喀麦隆诉英国案”的 Gerald Fizmaurice 法官在其个别意见中将“货币黄金原则”的理论支持解读为“适当性基础（ground of propriety）”[84]。由此可见，上述法官均认同“货币黄金原则”的适用除了考虑国家同意这一要素之外，还必须着重衡量法庭裁判的适当性。部分学者将这种观点归纳为“司法适当性原则”的适用。[85]下文将具体阐述司法适当性原则引入的合法性与合理性

1. 司法适当性原则引入的法理基础

综合学者的研究以及各个国际司法机构的解读，“司法适当性(judicial propriety)”主要包括法庭两方面的考量，分别为对法庭自身程序的保障以及对相关裁决公正性和效果的保证。其一，法庭作为当事方授权裁判的机构必须控制诉讼过程和诉讼的正确进行、维护和

---

81 See Natalie S. Klein, Multilateral Disputes and the Doctrine of Necessary Parties in the East Timor Case, 21 Yale Journal of International Law 304, 309 (1996).

82 See Obligations Concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, ICJ Report 2016, Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, para.131.

83 See Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), ICJ Report 1984, Dissenting Opinion of Sir Robert Jennings, para.2.

84 See Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), ICJ Report 1963, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 102.

85 See Ori Pomson, Does the Monetary Gold Principle Apply to International Courts and Tribunals Generally? 10 Journal of International Dispute Settlement 88, 114; See Tobias Thienel, Third States and the Jurisdiction of the International Court of Justice: The Monetary Gold Principle, 57 German Yearbook of International Law 321, 335 (2014).

确保法院履行其司法职能[86]；其二，国际司法机构做出的判决不仅会对涉案方产生直接的法律效果，其同样会对其他国家产生示范作用以及对未来国际法的发展产生引导作用。因此，其还要确保决出的裁决符合国际社会对公平公正的认知，契合国际司法秩序。[87]

虽然司法适当性原则没有在国际司法机构的章程中被明确写明，但诸多国际司法机构已经在司法实践中承认并适用了此项原则。例如在“塞尔维亚和黑山诉比利时关于使用武器合法性案”中，法院认为虽然《国际法院规约》以及《程序规则》没有规定其是否有权利在审查案件管辖权之间将本案移出案件列表，但出于对“正当司法”的尊重，法庭可以做出此项决定。[88]然而，“正当司法”为何能够成为法庭所引证的理由尚不明晰。为此，Higgins 法官在个别意见中提出了“固有权力（inherent power）”这一概念。其认为保证“正当司法”而进行的相关决策是法庭的一种“固有权力”具体而言，法庭行使此种权利无需外界授予，而依靠其自身的存在便可获得。[89]此后，“固有权力（inherent power）”又在多个国际司法机构得以援用。在国际法院审判的“核试验”案中，法庭认为, 其必须拥有某些固有权力，以便维护其基本的司法职能[90]；世贸组织上诉机构在“美国诉墨西哥软饮料税收措施案”中明确提到专家组的“某些权力是其裁决职能所固有的”[91]。前南刑庭在“塔迪奇案”中同样赞同“固有权力”的存在，法庭指出审判分庭评估证据真实性是一种固有权力，是为了庭审的公平公正所不可缺少的。[92]由此，判断司法适当性并就此做出相应的决定是国际司法机构行使其“固有权力”的必然结果，“固有权力”本身也是国际司法机构适用“司法适当性原则”的法律基础。关于“固有权力”学说的法律渊源存在诸多观点。部分学者以及法庭认为，“固有权力”源于“默示权力原则（implied power）”[93]。举例而言，前南问题国际法庭上诉分庭在“检察官诉 Blaskic 案中”认为，在《前南刑庭规约》没有明文规定的情况下，其依然有“默示权力”向国家或国家官员发出出示证件传票，要求出示政府文件。[94]另有学者认为“固有权力”是随国际司法机构成立而随之诞生的产物，当一个组

---

86 See Chester Brown, The Inherent Powers of International Courts and Tribunals, 76 British Year book of International Law 195, 228-237 (2005); Chester Brown, Inherent Powers in International Adjudication, in Cesare P. R. Romano (ed.) et al., The Oxford Handbook of International Adjudication, Oxford University Press, 2013, pp. 830-832.

87 See José E. Alvarez, *The Impact of International Organizations on International Law*, Brill, 2017, pp. 310-330.

88 See Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, para.33.

89 See Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Separate opinion of Judge Higgins, ICJ Reports 2004, para. 9.

90 See Nuclear Tests (Australia v France), Questions of jurisdiction and/or admissibility, Judgment, ICJ Report 1974, p. 253.

91 See WTO, Mexico: Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages – Appellate Body Report (24 March 2006), WT/DS308/AB/R, para. 45.

92 Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-A, Appeal Judgement ,15 July 1999, para.322.

93 See Martins Paparinskis, *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So*, in I. Laird and T. Weiler, eds., International Investment arbitration and international law, Juris Publishing, 2011, p. 4.

94 See Prosecutor v Blaskic, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Appeal Chamber, IT-95-14, para 25

织能够被称为“法庭”，而非其他行政单位就足以说明其应当具有一些专属于自身的权力。这一点也得到了一定程度的认同。黎巴嫩特别法庭对此做出了明确的解释，其认为“这种固有权力从法庭拥有主要管辖权的事项提交法庭某一机关的那一刻起就产生了。”[95]著名国际法学者 Hugh Thirlway 同样认为“如果国际社会将设立国际机构将其归类为法院或法庭，那么它们就没有必要在其组织文件中说明它有义务在作出决定之前听取双方的意见；通过称之为法庭，他们已经含蓄地给出了指示。”[96]虽然上述观点都未形成通说，但至少可以肯定的国际司法机构的“固有权力”已经成为了一项得到广泛认可的一般法律原则，因而与之密切联系的司法适当性原则同样应当被认定为一般法律原则，进而能够被国际司法机构所援用。[97]

2. 司法适当性原则引入的合理性

在解决司法适当性原则适用的法律基础之后，下一个需要检视的问题是：将司法适当性原则作为“货币黄金原则”的核心法理是否能够发挥相应的作用。申言之，司法适当性原则是否能够在广义和狭义货币黄金原则的适用场景中为二者提供正当化基础。

对于“狭义货币黄金原则”而言，其适用的前提是认定第三方国家责任为国际司法机构审理争端所必须。其中第一要素即关于国家责任的司法判断部分，国家同意原则可以支持“狭义货币黄金原则”的适用，但涉及司法裁判逻辑要求的第二要素却无法落入国家同意原则的射程范围。在此种情形下，司法适当性原则可以予以补充完善。司法适当性原则要求国际司法机构保障审判程序的公平公正进行，严格依照司法推理的基本模式完成审理，得出结论。当法庭在分析过程中发现争端的解决必须以认定涉案当事国之外国家的责任为前提时，为了最终结论的正当性，司法适当性原则要求法庭必须先行判断第三国的国家责任，而不能弃之不顾。由此，国家同意原则才可以进一步阻止法院行使管辖权，二者配合共同使得“狭义货币黄金原则”发挥作用。

对于“广义货币黄金原则”而言，其核心标准在于裁判对象与第三国利益联系的紧密程度。国家同意原则的适用并不能阻止法院仅分析第三国行为的合法性或者从事实层面讨论与第三国利益相关的事宜。此时，司法适当性原则的引入便可以弥补此项缺陷。除了程序事项之外，司法适当性还要求法庭从整体上考虑对国际社会司法秩序的影响，包括其是否符合国际社会公认的基本准则以及是否会产生不公正的后果。如上文所述，即使法庭没有在最终结论中认定第三国的责任，在司法推理过程中对第三国行为合法性以及适当性的讨论同样会极大程度地影响其在之后潜在争端中的立场与诉讼策略，同时也会对其他国家

---

95 See CH/AC/2010/2, Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber, Decision on Appeal of Pre-Trial Judge's Order Regarding Jurisdiction and Standing, November 10, 2010

96 See H Thirlway, *Dilemma or Chimera? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication*, 78 American Journal of International Law 622, 626 (1984).

97 See Ridhi Kabra, *Inherent Powers of the WTO Appellate Body and ICSID Tribunals – A Tale of Cautious Convergence*, in Szilárd Gáspár-Szilágyi et al., Adjudicating Trade and Investment Disputes: Convergence or Divergence?, Cambridge University Press, 2020, pp. 167-168.

的行为模式提出潜在的要求。[98]如果只是因为国际司法机构没有在结论中写明相应的责任承担就认为第三国的司法利益未收到影响，显然不符合国际社会公认的公平正义。[99]司法正当性原则的适用可以赋予法庭更多思考“法庭之外”要素的能力。在遇到上述情况时，司法正当性原则亦可支持法庭适用“广义货币黄金原则”拒绝行使管辖权。

综上所述，司法适当性原则作为“货币黄金原则”的理论基础既可以找到充分的国际渊源支撑其合法性，又可以在具体的场景中完善国家同意原则的适用瑕疵，兼具合法性与合理性。

四、“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的可适用性证成以及标准调适

在澄清“货币黄金原则”的双重法理基础之后，对“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的适用争议也相应地转变为上述基础理论能否在国际投资仲裁的环境中实现其功能以及适用标准为何？下文将针对这两个问题分别进行展开，论证“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的可适用性及其标准的调适方式。

（一）“货币黄金原则”在国际投资仲裁中适用的理据分析

首先，国家同意原则虽然无法直接在国际投资仲裁庭中进行援引，但实际上国际投资仲裁庭本就不必适用此原则。国际投资仲裁针对的是东道国与投资者作为平等主体之间产生的投资纠纷，仲裁庭设立所需要的合意基础强调个体的自主性而非主权的独立性。[100]正因如此，仲裁作为区别于诉讼的争端解决机制也应当适用独立的用于限制仲裁庭管辖权的原则，即仲裁同意原则。在“狭义货币黄金原则”适用的情形下，若仲裁庭在裁决投资争端的过程中发现必须认定仲裁当事方以外主体的责任并做出了相应的结论，则第三方完全可以援用仲裁同意原则，以未同意接受仲裁庭管辖为由拒绝承担责任。《ICSID 公约》第 53 条规定仲裁庭的裁决只约束仲裁方同样是对此原则的有力支持。[101]

其次，司法适当性原则同样适用于国际投资仲裁。如前文所述，反对“货币黄金原则”在国际投资仲裁中适用的主要理由在于仲裁庭的创制带明显的私法性质，其最终目的是服务于仲裁当事方，而非国际社会。此种论断源于对仲裁性质以及国际投资仲裁庭只能的片面解读。其一，虽然仲裁这一争端解决模式与诉讼具有较大差别，仲裁庭作为临时性质的司法机构，其职能同样与常设法庭有所不同。但这并不意味着仲裁庭不需要在裁决的过程中考虑当事方以外的因素。实际上，仲裁本身就代表着一种跨国法律秩序，其合法性

---

98 See Sir Franklin Berman, *The International Court of Justice as an ‘Agent’ of Legal Development?*, in Christian J. Tams et al., The Development of International Law by the International Court of Justice, Oxford University Press, 2013, pp. 7-21.

99 See South West Africa (Liberia v. South Africa), Dissenting Opinion of Judge Koretsky, 18 July 1966, p.241.

100 See Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld, *Limitations to Party Autonomy in International Arbitration*, in Stefan Kröll et al., Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration, Cambridge University Press, 2023, p.47.

101 See ICSID Convention, Article 53.

不仅取决于当事方的授权，还要依靠与其相关的社会认可。[102]无论是国际投资仲裁还是商事仲裁都不可避免地要涉及到仲裁规则的选取、仲裁地规则的允许以及执行地的承认等设计多个司法体系的问题。[103]这就要求仲裁庭在审理过程中必须考虑可能影响司法公正与社会认可的诸多因素，例如公共政策例外等。[104]因此，即使仲裁以解决私主体纠纷为主要目标，其同样也需要承担维护国际司法秩序的职能；其二，对于国际投资仲裁庭而言，虽然其属于特设的临时司法机构，其主要功能是解决具体的投资争端，通过有约束力的裁决解决投资者与东道国之间的纠纷。然而随着国际投资形态的不断发展以及各国经济交往的不断深化，国际社会逐渐意识到国际投资仲裁庭在国际投资法发展的过程中发挥着及其重要的作用。一方面，国际投资仲裁的功能之一是通过约束并规范东道国的规制行为从而保证投资者的合法利益。为此，仲裁庭需要审查东道国的国内政策以及行政管理，并对其是否与投资条约的规定相符做出界定。[105]东道国相应地需要根据仲裁庭的认定做出相应的调整。通过此种互动模式，仲裁庭不仅能够就特定争端做出有约束力的裁决，还可以间接地塑造东道国的法律法规与投资政策。另一方面，仲裁庭对相关规范的解释与适用也在不断完善国际投资法律框架。不同国家之间签订的国际投资条约也相应地有所增补。[106]例如在仲裁庭明确表示投资者的审慎义务后，国际投资条约中逐渐出现了包括东道国环境保护，保障劳工权益等限制投资者不法行为的具体条款。据此，国际投资仲裁庭不仅在个案中完成了解释适用法律的任务，还通过此过程对国际投资法律规范的内容进行了不断的丰富完善，进而督促各国朝着更高标准的规则迈进。基于此，部分学者也将国际投资法视作“国际行政法（global administrative law）”的一部分，用以证明国际投资仲裁的职能已经不仅限于解决具体的投资争端，其对于国际投资法律体系的发展与进步亦不能被忽略。[107]由此，其不仅需要在个案中做到公平公正裁判，还必须积极推动国际投资法治规则的完善。如果仲裁庭仅仅关注投资者提出的诉求本身，而不顾国际社会的司法稳定性以及公认的准

---

102 See Alexis Mourre, La légitimité de l'arbitrage, Recueil des cours Volume: 427, 2022, pp. 240-241.

103 See Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Brill, 2010, pp. 31-33.

104 See Troy L. Harris, *The "Public Policy" Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention—With Particular Reference to Construction Disputes*, 24 Journal of International Arbitration 9, 9-24 (2007); Lemaire, S., *L'intégration de la loi de police laotienne sur les investissements étrangers dans l'ordre public international de contrôle de la sentence, note sous Paris, Pôle 1 – Ch 1, 16 janvier 2018*, 2018 Revue de l'Arbitrage 409, 409-421 (2018) ; See Alec Stone Sweet and Florian Grisel, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford University Press, 2019, p. 29.

105 See Federico Ortino, *The Investment Treaty System as Judicial Review*, 24 American Review of International Arbitration 437, 468 (2013).

106 参见：黄世席，罗维昱：《中国双边投资条约现代化转型的法律分析》，载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 2 期，第 141-151 页。See Crina Baltag et al., *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?*, 38 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 381, 390-421 (2023).

107 参见：翟翌：《人类命运共同体理念下“全球行政法”的证成、范畴、效力模式》，载《政治与法律》2024 年第 3 期，第 2-23 页。See Gus Van Harten and Martin Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, 17 European Journal of International Law 121-150 (2006).

则，则必然会违背国际社会对其公平公正审判的基本信任与维护国际社会司法秩序的合理预期。因而，国际投资仲裁庭同样必须被赋予能够实现诉讼程序完整性与司法正当性等司法职能的权力，外在表现为仲裁庭可以决定审理特定主张是否恰当，即是否应当行使管辖权；其三，从法律关系所处的系统关系来看，固然国际投资法律关系与一般国际公法关系有所区别，但这并不意味着二者处于完全隔离的状态。换言之，国际投资仲裁绝非“自足（self-contained）”系统。[108]国际投资仲裁归根到底仍然是基于仲裁庭对于国际条约的解释与适用，只不过在具体的功能定位以及程序运行方面与普通国际诉讼程序有所区别。底层法律基础的类同意味着国际投资法律关系在遇到规则空白时完全可以结合具体争议的相似性类比援用其他国际法子领域的相关规范原则以及法律原理。这一点也在国际投资仲裁实践中得到了充分的体现。例如在 Asian Agricultural Products Ltd v Republic of Sri Lanka 案中，仲裁庭在判断“充分保护与安全条款（Full protection and security clause）”的含义时，参考了国际人道法的相关规则。其明确提出，国际投资法并不是一个自成一体的封闭法律体系，不能仅仅援引可直接适用的实质性规则，而是必须在一个更广泛的司法背景下加以考虑。[109]

（二）“货币黄金原则”在国际投资仲裁中适用的标准调适

如前所述，反对货币黄金原则在国际投资仲裁中适用的理由之一是法律关系性质的差异。诚然，此种担忧有一定的合理性。国际投资法律关系的辐射广度以及影响程度要远远超过普通公法关系。例如在股权投资的情景中，外国投资者在东道国的公司中通过购买股份的方式进行投资，如果东道国的行为阻碍了此公司的正常经营则作为股东的外国投资者的利益同样会受到影响。[110]而如果外国投资者本身就是企业法人，那么利害相关方的数量会更多。仲裁庭针对东道国行为做出的裁决势必会涉及到上述主体的利益。若仅因部分利益相关方未同意仲裁且权益会受到影响为由请求仲裁庭适用货币黄金原则拒绝仲裁，显然有违公平正义，同时亦会造成货币黄金原则在国际投资仲裁场域的滥用。为此，在基础理论变动的情况下，相关的适用标准同样要结合相关的适用情形予以调整。

首先，在适用狭义货币黄金原则的情形下，仲裁庭只需判断第三方主体是否同意以及仲裁程序是否必须以认定第三方责任为前提。标准较为客观，不会产生过于复杂的争议。但对于广义货币黄金原则而言，其衡量标准为诉讼标的与第三方利益的相关性，此种较为模糊的标准在国际投资仲裁法律关系中容易导致适用范围过于宽泛，适用结论不一致的现

108 See José E. Alvarez, *Is Investor-State Arbitration ‘Public’?*, 7 Journal of International Dispute Settlement 534, 538 (2016).

109 See AAPL v Sri Lanka, Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 Jun 1990, para 257.

110 See Anuki Suraweera, *Shareholder Claims for Reflective Loss in Investor-State Dispute Settlement: Proposing Reform Options for States*, 38 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 595, 595–60 (2023).

象发生。为此，应当将二者进行参照补充适用。[111]正如前文提到，二者虽然在应用场景方面并不完全重合，但也决不能将二者割裂对待。二者基于相同的法理原理，因而在判定标准上应当保持一致。具体而言，狭义货币黄金原则的适用门槛是责任的判定，那么广义货币黄金原则的标准需要与之持平。换言之，其考量的利益影响程度应该相当于对责任的间接认定。这就要求国际投资仲裁庭在司法推理部分讨论第三方行为时足够详细，足够清晰，可以作为被直接用于支持其责任成立的直接证明。只有在此情况下，货币黄金原则才能被用于阻却仲裁庭适用管辖权。

其次，如何解决裁决涉及到第三方利益的情形不只是国际投资仲裁所面临的难题，在国际商事仲裁中亦存在相同的情形。二者产生的原因都是由于法律关系与经济关系相互交织且难以完全分离。[112]因此，可以借鉴国际商事仲裁中处理“非缔约方之诉”的相关经验对货币黄金原则的适用标准进行更为细致的调适。在 Dow Chemical 案中，仲裁庭在解决非合同缔约方的管辖问题时提出了“同一经济实体”的概念。仲裁庭认为虽然涉案公司具有独立的法律身份，但其之间紧密的经济联系可以将其看作“同一经济实体”。在此情形下，仲裁庭可以对非仲裁合同缔约方的利益进行审理以及附带裁量。[113]此后，部分仲裁提将此概念发展为“公司群组学说”。[114]其含义为如果一组公司或其他商事主体可被认定为“公司群组”，则除了签订仲裁合同公司之外的其他主体可以被推定对仲裁合同的内容知悉且默示同意。换言之，仲裁合同的效力可以延伸至任一主体。判断是否可以被视作“同一经济实体”以及“公司群组”的要素包括各主体之间是否存在着管理组织联系以及是否处于相同的交易过程中且经济联系是否紧密。[115]此项原理可以用于从反面排除货币黄金原则的适用。在上文提及的股份投资的场景中，如果作为股东之一的外国投资者向东道国提起投资仲裁，投资目标公司的其他股东、其分支机构，公司本身以及公司的债权人等都会受到影响。如果允许上述任意主体提起货货币黄金原则进行抗辩，显然会对正常的仲裁程序产生极大的干扰，也会对投资者的合法利益造成影响。通过适用上述理论可以在一定程度上缓解此种困境。根据“同一经济实体”以及“公司群组”学说，与投资者有直接法律联系以及在同一交易链条上的主体可以被视作接受仲裁庭管辖，因而不能提起货币黄金原则抗辩。因此，公司本身，与投资者有关的关联组织以及其他股东都有很大概率落入上述范围

111 See Abhishek Trivedi, *Monetary Gold Principle and the Case of Nicaragua v. Germany*, Chinese Journal of International Law, para. 6 (2024).

112 See Piero Bernardini, *International Commercial Arbitration and Investment Treaty Arbitration: Analogies and Differences*, in David D. Caron (ed.) et al. Practising Virtue: Inside International Arbitration, Oxford University Press, 2015, pp. 52–68.

113 See Dow Chemical v. Isover-Saini-Gobain, Interim Award of 23 September 1982, ICC case no 4131, YCA Vol IX (1984), p. 131.

114 See Stavros Brekoulakis, *Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories*, 8 Journal of International Dispute Settlement 610, 615-616 (2017).

115 See William W Park, *Multiple Party Actions in International Arbitration: Permanent Court of Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 3-5.

内。具体的判断仍然需要仲裁庭结合个案情形加以认定。

五、结语

自国际法院提出货币黄金原则以来，包括国际法院本身在内的各个国际司法机构都在司法实践中遇到需要解决货币黄金原则的适用情形以及标准的情况。虽然各法庭或者仲裁庭在解释的过程中都不约而同地援引了“货币黄金案”等经典案例，形成了“广义货币黄金原则”以及“狭义货币黄金原则”两种形态，但最终的裁判结果却并非尽如人意。而在国际投资仲裁领域，面对东道国提起的“货币黄金原则”抗辩，仲裁庭往往采取“默认适用+事实分析”的适用范式，导致其适用性以及标准一直处于模糊不清的状态。为了澄清此问题，传统观点所依据的国家同意原则的解释力不足以覆盖“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的正当性基础。因此有必要从法律基础的角度重新检视“货币黄金原则”。由于“货币黄金原则”的适用本质上是在要求国际司法机构注意并慎重考虑特定争端解决对第三方主体的利益影响，其必然涉及其司法职能的适当行使。因而“司法适当性原则”可以有效地对传统观点进行补充。在此基础之上，通过“仲裁同意原则”以及“司法适当性原则”的合理支撑，“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的可适用性得以证成。由此，其适用标准也应当结合国际投资仲裁的具体情境发生相应变化。一方面，“广义货币黄金原则”以及“狭义货币黄金原则”应当采用同一门槛，避免滥用现象的发生；另一方面，可以参照与国际投资仲裁法律关系性质类似的国际商事仲裁中的相关经验，例如“同一经济实体”学说等，对“货币黄金原则”在国际投资仲裁中的标准进行更为细致的界定。

跨国公司侵害的司法救济困境：投资仲裁作为补充机制的比较优势

柳新潮*

摘　要：作为跨国公司在发展中国家造成环境及人权侵害（“跨国公司侵害”）的首要救济方式，母国诉讼对原告而言存在管辖权和法律适用层面的诸多障碍，而其优化受到司法主权领土属性的限制：国内层面，法院在跨国公司侵害救济中的能动立场受到行政分支制约；国际层面，母国法院管辖权扩张对东道国法治存在消极影响。上述优化上限使母国诉讼难以独立化解跨国公司侵害的司法救济困境，应将投资者-东道国争端解决（ISDS）作为母国诉讼的补充机制。ISDS 的司法权基于国家合意，不存在领土局限，有突破母国诉讼的优化上限的潜力。具体而言，管辖权方面，东道国可通过合同仲裁直接向投资者追责，或基于投资协定提起反请求，不受不方便法院等原则约束；法律适用方面，ISDS 将海外子公司视为投资而忽视其人格独立，因此其侵害行为可归责于母公司，且对国际法的适用相较于国内法院更为自由。此外，ISDS 对公共利益的关注还能减轻国际投资保护对东道国管制主权的钳制，从源头减少跨国公司侵害。

关键词：跨国公司侵害；母国诉讼；司法救济困境；投资者-东道国争端解决（ISDS）；

* 柳新潮，男，上海交通大学凯原法学院博士后。

一、 问题的提出

“跨国公司侵犯人权”问题在国际社会及学界已有诸多讨论。[1]然而，以“侵犯人权”笼统地概括跨国公司在发展中东道国造成的环境污染和人身伤害存在偏颇，无法准确描述问题全貌，原因有二：第一，尽管跨国公司在东道国造成的大多数损害与人权议题存在关联性，但在实践中，绝大多数跨国公司造成损害的案件都不是依据国际人权法提起的，而是依据国内法、在国内法院以侵权诉讼的形式进行的。[2]国际人权法尚未成为跨国公司的主要义务来源，因此以“人权”代指跨国公司造成的损害有以偏概全之嫌。第二，跨国公司在生产经营中造成的损害不仅侵犯个人权利，而且往往涉及国家公共利益。在对跨国公司造成损害的叙事中消解东道国公共利益受损的事实、仅强调个体人权的做法无法全面地为东道国国民提供充分救济。因此，本文以“跨国公司所致侵害”（下文简称“跨国公司侵害”）作为讨论对象。这一概念在事实层面涵盖跨国公司在东道国的生产经营中造成的环境影响和人身损害，在法律层面包括对个人权利和公共利益、基于国内法的权利和基于国际法的权利的侵犯。

自经济全球化以来，跨国公司在东道国的生产经营过程中造成环境、人身和财产损害的事件屡见不鲜。与国内侵权相比，跨国公司侵害的特殊性主要体现在两方面：一方面，大型跨国公司基于其公共影响力更易对公共利益造成侵害，如公共设施私有化项目的失败往往导致电力和水资源短缺，劳动密集型产业可能涉及劳工权利和公共安全问题，原油开采过程中的泄漏则会对整个地区的生态环境造成不可逆的污染。[3]另一方面，跨国公司侵害案件通常具有跨国属性——侵权发生地位于东道国（通常为发展中国家），但海外子公司的行为往往受到跨国公司母公司的影响，而母公司或其总部位于母国（通常为发达国家），因

---

[1] 本文讨论的“跨国公司（transnational corporation）”指母公司位于发达国家、在发展中国家有海外子公司的经济实体，通常涉及采矿业、制造业、食品生产等领域。关于跨国公司在东道国造成环境污染和人身损害的讨论，见迟德强：“论跨国公司的人权责任”，载《法学评论》2012 年第 1 期，第 100-112 页；何志鹏、王惠茹：“国际法治下跨国公司问责机制探究——兼评国家中心责任模式的有限性”，载《国际经济法学刊》2019 年第 3 期，第 2-14 页；Andrew Clapham, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Oxford University Press, 2006); David Kinley and Junko Tadaki, “From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law”, (2004) 44 Va J Int’l L 931.

[2] 详见本文第二部分。

[3] 相关案例见 Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (July 24 2008), paras 96, 176 （自来水私有化纠纷）；Bodo Community & Others v Shell, [2014] EWHC 1973 （原油污染纠纷）；Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co et al, [2013] 133 S Ct 1659 （基本人权侵害）.

此无论是东道国还是母国法院的管辖都无法覆盖案件的全部要素。目前，几乎全部跨国公司侵害案件都在跨国公司母国（根据法院地法的规定不同，通常指跨国公司母公司或总部所在国）进行诉讼。母国诉讼的优势不仅在于发达国家司法的先进及对人权议题的关注，还在于其对跨国公司母公司的管制能力。随着《联合国工商业人权指导原则》的通过和国际社会对工商业人权议题愈发重视，发达国家开始加强母公司问责机制，相关领域在过去数年内得到快速发展，有数个案例对管辖权及可适用法等传统难题做出了重大突破。但总体而言，母国诉讼对跨国公司侵害而言目前仍是一种“临时的、不完善的”救济方式，[4]从案件结果的统计上看，大部分诉讼也都以原告败诉或庭外和解告终（见表 1）。

表 1 跨国公司侵害母国诉讼代表性案件结果统计

母国	案件名称	结果
英国	Adams v Cape (1991)	败诉
	Lubbe v Cape (2000)	庭外和解
	Chandler v Cape (2012)	胜诉
	Bodo community v Shell (2014)	庭外和解
	Lungowe v Vedanta (2019)	实体审理中
	Okpabi v Shell (2021)	实体审理中
美国	Re Bhopal (1981)	败诉
	Doe v Unocal (1997)	庭外和解
	Wiwa v Shell (1998)	庭外和解
	Aguinda v Texaco (2001)	败诉
	Sosa v Alvarez-Machain (2004)	败诉
	Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co et al (2013)	败诉

[4] Jennifer Zerk, ‘Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies’, A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights (2013), p 7.

	Jesner v Arab Banks (2018)	败诉
荷兰	Milieudefensie and Four Farmers v Shell (2021)	部分胜诉
	Kiobel v Shell II (2022)	败诉
加拿大	Association canadienne contre l'impunité v Anvil (2012)	败诉
	Araya v Nevsun (2020)	实体审理中

主流观点认为，目前母国法院对跨国公司侵害的救济困境主要包括管辖权障碍和法律适用的局限：管辖权方面，不方便法院原则（forum non conveniens）、反治外法权假设（presumption against extraterritoriality）和锚点被告（anchor defendant）等制度为受害者在母国起诉增加了难度；法律适用方面，母国诉讼以适用国内侵权法为主，国际法的适用较为有限；[5]同时，公司面纱（corporate veil）的存在使得母公司仅在特定情况下需要对海外子公司的侵害行为承担责任。[6]然而，学者在讨论跨国公司侵害救济时往往容易迈入两个误区：一是仅关注管辖权和法律选择等规则本身，忽视了这些在国内法治中不可或缺的规则在跨国公司侵害的司法救济中构成阻碍的背后成因，从而将表面阻碍认定为跨国公司侵害母国诉讼困境的根本原因；二是将母国诉讼的优化视为提升跨国公司侵害救济可获得性及跨国公司问责的唯一途径，忽视了国际争端解决机制在相关领域的作用。[7]

基于上述背景，本文试图回答如下问题：造成跨国公司侵害司法救济中管辖权和法律适用困境的根本原因为何？为解答这一问题，本文将首先对跨国公司侵害的司法救济所面临的困境进行分析。本文认为，管辖权和法律适用规范是一国国内法治不可或缺的组成部

[5] Jennifer A Zerk, Multinationals and Corporate Social Responsibility (Cambridge University Press, 2006), pp 60-103; Markos Karavias, Corporate Obligations under International Law (Oxford University Press, 2013), pp 114-115.

[6] Yilmaz Vastardis, R Chambers, "Overcoming the Corporate Veil Challenge: Could Investment Law Inspire the Proposed Business and Human Rights Treaty?", (2018) 67 International & Comparative Law Quarterly 387, 395.

[7] 相关著述见 Steven R Ratner, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", (2001) 111 YALE L J 443; Daniel Augenstein, "Torture as Tort? Transnational Tort Litigation for Corporate-Related Human Rights Violations and the Human Right to a Remedy", (2018) 18 Hum Rts L Rev 593; Hassan M Ahmad, "The Jurisdictional Vacuum: Transnational Corporate Human Rights Claims in Common Law Home States", (2022) 70(2) The American Journal of Comparative Law 227, 229-230.

分，它们的存在对跨国公司侵害的司法救济所造成的阻碍并非源于这些规范本身，而是因为国内司法主权的领土局限性导致母国诉讼这一途径自身存在优化的上限，管辖权和法律适用方面的障碍仅仅是其外在表现。因此，不应将国内司法改革作为解决跨国公司侵害的司法救济困境的唯一方式，而应积极寻求国际争端解决机制在该领域的作用。国际争端解决机制的管辖权往往来源于国家合意和争议双方的意思自治，因此不受限于主权的领土属性；同时其在适用法律方面也有更高的自由度，不受特定国内法的局限。由于传统国际法主体理论的限制，国际层面不存在专门向跨国公司追责的机制，但近年来投资者-东道国争端解决（ISDS）的公共利益转向使其具有了作为跨国公司侵害的国际救济机制的可能。尽管在新自由主义国际经济秩序下 ISDS 的主要功能是保护外国投资，但晚近其非对称性引发的合法性危机使得仲裁庭不得不将东道国公共利益纳入考虑。以跨国公司侵害的司法救济视角对 ISDS 的管辖权及法律适用规则进行分析，可以发现国际投资仲裁机制有潜力克服母国诉讼的核心困境，从而突破其优化上限；同时，ISDS 对跨国公司问责的关注有利于消解东道国管制主权受不对称投资保护机制压迫的现状，从源头减少跨国公司侵害。

二、 跨国公司侵害的司法救济困境及其核心原因

在对母国诉讼所面临的困境展开讨论以前，需要解决如下前置问题：同样作为国内司法机制，东道国诉讼能否救济跨国公司侵害？归根结底，跨国公司侵害的案件事实发生在东道国领土上，直接造成侵害结果的是海外子公司，受害者也都位于东道国，因此从最密切联系原则的角度看，东道国比母国法院具有更强的管辖基础。然而，目前理论及实践的焦点都在母国诉讼而非东道国，这一现象的原因有二：第一，受害者并非未曾尝试过在东道国法院提起诉讼，但面临的困难远超母国司法程序。东道国通常是发展中国家和欠发达国家，国内法关于跨国公司侵害的规定和司法实践较为落后，难以应对跨国公司的复杂组织架构带来的追责困难；[8]在国家与跨国公司同谋侵犯人权的情况下，国家会对跨国公司进行包庇，受害者不仅难以胜诉，甚至有可能遭到人身威胁。即便东道国法院能做出要求跨国公司进行赔偿的判决，海外子公司可能已经停止运营或没有可供执行的财产，无法为受害者提供充分和有效的救济，而母国法院则往往以各种理由拒绝

[8] UN Guiding Principles, Guiding Principle 7, Commentary; G. Skinner, R. McCorquodale, O. De Schutter, et al., "The Third Pillar Report: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business" (2013), http://corporatejustice.org/documents/publications/eccj/the_third_pillar_access_to_judicial_remedies_for_human_rights_violation.-1-2.pdf, p 39 ["The Third Pillar Report"].

执行东道国法院判决。[9]换言之，尽管海外子公司是侵害行为的直接实施者，但其行为模式、经济情况乃至设立和解散都受制于母公司的决策和集团政策，并非承担侵害责任的理想主体，而东道国落后的法治水平和较弱的国力并不支持其进行域外管辖，使得东道国在跨国公司侵害案件中难以发挥救济功能。第二，东道国法治，尤其是与保护公共利益相关的立法、执法和司法活动，受到国际投资保护机制的严重压迫。东道国对其境内的外国投资实体采取的任何司法或行政管制措施都可能被外国投资者以构成征收、违反公平公正待遇原则等名义诉至双边投资协定或特许经营和合同中指定的争议解决机制（绝大多数情况下是 ICSID、UNCITRAL 等国际仲裁程序）。因此，即便东道国的司法体系有能力对造成侵权的跨国公司在当地的子公司进行处罚，这种处罚不仅对实现充分司法救济的作用有限，而且可能进一步被远在母国、无需承担任何赔偿风险的母公司以侵犯其投资权益为由提起仲裁。外国投资者可以通过威胁提起仲裁的方式逼迫东道国撤回其管制措施，而一旦仲裁庭裁决东道国违反双边投资协定中对投资者的保护条款，东道国就会面临高额赔偿责任。此种风险使得东道国在采取管制措施约束外国投资时战战兢兢，形成了“寒蝉效应”，对跨国公司的监管和追责进一步放宽。[10]在此背景下，东道国受害者只能将目光投向母国法院，不仅因其具有更完善和复杂的跨国公司侵害的追责机制，且母国法院对母公司的属地管辖权和母公司的雄厚财力意味着只要受害者能将母公司作为适格被告并胜诉，判决的执行将得到充分保障。因此，就当下而言，母国诉讼相较于东道国诉讼是更优的跨国公司侵害的司法救济方式，这也是本文将母国诉讼作为跨国公司侵害的国内救济的主要形式加以讨论的原因。

（一） 跨国公司侵害司法救济的制度障碍：管辖权及法律适用

从规则层面看，跨国公司侵害在母国法院的司法救济目前主要面临管辖权和法律适用

---

[9] 厄瓜多尔与雪佛龙公司关于热带雨林污染的纠纷是典型例证：1964 年至 1990 年间，德仕古（Texaco）公司在厄瓜多尔的森林地区倾倒超过 1600 万加仑原油和超过 180 亿加仑的有毒废水，造成当地雨林严重环境污染，原住民癌症和非自然流产多发。该案在美国法院以没有管辖权为由被驳回后，厄瓜多尔最高法院对该案再次进行了审理，并判决其母公司雪佛龙（Chevron）支付 95 亿美元的环境损害赔偿。因雪佛龙公司在厄瓜多尔没有资产，原告向加拿大、巴西、阿根廷、美国等国家的法院提起了域外执行申请。然而这一判决再次被各国法院拒绝执行，理由是厄瓜多尔法院的判决存在腐败。见 Yilmaz Vastardis, R Chambers, “Overcoming the Corporate Veil Challenge: Could Investment Law Inspire the Proposed Business and Human Rights Treaty?”, (2018) 67 International & Comparative Law Quarterly 387, 407-411.

[10] Tienhaara K, “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement”, (2018) 7 Transnational Environmental Law 229.

两方面障碍。管辖权方面，由于东道国受害者需要在母国起诉跨国公司的海外子公司，损害结果也发生在东道国，因此根据母国的管辖权规则，如果仅将海外子公司作为被告，母国法院通常无法建立管辖权。同时，考虑到赔偿能力，受害者通常会将母公司与海外子公司作为共同被告诉至母国法院，从而使母国法院根据属地原则行使管辖权。但是，这一诉讼策略往往受到不方便法院原则的限制。不方便法院原则是普通法原则，指在法院有管辖权的情况下仍需考虑的、可能导致法院拒绝行使管辖权的一系列因素的总和。[11]例如，在美国司法实践中，不方便法院原则以如下方式适用：首先需要确定存在另一能实现充分救济的有管辖权的法院（adequate alternative forum），这一判断主要依据美国法院对该替代法院的体制、独立性、腐败情况等可能影响公正判决的因素做出。如果存在替代法院，则结合“公共利益与私人利益”所包含的一系列指标综合判断是否选择行使管辖权，包括原告所在地、证据所在地、损害发生地等等。[12]英国、加拿大等普通法国家在适用不方便法院原则时审查的指标与美国类似，惟举证责任顺序有所不同。[13]

由于不方便法院原则等管辖权局限的存在，即便母国法院对案件有管辖权，跨国公司被告也能够通过提起管辖权异议对诉讼进行阻碍和拖延，可能导致案件无法进入实体审理。而即便通过了管辖权争议，长达数年的耗时对受害者而言也是沉重的负担和成本。例如，在 Lubbe v Cape 案中，数千名原告因开普公司海外石棉生产管理缺陷患病，而在管辖权争议阶段就有千余名原告因病离世；在 Four Farmers v Shell 案中，四名个人原告中的两名在管辖权争议阶段离世，另外一名原告也在胜诉判决后不久去世。[14]在 Kiobel v Shell 案（荷兰）中，尽管原告仍有上诉的选项，但长达十八年的失败使其最终放弃上诉。[15]除去经济压力和地域差异带来的困难，管辖权争议是东道国受害者在母国提起诉讼无法避免的首要阻碍。

---

[11] 有的法院会通过不方便法院原则确定管辖权，但大多数情况下是在建立管辖权后判断是否选择行使。See Ronald A Brand, “Forum non Conveniens”, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online edition, OUP, 2013).

[12] Gulf Oil Corp v Gilbert, [1947] 330 US 501, paras 508-509.

[13] Richard Meeran et al (eds), Human Rights Litigation against Multinationals in Practice (OUP, 2021).

[14] Lucas Roorda, “Inequality of Harms, Inequality of Arms: Kiobel v. Shell Comes to an End”, Verfassungsblog, 28 November 2022, https://verfassungsblog.de/inequality-of-harms-inequality-of-arms/（最后访问日期：2023 年 4 月 20 日）.

[15] Ibid.

表 2 可查证的部分跨国公司侵害诉讼时长统计[16]

案件名	管辖权争议时长	诉讼总时长	结果
Wiwa v Shell	1996-1998（2 年）	1996-2009（13 年）	庭外和解
Kiobel v Shell （美国）	2004-2013（9 年）	2004-2013（9 年）	败诉
Kiobel v Shell （荷兰）	2016-2019（3 年）	2016-2022（6 年）	败诉
Md & four farmers v Shell	2013-2015（2 年）	2013-2021（8 年）	部分胜诉
Lubbe v Cape	1997-2000（3 年）	1997-2000（3 年）	庭外和解
Bodo Community v Cape	2012-2014（2 年）	2012-2015（3 年）	庭外和解
Lungowe v Vedanta	2015-2019（4 年）	2015 至今（8 年）	实体审理中
Okpabi v Shell	2015-2021（6 年）	2015 至今（8 年）	实体审理中

法律适用方面，母国诉讼主要面临两方面障碍：第一，适用对象上的障碍。无论法院适用东道国法还是母国法，公司人格独立原则的存在总会对母公司承担海外子公司的侵权责任造成阻碍。由于侵权行为通常由海外子公司直接实施，而母公司与海外子公司是法律上独立的人格，因此母公司仅在违反普通法的注意义务（duty of care）的情况下才需要对海外子公司的侵权行为承担责任。需要注意的是，注意义务同样影响着管辖权的认定。例如，在英国法中，只有在母公司对海外子公司存在注意义务的情况下，才能依据“锚点被告”制度将母公司和海外子公司作为共同被告提起诉讼，否则管辖权无法建立。[17]具体适用上，注意义务的建立通常取决于母公司对海外子公司日常生产经营的控制程度；尽管这一标准在近几年的诉讼中逐渐放宽，但依然要求母公司实质上参与到海外子公司的生产安全、环境等方面的管理中，或对外宣称自己对子公司行使此种程度的监督和控制。[18]同时，母公司的注意义务以海外子公司的责任为限，如子公司不存在过失，则母公司不需要承担注意义务。例如，在 *Four Farmers* 案中，海牙上诉法院认为由于无法证明 SPDC 在防止盗采行为中存在过失，因此虽然子公司需承担严格责任，但并不导致母公司因此违反注意义

[16] 该表系作者分别查询每起争议各诉讼阶段的判决书，记录从原告提起诉讼到和解或终审判决的年份并整理而成。

[17] UK Civil Procedure Rules, Practice Direction 6B 3.1(3).

[18] Vedanta v Lungowe, paras 51-53; Okpabi and others v Royal Dutch Shell plc and another, [2021] UKSC 3, paras 25-26.

务。[19]

第二，适用范围上的障碍。国内法院以适用内国法为主，国际法中的人权保护规则在母国法院难以发挥作用。基于 1789 年《外国人侵权法》（Alien Tort Claims Act），美国联邦法院曾是能依据国际法追究跨国公司侵害责任的唯一平台，但由于管辖权障碍及庭外和解制度的盛行，美国法院从未就跨国公司违反国际人权法做出过生效判决。在 Sosa v Alvarez-Machain 案中，最高法院认为尽管《世界人权宣言》和《公民权利及政治权利国际公约》中对任意逮捕的禁止构成习惯国际法，但仅在“国家政策允许和提倡长期拘禁”的情况下才可能创设基于 ATCA 的管辖权。[20]这反映了美国法院对 ATCA 中“国际法（law of nations）”的范畴采取较为保守的解释，仅包含那些“具体、统一且强制的”习惯国际法规则。[21] Kiobel 案在第二巡回法庭的上诉判决中，法院认为公司遵守国际人权法远未形成足以创设习惯国际法的统一实践。[22]自反治外法权假设适用于跨国公司侵害诉讼管辖权判定以来，依据国际法在国内法院提起公司侵权之诉的实践一度销声匿迹。[23]尽管 2020 年加拿大最高法院在 Nevsun v Araya 案管辖权争议中开创性地指出习惯国际法对跨国公司同样具有拘束力，但这一判决仅以 5 比 4 的微弱优势做出，且加拿大将习惯国际法视作国内普通法的一部分的认定方式难以在其他母国法院得到适用。在实体审理阶段，该案可能面临更大的国际法适用障碍，因为 Nevsun 公司的强迫劳动行为系与埃塞俄比亚政府合谋进行，而国家行为原则（act of State doctrine）禁止一国法院对他国政府行为的合法性做出评价。[24]

（二） 跨国公司侵害司法救济的核心困境：国内法院的司法能动局限

---

[19] Four Nigerian Farmers and Stichting Milieudefensie v Royal Dutch Shell plc and another, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Oruma) (Judgment, Court of Appeal in The Hague, January 29 2021), para 5.31 [“Four Farmers v Shell (Oruma 2021)”].

[20] Sosa v Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004), part IV-C.

[21] In re Estate of Marcos Human Rights Litigation, 25 F.3d 1467, 1475 (CA9 1994).

[22] Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co et al, 642 F.3d 268 (2d Cir 2011), 270.

[23] 反治外法权假设（presumption against extraterritoriality）是美国判例法原则，其主要作用是限制美国法在领土外的适用。2011 年 Morrison 案中，美国最高法院认为美国法原则上不具域外效力，除非存在正当理由反驳这一假设。自此，美国法的域外适用受到较大阻碍。在 2013 年 Kiobel 案中，美国最高法院认为反治外法权假设适用于《外国人侵权法》，因此除非跨国公司在海外的侵权行为“以足够的力度触及美国”，如受害者为美国公民或案件涉及美国公共利益，否则美国法院不应依据《外国人侵权法》获得管辖权。 2018 年的 Jenser 案进一步确认了这一点，从而终结了东道国受害者依据《外国人侵权法》在美国起诉跨国公司侵害的可能性。

[24] American Law Institute, Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, § 443 (1) (American Law Institute Publishers, 1986).

为解决上述两方面障碍，部分跨国公司母国开始强化对跨国公司母公司的问责和注意义务的范围，同时通过限缩不方便法院原则的适用和引入必要管辖等原则扩张对跨国公司侵害案件的管辖。例如，2017 年法国通过了《母公司及指导公司警戒义务法》（Law on the Duty of Vigilance of Parent and Instructing Companies），要求具有一定规模（连续两财年法国境内母、子公司雇员超过 5000 人或全球范围内母、子公司雇员超过 10000 人）的总部位于法国的跨国公司建立并有效实施警戒计划，防止公司及其子公司及供应商活动侵犯人权和基本自由、侵害个人健康及安全和污染环境的风险。[25]在 2021 年的 Okpabi v Shell 管辖权上诉案中，英国最高法院推翻了上诉法院的判决和 2018 年 AAA v Others 案中较为严格的注意义务前提条件的先例，认为壳牌母公司在集团范围内推行的环境、安全等政策反映了其对子公司的控制，因此存在注意义务。[26]学者主流观点亦认为母国诉讼在管辖权和法律适用方面仍有较大优化空间，并提出通过立法和司法改革等方式为东道国受害者减轻和消除这些障碍。例如，有学者主张母国根据国际人权法有义务扩张对跨国公司侵害案件的管辖；[27]就公司人格独立导致的追责困难，有学者提出可以通过引入美国证券法中的反向刺破公司面纱（reverse veil piercing）制度，或在认定跨国公司责任时摒弃传统的刺破公司面纱标准，采取通过利益输送判断责任承担的方法。[28]

诚然，管辖权和法律适用问题的确会对跨国公司侵害的司法救济造成限制，母国法院也的确能通过改善这两方面问题使东道国受害者在一定程度上更容易获得司法救济。但是，母国法院行使管辖权和进行法律适用受到限制的根本原因并非这些本就存在于母国法体系中、对母国司法具有重要意义的规则和原则。无论是不方便法院原则还是公司人格独立，都是一国国内法制中的重要内容，本身并非专为限制东道国当事人获得救济而设置，法院在跨国公司侵害案件中如何适用这些规则才是决定性因素。如果司法机关选择更积极地保护东道国受害者，就倾向于对管辖权规则进行更宽松的解释和适用；如果司法机关选择限缩国内法的域外效力，就会通过引入限制管辖权的规则减少对跨国公司侵害案件的管辖。以美国为例，20 世纪 80 年代跨国公司侵害诉讼刚刚在美国出现时，法院以公司面纱和不

[25] The French Law related to Duty of Vigilance of Parent Companies and Commissioning Companies, Code de Commerce Art L 225- 102- 4 (2017).

[26] Okpabi and others v Royal Dutch Shell plc and another, [2021] UKSC 3, paras 25-26.

[27] Juan José Álvarez Rubio, Katerina Yiannibas (eds), Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union, pp 36-37.

[28] Yilmaz Vastardis, R Chambers, Overcoming the Corporate Veil Challenge: Could Investment Law Inspire the Proposed Business and Human Rights Treaty?, (2018) 67 International & Comparative Law Quarterly 389-423.

方便法院原则为由将诸多受害者拒之门外，其中就包括著名的博帕尔案（In re Bhopal）。1995 年 Kadic v Karadzic 上诉案首次承认习惯国际法规则可以不经由国家直接约束个人以来，[29]美国联邦法院在近 20 年间审理了二十余起东道国受害者起诉跨国公司的案件，展现出对跨国公司侵害案件的欢迎态度。但是在 2013 年以后，联邦法院又以反治外法权假设为依据驳回了绝大多数跨国公司侵害案件的管辖权争议。加拿大和英国在早期也倾向于驳回东道国受害者的诉讼请求，但在工商业与人权议题在联合国得到关注后逐渐在管辖权、注意义务和国际法适用等方面展示出对原告更友好的姿态。[30]因此，跨国公司侵害案件中的管辖权如何认定、法律如何适用并不取决于规则本身，而是由法院的立场决定，司法机关对跨国公司侵害案件能动或克制的选择才是决定东道国受害者获得司法救济难易程度的关键因素。

根据这一观察，有学者指出，母国法院应在受理跨国公益诉讼（transnational public interest litigation）中采取更加能动的立场，积极地对跨国公司侵害案件行使域外管辖，进一步实现对东道国受害者的人权保障。[31]无法否认，母国法院管辖权扩张对实现跨国公司侵害救济而言存在暂时的、事实层面的必然性。从跨国公司的形态和结构来看，这种必然性来源于跨国公司集团内部的统一秩序与母子公司在地域及法律上分散且自高度自由的形态之间的差异。法人是法律拟制的产物，其存在方式依照公司章程或合同安排有所区别，可以按照设计者的意图实现不同的功能。[32]例如，为了实现避税目的，母公司可以通过收入转移安排和在避税港国家设立多层子公司的方式实现零税率；为了实现对全球价值链和生产流程的控制，母公司可以通过制定并实施集团范围内有效的规章、工作手册和员工细则，并依靠奖惩措施监督和推动这些制度的落实。与其内部的可操作性和高度秩序相对，跨国公司的总部、注册地、主要生产经营活动所在地和利润产生地均可能位于不同国家，

---

[29] Kadic v Karadzic II (US Court of Appeals, Second Circuit, 1995) (Chief Judge Newman), 104 ILR 135, at 152.

[30] Richard Meeran et al (eds), Human Rights Litigation against Multinationals in Practice (OUP, 2021).

[31] Harold Hongju Koh, 'Transnational Public Law Litigation' (1991) 100 Yale LJ 2347; Eyal Benvenisti, Reclaiming Democracy: The Strategic Uses ofForeign and International Law by National Courts, (2008) 102 AJIL 241, 247-52; Ahmad, Hassan, Judicial Activism in Transnational Business and Human Rights Litigation (November 4, 2022). Berkeley Journal of International Law (BJIL), Forthcoming, https://ssrn.com/abstract=4268552 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4268552（最后访问日期：2023 年 10 月 19 日）。

[32] Phillip I. Blumberg, Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law: Conceptual and Procedural Problems, (2002) 50 Am. J. Comp. L. 493, 495.

且依据合同安排有能力对公司结构进行调整，因此跨国公司并不完全隶属于任何主权国家，而是拥有“流动的国籍”。[33]与跨国公司相关联的任何一国的管辖权都无法完全涵盖跨国公司的全部，甚至是与案件相关的主要部分。面对多主权的跨国公司形态和受到领土局限的司法主权之间的差距，母国法院只有通过减少对他国主权的礼让和克制才能使自身的管辖权及管制能力覆盖足够大的范围，从而实现对受害者的有效救济。

但是，母国法院的司法能动亦存在上限。决定这一上限的是跨境资本超越领土主权的存在形式与受限于领土的司法主权之间无法消解的矛盾，二者之间法律和事实层面的冲突使母国法院的管辖权扩张自然受到牵制和约束，共同构成了母国诉讼的“优化壁垒”。具体而言，母国法院采取能动立场主要受到国内和国际两方面局限：国内层面，分权原则下的司法能动受到行政机关的制约；国际层面，行使域外管辖对东道国法治会产生消极影响。

1. 国内局限：行政分支对司法能动的制约

尽管形式不同，分权原则存在于绝大多数国家的政治体制中。将国家权力划分为立法、行政、司法三个分支，每个分支的权力由不同部门行使并彼此制约的模式最为常见。尽管司法机关对仅涉及国内法的争议具有独立的司法权，但在审理主要案件事实发生于其他国家领土上的跨国公司侵害案件时则不可避免地涉及外交事务，如与东道国之间的外交关系以及母国自身对特定国际法规则的立场。然而，除立法外的外交事务通常由行政分支排他地行使权力。如果任由法院不受限制地对此类案件作出判决，可能会对母国外交事务产生不利影响。例如，若东道国的司法腐败和无能是母国法院保留管辖权的必要条件（如英国不方便法院原则中对“实质正义”的要求），那么母国法院做出这一认定就可能影响与东道国之间的外交关系；法律适用方面，若母国法院未经行政分支同意适用了母国尚未表示法律确信的习惯国际法规则，那么就可能对母国的国际法义务甚至正在国际法院审理的案件结果产生影响。总体而言，东道国受害者赴母国法院提起跨国公司侵害诉讼既是司法案件，又是潜在的外交事件，法院的行为如果不受专门管辖外交事务的行政分支的制约，就可能导致母国在国际社会中无法保持“一个声音说话”。[34]因此，法院在审理可能涉及外交事务

[33] Kevin Crow, International Corporate Personhood: Business and the Bodyless in International Law (Routledge, 2021), p 30.

[34] Steinhardt, Hunan Rights Litigation and the "One Voice" Orthodoxy in Foreign Affairs, in WORLD JUSTICE? U.S. COURTS AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS 23 (M. Gibney ed. 1991).

的案件时需要充分尊重行政分支的意见，[35]而这种尊重和克制决定了母国法院难以按照自己的意愿持续优化对跨国公司侵害的救济。以美国为例，联邦法院在涉外案件（尤其是涉及他国主权行为的案件）中往往采取克制的立场，避免对外交关系产生影响。例如，在著名的博帕尔案（*In re Bhopal*）中，尽管印度政府自发地承认国内司法系统无力处理案件涉及的复杂事实及法律要素，并代表受害者在美国法院提起诉讼，纽约地区法院及第二巡回法庭仍基于不方便法院原则驳回了印度政府的起诉和上诉。法院认为，对该案行使管辖权是“……帝国主义的另一个例子，一个既定的主权国家将其规则、标准和价值观强加给一个发展中国家的另一种情况”。[36]同样的考虑也出现在 *Aldana v Monte* 案中；尽管第十一巡回法庭同意危地马拉的司法系统存在重大缺陷，其最终仍拒绝行使管辖权，因为“如果行使管辖权，会传递‘危地马拉司法系统过于腐败’的暗示”。[37]法庭对这一矛盾立场（意识到危地马拉法院的缺陷的同时认为其构成充分替代法院）的承认[38]亦反映外交因素对行使域外管辖的局限。

2. 国际局限：域外管辖对东道国法治的消极影响

从国际法的角度看，一国法院的管辖权本质上以领土主权为权力基础，[39]因此其合理权力范围必然以领土为主要边界。基于主权的互斥属性、既判力原则和司法效率的要求，司法主权的行使存在排他性，母国法院行使域外管辖权会导致东道国法院丧失管辖的必要性和正当性。因此，国际礼让原则要求国家行使司法主权时避免对他国主权的侵害和制约。[40]如前述，跨国公司侵害案件在多个层面都与东道国联系更为密切，但目前的实践趋势反而是几乎没有在东道国法院起诉的相关案例，这在某种程度上反映了母国法院的跨国公司侵害诉讼实践对东道国法院受理此类案件的间接限制。正如美国第二巡回法庭在 *Kiobel* 案上诉判决中所言，无视案件实际情况保留管辖权意味着对他国司法系统的否定，而这会使本身受到“寒蝉效应”压制的东道国对跨国公司的司法管制进一步丧失作为国家实践的正

---

[35] Harold Koh, The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair (Yale University Press, 1990), pp 74-100; Eric Posner & Cass R. Sunstein, "Chevronizing Foreign Relations Law," (2006) 116 Yale Law Journal 1170.

[36] In Re Union Carbide Corp Gas Plant Disaster, 634 F Supp 842 (SDNY 1986), 867 [“Bhopal”].

[37] Aldana v Del Monte Fresh Produce NA, Inc, 578 F.3d 1283 (11th Cir 2009) en banc reh'g denied, 452 F.3d 1284 (11th Cir 2006), cert denied, 549 US 1032, 1299.

[38] Ibid.

[39] Brownlie

[40] F A Mann, “Comity”, in Oxford Scholarly Authorities on International Law (OUP, 1986), pp 134-147.

当性。因此，即便母国法院通过扩张自身管辖实现了对东道国受害者的有效救济，这种救济也是以弱化东道国司法及执法能力为代价的。只有在东道国监管能力足够薄弱的情况下，母国法院的管辖扩张才具有正当性。而如果受害者将母国法院当作实现跨国公司侵害救济的唯一可行途径，国际社会及学者只关注母国法院如何进一步优化，作为导致跨国公司侵害发生根源的东道国监管弱势就难以改变。应当承认，对跨国公司母公司有基于领土的管辖权的母国能从集团顶部切入，自上而下地对跨国公司整体以及其关联的供应链进行总括的监管，这一形式对宏观层面增强跨国公司问责具有积极意义；但长远来看，母国司法越俎代庖对东道国及母国公共利益均有害无益：东道国无力监管国内跨国公司的状况持续，跨国公司侵害案件频发，东道国受害者仍需克服经济困难、语言隔阂和取证障碍前往母国法院寻求救济，母国则需受理日渐增多且复杂的跨国公司侵害案件，给司法系统带来更大压力。

综合以上分析，可以看出即便母国法院有意愿在跨国公司侵害案件中采取更加能动的立场，国内司法对东道国受害者救济的优化也会面临难以克服的障碍，因为优化意味着域外管辖的扩张和更加能动的裁判哲学，而母国法院对这些障碍的消除并无最终决定权。这些限制母国法院自身权力的核心困境使得管辖权和法律适用规则方面的优化只能在有限的范围内进行，无法从根源上消除跨国公司侵害案件在国内进行司法救济的优化上限。因此，不应将母国诉讼及其优化作为实现跨国公司侵害司法救济的唯一途径。

三、 跨国公司侵害救济困境之化解：投资者-东道国争端解决（ISDS）作为补充机制的比较优势

（一） 国际投资法的公共利益转向：通过 ISDS 进行跨国公司侵害救济的理论基础

既然国内诉讼在跨国公司侵害案件中受制于于领土主权的局限性，那么是否可能通过不受主权桎梏的国际争端解决机制化解国内诉讼的固有困境？面对较为落后的东道国法治和对受害者而言阻碍重重的母国诉讼，许多学者自然提出建立或强化国际机制以救济跨国公司侵害，国际社会也从未停止通过国际机制提高跨国公司问责和社会责任的努力。例如，有学者提出建立国际民事法庭管辖私主体之间的跨国纠纷，[41]或建立世贸组织与联合国的

[41] Maya Steinitz, The Case for an International Court of Civil Justice (CUP, 2019); Doug Cassel, “Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence”, (2016) 1 Bus Hum Rts J 179.

联动机制管辖工商业人权争议。[42]然而，这些倡议并未阐明从何处开始建立新机制，以及建立过程中可能的困难。实践层面，自 2014 年起，联合国组建的开放式政府间工作组（OEIGWG）就开始着手制定一部有法律拘束力的关于工商业与人权的文件。但截至其第八次会议，各国仍无法就公司法人是否有人权义务这一基本问题达成一致。[43]这是因为国际人权法受到以国家为中心的传统国际法主体理论的深刻影响，以主权国家为唯一义务主体，因此既存条约和实践限制了各国将作为私主体的跨国公司纳入人权义务承担者的范畴。

必须承认，依靠现有机制发展新的法律方法和概念要比建立新机制难度更低，也更容易获得国家支持。现存国际争端解决机制中，国际法院仅受理国家间争议，区域性人权法院和人权理事会的申诉机制仅受理对象为国家的争议，因此均在制度设计上不支持将跨国公司侵害案件纳入管辖，也并未成为实践改革和学者关注的方向。与上述传统争端解决机制相比，跨国公司问责在国际投资仲裁实践中得到了快速发展。在新自由主义国际经济秩序引导下，投资者-东道国争端解决（ISDS）机制的主要功能是保护外国投资者权利，防止其被东道国滥用的公权力所损害。然而，正因其投资保护倾向导致的不对称性，ISDS 近年来正遭受国家的质疑，“合法性危机”日益凸显。面对这一危机，国际投资仲裁庭和专门针对国际投资法改革问题的 UNCITRAL 第三工作组做出了一系列改革方案以促进 ISDS 中的当事人平等；而在实践中，投资仲裁庭也逐渐开始注重投资者义务及责任，而不再仅仅着眼于国家行为的合条约性及合法性。这种观念转变不仅导致投资者可能因自身违反法律或国际公共政策而丧失投资的合法性，[44]还导致仲裁庭在具体案件中对东道国反请求采取更包容的标准，[45]甚至裁决投资者有义务向东道国支付赔偿。[46]尤其是晚近发达国家也开始成

---

[42] Surya Deva, “Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here?”, (2003) 19 CONN J INT’L L 1, 6.

[43] 从各国代表发言中可见一斑。See Eighth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Oral Statements of United States of America, https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session8/submissions/2023-01-19/preamble-art3-IGWG-session8-state-usa.docx; General Statements of Brazil, https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session8/oral-statements.

[44] Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Award (27 August 2008) paras 143-144; World Duty Free v Kenya, ICSID Case No Arb/00/7, Award (October 6 2007), para 157.

[45] Goetz v Republique de Burundi, ICSID Case No ARB/01/2, Award (2012) [“Goetz v Burundi”]; Urbaser and CABB v The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/26, Award (2016) [“Urbaser v Argentina”]; David R Aven and Others v Republic of Costa Rica, ICSID Case No UNCT/15/3, Award (2018) [“Aven v Costa Rica”].

[46] 在 Burlington v Ecuador 及 Perenco v Ecuador 两案中，仲裁庭不仅受理了厄瓜多尔提起的基于国内环境法的反请求，而且裁决两申请人向厄瓜多尔支付数千万美元的赔偿。Perenco

为投资案件被申请人，国际社会逐渐就增强投资者问责、提升跨国公司社会及人权责任达成一致。[47]ISDS 机制已不再是单纯的投资者保护机制，而是逐渐承担了平衡公共利益与投资者利益的职能。在此背景下，通过 ISDS 机制解决跨国公司侵害案件的可行性不再渺茫。

长远来看，跨国公司侵害救济优化的核心并非在于实现单个案件中的实体正义，而在于切断跨国公司侵害发生的源头，改良作为东道国的发展中国家的法治环境，从而消灭滋生不负责任商业行为的土壤。目前，本应在监管跨国公司生产经营中起到核心作用的东道国法治受到国际投资保护机制和母国法院域外管辖的双重压制，使本就落后的东道国法治被进一步架空，而 ISDS 在解决这一困境中存在两方面的突出作用：一方面，仲裁的临时性为跨国公司侵害责任的发展提供了适宜的土壤。作为《国际法院规约》第 38 条第(1)(d)款所包含的次级渊源，ISDS 裁决在佐证国际法规则形成上相较于国内法院判决更具证明力。尽管 ISDS 并不遵循先例，但大多数裁决都会将过往相关裁决作为依据加以援引；同时，在跨国公司责任这一尚未得到任何成文法规制的前沿领域，法官及仲裁员对有关法律问题的判断就是实证法的全部内容，因此这部分“法官制造法（judge made law）”对未来立法实践具有重要的先导作用。[48]不同于分散且受制于各国政治因素的国家司法实践，ISDS 对国家主权的隔绝及仲裁机构带来的（有限）集中性有助于形成不断发展的裁判方法，从而更有利于巩固跨国公司侵害救济规范的形成。另一方面，投资仲裁对公共利益的重视会减轻东道国对跨国公司不负责任商业行为行使管制主权的外在压力。如果东道国能通过提起 ISDS 仲裁或反请求的方式使跨国公司承担责任，则可在救济跨国公司具体侵害的同时形成注重公共利益保护的投资仲裁司法实践，从而逐渐改变 ISDS 的程序及实体不对称性。这一改变不仅意味着 ISDS 机制能为跨国公司侵害提供更有效的救济，还意味着国际投资保护机制不再是东道国法治发展的桎梏，有助于消解“寒蝉效应”、恢复东道国监管自由和强化监管能力，从源头解决跨国公司侵害在东道国难以监管的问题。因此，通过 ISDS 救济

Ecuador Ltd. v Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, ICSID Case No ARB/08/6; Burlington Resources Inc. v Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5. 此外，作为 ICSID 案件 Biwater v Tanzania 的平行程序，Biwater 的子公司 City Water 因违反特许经营合同在 2008 年被 UNCITRAL 仲裁庭裁决向坦桑尼亚赔偿 300 万美元。裁决未公开，但见 Biwater v Tanzania (ICSID No ARB/05/22), Award, July 24 2008, para 285;以及相关报道：The Guardian, ‘Tanzania wins £3m damages from Biwater subsidiary’, https://www.theguardian.com/business/2008/jan/11/worldbank.tanzania.

[47] Zhang Sheng, “Human Rights and International Investment Agreements: How to Bridge the Gap?”, (2019) 7(3) The Chinese Journal of Comparative Law 457, 464-476.

[48] Kevin Crow, International Corporate Personhood: Business and the Bodyless in International Law (Routledge, 2021), Chapter 2.

跨国公司侵害不仅具有理论上的可行性，而且有助于增强东道国保护国民公共利益不受跨国公司侵害的能力。

（二） ISDS 在跨国公司侵害救济中对母国诉讼困境的突破

那么，ISDS 有无可能成为跨国公司侵害司法救济的平台？诚然，跨国公司对东道国国民的侵害是发生在私主体之间的侵权纠纷，而 ISDS 主要解决投资者与东道国政府之间的条约或合同争议，二者在诉讼主体和客体上均存在区别。但是，从主体的角度看，跨国公司与个人的诉讼能力差异使得双方无法真正实现“武器对等”。东道国受害者在寻求司法救济中不仅面临规则层面的困难，还需要克服经济压力和时间成本。对跨国公司而言，持续十余年的诉讼并不影响其正常生产经营，但个人原告需要付出全部的时间参与到诉讼中，甚至远赴海外在母国起诉。相比之下，东道国政府在诉讼能力方面要更接近跨国公司，且在证据收集能力方面甚至更胜一筹。从这一角度看，东道国参与到跨国公司侵害救济中不仅能够缓解个人受害者的诉讼负担，还能提高获得司法救济的成功率。从客体的角度看，个人侵权诉讼是为了保障受到跨国公司侵害的个人权利或集体权利，东道国在 ISDS 中提起请求主要是为了保障国家公共利益，二者存在重合。在大多数跨国公司侵害的国内诉讼中，个人原告并非为了一己之利益，而是为了整个社群或种族的共同利益。例如，在尼日利亚奥格尼地区受到壳牌石油公司开采活动污染的一系列诉讼中，原告的诉求均包括要求壳牌公司恢复当地受到污染的环境，并安装石油泄漏检测系统防止进一步损害。[49]因此，个人受害者提起的跨国公司侵害诉讼标的与东道国在 ISDS 中主张外国投资者对其环境及人权侵害承担责任的请求标的并无实质区别。

相较于国内诉讼，ISDS 的核心优势在于其管辖权不受领土主权的局限，故既不存在不方便法院原则等国内法管辖权规则的束缚，也不存在过度能动而受到行政分支制约或影响东道国法治的问题。这是因为不同于国内法院，ISDS 的管辖权以东道国与母国之间生效的双边或多边投资协定，或者东道国与外国投资者之间专门签订的特许经营合同中的争端解决条款为基础。无论以哪种形式，ISDS 都因国家同意获得了临时但高于国家主权的管辖权，因而不会像母国诉讼一样必须要求对东道国法治做出负面评价才能获得管辖权，也不需要考虑过度司法能动导致与行政分支发生冲突的可能性。即便国际争端解决的司法能动与克制在学术界存在争议，但其语境通常是国际法院或仲裁庭对国家行为进行审查时的限度问

[49] The Bodo Community and others v The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd., [2014] EWHC 1973.

题，而非国家主动通过国际机制追究非国家行为体的责任的情形。因此，领土主权的局限性带来的母国诉讼所面临的核心困境在 ISDS 中并不存在。

上述核心困境的消除意味着 ISDS 有规避母国诉讼面临的管辖权和法律适用等障碍的潜力，下文将逐一分析。

1. ISDS 中跨国公司侵害案件的管辖权规则

ISDS 以仲裁为主要争端解决形式，依管辖权来源主要分为条约仲裁及合同仲裁。由于仲裁机构的规约性文件（如《华盛顿公约》）中不包含具体管辖权规则，因此管辖权的有无需要通过具体的争端解决条款加以判断。投资仲裁通常具有临时性，其管辖权一方面基于国家间对争端解决条款的合意，另一方面则需要争端双方（东道国与投资者）的合意。[50]对跨国公司侵害救济而言，由于双边投资协定为国家间签署，外国投资者的地位类似于争端解决条款的第三方受益人，仅当投资者向该条款指向的争端解决机构提起仲裁申请时，其对投资协定中的争端解决条款才表示同意，投资仲裁庭才获得管辖权。[51]因此在目前的条约仲裁实践中，东道国仅能以反请求（counterclaim）的方式在投资者提起仲裁申请后向投资者反向追偿，后文将详细论述。相比之下，合同仲裁则灵活得多：特许经营合同中的争端解决条款自始具有投资者的同意，故东道国有权直接在该条款指定的机构提起仲裁。[52]因此，通过与外国投资者签订特许经营合同中的争端解决条款提起仲裁对东道国而言不存在障碍。

条约仲裁方面，通过反请求主张投资者承担侵害责任的投资仲裁案件呈上升趋势。根据《华盛顿公约》第四十六条，投资仲裁庭受理反请求需要满足三个条件：反请求与本请求的争端需基于同一主体事项；反请求在双方当事人同意范围内；同时需要满足其他管辖权要求（即《华盛顿公约》第二十五条对争端必须基于投资的规定）。其中，主体事项的要求曾经较为严格，仲裁庭一度认为基于国内法的反请求与基于国际投资协定（international investment agreement, IIA）或投资合同的本请求不具有法律上的紧密关联，且与投资无关，因此不予受理；[53]但在晚近案例中，仲裁庭认为仅存在事实关联亦可满足要求。[54]同时，当

[50] Yaraslau Kryvoi, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, (2012) 21 Minnesota Journal of Int’l Law 216.

[51] See Gustavo Laborde, “The Case for Host State Claims in Investment Arbitration”, (2010) 1 Journal of International Dispute Settlement 97, 98.

[52] Jean Ho, State Responsibility for Breaches of Investment Contracts (CUP, 2018) 63.

[53] Saluka Investments BV v Czech Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction Over the

事人同意的范围取决于仲裁庭对 IIA 中争端解决条款的解释方法，通过对过往案例的观察可以看到仲裁庭正在采取更加宽松的解释以受理东道国提出的反请求。例如，在 *Roussalis* 案中，仲裁庭多数观点认为 IIA 中仅提及东道国义务意味着东道国无权提起反请求；[55]而在两年后的 *Goetz* 案中，仲裁庭采纳了 Michael Reismann 教授在 *Roussalis* 案中的反对意见的观点，认为投资者对 ICSID 管辖权的同意自然包含对国家提起反请求的同意。[56]这一观点同样被后来的 *Urbaser* 及 *Aven* 两份裁决所采纳，从而驳回了投资者的管辖权异议。[57]上述发展说明仲裁庭在管辖权阶段是否同意国家反请求并非纯粹的程序法问题和仲裁机构公约的解释问题，而是与国际社会对投资仲裁机制功能的理解变化息息相关。如认为投资仲裁机制包含解决公共利益与投资权利冲突的功能，那么仲裁庭就会采取更包容的反请求管辖权判断标准，而目前实践正反映了这一趋势。

尽管现阶段 ISDS 机制受理的跨国公司侵害 ISDS 对跨国公司侵害问题的关注仍能增强东道国的监管意愿和信心，从而更积极地对跨国公司进行管制和执法。在反诉机制有效运行、投资者义务得到充分重视的 ISDS 机制下，东道国不再需要担心自己的管制措施仅仅因为损害了投资者的财产就被仲裁庭裁决为违反 IIA 并需要进行巨额赔偿，从而降低“寒蝉效应”的影响，使东道国能够放开手脚处罚不负责任的商业行为，保护国民公共利益。同时，理论和实践层面关于国家直接向投资者提起条约仲裁申请的探索从未停止。例如，已经终止的 1968 年印度尼西亚-荷兰双边投资协定中的争端解决条款即明确东道国及投资者均可向对方提起仲裁申请：“在本条中，‘投资争端’系指投资者与国家之间发生的与投资有关的争端，其中一方（‘申请人’）指控另一方（‘被申请人’）违反了本条约的某项规定[或本条约准据法条款中指定为适用实体法的另一套法律]。”[58]该条的独特之处在于对“投资争端”的定义并未局限于投资者指控东道国违反条约，而是双方都存在违反条约义务和因此被诉的

Czech Republic’s Counterclaim, paras 78–79 (May 7, 2004), (2010) 15 ICSID Rep 256; Amco Asia Corp et al v Republic of Indonesia, ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 562–64 (May 10, 1988), (1993) 1 ICSID Rep 543.

[54] Urbaser v Argentina, para 1151.

[55] Roussalis v Romania, ICSID Case No ARB/06/1, Award, paras 869–71 (Dec 7, 2011).

[56] Goetz v Burundi, para 267.

[57] Urbaser v Argentina, para 1143; Aven v Costa Rica, para 695.

[58] Agreement on Economic Cooperation (Indonesia-Netherlands) (signed 17 June 1968, entered into force 4 November 1971) (Indonesia – Netherlands BIT) art 10, https://investmentpolicy.unctad.org/ international-investment-agreements/treaty-files/3329/download.

可能。如能将此类平衡投资者与东道国诉讼地位的条款纳入新一代投资协定，东道国就能以最低的成本获得对外国投资者的诉权，而不需额外签署管辖协议。至于国家之间签署的条约并未经过投资者同意，可能无法满足建立管辖权的要求的问题，可通过将接受投资协定中的管辖权规则作为投资许可的前提条件解决。

综上所述，在不存在领土主权局限和国内法管辖权规则制约的情况下，ISDS 对跨国公司侵害案件的管辖权完全取决于投资协定或投资合同中的争端解决条款，其中合同仲裁更具可行性，而条约仲裁更具经济性和发展空间。目前，世界各国均意识到现存投资仲裁机制的不对称性和强化跨国公司问责的重要性，因此可以预见 ISDS 在未来将对跨国公司侵害案件的管辖权问题更加开放。

2. 跨国公司侵害案件在 ISDS 中的法律适用

ISDS 在法律适用方面相较于国内法院的优势主要有二：第一，适用对象上，外国投资关系的结构决定了作为投资者的母公司需要承担投资过程中违法行为的后果，因此无法通过公司人格独立规避责任；第二，适用范围上，投资仲裁庭适用国际法相较于国内法院受到的限制更少，具有更高的自由度。

1) ISDS 对“公司面纱”的突破

投资仲裁庭未曾集中讨论过公司人格独立问题，但为了保护外国投资者财产权，仲裁庭并不重视作为“外国投资者”的母公司和作为“投资”的子公司彼此的独立性。例如，《华盛顿公约》第 25 条明确指出，尽管仲裁庭只能受理东道国和外国投资者之间的争端，但受另一缔约方国民（母国投资者，即母公司）“控制”的东道国法人（即构成投资内容的子公司）同样应被视为有资格提起仲裁的外国投资者。[59]这样一来，即便子公司的注册地在东道国，其同样可依据控制人的国籍来判断其外国投资者身份，从而获得在投资仲裁庭的诉权。至于如何定义“控制”，不同投资协定和仲裁庭的方法各异，如持股、投票权、管理权等，但通常情况下以股权为首要判断标准。[60]同时，在绝大多数投资协定中，作为外国投资者的母公司均有权基于东道国子公司所遭受的财产损失向投资仲裁庭提起仲裁申请。[61]这说明

[59] A Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, 136 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, pp 358-9.

[60] Yilmaz Vastardis, R Chambers, “Overcoming the Corporate Veil Challenge: Could Investment Law Inspire the Proposed Business and Human Rights Treaty?”, (2018) 67 International & Comparative Law Quarterly 387, 401.

[61] Ibid.

ISDS 不受限于国内法普遍承认的刺破公司面纱的较高标准（如存在欺诈或财产混同），而是可以通过母公司对子公司的持股或对其生产经营的管理认定彼此的权利及义务：母公司的国籍可以成为子公司提起仲裁的基础，子公司的亏损可以成为母公司权利受到侵害的依据。

ISDS 对公司人格独立问题更加包容的原因在于外国直接投资的特殊结构：尽管外国直接投资是通过在东道国设立子公司的形式进行，但在 ISDS 的语境下，子公司在许多情形中并不被视为独立的法人，而是被视为由股权构成的财产，即“外国投资”。如果子公司只是母公司财产的一部分，那么对子公司生效的法律关系均应对母公司生效，子公司的任何行为也可归因于母公司的控制和决策。如果将这一方式适用于反请求案件和投资者义务的认定，则会导致如下效果：由于子公司基于股权关系受到母公司“控制”，因此其侵害行为理论上可直接归责于母公司，而不需要像国内法一样证明母公司在较高程度上参与了子公司的日常经营中。另外，国内法中的母公司注意义务一般仅在子公司存在过错的情况下产生，而 ISDS 对公司面纱的规避则使得任何子公司的侵害行为（包括严格责任）均可归责于母公司。

由于相关实践匮乏，目前通过在 ISDS 机制中刺破公司面纱以追究跨国公司母公司的侵害责任仍停留在理论层面。但在部分国家提起反请求的案件中，仲裁庭比起公司人格独立更重视母公司对子公司的控制。Klöckner 诉喀麦隆案（I）中，喀麦隆政府基于与投资者子公司 SOCAME 之间的管辖权协议向母公司 Klöckner 提起反请求，认为其没有履行正常运营子公司的义务。在裁决中，ICSID 仲裁庭认为尽管管辖权协议是子公司与东道国之间签署，但一方面，仲裁庭认为关键问题不是对 Klöckner 公司是否有属人管辖权，而是对所涉争端是否有属事管辖权；另一方面，参与管辖权协议谈判的是 Klöckner 公司而非其子公司，这一协议的目的也是确保 Klöckner 公司的利益，因此仲裁庭对反请求有管辖权。[62]尽管这一裁决后来被废除，但在废除决定中仲裁庭对上述结论表达了支持。[63]

综上，ISDS 在规避公司人格独立方面具有优于母国诉讼的潜力，此前为保护投资者而建立的重视股权控制、忽视公司面纱的条约和仲裁实践如今反而可用于追究跨国公司母公

[62] Klöckner v Cameroon, ICSID No. ARB/81/2, Award (21 October 1983), (1994) 2 ICSID Reports 3, 65.

[63] Klöckner v Cameroon, ICSID No. ARB/81/2, Decision on Annulment (3 May 1985), (2003) 2 ICSID Reports 95, paras 4–56.

司作为投资者的侵害责任。基于诉讼武器平等原则（equality of arms），[64]如果仲裁庭在确保投资者诉权的过程中软化了公司面纱的作用，那么同样应在追究投资者责任的裁决中将“控制”作为判断责任的依据，而非采取双重标准。

2) ISDS 跨国公司侵害案件中国际法的适用

由于不需要考虑国内法与国际法关系的问题，同时基于仲裁的临时（ad hoc）属性，ISDS 相较于母国法院在适用国际法上更为自由。根据《华盛顿公约》第四十二条，仲裁庭首先应使用双方当事人选择的法律；如不存在选择，则在适用东道国法的同时“在可能的情况下”适用国际法。大多数 IIA 会选择国际法作为可适用法的一部分，[65]这是因为国际法在特定情况下能提供比东道国法更高标准的投资保护（如公平公正待遇、禁止无赔偿的征收等）。而在 *Klöckner v Cameroon* 案的废止裁决中，仲裁庭指出《华盛顿公约》第 42 条为国际法适用设置了两种场景：1）东道国法存在规范空缺；2）东道国法与国际法相悖。[66]这一解释大大扩张了不存在法律选择的情况下国际法在判断东道国责任中的适用。鉴于可适用法规则应平等适用于本请求和反请求，因此只要能在国际法中确定对公司法人有约束力的规则或原则，就可能依据国际法进行跨国公司侵害救济。

在 *Urbaser v Argentina* 案中，ICSID 仲裁庭首次指出具有国际性质的公司应被视为国际法的主体，有能力承担国际法义务。但在确定国际法中投资者义务时，仲裁庭又认为国际人权法中不存在对公司有约束力的保障公民水权的义务，仅有直接、严重侵犯人权的公司行为才违反国际法，如对国际强行法规则的违反。[67]在 *Aven v Costa Rica* 案中，仲裁庭认同 *Urbaser* 裁决的观点，并开创性地试图描绘约束投资者的国际法义务的范畴：“当涉及所有国家都关切的权利和义务时，比如环境保护领域，它（投资者承担国际法义务的观点）尤其令人信服。”[68]上述将“对世义务（obligation *erga omnes*）”作为公司法人国际法义务范畴的思路为未来 ISDS 跨国公司侵害可适用法的确定指明了方向。尽管上述两案最终均未基于国际法认定投资者责任，但其中的创新性说理激发了学界热烈讨论，也为未来东道国

[64] Institut de Droit International, “Equality of Parties before International Investment Tribunals”, by Rapporteur Campbell McLachlan, Resolution No. 18 Res EN, 31 August 2019.

[65] Christoph H Schreuer, ICSID Convention: A Commentary (2nd edn, Cambridge University Press, 2009), pp 819-821.

[66] Klöckner v. Cameroon, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment (3 May 1985), (2003) 2 ICSID Reports 95, para 69.

[67] Urbaser v Argentina, paras 1203-1206.

[68] Aven v Costa Rica, para 699.

提起基于国际法的反请求提供了理论基础。目前理论及实践界都承认跨国公司作为国际法主体的可能，关键在于明确哪些国际法规则对跨国公司具有拘束力。尽管国际法院最初提出的对世义务是一个程序概念，用于建立非受害国的诉权，但在后续理论及实践中逐渐外溢至实体领域，产生了具体内涵。[69]与范围较窄的强行法规则不同，对世义务在实践中涵盖的义务范围更广，涉及环境、人权等诸多领域，与跨国公司生产经营更为相关。[70]如仲裁庭能在后续案件中进一步探讨对世义务中适用于跨国公司的习惯国际法范畴并加以适用，则有可能真正实现对跨国公司侵害的国际法救济。

（三） 国家参与跨国公司侵害救济的局限

由于需要东道国自发参与，ISDS 仅能救济特定情形的跨国公司侵害。在东道国与跨国公司同谋对其国民实施人权侵害的情况下，东道国不可能为了救济公共利益向与其同谋的跨国公司提起仲裁申请或反请求。因此，ISDS 主要针对跨国公司对东道国公共利益造成侵害、而东道国因法治落后难以通过国内管制措施进行有效监管的情况。

国家参与到跨国公司侵害追责中的另一问题是赔偿的分配。有学者指出，尽管国家有可能通过 ISDS 实现对国内公共利益的救济，但这种救济在何种程度上能惠及真正的受害者有待商榷，因为不存在有效的国际机制确保国家会在获得来自跨国公司的赔偿后会将该笔款项分配给受害者，或将其用于受到污染地区的环境恢复。[71]但是，此种担忧是另一种对他国治理能力和方式的指摘，是对他国主权的家长式干涉。[72]针对跨国公司造成的大规模环境污染和人身侵害，国家有义务及时采取措施，以防损害进一步扩大，从而造成额外开支；国家进行 ISDS 程序请求救济也会产生诉讼费用。因此，国家有权对所获赔偿进行合理再分配。此外，跨国公司对造成的侵害的补救不仅包括经济赔偿，还包括跨国公司对污染区域的恢复、防止未来再发生损害等行为，此类救济对受害者同样有积极意义。在个人受害者确实遭受经济损失的情况下，仲裁庭可以在裁决中明确国家获得赔偿需以受害者

---

[69] Christian Tams and Tzanakopoulos Antonios, ‘Barcelona Traction at 40: the ICJ as an Agent of Legal Development’, (2010) 23 Leiden J Int’l Law 782, 794.

[70] Kevin Crow and Lina Lorenzoni-Escobar, “From Traction to Treaty-Bound: Jus Cogens, Erga Omnes and Corporate Subjectivity in International Investment Arbitration”, (2022) 13 Journal of International Dispute Settlement 121, 136.

[71] Ishikawa Tomoko, “Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration”, (2019) 113 AJIL Unbound 33, 36.

[72] Kevin Crow, Lina Lorenzoni-Escobar, “What Does a Corporation Owe?: The Scope of Obligations in International Investment Counterclaims”, (2022) 31(1) Minnesota Journal of Int’l Law 1, 27.

已获得充分补偿为前提。

四、 结语

综合以上分析，可总结出 ISDS 与母国诉讼在实践现状、司法程序和长期效益三方面的比较优势如下：

表 4 ISDS 和母国诉讼在跨国公司侵害救济中的比较优势【明显更优一方以（+）标记】

比较基准		ISDS	母国诉讼
实践现状	独立侵害	东道国目前仅能通过反请求提起，案例总数较少，成功案例集中在环境领域	受害者个人提起，诉讼机制更成熟，有发达国家法治保障；是目前跨国公司救济的主要平台（+）
	公司同谋	由于需国家提起，ISDS 难以救济公司同谋案件，但不排除可能性	尽管受到国家行为原则的约束，母国法院是目前救济此类侵害的唯一途径（+）
司法程序	管辖权	不受领土主权局限，其中合同仲裁不存在制度性阻碍，而条约仲裁受限于对投资者倾斜保护的 IIA 规定；晚近实践逐渐采取包容态度	依国家有所不同，但总体受制于司法主权和母公司注意义务的存在与否，且即便管辖权成立，在普通法国家还需克服不方便法院等原则
	可适用法	优先适用双方约定适用的法（通常包括国际法），在没有约定时适用东道国法或国际法；国际法有扩大适用的规则基础和理论趋势（+）	法律适用受国际私法规则限制，主要适用东道国法；国际法适用存在障碍
	母公司责任	作为外国投资者的母公司自然成为争端的一方，并对其投资行为负	通过普通法中的注意义务能向母公司追责，但证明存在一定难度

		责	
	原告诉讼能力	国家诉讼能力与跨国公司相当，能够实现武器对等（+）	个人当事人远赴母国提起诉讼，诉讼能力远低于跨国公司
长期效益	对国内法治的影响	能强化东道国法治、提升东道国监管能力和信心，从源头减少跨国公司侵害（+）	虽然能通过监管母公司间接遏制跨国公司侵害，但司法管辖正当性以东道国法治弱势为前提
	优化潜力	上限由国家合意决定，可通过 IIA 规避国内法上的限制，在提升跨国公司问责背景下有较大发展空间（+）	上限由国家主权边界和公司有限责任决定，受制于国内公司法原则和国际法基本原则，难以突破优化壁垒
	发展模式	仲裁的临时性有利于规则创新，同时裁决作为次级渊源被援引有助于法官制造法的形成（+）	法院的固定性和普通法的遵循先例原则使其创新能力受限，且法院立场受制于行政分支和对外关系；案件分散于各国，通常不会彼此援引，难以形成持续实践

可以看出，虽然 ISDS 现阶段的跨国公司侵害救济能力不及母国诉讼，但在可适用法及当事人诉讼能力方面都有明显优势，管辖权规定也更容易在 IIA 中得到优化。此外，通过 ISDS 进行跨国公司侵害救济还有更高的优化上限、更高效的发展模式和对东道国法治更积极的影响。因此，探索 ISDS 作为跨国公司侵害救济潜在平台具有高度可行性和明显的预期收益。与此同时，不应否认母国在跨国公司侵害预防和救济中的重要作用。作为唯一能直接约束跨国公司母公司的法院，母国在提升跨国公司问责中有着不可替代的地位。跨国公司母公司有能力通过推行集团范围内的环境、人权、安全等政策加强对海外子公司的管理，通过履行审慎义务避免侵害的发生。如母国能通过立法措施加强对母公司的监管，要求其在集团范围内推行环境、人权、安全等行为规范，则能自上而下地遏制跨国公司在

世界范围内不负责任的商业行为。此外，在公司成为侵犯人权同谋的情况下，作为唯一申诉渠道的母国法院亦应行使司法能动，为受害者提供有效司法救济。在除此以外的跨国公司独立侵害案件中，母国在行使域外管辖权时应选择更加克制的立场，而 ISDS 则可作为母国诉讼的补充机制填补国内司法能动上限造成的管辖空洞。理想状态下，在个人受害者无法提起诉讼或面临重大困难时，东道国政府可以依据投资合同或投资协定中的争端解决条款提起仲裁，主张投资者违反了条约义务、合同义务或习惯国际法规则；在管辖权条件不具备的情况下，也可对跨国公司先行采取管制措施，在投资者提起仲裁后以反请求的方式提请裁决。

近年来跨国公司侵害救济的快速发展和国际投资仲裁对公共利益的重视均反映了国际社会对唯经济效益的新自由主义国际经济秩序的质疑和背离，以及对国内公共利益与经济发展平衡的重视。东道国不应以放宽甚至放弃监管作为吸引外资的方式，经济发展也不应以损害环境、侵害个人权利为代价。纵观过去三十年外国投资的历史，可以看出哈耶克式的自由主义全球经济并不能通过避免任何对市场的“扭曲”达成各国公平竞争的理想状态，国际经济秩序仍会向弱肉强食、强国主导的方向滑落；跨境资本自身甚至可能脱离任何领土主权的约束，成为具有庞大经济和政治实力的独立势力，并且以难以察觉的方式影响着国际规则制定。在国际社会逐渐意识到跨国公司问责重要性的当下，对长期处于“有罪不罚”状态的跨国公司进行追责、实现对受害者和东道国的有效救济对扭转国际法对跨境资本的不合理倾斜保护具有重要意义；而作为公共利益与私人利益交锋的中心地带，ISDS 的价值倾向必然影响资本与主权之间的博弈关系，因此通过 ISDS 对跨国公司侵害案件进行救济不仅有助于实现个案正义，而且在宏观层面对国际经济秩序的再平衡和公共利益的实现具有超出个案正义的积极影响。

《外国国家豁免法》下非 ICSID 裁决承认与执行的困境与出路

吴　琪*

苏州大学王健法学院

摘要：在《外国国家豁免法》第 12 条的明确下，非 ICSID 投资仲裁裁决的承认与执行正式进入司法中心时代。然而，非 ICSID 裁决却难以通过司法途径得到履行。在承认阶段，未通过 BIT 特别授权获得《纽约公约》之审查依据资格的裁决将无法进入司法系统。而少部分被授权以突破《纽约公约》商事保留的非 ICSID 裁决依旧面临着可执行财产匮乏的窘境。这是因为，在承认阶段，对非 ICSID 仲裁裁决的司法审查系程序审查，其判决内容无法形成与相关国家财产的联系点，并不符合《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款下强制执行豁免要求。

非 ICSID 裁决的承认与执行困境不仅违背了我国对裁决履行一贯以来的支持态度，还将构成国际法层面的风险扩张。在获得特别授权的非 ICSID 裁决场合下，联系要求导致的执行空心化将构成典型的司法征收。缺乏连接点的司法审判将导致可执行财产的逃逸，最终以司法判决的终局性使申请人的裁决利益受到不可挽回的损害。而针对未经特别授权的非 ICSID 裁决，《外国国家豁免法》第 12 条下的“立法诡计”或将构成司法拒绝。该条款使我国法院具备对非 ICSID 裁决的司法审查管辖权，但审查法律依据的缺失却使得这类裁决无法在我国域内正式获得法律效力。这一困境符合司法拒绝下体系性不公和恶意推断的两大要件，在违背公平和公正待遇的同时，构成国家不法行为责任。因此，衔接《外国国家豁免法》与非 ICSID 裁决，为非 ICSID 裁决在中国境内的履行提供司法保障乃是我国立法面与司法面亟需回答的命题。

究其根本，造成非 ICSID 裁决履行难以通过司法推动的根本原因，系《加入〈纽约公约〉通知》背后所反映出的过度排除行政要素审查之动因和联系要求体系性缺陷。然而，这两大深层原因并不合理正当，应予排除。对于前者，投资仲裁裁决的承认审查仅为程序审查，并不触及裁决的实质内容，自然也不涉及干涉他国行政权力。即使是依据可仲裁性与公共秩序进行审查，也仅是对法院地国核心利益的保护。这是国家主权独立在司法程序上的题中应有之义，具有正当性。而对后者，《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款中的联系要求反映了我国对发展中国家财产保护的关切和对 UNCSI 和 ECSI 两项国际立法的遵从。然而，实质联系要求是对过时国际司法文件的承袭，有悖豁免法所面临的现实困境。同时，联系要求的立法未将投资仲裁裁决纳入考量范围，自然也难以推进非 ICSID 裁决履行。

* 吴琪，女，2000 年 1 月生人，现为苏州大学王健法学院 2022 级国际法学硕士研究生。

针对新豁免法下非 ICSID 裁决履行的司法保障困境，我国应当统筹推进国际法治与国内法治，充分发挥二者之间的内在统一关系。对承认阶段，我国应当通过国内示范性法律文件对 BIT 下《纽约公约》的适用问题作出解释，确定其审查依据之资格。与此同时，对投资者和东道国这对关系，我国应当摒弃“一刀切”的立法模式，以现实、具体的态度对其属性进行判定。对执行阶段，我国应当采取司法解释和特别立法并行的方式，在扩大法律可管辖范围的同时，衔接协调豁免法和投资仲裁裁决执行制度，激发我国司法体系之潜能。

关键词：国家豁免；投资仲裁的承认与执行；《纽约公约》；《外国国家豁免法》

引言

2024 年，《中华人民共和国外国国家豁免法》（以下简称《外国国家豁免法》）的生效带领着我国投资仲裁裁决承认与执行程序迈向了司法中心主义的新时代。该法第 12 条不仅为我国法院承认与执行投资仲裁裁决打开开口，还进一步确认了配套的强制执行豁免制度。《外国国家豁免法》为投资仲裁裁决在我国的承认与执行确定了更为正当的司法路径。投资仲裁裁决的承认与执行不再困囿于《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）和《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）的正当性缺失阴影之下。然而，尽管以豁免法为法律基础系一国法院处理投资仲裁裁决的应有之义，《外国国家豁免法》仅对投资仲裁裁决的承认与执行作出了顶层设计，而缺乏内外法律的链接与实践可行性。

这一缺陷在非国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）所作出的仲裁裁决（以下简称非 ICSID 裁决）之承认与执行程序中更为凸显。与 ICSID 裁决不同，非 ICSID 裁决并不具备天然的法律效力，其仍然需要接受国内法院的司法审查。《外国国家豁免法》第 12 条明确了国际商事仲裁和投资仲裁之分别。这意味着，一些学者所持有的《纽约公约》商事保留的空心化观点[①]落空，非 ICSID 裁决的审查基础之缺失问题再次凸显。与此同时，在执行阶段，《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款下的联系要求也将大大削减非 ICSID 裁决执行之实际效果。无论是《2008 年中国与墨西哥双边贸易协定》（以下简称《中墨 BIT》）第 20 条第 6 款[②]，还是 2012 年版《中美双边投资协定》范本（以下简称 2012 年《中美 BIT》范本）第 34 条第 7 款[③]，均要求双方采取一切措施以促成非 ICSID 裁决的履行，而所谓“一切措施”必然包含对相关立法的完善。基于对国际条约的回应，我国应当防止豁免法成为非 ICSID 裁决之履行的法律阻碍[④]，确保我国法律系统统一性。

---

① 孙南申、孙颖：《论国际投资仲裁裁决在〈纽约公约〉下的执行问题》，载《广西师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 1 期，第 55-64 页。

② 《中墨 BIT》第 20 条第 6 款：“缔约各方应在其领土内采取一切必要措施以有效执行依本条作出的裁决，并应为执行以其为当事人一方的程序作出的任何裁决提供便利。”

③ 2012 年版《中美 BIT》范本第 34 条第 7 款：“各缔约方都应在应对裁决在七境内的执行做吃规定。”

④ 宋俊荣：《美国承认执行 ICSID 仲裁裁决的立法与实践评析》，载《上海对外经贸大学学报》2019 年第 5 期，第 73-87 页。

涉外领域立法是党的二十大报告中明确指出的重点立法领域。[①]尽管在全球范围内，投资仲裁裁决的承认与执行案件数量较少，但投资仲裁裁决所涉金额巨大[②]，且裁决履行之失败将在根本上动摇国际投资和平解决争端机制之根基。非 ICSID 裁决的承认与执行制度具有内外法域交叉、多部门法互动和公私法交织的特性，对这一制度的法律完善乃是涉外领域立法的重要内容之一。在《外国国家豁免法》的语境下，推动非 ICSID 裁决的承认与执行不仅符合我国以国际法为基础的国际秩序主张，还有利于为我国创建更为透明、稳定、安全的对外贸易环境，进一步满足“一带一路”建设的现实需求。在此背景下，以《外国国家豁免法》问题根源之身份为逻辑起点，从非 ICSID 裁决承认制度的程序本质和执行制度的现实需求出发，探究非 ICSID 裁决承认与执行困境之根源并最终提出具有针对性和实践性的解决方案，具有现实意义。

一、《外国国家豁免法》下非 ICSID 裁决的承认与执行困境

在承认阶段，《外国国家豁免法》第 12 条对商事与投资的概念区分，使得非 ICSID 裁决将面对司法审查法律依据缺失的难题。而在执行阶段，非 ICSID 裁决还将遭到《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款中联系要求的非难。

（一）承认阶段中的审查法律依据缺失

总体上，非 ICSID 投资仲裁裁决可以分为基于明确排除司法审查的投资协定而作出的裁决，与基于未排除司法审查的投资协定而作出的裁决。而后者还能被进一步分为当事国为《纽约公约》缔约国的裁决与当事国为非《纽约公约》缔约国的裁决。[③]相较于 ICSID 裁决，非 ICSID 裁决的承认与执行程序呈现出了更为举步维艰的态势——非 ICSID 裁决在承认阶段即已面临法律依据缺失的困境，而第二类非 ICSID 裁决尤甚。《纽约公约》的缔约国资格差异使得二者的司法审查在法律依据和证成路径上均存在着巨大差异。

1. 被申请国为《纽约公约》缔约国的仲裁裁决司法审查

对被申请国为《纽约公约》缔约国的仲裁裁决的司法审查，我国法院缺乏审查法律依据。回归到《外国国家豁免法》第 12 条，其对“商业活动”和“投资”的并列之措辞恰恰再次表明了对二者之间的明确界分，再一次强调了《纽约公约》本身无法作为我国审查非 ICSID 裁决的法律基础。《外国国家豁免法》第 12 条本身属准用性规范，且在实质上是规范法院管辖权的程序性法律。对这一类型的仲裁裁决的司法审查，我国法院不仅缺乏进行程序审查的

① 参见《习近平：高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，https://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm。

② 范晓宇：《投资仲裁裁决执行的国家豁免困境、成因及出路》，载《武大国际法评论》2021 年第 3 期，第 118-140 页。

③ 尽管学界中存在着投资仲裁商事化问题的争议，但我国目前并不存在其他可管辖投资仲裁裁决承认程序之司法审查的法律，故而在此仅以《纽约公约》作为唯一研究对象。

法律依据，亦缺乏审查管辖权的法律基础。而承认阶段的法律基础缺失也进一步导致了执行程序无法进行。

致使非 ICSID 投资仲裁裁决的承认与执行之困境加剧的直接原因系《外国国家豁免法》对“商事”与“投资”的区分强调。除却《外国国家豁免法》第 14 条，该法第 22 条[①]更以明文确定商事保留的效力。然而，仅以商事保留否认《纽约公约》对非 ICSID 投资仲裁裁决的司法审查之意义却是有失偏颇的。有学者从公约内部出发，对《纽约公约》提出支持：《纽约公约》第 7 条确立的更优惠权利条款，明确了该公约不影响缔约国间所订立的其他双边或多边条约框架内赋予利害关系人援用裁决的权利，因此公约的适用与投资仲裁并不冲突。[②]与此同时，我国所缔结的投资协定中，也有明确授权《纽约公约》适用的，如我国与捷克和斯洛伐克联邦共和国之间的投资协定。最为重要的是，从商事与投资这组概念本身出发，二者的二元对立亦是脱离语义与实际的。salini 标准[③]和《国际商事仲裁示范法》[④]均明确，国际投资活动在行为本质上属于商事行为。尽管从东道国的视角看，投资仲裁的直接规制对象是国家管理行为，但仲裁提起的根本目的依旧在于维护投资者在东道国之行动所获或所涉之利益。因此，我国对商事仲裁和投资仲裁的分类，在本质上属于概念上的划分，而非对客观事实的描述。而这种区分过于武断，并不能够描述现实的投资行为。

基于语义区分之本质，对《纽约公约》的适用可能性，一个更深层次的问题便浮出水面——对非 ICSID 裁决进行审查时，应当如何超越人大常委会的立法权限？能否通过法官续造或司法解释将《纽约公约》纳入我国非 ICSID 裁决审查法律体系？对这一问题的讨论应当分为两个侧面：一个侧面是从司法机构立法性解释出发，以法的可预测性为逻辑起点，讨论这一问题的结论是否会损害法的安定性；另一侧面则是从法官自由裁量权出发的——法院在面对非 ICSID 裁决时，是否有权力依据案情对这一问题作出法解释或法续造？第二侧面的答案是否然的。《加入〈纽约公约〉通知》第 2 条规定：“根据我国加入该公约是所做的商事保留声明，我国仅对按照我国法律术语契约性和非契约性上市法律关系所引起的争议适用该公约。所谓‘契约性和非契约性商事法律关系’……不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”[⑤]因此，调整《纽约公约》与投资仲裁之间关系的规范已经足够明确详细，并不

---

① 《外国国家豁免法》第 22 条：中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

② 张亮,宁昆桦：《国家豁免对国际投资仲裁裁决有效执行的影响及其克服》，载《政治与法律》2021 年第 1 期，第 96-106 页。

③ The Salini test, established by the tribunal in Salini v. Morocco, requires that the alleged investme nt satisfy four criteria to be considered an “investment” under Article 25(1): (1) a contribution; (2) a cert ain duration; (3) a risk; and (4) a contribution to the economic development of the host State. Available at https://jusmundi.com/en/document/publication/en-salini-test.

④ 《国际商事仲裁示范法》第一条第一款：对“商事”一词应当做广义解释，使其不论是契约性或非契约性的一切商事性质所引起的事项。商事性质的关系包括但不限于下列交易：供应或交换货物或服务的任何贸易交易；销售协议；商事代表或代理；保理；租赁，建造工厂；咨询；工程；使用许可；投资；筹资；银行；保险；开发协议或特许；合营和其他形式的工业或商业合作；空中、海上、铁路或公路的客货载运。

⑤ http://gongbao.court.gov.cn/Details/e4defa983a153b314590d73e5a0c60.html，最后访问时间为 2024 年 11 月 2 日。

存在作建构性法解释的空间。在此，对非 ICSID 仲裁裁决执行问题的讨论再次回到了立法纬度之上。从合宪性出发，人大常委会以下的相关机关无权作出颠覆商事保留的建构性解释。而对第一侧面，肯定答案亦不存在。从最近的立法活动来看，我国立法机关似乎没有撤销商事保留的意向——《外国国家豁免法》第 12 条和第 22 条已经站在了确保法律安定性的一侧。可以说，非 ICSID 仲裁裁决的承认与执行困境是十分深层次的。在我国目前的法律框架下，这一问题难以通过简单的法律解释来解决。

2. 被申请国为非《纽约公约》缔约国的投资裁决承认困境

对东道国为非《纽约公约》缔约国的投资仲裁裁决，我国法院能否进行司法审查已然存在合法性缺失。这类投资仲裁裁决似乎只能被视为一般的国际商事仲裁裁决而进行处理。而投资仲裁地又使裁决的承认与执行被分而治之：仲裁地为中国时，投资仲裁裁决应当被归类为涉外仲裁裁决；仲裁机构为地时，投资仲裁裁决应当被归类为外国仲裁裁决。当仲裁地为外国且无法适用《纽约公约》时，对投资仲裁裁决的执行则可以通过互惠原则办理。[①]而针对一般涉外仲裁裁决的承认与执行，我国法院通常以最高人民法院《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》（以下简称《加入〈纽约公约〉通知》）第 1 条[②]和《仲裁法》第 70 条[③]为指引，激活《民诉法》第 281 条[④]，最终使法院获得对涉外仲裁裁决的司法审查权力与审查依据。然而，这一路径却无法适用于非 ICISD 投资仲裁裁决。《仲裁法》第 2 条却将适用主体严格限定为平等主体[⑤]，而投资者与当事国之间的仲裁显然并非题中之义。然而，在已然明确限制豁免理论的当下，投资仲裁中的投资者与当事国是否可以成为一对拟制的“平等主体”呢？通说认为，限制豁免的核心逻辑在于国家主权在进行非主权行为时，主权豁免应当被剥夺，以保证私主体与国家主权之间能够正常平等地进行非商业活动。[⑥]然而，所谓平等说并不具有法律效力。因为《外国国家豁免法》立法逻辑体系不包含当事

① 沈伟、陈治东：《商事仲裁法：国际视野和中国实践（下卷）》，上海交通大学出版社 2020 年版，第 503 页。

② 《加入〈纽约公约〉通知》第一条：根据我国加入该公约时所作的互惠保留声明，我国对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约。该公约与我国《民事诉讼法(试行)》有不同规定的，按该公约的规定办理。对于在非缔约国领土内作出的仲裁裁决，需要我国法院承认和执行的，应按《民事诉讼法(试行)》第 204 条的规定办理。

③ 《仲裁法》第 70 条：当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销。

④ 《民诉法》第 281 条：对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

⑤ 《仲裁法》第 2 条：平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。

⑥ Akhtar, Zia. (2021). State immunity, the ICJ and customary international law. Law Review, 11(1), 2-25.

人平等论，其仅仅确认对等原则为基本原则。[①]另一方面，这一理论无法侵权例外领域中运行，这也进一步验证这一理论仅为限制豁免的学术观点之一[②]。因此，“平等主体”的拟制无法使投资者与当事国这对关系成为《仲裁法》的适用对象，《民诉法》第 281 条也就无从适用。

（二）联系要素下非 ICSID 裁决执行的现实危机

根据《外国国家豁免法》第 12 条[③]和《民诉法》第 290 条[④]，根据以《纽约公约》为司法审查依据的投资协定所作出的仲裁裁决可以得到承认并进入执行审查阶段。[⑤]但在执行阶段，这类裁决却面临着强制执行豁免的阻却。一般而言，我国法院需要处理两类非 ICSID 裁决：（1）投资者具有外国国籍且东道国为他国的裁决；（2）投资者具有外国国籍且东道国为我国的裁决；（3）投资者具有中国国籍且东道国为他国的裁决。对第三类裁决的处理难以引起国际投资法纠纷，而第一类裁决无法进入执行阶段，故而在此皆按下不表。在处理第二类裁决时，我国法院应当使用《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款作为审查非 ICSID 仲裁裁决执行的法律基础。这是因为，尽管在第二类裁决中，涉案双边投资协定（Bilateral Investment Treaty, BIT）大多使用“采取一切必要措施”等措辞来推进裁决在中国境内执行，但这些约定均是在《外国国家豁免法》颁布之前作出的。第 14 条第 1 款中的强制执行措施属于法律措施，具有特殊含义。而在缔结多数 BIT 时，我国豁免立场并未转向司法中心主义，强制执行措施超越了彼时缔约双方之认知。因此，根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款，第二类裁决中的相关措辞并不能被解释为该法第 14 条第 1 款中的“明示放弃司法强制措施豁免”。[⑥]其法律基础仍是《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款。而这类非 ICSID 仲裁裁决所面临的问题是“用于商业活动”这一限定的合理性与是否存在“与诉讼有联系”的可执行财产。

“专用于商事活动”这一可执行财产之限制并无不妥。首先，这一限制本身具备合理性。

---

① 参见张天培:《全国人大常委会法工委负责人就外国国家豁免法答记者问》。

② 杨坤：《浅析国家主权限制豁免的理论和实践》，载《开封教育学院学报》2018 年第 10 期，第 241-245 页。

③ 《外国国家豁免法》第 12 条：外国国家与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人之间的商业活动产生的争议，根据书面协议被提交仲裁的，或者外国国家通过国际投资条约等书面形式同意将其与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人产生的投资争端提交仲裁的，对于需要法院审查的下列事项，该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免：（一）仲裁协议的效力；（二）仲裁裁决的承认和执行；（三）仲裁裁决的撤销；（四）法律规定的其他由中华人民共和国的法院对仲裁进行审查的事项。

④ 《民诉法》第 290 条：国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。

⑤ 张建:《国际投资争端仲裁裁决在中国法院的承认与执行——兼论国家豁免立场的现代转型》,载《司法改革论评》2020 年第 1 期，第 315-337 页。

⑥ 亦有观点认为，语言本身具有变化性，因此可以采用相关措辞的新含义来解释过去的法律法律文件。（See Maximilian Clasmeier, Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law (Wolters Kluwer 2017), p.9.）但这一观点显然不能在强制执行措施豁免这一命题下使用。这是因为，强制执行措施往往具有暴力性质，因此对这类措施之豁免的放弃应当以明确书面地方式作出。而通过法律解释，使得相关国家丧失豁免权的行为显然具有越权之嫌。

事实上，商业属性限制则是独属于限制豁免制度的。商业财产的限定系限制豁免理论的推论，是主权性质和非主权之行的区分标准在执行阶段的呈现。这种区分不仅完成了限制豁免的法律体系统一，还避免了外交冲突和法院地公共利益损失。可以说，“专用于商事活动”这一限定是限制豁免制度的应有之义。另一方面，“专用于商事活动”这一限制还满足了去商事化的需求。所谓商事化，是指投资仲裁深刻地受到商事仲裁影响的现象。[①]基于投资仲裁的规制和商事之二重性，在面对投资争端时，仲裁庭以及相关机构均应当将东道国的主权地位和投资协定的国际公法性质纳入裁判的考量范围，而不应当全盘照搬国际商事仲裁，此之谓投资仲裁的“去商事化”。因此，去商事化的最终目的是防止国际投资仲裁对国内公共利益和国家对国内事务规制权的过度倾轧。而将国家的可执行财产限定在商事目的财产，则是在执行阶段彻底排除行政权力干涉问题，避免执行涉主权财产的衍生问题发生。

然而，在投资仲裁裁决的场合中，“与诉讼有联系”这一限定条件却将引发大量实践难题。首先，联系条件有架空可执行财产之风险。联系条件本身似乎具有合理性外观。财产本身是中立的，因此在判断行为性质时，财产所有人才是判断标准的首要锚点。[②]而根据联合国国际法委员会出具的报告，选择过早的行为时间点将会过度束缚国家处分自身财产的自由。[③]因此，对可执行财产性质的审查应当以判决以及其所涉争端之事实本身为基准点进行判定，且判定结果应当是“一案一判”的。而所谓联系条件似乎提供了以事实为基础进行判断的法律基础——与诉讼有联系的财产必然存在于案件所发生的时间段内，而特殊的联系要求则代表了财产本身必然附带东道国在案件中的积极行为属性，两相竞合便必然包含“联系”之要义。但是，正是这一合理外观将国家财产排除在了可执行范围之外。这是因为，这种涉及案件本身的积极行为属性却更多倾向于规制性质，而远离商事性质。这就意味着，通过联系条件的财产极大可能难以满足“专用于商事活动”的要求，专用于商事活动的国家财产也很难与诉讼产生联系。国家财产的可执行性真空就此产生。

另一方面，联系要素将会限制投资者在我国积极寻求救济的权利。在投资仲裁的场合中，所谓“诉讼”指的是我国法院对投资仲裁裁决作出的承认阶段的判决。根据《纽约公约》第5条，仲裁裁决承认阶段之判决将会因为申请人的身份而产生不同的内容与结果。若承认与执行司法审查的申请人是投资者，裁决的审查或将更多着眼于公共利益这一部分，而较少着眼于《纽约公约》第5条第1款所规定的四项效力排除事由；而与此相对的，在东道国主动要求撤销裁决的场合中，法院将会更为全面系统地审查仲裁裁决。结果就是，在执行阶段中，前者所具备的财产联系点较少，反而更难锁定可执行财产。但是，这种结果显示与推动国际投资仲裁裁决得到执行的宗旨相悖——在东道国怠于履行仲裁裁决时，主动寻求救济的投资

① 蔡从燕：《投资仲裁的商事化与“去商事化”》，载《现代法学》第2011年第1期，第152-162页。

② Jean-Marc Thouvenin, Victor Grandaubert, The Material Scope of State Immunity from Execution, Tom Ruys *et al* (ed.), The Cambridge Handbook of Immunities and International Law (Cambridge University Press 2023), p. 257.

③ Art. 18 of the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of the State and their Property, ILC Report, 58, para. 11.

者在执行阶段反而受到限制。

二、非 ICSID 裁决承认与执行困境的风险与成因

尽管在实践中，我国较少被卷入投资仲裁裁决不履行的争端之中，但其背后所蕴含的风险是巨大的。即使作为处理他国与外国投资者间投资仲裁裁决的第三国，我国仍有被拖入司法征收和司法拒绝的漩涡之中。因此，对非 ICSID 裁决承认与执行困境的解决是具有现实意义的。然而，对这一困境的解决应当从根源出发。因此，聚焦现有立法之逻辑与立法现状背后的深层关切与考量，是从根本上解决现有困境的不二法门。

（一）国家豁免下的投资争端升级

正如 ICSID 委员会在 MINE 诉几内亚案中所言，尽管国家豁免将会为强制执行提供法律辩护，但其并不能对裁决履行的义务不能提供辩护或借口。[①]尽管国家豁免是东道国逃避裁决执行的合法事由，但裁决所产生的义务并未应国家豁免而消除。事实上，裁决的执行不能将激化矛盾。在投资争端解决机制下，裁决的履行失败不仅严重危害了投资仲裁机制的公信力，还将进一步激化外国投资者与东道国之间的矛盾。尽管对投资仲裁裁决的背叛并不当然地被视作国际习惯法意义下的不法行为，但其本身违反了 BIT 中的仲裁条款，构成了合同法意义上的债权。而从这一角度出发，若投资者母国与对接受裁决审查的第三国之间定有 BIT，则该第三国亦有可能需承担义务。除却传统的外交保护[②]，拒绝履行投资仲裁裁决的国家或将面临构成司法征收和司法拒绝的风险。

1. 裁决的无法实质执行将构成司法征收

正如前文所述，在《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款中的联系要求下，东道国为我国的非 ICSID 裁决的执行难以确实实现。被申请国之财产极可能通过司法判决的方式脱离可执行财产的范围。事实上，当涉案投资者之母国与我国之间的 BIT 对“投资”作出宽泛界定时，这一司法判决与司法征收的认定标准具有完美的契合性。

第一，非 ICSID 投资仲裁裁决本身构成 BIT 项下的“投资”。在司法征收这一概念产生的原始案件——Saipem 公司诉孟加拉国案中，仲裁庭开创性地将孟加拉国拒绝承认与执行 ICC 商事仲裁裁决的行为定性为司法征收，并作出有利于 Saipem 公司的裁决。在商事裁决如何构成“投资”的解释路径上，仲裁庭不仅对 BIT 中投资行为的定义进行了宽泛的解释，还对投资行为认定标准的对象进行了突破性阐述。针对投资行为的定义，仲裁庭认为应当将合同、建设管道本身、保留金、保证和相关的 ICC 仲裁视为一个整体，并认为这一整体行

① Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Interim Order No. 1 (12 August 1988), para. 25.

② Stephan W. Schill et al. (ed.), Schreuer’s Commentary on The ICSID Convention (Cambridge University Press, 2022), p. 1479-80.

为符合 Salini 标准。[①]而针对判定对象，仲裁庭认为 ICC 仲裁裁决本身仅为涉案合同内权利义务的具体化。[②]具体而言，就是 ICC 仲裁裁决的外观不能成为豁免一国之司法机构对实现相关权利义务的干预，因此仲裁庭应当以裁决所涉之权利义务的根本性质为调查对象——若被诉行为所涉及的权利义务符合 Salini 标准，则裁决本身具备投资属性。而鉴于仲裁裁决在不同仲裁机构之间的流动性[③]，将这一认定条件和推理逻辑放置于非 ICSID 裁决的场合并无不妥。

对非 ICSID 裁决是否构成“投资”这一问题，答案似乎昭然若揭。一方面，授权《纽约公约》的 BIT 均以宽泛地形式对“投资”进行了界定（见表一），与 Saipem 案中孟加拉国-意大利 BIT 第一条序言中所使用的“投资”定义[④]之措辞基本相同。因此 Saipem 案的证成路径可以被适用。另一方面，非 ICSID 投资仲裁裁决所涉及的权利义务必然具有投资属性且已获得前仲裁庭的认可。因此，以我国为东道国的非 ICSID 裁决的确构成投资。

表一 授权《纽约公约》的 BIT 对“投资”的定义[⑤]

条约名称	相关条款	具体规定
1991 年中国与捷克斯洛伐克 BIT	第一条 第一款	一、“投资”一词系指**缔约一方投资者依照缔约另一方的法律和法规在后者领土内投资的各种财产**，主要是： （一）动产和不动产的所有权及其他财产权利； （二）公司的股份或该公司中其他形式的权益； （三）金钱请求权或具有经济价值的行为请求权； （四）知识产权，包括著作权、商标、专利、工业设计、工艺流程、技术诀窍、商业秘密、商名和商誉； （五）依照法律授予的特许权，包括勘探和开发自然资源的特许权。
2008 年中国与墨西哥 BIT	第一条 第三款	“投资”一词系指**缔约一方投资者所有或控制并依照缔约另一方法律和法规获得的资产**，列举如下： （一）企业； （二）企业发行的股票； （三）企业发行的债券 1．如果该企业是投资者的附属企业；或

① See Saipem v. the People’s Republic of Banglades, Decision in Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, ARB/05/7, para. 110-111.

② 赵玉意：《国际投资法中司法征收的逻辑证成和推演张力》，载《国际经济法学刊》2021 年第 2 期，第 124-135 页。

③ Cameron Sim, Emergency Arbitration (Oxford University Press 2021), para 1.17.

④ 孟加拉国-意大利 BIT 第一条序言规定，“投资”应被解释为在改协定生效前后，一帝曰方自然人或法人依据另一缔约方法律法规且在另一缔约方领土内投资的任何形式的财产。参见赵玉意：《国际投资法中司法征收的逻辑证成及其推演张力》，载《国际经济法学刊》2021 年第 2 期，第 124-135 页。

⑤ 相关条款中文版本参考中华人民共和国商务部条约法律司官方网站，http://tfs.mofcom.gov.cn/gjk/index.html。

		2．如果债券的原始到期期限至少为3年，但不包括缔约一方或国有企业发行的债券，不论原始到期期限长短； （四）对企业的贷款 1．如果该企业是投资者的附属企业；或 2．如果贷款的原始到期期限至少为3年，但不包括对缔约一方或国有企业的贷款，不论原始到期期限长短； （五）在企业中使所有者有权分享企业所得和利润的权益； （六）在企业中使所有者有权分享企业解散时之财产的权益，但不包括上述第（三）项和（四）项所排除的债券和贷款； （七）为商业目的获得或使用的不动产或其他财产，而不论是有形财产还是无形财产； （八）由于向缔约一方境内投入用于该境内经济活动的资本或其他资源而产生之权益，例如根据： 1．与投资者位于该缔约另一方境内之财产有关的合同，包括交钥匙合同或建设合同或特许经营合同，或 2．回报主要依赖企业的生产、收入或利润之合同； 但是，投资不包括： （九）金钱请求权，系仅源于： 1．缔约一方境内之国民或企业向缔约另一方境内之企业销售货物或提供服务的商业合同； 2.与商业交易有关的授信，如贸易融资，但不包括第（四）项所指的贷款；或 （十）与上述第（一）至（八）项所指各种权益无关的任何其他金钱请求权。
1982年中国与瑞典BIT	第一条 第一款	本协定内： 一、**“投资”应包括缔约一方投资者在缔约另一方境内、依照其法律和规章用于投资的各种形式的资产**，尤其是： （一）动产、不动产及其它物权，如：抵押权、留置权、质权、用益权及类似权利； （二）公司的股份或其它形式的权益； （三）金钱的请求权或具有经济价值的任何行为的请求权；

		（四）版权、工业产权、工艺流程、商名和商誉； （五）根据公法或合同给予特许权持有者一段时间的合法地位的商业特许权，包括勘探或采掘和提炼自然资源的特许权。

第二，非 ICSID 投资仲裁裁决的实质执行不能极可能被认定为具有不法性。在 Saipem 案中，仲裁庭在确认 ICC 裁决本身构成投资后，对可能使撤销 ICC 裁决的国内法院判决具备不法性的三项事由进行了讨论。仲裁庭最终以滥用权力原则和违背《纽约公约》第 2 条为由，判定孟加拉国法院拒绝承认与执行 ICC 裁决的行为是非法的[①]，进而构成非法征收。虽然我国将非 ICSID 机制下的投资者对东道国仲裁一并归类为投资仲裁，并予以有别于商事仲裁的审查模式，但在以《国际商事仲裁示范法》为立法模版的国际社会中，非 ICSID 仲裁裁决依旧将被视作商事仲裁。[②]从白箱实验的角度看，在拒绝承认与执行国际商事仲裁裁决构成司法征收这一做法的延续下，我国以司法形式拒绝执行相关财产似乎确能构成非法征收。而从《纽约公约》内部出发，在非 ICSID 裁决的场合下，由于我国在相关 BIT 中已对《纽约公约》作出特殊授权，Saipem 案中违反《纽约公约》第 2 条之构成的逻辑可以被应用。具体而言，在《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款下联系要素的限制下，非 ICSID 裁决将面临无财产可执行的困境，在事实上阻止了投资者通过提起仲裁来实现仲裁协议[③]，符合 Saipem 案中违反《纽约公约》第 2 条的情形。因此，对非 ICSID 裁决的实质执行不能确有违反国际法之嫌疑。

2. 审查法律依据的缺失下的司法拒绝构成风险

在《外国国家豁免法》的分流之下，对非 ICSID 裁决的法律基础缺失使得裁决无法在我国域内获得法律效力。而这一境况或将构成司法拒绝，在违背公平和公正待遇原则的同时，构成国际不法责任。

司法拒绝是指由国内法院作出的极端错误行为，且该行为最终导致了国家司法体系的运行不良。[④]司法拒绝是对东道国司法系统的整体评价，仅在国内司法系统根本性失败时成立，且以穷尽当地救济为前提。[⑤]尽管相关概念具有宏观属性，但在实践中，司法拒绝的适用对象通常是某一判决或其他具体司法行为。在正式进入司法拒绝构成与否的问题之前，还有一

① See Saipem S.P.A. V. People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7, para. 133-187.

② Schacherer, Stefanie, State Immunity and the Execution of Investor-State Arbitration Awards (February 15, 2018). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4819620 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4819620

③ See Saipem S.P.A. V. People's Republic of Bangladesh, award, ICSID Case No. ARB/05/7, 2009, para. 167.

④ Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, p. 80.

⑤ 何志鹏、周萌：《论东道国司法和行政措施对投资保护义务的遵守与违反——英菲尼托黄金公司诉哥斯达黎加案评述》，载《国际经济法学刊》2023 年第 1 期，第 98-111 页。

个重要的前置问题亟需讨论——既是讨论所谓司法拒绝，那么审查法律依据的缺失有是否可以被界定为一项司法行为呢？答案是肯定的。在《外国国家豁免法》未颁布前，因非 ICSID 裁决在我国的无法执行并不构成司法拒绝。这是因为，在绝对豁免理论和《纽约公约》商事保留的双重作用下，我国法院并不具备承认与执行非 ICSID 裁决的管辖权。正如西奥多罗斯-阿达马科普洛斯诉塞浦路斯案中，仲裁庭所言："将不存在具备审查资格司法机构的情况评价为司法拒绝是奇怪的，因为在国际法律体系中，并不存在可以进行一切诉讼的有组织的法庭或仲裁庭架构。"[①]同理，在绝对豁免的时代，我国国内并不存在针对任何投资仲裁裁决的法律架构，自然也就不存在所谓司法拒绝问题。而作为一部意在规范我国法院涉外管辖权的程序性法律，《外国国家豁免法》第 12 条的"横空出世"不仅赋予了我国法院对非 ICSID 裁决进行审查的管辖权，还明确了我国法院应当进行审查的三大事项。根据"法官不得拒绝裁判"原则，当申请人以非 ICSID 仲裁裁决的承认和执行事项要求我国法院进行审查时，我国法院应当受理相关案件。这也意味着，所谓并不存在司法架构的抗辩，在当下已经失去了法律支撑。

尽管已然满足构成司法拒绝的前提条件，但是缺乏进行审查法律依据的现状是否必然构成司法拒绝，依旧是一个有待讨论的问题。首先应当明确的是司法拒绝的界定门槛。事实上，在国际投资法和国际公法的语境之下，司法拒绝存在着不同的认定标准。前者虽然在通常情况下符合一般国际法，但需要受到涉案 BIT 的条约解释法限制。司法拒绝的架构通常存在两项支柱：明显不公正与用尽当地救济原则。对第一支柱，二者均认同司法拒绝所指向行为的不法性必须达到明显的不公正程度。具体而言，所谓"明显的不公正"通常包含三个侧面：（1）该不公正应当是程序性的[②]；（2）该不公正造成了不利的裁判结果[③]；（3）裁判的作出是专断且具有恶意的[④]。在非 ICSID 裁决的承认案件中，第二项并无悬念，故而在此按下不表。首先，"不存在适格的审查法律依据"是否属于程序性事件，是一个有待商榷的问题。事实上，何谓"程序"本身就是一个颇具争议的问题。过去，学者们曾对实体司法拒绝与程序司法拒绝作出严格区分，并认为只有在构成程序司法拒绝的情况下，作出不法行为的国家才应当对此承担责任。而在当下，这一区分却存在着诸多争议。有观点认为，从维护公平和公正待遇的本质出发，不论是实体司法拒绝还是程序司法拒绝，都将导致基础性不公，因此实体与程序的划分并无意义。[⑤]还有学者认为，应当承担责任的司法拒绝仍应被限制在程序范畴内，但应当与司法行为的实体内容具有关联性。[⑥]而在司法实践中，通常认为司法拒绝

① Theodoros Adamakopoulos v Cyprus, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/15/49, 2020, para. 243.

② See Lion Mexico Consolidated Lp v. United Mexican States, award, ICSID Case No. ARB(AF)/15/2, 2021, para. 217.

③ See Saipem S.P.A. v. People's Republic of Bangladesh, award, ICSID Case No. ARB/05/7, para. 167.

④ See Azinian v. Mexican, award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, 1999, para. 102-103.

⑤ Alexandra Diehl, the Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment (Wolters Kluwer 2012), p. 463.

⑥ Zachary Douglas, International Responsibility For Domestic Adjudication: Denial Of Justice Decon

应当是程序性质的，但多数仲裁庭依旧将损失后果纳入考量范围。[①]然而，即便使用最为严格的程序司法拒绝作为认定标准，承认审查依据缺失依旧不能逃脱司法拒绝的范围。这是因为，缺乏审查依据本身并不构成法律适用错误或事实认定错误，很难被归类于实体错误的范畴。

对第三侧面下的问题，我国法院对非 ICSID 裁决承认阶段司法审查判决依旧难脱嫌疑。所谓“专断且恶意”依旧是一项十分模糊的概念。在实践中，仲裁庭多使用极为夸张的词语来强调构成司法拒绝的行为应当具有极端不法性，以便防止仲裁庭成为国内法院的上诉机构。[②]而多数描述司法拒绝的法律文件并未通过措辞的方式对主观要素作过多强调，而是选择了“以大推小”的清单列举范式，如 1930 年《第三次海牙法典编纂会议》第 5 点[③]、联合国贸发会发布的《公平与公正待遇：UNCTAD 国际投资协定问题丛书 II》[④]和哈佛大学法学院 1928 年发布的《国家对其境内外国人的人身或财产所造成损害的责任公约草案》（以下简称《1928 年哈佛草案》）第 9 条[⑤]。综合投资仲裁庭和国际刑事法院等国际司法机构裁决、相关学理资料、国际机构文件等资料，可以确定以下几类行为将被视作严重违反公正的行为：（1）拒绝外国人诉诸司法或当地法院拒绝审判；（2）剥夺外国人的辩护权或举证权；（3）无理由地拖延。[⑥]尽管严格意义上，因缺乏审查法律依据而导致的审查无法进行并不属于上述任何一类行为，但其依旧可以被解读为具有主观恶意。《外国国家豁免法》第 12 条的确授予了法院以管辖权，进而给予了申请人以司法推动非 ICSID 裁决得到履行的希望。而现实情况却是，即使申请人诉诸司法，我国法院也无法适用《纽约公约》第 5 条或《仲裁法》对裁决进行承认。模糊的法律指引和对申请人的“玩弄”行为似乎确实具有普世意义上的“恶意”内涵。

其二，在给予国家自我纠错的机会这一方面，用尽当地救济原则也存在不同的认定标准。一般而言，只有在得到具有终局性的裁判而“明显的不公正”依旧无法得到救济时，投资者才可根据司法拒绝向国际司法机构提起诉讼。而在投资仲裁庭中，所谓“终局性”并非绝对意义上的穷尽国内司法救济。“用尽救济”的义务仅要求投资者寻求有效且足够的救济。与

---

structed, International and Comparative Law Quarterly, Available on CJO 2014 doi:10.1017/ S0020589314000402; also see Saipem S.P.A. v. People's Republic of Bangladesh, award, ICSID Case No. ARB/05/7, 2009, para. 180-181.

① See Azinian v. Mexican, award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, 1999; ECE and PANTA v. Czech Republic, award, ICSID Case No. ARB/07/14, 2013; Lion Mexico Consolidated Lp v. United Mexican States, award, ICSID Case No. ARB(AF)/15/2, 2021.

② August Reinisch, Christoph Schreuer, International Protection of Investments: The Substantive Standards (Cambridge University Press 2020) p. 383.

③ Reeves, J. S. (1930). The Hague Conference on the Codification of International Law, the American Journal of International Law, 24(1), pp. 52–57.

④ See Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, p. 80.

⑤ Draft Convention on Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners Prepared by Harvard Law School (1929), adopted on 1929, Article 9.

⑥ See Azinian v. Mexican, award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, 1999, para. 102-103; ECE and PANTA v. Czech Republic, Award, ICSID Case No. ARB/07/14, 2013, para. 4.764; also see Draft Convention on Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners Prepared by Harvard Law School (1929), adopted in 1929, Article 9.

此同时，需要被完成的救济应当是在投资者所处之经济状况下，可以被合理进行的。[①]在非ICSID裁决承认审查依据缺乏的境况之下，无论接受审查的法院层级如何，司法程序进度如何，申请人都无法得到具备实质内容的司法判决。综上所述，即使在最为严苛的构成标准之下，非ICSID裁决审查依据的缺失构成司法拒绝的风险都极高。

尽管司法拒绝的认定门槛极高，但与之相对的后果也极其严重。一旦一国之行为构成司法拒绝，该国将承担巨大的法律责任与难以估量的后续影响。该国法律的公信力将被大大贬损，引发从投资者对营商环境之信任丧失，到国际司法机构心证与偏向形成的系统性危机。因此，对《外国国家豁免法》第12条的修正或补充乃是刻不容缓的。

（二）我国豁免法下非ICSID裁决承认与执行困境的根源

无可争议的是，《纽约公约》的商事保留是非ICSID投资仲裁裁决之承认与执行的最大阻碍。即便可以在BIT中另外承认《纽约公约》的适用，内外法律之间的冲突仍会贬损我国法律体系之统一性，增加国际立法与司法之成本。与此同时，联系要求的落后性、该要求与投资仲裁裁决的不兼容，均为非ICSID裁决的执行被架空的深层原因。

1. 《纽约公约》与不干涉他国国内规制权需求的错位

商事保留本身虽已为阻碍，但究其根本，对《纽约公约》商事保留的极端限缩解释所体现出的，我国对一切具有行政要素或仅与行政要素有关裁决的极端排斥，才是造成非ICSID裁决承认程序难以进行的根本原因。东道国之公法法律人格的特殊性和投资仲裁裁决中有关东道国行政行为的审判内容早已引起了我国立法者对投资仲裁的警惕。而这一警惕立场也被后续立法《仲裁法》第2条所规定的行政行为不可仲裁性[②]所证成。

在承认阶段，对非ICSID裁决的司法审查是否必然导致我国对东道国行政权力的干涉？这一观点是有待商榷的。就承认阶段司法审查之原理，对非ICSID裁决的司法审查并不构成我国对东道国国内规制权力的干涉。究其根源，仲裁裁决的承认制度是一种纯粹的程序属性制度。具体而言，仲裁裁决承认制度是一项基于既判力原则而产生[③]，且旨在将仲裁裁决纳入某一法域法律体系之内的制度[④]。既判力原则是一项程序性原则[⑤]。尽管有观点认为，既

---

① Loewen et al. v. USA, award, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, 2003, para. 168-169.

② 《中华人民共和国仲裁法》第3条：下列纠纷不能仲裁:（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。

③ Uglješa Grušić, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards in England—an Introduction, Paul Torremans et al(eds.), Cheshire, North & Fawcett: Private International Law Fifteenth Edition (Oxford University Press 2017), pp. 1110-1111; also see Reinmar Wolff (ed.), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Article-by-Article Commentary Second Edition, (Hart, Nomos, Beck 2019), p. 6.

④ Article 54, Stephan W. Schill et al(ed.), Schreuer's Commentary on the ICSID Convention (Cambridge University Press 2022), p. 1486.

⑤ Reinisch, August. The Use and Limits of *Res Judicata* and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes, Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 3, no. 1, 2004, pp. 37-78.

判力原则的三大适用条件导致其与判决或裁决的实体部分无法分割[①]，但在非 ICSID 裁决的承认与执行场合下，既判力原则的程序性是纯粹的。这是因为，这一原则是以仲裁裁决终局性[②]原旨而被适用的。当法院在面对承认外国裁决的申请时，运用既判力原则的核心需求并非排除可能出现的平行仲裁，而是确认这一裁决是否具备效力。因为通过国内司法系统，促使仲裁裁决得到执行，进而使得纠纷最终得以尘埃落定，乃是仲裁裁决终局性的题中应有之义。因此，基于投资仲裁裁决承认与执行制度的纯粹程序性质，对投资仲裁裁决的审查无法触及仲裁裁决的实体内容，故而自然也难以构成对他国行政性行为的再次审判。

这一观点也可以通过《纽约公约》第 5 条的具体应用场景得以证实。《纽约公约》第 5 条包含三大基本内容，即五项拒绝事由、裁决事项可仲裁性和公共秩序保护。从立法目的和相关实践出发，可以发现三项基本内容设计均以法院地国利益优先，或未触及仲裁裁决实质内容，或本身既有正当性。第一，五项拒绝承认与执行的事由全部属于程序性事项[③]，并不涉及仲裁本身。第二，通过不可仲裁性和公共利益对投资仲裁裁决进行审查，也不构成对他国国内规制权力的干涉。退一步而言，即使存在干涉的嫌疑，以这两项事由进行的审查本身就具备正当性。定疆以界，可仲裁性和公共秩序保护在本质上具有相同性，均是对法院地国根本利益的维护。因此，二者均受严格限制。区别在于，前者需国内法对其进行明确规定，而后者则受严格解释的限制[④]。首先，根据我国司法解释和相关实践，我国法院对不可仲裁性和公共秩序保护的审查仅为防御性审查，不具有向外干涉的属性。通常而言，承认与执行仲裁裁决所造成的后果需要达到违反我国社会根本利益、法律基本原则或者善良风俗的程度，才能构成《纽约公约》第 5 条第 2 款中对公共秩序的违反[⑤]，如侵犯我国国家主权[⑥]、司法主权和中国法院的司法管辖权[⑦]。而从严格的解释适用也可以窥见，《纽约公约》第 5 条中的公共秩序在本质上是一项防御性不予承认与执行事由，更侧重于对我国核心利益的维护，而非对仲裁裁决本身作出评价。其次，即使有关公共政策的审查包含对裁决整体的审查，且涉及道德、正义等价值判断，[⑧]但我国法院的价值判断本身即具备正当性。公共秩序保护是《纽约公约》第 5 条第 2 款为承认与执行法院设立的“安全阀”，建立在对各国利益不同的充分

① 参见汪蓓：《重复仲裁的司法审查方式与适用事由》，载《法学》2022 年第 5 期，第 132-145 页。

② Varun N. Ghosh, An Uncertain Shield: *Res Judicata* in Arbitration, Arbitration International, 2015, 31, pp. 661–668.

③ 沈伟、陈治东：《商事仲裁法：国际视野和中国实践（下卷）》，上海交通大学出版社 2020 年版，第 508 页。

④ Margaret L. Moses, Chapter 11: Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational, Katia Fach Gomez and Ana M. Lopez-Rodriguez (eds), 60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges (Kluwer Law International 2019), pp. 169.

⑤ 参见最高人民法院《关于 GRD Minproc 有限公司申请承认并执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁裁决一案的请示的复函》。

⑥ 参见最高人民法院《关于韦斯顿瓦克公司申请承认与执行英国仲裁裁决案的请示的复函》。

⑦ 参见最高人民法院《关于不予承认和执行国际商会仲裁院仲裁裁决的请示的复函》。

⑧ Margaret L. Moses, Chapter 11: Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational, Katia Fach Gomez and Ana M. Lopez-Rodriguez (eds), 60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges (Kluwer Law International 2019), p. 173.

考量之下。[①]而对一国之核心利益的维护进行阻却与责难显然是有悖于常理的。

综上所述，在投资仲裁裁决的承认与执行环节，严格的商事保留本身并不能达到预防干涉东道国国内规制权力的实际效果。在非 ICSID 裁决的语境下，商事保留表达了对通过司法形式解决相关争端的回避态度，有悖于《外国国家豁免法》立法背景下涉外法律问题向司法中心主义转向的新立场。

2. 仲裁执行考量之缺位与联系要求落后性

正如前文所述，联系要求的内涵与投资仲裁裁决的承认与执行制度机理之间存在根本冲突，而这一冲突正是导致《外国国家豁免法》第 14 条下非 ICSID 裁决难以执行的根源之一。然而，第 14 条并非仅仅针对国际投资仲裁裁决而作出的强制措施豁免，而是一项统摄以外国国家为一方当事人的有效法律裁判结果的概括性规范。因此，仅从非 ICSID 裁决执行的角度，孤立地看待第 14 条第 3 款合理与否是不严谨的。从整体来看，《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款的联系要求反映了对经济劣势国家的政治关切和对现有国际法律文件的遵从。但是，第 14 条第 3 款下联系要求的高度概括性，使得大部分国家财产无法满足可执行要求。政治关切下的矫枉过正反而导致了法律本身的不公正。与此同时，对国际法律文件的遵从却采纳了过分保守的执行豁免立场，缺乏前瞻性，也与现有国际实践与共识相悖。

第一，国际豁免立法中对投资仲裁的忽视是造成现有窘境的主要原因。联系要求来源于现有国际法律文件对可被强制执行财产设定的限制性条件。[②]从非 ICSID 裁决的执行角度出发，根据国际立法历史资料，在执行豁免条款的立法过程中，联合国国际法委员会未曾详细讨论过国际仲裁裁决的执行问题，也并未对此作出后续的补充解释。[③]这一事实也解释了这类条款在实现非 ICSID 裁决之执行上的缺陷。

第二，国际豁免立法本身即存在缺陷，且并不完全反映现有国际习惯法。从豁免法的整体视角出发，联合国立法体现了利益需求的妥协性。联合国公约中的联系要求多规定具体明确的诉讼联系要素，且侧重于对财产本身作出限制，而非维护执行程序与诉讼程序之间的逻辑关系。1991 年《联合国国际法委员会及其财产的管辖权豁免条款草案》（the 1991 ILC Draft Articles on Jurisdictional Immunities of the State and their Property, the 1991 ILC Draft）第十八

---

① Reinmar Wolff (ed.), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Article-by-Article Commentary Second Edition, (Hart, Nomos, Beck 2019), para. 480-481; also see ibid, p. 171.

② 全国人大常委会法工委负责人对《外国国家豁免法》第 14 条作出如下说明：外国国家豁免法关于我国法院可以对外国国家及其财产行使管辖权情形的规定是较为严格的、特定的，与有关国际条约和国际通行做法总体上保持一致。与此同时，在说明采纳限制豁免制度的合理性时，该文件亦明确指出，1972 年国家豁免欧洲公约和 2004 年联合国国家及其财产管辖豁免公约，均明确规定了限制豁免制度。因此，UNCSI 乃是我国豁免法的重要立法参考。参见张天培:《全国人大常委会法工委负责人就外国国家豁免法答记者问》，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202309/t20230904_431522.html。

③ Chester Brown and Roger O'Keefe, Roger O'Keefe and Christian J. Tams (Eds.), The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary (Oxford University Press 2013), p. 313-318.

条第三款中规定，可被采取强制措施的财产不仅应当用于政府非商业用途以外的目的，还应当或与诉讼标的的要求有关，或与被诉机构或部门有关。[①]在这一阶段，联合国立法采用了实质联系要求（subject-matter connection），即被执行财产与诉讼行为本身应当具有联系。[②]而针对其中严格的联系要求，出于对执行豁免是否能够真正落地的担忧，一些发达国家对联系要求提出激烈抗议。[③]基于此，2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, UNCSI）第 19（c）条仅要求被执行的国家财产与被诉之国家部门实体之间存在直接联系[④]，有学者将这类限定条件定义为被诉实体联系要求（the entity connection）。[⑤]根据联合国立法机构的报告，联系要求最初建立在对国家机构的明确区分之上。[⑥]确切地说，这一明确的区分是建立在确认各个国家机构独立法律人格的基础之上的；与此同时，所谓独立法律人格的依据却是各国之国内法。[⑦]这一区分旨在平衡发展中国家利益，使得被执行之财产仅限于某一国家下属机构，而不至于扩张至国家本身和其他国家机构，如国有企业等。[⑧]尽管这一关切符合我国基本立场且对推动“一带一路”建设具有现实意义，但实质联系要求远比 UNCSI 的被诉实体联系要求严苛，反而导致了《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款的空心化，造成了立法上的不正当结果。

第三，我国执行豁免规范中的联系要求存在着过分陈腐、脱离现实境况之嫌。通过对比可知，相较于联合国立法，我国强制措施豁免的联系要求立法范式更加贴近于 1972 年《国家豁免欧洲公约》（European Convention on State Immunity, ECSI）第 26 条。[⑨]尽管《外国国家豁免法》第 14 条与 the ILC Draft、UNCSI 采用了几乎相同的立法范式，但仍能发现端倪

---

① 徐宏[主编]，马新民[副主编]：《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，知识产权出版社 2019 年版，第 155 页。

② Zixin Meng, State Immunity and International Investment Law (Springer 2022), p. 93.

③ Jean-Marc Thouvenin and Victor Grandaubert, The Material Scope of State Immunity from Execution, Tom Ruys (ed.), The Cambridge Handbook of Immunities and International Law (Cambridge University Press 2019), p. 263.

④ UNCSI, Article 19(c): No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that: ……(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed. 参见《国家豁免法国内立法和国际法律文件汇编》，第 168 页。

⑤ Zixin Meng, State Immunity and International Investment Law (Springer 2022), p. 94.

⑥ Jean-Marc Thouvenin and Victor Grandaubert, The Material Scope of State Immunity from Execution, Tom Ruys (ed.), The Cambridge Handbook of Immunities and International Law (Cambridge University Press 2019), p. 263.

⑦ Chester Brown and Roger O’Keefe, Roger O'Keefe and Christian J. Tams (Eds.), The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary (Oxford University Press 2013), p. 324.

⑧ Ibid, p. 425.

⑨ ECSI, Article 26: Notwithstanding the provisions of Article 23, a judgment rendered against a Contracting State in proceedings relating to an industrial or commercial activity, in which the State is engaged in the same manner as a private person, may be enforced in the State of the forum against property of the State against which judgment has been given, used exclusively in connection with such an activity, if: (a) both the State of the forum and the State against which the judgment has been given have made declarations under Article 24; (b) the proceedings which resulted in the judgment fell within Articles 1 to 13 or were instituted in accordance with paragraphs 1 and 2 of Article 24; and (c) the judgment satisfies the requirements laid down in paragraph 1.b of Article 20.

——不同于两份国际法律文件对联系要求之内容的具体界分，《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款中国的联系要求仅仅使用了“与诉讼有联系”这一财产限定，却不对联系之内容、联系之对象与联系之程度进行具体规范。不同于仅对被执行财产之所有人进行限定，ECSI 第 26 条是现存的唯一保留实际联系要求的执行豁免条款。根据欧盟立法解释文件，实质联系要求本质上是欧盟成员国内部持有绝对豁免立场与持有相对豁免立场国家的妥协性产物[①]，而非对国际习惯法的回应。[②]然而，实质联系要求的设立目标却过度陈腐，显然无法解决现代豁免法所面临的问题。[③]即使是在 2004 年 UNCSI 立法阶段，各国之间的矛盾不再是限制豁免与否的立场对立，而在于如何合理、合法且有效的运行限制豁免制度。联合国立法趋向也可佐证这一观点——相较于 the 1991 ILC Draft 第 18 条第 3 款，UNCSI 第 19（c）条修改了联系要求，移除了与诉讼标的有关的要求，而仅仅保留财产与被诉实体的直接联系要求。

最后，实质联系要求并不符合我国立法上“与国际条约和国际通行做法总体上保持一致”[④]的原则。尽管《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款是在尽量贴近 UNCSI 的基础上作出的，但总体而言，联系要求与国际立法趋势背道而驰。目前，在大多数外国豁免法典中，执行豁免例外的财产均仅限制财产的商业属性，而不对财产与诉讼的关联性作出约束。2015 年《西班牙有关外国政府等享有的特权与豁免的组织法》第十七条第二款甚至特意排除了关联性要求。[⑤]而对诉讼和财产之间的关联性作出特殊要求的仅有 1976 年的《美国外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA）第 1610(1)(7)条、第 1610(2)(2)条和第 1610(2)(3)条，但是这些规定均明确了联系对象是特定司法诉讼请求；在仲裁裁决的场合，FSIA 仅对可执行财产进行了商事属性限制。[⑥]可以说，在一方当事人为外国国家的民事诉讼中，各国国内法均对所谓财产与诉讼之间联系均持有否定的态度。另一佐证则是国际条约对实质联系条件的设立采取了逐步开放的态度。另外，结合两项文件中关于符合国际习惯法的声明[⑦]，不难预见新豁免公约在联系要求上的再次缩减。

三、非 ICSID 投资仲裁裁决承认与执行困境之抉择

非 ICSID 裁决的承认与执行困难具有普遍性，但裁决困境之根源却是类型化的，因此困境之出路也应当是因事制宜的。具体而言，以豁免法下或将面临危机之问题类型为标准，非 ICSID 裁决可被分为以我国 BIT 为根据但授权《纽约公约》的裁决，以我国 BIT 为根据

---

① Council of Europe, Explanatory Report on the European Convention on State Immunity (1972), available at http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/074.htm, at para. 92.

② August Reinisch, European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures, The European Journal of International Law Vol. 17 no.4, 2006, pp. 803-836.

③ Ibid.

④ 张天培:《全国人大常委会法工委负责人就外国国家豁免法答记者问》，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202309/t20230904_431522.html。

⑤ 徐宏[主编]，马新民[副主编]:《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，知识产权出版社 2019 年版，第 113 页。

⑥ 同上，第 15 页。

⑦ See Alexander Orakhelashvili, Treaties on state immunity: the 1972 and 2004 Conventions, Alexander Orakhelashvili (ed.), Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law (Edward Elgar Publishing Limited 2015), pp. 282-283.

且未授权《纽约公约》的裁决和以外国 BIT 为依据的裁决。对可进入司法系统的第一类裁决，我国应当聚焦于国内法侧面，以体系化思维完善非 ICSID 裁决执行法律体系，保障规范协调和体系衔接。而对后两类裁决，我国应当从国际立法端发力，积极推进精细性、正当性和可实践性三者兼备的国际立法，贯彻司法中心主义的涉外立法新需求。

（一）向内求索：推动投资仲裁裁决执行体系连贯性

根据有约必守原则，对于通过我国 BIT 的特别授权而得以依据《纽约公约》予以审查的非 ICSID 裁决，我国有天然的推动裁决履行之义务。《外国国家豁免法》中的强制执行豁免乃是我国非 ICSID 裁决执行法律体系内的重要关卡。而通过对补充立法加强系统统一性和法律可预见性，或通过司法解释以增加我国相关立法之合理性，均是我国国内法律系统对这一国际义务的有效回应。

1. 司法层面：作有利非 ICSID 裁决执行的司法解释

面对非 ICSID 裁决的执行法律缺陷，最为直接有效的办法是对《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款的联系要求进行扩大解释和精确化解释。《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款的“与诉讼有联系”即未规定应被考量具体诉讼构成，也未明确说明联系的紧密程度。虽然豁免法作出了实质性联系要求，但其措辞并不明确，依旧存在作建构性解释的空间。因此，在实际庭审过程中，我国法院可结合国际理论发展和相关实践案例，对联系要求作较为宽泛的解释，增加有利非 ICSID 裁决下可执行财产总量。从长远来看，嗣后的立法性司法解释也是推动非 ICSID 裁决执行的有效法律工具。另外，立法机关在进行解释时，还应与民事诉讼法原理相结合，明确联系之对象，保证规范内部的逻辑严谨与统一。

2. 立法层面：推动非 ICSID 裁决执行法律体系建设

我国应当建立具有中国特色的投资仲裁裁决执行特别立法。理由如下：第一，现存国际立法无法解决投资仲裁裁决的执行问题。无论是 UNCSI 还是 ECSI，均未将投资仲裁裁决的执行问题纳入执行豁免条款的讨论范围。因此，我国立法应当充分发挥中国智慧，对投资仲裁裁决的执行建立更具有针对性的特别法制度。第二，建立具有中国特色的仲裁执行制度具有必要性。豁免法通常集中体现一国对主权之立场与外交利益之诉求。可以说，在普遍存在实质差异的国际社会[①]，豁免法的国别属性是无可避免的。对国际统一性立法的盲目遵从不仅不符合现实状况且违背一般立法逻辑，也难以满足豁免法下理应实现的现实利益。因此，相比于向国际多边立法，我国应当自主立法。而在立法过程中，具体国家之实践可为借鉴，

① Klaus Dingwerth, Clara Weinhardt, Julian Eckl, Simon Herr, and Till Schöfer, The Unmaking of Special Rights, Klaus Dingwerth et al, The Unmaking of Special Rights Differential Treatment of Developing Countries in Times of Global Power Shifts (Edward Elgar Publishing Limited 2024), pp. 1-3.

相关规范发达国家的立法可为参考。

针对非 ICSID 裁决执行的特别法制度，除却摒弃不合时宜且机理相悖的联系要求，我国特别法还应当进行类型化设计，保障各部门法之间的紧密对接。与此同时，我国还可参考或纳入《UNCITRAL 示范法》等国际商事仲裁法律文件，完善《纽约公约》不可适用情形下的法院审查路径。加拿大乃是投资仲裁裁决的执行案件高发地[①]，也是推动国际仲裁机制建立与运行的先锋。[②]其精妙的法律衔接技术与成熟的实践经验也能够为我国豁免法下的非 ICSID 裁决执行法律体系提供启示。在传统立法模式之外，加拿大还建立了 BIT 范本制度（Canada's 2021 Foreign Investment Promotion and Protection Agreement Model, FIPA），在便利双边协定立法过程的同时，增加国内配套法律的精准对应性和可预测性。FIPA 第 27（6）条以清单的形式列举了 ICSID 仲裁和非 ICSID 仲裁两项 ISDS 解决方案[③]，并在第 41 条明确相关执行规定。FIPA 第 41(3)(b)条[④]明确了非 ICSID 裁决未被主动履行的后续措施；与此同时，第 41（5）条[⑤]不仅授权《纽约公约》以司法审查法律依据资格，还明确了投资者与东道国之关系的商事性质。与之对应，加拿大国内法亦积极推进投资仲裁裁决的执行[⑥]——加拿大在通过《联合国外国裁决公约法》和《纽约公约》的同时，将《UNCITRAL 示范法》纳入本国之《1985 年商事仲裁法》，保障了投资仲裁裁决的整体可审查性。[⑦]而对审查之结果，《强制执行法》（the Execution Act）的程序规范[⑧]和《债权人救济法》（the Creditor's Relief Act）和相关判决的债权确认[⑨]相互结合，完善了对裁决审查判决的执行法律体系，保障了系统整体的顺利运行。我国也可通过设立 BIT 范本制度，对接国际法律文件与国内法，防止歧义或系统缺环的出现。

---

① 肖军：《仲裁地法院对国际投资仲裁裁决的司法审查 ——以加拿大司法实践为例》，载《武大国际法评论》2020 年第 4 期，第 94-108 页。

② Eric Bédard, Stephen L Drymer, Canada, in Julien Fouret(ed.), Enforcement of Investment Treaty Arbitration Awards-A Global Guide (Second Edition), (Globe Law and Business Ltd 2021), pp. 243.

③ FIPA, Article 27(6): An investor of a Party may submit a claim to dispute settlement under: (a) the ICSID Convention, provided that both Parties are parties to the ICSID Convention; (b) the ICSID Additional Facility Rules, if only one Party is a party to the ICSID Convention; (c) the UNCITRAL Arbitration Rules; or (d) any other rules on agreement of the disputing parties, available at https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_model_apie.aspx?lang=eng#sec-e.

④ FIPA, Article 41(3)(b): in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules or the UNCITRAL Arbitration Rules: (i) 90 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has commenced a proceeding to revise, set aside, or annul the award, or (ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside, or annul the award, and there is no further appeal. Ibid.

⑤ FIPA, Article 41(5): A claim submitted to arbitration under Article 27 (Submission of a Claim to Arbitration) shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for the purposes of Article I of the New York Convention. Ibid.

⑥ Eric Bédard, Stephen L Drymer, Canada, in Julien Fouret(ed.), Enforcement of Investment Treaty Arbitration Awards-A Global Guide (Second Edition), (Globe Law and Business Ltd 2021), pp. 248-251.

⑦ See John Pirie et al, Enforcement of Judgments 2024: Canada, https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/enforcement-of-judgments-2024/canada, on 28 September 2024.

⑧ Execution Act, RSO 1990, c E.24, https://www.canlii.org/en/on/laws/stat/rso-1990-c-e24/latest/rso-1990-c-e24.html.

⑨ Creditors Relief Act, Repealed: 2013, c.32, s.8, https://laws.gnb.ca/en/document/cs/C-33.

（二）国际立法：提高非 ICSID 裁决司法保障的精细化设计

国内立法之外，我国还应在协以国际立法之统筹。一方面，我国应当理性接纳已有的国际共同认识，以问题导向的目光重新审视《纽约公约》与非 ICSID 裁决之间的关系，通过对外声明、多边磋商和设立 BIT 范本明确《纽约公约》在投资仲裁裁决领域的积极角色。另一方面，我国还应当摒弃过去对投资仲裁绝对的公法性质认定并对相关法律关系进行精准判定，力求在回应相关政治关切的同时，保障相关制度的法理正当性。

1. 投资国际立法下《纽约公约》的直接讨论

在国际立法方向，可以通过特别授权的方式纳入《纽约公约》，尽量扩大非 ICSID 裁决在我国的可执行性。根据《加入〈纽约公约〉通知》，在面对非 ICSID 裁决的承认与执行时，我国法院无法也无权通过司法解释将《纽约公约》纳入审查法律体系中。然而，投资仲裁裁决的实际履行乃是 BIT 订立之根本，也是一国之公信力的体现。从司法系统端口对非 ICSID 裁决的履行提供保障，建立内外协调的国际投资仲裁裁决承认与执行制度，乃是推动我国涉外法治的题中应有之义。而鉴于我国第三代投资协定下，ISID 制度管辖权条款的清单列举范式中多列有临时仲裁庭。根据《维也纳条约法公约》下的有效性原则，我国应当在 BIT 中积极纳入对应国内司法对接窗口，预防相关条款的特殊机构倾向性。

然而，在我国法院为投资仲裁的第三国时，非 ICSID 裁决的承认与执行问题便难以通过直接授权《纽约公约》的形式得到解决。针对这一问题，我国可以对外声明、多方磋商和多边性软立法为抓手，使非 ICSID 裁决能够合理、合法、和平地进入我国司法系统。首先，裁决东道国为认可《纽约公约》的审查依据合法性之国家，我国可基于对等原则发表相关授权声明。其次，我国还可通过与东道国、投资者、投资者母国等相关利益方进行多边磋商的方式，和平引入《纽约公约》，充分发挥仲裁制度的意思自治优先地位。最后，我国可借鉴美国、加拿大等国家所采取的 BIT 范本制度，侧面明确《纽约公约》在非 ICSID 裁决司法审查程序中的地位和作用。另外，我国还可以 在 BIT 范本中进一步明确间接征收的范畴和公平与公正待遇的具体内涵，排除相关司法行为构成司法征收或司法拒绝的风险。

2. 《纽约公约》商事保留的再思考

针对《纽约公约》商事保留的适用，我国应当重新以商事性质判断为中心。具体而言，我国应当从《纽约公约》本身出发，重新定义商事保留之目的、内涵和范畴，在满足条约法下解释和适用规则的同时，满足互惠原则下资本输出国身份之转换的现实需求。事实上，在投资仲裁裁决的承认与执行中，商事保留并不必然导向《纽约公约》的不可适用。以美国哥伦比亚巡回法庭作出的中山富诚实业投资有限公司诉尼日利亚案为例，可以窥见商事保留本身的解释限度并不局限于排除一切“不纯粹商事”的行为。在该案中，法院将 BIT 与中山

公司和尼日利亚之间的关系区分看待，并认为后者构成具有商事属性的法律行为，符合美国对《纽约公约》所作出的商事保留。[①]尽管这一区分缺乏理论严谨性，却同时合理地回应并平衡了投资仲裁机制下最为核心的两大关切——投资仲裁的行政属性顾虑和非 ICSID 裁决得到履行的推进动因。

事实上，同为对《纽约公约》作出商事保留的国家，中美两国对商事保留的具体内容采用极为相似的解释范式，即对构成“经济活动”[②]或“具有商事性质”[③]的行为均采用了行为属性阐释与非穷尽列举相互结合的范式。有所不同的是，我国《加入〈纽约公约〉通知》以但书的方式，将投资仲裁裁决完全排除在《纽约公约》之外。事实上，这种区分是武断的。尽管国际投资仲裁庭所审判的国家行为多具有行政规制属性，但投资者和东道国之间的关系并非完全的公法关系。而忽视其商事部分，并将这对法律张力排除在司法体系之外，不仅不符合法理，还削弱了我国司法系统在国际法问题上主体性地位。因此，对《纽约公约》与非 ICSID 裁决承认程序之关系，我国应当回归案件本位之立场，对具体问题进行具体分析，充分发挥我国司法审查制度的理论理性与实践智慧，建设以司法为中心并兼具内外法律衔接性的中国特色投资争端和平解决法治机制。

四、结语

相较于具备自执行机制的 ICSID 裁决，非 ICSID 裁决所面临的承认与执行执行困境更为严峻。《外国国家豁免法》第 12 条与第 22 条进一步强调了我国对《纽约公约》作出的商事保留，明确了《纽约公约》无法被直接适用于投资仲裁审查。因此，根据《外国国家豁免法》第十二条主文的授权，非 ICSID 裁决的承认与执行申请虽的确符合我国司法管辖权，但由于缺乏进行司法审查之依据，相关主体难以得到可推动裁决履行的司法判决。这一境况不仅将会迷惑外国投资者，还极有可能构成司法拒绝。而针对部分已获得《纽约公约》授权的非 ICSID 裁决，《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款下的实质联系要素将其导致其难以得到实质执行。而基于联系要素的措辞模糊性和国际上对非 ICSID 裁决商事属性的普遍认可，裁决的不可实际执行符合 Saipem 案中有关司法征收的定义。可以说，在《外国国家豁免法》的催化之下，投资仲裁裁决的承认与执行困境以“法律漏洞”的形式，无以复加地被凸显出来。

---

① Zhongshan Fucheng Indus. Inv. Co. LTD v. Fed. Republic of Nigeria, 112 F.4th 1054 (D.C. Cir. 2024), 2024.

② 《加入〈纽约公约〉通知》第 2 条：根据我国加入该公约时所作的商事保留声明，我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。所谓 “契约性和非契约性商事法律关系”，具体的是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系，例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

③ United States Code Annotated (USCA), Title 9. Arbitration, Chapter 2: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 9 U.S.C.A. § 202 (West), available at https://1.next.westlaw.com/Document/N510DE1E0955611D880E4BAC23B7C08D1/View/FullText.html?originationContext=documenttoc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default).

通过相关立法资料，造成非 ICSID 裁决承认与执行困境的根源已然浮出水面——政治关切之下的过度谨慎导致了我国立法者对使用《纽约公约》进行投资仲裁裁决抱有近乎矫枉过正的排除心态；与此同时，对过分陈腐且缺乏逻辑自洽性的国际法律文件的盲目遵从也是造就实质联系的元凶之一。对此，我国应该摒弃政治狂热的倾向，合理思考对各类关切之回应的正当性和适度限度。具体而言，就是对非 ICSID 裁决进行类型化处理，对国内司法到内外立法提供全过程保障。在司法侧面，我国应当继续深入司法中心主义，在保障司法可诉诸性和司法可实现性的同时，对执行豁免的联系要求作符合国际法和宪法的司法解释，尽力激发我国司法机制之潜能。而在立法侧面，我国应当注重统筹推进国内涉外法治和国际法治，为投资仲裁裁决进行特别立法，保障系统协调性，使我国 BIT、豁免法、仲裁法和执行法等各部门法的有效衔接，彻底排除法律漏洞问题。

外资公平公正待遇条款的国际国内冲突与协调

温志媛*

摘要：公平公正待遇条款是国际投资协定最常被适用的规则之一。比较国际投资协定中的公平公正待遇与国内法中的法治原则，二者存在规范冲突与适用上的差异。一方面，国际上的公平公正待遇在规范本身给予了外国投资者更加绝对的可预见性和稳定性。另一方面，随着国际投资仲裁庭对公平公正待遇条款的扩大解释，公平公正待遇的范围越发宽泛。为了协调国际国内公平公正待遇的冲突，应当秉承公平正义的价值理念，适当考虑限缩公平公正待遇。

关键词：公平公正待遇；国际投资协定；投资仲裁

传统上，国际投资协定为外国投资者构建了一套单独的法律体系，独立于东道国国内法律制度。外国投资者可以适用国际投资协定的待遇标准而无需适用国内的征收补偿等待遇规定，外国投资者可以诉诸投资者-东道国争端解决机制而无需寻求东道国国内的救济途径。随着国际投资协定的不断发展，国际投资协定出现了国内化转向，具体表现为如下。第一，国内法关于外国投资的法律制度日益建立并完善。[1]在宪法、经济法、合同法、诉讼法等法律中规定了普遍适用于外国投资者和本国投资者的法律规范，也规定了单独适用于外国投资者的法律规范。国内法的完善源于属地原则，东道国国内有必要进一步完善对外国投资的规制和保护。第二，国内法吸收了一些国际投资协定的规定，比如外商投资法纳入了国际投资协定的部分规范。国际投资协定的规则具有一定的扩散性，国际投资协定一些对于外国投资的保护规范扩散到国内规范层面。第三，国内法进一步发展了国际投资协定的规则。比如南非《投资保护法案》规定了禁止反向歧视，禁止外国投资者享有优于本国投资者的待遇。国内法逐渐发挥保护外国投资者和本国投资者的作用。

然而，国际投资协定的国内化专项凸显了国际规则与国内规则之间的冲突，具体而言在公平公正待遇条款上尤为明显。外国投资者享有国际投资协定规定的公平公正待遇，[2]而与

* 温志媛，汕头大学法学院讲师。

[1] CHAISSE, JULIEN & GEORGIOS DIMITROPOULOS, Domestic Investment Laws and International Economic Law in the Liberal International Order, *World Trade Review* 2023(1), pp.1–17. HEPBURN, JARROD, The Past, Present, and Future of Domestic Investment Laws and International Economic Law, *World Trade Review* 2023(1), pp.18-34.

[2] 陈安主编：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年版，第 52 页。韩立余主编：《国际投资法》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 89 页。[德]鲁道夫·多尔查、[奥]克里斯

之相对应的则是国内法中法治原则所提供的保护。[3]比较国际投资条约的公平公正待遇条款和国内法的法治原则，可以发现两者存在不同。

既有对于公平公正待遇条款的研究都集中于规范研究和实证研究，对于国内规则和国际规则的比较研究相对欠缺。只有少量研究关注到了国内国际规则的冲突。比如，Jose Gustavo Prieto Muñoz 分析了认为双边投资协定的公平公正待遇条款与东道国国内法的善意原则相比更加优惠。[4] Gus van Harten 认为，外国投资者享有国际投资协定规定的公平公正待遇等最强有力的保护，这引发了全球范围内的不平等和东道国的监管寒潮。[5] Lisa Sachs 和 Lise Johnson 主张，外国投资者享有本国投资者不具备的公平公正待遇。[6]但是，既有研究对于规则冲突的具体表现以及如何协调仍然存在不足。本文主要讨论公平公正待遇条款在国际国内的实体冲突，以及通过投资仲裁所表现出来的衍生冲突，进而为冲突的协调提出因应之策。

一、 外资公平公正待遇条款国际国内的实体冲突

“正当期待”要素不仅规定在了国际投资协定的公平公正待遇当中，而且也存在于部分国内法律制度之中。但是，正当期待的含义在两个体系中并不相同，公平公正待遇所提供的保护也与法治原则有所差别。通常情况下，公平公正待遇的保护程度高于法治原则的保护程度，国际投资条约的正当期待的范围也大于国内对于期待的保护，这使得外国投资者通常享有比本国投资者更高的保护。对比国际投资协定公平公正待遇条款与国内的法治原则，外国投资者主要在两个方面享有更加优惠的待遇，即可预见性、稳定性。

（一）公平公正待遇的可预见性

外国投资者可以获得绝对的可预见性保护，然而本国投资者只能获得相对的可预见性保护。国际投资协定对正当期待的要求有时候达到一种绝对的可预见性，这意味着即使是在政府承诺没有效力、不符合国内法抑或是承诺来源不明确的情况下，外国投资者依然可以获得正当期待的保护。而国内对于本国投资者正当期待的保护则仅限于相对的可预见性，即要

托弗·朔伊尔主编：《国际投资法原则》，祁欢等译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 135 页。

[3] 刘笋：《论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2022 年第 1 期，第 155-176 页。SCHILL, STEPHAN W., Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht? Eine rechtsvergleichende Analyse im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht am Beispiel des EU-Freihandelsabkommens mit Kanada (CETA), *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 2018(1), pp.33-92.

[4] MUÑOZ, JOSE GUSTAVO PRIETO, Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 2021(7), pp.1-31.

[5] VAN HARTEN, GUS, *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Oxford: Oxford university Press, 2020.

[6] SACHS, LISA & LISE JOHNSON, Investment Treaties, Investor-State Dispute Settlement and Inequality: How International Rules and Institutions Can Exacerbate Domestic Disparities, in Jose Antonio Ocampo, ed., *Global Rules and Inequality*, Columbia University Press, 2019.

求政府承诺应当具有效力、符合国内法，并且必须是公共当局做出持续的、重复的行为或法令，才可以获得保护。

1. 外国投资者的绝对可预见性

国际投资协定对外国投资者可预见性的保护体现在正当期待的基础即使无效或非法，依然可以主张正当期待保护。

首先，在国际投资仲裁中，即使政府做出不具有法律上约束力的陈述或者违反国内法的陈述，外国投资者依然可以据此主张正当期待。比如，在 Fraport v. Philippines 案中，[7]外国投资者 Fraport 公司与菲律宾交通和通信部就马尼拉尼诺-阿基诺国际机场国际客运站的建设和运营签订的特许权合同被废止；该案仲裁庭认为，公平原则应要求仲裁庭认定，如果政府在知情的情况下忽略了违反本国法律的行为，并认可了不符合本国法律的投资，则不得提出违反本国法律的行为作为管辖权辩护。在 Railroad v. Guatemala 案中，[8]外国投资者安第斯开发公司在合同和允许使用铁路设备方面的行为没有国内法的依据，但是根据公平原则，政府故意忽略了这些行为、实际上认可了一项不符合其法律的投资，因此不能以违反本国法律作为管辖权的抗辩理由。

其次，在国际投资仲裁中，如果政府官员向外国投资者做出承诺，可以接受外国投资者基础设施项目的合同条款，但是如果该合同后续被国内法院依据国内法认定为无效，那么外国投资者可以主张国内法院认定合同无效的司法措施违反了其从合同中获益的正当期待。在 Desert Line Projects v. Yemen 案中，[9]由于对外国投资者与也门政府签订的几项公路建设合同项下已执行工程的欠款存在分歧，导致工程暂停、也门商业法院的仲裁程序、人员被捕以及随后在所谓的胁迫下签署和解协议；仲裁庭也认为，公平原则应要求法庭认定，如果政府在知情的情况下忽略了违反本国法律的行为，并认可了不符合本国法律的投资，则不得提出违反本国法律的行为作为管辖权抗辩。

因此，总结国际投资仲裁实践，即使外国投资者正当期待基于的是政府没有效力或违反国内法的陈述，其正当期待也可以获得支持。[10]这使得外国投资者享有一种绝对的可预见

---

[7] Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines [II], ICSID Case No.ARB/11/12, Award, December 10, 2014, paras. 482-519. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines [I], ICSID Case No. ARB/03/25, Award, August 16, 2007, para. 346.

[8] Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, Second Decision on Objections to Jurisdiction, May 18, 2010, para. 146.

[9] Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, February 6, 2008, para. 120.

[10] SACHS, LISA & LISE JOHNSON, Investment Treaties, Investor-State Dispute Settlement and Inequality: How International Rules and Institutions Can Exacerbate Domestic Disparities, in José Antonio Ocampo, ed., *International Rules and Inequality: Implications for Global Economic Governance*, Columbia University Press, 2019. Investor-State Arbitration: Implications for Inequality,

性。

2. 本国投资者的相对可预见性

相对比于外国投资者，本国投资者仅享有一种相对的可预见性。国内法对于本国投资者的正当期待来源要求较高，因为国内法治原则强调法律的可预见性，是指法无授权不可为，行政权利只能来源于法律授予；以及原则上法不溯及既往，规则的存在应在时间上限于规则所适用的行为。[11]

在国内司法实践中，如果政府的陈述没有授权或者违反法律，则本国投资者不能据此主张正当期待。比如，在美国最高院 Richmond v. Office of Personnel Management 案中，[12]法院认为，如果行政部门的代理人能够通过他们对公民的未经授权的口头或书面声明，使国库有义务支付资金，那么宪法赋予国会的对公共资金的控制权实际上就可以转移到行政部门。例如，如果总统或行政部门官员对国会施加的新的福利限制感到不满，并试图逃避这些限制，机构官员可以告知公民，这些限制是不适用的。一项法律原则将政府与官员的建议联系在一起，将使这一建议具有法律的实际效力，从而违反了宪法。

因此，由于对正当期待来源的限制，本国投资者仅享有一种相对的可预见性。在政府的陈述没有获得授权或者违反法律时，本国投资者无法据此主张正当期待。

3. 案例对比

国际投资协定和国内法保护绝对可预见性还是相对可预见性对案件结果有着决定性的影响。以 SPP v. Egypt 案为例。[13]仲裁庭认为，埃及官员的行为和第 475 号总统令根据埃及法律上有可能是不存在的或无效的，或可能被宣布无效；[14]然而无论是否合法，上述行为都是埃及政府的行为，创造了受国际法既定原则保护的期待。[15]正当期待的基础如果是无效的或非法的，在国际投资协定下，外国投资者依然可以据此主张正当期待，并获得公平公正待遇。

假设本国投资者在国内就无效的政府行为主张正当期待。如果法院适用上述 Richmond v. Office of Personnel Management 案的标准，则无法依据法律上无效的政府行为主张正当期待。相比之下，外国投资者在可预见性方面可以获得比本国投资者更优惠的待遇。

---

https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/our%20focus/ISDS-and-inequality-presentation.pdf, 2022-12-25.

[11] FREIDRICH A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, Routledge, 1944, p.54. 夏恿：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，载《中国社会科学》1999 年第 4 期，第 117-143 页。

[12] Richmond v. Office of Personnel Management, 496 U.S. 414, 428 (1990).

[13] SPP v. Egypt, ICSID, Award, 20 May 1992, paras.82-83.

[14] 翟雨萌：《国际投资仲裁中善意原则的适用》，厦门大学 2020 年博士学位论文，第 20-25 页。

[15] SPP v. Egypt, ICSID, Award, 20 May 1992, paras.82-83.

因此，通过国际投资仲裁案，受相同政府措施影响的外国投资者与本国投资者无法获得相同程度的保护。主张公平公正待遇的外国投资者可以获得更加广泛的保护。

（二）公平公正待遇的稳定性

国际投资协定对于政府措施的稳定性要求较高。尤其是对于立法的稳定性，外国投资者可以据此主张正当期待。然而，国内的法治原则对于稳定性的保护则相对弹性，本国投资者难以就立法修改主张保护。

1. 外国投资者的绝对稳定性

在国际投资协定项下，如果政府出台了新的立法、改变了原有的监管框架，外国投资者可以据此主张正当期待，并获得公平公正待遇的补偿。2001 年阿根廷金融危机之后，由于法律制度的大量修改引发了一系列投资仲裁案。[16]西班牙、意大利、捷克等国的新能源法案修改也引发了多起投资仲裁案件。[17]

在投资仲裁实践中，外国投资者曾多次反对东道国修改立法。比如，在 Bilcon v. Canada 案中，外国投资者就加拿大修改环境立法的行为提起仲裁。[18]在 Perenco v. Ecuador 案中，外国投资者就厄瓜多尔颁布第 662 号法令提起仲裁。[19]在 Teco v. Guatemala 案中，外国投资者就危地马拉修改一般电力法的行为提起仲裁。[20]

2. 本国投资者的相对稳定性

相比较而言，本国投资依据国内法，则无法就政府修改法律的行为提出任何诉讼。因为立法权是国家的主权之一。尽管国内的法治原则强调法律的稳定性，但这里的法律稳定性是指不能过快地改变法律、不能频繁地改变法律，以至于难以学习和遵守。同时承认，法律应当适应社会的发展和变动。[21]可见，国内对于法律稳定性的保护具有相对性，并不要求完全不能修改立法，本国投资者不能就修改立法提出诉讼或请求赔偿。

---

[16] LAVOPA, FEDERICO, Crisis, Emergency Measures, and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina, Investment Policy Brief 2015(2), pp.1-9.

[17] WEGHMANN, VERA & DAVID HALL, The Unsustainable Political Economy of Investor–State Dispute Settlement Mechanisms, *International Review of Administrative Sciences* 2021(3), pp.480-496. FREIF v. Spain, SCC, Final Award, 8 March 2021, para.560. Masdar Solar v. Spain, ICSID, Award, 16 May 2018, para.503. Novenergia v. Spain, SCC, Final Award, 15 February 2018, para.681. JSW Solar v. Czech Republic, PCA, Final Award, 11 October 2017, para.445.

[18] Bilcon v. Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, March 17, 2015.

[19] Perenco v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and Liability,September 12, 2014.

[20] Teco v. Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23, Award, December 19, 2013.

[21] FREIDRICH A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, Routledge, 1944, p.54. 夏恿：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，载《中国社会科学》1999 年第 4 期，第 117-143 页。

3. 案例对比

以西班牙系列投资仲裁案与西班牙国内诉讼案为例，公平公正待遇的稳定性与国内对稳定性的保护存在明显区别。外国投资者可以主张绝对的稳定性，而本国投资者却无法获得同等程度的保护。

西班牙 2007 年通过了可再生能源激励计划，吸引了外国投资者和本国投资者在西班牙的能源投资。随着财政入不敷出，西班牙下调了可再生能源激励计划，这导致外国投资者提起了一系列投资仲裁案，[22]并获得了大部分仲裁案的胜诉。[23]然而，同样受可再生能源激励计划下调影响的本国投资者却无法获得相同的保护。

同时，本国投资者在西班牙国内提起了行政诉讼，上述政府措施也进行了宪法诉讼。[24]在行政诉讼中，西班牙本国投资者质疑了削减并取消可再生能源激励计划的规则，并要求获得损害赔偿。在宪法诉讼中，行政当局质疑减少并取消可再生能源激励计划的规则，旨在获得违宪认定。[25]宪法诉讼案和行政诉讼案均败诉，未能成功主张修改激励计划违反法律确定性和正当期待。[26]

在行政诉讼中，[27]西班牙最高法院认为，削减可再生能源激励计划没有违反法律的确定性和保护正当期待的原则。[28]

对于法律的确定性，西班牙最高法院认为，首先，法律的确定性意味着监管框架应具有稳定性，保护投资的可预测性。法律的确定性并不意味着不进行立法修订，而是要求立法机构考虑经营者的具体情况，酌情允许其适应新的法律规则；[29]其次，可再生能源部门具有

---

[22] E.g., PV Investors v. Spain, UNCITRAL. Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. v. Spain, SCC. RREEF Infrastructure (G.P.) Limited & RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l v. Spain, ICSID.

[23] KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE & MICHELE POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, Berlin: Springer, 2020, p.33.

[24] Spanish Constitutional Court No. 270/2015. GARCÍA-CASTRILLÓN, CARMEN OTERO, Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion, Investor-State Arbitration Series No.17, November 2016.

[25] Sentencia del Tribunal Constitucional(STC) 96/2014, 12 June (BOE No 162, 99 (4 July 2014)); STCs 109/2014, 26 June (BOE No 177, 139 (22 July 2014)) and 110/2014, 26 June (BOE No 177, 150 (22 July 1914)); STC 48/2015, 5 March (BOE No 85, 191 (12 April 2015)); STCs 105/2015, 28 May (BOE No 159, 55643 (4 July 2015)) and 106/2015, 28 May (BOE No 159, 55651 (4 July 2015)); STC 270/2015, 17 December (BOE No 19, 6370 (22 January 2016)); STC 19/2016, 4 February (BOE No 57, 18530 (7 March 2015)); STCs 29/2016, 18 February (BOE No 71, 21753 (23 March 2016)) and 30/2016, 18 February (BOE No 71, 21767 (23 March 2016)); and STC 42/16, 3. March (BOE No 85, 25049 (8 April 2016)).

[26] GARCÍA-CASTRILLÓN, CARMEN OTERO, Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion, Investor-State Arbitration Series No.17, November 2016.

[27] Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 2320/2012, 12 April; STS 4253/2012, 19 June; STS 4594/2012, 26 June; STS 3365/2013, 25 June; STS 1284/2014, 3 April; STS 117/2013, 15 July; STS 1720/2015, 20 April; STSs 261/2014, 262/2015, 20 April; STS 4785/2015, 16 November; STS 5379/2015, 9 December; STSs 5373, 5374/2015, 10 December; STSs 5478, 5479/2015, 11 December; STS 5495/2015, 15 December; STSs 5552, 5486, 5492, 5493/2015, 16 December; STSs 10, 67, 69, 72/2016, 21 January.

[28] Article 9(3) of the Spanish Constitution, BOE No 311, 29 December 1978, www.tribunalconstitucional.es/en/constitucion/Pages/ConstitucionIngles.aspx, 2022-12-25.

[29] Plantanol GmbH & Co KG, C-201/08, [2009] ECR I-08343, Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 September 2009, para. 49, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0201,

创新性的特点，需要与经济环境的变化和技术的特点相适应，因此政府对可再生能源部门的调整不违反法律的确定性。

对于保护正当期待，西班牙最高法院认为，首先，保护正当期待适用于整个投资的生命周期，但这不意味着保证投资将在整个生命周期内获得盈利。[30]制度的变化并不意味着对正当期待的损害；其次，投资者应当预见可再生能源激励措施将下调。[31]因为 2007 年爆发了经济危机，投资者应当可以预见监管体系将发生变化。因此，法院认为法律的修改不违反保护正当期待原则。

在宪法诉讼案中，西班牙宪法法院也以类似的理由认定可再生能源激励措施的下调不违反法律确定性和正当期待原则。[32]西班牙宪法法院认为，不能依据正当期待原则对规范性变化提出质疑。理由是，第一，正当期待原则不能确保监管绝对稳定性和绝对不变，尤其在经济困难和电力部门赤字的情况下更是如此。第二，如果监管的变化可以预见并且明显符合公众利益，那么监管的变化符合法律稳定性。在本案中，措施虽然是紧急采取的，但是在现有情况下，一个合理的、勤奋的、谨慎的经营者可以预见监管的变化；并且，可再生能源部门对公众利益十分重要，因此受到更加严格的行政干预，尤其是情况发生变化时，出于保护一般公共利益的需要可以调整监管。因此，西班牙宪法法院认为可再生能源激励措施的下调不违反法律确定性和正当期待原则。

从案例对比中可以发现，本国投资者跟外国投资者同样面临法律制度的修改，其预期却无法获得像外国投资者一样的公平公正待遇保护。[33]因为国家拥有制定、修改、解释和废止法律的权力。[34]不只是西班牙，意大利和捷克也因废除可再生能源激励措施同时引发了本国投资者的国内诉讼和外国投资者的国际投资仲裁案。[35]这也促使了阿根廷率先提出，本国投资者和外国投资者之间的不平等。阿根廷官员主张要对国际投资协定进行宪法审查。[36]

2022-12-25.

[30] GARCÍA-CASTRILLÓN, CARMEN OTERO, Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion, Investor-State Arbitration Series No.17, November 2016.

[31] GARCÍA-CASTRILLÓN, CARMEN OTERO, Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion, Investor-State Arbitration Series No.17, November 2016.

[32] Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, 17 December (BOE No 19, 6370 (22 January 2016), https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-631, 2022-12-25. GARCÍA-CASTRILLÓN, CARMEN OTERO, Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion, Investor-State Arbitration Series No.17, November 2016, p.8.

[33] From Solar Dream to Legal Nightmare: How Financial Investors, Law Firms and Arbitrators Are Profiting from the Investment Arbitration Boom in Spain, https://www.tni.org/en/publication/from-solar-dream-to-legal-nightmare, 2022-12-25.

[34] 郭道晖：《论国家立法权》，载《中外法学》1994 年第 4 期，第 9-19 页。

[35] KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE & MICHELE POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, Berlin: Springer, 2020, p.34.

[36] 单文华、张生：《从“南北矛盾”到“公私冲突”：卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2008 年第 4 期，第 1-15 页。

概言之，外国投资者依据公平公正待遇所能获得的保护比本国投资者依据法治原则所能获得的待遇更加优惠。优惠待遇主要表现在两个方面。第一，在可预见性上，外国投资者的公平公正待遇强调绝对的可预见性。第二，在稳定性上，外国投资者可以获得更加强有力的稳定性保护。

二、 外资公平公正待遇条款国内外的衍生冲突

国际投资协定规定了公平公正待遇的一般范围，并且国际投资仲裁案随着仲裁庭对公平公正待遇条款的扩大解释，公平公正待遇的范围越发宽泛，外国投资者可以适用的保护则越多，使得外国投资者的待遇与本国投资者相比越发优惠。外国投资者享有的公平公正待遇范围相对更大，而本国投资者所享有的类似公平公正待遇范围则相对局限。

（一）外国投资者公平公正待遇范围扩张

外国投资者公平公正待遇的范围相对广泛。不仅是从条款的总体来看，还是从具体的要素来看，其内涵都存在模糊性和广泛性。

首先，从条款总体来看，外国投资者所适用的国际投资协定公平公正待遇的范围相对广泛。目前国际投资协定有四种关于公平公正待遇的内涵，都存在表述简略或模糊的问题。第一，有的仅规定东道国有义务给予外国投资者公平公正待遇，而不对条款进行明确规定，表述相对简略；[37]第二，有的仅规定一般国际法的标准来给予公平公正待遇，没有说明何为国际法的标准，表述相对模糊；[38]第三，有的规定按照习惯国际法的最低待遇标准给予公平公正待遇，没有说明什么是最低待遇标准，对其解释存在较大的不确定性。[39]既可以包括禁止恶意侵害，[40]也可以包括正当程序等；[41]第四，有的尽管列举了公平公正待遇的要素，例如正当程序、[42]不得拒绝司法、正当期待、[43]决策中明显的专断和歧视等。[44]但是对于要素的

---

[37] 1984 年《中国-法国双边投资协定》第 3 条第 1 款。
[38] 1980 年《比利时卢森堡经济联盟-马来西亚双边投资协定》。
[39] CAFTA - DR - USA (2004), Article 10.5. Free Trade Commission Notes of Interpretation of 31 July 2001, Article 1105. RDC v. Guatemala, ICSID, Award, 29 June 2012, para.219. TECO v. Guatemala, ICSID, Award, 19 December 2013, para.448. Windstream Energy v. Canada (I), PCA, Award, 27 September 2016, para.356. 2012 年《中国-加拿大双边投资协定》第 4 条第 2 款。
[40] Saluka v. Czech Republic, PCA, Partial Award, 17 March 2006, para.303. Rumeli v. Kazakhstan, ICSID, Award, 29 July 2008, para.609. Siag v. Egypt, ICSID, Award, 1 June 2009, para.450.
[41] Zhongshan Fucheng v. Nigeria, Ad hoc Arbitration, Final Award, 26 March 2021, para.130. AES v. Hungary (II), ICSID, Award, 23 September 2010, para.9.3.40. Tecmed v. Mexico, ICSID, Award, 29 May 2003, para.166, para.174.
[42] Zhongshan Fucheng v. Nigeria, Ad hoc Arbitration, Final Award, 26 March 2021, para.130. AES v. Hungary (II), ICSID, Award, 23 September 2010, para.9.3.40. Tecmed v. Mexico, ICSID, Award, 29 May 2003, para.166, para.174.
[43] Alpha Projektholding v. Ukraine, ICSID, Award, 8 November 2010, para.420, para.422. Crystallex v. Venezuela, ICSID, Award, 4 April 2016, para.575. Mobil and others v. Venezuela, ICSID, Award of the Tribunal, 9 October 2014, para.256.
[44] 2012 年美国 BIT 范本第 5 条第 2 款。

列举如果是非穷尽式、非封闭式的，会使得公平公正待遇的含义依然不明。并且，含义的模糊使得仲裁庭存在扩张解释的可能性。[45]

其次，正当期待要素使得外国投资者保护标准得以大幅提高。正当期待被投资仲裁庭认为是公平公正待遇中的关键要素或者最重要的要素。[46]正当期待可以构成请求权的基础，可以据此主张政府给予补偿。正当期待的主要内容是要求东道国法律与商业环境的稳定。[47]正当期待主要有三个来源基础，即国际投资协定保护外国投资者对于合同权利、政府陈述、投资时监管框架的正当期待。第一，正当期待可以基于外国投资者和东道国之间的合同安排为基础的法律权利。在 EBO Invest and others v. Latvia 案中，仲裁庭认为，正当期待可以来源于投资者和东道国之间的合同，违反了合同可以构成对投资者正当期待的损害。[48]在 Glamis Gold v. USA 案中，仲裁庭认为，东道国和外国投资者之间的准合同关系使得外国投资者对东道国不通过对其有影响的立法抱有正当期望。[49]第二，正当期待可以基于东道国向外国投资者作出的正式和非正式陈述。比如，政府官员的行为、联邦官员的反复保证、公开的声明等都可以成为正当期待的基础。[50]有的仲裁庭认为，正当期待所依据的陈述不需要具体。[51]比如，在 Silver Ridge v. Italy 案中，仲裁庭认为，即使没有具体的承诺，公平公正待遇标准也能保护外国投资者不受他们进行投资的法律框架的根本性或激进的修改。[52]在 Micula v. Romania (II)案中，仲裁庭同意外国投资者的主张，认为不一定要有具体的陈述，合法的期望可以从一个国家的行为或举动中产生。[53]第三，正当期待可以基于投资时东道国现行的一般监管框架。[54]比如，在 Gami v. Mexico 案中，仲裁庭认为做出投资时已经存在的法律框架对产生正当期待而言具有决定性。[55]在 Myers v. Canada 案中，仲裁庭认为双方应遵守投资发生时的法律。[56]正当期待的来源基础相对广泛，可以来源于合同、正式或非正式的陈述、现行监管框架，这极大地扩大了对外国投资者的保护。

---

[45] VAN HARTEN, GUS, *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p.190.
[46] POTESTÀ, MICHELE, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2013(1), pp. 88-122. Gold Reserve v. Venezuela, ICSID, Award, 22 September 2014, para.576.
[47] 韩立余主编：《国际投资法》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 89-91 页。
[48] EBO Invest and others v. Latvia, ICSID, Award, 28 February 2020, para.423.
[49] Glamis Gold v. USA, Ad hoc Arbitration, Award, 8 June 2009, para.766, para.813.
[50] Legitimate Expectations, Jus Mundi, Wiki Notes, 7 November 2022, para. 8.
[51] Silver Ridge v. Italy, ICSID, Award, 26 February 2021, para.410. Micula v. Romania (II), ICSID, Award, 5 March 2020, para.362. Electrabel v. Hungary, ICSID, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability. Saluka v. Czech Republic, PCA, Partial Award, 17 March 2006, para.329.
[52] Silver Ridge v. Italy, ICSID, Award, 26 February 2021, para.410.
[53] Micula v. Romania (II), ICSID, Award, 5 March 2020, para.362.
[54] Mathias Kruck and others v. Spain, ICSID, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, para.189. Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC, Dissenting Opinion of Guido Santiago Tawil, 21 January 2016, para.5. National Grid v. Argentina, Ad hoc Arbitration, Award, 3 November 2008, para.84.
[55] GAMI v. Mexico, Award, 15 November, 2004, para.93.
[56] S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award.

因此，由于条款的表述模糊，公平公正待遇的范围相对广泛。国际投资仲裁庭得以在具体的案例中扩大解释公平公正待遇的含义，提高对外国投资者的保护标准。在实践中，公平公正待遇条款的模糊性还引发了国内法院的批评，引发了国内对国际投资协定的合宪性审查危机。在哥伦比亚对哥伦比亚-法国 BIT 的合宪性审查中，法院认为，公平公正待遇条款中的三个用语概念模糊——分别是“可适用的国际法”（applicable international law）、“除了其他事项”(inter alia)、“正当期待”（legitimate expectation）；法院由此主张公平公正待遇条款可能违反宪法平等原则。[57]

（二）本国投资者法治原则范围有限

与外国投资者相比，本国投资者难以获得类似于公平公正待遇的保护，所能享有的国内法治原则的范围则比较有限。

首先，有的国内法没有规定公平公正待遇。比如，荷兰的国内法就没有规定公平公正待遇。[58]荷兰宪法第一条仅规定了平等待遇和非歧视。[59]对于公平公正待遇没有国内法规定。

其次，有的国内法规定了类似公平公正待遇的法治原则，但是内涵不同。[60]法治原则（Rule of Law）存在于许多国家的国内法之中。[61]法治原则蕴含了法律应当具有确定性、可预期性的意涵。[62]国内法的法治原则是否等同于国际投资协定的公平公正待遇，这个问题基于不同国家的国内法规定也有所不同。[63]比如，德国基本法第 2（1）条规定了法治原则，包括了法律的确定性和对政府行为的合法期待。有德国学者认为，公平公正原则的要素都来源于德国国内法法治原则。[64]尽管各国的规定有所不同，但是可以确定的是公平公正待遇的某些要素和国内法法治原则存在重合之处。

---

[57] Judgment C-252/2019 of the Colombian Constitution Court on the BIT between France and Colombia. Rafael Tamayo-Alvarez, Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty, *American Journal of International Law* 2020(3), pp.471-478.

[58] TIETJE, CHRISTIAN & FREYA BAETENS, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, paras.149-152, https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf, 2022-12-25.

[59] Dutch Constitution, Article 1. 第一条规定：“在荷兰，所有人在平等情况下应得到平等待遇。不允许基于宗教、信仰、政治见解、种族或性别或任何其他理由的歧视。”

[60] 郇兴艳：《法的确定性与法治的实现》，载《延边大学学报（社会科学版）》2009 年第 6 期，第 160-164 页。FULLER, LON L., *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964, pp. 46-94.

[61] 刘笋：《论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2022 年第 1 期，第 155-176 页。

[62] 同上。

[63] VANDEVELDE, KENNETH J, A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, *New York University Journal of International Law and Politics* 2010(1), pp. 43-106.

[64] SCHILL, STEPHAN W, Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law, in Stephan W Schill, ed., *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp.79-80.

再次，正当期待的要素存在于一些国家的国内法当中，但是没有达到国际投资协定的保护程度。比如，Total S.A. v. Argentine 案和 Gold Reserve v. Venezuela 案的仲裁庭都曾经指出，正当期待的概念存在于普通法系和大陆法系的法律制度之中。[65]国内法通常称其为信赖保护原则、合法期望原则或者正当信赖原则，[66]但是国内对正当期待的保护没有达到国际投资协定所规定的公平公正待遇中正当期待的程度。比如，英国法规定了，政府在对私人事务进行决策时应考虑正当期待。[67]如果违反了人民对国家的正当合理期待，可在英国法院进行违宪审查。[68]法国法院也规定了，新法不应溯及既往、新法不得影响既得权。[69]信赖保护可以适用于行政行为，也可以适用于立法行为。[70]信赖保护原则要求以不溯及既往为原则，以溯及既往为例外。[71]有的仅保护实体上的期待（substantive legitimate expectation），不保护程序信赖。[72]在决定征收是否违反美国宪法第五修正案时，需考虑“基于投资的期待”（investment-backed expectation）。[73]国际投资协定和国内法都提到了期待或预期，但是具体的程度和内容却存在不同之处。

然后，从国内法的规定来看，国内如果有关于期待的规定，则其含义更加明确；国内法院对于期待的裁决也和文本相对符合，形成了一以贯之的判例，鲜少出现裁判者过分扩大解释的情况。比如，哥伦比亚规定了正当期待的具体要素。哥伦比亚宪法第 83 条规定了合法确信原则（principle of legitimate confidence）和善意原则（principle of good faith），其中含有对正当期待的保护。[74]第 83 条原文为：“个人和公共机构的活动必须是善意的，这将被推定为前者对后者所采取的所有措施。”[75]哥伦比亚宪法法院 2012 年 C-169 号裁决指出，正当信任原则和善意原则是指公共当局有义务保持与以前的行为或行动一致的行为，除非涉及

---

65 Total S.A. v Argentine Republic, Decision on Liability (27 December 2010), paras. 111, 128-130, ICSID, Case No ARB/04/1. Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Award (22 September 2014), paras. 575-576, ICSID, Case No ARB/09/1.

66 刘笋：《论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2022 年第 1 期，第 155-176 页。

67 SALES, PHILIP & KAREN STEYN, Legitimate Expectations in English Public Law: An Analysis, *Public Law*, August 2004, pp.564-693

68 PANDYA, ABHIJIT PG, Legitimate Expectations in English Law: Too Deferential an Approach?, *Judicial Review* 2009(2), pp.170-176.

69 李继刚：《信赖保护原则的立法运用研究》，山东大学 2020 年博士学位论文，第 19 页。

70 同上，第 2 页。

71 HILSON, CHRIS, Policies, the Non-Fetter Principle and the Principle of Substantive Legitimate Expectations: Between a Rock and a Hard Place?, *Judicial Review* 2006 (4), pp. 289-293.

72 刘笋：《论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2022 年第 1 期，第 155-176 页。

73 Tecmed Award, Unofficial English Translations, 29 May 2003, paras. 153-154.

74 MUÑOZ, PRIETO & JOSE GUSTAVO, Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-07, p.18.

75 Colombia’s Constitution of 1991 with Amendments through 2005, Article 83 (“The activities of individuals and of public authorities will have to be performed in good faith, which will be presumed in all the measures that the former promote vis-à-vis the latter.”), https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf, 2022-12-25.

紧迫的公共利益。[76]哥伦比亚宪法法院 2009 年 C-031 号裁决、2010 年 C-608 号裁决、2012 年 C-169 号裁决指出，对正当期望的保护包括保护投资者及其权利不受公共当局的突然和意外变化的影响，因此，在这些情况下，国家有义务为受影响的一方提供合理的时间和手段，以适应新的情况。[77]哥伦比亚宪法对投资者正当期待的保护含有四个要素：第一，正当期待应基于公共当局持续的、重复的行为或法令产生的，符合善意原则；第二，规定了但书条款，即涉及紧迫的公众利益；第三，正当期待因为公共当局突然的、意外的改变而受损。第四，救济的手段是，为受影响的一方提供合理的时间和手段，以适应新的情况。因此，国内法对于期待的规定含义清晰，有效保证了司法裁判与立法文本相一致。

因此，本国投资者所适用的法治原则范围有限，本国投资者所获得的保护也存在一定的界限。法治原则的规定中存在较多的限制。

（三）案例对比

以 Metalclad v. Mexico 案为例，外国投资者可以依据政府口头承诺主张公平公平公正待遇，然而本国投资者却难以获得同样的保护。因为保护范围不同，受国际投资协定保护的正当期待不一定能在国内法中找到依据。

在该案中，由于 NAFTA 原本对于公平公正待遇条款没有做出具体的规定，导致 Metalclad v. Mexico 案的仲裁庭对所适用的 NAFTA 公平公正待遇条款采取了扩张解释。[78]仲裁庭认为，对于投资者的可预见性，所有与启动、完成、成功运营投资和潜在投资有关的法律要求，都应该能为所有受影响的投资者了解；不能有一点怀疑或者不确定；如果政府知道有任何的误解或者混淆，政府有责任确保迅速确定并明确地说明正确的立场，以便投资者能确信他们按照所有相关的法律行事。[79]Metalcald 公司在购买墨西哥公司之后，为了获得政府的危险废物处理设施开发许可，与墨西哥联邦政府官员会面，讨论了许可证的问题。在仲裁庭审中，Metalclad 公司主张，在会面时，公司曾获得政府官员的口头承诺，无需危险废物处理设施许可，该设施也可以运行。[80]墨西哥政府则主张，没有书面的承诺可以证明该事实，并且有若干证人证明当时没有口头承诺。[81]仲裁庭支持了 Metalclad 公司的主张。仲裁庭认

---

[76] Judgment C-169 of 2012, Colombian Constitutional Court.
[77] Judgment C-031 of 2009, C-169 of 2012, C-608 of 2010.
[78] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.
[79] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 76.
[80] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, paras. 33-34.
[81] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Respondent's post-hearing submission, 9 Nov 1999, paras. 73-79.

为，Metalclad 公司获得了政府的口头承诺，拥有了获得特别许可证的正当期待。[82]仲裁庭要求法律不能有任何的怀疑和不确定性，而且了解法律的责任由政府承担而不是外国投资者。这扩大了外国投资者正当期待的范围。

相对比而言，该政府行为难以构成对国内本国投资者正当期待的违反。主要原因有二：第一，政府的口头承诺不能构成国内法所要求的公共当局持续的、重复的行为或法令；第二，政府终止发放危险废物处理设施开发许可是为了保护稀少的仙人掌生态地域，符合国内法要求的紧迫的公众利益。[83]因此，同样的政府行为可以构成国际投资协定中正当期待的来源，却难以构成国内法中期待的来源。由于 Metalclad v. Mexico 案的裁决对于公平公正待遇做出了过宽的解释，促使 NAFTA 缔约国发布联合解释，希望澄清公平公正待遇条款不要求给予习惯国际法最低待遇以外的待遇。[84]但是依然有投资仲裁庭采取了扩张解释的方法，并没有完全遵照缔约方对于条款的理解和解释。[85]这使得国际投资协定的公平公正条款和正当期待的含义始终存在被扩大解释的可能。

在哥伦比亚对法国-哥伦比亚 BIT 的宪法审查中，法院认定公平公正待遇使得外国投资者享有比哥伦比亚本国投资者更加优惠的待遇。法国-哥伦比亚 BIT 第 4 条公平公正待遇规定了“合理期待”。[86]法院认为，公平公正待遇的“合理期待”在文本上与哥伦比亚宪法第 83 条关于善意的规定相同。[87]但是，由于 Thunderbird 案、Saluka 案、Tecmed 案的仲裁裁决[88]对“合理期待”的解释复杂多样，可能超过文本上哥伦比亚宪法第 83 条所规定的范围。

所以，国际投资协定公平公正待遇条款的含义具有模糊性，仲裁庭很可能不合理地扩大对外国投资者正当期待的保护；而国内对于待遇的保护则更为清晰，本国投资者对于法律的可预见性和稳定性在符合规定要素的情况下可以获得宪法的保护。

三、 外资公平公正待遇条款国际国内的协调

---

[82] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, paras. 87-89.
[83] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, paras. 87-89.
[84] Free Trade Commission Notes of Interpretation of 31 July 2001, Article 1105.
[85] MEHRANVAR, LADAN & LISE JOHNSON, Missing Masters: Causes, Consequences and Corrections for States' Disengagement from the Investment Treaty System, *Journal of International Dispute Settlement* 2022(2), pp.264–308.
[86] 法国-哥伦比亚 BIT 第四条规定：“每一缔约方应根据适用于另一缔约方投资者及其投资的国际法，在其境内给予公平和公正的待遇.....这种待遇符合可预测性和考虑投资者的合理期待的原则。”
[87] 哥伦比亚宪法第 83 条规定：“哥伦比亚的任何公共机构都有义务按照善意行事，确保公职人员采取的行动与哥伦比亚宪法法院在 2012 年案件中所定义的先前行为或行动保持一致。” Judgment C-169/12.
[88] International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States (UNCITRAL), Award (26 January 2006). Saluka Investments BV v. Czech Republic (UNCITRAL), Partial Award (17 March 2006). Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award (29 May 2003).

（一）纳入专门的限缩条款

积极纳入限缩外国投资者优惠待遇的专门条款。限缩外国投资者的谈判政策应当反映在具体明确的规则中，制定专门条款将有利于投资保护规则的明确性和可预期性。专门条款的制定可以与实体条款和程序条款的限缩形成协调一致的体系，充分发挥限缩外国投资者优惠待遇的积极作用。厘定限缩外国投资者优惠待遇的条款内容需要从以下方面着手。

第一，明确限缩外国投资者优惠待遇专门条款的解释效力。在规定限缩外国投资者优惠待遇时，应当明确依据的是 VCLT 第 31 条具体条款，从而确保条款具有解释效力。也可以明确规定，在解释国际投资协定的何些具体条款应依据限缩外国投资者优惠待遇条款，避免出现无法适用的情况。

第二，明确限缩外国投资者优惠待遇专门条款的双向性。对外国投资者优惠待遇进行单向限缩不符合公平正义的价值取向。公平正义是国际法的价值取向，更是国际投资条约的价值取向。 中国应当坚持对外国投资者的优惠待遇进行双向限缩。

（二）限缩公平公正待遇条款

限缩公平公正待遇可以通过将本国的有关正当期待的规则嵌入国际投资协定条款当中，例如哥伦比亚，也可以直接修改公平公正待遇条款的内容，例如美国在 2004 年 BIT 范本中制定了详细的公平公正待遇标准。[89]

与上述哥伦比亚限缩征收规则的起因和做法相同，2020 年法国-哥伦比亚 BIT 的联合解释声明发布，[90]将公平公正待遇条款中的“正当期待”与前述征收条款中的“正当期待”做相同的解释，限定为一个缔约方是否专门针对外国投资者，为诱使其进行投资，而创造合理的期待，促使外国投资者决定进行或保持投资，但这些期待最终被该缔约方打破了。[91]2020 年以色列-哥伦比亚 FTA 联合解释声明发布。[92]该联合解释声明明确指出，哥伦比亚保留保证本国投资者获得与外国投资者同等优惠待遇（as favourable as）的权利；外国投资者的“正当期待”是否受公平公正待遇条款保护，必须考虑到以书面形式作出的具体承诺，以及所涉政府措施的性质和程度来确定。[93]因此，可基于各国国内法的投资保护标准，限定公平公正

---

[89] 陈辉萍、黄玉梅：《国际投资协定中公平与公正待遇标准的新发展》，载《国际经济法学刊》2006 年第 3 期，第 1-29 页。

[90] Declaración interpretativa conjunta entre la República de Colombia y la República Francesa sobre el acuerdo sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones entre Colombia y Francia, suscrito el 10 de julio de 2014 (5 August 2020).

[91] *Id.*, para.4.

[92] Interpretative Declaration to the Free Trade Agreement between the State of Israel and the Republic of Colombia.

[93] BOHMER, LISA, Colombia Round-Up: A New Notice of Dispute, Imminent Public Hearings, and an Update on Other Arbitration-Related Developments Regarding the State (Sep 25, 2020), https://www-iareporter-com.ezproxy.library.yorku.ca/articles/colombia-round-up-a-new-notice-of-dispute-immine

待遇条款与国内法治原则的内涵趋向一致。

结论

公平公正待遇的规范本身及仲裁庭的扩大解释反映出国际投资协定与国内法规范之间的冲突与张力。在国际投资协定改革的过程中，不能不关注当下国际投资协定在法律上和事实上的待遇范围。随着各国的国内法保护水平变化和国际投资协定的具体待遇标准变动，国内国际的冲突也在随时变化。限缩国际投资协定的条款是可以选取的路径之一，当然也不能忽视国内路径和涉外路径在其中有可能扮演更加积极的角色。

nt-public-hearings-and-an-update-on-other-arbitration-related-developments-regarding-the-state/Colombia and Israel issue joint interpretative statement regarding their free trade agreement, 2022-12-25.

FET 标准中投资者合理期待原则研究[①]

陈　潇*

摘要：随着经济全球化和世界经济一体化的趋势不断增强，国际投资迅猛发展，投资者与东道国之间的纠纷也越来越多。在近年的仲裁实践中，投资者合理期待原则作为判断东道国是否违反 FET 标准的重要因素被一再提及。目前，无论在双边还是多边投资协定中，对投资者合理期待原则的涉及往往仅限于间接征收条款，FET 条款中很少提及该原则，即在立法上，对 FET 标准中投资者合理期待原则的规定存在缺失。实践中，由于仲裁庭对投资者合理期待原则相关问题的认定“无法可依”，导致不同仲裁庭对于同一问题存在不同的认识，有些认定甚至是冲突的。立法层面和实践层面存在的问题，也造成司法权威被诟病，对法治带来了挑战。在这种背景下，亟需对投资者合理期待原则从规则层面进行完善。通过研究与分析投资者合理期待原则的理论问题和实践问题，有针对性地提出了对该原则的完善建议，这对于促进该原则的规范运用十分必要。通过对 FET 标准中投资者合理期待原则的缘起、内涵与构成要素进行阐述，进而对 FET 标准中投资者合理期待原则的仲裁实践透视，结合仲裁实践中的典型案例，对该原则的有效性、产生时间、适用条件等进行分析。最后提出对 FET 标准中投资者合理期待原则的完善建议及对我国的启示。

关键词：国际投资法；FET 标准；投资者合理期待原则

引 言

联合国贸易和发展会议发布的《2019 年世界投资报告》显示，2018 年，美国以流入量 2520 亿美元成为最大的外资流入经济体；中国以流入量 1390 亿美元位居第二位；排名第三和第四的中国香港及新加坡流入量分别为 1160 亿美元、780 亿美元。对外投资方面，日本对外投资额 1430 亿美元，全球居首；位列第二和第三的是中国和法国，对外投资额分别为 1300 亿美元、1020 亿美元；中国香港排名第四，对外投资额 850 亿美元。这说明各国经贸往来日益密切，在这种趋势下，外国投资者和东道国的纠纷也在不断增多。在外国投资者与东道国的纠纷中，“投资者的合理期待”被反复提及，并且结合 Metalclad 诉墨西哥案、Tecmed 诉墨西哥案、Thunderbird 诉墨西哥案等案例可知，投资者的上诉理由基本都会涉及“合理期待”这一原则，实践中，仲裁庭已

[①]陈潇，女，1992 年 3 月，聊城大学法学院助教，联系方式：19863699233（通讯地址：山东省聊城市东昌府区湖南路 1 号，电子邮箱：2274234364@qq.com）

将投资者合理期待原则作为东道国是否违反 FET 标准的重要判断因素。

投资者合理期待原则虽然被频繁运用，但是无论国内还是国外，对 FET 标准中投资者合理期待原则并未形成确定的认知。为了促进投资者合理期待原则的完善，以及持续打造国际化的营商环境，更好地推动“一带一路”建设，有必要对该原则进行更加深入和全面的研究。

一、FET 标准中投资者合理期待原则的缘起

合理期待原则的起源要从国内法与国际法两方面去探究。有的学者从欧盟成员国以及美国法体系中去研究，有的学者从英国行政法及美国宪法两方面去阐述。通常认为，合理期待这一概念最早由丹宁勋爵提出。近年来，随着合理期待原则的发展，其逐渐扩展到国际投资仲裁领域，并被广泛使用。在国际投资法领域，多将该原则称为投资者的期待原则、投资者的合理期待原则、投资者合理期待原则[①]等。投资者合理期待原则在国际投资仲裁实践中最初只是作为与透明度相关的考虑因素，之后逐渐发展成为 FET 标准的要素之一。

2000 年的 Metalclad 公司诉墨西哥案[②]可能是最早提出投资者合理期待原则的案件，也是最早在 FET 标准中涉及该原则的案件。在该案中，Metalclad 的全资子公司 ECONSA 于 1993 年收购墨西哥公司 COTERIN（分别于 1990 年获得墨西哥联邦政府对危险废物转运站的授权和 1993 年获得墨西哥国家生态研究所颁发的危险废物填埋场的许可证）。Metalclad 与 COTERIN 签订了一项协议，购买该公司及其许可证，以便建造危险废物填埋场。相继获得 SLP（垃圾填埋场所在地市政府）颁发的国家土地使用许可证和国际矿业局颁发的联邦垃圾填埋场作业许可证。但是在填埋场建造的过程中，市政府以其未取得市政府的建设许可证为由要求其停止施工。此后，在获得联邦政府的指示后，Metalclad 在联邦、州和市政府完全知情的情况下公开持续地建造。但是 SLP 在 1997 年颁布了一项生态法令，有效和永久地阻止了 Metalclad 对其投资的使用。同年，Metalclad 公司向 ICSID 申请仲裁，认为这种干预违反了《北美自由贸易协定》（NAFTA）第 11 章的投资条款，特别是违反了 NAFTA 第 1105 条公平公正待遇及第 1110 条征收条款，被申请人墨西哥否认了这些指控。

对于东道国是否违反公平公正待遇，仲裁庭认为，Metalclad 在获得联邦政府的指示以及联邦官员的建议后，谨慎行事，并完全预期许可证将会颁发。墨西哥政府并未能为 Metalclad 的商

[①] 笔者认为将该原则称为投资者合理期待原则更为合适，对于投资者的期待需要合理已经达成共识，将其称为投资者的期待原则并不能很好地体现出这一点。另外，用投资者合理期待原则比投资者的合理期待原则更简便一些。
[②] Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1).

业规划和投资提供一个透明以及可预测的框架，Metalclad 的投资没有按照国际法得到公平公正的对待，墨西哥政府违反了 NAFTA 第 1105（1）条，违反了投资者的合理期待。因此，Metalclad 就其根据第 1105 条提出的要求获得了胜诉。另外，仲裁庭认为墨西哥政府间接剥夺了 Metalclad 的投资，而没有为此提供补偿的行为违反了 NAFTA 第 1110 条。该案中，在 NAFTA 对投资者合理期待原则并未有明确规定的情况下，仲裁庭对 FET 标准作出了“扩大解释”，认为 FET 标准中包含投资者合理期待这一要素，即在“法无明文”的情况下，仲裁员对投资者的诉求予以支持。虽然该案件仲裁庭仅仅认为东道国违反投资者合理期待，并未对其进行展开，也没有说明何为投资者合理期待原则，但是自该案以后，投资者合理期待原则逐渐进入人们的视野。该案为仲裁庭对其后案件中关于投资者合理期待原则的认定奠定了良好基础。

2003 年的 Tecmed 公司诉墨西哥案[①]第一次将投资者合理期待原则置于 FET 标准中。1996 年 2 月，西班牙 Tecmed 公司在 Promotora（分权市政府机构）的拍卖中取得 Cytrar 的不动产、建筑物和设施以及其他资产，其中包括填埋场。该填埋场先是在 1988 年取得了墨西哥联邦政府城市发展和生态部（SEDUE）有效期为五年的可续期许可证，之后又在 1994 年取得墨西哥国家生态研究所（INE）的无限期经营授权。1995 年 7 月，该填埋场所在州索诺拉州对填埋场的分权机构进行清算和解散，同年填埋场的资产成为索诺拉州政府的财产。1996 年 4 月的一封信中，Tecmed 向 INE 申请填埋场的运营许可证以 Cytrar 的名义颁发。1996 年 9 月，INE 将实体名称从 Promotora 更改为 Cytrar，并且授权许可可以在到期前 30 天根据申请人的要求每年延长。基于此，Cytrar 又将许可证延长了一年，直到 1998 年 11 月 19 日。在 1998 年 11 月 25 日，INE 根据决议拒绝了 Cytrar 公司经营垃圾填埋场的授权，并下令其关闭垃圾填埋场。Tecmed 公司因此向 ICSID 申请仲裁。Tecmed 认为，1998 年 11 月 25 日 INE 决议中所载的拒绝更新垃圾填埋场经营许可证的行为，构成了对其投资的征用以及对协议的违反，同时违反了墨西哥法律，这种拒绝将使其对所作投资的连续性和持续时间的合理预期落空，并将损害投资额的收回和预期回报率。另外，Tecmed 认为，INE 的决议是武断的，因为其中所援引的拒绝延长 1997 年 11 月 19 日授予的许可证的理由与不延长许可证的决定不相称，拒绝延长填埋场的经营许可是一种任意行为，违反了协定、国际法和墨西哥法律。被申请人墨西哥政府辩称，INE 拥有授予和拒绝许可所需的自由裁量权，其有权根据对完全与 INE 有关的不同要素和情况的评估，决定是否续签过期许可证，除特殊情况外，这些问题完全受国内法而非国际法管辖。该决议既不是武断的，也不是歧视性的，并不认为拒绝

[①] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2).

向 Cytrar 提供新的垃圾填埋场运营许可证属于征用性质，或者存在违反《协定》的行为。仲裁庭认为墨西哥政府违反了西班牙与墨西哥之间的 BIT，外国投资者在投资时持有的合理期待，缔约国应向其提供不影响该种期待的待遇。墨西哥政府拒绝延长 Tecmed 公司的许可证并责令其关闭的行为是侵害投资者的合理期待的，应当向 Tecmed 公司承担违反 FET 标准的赔偿责任。

该案是由于东道国墨西哥政府对 Tecmed 公司许可的授权改变比较频繁并且最终拒绝投资者延长许可而导致的投资者与东道国的争端，该案中，仲裁庭肯定了投资者的诉求，认为东道国违反投资者合理期待原则。该案是 ICSID 仲裁庭首次明确投资者合理期待原则是 FET 标准的要素之一。随着国际投资案件的逐渐增多，这种认定，在仲裁实践中逐渐成为各仲裁庭的共识。另外，值得一提的是，该案仲裁庭对投资者合理期待原则的解释也是迄今为止被引用最频繁的解释之一。

投资者合理期待原则自 2000 年 Metalclad 公司诉墨西哥案进入人们的视野，在 2003 年 Tecmed 公司诉墨西哥案被明确为 FET 标准的构成要素。这两个案件中，虽然投资者母国与东道国签订的 BIT 以及 NAFTA 在 FET 条款下对该原则没有规定，但是仲裁庭都对该原则作出了认定。之后，该原则也在越来越多的案件中被投资者提出，例如 Azurix 诉阿根廷案（2006 年）、PSEG 诉土耳其案（2007 年）以及 Biwater 诉坦桑尼亚案（2008 年）等等诸多案件，仲裁员都对投资者的该项诉求予以支持。通过分析上述两个案例可以知道，FET 标准中投资者合理期待原则并非来源于任何的条约或者协定，而是来源于仲裁庭对 FET 标准的扩张解释，来源于仲裁员的“立法”。

二、FET 标准中投资者合理期待的内涵

对 FET 标准中投资者合理期待原则的内涵问题进行界定，首先需要对投资者合理期待的产生基础进行一定程度的了解和分析。对于其产生基础，存在广义说、狭义说等观点。

狭义说认为仅投资时[①]东道国作出的特别保证是投资者合理期待的产生基础，广义说认为除前述狭义说所提东道国特别保证之外，投资者的合理期待还可产生于东道国的一般保证，投资时依照东道国法律可以享受的待遇以及东道国存在的法律体制[错误！未找到引用源。]。有学者认为投资者与东道国之间的合同可以促进投资者合理期待的产生，东道国政府作出的承诺（包括特别承诺和一般承诺）以及现存法律体系、规章制度也可以作为投资者合理期待的产生基础。笔者认为，投资者合理期待的产生不能仅仅局限于东道国的特别保证，否则就会导致对投资者合理期待的认定过于

[①] 对投资者合理期待的产生时间是否为“投资时”以及对“投资时”这个时间节点的理解下文会做出详细分析。

严格，不利于保护投资者的利益，也不利于投资者投资的积极性。东道国的一般保证、合同、投资者投资时东道国现存的法律制度（包括立法和条约、法令担保、许可执照和与契约性保证相似的执行声明[1]）、发布的法令、东道国的承诺以及明确表示等等都是可以考虑的因素，并且还需要结合当时的社会环境、政治因素等作出判断。

对于 FET 标准的内涵，国际上尚未达成一致。虽然 FET 标准在不同的国际条约中多有涉及，尤其是双边投资条约（BIT），绝大部分都规定了 FET 标准，但是很多规定仍然比较抽象、模糊。有学者提出，对 FET 标准的理解有大概有三种，第一种观点将 FET 标准和最低待遇标准联系起来，认为两者一致；第二种观点将 FET 标准认定为国际法上独立的一种标准存在；第三种观点认为 FET 标准的内容包括了国际法对外国人和他的财产的所有待遇[2]。笔者赞同第二种观点。同时，还有学者提出，随着国家实践的不断丰富，FET 标准的内容也会发生变化[3]。我国签订的投资协定对 FET 标准的规定不一，如 RCEP 将 FET 标准与最低待遇标准相联系，中国-加蓬 BIT 则规定公平公正待遇与最低待遇标准从优适用。

在国内法领域，对于合理期待原则的内涵仍存在争议。前述已经分析了合理期待的内涵，笔者比较赞同王锡锌老师的观点。在国际投资法领域，虽然投资者的合理期待通常在“公平公正待遇”概念下被援引，但由于该原则来源于仲裁实践中仲裁庭的“解读”，所以即使在涉及该原则的案件越来越多的情况下，也并非所有国家都承认该种认定[4]，何况，不同的仲裁庭对于不同案件涉及到投资者合理期待原则的解读并不一致。目前，对于 FET 标准中投资者合理期待原则的内涵存在着诸多争议，并未形成统一精确的解说。鉴于此，试图发展该一般国际法原则的一个重要问题就是对其内涵进行讨论和确定。对于投资者合理期待原则的内涵，无论在理论上还是实践中都未达成统一。目前，理论界对于该原则内涵的讨论，也多是在分析比较典型的仲裁案例之后进行总结或者直接参考借鉴某个案件中仲裁庭对该原则的释义。那么，投资者合理期待原则的内涵究竟应该怎么界定才合适呢？笔者将通过对该原则比较典型的释义的探讨，对其内涵做进一步分析。

前述 Tecmed 诉墨西哥案仲裁庭在裁决书第 154 条对投资者合理期待原则的内涵做出了陈述，Tecmed 仲裁庭对该原则的陈述，在其他案件中常常被其他仲裁庭引用。Tecmed 仲裁庭认为：根据国际法确立的诚信原则，《协定》（指墨西哥与西班牙签订的 BIT）的这一规定要求缔约各方向外国投资者提供不影响其在进行投资时所考虑的基本期望的待遇[①]。并且仲裁庭进一步详细说

[①] TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. v. THE UNITED MEXICAN STATES CASE No. ARB （AF）

明，为了能够了解东道国的规则、法律制度以及政策等，或者外国投资者希望东道国在与其的关系中采取一致、不含糊和完全透明的行动，以便其能够计划投资并遵守这些规定。对投资者做出的决定或许可，东道国不能任意改变。如果东道国不遵守有关外国投资者或其投资的行为方式，会影响投资者衡量东道国所给予的待遇和保护以及确定东道国的行为是否符合要求的能力。即东道国不仅需要遵守透明度原则，还需要给投资者提供一个不任意改变的、稳定的环境，这样才满足投资者投资时对于东道国的合理期待。

在 Thunderbird 诉墨西哥案中，Thunderbird 称其为了确定其在墨西哥的预期业务的合法性和适当性征求了墨西哥政府的正式意见，并且墨西哥当局（SEGOB）的回信使其产生了合理期待。Thomas Walde 教授在 2005 年 12 月对该案的一份单独意见中指出了投资者合理期待原则概念的规范范围和轮廓，通过比较和分析，认为东道国的法律和商业框架需要符合稳定性和可预测性的要求①。在该案裁决书中，仲裁庭对投资者合理期待原则的内涵进行了说明：在 NAFTA 框架内，缔约方的行为使投资者（或投资）产生了合理和正当的期待，投资者依赖这一期待投资之后，缔约方未能履行这一期待而导致投资者（或投资）遭受损害[5]。

LG&E 诉阿根廷案②中，仲裁庭引用了 Tecmed 案对投资者合理期待原则内涵的解释，并提出国家有义务为投资者提供一个稳定的法律和商业环境。同时，仲裁庭还对投资者合理期待原则做了更进一步的概括：投资者的合理期待不可能由投资者或者东道国单方面产生，而是要以投资时东道国提供的条件为基础，同时该期待必须实际存在并且依法可以强制执行；在东道国侵权的情况下，除在危急情况下造成的损害外，东道国都需对投资者进行损害的赔偿。Bayindir 诉巴基斯坦案中，仲裁庭提出东道国不能使投资者对影响投资的法律框架的合理期望落空。EDF 诉罗马尼亚案中，仲裁庭一致认为合理的期待意味着东道国法律和商业框架的稳定。

关于投资者合理期待原则的内涵正在不断地发展中。有学者从三个层面对投资者合理期待的内涵进行解读，提出在最具体的形式中，投资者合理期待指外国投资者对东道国国家行为产生依赖，对于一些仲裁庭提到的某些最低标准的合理期待是指对东道国稳定和可预测性的法律、监管体制的期待，在一般层面上来看，合理期待可用于指投资后的东道国未来行为的公平公正的期待[6]。有学者则对 Tecmed 仲裁庭的释义提出批评：“它更像对一个完美世界中的完美公共监管的描述，所有国家都应该渴望这种监管，但很少能够实现[7]”。许多仲裁庭对此也不认可，但是仍有

/00/2 AWARD of 29 May 2003:61-62。MTD 案仲裁庭完整地引用了该案仲裁庭对投资者合理期待原则的解读。

① Thomas Walde 教授在此引用了 OEPC 诉厄瓜多尔案中政府对投资者询问的答复。

一部分学者对此种界定表示赞同。由于对投资者合理期待原则没有“立法”规定，所以理论上也并未有共识。通过对该原则产生基础分析可知，合理期待往往产生于东道国的承诺、保证、现存法律制度等，在此种前提下，通过总结分析，笔者认为，对于该原则的内涵虽存在不同表述和不同观点，但是仲裁庭几乎都认为该原则应该包含一个应有之义，即投资者的合理期待是指投资者对于东道国环境（包括法律环境和商业环境）稳定性的期待。

三、FET 标准中投资者合理期待原则的构成要素

对于 FET 标准中投资者合理期待原则的构成要素存在不同的观点。第一种比较典型的观点认为投资者合理期待原则的构成要素有三个，包括投资者合理期待产生的基础，投资者期待的合理性[①]以及投资者利益受损[8]。第二种比较典型的观点认为除上述观点所提到的三个要素，还应该包括期待产生的时间以及投资者基于该种期待进行了投资。第三种比较典型的观点认为投资者合理期待原则的构成要素包括四个：第一，投资者的合理期待来自于东道国的允诺，即东道国的允诺给投资者带来了期待；第二，投资者基于对东道国该种允诺的信赖进行了投资；第三，由于东道国政策性或法律制度性的改变具有不可预见性，东道国由其之前行为产生的合理期待，不能兑现；第四，由于东道国的行为，投资者遭受损失。

（一）投资者的合理期待来自于东道国的允诺

无论东道国的一般保证还是特别保证，亦或是投资者为吸引投资而颁布的法律都可以认定为东道国的允诺。Thomas Walde 教授在对 Thunderbird 案的单独声明中提到，投资者的期待是由政府引起并归因于政府，也就是说东道国的允诺是投资者合理期待产生的原因，也是投资者决定投资的前提。有了这个前提，投资者才会在接下来作出是否投资的决定。AES Summit 案中，东道国匈牙利认为，为了证明合理期待存在，有两个要素是必要的，第一是政府陈述和保证的存在，第二是投资者依赖这种保证进行了投资，仲裁庭对此表示认同，最终认为东道国未做出任何陈述或保证，投资者的期待不存在。White Idustries 案中，仲裁庭认为东道国官员对 White Idustries 作出的关于投资环境和法律体系的陈述具有模糊性，不认为该陈述可以使投资者产生合理期待。由此可知，东道国的允诺是投资者合理期待原则必不可少的因素。

（二）投资者基于对东道国该种允诺的信赖进行了投资

投资者基于对东道国允诺的信赖或依赖进行投资，两者之间存在因果关系。仲裁实践中，很多仲裁庭会强调“投资者基于期待进行了投资”或者“此项期待是投资者进行投资时的考量因素”，如果投资者没有产生期待或者其产生的期待不会影响投资决定的做出，那么认定投资者的期待利益[①]就会变得困难，也不利于保护投资者的期待利益。如果投资者信赖东道国的允诺，会依据该允诺从事投资行为，例如 Tecmed 案，仲裁庭认为投资者就是基于对东道国默示承诺的信赖而做出投资决定，Duke Energy 案仲裁庭认为投资者的合理期待来源于东道国提供的条件并且投资者在决定投资时必须依赖这些条件。

（三）法律或政策改变的不可预见性致使东道国不能兑现投资者的合理期待

通过对投资者合理期待原则内涵的探讨可以知道，该原则强调东道国法律或者商业环境的稳定性，投资者进行投资以后，不考虑其他因素的情况下，如果东道国不能兑现此前对投资者的承诺，那么便构成对投资者合理期待的违反或者侵害。

（四）投资者遭受损失

投资者基于对东道国允诺的信赖进行投资之后，东道国无法实现其承诺，此时如果投资者想要获得赔偿，必须证明损失的存在，如果投资者不能证明，那么仲裁庭可能会认为投资者的期待并未遭受侵害。

在“一带一路”推进下，各国往来更加密切，国际投资纠纷势必会逐渐增加，涉及到“投资者合理期待原则”的案件也会逐渐增多。投资者合理期待原则已经成为一个热点问题，目前，关于该原则的产生基础、内涵以及构成要素等问题仍存在诸多争议，不能达成一致。本章主要阐述了投资者合理期待原则的一般理论问题，先对 FET 标准中投资者合理期待原则缘起进行说明，之后分析了投资者合理期待原则的内涵，最后分析投资者合理期待原则的构成要素，主要对“四要素”理论作出了具体分析，以期在此基础上对该原则的实践问题做进一步探索。

四、FET 标准中投资者合理期待原则的仲裁实践透视

一是 FET 标准中投资者合理期待原则的有效性。对 FET 标准中投资者合理期待原则有效性的认定需要从两方面展开，第一是投资者期待的合理性，第二是投资者期待的合法性。结合仲裁实

[①] 投资者因为信赖东道国的允诺而获得的利益。

践，很少存在由于期待不合法而导致投资者诉求不被支持的情况，因此，将重点从期待的合理性问题上展开对该原则有效性的分析。在 Duke Energy 诉厄瓜多尔案[①]中，仲裁庭认为由于厄瓜多尔对担保协议的违反而造成对 FET 标准的违反，对于购电协议和仲裁调解协议，厄瓜多尔并未违反，因为厄瓜多尔是根据合同约定的违约金条款收取罚金，即使其对罚金的收取存在不当，也仅构成对合同的违反。而仲裁调解协议是双方投资后签订，此时投资者已不存在合理期待。其中，对于 FET 标准中投资者期待的合理性，仲裁庭认为，法律和商业环境的稳定与投资者的合理期待直接相关，对合理性或合法性的评估必须考虑到所有情况，不仅包括有关投资的事实，而且还包括东道国的政治、社会经济、文化和历史条件。此外，这种期待必须来自国家向投资者提供的条件，投资者在决定投资时必须依赖这些条件。在 Toto 诉黎巴嫩案[②]中，仲裁庭参考了 Parkerings 诉立陶宛案中仲裁员的认定：根据转型期国家的情况，不能证明投资者对投资环境的稳定有合理期待。因为转型期国家可能存在法律和政治上的不稳定，所以投资者被认为承担了商业风险进行投资。黎巴嫩内战后的局势，伴随着巨大的经济挑战和巨大的重建努力，投资者没有理由在法律上期待关税将保持不变。最终，Toto 的诉求被仲裁庭驳回。Thunderbird 诉墨西哥案[③]中，仲裁庭在调查后认为，合理期待的门槛可能因 NAFTA 所指控的违反行为的性质和案件的具体情况而有所不同。然而，无论本案采用何种标准—无论是最广泛的标准还是最狭隘的标准—法庭均未发现 Oficio 的回复导致投资者产生了合理期待。仲裁庭认为，EDM 在征求意见书中提供的资料不完整，特别是在征求意见书中声明操作的机器不涉及运气或投注以及声明机器是为供使用者享用和娱乐而设计的娱乐设备的说法不准确，其征求意见书并非适当的披露。

结合上述仲裁案例可知，实践中对投资者合理期待有效性的认定，主要判断因素为投资者期待的合理性。对于投资者期待合理性的认定，需要考虑诸多因素。Duke Energy 案中，仲裁庭认为考虑投资者期待的合理性存在一个前提，即投资者的期待必须来自国家向投资者提供的条件并且投资者必须依赖东道国提供的条件作出预判。在此种前提下，认为对期待合理性的认定需要考虑东道国的政治、社会经济、文化和历史条件等诸多情况。Toto 案仲裁庭主要考虑了东道国的大环境，结合投资者投资时东道国的实际情况进行了判断。Thunderbird 案仲裁庭则考虑了投资者的主观因素，若投资者投资时是善意的，那么合理期待存在，如果投资者投资时主观上是恶意的，那么其所产生的期待并不能被认定为合理。笔者认为，对于投资者期待合理性的认定还需要考虑

① Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/04/19).
② Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Lebanese Republic (ICSID Case No. ARB/07/12).
③ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL.

投资者是否对自己的投资尽了审慎合理的义务，例如投资前有没有对相关事项进行调查研究，是否为一个“理性投资者”。如果投资者已经尽了该项义务，仍然无法预见使其期待遭受损害的情况，那么可以认为投资者该项期待是合理的。另外，东道国的主观因素是否也应该纳入考虑的范围，值得深思。如 CMS 案中东道国阿根廷认为东道国刻意无视义务或恶意行为才构成对投资者合理期待原则的违反，但是仲裁庭认为即使东道国违背其义务不存在恶意，也可能构成对该原则的违反[9]。

二是 FET 标准中投资者合理期待的产生时间。AES Summit 诉匈牙利案①中，仲裁庭参考了 Duke Energy 案等几个案件仲裁庭的意见，认为投资者只有在投资时才能产生合理期待，仲裁庭认为首先需要确定投资者的投资是在 1996 年 AES Summit 购买 AES Tisza 股权时决定和做出的，还是在 2001 年决定和做出的，最终得出结论 AES Summit 当时对它现在所起诉的匈牙利的行为（即 2006/2007 年重新引入行政定价的事实、动机和方法）没有合理期待。仲裁庭认为调查的重点是：东道国匈牙利当时是否作出了投资者所依赖的陈述和保证，其行为是否违反了这种陈述和保证。仲裁庭认为匈牙利没有做出任何陈述或保证，因此仲裁庭最终认定 AES Summit 所称的合理期待并不存在。Parkerings 诉立陶宛案②仲裁庭认为本案有待解决的问题是 Parkerings 对法律体系的稳定是否有任何合理的期待，以及其期待是否遭到挫折。为了确定投资者是否被剥夺了其合理期待，仲裁庭应审查外国投资者在进行投资时考虑的基本期待。换言之，如果投资者被剥夺了其对协议签订时现有条件保持不变的合理期待，那么就违反了 FET 标准。如果投资者从东道国得到了明确的承诺或保证，或者东道国作出了投资者在进行投资时考虑到的保证或陈述，则这种期待是合法的。最后，在东道国没有做出保证或表示的情况下，围绕协定的缔结情况对于确定投资者的期待是否合法具有决定性意义。为了确定投资者的合理期待，还必须分析国家在投资时的行为。仲裁庭认为，1998 年，在该协定签署时，立陶宛的政治环境是一个从过去属于苏联的一部分向欧洲联盟成员候选国过渡的国家的特点。因此，立法上的改变并非是不可预测的。与任何投资者一样，申请人意识到了在缔结协议之后可能发生法律变更的风险。在立陶宛投资的决定所涉及的情况当然不能表明法律环境的稳定。因此，在这种情况下，期望法律保持不变是不合法的。尽管存在这种可能的不稳定性，但 Parkerings 仍决定进行投资，从而承担了面临可能或甚至可能对其投资不利的法律变更的商业风险。Parkerings 本可以（事后看来应该）通过在投资协议中引入一项稳定条款或其他一些条款来保护其合理期待，以防止发生意外。另外，没有情况表明国家在行

① AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Er&oumlmü Kft. v. Hungary (ICSID Case No. ARB/07/22).
② Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8.

使立法权时采取了不公平、不合理的行动，Parkerings 未能证明对法律的修改是专门为了损害其投资。因此，在本案中，法庭不相信索赔人有任何合理的期待，仲裁庭最终认定被申请人不构成对投资者合理期待的违反。

Enron 诉阿根廷案[①]中，仲裁庭认为，保护“外国投资者在进行投资时考虑到的预期”是 FET 标准的一个方面，这些预期源自国家向投资者提供的条件，投资者在决定投资时依赖这些条件。仲裁庭最终认定阿根廷违反了投资者合理期待原则，作出被申请人阿根廷向 Enron 赔偿的决定。该案件发生在阿根廷经济危机时，CMS 案仲裁庭认为投资者合理期待的产生时间为投资者“决定和作出投资时”，Enron 仲裁庭认为投资者“决定投资时”合理期待产生，两案仲裁庭虽对投资者合理期待的产生时间存在区别，但是都将投资者“决定投资时”作为合理期待的产生时间来认定，比前述“投资时”更加具体化。

在不同的案件中，ICSID 仲裁庭对投资者合理期待的产生时间并未达成统一认识。那么，对于投资者合理期待的产生时间，到底应该如何认定呢？笔者认为，从保护投资者的权益出发，可以将投资时细化为投资决定作出时、决定投资时。对于投资运行过程中产生的合理期待是否应该保护，尚存在不同观点，有的学者认为对“决定投资时”应扩大解释为包括既投资前已经作出决定投资的决策，也包括投资后，投资运行过程中，基于东道国的允诺，投资者作出的变更投资的决策[10]。有的学者提出，对于复杂的投资，仲裁庭认为投资者“投资时”产生的期待才有意义[11]。笔者认为，对于投资者合理期待产生的时间不宜过于扩大化。目前，ICSID 仲裁庭对于不同的案件有不同的认定，很容易出现“同案不同判”的情况，不利于保护当事人的权益。为此，应该明确投资者合理期待产生的时间，形成统一的认识。

三是 FET 标准中投资者合理期待原则的适用条件。ADF 诉美国案 [②]仲裁庭经审查认为，投资者对其引用的判例法的相关性预期，或者适用性的预期，是由投资者从美国私人律师处收到的法律意见产生，并不是由于美国政府授权官员作出的任何误导性陈述造成的。从该案可以总结出，对于投资者合理期待原则的适用条件，至少需要满足以下两点：一是东道国的先前行为是期待产生的基础，二是该期待必须实际存在。本案中，投资者根本没有产生期待的基础，其所认为的期待并不存在，所以投资者的请求未获支持。EDF 诉罗马尼亚[③]案仲裁庭经过分析认定，第一，仲裁

[①] Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3).
[②] ADF Group Inc. v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1).
[③] EDF (Services) Limited v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/13).

庭同意申请人提出的关于国家机构索贿是对透明度原则和投资者的合理期待的根本违反，但是在被申请人否认的情况下，该指控需要提供充足的、令人信服的证据。申请人并未能提供符合条件的证据，因此，仲裁庭对此主张不予支持。第二，对 FET 标准的遵守，很大程度上取决于具体的事实和情况。重点应该是投资者的合理期待，而不是其主观预期。在本案中，申请人不存在其合同在规定期限届满后续存的合理期待，更不用说不顾 AIBO 和 TAROM 利益续签合同。对于罗马尼亚的政府紧急法令，申请人同样不可能存在对罗马尼亚免税制度维持不变的合理期待。罗马尼亚对待申请人的投资，不存在不合理和歧视的情况。第三，AIBO 和 TAROM 并非国家机构，不能将其行为归于被申请人。仲裁庭认为，FET 标准的主要内容之一就是投资者的合理期待原则，如果认为合理期待意味着法律和商业一成不变，这种对其过于宽泛的表述可能并不准确。除国家作出具体承诺或陈述外，投资者不得依赖 BIT 作为防范东道国法律和商业环境变化的一种保险。对投资者的合理期待，要对其投资时的期待加以审查，不能仅仅作为投资者的主观预期。最终，仲裁庭认为被申请人并未违反投资者合理期待原则，不构成对 FET 标准的违反，裁定驳回申请人的仲裁请求。根据该案可知，在仲裁实践中，要适用投资者合理期待原则，一是对于主张东道国违反该原则需要有足够的、明确的、令人信服的证据支持，本案就是因为投资者并无充分证据支持自己的主张，导致未获仲裁庭支持；二是东道国对于合同的违反并非一定是对 BIT 的违反，就如 Duke Energy 诉厄瓜多尔案，东道国收取罚金，仅构成对合同一般性条款的违反，并非违反 BIT；三是东道国中未得到其授权的非国家机构的行为，不能归于东道国，即投资者合理期待原则适用的主体仅限于投资者与东道国（包括政府部门以及得到东道国授权的非国家机构）。

对于投资者合理期待原则的适用条件，可以从以下几点去考虑，第一，需要对投资者的合理期待进行判定，例如是否存在合理期待产生的基础，期待是否实际存在等，二是需要考虑实践中的证据支持，即是否存在足够的、足以让人信服的证据。另外，还有学者提出需要考虑期待的合理性问题等。

四是 FET 标准中投资者合理期待原则的适用限制。第一，投资者合理期待原则与东道国管制权的平衡。PSEG 诉哥斯达黎加案[①]仲裁庭经调查后认为，对监管框架的任意修改或者无休止的规范性变更，损害了投资者对于一个可预测和稳定的法律环境的需要，这包括投资者的合理期待。仲裁庭引用了 Tecmed 仲裁庭的结论，要求东道国提供不影响外国投资者决定进行投资时的基本

[①] PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5.

预期的待遇。Saluka 诉捷克共和国案[①]仲裁庭认为，要确定捷克共和国违反 FET 标准，需要对两方面进行权衡，一是对申请人合理期待的权衡，二是对被申请人合法管制权的权衡。投资者在任何情况下都可以合理地期待东道国通过自己的行为真诚地执行其政策，即不影响到投资者的投资，公共政策合理，并且这种行为不违反一致性、透明度、公平等要求。仲裁庭认为对于投资者的期待无法实现的情况进行判断时，还需要考虑东道国由于国家利益而行使管制权是否善意[12]。第二，投资者合理期待原则与东道国管制权的平衡。通过 PSEG 案可以知道，东道国可以行使管制权，但是不能滥用权力，否则就很容易造成对投资者合理期待的侵害。Saluka 案仲裁庭仅说明要权衡投资者合理期待与东道国管制权，并未过多赘述。LG&E 案与 Enron 案、CMS 案，这三个案件中，被申请人都是阿根廷，但是仲裁庭最终认定不同。LG&E 案仲裁庭认为在紧急状态期间，东道国可以免责，Enron 案与 CMS 案仲裁庭对于东道国的免责并未支持。可以看出，在实践中，对于投资者合理期待与东道国管制权的平衡，仲裁庭并不存在一致的认定，即使是类似的案件，也可能面临不同裁决。另外，在仲裁实践中，并非只是涉及到管制权的案件都会得到仲裁庭的支持，仲裁庭在面对该类案件时，会结合具体案情进行分析，进而做出裁决。

面对投资者合理期待原则与东道国管制权冲突的案件时，仲裁庭一般会采取比较谨慎的态度。对于两者冲突时如何平衡，在实践层面，并没有仲裁庭给出统一的观点，仲裁庭往往都是根据个案去判断；在理论层面，也存在不同观点。针对这个问题，有学者认为需要符合比例原则，即东道国行使管制权时，须考虑是否存在能维护投资者合理期待的其他方式或方法。这种观点的主要逻辑，其实是将处于弱势地位的投资者纳入了对两者平衡的考量中。笔者认为，要达到投资者合理期待与东道国管制权之间的平衡，需要满足以下几点：第一，对于投资者而言，其期待必须合理，也即存在有效的期待。第二，东道国行使管制权，除紧急情况外，采用比例原则，尽量减少或者免于对投资者权利的侵犯。第三，东道国行使管制权必须为了国家利益，而非出于恶意。

五、FET 标准中投资者合理期待原则的完善及对我国的启示

随着各国间国际投资条约和国际投资案例的不断增多，涉投资者合理期待原则的案件也不断增加。目前，如何对该原则进行完善是一个亟需思考的问题。另外，随着“一带一路”倡议的实施，我国的“朋友圈”越来越大，对于我国来讲，投资纠纷势必也会增加，其中不免会有涉及到投资者合理期待原则的纠纷。对此，我国在与“一带一路”国家签订 BIT 时要注意哪些方面，也

[①] Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/96/1).

是一个需要考虑的问题。

（一）FET 标准中投资者合理期待原则的完善

1.规则层面

第一，在立法上将投资者合理期待原则作为 FET 标准的要素进行明确。从立法上来讲，无论区域性条约或是双边条约对于投资者合理期待原则都未从立法上予以规定，即使有规定，通常也是将该原则作为间接征收的判断因素。例如美国 2012 年 BIT 范本[①]附件 B 第四条 a 款涉及到了投资者合理期待，规定如下：第 6 条（征收和补偿）所述的第二种情况是间接征收…（a） 确定一方当事人在特定事实情况下的一项行动或一系列行动是否构成间接征收，需要逐案进行基于事实的调查，除其他因素外，需考虑到…（ii）政府行为对不同的、合理的投资支持预期的干扰程度以及政府行为的性质。对该原则在 FET 项下并未有任何规定。另外，通过分析一些双边或者区域性条约可以发现，虽然对投资者合理期待原则没有规定，但是很多条约对投资者产生合理期待所依赖的法律及商业环境的稳定性在序言或者其他章节都有说明，如 RCEP 序言中提到“认识到良好的治理以及可预期、透明和稳定的商业环境将促进经济效率的提高和贸易与投资的发展”。理论上很多学者已经将投资者合理期待原则作为 FET 标准的一部分，实践中涉及投资者合理期待原则的案件也越来越多，为了更好维护投资者与东道国的利益，无论在签订双边、多边还是区域性条约时，都可以考虑将投资者合理期待原则作为 FET 标准的内在性规则或者要素明确出来。

第二，即使在间接征收条款中对该原则有涉及，也只是一笔带过，并未具体表述，如果只在立法上将投资者合理期待原则在 FET 标准中明确太过笼统和模糊，因此，对该原则的具体内容也应该有所涉及。一方面，对该原则的内涵进行明确。前述通过对投资者合理期待原则内涵的界定可知，不同案件的仲裁庭对该原则的内涵界定并不一致，实践中许多仲裁庭会援引 Tecmed 仲裁庭对于该原则内涵的解读。因此，若立法中对该原则的内涵有了明确界定，可以为实践中仲裁庭对合理期待的认定提供借鉴。即使各国对投资者合理期待原则的内涵存在不同解读，那么也不影响其对自己认同的对该原则的内涵解读进行明文规定。即使在各国签订的不同条约中存在对该原则内涵的并不完全一致的界定，但是对于某国投资者来讲，如果发生纠纷，可以引用其母国与东道国签署的 BIT 或者区域性条约中的相关条款维权，仲裁庭也可以有法可依。通过查阅一些条约或者协定范本可以发现，许多都对“投资”及“投资者”的概念进行了解释，如中国 BIT 范本在

[①] https://www.state.gov/investment-affairs/bilateral-investment-treaties-and-related-agreements/.

第 1 条第 1 款和第 2 款分别对投资和投资者的内涵进行了界定并采用了“包括但不限于”对投资进行列举，德国 BIT 范本也是如此，英国 BIT 仅界定了投资的内涵，也对投资的种类进行了列举。鉴于此，对投资者合理期待原则在 FET 标准中明确以后，借鉴中、德、英 BIT 对于“投资”一词的这种界定方法。例如中国 BIT 范本第 3 条第 1 款将 FET 标准作为一种独立标准规定，可以在此后规定，“确定一方当事人在特定事实情况下的一项行动或一系列行动是否构成对公平公正待遇的违反，需要逐案进行基于事实的调查，除其他因素外，需考虑到：（1）该行为在多大程度上干扰明确的、合理的、有投资支持的预期。所谓投资者的预期或称投资者的合理期待一词系指…，包括但不限于…”。此举亦可以出现在多边或者区域性条约中。另外，对于涉及投资者合理期待原则或者是 FET 标准的内容，一国可以根据本国情况考虑设置两种范本，一种可以是针对缔约国均为 ICSID 成员国的，另一种可以是针对缔约国仅其中一国为 ICSID 成员国的。例如阿根廷之前因为经济危机多次被投资者以其违反合理期待原则起诉，针对这种情况，其完全可以考虑设置两种 BIT 范本，在与 ICSID 成员国签订 BIT 时用哪一种范本，与非 ICSID 成员国签订 BIT 时使用哪种范本，这样，在发生纠纷时，对于东道国而言，或许不会那么被动与“焦头烂额”。另一方面，在立法中列举投资者合理期待原则的构成要素，将该问题上升到立法层面。目前理论界对该原则构成要素存在不同观点，实践中仲裁庭也存在不同判定，因此，可以在立法中将该原则的构成要素进行列举。之后在涉及到对该原则构成要素的认定案件中，仲裁庭可以根据立法规定做出判断。如在 BIT 中或者多边条约中采取完全列举或者不完全列举的方式将投资者合理期待原则的构成要素列举出来。如果随着实践的发展出现新的情况，允许对该原则的构成要素进行补充。此外，对投资者合理期待的产生时间和适用进行明确。通过前述案例可知，实践中对该原则的产生时间并未存在太大的分歧，仲裁庭主要采纳两种认定：投资时和决定投资时，在条约中可以将其产生时间做扩大解释，以期更好地保护投资者的期待利益。但是也要注意，对投资者合理期待原则产生时间的解释不能过分扩大化，因为不能仅考虑投资者的权益，也需要考虑东道国的权益。立法的“天平”过度倾向某一方，都是不合适的。对该原则适用的明确方面，由于国际社会尚未就其适用达成一致标准，致使仲裁庭的自由裁量权过大，甚至会出现“法官造法”的情况。为此，应当对该原则适用条件、适用限制等问题达成一致而努力。尤其是适用限制，在理论上争议颇多、实践中标准不一的情况下，对其在立法上进行规定，有利于对当事人权利的保护。尤其是案件涉及到投资者合理期待原则与东道国管制权的平衡问题时，立法的规定可以为东道国如何行使管制权、行使管制权时的标准与考量提供借鉴。最后，对投资者期待的合理性在立法中有所涉及。由于投资者合理期待原则本身的模糊性以及 FET 标准的模糊性,随着该原则越来越被大家认识，容

易造成对该原则的滥用。实践中，许多仲裁庭对于投资者投资时的主观考量以及合法性、可预见性等作为判断期待是否具有合理性的标准。对其在立法中加以明确，可以更好地判断投资者产生的哪些期待是合理的，哪些期待不合理。

第三，在该领域制定一个范本以供参考，以便于该原则能够更准确有效地适用。若制定了范本，那么，该范本能够给各国在签订双边或多边条约时提供借鉴。尤其是处于弱势的一些国家或者刚从战乱中恢复的一些国家，对于条约的签订处于被动地位，若有了范本做参考，则有助于其更好地理解和适用该原则。因此，是否需要制定范本，这个问题也是非常值得思考的。

罗斯科·庞德曾提出：出于理解今日之法律的目的，我赞同这样一种理论：以最小的代价换取最大可能的人类需求整体之满足[13]。对于投资者合理期待原则的规则层面的建议有两个目的：一是为了对该原则理论上的探讨上升到立法层面，使其更加规范，二是随着实践中对该原则运用的越来越多，立法上的规定可以为实践提供借鉴和参考，也正好满足了“以最小代价换取最大可能人类整体需求之满足”的目的。

2.实践操作层面

有时，投资者的合理期待原则似乎被用作解决所有未决问题的万灵药，对投资者合理期待的保护已位居最受许多国际仲裁庭青睐之处[14]。对于该原则在实践操作层面的完善，笔者提出如下建议。

第一，在 ICSID 仲裁解决机制中设立解释委员会。解释委员会可以对立法中没有规定但是存在争议较多的问题做出统一解释。例如可以对于投资者合理期待原则的适用条件、适用限制做出统一认定，这样，若某案件涉及该原则的适用条件或者适用限制问题，但是投资者与东道国签订的合同或者投资者母国与东道国签订的协定中对此并无提及，那么仲裁庭可以根据解释委员会做出的解释进行认定和裁决。解释委员会也可以发布一些涉及该原则其他问题的文件供仲裁庭、投资者以及东道国参考。由于仲裁存在终局性的特点，对于 ICSID 做出的裁决，在符合相应条件以后争议方才可以申请对裁决解释、修改或撤销。[①]对于涉及投资者合理期待原则的案件，若争议方对裁决的范围或意义发生争议，解释委员会做出的统一解释，也可以为其提供参考依据。

第二，设立多边咨询中心。多边咨询中心可以由《华盛顿公约》的缔约国建立，提供来自国

[①] 参见《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（又称《华盛顿公约》）第五十条和五十一条。

家的咨询意见。该中心可以参考世贸组织法律咨询中心的职能[①]或者联合国贸发会关于投资人与国家间争端解决制度的可能改革中所提到的咨询中心的职能来设立，例如多边咨询中心可以在出现争端之前提供法律咨询，并在发生争端时担任“法律顾问”等。这样，在涉及投资者合理期待问题时，该咨询中心可以发挥很好的作用。

第三，设立专门人员名单。对于某一类型的案件，由专门人员来审理。例如对于国家由于对公共利益保护造成的损害投资者合理期待的案件，前述米氏兄弟诉罗马尼亚案与 Caratube Oil Company 诉哈萨克斯坦案仲裁庭的认定存在不同，造成了裁决结果也不同。对于国家由于行使管制权造成对投资者合理期待的侵害案件，CMS 案与 LG&E 案，仲裁庭也做出了不同认定。由于“一裁终局”，这种“同案不同判”的情况难免会对当事人的权益造成一定程度损害。因此，若由专门人员对涉及某一问题的案件进行审理，则会大大改善“同案不同判”的情况。

第四，设立“引入先例”制度。前述提到可以在该领域制定一个范本以供参考，对于范本中没有规定的，可以适用“判例法”进行裁决。在涉及投资者合理期待原则的仲裁实践中，很多仲裁庭都会参考其他仲裁庭对该原则的某些内容的认定。“引入先例”制度的建立，可以给各仲裁庭提供“判例法”借鉴。另外，对于“先例”是否包含参考国内仲裁庭对合理期待原则内容的认定，还需要进一步分析。

（二）对我国与“一带一路”国家间 BITs 的启示

2020 年和 2021 年的《政府工作报告》中都提出要吸引和利用国际投资，2021 年《政府工作报告》中还强调了要对多双边和区域经济合作进行深化。我国现在兼具资本输出国与资本输入国的“双重身份”，在与“一带一路”国家签订 BIT 时，要做到既维护我国利益，又有效吸引外资，我国应注意以下几点：第一，可以在 BIT 中对稳定的法律和商业环境作出具体规定。立法、司法、行政现状的不稳定，会使投资者望而却步，并且容易导致纠纷的产生，对于稳定的法律和商业环境做出说明，相当于给投资者吃下一剂“定心丸”，有助于投资者投资。第二，可以考虑在 BIT 中对投资者合理期待原则的内涵进行界定。在 BIT 中对投资者合理期待原则内涵的界定，可以参考 Tecmed 仲裁庭的解读。第三，对于涉及国家管制权等容易产生争议的内容，可以进行非穷尽式列举。例如可以规定什么是国家管制权，管制权的内容包括但不限于以下内容等，对于国家行

[①] 面向发展中国家，特别是最不发达国家（下称“最不发达国家”）履行三项职能，即：（一）提供世贸组织法律方面的法律咨询；（二） 在世贸组织争端解决程序中提供支持；以及（三）培训政府官员（见《建立世贸组织法律咨询中心协定》或《协定》第 2 条）。

使管制权造成的对投资者合理期待的侵害是否需要赔偿或者补偿、赔偿或补偿标准是什么等等都可以说明。第四，对于涉投资者合理期待原则的案件，我国态度要明确，积极应对。无论在自贸区的发展过程中还是“一带一路”的推进过程中，纠纷在所难免，对此，我国要做好积极应对的准备。

结语

在国际投资仲裁中，作为FET标准要素之一的投资者合理期待原则常常被投资者引用。虽然对于该原则的研究多以仲裁实践为出发点，但是不同仲裁庭存在着对该原则的不同认定，即使通过分析实践中的典型案例，也无法对该原则的一些问题形成共识。该原则的缘起、内涵、构成要素、适用等无论在理论还是实践层面仍存在较大争议，这导致了一系列问题的出现，例如许多仲裁庭会更倾向于保护看似处于弱势的投资者的利益而非东道国的利益，使得看似处于强势地位的东道国承担不利后果。由于仲裁为“一裁终局”，即使对裁决不服，当事人寻求救济也存在较大困难。另外，通过对投资者合理期待原则较为深入的研究发现，它的发展进程将会是由实践推动立法。这意味着，在未来一段时间内，无论从实践抑或理论层面来看，对该原则的争议仍然会持续。

参考文献

[1] （德）鲁道夫·多尔查，（奥）克里斯托弗·朔伊尔.国际投资法原则[M].第二版.祁欢，施进译.北京：中国政法大学出版社，2017：152.

[2] 万双龙.公平与公正待遇:我国的缔约现状与风险应对策略[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2010(10):125.

[3] 林燕萍，朱玥.论国际投资协定中的公平公正待遇--以国际投资仲裁实践为视角[J].上海对外经贸大学学报,2020,27(03):87.

[4] Roberts,Anthea.Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation [J].American Journal of International Law,April 2010:179-225.

[5] 杨陶.NAFTA“公平公正待遇”条款中的投资者合理期待原则分析[J].仲裁研究，2016（40）：71.

[6] Andrew Newcombe&Lluis Paradell,Law and Practice of Investment Treaties:Standards of Treatment,Netherlands:Kluwer Law International,2009:279-280,cited in Trevor Ze

yl. Charting the wrong course :The Doctrine of Legitimate Expectations In Investment Treaty Law,Social Sicience Electronic Publishing,2011(3):207.

[7] 江南.可再生能源投资政策性补贴中的合理期待标准研究[J].经济与法，2020（04）：140.

[8] 李倩源.论“公平与公正待遇标准”中的投资者合理期待原则[J].法制与社会，2013（02）：99.

[9] 李倩源.论“公平公正待遇标准”中的投资者合理期待原则[D].上海：华东政法大学，2013.

[10]袁钰菲.论BIT“FET”条款对于投资者合理期待的保护标准[D].南京：南京大学，2011.

[11]刘畅.国际投资仲裁中投资者合理期待和东道国环境保护的协调[D].广西：广西大学，2019.

[12]苏里亚·P·苏贝迪.国际投资法：政策与原则的协调[M].张磊译.北京：法律出版社，2015：172.

[13]罗斯科·庞德.法哲学导论[M].于柏华译.北京：商务印书馆,2019:43.

[14]邓婷婷.国际投资协定中的公平与公正待遇研究[M].北京：法律出版社,2017:134.

国际投资仲裁中对征收补偿问题的处理原则与实践

吴　莉

摘要：当前关于 ISDS 多边改革的讨论中，如何实现投资者与东道国的利益平衡是首要主题和挑战之一，各国应将补偿问题作为机制改革的优先领域。最近仲裁实践中的一个问题是，仲裁庭越来越愿意对国家干预并未实际建造的投资给予巨额赔偿。在这种情况下，投资者实际投资的金额与获得的赔偿金额之间可能存在巨大差异。在 Tethyan Copper v. Pakistan 一案中，一名投资者被判赔偿 40 亿美元外加利息，原因是巴基斯坦未能批准该投资者建设和运营一座矿山--尽管该矿山从未建成。仲裁庭根据对该项目建成后在整个 50 年运营周期内所能获得的收入的估计，做出了这一赔偿裁决。

在国际投资仲裁中，如果仲裁庭认定东道国违反了条约，将裁决东道国向投资者进行赔偿。现行投资条约规定，对征收的补偿应等于被征收投资的公平市场价值，但投资条约没有规定如何确定对违反条约其他规定的赔偿。在没有文本指导的情况下，仲裁法庭对其他违反条约的行为适用了“充分赔偿”等原则。仲裁庭因此可以自由发展自己关于这些原则的解释和适用的判例，而不受各国提供明确指导的条约语言的限制。赔偿的法律原则以及仲裁庭对这些原则的解释和适用方式间接的决定了东道国需支付的补偿金额。众多处理投资争端赔偿的仲裁裁决，形成了对赔偿的相关原则，但仲裁庭对赔偿的估值分析存在不同看法。在众多估值方法中，贴现现金流量法特别复杂，因为它依赖于一套复杂的相互关联的预测和假设，这些预测和假设是关于投资整个生命周期的未来的。外国投资者倾向于主张使用这种方法，因为它往往可以获得更多的赔偿金。该评估方法的缺陷在于，未来现金流的预测具有高度不确定性，尤其是在市场或经济环境不稳定的情况下，不同的折现率选择会显著影响估值结果，而选择合适的折现率本身就是一个复杂且主观的过程，同时 DCF 方法需要大量详细的财务数据和信息，而这些数据在某些情况下可能不易获得或不可靠。

学术界和投资争端各方投入了大量时间和精力来研究争端管辖权和实质性标准问题，而赔偿是投资仲裁的基本目标和最终结果，因此赔偿评估的缺陷可能是国际投资仲裁缺陷中最危险的。本文主要分析实践中投资仲裁关于征收补偿估值方法及原则适用的问题，建议对当前估值方法进行审查和改革，以防止夸大索赔额的情况继续恶化。

关键词：投资者与国家争端解决 (ISDS)、国际仲裁、征收补偿、DCF 估值

投资者与国家争端解决（ISDS）是一种机制， 被认为是一种将投资者与国家之间的争端去政治化并通过专门设计的程序解决争端的机制，许多条约都包含排除干扰这一程序的规定：一项规则禁止原告投资者向其母国政府寻求外交支持，另一项规则禁止被告国援引其外交豁免权。外国投资者与主权国家之间的争议通常通过投资条约中授予的权利和保护来解决。一般来说，如果外国投资者在与投资者所在国签订了双边或多边投资条约的国家进行投资，那么该条约通常会在东道国采取某些不利行动（如征收或不公平待遇）时为投资者提供保护。如果投资者认为东道国的某些不利行动对投资者不利，则投资者有权要求其在东道国对损失进行赔偿。

国际信用组织发布《投资者-国家案件损害赔偿研究》第二版，该研究基于截至 2020 年 3 月 31 日的公开 241 项裁决的公开数据，裁决的赔偿总额接近 719 亿美元，索赔金额超过 2190 亿美元，平均裁决金额占索赔金额的 32.8%。平均裁决金额为 2.983 亿美元，平均索赔金额为 9.106 亿美元。仅三项裁决就占裁决赔偿金额的 81.7%，占索赔金额的 70.1%。除去这三项裁决，平均裁决赔偿金额为 5520 万美元，平均索赔金额为 2.753 亿美元。[1]ISDS 允许外国投资者就涉嫌违反投资条约的行为向东道国提出索赔，索赔的一个关键方面是补偿或赔偿的计算和判定，了解这一过程所涉及的复杂性和策略对投资者和国家都至关重要。

一、损害赔偿的法律基础

在国际投资仲裁中，损害赔偿的法律基础是确保投资者在遭受东道国非法行为时能够获得适当的补偿。这些法律基础来源于国际条约规定、习惯国际法和国际法原则，确保了投资者的合法权益得到保护。

（一）双边投资条约（BITs）

双边投资条约是各国之间签订的保护投资者权益的协议，在国际投资协定产生和发展之初, 其主要目的之一即为防止东道国对外资的征收。投资协定的征收条款中首先承诺国家不实施征收行为，除非符合征收合法性要件才可以实施。这些条约通常包括关于损害赔偿的具体条款，确保投资者在遭受非法征收或其他侵权行为时能够获得赔偿。例如，“公平公正待遇”及“充分保护及保障”待遇条款[2]，“ 损害或损失的补偿” 条款[3]，在中加双边投资条约中规定了征收应为公共利益，依法进行，并给予迅速、充分和有效的赔偿，赔偿应相当于被征收财产的公平市场价值，并应支付利息。[4]公平公正待遇条款（Fair and Equitable Treatment，简称 FET）是许多双边投资协定和多边投资协定中的一项重要条款，旨在保护外国投资者的合法权益，FET 标准是国际投资中最常被引用的索赔依据，因为它可以适用于多种情况，从而使其具有高度的实用性。

---

[1] Credibility International Releases the Second Edition of Its Study of Damages in Investor-State Cases. New York: Business Wire, 2021. Print.

[2] 参见《中日韩 BIT》第五条。

[3] 参见《中日韩 BIT》第十二条。

[4] 参见《中加 BIT》第十条。

从基于征收条款提起的投资仲裁案件来看，国际投资法中的征收可分为直接征收和间接征收两种类型。直接征收即传统的，以财产的直接剥夺和转移所有权为特征的征收行为；间接征收并无统一 的定义，其源自国际投资条约中东道国不应“直接 间接地征收、国有化”外资或者“采取具有征收、国有化效果的其他任何措施”的表述。

（二） 国际法委员会关于国家责任的条款

国际法委员会（International Law Commission，ILC）关于国家责任的条款（Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts，ARSIWA）是国际法中关于国家行为的基本规范，旨在规定国家对其国际不法行为所应承担的责任。[5]这些条款虽不是条约，但在国际法实践中具有重要影响力，被认为是对习惯国际法的编纂和体系化整理。ILC 条款提供了一个系统性和全面性的框架，涵盖了国家责任的各个方面，包括不法行为的构成要件、责任形式、法律后果及救济措施。尽管 ILC 条款不具有法律强制力，但国际法院和国际仲裁庭在判决中经常引用这些条款。

（三）国家行为与投资者损害之间的因果关系

因果关系是指证明国家行为与投资者损害之间存在因果关系的问题。投资条约并未定义因果关系的含义，为了填补这一空白，仲裁庭已诉诸《国家对国际不法行为的责任条款草案》。草案规定，如果一国的行为确实造成了有关后果；并且是具有法律意义的事实原因，则该行为具有因果关系。[6]国际法委员会非常谨慎地没有对因果关系做出进一步评论，并指出其确切含义将因所考虑的主要规则而异。[7]

仲裁庭经常使用“但为”检验标准，暗示如果国家行为是导致结果发生的必要条件，而非“充分条件”，则国家行为可视为事实原因。如果有两个或多个先决条件（其中一个是国家行为）可以产生结果，但其中只有一个真正起到事实原因的作用，那么关于这一点的判例表明，即使国家行为是实际原因，也不会产生因果关系。一些仲裁庭也检验过国家行为的违法性是否是因果关系。例如，在基于公平公正待遇标准的索赔中，仲裁庭考虑过国家行为的不公平和不公正性是否是造成投资者损害的原因。

如果国家的行为是事实原因，那么下一个问题就是它是否也是法律原因，法律因果关系旨在确定国家的行为是否应被视为法律原因。[8]损害不一定是国际责任的先决条件，若投资者证明东道国违反征收标准，在这种情况下，投资者的损害是其投资被剥夺，国家的行为构成了法律上的原因。

（四）国际法原则

在国际投资仲裁中，国际法原则旨在确保投资者在遭受东道国的非法行为时获得公正和

---

[5] **International Law Commission**. "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts." United Nations, 2001.

[6] 参见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第二条。

[7] Crawford, J., State Responsibility: The General Part, Cambridge University Press, 2013, p. 493.

[8] Crawford, J., State Responsibility: The General Part, Cambridge University Press, 2013, p. 492.

充分的补偿，包括：恢复原状原则，恢复原状原则强调通过赔偿使受害方恢复到受损害前的状态；公平市场价值原则，反映了被征收资产在自由市场中的公允价值；全面赔偿原则，要求赔偿包括所有直接和间接的损失，确保投资者得到充分的补偿。

二、损害赔偿的估值方法

在国际投资仲裁中，损害赔偿的估值方法是一个复杂且关键的领域，涉及多种经济学和法律理论，常见的估值方法有：公平市场价值（Fair Market Value, FMV），是指在自愿买卖双方之间，双方均了解所有相关事实的情况下，某资产或公司在市场上的合理交易价格；贴现现金流法（Discounted Cash Flow, DCF），通过预测未来的现金流，并根据一定的折现率将其折现到当前价值；重置成本法（Replacement Cost Method），根据重置资产的成本来估值，即重新购买或建造相同资产的费用；比较法（Comparable Method），通过比较类似企业或资产在市场上的交易价格来评估目标企业或资产的价值。

仲裁庭所采用的估值方法并不一致，根据普华永道的《国际仲裁损害赔偿研究（2017 年更新）》，仲裁庭倾向于采用基于收入和前瞻性的方法，而非依赖历史数据的方法。贴现现金流（DCF）是投资仲裁中最常用的估值方法，尤其是在石油和天然气行业的销售或收购估值中。然而这种损害赔偿的估值方法在实践中面临许多挑战和问题，例如，未来现金流的预测具有高度不确定性，并且不同的折现率选择会决定估值结果，选择合适的折现率本身又是一个复杂且主观的过程，同时 DCF 方法需要大量详细的财务数据和信息，在某些情况下可能不易获得这些数据或数据本身并不可靠。[9]

三、补偿的实践分析

（一）DCF 估值首次仲裁补偿中的全面运用

Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil) 是国际投资仲裁领域中的一个标志性案例，涉及估值方法和国有化赔偿的复杂问题。Aminoil（American Independent Oil Company）于 1948 年与科威特政府签订了一份长期石油勘探和生产合同。20 世纪 70 年代，由于石油市场的变化和阿拉伯国家资源国有化的浪潮，科威特政府决定单方面终止与 Aminoil 的合同，并将其石油资源国有化。Aminoil 认为科威特政府的行为构成了合同违约，导致公司遭受了巨额损失。为此，Aminoil 提起国际仲裁，要求科威特政府给予赔偿。科威特政府则主张其有权根据国家主权将资源国有化，但同意支付合理的赔偿。1982 年，仲裁庭作出了最终裁决，裁定科威特政府有权国有化其自然资源，但必须向 Aminoil 支付公平和公正的赔偿。仲裁庭在评估 Aminoil 的损失时，使用了 DCF 方法来估算其未来的预期收益，DCF 方法基于对未来现金流的预测，并将其折现到当前价值。[10]

在本案中，索赔人创造了一种模式：DCF 估值的前提是作出推测性假设—使其未来业务

[9] Kantor, Mark. *The Valuation of Damages in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2008.
[10] Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil), 21 ILM 976 (1982).

的收益在纸面上得到确认。 ISDS 索赔人从那时起就一直试图模仿这种模式。

（二）尚未投入运营的项目使用 DCF 估值的问题

Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan 是一个重要的国际投资仲裁案例，Tethyan Copper Company Pty Limited (TCC) 是一家由加拿大的 Barrick Gold Corporation 和智利的 Antofagasta PLC 共同拥有的合资公司。TCC 计划在巴基斯坦俾路支省的 Reko Diq 地区开发一个大型铜金矿项目，该项目预计将成为世界上最大的未开发铜金矿之一。TCC 声称，在他们完成了大量勘探和可行性研究工作之后，巴基斯坦政府突然拒绝颁发必要的采矿许可证，剥夺了他们开发该项目的权利。TCC 认为这一决定违反了巴基斯坦对其投资的国际法义务，特别是违反了澳大利亚和巴基斯坦之间的双边投资条约（BIT）。国际仲裁庭于 2019 年 7 月对该案作出裁决，认定巴基斯坦的行为违反了投资条约，裁定巴基斯坦需向 TCC 支付 58 亿美元的赔偿金，其中 42 亿美元的赔偿，以弥补 TCC 在项目中投入的资金和预期利润损失，16 亿美元的利息。[11]

在该案中，仲裁庭采用了未来收益折现方法来估算 TCC 的损失，DCF 方法预测了如果项目能够继续进行，TCC 将会获得的未来现金流，并根据一定的折现率将其折现到当前价值。仲裁庭根据 TCC 提供的详细可行性研究报告，预测了 Reko Diq 铜金矿项目在整个运营周期内的预期收益。该预测包括未来几十年的预期收入、运营成本、资本支出等。并参考了 TCC 的生产计划，假设矿山将在预计的时间内开始生产，并根据矿山的寿命和矿石的开采量，估算了每年的现金流。折现率的选择是 DCF 方法的关键步骤之一，仲裁庭根据市场风险、项目特定风险和其他经济条件，选择了合适的折现率，仲裁庭在确定折现率时，还考虑了市场风险溢价（Market Risk Premium），以反映投资在该特定市场和行业中的风险水平。仲裁庭将每年的预测现金流根据确定的折现率进行折现，计算出项目的净现值（Net Present Value, NPV）。对于矿山寿命结束后的剩余价值，仲裁庭也进行了终值计算，并将其纳入总的现值评估中。

Process and Industrial Developments Limited (P&ID) v. Federal Republic of Nigeria 案件，同样涉及复杂巨额赔偿，P&ID 是一家成立于维尔京群岛的公司，P&ID 与尼日利亚政府于 2009 年签订了一份天然气供应和加工协议，该协议旨在将尼日利亚的天然气进行加工，并在国内和国际市场上出售。然而，合同签订后，P&ID 声称尼日利亚政府未能履行合同义务，导致项目无法实施，并指控尼日利亚政府违约，寻求仲裁赔偿。尼日利亚政府则否认这些指控。2017 年，仲裁庭裁定尼日利亚政府违约，并判决尼日利亚需向 P&ID 支付近 92 亿美元的赔偿金。[12]这个巨额赔偿金是基于 P&ID 未来收益的预期计算得出的，其中包括未能履行合同的利润损失和利息。仲裁庭主要采用了未来收益折现（DCF）方法来评估 P&ID 的损失。

[11] Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/12/1 (2019).
[12] Process and Industrial Developments Limited v. Federal Republic of Nigeria, PCA Case No. 2010-21 (2017).

DCF 方法通过预测项目的未来现金流，并将其折现到当前价值，以评估项目的整体价值。

显而易见，前述两个案例中，投资项目从未开始实际运营，未来现金流的预测存在高度不确定性，仲裁庭主要依赖专家证词和市场分析来进行预测。世界银行于 1992 年发布的一份重要报告《对待外国投资的法律框架，第二卷：向发展委员会提交的报告和外国直接投资待遇准则》[13]，这份报告旨在为发展中国家提供关于如何处理外国直接投资（FDI）的指导原则和政策建议。该《准则》还警告说，“在应用 DCF 时应特别谨慎，因为经验表明，投资者往往会大大夸大其对未来利润损失的赔偿要求”，1990 年代末的第一波主要 ISDS 案件表明，世界银行的警告是有先见之明的。

由于 DCF 方法依赖于未来现金流预测和折现率的选择，索赔人可能通过以下方式夸大其损失：一是夸大未来收入预测，索赔人可能会通过不切实际的增长率或过于乐观的市场预期来夸大未来收入，夸大未来收入预测会导致未来现金流量被高估，从而增加总的 DCF 估值；二是减少未来成本估计，索赔人以低估未来的运营成本和资本支出，导致净现金流被夸大，低估成本会提高净现金流量，使得 DCF 估值变得不合理地高；三是使用较低的折现率，索赔人可能会选择一个较低的折现率，声称投资风险较低，以此来提高现金流的现值，较低的折现率会显著增加未来现金流的现值，从而夸大整体估值；四是延长预测期，通过延长预测期，以捕捉更多的未来现金流，延长预测期会增加未来现金流的总额，特别是在增长率较高的情况下，从而夸大 DCF 估值；五是忽略市场风险和竞争因素，忽略市场风险和竞争因素，假设市场条件将始终有利于其业务，忽略这些因素会导致现金流预测过于乐观。

（三）仲裁庭拒绝采用 DCF 估值

仲裁庭在某些国际投资仲裁案件中确实拒绝采用 DCF（折现现金流）估值方法，这种拒绝通常基于以下原因：一是数据可靠性不足，未来现金流预测和相关财务数据的可靠性不足；二是预测的不确定性，市场或经济环境不稳定，导致未来现金流的预测具有高度不确定性；三是选择合适的折现率复杂且主观，可能导致估值结果显著不同。

Metalclad Corporation v. United Mexican States 案中，Metalclad 是一家美国公司，其在墨西哥投资的废物处理项目被墨西哥政府关闭，Metalclad 提起国际仲裁要求赔偿。仲裁庭拒绝了 Metalclad 提出的 DCF 估值，理由是缺乏足够的历史数据和可靠的未来现金流预测。仲裁庭认为项目尚未完全运营，未来现金流预测过于不确定，难以通过 DCF 方法准确估值。[14]

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt 案，仲裁庭以同样的理由—缺乏足够的历史运营数据和未来现金流预测的不确定性，拒绝了 Wena Hotels 提出的 DCF 估值。仲裁庭认为 Wena Hotels 在埃及的投资项目运营时间较短，无法提供可靠的未来收益预测。因此，仲裁

[13] World Bank. (1992). Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume II: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. World Bank.

[14] Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Aug. 30, 2000).

庭采用了替代估值方法，包括实际投资成本和类似项目的市场价值。[15]

同样，2007 年，PSEG Global 提起仲裁要求补偿因其在土耳其的电力项目被政府中断而导致的损失，仲裁庭认为项目尚未进入运营阶段，拒绝了 PSEG 提出的 DCF 估值。[16]

四、征收补偿的原则

霍茹夫工厂案（Factory at Chorzów case）是国际法中的经典案例，正式名称为 Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Polish)。该案由常设国际法院（Permanent Court of International Justice，简称 PCIJ）于 1928 年处理，涉及德国和波兰之间的硬件。该案件的重要性在于它为国际法中的赔偿原则奠定了基础。根据《凡尔赛条约》，在第一次世界大战后，部分德国领土被划归波兰，包括霍茹夫（现位于波兰的一个地区）。该区域内有一个德国工厂，波兰占领了该工厂，德国提出这一行为属于非法的，要求赔偿。争议的核心问题是波兰是否通过非法征收行为侵犯了德国的财产权。1928 年，常设国际法院作出了判决，明确了国家在国际法下对他国财产行为的重大赔偿责任。法院裁定，波兰的行为违反了国际法，并提出了一个重要原则：当一个国家非法剥夺了外国人的财产时，必须进行赔偿，这种赔偿应当恢复到没有非法行为发生时的状态。即赔偿范围包括恢复原状或支付足够的金钱赔偿以弥补全部损失。[17]

在国际投资仲裁中，国家国际责任法的一项重要原则是："不能对投机性或不确定的损害给予赔偿"。投机性损害是指那些基于未来不确定事件或结果的损害，这些事件或结果无法通过合理的证据加以证明，例如，未来的利润、市场波动等；不确定损害是指那些无法通过具体证据或合理推断加以确定的损害，仲裁庭通常需要确凿的证据来确定损害的范围和程度。这一原则旨在确保赔偿的公正性和合理性，防止因未来收益或损失预测的高度不确定性而导致不公正的结果。即国家应为其违反国际法义务的行为导致的实际损害负责，赔偿仅限于可以合理证明的实际损害，而不是投机性或高度不确定的损失。这一原则在《国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任条款草案》（2001 年）第 36 条中有所体现，强调赔偿应包括因国际不法行为导致的实际损失和损害。[18] Metalclad 诉墨西哥案和 PSEG Global 诉土耳其案，仲裁庭正是运用该原则拒绝了索赔者提出的 DCF 估值方法计算赔偿额。

《北美自由贸易协定》第 1110（2）条[19]，规定了征收行为中对投资者的补偿标准。该

---

[15] Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (Dec. 8, 2000).

[16] PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (Jan. 19, 2007).

[17] Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Germany v. Poland), PCIJ Series A, No. 17, Judgment (September 13, 1928).

[18] 《国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任条款草案》（2001 年）第 36 条，因国际不法行为导致的任何物质损失或损害，包括利润损失，国家应给予赔偿，只要这些损失或损害在恢复原状以外的其他方式下得不到补偿。赔偿应涵盖所有可证明的损失，并且应当尽可能地恢复到损失发生之前的经济状况。

[19] 《北美自由贸易协定》第 1110（2）条，补偿应等同于被征收投资在征收发生前（征收日期）的公平市场价值，不应反映因预期征收提前为人所知而发生的任何价值变化。

条款并未排除 DCF 方法的使用，该条款的核心是确保投资者获得基于公平市场价值的补偿，而 DCF 方法作为一种公认的估值方法，可以在合适的情况下用于确定这一价值。实际操作中，是否采用 DCF 方法将取决于具体案件的财务数据可获得性和投资的性质等因素。

关于投资条约下的赔偿的现行原则具有“全有或全无”的性质。如果仲裁庭得出结论，东道国改变投资管理安排并不违反投资条约，投资者就得不到任何赔偿。如果仲裁庭得出结论认为，这种行为措施确实违反了投资条约，则根据“充分赔偿”原则，投资者将获得因监管变化而造成的损失的赔偿。除了一些有限的例外情况外，背景因素与确定赔偿无关。例如，法庭不考虑：公共利益理由的力量证明干预的力量、投资者的不当行为和东道国的支付能力。

五、结论

Crystallex International Corporation 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中的仲裁庭解释说：估值不是一门精确的科学，一家企业往往没有单一的价值，而是通常有一系列的价值。同样，也没有一种方法最适合确定每种情况下损失的投资的公平市场价值。仲裁庭可以考虑金融界普遍接受的任何估值技术或方法，某种方法是否适合使用则取决于每个个案的情况。因此，仲裁庭将根据每个个案的情况选择适当的方法，这主要是因为价值—与其说是实际事实，不如说是基于专家、评估师或仲裁庭面前的事实而表达的意见。[20]

投资者与国家争端解决 (ISDS) 中索赔损失评估的演变引起了各国的担忧，各国开始认为索赔金额已经失控。ISDS 索赔的金额不断增长，这些索赔基于投机性假设，使得索赔人的未来运营利润丰厚。此外，通过折现现金流 (DCF) 计算来夸大 ISDS 的常见方法正在被大多数仲裁员无法理解的新颖而复杂的方法所推动。一系列站不住脚的判决和夸大的索赔提出了这样一种可能性：投资者甚至可能被激励去促进项目征收，因为未来索赔金额可能会被夸大。补偿是 ISDS 仲裁程序的目标和最终结果，投资者轻易地制造“数十亿美元索赔”是 ISDS 众多缺陷中最危险的，这个危险应被看见和重视。

[20] Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award (April 4, 2016).

论国际投资协定中国家安全例外条款的适用边界

姜昆鹏

[摘　要]近年来，一些国家以国家安全为由实现对其他国家的压制造成了国际投资领域国家安全条款的滥用与泛化。国家安全例外条款作为维护东道国国家安全的有力武器，允许国家在紧急状态下采取措施限制投资协定中规定的投资者权利且不违反条约义务。随着国家“安全”概念的扩大化、政治工具化，以及适用过程中的非合法化问题，不仅损害了现行国际经济秩序，还加剧了国家间经贸合作的紧张关系。对此，有必要从国际投资条约自身、相关国际法规则等维度探讨国家安全例外条款的适用边界问题。就中国而言，中国兼具资本输入大国与资本输出大国的双重投资身份，并逐步由资本输入国转向资本输出国，中国应强调以国际法为基础的国际法治密切关注当前国家安全投资规则的实践发展动向，共同推进有关国家安全条款国际规则的改革。

[关键词]国际投资仲裁、国家安全、安全例外条款、适用边界

一、引　言

当前，安全例外条款（Security Exceptions Clause）已经成为国际法、国际贸易法和国际投资法之间交集最多的领域，也是国家权利义务边界最模糊、最容易因滥用而产生的国际争端的条款。安全例外条款起初被运用在国际贸易条约中，而后其规则逐步被移植到国际投资法领域，在大多数的国际投资协定和区域性协定的投资章节中采用了根本安全利益（Essential Security Interests）、非排除限制措施（Non-precluded Measures）和国家安全条款等术语。国家安全例外条款不仅作为国际投资法中调节东道国与投资者之间利益平衡的工具，也是在当前投资者-东道国争端解决机制正当性危机[1]下捍卫东道国家主权、国家安全的利器。其最大价值在于允许一国在受到安全威胁或紧急情况下采取措施不履行条约中的国际义务，事后不被视为违反条约义务并可免除其国家责任。[2]

随着逆全球化思维和保护主义政策的兴起，国际投资协定中安全例外条款呈现扩张趋势，通过泛化“国家安全”的概念扩大对安全例外条款的适用。[3]一方面体现在晚近签订的国际投资协定及区域贸易投资协定中纳入国家安全例外条款的比例在增加，国际投资仲裁中仲裁

作者简介：姜昆鹏，男（1999-），福州大学法学院 2022 级国际法学专业硕士研究生，研究方向：国际经济法学。

[1] ISDS 的正当性危机的观点最早由学者 Franck S D.在 2005 年提出，主要指国际投资仲裁裁决非一致性、仲裁程序缺乏透明度等问题。Franck S D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Publlic International Law through Inconsistent Decisions[J]. Fordham L. Rev., 2004, 73: 1521.

[2] Pathirana D, McLaughlin M. Non-precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice[M]//Handbook of International Investment Law and Policy. Singapore: Springer Singapore, 2021: 485.

[3] 于跃.国际投资协定中根本安全利益条款的扩张趋势及中国因应[J].对外经贸实务,2024,42(03)48.

庭一般倾向于保护投资者利益，国家安全例外条款的存在一定程度上可使国家安全公共利益不受损害。另一方面表现在当前国际投资仲裁中投资者以东道国主张国家安全例外条款而违反投资义务为由的仲裁案件的数量逐步上升。可见，国家安全例外条款的适用与投资者权益保护之间天然存在张力，往往投资者会以此诉诸国际投资争端解决中心（下称 ICSID）维护其合法利益。基于此，一国能否成功援引有关协定中的国家安全例外条款以主张免除其条约中的国际义务，取决于仲裁庭对东道国国家安全例外适用边界的认定。

就中国而言，中国兼具资本输入大国与资本输出大国的双重投资身份，并逐步由资本输入国转向资本输出国。然而近年来，欧美等发达国家屡次以国家安全为由限制和排斥中国企业海外投资，[4]国家安全例外条款的泛化与滥用严重妨碍了现行国际经济秩序的运行，使得国家间经贸合作关系进一步恶化，这也反映出现行国际秩序下各国抢夺国际规则制定权的实质。中国作为受西方国际以国家安全为由外资审查频次较高、影响较严重的国家，有必要认真研究当前国际投资领域中国家安全条款的滥用形式、实质内涵、具体类型和适用路径，以及剖析当前投资协定中国家安全例外条款的适用边界等重要问题，有助于在当前国际法框架下对滥用国家安全例外条款的行为采取反制措施。同样地，中国也应当积极参与国家安全条款有关的国际投资规则的制定与讨论，并提出能够兼顾各方利益的合理化诉求的国际方案，为中国企业海外投资风险规避与救济提供有力支撑。

二、国际投资协定中国家安全例外条款的泛化与滥用

当前世界局势复杂多变，单边主义和地缘政治的愈演愈烈，一些国家通过在贸易投资协定中嵌入国家安全例外条款等手段突破现有国际经贸规则，导致国际经贸领域出现“国家安全例外条款”的泛化现象，严重妨碍了现有国际经济秩序的运行，集中体现在各国对国家安全例外条款的滥用，国家安全例外应用场景的泛化、条款性质和类型的多样化等方面。

（一）国家安全例外条款“安全”的扩大化

国家安全例外条款的历史根源可以追溯到 20 世纪中期美国与他国缔结的大量《友谊、商业和航行(FCN）条约》（下称 FCN 条约），即现代双边投资条约的前身。[5]当时美国缔结的大量 FCN 条约允许缔约方在战争情况下实施维护国家利益所必须的限制措施。时值二战结束，各国对贸易投资协定中安全例外条款的适用采取审慎克制的态度，一国以国家安全为由对另一缔约方采取的限制措施也主要集中在军事威胁和战争或紧急情况等传统安全领域。基于此种认识的理论前提是，如果出现从根本上改变国家政策的紧急情况，国家通常无法履行其条约义务。[6]

---

[4] 梁咏,刘中奇.国际投资仲裁中的东道国安全例外抗辩与中国对策研究[J].海关与经贸研究,2023,44(04)117.

[5] Pathirana D, McLaughlin M. Non-precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice[M]//Handbook of International Investment Law and Policy. Singapore: Springer Singapore, 2021: 483-505.

[6] Burke-White W W, Von Staden A. Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties[J]. Va. J. Int'l L., 2007, 48: 307.

上世纪 90 年代末至本世纪初，由于受经济全球化的影响以及世界多极化趋势的加强，国家安全例外条款的适用场景从传统安全领域拓展到其他安全范畴，如公共秩序、公共健康、公共道德等场域。以阿根廷国内的经济危机为例，由于其声称在危机期间特定时期内不承担责任，而被外国投资者提起投资纠纷诉投资仲裁。部分仲裁裁决结果表明，国家遭遇经济危机可以国家安全例外为由豁免其对投资者承担国际义务。当下，国家安全例外条款从紧急状态下的军事安全或经济安全转向网络安全阵地，各国正在争夺网络主权的话语高地。最好的例证是个别国家将网络安全纳入国家安全的范畴，并以网络安全涉及国家安全为由对外国投资者采取限制措施，近期值得关注的是华为依据《中国-瑞典双边投资协定》对瑞典政府违反投资待遇限制投资而启动投资仲裁程序。[7]

可见，将“国家安全”的定义内涵拓展到传统军事安全及战争威胁的语境之外，亦或是将经济安全、公共道德乃至国内政策目标纳入其定义范围，使得国家安全例外条款进而成为打压竞争对手的有力措施，这种扩展性的变化有一定可能导致任何国内政策措施都可以被合理化维护国家安全的目标，从而为该条款的滥用提供了可操作的空间。

（二）国家安全例外条款的政治工具化

国际安全例外条款的滥用各国在国内立法中强化对外资的国家安全审查。在地缘战略竞争影响国际投资规则制定的背景下，去全球化与国家利益优先等理念的兴起使法律沦为实现国家政治化目标的工具。[8]越来越多国家通过国家安全审查、经济制裁、出口管制等方式来实现其地缘政治目标。在国际投资领域变现为加大对外商投资的国家安全审查力度，并以国家安全例外为由豁免其国家的投资保护义务，其实质是国家安全例外条款的滥用。2023 年 8 月 9 日，拜登总统发布第 14105 号行政命令，宣布进入国家紧急状态，以应对某些受关注国家境外投资对美国构成的威胁，并将半导体和微电子、量子信息技术和人工智能列为国家安全的技术产品。[9]

国家安全例外条款的滥用还表现在部分国家适用该条款过度任意性，且存在选择性适用该条款的现象。比如，一些国家在没有确切证据的前提下，宣称某些投资行为或投资活动威胁国家安全，并对外国投资者采取保护措施。比如在 Loewen v. USA 案件中，美国政府基于公共利益和国家安全的考虑，反对加拿大 Loewen 集团对一家美国葬礼服务公司的收购。[10]更有甚者，国家安全例外条款演化一些国家的政治化工具只瞄准某些特定的投资或投资者，这种缺乏一致性和普遍性的做法有违于公共公正待遇原则。以美国为例，其在 14105 号行政命令中通过将受关注国家纳入清单的形式，明显就是指向一些国家或地区的企业的投资待遇歧视，而中国与中国香港地区及中国澳门地区正在此列。

从国家安全例外条款与国内政策法规的发展趋势来看，国家安全例外条款实质上已经演

[7] 杜明.国家安全的国际经济法回应——以华为诉瑞典仲裁案为例[J].国际法研究,2023,(05)5.

[8] 王鹏.国际投资规则的发展与变革：旧矛盾与新情境[J/OL].国际经济评论,2024,(02):95-119[2024-09-26].

[9] Executive Order 14105 of August 9,2023.https://home.treasury.gov/system/files/206/Executive%20Order%2014105%20August%209%2C%202023.pdf.

[10] Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America(ICSID Case No. ARB(AF)/98/3)

变成为部分国家出于国内经济考虑或实现国家战略层面需要的政治工具。比如说，对来自特定国家的投资进行限制，可能更多是基于地缘政治竞争考虑而非实际安全威胁。以“国家安全”之名行“贸易投资限制措施”之实，其根本上与安全威胁或紧急情况无关。

（三）国家安全例外条款适用过程的非合法化

一般来说，一国在适用国家安全条款时往往忽视其在国际投资协定下的义务，其适用过程并非都具有合法性。非合法化具体表现在适用国家安全例外条款时缺乏透明度方面。国家安全例外条款适用过程的非透明化最明显的特征就是：在适用国家安全例外条款豁免其条约义务的同时，不对外公布其有关国家安全的决策过程，涉及国家安全事项有关的确切证据以及对审查结果的非公开化。比如，《美国双边投资协定范本》（2012）第 18 条：“本条约的任何内容均不得解释为要求一缔约方提供或允许查阅其认为披露有悖于其基本安全利益的任何信息。”[11]换言之，美国政府认为国家安全是事关国家秘密的信息，其有权不对外进行解释，并拒绝对外披露。

此外，国家安全例外条款适用的非公开化与非透明化，将导致投资者或其他国家难以评估其相关措施的合法性与必要性。特别是在那些自我判断性质的国家安全例外条款，其适用该条款的必要性判断是由其国家自我决定的。实际上这些措施的应用远远超过了国际投资协定中所允许的范围及目标，将导致国家安全条款有关的投资争端的数量进一步增加。“国家安全”例外条款的泛化与滥用将破坏既有国际经济合作的信任基础，从结果上导致国际投资壁垒的增加为全球经济发展带来更多的不确定性。

三、国际投资协定中国家安全例外条款的类型及适用路径

（一）国际投资协定中国家安全例外条款的类型

东道国在投资仲裁中援引安全例外条款进行抗辩，仲裁庭有权审查国家采取的措施与基本安全利益之间是否为必要，而对是否必要的认定依据的来源于投资条约本身的规定。虽然各国在双边投资条约以及区域性经贸协定的投资章节中对安全例外条款的表述各有不同，但结构上基本上包含适用范围、允许的目标、关联性要求几个部分。[12]其中，仲裁庭对必要性的审查是东道国能否成功援引安全例外抗辩及影响最终投资仲裁结果走向的重要因素。

根据性质和措辞的不同，国际投资协定中安全例外条款可分为非自我判断式安全例外条款和自我判断式安全例外条款两类。通过类型化梳理投资协定两类安全例外条款对适用条件的有关表述，从其条约术语所表达的适用门槛的程度不同大致可以分为以下几类。

1. 国家采取的行动与协定适用条件一致

安全例外条款中采用实现目标所必要的表述表明国家援引安全例外条款进行抗辩时所

[11] 《美国双边投资协定范本》（2012）第 18 条。

[12] Burke-White W W, Von Staden A. Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties[J]. Va. J. Int'l L., 2007, 48: 327.

采取的相关措施必须与条约中例外目标相一致，在国际投资协定中多采用“必要”（necessary for）、“为了必要性”（for the necessity of）和“必须”（required to）等措辞表示其必要性。比如，在 1991 年《美国-阿根廷双边投资协定》第 11 条中就采用“必要”（necessary for）来表示何为安全例外条款适用的必要性。[13]此外，1984 年《相互促进和保护投资协定》(比利时-卢森堡经济联盟-中国双边投资条约) 第 4 条采用“为了必要性”（for the necessity of）的措辞。[14] 1998 年《相互促进和保护投资协定》（比利时-卢森堡经济联盟-哈萨克斯坦双边投资协定）第 3 条使用“必须”（required to）。[15]由此可见，国家采取保护基本安全的措施既要与条约语序的目标相关，而且得是实现这些目标所必要的措施。

2.适用国家安全例外条款无必要条件

在其他双边投资协定中对必要性的判断给予东道国一定的自由裁量空间，并不要求其所采取的措施与实现国家安全、公共利益等特定目标具有必要性。换言之，国家维护根本安全利益的措施并非基于必要的目的，维护基本安全、公共秩序目的的措施可以是非必要的。比如，在《巴西投资协定范本》（2015）第 13 条安全例外采用“旨在”（aimed at）的表述，因此在其看来维护国家安全的措施必要性优于投资协定中国家义务的履行。[16]同样地，在《比利时-卢森堡经济联盟与[...]之间关于相互促进和保护投资的协定》的序言也有类似的规定。[17]这些投资协定中的措辞表明，所采取的措施只要是为维护国家安全、公共秩序和公共道德等问题的稳定性，投资协定的其他内容不得限制或排除其采取该措施的权利。总之，这一投资协定中的关联性要求为东道国援引安全例外抗辩提供了更大的可能性，因为其安全例外条款的适用不存在必要性目的。

3.自我判断性质的国家安全例外条款

自我判断（self-judging）性质的安全例外条款，也叫做自裁性安全例外条款，其赋予国家单方面退出条约中的国际义务的权利，并由国家从主观层面判断是否违反该国际义务，一般使用“其认为有必要”（it considers necessary）或 “其认为确有必要”（it determines necessary）等术语表达关必要性要求。[18]比如，《美国双边投资范本》（2012）就是最好的例证，其不见对基本安全的内容进行详细规定，并对安全例外条款的必要性审查进行严格限

---

[13] 《美国-阿根廷双边投资协定》（1991）第 11 条：“该条款允许任一方在必要时采取措施以维护公共秩序、履行其维护或恢复国际和平与安全的义务，或保护其自身的基本安全利益。”.

[14] 《相互促进和保护投资协定》(比利时-卢森堡经济联盟-中国双边投资条约) 第 4 条：“缔约任何一方均不得在其领土内对缔约另一方投资者的投资采取征用、国有化或其他类似措施，但出于安全和公共利益的需要，在下列条件下除外。”

[15] 《相互促进和保护投资协定》（比利时-卢森堡经济联盟-哈萨克斯坦双边投资协定）第 3 条：“除非为维护公共秩序和捍卫国家法律而采取必要措施，否则不得使用或清算上述投资。”

[16] 《巴西双边投资协定范本》（2015）第 13 条：“本协定的任何规定均不得解释为阻止一缔约方采取或维持旨在维护其国家安全或公共秩序的措施。”

[17] 《比利时-卢森堡经济联盟与[...]之间关于相互促进和保护投资的协定》第 1 条第 2 项规定，“本协定的任何规定均不得以任何方式解释为排除缔约各方为追求合法政策目标而采取、维持和执行措施的权利，例如保护公众健康、环境和公共道德;促进安保和安全;实现可持续发展目标;社会或消费者保护;保护劳工标准;金融体系的完整性和稳定性，或促进和保护文化多样性。”

[18] Schill S, Briese R. “If the state considers”: self-judging clauses in international dispute settlement[J]. Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, 2009, 13(1): 67-68.

制。[19]根据该条内容可以推断出，涉及到基本国家安全的信息国家可以拒绝公开，是否涉及到基本安全的事项的认定属于自我判断性质的条款，其必要性国家可以自行决定仲裁庭无权对其进行审查。一般在国际投资仲裁中对自我判断性质安全例外条款仅审查其是否符合传统国家法中的善意原则。[20]

（二）投资实践中国家安全例外条款的适用路径

在投资仲裁实践中，投资争端涉及到东道国以安全例外抗辩时，在不同范式的安全例外情形下仲裁庭依据其所主张的投资条约内容进行裁判时，对关联性要求的认定存在不同实践。这是因为，不同投资协定中对安全例外条款的关联性要求的审查标准不同，考察不同仲裁时间中有关安全例外条款关联性要求更有利于判断出仲裁庭对东道国适用安全例外条款的态度及投资仲裁结果的走向。

1.非自我判断式安全例外条款的适用路径

国家安全例外条款的必要性问题是指国家实现条约中基本安全目标是采取的措施是出于必要性的，对这一要求的判断反映了国家是否可以适用安全例外条款。ICSID 在审理美国投资者诉阿根廷的金融危机系列案件[21]对国家采取的措施与维护基本安全是否必要，以及国家适用国安全例外条款的必要性的认定具有重要实践意义。 在这些案件中，仲裁庭根据《美国-阿根廷双边投资协定》（1991）第 11 条[22]的规定解释了阿根廷采取的措施与基本安全之间的必要性。

在 CMS 案中，仲裁庭认为《国家责任条款》第 25 条[23]充分反映了习惯国际法在必要性问题上的看法，法庭指出除非满足严格的条件，否则“不得援引”必要性。[24]同样在 Enron 案中，法庭也强调阿根廷政府根据《紧急状态法》所采取的处理方式应对经济危机是否为《国家责任条款》第 25 条规定的“唯一方式”（the only way）。[25]唯一方式的措施即说明安全例外条款的必要性和可适用的范围十分狭窄，只有在极少数的情形下才可以适用。在 Mobil 和 El Paso 案中，仲裁庭再次提及了援引安全例外条款必要性抗辩的要件。仲裁庭强调，根据《美国-阿根廷双边投资协定》第 11 条和习惯国际法中紧急情况下适用安全例外条款必要性的区别，前者作为该条款的特别法，而习惯国际法中的紧急情况作为一般法。[26]

---

[19] 《美国双边投资协定范本》（2012）第 18 条：“本条约的任何内容均不得解释为要求一缔约方提供或允许查阅其认为披露有悖于其基本安全利益的任何信息。”

[20] 顾晨迪.国际投资协定中根本安全利益条款的自裁性问题研究[J].海外投资与出口信贷,2023,(03)37.

[21] 阿根廷系列金融危机案件分别是 CMS v. Argentina (CMS 案)； Enron v. Argentine (Enron 案)；Sempra v. Argentina (Sempra 案)；Mobil v. Argentina）（Mobil 案）；El Paso v. Argentine（El Paso 案）.

[22] 《美国-阿根廷双边投资协定》（1991）第 11 条：“本协定不应排除任何一方为了维护公共秩序、履行维护或恢复国际和平与安全的义务，或保护其根本安全利益而采取必要的措施”

[23] 《国家责任条款草案》第 25 条：一国不得援引危急情况作为理由解除不遵守该国某项国际义务的行为的不法性，除非：（a）该行为是该国保护基本利益，对抗某项严重迫切危险的唯一办法；而且（b）该行为并不严重损害作为所负义务对象的一国或数国或整个国际社会的基本利益。

[24] CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8，para317.

[25] Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic，ICSID Case No. ARB/01/3，para307- para310.

[26] El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, para552；Mobil Exploration

换言之，“维持公共秩序”或“保护基本安全利益”所需的措施首先应审查其行为是否违反相关的双边投资协定。

在后续的其他案件中，仲裁庭对必要性问题的判断采取了灵活性的认定方式，并裁定阿根廷政府采取的措施符合必要性的联系要求。在 Continental 案中，仲裁庭认为必要性的判断更适合通过 GATT 和 WTO 判例法来认定，而不是采取习惯国际法下的必要性要求，并采取最低限制方式（Least-Restrictive Means，LRM）来评估阿根廷政府所采取的措施是否出于必要性。[27]在 LG&E 案中，仲裁庭反对唯一方式与解释国家安全例外条款具有关联性，在经济危机期间国家可以采取任何对策来维持公共秩序或保护其根本安全利益。[28]

2. 自我判断式国家安全例外条款的适用路径

自我判断式安全例外条款为各国在实践中提供了最大程度的自由裁量权，可作为衡平投资者与国家利益的安全阀，国家可以完全自行判断采取何种措施来保障其根本安全，且仲裁庭对该国家的行为不作实质性审查。在既有的案件中，涉及到援引安全例外条款的争端都集中在国际贸易领域。

在俄罗斯过境交通案中，俄罗斯为应对 2014 年发生国际关系的紧急情况对乌克兰过境运输的某些货物采取过境限制措施，其主张这些措施是保护其基本安全利益所必要的措施之一，并依据 GATT 第 21 条(b)(iii)款进行抗辩。[29]世贸组织专家组将其主张安全例外条款中的“它认为”界定为仅限于保护援引成员国的基本安全利益的措施的必要性。[30]专家组对必要性的界定要求所涉措施满足与所提出的基本安全利益有关的合理性的最低要求。[31]

在沙特阿拉伯（下称沙特）-知识产权保护措施案中，专家组采用了更精准的术语来解释沙特采取的措施与其安全利益的合理性的最低要求。在本案中，随着沙特与卡塔尔关系的进一步恶化，沙特禁止并拒绝向拥有大型赛事转播权的 BeIN 公司发放赛事转播经营许可证，其境内的 BeoutQ 公司通过制作盗版内容并获利，沙特通过反同情措施（“anti-sympathy measures”）[32]来阻止 BeIN 在其国内法院获得救济，并援引 TRIPS 协定下的“基本安全条款”抗辩。[33]专家组认为，鉴于双方之间的紧张局势或危机加剧，此前沙特已对卡塔尔国民实施旅行禁令和驱逐令以保护国家免受恐怖主义和极端主义威胁，因而认为这些行动与反同情措施之间存在合理的联系。[34]并且，沙特通过反同情措施维护基本安全利益的行为只要满

---

and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic，ICSID Case No. ARB/04/16，para1015.

[27] Continental Casualty Company v. Argentine Republic，ICSID Case No. ARB/03/9，para192.

[28] LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic，ICSID Case No. ARB/02/1，para239.

[29] Organization, W.T., Russia - Measures Concerning Traffic in Transit. 2019，para7.2.

[30] Ibid .,para.7.127.

[31] Ibid .,para.7.138.

[32] 反同情措施是指，BeIN 公司无法通过沙特法院和民事执行程序获得执行其知识产权的救济措施。

[33] Organization, W.T., Saudi Arabia, Kingdom of - Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights. 2020,para2.2.

[34] Ibid .,para.7.286.

足“最低限度要求”即是可信的。[35]

综上，在国际投资视域下绝大部分投资协定都包含安全例外条款，且采用的术语与措辞基本一致，如维护基本安全、根本安全和公共秩序等，但在不同条约中针对安全问题采取措施援引安全例外条款抗辩赋予国家不同标准的自由裁量权，且在国际实践中仲裁庭对此采用不同的审查方式，这些差异化现象的成因是仲裁庭缺乏安全例外条款统一适用标准。[36]故国际投资协定中的安全例外条款虽有增多趋势但不具普遍适用性[37]，且在国际实践中根据不同必要性审查程度导致难以获得支持。

四、国际投资协定中国家安全例外条款的适用边界

（一）国家安全例外条款适用边界的标准

在国际投资争端中，大部分争端都涉及东道国为实现公共管理目标而采取的规制措施，这些措施影响投资者投资权益的实现，因而投资者转而寻求投资仲裁以获得救济。在投资仲裁中，东道国以安全例外为由行使公共管理目标而免除投资条约所载的投资义务存在适用边界。由上文中所提及的国际实践可知，仲裁庭对国家安全例外条款适用边界的判断主要依据投资条约自身规定、习惯国际法中“紧急情况”和“善意原则”等适用条件，根据国家安全例外条款的范式不同采取不同适用标准。

1. 从投资条约自身确定“国家安全”的适用范围

迄今为止，国际投资法学界乃至国际实践对安全例外条款的审查标准都没有确切的答案。鉴于此，安全例外条款的可适用性的审查标准首先应立足于双边、多边投资条约本身对此的规定。简言之，仲裁庭对安全例外条款可适用性的审查应判断相关的投资协定中是否存在安全例外条款的适用条件与适用标准。比如，投资协定中采用了“其认为”和“不予提交仲裁庭审查”等术语，则说明仲裁庭对案件的事实认定没有管辖权。比如，自我判断式的国家安全例外条款，仲裁庭则没有管辖权审查国家所采取的措施是否必要，因为投资条约中在这一方面赋予了国家自由裁量权。反之，如果投资协定本身缺乏明确的可适用标准，即可通过习惯国际法和一般法律原则等规定进行补充。

2. 一般条件下适用严格标准

在现有的投资协定中，大部分投资协定中的安全例外条款普遍采用了实现目标所必要的措辞，在投资仲裁实践中往往仲裁庭也对其采取了最为严厉的适用审查标准，不仅审查投资条约中基本安全的内容及目标，还审查国家采取维护基本安全与条约目标是否符合关联性要求，并采用习惯国际法中的“紧急情况”等方式来认定国家的行为是否为“必要”。

此外，部分案件中仲裁庭用了 WTO 的 LRM 标准来解释国家适用安全例外条款是否必

[35] Ibid .,para7.285.

[36] 沈伟.国际投资协定中的安全例外条款：全球趋势与中国实践[J].比较法研究,2022,(06)186.

[37] 刘敬东.“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析——以国际贸易投资规则为视角[J].法学杂志,2023,44(02):127.

要。比如，在德国电信案中，仲裁庭在不提及 WTO 法律的情况下审查印度行为的必要性，该措施客观上是否需要实现保护所涉及的基本安全利益，以及同时考虑到国家是否有合理的替代选择，冲突更少或更符合其国际义务。[38]

3. 例外条件下适用善意原则标准

自我判断式安全例外条款给予国家较大的自由裁量权，国家完全可以自行判断采取何种措施保护其基本安全利益，仲裁庭不必对国家采取的措施的必要性进行审查。换言之，当投资争端涉及到自我判断式安全例外条款适用时，仲裁庭应当充分尊重东道国根据条约内容所采取的有关措施的自主权并对该措施进行十分有限的审查，因为该措施的执行与否事关东道国国内主权。对此，自我判断式安全例外条款的审查只需要国家满足《维也纳条约法公约》第 26 条规定的善意履行即可[39]，该观点在阿根廷金融危机案件中得到实践确认。[40]

因此，可将善意履行原则作为自我判断式安全例外条款的最低限度审查标准，东道国采取措施达成条约中基本安全目标只要是出于善意的，对善意的判断可以参照国际法院判例和 WTO 贸易争端中的已有实践。比如在互助案中，虽然法院认为法国根据条约第 2 条的为收到援助请求的国家提供了非常大的自由裁量权，但自由裁量权的行使仍受《维也纳条约法公约》第 26 条所规定的善意义务的约束。[41]

（二）对中国的启示

从当前国际投资协定中国家安全例外条款的滥用与泛化趋势和实践结果来看，对中国企业与投资者极为不利，中国在新一轮的国际经贸规则竞争中处于劣势。中国始终坚持和平共处与高水平对外开放，维护以国际法为核心的国际规则。面对国际投资领域国家安全例外条款的不利影响，可以从以下几个角度努力。

1. 强调以国际法为基础的国际法治

强调以国际法为基础的国际秩序，更符合完善全球治理和推动更加公正合理的国际秩序的时代要求。中国主张“以国际法为基础”的国际秩序，反对西方西方国家“以规则为基础的国际秩序”，因为后者内含强权政治逻辑。[42]长期以来，西方国家利用“以规则为基础”的国际秩序实现对中国的压制，在经贸领域具体表现为以国家安全例外为由实现对既有国际经贸规则的改造。有鉴于此，中国应当需要准备应对西方国家随时采取的压制措施，发展长期有效的政策以保护国家利益，同时坚定维护以国际法为基础的国际法治。

此外，中国还应与其他国家建立更加紧密的合作关系，共同维护国际法的有效性和权威性，加强与“一带一路”沿线国家建立友好合作伙伴关系，特别是与发展中国家与新兴市场国家一起反对单边主义与保护主义。此外，中国应利用联合国、世界贸易组织等多边机构积

[38] Deutsche Telekom AG v. The Republic of India（2017），para239.

[39] 《维也纳条约法公约》第 26 条：凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。

[40] Enron v. Argentine (2007), para. 339; Sempra v. Argentina (2007), para. 388.

[41] Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djib. v. Fr.), 2008 I.C.J. (June 4)，para145.

[42] 徐崇利.国际秩序的基础之争：规则还是国际法[J].中国社会科学评价,2022,(01):29-30.

极发声，通过这些平台表达中国的立场与关切，面对现行国际经贸秩序中不公正不合理之处，中国可以同其他国家一道倡导和推动必要的改革，能更好的反映出广大国家的利益和意愿。

2.共同推进有关国家安全条款国际规则的改革

国际投资协定中国家安全例外条款的滥用与泛化表明国家安全条款的内容。从国家安全例外条款的发展与流变来看，现今的国家安全与过去在性质、类型及内涵上有了较大的变化，国家安全不仅限于军事威胁等传统安全事项，而是随着当今国际环境变化在不断更新，各国关注的国家安全事项已经拓展至气候变化、网络安全和公共健康等多个议题。对此，中国有必要在有关国际规则的制定、解释和应用方面发挥更大的作用，增强在有关领域的话语权和影响力。

同时，中国应当关注已缔结的双边、多变投资协定中国家安全条款的内容，积极同协定各个缔约方展开对话，就国家安全条款的内容谈判达成共识明确有关国家安全条款的适用边界，以削减国家间因国家安全条款适用产生的投资争端。在国内层面，应加强国内法治建设，确保国内法律与国际规则的接轨，提高中国法律的透明度和可预测性。

3.利用国际投资争端解决法律机制

近年来，西方国家屡次以国家安全条款为由违反公平公正等投资保护待遇，中国可以利用国际投资仲裁等国际投资争端解决机制维护自身的合法权益。当前，国家安全例外条款的可适用性仍然是一个未决议题，这表明对于国家安全例外条款仍属于国际投资仲裁庭有管辖权的事项。于中国而言，将国家安全例外条款等投资纠纷提交国际投资争端解决机制处理，更有助于表明在实际行动上维护以国际法为基础的国际法秩序的决心。

同时，将国家安全例外条款纠纷的处理提交给国际投资仲裁等第三方机构，有助于扼制国家安全例外条款在国际投资领域的泛化与滥用趋势，推进国际经贸环境的稳定性和确定性。对中国而言，能够更有效的应对西方国家以国家安全的名义实现对中国的打击与压制，有利于促进国际秩序朝着更加公正合法的方向发展。

六、结　语

应当看到，随着国际局势的动荡与地缘政治冲突的增多，单边主义与保护主义的兴起阻碍了国际经济发展。在国际经济法领域具体演变为国家安全例外条款的的泛化与滥用从国际贸易领域延伸至国际投资领域，国际投资协定中国际安全例外条款植入数量的增多，表明国家安全例外条款已成为欧美等西方国家实现国内政策目标的政治化工具，并非真正处于国家安全的需要。此举不仅破坏了国际经济合作的信任基础，还增加了全球经济发展的不确定性。

面对国际投资领域中国家安全例外条款的发展的挑战，中国应强调以国际法为基础的国际法治与国际秩序，与其他国家建立更紧密的合作关系，共同维护国际法的有效性和权威性。同时，中国应积极参与国际规则的制定和改革，共同探讨国家安全条款的适用边界问题，并利用国际投资争端解决机制等国际法机制维护自身合法权益。

随着国际政治经济形势的演变，国家安全例外条款的适用变得更加复杂。中国作为崛起的资本输出大国，有必要深入研究和应对这一变化带来的法律挑战。通过加强国际合作、推动国际规则改革，并有效利用国际投资法律机制，中国可以更好地保护其海外投资利益，同时促进国际秩序朝着更加公正合理的方向发展。这不仅有利于中国的长远发展，也有助于维护全球经济的稳定与繁荣。

国际投资协定中安全例外条款的“自裁决性”问题研究

姜懿格*

摘 要：随着地缘经贸斗争日益尖锐，越来越多国家在国际投资协定中设置具有“自裁决性”的安全例外条款，以维护本国的根本安全利益及东道国规制权。“自裁决性”的安全例外条款经美国双边投资协定的发展而获得广泛认同,但目前国际投资协定中尚未形成统一规定。由于国家安全概念的开放性，导致实践中安全例外条款的可诉性、“自裁决性”以及审查标准存在解释及适用分歧，从而加剧了投资仲裁的正当性危机。通过厘清投资仲裁庭在安全例外条款的审查标准以及我国所签订的双边投资协定现状,为我国完善投资协定中安全例外条款的规定以及维护国家安全利益、海外投资者的合法权益提供相应建议。

关键词：国际投资协定；安全例外条款；自裁决性；审查标准

一、问题的提出

近年来，为缓解国际投资仲裁实践中一味偏袒投资者的现象，以及面对主权国家日益扩张的制度需求，越来越多的国家在缔结国际投资协定[①]时纳入具有“自裁决性”的安全例外条款。[②]新一代国际投资协定对安全例外条款大多采用了“其认为必须”（“it considers / determines necessary”）的“自裁决性”表述，国家可以基于单方面的考虑，并根据其是否相对于其他国家或国际组织利用和援引该条款的主观认识,逃避或减损国际义务的权利。[③]该规定在维护国家“根本安全利益”与“自由贸易投资”之间提供了平衡机会，然而，这种“自裁决性”规定存在被东道国滥用以规避其应尽义务的风险，可能导致其对外资进行不公正干预，甚至将外资排斥出本国市场，从而破坏国际投资环境的稳定性和公正性。[④]而由于国际投资协定中安全例外条款“自裁决性”规定的模糊性，致使某些国家滥用该条款从而对违反条约义务的行为进行抗辩，以此削弱对方的经济实力从而获得地缘政治斗争优势。[⑤]同时，国际争端解决机构对安全例外条款“自裁决性”的解释不一致，导致该条款在实践适用过程

---

* 作者简介：姜懿格，华东政法大学国际法学院硕士研究生。

① 联合国贸易和发展会议投资政策中心（UNCTAD Investment Policy Hub）将国际投资协定划分为双边投资协定（Bilateral Invstement Treaties, BITs）和包含投资条款的条约（Treaties with Investment Provisions, TIPs）。

② 在不同协定和论述中，可能以根本安全利益（essential security interests）、安全例外（security exceptions）、非排除措施（non-precluded measures）等措辞表述，本文中概以“安全例外条款”进行表述。

③ See Stephan Schill and Robyn Briese, “If the State Considers:Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, 13 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 61-140 (2009).

④ See William J. Moon, “Essential Security Interests in International Investment Agreements”, 15 *Journal of International Economic Law*, 481-502 (2012). 参见姜慧芹、何海洲：《国际投资仲裁中东道国安全抗辩的应对策略研究——以华为诉瑞典案为例》，《国际法学刊》2024 年第 1 期。

⑤ See Anthea Roberts, Henrique Choer Moraes and Victor Ferguson, “Toward a Geoeconomic Order In International Trade and Investment”, 22 *Journal of International Economic Law*, 655-676 (2019).

中充满争议。因此，如何在尊重国家安全的主权权力的同时，正确理解并适用国际投资协定中安全例外条款的“自裁决性”规定具有重要理论及现实意义。

目前关于认定安全例外条款具有有限的“自裁决性”已经形成共识，但在认定是否具有“自裁决性”的理由主要分为两类观点。一类是基于综合考量后的认定，通过综合考量各国缔约时的意图以及缔约国嗣后协定和实践以认定安全例外条款的“自裁决性”，但缔约国采取的维护国家安全的必要措施应符合“善意原则”标准。[①]另一类是仅基于条文本身表述的认定，若条约文本中明确规定了“其认为”的表述，根据文义解释的方法则表明有意承认东道国采取的维护国家安全的规制措施具有“自裁决性”。[②]

2016 年由联合国贸易和发展会议发布的《世界投资报告》中指出，各国在制定投资政策时逐渐将国家安全问题作为重要的考量因素之一。[③]鉴于安全例外条款在国际投资仲裁中存在滥用的现象，我国作为其中受影响较为严重的国家之一，迫切需要深化对国际投资协定中安全例外条款“自裁决性”本质的探究。本文通过对国际投资协定中的条款规定以及投资仲裁庭在适用及解释该条款时的规则，试图明晰其适用及审查标准，为有效应对美西方国家滥用该条款的行为提供坚实的国际法支撑，从而坚定地捍卫我国的合法权益。[④]

二、国际投资协定中安全例外条款“自裁决性”的缘起与发展

“自裁决性”的安全例外条款经美国双边投资协定的发展而获得广泛认同，通过基于美国双边投资协定对安全例外条款的“自裁决性”进行考察，可以大致发现全球投资协定中关于该规定的发展趋势。

（一）安全例外条款“自裁决性”溯源：基于美国双边投资协定的考察

安全例外条款“自裁决性”可追溯至 1947 年的《国际贸易组织宪章草案》第 99 条的相关规定，[⑤]美国为保护缔约方在维护国家安全利益时能够更加灵活地采取措施，在谈判及磋商期间主张应当加入安全例外条款。此后，该宪章草案的核心理念和内容被后续制定的《关税与贸易总协定》（以下简称“GATT”）所采纳，并具体体现在 GATT 第 21 条之中，[⑥]从而确保了国家安全例外在国际贸易体系中的合理考量。美国在二战后也积极签署大量《友好、通商和航海条约》（以下简称“FCN”），首次将保护海外投资作为主要目标。[⑦]在 20 世纪 50 年代，虽然美国与伊朗、意大利、日本等国家所签订的 FCN 条约中以 GATT 第 21 条为

---

① 参见余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，《中国法学》2011 年第 2 期。See Anthea Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, 104 *American Journal of International Law*, 179-225 (2010).

② See Sebastián M. Blanco and Alexander Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review*, Cham: Springer, 2020, pp.45-46.

③ See *World Investment Report 2016 - Investor Nationality: Policy Challenges*, United Nations Conference on Trade and Development, 2016, p. 94.

④ 参见刘敬东：《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析——以国际贸易投资规则为视角》，《法学杂志》2023 年第 2 期。

⑤ See *The Havana Charter for an International Trade Organization*, United Nations Conference on Trade and Employment, U.N. Doc. E/Conf.2/78, 1948.

⑥ General Agreement on Tariffs and Trade art. XXI, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A11, 55 U.N.T.S. 194.

⑦ 参见〔美〕肯尼斯·J·范德维尔德著：《美国国际投资协定》，蔡从燕、朱明新等译，法律出版社 2017 年版，第 23 页。

范本，[①]基本都在条约中设置了根本安全利益（essential security interests）条款，但并未加入“其认为”的具有“自裁决性”措辞。美国在国际经贸协定中强调安全例外条款的“自裁决性”，与二战后国际政治经济背景紧密相关。鉴于当时美苏核竞赛激烈，美国政府担忧贸易协定可能阻碍其国家安全政策。因此，美国提出在协定中独立设置安全例外条款，并加入“其认为”的表述，以便根据自身判断维护国家安全，确保在促进贸易的同时也能维护国家根本安全利益。[②]

在 20 世纪 60 年代，鉴于欧洲国家已与发展中国家签署了大量旨在专门保护海外投资的双边投资协定，美国亦逐步搁置了原先主要面向发达国家的 FCN 条约计划。FCN 条约作为双边投资协定的早期形态，[③]在双边投资协定的逐渐演化过程中更符合逐步扩大的投资趋势，从而更有效地保障投资者的权益。进入 21 世纪初，美国与他国所签订的双边投资协定呈现出显著变化，由原先一味单纯强调投资自由化和投资者权益保护，逐渐转变为平衡投资者与东道国国家安全的综合考量。美国自 1982 年开始制定双边投资条约范本，随后进行 8 次修正。[④]其中，2004 年范本首次规定了安全例外条款中“其认为”的“自裁决性”措辞，在此之前范本并无此规定，且 2004 年范本与 2012 年范本一致。其中 1983 年范本第 10 条规定中使用了“必要措施（necessary measures for）”一词，[⑤]鉴于其缺少“其认为”的措辞，且当时美国在起草该范本时并无意对该条款规定为“自裁决性”，仅仅规定东道国所采取的规制措施是“必要的”，但对于具体的审查标准则可由仲裁庭根据案件具体情况进行自由裁量。[⑥]相较于 2012 年范本第 18 条明确规定了“国家认为必要的（the state considers necessary）”的表述，美国为加强投资规制主权，增加了安全例外条款的“自裁决性”，根据“其认为”的表述，可以认为 2012 年范本第 18 条具有“自裁决性”。后来，美国也将该规定“移植”入《跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》之中，[⑦]据此可见，美国制定安全例外条款时赋予其“自裁决性”的目的在于，根据国家发展的实际需求，利用该条款来灵活调整相关规定的刚性和弹性，以确保对投资活动中的整体安全及潜在风险的有效控制。

（二）国际投资协定中安全例外条款“自裁决性”的全球趋势

---

① 例如：Iran, Islamic Republic of - United States of America FCN (1955), Article XX (1) The present Treaty shall not preclude the application of measures: …(d) necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests. See U.S. - Italy FCN (1948), Art. XXIV (1); U.S. - Japan FCN (1953), Art. XXI (1); U.S. - Germany FCN (1954), Art. XXIV.

② 参见黄世席：《美国经贸条约中的国家安全例外条款：文本发展、评析与应对》，《当代法学》2023 年第 4 期。

③ See Kenneth J. Vandevelde, “Rebalancing Through Exceptions”, 17 *Lewis & Clark Law Review*, 449-459 (2013).

④ See Kenneth J. Vandevelde, *U.S. International Investment Agreement*, Oxford University Press, 2009, pp. 769-825. 转引自陶立峰著：《美国双边投资协定研究》，法律出版社 2016 年版，第 1-2 页。

⑤ 包括美国 1982 年、1983 年、1984 年和 1987 年在内的 BIT 范本第 10 条都规定了类似的条款内容以维护国家根本安全利益的内容。参见〔美〕肯尼斯·J·范德维尔德著：《美国国际投资协定》，蔡从燕、朱明新等译，法律出版社 2017 年版，附录，第 845、859、868、877 页。

⑥ 参见韩秀丽：《双边投资协定中的自裁决条款研究——由“森普拉能源公司撤销案”引发的思考》，《法商研究》2011 年第 2 期。

⑦ 参见《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第 29 条第 2 款和《美墨加协定》第 32 条第 2 款。

自从 1992 年美国与俄罗斯签订的双边投资保护协定中率先引入“自裁决性”安全例外条款后，如今，美国、加拿大和日本是签订含有“自裁决性”安全例外条款的国际投资协定的前三名国家，并且越来越多的亚洲和拉丁美洲也正在尽力跟随这一趋势。据统计，目前在 2592 个 BITs 和 TIPs 文本中，包含安全例外条款的有 408 个，并在安全例外条款中规定“自裁决性”的有 161 个。[①]近年来，安全例外条款在各国所缔结的投资协定中愈发频繁出现，该条款的“自裁决性”正逐渐得到缔约国的认可，这一趋势不仅反映了国际社会对安全因素的重视，也彰显了安全例外条款在维护国家安全利益方面的重要作用。

2016 年美国哥伦比亚可持续发展中心曾对来自 90 多个国家所缔结的国际投资协定中涉及安全例外条款进行统计分析，并根据具有“自裁决性”的安全例外条款的范围和强度进行了分类。[②]就范围进行区分，可以分为广义性和狭义性条款，其中前者赋予国家更广泛的自由裁量权，而后者将国家适用安全例外条款“自裁决性”限制为某些具体的方面，两者在投资协定的数量相当。就强度进行区分，可以分为超强条款、强条款和附条件条款，分别在投资协定中的脚注、条款文本以及设置限制条件对安全例外条款的“自裁决性”予以规定，其中强条款的规定占比较高。通过分类可以发现，尽管投资协定中设置了安全例外条款“自裁决性”规定，但仍存在范围和强度的不同，这在一定程度上加剧了投资协定“碎片化”的趋势。加之不同仲裁庭在条约解释和审查标准上存在差异，进一步增加了安全例外条款“自裁决性”适用上的不确定性及复杂性。

在国际投资协定中规定安全例外条款“自裁决性”是回应目前在国际投资仲裁一味偏向投资者的质疑和批评，以及东道国规制权意愿的加强，而美国双边投资协定对安全例外条款“自裁决性”规定的历史基本上反映了世界双边投资协定发展的历史。[③]各国逐渐在投资协定中规定安全例外条款“自裁决性”的本质在于对国家主权的重视和保护，体现了对国家安全风险的审慎考量与有效应对。但倘若不对安全例外条款“自裁决性”的解释和审查标准进一步探讨与细化，反而会削减国家安全利益的维护以及投资者合法权益的保护。

三、国际投资协定中安全例外条款“自裁决性”的解释分歧

国际投资协定中安全例外条款“自裁决性”一般应当理解为东道国有权自行判断本国根本安全利益的权力，但该种权力是否具有对政治问题的不可诉性、以及是否具有完全意义上的“自裁决性”仍存在分歧。[④]尽管目前国际投资仲裁庭尚未出现依据“自裁决性”安全例外条款的案件，而 WTO 争端解决机构在此问题的解决中已较为成熟。因此，通过对比 WTO

① See United Nations Conference on Trade and Development, at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping (Last visited on June 14, 2024).

② See Karl P. Sauvant, Mevelyn Ong, Katherine Lama and Thor Petersen, “The Rise of Self-Judging Essential Security Interest Clause in International Investment Agreements”, 188 *Columbia FDI Perspectives*, 1-9 (2016).

③ 参见沈伟：《国际投资协定中的安全例外条款：全球趋势与中国实践》，《比较法研究》2022 年第 6 期。

④ 参见杨梦莎：《安全例外条款的功能演进与司法审查标准——以供应链安全为视角》，《政法论坛》2023 年第 4 期。

争端解决机构对于 GATT1994 第 21 条“自裁决性”安全例外条款的实践将为国际投资仲裁庭解决类似问题具有重要的借鉴价值及意义。

（一）国际投资仲裁实践中关于“自裁决性”安全例外条款的可诉性分歧

可诉性（justiciability）是指适合由法院做出裁决的特性或状态，[①]其核心要件中与“自裁决性”安全例外条款规定密切相关的是政治问题排除原则，即法院对涉及应当由立法和行政部门进行裁量权的问题应该拒绝做出裁决。[②]美国联邦最高法院在 1962 年的“Baker v. Carr”案中确立了法院识别政治问题案件的六项具体特征，[③]该案表明特定问题不适合司法审查，而应该留给政府的政治部门处理，即便所有的管辖权和其他可诉性要件都得以满足。[④]

在投资仲裁庭可诉性问题中，一些国家在其提交的意见中往往将安全例外问题视为政治问题，作为支持“自裁决性”规则不具有可诉性的论据。[⑤]国际法庭或仲裁庭对政治问题的不可诉性（non-justiciablity）的理由，在于对国家安全利益评价法律性质的“司法管理标准”（judicially management standards）的缺位。[⑥]换言之，面临国家安全利益威胁时，一国可自行判断当前情势并采取其认为必要的应对措施，这在很大程度上是政治问题，涉及对国家安全利益的权衡，无法用司法进行管理，至少目前尚无任何标准来规范司法对政治问题的管理。[⑦]事实上，这与国内法上的实践是相同的，诸多国家都信守一个关于政治问题的原理，即在一国内司法机关不得解决明确的政治问题，该问题只能由国家行政或立法当局来解决。[⑧]

在国际投资仲裁案件中，正在进行的“Seda 诉哥伦比亚”案在关于国家安全问题是否具有可诉性展开了详细阐释。美国投资者 Seda 认为哥伦比亚以土地被政府征收为由，违反了美国—哥伦比亚贸易促进协定（以下简称“美国—哥伦比亚 TPA”）相关规定。哥伦比亚政府在其提交的答辩意见中指出，美国—哥伦比亚 TPA 第 22.2（b）条安全例外规定具有“自裁决性”，并且该条款的注释亦表明，“如果一方在仲裁程序中援引第 22.2 条，则仲裁庭或专家组应认定该例外适用”，可见，仲裁庭无权对援引安全例外的条件进行审查，从而应

---

① Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary 882 (8th ed., ThomsonWest, 2004).

② 可诉性要件包括禁止咨询意见、政治问题理论、起诉资格、诉讼时机等方面。参见陈承堂著：《宏观调控行为的可诉性研究》，北京大学出版社 2014 年版，第 36-38 页。

③ See Baker v. Carr, 82 S.Ct. 691 (1962).布伦南法官总结了政治问题的六个特征，它们各自独立的表明政治问题的存在，“任何被认为涉及政治问题的案件，从表面上看都显著的具有（以下特征）：宪法文本已经表明将问题的解决授权给了并列的政治部门；或者在解决该问题时，缺乏被发现和易于操作的司法标准；或者在解决该问题之前，必须初步解决非明确属于司法裁量权的政策；或者法院从事独立决定，就必然对并列政府部门缺乏应有的尊重；或者存在非同寻常的需要，必须无条件地服从已经作出的政治决定；或者各部门对同一问题的多种意见将产生潜在的尴尬。”

④ See Erwin Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, 6th ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2016, p. 73.

⑤ 参见沈伟著：《国际经济规则中的安全例外问题——基于国际协定和适用的分析》，上海交通大学出版社 2022 年版，第 96 页。

⑥ See C. Todd Piczak, “The Helms-Burton Act: U.S. Foreign Policy Toward Cuba, the National Security Exception of the GATT and the Political Questions Doctrine”, 61 *University of Pittsburgh Law Review*, 287-328 (1999).

⑦ See William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Investment Protection In Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, 48 *Virginia Journal of International Law*, 307-410 (2008).

⑧ See Tim Koopmans, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge University Press, 2003, pp. 98-104; Jared S. Pettinato, “Executing the Political Question Doctrine”, 33 *Northern Kentucky Law Review*, 61-82 (2006).

当驳回本案的管辖权争议。[①]值得注意的是，该条款并未具体限定缔约国在何种国家安全例外情形下可援引此规定，但明确表明基于安全例外所采取的措施具有不可诉性，这一点是毋庸置疑的。Seda 认为哥伦比亚政府提出了“新的根本安全抗辩”从而违反了 ICSID 仲裁规则，在 2022 年 3 月发布的第 9 号程序令中，仲裁庭明确指出其拥有随时确定管辖权的权力。同时，仲裁庭亦认可“新的根本安全抗辩”这一论点，并强调这一新论点不会不公平地剥夺或损害申请人就该议题提出书面意见的机会。[②]同时，在国际争端解决机构中尚未以所涉争端具有政治性而成为行使管辖权的障碍，在涉及国家安全的政治性问题时仍具有可诉性。[③]

（二）国际投资仲裁实践中关于安全例外条款的“自裁决性”分歧

尽管目前投资仲裁庭已审理过多起涉及国家安全的投资争端，[④]但涉及依据“自裁决性”安全例外条款寻求抗辩的争端却尚未出现。在新一代国际投资协定中借鉴 GATT1994 第 21 条的现象愈加普遍，在未来极易可能产生援引具有“自裁决性”安全例外条款的国际投资争端。因此，WTO 争端解决机构对于 GATT1994 第 21 条“自裁决性”条款的实践将为国际投资仲裁庭解决类似问题具有重要的借鉴价值及意义。[⑤]目前关于安全例外条款的“自裁决性”解释分歧主要体现为两个方面：一方面，条约文本中“其认为”的表述是否为判断安全例外条款具有“自裁决性”的前提条件；另一方面，判断安全例外条款的“自裁决性”究竟属于东道国自裁决性、仲裁庭自裁决性还是东道国和仲裁庭共享自裁决性。

首先，通过分析国际投资仲裁案件以及 WTO 专家组的报告中可以发现，条约文本中“其认为”的措辞并不是判断安全例外条款具有“自裁决性”的唯一前提条件。目前在国际投资仲裁案件中，所依据的国际投资协定中安全例外条款均未涉及“自裁决性”，鉴于措辞缺少“其认为”的“自裁决性”语言，致使仲裁庭无一例外的认为安全例外条款不具有“自裁决性”。阿根廷系列案均是由阿根廷政府为应对金融危机而采取措施[⑥]所引发的投资仲裁案件，并且阿根廷均是基于《美国—阿根廷 BIT》第 11 条[⑦]安全例外条款进行抗辩，但对于阿根廷的经济危机是否严重到足以威胁到国家安全，各个仲裁庭的裁决意见并不一致，但仲裁庭一

---

① See Angel Samuel Seda and Others v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6, Respondent’s Rejoinder on Jurisdiction and Merits,16 February 2022, paras. 24-29.

② See Angel Samuel Seda and Others v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6, Procedural Order No. 9, 28 March 2022, paras. 6-12.

③ See William W. Burke - White and Andreas von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, 48 *Virginia Journal of International Law*, 307-410 (2008).

④ 联合国贸易和发展会议 2016 年统计了至少 16 起涉及国家安全的投资争端，其中 10 起涉及阿根廷。See *World Investment Report 2016 - Investor Nationality: Policy Challenges*, United Nations Conference on Trade and Development, 2016, p. 97.

⑤ 参见梁咏、刘中奇：《国际投资仲裁中东道国安全例外抗辩与中国对策研究》，《海关与经贸研究》2023 年第 4 期。

⑥ 2000 年阿根廷政府陷入严重的经济危机，为此，阿根廷政府采取了一系列紧急措施来应对危机，包括紧急立法结束了一美元兑换一阿根廷比索的固定汇率，并取消了原本给予基础设施持证人的诸多优惠，削减了针对外资的补助额度。See Nicolas M. Perrone, I*nvestment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules*, Oxford University Press, 2021, p. 155.

⑦ 1991 年《美国—阿根廷 BIT》第 11 条规定：“本条约不得被解释为限制任一缔约方采取必需的措施以维护公共秩序，履行义务以维持或恢复国际和平与安全，或者保护其根本安全利益。”

致认为安全例外条款不具有“自裁决性”。对比 WTO 争端解决机构对 GATT1994 第 21 条的解释，尽管在条约文本中明确了安全例外条款的“自裁决性”，但没有因此完全否定东道国的自行判断权或仲裁庭的自由裁量权。在“卡塔尔诉沙特知识产权侵权”案（DS567），沙特强调该争端主要涉及政治和基本安全，并非贸易争端，因此 WTO 专家组不具有管辖权。WTO 专家组明确指出，对于由安全例外条款引发的问题，不应当简单将其定性为政治问题并以此作为无法裁决的依据。实际上，只要相关争端涉及到明确的法律问题，且这些问题在法律上能够找到明确的解答，就可以纳入 WTO 的管辖范围并据此进行裁决。[①]这一立场旨在确保 WTO 争端解决机制的公正性和有效性，同时维护国际贸易的秩序和稳定。

因此，通过国际投资仲裁以及 WTO 争端解决机构的相关实践可以发现，具有“自裁决性”的安全例外条款允许国家实施认为其保护本国根本安全利益所必要的措施，仲裁庭无权质疑东道国的决定。[②]但是，即使 GATT1994 第 21 条中明确规定的“自裁决性”安全例外条款也不能避免 WTO 争端解决机构的司法审查，更何况在国际投资协定中尚未对安全例外条款明确规定其具有“自裁决性”，淡化条款的“自裁决性”区分也许是必然的事情。[③]

另外，关于安全例外条款“自裁决性”的第二个分歧，一般认为条约文本中“其认为”的措辞表述应被解释为东道国所具有的判断本国根本安全利益的权力，但从目前的司法实践中可以发现，其并不单单仅属于东道国的主权权力或仲裁庭的自由裁量权。相较于阿根廷系列案中，阿根廷政府主张安全例外条款的“自裁决性”应专属东道国，而在印度电信双案中仲裁庭的解释并不一致。印度电信双案均是由于印度政府以可能威胁印度通信安全为由撤销合同，两案所依据的《毛里求斯—印度 BIT》以及《德国—印度 BIT》中并无关于安全例外条款“自裁决性”的表述，但仲裁庭对此解释并不相同。在“CC/Devas 诉印度”案中，仲裁庭强调了国家在审查本国根本安全利益上享有广泛的自由裁量权，由于国家安全问题涉及国家的生存核心，仲裁庭不宜像处理其他投资者与国家间的事实争端那样，直接对此类国家安全问题进行裁决。[④]而在“Deutche Telekom 诉印度”案中，尽管印度政府并未主张根本安全利益的判断是否属于东道国的自行判断事项，但仲裁庭也部分支持了安全例外的“自裁决性”，要求东道国实施的目的在于保护国家根本安全利益的禁止或限制措施应达到“必要”标准，但未要求存在“迫在眉睫的严重后果”。[⑤]在“乌克兰诉俄罗斯过境措施”案（DS512）中，WTO 专家组首次围绕安全例外条款是否具备“自裁决性”展开论证。在 DS512 案中，俄罗斯主张其采取的措施是为应对自 2014 年发生的对俄罗斯根本安全利益构成严重威胁的

---

① See Saudi Arabia-Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567, paras. 7.14-7.16, 7.23.

② See *The protection of national security in IIAs*, United Nations Conference on Trade and Development, 2009, p. 39.

③ 参见银红武：《论国际投资仲裁中非排除措施“必要性”的审查》，《现代法学》2016 年第 4 期。

④ See CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India (I), PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016, paras. 245, 252-255.

⑤ See Deutsche Telekom v. The Republic of India, PCA Case No.2014-10, Interim Award, 13 December 2017, paras. 230-235.

紧急情况，因此，俄罗斯援引 GATT1994 第 21 条中“其认为”必要的限制措施规定，主张 WTO 专家组缺乏对该案的管辖权。专家组对此认为，条款中的“其认为”这一表述，应被理解为成员方在面临本国根本安全利益受到威胁时，所采取的规制措施需具备必要性，并赋予成员方自行判断其措施是否符合国家根本安全利益的权力，但并不等同于成员方以此规避 WTO 专家组的审查。[①]

对比国际投资仲裁和 WTO 专家组的审查意见可以发现，条约文本中是否规定“其认为”的表述并不影响安全例外条款的“自裁决性”，并且判断安全例外条款的“自裁决性”是属于东道国和仲裁庭共享的，即东道国有权主张其本国的根本安全利益受到严重威胁的紧急情况，仲裁庭有权对东道国为维护本国根本安全利益所采取的紧急措施的合法性及必要性进行审查。既然不管是否在安全例外条款中规定“其认为”的表述均具有可诉性及“自裁决性”，那么，两者之间有何区别？对比国际投资仲裁和 WTO 专家组的审查意见可以发现，其核心差异在于投资仲裁庭以及 WTO 专家组对该条款审查标准的宽严程度不同。具体而言，若在投资协定中规定了“自裁决性”安全例外条款，则缔约国可以限定仲裁庭仅对东道国援引此条款是否符合善意原则标准进行审查；若在投资协定中未规定“自裁决性”安全例外条款，则国际仲裁庭可对东道国为维护本国根本安全利益所采取的紧急措施的合法性进行实质审查。[②]

（三）比较国际贸易及国际投资协定中安全例外条款的解释判理

通过对比国际投资协定与 GATT1994 第 21 条及其解释，尽管在 GATT 第 21 条中详细规定了“其认为”的“自裁决性”措辞，但 WTO 专家组以及本文分析的国际投资协定中关于安全例外条款的规定均无一例外认定该条款不具有“自裁决性”。但该条款在解释判理上存在差异，该种差异不仅反映了在应对国家安全挑战时的策略差异，也体现了国际法体系在平衡国家安全与国际经济合作之间所做努力。

在“CMS 诉阿根廷”案中，仲裁庭否认《美国—阿根廷 BIT》第 11 条具有“自裁决性”的理由是，倘若国家认为是在威胁国家根本安全利益的紧急情况下，其首先会采取适当的措施而非征求法院的意见。但是，如果该种措施的合法性在国际法庭当中受到质疑，则应当由有管辖权的仲裁庭来决定是否可以排除非法性，而不是由涉诉国家决定。[③]而在“Enron 诉阿根廷”案中，仲裁庭指出，尽管没有任何理由阻止将经济紧急状况纳入《美国—阿根廷 BIT》第 11 条中，但将该条款解释为具有“自裁决性”不符合协定的目的和宗旨。[④]至少在以上两个案件中，国际投资仲裁庭在没有对安全例外条款“自裁决性”是否符合条约解释规

---

① See Russia - Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512, paras. 7.101, 7.127.
② 参见刘京莲：《国际投资条约根本安全例外条款研究》，《国际经济法学刊》2010 年第 1 期。
③ See CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 373.
④ See Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 332.

则进行充分阐释的情况下，一味偏袒投资者是有失偏颇的。[①]

在分析“乌克兰诉俄罗斯过境措施”一案时，WTO 专家组对 GATT 第 21 条（b）款进行了更为详尽的分析。首先，WTO 专家组将该条款中的“其认为”与“国际关系中的其他紧急情况”进行整体解释。其次，WTO 专家组解释了何为紧急情况，通过将“武装冲突或潜在的武装冲突”适用于该案事实，考虑到 2014 年俄罗斯与乌克兰边境的安全状况且没有迹象表明俄罗斯援引第 21 条规定是为了规避其在 GATT1994 下的义务，因此符合威胁国家根本安全利益的紧急情况。随后，WTO 专家组进一步阐释了“其认为”保护的根本安全利益所采取相应措施的必要性问题。成员国对安全例外条款有“自裁决性”，但应当符合“善意原则”标准，避免将国家安全例外作为逃避其条约义务的手段。[②]在“卡塔尔诉沙特知识产权侵权”案中，沙特阿拉伯援引了与 GATT1994 第 21 条相同的《与贸易有关的知识产权协定》第 73（b）条中的安全例外条款，WTO 专家组采用了同样的“善意原则”标准进行分析，指出成员国在援引国家安全例外时，所面临的紧急情况与所采取的维护本国根本安全利益的措施之间须具有关联。[③]

比较而言，GATT1994 第 21 条关于安全例外条款的规定较为完备，WTO 专家组对该条款的解释充分尊重了国家主权，表现为成员国在援引安全例外条款进行抗辩时可自行决定采取相关措施。相比之下，国际投资仲裁中对安全例外条款的解释倾向于保护外国投资者的利益，并将该条款的适用范围限定在因经济危机等极端情况导致东道国经济社会严重动荡，从而威胁到其根本安全利益的特定场景。

四、国际投资协定中安全例外条款“自裁决性”的审查标准

审查标准（standard of review）亦称为审查强度（intensity of review），是指司法在个案中的干预强度或论证力度，具有分配权力的功能。[④]关于安全例外条款的“自裁决性”争议背后，实际上是关于东道国规制措施是否应接受中立第三方审查标准之争，不同宽严程度的审查标准体现了仲裁庭对东道国规制权力的尊重程度。[⑤]

（一）不同宽严程度的审查标准

尽管在阿根廷系列案中，仲裁庭均认定 1991 年《美国—阿根廷 BIT》第 11 条是“非自裁决性”的，但仲裁庭对安全例外条款的审查标准存在宽严程度的差异。首先，在 CMS、Enron 以及 Sempra 诉阿根廷案中，仲裁庭考虑到投资协定的一般目的是保护外国投资者，故仲裁庭对 BIT 第 11 条采用了更为严格的“唯一措施”审查标准。仲裁庭指出，由于《美

① 参见张乃根：《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》，《法治研究》2021 年第 1 期。
② See Russia - Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512, paras. 7.127-7.147.
③ Saudi Arabia-Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567, paras. 7.283-7.293.
④ See Catherine Button, *The Power to Protect: Trade, Health and Uncertainty in the WTO*, Cambridge University Press, 2004, p. 164. Lukasz Gruszczynski, Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law: A Critical Analysis of the SPS Agreement, Oxford University Press, 2010, p. 50.
⑤ 参见于飞、柯月婷：《论国际投资仲裁“正当性危机”的应对——以司法谦抑为进路》，《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 5 期。

国—阿根廷 BIT》第 11 条并不具有“自裁决性”，因此仲裁庭对东道国规制措施的审查并不限于善意标准的审查，而应当进行实质性审查。[①]在关于紧急情况抗辩之国际习惯法规则的适用条件问题上，仲裁庭认为阿根廷所采取的调整货币政策等措施并不是唯一应对经济危机的方式，故不能排除其行为的违法性。[②]尽管在 CMS 以及 Sempra 诉阿根廷案中 ICSID 临时撤销委员会对案件予以撤销，其主要原因在国家紧急状态这一争议的裁决中明显越权，但就安全例外条款的“自裁决性”以及审查标准问题并没有进行论述。

其次，在 LG&E 和 Continental Casualty 诉阿根廷案中仲裁庭支持了阿根廷关于安全例外的抗辩。在 LG&E 案中，尽管仲裁庭得出与其他裁决相似的裁决，即该安全例外条款不具有“自裁决性”，但仲裁庭却采用了与其他案件不同的审查标准，即采用了“最少限制替代措施”标准，仲裁庭通过借助“被迫违约”的说法削弱了第 25 条“唯一措施”的要求，转而重点关注“必要性”问题，从而将重点转移到后续对“利益重要性”的判断。[③]在“Continental Casualty 诉阿根廷”案中，仲裁庭对安全例外条款的审查标准更为宽松，仲裁庭采用了“国家裁量余地原则”标准（margin of appreciation）和“善意原则”标准等，仲裁庭对国家维护本国根本安全利益所采取的措施以及本国所发生的紧急情况，无须进行实质性审查，只需在合理范围内对东道国的规制措施予以审查。[④]

与此同时，WTO 专家组与国际投资仲裁庭关于安全例外条款“自裁决性”的审查标准也存在较大差异。在“乌克兰诉俄罗斯过境措施案”中，WTO 专家组指出，尽管 GATT1994 条赋予了成员国自裁决的权力，但 WTO 争端解决机构仍应当在“善意原则”标准范围内予以审查。[⑤]WTO 专家组指出，“善意原则”标准要求成员国为维护本国根本安全利益与所采取的规制措施之间需要满足关联性以及最低可信性要求。[⑥]WTO 专家组对国家安全的审查标准更为宽松及灵活，保证了在 WTO 争端解决机构合理的审查范围内，给予了成员国主权权力的充分尊重。根据该标准，在“卡塔尔诉沙特知识产权侵权”案中，WTO 专家组亦认为，沙特阿拉伯在处理知识产权盗版公司时，不采取刑事程序及处罚措施与其保护本国根本安全之间相距甚远，并未体现出最低可信性要求。因此，其无法合理援引安全例外条款作为依据。[⑦]

总体上，通过对比 WTO 专家组以及国际投资仲裁案件可以发现，“自裁决性”安全例

---

① See CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 366-374. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, paras. 339-342.

② See Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, paras. 305-313.

③ See LG & E Energy Corp, LG & E Capital Corp. and LG & E International Inc. v. The Republic of Argentina, ICSID Case No.ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 239-266.

④ See Continental Casualty Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, paras. 181, 192-195.

⑤ See Tatiana Lacerda Prazeres, “Trade and National Security: Rising Risks for the WTO”, 19 *World Trade Review*, 137-148 (2020).

⑥ See Russia - Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512, paras. 7. 138-7.139.

⑦ See Saudi Arabia-Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567, para. 7. 293.

外条款的司法审查标准，大体上可以划分为程序性审查和实质性审查两种观点。程序性审查观点认为，仲裁庭在审查援引国为维护本国根本安全利益的性质及措施之间的关联时，应当适用最低限度的“善意原则”标准；实质性审查观点认为，仲裁庭的审查范围应综合考量不同国家的安全利益、实施措施的目的及相关背景等因素，[①]以确保援引国所采取的规制措施具有必要性，且并非逃避条约义务的借口。[②]在实践中，WTO 专家组采用了更为灵活的程序性审查标准，而国际投资仲裁庭更接近于较为严格的实质性审查标准，WTO 专家组的审查标准更加尊重国家主权，对此，投资仲裁庭应当适当借鉴 WTO 专家组对安全例外条款的审查标准，从而改变仲裁庭一味偏袒投资者的现象。

（二）WTO 专家组对安全例外条款的审查标准之启示

由于安全例外条款是否具有“自裁决性”的判断主体为主权国家，[③]在判断国家根本安全利益是否受到威胁具有较强的主观性，[④]不同国家对界定紧急情况以及根本安全利益所采取的措施的必要性标准是不一致的，故在国际层面对根本安全利益的解释完全一致是不必要的。目前关于国家安全的范围已并不局限于以国防安全和军事安全为核心的传统安全，[⑤]在国际投资仲裁庭中已明确表明应当对国家根本安全利益进行扩大解释，其中包括但不限于经济危机、环境、人口以及国家的生存问题。[⑥]但东道国援引“自裁决性”的安全例外条款并不是没有限制的，东道国必须满足相应条件才能证明其措施“旨在（tailored to or directed to）保护其根本安全利益”，而仅仅证明其采取措施与安全有关（related to）不足以成为安全例外事项。[⑦]因此，东道国援引安全例外在客观上需要满足国家采取的措施必须是为了保护国家根本安全的目标，且所采取的措施与所追求的目标之间必须存在关联性，即任何处于国家立场的理性人均会采取相应措施来保护国家安全。[⑧]

国际投资仲裁庭可以视为国际公法或国际贸易法的产物，因此，国际投资仲裁庭可以适当考虑 WTO 争端解决机构中涉及安全例外条款的审查标准。[⑨]由于各国在双边投资协定中

---

① See Benjamin Jordan, “The WTO versus the Donald: Why the WTO Must Adopt a Review Standard for Article XXI(b) of the GATT”, 37 *Wisconsin International Law Journal*, 173-206 (2019).

② See J. Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, 129 *Yale Law Journal,* 924-1275 (2020).

③ See United States-Certain Measures on Steel and Aluminum Products, WT/DS544/R, para.7.110.

④ See Dapo Akande and Sope Williams, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO”, 43 Virginia Journal of International Law, 365-404 (2003).

⑤ 参见梁咏：《论国际贸易体制中的安全例外再平衡》，《法学》2020 年第 2 期。

⑥ See Continental Casualty Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 175.

⑦ See CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India (I), PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016, paras. 229-245.

⑧ See Mohammad-Ali Bahmaeil and Habib Sabzevari, “Self-Judging Security Exception Clause as a Kind of Carte Blanche in Investment Treaties: Nature, Effect and Proper Standard of Review”, 13 *Asian Journal of International Law*, 97–123 (2023).

⑨ See James Crawford, “International Protection of Foreign Direct Investments: Between Clinical Isolation and Systematic Integration”, in Rainer Hofmann and Christian J Tams, eds., *International Investment Law and General International Law*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co KG, 2011, p. 22.

纳入 GATT1994 第 21 条的相关规定，且 WTO 专家组已确立该条款的审查标准，[①]因此，WTO 专家组关于解释和适用 GATT1994 第 21 条安全例外的判例与国际投资协定中对此类安全例外条款的解释密切相关。[②]一方面，WTO 专家组在解释及适用安全例外条款时充分尊重成员国的国家主权，确立了“善意原则”的审查标准，[③]成员国在适用安全例外条款时仅需满足关联性以及最低可信性要求。对此，相较于国际投资仲裁庭所采用的“唯一措施”审查标准以及“最少限制替代措施”审查标准而言，国际仲裁庭可以适当参考 WTO 专家组在此方面的解释，即使在国际投资协定中的安全例外条款规定了“自裁决性”，东道国为维护本国根本安全利益所采取的措施仅需满足相应的关联性及最低可信性的要求即可，否则投资仲裁庭将有限制或超越国家主权之嫌。另一方面，在充分尊重国家主权的同时，WTO 专家组也避免该条款的滥用，设置了相应的限制条件。WTO 争端解决机构以及国际投资仲裁庭所共同采取的一个方法是，即使规定了“自裁决性”的安全例外条款，但并不能以此排除 WTO 争端解决机构或投资仲裁庭的管辖权。[④]但 WTO 专家组在适用该条款时与国际投资仲裁庭不同之处在于，WTO 专家组对国家根本安全利益是否涉及重要产业部门及人权问题避而不谈，重点解释适用 GATT1994 第 21 条所需满足的前提条件。随着越来越多国家滥用安全例外条款行贸易投资保护之实，WTO 专家组在适用安全例外条款时设置相应的限制条件值得肯定。

在肯定 WTO 专家组对安全例外条款的解释及适用的同时，也须指出其所存在的不足，以及与国际投资仲裁的区别。尽管目前已有少数国家在投资协定中完全采用了与 GATT1994 第 21 条相同的规定，但不乏有大部分投资协定中并未规定“其认为”的具有“自裁决性”的安全例外条款，甚至有的协定中根本未提及安全例外条款的规定。虽然 WTO 专家组尊重国家主权的立场值得肯定，但文本中缺少“自裁决性”的语言将难免导致仲裁庭尊重东道国的立场难以实现。与此同时，GATT1994 第 21（b）（iii）条规定了“战时或国际关系中的紧急情况”等基础条件，但在投资协定中大多并未设置该内容，致使在国际投资仲裁领域中，仲裁庭将难免处理复杂且敏感的问题，例如，涉及国家间政治经济制度或意识形态差异是否可能被视为对国家根本安全利益的潜在威胁。因此，WTO 专家组在安全例外条款的相关解释及适用并不能在国际投资仲裁中完全予以照搬，仍需对案件具体情况进行分析。[⑤]

---

① See Valentina Vadi and Lukasz Gruszczynski, “Standards of Review in International Investment Law and Arbitration: Multilevel Governance and the Commonweal”, 16 *Journal of International Economic Law*, 613-633 (2013).

② See Andrew D Mitchell, James Munro and Tania Voon, “Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks”, in Lisa E. Sachs, Lise J. Johnson, and Jesse Coleman, eds., *Yearbook of International Investment Law and Policy 2017*, Oxford University Press, 2019, p. 341.

③ See Tomer Broude, “Selective Subsidiary and Dialectic Deference in the World Trade Organization”, 79 *Law and Contemporary Problems*, 53-74 (2016).

④ See Mohammad-Ali Bahmaeil and Habib Sabzevari, “Self-Judging Security Exception Clause as a Kind of Carte Blanche in Investment Treaties: Nature, Effect and Proper Standard of Review”, 13 *Asian Journal of International Law*, 97–123 (2023).

⑤ 参见杜明：《国家安全的国际经济法回应——以华为诉瑞典仲裁案为例》，《国际法研究》2023 年第 5 期。

五、中国投资协定中安全例外条款的实践及应对

面对安全例外条款在国际投资仲裁适用逐渐增多的趋势，且安全例外条款在国际投资协定中发挥着“安全阀”的重要作用，反观我国目前所缔结的投资协定中较少规定安全例外条款，不利于我国维护本国的根本安全利益以及投资者的海外权益保护。鉴于我国兼具资本净输入大国和资本净输出大国的双重身份，我国对此应积极构建并完善我国所签订的双边投资协定中关于安全例外条款的规定。

（一）中国签订双边投资协定中安全例外条款的规定

目前中国签订 BIT 中涉及安全例外条款的并不多，截止 2024 年 6 月共有 19 个双边投资协定对安全例外条款进行了规定，其中涉及安全例外条款具有“自裁决性”的仅有 3 个，分别是 2010 年后我国与日本和韩国、土耳其及加拿大所签订的投资保护协定，在 2010 年之前所签订的投资协定中仅为概念性安全例外条款。[①]另外，尽管目前我国已与 29 个国家和地区签署了 22 个自贸协定，[②]共有 13 个协定中包含例外条款，10 个采用了 GATT1994 第 21 条的规范模式，其他采用了概念性安全例外条款。[③]

通过我国所签订的投资协定可以发现，一方面，相较于我国对外所签订的 104 个双边投资协定中，在投资协定中规定“自裁决性”安全例外条款的数量微乎其微。随着我国对外投资和贸易仍保持较高规模，我国作为东道国或者我国投资者在海外投资时难免会发生安全利益的主张或抗辩，而在投资协定中缺乏安全例外的相关规定，将导致我国政府或投资者在国际投资仲裁中处于被动地位，不利于对本国根本利益的维护及外商投资合法权益的保护。另一方面，我国在投资协定中对安全例外条款的表述较为模糊。在早期我国所签订的双边投资协定中的安全例外条款内容通常只是概括性地提及公共利益等抽象概念，[④]并没有设定该条款的适用前提或具体内容。尽管在新一代双边投资协定中对安全例外条款的具体内容进行了细化，但像“国家安全”或“公共秩序”等这样的抽象概念仍然大量存在，并缺乏安全例外

---

① 与我国签订合作文件并签订 BIT 中涉及安全例外条款的国家有 19 个：奥地利（1985 年）、新加坡（1985 年）、斯里兰卡（1986 年）、日本（1988 年）、新西兰（1988 年）、捷克和斯洛伐克（1991 年）、菲律宾（1992 年）、毛里求斯（1996 年）、也门（1998 年）、特立尼达多巴哥（2002 年）、圭亚那（2003 年）、德国（2003 年）、芬兰（2004 年）、马达加斯加（2005 年）、葡萄牙（2005 年）、印度（2006 年）、日本和韩国（2012 年）、加拿大（2012 年）、土耳其（2015 年）。参见《我国对外签订双边投资协定一览表》，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml，最后访问日期：2024 年 6 月 11 日。

② 参见中华人民共和国中央人民政府网，《中国已与 29 个国家和地区签署 22 个自贸协定——以高水平开放促进互利共赢》，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202404/content_6944500.htm#:~:text=面对逆全球化思潮,”高质量发展……，最后访问日期：2024 年 6 月 13 日。

③ 参见中国自由贸易区服务网，http://fta.mofcom.gov.cn，最后访问日期：2024 年 6 月 13 日。

④ 例如：1985 年《中华人民共和国和奥地利共和国关于促进和相互保护投资协定》议定书第 2 款规定：“协定第三条第四款所述的‘歧视措施’不包括下列情况：1. 缔约一方因公共安全和秩序或国民卫生和道德原因而采取的措施.....”再例如：1985 年《中华人民共和国政府和新加坡共和国政府关于促进和保护投资协定》、1986 年《中华人民共和国政府和斯里兰卡民主社会主义共和国政府关于相互促进和保护投资协定》以及 1988 年《中华人民共和国政府和新西兰政府关于促进和保护投资协定》第 11 条均规定：“本协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其根本的安全利益，或为保障公共健康，或为预防动、植物的病虫害.....”

条款具有“自裁决性”的相关表述，[①]一方面致使投资者的合法权益难以得到保护，另一方面也使东道国界定其本国根本安全利益范围存在极大不确定性，从而增加投资仲裁庭在解释及适用安全例外条款的风险。[②]

（二）我国完善投资协定中安全例外条款的进路

1. 东道国视角下对安全例外条款的完善进路

条约作为国际法的基础，在维持国际秩序稳定中发挥着重要作用和规范基础。[③]鉴于我国所签订的双边投资协定中关于安全例外条款的规定较为模糊且缺乏“自裁决性”的相关表述，因此，我国作为东道国应当及时补充投资协定中安全例外条款“自裁决性”的规定，并适当引导化纳入宽松的审查标准。

其一，及时协商修订并补充投资协定中关于安全例外条款“自裁决性”的规定。2014年习近平总书记创造性提出总体国家安全观，对国家安全的内涵与外延进行了总结。反观我国目前所签订的双边投资协定，多数缺乏对涉及国家安全和根本安全利益的例外规定，尽管有少数协定规定了安全例外条款，但表述仍较为模糊。[④]因此，我国在重新修订双边投资协定时，可以考虑采用“自裁决性+核心事项列举”的规范模式。[⑤]可以参考我国与新加坡签订的自由贸易协定中关于安全例外的规定模式，[⑥]在 GATT 第 21 条的基础上扩大了核心事项的安全例外范围，将关键的公共基础设施予以列举。该种规范模式不仅能够与安全事项“自裁决性”形成相对闭环，而且也能够回应东道国与投资者的合理期待，从而有助于回应仲裁庭对安全例外条款“自裁决性”的某种程度弱化。[⑦]

其二，适当引导化纳入宽松的审查标准。在 LG&E、Continental 诉阿根廷案以及印度电信双案中仲裁庭对东道国为保护本国根本安全利益是否为“唯一措施”标准未作要求，对东道国的审查标准较为灵活与宽松，仲裁庭对东道国主权权力给予更多尊重。但毕竟审查东道国为维护本国根本安全利益所采取措施的必要性及关联性的权力仍属于仲裁庭，因此，在制

---

① 例如：2012 年《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》第 18 条规定：“一、尽管有本协定除第十二条外的其他条款规定，各缔约方均可采取以下任何措施：（一）被认为是保护该缔约方的实质安全利益的；1. 在该缔约方或国际关系出现战争、武装冲突或其他紧急情况时采取；或 2. 涉及落实关于不扩散武器的国家政策或国际协定；（二）履行其在联合国宪章项下的维护国际和平与安全的义务。二、若缔约一方依照本条第一款采取与本协定条款（本协定第十二条除外）规定义务不符的任何措施，该缔约方不应使用该措施作为规避其义务的手段。”

② 参见沈伟：《国际投资协定中的安全例外条款：全球趋势与中国实践》，《比较法研究》2022 年第 6 期。

③ See Laurence R. Helfer, “Existing Treaties”, 91 *Virginia Law Review*, 1579-1648 (2005) .

④ 参见葛辰：《论国际投资条约下自裁决式根本安全利益条款的审查进路——兼论中国的选择》，《东北大学学报（社会科学版）》2017 年第 6 期。

⑤ 参见梁咏：《安全视域下投资条约根本安全利益条款的中国范式》，《环球法律评论》2023 年第 2 期。

⑥ 《中华人民共和国政府和新加坡共和国政府自由贸易协定》第 106 条：“本协定的任何规定不得解释为：（一）要求任何一方提供其认为如披露则会违背其根本安全利益的任何信息；或者（二）阻止任何一方采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动：1. 与直接或间接为军事机关提供供应的交易有关；2. 与裂变和聚变物质或衍生此类物质的物质有关；3. 在战时或国际关系中的其他紧急情况下；或者 4. 为保护关键的公共基础设施，包括重要通信设施免受故意破坏，防止这些设施丧失或降低功能；或者（三）阻止一方为履行其根据《联合国宪章》规定的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。”

⑦ 参见赵海乐：《一般国际法在“安全例外”条款适用中的作用探析》，《国际经济法学刊》2021 年第 2 期。

定国际投资协定具体安全例外条款时不宜过度细化和硬化涉及“必要性”的要求，以便为仲裁庭预留较为宽松的审查空间。[①]

2. 投资者视角对安全例外条款的实施进路

目前，我国部分海外投资者已经受到了少数国家以数据安全、信息安全等为名采取的特殊管制措施影响。例如，TikTok 在其国外运营时被封禁或者限制、禁止使用中国华为和中兴设备等。中国投资者面对此类争端必要时可以考虑诉诸国际投资仲裁，若东道国与投资者母国所签订的双边投资协定中规定了安全例外条款时，则东道国大概率会考虑援引该条款规定，或者依据习惯国际法上的“危机情况”进行主权抗辩。随着非传统安全持续演进，类似事件难免会发生甚至加剧，对此，我国投资者应当对此做好充分准备与回应。

一方面，我国投资者对东道国为维护本国根本安全利益应予以适度尊重，但同时应当坚持主张仲裁庭对东道国所采取措施的合法性及必要性具有审查权，从而在保障东道国对根本安全利益相对宽松的自裁判权的基础上，维护了投资者的合法权益。另一方面，我国投资者应当对东道国规制措施的必要性及对投资者所造成的影响进行充分举证。在“Bernhard 诉津巴布韦”案中，仲裁庭指出，本条款所称的危机应当是“足以破坏一国之存在，或是威胁到一国根本政治或经济利益的危机”。[②]因此，我国投资者根据该仲裁庭的裁判标准从以下两方面进行积极举证：其一，东道国所面临的危机应当属于东道国的政治危机、生存危机或者经济危机，且该危机应达到时间迫切而后果严重的程度，应当特别关注涉诉措施与保护的安全利益之间的必要性；其二，全面搜集东道国面临危机期间的各种报道，关注其中存在全面评估以及是否考虑过其他替代性方案，特别注意提供科学性证据。[③]

六、结语

近年来，安全例外条款在国际投资协定中愈发受到国家的重视，但至今仍未形成统一的表述，究其原因在于，国际投资协定以投资保护和促进投资为宗旨，长期以来更侧重保护投资者的利益，而安全例外条款“自裁决性”的设置是为了保护东道国的根本安全利益，如何平衡东道国与投资者的利益一直是国际投资法领域的难点问题。值得注意的是，随着国际投资法从侧重保护投资者利益向以取得东道国和投资者之间利益平衡为重点的转变，国际投资协定中规定安全例外条款“自裁决性”的规定呈现出增长的趋势。但在地缘经贸斗争日益尖锐的背景下，安全例外条款泛化适用甚至是被滥用的现象在未来将会愈演愈烈。因此，通过厘清在国际投资仲裁关于安全例外条款的解释及审查标准将具有重要的现实意义。

涉及国家安全的政治问题，在国际投资仲裁中仍具有可诉性，并不会因所涉争端具有政治性而成为行使管辖权的障碍。尽管目前涉及依据“自裁决性”安全例外条款寻求抗辩的国际投资争端尚未出现，但 WTO 争端解决机构在相关案例中的解释判例将对国际投资仲裁庭

① 参见梁咏：《安全视域下投资条约根本安全利益条款的中国范式》，《环球法律评论》2023 年第 2 期。
② See Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, para. 253.
③ 参见梁咏、刘中奇：《国际投资仲裁中的东道国安全例外抗辩与中国对策研究》，《海关与经贸研究》2024 年第 4 期。

具有重要的参考价值。通过对比 WTO 争端解决机构与国际投资仲裁庭所处理的相关案件可以发现，不管是否规定具有“自裁决性”的安全例外条款，仲裁庭均应当允许国家实施认为其保护国家安全所必要的措施，无权质疑东道国的决定。但在其后的审查标准程度上却存在较大差异，WTO 专家组一般采用“善意原则”的程序性标准予以审查，而在国际投资仲裁中面临超越国家主权而对国家安全问题进行干预的风险。对此，投资仲裁庭可以适当借鉴 WTO 专家组对安全例外条款的审查标准，从而改变仲裁庭一味偏袒投资者的现象，平衡东道国与投资者之间的利益关系。

我国作为全球受到美西方国家滥用安全例外条款影响较为严重的国家，通过研究国际投资领域安全例外条款“自裁决性”内涵及其适用规则，并总结我国投资协定中关于安全例外条款的现状，进而完善我国投资协定中的不足。由于我国目前所签订的双边投资协定中关于安全例外条款的规定较为模糊且缺乏“自裁决性”的相关表述，因此，我国作为东道国应当及时补充投资协定中安全例外条款“自裁决性”的规定，并适当引导纳入宽松的审查标准。同时由于我国部分海外投资者已经受到了少数国家以数据安全、信息安全等为名采取的特殊管制措施影响，类似事件难免会继续发生甚至加剧，对此，我国投资者应当对此做好充分准备与回应，从而为反制美西方国家滥用国家安全例外条款行为、捍卫自身合法利益提供国际法依据。

国际投资协定中安全例外条款的存在困境和完善路径

刁　茁

摘要：晚近国际经贸领域，国家安全问题已经逐步引起各国重视。在国际投资协定中，尤其体现在安全例外条款的自裁性趋势和“根本安全利益”的扩张性解释。而由于历史问题以及相关政策考量，目前存在的单独安全例外条款普遍存在“根本安全利益”范围的规定过于模糊、条款性质不清晰等文本问题，使得各国在解释和应用时存在较大的主观性和灵活性。从而导致在实践中出现仲裁庭审查标准不一致的现象。为解决上述问题，应从安全例外条款的文本出发，应首先明确安全例外条款的抗辩权性质；在磋商时明确条款性质，纳入“其认为”表述明确关联性要求；明确“根本”特征，以“非穷尽式列举”限定“根本安全利益”范围；并且增加其实施条件的相关规定。

关键词：安全泛化 国际投资协定 安全例外条款 自裁决性 根本安全利益

近年来，为了适应不断变化的国际局势，各主权国家需要不断扩大安全范围，国家安全的界定朝向更加完善全面的概念边界扩张，逐渐从“传统安全”领域向“非传统安全”领域过渡。[1]聚焦于国际投资领域，根据经济合作与发展组织（OECD）的监测报告，从各经济体投资政策的变化趋势来看，越来越多的国家注重外国投资的安全影响，并制定调整与根本安全利益有关的国家投资政策。[2]主要体现在两个方面，其一为各国在国际经济活动中频繁以国家安全为由采取贸易、投资或金融限制措施，[3]进行安全审查的频次逐步上升；其二为国际投资协定（International Investment Agreement，以下简称“IIA”）中纳入安全例外条款[4]的数量增多。

此外，从安全例外条款的演进趋势上来看，各国在 IIA 谈判和制定过程中对

---

[1] 参见张超、吴白乙：《“泛安全化陷阱”及其跨越》，载于《国际展望》2022 年第 2 期。

[2] Investment policy developments (Oct 2021-Mar 2023) https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Investment-policy-monitoring-April-2023.pdf.

[3] 参见彭阳：《国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对》载于《国际法研究》2022 年第 5 期。

[4] 在近年国际投资协定中多使用“国家安全”（national security）、“国家安全理由”（national security reasons）、“根本安全利益”（essential security interest）等术语表达对安全利益的保护，也有国外学者将其称为“非排除措施”（Non-Precluded Measures Provisions）条款。在本文中统一适用“安全例外条款”进行概述。

安全利益的保护需要已经明显超过了吸引外资推动经济增长的需求，而使安全例外条款更有利于自己的利益。[5]但是随着贸易摩擦频发导致经贸关系复杂化，安全例外条款逐渐演变成某些国家的实施单边主义的“武器”，其文本本身措辞的模糊性导致了实践中的主观性和不一致性，对国际经贸关系的良性发展造成重大破坏。因此，安全例外条款的文本完善以及合理解释成为国际投资协定中亟待解决的问题。

一、国际投资协定中安全例外条款的文本困境

作为维护东道国主权的“安全阀”[6]，安全例外条款为东道国在国家安全利益受到紧迫威胁的紧急状态下，为维护国家根本安全利益而做出与 IIA 不相符的相关措施无需承担违约责任。是国家对于根本安全利益与投资者保护之间的折中之举，起到了平衡东道国与投资者利益的作用。由于投资条款中的安全例外条款通常源自标准模板，而缺乏明确的签署国意图。因此，考察该条款的起源以及演进过程，对于厘清此类条款的通常含义具有重要意义。[7]

关于安全例外条款的雏形可以追溯到 20 世纪初，安全例外条款诞生于二战后各国经济开始逐渐恢复，国家安全利益开始进入国际法的背景之下，最早诞生于国际贸易法领域。[8]20 世纪 60 年代，经济全球化推动了全球自由化，在国际投资法领域，各国在吸引外资促进经济增长的同时开始重视保护投资领域的国家安全利益，双边投资协定开始对安全例外条款进行移植。[9]此时 IIA 中的安全例外条款主要以《友好通商条约》以及 GATT 第 21 条为参考，因此，国际贸易领域安全例外条款的措辞沿袭到了 IIA 之中。这种现象的背后，有着深刻的历史和实践背景。该条款最初由美国在 ITO 谈判中出于维护国家安全利益的考虑而提出，以允许缔约方采取措施保护其根本利益，并被 GATT 采纳。[10]由于该条款订立之前能够借鉴的文本较少，并且出于保护国内社会政策稳定和国际多边自由经济发展平衡的考量，此时的安全例外条款在涉及上存在故意措辞模糊化与软化之嫌，

---

[5] See Susan Rose-Ackerman & Jennifer Tobin, *Do BITs Benefit Developing Countries, in THE FUTURE OF INVESTMENT ARBITRATION* 131-43 (Rogers & Alford eds., 2009)

[6] See Jaemin Lee, *Commercializing National Security: National Security Exceptions'Outer Parameter under GATT Article XXI,* Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy, (2018).

[7] See Moon, W. J, *Essential security interests in international investment agreements,* Journal of International Economic Law, 2012, 15(2), p481-502.

[8] 参见李文卿、郑玲丽：《WTO 国家安全例外条款的合理适用》，载于《海关经贸研究》2021 年第 2 期。

[9] 参见桑百川、靳朝晖主编：《国际直接投资规则变迁与对策》北京·对外经济贸易大学出版社 2015 年版，68-70

[10] 参见沈伟：《国际投资协定中的安全例外条款：全球趋势与中国实践》，载于《比较法研究》2022 年第 6 期。

为东道国援引以及仲裁庭审查预留“自由裁量”的空间。而从 GATT 第 21 条早期的援引实践来看，由于大多数缔约国均为美国同盟国，彼此之间没有实施经济制裁的动机，因此整体对于 GATT 第 21 条呈现克制援引的态势，[11]GATT 第 21 条很长一段时间被束之高阁，其文本措辞的问题便一直被搁置。这些国际贸易法领域传统安全例外条款文本设计上的模糊性，从而导致国际投资协定中安全例外条款文本的一系列困境。

传统 IIA 中，纳入“安全”或者 “基本安全利益”术语有关的条款散落在各个章节。除将“禁止与限制”措施笼统规定在序言章节以外，还有部分 IIA 中将安全例外条款与一般安全例外条款混为一谈，[12]并没有体现出安全例外条款的特殊位阶层级。即使随着国家安全问题在投资领域的重视程度上升，在近来的新条约中安全例外条款频繁出现，但是根据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）的统计数据来看，包含单独安全例外条款的 IIA 仍然数量不足，仅有 408 个，占总量的约 15.74%。[13]而本文仅将 408 个单独安全例外条款作为研究对象，探讨其模糊性措辞存在的文本困境以及带来的实践问题，并提出相应的完善路径。

进入 21 世纪以来，IIA 中安全例外条款呈现自裁性趋势，并且各缔约国倾向于对“根本安全利益”范围进行扩张性解释，使得 IIA 的保护不确定性增加，并且加剧了国家逃避条约义务的潜在滥用。[14]而不同国家以及仲裁庭对于“根本安全范围”以及“自裁性”表述的不同解读，也导致了安全例外条款在缔约和争端解决过程中都面临着不小的挑战。

从安全例外条款的缔约实践来看，国际投资协定中安全例外条款主要存在以下问题：

其一，对于“根本安全利益”范围的规定过于模糊，模式存在显著差异。在包含安全例外条款的 IIA 中约有 2/3 的 IIA 仅对“根本安全利益”的范围进行了原则性规定，而缺乏具体事项的列举，仅仅笼统表明“任一缔约方均可以采取维护

---

[11] 参见李晓玲：《WTO 安全例外条款：实践演进、路径选择与中国因应》，载于《国际法研究》2023 年第 3 期。

[12] 参见黄世席：《中国投资条约中的国家安全例外条款：文本发展、法律应对与范本建议》，载于《甘肃政法大学学报》，2024 年第 3 期。

[13] https: //investmentpolicy. unctad. org / international-investment-agreements/ iia-mapping. 最近访问时间[2024-10-10]。

[14] See Karl P. Sauvant, Mevelyn Ong, Katherine Lama & Thor Petersen, *The Rise of Self-Judging Essential Security Interest Clause in International Investment Agreements*, 188 Columbia FDI Perspectives Perspectives 1, 1-2 (2016).

或保护其基本安全利益所严格需要的措施。”[15]而剩余的 166 个 IIA 中，虽然对于“根本安全利益”的范围进行了明确的细节性规定，但是措辞并不一致，部分 IIA 以 GATT 第 21 条范式为蓝本，采取子项的方式对可以援引安全例外条款的适用情形。[16]而相对具体化的表述又产生了新的问题，各缔约国对于“根本安全利益”“必要”“国际紧急情况”等表述的理解并不一致，导致各国在实际操作中往往根据自身的利益和需要进行解释，增加了投资过程中的不确定性，无法应对后续频发的争端解决事项。

序号	“根本安全利益”的措辞类型	数量	IIA 示例	条款具体内容
1	原则性规定	242	《巴西-墨西哥 BIT (2015)》《以色列-缅甸 BIT (2014)》《哥伦比亚- 法国 BIT (2014)》等	“任一缔约方均可以采取维护或保护其基本安全利益所严格需要的措施。”
2	以 GATT 第 21 条为范本的子项表述	166	《以色列-日本 BIT (2017)》《中国-澳大利亚 BIT (2015)》等	尽管本协定有第 12 条规定以外的任何其他规定，缔约各方仍可采取任何措施： (a) 该缔约方认为对保护其基本安全利益属必要的措施： (i) 在该缔约方发生战争、武装冲突或其他紧急情况时采取的措施，或 (ii) 与执行不扩散武器方面的国家政策或国际协定有关的； (b) 履行其根据《联合国宪章》所承担的义务，维护国际和平与安全的义务。
3	其他“穷尽式”列举表述		《中国-新加坡 FTA (2008)》	…… (4) 关于保护关键的公共基础设施，包括关键的通信基础设施，免受蓄意使这些基础设施失效或降级的企图；

图 1：笔者根据 UNCTAD 官网数据整理关于“根本安全利益”范围措辞的分类

[15] 例如：《巴西-墨西哥 BIT（2015）》《以色列-缅甸 BIT （2014）》《哥伦比亚- 法国 BIT （2014）》
[16] 例如：《以色列-日本 BIT（2017）》《中国-澳大利亚 BIT（2015）》

其二，安全例外条款的自裁判权不够明确。UNCTAD 根据条款的自裁性将条款分为自裁性条款、非自裁性条款，以及不适用（not applicable）条款三类。由于“不适用”的条款类型占比较小，且缔约年份较早，目前并不具有研究的必要。[17]目前 2/3 的安全例外条款仍为非自裁性条款，而随着安全例外条款的自裁化趋势，国际社会在认定安全例外条款具有有限的“自裁决性”上已经形成共识。但是对于自裁判权归属的判定路径仍然存在不小的分歧。其一，大部分自裁性条款即条文本身中存在“其认为”等自我判断性表述，根据文义解释方法可以认定该条款属于自裁性条款。[18]例如，《中日韩 FTA（2012）》《加拿大－蒙古 BIT（2016）》。其二，即使未出现相关自裁性表述，通过综合考量各国缔约时的意图以及缔约国嗣后协定和实践，也可以认定“留白化”处理安全例外条款的自裁性。[19]例如，《中国－哥伦比亚 BIT（2008）》及中国与中国香港的投资协定。此外，还存在将裁判权交由仲裁庭确定的第三种方式，例如，《中国—秘鲁 FTA（2009）》在脚注中明确规定“缔约方能否援引该条应由仲裁庭裁定”。[20]

序号	是否明确自我裁判性质	数量	IIA 示例	具体条款表述
1	自裁性条款	161	《澳大利亚-日本 BIT（2014）》《加拿大-贝宁 BIT（2013）》	“本协定的其他条款不应被解释为阻止缔约方采取任何**其认为**必要的行动，以保护其因加入海关、经济或货币联盟、共同市场或自由贸易区而产生的根本安全利益。” “本协定的其他条款不应被解释为（b）阻止缔约国采取**其认为**必要的行动以保护其基本安全利益”
2	非自裁性条款	244	《以色列-缅甸 BIT（2014）》 《巴西-墨西哥（2015）》	“缔约任何一方都可以采取严格必要的措施来维护或保障其根本安全利益。这些措施应本着善意、非歧视的态度采取和实施，以尽量减少对协定规定的偏离。”
3	不适用（not applicable）条款	3	《尼泊尔-英国 BIT（1993）》《突尼斯-美国 BIT（1990）》	/

图二：笔者根据 UNCTAD 官网数据整理关于“自我判断性”性质分类

[17] 例如：《尼泊尔-英国 BIT（1993）》《突尼斯-美国 BIT（1990）》
[18] See Sebastián M. Blanco and Alexander Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review*, Cham: Springer, 2020, pp.45-46.
[19] See Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, 104 American Journal of International Law, 179-225 (2010).
[20] 参见梁咏、刘中奇：《国际投资仲裁中的东道国安全例外抗辩与中国对策研究》，载于《海关与经贸研究》，2023 年第 4 期。

由于各缔约方签署的 IIA 中安全例外条款措辞本身具有高度抽象性，“根本安全利益”范围的表述尚未明晰，自裁性条款东道国的自我裁判权限及标准并未确定，因此，将根本安全利益条款置于具体实践场景进行解释往往会出现不一致的现象，导致该条款在实践适用中充满争议。东道国所履行措施是否是出于“根本安全利益”的考量，“根本安全利益”的范围到底应该如何确定？即使安全例外条款中明确出现了“其认为”等表述，此时仲裁庭的管辖权是否会受到影响？如果未能受到影响，那是否是由仲裁庭和缔约方共享审查权？那么仲裁庭的审查权是由缔约方让渡还是缔约方的自由裁量权由仲裁庭给予？仲裁庭审查时的标准是否统一？

二、涉安全例外条款的争端解决实践困境

国际投资仲裁庭已经审理过多起涉及国家安全的投资争端。截至 2024 年，根据 UNCTAD、Italaw、ICSID 官网的案例检索，已有 20 余起涉及援引根本安全利益条款的国际投资仲裁机制争端。[21]此外，在所有已知的国际投资仲裁案件中，超过三分之一涉及可能影响一国国家利益的产业投资。[22]涉及国家安全问题的投资争端中，除部分所援引的 BIT 中不包含相关安全例外条款，东道国以《国家责任草案》第 25 条进行安全例外抗辩[23]的之外，安全例外条款的援引率较高。

而随着国际贸易规则的不断发展与演变，特别是安全例外条款的自裁化趋势，各国在理解和应用这一条款时面临着前所未有的挑战。通过比较相似背景下仲裁庭截然不同的裁决思路和裁决结果，如阿根廷系列案[24]以及印度牵连案[25]，可以

---

[21] 据 UNCTAD 2016 年投资报告显示，截至 2015 年底，已有 16 起国际投资仲裁机制争端涉及援引根本安全利益条款，目前又出现印度牵连案 CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India 一案和 Deutsche Telekom v. The Republic of India 一案；Azienda Elettrica Ticinese v. Federal Republic of Germany 一案; Nord Stream 2 AG v. European Union 一案; Huawei Technologies Co., Ltd. v. Kingdom of Sweden 一案; Wang and others v. Republic of Ukraine 一案；Angel Samuel Seda and others v. Republic of Colombia 一案等。

[22] See UNCTAD, World Investment Report 2016, United Nations, 2016, p. 97.

[23] 例如：Wintershall Aktiengesellschaft v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14; 3.Total S. A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. 04/01; Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB10/15; Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26; Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic，PCA Case No. 2014-01; Unión Fenosa Gas，S. A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4.

[24] 20 世纪 90 年代末，阿根廷开始出现严重的经济危机，并于 2002 年颁布了《紧急状态法》，对外汇制度进行了改革。美国投资者声称阿根廷为应对经济危机而采取的紧急措施损害了其利益，而不断向 ICSID 求助。该系列案主要涉及美国-阿根廷 BIT 第 11 条以及相关习惯国际法。主要包括 CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic 一案、Enron Corporation, Ponderosa Asserts, L. P. v. the Argetine Republic 一案、LG & E Energy Corp. ,LG & E Capital Corp. ,LG & E International Inc. v. The Argentine Republic 一案、Continental Casualty Company v. Argentine Republic 一案。

[25] CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited

发现由于安全例外条款的表述往往较为笼统和抽象，缺乏具体的量化标准和明确的适用范围，使得各国在解释和应用时存在较大的主观性和灵活性。正是这种模糊性和主观性，导致了国际投资实践中一系列新问题的产生。

（一）“自我裁判性”的判断标准是否统一

在判断仲裁庭对东道国所援引的安全例外条款是否具有管辖权，以及仲裁庭的审查范围与标准之前，首先要区分安全例外条款的性质，明确安全例外条款“自我裁判性”的判断标准。从目前来看，安全例外条款的自裁性判断标准是否统一？“其认为”等自我判断性表述是否已经成为认定自裁性的唯一前置条件？国际投资实践中存在两种对于自裁性条款的认定路径。其一，将“其认为”等自裁性相关表述作为认定自裁性安全例外条款的前置条件。通过《维也纳条约法公约》（以下简称“VCLT”）第 31 条第 1 款的文义解释方法，条约条款含义的确定必须遵循文本和当事方使用的实际词语。在对于条款进行解释时，应当使条约文本优先于当事方的“外部意愿”。[26]在阿根廷串案和印度牵连案中，仲裁庭指出除非条约中明确措辞赋予国家充分的自由裁量权，以确定安全利益的范围内容，否则该条款就不能具有自裁性。[27]鉴于上述案例所涉 IIA 安全例外条款中明显缺少相关措辞，致使仲裁庭无一例外地认为安全例外条款不具有“自裁性”。从条约的文义解释方法来看，“其认为”等明确等措辞表明缔约双方有意识地识别 IIA 中条款的自我判断性。[28]

其二，在国际投资实践中同样存在以“暗示方式”来确定安全例外条款自裁性的方式。确立安全例外条款自我判断特征的另一种方法是根据 VCLT 第 31 条第 3 款和第 32 条考虑相关国家的嗣后做法和行动（subsequent practice）。[29]这种方式主要体现在阿根廷系列案中阿根廷援引美国实践来进行抗辩。即虽然未在之前缔约的 IIA 文本中纳入明确的自裁性措辞，但是在后续新的条约和其他条约

---

v. The Republic of India 一案和 Deutsche Telekom v. The Republic of India 案这两案属于牵连案，其主要涉及的争议为印度公司 Devas Multimedia Private Limited 和印度国有公司 ANTRIX Corporation Limited 于 2005 年 1 月 28 日签订了《ISRO/ANTRIXs 波段航天器空间段容量租赁协议》，而印度基于国家安全理由取消了关于卫星电信频谱的合同。

[26] See Oliver Dörr, *Article 31.General Rule of Interpretation, in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach*, eds., Vienna Convention on the Law of Treaties (Berlin, Germany: Springer, 2018) 579–80.

[27] See CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2013-09, Award On Jurisdiction And Merit, July 25, 2016, para, 219; Deutsche Telekom v. The Republic of India, PCA Case No.2014-10, Interim Award, para, 231.

[28] See Sebastián M. BLANCO and Alexander PEHL, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review* (Cham: Springer, 2020) 45–6.

[29] See Mohammad-Ali BAHMAEI1 and Habib SABZEVARI, Self-Judging Security Exception Clause as a Kind of Carte Blanche in Investment Treaties: Nature, Effect and Proper Standard of Review, Asian Journal of International Law (2023), 13, 97–123.

文件中声明应将其认定为自裁性条款。[30]

这种“暗示方式”又产生了新的问题，即嗣后认定自裁性能否对之前条约的文本解释产生影响。从目前来看，国际投资争端解决中心（ICSID）以及广大学者均持否定回答。要解决这个问题首先需要判断东道国的后续对于自裁性条款的确认行为是否能够构成 VCLT 第 31 条第 3 款所指的嗣后实践，其次，该嗣后行为是否与 IIA 的内容相关。[31]首先，一缔约国国内机关对于条约解释的单方面声明，而未得到另一国明确承认时，不足以构成嗣后实践，而这种缔约国的内部观点也尚不能构成国际法。[32]因此不能构成 VCLT 第 31 条第 3 款所指的嗣后实践。并且上述嗣后实践行为无论是从作出时间还是从文本而言，均与之前制定的条约无关。[33]

从这些仲裁裁决可以推断，某缔约方意识形态的自身转变并未建立后续实践，这些记录不被视为补充解释手段。而后续实践活动已经构成嗣后实践，也不一定会对条约解释产生后果。当嗣后实践超出了条约文本的通常含义时，此时将会产生条约修改的法律后果。[34]此外，东道国的嗣后实践不应影响作为第三方受益人的外国投资者的既得权利。[35]由此可见，目前实践中更倾向于基于条款文本的明确规定通过文义解释的方法进行认定，而考虑缔约双方缔约意图以及嗣后实践等方面的可行性较小，尚不存在以上述路径判断自裁性条款的先例。

（二）仲裁庭是否具有管辖权

1.仲裁庭对于非自裁性条款是否具有管辖权

目前，仲裁庭在对非自裁性条款的管辖权确认上已经达成共识，即在没有明确规定缔约一方判断“国家紧急状态”的权力，也没有规定缔约一方采取“其所认为”合适的措施保护本国根本安全利益权力情况下，应认定该条款为非自裁性条款，仲裁庭便享有作出判断的自由裁量权。[36]因此，随着安全例外条款的发展，

---

[30] See *Letter of Submittal of U.S.-Azerbaijan BIT, Department of State* (8 September 2000). https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43478.pdf.

[31] See Mohammad-Ali BAHMAEI1 and Habib SABZEVARI, Self-Judging Security Exception Clause as a Kind of Carte Blanche in Investment Treaties: Nature, Effect and Proper Standard of Review, Asian Journal of International Law (2023), 13, 97–123.

[32] See El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15,Award, 31 October 2011, supra note 52, paras 602-603.

[33] See José ALVAREZ and Kathryn KHAMSI, *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*, Oxford University Press, 2009, 36-39.

[34] See Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, Pg. 24, 2018.

[35] See Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, para. 337.

[36] See CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May

对于非自裁性条款来说，仲裁庭和援引的东道国均有权对国家安全状况进行评估，但是仲裁庭还对东道国所采取的必要措施和其保护的根本安全利益是否直接相关（是否构成必要保护）存在审查权。

但是上述仲裁庭均指出，即使对于非自裁性条款而言，东道国本身仍然有权对国家安全状况进行评估，自行确定“根本安全利益”范围并适时援引安全例外条款，采取必要措施。而仲裁庭不可完全忽视东道国的自我判断，而应充分尊重东道国关于国家安全例外的主张，因为东道国更了解相关情况，并且拥有专业知识和能力。[37]因此，随着安全例外条款的发展，对于非自裁性条款来说，仲裁庭和援引的东道国均有权对国家安全状况进行评估，但是仲裁庭还对东道国所采取的必要措施和其保护的根本安全利益是否直接相关（是否构成必要保护）存在审查权。

2.仲裁庭对于自裁性条款是否具有管辖权

虽然目前仲裁实践中已经对自裁性条款的“自我裁量权”达成共识，但是针对自裁性条款的可审查性目前仍然存在争议，即该“自我裁量权”仅有东道国享有还是由东道国和仲裁庭共享该审查权。典型的自我判断型国家安全条款允许东道国实施自己认为的为保护国家安全所必要的措施， 国际仲裁庭无权质疑东道国的决定。[38]但是以正在进行的“Seda 诉哥伦比亚”案为例，《美国-哥伦比亚 TPA》第 22.2（b）条虽然明确表明“如果一方在仲裁程序中援引第 22.2 条，则仲裁庭或专家组应认定该例外适用”。[39]但是仲裁庭仍驳回东道国请求，明确指出其拥有随时确定管辖权的权力。[40]

从国际投资仲裁实践中来看，存在仲裁庭在类似情况下从国际贸易中借用原则，使用 WTO 的法律规范的情形，[41]并且 IIA 中的安全例外条款由 GATT1994 第 21 条发展演变而来。因此，厘清 WTO 争端解决机构对于 GATT 第 21 条“自裁决性”条款的实践经验对于 IIA 中安全例外条款的制定和解释具有重要的启示

2005, paras, 366-369；LG & E Energy Corp. ,LG & E Capital Corp. ,LG & E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/01, Decision on Liability, Award, 3 October 2006, paras, 207-221; Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/09, Award 5 September 2008, paras, 185-187.

[37] See Deutsche Telekom v. The Republic of India, PCA Case No.2014-10, Interim Award, para, 234.

[38] UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs (United Nations, 2009), p. 39.

[39] See Angel Samuel Seda and others v.Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6, Respondent’s Rejoinder on Jurisdiction and Merits,16 February 2022, paras. 24-29.

[40] See Angel Samuel Seda and others v.Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6, Procedural Order No.9, 28 March 2022, paras 6-12.

[41] See Nicholas DiMascio & Joost Pauwelyn, *Nondiscriminationin Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?*, 102 AM. J. INT'L L. 48, 49 (2008).

意义。即使 GATT 第 21 条中明确规定的“自裁决性”安全例外条款也不能避免 WTO 争端解决机构的司法审查。WTO 专家组认为其对于成员方援引安全例外条款进行抗辩享有管辖权，但是在一定事项上赋予了援引方一定的自由裁量权，即安全例外条款具有可裁判性的同时仍然保留了援引方的自由裁量权。正如美国钢铝案的专家组指出，虽然该条款并没有是否以及如何审查成员方援引的明确规定，但是根据 DSU 的相关规定，这本身并不妨碍专家组在争端解决程序中对该条款进行审查。[42]由此可见，安全例外条款的自裁性尚不影响其自身的可诉性。

其次，东道国自我裁量权的范围可能也会影响到仲裁庭的管辖权。从条款文本上看，安全例外条款包含两个构成要素，其一为允许目标（permissible objective），其二为关联性要求（nexus requirement）。[43]通常情况下，关联性要求本质上是自我判断的。它意味着东道国可以自行决定“必要措施”的类型并及时采取，而对于第一个要素的评估，即根本安全利益的范围仍然属于仲裁庭的裁量权范围。[44]但同时存在在条款脚注中将一国的自由裁量权范围扩大到安全例外条款的全部要素，由此限制仲裁庭的审查。[45]而事实上，因为脚注中明确规定 “如果一方援引……条款”，这意味着它不会使该条款成为自动抗辩，仲裁庭不必主动考虑该条款的适用性。如果此类条款需要判断其是否达到管辖权的门槛，也应由仲裁庭提出来确认其自身的管辖权。[46]因此此时该自裁性条款不能推翻投资仲裁庭的管辖权。

由于目前国际投资仲裁实践中尚未涉及到此类安全例外条款的审查范围判断，而从 WTO 仲裁实践过程中可以看出，“自由裁量权”的范围判断应回归到条款的结构设置上，即序言和子项的修饰关系上。正如美国钢铝案和美国原产地标记案的专家组指出，应从基本的语法结构和规则进行分析，并根据有效解释原则对第 21 条（b）项进行解释，得出结论（b）序言中的“其认为（which it considers）”

---

[42] See United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products, Panel Report, WT/DS556/R (9 December 2022), para, 7.143.

[43] See William W Burke-White and Andreas Von Staden, ‘Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties’ (2007) 48 Va. J. Int’l L. 307, 329.

[44] See Mohammad-Ali BAHMAEI1 and Habib SABZEVARI, Self-Judging Security Exception Clause as a Kind of Carte Blanche in Investment Treaties: Nature, Effect and Proper Standard of Review, Asian Journal of International Law (2023), 13, 97–123.

[45] 例如：《美国-秘鲁 FTA(2006)》《美国-哥伦比亚 FTA(2006)》。

[46] See Mohammad-Ali BAHMAEI1 and Habib SABZEVARI, Self-Judging Security Exception Clause as a Kind of Carte Blanche in Investment Treaties: Nature, Effect and Proper Standard of Review, Asian Journal of International Law (2023), 13, 97–123.

并不修饰子项中的规定。[47]因此，此时东道国自由裁量权的范围仅限于对于“必要措施”的解释上，而对于何种情况构成“紧急情况”，归属于根本安全利益范围仍由专家组具有审查权。

由此可见，国家安全的自我判断条款不能推翻投资仲裁庭的管辖权，只是对仲裁庭在适用时的审查标准产生影响。虽然各国有权自由裁量什么构成对其安全利益的威胁以及需要采取何种措施来保护这些利益，但裁决者的任务是控制这种自由裁量权的行使。在这方面，这种自由裁量权主要并不意味着仲裁庭对争议没有管辖权。此外，这种自由裁量权的行使也不应允许国家在社会经济紧急情况下，或者在其采取的措施与所追求的安全目标之间缺乏合理联系时，援引所谓的安全例外条款来逃避国际责任。

（三）仲裁庭的审查范围（根本安全利益的范围）是否明确

由于目前绝大多数安全例外条款并未对“根本安全利益”的范围给出明确和具体的定义，导致在实际应用中存在较大的解释空间，对于“根本安全利益”的范围不易确定，这种模糊性导致不同仲裁庭同一背景下的相似案件对于“根本安全利益”的范围作出不同的判断与解释。从而导致了国际投资仲裁机制在这一方面的实践缺乏相对的一致性和可预测性。

在阿根廷系列案中，四个仲裁庭首先就“根本安全利益的范围确实包含经济安全”达成共识，但是在判断经济危机应达到何种严重程度方能构成对国家根本安全利益的威胁从而免除东道国义务时，各案仲裁庭意见存在分歧。CMS 案、Enron 案均认为阿根廷的经济危机没有达到“全面崩溃”的地步而参照其他危机仍应当履行条约下的义务；[48]LG & E 案、Continental 案均认为阿根廷的经济危机足够严重，达到“极度恶劣”条件就足以构成对国家根本安全利益的威胁。[49]从印度电信双案中，仲裁庭虽然提出“只有与根本安全利益存在必然联系”的，不超出其自然意义的才能涵盖在“根本安全利益”的范围之内。[50]而仲裁庭尚未对

---

[47] See United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products, Panel Report, WT/DS556/R (9 December 2022), para, 7.137 ; United States - Origin Marking Requirements, Panel Report, WT/DS597/R (21 December 2022), para, 7.88.

[48] See CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of May 12,2005, paras, 353-356.

[49] See LG & E Energy Corp. ,LG & E Capital Corp. ,LG & E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/01, Decision on Liability, Award of October 3, 2006, paras, 226-242；Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/09, Award 5 September 2008, paras, 170-181.

[50] See CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2013-09, Award On Jurisdiction And Merit, July 25, 2016, para, 354; Deutsche Telekom v. The Republic of India, PCA Case No.2014-10, Interim Award, para, 236.

“必然联系”的定义与程度尚未进行明确限定。

由此可见，在判断“根本安全利益”范围时不同的仲裁庭对于同一背景项下的案件事实尚存在不同的标准。目前，经济安全纳入国家安全范围已无争议，但是对于“严重性”的判断标准仍然没有统一标准。随着全球化时代的到来，国际贸易和国际投资变得越来越频繁，各国之间无形的联系也变得越来越多。若一国经济危机必须严重到使社会全面崩溃的程度才符合“严重性”的要求，那么此时不仅给该国已经造成了不可逆转的损失，即使允许援引国采取必要措施也显得于事无补，还会给其他主权国家甚至整个国际社会带来不可估量的损失。从横向来说，考虑严重性的标准时不仅应考虑援引国的国内情况，也需要考虑到对国际社会的辐射度；从纵向来说，安全利益的范围以及“严重性”的要求都应与时俱进，根据国际形势和缔约国的缔约目的宗旨不断调整。

（四）仲裁庭的审查标准是否统一

1.非自裁性条款的实质审查标准认定路径是否一致

仲裁庭对于安全例外条款的审查标准与安全例外条款的性质紧密相关。目前国际投资仲裁实践中已经对于非自裁性条款的“实质审查权”达成共识，但是对于“必要性”的审查标准尚且存在分歧。

在阿根廷系列案中，由于上述四个仲裁庭均认为美国－阿根廷 BIT 第 11 条并不具有自我判断的性质，因此仲裁庭拥有对于安全例外条款“必要性”的实质审查权，而不仅仅是“善意原则”的审查。CMS 案与 Enron 案采取了较为严格的习惯国际法中《国家责任条文草案》第 25 条的“唯一方法”作为审查标准。[51]但是 CMS 案的裁决后续被撤销委员会撤销。而 LG& E 案与 Continental 案的仲裁庭采取了较为宽松的认定标准，无须达到“唯一性”的标准，只需证明“必要且合法”。[52]有学者认为 LG& E 案仲裁庭采用的是遵从的“最少限制方式”审查标准。[53]与阿根廷系列案不同，印度电信双案的仲裁庭均认为必须将安全例外条款和习惯国际法中《国家责任条文草案》第 25 条区分开来，在解释 BIT 安全例外条款时，不能假设第 25 条运作所满足的构成要件。这与阿根廷系列案中 CMS

[51] See CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of May 12,2005, paras, 323-324.

[52] See LG & E Energy Corp. ,LG & E Capital Corp. ,LG & E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/01, Decision on Liability, Award of October 3, 2006, paras, 226-242; Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/09, Award 5 September 2008, para, 192.

[53] 参见银红武：《论国际投资仲裁中非排除措施“必要性”的审查》，载于《现代法学》，2016 年第 7 期。

撤销委员会的说辞一致。此外，在印度电信双案中，仲裁庭认为第 25 条所要求的“迫切威胁”“唯一办法”等标准过于严格，均采取了相对宽松的认定标准。

从上述相反的认定结果来看，不同仲裁庭在实行实质审查权时对于 BIT 安全例外条款与习惯国家法危机情况规则适用顺序的处理方式不同。首先，根据特别法优于一般法的原则，BIT 是两国缔结的旨在促进和保护国际投资的确定缔约双方权利和义务的协定，相比于已经公认为习惯国际法的《国家责任条文草案》而言，BIT 属于特别法，应优先于习惯国际法的规定而适用。其次，BIT 具有相对性，只有双方缔约国生效，更注重缔约双方的目的和意图，相较于习惯国际法这种一般性的规定而言，更加明确且具体。因而，BIT 相较于《国家责任条文草案》来说应具有优先性。因此仲裁庭应首先考虑缔约国是否违反了 BIT 的义务，以及 BIT 的规定是否排除了此义务。只有在得出东道国的行为违反了条约相关规定的结论之后，仲裁庭才能进而考虑习惯国际法的规定是否存在免除缔约国责任的必要。

除了上述两种认定路径，Burke - White 与 von Staden 又提出将欧洲人权学说中的自由判断余地原则引入国际经济法，即无须严格审查具体情势下的事实及内国评判，仅需确认被申请国是否以公正方式考虑事实并作出合理结论。[54]

由此可见，审查国家援引根本安全利益例外条款的标准选择具有重要意义。对于外国投资者来说，这不仅是决定他们命运的“一锤子买卖”；对于东道国来说，这也决定着其未来在面对类似危急情况所采取必要措施的选择。而目前对于投资条约内安全例外条款“必要性”审查标准上存在较大的分歧，需要平衡东道国和外国投资者双方利益，创建一个可行的统一标准。仲裁庭对于安全例外条款的审查权以及审查标准不同又决定了在“根本安全利益”范围上存在差异。

2.自裁性条款的“善意审查”标准是否可行

从国际法院的裁判实践中来看，即使所涉条款赋予了一国广泛的自由裁量权，但是该自由裁量权的行使仍然需要接受 VCLT 第 26 条的善意审查。国际投资仲裁庭可以视为国际贸易法的产物，因此，国际投资仲裁庭可以适当考虑 WTO 争端解决机构中涉及安全例外条款的审查标准。[55]

---

[54] See Stephan Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York: Oxford University Press, 2010, p689-720.

[55] See James Crawford, International Protection of Foreign Direct Investments: Between Clinical Isolation and Systematic Integration, in Rainer Hofmann and Christian J Tams, eds., International Investment Law and General International Law, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co KG, 2011, p. 22.

从 WTO 的争端解决实践来看，专家组对安全例外条款进行审查时采用了实质审查与“善意原则”审查相结合的标准，并且存在一定的审查顺序要求。俄罗斯运输限制措施案的专家组遵循 VCLT 第 31 条的规定从条款的逻辑结构进行分析。首先需要客观审查以确定本案是否构成 GATT 第 21 条（b）款中的“国际关系紧急情况”，在此过程中专家组对案件进行的是实质审查。[56]其次，在确定“根本安全利益”范围，专家组需要尊重援引方的自由裁量权。专家组指出，一般情况下应由每个成员国自行确定“根本安全利益”的范围，但是应遵循善意义务。最后，在判断俄罗斯所采取的措施与援引方的目的之间是否存在“密切且真实的联系”时，专家组应进行“最低合理性要求”的测试，以确定其在紧急状态下是否基于善意原则而采取措施。由于《TRIPS 协定》第 73 条（b）（iii）条的措辞与 GATT 1994 第 21 条 （b）（iii）条的措辞完全相同，沙特阿拉伯知识产权措施案的论证思路与俄罗斯运输限制措施案保持一致。

由此可见，部分自裁性条款并不构成对国际争端解决机构管辖权的障碍，而是将审查标准从实质性审查降低到善意审查。

三、国际投资协定中安全例外条款的完善路径

鉴于条约均系缔约各方经自由磋商所达成的成果，因此在安全例外条款的缔结上首先应当尊重缔约国的真实意思表示。提出安全例外条款的完善路径并非旨在将其视为“固定模板”进行简单复制，而是深入评估各条款表述可能引发的不同法律效应，并在具体适用安全例外的情境中，依据不同的谈判伙伴灵活调整条款内容，实现针对性的删减。非传统安全时代，传统安全例外条款措辞的模糊性已经无法应对复杂经贸关系的新要求，因此建议安全例外条款从以下四个方面进行完善：

（一）明确安全例外条款的抗辩权性质

为防止安全例外条款滥用而导致无端诉讼，应明确安全例外条款的抗辩权性质。国际投资协定中的安全例外条款，其法律属性应当被理解为类似于抗辩权的存在。这意味着，当一方认为另一方违反了安全例外条款时，不能直接提起诉讼。相反，只有在相关措施被认为违反了条约中的其他规定时，被诉方才有权援引安全例外条款，以此来证明其采取的措施具有正当性。

[56] See Russia - Measures Concerning Traffic in Transit, Panel Report, WT/DS512/R(5 April 2019), para, 7.120.

这种做法确保了在涉及国家安全等敏感问题时，各方能够有充分的法律依据来维护自身的利益，同时也为国际投资争端的解决提供了一种合理的法律框架。通过这种方式，安全例外条款既保障了国家的安全利益，又避免了滥用该条款导致的无端诉讼，从而在维护国家利益和促进国际投资合作之间取得了平衡。

（二）明确条款“自裁性”性质，纳入“其认为”表述明确关联性要求

明晰条款性质，对于仲裁庭将来确定审查标准以及审查范围都具有重要意义。从国际投资领域的演进趋势来看，维护国家主权成为新动向。[57] 因此当缔约双方有意向缔结自裁性安全例外条款时，应在条款中纳入“其认为”或者相关类似表述。以明确安全例外条款中的关联性要求，即东道国可以自行决定“必要措施”的类型并及时采取相关措施。

即使在安全例外条款中纳入“其认为”等相关表述，从“Seda 诉哥伦比亚”的实践来看，仲裁庭仍然对于安全例外条款享有管辖权。[58]只是在审查标准上存在差别。具体而言，若投资协定规定“自裁决性”安全例外条款，缔约国可限仲裁庭审查援引是否符合善意原则；反之则仲裁庭可实质审查东道国紧急措施的合法性。

因此，为了便于未来解决争端，特别是为了维护各国对其基本安全利益的监管主权，原则上应当在相关安全例外条款中纳入“其认为”或者相关类似表述。即东道国在面临潜在安全威胁时，能够灵活采取适当措施，而不会受到外部因素的过度限制。此外，通过在安全例外条款中纳入“其认为”或者相关类似表述，可以更好地平衡各国的安全关切和国际义务，国际经贸关系的稳定发展。

（三）明确“根本”特征，以“非穷尽式列举”限定“根本安全利益”范围

不论是自裁性条款还是非自裁性条款，“根本安全利益”的范围都属于仲裁庭的裁量权范围。而对于“根本安全利益”的界定，往往因措辞不一且模糊而引发争议与误解。结合 WTO 争端解决实践大致可以预见，在确定“根本安全利益”范围，仲裁庭倾向于尊重援引方的自由裁量权进行善意审查。一般情况下均由东道国自行确认“根本安全利益”的范围，而专家组则应当对于相关措施是否“密切相关”再进行实质审查。

---

[57] See Nikesh Patel, An Emerging Trend in International Trade: A Shift to Safeguard against ISDS Abuses and Protect Host-State Sovereignty, 26 MINN. J. INT'L L. 273, 283 (2017).

[58] See Angel Samuel Seda and others v.Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6, Procedural Order No.9, 28 March 2022, paras 6-12.

为了有效应对这一挑战，应当采取一种更为全面、灵活的规范模式——明确核心安全利益特征，以“非穷尽式列举”限定“根本安全利益”范围。通过明确规则减少争议，促进国际投资环境稳定可持续，为投资者提供清晰可预期的环境。

首先，确定“核心”特征，可以明确地将涉及关键数据、关键技术例如人工智能、生物科技等国际社会普遍认同为对国家安全至关重要的领域直接纳入条款之中。这些领域不仅关乎国家的经济命脉，更是国家安全的核心所在。[59]其次，采用“非穷尽式列举”利用兜底条款为尚未明确出现但可能对国家安全构成威胁的新问题提供灵活的应对机制。

因此，它要求我们在评估某一事项是否属于“根本安全利益”时，不仅要考虑其当前的表现形式和直接后果，还要深入剖析其背后的国家安全特征，如是否涉及国家主权、领土完整、社会稳定等核心要素。还通过回应东道国和投资者的合理期待，保护投资者的合法权益，从而促进投资环境的稳定和可持续发展。

（四）在安全例外条款的基础上增加其实施条件

在面临国家安全问题时，东道国可能在采取措施时由于紧迫性而产生相关问题，因此必须同时规定此类措施的实施必须满足非歧视性、必要性、相称性、透明度以及遵守国内法律等要求。

第三，首先，非歧视性原则是东道国在采取安全措施时不可动摇的基石。这意味着措施的实施不应针对特定的国籍、种族、宗教或政治信仰，而应基于客观、公正的标准。其次，必要性原则则强调了安全措施的不可或缺性。在面临国家安全威胁时，东道国应优先考虑采取那些对维护国家安全至关重要的措施。同时，东道国还需定期评估现有措施的有效性，及时调整策略以应对不断变化的威胁环境。最后，相称性原则要求东道国在采取安全措施时，进行充分的风险评估与成本效益分析，必须确保措施的力度与所面临的威胁相匹配。并且通过增加透明度，减少投资者对于安全政策的误解与猜疑，保证相关措施的有效实施。

此外，在国际磋商和谈判过程中，各国应共同努力推动安全例外条款在实践层面的完善，例如，厘清安全例外条款的核心概念和标准，推动安全例外条款解释标准的格式化；对援引安全例外条款保持高度克制；鼓励本国投资者在面对投资争端时积极应诉。

---

[59] 参见梁咏：《安全视域下投资条约根本安全利益条款的中国范式》，载于《环球法律评论》2023 年第 2 期。

四、结语

随着世界进入新的动荡变革期，安全泛化问题已经渗透到国际投资法领域。主权国家在国际投资协定中加入安全例外条款以保护本国安全利益。然而，随着贸易摩擦增多，这些条款被一些国家用作单边主义工具，出现滥用现象，对国际经贸关系产生负面影响。目前存在的单独安全例外条款普遍存在“根本安全利益”范围的规定过于模糊、条款性质不清晰等文本问题，使得各国在解释和应用时存在较大的主观性和灵活性。从而导致在实践中对于安全例外条款的性质判断路径存在分歧、仲裁庭管辖权受到挑战、“根本安全利益”的范围难以确定、仲裁庭审查标准不一致等现象出现。为解决上述问题，应从安全例外条款的文本出发，应首先明确安全例外条款的抗辩权性质；在磋商时明确条款性质，纳入“其认为”表述明确关联性要求；明确“根本”特征，以“非穷尽式列举”限定“根本安全利益”范围；并且增加其实施条件的相关规定。

非常态下的海外投资保护：武装冲突中 BITs 的适用研究

蒋中麒[1] 杜娟[2]

西安交通大学 法学院

摘要：当今世界，国际局势变乱交织，百年变局加速演进，全球发展和安全形势错综复杂，武装冲突——特别是在俄乌冲突、巴以冲突延宕的背景下，为我国海外投资保护带来了全新挑战。BITs 作为保护海外投资最有效的国际法措施之一，在武装冲突这种非常态情况下的适用成为当代国际法的重要议题。国际社会逐步达成共识，即基于 EACT 确立的法律稳定性和连续性原则，武装冲突不当然导致 BITs 中止或终止。进而，文章深入分析了 BITs 中涉及武装冲突的一般补偿条款、特殊补偿条款、FPS 条款的适用问题，特别强调特殊补偿条款在武装冲突中为投资者提供了更为全面的保障。同时，安全例外条款作为保障东道国规制权的"防御性条款"，赋予东道国在特定情况下豁免 BITs 义务的自由裁量权，但这一条款的适用应当受到国际法基本原则的严格限制，以避免滥用。

关键词：武装冲突；BITs；海外投资保护；一般补偿条款；特殊补偿条款

一、问题的提出：武装冲突中保护海外投资的紧迫性

进入 21 世纪第二个十年，国际局势变乱交织，百年变局加速演进，国际政治纷争和军事冲突多点爆发，全球发展和安全形势错综复杂，[3]世界"被越来越难以解决的冲突和武装暴力主导"。[4]依据《全球和平指数 2024》（Global Peace Index 2024），目前世界范围内有 56 起正在交战的冲突，比如俄乌冲突、巴以冲突、叙利亚内战、也门内战等，是二战结束以来的最高水平。另外，报告还特别指出，全球"热爱和平的水平"已下降 0.56%，这一趋势持续了 5 年。[5]武装冲突，特别是在俄乌冲突、巴以冲突延宕和全球治理秩序变革的背景下，为我国海外投资利益保护带来了全新挑战。[6]

所谓"武装冲突"，前南法庭（ICTY）将之描述为："国家间诉诸武力，或政府当局与有组织武装团体之间，或类似有组织武装团体相互之间长时间诉诸武力的情形"。[7]因此，

---

[1] 蒋中麒，西安交通大学法学院，硕士研究生，研究方向：国际投资法，jiangzq1218@126.com。

[2] 杜娟，西安交通大学法学院，副教授，研究方向：国际投资法，fiona.sriicl@xjtu.edu.cn。

[3] 《冲突与挑战中求和平 机遇与风险中谋发展——2024 全球地区形势前瞻》，新华网：http://www.xinhuanet.com/world/20240106/acd8df4a15cb4bf7a32fbcf99be0f579/c.html，2024 年 1 月 6 日。

[4] 《英国研究机构调查全球冲突背后因素》，人民网：http://world.people.com.cn/n1/2024/0109/c1002-40155254.html，2024 年 1 月 9 日。

[5] The Institute for Economics & Peace (IEP), *Global Peace Index 2024*, https://www.economicsandpeace.org/global-peace-index/#.

[6] World Economic Forum Annual Meeting, *The Global Risks Report Economy Forum*, https//www.weforum.org/docs/WEF_Global_Risks_Report_2023.pdf.

[7] *The Prosecutor v. Tadic*, Case No.IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para.70.

武装冲突按照性质分为国际性武装冲突和非国际性武装冲突：前者爆发在国家之间，即一国对另一国使用武力的情况；[8]后者的常见形态为政府（军）与有组织武装团体之间，或有组织武装团体相互之间持续产生的敌对状态。[9]不论武装冲突以何种性质存在，其作为和平发展的国际环境中的一种“变态”，甚至可以称之为“病态”，将会贻害一国的国内秩序和超越国界的国际秩序，海外投资无疑是其中极易遭受损失的重要一环。

有效的国际资本流动，总是依赖有利的投资环境。[10]依据《2022 年度中国对外直接投资统计公报》，我国对外直接投资流量 1631.2 亿美元，位居全球第 2 位，共在全球 190 个国家和地区设立境外企业 4.7 万家，[11]其中不乏包括俄罗斯、乌克兰、以色列、巴勒斯坦、叙利亚、也门等处于武装冲突中的国家。在国际法实践中，双边投资协定（BITs）作为保护海外投资最有效的国际法措施之一，通常被视为防止任何意外发生的一种法律和事实上的保险。[12]据统计，我国已与 105 个国家签订了 BITs。在这 105 个国家中，除少数国家外（比如巴勒斯坦、索马里等），同样包括俄罗斯、乌克兰、以色列、叙利亚等处于武装冲突中的国家。武装冲突对 BITs 产生的影响是极为复杂的，这种影响表现在武装冲突本身带来的国家与国家之间，以及国家与新产生的国家之间错综复杂的条约关系，而 BITs 常常受到武装冲突的影响。[13]

党的二十大报告中强调：“加强海外安全保障能力建设，维护我国公民、法人在海外合法权益，维护海洋权益，坚定捍卫国家主权、安全、发展利益”。[14]机遇与风险同在，希望与挑战并存。为此，本文拟在“以制度型开放为核心推动高水平对外开放”理念的引领下，[15]讨论武装冲突中 BITs 的适用问题，具体包括：BITs 在武装冲突中的效力（第二部分）、适用于武装冲突的 BITs 条款（比如一般补偿条款、特殊补偿条款、充分安全与保护条款等）（第三部分）。

二、武装冲突中 BITs 的效力

唯物史观认为：“社会是一个复杂的系统构成，涉及政治、经济、社会、国防和军事等各个领域，它们之间有着密不可分的关系，其中任何一个方面都有可能出现风险”。[16]而在所有的风险系统中，政治风险因涉及国家主权、政权、制度和意识形态的稳固，更带有根本

---

[8] 冷新宇：《武装冲突中保护投资的国际法规则》，北京：人民出版社，2019 年，第 16 页。
[9] 王祥山：《非国际性武装冲突的国际人道法适用问题》，北京：中国人民大学出版社，2011 年，第 32 页。
[10] Qureshi S., and Dennis BS Reinhardt. “Capital inflows: The role of controls.” *International Monetary Fund. SPN/10/0 SPN/10/0 (2010)*.
[11] 商务部：《2022 年度中国对外直接投资统计公报》，http://images.mofcom.gov.cn/hzs/202310/20231027112320497.pdf。
[12] C. J. Tams. “State Succession to Investment Treaties: Mapping the Issues.” (2016) 31 *ICSID Review*, 314, 32-36.
[13] 冷新宇：《武装冲突中保护投资的国际法规则》，北京：人民出版社，2019 年，第 17 页。
[14] 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，北京：人民出版社，2022 年，第 2 页。
[15] 王晓红：《以制度型开放为核心推动高水平对外开放》，《开放导报》，2023 年第 4 期。
[16] Engels, Friedrich, and Karl Marx. *Die deutsche Ideologie* (Contumax GmbH & Company KG 2011) 210.

性，其他方面的风险最终都有可能传导和反映到政治领域。[17]武装冲突属于政治风险的范畴，但这一政治风险的外延要大于战争风险，还涉及武装冲突影响外溢下的经济风险（比如投资风险）。持续不断的武装冲突加剧地缘政治风险，为全球经济带来不确定性，促使贸易保护主义和单边主义的抬头，给国际经济秩序带来新的难题。[18]源于西方国家实践，服务于对外援助及海外投资保护整体目标的 BITs，成为目前保护国际投资最有效的国际法措施。[19]

在武装冲突中利用 BITs 保护海外投资，需要回应的前提性问题是“武装冲突中 BITs 的效力”，也即 BITs 在武装冲突发生时是否能够继续适用以保护海外投资者或东道国的问题。[20]

关于武装冲突中 BITs 的效力，作为国际条约法中具备“宪法”意涵的《维也纳条约法公约》（VCLT）将“武装冲突对条约的影响”作为一项独立议题进行讨论，而没有对武装冲突发生时的条约适用问题作出具体规定。值得注意的是，依据 VCLT 第 73 条：

“本公约之规定不妨碍国家继承或国家所负国际责任或国家间发生敌对行为所引起关于条约之任何问题。”

由此可见，在 VCLT 的影响下，传统国际法理论和实践认为：“武装冲突将会导致条约（比如 BITs）自动中止或终止，是否恢复有待于和平条约缔结时对此作出安排”。[21]究其原因，20 世纪 60 年代，联合国国际法委员会（IHL）在起草 VCLT 草案时就已经考虑到武装冲突对条约效力影响的问题，但当时《联合国宪章》（UN Chapter）明确禁止各国通过“武力”解决国际争端。换言之，武装冲突被视为对国际秩序的严重破坏，属于一种异常状态，而非正常国际关系的组成部分。[22]因此，没有必要在 VCLT 中为武装冲突的有关问题设置专项规则。

武装冲突对 BITs 效力的影响一直是国际法中一个复杂且棘手的问题。随着国际法理论和实践对这一问题研究的不断深入，早期将武装冲突的发生视为条约自动中止或终止的简单化做法已经被逐渐抛弃，其标志性的法律事件是通过考察大量相关国家实践和法律原则，2011 年 IHL 二读通过了《武装冲突对条约的影响条款草案》（EACT）。值得注意的是，EACT 是 IHL 起草的一系列指导性条约，性质为“国际软法”（或称为“非正式国际法”），

---

[17] 顾伯冲：《着力提高防范政治风险能力》，求是网：http://www.qstheory.cn/llwx/2019-08/21/c_1124902206.htm，2019 年 8 月 21 日。

[18] 郭文伟，罗胜涛：《关联网络视角下全球地缘政治风险空间溢出研究》，《世界地理研究》，2024 年 9 月 9 日。

[19] Jeswald W. Salacuse and Nicholas P. Sullivan. “Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain.” (2005) 46(1) *Harvard International Law Journal*, 67, 71-73.

[20] 戴娜：《双边投资条约在武装冲突情况下的适用问题》，华东政法大学硕士学位论文，2018 年。

[21] H. Lauterpacht. *Oppenheim's International Law*. vol.I, Disputes, War and Neutrality, London, Longman, 1948; Arnold Pronto. “The Effect of War on Law What Happens to Their Treaties when States Go to War?.” (2013) 227 *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 230; 冷新宇：《武装冲突中保护投资的国际法规则》，北京：人民出版社，2019 年，第 17 页。

[22] Aust, A.. *Modern Treaty Law and Practice (3rd ed.)* (Cambridge University Press 2019) 18.

[23]不具有法律约束力。但是，EACT 并非空中楼阁、毫无作用，其是对国际法现有理论和实践的总结与发展，旨在为不同国家和国际组织在“武装冲突对条约效力之影响”的问题上提供建议与指引，并致力于形成关于“武装冲突对条约缔约国关系之影响”的习惯国际法。[24]

鉴于 EACT 将不可否认的对习惯国际法产生深刻影响，从 EACT 的角度研究武装冲突中 BITs 的效力问题合理且必要：[25]

依据 EACT 第 2 条：[26]

“为本条款草案的目的：

（a）“条约”是指国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何，包括国际组织也加入的国家间条约；

（b）“武装冲突”是指国家间诉诸武力或政府当局与有组织武装团体之间长时间诉诸武力的情形。”

在国际法实践中，BITs 是指两国政府之间缔结的，规定相互保护和促进双向投资相关规则的国际条约，属于 EACT 中“国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定”。对“武装冲突”的界定使用了 ICTY 在“塔迪奇案”判决中的定义，但删除了“或一国内部的此种集团之间”等措辞，[27]因为依据 EACT 第 3 条，该草案只适用于至少有一个当事国卷入的情形，故前述定义适用于武装冲突当事国之间以及武装冲突当事国与第三国之间的条约关系。

依据 EACT 第 3 条：[28]

“在下列缔约国之间，条约的施行不因武装冲突的存在而当然终止或中止：

（a）武装冲突当事国之间；

（b）武装冲突当事国与非当事国之间。”

EACT 第 3 条反映了国际社会新的主流观点，即武装冲突的存在，不论是发生在缔约国之间还是缔约国与第三国之间，本身都不必然导致条约的中止或终止，[29]并且确立了法律稳定性和连续性的一般原则。这一原则性规定借鉴的是国际法学会于 1985 年通过的决议的第

---

[23] 何志鹏：《逆全球化潮流与国际软法的趋势》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2017 年第 4 期。
[24] Josef Ostfansky. “The Termination and Suspension of Bilateral Investment Treaties due to an Armed Conflict.” (2015) 136 *INT’L DISP. SETTLEMENT*, 136, 145-55.
[25] Odysseas G. Repousis, James Fry. “Armed Conflict and State Succession In Investor-State Arbitration.” (2016) 22 *COLUMBIA JOURNAL OF EUROPEAN LAW*.
[26] *Draft Articles on the Effects of Armed Conflict on Treaties*, article 2.
[27] *The Prosecutor v. Tadic*, Case No.IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para.428.
[28] *Draft Articles on the Effects of Armed Conflict on Treaties*, article 3.
[29] 冷新宇：《武装冲突中保护投资的国际法规则》，北京：人民出版社，2019 年，第 20 页。

2 条[30]，同时得到了若干权威学者的认同，比如麦克奈尔认为：“因此很清楚的是，战争本身没有终止交战各方之间站前存在的条约义务”。[31]另外，该条使用武装冲突的“存在”这一措辞，表明 EACT 不仅适用于武装冲突爆发时，而是贯穿于整个武装冲突期间。因此，BITs 的施行不因武装冲突的存在而当然中止或终止。

凡规则皆有例外。[32]EACT 第 4 条—第 7 条规定了条约（比如 BITs）可能被终止、退出或中止的“例外情况”：

依据 EACT 第 4 条：[33]

“如条约本身载有关于条约在武装冲突情形下如何施行的规定，应适用这些规定。”

EACT 第 4 条赋予缔约国关于条约在武装冲突中是否施行、如何施行的“自由裁量权”，既可以明确规定条约（比如 BITs）在武装冲突的情形下继续执行，也可以终止、退出或中止条约（比如 BITs）。该条的作用是，判断一条约在武装冲突中是否适用的第一步应该是确定条约是否存在前述的规定。总体而言，虽然部分 BITs 中涉及武装冲突，但鲜有直接规定 BITs 因武装冲突而自动中止或终止的条款，更多地依赖于条约解释的国际法规则（EACT 第 5 条）。[34]

依据 EACT 第 6 条：[35]

为了确定在发生武装冲突时条约是否可能被终止、退出或中止，应参照所有有关因素，包括：

（a）条约的性质，特别是其主题事项、目的和宗旨、内容和条约缔约方数目；以及

（b）武装冲突的特征，诸如其地域范围、规模和激烈程度、持续时间，如果涉及非国际武装冲突，还应考虑外部介入的程度。

EACT 第 6 条详细规定了武装冲突中条约（比如 BITs）可能被终止、退出或中止应参照的“条约的性质”和“武装冲突的特征”两类因素。这表明：第一，EACT 第 6 条的适用应当遵循这一逻辑：原则（即武装冲突本身并不当然中止或终止一条约）—例外 1（即依据 EACT 第 4 条和第 5 条进行自查）—例外 2（即适用 EACT 第 6 条规定的若干标准判断一条约是否有终止、退出或中止的可能）。第二，关于“条约的性质”这一因素，EACT 特别提

---

[30] 国际法学会通过的决议的第 2 条：“当事方之间的条约实施不因武装冲突的爆发而当然中止或终止”。参见国际法学会：《年鉴》，第 61 卷，第二册，第 280 页。

[31] A. D. McNair. *The Law of Treaties* (Clarendon Press 1986) 697.

[32] Watson, A. *The Digest of Justinian (Vol. 2)* (University of Pennsylvania Press 1998) 312.

[33] *Draft Articles on the Effects of Armed Conflict on Treaties*, article 4.

[34] *Draft Articles on the Effects of Armed Conflict on Treaties*, article 5: “为确定在发生武装冲突时条约是否可能被终止、退出或中止，应适用关于条约解释的国际法规则”。第 5 条是第 4 条的延展，如果条约本身不含关于连续性的规定，或者第 4 条的适用尚不明晰，则该条即是查询的下一步。

[35] *Draft Articles on the Effects of Armed Conflict on Treaties*, article 6.

到了条约的主题事项、目的与宗旨、内容和条约缔约方数目。条约的主题事项和目的与宗旨、内容密不可分。EACT 在第 7 条中提出了一个条约的指示性清单，这些条约在武装冲突期间继续全部或部分施行的可能性极大。第三，在“武装冲突的特征”这一因素中，除了考虑传统的地域范围、规模和激烈程度等，还涵盖了非国际性武装冲突中“外部接入的程度”，目的是限制国家以参与武装冲突为由，声称中止或终止一条约运行，或者宣布退出的权利。[36]

依据 EACT 第 7 条：[37]

本条款草案附件含有条约指示性清单，其中所列条约的主题事项含有这些条约在武装冲突期间继续全部或部分施行之意。

第 7 条所指条约的指示性清单：

……（e）友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定；……

通过考察 EACT 第 7 条，如果 BITs 属于该条指示性清单中所列“友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定”，其就含义 BITs 在武装冲突期间继续全部或部分施行之意。一方面，友好、通商和航海条约（FCN 条约）是在相互友好的政治前提下，针对通商、航海等事宜全面规定两国间经济、贸易关系的一种贸易条约，[38]其本身含有部分关于投资保护的条款，比如《美日友好、通商和航海条约》中规定：“双方应给予对方国家的公民和企业在各自国家的投资和商业活动中，享有与本国国民相同的待遇”。而 BITs 的主要目的也是通过促进和保护两国间的投资，巩固与发展两国间的经济、贸易关系，与 FCN 条约性质、宗旨类似。另一方面，虽然 BITs 是两国间签订的公法性质条约，但其核心目的在于保护私人投资者的合法权益，并且允许私人投资者直接对东道国提起国际投资仲裁（比如 ICSID），其可以被视为“涉及私权利的协定”。[39]因此，按照一般性原理分析，武装冲突的爆发不应该当然否定 BITs 的效力。[40]

除此之外，武装冲突对 BITs 效力的影响具体存在两种情形：第一种情形是国家继承，涉及国际性武装冲突导致国家分立、分离或占领状态下 BITs 的效力问题。依据《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 34 条，在一国分立或分离情况下，无论原国家是否存在，除了有关国家另有约定，或该 BITs 对新国家适用不符合条约目的与宗旨或 BITs 的实施条件根本改变，对原国家有效的 BITs，对新国家依然有效。[41]传统观点认为，除被占领地区的地方性条约外，被占领国与第三国之间的 BITs 不能约束占领国。在“*Hulley v. Russian* 案”

---

[36] Dennis, Michael J. “Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation.” *American Journal of International Law* (2005) 99.1, 119-141.
[37] *Draft Articles on the Effects of Armed Conflict on Treaties*, article 7.
[38] Coyle, John F. “The treaty of friendship, commerce and navigation in the modern era.” *Colum. J. Transnat'l L.* (2012) 51, 302.
[39] Dolzer, R., & Schreuer, C. *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press 2012) 221.
[40] 冷新宇：《武装冲突中保护投资的国际法规则》，北京：人民出版社，2019 年，第 19 页。
[41] *Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties*, article 34.

中，仲裁庭认为，占领国作为被占领地区的实际控制者，是否应代替被占领国履行对被占领地区有效的 BITs 义务。[42]依据《陆战法规和惯例章程》第 43 条，占领者在实际控制被占领地后，应尊重当地现行的法律。[43]因此，占领国实际控制并管理被占领地区与平时被占领国管理被占领地区类似，仅为一种“管理权”的转移，而非“主权”的丧失，占领国有义务承担本应由被占领地区所属国的 BITs 义务。[44]

第二种情形是政府继承，主要发生于非国际性武装冲突，涉及非政府武装团体推翻原政府，原政府与第三国之间的 BITs 能否适用于新政府，以及非政府武装团体在一国的部分领土内形成长期割据，该国政府与第三国之间的 BITs 能否适用于此地区两方面问题。非政府武装团体通过武装冲突的方式夺取政权、上台执政，这仅为一国政府的更替，而国家是国际法的主体，BITs 的缔约主体是两个国家，因而原政府代表国家与第三国缔结的 BITs 对新政府继续有效。[45]另外，即使非政府武装团体在一国的部分领土内形成长期割据，但其仍处于该国主权管辖范围内，该国政府与第三国缔结的 BITs 当然适用于该区域。[46]

三、适用于武装冲突的 BITs 条款

（一）一般补偿条款

一般补偿条款，有学者称之为“简易型战争条款”[47]或”基本战争赔偿条款”。在国际法实践中，一般补偿条款规定的是缔约国的非歧视义务，比如最惠国待遇、国民待遇等，通常不涉及东道国对投资者损失进行赔偿的责任，以及东道国在武装冲突中保护投资者人身和财产的义务。在最古老的 BIT——1959 年德国—巴基斯坦 BIT 中，就已经存在一般补偿条款。[48]中国对外签订的几乎所有 BIT 中均包含有一般补偿条款，比如 2023 年中国—安哥拉 BIT 第 6 条第一款：[49]

“尽管有第十三条（不符措施）第三款，缔约一方应当在其所采取或维持的、与因境内武装冲突、国内紧急状态或内乱造成的投资损失有关的措施方面，给予缔约另一方的投资者和涵盖投资非歧视待遇。”

又如 2011 年中国—乌兹别克斯坦 BIT 第 7 条第一款：[50]

---

[42] *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No.2005-03/AA226.
[43] *Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*, article 43.
[44] Ernst H. Feilchenfeld, The International Economic Law of Belligerent Occupation, *Carnegie Endowment for International Peace* (1942), 86-87.
[45] 万鄂湘：《国际条约法》，武汉：武汉大学出版社，1998 年，第 38 页。
[46] [德]鲁道夫·多尔查，[奥]克里斯托弗·朔伊尔：《国际投资法原则》，北京：中国政法大学出版社，2014 年，第 19 页。
[47] 梁卓：《武装冲突中的投资保护：“战争条款”的解释与适用》，《国际法学刊》，2024 年第 2 期。
[48] *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*, article 3(3).
[49] 《中华人民共和国政府和安哥拉共和国政府关于促进和相互保护投资的协定》第 6 条。
[50] 《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》第 7 条。

“缔约一方的投资者在缔约另一方国家领土内的投资，如果由于发生在缔约另一方国家领土内的武装冲突、紧急状态、骚乱或其他类似事件而遭受损失，在给予其恢复原状、赔偿、补偿或采取其他措施的待遇方面，该缔约另一方应给予前一缔约方的投资者和投资不低于相似条件下其给予第三国投资者或者本国国民的待遇中最优者”。

根据联合国贸发会（UNCTAD）的数据统计，当前全球90%以上的BITs中含有一般补偿条款。[51]但值得注意的是，除BITs外，部分多边贸易协定同样包括类似的一般补偿条款，比如《美墨加协定》（USMCA）第14.7(1)条：[52]

“尽管有第14.12.5(b)条的规定，但每一缔约方应在其采取或维持的与武装冲突或内乱造成其境外投资受损有关的措施方面，给予另一缔约方的投资者以非歧视待遇。”

简而言之，一方面，如果东道国仅补偿本国自然人、实体因武装冲突、紧急状态、内乱或其他类似事件所遭受的损失，而拒绝补偿来自其他国家的投资者的损失，将会违反一般补偿条款中的国民待遇原则。另一方面，如果东道国对一些国家的投资者因武装冲突、紧急状态、内乱或其他类似事件所遭受的损失进行补偿，而拒绝补偿来自其他国家的投资者的损失，将会违反一般补偿条款中的最惠国待遇原则。

但总体来看，一般补偿条款只能在东道国就投资者的损失启动一项非歧视性的补偿的情况下才有运行的空间，其本身并未设定实质性的补偿义务。[53]有学者认为：“一般补偿条款对那些投资受到武装冲影响的投资者而言，几乎没有提供什么帮助”。[54]换言之，尽管投资者无法依据一般补偿条款直接要求东道国补偿，但东道国一旦决定对投资者的损失采取措施，则必须以非歧视的方式作出，否则就是对一般补偿条款的违反。[55]比如在“*CMS v. Argentina*案”中，[56]仲裁庭认为：

“基于前文讨论，仲裁庭仍需审查本条约第IV(3)条的含义和范围问题。第IV(3)条的确切含义是：在针对紧急情况下遭受的损失所采取的措施方面，为投资者提供的最低限度的待遇，与给予本国国民或其他国家投资者的待遇并无不同。该条并未减损本条约规定的权利，而是确保任何旨在避免或减少投资者损失的措施都将以非歧视的方式实施。”

---

[51] UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/internationalinvestment-agreements/iia-mapping.
[52] *Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada*, article 14.7(1).
[53] 张臏心：《双边投资条约在武装冲突情况下的适用问题研究》，《国际经济法学刊》2013年第1期。
[54] Christoph Schreuer. “Investment Protection in Times of Armed Conflict.” *Journal of World Investment & Trade* (2022) 23, 701-715.
[55] 梁卓：《武装冲突中的投资保护：“战争条款”的解释与适用》，《国际法学刊》，2024年第2期。
[56] *CMS v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/01/8, Award, May 12 2005, para.375.

（二）特殊补偿条款

特殊补偿条款，有学者称之为“扩充型补偿条款”[57]或“扩展战争赔偿条款”，其在一般补偿条款的基础上，规定了东道国的实质性补偿义务，要求政府当局或国家军队在非因战斗行动或情势必需而征用或损害投资者全部或部分财产的，东道国应予以恢复原状或合理补偿。特殊补偿条款作为一类“小众条款”，最早出现在 20 世纪 70 年代英国与一些国家缔结的协定中，[58]中国对外签订的 BIT 中仅有少部分包含特殊补偿条款，并且存在两种表述形式：第一种表述形式以 2011 年中国—乌兹别克斯坦 BIT 为例，依据 2011 年中国—乌兹别克斯坦 BIT 第 7 条第二款：[59]

“缔约一方的投资者在缔约另一方国家领土内的投资，在本条第一款所述的任何情况下因缔约另一方的军队或当局非因战斗行动或情势必需而征用或损害其全部或部分财产所遭受损失，应给予恢复原状或合理补偿。”

第二种表述形式以 1995 年中国—以色列 BIT 为例，依据 1995 年中国—以色列 BIT 第 4 条第二款：[60]

“在不损害本条第一款的情况下如果缔约一方的投资者在缔约另一方领土内，在上款所述事态下遭受损失，是由于：

（一）缔约另一方的军队或当局征用了其财产，或者

（二）缔约另一方的军队或当局非因战斗行动或情势必需毁坏了其财产，

应予以恢复或合理补偿。”

将两种表述形式进行对比，前者将军队或当局的“非因战斗行为或情势必需”的征用或损害视为该条第一款（一般补偿条款）的特殊情形，起到强调的作用。[61]后者容易理解为投资者只能因军队或当局的“非因战斗行为或情势必需”的征用或损害而获得补偿，起到限定的作用。因此，一旦发生争议，如果法官或仲裁员采取后一种理解方式，投资者的实体权利和程序权利无疑面临被削弱的风险。除 BITs 外，一些多边协定中也包括特殊补偿条款，比如《能源宪章条约》（ECT）第 12 条：[62]

“（1）除非根据 13 条规定之外，由于战争或者其他武装冲突、全国紧急状态、内乱等

---

[57] 梁卓：《武装冲突中的投资保护：“战争条款”的解释与适用》，《国际法学刊》，2024 年第 2 期。
[58] Tobias Ackermann, The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties (Cambridge University Press 2022) 198.
[59] 《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》第 7 条。
[60] 《中华人民共和国政府和以色列国政府关于促进和相互保护投资协定》第 4 条。
[61] 戴娜：《双边投资条约在武装冲突情况下的适用问题》，华东政法大学硕士学位论文，2018 年。
[62] *Energy Charter Treaty*, article 12.

其他类似事件，任何缔约方的投资人在另外一缔约方区域所遭受的投资损失，后一缔约方应当根据最有利于自己的投资方、其他缔约方投资方或者第三方投资方的方式进行补偿或者解决。

（2）在不违背第（1）节的情况下，缔约方投资者，在任何情况下提及的情况，遭受损失由另一缔约方承担：

（a）通过后者的军队或当局征用其全部或部分投资；或者

（b）因情势必须，通过后者的军队或当局破坏其全部或部分投资。

根据上述两者情况，应给予及时、恰当且有效的恢复或赔偿。”

与一般补偿条款相比，特殊补偿条款能够更加及时、有效地保护投资者的合法权益，尤其是在举证责任方面，证明作为“公共权威”[63]的政府当局或国家军队的行为（征用或损害）并不困难。[64]比如在“*Strabag v. Libya* 案”中，[65]仲裁庭通过适用奥地利—利比亚 BIT 第 5 条中的特殊补偿条款，裁决利比亚政府就其征用和破坏投资的行为给予投资者以补偿。

（三）充分安全与保护条款

充分安全与保护条款（FPS 条款），在部分 BITs 中也称为“持续安全和保护条款”、“最连续保护和安全条款”、“安全条款”，是指东道国应依据 BIT，“严格审慎与恪尽职守”地对暴力侵害进行阻止，并努力“恢复到先前状态”并“惩罚侵害主体”。[66]换言之，作为 BIT 缔约国的东道国有义务保护投资者免受来自东道国政府以及私人的暴力侵害，从而在物理上为投资者的人身和财产提供一定程度的安全保障。FPS 条款是双边和多边投资条约中常见的条款之一，比如 2006 年中国—俄罗斯 BIT 第 2 条：[67]

“一、缔约一方应鼓励为缔约另一方的投资者在其领土内投资创造有利条件，并依照其法律和法规接受这种投资。

二、缔约一方应根据其法律法规在其领土上对缔约另一方投资者的投资提供完全的保护。

三、在不违反缔约方法律法规的情况下，缔约方应对在本国境内从事与投资相关的活动的缔约另一方的国民在提供签证和工作许可方面予以优惠考虑。”

又如 1985 年中国—泰国 BIT 第 3 条：[68]

---

[63] [德]卡尔·施米特：《政治的神学》，刘宗坤等译，上海：上海人民出版社，2015 年，第 32 页。

[64] Christoph Schreuer, “The Protection of Investments in Armed Conflicts.” *TDM* 3 (2012), in Investor-State Disputes International Investment Law.

[65] *Strabag v. Libya*, ICSID Case No.ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020, para.257-263.

[66] M. Malik, The Full Protection and Security Standard Coms of Age: Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration (2011) *International Institute for Sustainable Development, Best Practices Series*, www.iisd.org.

[67] 《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于促进和相互保护投资协定》第 2 条。

[68] 《中华人民共和国政府和泰王国政府关于促进和保护投资的协定》第 3 条。

“一、缔约各方在顾及其计划和政策的同时，应鼓励和促进缔约另一方国民和公司在其领土内的投资。

二、缔约一方国民和公司在缔约另一方领土内的投资，应依缔约另一方的法律享有最持久的保护和保障。”

与我国新近对外签订的2006年中国—俄罗斯BIT相比，1985年中国—泰国BIT对FPS条款的表述尤其特殊之处，即投资者仅能“依缔约另一方的法律”享有保护和保障。这意味着，东道国可以自行通过国内立法的方式决定给予投资者何种程度的保护和保障，这一程度可能很高，但也有非常低的可能，这对投资者而言极为不利。但这一做法与20世纪90年代我国相对保守的缔约实践密不可分。在20世纪90年代，尽管我国对外投资规模、体量实现了跨越式的发展，但在相当长时期内属于资本输入国，[69]对由欧美国家主导的BITs具有天然的不信任感，拒绝过分让渡主权，在缔约过程中往往有意识地赋予东道国较大的规制权。

再如USMCA第14.6(1)条：[70]

“各缔约方应根据习惯国际法给予所涵盖的投资以待遇，包括公正和公平的待遇以及充分的保护和安全。”

FPS条款内置有积极义务和消极义务。积极义务是指当私人在武装冲突中侵害投资者的人身和财产时，东道国应积极采取措施履行保护投资者人身和财产的义务。一种观点认为，积极义务具有动态性，判断东道国是否尽到保护投资者的积极义务应结合东道国的国情、利益、资源、能力等进行综合分析。而另一种观点认为，积极义务是静态的，比如UNCTAD认为：“对政治稳定的明确重视，东道国有义务确保任何不稳定都不会对外国投资者产生负面影响，甚至高于保护国内投资者的能力”。[71]在“*Asian Agricultural Products V. Sri Lanka*案”中，仲裁庭认为，判断东道国政府是否达到尽职的标准应当考虑一个在平时管理良好的政府在类似情况下应当做出的、为避免海外投资者损失的合理行为。[72]据此，积极义务并非是一种“绝对义务”，其仅要求东道国对投资者提供的保护和保障达到“合理谨慎”的程度即可。[73]消极义务是指东道国政府本身有义务不得实施侵害投资者人身和财产的行为。比如在“*Biwater Gauff v. Tanzania* 案”中，仲裁庭认为，FPS条款的适用不限于国家未能保护投

---

[69] 单文华，王鹏：《均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析》，《西安交通大学学报（社会科学版）》，2019年第5期。

[70] *Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada*, article 14.6(1).

[71] UNCTAD, *Investor - State Disputes arising from Investment Treaties: A Review*, https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit20054_en.pdf.

[72] *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No.ARB/87/3, https://www.italaw.com/cases/96.

[73] Kathryn Greenman, Ntina Tzouvala. International investment law and repressive state power: rethinking the relationship between them, https://zhuanlan.zhihu.com/p/649891354.

资者免受第三方的损害，也包括国家机构与代理政府的行为。[74]

（四）安全例外条款

安全例外条款最早被 1947 年《关税与贸易总协定》（GATT）引入，是指在国际法实践中，一缔约国被允许以维护国家安全为由，例外地违反或不履行某些条约义务的条款。[75]近年来，国家安全——包括类似的“根本安全”、“危急情况”——被越来越多的国家援引以澄清、限制乃至排除本国承担的国际义务，或者不愿意承担新的国际义务。[76]安全例外条款已被纳入中国对外签订的部分 BITs 和自由贸易协定（FTAs）中，比如 2012 年中国—加拿大 BIT 第 33 条第五款：[77]

“本协定中任何规定均不得被理解为：

（一）要求缔约方提供或允许获得其认定披露后将违背其根本安全利益的信息；

（二）阻止缔约方采取其认为保护其根本安全利益所必要的任何如下措施：

1. 此类措施与武器，弹药和战争工具的贸易有关，并与直接或间接为军事或其他安全设施之目的而进行的其他货物、材料、服务和技术的贸易和交易有关，

2. 在战时或其他国际关系紧急情况时采取的措施，或

3. 此类措施与执行关于不扩散核武器或其他核爆炸装置的国家政策或国际协定有关；或

（三）阻止缔约方根据联合国宪章为履行维护国际和平与安全义务而采取行动。”

又如 2015 年中国—韩国 FTA 规定：[78]

“本协定任何条款不得阻止一方为保护其国家安全利益而采取措施。”

安全例外条款是保障东道国规制权的“防御性条款”。[79]一种观点认为，当东道国处于武装冲突，面临严重国家安全威胁而对投资者采取一定的违反或不履行 BIT 义务的措施时，将能排除整个 BIT 的适用，包括一般补偿条款、特殊补偿条款、FPS 条款等。而相反观点认为，“安全例外条款的适用仅会影响 BIT 中部分或全部实体性权利的行使，并不影响东道

---

[74] *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No.ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para.730.

[75] 李晓玲：《WTO 安全例外条款：实践演进、路径选择与中国因应》，《国际法研究》，2023 年第 3 期。

[76] 蔡从燕：《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》，《国际法研究》，2018 年第 4 期。

[77] 《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第 33 条。

[78] 《中华人民共和国政府和大韩民国政府自由贸易协定》。

[79] Caroline Henckels. “Investment Treaty Security Exceptions, Necessity and Self-Defence in the Context of Armed Conflict.” *European Yearbook of International Economic Law*, 2018.

国与投资者之间的争端解决”。[80]比如在“*CMS v. Argentina* 案”中，仲裁庭认为，安全例外条款的适用将会排除 BIT 实体性条款的施行。[81]值得注意的是，BIT 通常不会明确规定东道国的国家安全受到何种程度的威胁，才能适用安全例外条款从而排除东道国行为的不发性或免除东道国的保护义务。武装冲突一般涉及东道国的国防安全、军事安全等传统安全问题，当东道国采取的可能侵害投资者人身和财产的措施是为了维护本国的国防安全、军事安全等，便可以援引安全例外条款，但如何判断东道国采取的措施是维护国防安全、军事安全等所必需，仍要在个案中进行具体分析，无法盖棺定论。

四、结论

在 21 世纪第二个十年的今天，百年未有之大变局加速演变，武装冲突作为当今国际社会最不稳定的因素之一，加剧地区的不稳定性，并在世界范围内引发连锁反应，对全球经济、政治和社会产生深远的影响，海外投资保护面临着前所未有的挑战。作为海外投资保护的核心法律工具——BITs——在武装冲突这种非常态下的适用问题成为各国理论和实务界关注的焦点。为此，文章通过对武装冲突中 BITs 的效力问题以及 BITs 中涉及武装冲突的条款类型与其适用问题的深入探讨，旨在鼓励我国海外投资者积极利用国际法规则维护自身合法权益，维护我国国家主权、安全和发展利益，并可以得出以下结论：

首先，武装冲突对全球投资带来了全新挑战。BITs 作为一种旨在为投资提供保护和保障的国际法措施，在武装冲突期间的适用不仅影响投资者的利益，还直接关乎国际投资法治的稳定性和可预测性。[82]总体而言，随着国际法理论和实践的发展，比如 EACT 的通过，表明国际社会的主流观点认为，武装冲突不当然导致条约（比如 BITs）的中止或终止。

其次，BITs 中的不同条款在武装冲突中的适用具有差异性。比如，一般补偿条款和特殊补偿条款都是 BITs 的重要组成部分。一般补偿条款要求东道国提供非歧视待遇，比如最惠国待遇、国民待遇，尽管并未对补偿本身作出实质性要求，但为投资者在东道国进行索赔提供了一定的法律依据。相比之下，特殊补偿条款要求东道国对因非战斗行为或情势必需造成的损失进行补偿，这无疑表明特殊补偿条款在武装冲突中对投资者的保护更为全面，能够有效弥补一般补偿条款的不足。

再次，FPS 条款在各国对外签订的 BITs 中普遍存在。作为东道国保护海外投资的一种义务，其核心在于要求东道国为投资者及其投资提供“最持久的保护和保障”。FPS 条款的适用范围不局限于东道国政府行为，还涵盖第私人对投资者的侵害行为。值得注意的是，FPS 条款虽然设定了较高的保护标准，但其义务是相对的，即东道国需在其能力范围内尽到合理注意义务，而非绝对保护责任。

---

[80] Josef Ostransky. “The Termination and Suspension of Bilateral Investment Treaties due to an Armed Conflict.” *Journal of International Dispute Settlement*, 2015 (6), 136-162.
[81] *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No.ARB/01/8, https://www.italaw.com/cases/288.
[82] 王贵国：《百年变局下之国际法治——中华传统文化的视角》，《中国法律评论》，2022 年第 1 期。

最后，安全例外条款作为保障东道国规制权的“防御性条款”，为东道国在特定情况下违反或不履行 BITs 义务提供了一定的法律空间。然而，如何界定东道国面临的国家安全风险以及合理地援引安全例外条款，仍需要结合具体情况进行个案分析。笔者认为，安全例外条款虽然能够排除部分或全部 BIT 实体性权利的行使，但仍然受到国际法基本原则的限制，避免安全例外条款的滥用。

涉气候变化投资争端中的合理期待问题研究

任虎* 牛子薇**

摘要：随着温室气体排放量的增加和全球平均气温的升高，气候变化问题越来越突出，世界各国都对此十分重视，纷纷出台政策限制高碳排放产业的发展，减少传统化石燃料的使用，促进可再生能源产业的发展。然而，限制传统化石燃料产业的发展损害了相关利益方的利益，引发了一系列因应对气候变化政策而产生的投资争端。积极实施气候友好型政策争端和暂停实施气候友好型政策争端是目前涉气候变化投资争端的两大主要学理分类。积极实施气候友好型政策主要是指禁止使用煤炭等化石燃料生产；暂停实施气候友好型政策是指东道国修改或暂停投资者投资时所依据的监管制度。其中占比 63%的公平公正待遇投资争端中的合理期待问题因条款规定的模糊性、投资者与东道国之间的利益冲突以及投资者与东道国权利义务的失衡而争议激烈。中国在产业转型的过程中不可避免地会遇到类似问题。因此对该问题进行研究，做好风险预防工作尤为重要。

合理期待问题为解决国内法院审理程序中的公平问题而产生，后被运用到仲裁实践中，成为一项确定的规则。随着判例的发展，逐渐确定了合理期待的内涵即东道国是否使投资者产生了合理期待或投资者是否依据这种信赖进行投资，投资者的信赖是否合理，以及东道国的行为是否违反了这种期待。针对这三个争议问题，本文运用案例分析的方法，从不同的仲裁案例入手，通过对比分析仲裁庭审理案件时所依据的仲裁理由，试图归纳争议问题的判断标准。即合理期待是否存在的标准从需要东道国作出明确具体的承诺转变为一般的法律或政策皆可；合理期待是否合理要从东道国的客观情况、投资者的勤勉义务和公共利益三个方面进行综合分析；且若东道国对监管政策的修改属于可预测的、合理的、合比例的以及不是根本性的，仲裁庭就不会认定东道国的行为违反了投资者的合理期待。

通常情况下，公平公正待遇条款的规定较为笼统，未对“公平公正”的含义进行限定，导致合理期待的边界难以确定；且投资者对经济利益的追求和东道国对环境效益的保护之间的冲突，以及国际投资协定中投资者与东道国权利义务的失衡，这三个因素是导致上述争议的主要原因。我国作为对外投资和吸引外资的大国，积极响应联合国提议，制定“双碳”目标，进行产业转型。我国针对实现“双碳”目标过程中会出现的合理期待问题，可以从投资

* 任虎，男，华东理工大学法学院副教授
** 牛子薇，女，华东理工大学法学院研究生

者角度出发，要求其履行勤勉义务；从东道国角度出发，在国际投资协定中弱化投资者的合理期待，同时增加国家规制权，提升我国应对该问题的能力，更好地应对国际投资中的风险挑战。

关键词：合理期待 气候变化 国际投资仲裁

一、问题的提出

近年来，气候变化问题越来越突出，温室气体排放量和全球平均气温正在创下新高，同时，极端天气事件也在更频繁地发生，并且发展地更快，变化地更强烈。联合国环境规划署2023年的《排放差距报告》指出：2022年全球温室气体排放量创下了历史新高，达到了57.4Gt CO_2e（二氧化碳当量），大气二氧化碳浓度增长至417.9±百万分之零点二，其中化石燃料二氧化碳的排放量约占当前温室气体排放量的三分之二，是温室气体排放量整体增长的主要贡献者。[1]就全球整体趋势而言，在COVID—19大流行之后，全球大多数行业的排放量都有所反弹，主要集中在能源供应、工业、农业和土地利用、林业、运输和建筑等经济部门。就国家分布而言，G20成员国的排放量占总排放量的四分之三，全球前七大排放国为巴西、中国、印度、印度尼西亚、欧盟、俄罗斯联邦和美利坚合众国。[2]温室气体排放量高居不下，气候变化问题涉及领域与国家广泛，是世界范围内面临的一致问题。

气候变化问题虽然十分棘手，但是其从来都不是一个新问题，早在上世纪八十年代，联合国就关注到了气候变化问题，并尝试凝聚全球力量予以缓解。1988年，联合国大会通过了43/53号决议，首次将气候变化问题上升为全球关注的重点问题。1992年5月9日联合国在纽约举行地球峰会，通过了《联合国气候变化框架公约》（UNFCCC）（以下简称《公约》），这是世界是第一个为全面控制二氧化碳等温室气体排放，应对全球气候变暖给人类社会带来不利影响的国际公约，同时也标志着国际社会在应对气候变化问题上开始进行国际合作。但是，其缺少对温室气体减排的强制性规定，实际作用发挥有限。[3]此后，为了弥补《公约》不足，国际社会于1997年达成《京都议定书》，正式确立了“共同但有区别的责任”原则，使温室气体减排成为发达国家的法律义务，是国际上第一部旨在减少温室气体排放与控制全球变暖的具有法律约束力的条约。但是由于美国的退出，加之没有获得足够的支持，《京都议定书》未能实现其目标。面对屡次的失败与越发突出的气候问题，国际社会并未就此放弃。

---

[1] United Nations Environment Programme，*Emissions Gap Report 2023：Broken Record—Temperatures hit new highs，yet world fails to cut emissions（again）*，DEW/2589/NA，20 November 2023，p.4.

[2] Ibid，p.6.

[3] 柳华文：《“双碳”目标及其实施的国际法解读》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期，第15页。

2015 年 12 月，联合国气候变化巴黎大会又通过了《巴黎协定》，将《京都议定书》“自上而下”的治理机制转变为“自下而上”的治理机制，强调国家自主贡献的减排模式，充分发挥主权国家治理气候问题的积极性。中国作为《巴黎协定》的缔约国，自然积极响应《巴黎协定》制定的气候目标，并且于 2020 年明确提出 2030 年“碳达峰”与 2060 年“碳中和”的“双碳”目标，表明了中国参与全球气候变化治理的决心。

在这样的国际环境之下，各国纷纷出台政策限制高碳排放产业的发展，减少传统化石燃料的使用，促进可再生能源产业的发展。然而，限制传统化石燃料产业的发展必然会损害相关利益方的利益，尤其是在国际投资领域，引发了一系列因应对气候变化政策而产生的投资争端。据国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，ICSID）2024 年 2 月发布的本年度第一期《ICSID 案例—统计数据》（The ICSID Caseload-Statistics）显示，涉及石油、天然气和采矿，以及电力和其他能源的纠纷占案件总数的 42%，案件数量不容小觑。[4]

根据学者观点，涉及气候变化的投资争端可以分为两类，分别为积极实施气候友好型政策争端和暂停实施气候友好型政策争端。积极实施气候友好型政策主要是指禁止使用煤炭等化石燃料生产；暂停实施气候友好型政策是指东道国修改或暂停投资者投资时所依据的监管制度。[5]在这两种类型的投资争端中，涉及公平公正待遇的投资争端占 63%。[6]在这些涉及公平公正待遇的投资争端中，东道国是否违反投资者的合理期待（Reasonable Expectation）成为争议激烈的问题之一。投资者合理期待的判断标准模糊，适用复杂，并且存在个案个判的现象，因此导致适用的争议较大，具有探讨的必要性。中国作为肩负着“双碳”目标的能源行业投资输出与输入大国，在政策调整和产业转型时将不可避免地遇到类似问题，有必要对此进行研究，做好风险防范工作。

因此，本文将从东道国为应对气候变化而调整政策是否违反投资者的合理期待问题入手，阐明合理期待的来源，梳理涉气候变化投资争端中合理期待问题的争议焦点，分析合理期待争议问题的产生原因，并且从国际社会已有规定中找寻可借鉴之处，为中国顺利实现“双碳”目标提出有益参考。

二、合理期待规则的历史发展及内涵

---

[4] ICSID，“*The ICSID Caseload-Statistics*”，Issue 2024-1，p.11，https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue%202024.pdf，last visited 2024-7-4.

[5] 张倩雯、李佳妮：《应对气候变化政策的国际投资仲裁：风险与防范》，《国际经济合作》2024 年第 3 期，第 82 页。

[6] 指在根据 ECT 提起的 47 起 ISDS 案件中东道国违反公平公正待遇的占比。前引[5]，张倩雯等，第 84 页。

（一）国内法历史

合理期待规则最先是在国内提出，是为了解决国内法院审理程序中的公平问题。具体而言，“合理期待”一词最早是在 1969 年的 Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs 案中由 Lord Denning 提出，他认为：“在适当情况下，行政机关可能有义务给予受其决定影响的人作出申述的机会。这完全取决于他是否拥有某种权利或利益，或某种合理的期望，在不听取他要说的话的情况下剥夺他的权利是不公平的。”[7]此后，合理期待逐渐成为英国法院对行政权进行司法控制的一种广泛使用的理论。新兴的合理期待原则只是“公平行事义务”的一个方面，其起源和发展反映了促进行政公平的更广泛的司法努力，它提供了一个有用的窗口，通过它可以看见现代行政国家在个人和集体要求之间进行协调的司法努力。[8]

在国内实践中，合理期待被分为三种情况：第一，公共机构通过明示承诺或采取行动向申请人作出陈述，但随后撤回；第二，当公共机构在特定情况下偏离一般政策或做法时，可以产生合理期待；第三，当一个公共机构用另一种新政策或实践取代另一种一般的政策或实践时，同样可以产生合理期待。[9]也就是说，合理期待原则在国内法中的主要作用是促进行政公平和保护信赖利益，防止国家滥用权利。

（二）仲裁实践历史

合理期待原则首次在仲裁实践中被运用是在 1999 年的 S.A. v. The United Mexican States 案中，该案仲裁庭认为：“根据国际法确立的诚信原则，要求缔约各方向国际投资提供不影响外国投资者在进行投资时所考虑的基本预期的待遇。外国投资者期望东道国在于外国投资者的关系中以一贯的方式行事，不含糊不清，完全透明.....外国投资者还希望东道国采取一致行动，即不任意撤销东道国签发的任何原有决定或许可证，而这些决定或许可证是投资者履行其承诺以及规划和开展其商业活动所依据的。”[10]该案成为了之后审理有关外国投资者合理期待案件的先例，被之后的仲裁庭援引，成为以后对外国投资者合理期待概念进一步发展的基础。[11]

仲裁庭首次对合理期待原则进行定义是在 2002 年的 International Thunderbird Gaming

---

[7] *Schmidt v. Home Office；Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* [1969]2Ch.149，p.170-171，https://app.justis.com/case/schmidt-v-home-office-schmidt-v-secretary-of-state-for-home-affairs/overview/c4yZm2idoWWca，lasted visited 2024-7-4.

[8] Robert E. Riggs，*Legitimate Expectation and Procedural Fairness in English Law*，The American Journal of Comparative Law（1988），p.395.

[9] 政渚清：《论投资者合理期待在公平公正待遇条款解释中的适用》，2024 年《法律研究》集刊第 1 卷，第 61 页。

[10] *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*，ICSID Case No. ARB（AF）/00/2，Award，29 May 2003，para.154.

[11] 沈伟、林大山：《外国投资者合法期待在新能源补贴政策中的适用、矛盾及对策》，《上海商学院学报》2021 年第 1 期，第 79 页。

Corporation v. The United Mexican States 案中，仲裁庭认为：“‘合理期待’的概念涉及到以下情形：缔约方的行为使投资者（或投资）产生合理和正当的期望，使他们依赖上述行为行事。因此，如果北美自由贸易协定缔约方未能兑现这些期望，可能会导致投资者（或投资）遭受损害”[12]这为之后分析合理期待的概念提供了参考。

（三）合理期待规则的内涵

合理期待规则的内涵规定模糊，在仲裁实践中争议较大，往往出现个案个判的情况，但是在个案的判决中往往隐藏着共同点。具体而言，在上文提到的 International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States 案中，仲裁庭认为合理期待包含以下三个要素：一是缔约方有使投资者产生合理期待的行为；二是投资者依赖这种信任从事；三是投资者因此遭受了损害。[13]在 FREIF Eurowind v. Spain 案中，投资者 FREIF 提供了一个判断合理期待的三个要素：一是西班牙的行为是否使 FREIF 产生了合理期待？二是 FREIF 在投资时是否依赖西班牙的行为？三是西班牙后来是否未能兑现它所创造的期望？并且仲裁庭指出，FREIF 必须成功证明上述三个问题的答案都是“是”才足以证明其主张。[14]此外，在 Allard v. The Government of Barbados 案中，仲裁庭认为审理投资者合理期待要从以下三个方面进行考察：（1）是否有具体的表述？（2）投资者是否依赖它，即它对投资者进行投资是否至关重要？（3）投资者的依赖是否合理？[15]

综上所述，仲裁庭在审理关于投资者合理期待问题时主要会从以下三个方面进行分析，即东道国是否使投资者产生了合理期待或投资者是否依据这种信赖进行投资，投资者的信赖是否合理，以及东道国的行为是否违反了这种期待。因此，本文将从这三个方面对涉气候变化投资争端中的合理期待问题进行具体分析。

三、涉气候变化投资争端中合理期待问题的争议焦点

（一）合理期待是否存在

为了促进能源转型，发展气候友好型经济，东道国往往会制定优惠政策吸引外资，如降低关税或者进行补贴。但是随着产业发展或者国内经济情况的改变，东道国会对之前的投资监管制度进行修改。投资者最初依据东道国“宣传”的优惠政策选择投资，但是却得不到投资时期待的优惠待遇，就会起诉东道国损害了其合理期待。在这样的争端发生时，仲裁庭首先要解决的问题就是投资者所宣称的合理期待是否存在。

---

[12] *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*，UNCITRAL，Arbitral Award，26 Jan 2006，para.147.
[13] Ibid，para.147.
[14] *FREIF Eurowind v. Spain*，Award，SCC Case No.2017/060，March 8，2021，paras.535-536.
[15] *Allard v. The Government of Barbados*，PCA case No.2012-06，Award，27 June 2016，para.194.

针对这一问题，最主要的就是判断东道国的具体承诺的界限，即东道国的一般法律或法规就可以构成对外国投资者的合理期待，还是合理期待必须建立在东道国非常明确具体的承诺上。以西班牙可再生能源系列补贴案为例，仲裁庭的态度经历了从合理期待必须建立在东道国非常明确具体的承诺上到东道国的一般政策的转变，只要该政策是为了吸引外资即可。具体而言，Charanne B.V. & Construction Investments v. Spain 案作为西班牙可再生能源补贴系列案中的首个裁决，其仲裁庭认为合理期待必须是来自东道国非常具体明确的承诺。东道国声称："为了援引违反合理期待的行为，必须存在国家的具体承诺.....它们必须被限制性地解释，并且必须在收件人、目的和期限方面受到限制，不包含具体承诺的文件不能引起合理的期望。"[16]即东道国的承诺必须是具体的，一般的法律规定不足以构成投资者的合理承诺。

在之后的案件审理中，仲裁庭对此有态度的转变，倾向于只要是东道国有权机关发布的文件或声明，不论其形式为何，都可以使投资者产生合理期待，而不必须是具体承诺。Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Spain 案中，仲裁庭认为皇家法令构成对投资者的具体承诺。[17]SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain 案中仲裁庭则认为："正如人们普遍认识到的那样，投资者的合理期待也可以来自法律和条例的规定以及国家或代表国家为诱导各类投资者而发表的声明。"[18]直接表明一般的法律和条例可以成为投资者合理期待的来源。此外，在 BayWa v. Spain 案、InfraRed v. Spain 案中，仲裁庭也都认为皇家法令或者皇家法令新闻稿中的声明作为构成投资者合理期待的依据。[19]

综上所述，仲裁庭对合理期待是否存在的问题存在着态度的转变，从需要东道国作出明确具体的承诺，转变为一般的法律或政策皆可产生合理期待，是一种偏向于保护投资者的裁判趋势，在一定程度上加重了东道国的义务。

（二）合理期待是否合理

在确定了合理期待是否存在之后，还要确定投资者提出的合理期待是否是具有合理性，即投资者的合理期待是否符合东道国的客观情况，是否尽到了投资者的勤勉义务，以及是否考虑到了公共利益。

1、东道国的客观情况

一般情况下，国家政策的制定需要考虑一国的国情，脱离了国家现实的政策是无法在

---

[16] *Charanne B.V. & Construction Investments v. Spain*，Award, SCC Case No. 062/2012, January 21, 2016，paras.357，360-361.

[17] *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Spain*，Award，ICSID Case No.ARB/14/1，May 16，2018，para.520.

[18] *SolEs Badajoz GmbH v. Spain*, Award, ICSID Case No. ARB/15/38, July 31, 2019, para. 313.

[19] *BayWa v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Naon Dissent, para.22. *Infra Red v. Spain*, ICSID Case , No. ARB/14 /12 , Award, 2 August 2019, para.425.

一国成功适用的。根据国情适时对政策做一些修改是国家发展中的客观规律，如果东道国降低补贴政策或者取消优惠政策是出于对本国国内经济环境考虑而不得不做出的政策调整，那么就不能被视为违反了外国投资者的合理期待。[20]例如在 Charanne B.V. & Construction Investments v. Spain 案中，西班牙认为："尽管公平和公正待遇标准规定必须为投资提供稳定的监管框架，但这并不意味着法律制度应予冻结，因为公平和公正待遇的义务并不等同于稳定条款，各国可以继续立法以应对不断变化的情况。被禁止的应该是国家在立法时以不公平和不合理的方式行事，对立法框架的调整应该是合法、连贯和合理的，以适应不断变化的经济环境和解决关税赤字问题。"[21]并且该案仲裁庭也认为："违反投资者预期的发现必须基于客观标准的分析，投资者在投资时仅拥有主观信念是不够的。此外，该原则的适用取决于在特定情况下的期望是否合理，这可能与东道国为诱导投资所作的陈述有关。"[22]也就是说在判断东道国是否违反了投资者的合理预期时要考虑东道国的客观情况，不能仅根据投资者的主观想法，除非东道国是恶意的诱导性投资。即如果东道国已经知道或明知自己的经济状况无法给予投资者优惠待遇或某种补贴而故意给投资者承诺，就属于诱导投资者进行投资，这种情况下东道国改变其政策就很有可能被认定为违背投资者的合理期待。[23]

因此，在判断东道国是否违反投资者的合理期待时，要在排除东道国恶意诱导性投资的情况下结合东道国整体的经济环境，不能仅凭投资者的主观意见，要做到东道国与投资者之间的利益平衡。

2、投资者的勤勉义务

合理期待的一个重要且有争议的因素是投资者在投资前对监管框架进行认真分析的程度，特别是在可再生能源等受高度监管的行业。根据欧盟法律，如果有争议的措施或行为是由谨慎和勤奋的投资者在投资时合理预见的，而其没有预见，此时就无法运用合理预期进行保护。[24]投资者在进行投资时应该考虑到东道国的投资环境的稳定情况，其是否经常随意改变政策，或者是否有面临经济危机的可能，这在很大程度上会影响项目的投资前景和投资者将会面临的风险。[25]首先，就西班牙可再生能源系列投资案而言，2006 年西班牙最高法院指出："在特殊制度下自由决定进入发电等市场的公司，知道这在很大程度上取决于公共当局

---

[20] 前引[11]，沈伟等，第 83 页。

[21] *Charanne B.V. & Construction Investments v. Spain*，Award, SCC Case No. 062/2012, 21 January 2016，paras.355-356.

[22] Ibid，paras.495.

[23] 前引[11]，沈伟等，第 83 页。

[24] Anja Ipp and Annette Magnusson（eds），*Investment Arbitration and Climate Change*，Kluwer Law International B.V. Press，17 April 2024，p.277.

[25] 前引[5]，张倩雯等，第 87 页。

制定的经济激励措施，他们知道或者应当知道，这些当局可能会在法律指导方针范围内对其进行修改，这是他们必须考虑的监管风险之一。”[26]其次，就新能源领域的发展而言，国家对其补贴政策经历从强到弱的变化也是一个谨慎的投资者该预见的。随着行业发展的逐渐向好，补贴政策往往具有周期性。产业发展初期，各方面的力量都比较弱，国家为了鼓励发展会给予较高的优惠待遇和补贴水平。随着产业的不断发展壮大，国家会逐步降低补贴水平，培养行业自主应对风险的能力。这属于国家补贴政策的客观发展规律，谨慎且经验丰富的投资者理应对此有所预见。因此，在评估投资者的合理期待是否受到东道国的侵犯时，投资者是否尽到了勤勉义务是一个关键的考虑因素。

与法院的看法不同，仲裁庭在审理西班牙可再生能源系列案件时对此持不同的观点。例如在 RENERGY v. Spain 案件中，持不同意见的仲裁庭认为：“即使人们认为 ECT 对投资者施加了正式尽职调查的义务，即使索赔人违反了这种义务，这种违反与相对稳定性期望的合法性之间也没有因果关系。任何缺乏尽职调查的行为都不妨碍索赔人依靠其投资所依据的监管框架的相对稳定性。”[27]即仲裁庭认为没有必要对投资者的法律尽职调查是否实际上符合勤勉投资者所要求的标准作出裁定，无论情况如何，投资者都依赖于对相对稳定性的合理期待。

综上所述，投资者的勤勉义务是实务中审理这类案件时一个极具争议的问题，有的仲裁庭认为投资者在投资时要尽到勤勉义务，否则不能以东道国违反其合理期待进行索赔。而有的仲裁庭却认为投资者以东道国违反合理期待进行索赔时无需以是否尽到勤勉义务为前提。

3、公共利益

正如奥尔蒂诺教授所指出的，“确定一个合法的期望是否可以合法地受挫，取决于在所有情况下，公共利益是否足以推翻履行承诺的利益。”[28]就涉气候变化投资争端中的投资者合理期待而言，即使投资者可能对政策的稳定有合理的期望，但合法的公共利益可能会压倒这些期望。如 Solar Century Holdings Ltd & Ors v. Secretary of state for Energy And Climate Change 案件中，仲裁庭指出：“虽然法院在该案中没有产生合法的期望，但它的结论是，即使有一个合法的期望它也被公式另一边强大的公共利益考虑所充分抵消。”[29]在 Cavalum SGPS v. Spain 案中，仲裁庭引用 AES Summit v. Hungary 仲裁庭的观点，认为：“确定一个国家必须鼓励和创造的稳定条件的范围是一项复杂的任务，因为它总是取决于围绕投资者投

[26] Anja Ipp，*Supra* note 24，p.278.
[27] *RENERGY v. Spain*，ICSID Case No. ARB/14/18，Award，6 May 2022，para.707.
[28] Anja Ipp，*Supra* note 24，p.281.
[29] *Solar Century Holdings Ltd & Ors v. Secretary of State for Energy And Climate Change*，EWCA Civ 117 ，1 March 2016，para.1.

资决定的具体情况以及国家为公共利益采取的措施。”[30]在气候变化案件中，东道国对政策进行调整的目的通常是为了保护环境的需要，逐渐淘汰化石燃料等高耗能高污染产业，发展新能源产业，从目的上看属于保护公共利益的需要。

公共利益作为被各国普遍认可的规则得到世界多数国家的支持，在西班牙可再生能源系列案件中，大多数投资者赢得裁决案件的法庭都没有考虑西班牙的公共利益理由。如 Masdar v. Spain 案中的仲裁庭认为：“西班牙政府违约的理由是违反了联邦选举委员会，而没有提及其公共利益的理由。”[31]也就是说，国家公共利益是仲裁庭审理案件时必须要考虑的要素，投资者获得判决成功的原因很大程度上是仲裁庭忽略了公共利益。虽然仲裁庭在判决案件时对东道国国家公共利益的运用有所不同，但是绝大多数仲裁庭都认可公共利益的规则，并以此作为裁判的依据之一。

（三）东道国是否违反了合理期待

前面提到，东道国可以依据其国家的客观情况对政策进行适当的修改，但是东道国对修改的界限是什么，多大程度上的修改会造成对投资者合理期待的违反则是本文接下来要讨论的问题。

经案例分析发现，只有当东道国对于投资监管制度的改变是根本性的、不可预测的、不合理或不成比例的时，仲裁庭才会认为东道国的行为是违背投资者的合理期待的。[32]例如在 Eiser v. Spain 案中，仲裁庭指出：“任何投资者的合理期待必须包括主管当局在法律赋予的权力范围内对法律框架进行合理修改和具有修改的真正可能性。ECT 第 10 条第（1）款有义务给予公平公正的待遇，这意味着在适用于现有投资时，不能从根本上改变监管制度，剥夺依赖这些制度进行投资的投资者的投资价值。”[33]Antin v. Spain 案中，仲裁庭认为：“ECT 第 10 条第（1）款规定的向受保护投资提供 FET 的义务包括为投资者进行长期投资所依赖的法律制度提供基本的稳定性。这并不意味着法律框架不能发展，也不意味着 ECT 缔约国不能行使其监管权力。相反，这意味着专门为吸引能源领域投资而建立的监管制度无法从根本上改变。”[34]Cavalum SGPS v. Spain 案中，仲裁庭则做出这样的表述：“稳定与投资者的合理期待有关，即法律框架不会被任意改变，承诺将得到遵守，但这并不意味着不会发生任何变化。这项义务的门槛相对较高，其重点是颠覆法律制度，或者换言之，它防止激进或根本

---

[30] *Cavalum SGPS，S.A. v. Kingdom of Spain*，ICSID Case No. ARB/15/34，Decision on Jurisdiction，Liability and Directions on Quantum，31 Aug 2020，para.407.

[31] *Masdar Solar v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award ，16 May 2018，para. 451.

[32] 梁丹妮、唐浩森：《“双碳”目标下的可再生能源投资仲裁研究——以“投资者合理期待”为切入视角》，《武大国际法评论》2023 年第 4 期，第 129 页。

[33] *Eiser v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, 4 May 2017，para.382.

[34] *Antin v. Spain*，ICSID Case No. ARB/13/31，Award，15 Jun 2018，para.532.

性的改变。”[35]同时，在 Charanne v. Spain 案件中，仲裁庭还提到了东道国对于投资监管制度的修改要符合比例这一要件，其指出：“至于比例性，只要这些变化不是反复无常或不必要的，也不突然和不可预测地消除现有监管框架的基本特征，就可以满足这一要求。”[36]

因此，若东道国对监管政策的修改属于可预测的、合理的、合比例的以及不是根本性的，仲裁庭就不会认定东道国的行为违反了投资者的合理期待。

四、涉气候变化投资争端中合理期待争议的产生原因

（一）条款规定的模糊性

合理期待原则作为公平公正待遇条款之下的子因素，与公平公正待遇条款一样，规定模糊不清，仲裁庭因此在审理时拥有较大的自由裁量空间。以《能源宪章条约》（Energy Charter Treaty，ECT）第 10 条第（1）款为例，其表述为：“每一缔约方应遵照该条约的规定，创造稳定、公平、有利且透明的条件，鼓励其他缔约方的投资商在其区域内进行投资。”实践中一般将该条款作为对公平公正待遇的表述。但是该条款只是笼统的原则性规定，并未对“公平公正”的含义进行任何限定，也未明确稳定、透明、有利该如何判断。仲裁实践中合理期待包括在“公平公正”之中，然而“公平公正”本身含义的模糊就导致东道国政策的合理性边界难以确定，[37]这就使仲裁庭在裁决相关案件时有巨大的裁量空间，导致了个案个判现象的大量出现，争议不断，很难为其找到一个合适的定论。此外，在传统的 BIT 中，对于“公平公正待遇”条款的规定也是较为简单粗略，很少涉及对外国投资者合理期待的限制性规定。以中国对外签订的 BIT 为例，其中仅规定简单模糊的 FET 条款，不涉及具体的限制性规定的 BIT 占总数的 73.8%。[38]大量模糊不清的 FET 条款使得中国在以后的投资监管中也面临同样的风险。

（二）投资者与东道国的利益冲突

导致涉气候变化投资争端合理期待问题发生争议的原因之一就是投资者与东道国之间的利益冲突。从投资者的角度而言，其在一国进行投资是为了赚取利润，如果一国的补贴或优惠政策越好，就意味着其能在其中获得更大的收益，投资者自然不希望东道国降低补贴或减少优惠待遇，增加其成本。并且不变的监管政策意味着投资者不需要随着政策的变动而调整企业的结构，可以按照既有的模式赚取最大的收益。因此，一旦东道国的监管政策发生变动，投资者就希望可以从合理期待原则中寻求弥补。从东道国的角度而言，其监管政策需要

---

[35] *Cavalum SGPS，S.A. v. Kingdom of Spain*，supra note 30，para.406.
[36] *Charanne B.V. & Construction Investments v. Spain*，supra note 21，para.517.
[37] 刘禹、孔庆江：《碳排放政策的投资仲裁风险与因应》，《太平洋学报》2022 年第 4 期，第 50 页。
[38] 前引[11]，沈伟等，第 90 页。

根据实际经济情况的发展而作出相应的调整，以使政策可以更好地适应经济的发展，并且促进经济的良好发展。考虑到这样的大环境，且为兼顾社会的整体利益，东道国就不可避免的需要对监管政策进行修改。如可再生能源领域的政策调整，逐步取消化石燃料的使用是为了环境保护这一全体人民的共同利益，势必要牺牲一小部分人的利益，而这并不构成对投资者合理期待的违反。

（三）投资者与东道国权利义务的失衡

首先，就投资者而言，其在国际投资协定项下的义务缺乏。国际投资协定诞生之初是资本输出国保障其本国投资者海外投资安全的工具，由于东道国与投资者势力的不对等，绝大多数规定都只强调保护投资者的利益，而并未规定东道国在哪些公共领域可以享有规制权及何种程度的规制权，未考虑到东道国保护公共利益的政策空间。[39]也就是说，在传统的投资协定下，投资者往往只享有权利，而不负担义务。一旦发生投资者认为东道国侵犯其利益的事情，投资者可以毫无顾忌的将东道国诉诸法庭，其中不乏滥用合理期待原则的案例。其次，就东道国而言，其在国际投资协定项下的国家规制权缺乏。国家对其领土内的事项享有规制权，国际投资协定是东道国让渡其部分主权达成的合意，规定了东道国享有的权利和承担的义务。然而在大多数的国际投资协定中只关注投资者与东道国之间的对等关系，却忽视了东道国对投资者的规制。如在气候变化领域，由于资本的逐利性，投资者往往不会自主的为保护气候等公共利益而作出牺牲，这时就需要东道国发挥国家的主导作用，引导环保企业进入，或促进产业转型。此时由于保护公共利益而对投资者进行的规制应属于合理范围之内，不违反投资者的合理期待。但是国际投资协定中往往未规定东道国的规制权，导致东道国行使国家引导力的空间有限，一不小心就会被投资者指控侵犯了其合理期待。

因此，本文认为，作为合理期待的“载体”的公平公正待遇条款规定模糊，导致合理期待的界限范围模糊，使得仲裁庭在审理时没有统一的标准，自由裁量的范围过大。加之投资者与东道国追求的利益不同和权利义务的失衡，使投资者可以毫无顾忌的滥用合理期待原则，最终造成了涉气候变化投资争端中合理期待问题的众多争议。

五、对我国涉气候变化领域投资的启示

习近平总书记在第七十六届联合国大会上提出“中国将力争 2030 年前实现碳达峰，2060 年前实现碳中和”的“双碳”目标，将应对气候变化摆在国家治理的突出位置。我国高碳行业外资占比较大，2020 年我国电力、燃气、建筑业、制造业、采矿业、农、牧、渔及交通

[39] 前引[37]，刘禹等，第 51 页。

运输等高碳行业的外资实际利用金额达 421.7 亿，占外资总额的 29.9%。[40]中国在作为外资输入大国的同时也是资本输出大国，2020 年我国在“一带一路”沿线国家能源投资中的可再生能源占比已经超过化石能源。[41]在国际投资领域，我国的投资者和国家都面临国际投资仲裁的风险，有必要提前考虑风险应对方案。

（一）投资者角度：履行勤勉义务

投资仲裁实践表明，仲裁庭在审理涉气候变化投资争端中的合理期待问题时，投资者是否尽到了勤勉义务是判断合理期待是否合理的重要因素之一。仲裁庭认为若投资者请求的事项是其作为谨慎和勤勉的投资者本应当预见的，那么东道国对监管政策的调整就不构成对投资者合理期待的违反。所以我国投资者在进行对外投资前要进行充分的尽职调查。首先，要对投资国的经济环境有一个整体的把握，了解目前该国家的发展形式、背景环境等，不能只局限于自身投资领域，要对该国家的整体经济走势有一个宏观的掌握。其次，对于投资者的目标投资领域，投资者既要考察这一领域东道国的政策是否足够稳定、是否作出了具体承诺、是否有公共利益的参与等仲裁庭关键考虑的要素；同时，投资者也要对该国家之前发生的类似案件进行了解，熟悉东道国的政策法规、司法程序运作模式等，一旦发生投资争端可以有条不紊的采取措施应对。此外，在投资者方面，国家也要起到引导作用，帮助企业准确理解“投资者合理期待”的内涵，让投资者准确掌握合理期待原则的用法，避免急病乱投医，增加投资者的诉累。

（二）东道国角度：弱化投资者合理期待与增加国家规制权

我国作为“双碳”目标的承诺国，同时也是化石燃料能源吸引外资的大国，监管政策转变的不当就会有引起投资争端的风险，因此也需要从东道国的角度做好应对举措。

1、弱化投资者合理期待

传统的国际投资协定中侧重于保护投资者的利益，投资者没有义务的负担，可以随意提起基于合理期待的诉讼。并且合理期待在国际投资协定中往往没有确切的规定，仲裁庭遵循先例适用，有较大的自由裁量权。在这样的情况下，东道国就处于较为被动的状态。因此，中国可以在缔结国际投资协定时通过条款规定弱化投资者的合理期待。具体而言，一条路径是我国可以借鉴《美墨加协定》或 CPTPP 中的规定，直接规定损害投资者合理期待不构成对公平公正待遇的违反。[42]如《美墨加协定》Article 14.6.4 规定：“为提高确定性，仅仅是一缔约方采取或未采取可能不符合投资者期待的行动，并不构成对本条的违反，即使所涉投资

[40] 前引[37]，刘禹等，第 52-53 页。
[41] 前引[32]，梁丹妮等，第 136 页。
[42] 前引[11]，张倩雯等，第 89 页。

因此而遭受损失。”CPTPP 中第 9.6.4 条规定：“为了更大的确定性，一方采取或未采取可能与投资者的预期不一致的行动这一事实本身并不构成对本条的违反，即使所涵盖的投资因此而遭受损失或损害。”因此，国际社会已有先例，中国也可以在签订国际投资协定时进行借鉴。另一条路径是我国在签订的国际投资协定中规定合理期待原则适用的例外。主要规定缔约东道国基于公共利益如公共健康、减缓和适应气候变化、安全与环境等因素，对监管政策的合理修改不构成对投资者合理期待的违反。[43]

2、增加国家规制权

传统国际投资协定中缺少国家规制权条款，国家在进行规制时缺少法律依据，容易引起投资者基于合理期待的指控。因此，为了平衡投资者与东道国的权利义务关系，可以在国际投资协定中增加东道国规制权的条款，使国家对公共利益事项有权规制。并且国家规制权的条款规定在国际社会中也有先例可循。如加拿大与欧盟签订的《综合性经济贸易协议》（CETA）Article 8.9（2）中规定：“为更明确起见，一方以对投资产生负面影响或干扰投资者预期（包括其对利润的预期）的方式进行监管，包括通过修改其法律，这一事实并不构成违反本节规定的义务。”[44]即明确东道国具有修改法律等规制权。中国也可以借鉴该种方式，在国际投资协定中明确国家规制权。同时，中国也要明确国家规制权的范围，在赋予自己权力的同时又不能滥用权力，权力的行使要以不根本性改变投资者所依赖的投资环境为界限。

六、结语

在全球气候变化、温室气体排放增量的大背景下，化石燃料等高耗能产业必然面临转型危机，可再生能源产业的发展势在必行。在此背景下，各国纷纷出台政策限制高耗能产业发展，促进新能源产业崛起。与其同时，涉气候变化投资的争端也纷纷出现。投资者合理期待作为公平公正待遇条款的项下内容，与公平公正条款相同，也具有模糊性，产生了一系列争议，主要集中于东道国是否使投资者产生了合理期待、投资者的合理期待是否合理以及东道国的行为是否违反了这三个方面。本文通过案例对以上三个方面进行分析，并认为条款规定的模糊性、投资者与东道国的利益冲突以及投资者与东道国权利义务的失衡是造成争议的主要原因。

我国作为对外投资和吸引外资的大国，在履行保护气候义务的同时也将会面临同样的投资风险，有必要从国际社会的仲裁实践中吸取经验。即从投资者的角度，我国投资者可以在

---

[43] 李俊然、赵俊娟：《国际投资协定与气候变化协定的冲突与协调——以国际投资协定的实体规则为视角》，《河北法学》2019 年第 7 期，第 139 页。

[44] Article 8.9（2）of CETA. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)#d1e3743-23-1，lasted visited 2024-7-7.

进行对外投资时充分履行勤勉义务，避免因此败诉；从东道国的角度，我国可以通过在国际投资协定中弱化投资者合理期待与增加国家规制权的规定来应对风险。然而涉气候变化投资争端中合理期待问题由来已久，并且处于不断变化之中，未来还需要我国根据国际形势的变化及时调整政策，以更好地应对风险挑战。

气候变化背景下欧美投资伙伴关系研究[①]

平亚鸽

摘要：发达国家积极构建新型气候话语平台，首选途径就是贸易制度。本文探讨了欧美的合作现状与前景，揭示了欧美传统盟友关系在面临全球性问题时的复杂性和脆弱性，并探讨了当前背景下欧美伙伴关系的新发展。探讨了欧美双边投资伙伴关系的重要性与欧美跨大西洋自贸区建设的可行性。本文提出了加强欧美气候变化伙伴关系的建议。展望未来，欧美双边投资伙伴关系的重构与气候变化伙伴关系的深化将为全球气候治理注入新的动力，为实现全球气候目标提供有力保障。随着欧美之间跨大西洋伙伴关系的升温，以及世界经济格局的新变化，面对中国等新兴大国的外部威胁，以及俄乌冲突等地缘问题，欧美投资伙伴关系势必进行重构，欧美之间的 TTIP 谈判极大可能重新启动。本文为欧美跨大西洋自贸区的建立，即 TTIP 的重启谈判提供了新思路和新路径。欧美之间气候伙伴关系已经成为欧美同盟关系的牢固契合点之一，以此可以有效促进欧美双边经贸关系的重构。

关键词：气候变化；国际关系；经贸关系；地缘政治

① 作者：平亚鸽，女，2000 年 8 月，汉族，河南汝州人，中共党员，桂林电子科技大学法学硕士研究生在读，13253519220，2195166216@qq.com；广西壮族自治区桂林市灵川县灵田镇桂林电子科技大学花江校区

目 录

气候变化背景下欧美投资伙伴关系研究 1
一、前言 3
二、欧美伙伴关系分析 3
（一）欧美传统的共同利益和共同身份 3
1.欧美关键经济伙伴关系 4
2.欧美间气候合作关系 5
3.欧美延续进行人文交流 6
（二）欧美伙伴关系新发展 7
1.密切双边伙伴关系，共同应对地缘安全挑战 7
2.强化科技伙伴关系，引导双边科技协调 8
3.塑造平等伙伴关系，拓展双边合作空间 9
三、欧美气候变化伙伴关系新发展 10
（一）欧美围绕气候变化问题高层互动频繁 11
（二）欧美双方气候合作更具机制化 11
（三）欧美针对气候变化问题合作进行拓展并深化 12
（四）欧美联手构建发达国家碳关税俱乐部 13
四、气候变化背景下欧美投资伙伴关系分析 14
（一）欧美对俄核能竞争博弈 14
（二）欧美对华清洁能源技术竞争 15
五、欧美投资伙伴关系中的气候变化问题 17
（一）《通胀削减法案》（IRA） 17
（二）电动汽车补贴问题 19
（三）气候变化减缓问题 19
六、 塑造欧美新型投资伙伴关系路径研究 20
（一）欧盟对欧美“平等”投资伙伴关系的需求 20
（二）欧美平等投资伙伴关系发展路径 22
1.欧美双边投资协定“议题化”发展 22
2.欧美明确各自核心利益 22
3.排除敏感领域或复杂议题 23
4.提高协定谈判透明度和可预测性 23
七、结语 23

一、前言

欧美投资伙伴关系跨不过《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership，TTIP)，TTIP 是欧盟(EU)与美国之间拟议的全面贸易协定，旨在促进贸易和经济增长。其本来是跨太平洋伙伴关系协定(TPP)的配套协议，旨在建立美国和欧盟之间的自由贸易区。但美国在 2017 年就退出了 TPP。美国和欧盟在启动 TTIP 谈判时明确表示，他们将以重新塑造全球经济贸易规则为原则和参照。TTIP 提出的标准在市场开放、公平竞争、劳工福利和环境保护等方面都超越了当前全球现行规则。但是，TTIP 自 2013 年 6 月正式启动谈判以来，已经历了多轮。第一轮谈判于 2013 年 7 月进行，最初希望谈判将在 18 至 24 个月内（即 2014 年底至 2015 年年中之间）完成，实际上的谈判并不顺利。随着欧美内部政府的更替和动荡，以及全球新兴经济体的不断崛起，国际经济贸易产生了剧烈变化，中国已经走到世界前列。中美欧三大经济体参与的自贸协定无疑对世界经济格局产生了巨大的影响，其中最具代表性的莫过于中欧投资协定(CAI)与跨大西洋贸易与投资伙伴协定(TTIP)。[②]欧盟和美国经济体是世界上最现代化、最发达、最致力于高标准消费者保护的两个经济体，这两个经济体占全球近一半的 GDP ，世界贸易的近三分之一都来自欧美两大经济体。如果欧美之间成功达成 TTIP，并将 TTIP 的原则和规则推广至全球，那么中国等新兴大国将在全球经济规则的制定中难以发挥影响力。虽然 TTIP 的谈判不顺利并最终搁浅。但随着欧美之间跨大西洋伙伴关系的升温，以及世界经济格局的新变化，面对中国等新兴大国的外部威胁，以及气候变化问题这一牢固契合点，欧美之间的 TTIP 谈判极大可能重新启动。

二、欧美伙伴关系分析

（一）欧美传统的共同利益和共同身份

美欧双方均对彼此寄予厚望，期望通过此项目达成广泛共识，彰显跨大西洋联盟的引领力及西方世界的团结力量。自拜登政府上台以来，欧美关系显著回暖，较特朗普时期有了明显改善。双方在双边及多边层面的互动日益紧密，这一趋势促使欧盟对传统的跨大西洋关系在经济合作、气候治理及人文交流等关键领域继续保持高度期待。这不仅体现了欧美双方合

② 参见陈曦冉,刘宇,张卫彬.CAI 与 TTIP:谈判焦点比较及影响[J].蚌埠学院学报,2022,11(01):103-106+113.DOI:10.13900/j.cnki.jbc.2022.01.024.

作意愿的增强，也深刻反映了欧盟对双边关系认知的稳定性和延续性。[③]

1.欧美关键经济伙伴关系

跨大西洋经济关系是全球经济的关键支柱之一，欧美是全球众多国家最重要的贸易与投资伙伴。经济伙伴关系始终是跨大西洋双边关系的基石，欧盟持续强调加强与美国的经济合作，并致力于解决双方贸易中的分歧。具体而言，欧盟早在 2021 年前便呼吁欧美携手深化经济联系，以化解贸易障碍，共促经济复苏。2021 年的联合声明进一步彰显了欧盟对发展欧美贸易投资关系的承诺，双方致力于达成《关于大型民用航空器合作框架的谅解》，旨在营造公平竞争环境，弥合长期分歧，并有效应对非市场经济带来的挑战。欧盟期待美国协助缓解因美方税收政策导致的双边关系紧张局势。一方面，欧盟寄望通过持续的双边对话，在 2021 年底前解决钢铁、铝产品的税收争端，以助力欧美贸易自 2020 年的低谷中复苏，并借此契机解决欧盟内部的产能过剩问题。另一方面，欧盟寻求与美国合作推动世界贸易组织（WTO）改革，并共同努力在经合组织框架内就跨国公司税收问题达成全球共识。此外，2023 年峰会开幕之际，欧洲理事会主席米歇尔强调，鉴于欧盟与美国之间坚实的经贸基础，峰会的重要议程之一即是处理当前存在的贸易分歧。[④]这也表明，欧盟视维护与美国的经济伙伴关系及解决贸易分歧为跨大西洋合作的基础。欧盟正努力构建跨大西洋市场，旨在增加就业与经济机遇，并推进《跨大西洋可持续贸易倡议》，促进互利贸易。针对钢铁、铝税收问题，欧盟重申了双方在识别非市场性产能过剩、评估排放强度等方面的进展，并期待取得实质进展。此外，欧盟计划于 2024 年与美国合作，依据世贸组织第十三届部长级会议（MC13）决定，共同推动世贸组织改革，以建立更加全面、高效的争端解决机制，有效应对贸易分歧。此外，欧盟外交事务委员会详细分析了欧美经贸关系，涵盖双边贸易额、主要贸易产品、跨国企业类型及成就，确认其为全球最大的双边贸易关系。美国作为欧盟商品和服务的主要贸易伙伴及最大投资者，双方经济伙伴关系的重要性不言而喻。最新美国统计局数据显示，2023 年美国仍为欧盟最大商品出口市场及第二大商品进口来源，双边贸易总额约 9457.4 亿美元。[⑤]综上所述，欧盟始终视美国为关键的经济伙伴，并积极推动解决双方在经贸领域的分歧。

---

③ 张雪儿,房乐宪.论近年欧美重塑跨大西洋关系的主要特点[J].国际观察,2024,(03):100-126.

④ Charles Michel, “Remarks by President Charles Michel Following the EU-US Summit in Brussels,” The European Parliament News, June 15, 2021.

⑤ Tugba Sabanoglu,“Volume of U.S. imports of trade goods from the European Union from 1997 to 2023,”U.S. Statista Press, February 14, 2024.

2.欧美间气候合作关系

长期以来，欧盟在全球气候治理中一直试图扮演关键的引领者角色。[⑥]欧盟 2019 年推出《欧洲绿色协议》（The European Green Deal），聚焦气候行动，彰显其应对气候变化、驱动社会经济转型的决心。2021 年欧美峰会前夕，欧盟理事会敦促美国重返《巴黎协定》，并预告将在 COP26 前启动基于“绿色协议”的跨大西洋气候对话，与美国探讨气候变化应对策略与碳中和路径。这表明，维护欧美气候合作，携手应对全球挑战，是欧盟跨大西洋关系中的持续关注点。美国回归《巴黎协定》后，气候变化议题在欧美双边议程中显著上升，欧盟持续强调与美在全球气候治理中的协同合作，凸显双方气候伙伴关系的重要性。2021 年欧美峰会，双方就碳定价、绿色金融、可再生能源等议题深入协商，倡议设立高级别欧盟—美国气候行动小组，强化双边气候合作。欧盟重申其在气候变化领域的国际领导角色，并提及每年向发展中国家提供 100 亿欧元支持绿色转型，呼吁美国参与气候融资。双方承诺深化合作，应对气候变化、环境退化及生物多样性丧失，推动绿色增长与海洋保护。美欧能源理事会将主导能源脱碳、能源安全及可持续供应链等议题。双方还计划构建跨大西洋绿色技术联盟，加强碳中和、资源效率及循环经济的合作。此后，在首脑互访、欧美贸易技术理事会部长级会议及北约峰会等场合，气候变化持续成为高层对话的重要议题。2023 年欧美峰会，欧盟重申深化气候合作，努力实现 COP28 目标即将全球变暖限于 1.5℃范围内。双方誓增可再生能源产能与能效，共筑气候中性、循环、资源节约型及韧性经济。欧盟—美国能源委员会联手增强关键能源供应链韧性与可持续性，确保能源安全，应对气候变化、生物多样性丧失及海洋污染等全球性挑战。双方气候合作机制化加深，通过“欧美针对《通胀削减法案》特别工作组”与“美欧清洁能源激励对话”机制，有效处理双边气候分歧。同时，美方承诺在推动未来清洁能源经济方面，将与欧盟协调一致展开合作，不以牺牲彼此为代价。[⑦]可见，欧美气候变化合作内容持续扩展深化，欧盟在可再生能源领域尝试引领双边气候合作。2023 年 11 月，欧盟颁布了新的《可再生能源法令》，规定到 2030 年，可再生能源占整体能源消耗比例至少为 42.5%，并力争实现 45%的最终目标。[⑧]在最近举行的第 28 届联合国气候峰会上，美国等参会国家纷纷对该计划表示认可。美国气候特使约翰·克里表示，如果不依靠一

⑥ 房乐宪,王玉静.欧盟与俄罗斯气候合作的进展与局限[J].和平与发展,2021,(03):59-78+136-137.

⑦ The White House, “U.S.-EU Joint Statement of the Trade and Technology Council,” The Statements and Releases, May 31, 2023.

⑧ European Commission, “Renewable Energy Directive EU/2023/2413,” Official Journal of the European Union, October 31, 2023.

定比例的可再生能源发电，2050 年的净零排放目标将无法实现。[⑨]这表示欧盟正试图促进欧美在可再生能源领域建立双边气候合作关系，以防止全球“气候危机”。从中可以明显看出，气候合作一直是大西洋双方关系中至关重要的一环，为欧盟对大西洋关系的持续性认知提供了关键支持。

3.欧美延续进行人文交流

人文交流作为欧美关系的核心议题长期受到重视。欧盟重申跨大西洋人文交流的重要性，旨在增强文化、价值认同，深化双方理解和信任。面对美国的“强势回归”，欧盟重申人际关系为欧美关系基石，强调需加强民众间联系，并愿与美国进行高级别、全面战略对话，挖掘伙伴关系潜力。2021 年，欧美携手构建经济联盟，重启安全可持续的旅行往来，促进专家交流，共推科研合作。欧盟致力于简化赴美签证程序，探索免签可能，以深化民间交流。2023 年欧美峰会强调加强人际互动，巩固伙伴关系。同时，欧盟承诺增加对学术项目如“伊拉斯谟+”和“富布赖特—舒曼计划”的资金支持，促进跨大西洋学术交流。此外，欧盟于 2023 年 8 月启动“欧盟—美国新兴领袖访问计划”，旨在培养大西洋两岸青年对欧盟、欧盟价值观和政策的理解及对跨大西洋伙伴关系必要性的理解，增加跨大西洋关系的多样性。[⑩]同时，欧盟将“玛丽·斯克沃多夫斯卡-居里行动”这一成员国内部的博士教育和博士后培训计划与美国共享，旨在向双方科研人员传授前沿共通的知识与技能，从而推动双边研究合作，促进就业、投资及经济增长，实现跨国界、跨部门和跨学科的深度合作。[⑪]因此，保持与美国的人文交流关系，增加双边互信，也是欧盟对跨大西洋关系的另一持续性诉求。

综上所述，欧盟期望通过经济、气候与人文交流三大伙伴关系，促进跨大西洋关系的稳定发展。跨大西洋自由贸易区的建立将强化美欧战略纽带，加深经济相互依赖，进而促进政治合作的紧密，使双方在国际议题上立场更趋一致。[⑫]TTIP 谈判自 2013 年启动以来，已经进行了多轮磋商，双方在多个领域取得了积极进展。尽管谈判过程中存在分歧和挑战，但双方都在努力寻求共识。一方面，美国和欧盟双方经济互补性强，贸易和投资往来密切。TTIP 的达成将有助于进一步促进双方的经济合作和发展。双方的经济互补性为 TTIP 提供了坚实

---

⑨ Electricityinfo, “Tripling Global Nuclear by 2050,” Electricityinfo News, September 7, 2023.
⑩ EEAS, “EU-US Emerging Leaders Visitors Programme,” EEAS Report, August 30, 2023.
⑪ Delegation of the European Union to the United States of America, “People-to-People Exchanges,” October 10, 2023, https://www. eeas.europa.eu/united-states-america/people-to-people-exchanges_en?s=253, 访问时间：2024 年 9 月 22 日。
⑫ 林珏.近十年的欧美经贸关系以及 TTIP 谈判的背景和难点[J].四川大学学报(哲学社会科学版),2019,(02):48-55.

的基础和动力。另一方面，TTIP 的谈判和达成不仅涉及美国和欧盟自身的利益，还将对全球经济格局产生深远影响。因此，国际社会对 TTIP 的关注和期待也较高。但这一过程需要双方共同努力、克服挑战，并寻求国际社会的广泛支持和合作。

（二）欧美伙伴关系新发展

1.密切双边伙伴关系，共同应对地缘安全挑战

2022 年俄乌冲突的爆发对跨大西洋伙伴关系产生了重大影响。有分析家指出，此次俄乌冲突让欧盟与美国拥有了共同的安全挑战，使跨大西洋伙伴关系得到前所未有的加强。[⑬] 在欧洲面临实际安全威胁的背景下，其逐渐倾向于与美国紧密合作。欧盟紧跟美国步伐，为乌克兰提供持续援助，并与美国联手对俄罗斯实施制裁。这一系列行动标志着欧盟对美国态度的转变及欧美双边防务关系的调整，旨在应对当前复杂的地缘政治局势。鉴于俄乌冲突的持续紧张，欧美在防务领域的合作趋势依然显著，双方在 2023 年欧美峰会上重申了前所未有的团结立场。在此背景下，欧盟将密切与美国的防务伙伴关系，致力于增加双边安全合作议题，以携手应对日益严峻的地缘安全挑战。与此同时，欧盟在防务领域的自主性也显著增强，展现出更加积极主动的姿态。例如，在 2021 年的欧美峰会上，欧盟主动向美国抛出橄榄枝，邀请其加入欧盟防务行动的永久性结构合作（PESCO）2023 年峰会上，欧盟不仅认可了美国国防部与欧洲防务局间的行政协议，还着重强调了欧洲防务系统的独特价值，指出其将与北约形成互补，共同为跨大西洋安全贡献力量。此举既彰显了欧盟推进防务自主化的坚定意志，也透露出其寻求在跨大西洋防务架构中获得更平等地位的愿望，旨在与美国建立更为紧密且平等的安全与防务合作关系。

欧盟对欧美防务关系的认知加深，促使跨大西洋防务合作中的议题更加聚焦且富有针对性。相较于 2021 年峰会，2023 年峰会在讨论双方在中国与印太地区的安全合作时更为详尽，同时，在巴以冲突、俄乌冲突、中国议题及印太战略等关键领域，欧美间的合作探讨也更为深入。具体而言，欧盟明确表达了希望在这些热点问题上强化与美国的协调与合作的意愿。欧洲理事会主席米歇尔在 2023 年峰会伊始的讲话就直接表达了对近期爆发的巴以冲突与俄乌冲突的关切，赞扬美国盟友对乌克兰的支持，表明欧盟的立场。[⑭]峰会期间，欧美共同谴责了哈马斯的“恐怖”袭击，针对巴以冲突表示将支持以色列，包括物资援助。针对俄乌冲

---

⑬ Olsen G. R.，“America is Back or America First and the Transatlantic Relationship,” Politics and Governance, Vol.10, No.2, 2022, pp.154 – 164.

⑭ Charles Michel, “Remarks by President Charles Michel ahead of the EU-US Summit in Washington,” European Council News, October 20, 2023.

突，欧盟重申对乌克兰的援助承诺，并强调乌克兰加入欧盟的战略重要性，同时宣布将与美国协同对俄罗斯实施全面制裁，涵盖法律、经济、工业等多领域。此外，欧美在对华立场上达成一致，不寻求对华脱钩，而是致力于在气候变化、病毒防御等全球性议题上与中国合作，共同推动建立建设性和稳定性的双边关系。欧美峰会对华问题的态度与欧盟理事会发布的对华声明相吻合，体现了欧盟在跨大西洋关系中处理对华议题时的积极姿态。同时，欧盟通过发布《欧盟印太合作战略》，展现其通过加强与印太地区伙伴的合作，来应对并超越中美竞争，从而维护自身在全球经济、科技领域的核心地位的战略考量。印太地区的安全合作是2023 年欧美峰会聚焦的关键议题之一。欧美双方强调，基于各自的印度—太平洋战略，将借助两年一度的欧美印度—太平洋磋商等机制，探索并强化在该地区的实际合作机遇。在俄乌冲突的背景下，欧盟对跨大西洋防务关系的认知更为深刻，主动性显著增强，不仅巩固了双边防务伙伴关系，还拓宽了双方安全合作的议题范围。随着 2024 年美国大选，欧洲对美内政不确定性的忧虑加深，忧虑“美国优先”外交政策重燃，或致跨大西洋关系紧张。在此背景下，欧盟内部悄然探讨设立泛欧北约辅助机制，强化欧洲集体防御，以应对潜在的美方安全承诺减弱的风险。[15]这也体现了欧盟既期待与美国密切合作，但又不得不在一定程度上降低对盟友的心理预期，反映出欧盟对跨大西洋伙伴关系既期待又纠结的复杂心态。

2.强化科技伙伴关系，引导双边科技协调

在第四次工业革命浪潮中，科技跃居欧美合作核心。欧盟自视为全球技术研发关键力量，积极推动构建欧美科技对话平台，深化科技伙伴关系。冯德莱恩主席 2020 年宣布新跨大西洋议程，聚焦技术合作。随后，“欧盟—美国联合技术议程”出炉，勾勒合作蓝图，涵盖数字合作强化、《跨大西洋人工智能协议》启动及欧盟—美国贸易和技术理事会（TTC[16]）设立等举措。[17]2021 年 3 月，冯德莱恩向拜登正式提出倡议，构建跨大西洋技术联盟对话机制，该倡议在同年欧美峰会上得以实施，成立了欧盟—美国联合技术竞争政策对话，旨在深化双

---

[15] Emily Rauhala, Michael Birnbaum and Souad Mekhennet,“Europe’s Security Elite Braces for Trump, Searches for Backup Plans,” The Washington Post, February 18, 2024.

[16] 为维护跨大西洋的共同价值观、强化欧美在技术与经贸领域的全球地位并扩大双边贸易投资，欧盟与美国在 2021 年 6 月 15 日举行的欧盟-美国峰会中宣布成立欧盟-美国贸易和技术委员会（TTC）。该委员会由相关部门、服务或机构领导或共同领导的工作组组成，负责实施政治决定和协调技术工作，截至目前共召开六次部长级会议。TTC 的五个关键合作领域包括出口管制、外商直接投资审查、安全的供应链（尤其是半导体）、技术标准（包含人工智能合作）及全球贸易挑战等。TTC 的主要目标为扩大和深化欧美双边贸易和投资、避免新的技术性贸易壁垒、促进欧美在技术、数字和供应链方面等关键问题上的合作、支持双边合作研究并合作制定兼容的国际标准、促进两国在技术监管和执法方面的合作、巩固欧盟和美国公司在世界范围内的创新和领导地位等。

[17] European Commission, “A new EU-US Agenda for Global Change,” Official Journal of the European Union, December 2, 2020.

方在技术领域的合作。TTC 的建立被欧盟领导人视为峰会的重要成就之一。欧盟为新一轮欧美技术协调做了充分准备，采取积极姿态推动跨大西洋伙伴间的技术合作。同时，欧盟也积极推动与美国在人工智能领域的合作深化。2023 年峰会前夕，欧盟正式就《欧盟人工智能法案》展开谈判，旨在引领人工智能国际标准的制定。而 2022 年 2 月，美国布鲁金斯学会报告指出，美欧在人工智能监管上开始趋同，显示出双方在该领域的合作趋势。⑱同年 12 月，欧美联合发布《可信赖人工智能和风险管理评估与测量工具联合路线图》，显示双方在人工智能监管上设定了相似目标。2023 年欧美峰会上，欧盟重申了加强跨大西洋技术合作与交流的愿望，肯定 TTC 对推动欧美技术合作的积极作用，并致力于构建全球性技术规范。同时，欧盟细化了与美国的技术合作议题，特别强调在人工智能和网络安全领域的深化合作，以共同把握新兴科技带来的机遇，并有效应对挑战。为实现上述目标，欧美基于过往合作成果发布了新联合计划。双方决定未来将在协调科技准则、发布联合产品、启动人工智能网络安全方法、审查网络危机应对机制以及深化相关人才交流等方面开展进一步合作，并在涉及网络安全的新兴和颠覆性技术方面开展更加深入的交流，以实现欧美在人工智能与网络空间的共同价值观与目标。⑲在 2024 年 4 月 TTC 第六次部长级会议上重申，在各自人工智能治理和监管体系下，加强人工智能领域的双边对话，协调国际合作；并深化 6G 研发与创新机构合作，加速 6G 人工智能、云解决方案和标准化进程。同时，双方决定延长三年在半导体产业合作中的介入应对，旨在减少对非市场经济体在“传统芯片”领域的依赖，在非市场政策方面分享情报，共同寻求应对之策。此外，欧美在新兴生物技术和绿色能源方面也强调促进双边合作。⑳上述举措再次表明欧盟强化欧美双边科技伙伴关系，并推动新一轮技术协调的决心与期待。总体而言，欧盟对欧美科技合作的重视，已将其提升为跨大西洋关系的第三大支柱，与防务和经济并列。两次峰会中欧盟的积极表现，既表明其深化科技合作的愿景，也彰显了欧盟在引领双边科技协调方面的主动性增强，议题设置及话语权均有提升。

3.塑造平等伙伴关系，拓展双边合作空间

2021 年拜登胜选虽减轻欧盟“战略焦虑”，但欧盟坚持战略自主之心未改。在欢迎美

⑱ Alex Engler, “The EU and U.S. are Starting to Align on AI Regulation,” The Brookings, February 1, 2022.
⑲ European Commission, “Joint Statement by Commissioner for Internal Market Breton and United States Secretary of Homeland Security Mayorkas,” January 30, 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_24_576, 访问时间：2024 年 9 月 18 日。
⑳ The White House, “US-EU Joint Statement of the Trade and Technology Council,” April 5, 2024, https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2024/04/05/u-s-eu-joint-statement-of-thetrade-and-technology-council-3/, 访问时间：2024 年 9 月 19 日。

国“回归”之际，欧盟寻求基于“战略自主”的欧美关系新平衡，非单纯关系复位。欧洲理事会主席米歇尔指出欧美差异并未消失，强调欧盟应独立抉择，无需他国首肯，彰显其重塑跨大西洋伙伴关系的坚定意愿。他强调欧盟应该选择自己的道路并作出自己的决定，不需要等待他人的许可。[21]这在一定程度上重新定位了欧盟对跨大西洋伙伴关系的认知，转向追求更平等的欧美关系基调。在峰会对话中，美国倾向于关系复位，而欧盟则主张“重塑”此关系。米歇尔 2021 年峰会后倡言，欧美应共创新协议，以强化联盟，共筑更美好的世界未来。[22]欧盟力推“欧盟—美国新议程”，旨在更新跨大西洋秩序，预示未来走向，同时彰显其追求“平等领导伙伴”地位的意愿。此举也是欧盟试图与美国并肩，平等重塑全球秩序与治理规则的尝试。[23]欧盟在两次峰会中努力塑造平等伙伴关系，特别是在科技领域表现明显。2021 年欧美峰会时，欧盟强调科技合作须维护双方监管自主权，力求再平衡全球半导体供应链合作，确保欧美科技公司共同享有创新与领导地位。[24]2023 年欧美峰会上，欧盟强调双边科技协调的自主性，追求高科技知识产权管理的对称地位，以实现互惠合作。同时，在防务领域，欧盟重申战略自主的重要性，法国总统马克龙总统强调欧洲需具备独立军事与技术实力。峰会肯定了欧洲防务系统对全球及跨大西洋安全的贡献，并主张建设更强大、能力更强的欧洲防务体系，以期在增强自身安防力量的同时，与美国及北约建立更平等的互补合作关系。最后，在全球战略领域，欧盟峰会聚焦印—太地区，强调双边合作并借助“全球门户”战略，构建欧美在全球基础设施及投资上的伙伴关系。2023 年 10 月 25 日至 26 日，首届“全球门户论坛”上，欧盟、美国、安哥拉、刚果民主共和国、赞比亚及非洲开发银行、非洲金融公司达成七方协议，支持“洛比托走廊”及赞比亚—洛比托铁路项目，旨在打通大西洋至非洲内陆的物流通道。[25]该项目是欧盟与美国在非洲合作的首个重要基础设施建设项目，彰显了欧盟的愿景：在构建与美国的相互尊重、高质量及平等伙伴关系的基础上，将合作触角延伸至全球，以进一步扩大双方在全球范围内的合作领域与合作深度。

三、欧美气候变化伙伴关系新发展

---

[21] Charles Michel, “New US President: MEPs Hope for a New Dawn in Transatlantic Ties,” The European Parliament News, January 20, 2021.

[22] Charles Michel, “Remarks by President Charles Michel Following the EU-US Summit in Brussels,” The European Parliament News, June 15, 2021.

[23] Michael Smith, “How Much of a New Agenda? International Structures, Agency, and Transatlantic Order,” Politics and Governance, Vol.10, No.2, 2022, p.252.

[24] Roger Cohen, “Macron Tells Biden That Cooperation With U.S. Cannot Be Dependence,” The New York Times, February 5, 2021.

[25] European Commission, “Global Gateway Forum 2023,” October 25 and 26, 2023, https://globalgateway-forum. ec.europa.eu/index_en, 访问时间：2024 年 9 月 17 日。

（一）欧美围绕气候变化问题高层互动频繁

气候变化问题在双边外交关系议程上的重要性提升，欧美围绕着气候变化治理领域的高层互动频繁。拜登政府重返《巴黎协定》后，气候变化即成为美欧双边关系议程上的重要议题。2023 年初以来，美欧双方在多个场合进行了高层会晤，均涉及到关于气候变化问题的讨论。2023 年 3 月 8 日，欧盟委员会主席冯德莱恩访问华盛顿，与美国总统拜登会面，双方讨论的核心议题之一就是气候变化，并且双方就建设未来清洁经济等议题发表了一份《联合声明》。[26]2023 年 6 月 21 日，欧盟外交与安全政策高级代表兼欧盟委员会副主席博雷利、美国总统气候问题特使克里、北约秘书长斯托尔滕贝格和欧盟委员会执行副主席东布罗夫斯基斯在布鲁塞尔会面，欧盟、美国和北约的三方代表讨论了气候变化对国防安全的影响。[27]2023 年 10 月的美欧峰会期间，欧洲理事会主席米歇尔和冯德莱恩等欧盟领导人会见了拜登和美国国务卿布林肯，双方围绕气候变化问题讨论了多个具体议题，也体现在了《美欧峰会联合声明》中。

（二）欧美双方气候合作更具机制化

有两项对话机制值得注意：其一是在 2022 年 10 月成立“美欧针对《通胀削减法案》特别工作组”（EU-US Task Force on IRA）[28]。该工作组致力于解决美欧围绕 IRA 的分歧，双方也在此机制中协调有助于跨大西洋可持续供应链的稳定和建设跨大西洋的清洁能源经济的具体问题。其二是 2023 年 3 月启动的“美欧清洁能源激励对话”机制（U.S.-EU Clean Energy Incentives Dialogue）。该机制是美国-欧盟贸易和技术委员会（TTC）的一部分，用以协调美欧双方的清洁能源激励计划相辅相成，不互相损害。双方在《美欧关于 TTC 的联合声明》中表示，“在推动未来清洁能源经济方面，共同承诺将协调一致展开合作，不以牺牲对方为代价”[29]。美欧之间的气候合作机制，并不是专门针对气候变化问题的，而是一种与气候变化相关的、涉及多议题的机制合作。这与中美、中欧之间在气候变化领域的合作机制有所不同。中美之间有专门的强化气候行动的联合声明和工作组，中欧之间建立了气候变

---

26 “How Climate Change Became Central to U.S.-Europe Relations”， https://time.com/6261102/ursula-von-der-leyen-us-europe-climate-change/.

27 “Climate and Security: joint press release following the meeting between the EU, US and NATO”, https://climate.ec.europa.eu/news-your-voice/news/climate-and-security-joint-press-release-following-meeting-between-eu-us-and-nato-2023-06-21_en.

28 “Launch of the US-EU Task Force on the Inflation Reduction Act”. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_6402

29 “U.S.-EU Joint Statement of the Trade and Technology Council”. https://www.commerce.gov/news/press-releases/2023/05/us-eu-joint-statement-trade-and-technology-council.

化伙伴关系和绿色伙伴关系。因此，欧美之间的气候变化合作机制可以说是一种与气候变化问题相关的合作机制。

（三）欧美针对气候变化问题合作进行拓展并深化

首先，美欧在《巴黎协定》下提交的国家自主贡献目标和时间表较为一致。美国在《巴黎协定》下的“国家自主贡献”的目标是到 2030 年，温室气体的净排放量比 2005 年的水平减少 50%至 52% ，到 2050 年实现净零排放。[30]欧盟在《巴黎协定》承诺的自主减排目标是以 1990 年为基准，到 2030 年减少 55%的温室气体排放量，到 2050 年实现碳中和。[31]两者实现碳中和的目标和时间表相对一致，预示着气候变化问题可能是美国与欧盟双边关系议程上的长期议题。其次，美欧在联合国框架内的气候变化合作意愿增强。2021 年 3 月 9 日，美国气候特使、前国务卿克里访问欧盟，就气候变化问题与欧盟官员举行会谈。美欧双方重申了各自的气候政策立场。克里表示，美方希望与欧盟在气候问题上展开更为紧密的合作；在全球层面，仅仅达成《巴黎协定》还不能防止全球气温继续上升，各国需要有进一步行动。克里的立场得到了欧盟欢迎。欧盟委员会第一副主席蒂默曼斯称，在气候问题上，欧洲不再孤单。另外，美欧在 COP28 召开前，就在美欧峰会中达成了一致预期并体现在了其《联合声明》中，在减少化石能源使用方面，希望“使 COP28 达成大胆的承诺，大幅提高全球可再生能源产能和能源效率，同时支持全球摒弃使用化石燃料，包括停止新建燃煤电厂”。在削减甲烷方面，美欧双方希望“继续领导削减甲烷的努力，以支持实现‘全球甲烷承诺’，并期待在 COP28 上宣布一项强有力的‘甲烷融资冲刺声明’（Methane Finance Sprint announcement）”。[32]在 COP28 大会期间，欧盟提出了一项可再生能源和能源效率的全球目标，最终形成了一份 123 个国家签署的《全球可再生能源和能源效率承诺》，该文件中承诺“最晚在本世纪中叶之前朝着无化石燃料的能源系统迈进”，美国也是签署国之一，与欧盟在这一问题上保持了一致。[33]而大部分发展中国家和一些石油大国在能源转型的时间表问题

---

30 “The United States of America Nationally Determined Contribution Reducing Greenhouse Gases in the United States: A 2030 Emissions Target”. https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/United%20States%20NDC%20April%2021%202021%20Final.pdf

31 “Paris Agreement: Council submits updated NDC on behalf of EU and member states”, https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/10/16/paris-agreement-council-submits-updated-ndc-on-behalf-of-eu-and-member-states/.

32 “U.S.-EU Summit Joint Statement”. https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/10/20/u-s-eu-summit-joint-statement/ . 第 23-24 条。

33 COP28 官网：《GLOBAL RENEWABLES AND ENERGY EFFICIENCY PLEDGE》，https://www.cop28.com/en/global-renewables-and-energy-efficiency-pledge

上保持谨慎态度。在全球盘点的最终文本中，美国和欧盟都同意“逐步淘汰化石燃料”的说法[34]，但是在发展中国家的积极争取之下，在最终文本中体现为呼吁各方“以公正、有序和公平的方式，在能源系统中转变对于化石能源的使用”（Transitioning away from fossil fuels in energy systems, in a just, orderly and equitable manner）[35]，该文本在最终会议中获得通过，成为COP28“阿联酋共识”的重要内容。再次，欧盟和美国将加强气候变化领域的务实合作。欧盟和美国在美欧峰会的《联合声明》中确定了三个具体的合作议题，分别是能源转型、绿色公共投资，以及关键矿物和电池供应链的合作。美欧还在绿色技术合作方面重申了合作的承诺。2023 年 5 月 31 日，在 TTC 级会议上，美欧双方讨论了 TTC 应如何使气候努力与安全和经济目标保持一致，以及如何利用技术加速绿色转型的问题。

（四）欧美联手构建发达国家碳关税俱乐部

2022 年 12 月 13 日，欧洲议会与理事会达成临时协议，确立欧盟碳边境调节机制（CBAM），针对进口高碳商品征收相应温室气体排放费用。该机制于 2023 年 10 月 1 日正式启动，设过渡期至 2025 年底，2026 年正式开征“碳关税”，计划于 2034 年前全面施行。同期，美国国会第 116、117 届期间，碳定价及边境碳调节立法积极推进，包括 6 月 7 日提出的《清洁竞争法》（CCA），旨在向进口商品及超行业平均排放的美国国内生产商征收碳费，资助发展中国家，但因美国碳价不统一，实施细节存疑。此外，七国集团于 2022 年 12 月宣布筹建“气候俱乐部”。气候俱乐部特别关注工业脱碳和碳泄漏问题，致力于加强关于工业脱碳国际条件的交流，以加快主要工业部门联合标准、方法和战略的工作，旨在确保对可持续工业技术的投资，扩大对绿色产品的需求，并在即将到来的投资中避免化石生产过程中对气候不友好的锁定效应。虽然气候俱乐部有助于美欧协调相关的气候政策和行动，但显然它还剑指新兴经济体，旨在扩大低碳优势，抢占全球绿色产业链重要地位，制定有利于自身的行业标准，运用碳关税武器，取得行业竞争优势。2023 年 12 月 1 日，气候俱乐部已经正式开始运作。

另外，欧盟和美国在 2023 年的欧美峰会上发布的《联合声明》提出，“我们准备与中国建立建设性和稳定的关系；鉴于中国在国际社会中的作用及其经济规模，有必要在全球挑战

[34] “special Presidential Envoy for Climate John Kerry’s Remarks to the Press at the Conclusion of the UN Climate Change Conference (COP28)”, https://www.state.gov/remarks-to-the-press-at-the-conclusion-of-the-un-climate-change-conference-cop28/

[35] “Dubai deal: Ministers and observers react to the UAE consensus”, https://www.climatechangenews.com/2023/12/13/dubai-deal-ministers-and-observers-react-to-the-uae-consensus/

和共同利益领域与中国合作；希望中国在气候和生物多样性危机、解决脆弱国家的债务可持续性和融资需求、全球卫生和疫情防备以及宏观经济稳定等领域与我们接触”。[36]

四、气候变化背景下欧美投资伙伴关系分析

（一）欧美对俄核能竞争博弈

美俄作为战略竞争对手，结构性矛盾根深蒂固。近年来，中东欧地区成为美俄激烈博弈的焦点，俄乌冲突即此背景下矛盾的尖锐化表现。冲突爆发后，西方国家对俄发起涵盖安全、经贸、能源等领域的广泛制裁，制裁范围不断深化并扩大，参与国几乎涵盖整个西方阵营，形成对俄全面而多层次的压制态势。此态势反映出西方对俄乌冲突性质的共识加深及高度协调的政策立场。[37]欧盟国家原本高度依赖俄罗斯的能源供应，但俄乌冲突使西方国家认识到能源和安全密不可分。俄乌冲突加速了欧洲在能源领域与俄罗斯的脱钩，核能也在其中。[38]当前，核能成为美俄战略竞争的关键领域，其胜负格局尚不明朗。美国正积极利用核能手段强化其在对俄博弈中的地位，然而，俄罗斯的核能实力依然强大，不容忽视。值得注意的是，多个欧盟国家仍高度依赖俄罗斯的核电供应，且此依赖趋势还在加剧。在美俄竞争及俄乌冲突的背景下，美国为增强欧洲能源安全、稳定供应，并遏制俄罗斯影响力，将尖端核能技术引入中东欧市场。具体行动包括与罗马尼亚携手，率先推进核电站建设项目。2021 年，双方正式宣布将在罗马尼亚建立首个小型模块化反应堆（SMR）工厂。此外，美国助力罗马尼亚成为小型模块化反应堆技术培训与教育领域的地区中心。2022 年，美国宣布投入 1400 万美元支持前端工程和设计（FEED）研究，为罗马尼亚部署小型模块化反应堆发电厂奠定关键基础。另一案例是，俄乌冲突后，美国与波兰携手推进核电站建设项目，波兰于 2022 年规划投资 400 亿美元，旨在建造两座各含三座反应堆的核电站。美国政府和西屋电气将建造位于波美拉尼亚省的前三座反应堆，这也是中欧国家的第一座核电站，预计该核电站将在 2033 年开始发电。[39]再如，美国与乌克兰携手推进核电站建设合作。2022 年 11 月，美国宣布与乌克兰共同在乌克兰境内建设一座安全可靠的小型模块化核反应堆，旨在增强乌克兰的能源

---

[36] “U.S.-EU Summit Joint Statement”. https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/10/20/u-s-eu-summit-joint-statement/ . 第 12 条。

[37] 赵行姝.地缘冲突下美西方对俄能源制裁的逻辑及影响[J].当代世界,2023,(02):29-34.

[38] Yanling Pan,“Managing the Atomic Divorice：The Challenges of east Central Europe's Nuclear Energy Decoupling from Russia，”The Electricity Journal,Vol.36,Issue 1.https://doi.org/10.1016/j.tej.2023.107241.

[39] “Poland chooses US to build its first nuclear power plant” at https://apnews.com/article/europe-business-poland-jennifer-granholm-054921a9ece0face4b0eeccddafabfa3?utm_source=copy&utm_medium=share

安全。同时，美国还启动了“凤凰计划”（Project Phoenix），该计划聚焦于将欧洲（特别是中欧和东欧地区）的燃煤电厂转型为小型模块化反应堆，以此助力中欧和东欧国家实现其能源安全目标。[40]另一方面，多个欧洲国家依然对俄罗斯的核能供应保持着高度依赖，并且这种依赖程度还在逐步加深。尽管俄乌冲突爆发后，欧盟对俄罗斯实施了一系列制裁措施，然而，这些制裁并未触及到俄罗斯的核能产业，其主要原因在于俄罗斯在核电技术方面拥有显著优势，并已大量出口至欧盟国家。这一现状反映了欧洲国家在能源安全上所面临的复杂挑战，即在追求能源多元化和减少对单一供应源依赖的同时，也不得不考虑技术合作与能源进口的平衡问题。目前，由俄罗斯建造的核反应堆分布在 18 个欧盟国家，其中保加利亚 2 个，捷克共和国 6 个，芬兰 2 个，匈牙利 4 个，斯洛伐克 4 个。[41]俄乌冲突爆发后，很多欧洲国家表态要重启核能发电。经过“拥核”的法国与“反核”的德国之间的长期斗争，2022 年 7 月，欧洲议会正式确认核能为过渡能源，核电项目符合欧盟绿色投资规则。[42]在此背景下，俄罗斯提供的核能技术、专业培训、专业知识及优惠融资条件，对欧盟国家仍具强大吸引力。2022 年 8 月，匈牙利即宣布与俄罗斯国家原子能公司（Rosatom）合作，增建帕克斯核电站两座核反应堆，以增强电力供应。这表明，欧盟国家在可预见的未来，仍需较长时间来逐步减少对俄罗斯核电的依赖。

（二）欧美对华清洁能源技术竞争

美国将技术创新和技术竞争力作为国家实力的核心支柱，在国际形势复杂多变、大国博弈激烈、地缘政治动荡不安的大背景下，积极加强与主要经济体的技术竞争与合作。美国对华政策在特朗普当政后有了明显改变，将中国定位为世界上最大的战略竞争者。美国感受到了威胁，认为自己的技术优势被蚕食，面对中国在高科技领域突飞猛进的进步，于是科技领域就成了中美战略较量的重点领域之一。早在特朗普时期，美国就明确指出，“中国将利用与美国技术的紧密联系，进行秘密窃取、散布虚假信息，并试图在竞争中夺取优势地位，这不仅会严重损害美国的经济利益，而且可能导致所谓全球技术独大的威权主义局面的出现。”[43]拜登政府进一步深化了与中国的技术竞争。2021 年 3 月，美国政府发布《临时国家安全战略指南》。该指南指出，世界主要大国正在竞相开发新兴技术，这些技术可以重新塑造国家

[40] “USA-Ukraine announce cooperation on clean fuels from SMRs” at https://www.world-nuclear-news.org/Articles/USA-Ukraine-announce-cooperation-on-clean-fuels-fr

[41] 戴晶晶：《十轮制裁都未波及，欧盟对俄罗斯核电供应链的依赖有多大？》，腾讯新闻网，2023 年 3 月 1 日，参见 https://new.qq.com/rain/a/20230301A09ZU300.

[42] “Taxonomy: MEPs do not object to inclusion of gas and nuclear activities” at https://www.europarl.europa.eu/portal/en

[43] 周琪.美国对华科技脱钩进程及其影响[J].当代世界,2022,(09):32-39.

间的平衡，以此强调美国与盟友在新兴技术领域合作的必要性。[44]2022 年，拜登政府在《国家安全战略》中再次明确强调，“技术是当今地缘政治竞争以及国家安全、经济与民主未来的核心。长期以来，美国及其盟国在技术和创新方面的领导地位支撑着我们的经济繁荣和军事实力。”[45]可见，拜登政府极其看重国家的技术优势。“力争保持美国在全球科技领域的领导地位，引领技术革命的发展方向，在技术竞争中全面战胜中国。”[46]为此，美国希望尽可能拉大中美科技差距，通过”压制性“和”自强性“措施，与中国实施科技脱钩。与此同时，美国对清洁能源领域的技术竞争十分重视，将其明确列入国家安全战略的“基础技术”。美国政府发布的《关键与新兴技术列表》列出了 19 项关键与新兴技术，其中清洁能源技术如可再生能源技术、核能技术等赫然在列。[47]近年来，以中国为首的新兴发展中大国在清洁能源领域实现了显著飞跃，给欧美国家带来了强烈的竞争挑战与战略层面的不安，视其为绿色转型赛道上的强劲对手。[48]目前，美国正积极向全球市场推广先进清洁能源技术，力争在第三国清洁能源领域占据优势地位，与中国争夺国际市场和国际地位。美国将清洁能源投资视为提升国家竞争力的关键，将中国提升技术优势的举动视为潜在削弱其技术优势的做法，采取的是零和思维。为防止在清洁能源竞赛中失利，美国对中国设置重重障碍，构建技术封锁网。在国内层面，美国通过如《通胀削减法案》等政策措施，对电动汽车等领域设置补贴条款，[49]以阻碍中国参与其清洁能源产业的贸易与产业政策。国际上，美国正积极联合盟友构建清洁能源技术与供应链联盟，试图通过遏制中国来巩固并提升其自身的技术优势和竞争力。此外，欧美双方计划借助每两年一次的“美国—欧盟印太事务磋商”机制，深化在印太地区的实际合作与协调。同时，双方还在经济、人权、涉台等方面探讨了中国问题，并明确讨论了对华关系原则。此外，峰会聚焦于与新兴经济体及发展中国家的合作议题。在强化经济合作层面，美欧双方着力增强跨大西洋市场一体化，依托绿色经济构建，提升双边经济韧性与安全。峰会倡议加速世贸组织改革步伐，倡导规则导向的贸易环境，并严厉打击不正当竞争行为。

TTIP 自提出以来，一直是国际贸易和投资领域的重要议题。然而，随着全球政治经济

---

44 “Interim National Security Strategic Guidance”at:https://icao.usmission.gov/interim-national-security-strategic-guidance/

45 “National Security Strategy”at:https://history.defense.gov/Historical-Sources/National-Security-Strategy/

46 李恒阳.拜登政府对华科技竞争战略探析[J].美国研究,2021,35(05):81-101+6-7.

47 https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/02/Critical-and-Emerging-Technologies-List-2024-Update.

48 李昕蕾.德国、美国、日本、印度的清洁能源外交比较研究:兼论对中国绿色“一带一路”建设的启示[J].中国软科学,2020,(07):1-15.

49 "Inflation Reduction Act" at : https://home.treasury.gov/policy-issues/inflation-reduction-act

格局的变化以及各方利益的博弈，TTIP 的推进遭遇了诸多挑战和阻力。中国与 TTIP 成员国之间的自贸协定谈判也在积极开展。比如，中国与冰岛、中国与挪威、中国与加拿大等自贸协定相继签订。与此同时，中国也致力于推动 《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP) 谈判(该协议成员不少与 TPP 成员重合)。TTIP 协定中为了遏制中国经济发展的新规则和新标准将不起作用，这将倒逼美国和欧盟重新审慎考虑 TTIP 协定的重新谈判工作和欧美投资伙伴关系的重构。另外，欧美在气候变化治理领域的双边关系受到双方内部政治的影响，面临一定的不确定性。一方面，美国不同党派对于气候变化问题的认知存在差异，即将进行的美国 2024 年大选，也将给美国的气候政策以及美欧在气候变化领域的关系带来很大的不确定性；另一方面，欧盟内部也存在很大的国家差异，欧洲议会选举也给美欧的气候变化合作带来新的变数。美欧在联合国气候变化谈判中的立场趋同，但在与气候治理相关的新能源汽车和贸易领域的竞争加剧。美欧认同气候变化问题的紧急性和迫切性，对联合国气候变化谈判中的优先性议题存在共识。但双方围绕新能源汽车的补贴问题分歧明显，难以弥合，围绕着绿色产业政策的争议加剧。同时，欧盟与美国一方面寻求同中国加强气候变化领域的合作；另一方面，也将在具体的议题上对中国联合施压。2023 年 11 月 15 日，中美发表《关于加强合作应对气候危机的阳光之乡联合声明》，这也表明未来中美将在气候变化领域进一步开展合作。可以预见，欧盟大概率会跟随美国脚步，在双边层面上寻求加强与中国的气候变化合作。但另一方面，美欧未来或将利用碳关税俱乐部在碳关税问题上联合对中国施压。巴黎和平论坛总干事贾斯汀·瓦伊斯在主题为“大国政治时代的中、美、欧气候合作”2024CCG 慕安会边会上表四，欧盟基本上依赖于强制性数字目标、CBAM（碳边境调节机制）、碳市场，以及鼓励良性行为或强制良性行为与紧张局势价格相关的公共政策。[50]

五、欧美投资伙伴关系中的气候变化问题

（一）《通胀削减法案》（IRA）

欧美双方围绕着美国的新气候法《通胀削减法案》（IRA）竞争激烈。美国在历史上曾是主要的温室气体排放国之一，而欧盟则更早地采取了积极的减排措施。这种分歧可能导致在谈判过程中产生较大的阻力和难度。具体而言,从 2022 年下半年到 2023 年末的这段时间，美欧双方的分歧和竞争主要是围绕拜登政府的新气候法，即《通胀削减法案》展开。美国的该法案一经推出，就引起了欧盟各国极大的愤怒和反对。欧盟起初通过外交努力与美国进行

[50] http://www.ccg.org.cn/archives/83688

协商未果，于是推出了“绿色协议产业计划”作为欧盟集体针对美国 IRA 法案的回应。2022 年 8 月，美国国会通过了《通胀削减法案》,这是一项 7390 亿美元的支出法案，其中为能源安全和应对气候变化提供了 3690 亿美元的投资，标志着美国在清洁能源和气候变化方面采取了有史以来最大的行动。[51]该法案为美国引入了大量的绿色补贴，以支持电动汽车、关键矿物、清洁能源及发电设施的生产和投资，其中多达 9 项税收优惠是以在美国本土或北美地区生产和销售作为前提条件。《通胀削减法案》招致了欧洲的质疑和批评，但通过外交努力并未解决围绕此法案的分歧。从欧盟成员国的行动来看，成员国要求欧盟委员会对美国政府的《通胀削减法案》作出共同回应。法国总统马克龙也在 2022 年 11 月访美，围绕 IRA 法案的相关问题与拜登和美国国会立法者会面，但未能取得成效[52]。从欧盟层面的行动来看，欧盟委员会执行副主席韦斯塔格公开表示，美国的《通胀削减法案》“旨在以牺牲欧盟等合作伙伴和盟友的利益为代价,将投资和就业机会转移到美国,违背跨大西洋伙伴关系的精神”。为此欧盟委员会在 2022 年 10 月宣布建立一个“美欧针对 IRA 的特别工作组”致力于解决这些问题。2022 年 12 月 5 日，双方在 TTC 会议上，盘点了此工作组的初步努力，双方的联合声明称“承认欧盟关切，强调致力于建设性地解决这些关切”，[53]但事实上也未能围绕 IRA 的分歧取得实质性的进展。作为对美国的《通胀削减法案》的回应，欧盟推出“绿色协议产业计划”（Green Deal Industrial Plan）。该计划试图抵消《通胀削减法案》的影响并确保各自的激励计划是公平的，它主要建立在进一步放宽国家援助规则的基础上，允许包括税收优惠在内的更多的国家支持。[54]具体包含 4 项核心内容：一是建设可预测和简洁高效的管理体系，二是加快获取欧盟及欧盟各国资金的速度，三是提升适用于绿色转型的技能，四是推进有助于供应链韧性的开放性贸易举措。欧盟委员会 2023 年 3 月公布了《净零工业法案》（Net-Zero Industry Act），该法案是欧盟“绿色协议产业计划”中的一部分。核心目标是，到 2030 年，战略净零技术的本土制造能力接近或达到欧盟年度部署需求的 40%。《法案》确认了八项能对欧盟清洁能源转型做出显著贡献的战略净零技术，包括太阳能光伏、陆上风能、电池/储能技术、热泵等。欧委会推出《法案》，其目的主要是为了缓解美国《通胀削减法案》等国家补贴政策给欧洲工业带来的压力,并摆脱部分清洁产业对进口的高依赖。

---

51 “Inflation Reduction Act Guidebook”.
https://www.whitehouse.gov/cleanenergy/inflation-reduction-act-guidebook/

52 “Emmanuel Macron says US climate law risks ‘fragmenting the west’”, Financial Times,
https://www.ft.com/content/a1a03af2-831a-433c-8984-b99c84018a13

53 “EU-US Joint Statement of the Trade and Technology Council”.
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_7516

54 “EU’s response to the US Inflation Reduction Act”
https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_IDA(2023)740087

（二）电动汽车补贴问题

对电动汽车的补贴是美欧双方比较大的分歧点。《通胀削减法案》法案为电动汽车消费者提供 7500 美元税收抵免，但前提是车辆电池包至少 50%的组件是在北美（指美国、加拿大和墨西哥）生产或组装的；车辆电池至少 40%的关键电池材料必须是在美国或与之有自由贸易协定的国家进行开采或加工。许多欧洲的政策制定者都认为美国试图借此“占领制造业基地”；这种“优先美国”的政策令美国企业不公平地获益，违反了世界贸易组织的规则。在电动汽车原材料上，美国激进的产业政策也引起了欧洲制造商的不满。欧盟比美国更依赖来自中国的电动汽车原材料，对华更追求渐进式制衡而非短期强制“脱钩”。《通胀削减法案》用行政手段在短期内将中国排除在原材料供应链外，这将给依赖中国原材料的欧洲制造商，特别是资金实力不足的企业带来沉重的打击。2023 年 3 月，欧美联合声明指出，双方有意“就特定关键矿物协议立即开始谈判”，以确保欧盟境内开采或加工的电池矿物材料适用于美国《通胀削减法案》规定的电动汽车产业优惠政策。

（三）气候变化减缓问题

在气候变化的减缓问题上，欧盟的偏好是“自上而下”的责任分配方案，而美国的偏好是“自下而上”的模式，但是整体上这已经不是一个大的问题。《巴黎协定》以来各国一直是自下而上地确定“国家自主贡献”目标以承担减缓义务，对此欧盟也是接受的。在针对“损失和损害”的基金问题上，欧盟的出资意愿更强，而美国的意愿相对较弱。尽管美国与欧盟承诺的出资数额存在差距，在 2023 年的 COP28 大会开幕上，包括美欧在内的各方就达成了关于“损失与损害”基金的协议，同意基金先由世界银行托管 4 年，基金将向所有发展中国家开放，并在下一届气候大会上确定基金的董事会及其他细节安排。

以气候变化为契合点看欧美投资伙伴关系和欧美跨大西洋自贸区的建立，需要双方对现有的贸易和投资政策以及法律框架进行相应的调整和完善。这可能需要较长的时间和复杂的程序来确保政策与法律的协调一致性和有效性。因为气候变化问题涉及多个领域和层面，将气候变化问题纳入欧美投资伙伴关系谈判将增加谈判的复杂性和难度，需要双方进行深入沟通和协商。同时，部分公众和利益集团可能对将气候变化的纳入持反对态度。他们可能担心这会导致贸易壁垒的增加、市场竞争的加剧以及对本国产业的冲击等问题。这种反对声音可能会在一定程度上影响谈判进程和最终成果。虽然低碳技术和清洁能源等环保技术具有广阔的发展前景，但目前这些技术的成本仍然较高，且存在一定的技术壁垒。同时，将气候变化

纳入欧美投资伙伴关系可能需要双方投入大量的资金和资源来推动相关技术的研发和推广，这无疑会增加双方的经济负担和谈判难度。

六、塑造欧美新型投资伙伴关系路径研究

尽管欧美跨大西洋自贸区并未成功建立，TTIP 谈判目前也处于停滞状态，但这并不预示其未来不会重新开启。值得注意的是，2018 年美墨加三国成功达成了协议，即 USMCA，这一协议不仅在标准上超越了原有的北美自由贸易协定（NAFTA），还设立了比跨太平洋伙伴关系协定（TPP）更为严格的门槛。这一成就为 TTIP 谈判未来可能的重启设定了一个高标准的基调。既然作为发展中国家的墨西哥都能接受 USMCA 的高标准，那么作为发达国家的欧盟，理论上也应该有能力并愿意接受类似的条款。TTIP 给欧美双方带来的好处主要有以下几点。首先，将有利于欧美扩大双边贸易和投资规模，促进双边经济增长的跨大西洋地区分工，以降低或消除双方关税、非关税壁垒和促进区域分工。例如，美国和欧洲取消了飞机和食品补贴，美国低价食品得以进入欧盟市场，一方面减轻了政府财政补贴的负担；而欧美在飞机生产质量提高的同时，又能降低价格和运输价格，发展飞机市场，可以促进双方在生产和运输方面的合作。TTIP 旨在确立一系列高标准，涵盖知识产权保护的强化、新兴产业规则的制定、国有企业全球运营标准的设立，以及产业技术与安全标准的统一，这些举措无疑将重塑并可能挑战 WTO（世界贸易组织）既有的规则框架与标准体系。欧美双方通过 TTIP 不仅确立了新的高标准与规则，还意图将其作为全球贸易和投资的新标杆，要求并引导其他与其签订类似协定的国家遵循这些高标准。这一过程将推动 TTIP 框架下的规则和标准逐步国际化，而与此同时，非 TTIP 成员如中国等国家的既有规则和标准可能会面临边缘化风险，进而影响到其在全球经贸规则制定中的话语权和影响力。此外，TTIP 的推进将进一步深化美国和欧盟之间的战略合作伙伴关系，不仅在经济层面提升双方的相互依赖程度，还可能促使双方在政治领域的依存关系加强。这种紧密的联盟关系有望使美欧在国际舞台上更加协调一致，无论是面对全球议题还是制定对外政策，都将展现出更为统一的立场和行动，从而在全球治理中占据更加有利的地位。

（一）欧盟对欧美“平等”投资伙伴关系的需求

欧美之间的双边关系长久以来都是塑造全球格局的关键要素之一。然而，在特朗普执政时期，其秉持的“美国优先”外交政策，对欧美关系造成了深刻冲击，导致双方关系陷入低

谷。随着 2021 年 1 月 20 日乔·拜登（Joe Biden）宣誓就任美国第 46 任总统，其明确释放出积极信号，表示将致力于修复受损的跨大西洋伙伴关系，并将欧洲作为其作为总统后的首次国际访问目的地，这一举动彰显了拜登对重建欧美关系的高度重视与迫切愿望。自拜登总统就任以来，欧美双方于 2021 年及 2023 年成功举办了两次欧盟-美国峰会。在这两次峰会上，欧美领导人针对当前国际局势及全球性挑战共同界定了双方需携手应对的全球化难题，并具体规划了各自及双方需承担的责任与义务。针对欧盟与美国之间存在的关键分歧领域，峰会制定了解决策略与行动计划。鉴于美国对欧美双边关系展现出的积极姿态，欧盟理事会迅速响应，组织会议深入探讨如何激活并强化与美国的战略伙伴关系。会议聚焦于如何更有效地推动欧盟-美国峰会的筹备与实施，旨在通过实际行动，促进双方在经贸、安全、科技、气候变化等多领域的合作，共同应对全球性挑战，维护跨大西洋地区的和平、稳定与繁荣。目前，欧美峰会已演化成为促进双方关系协调、深化双边对话的关键舞台。近年来，欧盟作为跨大西洋伙伴关系中的核心一员，日益展现出追求战略自主性的趋势，其在欧美关系架构中的地位与自主性显著增强。欧盟对于跨大西洋关系的理解与展望，将对欧美双边关系未来的重构与深化产生深远影响，是推动双方合作新篇章的关键因素。

显而易见，欧美双方都高度重视彼此的双边关系，并寄望于能达成广泛共识，以进一步强化跨大西洋联盟的引领作用和西方世界的团结力。自拜登政府上台以来，欧美关系相较于特朗普时代有了显著回暖，双方在双边和多边层面上的互动日益频繁。这一积极态势让欧盟对恢复并深化传统跨大西洋伙伴关系充满信心，特别是在经济协作、气候治理以及人文交流等重要领域，欧盟抱有高度的期待与愿景。然而，当前欧盟的长期愿景聚焦于“战略自主”，同时，欧盟与美国之间也存在着根深蒂固的结构性矛盾与方向性的分歧，这些分歧横跨税收制度、数字治理以及防务安全等多个关键领域。鉴于这些问题，欧盟在安全防务的强化、科技领域的深入合作以及共同身份认同的构建等方面，对跨大西洋伙伴关系提出了新的诉求与期待，以期在共同应对全球性挑战时发挥更加协同与高效的作用。在防务领域，欧盟在处理跨大西洋防务问题上的自主意识已经明显增强，这是鉴于俄乌冲突和巴以冲突等地缘安全的紧迫挑战。欧盟不仅主动引入安全合作议程，更加聚焦和有的放矢，而且在维护地区安全与稳定方面，主动深化与美国的双边防务合作关系，显示出独当一面的行动力。同时，在科技领域，欧盟更是扮演起引领者的角色，主动倡导并推动建立新型的欧美科技对话与合作机制。这一举措旨在通过加强跨大西洋科技合作，共同探索并引领人工智能等前沿科技领域的国际标准与新规则制定，从而在全球科技竞争中占据有利地位。2024 年 1 月 26 日，欧盟公布全

球首部《人工智能法案》[55]，为欧美在科技领域的合作注入新动力；在身份认同与战略自主的追求上，欧盟正逐步摆脱过往“美主欧从”的跨大西洋伙伴关系模式，致力于构建一个更为平等和均衡的双边关系框架。特别是在 2020 年美国大选之后，欧盟通过实施“希望外交”策略，向新任总统拜登及其政府传递了强烈的积极信号，表达了对美国作为国际盟友“回归”多边主义与国际合作的深切期盼与热烈欢迎。[56]当前，欧美双边关系在经历了一系列挑战后，正展现出新的合作动力。在意识形态、经济、科技等多个关键领域，双方加强了协调与合作，有效促进了跨大西洋伙伴关系的修复与加强。这种合作不仅有助于解决双方共同面临的全球性挑战，也为国际社会的稳定与发展注入了积极因素。与此同时，欧盟通过明确自身在某些国际政策领域的领导地位，既展现了其作为重要国际行为体的实力和影响力，也以一种巧妙而自信的方式向美国传递了重塑欧美关系的愿望。

（二）欧美平等投资伙伴关系发展路径

1.欧美双边投资协定“议题化”发展

尽管跨大西洋关系在“希望外交”的引导下有所回暖，欧洲也需要与美国保持密切的伙伴关系，但当美国的政策违背欧洲的利益和价值观时，欧盟也需要自我保护。[57]一方面，欧盟强调重塑跨大西洋关系，寻求与美国的对等关系；另一方面，鉴于欧美之间长期存在的结构性矛盾，欧盟当前也更多在人权、气候变化、人文交流等“议题性”问题上与美国展开合作。双方未来更容易在“议题性”“交易性”问题上达成某种共识，双边关系“议题化”发展的倾向将更为明显，从而达成一定的协定。

2.欧美明确各自核心利益

欧盟与美国是世界经济体中影响力最大的，两者之间的自由贸易协定无疑是代表了世界最高标准的自由贸易协定谈判。美国和欧盟在转型过程中需要明确各自的核心利益，确保谈判能够真正反映这些利益。这包括但不限于市场准入、关税减让、服务贸易自由化、投资保护以及知识产权保护等关键领域。在明确各自核心利益的基础上，双方还需要努力平衡彼此的关切。例如，美国可能更关注知识产权保护和市场准入问题，而欧盟则可能更关注农产品

[55] Council of the European Union, “EU Artificial Intelligence Act,” Brussels, January 26, 2024, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662–2024-INIT/en/pdf, 访问时间：2024 年 9 月 1 日。
[56] 张雪儿,房乐宪.论近年欧美重塑跨大西洋关系的主要特点[J].国际观察,2024,(03):100-126.
[57] Jack Thompson, “An Ambidextrous EU Approach to Transatlantic Relations,” Hague Centre for Strategic Studies, 2021, pp.1–4.

补贴和公共采购等问题。通过充分的沟通和协商，双方可以寻求在这些领域达成妥协，以确保欧美投资伙伴关系的顺利重构。

3.排除敏感领域或复杂议题

鉴于之前 TTIP 谈判的复杂性和敏感性，欧美投资伙伴关系的重构谈判应聚焦于贸易和投资领域的核心议题。这有助于减少谈判的复杂性和时间成本，提高谈判效率。在谈判过程中，双方可以考虑暂时排除一些敏感领域或复杂议题，如国有企业补贴、劳工标准等。这些议题可以在未来的谈判中逐步解决，以避免因过度纠缠而影响 FTA 的整体进程。同时，为了确保谈判的顺利进行，双方需要建立更加高效、紧密的沟通机制。这可以包括定期举行谈判会议、设立专门的工作组或联络小组等，以便及时就谈判中的分歧和问题进行沟通和协商。

4.提高协定谈判透明度和可预测性

在谈判过程中，双方应加强信息共享，确保彼此对对方的立场、关切和诉求有充分的了解。这有助于减少误解和误判，提高谈判的透明度和可预测性。之前 TTIP 失败的一大原因就是透明度不够，公众和各利益相关方并不能及时有效了解 TTIP 谈判进程和具体内容，因此接受度不高。此次谈判过程应具有较高的透明度，以便公众和利益相关方能够及时了解谈判的进展和成果。这有助于增强公众对其的信任和支持，减少潜在的反对声音。可以通过举办公开听证会、发布咨询文件等方式，广泛征求公众和利益相关方的意见和建议。这有助于确保谈判结果更加符合民意和实际需求。同时，为了确保谈判的顺利推进和实施，双方应制定明确的时间表和路线图。这包括确定谈判的阶段性目标、时间安排和关键节点等，以便双方能够按照既定的计划和步骤推进谈判工作。双方还应就实施细节进行充分讨论和协商，以确保其能够得到有效执行并产生预期的效果。

欧美平等型投资伙伴关系的建立是应对当前国际经贸形势变化、推动双边经贸关系向前发展的必然选择。通过明确转型目标、简化谈判内容、加强沟通协调以及注重透明度与公众参与等措施，双方有望达成一份符合双方利益、易于实施的协定，为未来国际贸易体系的发展贡献新的力量。

七、结语

近年来，发达国家积极构建新型气候话语平台，首选途径为贸易制度。自 20 世纪 90

年代全球化加速以来，议题间重叠增强，全球治理机制联动性提升。发达国家通过议题关联策略，将贸易优势与气候议题结合，以拓展其在气候领域的利益，欧盟为典型代表，截止 2024 年，欧盟几乎所有近期完成的 FTA 中都明确纳入了气候条款。在 TPP 协定的谈判中，气候议题也被明确纳入，但后因美国国内政治原因而被迫改变为“向低排放和适应经济转型”的表述。[58]气候变化治理问题将成为欧盟与美国之间的一个长期议题。美欧在年内的多次会晤中，均显示出双方对于气候变化问题的重视和合作的愿望。对于美国而言，尽管对于气候变化治理一直存在着摇摆，但美国希望借助气候变化治理展现其在全球治理的领导力，同时希望能够保持其绿色清洁技术的领先地位和供应链的韧性，并重视跨大西洋伙伴关系能够采取的一致行动。而欧盟一直将自己视为全球气候治理的坚定领导者，致力于引领气候治理的规范和标准，在当前复杂的国际局势之下，希望与跨大西洋伙伴携手确保能源安全。随着全球对气候变化问题的认识不断深入，越来越多的国家和国际组织将应对气候变化纳入其政策议程。自美国重返《巴黎协定》以来，美国与欧盟在气候变化治理领域的关系出现了明显改善。双方对气候变化问题的迫切性和紧急性认知趋同，气候变化问题成为双边关系的重要议题，双方在气候变化问题领域的合作意愿加强，比如，第 28 次《联合国气候变化框架公约》缔约方会议（COP28）上，美欧在减少化石能源使用与提高可再生能源方面立场一致。此外，美欧在气候变化领域的合作内容也有所拓展。展望未来，气候变化问题将持续成为美欧之间的重要议题，双方在该领域竞争与合作并存，同时都寻求加强与中国的合作，但也可能联合向中国施压。将气候变化问题纳入欧美投资伙伴关系，可以体现欧美在全球气候治理中的领导作用，并推动全球气候治理的进程。英国政府也明确表明不会因为 TTIP 降低现有的环境标准和目标，也不会阻碍气候变化行动。[59]气候变化和贸易之间存在着密切的联系。通过推动低碳技术、绿色产品的贸易和投资，可以促进经济的绿色转型和可持续发展。欧美在环保技术和绿色产业方面具有较强的互补性，将气候变化纳入欧美投资伙伴关系可以进一步激发双方在这些领域的合作潜力。另外，欧美在科技创新和研发方面拥有强大实力。将气候变化纳入欧美投资伙伴关系，可以为双方提供更加广阔的技术合作平台，共同研发和推广低碳技术、清洁能源等环保技术，从而有效应对气候变化带来的挑战。

[58] 陈红彦.自由贸易协定:提升我国全球气候治理制度性话语权的新路径[J].法学,2020,(02):156-171.
[59] https://www.parliament.uk/跨大西洋贸易和投资伙伴关系 （TTIP）研究简报

OECD与国际投资法变革中的气候问题
——国际组织造法的视角

荣　婷*

摘要：在变革国际投资法以应对气候变化方面，以往研究着重个体性国家如何修订双边投资条约的气候相关条款，但忽视了国际组织在多边造法方面的作用和潜力。近年来，OECD针对投资条约如何应对气候变化问题正在开展一系列工作，这是其在20世纪90年代发起《多边投资协定》谈判后再次在国际投资法方面开展的重大国际造法活动。由于OECD成员国包括了大部分发达国家，无论本次造法努力最终达成多边条约、条约范本抑或政策指南，都可能对其他国家的国际投资法实践产生重要影响。应对气候变化也是中国国际投资法实践中的一个重要问题，为此中国有必要密切跟踪OECD相关工作的进展。

关键词：国际造法；国际组织；OECD；气候变化；投资条约变革

引言

近年来，气候变化问题成为国际投资法变革中十分重要和紧迫的问题。面对国际投资领域和气候治理领域的矛盾，个体性国家在双边层面修订双边投资条约（BITs）仍然是处理这一矛盾的主要路径，国际组织在多边层面引领国际投资法变革的作用并未被充分重视和利用。毋庸置疑，主权国家在传统上一直被认为是国际造法的主要行为体，但随着国际社会日趋组织化以及全球共同关切议题的增多，国际组织在国际造法中扮演着愈发重要的角色，特别是其在重大多边造法活动中发挥的作用和潜力更是不容小觑。[①]国际组织造法是指国际组织提出议题、拟定草案、推进谈判以及修改、编纂、制定国际法规则的过程，在此过程中，国际组织一方面可以为规则的谈判和磋商提供场所，另一方面也可以作为造法者参与国际造法进程。针对气候变化与国际投资法变革这一重要议题，经济合作与发展组织（OECD）较早予以关注并迅速展开国际造法工作，其兼具现实性和前瞻性的造法活动非常值得研究，但学界尚未对此给予广泛关注。

* 荣婷，复旦大学法学院2023级博士研究生，研究方向为国际投资法、国际组织法，联系方式为18380196526，trong23@m.fudan.edu.cn

[①] [美]何塞·E阿尔瓦雷斯：《作为造法者的国际组织》，蔡从燕等译，法律出版社2011年版，第173页。

综观现有研究，由于个体性国家在双边层面的努力一直占据主导地位，学界有关如何处理国际投资法变革中气候变化问题的研究也大多关注 BITs 条款本身存在的问题。不少学者认为，现存投资条约很大程度上阻碍东道国气候变化政策的实施，因此应当通过修改投资准入条款、投资待遇条款、争端解决条款等促进可再生能源等绿色投资的进入以及高污染、高耗能投资的逐步退出，还有学者提出应通过增加例外条款、投资者义务条款、规制权条款、反诉条款等来保障东道国的规制权。[②]同时，不容忽视的是，学界关于通过多边途径来处理国际投资法中气候问题的主张也已存在，一些学者提议，应当制定一个多边投资条约范本，供各国自愿签署及参考，在保持气候治理导向的同时也保留政策灵活性。[③]多边条约或范本的制定通常会依托于国际组织，换言之，这些提议实际上已经蕴涵了通过国际组织进行多边造法的视角。而在众多国际组织中，OECD 在上世纪 90 年代就力图发起过《多边投资协定》（MAI）的谈判，学界关于 MAI 谈判背景、过程、失败原因的研究已经屡见不鲜，这实际上为本文研究 OECD 正在进行的造法活动提供了诸多借鉴和参考。[④]但总体来看，面对气候变化与国际投资法变革这一新问题，绝大多数研究的关注点仍在于个体性国家如何在双边或区域层面设计和改革投资条约条款，而极少有研究会聚焦于另一重要的国际法主体——国际组织如何在多边层面引领和推动国际投资法的变革。

鉴于此，本文不考虑特定国家如何通过缔结 BITs 的方式处理气候变化问题，而考察国际组织，直言之，OECD 如何处理气候变化问题，据此呈现处理国际投资法中气候变化问题的另一条途径，并且拓宽国际投资法的研究视野。本文将首先从改革效率、专业性等角度对个体性国家以 BITs 为基础处理气候变化问题的路径进行反思，进而提出处理该问题的新路径，即国际组织进行多边造法活动，并比较分析国际组织在国际良法制定方面的优势。随后，

[②] 例如，黄世席：《论国际投资条约中企业社会责任条款的强化》，载《法学》2023 年第 3 期，第 178-192 页；刘禹，孔庆江：《碳排放政策的投资仲裁风险与因应》，载《太平洋学报》2022 年第 4 期，第 44-56 页；魏艳茹：《碳中和目标下化石燃料的投资条约规制》载《广西大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 3 期，第 129-136 页；刘冰玉：《气候治理投资安排：溯源、沿革与新路径》，载《法商研究》2024 年第 4 期，第 55-70 页；Bradly J. Condon, Climate Change and International Investment Agreements, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 14, 2015, pp.305-339; Maxi Scherer& Stuart Bruce& Juliane Reschke, Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review*, Vol. 36, 2021, pp. 413–440; Mayer, B., Climate Change Mitigation as an Obligation Under Human Rights Treaties? *American Journal of International Law*, Vol. 115, 2021, pp.409-451.

[③] See Elrifai S N& Sinsel S R& Rusinek H, A model multilateral treaty for the encouragement of investment in climate change mitigation and adaptation, *Journal of International Arbitration*, Vol. 36, 2019, pp.71-94; Liao J C, The club‐based climate regime and OECD negotiations on restricting coal‐fired power export finance, *Global Policy*, Vol. 12, 2021, pp.40-50.

[④] 例如，刘笋：《从 MAI 看综合性国际投资多边立法的困境和出路》，载《中国法学》2001 年第 5 期，第 137-144 页；赵宏：《略论<多边投资协议>》，载《国际经济法论丛》1999 年第 2 辑，第 263-293 页；陈辉萍：《<多边投资协议>谈判回顾与展望》，载《国际经济法论丛》1999 年第 2 期。第 294-308 页; Neumayer E., Multilateral agreement on investment: Lessons for the WTO from the failed OECD-negotiations, *Wirtschaftspolitische Bloetter*, Vol.46, 1999, pp.618-628; Michael Daly, Some Taxing Questions for the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *The World Economy*, Vol.20, 2002, pp.787-808.

本文将从机构属性的视角，考察 OECD 如何通过对成员国加入和造法议题相对包容、以及对发展中国家的密切关注来为其更广泛地发挥造法作用铺路，进而结合 OECD 在国际投资、国际教育、国际税收领域的造法实践，呈现其在具体造法活动中如何作为造法场所和造法者发挥作用，并据此归纳 OECD 作为造法者通常产出的“法”的形式。在此基础上，本文将从成员国意志等方面分析 OECD 处理投气候变化与投资条约改革议题的背景，并阐述 OECD 在“与气候变化政策协调的投资条约改革”议题上已经实施的造法工作。目前来看，OECD 已经不限于作为造法场所而存在，而是越来越多作为造法主体推动造法进程。据此，本文将进一步分析 OECD 作为造法者可能采取的造法形式，具言之，OECD 既可能采用多边条约的造法方案，也可能以制定条约范本、政策指南的形式进行造法。而根据既往造法经验，多边条约与范本等应根据其制定目的及预计实现的目标之不同而分别有不同侧重。最后，本文认为，无论 OECD 本次造法努力最终达成多边条约、条约范本抑或政策指南等，均可能对其他国家的国际投资法实践产生重要影响，而对中国而言，无论未来作为此次造法活动的参与者还是旁观者，均有必要对此保持关注。值得注意的是，本文并不企图对 OECD 未来将采取哪些造法活动以及采用哪种造法方式进行预测，而是基于 OECD 既有造法活动，对其可能采用的造法方案及需要注意的问题进行分析，以期为中国了解 OECD 在气候变化与投资条约改革方面的造法活动提供参考。

一、 国际投资法中气候变化问题处理路径之反思

（一）既有路径：个体性国家以 BITs 为主的努力

半个多世纪以来，世界各国政府建立了以投资条约为基础的国际投资保护体系。截至目前，已经生效的投资条约超过 2500 个， BITs 在其中占据绝大多数。自 1959 年联邦德国与巴基斯坦签署第一个现代 BIT 以来，各国政府已经谈判了超过 3000 个 BITs, 其中 2200 多个 BITs 至今仍在生效。[⑤]而面对国际投资法中的气候变化问题，个体性国家通过签订、修改、升级 BITs 或区域性投资协定来协调投资保护与气候治理的矛盾也是目前解决问题的主要路径。例如，2019 年《布基纳法索—土耳其 BIT》第 5 条规定，为保护环境采取的法律措施不被视为违反非歧视待遇待遇；2024 年《欧盟—吉尔吉斯加强伙伴关系和合作协定》第 2.3 条规定，双方重申致力于自由市场经济原则、促进可持续发展和应对气候变化；2023 年《欧盟—智利新框架协议》第 17.3 条强调了缔约国政府对于环境保护事项包括气候变化

[⑤] See https://www.oecd.org/en/topics/the-future-of-investment-treaties.html, Oct.1, 2024.

的规制权，第 17.24 条负责任的商业行为条款中重申了投资者保护环境的义务。[⑥]综观近来新签订的双边或区域投资条约，个体性国家一般会通过以下几种方式强调气候治理的重要性：在序言中加入促进可持续发展、保护环境、共同应对气候变化的缔约宗旨；在实体规则中增加东道国规制权条款；将气候治理相关措施与一般的投资待遇标准相分离；将环境保护措施纳入一般例外条款；增加投资者义务条款或在企业社会责任条款中明确投资者配合东道国环保政策的义务。[⑦]

同时值得注意的是，近来一些国家公布或更新了其投资条约范本。从目前可以公开查阅的文本来看，新一代投资条约范本中也多对气候变化问题予以高度关注。例如，2019 年《新西兰 BIT 范本》第 2 条规定，条约条款不得影响缔约国在其境内为实现保护环境等政策目的而进行规制的权力，范本第三部分（第 6 条和第 7 条）还特别围绕可持续发展作出专门规定，详细规定了可持续发展包含的事项以及投资者的社会责任。[⑧]2021 年《加拿大 BIT 范本》第 3 条和第 16 条、2022 年《意大利 BIT 范本》第 12 条、2023 年《保加利亚 BIT 范本》第 17 条也均对促进气候治理的合作、履行《联合国气候变化框架公约》（UNFCCC）和《巴黎协定》的减排义务、东道国落实气候政策的规制权等作出规定。[⑨]除此之外，布基纳法索、埃及、黑山、秘鲁、欧盟也在近五年公布或更新了其投资条约范本，其中《欧盟 BITs 范本》对于气候治理的高标准要求将在本文第三章详细论述。

总体而言，在国际投资中的气候变化议题上，个体性国家已经在双边层面通过 BITs 条款改革进行了许多值得肯定的尝试。这些尝试固然无可厚非，但长远来看，个体性国家的努力在效率、专业性等方面可能存在不足。首先，从效率角度看，如前所述，全球已经生效的投资条约超过 2500 个，其中 BITs 超过 2200 个。面对气候变化这一日益迫切的问题，逐一更新投资条约既昂贵又耗时，且即便重新谈判，气候变化也不一定会被当成一个重要议题。纵观近来新签订的投资条约，并非每个条约都对气候变化议题予以关注，且一些条约，例如 2023 年《安哥拉—日本 BIT》仍然是以传统的提及环境保护的方式来隐晦地涵盖气候问题。因此，即使是在双边层面，条约谈判与更新也并非易事。其次，从专业性角度看，投资条约达成后应如何落实也是一大问题，投资条约在实践中存在被误用、滥用的风险，且个体性国

[⑥] See Burkina Faso - Turkey BIT (2019),Art.5; EU - Kyrgyzstan EPCA (2024), Art.2.3; Chile - EU Advanced Framework Agreement (2023), Art.17.3, Art.17.24.

[⑦] UNCTAD, International Investment in Climate Change: Adaption and Mitigation, at https://unctad.org/system/files/official-document/diaeinf2022d2_en.pdf, Oct.1, 2024.

[⑧] See The Netherlands Model BIT 2019, Art.2, Art.6, Art.7.

[⑨] See Canada Model BIT 2021，Art.3，Art.16；Italy Model BIT 2022，Art.12；Bulgaria Model BIT 2023，Art.17.

家在双边层面无法进行连续性工作，很少会像国际组织一样围绕条约制定指南等一系列文件来指导条约的实施。另外，纷繁的双边努力还可能会加剧国际法的碎片化，碎片化导致的国际法分支之间的矛盾会有损于国际法体系的形象和效力，进而影响整个体系的专业性。[10]相较之下，国际组织似乎在国际法变革的效率与专业性方面具有天然优势，其可以进行联合诸多成员国进行多边造法活动，并通过定期谈判协商不断完善、更新造法成果及进一步制定指南、操作手册来确保法律有效实施，以下将具体阐述。

（二）另辟新径：国际组织的多边造法活动

与个体性国家相比，国际组织更能高效、专业地处理气候变化这类全球性问题。1945年之后，多个领域国际公约和多边条约的发起、起草和通过，以及各项国际法原则、规则、制度的制订，几乎都发生在国际组织框架内。[11]一般而言，国际法的形成、适用和执行必须依附于一定的“常设机构”，才可能获得较多的确定性，国际组织在解决多边问题方面便时常发挥“常设机构”的作用。[12]以联合国贸易和发展会议（UNCTAD）为例，在投资议题上，UNCTAD 自 1991 年起每年发布《世界投资报告》（World Investment Report），截至目前，共计发布了 44 份《世界投资报告》，这些报告全面统计分析了每年全球外国直接投资流动与流向，投资政策趋势及发展趋势等关键问题，充分体现了机构的专业性和机构工作的持续性。2015 年，UNCTAD 推出《可持续发展投资政策框架》，为许多政策制定者制定国家投资政策、法律法规、投资条约范本和谈判投资协定提供了诸多参考，此类多边造法成果通过发挥专业的示范作用大大减缓了双边或区域层面逐一谈判的低效。[13]总而言之，国际组织对于国际良法制定具有提高效率和专业性等重要作用，这些作用又可以通过国际组织在国际造法中的两种角色来具体体现：一方面，国际组织可以为国家提供持续、固定的谈判场所，保证谈判文本的定期更新、补充和完善，乃至后续制定相关指南、操作手册、执行标准来指导国家的实施；另一方面，国际组织也时常作为造法者，推动多边条约、条约范本、宣言等造法成果的产出，从而供各国签署或参考。

1. 作为造法场所

---

[10] Ian Brownlie, The Rights of Peoples in Modern International Law, in James Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, 1988, p.15.; 莫世健：《国际法碎片化和国际法体系的效力》，载《法学评论》2015 年第 4 期，第 117-128 页。

[11] See Henry G. Schermers & Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 6th rev.ed., Martinus Nijhoff Publisher, 2018, p.7.

[12] 梁西：《梁西国际组织法》（第六版），杨泽伟修订，武汉大学出版社 2011 年版，第 353 页。

[13] See UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, at https://investmentpolicy.unctad.org/publications/149/unctad-investment-policy-framework-for-sustainable-development, Oct.1, 2024.

国际组织在国际造法活动中的主要功能之一是为国家进行定期交流、议题磋商和谈判的提供场所。[14]针对同一造法议题，由于国家可能挑选造法场所，所以不同的国际组织之间实际上存在竞争关系。例如，将多边投资协议放在 WTO 还是 OECD 中进行谈判就在上世纪 90 年代引起过不少争论。[15]一般而言，当成员国提出造法议题、选定造法场所后，国际组织通常会设置专门的委员会或召开定期会议。例如，OECD 在国际投资法议题下成立了第一工作小组以处理气候变化背景下投资条约如何与《巴黎协定》相协调的问题，联合国贸易法委员会（UNCITRAL）设立了第三工作小组以推进投资者—东道国争端解决机制改革的工作。实际上，在国际组织大规模发展之前，多边国际造法常采用临时会议的方式。相较于临时性、分散性的国际会议，国际组织可以为谈判主体之间的持续互动、反复沟通和信息交换提供固定场所，且其成熟的组织化机制使得缔约方无需处理经由国际组织法或缔约方先前同意的程序性规则已经解决的问题。[16]稳定的造法场所不仅提高了多边谈判的效率和专业性，还降低了多边造法活动的成本，这一定程度上弥补了国际社会不存在一个“超国家”立法机构的缺陷。[17]

值得注意的是，由国际组织提供造法场所可能对造法过程产生影响。与双边层面个体性国家的努力相比，更加便利、开放的造法场所的出现将使得以非国家行为体为代表的更加广泛的国际法主体得以参与到造法谈判过程中。这也是国际组织发起的现代缔约进程的一大特征，即对于国家派出的谈判代表之外的非国家行为体提供的智慧、经验等持更加开放的态度。[18]更广泛的谈判行为体的参与，可能起到弱化强国作用的效果，例如，1899 年与 1907 年召开的两次海牙和平会议已经让当时的小国初步尝到了国际行动的甜头。[19]而对国际组织本身而言，更广泛的谈判行为体的参与可以反过来提高场所的政治正当性。[20]由此可见，国际组织提供的造法场所使得国际造法过程呈现出更加开放、合理的样态。但即便如此，国际组织作为场域提供者也仅起到提供外部支持的作用，并不能保证谈判的成功和最终成果的产出，谈判行为体对于场所、议题、造法形式等的选择等对均会对造法结果产生重要影响。

---

[14] [英]伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2007 年版，第 609 页。
[15] 刘笋：《从 MAI 看综合性国际投资多边立法的困境和出路》，载《中国法学》2001 年第 5 期，第 137-144 页。
[16] [美]何塞·E 阿尔瓦雷斯，同注①引书，第 482-491 页。
[17] See Henry G. Schermers & Niels M. Blokker, *supra* note 11, p.7.
[18] [美]何塞·E 阿尔瓦雷斯，同注①引书，第 397 页。
[19] 尽管当时尚未成立国际组织，但这种临时会议也使得小国具备了与世界强国进行对话的平台，强国的作用一定程度被弱化。实际上，第三次海牙和平会议原计划于 1914 年举行，预定的议题包括筹组一个国际机构，但因第一次世界大战爆发无果，战后则被组织国际联盟的具体倡议取代。See Jan Klabbers, *An Introduction to International Institution Law*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2015, pp.16-23.
[20] [美]何塞·E 阿尔瓦雷斯，同注①引书，第 522 页。

2. **作为造法者**

国际造法也称为国际立法，但由于国际社会不存在中央立法机关为整个国际社会制定法律，[21]故严格来讲，“国际法上的‘国际立法’的概念可以说是错误的”。[22]诚然，国际立法与国内立法存在较大区别，不可等同视之。[23]在国内法层面，立法是指立法机关制定有拘束力的法律的行为，或普通法系国家的司法机构通过司法实践形成“判例法”的行为。[24]但在国际法层面，国际立法不能理解为狭义层面的立法，因为目前国际社会尚不存在立法机构，设立这种机构实质上等于成立一个国际立法机关，“这种发展虽然本来是可能的，并且是完全合乎国际法的性质和目标的，但却不是各国政府目前所能接受的”。[25]与之相反，广义的国际立法并不一定以“超国家”的立法机关的存在为前提，主权国家可采取相对的国际性组织来进行法形成的起草，且这种法对于主权国家的拘束力取决于主权国家同意和批准。[26]随着国际社会日趋组织化以及全球共同关切议题的增多，各个国际组织的造法活动也越发活跃。依托于国际组织进行国际造法，既有助于凝聚多边共识，提高效率，又能督促各国协力，持续输出专业性的造法成果。

实际上，国际组织在发展早期多扮演着造法场所的角色，随着国际法的发展，其在国际法规则的谈判、编纂中逐渐开始承担起活跃的造法者角色。尤其是二战结束之后，以联合国为旗帜的现代国际组织已成为影响和促进国际法发展的主要动力之一，世界贸易组织（WTO）、世界卫生组织、国际劳工组织等国际组织均在国际造法中发挥了重要作用。[27]就国际投资领域的多边造法活动而言，上世纪 90 年代初，美国和欧盟曾提议 WTO 组织多边投资协议的谈判，但因遭到发展中国家的反对而不了了之，1995 年 OECD 发起的多边投资协议谈判也以失败告终。[28]目前，UNCTAD、UNCITRAL、OECD、国际投资争端解决中心（ICSID）等均为国际投资领域重要的造法主体。应当注意到，国际组织通过造法活动产出

---

[21] Hans Kelsen, *Peace through Law*, The University of North Carolina Press, 1944, p.22.
[22] 参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 61 页。
[23] 周鲠生教授在 1929 年《国际法大纲》中谈论“造法的条约”（law-making treaties）时指出，如果一个条约涉及许多国家，致新行为成为通例，则此种条约具有造法的效果，此等条约称为“造法的条约”，然而，“国际条约与国内立法，实有重大的差别，不可视同一律”。参见周鲠生：《国际法大纲》，周莉勘校，中国方正出版社 2004 年版，第 16 页。
[24] 参见张乃根：《论国际法渊源的编纂与发展——基于国际“造法”的视角》，载《学海》2023 年第 5 期，第 60-71 页。
[25] [英]劳特派特修订：《奥本海国际法》（上卷·第一分册），王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1989 年版，第 47 页。
[26] [日]村濑信也：《国际立法：国际法的法源论》，秦一禾译，中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 92-93 页。
[27] 参见饶戈平：《论全球化进程中的国际组织》，载《中国法学》2001 年第 6 期，第 126-136 页。
[28] 参见陈辉萍：《<多边投资协议>谈判回顾与展望》，载《国际经济法论丛》1999 年第 2 期。

的“法”是多样的，既包括有拘束力的公约等法律文本，也包括不具有强制拘束力的“软法”。很多情况下，国际组织造法的目的不在于产出具有拘束力和创设国际法义务的国际公约，而是通过整个造法过程对国际法规则的形成与发展的产生影响。也正因如此，国际组织造法活动中“法”的形式通常作广义理解。一方面，国际组织可以根据章程规定及成员国的授权制定具有拘束力的公约、决定或解释。另一方面，国际组织的造法成果也可以体现为范本、宣言、指南、建议等不具有强制拘束力的“软法”性文件。[29]

二、OECD 与国际造法

OECD 成立于 1961 年，是由 38 个成员国组成的政府间国际组织。回溯 OECD 的发展历史，可以看到，OECD 对于成员国加入和造法议题均持比较包容的态度，并愈发对发展中国家保持关注，而这实际上均是其更广泛地发挥造法作用的策略。自成立以来，OECD 为不少造法活动提供过场所，同时也作为造法者在许多领域产出过多边条约、条约范本等不同形式的造法成果，这可以为当前气候变化与投资法变革的造法工作提供诸多经验和启发。

（一）OECD 对于国际造法的作用：机构属性的视角

OECD 在很长一段时间内被称为“发达国家的俱乐部”，但目前其成员国并非均为发达经济体。实际上，OECD 也并不排斥非发达国家的加入，韩国、墨西哥、智利等均为成员国，曾饱受欧债危机纷争的希腊也是成员之一，一些东欧转型国家同样加入了 OECD。因此，发达国家并非区分 OECD 成员国与其他国家的标准，OECD 如今同样注重吸引其他国家，以增强机构的包容性和外部合作。OECD 前身为欧洲经济合作组织（OEEC）。1948 年，16 个签署了“马歇尔计划”的欧洲国家在巴黎召开会议，决定成立 OEEC 并授权其专责“马歇尔计划”援助资金的管理和分配。马歇尔计划终止后，OEEC 转型为一个规模更大、功能定位更广泛的常设政府间经济组织，即 OECD，并吸纳美国、加拿大为正式成员。如今，OECD 下涵盖的议题非常广泛，已不限于金融、税收、投资、贸易等经济领域，其在国际教育、政府管理、公共健康、环境保护等非经济领域也存在广泛的造法实践。可以看到，OECD 作为最重要的国际组织之一，在吸引成员国和选择造法议题方面均体现出一定的包容性。

除了对成员国加入和造法议题的包容，OECD 还表现出对于发展中国家的特别关切。OECD 框架下设有 OECD 发展中心，负责研究发展中国家的经济和社会问题，其成员既包

[29] 例如，Hershey 教授在 1919 年《国际公法纲论》中，就将宣言、公约同时列为“国际立法”。See Hershey A S, *The essentials of international public law,* Macmillan, 1912, p.20.

括部分 OECD 成员国，也包括巴西、印度、中国等非成员国。2007 年，OECD 部长级理事会决议通过一项决议，决议主要内容为通过加强交流计划加强 OECD 与中国以及巴西、印度、印度尼西亚和南非的合作。[30]实际上，OECD 一直努力与主要发展中国家之间建立了合作关系。以中国为例，1995 年起，OECD 与中国建立对话合作关系。2002 年，中国成为 OECD 科学技术政策委员会的观察员。2015 年 7 月 1 日，中国总理李克强访问 OECD 巴黎总部，宣布中国于加入 OECD 发展中心，时任 OECD 秘书长的古里亚先生表示："中国的加入，是 OECD 对中国在发展方面丰富经验的认可，也是中国对发展中心作用的认可。"[31]同时，OECD 全球关系主任彭图里表示："当 OECD 制定一项国际协议时，中国应该参与提出自己的意见，获得中国接受的国际协议可具有可行性。"[32] 显然，OECD 非常关注中国等主要发展中国家。

OECD 之所以对成员国加入和造法议题比较包容，且对主要发展中国家保持关注，一定程度上为其更广泛地发挥造法影响力做铺垫。作为最重要的国际组织之一，OECD 实际上希望凭借 "生产性权利"（productive power）进行造法活动和产出造法成果，并利用其制度资源使这些造法成果对其他非成员国产生影响力。[33]而纵观 OECD 此前在国际税收、国际教育、政府管理等领域取得的造法成果，其引领制定的很多规则的确得到了不同国家的认同、采用和遵守。例如，OECD 曾经制定的关于跨国公司治理的一系列规则，包括《OECD 公司治理原则》、《OECD 跨国企业准则》、《OECD 负责任商业行为尽责管理指南》，至今仍然为很多国家规定投资条约的投资者社会责任、投资者尽职义务等时所援引。同时，OECD 也不乏失败的造法行动，OECD 发起的 MAI 谈判即为一例，而总结其中教训，MAI 谈判过程未实质上对发展中国家开放是导致谈判失败的重要原因。当然，国际组织的造法活动能够发挥多大作用，还与谈判各方对于造法议题的共同关切程度及采取的造法形式有关，但仅从机构属性的视角来看，OECD 本身对成员国加入和造法议题的包容，以及对主要发展中国家的密切关注，均是其更好发挥造法作用、进而扩大机构本身影响力的前提和基础。以下将具体阐述 OECD 在国际投资、国际教育、国际税收领域的造法实践，进一步呈现 OECD 在具体造法活动中如何作为造法场所和造法者发挥作用。

（二）OECD 在国际造法中的角色

---

[30] OECD, Council Resolution on Enlargement and Enhanced Engagement, C/MIN(2007)4/FINAL (16 May 2007).
[31] See https://www.oecd.org/fr/chine/press-release-china-joins-oecd-centre-chinese.htm, Apr.2, 2024.
[32] See https://www.oecd.org/fr/chine/press-release-china-joins-oecd-centre-chinese.htm, Apr.2, 2024.
[33] See Barnett，M.& Duvall，R, *Power in Global Governance,* Cambridge University Press, 2005, pp.7, 22.

1. OECD 作为造法场所

OECD 成立的初衷是为发达国家谈判经济合作事宜创设固定的谈判场所。在议题谈判过程中，OECD 各成员国政府代表及非国家行为体不仅要寻求共识，也要谋求自身利益。因此，OECD 通常无法作为绝对中立的造法场所而存在。例如，在上世纪末 MAI 谈判中，OECD 成员国原本计划达成多边条约后向发展中国家开放签订，但从 MAI 高标准的投资自由化与投资保护规定来看，MAI 文本内容很大程度上受成员国利益的主导和控制，OECD 成员国实际上并未考虑发展中国家的利益。显然，在 MAI 造法过程中，成员国本质上将 OECD 当作了实现其自身诉求和利益的场所。当然，不可否认的是，OECD 彼时也担任着重要的造法者角色，但其作为造法者的主体性实际上已经屈服于代表成员国偏好和权力的工具性。也正因如此，MAI 谈判最终以失败告终。

再以 OECD 在国际教育领域的造法实践为例，在 OECD 成立之前，OEEC 已经在美国和成员国的经济支持下开展教育活动的研究工作。OECD 成立后，OECD 教育研究与创新中心、OECD 教育委员会也相继于 1968 年、1970 年成立。自 1978 年起，OECD 开始不定期召开国家教育部长会议。截至上世纪 80 年代，OECD 表面上为成员国进行教育政策交流提供了重要场所，但其在教育领域的早期实践实际上高度依赖于成员国意志，尤其是诸如美国这样的“大股东”的观念输出，故 OECD 本质上是重要成员国输出本国教育观念和研究立场的场所。[34]在此过程中，OECD 也时而作为造法者存在，但其当时的造法成果多体现为“不成文”的教育主张，且这些主张对成员国的教育制度改革影响有限。此后，通过建立国际教育体系指标与评估项目、成立正式的教育司，OECD 最终成为教育信息共享的平台、国家教育比较分析的中心和教育改革创新的咨询机构。[35]在发展中后期，OECD 的功能俨然不再限于为国际教育政策讨论提供场所，而是自身越来越多参与到全球教育治理的进程中。

综上，OECD 在诸多国际造法活动中发挥了提供场所的功能，但为国际造法提供场所几乎是任何国际组织设立的初衷，OECD 的造法实践表明，国际组织在造法活动中可能一直作为场域提供者存在，也可能通过参与造法进程拓展其作为造法者的职能。阿尔瓦雷斯教授认为，现代国际组织造法的一大特征为国际组织内部人员越来越多参与到造法进程中，最典型

[34] See Papadopoulos G S, *Education 1960-1990: The OECD Perspective,* OECD, 1994, p.13.
[35] 丁瑞常：《经济合作与发展组织参与全球教育治理的权力与机制》，载《教育研究》2019 年第 7 期，第 63-72 页。

的即为组织的法律职员从提出条约草案的建议到条约签订后的执行全程参与。[36]因此，国际组织在造法活动中的角色常常已经不局限于作为造法场所，OECD 亦是如此。

2. OECD 作为造法者

OECD 在多个领域担任过造法者的角色，且已经取得具有影响力的造法成果。以国际税收领域为例，OECD 一直致力于防止双重征税、税收权益分配等工作，并在国际税收协定范本的造法过程中发挥着造法者的作用。OECD 成立后，其财政事务委员会承接此前 OEEC 防止双重征税的研究工作，并于 1963 年印发《关于所得和财产避免双重征税协定范本》草案。[37]1977 年，OECD 正式通过和发布修订之后的《关于所得和财产双重税收协定范本》并介绍给各成员国。[38]自 1992 后，范本经历过数次修改和更新，目前最新版本为 2017 年 OECD 发布的《关于所得和财产的税收协定范本》（以下简称《税收协定范本》）。[39]制定范本是国际组织常有的造法实践，范本虽然不具有强制拘束力，但可以发挥示范与参考作用。OECD 的《税收协定范本》不仅为各成员国签订、修改、解释双边税收协定提供了参考，还为 1980 年联合国经济及社会理事会颁布的《联合国关于发达国家与发展中国家之间避免双重征税协定范本》（以下简称《联合国范本》）贡献了模板。《联合国范本》采纳了 OECD《税收协定范本》的大部分的内容，同时在某些原则问题上作了修改以迎合发展中国家需求。[40]由此观之，《税收协定范本》不仅在成员国之间发挥作用，还对成员国与非成员国之间乃至非成员国之间的谈判产生了深远影响。

然而，并非 OECD 所有的造法实践均能取得成功，如前所述，OECD 在国际投资法领域发起的 MAI 谈判便不了了之。1995 年 5 月，MAI 谈判工作正式开始，原计划两年后达成最后协议。[41]但 MAI 谈判过程屡次受阻，仅在 OECD 成员国内部，各国对条款内容就分歧众多，而来自发展中国家、非政府组织以及社会公众的强烈反对，更加导致谈判进程一再拖延。1998 年 10 月，OECD 成员国试图再次组织谈判，但法国主张文化例外条款进而退出谈判，欧盟与加拿大明确反对在 OECD 内部继续进行讨论，故此次谈判无果而终。最终，OECD 于 1998 年 12 月决定不再进行谈判，MAI 造法活动以失败告终。MAI 失败的原因是多方面

---

[36] [美]何塞·E 阿尔瓦雷斯，同注①引书，第 397 页。
[37] OECD, Draft Double Taxation Convention on Income and Capital, C(63)87 (1963).
[38] OECD, Model Double Taxation Convention on Income and on Capital (1977).
[39] OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital (2017).
[40] UN, United Nation Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, ST/ESA/102 (1980).
[41] A Multilateral Agreement on Investment: Report by the Committee on International Investment and Multinational Enterprises (CIME) and the Committee on Capital Movements and Invisible Transactions (CMIT) (1995), at https://www.oecd.org/daf/mai/htm/cmitcime95.htm, Apr.2, 2024.

的，从造法过程来看，MAI 谈判并未对发展中国家开放，虽然迫于国际舆论压力，中国等发展中国家得以作为观察员，但其并未实际参与到谈判过程中。从造法形式来看，多边条约意味着为缔约国设定义务，缔约国必然会慎重考虑，因此通过多边条约形式进行造法通常较难获得广泛支持。

（三）OECD 的造法形式

由上述分析可知，OECD 在国际造法活动中主要发挥以下两种作用：一是提供造法场所，以便各成员国定期召开会议和进行意见交换；二是作为造法者，在造法活动中发挥造法主体的能动作用。从既有造法实践来看，OECD 显然时常不满足于仅发挥造法场所的作用，而是越来越多作为造法者参与和推进造法活动。在作为造法者的情形下，OECD 所造的“法”的形式可能有多种。首先，OECD 可以制定多边条约。采用多边条约的典型造法实践即为 MAI，当时，OECD 成员国原本计划达成多边条约后向发展中国家开放签订多边条约，但仅 OECD 成员国内部就难以针对条款内容达成共识，更不用提来自发展中国家、非政府组织等的阻碍。多边条约对于成员国的同意要求较高，如果公约文本不具备较高的包容性，便难以获得成员国、非成员国等的支持。其次，OECD 可以制定条约范本，范本虽然不具有约束力，但可以为缔约国修改或更新 BITs 提供示范和参考。OECD 的《税收协定范本》就是 OECD 最为瞩目的造法成果之一，其不仅为各成员国签订、修改、解释双边税收协定提供了参考，还为《联合国范本》提供了最初的模板。再次，OECD 也可能制定政策指南、原则、执行标准、建议这类文件，如前述 OECD 针对跨国公司规制制定的一系列文件，这类指南或原则在性质与条约范本一样，均不具有强制约束力。

OECD 作为造法者所造的“法”的形式决定了其不同的发挥实效的方式。多边条约要为成员国设定强制性义务，故成员国必然会慎重考虑条约的签署与批准，若多边条约不能协调各方利益，则可能面临被搁浅的风险。条约范本比多边条约多了一些柔性, 在这种造法形式中，OECD 致力于制定一套有引导意义的投资条约范本，并利用其制度资源使这种范本对其他行为体产生影响力，引导和促进 OECD 成员国将具体政策落实到其双边或区域条约的制定和谈判中，从而实现一种“软治理”。[42]同时，这种造法过程可能具有溢出效应，如果范本能够综合顾及各方利益且具备较高的技术规范性，其未来也可能得到非成员国家的认可、采用或借鉴，OECD《税收协定范本》就在国际税收领域发挥着这种作用。当然，指南、原

[42] See Barnett，M.& Duvall，R, *Power in Global Governance,* Cambridge University Press, 2005, pp.7, 22.

则也可能产生类似的效果，前述 OECD 针对跨国公司规制制定的一系列文件即为例证。但就作用而言，条约范本通常能够为国家实践提供更加精确、具体的指引。相较之下，由于更少受到成员国同意的束缚，条约范本、政策指南、原则这类具有制度柔性的造法形式似乎比多边条约更容易产出造法成果。而无论如何，多边条约、条约范本、政策指南等的造法过程均会对成员国乃至非成员国产生重要影响。

三、OECD“与气候变化政策协调的投资条约改革”造法活动

（一）OECD 处理投气候变化与投资条约改革议题的背景

气候变化是全球性问题，气候治理符合全球公益。[43]在多边层面，各国先后签订了 UNFCCC、《京都议定书》、《巴黎协定》等一系列多边公约，试图构建起全球气候治理的多边合作机制。《巴黎协定》为政府的气候政策设定了两个基本目标：本世纪全球平均气温升幅与工业革命前水平相比不超过 2 摄氏度，同时努力使温度上升幅度控制在 1.5 摄氏度以内。自《巴黎协定》签署以来，将升温控制在 1.5 度以内的必要性变得更加迫切。为了履行《巴黎协定》项下的义务，各国政府逐渐开始鼓励可再生能源等气候友好型投资，同时限制、逐步淘汰高污染、高排放的矿物燃料投资等。不少国家，尤其是一些欧盟成员国，由于国内相关法律和政策的调整而纷纷陷入投资争端的泥潭。截至 2022 年 5 月，超过 230 起投资争端案件涉及化石燃料投资，占已知案件总数的近 20%。[44]在这些案例中，投资者多以东道国政府违反投资条约中的投资待遇条款、征收条款为由而要求赔偿，气候治理与投资保护之间的紧张关系使得投资条约改革成为一项紧迫的议题。对此，个体性国家在双边和区域层面的努力显得漫长且碎片化。而在国际投资领域，目前既没有对外投资相关的多边公约，也没有成立像国际贸易领域 WTO 那样专业化的多边机构，这是目前在全球范围内推广可持续投资政策的一个重要障碍。[45]面对这种困境，OECD 缘何如此敏锐地展开多边造法活动呢？

国际组织的造法活动非常依赖成员国的意志，在 OECD 的 38 个成员国中，有 21 个成员国同时是欧盟成员国，而欧盟一直非常重视气候变化问题。2019 年，欧洲委员会发布了《欧洲绿色新政》（European Green Deal），希望欧洲到 2050 年成为世界上第一个气候中

---

[43] 参见[英]莫里齐奥·拉佳齐：《国际对世义务之概念》，池漫郊译，法律出版社 2013 年版，第 203 页；[英]帕特莎·波尼、埃伦·波义尔：《国际法与环境》，那力、王彦志、王小钢译，高等教育出版社 2007 年版，第 190 页；张焱宇、牛新春、张力：《<西方国际关系理论思潮>专题之六 全球公益论》，载《国际资料信息》2002 年第 12 期，第 26-29 页。

[44] See https://www.oecd-events.org/investment-treaty-conference-2023, Apr.8, 2024.

[45] See Hilmarsson H Þ, Climate Change and the Absence of an International Investment Organization, *Revista de Management Comparat Internațional,* Vol. 19, 2018, pp. 274-288.

和的大洲。[46]为了将这一政治意愿转化为法律，欧洲委员会随后出台了《欧洲气候法》（European Climate Law），2021 年 6 月，欧洲议会和欧盟理事会分别批准《欧洲气候法》，这是欧盟首次将气候变化目标以欧盟条例（Regulation）的立法形式体现。[47]近年来，为实现《欧洲气候法》等规定的政策目标，以意大利、西班牙、荷兰、德国为代表的欧盟国家饱受补贴制度调整等导致的投资争端纷扰。《能源宪章条约》（Energy Charter Treaty, ECT）对于化石燃料投资的保护被认为是欧洲能源转型的羁绊，2024 年 5 月，欧洲理事会批准欧盟和欧洲原子能共同体退出 ECT。而在此前，主要欧洲国家，包括意大利、西班牙、法国等已经先后宣布退出 ECT。值得注意的是，2023 年 9 月 21 日，欧盟公布了《欧盟 BITs 范本》，范本中分别设计了“投资与环境保护”条款和“投资与气候变化”条款。投资与环境保护条款规定，缔约方有权确定其可持续发展政策和优先事项，确定其认为适当的国内环境保护水平，并通过或修改其环境法律和政策，缔约方不得为了鼓励投资而削弱或降低其环境法中规定的保护水平，各方应有效执行其已批准的多边环境公约等。[48]在投资与气候变化条款中，欧盟重申了 UNFCCC、《巴黎协定》等的宗旨和目标，规定缔约方应有效落实 UNFCCC、《巴黎协定》，包括其关于国家自主贡献的承诺，缔约方应促进气候友好型投资，并加强气候变化政策和措施中与投资相关的合作。[49]另外，欧盟近来与许多国家签订或更新了投资条约，其中不少条约，如 2022 年《欧盟—泰国全面伙伴关系与合作框架协议》（第 38 条）、2023 年《欧盟—智利新框架协议》（第 17.3 条）均对气候变化问题予以不同程度的关注，2023 年《欧盟—安哥拉可持续投资便利化协定》（第 32 条）更是几乎遵从了《欧盟 BITs 范本》中投资与气候变化条款的规定。[50]

综上可知，欧盟不仅努力在内部通过颁布气候立法、退出 ECT 的方式为气候治理扫除障碍，还致力于通过制定投资条约范本、签订与更新投资条约的方式树立其气候变化先行者的身份，引领国际投资法规则朝着气候友好的方向迈进。欧盟的一系列行动均体现出其维护《巴黎协定》有效实施的决心以及对于高标准的气候治理规则的追求。如前所述，OECD 的 38 个成员国中同时包含 21 个欧盟成员国，而欧盟现存 27 个成员国，申言之，绝大多数欧盟成员国均加入了 OECD，而这些国家又占据了 OECD 成员国总数的约 71%。

---

[46] See https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en， Oct.1, 2024.
[47] See https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-climate-law_en, Oct.1, 2024.
[48] See EU Model Clauses for BITs 2023
[49] See EU Model Clauses for BITs 2023
[50] See EU–Thailand Framework Agreement on Comprehensive Partnership and Cooperation (2022), Art.38; Chile - EU Advanced Framework Agreement (2023), Art. 17.3; Angola - EU SIFA (2023), Art.32.

从造法场所选择的角度看，对致力于追求高标准的治理规则的大部分欧盟国家而言，在众多国际组织当中，OECD 似乎是一个再合适不过的造法场所。因此，OECD 正在进行的“与气候变化政策协调的投资条约改革”造法活动很大程度上受到欧盟的推动，是欧盟在双边和区域范围进行高歌猛进的变革后、继续在多边层面追求高标准的气候治理规则的集中体现。得益于成员国构成的影响，OECD 是以欧盟国家为首的一众成员国谈判气候治理规则、推动构建全球气候治理框架的优选场所。

从造法主体比较的角度看，UNCITRAL、ICSID、UNCTAD 虽然不是专门处理投资法问题的国际组织，但其工作均涉及投资法变革的议题，那么 OECD 作为造法者所推动的本次造法活动的特殊性体现在哪里呢？从各机构的功能和现有工作来看，UNCITRAL、ICSID 主要关注投资争端解决问题，例如 UNCITRAL 下的第三工作组一直致力于投资者—国家争端解决条款草案的优化设计，二者对于气候变化问题尚未做出太多回应。一直以来，UNCTAD 和 OECD 对投资条约改革议题比较关注。2012 年，UNCTAD 开始关注可持续投资问题，并在当年《世界投资报告》中首次提出国际投资迈向可持续发展的重要性、策略等问题。[51]2015 年，UNCTAD 推出《可持续发展投资政策框架》，包括国家投资政策指导方针、国际投资条约的设计和使用指南、促进与可持续发展目标相关的部门投资的行动菜单供各国参考。[52]在 2016 年《世界投资报告》中，UNCTAD 首次明确提出《巴黎协定》下的气候变化问题对投资产生的影响。UNCTAD 近几年报告中也对气候变化问题多有关注，如 2022 年《世界投资报告》讨论的问题包括全球经济脱碳努力对国际投资的影响，2023 年《世界投资报告》聚焦的问题之一是发展中国家吸引可再生能源投资的能力，2024 年《世界投资报告》分析了可持续融资的趋势。[53]然而，与 UNCTAD 所实施的上述工作不同，OECD 似乎无意于仅进行投资数据和规则的统计、整理、编纂活动。受到欧盟国家推动气候治理的共同意志的影响，OECD 表现出制定高标准的气候友好型投资规则的雄心，其不光召集了多次年会和数次研讨会议，还在全球范围内调查气候政策、征求公众意见，以下将具体论述。

(二) OECD 正在进行的相关工作

相比其他国际组织，OECD 较早开始讨论气候变化与投资问题，并于 2021 年起发起首个重大多边努力，围绕“与气候变化政策协调的投资条约改革”议题迅速展开国际造法活动。

---

[51] See World Investment Report 2012.

[52]See UNCTAD , Investment Policy Framework for Sustainable Development, at https://investmentpolicy.unctad.org/publications/149/unctad-investment-policy-framework-for-sustainable-development, Oct.1, 2024.

[53] See World Investment Report 2022; World Investment Report 2023; World Investment Report 2024.

值得注意的是，OECD 不再使用可持续投资、环境保护这类宽泛的术语来隐晦地涵盖国际投资法中的气候变化问题，而是专门、独立地讨论气候变化问题。与 UNCTAD 按部就班地进行投资规则的整理、编纂和更新有所不同，OECD 似乎更致力于引领制定高标准的气候友好型投资规则。而就造法议题本身而言，气候变化问题是全球共同关切的议题，相较于此前 MAI 造法过程中各国针对实体规则产生的诸多分歧，OECD 成员国乃至非成员国在气候变化问题上存在更多共同利益，因此也似乎更容易达成一些共识。通过此次造法活动，OECD 既有可能产出多边条约供各成员国签署以及后续向非成员国开放签署，也可能制定投资条约范本、政策指南、原则等不具有强制拘束力的文件供各国参考和借鉴。下文将结合 OECD 目前已经召开的会议和公布的工作文件，对 OECD 正在进行的造法工作进行介绍和分析。需要说明的是，由于 OECD 的造法活动仍处于发展阶段，且公开资料有限，本文尚不能对其造法活动做太多评论。

目前，OECD 下设有“投资条约的未来”专项议题，该议题项下的多项工作会围绕投资条约改革而进行。在 2021 年 OECD 有关投资条约改革的未来方向的工作文件中，气候变化相关议题被列为未来投资条约改革的方向之一。[54]同年，OECD 金融和企业事务司（Directorate for Financial and Enterprise Affairs）下的投资委员会（Investment Committee）设立第一工作小组（Track 1），第一工作小组近年来主要关注的问题是“投资条约的未来”项下的气候变化与投资条约变革问题。2022 年 5 月，第一工作小组召集了有关投资条约改革的第七次年会，也是“与气候变化政策协调的投资条约改革”问题的首次大型会议，年会主题为“投资条约与气候变化：《巴黎协定》与净零联盟”。此次会议着眼于解决如何将气候治理政策落实到投资条约中的问题，具言之，会议讨论的内容包括：投资条约是否通过鼓励可持续投资和保留足够的政策空间来促进可持续发展；投资条约是否保证或改善了绿色和卫生技术等关键领域的市场准入；投资条约是否考虑了更广泛和灵活的执行机制，如采用不同形式的补救措施、落实可能的商业义务等。[55] 2022 年 11 月，第一工作小组再次围绕“与气候变化政策协调的投资条约改革”问题召开会议。根据会议背景文件显示，此次会议主要讨论的问题

[54] 在 2021 年 OECD 有关投资条约改革的未来方向的工作文件的第六部分，OECD 金融和企业事务局投资司高级法律顾问 David Gaukrodger 先生提到：当前，各国政府对于化石燃料投资的政策正发生变动，与气候变化相关的诉讼越来越多。同时，很多经济体已经将气候变化纳入了外交、安全与贸易政策中，但就投资领域而言，即便在新近的投资条约中，对于气候变化的关注也是不够的，所以考虑投资条约朝着有利于气候治理的方向改革已经迫在眉睫。See OECD Working Papers on International Investment (2021/03), at https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/the-future-of-investment-treaties-possible-directions_946c3970-en, Apr. 2, 2024.

[55] See Agenda on Investment Treaties and Climate Change: Paris Agreement and Net Zero alignment, at https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/the-future-of-investment-treaties-possible-directions_946c3970-en, Apr. 6, 2024.

包括市场准入、在贸易与投资协定中促进气候友好型投资、受投资条约保护的行业范围以及与《巴黎协定》相一致性的气候政策的最新发展。[56]

实际上，在 2022 年 5 月第七次年会召开前，OECD 在 2022 年 1 月至 3 月进行了有关投资条约与气候政策的公众意见的征求，并将部分来自各个国家与个人的意见汇集为公众意见回执（public consultation）发布于官方网站。这份公众意见回执中收集了来自不同的国家和地区的政府部门专员、科研机构工作人员尤其是各个大学的学者对于投资条约变革的建议，其中，有不少建议提到了在多边层面进行投资法改革的必要性。[57]2022 年 10 月，第一工作小组发布首份有关投资条约与气候政策公众意见的调查问卷，问卷主要调查三个方面的问题：一是气候治理责任，二是投资条约对于气候政策空间的影响，三是主要经济体在对外政策等中对于气候治理的承诺。[58]在每个主要问题下，问卷还具体列举了气候治理与风险管理、被排除保护的投资类型、市场准入等具体问题。[59]2023 年 10 月，第一工作小组发布了调查问卷的结果分析报告，并随后以多个统计图表的形式公布了调查结果的概览。[60]据调查结果显示，大多数国家认为使投资资金流动与《巴黎协定》设立的气候目标保持一致非常重要，但是大多数国家现存的投资条约中并未排除对于化石燃料相关投资的保护或支持，也并未针对气候变化对投资条约变革的影响进行过研究。从对于回答者统计来看，共计 23 个国家提交了调查问卷，但其中一些国家只回答了调查问卷的部分问题。该 23 个国家是约 1000 个投资条约的缔约方，其中有 20 个国家是 OECD 成员国，大多数提交问卷的来自欧洲，也有几个经济体来自美洲和亚太地区，但是没有来自中东或非洲的经济体。[61]问卷调查结果是确定后续造法方向的一项重要参考，可以看到，OECD 中超过半数的成员国积极响应了 OECD 的调查工作，少数非成员国也在 OECD 造法的起步阶段就已经注意到其造法活动。

---

[56] OECD, Background note for November 2022 meeting on Investment treaties and climate change , DAF/INV/TR1/WD(2022)5/REV2 (2 March 2023).

[57] OECD, Investment treaties and climate change, Compilation of Submissions, January-March 2022 (13 April 2022).

[58] OECD, Survey of climate policies for investment treaties, DAF/INV/TR1/WD (2022)3 (11 October 2022). 2022 年 1-3 月，OECD 发布了有关投资条约与气候政策的公众意见的征求，并将来自各个国家与个人的意见汇集为公众意见回执（public consultation）。2022 年 4 月，OECD 召开了一次小型的准备会议。2022 年 5 月，OECD 召开“投资条约与气候变化：《巴黎协定》与净零联盟”年会。会后，OECD 于同年 10 月发布了首个有关投资条约的气候政策调查问卷，按照问卷原本要求，2022 年 12 月 14 日之前各国应完成并提交调查问卷，但随后截止时间被延长至 2023 年 1 月 31 日，最后，2023 年 4 月年会召开之前的问卷结果也被收集纳入了问卷回复中。2022 年 11 月，第一工作小组发布了 11 月会议的背景说明文件，第一工作小组再次围绕投资条约和气候变化召开会议。目前，OECD 官网公布的有关 2022 年年会的文件较多，2023 年与 2024 年除会议主题、背景、议程文件外，大部分文件均未发布，但有会议视频可供参考。

[59] OECD, Survey of climate policies for investment treaties, DAF/INV/TR1/WD (2022)3 (11 October 2022).

[60] OECD, Note on Survey of climate policies for investment treaties, DAF/INV/TR1/WD (2023)2 (10 October 2023).

[61] OECD, Note on Survey of climate policies for investment treaties, DAF/INV/TR1/WD (2023)2 (10 October 2023).

承接 2022 年“与气候变化政策协调的投资条约改革”问题的工作，2023 年 4 月，OECD 召开了关于投资条约改革的第八届年会，年会主题为“投资条约、《巴黎协定》和净零排放——走向一致?”。根据 2023 年 OECD 公布的未来工作计划，2024 年至 2025 年，第一工作小组将继续关注如何使投资条约与《巴黎协定》目标相一致的问题。[62]2024 年 3 月，第一工作小组召开了有关投资条约改革的第九届年会，同时也是聚焦“与气候变化政策协调的投资条约改革”问题的第三次年会，年会主题是“支持全球能源转型——使投资条约与《巴黎协定》保持一致的方法”。此次年会聚焦减少化石燃料投资这一具体问题，这也是第 28 届联合国气候变化缔约方大会（COP28）认为最紧迫的问题之一。此次年会包含四场会议，分别讨论《巴黎协定》、COP28 与能源转型议题、促进和鼓励气候友好型投资议题、投资条约和能源投资选择问题以及气候政策空间议题。OECD 最新的年会主题可谓紧跟气候变化缔约方大会的步伐，直击投资绿色转型这一关键问题。

从 2021 年设立专门的工作小组到连续三年围绕气候变化与投资条约改革召开的三次年会，从宏观确定与《巴黎协定》相一致的投资条约改革议题到具体聚焦到化石燃料的淘汰问题，OECD 愈发关注“与气候变化政策协调的投资条约改革”中最为核心、紧迫、具体的问题。除投资条约改革年会之外，OECD 也召集了数次规模不一的准备会议、研讨会，对既存投资条约中阻碍气候治理的具体条款进行研究讨论。另外，在全球范围内征求公众意见和发布调查问卷是 OECD 此次造法活动的亮点之一。这种大范围调查活动再次体现了机构的包容性，且 OECD 似乎吸取了此前 MAI 秘密谈判的教训，更加注重征求全球各国包括发展中国家的意见，这使得本次造法过程显得更加民主、透明和开放。同时，来自成员国内部和外部的意见可以帮助 OECD 作为造法主体更好地发挥能动作用，明确各方共同关切与主要分歧，进而决定采取何种造法形式，此外，这也是增强造法吸引力和机构本身影响力的重要方式。

四、OECD“与气候变化政策协调的投资条约改革”造法的展望

如前所述，OECD 在“与气候变化政策协调的投资条约改革”的造法活动中一方面发挥造法场所的作用，另一方面也担任着造法者的角色。作为造法者，OECD 既有可能制定多边条约供各国签署，也可能制定投资条约范本等不具有强制拘束力的文件供各国参考和借鉴。根据 OECD 以往的造法经验和教训，多边条约和范本在性质、制定目的及预计发挥的作用上有很大区别，因此其各自的侧重点也应当因不同的造法形式而异，以下将主要对多边条约

[62] OECD, Note on continued work under Track 1, DAF/INV/TR1/WD (2023)1 (10 October 2023).

方案和条约范本方案进行展望。需要说明的是，本章主要分析 OECD 作为造法者可能采用的造法方案，而不在对其作为造法场所的作用进行讨论，同时，本章并不企图对 OECD 未来将采用何种造法方案及方案可行性进行预测，而是仅根据目前 OECD 已经实施的造法活动对其可能采用的造法方案及需要注意的问题进行分析。

（一）多边条约方案

1. 多边条约内容应具有包容性和进步性

制定多边条约是 OECD 可能采用的造法方案之一，由于多边条约会为缔约国设定义务，所以造法进程被拖延乃至搁浅的风险通常较大。因此，OECD 若采用多边条约的造法方案，就应当充分尊重《巴黎协定》的“柔性”义务。目前，《巴黎协定》主要通过国家自主贡献的方式自下而上地落实共同但有区别的责任（以下简称共区原则）。承认发达国家和发展中国家在气候变化问题上历史责任和能力等方面的差异，是气候领域的多边条约能够通过并生效的政治基础，也是国际社会处理气候治理和经济发展两项议题的矛盾的基本共识。OECD 很长一段时间内被称为“发达国家的俱乐部”，此前 MAI 谈判失败的主要原因之一即为发达国家与发展中国家的利益难以调和，尤其体现为一些高标准的投资自由化与投资保护条款难以被发展中国家所接受。实际上，OECD 当前关注的气候变化与投资条约改革问题与 MAI 谈判存在共通之处。申言之，MAI 谈判的目标是全方位规范有关国际投资的实体法和程序法问题，而非着眼于解决国际投资个别方面的问题，[63]OECD 当前关注的气候变化与投资条约改革议题同样具有高度的整体性和综合性，这与 OECD 以往投资条约改革年会聚焦的投资争端解决、间接征收等个别的、具体的、技术性的议题存在本质区别。OECD 应当吸取 MAI 谈判流产的教训，更加注重多边条约的包容性和制度的“柔性”。尤其是，若多边条约未来欲推广至非成员国进行签署，则更要顾及发展中国家的发展水平和治理能力，从而体现出气候治理的公平性与合理性。

此外，“与气候变化政策协调的投资条约改革”造法应当体现出进步性，所谓进步性是指：较之碎片化和临时性的 BITs 改革等，OECD 制定的多边条约应在考察双边和区域实践的基础上，体现出体系化和普适性；较之有关投资和气候变化的现存规则，OECD 制定的多边条约应展现其创新与先进之处，而不是对现有规则的无效重复。申言之，OECD 作为造法者要在包容性和有效性之间寻求平衡，既要避免为缔约国设定标准过高的义务而导致国家履

[63] 刘笋：《从 MAI 看综合性国际投资多边立法的困境和出路》，载《中国法学》2001 年第 5 期，第 137-144 页。

约意愿下降，又要警惕多边条约内容过于原则和空洞而沦为一种软弱无效的努力。在国际造法的历史中，无效努力的例子实际上比比皆是，[64]这一点非常值得警惕。对于国际社会默示价值的重复不仅浪费国际造法资源，还会导致国际组织越发偏离于设立组织的目标，这本质上也是国际组织功能失灵的表现之一，故 OECD 应当避免无效造法。[65]

2. 多边条约应集中精力解决主要问题

作为多边条约的造法者，OECD 在谈判议程中塞入过多议题或者错误地进行议题联结都会阻碍造法活动的成功， MAI 谈判的失败一定程度上也归因于此。[66]当年，OECD 企图通过 MAI 谈判同时实现投资自由化、高标准的投资保护和有效的投资争端解决机制三大目标，但仅成员国内部就无法在例外条款、争端解决规则等方面达成一致。以多边条约形式进行国际造法的目的不是为了放大争议问题的数量，尤其是考虑到缔约意愿和履约水平的问题，多边条约更应当集中精力解决目前气候变化与国际投资保护的主要矛盾，而不宜设立过于零散和庞杂的缔约目的或在次要问题上着力过度。唯有如此，才能确保多边条约最终通过和产生实效，避免出现由于议题庞杂或错误联结议题而导致的缔约障碍，或者导致缔约过程的旷日持久。从 OECD 相关三次年会的主题和内容来看，若制定多边条约，条约需要解决的核心问题是在化石能源投资的清退和气候友好型投资的发展过程中如何协调投资保护与东道国气候治理政策。而在投资保护与管理的其他问题上，OECD 则可以为缔约国保留灵活协商的空间。

3. 多边条约谈判过程应开放和透明

国际法治的运作方式应当是“全球善治”，衡量善治的标准之一即为国际立法进程的民主和透明。[67]民主意味着国际造法过程应当向更多主体开放，透明则强调谈判过程的公开。此前，MAI 谈判一直在 OECD 成员国内部进行，虽然包括中国在内的非成员认为，作为向全球开放的协议，谈判应当具有透明度并允许非成员参与实质性谈判，但 OECD 最后仅将

---

[64] 例如，很多学者认为有关《防止及惩治灭绝种族罪公约》“促进价值”的解释是一种虚伪的狡辩，因为在该公约缔结之前国家可能本就认为种族灭绝是一种罪行。See Cole W M, Human rights as myth and ceremony? Reevaluating the effectiveness of human rights treaties, 1981–2007, *American Journal of Sociology*, Vol. 117, 2012，pp.1131-1171; Goodman R& Jinks D, Measuring the effects of human rights treaties, *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp.171-183; Moyn S, Do human rights treaties make enough of a difference?, in Gearty, C., & Douzinas, C. (eds.), *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2012, p.329.

[65] 迈克尔·巴尼特，玛莎·芬尼莫尔：《政治、权力与国际组织的病征》，刘东编译，载《国际论坛》2001 年第 6 期，第 72-78 页。

[66] [美]何塞 • E 阿尔瓦雷斯，同注①引书，第 521 页。

[67] 参见何志鹏：《国际法治的理论逻辑》，载《中国国际法年刊》（2008），法律出版社 2009 年版，第 101-141 页。

巴西、智利、阿根廷、捷克和香港五个非成员列为 MAI 的临时观察员。[68]MAI 最终未能得到国际社会广泛支持的一大原因即为整个谈判过程对非成员不公开不透明，故 OECD 未来若进行多边条约谈判应当吸取教训。实际上，就谈判议题而言，由于气候变化是全球性议题，投资保护与气候治理政策的冲突几乎是所有国家面临的一大困境，所以 OECD 当前的造法议题可能较 MAI 谈判议题具有天然优势。基于此，OECD 推行多边条约谈判更应当以“人类共同利益”为宗旨，对所有国家秉持开放的态度。

目前，OECD 广泛征求公众意见和发布调查问卷的做法是造法过程趋于开放和透明的体现。在 2022 年 OECD 在全球范围内收集到的公众意见回执中，包含了来自多个国家、个人、国际组织的建议，内容包含长期和短期内修改投资条约的方式、如何调整投资待遇、如何修改争端解决条款等。2022 年 10 月，第一工作小组还发布了首份有关投资条约与气候政策公众意见的调查问卷，收集了各国对于投资条约改革的态度、投资条约改革的个别国家实践等。然而，根据调查问卷结果的分析报告显示，绝大多数提交问卷的国家为 OECD 成员国，欧洲以外的国家和地区的参与度非常低。未来，OECD 若欲将多边条约推广至非成员国家签署，则需要进一步提高谈判过程的透明度，以保证非成员国家的充分知情、参与和支持。总之，OECD 若在“与气候变化政策协调的投资条约改革”造法形式上最终选择多边条约方案，则需要进一步通过谈判过程的开放和透明来提高吸引力、影响力以及凝聚共识。

（二）条约范本方案

1. 范本内容应具有技术规范性和实操性

制定投资条约范本也是 OECD 可能的造法路径之一。在 OECD 以往造法实践中，OECD 在制定范本方面最成功的案例当属国际税收领域的《税收协定范本》。就范本内容而言，《税收协定范本》之所以能够取得广泛影响力，很大程度上是由于其条款规定具有较强的技术规范性和实操性，且自 1977 年第一份《关于所得和财产双重税收协定范本》制定以来，OECD 不断修改和更新范本条款，力图保持范本内容与时俱进。OECD 制定投资条约范本的主要目的同样是为国家实践提供一个技术规范性和实操性较强的范式，从而为国家之间进行谈判提供指引和示范，以便于国家在范本规定的基础上找到能被双方共同接受的缔约方式。与多边条约不同，范本对任何国家不具有约束力，故不必顾及国家意愿和缔约水平。因此，与多边条约集中精力解决主要矛盾的特点不同，范本应当尽可能面面俱到地为与气候变化相关的受

[68] 参见赵宏：《略论<多边投资协议>》，载《国际经济法论丛》1999 年第 2 辑，第 263-293 页。

保护的投资的范围、可再生能源投资的市场准入与投资待遇调整、化石能源投资的清退与间接征收、国际投资争端解决等具体且棘手的问题提供精确的处理方案，从而供国家谈判时进行选择和借鉴。

一项高水准的投资条约范本不仅会在 OECD 成员国内部产生巨大的影响力，也可能通过跨国投资活动而对其他国家产生重大影响。因此，OECD 未来制定的投资条约范本有可能被非成员国签订、修改和更新 BITs 时纳为己用，从而具有国际通用性。但值得注意的是，在国际投资法历史上，许多发展中国家曾不得不接受以发达国家提供的范本为基础的投资条约，美国就以其 BIT 范本为基础与许多发展中国家签署 BITs。这种单方面强加本国话语于他国的行为不符合国际正义，且这种超出发展中国家能力的缔约也有违气候治理政策中的共区原则。如果 OECD 希望投资条约范本未来能够获得更广泛的接受度与影响力，那范本内容必须以广大发展中国家可接受的形式呈现。

2. 范本制定应从各国实践中探寻可行性

为确保范本的可行性，OECD 未来制定投资条约范本应当注重对各国实践经验的总结和反思。国际组织在一定程度上是国家实现各种社会目标的基本途径，[69]在气候变化与投资条约改革问题上，各国的基本目标是一致的，即促进投资条约与气候治理政策相一致，只是在改革速度和能力方面有所区别。因此，OECD 应当引领各国求同存异，逐步就具体事项达成共识。采用范本的形式进行国际造法，意味着对缔约国不产生强制拘束力，在这种情况下，OECD 更应避免范本内容脱离国家实践泛泛而谈，而是要努力确保范本能产生实效。这种实效并不一定是指法律层面的效力，国家参考、借鉴、吸纳、遵守范本规定同样是产生实效的体现，产生实效也有助于促进国际组织本身树立专业权威和治理信服。在 OECD 第一工作小组公布的公众意见回执汇总以及有关投资条约与气候政策公众意见的问卷调查报告中，包含了对部分成员国和个别非成员国为履行《巴黎协定》下的承诺而做出的政策改变的考察，这将是确定范本需要解决的主要问题的重要参考。如果 OECD 选择以投资条约范本的形式进行造法，那未来势必要继续关注各国有关气候治理政策和外资保护与管理政策的动向。

此外，如前所述，除了制定多边条约、投资条约范本外，OECD 未来造法也可能采用政策指南、原则这类方案，这类文件与投资条约范本一样没有强制拘束力。因此，OECD 若采

[69] Raustiala Kal, Rethinking the sovereignty debate in international economic law, *Journal of International Economic Law,* Vol. 6, 2003, pp. 841-878.

用政策指南、原则等形式进行造法，则同样需要注意避免因文件本身的“软法”性质而难以发挥实效的问题。

结语

总而言之，国际组织的造法功能是现代国际法发展的重要推力之一，国际组织并非是国家等行为体追逐个体利益的竞技场，而是有着能动性和特别权力的行为体，这也是学界从关注国际法规则本身逐渐转化至关注国际造法主体和过程的重要原因。[70] 面对气候变化这类全球性议题，相较于个体性国家在双边或区域层面的努力，国际组织进行多边造法将相对高效和专业。作为最重要的国际组织之一，OECD 愈发擅于通过对成员国加入和造法议题的包容、对发展中国家的关切为其更广泛地发挥造法影响力打造基础，且其已经在诸多领域的多边造法活动中取得过重要造法成果，积累了丰富的造法经验。当前，在气候变化与投资法变革问题上，无可否认的是，OECD 对于投资法中高标准的气候治理规则的追求一定程度上是欧盟国家致力于推动全球气候治理的共同意志的体现。然而，对于 OECD 的传统定位也应有所改观，申言之，尽管国际组织的造法一定程度上会受到国家政治的影响，[71]但 OECD 并不总是发达国家利益的代名词和发达国家偏好的反应，其作为国际社会中独立的行为体，在诸如气候变化等重大议题方面，也可以为谋求全人类共同利益而有所作为。当然，在“与气候变化政策协调的投资条约改革”造法活动中，OECD 将制定多边条约、投资条约范本、抑或其他形式的文件仍需拭目以待。无论如何，由于 OECD 成员国包括了大部分发达国家，本次造法活动都可能对其他国家的国际投资法实践产生重要影响。

对中国而言，气候治理是建设“清洁美丽”的人类命运共同体的要求之一，同时，作为负责任大国，中国已经为履行《巴黎协定》项下的义务付出不少努力，所以中国更应该对 OECD“与气候变化政策协调的投资条约改革”的造法活动保持建设性而非防御性态度。未来，中国既有可能以关键伙伴国的身份成为参与者，也有可能仅作为旁观者置身于谈判之外。无论中国参与造法进程与否，对于 OECD 当前造法活动的研究均是有意义的。正如阿尔瓦雷斯教授所言，考察国际组织并不意味着赞同它们，关注国际组织的法律效力并不意味着赞同它们的规范影响力。[72]即便未来仅作为 OECD 造法活动的旁观者，中国也应当了解 OECD 成员国对待投资规则变革的行动和态度。这一方面有利于中国观察未来全球气候治理与投资

---

[70] 参见陈一峰：《国际造法问题的理论再造——评村濑信也<国际立法——国际法的法源论>》，载《国际法研究》2014 年 1 期，第 122-128 页。
[71] Louise Henkin, *International Law: Politics and Values*, Martinus Nijhoff Publisher, 1995, p.40.
[72] [美]何塞·E 阿尔瓦雷斯，同注①引书，序言，第 16 页。

条约改革的动向，做到知己知彼，另一方面有利于中国在更新本国 BITs 时借鉴最新造法成果，取其精华，因事制宜。

The OECD and the Climate Issues in International Investment Law Revolution: Perspective on the Law-Making by International Organizations

Rong Ting

Abstract: In the context of reforming international investment law to address climate change, previous researches have focused on how states can revise climate-related provisions in bilateral investment treaties (BITs). However, the role and potential of international organizations has been largely neglected. In recent years, the OECD has been undertaking a series of work on how investment treaties can respond to climate change. It is a major international law-making activity after the OECD initiated the negotiation of the Multilateral Agreement on Investment (MAI) in the 1990s. Since OECD members include most developed countries, the law-making activities may have an important impact on the practice of international investment law in other countries whether it ultimately produces multilateral treaties, model treaties or policy guidelines. Addressing climate change issues is also an important topic in China's international investment law practice, so it is necessary for China to keep a close eye on the relevant work of the OECD.

Keywords: International Investment Law; International Organizations; OECD; Climate Change; Investment Treaty Revolution

国际投资案件中气候利益与投资利益的协调

闫昕涛*

摘要：全球气候变化引发的利益冲突在国际投资仲裁中日益加剧。国际投资案件中气候案件可分为涉及环境保护措施、化石燃料和可再生能源投资三类。气候变化国际法律框架常作为案件背景出现，仲裁庭多倾向于保护投资者利益，这导致气候利益处于弱势地位。现有国际投资条约未为东道国提供足够政策空间应对气候问题。为协调气候利益与投资利益，条约解释、环境例外条款和投资协定绿色化各有利弊：条约解释灵活但解释不一，环境例外条款增加东道国政策空间，而推动投资协定绿色化则为制度改革提供了长远方向。中国的双边投资条约虽体现绿色化趋势，但在气候条款上仍显不足。为确保东道国履行气候义务，同时保护投资者权益，建议在条约中引入更具约束力的气候条款，促进国际投资法与全球气候治理的协调发展。

关键词：国际投资仲裁 气候利益 投资利益 协调

气候变化早已成为全人类关切问题。[1]气候变化被定义为随着时间推移气候的任何变化，不管是自然因素还是人类活动。[2]自 20 世纪中叶以来观察到的地球气候变化主要是由人类活动驱动的，特别是化石燃料燃烧，这增加了地球大气中的二氧化碳含量，二氧化碳阻止大气散热，导致地球的平均表面温度持续上升。[3]自 1992 年开始，国际社会认识到人类活动对气候变暖的决定性作用，先后制定《联合国气候变化框架公约》《京都议定书》《巴黎协定》三个代表性的文件以及《格拉斯哥气候公约》都呼吁人类重视气候变化问题。《巴黎协定》在气候变化历史上具有决策意义，它设定了一个长期温度目标，把全球平均气温升幅控制在低于 2 摄氏度的范围，并努力把这一目标限制在比工业化前高 1.5 度范围。然而，按照当前的情况，气候变暖问题还没到转折点，阿联酋—联合国气候变化会议（COP28）进行有史以

* 闫昕涛，女，山东大学法学院博士在读

*从条约解释角度协调气候变化利益与投资利益

[1] 如《巴黎协定》第 2.1(c)条，各国需要确保“资金流动与低温室气体排放和具有气候适应性发展的途径一致”。

[2] Valentina Vadi, “Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2015) 48(5) 1285, 1287.

[3] What is Climate Change, NASA https://climate.nasa.gov/what-is-climate-change/ 最后访问日期: 2023 年 1 月 24 日。

来第一次全球盘点，毫无疑问，全球盘点承认 2023 年成为有记录以来最热的一年。[4]有研究数据表明不改变当前的能源结构将引发的严重的气候变化后果：10 年后全球平均气温上升 4 摄氏度。气候变化的影响正在迅速加速，除了显而易见的温度上升，气候变化是 21 世纪对人类生命、健康、生计和福祉的最大威胁，并扩大了和平与安全问题。[5]

因为东道国气候变化措施的变化影响投资者利益的情形近年来频发。欧洲的西班牙、捷克共和国、意大利等国是可再生能源的支持者，它们丰厚的能源补贴计划吸引了很多可再生能源投资者，这些能源补贴往往是长期的，像西班牙，它在 2007 年提出 25 年的可再生能源支持计划，执行不到 5 年，政府已经启动限制措施。西班牙政府的一系列限制措施引发投资者抗议，最终结果是西班牙面临 33 项索赔。当气候利益与投资利益的冲突体现在东道国采取的预防气候变化措施影响新能源外国投资者时，东道国辩称其气候措施符合气候法，是为公民寻求公共利益，投资者主张自身的绿色投资不应该受到不公平对待，不管东道国侵害投资者的理由是什么，对投资者利益的损害是不争的事实，利益冲突随之产生。

然而，当前的国际投资仲裁没有充分考虑气候利益。国际投资仲裁传统上被视为国际商事仲裁，其原因是很多投资仲裁规则或者仲裁庭最初是为解决私人商业纠纷而设立，它们的裁决仅仅影响仲裁当事人。但是，越来越多的国际投资仲裁案件包含公共利益，仲裁庭裁决不仅影响国家在投资合同中的权利和义务也影响了国家的主权权利与其他国际法权利。[6]气候利益是公共利益的一种，仲裁庭平衡气候利益和外国投资者的投资利益时没有足够重视气候利益。[7]例如，在 Copper v. Ecuador 案中，由于投资方未履行提交环境影响评估及与当地社区协商的义务，其采矿特许权遭终止，投资者随后基于征收和公平公正待遇原则要求赔偿。尽管东道国辩称因保护环境——特别是防止森林被砍伐——而免责，法庭却裁定东道国须对损失进行赔偿。在此案中，仲裁庭未考虑保护森林避免砍伐对全球气候利益的促进作用。[8]

根据国际气候变化法律框架，一个国家有积极的义务保护其管辖下的人民免受已知和可预见的气候变化影响的威胁，采取措施减轻这种现实的影响，和/或有义务采取措施。[9]例如，

---

[4] Outcome of the First Global Stocktake, (2023) December 13，FCCC/PA/CMA/2023/L.17, 2.

[5] Cop28, Health, Relief, Recovery & Peace Day, https://www.cop28.com/en/health-relief-recovery-and-peace 最后访问日期：2024 年 1 月 24 日。

[6] 李武健：《论投资条约中的公共利益》，载《国际经济法学刊》2010 年第 4 期，第 133 页。

[7] 参见余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护与平衡问题研究》，载《中国法学》2011 年第 2 期，第 133 页。

[8] Tomás Restrepo Rodríguez, *Investment Treaty Law and Climate Change*, Springer 2022, 5.

[9] Monica Feria Tinta, "The Future of Environmental Cases in the European Court of Human Rights: Extraterritoriality, Victim Status, Treaty Interpretation, Attribution, Imminence and 'Due Diligence' in Climate Change Cases", *Journal of Human Rights and the Environment* (2022) 13 172, 192.

国际海洋法法庭（ITLOS）应小岛屿国家申请，澄清《联合国海洋法公约》（UNCLOS）规定的国家在气候变化背景下预防污染和保护海洋环境的义务，虽然该咨询意见探讨的是海洋与气候的关系，且对仲裁庭没有强制约束力，但是该咨询意见意味着国家有义务采取适当措施，帮助其管辖下的个人及其社区应对气候变化的不利影响。[10]

国际投资仲裁能够为气候变化争端解决提供平台。对于气候变化可能存在的争端，《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》均设置了争端解决程序，规定各缔约方可通过国际法院或国际仲裁解决争端，《巴黎协定》既重申了《联合国气候变化框架公约》第 14 条有关争端解决机制条款的适用，又强调国家自主贡献的“自下而上”机制。[11]然而国家间的诉讼、仲裁等机制的适用因为涉及国家同意接受国际争端解决机关的诉讼管辖为前提，在实践中往往难以启动。[12]鉴于减缓和适应气候变化是一个投资问题，[13]而气候变化国际法律框架没有保护全球气候利益的专门国际法庭，缔约方气候变化义务的内容也取决于每个国家的偏好，[14]没有专门国际气候法庭保护全球气候利益的情况下，气候利益没有保障机制，国际投资仲裁实践证明国际投资仲裁可以成为协调全球气候利益和资本跨国流动的投资者利益冲突的有力机制。[15]

一、投资条约法与气候变化：理论和实践联系

这一部分从理论和实践两个层面阐释气候变化国际法律框架和投资条约法律体系的联系。投资条约法律体系的多边化和融合特征使理念不同的两个国际法体系产生关联，确保投资条约法律体系确定气候变化国际法律框架直接在投资条约法律体系中适用。同时，从实践角度，对投资仲裁法庭中与气候相关的案件进行系统概述，根据联合国贸易与发展会议的总结，投资仲裁案件中与气候变化相关案件可以分为三类直接或间接涉及气候的仲裁。

---

[10] Advisory Opinion, Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and Internatioanl law, 21 May 2024, ITLOS No.31, para.197.

[11] 秦天宝：《“双碳”目标下我国涉外气候变化诉讼的发展动因与应对之策》，载《中国应用法学》2022 年第 4 期，第 108 页。

[12] 龚微：《国际海洋法法庭对气候变化国家义务的咨询意见：依据、效力与可能影响》，载《太平洋学报》2023 年第 9 期，第 71 页。

[13] Martin Dietrich Brauch, Reforming International Investment Law for Climate Change Goals (May 31, 2020), 3.Forthcoming in Brauch, Martin Dietrich. Reforming International Investment Law for Climate Change Goals. Research Handbook on Climate Finance and Investment. Edward Elgar Publishing Ltd. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3692450, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3692450 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3692450.

[14] Tomás Restrepo Rodríguez，*Investment Treaty Law and Climate Change,* (Springer 2022），1.

[15] 参见黄世席：《全球气候治理与国际投资法的应对》，载《国际法研究》2017 年第 2 期，第 15 页。当然也有学者主张建立国际气候法庭，例如曹明德《中国参与国际气候治理的法律立场和策略：以气候正义为视角》，《中国法学》2016 年第 1 期，作者在第 41 页提出应当建立国际气候法庭，“来解决气候变化公约和协定在执行过程中产生的国际争端。”

（一）投资条约法与气候变化框架的理论联系

在全球气候变化日益严峻的背景下，探讨投资条约法与气候变化框架之间的理论联系显得尤为重要。尽管双边投资条约（BITs）在适用法律的范围内通常不包括气候变化国际法律框架，但仲裁庭在处理涉及气候变化的投资争端时，不得不面对如何适用相关法律的问题。

“仲裁员知晓法律”（Iura novit arbiter）的原则赋予了仲裁庭主动寻找并适用与案件事实相符的法律的权力。这一原则看似为将气候变化国际法律框架纳入投资条约系统提供了捷径，但也可能导致忽视争端双方对法律选择的能力，进而扩大仲裁员的权力，增加判决的随机性和不可预测性。

投资仲裁法庭处理争端本质上是仲裁员适用法律的过程，而法律解释是法律适用的前提。[16]《维也纳条约法公约》（VCLT）作为解释条约的强行规范，在国际投资法领域同样具有指导意义。尽管国际投资法尚未形成专属的解释方法，但遵循 VCLT 解释条约已成为不可回避的路径。[17]VCLT 第 31 条第 3 款 c 项明确规定，在解释条约时，应考虑“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。这一条款反映了“系统整合”原则，即在国际投资法解释过程中，可以参照其他相关的国际法规则。[18]

确认气候变化法律框架与投资条约法律体系之间的相关性是仲裁庭面临的重要任务。如果争端双方提交的材料显示案件涉及气候变化问题，仲裁庭在解释投资条约时，考虑气候变化国际法律框架的相关性便符合逻辑。[19]托马斯·雷斯特雷波（Tomás Restrepo Rodríguez）提出的多边（融合）化系统理论为此提供了理论支撑。他认为，国际投资法具有多边化和融合两个特征，多边化指的是投资条约法作为全球市场运作的体系，而融合则是指在保持自身特性和自主性的前提下，投资条约法能与其他国际法律文书交融。这一理论从功能角度出发，将投资条约法抽象为多边（融合）系统，促进了气候变化国际法律框架与投资条约法之间的形式关联。[20]

斯蒂芬·席尔（Stephen Schill）对国际投资法多边化的研究同样值得关注。他指出，国际投资法虽起源于双边条约，但已逐渐演变成一个涵盖国际社会利益的多边法律体系。[21]

---

[16] Jean Aspermont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford Press (2015), 157.

[17] Maximilian Clasmeier, *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer (2017), 9.

[18] “参照其他相关国际法规则”这一过程不同于传统的针对条约内容的解释，被称为法律查明（Law Ascertainment）。

[19] Tomás Restrepo Rodríguez，*Investment Treaty Law and Climate Change*, Springer 2022，22.

[20] Tomás Restrepo Rodríguez，*Investment Treaty Law and Climate Change*, Springer 2022，23.

[21] See Stephan W. Schill, *The Multilateralization of Investment Treaty Law*, Cambridge University Press (2009), 364.

这一体系不仅关注促进外国直接投资，还致力于支持包括气候变化在内的全球公共利益。席尔教授认为，多边化体系通过标准化模式和诸如最惠国待遇、国籍筹划等机制，实现了对全球公共利益的支持。他进一步强调，投资条约法作为全球经济体系的法律框架，需要整合全球公共利益，特别是在气候变化议题上的应用。[22]

然而，将气候变化利益纳入投资条约法体系并非易事。现有的融合理论虽然试图将投资者、东道国和全球公共利益重新定义为三元关系，但在实践中仍面临诸多挑战。例如，如何确保气候变化法律框架在投资争端中直接适用，如何平衡投资者利益与全球公共利益之间的关系，都是亟待解决的问题。

（二）在投资条约—气候变化争端中展望全球气候利益

气候变化案件可以定义为“气候变化法、政策或科学作为法律或事实的实质问题”[23]不同机构对气候变化案件的范围界定差异明显。萨宾中心（Sabin Center’s of climate litigation databases）的气候诉讼数据库记录了超过 2341 起案件，在过去 12 个月中有 190 起新案件。案件的增长速度似乎正在放缓，但案件的多样性仍在继续扩大。[24]萨宾中心数据库记载 36 起贸易和投资领域气候变化相关的案例，分为气候合理措施（Climate-justified measures）16 起、气候合理措施的倒退(Rollback of climate-justified measures)10 起以及环境许可(Environmental permitting)6 起，ICSID 处理其中 14 起。[25]根据萨宾中心的数据库，气候变化案件在争端总数中屈指可数，造成这种情况的原因是萨宾中心这些案件仅涉及欧盟各国为被申请国的一小部分，这一不一致导致了对 ISDS 中大量气候变化行动存在问题的案例的低估。[26]

---

[22] Tomás Restrepo Rodríguez，*Investment Treaty Law and Climate Change*, Springer 2022，51-52.

[23] Joana Setzer and Catherine Higham(2023), Global Trends in Climate Change Litigation:2023 Snapshot,Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Center for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, at 8. https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf

[24] Joana Setzer and Catherine Higham(2023), Global Trends in Climate Change Litigation:2023 Snapshot,Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Center for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, at 2. https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf.

[25] 气候合理措施（Climate-justified measures）:Lone Pine v. Government of Canada, case No.UNCT/15/2;Eco Oro Minerals Corp v. Colombia; Westmoreland v.Federal Republic of Germany; RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands; Ascent; Ascent Resources Plc and Ascent Slovenia Ltd v. Republic of Slovenia.
气候合理措施的倒退(Rollback of climate-justified measures)：Blusun SA. Jean-Pierre Lecorcier and M v. Italian Republic, 9REN Holding v Spain, Silver Ridge Power BV v. Italian Republic, Belenergia SA v. Italian Republic, Eskosol v. Italian Republic; Strabag SE, Erste Nordsee-Offshore Holding GmbH and Zweite Nordsee-Offshore Holding GmbH v Federal Republic of Germany
环境许可(Environmental permitting)：Rockhopper Italia ……v. Italian Republic.

[26] Camile Martini, “From Fact to Applicable Law: What Role for the International Climate Change Regime in Investor-State Arbitration?” (2024) *Canadian Yearbook of International Law* 1, 9.

与萨宾中心相反，联合国贸易和发展会议（UNCTAD）统计 1987—2021 年环境案件，将与气候行动直接相关的案件分为三类。（1）投资者索赔人在国际投资协定（IIA） 提起了至少 175 起“与保护环境措施有关”的 ISDS 案件，三分之一案件悬而未决，40%有利国家，38%有利投资者。（2）“化石燃料”行业的投资者经常提起 ISDS 诉讼，针对不同类型的国家行为发起了至少 192 起 ISDS 诉讼，30%悬而未决，22%利于国家，31%利于投资者。（3）在过去十年里，“可再生能源”部门的投资者提起的 ISDS 案件也越来越多，已知有 80 起。[27]，一半在审理，53%判决利于投资者，40%利于国家。这些投资仲裁案件中，不难发现投资者更易成为气候行动直接相关案件的赢家，但是不能就此得出仲裁庭忽视气候变化对本国、全球的影响，因为具体案件事实和依据的法律不可能完全一样。

联合国贸易与发展会议总结的三类直接或间接涉及气候的仲裁之间存在交叉，STEAG v. Spain 既属于统计里的第一类环境案件，又属于第三类可再生能源案件，这样的交叉情况不在少数。可再生能源案件出现的时间最晚，2011 年 The PV Investors v. Spain 是第一起仲裁，其他两类出现比它早 15 年，未来，可再生能源案件数量可能会增加并成为数量最多的案件。

属性	类型	环境类 ISDS 案件	化石燃料 ISDS 案件	可再生能源 ISDS 案件
总数		至少 175 起	至少 192 起	至少 80 起
状态		约 33.3%审理中 结案 118 起	约 30%审理中 结案 144 起	约 50%审理中 结案 43 起
已审案件状况		40%利于国家 38%利于投资者	22%利于国家 31%利于投资者	40%利于国家 53%利于投资者
申请人		95%是发达国家	89%是发达国家	98%是发达国家
被申请人		67%是发达国家	74%是发展中国家	98%是发达国家
仲裁依据		1. 能源宪章（80 起案件） 2. 其他的依据 2009 年前的 IIAs		1. 能源宪章（72 起） 2. 其他依据 IIAs
典型案件		1. Eco Oro v. Col		

[27] UNCTAD, ‘Treaty-based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action’, IIA Issues Note 4 (2022), 1. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf

	ombia 2.		

数据来源： UNCTAD, ‘Treaty-based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action’ IIA Issues Note 4 (2022), 2 https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf

萨宾中心和联合国贸易与发展会议得出的结果表明，与气候变化行动直接相关的投资者－国家争端的数量与气候变化作为诉讼中的重大事实或法律问题的少数案件之间存在巨大差距。[28]这些数据反映了气候变化案件在国际投资仲裁中的实际应用和挑战。尽管投资者在 ISDS 中提起的环境相关案件数量在增加，但具体涉及气候变化法律和政策的案件数量仍然有限。此现象表明，国际投资仲裁需要进一步整合和适用气候变化国际法律框架，以应对日益复杂的全球气候问题。

二、现有投资仲裁案件中气候变化保护解释现状

近年来，国际投资协定改革的趋势是寻求投资者利益与东道国公共利益之间的均衡点，[29]当前的气候变化国际投资案件中，可以看到仲裁庭在这方面的努力，不过，东道国利益和投资者的利益还是没有在天平两侧完全平衡。

考虑到萨宾中心统计的案件数量仅有 14 起，数量过于少，并且该中心筛选案件的标准过于狭窄，不能够涵盖所有与气候变化有关的案件，接下来的分析是基于联合国贸易与发展会议对气候行动案件的分类，即“与保护环境措施有关”的 ISDS 案件、“化石燃料”和“可再生能源”三类。阅读这些案例会发现“climate change”或者“climate”很少直接出现在仲裁决定中，一方面是因为现在的双边投资条约或者能源宪章以及自由贸易协定通常把公共利益或者环境因素纳入到公平与公正待遇和征收条款中，所以仲裁庭在裁决中不使用气候相关词语；另一方面是因为气候变化与案件没有直接联系。例如，投资者的投资是为了相应东道国绿色经济发展要求，而东道国极力发展绿色经济最终是为了遏制气候变化。

(一)“与保护环境措施有关”的 ISDS 案件

第一类“与保护环境措施有关”的 ISDS 案件。这一类案件和第三类案件的区别在于第一类案件从东道国视角看东道国采取与保护环境措施有关而第三类则是从投资者角度，可再生能源投资者在东道国投资。这样的区别决定这两类案件间的重合不可避免。

---

[28] Camile Martini, “From Fact to Applicable Law: What Role for the International Climate Change Regime in Investor-State Arbitration?” (2024) Canadian Yearbook of International Law 1, 12.

[29] 何芳：《国际投资协定利益平衡化改革及中国的应对》，载《甘肃社会科学》2018 年第 4 期，181。

2015 年以来，第一类案件的被申请人几乎都是西班牙、意大利，案件中，仲裁庭支持申请人的理由集中在东道国环境措施破坏了申请人投资预期，[30]意大利尤其是西班牙通过彻底、突然地改变其监管框架，例如东道国政府颁布法令，削减太阳能发电项目的关税优惠[31]或者取消税收优惠[32]，这些保护环境措施违背了申请人的合法期望。而仲裁庭依据公平和公正待遇标准判令东道国赔偿损失。

在仲裁庭支持投资者的仲裁案件中，仲裁庭在多个案例中考虑了政府措施对投资者利益的影响，并强调了公共利益与投资者利益之间的平衡。例如，在 Foresight and others v. Spain 的裁决中，仲裁庭提到政府有权为了公共利益调整监管框架，但这种调整不应无故地损害投资者的利益。[33]在 CEF Energia v. Italy 的裁决中，仲裁庭也强调了仲裁庭在解释和适用条约时，必须确保所采取的措施既符合公共利益，又不无理地损害投资者的权利。[34]在 BayWa r.e. v. Spain 的裁决中，仲裁庭详细讨论了政府措施对投资者合理预期的影响，并强调了措施不应超出政府正常监管权力的范围。[35]尽管西班牙政府辩称其措施是基于公共利益，但仲裁庭并未完全接受这一观点。仲裁庭在裁决中强调了政策调整需要谨慎平衡公共利益与投资者利益之间的关系。在环境保护领域，政策制定者应当在追求环境目标的同时，考虑如何最小化对既有投资者的不利影响，并确保他们的合理补偿。这种平衡是实现环境目标和社会经济可持续发展的必要条件。

近十年仲裁庭支持东道国的案件中，东道国也几乎是西班牙、意大利，但是仲裁庭选择支持东道国。在 FREIF Eurowind v. Spain 案中，仲裁庭认为西班牙政府的改革措施是出于维护电力系统经济可持续性的合理需要，且对投资者的影响并未超出合理范围。仲裁庭认为投资者未能证明其在投资时拥有对政府补贴政策不会变化的明确且合理的期待，投资者也没有证据证明其在投资前进行了合理的尽职调查，并对政府的改革措施持有合理期待。[36]

（二）化石燃料 ISDS 案件

涉及化石燃料的仲裁案件，很多案件被“decision set aside in its entirety”，也即原裁

---

[30] ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, (ICSID Case No. ARB/16/5), Award, 14 September 2020, para. 508; 9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain, (ICSID Case No. ARB/15/15), Award, 31 May 2019, paras. 292-299.

[31] CEF Energia BV v. Italian Republic, (SCC Case No. 158/2015), Award, 15 July 2019, para.111.

[32] See Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain, (ICSID Case No. ARB/15/20), Award, 15 July 2019.

[33] Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A. and GWM Renewable Energy II S.P.A. v. Kingdom of Spain, (SCC Case No. 2015/150), Award, 14 November 2018, para. 340.

[34] CEF Energia BV v. Italian Republic, (SCC Case No. 158/2015), Award, 15 July 2019, para.236.

[35] See BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain, (ICSID Case No. ARB/15/16), Award, 25 January 2021, paras. 262-283.

[36] FREIF Eurowind Holdings Ltd. v. Kingdom of Spain, (SCC Case No. 2017/060), Final Award, 8 March 2021, para. 525.

决的所有内容和结论都被推翻，不再具有法律效力。基于此，分析仅选取有效判决。

在 Glencore and Prodeco v. Republic of Colombia (I)中，申请人 Glencore 及其子公司 Prodeco 指控哥伦比亚违反了瑞士－哥伦比亚双边投资条约（BIT），特别是违反了公平与公正待遇（FET）义务。争议的核心围绕 Prodeco 公司在哥伦比亚的煤炭开采项目及其与哥伦比亚政府之间签署的第八次合同修正案。[37]哥伦比亚方面指控该修正案是通过腐败手段获得的，且 Prodeco 在合同谈判中故意隐瞒了关键经济信息。[38]仲裁庭最终裁定，哥伦比亚未能提供充分证据证明腐败行为，且 Prodeco 公司在合同谈判中未有任何恶意行为。仲裁庭认为哥伦比亚的措施是不合理的，违反了 BIT 中的 FET 条款，并要求哥伦比亚赔偿 Prodeco 约 1910 万美元的损失。本案的一个重要背景是全球对于减少煤炭开采和使用的推动。仲裁庭裁决指出在评价国家行为时，必须在保护投资者免受国家不当行为侵害的权利与其他法律上有关的利益和反补贴因素之间取得平衡。[39]尽管如此，仲裁庭在审理中并未将气候变化作为主要考虑因素，而是更集中于法律和合同的执行上。然而，从长远来看，仲裁庭的裁决可能被解读为对环境和气候变化政策的一种挑战，特别是在涉及化石燃料投资的情况下。

仲裁庭支持东道国的案件中，主要聚焦于投资保护与投资者权益，而非直接涉及环境政策或气候变化的议题。例如，IMFA v. Indonesia 涉及印度金属与铁合金有限公司（IMFA）对印度尼西亚一家本地公司 SRI 投资，以获得煤炭开采权。然而，IMFA 发现 SRI 持有的采矿许可证与多个其他公司重叠，导致该许可证几乎无价值。IMFA 认为印度尼西亚政府未能保护其投资，提起了仲裁请求。在分析印度尼西亚是否违反公平与公正待遇时，仲裁庭同意 Joseph C. Lemire v. Ukraine 对 FET 的解读，不能仅仅着眼于保护投资者的权利。仲裁庭还必须平衡其他法律上相关的公共利益。[40]但是接下来的分析却没有涉及公共利益，而是围绕申请人诉请中被申请人对发放重叠的许可证负有责任，正是这些重叠的许可证使申请人的投资变得毫无价值。[41]同样的，在 Big Sky Energy v. Kazakhstan 案中，仲裁庭支持东道国哈萨克斯坦，主要基于其对哈萨克斯坦法院诉讼程序合法性的认可，即便仲裁庭承认法院在处理案件中存在瑕疵，但这些瑕疵并未达到违反国际投资条约的程度。[42]公共目的作为合法征收的构成要素被简单提及但没有详细展开分析。

---

[37] Glencore and Prodeco v. Republic of Colombia (I), (ICSID Case No. ARB/16/6), Award, 27 August 2019, para. 200.
[38] Glencore and Prodeco v. Republic of Colombia (I) (ICSID Case No. ARB/16/6) para.556.
[39] Glencore and Prodeco v. Republic of Colombia (I) (ICSID Case No. ARB/16/6) para.1311.
[40] Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v. Republic of Indonesia, (PCA Case No. 2015-40), Award, 29 March 2019, para. 228.
[41] Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v. Republic of Indonesia (PCA Case No. 2015-40) para.230..
[42] Big Sky Energy Corporation v. Republic of Kazakhstan, (ICSID Case No. ARB/17/22), Award, 24 November 2021, paras. 521-537.

（三）可再生能源 ISDS 案件

仲裁庭裁决与上两类争端一样，气候变化通常不会与案件产生直接的联系，可以把气候变化看作案件发生的广泛社会背景。在 RREEF v. Spain 案中，仲裁决定事实部分指出西班牙是联合国气候变化框架公约缔约国。[43]在 SolEs Badajoz v. Spain 案中，申请人认为，争议措施对光伏投资者造成的负担与经济理由或公共利益不相称。[44]仲裁庭分析申请人合理预期支持申请人的主张，仲裁庭指出谨慎的光伏投资者有理由预期西班牙将采取某些措施来解决关税赤字问题，尽管这些措施可能会导致现有投资者的报酬减少。然而，现有证据并不足以支持被申请人所断言的观点，即认为现有电厂的上网电价补贴会大幅减少或直接取消。[45]因此，仲裁庭在权衡了双方的论点和证据后，作出了裁决，既考虑了投资者的合理预期，也兼顾了东道国在应对经济挑战和推动能源政策转型时的政策空间。

分析三类气候变化行动仲裁案件可以得出 ISDS 法庭没有对国际气候变化条约进行实质性的分析。[46]一方面是因为索赔人和被申请人没有在文书中直接援引《联合国气候变化框架公约》、《巴黎协定》等相关气候制度文件，仲裁庭只能遵循投资条约内容分析案件；另一方面是法庭的原因，法庭在实践中不倾向按照《维也纳条约法公约》第 31 条 3 条的“系统整合原则”把气候制度应用在投资争端中。

三、气候利益与投资利益协调方式

近年来，各国为重新平衡投资利益和保护东道国监管空间进行广泛深入的探索，他们提出以下的措施解决投资条约－气候变化争端，包括终止和退出投资者—国家争端解决机制，重新谈判或者修改现有国际投资协定，通过国际投资协定环境例外处理气候变化问题以及通过条约解释的方法处理投资条约－气候变化法律争端。

（一）退出国际投资条约和终止争端解决程序条款

这些改革中较为激进的是退出国际投资条约，其中在国际投资实体条款领域的表现是欧盟各国纷纷退出《能源宪章》。《能源宪章》从欧盟角度看是一个过时的投资条约，它支持化石燃料，与欧盟法律和政策不一致，与关于气候变化的巴黎协定和可持续发展目标背道而

[43] RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, (ICSID Case No. ARB/13/30), Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018, para. 87.
[44] SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain, (ICSID Case No. ARB/15/38), Award, 31 July 2019, para. 282.
[45] SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/38) para.440.
[46] Camile Martini, “From Fact to Applicable Law: What Role for the International Climate Change Regime in Investor-State Arbitration?” (2024) Canadian Yearbook of International Law 1, 5.

驰，[47] 尽管《能源宪章》开始“现代化”，欧盟各国还是探索共同退出 ECT，其中法国政府因为宪章减缓欧盟 2050 年碳中和目标，在 2022 年退出该宪章。因为《能源宪章》多次成为 ISDS 被申请人的西班牙也退出宪章，《能源宪章》是否继续存在是一个问题。

部分国家认为投资法过于限制国家政策，开始限制或脱离投资者—国家争端解决体系，[48]掀起退出 ICSID 公约浪潮。2007 年南美国家玻利维亚、2009 年厄瓜多尔宣布退出《解决国家与他国民间投资争端公约》，理由是投资争端仲裁不能合理平衡投资者利益与公共利益。[49]2010 年《关于国际投资体制的公共声明》认为现行的国际投资体制存在忽视对公共利益的重视的问题，亟须改革。[50]发展中国家退出投资者—国家争端解决机制这一决定的主要目的是保护其主权，提高其为公共利益进行监管的能力，而不会面临被外国投资者通过 ISDS 机制起诉的风险，相应的争端问题转而按照国际法的一般解决办法，如寻求国内救济和外交保护实现。

在当前全球范围内，许多国家正重新审视其加入国际投资协定的决策，并质疑这一行为是否真正促进了其发展。特别是在考虑到这些协定可能会妨碍实现气候变化目标的政策时，退出某些条约甚至整个制度成了一个可行的选项。对一些观察者而言，虽然此举看似极端，实际上可能是最稳妥的方案。在权衡国际投资协定可能带来的风险、潜在成本与不确定的益处时，各国可能倾向于退出，以便为构建新的合作模式和未来发展道路打下基础。一旦退出，这些国家或许会探索以新的方式重返该制度，或选择保持独立。[51]据报告，2017 年首次出现更多的国家选择终止而非签署国际投资协定。[52]

这些行为反映了对当前双边投资条约在保护公共利益方面的不足之处的普遍关注。与其他争端解决方式相比，国际投资仲裁仍然具有很多优势，大多数投资条约允许外国投资者直接向东道国提出仲裁要求，这是国际法中的一个重大创新，投资者不需要首先寻求当地救济，也不依赖外交保护捍卫自己的利益。[53]国际社会希望建立一个更全面、更公正的投资环境，同时确保对全球挑战，如气候变化的有效应对，这一过程的道路可能会漫长且充满挑战。如果通过其他办法不能很好地解决气候变化与投资条约冲突问题，那么没有必要破坏现在比较

---

[47] Martin Dietrich Brauch, ‘Should the European Union Fix, Leave or Kill the Energy Charter Treaty?’(2021) Columbia Center on Sustainable Investment at 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3823596
[48] 张光：《双边投资条约的公益化革新》，载《当代法学》2013 年第 5 期，第 150 页。
[49] 参见张光：《双边投资条约的公益化革新》，载《当代法学》 2013 年第 5 期，第 149—150 页。
[50] 张光：《双边投资条约的公益化革新》，载《当代法学》 2013 年第 5 期，第 149—150 页。
[51] Martin Dietrich Brauch, “Reforming International Investment Law for Climate Change Goals” https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-300v-7h63 , 27.
[52] UNCTAD, World Investment Report 2018 (UNCTAD 2018), xiii. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf 最后访问日期：2024 年 1 月 24 日。
[53] Valentina Vadi, “Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals”, Vanderbilt Journal of Transnational Law (2015) 48(5) 1285,1290.

完备的投资者—国家争端解决机制。

（二）谈判修改现有国际投资协定或缔结新的气候友好协定

投资法律倾向于优先考虑投资者利益。投资条约文本显示，这些协定具有保护外国投资者和促进跨境投资流动的双重目的，[54]投资条约体系的初创阶段主要由发达国家主导，发达国家是早期资本输出国，发展中国家充当资本输入国，他们利用这些投资协定来保护自己在发展中国家的投资利益。这种重投资者利益轻公共利益的偏见很难通过修改投资协定条款来逆转。首先，庞大的双边投资协定（BITs）数量使修改这些条款变得不切实际。全球现有的BIT 数量超过 3300 个，试图在 BIT 文本中明确强调气候利益的重要性将需要修改几乎所有BITs，它们需要参与（重新）谈判。[55]在双边层面谈判气候友好型条约修正案——即一次一个条约地确定 2000 多个生效的双边投资条约——将比在地区、大陆或多边层面动员更多志同道合的国家带来更高的交易成本和更慢的成果。[56]这将是一个耗时且复杂的谈判过程，有可能导致国际投资陷入混乱。其次，试图修改 BIT 文本以影响仲裁庭的裁决可能并不必要。仲裁中缺乏先例制度，允许仲裁庭就类似问题得出不同的结论，增加了诉讼结果的不确定性。仲裁裁决可能差异巨大，甚至相互矛盾，导致在相同情境下出现不一致的决定。[57]因此，修改文本可能无法提供足够的可信度以确保一致地执行。

在双边投资条约的序言中加入对环境和气候变化的关注，虽然没有法律约束力，但是起着重要的指导作用。在条约中的概念或规则存在模糊不清时，仲裁庭常常依据条约的序言或其总体目标来进行解释。[58]截至 2015 年，有学者统计有 66 项国际投资协定在序言中用一般性语言提到环境问题，并将环境保护确定为条约缔约方的一项关切。[59]因为气候变化本就属于环境变化问题，所以序言中提到环境关切包含细分下的气候变化问题。序言为条约设定了基调和背景，强调了气候保护的重要性。这种强调有助于仲裁庭在解决相关争端时考虑气候变化的背景。尽管仲裁庭不受序言内容的约束，但其存在突显了国际法律和政策中环境问题日益增长的认识。例如，在环境关切与投资争端交汇的案例中，仲裁庭可能会受到条约对气候变化缓解的承诺的影响，即使这不是直接的法律义务。

---

[54] 张光：《双边投资条约的公益化革新》，载《当代法学》 2013 年第 5 期，第 160 页。
[55] Martin Dietrich Brauch, “Reforming International Investment Law for Climate Change Goals” https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-300v-7h63 , 30.
[56] 前引。
[57] 张生：《国际投资仲裁中条约解释方面的问题及其完善对策》，载《国际经济法学刊》2014 年第 1 期，第 131 页。
[58] 张光：《论国际投资仲裁中投资者利益与公共利益的平衡》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011 年第 1 期，第 111 页。
[59] Bradly J. Condon, “Climate Change and International Investment Agreement”, *Chinese Journal of International Law* (2015) 14(2) 305, 337.

虽然将环境和气候变化因素纳入投资条约的序言似乎是有益的，但它也带来了一些弊端。首先，序言缺乏法律约束力意味着这些考虑因素可能不会对投资者或国家的行为产生重大影响，从而在条约的意图和实际影响之间造成差距。其次，序言中通常使用含糊不清的象征性语言，可能会导致歧义，使人不清楚在具体争端中应如何应用这些考虑因素。第三，强调环境目标可能会被视为与投资条约的主要目的（即促进和保护投资）相冲突，从而可能使投资者望而却步，并导致解释上的争议。最后，序言对仲裁的影响有限，因为仲裁员不受序言的法律约束，这可能导致环境和气候变化问题被忽视，而倾向于更具体的条约条款。这些挑战凸显了将环境和气候变化问题有效纳入投资条约序言不是协调气候变化利益与投资者利益的有效方式。

（三）国际投资协定环境例外处理气候变化问题

国际投资协定中纳入一般环境例外的原因可能并不仅仅是为了维护公共利益，这一做法也可能出于应对国际投资仲裁的不可预测性、回应公众对环境问题的担忧以及避免与世界贸易组织法与国际投资法之间的冲突。[60]许多国家的实践表明，国际投资协定并没有本质上否定对气候变化进行监管的权利。尽管大多数国际投资协定没有明确纳入例外条款以保护出于公共利益的监管措施，2012 年世界投资报告总结新一代国际投资协定发展趋势，它们强调环境利益的重要性，但将环境和可持续发展措施纳入一般例外的投资协定不多见，但它们总体上支持出于公共目的的监管权力。[61]

引入一般例外可能会导致更多的混乱，而不是澄清法庭应如何处理国际投资协定中的环境监管问题。[62]环境例外与其他条款的关系是特别法与一般法的关系，一般例外的存在或缺乏会影响法庭解释和应用一般范围条款、具体义务和自主权利的方式，以及法庭如何分配举证责任。法庭可能会将某些国际投资协定中此类例外的存在解释为有意将环境措施纳入国际投资协定范围的迹象，并相应地解释一般范围条款。这比将善意的环境措施排除在一般适用范围之外更不可取，因为这将产生将举证责任从原告重新分配给被告的效果。这种解释的风险在包括一般范围条款和一般例外的国际投资协定中尤其明显，如加拿大双边投资条约范本。[63]

---

[60] Bradly J. Condon,“Climate Change and International Investment Agreement”, Chinese Journal of International Law (2015) 14(2) 305, 322.

[61] See Bradly J. Condon, “Climate Change and International Investment Agreement”, Chinese Journal of International Law (2015) 14(2) 305, 322.

[62] Bradly J. Condon,“Climate Change and International Investment Agreement”, Chinese Journal of International Law (2015) 14(2) 305, 323.

[63] Bradly J. Condon,“Climate Change and International Investment Agreement”, Chinese Journal of International Law (2015) 14(2) 305, 338.

（四）通过条约解释的方法处理投资条约－气候变化法律争端

在全球气候变化背景下，国际投资条约与气候变化法律框架之间的冲突日益凸显。为平衡投资者权益与环境保护需求，条约解释成为协调两者利益的关键。依据《维也纳条约法公约》（VCLT）第 31 和 32 条，仲裁庭在解释投资条约时，应综合考虑条约的“通常含义”、目的与宗旨以及上下文和嗣后协定与惯例。这一解释方法不仅确保了条约解释的一致性和稳定性，也为协调投资利益与气候变化利益提供了法律基础。[64]

在征收（间接征收）案例中，警察权力学说（police power doctrine）与单一效果学说（sole-effect doctrine）各有利弊。警察权力学说倾向于保护东道国公共利益，但可能忽视绿色产业投资者的合理期待；单一效果学说则通过强调投资价值丧失自动触发征收标准，虽弥补了前者不足，却可能导致东道国在气候行动上的犹豫。因此，探索如“牺牲羔羊学说”（sacrificial-lamb doctrine)[65]等中间路径尤为重要，该学说区分一般监管措施与针对性措施，激励东道国采取气候行动同时保护投资者合理利益。[66]

此外，预防原则作为气候变化法律框架的核心，虽具指导意义，但因缺乏具体解释办法而在实践中面临挑战。结合《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》第 25 条危急情况条款（Necessity），可将预防原则具体化，为仲裁庭提供操作指南，确保在投资争端解决中充分考量气候变化因素。通过灵活解释危急情况的构成要素，如基本利益、严重和迫在眉睫的危险、唯一途径及对危急状态的不贡献，仲裁庭能在维护全球气候利益与保护投资者权益之间找到平衡点。[67]

将气候变化考虑纳入投资条约解释中有几个明显的优势。首先，与修改投资条约相比，它是在现有条约框架基础上进行的，这种做法既方便又高效。其次，例外条款产生新的条款适用理论和实践，投资条约解释已经拥有一套成熟的解释体系，包括内容解释和法律确定性等方法，[68]这些可以适用于包含气候变化考虑。第三，这种方法创新地将气候变化框架中的预防原则直接应用于投资条约争端中，这得到了维也纳法律条约公约和投资仲裁实践的支持。

不过，解释条约是仲裁庭裁决中必不可少的一步，仲裁庭是条约解释的实际执行者，学者们指出当前仲裁庭裁决中条约解释存在不一致现象。在国际投资法庭中，通常不认为存在

---

[64] Tomás Restrepo Rodríguez，*Investment Treaty Law and Climate Change*, Springer (2022), 123-127.

[65] Tomás Restrepo Rodríguez，*Investment Treaty Law and Climate Change*, Springer (2022), 108. “该理论是‘唯一效果理论’的一个修正版，通过参照东道国措施影响的异常性来确定是否违反了征用标准。”

[66] Tomás Restrepo Rodríguez，Investment Treaty Law and Climate Change, Springer (2022), 135.

[67] 杜志华，杜群：《气候变化的国际法发展：从温室效应理论到<联合国气候变化框架公约>》，《现代法学》2022 年第 5 期，第 148 页。

[68] Eva Kassoti, “Interpretation of Unilateral Acts in International law”, *Netherlands International Law Review* (2022) 69 295, 295.

遵循先例原则，但是学者们普遍认为仲裁庭在裁决中实际遵循先例。然而，这种实际遵循先例的现象并不等同于传统意义上的遵循先例原则（stare decisis），后者要求后续案件必须严格遵循先前判决中的法律原则和规则。在国际投资仲裁领域，仲裁庭虽然可能在裁决中参考先前的案例，但每个案件的具体情况和背景差异使得完全遵循先例变得复杂且不可行。仲裁庭更多地是在寻找先前案例中的推理逻辑、法律解释方法以及平衡各方利益的策略，而非机械地应用先前案例的结果。

四、中国双边投资条约的气候条款与解决方案

习近平主席多次在会议上提到气候变化。2021 年习近平主席在博鳌亚洲论坛 2021 年年会开幕式上的视频主旨演讲强调“要坚持绿色发展理念，共同推进应对气候变化国际合作，加大落实应对气候变化《巴黎协定》。要坚持共同但有区别的责任原则，解决发展中国家在资金、技术、能力建设方面的关切。”[69]2024 年习近平在中共中央政治局第十二次集体学习时强调“积极发展清洁能源，推动经济社会绿色低碳转型，已经成为国际社会应对全球气候变化的普遍共识。我们要顺势而为、乘势而上，以更大力度推动我国新能源高质量发展，为中国式现代化建设提供安全可靠的能源保障，为共建清洁美丽的世界作出更大贡献。”[70]中共二十届三中全会提出“必须完善生态文明制度体系，协同推进降碳、减污、扩绿、增长，积极应对气候变化，加快完善落实绿水青山就是金山银山理念的体制机制。”[71]为贯彻实施积极应对气候变化国家战略，强化适应气候变化行动举措，有效防范气候变化不利影响和风险，国务院研究制定《国家适应气候变化战略 2035》。[72]

1991-2000 是国际投资协定签订高峰，[73]尽管四分之三国际投资协定是 1992 年《联合国气候变化框架公约》缔结后签署的，但是传统国际投资协定关注投资带动东道国经济发展和保护外国投资者财产权，没有为环境监管留出政策空间，[74]更不用说明确纳入气候目标。[75]这

---

[69] 中华人民共和国中央人民政府，习近平在博鳌亚洲论坛 2021 年年会开幕式上的视频主旨演讲（全文 https://www.gov.cn/xinwen/2021-04/20/content_5600764.htm

[70] 中华人民共和国中央人民政府，习近平在中共中央政治局第十二次集体学习时强调：大力推动我国新能源高质量发展为共建清洁美丽世界作出更大贡献 https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202403/content_6935251.htm

[71] 中华人民共和国中央人民政府，中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定 https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm

[72] 国家适应气候变化战略 2035，https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2022-06/14/5695555/files/9ce4e0a942ff4000a8a68b84b2fd791b.pdf

[73] UNCTAD, World Investment Report 2022: International Tax Reforms and Sustainable Investment, UNCTAD/WIR/2022, 85.

[74] Anne van Aaken, “Investment Law in the Twenty-First Century: Tings Will Have to Change in Order to Remain the Same”, *Journal of International Economic Law*, (2023) 26(1) 166, 169.

[75] 参见李俊然、赵俊娟：《国际投资协定与气候变化协定的冲突与协调——以国际投资协定的实体规则为视角》，载《河北法学》2019 年 7 期，第 131 页。

一情况持续到 2012 年美国双边投资条约范本，[76]范本第 12 条投资与环境规定缔约方应确保不削弱或减少国内环境法所提供的保护以鼓励投资。各缔约方保留自由裁量权，有权决定环境事项的执法资源分配。12 条所指的环境法指主要目的是保护环境或防止对人类、动物或植物生命或健康构成危险的法规或条例。缔约方可采取措施确保投资活动以对环境问题敏感的方式进行。范本附件 B（4）推动东道国对环境利益的非歧视性管制措施不构成间接征收。[77]欧洲国家紧随其后加强投资协定中对环境的关注。

环境目标可以通过国内、双边、区域和多边层面实现。多边投资协定的效用虽然显著，但是由于数量和内容的限制，在投资规则中发挥的作用有限。双边投资协定是数量最为庞大的国际投资协定。除中国内地与香港、澳门的“更紧密经贸关系安排”（CEPA）、与台湾的框架协议。中国已经分别与东盟、智利、巴基斯坦、新西兰、新加坡等 19 个国家和地区签署了自由贸易协定。[78]

当前中国签订的投资条约没有直接在条文中纳入气候变化这个名词，气候变化广义上属于环境领域，环境保护条款主要由序言条款、例外条款及专门条款三部分构成。序言条款用概括性和抽象性的语句表示缔约双方在环境保护方面达成的共识；[79]例外条款附属于征收条款、公平与公正待遇条款，主要是授予东道国有权出于保护环境目的，在某些方面，如征收、履行要求等方面不保护投资，而实施环境规制措施；专门条款，顾名思义，这是用单独条款规定东道国环境措施不违反条约规定，可能专门规定环境问题也可能涉及多个话题。专门规定环境问题的是环境例外，涉及多个话题的是一般例外，这时，环境仅是话题之一。三种类型可以同时存在，也可以单独存在，不排斥彼此。[80]从保护力度上看，序言条款力度最弱，是辅助作用；例外条款力度适中，有效保障东道国环境规制权；专门条款力度最强，权利义务并存，赋予东道国环境规制权同时又要求东道国履行环境义务（这里的环境不局限在生物环境，还包括对人类健康，其他动植物生存的影响）。

中国签订的双边投资条约涵盖以上三种。查阅中国双边投资条约会发现，中国签署双边投资条约 146 个（最新签署的是安哥拉——中国双边投资协定，它于 2023 年签订，未规定

---

[76] 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf 最后访问日期：2024 年 1 月 24 日。

[77] 美国 2012 投资条约范本附件 B（4）：“除极少数情况外，缔约方为保护公共健康、安全和环境等合法公共福利目标而采取的非歧视性管制行动不构成间接征收。”

[78] UNCTAD, Investment Policy Hub , International Investment Agreements Navigator-China, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china.

[79] 不一定用“环境”，还可能是“可持续发展”或者其他。

[80] 例如，中国——坦桑尼亚双边投资条约三者同时存在，序言适用“可持续发展”，第六条征收第三款的非歧视的管制措，第十条健康、安全和环境措施。

生效日期），当前生效 107 个，2015 年土耳其——中国双边投资条约是最后一个生效协定，2020 年 11 月 11 日生效。[81]从条约数量上看，只有 11 个双边投资条约含有环境保护条款，11 个条约包含 20 个分布在不同地方的环境保护条款。按照三代投资条约发展情况来看，第二代第三代比第一代更关注环境保护。从类型上看，6 个双边条约只有一种环境保护条款，2 个是序言条款，[82]3 个是例外条款，[83]还有一个特殊的条款禁止限制中国或马达加斯加采取保护环境的措施。[84]类型上看，专门条款最少，只有两个，分别规定在是中国与土耳其、中国与加拿大双边投资协定，两个专门条款类似关税与贸易总协定一般例外条款。以与土耳其签订的投资条约为例，其第四条一（一）和（二）规定“保护人类、动物或植物生命或健康所必需的”和“与保护生物或非生物可耗尽自然资源有关”，这两项几乎与关贸总协定第二十条（b）和（g）相同。[85]令人感到意外的一点是，涉及环境的条款与国家发达程度没有密切联系，与欧洲签订的 28 个条约无一提及环境。

中国国际投资协定呈绿色化趋势，[86]但是在国际投资协定中明确提及的一系列环境问题是有限的，而且几乎没有随着时间的推移而发展。气候变化并没有渗透到这一系列封闭的问题中，尽管这些更近的关注在还未生效的《中欧全面投资协定》中有所体现。这一发现表明，投资界和环境政策界之间的交流有限。[87]

中欧投资协定环境和可持续发展单独规定在第四部分，第二节标题更是以投资和环境命名，这些规定字里行间体现协定对环境的重视，其中第六条明确提到投资和气候变化的关系，在中国对外双边投资条约和自由贸易协定中，这一协定开创先河。第六条强调各方根据《UNFCCC》和《巴黎协定》共同应对气候变化的承诺，它强调了有效执行这些协定的重要性，包括履行国家自主贡献。此外，该条强调了促进气候友好型投资，如可再生能源和低碳技术，并通过政策框架促进其部署。还强调了各方之间的双边合作以及在国际论坛上的合作，以解

---

[81] UNCTAD Investment public club, International Investment Agreement Navigator-China https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china, 最后一次访问：2024 年 4 月 15 日。

[82] 这两个是中国和圭亚那、特立尼达&多巴哥双边投资条约。

[83] 分别是中国和哥伦比亚、印度、马达加斯加双边投资条约，其中中国——马达加斯加双边投资条约是在公平和公正待遇条款的例外。

[84] 原文是“本协定的规定不得以任何方式限制缔约一方为保护基本安全利益或公共卫生或防止动植物病虫害或保护环境而采取任何禁止或限制措施或采取其他行动的权力。”

[85] Chi Manjiao, ‘The ‘Greenization’ of Chinese Bits: An Empirical Study of the Environmental Provisions in Chinese Bits and its Implications for China’s Future Bit-Making’ 2015 18(3) Journal of International Economic Law 511, 520.

[86] Chi Manjiao, ‘The ‘Greenization’ of Chinese Bits: An Empirical Study of the Environmental Provisions in Chinese Bits and its Implications for China’s Future Bit-Making’ 2015 18(3) Journal of International Economic Law 511, 520.

[87] Kathryn Gordon, and Joachim Pohl (2011), “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a survey”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2011/1, OECD Investment Division, p.6. https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2011_1.pdf.

决气候变化政策和措施中与投资相关的问题。总体而言，条文强调了采取合作行动减缓和适应气候变化的必要性，并与《UNFCCC》和《巴黎协定》规定的目标保持一致。[88]

争端解决机制缺乏决定气候问题不能在国与国之间找到落实机制。最理想的状态是东道国国内有环境保护要求，外国投资者需要满足环境评估才能投资，这要求投资者重视气候问题，还要有财力、有技术保障。如若一方出现差错，双方不能就环境问题达成一致，东道国严苛的环境要求引发投资者声讨，或者投资者环境不友好行为引发东道国公民政府抗议，双方需要一个合适的平台解决两方无法协商解决的气候问题，国际投资仲裁机制可以担任这一角色。

作为一个负责任的大国，中国在国际规定制定上的话语权重要性日益凸显。中国和东亚各国签订的 RCEP 纳入可持续发展条款，中国签订的双边投资协定逐渐绿色化，[89]后一代比前一代投资协定更加注重投资者利益保护的同时也在环境保护这一大议题下作出积极改变。然而，中国双边投资条约中环境保护条款明显不足，这难以应对严峻的全球气候变暖局势，中国的双边投资条约仍然在绿色化的路上。希望在不久的将来，国际投资仲裁庭能够处理涉气候变化争端的投资问题。具体到气候变化争端问题，一方面，一个较为简便的方式是不改变现有条款，法庭能够将气候变化纳入“环境”“可持续发展”外延；另一方面，可以从具体条款入手，在双边投资协定或者自由贸易协定中明确规定“气候”或“气候变化”，这样的规定能突出全球气候问题严峻性。与此同时，各国投资者内部需加强环境合规，体现负责任、有全球担当的投资者形象。

结语

随着全球气候变化带来的挑战日益严峻，国际投资仲裁在协调气候利益与投资利益方面的局限性也日益凸显。现有的条约解释和仲裁规则未能充分反映气候变化的紧迫性，因此未来需要通过增强条约解释的灵活性、引入环境例外条款、推动绿色投资条款等措施来应对这一冲突。中国作为全球气候治理的重要推动者，应在双边和多边投资条约中加入更具约束力的气候变化条款，以适应全球绿色转型的需求。展望未来，国际投资法与气候法的交叉领域将进一步发展。各国可能探索创建专门的国际气候投资仲裁机制，以应对涉及气候问题的复杂争端。中国应积极推动这一机制的建立，并在双边投资条约中引入碳排放承诺、气候友好投资激励等创新性条款，为全球气候治理提供强有力的法律支持。通过加强国际合 作与法

[88] EU-China Comprehensive Agreement on Investment, Section IV: Investment and sustainable development, Sub-Section 2: Investment and Environment.

[89] Chi Manjiao, ‘The ‘Greenization’ of Chinese Bits: An Empirical Study of the Environmental Provisions in Chinese Bits and its Implications for China’s Future Bit-Making’ 2015 18(3) Journal of International Economic Law 511, 520.

律创新，中国可以成为全球气候治理与国际投资秩序协调发展的引领者，实现经济增长与气候责任的双赢局面。

国际投资案件中气候利益与投资利益的协调

全球气候变化的加剧引发了投资利益与气候利益之间的冲突，尤其在国际投资仲裁中，越来越多的案件涉及气候变化问题，主要包括环境保护措施、化石燃料投资和可再生能源投资这三类。当前，国际投资仲裁普遍倾向于保护投资者利益，导致东道国为应对气候变化所采取的措施面临巨大压力。现行的国际投资条约通常未能为东道国提供足够的政策空间，以保障其气候变化政策的有效实施，气候利益因此往往处于劣势。

在这一背景下，国际社会正在探索如何通过条约解释、环境例外条款以及推动投资协定“绿色化”来协调气候利益与投资利益。首先，条约解释为解决此类冲突提供了灵活性，通过《维也纳条约法公约》第 31 条的解释方法，仲裁庭可以在解释投资条约时将气候变化的国际法律框架纳入考量，然而仲裁庭的解释常常不统一，这增加了仲裁结果的不确定性。其次，环境例外条款的引入为东道国提供了更多的政策空间，使其能够在履行气候承诺时更好地保护本国利益。然而，尽管一些投资条约已经引入了环境例外条款，但这一工具的使用在实践中仍然有限，仲裁庭对其解释也存在较大分歧，难以为东道国提供全面的保护。最后，推动投资协定“绿色化”被视为长期的制度改革方向，即在新签订的或重新谈判的投资协定中，直接纳入气候变化相关条款，确保气候目标能够在投资条约中得到明确体现。

中国的双边投资条约在过去几十年中也逐步体现出“绿色化”的趋势，部分条约已经包含了环境保护和可持续发展的条款，然而在气候变化方面的专门规定仍然不足。当前，中国签订的投资条约大多只是简单提及环境问题，具体到气候变化的相关条款十分有限。这意味着，在面对国际气候变化相关的争端时，中国作为东道国的政策空间依然有限。为应对这一局限，建议在未来中国签订的双边或多边投资条约中引入更具约束力的气候条款。例如，可以明确规定投资者需遵守东道国的气候政策要求，甚至在条约中引入碳排放承诺、气候友好型投资激励等具体内容，从而促进国际投资与气候政策目标的有机结合。

与此同时，国际社会中关于退出投资者—国家争端解决机制的呼声也在增加。尤其是在《能源宪章》框架下，欧盟多个国家已经宣布退出该宪章，原因是《能源宪章》对化石燃料行业的支持与气候目标相冲突。这表明，部分国家正在重新审视国际投资协定对其气候政策实施的制约作用。退出投资协定或对现有投资协定进行修订，是部分国家应对气候变化挑战的重要措施之一。

此外，当前的国际投资仲裁体系并未建立专门的机制处理气候变化相关的争端。虽然《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》均设置了争端解决机制，但由于涉及国家同意接受国际争端解决机关的管辖，这些机制的适用范围有限。在投资者—国家争端解决机制（ISDS）中，虽然部分案件涉及气候变化背景下的投资争端，但目前还没有专门的国际气候法庭来处理这类问题。因此，国际投资仲裁有可能成为处理气候利益与投资利益冲突的重要平台。未来的投资仲裁机制可能需要通过改革，专门处理气候变化相关争端，为各国气候政策的实施提供保障。

展望未来，国际投资法与气候法的交叉领域将进一步扩展，国际社会需要建立更为有效的协调机制。国际气候投资仲裁机制可能成为解决气候争端的一个新方向。该机制可以专门应对投资者与东道国在气候政策方面的利益冲突，确保气候变化法律框架在投资仲裁中的有效适用。与此同时，随着全球气候治理的深入发展，国际投资法也需要进行相应的改革，推动“绿色”投资条款的引入和实施。

中国作为全球气候治理的重要推动者，可以通过进一步完善双边投资条约的绿色条款，并积极推动国际气候投资仲裁机制的建立，为全球气候治理与国际投资秩序的协调发展贡献力量。这一过程不仅有助于推动中国的绿色发展战略，也能增强中国在全球气候治理和国际法领域的影响力。通过在双边投资条约中引入更为明确的气候变化条款，中国可以确保本国在应对气候变化时拥有更大的政策空间，同时保障外资的可持续发展。

跨国投资者气候变化减缓义务的认定可能：国内法与仲裁庭的互动

于占洋*

摘　要：如何促进气候变化减缓已成为当下国际法领域的重要议题。国际投资规则的变革能够有效的助力气变减缓目标的达成。鉴于跨国投资者在气变领域的巨量影响，作为减缓气变的义务主体，对其义务之认定是实现《巴黎协定》目标的重要手段之一。目前各方围绕 IIA 的改革对投资者的气变减缓义务之认定采用了直接和间接两大方法，但该努力存在义务规定不充分和效力不坚实等弊端。国内法与仲裁庭之间的互动可以有效弥合既有努力之不足，依据国内法的不同类型可分为标准/非标准国内法与仲裁庭的互动两种情况，两类互动类型均能有效的解决投资者气变减缓义务的认定困难。但仍然存在两个较为明显的障碍，可通过有效解释和法律结构梳理予以规避。在 IIA 及 ISDS 改革阻力重重的当下，国内法与仲裁庭的互动能够为跨国投资者气变减缓义务的认定带来新的可能。

关键词：气候变化减缓；投资者义务；国际投资仲裁；国际投资协定

目　　录

引言 **2**

一、 以投资者义务为切入点探求气候变化减缓的必要性 **3**

（一） 国际投资规则是助力气变减缓的重要工具 4

（二） 对投资者义务的认定能够强化气变减缓的程度 6

二、 投资者减缓气变义务认定的现实努力及困境 **8**

（一） 各方对投资者减缓气变义务予以认定的现实努力 9

（二） 各方对投资者减缓气变义务认定所作努力的现实困境 10

三、 投资者减缓气候变化义务认定之可能：国内法与仲裁庭的互动 **12**

（一） 为何从国内法的视角切入？ 13

（二） 国内法与仲裁庭的互动类型 13

四、 互动过程中可能存在的两大障碍 **17**

（一） 障碍一：互动是否应当尊重投资者对法律的“合理期待”？ 18

（二） 障碍二：既存的环境法是否能够充当气候变化法的替代？ 19

五、 余论 **20**

* 于占洋：中国政法大学国际法学院 2023 级博士研究生，研究方向为国际经济法，yuzhanyang98@163.com。

引言

2023 年 3 月 23 日，联合国世界气象组织发布了最新的《全球气候状况》报告，报告显示，温室气体水平、地表温度、海洋热量和酸化、海平面上升、南极海洋冰盖和冰川退缩等方面的纪录再次被打破，有些纪录甚至被大幅刷新，而且相应的变化还在加速产生。[1]报告确认了 2023 年是有记录以来最暖的一年，全球近地表平均温度比工业化前基线高出了 1.45 度左右。这已经接近了《巴黎协定》所设定的 1.5 度的下限，毋庸置疑的是全球气候变化问题已经步入了白热化。联合国秘书长古特雷斯将此称之为地球发出的“求救信号”，并呼吁各国领导人立即采取行动，为人类和地球筑起最后的生命线。

围绕气候变化减缓，国际法已经做出了诸多的努力，但截至目前，国际投资法律规则对气候变化议题的关注始终不甚明晰，起码可以被认为十分有限[2]。这种有限并非是因为国际投资规则不能对气候变化的减缓发挥作用，而是因为存乎两种彼此反拉的张力影响了规则介入气变议题的顺利程度：一方是希望有所作为的主权国家，其往往作为东道国出现，采取部分措施用以改善气候变化所带来的危害，如促使金融部门（特别是贷款、资产管理和保险）的资金流动与温室气体排放的净零目标和《巴黎协定》的目标保持一致、积极推动降低对化石能源的依赖并促成对可再生能源的投资优待等；而投资者作为另一方，不希望东道国采取虽然减缓气候变化但会影响其投资权益的环保措施，这些投资者盘踞在更易危害气候的传统高碳投资行业，如化石能源、金属、森林资源开采等，手握国际投资协定（IIA）中的大量待遇条款对东道国的规制措施虎视眈眈，稍有不合就会诉诸投资者-东道国争端解决机制（ISDS）。这就导致国际投资规则在减缓气候变化的过程中举步维艰。

这种窘境的出现，与投资者义务条款的缺失和不完善存在较大关系。[3]作为规制跨国投资流动的重要法律渊源，IIA 对于东道国和投资者双方权利义务的分配长期处于严重的“不对称”状态，[4]即东道国负担着大量对投资者所负之义务，而投资者对东道国的义务在 IIA 中却难觅踪迹。尤其是在涉及气候变化、环境的争端出现时，投资者常用 ISDS 机制挑战东道国气候友好政策的重要工具，[5]而并不注重自身是否负有对气候变换减缓应尽的义务。

这为减缓气候变化的行动引入了值得思考的新方向，即在目前对投资者设定义务已经成为国际投资规则改革的一项重要议题的背景下，[6]投资者是否应当负有减缓气候变化的义

---

[1] 世界气象组织，2023 年气候变化指标达创纪录水平：WMO，https://wmo.int/zh-hans/news/media-centre/2023nianqihoubianhuazhibiaodachuangjilushuipingwmo.

[2] UNCTAD, The International Investment Treaty Regime and Climate Action, IIA Issues Notes, Issue 3, p. 2, September 2022.

[3] UN, International Investment International Investment in Climate Change in Climate Change Mitigation and Adaptation Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments, p. 18 (2022).

[4] Martin Jarrett, Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration, p. 1 (Cambridge University Press 2019); Yaraslau Kryvoi, Counterclaims inInvestor-State Arbitration, 21 Minnesota Journal of International Law, p. 217 (2012).

[5] IPCC, Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change, chapter 14, p. 81, Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Geneva: IPCC (2022).

[6] UNCITRAL, Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS), Submission from the Government of

务？如果是，那目前对投资者义务的各方努力能否实现这一目标？以及如何更好的在平衡东道国气候友好政策规制措施与投资者投资利益的前提下实现对在此类义务的认定？

由此，本文围绕前述问题的逻辑逐步展开论证：第一章探讨为何以投资者义务作为切入点来探求气候变化减缓治理；第二章整理并分析当下对于投资者减缓气候变化的义务各方已经做出了哪些努力，以及这些努力所面临的现实困境；第三章从国内法与仲裁庭的互动视角，来探讨投资者减缓气候变化义务认定的新可能；第四章针对本文提出的国内法与仲裁庭之间的互动可能存在的障碍给出化解的方案；最后给出余论。

一、 以投资者义务为切入点探求气候变化减缓的必要性

权利和义务的妥当安排是个人生活与社会生活秩序得以稳定有序的必要前提，这不仅体现在国家内部，亦体现在国际社会共同体的活动周期上。而之规定权利而不享有义务的法律制度是鲜见的，一个不属于例外情况（如赠与、遗产继承）的权利与义务的不对称如果长期存在，会影响社会秩序的稳定，[7]无论是国内亦或国外。而这种情况恰恰出现在国际投资法律体系中东道国与投资者的权利义务安排上，这种看似不迷惑的制度安排有其产生的历史背景：二战结束后，发达国家向发展中国家的投资流速猛增，发达国家依靠强大的经济和政治话语权建立了一套维护本国投资者海外利益、保障投资权益、满足投资保护需要的 IIA 制度，而这一制度主要以维护投资者各类待遇为主，有意忽视了投资者应当承担的义务，并在此基础上建立了个人诉国家的 ISDS 机制。发展中国家笃信 IIA 的签订能够加速外商直接投资（FDI）的流入并发展本国经济，[8]为了吸引外资，也并未对这一制度安排过度置喙。随着 ISDS 程序规则的建立，尤其是《ICSID 公约》和 UNCITRAL 示范规则的公布，投资者享有超量待遇而几乎不负任何义务的制度安排就这样稳固了下来。然而，这种在特定历史背景下并无异议的制度安排随着各国在投资体系中单一身份的模糊，[9]以及对东道国公共利益的重新重视，[10]已经亟待改革。尤其是当气候变化问题日益突出的当下，单纯依靠投资者自觉或东道国一方努力得气候治理方案已经难以维系，[11]故需要重新考量投资者义务在减缓气候变化治理的过程的重要程度。

（一）国际投资规则是助力气变减缓的重要工具

1. 国际投资流动是填补减缓气候变化治理资金缺口的重要来源

South Africa, Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.176, p. 5-6 (17 July 2019).

[7] 【美】E •博登海默著，邓正来译：《法理学 法律哲学与法律方法》，北京：中国政法大学出版社，第 233-236 页（2016）。

[8] 这一观点得到了 UNCTAD 和仲裁庭的支持，但在晚近也遭至很多学者的怀疑，参见 Paulsson, Jan, The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners', 1 Journal of International Dispute Settlement, p. 346 (2010); Tucker, Todd & Judge Knot: How the Crusade for Global Investor Rights Tangles Our Democracies and Economies, p. 72 (Anthem Press); Brada, Josef C., Zdenek Drabek and Ichiro Iwasaki, Does Investor Protection Increase Foreign Investment? 35 A Meta-Analysis' Journal of Economic Surveys, p. 58 (2021).

[9] 这主要是指各国在目前的国际投资体制下不再是单一的东道国方或投资者母国方，而是越来越多的扮演双重身份，因此需要顾及不同身份下的身份利益和特征。

[10] 蔡从燕：《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》，载《国际法研究》2018 年第 4 期，第 9 页。

[11] 刘冰玉：《气候治理投资安排：溯源、沿革与新路径》，载《法商研究》2024 年第 4 期，第 56 页。

为了减少温室气体的排放以此实现气候变化的最终目标，向低碳经济过渡是必行道路，在低碳经济实现的多种路径中，改变跨国投资模式是其中一种。根据贸发会的统计，从 2015 年到 2030 年间，以气候状态更不佳的发展中国家为例，其为适应和减缓气变所需的资金量巨大，其中对投资所需的投资量大概为 6300 亿到 9700 亿之间，而仍存在 4400 亿到 7800 亿美元的投资缺口。[12]值得注意的是，2015 年通过投资发展的可持续目标后，气候变化投资呈上升趋势。以 2021 年为例，发展中国家中涉及可持续发展的相关部门的 FDI 流入大幅增长 70%且其中大部分增长流向了有益于减缓气候变化的可再生能源领域。[13]这表明在国际投资领域目前向涉及减缓气候变化的领域进行投资的幅度呈持续增长态势。

借着对涉及气候变化减缓的领域投资的持续走高的东风，许多政府部门也通过各类促进投资措施来吸引气候治理投资资金流入，采用诸多形式的投资便利化措施，尤其是通过便捷市场准入、能源市场的松绑、国有企业的私有化及清洁能源补贴等方面引导投资者向可再生能源、低碳、气候治理领域注入大量资金。[14]在金融部门降低投资者贷款的限制、加强资产管理的稳定性和投资者保险的便利程度。如国际碳核算财务伙伴关系（PCAF）与联合国召集的净零保险联盟（NZIA）合作开发了衡量和披露保险和再保险承保投资组合的温室气体排放的全球标准化方法，其将使保险公司/跨国投资者更深入地了解各自承保投资组合的风险概况，刺激创新的脱碳方法。[15]无独有偶，20 国集团也意识到跨国投资的资金流动对气候变化减缓的重要性，如美国和日本已经构建气候伙伴关系，借以推动两国间的跨国投资流动，使其与全球不迟于 2050 年实现温室气体净零排放的目标保持一致，共同抵御气候变化的恶化，其中跨国气候融资的金额高达 1000 亿美元。[16]

前述事实表明，国际投资流动对减缓气候变化治理领域的资金缺口具有填补效能，即国际投资规则的变革和发展有利于全球气候变化的治理工作顺利展开。因此，将气候变化问题的减缓问题置于国际投资法规则变革的讨论之下是适当的。

2. 气候友好型 IIA 的发展能够为减缓气候变化做贡献

传统的国际投资规则体系难以应对日益增长的减缓气候变化治理需求和跨国投资者给予治理措施而引发的不满情绪之间的矛盾，这亦不利于东道国平稳履行《巴黎协定》下的减排义务。在传统 IIA 改革的浪潮下，将减缓气变纳入治理议题已成为国际社会的共识。但目

---

[12] IPCC, Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, p. 30 (2014).

[13] UNCTAD, The International Investment Treaty Regime and Climate Action. IIA Issues Note, No. 3, September 2022.

[14] UN, International Investment International Investment in Climate Change in Climate Change Mitigation and Adaptation Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments, p. 9 (2022).

[15] UN, Partnership for Carbon Accounting Financials collaborates with UN-convened Net-Zero Insurance Alliance to develop standard to measure insured emissions, https://www.unepfi.org/industries/insurance/partnership-for-carbon-accounting-financials-collaborates-with-un-convened-net-zero-insurance-alliance-to-develop-standard-to-measure-insured-emissions/#:~:text=A%20global,%20standardised%20methodology%20to%20measure%20and%20disclose%20the%20GHG.

[16] Fact Sheet: U.S.-Japan Climate Partnership, 23 May 2022, https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/23/u-s-japan-climate-partnership-fact-sheet/#:~:text=Recognizing%20that%20the%20path%20to%20energy%20security%20runs%20through%20clean.

前涉及气候治理的 IIA 仍处于发展阶段：在实体规则领域，各国通过在传统环境与人权条款条款、可持续发展条款、东道国规制权、企业社会责任条款上加强了对气候变化予以考虑和关注的“软措施”规定；[17]在程序规则领域，围绕反诉、专门的争端解决机构建设、联合解释机制、管辖权例外排除等角度，[18]或是将涉及投资的气候治理问题剥离出仲裁程序的考虑、或是加强东道国的介入，其目的均是抑制气候治理问题偏离出公权力的控制范围。

学者们非常关注 IIA 对气候治理的助力作用，已经联合出台了“气候友好型国际投资条约范本”[19]以及“减缓和适应气候变化可持续投资条约（TSI）”[20]。研究表明，如果未来的 IIA 改革能够模仿学者们的示范性条约文本，那么在国际投资规则在减缓和弥合气候变化危机的效用将得到放大，实现降低“不可持续投资”的高碳状态；促进“可持续投资”；并确保向可持续经济和社会的公正过渡，使各国符合《巴黎协定》规定的目标。尤其是在强化东道国在气候变化治理领域的规制权的基础上平衡与投资者之间的权利义务关系这一切口，两项示范性文书都排除了东道国气候变化治理的规制权在投资保护中的可诉性；并增加了投资者义务条款，[21]重点强调了跨国公司在气候变化减缓过程中应当负有一定程度的义务[22]。

3. 国际投资仲裁已经成为影响气变问题治理的突出因素

虽然涉及减缓气候变化相关的 IIA 规则发展较缓慢，但是实践中与气候变化关系密切的仲裁案例已经屡见不鲜。这些案例大体可分为三类[23]：环境类案例、化石燃料类案例以及可再生能源案例。环境案例包括投资者的投资行为被东道国环境管理措施予以限制，认为其投资造成了环境的污染及退化等，进而被前者诉至 ISDS 机制。目前该类案例至少有 175 起，占据已知 ISDS 案例的 15%。化石燃料类案例是目前 ISDS 领域涉及气候变化治理的最常见的案例类型，涉及矿产资源开发、消耗及运输存储等诸多方面，目前有至少 192 起相关案例。而可再生能源案例在过去的 10 余年里数量逐步递增，已知有 80 多起。该类型案例多集中于

---

[17] Crina Baltag, Riddhi Joshi, Kabir Duggal, Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?, 38 ICSID Review, p. 381-421 (2023); Anne Saab, Discourses of Fear on Climate Change in International Human Rights Law, 34 The European Journal of International Law, p. 113-135 (2023); 黄世席：《论国际投资条约中企业社会责任条款的强化》，载《法学》2023 年第 3 期，第 178-192 页。

[18] 丁丁，张耀璇：《国际投资仲裁中东道国环境类反请求的困境与出路》，载《经贸法律评论》2023 年第 1 期，第 54-73 页；孔庆江，于占洋：《ISDS 协定解释权改革的中国经验：对缔约方“联合控制”机制的分析》，载《澳门法学》2023 年第 1 期，第 48-61 页；Joshua Paine & Elizabeth Sheargold, A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties, 26 Journal of International Economic Law, p. 303 (2023).

[19] Silke Noa Elrifai, A Model Multilateral Treaty for the Encouragement of Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation, 36 Journal of International Arbitration, p. 71-94 (2019);

[20] Sofia de Murard, The Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: A model to steer international law toward renewable energy investments and the low-carbon transition,https://www.iisd.org/.

[21] 这些义务条款包括气候变化领域的企业社会责任、反腐败和透明度义务、遵守一般的国际和国内法律以及环境、人权和劳工标准等；见 The Creative Disrupters, Treaty on sustainable investment for climate change mitigation and adaptation: Argumentation demonstrating how the model treaty meets the assessment criteria, p. 7-8, (2018) http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/The-Creative-Disrupters-Argumentation.pdf.

[22] 如要求投资者进行环境影响评价、投资过程合规、持续报告和披露与环境影响有关的信息，投资者如果违反此类义务还会面临相当程度的赔偿义务并遭遇东道国的反诉，见 Silke Noa Elrifai, A Model Multilateral Treaty for the Encouragement of Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation, 36 Journal of International Arbitration, p. 71-94 (2019).

[23] UN, International Investment International Investment in Climate Change in Climate Change Mitigation and Adaptation Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments, p. 56-70 (2022).

对政府降低可再生能源生产中的上网电价及补贴等立法改革的质疑。其中大量的被告集中在欧洲试图推进气候变化能源领域的“滤碳”或低碳能源发展的发达国家，如西班牙是 60%案件的被申请方。[24]

仲裁案件的高发性可以从一正一反两个方面佐证 ISDS 机制是影响气变问题的突出因素：其一，其反面影响在于 ISDS 机制可能会阻碍政府采取必要的气候政策来遏制气候变化的推进，即传统的高碳能源行业对 ISDS 机制的“滥用”，[25]引发东道国在投资领域的“监管寒颤”并由此产生的高额赔偿或政策调控成本，这一成本可能高达 3400 亿美元，[26]甚至比目前发展中国家的气候变化投资资金缺口还大。其二，通过 ISDS 机制可能会产生正面影响，即如若能够在当下或未来的大量 ISDS 案件中证成投资者义务，则可依此义务对破坏气候污染环境的投资者责任予以追究。对投资者义务的追究降低了东道国在投资领域的减缓气候变化的规制措施的运行成本，更易于实现《巴黎协定》项下的目标。

（二）对投资者义务的认定能够强化气变减缓的程度

减缓气候变化的发展是多学科并举的事业，本文聚焦于国际投资法中对跨国投资者减缓气候变化责任的认定来强化该问题的解决。在开展具体的认定路径讨论之前，有必要先证明对投资者减缓气变义务的认定能够强化气候治理的优势成果，而对这一观点的需要回答两个问题：即跨国投资者/跨国企业是否是减缓气候变化的义务主体？如果是，则在多大程度上能够减缓气变的发展？前者是立论的基础，后者是衡量论述价值的要素。

1. 跨国投资者是否是减缓气候变化的义务主体？

需要明确的是，解决全球气变问题的三大核心文书，即《联合国气候变化框架公约》（UNFCCC）、《京都议定书》以及《巴黎协定》并没有直接规定跨国投资者应当负有减缓气候变化的义务，但这并不意味着投资者因此就免于对减缓气候变化行为负责。

跨国投资者是全球温室气体排放的重要组成部分，有研究表明全球认为碳排放量的 2/3 源于 90 余家大型公司企业，其中排放量位居前 8 名的跨国公司所排放的碳量占据工业革命以来全球化石燃料所产碳排放总量的 20%。[27]这些数据证明跨国投资者在减缓气候变化问题的治理过程中应当受到关注。近年来存在认定跨国投资者为减缓气变的义务主体存在两大路径：

---

[24] 一些欧盟国家包括保加利亚、捷克、西班牙、意大利和希腊，采取了激励措施，以吸引对可再生能源领域的投资并增加清洁能源的生产。这些激励措施中包括“上网电价”（即高于市场价格的固定购电价格，并保证期限）。这种激励措施和其他激励措施降低了融资成本，因此对投资者特别有吸引力。但后来不少国家又消除了该类激励措施，引发了 ISDS 案例。如保加利亚、捷克、德国、西班牙、加拿大等等，见 Valentina Vadi, Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals?, 48 Vanderbilt Journal of Transnational Law, p. 1320-1326 (2015).

[25] Patt, A. et al., 2022: International cooperation. In IPCC, 2022: Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change, p. 1453-1508 (2022).

[26] Tienhaara, K.et al., Investor-state disputes threaten the global green energy transition. 376 Science, p. 701-703 (2022).

[27] Douglas Starr, Just 90 companies are to blame for most climate change , this “carbon accountant” says, Science, August 25, 2016, https://www.science.org/content/article/just-90-companies-are-blame-most-climate-change-carbon-accountant-says .

其一是针对跨国投资者的气候变化诉讼与日俱增。2005 年 Gbemre 诉尼日利亚壳牌石油开发公司案是首次追索跨国公司气候变化诉讼案例，该案判决认定了壳牌公司在环境损害方面的责任；[28]2019 年具有里程碑意义的地球之友等诉荷兰皇家壳牌案更是运用大量的“软法”性文件、跨国产业链与温室气体排放量核算的方法等工具成功认定了碳排放量位居全球前十的跨国投资者质疑的皇家壳牌公司的气候变化责任。[29]更有越来越多的原告通过气候变化与人权之间的认定联系，以人权条款为法律基础对跨国投资者提起诉讼，绿色和平组织预测未来大概会有超过 47 家化石燃料跨国投资者因此遭遇人权挑战并担责。[30]

其二是部分国际气候变化治理文件对跨国企业的义务“软规制”增加。目前在国际文件的安排上，不存在对跨国投资者气变减缓义务的强制性规定，但是存在较多的“软规制”。如《OECD 跨国企业准则》载 2023 年更新文本后扩大了企业尽职调查要求的范围，增加了对如气候变化等诸多形式的腐败进行基于风险的尽职调查，这在一定程度上构成了企业的软义务；《巴黎协定》开辟了非国家行为体的平台将跨国投资者等视为推进气候治理的核心动力和可能的义务主体；[31]《劳工组织关于多国企业和社会政策的三方原则宣言》将多国企业和社会政策视为对外国投资者特别重要的另一个公认的公司社会责任工具，其中就包括人权领域的环境保护标准；《联合国全球契约》原则 7-9 引导全球商业领袖签署“关注气候”倡议并承诺制定温室气体减排目标，与其他公司和政府合作，并每年公布行动绩效[32]。

由此，可以认为，虽然不存在直接的强制性规定，但是从案例的现实发展以及国际文件中“软规制”的增加，可以看出推断出跨国投资者时减缓气变的义务主体且这一观点会在未来得到越来越多的实例证明。

2. 跨国投资者能够在多大程度上减缓气候变化的程度？

跨国投资者减缓气候变化的作用力程度依赖于两个力量来源：其一是跨国投资者自身对于气候问题的关切；其二是基于母国/东道国的气候治理义务的影响力传导[33]。

就前者而言，与《巴黎协定》的缔约方，即主权国家相比，跨国投资者在减缓气变的关切主要通过规范自身行为或改变经营方式来实现。[34]这种主动性的减缓气变的行为是适应制度环境、预防气候灾难、回应市场和社会关切的行为；此外，积极参与减缓气变可以推动企业低碳创新技术的发展赢得市场先机。全球气候变化问题已经从较大的维度上开始威胁到跨

---

[28] Gbemre v. Shell Petroleum Development Company Nigeria Limited and Others, suit FHC/B/CS/53/05, 14 November 2005.

[29] District Court of The Hague, Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell PLC (26 May 2021) C /09/571932/HA ZA 19-379, English Version (Milieudefensie v. RDS), para 4.4.11-4.4.15.

[30] GreenPeace, The Climate Change and Human Rights Petition, https://www.greenpeace.org/philippines/press/1237/the-climate-change-and-human-rights-petition/；刘冰玉，汤希灵：《以跨国公司为被告的气候变化诉讼困境与归责路径探究》，载《学习与探索》2024 年第 3 期，第 158 页。

[31] Thomas Hale, All Hands on Deck: The Paris Agreement and Non -state Climate Action, 16 Global Environment Politics, p. 12-14 (2016).

[32] UNGC, Climate change, https://cn.unglobalcompact.org/detail/105.html.

[33] 薄燕等著：《构建公平合理的国际气候治理体系研究》，北京：经济科学出版社，第 350 页（2023）。

[34] Patchell Jerry & Hayter Roger, How Big Business Can Save the Climate: Multinational Corporations Can Succeed Where Governments Have Failed, 92 Foreign Affairs, p. 18 (2013).

国投资者的利益，如根据环境经济责任联盟在2006年发布的《公司治理与气候变化》报告早已指出，因气变带来的洪涝海啸等级段灾害已经深度影响到了跨国投资者的资金稳定和风险控制，且开始逐步破坏深层次的子母公司、不同产业链之间的财务联系。[35]因此，跨国投资者起身对于减缓气变的关切有利于其自身的发展。

就后者而言，主要基于主权国家或区域性的规范措施的影响力传导。包括两个可被跨国投资者所感知的层面：约束层面和激励层面。约束层面包括各国国内法对跨国投资者在环境保护、气候治理等议题上的义务和责任设置；激励层面则是通过经济、文化、政策引导等手段促使跨国投资者投身于减缓气候变化的领域中来，吸引投资者认识到低碳经济的商机并以较强的治理意愿参与到公司应对气候变化的能力建设中来。如以全球气候联盟成员的两大能源公司为例，英国石油公司与美国埃克森美孚公司在20世纪90年代长期反对和质疑UNFCCC的减排义务。但在《京都议定书》达成后，二者出现了不同的态度转向，英国石油公司开始积极参与减排并设立具体的时间表，而美孚的态度则继续消极。这一转变的原因就在于彼时欧盟出台了一系列促进跨国投资者/大型企业参与气候变化治理的优待政策和宣传，约束与激励双管齐下；而美国彼时缺乏统一的气候治理政策法规并退出国际协定，约束与激励措施的挂空导致跨国大型企业在气变治理的兴趣不断衰减。[36]

这说明当投资者自身对与气候问题产生关切并积极投身于气候治理实践且配合东道国的约束与激励措施时，可产生较大的对于减缓气变成圣积极作用的效力。

二、 投资者减缓气变义务认定的现实努力及困境

在国际投资规则变革的大背景下，对于投资者义务的讨论已经成为改革的重要议题。[37]这与ISDS领域大范围的对东道国规制权的重新关注有关系，即随着ISDS案例的大量涌现，如何在新一轮改革过程中更好的维护东道国的公权力成为重中之重。[38]投资者义务的 认定作为东道国提请反诉和追究投资者过错的支点，由此成为维护东道国规制权的一项重要工具。因此，各国为了实现《巴黎协定》项下的减缓气变的目标，也纷纷试图在气候变化减缓领域对投资者予以一定程度的规制。但是截至目前，各方所作的努力在具体认定过程中仍然不够“流程”，主要存在义务规定的不充分和义务效力的不坚实两个层次。

（一）各方对投资者减缓气变义务予以认定的现实努力

1．IIA中直接对气变问题进行规定的情况

---

[35] Douglas G.Cogan, Corporate Governance and Climate Change: Making the Connection, Boston Ceres, p.11-15 (2006).

[36] 两大公司参与气候治理时间的演进历程可以参见其公司网站，英国石油公司(BP)网站：http://www.bp.com/en/global/corporate/sustainability/climate-change/our-climate-change-history.html；埃克森美孚公司网：Corporation Citizenship Report: Managing climate change risks, http://corporate.exxonmobil.com/en/community/corporate-citizenship-report/managing-climate-change-risks.

[37] Jean Ho, The Creation of Elusive Investor Responsibility, 113 AJIL UNBOUND, p. 10-15 (2019).

[38] Suzanne A. Spears, The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements, 13 Journal of International Economic Law, p. 1037 (2010)；张庆麟：《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》，《政法论丛》2017年第6期，第68页。

目前直接在条文中提及气候变化的 IIA 数量非常稀少，在少量直接提及气变的 IIA 中，也并未将气变与投资者义务直接联系起来。但由于该类条款对气变治理的直接规定性，值得单独说明。现阶段涉及气变的条款主要分布于 IIA 中的序言、程序、例外和一般条款四类。其中有部分条款与投资者的气变义务有所联系：

如在序言条款中，《欧盟-英国贸易与合作协定》明确规定了缔约方在气候变化领域的自主监管权，并通过有效的补贴和竞争框架对气候实现高水平的保护；《土耳其-英国自由贸易协定》也强调缔约国采取紧急行动保护气候以此符合各方所加入的 UNFCCC。此外，部分新一代的 IIA 包含了涉及气变减缓与适应的其他具体条款。如程序条款中的联合委员会机制、气候行动磋商和专家小组；[39]一般条款中的不降低标准条款、便利和促进气候友好型技术投资条款；[40]例外条款中重申对气候保护的重要性等等[41]。

其中，虽然序言条款并不起到直接的约束作用，但是根据既往 ISDS 案例中对序言条款的运用，当东道国依序言条款的原则采取治理措施时，可以被解释为投资者具有遵守该序言的义务，则在该类型下具有遵守减缓气变治理的义务。而其余的条款虽未与投资者义务相衔接，但是其也通过对规制权的多重表达，强化了缔约国在气变治理上的主动性，则投资者弱因此受到限制，应当以尊重气变治理这一规制权为优先。

2. IIA 中间接对气变问题进行规定的情况

所谓间接对气变问题进行规制，是指虽未直接点明“气候变化”这一术语，但通过对企业社会责任（CSR）、人权、环境和反腐败等其余与气候变化相关的领域的“软法”条款予以规定，间接实现对气变问题的治理和对投资者气变减缓义务的认定。

CSR 大体是指整合了环境人权劳工和反腐败问题等综合性的责任机制，不具有强制约束力且对投资者以鼓励和尊重为主。[42]现存的 IIA 中之 CSR 条款[43]对投资者的义务规定可被理解为要求其按照东道国以公共利益为主的不同面向之社会发展目标以及价值来推进自己的生产经营，进而实现东道国的期望。但是这里所讨论的“义务”内容不是直接施加的具体条约义务，而是以鼓励投资者高度自发的遵守社会责任，积极主动采取涉及气候变化的 CSR 治理措施，投资者获得 IIA 保护的前提并不是其必须遵守该类“义务”。[44]

此外，东道国还通过环境、人权条款实现与气候变化减缓义务的对接可能。但需要明确

---

[39] 《摩尔多瓦-英国贸易与合作协定》第 17 章第 85 条。

[40] 《摩尔多瓦-英国贸易与合作协定》第 17 章第 86 条。

[41] 《澳大利亚-英国自由贸易协定》第 13.8.2 条。

[42] 2019 年《比利时-卢森堡相互促进和保护投资的协定》第 2(10)条首次对 CSR 的定义为：“基于自愿，投资者或投资将社会、环境和经济方面的考量系统且连贯地纳入其管理的改进过程”。

[43] 根据 UNCTAD 和 Investment Policy Hub 网站等的数据，目前包含 CSR 的 IIA 条款不超过 60 份，其中包含“气候变化”一词的则更少。有学者将现存的 CSR 条款分为两种类型：其一是简单条款，原则性地表明缔约国认可投资者自愿在其内部政策中纳入国际公认的 CSR 规范的重要性，并且鼓励投资者采取此种内化做法。如加拿大签订的一系列 IIA 以《中国香港-智利 BIT》等；其二是复杂条款，除了总括性的母条款，还包含若干细化和补充内容的子条款。如《中欧全面投资协定》、《巴西投资合作与便利化协定范本》等。参见刘嫡琬：《国际投资协定企业社会责任条款的适用问题初探》，载《国际经济法学刊》2023 年第 4 期，第 137 页。

[44] Y. Levashova, The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law, 14 Utrecht Law Review, p. 55 (2018).

的是，虽然前述的 CSR 条款亦包含对环境和人权等问题的描述，但环境、人权条款与 CSR 条款存在本质上的不同，环境及人权条款的鼓励性质较低，往往强调对投资活动的监管并采取对应的责任承担措施。

缔约国往往通过以下逻辑使环境和人权条款与气候变化接轨：

首先，在 IIA 中确定投资者维护人权/环境的义务，这种义务的来源可以根据是否借助国际人权文本作为义务来源而分为两种情况，即援引型和非援引型。非援引型如《摩洛哥-尼日利亚》IIA 第 18 条规定“投资者和投资应维护东道国的人权”，且这一义务包括“东道国的环境、劳工等”；此外《西非国家经济共同体投资补充法》第 14(2)条规定“投资者应...维护人权。投资者不得从事或导致从事侵犯此类人权的行为。投资者不得以规避人权义务...环境义务的方式管理或经营投资”。这形成了一类明确规定投资者的人权义务的条款模式。[45]而援引型则如《比利时-卢森堡 BIT 范本》第 18.1 条要求投资者“按照适用于外国投资者的国际公认标准行事”，这里的国际公认标准指的是诸如 UNGP、《经合组织多国企业准则》或《劳工组织关于多国企业和社会政策的三方原则宣言》等涉及人权的国际组织“软法律”文本。

其次，再通过国际文件的条款规定，将对气变的减缓认定为人权/环境问题的一个面向：如《巴黎协定》在序言条款中开宗明义各国在应对气候变化时应当考虑人权问题；另联合国在 2008 年认定受气变影响的民众和社区享有充分的人权的决议；[46]人权理事会在 2021 年用过决议进一步承认享有可持续环境的权利是一项人权，[47]并和 IPCC 共同强调多项人权会因气候变化受到损害。[48]

在前述两步的逻辑下，人权在可能的气变义务认定的仲裁案件中可以作为讨论投资者作为或者不作为的依据，亦可作为一种解释工具帮助仲裁庭明确投资者可能的违反义务的行为，[49]这在涉及气变减缓义务的诉讼案件中已经有所显现。[50]

（二）各方对投资者减缓气变义务认定所作努力的现实困境

不可否认的是，IIA 缔约国们已经意识到对减缓气变的义务进行规制的重要意义，但是目前在现有的试图对投资者减缓气变义务认定所作的现实努力中，仍存在不可忽视的两大显示困境，而正是这两大困境阻挠了对投资者气变减缓义务的后续追责和强制执行：其一是最

---

[45] Makane Moïse Mbengue & Stefanie Schacherer, The “Africanization” of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime, 18 Journal of World Investment & Trade, p. 414 (2017).

[46] UN Human Rights Council, Resolution 7/23, Human Rights and Climate Change,UN Doc A/HRC/RES/7/23 (28 March2008); Samvel Varvastian, “ The Advent of International Human Rights Law in Climate Change Litigation", Wisconsin International Law Journal, vol. 38, no.2,2021.

[47] Access to a Healthy Environment, Declared a Human Right by UN Rights Council, https://news.un.org/en/story/2021/10/1102582.

[48] IPCC (2022), Climate Change: A Threat to Human Wellbeing and Health of the Planet, https://www.ipee.ch/2022/02/28/pr-wgi-ar6/.

[49] Jacqueline Peel & Hari M. Osofsky, A Rights Turn in Climate Change Litigation? 7 Transnational Environmental Law, p. 1-31 (2018).

[50] 刘冰玉，汤希灵：《以跨国公司为被告的气候变化诉讼困境与归责路径探究》，载《学习与探索》2024 年第 3 期，第 158 页。

为直观的困境，即对于投资者减缓气变义务的规定是严重不充分的；其二是执行上的困境，即对于投资者减缓气变义务的效力并不坚实。

1．投资者减缓气变义务规定不充分

不充分是指涉及气变义务的 IIA 条款存在缺失，这体现在两个方面：

其一，现阶段不存在对投资者气变义务进行直接规定的 IIA 文本。这是难以回避的最重大缺陷。这种缺陷衍生自其上位概念，即涉及投资者义务的条款本身就属稀缺。自 1959 年第一份 IIA 诞生后的 20 年间，不存在任何包含投资者义务条款的 IIA，[51]近 10 年来的 IIA 中投资者义务条款占比约 28%左右。[52]这一比例并不高，而且其中所规定的所谓义务条款也多以附加形式贴附在实体条款或者程序条款之上，是对国内法义务的翻版，[53]而真正直接规定义务的 IIA 不超过 10 份，这其中不包含对减缓气变义务的规定。

其二，据前文所述，即使存在通过 CSR/人权/环境等条款与气变减缓义务相衔接，亦有其不清楚和模糊之处。以前文提及的《摩洛哥-尼日利亚 BIT》为例，虽然其 18.2 条明确了投资者的人权义务且将其与气变减缓相联系，但仍存在不充分之处，[54]如“投资”如何承担人权义务？该条没有给出明确的解释；此外该条要求投资者和投资维护（uphold）人权，而常用的术语似乎是“尊重、保护和实现”，该如何理解？；第三，该条要求维护“东道国人权”,这一表达十分模糊,是指所有国际人权法领域的人权还是指仅在该国得以适用的人权？二者的范围存在大小不同关系，与气候变化的联系也存在强弱。自该协定出台之后，摩洛哥和尼日利亚两国所签署的后续 IIA 中均未出现明确规定投资者人权义务的条款，这似乎是近年来 IIA 明确规定投资者人权义务条款的昙花一现。但无论如何为我们提供了研究的范本。又如《阿根廷-卡塔尔 BIT》第 13 条和《泛非投资法草案》第 24 条均要求投资者遵守国际公认的人权原则，但是没有列明应遵守何种原则，也没有说清这种遵守与缔约国是否属于包含人权条款的国际文件的成员为限。

2．投资者减缓气变义务效力不坚实

另一个不得不引起注意的事实是涉及投资者义务的条款效力极度不坚实。这种不坚实主要来源于两个方面：其一是直接设置义务的条款本身的效力不足；其二是间接衔接的涉气变减缓的国籍文件效力本身也堪忧。就前者而言，目前直接涉及减缓气变/气变治理问题的条款多规定在序言条款当中，序言条款在 ISDS 争端的解决过程中往往只能发挥解释作用而不具备强制力；此外，如《中欧 CAI》当中专门在第 4 章第 6 条设置了“投资与气候变化”条款，其中强调了缔约双方在气变治理领域的合作、便利化及对 UNFCCC 的有效执行，但不存在任何强制性的规制词汇。就后者而言，目前包括 UNFCCC 在内的规定气候变化治理的

---

[51] https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements.

[52] 黄丽萍：《国际投资条约中投资者义务法定化研究》，武汉大学 2020 年博士论文，第 27 页。

[53] 实体附义务条款表现为规定投资者有纳税/财政义务，这实质上是国内法的义务；程序附义务如不得重复起诉或投资合法性义务。这些义务并非直接性的对投资者提出明确的要求条款。

[54] Markus Krajewski, A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application, 5 Business and Human Rights Journal, p. 114-115 (2020).

国际文件只对主权国家限定了减缓气变的义务，但是也没有强制的执行机制，对于投资者连气变义务都没有规定。

学界公认在气变治理领域的大量国际文件可以被认为是国际法当中的“软法”，这里是否存在软硬法转化的可能？笔者的答案是否定的，原因有三：

其一是就这类文件本身而言在用语和条款设置上并没有为其缔约方设置强制执行措施。如果强行解释为“硬法”，则有悖条约缔约方在起草条约时的共识，这与 VCLT 的宗旨不符。其二，就奥斯丁的法律秩序三要素而言，国际法领域的硬法起码应当具有“命令”和“义务”两大要素，[55]但是包括 UNFCCC、《OECD 跨国企业准则》、《ILO 三方原则宣言》和《联合国全球契约》在内的文件均不具备义务要素。其三，虽有学者指出国际软法可以通过缔约方遵守、声誉影响、合作治理等要素的附加而产生实际的效力，[56]但是这种效力产生之可能或许存乎于主权国家之间，而以利益为导向的跨国投资者很难主动遵守这些软法，即使主动遵守会为企业的利润上升带来一定的空间，这一联系很难被跨国投资者予以认可，已有学者通过实证研究对这一观点予以证实[57]。

三、 投资者减缓气候变化义务认定之可能：国内法与仲裁庭的互动

对于国际投资法视域下投资者义务的认定，根据前文的论述，可知存在两种改革的方案：其一是立法论，即在现有或未来的 IIA 内、或其外另设一份专门的投资者义务协定，进而明确加入投资者义务条款，以期从法律渊源本身纳入；其二是解释论，即通过对现存与投资者义务搭边的 IIA 条款的解释，在仲裁庭的判定过程中，延伸出投资者应当具有的义务，进而完成认定过程。但是这两种方式都存在明显的缺陷，立法论如果实现固然可喜，但其实现的过程中存在 IIA 修改成本巨大、各缔约方意愿以及义务条款设定对 FDI 流入的直接影响等多方面不确定因素，而任何一个因素都是目前难以解决的确凿性困难；而解释论非常依赖于仲裁庭的判定以及争端各方在仲裁实践中的发挥，鉴于 ISDS 机制不存在案例法传统，这一路径亦存在具有较大的不确定性和不可预期性。

因此，本文提出另外一个视角，通过国内法与仲裁庭之间的互动，实现对投资者气变减缓义务的认定可能。

（一）为何从国内法的视角切入？

之所以选择国内法与仲裁庭之间的互动视角作为切入，是因为目前所有的通过对投资者在违反东道国要求的过错责任的案件中，均是以违反国内法为理由最终实现了对投资者赔偿

---

[55] 张磊：《论国际法语境下软法的理论边界与发展路径——以国内法与国际法比较为视角》，载《学海》2023 年第 5 期，第 73 页。

[56] 何志鹏，申天娇：《国际软法在全球治理中的效力探究》，载《学术月刊》2021 年第 1 期，第 103-116 页。

[57] Van der Zee, Eva, Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Incorporating OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law?, 40 Legal Issues of Economic Integration, p. 33-72 (2013).

数额的减免/取消。故本文这一观点也源于不同的 ISDS 案例的启示，现举 3 例：在尤克斯诉俄罗斯案中，仲裁庭认为尤克斯公司具有遵守俄罗斯国内法的义务，故因其虚假经营行为违反俄国内法，在赔偿阶段将赔偿金从 667 亿减少到 500 亿美元；[58]在玛芬兹尼诉西班牙案中，投资者未按照西班牙国内和欧洲环境法的法律要求对所建工厂进行环评，最终仲裁庭认定因投资者未遵守环境条例所导致的项目停产停工的损失不由东道国承担；[59]在菲利普-莫里斯诉澳大利亚案中，澳政府抗辩称投资者违反了投资合同载明的澳大利亚国内法，导致投资者的投资登记没有完全进行披露进而存在错误，[60]因而其不可被认定为澳大利亚法律意义上的投资。但是投资合同上所载的“国内法”实则是“指南”和“政策指导”的文件，并非澳国内标准的一二级法律。最终仲裁庭据此判定这些“国内法”不具备法律的特征。

在前述案件中，对投资者进行的责任认定和追究的出发点有两种形式：其一是东道国经过国内立法程序形成的标准国内法，这些在称呼上往往带有“法”字，或不带有“法”字但适用的位阶和效果与法律无异；其二是东道国认为的具有对投资者的义务规制效力的非标准国内法，如莫里斯诉澳大利亚案中澳政府认定的“指南”和“政策指导”文件。前者在说理得当逻辑顺畅的前提下能够实现对投资者赔偿的减少或者取消；而后者因不被认为是标准的国内法而被仲裁庭驳回东道国的抗辩理由，若该规则可被认定为有效力的国内法则亦可实现对投资者的责任认定。

这里存在两种形式的互动模型：标准国内法与仲裁庭之间的互动以及非标准国内法与仲裁庭之间的互动。标准与否的判断要求依赖于该规则的出处是否是东道国经过立法程序出台的明确的“法”。如果将该问题限定在气候变化减缓这一领域，则其中的“法”应指包含对气候变化减缓或适应进行规制的所谓“气候变化法”或“气候保护法”等。

（二）国内法与仲裁庭的互动类型

1．类型 1：标准国内法与仲裁庭的互动

目前，确存在出台“气候变化法（案）”或“气候保护法（案）”的国家，包括欧洲欧盟的《欧洲应对气候变化法》、《英国气候变化法》；亚洲的《菲律宾气候变化法》；美洲《墨西哥气候变化基本法》、《加拿大净零排放责任法》；非洲的《南非碳税法》等诸多国家和地区已经设定了属于本国/地区的气候变化法律。故如若这些国家或地区的涉气变法律对私主体减缓气变的义务进行了规定，则跨国投资者在减缓气变治理过程中就应当遵守东道国的该法律。

在判断投资者减缓气候变化义务的认定过程中，该种形式的标准国内法与仲裁庭的互动一般依循以下的裁判路径展开：

---

[58] Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, final award, 18 July 2014, paras. 1821-1827.

[59] Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award,13 November 2000, paras. 70-71.

[60] Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 157.

首先，仲裁庭需考察 IIA 条款对投资者投资行为合法的要求。虽然投资者的违法行为是否是将案件阻断在实体问题审查之前的唯一条件目前仍存争议，[61]但是仲裁庭一定是通过 IIA 中的投资合法性条款和《ICSID 公约》中第 25(1)条所暗合的投资合法性需求来进行基本判断。目前大多数的 IIA 条款都明确规定对投资的保护以投资者遵守东道国的法律为前提，当投资者因违反东道国法律法规而导致期投资财产权益受损时，仲裁庭将拒绝行使管辖权。[62]即使 IIA 条款没有明确规定该条款，仲裁庭通常也倾向于将该判断要素作为是否享有管辖权的条件之一，如在萨尔瓦多-西班牙 IIA 当中不存在投资合法性条款，但是在条约谈判过程的记录中表明排除非法投资，故仲裁庭采纳了这一判断这种违反不以投资者明确知晓东道国该法律为成立条件。[63]

其次，东道国需向仲裁庭举证投资者违反了该国的涉气候变化法律。虽然在《ICSID 公约》中并未规定争端方的举证责任，但依据《ICSID 仲裁规则》设立的 ISDS 仲裁庭享有较大的自主权，[64]尤其是对证据出示、举证责任等等额规定。东道国可以首先针对投资者的投资不合法这一事实进行举证借以使仲裁庭的管辖权脱离；如投资者进一步举证证明自己的投资行为并未违反东道国国内法，则仲裁庭需对具体的投资行为对与国内法所规定的义务之间的关系进行实体性的判断。

第三，围绕证据的证明力，现有 ISDS 实践存在两种标准：支持高度盖然性标准的仲裁庭认为，当争端双方围绕某一相同事实提出对立的观点和证据时，仲裁庭最终对证明力较大的证据予以采纳；[65]采清晰且具说服力标准的仲裁庭在判断证据证明力的层级上低于刑事诉讼中的“排除合理怀疑”标准但要高于前述高度盖然性标准，尤其是涉及到较为重大的利益关系时，如政府工作人员、巨额的财产利益等，仲裁庭往往认定争端方所举证据需要时非常清晰且具有高度的说服力。[66]

具体而言，在各国的涉气候变化成文法当中，均在不同程度上规定了包括跨国投资者在内的企业法人的义务：如《英国气候变化法案》附表 4 规定环境主管部门可以要求各类电力供应/分销商提供位置、电表计量系统和潜在参与者等诸多信息，违反该附表将处以高额罚款，附表 7 对法人规定了可再生运输燃料义务（可通过付款解除）；《瑞士减少二氧化碳排放联邦法案》第 31.5 条明确规定了运营商减少温室气体排放的义务；《法国关于应对气候变化并加强抵御其影响的能力法》第 12 条禁止经营者宣称所售产品是碳中和或气候友好的，除非提供必要的气候变化减缓的努力之证明。前述法律规定并不是单独为跨国投资者所准备的，

---

[61] 钱嘉宁：《投资者违法行为抗辩的裁判基础和规则优化》，载《国际商务研究》2023 年第 3 期，第 64 页。
[62] Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, para. 165.
[63] Inceysa Vallisoletana, SL v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, paras. 123, 196, 206-207.
[64] 孔庆江，于占洋：《商事化与去商事化间的平衡——对 ICSID 仲裁规则修改的分析》，载《国际法学刊》2024 年第 1 期，第 66-96 页。
[65] 支持高度盖然性的仲裁案件有如 Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007, para. 124; Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, para.125; Rompetrol Group NV v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013, para. 183.
[66] EDF (Services) Limited v. Republic of Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, para. 221.

但是起所涉及的产业包含跨国投资者可以投资的领域。以《英国气候变化法案》为例，如外国投资者投资了电力基础设施但并未对相应信息予以披露，英政府在针对该投资者采取管制措施时如若被诉至仲裁庭则东道国可依据该法律的信息披露义务援以抗辩，并最终在赔偿数额中反映出来（减少赔偿数额或不赔偿）。

2. 类型 2：非标准国内法与仲裁庭的互动

根据前文所述，非标准国内法指的是未经过立法机关的与正式的部门法一样严格的立法程序的一些涉及减缓气变的规章制度、声明、气候保护计划等等，其并不被缀以某某“法”之称呼，在法律位阶上也处于较弱较低的位置。根据部分学者的考察，截止 2022 年，全球大概有 30 多部直接涉及气候变化减缓的法律，[67]在这之中有不少法律是联邦制下的国内州制定的，即制定成文法律的国家的数量则更少。如以中国为例，我国目前不存在气候变化法，也不存在具体的减缓气变的措施的法律，如围绕低碳、核电发展、可再生能源等设立的部门法等。但我国存在部分决议、计划涉及减缓和适应气候变化问题：如《全国人民代表大会常务委员会关于积极应对气候变化的决议》、《国务院关于应对气候变化工作情况的报告》、《关于统筹和加强应对气候变化与生态环境保护相关工作的指导意见》、十二五到十四五规划纲要中均提出了积极应对全球气候变化的要求、成立了国务院国家应对气候变化及节能减排工作领导小组等等操作。这些决定、计划以及报告等能否作为投资合法性判断的其中一环？类似的问题出现在前文所述的菲利普-莫里斯诉澳大利亚案中，澳大利亚政府通过援引投资合法性条款将指南和政策指导文件作为合法性条款中所规定的“规则”的一部分进而判断投资者的投资违法，这一观点被仲裁庭否决，但鉴于 ISDS 机制并不具备案例法传统，故可能在其他后续发生的案件中不会继续被否决，这一观点已经被部分学者所讨论，[68]其重点在于对于投资合法性条款中何为“法律规则”的判断权应该归属于何方？对于这一问题的解决不仅涉及到不存在气候变化法的国家对跨国投资者减缓气候变化义务的认定，也涉及到该国履行 UNFCCC 及《巴黎协定》项下义务的完成度及公共利益。

这里存在两个问题需要解决：首先是仲裁庭是否有权力去判断国内法的国际效力；如果有，应该以怎样的标准去进行认定？

针对第一个问题，本文认为仲裁庭有权对国内法的国际法效力进行判断，原因有二：其一是仲裁庭的职权原则（competence-competence），即仲裁庭有权决定其自身的管辖权，而不是由法院代为决定。[69]其二是一般授权原则，即仲裁庭管辖投资争端的权力源于 IIA 中争端条款的授权，且这种授权同时赋予了仲裁庭对条约的解释权，[70]这意味着仲裁庭在争端解

---

[67] 田丹宇，柴麒敏主编：《国外应对气候变化立法纵览》，中国环境出版集团。

[68] Jan Paulsson, Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals, 23 ICSID Review, p. 215 (2008); Pierre Mayer, Larbitre international et la hiérarchie des norms, 2 Revue de l’arbitrage, p. 361 (2012); Julio César Betancourt, Understanding the “Authority” of International Tribunals: A Reply to Professor Jan Paulsson, 4 Journal of International Dispute Settlement, p. 227 (2013); Martin Jarrett, The international validity of domestic law in investment-treaty arbitration, 39 Arbitration International, p. 1-17 (2023).

[69] Gary Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I (3rd ed., Kluwer 2021) 7.01.

[70] 孔庆江，于占洋：《ISDS 协定解释权改革的中国经验：对缔约方“联合控制”机制的分析》，载《澳门法学》2023 年第 1 期，第 48-61 页。

决过程中如涉及到条约文本的解释则必须赋予文本以含义，无论该文本是否模糊。则即使投资合法性条款里出现如“东道国法律/东道国国内法律规则”等稍显模糊的用词，也应当予以裁决。因此仲裁庭享有队效力进行判断的权力。

在回答第二个问题之前，还需考虑一个问题，即如若仲裁庭作出了效力的判断，东道国是否可以阻挠？以德国为例，德国有 16 个州，但是截止 2020 年只有 10 个州存在气候变化立法，[71]如若不存在气变立法但存在气变管理措施规则的黑森州州政府对违反该措施的外国投资者采取管制措施，投资者诉至 ISDS 机制并质疑该措施的国内法之国际法有效性。仲裁庭可以对该法的国际有效性提出质疑，但如果德国的宪法法院认定该措施属于国内法律体系中的有效法律并对仲裁庭针对该法律的有效性问题所做出的裁决采取报复行动（如禁止令），[72]宪法法院认为其对源发于国内的规则享有最终解释权，[73]因此仲裁庭必须遵守。这种办法可以成为东道国阻挠仲裁庭的手段么？笔者持否定态度。宪法法院当然可凭其“喜好”发出所谓的禁止令，但是这种禁止令的生效场域仅局限在东道国境内，难以在执行阶段对其境外财产发生影响。此外，截止 2023 年，在既有的 ISDS 案件中，只有极个别的仲裁庭听从了国内法院的意见。[74]

针对第二个问题，对国内法的国际法效力的判断，应该以国内标准还是国际标准为主？亦或是两者的结合？这实际上是一个法律选择问题。

如果当事方合意选择了法律，则以该法律所指引找到准据法。这种合意往往体现在 IIA 中的 ISDS 条款本身，即当投资者依据 ISDS 条款提起仲裁之时，就已经默认接受该条款的内容，ISDS 条款对准据法的规定通常包含东道国国内法，在这一情况下需按照东道国国内法的标准来判断从投资合法性条款中析出的法律规则的有效性。但也存在 IIA 中 ISDS 条款不包含东道国国内法作为准据法的情况，如《能源宪章条约》第 26(6)条。[75]当这种情况出现时，可通过解释的手段予以弥合：根据 VCLT 第 32(b)条的规定，可以推断在解释条约条文时，如果普通含义会导致非常明显的荒谬之结果，则允许使用补充解释的方式来确定条约的含义。在缺乏国内法作为适用规则的前提下，东道国国内法本身可以被认为是一种补充解释的来源和依据，[76]这是对法律文本的普通含义进行微小调整后的结果。需要注意的是，这

---

[71] 田丹宇，王琪，祝子睿：《欧洲应对气候变化立法状况及其经验借鉴》，载《环境保护》2021 年第 20 期，第 69-72 页。

[72] 这种宪法规定在存在宪法法院的法律秩序中很常见，如《奥地利宪法》第 140(1)条，see Peter Bussjaeger & Mirella Johler, Powers and Jurisdiction of Constitutional Courts/Supreme Courts, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, p. 35-36 (December 2018)。

[73] Julio César Betancourt, Understanding the “Authority” of International Tribunals: A Reply to Professor Jan Paulsson, 4 Journal of International Dispute Settlement, p. 237 (2013).

[74] 如 Slovakia v Achmea, Green Power Partners K/S, SCE Solar Don Benito APS v Spain 案，见 Lisa Bohmer, For the first time, an arbitrator declines jurisdiction under an intra-EU BIT - but majority disagrees, IAReporter (14 February 2020), https://www.iareporter.com/articles/analysis-intra-eu-nature-of-claims-should-have-led-tribunal-to-decline-jurisdiction-in-adamakopoulos-v-cyprus-according-to-dissenting-arbitrator-marcelo-kohen/.

[75] 该条款的规定为：“A tribunal…shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.仲裁庭.....应根据本条约及适用的国际法规则和原则裁决争议问题。”

[76] Richard Gardiner, Treaty Interpretation, 2nd ed., OUP, p. 358 (2015); Romesh Weeramantry, Treaty Interpretation in Investment Arbitration, OUP, ch. 5.86-5.97 (2012).

种借由解释的做法来将东道国国内法拉入适用范畴的手段并不适用所有的缺乏东道国国内法的情况，而仅仅是在不采用该种办法将导致明显不合理结果[77]的情况下才可采用。

如果当事方未合意选择法律，则需要仲裁庭自行判断需要通过怎样的标准来判断该规则的可适用性，而这种可适用性是通过被适用标准的合法性而体现出来的，故笔者通过马克思韦伯所描述的法律合法性四要素对应当选择的标准予以认定，[78]其包含四个方面，即权限有效性、形式有效性、程序有效性和实质有效性。在判断权限有效性时，实际是在判断相关立法机构是否拥有颁布相关国内法律规则的宪法权限，而这只能通过国内法标准予以认定。形式有效性包括一致性、可理解性、实用性、前瞻性和稳定性等，[79]这些特征的判断并不以东道国国内法标准为唯一因素，可以国际法标准为辅助材料，如一国规定某法律只有在其被触发时才公开，当这类法律触发投资争端时，对其的判断显然国际法标准的引入，类似情形在FET 条款的仲裁实践中已有出现[80]。对于程序有效性，指有关国内法产生法律效力时是否遵循了正确的程序？这是国内法标准下的法律产生过程中应当遵循的程序，国际法不存在可以置喙的可能。最后一个实质有效性是最为复杂的，因为这是在判断规则内容是否符合其适用的基本权利。[81]根据国际法中的服从原则，[82]首先应当参考东道国国内法标准，这亦源于投资者在东道国投资时实际上就已经接受了该国法律的管辖。若任何理性的法律人都认为使其有效的国内法律标准是不可被忍受或遵守时，此时应当借助国际法律标准辅助裁断，尤其可以东道国签订的人权条约作为判断的一环[83]。

因此，针对第二个问题，目前的回答可以是国内标准和国际标准是共同使用的，应当优先以国内标准为主。

四、 互动过程中可能存在的两大障碍

值得注意的是，本文虽然在第三章列举了在认定投资者气变减缓义务中根据是否存在标准国内法而出现的两种互动可能，但是在互动过程中仍然可能存在两大障碍，遏制互动的顺利展开：一是在互动过程中是否应当尊重投资者对东道国出台的涉及气变减缓的法律的合理期待？二是东道国既存的多类环境法能否起到替代气候变化法的作用？

（一）障碍一：互动是否应当尊重投资者对法律的“合理期待”？

投资者的合理期待基于东道国的法律体制和任何明示或暗示的保证以及相关陈述。那么

---

[77] Antonin Scalia & Bryan A Garner, Reading Law: The Interpretation of Legal Texts, Tomson West, p. 234 (2012).

[78] Max Weber, The Theory of Social and Economic Theory, p. 130 (1947).

[79] Lon Fuller, The Morality of Law, Yale University Press, p. 49-51 (1964); Jeremy Waldron, The Rule of Law and the Importance of Procedure, in James E Fleming ed., Getting to the Rule of Law, New York University Press, p. 4 (2011).

[80] Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v Government of India, PCA Case No. 2016-7, para. 1801-1802.

[81] Jeremy Waldron, The Rule of Law and the Importance of Procedure, in James E Fleming ed., Getting to the Rule of Law, New York University Press, p. 5 (2011).

[82] 仲裁庭应认识到，在检验某一特定法律体系的国内法是否有效时，该法律体系的具体标准应享有优先权

[83] Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, para. 1199 (8 December 2016).

在本文的讨论范畴内，如果东道国针对气候变化的立法是在 IIA 缔结之后才出台的，那么当东道国在 ISDS 案件中运用该法对投资者所规定的义务进行认定，投资者是否能够运用公平公正待遇项下的“合理期待”原则予以抗辩？仲裁实践中对该原则的处理方式存在分野，部分仲裁庭认为投资者合理期待是基于投资者获得其投资时东道国所存在的法律规则，应当予以合理的保护；[84]但也有相当数量的仲裁庭认为投资者不能期待东道国的法律环境是“一成不变的”，[85]即投资者应当期待的是东道国不能不合理不公平无理由的行使立法权来危害投资者利益，[86]而不是期待一国不能依据正当的立法权对法律进行立改废，[87]只要该立法符合比例性原则的检验[88]。

目前，在与气候变化治理最密切相关的可再生能源投资领域，已经出现了涉及到投资者合理期待的 ISDS 案件，[89]若对这些案件中的法律文件进行分类，则根据不同的文件表现形式，应产生不同的结果：以本文前述标准国内法和非标准国内法（决定、声明、指引等）为例，投资者对不同的国内法形式应当存有不同的合理期待。

针对前者而言，标准国内法的形式更坚实、立法程序更完整、法律位阶更高，所以对其的认定需要更为细致。在欧盟首例可再生能源投资争端中，仲裁庭明确指出东道国可再生能源领域的法律不能被认定是不变的，否则是对东道国气候变化减缓事业的一种冻结，是一种荒谬的想法。[90]即针对后出现的涉气候变化减缓的标准国内法立法，如果是正当的、符合东道国在减缓气变治理领域的宗旨、符合《巴黎协定》的治理要求的前提下，投资者不能抱怨该国法律的不稳定。晚近的仲裁趋势也已经表明，仲裁庭不再刻板的追求“不变”，而是结合实践情况具体考虑。[91]在以西班牙为被申请方的一系列仲裁案件中，仲裁庭认为如果涉及气候变化的可再生能源法律的吸引、鼓励、补贴等措施，如果是从根本上发生了彻底改变，[92]使得依赖于原有法律规则设立的投资产生了不可预测的颠覆性改变。[93]但是对何为“彻底”、“颠覆性改变”等显然也是充满了主观色彩的判断，因此需要结合具体的案情和对投资环境的影响大小及比例程度进行更为细致的判断。

针对后者而言，其作为表现形式并不是“法”的非标准国内法律规则，其在出台和修改的过程中任意性较大，程序要求较低，出台部门也较多样化。对其判断需分为两种情况，如仲裁庭将其认定为合法性条款中的国内法，则需要进一步探讨其是否损害了投资者的合理期待；如果其在仲裁庭的认定阶段就不被认定为是国内法的一种，则不存在后续的认定。根据

---

[84] W M Reisman & M H Arsanjani, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, 19 ICSID Review, p. 328 (2004).
[85] Saluka v. Czech，UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, para. 304.
[86] Parkerings v Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award 11 September 2007, para. 332.
[87] Charanne B. V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain, SCC Case No. 062/2012, Final Award, 21 January 2016, para. 490.
[88] Spółdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic, PCA Case No. 2017-08, Award, 7 October 2020, para. 466.
[89] 梁丹妮，唐浩森：《“双碳”目标下的可再生能源投资仲裁研究——以“投资者合理期待”为切入视角》，载《武大国际法评论》2023 年第 4 期，第 119-140 页。
[90] Charanne v. Spain, SCC Arbitration 2012/62, 21 January 2016, para. 517.
[91] Jack Biggs, The Scope of Investors' Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases, 36 ICSID Review, p. 120-121 (2021).
[92] Eiser v. Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, 4 May 2017, para. 382.
[93] Cavalum v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/34, paras. 406-407.

目前存在的仲裁实践而言，有几项因素影响对合理期待要素的判断，包括非标准国内法中如声明、宣告、表态等作出的频率、来源、[94]次数、[95]立场是否有过转变[96]等：如站在同样的立场在不同的场合由不同的政府部门发表类似的文件声明，在这种情况下可以认为投资者对后续出现的非标准国内法的立场存在合理预期，故如果东道国突然转变其在涉气候变化减缓治理过程中的立场，投资者可被认为违反了其所享有的合理期待。

（二）障碍二：既存的环境法是否能够充当气候变化法的替代？

应当厘清气候变化法实际可以被环境法所包含，本节所指的互为替代意为各国现有的较为成熟的环境法规范是否已经具备气候变化治理的能力？即对新的气候变化法的设立是否是多余的？如果答案是肯定的，则在互动过程中，以环境责任或者保护环境的义务对投资者的气候变化责任予以认定即可，就没必要单独对气候变化问题进行规定，也没有必要将投资者的义务规定在新的气候变化法当中，本文所述的互动模型由此就需要囊括环境法的所在。

本文无意对环境法与气候变化法之间的关系这一宏大问题展开讨论，进针对本文需要的内容而言，值得思考的问题是现有的环境法中是否有投资者义务条款，如果有是否能够覆盖气候变化减缓义务的范围？在现有的环境法律体系内，虽然存在部分对法人、企业的环境保护义务，这些义务包括如环评等要求。但实际上，这些义务的规定并没有完全覆盖气候变化法的义务范畴，如《中华人民共和国水法》第九、三十一、三十二、三十三条等多处提到企业的污染防治义务，但是污染治理的义务内容与气候变化减缓的义务内容是存在区别的[97]：传统的环境保护主要针对如人类排放生产废弃物对环境所造成的污染而展开的预防和治理措施，这种污染通常与有毒、有害联系在一起；然而气候变化重点围绕无毒的二氧化碳等气体的脱碳低碳治理展开，其目标与全球变暖的抑制等相关，温室气体的排放不直接与废弃物和污染物相关，但气候变化尤其是变暖会加剧环境污染，如微生物繁殖减速、水体富营养化加速等等。针对气候变化带来的新问题，也应当在原有的环境保护工作的基础上加以调整，以此更好的适应新的治理范畴和治理问题。

因此，目前各国的环境法体系尚无法完整的包含对气候变化减缓的投资者义务的规定，现有的研究也认为，为有效减缓气候变化，需要更多的义务性规范并规定相应的法律责任，[98]这种法律责任的规定并不仅仅局限在政府部门，更亦扩大到企业法人等。

（三）障碍三：对东道国依法认定的过程是否正当的判断是否影响仲裁庭裁断？

五、 余论

---

[94] Infra Red v. Spain, ICSID Case, No. ARB/14/12, Award, 2 August 2019, para. 425.
[95] JSW Solar v. Republic of Czech, PCA Case No. 2014-03, Dissent Opinion, paras. 50-51.
[96] BayWa v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/16, Naon Dissent, para. 22.
[97] 郑大玮，潘志华：《怎样适应气候变化》，气象出版社 2022 年版。
[98] 吴凯杰：《环境法体系中的应对气候变化立法》，载《法治社会》2023 年第 6 期，第 21 页。

本文回答了跨国投资者气候变化减缓义务认定的另一种方法，即国内法与仲裁庭之间的互动，这种互动大体可以分为两种方式，划分的依据是投资合法性条款当中所规定的“国内法”到底是依据该国的立法机关正当程序所立的正式的法、还是可被解释为国内法律规则的一些措施、决议、计划或者声明等。气候变化的减缓和适应是当下全球面临的重要议题，国际投资法如果想为气候变化的减缓做出贡献，则势必要通过对逐利而轻气候的商业行为进行规制，而这种规制最有效的措施就是通过对义务的认定和责任的执行来实现。

对中国而言，目前我国处在互动模型的第二种情况中，即非标准国内法与仲裁庭之间的互动。因为我国目前不存在气候变化法，气候变化立法结构非常薄弱，[99]在现存的其他法律当中也不存在对跨国投资者的气候减缓义务认定的可能性。中国应对气候变化领域的第一部专门法规是《碳排放权交易管理暂行条例》，已在 2024 年 5 月 1 日开始施行，其位阶也并不是“法”，而属于一种行政法律规章，在适用过程中往往产生与法律同样的作用。除此之外，其余的涉及气变减缓的国内规则在未来可能的 ISDS 实践当中，均需要通过更为困难的第二种方法来对投资者的减缓气变义务进行认定。这种认定存在可能，首先我国《外商投资法》第 6 条明确规定外商投资者“应当遵守中国法律法规”，该条可以与 IIA 中的合法性条款相结合共同佐证投资者遵守相关法律的义务；其次仲裁庭根据我国的《立法法》（即国内标准）中的对于法律法规的认定对案件所涉及的非标准国内法进行裁断，如果裁断其符合 IIA 中合法性条款的要求，则可以被认定为是投资者义务的来源。

从理想状态而言，对投资者气变减缓义务的最佳治理方式，是在 IIA 当中明文直接规定该义务；或更改 ISDS 机制的根基，如将投资者的直诉权扩大为东道国也享有对投资者提请仲裁的权利。但是这些理想型的修改存在极大的现实困难，如时间成本、金钱成本和缔约方间的合意谈判成本等是难以想象的。在现有条件下，国际社会一方面在推动 IIA 中的实体规则和程序条款的改革用以维护气变治理的有效推荐，[100]但是在尚未改革完毕时，可以采用国内法与仲裁庭的互动模型来实现各国在《巴黎协定》中的承诺并有效的对跨国投资者的气变减缓义务进行认定和规制。

---

[99] 潘小滨：《中国应对气候变化法律体系的构建》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2016 年第 6 期，第 78-85 页。

[100] 邓婷婷，曹江琪，张庆麟：《国际投资协定的气候友好型改革：实践、目标与进路》，载《国际经济评论》2024 年第 5 期，第 127-152 页。

The Application of International Climate Change Law in International Investment Arbitration: Addressing the Deficiencies

Sheng Zhang* and Ni Li**

ABSTRACT

In the context of global climate governance, the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism has become a pivotal platform for dealing with climate change issues. There is an increasing practice for international climate change law (ICCL) to be incorporated into international investment arbitrations. It may be invoked by host states, non-disputing parties and foreign investors in order to advance the legitimacy of states' measures, to interpret investment treaty standards, or to evaluate the impact of climate change on investments. However, as a result of both internal and external deficiencies in the ISDS mechanism, uncertainty surrounds the application of ICCL to investment arbitration. To address the deficiencies, this article proposes to align ISDS with climate objectives based on four aspects. They include incorporating climate change provisions into international investment treaties, broadening the application of sustainable development provisions, applying ICCL through systematic interpretation, and adhering to the principle of mutual supportiveness.

KEYWORDS: climate change, sustainable development provisions, systematic interpretation, mutual supportiveness

I. INTRODUCTION

In 1992, the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) suggests 'stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system', which lay the legal foundation for international cooperation on climate change.[1] The

* Professor, Xi'an Jiaotong University. The author can be reached at sheng-zhang@xjtu.edu.cn.
** PhD candidate, Xi'an Jiaotong University. The author can be reached at lini07@stu.xjtu.edu.cn. A final version of the manuscript was accepted for publication by the Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy (March 2025, forthcoming). Please do not cite without permission.

[1] Article 2 of United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) States that the main aim of

2015 Paris Agreement is a collective effort to bolster worldwide responses to the looming threat of climate change. It sets the ambitious goal of curbing the global average temperature rise this century to well below 2°C above pre-industrial levels. Additionally, it advocates for intensified endeavors to limit the temperature increase to a more stringent target of 1.5°C above pre-industrial levels. The Paris Agreement marks the beginning of a new process for international governance of climate change, which indicates that global green and low-carbon transitions have become the norm. Adapting to and mitigating climate change will require hundreds of billions of dollars in investment, primarily from foreign sources.[2] Especially, public and private economic parties should restructure their economic sectors and facilitate climate-friendly investment projects to accelerate the transition from high to low emission cross-border investments. However, the current regime of international investment law does not meet the needs of 'decarbonization'. This is mainly due to the potential for foreign investors in carbon-intensive industries to challenge the climate regulatory policies of host states through the ISDS by relying on investment protection provisions in International Investment Agreements (IIAs), such as the prohibition of illegal expropriation, National Treatment, and Fair and Equitable Treatment (FET) provisions.[3] Based on statistical data, a significant number of previous ISDS cases have pertained to measures or sectors directly linked to climate action.[4] Through international investment arbitration, foreign investors regularly request large amounts of compensation against the climate measures, which transfers the risk of investment transition to the host states. It is estimated that these investment arbitration claims related to climate change may already be worth as much as $340 billion.[5] In the face of the threats of ISDS, some countries have had to soften their

---

the Convention is to stabilize 'greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system'.

[2] According to the International Finance Corporation, between 2016 and 2030, an estimated $23 trillion in climate-smart investment opportunities exist in emerging markets. See UNCTAD, Climate Investment Opportunities in Emerging Markets, An IFC Analysis, (November 2016), https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/59260145-ec2e-40de-97e6-3aa78b82b3c9/3503-IFC-Climate_Investment_Opportunity-Report-Dec-FINAL.pdf?MOD=AJPERES&CVID=lBLd6Xq.

[3] Martin Dietrich Brauch 'Reforming International Investment Law for Climate Change Goals', in Michael Mehling and Harro van Asselt, *Research Handbook of Climate Finance and Investment*, (Edward Elgar Publishing 2023).

[4] UNCTAD, Treaty-based Investor–State Dispute Settlement Cases and Climate Action, (September 2022) https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf. For example, in Westmoreland v. Canada, the Alberta government decided that coal-fired power plants would be phased out by 2030. However, foreign investors claimed the compensation program excluded them, violating Article 1102 (National Treatment) and Article 1105 (International Minimum Treatment standard) of the North American Free Trade Agreement (NAFTA). See Westmoreland Coal Company v. Government of Canada, ICSID Case No UNCT/20/3, Award(31 January 2022) paras 90-93.

[5] Kyla Tienhaara and others, *Investor-state disputes threaten the global green energy transition*, 6594(376) Science 701, 701-703 (2022); Humberto J. Rocha, Governments' Climate Laws Could Spur $340B In ISDS Claims, *LAW360*, (May 2022), https://www.law360.com/compliance/articles/1490759/governments-climate-laws-could-spur-340b-in-isds-claims.

domestic emission-reduction policies,[6] which leads to 'regulatory chill' on climate change regulation in host countries.[7] These cases not only highlight the growing friction between the investment regime and climate change mitigation, but also underscore the complexities at the intersection of ICCL and international investment treaty regime.[8] Against this background, this article first examines the various actors who may invoke the ICCL in international investment arbitration, and goes further to highlight the internal and external deficiencies the current international investment arbitration regime faces in the wake of climate change. Subsequently, it proposes a four-fold legal foundation for the tribunals' application of international climate change law[9] to align ISDS with climate objectives, aiming to provide insights into fostering a positive synergy between international investment arbitration and climate change.

II. INVOKING ICCL IN INVESTMENT ARBITRATION：DIFFERENT ACTORS

Parties to international investment arbitration may invoke international climate change law, for a variety of reasons and objectives.[10] These include using international climate law to advance the legitimacy of states' measures in light of their climate change obligations, to interpret investment treaty standards, or to evaluate the impact of climate change on investments.

A. Host States

Host states may use climate change objectives and obligations under ICCL as a defense against alleged violations of an investment treaty. International investment law is not a self-contained regime, [11] and the interpretation of international investment law shall also take into account other international law norms, including the ICCL. Some BITs contain legality provisions that require investments to be made

---

[6] For instance, the French government backed away from a proposed law to end all fossil fuel exploration on French territory by 2040, after oil company Vermilion threatened to sue. See Ai Linh Nguyenand others, *The Golden Eras of Graphene Science and Technology: Bibliographic Evidences from Journal and Patent Publications*, 14(4)Journal of Informetrics, 101067 (2020).

[7] Kyla Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, 7(2) Transnational Environmental Law, 232(2018).

[8] Julien Chaisse, Realigning investment treaties for climate resilience, fDi Intelligence, (April 13 2023), https://www.fdiintelligence.com/content/opinion/realigning-investment-treaties-for-climate-resilience-82310.

[9] Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Lavanya Rajamani, International Climate Change Law, (OUP 2017).

[10] Mala Sharma, *Integrating, Reconciling, and Prioritising Climate Aspirations in Investor-State Arbitration for a Sustainable Future: The Role of Different Players*, 23(5-6) The Journal of World Investment & Trade 756 (2022).

[11] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (OUP 2017).

in accordance with the host state's domestic law to qualify for treaty protections.[12] Climate change legislation may affect the legality and compliance of foreign investments with their host states' domestic laws. OECD reported that 185 jurisdictions adopted climate action policies following the Paris Agreement.[13] Should an investor's actions diverge from the climate change legislation of the host state, the host state may oppose the tribunal's jurisdiction or the admissibility of claims. Tribunals may be less likely to entertain claims from foreign investors whose investments do not comply with the pertinent national climate change laws.[14] For instance, as a result of the investor's activities not substantially complying with local environmental laws, the Tribunal declined jurisdiction over the concession dispute in Cortec Mining v. Kenya. In the view of the Tribunal, Kenya's environmental obligations are of 'fundamental importance'[15] and the claimant's failure to follow environmental regulations eliminated its claimed 'investment'.[16]

It is also possible for a host state to justify its actions against foreign investors within the framework of climate change legislation. According to Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), a host state may, for example, assert that the investment treaty provisions should be interpreted in accordance with ICCL obligations, since the ICCL is part of the relevant international law rules that apply to BIT Contracting Parties. Consequently, in a scenario where an investor challenges a measure taken to mitigate climate change based on an alleged violation of their legitimate expectations and property rights, the host state can assert that the restrictions on high-carbon industries or the implementation of stringent climate change regulations are in line with the initiative to fulfill international emission reduction obligations outlined in the Paris Agreement.

The host states may also be able to bring counterclaims based on ICCL in ISDS. Although there has not yet been a case of host state counterclaim in investment arbitration involving climate change, there have been instances of the arbitral tribunals supporting host state counterclaim in the fields of environmental protection

---

[12] For instance, Article 9(a) of the Belgium-Indonesia BIT provides that, "The protection accorded to investors by the provisions of the present Agreement shall apply, (a) in the territory of the Republic of Indonesia only to investments which have been approved by the Government of the Republic of Indonesia pursuant to the stipulations contained in the Foreign Investment law No. 1 of 1967 or other relevant laws and regulations of the Republic of Indonesia."

[13] David Gaukrodger, The Future of Investment Treaties-possible directions, OECD Working Papers on International Investment, (28 June 2021), https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/946c3970-en.pdf?expires=1685864494&id=id&accname=guest&checksum=B52C05B677800FAE42074C2EFDDC01CA.

[14] OECD, Investment Treaties and Climate Change: Compilation of Submissions, (13 April 2022), https://www.oecd.org/investment/investment-policy/OECD-investment-treaties-climate-change-consultation-responses.pdf.

[15] Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29, Award of the Tribunal (22 October 2018) para 346.

[16] *Id*, para 365.

and human rights. For example, in Burlington v. Ecuador and Perenco v. Ecuador, the Tribunals of both cases concluded that environmental protection is a matter of public interest and should choose the interpretation most conducive to environmental protection when interpreting disputes over environmental regulation regime.[17] The Tribunals therefore arrived at the conclusion that Ecuador has the right to enforce environmental regulations and investors are obliged to comply with Ecuador's revised regulatory regime.[18] Similarly, in Urbaser v. Argentina, the Tribunal upheld a counterclaim brought by the host state in a human rights argument in international investment disputes. The Tribunal found that, when the investor relied on forced or child laboure or business practices that are conducive to a threat to human life or health, the Tribunal has jurisdiction over counterclaims brought by the host state.[19]

It should be pointed out that private investors are not directly responsible for reducing emissions, nor are they actively obligated to implement emissions reductions under international law. The ICCL only stipulates that countries are responsible for international emission reductions. It, nevertheless, does have horizontal effects, as host governments are responsible for ensuring that businesses within their territories comply with domestic law. Consequently, counterclaims will be justified if high-emission investors violate the host state's climate regulation by emitting large amounts of greenhouse gases into the atmosphere, threatening the host state's public interest, or negatively impacting the realization of emission reduction targets. The 'polluter pays' principle[20] can be achieved through climate change counterclaims, shifting the external costs of climate change from society to the entity responsible for the damage.

B. Non-disputing Parties

Amicus curiae arguments or non-disputing contracting party's submissions touching on ICCL can add material value to investment disputes, especially when climate change has clear public interest dimensions.[21] The growing significance of amicus curiae is underscored by the fact that modern investment treaties and arbitral rules

---

[17] Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim (11 August 2015) para 322.

[18] Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award (7 February 2017) paras 262, 216, 233; Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim (11 August 2015) para 322.

[19] Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016) paras 1209-1210.

[20] J. Martin Wagner, *International Investment, Expropriation and Environmental Protection*, 29(3) Golden Gate University Law Review, 470 (1999).

[21] Risteard de Paor, *Climate Change and Arbitration: Annex Time before there won't be A Next Time*, 8(1) Journal of International Dispute Settlement, 205 (2017).

explicitly permit their submission.[22] A notable example is Rule 67 of the recently revised ICSID Arbitration Rules (2022), eliminating the requirement for tribunals to seek permission from disputing parties before considering amicus submissions. With this evolution and the rising imperative for BITs to align with the principles of the Paris Agreement, the attempt to introduce amicus curiae briefs is likely to persist and potentially intensify.[23]

In recent practice, amicus curiae prepared by NGOs appeared frequently in the ISDS and achieved some success.[24] Amicus curiae submissions are the legal route for public interest issues to enter the scope of investment arbitration. For example, the case of Methanex Corporation v. USA is the first case to allow non-disputing parties to participate in investment arbitration as amicus curiae. In this case, NGOs submitted amicus curiae of human rights and argued that the California government's prohibition of additives is to protect the water rights and health of local residents. The Tribunal determined that it has the right to accept every written opinion submitted by an amicus curiae.[25] In addition to amicus curiae, non-disputing contracting party may clarify their positions on climate related issues. For instance, in Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia, Canada expressed its view on the environmental exception of the Canada-Colombia FTA through its non-disputing party submission.[26] In Canada's view, the general exceptions provide a final 'safety net' for the State to exercise its regulatory powers as a means of achieving specific legitimate objectives. As a final note, Canada explained that the Contracting Parties to the FTA 'did not consider their investment obligations incompatible with their obligations to protect the environment and society.'[27]

As climate change investment disputes increase, it is likely that the arbitral tribunals will have to deal with both NGOs and communities' group. As well as clarifying the basic case, amicus curiae submissions or submissions by non-disputing contracting party can provide scientific evidence of climate damage's causality or justification of climate measures. Furthermore, they can enhance the Tribunal's focus on climate change issues and better balance investor protection with public concerns.

---

22 For instance, Article 8.38 of EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement.

23 Human Rights Council, Right to Development in International Investment Law: Study by the Expert Mechanism on the Right to Development, (9 March 2023), para.64 https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/development/emd/session7/A_HRC_EMRTD_7_CRP.2%20for%20the%20web.pdf.

24 Chen Yu, *Amicus Curiae Participation in ISDS: A Caution Against Political Intervention in Treaty Interpretation*, 35(1-2) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 225 (2020).

25 Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as 'amici curiae' (15 January 2001) para 47.

26 Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021) para 373.

27 *Id*, para 376.

C. Foreign Investors

As far as foreign investors are concerned, they may take action against host states due to their inaction on climate change. Foreign investments are at risk due to adverse climate events, which the host state fails to address. As an example, investors who have been affected by climate change related weather conditions such as hurricanes or flooding may claim that the host state breached the FET and 'full protection and security' (FPS) obligation under IIAs. In the case of Allard v. Barbados, the investor from Canada claimed that Barbados breached the standard of FET in failing to undertake the international environmental obligations. Although the Tribunal did not uphold this claim, the lack of precedent in international investment arbitration indicates that climate change cases are likely to continue as governments are under increasing pressure to do more in climate action. As of today, some IIAs have incorporated the Paris Agreement into their implementation. For example, the draft version of the Netherlands Model Bilateral Investment Treaty (BIT), which was released in May 2018, includes provisions explicitly recognizing state obligations under the Paris Agreement as well as other multilateral environmental agreements. Further, as part of the discussion on the possibility of modernizing ECT, the contracting parties are required to 'effectively implement the UNFCCC and the Paris Agreement adopted thereunder, including its obligations with respect to its Nationally Determined Contributions', and the proposal includes the obligation to 'promote and enhance the mutual support of climate policy and investment measures.' Under these circumstances, foreign investors may be able to use these obligations as further legal grounds for bringing a claim regarding a state's failure to comply with its obligations under the Paris Agreement.

III. INTERNAL AND EXTERNAL DEFICIENCIES OF THE IIAS REGIME TO ADDRESS THE TENSIONS

ISDS practice recognizes that international law obligations overlap between protecting foreign investment and safeguarding the environment and other social values, so it has begun to take into account multilateral international conventions in its decision-making process. Tribunals in cases of Chemtura v. Canada,[28] Philip Morris v. Uruguay,[29] and Suez and Vivendi v. Argentina,[30] have begun to interpret the

[28] Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award (2 August 2010) paras 137-141.
[29] Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016) paras 302, 304, 401.
[30] Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic,

investment treatment standard in IIAs in light of the compatibility between multilateral treaties to which a host state is a party and IIAs, which provides references for arbitral tribunals to invoke the ICCL when hearing investment disputes involving climate change issues. Additionally, as climate change becomes a more pressing issue and more treaties mention the issue explicitly, the Tribunal may choose to give more weight to climate change arguments.[31] It is also pointed out that the flexibility and hybridity of ISDS arbitral proceedings and the greater enforceability of ISDS arbitral awards also underscore the potential of ISDS for addressing climate change aspects of investment disputes.[32] Nevertheless, the internal and external deficiencies of the ISDS mechanism make it difficult for the tribunals to mitigate tensions between the BITs and the ICCL. This has led to an increased level of conflict between the two, and has ultimately resulted in a lack of clarity and consistency in the decisions of international arbitral tribunals.

A. Internal Deficiencies: The Asymmetrical Structure of IIAs and ISDS

According to the statistics of the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), there is a total of 3300 IIAs all over the world, with a majority of them concluded between 1980s and 2010s.[33] These 'old-generation' IIAs were concluded before the widespread climate action and they are 'climate neutral or climate blind'.[34] They fall short on the following aspects in terms of addressing climate change: First, 'old-generation' IIAs are relatively short with no more than 12 to 14 articles,[35] and they are intended to promote foreign investment through the development of legal schemes that protect foreign investment from certain government actions.[36] 'Old-generation' IIAs lack the ability to address how host states can regulate climate change, which may impede climate change action implementation.[37] Additionally, most IIAs have a long lifecycle, lasting more than 10

ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010) para 262.

31 Mala Sharma, supra note 10, 754.

32 Diego Mejía-Lemos, *The Suitability of Investor-State Dispute Settlement and Host State Counterclaims for Implementing Climate Change International Responsibility*, Review of European, Comparative & International Environmental Law 3 (2022).

33 UNCTAD, The International Investment Treaty Regime and Climate Action, (September 2022) , https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d6_en.pdf.

34 Martin Dietrich Brauch, Reforming International Investment Law for Climate Change Goals. CCSI, (2020) https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-5h9r-4r38/download; A survey conducted by OECD in 2011 revealed that climate change had not made their way into treaty language. See Gordon, K. and J. Pohl, *Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*, Working Papers on International Investment 2011/01 (OECD Publishing, 2011).

35 Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2022).

36 Meredith Wilensky, Reconciling International Investment Law and Climate Change Policy: Potential Liability for Climate Measures Under the Trans-Pacific Partnership, Sabin Centre for Climate Change Law, (2015) https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1127&context=sabin_climate_change.

37 UNCTAD, supra note 33.

years. Many key treaty protections remain intact through 'sunset clauses' in the IIAs, which aim to protect investments made before termination under an outdated legal regime.[38] Although some recent treaties begin to include language about health and the environment, they still lag behind in addressing urgent climate issues.[39]

Second, 'old-generation' IIAs usually only allow host states to defend claims brought against them,[40] which makes it difficult for the host states to make counterclaims. This creates a power imbalance in international investment arbitration, as the host state is unable to hold foreign investors accountable for any violations of international law. The counterclaim mechanism been called a '30 years of failure', on the grounds that there are only a handful of successful counterclaims by host states in investment arbitration practice.[41] In Rusoro Mining v. Venezuela, for instance, the Tribunal pointed that the Article 12 of Canada-Venezuela BIT restricts the scope of disputes that can be submitted to arbitration, and the BIT only affords foreign investors standing to file arbitrations against host States; and the purpose of the arbitrations is for arbitrators to adjudicate disputes relating to claims by investors that the host state's actions or inactions are in violation of the investment treaty through the application of international law and the investment treaty.[42]

Third, IIAs give guarantees to foreign investors, but they do not address obligations of foreign investors.[43] The majority of IIAs do not mention corporate social responsibility (CSR). Even in treaties that do, CSR clauses are still in the embryonic stage,[44] and these clauses have largely been voluntary in nature.[45] Since the 'old-generation' of IIAs did not include language on CSR, arbitral decisions

---

[38] For example, the 'modernization' reform of the ECT show that the urgency of linking the ECT to the energy transition and climate protection goals has been recognized, the process is being accompanied by harsh critique. There are increased calls for a coordinated EU withdrawal from the ECT. Withdrawal is possible under Article 47, but this would trigger the 'sunset clause' under which existing investments would remain protected for another twenty years after withdrawal. See Arthur Lauvaux, *Towards a Bumpy Ride into the Sunset: On the Mutual Termination of IIAs and Their Sunset Clauses*, 38(3) Arbitration International 203(2022); Verbeek, B. *The Modernization of the Energy Charter Treaty: Fulfilled or Broken Promises,* 8(1) Business and Human Rights Journal 101(2023); Rafael Leal-Arcas and others, *The contribution of free trade agreements and bilateral investment treaties to a sustainable future*, 23(1) Zeitschrift für europarechtliche Studien 49 (2020).

[39] Crina Baltag Fciarb, Riddhi Joshi and Kabir Duggal, *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?* ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 29 (2023).

[40] Maxi Scherer, Stuart Bruce and Juliane Reschke, *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, 36(2) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 413(2021).

[41] Ana Vohryzek-Griest, *State Counterclaims in Investor State Dispute: A History of 30 Years of Failure*, 15 International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional 83 (2009).

[42] Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF) /12/5, Award (22 August 2016) paras 621-627.

[43] Rudolf Dolzer, supra note 35, 33.

[44] Rafael Peels and others, CSR in international trade and investment agreements: Implications for States, Business and Workers', International Labour Office, (April 2016). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_476193.pdf .

[45] Claire Cutler and David Lark, Incorporating corporate social responsibility within investment treaty law and arbitral practice: Progress or fantasy remedy? Investment Treaty News, (19 December 2020) , https://www.iisd.org/itn/en/2020/12/19/incorporating-corporate-social-responsibility-within-investment-treaty-law-and-arbitral-practice-progress-or-fantasy-remedy-claire-cutler-david-lark/.

raising investor responsibility are relatively rare. In most cases, investor-state tribunals have been unwilling to accommodate the application of non-investment obligations and other treaties.[46] The lack of obligations on foreign investors also limits the possibility of respondent States bringing counterclaims against the investor claimant for breach of its obligations under the treaty.[47] In the case of Urbaser v. Argentina, the Tribunal rejected the counterclaim on the grounds that the investor lacks the obligation under international law. The Tribunal concluded that there was no general rule and that the various sources of international law obligations to which it was referred did not create obligations that lay exclusively on states.[48] The same situation happened in Aven v. Costa Rica, as the Tribunal concluded that "the language of Articles 10.9.3.c and 10.11 of the Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement seeks to ensure that States retain a significant margin of appreciation in respect of environmental measures in their respective jurisdictions", but they do not impose any affirmative obligation upon investors.[49]

'One-sided' IIAs result in an asymmetrical structure of international investment arbitration, which gives greater weight to foreign investment protection when deciding cases dealing with environmental measures or climate action adopted by the host states. For example, in Rockhopper v. Italy, the claimants submitted a claim against Italy pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) for breach of various provisions of the ECT. As part of its climate change mitigation efforts, Italy banned offshore oil and gas exploration and production within 12 nautical miles of the coast. In the end, the Tribunal found that Italy had committed an unlawful expropriation and awarded the claimants EUR 184 million in damages.[50] A similar result was found in Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia, in which the Canadian investor claimed that successive environmental bans in Colombia had cost it over 50% of its mining rights. The Tribunal found Colombia's bans violated the Colombia-Canada FTA's minimum standard of treatment, resulting in damage to Eco Oro without any apparent legitimate purpose.[51] The Tribunal also held that a general

---

[46] Katia Yannaca-Small, *Corporate Social Responsibility and the International Investment Law Regime: Not Business as Usual*, 17(2) The University of St. Thomas Law Journal 410 (2021).

[47] UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement: Multiple Proceedings and Counterclaims' , (20 January 2020) https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/006/03/PDF/V2000603.pdf?OpenElement.

[48] Urbaser v. Argentine, supra note 19, paras 1206-1207.

[49] David Aven et al. v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Final Award (18 September 2018) para 743.

[50] Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14, Final Award (23 August 2022) paras103,266-268.

[51] Eco Oro v. Colombia, supra note 26, para 821.

environmental exception did not preclude compensation under the FTA.[52] Cases such as these demonstrate that environmental protection measures can be challenged and deemed violations of IIAs, and that explicit safeguards and exceptions to protect state climate policies are inadequate.[53]

Meanwhile, under the 'old-generation' IIAs, arbitrators are typically confined to assessing whether the host state violated its obligations to safeguard foreign investors, as they often view themselves as agents for the parties who seek to settle their particular investment dispute.[54] For instance, the Tribunal in Biloune v. Ghana held that it had no jurisdiction over claims for violations of human rights.[55] While some recent BITs explicitly address climate change and environmental protection, considering such public law issues may be beyond the capacity of arbitrators, since most come from the commercial arbitration background and lack the necessary expertise.[56] It is for these reasons that investment arbitration has been criticized due to its potential to negatively impact human rights as enshrined in legally binding instruments, whether civil, cultural, economic, political, or social.[57] The 2022 report of Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) also highlighted that the ISDS mechanism could be a serious impediment to governments taking the climate measures.[58]

Additionally, the existing arbitral practice, in particular that of the calculation of compensation, is not well suited for the cases involving states' climate action. 'Old-generation' IIAs do not specify compensation standards in cases of treaty obligations violation. Arbitration practice has established a host state's obligation to make full reparation by determining compensation based on income-based valuation methods that quantify the cash flows that assets would have generated if the State had not violated the investment treaty. This method, named discounted cash flow (DCF) method, creates privileges for fossil fuel asset owners, allowing them to receive massive compensation.[59] The average award in fossil fuel case is over USD 600

---

52 *Id,* para 829.

53 UNCTAD, Treaty-based Investor–State Dispute Settlement Cases and Climate Action, (September 2022), https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf.

54 E.U. Petersmann, *Human Rights, Constitutionalism, and 'Public Reason' in Investor-State Arbitration* in Christina Binder Ursula Kriebaum, August Reinisch and Dr. Stephan Wittich (eds), International Investment Law for the 21st Century, Essay in Honour of Christoph Schreuer (OUP 2009).

55 Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (27 October 1989) para183.

56 Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, 104(2) American Journal of International Law 207 (2010).

57 United Nations, UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights, (2 June 2015) , https://www.ohchr.org/en/press-releases/2015/06/un-experts-voice-concern-over-adverse-impact-free-trade-and-investment.

58 UNCTAD, supra note 33.

59 Oliver Hailes, *Unjust Enrichment in Investor–State Arbitration: A Principled Limit on Compensation for Future Income from Fossil Fuels*, Review of European, Comparative & International Environmental Law 4 (2022).

million, almost five times as much as in non-fossil fuel cases.[60] As states phase out the use of fossil fuels in energy production in accordance with the Paris Agreement, investor-State arbitration may be an option for claimants to recover lost value. The use of DCF methods may even lead to an increase in fossil fuel production.[61]

B. External Deficiencies: Unresolved Conflicts Between ICCL and IIAS

It is observed that jurisprudence of the investment tribunal has not developed complex or consistent strategies to resolve norm-conflicts between international investment law and other areas of international law.[62] Principles to resolve conflict of norms includes *jus cogens*, *lex posterior*, or *lex specialis*. These rules or principles, however, do not effectively address the conflict between rules of investment protection and climate obligations.

In the first place, norms which embody *jus cogens* are considered as being hierarchically superior to other norms. These norms are binding to all states and can be enforced by the international community. They include the prohibition of genocide, slavery, and torture, as well as other core principles of international law.[63] In this respect, Article 53 of the VCLT provides that 'A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law';[64] Article 103 of the United Nations Charter also provides that 'in the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail'.[65] As mentioned by the Tribunal in EDF v. Argentina, it is common ground that the tribunal should be sensitive to international *jus cogens* norms, including basic principles of human rights.[66] Meanwhile, in Phoenix v. Czech, the Tribunal argued that 'nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance

---

60 Lea Di Salvatore, Investor–State Disputes in the Fossil Fuel Industry, IISD, (31 December 2021) , https://www.iisd.org/system/files/2022-01/investor%E2%80%93state-disputes-fossil-fuel-industry.pdf.

61 Martin Dietrich Brauch, Ella Merrill and Jack Arnold, Event Highlights: Compensation for a Just Energy Transition in International Investment Law and Domestic Law, Columbia FDI Perspectives, (19 May 2022) , https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/CCSI-compensation-just-energy-transition-international-investment-domestic-law.pdf.

62 Jörg Kammerhofer, *The theory of norm conflict solutions in international investment law,* in Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring, Andrew Newcombe (eds.), Sustainable Development in World Investment Law, (Kluwer International 2010).

63 Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (CUP, 2003) .

64 Article 53 of Vienna Convention on the Law of Treaties.

65 Article 103 of United Nations Charter.

66 EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award (11 June 2012) para 909.

of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs'.[67] Although global climate change action is suggested to be a *jus cogens* norm,[68] there is little evidence that the international community accepts and recognizes that environmental norms have become *jus cogens* norms.[69] It is also because most of the ICCL adhere to an 'encouragement and promotion' policy. Since they do not fall under the scope of *jus cogens*, they cannot be granted a higher hierarchy than IIAs in treaty application.

Furthermore, as stated in Article 30 of the VCLT, the principle of *'lex posterior'* means, whenever all parties to a treaty are also parties to an earlier treaty on the same subject, and the earlier treaty has not been suspended or terminated, then the earlier treaty applies only to the extent its provisions are compatible with the later one.[70] This is primarily due to the assumption that the more recent norm will have a better chance of reflecting the current legal and social conditions. However, as pointed out by the International Law Commission, the applicability of the principle of *'lex posterior'* is limited.[71] Further, considering that environmental law differs from international investment law in terms of law-making techniques, particularly the framework-protocol approach and the use of 'administrative law' secreted by environmental treaty bodies, determining which obligation is prior/posterior will be difficult.[72] On the other hand, as mentioned by the International Law Commission, in case of conflicts or overlaps between treaties in different regimes, the question of which of them is later in time would not necessarily express any presumption of priority between them. States bound by treaties should instead try to implement the obligations as much as possible in compliance with harmonization principles and mutual accommodation.[73] This would require that investment tribunals shall interpret norms of ICCL and IIAs, which have different objectives and scopes, in a harmonious approach.

The *lex specialis* principle suggests that when two or more norms deal with the same subject matter, the more specific norm should be given priority.[74] It was accepted by some investment arbitral tribunals that *lex specialis* requires identity

---

67 Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April 2009) para 78; Sabine Schlemmer-Schulte, *Fragmentation of International Law: The Case of International Finance & Investment Law Versus Human Rights Law*, 25(1) Global Business & Development Law Journal 420 (2012).

68 Cervantes and others, *Global Climate Change Action as a Jus Cogens Norm: Some Legal Reflections on the Emerging Evidence*, 52 (5-6) Environmental Policy and Law 363 (2022).

69 Dire Tladi, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), United Nations, (31 January 2019), https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/chp4.pdf.

70 International Law Commission Fifty-eighth session Geneva, Fragmentation of international law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law', (18 July 2006), https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l702.pdf.

71 *Id*.

72 Jorge E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, (CUP 2012).

73 International Law Commission Fifty-eighth session Geneva, supra note 70.

74 *Id.*

between the parties and the issues concerned to give rise to a situation where different sets of rules might be opposed or contradictory.[75] More often, the principle of *lex specialis* is invoked by investment tribunals to hold that the IIA, as a specialized legal instrument, prevails over customary international law and general principles of international law.[76] However, it is argued that this reasoning could be that investment law falls under international economic law and is implemented primarily by commercial lawyers, who may not consider or be unwilling to consider public interest or the broader perspective of public international law.[77] In actual fact, as noted by the International Law Commission, a special law on a particular subject matter cannot be separated from the nature and purpose of the general law it deviates from.[78] This means that IIAs cannot be read in isolation and shall operate within the framework of international human rights law or climate change law. It was also noted by the Tribunal in National Grid v. Argentina Award, though the BIT is *lex specialis*, it is not a self-contained, stand-alone legal framework, but rather an international bilateral treaty which must be 'integrated' with underlying principles of international law in order to fill its gaps.[79]

IV. RECONCILIATION OF ISDS AND CLIMATE ACTION

Reforming IIAs would be the best way to address both internal and external deficiencies and help states fulfill their climate change commitments, but negotiating new IIAs would be onerous and time-consuming. For example, the modernization of ECT is undergoing skepticism and criticism.[80] Despite existing arduous challenges, recent practice in investment arbitration show that the arbitral Tribunal could adopt a broad interpretation approach to reconcile the tension between IIAs and ICCL to

---

[75] PAO Tatneft (formerly OAO Tatneft) v. Ukraine, PCA Case No. 2008-8, Partial Award on Jurisdiction (28 September 2010) para 91.

[76] For instance, Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award (21 November 2007) para 117; Corn Products International Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility (15 January 2008) para 76.

[77] Anja Ipp, Regime Interaction in Investment Arbitration: Climate Law, International Investment Law and Arbitration, Kluwer Arbitration Blog, (16 January 2022), https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/12/regime-interaction-in-investment-arbitration-climate-law-international-investment-law-and-arbitration/.

[78] Martti Kosketiemmi and others, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN. Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para.64.

[79] National Grid P.L.C. v. Argentina Republic, UNCITRAL, Award (3 November 2008) para 87.

[80] Verbeek, B, *The Modernization of the Energy Charter Treaty: Fulfilled or Broken Promises?* 8 (1) Business and Human Rights Journal 97-102 (2023); Martin Dietrich Brauch, The Agreement in Principle on ECT "Modernization": A Botched Reform Attempt that Undermines Climate Action, Columbia FDI Perspectives, (17 October,2022), https://ccsi.columbia.edu/news/agreement-principle-ect-modernization-botched-reform-attempt-undermines-climate-action.

accommodate climate goals.

A. Incorporating Climate Change Provisions into IIAs

The most straightforward approach to address the deficiencies in part 3 will be to reform and update the old-generation IIAs. At present, some IIAs begin to introduce specific provisions related to climate change to address the increasingly serious global warming problems.[81] The climate change provisions are mainly embodied in the provisions of preamble,[82] market access,[83] investment promotion and facilitation,[84] counterclaims, [85] and corporate social responsibility,[86] which indicate that climate change is going to play an important role in future investment arbitrations and also provide the legitimacy basis for the application of ICCL by arbitral tribunals. IIAs can go further to specify compensation standards in the event of climate action in the future. When a tribunal determines the appropriate method of valuation for stranded fossil fuel assets, it is suggested that the Paris Agreement's distribution scheme may impose a principled limit on compensation for future income from these assets, thereby ensuring that investor-state arbitration does not increase claimants' wealth at the expense of the capacity of the host state to take climate action measures.[87]

Climate change provisions can be directly applicable to the legal basis for settling investment disputes. For example, 2021 Canada Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement of Canada reaffirm the Contracting Parties' right 'to regulate within its territory to achieve legitimate policy objectives, such as with respect to the protection of the environment and addressing climate change'.[88] These provisions will justify government actions to deal with climate change and better fulfill the government's obligation to reduce emissions. In addition, some IIAs specify that foreign investors must comply with domestic laws when making investment decisions and conduct environmental impacts assessments.[89] In the event that foreign investors breach the climate regulatory norms adopted by the host state to implement

---

[81] The EU is a pioneer in introducing climate change clauses in IIAs, it purports to introduce ambitious climate neutrality provisions and conformity with international conventions on climate change, such as the Paris Agreement, as an essential part of its future trade and investment agreements. See Markus Gehring and Marios Tokas, *Synergies and Approaches to Climate Change in International Investment Agreements: Comparative Analysis of Investment Liberalization and Investment Protection Provisions in European Union Agreements,* 23(5-6) The Journal of World Investment & Trade 782 (2022).

[82] For example, the Preamble of China-EU Comprehensive Investment Agreement (CAI).

[83] For example, Article 24.9 of CETA.

[84] For example, Article 16.5 (c) of EU-Japan FTA.

[85] For example, Article 9.19(2) of the Comprehensive Progressive Agreement for the Trans-Pacific Partnership (CPTPP).

[86] For example, Article 11 of Serbia–Türkiye BIT.

[87] Oliver, supra note 59, 7.

[88] Article 3 of Model FIPA of Canada 2021. In addition, the EU-UK BIT and EU-Japan BIT specify the regulatory rights of host countries in addressing climate change..

[89] UNCTAD, supra note 33.

the Paris Agreement norms, the investment tribunal will have jurisdiction to hear the host state's counterclaim. There are also IIAs that use language such as 'reaffirming their commitment to the fight against climate change' or 'resolving to strengthen economic, trade, and investment relations in line with climate change objectives' in the preamble. For instance, the preamble of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement stipulates that 'parties reaffirming their commitment to democracy principles, to the rule of law, to human rights, and to the fight against climate change'.[90] It is likely that the parties used such language to restate their commitment to respecting certain climate change norms, and the parties indicated that they would incorporate any relevant international climate change norms into their investment treaties so that they might be directly applicable to the disputes.

Meanwhile, the climate change provisions in IIAs can provide interpretation tools for the application of ICCL by the investment tribunal. Article 31(1) of the VCLT states that 'A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose', which provides evidence for climate-friendly interpretation by the arbitral tribunals. For instance, if the preamble to an investment treaty refers to the parties' commitment under the ICCL, a contextual interpretation would require that the terms of the investment treaty be construed in light of climate goals. In addition, if the substantive provisions of the IIAs include the host state's right to regulate climate change provisions, or provide for promoting the transformation of investment to low-carbon and sustainable direction, it implies that the host state will focus on developing low-carbon economy in the future, which has reference value for the arbitral tribunals to interpret and understand the provisions of other entities. For example, Article 16.5 (c) of the EU-Japan Economic Partnership Agreement not only reaffirms the Parties' joint action to combat climate change to achieve the ultimate objectives of the UNFCCC and the Paris Agreement, but also requires that both parties should strive to promote trade and investment in goods and services related to mitigation of climate change.[91] Although the wording of the agreement is soft law in nature, it demonstrates the concern of the EU and Japan on climate change and sustainable development issues.[92] In light of the above, these climate change provisions reflect the positive signal that IIAs Contracting Parties will strengthen their

---

[90] Official Journal of the European Union, The EU-UK Trade and Cooperation Agreement' (April 2021) , https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430(01)&from=EN.

[91] Such provisions are designed to promote and facilitate investments that contribute to the fight against climate change, particularly in low-carbon and renewable energy sources, and to limit high-emission investments.

[92] Celine Bak said that 'They have signaled that future trade agreements will include Paris as part of the rules'. Ivana Kottasová, Why Trump may Hate this New Free Trade Deal? *CNN*, (July 2017), https://money.cnn.com/2017/07/06/news/economy/japan-eu-trade-deal-trump/index.html.

efforts to address climate change. They serve as important reference points for the arbitral tribunals when determining whether a state has the right to regulate its climate, whether investors are entitled to reasonable expectations, and whether indirect expropriating is occurring.

In circumstances where climate change provisions are not directly incorporated into the IIAs, the Contracting Parties can adopt binding interpretations of the treaty provisions to include reference to climate change. For instance, the 'Draft Decision of the CETA Joint Committee' developed by the European Commission and Germany clarified that the provisions of FET and indirect expropriation shall be interpreted by the arbitral tribunals in light of 'the Parties' commitments 'under the Paris Agreement and their respective climate neutrality objectives and in a way that allows the Parties to pursue their respective climate change mitigation and adaptation policies'.[93]

B. Broadening the Application of the Sustainable Development Provisions

Sustainable development provisions have gained increasing attention in IIAs in recent years. At the domestic, bilateral, regional, and multilateral levels, this trend can be observed, which not only introduces the goal requirement of sustainable development explicitly in the preamble and chapter on sustainable development, but enriches sustainable development by including environmental and human rights provisions.[94] The principle of sustainable development sets the tone for the interpretation, application and development of law, both as an interpretative tool for modernizing 'old treaties' in accordance with contemporary environmental standards as well as a balancing technique to equitably reconcile competing interests based on the facts of each case. In the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), the International Court of Justice (ICJ) point out 'this need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development'.[95] Provisions for sustainable development assist in determining the overall objectives of IIAs, as well as interpreting specific provisions in a manner consistent with environmental protection and climate mitigation.

In the event that climate change provisions are not included explicitly in

---

[93] Joshua Paine and Elizabeth Sheargold, 2022 in Review: Climate Change as a Mainstream Issue for Investment Treaty Policymakers,' Kluwer Arbitration Blog, (27 January 2023) , https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/01/27/2022-in-review-climate-change-as-a-mainstream-issue-for-investment-treaty-policymakers/.

[94] According to a 2014 statistic by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), more than 75% of IIAs include the term of sustainable development. Kathryn Gordon, Joachim Pohl and Marie Bouchard, Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment, (January 2014), https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jz0xvgx1zlt-en.pdf?expires=1676452229&id=id&accname=oid015108&checksum=3F221F96606BAADC25BD8FF04A073BC7.

[95] Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, para 140.

investment agreements, provisions related to sustainable development can be used to fill this gap. Sustainable development provisions can be used to protect the environment and mitigate climate change impacts. These provisions can ensure that investments are made in a way that is consistent with applicable environmental standards. They can also be used to require investors to comply with existing environmental regulations. Additionally, sustainable development can serve as a nexus between the ICCL and international investment law. Although ICCL and international investment law have developed on different tracks, both are related to sustainable development. Climate action forms part of sustainable development.[96]Meanwhile, as reaffirmed by the China-EU Comprehensive Agreement on Investment (CAI), economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing dimensions of sustainable development.[97] In the New Delhi Declaration on the Principles of International Law Related to Sustainable Development, the International Law Association (ILA) highlights that sustainable development should be 'integrated into all relevant fields of policy in order to realize the goals of environmental protection, development and respect for human rights.'[98] The integration principle, which is one of seven ILA principles for pursuing substantive development effectively, reflects the interdependence between international law principles and rules related to sustainable development from the perspective of social, economic, financial, environmental, and human rights. By implementing the integration principle, sustainable development will help mitigate tensions between investment law and ICCL, as well as improve their interrelationships.

C. Applying the ICCL through Systematic Interpretation

IIAs generally include provisions of applicable law that extend beyond investment treaties to cover other sources of international law.[99] For example, Article 26 (6) of ECT states that 'A tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law'. Likewise, Article 42 (1) of the ICSID Convention provides that 'The Tribunal shall decide a dispute in

---

96 Joshua Paine, supra note 93.

97 Article 1(2), Sub-section I, Section IV of CAI.

98 United Nations, ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, (9 August 2002), http://www2.ecolex.org/server2neu.php/libcat/docs/LI/MON-070850.pdf.

99 D. Mejía-Lemos, *General International Law and International Investment Law: A Systematic Analysis of Interactions in Arbitral Practice*, in Julien Chaisse, Leïla Choukroune and Sufian Jusoh (eds), Handbook of International Investment Law and Policy, (Singapore: Springer 2020).

accordance with such rules of law as may be agreed by the parties, in the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable'.[100] These choice-of-law provisions open the door for investment tribunals to integrate climate change considerations into their decision-making through applying general international law.[101] In Urbaser v Argentina, the Tribunal found that an international human rights law obligation deriving from another treaty between the investor's home State and the host state, would be applicable in investment disputes, because the international human rights law would be part of the international legal framework.[102] Hence, through application of relevant international law rules, investment tribunals could not only provide the respondent states with greater sovereign autonomy to regulate climate change, but also achieve a balance between the commitments of Paris Agreement and flexibility of IIAs.

Meanwhile, tribunals are critical for the process of treaty interpretation, and the relevance that arbitrators attach to the VCLT is key in this process.[103] ICCL can be introduced through the systematic interpretation, which is enshrined in Article 31(3)(c) of VCLT.[104] The systemic integration principle enable the application of general international law rules for interpreting substantive obligations of IIAs without defining a hierarchy and establishing a concurrent approach.[105] This principle is increasingly being used by the ICJ, the European Court of Human Rights and the Appellate Body of the World Trade Organization.[106] International investment tribunals have also begun to consider host states' international obligations under other multilateral agreements when interpreting IIAs. For instance, in Micula v. Romania, the Tribunal considered that each of the various applicable treaties will be interpreted by it having regard to the other applicable treaties, assuming that the parties entered into each treaty fully aware of the legal obligations they would be subject to under all of them.[107] Similarly, in Urbaser SA v. Argentina, the Tribunal further retains that 'the

---

100 Article 42(1) of ICSID Convention, Regulations and Rules.

101 Raymond Yang Gao, *The Role of Public International Law in Integrating Human Rights Considerations in Investment Treaty Arbitration*, 16(2) Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy 287 (2021).

102 Urbaser v. Argentine, supra note 19, para 1207.

103 Julien Chaisse and Arjun Solanki, Advancing climate-change goals: From reactive to proactive systemic integration, Columbia FDI Perspectives, (November 14, 2022), https://www.econstor.eu/bitstream/10419/266571/1/1824434677.pdf.

104 Vassilis P. Tzevelekos, *The Use of Article 31(3)(C) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology-Between Evolution and Systemic Integration,* 31(3) Michigan Journal of International Law 633 (2009).

105 Julien Chaisse, supra note 103.

106 Chester Brown, *Bringing Sustainable Development Issues before Investment Treaty Tribunals,* in Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring and Andrew Newcombe (eds), Sustainable Development in World Investment Law, (Kluwer 2011).

107 Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v.

BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum, the BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights'.[108] These cases suggests that arbitral tribunals may consider violations of non-investment treaties when interpreting investment protection standards.

By integrating climate change norms into an investment dispute, it provides a reasonable basis on which the arbitral tribunal may apply ICCL when deciding investment arbitration cases, and broadens the scope of the applicable laws in investment disputes.[109]

D. Following the Principle of Mutual Supportiveness

The principle of mutual supportiveness, which is regarded as interpretative pillar of the principle of sustainable development, functions as a key legal tool to address tensions between competing regimes.[110] Accordingly, to promote coordination and complementarity rather than conflict, the rules of international law should be understood and applied as mutually reinforcing, as part of the same legal system. While the principle of mutual supportiveness is regarded as interpretative pillar of the principle of sustainable development, it is more intuitively apt to operate at the hermeneutic level.[111] Recent IIAs have begun to introduce other topics of fundamental interest to the international community through the mutual supportiveness, such as environment, human rights and climate change. For example, Article 83 of the UK-Moldova Trade and Cooperation Agreement stipulated that 'cooperation shall be conducted considering the interests of the Parties on the basis of equality and mutual benefit and taking into account the interdependence existing between bilateral and multilateral commitments in this field'.[112]

The concept of mutual supportiveness provides a normative solution to the integration of competing investment protection and climate change regimes by arbitral tribunals. In the Iron Rhine Arbitration (Belgium v. Netherlands) case, the Tribunal stressed the importance of a 'dynamic and evolutionary' interpretation of treaties, considering modern standards and developments in international environmental law. Additionally, the Tribunal clarified the interplay between economic development and

---

Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award (11 December 2013) para 326.

108 Urbaser v. Argentine, supra note 19, para 1200.

109 *David W. Rivkin, Sophie J. Lamb and Nicola K. Leslie, The Future of Investor-State Dispute Settlement in the Energy Sector: Engaging with Climate Change, Human Rights and the Rule of Law*, 8(2) The Journal of World Energy Law & Business 143(2015).

110 Riccardo Pavoni, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate?* 21(3) European Journal of International Law 649 (2010).

111 *Id*.

112 Article 83 of UK-Moldova Strategic Partnership, Trade and Cooperation Agreement.

environmental protection. It underscored that environmental law and the law on development are not opposing choices; instead, they are complementary and mutually reinforcing concepts. As such, when development activities carry the potential to cause substantial harm to the environment, there exists a duty to prevent or at the very least, mitigate such harm.[113] The Tribunal of S.D. Myers v. Canada considered that that the principle of mutual supportiveness was chief among the principles governing the interface of trade, investment, and environmental obligations and held that 'environmental protection and economic development can and should be mutually supportive'.[114] These cases provide valuable references for the Tribunal to consider the international obligations of host countries under other conventions when applying and interpreting IIAs. Furthermore, the UNFCCC and the Paris Agreement are also being invoked in domestic proceedings to illustrate the practice of mutual supportiveness between environment and development.[115] A landmark judgement was rendered by the District Court in The Hague on 26 May 2021 in the case Milieudefensie et al. In v. Royal Dutch Shell, the Paris Agreement is used to demonstrate that the carbon dioxide emitted by Shell poses a serious threat to Dutch residents and has a serious intergenerational impact. Therefore, the enterprise must be responsible for reducing emissions.[116] In light of the above, it can be seen that the introduction of other multilateral agreements through the mutual supportiveness has become an established fact in the field of trade and investment, whether in international arbitration or domestic litigation. For the climate submission in international investment disputes, the arbitral tribunals can apply the mutual supportiveness to update 'old-generation' IIAs, seeking to balance investment protection and international obligations in relation to climate change.

V. CONCLUSION

Investment treaties and climate mitigation efforts have been debated for about 15 years, but only recently has climate change been mainstreamed into investment treaty policy, primarily by aligning it with international commitments to climate change, including the Paris Agreement.[117] As climate change issue moves from the margins to the centre of concern, it is likely that there will be an increasing number of

---

[113] Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Decision (24 May 2005) paras 59, 84; Wendy Miles and Merryl Lawry-White, *Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders: The Role of ICSID*, 34(1) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 7 (2019).

[114] S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000) paras 220, 247.

[115] Anna-Julia Saiger, *Domestic Courts and the Paris Agreement's Climate Goals: The Need for a Comparative Approach*, 9(1) Transnational Environmental Law 48 (2020).

[116] Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc., C/09/571932 / HA ZA 19-379, para 4.3.5.

[117] Joshua Paine, supra note 93.

climate-related submissions in investment arbitration, from foreign investors, host states and non-disputing parties. However, most IIAs were signed before the 2000s and are mainly aimed at promoting and protecting investments. 'One-sided' IIAs tend to produce a skewed structure in international investment arbitration, resulting in a higher emphasis on foreign investment protection when deciding cases in which measures to protect the environment or climate change have been implemented by the host state. Meanwhile, Arbitration for international investment is derived from commercial arbitration.[118] In most cases, the arbitral tribunals settle investment disputes in accordance with the IIAs, and many of them only focus on protecting foreign investment, not engaging with social and public arguments involved in investment disputes.[119] Considering the overriding narrative of global warming as a common concern of humanity, it is imperative to reform IIAs in order to align them with climate policies and make them more climate friendly. To ensure that the IIA regime and ISDS mechanism do not impede the Paris Agreement's objectives, this article argues that the most straightforward way to do so would be to update investment agreements so that they begin to reflect more of a climate focus within their content. As green investments gain popularity, sustainable development provisions such as those regarding the environment, human rights, labor, and climate change have been incorporated into IIAs. In addition to protecting investments, these 'green' investment treaties require arbitral tribunals to consider their compatibility with other aspects of international law. Moreover, this study demonstrates that there are another, more practical ways of applying the principle of mutual supportiveness and the principle of systematic interpretation to allow arbitral tribunals to interpret agreements in a way that balance investment protection with climate policies in the host states.

---

[118] Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, 104(2) American Journal of International Law 207(2010).

[119] Gian Maria Farnelli, *Investors as Environmental Guardians? On Climate Change Policy Objectives and Compliance with Investment Agreements*, 23(5-6)The Journal of World Investment & Trade 892(2022).

国际投资法与公共健康政策的平衡：中国双边投资条约的演进与创新

余　祎*

一、问题的提出

“传统上，国际法与健康问题之间存在历史性鸿沟，因为健康问题一直被视为需要解决的技术问题，而不是社会和政治问题。”[1]国际投资法与国际公共卫生法也通常被认为是相互独立的学科领域。传统的国际投资协定具有偏向性，强调投资自由化和高标准的投资保护，导致东道国在公共健康保护方面处于不利地位。

近些年，在经济全球化的浪潮中，国际投资形势迅猛发展，烟草、化学品等与公众健康密切相关的行业快速扩张，对东道国的公共利益可能会产生负面的影响。与此同时，为应对大流行病等问题，东道国正在越来越积极地行使公共健康规制权，以有效保护本国国民的健康，这不可避免地会限制投资者的利益。因此，东道国在投资协定下的义务，与其在公共卫生领域的监管权，存在一种日益对立紧张的关系。对于东道国为公共健康而采取的监管措施，外国投资者可能会根据投资协定，对东道国提起投资者-国家争端解决（下文简称 ISDS）索赔。例如，跨国烟草公司可能不满东道国所采取的控烟措施，而对其提起国际投资仲裁诉讼。此外，在基本药物的获取以及环境卫生方面，东道国的管制权也可能与其承担的投资法义务发生冲突。因此，需要在公共利益（特别是健康）与投资者利益之间，即在投资条约的义务与各国保护公众健康的义务之间寻找一个平衡点。

目前，国际投资协定和投资者-国家仲裁仍然是国际法中至关重要的机制，旨在平衡投资保护和公共卫生的潜在冲突。审理卫生措施实质问题的仲裁庭对现有条约下的国家表现出了相当程度的谨慎。但寻根溯源，国际投资下东道国公共健康问题产生的根本原因，其实是投资协定对投资者的倾斜保护，为了东道国公共健康能够得到长久的保护，需要尽快对投资协定加以完善，通过深远的投资条约改革或关于公共卫生的新型协议，重新设计这些目标之间的关系。近期的投资仲裁趋势显示，国际投资协议从传统的保护投资者权利转变为更加关注国家包括健康、环境和企业社会责任在内的公共政策。这表明，在仲裁实践中，对东道国

* 余祎，女，2001.01，华东政法大学国际法学院硕士生。

[1] See Valentina Vadi, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, 2013, p. 25.

保护公共卫生权利的态度趋于正面。[2]例如，对烟草控制措施的挑战或对危险化学品使用的规定，以及涉及药品专利或市场准入许可的典型案件，都对国家与公共卫生相关的政策产生了重要影响。部分条约的谈判与起草实践，反映出国家对国际投资法可能限制其监管自主权的担忧。而与此同时，部分当代投资条约包含了相关条款，从而得以明确合法的公共卫生规制并不会与投资者保护相冲突。

保护外国投资者私人利益和东道国公共利益之间的平衡是国际投资法永恒的主题，尤其是在传统国际投资条约仲裁实践漠视东道国公共利益，片面强调保护外国投资者利益的背景下，研究国际投资条约仲裁中东道国公共利益保护问题，对我国积极利用国际投资争端解决机制具有重要意义。今天，我国已经成为了世界上投资最活跃的地区之一，并建立起了位居世界第二的双边投资条约网络。与此同时，我国海外的投资者已开始主动积极地寻求通过国际投资争端解决中心（The International Center for Settlement of Investment Disputes，以下简称 ICSID）仲裁机制解决海外国际投资争议，外国投资者利用 ICSID 机制对我国政府提起国际投资仲裁的案例也已出现，[3]外国投资者和东道国之间发生的投资争议，往往涉及东道国的重大公共利益和公共政策。这不仅有利于发展和完善国际投资争端解决机制，而且还能促进公共利益最大化，维护东道国公共利益和外国投资者私人利益的平衡。

基于上述背景，本文指出东道国在投资协议下的义务与其在公共卫生领域的监管权之间的紧张关系，早期投资条约不利于保障东道国行使公共健康管制权，研究现行条约下投资争端中的公共卫生问题，以及新一代条约中明确了卫生考虑，鼓励被告或仲裁庭对监管权、一般例外或特定条款的豁免权进行广泛解释等问题。同时，中国，作为世界第二大经济体和外资流入大国，其双边投资条约（BITs）的演进历程不仅映射了国际投资法体系的变革趋势，更在探索国际投资法与公共健康政策之间微妙平衡方面展现出了独特的智慧与创新。本文也尝试探讨中国双边投资条约的演进轨迹，分析其在应对公共卫生挑战时所展现的灵活性与适应性，进而提出构建更加和谐共生的国际投资与公共健康治理体系的路径与策略。通过这一研究，期望能够为全球范围内处理类似问题提供有益的参考与启示。

二、早期投资条约不利于保障东道国行使公共健康管制权

早期的投资条约主要是支持资本输出国的利益，并包括确保保护外国投资的保障措施。这些条约通常规定了外国投资者及其投资可以享有的包括公平公正待遇、国民待遇等在内的各种宽泛的实体保护，而没有对公平公正待遇和间接征收等条款做出限定和澄清，对上述条款的宽泛解释容易导致外国投资者滥诉，不利于保障东道国正当行使公共健康管制权。

---

[2] See Crina Baltag, Riddhi Joshi, Kabir Duggal, *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?* ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 38, Issue 2, Spring 2023, pp. 381-421.

[3] Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/17/19, https://www.italaw.com/cases/5973, last visit on August 13, 2024.

（一）公平公正待遇下的投资索赔

公平公正待遇条款是投资者向东道国提起投资索赔时经常援引的条款之一，其条款表述的模糊性赋予了仲裁庭很大的解释空间。在以往的投资仲裁实践中，仲裁庭往往基于保护投资者利益的目的，将该条款解释为各种要素，包括：透明度要求、非专断与非歧视待遇、保护合理期待、提供稳定和可预期的法律框架等，这些解释是否被缔约国或学界认可尚且存疑，但不可否认，越来越多投资仲裁实践中采取了类似的解释路径。新冠疫情下，东道国的公共健康措施也涉嫌违背条款下的义务。

东道国政策、法律的变动可能会违背投资者的合理预期。公平公正待遇条款被仲裁庭解释为保护投资者的合理预期已有多次实践。在 Metalclad 诉墨西哥案[4]中仲裁庭认定墨西哥政府基于环境保护目的制定的法律、政策影响了投资者在做出投资决定时所依据的政策环境，没有为投资者提供一个透明、可预见的投资环境，违反了北美自由贸易协定（North American Free Trade Agreement，以下简称 NAFTA）中的公平公正待遇，此处仲裁庭将公平公正待遇的内涵延申至“为投资者提供透明、可预见的投资环境”。[5]无独有偶，在 Tecmed 诉墨西哥案[6]中，仲裁庭基于同样的理由认定墨西哥政府的行为违背了投资者的合理预期，没有履行公平公正待遇下的义务。[7]投资者的合理期待是指东道国不得任意违反其先前公开表明的立场，要维持法律框架的稳定，政府做出的行政行为以及承诺也应当前后一致，但这并不意味着东道国不得修改其法律框架，在 Philip Morris 诉乌拉圭案[8]中，仲裁庭认为保护投资者的合理期待也不得解释为禁止国家立法或者修改法律以适应不断变化的环境，但这种行为得是东道国为追求公共利益而行使规制权。[9]疫情期间，国家采取措施的形式大多是发布行政命令，同时辅之以修改法律、法令，这显然是会影响到现行法律框架的，例如，美国前总统特朗普动用《国防生产法》，授权美国卫生部（简称：HHS）发布命令（rated order）强制企业有限生产、提供卫生及医疗物资。[10]这一行政命令改变了原有的商业运作模式，允许卫生部门强迫企业与政府“做生意”，显然与民商事领域的意思自治相违背，如果涉及外资企业，那么极有可能招致投资仲裁。再如，2020 年 2 月 24 日，我国全国人大常委会通过决议，要

---

[4] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/97/1, last visit on August 13, 2024.

[5] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C155/DC542_En.pdf, p.23.

[6] Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/00/2, last visit on August 13, 2024.

[7] Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3785/DC4872_En.pdf, p.61.

[8] Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/10/7, last visit on August 13, 2024.

[9] Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC9012_En.pdf, p.123.

[10] See https://baijiahao.baidu.com/s?id=1659793433577079294.

求全面禁食野生动物，[11]之后又出台相关配套措施，对野生动物的人工饲养等做出规定，至此，人工养殖行业发生翻天覆地的变化，大批养殖户纷纷破产倒闭，如果波及到外资企业，毫无预见可能性的政策、法律环境变化几乎使得投资无法继续运营，也可能招致外资的投资索赔。

除此之外，透明度规则也常被解释为公平公正待遇的内涵，而出口管制、价格控制等其他与世界贸易组织不一致的措施，也可能被投资者指控为“缺乏透明度”。

（二）间接征收条款下的投资索赔

国际投资条约大多规定，任何征收必须建立在公共利益之上，且征收必须不受歧视的执行，包括全面和充分的赔偿支付，这些内容给投资者提供了保护。广义上的征收通过各种双边投资条约、仲裁法庭的解释而发展演变。为了维护自身利益，投资者往往对征收作无限制的扩张性解释，认为东道国为维护国内公共健康的举措实为间接征收。比如根据美国《双边投资条约范本》（2004 年）[12]第 6 条征收与补偿规定：缔约方不得直接或间接地通过征收或国有化措施对合格投资进行征收或国有化，但满足以下情况除外：(a)为公共目的；(b)以非歧视的方式；(c)支付及时、充分和有效的补偿；并(d)符合法律正当程序和第 5 条第 1 款至第 3 款“最低待遇标准”的规定。这些规定实际上限制了东道国为维护公共健康而对外国投资者所采取的规制权措施，因为其详细的适用前提会使得投资者很容易对东道国的举措产生质疑，同时“及时、充分和有效的补偿”也会使东道国望而却步。

与公平公正待遇一样，征收条款中对间接征收规定不明确也是被广为诟病的缺陷。在以往的投资仲裁中，仲裁庭对于间接征收的认定只考察东道国措施的效果，而忽视对于措施目的的考察，例如：在 Metalclad 诉墨西哥案[13]中，仲裁庭认为墨西哥相关部门的不续期行为对投资者利益产生了负面影响，虽然被申请方抗辩称措施是为了实现公共利益，但行为和目的之间不相称，所以构成征收。[14]

在公共卫生紧急事件期间，东道国的公共健康保护措施，从实质性剥夺投资者财产利益的角度，极有可能构成间接征收。一方面，对于政府对医疗卫生设施和医院的征收可能构成间接征收。例如：为保障公共卫生产品供给，西班牙政府宣布将私人医院国有化，如果该私人医院是外资控制或参与，东道国需要根据其与投资者母国签订的投资协定对投资者予以补偿。另一方面，东道国对宾馆、酒店等民营企业的征用也可能构成征收。例如，某国在疫情期间征用酒店用以隔离治疗新冠患者，这种干预或控制使酒店的正常业务无法继续维持，达

---

[11] See http://www.legaldaily.com.cn/government/content/2020-02/25/content_8125301.htm.

[12] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2872/download.

[13]Metalclad Corporation v. The United Mexican States, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/97/1, last visit on August 13, 2024.

[14] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C155/DC542_En.pdf, p.30.

到了关闭其业务的程度，能被认定为剥夺了投资者对投资财产的使用以及收入预期，构成间接征收。

（三）国民待遇标准下的投资索赔

在公共卫生紧急事件后，各国更倾向制定保守型的投资政策，以恢复遭受重创的本国经济，以及保护危机中的重要产业及国内企业。对本国产业、行业出台的政策扶持可能构成对外资的歧视，进而违反国民待遇标准。例如：航空业在疫情中因东道国的熔断措施而受到了严重影响，为帮助航空公司度过难关，一些国家与企业达成救助协议，然后以参股的形式为航空公司提供资金、政策支持，但与此同时，政府也可以基于股权参与公司的经营管理。[15]而根据国民待遇，东道国需要对外国投资及投资者提供不低于对本国投资者的待遇，政府对本国企业的扶持政策可能涉嫌违反国民待遇标准。再如，我国为稳定市场经济，出台了“六稳六保”政策，[16]包括对企业融资、贷款提供便利，那么对于外企而言，国内企业因政府的扶持而在市场竞争中占据优势地位，外国投资者从而处于被歧视的地位，外国投资者也可能由此提起索赔。

三、现行条约下投资争端中的公共卫生问题

一般而言，在 2015 年之前签订的投资条约通常不涉及公共卫生问题。[17]公共卫生的概念本身就是一个有待讨论的分析类别，也是一个条约解释问题。其英文表述为“Public Health”，而“Health”一词除了有这里提到的“卫生”的意思，其为大家所熟知的另一个含义应该是“健康”，因此公共卫生的概念与健康是紧密相连的。从手段与目的的角度来看，公共健康是目的，而公共卫生是达到公共健康这一目的所需采取的手段。[18]最初公共卫生主要是涉及人类疾病的控制和预防，即公共卫生是通过一系列的活动来预防疾病，以保护我们每个人的生命健康。《国际卫生条例（2005）》（2005 年 5 月 23 日修订，2007 年 6 月 15 日实施）中提到，各国应当以不会对正常生活和贸易造成干扰的方式保护世界范围内的人民不受疾病传播

---

15 德国联邦政府向汉莎航空提供最高达 90 亿欧元的资金救助，未来德国政府将持有汉莎集团 20%的股份，汉莎集团将需要遵循政府提出的可持续发展的目标；美国为航空业批准了 250 亿美元的一揽子救助计划，根据救助条件，政府可以收购美国航空、联合航空、捷蓝航空、达美航空和西南航空的部分股份；芬兰政府宣布了一项 6 亿欧元的芬兰航空公司资本重组计划，该计划已获得欧盟委员会的批准。芬兰政府目前持有该航空公司 55%的股份。载 UNCTAD, World Investment Report: International P roduction Beyond the Pandemic.[R]. United Nations, New vcYork and Geneva,2020,93.

16 See https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/06/id/5254967.shtml.

17 也有例外，如第一个现代双边投资条约：见《德意志联邦共和国与巴基斯坦关于促进和保护投资条约》（1959 年 11 月 25 日通过，1962 年 4 月 28 日生效）。 Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments (adopted 25 November 1959, e ntered into force 28 April 1962).

18 参见时业伟：《新冠肺炎疫情下国际贸易规则与公共卫生治理的链接》，载《华东政法大学学报》2021 年第 2 期，第 137 页。

的影响，[19]随着经济的发展，公共卫生范围也不再局限于疾病的预防和治疗，其范围逐渐扩大到与生命健康有关的环境污染或者特殊物品的管制。由于公共卫生的范围扩大到特殊药品的管制，《烟草控制框架公约》在其序言部分强调，为了保护人类的生命健康，呼吁各国进行国际合作。[20]

公共卫生危机威胁到世界各国的经济和社会发展，对人类的安全也构成严重威胁。为此，各国经常需要采取维护公共卫生的各种必要措施。但是各国采取的一些公共卫生措施同时又可能会影响本国境内外国投资者的经济利益，从而很容易引发外国投资者与东道国之间的国际投资争端。在各国普遍签订包含投资者与国家间争端仲裁条款的国际投资条约的情况下，东道国采取公共卫生措施面临着巨大的国际投资仲裁风险。实践中已然出现了若干起外国投资者挑战东道国公共卫生措施的国际投资仲裁案件。有关案件主要可分为如下三类：健康警告和简约包装规定、药品获取以及环境相关健康措施。

（一）健康警告和简约包装规定

2005 年生效的《烟草控制框架公约》旨在成为促进公共卫生的里程碑，并进一步发展国际卫生合作的法律框架。在这一框架公约的推动下，在国际、区域和国内层面的辩论背景下，一些国家开始采纳所谓的“平面包装规则”（plain packaging rules）。2012 年，澳大利亚成为第一个实施要求烟草产品采用简易包装的国家。从那时起，比利时、加拿大、法国、匈牙利、爱尔兰、荷兰、新西兰、挪威、沙特阿拉伯、新加坡、泰国、土耳其、英国和乌拉圭等国家开始实施相关立法，而其他国家，包括智利、厄瓜多尔、巴拿马和南非也逐步启动相关的立法程序。但烟草公司对此持反对意见，声称简朴包装将侵犯他们的知识产权，以及违反国际贸易协定。此外，烟草公司辩称，没有可信的证据表明简朴包装能有效实现其既定目标，并且许多国家已经放弃了这一想法。最后，他们担心简朴包装会导致假冒香烟走私活动的增加，这将会带来高昂的成本，并且可能会扩展到其他产品上。在这场讨论中，一家烟草公司，菲利普莫里斯，决定对两个实施了严格烟草包装规定的国家——澳大利亚和乌拉圭——启动国际仲裁程序，而其中最具代表性的则是 2010 年“菲利普莫里斯诉乌拉圭”案。[21]

2005 年乌拉圭为降低烟草对国民健康的损害，依据《烟草框架公约》颁布了两项与烟草限制相关的法案，第一项是要求国内的烟草包装盒上健康标示的面积占比要从原来的 50%增加至 80%的“80/80 规则”，第二项则是要求每种品牌下只能有一种商品并且商品包装上不允许出现“轻柔”等具有误导性词语的“单一外观要求规则”。这两项法案的出台波及到了外国烟草公司的利益，进而激化了东道国与烟草公司的投资矛盾。其中美国菲利普莫里斯

---

[19] 《国际卫生条例》第 2 条规定：“本条例的目的和范围是以针对公共卫生危害、同时又避免对国际交通和贸易造成不必要干扰的适当方式预防、抵御和控制疾病的国际传播，并提供公共卫生应对措施。”

[20] 《烟草控制框架公约》序言规定：“本公约缔约方，决心优先考虑其保护公众健康的权利，认识到烟草的广泛流行是一个对公众健康具有严重后果的全球性问题，呼吁所有国家就有效、适宜和综合的国际应对措施开展尽可能广泛的国际合作。”

[21] Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, https://www.italaw.com/cases/460, last visit on February 20, 2024.

公司位于瑞士的子公司奥驰亚公司认为，[22]乌拉圭的这一行为违背了 1988 年《瑞士-乌拉圭 BIT》[23]中相关的投资保护条款，具体体现为，首先，莫里斯公司将此控烟措施理解为限制其以适当方式使用商标的权利。在瑞士与乌拉圭 BIT 中第 1 款所设想的投资的广泛定义，其商标的权利受到投资保护，被诉控烟措施违反征收与补偿条款，乌拉圭政府剥夺了莫里斯公司的商标权却没有给予相应补偿。其次，被诉控烟措施违反公平公正条款，乌拉圭政府控烟措施没有满足莫里斯公司对稳定投资环境的合理预期，其措施是武断不合理的，且没有任何理由能够证明对投资者商标权的种种控制能够必然对公共健康有积极意义，该措施对其商标造成了严重的、不公正的限制，而且乌拉圭国内法院的不一致判决构成了拒绝司法。此控烟措施损害了其在乌拉圭应享有的投资价值，因此根据投资协定规定菲利普莫里斯向国际投资争端解决中心提起仲裁申请。

菲利普莫里斯公司要求乌拉圭补偿 2227 万美元，[24]但是该案的仲裁费用已经高于其所要求的补偿费用。仲裁庭最终裁决认定，[25]东道国的行为并未违背公平公正待遇，也不构成间接征收，原因是东道国规制烟草是行使治安权这一习惯国际法上的权利，在非歧视与善意行使的情况下，是正当的行为。最后菲利普莫里斯公司支付 1690 万美元仲裁费用，乌拉圭支付 1030 万美元仲裁费用，而乌拉圭同年的 GDP 只有 557 亿美元。菲利普莫里斯公司希望能在乌拉圭一案中，乌拉圭因仲裁压力撤回其颁布的法案，乌拉圭也提出该案得以应诉是因为有第三方的支持，如果没有第三方支持，很有可能在菲利普莫里斯提出仲裁时与其达成和解考虑撤回该法案。[26]因此，在面临投资协定对东道国公共健康保护不力的现状下，一旦投资者为了获取长期利益提起投资仲裁，东道国有很大可能面临巨额的赔偿费用与仲裁费用，这使得一些东道国在实施公共健康保护措施时畏缩不前，甚至为了能够不支付这些高额赔偿而放弃某些公共健康保护措施。

ISDS 法庭在裁决东道国行为是否符合其在双边投资条约承担的义务时，需要决定是高度尊重东道国的行为，还是严格审查这些行为。换句话说，这一追求是要在国家遵守国际法和国家调控自主权以应对国内紧迫问题之间找到正确的平衡。在公共卫生问题上，菲利普莫里斯诉乌拉圭案的仲裁庭认为，“公共卫生措施的责任应由政府承担，投资仲裁庭应对政府在公共卫生保护等国家需求问题上的判断给予高度尊重”。[27]这个案例涉及乌拉圭采取监管措施来对抗烟草消费，因为有关烟草致命效应的强烈科学共识。仲裁庭认为，[28]由于决定解

---

22 See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf.

23 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8213/download.

24 See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf.

25 See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf.

26 See James Gathii & Cynthia Ho, “Regime Shifting of IP Law Making and Enforcement From the WTO to the International Investment Regime,” *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, X VIII (2017) , p. 436.

27 See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf.

28 See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf.

决“重大公共卫生问题”，应当对国家当局给予“实质性的尊重”。当存在关于正确结论的规范性或经验性不确定性时，仲裁员应当保持克制，并因此对做出决定的国家持尊重态度。

（二）药品获取

第二类涉及投资保护与公共卫生相互作用的案例也与知识产权有关，但这次涉及的是与专利保护相关的问题，这可能与获得药品和医疗保健的权利发生冲突。

1993 年，*Slovak Republic*（斯洛伐克共和国，以下简称“斯洛伐克”或“被申请人”）建立了强制性和普遍性的公共健康保险制度，1994 年对这一制度进行了修改，允许设立其他国有和私营实体履行公共医疗保健职能。截至 2004 年，公共医疗保险体系积累了大量赤字。斯洛伐克通过从国家预算中注入资金和一系列改革措施解决赤字问题，在法律层面开放健康保险市场。2004 年所推动的改革措施旨在健康保险市场实现公共和私人资本的混合经营模式。*Achmea* B.V.（原 Eureko B.V.，以下简称为“Eureko”或“申请人”）是一家荷兰私人有限责任公司，总部位于荷兰阿姆斯特丹。Eureko 旗下的金融服务集团，在全球范围内提供一系列保险产品，包括医疗保险、人寿及非人寿保险、银行业务、资产管理和养老金产品。2004 年的斯洛伐克保险市场改革吸引了 Eureko 赴斯洛伐克投资。2006 年 3 月，Eureko 决定投资斯洛伐克医疗保险市场。Eureko 通过联合医疗公司、联合保险公司这两家公司在斯洛伐克运作，两家公司于 2006 年成立，由 Eureko 出资。截至 2007 年 1 月 1 日，联合医疗公司在斯洛伐克医疗保险市场占有率约 8.5%，在业内排名最高，并多次获奖。本案仲裁争议也是主要涉及 Eureko 对联合医疗公司的投资。[29]

2006 年 6 月 17 日，斯洛伐克举行议会选举，社会民主党获胜。新的斯洛伐克政府采取措施对 2004 年改革进行调整，[30]具体包括：（1）设置营运开支上限；（2）禁止居间商业行为；（3）对医疗监管机构及管理委员会重新定位；（4）要求医疗保险公司须与指定的国立医院合作；（5）禁止向股东分配利润；（6）改变分配制度；（7）审查医疗保险公司的财政预算；（8）对偿付能力提出新要求；（9）禁止转移保险组合。申请人主张，[31]斯洛伐克在 2006 年 7 月政府更迭之后所采取的各种立法措施，系统地阻却了 2004 年斯洛伐克医疗保险市场自由化的趋势（保险市场自由化是吸引 Eureko 投资的最主要原因）。申请人指出，这些行动破坏了 Eureko 的投资价值，相关措施构成非法间接征用其投资，违反了《荷兰-斯洛伐克双边投资协定》[32]（以下简称为“《荷-斯 BIT》”）第 5 条。申请人还认为[33]，被申请人的行为违反了《荷-斯 BIT》关于（1）公正公平待遇，包括不歧视原则所规定的保护标准；（2）充分保护与安全条款；（3）利润及股息的自由转移。申请人请求被申请人对违反《荷-斯 BIT》给

---

[29] Achmea B.V. v. The Slovak Republic, http://italaw.com/cases/417, last visit on February 26, 2024.

[30] See https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf.

[31] See https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf.

[32] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/7627/download.

[33] See https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf.

申请人造成的损失给予不少于 1 亿美元的赔偿，包括费用和利息，同时请求宣布斯洛伐克违反《荷-斯 BIT》。

对于斯洛伐克在 2006 年的改革是否构成征收，仲裁庭的裁定是不构成，[34]因为该限制措施已被斯洛伐克宪法法院宣判为违反宪法，虽然这一事件确实构成了对投资的暂时干涉，并对投资者造成了损害，但不能认为它造成了对投资者投资的永久剥夺。这一结论与其他仲裁庭对征收的必要特征和干涉财产权的持久性的重视是一致的。虽然被申请人的行为不构成征收，但仍违反了《荷-斯 BIT》的第 3 条和第 4 条。对于被申请人是否违反公平公正待遇，仲裁庭认为，被申请人剥夺创造利润的权利，再加上禁止转让投资组合，实际上剥夺了申请人获得其投资的商业价值的机会。该投资既不能被维持以产生利润，也不能被出售，申请人没有办法收回其投资的商业价值。因此，被申请人违反了《荷-斯 BIT》第 3 条第 1 款规定的公正公平待遇标准以及第 4 条关于自由转移利润的规定。

（三）环境相关健康措施

这种潜在冲突导致投资者与国家之间争端的最早案例之一是 Ethyl 诉加拿大案。[35]该案涉及加拿大禁止跨省贸易燃料添加剂甲基环戊二烯基锰三羰基（MMT），加拿大方面认为这是一种高度有毒的物质，可能会导致神经系统缺陷和其他公共健康风险。

Ethyl Canada 公司是美国 Ethyl 公司（ETHYL Corporation，以下简称“申请人”）的全资子公司，位于加拿大安大略省，是加拿大境内 MMT 的唯一进口商与分销商，其所进口销售的 MMT 全部购自美国 Ethyl 公司或其在美国境内的全资子公司。MMT 是一种燃油添加剂，在石油提炼过程中使用，作用是提高无铅汽油中的辛烷含量。Ethyl Canada 公司于 1978 年开始进口并销售 MMT，MMT 的销售是该公司经营业务的重头部分。

自 1993 年起及之后，加拿大多家汽车制造商认为 MMT 对汽车排放控制系统有害。1994 年 10 月加拿大环境部部长发表声明，提出 1995 年 8 月以前必须禁止在加拿大的汽油提炼中使用 MMT。1995 年 2 月 17 日加拿大环境部表示加拿大政府将采取行动禁用 MMT。2 月 24 日，加拿大工业部警告环境部，若 Ethyl 公司失去加拿大的 MMT 生意，其将每年损失“数千万美元”。同年 4 月 5 日，加拿大政府通过一项议案，要求就禁止向加拿大进口 MMT 及在境内进行 MMT 跨省交易进行立法。加拿大政府尤其是环境部多次在公众媒体上发表言论，称使用 MMT 将危害健康，污染空气和饮用水，禁止进口和取代 MMT 将使加拿大人受益，这些言论最终都导致了公众对 MMT 的抵制。1995 年 5 月 19 日，加拿大 C-94 号法案《关于规范某些基于锰的物质的跨省贸易和商业进口的法案》（An Act to regulate interprovincial trade in and the importation for commercial purposes of certain manganese-based substances）出台，同日加拿大环境部举行新闻发布会，详细介绍了加拿大政府关于禁止 MMT 进口及跨省

---

[34] See https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf.

[35] Ethyl Corporation v. The Government of Canada, UNCITRAL, http://italaw.com/cases/409, last visit on March 20, 2024.

交易的政策。同年 10 月 2 日，C-94 号法案二读通过，并提交加拿大 manganese 下议院委员会审议，后因 1996 年 1 月加拿大国会休会而终止审议。1996 年 2 月 23 日，加拿大国际贸易部部长提醒环境部部长，禁止进口 MMT 将会违反加拿大在 WTO 和 NAFTA 项下的义务。同年 4 月 18 日，加拿大环境部重提 C-94 号法案立法事宜，4 月 22 日，C-94 号法案变更为 C-29 号法案进行审议。1997 年 4 月 9 日，C-29 号法案经上议院审议通过并于当月经加拿大总督御准，生效成为正式法令。申请人表明因被申请人的这些行为自己已遭受或将要遭受巨大损失，故提出了以下仲裁请求：请求裁定被申请人因违反了 NAFTA 规定的义务而向申请人赔偿不少于 2.01 亿美元的损失；请求裁定被申请人支付申请人因进行本仲裁程序支付的成本，包括所有专家费用与支出；（3）请求裁定被申请人支付裁决前后仲裁庭以固定利率计算的利息；（4）请示裁定支付仲裁庭认为合适的进一步的救济费用。[36]

在该案中，尽管加拿大政府主张其对 MMT 的进口禁令是为了保护公共的健康和安全的环境，但是仲裁庭认为加拿大政府的进口禁令措施仅是为了防止投资者对公共健康和环境安全的潜在危害，而不是实际已经发生的危害，而且加拿大对投资者可能造成的危害程度并没有一个明确的证明，因此，仲裁庭认为，[37]加拿大政府的行为并不是合理的政府管制行为，而是间接征收行为，最终裁定加拿大政府废除 MMT 法令，并对申请人进行赔偿。

此外，首个深入探讨与环境相关的健康措施的实质性案例是 Chemtura 诉加拿大案。[38]在科聚亚公司诉加拿大政府（Chemtura v. Canada）一案中，适用的是 UNCITRAL 的仲裁规则，国家与投资者之间适用的投资条约是《北美自由贸易协定》。美国投资者科聚亚公司声称，加拿大通过禁用有毒化学农药林丹，间接没收了它以林丹为原料的产品的投资。[39]仲裁庭进行了如下调查：第一，该措施的影响；第二，该措施是否出于善意的公共目的；第三，该措施是否遵守了投资者的正当程序权利；第四，该措施是否是非犯罪性的；第五，投资者是否有合法预期。仲裁庭从该措施对投资的影响开始分析，采用了实质性剥夺的测试方法。仲裁庭基于以下三个原因否认了实质性剥夺：首先，林丹产品的销售只占投资者整体销售的一小部分；其次，该公司仍在运营，其销量呈上升趋势；第三，投资者在所有相关时间仍控制着其投资。关于该措施的善意公共目的，仲裁庭的评估是基于该措施的科学验证。然而，仲裁庭指出确定林丹的某些用途是否危险并不是其目标。该规则不是要对高度专业化的国家监管机构做出的以科学为基础的决策的正确性进行猜测。对公共目的的评估必须根据每个案件的具体情况来具体进行。在案例中，仲裁庭指出，[40]无论科学发展状况如何，它都不能忽视一个事实，即林丹在国内和国际上引起了越来越多的关注，而且林丹被列入《关于持久性有机

---

[36] See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8296.pdf.

[37] See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8297.pdf.

[38] Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, https://italaw.com/cases/249, last visit on March 21, 2024.

[39] See Krzizok, B. M. (2021), "COVID-19 in Investment Arbitration. A Legal Answer", Prudentia Iuris, No. 92, pp. 65-96.

[40] See https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf.

污染物的斯德哥尔摩公约》指定予以消除的化学品清单。因此，林丹被认为危害了健康和环境。这一国际共识，包括加拿大的国际义务，成为该措施善意的公共目的的证据。然后，仲裁庭对投资者的正当程序权利是否得到了尊重进行分析。仲裁庭将违反正当程序定义为措施背后的不透明和不公开的程序。在本案中，记录显示投资者有被告知暴露风险的重要性并被要求提供有关这一问题的信息，但其未能利用这些机会。因此，围绕该措施的辩论是公开和透明的，不存在侵犯投资者正当程序权利的情况。在这一评估之后，仲裁庭讨论了该投资者是否得到了非歧视性的待遇，也就是说，与其他情况类似的投资者是否处于平等地位。有证据表明，国家对所有情况类似的投资者平等地适用相同的控制和措施，因此该措施是非歧视性的。作为最后一步，仲裁庭审查了投资者的合法预期。仲裁庭认为，必须考虑行业的监管模式。仲裁庭还指出，作为一个在高度管制的行业中有经验的注册人，投资者忽视国家的做法和相关的风险是不合理的。出于这个原因，仲裁庭否定了投资者存在合法预期。总之，该措施不构成可补偿的间接征收。因此在该案中，仲裁庭认为东道国的监管措施是合理的，其中不仅仅是因为东道国拥有保护健康和环境的权利，而且有履行国际条约承诺的义务。[41]

总的来说，在面临保护公共健康的环境相关措施与经济利益之间的冲突时，一些案件在裁决发出前由各方解决（如 Ethyl 案），或者因管辖权问题由东道国获胜（如 Gallo 案）。在那些确实审理了案件实质问题的仲裁中（如 Chemtura、Roussalis 和 AWG 案），仲裁庭认为，只要尊重良好的治理标准（如正当程序、基于科学的决策、非歧视、必要性、比例性和诚信），国家保护公共健康的权力应当占据优势。仲裁庭通过参考国家追求其国际健康或环境义务来确定这些良好治理标准（如 Chemtura 案）。在公共健康或环境理由被认为缺席或基本上没有根据的情况下（如 Tecmed 案，以及间接地，Urbaser 案），国家的行为受到更严密的审查。

四、新一代投资协定中的公共卫生问题

“第一代”投资条约（大致上是指 1959 年至 2010 年之间签订的条约）[42]通常不包含任何有关公共卫生、人权或更广泛的环境保护的规定。因此，一些投资仲裁庭不得不评估所谓的投资保护标准，进而判断东道国的行为是否违规，而东道国认为其中部分行为的实施是出于维护公共卫生的目的，因此是合理的，但这些仲裁庭所依据的条约中并未对此提供任何指导。如上所述，在几乎所有这些案件中，仲裁庭仍然允许公共卫生理由凌驾于投资利益之上。

东道国采取的部分措施可能会因损害外国投资者的利益而被诉至国际投资仲裁庭。国际投资协定中起初鲜有公共卫生例外条款，而晚近的国际投资协定在序言及正文中开始包含一种或几种公共卫生例外条款，这将有助于平衡投资者权益和公共卫生保护之间的关系。

---

41 参见黄世席：《国际投资争端中投资规则与人权规则适用的冲突与挑战》，载《当代法学》2018 年第 4 期，第 124 页。

42 See Mary E. Footer, *BIT and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment*, 1 Mich. St. J. Int'l L., 2009, p. 35.

（一）新的广泛条约范围

逐渐意识到投资法并非孤立存在，各国已开始在“新一代”投资条约和模式双边投资协定（2010 年后起草的国际投资协定和自由贸易协定）[43]中提及对人权与环境议题。例如，《跨太平洋伙伴关系协定》（简称 CPTPP）在序言部分明确了东道国为保护本国的公共利益有进行管制的权利，[44]第 9.16 条在投资章节部分以单独条款的方式肯定了东道国有权为保护公共卫生等公共利益而采取公共卫生措施。[45]《欧盟加拿大经济贸易协定》（简称 CETA）在序言条款中也直接肯定了东道国的公共卫生规制权，明确规定了东道国具有实现其公共卫生等政策目标进行管制的权利。[46]《挪威双边投资协定范本》（2015 年）[47]还向各国发出警告，认为“通过放宽国内的卫生、人权、安全或环境措施或劳动标准来鼓励投资是不恰当的。”

现在，几乎所有最新的模式双边投资协定，例如印度双边投资协定模型（2015 年）[48]和荷兰双边投资协定模型（2019 年），[49]都以某种形式提到公共卫生。到目前为止，中国现行有效的国际投资协定包含 107 个 BITs 和 25 个与投资有关的条约（TIPs）。[50]中国签订国际投资协定的实践可以以 1998 年为分水岭被分为两个阶段。[51]第一阶段的 91 个 BITs 中绝大部分没有公共卫生例外条款，只有数个 BITs 中规定了有关公共利益保护的条款，例如《中国—斯里兰卡 BIT》（1986）第 11 条。[52]截至目前，这 91 个 BITs 中的 70 个仍然有效。这些早期国际投资协定对中国政府公共卫生规制权进行了较大程度的限制，极有可能增加中国面临国际投资仲裁的风险。

1998 年以来，虽然中国在第二阶段国际投资协定中规定了高水平的投资待遇标准，但本国公共利益保护仍未得到足够多的重视，只有 20 多个协定规定了公共卫生保护相关的内

---

43 See Mary E. Footer, *BIT and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment*, 1 Mich. St. J. Int'l L., 2009, p. 35.

44 CPTPP 序言规定：“本协定认识到各自固有的监管权，并决心保留缔约方在确定立法和监管优先事项、保 障公共福利以及保护合法公共福利目标方面的灵活性，例如公共健康、安全、环境、可用尽生物或非生物自 然资源的保护、金融体系的完整性和稳定性以及公共道德。”

45 CPTPP 第 9 章第 16 条规定：“本章中任何内容不得解释为阻止一缔约方采取、维持或执行在其他方面符合本章且该缔约方认为对保证在其领土内的投资活动以积极考虑环境、卫生或其他监管目标的方式开展所适当 的任何措施。”

46 CETA 序言规定“本协定保护缔约方在其领土范围内的规制权，决心维护其实现合共目标的自由权，如公 共卫生、安全、环境、公共道德及文化多样性。”

47 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download.

48 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download.

49 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download.

50 UNCTAD. International Investment Agreements Navigator: China［EB/OL］. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china, last visit on March 7, 2024.

51 参见张光：《中外双边投资协定中公共利益保护条款之立法设计》，载《国际经贸探索》第 30 卷第 3 期，第 86 页。

52 《中国—斯里兰卡 BIT》（1986）第 11 条规定：“本协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其国家利益，或为保障公共健康，或为预防动、植物的病虫害，而使用任何种类的禁止或限制的权利或采取其他任何行动的权利。”

容。其中《中国—特立尼达和多巴哥共和国 BIT》（2002）在序言中规定，[53]缔约双方同意在不放松对健康、安全和环保措施的普遍适用情况下实现鼓励、促进和保护投资的目标；《中国—圭亚那 BIT》（2003）在序言中规定，[54]缔约双方同意鼓励、促进和保护投资这一目标的实现不影响普遍适用的健康、安全和环境措施。尽管国际投资仲裁庭在解释涉案条约时会考虑序言，但是序言中的规定往往过于笼统，实践中具有极大不确定性，上述两个 BITs 中“普遍适用”一词在实践中需要进行进一步解释，并且东道国是否有权制定新的公共卫生立法或政策也有待考量。

该时期的部分国际投资协定中含有一般例外的规定，如《中国—土耳其 BIT》（2015）[55]第四条“一般例外 一、本协定不应解释为禁止缔约一方采取、维持或执行任何以下非歧视性的必要措施：（一）为保护人类、动物或植物的生命或健康，或为保护环境而设计和采取的措施……二、本协定不应解释为：（二）禁止缔约一方根据国内法在非歧视的基础上采取其认为为保护基本安全利益所必需的措施”。还有部分国际投资协定中对不构成间接征收的情况进行了规定，如《中国—乌兹别克斯坦 BIT》（2011）[56]第 6.3 条，“除非在例外情形下，例如所采取的措施严重超过维护相应正当公共福利的必要时，缔约一方采取的旨在保护公共健康、安全及环境等在内的正当公共福利的非歧视的管制措施，不构成间接征收。”

（二）公共卫生作为“规制权”的一部分

规制权（right to regulate）来源于国际习惯法中的治安权利，也被称为警察权力（police power），它一般代表着一国对自己国内政治、经济、法律等方面的监管自由，这一概念来自于英美法，主要目的在于“纠正市场失灵以满足集体或公众的利益”。[57]从国际法角度来看，规制权的理论基础来自国家经济主权原则，被国际习惯法所认可。根据国家经济主权原则，一国对其境内的资源、财产以及一切经济活动享有绝对的主权，这一权利一般都被其国内法所确定，无需依赖投资贸易协定的授权。因此有学者认为“不管国际投资条约中是否对其有明确措辞，规制权都是东道国所固有的，具有天然的合法性”。[58]典型的规制行为包括经济性规制和社会性规制，社会性规制以公共健康、公共安全、环境保护为目的，本文涉及的公共健康相关的规制性措施就属于社会性规制的范畴。[59]国际法承认国家有权采取措施以维护公共健康利益。《动植物检验检疫卫生措施协议》第二条承认了这一点，《国际卫生条例》不光承认缔约国有权保护公共健康利益，还要求缔约国在公共健康危机下采取适当措施抵御疾

---

53 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/7994/download.
54 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/7916/download.
55 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6588/download.
56 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8321/download.
57 【英】安东尼·奥格斯著：《规制：法律形式与经济学理论》，骆梅英译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 2 页。
58 参见张庆麟：《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》，载《政法论坛》2017 年第 6 期，第 68-77 页。
59 参见【日】植草益著：《微观规制经济学》，朱绍文译，中国发展出版社 1992 年版，第 22 页。

病的国际传播。随着经济全球化深入发展，公共健康的内涵一步步丰富，传统的公共健康领域只包括疾病控制和预防，但是世卫组织将环境健康和特殊物品管制也纳入了公共健康议题，环境健康包括水、空气污染等问题，而特殊物品管制涉及烟草、酒精之类的管制。[60]受此影响，《烟草控制框架公约》要求缔约国采取控烟措施以保护公共健康，由于全世界死亡、疾病的四分之一是由环境风险因素导致的，2019 年世界卫生大会期间各国制定了新的《健康、环境与气候变化全球战略草案》，旨在改变各国处理环境对健康风险的方式，在所有政策中考虑健康问题，并加强疾病预防和健康促进。[61]

根据国际法，规制权是由国家对其领土的控制所产生的，是国际法规定的主权的基本属性。尽管规制权与国家主权不是同一概念，但是国家主权可以为东道国行使规制权提供理论基础。国家主权并不是不可让渡，无法超越的权力。在国际投资领域，国家为了吸引外资，发展本国的经济，在签署国际投资协定时赋予了投资者起诉东道国的权利，这一规定虽然突破了一个主权国家不能被私人起诉的限制，但这并非是主权完全的让渡，这也恰恰是一国行使主权的体现。因为一国国家的主权在于国家的选择自由，国家自愿签订投资协定，意愿受到协定的约束，也正是国家行使主权的体现。虽然国家应当受到国际投资协定的约束，不能任意地侵害外国投资者的财产，但是在外国投资者的行为损害了东道国的环境或者国民的生命健康，从而给东道国造成了严重损害时，东道国仍然具有对外国投资者进行管理和控制以保护本国的利益不受侵害的权利。

国家和社区有权保护其公民免受疾病的伤害。东道国除有义务保护外国投资者在其领土上的利益，也负有主要责任保护其公民健康不受侵害。保护公共卫生的各种各样的国内法规和政策措施可能会干扰外国投资。国际投资协定是对东道国主权有意识的克减，致使东道国履行国际投资条约义务与行使公共卫生监管职能之间产生了紧张关系。但《双边投资协定》的语言内容并不意味着削弱国家对其经济的永久主权。实际上，可以认为根据国际法，国家调节其经济的权利是不可能完全转让的。从 20 世纪后期开始，东道国为包括公共卫生和环境保护在内的公共目的而善意采取的监管措施，被外国投资者以间接征收为由诉至国际投资仲裁庭，这导致东道国公共卫生监管权与保护外国投资者之间的紧张关系加剧。

而间接征收有别于直接征收，通常以“等同于征收”等方式规定，即构成间接征收的措施具有与直接征收或国有化相同的效果，但并不限于对财产所有权的转移和剥夺。[62]根据以往的仲裁实践，东道国为保护公共健康利益而采取的措施有时不可避免会造成外国投资者的损失，外国投资者往往以间接征收为由挑战东道国公共健康措施，东道国则以公共健康规制权进行抗辩，但并非总是能够抗辩成功。一般这种公共健康规制措施可以分为两种，一种是

---

60 See https://www.who.int/health-topics/.

61 世卫组织关于健康，环境和气候变化的全球战略，https://www.who.int/publications/i/item/9789240000377.

62 参见刘嘉莹：《论间接征收的认定标准与东道国立法自由》，载《上海法学研究》集刊 2020 年第 22 卷，第 25 页。

烟草控制相关的公共健康措施，如上文提到的 Philip Morris v. Uruguay 案中乌拉圭采取的烟草平装措施；另一种则是与环境健康有关的公共健康措施，如 SD Myers 案[63]中 PCB 排放导致的人体癌变隐患，促使加拿大对 SD Myers 公司采取出口禁令，Metalclad 案[64]中危险废弃物对地下饮用水源的污染导致墨西哥政府拒绝许可。由于东道国与投资者的投资母国签订的投资条约中约定了高标准的投资保护义务，一旦东道国的公共健康措施造成了投资者利益的损失，就可能构成对条约义务的违反，导致投资者以间接征收挑战东道国公共健康规制权，这一冲突根源实际上在于东道国公共利益保护与投资者私人利益的保护的矛盾。

虽然国际上对公共健康问题日渐重视，但是实践中东道国公共健康保护措施屡屡受到投资者挑战，投资者常以东道国公共健康措施构成间接征收为由向仲裁庭请求赔偿，东道国往往会以规制权进行抗辩，但这种抗辩方式并不总能得到支持，而东道国一旦败诉，就要承担巨额的赔偿，因而导致东道国在实施此类公共健康措施时心有余悸，这种状况也被称为“规制寒颤”（regulatory chill）。[65]由于仲裁机制本身的商事属性，东道国的公共健康规制权不被仲裁庭所重视，实践中东道国以规制权抗辩公共健康措施间接征收之诉的结果并不令人满意，即使仲裁庭开始采用目的兼具效果的识别方式区分间接征收和合理规制措施，但这种方法对于保护东道国公共健康规制权的路径仍不明确。因此，笔者通过分析过往公共健康措施被诉间接征收的投资仲裁案件中涉及的国际投资条约以及仲裁庭裁决理由后认为，造成东道国以公共健康规制权抗辩间接征收困境的原因主要有两点，一是国际投资协定中缺少公共健康规制权条款，二是仲裁庭以警察权力原则区分间接征收与东道国公共健康规制措施的路径不可靠。

现有的国际投资条约大多是在不同时代缔结的，传统的国际投资条约缔约目的在于促进资本自由流动，因而保障投资者利益的倾向较为明显，典型的就是待遇条款、征收条款中对投资者利益的保护。一方面，这是因为过去发达国家作为资本输出国，发展中国家作为资本输入国，两者不平等的地位导致发达国家主导条约的签订，投资协定中的内容自然偏向保护发达国家的投资者，而发展中国家盲目追求经济发展，只能被动接受这些标准[66]。另一方面，这些条约签订时囿于时代限制，不能认识到保护公共健康的重要性，这也是无可厚非的。因此传统的国际投资协定大多缺乏对公共健康利益的保护，其序言条款更多强调鼓励和保护缔约一方的投资者权益，例如《中国—蒙古 BIT》（1991），[67]此外例外条款的缺乏也是传统投资条约的典型问题。过往实践显示，东道国公共健康措施常被诉间接征收，因而征收条款的

---

[63] S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, https://www.italaw.com/cases/969, last visit on March 28, 2024.

[64] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, https://www.italaw.com/cases/671, last visit on March 29, 2024.

[65] 参见张庆麟：《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》，载《政法论坛》2017 年 12 月第 6 期，第 68-77 页。

[66] 参见张光：《双边投资条约的公益化革新》，载《当代法学》2013 年第 5 期，第 150 页。

[67] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3613/download.

规定对于区分东道国公共健康措施是否为间接征收十分重要，但是传统的国际投资协定在这一规定方面采取了高度概括的条文规定模式，典型的就是 NAFTA 的第 1110 条，其表述为“相当于国有化或征收之措施”，其之后列举了包括公共目的在内的四个要件，但这一规定实质上并未将间接征收与东道国合法规制措施区分开来，甚至将合法规制措施也纳入了需要赔偿的范围，这一做法保护了投资者的利益却损害了东道国的规制权，对于公共健康保护不力。

在程序条款方面，ICSID 机制往往覆盖所有由投资产生的争议，例如 2003 年签订的中德 BIT，[68]这种规定让仲裁庭的管辖权覆盖整个投资章节，一旦东道国行为构成对条约义务的违反，仲裁庭即有管辖权，即投资者可利用这一机制挑战东道国在合理范围内为保护公共健康行使规制权的行为；在仲裁适用的前置程序上，20 世纪 80 年代之后缔结的条约大多摒弃了用尽当地救济的原则，允许投资者直接挑战东道国的公共健康措施，例如 NAFTA，其规定争端各方应首先尝试通过协商或谈判解决索赔，争端发生 6 个月后可提起投资仲裁，这种摒弃当地救济原则的做法给了投资者任意挑战东道国公共健康措施的权利，典型的就是 Philip Morris 公司对乌拉圭和澳大利亚控烟措施的挑战，事实上，在乌拉圭胜利之前，许多国家都暂停了控烟措施的颁布和实行，观望 Philip Morris 仲裁案件的结果以决定是否采用更严格的控烟措施；最后在条约解释方面，缺乏缔约国解释效力的规定导致过往仲裁庭对于征收条款以及国家规制权的扩大解释、随意解释无法得到限制。

国际投资条约中对缺乏对东道国公共健康规制权的实体和程序保护导致投资者任意挑战东道国的规制权，过往的投资仲裁实践过度保护投资者利益引发“规制寒颤”，国际投资仲裁庭为了回应国家对仲裁机制的质疑，尝试从传统的征收条款的解释中引入习惯国际法中的警察权力，期待以此平衡投资者和东道国的利益。例如在 Philip Morris v. Uruguay 一案中，瑞士-乌拉圭 BIT[69]仍然采用的是传统的征收条款模式，仲裁庭先是列举美国和加拿大 BIT 模板中有关警察权力的规定，以及过往仲裁庭在公共健康措施被诉间接征收案件中对警察权力的解释，认为警察权力已经成为一种习惯国际法，之后利用《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款将警察权力理论引入支持乌拉圭的控烟措施。[70]

通过研究过往仲裁庭对东道国公共健康措施是否构成习惯国际法中的警察权力的分析论证可发现，各个仲裁庭对警察权力的适用和范围都有不同的理解，这就导致了仲裁结果不具一致性，不能为后来有关东道国公共健康措施被诉的案件提供明确的指引。例如 Methanex v. USA 案[71]中，仲裁庭指出“作为一般国际法的一个事项，为公共目的制定的一项非歧视性

---

[68] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/736/download.
[69] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8213/download.
[70] Caroline E. Foster: Respecting regulatory measures: Arbitral method and reasoning in the Philip Morris v Uruguay tobacco plain packaging case, Special Issue: International and EU Law on Air Pollution, Volume26, Issue3, p287-297.
[71] Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, https://www.italaw.com/cases/683, last visit on March 29, 2024.

条例，根据适当程序颁布，影响到外国投资者或投资的非歧视性条例不被视为征收和赔偿，除非监管政府已向当时设想投资的外国投资者作出具体承诺，政府将不受此类监管”；[72]而在 Saluka v. Czech Republic 案件[73]中，仲裁庭认为国家在正常行使其规制权，采取旨在普遍福利的非歧视性措施，尽管这些措施可能对外国投资造成巨大损害仍然无需补偿；[74]在 Tecmed v. Mexico 一案[75]中，仲裁庭指出“没有任何原则表明东道国公共健康规制措施本身被排除在征收范围外”，[76]因此在界定东道国合理行使规制权与间接征收，还需判定其措施要保护的公共健康利益与对投资者造成的影响是否成比例。各个仲裁庭对警察权力的不同解释导致其适用路径充满不确定性，包括警察权力在 Philip Morris v. Uruguay 中的适用也保受批评，批评家认为，仲裁庭的解释并没有明确警察权力的原则内容，也没有严格讨论警察权力如何满足 VCLT 第 31 条第 3 款的适用要求，[77]仅仅是通过列举美国 2012 年 BIT 范本[78]、加拿大 2004 年 BIT 范本[79]、CETA 中对征收条款的补充规定来证明仲裁庭援引警察权力的合理性，这种法庭推理不具明确性。

过往仲裁实践表明，将习惯国际法下的警察权力原则引入投资仲裁的路径充满不确定性。如果一项投资条约的征收条款没有照顾东道国公共健康规制的政策空间，那么仲裁庭究竟是遵守条约进行解释，还是引入警察权力原则实现投资者利益与东道国利益的平衡，具有不确定性，且就算引入警察权力原则，其内容和适用上的不明确也会带来新的难题[80]，因此，想要真正从根源上保护东道国公共健康规制权，需要回归条约文本，在条约中纳入公共健康保护的相关内容，保障东道国公共健康规制权。

（三）公共卫生作为一般例外条款的一部分

随着投资实践的不断深入，以及受到国际贸易法，特别是《世贸组织协定》中一般例外规则的示范或鼓舞，世界各国对卫生、健康等公共利益的关切度逐渐增高，越来越多的国家开始意识到不能以牺牲东道国的公共利益为代价来吸引外资。一些国际投资条约中开始规定关于公益保护的例外条款，即允许缔约国为了保护公共道德、环境、公共卫生以及自然资源等公共利益而实施必要的管制措施，有关措施即使对外资产生了不利影响，也不违反国际投

---

72 See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf.

73 Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, https://www.italaw.com/cases/961, last visit on March 29, 2024.

74 See https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf.

75 Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, https://www.italaw.com/cases/1087, last visit on March 30, 2024.

76 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf.

77 See Prabhash Ranjan, Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay, *Asian Journal of International Law*, 9 (2019), pp. 98-124.

78 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download.

79 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download.

80 参见王彦志：《国际投资仲裁中公共健康保护的条约解释进路——以 Philip Morris v. Uruguay 案中 VCLT
第 31 条第 3 款 c 项的适用为视角》，载《当代法学》2017 年第 6 期，第 149-157 页。

资条约义务，缔约国无须对外国投资者承担责任。[81]一般例外条款所具有的作用就是为东道国的公共政策空间提供一定范围的保护，因此若投资协定中规定一般例外条款，成功援引可以正向保护东道国的公共卫生规制权。由于国际投资条约中的“一般例外”条款为东道国实施公益措施保留了政策空间，因此，该条款被视为国际投资条约框架下平衡东道国管制权和外资保护义务的“优选方法”。[82]

有些国际投资协定在一般例外条款中规定了公共卫生例外相关内容，这些国际投资协定大多模仿国际贸易法的一般例外规定，明确提及“人类、动物或植物的生命或健康”，例如《澳—乌 BIT》（2019）[83]第 15 条、《日本—乌拉圭 BIT》（2015）[84]第 22 条、《中—加 BIT》（2012）[85]第 33 条以及 2008 年中国与新西兰之间的双边自由贸易协定[86]第 200 条，均以《关税与贸易总协定》（1994）第 20 条[87]和《服务贸易总协定》第 14 条[88]的一般例外为蓝本，规定了健康和环境的普遍例外，且有“必要性”的要求。

在 BIT 中广泛规定一般例外条款，可以使东道国在为保护当地公共道德、公共秩序、公共健康与安全及自然资源等公共利益，而采取必要措施时，享有较大的活动空间，这对东道国具有重要的意义。BIT 中一般例外条款的具体内容，可由缔约各方根据情况选择世贸组织协议例外规则的部分或全部内容，并可将某些对本国具有特殊重要意义的事项纳入一般例外条款之中。

---

[81] See Zena Prodromou, *The Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Right s and Commercial Disputes*, Philadelphia, Wolters Kluwer, 2020, p. 55.

[82] See Razeen Sappideen & Ling Ling He, Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States, *Journal of World Trade* 49, 2015, p. 85.

[83] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5853/download.

[84] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3284/download.

[85] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8367/download.

[86] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2564/download.

[87] GATT 第 20 条规定：“本协定的规定不得解释为阻止缔约国采用或实施以下措施，但对情况相同的各国，实施的措施不得构成武断的或不合理的差别待遇，或构成对国际贸易的变相限制：（a）为维护公共道德所必需的措施；（b）为保障人民、动植物的生命或健康所必需的措施；（c）有关输出或输入黄金或白银的措施；（d）为保证某些与本协定的规定并无抵触的法令或条例的贯彻执行所必需的措施，包括加强海关法令或条例，加强根据本协定第二条第四款和第十四条而实施的垄断，保护专利权、商标及版权，以及防止欺骗行为所必需的措施；（e）有关监狱劳动产品的措施；（f）为保护本国具有艺术、历史或考古价值的文物而采取的措施；（g）与国内限制生产与消费相配合……最迟于 1960 年 6 月 30 日以前，缔约国全体应对本项规定的需要情况进行检查。”

[88] GATS 第 14 条主款规定：“在实施这类措施上不应在情况相同的国家间构成武断的、或不公正的歧视、或对服务贸易的隐蔽限制。本协定的规定不得解释为阻止任何成员为以下目的采用或实施的措施：（a）为保护公共道德或维护公共秩序的需要；（b）为保护人类、动物或植物的生命或健康的需要；（c）为确保与本协定规定不相抵触的法律和规定的需要，包括与下述有关的：（i）防止欺诈和欺骗的习惯做法或处理服务合同的违约事情；（ii）保护个人隐私和有关个人资料的处理扩散，以及保护个人记录和帐户的秘密；（iii）安全问题；（d）只要实施差别待遇目的是为确保向其他成员的服务或服务提供者公正、有效地征收或收取直接税，则不作为违反本协议第十七条规定；（e）一成员因避免双重征税或因参加任何避免双重征税的国际协议或协定而实施差别待遇，则不违反本协议第二条规定。”

但一般例外条款在适用中也可能存在一些问题。有的学者认为国际贸易法中的一般例外规定不一定能够很好地转化为国际投资法的一般例外。涉及一般例外条款中公共道德问题的世贸组织贸易争端频现，世贸组织成员方试图用该条款保护的目标，有时并不属于公认的公共道德范畴，导致该条款在实践中被滥用。[89]国际投资法最初没有例外规定，这些例外规定的引入可能多余，甚至造成不必要的解释困难。[90]一般例外条款能为东道国提供多少公共政策空间存在不确定性。[91]尽管国际投资协定中纳入一般例外条款，东道国仍然需要证明其为本国公共卫生所采取措施的“必要性”，通常这种必要性由国际投资仲裁庭进行个案审查。此外，有的国际投资协定中公共卫生例外条款没有“必要性”的要求，低门槛可能会造成公共卫生例外条款的滥用，从而损害该条款的效用。一般例外类型的公共卫生例外条款可能包含位阶不同的数个价值，例如“保护人类、动植物生命和健康”以及“公共道德”，该条款适用的前提之一是判断东道国的监管措施在多大程度上类似于或可能源自其中的某种价值。尽管现有国际投资协定中的一般例外条款呈现出极强的相似性，但是这种主观性的推定判断仍然可能导致不同仲裁案件裁决的不确定性和不一致性，亦存在滥用的可能性。此外，一般例外条款可能与其他类型的公共卫生例外条款存在价值冲突。在世贸组织实践中，当成员方援引一般例外规则时，意味着该成员方已经违反了某项世贸组织规定的义务，只是不承担责任[92]。而不构成间接征收条款却规定东道国的相关公共卫生措施不构成征收，不是对国际投资协定的违反，而这种不违反实质上是法律拟制规定，与国际法通常意义上的征收是冲突的。这种法定的不构成征收和一般例外条款所主张的违约但不承担责任之间存在价值冲突。当一个国际投资协定中既有一般例外条款或专门的公共卫生例外条款，和不构成间接征收条款时，例如《澳大利亚-中国香港 BIT》[93]（该双边投资协定已终止，此处只是作为例子使用），哪一条款优先适用于会成为一个问题。

（四）公共卫生作为特定条款例外或专门规定的一部分

事实上，专门例外的规定早在 NAFTA 时期就有出现，但是当时的专门例外规定限于劳工和环境方面的例外，晚近时期投资条约出现了有关健康、安全和环境的专门例外规定。专门卫生条款主要是调整外国投资保护和东道国公共卫生规制权之间的关系。从权利与义务角度来说，投资协定的各个缔约国都有为保护本国国民的健康，从而享有制定和修改相关法律以及采取相关卫生规制措施的权利，同时各个缔约国也应当承担保护外国投资者的投资利

---

89 参见杜明：《WTO 框架下公共道德例外条款的泛化解读及其体系性影响》，载《清华法学》2017 年第 6 期，第 172 页。

90 See Chaisse J. 2013, *Exploring the Confines of International Investment and Domestic Health Protections is a General Exceptions Clause a Forced Perspective?* American Journal of Law & Medicine, 39: 332-360.

91 参见梁丹妮：《国际投资协定一般例外条款研究——与 WTO 共同但有区别的司法经验》，载《法学评论》2014 年第 1 期，第 105 页。

92 参见林一：《简论新一代国际投资协定中的一般例外规则》，载《甘肃政法学院学报》2012 年 11 月，第 107 页。

93 See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/152/download.

益，同时负有保护本国的公共环境以及公共健康不受任意侵害的义务。因此，专门的规制权条款一方面承认东道国的公共卫生规制权，另一方面也强调其应承担实施卫生规制措施的义务。晚近时期的国际投资协定出现了将公共卫生规制权作为一项单独的实体条款进行规定的情况。

除了上文提到的 CPTPP 和 CETA 中的专门公共卫生条款外，与此同时，还有部分国际投资协定也包含专门的卫生措施条款，该条款中还可能涉及安全和环境措施以及劳工标准，例如 《日本—摩洛哥 BIT》(2020) [94]第 19 条、《日本—乌拉圭 BIT》（2015）[95]第 27 条和《中国—坦桑尼亚 BIT》（2013）第 10 条。[96]这些条款大多从两方面规定了对公共卫生的保护，一是东道国不得主动放松国内健康、安全或环境措施以鼓励投资，二是条约不得限制东道国采取必要的公共卫生措施。当然，这些措施必须是以非歧视和合理的方式采取的，且“不能构成对国际投资的变相限制”。巴西的专门例外条款更加严苛，巴西—厄瓜多尔 BIT [97]在第 17 条第一款规定类似于美国的实践，但是增加了“不得构成任意或无理歧视或变相限制”的规定，并在第二款规定“缔约各方认识到，通过降低其劳工、人权、环境或健康立法的标准来刺激投资是不适当的”，此外，巴西还在第二款规定了如果一方认为另一方提供了这样的刺激，则缔约国应当通过协商处理此事。这些有关健康的专门例外保障了东道国公共健康规制权，巴西甚至强化了东道国的健康责任，还规定了缔约国之间的协商机制，这些进步都反映了东道国对公共健康规制权的关切。

五、中国在国际投资法与仲裁中处理公共健康问题的实践

中国在国际投资法与仲裁实践中处理公共健康问题时，已做出显著努力，通过调整相关投资协定、加强法律框架等手段来更好地保护公共健康，体现了其作为负责任大国的责任与担当。同时作为全球卫生治理的重要参与者，中国通过“一带一路”倡议等多边合作平台，积极推动国际投资法的改革，同步强化公共健康保护的国际条款。尽管如此，中国仍然面临一些挑战，法律制度上的不完善、与其他国家间的协调难题依然存在，这需要中国在国际场合继续展示其法律创新能力和多边主义精神。

为了更好地应对这些挑战，建议中国在未来不但要持续完善国内法律和政策，还需积极参与国际立法、协调与合作，以便在全球治理机制中抓住公共健康领域的新机遇，为全球公共健康和投资公平性做出更大贡献。

---

[94] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6589/download.

[95] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3284/download.

[96] 《中国—坦桑尼亚 BIT》（2013）第 10 条规定：“一、缔约双方认识到放宽国内健康、安全或环境措施来鼓励投资的做法是不恰当的。因此，缔约一方不得放弃或贬损有关措施或承诺放弃或贬损有关措施，以鼓励投资者在其领土内设立、并购、扩大或保留投资。二、只要不是以专断或不合理的方式采取有关措施，或有关措施不构成对国际投资的变相限制，本协定不应解释为阻止缔约一方为保护人类、动物或植物的生命或健康而采取或维持必要的环境措施。”

[97] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5887/download.

（一）中国签订的国际投资协定中的公共健康条款

中国签订的国际投资协定中，关于公共健康的条款相对较少，且多数协定并未直接、明确地提及公共健康。然而，在一些早期的和近期的协定中，可以找到与公共健康相关的间接条款或例外规定。以下是一些具有代表性的例子：

中国-新西兰 BIT（1988）[98]：第 11 条禁止和限制条款中明确提及了公共健康。该条款规定，本协定所列的任何一条都不应约束缔约双方为保护其基本安全利益、公共健康等而采取任何禁止或限制措施或作出任何其他行为的权利。这是中国早期签订的国际投资协定中，少数明确提及公共健康的条款之一，为缔约国在必要时采取保护公共健康的措施提供了法律依据。

中国-新西兰自由贸易协定（2008）[99]：第 200 条一般例外条款的第二款规定，允许缔约方为以下目的在一定条件下采取管制措施：(a)GATT 1994 第 20 条第二项及 GATS 第 14 条第二项规定的为保护人类、动物或植物生命或健康目的所必需采取的环境措施；(b)GATT 1994 第 20 条第七项规定的为保护生物及非生物的不可再生资源而采取的措施。该条款虽然主要关注环境措施，但也间接涉及了公共健康保护，为缔约国在自由贸易协定框架下采取必要的公共健康措施提供了空间。

中国-加拿大 BIT（2012 年）[100]：这是中国签订的较早包含公共健康条款的 BIT 之一。该协定第 33 条规定了一般例外，其中明确提到为保护人类、动物或植物生命或健康所必需的措施。

中国-土耳其 BIT（2015）[101]：第四条是一般例外条款，明确规定了“本协定不应解释为禁止缔约一方采取、维持或执行任何以下非歧视性的必要措施：（一）为保护人类、动物或植物的生命或健康，或为保护环境而设计和采取的措施……”

---

[98] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/7964/download.

[99] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2564/download.

[100] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8367/download，中国-加拿大 BIT（2012 年）第 33 条（一般例外）具体规定："在下列情况下，本协定中任何规定不得被理解为阻止缔约方采取或维持下述措施，包括环境措施：(二) 保护人类、动物或植物生命或健康所必需的措施；...前提是此类措施的实施不构成任意或不合理的歧视，或对投资或投资者的变相限制。"

[101] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6588/download.

中国-澳大利亚自由贸易协定（2015 年）[102]：虽然不是传统意义上的 BIT，但该协定的投资章节包含了公共健康相关条款。第 9.8 条规定了一般例外，允许缔约方采取必要措施保护人类、动物或植物的生命或健康。

中国-香港 CEPA 投资协议（2017 年）[103]：该协议第 22 条规定了一般例外，其中包括为保护人类、动物或植物生命或健康所必需的措施。

中国-欧盟全面投资协定（CAI）（2020 年达成，尚未生效）：虽然尚未正式生效，但该协定在公共健康方面有较为详细的规定。协定强调了缔约方采取公共健康措施的权利，并明确指出投资保护不应影响公共健康政策的制定和实施。

中国-毛里求斯自由贸易协定（2019 年）[104]：该协定的投资章节中同样包含了公共健康相关条款，允许缔约方采取必要措施保护人类、动物或植物的生命或健康。

中国与韩国的双边投资协定[105]：该协定包含类似的条款，赋予双方在履行保护人类、动植物生命或健康，甚至环境保护时的必要措施。

中国与日本、韩国的三方投资协定[106]：此协定包含一个特殊章节，规定在保护人类、动物、植物的生命或健康，以及保护环境的必要情况下，缔约国可以豁免履行其投资义务。

这些协定中的公共健康条款通常体现在以下几个方面：一般例外条款：将公共健康保护置于一般例外条款中，与其他重要公共政策目标并列，强调这些措施不应构成任意或不合理的歧视，要求这些措施不应成为对投资或投资者的变相限制，允许缔约方在特定情况下采取必要措施，即使这些措施可能与投资保护义务不一致。监管权利的保留：明确国家有权制定和实施公共健康政策。不降低标准条款：鼓励缔约方维持或提高环境和公共健康标准。争端解决机制：在涉及公共健康问题的投资争端中，提供更多的政策空间和解释余地。

值得注意的是，中国在近年来签订的 BITs 和自由贸易协定中，越来越多地关注公共健康等公共政策问题，以上这些条款也反映了中国在平衡投资保护和公共健康政策方面的努力，

---

[102] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3454/download，中国-澳大利亚自由贸易协定（2015 年）第 9.8 条（一般例外）规定："1. 就本章而言，在符合此类措施不以构成任意或不合理歧视的方式适用，或不构成对国际贸易或投资的变相限制的前提下，本协定的任何规定均不得解释为阻止缔约方采取或执行以下必要措施：(a) 保护人类、动物或植物的生命或健康..."

[103] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5581/download，中国-香港 CEPA 投资协议（2017 年）第 22 条（一般例外）规定："只要相关措施的实施不构成任意或不合理的歧视，或对投资或投资者的变相限制，本协议中任何规定均不应被解释为阻止一方采取或维持下述措施，包括环境措施：(二) 保护人类、动物或植物生命或健康所必需的措施..."

[104] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6075/download.

[105] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8017/download.

[106] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2633/download.

以及中国在国际投资法领域的立场和实践正在不断发展和完善，同时也体现了国际投资法在这一领域的最新发展趋势。

（二）中国参与的涉及公共健康问题的国际投资仲裁案例

截至 2024 年，中国已签署了 120 多项双边投资条约和 30 项含有投资条款的条约，成为参与投资条约最活跃的国家之一。[107]虽然中国积极参与投资条约制度，但与其他国家相比，中国面临的投资者与国家之间的仲裁相对较少。截至 2024 年外国投资者已在国际仲裁中对中国提起了 10 起已报告的案件，[108]这些案件涉及房地产、采矿、建筑和金融服务等多个领域，其中直接由中国公司或政府机构作为当事人参与的、明确涉及公共健康问题的国际投资仲裁案例并不多见。

Sanum Investments 公司诉老挝案，[109]当事人为位于荷兰的 Lao Holdings N.V. 及其位于澳门的全资子公司 Sanum Investments 公司（中国澳门地区投资者）与老挝人民民主共和国政府。Sanum Investments 公司指控老挝政府非法夺取其 4 亿美元的投资，包括撤销商业营业执照和许可证、征收高额税款、没收资产、强制接管等一系列不公正措施。虽然案件本身并未直接以公共健康为核心争议点，但这些措施可能间接影响到公共健康（如通过环境监管或卫生标准）。

2021 年 7 月 3 日，IAReporter 曾报道香港投资者 Alpene Ltd 根据《中国-马耳他双边投资协定》向马耳他提起 ICSID 仲裁。[110]据目前已公布的文件信息显示，该案投资者 Alpene Ltd（以下简称为“Alpene”）是中国香港特别行政区的一家公司。Alpene 于 2013 年 8 月 7 日收购了马耳他实体 Pilatus Holding 的股份，Pilatus Holding 于 2013 年 12 月 6 日收购了 Pilatus Bank plc（以下简称为“Pilatus 银行”）。因此，Alpene 间接持有马耳他 Pilatus 银行的 100%股份。而 Alpene 公司的最终受益者是美国商人 Ali Sadr Hasheminejad （以下简称为“Sadr 先生”）。特朗普执政时期，美国对 Sadr 先生提出与美国制裁法有关的指控，但这些指控在 2020 年被驳回。据 Alpene 称，在 Sadr 先生被错误逮捕后数小时内，马耳他以此为由，扣押 Pilatus 银行的业务和资产，剥夺其所有合法代表权、吊销银行营业执照、并在银行内部安插代理人。此后，代理人腐败经营银行以剥夺银行资产，损害 Alpene 的利益，并使马耳他官员、个人和企业受益。Alpene 认为，马耳他官员采取错误行动，征收了 Pilatus 银行，违反《中华人民共和国政府和马耳他政府关于促进和保护投资的协定》[111]第 4 条

---

[107] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china.

[108] See https://www.selendygay.com/news/publications/2024-06-20-tracking-chinas-push-to-invalidate-foreign-patents.

[109] See Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, https://www.italaw.com/cases/2050, last visit on August 24, 2024.

[110] See Alpene Ltd v. Republic of Malta, https://www.italaw.com/cases/9304, last visit on August 24, 2024.

[111] See https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8009/download.

征收条款、第 3（1）条公平公正待遇条款、第 2（3）条“不得对缔约另一方投资者在其境内投资的管理、维持、使用、享有和处分采取任何不合理的或歧视性的措施”。虽然这个案例主要涉及金融监管，但也可能涉及洗钱等公共安全和健康相关问题。

直接由中国参与的、明确涉及公共健康问题的国际投资仲裁案例较为罕见。然而，随着全球公共卫生问题的日益突出和各国对公共卫生安全的重视，未来可能出现更多涉及此类问题的国际投资仲裁案件。中国作为重要的对外投资国和外资接受国，应密切关注国际投资仲裁领域的发展趋势，加强相关法律研究和准备，以更好地维护国家利益和投资者权益。

（三）中国在处理公共健康问题上的立场与态度

坚持人民至上，生命至上。中国始终把人民健康放在优先发展的战略地位，强调“人民至上，生命至上”的原则。在面对重大公共卫生事件时，中国迅速响应，采取一系列有效措施，全力保障人民的生命安全和身体健康。这体现了中国政府对人民健康的深切关怀和高度负责。

积极应对，科学防控。中国在处理公共健康问题时，坚持科学防控的原则。通过加强防控体系建设，提高公共卫生服务水平，加强国际合作与交流，不断提升应对突发公共卫生事件的能力和水平。同时，中国还注重科学研究和技术创新，在疫苗研发、药物治疗等方面取得重要进展，为全球公共卫生事业作出了积极贡献。

共建共享，构建人类命运共同体。中国认为，公共健康问题是全人类的共同挑战，需要各国携手合作，共同应对。中国积极参与全球公共卫生治理，推动构建人类命运共同体。在应对全球公共卫生事件的过程中，中国不仅积极分享防控经验和技术成果，还向其他国家提供医疗援助和物资支持，展现了负责任大国的担当和形象。

注重健康教育和健康促进。中国高度重视健康教育和健康促进工作，通过加强健康教育宣传、推广健康生活方式等措施，提高全民健康素养水平。同时，中国还积极推动医疗卫生服务体系建设，加强基层医疗卫生服务能力，提高医疗服务质量和效率，为人民群众提供更加便捷、高效、优质的医疗卫生服务。

推动卫生健康事业高质量发展。中国致力于推动卫生健康事业高质量发展，通过深化医药卫生体制改革、加强医疗卫生服务体系建设、促进中医药传承创新发展等措施，不断提高医疗卫生服务水平和质量。同时，中国还注重加强公共卫生体系建设，提高疾病预防控制能力和应对突发公共卫生事件的能力，为人民群众提供更加全面、优质的公共卫生服务。

因此，中国在处理公共健康问题上的立场与态度是积极、科学、负责任的。中国将继续坚持人民至上、生命至上的原则，加强国际合作与交流，推动卫生健康事业高质量发展，为构建人类命运共同体作出更大贡献。

六、结语

投资协定是保护外国直接投资最重要的工具。同时，对于任何主权国家而言，国家安全、自然资源开发、环境保护、文化遗产保护、公共道德、人权保护及公共卫生健康等领域，都是重要的公共利益，处于公共政策的核心。因此，虽然投资争议的国际化可能会促进效率，但同时也可能会减弱国家控制外国投资者活动和制定保护公共利益的法规的能力。在这方面，提高效率不应被视为国际投资法和仲裁中唯一的考虑因素。[112]

然而，传统国际投资协定更偏向于保护投资者利益，投资仲裁庭也更关注投资者经济利益的保护，而非东道国在公共健康问题上的管制权。一方面，根据投资协定，东道国肩负着保护外国投资者及其投资活动的重任。另一方面，东道国为保护公共健康所采取的措施，可能会违反其在投资协定中所承担的保护投资者利益之义务。如此一来，东道国将面临两难的境地：其一，如果选择保护投资者利益，就可能导致本国国民的公共健康受到负面的影响，而招致本国民众的不满与抗议，还可能违反其他国际条约（如《烟草控制框架公约》）的义务而承担国际法上的不利后果；其二，选择保护本国公共健康等公共利益，则可能会对外国投资者的利益造成重大干扰或经济损害，被后者起诉至国际投资争端仲裁庭，而承担巨额赔偿的不利后果。

对此，东道国可以采取某些措施，来确保公共健康的合法目标。第一，东道国应在投资条约中明确限定“公平公正待遇”的内容和“间接征收”的概念和具体适用范围，以加强保障其正当行使的公共利益管制权，防止出现投资者滥诉的现象。第二，在投资协定中设立公共政策例外条款，允许东道国采取必要措施来保护公共政策目标。需要指出的是，应善意且非歧视地实施公共卫生措施。即使国际投资协定中有公共卫生例外条款，东道国可以通过该条款进行抗辩，但这并不意味着东道国采取的任何关于公共卫生的措施都无需承担相应的国际投资协定义务。东道国的管制措施对投资者造成的损害不能超出必要的范围，否则应承担适当的赔偿责任。东道国必须确保其为维护公共健康而采取的监管行动不是武断、歧视或不相称的，并应通过适当程序善意地采取，同时承担这一证明责任。第三，东道国应加强自身法律体系健康，确保在吸引外资的同时，不会牺牲公共健康保护的标准。

尽管在投资仲裁的早期，仲裁庭似乎大多都避免讨论公共卫生问题，但总的来说，公共卫生议题在国际投资法中的重要性正在上升：它不仅成为了一系列国际投资仲裁的焦点，而且正在成为新一代投资条约中的固定要素。如上文所述，越来越多的仲裁庭明确承认，卫生监管属于国家的警察权力范畴，并且可能需要一定的裁量权来适应公共卫生需求。根据国际法，各国享有国家警察权力，包括维持秩序、保护公民安全、预防犯罪等职责。国际法中的国家警察权力是指国家对其领土内的公共秩序、安全和健康负责的权力。然而，国际法也规

[112] See Valentina Vadi, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, 2013, p.58.

定了国家警察权力的限制，要求各国在行使该权力时尊重人权、遵守国际法规定的原则。[113]此外，国际法还强调了合作与协调，鼓励各国在跨境犯罪、恐怖主义等领域开展合作，共同维护国际和平与安全。警察权力原则也被认为是习惯国际法的一部分，允许国家在不违反国际法的前提下自由行动。国际法中的警察权力原则意味着，国家措施如果是政府权力的合法行使，即使对外国利益产生重大影响，也不构成征用。最早确立这一原则的 ISDS 仲裁庭之一是上文提到过的 Methanex 诉美国案。[114]“根据一般国际法，出于公共目的而制定的非歧视性规定，如果按照正当程序实施，并影响到包括外国投资者或投资在内的其他人，除非规定政府向当时的潜在外国投资者承诺在考虑投资时政府将避免此类规定，否则该规定不被视为具有征收性质且需要赔偿。”

投资仲裁与公共卫生警察权力原则之间的关系是一个复杂而重要的议题。投资仲裁是指投资者与国家之间就投资争端进行的仲裁程序，而公共卫生警察权力原则涉及政府为维护公共卫生和安全所采取的行动。在国际法中，这两者之间可能存在冲突，特别是在涉及公共卫生政策与环境保护等领域。近年来，一些外国投资者依据老旧国际投资协定而提起的国际投资仲裁涉及公共卫生问题时，东道国不得不通过援引国家警察权力、紧急状态等规定对外国投资者提出的征收补偿或者违反公平公正待遇的主张进行抗辩。虽然东道国的这些抗辩得到了部分国际投资仲裁庭的支持，但其仍存在较大的不确定性。

目前，越来越多的投资仲裁案件涉及国家政策对公共卫生的影响问题，仲裁庭需要权衡投资者权益与公共利益之间的关系。这些案例引发了对于如何平衡投资保护与公共政策之间关系的讨论。一般而言，只要各国尊重强行法和与人权相关的国际法义务，就可以自由设定较高的健康保护水平。各国可以通过制定一般卫生政策和/或采取具体法律措施等多种互补方式来追求公共政策目标。然而，仅仅是一项监管措施的公共卫生目标并不能使其免于审查。[115]公共健康议题在国际投资法法和国际仲裁中具有重要意义，很多问题仍有待进一步深入研究和讨论。

国际投资法与仲裁中的公共健康问题日益受到重视，这也为中国参与全球治理提供了新的机遇。中国在处理国际投资法与公共健康问题上积累了一定经验，但仍面临挑战。全球治理视角为解决国际投资法与公共健康问题的矛盾提供了新思路。中国应充分利用"一带一路"倡议和国际组织平台，推动国际投资法与公共健康保护的协调发展。通过完善国内法律、参

---

113 国家的警察权力，即保护公众健康、安全和福利的固有特权，可能会与个人的隐私权、自由权、财产权和其他受法律保护的利益发生冲突。因此，警察权力的行使必须满足一些条件，以确保在外国投资者的经济权利与国家保护和促进公众健康的权力和义务之间达到平衡。首先，人民的健康受到威胁；其次，政府有权力或专业知识来应对这种威胁；第三，政府的行动是有效的或相称的。See Valentina Vadi, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, 2013, p.32.

114 Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, https://www.italaw.com/cases/683, last visit on March 24, 2024.

115 See Valentina Vadi, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, 2013, p.45.

与国际规则制定、加强国际合作等方式，中国可以在国际投资法与仲裁中更好地保护公共健康，同时提升在全球治理中的影响力。中国参与解决国际投资法与仲裁中的公共健康问题，不仅有利于维护本国利益，也将为构建人类命运共同体做出重要贡献。

在深入探讨了国际投资法与公共健康政策之间的微妙平衡，以及中国双边投资条约在这一领域所展现的演进历程与创新实践后，我们不难发现，中国正以其开放包容的姿态和前瞻性的视野，为国际投资法的未来发展注入新的活力。面对全球化的深入发展与公共卫生挑战的不断变化，中国不仅坚守着维护国家安全和公共健康的责任，同时也在积极倡导和推动建立一个更加公正、透明、可预测且富有弹性的国际投资法律框架。

通过加强国际合作，促进对话与交流，中国致力于构建一个能够灵活应对各类挑战，包括公共卫生危机在内的国际投资环境。在这一过程中，中国双边投资条约的不断创新与完善，不仅为外资提供了更加清晰、稳定的保护预期，也为东道国在必要时采取公共卫生措施保留了合理空间，实现了投资自由化与公共健康保护的双赢。

展望未来，中国将继续在国际投资法与公共健康政策的平衡之路上稳步前行，不仅为全球投资者提供更加优质的营商环境，也为构建人类命运共同体、维护全球公共卫生安全贡献更多的中国力量。我们相信，随着全球合作的不断深化，国际投资法将在保障投资者权益与促进公共健康福祉之间找到更加和谐、共生的平衡点。

ESG 视野下的国际投资协定转型

张萌杰*

摘要：国际投资协定的结构性、功能性缺陷引发了合目的性与共同发展的双重诉求，有必要调整客观秩序和主体需求间的映射方式。统一经济和社会效益的 ESG 理念能够摆脱资本逻辑的控制，补充和修正国际投资协定的工具价值。在传统自上而下治理方法论以外，ESG 投资者产生了自下而上的治理驱动力，“上”“下”共同促进相关软法规范实现法律上和事实上的硬化，有助于调整新自由主义的全球化布局、塑造国际投资协定可持续发展转型的新动向。我国应主动形成自上而下与自下而上双向度的宏观策略，以可持续发展价值为指引，实行软法与硬法并行的治理模式；在明确软法定位的前提下，探索投资者义务与责任、东道国权利等微观规则的设计思路，为国际投资协定的功能性和结构性转向贡献独具中国特色的建设性方案。

关键词：国际投资协定；ESG；发展价值；软法；自下而上

国际投资协定具有东道国与投资者权利义务失衡、过度强调投资保护和促进的内生缺陷，因循了一种异化的目的实现路径，这引发了其自身的“可持续发展危机”。随着全人类共同发展需求在国际社会不同领域的延伸，国家和投资者从自身供求出发，分别表达了对重塑国际投资协定的期望。

受限于社会历史条件，国际投资法在实现经济发展目的时常常困于资本的自利性，忽视环境、社会和人类整体的可持续，实现发展价值的工具效用不足。“环境、社会和治理”（Environment，Social and Governance，以下简称“ESG”）是投资者主动将联合国 17 个可持续发展目标落实到企业层面的决策实践。借助这一新兴投资工具，投资者主动承担起协调经济、环境和社会有序演变的公共责任，为积极推进全人类共同发展提供了市场自律的视角，从内部自下而上地补足了国际投资协定的工具价值缺量。ESG 相关规范软性特征突出，与国际投资规则间的互动存在一定的权利义务空白，无法为实现可持续发展目标提供足够的规范支撑，但 ESG 软约束的硬化路径对国际投资协定的改革进路具有一定的示范作用。

可持续投资治理以国际投资规则为主要载体，需要国际社会、国家、投资者的共同参与。考虑到制定综合性多边投资协定存在现实困难，目前各国主要选择并依赖双边化改革路径推进国际投资协定的发展。[1]我国应结合 ESG 和现行规则间的互动与冲突，形成贴合可持续发展需求的宏观策略与微观规则。

* 武汉大学国际法研究所 2024 级博士研究生

[1] 参见张光：《论国际投资协定的可持续发展型改革》，《法商研究》2017 年第 5 期，第 165 页。

一、国际投资协定的转型需求

国际投资协定以引进外资、促进经济发展为主要任务，忽视非投资议题，存在结构性和功能性缺陷，面临根本认同危机。在可持续发展价值共识与投资活动不断融合的趋势下，作为客体[2]的国际投资规则自身和作为主体的“人”[3]分别从合目的性[4]、人类共同发展两个角度对国际投资协定的变革提出了诉求。

（一）客观需求

人类社会经济发展为国际投资规则设置了预定目的——满足东道国吸引外资、投资者降低投资风险的要求，构建稳定且可预期的友好投资环境[5]，以实现投资保护和促进——该目的在可预见的未来不会改变。受自身结构性和功能性缺陷的影响，国际投资协定当前处于一种异化的运行状态，并非实现其目的的最优解，由此引发了合目的性的变革需求。本质上这只是一种自发的、优化基本目的实现路径的内部调整，并不以主体的意志为转移，但切实凸显了国际投资协定转型的客观必要性。

1. 国际投资协定的结构性缺陷

国际投资规则分别或共同服务于各国的政治价值或经济利益，[6]大多以促进和保护海外投资为主旨，突出发达国家的对外经济政策，片面强调资本输出国及其海外投资者的权益[7]，在实体和程序层面均严重忽视东道国的可持续发展利益，投资活动主体的权利和义务具有天然的非对称性。

（1）实体规则层面。传统投资协定框架下的东道国与投资者权利义务关系不对等，投资者在享受条约权利的同时并不承担任何条约义务[8]，具体表现为东道国外资保护义务和外资管制权、投资者权利与义务、投资者权利和东道国当地民众权利的失衡[9]，尤其是待遇条

---

[2] 客体是指满足人们需要和社会发展客观要求的物质的、精神的、社会的实践产物。参见赵守运、邵希梅：《论哲学“价值”的本质属性——对“价值是客体满足主体需要的关系”的反思》，《社会科学战线》1994 年第 1 期，第 71 页。

[3] 包括整体的人和个体的人。参见张辉：《人类命运共同体：国际法社会基础理论的当代发展》，《中国社会科学》2018 年第 5 期，第 56 页。

[4] 合目的性关注目的的达成效度问题，关注解决目的的手段，通过最优的手段实现预定目的。参见裴洪辉：《合规律性与合目的性：科学立法原则的法理基础》，《政治与法律》2018 第 10 期，第 61-62 页。

[5] See Rudolf Dolzer, et al, Principles of International Investment Law, 27-29(Oxford University Press 2022).

[6] 参见王鹏：《国际投资规则的发展与变革：旧矛盾与新情境》[J/OL]，《国际经济评论》2024 年第 2 期，第 13-14 页。

[7] 参见曾华群：《“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策》,《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 6 期，第 59 页。

[8] 参见周渝舜、徐树：《国际投资协定与国际劳工标准的衔接机制》，《社会科学研究》2021 年第 6 期，第 105 页。

[9] 参见王彦志：《新自由主义国际投资法律机制：兴起、构造和变迁》，法律出版社 2016 年版，第 230 页。

款、征收条款、保护伞条款与准入自由化对实现东道国社会价值构成了严重阻碍。[10]在粗放型经济增长模式下，投资者优先的投资政策的确促进了东道国经济发展，但可持续发展共识在不同领域的凝聚使得东道国公共利益诉求日渐多元化，投资者相应的义务与责任缺位严重背离了东道国的可持续发展期待。对于利益受损的国家主体而言，国际投资协定的基本目的在当下是一种不完全实现，而且这种不平衡阻碍了全人类共同发展的顺利推进。

（2）程序规则层面。片面强调外国投资者诉权严重制约了东道国的可持续发展努力。国际投资协定只明确赋予投资者提起仲裁的程序性权利，投资者可以不受任何限制地将其认为有害利润实现与增长的东道国管理行为诉至仲裁庭，而不论这些管理行为是否存在歧视或是否基于合法目的。[11]外国投资者这种通过投资保护干预东道国决策或政策的行为方式带来了“监管寒意”（regulatory chill），在膨胀的诉讼或诉讼威胁下，东道国不得不更加谨慎地进行决策活动，即使拟议措施符合国家公共利益。[12]另外，由于投资协定忽视了对投资者行为的实体规则约束，东道国缺乏主动提起诉请的法律依据[13]；更由于对国家反诉的管辖权、可受理性与诉因要件缺乏全面、具体的规定，东道国始终处于被动抗辩的不利境地。[14]事实上，即便顺利进入仲裁程序，在缺乏明确规则的情况下，投资者责任也难以被认定。所以，外国投资者实质上处于一种不受限的自由状态。各国为践行可持续发展理念，要求保障其在环境、公共道德等非经济目标方面的规制权，但是公共利益规制权回归与投资保护之间存在无法回避的冲突和对立，此种矛盾会挤占投资者利益最大化的行为空间，投资者在程序性权利上的优势往往成为其恣意挑战东道国公共政策、表达不满的借力点，若放任这种失衡状态的延续，将会滋生争端解决资源浪费和投资合作关系恶化的不利后果，进一步扭曲国际投资协定的目的实现路径。

2. 国际投资协定的功能性缺陷

除了结构上的不平衡，国际投资协定在功能上也出现明显的偏向性，即侧重于对外国投资者及其利益的保护而忽略外国投资在促进东道国可持续发展方面的功能。[15]投资协定本质上是一种促进资本主义和全球化的工具，保障外国投资者顺利打开东道国国内市场的同

---

[10] 参见刘笋：《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》，《法学研究》2011 年第 4 期，第 199-200 页。

[11] 参见刘笋：《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》，《法学研究》2008 年第 6 期，第 142 页。

[12] 参见刘俊梅：《晚近国际投资协定中的企业社会责任条款：国际趋势及中国因应》，《武大国际法评论》2023 年第 1 期，第 136-137 页。

[13] See T. Ishikawa, Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration, 113 AJIL Unbound 33(2019).

[14] 参见桑远棵：《国际投资仲裁中国家反诉的适用困境及其化解》，《中国海商法研究》2023 年第 1 期，第 102 页。

[15] 参见张光：《论国际投资协定的可持续发展型改革》，《法商研究》2017 年第 5 期，第 162 页。

时，为各国刺激当地经济提供机会[16]，着重强调促进和保护投资的功能，对环境、人权或公共健康等非经济议题关注不足。尤其是发展中国家在争取国际新秩序的斗争中着眼于经济发展[17]，在某些情况下甚至可能会选择牺牲东道国的部分社会价值来竞争和吸引外资。“可持续发展”逐渐以序言或具体条款的形式被多边或双边条约接纳成为法律概念并获得法律拘束力[18]，但无论是哪种形态，它都主要被表述为一种期待而不是可执行的义务。此外，这种转变依然基于投资协定是国家间权利义务安排的合意，缺乏对投资者行为的规范和引导，并不能抵消具体投资活动因逐利而产生的有害影响。经济活动关系着人类社会的整体，并非独立存在，偏离共同发展的进路实质上是对自身生存空间的挤压。国际投资协定目前的运行路径对于实现可持续发展的工具效用尚不充分。

（二）主观需求

国际投资协定的运行状态已经引起国际社会的普遍质疑，滞后于人类共同发展[19]要求的步调损害了其应然的规范作用。全球治理视野下，政府、非政府组织以及跨国公司等商人主体在应对人类共同生存和发展问题上均表现了积极的参与欲望[20]。多元化主体的这种对人类共同发展的追求给国际投资协定内部的合目的性调整施加了压力。

1. 人类总体发展需求

发展表征着人要求前进和上升的主观愿望。可持续发展以全人类的共同发展为目标，着眼于人类生活的各个领域，追求各种需要的满足和各种价值的统一，惠及全人类中的每一个人。[21]具体到国际投资领域，可持续发展是对缔约国的经济与社会协调需求和投资者的资本利益持续增长需求的共同满足。发展曾一度被视为是一个纯粹的经济问题，以经济增长衡量发展水平成为国际社会的通行做法，各国投资协定普遍存在的结构性和功能性缺陷即缔约国过度追求经济利益、忽视投资双方需求平衡的结果。作为促进全球经济发展的主要规范工具之一，国际投资协应始终保持与人类发展需求相一致的积极状态，持续、稳定地发挥规制作用。

2. 国家发展需求

---

16 参见〔尼泊尔〕苏里亚·P.苏贝迪：《国际投资法：政策与原则的协调（第二版）》，张磊译，法律出版社 2015 年版，第 89-90 页。

17 参见廖凡：《中国式现代化的国际法意涵》，《武大国际法评论》2023 年第 1 期，第 24 页。

18 参见邓烈：《论“可持续发展”概念在国际法上的意涵》，《中国法学》2009 年第 4 期，第 125 页。

19 作为人类命运共同体基本理念的共同发展已经获得世界各国的普遍认同。参见张辉：《人类命运共同体:国际法社会基础理论的当代发展》，《中国社会科学》2018 年第 5 期，第 57 页。

20 参见赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，《中国社会科学》2014 年第 10 期，第 79、96-97 页。

21 参见巩固：《可持续发展的道德性解析》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》2007 年第 4 期，第 39 页。

国家是满足人类需要的最重要的组织形式。[22]主权国家是国际社会的主要行为主体，对全人类的安全、健康、幸福和可持续发展负有国际责任[23]，并且每个国家都对本国的经济和社会发展负有首要责任。[24]国家首先应切实完成国内责任，尽量履行相应国际责任。[25]海外投资是各国经济交往的主要方式之一，直接作用于国家经济发展，因而许多资本输入国尤其是发展中国家被迫让渡一定公共利益来吸引和竞争外资，导致经济发展凌驾于社会发展之上，国内责任的履行存在瑕疵。同时，国际投资协定的不平衡性也会打消各国主动承担促进全人类共同发展的国际责任的积极性。国际投资治理的这种“反身性”效果，促使各国在重塑国际投资规则，尤其在强化东道国的规制权方面达成了普遍共识。[26]

3. 投资者利益发展需求

在可持续发展理念和实践拓展的过程中，国际社会逐渐意识到政府单方面的财政努力作用有限，从而对私人资本的参与产生了期待，进一步主张将 ESG 因素纳入投资决策和积极所有权的投资策略和实践。[27]在可持续发展理论、经济外部性理论、企业社会责任理论的支撑下[28]，投资者对自身的经济活动进行了试探性调整。在获得资本与市场的正向反馈后，投资者凝结了具有经济和社会双重属性的 ESG 投资共识。资本利润追求与可持续发展价值取向在 ESG 实践中实现恰切的融合。

行为需要规范确认才能获得持久的生命力。ESG 是同时符合投资者利益与东道国期待的投资方式，不过本质上仍然只是投资者自发嵌入可持续发展价值的一种投资活动和市场行为，尚未被国际投资政策确认，缺乏稳定发展的跨国环境。国际投资协定应当主动回应投资者参与可持续发展实践的积极性，实现可持续投资行为的法律化，依靠主体的“人”施加的外力促成内部路径调整。

二、ESG 与国际投资协定的互动

ESG 既是投资者依循资本增值本能进行的可持续性投资实践，又是投资者主动实现可持续发展目标的方法和路径。ESG 强调投资活动对人类可持续发展的积极价值，回应了国际社会对重塑资本与发展之间良性关系的期望，其内含的投资者认识突破了资本增值逻辑，

---

[22] 参见刘贞晔：《全球治理时代全球利益与国家利益的调适》，《社会科学》2015 第 1 期，第 20 页。

[23] 参见许开轶、季伟杰：《全球治理语境下主权国家的国际责任》，《中州学刊》2014 年第 2 期，第 19 页。

[24] UN, Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, https://sdgs.un.org/2030agenda, visited on 26 September 2024.

[25] 参见许开轶、季伟杰：《全球治理语境下主权国家的国际责任》，《中州学刊》2014 年第 2 期，第 20 页。

[26] 参见蔡从燕：《统筹推进国内法治和涉外法治中的“统筹”问题》，《武大国际法评论》2022 年第 4 期,第 6-7 页。

[27] UNEP Finance Initiative and UN Global Compact, Principles for Responsible Investment, https://www.unpri.org/download?ac=10948, visited on 26 September 2024.

[28] 参见黄世忠：《支撑 ESG 的三大理论支柱》，《财会月刊》2021 年第 19 期，第 3-10 页。

尝试引导经济活动从事实上弥补国际投资协定的价值缺量，使其运行趋向更优路线。但由于 ESG 规则自身的软约束性以及与国际投资协定间的沟通并不充分，投资者的自我贡献作用有限。

（一）ESG 的价值及其规范基础

1. ESG 的自身价值

ESG 在为股东利益服务的同时兼顾了企业社会价值，是投资者改善投资结构、优化风险控制、发展长效收益的决策工具。[29]常规投资思路着眼于短期、可视化利益，缺乏可持续性考量。ESG 投资模式则追求企业与市场的持续活跃，期望在更长的时间周期内创造更大的经济价值。所以在进行投资决策时，投资者通常会偏好全面衡量股东利益与社会效益，获得积极的外界评价来拓展投资机会、稳固投资合作关系、减轻制度同构的压力，形成可持续的商业逻辑。

在长效的市场价值外，ESG 具有促进人类共同发展的附带价值。可持续发展目标是人类对有弹性、公平、包容和可持续经济的最佳投资，也是对预防冲突和危机的最佳投资。[30]联合国预计从现在到 2030 年，每年需要投入 5 至 7 万亿美元，方能实现可持续发展目标。[31]各国政府的支援能力有限，私人资本流入市场有助于稳定环境、社会、经济和谐互动的氛围。ESG 关注的人权、环境等评价角度能够与联合国 17 个可持续发展目标以及 169 个子目标一一对应。换言之，ESG 是可持续发展目标在投资领域的具体实践，旨在通过个体努力推动经济、环境和社会的协调发展。

2. ESG 的规范基础

制度建设是 ESG 生态系统的核心。[32]ESG 是投资者主动联结投资实践与可持续发展价值的投资方法，受到双重规范体系的引导——向内以“负责任商业行为”为概念基础并遵行国内和国际市场的具体要求，对外以可持续发展制度框架为指引。企业责任与国家义务以 ESG 为轴心实现了衔接。

《跨国公司行为准则》《联合国商业和人权指导原则》以及国际劳工组织核心公约共同构成负责任商业行为的规范基础。[33]相关国际组织及各国国内机构出台多项 ESG 披露建

---

[29] 参见屠光绍：《ESG 责任投资的理念与实践（上）》，《中国金融》2019 年第 1 期，第 13 页。

[30] Amina J. Mohammed, Deputy UN Chief: SDGs represent humanity's ‘best investment’ in resilience, sustainable economies - and preventing conflict and crises, https://unsdg.un.org/latest/blog/deputy-un-chief-sdgs-represent-humanitys-best-investment-resilience-sustainable, visited on 26 September 2024.

[31] UNEP Finance Initiative and UN Global Compact, The SDG Investment Case, https://www.unpri.org/download?ac=5909, visited on 26 September 2024.

[32] 中央国债登记结算有限责任公司：《中国 ESG 实践白皮书——基于发债企业和上市公司的观察》，https://www.icmagroup.org/assets/Whitepaper-on-ESG-practices-Chinese-version-January-2023.pdf，2024 年 9 月 26 日访问。

[33] 商务部国际贸易经济合作研究院：《推动负责任商业行为：经合组织〈跨国企业准则〉及国家联络点的作用》，https://www.oecd.org/daf/inv/mne/China-RBC-workshop-May-2015-background-note-CH.pdf，2024 年 9 月 26 日访问。

议、参照标准等行业自律规范引导企业行为，如 GRI 标准、ISO26000、TCFD 框架、SASB 可持续会计准则、伦敦交易所 ESG 报告指南、纳斯达克 ESG 报告指南等，但这仅仅是回应持续经营需求而自发形成的市场弱制度，缺乏共识性和法律性的表达。可持续发展议题的多边法律框架以软法性共识为起点[34]，尚未形成全方位覆盖的硬法性条约。[35]大量的自愿性和监管性倡议经由 ESG 因素与投资者或东道国发生互动，成为投资协定以外的行为参照规范，但很显然它们都存在硬性约束力不强的问题。

（二）ESG 纠正并补充国际投资协定的可持续性工具价值

国际法的最终目的是保障人的基本权利，促进人的全面发展。[36]“发展”是对人类追求的共同利益与需要的综合性概括，依赖国际法满足整体的秩序化和规范化需求。所以，国际法在以人的全面发展为目的价值的同时，通过规范的纠偏与重塑对人的发展产生了持续的工具性价值[37]。可持续发展以人为核心，强调环境、社会和经济的协调有序，既是“发展”在当前时代背景与社会认知中的具像化描述，又是人对发展方式的主动选择[38]，作为国际社会的核心价值观念已经得到当代国际法的认可。[39]

可持续发展通过进入不同的法律文本选择具体的发展方式。新自由主义影响下的国际投资立法以压缩东道国公共利益监管空间为代价吸引外国直接投资、实现促进国家经济发展的目的。但投资活动受资本的增值本能驱使，追求收益最大化和企业成本外部化，尤其在国际投资协定较为畸形的结构与功能作用路径下，这种忽视东道国可持续性效益的现象愈发严重，经济发展陷入了资本逻辑陷阱，偏离了全人类共同发展的基本要求。

ESG 是投资者超越资本内生的历史界限对环境、社会和经济协调发展需求进行的思考。不过这种认识只停留在了片面的、外部的观察阶段，是一种利益驱动产生的感性认识，尚未形成概念[40]，但切实体现了投资者对人类存在与发展之可持续性的反思。一般认为，投资者代表资本行为，只能被动接受国家政策，在促进发展方面不具备主观能动性。但这是对

---

[34] 比如关于环境问题的《斯德哥尔摩人类环境宣言》和《环境行动计划》；关于人权问题的《世界人权宣言》；关于妇女和儿童事业发展问题的《北京宣言》；关于难民问题的《难民问题全球契约》等。

[35] 目前关于环境、人权、反腐败问题的公约发展较为丰富。比如《联合国气候变化框架公约》《巴黎协定》《公民权利和政治权利国际公约》《联合国反腐败公约》等。

[36] 参见古祖雪：《论国际法的理念》，《法学评论》2005 年第 1 期，第 45 页。

[37] 价值是指客体对于主体的意义，将价值按照目的性需要和工具（手段）性需要划分是最具普遍性和基础性的价值分类方式之一，目的是指对一定需要的满足本身，手段则是达到目的所依靠的条件和过程。参见李德顺：《价值论——一种主体性的研究（第 3 版）》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 81-82 页。

[38] 参见马忠法、谢迪扬：《论人类命运共同体理念下的国际法价值构造》，《武大国际法评论》2022 年第 2 期，第 10 页。

[39] 参见〔荷兰〕尼科·斯赫雷弗：《可持续发展在国际法中的演进：起源、涵义及地位》，汪习根、黄海滨译，社会科学文献出版社 2010 年版，第 7-8 页。

[40] 概念这种东西已经不是事物的现象，不是事物的各个片面，不是它们的外部联系，而是抓着了事物的本质，事物的全体，事物的内部联系了。参见《毛泽东选集（第一卷）》，人民出版社 1991 年版，第 285 页。

人的物化，是一种狭隘的理解。ESG 引导的投资行为重塑了扭曲的经济发展现象，而对 ESG 因素的强调代表了投资者对“人与资本主客体关系颠倒”在认识上的修正，并且不断深化的认识将继续引导投资实践融合可持续性经济发展。由此可见，投资者的自我贡献能够分别从实践和认识层面补缺国际投资协定异化的工具效用。

（三）ESG 明晰并强化国际投资协定的适用

目前，ESG 只是一种流行的投资方法，尚未被各国投资协定普遍确认，相关规范多以企业社会责任（Corporate Social Responsibility，以下简称“CSR”）的形式出现。比如，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，CPTPP）要求各缔约方应鼓励企业在其政策和实践中自愿采取与环境有关的 CSR 原则。[41]CSR 既是 ESG 的理论基础，又是 ESG 在当前国际投资协定中的主要表现形式，但二者并不完全相同。首先，ESG 是一个来源于 CSR 但比 CSR 更为宽泛的术语。ESG 明确包括企业治理，而 CSR 仅因企业行为与环境和社会要素相关而间接包括治理问题。[42]企业治理不止局限于公司内部问题，还牵涉企业在国家与国际法律框架下的运作，是投资者为所有利益相关者行动的良性基础。其次，ESG 与 CSR 的作用路径也具有较大差异。CSR 是企业提升形象和声誉价值的自愿行为，国际投资协定所纳入的 CSR 条款多使用“鼓励”“努力”等劝告性表述，约束力极其有限。ESG 虽然缺少法律语言确认，但经由投资利益引导，已经形成了市场自我规范的商业逻辑，是受相关准则或标准软约束的合规行为，能够有效落实个体的可持续发展努力。最后，ESG 能够对 CSR 进行具体量化。CSR 是对企业承担可持续发展之社会责任的定性描述，在概念理解和执行上存在模糊化的缺陷。ESG 是投资者将可持续发展目标直接落实到企业决策层面的实践，借助 ESG 报告等工具使 CSR 趋向于可量化。所以 ESG 实质上是一个比 CSR 更加详细具体、更高层级的投资者行为概念。

近年来，可持续发展共识加快渗透至不同领域，各国间出现了以 ESG 因素为政策核心的新型投资协定。比如，欧盟与安哥拉的《可持续投资便利化协定》侧重于促进可持续发展和 ESG 投资，提高经济多样化和抗风险能力，并支持能源转型[43]；《新加坡——澳大利亚绿色经济协议》（GEA）是全球首个结合贸易、经济和环境目标的协议。随着 ESG 核心地位的显现，东道国政府将政策视野从本国的防御性利益延伸至国际社会的共同利益，试图通过扩张投资者义务的方式减少投资活动对环境与社会利益的损害。加拿大 2021BIT 范

---

[41] CPTPP Article 20.1; USMCA Article 14.17; CETA Article 22.3.2.

[42] See Stuart L. Gillan, et al, Firms and Social Responsibility: A Review of ESG and CSR Research in Corporate Finance, 66 Journal of Corporate Finance 2(2021).

[43] Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, International Arbitration in 2022: Top Trends, https://www.freshfields.com/490835/globalassets/our-thinking/campaigns/arbitration-top-trends-2022/international_arbitration_top_trends_2022.pdf, visited on 26 September 2024.

本鼓励投资者将负责任商业行为的相关软法标准纳入其业务实践和投资政策。[44]《摩洛哥——尼日利亚 BIT》规定投资者及其投资应通过高水平的社会责任实践，努力为东道国和当地社区的可持续发展做出最大、可行的贡献。[45]对于投资者义务和责任规则的演变，非洲发展中国家的新一代 BIT 范本走的更远。冈比亚在《可持续投资便利化与合作协定》（Sustainable Investment Facilitation and Cooperation Agreement，以下简称 SIFCA）中立足东道国与投资者利益平衡，汇集了投资保护、商业、人权以及环境保护制度，创造性的扩张了投资者义务，要求投资者提交关于遵守 SIFCA 和《联合国工商业和人权指导原则》的声明，作为争议提交仲裁的先决条件。[46]各国的确开始重视可持续发展在国际投资协定中的地位并试图缓解权利义务失衡产生的冲突，但很显然并未摆脱倡议性的规则布局，而且所提及的相关文书均缺乏强制性，即使投资者接受被施加的自愿性义务，也可以在实践中拒绝遵守而免受不利后果制约。所以，新型投资协定在缓和旧有缺陷引发的路径异化矛盾上做出的努力依然面临现实操作困境。

ESG 是一种投资模式，自身不会成为投资者与东道国争讼的原因，但所涉及的环境、人权等问题是双方交涉或冲突的焦点。尤其在东道国以投资者违反相关公共政策为由对抗后者的索赔时，常牵扯反诉问题。国际投资协定往往只强调东道国的防御性利益，虽然赋予了东道国反诉权一定的规范支撑[47]，但实践中获得支持的反诉请求寥寥无几，目前只有厄瓜多尔在 Burlington v. Ecuador 案和 Perenco v. Ecuador 案的反诉中成功要求投资者承担环境责任。ESG 聚焦于可持续发展相关领域，不可避免的会与东道国公共政策发生互动，这对反诉实践提出了新的要求。Urbaser v. Argentina 案中，被告阿根廷提出反诉，指称原告违反人权义务，仲裁庭利用大量软性规范[48]论证国际人权的消极义务也可能是投资者义务，扩展了对实质性人权义务的理解，这在一定程度上消解了投资者拒绝遵守软法义务的实践困境。但同时也产生一个问题——关乎人类共同利益的诸多领域尚且只以共识性软法文件作为参照，如果投资者的损害行为恰好处于东道国国内法或国际硬法规制的空白地带，软法能否作为东道国对投资者行为的理解而充当提起反诉的依据，还是如 Urbaser 案只能作为仲裁庭证成的辅助工具。

---

[44] Canada Model BIT 2021, Article 16.

[45] Moroccp-Nigeria BIT 2016, Article 24.

[46] Uría Menéndez, A Human Rights Perspective on Investment Arbitration after COVID-19 Current Issues and Future Trends, https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7930/documento/01.pdf?id=12798&forceDownload=true, visited on 26 September 2024.

[47] 实践中东道国一般以 ICSID 公约第 46 条和《贸易法委员会仲裁规则》作为反诉的规则支撑。

[48] 首先，仲裁庭表示《世界人权宣言》可能针对跨国公司适用，同时仲裁庭援引了《经济、社会、文化权利国际公约》、联合国大会 2010 年 7 月 28 日关于水和卫生设施权利的决议、国际劳工组织《关于多国企业和社会政策的三方原则宣言》、联合国社会、经济和文化权利委员会的一般性评论，确认无论是公共主体还是私人主体都负有不参与破坏人权活动的消极义务。See Urbaser v. Argentine, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, p.318.

三、ESG 视野下国际投资协定转型动向

国际投资协定的内生缺陷抑制了“自上而下”治理的持续效用，有必要寻求新的治理策略。ESG 在政府与市场的共同努力下蓬勃发展，代表了资本所有者的价值转向，为投资治理提供了内部视角。ESG 软法标准的硬化路径也为投资协定与其他领域的衔接创新了思路。

（一）自上而下与自下而上的治理认识

各国普遍采用“自上而下”的治理机制应对海外投资问题。“自上而下”是一种固定化的行为模式，主要表现为“下”严格遵循“上”所设计的方案和路线，且“下”多限于被动执行。[49]具体到国际投资领域，可以解释成通过国家间谈判签署的投资协定，为缔约国与投资者构造行为方式和行为边界。

“自上而下”的治理机制存在一定的理论和实践困境。首先，“自上而下”需要确认合理的顶层指导方案。各国现行投资政策过分强调国家经济发展目标，着力保证投资者拥有充分的资本回报空间，投资协定的结构和功能失衡，大多沿袭一种扭曲的实现路径。缔约国日益多样化的可持续性诉求只会加剧这种不平衡。其次，“自上而下”的治理结构通常侧重于宏观层面的规制，对于某些具体的、微观的问题，尤其是 CSR、ESG 等与投资者行为密切相关的新兴概念考虑有限。最后，无论是缔约国还是投资者，都可能缺乏执行动力。在资本输出国的绝对经济优势面前，资本输入国只能被动让步并接受不利条款，国际投资协定常是后者妥协的结果；投资者义务主要是自愿性、软法性义务，极易因利益变化而被否认或被选择，并不能发挥持续且稳定的约束作用。投资协定不是资本流动的原因而是资本流动的结果，东道国投资环境的改善不能仅依靠投资协定[50]，因而在传统自上而下治理之外，有必要寻求新的治理策略，借助具有可操作性的外力来推动变革。

从商业市场责任到社会公共责任，投资者逐渐承担治理主体职能，为投资治理提供了从个体利益出发但超越个体利益视角的内部公共性立场，塑造了一种自下而上的参与模式。在资本与可持续发展融合的趋势下，应当尽量刺激并保持投资者的能动性，通过资本与市场的对话给予投资者行为与东道国公共政策相互调整的空间。

与自上而下相对，自下而上的参与治理机制主张从微观的、局部的问题着手，逐渐上升至宏观的、整体的问题。将个体行为纳入可持续发展努力不仅能够切实保证公共目标的实现，更能够激发投资者的社会责任感和使命感，维持资本向善的主动性，提升投资者参与感并形成良性循环。由“自上而下”保证“自下而上”的自我贡献空间，形成自上而下赋能和自下而上参与的治理模式，最终实现可持续发展目标。但是，投资者的立场转变受利益驱动，应尽量通过规范确认以保证其行为稳定。

---

[49] 参见秦天宝：《论〈巴黎协定〉中“自下而上”机制及启示》，《国际法研究》2016 年第 3 期，第 65 页。

[50] 参见刘笋：《国际投资保护的国际法制:若干重要法律问题研究》，法律出版社 2002 年版，第 465-466 页。

（二）软法硬化的实践途径

ESG 相关规则以行业自律规范为主，多是自愿性和引导性的、不具有强制约束力的软法性文书。从广义上讲，软法的硬化包括法律上的硬化和事实上的硬化。其中，法律上的硬化是指软法转化成具有法律约束力的国际条约或被采纳为国内法；事实上的硬化是指运用事实上的强制力或政治、经济方面的影响力保证国际社会对软法的遵守。[51]

1. 法律上的硬化

软法在法律上的硬化主要依靠两种途径：形成国际条约和转化成国内法。尽管国际社会已经达成了可持续发展共识，但各国在具体问题上的利益和立场分歧严重阻碍了意思表示一致的发生，无法形成具有普遍约束力的法律文件，所以当前 ESG 软性义务的硬化主要通过各国自觉将相关规范纳入国内法并赋予法律效力的方式。

ESG 已成为全球资本市场共识。[52]目前海外 ESG 市场较为成熟，近一半的欧盟资管市场和超过三分之一的美国资管市场已公布 ESG 标准。欧盟自上而下地构建了 ESG 监管制度，开启了 ESG 市场规则从软法到硬法的转变，这一举措使得欧盟直接成为全球 ESG 投资的领跑者。为落实《里约宣言》的要求，欧盟于 2014 年发布《非财务报告指令》（Non-Financial Reporting Directive，NFRD），首次将 ESG 纳入政策法规。2017 年，《股东权指令》（Shareholders Rights Directive）将 ESG 议题纳入具体条例，实现环境、社会和治理的全覆盖。为应对 ESG 市场对法律环境提出的更高要求，2022 年 11 月 28 日欧盟理事会通过了《企业可持续发展报告指令》（Corporate Sustainability Reporting Directive，CSRD），替代 NFRD 成为欧盟 ESG 信息披露的核心法规，该指令要求扩大披露的覆盖范围、逐步提升强制性，标志着 ESG 报告的编制理念逐渐从社会责任拓展至可持续发展。[53]为了配合 CSRD，欧盟发布整合了 GRI 标准[54]的《可持续发展报告准则》（European Sustainability Reporting Standards，ESRS），表明全球标准已经开始步入国家投资政策。2024 年 4 月，上海、深圳、北京三大交易所正式发布“上市公司自律监管指引第 14 号——可持续发展报告（试行）”并于 5 月 1 日起施行[55]，可持续发展信息强披露开始占据国内社会视野。

---

[51] 参见胡玉婷：《论软法与硬法在多维界分中的渐变——以〈巴塞尔协议〉为视角》，《东方法学》2014 第 2 期，第 107 页

[52] 普华永道预计 2026 年全球 ESG 相关资产管理规模将从 2021 年的 18.4 万亿美元增加到 33.9 万亿美元。

[53] 参见黄世忠：《谱写欧盟 ESG 报告新篇章——从 NFRD 到 CSRD 的评述》，《财会月刊》2021 年第 20 期，第 16 页。

[54] GRI 是目前应用最广的可持续发展报告框架，欧洲财务报告咨询组（EFRAG）此前表示，ESRS 将会尽可能完全符合 GRI 标准。

[55] 《上海证券交易所上市公司自律监管指引第 14 号——可持续发展报告（试行）》、《深圳证券交易所上市公司自律监管指引第 17 号——可持续发展报告（试行）》、《北京证券交易所上市公司持续监管指引第 11 号——可持续发展报告（试行）》。三份《指引》的具体内容基本一致。

投资协定是投资法律关系的根本法律文件，其效力的发挥以投资者符合、遵守东道国国内法为前提。[56]仲裁庭依据投资是否具有“合法性”，判断并决定投资行为能否获得投资协定保护。尊重东道国法律的完整性既是国际投资法自身关注的问题，又是各国发展的关键之一[57]，因而大多数投资协定[58]都在文本中对投资须符合东道国国内法进行了确认，但只是笼统规定，并不包含具体要求。所以，Fraport v. Philippine 案中索赔人主张，“符合国内法”是投资协定的一般描述并不具备特殊性，只是一种东道国对外国投资准入时的管辖权的强调。[59]总之，ESG 规则的确已经开始得到国内法重视并获得强制约束力，但其能够在何种程度上扩展为“合法性”的判断依据还有待观察，特别是在强制性信息披露规则的法理证成和制度构建尚未完善的情况下，ESG 投资者投资的 ESG 产品所存在的法律风险可能无法确定。《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partner ship，以下简称“RCEP”）第十四条拒绝授惠条款特别指出，菲律宾可以根据《反欺诈法》拒绝将 RCEP 下的某些利益授予另一缔约方的投资者及其投资。[60]这种明晰投资者具体义务来源的做法，也许是一个新的发展方向。

2. 事实上的硬化

软法以共识基础上的多元治理为核心，责任的最终实现要求制度设计落实到企业的行为和治理层面，因此选择符合企业偏好的动力机制才是关键。[61]投资者是利益驱动型主体，其行为围绕获得利益和保有利益而展开。其中，利益的获得以投资者顺利进入东道国市场为起点，利益的保有则主要体现在投资仲裁的裁决结果中。

履行要求是投资者进行投资活动的条件，为满足履行要求产生的利益折损在某种程度上会影响投资者对投资市场的选择。当地雇佣和培训要求、股权和合营要求、研发要求等非绝对性禁止的履行要求以促进东道国经济和社会发展为目标[62]，实际上是从国家层面对投资者承担社会公共责任的法律性表达。但各国对履行要求的存续产生了分歧。[63]ESG 是投资者主动履行社会发展义务的自律行为，实质上比履行要求具有更广阔的涵盖范围和更强

---

[56] 转引自宋阳：《国际投资仲裁准据法的平衡适用论》，《现代法学》2022 年第 3 期，第 201 页。

[57] See Fraport v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, p.191.

[58] 可检索国际投资协定共 2592 个,其中 1656 个含有“符合东道国法律”的规定，数据来源：UNCTAD, Investment Policy Hub, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china, visited on 26 September 2024.

[59] See Fraport v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, p.139-140.

[60] RCEP 第十四条 六、菲律宾可以拒绝将本章的利益授予另一缔约方的投资者以及该投资者的投资，如经证实该投资者的投资违反了《惩治规避某些权利、特权或优先权的国有化法行为的法案》的第 108 号联邦法案的规定，该法案由第 715 号总统令修订，也被称为《反欺诈法》及其可能的修订。

[61] 参见袁利平：《公司社会责任信息披露的软法构建研究》，《政法论丛》2020 第 2 期，第 156 页。

[62] 参见钱嘉宁：《国际投资法下履行要求的可持续发展型改革》，《国际经贸探索》2018 年第 3 期，第 114 页。

[63] 参见韩立余：《国际经贸投资规则对履行要求的规制》，《法学家》2017 第 6 期，第 116-128+179 页。

的可接受性。有研究表明，ESG 投资者在不同环境和社会治理水平的国家进行投资均较一般投资者具有一定的市场竞争优势，主要表现为通过克服外来者劣势[64]或强化优势利用来促进对外直接投资[65]，良好的 ESG 表现有助于投资者取得在东道国市场中的合法地位。ESG 市场自身也在将软性需求过渡为硬性要求，如香港联合交易所将“建议披露”的自愿性行为修改为“不遵守就解释”的实质性约束。由此可见，ESG 的自我表现产生了与履行要求相同、甚至更为严肃的市场进入限制效果，能够推动投资者行为由自律走向合规，发挥事实上的制约作用。这是一场自下而上的、由市场利益约束替代政府强制监管的实践。

投资者因利益受损或受损威胁而针对东道国提出投资仲裁请求，是保有自身利益的最直接手段，但程序性权利及仲裁裁决上的不平衡导致投资者地位膨胀，严重威胁了东道国合法权益。目前已有国家针对此问题做出了相应努力。2019 荷兰 BIT 范本第 23 条要求在不影响国内行政或刑事法律程序的情况下，仲裁庭在决定赔偿额时可以考虑投资者不遵守《联合国工商业和人权指导原则》和《经合组织跨国企业指导原则》的行为；冈比亚 SIFCA 则表示仲裁庭裁决赔偿数额时可以考虑投资者违反 SIFCA 框架下的义务或相关指导原则的责任等；[66]即 ESG 中存在的软法规范可以通过减损投资者的可期待利益而产生事实上的约束力。

四、ESG 视野下国际投资协定转型的中国思路

“推进‘双碳’工作是破解资源环境约束突出问题、实现可持续发展的迫切需要……，是主动担当大国责任、推动构建人类命运共同体的迫切需要。”[67]“双碳”目标等重要指示[68]表明我国已经开启绿色经济和社会转型的历史进程。作为可持续发展目标在企业行为中的映射，ESG 与国家顶层设计高度契合，体现了投资者承担可持续发展责任的主动性和积极性。不同的设计路径体现的是规则背后不同的价值导向[69]，因而对国际投资协定进行调整，不仅能够为投资者提供资本向善的制度保障，为经济和社会创造稳定和谐的发展环境，还

---

[64] 外来者劣势是指合法性不足和信息不对称。

[65] 参见谢红军、吕雪：《负责任的国际投资：ESG 与中国 OFDI》，《经济研究》2022 年第 3 期，第 96-97 页。

[66] Robert L. Houston, Raja Bose and Chester Brown, Notes from Practice: Announcing the SIFCA Framework – Is the Confluence of Investment Protection with Business and Human Rights the Future of Investment Treaties?, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/26/notes-from-practice-announcing-the-sifca-framework-is-the-confluence-of-investment-protection-with-business-and-human-rights-the-future-of-investment-treaties/, visited on 26 September 2024.

[67] 新华社，习近平主持中共中央政治局第三十六次集体学习并发表重要讲话， https://www.gov.cn/xinwen/2022-01/25/content_5670359.htm, 2024 年 9 月 26 日访问。

[68] 如“推动经济社会发展绿色化、低碳化是实现高质量发展的关键环节。”新华社，习近平：高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告, https://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm, 2024 年 9 月 26 日访问。

[69] 参见何焰、谷放：《比例原则在国际投资仲裁中的适用反思：场域边界与规范张力》，《武大国际法评论》2023 年第 2 期，第 143 页。

能够体现尊重全人类共同利益的价值立场。此外，我国兼具资本输出国与资本输入国的双重身份，对经济活动的理解更加深刻，应积极承担引领投资规则制定的大国责任，提出凸显中国立场与观念的宏观策略——以形成硬法与软法并行的投资协定网络为原点，设计向上衔接人类共同价值、向下协调投资者利益的全方位布局；同时从软法向硬法的过渡入手，设计规范东道国权利与投资者义务和责任的微观规则。

（一）宏观策略

1. ESG 的实体化：自下而上与自上而下接轨的治理方法论

可持续发展是人类共同价值，需要国际社会全体成员参与。国际投资协定的“可持续性危机”只有依靠规则变革才能从根本上缓和，在目前无法达成国家间合意的情况下，ESG 可以透过投资者视角，充当从内部、自下而上地弥补国际投资协定缺陷的过渡性工具。不过由于投资者认识源自利益，具有不稳定性，对资本增值本能的抑制是暂时性的——如果投资回报或回报预期长时间处于较低水平，投资者可能会放弃考虑 ESG 因素。所以只有经过制度确认，ESG 才能充分发挥投资者自我贡献的能动性。接受自下而上的个体贡献有助于从根源统合利益分歧，化解自上而下治理在面对多元性、差异性、复杂性诉求时的协调困境。此外，我国以人民为中心的思想本就充分运用了自下而上的方法论，在接纳投资者认识方面具有先天的思维调整优势。

2. ESG 的规范化：设计硬法与软法并行的投资规则网格

无论是 ESG 的基础规范还是关涉的可持续发展议题中均存在大量硬法和软法的混合，并且有软法不断硬化的趋势，但当前国际社会缺乏形成新的多边条约的充分条件，这一趋势短时间内不会产生质变。可持续发展的制度框架具有公共物品的性质，关系到任何时空的任何主体，不能脱离制度保障。国际投资规则以稳定秩序为基础性功能，主要用于规范风险和利益冲突。[70]在可持续发展的风口下，国家间、国家与投资者间的利益与风险有了新的表现形式，因此有必要通过软法为形成完备的硬法体系积累经验，弥补规范空白，发挥制度试错意义。[71]

国家遵守软法可以从多重角度进行解释，部分理论下沉到投资者这一商业主体层面依然可以适用。从软法形成的外部角度看，软法是一种协调机制[72]，服从于共识。可持续发展是资本未来存在和增值的环境基础，这是投资者道德意识与利益需求交锋后被普遍接受的

---

[70] 参见赵骏、孟令浩：《百年未有之大变局下国际法功能的时代要义》，《武大国际法评论》2022 年第 4 期，第 72 页。

[71] 参见罗豪才、宋功德：《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》，《中国法学》2006 年第 2 期，第 8 页。

[72] See Andrew T. Guzman & Timothy L. Meyer, International Soft Law, 2 Journal of Legal Analysis 171-225(2010).

论断。从内部情感动机角度看，投资者遵守相关软法标准可能是出于认可[73]——或是出于对财务回报的认可或是出于对社会影响力的认可。总之，投资者对软法有较高的遵守意愿。

我国提出的“一带一路”倡议以项目先行的软法治理为治理手段[74]，为我国在投资领域的软法治理提供了直接实践经验。这些经验与软法治理的必要性、投资者遵从心理共同促成了我国投资协定改革方案的需求与供给自洽。

（二）微观规则

目前，我国共签署 170 多个投资协定。[75]多数签署较早，条款内容相对陈旧，尚未形成体现国家可持续发展立场的范式样本。我国应从经济和社会需求出发，赋予可持续发展具体的权利义务内涵，统筹协调投资与可持续发展议题间的制度关系。

1. 明确软法定位

设计软法与硬法并行的投资协定框架首先需要厘清软法规范在投资协定中的定位和作用方式。当前国际社会中的软法与硬法之间形成了在宏观与抽象层面上基本并列，在微观和具体领域内交错复杂的关系。[76]因此，投资法领域须逐渐适应以硬法为主、软法为辅的共同治理进路。硬法为主、软法为辅并非适用地位上主次关系的描述，而是作用领域的区分。国际投资法体系已经完成以硬法为主干的框架构建，尽管面临碎片化的指责，但数以千计的各国间投资协定足够涵盖传统规范事项，只是对于新兴领域或者是与其他概念间的联动缺乏规制，在相关条约谈判停滞时需要以共识为基础的软法规范进行过渡期安排。

在投资协定的具体规则设计上，始终坚持可持续发展指引，从“尽量”“鼓励”等倡议性或期望性表达转变为“应当”等义务性描述；将序言中的概括宣言落实并细化到具体规则中，指明各国及投资者应遵守的软法规范；要求投资者和国家共同承担促进可持续发展的义务与责任。

2. 明晰投资者义务与责任

可持续发展不仅是国家的义务，也应是投资者的责任。ESG 是衡量高质量可持续发展的标尺。在投资协定中确认负责任的投资能够为资本主动参与可持续发展治理创造稳定的法律环境和市场环境，维护投资者的资本向善积极性，发挥市场引导的事实约束作用，实现投资行为与社会发展的互相激励，通过经济活动的自我规范弥补国际投资规则在促进可持续发展功能上的不足。

---

[73] See Alexandre Flckiger, Why Do We Obey Soft Law?, in Stéphane Nahrath, Frédéric Varone (ed.), Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: A Tribute to Perter Knoepfel 49(Pu Polytechnique Press 2009).

[74] 参见宋晓燕：《全球治理视野下的国际经济秩序发展与法治化》，《东方法学》2023 年第 2 期，第 109 页。

[75] 数据来源：UNCTAD Investment Policy Hub, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china, visited on 26 September 2024.

[76] 参见罗豪才、周强：《软法研究的多维思考》，《中国法学》2013 年第 5 期，第 108 页。

解决国际投资协定结构性失衡问题的重点之一是明晰投资者义务来源，可以通过以下三种途径进行选择性调整：第一，在国际投资协定中直接设定具体的投资者义务，包括积极义务和消极义务[77]；第二，明确应当遵守的东道国法律作为投资者义务的直接或间接来源，投资合法性是东道国与投资者对抗的主要理由之一[78]，有必要确认受保护投资的范围以限制投资者滥用诉权；第三，引入全球标准和工具为投资者设置软性义务，尤其是已被投资者和市场广泛接受的 ESG 相关准则，引导并规范投资者承担社会公共责任，同时全球标准还可以作为 ISDS 仲裁庭的解释性指导来源。[79]

3. 维护和拓展东道国权利空间

可持续性投资的相关规范约束了投资者行为，投资协定因此而有机会放宽东道国可持续发展政策的调整空间。不过由于各国发展能力差异，应根据缔约国国情灵活调整投资保护目标的权重，同时明确国家为保障公共政策而采取的某些非歧视性的必要措施不构成对投资保护义务的违反。此外，应当在国际投资协定中赋予东道国提起反诉的权利，从管辖权、可受理性与诉因方面构建体系化的国家反诉规则[80]，推动东道国的态度从被动防守转向主动出击，解决投资者与东道国程序性权利失衡的问题。

4. 调整生存条款

任意推出 BIT 范本会不断加深国际投资协定体系的碎片化，所以对投资规则的任何改动都应当顾及整个体系的协调性。鉴于 ESG 以及未来其它可持续发展类型投资的长效性以及回馈时间点后移的倾向，应当考虑在生存条款中延长条约的生命周期，确认国际投资协定的适用是连续的。

五、总结

国际投资协定内部的合目的性要求与人类共同发展的外部要求共同作用，体现了国际投资规则变革的现实紧迫性。ESG 是投资者对可持续发展作出的自主贡献，以市场为基准，能够充当推动改善国际投资环境的外力，在一定程度上缓和国际投资协定异化运行下的公共利益与经济效益的冲突。不过 ESG 相关规范以软性约束为普遍特征，法律表达不充分，投资者的行为或选择并不具备稳定的表现空间，但其硬化路径为弥补国际投资协定的结构性和功能性缺陷产生了示范和引领效用，尤其是借助市场的自我调节逻辑、形成事实上的强制力这一做法为促成人人参与的可持续发展治理提供了思路。作为资本输出与输入的双向投资大国，我国应谨慎、及时地构建适应国情的国际投资规则，以可持续发展理念为指

---

[77] 如 Moroccp-Nigeria BIT 2016, Article 18.2 规定投资者应当维护东道国人权，Article 18.4 要求投资者在管理或运营投资活动中不得规避当事国在国际环境、劳工和人权领域的义务。

[78] 参见孙南申：《投资仲裁法律适用中投资者行为与东道国措施的关系分析》，《南大法学》2023 年第 1 期，第 22 页。

[79] UNCTAD：《改革国际投资协定制度:第二阶段》, TD/B/C.II/MEM.4/14，2017 年 7 月 31 日。

[80] 参见桑远棵：《国际投资仲裁中国家反诉的适用困境及其化解》，《中国海商法研究》2023 年第 1 期，第 111 页。

导，采用自上而下与自下而上相结合的治理模式，推动硬法和软法的融合与协作，设计宏观与微观共进的投资协定转型方案。

境外投资管理中的失信联合惩戒与信用修复措施

孙南申*

摘要：境外投资管理中的失信惩戒与信用修复机制主要涉及投资责任风险、企业社会责任、失信联合惩戒、信用修复路径等四方面。其法律依据体现为国内立法与国际规则两个层面对此的相应规制。境外投资风险与企业失信行为的关联性体现为投资主体责任风险与投资企业失信行为之间的因果关系及责任归属。作为应对境外投资责任风险的管控措施，处理境外投资中失信违规行为的联合惩戒机制之重点是其所适用的对象范围、联合惩戒的实施方式与协同监管的责任追究。在此基础上，进行信用修复机制所解决的问题是信用修复模式的确定，公司治理及合规管理与信用修复的关系处理及其程序措施。

企业境外投资中的责任风险主要指企业境外投资中，因违反东道国法律或国际投资规则中有关企业社会责任、人权责任而产生失信违法行为不利后果的责任承担。跨国公司社会责任主要体现为劳动权、人权、环境、反腐败问题等方面，其中消费者与环境保护是当务之急的人权问题。为此，《联合惩戒合作备忘录》明确规定了适用于对外投资失信主体的情况与范围，对其中严重失信行为则适用特别惩戒措施，同时明确了联合惩戒的实施方式。

目前，我国信用规制中对失信主体进行信用修复的法律依据，体现为信用修复权利及其修复机制，其基本原则为：制定信用信息主体异议和申诉流程，保护信用信息主体合法权益。建立信用信息纠错、修复机制，明确各类信用信息期限，失信惩戒期限。该机制下的信用修复一般模式包括失信记录信用修复、失信主体主动修复和信用的救济修复。其中的“主动修复”模式实际包括“履行修复”与“整改修复”。鉴于境外投资中的风险管理主要通过公司治理进行，因而公司治理中的合规管理实质上是投资企业信用修复的一项重要方式。此即合规管理下的信用修复模式，体现了合规管理与信用修复间的关系。

关键词：境外投资；社会责任；责任风险；失信行为；联合惩戒；信用修复

近年来，我国企业的对外投资总量迅速发展。2023 年，中国对外非金融类直接投资 1301 亿美元，较上年增长 11.4%，连续 11 年稳居世界前三。历年对外投资存量已达 2.8 万

* 作者简介：孙南申，男，复旦大学法学院 教授、博导；澳门科技大学特聘教授。研究方向：国际投资法。

亿美元，遍布全球 190 多个国家和地区，连续 6 年保持世界前三。[1] 同时也应看到，当前世界进入新的动荡变革期，外部投资环境的复杂性与不确定性上升，政治、经济、法律、安全、经营风险叠加，对外投资合作发展所面临背景依然严峻。我国企业的境外投资中面临各类投资风险频发、投资决策与风险管理不善的情况，并存在投资责任风险与投资失信行为等问题。

自2017年起，国内企业境外投资的外部环境发生较大变化，因逆全球化潮流的出现，中资企业境外投资的风险性明显增大，欧美国家对外来投资项目的审查日趋严格。联合国贸发会议（UNCTAD）的资料显示，仅2017 年，全球就新出台了18项对投资限制和加强监管的措施，这些限制大多以国家安全和战略性资源保护为名开展。[2]

一、企业境外投资中的责任风险问题

（一）投资风险与责任风险的关系

近年来国内企业对外投资中面临的各类投资风险呈类型多样的趋势，尤其是安全审查风险、贿赂腐败风险、劳动用工风险、环境保护风险、政府干预风险等。[3] 这些外来风险的产生与对外投资企业的责任风险密切相关。境外投资的责任风险是因投资企业未能有效识别与应对投资风险而产生。因此，“投资风险”与“责任风险”之间具有一定因果关系。投资风险主要因企业的外部因素而发生，而责任风险主要因企业自身的不当行为而导致，或因企业未尽责防范与处理风险而产生。境外投资中的责任风险实质上为企业的自身风险，具体包括管理风险与经营风险。前者系指公司治理、合同管理、企业责任等风险，而后者则包括工程、产品、采购、融资、财务、环保等风险。

针对中国企业海外投资面临的自身风险和市场风险，从公司治理角度确立企业风险管理机制具有必要与可行性，并应在公司章程中明确风险管理机制，充实公司董事、监事和高管对公司的忠实和勤勉义务，以将风险控制在所能预见与承受的范围内。

（二）责任风险的原因分析与防范措施

企业境外投资中的责任风险，是指以下两类情况下企业所面临的不利后果：第一类情况系指企业因投资决策失误或经营管理不善、未按公司治理原则进行管理，而导致投资经营项目失败的责任后果承担。这种责任承担的原则是企业股东根据公司治理本身的问责制，或者是国有企业对外投资的失误与经营管理不善而根据国家政策和法规所应追究的相应责任。第

[1] 商务部：《中国对外投资合作发展报告（2023）》。

[2] 张翼：让企业对外投资少走弯路.《光明日报》，2019年2月1日第9版。

[3] 罗迎：“一带一路”建设下中国海外投资风险准备金制度的构建，《经济法论丛》2020年第2卷。

二类情况是指企业境外投资中因违反东道国有关企业应承担相应社会责任，或违反国际投资规则中社会责任或人权责任而产生企业失信违法行为之不利后果与法律责任的承担。这种情况下责任后果的依据来自投资企业外部，包括东道国的强制性规定与通行国际规则与惯例。

以上第二类情况为企业的外部责任风险，也包括投资者因违反或不符东道国投资准入与投资经营的相关法律要求而产生不利后果的承担，如退出市场、终止项目、行政处罚等投资限制措施。国有企业的境外投资则更易发生责任风险问题，防范对外投资风险是其进行境外投资中的重要职责，主要通过建立公司内部治理规则和外部监管措施的相配套的机制予以实现，并以内部监管为主导，外部监管为条件。[4]

投资风险与责任风险的关系则表明：境外投资是一种商业行为，企业必须了解境外投资的风险与效果，并决定是否进行此项投资，应加强风险防范与公司治理，以便作出合理的投资决策并控制可能发生的风险，完善风险管控以及责任承担机制。[5] 其中境外投资的合规管理，是通过所规定的企业行为规范与程序要求而对投资经营进行的管理。这种合规管理包括两个方面：一是对境内申请行为的合规要求，如投资项目的备案核准、真实合法等；二是对境外投资行为的合规要求，如应对环境风险、腐败风险、劳工风险、社会责任等。

（三）境外投资中对失信违法行为的防范措施

为有效管控境外投资风险与防范境外投资中的失信违法行为，《规范境外投资方向的指导意见》[6] 中特别规定了相应的管控措施，重点是通过境外投资风险管理机制防范虚假投资与违规投资行为。主要措施包括：第一，完善管理机制，加强境外投资真实性、合规性审查，防范虚假投资行为；建立境外投资黑名单制度，对违规投资行为实施联合惩戒。建立境外投资决策、财务管理和违规责任追究制度。第二，制定境外投资经营行为规范，健全境外合规经营风险审查、管控和决策体系，降低企业境外投资经营风险。[7]

但是，也不将 “失信”与“违法”两者完全等同，尽管两者之间存在交叉重合之处。应当明确“失信行为”与“违法行为”的关系与边界，并在惩戒程度与适用范围上加以一定区别，即使两者间存在互相转换关系。一般而言，社会信用的适用范围涵盖了法定义务与合同义务两个方面，并兼具经济治理与社会治理的功能，前者适用于商事交易，后者着眼于公共利益。与此相对应，违反信用原则的失信行为的范围包括了违反约定义务与

---

[4] 参见 刘建丽：国有企业海外投资监管的目标与制度设计，《经济体制改革》2017年第6期

[5] 参见 余劲松、陈正健：中国境外投资核准制度改革刍议，《法学家》2013年第2期

[6] 国发办（2017）74 号，由国家发改委、商务部、人民银行、外交部 2017 年 8 月 4 日联合颁布。

[7] 参见《规范境外投资方向指导意见》第 6 条第（2）款、第（3）款。

相关法规的各类行为。不过，国内也有学者认为：“失信”与“违法”毕竟是两个不同概念。前者偏于不诚实、违反自己的承诺；后者偏于违反国家制定的规则。[8]

二、境外投资中的企业社会责任及其依据

（一）失信违法行为与企业社会行为的冲突

企业境外投资中如违反东道国要求企业应承担的社会责任，或违反国际投资规则中的人权责任，则构成企业的失信或违反行为而面临相应不利后果与法律责任的承担。这种责任后果的依据来自投资企业的外部，包括东道国的强制性规定与通行国际规则与惯例。对于其中违反法律规定的虚假投资行为，如违反外汇管理规定或通过虚假投资转移资本，则应承担不同于一般责任风险的特别法律责任。

早在 1976 年，经合发展组织（OECD）就发布了《跨国公司行为准则》，要求跨国企业应当从事“负责任的商业行为”，并强调企业实行全球供应链的合规管理。该文件已在多年的国际投资实践中逐步成为跨国企业进行跨国投资活动的准入门槛与习惯规则。此后，国际标准化组织（ISO）又于 2014 年发布了《合规管理体系指南》（ISO19600），而世界银行则通过发布《诚信合规指南》，将欺诈、腐败、串通、胁迫等行为列为明令禁止的不当失信行为，并对违反该指南中合规要求的企业予以相应惩罚措施，如禁止参与国际投资中招投标项目等。

（二）跨国公司社会责任的内容依据

跨国公司社会责任（International Corporation Social Responsibility,英文简称 ICSR）体现于《经济与合作组织跨国企业指南》中，基本内容包括：（1）对经济、社会、环境可持续发展所作的贡献；（2）尊重东道国政府所承诺的人权国际义务；（3）促进当地经济建设并与商业实践需要相符；（4）通过增加就业机会与增强雇员技能促进他人力资源的形成；（5）不得规避有关环境、健康、安全、劳动、税收、金融等法律制度；（6）坚持公司治理原则并实行良好治理实践；（7）发展与适用有效的自律（self-regulatory）管理体系，促进企业与合作实体的互信关系；（9）对实践中向管理层或主管机关如实汇报的雇员，不得进行有违法律、OECD 指南或企业政策的歧视或惩罚；（10）鼓励实行与 OECD 指南相符的公司行为原则（II），不应参与当地政治活动。[9]

从以上跨国公司应承担的社会责任内容看，ICSR 可视为投资保护协定和国际经济规则

[8] 沈岿：社会信用体系建设的法治之道，《中国法学》2019 年第 5 期。
[9] OECD Guideline for Multinational Enterprises, 27 June 2000, pp.3-4

下对投资者及投资保护的补偿条件。[10] 从法律角度，ICSR 的实质性内容主要体现为劳动权、人权与环境问题三个方面。与此相关，《联合国全球契约》中也主要包括人权、劳动权、环境问题三方面，并将反腐败问题也作为跨国企业的一项社会责任，其在国家层面上，则体现为《反腐败公约》。

ICSR 核心是安全、健康、培训、工资、假期等问题，应符合国际标准。因此，中企在境外投资中面临着如何处理公司治理与公司社会责任的关系。在劳动力雇佣方面，公司治理的原则是不养懒汉，因为企业并非政府。在公司社会责任方面，应注意当地雇佣必须先进行集体谈判，否则只有通过工程项目的劳务出口解决，一般体现在与发包方的工程协议条款中。根据《国际劳工组织基本原则与工作权利宣言》，[11] 跨国公司应当确信在东道国应为所有阶层雇员提供相应的培训，以符合该国企业发展政策的需要。

《国际劳工组织宣言》是一个对其成员国及其跨国公司无条约拘束力的行为守则（code of conduct），其性质类似于“软法”而主要体现为道义上的说服效力（moral persuasive）。但可通过被投资条约或国内法采纳而具有实际的效力。国际劳工组织宣言主张跨国企业的雇员有权根据其国内法与实践，并通过其自己选择承认的组织进行谈判（collective bargaining）。[12] 此外，企业雇员有权提起投诉（greivance），且不管结果如何均不应受到歧视，并有适当程序使其投诉得到处理（examined）。[13]

根据《联合国跨国公司与其他经营企业人权责任准则》（以下简称《人权责任准则》），国家具有人权保护首要责任，跨国公司与其他商业企业作为社会组织，也对促进与保障人权具有责任。在境外投资中，人权义务的遵守体现为国家义务与投资者的直接联系，通过投资国要求投资者遵守人权标准来实现。《人权责任准则》涵盖了公司安全经营（operation of security）的安排。这一安排将遵守公司经营所在国法律及专业标准，且包括国际人权规范，后者通过各种行为规则得以实现。《人权责任准则》还要求跨国公司与其他商业企业的行为应当符合公平的市场经营、营销与促销的惯例，并且应采取所有必要的步骤提供商品与服务，以确保其安全与质量。

（三）社会责任中的人权与环境责任

此类社会责任中包括禁止行贿以及环境保护的义务。其中消费者与环境保护是当务之急

---

[10] P Muchlinski F Ortino C Schreure ed. *The Oxford handbook of International Investment Law*, Oxford University press, 2008 New York, p.643

[11] ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work of 1998）

[12] Ibid（同上注）, para.49.

[13] Ibid, （同上注）, para.58.

的人权问题，因环境卫生与健康权也是人权，虽然对此尚有争议。[14] 例如，不安全的产品所导致的死亡或严重的伤害是在人的生命与个人安全权利的范围内，这在国际人权宣言下的《国际民事与政治权利公约》中已有体现。可见，跨国公司的社会责任与人权责任具有交叉重合关系。

跨国公司应当预防跨国企业的活动对环境造成的损害，使用先进技术与管理实践提高东道国发展经济的能力。在环境责任方面，跨国企业应为环境损害而承担其所适用的国内法下的侵权责任。国际贸易与投资中造成环境损害的产品、化学产品、毒性物质以及有害废水是法律所禁止的。[15] 为此，《环境管理制度国际标准》倡导企业应当充分考虑在法律框架内环境保护、公共健康安全，使其活动有益于可持续经济发展，并以预防原则减少与控制生产经营产生严重环境问题与健康损害。

（四）跨国公司社会责任与公司治理的关系

公司社会责任与公司治理之间存在着密切关联性，而前者则可通过后者得以实现。其中，公司透明度与信息披露要求是公司治理中的一项重要内容。从广义看，公司治理亦属于跨国公司社会责任的范畴。《人权责任准则》要求跨国公司与其他商业企业采纳、传播并执行符合该准则经营的内部规则，并将该准则中的原则纳入其合同或其他安排及与承包方、供应方的交易中，以保障该准则中规范的遵守与执行。

《人权责任准则》在实践中的作用，主要体现为国内法院与国际仲裁庭将其作为有约束力的人权责任的实施机制加以适用，并对因违反人权责任准则而导致损失的个人或团体直接提供了索赔权的有效依据。因为该准则中包含了许多具有约束力的国际人权法中的规则，并通过其成员国的义务而因此具有了可执行性。

同时，《人权责任准则》在实践中可被适用于国内法院或国际仲裁庭，这实际上表明或意味着该准则是作为国际习惯法规则而加以适用。因而，该准则的效力并非仅从联合国的无拘束力的宣言或建议（recommendation）中推定出来，而是可直接适用的法律规则。

三、境外投资管理中的失信联合惩戒措施

（一）信用经济功能对失信行为的制约

在社会经济活动一般语义中，信用是“参与经济和社会活动的当事人之间所建立的一种信任关系”，是“建立在授信人对受信人偿付承诺的信任基础上，使受信人不用立即付款就

---

[14] P Muchlinski F Ortino C Schreure ed. *The Oxford handbook of International Investment Law,* Oxford University press，2008 New York,p.661

[15] Roi Declaration on Enviromental and Development and its Agenda 21, para. 19,20.

可获得商品、服务或货币的能力”。[16] 在企业信用与社会信用的关系上，市场经济越是发达，社会对企业的信用期待越高，而更易发生信用危机，因此更需建立信用机制。合同制度一定程度上可制约失信行为，主要是通过合同责任条款约定防止违约失信。但更为重要的是，通过法律约束力遏制失信违法行为。

以企业为主体的商务诚信，实际上体现了社会信用体系的基本来源，因为“征信最初主要是为了解决商业(金融) 交易中由于交易双方的信息不对称而带来的信用风险”。[17] 国内的地方性社会信用立法一般将“社会信用”界定为个体或组织“在社会活动中履行法定义务或者遵守约定义务的状态。[18] 这表明，社会信用所适用的范围涵盖了法定义务与合同义务的双重内容，并兼具经济治理与社会治理两方面功能，前者适用于商事交易，后者着眼于公共利益。应当指出，现代市场经济是信用经济与法制经济，企业失信行为并不仅限于违反商业道德，实践中更多针对的是违法与违规行为，因而商业信用中的道德规范就会转化为法律规范。在依法行政原则下，政府通过法定程序的介入与管控企业的失信行为具有合理与正当性。

国内近年来对失信行为的各类惩戒措施，大体上由行业性惩戒（各行业自律规则）、社会性惩戒（舆论监督与公益诉讼）、市场性惩戒（防御措施与民事救济）行政性惩戒（政府部门联合执法）、司法性惩戒（法院公布执行信息）构成。在各类型化的惩戒措施中，通常以直接性惩戒措施的行政性联合惩戒为重点。在社会诚信体系建设中，引人注目的是对市场主体的失信公示与联合惩戒机制。据官方统计资料，到 2018 年底就已有 60 个部门签署了 51 个信用联合奖惩合作备忘录，推出联合奖惩措施 100 多项。[19]

（二）对外经济合作领域惩戒措施适用对象与范围

涉及企业的境外投资活动，国家发改委 2017 年发布的《关于加强对外经济合作领域信用体系建设的指导意见》中，特别明确指出了加强对外经济合作领域信用体系建设的重要意义。即：建立健全企业履行主体责任、政府依法监管和社会广泛参与的信用体系，有利于有效规范对外经济合作参与者的行为和市场秩序，营造守法、合规、优质、诚信、公平开放、竞争有序的对外经济合作大环境，有效提高对外经济合作参与者诚信意识。在对外经济合作领域，以对外投资、对外承包工程和对外劳务合作、对外贸易、对外金融合作为重点，加强对外经济合作信用记录建设。[20]

---

[16] 陈新年：《信用论》，经济科学出版社 2017 年版，第 20-21 页。
[17] 刘新海：《征信与大数据：移动互联时代如何重塑信用体系》，中信出版集团 2016 年版，第 14 页。
[18] 参见《上海市社会信用条例》第 2 条。
[19] 资料来源：国家公共信用信息中心《2018 年失信黑名单年度分析报告》，2019 年 2 月。
[20] 国家发改委：《关于加强对外经济合作领域信用体系建设的指导意见》（2017 年 10 月）第 2 条。

针对企业境外投资等对外经济合作领域中存在各种失信行为的惩戒措施，国务院直属发改委、商务部等 28 部委于 2017 年 11 月联合发布了《关于对对外经济合作领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》（简称《联合惩戒合作备忘录》）的行政性规范性文件。[21] 该《联合惩戒合作备忘录》所规定的联合惩戒对象主要为：被列为对外经济合作领域严重失信行为的责任主体和相关责任人。对开展“一带一路”建设、国际产能合作、资金融通等对外经济合作主体和相关责任人，如出现违反国内及合作国相关法律法规以及违反国际公约、联合国决议，且对实施“一带一路”建设造成严重不良影响等情节特别严重、影响恶劣的行为，相关主管部门将失信主体、责任人和失信行为记入信用记录，实施联合惩戒。

针对其中的境外投资领域，《联合惩戒合作备忘录》明确规定了适用于对外投资失信主体的情况与范围。具体是指对外投资主体和相关责任人出现违反国内及合作国家的相关法律法规以及违反国际公约、联合国决议，未按相关规定履行报批手续，虚假投资、捏造伪造项目信息骗取国家主管部门核准或备案文件以及办理境外投资外汇登记等，违规将应调回的利润、撤资等资金滞留境外的等，且对外造成严重不良影响，危害我国家声誉利益等的行为，并由有关部门和地方对相关失信主体、责任人实施联合惩戒措施。

（三）境外投资领域惩戒措施的基本内容

对此，《联合惩戒措施备忘录》规定的各有关部门所采取的惩戒措施包括以下方面：（1）将严重失信主体作为对外投资重点监控对象。（2）依据相关法律法规规章对严重失信主体对外投资备案、核准等申请不予受理。（3）依法依规对严重失信主体不予办理对外投资项下外汇登记、购汇、汇出手续等。（4）停止对严重失信主体对外投资项目给予政策支持。

此外，《联合惩戒措施备忘录》还对境外投资领域的严重失信行为规定了其他有关惩戒措施，具体涉及以下几方面：（1）将失信主体的失信状况作为发起设立保险公司和变更股权、实际控制人的审慎性参考依据。（2）将失信主体的失信状况作为其融资或对其授信的重要依据或参考。（3）将失信主体的失信状况作为合格境内机构投资者、合格境外机构投资者等外汇额度核准与管理的重要参考依据。（4）依法依规加大对失信主体日常监督检查频次和提高随机抽查概率。

[21] 系由发展改革委、人民银行、商务部、外交部、中央组织部、中央文明办、中央网信办、工业和信息化部、公安部、财政部、国土资源部、环境保护部、交通运输部、农业部、文化部、国资委、海关总署、税务总局、工商总局、质检总局、食品药品监管总局、安全监管总局、统计局、能源局、外汇局、银监会、证监会、保监会等 28 部门联合发布。

对于联合惩戒的实施方式，《联合惩戒措施备忘录》明确了以下途径：（1）国家发展改革委及相关各部门通过全国信用信息共享平台定期向签署本备忘录的相关部门提供对外经济合作领域严重失信主体和责任人的相关信息。（2）同时在“信用中国”网站等向社会公布。（3）各部门按照本备忘录约定内容，依法依规对对外经济合作领域严重失信主体和责任人实施联合惩戒。

（四）境外专项监管措施与责任追究方式

1. 协同监管措施

2017 年 12 月，国家发改委发布了《企业境外投资管理办法》，该《管理办法》中规定有与《联合惩戒措施备忘录》相配套的协同监管措施，并于 2018 年 3 月 1 日起予以施行。其中监管主体的协同监管措施体现为以下内容：（1）联合有关部门建立协同监管机制，通过在线监测、约谈函询、抽查核实等方式对境外投资进行监督检查，对违法违规行为予以处理；（2）可根据其掌握的国际国内经济社会运行情况和风险状况，向投资主体或利益相关方发出风险提示；（3）建立境外投资违法违规行为记录，公布并更新企业违反本办法规定的行为及相应的处罚措施，将有关信息纳入全国信用信息共享平台、国家企业信用信息公示系统、“信用中国”网站等进行公示，会同有关部门和单位实施联合惩戒。[22]

2. 投资主体义务

同时，该《管理办法》还规定了投资主体的以下相关义务：（1）坚持诚信经营原则、避免不当竞争行为、保障员工合法权益、尊重当地公序良俗、履行必要社会责任、注重生态环境保护。（2）境外投资过程中发生外派人员重大伤亡、境外资产重大损失、损害我国与有关国家外交关系等重大不利情况的，投资主体应当及时提交重大不利情况报告表。（3）对于国家发改委向投资主体发出重大事项问询函。投资主体应按问询事项和时限要求提交书面报告。[23]

从《管理办法》所规定的行为要求看，境外投资主体的相关义务是应以其诚信与合规行为作为基础的，主要体现为：坚持诚信经营原则、避免不当竞争行为、保障员工合法权益、尊重当地公序良俗、履行必要社会责任、注重生态环境保护。[24]

3. 专项监管措施

为了预防与禁止对外投资中可能出现的违反失信行为，该《管理办法》还规定了专项的监督管理措施与失信违规行为的处罚措施。监管主体的监管内容与处理措施体现为：

---

[22] 参见《企业境外投资管理办法》第 40、47、49 条。
[23] 同上注，第 41、43、45 条。
[24]参见《企业境外投资管理办法》第 41、43、45 条。

（1）联合有关部门建立协同监管机制，通过在线监测、约谈函询、抽查核实等方式对境外投资进行监督检查，对违法违规行为予以处理；（2）可根据其掌握的国际国内经济社会运行情况和风险状况，向投资主体或利益相关方发出风险提示；（3）建立境外投资违法违规行为记录，公布并更新企业违反本办法规定的行为及相应的处罚措施，将有关信息纳入全国信用信息共享平台、国家企业信用信息公示系统、“信用中国”网站等进行公示，会同有关部门和单位实施联合惩戒。[25]

4.对失信违法行为的责任追究

涉及投资主体失信行为的法律责任，实质上体现为联合惩戒措施的法律后果。根据《企业境外投资管理办法》的规定，对于投资主体在境外投资中有失信违法行为的，则不仅会面临相应的惩戒措施，而且则应承担相应法律责任，主要针对以下失信违法行为：[26]

（1）虚假投资行为：投资主体通过恶意分拆项目、隐瞒有关情况或提供虚假材料等手段申请核准、备案的，核准、备案机关不予受理或不予核准、备案，对投资主体及主要责任人处以警告。（2）违法投资行为：投资主体通过欺骗、贿赂等不正当手段取得项目核准文件或备案通知书的，核准、备案机关应当撤销该核准文件或备案通知书，对投资主体及主要责任人处以警告；构成犯罪的，依法追究刑事责任。（3）不正当竞争行为：投资主体在境外投资中实施不正当竞争行为、扰乱境外投资市场秩序的，由国家发改委责令投资主体中止或停止开展该项目并限期改正，对投资主体及主要责任人处以警告。（4）损害国家利益或安全的行为：境外投资损害我国国家利益和国家安全的，由国家发改委责令投资主体停止实施项目、限期改正并采取补救措施，对投资主体及有关责任人处以警告；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5.对程序事项的监管追责

由于《对外投资备案核准办法》[27] 第5条中明确了境内投资主体是对外投资中的责任风险主体，相关主管部门将根据该《核准办法》中的有关规定，通过以下重点督查与事后举措对其进行监管与追责；[28]

（1）重点督查：一是对敏感国别（地区）、敏感行业的对外投资；二是对出现重大经营亏损的对外投资；三是对出现重大安全事故及群体性事件的对外投资；四是对存在严重违规行为的对外投资。

---

[25]同上注，第40、47、49条。

[26]参见《企业境外投资管理办法》第51-52条、第55-57条。

[27] 全称《对外投资备案（核准）报告暂行办法》，由商务部、人民银行、国资委2018年1月联合发布。

[28] 参见《对外投资备案（核准）报告暂行办法》第18、21、22条 。

（2）事后举措：主要指投资主体未履行备案核准手续和信息报告义务而应承担的相应责任，具体指“采取约谈、通报措施、行政处罚，情节严重的，暂停为其办理对外投资备案核准手续”。

四、境外投资合规管理中的信用修复措施

对于企业境外投资发展运行中存在的失信违法行为，国家发改委、商务部等相关主管部门近年来正通过社会诚信体系建设及其信用规制措施，对境外投资主体的各种失信行为进行不良信用记录公示与必要联合惩戒措施。同时也存在着如何解决信用规制中的“矫枉过正”与失信主体的“主动修复”问题。为此，需要通过推行信用修复机制对信用规制加以改进完善，达到既能遏制信用缺失或违法失信问题，又能保护投资主体合法权益与持续经营之目的。

（一）信用修复的含义与意义

一般而言，企业信用修复系指失信企业在一定期限内按照规定的条件和程序，主动纠正失信行为，获准消除违法失信记录对其信用监管评价等级影响的过程。因此，失信行为修复是指失信主体在一定期限内纠正其失信行为的过程，如主动赔偿失信造成的损失、主动整改失信行为。

从信用主体维权角度看，信用修复还应包括信用主体对失信记录提出行政异议或救济程序，以更正或撤销其失信记录与状态的行为。根据我国《信用基本术语》中的专项标准，“信用修复”被界定为“依法改善对受信方的负面记录和评价，允许受信方对其失信行为的客观原因进行解释的技术手段”。[29] 可见，信用修复中应当包括信用主体对其失信行为提出异议与更正的权利。

虽然联合惩戒措施对遏制失信违法行为的效果明显，但也会对失信企业的持续经营与其后续发展产生明显的不利影响。因为企业失信信息一旦公示，将会导致其他市场主体避免与其进行交易。不仅如此，对失信企业的不利影响还体现在其将面临的在投资申请、行政审批、政策支持、招标投标、银行贷款、外汇额度、股权变更等方面的不利后果。因而在对失信违法行为实行联合惩戒措施后，则有必要赋予失信主体进行信用修复的权利。

在对失信行为进行惩戒措施的过程中，难免会发生相应争议，也可能会违反法律规定或政策原则而造成特定相对方的权益受损。解决的方案是确保社会信用规范本身及其实施具有可审查性与可救济性。[30] 实践中，信用规制的失信惩戒的实施可能存在适用过度或处罚过当

[29]《信用基本术语》(中华人民共和国国家标准 GB/T 22117—2008),4.12 信用修复 credit repairing。
[30] 沈岿：社会信用体系建设的法治之道，《中国法学》2019 年第 5 期。

问题。为抵消惩戒过当问题对失信企业今后投资经营产生的负面影响，在信用修复机制的适用中应为信用主体提供相应的救济程序。为避免行政越权，应当注意惩戒措施与失信行为之间的关联性与合理性，以符合“关联原则”与“比例原则”，即适用的惩戒措施应与失信行为的性质相关联或相匹配，且符合确有必要与不宜过度原则。

（二）信用修复权利

关于信用修复权利，国家发改委在其发布的《对外经济合作领域信用体系建设的指导意见》的规范性文件中通过对“修复机制”作出明确规定，即“制定信用信息主体异议和申诉流程，保护信用信息主体合法权益。建立信用信息纠错、修复机制，明确各类信用信息期限，失信惩戒期限，畅通信用修复渠道，丰富信用信息修复方式”。[31]

此外，信用修复权的依据还见之于《民法典》中的相关规定。对此，我国《民法典》第 1029 条明确规定：“民事主体可以依法查询自己的信用评价；发现信用评价不当的，有权提出异议并请求采取更正、删除等必要措施。信用评价人应当及时核查，经核查属实的，应当及时采取必要措施”。该规定实际上确定了信用权及其信用修复权的基本内容，对信用权的保护与信用修复的进行具有重要意义。

在我国《民法典》的相关条文中，信用权被定位为人格权中的名誉权。作为一种人格权，信用权是一种具有经营资格、经营信誉和信用能力的资信利益。信用是民事主体参与市场竞争的准入资格，亦是民事主体的一项无形财产利益。同时，信用权及其信用修复权也被纳入司法保护的范围。为此，国家发改委 2023 年 1 月发布的《失信行为纠正后的信用信息修复管理办法（试行）》第 2 条则特别规定“信用主体依法享有信用信息修复的权利”。

（三）信用修复的一般模式

1. 失信记录信用修复

国家发改委于 2019 年 4 月发布关于失信记录信用修复的第 527 号文，[32] 内容为对失信行为行政处罚的信用修复程序机制，亦称“信用中国”模式并在全国推行，其中包括通过失信主体参加信用修复专题培训、提交信用报告、信用网站核实审查等模式，进行信用修复。对于行政处罚信息在信用网站的失信公示，并按其失信行为的性质与程度的区别，分别规定

[31] 参见国家发改委：《关于加强对外经济合作领域信用体系建设的指导意见》（2017 年 10 月）第 6 条第 2 款（修复机制）。

[32] 《关于完善“信用中国”网站及地方信用门户网站行政处罚信息信用修复机制的通知》（2019）527 号。

了不同的公示期限。[33] 在此修复模式下，失信主体被行政惩戒后，需等待最长公示期限届满后由“信用中国”自动撤下失信公示信息。

2.失信主体主动修复

实践中，失信主体被行政惩戒后，既可等待最长公示期限届满后由“信用中国”自动撤下失信公示信息，也可主动进行信用修复。但两者对于失信企业的影响仍有区别，前者属于“自然修复”而后者属于“主动修复”。

因此，信用修复中更重要的措施或模式应当是指信用主体主动改善其自身的信用状况，并在其纠正失信行为和履行相关义务后，向认定失信行为的部门或信用平台机构，提出申请移除或终止失信记录的请求，包括移出严重失信主体名单，终止公示行政处罚信息等措施。此种信用修复的前提条件是先由失信主体自行履行相关义务、纠正失信或违法行为。

可见，以上“主动修复”模式实际上包括了“履行修复”与“整改修复”两种形式。前者主要针对违约失信行为，即“不履行约定义务”的行为，失信主体可通过偿还债务或提供担保等方式纠正其失信行为；后者则针对违法失信行为。在符合信用修复条件情况下，可由失信主体向“中国信用”申请信用修复，同时作出遵守法律的承诺并实施相应整改措施。在确认以上整改修复行为已实施后，信用修复的完成则体现于“信用中国”的“修复公示”程序。

为完善信用修复机制事后环节的监管，国务院于2019年7月发文（第35号文）对“主动修复”的模式作出调整与要求，具体政策内容安排体现如下：（1）信用修复条件：失信主体应在规定期限内纠正失信行为，并消除相关不良影响；（2）信用修复方式：作出信用承诺，完成信用整改，通过信用核查，接受专题培训，提交信用报告，参加公益慈善活动。（3）信用修复程序：修复完成后，各部门按程序及时停止公示其失信记录，终止实施联合惩戒措施。[34]

3.信用的救济修复

救济修复模式是指在对失信行为联合惩戒中发生错误情况下，如公示信息不实、滥用行政权力、惩戒措施不当等，失信主体则可通过行政复议或诉讼提出信用修复请求，以更正或撤销有误信息，恢复信誉或消除影响。信用救济修复中所适用的法律原则主要包括依法行政原则、正当程序原则、主体信用权、信用修复权等。这些相关的法律原则与政策依据是信用

[33] 涉及一般失信行为的失信公示，自行政处罚决定之日起，最短公示期为三个月，最长公示期为一年；涉及严重失信行为的失信公示自行政处罚决定之日起，最短公示期为六个月，最长公示期为三年；

[34] 参见《国务院办公厅关于加快推进社会信用体系建设构建以信用为基础的新型监管机制的指导意见》（国办发【2019】35号）。

主体在救济修复中提出异议与救济的依据与理由。

在救济修复中有关信用主体的权益保护机制方面，2016年5月发布的《国务院指导意见》已明确作出了建立信用信息异议、投诉制度的政策性指引，并确立了支持市场主体通过行政复议、行政诉讼等方式维护自身合法权益的原则。为切实加大信用信息安全和市场主体权益保护力度，国务院在2019年7月发布的第35号文中再次重申并特别强调了《国务院指导意见》中所明确的以上原则。

由此可见，联合惩戒与信用修复两者之间具有相辅相成关系：联合惩戒之目的是促使失信企业不再违规，而信用修复之功能主要是给予失信企业整改机会。

（四）合规管理下的信用修复模式

1.合规管理与信用修复的关系

鉴于境外投资中的风险管理主要通过公司治理进行，因而公司治理中的合规管理实质上是投资企业信用修复的一项重要方式。合规管理是公司治理中处理各类经营管理业务问题的基本依据，并作为公司运行的内部纪律，在公司经营管理中发挥着至关重要的作用。进言之，合规是以改善市场主体的行为价值取向为目的而预设的一种内部强制规则，其基本含义是：公司的所有内外部行为除了必须符合法律、法规、国际条约和规范性文件的规定外，还要符合商业行为准则、商业惯例、公司章程、内部规章的要求和公序良俗的要求。在此意义上，合规既是一种法律要求，也是一种道德要求，既“是法定的，有时又是伦理的或其他的。”[35] 因此，合规管理在企业信用建立与信用修复方面均有重要意义。公司治理的重点是对企业“合规风险”的管理，即通过法务部门、法律顾问、独立董事提醒与帮助企业的经理与董事识别合规风险，对可能导致责任风险与重大损失的行为提出否定性意见。对境外投资的企业而言，遵守东道国的法律与伦理规范，甚至比遵守投资者本国的法律要求更为重要。因为不遵守东道国的伦理规范，可能就无法在投资地国家营业。而这些伦理对投资者母国而言，可能并不构成违法。

2. 信息披露与信用记录关系

信息披露的真实性一定程度上反映了企业的信用记录，因此应视为义务性披露，但是并不包含商业机密与竞争策略。信息披露的必要性不仅体现于公司治理的要求，也体现了企业社会责任的内容，其原理类似于商事公司的信息披露。《OECD 公司治理原则》及其《披露指南》均强调广泛披露公司目标的必要性，其内容不仅包括商业目标，也涉及商业道德、环境及其他公共政策承诺。

[35] 参见赵万一：合规制度的公司法设计及其实现路径，《中国法学》2020 年第 2 期。

充分披露公司间交易对于保障公司交易中充分顾及所有投资者与利益相关方至关必要。披露内容包括所进行的交易是否按照正常市场价值进行，有知情权的包括主要及其其管理层人员。[36] 显然，OECD 披露要求是为公共利益而鼓励跨国企业对外投资信用更加公开与透明。

3.进行风险防范与整改修复的合规管控措施

为有效管控境外投资风险与失信行为，《指导意见》中特别规定了相应的管控措施，重点是通过境外投资风险管理机制防范虚假投资与违规投资行为。主要措施包括：第一，完善管理机制，加强境外投资真实性、合规性审查，防范虚假投资行为；建立境外投资黑名单制度，对违规投资行为实施联合惩戒。建立境外投资决策、财务管理和违规责任追究制度。第二，制定境外投资经营行为规范，健全境外合规经营风险审查、管控和决策体系，降低企业境外投资经营风险。[37]

对于中央企业境外投资的监管原则，主要体现为以下措施要求：[38]（1）明确投资决策程序、规范境外经营行为、加强境外风险管控，监督检查重大投资项目的实施情况，对境外违规投资造成国有资产损失及不良后果进行责任追究。（2）央企是境外投资的决策、执行和责任主体，应加强境外投资项目管理，提高投资风险防控能力，开展境外检查与审计，按职责进行责任追究。（3）央企境外投资应遵循的原则与义务：依法合规，遵守投资国与东道国的法律法规、商业规则和文化习俗，合规经营；合理回报，实现国有资产保值增值。（4）建立境外投资管理制度，主要包括：管理部门相关职责、境外投资风险管控制度、违规投资责任追究制度。

4.央企境外投资管理的监督问责与修复措施

风险管理的责任追究主要体现于《央企境外投资监管办法》第 29 条规定，即：中央企业违反本办法规定，未履行或未正确履行投资管理职责造成国有资产损失以及其他严重不良后果的，依照《企业国有资产法》等有关规定，由有关部门追究中央企业经营管理人员的责任。主要涉及两方面：一是企业违反合规管理规定的责任，即“中央企业违反本办法规定，因合规管理不到位引发违规行为的，国资委可以约谈相关企业并责成整改；二是个人违反合规管理规定的责任，即“中央企业应对履职过程中因故意或者重大过失应当发现而未发现违规问题，给企业造成损失的单位和人员开展责任追究”。[39]

中央企业的合规管理职责中有关信用修复措施的内容体现于其内部各部门的各司其职，

---

[36] OECD, Principles of Corporate Governance, Paris, OECD 2004.
[37] 参见《规范境外投资方向指导意见》第 6 条第（2）款、第（3）款。
[38] 参见《中央企业境外投资监督管理办法》第 4～7 条
[39] 同上注，第 37、38 条。

《央企境外投资监督管理办法》对央企内部各部门的合规管理职责分别作出了相应规定，其中的重点职责内容体现如下：[40]（1）董事会发挥主要履行的职责为：审议批准合规管理制度、研究合规管理重大事项、决定合规管理部门设置及职责；（2）业务及职能部门主要履行编制风险清单和应对预案、将合规要求纳入岗位职责、负责本部门经营管理行为的合规审查、及时报告合规风险并开展应对处置；（3）合规管理部门牵头负责央企合规管理工作，主要履行职责为：负责规章制度、经济合同、重大决策合规审查，开展合规风险识别、预警和应对处置，组织或参与对违规行为的调查。

结 语

企业境外投资中的责任风险，不仅指违反相关法律规定等不当行为而导致投资项目损失及其不利后果的承担，也包括投资决策失误、经营管理不善、未履行风险管理要求、违反应承担的社会责任等方面。因此在企业境外投资中，投资主体必须坚持诚信经营原则、避免不当竞争行为、尊重当地公序良俗，还应履行必要社会责任、注重生态环境保护。企业在对外投资中，需要应对政治风险和经济风险。在此过程中，通过积极履行社会责任，不仅可以缓解这些风险，还可增强社区和政府的支持。

境外投资的合规管理与公司治理是预防投资风险、治理失信行为与进行信用修复的有效措施机制，即按规定的企业行为规范与相应程序要求对企业境外投资活动进行的管理措施。具体包括两方面：一是对前期境内行为的合规要求，如投资项目的备案申请、如实汇报、真实合法等；二是对境外投资行为的合规管理，如合法经营、公平竞争、环境保护、社会责任等。

在对外投资领域，企业失信行为的信用修复现状已有不断进展。尽管已有相关的信用修复政策和流程，但实际操作中企业仍面临“多头修复”的问题。对此，通过完善具体的修复办法及流程，并通过政策支持和技术创新提高修复效率，以解决“多头修复”或“重复修复”的问题，并统一各部门的信用监管及修复制度，以提升企业信用修复的效率和便利。

[40] 参见《中央企业境外投资监督管理办法》第 8、13、14 条。

中国国有企业海外投资中腐败防控问题研究

田　海*

（西北大学法学院 陕西西安 710127）

摘要：中国国有企业在海外投资中的腐败行为表现为商业贿赂型、不当代理型、利益输送型等，腐败的成因在于现有法律规则不能满足反腐要求、行政监管面临困境、权力缺乏有效的制约。中国可以从完善相关的反腐败防控法律、设立独立的海外投资监察机构、完善国有企业内控机制来予以应对。

关键词：国有企业；海外投资；腐败防控

一、问题的提出

近年末，中国的海外投资工作取得了巨大的成绩，目前已经成为世界第二大资本输出国。从投资实践来看，中国的海外投资是政府主导型的海外投资，在此过程中国有企业扮演了重要的角色，是中国海外投资的主力军和国家政策的执行者。然而，在国有企业海外投资的实践中，部分企业从事了腐败行为，相关的案件不断被披露出来，例如2007年的“中兴海外贿赂门”事件、2009年“中交海外行贿风波”事件等，甚至有部分国有企业因为在投资中涉嫌腐败问题而被世界银行列入制裁“黑名单”，[1]这些现象值得国内相关部门警惕和反思。

从法律性质来看，中国国有企业海外投资中的腐败行为指的是国有企业在海外投资过程中在境外发生的以权谋私、商业贿赂、贪污侵占等导致国有资产流失的行为。[2]与传统的国内法中的腐败行为相比，国有企业海外投资中的腐败行为在法律适用上具有特殊性：即行为主体、客体、行为模式等要素中至少要有一项发生在中国法律所辖范围之外。因此，对该行为的界定既可以依据中国法律，也可以依据东道国法律或者两国共同遵循的国际法律来界定。[3]由于国有企业是由中国政府直接投资或控股的，所以国有企业在海外投资中因腐败行为导致的损失不但是国有企业利益的损失，也是中国政府经济和战略利益的损失，对中国的国际声誉和国有企业的商业信誉也会造成不良的影响。

自党的十八大以来，全面从严治党，严格依法治企成为新时代治国理政的鲜明特色与要求，在此背景下国有企业海外投资中的反腐败工作必将纳入廉洁政治建设范畴。因此，如何

* 田海（1979-），男，西北大学法学院副教授，法学博士，硕士研究生导师。

对国有企业在海外投资中的腐败风险进行防控就成为迫切需要解决的问题。

二、中国国有企业海外投资中腐败行为的表现

从当前的实践来看，中国国有企业海外投资中的腐败行为多发在基建项目的招投标、企业并购、财务与资金流转、项目运营、企业人员管理等领域。通过研究近年来媒体报道和中纪委等监管部门公布的案例，可以发现国有企业海外投资中的腐败行为呈现出一定规律性和类型化，其背后也有着深刻的原因。

（一）商业贿赂型

腐败从本质来讲，属于利用权力进行不当交易，尤其利用行政权力寻租更是容易滋生腐败现象。中国国有企业在海外投资的活动中，大量的经营活动都需要通过东道国当地政府部门和官员的行政审批，如果东道国法制不健全，权力监督机制缺失，极易产生东道国政府部门和官员公权力私用，与中国国有企业进行权钱交易的现象。在此背景下，部分中国国有企业会习惯于将国内权力与资本交易的“潜规则”运用于在东道国的投资，倾向于采取贿赂的方式来“购买”当地权力的庇护，进而获得交易优势或者个人不当利益。

从法律性质来看，在商业贿赂型腐败行为中，公权力与企业商业利益捆绑与交换，两种属性不同的利益形成“共谋”，危害性极强，非常容易给中国政府的国际形象带来负面的政治影响。例如，2016 年几内亚前任矿业部长在美国纽约被捕，美国政府依据该国《海外反腐败法》指控该部长收受一家中国公司 850 万美元的贿赂而非法将该国的矿业权益给予该中国公司，由于该部长用受贿资金在美国购买了房产，故美国法律有管辖权。同时，部分西方媒体借机大肆炒作所谓中国“控制”东道国政府，来抹黑中国的国际形象。[4]再如，截至 2023 年 12 月底，世界银行制裁“黑名单”上已有至少 256 家中国企业。对于被列入黑名单的企业，因涉嫌在当地欺诈与贿赂，将在一定期限内被禁止接受世界银行资助型项目。其中不乏中国建筑股份公司、中国交通建设股份公司等多家企业的名字出现。这些企业在当地的项目也大面积被禁止，在一定程度上影响了企业的健康发展，也损害了我国政府和企业的国际声誉。

（二）不当代理型

在中国国有企业海外投资活动中，有时受制于当地法律的要求，部分业务需要当地有特定经营权的部门进行代理来采购或者销售。例如，某大型国有水电企业在尼泊尔建立水力发电厂，依照当地法律，所需要的火工材料必须委托当地有经营权的企业采购或运输。同时，也有部分中国国有企业基于业务需要或者成本控制，也会委托当地企业或者相关主体从事代理活动。例如，某建筑国有企业在埃塞尔比亚工程中标后，在当地委托代理公司进行雇佣工人、采购物资、运输和仓储业务等。 在这些代理业务中，国有企业和当地代理人之间极易产生腐败行为，产生高额的“代理成本”。

从法律性质来看，这种特定的代理形式充分利用了中国和东道国在法律规则上的信息不

对称以及合同的自治性，具有较强的隐蔽性。如果国有企业缺乏必要的事前监管和事后的财务审计，对于这种不当代理型腐败行为监管非常的困难，无形中助长了腐败行为的产生。在海外投资实践中，部分国有企业工作人员在采购、销售等业务中与当地政府、企业人员相互勾结，虚构当地代理费用和支出，大搞权钱交易，通过制造各种本不该存在的代理费，甚至虚构法律诉讼来骗取企业资产。事后相关企业人员通过“佣金”、“咨询费”、“劳务费”等方式获得个人的不当回报，以此来吞噬本该属于企业的利益。[5]例如，2017 年中华能源基金委员会主席何某在美国纽约被逮捕，美国司法部门指控何某在非洲乌干达和乍得从事业务期间，向政府官员行贿获得交易机会，排挤竞争对手，并基于此获得不正当利益，触犯了美国《反海外腐败法》。后何某被美国法院认定贿赂罪、洗钱罪成立，被判处三年监禁。本案中，何某虽然是被美国的司法机关依照美国法律受到追诉，但是从美国司法部门的指控的事实来看，何某的行为即属于典型的不当代理型腐败。

（三）利益输送型

近年来，国有企业海外投资中的利益输送问题被频繁爆出，涉嫌贪腐人员通常通过与当地相关主体在经营销售过程中达成利益同盟，违规为这些主体输送利益。作为回报，涉嫌贪腐人员接受这些主体给予的在子女留学、移民、财产方面的不当利益，或者在职务消费中收受礼品、金钱等贿赂物品。与前两种腐败行为相比，利益输送型腐败行为的隐蔽性更强，在实践中存在一定的认定难度，因为行为人的行为与获得不正当利益之间的时间性、关联性等都存在认定难题。

例如，2003 年发生的“王雪冰案”就是典型案例，王雪冰在担任纽约中行行长期间，涉嫌违规贷款和违规拆借，其利用职务上的便利，为当地有关公司谋取利益，非法收受相关公司人员给予的款物，王雪冰的行为严重不但侵害了国家工作人员职务行为的廉洁性，也严重损害了国有金融机构的声誉。但是在案件的侦办过程中，取证工作遇到不少难题，但是办案人员通过细致的证据收集工作，成功形成了完整的证据链条，各证据之间逻辑性和关联性非常严密，取得了良好的法律和社会效果。

三、中国国有企业海外投资中腐败行为的成因

（一）现有法律规则不能满足反腐要求

1.缺乏专门性的海外投资反腐败法

中国目前尚未有专门针对海外投资中反腐败进行规制的法律规则，在反腐实践中主要依靠《刑法》（含修正案八）《国际刑事司法协助法》《监察法》《反洗钱法》等法律来展开工作。不但各个法律之间的统一性和协调性较弱，且从适用效果来看，这些法律规则的监管重点在商业贿赂型腐败行为，对于不当代理型和利益输送型腐败行为的监管存在一定的困难。例如，在《刑法修正案（八）》中规定了对“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”，但是何谓“外国公职人员”、“国际公共组织官员”，采取什么判断标准，具体行为如何认

定？这些在实践中很难掌控，由于规则的缺失，导致监管部门对于国有企业海外投资的腐败行为很难进行准确的界定和判断，甚至面临合法性的质疑。

2.腐败资产境外追回中的“违法所得”界定不明

从法律视角来看，对于防控国有企业海外投资中的腐败类犯罪而言，如何对涉案的腐败资产境外追回是非常重要的一个环节，完善而高效的追回法律制度不但可以减少腐败行为带来的损失，还可以威慑潜在的腐败行为，抑制腐败产生的动机。我国现行对于涉及腐败资产境外追回的制度主要体现在《国际刑事司法协助法》中。

《国际刑事司法协助法》第七章规定了“没收、返还违法所得及其他涉案财物”事宜。但是从实践来看，由于该章使用了“违法所得及其他涉案财物”这一表述，而非《联合国反腐败公约》中使用的“犯罪所得”这一概念，同时也未明确“违法所得及其他涉案财物”的范围。这导致了我国反腐部门在寻求境外司法协助时，由于涉案资产不符合东道国法律或者国际条约中关于犯罪所得的定义而无法得到相应的司法协助，一旦涉案腐败分子以“不符合东道国法律”为由进行抗辩，则我国的监管和追赃工作在当地面临合法性质疑，严重制约了腐败资产境外追回制度的实施效果。

（二）行政监管面临困境

依照法律规定，当前有权对国有企业海外投资进行监管的行政部门涉及国资委、财政部、商务部、国家发改委、各地方政府部门等诸多主体，存在多头监管现象。从职权来看，这些部门均有相关的监管权限和依据，应该说监管非常的严密。但是这种多头监管可能“九龙治水”的现象，各部门互相推诿职责和争抢监管并存。在实践中，国有企业在海外投资的行为往往通过提前的各级审批环节，已经得到了这些行政部门的许可，被监管的国有企业和管理人员很容易制造出与监管部门“利益捆绑”的情景。因此，在监管工作中各行政监管部门在部门利益、地方利益之间存在博弈的情况下将面临一定的困境。

这种困境来自于国有企业本身的行政化色彩，从现实国情来看，由于国有企业存在着严重的行政化管理倾向，表现为国有企业和高管本身存在着所谓的“行政级别”和相应的政治地位。而依照目前的行政机关的权限划分和工作规则，各级行政监管部门不能“越级监管”，尤其是对一些政治级别较高的央企和管理人员，现有监管部门实际上只能回到“依照干部管理权限监管”的老路上去，这使得部分国有企业和管理层习惯于寻求政治和行政资源来化解监管危机和困境，助长了腐败的动机和行为。

（三）权力缺乏有效的制约

从法理来看，不受监管的权力最容易导致腐败。国有企业海外投资中大量的腐败案件表

明了这一规律，即国有企业领导层的权力缺乏有效的制约，尤其是国有企业的高管权力非常大，虽然部分国有企业依照公司法建立了股东会、董事会、监事会这样的“三权分立”制衡体制，但是董事会“一家独大”的局面依然存在。这使得一些国有企业内部制衡和监督形同虚设，企业决策程序倾向于走形式，导致经营和投资决策出现了“董事会拍板，监事会鼓掌”的工作局面，这就间接促使企业决策权进一步异化：由集体决策变为个别人独断决策权，这种不受控制的权力是导致国有企业海外投资中腐败行为出现的直接内因和必然结果。

这里还需要指出的是，虽然目前大量国有企业内部也建有反腐纪检部门，但是这种机构一般设立在总公司或者级别较高的分支机构。国有企业在海外投资的实践中往往采用了项目公司的形式，这些项目公司往往受成本、人力资源配置等条件的限制，很少设置专门的纪检工作机构和专职纪检工作人员。有些项目公司即使有相应的机构编制，也仅仅是应付上级检查需要，实际的工作效果欠佳。有些项目公司虽然设置了兼职纪检机构和人员，但是兼职纪检工作人员一般受制于时间、精力原因，尤其是业务知识也相对薄弱，使纪检工作质量难以保证，甚至受制于项目公司的人事和薪酬管理，更是没有办法监督项目公司的领导层。

四、中国国有企业海外投资中腐败防控的完善建议

（一）完善相关的反腐败防控法律

1.制定专门的《中华人民共和国反海外腐败法》

我国已经于 2005 年批准加入《联合国反腐败公约》，该公约创制了较为完整和成熟的境外反腐败规则，尤其是规定了对犯罪所得转移的预防与监控、财产直接追回的措施等事项，该公约也是我国在开展海外反腐败和国际合作的重要国际法律依据。为了与该公约互相配合，将我国的国际义务转化为国内法，我国应制定专门的反海外腐败法律，来强化对包括国有企业在内的主体在海外投资的监管。

笔者认为，美国《反海外腐败法》的成功经验值得借鉴。该法在世界上有较大的影响和示范效果，重点在于限制美国公司利用个人贿赂国外政府官员的行为，并对在美国上市公司的财会制度做出了相关监管性规定。建议全国人大在前期充分调研的基础上，尽快制定《中华人民共和国反海外腐败法》，将包括国有企业在内的相关主体在海外投资过程中的腐败行为纳入规制范围，在该法中明确对海外佣金、代理费、监管主体、企业高管责任、腐败资产认定程序、追逃追赃等问题作出规定。

同时，为了提高腐败资产所在地的东道国参与中国国有企业海外投资中的腐败防控的积极性，笔者建议在《中华人民共和国反海外腐败法》中专章增加境外腐败资产追回的分享制度，实现中国与东道国在反腐败工作中的合作共赢。[6]

2.明确界定“违法所得”的范围

笔者认为我国应尽快完善《国际刑事司法协助法》，在该法中第七章中明确界定“违法所得及其他涉案财物”的范围。建议参考《联合国反腐败公约》第31条关于“犯罪所得”的规定和精神，对于因犯罪而转化为其他财产，应将该类财产视为犯罪所得。同时，考虑到《联合国反腐败公约》又将“财产”定义为各种资产，物质、非物质，动产、不动产，有形、无形，以及证明对这种资产的产权、权益的法律文书及文件等。

因此，根据我国境外追赃工作的实践和扩展我国监管机关管辖权的需要，笔者建议与《联合国反腐败公约》保持一致，在《国际刑事司法协助法》第七章中将“违法所得及其他涉案财物”明确为“是由涉案人员实施犯罪后所获的财产或收益；或者将犯罪所得财产处置后所获的财产与收益，其中包括动产或不动产、物质或非物质利益”，将其纳入没收和返还的对象，以保持和国际条约的一致，也便于对抗东道国和涉案当事人在国际刑事司法协助中提出的异议。

（二）设立独立的海外投资监察机构

从现实国情来看，国有企业的行政化色彩需要经过较长时间的政企分开改革才能根除，故笔者认为，目前最有可行性的做法是配合监察体制改革，由国家监察委员会（中纪委）组建海外投资监察机构，来专门负责国有企业海外投资的反腐败工作。根据现行《监察法》第十二条的规定，监察机关根据实际情况，可以向国有企业派驻监察机构或者派出监察专员。据此，该海外投资监察机构可以根据工作需要，在特定的国有企业设立海外反腐败分支机构、派驻监察专员，能有效解决信息不对称的问题，因地制宜的开展反腐败防控工作。

从法律性质上看，该海外投资监察机构不属于行政机构体系，而单独隶属于国家监察体系，具有一定的中立性和权威性，可以有效的避免国有企业行政化带来的“利益捆绑”，克服地方保护主义和部门保护主义。

从实际工作效能来看，该专门机构不但有着国家监察部门丰富的反腐败办案经验，也享有国家监察机关依据监察法律法规享有的各项职权，在对国有企业海外投资腐败案件进行查处时，依法享有对涉案人员人身和财产的强制性权利，具有较强的威慑性。同时，由于该机构设在国家监察委，也具有较高的组织力和协调力，在办理案件时涉及到对境外人员和财产的查询、扣押、调查取证时，该机构可以商请最高人民检察院、公安部、司法部等部门进行海外司法协助。

（三）完善国有企业内控机制

1.完善企业治理结构

国有企业可以通过企业章程的形式，完善企业治理结构，重点在于：第一，完善企业内部的分权制衡机制，推行国企高管“权责一致”与“终身负责”制度，使企业负责人成为真正的责任主体；第二强化监事会负责人和外部监事的职能，明确这两类人员对任期内发生的海外投资腐败行为负有责任的，应承担赔偿责任。

2.投资前做好合规调查工作

建议国有企业在进行海外投资前，应由企业上级的纪检部门对投资中的腐败风险进行调查和评估，重点在于企业内部的合规管理和东道国存在的腐败风险机会。有条件的国有企业可以设立“投资腐败黑名单”制度，对于列入黑名单的东道国或者交易商，禁止本企业与之进行交易。

同时，国有企业也要在投资前调查和学习东道国的反腐法律规则，避免在日后的经营活动中触碰东道国的反腐监管规则。这既是企业洁身自律、公平竞争的需要，也是加强自我保护、防止跌入反腐陷阱的要求。

3.投资后做好监管工作

首先，建议在国家监察委、国资委等部门的统一安排和领导下，从事海外投资的国有企业建立起海外投资专项监察制度，要求相关国有企业在东道国投资后，尽快建立起符合中国法律和东道国法律要求的财务、会计、审计制度，定期向国内对应的总公司和纪检监察部门报告信息。

其次，在项目运营的运营中，企业要严肃财经纪律，清理项目公司的“小金库”，确保预算外支出符合管理规定，建立海外项目公司高管和财务人员离任审计制度。

最后，企业要严格落实有关任职回避的规定，禁止具有近亲属或关系亲密的人员在同一海外企业中担任董事长、监事和高级管理人员等领导班子成员，禁止将具有“裸官”身份的人员长期派驻海外企业。

4.设立专门的腐败防控机构

建议在国家监察委的统一安排和领导下，从事海外投资的国有企业可依照隶属关系，在海外投资的项目公司中设立专门的腐败防控机构，该机构与项目公司直接隶属于上级纪检部门或者总公司，该防控机构的经费和人员管理与项目公司之间不得有利益关系，人员之间不能有兼任的情形。为了强化该机构工作人员的责任，可以规定该机构工作人员需对任职期间内项目公司发生的腐败行为导致的损失承担相应的连带责任。

五、结论

习近平总书记在《中共十八届四中全会第二次全体会议上的讲话》提到：“反腐要坚持做到坚持零容忍，不松懈严厉惩处的尺度，不指定指标，凡是腐败行为必须及时规制。”习近平总书记的讲话精神为中国国有企业海外投资中腐败防控工作指明了方向。在新时代背景下，伴随着中国海外投资数量的迅速增长，中国的综合国力和国际影响力日益提高，中国应承担起打击腐败，向世界输出公平竞争理念的责任。基于此，如何对国有企业海外投资中的腐败进行防控有着重要的现实意义。针对国有企业海外投资中的腐败的成因和具体国情，中国应该从完善相关的反腐败防控法律、由国家监察委设立独立的海外投资监察机构强化监管、国有企业完善相应的内控机制等方面来予以应对。

参考文献

[1]李继贤.中国建筑等四家中国企业因涉嫌欺诈和贿赂上世行黑名单[N].华夏时报，2010-04-30.

[2]车路遥.针对国有企业海外投资的规制性特殊安排:原理分析与路径重构[J].国际经济法学刊.2020(1):75.

[3]奇飞云.中资企业参与“一带一路”海外投资的腐败问题研究[D].对外经济贸易大学.2019年度博士学位论文:26.

[4]赵晨曦，于清.中资企业海外反腐思考[J].国际工程与劳务.2017（7）：65.

[5]张磊.境外追逃中的引渡替代措施及其适用—以杨秀珠案为切入点[J].法学评论，2017（2）：160.

[6]李海滢,王佳蕾.资产分享:独辟中国反腐败刑事司法协助的一条蹊径[J].社会科学战线.2017(7):97.

调解适用国际投资争端的现实障碍与完善路径

吴宁铂　陈静怡*

摘要：国际投资争端的增多导致传统诉讼解决模式显得力不从心，过于依赖投资仲裁的弊端也逐渐显现。构建国际投资争端的多元化争端解决机制成为大势所趋，新兴的替代性争端解决机制得到了国际社会的广泛推崇，调解以其自身独特的优势从中脱颖而出，成为当前最为倡导的国际投资争端解决方法之一。不过，调解在获得青睐的同时也面临着缺乏透明度、可执行性差，缺乏专业调解员等方面的诟病，亟待进行弥补与完善方可促进其价值最大化。

关键词：调解　国际投资争端　替代性争端解决机制

随着经济全球化程度日益加深，国际投资呈现出飞速发展的势头，外国投资者与东道国的争端也相应有所增长。根据联合国贸易和发展会议（United Nations Conference on Trade and Development，简称UNCTAD）发布的《2019年投资者与东道国间争端解决案件报告》统计，1987年至2019年间已知的基于国际投资协定提起的投资者-东道国争端案件达1023起，涉及电力、燃气、蒸汽和空气供应、金融和保险服务、运输和存储、信息和通讯、房地产等多个领域。[①]传统解决争端的诉讼模式显得难以适应日趋复杂、多元化的利益诉求，以协商、仲裁、调解等形式出现的各种替代性争端解决机制（Alternative Dispute Settlement，简称ADR）正成为时代潮流。

一、调解在解决国际投资争端中的价值

外国投资者-东道国争端（Investor-to-State Dispute，简称ISD）是调解适用的主要国际投资争端类型。ICSID将外国投资者-东道国争端调解（Investor-State Mediation）定义为一种由当事方推动的争端解决方式，调解员的作用是促进当事各方的谈判。例如，帮助各方确定其利益，克服解决问题的障碍，并与当事各方制定可能的解决办法。调解完全是自愿的，通常是基于当事双方之间的书面调解协议。与仲裁员不同，调解员不能作出具有约束力的决定来解决双方的争端。相反，调解员协助当事各方找到特定的解决办法，其中可能涉及支付赔偿或当事各方根据其解决协议采取的其他行动。最终由双方决定是否签订和解协议，确定和解范围和协议条款。如果双方经调解达成和解，可根据ICSID仲裁规则第43(2)条将其纳入仲裁庭裁决。这样，解决方案将受益于ICSID公约特有的简化执行机制。[②]相较于仲裁而言，调解能够减少经济和情感上的负担，更高效，更廉价。因其处理方式相较于司法更具灵活性，更容易取得争端方满意的处理结果。[③]

作者简介：吴宁铂（1987-），男，上海对外经贸大学法学院讲师，E-mail：13110270025@fudan.edu.cn；陈静怡（2002-），女，上海对外经贸大学法学院2024级硕士研究生。

[①] United Nations Conference on Trade And Development, Investor–State Dispute Settlement Case Pass the 1,000 Mark: Cases and Ooutcomes in 2019, *IIA Issues Note*, No. 2, 2020, pp.1-2.

[②] ICSID, Investor-State Mediation, available at https://icsid.worldbank.org/services-arbitration-investor-state-me diation.

[③] Craig McEwen and Thomas Milburn, "Explaining a Paradox of Mediation", *Negotiation Journal*, Vol.9, Issue 1,

（一）尊重自治

仲裁的重点在于使仲裁员能够做出决定。调解探寻的是一个具有约束力的解决方案，使双方能够达成自愿协议。调解在允许当事方保留对争端结果的控制权的同时获得外部帮助，调解员作为中立第三方会积极推动和改变谈判进程与态势并能帮助各方消除达成协议过程中所面临的障碍。调解员一般会创造出有利于合作和信息共享的融洽氛围，对争端的关键问题进行定性和重构，在询问中发现当事方的潜在根本利益和无法得到支持的诉求观点，进而生成、评估与选择解决争端的有效程序，使一些在仲裁或司法程序中无法由当事方提出的解决方案得以适用。不同于谈判完全由当事方主导，调解的介入程度更为深入，当事方在调解中对争端没有绝对的控制权。[①]但当事双方对最终是否接受调解结果保留行动自由，调解结果并不具有法律强制约束力，任何一方都可以拒绝达成调解协议或拒绝调解员提出的任何建议，调解员不能发布临时措施或要求当事方披露文件。

（二）提高时效

在传统的国际投资争端解决方法里，当事双方面对面的谈判难以创设出一种能够根据具体案情需要灵活调整谈判过程的媒介，以至于经常陷入到低效的互相诘责中。仲裁虽然被认为是一种迅速而具有成本效益的争端解决机制，但已有的投资者-国家仲裁的经验证据却表明恰恰相反：不仅前期就需要双方花费大量时间审查文件并与律师合作，仲裁庭审理案件阶段还会普遍遇到诸如质疑管辖权和要求仲裁员回避等状况。在解决投资争端国际中心（ICSID），平均每件仲裁案件的审理时间长达三年。[②]调解具有替代仲裁成为一个更加高效的争端解决机制的潜力：调解员由专业技术或跨学科领域的资深专家担任，将多个部门职能合并简化为单一角色；调解过程跳过了纷繁复杂的仲裁程序规则，聚焦于如何实现当事双方的利益平衡，在某些情况下可以在法律严格规定的救济措施之外探寻到更为快捷和创新的解决方案。[③]ICSID数据显示，在所有已结束的投资调解案件中，最快的从注册到结案不到四个月，[④]只有一项超过了两年。[⑤]

（三）降低费用

随着时间的推移，投资仲裁的费用已经变得愈发昂贵。据统计，2007年平均每件投资争端案件的仲裁费用不到200万美元；[⑥]之后一路扶摇直上，2012年上涨至800万美元；[⑦]2014

1993, p.23.

① Jeswald W.Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, *Fordham International Law Journal*, Vol.31, 2007, pp.138-154.

② R. Doak Bishop, *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*, New York: JurisNet, 2009.

③ Shahla Ali, Prospects of Utilizing Investor-state Mediation and UNCITRAL Rules onTransparency for Polycent-ric Environmental Disaster-Related Disputes: The Case of Vattenfall v.Germany, available at file:///C:/Users/ADMINI~1/AppData/Local/Temp/SSRN-id2509070.pdf.

④ ICSID, Société d'Energie et d'Eau du Gabon v Gabonese Republic, ICSID Case No. CONC/ 18/1, registered on 30 March 2018, Conciliation Commission report rendered on 19 September 2018, available at https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=CONC/18/1.

⑤ ICSID, Republic of Equatorial Guinea v CMS Energy Corporation and others, ICSID Case No. CONC(AF)/12/2, registered on 29 June 2012, Sole Conciliator report rendered on 12 May 2015, available at https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=CONC(AF)/12/2.

⑥ David Gaukrodger and Kathryn Gordon, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, OECD Working Papers on InternationalInvestment 2012/03, avaiable at http://www.uncitral.org /pdf/english/workinggroups/wg_3/ISDS_Scoping_Paper.pdf.

⑦ Anna Joubin- Bret and Barton Legum, A Set of Rules Dedicated to Investor- State Mediation: The IBAInvestor-State Mediation Rules, *ICSID Review– Foreign Investment Law Journal,*Vol.29, No.1, 2014, pp.17-19.

年突破1000万美元；[①]2017年已经接近1200万美元；[②]普拉马财团诉保加利亚仲裁案（Plama Consortium v. Bulgaria）中，当事双方支付的法律费用达到了惊人的1700万美元。[③] UNCTAD在一份名为《投资者-国家争端:预防和仲裁的选择》的报告中将其原因归纳为：仲裁员数量的稀缺、当事双方法律顾问或律师运用了昂贵的诉讼技术手段、挑选仲裁员的时间延误成本、在一系列问题上邀请不同专家证明的附加费用、高额的损失赔偿要求、数目庞大和内容繁多的书状等等。[④]相比之下，调解完全不需要当事双方精心的诉辩准备和委托代理人激烈的法律交锋，同一争端的调解成本往往只有仲裁审理费用的一小部分，如ICSID运用调解程序解决的案件费用平均仅为18.2万美元。[⑤]

（四）维持关系

许多争端的外国投资者与东道国存在长期履行的合同安排或其他需要保持的重要关系，例如在公共设施投资领域，投资者与东道国的商业关系近乎于长久共存。建立与保持这种关系对在东道国缺乏流动资金的外国投资者尤为有利，特别是那些在已有生产设施基础上希望进一步扩大投资者。[⑥]而东道国政府考虑到本国经济发展水平在一定程度上依赖于外国投资，也会倾向于确保投资关系的稳定持续。仲裁的对抗性和拖延性可能会使当事双方原本可以得到很好维系的投资关系产生裂痕，引起外界负面的舆论效应，加剧彼此之间的不信任感。仲裁是基于权利的推定，调解是基于利益的推定，就像一场专注于促进各方沟通、谈判和决策的会议。[⑦]调解员采取的是更为注重维护当事双方利益与关系的指导或促进争端解决的方法而避免对任何一方的立场发表支持与否的意见，[⑧]最终将一个原本看似“双输”的局面转变为“双赢”局面。

二、调解适用国际投资争端的现实障碍

ICSID 公约第三章包含有关调解的规则，ICSID 也建立了专门调解程序规则。为了便利非缔约方对 ICSID 机制的利用，ICSID 还建立了附加便利规则，其中亦包含调解规则，使得仲裁和调解在争端解决机制中享有平等地位。各国在签署 BIT、FTA 乃至相关多边投资协定时也逐渐重视调解的价值，相继加入以调解方式解决投资争端的明确规定。然而，实践中当事方最终选择的投资争端解决方式几乎总是仲裁，[⑨]调解用于解决外国投资者-东道国之间争端的频率很低。据 ICSID 案件数据库显示，截止到 2020 年初的 820 件投资案件中，选择适

---

① Joachim Pohl, *Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements: A Critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence*, OECD Working Papers on International Investment 2018/ 01, p.46.

② Matthew Hodgson and Alistair Campbell, Damages and Costs in Investment Treaty Arbitration Revisited, Allen & Overy, 14 December 2017, available at http://www.allenovery.com/SiteCollectionDocuments/14-12-17_Damages _and_ costs_in_investment_treaty_arbitration_revisited_pdf.

③ United Nations Conference on Trade And Development, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA MONITOR No. 1 (2009) , availabe at https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaeia20096_en.pdf.

④ United Nations Conference on Trade And Development, Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, New York and Geneva, 2010, available at https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf.

⑤ Catharine Titi and Katia Fach Gómez, *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Oxford: Oxford University Press, 2019, p.23.

⑥ Jeswald W.Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Reso-lution, *Fordham International Law Journal*, Vol.31, No.1, 2007, p.166.

⑦ The ICSID Caseload Statistics, 2011, p.155.

⑧ Mediation of Investor-State Conflicts, *Harward Law Review*, Vol.127, No,8, 2014, pp.2549-2550.

⑨ UNCTAD, Dispute settlement–International Center for Settlement of Investment Dispute, 2003, p.14, available at https://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add1_en.pdf.

用调解程序的仅有 13 件。[①]包括 11 起依据 ICSID 公约提出调解请求的案件以及 2 起依据《附加调解便利规则》提出调解请求的案件，而在这 13 起提交调解的案件中，仅 3 起（23%）案件报告记录当事方达成了和解协议。[②]显然，这样的适用现状没有体现出调解在国际投资争端解决机制独特的优势。这是因为从制度与实践层面存在三个主要适用障碍。

（一）东道国政府欠缺调解意愿

预设调解能够适用的前提是外国投资者与东道国达成合意。但现实中，经济和政治地位居于优势的发达国家作为东道国，更倾向依赖于谈判模式的争端解决机制来对竞争对手施加不平衡的影响，从而更好地掌控谈判结果。对于来自发展中国家的东道国来说，他们可能更愿意拥有一个基于规则和有约束力的争端解决机制（如外国投资者-国家仲裁）来解决他们与投资者之间的问题以确保结果对他们是公平的。[③]新加坡国立大学 2018 年 9 月在发布的报告-《投资者-东道国争端解决障碍的调查》指出，东道国不愿意依靠调解来解决争端的另外一个重要原因是为了避免对最终结果承担责任。一个国家可能会发现向议会和公众舆论‘推销’遵守投资仲裁所作出的裁决更为容易，因为这可以表明东道国的接受源自强制执行力而不是主动让步的结果。而以调解方式达成的和解协议意味着东道国政府不是受仲裁庭的裁决约束而是自愿地向投资者作出了一定程度的妥协。在调解秘密进行且赋予官员自由裁量权的情形下，极易遭到公众质疑。最终签署和解协议的官员或决策者将面临着腐败指控或给国家造成重大利益损失而被起诉的风险。[④]除此之外，东道国政府还担忧在调解中时常“让步”（Giving in）会怂恿其他投资者在陷入投资争端时更倾向于以调解为救济途径或为他们要求得到类似迅速的补偿与待遇提供支持，避免恪守传统的仲裁方式去费力证明详细的案情诉求。[⑤]

（二）和解协议缺乏执行机制

与仲裁庭作出的裁决具有强制执行力不同，经调解达成的和解协议效力仅仅来自于当事方的自愿遵守，它更像是一份包含抗辩理由与违约诉因并由准据法支配的合同。[⑥]出于这个原因，调解结案的和解协议缺乏可供执行细则或标准的国际公约并未得到重视。然而，目前国际投资争端调解制度发展所面临的最大障碍是缺乏一个高效、统一的法律框架以保障国际投资争端调解及其和解协议的执行。《新加坡调解公约》为跨境执行国际商事调解产生的和解协议提供了一个统一的法律框架，但是对能否适用于投资争端调解产生的和解协议的执行并未明确。且鉴于《新加坡调解公约》作为一项初生规则，其实际可执行性仍有待实践检验。

---

① ICSID, Cases Database, available at https://icsid.worldbank.org/cases/case-database.

② ICSID, available at http://icsiddev.prod.acquia-sites.com/cases/case-database.

③ J. Chaisse et al., *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore:Springer, 2020, pp.1-20.

④ NUS - Centre for International Law, Surveyon Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, available at https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2018/09/NUS-CIL-Working-Paper-1801-Report-Survey-on-Obstacles-to-Settlement-of-Investor-State-Disputes.pdf.

⑤ Edna Sussman, The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes, *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol.7, No.27, 2010, p.66.

⑥ Jeanne M. Brett, et al, The Effectiveness of Mediation: An Independent Analysis of Cases Handled by Four Major Service Providers, Negoation Journal, Vol.12, No.3, 1996, p.87.

以《新加坡调解公约》为代表的直接执行机制与执行地国公共政策和强行法的冲突仍难以调和。《新加坡调解公约》对和解协议的执行采用了直接执行机制，即当事方可以具有可执行性的和解协议申请直接执行，避免执行主管机关对和解协议作过多的审查从而影响和解协议的执行。但同时，《新加坡调解公约》也给予了执行主管机关可基于其公共政策或国内强行法拒绝执行和解协议的权利。公共政策概念的不确定性以及基于投资者谈判实力以及东道国意愿的国内法下的执行豁免问题致使国际投资争端调解的执行仍存在极大的障碍。在这一背景下，公共政策与国内法将更容易影响和解协议的执行。

（三）调解保密性与 ISDS 透明度的矛盾

投资争端涉及的公共利益需要与争端解决的正当程序的要求，推动着近年来 ISDS 的透明度改革。联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission on International Trade Law, 简称 UNCITRAL）、ICSID 等国际组织一直致力于提升 ISDS 的透明度，无论是前者《透明度规则》还是后者的有关仲裁规则，都在投资仲裁机制内普遍确立了公开审理、信息披露规则。而调解制度的却以保密为原则，前述 UNCITRAL 与 IBA 的调解规则均要求对调解过程及其文件保密，这与提升 ISDS 透明度的趋势存在显著矛盾。原本保密作为调解的优势，据信可以在确保争端解决进程完整性的同时鼓励当事各方自由和坦率地交流。然而，在调解过程中，保密始终与司法监管存在着矛盾。当事方想在调解期间内就其试图解决的同一问题提起诉讼的话，除非存在特殊情形，大多数情况下法院都不会允许依靠调解来讨论该问题。[①]只有在下列情形中，如法院审理中已被接受采纳的既存信息也在调解中披露或公众能够普遍获得和共享该信息或当事方声称调解员违反职责或行为不当时，才够成对调解的保密限制。[②]这两者之间的紧张关系使得很多学者担心若将调解机制运用到国际投资争端的解决中来，可能会导致两个后果：其一，过度侵犯保密性将导致调解丧失其本身的基本特征；其二，过度维持保密性，将损害东道国的公共利益。因此，如何在调解机制中平衡保密性和透明度这对矛盾是调解机制运用于国际投资争端解决的一大难题。[③]

三、国际投资争端调解制度的完善路径

完善的调解规则与程序是实施调解的前提。国际投资争端调解的发展势必离不开一个统一的国际投资争端调解法律框架，切实可行的调解产生的和解协议的跨境执行框架等。

（一）推动国内立法与公共宣传

国内立法在推动投资者-东道国争端调解适用过程中的作用不可忽视。一些国家立法旨在针对投资争端创设一套协调反应机制，尽可能以谈判与调解方式加以解决，如秘鲁的第

---

① Axander Nadja, *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, pp.245-247.

② Ibid. ,pp.282-285.

③ 漆彤，范晓宇，国际投资争端调解机制的发展与制度困境，中南大学学报(社会科学版)，2020年第5期，第60页。

28933号法令设立了一个特别委员会作为国际投资争端解决程序中的本国代表，对相关案件进行评议以确定采取友好方式解决的可行性，并有权对待定的ISDS或ADR程序是否选择调解作出决定。[①]哥伦比亚也采取了类似的做法，即指定一个具有相应权限的国内机构采取包括调解在内的方法处理投资争端事宜。[②]国际投资争端调解的执行各国在国内立法中明确可调解范围将对此后具有重要意义。随着统一的执行框架的设立，相应的国内法上的执行衔接，以及相关国内立法的适配工作应在各国提上议程。为防止公共政策与国家豁免继续阻碍国际投资争端调解产生的和解协议的执行，以国内立法形式在可调解范围内予以明确，一定程度上可以减少执行主管机关因公共政策或国家豁免原因而拒绝准予执行和解协议的情形，从而推进国际投资争端调解的适用发展。在过去的十年里，公共机关与私立部门一直致力于调解的倡导及其潜力开发，包括欧盟委员会就“单一市场内部投资纠纷的预防和友好解决”进行的公共咨询，[③]能源宪章大会通过的《投资调解指南》等。[④]与此同时，ICSID在投资者-东道国调解方面的参与程度随着出版物的频繁发布而不断深入，包括推动和实施投资调解培训和提出适用于任何投资者-东道国争端案件的调解规则。考虑到争端的当事双方中，作为国家机构的一方往往比另一方私人投资主体承受更大的舆论压力，社会大众对调解缺乏了解，更不清楚调解的申请路径与程序。那么ICSID、国际调解中心和其他机构对成功调解的投资争端案例的推广也许会给这个问题的解决带来一些帮助。

（二）完善有关条约调解规则

国际投资争端调解应有一个国际范畴下的统一框架。重视并发展《新加坡调解公约》在国际投资争端调解可能产生的作用，明确《新加坡调解公约》适用于国际商事争端的同时也适用于国际投资争端调解顺应争议可替代解决模式的发展潮流。尽管公约条文没有对“商业性质”（Commercial）进行定义，但工作小组认为与公约配套的《国际商业调解和调解所产生的国际和解协议示范法》规定“商业性质”包含了投资，故应将其作内容一致的广义解释。[⑤]即《新加坡调解公约》为国际商事争端调解产生的和解协议所提供的救济应当扩展至那些至少具有商业性质的投资争端，[⑥]并作为其和解协议的执行框架。ICSID 于 2017 年启动解决外国投资者与国家之间争端规则的修改，且自 2018 年 8 月至 2020 年 2 月已发表四份工作报告，表明其为实现投资争端解决配套规则全面现代化改革的不断努力。其中有关调解的部分，一方面，工作报告发展了现行规则中已经存在的调解部分，并在修订版中自开篇规定有关调

---

① UNCTAD, Best Practices in Investment for Development How to Prevent and Manage Investor-State Disputes Lessons from Peru, Advisory Series-Series B, Number 10. S. New York and Geneva: United Nation, 2011.

② Magrete Stevens and Ben Love, Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2009, p.389.

③ European Commission, Prevention and Amicable Resolution of Disputes between Investors and Public Authorities within the Single Market, available at https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-investment-protection-mediation-consultationdocument_en_1.pdf.

④ Energy Charter Conference, Guide on Investment Mediation, available at https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf.

⑤ United Nations, Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation of the United Nations Commission on International Trade Law, Annex II, U.N. Doc. A/RES/73/199.

⑥ T. Schnabel, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.19, No.1, 2018, pp.22-23.

解的一般性内容。第二，针对调解提出指导意见，对涉及调解行为的章节作了大部分修改，并开发一套调解援助服务。第三，颁布一套独立的将是第一个专门为投资争端设计的机构《调停规则》，以推广使用调停。[①]目标在 2020 年下半年将拟议的修正规则提交成员表决，如果通过，则在 2021 年初将这些规则付诸实施。另外，鼓励当事方在投资协议中加入以调解方式解决各种争端的条款、鼓励各国在新一轮投资条约或自由贸易协定谈判中加入鼓励性或强制性的调解条款，以提升国际社会对以调解作为仲裁替代方法的认知。当事各方也可尝试设立一项备用信用证或类似的安排，旨在执行相对常规的和解协议，使其不受国家主权豁免和可能来自国内法院相关障碍的影响。[②]

（三）协调 ISDS 透明度与调解保密性

投资调解机制的发展，需要对ISDS涉及的公共利益诉求予以充分考虑，却不宜完全摒弃保密性的制度本质，否则将丧失其制度优势和存在价值。在明确投资调解保密度高于投资仲裁的前提下，可以出于对公共政策透明度的尊重，适当让投资调解比纯粹的私人商业调解的内容更为公开。[③]总之，将投资调解透明度标准界定于：略维超出普通商事争端调解，但与投资仲裁保持显著差距。从而确保投资调解的独特优势，提升公众对投资调解的了解与信任。同时结合国际组织的调解规则或改革草案，归纳出国际社会所普遍承认与接受的透明度与保密例外情形。例如，ICSID改革文件提供了多达九类透明度例外情形；《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》列举了五种透明度例外与三类保密例外情形；《国际律师协会调解规则》的保密例外情形则在三类基础上作了进一步细化。综上概述，透明度例外可大致分为三类:第一种是受约定限制而不得披露，包括仲裁协议、适用法律、仲裁庭命令和决定、当事方协议;第二种是商业机密信息不得披露;第三种是为确保程序利益而不得披露，包括披露将妨碍执行、损害仲裁程序的完整性、损害国家的基本安全利益、加剧双方争议。[④]保密义务不应当扩展至：为防止严重罪行或对公众安全造成重大威胁而必须披露的资料；为了遵守法院命令或行政机关指令而所做的信息披露；为执行和解协议或使和解协议得到认可而做出的符合该协议要求的披露；通过其他公开合法途径独立获得的信息或资料等。

四、调解适用国际投资争端的展望

中国作为世界第二大经济体、第一大货物贸易国和双向投资大国，商事主体之间、中外企业之间的纠纷争议也不可避免地增多。通过调解方式，低成本、高效率地解决商事纠纷争议，营造法治化、国际化、便利化营商环境具有十分重要的现实意义。调解在一定程度上为

[①] ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules-Working Paper #4, Feb. 28, 2020, available at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_1_En.pdf.

[②] Jack J. Coe, Jr., Settlement of Investor-State Disputes through Mediation-Preliminary Remarks on Processes, Problems and Prospects, available at file:///C:/Users/ADMINI~1/AppData/Local/Temp/COEINBISHOPED FINAL 07-Part1Chapter4.pdf.

[③] Jack J. Coe, Jr., Toward a Complementary Use of Conciliation In Investor-State Disputes-A Preliminary Sketch, *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol.12,No.7, p.40.

[④] 漆彤，范晓宇，论投资者与东道国争端调解机制的透明度规则问题，国际经济法学刊，2020年第3期。

争端双方节约潜在的成本、时间和资金，但它作为传统争端解决方式的一种替代手段，目前的适用实践还不是非常普遍，适用依据与具体规则仍需要继续完善。通过提高调解机制的可用性，以完善的规则充分发挥调解的优点，辅之秘书处积极发挥作用，向当事方代表宣传介绍，对调解人和其他有关各方提供调解教育和培训。[①]总之，区别于传统争端解决机制，调解作为一种非对抗性的争议解决方式，介于权力导向的谈判和基于规则的仲裁这两个极端之间，当事人的相对权利更为平衡，且整个过程更为灵活，整体效率大幅提高，成本降低的同时又保持专业性。[②]调解可被视为一种支持性、补充性争端解决机制，还有助于维护各方之间的贸易和投资关系，正符合国际发展的核心愿望。在经过一番完善后，向国家和投资者提供援助，以友好地解决其争端--无论是通过既定的仲裁或调解途径，还是通过其新提议的《调停规则》进行投资调停。[③]调解这一机制在投资争端中被广泛选择适用指日可待。

[①] International Mediation Institution Investor-State Mediation Task Force, Response to ICSID on its Invitation to File Suggestions for Rule Amendments, Sep. 25, 2017.

[②] Chaisse J., Choukroune L., Jusoh S. (eds) Handbook of International Investment Law and Policy, Springer, Singapore, 2019, p.10.

[③] ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules-Working Paper #1, Vol. 3, Aug. 3, 2018, available at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf.

绿色“一带一路”对外投资的环境保护法律问题研究♣

郑玲丽*

摘要：推进绿色“一带一路”对外投资是全球环境保护、应对气候变化和可持续投资的需要。然而绿色“一带一路”对外投资在国际投资法层面存在双边投资协定环境条款不完善，国际投资仲裁中环境保护及气候变化问题复杂，投资者权益与东道国公共利益保护失衡等法律困境；在国内法层面又存在东道国司法体系的不完善与“用尽当地救济原则”的限制，国内法对对外投资环境保护力度不够等法律困境。为此，在国际投资法层面，应构建 BITs“可持续发展条款”范式，合理运用“用尽当地救济原则”，构建中国国际投资法律制度体系，国际条约及习惯法相互补充；在国内法层面，应加强海外投资环境问题立法设计，并积极融入绿色准则制定，司法机关大力推动绿色“一带一路”绿色对外投资发展，地方措施贯彻落实顶层设计，以防二者失调，加强母国政府对环境的监管，及时评估预测企业的投资活动，并设立对外投资企业的申诉体系。

关键词：绿色“一带一路”；对外投资；环境保护；中国式现代化

自 2013 年习近平总书记提出“一带一路”倡议以来，十年间，“一带一路”成果卓著。与此同时，“一带一路”沿线国家的环境保护及气候变化问题成为全球关注的热点。“一带一路”以及构建人类命运共同体的主张，都展现了中国在全球环境保护以及应对气候改变问题上的洞见，且其顺应国际环境法乃至一般国际法的规则和原则的发展内涵。中国在 2019 年宣布了《“一带一路“绿色投资原则》等一系列新举措，将“一带一路”重塑为绿色“一带一路”。此外，我国宣布碳中和目标无疑将成为绿色“一带一路”建设的巨大动力。绿色“一带一路”是可持续发展之路，它以绿色基建、绿色能源、绿色交通、绿色金融等领域的务实合作为内容，以完善全球气候治理，促进全球经济健康、可持续发展，加快实

♣ 本文为作者主持的教育部 2023 年人文社会科学规划基金项目《CPTPP 环境争端解决机制研究》阶段性研究成果。

* 郑玲丽，南京师范大学法学院教授，中国法治现代化研究院研究员，研究方向：国际经济法。电子邮箱：01203@njnu.edu.cn

现中国与沿线国家绿色、低碳、循环发展目标，既是推广绿色、可持续发展理念的题中之义，也是加快环境治理合作的客观要求，还是构建人类命运共同体的生动实践。[①]

一、绿色“一带一路”对外投资的环境保护法律困境

对外投资（Overseas Direct Investment, ODI）是投资主体直接或通过其控制的境外企业，以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得境外所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的投资活动。[②]到 2030 年前，“一带一路”国家和地区的绿色投资需求巨大，平均每年在 7850 亿美元左右。[③]

随着中国与沿线国家对外投资合作进程的加速推进，由于全球气候治理的日益艰巨和沿线国家社会环境的错综复杂，“一带一路”对外投资所要应对的不仅仅是传统的政治风险，也面临着在评估环境政策空间和气候变化诉讼风险时的高风险不确定性，且环境与气候变化风险的识别与防范日益成为影响对外投资项目成功率的关键因素。绿色“一带一路”的许多主要经济走廊都经过生态敏感地区，如2024年4月紫金矿业刚果（金）项目因铀超标停产[④]。在非洲，加纳与中国的铝土矿基础设施协议遭到当地环保人士的强烈抗议。如下图所示，中国在“一带一路”倡议实施第一个十年对外投资以煤炭项目居多，[⑤]《耶鲁国际研究评论》发表的一篇文章甚至称“一带一路”倡议是煤炭灾难。[⑥]中国在2021年第七十六届联合国大会承诺，中国将不再新建境外煤电项目，更是为绿色“一带一路”建设指明了方向。但由于“一带一路”项目不是集中管理，执行新环境标准极其困难。海外私人直接投资不仅关系到投资者的私人利益，也关系到投资者母国的国家利益和经济发展。[⑦]因此本文以问题为导向，结合国际投资条约、国际投资仲裁实践以及相关国内法探讨绿色“一带一路”对外投资的环境保护法律困境及其对策，

---

① 甄飞扬、邓云成：《美国智库对“绿色”一带一路””倡议的认知与我国的应对》，载《科技情报研究》2022 年第 4 期。

② 2022 年《企业对外投资管理办法》第 2 条。

③ 程琳、陈韵涵：《碳中和下的“一带一路”绿色投资》，载《中国金融》2021 年第 22 期。

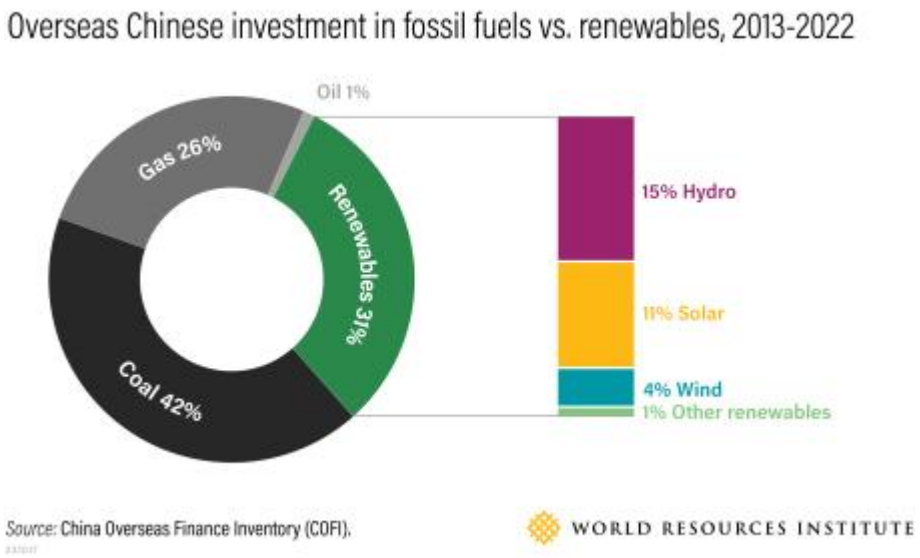
④ https://finance.sina.com.cn/roll/2024-04-19/doc-inaskvxq5068822.shtml

⑤ https://www.wri.org/insights/greening-chinas-belt-and-road-initiative

⑥ Ethan Chiu, Environmental Implications of the Belt and Road Initiative: Geopolitics and Climate Change, The Yale Review of International Studies, November 10, 2022.

⑦ 马工程教材《国际经济法学》（第二版），高等教育出版社 2019 年第 2 版，第 242 页。

对于统筹推进国内法治与涉外法治建设，具有重要意义。



（一）东道国与母国国内法层面

1. 东道国司法体系的不完善与“用尽当地救济原则”的限制

在早期投资争端解决中，“用尽当地救济”是投资者将案件诉诸国际程序的必要前提条件。《华盛顿公约》生效与 ICSID 设立后，国际投资仲裁机制逐渐与当地救济成为了并列可选的争端解决机制。“用尽当地救济原则”的适用也随之从“放弃需明示”转向了“要求需明示”，其效力大大减弱。ICSID 体制中，“用尽当地救济”是被申请人对中心管辖权提出异议的主要工具，因此发达国家希望削弱用尽当地救济的实际功用以保障自身的投资利益。20 世纪 80 年代后在 BIT 制定中关于“用尽当地救济原则”的使用逐渐衍生出了三类主要模式：当地救济作为仲裁前置程序、“岔路口条款”模式和“不得回退条款”模式。20 世纪 90 年代后投资自由化浪潮席卷全球，就连对外资较保守的拉美国家也一度抛弃“卡沃尔主义”。[①]然而近年来，国际社会开始反思国际投资仲裁机制的弊端，“用尽当地救济原则”又开始以新的形式登上世界舞台。

在“用尽当地救济”限缩的阶段中，“岔路口条款”和“最惠国待遇条款”成为了扩大 ICSID 受案范围的主要工具。在有关争端产生后投资者必须在东道国国内法院和国际仲裁之间作出选择，一旦作出选择即为终局，即投资者一旦作出

① 倪小璐：《个人—国家争端解决机制中用尽当地救济规则的发展——人权领域与投资领域之比较》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期。

选择就不能回头再走另外一条路。这种条款被形象地称为“岔路口条款”。[①]然而投资者可能会将与东道国司法机关的纠纷视作新的争端，由此依然向 ICSID 寻求救济。最惠国待遇条款则包含两方面内容，第一是一方的国民或公司在缔约另一方领土内的投资所享受的待遇不低于任何第三国国民或公司的投资所享受的待遇，第二是缔约一方的国民或公司在缔约另一方领土内与投资有关的活动所享受的待遇不低于任何第三国国民或公司与投资有关的活动所享受的待遇。然而在如 Maffezini v.Spain 案[②]中，仲裁庭可能同意投资者通过实施双边投资条约所载最惠国条款，适用其他条约中不需要用尽当地救济的争端解决条款，进而绕过双边投资条约中规定的用尽当地救济的时限要求。

“一带一路”沿线大多数国家是发展中国家，法制水平较为落后，其司法、行政救济可能耗时较长，“用尽当地救济”对我国投资者相对不利。国际仲裁与东道国当地救济机制之间的关系如果协调不好，“岔路口条款”也可能导致当地救济被架空而国际仲裁拥堵的困境，这也关系到是否充分尊重“一带一路”沿线国家的司法主权以及“一带一路”协调合作的宗旨等问题。因此，国际投资仲裁与东道国当地救济机制之间的协调关系问题也是今后改革国际投资协定（International Investment Agreement, 以下简称 IIAs）的重要议题。

2.母国国内法对对外投资的环境保护力度不够

首先，母国国内立法体系缺失。为了有效纾解投资自由化与环境保护、应对气候变化之间的矛盾，资本输入国纷纷制定了环境友好型、气候友好型的外国投资法体系。但是，母国国内法对对外投资的环境保护力度不够，“一带一路”背景下对外投资的环境保护问题立法也成为专家学者研究的焦点。资本输出国如何在投资条约谈判及修订中引入环境友好型、气候友好型对外投资的动态、适应性管理和监管体制？以中国为例，关于我国对外投资可持续发展的文件主要集中在对外援助政策、对外投资管理办法、环境保护政策等方面。商务部于 2005 年发布的《对外投资开办企业核准工作细则》中就专门有环境条款的规定；2009 年商务部出台了《对外投资管理办法》；2013 年、2022 年商务部、环境保护部先后联合发布了《对外投资合作环境保护指南》、《对外投资合作建设项目生态环境保

① 王海浪：《ICSID 体制内用尽当地救济原则的三大挑战及对策》，载《国际经济法学刊》2006 年第 3 期。
② Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain (Maffezini v．Spain), ICSID Case No. ARB/97/7，Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. <
https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/97/7>

护指南》，为中国对外投资的环境行为提供指引。但是这些投资政策文件中法的效力等级不高，具体表现在两个方面：一是立法主体，其主要是国务院的组成部门或是直属机构，立法主体直接决定了法的效力位阶问题。二是法律渊源，并无专门的部门法，多为零星化规范，缺乏体系化和规范化。[①]如我国迄今尚未出台《海外投资基本法》及其配套法律法规，从而并没有对对外投资企业的环境保护行为产生具有强制力的管束作用，基本上是原则性要求，可操作性差，难以为境外企业在东道国的投资提供操作性强的指引，这些问题必然会对中国企业在“一带一路”绿色对外投资产生内生性规范性缺失影响。

其次，母国国内司法体系薄弱。如海外基础设施建设作为中国企业“走出去”的重要一环在“一带一路”建设中占据重要地位，但由于东道国往往处于较高的政治风险带，经济发展水平不一，投资法律环境复杂，由此引发的对外工程承包纠纷也不断增多。对外工程承包案件在管辖权、合同效力、工程款的结算、外国法的查明等领域存在疑难法律问题，处理难度较大。如何保障“一带一路”基础设施建设的有效实施，成为我国法院迫切需要解决的“一带一路”司法基础设施建设课题。

（二）国际投资法层面

1. 双边投资协定[②]环境条款不完善

国际投资法尤其双边投资协定长期以来片面强调维护外国投资者权益忽视外国投资者义务以及维护东道国主权。随着可持续发展理念的兴起以及国际投资法的“人本化”趋势，东道国愈发重视其在环境方面的规制权，以保护本国环境免受投资活动的损害。如在规制外国投资者进入本国进行能源投资可能带来的环保问题时，非洲国家一般表现为将获得清洁的环境作为一项公民权利体现在宪法或其他法律中。“一带一路”沿线国家东道国环境标准的提高及环境管制措施的实施，可能破坏外国投资者的合法期待，影响其对财产的使用、收益和处分，从而引发国际投资争端。再加上环境标准和环境影响评价往往是复杂的技术问题，而投资的固定性和长期性决定了它在很大程度上不能及时适应东道国新的环境法律法规变革，这就可能导致原先合法的投资在一夜间成为非法，以致投资在事

① 姜作利、姜美玲：《“一带一路”倡议下的我国海外投资可持续性研究》，载《经济问题》2022 年第 7 期。
② 本文双边投资协定是指专门规定投资事项的双边条约，不包括设有投资专章的自由贸易协定 FTAs，如 USMCA、CPTPP、RCEP 等。

实上归于无效，引发征收争议。

传统BIT并无环境条款，对东道国环境规制权保护不足，忽视东道国国家主权及公共利益维护，更忽视投资者母国环境保护方面的国家责任，对外国投资者的环境保护企业社会责任（CSR）规制不足。迄今为止，中国签署的双边投资协定（Bilateral Investment Agreements, 以下简称BITs）共计145个，此外，其他含有投资条款的协定达21个。中国对外签署BITs缔约国除美国外，涵盖了中国的主要经济伙伴。纵观中国与“一带一路”沿线国家签订的BITs，早期的BITs在序言部分大多没有明确“可持续发展”或者相关字眼，序言一般只强调保护和促进投资以及促进两国经济繁荣。中国签订的环境保护条款内容规定不够具体化往往只涉及原则性问题，对于例外的具体条款、环境保护具体涵盖的范围种类、中国作为东道国时如何利用投资协定保护自己环境、投资者应承担的责任等都只是在投资协定中象征性地提及。这样的投资条约或协定能够促进投资，但却缺乏环境生态的要求，不仅对中国的外来投资的环境保护法律规制缺乏力度，也不利于中国企业对“一带一路”沿线国家和地区的绿色丝绸之路建设。[①]这会导致BIT无法规制东道国为了吸引外资而采取的降低环境、劳工以及公共福利标准的行为，也无法激励投资者承担实现可持续发展的责任，东道国合理的以实现经济社会的可持续发展为目的的措施也会遭受抑制，不利于东道国经济与社会的可持续发展，也严重影响中国与“一带一路”沿线国家未来的整体发展。

2.国际投资仲裁中环境保护及气候变化问题复杂

国际投资仲裁庭常常需要审理涉及东道国立法、行政和司法行为的案件，而这些案件基本上都与一国的国家安全、公共健康、环境保护等重大公共利益密切相关。国际投资仲裁如何进一步涉足气候变化，从而解决现有法律真空呢？[②]“合理预期”问题一直是投资者与国家间仲裁辩论的核心。其中一个方面是 BITs 试图为外国投资者提供安全感和可预见性，即国家对他们的承诺将得到维护。用国际投资仲裁庭的话说，BITs 为投资者创造了“合理预期”，但这要受到国家为促进社会福利而进行“监管”的权利的限制。[③]一些学者认为，国际投资仲裁庭

---

① 何力：《“一带一路”背景下对外投资与可持续发展的法律问题》，《海关与经贸研究》2018 年第 4 期。

② See e.g J. Levine, Adopting and Adapting Arbitration for Climate Change-Related Disputes – The Experience of the Permanent Court of Arbitration, TDM 1 (2018) <www.transnational-disputemanagement.com>

③ Michele Potestà, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, 28 ICSID Rev. Foreign Inv. L.J. 2013, 88, 98–121.

滥用了“合理预期”的概念，为投资者提供了次优保护；有时，对投资者的这些保护是以牺牲环境法规为代价的。[①]此外，既具备国际投资法方面的专业素养，又对国际环境法尤其气候变化法信手拈来的国际投资仲裁员凤毛麟角。[②]

在绿色“一带一路”对外工程承包的投资中，如何在维护投资者的利益与保障东道国对本国环境的合理规制间达到协调统一或者说是投资与环境之间实质上的对立统一，都需要不断的尝试与努力。

3.外国投资者保护与东道国公共利益维护失衡

不可否认，ISDS 机制为投资者对某些东道国假借环境保护规避条约义务的行为提供了救济途径。但传统 ISDS 机制过度倾向保护外国投资者利益而忽视东道国公共利益的保护一直是其受到国际社会批评的关键原因之一，东道国的环境规制权在 ISDS 机制下更多地是在遭受不合理的限缩和挑战。为此，东道国还需要付出高昂的时间、人力和金钱成本，从而引发其“监管寒蝉”(regulatory chilling)以及对 ISDS 机制的排斥，造成制度本身的“正当性危机”(legitimacy crisis)。因此，如何在国际投资仲裁实践中保障和加强东道国的环境规制权，达到投资者和东道国之间的利益平衡状态，是国际投资领域亟待解决的问题，也是本文所要研究的关键问题。ISDS 机制正在环保理念下进行重塑，支持可持续发展及平衡投资者与东道国利益已成为共识。[③]

三、绿色“一带一路”中国对外投资案例分析

（一）紫金矿业境外合资公司投资争议调解案[④]

1.基本信息

①申请人：巴理克（新几内亚）有限公司（以下简称“BNL”）

②被申请人：巴布亚新几内亚独立国（以下简称“巴新”）

③调解机构：国际投资争端解决中心（ICSID）

④案号：ICSID Case No.ARB/20/27

[①] Cf. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, ICSID, Case No. ARB(AF)/00/2, para. 154 (29 May 2003), 43 I.L.M. 133 (2004)

[②] Daniel Magraw, etc. Model Green Investment Treaty: International Investment and Climate Change, Journal of International Arbitration, Vol.36(1), 2019, p.126.

[③] 韩秀丽：《中国海外投资中的环境保护问题》，载《国际问题研究》2013 年第 5 期。

[④] Barrick (PD) Australia Pty Limited v. Independent State of Papua New Guinea (ICSID Case No. ARB/20/27). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/27>

⑤案件背景：紫金矿业集团股份有限公司（以下简称“紫金矿业”）是以金属矿产开发勘探为主的大型跨国矿业企业，于香港 H 股、上海 A 股上市，居 2020 年《财富》“中国 500 强”第 77 位。加拿大巴理克黄金公司（以下简称“巴理克”）则是 2019 年之前世界范围内公认的最大金矿企业，也是当前世界范围内利用投资仲裁机制解决与东道国投资争议最多的大型跨国企业之一。本案涉案的波格拉金矿是世界上少有的几个超大型金矿之一，BNL 公司为紫金矿业与巴理克的合资公司持该金矿项目 95%权益，巴新政府则持有余下 5%权益。紫金矿业间接持有该金矿 47.5%的权益，并参与对矿山的经营管理。该项目也是中国企业在巴新的第二大投资项目。

2.案件经过

由于波格拉金矿的采矿权于 2019 年 8 月到期，2017 年 6 月，BNL 向巴新政府提交采矿权延期 20 年的申请。据巴新国家法院 2019 年 8 月 2 日所作判决，BNL 可在采矿权到期后继续合法经营，直到巴新政府就采矿权延期事宜作出决策。

2020 年 4 月 24 日巴新政府以环境污染、当地群众安置等问题为由拒绝波格拉金矿特别采矿权的延期申请。BNL 认为巴新政府拒绝为特别采矿权延期的决定“相当于国有化”，违反了巴新政府对 BNL 的法律义务。BNL 随即就巴新政府拒绝波格拉金矿特别采矿权延期申请事宜向巴新国家法院提起司法审查，申请撤销巴新政府的决定。2020 年 6 月 5 日，巴新国家法院副首席大法官安·坎达卡西作出裁定，决定对巴新政府的决定进行司法审查，以确定政府拒绝特别采矿权延期申请的决定是否有违正当程序。

2020 年 7 月 9 日，BNL 就巴新政府拒绝波格拉金矿特别采矿权延期申请事宜向 ICSID 提请启动调解程序，希望通过 ICSID 调解程序与巴新的利益相关方达成公平合理的延期协议。BNL 指出：巴新政府拒绝波格拉金矿特别采矿权延期申请的决定有违正当程序；矿山依据《1992 年矿业法》相关规定停产，给 BNL 和巴新经济造成了严重损失；BNL 所提请的 ICSID 调解程序，并不取代巴新国家法院正在进行的司法审查程序。

2021 年 4 月 9 日，调解委员会根据 ICSID 公约第 34（2）条和 ICSID 调解规则第 30（3）条的规定，宣布终结调解程序，即由于一方当事人未参加调解程序，调解程序终结。另据紫金矿业发布的公告，BNL 于 2021 年 4 月 9 日与巴新政府就波格拉金矿未来的所有权和运营权签署了具有约束力的框架协议。2022 年 4

月 6 日，巴布亚新几内亚政府与 BNL 公司签署了金矿启动协议（PPCA）修正案和托管 10%项目股权的协议，BNL 将负责该金矿的重启和运营。

3.案例简评

本案中紫金矿业作为中国国有控股集团，经由海外合资公司 BNL 提起的投资争议解决案件参与了相关程序。环境污染是巴新政府拒绝采矿权延期申请的原因之一，本案更多体现的是对于投资纠纷可以较为缓和的调解手段解决。对于中国投资者而言，以本案为例，若不得不通过国际投资仲裁寻求救济采取条约之诉，则应注意双边条约中对于救济方式的限制，避免因寻求“境内行政或司法解决”而丧失诉诸投资仲裁的权利。若本案合同未规定仲裁条款，依据《中国-巴新 BIT》，在未诉诸巴新国内行政或司法救济的前提下，BNL 可将涉及投资征收补偿数额的争端提交临时仲裁。

（二）中石油相关案例

1.乍得石油开发中止案

石油收入是乍得共和国（以下简称“乍得”）财政收入的重要来源，乍得自 2003 年开始开采石油，同年中石油进入乍得。2013 年，乍得政府以开发原油时违反其环境法规为由中止了中石油的一切运营，并指责中石油没有清理溢油的设备、故意漏油。2014 年，乍得向中石油要求 12 亿美元的赔偿，在谈判失败后，基于双方合同条款，乍得决定将此诉诸巴黎的仲裁庭，并在此后撤销了中石油的五个开采许可证。

最终中石油同意支付 4 亿美元补偿乍得受到的环境损害，并将现有经营油田 10%的股份以及未来生产性油田 25%的股份转让给乍得政府；乍得政府放弃对中石油提起仲裁，并允许中石油使用乍得—喀麦隆的石油管道运出石油。

2.Soresco 公司合建项目中止案

2007 年 6 月哥斯达黎加与中国正式建立外交关系时，中国承诺协助哥斯达黎加政府更新并扩建莫因（Moin）陈旧的炼油厂；中石油旗下中油国际（CNPCI）也就成立 SORESCO 与哥方展开合作。2008 年 10 月，中哥双方建合资公司的协议签署。2009 年 3 月，哥斯达黎加总审计署宣布中石油与哥斯达黎加国家石油公司（Recope）建合资公司共同对位 Moin 炼油厂进行升级改造和扩建计划没有通过审计，主要原因是根据哥斯达黎加 7356 号法律，不允许哥国家石油公司给合资公司进口、精炼、销售石油的权利。如果不修改法律，则此项计划无法实施。

2016 年 4 月 15 日，Recope 负责人萨拉•萨拉萨尔女士在立法大会公共收入和支出管理委员会上宣布，Recope 决定按双边协议框架规定终止中石油设立合资企业 Soresco 公司的合作。

3.案例简评

中国石油天然气集团有限公司（以下简称“中石油”）作为国有特大型央企，广泛参与着海外投资，经历过诸多与环境风险相关的争端，在企业中具有较强的代表性。乍得项目中，中石油因东道国过度行使环境规制权不得不作出让步。哥斯达黎加项目的“环境影响调查”违反了协议条款以致该项目被取消，这则是由于东道国本身的法律体系过于繁杂，存在较大的环境规制风险。从上述案例可以看出，中国海外投资者因潜在的环境影响或是既存的环境污染现状面临着被罚款、关停的可能。企业在保障环境公共利益的同时更要增强预防意识，防止自身财产、名誉利益受损，防范经济问题勾连国家间政治问题的风险。

四、绿色“一带一路”对外投资环境保护维度的中国对策

建设全球化供应链是中国企业通过“一带一路”进行海外投资的重要形式之一，中国与哈萨克斯坦等 28 国 2021 年 6 月 23 日共同发起“一带一路”绿色发展伙伴关系倡议。[①] “一带一路”合作伙伴在自愿基础上建设绿色“一带一路”取得了显著进展，目前已有 43 个国家的 150 余个中外合作伙伴加入“一带一路”绿色发展国际联盟，29 个沿线国家共同参与“一带一路”绿色发展伙伴关系倡议。中国作为“一带一路”倡议发起国，在对外投资环境保护维度下应采取以下对策，共同促进“一带一路”对外投资的绿色、低碳、可持续发展。

（一）国际投资法层面

在“一带一路”倡议背景下，中国对外投资法律制度的构建正是为全球投资治理提供中国解决方案的最好时机。[②]首先，由“一带一路”参与国家共同规划和引领国际投资仲裁新制度的建设；其次，应努力消除既有国际投资仲裁平台的各种不利因素；最后，应为“一带一路”参与国家设立更为公正和高效的谈判机制。[③]在“一带一路”中我国多以对外投资者的身份出现，逐渐从资本输入大国

---

① https://www.mfa.gov.cn/ziliao_674904/1179_674909/202106/t20210624_9180839.shtml

② 姜作利、姜美玲：《“一带一路”倡议下的我国海外投资可持续性研究》，载《经济问题》2022 年第 7 期。

③ 张磊：《海外投资的争端解决途径与中国的应对》，载《探索与争鸣》2017 年第 8 期。

转型成为了兼具资本输入与输出要素的大国。因此在外资政策上我国更应将东道国规制权与海外投资保护并重。

1.构建 IIAs“可持续发展条款”的范式

IIAs不仅是一个国家对外国直接投资（FDI）本身的承诺，也意味着该国在全球双向资本流动中的承诺和声誉。由于潜在东道国影响谈判和重新谈判结果的能力相对较弱，资本输出国事实上可以单方面决定IIAs的条约结构。因此，中国作为实际上的资本净输出国，构建IIAs“可持续发展条款”范式，可以通过规则输出促进绿色“一带一路”公共利益维护和发展。而国际投资规则输出的重要方式，即针对性制定并完善IIAs范本。

由于环境及气候变化问题的不确定性，许多环境及气候变化问题在投资准入阶段根本难以核实，因此 BIT 中的硬性规定限制了国家自由裁量权的空间。2010 年以来我国对外缔结的 IIAs 中，有一小部分包含一般环境条款和涉及可持续发展的条款。因此在 IIAs 的完善方面，我们应清点与环境及气候变化相关的 IIAs，着重构建“可持续发展条款”的范式，其主要有两种方式。[①]第一种是单列条款规定可持续发展事项，如《中国—坦桑尼亚投资协定》（2013）第 10 条规定了缔约国不得贬损国内的健康、安全或者环境来鼓励投资，并且不能“以专断或不合理的方式采取有关措施”，也不能“构成对国际投资的变相限制”。第二种方式是通过构建一般例外的方式来规定与国际投资相关的可持续发展事项，如《中国—加拿大投资协定》（2012）第 33 条规定了国际投资的一般例外情况，明确只要不以武断或不合理之方式适用相关措施，或不构成对国际贸易或投资的变相限制，协定中的规定不能阻止缔约方采取保护人类、动物或植物生命或健康所必要的措施。除这种禁止性例外规定，2010-2021 年间缔结的 IIAs 中还有为履行国际环境义务而在环境/气候方面的政府征收、征用的例外规定，尊重东道国监管权的规定，促进可持续投资气候行动方面的合作，不降低/放弃的企业社会责任标准等规定。[②]甚至还可缔结“可持续投资激励措施”条款，允许缔约方在履行其投资促进义务时为绿色对外投资者或绿色对外投资提供环境友好型、气候友好型补

① 张晓君、曹云松：《“一带一路”建设中 BITs 的功能发掘与范式构建》，载《国际经济评论》2021 年第 4 期。

② UNCTAD, based on IHEID International Economic Law Clinic Report “IIAs and Climate Action”, May 2022.

贴，以推进《巴黎协定》第 2.1 条确定的目标。[①]

无论是哪种范式，IIAs 都应将资本输出国公共利益与东道国公共利益，对外投资者利益与外国投资者利益进行利益再平衡，在实体规则构建方面力求投资与环境的规则协调，在投资协定中保留 ISDS 条款并平衡利益相关者的利益。

2.合理运用“用尽当地救济原则”，构建绿色国际投资法律体系

争端解决是目前 IIAs 制度中讨论最热烈的方面之一，特别是在传统的国际投资争端解决与设立常设投资法院的问题上。[②]尽管 ISDS 机制存在正当性危机，在“用尽当地救济原则”的运用上，我国不应再一味坚持东道国国内救济的立场，而要适当鼓励扩张式的 ISDS 条款，严格限制东道国救济的期限与类型，将争端引向投资者与国家间的国际投资仲裁（ISA）。因为与诉讼相比，ISA 具有整体优势。就投资和环境的关系而言，仲裁庭开始越来越多地重视投资环境的协调，考虑并关注环境政策目标而不再忽视环保需求。[③]国际投资仲裁的管辖权确认、适用法律的选择以及证据规则都应作出相应的优化调整。[④]国际投资协定中的环境条款对解决涉环境国际投资仲裁纠纷具有关键作用。迄今为止，几乎所有已公布的 ISDS 案件都是基于老一代投资条约提起仲裁，因此，通过以可持续发展作为导向的新一代 IIAs 改革已经成为越来越多国家的目标。我国应当积极参与国际投资条约文本和环境保护制度的构建，在获得主动权的同时实现自身与他国的利益平衡。

根据商务部网站公布的 BITs，我国与“一带一路”沿线国家对可提起仲裁事项的范围大多限制在有关征收补偿数额的争议，这是由于我国早期对可提起国际投资争端的事由采取较为谨慎的态度。但过分强调当地救济而忽视国际仲裁有可能导致我国海外投资者难以寻求国际仲裁维权，因此 1998 年后，中国全面同意 ICSID 管辖中国与外国投资者之间的任何投资争议。此后，中国新签订的 BITs 对“用尽当地救济原则”的基本立场是：国内司法审判与国际投资仲裁二者由投资者自由选择，在“岔路口”条款的约束下择一终局，东道国的行政救济程序仍

---

① Stockholm Treaty Lab, protocol winner, Article 13. <http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2o18/07/Treaty- on- Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-.pdf>

② David M. Howard, Creating Consistency Through a World Investment Court, Fordham International Law Journal, Vol. 41(1), 2017, p.1.

③ 韩秀丽：《中国海外投资的环境保护问题——基于投资法维度的考察》，载《厦门大学学报（哲学社会科学报）》2018 年第 3 期。

④ 王蒙、冯光：《环境保护对国际投资仲裁程序的影响》，载《国际经济合作》2017 年第 12 期。

然作为提交国际仲裁的前提条件。[①]

我国目前是资本输出国和资本输入国并重的双重身份，在吸引外资的同时需要更加强调对对外投资者的保护。作为东道国而言，需要强化仲裁前置条件以防投资者滥诉。但作为投资者母国，附加诸多的限制性条件不利于我国对外投资者通过 ISDS 仲裁积极维权。因此，需要在“一带一路”国际投资协定中合理设置 ISDS 仲裁前置条件。根据“约定优先”原则，如果在国际投资协定的条款中有约定则被优先适用。“岔路口条款”和“用尽当地救济”的规定对我国投资者十分不利，在更新国际投资协定时，对这些条款可酌情考虑删除或者进一步完善。对于不同外资政策取向、环境保护法律状况的国家，我国应当有针对性地制定涉及与“用尽当地救济”有关的款项。关于制定 BIT 范本的建议具体包括以下几点：

（1）对于持宽松态度的国家明示放弃“用尽当地救济”

在中国对外投资扩张的背景下，中国逐渐成为了国际投资仲裁制度的受益者，有责任促进 ISDS 机制的改良。对于用尽当地救济原则，中国应当坚持前述的基本立场，为中国投资者争取程序上的便利，具体缔约模式可参考中乌两国之间现行有效的 BIT 中的 ISDS 条款。放弃当地救济的 BITs，为投资者绕过东道国行政和司法救济程序提供了便利，体现了东道国为了吸引外资付出的努力，符合投资者母国保护本国投资者程序利益的追求。明示放弃也有利于防范误解，保障国际仲裁的进行。

（2）对于持收紧态度的国家将附期限当地救济条款纳入 BIT 范本

许多国家尤其是发展中国家基于利益考量不断收紧国内对投资争端的管辖权，尤其是在近些年，“用尽当地救济原则”也呈现出回归的趋势。对于投资者而言，“用尽当地救济原则”的存在也具有一定合理性，比如由东道国政府之行为引起的争端在某些情况下由国内法律规章或程序救济可能更加有效。为了避免东道国当地救济耗时过长，使得投资者的相关损失加剧，我国应当与缔约国对当地救济的适用施以严格的时间限制，以敦促东道国国内司法机关尽快解决争端，保障投资者权益，且在“附期限”的情况下若投资者仍可继续将争端提请 ICSID 仲裁解决。在“附期限用尽当地救济”中，东道国救济的期限是投资者启动国际仲裁程序的关键，只有经过 BITs 中规定的东道国救济期限，投资者才能请求国

① 王祥修、赵永鹏：《中国与中亚五国双边投资协定 ISDS 条款中的用尽当地救济原则》，载《广西社会科学》2021 年第 11 期。

际仲裁。

（3）国际条约及习惯法相互补充

二战后国际投资争端解决中心 ICSID 和联合国国际贸易法委员会 UNCITRAL 等为国际投资协定的制定和实施提供现代化模板。同样，随着全球化导致的贸易与投资的扩展，全球范围内的环境问题的加重使得“软法”的国际环境法逐步变得更加严格。[①] 联合国贸发会议（UNCTAD）认识到国际投资保护在推动实现环境目标方面可以发挥的作用，因此在 2008 年就推出了《可持续发展投资政策框架》[②]。我们需要将国际文件和国际条约及习惯法相互补充，全方位实施，尤其在具有“硬法”特性的国际投资条约法中要求我国企业强化在“一带一路”的投资融资环保化的法律规制。[③]《联合国工商业与人权指导原则》[④]自 2011 年实施以来，中国企业也在海外投资贸易中积极应对输出型人权挑战，目前中国已经通过一系列政策上的转变，将国际人权原则和规范转化为中国工商企业应予尊重和遵守的价值原则体系和行为准则，这将大力提升中国企业在海内外尊重人权的责任意识和能力。[⑤]

（二）中国国内法治的完善

中国政府应从维护国家信誉和输出高质量公共产品入手，将对外投资的环境保护及气候变化问题纳入到国内法治范畴。可能的途径包括将已有的对外投资方面的环境政策上升为法律法规，将适用于国内外商投资的相关法律法规延展至对外投资，为多个利益相关方创造法律的确定性。由于一些高环境风险行业如矿产采掘业和大型基础设施建设尤其需要政府的规范与指导，可考虑将环境友好型、气候友好型对外直接投资政策作为本国气候变化战略的一部分，将对外投资促进与碳含量和标准挂钩，将环境及气候目标纳入投资促进机构（Investment Promotion Agencies, IPAs）的战略和关键绩效指标非常重要。此外，这些促进环境与气候领域对外投资的新激励措施和手段需要与《巴黎协定》“国家决定贡献”中的承诺保持一致。

---

① 王蒙、冯光：《环境保护对国际投资仲裁程序的影响》，载《国际经济合作》2017 年第 12 期。

② Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2012 (UNCTAD, Investment Policy Framework 2012) 5, preface at iii <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2ol2d5_en.pdf>

③ 魏庆坡：《“一带一路”投融资绿色化的法律保障体系研究》，载《环境保护》2019 年第 19 期。

④ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, endorsed by the Human Rights Council in June 2011 (Human Rights Council Resolution17/4,16 June 2011, UN Doc. A/HRC/RES/17/4)

⑤ 梁晓晖：《工商业与人权：中国政策理念的转变与业界实践的互动研究》，《国际法研究》2018 年第 6 期。

1．加强海外投资环境问题顶层立法设计，并积极融入绿色准则制定

国际生态环保条约义务对外商直接投资形成了直接或间接规制，生态环保将是我国未来对外直接投资立法的重要关注内容。[①]我国可参考美国《对外援助法》进行《海外投资基本法》及其配套法律法规的顶层立法设计，加强与各国的交流与配合，并积极融入到绿色准则的制定过程中。目前我国商务部与生态环境部发布的《对外投资合作环境保护指南》效力等级不高，立法层级较低，不具有系统性，因此亟需完善我国立法与政策，并确立中国企业境外环保问题“国内法补充适用”原则，赋予国内法院管辖权。[②]还有学者认为“一带一路”已经发展成为一个庞大的、尚在不断扩张的“软法”网络。主张软法体系应由参与主体、业务标准、争端解决三大板块组成。[③]但仍有学者持反对意见，认为规定比较细致也更具有可操作性，更能够起到约束投资主体及其海外投资行为的积极作用。[④]此外我们要给予绿色准则的制定足够的重视，依靠高水平的环境标准推动绿色科技的革新，并通过高端的绿色科技推进绿色准则的设立，推动绿色生活方式、绿色生产、绿色供应链以及绿色产品等规范的设计，建立一致的认证系统，并向“一带一路”沿线国家甚至全球推行，以此增强中国在绿色“一带一路”对外投资改革发展领域的影响力与竞争力。

2．地方措施贯彻落实顶层设计，以防二者失调

协调顶层设计与基层落实是必不可少的，例如外资在进入我国地方时必须遵守中国环境相关的法律法规，而中国温室气体排放在世界各国中标准较高，外资进入后必须达到中国排放标准才能生产运行。这也证实了中国根据《对外投资合作建设项目生态环境保护指南》设定的规则的合理性：即在进行对外投资合作建设项目的企业，若“东道国没有相关标准或标准要求偏低的，在生态环境保护许可的基础上，鼓励采用国际通行规则标准或中国更严格标准”。这也体现了中国对自身以及他国的负责任精神。我们认为，应当设计并细化相关处罚程序的规范。在国内执法等层面强化对相关法律发布和实施效果的宣传，以起到对企业更好的引导和规制作用，同时也让大众意识到环保法治化的落实状态。“一带一路”建

---

① 参见胡德胜、欧俊：《中企直接投资于“一带一路”其他国家的环境责任问题》，载《西安交通大学学报》（社会科学版）2016 年第 4 期。

② 魏庆坡：《“一带一路”投融资绿色化的法律保障体系研究》，载《环境保护》2019 年第 19 期。

③ 顾宾：《软法治理与“一带一路”法治化和全球化》，载《外交评论》2022 年第 4 期。

④ 韩秀丽：《中国海外投资的环境保护问题——基于投资法维度的考察》，载《厦门大学学报（哲学社会科学报）》2018 年第 3 期。

设节点城市的基层政府部门，应当认识到绿色丝绸之路建设的重要性。身为“一带一路”策划和主导的国家，中国不能仅关注自身问题，还需要主动推进与其他参与国共同解决环境问题，促进沿线生态合作管理。地方环保局应积极响应绿色丝绸之路发展，实施环保贷，优先推进环境工程的实施，加速工程建设的环境治理进度，减少对环境的污染。同时，省级和国家层面，面对绿色企业无污染企业开放绿色通道，在环评审批和日常监管方面采取一定的豁免检查措施。这是通过金融手段和简政放权的方式减轻企业负担、鼓励企业推进环保建设地途径，作为经验可以推广至对境外工程承包企业参与绿色丝绸之路建设中。

3.司法机关大力推动“一带一路”绿色投资司法保障

在绿色“一带一路”对外投资的国内立法不完善的情况下，司法可以起到重要补充作用，弥补对绿色“一带一路”对外投资规制的法治漏洞。最高人民法院在《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》中强调，人民法院应坚持绿色原则，节约资源，保护生态环境，主动将中国环境资源审判融入全球环境治理进程，维护环境利益和环境安全；依法保护绿色发展，贯彻《“一带一路”绿色投资原则》，完善公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼，制止环境侵权，贯彻损害担责；完善跨境贸易、投资中环境风险防范与应对机制，加强“一带一路”矿业投资的环境保护示范法研究，共同打击跨境野生动植物犯罪，合作应对全球气候变化和跨国环境问题。[①]首先应就涉及到“一带一路”建设的跨国商业案件进行公平高效的审判并明确商事规则。我国的司法机关应当贯彻实施涉外商事审判精品战略，提升案件审理品质，创建一批具备代表性和示范作用的优秀案例，为有效处理涉外纠纷树立榜样。其次，优化司法协助的工作流程，以推动沿线国家间的司法判决相互得以承认与执行。根据我国法律和国际协议，法庭应认真审查外国法院判决；同时，我国法院也应主动推动我国的民商事裁决在海外被承认和执行。再次，要积极研究设立仲裁司法审查案件的统一归口审理，以推进多元化争端解决机制的发展。最后，主动进行司法创新，寻求为“一带一路”建设提供司法保障的新形式。例如，连云港市中级人民法院在连云港中哈物流合作基地揭牌成立全国首个“一带一路”巡回法庭，负责审理与“一带一路”建设有关的产业投资、能源资源合作等纠纷，为中外当事人提供更直接、便

[①] 法发【2019】29 号。<http://www.chinawuliu.com.cn/zcfg/201912/27/346382.shtml>

利、高效的诉讼服务。[①]

此外，国际商会 ICC 在报告中指出，以仲裁、ADR 方式解决气候变化等公共利益问题的优势如下：通过提供一站式、中立和高效的仲裁庭限制多重程序，并更好地管理在多个地点发生过度争议的风险；通过向受其业务活动影响的各利益相关者提供有效的方式裁决 ESG（环境、社会与公司治理）案件，从而提高声誉；公司可以为可能受影响的利益相关者提出的索赔提供仲裁庭，作为解决当地或政治上对项目的反对或满足某些法律要求以使项目得以推进的一种手段。[②]除此之外，通过适用 UNSTRAL《投资者与国家间基于条约争端透明度规则》，国际仲裁机构仲裁规则更为透明，具有对当事人的灵活性和仲裁裁决的终局性，相较于在东道国法院进行诉讼效率更高。

4. 加强母国政府海外投资保险，及时评估预测企业的对外投资活动

我国还应考虑提供政治风险保险以降低企业海外投资风险，在审查投资项目时采取环境影响评估和气候影响评估，为进一步促进此类低碳投资，投资促进机构（IPA）可为环境友好型及气候友好型海外投资开发“红地毯”服务。需要加强对海外投资保险新规则的研究，构建多层次海外投资保险机制，将中国企业尤其央企海外投资因环境、气候变化的非常态化困境上升到国家战略层次统筹管理，帮助企业有效防范、应对环境及气候变化风险，从而切实有效维护并拓展海外投资利益。

5. 设立海外投资企业的申诉体系

商务部设立海外投资企业的申诉体系，整理来自东道国政府和本地大众、社团机构的意见，有助于对公司海外投资项目的环保问题进行即时评估。外交部、商务部和国务院国资委等部门可以形成合力，共同为企业“走出去”提供指导意见和投资预警等，同时，一旦企业的项目遭遇政治阻扰，更要发挥这些部门的沟通和协调能力。为此还可以建立海外投资环境违法风险防控“工具包”，引进风险防范应对方面的专业人才，构建海外投资环境保护的公共协调机制与生态补偿机制。同步强化海外投资环境的环保金融监管架构，执行并推进对外承包项目中的“绿色信贷”政策，将环保要求以创新的方式融入保险公司的承保条款之中。

---

① 江苏法院服务保障“一带一路”建设工作情况通报。<www.jsfy.gov.cn/article/89626.html>

② ICC Commission Report, Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR, 2019.11. <icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf (iccwbo.org)>

中国作为发展中国家，同时发展道路一直都秉持着和平、共赢的精神，与传统西方发达国家的发展路径相比，更适合“一带一路”沿线国家的情况，将中国长期以来积累的相关发展经验进行推广存在合理性，但同时也应当注意，不能过于将自身经验代入其他国家，依然要尊重当地的特殊性，了解当地的政策法规和特殊情况。由相关部门对海外投资的低碳发展、环境保护情况以及相关项目对环境的影响等情况进行评估，并对当地政府、民众进行公示，公开透明的处理方式更有利于项目获得信任、顺利开展。

（三）企业合规建设举措

国际投资法的“人本化”新内涵应该是强调以跨国公司为代表的投资者“个人”投资权利和社会责任的平衡；在投资过程中应对人的尊严和权利，以及整个人类赖以生存的自然环境予以尊重和保护。[①]在当前的国际投资全球治理体系中，亟需解决的问题复杂多样，解决问题的路径亦不够清晰，许多中资企业境外投资不仅因环保问题蒙受损失，也因不善于利用规则维权而备受挫折。在此国际、国内形势下，企业更有必要也更有能力主动负担更高层面的社会责任，进行合规建设。

1．提高企业环境保护意识，增强企业抗风险能力

许多“一带一路”沿线国家通过了环境法规或其他措施来提高可持续性。南非通过了碳税（2019年），秘鲁颁布了关于环境敏感投资项目事先磋商的法律（2012年），菲律宾发布了一项行政命令，以确保采矿业的环境标准得到充分执行（2012年）。其他相关措施包括中国政府发布的《中国公司可持续对外直接投资指南》(2013 年),以及印度尼西亚引入的基于风险的商业许可制度(2021 年)。保护项目所在国环境、促进当地社会经济发展，对于中国企业对外投资而言既是责任也是挑战。在对相关专业人士和企业进行调研的过程中，总结的优势经验主要有：在项目实施过程中，认真研究并遵守投资目的地环境保护和工程建设方面的规范、标准、法律条文和国际法，在项目实施过程中，严格执行相关的环境标准、规范和法律，避免工程建设对环境产生较大影响，可以减少风险的发生；提前了解工程可能存在的对原本环境的破坏以及当地法律法规，尤其应该确保环评报告和相关手续齐全，充分发挥环境工程师的作用，把控环保涉及的行政审批以

① 刘笋：《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》，载《法学研究》2011 年第 4 期。

及相关工作。

2．完善信息披露体系，提高企业“走出去”信誉

我国市场情况较为复杂，企业数量众多，发展水平差距较大，环境披露能力也有所差异。同时，不同企业实际情况也有所不同，在此时发布统一的、有强制力的评级体系并不现实，我们应当循序渐进地进行立法工作。我们可以参照当前我国对于企业海外绿色环保责任承担的立法经验，总结国内外优势经验，形成指南类“软法”，完善当前信息披露制度。

3．建构企业参与和商会协调相统一的海外利益保护法律体系

为使企业更加及时了解政府对国际政治经济局势的趋势研判和应对战略，帮助政府了解生产经营一线的实际情况，应加快畅通沟通渠道，从而使企业积极主动承担责任，营造有利的海外营商环境。中国的行业协会可以参考国际最佳实践，制定符合国情的对外投资具体环境导则。同时，进一步完善企业海外维权机制和海外投资项目的应对协调机制，聚焦海外投资项目的痛点和难点，整合行业协会、服务机构、企业等各方优势的资源，形成重点领域和关键环节的合力。

海外商会起着政企桥梁和行业自律的作用，企业应当重视并积极参与海外商会的各种工作，维护自身合法权益。此外，应进一步健全商会的协调维权机制，帮助涉事中国企业达成和解或在法庭上提供参考意见。商会还可以通过海外媒体的渠道，积极为中国企业发声，树立中国企业绿色环保、团结一致的作风。

总之，企业在“走出去”的过程中，要充分考虑海外投资时的社会、环境和经济三个方面的可持续性，遵守当地法律法规、尊重当地文化传统。通过加强企业社会责任立法和完善其法律政策体系，有助于构建绿色“一带一路”对外投资的高质量发展。

五、结语

中国自改革开放以来长期作为吸引外资大国，在投资法理论与实践中基于资本输入国和发展中国家的定位，对海外投资的环境法律问题关注不多。21世纪顺应绿色“一带一路”中国海外投资迅猛发展的时代潮流，中国作为双向投资大国需要重视和处理好对外投资环境规制及海外投资利益保障问题，进行角色调适和规范重塑。一方面，作为东道国，伴随近年国内经济转型升级，我国的外商投资

政策也在不断调整，变得更为重视环境保护，这必然会影响到部分外国投资者的投资利益，导致我国政府被诉至国际投资仲裁机构的风险显著增加；另一方面，我国海外投资产业仍具有较为明显的资源导向性，由于气候变化及资源能源短缺，我国海外投资容易导致环境问题的出现，同样面临着较高的环境规制和环境诉讼风险。探讨国际投资协定及仲裁中如何保障环境规制权的问题会给中国等进行环境规制带来启示，即在国际法层面要优化完善国际投资协定中的环境规制内容，在国内法层面则要健全国内环境规制体系，如此助益沿线国家合规行使环境规制权以及更好应对对外投资的环境风险。

海南自贸港对外资率先开放领域的国家安全风险防控研究

李凤宁

（海南师范大学法学院，海南 海口 571158）

[摘　要]：依据外资准入负面清单规定，海南自贸港在教育、法律服务、采矿业等领域率先向外资开放，但这些率先开放措施是否会构成国家安全威胁，应予逐一检视：（1）高等教育：率先允许境外理工农医类高水平大学独立办学，对我国的教育主权不构成威胁但易产生意识形态风险影响政治安全，海南应制定关于独立办学的自贸港法规，在其中对安全风险防控措施作出具体规定。（2）法律服务：率先对外开放部分涉海南商事非诉讼法律事务，不构成对我国司法主权的威胁但可能影响到国家安全，政府部门应加强国家秘密、工作秘密保护，对工作秘密应区分律师国籍界定不同的知悉范围、程序规则。（3）采矿业：取消了禁止投资稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿的限制，在资源安全、科技安全、军事安全等方面可能构成威胁，应通过外资安全审查制度进行审查，并需对《外商投资安全审查办法》中的技术重大影响、军事设施和军工设施周边地域等进行界定、解释和完善。

[关键词]：海南自贸港；负面清单；率先开放；国家安全；独立办学

一、问题的提出

2020 年 12 月 31 日，国家发展改革委、商务部公布了《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020 年版）》（以下简称《海南自贸港负面清单》），随后于 2021 年公布了《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021 年版）》（以下简称《自贸试验区负面清单》）和《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021 年版）》（以下简称《全国版负面清单》），并于 2024 年对《全国版负面清单》进行了修订，全面取消了制造业领域限制措施。[①]与后两份负面清单相比，《海南自贸港负面清单》在教育、增值电信、法律服务、采矿业等四个领域率先向外资开放，以推动实施中国最高水平、具有国际竞争力的外资准入政策，逐步实现投资自由便利。[②]

上述四个领域中，海南自贸港增值电信领域的率先开放措施包括取消在线数据处理与交易处理业务外资准入限制，允许实体注册、服务设施在海南自贸港的企业面向自贸港全域和

[基金项目]：海南省哲学社会科学规划课题（编号 JD（ZC）20-53），海南省哲学社会科学规划课题（编号 HNSK（JD）22-22）。

[作者简介]：李凤宁，男，1974.11 月生，山东莒县人，法学博士，海南师范大学法学院教授，主要研究方向为国际经济法、涉外法治与自贸港法。联系方式：15337217839，fengningli@qq.com。

①参见国家发展改革委有关负责同志就《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2024 年版）》答记者问[EB/OL]. https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/jd/jd/202409/t20240907_1392877.html, 2024-05-16/2024-10-16.

②放宽海南自由贸易港外资准入 提高投资自由便利水平——国家发展改革委有关负责人就 2020 年版海南自由贸易港负面清单答记者问[EB/OL]. https://www.gov.cn/zhengce/2021-01/01/content_5576029.htm, 2024-05-16/2024-10-16.

国际开展互联网数据中心、内容分发网络业务。但是，2024 年 4 月工业和信息化部发布通告将上述开放措施扩展到北京市服务业扩大开放综合示范区等四个试点地区，并增加开放了互联网接入服务等业务。[①]自此，海南自贸港在增值电信领域的开放措施已不具有独特性，但在其他三个领域仍然保持在全国率先开放的态势。[②] 因此，本文关注的问题是，海南自贸港率先向外资开放的高等教育、法律服务、采矿业三个领域，是否会对我国的主权、安全和发展利益构成威胁，尤其是在实施过程中是否会带来国家安全方面的风险，以及该如何预防、应对和处置可能发生的国家安全威胁，是一个不容回避又必须解决的重大问题。故本文将逐一检视海南自贸港高等教育、法律服务、采矿业三个率先开放领域的国家安全风险及其防控措施，以求切实保障外资利用过程中的国家安全，在安全与开放、安全与发展中寻求实现均衡。

二、海南自贸港高等教育领域率先开放的安全风险防控

长期以来，我国教育领域的对外开放限于中外合作办学模式。《中外合作办学条例》第 62 条特别规定，外国教育机构、其他组织或者个人不得在中国境内单独设立以中国公民为主要招生对象的学校及其他教育机构。我国在 WTO《服务贸易总协定（GATS）》下的中国“服务贸易具体承诺减让表”中，也仅对中外合作办学做出承诺。不过，呼吁突破中外合作办学形式、进一步扩大高等教育对外开放的呼声也逐渐强烈。[③]

（一）海南自贸港高等教育领域的率先开放措施

海南的教育资源相对较为匮乏，在一定程度上阻碍了海南改革开放的步伐。为了鼓励海南引进境外优质教育资源、推动海南形成更高层次改革开放新格局，2019 年 6 月 20 日教育部、海南省人民政府印发《关于支持海南深化教育改革开放实施方案》，明确提出“试点境外工科大学、职业院校在海南独立办学，探索境外高水平企业在海南独资办学”，第一次正式提出境外高校独立办学的概念。2020 年 6 月 1 日，中共中央、国务院印发《海南自由贸易港建设总体方案》，进一步提出“允许境外理工农医类高水平大学、职业院校在海南自由贸易港独立办学，设立国际学校”，将境外高校独立办学纳入海南自贸港建设这一国家战略中来。

2020 年底，《海南自贸港负面清单》从外资准入的角度，第一次将“境外理工农医类高水平大学、职业院校、非学制类职业培训机构”作为中外合作办学的例外予以规定，允许

---

①参见《工业和信息化部关于开展增值电信业务扩大对外开放试点工作的通告》（工信部通信函〔2024〕107 号）及其附件[EB/OL]. https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/202404/content_6944441.htm, 2024-05-16/2024-10-16.

②此外，2024 年 9 月商务部、国家卫生健康委、国家药监局发布《关于在医疗领域开展扩大开放试点工作的通知》（商资函〔2024〕568 号），在中国（北京）、中国（上海）、中国（广东）三个自由贸易试验区和海南自由贸易港允许外商投资企业从事人体干细胞、基因诊断与治疗技术开发和技术应用，并允许在北京、天津、上海、南京、苏州、福州、广州、深圳和海南全岛设立外商独资医院（中医类除外，不含并购公立医院），同样这些外资开放措施非海南自贸港专属。

③杨德广,张兴.建立一主多元的高等教育办学模式[J].教育发展研究, 2001(2):6. 熊丙奇.以开放促改革增强教育竞争力[J].上海教育, 2013(30):1.

境外理工农医类高水平大学、职业院校、非学制类职业培训机构在海南自贸港独立办学。其后，《自贸试验区负面清单》也将“非学制类职业技能培训、学制类职业教育机构”列为中外合作办学的例外。两相对比，尽管二者均包括对学制类职业教育、学制类职业培训的例外，但是境外理工农医类高水平大学独立办学则是海南自贸港所独有的，在《自贸试验区负面清单》和《全国版负面清单》中均未向外资开放。

此后，2021 年颁布实施的《海南自由贸易港法》对海南自贸港境外高校独立办学从法律层面上进行了确认。教育部、海南省人民政府于 2023 联合印发《境外高等教育机构在海南自由贸易港办学暂行规定》，对境外高校在海南自贸港办学做了较为详细具体的规定。第一个落地实施的境外高校独立办学项目，[①] 海南比勒费尔德应用科学大学已于 2023 年秋季在陵水黎安国际教育创新试验区正式招生。

（二）海南自贸港高等教育领域外资安全风险评估与防控

允许境外理工农医类高水平大学在海南自贸港独立办学，会不会对我国的主权、国家安全和社会公共利益造成不利影响，以及该采取哪些措施来避免或消除这些不利影响，是必须考虑的一个问题。

1.教育主权方面

一般认为教育主权体系内部结构是可以分层的，立法权、行政权、司法权是内在的、本质的权力，处于根本、核心的地位，不可让渡；举办权、投资权、审批权、教学管理权、产权等是非本质的、外在的权力，是相对灵活的外围主权部分，属于国家一般教育权力，在一定条件下可以让渡。②中外合作办学实际上就是有限让渡部分教育举办权、投资权、教学管理权等国家一般教育权力的体现，实践证明并未对我国的教育主权造成不利影响。允许境外高校独立办学是从加快自贸港建设和教育事业发展出发，是为了国家利益“主动让渡”举办权、投资权和教学管理权，并不会危及到教育主权。恰恰相反，为实现国家整体利益而对教育控制权做出局部让渡是自主行使教育主权的体现，是在更高层次上基于国家利益原则上加强国家主权的运用方式。③

在海南自贸港境外高校独立办学过程中，也始终贯彻了不损害中国的国家主权、安全和社会公共利益的立场。《海南自由贸易港陵水黎安国际教育创新试验区条例》第二十五条以及《境外高等教育机构在海南自由贸易港办学暂行规定》第三条第二款均规定，（独立办学机构）应当遵守中国法律，符合公益性原则，不得损害中国的国家主权、安全和社会公共利益。在实践中这一立场也有明确体现，如在与德国比勒费尔德应用科学大学签署的合作协议中，明确约定独立办学机构应符合中德双方两国的有关法律法规，这就包括《宪法》《教育

①参见海南省人民政府网站报道：海南省与德国比勒费尔德应用科学大学签约仪式举办[EB/OL]. https://www.hainan.gov.cn/hainan/huodongf/202212/595e4de0d67c4b02a72fd9cddca9ec16.shtml, 2024-05-16/2024-10-16.

②陈鹏.加入 WTO 对我国教育主权的影响[J].中国教育学刊, 2003(4):5. 马焕灵,荣雷.论教育主权[J].教育理论与实践, 2006, 26(6):3. 徐广宇.论 WTO 背景下教育主权的发展[J].教育评论,2002(3) : 11.
茹宗志.教育主权让渡问题研究[J].教育评论,2008(2) : 22.

③梁成祁,占勇.境外高等教育机构独立办学的监管风险与有效防控[J].高教探索, 2021:9.

法》《国家安全法》等中国现行有效法律法规。该协议中双方的权利义务地位是平等的、公平的，而且将德方“实践嵌入式”教育模式引进海南，以满足培养高素质、国际化专业人才的需求，为学生在国际环境中进行专业工作以及开展活动提供教育资源，体现了互利共赢和公益性原则，不存在损害任何一方主权的内容。

2.国家安全方面

学校是意识形态工作的前沿阵地。境外高校在海南自贸港独立办学，教学师资主要来自于境外高校，教学内容由境外高校决定并主要采用境外教材，故可能在意识形态领域带来一定的影响和冲击。高校意识形态安全不仅是政治安全的有机组成部分，有固本作用；还是文化安全的有机组成部分，起保障作用，[①] 对维护国家安全、建设具有强大凝聚力和引领力的社会主义意识形态具有特殊的重要意义，[②]因此对境外高校在海南自贸港独立办学可能带来的意识形态风险不可小觑。目前来看，这一风险总体上可防可控，当然同时也存在许多问题需要解决。

首先，境外高校在海南自贸港独立办学仅限于理工农医类学科，本身即有降低意识形态风险的考量。理工农医类学科更多的是涉及自然科学领域的内容，虽非完全隔绝于社会意识形态，却远不如社会科学那般与之联系紧密。因此，将外资准入学科领域划定在理工农医范围内，有利于将社会意识形态安全风险限制在可控范围内，这符合《海南自由贸易港建设总体方案》中提出的“稳扎稳打、步步为营，统筹安排好开放节奏和进度”的底线思维，[③]可以将境外高校独立办学带来的意识形态冲击限制在低烈度、低风险阈值内，发生不可控风险的可能性较低。

其次，海南已初步建立起应对独立办学意识形态风险的防控机制。这主要包括：（1）党建工作。教育部、海南省人民政府《境外高等教育机构在海南自由贸易港办学暂行规定》第二十八条明确规定，办学机构开展党群活动按照国家关于高等学校开展党群活动的有关规定执行。海南省境外高校独立办学和中外合作办学机构党建工作实施办法也对境外高校独立办学中的党建工作做了明确部署，对可能产生的意识形态风险及其防控处理措施做了具体规定。（2）决策机制。按照《境外高等教育机构在海南自由贸易港办学暂行规定》第十六条规定，办学机构应当设立决策机构，审议决定办学中的重大事项，而决策机构由境外高等教育机构代表，办学机构校长、党组织负责人、教职工代表和社会公众代表等组成。由于决策机构中包括党组织负责人，故可以及时了解、处置重大办学事项中的意识形态风险，并采取相应的防范应对措施。（3）教材审查。《境外高等教育机构在海南自由贸易港办学暂行规定》第二十一条第二款规定，办学机构选用境外教材按照国家关于高等学校选用境外教材的有关规定执行，而教育部《学校选用境外教材管理办法》对高等学校选用境外教材的条件和程序作了明确规定。而且，在与德国比勒费尔德应用科学大学签署的合作协议中，明确约定

①杨丽,谢丽芳.总体国家安全观视域下高校意识形态建设探究[J].思想理论教育导刊, 2023,(08).
②王宝鑫.总体国家安全观视域下高校网络意识形态治理研究[J].马克思主义理论学科研究,2022,(10).
③谢湘武,鲍嵘.准入与例外——高等教育外商投资负面清单制度及体系完善[J].化工高等教育, 2022, 39(4).

从国外引入的教科书将提交中国教育主管部门备案，故通过备案审查制度可以确保选用的境外教材不发生意识形态风险。（4）教育培训。《海南自由贸易港陵水黎安国际教育创新试验区条例》第二十五条第三款规定，试验区管理机构、办学机构应当建立健全国家安全教育培训机制，建立风险预警防控体系，防范和化解重大风险。《海南自由贸易港陵水黎安国际教育创新试验区条例》第二十五条第二款、《境外高等教育机构在海南自由贸易港办学暂行规定》第二十条均规定，办学机构应当按照规定开设包括中国宪法、法律、公民道德、国情等内容的课程，教育学生遵守中国法律法规、尊重中国风俗习惯等，这有利于帮助学生树立正确的价值观和良好的道德法治观念，来对抗外来不良意识形态的冲击。目前海南比勒费尔德应用科学大学已经完成了一年的正式教学工作，并没有发生值得警惕的事件，说明上述机制发挥了应有作用。

不过，上述防范机制中党建工作还存在许多亟待解决的问题，尤其是法律依据问题。境外高校对于独立办学机构中基层党组织的设立及其活动存在着一定的抵触情绪，而对其进行说服、沟通最有效的工具就是法律上的依据，但是目前还缺乏类似于《公司法》第十八条一样明确的法律依据。《境外高等教育机构在海南自由贸易港办学暂行规定》第二十八条规定，办学机构开展党群活动按照国家关于高等学校开展党群活动的有关规定执行。对此，《高等教育法》第三十九条第二款规定，社会力量举办的高等学校的内部管理体制按照国家有关社会力量办学的规定确定。对于社会力量办学，《民办教育促进法》第九条明确要求民办学校中的中国共产党基层组织，按照中国共产党章程的规定开展党的活动，加强党的建设，这似乎可以成为独立办学机构基层党组织设立的依据。但是，《民办教育促进法》第六十六条又规定，境外的组织和个人在中国境内合作办学的办法，由国务院规定；且同时《教育法》第八十五条也规定，境外的组织和个人在中国境内办学和合作办学的办法，由国务院规定，故可以理解为《民办教育促进法》并不调整境外高校独立办学事宜，而是由国务院规定，故《民办教育促进法》第九条并不适用于独立办学机构中基层党组织的设立活动。由于目前国务院尚未对境外高校独立办学机构开展党群活动做出规定，故独立办学机构开展党群活动的法律依据尚处于缺位状态。

有鉴于此，国务院应尽快制订出台境外高校独立办学规定，在其中参考《民办教育促进法》第九条、《公司法》第十八条规定，明确在独立办学机构中，根据中国共产党章程的规定，设立中国共产党的组织，开展党的活动；独立办学机构应当为党组织的活动提供必要条件，即可解决独立办学机构中基层党组织的法律依据问题。不过，鉴于国务院立法资源紧张，相关立法活动恐将耗费数年时间，故还可以通过制定自贸港法规的方式来提供相应法律依据，即由海南省人大依据《海南自由贸易港法》第 10 条授权制定一部专门调整境外高校独立办学的自贸港法规，同样在其中参考《民办教育促进法》第九条、《公司法》第十八条规定，为独立办学机构中基层党组织的设立及其活动提供法律依据。

此外，该自贸港法规还可以将其他国家安全风险防控措施一并作出规定，以应对未来独

立办学发展的需要。海南比勒费尔德应用科学大学即将搬迁到儋州校区，这意味着它将无法适用《海南自由贸易港陵水黎安国际教育创新试验区条例》中风险防控的有关规定。而且，另外两项境外高校独立办学项目，拟落户于三亚的瑞士洛桑酒店管理学院，[①]和拟落户于文昌的莫斯科动力学院，[②]同样不属于《海南自由贸易港陵水黎安国际教育创新试验区条例》的调整范围。因此，通过制定一部适用于整个海南自贸港的境外高校独立办学法规的方式，将可以一劳永逸的解决这一问题。

三、海南自贸港法律服务领域对外开放的安全风险防控

由于事关司法主权等事宜，我国对法律服务市场的开放一直持谨慎态度。尽管中国早在1992年就允许外国律师事务所在中国设立办事机构，但除提供有关中国法律环境影响的信息外，并不允许外国律师事务所代表机构和外国律师从事中国法律事务相关活动，《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》第十五条对此也做出了明确规定。但与此同时，呼吁逐步开放中国法律服务市场的呼声也日渐高涨。

（一）海南自贸港法律服务领域的率先开放措施

2019年9月，为进一步加快推进律师专业服务规范发展，打造海南自贸区自贸港高质量的营商环境法律服务，海南省人大制定并通过了《海南经济特区律师条例》。该条例第二十条贯彻《关于全面推进海南依法建设支持海南全面深化改革开放的意见》（中法办发〔2019〕8号）的精神，明确允许外国和香港、澳门的律师事务所驻海南代表机构依照有关规定从事部分涉海南的商事非诉讼法律事务，[③]以加大海南律师行业对外开放程度，增强律师行业涉外法律服务能力。2020年12月，海南省司法厅发布《外国和香港、澳门特别行政区律师事务所驻海南代表机构从事部分涉海南商事非诉讼法律事务正面清单》，对何为涉海南、商事非诉讼法律事务作了明确界定。

对外开放部分涉海南商事非诉讼法律事务，虽然与《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》等的规定不符，但是依据1988年第七届全国人民代表大会第一次会议通过的“关于建立海南经济特区的决议”和《立法法》第一百零一条第二款等的规定，属于海南省人大依法行使经济特区立法权，对《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》这一行政法规作变通规定的体现，依法可以在海南经济特区得以适用。这也是我国在地方层面上第一次主动对外开放部分涉海南商事非诉讼法律事务。

2020年底，《海南自贸港负面清单》发布，首次从国家层面明确认可和允许境外律师

①参见海南省人民政府网站报道：冯飞会见瑞士洛桑酒店管理学院集团客人[EB/OL]. https://www.hainan.gov.cn/hainan/tpkgfsrhs/202309/e2d9b4da9eb0456c9daaf91ee0d78e54.shtml, 2024-05-16/2024-10-16.

②参见海南省人民政府网站报道：冯飞会见俄罗斯莫斯科动力学院校长罗家列夫·尼古拉·德米特里耶维奇[EB/OL].https://www.hainan.gov.cn/hainan/tpxw/202303/8eb7f095746f4787b027ca21509a8b88.shtml, 2024-05-16/2024-10-16.

③《海南经济特区律师条例》新闻发布会答记者问[EB/OL]. https://justice.hainan.gov.cn/jdhy/zcjd/zxjd/201910/t20191010_2681979.html, 2024-05-16/2024-10-16.

事务所在海南设立的代表机构可从事部分涉海南商事非诉讼法律事务，以更好满足海南自贸港贸易、投资、金融等领域涉外法律服务需求。与《自贸试验区负面清单》和《全国版负面清单》相比，对外开放部分涉海南商事非诉讼法律事务，也成为海南自贸港在法律服务领域最特殊、最开放的领域。不过，随着粤港澳大湾区执业律师政策的实施，撇开“涉海南”这一因素不谈，与海南自贸港的港澳律师执业范围相比，在粤港澳大湾区试点城市范围内的港澳律师执业范围已经大幅超出。[①] 因此，只有针对外国律师开放的部分涉海南商事非诉讼法律事务，才是海南自贸港与国内其他地区更为开放、最为特殊的领域。

（二）海南自贸港法律服务领域外资安全风险评估与防控

向外国律师事务所在海南设立的代表机构开放部分涉海南商事非诉讼法律事务，是否会影响到我国的主权、安全和发展利益，是一个需要认真对待的问题，但目前来看这一风险是可防可控的。

首先，主动让渡或限制包括司法主权在内的主权权利已成为国际社会的常态，国际法院、WTO 等国际组织的成立与运行即为明证。英美等许多国家已在不同层次上主动开放本国法律服务市场，目前来看这些开放措施并未对这些国家的司法主权造成严重威胁。在海南自贸港建设中主动向外国律师开放部分涉海南商事非诉讼法律事务，是主动让渡部分司法主权权利、扩大法律服务市场对外开放的重要举措，有利于增强涉外法律服务能力和水平，更好打造与自贸港建设相适应的法律服务环境。而且，它不是开放司法裁判权，更与外国侵略者在旧中国所享有的领事裁判权、治外法权等有着根本的区别，[②] 不会损及到我国的司法主权。

其次，开放部分涉海南商事非诉讼法律事务，没有赋予外国律师高于中国律师的权利和地位。根据《外国和香港、澳门特别行政区律师事务所驻海南代表机构从事部分涉海南商事非诉讼法律事务正面清单》规定，外国和港澳律师从事的商事非诉讼法律事务的范围，包括担任政府及其部门兼职法律顾问，担任自然人、法人、其他组织的法律顾问；担任商事调解员、人民调解员、专业性调解组织的调解员；参与对外招商引资活动，参与政府、企业或自然人的涉外合同审查、涉外事务谈判；从事海上货物运输、海上旅客运输、海上保险、海上拖船、船舶租用、海难救助、船舶碰撞的非诉讼法律事务；从事中外合资经营、中外合作经营、证券发行和交易、信用证开证和转让、商标申请和转让、专利申请和转让、著作权转让的非诉讼法律事务。上述范围远远窄于中国律师可以从事的非讼业务范围，更不用说诉讼业务并不对外国和港澳律师开放，故这一开放举措不会构成对我国司法主权的威胁。

不过，根据《外国和香港、澳门特别行政区律师事务所驻海南代表机构从事部分涉海南商事非诉讼法律事务正面清单》规定，由于外国和港澳律师可以担任政府及其部门兼职法律顾问、参与政府涉外合同审查、政府涉外事务谈判等，故在从事上述非诉事务的过程中可能

---

① 参见《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在粤港澳大湾区内地九市开展香港法律执业者和澳门执业律师取得内地执业资质和从事律师职业试点工作的决定》，国务院办公厅发布《香港法律执业者和澳门执业律师在粤港澳大湾区内地九市取得内地执业资质和从事律师职业试点办法》等。

②章安邦.制度竞争视野下清末司法主权的沦丧与维护——以领事裁判权为例[J].法制与社会发展, 2020, 26(5).

会接触到国家秘密和其他敏感信息等，并进而可能影响到我国的国家安全、社会稳定和发展利益。对此，首先，有关政府部门应当严格执行《保守国家秘密法》等的有关规定，坚决贯彻落实保密工作责任制，健全保密管理制度，完善保密防护措施，加强保密监督检查，以免在此过程中发生泄露国家秘密、影响国家安全和秩序的事件。

其次，还要加强对工作秘密的防控，对有关政府部门履行职能过程中产生或者获取的不属于国家秘密但泄露后会造成一定不利影响的事项，应当按照工作秘密管理办法等采取必要的保护措施，[①] 避免因泄露工作秘密给国家安全、公共利益和政府机关、单位正常履行职能造成不利影响。由于对工作秘密的保护强度要明显弱于国家秘密保护，因此对工作秘密能够明确知悉范围的，应当视情况针对不同的人员确定不同的知悉范围、程序。具体到涉海南商事非诉讼法律事务开放这一事项，应当在区分内地律师、港澳律师、外国籍律师的基础上，划定不同的知悉范围，以及不同的借阅、复制、汇编工作秘密或者携带工作秘密载体外出的程序规则，以更好地在工作秘密保护与合理利用、保护与工作便利之间寻求平衡。[②]

四、海南自贸港采矿业领域率先开放的安全风险防控

近些年来，我国在采矿业领域内不断减少外资准入限制，持续向外资开放国内市场。尤其是在2019年《自贸试验区负面清单》和《全国版负面清单》发布后，无论是在自由贸易试验区还是全国范围内，采矿业领域仅剩一项外资准入措施，即禁止外商投资稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿。

（一）海南自贸港采矿业领域的率先开放措施

2020年底，为全力推进海南自贸港建设，提高海南自贸港投资自由化便利化水平，《海南自贸港负面清单》在采矿业对外开放上更进一步，取消了禁止外商投资稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿这一外资准入措施。自此，海南自贸港在采矿业领域内取消了所有针对外资的禁止性或限制性准入措施，并按照国家和海南省矿业领域内外资一致的措施实施管理。由于2021年的《自贸试验区负面清单》和《全国版负面清单》仍然保留了上述外资准入限制措施，因此海南自贸港在采矿业的外资开放措施相比仍旧最为开放、全国独有。

取消禁止外商投资稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿的禁止性规定，将海南自贸港范围内的稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿领域向外资开放，理论上来说可以助力海南自贸港进一步拓宽吸引外资渠道，提高利用外资的质量，进一步优化营商环境，为海南自贸港建设和高质量发展作出新的贡献，对于海南自贸港建设来说意义重大。

（二）海南自贸港采矿业领域外资安全风险评估与防控

将海南自贸港范围内的稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿向外资开放，是否引发国家安全风险以及如何防控由此产生的国家安全风险和威胁，是一个需要认真对待的挑战。

---

①《保守国家秘密法》第六十四条规定，机关、单位对履行职能过程中产生或者获取的不属于国家秘密但泄露后会造成一定不利影响的事项，适用工作秘密管理办法采取必要的保护措施。工作秘密管理办法另行规定。

②王域广.如何规范确定工作秘密[J].保密科学技术,2023:(4).

一方面，如同人类生活离不开维生素，关键矿产也被称为战略产业的“维生素”，事关经济发展和国家安全。稀土、放射性矿产、钨作为重要战略性矿产，对国家经济发展至关重要，对新材料、新能源、新一代信息技术、人工智能、生物技术、高端装备制造、国防军工等先进产业不可或缺，是支撑能源转型、技术进步和产业升级的关键物质基础，因此取消采矿业的禁止和限制措施不可避免的会对国家安全产生一定的影响。[①]

另一方面，海南矿产资源种类较多，在34种国家重要矿产资源中海南全省保有21种，这其中就包括独居石等稀土矿物资源、钨矿以及锆英砂（锆英石）矿等放射性矿产。[②] 而且，海南是我国独居石、滨海沉积型锆英砂矿产资源的主产地之一，探明储量位于全国前列。因此，将海南自贸港范围内的稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿向外资开放，可能会给我国的国家安全带来一定的现实威胁，故需要逐一分析、甄别并采取相应的防控措施。基于稀土、放射性矿产、钨作为关键矿产资源的特殊性，下面主要从资源和经济安全、科技安全、军事安全等三个方面进行分析。

1.资源安全方面

早在2014年，为促进环境保护和资源节约，海南省人民政府发布《关于加强矿产资源开发管理工作的通知》（琼府〔2014〕66号），要求对除建筑用砂、石、土和地热、矿泉水以外的矿产资源开采项目停止备案，停止稀土矿山开发、稀土冶炼分离、稀土深加工项目备案。2024年，海南省人民政府办公厅又发布《关于进一步加强矿业权管理的通知》（琼府办〔2024〕12号），重申严控新设矿业权，严格执行停止审批新设除建筑用砂石土、地热（水）、矿泉水以外采矿权的有关规定，停止审批新设探矿权等。基于上述情况，一方面，对于海南自贸港范围内的稀土、放射性矿产、钨矿等，由于目前实际上已经停止审批新设采矿权、探矿权，故上述领域的开放力度实际上是有限的，外商投资将仅限于已有矿产资源和已设定的矿产权益，故对上述领域的资源安全的影响是有限的，总体风险可防可控。

另一方面，由于已停止审批新设采矿权、探矿权，外商只能通过并购国内企业或者与国内企业合作等方式在海南自贸港投资已有的稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿项目，而对于该类外商投资，则应通过外资国家安全审查机制来判断其是否影响或者可能影响国家安全。按照《外商投资安全审查办法》（发展改革委、商务部令第37号）第四条规定，投资关系国家安全的重要能源和资源并取得所投资企业的实际控制权的，外国投资者或者境内相关当事人应当在实施投资前主动向外商投资安全审查工作机制办公室申报，对稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿项目的投资显然属于此类情形。工作机制办公室对其进行审查后，可以视情况分别做出准予实施投资、禁止投资或者附加条件实施投资的决定，这样就可以有效避免此类情形下的安全风险。

---

①安平.如何将战略产业“维生素”牢牢掌握在自己手中？[EB/OL].
https://mp.weixin.qq.com/s/Af34_y18rMqdTivFhNxIAA, 2024-05-16/2024-10-16.
②海南省目前保有重要矿产资源矿种名录[EB/OL].
http://lr.hainan.gov.cn/xxgk_317/0200/0202/202102/P020210219549965946389.docx, 2024-05-16/2024-10-16.

2.科技安全方面

从科技安全的角度来说，目前存在可能的关键技术泄露风险需要防范。近些年来我国在矿业领域内的科技创新能力突飞猛进，许多领域已经处于国际领先地位，而这些关键技术对于维护我国的主权、安全和发展利益具有重要意义。以商务部、科技部2023年最新修订发布的《中国禁止出口限制出口技术目录》为例，从采选到冶炼技术，稀土行业均在禁止出口和限制出口名单中。其中，对于稀土提炼、加工、利用技术，有四项属于禁止出口部分，具体包括稀土萃取分离工艺技术，稀土金属及合金材料的生产技术，钐钴、钕铁硼、铈磁体制备技术和稀土硼酸氧钙制备技术四个方面；在采选环节的离子型稀土矿山浸取工艺，属于限制出口部分。对有色金属冶炼和压延加工业、金属制品业和航空材料生产技术方面的限制出口名单中，同样涉及稀土行业。

由此可见，倘若外资在海南自贸港范围内并购国内稀土、放射性矿产、钨矿企业，就有可能借此获取相关关键技术，并可能将其转移或者泄露到国外，从而对我国的国家安全构成威胁或者威胁的可能。对此，同样应通过外资国家安全审查机制来判断其是否影响或者可能影响我国的国家安全。按照《外商投资安全审查办法》第四条规定，投资关系国家安全的关键技术并取得所投资企业的实际控制权的，外国投资者或者境内相关当事人应当在实施投资前主动向外商投资安全审查工作机制办公室申报，对稀土、放射性矿产、钨勘查、开采及选矿企业的并购显然也属于此类情形。

但是，该审查机制仅针对外商取得实际控制权的情形。按照《外商投资安全审查办法》第四条第二款规定，外国投资者持有企业50%以上股权；或者外国投资者持有企业股权不足50%，但其所享有的表决权能够对董事会、股东会或者股东大会的决议产生重大影响；以及其他导致外国投资者能够对企业的经营决策、人事、财务、技术等产生重大影响的情形，均属于外商取得实际控制权的情形。若外商不满足前两项要求，但可以接触到所投资企业关键技术的，能否认定属于其他导致外国投资者能够对企业的技术产生重大影响的情形，不无疑问。对此，答案应该是肯定的，因为如果外商能够将企业技术转移或者泄露到国外，就必然会对企业的技术产生重大影响，故只要外商通过并购可以接触到上述关键技术的，应当认定为外商取得实际控制权，理应强制进行安全审查。

3.军事安全方面

从地理位置来看，海南岛拥有得天独厚的战略位置，它不仅是连接中国与东南亚、南亚乃至大洋洲的重要海上通道，也是中国维护海洋权益和国家安全的重要前沿。近些年来，岛上的各种军事设施，如军事基地、港口和其他军事建筑、设施等不断扩建和升级，为我国的国防事业和海洋权益维护发挥着关键作用。但同时，岛上的稀土、放射性矿产、钨矿项目和企业可能毗邻或邻近岛上的军事设施，因此允许外资在海南自贸港范围内投资稀土、放射性矿产、钨矿项目和企业，可能会对我国的军事安全带来一定的威胁。

对此，同样应通过外资国家安全审查机制来判断其是否影响或者可能影响我国的国家安

全。按照《外商投资安全审查办法》第四条规定，投资军工、军工配套等关系国防安全的领域，以及在军事设施和军工设施周边地域投资，外国投资者或者境内相关当事人应当在实施投资前主动向外商投资安全审查工作机制办公室申报。因此，如果外商投资的稀土、放射性矿产、钨矿项目或企业位于军事设施和军工设施周边地域的，应当属于外资安全审查的范围。但是，何为“军事设施和军工设施周边地域”，谁有权界定是否属于“军事设施和军工设施周边地域”，目前并没有明确的法律依据。而且，飞机、军舰等进出机场、港口的可视范围比较广，这也使得是否属于“军事设施和军工设施周边地域”的判定更加困难和复杂。对此，以下几个问题亟需得到解决：

一是何为“军事设施和军工设施”。《军事设施保护法》第二条对何为“军事设施”有明确规定，[①] 但是何为“军工设施”目前尚无明确法律依据。按照《军工关键设备设施管理条例》第二条规定，“军工关键设备设施”是指直接用于武器装备科研生产的重要的实验设施、工艺设备、试验及测试设备等专用的军工设备设施，军工关键设备设施目录由国务院国防科技工业主管部门会同军队武器装备主管部门、国务院国有资产监督管理机构和国务院有关部门制定。因此，在立法未有明确规定的情况下，对于“军工设施”的理解和适用可以参照《军工关键设备设施管理条例》和军工关键设备设施目录来确定。

二是如何理解“周边地域”的范围和界限。由于现行立法对此没有明确界定，故可以适用《军事设施保护法》等的有关规定帮助厘清。《军事设施保护法》不仅对何为军事设施做了明确规定，还划分了不同类型军事区域，这主要包括：（1）军事禁区、军事管理区；（2）军事禁区外围安全控制范围；（3）作战工程的安全保护范围，（4）军用机场净空保护区域；（5）军用无线电固定设施电磁环境保护范围等。[②] 由于上述区域范围对于保证军事设施的安全、使用效能和军事活动的正常进行具有重大意义，故上述区域应当属于“周边地域”的范畴，上述区域内的外资应当接受国家安全审查。至于军工设施，按照《军工关键设备设施管理条例》第十四条规定，企业、事业单位应当按照国务院国防科技工业主管部门的规定，在需要特殊管控的军工关键设施外围划定安全控制范围，此处的军工关键设施外围安全控制范围即应属于“周边地域”的范畴。

三是由谁来决定是否属于“军事设施和军工设施周边地域”。外商投资安全审查工作机制办公室设在国家发展改革委，由国家发展改革委、商务部牵头，但显然对于军事设施和军工设施及其周边地域的界定，应征求军事机关的意见，这包括中央军事委员会和地方各级军事机关，尤其是外商投资地的地方军事机关。《军事设施保护法》第四十四条规定，军事设

---

①《军事设施保护法》第二条规定：本法所称军事设施，是指国家直接用于军事目的的下列建筑、场地和设备：（一）指挥机关，地上和地下的指挥工程、作战工程；（二）军用机场、港口、码头；（三）营区、训练场、试验场；（四）军用洞库、仓库；（五）军用信息基础设施，军用侦察、导航、观测台站，军用测量、导航、助航标志；（六）军用公路、铁路专用线，军用输电线路，军用输油、输水、输气管道；（七）边防、海防管控设施；（八）国务院和中央军事委员会规定的其他军事设施。前款规定的军事设施，包括军队为执行任务必需设置的临时设施。

②参见《军事设施保护法》第十九条第一款、第二十七条第一款、第二十九条、第三十三条等规定。

施管理单位应当了解掌握军事设施周边建设项目等情况，发现可能危害军事设施安全和使用效能的，即使超出上述区域范围的，也应当及时向有关军事机关和当地人民政府主管部门报告，故有关军事机关认为外资在军事设施和军工设施周边地域投资可能影响国家安全的，应当及时上报，以便启动外资安全审查机制。

同样，地方政府也有保护军事设施的义务。《军事设施保护法》第四十八条规定，县级以上地方人民政府应当会同有关军事机关，定期组织检查和评估本行政区域内军事设施保护情况，督促限期整改影响军事设施保护的隐患和问题，完善军事设施保护措施，故对于外资在军事设施周边投资的情况，地方政府应当及时通过军地军事设施保护协调机制向有关军事机关通报，并征询有关军事机关的意见。对存在安全风险并属于外资安全审查范围的，应通过外资安全审查机制予以解决，并将有关军事机关的意见一并提交。

综上，在《外商投资安全审查办法》相关规定不够明确的情况下，应当参考和借鉴其他相关立法的规定来对外资安全审查制度进行补充和完善，但这毕竟是权宜之计，更理想的做法是修改、完善《外商投资安全审查办法》的有关规定，或者借鉴美国 CFIUS 的做法发布详尽指南性文件，并使其与其他相关立法实现协调统一，以增强外资安全审查机制的科学性、确定性、协调性，更好的实现外资保护和促进与维护国家安全之间的平衡。

中阿“一带一路”倡议背景下中国企业在阿拉伯国家投资时面临的争议解决困境及其化解思路

公惟韬*

内容摘要：中阿“一带一路”倡议提出后，中国企业与阿拉伯国家企业的合作越发密切，但是由于阿拉伯国家所适用的法律为伊斯兰法，其在证据、审理期限、判决的承认与执行等诉讼程序与司法环境方面的特殊性，及其与国际规则存在的冲突导致中国企业可能由于不熟悉相关的当地法律而面临争议解决困境。对此，一方面在微观层面，中国企业应当通过加强与阿拉伯国家当地律师、律所及司法机构的沟通，完善相关的法律建设工作，梳理法律法规，并完备相应人才，以提升化解争议解决的能力，避免因为不了解当地法律而产生不必要的纠纷；另一方面，在宏观层面上，可以中阿“一带一路”倡议为平台，促进目前阿拉伯国家法律成文化与现代化的趋势，使得伊斯兰法与国际规则接轨，化解中国企业所面临的争议解决困境。

关键词：中阿“一带一路”倡议　伊斯兰法　诉讼程序　司法环境　法律建设

引言

2014 年 6 月 5 日，中国国家主席习近平在出席中阿合作论坛第六届部长级会议开幕式时首次提出中阿共建“一带一路”倡议，此后，中国与阿拉伯国家在“共建、共商、共享”的原则引导下扎实合作。阿拉伯国家作为历史上丝路文明的重要参与者和缔造者之一，坐落于“一带一路”交汇地带，是我国共建“一带一路”的天然合作伙伴。[1]截至 2022 年 12 月，中国已与 21 个阿拉伯国家签署了“一带一路”合作文件，从现有数据可见，中阿双向直接投资存量达到 270 亿美元，比 10 年前增长 2.6 倍；中阿贸易额达到 3303 亿美元，比 10 年前增长 1.5 倍，于其中，近十年来，围绕贸易、数字经济、生物医药、物流等领域，单单是沙特阿拉伯一个国家就已与中国企业合作开发项目总金额达 211 亿元。[2]由此，中国已成为阿拉伯国家的第一大贸易伙伴，作为南南合作的典范，我国已深入参与到沙特阿拉伯“2030 愿景”、埃及“振兴计划”、卡塔尔“2030 国家愿景”、阿联酋“面向未来 50 年国家发展

* 基金项目：国家社会科学基金重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”（18ZDA153）。
公惟韬，复旦大学法学院，1994 年生人，国际法专业，2022 级博士研究生，从事国际法、人工智能法、人权法等研究，电子邮箱：Cavill1005@163.com。本研究中的所有实务信息得到了中兴通讯股份有限公司和中江国际集团江苏海投公司的支持。

[1] 参见《习近平谈治国理政》，外文出版社 2014 年版，第 316-317 页。

[2] 参见阿德汉·赛义德《文明交流与中阿命运共同体构建》，《当代世界》2023 年第 4 期，第 76 页。

战略”、科威特“2035 国家愿景”等阿拉伯国家的经济社会发展建设当中。[3]然而，在中国企业与阿拉伯国家企业间越发频繁的贸易中，也频发纠纷，中国企业面临着由于部分阿拉伯国家诉讼程序、司法环境特殊以及伊斯兰法与国际规则冲突而导致的争议解决困境。

一、中国企业在阿拉伯国家投资时面临的争议解决困境及其成因[4]

正是由于伊斯兰法作为法律渊源具有特殊属性，使得阿拉伯国家的法律体系与中国以及其他国家的法律体系都大不相同，这导致中国企业在阿拉伯国家投资并发生争议时可能会面临陌生的伊斯兰法诉讼程序、司法环境，甚至是与国际规则不一致的伊斯兰法而导致的争议解决困境。

（一）中国企业在阿拉伯国家投资时面临的争议解决困境

1. 部分阿拉伯国家诉讼程序特殊

首先，在证据方面，不同于中国和其他法系国家适用专家意见的情况，阿拉伯国家如叙利亚、伊拉克、埃及等国的法官在审理案件中通常会委托专家调查事实，就双方当事人包括违约、欠款金额和实际损失范围等案涉事实出具专家意见。双方当事人可基于合理的依据向法官就委任专家是否存在瑕疵、是否应回避等提出异议，当然双方当事人也可就专家意见的具体内容提出异议，甚至可以要求法官重新委任专家调查事实，而最终是否接受异议则由法官决定。通常来说，法官会基于专家意见认定案涉事实并出具判决。但是，对于不熟悉相关程序的中国企业而言，一方面可能会直接按照国内的诉讼思路，由律师调查事实，另一方面也可能因为不了解情况而无法聘请适格的专家。此外，关于证人证言这一证据，阿拉伯国家适用的伊斯兰法规定，在公司作为当事人时，如果提供的证人证词来源于己方员工，则该证词的效力将不被认可。如在迪拜国际仲裁中心的实务案件中便存在着来自沙特阿拉伯的申请人要求按照合同的约定适用沙特阿拉伯法即伊斯兰法，并主张依据伊斯兰法不应认可被申请人提供的其员工证言的情况，因为公司与员工之间的关系会损害该类证言的证明力。

其次，审理期限在大部分阿拉伯国家法院的诉讼流程并未有严格限制，这意味着案件的审理可能持续多年。实务中，在埃及曾有一起劳动案件持续审理了 10 年，并最终以和解结案，而部分中国企业也遇到过此类困境，有些案件审理两年之后，仍在一审阶段。这是因为阿拉伯国家所适用的伊斯兰法未对审理期限进行严格规定。此外，即使是在实践中明确审理期限的阿拉伯国家，其审理周期相对也是较长的，比如在卡塔尔，虽然法院会强调在一年内审结案件，开庭时间也安排得较为紧凑，通常每次间隔仅两周至两个月不等，虽然一年的审理期限相较于国内常见的半年审限而言是一个比较久的周期，但是在其他的阿拉伯国家法院，间隔三个月及以上的庭审才是常态。另外，这些阿拉伯国家法院采取的当庭提交文书和证据，

[3] 参见王金岩：《中美博弈背景下中国与阿拉伯国家共建“一带一路”的前景与路径探析》，《世界社会主义研究》2022 年第 11 期，第 116 页。

[4] 以下提及的实务信息均来自中兴通讯股份有限公司和中江国际集团江苏海投公司在阿拉伯国家投资时的实践。

并允许多次延期交换意见，又未对提交证据或修改陈述的期限进行限制，加之司法资源配置不足等也是导致其审理周期较长的客观因素。

最后，关于判决的承认与执行，阿拉伯国家的法院判决一般以《阿拉伯联盟国家间司法合作公约》《阿拉伯联盟关于执行判决和仲裁裁决的公约》为依据，可在其他任一成员国获得承认与执行。这对于中国的跨国公司而言就意味着，在前述公约缔约国的法院发生的诉讼，其结果可能影响到跨国公司在其他阿拉伯国家的业务。此外，跨国公司在他国的分公司可能会面临即使不是案涉主体但也被要求为其母公司的败诉判决承担连带责任的情形。就具体的执行措施来说，以卡塔尔和沙特阿拉伯为例，他们的执行措施中的限制人身自由的旅行禁令会导致法人机构的代表被限制出境，直到案件终结。在应对这类执行措施时，会面临较大的程序挑战，如提交保证金解除旅行禁令时，由于不同国家、不同机构的不同司法实践，律所、法院以及执行法官就保证金是否能被提前划转的问题会给出不同解释。如果中国的跨国公司或者中国企业面临承认与执行或者是人身自由的旅行禁令等问题，则不能延续国内的思路而需要因地制宜地予以配合与应对。

2. 由于司法环境等因素导致的仲裁及争议解决问题

当争议解决的对方当事人是当地实力雄厚的企业时，在实务中，可能还会发生判决与事实明显不符的案件，在判决的承认与执行中也需充分预判企业在当地影响力等司法环境因素的影响。此外，部分阿拉伯国家如沙特阿拉伯、伊拉克等国的当事人在合同约定前往第三国仲裁的情况下，仍会依据当地的司法文化倾向于先在其所在的当地法院起诉。虽然，通常情况下，当地法院一般会基于仲裁条款认定自己无管辖权，但也存在例外情况，如在实践中存在着法院可能认定当合同主体为当地公司并且项目所在地也在当地时，自身便具有管辖权。同时，和承认与执行的情况一样，部分投资国的跨国公司子公司或者分公司在不是案涉合同主体的情况下，也可能会被起诉并被要求与其被诉的母公司一起承担连带责任，而引起管辖争议。

3. 阿拉伯国家间适用的法律规则不一致且与国际规则冲突

阿拉伯国家适用的伊斯兰法的源头是“沙里亚”（*Shari'ah*）。不同于其他法系的法律，沙里亚是宗教的，因为它指的是《古兰经》及其圣训，而所谓圣训是先知默罕默德对于《古兰经》的解释；此外，斐格海（*Fiqh*）作为伊斯兰法学家对沙里亚的解释，也是伊斯兰法的重要组成部分，更是亘古不变的沙里亚适应时代变化的桥梁。[5]于其中，用伊斯兰法来处理争端，可能会面临其与国际规则冲突的问题，比如伊斯兰法曾对缔约主体存在着须信奉伊斯兰教的要求[6]，而且在伊斯兰法中可能如今还存留着的肉刑，以及根据性别和信仰划分相应

[5] *See* Mashood A. Baderin, Establishing Areas of Common Ground between Islamic Law and International Human Rights, 5 *International Journal of Human Rights* 72, 76 (2001).
[6] *See* Ahmed Yacout Saleh, Islamic International Law: Historical Foundations and Al-Shaybani's Siyar, 52 *New York University Journal of International Law and Politics* 1008, 1010 (2020).

人员的待遇的情况也与现代国际法中的理念与规则完全不同。[7]和中国企业“一带一路”贸易相关的更多是在国际商法领域中，如伊斯兰法禁止“Riba”和“Gharar”，“Riba”的意思是利益，而“Gharar”则是一个相当宽泛的概念，字面意思是欺骗、风险、欺诈、不确定性或可能导致破坏或损失的危险，而根据伊斯兰法，真主的使者诅咒接受、支付、记录以及见证“Riba”的人，并认为他们都是一样卑劣的，而资本市场及其中的衍生工具和卖空合约中的投机活动则都是现代金融中“Gharar”的例子。[8]一方面，“Riba”和“Gharar”在阿拉伯国家的实践中也存在着不明确的情况，比如阿联酋和沙特阿拉伯的仲裁协议中关于“Riba”和“Gharar”的约定便存在此类不明确的情况，另一方面，通过投资与资本市场的运作获取收益已是国际经贸不可或缺的一部分，但这些国际规则可能与伊斯兰法禁止“Riba”和“Gharar”的规则冲突而引发适用困境。[9]

（二）中国企业在阿拉伯国家投资时面临的争议解决困境的成因

在国际层面上，大多数国际争议解决机构在其规则和实践中并不会适用伊斯兰法。尽管按照《国际法院规约》，“一般法律原则”和“司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者”都是国际法的渊源，这意味着从理论上说，国际法院是可以以伊斯兰法为依据来解决争端的，但是国际法院的法官避开伊斯兰法的适用的原因是由于他们不熟悉伊斯兰法的特殊性。[10]这种不熟悉不仅是在国际层面，在国家层面上也是如此。中国企业在阿拉伯国家投资时面临争议解决困境的成因便是由于伊斯兰法作为阿拉伯国家法律渊源的特殊性使然。

如前所述，伊斯兰法的依据是《古兰经》及其圣训以及伊斯兰法学家对沙里亚的解释。这与世界上其他法系的法律渊源存在着较大的不同：首先，判例并非伊斯兰法系的法律渊源；其次，《古兰经》及其圣训不同于由国家权力机关制定的成文法，其宗教属性意味着相关规定的用词必然是模糊且宽泛的；最后，法学家对沙里亚的解释作为一种对既有法律的解释虽然能够化解《古兰经》及其圣训规定较为模糊的问题，但无论是在成文法系还是在判例法系都不会将法学家解释作为具有权威约束力的法律渊源。正是由于伊斯兰法作为阿拉伯国家法律渊源的特殊性使得不熟悉伊斯兰法的投资者在阿拉伯国家发生争议时，一旦代入判例法系或成文法系的经验，就会与伊斯兰法背景的法官的思维逻辑相背而行，以至于产生冲突，而这也是中国企业在阿拉伯国家投资时面临争议解决困境的成因。

---

[7] *See* Qasim Aziz Butt, International Human Rights and Islamic Law in the Postmodern Age: Striving for an Overlapping Cultural Consensus, 9 *Pakistan Law Review* 51, 60-71 (2018).
[8] *See* U. Akther Md. Principles of Islamic Finance: Prohibition of Riba, Gharar and Maysir, *MPRA Paper,* 2015, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/67711, 最近访问时间[2024-03-20]。
[9] *See* Faris Nasrallah, Islamic Law and International Commercial Arbitration, 20 *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 362, 364 (2018-2019).
[10] *See* Beth A. Simmons, Islamic Law and International Law: Peaceful Resolution of Disputes, 114 *American Journal of International Law* 791, 793 (2020).

二、在阿拉伯国家投资时面临的争议解决困境的化解：以中国企业为视角[11]

对于因陌生的司法环境、法律思维逻辑和诉讼程序等规则而导致的争议解决困境，中国企业在争端发生后，一方面可求助于当地专业的伊斯兰法律师，一解燃眉危机，但这将耗费更高的成本，而且可能也无法有效避免争端的发生，因而在企业的微观层面还可从另一方面也即在争端发生前，借助建立法律服务中心等方式完善对相关伊斯兰法的梳理，改“陌生”为“熟悉”，同时还可在相关投资协议中谨慎选择争议解决的方式以维护企业自身的权益。

（一）加强与当地律师、律所的沟通交流

由于对伊斯兰法不了解，因而一旦发生争端，最直接的化解办法就是借助当地的法律服务力量，而且从目前的实践中来看，中国企业在阿拉伯国家面临大型交易产生的纠纷时，都会更倾向于选择相关的知名律所介入。因此，对于有意或正在与阿拉伯国家发生投资关系的中国企业来说，以国内一流律所为媒介，加强与阿拉伯国家知名争议解决机构的合作，建立国内企业和海外律所的沟通合作、拓展当地资源是重中之重。由此，一旦出现纠纷，中国企业就能快速准确地从当地找到合适的化解纠纷的机构。但这是治标不治本的，因为只有从源头上熟悉伊斯兰法才能尽可能减少纠纷，便利中国企业前往阿拉伯国家投资。

（二）完善中国企业在阿拉伯国家投资时的法律建设工作

以在阿联酋所设立的中阿（联酋）产能合作示范园为例，除了必要的配套基建、招商工作外，法律建设工作是该合作示范园的重点关注。为了推进在阿联酋的相关工作，中阿（联酋）产能合作示范园梳理了包括《哈利法工业区条例》《阿布扎比公司注册条例》及《商业许可条例》等在内的相关法律法规，并对入园企业代表针对伊斯兰法的特殊点及注意点进行了全面的培训，以强化入园企业的法律合规意识。另外，合作示范园还建立了法律服务中心，就入园企业在刚入园时可能存在的投资决策前研判不够充分、投资项目过程中法律意识不强以及投资风险出现后处置不够及时等问题，提供及时有效的法律咨询服务，从而提升企业应对法律风险的能力。

中阿（联酋）产能合作示范园的实例对于其他进入阿拉伯国家进行投资的企业具有指引意义。无论投资规模大小，大到像是占地 2.2 平方公里的中阿（联酋）产能合作示范园，小到企业派出的人员和机构，都可以通过梳理当地法律法规，借助建立的法律服务中心等方式，熟悉当地的司法环境，从而在此基础上通过一定时间的实践，培养出较为熟悉当地法律的人才，并掌握当地司法实践中较获认可的思维逻辑，从而匹配当地法官、专家的思维习惯来提出主张、组织证据，化解未来在中阿“一带一路”倡议下前往阿拉伯国家投资的中国企业可能在阿拉伯世界遭遇的争议与纠纷。

---

[11] 这一部分的困境化解方式来自中兴通讯股份有限公司和中江国际集团江苏海投公司在阿拉伯国家投资时的实践经验总结。

（三）在协议中谨慎选择争议解决方式

有鉴于阿拉伯国家的诉讼程序较为特殊，因此，中国企业在前往阿拉伯国家投资、与当地政府、公司对接时，可在相应的投资协议、备忘录中谨慎选择争议解决方式，以可选择适用法的仲裁作为主要的纠纷解决机制，以便选择较为熟悉的国际规则作为化解争议的法律。此外，考虑到阿拉伯国家对于非伊斯兰法体系的裁判的承认与接受度，可以选择地点在阿拉伯国家的仲裁机构作为化解纠纷的居中裁判者，比如在迪拜设立的迪拜国际仲裁中心。

之所以在迪拜能够设立迪拜国际仲裁中心，是因为其司法环境较为开放和公正，而且具备国际律师人才储备和专业素养较强的仲裁员。与此同时，迪拜隶属于阿拉伯国家阿联酋，因此相较于其他伊斯兰法背景仲裁员较少的仲裁机构，迪拜国际仲裁中心所作出的判决更容易得到其他阿拉伯国家当事人的认可与执行。因此，当中国企业在同如卡塔尔、阿曼、科威特等所属国无成熟仲裁机构的阿拉伯国家企业进行贸易往来时，可以迪拜国际仲裁中心作为合适的争议解决机构。除迪拜国际仲裁中心外，其他阿拉伯大国在本国设有的仲裁中心如沙特阿拉伯的商业仲裁中心、埃及的开罗国际商事仲裁中心等，也是中国企业可以在与阿拉伯国家企业签订协议时选择的适格仲裁机构。

三、中国企业在阿拉伯国家投资时面临的争议解决困境的化解：以中阿“一带一路”倡议为视角

虽然微观层面上，中国企业可以各自为化解各自所面临的争议解决困境而作出努力，但这些努力往往只能作用于某一个或某些中国企业，而无法惠及响应“一带一路”倡议、前往阿拉伯国家投资的每一个中国企业，因而，还需在“一带一路”倡议的宏观层面为出海的中国企业保驾护航。考虑到阿拉伯国家正在发生的法典化法治趋势，应以中阿“一带一路”倡议为平台，推动这一法典化趋势，并促使阿拉伯国家的法律逐渐与国际规则接轨，这样不仅有利于出海的中国企业，还将有益于整个阿拉伯国家的经济社会发展，最终实现共建“一带一路”、促进共同发展与共同繁荣的目标。

（一）与阿拉伯国家企业的合作难以完全避免伊斯兰法的适用

虽然中国企业在阿拉伯国家投资时可以约定争议解决适用的法律规则，但从既有的实践中可见，即使约定发生争议时适用如英国法等第三国法，但在判决或裁决的承认与执行环节，仍需确保相关的法律不违反伊斯兰法，否则将无法被承认与执行。甚至，伊拉克法院还曾以项目在当地、当事人为当地主体（在当地设有分支机构的跨国公司也可能被认定为当地主体）为由，排除双方当事人约定的第三国法的适用，而要求适用当地法。因此，与阿拉伯国家企业的合作恐怕是难以完全避免伊斯兰法的适用的。对此，除了从企业层面了解阿拉伯国家的伊斯兰法之外，还可以中阿“一带一路”倡议为平台，努力促使伊斯兰法与国际规则不断接轨。

（二）以中阿“一带一路”倡议为平台促进中国企业在阿拉伯国家投资所面临的争议解决困境的化解

虽然伊斯兰法在很多领域存在着和国际规则相悖之处，但《牛津国际法史手册》第六部分“人物传记”中介绍的第一位国际法学家就是伊斯兰法学者穆罕默德·筛班尼。手册中认为早在格劳秀斯前的 8 个世纪，筛班尼就已汇编并系统阐述了伊斯兰法中的国际法，并将该专门的法律领域命名为“西亚尔”（*al-Siyar*），而曾任国际法院法官和副院长的克里斯托弗·维拉曼特里（Christopher Weeramantry）同样确认了筛班尼的论著是早期对国际法的研究中最为详尽的，可被视为现代国际法的先驱，甚至维拉曼特里认为格劳秀斯关于国际法的研究成果可能也受到了以筛班尼为代表的一批早期伊斯兰法学家的影响。[12]

“西亚尔”的主要内容是明确伊斯兰法统治者的缔约权并规范战争行为，在条约缔结层面，《古兰经》中早已存在“条约必守”与“互惠”的现代国际法公认准则。[13]另外，伊斯兰法的战争法中也存在着许多对于人的权利的保护的规定，并进而扩展、转化为现如今的尊重生命、平等和获取知识的权利等的表述，比如《古兰经》第五章第三十二条“除因复仇或平乱外，凡枉杀一人的，如杀众人”的这段表述体现的便是对于生命的尊重；此外《古兰经》中会用“Adl”这个词来强调平等与正义：而对于获取知识的权利，伊斯兰法也是相对包容的，伊斯兰教的创始人甚至指示他的追随者去寻找知识即使要远赴中国。[14]另外，在伊斯兰战争法中也要求不得摧毁敌方的财产。正是由于伊斯兰法既有的对人的权利的保护，使得其中延伸、扩展出现代贸易中必要的财产权利、人身权利保护时具备了法理基础。也就是说，正是因为这些相通之处，使得伊斯兰法与国际规则接轨存在可能。

现阶段，阿拉伯国家逐渐呈现出伊斯兰法成文化、现代化的趋势，如埃及、阿尔及利亚等国家，受法国法影响，法典化程度已较高，并制定了民法典、商法典等法典，而沙特阿拉伯、卡塔尔等更保守的阿拉伯国家，也在逐渐转变其对于法典化的态度。沙特阿拉伯在 2023 年颁布的民事交易法，是其第一次将伊斯兰法规则法典化的尝试。可见，阿拉伯国家的司法环境正在发生从传统的直接适用《古兰经》及其圣训并通过伊斯兰法学家解释伊斯兰法的模式，转向制定成文法的模式，而且通过制定成文法统一伊斯兰法规则，也将更便于发挥伊斯兰法的外延效用，并避免如阿拉伯国家内部对于“Riba”和“Gharar”的规则不一致而引发

---

[12] 参见[德]巴多·法斯本德、[德]安妮·彼得斯：《牛津国际法史手册（下）》，李明倩、刘俊、王伟臣译，上海三联书店 2020 年版，第 1085-1089 页。

[13] *See* Matthias Vanhullebusch, Reciprocity under International Humanitarian Law and the Islamic Law of War, 11 *Journal of Islamic State Practices in International Law* 58, 58-87 (2015). 如关于条约必守，《古兰经》第五章第一条规定：“信道的人们啊！你们当履行各种约言。”第九章第四条规定，曾与你们缔结盟约的他人没有任何违背盟约，也没有资助任何敌人时，你们应当遵守与他们缔结的盟约，直至满期。第十六章第九十一条规定：“当你们缔结盟约的时候，你们应当履行。你们既以真主为你们的保证者，则缔结盟约之后就不要违背誓言。”关于互惠，《古兰经》第二章第一百九十四条规定：“凡应当尊敬的事物，都是互相抵偿的。谁侵犯你们，你们可以同样的方法报复谁。”第九章第七条规定，在他人为你们遵守盟约的期间，你们也当为他人遵守盟约。第十六章第一百二十六条规定：“如果你们要报复，就应当依照你们所受的伤害而报复。如果你们容忍，那对于容忍者是更好的。”

[14] *See* Muhammad S. Chaudhry, Human Rights in Islam, Lahore: All Pakistan Islamic Education Congress, 53 (1993).

的冲突。同时，清晰、明确的法典会更有利于为其他国家的企业前往阿拉伯国家投资营造稳定的司法环境。另外，从判例的角度来说，实务中已存在着既有中国企业在阿联酋、卡塔尔、沙特阿拉伯等阿拉伯国家应诉时，双方律师通过引用既有判例以增加己方观点说服力的尝试。伊拉克高等法院也曾发布案例供该国的其他层级法院借鉴。虽然，目前在这些实践中，判例仍不具有强制约束力，也不是直接的裁判规则来源，但已呈现出帮助解释法律规定或伊斯兰法原则进而影响法官心证的作用。

联合国中适用伊斯兰法的国家已达近五分之一，中阿“一带一路”倡议也使得中国企业与阿拉伯国家企业的贸易与合作必不可免，因此，通过宏观层面的中阿“一带一路”倡议，推进阿拉伯国家的伊斯兰法成文化、规范化趋势具有必要性，而从上述分析可见，既有的伊斯兰法也已具备与国际接轨的基础，在此基础上应进一步完备伊斯兰法在管辖、证据、审理期限、承认与执行等方面的内容，使其与国际接轨，化解中国等他国企业在阿拉伯国家投资所面临的争议解决困境。

总结

“一带一路”倡议提出时恰逢阿拉伯国家政治版图发生重大变化之际，而在阿拉伯国家完成政治变革之后，随之而来的经济社会发展需求也为中阿“一带一路”合作走深走实提供了巨大的契机，中国企业因此势必将与阿拉伯国家企业发生愈发紧密的贸易往来。对于因为不熟悉伊斯兰法及其与国际规则冲突而导致的中国企业在阿拉伯国家投资时所面临的争议解决困境，一方面，从微观层面的中国企业的角度，可以在投资前签订协议时审慎选择争议解决方式，通过仲裁规避当地陌生的司法程序与司法环境，但是，由于当地的企业可能会倾向于即使存在仲裁条款也会先诉至法院，而且如果协议选择适用的仲裁法与伊斯兰法相违背还存在着导致判决无法得到承认与执行的可能，因而中国企业还应加强法律建设工作的方式，梳理当地的相关法律法规，完善与当地律所的沟通，从源头上熟悉伊斯兰法，以提升解决争议的能力。另一方面，还可基于宏观层面的中阿“一带一路”倡议，推动阿拉伯国家的伊斯兰法法典化，提升判例的效力，使得伊斯兰法与国际规则接轨，为中国企业前往阿拉伯国家投资营造更为良好的司法环境。

The Dilemma Chinese Enterprises Faces in Dispute Resolution When Investing in Arab Countries and Its Solutions under the China-Arab Belt and Road Initiative

Abstract: Since the China-Arab Belt and Road initiative was put forward, the cooperation between Chinese enterprises and Arab enterprises has become closer. However, Chinese enterprises who are not familiar with the applicable law in Arab countries that is the Islamic law, is facing dilemma in dispute resolution since the particularity of Islamic law in the judicial environment and in the litigation procedures such as evidence, time limit of the trial, recognition and enforcement of the judgments and its conflict with the international rules. To resolve the dilemma, on the one hand, at the micro level, Chinese enterprises should strengthen the communication with local lawyers, law firms, and judicial institutions in Arab countries to enhance their ability to resolve disputes in Arab context and start the legal construction work of Islamic law to avoid unnecessary discommodity caused by lack of understanding of local laws. On the other hand, at the macro level, the China-Arab Belt and Road initiative can serve as a platform to promote the current trend of codification of laws in Arab countries, and to bring Islamic law in line with international rules, so as to resolve the dilemma faced by Chinese enterprises in dispute resolution.

Keywords: The China-Arab Belt and Road Initiative; Islamic Law; Proceedings; Judicial Environment; Legal Construction

美国单边金融制裁的法律应对及中国启示

白　雪*

摘要：在全球经济战背景下，部分国家采取了一系列法律手段应对美国单边金融制裁，降低制裁负面损害。通过司法手段挑战美国单边金融制裁的措施包括依据美国国内法提起私人诉讼、依据阻断法提起私人诉讼以及依据 WTO 协定或双边条约解决国际争端；通过非司法手段规避美国单边金融制裁的方式包括使用加密货币和特殊用途工具。这些应对方式均在实践中起到了一定降低制裁负面影响的成效。基于此，面对美国对中国实体或个人实施的单边金融制裁，中国政府可以通过诉诸争端解决机构正面应对，亦可以通过加密货币或特殊用途工具加以规避；中国企业和个人则可以通过达成和解、准司法行政救济和司法救济的方式予以应对，从而在合法限度内规避或反制美国单边金融制裁。

关键词：单边金融制裁；阻断法；争端解决机制；加密货币；特殊用途工具

单边金融制裁是当前美国实现外交政策目标的首选工具，具有针对性强，成本低和成效明显的特点。美国单边金融制裁的主要措施包括冻结金融资产、限制金融交易和禁止金融结算等。目前，已有部分国家采取了一系列法律应对手段挑战或规避美国单边金融制裁，使本国及其国民受到金融制裁负面影响最小化。本文力图系统梳理当今国际社会针对美国单边金融制裁的司法和非司法手段，以期为有关单边金融制裁的涉外审判工作提供有益经验。

一、通过司法手段挑战美国单边金融制裁

受到美国单边金融制裁的制裁目标可以分别依据国内法提起私人诉讼，依据双边和多边国际条约解决国际争端。

（一）依据美国国内法提起私人诉讼

根据美国用尽行政救济原则，行政复议是司法审查的前置程序，是制裁目标可以寻求反制裁的准司法手段。美国《联邦法规法典》对被列入 SDN 清单的对象规定了行政复议程序，被指定人可以向美国财政部外国资产控制办公室（Office of Foreign Assets Control, OFAC）提出行政复议，申请除名或解除资产冻结，理由包括 OFAC 作出指定的依据不足，或被指定

* 白雪，女，1994 年 12 月，江汉大学法学院讲师，法学博士。通讯地址湖北省武汉市经济技术开发区江汉大学法学院，18627916700，baixuewhu@163.com。

人已采取的补救措施可以否定指定依据。[①]被指定人将材料提交 OFAC，并可以要求与 OFAC 召开会议，尽管此类会议由 OFAC 自行决定是否召开，一旦 OFAC 审查了与复议请求相关的所有信息，它将向申请人提供书面决定。[②]OFAC 对行政复议进行审查考虑的因素尚不明确，这种缺乏透明度的情况有助于确保 OFAC 的自由裁量权在最大程度上保持不受约束。[③]实践中，受金融制裁的个人或实体大多试图基于获得通知和听证的权利受到侵犯为由，请求认定正当程序受到侵犯。

若行政机关拒绝复议，制裁目标则可以提出司法审查。根据《国际经济紧急权力法》作出的单边金融制裁须接受《联邦行政程序法》（Administrative Procedure Act，APA）的司法审查。就司法审查的标准而言，根据《联邦行政程序法》，除非 OFAC 决定“专断、反复无常、滥用自由裁量权或不符合其他法律规定”，否则法院将维持该决定。[④]在圣地基金会诉阿什克罗夫特案中，在涉及制裁的司法审查标准中，法院认定如果 OFAC 的行为不是专断和反复无常的，并且基于大量证据的情况下，法院必须支持 OFAC 的决定。[⑤]基于此，法院判决发挥的作用相当有限，法院无权以其判决代替 OFAC 的决定。在涉及外交政策和国家安全的问题上，法院认为有关组织的恐怖活动是否威胁国家安全的问题不可审理，法院对此类问题一般不予干预。[⑥]由于单边金融制裁的作出依据之一是制裁目标的行为危及美国外交政策和国家安全，因此这种局面一定程度上使得 OFAC 游离于司法审查之外，增加了在美国法院挑战单边金融制裁的难度。

制裁目标多以违反正当程序为由挑战单边金融制裁。例如，在伊朗全国抵抗委员会诉美国国务院案中，美国上诉法院考虑了原告获得通知和听证的权利，认定原告的正当程序权利受到侵犯，被告违反了《第五修正案》中的正当程序条款。[⑦]在爱心慈善人道主义发展公司诉盖特纳案中，法院指出被告违反了《第十五修正案》中的正当程序要求，OFAC 至少应向申请人告知其制裁依据。[⑧]除正当程序条款外，受单边金融制裁的目标也曾试图根据管辖权原则和反域外适用推定作为依据，质疑美国次级金融制裁的域外适用。在美国诉扎拉布案中，

---

① 31 CFR § 501.807(a).

② 31 CFR § 501.807(b), 31 CFR § 501.807(c), 31 CFR § 501.807(d).

③ See Rachel Barnes, “United States Sanctions: Delisting Applications, Judicial Review and Secret Evidence”, in Matthew Happold and Paul Eden, Economic Sanctions and International Law, North America, Hart Publishing, 2016, p. 204.

④ 5 USC § 706(2)(A).

⑤ Holy Land Foundation v. Ashcroft 333 F 3d 156 (2003)

⑥ Islamic American Relief Agency (IARA – USA) v. Gonzales 477 F 3d 728 (2007).

⑦ National Council of Resistance of Iran v Department of State 251 F 3d 192 (2001).

⑧ Kind Hearts for Charitable Humanitarian Dev, Inc v Geithner 647 F Supp 2d 857 (2009).

案件以代理账户管辖权作为独立管辖权基础，涉及非美国人与实体之间通过美国代理银行账户的美元交易。被告拉扎布试图主张管辖权过度和违反反域外适用推定挑战美国单边金融制裁，但是美国法院提出以下几点：第一，美元通过美元银行账户及代理银行的流动与美国建立了足够联系，以此为基础行使属人管辖权不违反正当程序条款；第二，单边金融制裁用于对抗对美国国家安全、外交政策或经济的威胁，当争议法律旨在保护政府自卫权时，不适用反域外适用推定；第三，国会有意域外适用相关立法，不适用反域外适用推定；第四，相关制裁文书明确规定其域外适用，则不能援引习惯国际法的相反规则来限制其影响范围。[①]因此，有学者认为，诉诸美国司法程序不太可能导致美国制裁的重大改革。[②]但这并不意味着在美国国内通过司法手段挑战单边金融制裁完全没有希望，在杰斯纳诉阿拉伯银行案中，肯尼迪大法官代表多数人认为，被告银行利用其纽约分行通过清算所银行间支付系统（CHIPS）清算了使恐怖分子受益的以美元为主导的交易，该活动及其雇员的指控行为与美国没有足够的联系。[③]该案表明了对完全基于美国银行的支付清算作为唯一的管辖权依据的批判。对此持乐观态度的学者认为，在美国法院挑战美国单边制裁是一条可以尝试的路径，建议政策制定者系统地支持和协助本国公司在美国法院挑战美国单边制裁的域外影响。[④]

综上所述，美国针对制裁除名和解除资产冻结的行政复议程序仍然存在诸多问题，司法审查标准相对狭窄，法院不干预 OFAC 涉及外交政策和国家安全的决定。制裁目标可以依据正当程序条款、管辖权的习惯国际法在美国法院挑战单边金融制裁，过于微弱的管辖权联系将是一个有希望的诉因。

（二）依据阻断法提起私人诉讼

阻断法，亦称“阻断性立法”，旨在通过设置禁止遵守等义务，阻断他国法的域外实施。在与美国单边制裁的法律博弈中，欧盟阻断法设立的私人执行机制具有典型代表意义。如果说 1996 年欧盟阻断法仍停留在政治宣誓和威慑意图，2018 年的欧盟则在后续司法实践中体现了严格实施阻断法的意图，表达执行阻断法的决心，对违法者进行严查和追责的态度。

在伊朗梅利银行案中，欧洲法院对《阻断条例》第 5 条禁止遵守条款的解释为各国私人

---

① United States v. Zarrab, 15 Cr 867 (RMB) (S.D.N.Y. Jun. 16, 2016).

② See Tom Buys & Cedric Ryngaert, “Secondary Sanctions: A Weapon out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions”, British Yearbook of International Law, 2020, pp. 70-71.

③ Jesner v. Arab Bank, 138 S. Ct. 1386 (2018).

④ See Sascha Lohmann, “Extraterritorial U.S. Sanctions: Only Domestic Courts Could Effectively Curb the Enforcement of U.S. Law Abroad”, available at https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/61664/ssoar-2019-lohmann-Extraterritorial_US_sanctions_only_domestic.pdf, February 20, 2024.

主体依据阻断法向遵守美国制裁法的私人主体提起诉讼，消除美国单边金融制裁负面影响开辟了道路。原告伊朗梅利银行起诉被告德国电信公司，认为被告的行为违反《阻断条例》有关禁止遵守美国对伊制裁措施的规定，请求法院命令被告继续履行合同义务。[①]案件经一审德国汉堡地区法院审理，上诉至汉萨高等地区法院，又因《阻断条例》第 5 条的解释问题提交欧洲法院初步裁决。本案中，欧洲法院的判决书与欧洲法院佐审官的法律意见书在一定程度上达成一致，阻断法的实施不以美国正式发布的次级制裁令为前提，肯定外国企业和个人依据阻断法向欧盟企业提起诉讼的主体资格，并将终止合同的理由并非是遵守美国制裁法律的举证责任倒置。[②]尽管将被告欧盟企业置于不利地位，但却体现出欧盟法院竭力维护阻断法权威和实现立法者意图的努力。

此外，欧盟《阻断条例》第 6 条设置了追偿诉讼条款，以应对美国《赫尔姆斯伯顿法》规定的多倍赔偿诉讼，挑战美国次级制裁的域外适用。追偿诉讼条款为制裁目标创设了私人诉权，可以为其因单边金融制裁受到的损失提供司法救济，是企业、个人可以寻求的司法手段。

（三）依据国际法解决国际争端

1. 根据 WTO 协定解决国际争端

就多边协议而言，WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，DSU）设置了准司法争端解决机制。WTO 争端案件中针对申诉人的诉讼资格没有严格限制，当美国单边金融制裁与其在 WTO 下所承担的义务不符时，初级金融制裁和次级金融制裁的制裁目标可以将美国诉至 WTO 争端解决机构，作为初级金融制裁的制裁目标，申诉人因制裁方违反 WTO 协议造成其利益的丧失或减损可以提起违反之诉；作为次级金融制裁的制裁目标，因为 DSU 没有明确要求申诉方具有“法律利益”作为违反之诉的先决条件，申诉人可以就违反 WTO 协定的行为提出申诉，即使这种违反行为损害了其他成员的利益。[③]早在 1996 年，欧盟与美国之间就《赫尔姆斯伯顿法》和美国对古巴的禁运引发争议，欧盟因受到次级制裁负面影响，将美国诉诸 WTO 争端解决机

① Case c124/20, Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Recht v. Telekom Deutschland GmbH. The Court of Justice of the European Union.

② 参见陈若鸿:《阻断法实施的严格进路——欧洲法院伊朗 Melli 银行案对中国的启示》，载《国际经济法学刊》2022 年第 2 期，第 99 页。

③ See WTO, “Legal Issues Arising in WTO Dispute Settlement Proceedings”, available at https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c10s1p1_e.htm., February 2, 2024.

制，促成美国与欧盟达成“谅解”，成为美国承诺取消针对欧盟的次级制裁的原因之一。[①]近几年，受到初级制裁影响的制裁目标向 WTO 争端解决机制提起了若干诉讼，如在俄罗斯—关于过境交通的措施案中，专家组裁定俄罗斯对来自乌克兰的货物过境的限制违反了 GATT 第 5 条关于过境自由的相关规定，该案涉及单边贸易制裁；[②]在美国—有关货物和服务贸易的措施案中，委内瑞拉要求与美国就美国实施的措施进行磋商，这些措施涉及：来自委内瑞拉的货物、从委内瑞拉进口的黄金、委内瑞拉公共债务的流动性、委内瑞拉数字货币的交易，以及被美国列入 SDN 清单的某些委内瑞拉国民的服务供应和消费，该案涉及单边金融制裁，但是该案目前仍处于委内瑞拉请求进行磋商的阶段。[③]

WTO 争端解决机制在挑战单边经济制裁的历史实践中具有相当重要的积极意义，而在未来的实践中经过充分论证的司法判例能够提供更明确的规范性，有助于为成员国就相较于贸易制裁更具破坏力的金融制裁诉诸 WTO 争端解决机制提供法律基础。[④]与此同时，也必须正视该机制存在的局限性。一方面，WTO 争端解决机制正在经历着体制危机，美国对上诉机构成员任命的干预，实际上已经导致上诉机构的停摆。尽管成员国仍然可以要求设立新的专家小组来审议贸易争端，但机制的权威性和有效性仍然悬而未决。除非僵局得到解决，否则被申请国可以通过提出上诉，来阻止小组报告成为最终报告，而上诉机构因缺乏成员而无法审理。另一方面，“安全例外”成为申请人在针对初级制裁和次级制裁起诉的阻碍，因为制裁的作出者倾向于战略性维护“安全例外”的广泛范围，以排除相应制裁的不法性。因此，一些国家开始寻求根据双边条约解决国际争端的路径。

2. 根据双边条约解决国际争端

2018 年 7 月，伊朗以美国退出《伊核问题全面协议》并重新启动对伊朗的单边金融制裁向国际法院提起诉讼。[⑤]伊朗认为，美国单边金融制裁违反了两国于 1955 年签署的《友好、经济关系和领事权利条约》（1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights，以下简称《美伊友好条约》）中美国对伊朗的义务，包括公平与公平待遇原则，禁

---

① 参见白雪、邹国勇：《美国“长臂管辖”的欧盟应对：措施、成效与启示》，载《武大国际法评论》2021 年第 5 期，第 59~60 页。

② See Russia - Measures Concerning Traffic in Transit, Report of The Panel, WT/DS512/R.

③ See WTO, “United States - Measures Relating to Trade in Goods and Services”, available at https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds574_e.htm, February 2, 2024.

④ See Tom Buys & Cedric Ryngaert, “Secondary Sanctions: A Weapon out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions”, *British Yearbook of International Law*, 2020, p.77.

⑤ Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Application instituting proceedings, I.C.J., 16 July 2018.

止某些付款限制，最惠国待遇原则，国民待遇原则和商业和通航自由。同年 10 月，作为回应，美国国务院向伊朗外交部发出外交照会，通知终止该条约。国际法院在审理过程中，指示采取临时措施，以维护伊朗针对医药、食品农产品和民用航空安全相关的货物和服务的付款和资金转移权利，并要求双方避免采取任何可能加剧或扩大争端的行动，表明“美国采取的措施，例如吊销伊朗与美国之间某些商业交易的许可证和授权，禁止某些物品的贸易，以及限制金融活动”，“表面上能够属于《美伊友好条约》的实质性范围”，并承认“伊朗根据《美伊友好条约》所主张的一些权利是合理的，因为这些权利涉及进口和购买人道主义需要所需的货物”。[①]在 2021 年 2 月的初步反对程序中，国际法院驳回了美国提出的管辖权异议和申请可受理性异议，拒绝美国依据《美伊友好条约》第 20 条第 1 款 b 项和 d 项提出的初步反对意见，该两项涉及条约不排除与裂变物质、其放射性副产物或者其来源有关的措施，以及为履行缔约国维持或恢复国际和平与安全的义务所必需的，或为保护其基本安全利益所必需的措施。[②]简言之，国际法院裁定对本案享有管辖权，驳回美国有关放射性物质和安全例外的反对意见。该案目前尚未审结，但伊朗依据双边条约向国际法院的诉讼有效地维护了相关货物和服务的付款和资金转移权利，避免争端造成的损害进一步扩大，为应对美国单边金融制裁争取了宝贵的实践经验。

二、通过非司法手段规避美国单边金融制裁

为能够继续开展业务，在针锋相对挑战美国单边金融制裁之外，制裁目标往往会通过替代解决方案规避单边金融制裁。

（一）使用加密货币

加密货币可以削弱单边金融制裁的有效性，因为加密货币从根本上替代了美元支付交易，规避了美国利用美元进行管辖的连结点。近年来，一些国家试图建立自己的加密货币，规避因金融制裁带来的金融限制问题。

委内瑞拉曾为规避美国金融制裁推出名为“石油币”（Petro）的国家加密货币。自 2014 年以来，美国奥巴马和特朗普政府都对委内瑞拉政权的个人实施了制裁，包括委内瑞拉总统马杜罗。2017 年 11 月，时任美国总统特朗普加大了制裁力度，禁止委内瑞拉国有石油公司

---

① Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), The Court indicates provisional measures in order to preserve certain rights claimed by Iran and asks the Parties to refrain from any action which might aggravate or extend the dispute, I.C.J., No. 2018/50, 3 October 2018.

② Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021.

PDVSA 发行新债务。2019 年 1 月，在政治和人道主义危机不断升级的情况下，美国财政部宣布将 PDVSA 列入“特别指定国民清单”，禁止美国公司和个人与该公司进行交易。PDVSA 在委内瑞拉境外价值 70 亿美元的资产被冻结，其中包括 PDVSA 的美国子公司 Citgo，以及在加勒比地区的炼油和储油设施。[①]美国对委内瑞拉能源部门的单边金融制裁造成了重大经济损失。为了绕过美国单边金融制裁，委内瑞拉开发了与委内瑞拉石油和矿产储备价值挂钩的加密货币 Petro。作为回应，美国发布禁止与 Petro 进行任何交易的行政命令。此外，OFAC 还将总部位于俄罗斯的 Evrofinance Mosnar 银行列入“特别指定国民清单”，因为 Petro 的投资者被邀请通过将资金汇到该银行的委内瑞拉政府账户来购买这种加密货币。两国博弈中，没有任何贸易伙伴接受用 Petro 进行支付，因此委内瑞拉的 Petro 并不成功。[②]

伊朗也曾利用加密货币规避美国对银行的限制进行国际支付。此前，伊朗经济一直受到美国单边金融制裁的限制，这些限制阻碍了伊朗与外国公司进行交易。加密货币作为一种新兴的支付系统，可以为实体和个人提供逃避制裁的潜在途径。根据美国金融犯罪执法网络（FinCEN）统计数据，自 2013 年以来，伊朗每年至少使用价值 380 万美元的比特币计价交易。[③]2020 年，伊朗工矿贸易部签发了 1000 个新的加密货币开采许可证。[④]对此，美国财政部在一起涉及伊朗的互联网欺诈案中对两名伊朗人实施了制裁，并由 OFAC 首次公开将加密货币地址归属于指定的个人，以识别在加密货币领域操作的非法行为者，与该两名伊朗人进行交易的人也将受到次级制裁。[⑤]美国财政部在 2021 年 OFAC 年报中指出，加密货币等技术创新也可能削弱美元的全球作用。[⑥]由此可见，数字货币将是美国 OFAC 未来的执法重点。

俄罗斯立法者正在制定修正案，以为即将启动的国家加密货币交易所制定法律框架，修

---

① See IISS (2019) Venezuela under Sanctions, Strategic Comments Vol. 25, available at https://www.iiss.org/publications/strategic-comments/2019/venezuela-under-sanctions, February 20, 2024.

② See Roberto Soprano, “Cryptocurrencies and Special Purpose Vehicles: The Role of International Law in Ensuring the Effectiveness of Economic and Financial Sanctions”, in Koen Byttebier eds., Law and Sustainability, Switzerland, Springer Cham, 2022, p. 47.

③ See US Department of Treasury (2018b) Advisory FIN-2018-A006 on the Iranian Regime’s Illicit and Malign Activities and Attempts to Exploit the Financial System, available at https://www.fincen.gov/sites/
default/files/advisory/2018-10-11/Iran%20Advisory%20FINAL%20508.pdf, February 20, 2024.

④ See Miur P., “Iran Issues 1,000 Cryptocurrency Mining Permits”, available at https://www.asiatimes.com/2020/01/article/iran-issues-1000-crypto-mining-licenses/, February 20, 2024.

⑤ See US Department of Treasury, “Treasury Designates Iran-Based Financial Facilitators of Malicious Cyber Activity and for the First Time Identifies Associated Digital Currency Addresses”, available at https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm556, February 20, 2024.

⑥See The Treasury 2021 Sanctions Review, available at https://home.treasury.gov/system/files/136/Treasury-2021-sanctions-review.pdf, February 20, 2024.

改现有的“关于数字金融资产”加密货币立法。

实践表明，一些国家正积极筹备国家加密货币，加密货币对于规避美国单边金融制裁具有一定积极的效果，因而越来越多的国家加入其中。

（二）使用特殊用途工具

长期的替代方案需要交易者对替代货币的稳定性充满信心，短期替代方案包括设立“特殊用途工具”（Special Purpose Vehicles, SPV），以促进金融交易并维持第三国与美国单边金融制裁目标之间的贸易。

2019 年 1 月 31 日，英国、法国和德国联合创建了“支持贸易交易的工具”（Instrument in Support of Trade Exchanges, INSTEX），允许伊朗和欧洲公司在没有直接金融交易或使用美元的情况下进行货物“易货”。在美国决定退出 JCPOA 并重新对伊朗实施初级和次级制裁后，欧盟决定采取措施支持在伊朗开展业务的欧洲公司。但是由于美国广泛的单边金融制裁，许多银行因不愿承担风险处理与伊朗有关的付款而拒绝此类交易，INSTEX 应运而生。INSTEX 本质上是一家总部位于法国巴黎的公司，受法国法律管辖，目前由 10 个主权国家共同所有，包括法国、德国、英国、比利时、丹麦、荷兰、挪威、芬兰、西班牙、瑞典。目前，INSTEX 的重点是欧洲与伊朗之间的人道主义贸易，包括食品、农业设备、药品和医疗用品等。INSTEX 发挥着票据交换所的作用，促进欧洲和伊朗之间支付交易的往来。INSTEX 在与伊朗“特殊贸易和金融工具”（Special Trade and Finance Instrument, STFI）的协调下，在一个“闭环”金融系统内以清算债务的方式处理彼此的债权和债务，将欧洲和伊朗之间的跨境支付最小化。INSTEX 遵守三套制裁法律、规则或条例，包括欧盟、英国和联合国的制裁规定，并根据这三套制裁机制名单筛选所有客户和第三方供应商的名称。[①]欧洲公司将从欧盟境内的资金中支付，而伊朗进口商将从伊朗境内的资金支付，不涉及美元或国际银行交易。2020 年 3 月，INSTEX 宣布成功完成了第一笔交易，内容是价值约 50 万欧元的医疗设备交易。[②]

瑞士也推出了类似的特殊用途工具，称为“瑞士人道主义贸易安排”（Swiss Humanitarian Trade Arrangement，SHTA），是一种使人道主义物品能够运送到伊朗的支付机制。自美国退出伊朗核协议并重新实施单边制裁以来，尽管涉及人道主义物品的运输原则上不受美国制裁，但瑞士出口商的相关贸易仍然越来越困难。由于与美国制裁相关的法律风

① See INSTEX, available at https://instex-europe.com/about-us/, February 20, 2024.

② See UK Foreign and Commonwealth Office, “INSTEX successfully concludes first transaction” (31 March 2020), available at www.gov.uk/government/news/instex-successfully-concludes-first-transaction, February 20, 2024.

险，几乎没有任何金融机构愿意支付与伊朗有关的款项，而剩下的为数不多的支付渠道既昂贵又复杂，而且被认为不太可靠。SHTA 与 INSTEX 有两点不同：其一，瑞士的支付流程仅限于食品、药品和医疗设备等人道主义物品，不向其他商品开放；其二，瑞士政府与美国政府合作，因为 SHTA 是由瑞士与美国和伊朗的相关部门以及选定的瑞士银行和公司密切合作开发的。这意味着，美国财政部将向瑞士银行提供必要的保证，确保金融交易能够按照美国法律进行。作为回报，参与 SHTA 的出口商和银行将向瑞士国家经济秘书处（SECO）提供其在伊朗的商业活动和商业伙伴的详细信息，以及他们进行的交易，SECO 将核实并将这些信息提供给美国财政部，以便对这些交易进行尽职调查。

三、美国单边金融制裁的应对手段对中国的启示

近年来，美国对中国企业和个人频施单边金融制裁，非美国人若与制裁清单上的中国企业或个人进行重大金融交易，也可能会受到美国的次级金融制裁。加强单边金融制裁的对策研究，有利于中国政府、实体及个人在合法限度内应对美国单边金融制裁。

（一）中国政府可以采取的应对措施

1. 诉诸争端解决机构

2022 年 12 月 12 日，针对美国对中国半导体的出口管制措施，中国将美国诉诸 WTO 争端解决机制，认为这些措施是出于维护美国在技术领域优势的政治考虑，构成歧视性和变相的贸易限制，不符合美国根据有关协定各项条款承担的义务。[①]对此，中国商务部条法司负责人表示，美方滥用出口管制措施违反国际经贸规则，中方通过将其诉诸 WTO 争端解决机制，是通过法律手段捍卫中国合法权益的必要方式。此举是令人振奋的，在 WTO 争端解决机制因美国拒绝选举上诉机构新成员而引发的上诉机构停摆危机下，中国的起诉将证明和强化 WTO 争端解决机制作为世界范围内最重要的争端解决机构的信心，WTO 争端解决机制专家小组仍然正发挥作用。将美国诉诸争端解决机构可以增强中国在国际社会中的声誉，突出中国作为以规则为基础的世界经济体系的强大捍卫者的信誉。在单边金融制裁领域，中国同样可以诉诸 WTO 争端解决机构，一方面，中国可以通过第三方争端解决机构质疑美国单边金融制裁的合法性，通过对美国政治话语产生影响，向美国施压，同时向国际社会传达强烈信号，最终迫使美国对迫切需要进行解释的国际法问题进行澄清；另一方面，中国的起诉可以寻求其他 WTO 成员的支持，甚至联合多个成员共同起诉。即使 WTO 争端解决机制仍存在程序上的阻碍

① WTO, United States - Measures on Certain Semiconductor and other Products, and Related Services and Technologies, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds615_e.htm.

或制度上的缺憾，中国仍可以随时中止诉讼程度，通过协商谈判减轻单边金融制裁的负面影响。

2. 使用加密货币和特殊用途工具

现有的加密货币可以削弱单边金融制裁的有效性。一方面，此类措施可被视为规避美国单边金融制裁的方式，破坏单边金融制裁的实施效果，减少本国因制裁而损失的交易机会；另一方面，使用加密货币也可被视为平衡单边金融制裁给受制裁对象带来不合理痛苦等负面影响的政治工具。同时也应当注意，美国对他国的规避行为没有坐视不理，数字货币是美国未来的执法重点，发行或使用数字货币将面临更多困难。

使用短期替代方案 “特殊用途工具”以促进金融交易并维持第三国与单边金融制裁目标之间的贸易，被证明是有效的，因为次级金融制裁会疏远其关键贸易对象，使其背离该国金融体系，进而损害该国利益。随着制裁目标及第三方国家或实体渐渐适应美国单边金融制裁，寻找替代机制继续与制裁目标进行贸易，未来类似于 INSTEX 的特殊用途工具只会越来越多，并形成新的世界贸易格局。

（二）中国实体和个人可以采取的应对措施

1. 达成和解

达成和解是涉金融制裁案件中常用的解决方式，中国企业存在被制裁风险且被掌握关键证据时，可以积极争取和解。[①]中兴公司案主要涉及与出口管制有关的贸易制裁，该案中，中兴公司因违反美国出口管制的法规，遭到美国司法部的调查，最终，中兴公司不得不与美国司法部达成暂缓起诉协议，同时于美国商务部和财政部达成行政和解协议，主动缴纳高达十亿美元的罚款，承诺在未来十年完善合规计划，接受美方派驻的律师担任合规监督员，并由其直接领导中兴公司的合规部门。中兴公司必须在 30 天内更换董事会和管理层的所有成员，由美方所认可的人员担任相关职务并被要求在董事会之下组建合规管理委员会，由副董事长担任主席。此外，烟台杰瑞石油服务集团和史丹利百得公司均因违反《伊朗交易与制裁条例》相关规定，就可能产生的民事责任达成和解。

2. 准司法行政救济

中国企业曾通过行政复议实现从美国制裁名单中除名。2006 年 6 月 13 日，美国财政部依据 13382 号行政命令将中国长城工业集团有限公司（以下简称长城工业）纳入 SDN 名单。理由是长城工业参与与涉伊朗大规模杀伤性武器扩散活动。长城工业遂与美国进行积极合作

① 参见龚柏华：《中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对》，载《经贸法律评论》2019 年第 6 期，第 9 页。

并采取补救措施，包括强化内部控制程序，加强培训和沟通，制定内部政策确保不参与国际社会确定为扩散风险的某些国家的任何交易。2008 年 6 月 19 日，美国财政部将长城工业从 SDN 名单中除名。尽管如此，申请除名的行政复议程序仍存在一定问题，如透明度不高、缺乏法定程序保障、认定标准不明晰、效率低下等。因此在实践中，受金融制裁的个人或实体大多试图基于获得通知和听证的权利受到侵犯为由，请求认定正当程序受到侵犯。

3. 司法救济

中国企业和个人可以通过国内法寻求司法救济的方式对美国单边金融制裁进行抗辩。美国普通法院的违宪审查体制决定了美国法院拥有对政府行为的违宪审查权，为企业和个人寻求美国国内司法救济提供了路径。2019 年 3 月，俄罗斯寡头奥列格•德里帕斯卡在美国哥伦比亚特区联邦地区法院对美国财政部及其部长、OFAC 及其负责人提起诉讼，指控被告滥用执行经济制裁的权力，请求法院禁止被告滥用权力的行为，并将其从 SDN 名单中移除。在起诉书中，德里帕斯卡提出了如下指控：将其纳入 SDN 名单的行为属于美国行政程序法下的任意和反复无常的行为，证据不足，且没有提前告知，滥用执行经济制裁的权力，违反美国宪法第五修正案关于正当程序的相关规定和美国行政程序法。哥伦比亚特区联邦地区法院驳回了德里帕斯卡的请求，德里帕斯卡又上诉至美国哥伦比亚特区巡回上诉法院。2022 年 4 月，美国哥伦比亚特区巡回上诉法院根据“按惯例”（Per Curium）判决驳回。在驳回德里帕斯卡的上诉时，法院认为，首先，指定德里帕斯卡有适当的证据支持，OFAC 为指定德里帕斯卡提供了广泛的理由，并得到了行政命令的支持；其次，尽管德里帕斯卡不再拥有与他有关联的两家能源公司，但法院支持 OFAC 的指定，即德里帕斯卡继续“经营”这两家公司。尽管被判决驳回，该案仍然为个人对抗美国政府行为提供了实践经验。同时可以看到，尽管根据正当程序要求，OFAC 保留了对 SDN 指定提出质疑和撤销 SDN 指定的程序，但这是一个严格的过程，很少有申请者成功。如果被拒绝，申请人有权向地方法院法官等司法系统提出上诉。利用美国国内法院的司法救济是企业和个人可以诉诸的途径，当事方可以向美国国内有管辖权的法院提起诉讼，请求法院一并对美国的单边金融制裁行为进行违宪审查。

四、结语

制裁与反制裁的挑战与规避，既是国家法律制度的较量，也是国家综合国力的较量。近年来，面对百年未有之大变局和中华民族伟大复兴进程中的制裁风险和挑战，中国正高度关注美国乃至全球范围内单边金融制裁立法及实施动态，加强对单边金融制裁的对策研究，以应对来自他国的单边金融制裁，并在合法限度内形成反单边金融制裁措施的中国路径。作为正面应对的司法路径，中国可以优先寻求达成司法和解协议；在被列入他国单边金融制裁清

单后，可以通过行政复议申请除名；谨慎适用司法救济，将制裁发起国诉诸 WTO 争端解决机构，或者向国际法院提起诉讼，中国企业和个人也可以通过国内法寻求司法救济。作为替代解决的规避路径，中国可以使用加密货币或特殊用途工具，通过替代性交易媒介替代美元交易支付，规避美国基单边金融制裁，从而进一步丰富我国反单边金融制裁法律工具箱。

RCEP 背景下中国金融数据跨境流动的因应

崔嘉蕙[1]

摘要：数据是数字时代的重要生产元素，金融数据治理事关我国的金融安全、金融数据资产的价值发掘及我国数字经济的健康发展，但是现阶段各个条约对于金融数据的定义存在空白。RCEP 确立了数据自由流动的原则，同时也关注到成员国经济发展水平的差异，故提出“原则+例外”的规定。基于 RCEP 的规定下，各成员国基于数据流动需求与保护程度不同，对协议条文有不同的解读并采取相应的措施，运用规范分析和比较分析的方法，探究 RCEP 各成员国对金融数据跨境流动的规制现状。在 RCEP 框架下，兼采各成员国的行之有效的做法，我国应采取构建统一的金融数据跨境流动监管制度、完善金融数据跨境流动分类分级制度等措施，以此推动我国金融数据跨境流动规制走向成熟。

关键词：RCEP；金融数据；数据跨境流动；数据安全

2018 年，我国数据量达 7.6ZB，预计 2025 年将增长至 48.6ZB.在全球的数据总量中，占比从 23.4%变为 27.8%，将成为世界第一数据大国。至此海量的数据既是丰富的财富，但同时如果这么大量的数据不能以科学的管理予以规制的话对于国家的长期发展的危害是灾难性的。2024 年 9 月 13 日服务贸易发展论坛发布的《数字贸易发展与合作报告 2024》显示，2023 年中国数字服务进出口总额达 3666 亿美元，同比增长 3.5%，较上年上升 0.3 个百分点。报告显示，中国数字贸易稳步增长，规模再创新高。党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》指出：加快建立数据产权归属认定、市场交易、权益分配、利益保护制度，提升数据安全治理监管能力，建立高效便利安全的数据跨境流动机制。完善跨境数据流动相关法律法规，建立高效便利安全的数据跨境流动机制，就成为当务之急。

一、金融数据的定义的确定

目前对金融数据的定义和厘清并没有一个统一的或者权威的解释，却大致存在两种为典型的误解，一是笼统的作用于金融活动的数据称为金融数据，二是聚焦数据中的个人信息，并将金融数据中的个人数据统称为金融数据。前者的问题在于仅基于数据产生的场所而笼统地纳入金融数据的领域，这种不具有差异化的区分会提高构建针对性策略的难度。如 RCEP 在第 8 章附件一第 1 条规定任何有关金融性质的数据为金融数据。[2]后者仅关注到金融数据

[1] 崔嘉蕙，女，1999 年 11 月生，汕头大学法学院硕士研究生，广东省汕头市澄海区翠峰路汕头大学东海岸校区，13539307291，23jhcui@stu.edu.cn。

[2] 《区域全面经济伙伴关系协定》第 8 章附件一第 1 条规定，金融服务指一缔约方的金融服务提供者提供的任 何具有金融性质的服务。

中个人信息数据的保护，而忽略金融机构的能动性。CPTPP 中对金融数据的具体定义并未就文字体现，但是根据在 CPTPP 金融章节数据流动的发生场景，可以得出 CPTPP 对金融数据的理解停留于金融机构满足日常经营过程中数据处理需要，[3]这正是误解一的体现。这种界定实质上是将金融数据限定为金融机构控制和处理的数据，同时将金融数据内容扩大至所有数据类型，甚至包括日常事务处理信息和电子邮件，即只要是金融机构控制的数据都属于金融数据。[4]

金融数据既包括涉及个人信息的个人数据，还包括企业数据以及相关监管部门的政府数据；既包括作用于金融交易如证券交易的账户交易、交易指令等，还包括作用于交易过程风险分析与评估的数据，如客户信用记录、交易记录等，也包括涉及监管治理的数据，如行业统计数据等；既包括经过匿名化处理的数据，也包括未经处理的原始数据；既包括涉及敏感信息的敏感数据，也包括可以公开的一般数据。以上，根据不同的数据类型群，金融数据与其他维度的数据概念交叉重叠，致使金融数据的概念难以确定。上述对金融数据的列举，可以概括三个共同点，一是主体的金融性，即包括最基础的金融机构，还包括监督管理数据的处理、传输、存储的监管部门。关于个人是否能成为金融数据的主体，根据中国人民银行在《金融数据安全数据安全分级指南》[5]以及 CPTPP 协议[6]将金融数据限定在金融机构，可以得知主流的观点将金融数据的主体聚焦于金融机构，但是基于金融数据产生于金融活动中，金融活动是指金融活动是指银行、证券、保险等金融机构或者个人以赚取利润或获得其他经济利益为目的所进行的各种金融交易和活动。笔者认为金融数据的主体也包含个人，即从事金融活动的个人。二是功能的金融性，金融数据的基于金融交易与金融监管而产生的，其直接或者间接作用于金融活动。如证券发行及交易记录、保险承保记录等。三是场所的金融性，即金融数据是在金融体系内处理和流通的数据。个人身份数据、健康 数据、企业登记数据等在金融体系内处理时自然属于金融数据，但当其被行政机关收集处理时则属于政务数据。只有同时满足上述三项特征，才属于真正意义上的金融数据。

二、RCEP 对金融数据流动规制的规制

国际主要有以下三种模式的金融数据跨境规制模式，一是以美国为主导的，拥有发达的数字贸易水平并且极力追求数据自由流动的模式；二是以欧盟为主体的，注重保护隐私保护，数据自由流动次之的模式；三是坚守“一带一路”国家主权与发展利益，鼓励金融数据跨境流动的中国—东盟模式。[7]而中国—东盟模式对于金融数据跨境流动的规制主要在 RCEP 的协议中体现。

---

[3] 王喆：《CPTPP 金融数据跨境流动规则探析 ——基于与 RCEP、USMCA 金融数据流动性要求的比较》，载《时代经贸》2024 年第 1 期。

[4] 袁康：《金融数据治理的分层与耦合》，载《法学杂志》2024 年第 3 期。

5《金融数据安全数据安全分级指南》，JR／T 0197--2020。

6 《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第 11 章金融服务，11.1 规定，金融机构指根据其所在领土所属的缔约方的法律获准开展业务并 按金融机构接受监管或监督的任何金融中介或其他企业。

7马尚琦：《FTAs 中金融数据跨境监管规则及中国方案》，载《金融法苑》2024 年第 2 期。

《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）关于金融数据跨境流动规制并没有设置专章进行描述，主要集中于第八章及其附件一以及附件二与第十二章，并且规制金融数据跨境流动内容相对分散，分散于第八章与第十二章的各个部分。RCEP 相关规则的分布与 CPTPP 高度 相似，将金融数据相关规则与电子商务、数字产品贸易相关数据规则相区别，便于区分二者在数据流动性要求方面的差异，这也在一定程度上体现出协定对金融数据跨境流动谨慎的态度。

（一）金融服务与电信服务章节及其附件

虽然 RCEP 的第八章主要聚焦于金融服务和电信服务，但其中也涉及与数据跨境流动相关的内容，特别是在金融数据的传输和处理方面。第一，金融服务数据跨境流动的审慎态度。RCEP 对金融服务数据予以特别规定，要求保障日常运营所需数据的正常传输和处理。同时，RCEP 也认可了各国出于监管或审慎原因所制定法律法规的正当性。这体现了 RCEP 在金融数据跨境流动方面的审慎态度。第二，电信服务中的数据跨境传输。在电信服务方面，RCEP 可能涉及与数据传输相关的网络设施、技术标准、数据保护等内容。这些规定有助于确保电信服务中的数据跨境传输的安全性和合规性。

（二）电子商务章节

首先，数据跨境流动原则 RCEP 在电子商务章节中原则上倡导和鼓励“跨境数据自由流动”。这一原则旨在促进缔约方之间的电子商务以及全球范围内电子商务的更广泛使用，为电子商务的发展创造一个信任和有信心的环境。其次，例外规定。合法公共政策目标例外原则，RCEP 允许各缔约方基于自身合法公共政策目标，采取或维持与 RCEP 禁止计算设施位置本地化和限制跨境数据自由流动原则不符的必要措施。这一规定为缔约方在维护国家安全、公共利益等方面提供了灵活性。例如，RCEP 第十二章第 14 条规定禁止以数据本地化作为贸易条件，第十二章第 15 条重申支持参与国为保护基本安全利益与实现公共政策对数据进行规制的例外情形。[8]然后，基本安全利益例外原则。RCEP 还允许各缔约方基于自身基本安全利益，采取或维持任何与 RCEP 禁止计算设施位置本地化和限制跨境数据自由流动原则不符的必要措施。这一规定进一步强调了国家安全在数据跨境流动中的重要性。最后，特定成员国的过渡期。RCEP 充分考虑到个别国家发展的差异性，为一些数字经济发展水平落后、跨境数据流动规制严重滞后的特定成员国规定了过渡期以及例外条款。例如，柬埔寨、老挝、缅甸等国在 RCEP 协定生效之日起五年内没有被强制要求适用某些关于数据跨境流动的条款。

三、RCEP 缔约国对金融数据跨境流动规制的做法

RCEP 的成员国覆盖了全球约 30%的 GDP，但是 RCEP 成员国包括发达国家以及发展中国家，其经济发展水平和阶段存在显著差异。每个国家都有不同程度的兴趣和抱负，对于

[8] 《区域全面经济伙伴关系协定》第 14 条计算设施的位置；第 15 条通过电子方式跨境传输信息。

RCEP 协议关于金融数据跨境流动的需求以及解读存在差异。因此了解各个成员国在 RCEP 协议背景下对于金融数据跨境流动的规制也能对我国相应措施提供思路。

（一）新加坡

数据存在的三种形式包括处理、存储和传输，以上三种是数据流动的全过程。

2023 年 3 月 23 日，英国智库 Z/Yen 和中国（深圳）综合开发研究院联合发布的第 33 期全球金融中心指数（GFCI 33），新加坡再次成为世界第三大金融中心。同时新加坡在 2022 年成为世界第四大资产管理中心，排在纽约、伦敦和波士顿之后。新加坡的世界金融中心地位凸显，其世界科技和数据中心的地位日益增长。因此进一步追踪新加坡金融数据跨境流动的规制，可以为我国金融数据跨境流动规制提供“他山之石”。以下对新加坡颇具特色的规制进行分析。

新加坡于 2012 年颁布的《个人数据保护法》（PDPA）规定，本国数据只允许发送到与本国拥有相当水平的数据保护的接受国。2021 年新加坡对 PDPA 进行了修订，对数据跨境传输的规则进行了明确和细化。强调在将个人数据传输到其他国家之前，数据控制者必须确保接收国能提供与 PDPA 相等或更高级别的保护，旨在保证个人数据不会因为跨境传输而降低保护标准。新加坡的这种做法显示了对数据保护的重视以及对国际商务和技术趋势的响应。该规定是否违反“非歧视原则”，本文先按下不表，但是基于该规定可以得知，新加坡加入了亚太经合组织主导的跨境隐私规则体系（Cross-Border Privacy Rule system，CBPR）和隐私识别处理体系（Privacy Recognition for Processors system，APEC PRP），在其追求数据的高速跨境流转的同时，注重数据安全的保护，特别是金融数据中个人资料的保护，貌似新加坡更加偏向于欧盟模式。

另外，新加坡社会治理以及人民行动党执政的重要环节是社区治理。其坚持“小政府—大社会”的社会治理模式，将社区服务这一最小的“组织细胞”融入到政府治理当中，在金融数据跨境流动当中发挥社区人民的力量，成立社会融合项目。准备“数字化准备蓝图”，为数字化社会提供全面指导，要求进行技术设计和改造，以扩大和增强数字接入的包容性，计划通过一系列的数字能力教育来推荐数字培训。我国腹地辽阔人口众多，庞大的人口可以是治理的难点，同时也可以是突破点，对于社区的盘活新加坡做法也许值得参考。

（二）韩国与印度尼西亚

韩国与印度尼西亚均以法律的形式明确规定对数据跨境流动进行严格的限制甚至是禁止。例如，韩国的数据保护法规，对医疗健康数据的处理和传输设有严格的限制，特别是韩国《个人信息保护法》（PIPA）和相关的医疗法规。韩国要求个人必须明确同意其医疗信息的跨境传输，只有在必要时才允许跨境传输医疗健康数据（如为了国际医疗合作或特定的医疗治疗），并且传输前必须确保接收方有足够的安全措施来保护这些数据。印度尼西亚《2019 年第 71 号条例》对公共部门数据的跨境传输设立了禁止性规定。如公共部门持有的

数据不得传输到境外，以保护国家的关键信息资产。此外，该条例要求所有公共部门的数据在境内存储和处理，以强化对这些数据的控制和管理。只有在特定条件下，经过相关政府部门批准，才允许对这一规则进行例外。韩国和印度尼西亚对于数据跨境传输的限制，体现了各国在个人隐私保护和数据安全方面的不同法律立场和政策选择，这些限制旨在控制敏感信息的流动，减少数据泄露的风险，保护国民的隐私权。

四、中国对金融数据跨境流动的因应

我国多部法律法规都强调“促进数据跨境安全、自由流动”，数据安全当然的处于第一等级，其次才是数据“自由”。[9]因此我国基于 RCEP 框架下金融数据跨境流动的策略主要有以下四个方面：

（一）构建统一的金融数据跨境流动监管制度

我国当前关于金融数据出境的监管制度较为分散，尚存部分模糊地带。特别是我国对于金融数据跨境流动规制的法律法规及其规范文件繁多且分散，截至目前共有《网络安全法》、《数据安全法》、《个人信息保护法》、《数据出境安全评估办法》、《个人信息标准合同办法》、《个人信息保护认证》、《促进和规范数据跨境流动规制》、《数据安全技术 数据分类分级规则》、《中国（天津）自由贸易试验区数据处境管理清单（负面清单）》、《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区条例》以上。上述规范性文件的法律效力位阶不同，针对数据出境的法律规范与各类国家、行业性标准之间缺乏衔接，导致金融机构数据出境时没有统一的依据与模式。由于金融数据类型复杂，涉及领域广泛，涉及的主体也更多样、边界更为模糊，实践中可能遇到更为复杂的法律问题，仅依靠当前较为原则性的数据出境规则难以有效解决相关问题。

因此，我国金融数据跨境流动规则的构建，宜考虑在现有整体框架下，赋予行业监管机构制定统一金融数据流动规则的权限，构建起有针对性、可落地的规则体系，并做好与上位法律规范的衔接。具体而言，宜由证监会牵头对金融数据的跨境流动规则进行专项研究，在遵循现有一般性规则的前提下，就金融数据的跨境流动细则进行指引性规定。例如，就金融数据跨境的典型场景进行研究，梳理出不同场景下的重点合规问题并进行细化指引。此外，在遵循统一的跨境申报文件模板的基础上，还可探索完善适用于金融行业的申报文书样式，增强可操作性，提高数据跨境流动合规工作效率。[10]

其次，在构建统一监管制度的框架下，需要一定灵活性，我国可以针对一些经过专家学者论证大抵能行之有效的措施应用于试点当中，特别是我国粤港澳大湾区的金融数据跨境流动中，由于粤港澳大湾区有着“一国两制三法系”的特点，实际上是我国与世界接轨、适应融合的平台。湾区能使得我国金融数据跨境流动制度政策实现“软着陆”，我国域内规则与

[9] 霍俊先：《DEPA 数据跨境流动：规制差异与中国因应》，载《国际经贸探索》2024 年第 3 期。
[10] 王洪涛，孙璐，熊友根，赵靖：《我国证券数据跨境流动的监管路径探索》，载《证券市场导报》2024 年第 9 期。

国际标准的接轨，减少与避免不同法域间的规则硬冲突，同时，对于国际数据要素市场的建立，可以视为是一种正向反馈。[11]

（二）完善金融数据跨境流动分类分级制度

2021 年 9 月正式施行的《数据安全法》明确规定[12]，国家建立数据分类分级保护制度，提出鉴于数据在现代经济社会中的不可或缺性，及数据面临篡改、损坏、非法泄露或不当获取与使用的潜在威胁，这些威胁可能对国家安全基石、公共利益福祉，乃至个人与组织的合法权益构成不同程度的危害，我们亟需对数据实施一套科学严谨的分类分级保护体系。

2024 年 10 月 1 日起正式实施的《数据安全技术 数据分类分级规则》明确数据分类与分级的基本原则，包括业务相关性、数据敏感性、风险可控性等。具体而言，数据分类应根据业务特点和数据属性进行划分，如个人信息、商业秘密、国家秘密等；数据分级则应根据数据的敏感性、重要性和潜在风险进行划分，如一般数据、重要数据、核心数据等。

这不仅为金融数据的跨国传输铺设了顺畅之路，也为国际金融业务的顺利开展奠定了坚实基础。在决定数据是否可归入低风险跨境流通范畴时，需全面审视数据的实际应用场景、潜在风险及国际法律框架等因素。数据的流通不应被僵化的地域或政治界限所束缚，而应依据数据的本质特性和实际需求进行适度调控。举例来说，金融机构在跨国协作中共享的市场情报及分析报告，尽管蕴含重要价值，但只要被判定为低风险，便能在合法合规的框架内自由流通。因此，在构建金融数据分类分级体系时，必须深入考量金融机构对数据的高度依赖以及数据本身的敏感程度。在制定金融数据跨境流动规则时，需力求在个人隐私保护、市场秩序维护以及数据跨境流通促进之间实现精妙平衡。简而言之，通过实施精细的金融数据分类分级策略，配合灵活的管理方案及先进的技术防护措施，我们能够高效管理金融数据的跨境流动，同时确保数据安全和个人隐私得到妥善保护。

（三）加强数据匿名化处理技术

推广去标识化措施是应对当前数字化金融环境中个人信息保护挑战的一个重要策略，加强数据安全的技术保障是数据跨境自由流动的又一前提。[13]在金融数据处理中，去标识化技术不仅能促进数据的有效运用，还极大地提升了个人金融信息的保护水平。从技术视角出发，去标识化意味着在保障数据可用性的基础上，去除或调整能直接或间接指向数据主体的信息。常用方法包括数据脱敏、伪装及聚合处理。例如，用算法替换姓名、身份证号等直接标识为匿名标识，减少数据与个人关联的风险，或将个人数据聚合，避免通过分析再识别个体。这些举措在大数据分析及数据共享中扮演关键角色，有效降低了个人金融信息泄露的可能性。

---

[11] 邵怿：《跨境数据流动规制的自由化与本地化之辩》，载《政法论丛》2023 年第 5 期。

[12] 《国家数据安全法》第二十一条规定，国家建立数据分类分级保护制度，根据数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，对数据实行分类分级保护。国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，加强对重要数据的保护。

[13]张学博，王智韬：《RCEP 数据跨境流动规则与中国数据跨境流动立法研究》，载《特区实践与理论》2021 年第 1 期。

《规范》规定在共享或转让已经过去标识化处理的个人金融信息时，可以无需事先征得个人的明确同意，但这一操作的前提是必须确保接收方无法通过这些信息重新识别出数据主体的身份。虽然这一规定是推荐性行业标准，尚未具有强制法律效力，但已经有地方性法规（如《深圳经济特区数据条例》）将去标识化纳入法规。此外，去标识化技术还能助力金融机构减轻因数据外泄所带来的法律负担和经济损失。在跨境金融数据传输场景中，去标识化能够有效捍卫个人信息安全，同时减少触犯数据保护法律的风险。这既是对客户隐私权的维护，也彰显了金融机构的信誉度和合规管理水平。

（四）关键数据本地化

数据本地化是近两年在学术界比较热的学术研究点。学术界对于数据本地化是否具有正当性的争议不绝于耳，RCEP 原则上禁止数据本地化措施。RCEP 第 12 章第 14 条第 1 款和第 2 款涉及计算设施的位置，涵盖了各成员国对于计算设施的使用或位置可能采取的措施。该条款是为了防止各成员国单方面对数据跨境流动设置障碍，以维护数据跨境流动的自由性。这也意味着禁止强制性地要求数据在特定国家的计算设施内存储或处理，以保护数据跨境流动的权利。

但 RCEP 实行公共政策目标例外原则。在 RCEP 框架下，各成员国在推进数据跨境自由流动时，被允许根据自己的公共政策需求实施与 RCEP 原则不完全一致的措施，这为计算设施位置本地化以及数据跨境传输的例外提供了法律依据。根据 RCEP 第 12 章第 14 条第 3 款和第 15 条第 3 款的规定，允许各成员国基于自身的基本安全利益采取或维持与 RCEP 禁止计算设施位置本地化和限制数据跨境自由流动原则不符的必要措施，同时其他成员国不得对此提出异议。

根据本文第三部分可以得知 RCEP 成员国中也有一些国家倾向于数据本地化的措施，我国基于 RCEP 的“原则+例外”规制下，也具有对于关键数据本地化的可能性。

五、结语

2013 年美国“棱镜门”事件发生后，戳破了数据滥用与数据监视的“窗户纸”，世界各个地方纷纷实施了一系列的措施限制数据跨境流动，但是世界经济持续下行，释放数据的价值特别是金融数据，是拯救经济形势的重要举措。自 2021 年中国加入《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP），即是 RCEP 重要的成员国之一，基于 RCEP 框架背景下，我国对于金融数据跨境流动的规制不仅需要受到协议条款的约束，同时我国针对 RCEP 复杂重叠协议的“意大利碗”，[14]制定出我国充满“中国智慧”金融数据跨境流动的方案推向 RCEP，将金融数据跨境流动的中国—东盟模式推向世界！

[14] Lin Lifei：《Deciphering RCEP　a deep dive into financial services treaty language in the Asia-Pacific》，载《 Asia Pacific Lae Review》2024 年 12 月。

全球行政语境下的国际金融机构制裁

——基于资金流制裁和信息流制裁的对照研究

黄健昀

摘要：国际金融机构实施的制裁是组织所享有的非对称性权力和单方支配性关系，并非传统意义上的国际制裁。经济全球化带来了全球范围内跨国规制急剧扩张，跨国法律规制通过正式或非正式的治理网络联系起来。国际金融机构制裁存在于独立于主权国家之外的全球行政空间之中。这其中发展出两种非典型的金融制裁模式。针对资金的使用过程中存在欺诈和腐败行为，世界银行依据自身规则行使裁量权式的制裁。SWIFT 系统中所进行的制裁则是通过对信息流的传递和处理涉及自身行业标准，通过信息不对称的优势在国际清算环节实施制裁。国际金融机构能够实施制裁很大程度是由于组织机制和法律发生变迁所致。时空改变和活动重心变化能够引起组织制度和法律的变迁，却不能证明国际金融机构制裁功能的合法性与正当性。国际金融机构制裁实施必须在成员授权基础上，接受组织宪章根本精神和国际法基本原则的检验。

关键词：国际金融制裁；国际反腐败；国际清算；全球行政法；法律变迁

目次

一、国际金融机构与国际金融制裁概述

二、两类国际金融机构制裁机制及制度特征

（一）世界银行制裁：基于资金流所行使的裁量

（二）利用 SWIFT 制裁：基于信息流的行政闭环

（三）国际金融机构制裁的本质及非典型性

三、全球行政法的滥觞与国际金融机构制裁

（一）国际金融机构的制裁功能与法律变迁

（二）全球行政空间中的国际金融机构制裁

四、国际金融机构制裁的法律限制及应对

（一）国际金融机构制裁的合法性及其限制

（二）国际金融机构制裁的制度和法律应对

五、结论

一、国际金融机构与国际金融制裁概述

金融指的是货币资金的“融”和“通”两类活动。[①]当资金融通跨越国境或司法辖区（jurisdiction），就构成了国际金融活动。国际金融活动最早是伴随着国际贸易而产生。跨国贸易开展之后，商品交换需要有一种被共同接受的货币作为支付手段。本国货币需要兑换为他国货币完成交易。因此国际汇兑便是最初的国际金融活动。资本主义生产方式建立后，国际贸易在全球范围内的扩展带动了国际金融活动的发展。一方面，国际金融市场初步形成并联系日益紧密；另一方面，贷款、股票、债券、保险、期货、期权等金融工具层出不穷，丰富了国际金融活动。国际金融活动的发展呼吁全球统一监管制度和规则的形成，国际金融机构应运而生。国际金融法是建立在国际金融机构规则的基础上伴随着机构间、机构与国家间金融合作与交往形成的规则体系。此外，跨境的资金活动无外乎流入（inflow）和流出（outflow）两种状态，又可划分为输入型国际金融活动和输出型国际金融活动。[②]国际金融机构可以根据资本流入和流出的情况来统计跨境资本流通的状态，也可以根据流量差额判断一个国家的金融管制措施是否合理。[③]

很长的一段时间内，国际金融机构并未获得实施国际金融制裁的任何授权。国际金融制裁也并未成为当前制裁工具箱中的“大杀器”。“二战”之前和战争期间的国际金融制裁是以冻结敌国在本国的资产为主。“二战”后伴随着美元霸权的崛起，美国频繁使用金融制裁实施对外战略、重塑全球竞争格局。美国的金融制裁手段包括冻结或取消被制裁国的双边援助款项或在国际金融机构融资的资格、切断美元获取能力和石油美元的渠道、禁止全球金融服务机构与被制裁对象进行交易以及制裁对方国内银行体系等。[④]其中影响力最大的制裁形态是“次级制裁”（secondary sanction），即美国将那些与被制裁国进行经济往来的第三国的个人或实体列为制裁对象。[⑤]全球金融一体化和互联网信息技术革新使金融制裁成为美国常态化的外交手段。美国凭借其金融霸权和美元霸权消除了阻碍实施金融制裁的各项因素。

美国的金融制裁对其国际金融机构产生了示范效应。在融和通的国际金融活动、资金流入和流出二分的框架结构之上，国际金融机构独立地以融资和流通为枢纽、以流入和流出的介质为媒介，实施金融制裁。前者以世界银行制裁机制为代表。美国主导着“二战”以来的国际金融秩序，并对“布雷顿森林体系”下形成的国际组织享有绝对控制权。世界银行集团在上个世纪 90 年代建构起来的反腐败制裁机制及决策机构，是在美国前司法部长汤姆布格等人的倡议之下设立。后者则以利用 SWIFT[⑥]制裁为代表。“9 • 11 事件”发生后，美国将国际金融变为反恐战争的前线。资本具有全球流动的特性，单凭美国一家执法打击恐怖主义难

---

① 黄达：《金融、金融学及其学科建设》，《当代经济科学》2001 年第 4 期，第 3 页。
② 唐应茂：《国际金融法：跨境融资和法律规制》（第二版），北京大学出版社 2020 年版，第 33-34 页。
③ 国际货币基金组织定期对国际资本流动进行统计和监测，统计口径包括外商直接投资、投资股票带来的资本流动、投资债券带来的资本流动以及其他形式的资本流动。
④ 参见徐以升、马鑫：《金融制裁：美国新型全球不对称权力》，中国经济出版社 2015 年版，第 47-56 页。
⑤ 刘建伟：《美国次级经济制裁：发展趋势与常用对策》，《国际经贸评论》2020 年第 3 期，第 114 页。
⑥ 即“环球银行间金融通信协会”（Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication），本文均以简称称呼该组织。

以奏效。利用专业性的国际金融机构的治理网络可以无限放大美国的国家权力。凭借自身在国际政治的影响力和国际金融中的国家实力，美国逐步掌控了 SWIFT 等国际金融机构的主导权，利用组织资源开展国际金融制裁。

当前，国际金融制裁不单单由国际社会成员依据本国的国内法实施，还发展出依托国际金融机构实施的具有“正当性”的制裁。国际组织这一制度设计之初是基于成员国的意志，为了解决单个成员无法解决的跨国性问题而存在的。[①]国际金融机构的权力来源似乎不单单取决于成员国的授权，而是源自更深层的组织性特征。国际金融机构日渐远离最初定位，不断增加的国际金融制裁仍缺乏有效的法律约束。有鉴于此，本文以基于资金流为代表的世界银行制裁和基于信息流为代表的利用 SWIFT 制裁为考察对象，审视国际金融机构制裁的制度设计、正当性与合法性基础以及深刻影响。本文旨在表明，由于国际组织内部的法律变迁，国际金融机构实施制裁创设了一个独立的公共行政空间，无形中扩大了组织的规制权范围、成为实现精英主义治下目标愿景的工具，其本质不同于任何传统意义上的国际制裁。

二、两类国际金融机构制裁机制及制度特征

尽管国际金融机构的成立宗旨与活动领域不尽相同，但是它们在金融制裁活动存在较大的相似性。国际金融机构总是围绕着某一类国际金融活动进行规制和调整，试图在行业内构建专业性的垂直监管体系。面对来自国际社会相同的挑战，国际金融机构与其他主体已到，成为全球事务的管理者和参与者。通过对某一领域国际金融活动所具有的影响力，国际金融机构将自身的价值和行动原则渗透进组织成员关系内部。国际金融机构实施的制裁包括控制资金流和信息流的两大类金融手段。以反腐败、反欺诈以及人权、环境、民主为核心的观念，随着实践的发展被纳入国际金融制裁的制度体系当中。这一变化不仅深刻地影响国际金融机构的组织运作，同时也极大地影响着国际金融秩序。

（一）世界银行制裁：基于资金流所行使的裁量

广义上的“世界银行”包括五个机构，即国际复兴开发银行、国际开发协会、国际金融公司、多边投资担保机构和国际投资争端解决中心；中观意义上的“世界银行”仅包括国际复兴开发银行和国际开发协会；而狭义上的“世界银行”是国际复兴开发银行的同位语。[②]这其中，国际复兴开发银行和国际开发协会主要负责开展与发展中国家政府的合作。国际金融公司、多边投资担保机构则是与私营部门进行合作并提供资金技术等多种帮助。国际投资争端解决中心具有争端解决属性，并不承担其他特殊职能。本文所指称的“世界银行制裁”是一个合成概念，特指国际复兴开发银行和国际开发协会所实施的制裁。

世界银行的角色自“二战”后诞生至今已经发生了几轮变化。最初从协助西欧国家战后恢复重建到为发展中国家提供低息贷款和财政援助，再到推动全球减贫而逐渐发展出反腐败

[①] [美]巴里·E. 卡特、艾伦·S. 韦纳：《国际法》（上），冯洁菡译，商务印书馆 2015 年版，第 178 页。另见 Lorenzo Gasbarri, *The Concept of an International Organization in International Law*, Oxford University Press, 2021, pp. 19-32.

[②] 廖凡：《国际金融法学的新发展》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 250 页。

制裁制度，世界银行所承担的全球治理任务和职责不断增多，日渐成为参与全球治理的重要机构之一。[①]20 世纪 90 年代正式建立起的反腐败制裁机制，有效降低了世界银行重点援助项目资金使用的欺诈、腐败和共谋问题。与之配套的《反腐败指南》[②]和《制裁程序》，规范了世界银行制裁决定的程序合法性，提高了世界银行制裁的强制性和威慑力。世界银行得以通过银行贷款作为资源和杠杆，通过资金流发展起来的制裁强化自身价值倾向。这让世界银行日渐成为一个推动特定社会政策的公共机构。世行的制裁具有某种“连坐”属性，如果某一对象被世界银行宣布实施制裁，则其永久地或在一定期限内被取消参与世界银行资助项目的竞标资格。

世界银行的制裁功能是随着业务的开展而逐渐发展起来的，并非自其诞生之时便存在。西欧恢复重建任务完成后，世界银行的活动重点在于减少贫困，实现发展中国家的可持续发展。贫困国家由于缺少资金和技术的支持而无法完成基础设施建设。世界银行通过借款和资金资助一些重点项目能够促进发展中国家和贫困国家的经济社会发展、增强造血能力并实现经济转型。而腐败问题的存在则无法让资金真正用于发展项目、无法到达真正需要资助的关键节点之上。腐败行为严重地阻碍了世界银目标和宗旨的实现。腐败行为和腐败问题通常发生于借款国国内，属于成员国主权范围内的事务。《国际复兴开发银行协定》制定之初便规定了银行不得干涉成员方国内的政治事务，银行的决定也不能受政治因素的影响。[③]囿于此，世界银行在很长的一段时间内将腐败问题视为政治问题，不会主动对其进行干预。

经济全球化深入发展，世界银行开始注意到经济发展与成员国国内治理之间具有密切关联。世界银行要求借款国加强问责制度，建设起有利于经济发展的法律框架，同时促进信息公开和提升政府透明度。腐败是造成世行项目失败与经济发展困顿的重要原因。对腐败问题的整治由此被提交世界银行的内部决策机构内进行讨论。自此以后，全面预防和打击反腐败作为一项基本原则，贯彻到世界银行借款条件、款项使用、项目建设和自身的机构建设等各个方面。世界银行的制裁范围已经从项目中的工程、货物和服务的采购，扩展到几乎所有涉及世界银行资金使用的机构与行为之上。围绕欺诈和腐败行为建立起来的制裁机制，既是世界银行为了确保资金用途正确、实现既定目标的保障，也在于规范和指引今后项目开展过程中的资金使用和各方行为。

1998 年“制裁委员会”的成立标志着世界银行反腐败制裁制度正式形成。设立之初，制裁委员会由五名世界银行员工组成，负责审查关于不当行为的指控，并向世界银行集团总裁提出是否以及如何制裁的建议。[④]2001 年，世界银行又在制裁委员会之下成立“廉政局”，

[①] 陈一峰：《世界银行与全球管理主义——对世界银行〈环境与社会框架〉的思考》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 6 期，第 68 页。

[②] 该文件的全称是《关于预防和打击国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷和赠款资助项目中的欺诈和腐败行为的指南》。

[③] 参见朱杰进、向晨：《世界银行的反腐败标准及其对金砖银行制度建设的启示》，《国际观察》2017 年第 4 期，第 42-56 页。

[④] *See* World Bank Group Sanctions Board Law Digest 2023, pp. 5-6, available at https://documents1.worldbank.org/curated/en/099015504192331566/pdf/IDU0848d3488048e0049dc097bf045c63f

专门行使反腐败和制裁事宜。随后，世界银行制裁程序在2004年前后进行新一轮的完善和改革，新设立了“资格暂停与除名办公室”，同时又进一步更新和明确之前制裁委员会职责，形成了两级制裁体系（two-tier sanctions system）。在资格暂停与除名办公室正式开展调查之前，世界银行规定应首先由廉政局接受举报并启动案件调查程序。至此，一个由廉政局接收举报初步调查、资格暂停与除名办公室初步决定是否发出制裁程序通知、制裁委员会审理被告人提出抗辩的世界银行制裁体系正式形成。制裁委员会对案件的审理是独立进行的，并不参考前一阶段调查所形成的结论。同时，制裁委员会采用重新审理、优势证据、归责于上和先例制度等程序规则，对是否做出制裁作出终局判决。[①]

世界银行制裁机制适用于所有世界银行投资和资助项目在使用贷款资金过程中存在的的腐败行为、欺诈行为、共谋行为、胁迫行为和妨碍行为，无论这些项目是全部使用或部分使用世界银行的资金。[②]制裁对象是那些与世界银行的贷款项目资金使用有关联的人。这些人可能是借款人、最终接受贷款的实体或个人、代理人或其他对资金使用产生影响的个人或实体。如被认定存在欺诈或腐败行为，同时考虑情节轻重，世界银行可以采取五种制裁措施：谴责信、除名、有条件不除名、有条件除名和退款/救济。[③]受到制裁的对象永久或在一定期限内，禁止该个人、公司或控制该公司的实体以及该公司控制的实体不能在世界银行资助项目中承接工程或提供货物服务。实践中，世界银行制裁针对的主体主要是那些境内银行金融机构、项目承包方和服务提供商。而从法律关系角度上看，被制裁的对象并不直接与世界银行发生法律关系。[④]它们大都是与借款人或项目承包方基于合同形成的法律关系。最终针对被制裁对象涉嫌腐败和欺诈的行为的处置，世界银行则需要通过政治或外交渠道要求借款国依据自身国内法予以处理。

世界银行将反腐败和反欺诈作为资助项目推进的重要关注点，在推动资金廉洁绿色使用方面已取得显著成效。此举不仅在世界银行内部产生重要影响，还引发其他国际和地区性的国际金融机构协同推进。欧洲复兴开发银、欧洲区投资银行、亚洲开发银行、非洲开发银行、泛美开发银行以及国际货币基金组织与世界银行一道，在2006年4月共同签署了《防止和打击欺诈与腐败的统一框架》。这七家金融机构不仅对禁止行为制裁的核心定义上进行统一规定、采取相同的认定标准，还产生连带约束的效果。[⑤]若涉嫌腐败项目其资金时接受上述

32c16b.pdf, last visited July 1st, 2024.

① 张晓君、魏祥东：《世界银行集团反腐败制裁规则和“腐败行为”定义探析》，载刘志云主编：《国际关系与国际法学刊》（第10卷），厦门大学出版社2023年版，第175页。

② *See* Guidelines On Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants, Section 7, available at https://documents1.worldbank.org/curated/en/551241468161367060/pdf/611090BR0SecM21Disclosed04113120111.pdf, last visited July 1st, 2024.

③ *See* World Bank Sanction Procedures, Article IX, Section 9.01. available at https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/Sanctions_Procedures_9_15_2010.pdf, last visited July 1st, 2024.

④ 陈一峰：《世界银行反腐败制裁机制与全球治理》，《国际法研究》2015年第6期，第82页。

⑤ *See* Uniform Framework for Preventing and Combating Fraud and Corruption, available at https://www.adb.org/sites/default/files/publication/29036/ifi-taskforce-anticorruption.pdf, last visited July 1st, 2024.

国际金融机构的资助，遭受一家机构制裁则将同时受到其他机构采取的连带措施。此外，世界银行与亚洲、非洲、欧洲和泛美等五家开发银在2010年签订的《相互执行禁止决定的协议》还规定了交叉制裁制度，一方实施的制裁在满足一定条件下同样也会为其他方所承认并执行。[①]

（二）利用SWIFT制裁：基于信息流的行政闭环

20世纪中后期以来，伴随着国际贸易快速发展，银行业和金融服务受此影响，国际结算需求不断增加。银行间支付信息传递传统方式——邮政电报——已无法满足高效性和安全性的需要。商业银行间急需建立一套更加便捷高效安全的跨境银行间支付信息交换体系。来自15个国家的多家银行开始寻求跨境支付信息传输问题的解决办法，它们在1973年在比利时布鲁塞尔共同成立了行业性的国际合作组织——SWIFT。其自身定位是一个非营利性的国际银行间组织，同时也是一套国际资金交易的金融基础设施和金融报文系统。目前已经有两百多个国家的超过11000家银行金融机构作为成员加入SWIFT。[②]SWIFT在荷兰阿姆斯特丹、美国纽约和中国香港分别设立信息交换中心，以覆盖欧洲、非洲、美洲和亚太等区域的业务。

由于抓住金融电文网络技术革命的红利，进而能够率先占据国际跨境支付领域的制高点，[③]SWIFT逐渐巩固自身在全球跨境支付体系中的垄断地位：第一，SWIFT提供了统一者电文格式，是各国银行间信息交换的标准语言。第二，SWIFT为加入该系统的每一成员提供统一的身份标识（SWIFT Code）。第三，SWIFT还为各国银行提供跨境信息通信体系，成为电文传送和处理、信息数据存储与核查的基础设施。但是SWIFT系统不持有客户基金账户或管理基金账户。[④]

SWIFT系统涉及的国际清算是国际支付过程中的一个重要环节。国际收付、清算遵循着跨境支付的基本原理，即因交易而产生的货币债权转移。跨境支付可以分为交易、清算和结算三个环节。交易指的是支付指令的产生、确认和发送；清算则是在收付款人开户机构间交换支付指令、计算待结的债权债务；结算则是根据最终的清算数据进行会计处理，完成账户间的资金划拨，并且进行最终审核。[⑤]一般来说，资金流的转移大致对应结算环节，信息流的转移则对应清算环节。实践中，资金流的清算与结算主要依靠各国国内建立起来的国际清算系统进行（如美国的CHIPS系统、中国的CIPS系统、欧盟的TARGET2系统），同时依托各国国内清算系统进行（如美国的Fedwire系统、中国的CNAPS、欧盟的ERUO1）最

---

① *See* Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions, available at https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/32774/cross-debarment-agreement_0.pdf, last visited July 1st, 2024.

② *See* SWIFT, About US, https://www.swift.com/about-us, last visited July 1st, 2024.

③ 李仁真、关蕴珈：《俄乌冲突下美欧利用SWIFT制裁俄罗斯的影响及其对中国的启示》，《国际贸易》2022年第9期，第80页。

④ 陈尧、杨枝煌：《SWIFT系统、美国金融霸权与中国应对》，《国际经济合作》2021年第2期，第84-85页。

⑤ 肖斐斐、彭博:《从原理看SWIFT：信息流是支付体系的关键》，中信证券研究部，2022年，第2页，参见https://bigdata-s3.wmcloud.com/researchreport/2022-03/a2d215956c76f664196fcf0a2d09c3f9.pdf, 最后访问：2024年7月1日。

终的资金结算。信息传递和信息传输标准设计主要依靠 SWIFT 提供的基础设施来完成。SWIFT 便是在国际清算环节建立起来的一个联通全球的封闭系统。SWIFT 建立起庞大金融通信网络以及对跨国银行业清算的垄断地位，各国对其产生了高度的依赖性。与世界银行制裁不同，SWIFT 并不直接处理资金流向，而是处理金融机构之间的信息收发和转送。因此 SWIFT 的制裁是基于信息流的权力运作，不涉及实质的资金转移。[①]基于对国际清算的控制是 SWIFT 制裁的核心，一方面，如某一成员被剔除出 SWIFT 系统则意味着无法完成清算和结算的信息交换；另一方面，SWIFT 可以根据各国对该系统的依赖性和自身所掌握的交易信息，对全球资金交易动向进行监视。

SWIFT 设立的初衷是成为一个不受任何政治力量干预、位于最广泛的国际金融机构提供专业网络通讯服务的中立性组织。SWIFT 采取的合作社形式进行组织建构，具备国际法人资格。董事会是主导 SWIFT 最高权力机构，负责组织的日常管理与运营。其内部的股权分配总是根据各个国家对 SWIFT 报文的使用情况而定，从而决定每个国家有权担任董事会董事人员的资格和人数。而长期以来 SWIFT 董事会主席大都由美国籍人士担任，25 名独立董事中仅有四人来自新兴经济体，其余全来自欧美西方国家。因此在实际运行中，受到美国霸权和地缘战略的影响、美元在国际货币金融体系中结构性权力的左右，SWIFT 逐渐成为美国及其核心盟友实施金融制裁的工具。[②]

“9・11 事件”后，美国以国家安全和反洗钱的名义，根据《国际紧急经济权利法案》授权财政部海外资产控制办公室可以从 SWIFT 系统数据中调取与恐怖活动有关的金融交易信息。美国于是便可以根据 SWIFT 提供者目标国代码获得所有国际收支信息，追溯每一笔款项的来往信息。同时美国还要求 SWIFT 停止对被列入制裁对象的实体个人或国家提供一切服务。利用 SWIFT 进行的制裁不对称地放大了美国（及其盟友）的国家权力。[③]近年来，针对朝鲜、伊朗、俄罗斯的制裁是美国利用 SWIFT 系统关闭美元贸易结算通道，对竞争国发动金融攻击的具体表现。美国利用 SWIFT 实施金融制裁，能够实现对被制裁对象的精准打击。美国自身的经济实力和美元垄断性地位，间接实现对 SWIFT 的组织决策控制和影响。一旦应美国要求剔除目标国的会员资格、删除该国家国内金融机构的 SWIFT Code，便能够实现切断全球其他金融机构与目标国国内金融机构的信息交易渠道。相应地，被制裁对象国内金融机构将在跨境业务报文和跨国清算业务成本增加，甚至难以进行。

美元的结构性权力、美元霸权以及美国在 SWIFT 中的强势地位和控制力，是 SWIFT 制裁效力的前提条件。而利用 SWIFT 进行制裁能够成功的关键在于：（1）制裁对象在跨境支付中对美元的依赖程度及其在国际金融体系中的融入程度，和（2）制裁对象自身的政治

---

① *See* Susan V. Scott and Markos Zachariadis, *The Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT): Cooperative Governance for Network Innovation, Standards, and Community*, Routledge, 2014, pp. 1-2.

② 巴曙松、闫昕、董月英：《人民币跨境支付系统与 SWIFT 的协同发展》，《国际金融》2022 年 8 月，第 6 页。

③ 翟大宇、许悦、赵丹阳：《专业性组织如何放大国家权力：美国利用 SWIFT 实施的金融制裁》，《国际经济合作》2024 年第 2 期，第 84 页。

经济稳定性以及与美国及其盟友的利益关系。[①]

2022 年 2 月俄乌冲突爆发以来，SWIFT 对部分俄罗斯国内银行的制裁引发各界关注。由于有关金融交易合法性的所有决定均通过处理这些交易的金融机构及其主管当局做出，SWIFT 做出对俄罗斯国内银行制裁的决定遵守的是比利时的国内法及其确认的欧盟法规。欧盟理事会在欧冲突爆发后随即发布了 2022/345 和 2022/879 两份条例，要求 SWIFT 先后切断与 10 家俄罗斯国内银行的连接。[②]与欧盟指令采取协同措施，美国在支付层面禁止美元跨境支付系统为被制裁的俄罗斯主体提供服务；在资金转移层面通过制裁俄罗斯央行限制俄罗斯支付体系的对外资金流动。除此之外，美国还在数字加密货币的流通领域对俄罗斯实施制裁，禁止虚拟货币交易所、虚拟钱包主机和其他服务提供商向俄罗斯提供虚拟货币交易服务，[③]从而彻底地阻止了俄罗斯的跨境支付通道。美欧的联手制裁短期内抬高了俄罗斯的行动成本、加剧了俄罗斯的金融困局，但却未能改变俄罗斯的外交政策并阻止军事行动继续进行。作为应对，俄罗斯一方面正式启用早在 2014 年“克里米亚危机”后便成立起自主研发的金融信息传输系统（SPFS），加快与美元、欧元的脱钩以降低对 SWIFT 系统的依赖。另一方面，俄罗斯则宣布在能源和大宗商品领域贸易采取卢布结算，推动与主要贸易伙伴实现本币结算。

SWIFT 得以实现制裁利用的是基于金融机构之间的信息收发转送所形成的闭环行政系统。作为专业性组织，SWIFT 的制裁形式则是通过美国及其盟友通过自身的战略考量对被制裁国行使支配性权力。SWIFT 系统的基础设施属性及其设立的行业标准，确立了自身在国际金融领域的“公共物品”属性。而欧美等西方国家利用各方对 SWIFT 的依赖以及 SWIFT 所掌握的信息流所实施的金融制裁，无异于“公器私用”。[④]在国际清算这一特定领域内，专业性国际金融机构放大国家的权力。这一行为不仅破坏了国际支付清算体系的公平性和安全性，还在很大程度上削弱了美元的信用体系，迫使各国思考如何“去美元化”、[⑤]加快国际货币体系变革的进程。

（三）国际金融机构制裁的本质及非典型性

传统国际制裁是制裁方在特定领域针对被制裁方或特定目标所实施的、基于非经济目的

[①] 陈放、苗晶良：《美国对俄罗斯跨境支付体系的制裁及其启示》，《当代美国评论》2023 年第 4 期，第 41 页。

[②] *See* Council Regulation (EU) 2022/345 of 1 March 2022 Amending Regulation (EU) No 833/ 2014 Concerning Restrictive Measures in View of Russia's Actions Destabilising the Situation in Ukraine, EUR-Lex, March 2, 2022, available at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R0345&from=EN, *See* Council Regulation (EU) 2022 / 879 of 3 June 2022 Amending Regulation (EU) No 833 / 2014 Concerning Restrictive Measures in View of Russia's Actions Destabilising the Situation in Ukraine, EUR - Lex, June 3, 2022, available at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R0879.

[③] 陈放、苗晶良：《美国对俄罗斯跨境支付体系的制裁及其启示》，《当代美国评论》2023 年第 4 期，第 32 页。

[④] 李仁真、关蕴珈：《俄乌冲突下美欧利用 SWIFT 制裁俄罗斯的影响及其对中国的启示》，《国际贸易》2022 年第 9 期，第 83 页。

[⑤] 例如, 为了绕开美国过度扩张的金融制裁, 法国、德国、英国在 2019 年联合建立了一个贸易结算支持机制（Instrument in Support of Trade Exchanges，INSTEX）帮助欧洲企业绕过美元与伊朗进行交易。

但具有经济上强制支配性的特别措施。[①]战争手段不再成为国家实现目的的唯一选择后，采用制裁手段的优先性大大提升。原先通过战争可以达到的目的，现今通过制裁也同样能够达成。从适用措施层面言，经济制裁是对国际经济活动的禁止或限制措施，涵盖了整个国际经济活动，包括货物贸易、服务贸易、国际金融、国际投资等，可具体表现进出口禁止或限制、资产冻结或禁止交易、融资禁止或限制、投资禁止或限制、禁止旅行等。经济关系是各国关系的“压舱石”，是包括政治、外交、法律在内的其他关系的基础。对一国关键经济领域、重要产业、核心技术部门实施制裁，如扼住了该国的“咽喉”。

国际金融机构根据自身所控制的资金流与信息流，探索制定了一系列相对完备且行之有效的强制性制裁规范和程序。针对那些违反本机构的禁止行为，国际金融机构将特定主体排除在自身的资金与信息构筑的联系网络之外。通过这些强制性制裁措施，国际金融机构旨在影响被制裁对象改变当前行为，做出符合预期的举措和改变。国际金融机构制裁的目的是通过制裁推进项目资金的合理使用、支付信息的规范流通。虽然冠以“制裁”之名，国际金融机构采取的制裁措根本上不同于具有法律效力和强制执行力的联合国安理会制裁。[②]安理会制裁是典型的多边制裁，本身就能够成为国际法。联合国的所有会员国都必须遵守并执行安理会决议，对被制裁国家实行严格的制裁措施。而多家国际开发银行之间集体达成交叉制裁协定则不构成多边制裁，是各国际金融机构利益共同体为共同目的所采取的协同行为。此外，国际金融机构制裁也不同于主权国家单方面做出的制裁决定。这些单边制裁的依据是该国的国内法。因此，国际金融机构制裁仅在使用金融手段的目的和影响效果上与传统国际制裁具有相似性。

国际金融机构制裁本质上属于机构内部所采取的强制性措施，并不具有外部性。世界银行制裁仅仅是针对其所资助项目相关参与方的限制性措施，针对的对象仅仅是涉及世界银行项目的参与方本身，制裁决定并不具备法律意义上的效力，也不会牵连到被制裁方所在国家及其政府官员，从而不会引起主权豁免问题。利用 SWIFT 进行制裁虽然是以 SWIFT 董事会名义做出的，但背后最终的决定因素是美国及其盟友所发挥巨大影响力。SWIFT 制裁能够切断各国国内银行与被制裁国境内的金融机构的资金联系，使得目标国家境内金融机构跨境业务报文成本大幅上升、甚至难以进行。国际金融机构依据自身的内部规则对相关主体实施制裁，这一行为属于行业组织的内部规则和纪律约束。

国际金融机构制裁由此呈现出三个“非典型性”特征。第一，国际金融机构与被制裁对象之间不存在直接关联，并不发生任何直接的法律关系。国际金融机构与被制裁对象的连结点或为资金流，或为信息流。世界银行的反腐败制裁针对的是银行金融机构、项目承包放或服务提供商等私人实体。制裁依据是它们在使用世界银行资助投资项目的贷款资金使用中是否存在欺诈和腐败行为。这一过程体现的是组织与成员国国内私人之间的间接关系。利用

[①] 柳剑平、刘威：《美国对外经济制裁问题研究》，人民出版社，2009 年，第 42 页。
[②] 王浩杰、宋艳蕊：《欧洲复兴开发银行制裁及应对举措研究》，《开发性金融研究》2022 年第 5 期，第 65-66 页。

SWIFT 实施的制裁则是在信息传输层面将被制裁国的国内银行剔除出通行的全球结算系统之外。SWIFT 和被制裁对象之间的联系是由机构所在地法律和欧盟法建构起来的联系。

第二，受国际金融机构制裁的对象通常无法实施对等的反制措施。这体现了国际金融机构制裁的不对称性，以及它们对组织资源的单方面依赖。制裁和反制裁、制裁的实施和应对、制裁方和被制裁方都属于“矛”和“盾”关系。制裁方和被制裁方的主体地位严重不平等，国际金融机构制裁中仅存在组织单方面的决定性权力。世界银行制裁中，受世界银行除名制裁的实体无法再参与世行项目的资格，无法对世界银行采取任何的反制手段。受制裁国国内金融机构对 SWIFT 存在高度依赖性，受 SWIFT 制裁意味着银行间信息传递渠道被切断，无法完成跨境支付。被制裁对象与国际金融机构的地位不平等和资源调动能力的巨大差异，使得国际金融机构制裁仅仅是单方法律行为。受到制裁的相关主体只能配合国际金融机构的要求作出改变。

第三，国际金融机构制裁形成于一个专属空间、封闭体系之中。制裁依据并非国内法、也非国际法，也不存在被正当程序监督的可能。国际金融机构制裁早已脱离组织内部职权行使的范畴，而在主权国家管辖之外直接针对私人实体行使规制权。世界银行通过对贷款活动的廉洁性进行监督，能够对成员国国内政策和法律进行强有力的渗透，将腐败问题与本国经济发展问题相结合。SWIFT 则是依赖自身强大的金融通信基础设施网络，在美国及其盟国的操纵下成为有效的制裁工具，对其他国家实行金融“核打击”。通过把控国际金融活动的不同环节，世界银行和 SWIFT 正在从传统的金融机构，转变成为实施特定社会政策、维护某种价值的行政管理主体。

总体上看，国际金融机构制裁对制裁对象及所在国家产生的影响十分巨大。一方面，世界银行针对资金流的制裁结果往往会对其他国际和地区的多边金融机构产生联动的巨大威慑，甚至会左右国际评级机构的评估，从而对制裁方及所在国家的可持续经营与发展能力造成损害。另一方面，SWIFT 所掌握的信息掌控着跨不同国家银行间的跨境支付信息，制裁决定的做出无疑能够切断被制裁国几乎全部的跨境支付，影响着银行所在国的金融安全和国内稳定。因此，对国际金融机构制裁的整体把握既要对制裁行为进行源头追溯，还需要对制裁实践进行理论规制。

三、全球行政法的滥觞下的国际金融机构制裁

当前世界环境和各国政治经济力量对比已不同于创设组织的“制宪时刻”。 变动的国际环境引起了国际金融机构法律内涵的变化。为应对这些变迁，国际金融机构在自身组织法运作上完成了科层制构建、发展出自身的官僚文化，并在此基础上乐于推行国际金融领域的软法治理。时空改变和活动重心变化引起组织制度和活动的变迁，其发了国际金融机构衍生出制裁功能。在国际政治与国际金融的交叉地带，世界银行和 SWIFT 的影响力和话语权进一步提升，活动上积极拓展组织间合作，将自身固定职能同一些重要的社会职能相联系，为配合相关活动和实现某些价值而进行制裁实践。

（一）国际金融机构的制裁功能与法律变迁

法律发生改变之前，通常会出现一个规范与现实之间暂时不一致的现象。由于规范与现实之间存在矛盾，某些成文法律规范失去了原有的意义，并且被具有新内容的法律规范所取代，这一情形称为“法律变迁”。法律变迁最早由宪法学者注意到，发生在宪法学领域内的现象称为“宪法变迁”。[①]在这一阶段内，宪法文本形式上没有变化，而现实上宪法规范的内涵发生了变化。宪法变迁本质上是应然的规范和使然的社会实际之间的一种紧张关系。法律变迁在法学领域内是一个普遍现象。由于法律的修改是民主制度周期性行使的产物，法律规范的稳定性和社会实际之间产生的缝隙在法律修改前不会自然弥合。于是便为法律变迁存在提供对生存空间。现实和规范的缓冲领域内，法律变迁是在规则稳定性与规则弹性之间的一种平衡。正因如此，法律变迁并不会随着法律规范的修改而消失，其存在时间有多长则与该法律修改的难度正相关。

修改法律或法律变迁都能导致国际法内容的变化。两者之间的显著区别是，法律修改是通过有意识的行为来实现法律条文的变更；法律的变迁则是一种在没有意图、没有意识的情况下基于事态的变化发生了一种变更。[②]法律变迁是一种无形的变化，国际法领域内的法律变迁业已发生但却长期为人所忽视。在某一个国际法调整的领域内，国家的实践、时空和语境的变化以及习惯和惯行的发展，都可能引起国际法变迁。国际组织既是各国为了实现某些合作的制度安排，又是对前一阶段国际政治经济格局的制度反映。远离组织成立之时的时空背景，国际金融机构可能无法顺利适应不断变化的国际权力格局的演化。[③]

国际金融领域的法律体系总体呈现出“前组织化”特征。意即国际金融机构自身的大多数实体规则和程序规则停留在制度设计者创制的初始阶段，并未随组织发展而进一步推进。但是国际金融机构硬件（如制度、结构）和软件（如观念、认知）所发生的法律变迁，对组织系统内部和各类国际法主体均产生影响。一方面，法律变迁是组织运行和处理日常事务过程中理念变化的凝聚。长期组织实践中形成的稳定、连贯且一致的做法，被赋予法律确信之后将成为组织今后遵守的惯行。另一方面，法律变迁是组织制度发展和机构改革正当性的来源。合法性权威、道义权威和专业权威都不依赖于成员授权。获得法律正当性背书是制度变迁得以进行的基础。在这一前提下，国际金融机构得以在新发展阶段内保持相对稳定的运行。国际金融机构的制裁功能便由此发展而来。

国际组织宪章是一类极为特殊的国际法，兼具建构国际组织和一般国际条约的双重身份。国际组织宪章一方面规定了组织机构设置和运作的内容，另一方面还规定了成员的权利与义

[①] 德国学者耶利内克系统性描述了宪法变迁的六种情况：（1）因议会、政府或法院对宪法规范的不正确解释而产生的宪法变迁；（2）因政治上的需要而产生的宪法变迁；（3）因宪法惯例而产生的宪法变迁；（4）因权力不行使而产生的宪法变迁；（5）为填补宪法漏洞而产生的宪法变迁；（6）因宪法根本精神或基本制度变化而产生的宪法变迁。参见[德]格奥尔格·耶利内克：《宪法修改与宪法变迁论》，柳建龙译，法律出版社 2012 年版。

[②] 秦前红：《论宪法变迁》，《中国法学》2001 年第 2 期，第 63 页.

[③] Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, Why States Act through Formal International Organizations, 42 *Journal of Conflict Resolution* 3, 11 (1998).

务。组织宪章与国内宪法地位、作用和功能载这两个方面极其类似。它们在自身法律语境中处于最高地位，具有最高权威；一旦确定下来，将在很长一段时期内成为各方共同遵守的行为准则。同样地，出于稳定性考虑，成文且刚性的国际组织宪章和国内宪法在修改十分困难，并受到严格的程序限制。长此以往，对国内宪法和组织宪章同时具备稳定性与僵化性两种矛盾定位，与社会变革之间存在着不和谐甚至极度紧张的矛盾情形。但还应注意，组织宪章和国内宪法的变迁结局根本不同。宪法变迁是宪法修改的必要准备工作和经验积累，变迁的结果是否合宪受到违宪审查的监督。“无政府状态”下的国际社会并不存在一个上级机构，对国际组织宪章变迁的合宪性进行审查。故而基于某种国际社会现实的变化造成的法律变迁，在具有更高的社会现实适用性的同时，极有可能成为组织自身和某些成员“正当化违宪”的借口。

国际金融机构的法律变迁影响深远。世界银行和 SWIFT 在深度参与全球治理的过程中，自身擅长领域和调整方式的特殊性逐渐向普遍性、一般性转移。国际金融机构自身的独特性越来越少，与其他国际组织的共性日渐增加。这一转变不仅渗透进与其有业务往来关系的成员国国内法律和政策之中，直接改造国际金融机构自身的法律体系的同时，还以某种方式重新塑造国际金融秩序。以世界银行和 SWIFT 为代表的国际金融机构，正在从纯粹从事贷款业务的金融机构转变为实施特定政策的公共机构。

国际金融机构内的法律变迁一旦开始便无法停止下来。因而国际社会各方对此应该着力于如何规范引导变迁，并使之朝着维护国际法治和有效进行全球治理的方向发展。一方面需要肯定国际金融机构变迁的积极意义。严格的宪章修改程序并不能有效回应国际社会现实。法律变迁的出现以一种习惯法的方式反复进行组织实践，并由此产生法律确信。变迁使得宪章条文更具生命力，对成文宪章而言变迁是一种有效的规范补充。第二方面还需要看到，法律的应然和社会的实然之间的区别。规范和现实之间发生紧张和冲突的情况往往是一个偶然存在。如长期采取违反宪章的组织实践并不利于法律秩序的稳定、宪章的权威性和最高性。当宪章规范的价值性远大于社会实际的必要性，法律变迁便失去了存在的价值和基础。[①]此时国际金融机构应广泛动员和凝聚成员的共识，积极促成宪章的修改，使之与社会现实相契合。第三方面，既然适当的法律变迁是必要的、不当的法律变迁需要规避，国际金融机构法律变迁的正当性需要通过其他途径加以限制。法律变迁是早期自然法的复兴。[②]因此国际金融机构变迁必须在成员新一轮授权基础上，接受组织宪章核心精神、国际法基本原则的检验。

变迁并非任意性和无条件的，其中蕴含着某些必然逻辑。一定的自治性和独立性推动组织法律变迁的实现，影响组织内部的法律秩序。许多组织开始建立时存在着一些维系民主的程序。但组织要达到既定目标，必须有其内在结构。组织成立初期，成员之间间是平行的关系，很多制度是用来保证所有成员的充分参与。但当组织规模越来越大时就一定会产生分化、

[①] 王锴：《宪法变迁：一个事实与规范之间的概念》，《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2011 年第 3 期，第 67 页。
[②] 王锴：《德国宪法变迁理论的演进》，《环球法律评论》2015 年第 3 期，第 121 页。

产生等级制度。民主制下，当组织的一般成员需要授权少部分人去处理组织事务时，组织就产生了这种等级结构。[①]时间一长，组织内部不断分化、组织运作过程中便产生了很多中间环节。最后的结果是形成代表少数人利益的组织精英。精英和大众的想法是不同的，因为精英追求的是个人利益。久而久之，组织机构被上层的精英垄断，导致组织的两极分化。存在一个独立于成员意志的独立机构是国际组织的核心特征。[②]该机构在组织日常运作的过程中代表整个组织。主导这些机构运作背后的那群管理精英既影响着组织行为和价值判断，还影响着国际社会及其未来。这些精英通过世界银行等全球性机构来制度化地推行和实施新的世界秩序。[③]

（二）全球行政空间中的国际金融机构制裁

经济全球化使得国际组织和国际规制在经济领域发展得最为密集。[④]一种专属于国际组织的政治法律“公共空间”已然形成。通过条约和习惯调整的全球经济活动的传统机制已经无法完全覆盖国际法的全部领域。国际组织可以绕过主权国家行使规制权，直接对规制对象采取具体措施，而不必经过复杂的国际立法程序、国内转化程序。国际金融机构制裁是典型的纵向规制措施。[⑤]国际金融机构利用跨境支付基础设施对有关国家和个人实施的制裁，一方面放大和延伸组织自身和核心成员的权力，另一方面在国际金融体系中孤立了被制裁对象。全球行政空间内，国际金融机构的制裁活动跳脱出传统国家同意和国际法横向约束机制，从规制权纵向行使的角度、以全球行政的方式开展全球治理。

以宪章性法律文件为活动依据，国际金融机构所处理的事务日趋定型。因此一旦出现新的全球问题或挑战，各方往往通过正式组织之外的平台来寻求解决。这些新的非正式合作形式比起严格的国际经济组织内生程序少了更多的限制。例如各方可以自主设置提交讨论的议题、确定共识通过的形式以及最终表决、决策的模式等等。非正式机制的高效性和灵活性，在此时集中体现于这些规则的实施及其实际影响力之上。国内层面，以立法或司法方式解决问题的成本往往不及通过行政方式迅捷。国际层面亦然。构成全球治理活动的大部分内容既不是司法活动，也不是立法活动，而是行政行动，即通过规则制定、竞争利益之间的行政裁决，以及其他形式的监管和行政决策与管理。[⑥]因此，全球行政法是“适用于日益重要的全球的、或至少是跨国行政的程序上的法律、原则和机制的总称”。[⑦]

[①] 周雪光：《组织社会学十讲》，中国社会科学文献出版社 2003 年版，第 13 页。

[②] Jacob Katz Gogan, Ian Hurd and Ian Johnstone, *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford University Press 2016, p. 4.

[③] Jonathan Murphy, The World Bank and Global Managerialism, Routledge, 2007, pp.1-28.

[④] 廖凡：《国家主权、正当程序与多边主义——全球行政法视角下的“一带一路”合作机制构建》，《经贸法律评论》2019 年第 6 期，第 27 页。

[⑤] 韩立余：《既往不咎——WTO 争端解决机制研究》，北京大学出版社 2009 年版，第 33 页；另见何志鹏：《国家利益维护：国际法的力量》，法律出版社年 2018 版，第 29 页。

[⑥] Benedict Kingsbury, Nico Krisch, and Richard B. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, 68 *Law and Contemporary Problems* 15, 17 (2005).

[⑦] Benedict Kingsbury, Megan Donaldson & Rodrigo Vallejo, *Global Administrative Law and Deliberative Democracy*, in Anne Oxford & Florian Hoffmann eds., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, 2016, p.1. Also see the introduction of Global Administrative Law Program at New York Law School website: https://www.iilj.org/GAL/.

行政法通常被认为只存在于国内层面，全球行政法的构想显得十分激进。全球行政法的构建基础是存在一个“全球行政空间”。全球行政空间是超越传统的国内法和国际法二元划分，打通了国内法和国际法之间存在的壁垒。在这个空间中，不同类型的国际法主体（主权国家、个人、企业、非政府组织和政府间国际组织）以复杂的方式相互作用。相应地，全球行政规制则包括五种形态：第一，国际组织的行政行为；第二，国家间基于合作的共同行政行为；第三，国内规制者基于条约等机制下实施的分散行政行为；第四，政府间和私人混合型行政行为；第五，具有规制职能的私人机构行政行为。[①]而全球行政机构包括正式的政府间规制机构、非正式的政府间规制网络和协调安排、与某个国际政府间机制有关的国内规制机构、公私混合型规制机构，以及某些行使特别重要的公共性跨国治理职能的私人规制机构。[②]

全球行政法之所以得以实现，是由于国际条约和习惯的实施机制已经无法完全覆盖所有的全球性活动。[③]面对这些全球化带来的监管层面的挑战，单靠分散的国内规制很难有效应对。加上这些议题和调整从横向上看跨越了传统意义上的国（边）境，从纵向上看突破了国际和国内的层级限制。全球行政法理论的产生是为了应对全球化带来的跨政府规制管理在范围和形式上的急剧扩张。[④] 各种跨国规制体系或规制合作通过国际条约和较为非正式的政府间合作网络建立起来，使得许多规制决策从国内层面转移到全球层面。在国际组织治理层面，全球行政法致力于将国内行政法上的正当程序理念适用于国际组织的决策过程。借助透明度、问责、说明义务等行政程序法原则，约束国际组织规制权的行使，以确保国际组织行政裁决的合法性与正当性。

种种变化给国际金融机构实施制裁行为提供了土壤。国际金融机构一方面从立法和司法的角度淡化了国际制裁的行使条件和审查机制，另一方面则对行政裁决上实现了某种国际组织内部规则的统合或强化。国际合作的范式也从对机构、机制的静态构建转移到具体规则的动态实施过程，并且加强对这个过程的程序监督和价值追求。

无论全球行政空间是否存在，国际金融机构制裁的效力广泛影响制裁方、被制裁方以及第三方是一个不争的事实。其中，国际组织直接与被制裁对象产生的法律联系是制裁行为的核心。而为了打消对国际金融机构制裁的合法性疑虑，又需要借助开放性和透明度等行政程序法上的原则进行规范。但是将国际组织制裁划归到全球行政现象，又会不恰当和过分的强化处于优势地位一方的国际组织，是其他相对方处于被行政、被规制的地位，这一不利地位

[①] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔德：《全球行政法的产生（上）》， 范云鹏译，载《环球法律评论》2008 年第 5 期，第 122-123 页。

[②] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔德：《全球行政法的产生（上）》， 范云鹏译，载《环球法律评论》2008 年第 5 期，第 118 页。

[③] 翟翌：《人类命运共同体理念下“全球行政法”的证成、范畴、效力模式》，《政治与法律》2024 年第 3 期，第 4 页。

[④] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔德：《全球行政法的产生（上）》， 范云鹏译，载《环球法律评论》2008 年第 5 期，第 117 页。

无法从根本上通过赋予程序性权利予以救济。[①]因此，全球行政法通过行政行为和规制执行的强制性，取代传统国际法需要国家同意才能发挥其法律效力的方式，将所有国际法主体纳入全球行政空间。全球行政法的理论和实践进路形式上在规则之中嵌入有关政治、经济、社会之类的公正内涵，但本质上却保留着利益集团的深刻印记。[②]

全球行政语境下的国际金融机构制裁，则是在实施全球行政法“外观”的基础上，由国际组织对被制裁对象单方面行使垄断性权力的行为。就被制裁方而言，这一行为缺乏程序法上的权利救济和实体法上的正当性要求，所有救济均需要在组织内部完成申诉。国际组织在此时既扮演裁判者和监督者角色，还同时扮演裁量者和执行者角色。

国际金融机构制裁正在以一种不具有法律效力的规范、对特定目标产生实际的约束效果，在包括世界银和 SWIFT 等专业性国际金融机构扩散开来，引起其他国际组织的效仿。这种做法一定程度上有效避免因主权问题而引发的冲突，让国际组织制定的规则以更加便捷有效的方式实施，从而提升制裁的灵活性和适用门槛要求。但同时也需要警惕，世界银和 SWIFT 正在构建一个以自身的政策和价值为核心、其他个人、实体以及国家处于边缘地位的对立结构。国际金融机构凭借自身所掌握的垄断性知识和权力，试图以该对立结构和垂直管理体系凌驾于成员之上，建构起组织与特定目标之间的管制与被管制、监管与被监管关系。全球行政空间内形成的这种关系正在脱离成员对组织的授权。国际组织的“国家间性”似乎在朝着不受控制的“利维坦”演变。

而从另一个角度上看，新兴的全球行政空间与全球行政法反应了一部分国际社会现实，是国际社会的客观存在。但由于其出现的场合较为偶然和分散（例如制裁领域），其影响范围和效力局限在特定的场景之中。国际组织治理与国家治理是相互关联的。借助国家治理可以影响组织治理；通过组织治理来深化国家治理。国际金融机构所关注的欺诈和腐败问题、战争与和平问题，在组织层面运行并得到实现，反过来可以迫使相关国家不断改善自身环境、改变特定行为。国际金融机构制裁作为全球行政行为的典型代表，其产生和发展肩负着制度探索的使命。这一探索过程需要国际组织将行政权力的行使，系统性的纳入法治轨道、整体接受国际法治原则的全方位检视。

四、国际金融机构制裁的法律限制及应对

制裁是制裁方根据自身法律对特定目标所实施的、基于非经济目的但具有经济上强制支配性和工具政策性的制度化过程中形成的特别措施。经济联系是各国之间紧密交流的纽带。国际贸易和金融等活动把各国市场紧密地结合起来，伴随着经济全球化的演进趋势，贸易体制、货币和金融体制早已高度交织在一起。这一前提为制裁得以通过经济方式精准实施奠定了基础。国际法语境中的制裁，既可以理解成一种进攻性工具，还可以理解成一种防御性措施。国际金融机构在制裁法律关系中扮演的角色主要是实施者，具有制裁规则制定权和解释

[①] 陈一峰:《世界银行反腐败制裁机制与全球治理》,《国际法研究》2015 年第 6 期，第 91 页。
[②] 于安:《全球行政法的进路——基于两篇经典文献的诠释》,《行政法学研究》2015 年第 6 期，第 9 页。

权，又享有规则的裁量权和执行权。国际金融机构在制裁的正当性不等于经济制裁的合法性。由于国际金融机构制裁具有一定的正当性，其合法性与否需要基于具体规则来判断，这反过来又需要存在相应的裁判机制。

（一）国际金融机构制裁的合法性及其限制

国际金融机构制裁作为国际层面的经济制裁手段之一，是一种相对于武力的和平争端解决方式。战争结束后，制裁措施顺势被移植到和平时期的国际关系。战争被禁止后，经济制裁成为处理国际关系的重要方式。相对于通过战争、武力来解决分歧，经济制裁是一种进步。经济全球化背景下各经济体的经济依赖性增强，经济制裁更有效果。[①] “当面临外交努力不能解决的威胁、而军事措施不是选项时，金融手段经常是施加压力、施加影响的最好权威”。[②]从作为战争的一部分，到作为替代战争的主要政策工具，经济制裁一直存在并发挥着重要作用。“自古以来，经济制裁的基本目标保持不变：限制贸易或金融，或扣留来自受制裁国或其他非国家主体的经济利益，以实现更广泛的安全或外交政策目标。”[③]作为控制资金流和信息流的国际金融机构，在本机构内部设置的制裁机制的正当性源于自身的“组织性”。这里的组织性体现在成员让渡和授权的基础之上，并且明确表述于在组织宪章当中。而金融制裁的正当性不等于金融制裁的合法性，其合法性与否需要基于基本原则和具体规则来判断。参考国际社会和国际法对国家单方制裁的限制，约束国际金融机构制裁的更高理由包括国际法基本原则的一般要求和保护人权的具体要求。

首先，国际金融机构制裁决定的作出必须符合国际法基本原则，遵循联合国宪章的宗旨与原则。在由国家组成的国际社会中，缺乏像国内社会存在的那种权威的、集中的执法机构和司法机构。很多国际条约就像是君子协定，有约束力但无外在强制力。此外，国际条约与国内法的关系不明确，国际条约能否在国内法律体系中直接适用呈现出很大的不确定性和变化性。国际法的上述特点决定了国际法对国际金融机构制裁的限制具有特殊作用。

《联合国宪章》第 2 条规定了联合国及成员国应遵循的七项原则，包括国家主权平等、善意履行义务，和平解决争端，不得使用武力或武力威胁或以与联合国宗旨不符之任何方法侵害任何国家之领土完整或政治独立。宪章第 2 条确立的基本原则还包括“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决，但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用”。联合国大会 1970 年一致通过《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》，进一步重申并细化了联合国宪章规定的诸原则。根据该宣言，武装干涉及对国家人格或其政治、经济及文化要素之一切形式之干预或试图威胁，均系违反国际法；任何国家均不得使用或鼓励使用经济、政治或任何他中措施强迫另一国家，以取得该国主权权利行使上之屈从，并自该国获取任何种类之

---

① Kern Alexander, *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Palgrave Macmillan, 2009, p.19-20.

② John Snow, former US Treasury Secretary, 7 May 2006, quoted form Kern Alexander, *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 278.

③ Kern Alexander, *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Palgrave Macmillan, 2009, p.10.

利益；每一国均有选择其政治、经济、社会及文化制度之可不移让之权利，不受他国任何形式之干涉。

一方面，这些规定尽管相对比较抽象，既存在着例外又可以作多种解释，连禁止使用武力都有例外，更何况非武力的经济制裁；另一方面，更为重要的是，这些规则缺乏执行机构，特别是针对大国而言。联合国安理会既是权威决策机构也是权威执行机构，但因五大常任理事国拥有否决权而缺乏执行力。国际法院是联合国主要司法机关，但其管辖权取决于国家的同意，无法对不接受其管辖权的国家行使管辖权。联合国大会可以反映国际社会民意，但却没有执法权。因此，就经济制裁通常由大国实施这一事实而言，国际社会似乎缺乏有效机制予以约束。上世纪 90 年代兴起的人道干预权、21 世纪一些国家推动的“保护的责任”，一定程度上弱化了国家主权原则和不干涉内政原则。

其次，人权保护似乎成为可以制约国际金融机构制裁的另一个更高权威。全面制裁向精准制裁转变的一个重要原因，就是避免不加区别的全面制裁带来的人道主义灾难。金融制裁为代表的金融制裁严重侵犯了一般民众的包括生命权、健康权、生存权等在内的人权。制裁无异于是一种大规模的破坏性武器。[①]但实践中的情况却恰恰相反，主张人权干预保护的国家恰恰是实施经济制裁的国家。

基于保护人权实施制裁正是制裁者常用的理由，而这种措施又带来新的人权侵犯。联合国大会呼吁废除对古巴经济制裁的诸多决议中明确指出，美国制裁的域外效力影响到其他国家的主权、这些国家管辖范围内实体或个人的正当利益以及贸易和航行自由。[②]《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会、文化权利国际公约》等一系列国际人权法律文书确立了广泛的人权，联合国大会、人权理事会以及联合国人权事务高级专员及一系列人权条约机制以及一些区域性的人权法院来处理侵犯人权行为。上述这些机制主要处理的是一国政府对其本国公民人权的侵犯，无法处理对于来自其他国家或国际组织实施制裁造成的人权侵犯。人权法及其机制无法有效约束经济制裁及其带来的不利后果。

另外，就经济制裁造成人道主义灾难而言，适用于战争的人道主义法能否适用于非武力的经济制裁措施，是一个极具挑战性的问题。从替代战争和使用武力的角度而言，经济制裁是一积极进步。将原本规制战争的规则适用于非战争状态，在形成一定的国际共识之前，这种可能性很小。[③]

（二）国际金融机构制裁的制度和法律应对

有关国际金融机构制裁的法律规制基本上还停留在无法可依的灰色地带。是否将制裁非法化取决于组织成员手中。国际组织与国家的关系，是相互塑造的关系。国际组织框架内的

[①] Geoff Simons, *Imposing Economic Sanctions: Legal Remedy or Genocidal Tool*, London, Pluto Press, 1999, p. 40. 另见[美]乔伊·戈登：《制裁是大规模杀伤性武器》，《国外社会科学文摘》2003 年第 1 期，31-36 页。

[②] *See* UN News, General Assembly votes overwhelmingly against US Cuba embargo, available at https://news.un.org/en/story/2023/11/1143112, last visited July 1st, 2024.

[③] Ali Z. Marossi, Marisa R. Bassett (ed.), Economic Sanctions under International Law, Asser Press/Springer 2015, p.122.

规则制定，国家既是立法者，也是守法者，还是裁判者。国家的这种特征决定了国家不会放弃捍卫自己利益的手段和权利。就此而言，国际金融机构对其他国家国内主体采取制裁措施，理论上是正当的。同时，由于制裁可能侵犯了被制裁方利益，可能会引发其所在国家的反制措施。国际法既然是国家之约、表达利益诉求，就有利益博弈，就有时代环境，就有不完备性。现有国际法规则未必能解决面临的问题，相关措施也未必违反国际法。国际法既是规则，也是制度，还是过程。在看待国际法是要看到力量和对等发挥的作用。[①] 规范国际金融机构制裁相关国际规则的创制属于未来式，规则的内容取决于国际社会的合意与共识。具体方式可以是外交大会的多边方式，可以是双边或诸边逐步过渡到多边的方式，也可能是经过不同国家的不断博弈经由国家实践形成的习惯方式。国内立法或司法造法，是国家实践的重要形式。

国际金融机构制裁实施的过程中，跨国经营企业法人是最大的利益受害者。无论依据什么标准界定企业的国籍，法人所在国基于属地管辖原则直接支配、控制其境内企业、企业遵循所在国的法律是国际通行做法。而受到来自国际金融机构的管辖则超出了法人所应承担的义务。国际组织依据资金流和信息流试图控制境外投资企业，使相关企业出陷入了困境。面对来自国家和组织的矛盾的、冲突的甚至对抗的法律要求，企业可能处于不能兼顾的两难之中。一些企业可能被迫放弃在某些地域中的经营。指导做出这种决定的企业对相互冲突的法律要求带来的两种风险或损害的取舍，两害相权取其轻。制裁的目的正是使被制裁国及其实体遭受损害从而改变其政策。

更加需要警惕的是，国际金融机构制裁背后暗含着“次级制裁”的某些效果。次级制裁主要通过两种方法加以实现，一是通过扩大对人管辖权和对物管辖权实现，这通常体现为一国国内法的域外适用，[②]二是直接将与被制裁国进行经济往来的第三国的个人或实体列为制裁对象。[③]在美国法语境下，一旦某个会员被列入了美国财政部的黑名单则全世界的银行都将中止与该银行的资金往来。制裁结果则在全球范围内产生深刻影响，即世界范围内的主体均要遵守国际金融机构相关的制裁规则。对被制裁对象而言，次级制裁加大其外部压力，使其陷入了国际社会的孤立和被动局面。而对其他第三国而言，次级制裁裹挟这些国家被迫加入了制裁主导者的阵营，间接地让组织内部规范成为各方进行正常商业贸易活动的实际遵循。

有关反措施的国际规则亦不能有效规范国际金融机构制裁。国际金融机构制裁的实现是由于各国在跨境金融活动中对国际组织资源单方面的高度依赖。双方不对称的法律地位，使得被制裁方无法采取规模相当的反制措施。“反措施是一国针对他国所犯国际不法行为而不得不采取某种不符合自己对他国原已承担的国际义务的一种非武力对抗行为。这种措施由于

[①] James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, Hague Academy of International Law, Hague, 2014, p. 19.

[②] 杨永红：《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》，《法商研究》2019 第 3 期，第 164 页。

[③] Nicholas Davidson, U.S. Secondary Sanctions: The U.K. and EU Response, 27 Stetson Law Review 1425 (1998).

是他国的先前不法行为引起的，所以其不法性可以因此解除。”[①]采取反措施的权利并不因另一国不法行为而自动产生，采取反措施之前需要通知和谈判。[②]被制裁对象有关针对国际金融机构制裁的做法显然无法满足上述要求：第一，被制裁对象并非国家一级的国际法主体；第二，即使被制裁对象违法，其所在国不一定是受害方；第三，即使所在国也存在过错，国际金融机构制裁措施和决定也不一定合乎比例性要求。[③]

应对国际金融机构实施的制裁，一方面需要国际金融机构实行高度的自律，另一方面则需要企业在经营活动中制定完备的动态合规体系。

国际金融机构法律变迁让自身发展起具有强制支配力的制裁功能。全球行政语境中所做出的制裁决定，推动国际金融机构朝着管理全球事务的公共机构转型。国际金融机构在全球行政空间内可以直接对特定的机构或个人行使行政或（准）司法权。国际金融机构的这种不断自我赋权、自我生成、自我实施的全球管理体制，一定程度上超越了成员的授权范围，甚至是排除了主权国家的干预。此类权力的产生需要国际社会引起足够的重视，规范权力行使的范围边界、约束权力的恣意任性。这需要从组织自身和成员两个角度完成相应的制度构建。从委托代理和授权的角度出发，国际金融机构的全体成员需要在组织运行一段时间后适时调整总结前一阶段的得失，并将相关做法及时更新同步到组织宪章之中。通过这一措施，成员可以有效约束国际金融机构不断强化自身价值的倾向，避免了组织内部精英主义倾向与大众的现实需求脱节，有效地引导组织朝着良性有序的方向变迁。为了防止国际金融机构将过多的价值纳入自身政策实施过程当中，国际社会还需要重新考虑“国际组织责任”[④]的问题。针对制裁实施过程中的那些违反实体和程序正当性和原则性要求的做法，国际金融机构为此应该承担相应的国际法责任。

在当前，许多后发国家依旧需要通过向国际性银行借贷的方式发展基础设施建设、由少数国家开发的金融报文系统难以完全替代 SWIFT 系统。相关企业应做好双向合规、利益取舍的准备。无论参与世界银行还是其他区域性银行资助的任何项目，企业法人尤其需要在编制项目审查或投标文件的过程中，秉持较高的道德要求、透明和诚信度原则严于律己。同时跨国经营者还需要在熟悉国际金融机构制裁政策及其流程认真研判的基础上，结合制裁实践案例，尽快为本企业制定完备的合规制度。[⑤]企业所在国作为重要的国际行为体则需要完备自身的制度与政策，既要提升经济的造血能力减少对国际资本的依赖、营造绿色廉洁的营商

[①] 程晓霞、余民才主编：《国际法》（第六版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 260 页。

[②] James Crawford, State Responsibility: General Part, Cambridge University Press, 2013, p.700.

[③] Tom Ruys, Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework, Research Handbook on UN Sanctions and International Law, edited by Larissa van den Herik, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 33-34.

[④] 联合国国际法委员会在 2000 年开始着手制定、并于 2009 年一读通过的《国际组织责任条款草案》，规定了国际组织对国际不法行为的国际责任。国际组织的机关或代理人以其身份行事的行为被视为该组织的行为，由此造成的不法行为都要由该组织承担国际责任（排除情况除外）。*See* Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, Articles 3, 6-7, 20-27 and 28. Also see https://legal.un.org/ilc/guide/9_11.shtml。

[⑤] 黄岩、袁钰莹：《基于“义务—执行”分析框架的世界银行制裁机制与软法治理》，《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 122 页。

环境，还需要探索如何降低对美元的货币依赖，加强双多边贸易金融合作、扩大货币互换规模、推动本币进行贸易结算。相关国家和企业在减少对国际金融机构资源依赖的同时，努力提高自身的注意义务，其所面临的国际机构金融制裁风险自然会大大降低。

五、结论

《国际组织不法行为责任条款草案》对国际组织进行的归责和问责，究竟是对组织这一集体人格进行规范？还是是对组织背后的全球治理精英进行约束？抑或是对组织面纱之后的主权国家进行调整？国际金融机构制裁的实践发展早已将上述问题推到百年变局的风口浪尖。我们正身临其境的并不是一场范围狭小的变迁，所有的法律制度都已经卷入其中。[①]国际金融机构经由法律变迁而发展起来的制裁职能，构建起国际金融领域的全球行政空间。国际金融机构制裁本质上属于组织的内部决定，并不属于任何一种国际制裁。基于组织对国际金融活动资金流和信息流的控制，世界银行和 SWIFT 为代表的国际金融机构正以自身的认知重新塑造国际金融秩序，承担起管理某一方面国际社会公共事务的职责。这个过程中，国际金融机构不仅改变了自身对全球问题的认识，还从方法论的维度推动治理方案的变革，侧面体现了某种“实用主义”理念。组织的自我赋权和成员的集体默认，让国际金融机构制裁处于国际法治的监管盲区。国际组织与成员国家的关系这对核心矛盾始终处于运动变化发展之中。国际金融机构制裁产生的种种的问题也需要在发展过程中解决。

[①] [法]莱昂·狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，辽海出版社/春风文艺出版社 1999 年版，第 8 页。

《反洗钱法》修订背景下数字人民币反洗钱责任主体研究

李文睿

摘要

二十大报告中明确提出，要加快建设数字中国与发展数字经济，加强和完善现代金融监管，依法将各类金融活动全部纳入监管，守住不发生系统性风险底线。习近平总书记强调，要及时推进金融重点领域和新兴领域立法，不断适应金融发展实践需要。现行《中华人民共和国反洗钱法》（以下简称《反洗钱法》）自 2007 年 1 月正式颁行以来，对于规避国际金融风险以及遏制洗钱具有重要的积极作用。近年来随着金融技术的发展，现行《反洗钱法》已经无法满足对新型洗钱风险的监管要求和国际反洗钱工作的要求，因此中国的立法机关积极推进《反洗钱法》的修改以应对新形势的变化。近年来，我国积极推进数字人民币试点，数字人民币与人民日常生活的联系愈加密切，不断降低金融服务门槛，助推普惠金融实现。但近期出现的利用数字人民币洗钱案例折射出我国在数字人民币反洗钱工作方面的不足，中国人民银行数字货币研究所所长穆长春曾表示，针对数字人民币未来的发展需要加强立法并完善顶层制度设计。本文从《反洗钱法》修订的背景和亮点出发，结合数字人民币反洗钱的重要性和现实困境，从明确数字人民币反洗钱的义务主体及其职责和完善监管主体职责两个方面为完善数字人民币反洗钱责任主体提出建议，以期促进数字人民币的良性发展和数字人民币的国际化。

一、《反洗钱法》修订的背景和《反洗钱法》（修订草案）亮点

（一）《反洗钱法》修订背景

我国第一部规范洗钱行为的专门法律《反洗钱法》于 2007 年通过，在打击洗钱及其上游犯罪、增强反洗钱监管以及规避国际金融风险方面发挥了重要作用。但是近年来随着金融技术的发展以及国内外金融环境的变化，现行《反洗钱法》已经无法适应对新型洗钱风险的监管要求。此外，在国际反洗钱合作方面，国际反洗钱组织金融行动特别工作组（FATF） 通过对我过反洗钱工作的评估指出我国反洗钱工作在特定非金融机构反洗钱、受益所有人制度等方面存在不足。在此背景下，我国积极推进《反洗钱法》的修订。此次《反洗钱法》的修订是应对新型洗钱风险的必要举措，同时也是中国政府在反洗钱领域积极开展国际合作、履

行大国责任的体现。

（二）《反洗钱法》（修订草案）的亮点

本次《修订草案》紧紧围绕明确法律适用范围、加强反洗钱监督管理、完善反洗钱义务和法律责任规定等方面进行补充和完善，与数字人民币反洗钱责任主体相关的亮点主要有确立以“风险为本”的反洗钱工作指导理念和反洗钱义务主体的拓展和明确。

1、“风险为本”的制度化、法律化

“风险为本”是指反洗钱主体在开展反洗钱工作时，通过科学评估洗钱风险的等级，根据不同等级的洗钱风险，采取差异化的反洗钱措施，确保有限的反洗钱资源投入到高风险领域，提升反洗钱预防与打击的效率。《修订草案》要求金融机构开展反洗钱风险评估，根据风险状况配置反洗钱监管资源、根据经营规模和洗钱风险状况配置人员。同时，为更好应对虚拟货币等新技术的发展带来的洗钱风险，《修订法案》中新增规定国务院反洗钱行政主管部门会同国家有关机关发布洗钱风险指引，及时监测新型洗钱风险[1]。 由“规则为本”到“风险为本”的转变[2]是我国反洗钱工作从形式到实质的转变，也预示着我国与国际反洗钱工作的全面接轨。

2、反洗钱义务主体的拓展和明确

本次《修订草案》将特定非金融机构纳入反洗钱义务主体，并采用列举加兜底的方式明确了特定非金融机构的范围，房地产中介、会计师事务所、律师事务所等中介机构都需要依据本法规定履行相应的反洗钱义务。同时《修订草案》还明确了特定非金融机构反洗钱义务的监管部门，即特定非金融机构的行业主管部门[3]，对反洗钱监管进行分工，有利于反洗钱行政主管部门和各行业主管部门协同配合，提升反洗钱监管效率。

二、 完善数字人民币反洗钱制度的重要性

1、数字人民币的内在要求

数字人民币可以理解为区块链技术与法定货币的结合，技术属性是数字人民币区别于传统货币的关键属性。区块链具有的分布式、去中心化、不可篡改等特征能够提高数字人民币在运行过程中的高效性和安全性。区块链技术对于数字人民币反洗钱来说是一把双刃剑。一

[1] 详见《修订法案》第二十三、二十七、三十、三十六条。

[2] 冯怡.风险为本反洗钱监管机制建设研究[J].金融会计,2022,(05):54-60.

[3] 详见《修订法案》第六十四、十五条。

方面，区块链技术为监测资金流向提供了提供了便利，便于及时开展洗钱监管活动。另一方面，区块链的“匿名性”增加了洗钱活动的隐匿性，加大洗钱的监管难度。

2、 金融风险防范的现实需求

数字人民币的试点和应用场景不断扩大，越来越深入实践应用领域。数字人民币为社会公众提供了便利的金融服务的同时也带来了新型的金融风险。当前已发生了多起利用数字人民币大额洗钱的案例，许多不法分子利用数字人民币的匿名性开展犯罪活动，存在数据信息泄露、伪造货币、洗钱等犯罪风险。区块链在提高交易效率的同时，亦会加快风险传播速度，该类犯罪一旦发生，将危及链上多笔交易，造成的损失将远超纸币犯罪，故推进数字人民币反洗钱是防范金融风险的现实需要。

3、 人民币国际化的需求

我国于 2012 年起建设人民币跨境支付系统，于 2015 年正式启动。虽然目前人民币已成为中国第二大跨境支付货币、全球第四大支付货币，但是以人民币为主导的 CIPS 系统暂时无法与以美元为主导的 SWIFT 系统相比。数字人民币有利于扩大人民币的使用范围，提高跨境支付结算速度，降低国际支付结算成本，进而加速人民币国际化进程。

跨境洗钱是国际社会共同面对的问题，在我国数字人民币助推人民币国际化的进程中，其跨境流通数量、规模以及频次将大幅提高，容易滋生洗钱犯罪。因此如何防范与治理数字人民币洗钱是人民币国际化进程中亟需解决的问题。

三、 数字人民币反洗钱的现实困境

目前，数字人民币正处于扩大试点阶段，政府大力支持并积极采取相应措施鼓励社会公众使用。伴随着数字人民币的蓬勃发展，数字人民币洗钱的违法行为在近年来逐渐显现，其手段多样且隐蔽性强。我国自 2019 年开始数字人民币试点以来，始终未修改原有洗钱监管规范或者制定相关的监管制度，使得数字人民币反洗钱在监管规范上仍有空白，数字人民币反洗钱责任主体及其职责划分不清。

1、监管规范滞后

借助我国法定数字货币体系，央行可把握和控制每一笔交易信息，在一定程度上能够减少走私、贩毒、洗钱等犯罪活动，但在试点期间，即发生多起利用我国法定数字货币洗钱的案例，不法分子通过高价收购、租借数字人民币钱包的方式开展洗钱活动。我国为保障用户隐私，遵循“小额匿名，大额依法可溯”原则，而不法分子往往利用法定数字货币的隐私性，通过小额多次的方式开展电信诈骗、网络赌博、洗钱、逃税等违法犯罪行为。当前我国打击金融犯罪的相关法律规定与以数字人民币作为犯罪工具的新型犯罪风险不相匹配。我国反洗

钱法规定了金融机构相应的反洗钱义务，但由于数字人民币的支付结算一定程度绕开了现有银行等金融机构，加之金融脱媒促使数字人民币的使用和监管主体相脱节，相关金融机构难以全面有效地履行监管义务。虽然我国对数字人民币反洗钱监管已有相关规定，包括《金融机构客户身份识别和客户身份资料及交易记录保存管理办法》（中国人民银行令〔2019〕第1号）、《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》（中国人民银行令〔2018〕第4号）、《中国人民银行关于加强支付结算管理防范电信网络新型违法犯罪有关事项的通知》（银发〔2019〕285号）等，但这些文件大多属于部门规章，对数字人民币反洗钱监管的法律法规缺乏系统完整的规定。

2、主体职责划分不清

现行《反洗钱法》确立了我国的反洗钱工作机制的模式为：确立一个部门为行政主管部门，全面负责国家的反洗钱行政事务。其他部门、机构在职责范围内分工负责、协调配合。其中，金融机构是监控洗钱行为的核心主体。随着金融监管制度的不断完善，洗钱逐渐向非金融机构渗透，因此现行《反洗钱法》第三十五条规定应当履行反洗钱义务的特定非金融机构的范围、履行义务的具体办法，由国务院反洗钱行政主管部门会同国务院有关部门制定。但该种职责划分方式与传统货币的发行和流通方式密不可分，由于商业银行等金融机构在现金流通体系中占据相当重要的地位，因此金融机构是监控反洗钱行为的核心主体，负有监测交易和报告可疑交易的义务。

数字人民币的发行流通机制相较于传统纸币发生变化，不宜直接采取原有反洗钱职责划分。首先，数字人民币综合集中式与分布式的架构，央行作为中心体监测数字人民币发行、兑换、流通的全周期生命流程，运营机构负责数字人民币的兑换和流通服务，央行掌握数字人民币的全部信息[4]。在此种架构模式下，数字人民币的结算无需金融机构支付结算系统的参与，运营机构只能获得数字人民币与绑定的银行账户之间的兑入、兑回以及通过手机银行进行的数字人民币交易，而通过数字人民币应用程序进行的钱包与钱包之间的数字人民币交易运营机构则无法获得，运营机构无法获得全部的交易信息，从而无法有效履行交易监测的职能。央行作为数字人民币的发行方和交易监测方，理应成为反洗钱的义务主体，但是目前法律并没有明确规定。其次，数字人民币采用双层运营架构，除央行和运营机构外还存在2.5层的其他合作银行。尤其在间连模式下，客户来源于合作银行，但开立的时运营机构的数字钱包。此种情况下，运营机构是否负有义务报送可疑交易报告，目前并没有明确规定。

[4] 详见《中国数字人民币的研发进展白皮书》。

四、 完善数字人民币反洗钱责任主体规定的建议

1、明确数字人民币反洗钱的义务主体及其职责

数字人民币支付即结算的特点，产生了金融脱媒的现象。因此，倘若出现某个洗钱行为，由谁负责监管是一个问题。按照现有模式，央行作为整个数字人民币的发行、监管、数据中心等主体方，成为掌握完整交易信息的唯一主体。从逻辑合理性来看，央行理应作为数字人民币反洗钱义务的主体。但事实并非如此。数字人民币的发行和金融风险的防范严重依赖是运营机构的商业银行等金融机构，运营机构与合作机构需明确各自在数字人民币业务中的反洗钱职责。原则上，运营机构应承担主要职责，而合作机构负有辅助职责，如提供必要的信息和配合。运营机构在选择合作机构时还应对合作机构的反洗钱能力进行评估，确保合作机构能有效履行其义务。

因此，在此层面要明确双层运营体系及 2.5 层合作机构的反洗钱的客户尽职调查和交易报告义务，打通运营机构账户体系和钱包体系，加强可疑交易监测能力，建立非法数据的识别预警机制，并进一步厘清运营机构和 2.5 层机构对客户的反洗钱管理权责范围，细化数字人民币流转的信息维度，实现数字人民币反洗钱流通监测的闭环。同时为了便于运营机构更好履行洗钱义务，应建立获取信息申请渠道，在有可能涉及洗钱的交易时，运营机构可向央行申请获取相关客户信息进行风险监测及分析。

2、完善数字人民币反洗钱监管主体职责的法律规定

现行《反洗钱法》规定的反洗钱的监管主体为中国人民银行和行业主管部门，关于数字人民币的监管主体并未明确规定，但考虑到数字人民币的法定属性，可沿用传统货币反洗钱监管的相关规定。但现有规定并不完善还存在改进之处。一方面，应加强央行与其他部门之间的信息共享，进一步完善数字人民币反洗钱监测系统，增强风险评估能力和风险预警能力。另一方面，应明确数字人民币反洗钱各监管主体之间的职责分工，明确各监管部门在数字人民币反洗钱监管中的权责。

结语

数字人民币是我国金融创新的重要里程碑，但数字人民币的发展正处于起步阶段，在数字人民币的应用过程中还存在诸多监管上的不足，不法分子正是利用监管漏洞进行洗钱等违法行为，严重危害了社会的经济安全和数字人民币的良性发展。明确相关责任主体及其职责是建立数字人民币反洗钱工作制度的基础，因此本文在《反洗钱法》的背景下，对数字人民币反洗钱的责任主体进行分析，在数字人民币反洗钱工作中应先明确数字义务主体及其职责

以及完善监管主体职责。数字人民币反洗钱尚有许多需要研究的地方，下一步可以在此基础上研究数字人民币反洗钱工作开展过程中产生的平衡隐私保护与合规性以及数字人民币反洗钱的国际合作等问题。

【参考文献】

[1] 张夏明,朱太辉,丁伟杰.数字人民币的潜在洗钱风险与监管研究[J].金融监管研究,2023,(04):80-96.

[2] 许红玲.数字人民币法律监管探析[J].中国价格监管与反垄断,2024,(07):36-38.

[3] 周伟健,吴应甲.数字货币关涉法律风险分析与应对研究[J].湖北经济学院学报(人文社会科学版),2024,21(01):95-100.

[4] 周娅,任俊钢.法定数字货币的反洗钱价值探析[J].特区经济,2023,(11):56-60.

[5] 齐萌,潘睿敏.数字货币跨境反洗钱监管制度研究[J].阜阳职业技术学院学报,2023,34(01):92-96.

[6] 鲍博,楼伯坤.论元宇宙时代防治洗钱制度之完善——以台湾地区“新规”为参照[J].海峡法学,2023,25(03):1-9.

Diffusion of Multilateral Financial Services Rules in Regional Trade Agreements：Empirical research by Computational Legal Method

多边金融服务规则在区域贸易协定中的扩散：基于计算法学方法的实证研究

林力斐*

【**Abstract**】：This article focuses on financial services and explores the associations between the WTO rules and RTAs from the perspective of empirical research. This paper aims to utilises various textual analysis techniques to understand how the WTO rules and obligations are incorporated into, or can affect, RTAs, to reveal what linkages exist between the financial services rules of regional trade agreements and the multilateral financial services rules, and whether there is a tendency to deviate from established multilateral financial services rules over time. Our systematic comparison of the RTAs concluded after the Uruguay Round of Negotiations and corresponding WTO agreements illustrates that the WTO's financial services rules, as a mature, important basis for multilateral trade rules, have profoundly affected many RTA texts since the GATS was signed and entered into force. Nearly half of all RTAs' financial services rules refer directly to the GATS, and the number of reference have not diminished over time. Similarly, the language of the WTO's financial services rules has extensively and profoundly affected subsequent RTAs. Nevertheless, as time goes by, the transformation reflected in the new landscape of financial services will inevitably lead to less incorporation of WTO legal language by RTAs.

【**Keywords**】：Financial Services; Regional Trade Agreements; GATS; Text-As-Data Approach; Empirical Research

Ⅰ. Introduction

Over the past few decades, the financial services industry has undergone some significant changes. The development of financial technology and the internationalization of financial services have brought various new problems and challenges to the international community to further regulate cross-border financial trade. But the multilateral trading system has produced little to address these issues over the past two decades. It has become conventional wisdom that preferential trade agreements are one of the most effective methods of finding a solution to the deadlock of WTO

* 林力斐，女，1992-，汕头大学法学院讲师，香港大学法学博士，主要研究方向为国际经济法、国际贸易法等。

negotiations. Through bilateral and regional channels, parties can reach a consensus on specific obligations to goes beyond WTO rules and formulate corresponding rules based on the interests of the RTA negotiation partners.[1] Preferential trade agreements (PTAs) are increasingly prevalent, introducing new regulations to the financial services sector that surpass those of the WTO and encompass emerging issues. The emergence of ambitious mega-regional trade agreements (mega-RTAs), such as the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) and the Trans-Pacific Partnership (CPTPP), has also introduced novel regulatory frameworks to the financial services sector.

Existing scholarship includes some illuminating work on the debate on the relationship between regional and multilateral trade rules. Some scholars posit that the proliferation of regional trade agreements may result in inconsistencies and fragmentation of international trade regulations, potentially enabling forum-shopping between bilateral and multilateral venues convenient,[2] and even gradually engulfing the multilateral trading system.[3] Conversely, others argue that regional trade agreements, particularly mega RTAs, can function as laboratory or incubator for future multilateral rules. While theoretical work on the correlation between regional trade agreements and multilateral trading rules, as well as the impacts of regionalism on multilateralism, has yielded many important insights, it remains largely inconclusive. Existing empirical studies primarily concentrate on general trade rules and lack investigation into specific sectors, particularly the financial services sector. We present a supplementary study that employs textual analysis methods to shed light on this issue within the financial services sector.

Therefore, this article focuses on financial services and explores the associations between the WTO rules and RTAs from the perspective of empirical research. This paper aims to utilises various textual analysis techniques to understand how the WTO rules and obligations are incorporated into, or can affect, RTAs, to reveal what linkages exist between the financial services rules of regional trade agreements and the multilateral financial services rules, and whether there is a tendency to deviate from established multilateral financial services rules over time.

II. Literature Review and Research Method

A. Literature Review

The study of regionalism inevitably involves the challenge of regionalism to the multilateral trading system. This section mainly discusses mainstream studies on the relationship between regionalism and multilateralism in international trade. In particular, the critical debate is whether regionalism is a steppingstone or stumbling block to broader globalisation, multilateralism and the global world order.

---

[1] Todd Allee and Manfred Elsig and Andrew Lugg, 'The ties between the world trade organization and preferential trade agreements: A textual analysis' (2017) 20 Journal of International Economic Law 333.

[2] Kai Raustiala, 'Institutional proliferation and the international legal order', in Jeffrey Dunoff and Mark Pollack (eds), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of The Art* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) 293, 320; regarding environmental provisions in RTAs and fragmentation, see the special issue by Morin, Pauwelyn, and Hollway.

[3] Jagdish Bhagwati, *Termites in the Trading System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade* (Oxford University Press 2008).

The ‘spaghetti bowl effect’ is the most critical theory in this field. Bhagwati coined this term to describe the decrease in transparency of the multilateral trading system due to the increasing number of overlapping preferential trade agreements.[4] More specifically, because countries conclude all kinds of RTAs, countries cannot clearly understand the complete picture of other countries’ participation in other agreements, which reduces the transparency of multilateral trade rules. This is likely to lead to multiple or contradictory rules, obligations or commitments. Kruger worries that the establishment of a regional free-trade agreement may generate beneficiaries, thereby forming political lobbying against multilateralism.[5] Leal-Arcas pointed out that this trend may cause the most vulnerable countries to be excluded, thereby exacerbating the risk of polarisation in the international trading system.[6]

However, there are also opposing views that RTAs can provide complementary assistance to multilateral trade rules. Leal-Arcas is concerned that RTAs can also act as a laboratory for further transformation or new trade standards in WTO law later.[7] The paper by Bilal and Szepesi claimed that regional grouping could play a much-needed role in WTO preparations through indirect means…. By raising awareness, by training, by providing a platform for the exchange of views and information and by stimulating trade capacity building initiatives. COMESA and SADC are two cases at this point.[8] Fink and Jansen focus on the ‘building blocks versus stumbling blocks’ debated in services, which found that overall, it is ‘more optimistic about the building block properties of services RTAs than in the case of goods’. The book edited by Pierre Sauve and Anitudh Shingal includes 11 papers regarding the preferential liberalisation of trade in services, including three empirical studies on overall trends of services of RTAs, particularly the paper mentioned by Mattoo and Sauve. Some scholars believed that it depends on the degree of openness of regionalism and long-term equilibrium. Yi's research believed that regionalism (with CU) is the cornerstone of free trade, If it is open, otherwise, it may be a stumbling block; Saggi and Yildiz found that when endowments or costs are asymmetric, regionalism may become a stumbling block.[9] Some authors discuss this issue from the perspective of political economy: for instance, Levy believed that bilateral agreements may bring disproportionate benefits to the median voters of these participating countries, which may therefore weaken support for other viable follow-up multilateral trade agreements; Krishna focused on the role of oligopoly companies in determining the trading system; McLaren focused on trade blocs will encourage private agents of each member country to invest and specialize each other, reducing the ex post gains of multilateral free trade, therefore regional trade agreements may be harmful to the prospects of multilateralism.

In short, although the theoretical work on how regionalism affects the prospects of the multilateral trading system has produced many important insights, it is still largely inconclusive. The empirical

---

[4] Ibid.

[5] Anne O Krueger, *Free Trade Agreements as Protectionist Devices: Rules of Origin* (National Bureau of Economic Research Cambridge, Mass., USA 1993)

[6] Rafael Leal-Arcas, ‘Proliferation of Regional Trade Agreements: Complementing or Supplanting Multilateralism’ (2010) 11 Chicago Journal of International Law 597

[7] Ibid.

[8] Sanoussi Bilal and Stefan Szepesi, ‘How Regional Economic Communities Can Facilitate Participation in the WTO: The Experience of Mauritius and Zambia' (2005)45 Managing the Challenges of WTO Participation 374

[9] Sang-Seung Yi, ‘Endogenous Formation of Customs Unions Under Imperfect Competition: Open Regionalism Is Good’ (1996) 41.1-2 Journal of International Economics 153.

literature is also mainly limited to correlations and case studies, so it is impossible to draw clear conclusions.

In this context, one of the most critical issues is whether the influence of the WTO's rules on RTAs' financial services rules will increase or decrease over time. It is generally argued that the WTO financial services rules, as represented by the FS Annex, are a milestone in the multilateral legal system in the field of financial services. Both the OECD countries, which are already relatively open, and the developing countries, which are not yet open, are deeply affected. Therefore, it is generally believed that after the GATS was signed in 1994, subsequent RTAs' financial services rules were deeply influenced by the WTO's rules. However, some of the limitations of the GATS itself and the stagnation of negotiations in trade in services under the current WTO framework have prompted member states to begin to seek greater market access and liberalisation through other channels. With the updating and upgrading of the financial services rules of the regional trade in services agreement, some believe that this development may cause RTAs to depart more drastically from, and include fewer ties to, WTO obligations as the influence of the GATS recedes and texts become less dependent on the WTO's language. However, some have argued that the WTO has a relatively mature presence in jurisprudence and has set a precedent for handling issues, including identifying remedies, and that countries may still rely on the WTO as a foundation.

B. Text-as-data Approach

At present, it is not uncommon to apply computational analysis methods to empirical research in international economic law. This article mainly relied on automated text analysis techniques to deal with the challenges of processing lengthy documents and then empirically evaluate the complexity of the multilateral and regional trade agreements regime.

As this article was written with the aim of measuring the relationship between WTO rules and RTAs, the benchmark text used for comparison needed to be identified. The benchmark text here is the text of the financial services rules used within the WTO framework. Specifically, it includes the following: (1) the GATS agreement itself, that is, the general obligations, disciplines, and other terms of the GATS, to which the financial services industry is subject; (2) the GATS Financial Services Annex (hereinafter 'The GATS FS Annex'). In addition, the specific commitments to financial services expressed in the Understanding of Commitments in Financial Services (hereinafter 'the Understanding') are only voluntary and are not part of the GATS. While it provides many practical terms, the Understanding alone is conceptualised as a single text here when observing the extent to which such commitments have been accepted and recognised by RTAs. The specific schedules of commitments by the WTO's members are not included in the comparison.

Then, the range of the RTAs to be compared in this article was determined. The corpus in this study includes 140 agreements containing financial services clauses that have been concluded, of which about 132 were signed after the adoption of the GATS and FS Annex, which came into effect in 1994. The period covered by the 132 agreements began in 1997 and ended in 2024. Therefore, this research includes an examination of these agreements, which averaged 21,181 words each and included a total of 2,795,961 words overall. These agreements are collectively referred to as 'post-WTO RTAs' hereinafter, and they are defined as RTAs signed after 1994.

III. Direct References to the WTO Rules

A. Numbers of Direct References

First, in this section, we examine whether the RTAs enacted after the Uruguay Round directly refer to the WTO's rules. To identify the presence of WTO rules in RTAs, we adopted automatic keyword identification to filter and automatically tabulate the data of all RTAs enacted after the Uruguay Round (1994) in the RTA Financial Services Dataset. Regardless of the analysis in terms of proportion or absolute quantity, explicit references to the WTO's financial services rules in RTAs mainly refer directly to the GATS, which is the document most closely related to financial services, rather than to general WTO obligations. The proportion of RTAs that directly refer to the GATS is 49.6%, while mentions of the WTO only account for only 12.6% of the total. Moreover, a sizable number of RTAs mention the GATS while mentioning the WTO, with only two RTAs only mentioning the WTO. The two citation methods were used in a total of 69 texts, accounting for 51.1% of all post-WTO RTAs. It is worth noting that, while four RTAs pointed to the GATS, they also explicitly invoked the Understanding. Therefore, about half of the RTAs' financial services rules directly referred to the corresponding WTO agreements.

The number of times that RTAs mentioned WTO rules is summarised in Figures 1 and 2. Across all the RTAs that referred to WTO agreements at least once, the average number of "WTO" mentions was just over 1.5, and the average number of "GATS" mentions was around 2.7 per RTA. Several RTAs mentioned "GATS" at least ten times, with 12 being the highest number of references in a single agreement. While the number of references to "WTO" in each RTA was generally lower, and the RTA with the most citations only included four citations. When invoking WTO rules in the financial services sector, regional trade agreements prefer to refer directly to the GATS rather than to a broader language.

B. Distribution of Direct References

We continued to investigate the distribution of citations in different articles and issues to better understand the specific scenarios under which such WTO agreements are invoked. The scope of issues in relation to which the GATS is mentioned in the financial services sector is broad, covering almost all significant areas, such as definitions, scope, domestic regulations, market access, national treatment, and most-favoured-nation treatment, as well as other issues related to the liberalisation of financial services. Most RTAs directly invoke the WTO agreement in relation to one or two issues. Only a few RTAs simultaneously invoke WTO agreements in relation to four or more issues.

Among the twelve issues listed in the table, the most frequently mentioned in relation to the GATS is 'Definition'. That is, the definition of financial services in the GATS FS Annex is directly quoted by the RTAs. This tendency shows that the definition of financial services established by the GATS is widely recognised worldwide. It also illustrates that the WTO's member states may attempt to maintain consistency with WTO agreements and related obligations in this way.

The second most frequently mentioned issue in relation to the GATS is 'Incorporation of Provisions from the GATS'. Specifically, this item refers to efforts to incorporate the rules of the GATS and its FS Annex into RTAs as an integral part of the RTA's trade in services or financial

services chapter. That is, although the number of references made in relation to an issue is counted only once, this kind of RTA invokes the GATS's rules on definitions, scope, domestic regulations, transparency, recognition, and even dispute settlement simultaneously. For example, the free trade agreement between China and Ireland states that 'The GATS Annex on Financial Services is hereby incorporated into and made part of this Agreement.'[10] There is other wording that is slightly different but has the same effect. For example, Article 8.17 of the free trade agreement between India and Malaysia stipulates that 'the Parties reaffirm their rights and obligations with respect to each other under the GATS Annex on Financial Services.'[11] Compared with invoking WTO rules on a single matter, the approach of directly incorporating the entire GATS FS Annex into part of an RTA reflects a deeper level of integration and influence of WTO rules.

C. Direct References in Context

Third, this research generated systematic counts of the words surrounding references to the "WTO" at the highest frequencies. The top 50 are listed in Figure 3. For example, the top five context words, 'services', 'financial', 'gats', 'article', and 'annex', undoubtedly refer to financial services-related matters and the GATS FS Annex related to them. The terms 'chapter', 'article', 'paragraph', and 'xiv' indicate that the references may have been directly connected to specific chapters, articles, or paragraphs of the GATS. The words 'commitments', 'meaning', 'defined', and 'schedules' indicate that multilateral references are frequently present in the schedules related to specific commitments and definitions. Most notably, there are many words and phrases that actively reflect the association between RTAs and WTO agreements or obligations. Some examples in Figure 3 include words and phrases such as 'referred', 'mutatis mutandis', 'shall', 'incorporated', 'governed', 'reaffirm', and 'integral'. These words seemingly indicate a positive pattern between the relevant RTA and the GATS.

Lastly, the result of the top 30 trigrams in all sentences with multilateral references further corroborates the proposition that RTAs tend to quote the WTO rules in a positive manner. For instance, three of the top ten most common trigrams, namely 'financial - services - gats', 'gats - annex - financial', and 'a - annex - financial', directly point to the GATS FS Annex. In addition, we once again found positive phrases, such as 'the - parties - shall', 'financial - services - shall', 'agreement - mutatis - mutandis', 'gats - incorporated - chapter', and 'rights - obligations - parties' in the RTAs' multilateral references. In particular, the trigrams of 'gats - incorporated - chapter' and 'agreement - mutatis - mutandis' directly refer to the direct incorporation or application of the relevant WTO financial services rules.

Hence, combining the above two methods of systematically assessing the context of references suggested that most of the RTAs directly invoked the WTO financial services rules and obligations in the form of an affirmative presence.

---

[10] Article 79: Financial Services, Free Trade Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of Iceland (2013), Source: http://fta.mofcom.gov.cn/iceland/xieyi/xieyizw_en.pdf (Accessed by 13 July 2021).

[11] Article 8.17: Affirmation of the GATS Annex on Financial Services, 'The Parties reaffirm their rights and obligations with respect to each other under the GATS Annex on Financial Services.' Cooperation Agreement Between the Government of the Republic of India and the Government of Malaysia, Source: http://www.commerce.nic.in/trade/IMCECA/title.pdf (Accessed by 13 July 2021).

IV. Incorporation of WTO Treaty Language into RTAs

Next, this section turns to an analysis of the presence of WTO language in RTAs. The presence of WTO language in a text could reflect a strong influence on RTAs. This study mainly reflects the presence of treaty language through the medium of textual similarity.

A . Incorporation of GATS Treaty Language into RTAs

First, in terms of the average degree of textual similarities, the influence of the WTO's financial services rules on post-WTO RTAs is moderate. The average level of text similarities of post-WTO RTAs to the GATS and the FS Annex is 0.51. Whether this average number was effect by the general rules that are reflected in the GATS rather than specific financial services rules remains questionable. Since only some of GATS rules specifically apply to financial services, we narrowed down the comparison text to only the FS Annex containing special terms for financial services for verification. To our surprise, the average textual similarity dropped slightly to 0.41, illustrating the fact that the influence of the WTO's financial services rules on post-WTO RTAs is unaffected by the general rules in the comparison texts.

However, the average value does not adequately explain all questions; therefore, the section further examined the distribution of the data. The histogram in Figure 7 shows the distribution of language in each interval of post-WTO RTAs borrowed from the GATS and FS Annex texts. It was found that the most significant number of text similarities occurred in the range of 0.58-0.68. In this interval, the number of RTAs with text similarity levels over 0.6 was 59, and the number of RTAs with text similarity levels over 0.5 but under 0.6 was 12. More than half of the post-WTO RTAs took more than half of their treaty language from the GATS and FS Annex.

Further analysis of the group with the greatest text similarity distribution, that is, post-WTO RTAs in the 0.58-0.68 range, showed that developed economies have played a significant role in spreading the language of the WTO's financial services rules. This section counts the countries participating in these agreements separately. The 59 agreements with text similarity levels exceeding 0.6 were concluded during the period from 1997 to 2020 and did not show any especially obvious time sensitivity. Of these agreements, the largest proportion was between developed and developing economies, with 45, followed by agreements between developed economies, with 12, and agreements between developing economies, with only two. We further ranked the participating economies, and the top ten economies with the highest participation frequencies were the US, EFTA, Korea, Australia, the EU, Singapore, Peru, Japan, and China. Among them, the US ranked first, with 11 agreements, followed closely by the, with ten agreements. Only two developing countries, Peru and China, were included. Hence, although developing countries were not excluded, developed economies, overall, generally dominated the formulation of financial services rules in RTAs.

To conclude, the analysis of the means and distribution of textual similarities shows that the language of the WTO financial services rules is an essential cornerstone for facilitating the establishment of financial services rules by post-WTO RTAs. Meanwhile, this analysis of the groups with the most text similarities also showed that developed economies have played a leading role in spreading the language of the WTO financial services rules.

B. Incorporation of the Understanding's Language into RTAs

According to the Understanding, member states can choose to take on specific commitments with respect to financial services based on an alternative approach. The Understanding is not legally binding and is not part of the GATS. Since the Understanding has provided much valuable text, it was used as a text for comparison here. In the findings above regarding direct quotes from the WTO's agreements, some RTA drafters also mentioned the Understanding while mentioning the GATS. Similarly, this section will also outline whether linguistic imprints from the Understanding are also present in post-WTO RTAs through text similarity analysis and will include an examination of the degree of acceptance and recognition of alternative commitments in these agreements.

First, this section analyses the correlation between post-WTO RTAs and the Understanding based on the mean of text similarity levels. The average text cosine similarity of the data set is 0.429. This value is lower than the average similarity value referring to the previously mentioned GATS to post-WTO RTA comparison. Moreover, the maximum value of textual similarity (EU-Chile agreement, 0.62) is also lower than the maximum value of GATS and post-WTO RTA (0.72). Therefore, the impact of the Understanding on post-WTO RTAs is clearly weaker than that of the GATS and FS annexes.

We further investigate the distribution of the data. The histogram in Figure 9 shows the distribution of the language in post-WTO RTAs being borrowed from the Understanding in each interval. The most significant number of text similarities occurred in the 0.47-0.57 interval. The total number of occurrences in this interval was 72, accounting for 54% of all post-WTO RTAs. Among them, the number of RTAs with levels of text similarity exceeding 0.5 was 65, showing that more than half of the post-WTO RTAs and the Understanding showed a moderate level of textual similarity. Nevertheless, compared to the level of textual similarity between post-WTO RTAs and the GATS and FS Annex, the value reflecting the level of similarity with the Understanding had a significantly lower numerical level in the distribution interval.

The analysis of the interval with the most extensive distribution of text similarities also shows that, developed economies still dominate the dissemination of the treaty language of the Understanding in the realm of RTA financial services rules. The group with the greatest text similarity distribution in post-WTO RTAs occupied the 0.47-0.52 interval. The 72 agreements in this interval reflected the period from 1997 to 2018 and did not show any pronounced temporal characteristics. Among them, agreements between developed economies and developing economies accounted for the most significant proportion, with 52 instances, followed by agreements between developed economies, with 17, and agreements between developing economies, with only three instances. Unlike GATS, European countries have shown more active participations. Among the top ten agreements in this range of similarity levels, the EFTA accounted for six, and there were two EU agreements. As a result, the data present a pattern similar to the one mentioned earlier, where advanced economies still dominate the choice of treaty language for financial services rules in regional trade agreements. Differently, Europe has played a pivotal role in the dissemination of the treaty language of the Understanding.

To conclude, based on the overall amount of references, it appears that the text of the Understanding has a minimal influence on post-WTO RTAs. Although the original intention

behind adopting these alternative commitments was to provide member countries with greater flexibility and to encourage them to further liberalise their financial services sectors, from our current analysis, it is observed that these liberalisation commitments have not been widely adopted in subsequent RTAs.

V. Presence of the WTO Rules in RTAs Over Time

The clear conclusion that can be drawn is that the trend in RTAs' financial services rules directly referring to the WTO or GATS reflects fluctuations and an overall increase. Since 1995, the number of references to the WTO and GATS has fluctuated and increased; this accelerated growth trend continued until 2004, quickly climbing to its peak that year. In the mid- and late 1990s, despite the novelty and importance of the WTO, RTAs mentioned the GATS and/or WTO only twice. However, during the early to mid-2000s, the number of GATS and/or WTO mentions per year grew by several times. As of 2004, the number of GATS and/or WTO mentions was 13, and the total number of WTO references was nine. Figure 10 shows that the number of citations increased every year during the ten-year period. However, from 2004 to 2016, whether in relation to the WTO or GATS, the number of RTA citations in financial services rules generally showed a downward trend each year. During this period, although the figure had declined since 2004, the average number of GATS mentions per year remained relatively high. Moreover, the average number of annual GATS and/or WTO mentions in RTAs was still significantly higher than in the mid-to late 1990s. Unexpectedly, another small peak emerged in 2018, even surpassing the 2004 level. Figure 10 also shows the steady decline in WTO mentions and the overall trend. The number of direct WTO mentions was generally relatively flat. In general, WTO financial services rules, as a novel, mature, and essential basis for multilateral trade rules, have profoundly affected many RTA texts, especially during the short-term period after the conclusion of GATS and its entry into force. The WTO rules have been directly invoked in many RTAs' financial services rules, and this influence continues to this day.

In terms of the quantum of treaty language shared by post-WTO regional trade agreements and multilateral financial services regulations, we note similar yet distinguishable patterns for both GATS and the Understanding. Generally speaking, the degree of shared treaty language has not been demonstrated to increase or decrease significantly in any comparison with the GATS or the Understanding. In other words, during the 27 years since the GATS was concluded in 1994, the quantum of treaty languages absorbed from the GATS in the financial services clauses of RTAs has remained generally stable. The textual similarity comparison between post-WTO RTAs and the Understanding showed an almost identical pattern, but at a lower level of overall value.

However, the data from various periods still reflect some noteworthy differences. Figure 11 shows that the number of early agreements (1996-2004) was relatively small, and the level of similarity between most of these agreements and the GATS was higher than the overall average of 0.51. However, after the mid-2000s, especially during the decade from 2004 to 2014, the number of RTAs, including financial services clauses, increased significantly, but the level of similarity with the WTO's texts did not show a significant upward trend. On the contrary, there were more RTAs whose level of text similarity was lower than the overall average, and there were many cases in which the level of similarity was only 0.1. Also, the group of RTAs with levels of text similarity lower than the overall average included more than half of the RTAs in this period. Similarly,

during another peak period of RTA volume growth, between 2018 and 2020, seven of the 20 agreements reached had a lower-than-average level of similarity (Figure 11). From the perspective of quantitative relationship, the level of regional trade agreements' absorption of WTO financial service rules language does not show a positive correlation with the increase of the number of regional trade agreements.

Therefore, the overall level of similarity of the financial services rules of RTAs with reference to the WTO legal language has not increased or decreased over time. The GATS maintained a relatively stable influence on the language and text of RTAs' financial services rules.

VI. Conclusion

Overall, the WTO's financial services rules, as a mature, important basis for multilateral trade rules, have profoundly affected many RTA texts since the GATS was signed and entered into force. The GATS is directly referenced by nearly half of all RTAs' financial services rules, and its influence continues to this day and has not diminished due to the passage of time. The results presented here also provide the first systematic evidence to demonstrate that the language of the WTO's financial services rules has extensively and profoundly affected subsequent RTAs. The GATS, especially the FS Annex, has left a great linguistic imprint on subsequent RTAs. In contrast, the Understanding has had a minimal impact on post-WTO RTAs. In this paper, we propose that the two types of references can complement each other, as demonstrated above. There is every reason to believe that the positive context of such references creates compatibility and complementarity between the existing WTO rules and the obligations in regional trade agreements.

开放金融背景下个人金融数据共享的法律规制

梁信雅*

对外经济贸易大学法学院

摘要：开放金融作为金融领域创新的新模式，强调金融数据与非金融数据等多元化数据的价值转变和实现，其中关涉大量个人信息数据。个人金融数据在动态流动和共享中实现价值，同时与数据泄漏风险、数据滥用风险紧密相连，与现有监管模式滞后不相适应。从个体性和社会性矛盾、数据财产属性和人格数据等多方因素溯源，数据共享与信息保护之间的矛盾具有历史必然性和现实不可避免性。现行国际层面分别从治理模式的价值取向、统一规制尺度、数据中介制度等方面平衡金融数据共享与个人金融信息保护二者间关系。鉴于我国现有法律保护水平和现状，我国应当从实施国家统一立法和行业立法相结合模式，探索数据中介服务新模式，建构全过程和跨部门监管机制等方面完善对个人金融数据共享的法律规制。

关键词：开放金融、个人金融数据、数据共享、隐私保护、法律规制

一、问题的提出

受益于“科技赋能”，金融科技的发展带来了金融机构的业务模式的创新实践。开放银行在支持普惠金融、增强金融业竞争、鼓励通过创新满足消费者需求方面走在了前列，同时也为不同消费者提供了隐私保护和数据权利[1]（OECD，2023）。在此背景下，金融服务在空间和时间上的限制瓦解，开放银行框架拓展到更广泛的其他金融领域，开放金融由此成为发展趋势。

关于何为开放金融，通常都将其认为是开放式银行的延伸或演变。即它以开放银行定义为基础，扩展到其他数据来源和类型[2]（OECD，2023）。开放金融有利于加强客户数据的

---

* 梁信雅，女，2000 年 3 月，对外经济贸易大学法学院硕士研究生。

[1] OECD, Data Portability in Open Banking: Privacy and Other Cross-Cutting Issues, February 2023, p5. https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/6c872949-en.pdf?expires=1710676862&id=id&accname=guest&checksum=D4FFD066470919DFD7A923F18B00A6B7.

[2] OECD, Shifting from open banking to open finance: Results from the 2022 OECD survey on data sharing frameworks, January 2023, p8-9. https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9f881c0c-en.pdf?expires=1710677357&id=id&accname=gues

访问、共享、可移植性和互操作性，促进现有金融机构与新型金融科技企业之间的竞争[3]（AwreyD，2023），为用户提供更具创新性的金融产品和服务。欧盟已将从开放银行向开放金融转变确定为战略性优先事项(EU，2023)[4]。然而，这一转变也迫使金融机构等参与主体面临一系列挑战，特别是与数据隐私、安全和数据滥用相关挑战和风险，对金融数据保护治理提出了更高的要求。根据欧盟的一项调查显示，多数公众对于金融数据共享表示担忧，主要是基于对隐私、数据保护和数字安全问题缺乏信任。[5]尤其是，金融数据具有双重属性，既有个人金融信息[6]带有的个体属性，同时金融监管过程中收集的数据又具有明显的公共属性[7]，不但关乎数据主体个人，更关系到社会对该主体的经济评价[8]，增大了金融数据保护治理的复杂度。由此，如何平衡金融数据共享与个人金融信息保护之间的关系，促进金融数据要素的合理利用，将是在这个新的金融生态系统中建立信任的关键，也是监管机构亟需面对的难题。

二、基于开放金融框架下的个人金融数据保护

（一）开放金融的本质在于数据共享

开放金融的本质仍在于数据共享，但在开放银行基础上对金融数据流通场域、流通渠

---

t&checksum=14826D0BAFFB9199430B0A0D7BEDDD01.

[3] AwreyD, MaceyJ. The promise and perils of open finance[J]. YaleJ. on Reg., 2023,40:1,p4.

[4] EUROPEAN COMMISSION, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT AC CESSMENT REPORT Accompanying the document for a REGULATION OF THE EUROPEA EN PARLIMENT AND OF THE COUNCIL on a framework for Financial Data Access and a mending Regulation, June 2023, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023SC0224,p8.

[5] EUROPEAN COMMISSION, proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAEN PARLIM ENT AND OF THE COUNCIL on a framework for Financial Data Access and amending Regu lation, June 2023, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0360, p4.

[6] 法律概念使用上，“信息”和“数据”在法律概念使用上没有严格区分必要，参见梅夏英：《信息和数据概念区分的法律意义》，载《比较法研究》2020 年第 6 期，第 151 页。在本文中，“个人金融数据”和“个人金融信息”可以等同理解，具体将根据论述语境与涉及相关法规的不同来使用上述概念。

[7] 北京金融科技产业联盟：《金融数据保护治理白皮书》，https://www.bfia.org.cn/upload/file/20230713/1689243419628073228.pdf，p2。

[8] 许可：《个人金融信息保护与数据协同：金融控股公司的选择》，载《银行家》2019 年第 7 期，第 133 页。

道等方面进行了革新再造。[9]数据共享的范围不仅扩展至保险、信托等银行数据以外的金融数据，甚至部分非金融数据也涵盖在内。[10]

相较静态数据，动态流转数据更能发挥生产要素对经济社会发展的乘数效应。从提出将数据作为新型生产要素[11]到强调数据的可用、可信、可流通和可追溯水平，2024 年 1 月发布的《“数据要素×”三年行动计划（2024—2026 年）》进一步强调推动数据的共享共用和高效流通。[12]欧盟牢牢把握数据共享给经济发展带来的机遇，2021 年，数据作为产品或服务交换的欧盟数据市场的总体规模每年增长 4.9%，达到 636 亿欧元。据估计，到 2030 年，欧盟数据经济预计将达到 1 万亿欧元的门槛，占 GDP 的份额将增长到 5.9%。[13]

（二）我国个人金融信息保护的现行法律框架

个人金融数据是数据共享的主要关键。因此，数据共享必然面临着个人金融信息保护需要。针对于此，我国尚未形成单独的个人金融信息保护立法规范，[14]散见于诸如《商业银行法》第 29 条、《银行业监督管理法》第 11 及 43 条、《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》第 5 及 42 条、《贷款通则》第 23 条等规范中。

近些年来，金融数据开始从封闭状态走向开放，强调金融数据保护与利用并重，[15]中国人民银行、原银保监会、证监会等金融监管部门先后出台了一系列关于金融数据治理与安全

---

[9] 尚博文：《从“开放银行”到“开放金融”：金融数据要素流通的治理应对》，载《金融监管评论》2023 年第 11 期，第 68 页。

[10] OECD，Openfinancepolicyconsiderations,https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/19ef3608-en.pdf?expires=1711179789&id=id&accname=guest&checksum=E695EE5CDA181916FFD2760B3CAB861C,p7.

[11]《中共中央国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》，https://www.gov.cn/zhengce/2022-12/19/content_5732695.htm。

[12]《“数据要素×”三年行动计划（2024—2026 年）》，https://www.cac.gov.cn/2024-01/05/c_1706119078060945.htm，2024 年 5 月 11 日最后访问。

[13]EUROPEAN COMMISSION, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT AC CESSMENT REPORT Accompanying the document for a REGULATION OF THE EUROPEA EN PARLIMENT AND OF THE COUNCIL on a framework for Financial Data Access and a mending Regulation, June 2023, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023SC0224, p6.

[14] 朱芸阳：《个人金融信息保护的逻辑与规则展开》，载《环球法律评论》2021 年第 6 期，第 57 页。

[15] 邢会强：《大数据时代个人金融信息的保护与利用》，载《东方法学》2021 年第 1 期，第 54-55 页。

的法规、意见和标准等。目前，我国通过《个人信息保护法》（以下称为“《个保法》”）《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《金融消费者权益保护实施办法》（以下称为“《金保法》”）《个人金融信息保护技术规范》《金融数据安全数据生命周期安全规范》等法律法规、行业规范性文件共同搭建起了个人金融信息保护的基本法律框架。

然而，在现有法律框架下仍存在与个人金融信息保护不相适应的情形。一方面，《个保法》等立法作为一般性法律，具有普适性，难以全方面契合开放金融背景下的个人金融信息保护需要[16]。另一方面，《金保法》等金融规范虽是金融领域的专门性立法，但个人金融信息保护并不等同于金融消费者保护，二者在制度目标等多方面存在差异性[17]。《个人金融信息保护技术规范》等属于推荐性行业标准，并不具备法律强制约束力。此外，由于金融信息天生所具有的公共属性，不但关乎数据主体个人，更关系到社会对该主体的经济评价，倾向于推动数据共享。[18]

三、个人金融数据保护与数据共享的冲突表现及缘由

（一）个人金融数据保护与数据共享的冲突表现

技术进步和创新不会导致金融风险具备的内生性特点消失。开放金融在提供跨行业、跨市场、跨机构金融服务的同时，也会使得金融风险传染性更强、波及面更广、传播速度更快。[19]尤其是数据共享衍生了多重风险，包含以下若干方面。

第一，数据泄漏风险。传统金融模式下，银行等金融机构往往是海量个人金融信息等数据的控制方，数据流动呈现闭环状态，且只需保障自身的信息安全及风险防控能力[20]。开放金融模式下主体从双方扩展至多方，[21]数据面上大大扩大了数据流动的范围，导致风险容易

---

[16] 方乐、李伟群：《个人金融信息保护视阈下金融数据共享规则的完善》，载《金融法苑》2021年第2期，第80页。

[17] 邢会强：《个人金融信息保护法的定位与定向》，载《当代法学》2022年第3期，第107-108页。

[18] 许可：《个人金融信息保护与数据协同：金融控股公司的选择》，载《银行家》2019年第7期，第133页。

[19] 许可：《开放银行的制度构造与监管回应》，载《财经法学》2019年第10期，第132页。

[20] 马智涛：《积极应对开放银行的挑战》，载《中国金融》2019年第21期，第49页。

[21] 赵吟：《论开放银行数据共享中的信息披露义务》，载《政治与法律》2021年第2期，第96页。

在信息安全技术及风险防控能力较弱的节点暴露。参与主体的数据安全防护意愿及水平的参差，以及数据聚合服务的产生，也使得数据泄露存在木桶效应及聚集效应。[22]实践中，金融行业数据泄露频发。根据《2023 年数据泄露风险年度报告》显示，金融行业数据泄漏事件位列第一，涉及银行、保险、证券等行业高净值人群信息，其泄漏数据主要用于营销推广以及诈骗等。[23]

第二，数据滥用风险。在大多数场景下，“知情同意规则”是数据使用的必备要件。根据《个人信息保护法》规定，除非存在特定豁免情形，个人信息的处理应当达到本人充分知情并取得其同意，尤其变更处理目的、处理方式和处理的个人信息种类，还应当重新取得个人同意。事实上，个人金融数据往往被不当使用，主要表现为两种情形。一是“知情同意原则”表面化。用户看似主动提供数据并同意其用途，但实际上知情同意被表面化的告知义务所替代。“知情同意规则”的逻辑基础是个人信息自决权，通过赋予个人积极权利以保护个人信息。而金融机构和第三方机构等数据使用者仅通过履行告知义务的以规避法律风险。可以说，告知义务与知情同意并不完全对等，“知情同意规则”发生异化。二是数据未经许可的滥用。数据在未取得用户许可或用户不知情的情况下被另作他用。实践中，金融科技公司利用获取的用户数据为自身或其他金融机构提供信用评估服务并从中获利，侵犯用户作为资深金融数据权利主体所应有的正当权益。[24]这包括直接转售用户数据或因管理疏漏导致数据被非法侵入、窃取或转售。广东省 2021 年个人信息保护检察公益诉讼典型案例中，银行内部员工非法出售客户信息，导致信息被用于不正当竞争的贷款推销。[25]

第三，监管模式难以适应数据共享治理需求。在理性人假设下，决策的动机往往基于寻求自身利益最大化。由于人类逐利的本性的存在，金融监管是防范风险、保障个人权益的必然存在的机制。[26]而在开放金融的框架下，个人金融数据治理仍面临着监管与实践不相适应的局面。一方面，技术迭代导致金融交易规模和交易频度呈几何级数增长，监测压力陡增。

---

[22] 张健：《我国开放银行数据共享的监管模式选择》，载《政法论丛》2023 年第 1 期，第 66 页。

[23] 威胁猎人 Threat Hunter：《2023 年数据泄露风险报告》，资料来源：https://mp.weixin.qq.com/s/gwafJTo-ic2W2YGycopkwA。

[24] 刘倩：《金融科技数据风险监管的国际经验及借鉴》，载《新金融》2019 年第 10 期，第 54 页。

[25] 《湛江经济技术开发区人民检察院督促保护银行客户信息安全行政公益诉讼案》，资料来源：http://lawsky.org/show.asp?id=974。

[26] 陈哲、余吉安、张榕：《金融生态视角下的金融监管》，载《北京交通大学学报（社会科学版）》2012 年第 1 期，第 58 页。

数据的流动使得其不再局限在像银行一样的单一独立领域，而是在多个领域内，由此以往的单一机构监管模式也面临着挑战。另一方面，随着非金融机构纷纷涌入市场，并在传统金融监管界限之外提供金融产品和服务。金融业务的流程被多个金融业务提供方所分解，难以按照传统金融理论确定金融服务的主体和权责方，金融业务的边界逐渐模糊化，导致了监管的不确定性。金融科技企业目前尚未成为金融机构的正式监管对象，从当前的风险判断，这显然不利于对金融系统的脆弱性风险进行有效监管。传统的多头监管模式与单一监管模式均面临着重大挑战。[27]

（二）个人金融数据保护与数据共享的冲突缘由

个人金融数据共享与保护之间的冲突看似是近年来信息技术发展带来的伴生物，实则笔者认为其冲突本身有其历史上的必然性和现实不可避免性。

数据共享和隐私保护的冲突始终存在，由内外因共同作用导致。内因层面指向个体的社会性和个体性之间的冲突。人的个体本性要求一定程度的隐私保护，包括隐私信息、隐私空间和隐私活动等方面的保护。作为一个社会性存在，个人必然要与其他人产生各种各样的关系，进行各种各样的合作。所有这些关系和合作，都要以一定程度的信息共享作为前提。[28]社会外在的变化也模糊了公众对于隐私保护的界限。从前现代社会到现代社会，又到大数据时代，隐私的概念逐步被提出，开始受到高度保护，又让位于技术发展的需要，各国政府越来越倾向于更大限度的信息共享，走向半透明化。由此实践中的隐私的概念变得愈发模糊，不仅个人层面难以界定，法律上也存在灰色地带。而现代数字技术的发展进一步激化了这一冲突，使其在此阶段愈发突出。

财产利益与人格利益的博弈也是成因之一。随着人工智能等技术发展，个人数据利用的商业价值不断显现。尤其是在金融领域，金融科技公司可以通过收集的个人金融信息减少信息不对称，优化金融资源配置。金融数据涵盖着海量个人信息。[29]我们每天都在创造数据，小至衣食住行、大至国家安全，都能通过数据公布于外，成为网络世界的“穿新装的皇帝”。我国传统以来对隐私权的保护便是出于对个人人格权益的保障，数字时代下的个人权益保护同样至关重要。金融数据的重要性不因承载方式的差异而有所削弱，恰恰相反，在信息技术

---

[27] 陈萌：《从数据共享机制角度谈开放银行创新》，载《新金融》2020 年第 5 期，第 36 页。

[28] 董淑芬：《大数据时代信息共享与隐私保护的冲突与平衡》，载《南京社会科学》2021 年第 5 期，第 46 页。

[29] 王岩、叶明：《人工智能时代个人数据共享与隐私保护之间的冲突与平衡》，载《理论学刊》2019 年第 1 期，第 101-102 页。

的加持下，更应当注重对金融数据的双重属性的把握，体现“安全与发展并重”的发展观念。

四、个人金融数据共享治理的国际经验镜鉴

深谙金融科技创新对一国经济的促进作用，各国也大力践行开放金融。现行治理模式主要包括以欧盟、巴西等国实施的以法规为主导模式，以及美国、日本等国采取的以市场为主导的治理模式。解决用户对数据使用信任感缺失的问题，化解数据共享与个人信息保护之间的矛盾，成为当前开放金融发展的关键一环，其中措施具有借鉴意义。

（一）采取与价值取向相契合的治理模式

不同模式看似具有规制路径相差甚远，分别主张市场自律和立法规制。实质上，这二种模式都与其背后的价值取向相契合，与其金融发展规律和实现目标相适应。

具体而言，美国作为典型的自由主义经济的倡导者，主张基于市场治理模式。在该模式下，数据是可自由转让的资产，以市场规则和资源效率为衡量标准，不刻意追求数据安全目标。[30]欧盟则强调基于个人权利的治理模式，认为数据更多地被视为个人的权利。对内防止数据垄断并促进数据共享，对外注重数据安全问题。但无论是法律规则的制定，还是数据中介制度的制定，均体现了规制理念。在该逻辑下，我国现有的个人金融信息治理模式既不同于欧盟基于个人权利的治理模式，也不同于美国基于市场的治理模式。现有治理模式更倾向于对公共利益的保护，追求稳定安全和创新发展内部数字市场的双重目标。但是具体制度上我国也应当与追求的价值取向相契合。

（二）制定开放规则，统一发展尺度

对于利益，法律保护优于个人保护。自开放银行发展以来，多国出台一系列政策、法律规范等，以此规范金融发展，保护个人权益。[31]

在以法规为主导的治理模式中，欧盟一直走在立法前沿。通过 GDPR、PSD2 等法案对金融机构予以规制、个人信息予以保护，同时也旨在打造以消费者为中心的、负责任的开放金融框架。[32]2023 年 6 月，欧盟委员会提出了金融信息数据访问框架（FIDA）。通过 FIDA，可以将《支付服务指令》中的银行数字门户要求扩展到金融部门的其他部分。在消费者的明

---

[30] 郑联盛、臧怡宏、李俊成：《欧盟金融数据治理：框架、重点与启示》，载《金融监管研究》2024 年第 2 期，第 26 页。

[31] 切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，商务出版社。

[32] EUROPEANCOMMISSION,https://finance.ec.europa.eu/digital-finance/framework-financial-data-access_en.

确许可下，公司能够访问与个人储蓄、贷款、保险和养老金相关的广泛个人财务信息。[33]

在市场主导治理模式中，美国主要通过《消费者金融保护法》第 1033 条休眠权力等内容，赋予消费者访问其数据的权利，旨在确保敏感的个人财务数据是安全和私密的。2024 年，CPFB 局长 Rohit Chopra 在金融数据交换全球峰会上演讲时指出，规则制定对于开放银行的发展的重要性。不同于欧盟的政府主导型，CFPB 仍然强烈倾向于市场驱动的标准，由行业参与者制定，政府有一定的参与和不同程度的监督。[34]

（三）引入数据第三方，建立数据中介制度

数据共享分别直接共享和间接共享。相较于数据直接共享带来的数据安全性、传输效率等问题，以数据共享中介为媒介的间接共享更有利于实现可信任的数据共享制度。[35]数据中介包括撮合者、数据汇聚者或数据经纪人等。该制度旨在解决个人用户和数据使用者之间的由于数据共享带来的信任问题，通过去中心化的方式建立可信任的中立方，平衡数据共享和保护利益[36]。目前国际上的数据中介主要有以美国为代表的数据经纪人制度、欧盟为代表的数据中介制度等。

数据经纪商是美国数据交易服务的主要参与方和支持方。美国 FTC 将数据经纪商定义为“从各种来源收集有关消费者信息的公司，汇总、分析和共享原始信息或衍生信息，并向与消费者没有直接关系的企业出售、许可、交易或提供该信息，用于产品营销、验证个人身份或检测欺诈行为等”。[37]在欧盟的数据中介制度中，关键在于数据中介机构的中立地位。这些机构通过避免数据交叉使用、采用类似竞争法的结构性分离方法、独立于数据供需链条并将数据交易转变为三方关系等措施保持中立，从而增强各方对数据共享的信任并赋予用户

---

[33] Klaas Knot, Open finance regimes – experiences in some countries, https://www.bis.org/review/r240313e.htm.

[34] CFPB, Prepared Remarks of CFPB Director Rohit Chopra at the Financial Data Exchange Global Summit，https://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/prepared-remarks-of-cfpb-director-rohit-chopra-at-the-financial-data-exchange-global-summit/.

[35] 闫志开：《欧盟对数据中介服务提供者的规制模式及其镜鉴》，载《德国研究》2023 年第 2 期，第 125 页。

[36] 倪楠：《欧盟模式下个人数据共享的建构与借鉴——以数据中介机构为视角》，载《法治研究》2023 年第 2 期，第 22 页。

[37] 王丽颖、王花蕾：《美国数据经纪商监管制度对我国数据服务业发展的启示》，载《信息安全与通信保密》2022 年第 3 期，第 10 页。

一定的数据处理控制权。[38]欧盟委员会于 2022 年正式颁布《数据治理法》(DGA)中，第 10 条到 15 条详尽阐述了数据中介制度的强制性通知程序、数据中介认证、行为规范以及监管措施等内容。欧盟还提供多种数据中介服务，包括数据市场、个人数据管理系统、数据合作社和数据沙箱。

五、开放金融框架下我国个人金融数据共享的法律规制

（一）实施国家统一立法和行业立法相结合模式

基于我国目前在个人金融信息保护法律层次较低、一般数据治理与金融数据治理的冲突等问题，现阶段建议针对金融信息领域制定专门的个人金融信息保护行政法规或规章，且应当合理应对个人信息安全和促进利用两种价值的平衡问题。

我国在构建相关制度时，可以借鉴现行国际上“统一立法”与“行业分类而治”相结合模式，但不宜实行一刀切的立法模式。若仅由国家统一立法，一方面法律的一般性和效力阶级决定了国家只能制定通用性规则，无法就其行业具体问题进行细化规定。另一方面行业的特殊性决定了国家难以完全了解行业的实际情况，导致法律与实践的不相适应。但是，若仅由行业立法，行业主体在市场经济利益的驱动下可能会出现偏向经济利益而忽视或侵害个人利益的现象。因此应当采取由国家在框架层面的统一立法，明确界定边界，提供监管的最低要求。同时，金融行业应当在此基础上，根据现有个人金融信息保护和利用的需要，细化法律规定，制定明确、可操作、有针对的具体规则。

（二）探索数据中介服务的新模式

我国目前已建立了数据中介制度，但是相较于欧盟多元的数据中介服务，我国目前只有大数据交易平台以及数据经纪人承担着数据中介职能，形式较为单一，应鼓励发展多元化的数据中介形式。例如，数据交易中心致力于解决数据供需双方之间的信息不对称问题。强化个人对其数据的控制权则由个人数据管理系统完成，为行业内成员提供数据共享和合作服务的任务由数据合作社执行。因此仅仅依赖单一类型的数据中介解决所有问题与实际不相匹配，而应根据问题的性质，针对不同行业和不同类型的数据共享需求确定数据中介服务方案。此外，目前我国数据建立的数据中介制度主要是用于数据交易，若将其应用到开放金融等场景仍需有所调整。

加强对数据中介机构的信任也至关重要。欧美模式下，数据中介制度在解决数据共享过

---

[38] 倪楠：《欧盟模式下个人数据共享的建构与借鉴——以数据中介机构为视角》，载《法治研究》2023 年第 2 期，第 26-27 页。

程中信任问题上扮演着关键作用。数字信任作为一种多层次信任体系，数字技术的引入有利于助力数字信任关系的建立。区块链等技术可以通过建构数字身份等方式构建去中心化的交易模式，提高数据的可信度，同时也减少了建立信任所需的成本。

（三）建构全过程、跨部门监管机制

建立全过程的监管机制要求从事前、事中、事后等方面加强监管，防控数据共享的风险。事前层面而言，应进一步完善“知情同意”规则。根据个人金融数据的敏感程度，采取“以一般允许为原则，以同意决定为例外”的授权规则。即衍生类数据的处理行为无需事先取得信息主体的同意，但其应确保信息主体的知情权，并在损害发生时承担严格责任。但对于与人格主体密切关联的数据，应当控制信息使用场景或方式，不仅需要获得个人主体的明确同意，同时应当进行相关信息披露，加强数据的透明度要求。事中层面而言，加强对个人金融信息使用的追踪监管机制。不仅要严格执行《个保法》等相关规定，同时也可借鉴美国治理模式，发挥行业自律作用，制定相关行业规则和标准。在事后阶段，应注重事后保护和救济措施。《个保法》第 69 条第 1 款规定采用了过错推定的责任承担方式，但是在具体损害责任的承担比例上，第 2 款仅规定根据损失或获得利益确定赔偿额。虽然该条的举证责任倒置一定程度上有利于对个人用户的权益保障，但是金融机构作为占有优势地位的一方当事人以及数据所具有的乘数效应等因素考量，是否应当在此基础上加大侵权责任承担仍值得进一步探究。

开放金融涉及银行、证券、保险等多行业间的数据共享，因此不同监管机构也应加强跨部门监管协同机制。尤其是金融科技公司的发展事实上导致我国金融业的混业发展，孤立的监管部门已经无法适配监管需求，有损我国金融消费者等主体的合法权益。且在金融服务领域，个人金融用户所处的金融劣势地位更是迫切需要金融监管机构等公共权力机构的出手。跨部门监管不仅要求金融监管部门打破数据孤岛，推动政务数据共享，同时也应建立健全跨地区、跨部门、跨层级的数据融合应用机制，实现数据资源有机整合与深度利用。

金融数据跨境流动的国际法规制及中国因应

卢玮婷*

摘要：作为数据密集型行业，金融业天然存在大量的数据跨境流动需求。随着全球数字化贸易持续增长，金融数据跨境流动变得越来越频繁，在产生显著经济效益的同时也隐含着潜在的风险与挑战，在一定程度上为金融消费者的个人隐私保护、国家数据主权及金融安全维护以及金融企业的合规操作带来风险和隐患。为防范金融数据跨境流动产生的风险，全球绝大多数国家均立法实施了一系列限制金融数据跨境流动的管控措施，并达成各双边、多边自由贸易协定。各国在制定金融数据跨境流动规制的法律框架时，流动性和安全性是重要的规制目标，此二者之间存在此消彼长的关系。国际上主要的贸易大国或经济体对金融数据流动性和安全性的权衡并不完全相同，对流动性和安全性的侧重程度的不同产生了不同的治理模式，如美国侧重经济利益的促进数据自有流动模式、欧盟侧重个人隐私保护的限制性流动模式以及中国以主权安全为先的限制性流动模式。尽管治理理念上存在着经济利益、隐私保护和主权安全等不同类型的价值取向，但各理念之间其实存在共通之处，这体现在治理理念和治理模式的不同并没有阻碍国家或地区间达成自由贸易协定。并且达成的自由贸易协定中有关金融数据跨境流动的条款设置存在相似性，集中体现为四种条款，即日常商业活动下的金融数据跨境流动自由、金融数据本地化要求的禁止、金融数据跨境流动的例外规则以及审慎例外规则的特殊适用条款等对金融数据的跨境流动进行规制，这些条款内容构成了金融数据跨境流动的国际法规制框架。在此背景下，为推动我国已加入的自由贸易协定如 RCEP 的落实、推进我国欲加入的自由贸易协定如 CPTPP 的谈判，我国可在金融数据跨境流动国际法规制治理理念和治理模式方面求同存异，达成金融数据跨境流动国际法规则的一致与兼容。同时，关注到数字经济发展弱国的利益与诉求，力图将中国模式惠及数字经济发展暂时落后的国家，提升自身在国际规则制定谈判中的话语权。此外，还应当借鉴欧美模式下的成功经验，充分利用国际法资源，在制定金融数据跨境流动贸易条款时引入先进有效的国际规则，加强金融数据跨境流动国际贸易法规制的国际合作。在国内层面，要秉持开放包容的立法前景，完善金融数据跨境流动的规制体系，细化金融数据分级管理制度，建立起动态精准

* 卢玮婷，女，福州大学法学院硕士研究生

的金融数据跨境流动安全评估制度。

关键词：金融数据跨境流动；自由贸易协定；国际经贸规则

一、引言

数据跨境流动自 20 世纪 60 年代以来就越来越受到国际社会的瞩目，彼时，数据跨境流动主要规制个人数据的跨境运转。进入数据驱动经济时代，数据跨境流动作为各国参与跨境贸易的重要元素迅猛发展，数据的内涵和种类不断延伸，不只是局限于个人数据，还包括不同种类的部门服务商收集的公共数据等，金融服务商为提供金融贸易服务所收集的金融数据是其中重要的一部分。数据跨境流动提升了跨境贸易服务的效率，大力推动了数字服务贸易的发展，其中，金融数据的跨境流动产生了显著的经济效益，但金融数据跨境流动中隐含的风险也在一定程度上为个人信息保护和国家数据安全等带来隐患。为防范金融数据跨境流动产生的风险，全球绝大多数国家均立法实施了一系列限制金融数据跨境流动的管控措施，并达成各双边、多边自由贸易协定。然而，在经济全球化背景下，以确保安全为前提，促进数据跨境自由流动、以最大程度地发挥数据资源的价值是发展数字经济的应有之义和国际趋势。[1]面对金融数据跨境流动的风险治理以及数据自由和数据安全这一对治理理念的权衡，各国形成了不同的治理理念和治理模式。

二、金融数据跨境流动的风险与治理模式

（一）数字经济背景下金融数据跨境流动的结构性风险

金融是汇聚和存储数据最多的行业之一，据国际数据公司（International Data Corporation，IDC）预测，全球数据总量将从 2018 年的 33 字节增至 2025 年的 175 字节[2]，金融数据是全球数据增长的重要推动力之一。金融数据跨境流动是一把双刃剑，在带来经济效益的同时，也会带来无法避免的现实的或者潜在的风险。一方面，金融数据跨境自由流动能够帮助有跨境业务的企业提升商业效率，利用已掌握的金融数据进行市场分析研究，不断加深与海外市场的融合，提升企业的经济效益，带动社会经济增长。另一方面，金融数据数量大、种类多、出境频繁，数据跨境流动活动本身就伴随着一系列复杂的风险。金融数据跨境流动会使我国

[1] 温树英：《数据本地化要求的困境与对策：以金融服务贸易为例》，载《国际经济法学刊》2021 年第 2 期。

[2] 国际数据公司（IDC）.数字化世界——从边缘到核心。

公民的人格利益、企业的商业秘密以及国家的安全数据等暴露在他国视野之中，一旦发生数据泄露丢失、数据处理不当、恶意利用等情况，将会对个人、企业乃至国家安全造成巨大威胁。

1. 金融消费者的个人隐私保护风险

金融用户在使用各类应用软件参与金融活动的过程中产生了大量数据，此类数据产生的最直接的诉求就是对个人隐私的保护。在进行跨境传输时，金融用户上传的数据可能会被算法组合还原成特定的信息画像，包括个人私密信息如住址、联系方式、家庭状况及用户肖像等，如果传输到境外时遭遇泄露或被不当公开，将严重侵犯金融消费者的个人隐私权。同时，已经出境的金融数据可能会被反复利用、无限传播，从而导致金融消费者的信息自决权受到侵害。[3]消费者个人往往很难应对金融机构主导的金融数据跨境流动活动产生的风险和侵害。

2. 数据主权及国家安全维护风险

主权是一个国家的最高权力存在，代表着国家对其领土及国内事务享有最高且排他的管辖权和控制权，体现对内最高管辖权和对外独立自主权以及国际事务的参与决策权。数据主权是一种在数字时代下出现的新型权力，与传统主权不同，其管辖和控制的范围都在虚拟空间内，控制的对象是不存在于物理空间的数据代码。数据主权意味着国家对其领域内数据的产生、存储、处理和传输享有管辖权及控制权，不受其他国家的干涉。数据主权提出的前提是数据的跨境流通，而数据的跨境流动会对国家数据主权形成一定的冲击。[4]例如，数据跨境流动涉及不同的主体，各主体所属的管辖权交互重叠甚至存在冲突。此外，对于数据强国而言，它们能够通过控制弱国数据，设定技术发展议程、实施政治操纵、甚至发动网络战。[5]金融数据已经成为当代社会经济活动的关键要素。在进行金融服务贸易活动时，商业银行、信贷机构和保险公司等金融机构能够从各国收集海量信息并转化为金融数据，这些信息包括公民的身份信息、银行卡信息，还包括税务、贸易、房地产、公共服务缴费、环境生态、能源资源及物资储备等与民生相关的大量数据。这些数据在经过反向组合后能够推演出地区的宏观经济和发展状况，一旦被盗取、复制，就可能导致一些主体非法享有和控制这些数据，从而削弱一国的数据主权。[6]更甚者，如果这些数据由外国情报部门享有和控制，其可能用这些数据来推演数据泄露国的政策和战略，这将威胁到数据泄露国的国家安全和公共利益。

3. 金融企业的违规风险

---

[3] 参见赵宏：《信息自决权在我国的保护现状及其立法趋势前瞻》，载《中国法律评论》2017 年第 1 期。
[4] 参见杜雁芸：《大数据时代国家数据主权问题研究》，载《国际观察》2016 年第 3 期。
[5] 沈伟伟：《网络主权视角下的数据治理比较研究》，载《法学杂志》2024 年第 4 期。
[6] 卜学民，马其家：《论数据主权谦抑性：法理、现实与规则构造》，载《情报杂志》2021 年第 8 期。

各国为保障数据安全相继出台法律，明确金融企业有义务保护个人数据和重要数据，规定了企业在利用金融数据追求商业利益的同时，在数据存储、处理和出境等环节的责任和义务。但各国对于企业义务的规定不尽相同，加之自由贸易协定中也有金融数据跨境流动企业义务的有关规定，这就导致金融企业在参与数据跨境流动活动时面临着“次生风险”，即违反数据本地化存储要求、安全传输和隐私保护等国内法和国际法规定的违规风险。[7]实践中已有若干案例表明有企业受商业利益驱动，未注重数据安全而导致数据存在泄露风险或者数据已被窃取并传输到境外，进而受到行政处罚。

（二）金融数据跨境流动国际法规制的治理模式

金融数据跨境流动的高风险性要求各国金融监管部门对其进行适当的规制和监管。为应对金融数据跨境流动中的问题，达到金融数据经济效益与数据安全的平衡，各国纷纷通过单边立法、双边或多边自由贸易协定的形式对金融数据跨境流动予以法律规制。在制定金融数据跨境流动规制的法律框架时，流动性和安全性是重要的规制目标，此二者之间存在此消彼长的关系，国际上主要的贸易大国或经济体对金融数据流动性和安全性的权衡并不完全相同，由此产生了不同的治理模式。有学者提出，全球数据跨境流动规制中存在三种不同的理念：美国体现为自由主义，欧盟表现为规制主义，中国、俄罗斯等新兴经济体则属于重商主义。[8]以美国为典型的自由主义者（liberalizers）提倡互联网的开放与自由、以防止和消除数据跨境流动的各种障碍；以欧盟为代表的规制主义者（regulators）注重数据隐私的保护，更多地强调政府干预的重要性；以中国等新兴经济体为代表的重商主义者（mercantilists）则在发展数据跨境交往的同时，强调将国家和企业安全更多地纳入考虑中，要求重要数据存储本地化等，重视数据主权安全。根据规制目标和治理理念的不同，可以将金融数据跨境流动的治理模式进行以下分类。

1. 美国：侧重经济利益的促进数据流动模式

美国在数字经济和数字贸易领域有着绝对优势，是关注个人信息商业化利用、推动数据跨境自由流动的最主要国家。美国的一系列立法活动可以反映其数据跨境流动规制的价值取向。1997 年美国颁布《全球电子商务框架》（A Framework for Global Electronic Commerce），提出“政府应当避免对电子商务作不适当的限制”，主张“最大可能的跨境信息自由流动”。2013 年美国《数字贸易法》提案中提到要推动开放的、全球化的数字贸易，特别强调数据

[7] 参见彭德雷：《数字贸易的“风险二重性”与规制合作》，载《比较法研究》2019 年第 1 期。
[8] 转引自彭德雷：《数字贸易的“风险二重性”与规制合作》，载《比较法研究》2019 年第 1 期。

的跨境自由流动以消除数字贸易障碍。在国际层面，美国通过与各国签署双边和多边自由贸易协定，最大限度地推动金融数据的跨境自由流动，如美国与加拿大、墨西哥签订的《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement，NAFTA）是最早对金融数据跨境流动进行规制的国际法规则。美国及其金融机构认为金融消费者隐私保护问题应当更多地用市场力量，而不是政府监管来解决。美联邦政府制定的《公平信用报告法》（The Fair Credit Reporting Act，FCRA）为消费者提供了一定的隐私保护，规定了金融机构应当为消费者提供“通知”和“选择退出”的机会，以停止金融机构将消费者在信贷或就业申请表上填写的信息与关联公司进行共享。[9]总而言之，美国一直以来就更看重数据自由流动带来的经济效益，其金融数据跨境流动的规制理念为在金融安全的前提下，追求经济利益的最大化。

2. 欧盟：侧重隐私保护的限制性流动模式

欧盟体现为重视数据人格权益保护、侧重个人隐私的数据限制性流动模式。欧盟特别强调数据跨境传输中的隐私权保护问题。1995 年欧盟发布了《数据保护指令》（Directive 95/46/EC），这是欧盟首个统一的数据保护法规，建立起了统一且独立的数据保护机构。2000 年，美国与欧盟签署《安全港协议》（Safe Harbor Agreement），规定在满足“适当保护”条款的情况下可以进行适当的数据跨境流动，但 2013 年“棱镜门”事件发生后，欧盟法院认定《安全港协议》无效。2018 年欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，GDPR）正式生效，取代了 1995 年的《数据保护指令》。GDPR 指出数据跨境流动对于国际贸易和国际合作的重要性和必要性，然而，GDPR 第五章第四十四条规定“只有在控制者和处理者遵守本章规定的条件（包括将个人数据从第三国或国际组织继续转移到另一第三国或另一国际组织）的情况下，且须符合本条例的其他规定，才能转移正在处理的个人数据或打算在转移到第三国或国际组织后进行处理的任何个人数据。”GDPR 允许的数据跨境流动是有条件的，须在全面遵守条例规定的保护要求的前提下进行。GDPR 对数据跨境流动的规定是统一的，并未详细区分金融数据与其他数据。随着数字金融的发展，欧盟也逐渐关注到金融数据跨境流动规制的重要性。2022 年欧盟理事会通过的《数字运营弹性法案》（Digital Operational Resilience Act，以下简称 DORA 法案）将于 2025 年 1 月 17 日起正式执行。DORA 法案专门针对金融机构与第三方信息服务提供商的跨境金融数据传输进行了规定，以满足所有受监管金融实体的数字运营弹性需求，并为第三方信息服务提供商建立了监督框架。综上所述，欧盟对金融数据的跨境流动侧重隐私保护，对金融数据跨境流动采取限制性流动而非自由流动的治理模式。

[9] See Fair Credit Reporting Act, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/fcra-may2023-508.pdf.

3. 中国：侧重主权安全的限制性流动模式

我国 2015 年出台《国家安全法》，第二十五条明确规定“国家建设网络与信息安全保障体系.....维护国家网络空间主权、安全和发展利益”。其后陆续出台《网络安全法》、《数据安全法》、《个人信息保护法》、《网络数据安全管理条例》等法律法规，不断重申数据主权与数据安全，细化立法规定，构建数据安全保护基本法律体系。在有关金融数据的具体法律规范中，如 2023 年《中国人民银行业务领域数据安全管理办法（征求意见稿）》第二十六条明确了数据本地化存储要求。[10]在国际层面，我国 2020 年签署的《区域全面经济伙伴关系协定（Regional Comprehensive Economic Partnership，RCEP）中，第八章附件一第九条规定了金融信息的跨境传输与处理。根据该条款可知，RECP 是在数据主权的前提之下，允许金融数据跨境流动，但存在较多例外规定。可见，我国对于金融数据跨境流动是以主权安全为先的限制性流动模式。

《全球数字贸易发展报告 2024》显示，全球数字订购贸易额已增长至 2023 年的 1.57 万亿美元，欧盟、美国、中国的数字贸易规模位居全球前三。当前金融数据跨境流动治理的理念和模式也是以上述三个国家或地区为代表，呈现三足鼎立之态，尽管治理理念上存在着经济利益、隐私保护和主权安全等不同类型的价值取向，但各理念之间其实存在共通之处，在具体的条款设置中存在着相似性。

三、金融数据跨境流动的国际法规则考察

通过考察现有国际法规则，可以发现自由贸易协定中有关金融数据跨境流动的规定集中体现为四种条款，即日常商业活动下的金融数据跨境流动自由、金融数据本地化要求的禁止、金融数据跨境流动的例外规则以及审慎例外规则的特殊适用，这些条款内容构成了金融数据跨境流动的国际法规制框架。

（一）日常商业活动下的金融数据跨境流动自由

尽管存在不同的理解，但前述三种模式下的各国实际都认可金融数据跨境的“可流动性”，这是金融数字贸易能够进行下去的前提和基础。各国或地区也逐步在签署的自由贸易协定中约定“日常商业活动”所必需的金融数据跨境自由流动条款。各协定将金融数据自由流通的

[10] 参见《中国人民银行业务领域数据安全管理办法（征求意见稿）》第二十六条：“（数据出境限制管理措施要求）数据处理者在中华人民共和国境内收集和产生的数据，法律、行政法规有境内存储要求的，应当在境内存储。”

范围限于“机构日常商业活动所必需”，但“日常商业活动”的含义和范围却不够明确，这可能会使得不同国家对于“日常商业活动”的理解有所不同，从而引发解释方面的争议。相较而言，USMCA 中将自由流动的条件进一步明确，规定为进行“许可、授权或登记范围内的活动”，让金融机构设立地的法律来决定金融数据是否可以自由流动。布莱克法律词典中将“日常商业活动”解释为“管理贸易或业务的正常程序”。[11]因而，在“日常商业活动”含义和范围尚未明确的情况下，金融数据跨境流动活动的相关主体应当了解相关国家或地区的法律和实践中对“日常商业活动”的理解。

（二）金融数据本地化要求的禁止

出于安全性的考虑，自由贸易协定中的数据本地化要求规定允许各缔约国单方面对数据跨境流动设置障碍，对数据跨境流动能形成很大的限制作用。数据本地化要求在自由贸易协定中表现为计算机设施的存储位置，一般会规定在自由贸易协定中的数字贸易或电子商务章节，但往往不适用于金融服务。USMCA 是首个明文规定禁止金融数据本地化要求的自由贸易协定，USMCA 第 17.18 条明确各缔约方不应要求金融服务者必须在该缔约方辖区内使用或定位计算机设施，不得阻止另一缔约方服务者以电子或其他方式将包括个人信息在内的信息转入和转出该缔约方境内。相较于 USMCA 明确禁止金融数据本地化要求，RCEP 对禁止金融数据本地化要求持相对谨慎的态度。RCEP 第八章附件一第九条第三款规定，第二款中的任何规定并不阻止一缔约方的监管机构出于监管或审慎原因要求其领土内的金融服务提供者遵守与数据管理、存储和系统维护、保留在其领土内的记录副本相关的法律和法规，只要此类要求不被用作规避一缔约方在本协定项下之承诺或义务的手段。可见，对金融数据本地化要求的规制主要存在两种类型的禁止性规定，即明确禁止型规定与审慎禁止型规定。

（三）金融数据跨境流动的例外规则

上文提到的三种治理模式中均制定了金融数据跨境流动的例外规则，设置这一规则的目的都是为了实现金融数据的安全性与流动性的平衡。对于数据跨境流动安全性的考量，除了数据本地化要求之外，各国家或地区通常还会依靠隐私保护例外、一般例外、安全例外和审慎例外等例外规则来实现数据安全这一规制目标。隐私保护一直是数据跨境流动领域中很多自由贸易协定的例外，例如，WTO《服务贸易总协定》(GATS)第十四条“一般例外”第三

[11] Black's Law Dictionary (11th ed. 2019), course of business (17c)：The normal routine in managing a trade or business..Also termed ordinary course of business, regular course of business; ordinary course, regular course.

款规定，本协定的任何规定不得解释为阻止任何成员采取或实施以下措施：为使与本协定的规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施，包括与下列内容有关的法律或法规：保护与个人信息处理和传播有关的个人隐私及保护个人记录和账户的机密性。CPTPP、USMCA中也都规定了类似条款。自2017年“俄罗斯货物过境运输案”（DS512）以来，安全例外条款在国际贸易领域中逐渐为各缔约方所援引。该案中，俄罗斯援引《关税与贸易总协定》（GATT）“国家安全例外条款”限制乌克兰的货物在其境内过境，认为该条款赋予成员方自行判断“基本国家安全利益”（essential national security interests）的权利，专家组对此案无管辖权。专家组认为WTO成员方有权自行判断其“基本国家安全利益”以及相关措施是否是保护该利益“所必须的”，但行使该自判权应基于“善意原则”。俄罗斯可以援引国家安全例外条款为自己抗辩，但要经过专家组的审查。

（四）审慎例外规则的特殊适用

审慎例外是自由贸易协定关于成员国金融服务领域规定的一项特殊条款。GATS在一般例外与安全例外条款之外专门针对金融服务领域设置了审慎例外条款，给予了成员国更大的自主规制权。GATS《金融服务附件》第2条（a）款规定：“本协议其它规定，不得妨碍成员基于审慎理由而采取措施，包括为保护投资人、存款人、保单持有人、或金融服务提供者对其负有信托责任的人而采取的措施，或为维持金融体系的统一和稳定而采取的措施。如该等措施不符合本协定规定者，该等措施不应被用来作为该成员规避本协定项下义务或承诺的手段。”为避免成员滥用审慎例外条款损害金融服务自由化成果，并考虑到成员国对“审慎理由”的解释享有较为弹性的空间，GATS在条款最后施加了“不得规避义务或承诺”的反滥用要求。除GATS外，许多自由贸易协定中都规定了审慎例外条款，如《北美自由贸易协议》（NAFTA）就设置了审慎例外条款，并实施了更严格的反滥用要求，即在审慎例外条款适用的限制条件上增添了合理性标准，缔约方为审慎原因而采取或维持的措施必须是合理的。但之后美国参与制定的CPTPP、USMCA中均不再包含合理性要求，降低了缔约方援引审慎例外条款的举证难度。RCEP第八章附件一第九条第三款的规定，则直接将审慎例外规则与禁止金融数据本地化要求规则设置在同一条款中。

总而言之，尽管金融数据跨境流动的治理理念和模式存在不同，但从规则条款的设计来看，金融数据跨境流动的国际法规制实际上是朝着大体相同的方向发展的。

四、金融数据跨境流动国际法规制下的中国因应

我国已加入并批准 RCEP，正在积极推动加入 CPTPP，这体现了我国在国际贸易领域不断深化与发展的决心和行动。截至目前，我国已加入 22 个自由贸易协定，[12]但其中仅有 RCEP 设有规制金融数据跨境流动的条款。当前，我国既要推动落实 RCEP 的条约内容，又要积极研究加入 CPTPP 的相关事项，为加入 CPTPP 打好基础。如前文所述，尽管在治理模式上我国同其他国家或地区存在区别，但在具体条款的设计上，我国完全有与其他国家或地区达成一致的空间。

（一）加强国际合作，达成规则的一致与兼容

我国采取的是侧重主权安全的限制性流动模式，主权安全是我国对于金融数据跨境流动的规制理念。正如前文分析所述，尽管我国金融数据跨境流动的规制理念与模式与欧美并不相同，但并不会阻碍我国与欧美模式下的国家或地区之间达成一致性的自由贸易协定。实践中，秉持数据隐私保护的欧盟与秉承数据自由流动的美国已达成《安全港协议》与《隐私盾协议》（Privacy Shield Decision），尽管其后发生的“棱镜门事件”与“施雷姆斯二案”冲击了两协议的效力，但从法律规则层面上，证实了国家或地区之间达成兼容性和一致性协定的可能性与可行性。我国正积极开展加入 CPTPP 和 DEPA 两大高水平自由贸易协定的谈判，我国始终秉持着包容开放的态度，推进区域性国际合作深化，以实现金融数据跨境流动领域的互利共赢。

虽然欧盟模式和美国模式在国际规则的制定中已经拥有了先发优势，聚集了诸多发达国家参与它们的治理模式，但我们必须要看到还有大量的发展中国家也需要资源和国际环境来创造、发展其国内的数据产业。由于在数字经济发展中尚处落后，在欧、美模式下，这些国家参与数字经济的竞争时会被置于极为不利的地位。因此，我国在参与国际规则制定的谈判时，可以积极推进与这些国家的贸易对话，在与现有规则进行竞争、兼容、妥协的同时，关注到数字经济发展弱国的利益与诉求，力图将中国模式惠及那些有潜力的、发展暂时落后的国家。具体来说，首先，我国可以帮助其他国家建设数字产业的硬件，结合“一带一路”倡议合作，帮助沿线国家建设数字网络，帮助建设数据跨境流动的硬件设施。其次，我国可以利用自身在跨境电子商务领域的优势扩展交易的对象、范围和形式，进而促进相关金融服务贸易的发展与合作对象的拓展。第三，我国可以借助 “一带一路”倡议、上合组织、亚洲

[12] 参见中国自由贸易服务区网，http://fta.mofcom.gov.cn/.

基础设施投资银行等基础平台，推行中国金融数据跨境流动模式和规则，扩大中国在金融数据跨境流动领域法律规则的影响力。[13]总之，我国在这方面要加强与重要贸易伙伴国的数据流动认证合作，推进数据流动协议与标准的制定，推动全球金融数据跨境流动规制形成新局面。

此外，也应当借鉴欧美模式下的成功经验，充分利用国际法资源，在自由贸易协定中引入更多新条款，以适应数字化贸易的发展需要。对金融数据跨境流动施以严格的限制性措施可能会造成贸易壁垒，不利于全球经济发展，可能还会使本国市场难以参与到全球贸易竞争中。我国坚持更高层次更高水平的开放，金融企业更加需要开放的数字营商环境，如果能在参与谈判的自由贸易协定中主动靠拢已有金融数据跨境流动规则条款，既能适应全球数字化贸易的发展趋势，又能促进国内外企业的相互交流。我国可能担心金融数据跨境流动过于开放危及国家金融安全的问题，但实际上，现有自由贸易协定中在例外规则方面都设置了较大的裁量权，以弥补不同国家或地区治理理念的差异，推动自由贸易协定的达成。我国完全可以运用自由贸易协定中的例外规则和审慎例外规则来维护国家金融安全。

（二）完善国内金融数据跨境流动法律规制体系

数据主权事关国家安全，金融数据跨境流动的结构性风险客观上对数据主权的安全与维护造成了威胁。必须从国家总体安全观的高度对金融数据跨境流动的法律规制进行构建，统筹考虑数据主权安全与经济发展之间的平衡，在保障数据主权和金融安全的前提之下，实现金融数据跨境有序自由流动，发挥金融数据跨境流动的经济价值。为规制数据跨境流动，我国已出台《个人信息保护法》与《数据安全法》等法律法规，以规范数据处理活动，保障数据安全，促进数据开发利用。但是，我国法律制度层面的规定对于金融数据跨境流动规制还比较宏观，相关数据流通配套规则尚未落地，我国金融数据跨境流动的法律规制体系还需完善。同时，在国内对金融数据跨境流动进行安全有序的健康监管的情况下，才有可能对接国际上已经相对成熟的规则。否则，在国内没有相关规则能够进行对接的情形下贸然加入自由贸易协定，其他国家和地区也不会给予认可和接受，对提升我国国际规则制定的话语权无法起到正面作用。

我国亟须构建一个多层次的金融数据跨境流动法律规制体系。首先，应当秉持开放包容的立法前景，以促进金融产业的健康安全有序发展为目标，传达更加积极的信息。在这方面，

[13] 参见郭德香，李晓豫：《我国个人金融数据跨境流动的法治保障》，载《河南财经政法大学学报》，2022年第6期。

我国可以借鉴欧盟的经验，实行严格的金融监管的同时关注金融数据产业的经济效益，保证市场的资源配置和数据的活力。[14]其次，应当细化金融数据分级管理制度，可以参照《网络数据安全管理条例》，将数据分为核心数据、重要数据、一般数据。同时，还应制定相应的安全评估标准，以建立起动态精准的金融数据跨境流动安全评估制度。我国有关金融监管部门已经作出这方面的立法尝试，例如，国家金融监督管理总局关于《银行保险机构数据安全管理办法（公开征求意见稿）》第十八条（数据分级）规定：“银行保险机构应当根据数据的重要性和敏感程度，将数据分为核心数据、重要数据、一般数据。其中，一般数据细分为敏感数据和其他一般数据。”并对核心数据、重要数据、敏感数据的含义作出进一步的规定。第十九条（动态调整）规定：“保险机构应当加强数据安全级别的时效管理，建立动态调整审批机制，当数据的业务属性、重要程度和可能造成的危害程度发生变化，导致原安全级别不再适用的，应当及时动态调整。”

[14] 参见李万强，吴佳芮：《金融数据跨境流动的法律规制与中国方案》，载《南通大学学报》2023 年第 5 期。

金融数据跨境流动的规制问题

束梦婷*

摘要：在当今科技迅猛发展导致信息爆炸的时代,个人数据的跨境流动逐渐增多。但是，个人数据的跨境流动意味著个人数据不受管辖信息主体所在国的监管，数据主体有权就个人数据泄露寻求补救。除此之外,各国不同的个人数据跨境流动规则也给企业收集境外个人数据造成挑战。本文就个人数据跨境流动中产生的法律问题入手,通过分析欧洲和美国的立法模式展开讨论,提出问题寻找解决办法,为个人数据跨境流动的法律问题研究产生参考借鉴。

关键词：个人数据；个人信息；跨境流动；保护措施

一、金融数据跨境流动的背景

随着全球经济金融联系日益紧密，金融数据成为国际竞争与合作的新焦点。金融服务全球化、资本市场国际化和跨国公司成长，使得金融数据跨境流动成为提高数字经济发展质量、保障全球互联互通的重要途径。金融数据的跨境流动可以最大程度释放数据红利，提高经济效率。据麦肯锡预测，数据流量每增加10%，将导致国内生产总值（GDP）增长0.2%。到2025年，全球数据流对经济增长的贡献预计将达到11万亿美元。此外，各行业数据流对利润增长的平均提升率为10%，数字平台、金融等行业可达32%。金融数据跨境流动在带来巨大经济效益的同时，也蕴藏着诸多风险。由于跨境数据往往具有规模大、敏感度高、出境频繁等特点，一旦发生重大数据泄露或重要数据资产丢失，将对企业和国家的安全构成威胁。

目前，跨境数据流动的国际治理格局主要以世贸规则与多、双边区域贸易协定等“硬法”规定为主，国际组织颁布的“软法”限制为辅。其表现出立体化、多层次、碎片化的监管特征。在各国内部治理层面，迄今为止，已有70多个国家或地区对跨境数据流动实施了不同程度的限制。 2019年，上海社科院互联网研究中心在网络安全生态峰会上发布了《全球数据跨境流动政策与中国战略研究报》。报告以美国、欧盟和俄罗斯为例，将跨境数据流监管模式分为激进型、监管型和退出限制型三类。事实上，任何划分方式的本质都可以理解为各国基于产业现实做出的数据重商主义选择。例如，美国表面上主张数据自由流通，实际上却要求“数据录入”自由。欧盟对数据流动进行监管，但其主要要求是“数据出境”后的权益保护。

从多边经贸规则看，世贸组织成立于1995年，距今已有近30年的历史。当时，数字经济还处于起步阶段。作为世贸组织的全球法律框架，一揽子协议在制定之初主要以传统的货物和服务贸易为基础。其基本框架和基本原则缺乏足够的灵活性，无法满足数字经济时代的需求。目前的世贸组织规则缺乏跨境数据流动限制措施的最低标准，主要由成员国自行决定。各成员国出于公共政策或国家安全的考虑，对数据跨

* 束梦婷，澳门科技大学国际法博士

境流动采取不同的限制措施。这个问题在旧的框架内很难解决。[1]主要国家对如何规制数据跨境流动尚未达成有效共识，甚至在数字贸易规则制定上表现得“政治化”和“阵营化”。在这种情况下，不少国家尝试通过《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）、《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）、《数字经济伙伴关系协定》（DEPA）等区域贸易协定来应对。据统计，已有超过 180 个区域贸易协定中增设了包括数据跨境流动在内的数字贸易规则专门章节或专门条款。此外，国家间的数字经济合作也在蓬勃发展。例如，《日本-欧盟经济贸易协定》、《墨西哥-欧盟自由贸易协定》、《美国-韩国自由贸易协定》等协定均已生效。

在国际组织层面上。近年来，国际组织出台了多部推动数据跨境流动国际合作的推荐性“软法”。例如，2013 年，经合组织发布《关于隐私保护和个人数据跨境流动的指南》，规定推荐成员国要遵守的最低规则标准。同时，经合组织理事会还提议，应充分考虑到数据本身的精微性和其它特性。再如，2018 年，欧洲理事会修订了 1981 年出台的《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》（也称 108 号公约），其中第 14 条对数据跨境流动问题给予充分回应，即成员国不得以个人数据保护为目的限制数据流动。[2]

金融数据跨境流动的监管问题主要包括法律法规不完善、全球数据治理规则影响、数据监管难度大、数据安全事件频发等。这些问题需要通过建设法制体系、加强跨境数据全链条管理和分级分类管理、加强跨境数据流动监管国际合作来解决。

首先，规范金融数据跨境流动的问题体现在法律法规不完善。目前，我国有关金融数据跨境流动的法律法规尚不完善，导致实际操作中存在一些模糊性和不确定性。例如，安全评估、标准合同和保护认证的适用门槛相对模糊，导致数据出境的监管和合规成本较高。其次，国际信息管理的影响也是一个重要问题。许多国家和地区对跨境信息的管理存在不同的法律，这给国际金融机构和信息系统带来了额外的障碍和问题。例如，美国和欧盟都有自己的数据保护法，要求不同的公司适应不同的法律。此外，数据管理的复杂性也是一个重要问题。随着数字商务的快速发展和信息跨境流动的不断增加，监管机构面临着如何跨境监控信息的挑战。数据流动的速度和规模使得传统的管理流程难以适应，必须采用新的技术和策略来提高管理绩效。[3]最后，信息安全问题的不断发生也加剧了问题治理的难度。持续的信息安全不仅影响信息的信任和可用性，也引起公众对跨境信息安全的担忧。这就需要在设计过程中充分考虑数据安全，确保数据跨境的合法合规。

二、金融数据跨境流动的规制模式

（一）美国模式——进取型策略

美国作为全球信息技术和金融市场最发达的国家，对金融信息跨境自由传输的需求最大。在国际法层面，以美国为首的许多国际条约往往对金融单据跨境穿越采取特殊规定和“例外原则”，其中规定了承包商确保自由的义务。金融援助领域的信息流动，但也允许各方根据某些目的限制信息流动。如《全面与进

1郭德香,张佳伟.RCEP 对金融数据本地化措施的规制及中国因应[J/OL].信,2024,(09):44-52[2024-10-07].

2 冯泽华,刘志辉.粤港澳大湾区金融数据跨境流动：现实问题与法治进路[J].金融发展研究,2024,(05).

3许康.我国金融数据跨境流动的法律规制[J].对外经贸,2024,(04):110-113.

步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)第十一章金融服务章节就专门规定缔约方可以基于公共政策目的，采取保护个人数据、个人隐私及个体记录和账户机密的相关措施，并可能出于公共政策目的审慎管理要求金融机构选择公司作为信息接收者。

美国对国际条约和国家法律出现二元化现象，即在提出自由行动的同时，又注重对内部行动隐私的保护。一方面，美国继续在国际上发声，反对对自由信息进行严格监管。美国商务部再次在中国入世合规文件中批评中国的跨境数据管理措施，指责中国向包括美国企业在内的外国企业发布本地数据，导致美国企业难以进入中国业务。另一方面，美国对包括金融业在内的重要行业的信息跨境流动采取了严格的法律，以限制信息离开美国。但美国各国法律的特点或多或少体现了数据自由流动的价值，联邦层面没有针对跨境数据应对的专门法律，其重点是保护消费者的隐私。而国家的“精准监管”，也体现了数字经济发展与消费者隐私保护之间的作用和联系。[4]

在联邦层面，美国法律对数据控制者规定了明确的义务。《金融消费者隐私权法》规定了金融机构保护消费者隐私的法律义务。《格雷姆 - 里奇 - 比利雷法》（GLB法案）进一步规定了金融机构在为消费者处理金融信息时必须遵守的义务，包括通知、选择、营销、安全和使用。金融机构若向第三方披露客户或客户的非公开个人信息，必须通知客户或客户产品，且通知中必须告知客户隐私政策并赋予客户选择权。2017年，纽约州新的银行法规明确要求纽约银行在72小时内向财政部报告潜在的破坏性网络事件。这些网络信息包括勒索软件和拒绝服务相关的攻击。银行必须制定网络安全计划，并聘请安全专家来监督安全流程和维护。

除了金融业的法律外，美国还在其外国投资国家安全法规中设定了跨境规定。美国《外国投资与国家安全法》（FINSA）和《外国投资风险审查现代化法案》（FIRRMA）授权美国外国投资委员会（CFIUS）审查美国公民敏感个人信息的收集情况 。投资私人信息可能会损害美国的安全。如果相关投资可能涉及不当使用美国公民个人信息，相关投资一般会被CFIUS拒绝。

（二）欧盟模式——规制型发展

与美国不同，欧盟将个人信息保护视为对基本权利的保护，采用人权与隐私保护先行的规制思路，在涉及欧盟公民个人信息向外部的流动问题上，采用了接收地信息安全评估模式， 从而平衡数据流动和隐私保护的关系。接收地信息安全评估制度，也被称为“第三国评估模式”，在允许数据流向其他国家的个人或组织之前，该国必须首先评估其他国家的数据保护情况。美国与欧盟签署了《安全港》协议，赋予美国企业通过协议接受欧盟个人数据保护的权利，从而获得欧盟成员国公民的信息隐私。然而，该隐私政策于2015年被欧洲法院宣布无效，因为法院认为美国政府正在监控和使用非法存储在美国服务器上的数据，使得美国无法证明其提供对信息的充分保护。后来，美国和欧洲通过个人数据保护协议同意数据流动。《通用数据保护条例》（GDPR）延续了之前的欧盟法律条款Ccb/234，要求在数据传输中对数据接收国的数据安全保护水平进行充分性的认定，禁止个人数据向未确定的数据保护国家或组织进行流动。安全措施的要点包括：一是接收数据的国家或地方的法律水平，例如是否制定了保护个人数据文件的专门法律，是否有明确的二次管理规则；;二是是否存在专门的数据保护机关;三是该国缔结或加入的数据保护国际协议的状

4来小鹏,郭子詠.金融数据跨境流动的法律风险量化分析与规制建议[J].金融监管研究,2024,(04).

况。同时，GDPR中还提到了多项数据权利，并指出控制者必须帮助数据主体按照规则行使其权利。数据权利一般分为数据访问权、更正权、删除权、限制行为权、拒绝权、作出决定的权利独立决定等。[5]

欧盟在为个人金融信息提供有力保护的同时，也注重内部自由流动，以支持一体化经济的发展。 2015年，欧盟批准的《关于内部市场的支付服务指令(第2015/2366 号)》规定，银行应在审慎监管的客户同意下向第三方支付服务提供商开放客户数据，在此条件下，金融服务提供商仍被允许提供跨境服务。

可见，美国和欧洲的金融信息流动往往表现出开放和自由，但这种自由并不是有限的或不受限制的，并没有导致公众个人隐私的保护的削弱。无论是美国提出的国际法信息自由，还是欧盟对内部金融信息的认可，还是之前国家安全审查发送的有限信息以及后者对公共隐私的强力保护，归根结底，每个国家都是基于本国数据保护块的能力和利益，国家在发展数字经济时应该利用信息流规则来创建信息流规则，以确保利益得到很好的平衡。

（三）俄罗斯模式——出境限制型

二十世纪末以来，俄罗斯颁布了多部数据保护法，如《信息、信息化和信息保护法》、《防止青少年接触有害其健康和发展的信息法》、《知名博主管理法》等。还成立了负责信息工作的国家组织，以倡导政府和社会合作。修订后的《信息、信息化和信息保护法》赋予执法机关更多的控制权。具体规定如下：俄罗斯国家安全委员会主要负责国家信息安全工作，创建网络安全联合机构，审查安全和信息安全领域的关键问题。俄罗斯联邦电信和大众传媒部是互联网管理中的重要机构，一方面拥有法定权力，负责网络语言和媒体等规则和法规的制定。另一方面，网络管理具有法律效力，包括通信法和广播法。该部设有监管机构，如联邦通信、信息技术和大众传媒部，负责监督法律遵守情况、依法保护和实施个人信息等。即联邦电信和大众传媒部负责法律法规的制定，该部下属机构负责具体法规的实施。俄罗斯联邦网络和服务组织负责组织互联网相关活动、推动互联网安全主题，同时还拥有一些监管权力。事实上，俄罗斯联邦控制信息的组织有很多，从政府和组织到企业和社会组织，都在监控数据边境方面发挥着作用。

出于保护国内数据的目的，俄罗斯对跨境数据实施了严格的控制。已采用多项法律将数据分为可传输数据和受限数据。与业务相关的信息是指内容合法但流动受到限制的信息，包括保密信息、公民个人信息和知识产品型数据信息。 保密信息是指与国家秘密信息或者受公众查阅个人信息法保护的信息有关的信息。此信息侧重于个人同意制度和有关保护儿童个人数据的信息。知识产权往往表现为数字作品，为了防止知识产权侵权，其流通必须经过知识产权所有者的授权。[6]

《俄罗斯联邦个人数据法》修正案对内部和外部的跨境数据建立了严格的控制。俄罗斯联邦法律将敏感个人数据称为特殊类别的个人数据，包括国籍、文化、宗教、健康、性生活等个人数据。同时，俄罗斯将生物信息与敏感信息（生物信息的特定信息）分开。关于个人数据的处理，数据主体有权审查个人数据报告中的信息，并在国家机关的授权下进行个人数据审查。俄罗斯执法机构配备专门人员，制定年度检查计划，积极开展监管监督检查活动。政府非常重视数据安全和隐私保护，因此通过了法律途径，要求企业

5刘媛.我国金融数据跨境流动安全的问题审视及应对[J].中国管理信息化,2024,27(06):150-152.
6刘妍,冉从敬.金融数据跨境监管的国际策略与中国进路[J].金融评论,2023,15(04):109-123+126.

将用户数据存储在国内的服务器上，以跨境控制和管理数据，防止非法数据输入或滥用。俄罗斯个人数据法明确界定了区域数据的权利并规定了法律义务。

虽然有严格的法律，但在实际监管过程中，一些监管机构收到这些小处罚是为了在保护信息安全和促进经济发展中寻找平衡。当地机构进行审查时，仅重点审查书面文件，例如公司与当地服务提供商之间签署的合同。这种方法将意味着对硬件和软件提供商的审查不集中在执法重点上。此外，检查机构还对不遵守数据区域规定的公司处以小额罚款。这些公司大多数只收到小额罚款，并被要求及时纠正违规行为。这种形式的惩罚旨在让企业有时间纠正错误。这种策略一方面也引起了一些争议，可能会让一些公司不愿意遵守规定，从而影响信息安全；另一方面，如果规定太严格，就会限制公司的业务,影响俄罗斯经济竞争的创新和增长。总体而言，俄罗斯在跨境数据管理方面采取了严格而灵活的策略，既保护国内数据安全，又兼顾实际情况和业务需求。未来，随着技术的发展和国际环境的变化，俄罗斯的跨境信息政策可能会有所修改和进一步发展。[7]

（四）中国模式——数据流动规则模式

作为世界数字经济第二大国，中国有能力支持制定全球统一的信息流动政策。但由于我国在提升跨境数据管理能力方面还存在一些短板，各方对跨境数据带来的安全风险日益担忧。为此，我国创建了保护信息流系统模式。

中国模式的主要特点是：第一,立足实体经济需求，允许信息跨境。中国签署的双边或区域经贸协定很少出现电子商务问题。中国与澳大利亚、中国与韩国之间的自由贸易协定以及《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）涉及电子商务问题，但它们作为无纸化交易、电子证书和电子签名、在线消费者保护和个人保护等非常重要。 它只关注数据保护和关税等问题，也旨在扩大产品贸易。综合起来，跨境信息的内容往往涉及到商品买卖过程中的信息发布、合同验证等问题。

第二，对跨境信息保持礼貌和体贴。事实上，即使 RCEP 规定“做生意”的企业有权获得免费数据，而我国也履行了 RCEP 义务，《数据出境安全评估办法》规定并不对中国签署为批准的跨境活动提供解释或豁免。因此，中国虽然签署了 RCEP，但对 RCEP 缔约国间信息传递协议约定的规则仍未达成一致。这说明我国对证件跨境的行为还是很重视和谨慎的。因此，我国数据出口必须满足网络安全的安全评估认证和报告或者创建标准合同。[8]

第三，按照传统的合作理念有序地从国外寻找信息。 2022 年 6 月，中华人民共和国司法部明确表示，根据《中华人民共和国数据安全法》和《中华人民共和国个人信息保护法》规定，信息确需实际向境外提供的，必须通过国家网信部门建立的安全评估和认证，方可向境外提供。发送到国外。在国际决策服务中，境内组织和个人不得将公司境内存储的信息或者个人信息提供给外国司法管辖区或者未经中国主管部门批准的部门。由此可见，我国在执行外国法律法规时遵循“数据保留主义”，防止其他国家收集我国境内的信息。

综上所述，我国的信息流通政策是基于我国目前国际业务的发展动力，是为了促进我国经济发展业务

7宋瑞琛,冯纯纯.中美数据跨境流动的国际法规制及中国的因应[J].国际贸易,2022,(07).
8彭德雷,张子琳.数字时代金融数据跨境流动的风险与规制研究[J].国际商务研究,2022,13(01).

的发展，但是，基于立场原则，我国在数字服务业务方面的增长将会受到限制。

三、金融数据跨境流动的规则研究

(一) WTO 规则制度下的欠缺

首先，世贸组织的各项贸易规则中并没有对跨境信息传递作出直接规定，但服务贸易总协定在本附录中确立了金融服务的特殊规则，在《金融服务附件》的第五条第一款第十五项中更是明确指出,“提供或传输其他金融服务提供者(suppliers of financial services)所提供的金融信息,金融数据处理和相关软件”属于金融服务的范畴,应遵守 GATS 的基本规则。其次，在金融服务的讨论上，发达国家与发展中国家之间存在着冲突。这场纠纷部分是通过调解达成的，部分是通过“特别条款”解决的。总体而言，由于世界贸易组织成员众多，各国服务贸易发展存在显着差异，GATS 规定各国必须在基础特殊条件下致力于服务贸易自由。 对于金融服务领域，GATS 不涉及金融信息的跨境流动，也没有更严格的规则。[9]

(二) 区域贸易协定下展现的差异化规则

区域性协议包括《跨太平洋伙伴关系协定》、《美国-墨西哥-加拿大协定》和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》。这三项协定均没有关于金融服务的具体章节。在跨境数据方面，NAFTA 明确规定，各缔约方必须允许其他缔约方的金融机构通过电子或其他方式将数据传入或传出缔约方境内，只要信息是该缔约方的日常业务需求即可。TPP 附件 B 特别协议中关于信息转移的规定与 NAFTA 基本一致。 USMCA 第 17 条和第 19 条规定，各方不得阻止其他方跨境的金融机构或服务提供商通过境内用电或其他活动传输信息，包括个人信息出入境活动。综上所述，NAFTA 和 TPP 主要涉及金融机构的信息自由传输，而 USMCA 则将信息自由传输的条款扩大到跨境金融服务提供商。相比之下，NAFTA 和 TPP 的规定较为宽泛，仅限于“公司日常业务所必需的此类操作”，而 USMCA 则禁止为金融机构或跨境金融服务的授权而传输信息。服务提供商对于授权或注册的业务，规则会更加明确。如今，世界各国越来越意识到，跨境金融信息的妥善监管对于金融服务的发展至关重要。在缺乏统一国际立法的情况下，各国需通过双边或多边方式实施国家间合作。[10]

(三) 各国单边立法阻碍金融数据跨境流动

由于现有国际法的对象相互冲突，不能满足现实需要，大多数国家采用更简单、更快捷的单边式“国内法”来解决跨境金融信息带来的问题。但事实上，从客观分析，这种不公平的法律模式仍然影响着金融信息的跨境转移。以美国为例，作为世界信息和国际组织的领导者之一，美国一直倾向于对个人信息的保护采取积极的态度。美国国家法律更希望限制国内数据对外流动，保证数据安全。欧盟的方向是欧盟更倾向于使用严格的数据保护制度并设置更多的门槛。只有受到严格监控的国家和地区才能获得欧盟的金融信息。此外，韩国等一些国家在法规中通过“金融交易信息同意书”明确，信息的提供仅限于以集团或其分

9马兰.金融数据跨境流动规制的核心问题和中国因应[J].国际法研究,2020,(03):82-101.
10熊院菊.论数字贸易下数据跨境流动国际规制的完善及对我国的启示[D].中南财经政法大学,2019.

支机构和司法管辖区为基础，禁止第三方提供相关信息。通过分析各国关于跨境数据的法律可以看出，各国对于金融数据能否在法律上流动都非常谨慎，法律标准也有很大差异，这阻碍了跨境金融信息的发展。

四、金融数据跨境流动的主要问题

跨境数据流动可以帮助跨国公司提高效率，利用其拥有的海量数据进行研究和分析，加强与外贸的融合，提高跨境公司的业务和利润。近年来，跨境信息在促进国际贸易、促进科技合作、促进信息系统共享等方面的作用已成为支撑信息跨境的重要手段，成为提高跨境贸易质量的重要途径。数字化业务发展与国际接轨也成为大企业竞争的新方式。而一枚硬币总是有正反两面，跨境信息流动行为也存在危险。由于跨境信息往往具有规模大、敏感度高、出境频繁等特点，一旦发生重要信息或重要信息丢失，企业打造的数字化产品、服务和工作模式就会被打乱，很容易造成诸多风险无法控制，也直接影响国家财政安全。在金融行业，金融信息经常面临区域数据存储、传输安全、隐私保护等问题，一些政府试图挖掘我国商业、经济活动、金融生产等敏感信息。来自互联网的重要信息一旦被国外接收并恶意使用，将会对我国经济造成严重损害。

首先，信息跨境容易导致用户信息容易泄露和滥用。在跨境个人数据中，用户的位置可能通过放入手机的 GPS 等服务中被追踪，并且数据未授权离线也可以通过蜂窝站、Wi-Fi、热点、蓝牙、麦克风、摄像机被识别。应用程序中的其他恶意访问设备可用于收集未经授权的用户数据。这些信息包括用户的个人信息、信用卡、借记卡、购买历史记录和在线登录信息，如果被不法分子泄露或滥用，可能会给用户造成财务损失或人身损害。例如，最近有报道称，亚洲制造商使用外国手机收集用户数据并将其发送到共享服务器。如果服务器被黑客攻击，泄露的敏感数据落入不法分子手中，就会成为电话诈骗精准投放的数据。[11]

其次，数据跨境会给企业带来技术管理、财产管理、业务管理等方面的问题。在业务管理方面，跨国公司使用国外的数据中心或云平台，由于这些平台上收集了大量的信息，很容易成为黑客的攻击目标。例如，黑客攻击云平台，停留在用户网络上，执行窃取、篡改长期数据等任务。在资产管理方面，由于数据所在国法律法规等限制，不少企业的境外子公司存在业务信息泄露的风险。如果跨国金融机构被外国证券监管机构起诉，则必须提供审计报告等文件以配合相关调查。在公司治理方面，跨国公司利用国外政策和程序的不一致制造灰色市场，这给企业管理带来了新问题。例如，企业通过线上运营商接触国外线下灰色市场，绕过进入跨境市场的权利。

再次,大量数据跨境传输将使其他国家更容易识别和挖掘国家重要数据。国际间的交流、信息交流以及贸易、商业、技术等各个领域的国际合作，导致了跨境服务，数据不断扩大，数据在国外存储的时间较长，体量也较大，并且参与面更广。经过分析和处理后，这些信息可以影响国家的商业和经济状况。现在，大数据已经成为决定未来发展的资产，各方都重视数据跨界采集和挖掘管理。美国主张在全球范围内自由获取信息，并打算利用其在信息通信技术、商业和政策方面的优势，维持其美国公司在全球分支机构管理的信息的最高水平。欧盟制定了《通用数据保护条例》、《非个人数据自由流动框架条例》等有效的数据

11 Jerry Z, Li, Invest in China：A Practical Guide to Mergers and Acquisitions, Law Press, China, October (2007)

保护法规，并通过扩大跨境数据的数据管理规则来支持欧盟的国际标准，欧盟在一定程度上保障了欧盟企业的权益。

五、对金融数据跨境流动的完善建议

（一）从美欧模式间探索中国的独特方案

无论是多边主义、双边主义还是单边主义，还是国际法方式中，制定统一的国际规则都还有很长的路要走。其根源在于大国或经济体对经济利益的需求不同。这给中国的规划选择提供了启示，中国的规划决策应该与中国经济发展数字化的历史发展相协调，要尽力保障我国数字经济的发展，并在可能的情况下支持全球数字经济的发展。

我国目前对电子商务的态度很重要，比如在世贸组织电子商务谈判中，我国表示各成员国应尊重彼此对电子商务发展的设计和行政措施的法律,以求实现公共政策的必要目标，特别是据说信息流通虽然对经济发展很重要，但也应该以安全为基础。可见，实际上我国对于信息流通的态度还是谨慎的。

毫无疑问，国际数据流动规则的重要性在于规范跨境数据与数据保护利益的关系。无论是美国模式、欧盟模式、俄罗斯模式还是中国模式，都试图在数据流动自由与安全之间取得平衡。根据信息流自由度从高到低，可以得出“USMCA-CPTPP-DEPA-RCEP-WTO”的谱系。按照数据保护级别从低到高，可得出“OECD/APEC标准—1996 年欧盟数据保护指令—GDPR/中国《数据出境安全评估办法》”的谱系。[12]

需要注意的是，有人认为数据出境是中国通过《中华人民共和国网络安全法》、《数据安全法》和《个人数据保护法》设立的法律比 GDPR 更严格。笔者认为，从某种程度上来说，中国现在的数据流比 GDPR 更严格。相反过来，我国虽然承认了 RCEP 的自由贸易信息，但尚未在实践中发挥作用。

从上述数据流动自由和数据保护这两个维度来看，中国采取了严格的数据限制和数据保护政策。这与我国作为数字经济第二国的地位不相适应，因此，未来的设计应该面向数据放宽去管理，特别是结合美国和欧洲自由数据的特点建立中国保护计划。

实践中，在《网络安全法》、《数据安全法》和《个人信息保护法》实施后，可以检索创建《中华人民共和国数字经济促进法》。把数字业务做强、做优、做大，需要长期不间断的努力，更需要出台法律去保障。目前，我国发展数字经济的主要原则和方法尚未完全制定，当前数字经济的政策重点是信息技术安全、个人数据保护等。然而，该地区促进数字经济的法律地域性很强，不能在全国范围内适用，需要协调设计以支持数字业务的发展。基于此，我国可以通过制定和实施《数字经济促进法》来支持跨境流程信息公开合理的发展。

（二）以签署区域或双边的数字贸易协定及单边立法为主轴路径

对于上述解决方案来说，在网络中达到数字化商业法规的高水平协调是任务艰巨的，并且在短时间内与多个国家或具有多个数字化营销水平的企业进行合作是非常困难的。与此同时，世贸组织规则也逐渐转

12 Gao，Zhongzhi, Invest in China: A Practical Guide to Real Estate Law, Law Press, China, October (2005)

变为国际贸易的“法治”，换句话说，它们只是为自由贸易设定了“底线”。从现阶段来看，通过多种渠道打造高质量的国际数据流的愿景短期内将难以实现。

在国际“软法”方面，各国在护照或地理信息相关的国家安全、数据保护等问题上尚未达成一致，数字经济增长缓慢的国家更倾向于用“国家保护法”来保护本国业务的安全。国际“软法”不太可能成为国际社会接受的国际文件。为此，我国作为数字经济大国，现在可以通过签署和制定双边经贸协议或单边立法来支持构建统一的国际数据流动政策。需要说明的是，目前我国与其他国家或地区的跨境单证协议还很少。

下一阶段，一方面，我国可以探索以 CPTPP“电子商务”章节为模式，与有关国家签署专门的数字贸易协定。我国与韩国、澳大利亚签署的自由贸易协定均涉及电子商务，但没有跨境信息的规定。签署 RCEP 后，我国可以根据与我国数字经济的相关性和当地数据保护水平，以 CPTPP 协议为范本，与韩国、日本、东南亚和欧洲国家启动数字贸易谈判。另一方面，我国应加强国内数据保护和管理体系的质量。特别是，现阶段中国还不具备美国和欧盟的信息管理水平和信息文化，没有共同的信息管理组织，不可能遵循跨境信息管理体系。以及美国和欧洲之间的管理合作。为此，我国应积极探索数据保护的中国模式，加强我国境外单边政策的法律工作。

（三）加强落实国际经贸协定在我国的转化立法工作

CPTPP 和 RCEP 跨境交易本质上是相同的。例如，CPTPP 第 14.11（2）条规定，如果合同方使用此功能开展业务，各方应允许通过电子方式跨境传输包括个人信息在内的信息。RCEP“电子商务”章节规定，缔约方不得阻止服务接受者以电子方式跨境向企业传输信息。某种程度上，CPTPP 和 RCEP 都将跨境数据传输限制在“贸易”或“贸易合作”领域。尽管有人认为 CPTPP 明确了个人数据的流动，而 RCEP 仅明确了信息的自由流动,但需要注意的是，根据解释承诺，RCEP 与 CPTPP 作为承诺并无区别。两者的区别在于，CPTPP 中的跨境交易需要争议解决，而 RCEP 中的跨境交易则不需要仲裁裁决。为此，RCEP 缔约国可以享有“例外”等问题的自裁决权。

值得注意的是，随着 RCEP 达成，我国必须根据协议中跨境文件的特殊权利制定和发展国家立法。当然，谨慎对待跨境数据并没有什么错，但这仍然会导致 RCEP 关于“电子商务”的重要规则难以实施。与当前数字经济领域的国际法规如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》、《美墨加协定》、《数字经济伙伴关系协定》等相比，我国国内物联网政策建设存在问题。这主要是由于我国法律对待外国更注重保护自由和安全利益，而不考虑发展的问题。为此，应本着合作发展和安全理念，加强国际贸易协定和贸易跨境数据流规则国家转移的立法工作。具体而言，《个人信息保护法》第三十八条规定，中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对向中华人民共和国境外提供个人信息的条件等有规定的，可以按照其规定执行。尽管个人数据处理者可以根据 RCEP 自由地提供用于“商业目的”的信息，但《个人信息保护法》规定，个人数据处理者必须采取必要措施，确保外国业务接收者处理个人数据的活动符合要求。该法规定了信息自我保护的标准,但反过来又导致我国跨境发送文件的成本高昂。 《网络安全法》第三十七条、《数据安全法》第二十四条也有类似规定。毫无疑问，我国跨境数据传输面临着严格且不一致的规定，其中一些规定不利于信息相关业务的跨境发展。

总之，我国目前对跨境数据的“一刀切”限制与 RCEP 的宗旨和目标不符。根据 RCEP 的要求，商业活动所需的信息和非商业活动所需的信息应加以区分，各方应允许商业活动所需的信息。我国《数据出境安全评估办法》采取了不加区别地评估所有数据安全的措施，这与 RCEP 在数据跨境流动方面的规定不符。

（四）引入在商业数据流动中风险评估的方法

自由数据流动不是绝对的，每个国家都应有权在实现合法公共政策目标的基础上使用贸易限制。例如，本条规定不得阻止缔约方为实现合理公共政策目标而采取或维持对跨境信息传输的限制措施，若该措施不构成任意或不合理的歧视以及对贸易的变相限制，并且对信息传输所施加的限制不应超过为实现合法目标所必要的限度。综上所述，合约方可以使用非自由贸易的措施，但主要原则是合约方必须确保这些限制符合“公共利益”，需经必要性或相称性评估后予以排除。

追根溯源，在处理信息安全问题时，应该认识到风险方法能够更好地平衡安全与自由问题，而不是一律禁止流动。从某种程度上来说，当前我们不应该去追随预测不一定发生的风险，而应该在验收中加强风险管理。这是世贸组织在环境保护、技术开发等活动管理中的主要理念。以实施卫生与植物卫生措施协定》（简称《SPS 协定》）为例，它要求各成员确保所有技术限制业务均以科学原则为基础，在没有充分科学证据的情况下不得保留业务限制。同时，在进行风险评估时，还应考虑科学和其他技术的证据以及商业的现实性和可能性。一般来说，SPS 协议允许 WTO 成员采取必要的卫生安全措施来保护人类、动植物的生命或健康，但同时，“风险评估”被作为此后评估 SPS 概念的必要标准。这是为了将风险降低到可接受的水平，而不是以偏概全去限制风险。同样如此，数据保护并不要求泄露风险几乎为零，而是以目前的科技水平，降低风险，这样全球统一的高数据流量政策体系就有望建立。

结论

个人数据跨境流动增加了个人信息泄露的风险。我们正处于快速数字化的时代，为各大跨国公司数据信息化系统建设及跨境电商系统开发，大量数据跨境流动。个人信息跨境流动是跨境电商发展的基石，是全球化驱动的内在动力动机之一。个人数据具有精神权利和财产属性的双重价值，具有必须保护的双重合法权益。个人数据跨境流动具有商业价值,公共管理价值,并能促进人类共同利益和安全。在实现个人信息保护的基础上，为促进个人信息的跨境流通，各国国内立法和国际合作进一步加强。只有建立防止个人信息跨境流动的法律规则，积极参与国际合作，才能有效保护公民隐私。在个人数据跨境流动日益快速发展的今日,我国也应当完善相关的法律规章,规避数据泄露风险,引领跨境贸易健康蓬勃发展。

参考文献

1、郭德香,张佳伟.RCEP 对金融数据本地化措施的规制及中国因应[J/OL].
信,2024,(09):44-52[2024-10-07].

2、冯泽华,刘志辉.粤港澳大湾区金融数据跨境流动：现实问题与法治进路[J].金融发展研
究,2024,(05).

3、许康.我国金融数据跨境流动的法律规制[J].对外经贸,2024,(04):110-113.

4、来小鹏,郭子詠.金融数据跨境流动的法律风险量化分析与规制建议[J].金融监管研究,2024,(04).

5、刘媛.我国金融数据跨境流动安全的问题审视及应对[J].中国管理信息化,2024,27(06):150-152.

6、刘妍,冉从敬.金融数据跨境监管的国际策略与中国进路[J].金融评论,2023,15(04):109-123+126.

7、宋瑞琛,冯纯纯.中美数据跨境流动的国际法规制及中国的因应[J].国际贸易,2022,(07).

8、彭德雷,张子琳.数字时代金融数据跨境流动的风险与规制研究[J].国际商务研究,2022,13(01).

9、马兰.金融数据跨境流动规制的核心问题和中国因应[J].国际法研究,2020,(03):82-101.

10、熊院菊.论数字贸易下数据跨境流动国际规制的完善及对我国的启示[D].中南财经政法大
学,2019.

11、Jerry Z, Li，Invest in China：A Practical Guide to Mergers and Acquisitions，Law Press, China, October (2007)

12、Gao，Zhongzhi, Invest in China: A Practical Guide to Real Estate Law, Law Press, China, October (2005)

我国个人金融数据跨境流动规制研究

宋瑞琛*

摘　要：个人金融数据跨境流动是开展跨境金融业务的基础资源，也关系着国家的金融安全和个人隐私安全。我国对个人金融数据的规制已经初具体系，但仍存在着个人金融数据分级分类不统一，数据出境情形区分不明确，数据处理者义务不清晰等问题。我国可以调整个人金融数据规制思路，在个人金融数据范围、分级分类、出境场景等方面加以完善提升。

关键词：个人金融数据；跨境流动；规制；完善

数字技术的发展为金融业注入了新的活力，数据跨境流动提升了金融服务效率，创新了金融服务产品及方式，但也给金融数据跨境流动规制提出了新的挑战。个人金融数据跨境流动是企业开展跨境金融业务的基础资源，不仅关系着金融安全和数据主权问题，也关系着个人隐私安全。因此，为了保障国家金融安全，同时促进数字经济和金融市场的发展，我国目前虽已出台不少相关法律法规，但对个人金融数据跨境流动的规制还不够清晰，因此，厘清我国对个人金融数据跨境流动的规制，有利于完善我国个人金融数据跨境流动法律法规体系，实现维护国家金融安全的同时促进金融市场的开放。

一、个人金融数据跨境流动的安全风险

数据是金融的基本要素，国际金融业务创新和全球经济发展离不开数据的跨境流动，由于个人金融数据对国家和个人的重要性，其跨境流动也会对个人隐私、金融安全和国家安全产生了新的挑战和风险。

（一）个人隐私存在泄露风险

近年全球个人金融数据泄露事件时有发生。例如，近年美国星旗银行和美国第一资本金融公司因遭网络攻击导致上亿美国人数据泄露。[①]可见，全球跨境金融服务已经成为普遍，个人金融数据跨境流动需求也日益增加，但是个人金融数据一旦跨境泄露，将使个人金融数

* 宋瑞琛，法学博士，云南民族大学政治与公共管理学院副教授，西北政法大学涉外法治研究中心研究员，硕士研究生导师。2020 年度国家社科基金青年项目《美国外资安全审查的改革与国际投资保护主义研究》（20CGJ020）；2019 年度教育部人文社会科学研究一般项目《〈美国外资风险审查现代化法案〉与中美贸易关系研究》（19XJCZH004）成果之一。

① 彭得雷，张子琳：《数字时代金融数据跨境流动的风险和规制研究》，载《国际商务研究》2022 年第 1 期，第 17 页。

据暴露于境外，会极大地增加个人信息安全风险和跨境犯罪的可能性。

个人金融数据是金融机构业务中积累的重要基础数据，也是个人隐私的重要内容。如果未经个人知情同意，个人金融数据跨境泄露，有可能会造成个人财产损失；个人身份信息如被冒用，也可能引发金融诈骗等犯罪行为。尤其人脸、指纹生物识别信息具有唯一性，一旦跨境泄露，不但可能遭受各种境外短信炸弹、不明电话骚扰，而且可能被用于境外网站虚拟注册、网络攻击、电信网络诈骗等跨境犯罪活动。

此外，据亚信网络安全产业技术研究院 2020 年 12 月 18 日发布的《金融行业网络安全白皮书（2020 年）》统计，“2019 年微信公众号 APP 个人信息举报共收到网民举报 12125 条，涉及 2300 多款 APP，其中移动金融 APP 是违规收集使用个人信息的重灾区”。可见，一些金融软件对个人金融数据违规收集，也是个人金融数据泄露的主要来源，是个人隐私安全风险的主要来源之一。

（二）金融机构运营遭受安全威胁

个人金融数据对于金融机构至关重要，其跨境流动也存在着一定的安全风险。一是，金融机构通过数据可以了解客户需求，是提升竞争力的关键。但金融机构在运营中产生的个人金融信息和经营信息一旦泄露，会对企业自身运营状况和商业秘密产生不利影响。二是随着金融科技的迅速发展，金融业务使得保险、银行、第三方支付互联互通，如果包括个人金融数据在在内的重大数据泄露、重要数据资产被窃取可能会引发连锁反应，风险可能扩散到其他行业。三是有些金融机构过多依赖境外服务供应商提供的信息产品或系统的外包服务，这些外包商信息管理水平参差不一，有些还集中托管多家金融机构，个人金融数据一旦泄露，传播速度快，影响面大，会对金融机构造成重大影响。

2019 年美国房地产和产权保险巨头 First American 约 8 亿多客户数据记录遭泄露，其中包括客户的银行账户和对账单、抵押贷款交易记录、税务文件、电汇收据等，导致其关闭了数据网站。[①] 2020 年英国金融科技公司 Finastra 被勒索软件攻击后不得不关闭服务器。可见，个人金融数据泄露事件会对金融机构产生巨大的不利影响，不仅会影响金融机构的正常运营和信誉，甚至会成为境外不法分子攻击的目标。

（三）国家金融安全面临挑战

金融数据是国家的核心数据，对个人金融数据进行总体分析能够反映一个国家的财政、经济发展、国防开支、物流等，容易成为境外敌对势力攻击目标。据中国国家互联网应急中

[①] 数据泄露事件频发，企业如何做好数据保护？[EB/OL].(2020-04-03)[2023-11-15]. https://baijiahao.baidu.com/s?id=1662918235344352968&wfr=spider&for=pc.

心发布的《2020 年中国互联网网络安全报告》统计，我国境内被篡改网站中，商业机构所占比例最大为 77%，也存在着大量网页仿冒金融机构，[①]直接影响着我国的金融稳定和国家安全。

基于金融安全的重要性，近年许多国家也将金融安全作为国家安全的重点领域。例如，美国在外资安全审查中，将涉及美国公民敏感数据的投资纳入了审查范围，2018 年美国外资安全委员会以涉及美国 240 万个银行和移动账户以及大量个人消费数据，可能危害美国国家安全为由，否决了蚂蚁金服对美国大型汇款公司速汇金（Money Gram）的收购。[②]日本、英国等国也先后出台新的外资安全审查法律法规，加强对涉及金融数据的投资审查。2020 年欧盟更是将维护金融数据安全、促进金融创新提升到国家战略高度，发布了《欧洲数字金融战略》，强调了应对金融数字化转型产生的新挑战和风险。

二、我国对个人金融数据跨境流动的规制

为了维护数据安全，促进数字经济良性发展，2015 年 7 月 1 日通过的《国家安全法》中首次纳入了“数据安全”，并强调了金融安全和重要领域信息系统数据安全的重要性。[③]

2016 年 11 月 7 日通过的《网络安全法》第 30 条也强调了金融行业需要在“网络安全等级保护的基础上，实行重点保护”。《个人信息保护法》第 28 条、第 36 条和第 38 条中规定了金融账户信息是敏感个人信息，因业务需要，确需向境外提供个人信息的，需具备相应条件。从法律设计上来看，《网络安全法》《国家安全法》《数据安全法》更偏重于维护国家总体安全以及规范行业数据管理，《个人信息保护法》则更侧重于个人信息的保护，但以上法律都体现出我国在个人金融数据跨境流动上的态度，即在维护国家安全和个人隐私的基础上，对数据实行分级分类保护，实现数据安全、有序、自由的跨境流动。除相关立法外，我国关于个人金融数据跨境流动规制还散见于国务院部门的规范性文件中，也为个人金融数据跨境流动提供了较为具体性的依据。一些行业标准虽不具有约束力，但为相关实际业务提供了有益的参考。

（一）对个人金融数据的界定

目前国内法律法规对“个人金融数据”尚无统一明确界定，我国法律主要是从“个人金

[①] 中国国家互联网应急中心.2020 年中国互联网网络安全报告[EB/OL].(2021-07-20)[2023-12-1]. https://www.cert.org.cn/publish/main/upload/File/2020%20Annual%20Report.pdf.

[②] 彭得雷、张子琳：《数字时代金融数据跨境流动的风险和规制研究》，载《国际商务研究》2022 年第 1 期，第 17 页。

[③]《国家安全法》第 21 条规定,“国家健全金融宏观审慎管理和金融风险防范、处置机制，加强金融基础设施和基础能力建设，防范和化解系统性、区域性金融风险，防范和抵御外部金融风险的冲击”。

融信息”（personal financial information）去界定，[①]将其作为个人信息下的子类。《数据安全法》《个人信息保护法》《网络安全法》都没有对“个人金融数据”做明确界定。《数据安全法》仅在第 3 条界定了“数据”，《网络安全法》中仅提出了“重要数据”的概念。我国对个人金融数据的具体规定还集中在中国人民银行发布的部门规章中。例如，2011 年《中国人民银行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》（以下简称 2011 年《通知》）中规定了“个人金融信息是指银行业金融机构在开展业务时，或通过接入中国人民银行征信系统、支付系统以及其他系统获取、加工和保存的个人信息。”2020 年中国人民银行发布的《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》仅对“消费者金融信息”作了相应规定。[②]

（二）对个人金融数据跨境流动目的的规定

我国《数据安全法》《个人信息保护法》《网络安全法》都规定了金融数据原则上本地处理，除法律法规另有规定，数据跨境流动应符合一定目的、条件并应遵循相关原则。从我国法律法规规定的允许个人金融数据跨境流动的目的主要有两个方面：

首先是因业务需要。《个人信息保护法》第 38 条规定了因业务等需要，确需向我国境外提供个人信息的，应当具备相应条件并经过安全评估后方能跨境流动。从实践来看，因业务需要发生个人金融数据跨境流动的情形主要有：一国金融分支机构与他国金融机构总部传输个人金融数据、金融机构与他国第三方机构数据共享或转让、委托境外关联公司或第三方处理业务（金融、审计等业务业务外包）等。

其次是应境外监管部门要求，满足境外反洗钱、反恐等规则适用的个人金融数据流动，主要依据我国缔结或者参加的国际条约、协定中的相关规定执行。例如，我国加入批准的《联合国制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 18 条第 3 款（a）中明确规定了“缔约国应进一步合作, 防止发生第 2 条所述罪行, 按照其国内法交换经核实的准确情报, 并协调为防止实施第 2 条所述罪行而酌情采取的行政及其他措施, 特别是：(a) 在各主管机构和厅处之间建立和维持联系渠道, 以便就第 2 条所述罪行的所有方面安全、迅速交换资料”，其中就包括了相关的个人金融数据。

（三）对个人金融数据的分类分级规定

首先，《数据安全法》第 20 条从总体上明确了我国对数据实行分类分级保护，将数据分为核心数据、重要数据、一般数据，其中明确了核心数据的内涵，《数据出境安全评估办法》

[①] 由于我国法律法规中多数未对个人金融数据和个人金融信息加以区别，因此，本文在表述时也不加以区别，采取法律法规中的原文表述。

[②] 2020 年中国人民银行发布的《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》第 28 条规定，“消费者金融信息是指银行、支付机构通过开展业务或者其他合法渠道处理的消费者信息，包括个人身份信息、财产信息、账户信息、信用信息、金融交易信息及其他与特定消费者购买、使用金融产品或者服务相关的信息”。

第 19 条虽明确了重要数据的内涵，并没有明确重要数据的范围，一些行业标准中对重要数据的范围进一步细化，但分类标准不同，未形成统一认识。其次，2020 年中国人民银行发布了金融行业标准《个人金融信息保护技术规范》（以下简称 2020 年《规范》），虽不具有强制性，但对银行开展业务和企业合规具有重要指引作用。根据个人信息敏感程度高低，2020 年《规范》第 4.2 条将个人金融信息划分为 C3、C2、C1 三类，[①]并在个人金融信息生命周期的各环节中，规定了不同等级个人金融信息跨境流动时，数据处理者的安全保护义务。

再次，2020 年中国人民银行发布的《金融数据安全分级指南》（以下简称 2020 年《指南》）中进一步细化了对个人金融数据的分级、分级标准、原则和识别。一方面，2020 年《指南》根据金融数据的安全性，将金融数据从高到低划分为五级，其中第五级是最高级即“主要用于金融业大型或特大型机构、金融交易过程中重要核心节点类机构的关键业务使用，一般针对特定人员公开，且仅为必须知悉的对象访问或使用”的个人金融信息，个人金融信息中的 C3 类信息属于第四级，个人金融信息中的 C2 类信息属于第三级，个人金融信息中的 C1 类信息属于第二级，个人金融信息主体主动公开的信息属于第一级。另一方面，2020 年《指南》还明确了重要数据的内涵即第五级个人金融信息，强调了个人金融信息定级应根据相关标准从高考虑，对于涉及数据体量和资金量大、涉及多客户、多行业的，影响程度宜从高确定。[②]

（四）对允许个人金融数据跨境流动条件的规定

从法律层面来看，《数据安全法》第 31 条原则上确立了金融数据因业务需要确需跨境流动，应当经过安全评估，但对“个人金融数据”没有具体规定。根据《个人信息保护法》第 28 条规定个人金融信息属于敏感个人信息，跨境流动应取得个人的单独同意，如达到网信部门规定数量的，原则上应储存在境内，确需境外提供的，应经过安全评估。此外，《数据出境安全评估方法》第 4 条还明确了向境外累计提供个人金融信息 10 万人或 1 万人敏感信息的，应当申报数据出境安全评估。

从部门规章层面来看， 2011 年《通知》第 6 条明确规定了，除另有规定外，银行业金融机构不得向境外提供境内个人金融信息，但并未对例外情形做进一步说明。2011 年 5 月印发的《中国人民银行上海分行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作有关问题的通知》则对例外情形作出了进一步说明，即因业务需要，经客户授权同意，并保证境

[①] 2020 年《规范》第 4.2 条规定了 C3 是客户鉴别信息，C2 是可识别特定个人金融信息主体身份和金融状况的个人金融信息，C1 是机构内部的信息资产，主要指供金融业机构内部使用的个人金融信息。

[②] 2020 年《指南》第 5.3.2 条（定级通用规则）规定，“重要数据的安全等级不可低于本标准所述 5 级，个人金融信息相关数据参照 JR/T 0171—2020 进行定级，并在数据安全定级过程中从高考虑”。

外总行、母行、分行、子行获得的个人金融信息保密，可以向境外总行、母行、分行、子行提供个人金融信息的。2016 年中国人民银行发布的《金融消费者权益保护实施办法》则将适用范围从银行个人金融信息扩大到所有个人金融信息，并细化了例外情形。[①]2020 年修订的《金融消费者权益保护实施办法》中删除了关于个人金融信息跨境提供的明确规定，但对银行和支付机构提出了处理消费者金融信息需征求消费者同意，对消费者金融信息具有保护义务。2020 年《规范》第 7.1.3 条（d）款采取了和我国《数据安全法》等一致的规定，即个人金融信息应在境内存储、处理和分析。因业务需要，确需跨境流动的，应符合相关条件。[②]此外，值得注意的是，上海自贸区对个人金融数据跨境流动也进行了更为开放性的探索。[③]

（五）对个人金融数据处理者义务的规定

对于确需出境的个人金融数据，我国法律法规为维护个人金融数据安全，不仅规定了数据处理者的安全保护义务，还规定了个人在个人信息处理中的权利。《数据安全法》第 27 条至第 36 条，《个人信息保护法》第 38 条至第 43 条、第 51 条至第 59 条规定了数据处理者的数据分级保护义务、数据全生命周期保护义务和数据处理环境保护义务。[④]《个人信息保护法》第 44 条至 50 条明确了个人享有对个人信息处理（包括个人金融信息出境）的知情权、查阅权、复制权、决定权、可携带权、删除权、撤回同意权、要求解释说明权、拒绝完全自动化决策权等，为充分保护我国个人金融数据提供了法律依据。

三、我国个人金融数据跨境流动规制存在的问题

我国个人金融数据跨境流动规制虽已成体系，但仍有一些问题需要进一步厘清，主要包括以下五个方面：

（一）不同法律规制思路导致对个人金融数据跨境流动规制的不统一

目前我国对个人金融数据跨境流动的法律规制思路主要有两种：一是以网信部门主导，

[①] 2016 年《金融消费者权益保护实施办法》第 33 条规定，“境内金融机构为处理跨境业务且经当事人授权，向境外机构（含总公司、母公司或者分公司、子公司及其他为完成该业务所必需的关联机构）传输境内收集的相关个人金融信息的，应当符合法律、行政法规和相关监管部门的规定，并通过签订协议、现场核查等有效措施，要求境外机构为所获得的个人金融信息保密”。

[②] 2020 年《规范》第 7.1.3 条（d）规定了个人金融数据出境应符合四个条件:（1）符合国家法律法规及行业主管部门有关规定；（2）获得个人金融信息主体明示同意；（3）依法依规开展个人金融信息出境安全评估，确保境外机构数据安全保护能力达到国家、行业有关部门与金融业机构的安全要求；（4）与境外机构通过签订协议、现场核查等方式，明确并监督境外机构有效履行个人金融信息保密、数据删除、案件协查等职责义务。

[③] 2023 年 11 月国务院印发的《全面对接国际高标准经贸规则推进中国（上海）自由贸易试验区高水平制度型开放总体方案》中，明确提出，“在国家数据跨境传输安全管理制度框架下，允许金融机构向境外传输日常经营所需的数据”。

[④] 《数据安全法》第 27 条至第 36 条，《个人信息保护法》第 38 条至第 43 条、第 51 条至第 59 条，《网络安全法》第 21 条至第 30 条。

以《网络安全法》和配套指南为依据，规定了个人金融数据是重要数据，并将整个金融业纳入了关键信息基础设施运营者范围内，2021 年《信息安全技术重要数据识别指南（征求意见稿）中不再按行业将金融业全部纳入重要数据，而是从安全性定义了重要数据，个人金融数据是否属于重要数据要根据其安全性判断。[①]可见，网信部门属于一般性规制，重点解决的问题是重要数据跨境流动对国家安全和公共利益带来的风险。[②]二是《个人信息保护法》和中国人民银行出台的相关部门规章考虑到个人金融数据关乎个人隐私安全，如果泄露会产生严重后果，因而，更加侧重保护个人隐私和防范个人金融信息出境的风险，属于特殊规制。

这两种不同的规制思路导致不同的法律法规对个人金融数据的界定、分类、分级都产生了较大差异，也在实务中产生了不少困境。因此，金融监管机构的规制和网信部门规制的关系应进一步厘清，才能够使金融行业从业者更好地把握个人金融数据跨境流动的义务要求。

（二）对于个人金融数据的界定不明确

目前我国法律法规、行业标准中存在着对个人金融数据与个人金融信息混用和相互替代的情况，二者在数字技术概念下一般不会引起误解。[③]但在法律意义上存在一定差别。例如，当事人的利益在信息和数据利益之间的侧重不同时，就会存在信息和数据问题的差别。例如，在网络侵害知识产权的情形下，被侵害人的利益主要是知识产权保护的信息内容，网络侵权只是侵权方式不同，这属于信息问题；但当在个人信息保护中，当事人理论上享有的可携带权，其利益主要体现在对表达该信息的数据支配上，这就属于数据问题。[④]

（三）个人金融数据分类分级不统一

首先，我国法律法规及行业标准对金融数据的分类分级不统一，并且与跨境流动关联小。《数据安全法》中按照数据的重要性将数据分为核心数据、重要数据和一般数据，并根据这三种分类或因业务需求而决定是否允许跨境流动；但 2011 年《通知》中则按照金融业务内容将个人金融信息划分为个人身份信息、个人财产信息等；2020 年《规范》和 2020 年《指南》中又将个人金融信息划分为借贷信息、鉴别信息、个人账户信息、身份信息等，2020 年《指南》中还区分了金融数据和金融信息。以上分类标准均不同，也与《数据安全法》中分类不同，也未明确个人金融信息属于《数据安全法》中的哪类数据，这给监管部门和企业合规都增加了难度。

[①] 2021 年《信息安全技术重要数据识别指南》第 3.2 条将重要数据定义为“以电子方式存在的，一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、公共利益的数据”。

[②] 朱明婷，徐崇利：《自由贸易试验区金融数据出境的治理制度研究》，载《金融监管研究》2023 年第 7 期，第 50 页。

[③] 梅夏英：《信息和数据概念区分的法律意义》载《比较法研究》2020 第 6 期，第 154 页。

[④] 梅夏英：《信息和数据概念区分的法律意义》，载《比较法研究》2020 年第 6 期，第 154 页。

（四）数据出境情形区分不清晰，造成个人金融数据出境难

个人金融数据跨境流动有着不同目的，大致可以分为两种，一种是因业务需求跨境流动，主要体现数据的经济价值；另一种是因境外监管要求，主要涉及数据主权。从实践来看，这两类目的的个人金融数据出境符合何种条件，目前国内法律法规没有区分，因此，面对不同出境目的的场景时，企业和金融机构数据出境呈现出个案化，仍主要取决于金融监管部门的态度，容易造成业务急需出境的数据出不去。如果按照一刀切方式将个人金融数据原则上本地储存，缺乏一定的科学性和灵活性，也不容易发挥金融数据的活力。

（五）金融数据处理者的范围和法定义务不明确

首先，由于立法维度不同，我国《数据安全法》《网络安全法》《个人信息保护法》以及银行业、保险业、证券业相关法律法规中对金融数据处理者的范围有着不同的理解和规定。但这种交叉规制对于同一金融企业而言，如果涉及个人金融数据跨境流动业务需求，就需要同时满足不同法律监管项的合规义务，就会大幅度增加金融企业的负担，因此有必要对个人金融数据处理者范围进一步统一和细化。其次，尽管我国各类法律法规均规定了数据处理者对金融数据全生命周期的保护义务，但对于在跨境传输时维护个人金融数据应承担的义务具体规定不多，这对于企业和金融机构来说就较为模糊。

四、完善我国个人金融数据跨境流动规制的思路

总体上仍应从我国立法取向出发，兼顾发展与安全，在维护我国金融安全和个人隐私安全的同时，促进金融业务的发展，本文主要从以下五个方面提出建议。

（一）协调对个人金融数据的不同规制思路

我国应协调不同法律法规对个人金融数据的规制思路，因为从目前我国对金融数据跨境流动的禁止性原则来看，在个人金融数据业务的开展中既不便于具体操作，也不符合我国数字金融的发展布局。总体上，在规制个人金融数据方面，应在维护我国国家安全基础上，维护金融稳定；同时维护个人的金融数据权益，提升金融服务效率。其次，不应将所有金融业数据全部纳入某一分类，而是要结合数据的特征、用途、重要性等考虑不同金融数据所属分类。因此，首先需要明确个人金融数据是属于核心数据、重要数据还是一般数据，再结合个人金融数据跨境流动的目的、数据量、涉及的资金量和客户数量、涉及的行业范围、安全性、敏感程度等对个人金融数据分级，采取不同规制，不应一刀切规定禁止或允许跨境流动。

再次，目前国内法律规定个人金融数据跨境流动属于“因业务需求确需出境的”的例外情形，但由于例外情形没有清晰明确和统一的规定，导致在实践中个人金融数据跨境流动难，因此，很有必要统一不同法律中个人金融数据跨境流动的情形和法定条件，否则在实践中就

会发生判断标准和执行的混乱。

（二）进一步细化个人金融数据的内涵

在大数据时代，数据和信息往往难以分离，虽然在法律上有一定区别，但从国内外立法实践来看，数据和信息也几乎可以相互替代，一般不会产生误解。欧盟、美国、日本、韩国等相关立法中，多数使用了“Data”的表述。我国法律中有必要对个人金融数据的内涵做统一界定，可以不必纠结个人金融信息和个人金融数据的统一表述，但可在不同场景下对个人金融数据和个人金融信息加以区别，有利于相关主体在实际业务中能够更加精准把握个人金融数据的范围。在强调人格利益保护场景中使用个人金融信息更为准确。例如，用户的金融账户信息、住所信息等；而在强调财产利益保护的场景中用“个人金融数据”更为准确。例如，对个人金融数据的抓取，用于大数据分析和交易等。

（三）统一现有法律法规中对个人金融数据的分级和分类

首先，明确界定《数据安全法》中的核心数据、重要数据和一般数据，形成重要数据目录、一般数据清单和个人金融数据跨境流动的白名单，以便更好地明确个人金融数据归属的类别，重要数据目录和一般数据清单应定期更新。同时建立个人金融数据跨境流动备案制度，既可以实现个人金融数据的有效流动，节约成本和提高效率，也可以实现预防风险的目的。对于一般数据，可以结合个人金融数据的分级进行备案即可。对于应备案而未备案的个人金融数据跨境流动也需暂停、整改后重新备案或终止。对于在备案中提交虚假材料的，应追究相应法律责任。

其次，2020 年《规范》按照敏感程度对个人金融信息的分类更符合实际应用场景，可将此种分类和《数据安全法》中按重要性分类联系起来。例如，C1 个人金融信息属于一般数据，原则上在个人告知同意下应允许跨境流动，C2 个人金融信息属于重要数据，则应经安全评估后，符合一定条件或匿名化允许跨境流动，C3 因为属于高敏感信息涉及数据安全，属于核心数据，原则上应禁止跨境提供。这样便于企业和相关机构的合规操作。

再次，在对个人金融数据分类的前提下，根据个人金融数据的安全性，并考虑其遭受破坏可能受到的影响对象、影响程度对个人金融数据进行分级，并把分级和分类关联起来。例如，可参照 2020 年《指南》中将第 5 级数据归属为重要数据，这类个人金融数据如确需出境，必须经过相关部门安全评估才能跨境流动，第 1 级数据是个人金融数据主动公开的信息，对个人和企业不造成影响或微弱影响，将其归为一般数据，经过备案后就可以跨境流动。

（四）进一步明确个人金融数据跨境流动的场景

目前我国对个人金融数据的规制主要秉持原则上禁止跨境流动，但我国可以根据个人金

融数据跨境流动的不同目的区分场景，并设置允许个人金融数据跨境流动的法定条件。主要分为两类：

一是个人金融数据因业务需求跨境流动。首先，可以规定原则上在个人知情同意前提下允许跨境流动，因为个人金融数据是银行与客户、客户之间的商业交易行为中所产生的，该数据属于个人的数据资产，只是根据国家监管机和商业惯例进行特定存储，因此应尊重个人对数据的支配权利，在个人知情同意的前提下原则上允许个人金融数据跨境流动。然而，原则上同意个人金融数据跨境流动并非无条件限制，还需要金融数据处理者承担数据保护义务，金融机构应承担数据出境前审查义务，保证个人金融数据是在合法、安全的前提下跨境流动。二是为保障我国数据和金融安全，也需设置例外情形限制某些个人金融数据跨境流动。例如，某些大批量个人金融数据出境可能影响国家金融安全；或者个人金融数据处理者不具有对个人金融数据保护能力的等。

二是，个人金融数据因国外监管或国际协定适用跨境流动。此种情形是对国家数据主权的突破，[①]因此，这一类的个人金融数据原则上应不允许跨境流动，同时应规定例外情形下可以出境。该场景下的例外情形应由我国与其他国家签订的双边或多边协定以及其他国际合作形式确定，既可以充分维护国家金融安全，也能够保持个人金融数据流动的灵活性。

（五）进一步明确和细化个人金融数据处理者的范围和义务

应进一步明确个人金融数据处理者的范围和在个人金融数据跨境流动中的义务。首先，可参照 2020 年《规范》将金融业机构全部纳入个人金融数据处理者范围，包括持牌的金融机构和涉及个人金融信息处理的机构，同时把为持牌金融机构提供身份验证、技术支持的基础服务公司也纳入个人金融数据处理者的范围，因为金融公司往往与这些基础服务公司合作，通过对个人金融消费信息的分析，实现对金融产品的精准投放和营销。[②]其次，应进一步明确在个人金融数据跨境流动的全过程、各环节和不同场景中，数据处理者都有不同的数据安全保护义务，同时应明确数据处理者在处理个人金融数据跨境流动业务时，应和使用目的、场景等相一致，确保个人金融数据的出境安全；加强风险监测，定期对出境的个人金融数据开展风险评估，发现安全漏洞或安全事件应及时采取补救措施。

[①] 王远志:《我国银行金融数据跨境流动的法律规制》，载《金融监管研究》2020 年第 1 期，第 62 页。
[②] 马兰:《金融数据跨境流动的核心问题和中国的因应》，载《国际法研究》2020 年第 3 期，第 99 页。

金融数据安全与自由流动：非个人数据跨境治理的新视角

张　昕*

内容摘要：金融数据不仅涉及个人数据，更涉及金融机构在开展金融业务、提供金融服务及日常经营管理中所需或产生的各类非个人数据。目前的研究集中在个人数据的跨境流动，对非个人数据跨境流动应否监管、如何监管却语焉不详。目前，我国对金融非个人数据的跨境流动存在监管边界模糊、认定泛化的问题，一方面在于并非所有金融机构均有必要被认定为关键信息基础设施运营者，另一方面即使被认定为关键信息基础设施运营者，也不意味着所有非个人数据均构成重要数据，必须纳入数据监管范畴，否则容易演变成过度监管、过度合规。此外，各国的监管执法要求也意味着金融机构的非个人数据在跨境流动方面需要处于更便捷的状态。我们考察了美国、欧盟、日本在金融机构涉及的非个人数据跨境流动方面的法律规定与监管措施，认为国际经验显示金融数据的跨境自由流动是基本原则，基于个人信息保护的限制应属例外，这一点与涉及个人信息的数据保护及跨境流动规则的理念有所不同。

基于此，我们认为，对金融非个人数据跨境流动的监管应基于三项基本原则：一是，关键信息基础设施运营者清单，实施差异化监管；二是，构建金融领域的重要数据目录，强化重要数据的管理；三是，针对源于监管执法要求的数据跨境流动，细化监管措施。通过明确监管边界、实施差异化监管以及细化监管措施等举措，为金融机构创造一个既有利于其跨境业务发展又能够保障国家安全与社会稳定的法律环境。在落到方案上，可以借鉴国家互联网信息办公室于 2023、2024 年分别与香港创新科技及工业局、澳门特区政府经济财政司签署《促进粤港澳大湾区数据跨境流动的合作备忘录》的思路与经验，实施差异化的跨境监管政策，灵活应对不同数据流动场景，对非个人金融数据的跨境流动实施相对宽松的监管措施，并推动与国际规则接轨。此外，还可以借力国际合作，以中国方案引领非个人金融数据跨境流动新篇章，一方面深度融入并积极参与现有的多边合作机制，另一方面也主动拓展与重点国家的双边数据跨境传输合作，并积极提升我国在国际金融数据治理体系中的参与度与贡献度。

关键词：金融非个人数据 跨境流动 监管边界与创新

一、 引言

根据 2023 年全国数据资源调查报告，我国数据生产总量已达到 32.85 泽字节，同比增长 22.44%[1]，标志着我国数据经济进入了蓬勃发展的新阶段。数据的价值实现依赖于其流动性，特别是在金融领域，数据已成为推动行业变革、激发业务创新和提升服务效率的核心驱动力。

---

* 张昕，男，1973 年 2 月出生，法学博士，北京市环球律师事务所合伙人。本文仅代表个人观点。

[1] 全国数据资源调查工作组（国家工业信息安全发展研究中心）.《全国数据资源调查报告（2023 年）》发布[EB/OL].[2024-09-26]. https://www.cics-cert.org.cn/etiri-edit/kindeditor/attached/upload/2024/06/03/d6a0e57bc616fa1718b2292f6a219ff1.pdf。

近年来，我国在数据出境管理方面取得了显著进展，构建起了一套相对完善的法律框架。自 2016 年起，《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》（以下简称“**《数据安全法》**”）及《中华人民共和国个人信息保护法》的相继出台，为数据出境活动奠定了坚实的法律基础。2022 年《数据出境安全评估办法》的发布，标志着我国数据跨境流动管理进入了一个全新的、全面依法依规管理的阶段。2024 年，随着《促进和规范数据跨境流动规定》（以下简称“**《数据跨境流动规定》**”）的出台，我国数据出境制度再次得到完善。

从数据监管的角度来看，金融数据可以分为个人金融数据、重要金融数据和一般金融数据。在现有研究中，关于个人金融数据的跨境流动问题已得到广泛讨论，但针对非个人金融数据跨境流动所面临的具体问题仍需深入探讨。因此，本文将重点研究非个人金融数据[2]的跨境流动，分析我国在这一领域的难点问题，并对比美国、欧盟和日本在非个人金融数据跨境流动的监管方式，探索构建具有中国特色的非个人金融数据跨境流动治理模式。

二、 非个人金融数据出境的难点问题

金融机构在日常业务中面临着大量非个人金融数据跨境流动的需求。然而，现有的监管规定大多集中于个人金融数据，非个人金融数据的出境问题尚未得到充分解决，导致金融机构在数据出境时面临复杂的合规挑战。因此，亟需进一步规范与澄清相关问题，为金融机构提供更加明确的合规指引，促进非个人金融数据的有序跨境流动。

（一）非个人金融数据的监管边界

在探讨“非个人金融数据的监管边界”时，首先需要明确当前监管框架的核心逻辑：从数据持有者的角度而言，关键信息基础设施运营者持有的数据将受到重点监管；从数据本身而言，非个人金融数据中的重要数据同样受到严格监管。换言之，如果数据持有者不属于关键信息基础设施运营者，且非个人金融数据本身不涉及重要数据，则该等数据将自动游离于现有的强制监管之外，无需履行繁琐的出境审批流程。

1、金融机构作为关键信息基础设施运营者的界定

金融业作为数据密集型行业[3]，其日常运营涉及大量数据，部分可能直接关系到国家安全与金融稳定。因此，《关键信息基础设施安全保护条例》将金融行业的重要网络设施和信息系统纳入关键信息基础设施的范畴。但是，金融业关键信息基础设施的具体认定细则尚未出台，金融机构是否均需适用关键信息基础设施运营者的规定仍存在不确定性。

金融行业机构类型繁多，业务模式和运营需求各异。部分金融机构的数据安全直接影响到国家金融市场的稳定与国家安全，理应受到严密监管。然而，对于中小金融机构或外资金融机构而言，其数据中心或业务系统虽然可能涉及数据出境，但未必对国家安全或国计民生构成直接威胁。如果这类机构一律被认定为关键信息基础设施运营者并施加严格监管，无疑将削弱其市场竞争力。例如，一家地方性商业银行的国际业务部门需要与境外支付系统共享数据以完成跨境交易，若该银行被认定为关键信息基础设施运营者，其常规数据交互可能受到限制，不仅增加了合规成本，也将影响业务效率。同样，对于外资金融机

[2] 本文关注的非个人金融数据是指除个人金融数据外的、金融机构在开展金融业务、提供金融服务及日常经营管理中所需或产生的各类数据，包括重要金融数据和一般金融数据。国家秘密信息及核心数据受到更加严格的监管，不在本文讨论范围内。

[3] 杜宁,杨祖艳. 数据要素时代金融业的使命 [J]. 中国金融, 2020, (13): 61-63。

构在中国设立的分支机构，其全球化运营中需要定期将经营报告和财务数据传输回总部。如果这些操作受到过度监管，将对跨国机构的正常运营产生不利影响，抑制外资机构在中国市场的投资意愿。

即使是被认定为关键信息基础设施运营者的金融机构，其持有的数据类型也是复杂多样的。如果对全部数据一律严格按照安全评估规定执行，将增加其操作负担并影响业务灵活性。例如，一家被认定为关键信息基础设施运营者的金融机构在日常运营中向境外传输市场营销分析报告、内部组织信息、业务公文等非个人金融数据时，可能不经意间包含了如联系人姓名、电话号码等零星个人信息。即便该关键信息基础设施运营者的初衷是单纯传输非个人金融数据，由于附带了少量的个人信息，其跨境数据流动行为也需申报数据出境安全评估，这将进一步增加金融机构的合规成本和操作难度。

因此，亟需出台更为细致的认定标准和差异化的监管措施，平衡国家安全与金融机构的业务需求。对于关键信息基础设施运营者的认定，应综合考虑机构规模、业务性质、数据敏感性及对国家安全的影响等因素，实施差异化的监管措施，避免过度监管带来的负担。

2、非个人金融数据作为重要数据的识别困境

根据《数据跨境流动规定》的规定，数据处理者应当按照相关规定识别、申报重要数据，未被相关部门、地区告知或者公开发布为重要数据的，不需要申报数据出境安全评估。鉴于金融行业监管机构尚未出台专门的金融行业重要数据目录，使得金融机构在判定非个人金融数据是否属于重要数据时缺乏明确依据。

根据最新的国家标准 GB/T 43697-2024《数据安全技术数据分类分级规则》附录 G 中的重要数据识别指南，涉及经济运行、金融活动或关乎公共安全和社会稳定的数据可能被视为重要数据。因此，金融机构持有的部分数据可能被认定为重要数据。然而，若一概将非个人金融数据视为重要数据，并强制实施严格的出境安全评估，将极大增加合规成本，也难以在实际操作中顺利执行。

以金融机构的日常金融活动为例，跨国企业依赖金融机构的供应链融资服务，这使得金融机构需要跨境共享供应链相关数据，如交易记录、库存信息等，以评估跨国企业运营的稳定性与风险。如果这些非个人金融数据受到严格监管，不仅将延长融资流程，增加企业融资成本，还可能影响供应链的顺畅运行。同样，国际资本市场的运作也离不开非个人金融数据的自由流通。机构投资者依赖跨境获取宏观经济指标和财务报告等非个人金融数据以制定投资策略。如果这些数据受限，将直接导致投资决策的滞后与低效，影响资本市场的资源配置效率与活力。此外，一些非个人金融数据，如银行产品市场信息、公开利率、年报等，因其公开性或普遍知晓性，其跨境流动并不直接涉及敏感信息泄露或国家安全风险。将此类数据纳入严格监管范畴，不仅缺乏针对性，还可能引发过度监管问题，无谓增加监管机构的负担，削弱其对真正高风险数据出境的监管效能。

因此，在识别非个人金融数据是否属于重要数据时，应充分考虑数据的性质、用途及对国家安全的影响等因素，实施差异化监管策略。对于确属重要数据的非个人金融数据，应严格遵循出境安全评估等监管要求；而对于公开性较高、风险较低的数据，则可适当放宽监管限制，以促进金融数据的自由流动与金融市场的繁荣发展。

综上所述，界定非个人金融数据的监管边界是一项复杂而艰巨的任务，需要在保障数据安全与促进数据自由流动之间寻求合理平衡。通过出台更为细致的认定标准和差异化的

监管措施，可以有效解决当前监管框架下的难点问题，推动我国非个人金融数据实现可持续的跨境流动。

（二）源于监管执法要求的非个人金融数据跨境流动

非个人金融数据的跨境流动不仅由金融机构的日常业务驱动，还常常源于监管执法要求。这类数据传输的复杂性与敏感性显著增强，直接关联到国家安全和数据主权等核心议题，因此面临更加严格的法律约束和监管要求。

根据《数据安全法》等法律法规的要求，基于外国司法或者执法机构要求的非个人金融数据跨境流动必须遵循国际条约、对等原则，或需获得主管机关的批准。实践中，源于监管执法要求的非个人金融数据跨境传输极为常见，单纯依赖国内法律框架往往难以全面应对由此产生的风险。尤其是当非个人金融数据因业务需要已传输至境外后，其后续处理便可能受到当地法律更为严格的披露要求约束。受限于域外管辖权的薄弱，境内监管机构对数据的追踪与控制能力可能大打折扣[4]。例如，在跨境金融交易中，境内金融机构向境外分行提供的数据，可能因后续出现纠纷被迫提交给当地司法机构。此外，跨国金融机构在全球化运营中，也将面临境外监管机构出于反洗钱、反恐融资等国际义务或监管需求而提出的数据提交要求，这进一步加剧了非个人金融数据跨境流动的合规风险。

面对这一系列复杂而严峻的挑战，不仅要求我们持续优化国内监管制度，更需加强国内与国际层面监管体系的深度链接，确保数据跨境流动在符合各国监管要求的同时，也能有效保障数据的安全性与合规性。

（三）非个人金融数据跨境流动的国际合作机制欠缺

在非个人金融数据跨境流动领域，当前全球尚缺乏一套统一、全面且具操作性的标准和规则体系。各国立法原则、监管标准以及数据保护要求等关键要素的不一致，使金融机构在跨国运营中面临复杂的合规挑战，既增加了运营成本，又降低了数据跨境流动的效率与灵活性[5]。

我国作为积极参与国际数据治理的重要力量，在数据跨境流动监管上秉持着相对谨慎保守的立场[6]。这与以美国为代表的强调数据自由流动的国际体系之间存在显著差异，使得我国在融入国际体系时遭遇不小挑战。从我国已签署的涉及金融数据跨境流动的主要贸易协定来看，除 2020 年签署的《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP）明确缔约方不得阻止其境内金融服务提供者传输日常经营所需信息的基本原则外，基本未对金融领域的跨境数据流动问题作出具体约定[7]。因此，我国目前缺乏具有约束力的国际规则和标准，这在一定程度上削弱了我国在国际数据跨境流动体系中的话语权和影响力。

面对上述挑战，我国需采取更加积极主动的策略，积极探索数据跨境流动的新模式和新路径，建立以自身为核心的数据跨境流动体系。

三、 非个人金融数据跨境流动监管的国际治理

[4] 参见刘辉, 敬若男. 论我国金融数据跨境流动的法律规制 [J]. 福建江夏学院学报, 2022, 12 (06): 73-85。
[5] 参见钟红, 杨欣雨. 金融数据跨境流动安全与监管研究 [J]. 新金融, 2022, (09): 38-44。
[6] 参见孙南翔. 跨境数据流动规制的模式差异、协调路径与中国方案 [J]. 法治社会, 2024, (03): 105-115。
[7] 陈思,马其家. 数据跨境流动监管协调的中国路径 [J]. 中国流通经济, 2022, 36 (09): 116-126。

在非个人金融数据跨境流动监管领域，各国基于自身国情和利益诉求，构建了各具特色的监管框架。这些多元化的治理实践不仅展现了各国在数据跨境流动领域的复杂博弈与利益平衡，也为我国构建非个人金融数据流动监管体系提供了宝贵的经验与启示。

（一）美国：双重策略

美国的数据治理规则相对分散，尚未在联邦层面制定统一的数据保护法，也未针对非个人金融数据跨境流动出台专门的规定。然而，作为全球金融市场的领导者，美国在推动金融数据跨境流动方面的政策和立场，对全球数据治理架构与趋势产生了深远影响。

首先，美国长期以来积极倡导金融数据的自由流动。2011 年，白宫发布的《网络空间国际战略》（International Strategy for Cyberspace）明确提出“基本自由、隐私、信息的自由流动（fundamental freedoms, privacy, and the free flow of information）”作为核心原则，体现了美国在数据治理上的开放立场。与此同时，美国通过强大的域外立法和执法能力实施“长臂管辖”，扩大了其对全球范围内数据的掌控能力。例如，《爱国者法案》（Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001）赋予美国执法机关在全球范围内调取数据的权限[8]，而《国际紧急经济权利法案》（The International Emergency Economic Powers Act）则为跨境金融数据的调取提供了法律依据[9]。此外，《澄清合法使用境外数据法案》（Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act）进一步加强了美国执法机构对境外存储数据的获取能力，巩固了其在跨境数据监管上的强势地位。[10]

其次，美国利用其政治经济影响力，在多边及双边贸易协定中不断要求缔约国放宽数据跨境限制。例如，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP）及《美国—韩国自由贸易协定》（U.S. - Korea Free Trade Agreement）都明确要求缔约国允许金融数据的跨境传输，以促进金融服务的无缝对接与高效运营。《美墨加协议》（The United States-Mexico-Canada Agreement）则进一步引入了禁止本地数据存储要求的条款，旨在打破数据本地化壁垒，推动金融数据的自由流动和高效利用[11]。

然而，随着全球数据安全风险的增加，美国近年来在数据出境政策上逐渐采取了更为审慎和严格的立场。例如，受控非密信息（Controlled Unclassified Information）管理制度的强化以及拜登政府发布的《关于阻止受关注国家获取美国敏感数据的行政命令》（Executive Order on Preventing Access to Americans’ Bulk Sensitive Personal

---

[8] Charles Doyle, “Terrorism Legislation: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001,” (2001-10-26) [2024-09-27]. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RS/RS21051。

[9] Christopher A. Casey, Dianne E. Rennack and Jennifer K. Elsea, “The International Emergency Economic Powers Act: Origins, Evolution, and Use,” (2022-03-25) [2024-09-27]. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45618/8。

[10] U.S. Department of Justice, “Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act,” (2019-04) [2024-09-27] https://www.justice.gov/d9/pages/attachments/2019/04/10/doj_cloud_act_white_paper_2019_04_10.pdf。

[11] CIPL, “What Does the USMCA Mean for A US Federal Privacy Law? A White Paper by the Centre for Information Policy Leadership,” (2020-01-17) [2024-09-27]. https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_white_paper_-_what_does_the_usmca_mean_for_a_us_federal_privacy_law__01.17.2020__4_.pdf。

Data and United States Government-Related Data by Countries of Concern），都旨在保护美国的隐私与经济安全，防范潜在的国家安全风险。这些措施体现了美国在全球数据竞争中的战略调整[12]。

综上所述，美国在金融数据跨境流动的政策上展现了一种双重策略。一方面，通过国际贸易协定促进金融数据自由流动，凭借“长臂管辖”谋求全球的数字主权和数据霸权。另一方面，通过国内立法和行政措施，加强对数据出境的监管，确保美国国家安全与经济利益不受影响。这种双重策略不仅为美国自身带来了数据流动的红利与安全保障，也为全球跨境数据监管提供了重要的参考模式。

（二）欧盟：双重目标

欧盟在非个人金融数据的跨境流动监管上采取了内外有别的差异化治理策略，旨在平衡数据自由流通与国家安全、数据主权保护之间的关系，反映了欧盟在促进单一市场数字经济发展与确保数据安全之间的双重目标。

欧盟对内构建了一系列法律框架，以促进非个人金融数据在内的非个人数据在单一市场内的自由流动。2018 年通过的《非个人数据自由流动条例》（Free flow of non-personal data in the European Union）为非个人数据在成员国间的自由流动提供了法律保障。[13]2022 年，欧盟通过《数据治理法案》（Data Governance Act），进一步细化了数据共享的规则，促进了自愿、透明和高效的数据共享[14]。2023 年，《公平访问和使用数据的统一规则条例》（Regulation on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data，以下简称“**《欧盟数据条例》**”）通过统一规则消除数据市场的壁垒，进一步推动了单一数据市场的建立[15]。这一系列立法举措反映了欧盟致力于加速市场一体化的目标，通过促进内部数据流动，推动数字经济的繁荣与发展。

与对内的自由流动立场不同，欧盟在非个人金融数据向外部传输时，采取了更加审慎和严格的监管态度。根据《数据治理法案》和《欧盟数据条例》的规定，数据持有者在向欧盟以外传输数据时，必须采取合理的技术、法律和组织措施防止数据泄露和非法访问。此外，欧盟对第三国法院或行政机构的跨境数据访问请求设立了严格的条件。只有在存在有效国际协议作为法律基础，并且该请求符合明确性和比例性原则时，数据访问请求才可能被批准。即便如此，数据传输也必须遵循“最小数据原则（the minimum amount of data permissible）”[16]。

综上所述，欧盟实施内外有别的差异化治理策略，对内，通过立法促进数据流动，激发市场活力；对外，则严格把控数据出口，确保国家安全与数据主权不受侵犯。这种内外有别的策略体现了欧盟在数字经济时代的战略智慧。

---

[12] Evan Brown, Caitlin Chin-Rothmann, and Julia Brock, “Exploring the White House’s Executive Order to Limit Data Transfers to Foreign Adversaries,” (2024-02-29) [2024-09-27]. https://www.csis.org/analysis/exploring-white-houses-executive-order-limit-data-transfers-foreign-adversaries。

[13] European Commission, “State of the Union 2017: A framework for the free flow of non-personal data in the EU,” (2017-09-19) [2024-09-27]. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_3190。

[14] Hendrik Mildebrath, “Data Governance Act,” (2021-06) [2024-09-27]。
https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690674/EPRS_BRI(2021)690674_EN.pdf.

[15] European Commission, “Data Act explained,” (2024-09-09) [2024-09-27]. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/factpages/data-act-explained。

[16] 同注 10。

（三）日本：双轨并进

日本在数据跨境流动监管领域，以独特的策略融合了欧盟规则的严谨与美国规则的灵活，构建了一套既符合国际标准又具备国内特色的规则体系。这一体系以个人信息跨境流动规则为基石，也为未来制定非个人金融数据的跨境流动规则预留了空间。

在国内层面，日本的数据跨境流动规则以《个人信息保护法》及其修正案为核心，划定了个人信息处理的边界，明确了跨境数据传输的条件及例外情况。[17]在国际层面，日本积极参与并主导多项国际协定，推动数据跨境流动的自由化。作为 CPTPP 与 RCEP 的重要成员，日本通过具体条款进一步细化了金融数据的传输规则。此外，日本与美国及欧盟的双边合作进一步深化了其国际数据流动网络，逐步构建了以欧美日为中心的“数据流动圈”[18]。

值得一提的是，日本在 2019 年 G20 大阪峰会上，提出了“基于信任的数据自由流通（Data Free Flow With Trust, DFFT）”战略。DFFT 战略强调在保障个人隐私安全的基础上，通过建立信任机制，推动非个人数据的自由流动，为国际数据治理提供了新的理念和方向[19]。

总体而言，日本在数据跨境流动的治理中采取了内外兼修、双轨并进的策略。通过不断完善立法体系及积极参与多边协定和双边合作，意图成为国际上拥有跨境数据流动规制话语权的国家。

四、 构建具有中国特色的非个人金融数据跨境流动治理模式

我国在非个人金融数据跨境流动领域的法律法规体系尚显薄弱，面临着规则缺失和与国际标准接轨不足等多重挑战。这一现状不仅制约了我国金融机构在国际市场上的竞争力，也对我国金融数据的安全与隐私保护构成了潜在威胁。因此，如何在确保数据安全底线不被突破的前提下，进一步推动非个人金融数据的跨境有序流动，成为当前亟待解决的课题。

（一）完善非个人金融数据的治理框架

我国现行法律法规在非个人金融数据领域缺乏针对性的规定与明确的指导原则，这不仅增加了金融机构合规运营的成本，也为监管工作带来了挑战。因此，有必要从法律层面完善治理框架，为非个人金融数据跨境流动提供明确的指引。

第一，明确关键信息基础设施运营者清单，实施差异化监管。鉴于金融机构类型多样、规模不一，应针对不同类型和规模的金融机构进行分类监管。对于非关键信息基础设施运营者，若其持有的非个人金融数据不涉及重要数据，应赋予其更大的跨境传输自由度。对于关键信息基础设施运营者，应避免“一刀切”的监管方式，根据具体数据跨境场景、数量及风险进行细分管理，并设定合理的豁免情形。

第二，构建金融领域的重要数据目录，强化重要数据的管理。基于数据敏感性、经济价值及潜在风险等因素，制定科学合理的重要数据目录和统一的数据识别标准模板，确保既不过度限制商业性非重要数据的流通，也不遗漏重要数据。鉴于金融业务的复杂性和快

---

[17] 何跃鹰等著:《全球数据跨境流动治理》, 北京:科学出版社, 2023 年, 第 177-180 页。

[18] 薛志华,曾德华,孟奇勋. 日本跨境数据流动监管的制度实践及中日合作展望 [J]. 国际贸易, 2024, (06): 24-31。

[19] World Economic Forum, “Data Free Flow with Trust (DFFT): Paths towards Free and Trusted Data Flows,” (2020-05) [2024-09-27]. https://www3.weforum.org/docs/WEF_Paths_Towards_Free_and_Trusted_Data%20_Flows_2020.pdf。

速变化性，重要数据目录及数据识别标准模板应具备动态调整机制，以便及时反映市场与行业的新变化。

第三，针对源于监管执法要求的数据跨境流动，细化监管措施。此类数据往往涉及国家安全和数据主权等敏感议题，应在现行法规的基础上，进一步细化审批流程。考虑到业务主管部门更了解行业数据情况，建议由业务主管部门如人民银行先行对数据属性进行审查，确保数据跨境流动的合法性和合规性；随后，国家网信部门再统一归口审查跨境数据的敏感性及必要性。在此过程中，可以借鉴国际先进经验，例如欧盟的“目的明确”和“最小必要”原则，确保数据跨境流动既符合监管要求，又具备合理性和必要性。

综上所述，完善国内非个人金融数据治理框架对于提升我国金融服务创新能力和国际竞争力至关重要。通过明确监管边界、实施差异化监管以及细化监管措施等举措，为金融机构创造一个既有利于其跨境业务发展又能够保障国家安全与社会稳定的法律环境。

（二）探索非个人金融数据流动的创新方案

随着《粤港澳大湾区发展规划纲要》的逐步实施，大湾区正进入资源要素加速流动、市场互联互通的新阶段。国家互联网信息办公室于 2023、2024 年分别与香港创新科技及工业局、澳门特区政府经济财政司签署《促进粤港澳大湾区数据跨境流动的合作备忘录》。在这一背景下，大湾区凭借“一个国家，两种制度，三个法域”的独特优势，成为探索非个人金融数据跨境流动新方案的理想试验地[20]。

第一，建立大湾区统一的金融数据跨境流动监管体系。通过明确各相关部门的监管职责和权力边界，强化跨部门、跨法域的协同治理，形成监管合力。同时，建立健全非个人金融数据监管合作机制，粤港澳三地应共同研究并制定适用于全区域的标准化监管框架，精准对接区域内非个人金融数据流动的需求与挑战。

第二，实施差异化的跨境监管政策，灵活应对不同数据流动场景。借鉴国际先进经验，特别是欧盟的成功实践，坚持灵活性与原则性并重的原则。对区域内的非个人金融数据流动，实施相对宽松的监管措施，以促进非个人金融数据在粤港澳三地的自由流动和高效配置。而对于区域外的数据流动，则需保持审慎与严格的监管立场，确保跨境数据流动过程中的安全性与合规性。

第三，推动大湾区非个人金融数据跨境流动与国际规则接轨。在确保国家安全与数据主权的前提下，积极探索与国际数据流动规则的兼容路径。通过在大湾区开展先行先试的方式，为我国在国际数据治理中提供实践经验。可率先在大湾区试点符合“一国两制”特色的跨境数据流动协作模式，积累宝贵经验，并逐步推广至全国乃至全球范围。

综上所述，探索非个人金融数据跨境流动的创新方案，是我国在全球数据治理与数字经济高质量发展中的战略举措。通过构建统一的监管机构体系、实施差异化的监管政策以及推动与国际规则的接轨，大湾区将为我国金融数据跨境治理带来新的解决方案和创新模式。

（三）借力国际合作，以中国方案引领非个人金融数据跨境流动新篇章

当前，发达国家凭借技术和制度优势，主导了全球数据跨境流动的趋势，并在国际规则制定中占据了重要地位。[21]这一现象不仅促进了美国、欧盟等国跨境金融业务的蓬勃发展，

[20] 吴燕妮. 粤港澳大湾区跨境数据流动治理范式的挑战与进路 [J]. 深圳社会科学, 2023, 6 (02): 14-25。
[21] 刘天骄.数据主权与长臂管辖的理论分野与实践冲突[J].环球法律评论，2020(2):180-192。

也增强了它们在全球治理中的话语权。我国作为数字经济和数字贸易的领军国家[22]，尽管展现出巨大的潜力，但在非个人金融数据流动规则的制定与国际影响力方面仍显不足。为此，我国应主动深化国际合作，争取更多的话语权。

第一，深度融入并积极参与现有的多边合作机制。依托已加入的自由贸易协定，我国可以进一步参与国际高标准自由贸易协定，例如 CPTPP 等。这些自由贸易协定的缔约国分布广泛，为我国提供了与各国在非个人金融数据跨境流动议题上进行深入交流的平台。在这一过程中，我国应围绕数据跨境流动的原则、例外情形、数据保护标准等核心议题，积极发声，力求在国际规则制定中留下中国印记。

第二，主动拓展与重点国家的双边数据跨境传输合作。凭借已建立的覆盖五大洲的贸易网络，我国可以进一步挖掘与贸易伙伴的合作潜力。基于尊重各国司法主权与数据安全原则，通过双边对话机制寻找利益交汇点，共同探讨制定符合国际通行规范、又兼顾各国国情与发展特色的数据流动规则。这种合作不仅有助于深化双边经贸关系，更能为我国在全球数据治理体系中争取更多的话语权与主动权。

第三，积极提升在国际金融数据治理体系中的参与度与贡献度。充分利用联合国、G20 和国际证监会组织等多边平台，加强与各国政府、国际组织及私营部门的沟通与协作，共同推动建立更加公正、合理、高效的跨境数据流动治理体系。在此过程中，我国应积极贡献中国智慧与中国方案，倡导数据自由流动与数据安全保护相平衡的理念，努力构建具有中国特色的跨境数据流动治理“中国模式”，为全球数据治理提供中国方案。

综上所述，我国应秉持开放合作、互利共赢的原则，从深化多边合作、拓展双边协定、提升国际参与度等多维度出发，全面布局非个人金融数据跨境流动的治理工作。通过构建具有中国特色的治理模式，不仅能促进国内金融业的持续健康发展，更是我国在全球数据治理中实现更大作为的重要方式。

五、 结语

非个人金融数据作为金融数据体系的重要组成部分，其自由流动在增强金融市场透明度、提升金融服务效率和促进金融创新方面发挥着关键作用。然而，非个人金融数据跨境流动的复杂性和敏感性要求我们在促进数据自由流动与维护国家数据安全和金融稳定之间找到微妙的平衡。

为此，我国应立足国情，积极借鉴国际先进经验，探索构建具有中国特色的非个人金融数据跨境流动治理模式。这一模式应兼顾数据安全与数据流动的双重需求：既要加强国内法律法规建设，完善监管框架，提升监管效能；又要深化国际合作，积极参与国际数据治理体系的建设，推动建立更加公正、合理和高效的跨境数据流动规则。同时，我们还应充分利用粤港澳大湾区等区域合作平台，探索数据跨境流动的创新实践，为构建中国特色的跨境数据流动治理模式提供有力支撑。

非个人金融数据的跨境流动是时代发展的必然趋势，也是推动金融创新和全球金融合作的重要力量。我国应秉持开放合作、互利共赢的原则，积极应对挑战，把握机遇，努力构建安全、高效、有序的非个人金融数据跨境流动体系，为全球金融治理贡献中国智慧和中国方案。

---

[22] 中国信息通信研究院，《全球数字经济白皮书（2023 年）》。

数字货币跨境反洗钱的法律问题探讨

----以中国人投资泰国房地产使用数字货币问题为例

苏超艺*

摘要：数字货币的加密性和匿名性特征是很容易被洗钱者所利用，特别是私人数字货币采取分布式、去中心化设计，具有的强匿名性等特征，导致在交易过程中难以确认交易参与方彼此的身份，易于掩饰、隐瞒犯罪所得；其交易结算不是通过现有的信用货币结算系统而是通过数字货币交易所完成或是直接通过交易双方“冷钱包”交易的形式完成，此种情形下，跨国洗钱使用数字货币为工具就是“绝配”，执法部门是很难跨境、及时、有效追查此类犯罪交易数据，再加上数字货币储存“钱包”方便跨国支付和结算，更加速了洗钱国际化趋势的蔓延。虽有反洗钱国际合作机制包括中泰两国也签署过司法互助协议，但是一国对数字货币的反洗钱监管很难延伸到境外，即便如法定数字货币是中心化设计、弱匿名性的，在大额或者可疑交易过程中反洗钱监管单位认为必要时也可以通过技术手段让交易双方“显名”，法定数字货币也存在被用于洗钱的风险，就像在传统洗钱犯罪中洗钱者会借用他人银行账户洗钱一样。

本文以中国人投资泰国房地产使用数字货币问题为例，首先，分析两国对于数字货币的基本定义存在较大差异，是导致跨境洗钱选择数字货币这一工具的直接原因，但在货币数字化作为金融创新的核心内容，其作用可能是颠覆性的，也可能还处在一个认识、试错、发展和完善的过程，对其既不能监管过严、矫枉过正，也不能放任自由、直接躺平，可推行反洗钱监管与金融创新发展相融合的策略。其次，两国在法律层面均未明确禁止数字货币交易，但都有数字货币洗钱罪的实际案例，中国是通过不断出司法解释来打补丁，泰国是先放任后再参照其《洗钱防治法》规定的 28 种洗钱犯罪去逐一适用，本质上不是数字货币惹的祸，只是它被利用成工具进行其它洗钱犯罪才牵涉到的，建议在未来的立法（出台新的司法解释）或制定相关政策时，能把监管的洗钱主体和行为先纳入监管范围，在对洗钱形态、判断标准、监管方式和法律后果的理解上留有空间和预案，才能把握货币发展和金融创新未来的发展态势；在立法或政策出台时除了有视野的前瞻性，还得有技术的适应性，方能有效治理洗钱犯罪，还能为规范数字货币发展和金融创新留下足够的制度适应空间。再次，先发展的中国房地产业反洗钱经验可以作为后发展的泰国房地产反洗钱提供启示和借鉴，两国的反洗钱监管可以在区域互助模式上先行先试。最后，探析中泰两国在数字货币跨境反洗钱存在的治理困境有：一是各自的法律规定模糊、难以协调一致，二是司法协助条约内容有缺失、无法满足实践的需求，三是刑事司法协助程序过于复杂化、实践效率低，四是刑事司法协助请求方地位较为被动。解决以上困境，有如下治理路径：一是转变思路、形成共识，必要时签订框架式协议、化解立法和执法冲突；二是根据需要，补充

* 泰国格乐大学国际学院法学硕士研究生

完善司法协助的具体条约内容；三是简化刑事司法协助复杂程序，提高实践效率；四是完善打防结合的犯罪治理方法，化被动为主动。旨在更好地保护中国投资者在泰国的合法权益，促进中泰贸易的健康、有序、融合、可持续发展。

关键词：数字货币、反洗钱、跨境反洗钱、泰国房地产、治理策略

Abstract: The encryption and anonymity features of digital currency are easily exploited by money launderers, especially private digital currency adopts a distributed and decentralized design, and has strong anonymity and other characteristics, which makes it difficult to confirm the identities of each other's transaction participants during the transaction process, and it is easy to conceal and hide the proceeds of crime; its transaction settlement is not completed through the existing credit currency settlement system but through digital currency exchanges or directly through the "cold wallet" transactions between the two parties to the transaction. In this case, using digital currency as a tool for cross-border money laundering is a "perfect match", and it is difficult for law enforcement agencies to track down such criminal transaction data across borders, in a timely and effective manner. In addition, the storage of digital currency "wallets" facilitates cross-border payments and settlements, which further accelerates the spread of the international trend of money laundering. Although there are international anti-money laundering cooperation mechanisms, including the signing of a judicial assistance agreement between China and Thailand, it is difficult for a country to extend its anti-money laundering supervision of digital currency beyond its borders. Even if the legal digital currency is centralized and weakly anonymous, the anti-money laundering supervision unit can use technical means to make the transaction parties "named" when necessary during large or suspicious transactions. Legal digital currency also has the risk of being used for money laundering, just like in traditional money laundering crimes, money launderers will borrow other people's bank accounts to launder money.

This article takes the issue of Chinese people using digital currency to invest in Thai real estate as an example. First, it analyzes that there are large differences in the basic definitions of digital currency between the two countries, which is the direct reason for cross-border money laundering to choose digital currency as a tool. However, as the core content of financial innovation, the role of currency digitization may be subversive, or it may still be in a process of understanding, trial and error, development and improvement. It cannot be regulated too strictly or overcorrected, nor can it be left free and lie flat directly. The strategy of integrating anti-money laundering supervision with financial innovation and development can be implemented.

Secondly, neither country explicitly prohibits digital currency transactions at the legal level, but both countries have actual cases of digital currency money laundering. China is patching by

continuously issuing judicial interpretations, while Thailand first lets it go and then applies it one by one according to the 28 types of money laundering crimes stipulated in its "Money Laundering Prevention and Control Law". In essence, it is not the digital currency that is to blame, but it is used as a tool to commit other money laundering crimes. It is recommended that in future legislation (issuing new judicial interpretations) or formulating relevant policies, the regulated money laundering subjects and behaviors should be included in the regulatory scope first, and space and plans should be left in the understanding of money laundering forms, judgment standards, regulatory methods and legal consequences, so as to grasp the future development trend of currency development and financial innovation; in addition to the forward-looking vision, the technical adaptability should also be available when legislation or policies are issued, so as to effectively govern money laundering crimes and leave enough institutional adaptation space for regulating the development of digital currency and financial innovation.

Thirdly, the anti-money laundering experience of China's real estate industry, which has developed first, can provide inspiration and reference for the anti-money laundering of Thailand's real estate industry, which has developed later. The anti-money laundering supervision of the two countries can be tried first in the regional mutual assistance model.

Finally, the governance dilemmas of cross-border anti-money laundering in digital currency between China and Thailand are as follows: first, the respective legal provisions are vague and difficult to coordinate; second, the content of the judicial assistance treaty is missing and cannot meet the needs of practice; third, the criminal judicial assistance procedure is too complicated and the practice efficiency is low; fourth, the position of the party requesting criminal judicial assistance is relatively passive. To solve the above dilemmas, there are the following governance paths: first, change the thinking, form a consensus, sign a framework agreement when necessary, and resolve the conflict between legislation and law enforcement; second, supplement and improve the specific treaty content of judicial assistance as needed; third, simplify the complex procedures of criminal judicial assistance and improve the efficiency of practice; fourth, improve the crime governance method of combining prevention and control, and turn passivity into initiative. It aims to better protect the legitimate rights and interests of Chinese investors in Thailand and promote the healthy, orderly, integrated and sustainable development of China-Thailand trade.

Keywords: Digital currency, Anti-money laundering, Cross-border anti-money laundering, Thai real estate, Governance strategy

【引言】

随着数字经济的高速发展和数字货币的日益普及，实务中已有一些中国的房地产商、中介或投资客，使用数字货币投资泰国房地产，虽说中国与泰国早在1999年就有签订引渡协议，但在实践中，很少有因在泰国洗钱被调查的嫌疑人被遣送回中国受审的。一方面可能是因为利益杯葛问题，在各国政府看来洗钱罪的钱都要收归国有，因为洗钱罪侵犯的法益都是国家的金融管理秩序；另一方面因为中泰对于数字货币的合法地位认可有差异，在中国除了数字人民币以外的数字货币交易都是不受法律保护的，而在泰国进行数字货币交易在法律上的规定是相对模糊的。那么中国人投资泰国房地产使用数字货币支付能受法律保护吗？

中国是国际反洗钱组织——金融行动特别工作组（简称 FATF①）的正式成员，是而泰国是FATF的准成员，但中泰两国都是亚太反洗钱小组（简称APG②)的成员，正式成员都要定期接受FATF成员国开展互评估并按互评估报告开展整改。如果有成员被评为不合规，被列入高风险国家，将可能遭到其他成员实施一致性的制裁措施，从而影响到该国的贸易、投资、金融便利化以及其他领域国际合作。中FATF2024年第五轮互评估，这既是全面检验近年来中国反洗钱工作成果的机遇，又是迎接新一轮监管风暴的挑战。2023年2月份FATF在法国巴黎召开了一次会议，全会决定监督重要国家执行虚拟资产国际标准的情况，即通过《虚拟资产联络组路线图:有实质重要虚拟资产服务提供商活动的国家执行建议15情况表》(简称《建议15》）③。该建议明确数字货币服务提供商应履行的反洗钱和反恐怖融资义务，各国主管部门应当采取的监管措施，包括许可和注册、实时监控和国际合作等。即便一国拒不承认数字货币的合法性且禁止数字货币服务提供商运营，主管部门仍然有责任识别未经许可或注册从事数字货币相关交易的自然人和法人。中国必须在后续整改3年内完成技术性合规问题、在后续整改5年内完成有效性问题，否则中国在此第五轮评估中无法得到积极正面的评价，那将对后续的反洗钱工作产生不利影响，难道中国也要遭受国际金融制裁？！

虽然中国大陆私人数字货币交易不受法律保护，但是因为数字货币具有价值属性，私下交易涉及刑事风险的不在少数，根据侦查单位披露的数据来看，2022年来办案单位共破获涉及虚拟货币的刑事案件达3100余起，涉案金额超过100亿元人民币。[1]中国加强数字货币反洗钱和反恐怖融资监管有其现实紧迫性，其中原因既有来自2018年FATF第四轮互评估的后续整改压力，也有我国数字货币洗钱和恐怖融资风险防控的内在需要。FATF认为数字货币比传统金融产品有更高的洗钱风险，要有更严格的监管标准；数字货币“天生”的便于跨境洗钱特点，对数字货币的跨境转移也要有比传统货币跨国交易更加严格的反洗钱要求!建议将数字货币发行方和数字货币服务提供商纳入国家反洗钱监管义务主体，要求数字货币发行方和数字货币服务提供商除了履行传统的客户尽职调查制度，完善大额和可疑交易报告制度之外，应当积极开展数字货币反洗钱监管特有的数据转移信息保存和报送制度，以防范数字货币跨境洗钱风险。另外，货币数字化作为挑战传统货币形态的反思性概念，引领着数字货币“颠覆式创新”不断上演，货币非国家化理论不断冲击着货币金融体系。中国对建立在传统货币体系上的反洗钱监管合规性与有效性是否也应进行反思？是否可以在“国家金融安全”、“金融

秩序稳定”、“金融消费者利益保障”的反洗钱监管价值目标上进行相应的制度修正或补充，以应对数字货币跨境洗钱风险呢？

还有，完善数字货币跨境反洗钱治理也是实现跨境洗钱与恐怖融资风险规制的现实需要。截至2023年，中国是全球私人数字货币交易最活跃、交易量最大的国家之一。[2]泰国虽然没有法律明确规定数字货币合法化，但有，之前，中国有一批用户和交易规模较大的数字货币交易所；现在，这些数字货币交易所都跑到境外注册经营，私人数字货币交易也转为“地下”进行。但国内用户注册门槛很低，只需要提供姓名、身份证号码和手机号码就可以在境外的数字货币交易所注册，很多类似欧易、币安的平台套个马甲App就直接针对国内用户进行推广，还支持银行卡、微信、支付宝兑换提现，这样“完美”规避国内外的监管，有一些交易平台在用户进行交易询价时，会暗示用户或直接授意用户在交易过程中避免使用“数字货币”等词语，目的也是为了逃避监管。更有些平台“擦边”通过高买低卖、高频交易等方式恶意侵占中国用户的财产，由此产生的很多民事纠纷[3]。

中泰两国早在2008年7月就有中国反洗钱监测分析中心主任王燕之曾与泰国反洗钱署署长尤塔布•迪萨芒在北京共同签署了《反洗钱和反恐怖融资金融情报交流合作谅解备忘录》（以下简称“备忘录”）[4]，但未曾在房地产领域反洗钱方面达成过任何司法协助，关于房地产领域反洗钱的法律规制两国各有自己的刑法典、《反洗钱法》或《洗钱防治法》及其相关政策；泰国银行也在近期表态数字资产在泰国不是法定货币，呼吁大众不要使用数字资产进行支付[5]。进入新时期，国家赋予反洗钱工作新的职责，其范畴已经从行业监管上升到国家治理甚至是国际区域互助层面。“在习近平新时代中国特色社会主义思想指引下，主动推进金融高质量发展，加快建设中国特色现代金融体系，为全面推进强国建设、民族复兴伟业提供有力支撑”。[6]数字货币跨境反洗钱治理是中泰两国法治体系的重要内容，是维护两国经济金融秩序稳健发展的重要举措，也是中泰两国在跨境反洗钱领域双边互助协议的重要实践，有利于推动一带一路沿线国家区域反洗钱治理的现代化。

一、数字货币跨境洗钱犯罪的基本定义

以往的跨境洗钱主要是通过“地下钱庄”为境内外转移黑钱提供服务，目前出现“以跨境投资为名进行洗钱”的新型地下钱庄，即上游犯罪行为通过数字货币交易的方式进行跨境转移资产，其私密性强、各地的理解和认识不一致、所指代的犯罪行为类型和范围也存在较大差异，使得中泰两国的司法协助无从下手，可以从基本的定义先统一认识、框定范围、便于治理的角度，来界定数字货币跨境洗钱犯罪的定义和类型，才能更好地为后续判断犯罪趋势和建议治理策略提供参考。 数字货币跨境洗钱犯罪从字面上看有“数字货币”、“跨境”、“洗钱”三个关键词，每个关键词都有具体的介入因素和内涵，不同于一般的刑事犯罪，具体到犯罪主体存在的空间、犯罪行为发生的地域、犯罪行为的工具（媒介）、侵害的对象客体等都有其特殊内涵。因而要准确界定数字货币跨境洗钱犯罪的定义，可试着从它的介入因素和内涵开始分析。

（一）跨境因素

所谓的跨境犯罪，包括了跨国境和跨（地）境域，比如中泰两国属于跨国境，而中国大陆和港澳台属于跨（地）境域，这个跨境因素就可能包含了主体、行为、结果和逃匿[7]。在实践中跨境域的

犯罪常伴随着赃款赃物与前述因素不在同一境域的情形，即可能涉及到的追赃活动也会存在跨境域进行。如犯罪主体在跨境域下，将其纳入治理范围有助于开展刑事追诉和预防犯罪活动，这也能与中泰两国刑法效力中的属人或属地管辖原则相一致；实践中也常发生的不法分子在不同境域实施的不法行为，为规避监管而逃至另一境域，此种情况下，如果能调动两地境域的监管力量及时锁定不法分子并启动相关追诉程序，让不法分子无处藏匿是最直接的价值；当然，不法分子的逃匿行为也常带有转移资产、洗钱（包含自洗钱和他洗钱）、销赃等行为，虽然这些是不法的后续行为，但也是不法过程的延续，对于打击和预防犯罪一样有重要价值，探讨的“跨境”因素范围就必须包含其主体、行为和后果及抓捕和追赃的全过程。

（二）数字货币内涵

中国学者吴晓霞认为，因发行主体的不同，可将数字货币分为私人与法定两种类型[8]；外国学者 Awadhesh Pratap Singh、Vikrant Kulkarni（2015）总结认为数字货币不具有国家主权特征的一种货币类型，它的产生依靠数学算法，以电子数据为存储媒介，通过区块链技术来完成交易，并且具有价值尺度和交换手段的职能，是一种价值表现形式[9]。数字货币在某种程度上又提供了这样一个机会，就像人们看到的 Hayek 在他的著作中所描述的，国家是提供一种法律规则框架，让人们在框架内发展出最适合自己需求的货币体系，这就是国家能在货币方面所能做的最好的事情。[10]从这一点来看，数字货币在国际上是不存在公认的规范定义。

在中国大陆，法定数字货币仅为数字人民币，但数字货币的内涵远比数字人民币宽泛得多，数字货币的底层技术是区块链，特别是公有链技术，数字货币中典型的比特币堪称区块链的“顶级杀手”应用，其核心价值来源于人们压抑已久的“自由”力量，即大家都不想每一笔交易都被时刻监控着的"去中心化"和"加密性"；而数字人民币是中国央行发行人民币的一种电子载体方式，是一种具有法定唯一性、国家信用性、流通性高三大特征的，是以央行为中心的可控匿名数字货币，其应用范围小于数字货币。由于数字货币在中泰两国发展的步调不一致，导致数字货币反洗钱在两国的监管也不一致，前国际货币基金组织总裁 Christine Lagarde（2017）认为数字货币的匿名性特征将给反洗钱工作带来新挑战[11],国内学者米晓文（2019）认为，稳定币的特点是真实资产作为担保、价值稳定，但洗钱风险巨大[12]；国外学者 ZoranS.Pavlovic 、Nikola Paunovic（2020）认为数字货币便于跨国转移资产，不利于数字货币反洗钱监管[13]。

数字货币从比特币、以太坊、泰达币等虚拟币价值浮动币慢慢发展成为价值稳定币，各国政府也发布了法定数字货币。数字货币从无组织发行到大型机构发行，最后发展到各国政府组织参与发行，这其实是涉及货币发行权的主体问题，简言之，私人企业（机构）是否有权利发行货币？数字货币的发展过程，其实就是货币发行权争夺的过程。从反洗钱的角度看，数字货币不管是私人还是法定都可能成为洗钱的工具。

（三）洗钱的内涵

所谓洗钱，是指将犯罪所得及其收益通过交易、转移、转换等各种方式加以合法化，以逃避法律制裁的行为。中国《反洗钱法》明确规定了金融机构和非金融机构的反洗钱三大法律义务即严格履行客户身份识别义务、客户身份资料和交易记录保存义务、大额交易和可疑交易报告义务，2024 年 4

月 26 日，中国全国人大首次审议了《反洗钱法（修订草案）》[14]，该草案是扩展了上游犯罪范围，但未涉及数字货币反洗钱的内容；重新定义了“特定非金融机构”的反洗钱义务，但未提到有关数字货币交易平台的相关责任；规范了洗钱犯罪国际司法协助与跨境信息提供，但没有具体实施细则。该草案首次审议缺乏与时俱进，不利于数字货币洗钱犯罪的治理。可惜的是，中国官方是全面禁止数字货币（非数字人民币以外的虚拟币）在国内流通，导致中国对数字货币反洗钱监管存在合规性和有效性的薄弱环节。但数字货币有其公认的价值属性，用于跨境洗钱犯罪活动再适合不过了。泰国的法律对于洗钱罪的定义更像是无为而治，没有具体规定数字货币的洗钱犯罪，只在其 2018 年制定的《数字资产业务法》规定其证券交易委员会（简称 SEC)作为其政府负责机构,泰国银行作为其监督机构，要求数字货币交易所履行反洗钱的三大法律义务，否则就可能构成洗钱罪。

综上，数字货币的内涵及其变迁推动了货币数字化诞生与演进，而货币数字化又为数字经济发展提供了货币基础和创新驱动。货币数字化作为货币发展形态的高级阶段，外在表现为货币的数据化和传送模式信息化，内涵表达则是 AI、算法规则、代码、大数据、区块链、决策困境等。数字货币发展是在“开放、平等、协作、分享”的互联网精神指导下，依托云计算、大数据、密码算法、信息科技、社交网络和电子终端设备，利用分布于社会网络中的无数节点进行数据化传送的新货币范式。数字货币不仅改变了传统货币的形态、功能，而且创新了与此相关的概念、运行模式以及建立在其上的产品模式和服务方式。所以在货币数字化作为金融创新的核心内容，其作用可能是颠覆性的，也可能还处在一个认识、试错、发展和完善的过程，对其既不能监管过严、矫枉过正，也不能放任自由、直接躺平，而是在反洗钱监管与金融创新发展方面有个相融合的策略。

二、数字货币跨境洗钱犯罪的具体类型范围

中国大陆首次规范洗钱是 1997 年中国刑法第 191 条的洗钱罪，该罪首次在刑法规制后，在 2006 年颁布了《反洗钱法》和《中国人民银行法》及后续很多的司法解释、部门规章和规范性文件，主要还是以央行主导的规范性文件为主的洗钱防控模式，比如 2017 年 9 月 4 日的央行七部委《关于防范代币发行融资风险的公告》（史称“9.4 公告”）、2021 年 9 月 15 日央行等十部委（含两高）发布《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》、2024 年 8 月 19 日中国最高法和最高检联合发布的《关于办理洗钱刑事案件适用法律若干问题的解释》（下简称“两高司法解释”）是有明确规定将“虚拟资产”交易列为新型洗钱方式之一，这不仅是对《反洗钱法（修订草案）》首次审议未涉及数字货币洗钱犯罪的一个补丁，更是完善了《修订草案》里面关于保护管辖的内容，以满足现实监管需求[15]。这些文件均体现了中国官方的一个基本态度，公法上禁止私人数字货币交易，私法上不保护私人数字货币交易，特别是 2021 年 12 月北京朝阳法院针对案涉相关数字货币“挖矿”案做出首例判决合同无效后，中国各地法院开始陆续采纳北京地区法院的判决思路，甚至曾一度出现但凡因为数字货币交易被骗或在交易平台兑换到了数字货币被杀猪盘骗去理财血本无归后去报案，很多办案单位是依据帮助信息网络犯罪活动罪或掩饰隐瞒犯罪所得罪的司法解释直接定性为帮信罪或洗钱罪的掩隐罪[16]，这是扩大了刑法的打击范围，有违刑法的谦抑性，限制了金融创新产品的正常发展。

泰国的刑法典只有规定用于或持有用于实施犯罪的来自犯罪和财产的所得可予以没收，没有洗钱犯罪的具体规定，其 1999 年颁布《洗钱防治法》（简称：B.E. 2542 （1999 ），也有翻译成《反洗钱法》）明确列举了 28 种洗钱犯罪[17]，也没有具体的数字货币涉及洗钱犯罪，但是泰国有个合法的数字货币交易所[18]。仅在 2018 年泰国政府颁布的《数字资产商业紧急法令》（简称 B.E. 2561 (2018)）和泰国证券委员会（SEC)制定的《数字资产业务法》，规定了数字货币交易所未履行反洗钱三大法律义务将可能涉及洗钱犯罪，但没有具体的认定标准。2023 年 3 月，泰国证券交易委员会（SEC）发布《总体数字资产监管政策》，该政策涵盖了加密领域全产业链的监管政策，同时泰国证券交易委员会（SEC）更新了《债务类 ICO 和支持 ICO 的基础设施标准》，该标准新增了债务类 ICO 与基础设施类的 ICO 产品，并对二者做了详细规定，可以说从 2018 年到 2023 年，泰国的数字货币监管政策经历了多次的完善与更新，整个监管范围细致得深入到加密产业的每一个环节中，总体上看泰国对数字货币的交易持相对开放的态度，甚至 2024 年 7 月的泰国前总理赛塔曾很详细的计划将 1 万泰铢的数字钱包将分发给 5000 万泰国人，这是个狂人的计划，但不得不说当时的泰国总理很前卫，可惜 2024 年 7 月 24 日泰国前总理塞塔就被泰国宪法法院裁定解职了。而在泰国使用数字货币进行跨境洗钱的，上游犯罪有非法集资、非法吸收公众存款、电信网络诈骗、开设赌场、绑架、贩毒和恐怖组织活动等，是可能被以洗钱罪刑事立案的。比如 2024 年 8 月 20 日，在泰国发行虚拟数字货币的张某被中国有关部门、中国驻泰国使馆及泰国当地执法部门的协调下，将涉嫌组织、领导传销活动罪的张某从泰国引渡回中国，该案系 1999 年中泰引渡条约生效后，中国从泰国引渡的首名涉数字货币跨境洗钱的犯罪嫌疑人。[19]又如 2023 年 5 月 31 日泰国网络犯罪调查局 (CCIB) 在曼谷查获一对中国夫妇苏某和李某使用虚假的在线资料引诱他人“投资数字货币和资产”，进行国际欺诈，并用欺诈来的钱在曼谷购买高档别墅和公寓进行洗钱，被抓获时价值 6700 万泰铢（折合人民币约 1320 万元）的房屋产权证、素坤逸地区价值 1.28 亿泰铢（折合人民币约 2560 万元）的四套高端公寓楼房，涉案值达 100 亿泰铢（约 20 亿人民币）的公开欺诈和洗钱罪。[20]

由此可见，不管在中国还是泰国使用数字货币交易都有较高的洗钱风险，但两国在法律层面均未明确禁止数字货币交易，但都有数字货币洗钱罪的实际案例。中国是通过不断出司法解释来打补丁，泰国是先放任后再参照其《洗钱防治法》规定的 28 种洗钱犯罪去逐一适用，本质上不是数字货币交易犯的错，只是它被利用成工具进行其它洗钱犯罪牵涉到的，在两国未来的立法（出台新的司法解释）或制定相关政策时，如果把监管的洗钱主体和行为先纳入监管范围，在对洗钱形态、判断标准、监管方式和法律后果的理解上留有空间和预案，就更能把握货币发展和金融创新未来的发展态势，在立法或政策出台时除了有视野的前瞻性，还得有技术的适应性，不仅能有效治理洗钱犯罪，还能为规范数字货币发展和金融创新留下足够的制度适应空间。

三、中国房地产行业反洗钱经验对泰国房地产业的启示

中国官方对洗钱犯罪一直都是零容忍的，但洗钱套路一直都在变，曾几何时房地产行业也是洗钱的重灾区，特别是 2004 年后的各地房地产业处于规模扩张的开始，当时的房地产从业人员为了创造销售业绩，根本没有识别、验证客户信息和用于房地产交易的资金来源，更没有对客户尽职调查的安

全意识，这就给洗钱不法分子利用房地产进行洗钱提供了很多隐蔽的便利条件。但当投资者处于司法管辖高风险区时，跨境投资房地产本身存在更大的风险，更容易被不法分子用于洗钱或非法活动。通过 Alpha 大数据平台上搜“房地产洗钱”的关键词，常见的涉房地产洗钱手法有：借用他人身份购房、使用大额现金购房、对房地产估价后操纵价格或通过明确合理关系的第三方账户支付房款、利用非法资金设立信托投资房地产、以虚假身份购房、通过全款退房清洗资金、购房过程中变更买受人等方法进行洗钱。[21]可以说中国在房地产反洗钱领域是吃尽苦水、饱经沧桑，直到现在已基本形成相对完整稳定的一套反洗钱法律框架和相对成熟的综合治理成果，具体如下：

（一）相对完整的法律框架：中国反洗钱法律体系及其在房地产领域的应用

中国反洗钱刑事立法与国际反洗钱立法的发展基本上是同步的，从 1988 年联合国《禁毒公约》生效后，中国全国人大常委会就于 1990 年 12 月颁布了《关于禁毒的决定》，规定了“掩饰、隐瞒毒赃性质和来源罪”；再从 1997 年中国修订的《刑法》，以专门条款规定了洗钱罪；2006 年开始中国为了预防洗钱活动，维护金融秩序，遏制洗钱犯罪及相关犯罪而制定了《中华人民共和国反洗钱法》（简称“反洗钱法”），中国央行已陆续就反洗钱与反恐怖融资颁布了多项规定，也多次提及加强房地产领域反洗钱监管力度，2024 年 5 月份中国全国人大首次审议的《反洗钱法（修订草案）》和 8 月份打补丁的“两高司法解释”，丰富了“特定非金融机构”的反洗钱义务，不仅针对房地产开发企业或者中介机构有反洗钱义务的专项规定，还针对特定的会计师事务所、律师事务所、公证机构，从事贵金属、宝石现货交易的交易商等都列为有反洗钱义务的主体，否则将以洗钱罪的共犯处理[22]。FATF 报告称房地产行业本身为世界范围内洗钱重灾区，且基于行业和业务特性，较多房地产行业的企业未能采取有效的反洗钱监控手段，现状亟待改善。[23]

（二）配套的政策措施：中国政府在房地产领域采取具体的反洗钱行政措施

中国不仅有刑法专门条款规制洗钱罪，还有专门的一部《反洗钱法》来做为行刑衔接的补充和协调，另外还发布了行政法规和一系列金融法规，用来确立金融机构个人存款账户实名制、银行账户管理制度以及大额现金管理等制度。2003 年 3 月，中国人民银行发布了《金融机构反洗钱规定》、《人民币大额和可疑交易报告管理办法》和《金融机构大额和可疑外汇资金交易报告管理办法》（简称“一个《规定》、两个《办法》”），明确提出了对银行类金融机构的反洗钱监管要求，确立了中国反洗钱报告和反洗钱信息监测制度的基本框架。而 2003 年底新修订的《中国人民银行法》则是明确了人民银行负责“指导、部署金融业的反洗钱工作，负责反洗钱资金监测”。

在现有法律框架下，直接规制金融机构的规定要求及工作指引已较为齐备且具有针对性，而对于特定非金融机构（主要是房地产开发企业、房地产中介机构等），根据《中国人民银行办公厅关于加强特定非金融机构反洗钱监管工作的通知》（银办发〔2018〕120 号）"特定非金融机构应当遵守法律法规等规章制度，开展反洗钱和反恐怖融资工作。如有对特定非金融机构开展反洗钱和反恐怖融资工作更为具体或者严格的规范性文件，特定非金融机构应从其规定；如没有更为具体或者严格规定的，特定非金融机构应参照适用金融机构的反洗钱和反恐怖融资规定执行。"

2020 年 10 月 19 日，中国人民银行营业管理部发布了《关于<北京地区房地产行业反洗钱和反恐怖融资工作暂行办法>公开征求意见的公告》（以下简称“《暂行办法》”），《暂行办法》对北

京地区房地产开发企业、房地产中介机构（以下统称“义务机构”）应履行的反洗钱义务首次作出具体规定，并针对房地产行业的特性，在客户身份识别、客户身份资料和交易记录保存、大额交易报告、可疑交易报告等方面提出了更为具体和严格的要求。由于目前仅有针对北京地区房地产业的《暂行办法》，“义务机构”等特定非金融机构应当一并适用上述对于金融机构的义务要求，按照最为严格的规定建立内部控制制度，履行反洗钱和反恐怖融资义务。当然，目前尚未有“义务机构”（及高管）因此被处罚，非银行金融机构被处罚的案例也较少，但是，在国内不断强化规定执行力度的今天，“义务机构”更应当审慎思考与面对房地产业的反洗钱问题。

（三）中国房地产行业反洗钱对泰国房地产的启示

中国房地产行业反洗钱的制度建设是在自身发展的过程中借鉴了发达国家的相关做法的基础上，逐步形成中国式的反洗钱监管协作机制,总体上有加大对房地产义务机构的反洗钱督导力度，并充分发挥地产行业自律组织的积极作用，特别是 2024 年 8 月份“两高司法解释”，将房地产开发商、中介等纳入反洗钱调查范围内，并将特定的非金融管理机构明确增加为“提供房屋销售、经纪服务的房地产开发企业或者房地产中介机构，特定的会计师事务所、律师事务所、公证机构，从事贵金属、宝石现货交易的交易商”这些行之有效的治理方案可以作为中国投资者到泰国投资房地产时的一些参考，以免踩坑。

泰国是目前东南亚地区吸引中国投资较为积极的国家之一，根据泰国投资促进会（简称 BOI)公布的数据，2023 年 BOI 收到的申请飙升至 8480 亿泰铢，同比增长 43%，为 5 年来新高；中国大陆的投资申请位居所有外商的首位，投资额高达 1590 亿泰铢，占同期外资申请总额的 24%。[24]在如此庞大的数据面前，中国投资者在泰国的机会很多，风险也很大，怎样遵循东道国的法律法规是重中之重。比如泰国的《外商经营法》有三个附件清单明确了限制外国人持股达 50%或以上的行业；再如泰国的《土地法典》规定，外籍自然人或外资持股超过 49%的法人原则上不能拥有泰国土地的所有权，只能租用土地；还有泰国的法律是不允许代持股份的，有些投资者为规避泰国的《外商经营法》或《土地法典》关于持股比例的限制，改由泰国人代为持有其公司的 50%以上股权，殊不知这属于严重违法行为……等等都是泰国法律的具体规定，不能违反。

四、中泰两国数字货币跨境洗钱犯罪的治理困境

虽然中泰两国的刑法体系同属于成文法的大陆法系，也有签署相关的“备忘录”和刑事司法协助的条约（含引渡条约、移管被判刑人条约）等，但是在具体法律规定和实践中存在较大的差异，特别是对投资房地产使用数字货币存在以下困境：

（一）各自的法律规定模糊、难以协调一致

如前所述，在中国大陆是没有法律明文规定禁止使用数字货币交易的，只是在相关的规范性文件通知除了数字人民币以外的其它数字货币交易是不受法律保护的，2024 年 8 月的“两高司法解释”有规定的涉及使用数字货币（虚拟货币）交易的洗钱罪但那仅指“自洗钱行为”即洗钱对象已实施了法定七类洗钱罪上游犯罪的所得及其收益，将该所得和收益进行数字货币交易，这与之前洗钱犯罪的司法解释认定基本一致；但是“他洗钱行为”的数字货币交易，构成洗钱罪就必须满足以下两个条件：

一是客观上收到洗钱罪上游掩饰、隐瞒毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益的来源和性质的资金，光收到上述资金不会定洗钱罪；二是主观上对收到的资金属性明知或推定明知，两者缺一不可，也就是收到上述资金且主观上明知。客观上可能造成“他洗钱行为”的增多，实际上大部份的“他洗钱行为”或纯数字货币交易行为本身也是无罪的。

在泰国一样是没有具体的法律规定应禁止数字货币交易，但是在官方主流观点上是提倡和鼓励使用的数字货币交易，虽然泰国银行呼吁大家不要使用数字货币支付购房款，否则不给出 FET（外汇转账证明文件），但是泰国证券交易委员会（SEC)于 2024 年 1 月取消了对基于房地产的数字代币的投资限制[25]，使散户投资者受益,此举重在保护散户投资者，同时促进创新。此前，泰国散户投资者的投资上限为 8430 美元（300000 泰铢）；现在，没有这些财务限制了，外国投资者可以自由探索与房地产资产或基础设施相关的数字代币的机会。只有泰国银行提示风险时禁止数字货币的零售端支付是不能规避数字货币存在跨境洗钱风险，泰国官方不同部门在此方面的态度明显不一致，导致两国在执法协调和司法协助时存在一定的认知和沟通障碍。

（二）司法协助条约内容有缺失，无法满足实践的需求

2003 年中泰两国签订了《刑事司法协助的条约》（含引渡条约、移管被判刑人条约）等规定的刑事司法协助内容，且开展了丰富的刑事司法协助实践，但仍存在以下不足：

1.缺失有关协助提供犯罪情报信息的规定，因为跨境洗钱是具有跨国境性质的，在数字货币跨境洗钱犯罪治理中，不同国家向他国提供有关犯罪情报，对于犯罪治理是非常必要的。但是中国与泰国签订的刑事司法协助条约中，未将协助提供犯罪情报信息规定为双方刑事司法协助的内容，是比较遗憾的。

2.尚未规定协助逮捕犯罪嫌疑人，在数字货币跨境洗钱犯罪中，一国需要逮捕的犯罪嫌疑人通常藏身国外，为了将藏身国外的犯罪嫌疑人抓获归案，通常需要犯罪嫌疑人藏身国协助逮捕犯罪嫌疑人。在打击跨国犯罪刑事协助实践中，协助他国逮捕藏身于本国的犯罪嫌疑人是国际刑事司法协助的当然内容。但是中国与泰国签订的刑事司法协助条约中，是明确约定不适用于逮捕令的执行，这是双方刑事司法协助内容的重要缺失。

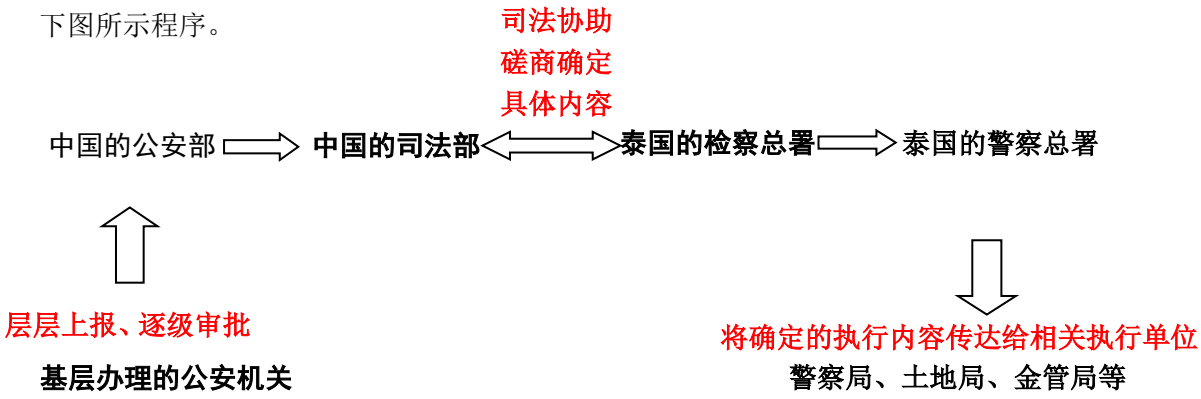
3.没有规定重要侦查措施的相互协助，现代科技的发达和智能 AI 的发展，对于部分跨国洗钱犯罪，普通侦查措施难以查明案件真相和抓获犯罪嫌疑人，为能尽快查清案件事实，中泰两国的国内法都有规定了控制交付和秘密侦查两项措施，且《联合国反腐败公约》和《联合国打击跨国有组织犯罪公约》也有对控制下交付和秘密侦查作了明确规定。但是中泰两国签订的刑事司法协助条约中，并没有规定相互提供控制下交付和秘密侦查刑事司法协助。虽然之前的湄公河糯康案件中，中泰两国在警务合作框架下采取了秘密侦查等侦查措施，但是中方的行为缺乏相关法律规定，容易受国家之间政治关系、利益冲突等因素干扰而缺乏稳定性和法律保障，也因此被西方敌对势力所诟病。

4.外国证人人身保护规定有失全面，数字货币跨境洗钱犯罪通常也是有组织集团或有产业链的犯罪，外国证人出庭作证时，会担心其作证行为遭到犯罪集团或产业链上其它未被抓获人的报复而对作证心有余悸。为打消外籍证人的担忧，中国是采取了不公开对证人身份进行核实，隐去证人姓名信息，

只对证人进行编号；证人作证时，通过技术手段将声音和处理后的影像信息传输到法庭；控辩双方通过视频对证人进行询问，在跨国洗钱犯罪治理过程中，外籍证人的人身安全保护也是非常必要的，但中泰两国的刑事司法协助条约中并没有相关规定。

（三）刑事司法协助程序过于复杂化，实践效率低

在中国需要泰国提供刑事司法协助的跨境洗钱案件主要是由司法部以外的公安机关侦查的，当中国需要泰国提供刑事司法协助时，根据《公安机关办理刑事案件程序规定》首先需要向公安部层层上报提出申请，逐级审批后再由公安部通过司法部向泰国主管刑事司法协助的检察总署提出，泰国的检察总署再根据中国提出的刑事司法协助的具体内容进行磋商确定能协助的具体内容，向其国内具体执行机构传达确定可以执行的互助内容，由相关的执行单位负责执行。根据中泰两国签订的刑事司法协助条约，在跨境洗钱案件的侦查阶段，从中国向泰国提出刑事司法协助请求到执行该请求，需要通过下图所示程序。



这个程序环节过于复杂，不利于实践中要求的行动迅速和程序简单，那么侦查机关就很难在办案中及时固定搜集证据，很容易陷入证据湮没、犯罪痕迹消失、证人遗忘其所了解的案件事实、犯罪嫌疑人串供或逃跑等情况发生。

（四）刑事司法协助请求方地位较为被动

刑事司法协助被动性意味着在刑事司法协助中，司法协助的请求方对于请求他国提供的刑事司法协助事项在具体执行过程中，不能完全积极主动地介入，对于司法协助事项的完成进度、具体执行情况、执行结果无法有效把握而完全由对方控制，从而在刑事司法协助的过程处于被动地位。也是由于刑事司法协助中被请求国与委托事项缺乏直接利害关系，决定了其对于委托事项的过程中，当遇到阻力或碰到困难时，是很难采取积极主动的措施或投放更多的司法资源去化解阻力和困难。结果要么是直接敷衍请求国的要求和标准，要么是执行委托的效率很低、耗时很长最终难以达到请求国迅速执行委托事项的要求而不得不放弃该执行委托。

五、中泰两国数字货币跨境洗钱犯罪的治理路径

数字货币反洗钱是一项国家职责，但是数字货币洗钱的国际化特征使得数字货币反洗钱又是一项国际义务。FATF 要求各成员国承担预防数字货币洗钱风险，中泰两国的双边机制也要求遏制数字货币洗钱风险。并且数字货币反洗钱已经列入了反洗钱金融行动特别工作组（FATF）国际反洗钱互评估

的范围。[26]虽然中国官方禁止数字货币交易，中国大陆的洗钱者仍可通过互联网在境外数字货币交易所注册，实现人在中国境内但数字货币洗钱交易发生在国外的情形。中泰两国同受跨境洗钱的困扰，更应深度融合发展、抱团取暖，在任何一方境内发生的洗钱犯罪都是对当地金融管理秩序的破坏，其危害后果都会波及两国境内的很多产业，中泰两国应延续政治互信、法治互助，同频构筑一套应对数字货币洗钱犯罪的有效治理路径，具体如下：

（一）转变思路、形成共识，必要时签订框架式协议，化解立法和执法冲突

中国《反洗钱法》规定，反洗钱监管是“为了预防洗钱活动，维护金融秩序，遏制洗钱犯罪及相关犯罪”，以实现“国家对金融市场的管理，以及司法机关的正常司法”秩序。[27] 传统的监管模式是以维护金融市场的“管理和秩序”作为基本价值目标，这种模式又称看守式或规则式或机械思维式，传统的金融监管模式已很难适应时代的发展，因为经济的高速发展存在各种高度的不确定性，信息爆炸式的增量，难以追寻其发展规律，当洗钱行为已进入货币数字化时期，立法不能固守传统的反洗钱监管理念和价值目标，应充分认识到反洗钱监管法律制度的非纯粹社会法特征，而应制定能够充分反映“维护国家金融安全、实现金融秩序稳定、保障金融消费者利益”的数字货币反洗钱监管制度规范，多沟通协作、形成共识。

首先，中泰两国在立法层面应当有合作打击数字货币跨境洗钱和房地产行业洗钱犯罪的具体规定，防止因对数字货币交易的法律监管不同，对房地产行业的政策激励也不同，存在名为“跨境投资房地产使用数字货币支付”，实为跨境洗钱，让洗钱犯罪分子有机可乘，可在一带一路沿线国家框架协议下，中泰两国的立法机关先加强沟通合作，达成一个共识即任何侵害一方金融管理秩序的行为都是侵害两方的金融安全，在立法口径上共商一个关于反洗钱的具体司法互助框架式协议，使得中泰两国的金融经贸往来获得强有力的立法保障。

其次，签署区域合作备忘录，是一个比较好的司法协助方式，它能够界定信息共享的权限，明确信息共享的方式、内容、保密要求及其反馈等。中泰两国已签过“备忘录”，但此备忘录仅作为一个外交文件，基本没有落到实处，在法治国家中，立法权通常具有最高的法律地位，中泰两国都是在法治道路上努力奔跑的国家，两国可以通过立法机关之间的直接交往而达成共识，从而形成共同的认识而实现立法上的合作。

最后，中泰两国立法层面上的合作还可以通过两国不同的法律进行比较研究，以及在行政和司法机关开展合作过程中产生的实际需要，间接地得到推动。两国通过框架式协议确定具体拟打击的罪名，把符合双方打击需要的具体犯罪列入合作打击跨境洗钱犯罪的范围，以便为联合执法、共同打击数字货币跨境洗钱犯罪提供法律依据。在划清了打击范围之后，双方应进一步协商各类罪名的刑罚适用，从根本上解决同一行为不同法律处理的情况；在具体执行方面，有相应的备忘录，执法机构可将数字货币反洗钱信息共享机制真正执行到位，有冲突的部份再通过两国签订的刑事司法协助条约予以解决。

（二）根据需要，完善刑事司法协助的具体条约内容

1.补充约定协助提供犯罪情报，增加协助调查的权限

如前述困境所言，两国签订的刑事司法协助条约未将相互提供犯罪情报作为双方刑事司法协助的内容，不利于两国合作打击数字货币跨境洗钱犯罪，中泰两国应首先加强沟通、信息共享、及时总结相互提供犯罪情报的经验，真正落实将互相提供情报增列入刑事司法协助条约中，其中最主要的是在达成共识后，引入大数据思维，进行情报信息共享，充分运用和借助于大数据、云计算、区块链、AI等新型数字技术进行跨境反洗钱监测、查证、控制和识别，在将现有的规则监管与算法进行融合。另外，还可以增加协助调查的权限，比如双方有义务代为执行或核查所在地反洗钱义务主体资格和协助调取案涉数字货币的大额或可疑交易记录。

2.补充约定刑事诉讼移管或协助逮捕犯罪嫌疑人

刑事诉讼移管产生的背景是对国际法上的“本国国民不引渡原则”的弥补[28],在中泰两国的刑事司法协助条约中是明确不适用刑事诉讼的转移和逮捕令的执行，因为这涉及到司法主权问题，不可能引渡和执行的！但在实践中会出现，中国公民在中国涉嫌数字货币跨境洗钱犯罪后偷渡到泰国，因其涉嫌的罪证金额较少，在中国的办案单位要启动引渡程序比较复杂，如果有刑事诉讼移管或协助逮捕犯罪嫌疑人的具体约定，那就可以很好解决此困境。

3.补充约定协助控制下交付

在中泰两国均有缔约的《联合国打击跨国有组织犯罪条约》第二条第九款有具体规定“在主管当局知情并由其进行监测下，允许非法或可疑货物运出、通过或运往一国或多国领土的做法，其目的在于侦查某项犯罪并辨认参与该项犯罪的人员。”④此处的控制下交付是针对数字货币跨境洗钱犯罪的有效侦查手段，得到很多国际条约和国家立法的支持，比如《联合国反腐败条约》第五十条第一款之规定也有相关规定。⑤中国刑诉法第一百五十一条第二款也对控制下交付做出具体规定。⑥国内外对控制下交付的定义存在差异，但基于国际公约的规定，不同学者提出的概念偏向同质化⑦。当然也有人提出更大胆的建议，控制下交付是一种国际和国内公认的用于监控和打击犯罪的侦查手段，面对数字货币跨境洗钱犯罪治理的诸多困境，应当广泛运用控制下交付[29]，但必须严格限定在具体的适用范围、程序规制、法律监督以及事后救济等方面实施控制下交付，否则就会变成“诱惑侦查”或“钓鱼执法”了。

4.补充约定协助秘密侦查，同时构建跨境数字货币

秘密侦查是在侦查相对人知情的情况下将难以开展或者无法完成的、以隐藏或欺骗方式实施的非强制性侦查活动。[30]秘密侦查在中国的体现是通常所谓的“卧底”或“线人”，是各种社会形态中社会管理不可或缺的手法。[31]但是，中国的刑诉法规定“不得诱使他人犯罪”的模糊规定是对诱惑侦查的合法化授权还是禁止，使得诱惑侦查被置于两难境地。有学者认为应当将该规定解读为诱惑侦查被明令禁止，也有学者主张其只是禁止“犯意诱发型”诱惑侦查。在司法实践中诱惑侦查已然成为常规使用的秘密侦查措施之一，倘若如前者“明文禁止”的理解，则略显过于“一刀切”的非理性。[32]基于诱惑侦查在合法侦查与非法侦查的界限上徘徊,在使用数字货币进行投资支付时涉及到跨境洗钱案件则需着重适用的方式。

虽然中国已有数字人民币，但泰国目前没有数字泰铢，可以尝试构建一种超主权数字货币。比如倡导与“一带一路”沿线国家共同构建跨境数字货币，从“一带一路”跨境贸易专用数字货币开始，

逐步扩展其功能，覆盖更多的跨境支付和结算领域，充分利用跨境数字货币的优点，因势利导促进跨境贸易发展，融入国际各类数字货币体系，锚定离岸人民币的兑换比例，将其作为跨境数字货币的兑换目标，让中泰两国在全球发行的数字货币有更高的参与度。另外，泰国已有合法的数字货币交易所，而中国暂时没有，中国需要构建国家级的数字货币交易所，类似银行的外汇交易所。在交易所内支持各种数字货币之间的交易兑换，在此数字货币交易平台，所有的交易比照买卖外汇的规定，对用户建立台账登记制度、实名制关联、大额和可疑交易报告制度：实行个人购买境外数字货币有额度限制，企业购买境外数字货币的股东和受益者均必须实名制关联，方可将其用于本企业的国际贸易或者国际投资。

以上路径可解决中泰两国在数字货币交易上存在的认知差异，也是践行反洗钱监管与金融创新发展相融合的策略。

5.增加外籍证人人身保护的内容

中泰两国在刑事司法协助条约中有关证人保护规定中，必须增加证人人身保护的内容，以使条约对证人保护规定更加全面。

（三）简化刑事司法协助复杂程序，提高实践效率

过于复杂的刑事司法协助程序不利于司法协助实践的具体开展，可做如下细化：

1. 由司法部授权由中国处理数字货币跨境洗钱犯罪高发的个别省市所在地中级以上人民法院，经院长同意必要时可与外国的相关法院直接开展刑事司法协助，并向上一级人民法院报备；在现有的法律框架下，中泰两国的法院基本无法直接开展相关司法协助，都是要上报最高法，由最高法与司法部再商定，如此复杂的程序，根本不能适应现代司法的需要。

2. 可以在条约中将中国的公安部增列为中泰两国开展刑事司法协助的中央联系机关，在实践中，中国公安部门是办理数字货币跨境洗钱犯罪侦查的主要单位，对外有大量刑事司法协助需要，将公安部增列为刑事司法协助中央联系机关，可直接简化中泰两国的刑事司法协助程序。

（四）完善打防结合的犯罪治理方法，化被动为主动

数字货币跨境洗钱犯罪也存在着诱发和发展的形成过程，完善打防结合的治理活动也要注重事后惩罚和事前预防，严厉打击已发现的数字货币跨境洗钱犯罪，及时追逃追账，有利于清除金融犯罪领域的“毒瘤”和维持良好的金融管理秩序，并将已执行完毕的数字货币跨境洗钱犯罪作为案例宣传，让潜在的犯罪分子明确使用数字货币支付进行跨境房地产投资也是存在跨境洗钱的风险。实际上泰国土地局在 2019 年就曾经针对外籍人士在泰国投资房地产做过一次大清查，但凡不是通过正规外汇渠道将资金汇入泰国的，比如有些人是通过向银行购买的 FET(外汇证明),或者直接使用泰铢或人民币等现钞购置房产，土地局将不予办理房产过户甚至已完成过户的被撤销，严重的直接被没收房产，泰国的 FET 文件实际上也是一种反洗钱的手段[33]，能够起到投资房地产事前预防的功能。

司法协助的具体执行涉及到一国的司法主权问题，不能完全积极主动介入他国的刑事活动是很正常的。可以借鉴国际上“公私合作”的模式，即金融监管机构、金融情报机构等行政机关和法院、检察院等司法机关与金融科技公司、大型科技公司等展开数字货币反洗钱合作。“公私合作”进行数字货币反洗钱的方式有些时候比国家之间的数字货币反洗钱合作更重要、也更有效[34]，实际上中国此

前对电信网络诈骗和跨境开设赌场案件就采取过此类合作模式，但不足点在于取证过程不够规范。在跨境洗钱犯罪中，外国科技凭借其掌握的海量数据，可以及时发现网络犯罪行为，捕捉到相关的犯罪证据，如谷歌公司和微软公司这种大型科技公司。那么中泰两国的数字货币反洗钱监管机构的调查和取证的关键环节是要和这些外国公司保持良好的协作。但是在同海外母公司进行合作时，也存在一大难题，那就是某些关键数据被其母公司或其他海外经营实体所控制，即便这些法律和规章只对本地企业有效，但在没有正式的伙伴关系协定的情况下，与外资企业进行合作，其难度要大于同本国企业。[35]因此，国家反洗钱监管部门非常有必要与外国公司保持密切的接触，如能和这些科技公司保持科技监管项目合作，就很有利于从外国公司获取所需的数字货币交易信息和相关数据，也有利于完善中泰两国数字货币反洗钱金融情报系统，更是规范跨境洗钱治理的现实需要。

还有一种化被动为主动的方式，那就是将司法协助与社会管理相结合的方式进行综合治理。在完善相关立法与司法协助机制的同时，注重社会监管机制建设，堵塞跨境洗钱监管漏洞，提高跨境实业投资的运行效率，真正从源头上预防跨境洗钱犯罪的产生。为此，跨境经营的金融界和工商界人士必须戮力同心，争取到更多的社会资源、健全法律制度、提高经济效率、严密社会管理，才能铲除产生数字货币跨境洗钱犯罪的土壤，最终实现打击和防控数字货币跨境洗钱犯罪的目标。在中泰经贸往来中，泰国当地金融界和工商界的华人华侨是主流群体，如果能争取到大部分华人华侨在各领域各层面上的合作，不仅会直接推动双边经济、科技、文化的交流和发展，也会为综合治理数字货币跨境洗钱犯罪提供意义深远的社会性支援。

六、结语

国家宏观层面鼓励企业出海创汇，现阶段很多企业又面临着“不出海就出局”的困境难解，但国家微观层面又限制出海资金的自由出入境，传统的反洗钱手段是很难监管到洗钱者利用数字货币跨境洗钱的行为。数字货币跨境反洗钱遇到的困境，是技术发展对传统法律秩序的一种挑战。

中泰两国的反洗钱监管机构需要面对数字货币带来的跨境洗钱新范式、新路径以及观念、理论、行为规则的变化，在原有法律制度和立法精神的基础上，需要创新发展反洗钱监管立法和司法协助模式。立法和司法协助实践不仅需要关注货币数字化的进程、数字货币的形式和内涵，更要关注其网络节点、算法收敛、密码计算等黑客攻击的内在风险，特别是跨国境的司法协助内容是一个比较复杂的系统工程。货币数字化场景下的跨境洗钱，既要解决数字货币和跨国金融发展带来的反洗钱监管立法滞后的问题，又要考虑跨境洗钱概念、范式、路径、主观因素和因果关系的变化，对数字货币跨境反洗钱监管立法和司法协助实践做出适应性改变。

数字货币跨境洗钱不是无法驯服的洪水猛兽，它根本没有突破传统洗钱的三个阶段，但确实加速了传统洗钱三阶段的完成，具体为跨境洗钱处置阶段便捷化和快速化、培植阶段复杂化、融合阶段多样化。数字货币的洗钱风险相比传统地下钱庄的洗钱方式风险更大，但与现金洗钱相比，数字货币的每一笔交易都是“钱过留痕”。当然，现金跨境流动是有极大限制的，现在已不可能用人工背着现金超过 5000 美金（折合人民币 35000 元）左右可以跨境旅游，但个别旅游团（老鼠团）还是有通过化整为零、蚂蚁搬家的方式在现金洗钱，洗钱者可以不露声色地跨境转移财产、

人为割裂资金链，为反洗钱的监测制造障碍，从而逃避监管。洗钱和反洗钱是相对而言的，反洗钱监管不可能做到消灭洗钱行为，就像人非圣贤、孰能无过一样。但数字货币洗钱有个软肋是它必须重视的成本和收益问题，洗钱是把“黑钱”在最小的成本内洗“白”也就是将违法犯罪所得在可控的成本里洗成“看似合法”的数字货币或现金，关键环节离不开银行和交易所，只要监控好这两个环节，即可有效捏住数字货币跨境洗钱的“软肋”。可惜的是中国没有数字货币交易所，而泰国没有数字泰铢，但两国可以优势互补，建议先修改中国的《反洗钱法》第三条和四十八条，增加数字货币服务提供商为反洗钱义务主体和要求数字货币服务提供商予以配合、加强数字货币反洗钱的国际合作；在中泰的刑事司法协助条约里再增加一条，双方有义务代执行或核查所在地反洗钱义务主体资格和调取案涉数字货币的交易记录。这样就将两国的数字货币服务提供商纳入到共同的监管体系内，让反洗钱义务主体切实履行反洗钱三大法律义务。中泰两国立法和执法部门加强沟通、情报信息共享、运用 AI 技术和大数据分析手段共同监管数字货币跨境洗钱线索，就能有效控制数字货币的跨境洗钱风险，并确保中泰两国贸易的健康、有序、融合、可持续发展与繁荣。

注释：

①金融行动特别工作组（Financial Action Task Force）是国际社会反洗钱反恐怖融资工作标准的制定者，是当今最具影响力的专业反洗钱组织。

②亚太反洗钱组织简称 APG,官方网站：www.apgml.org/

目前 APG 拥有 42 个成员，分别是：阿富汗、澳大利亚、孟加拉国、不丹王国、文莱达鲁萨兰国、柬埔寨、加拿大、中国、库克群岛、斐济、中国香港、印度、印度尼西亚、日本、韩国、老挝人民民主共和国、中国澳门、马来西亚、马尔代夫、马绍尔群岛共和国、蒙古、缅甸、瑙鲁、尼泊尔、新西兰、纽埃、巴基斯坦、帕劳、巴布亚新几内亚、菲律宾、萨摩亚、新加坡、所罗门群岛、斯里兰卡、中国台湾省、泰国、东帝汶、汤加、图瓦卢、美国、瓦努阿图、越南。

③ 金融行动特别工作组（FATF）发布《虚拟资产及其服务提供商标准执行情况第四次更新报告》。

本报告是FATF自2019年6月修订建议15（新技术）及其释义中关于虚拟资产及其服务提供商的标准以来，对各司法管辖区执行该标准情况的第四次审查结果。FATF将依据2023年2月通过的《虚拟资产及其服务提供商标准执行路线图》及本轮审查结果，开展以下工作：一是向执行不力的司法管辖区提供技术援助；二是在2024年上半年公布各国执行建议15所采取的措施；三是持续监控虚拟资产及其服务提供商领域的重大变化和发展趋势；四是加强与成员国和私营部门的信息共享与对话。

报告原文参见：

www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/targeted-update-virtual-assets-vasps-2023.html

④《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第2条第9款:术语的使用: 在本公约中(九) 控制下交付系指在主管当局知情并由其进行监测的情况下允许非法或可疑货物运出、通过或运入一国或多国领土的一种做法，其目的 在于侦查某项犯罪并辨认参与该项犯罪的人员。

⑤《联合国反腐败条约》第 50 条第 1 款: 为有效地打击腐败，各缔约国均允许其主管机关在其领域内酌情使用控制下交付和在其认为适当时使用诸如电子或者其他监视形式和特工行动等其他特殊侦查手段。

⑥《中华人民共和国刑事诉讼法》第 151 条第 2 款: 对涉及毒品等违禁品或财物的犯罪活动，公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定实施控制下交付。

⑦相关观点：王国民教授认为控制下交付是指“执法机关在发现非法贩运的毒品、其他非法或可疑货物后，不当场予以扣押而允许其继续运送，同时对其进行秘密监控，以期查明更多的涉案人乃至组织者、策划者、将犯罪组织一网打尽的侦查手段。”参见：王国民.控制下交付研究[M].北京:中国检察出版社,2011:6；日本学者井田良将控制下交付定义为“侦查机关即使发现了违禁毒品，可以不当场抓获，而是对其充分的监控，让其在监控下继续搬运，当违禁品送达到有关嫌疑犯时，再将其捕获的手段。”参见：井田良.毒品犯罪的对策//西原春夫.日本刑事法的重要问题第2卷[M].北京:法律出版社;成文堂,2000:136。

主要参考文献：

[1] 大众新闻，SAFEIS安全研究院发布《2022年涉虚拟币罪研究报告》

[2] 田力男：《刑事涉案虚拟财产强制处分论》，载《中国法学》2023年第5期，第112页

[3] 如中国裁判文书网上公布的案号（2021）京0105民初49442号、（2022）京03民终3345号、（2021）辽01民终3998号、（2021）苏04民终4306号、（2021）闽02民终1300号等等

[4] 详见 中华人民共和国中央人民政府网站 中泰两国签署《金融情报交流合作谅解备忘录》(www.gov.cn) 访问日期：2024年8月30日

[5] 详见星球日报（MARKET SCREENER） www.weiyangx.com/389559.html，访问日期：2024年8月30日

[6] 新华社：《中央金融工作会议这样部署，首提加快建设金融强国》，载《法人》2023年第11期，第10页。
[7] 周密：《论跨境犯罪及其控制策略》，《江苏公安专科学校学报》2000 年第 4 期；杨方泉：《论内地与港澳台跨境犯罪二分法及其意义》，《政法学刊》1997 年第 4 期。
[8] 吴晓霞：《数字货币风险分析与防范》，载《河北金融》2016年第11期，第22页
[9] Awadhesh Pratap Singh, Vikrant Kulkarni, Bitcoin—Upsides, Downsides and Bone of Contention—A Deep Dive, Theoretical Economics Letterss, Vol.9, 2015, pp.31-43.
[10] 娄耀雄、武君.比特币法律问题分析.载于《北京邮电大学学报（社会科学版）》2013年第15卷第4期
[11] ChristineLagarde,https://www.imf.org/external/chinese/np/blog/2017/072617c.pdf,访问日期：2024年8月30日
[12] 米晓文：《稳定币的影响及其发展趋势判断：以Libra为例》，载《海南金融》2019年第9期，第29页。
[13] Zoran S.Pavlovic,Nikola Paunovic, Disruptive Technology and Securities Regulation, Journal of Eastern European Criminal Law,Vol.1,2020, p.66
[14] 详见中国全国人大网站 www.npc.gov.cn/npc/c1773/c1848/c21114/fxqfxd/fxqfxd003/202409/t20240911_439354.html，访问日期：2024年8月30日
[15] 王茜，《反洗钱“新法”如何“硬刚”新犯罪业态----专访参与制定反洗钱法（修订草案）专家王新教授》，载于《法人》2024年第09期，第74页。
[16] 2019年-2020年最高人民检察院、中国人民银行联合发布6个惩治洗钱犯罪典型案例之三：陈某枝洗钱案——准确认定利用虚拟货币洗钱新手段，上游犯罪查证属实未判决的，不影响洗钱罪的认定；北京市第一中级人民法院发布三个涉虚拟货币诈骗典型案例之三：明知赃款来源于金融诈骗，通过虚拟货币交易进行洗钱，构成洗钱罪；（2021）甘0503刑初51号、（2020）苏0506刑初579号等等。
[17] 详见泰国反洗钱办公室网站：www.amlo.go.th/amlo-intranet/en/files/AMLA%20No%201-4(1).pdf，访问日期：2024年8月30日。
[18] 泰国Bitkub交易所是泰国当地的一家加密数字货币交易所，该交易所由Thailand Digital Asset Exchange创立，是得到泰国政府授权的一家交易所。
[19] 详见新浪财经网站： finance.sina.cn/2024-08-24/detail-incktsme1802191.d.html,访问日期：2024年8月30日
[20] 泰国最大中文报纸《世界日报》及当地媒体ONE NEWS 5月31日报道转载的网站 www.cqcb.com/huanqiuyan/2023-06-01/5278204_pc.html，访问日期：2024年8月30日

[21] 苑菲，《房地产行业反洗钱工作运用风险为本方法的国际实践启示》,载于 2022 年《黑龙江金融》金融观察栏目第 22 页。
[22] 王茜，《反洗钱“新法”如何“硬刚”新犯罪业态----专访参与制定反洗钱法（修订草案）专家王新教授》，载于《法人》2024 年第 09 期，第 73 页
[23] 唐梦沅、盛于兰,《穆耸"新规速览》房地产行业反洗钱新规解析"发表于中伦网站：www.zhonglun.com/research/articles/8215.html，日期：2020-10-23
[24] 详见中国商务部网站信息：
th.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202402/20240203472542.shtml，访问日期：2024 年 8 月 30 日。
[25] 详见泰国证券委员会（SEC)网站新闻：
www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=10459，访问日期：2024 年 8 月 30 日
[26] 李伟：《国际视野下的数字货币反洗钱监管》，载《中国银行业》2021 年第 10 期，第 64-66 页。
[27] 张明楷：《洗钱罪的保护法益》，载《法学》2022 年第 5 期，第 69-83 页。
[28] 郇习顶、郇贝贝."国际刑法中的"或引渡或移管"原则论." 新疆警察学院学报 A01(2012):7.
[29] 邓立军；赖经纬（译）.运用特殊侦查手段打击洗钱的目前形势、问题与对策.《四川警察学院学报》2022 年第 2 期　第 137 页.
[30] 程雷，秘密侦查在西方国家的兴起，载于《国家检察官学院学报》2009 年第 1 期.
[31] Marx G.T.，Undercover：Police Surveillance in America，Berkeley，University of California（1988），p34.
[32] 吴浩伟，数字货币型电信网络诈骗犯罪秘密侦查策略分析，载于（期刊）中国刑警学院学报，2023（04）期。
[33] 来源于网易号：暹罗飞鸟 泰国,题目：泰国打击非法代持房地产，多名中国中介在清迈被捕 详见网易网站 www.163.com/dy/article/I16Q1Q9N05248NJC.html，访问日期：2024 年 8 月 30 日
[34] 江溯：《论网络犯罪治理的公私合作模式》，载《政治与法律》2020 年第 8 期，第 40 页
[35] 师秀霞：《利用数字货币洗钱犯罪的防控策略》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2016 年第 1 期，第 8 页。

俄罗斯运用货币工具反美欧金融制裁的措施研究

王冬梅*

摘要：俄乌冲突以来，美国及欧盟对俄罗斯的金融制裁主攻限制俄罗斯国际支付清算体系的“信息流”和“资金流”，体现为将俄罗斯主要银行踢出 SWIFT 报文系统、冻结俄罗斯央行资产等金融制裁措施。俄罗斯则充分运用货币工具反制美国及欧盟的金融制裁，尤其是“卢布支付令”和“卢布偿债令”及“替代支付货币事件”在一定程度上钳制了美欧金融制裁的效用。其中，“卢布支付令”充分发挥了国家的属地优越权、不可抗力等法律制度破解了被美欧制裁情形下俄罗斯出口商无法有效收取并使用货款却需依约继续交付货物的难题。“卢布支付令”及“替代支付货币事件”虽然无法阻断俄罗斯政府信用遭遇降级及俄罗斯在国际市场借贷的成本增加，但利用合同受阻原则的效用有效避免债券持有人提起大规模的赔偿诉讼。两种以货币工具作为载体的反制裁行政命令也灵活利用合同义务履行时间节点为合同履行困境提供了解决方案。同时，从卢布汇率、国际政府债券的利率等新近数据评估俄罗斯运用货币工具反制裁的实践效果，可以发现俄罗斯运用“卢布结算令”反制裁在保护俄罗斯出口商合同利益的同时也助力了卢布汇率的稳定。通过梳理美欧对俄罗斯金融制裁的关键内容与俄罗斯反制典型例证及其法律逻辑与实践效果，本文发现俄罗斯此次有效将能源要素、本币要素和金融设施要素融合在反制裁场景之中并以法令形式制度化，这对于我国反外国金融制裁的机制构建与完善提供了参考与借鉴。

关键词：金融制裁　反制裁　卢布支付　大宗商品　政府债券

一、引言

2024 年 5 月 16 日，中俄在两国建交 75 周年之际关于深化新时代全面战略协作伙伴关系的联合声明中指出，双方认为各国均有权反对干涉主权国家内政，反对没有国际法依据、未经安理会授权的单边制裁和“长臂管辖”等。当前，美国及欧盟均喜好挥舞“制裁大棒”处理与中国、俄罗斯的关系。尤其是俄乌冲突之前，俄罗斯联邦共和国（简称“俄罗斯”）已被美国及欧盟等采取上万种制裁措施。[1]俄乌冲突以来，俄罗斯又迎来美国及欧盟各式各

* 王冬梅，女，厦门大学台湾研究院 2022 级博士生

[1] Spencer Vuksic,“Year in Review: 2022 Sanction in 15 Charts”, Castellum.AI, January 10,2023,

样的制裁措施并集中于金融制裁（简称“美欧制裁”），此次美欧制裁规模和范围都是前所未有的[1]。然而，美欧对俄罗斯金融制裁措施是否实际取得预期效果仍有待验证，主因在于美欧对俄罗斯制裁措施的有效性受到俄罗斯有针对性的反制措施所钳制，特别是俄罗斯通过行政命令运用货币工具进行反制裁。因此，深入并细化研究俄罗斯反美欧制裁措施具有现实意义。

国内外学者从经济学、金融学的视角对美欧制裁俄罗斯及俄罗斯反制裁措施展开研究较多，少数学者从法律视角研究该议题。国内学者偏好从宏观角度介绍，陶士贵从大国博弈的视角梳理了美国对俄罗斯金融制裁的新突破具体表现及俄罗斯反美国金融制裁的创新之举，进而提出对于我国的启示。[2]熊启跃、赵雪倩通过梳理美欧对俄罗斯经济制裁的原始文件分析美欧对俄罗斯经济制裁的底层逻辑与最新变化并从经济学、金融学视角剖析美欧经济制裁对俄罗斯金融体系的冲击。[3]王文佳以俄乌冲突以来美西方与俄罗斯的官方文件为分析基础，分析俄罗斯反制裁的行为逻辑及美西方与俄罗斯持续对抗的深层原因。[4]曲文轶、韩奕琛等学者从俄乌冲突以来俄罗斯扩大人民币使用推动货币领域的转型以促进“去美元化”展开研究；[5]周文、胡碟以俄罗斯部分银行被移出 SWIFT 系统进行研究提出我国加强国际支付清算体系建设的重要性。[6]田丰、郑雅莉等学者则基于支付领域视角研究“卢布结算令”的本质和作用并探讨对我国的启示。[7]

国内少数学者从法律视角对美欧对俄罗斯金融制裁及俄罗斯反制裁进行研究，主要有孙丽蕙将关注点聚焦于“美国金融制裁立法”上，通过立法分析、损益判断、介入效应等层面进行剖析，并结合中国现有的实践优势及反制困境，提出中国反制裁的应对方案。[8]周汉民、

---

https://www.castellum.ai/insights/2022-sanction-year-in-review,2023 年 12 月 31 日访问。

[1] Anna Caprile and Angelos Delivorias，“EU sanctions on Russia: Update, economic impact and outlook”，European Parliamentary Research Service，September，2023，P2.

[2] 陶士贵.大国博弈下美国对俄金融制裁新突破与俄反制创新：例证及启示 [J]. 太平洋学报, 2023,31 (09): 39-49.

[3] 熊启跃，赵雪倩.美欧对俄罗斯经济制裁的逻辑、影响及启示[J].俄罗斯研究，2022 年第 6 期：129-156.

[4] 王文佳.美西方国家制裁与俄罗斯非对称性反制的互动图景研究[J].东北亚论坛，2023 年第 4 期：19-33.

[5] 曲文轶.俄罗斯的货币转型与人民币在俄罗斯经济中的使用[J].俄罗斯研究,2023,(06):45-69；陶士贵,刘平平.美国对俄金融制裁与俄罗斯“去美元化”[J].国际金融,2023,(12):18-27；韩奕琛.俄罗斯扩大使用人民币的现状与前景评估[J].东北亚学刊,2024,(02):127-142+150；许文鸿.美欧对俄货币制裁及人民币国际化在俄罗斯的新发展[J].俄罗斯东欧中亚研究 ,2023,(05):17-38 +162-163。

[6] 周文,胡蝶.俄罗斯部分银行被 SWIFT 系统移出对我国国际支付清算体系建设的启示[J].湖北经济学院学报,2022,20(05):35-42。

[7] 田丰.从“卢布结算令”看金融制裁的应对及启示——基于资金账户和货币清算视角[J].财会通讯,2022, (15): 145-149。

[8] 孙丽蕙.俄乌冲突中美国对俄金融制裁立法研究[D].导师：单飞跃.上海财经大学,2023.

黄骅以制裁方法为视角对美国的对外金融制裁进行实体性法理分析和程序性法理分析，剖析美国对外金融制裁的效用及运行机制，并提出我国健全自身法律制度体系等应对美国金融制裁的建议。[1]袁正、李志丹结合俄罗斯等域外典型国家和地区应对 SWIFT 系统金融制裁法律框架提出我国应着重从预警、反制和救济三个层面建构应对机制。[2]但国内学者从法律角度研究俄罗斯运用货币工具反金融制裁措施的文献鲜少。

国外学者对俄罗斯反制美欧金融制裁的研究相对微观，Hippolyte, Antonius R 以俄罗斯颁布终止三井公司和三菱公司参与库页岛-2 号天然气项目的行政法令反制日本冻结俄罗斯资产的合法性研究；[3]Breydo, Lev E 从俄罗斯国际政府债券的合同条款设计如“替代支付货币事件”、“违约条款”及“赔偿条款”等对制裁与俄罗斯国际政府债券产生的独特法律关系展开研究；[4]还从经济学的角度分析俄罗斯国际政府债券对制裁发展的反应、评估制裁风险以及全球金融基础设施等问题。[5]Vira Cheporova 从法律视角对欧盟从 2014 年起对俄罗斯经济制裁进行分析，梳理经济制裁对俄罗斯产生的影响并剖析俄罗斯的反制裁措施。[6]但从法律角度分析俄罗斯利用货币工具反制美欧制裁的研究亦不多见。

本文将梳理俄乌冲突以来美欧对俄罗斯金融制裁的关键内容，并介绍俄罗斯通过颁布行政命令运用货币工具反制裁的典型例证，并分析俄罗斯运用货币工具反制裁的法律逻辑，再结合新近数据评估俄罗斯运用货币工具反制裁的实践效果及启示，以期探讨我国反外国制裁的法律工具箱扩容。

二、美欧对俄罗斯金融制裁的关键内容及反制例证

金融制裁是经济制裁的类型之一，主攻被制裁国的金融体系，具体包括限制商业融资、限制国际支付清算、限制国际金融组织的信贷以及双边援助，冻结或扣押受制裁国所拥有的处于制裁发起国控制之下的资产等措施。[7]俄乌冲突以来，美欧充分利用其货币体系或金融体系的强势地位对俄罗斯采取了严厉的金融制裁并预期对俄货币稳定、国际支付清算及国际信用等产生严重的负面影响。实际上，美欧对俄罗斯的金融措施可归为两大方面，即限制俄

[1] 周汉民，黄骅.美国对外金融制裁的法理分析[J].海关与经贸研究.2022 年 01 月(01)：1-13.

[2] 袁正，李志丹.应对 SWIFT 系统金融制裁法律框架的三个层面建构[J].贸大法学(第 7 卷 • 2022)：26-39.

[3] Hippolyte, Antonius R. "Russia's Termination of Mitsui's and Mitsubishi's Interests in Sakhalin-2: Navigating the Labyrinth of Enforcing International Arbitral Awards against Rogue States." Manchester Journal of International Economic Law, vol. 19, no.3, 2022, pp. 370-399.

[4] Breydo, Lev E. "Russia's Roulette: Sanctions, Strange Contracts & Sovereign Default." San Diego Law Review, vol. 60, no. 1, February-March 2023, pp. 107-166.

[5] Breydo, Lev E. "Political Default. The Implications of Weaponizing Global Financial Infrastructure." UC Davis Law Review Online, 56, 2022-2023, pp. 53-78.

[6] Vira Cheporova. 俄罗斯应对欧盟经济制裁的法律研究[D]. 导师：张皎.华东政法大学，2022.

[7] 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，法律出版社 2023 年 2 月第 1 版，第 36 页。

罗斯国际清算的“信息流”和“资金流”。[1]俄罗斯针对美欧限制俄罗斯国际清算的“信息流”和“资金流”制定了反制措施，并充分运用了货币工具的效用。

（一）美欧对俄罗斯金融制裁的关键内容

如前所述，美欧对俄罗斯金融制裁可归纳为限制俄罗斯国际支付清算的“信息流”和“资金流”。一方面，美欧限制俄罗斯国际支付清算的“信息流”是指将俄罗斯主要银行移出 SWIFT。[2]SWIFT 是金融服务领域的的一家全球性银行同业合作组织，是世界领先的安全金融报文传送服务机构。[3]SWIFT 所提供的国际金融报文传送服务已取代了早期的电传方式成为当前各国银行进行国际清算业务的信息传输方式。将俄罗斯主要银行移出 SWIFT 意味着俄罗斯国际清算将失去对外通讯系统，无法完成国际清算的报文传输等同于无法完成国际清算与跨境支付。简言之，俄罗斯主要银行被移除 SWIFIT 将使俄罗斯在使用美元清算支付系统（CHIPS）、欧元清算支付系统（TARGET）时遇到极大阻碍造成国际货币清算失败。

另一方面，美欧限制俄罗斯国际清算的“资金流”主要是指美欧冻结俄罗斯央行外汇资产、禁止与俄罗斯相关部门进行交易、禁止为俄罗斯金融机构提供贷款等制裁措施使俄罗斯无法有效收付美元或欧元。具体而言，美国发布的此类制裁措施包括禁止美国金融机构参与由俄罗斯央行、国家财富基金或财政部发行的债券交易或提供贷款；[4]禁止美国金融机构为俄罗斯联邦储蓄银行及其分支机构开立或维持往来账户或外汇账户；[5]禁止美国金融机构处理受制裁俄罗斯金融机构的交易；[6]在豁免令 GL-9A[7]到期后禁止俄罗斯使用美元或通过美国的银行偿付国际政府债券等。欧盟发布的此类制裁措施包括冻结俄罗斯央行外汇资产；[8]将俄罗斯国家结算机构（NSD）纳入制裁名单，禁止欧盟金融机构与制裁名单上实体进行交

---

[1] 熊启跃，赵雪倩.美欧对俄罗斯经济制裁的逻辑、影响及启示[J].俄罗斯研究，2022 年第 6 期，第 136 页。

[2] 美国驻华大使馆和领事馆，《关于进一步限制性经济措施的联合声明》，2022 年 2 月 26 日，https://china.usembassy-china.org.cn/zh/joint-statement-on-further-restrictive-economic-measures-zh/，2024 年 2 月 21 日访问。

截至目前，被移出 SWIFT 系统的俄罗斯银行为俄罗斯联邦储蓄银行（Sberbank）、俄罗斯外贸银行（VTB）、俄罗斯工业通讯银行（Promsvyazbank）、开放银行集团（Otkritie Bank）、社会银行（Rossiya Bank）、俄罗斯国家开发银行（VEB）、莫斯科信贷银行（Credit Bank of Moscow）和俄罗斯农业银行（Russian Agriculture Bank）。

[3] 陈尧，杨枝煌. SWIFT 系统、美国金融霸权与中国应对[J]. 国际经济合作，2021 年第 2 期，第 83 页。

[4] Russia-Reland Designations:Issurance of Russia-Related Directive 1A and General Licenses;Publication of New and Updated Frequently Asked Questions, OFAC.

[5] OFAC Directive 2 under Excutive Order 14024.

[6] OFAC Directive 2 under Excutive Order 14024.

[7] OFAC, Russian Harmful Foreign Activities Sanctions Regulations 31CFR part 587 General License No.9A. https://ofac.treasury.gov/media/918881/download?inline, 2024 年 3 月 2 日访问。

[8] Article 5(a) of Council Regulation (EU) No. 833/2014.

易[1]等。

综上所述，若俄罗斯在国际支付清算体系中被限制甚至中断“信息流”和“资金流”则意味着俄罗斯无法使用清算机构和通讯系统的功能。换言之，清算机构的资金清算和通讯系统的报文传输的功能都无法实现，那么俄罗斯基本无法实现现代意义上的国际清算。[2]因此，美欧制定前述的金融制裁措施对俄罗斯经济、金融等均产生了冲击，比如卢布汇率的下跌、俄罗斯大宗商品出口商的货款收取障碍却无法中止履行交付义务的“财物两空”困局、俄罗斯主权债券无法如期偿付债券持有人本金和利息遭遇国家信用危机等。

（二）俄罗斯反美欧金融制裁的典型例证

为解决美欧金融制裁产生的被动局面，俄罗斯快速反应并制定有针对性的创新反制措施，以期阻断美欧限制其“信息流”和“资金流”的制裁效果。其中，俄罗斯颁布“卢布结算令”、“卢布偿债令”等行政命令运用货币工具反美欧金融制裁的措施就是典型例证。

1.“卢布结算令”：本币要素和能源要素的结合

为破解被美欧制裁下俄罗斯出口商合同利益保障落空的困境，俄罗斯颁布“卢布结算令”[3]。国际贸易中对结算货币的选择，不仅体现购销双方的优劣势更是对货币稳定性甚至是货币发行国国际地位的考量。通常情况下，美元和欧元是大宗商品国际贸易的计价和结算货币的优先选择，[4]即便俄罗斯是大宗商品出口大国也不例外。普京在宣布向“不友好”国家供应天然气使用卢布结算时表示“传统上用西方货币对俄罗斯天然气供应进行结算已‘妥协’了自己”。[5]

在“卢布结算令”生效之前，俄罗斯供应欧洲的天然气通过欧元或其他合同约定币种进行结算。[6]以欧元计价结算俄罗斯天然气时，欧洲进口商通过其在欧洲银行账户向俄罗斯出口商指定账户支付欧元即视为支付义务履行完毕，无需涉及外汇兑换等复杂手续。以俄罗斯天然气工业股份有限公司（Gasprom）出口天然气至欧洲进口商为例，Gasprom 收到欧洲进口商支付的欧元货款需要汇入俄罗斯境内，则需经过 GaspromBank 的欧洲代理行收款，再

---

[1] EU restricts operations with Russian government, CBR securities, 24,February,2022,https://interfax.com/newsroom/top-stories/73973/, 2024 年 4 月 12 日访问。

[2] 周文，胡蝶.俄罗斯部分银行被 SWIFT 系统移出对我国国际支付清算体系建设的启示[J].2022 年 9 月第 20 卷第 5 期，第 37 页。

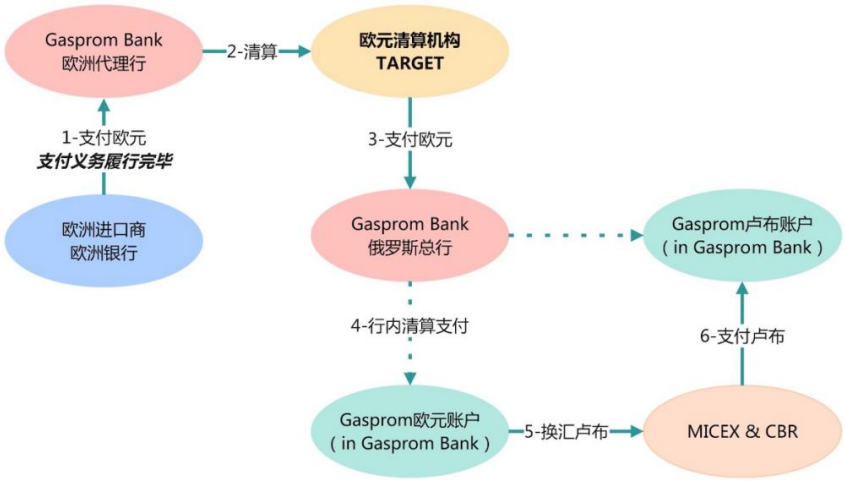
[3] Executive order on special procedure to allow foreign buyers to meet their commitments to Russian natural gas suppliers，March31,2022,http://en.kremlin.ru/acts/news/68094,2024 年 3 月 2 日访问。

[4] 可通过大宗商品贸易国际采购合同如 Shell，Repsol 等公开的合同内容印证，其中油气价格往往参考布伦特原油美元定价进行计价并结算。

[5] Зачем Россия решила перевести расчеты за газ в рубли，23 мар 2022，https://www.rbc.ru/economics/23/03/2022/623b32609a794761bc20d5bb，2024 年 4 月 1 日访问。

[6] Зачем Россия решила перевести расчеты за газ в рубли，23 мар 2022，https://www.rbc.ru/economics/23/03/2022/623b32609a794761bc20d5bb，2024 年 4 月 1 日访问。

通过银行内部清算支付至 Gasprom 在 Gasprom Bank 开立的欧元账户等流程。若转换卢布，则还需通过莫斯科银行间外汇交易所（MICEX）及俄罗斯中央银行进行外汇兑换。具体如图 1. 况且，俄罗斯出口商有义务保证出口货物相应货款收回俄罗斯境内。依《俄罗斯联邦行政违法法典》第 15. 25 条、《俄罗斯联邦刑法典》第 193 条、第 193. 1 条等之规定，[1] 俄罗斯出口商需要对外贸合同项下外币和卢布收益进行出口外汇核销，即俄罗斯出口商有责任确保其外国交易对手及时足额支付出口货物的款项并汇入俄罗斯境内。因此，Gasprom 有义务、有责任确保采购商将出口货物的货款最终汇入俄罗斯境内。



【图 1：作者根据“卢布结算令”生效前 Gasprom 收取欧洲进口商货款的程序制作】

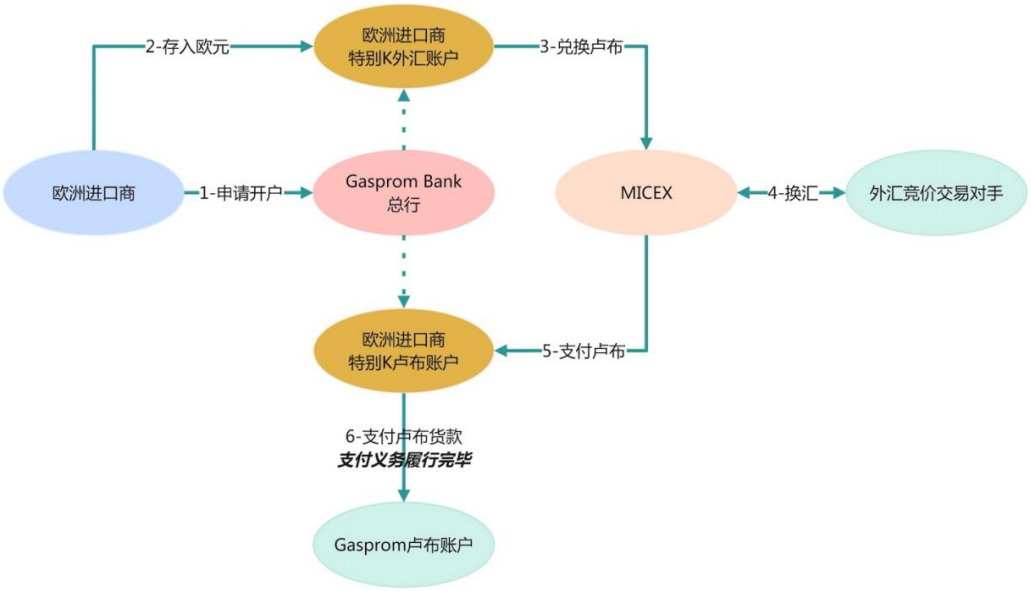
但俄乌冲突以来，在 CBR 的外汇资产被美欧冻结的情形下，CBR 无法为 Gasprom 提供换汇服务导致 Gasprom 无法将出口货款最终汇入俄罗斯境内。同时，GaspromBank 通过欧洲代理行收取欧元货款并不能保证资产的安全性。此情形意味着，Gasprom 在完成交付义务后无法有效收取使用货款却又需继续依约履行货物交付义务却将面临俄罗斯国内法律的制裁。除了 Gasprom 之外，其他的俄罗斯大宗商品出口商亦面临同类的合同困境。

为此，俄罗斯颁布“卢布结算令”并于 2022 年 4 月 1 日生效。“卢布结算令”规定来自“不友好国家”[2] 天然气进口商需要按新程序进行采购，即欧洲进口商[3] 先向

[1] 《俄罗斯联邦行政违法法典》第 15.25 条、《俄罗斯联邦刑法典》第 193 条及第 193.1 条及第 173-FZ 号联邦法“关于货币监管和货币控制”第 19 条等之规定：如果俄罗斯公司出口了货物，其有责任确保其外国交易对手及时足额支付出口货物对应货款。违反规定，则不仅会面临行政罚款，达到一定金额将会面临刑事处罚。

[2] “不友好国家名单 ”包括阿尔巴尼亚、安道尔、澳大利亚、加拿大、欧盟成员国、冰岛、日本、列支敦士登、密克罗尼西亚、摩纳哥、乌克兰、英国（包括泽西岛、安圭拉岛、英属维尔京群岛和直布罗陀）、美利坚合众国、希腊、丹麦、斯洛文尼亚、克罗地亚、斯洛伐克根西岛和曼岛等。俄罗斯联邦政府批准的

GaspromBank 申请开设两个“特别 K”账户（一个卢布账户，一个外汇账户），再以欧元或其他合同约定币种存放货款至其在 GaspromBank 的外汇账户，同时指示 GaspromBank 在 MICEX 将货款兑换成卢布，最终以卢布支付货款至 Gasprom 方属货款支付义务履行完毕。“卢布结算令”生效意味着，合同支付程序中剔除了 CBR 的结汇操作，从而避免了 CBR 因被制裁且再行收取外汇将面临立即被冻结的情形。同时，支付义务履行时间节点的调整确实保障了 Gasprom 能够有效收款防止“财物两空”。具体如下图 2。



【图 2:作者根据“卢布结算令”规定程序制作】

值得注意的是，俄罗斯于 2023 年 8 月就农产品的国际贸易结算签发了新的行政命令决定“在根据参与对外经济活动的居民与外国买家在拍卖会上签订的俄罗斯农产品供应国际贸易合同进行结算时，许可使用特别 Z 型卢布账户和特别 Z 型外汇账户，此类产品清单将由俄罗斯联邦政府批准”。[1]这一行政命令意味着俄罗斯扩大了“卢布结算令”的适用范围，其操作原理同天然气产品，因此不再赘述。

2.“卢布偿债令”：补足“替代支付货币事件”条款的短板

为避免大规模债券持有人提起赔偿诉讼，俄罗斯颁发“卢布偿债令”[2]配合“替代支付

名单并非最终名单，根据外国对俄罗斯驻外代表处持续采取的敌对行动，该名单可能会进一步扩大。 见 Government Direction No.430-r； Government Direction No.2018-r; Government Direction No.1998-r.

[3] 为便于表述，此处欧洲进口商仅指不友好国家的天然气进口商。

[1] Executive Order on special procedure for settlements under foreign trade contracts for Russian agricultural products supply，August 8, 2023. http://en.kremlin.ru/acts/news/72000, 2024 年 4 月 1 日访问。

[2] Executive Order on temporary procedure for meeting loan obligations to certain foreign creditors. （95 号令） March 5, 2022. http://en.kremlin.ru/acts/news/67912, 2024 年 4 月 3 日访问；Executive order on temporary procedure for meeting state debt obligations to residents and foreign lenders by Russian Federation.（394 号令）

货币事件”条款执行。截至 2022 年底，俄罗斯在外汇和黄金资产上已储备至近 6000 亿美元，[1]而其国际政府债券规模合计约 3000 亿美元，[2]俄罗斯外汇资产足以偿付各类国际政府债券利息并还款而不构成违约。然而，正如有学者揭露的现代金融体系的现实 ——“虽然俄罗斯中央银行拥有这些资产，但并不控制它们”。[3]俄罗斯国际政府债券需要以美元、欧元等外币还款付息，却因美欧制裁而难以实现履约。以俄罗斯 2027 债券为例，其债券募集文件约定的支付货币为美元，[4]即俄罗斯使用美元向其境外的政府债券持有人还款付息是需要通过欧美金融机构的操作方可完成。[5]不过，美欧限制俄罗斯国际支付清算的“信息流”和“资金流”导致俄罗斯国际支付清算无法完成，则无法如期还款付息。

在美欧制裁的情形下，俄罗斯被迫违约则被视为是新兴市场历史上第一次由外部和政治驱动的违约而非因发债国国库空虚而陷入的债券违约。[6]因此，美欧针对俄罗斯的这些措施都试图将俄罗斯推向 1998 年以来的首次政府违约以及一个多世纪以来的首次外汇违约。[7]截至 2022 年 6 月底，俄罗斯确实无法在债券募集说明文件（简称“募集文件”）规定的宽限期内让欧洲或美国的债券持有人实际收到应收款项。[8]但笔者认为俄罗斯已经尽最大可能履行了应支付债券持有人所需款项的合同义务，归因于“替代支付货币事件”（“Alternative Payment Currency Event”，即 APCE）的合同约定、“卢布偿债令”的颁布与完善以及俄

June 22, 2022. http://en.kremlin.ru/acts/news/68693, 2024 年 4 月 3 日访问；Executive Order on temporary procedure for meeting government debt obligations of the Russian Federation to residents and foreign creditors.（665 号令） September 9,2023， http://en.kremlin.ru/acts/news/72238 2024 年 4 月 3 日访问。

[1] CBR, Bank of Russia foreign exchange and gold asset management report No.1 (61), 2022, P5

[2] Breydo, Lev E. "Russia's Roulette: Sanctions, Strange Contracts & Sovereign Default." San Diego Law Review, vol. 60, no. 1, February-March 2023, P117.

[3] Patricia Cohen and Jeanna Smialek, “The West’s Plan to Isolate Putin: Undermine the Ruble”, Feb.28,2022, https://www.nytimes.com/2022/02/28/business/russia-sanctions-central-bank-ruble.html, 2024 年 4 月 2 日访问，对此，斯坦福大学胡佛研究所研究员伯恩施塔姆先生解释，俄罗斯拥有的外汇储备很大一部分资金并不在俄罗斯的金库或金融机构中。相反，它们被纽约、伦敦、柏林、巴黎、东京和世界其他地方的中央银行和商业银行所持有。

[4] The Prospectus of Russian 2027 Bonds, P16.

[5] 俄罗斯主权债券的结算服务由欧洲银行票据交换所（Euroclear）及明讯银行（Clearstream）提供，负责对债券持有人的权利进行登记，并在收到俄罗斯财政部通过其债券财务代理银行支付的还本付息后，转付至债券持有人。其中，目前已知俄罗斯财政部美元账户开户行的通知行是摩根大通银行、美元债券的财务代理银行包括花期银行伦敦银行。参考俄罗斯主权债券募集文件书及马艳晖，《金融制裁下的博弈，浅析俄罗斯以卢布偿还国际债务的法律问题》，https://www.kwm.com/cn/zh/insights/latest-thinking/legal-issues-on-russian-repayment-of-international-debt-in-rubles.html， 2024 年 4 月 3 日访问。

[6] Davide Barbuscia and Sujata Rao, “Russia’s ‘political’ debt default sets emerging market precedent”, May 28, 2022, https://www.reuters.com/markets/europe/russias-political-debt-default-sets-emerging-market-precedent-2022-05-27/, 2024 年 4 月 12 日访问。

[7] Breydo, Lev E. "Political Default. The Implications of Weaponizing Global Financial Infrastructure." UC Davis Law Review Online, 56, 2022-2023, P58.

[8] Karin Strohecker, Andrea Shalal and Emily Chan, “Russia in historic default as Ukraine sanctions cut off payments”, June 28,2022 https://www.reuters.com/markets/europe/russia-slides-towards-default-payment-deadline-expires-2022-06-26/, 2024 年 4 月 3 日访问。

罗斯政府为履行支付承诺而作的努力。

一方面，APCE 的合同约定赋予俄罗斯选择其他货币支付国际政府债券的权利。仍以俄罗斯 2027 债券为例，其募集文件约定了 APCE，具体指“尽管文件中有其他任何约定，若俄罗斯联邦因其无法控制之原因而无法以美元支付债券全部或部分本金/利息”。发生 APCE 时，俄罗斯有权选择以其他货币代替美元支付债券全部或部分本金/利息，但俄罗斯 2027 债券文件仅明确约定了以欧元、英镑或瑞士法郎作为替代货币。[1]不过，俄罗斯于 2018 年后发行的国际政府债券募集文件中 APCE 内容则明确了卢布亦可作为替代支付货币，比如俄罗斯 2036 债券。[2]但 APCE 中“俄罗斯无法控制的原因”并未在募集文件中明确。

另一方面，“卢布偿债令”填补了未包含 APCE 条款的国际政府债券募集文件的缺陷，分为三个阶段实施。2022 年 3 月 5 日，普京签发行政命令（简称“95 号令”）要求俄罗斯联邦、俄罗斯各主体、市政实体和居民每月履行对不友好国家或地区的债权人超过 1000 万卢布或等值外币的债务需要以卢布进行支付，可谓“卢布偿债令”第一阶段。在第一阶段，俄罗斯企业或个人基于俄罗斯政府行为属于其不可预见、不能避免并不能克服的情形，那么俄罗斯企业债券以不可抗力适用 95 号令合法合理。但 95 号令由俄罗斯总统签发属于其政府可控范围，理论上不被视为 APCE 中“俄罗斯无法控制的原因”，因此，俄罗斯国际政府债券无法直接适用 95 号令。

然而，NSD 被美国纳入美国制裁名单之后亦被欧盟纳入制裁名单，欧洲清算中心（Euroclear）[3]则无法与 NSD 进行交易导致俄罗斯无法履行还款付息的义务，NSD 被纳入制裁名单可被视为“俄罗斯无法控制的原因”。普京于 2022 年 6 月 22 日就此签发行政命令（简称“394 号令”）开启“卢布偿债令”的第二阶段，394 号命令规定由俄罗斯中央结算机构以债券募集文件指定的外国结算机构（即 Euroclear）的名义开设 I 型卢布账户，指定账户受益人为主权债券的持有人，俄罗斯政府以卢布还款付息至该账户即视为债务偿还履行完毕。普京于 2023 年 9 月 9 日签发行政命令（简称“655 号令”）替代 394 号令是“卢布偿债令”的第三阶段，655 号令是在 394 号令的支付程序上完善了将 I 型卢布账户中的资金指数化的机制以及将其转移给持有人的程序。

此外，虽然俄罗斯受美欧制裁影响，在“卢布偿债令”机制发挥效用前确实发生了所谓的“违约”，即俄罗斯在美国发布的 GL-9A 豁免令到期前（即 2022 年 5 月 25 日）通过 NSD 向 Euroclear 提前支付了约 1 亿美元的应付款项，却由于 Euroclear 未及时结算而使债券持有

[1] The Prospectus of Russia 2027 Bonds, P4.
[2] The Prospectus of Russia 2036 Bonds, P5.
[3] 俄罗斯国际政府债券约定 Euroclear 作为清算机构。

人未能如期收到款项。[1]但是，俄罗斯积极履行偿还义务足以证明该“违约”不能完全归咎于俄罗斯本身。正是“卢布偿债令”机制的不断完善，并与“替代支付货币事件”合同条款的设计互相作用并且俄罗斯积极尝试各种履行支付义务的方案证明其履约的承诺助力俄罗斯实现履行合同支付义务的可能。

综上所述，“卢布结算令”、“卢布偿债令”最大化地解决了俄罗斯国际支付清算体系中“资金流”的问题，使用卢布本币进行支付。同时，它们的运用使俄罗斯的在大宗商品进出口结算、政府债券还款付息等场景中只需要在境内银行系统使用本币进行收支也最大化地化解被移出 SWIFT 所产生地负面效应。

三、俄罗斯运用货币工具反制裁的法律逻辑

经济制裁自二战后逐步被广泛使用，但随着美国及其盟友在使用经济制裁工具时更加政治化、霸权化，导致其对外经济制裁的广泛影响使被制裁国或相关国家不得不建立反制裁的法律机制以充分应对。因此，反制裁措施体现了其形成过程中的法律逻辑，俄罗斯运用货币工具反制裁亦如此。除了体现其在俄罗斯法律体系中属于行政命令的性质外，“卢布结算令”凸显了国家的属地优越权及不可抗力的运用；“卢布偿债令”结合 APCE 充分利用了合同受阻原则的情势；而两者都灵活利用了合同义务履行的时间节点。

（一）“卢布结算令”充分体现国家的属地优越权与不可抗力的运用

通常情形下，国际贸易合同系由进出口方磋商拟定，除非双方协商一致否则无法单方改变合同约定内容。在合同约定以欧元或其他外币结算货款的情形下，除非贸易双方同意变更货币结算货款，否则俄罗斯出口商无法单方面改变结算货币。但是依据国家的属地优越权，即国家对其领土范围内的一切人、物和事享有完全的和排他的管辖权，享有国家主权豁免和外交和领事特权和豁免的除外，[2]俄罗斯出口商仍需受俄罗斯法律的约束。除国家的属地优越权外，依《俄罗斯行政违法法典》第 16. 3 条规定，[3]俄罗斯出口商必须遵守俄罗斯的行政命令——“卢布结算令”，否则将面临法律惩罚。

实际上，俄罗斯无法要求境外进口商遵守“卢布结算令”，故而俄罗斯出口商还需援引不可抗力条款要求境外进口商使用卢布并按“卢布结算令”要求的程序进行支付。具体而言，“卢布结算令”要求俄罗斯海关作为监管单位监管俄罗斯天然气或农产品出口过程中各方

[1] Bloomberg News, Russia's Latest Eurobond Coupons Are Stuck at Euroclear. June 8, 2022.https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-06-07/russia-s-latest-eurobond-coupons-are-stuck-at-euroclear, 2024 年 3 月 21 日访问。

[2] 王铁崖主编，《国际法》，1995 年 8 月第 1 版，北京，法律出版社，第 90 页。

[3] 《俄罗斯行政违法法典》第 16.3 条规定：俄罗斯主体在输出入货物及（或）运输工具时，违反保护俄罗斯联邦经济利益的措施和其他禁令与限制的行为将面临行政罚款。

主体是否遵守“卢布结算令”。若发现存在未遵守情形，俄罗斯海关可以暂停货物的出口清关手续从而阻止货物交付。俄罗斯海关的监管行为作为俄罗斯政府的监管要求是俄罗斯出口商所不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，属于不可抗力。因此，俄罗斯出口商有权要求境外进口商依照“卢布结算令”的要求结算货款，否则俄罗斯出口商有权不予交付货物且无需承担违约责任。这就有效实现了“卢布结算令”的制定目标，即破解被美欧制裁情形下俄罗斯出口商无法有效收取并使用货款却又需依约履行交付货物的困境。

（二）“卢布偿债令”结合 APCE 条款充分发挥合同受阻原则的效用

如前所述，虽然 APCE 条款赋予俄罗斯选择其他货币对国际政府债券还款付息的权利，但适用条件是发生“俄罗斯无法控制的原因”，并且非所有的国际政府债券募集文件均包含 APCE 条款。根据统计，2014 年克里米亚事件前发行的国际政府债券募集文件不包含 APCE 条款，2014 年至 2018 年间发行的国际政府债券募集文件的 APCE 条款并未明确卢布作为替代支付货币使用，直到 2018 年之后的国际政府债券募集文件才明确卢布可作为替代支付货币。[1]具体而言，若已包含 APCE 条款并明确卢布可作为替代支付货币的俄罗斯国际政府债券，因 NSD 被列入欧盟制裁名单导致无法与 Euroclear 进行俄罗斯国际政府债券应付款项的结算即属于 APCE 条款中“俄罗斯无法控制的原因”，俄罗斯有权选择适用 APCE 条款，以卢布向债券持有人还款付息履行合同义务并不存在违约的情形。未包含 APCE 的条款或者包含 APCE 但未明确卢布作为替代支付货币的俄罗斯主权债券的情形下，可依据英国法的合同受阻原则适用“卢布偿债令”（394/655 号令）[2]。

合同受阻原则（Frustration of purpose doctrine），亦称合同目的落空原则，是指在由于合同一方当事人不能控制的原因使合同履行的客观目的不复存在时，该当事人的履行义务可被解除。[3]在前文探讨的未包含 APCE 条款或包含 APCE 条款但未明确卢布作为替代支付货币的情形下，受 NSD 被列入美欧制裁名单的影响，俄罗斯无法通过 NSD 与 Euroclear 对应付债券持有人的款项进行结算，使合同的目的无法实现。因此，俄罗斯可援引合同受阻原则对其发生无法向债券持有人还款付息的情形进行抗辩。因此，“卢布偿债令”则利用合同受阻原则的优势为俄罗斯向债券持有人还款付息提供了替代方案，并填补了俄罗斯国际政府债券募集文件的缺陷。

（三）“卢布结算令”和“卢布偿债令”灵活利用合同义务履行时间节点

---

[1] Breydo, Lev E. "Russia's Roulette: Sanctions, Strange Contracts & Sovereign Default." San Diego Law Review, vol. 60, no. 1, February-March 2023, P126.

[2] 俄罗斯主权债券的适用法律约定为英国法。

[3] 薛波主编，《元照英美法词典（精装重排版）》，2017 年 3 月，北京：北京大学出版社，第 587 页。

一方面，对比前文图 1 和图 2 可知，“卢布结算令”生效前后欧洲进口商支付所使用货币不同意味着其履行合同支付义务的时间节点不同。在“卢布结算令”生效之前，欧洲进口商完成以欧元将货款支付即视为其完成合同支付义务；在“卢布结算令”生效之后，欧洲进口商以卢布将货款支付至俄罗斯出口商的银行账户方视为其完成合同支付义务。“卢布结算令”适用在其他产品上也同理。另一方面，“卢布偿债令”生效或 APCE 适用之前，俄罗斯需要通过 NSD 向 Euroclear 清算国际政府债券的应付款项，再由 Euroclear 清算至债券持有人的银行账户方视为完成支付义务。“卢布偿债令”生效或 APCE 适用之后，由俄罗斯中央结算机构以债券募集文件指定的外国结算机构（即 Euroclear）的名义开设 I 型卢布账户，指定账户受益人为政府债券的持有人，俄罗斯政府以卢布还款付息至该账户即视为债务偿还履行完毕。在俄罗斯运用货币工具反制裁的两大例证中对于合同义务履行时间节点的把握扩大了俄罗斯反制裁的空间和合同义务履行的弹性，也让俄罗斯在被制裁压缩的时空里争取了主动权。

四、俄罗斯运用货币工具反制裁的实践效果

从卢布汇率、国际政府债券的利率等新近数据评估俄罗斯运用货币工具反制裁的实践效果，可以发现俄罗斯运用“卢布结算令”反制裁在保护俄罗斯出口商合同利益的同时也助力了卢布汇率的稳定，但其反制裁效果也仍然存在不确定性。同时也足以确认即便“卢布偿债令”配合“替代支付货币事件”条款避免俄罗斯国际政府债券因被迫“违约”而引发大规模的赔偿诉讼，但也无法避免俄罗斯信用评级下滑及国际借贷成本增加的情形。

（一）助力卢布汇率稳定，但是否具有可持续性仍有待验证

俄罗斯运用“卢布结算令”反制裁在保护俄罗斯出口商合同利益的同时也助力了卢布汇率的稳定，但是否具有可持续性反制裁效果仍有待验证。其一，“卢布结算令”将卢布与天然气锚定，形成黄金和天然气与卢布的“双锚定”将形成卢布的升值效应变相对不友好国家进口俄罗斯天然气提价[1]保护俄罗斯出口商的合同权益。同时，因为“卢布结算令”灵活利用合同履行节点避免俄罗斯出口商在无法有效收取并使用货款的情形下仍需履行交付货物造成“财物两空”的困境。其二，卢布汇率在短期或长期上的波动都反映了“卢布结算令”助力了卢布汇率的稳定并被认为是俄罗斯稳定汇率措施中影响最大的措施且有利于俄气出口商的合同权益保障；[2]从 CBR 公布的美元兑换卢布的汇率来看，短期而言，“卢布结算令”生效前的 2022 年 3 月 11 日汇率创新低至 1 美元兑换 120. 9581 卢布，“卢布结算令”

[1] 高际香.极限制裁下的反制裁：博弈、影响及展望[J]，欧亚经济，2022 年第 4 期，第 32 页。
[2] 付晓明.美欧制裁下俄罗斯稳定卢布的政策举措及启示[J]，时代金融，2023(04), 第 14 页。

生效之后的 2022 年 4 月 30 日 1 美元兑换 71. 0237 卢布，2022 年 6 月 30 日则涨至 1 美元兑换 51. 158 卢布；中期而言，自“卢布结算令”生效之后至 2022 年 12 月 31 日的卢布汇率走势基本平稳在 60 左右；[1]长期而言，自“卢布结算令”生效起截至 2024 年 3 月 31 日，卢布汇率均值约为 1 美元兑换 77. 216 卢布，[2]与俄乌冲突前的卢布汇率相差无几。其三，“卢布结算令”的实施前提是俄罗斯出口产品对进口商具有不可或缺、无可替代的地位，特别是欧洲国家对俄罗斯天然气的高度依赖。[3]所以俄罗斯在不具备采取完全对等反制裁能力时利用其能源、粮食、肥料、木材等产业优势进行反制裁。[4]但如果进口商寻找到替代方案，那么“卢布结算令”能否持续发挥作用仍存在不确定性。

（二）避免产生大规模赔偿诉讼，但无法阻止国家信用下滑

俄罗斯国际政府债券被迫“违约”但未产生大规模的赔偿诉讼体现了“卢布偿债令”及 APCE 条款的保障作用，但仍不可避免地发生国家信用下滑。如前文所述，俄罗斯国际政府债券出现“违约”更像是政治违约也是美欧对俄制裁的预期目标之一。国际政府债券违约将可能使俄罗斯政府不太可能在数年内再次进入国际债券市场并且其设法获得的任何贷款都将付出高昂的代价，[5]同时，俄罗斯政府将面临债券持有人提起的赔偿诉讼。当俄罗斯被迫“违约”发生时，其政府信用评级确实遭遇降级，且虽其国际政府债券价格在短期内展现韧性也无法避免俄罗斯借贷成本增加。但值得关注的是，俄罗斯主权债券被迫“违约”未引发大规模的赔偿诉讼。

第一，基于 APCE 条款的设计、“卢布偿债令”的颁行所发挥的效用以及俄罗斯积极尝试还款付息的态度使俄罗斯主权债券虽然被迫“违约”也未引发大规模的赔偿诉讼。基于俄罗斯政府债券的适用法律选择英国法，因此判定其是否存在违约，应当依据英国法进行。如前所述，当发生俄罗斯无法控制的原因时，俄罗斯可依据债券募集文件选择适用 APCE 条款选择以卢布还款付息。即便 APCE 条款无法赋予俄罗斯选择以卢布还款付息，俄罗斯亦可选择援引合同受阻原则进行抗辩，因此，债券持有人若主张俄罗斯违约而提起赔偿诉讼的结果恐非其所预期也间接的阻隔了大规模的赔偿诉讼发生。当然，俄罗斯援引合同受阻原则抗辩或属于事后抗辩，可能无法阻止俄罗斯未依约向债券持有人付款而被评定为债券违约影响其国家信用。

---

[1] 根据俄罗斯中央银行数据整理，https://www.cbr.ru/eng/currency
[2] 根据俄罗斯中央银行数据整理，https://www.cbr.ru/eng/currency
[3] 田丰.从“卢布结算令”看金融制裁的应对及启示——基于资金账户和货币清算视角[J].财会通讯,2022,(15), 第 148 页。
[4] 陈冠华，郑联盛. 俄罗斯应对金融制裁的措施分析[J], 中国外汇，2022,5, 第 33 页。
[5] International Monetary Fund. "IMF 2018 Sovereign Debt Conference - Chapter 7: Sovereign Default," P21-24.

第二，俄罗斯政府信用评级不可避免地遭降级，毕竟世界前三大具有影响力的信用评级机构均受欧美控制。[1]2022 年 3 月，俄罗斯本外币的主权信用评级被标准普尔全球评级机构（简称“S&P”）从“CCC-/C”下调至“CC/C”，[2]2022 年 4 月 9 日，S&P 将俄罗斯的外币发行人信用评级从“CC/C”下调至“SD/SD”（选择性违约），而俄罗斯的本币发行人信用评级“CC/C”仍处于“信用观察”状态，具有负面影响。碍于欧盟决定禁止向俄罗斯成立的法人、实体或机构提供信用评级，因此 S&P 也撤销了对俄罗斯的信用评级。[3]

第三，因美欧制裁导致俄罗斯国际政府债券被推向“违约”而遭遇国际信用危机，即便俄罗斯国际政府债券短期内的价格体现韧性但其政府再融资能力受到明显抑制。短期以俄罗斯 2023 债券为例，俄乌冲突发生次日其价格下跌至 0. 83 美元，跌幅为 18%；受美国和欧盟冻结俄罗斯央行存款的影响，其价格下跌至 0. 228 美元，累计跌幅达到 72. 5%；随着俄罗斯尝试“卢布偿债令”、执行 APCE 等途径对债券持有人还款付息，俄罗斯 2023 债券价格随即上涨至 0. 3632 美元。[4]不过，长期而言俄罗斯政府在国际市场上的借贷成本恐比俄乌冲突前增加，以俄罗斯 10 年期债券为例，其利率从 2021 年 12 月的 8. 2%增加至 2024 年 4 月的 14. 41%。[5]

五、俄罗斯运用货币工具反制裁的启示

通过前文梳理美欧对俄罗斯金融制裁的关键内容与俄罗斯反制例证，并分析俄罗斯反制例证形成的法律逻辑及实践效果可知，俄罗斯此次将其能源要素、本币要素和金融设施要素融入在反制裁场景下并以法令形式制度化确权化，相较之前俄罗斯的反制措施更贴合本国的实际情况和阻断需求。[6]这对于我国反外国金融制裁的机制构建与完善提供了参考与借鉴。

其一，“卢布结算令”或有不足但发挥了相应效用，表明我国可以利用优势资源发挥反制裁的效用。全面梳理我国的优势资源并逐步推进相关产品的人民币计价和结算，尽可能要求贸易双方在我国银行开立账户进行资金结算。[7]对此，政府与企业构建多元联动，针对大

---

[1] 世界三大具有影响力的信用评级机构分别是标准普尔、穆迪投资者服务公司、惠誉国际信用评级公司。
[2] S&P Globle Rating, “Research Update: Russia Foreign And Local Currency Ratings Lowered To 'CC' On High Vulnerability To Debt Nonpayment, Still On Watch Neg”, 17 Mar, 2022, https://www.spglobal.com/ratings/en/research/articles/220317-research-update-russia-foreign-and-local-currency-ratings-lowered-to-cc-on-high-vulnerability-to-debt-nonp-12313737 2024 年 4 月 26 日访问。
[3] S&P Globle Rating,”Research Update: Russia Foreign Currency Ratings Cut To 'SD', Local Currency Ratings Kept At 'CC'; All Ratings Subsequently Withdrawn”, 9 Apr,2022, https://www.spglobal.com/ratings/en/research/articles/220409-research-update-russia-foreign-currency-ratings-cut-to-sd-local-currency-ratings-kept-at-cc-all-ratings-12340087 2024 年 4 月 26 日访问。
[4] Breydo, Lev E. "Political Default. The Implications of Weaponizing Global Financial Infrastructure." UC Davis Law Review Online, 56, 2022-2023, P64-65.
[5] 数据参考：https://tradingeconomics.com/russia/government-bond-yield
[6] 孙丽蕙.俄乌冲突中美国对俄金融制裁立法研究[D].导师：单飞跃.上海财经大学,2023，第 43 页。
[7] 田丰.从“卢布结算令”看金融制裁的应对及启示——基于资金账户和货币清算视角[J].财会通讯,2022,(15),第 149 页。

宗商品进出口企业的国际贸易合同进行梳理，弥补资金结算、义务履行时间节点的不足，防范被制裁时大宗商品合同履行困境。

其二，为应对我国外汇储备发生被制裁的情形，应将我国在美国和欧洲的外汇储备转移到中国香港、新加坡等地，一方面有利于保证外汇储备的安全，另一方面有利于支持这些地区建设离岸美元、离岸欧元中心。在突发情况下，利用离岸美元、欧元存量维持必要的支付与清算。[1]在法律层面，加强《外汇管理条例》等现有规定与《反外国制裁法》的有效衔接，例如尝试在反制裁立法中增设关于不同制裁风险等级下的美元储备占比规定，从而对外汇储备结构作出及时调整。[2]

其三，鉴于外汇储备的不断丰富，应当完善政府债券募集文件内容，赋予政府债券还款付息时的货币选择权；同时，可以充分发挥香港特别行政区的缓冲作用，加强在港发行离岸人民币的政府债券从而减少以美元、欧元等外币对外发行政府债券，牢牢掌握政府债券还款付息时的主动权。

其四，加强对国外反制裁经验的细致研究，并结合我国核心利益问题做好反制裁工具箱储备或预案。以台湾问题为例，美国联合盟友从政治、经济、外事、军事等领域全方位、多元化地干涉台湾问题，可以预见在两岸融合发展过程中难以避免发生被欧美制裁的境地。因此，如何在“一国两制”台湾方案中构建反制裁的应急机制或预防机制也是重中之重，比如在祖国统一但被欧美制裁情形下，如何解决台湾地区在国际上已发行政府债券的履约问题值得深入研究。

综上所述，俄罗斯反美欧制裁可追溯至 2014 年克里米亚危机发生之后，俄乌冲突以来美欧对俄制裁聚焦在金融制裁领域，其措施和规模都突破先前的制裁措施。俄罗斯反制措施也随之升级尤其体现在运用货币工具方面，以“卢布结算令”和“卢布偿债令”及 APCE 为典型例证钳制了美欧金融制裁的效果。俄罗斯运用货币工具反制美欧金融制裁的法律逻辑主要体现在国家的属地优越权、不可抗力、合同受阻原则等法律制度的充分利用及合同履行时间节点的灵活把控。虽然俄罗斯运用货币工具反经济制裁的过程中存在一定的不足，如欧洲进口商寻求替代俄罗斯供应能源、农产品的方案之后，“卢布结算令”能否如期发挥作用则存在不确定性；“卢布偿债令”及 APCE 无法使俄罗斯政府信用避免遭遇降级及俄罗斯在国际市场融资成本的增加。但不可否认，俄罗斯运用货币工具仍然助力了卢布汇率的稳定、使俄罗斯政府免于遭债券持有人大规模地提起赔偿诉讼等。鉴于此，俄罗斯运用货币工具反

[1] 周文,胡蝶.俄罗斯部分银行被 SWIFT 系统移出对我国国际支付清算体系建设的启示[J].湖北经济学院学报,2022,20(05),第 41 页。

[2] 孙丽蕙.俄乌冲突中美国对俄金融制裁立法研究[D].导师：单飞跃.上海财经大学,2023, 第 43 页。

制裁的典型例证也为我国反外国制裁提供了借鉴和新的思路。

参考文献

一、中文文献

（一）著作

1．杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，法律出版社 2015 年版。

2．张曙光：《经济制裁研究》，上海人民出版社 2010 年版。

3．孙才华：《美国经济制裁风险防范——实务指南与案例分析》，人民日报出版社 2020 年版。

4．王铁崖主编，《国际法》，法律出版社 1995 年版。

5．薛波主编，《元照英美法词典（精装重排版）》，北京大学出版社 2017 年版。

（二）译作

1．[美]加利·克莱德·霍夫鲍尔：《反思经济制裁》，杜涛译，知识产权出版社 2008 年版。

（三）互联网资料

1．美国驻华大使馆和领事馆，《关于进一步限制性经济措施的联合声明》，https://china.usembassy-china.org.cn/zh/joint-statement-on-further-restrictive-economic-measures-zh，最后访问日期 2024 年 5 月 17 日。

2．马艳晖，《金融制裁下的博弈，浅析俄罗斯以卢布偿还国际债务的法律问题》，https://www.kwm.com/cn/zh/insights/latest-thinking/legal-issues-on-russian-repayment-of-international-debt-in-rubles.html， 最后访问日期 2024 年 4 月 3 日。

3．马艳晖，《从国际商事合同的角度读懂俄罗斯卢布结算令》，https://www.kwm.com/cn/zh/insights/latest-thinking/understand-the-russian-ruble-settlement-order-from-the-perspective-of-international-commercial-contracts.html，最后访问日期：2024 年 4 月 3 日。

（四）期刊

1．陶士贵.大国博弈下美国对俄金融制裁新突破与俄反制创新：例证及启示［J］. 太平洋学报， 2023,31（09）。

2．李珍,牟思思,赵凌.俄罗斯应对西方国家经济金融制裁的措施及政策启示[J].当代金融研究,2022,5(09)。

3．曲文轶.俄罗斯的货币转型与人民币在俄罗斯经济中的使用[J].俄罗斯研究,2023,(06)。

4．陶士贵, 刘平平. 美国对俄金融制裁与俄罗斯“去美元化”[J]. 国际金融, 2023, (12)。

5．韩奕琛. 俄罗斯扩大使用人民币的现状与前景评估[J]. 东北亚学刊, 2024, (02)。

6． 许文鸿. 美欧对俄货币制裁及人民币国际化在俄罗斯的新发展[J]. 俄罗斯东欧中亚研究 , 2023, (05)。

7．周文, 胡蝶. 俄罗斯部分银行被 SWIFT 系统移出对我国国际支付清算体系建设的启示[J]. 湖北经济学院学报, 2022, 20(05)。

8．田丰. 从“卢布结算令”看金融制裁的应对及启示——基于资金账户和货币清算视角[J]. 财会通讯, 2022, (15)。

9．高际香. 极限制裁下的反制裁：博弈、影响及展望[J]，欧亚经济，2022 年第 4 期。

10．付晓明. 美欧制裁下俄罗斯稳定卢布的政策举措及启示[J]，时代金融，2023(04)。

11．孙丽蕙. 俄乌冲突中美国对俄金融制裁立法研究[D]. 导师：单飞跃. 上海财经大学, 2023。

12．邵辉、沈伟.“你打你的，我打我的”：非对称性金融制裁反制理论及中美金融脱钩应对[J]，财经法学，2020 年第 6 期。

13．刘军梅. 俄乌冲突背景下极限制裁的作用机制与俄罗斯反制的对冲逻辑[J]，俄罗斯研究，2022 年第 2 期。

14．陶士贵. 货币智能视角下货币权力非对称性：表现与影响[J]，当代经济研究，2020 年第 10 期。

15．杜涛、周美华. 应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从《阻断办法》到《反外国制裁法》[J]，武大国际法评论，2021 年第 5 期。

二、外文文献

（一）外国政府或国际组织网站

1．欧盟理事会：https://www. consilium. europa. eu/en/

2．美国财政部：https://www. consilium. europa. eu/en/

3．美国财政部海外资产控制办公室：https://ofac. treasury. gov/

4．俄罗斯政府官网：https://en. kremlin. ru/

5．俄罗斯中央银行：https://www. rbc. ru/

6．俄罗斯财政部：https://minfin. gov. ru/

7．国际货币基金组织：https://www. imf. org/

（二）互联网资料

1．Spencer Vuksic,“Year in Review：2022 Sanction in 15 Charts”, Castellum. AI, January

10, 2023, https://www. castellum. ai/insights/2022-sanction-year-in-review, 最后访问日期：2023 年 12 月 31 日

2．Anna Caprile and Angelos Delivorias，“EU sanctions on Russia：Update, economic impact and outlook”, European Parliamentary Research Service，https://www. europarl. europa. eu/RegData/etudes/BRIE/2023/753943/EPRS_BRI(2023)753943_EN. pdf，最后访问日期：2024 年 5 月 17 日

3．Patricia Cohen and Jeanna Smialek, “The West’s Plan to Isolate Putin：Undermine the

Ruble”, https://www. nytimes. com/2022/02/28/business/russia-sanctions-central-bank-ruble. html, 最后访问日期：2024 年 5 月 12 日

4．Davide Barbuscia and Sujata Rao, “Russia’s ‘political’ debt default sets emerging market precedent”, Mahttps://www. reuters. com/markets/europe/, 最后访问日期：2024 年 5 月 12 日

5．Karin Strohecker, Andrea Shalal and Emily Chan, “Russia in historic default as Ukraine sanctions cut off payments”, https://www. reuters. com/markets/europe/, 最后访问日期：2024 年 4 月 3 日

6．Bloomberg News, Russia’s Latest Eurobond Coupons Are Stuck at Euroclear. June 8, 2022. https://www. bloomberg. com/news/articles/2022-06-07/russia-s-latest-eurobond-coupons-are-stuck-at-euroclear, 最后访问日期：2024 年 3 月 21 日

7．S&P Globle Rating, “Research Update：Russia Foreign And Local Currency Ratings Lowered To ’CC’ On High Vulnerability To Debt Nonpayment, Still On Watch Neg”, https://www. spglobal. com/ratings/en/research/articles/220317-research-update-russia-foreign-and-local-currency-ratings-lowered-to-cc-on-high-vulnerability-to-debt-nonp-12313737，最后访问日期：2024 年 3 月 17 日

8．S&P Globle Rating,”Research Update：Russia Foreign Currency Ratings Cut To ’SD’, Local Currency Ratings Kept At ’CC’; All Ratings Subsequently Withdrawn”, https://www. spglobal. com/ratings/en/research/articles/220409-research-update-russia-foreign-currency-ratings-cut-to-sd-local-currency-ratings-kept-at-cc-all-ratings-12340087，最后访问日期：2024 年 4 月 26 日

9．数据参考：https://tradingeconomics. com/russia/government-bond-yield

（三）期刊

1．Hippolyte, Antonius R. ″Russia's Termination of Mitsui's and Mitsubishi's Interests in Sakhalin-2: Navigating the Labyrinth of Enforcing International Arbitral Awards against Rogue States.″ Manchester Journal of International Economic Law, vol. 19, no. 3, 2022.

2．Breydo, Lev E. ″Russia's Roulette: Sanctions, Strange Contracts & Sovereign Default.″ San Diego Law Review, vol. 60, no. 1, February-March 2023.

3．Breydo, Lev E. ″Political Default. The Implications of Weaponizing Global Financial Infrastructure.″ UC Davis Law Review Online, 56, 2022-2023.

4．Joukov, Artem M., and Samantha M. Caspar. ″When Congress Passes the Buck: How Russia's Invasion of Ukraine Exposed Flaws in Granting the President Sanctioning Powers.″ Seattle University Law Review, vol. 46, no. 3, Spring 2023.

5．Chachko, Elena, and J. Benton Heath. ″A Watershed Moment for Sanctions? Russia, Ukraine, and the Economic Battlefield.″ AJIL Unbound, 116, 2022.

实时跨境支付的系统性风险困局与法治应对*

单　渊

摘要：实时跨境支付正在全球范围内正在展开广泛的互联互通实践。然而，其跨境性、主体多元性以及结构多维性，成为引发或加剧系统性风险爆发的新隐患。面对可能存在的系统性风险隐患，可以通过构建国际数字信任框架、实施系统重要性区域审查措施、探索支付链成为监管链的方式并逐步实现国家监管规则的承认与协同。面对实时跨境支付的潜在系统性风险，我国应当未雨绸缪，通过“一带一路”倡议推进各国实时跨境支付实践，提前对可能存在的风险进行预防。达成技术与规则的共识，构建单一规则支付试验区，守住不发生系统性风险底线的同时，为跨境支付领域的人民币国际化道路打好国际法治基础。

关键词：实时跨境支付；系统性风险；多维结构；系统重要性区域；法治应对

一、引言

新技术的发展、供应链的全球分布、投资布局全球化，加之经济制裁的影响与国际金融组织的重视，跨境支付已经不仅仅只停留在实操层面，支付系统是国际贸易金融体系中的“血液循环系统”，是金融风险境内外传导的通道，更是引发系统性爆发的隐患。G20 的跨境支付路线图提出应当鼓励新型支付基础设施——比如实时支付系统的建设。后支付和市场基础设施委员会（CPMI）在其发布的报告中将跨境支付系统的跨境互联互通作为优先事项。本文所提到的实时跨境支付具有链接国内支付系统的技术特征，其发展不局限于支付系统的数字化，也包含使用各类型数字货币的全面数字化支付系统，具有代表性。

国外的学者对于跨境支付系统性风险的研究已经持续 20 年有余，以 2008 年金融危机后新兴科技参与跨境支付导致其产生颠覆性创新为界，2008 年金融危机发生以前，跨境支付以代理行参与的跨境支付为主要方式，对于系统性风险的研究十分丰富，主要集中在跨境支付的链路长、中介银行多等因素导致的银行的流动性风险与信用风险引发的系统性风险。2008 年金融危机爆发后，由于居高不下的支付服务费用，在各支付主体的降费呼声下，各国国内实时支付系统得以迅速发展。10 余年后，这些实时支付清算系统已经覆盖了全球 66%的人口，100 多各司法管辖区。在区块链技术，人工智能等未参与到跨境支付之后对于

* 单渊，女，厦门大学法学院国际法学博士研究生。

跨境支付的系统性风险的研究，逐步转向了技术层面风险。

尽管国外的研究已经开始关注实时跨境支付的系统性风险与法律应对，但是目前对该领域关注都针对国内的支付轨道和用例，以银行为风险的引发与传播节点，较少以国家为节点进行系统性风险的分析，少有从全球系统性风险的全局视角进行探究。然而，随着跨境支付的参与节点逐渐多元化与全球代理行的减少，系统性风险的传播主体和形态均在变化。传统的系统性风险的生成与预防理论已经不足以防范实时跨境支付可能存在的潜在系统性风险。因此，以实时跨境支付的国际法律制度完善为切入点，以多元主体为视角，做出更为体系化、国际性的法治举措，以充分应对系统性风险的多维冲击，具有理论和实践意义。

二、实时跨境支付的技术创新与运行结构

（一）实时跨境支付是技术驱动型创新

关于实时跨境支付的定义，根据世界银行（WB）发布的《实时跨境支付》报告，以及国际货币基金组织（IMF）发布的 Nexus 项目以及目前已有的实时跨境支付的实践特征，可以总结出：实时跨境支付系统可以被表述为 Cross Border Fast/Real Time/Instant Payment System（FPS/IPS），是指通过技术链接，将两国或多国之间的国内实时支付系统连接起来，通过不同司法管辖区之间的协议、技术链接和标准以及操作组成部分，允许各自参与的 FPS 彼此进行交易最终实现使用国内实时支付系统在进行跨境实时转账和结算的支付方式。FPS 可以由中央银行、私营部门运营商或通过公私合作伙伴关系运营。

可以看出，区块链等新技术的发展催生跨境实时支付系统的连接。央行数字货币（CBDC）、稳定币的跨境支付均可被纳入实时跨境支付的运行与监管中。和普通的跨境支付相比，实时跨境支付数据的实时跨境流动和更新，资金流与数据流同步进行，而普通的跨境支付通常需要经过多个中介机构和环节，耗时较长。目前，虽然已有一些普通的跨境支付可以实现实时到账，如银联的全球速汇、Wise 等，但是它们并不是基于国内两个实时支付系统的链接，而是基于传统的银行系统和清算系统。它们的实时到账的条件和方式是这些服务需要在汇出国和汇入国都有合作的银行或支付机构；遵守汇入国和汇出国的法律法规，以便通过监管的审查和批准；且这些服务需要在汇出国和汇入国都有足够的流动性以及良好的网络和技术支持，以便在不同系统之间进行数据的传输和验证。因此，这些服务仍然存在一些局限性和风险：例如两国之间的跨境实时支付系统的连接可以实现不同国家或地区的实时支付系统之间的技术和规则的对接，而普通的跨境支付通常需要依赖于像 SWIFT 这样的统一信息传递中心。然而，实时跨境支付的互联互通可以增加支付的效率、

多样性和包容性，但也可能增加支付的风险。例如支付系统之间的兼容性和互操作性问题，或者支付系统之间的安全和稳定性问题。

（二）实时跨境支付主体的多元性与结构的多维性

从技术上来讲，跨境实时支付的互联可以被分类为两种互联方式，第一种是双边互联模式（Bilateral Link Model），即 Hub and Spoke 中心辐射模式。第二种是多边互联模式（Multilateral Link Model），分为 Common Platform 通用平台模式以及网关软件模式，例如应用程序编程接口（API）技术支撑的多边互联模式。中心-辐射模式的互联又称双边互联，东南亚支付互联采用的就是这种模式（REPSS）。虽然该种方法可以免去各国内部支付清算系统的改造，但需要的构建的处理中心会随着国家的增多越来越多，且处理中心的增长速度快于国家的增长速度，根据网络外部性理论，链接的数量=处理中心的数量=国家数*（国家数-1）/2。可以看出，多边互联模式可以避免过多的链接——处理中心的出现，各国使用一个共同的通用的技术系统处理信息流和数据流，如欧盟的 TIPS 采用的就是通用平台模式的欧元跨境支付服务，而新加坡与泰国的 Nexus 项目采用的多边互联模式。

虽然一定程度的金融互联有助于分散风险和吸收冲击。然而，超过一定程度的相互依赖会增加传染的可能性。2008 年金融危机期间的经验证实，在体系中联系较少的机构能够更好地抵御严重的金融冲击。可以直观的看出，具有主体的多元与结构的多维性特征。首先，而且各国实时支付系统的运营并非都是由央行进行的，因此，这种多维度的结构终端已经不再单纯以银行为主体，从宏观层面来讲，是以不同的司法辖区，甚至不同的区域为主体。其次，正是这种多维的结构性链接特征，增强了系统性风险在全球蔓延的速度和强度。

三、实时跨境支付加剧系统性风险的爆发可能性

（一） 系统性风险与跨境支付

支付系统风险的基本形态表现为信用风险、流动性风险，其他诸如操作风险、法律风险等受到技术、环境以及法律规制的影响。系统性风险则是上述风险各自或交织发生的结果。James Dow（2000）将与支付有关的系统性风险定义为“一家或多家银行违约导致的支付的中断被视为系统性风险”。与支付系统有关的系统性风险是指由于一个支付系统不能正常工作或因一个系统参与者违约无力清偿其债务而可能会造成系统内其他在正常情况下运营状况良好的参与者也无法清偿它们的债务的风险。跨境支付中最常见的系统性风险为赫斯塔特风险（Herstatt Risk），是指跨境交易因跨越时区，造成结算时间落差而导致的风险。随着实时跨境支付的发展，由非实时跨境支付导致的赫斯塔特风险必然会成为历史。

实时跨境支付的出现解决了时差的问题，而其技术特征和主体的多元与结构的多维性却带来了新的风险源和隐患。具体体现为主权要素参与下的系统性风险以及技术要素参与下的系统性风险。

（二） 主权要素的参与增加系统性风险传播广度

1.国家作为风险源：新系统性风险的生成逻辑

随着技术的进步和金融市场基础结构的不断变化，系统风险理论也随着时间的推移而发展。一般来说，对于国内的系统性风险的诱因主要集中于以下四个维度：其一，金融风险的传染性。其二，单个金融机构的相对规模。其三，金融信息失灵。上述理论提出了监管机构在解决国内金融体系系统性风险时面临的许多问题。到目前为止，主流经济理论一直把市场失灵作为不稳定的根本原因。然而，对市场失灵的关注并不能解决国际网络所面临的问题，因为它假定了一个全球金融体系中不存在的基本要素：一个集中的监管机构。显然，在全球金融背景下，这是不够的。在国内体系中，造成和传递系统性风险的唯一因素是公司或银行等“私人”或“代理人”的行为。政府行为一般不会直接造成系统性风险，相反，这种不稳定是市场效率低下的产物。相比之下，将视野拉至全球金融体系中，国家作为国际法的关键主体，在创造和发展中发挥着根本作用。因此，全球系统性风险需要进行不同的分析。具体展开，具有系统性重要地位的国家是全球系统性风险网络的节点。全球金融体系有两个层面，虽然企业和市场的运作是主流文献最常讨论的层面，但事实上，一国政府在其辖区内的政策治理不仅决定了企业运作的规则，而且还直接影响外国企业行为的重要宏观经济变量。

其一，在本质层面，全球金融体系的企业和市场是企业和国内政府之间相互作用的影响。大多数全球交易都发生在几个核心节点上，这一事实增强了国家的作用：具有系统重要性的国家金融体系主导着特定资产类别的交易。在其金融监督任务中，IMF 发展了“具有系统重要性的金融管辖区”的概念，以强调这些节点之一的不稳定可能带来的系统性风险。围绕核心节点的全球金融体系架构有两个严重的影响。首先，全球系统性风险高度集中，以至于一个核心节点的失败将引发灾难性的全球后果。其次，在具有系统重要性的司法管辖区，监管或宏观经济状况的任何变化都将对全球市场产生更大的影响。因此，代表特定资产类别核心节点的国家被定位为垄断全球监管和宏观经济权力，也必须承担相关的负面后果。

其二，国内政策的外部性是系统性风险的传导渠道。国内金融体系与全球金融体系的第二个区别在于，国内政策的变动作为系统性风险的触发事件，国家扮演了系统性风险创

造者的角色。在市场和金融机构跨司法辖区运作的全球经济中，民族国家在维持金融稳定以及制造金融不稳定方面发挥着至关重要的经济作用。虽然金融市场是全球性的，但金融监管在很大程度上是一国的国内事务。因此，全球金融机构面临不同的监管风险，但如果它们只在国内一级运作，就不会存在这些风险。因此，即金融不稳定传播的金融互联性是系统性风险的传导机制。例如，政府可能实施危险的宏观经济政策，导致违约或金融危机，然后可能蔓延到更广泛的全球金融体系。另一种选择是，一国可能实施合法的、提高福利的经济政策，但这些政策对伙伴国会产生负面的跨境溢出效应。在这里，法律的作用是平衡扩展网络的利益与负面事件可能在网络中传播的风险。

2.跨境支付监管体系碎片化：监管权冲突风险

相比于普通的跨境支付面临的监管权冲突风险，本文所探讨的实时跨境支付的监管风险包含 CBDC 以及稳定币等数字货币参与下实时跨境支付风险，例如部分科技公司支付平台对智能合约的应用导致违约链条迅速传播引发的系统性风险。实时性的提高虽然增加了支付的便利性和效率，但也可能增加支付的风险，例如用户无法撤销或更改支付指令，或者支付系统出现故障或延迟。国家间如何协调确定“主管辖区”并据此选择所适用的政策成为监管合作的难题之一，而政策适用的模糊将使监管框架中问责机制的规范基础存在不确定性。

如果仅框架性的针对全球金融风险的监管协同，国际上已经有好的实践，系统重要性银行和金融机构的监管协调已有相关的机制，而在支付领域需要讨论的监管协同，是关于各国签订的跨境支付规则协定，如本币交换协定与，这也是跨境支付领域国际法治的重要组成部分。跨境支付领域的货币交换协定相比难以落地的技术性协定，更加具有实现的可能性。

（三）技术要素的参与增加系统性风险传播途径

1.多维网络链接：实时跨境支付风险的新传播途径

在 2008 年金融危机之前，很少有人想到金融体系的结构本身是否会导致全球金融不稳定。全球和欧洲主权债务危机表明，现代金融体系的紧凑型配置对全球系统性风险的扩散起着重要作用。国内和全球金融不稳定的核心问题之一是存在一种类似网络的结构，在这种结构中，金融机构、市场和政府通过双边金融协议和交易相互联系。因此，国际法必须决定是将全球金融体系构建为一个网络，还是将其构建为一个相互依存程度较低的单一系统。这两种选择都需要在经济效率、盈利能力和至关重要的稳定性方面进行根本性的权衡。与国家金融体系一样，不同国家经济之间通过支付基础设施相互依存，全球金融体系也迅

速演变为一个网络结构。但是，各经济体之间的风险类型和联系以及推动全球系统金融一体化的动力与封闭的国家经济中的情况根本不同。这种全球金融互联性可以分为三种主要类型：

（1）市场对市场：作为一种实时跨境支付系统的互联结构，当政府消除监管障碍，放开资本跨境流动时，可以预见的是，市场中的公司将开始利用扩大的市场范围，在跨境基础上建立外国业务，提供服务，或者干脆投资外国资产。比如以 RIPPLE 支付为代表的加密货币跨境支付方式。（2）市场对主权：实时跨境支付的互联作为高度开放和包容的支付系统，包容普通电子支付、加密货币、稳定币、CBDC 参与的数字支付。2020 年 6 月，欧洲跨国银行 Bank Frick 即宣布其正使用全球稳定币 USDT 替代 SWIFT 系统进行跨境美元转账。Paypal 已经在最新的加密支付推送中推出了一款稳定币 PayPal USD （PYUSD）。而 Libra 项目同样瞄准跨境支付业务，并计划将传统金融机构作为其分销稳定币的重要途径。因此，全球稳定币与上述三者之间的相互依赖将加深其市场关联度，使金融子市场间的风险“交叉传染”成为可能。同时，跨境支付由于其天然的跨境性，必然会涉及到他国主权与本国市场的交叉。虽然 CBDC 代表了当前旨在增强货币可追溯性的安全制度的顶峰，但它们也有可能改变国际金融监管架构以及随之而来的地缘政治安全实践。（3）共同基础设施：实时跨境支付系统的链接相比国内的单一实时系统更复杂，因为支付交易需要转换成外币。从传统的代理行跨境支付转换成实时跨境支付系统链接的过程，是一个“先减后加”的过程，“先减”是指通过各国国内的 SFP 的链接实现的跨境支付无需代理行的参与，“后加”是指为了避免过多的双边链接数量骤增，这些系统的链接需要安装共同软件以处理支付信息的传递，即前文所提到的信息流，而资金的清算是发生在各司法辖区的国内支付系统内。

经济学家通常将国际外汇或证券交易描述为依赖“两条腿”，因为每笔交易需要在两个不同的金融系统和不同的时区进行。在实时跨境支付的科技网络下，这种跨国的联系变得更加紧密，在全球金融危机期间，国际支付系统运行良好。然而，情况并非总是如此。在国际支付网络中，当支付交易的两条腿中的一条停止运作时，就会发生传染。这可能是由于多种原因造成的，包括货币错配、支付传输中的技术问题或监管干预。负责监督美国货币政策的联邦储备委员会主席珍妮特·耶伦说：某种程度的相互联系对我们金融体系的运作至关重要。”

2.技术风险：技术驱动型创新导致风险的新表现形式

根据麦肯锡公司的对于金融服务遭受网络攻击频率的统计，随着金融服务的转型和现代化，新兴技术的适用越多，网络攻击的严重性和频率越高，网络金融类犯罪率逐年增加。

然而，新兴技术的出现使得各支付服务提供商将更多的运力集中于如何应对监管合规，推进其与监管机构的合作，对于技术风险的防范存在动力不足的困境。质言之，如果一个企业遭到网络攻击，并不会影响到他们的合规程度。

然而，一个国家的国内支付清算系统属于一国的金融基础设施，与该国的金融网络安全息息相关，金融交易信息、个人用户数据隐私等保护至关重要，金融业已被视为受网络攻击最严重的行业之一。从实时跨境支付的几个实践特征可以看出，实时跨境支付的链接无需各司法辖区内的清算系统做出太多更改。以 BIS 主导的 Nexus 项目为例，Nexus 采用 API 技术将各国国内的实时支付系统连接起来，在流动性风险和信用风险的管理方面，CPMI 和国际证券委员会组织（IOSCO）已经制定了金融市场基础设施原则（PFMI）有助于巩固这种安全性和弹性，且 Nexus 项目本身已经有链上风险管理制度，有助于减轻（甚至消除）相互关联的实时跨境支付跨境网络的信用和结算风险。然而，随着加入链接的国家越来越多，各国支付的安全性和可靠性就会过度依赖于链接网络技术的稳定性，API 易受网络攻击、存在配置不正确、身份和访问管理脆弱的缺陷。一旦遭受网络攻击或遇到其他影响网络技术稳定性的因素，将会影响到所有参与链接的主体机构，这种技术性风险又回归到传统系统性风险中的“太大而不能倒”、“太多链接而不能倒”以及“太复杂而不能倒”。因此，这种实现多维互联与新兴技术的应用导致的技术风险是引发系统性风险的重要因素。

四、实时跨境支付系统性风险防范的法治完善进路

为了提高跨境支付的效率，法律和监管的法治完善和协同是必要的，原因至少有三个。首先，法律法规是风险管理的一部分。任何监管方法都需要考虑支付机构和最终用户的风险。无论跨境支付是依赖于代理银行、中心辐射模式、通用平台模式，还是点网关软件模式都是如此。第二，法律法规与标准制定机构的工作相结合有利于推动术语、接口和各方义务的标准化。第三，法律法规往往是监管机构跨境合作的先决条件和推动因素。当国家作为系统性风险的传导链上的一个单位，国际法的重要性不言自明。具体可以通过构建数字信任框架，系统性重要性区域定期审查，以支付链作为监管链，在协同中创新等举措实现法治完善。

（一）系统性风险的国际预防进路：合作国际法

1.构建数字信任框架

构建数字信任框架是应对跨境实时支付系统性风险的必要前提。传统以银行为主体的中心化的跨境支付对于国际合作的需求程度并非很高，加之有 SWIFT 全球通讯的支撑，只

需各国单边的加入 SWIFT 并在采用不同主权货币进行交易时选择不同的中介行进行合作即可。然而，实时跨境支付的互联是各国实时清算系统的互联，实时清算系统的开发形式有三种类型，第一种是完全由央行开发运营，如中国、巴西、墨西哥等国；第二种是央行参与部分开发和运营，如中国香港、澳大利亚、印度等国；第三种是纯市场化机制的，央行不做干预的开发和运营，比如法国、日本、英国、美国等国。从这个特征可以看出，实时支付系统的互联是主体多元的，并非只有银行的参与，而是多元主体的网络链接。因此，对于跨国数字领域的合作的需求更加紧迫。

监管透明度是构建各国数字信任的支柱，各方之间的信任是金融领域关系的基础，因此，数字信任框架是应对跨境实时支付系统性风险的法律基础。可以通过构建全球风险信息数据库，通过主要提供收入水平和资产价格等信息，对信息进行精确的分级分类、持续更新。首先，应当建设全球风险信息库首先应由各国政府牵头制定相关标准和法律，规定该信息库储存的信息管理、个人隐私信息收集的最小范围、数据监督管理职责等，并以法律保障根据该数据库签订的协议能够得到有效执行。其次，该数据库可以与其他法律制度结合，例如与税收体制结合，作为各国统计跨境资本流动累计额的基础，可以通过设置累进税的方式防止金融资本短期、大规模、恶意的投机炒作，防止资本外逃导致的货币贬值风险。最后，改善跨境支付需要公共和私人利益攸关方共同努力。监管机构可以与市场参与者进行研讨活动，例如定期举办研讨会，向他们通报进展情况并交流经验。需要监管机构让代表不同支付方式并在跨境支付中发挥不同职能的多元化行业参与者参与进来价值链，促进信任和透明度，促进互动和坦诚的沟通。

2.推进承认与协同

对于承认与协同的推进是解决跨境实时支付系统性风险的循环要素。对于交易数据流庞大、连接复杂实时跨境支付，跨国间监管数据互通是破解加强跨境支付的国际合作和协调，推动不同国家或地区的法律法规、监管标准、技术规范等方面的对接和协同，建立有效的信息交流和争端解决机制，促进跨境支付的顺畅和安全。从国际金融法的角度，法律协调体现为国际组织对一国管理国际金融活动的规制关系。在全球金融一体化的背景下，为了避免国家间因经济和金融矛盾而诱发冲突，国际经济和金融协调发展到一定程度就需要成立国际金融组织，使协调机制化和定式化。国际金融组织以国家间共同认可的法律规则为基础，调整国际经济和金融关系，影响到各国经济生活和国际经济关系的全局，并直接或间接对成员国产生拘束力，体现为国际组织运用国际规则对成员国管理国际金融活动的行为进行干预，构成国际组织对其成员国进行金融监管的规制或反规制。

然而，在作为关键基础设施的跨境支付领域，我们面临的问题并非是否协同，而是何种程度上的监管协同。从本质上讲，金融监管具有全球竞争性，为了降低一国金融监管对其他国家造成的负外部性，监管多属于一国的国内事务，过分的一致性与协同反而会使得系统性风险增加。然而，对于日趋紧密的跨境支付领域，结合欧盟的实践，统一的规则有助于稳定支付系统的运行。这是一个技术先行的时代，而跨境支付的底层法律规则仿佛“台上一分钟，台下十年功”的重要性。法律协调不论是为了金融风险和危机的防范和化解，还是为了金融政策矛盾和冲突的解决和缓和，不外是形成了国际监管准则以及相关国家需要信守的协议及其包含的规则。结合实时跨境支付的实践现状，可以先采用“承认”的方式，在无需修改本国法律的前提上，小范围内的、逐步地增加监管透明度，减少信息壁垒。相互承认无需修改本国法律法规，在减轻国内法修改压力的同时，也可以保留各主权国家间金融体系的差异性，不会损害良好的市场竞争现状，也给予主权国家较大的自由裁量权。

（二）成立系统重要性区域审查制度

成立系统重要性区域审查制度是预防跨境实时支付区域系统性风险爆发的关键步骤。从全球系统性风险的视角看，国家已经被视为引发全球系统性爆发的重要节点，早在 1999 年，IMF 就意识到，全球金融危机表明一国金融部门的健康状况对于其本国经济乃至其他国家的经济有着深远的影响。其金融部门评估规划（FSAP）每五年对一国的金融部门进行全面深入金融稳定性分析。发展了“具有系统重要性的金融管辖区”的概念，以强调这些节点之一的不稳定可能带来的系统性风险。

然而，从实施跨境支付的结构特征可以看出，实时跨境支付系统的互联是各司法辖区清算机构的互联，这些清算机构可能由各国央行运营，也可能由私人企业运营，可能是两个司法辖区的互联，也可能是区域性的多边互联，一旦发生各司法辖区的支付互联，就意味着各司法辖区的支付系统具有强绑定性，形成一个支付一体区域，因此，有必要将对金融稳定性可能产生重要影响的支付区域设定为“系统重要性区域”，并由 IMF 的金融部门定期进行审查和风险评估。

（三）支付链作为监管链

支付链作为监管链是预防跨境实时支付导致系统性风险的技术进路。具体来说，可从以下路径实现对支付链的监管：其一，构建交互式的智能共享机制。监管部门可以支付链的相互连接为着力点，利用区块链技术编制智能监管系统，直接对接每个支付平台的后台管理程序，搭建与被监管对象之间的数据及网络共享平台，实时有效获取交易数据；其二，运用智能化的监管评估工具。强化跨境支付的法律监管和执行，加大对跨境支付的监测和

评估，及时发现和处置跨境支付的风险和问题，依法打击跨境支付的违法犯罪行为，保护跨境支付的合法权益。在形成嵌入式的监管机制后，充分利用支付链的自动追踪能力，根据预先设定的监管指标，筛选并上报可疑交易信息。此外，智能平台还可对抓取的数据进行自动分析并生成监管报告，提供评估系统性风险的依据。

五、我国防范实时跨境支付系统性风险的法治应对

在目前西方一些国家试图与中国“脱钩”的背景下，中国需要加强与发展中国家及“一带一路”共建国家的经济关系，在这种情况下，可能更需要与一些货币不那么强势的国家打交道。一旦面临该种情况，国家就会意识到技术并非万能的。根据经济学家德克•舍恩梅克(Dirk Schoenmaker)提出的一个宽泛的概念框架“金融三难困境”理论：各国不可能同时实现三个政策目标：金融一体化、国家金融主权和金融稳定，要维持一个稳定的现状，只能选择实现三个要素中的两项。首先，金融一体化是指企业从参与全球金融网络中获得的利益，以及消费者和主权国家从增加的信贷可用性中获得的利益和竞争。其次，当各国设计和实施国内政策时，它们可以自由选择自己的国家金融主权利益，而不考虑其对全球经济增长的影响，保护本国的财政主权。第三个目标是维护金融稳定，特别是降低系统性风险。因此，如果要将金融稳定性放到三难困境的强制优先事项，各国必须决定减少金融一体化或者牺牲部分国家主权。在支付技术迅猛发展可能导致金融碎片化的现状中，保证金融一体化得以实现的同时，必须牺牲国家主权，如增强监管的互联性，具体体现为参与推动“一带一路”各国金融开放程度、构建单一规则的支付区域，以及积极支付监管规则较完备的国家进行基础设施的互联等举措。

（一） 健全本国跨境支付系统的风险治理规则

根据 CPMI 提出的重要支付系统的国际标准，系统性重要支付系统所涉及的相关法域，均应有健全的法律基础。参照该国际标准，如果构建系统重要性区域审查制度，首先应当制定和健全本国跨境支付系统的法律规则。目前，我国在金融基础设施领域有 22 年 6 月的《统筹监管金融基础设施工作方案》以及 22 年 12 月的《金融基础设施监督管理办法（征求意见稿）》。均属于比较宏观的方案与办法，可执行性较差。

通过对我国与跨境支付相关的法律进行检索和整理，得出目前国内跨境支付法律存在的主要问题有三：其一，一般调整法律中，合同法、商法等普通民商事法律只能将支付视为授权或代理关系进行调整，但是合同法等领域的代理合同关系可能出现效力瑕疵，包括效力待定、被撤销或无效等。然而，跨境支付活动，尤其是实时支付的主体特殊，一般是取得许可证的金融或非金融支付机构，密切关联金融安全稳定效率等目标，支付法律关系

与支付行为效力认定也由此具有特殊性，无法简单适用效力瑕疵的相关规定。缺乏系统性，缺乏专用支付法律关系条款。其二，规制主体有限，国内现有的规制支付的法律应作出相应修订和完善，大部分关于人民币的跨境支付法律都暂未将数字人民币的跨境支付列入规制对象内。必要时也可考虑对数字人民币的跨境流通和支付规则进行单独立法。

在国内一般调整法方面，应考虑在清理整合的基础上增加除合同基本关系之外的支付系统专章，明确跨境支付的定义、范围、主体、程序、责任等方面的规定，为跨境支付法律关系提供清晰的法律依据和指引。符合《金融市场基础设施原则》（PFMI）等国际金融软法的要求。

（二）“一带一路”的区域规则先行机遇

“一带一路”区域的规则先行是我国参与实时跨境支付治理的重要机遇。一般而言，在较为强势货币之间的跨境交易，数字化手段更有可为。数字化技术为考虑跨境交易提供了多种可能的方向。但有一些国家，外汇不能自由交易，汇率也不真实，或者外汇市场深度不足，交易量大就会出现国际收支不平衡的问题，推进跨境交易时必须考虑这些情况。如果只是设想使用一种有国际信用、可兑换的中介货币，如特别提款权（SDR）、美元、走向国际化后的人民币等，以绕过多种通用性不强的货币。背后仍潜藏着一些未解的难题。因此，以连接取代中心化，金融基础设施要实现系统的相互连接，还要实现通用性，最大程度上实现互通性。因此，在部分“一带一路”国家的还未能普及国内实时支付系统，我国可以按照两条路线同步进行的措施，在推动“一带一路”各国开放程度的同时，潜心与各国磋商制定“一带一路”区域的跨境支付规则。当各国实时跨境支付真正链接并得以推行，届时可以做到有法可依。

1.建立“一带一路”单一规则的支付试验区域

对于单一规则支付试验区，全球仅有欧盟有成功的实践，（Single Euro Payments Area SEPA)，欧洲央行（ECB）为了统一欧元区国家使用同样的清算结算系统，上世纪 90 年代提出 SEPA 倡议。20 余年间，跨境支付得以飞速发展，建立统一规则的支付试验区域可以在为了提高支付结算的便利性、安全性和多元性，中国正在推动人民币在“一带一路”沿线国家的跨境使用，通过建立人民币清算行、签署双边本币互换和结算协议、实现多种货币的直接交易等方式，促进人民币的国际支付功能。除了人民币，中国还支持“一带一路”沿线国家使用其他区域性货币进行支付结算，如中亚地区的哈萨克斯坦腾格、乌兹别克斯坦苏姆等，以及东南亚地区的泰铢、马来西亚林吉特等，以降低对美元和欧元的依赖，提高区域内的货币合作和金融稳定。中国还在探索利用金融科技和 CBDC 等新兴方式，提升支

付结算的效率和质量，如推动数字人民币的国际合作与发展，积极探索发挥金融科技和CBDC在改善跨境支付等领域的积极作用。

如前所述，全球金融体系由一体化的金融市场组成，这些金融市场受制于不同的国家法规和政策。而这些不同的国家偏好往往是金融不稳定的根源。因此，要构建单一支付区域，无法逃避的就是构建统一适用的支付规则。如欧盟SEPA欧元单一支付系统，其之所以能顺利运行，和欧盟支付委员会（European Payment Council EPC）事先制定的支付标准和规则带来的稳定性密不可分。然而，跨境支付在20余年后发生着颠覆性的创新，欧盟有欧元区作为良好的实践前置，对比“一带一路”建立单一支付实验区域，首先应当完善本国国内与支付相关的法律。其次，由于“一带一路”各国的贫富差距以及数字鸿沟的存在，应当首先通过提供技术支持增强“一带一路”各国的金融开放程度。

2.大型科技公司的创新力推动“一带一路”各国金融开放程度

考虑到金融的三难困境，下一步是考虑监管不同的系统性风险来源或防止其跨境传播是否可能或实际。在此过程中，国内和国际法律的互动在调节互联性和触发事件方面的具有重要作用。中国的大型科技公司，如阿里巴巴、腾讯、华为、字节跳动等，在金融支付领域拥有先进的技术和丰富的经验，为“一带一路”沿线国家提供了便捷、安全、低成本的跨境支付服务。例如，阿里巴巴旗下的支付宝已经在全球10个国家和地区开展了本地化的移动支付业务，覆盖了约10亿用户。腾讯旗下的微信支付也已经在全球49个国家和地区提供了跨境支付服务，支持16种货币。这些服务不仅方便了中国游客和商家，也促进了当地的电子商务和数字经济的发展。

事实上，对于欠发达地区来说，首先的步骤应该是为他们提供相应的技术援助，只有达到相应的技术门槛，才具备支付互联的条件。中国的大型科技公司还通过与“一带一路”沿线国家的金融机构和监管部门合作，推动了金融支付的标准化、互联互通和监管协调。这些合作有助于提高“一带一路”沿线国家的金融支付的开放程度，降低交易成本和风险，增强金融稳定性和安全性。同时，中国的大型科技公司还可以利用自身的技术优势和创新能力，为“一带一路”沿线国家提供更多的金融支付的创新产品和服务。有助于提升“一带一路”沿线国家的金融支付的效率和质量，满足多元化和个性化的金融需求，激发金融支付的活力和潜力。

（三）积极参与创新驱动型领域区域金融治理规则实践与合作

相较于欧盟成功的SEPA实践与规则，关于实施跨境支付系统的互联，东盟也有过一个倡议，即到2025年，把东盟的国内快速支付系统都连接起来，也就是做一个亚洲版本的

SEPA——亚洲支付网络（Asia Payment Network-APN），截至目前，新加坡的 Paynow 支付系统已经参与了同泰国的 PromptPay、马来西亚的 DuitNow、印度的 UPI、菲律宾的 InstaPay 的互联互通。然而，新加坡完成多国互联之后，其他国家仍旧没有实现东盟区域内的互联，形成了以新加坡支付系统为中心的发散结构跨境支付现状，新加坡成为了新的跨境支付中心，可以设想的是，如果新加坡的支付系统面临系统性风险，其他各国也将有风险隐患。然而，东盟提出 APN 倡议后并未就实时跨境支付的互联达成任何更高维度的多边共识和路线图。而新加坡之所以成为东盟各国有最多实时跨境支付互联实践的国家，究其本质，放眼东盟各国，仅新加坡拥有《支付服务法案》，对支付系统做出明确的监管规定。

故而，由于实时跨境支付的互联属于各国国内支付清算设施通过技术的互联，因此，各国国内法的完善对于实时跨境支付的国际法律治理的重要性不证自明。然而，在适用统一支付软件，或者通用平台支付的情况下，软件或平台必然需要一个完善的、有规则支撑的治理机构出现。以 Nexus 项目为例，其将由 Nexus 计划组织（NSO）管理。一个其成员应代表企业的主要利益相关者，如实时支付系统的运营商（可能是私立公司或央行）、外汇提供商、清算账户提供商和支付服务提供商，以及大量的独立运营商组成。以“一带一路”为例，除上文中所提到的完善我国的国内支付系统监管规则之外，应当在同其他各国进行合作的同时，借鉴欧盟的成功经验，推进达成更高层次的共识与跨境支付监管协作，守住不发生系统性风险的底线。

六、结语

中国是世界上最大的数字支付市场，数字支付市场是金融科技领域最大的细分市场。而实时跨境支付可以包含稳定币、CBDC 等多种情况的互联，是未来跨境支付发展的必然方向。支付领域金融风险是守住不发生系统性金融风险底线的重要一环。然而截至目前，我国与其他国家关于实时跨境支付的互联尝试很少，监管合作更是鲜有实践。与较不发达国家与地区的金融监管合作来看，中国与“一带一路”各国开展的金融监管合作多为日常合作，合作等级还处于初步阶段。与大国货币的跨境支付暂未有实时跨境支付互联的实践。但从长期来看，实时跨境支付的技术与结构特征存在引发或者加剧系统性风险的隐患与可能性，跨境支付监管合作路途遥远，防范与实时跨境支付互联有关的系统性风险，牵头制定相关的规则与参与各国达成共识有利于充分考量风险防范的前提下在实时跨境支付的领域推进人民币国际化，为应对 CBDC 替代风险，金融制裁和加强货币主权开辟新的道路。

Global Systemic Risk: Dilemma of Real-time Cross-border Payments and Legal Response

Abstract: Real-time cross-border payments are taking place across a wide range of connectivity practices around the world. However, its cross-border nature, subject diversity and multi-dimensional structure have become new hidden dangers that cause or aggravate the outbreak of systemic risks. In the face of possible systemic risks, it is possible to build an international digital trust framework, implement systemically important regional review measures, explore ways for the payment chain to become a chain of custody, and gradually realize the recognition and coordination of national regulatory rules. In the face of the potential systemic risks of real-time cross-border payments, China should take precautions and promote the practice of real-time cross-border payments in various countries through the "Belt and Road" Initiative to prevent possible risks in advance. Reach a consensus on technology and rules, build a single rule payment pilot zone, hold the bottom line of no systemic risk, and lay a solid international legal foundation for the internationalization of RMB in the field of cross-border payments.

Keywords: Real-time cross-border payment, systematic risk, multi-dimensional structure， Systemically important region，Legal Response

我国绿色金融体系的国际化建设策略研究※

○林 诚[1] 曾晓漪[2]
1.福建师范大学法学院、纪检监察学院 福建福州 350117
2.福建师范大学碳中和研究院 福建福州 350117

摘 要:绿色金融是党和国家的重要发展方略,对推动新质生产力高质量发展具有重要牵引作用。建设国际化、高水平的绿色金融体系,有助于我国降低跨境绿色金融交易成本,防范国际绿色金融市场风险,优化全球绿色金融资源配置。我国可以参考国际绿色金融体系的建设经验,从构建绿色金融信息披露框架、完善绿色金融风险监管机制、加强金融与实体经济协调绿色发展等方面,推进绿色金融体系的国际化建设。

关键词:绿色金融;转型金融;绿色发展;环境信息披露;气候风险;气候治理;碳减排;低碳转型

中图分类号:D922.28 文献标识码:A 文章编号:1009-4350-2024(10)-0077-13

基金项目:国家社会科学基金青年项目"公共卫生事件保险保障机制研究"(23CFX044);福建省社会科学基金青年项目"营业中断保险对新冠疫情风险的保障制度研究"(FJ2022C062);福建师范大学碳中和研究院开放基金"后CBAM时代碳中和问题的国际经贸规制与福建应对"(TZH2022-12)。

作者简介:林诚,男,福建师范大学法学院、纪检监察学院副教授,研究方向:国际经济法、保险法、金融法;曾晓漪,女,福建天衡联合(福州)律师事务所律师,福建师范大学碳中和研究院研究人员,研究方向:碳金融法律制度。

党的二十大报告提出,"完善支持绿色发展的财税、金融、投资、价格政策和标准体系"。习近平总书记在中共中央政治局第十一次集体学习时强调,"持续优化支持绿色低碳发展的经济政策工具箱,发挥绿色金融的牵引作用,打造高效生态绿色产业集群"。《中共中央关于进一步全面深化改革推进中国式现代化的决定》也提出,"必须完善生态文明制度体系,协同推进降碳、减污、扩绿、增长,积极应对气候变化,加快完善落实绿水青山就是金山银山理念的体制机制"。由此可见,发展绿色金融既是我国引领实现全球碳达峰碳中和目标的责任担当,又是我国在金融领域"换道超车"走向世界前列的历史机遇,更是推动新质生产力加快发展的内在要求(林诚,2024)。为此,我国亟需构建国际化、高水平的绿色金融体系,以降低跨境绿色金融交易成本,防范国际绿色金融市场风险,优化全球绿色金融资源配置。本文试以比较研究的视野,在分析我国绿色金融体系国际化建设现状的基础上,考察国际绿色金融体系的建设经验,进而探索我国绿色金融体系的国际化建设策略。

一、当前我国绿色金融体系国际化建设的主要挑战

近年来,我国相继颁布了一系列绿色金融顶层设计文件及相关法律法规和政策措施,金融机构等市场主体亦积极探索实践,这对实现"双碳"目标、推动全社会绿色低碳转型具有重要意义。当前,我国绿色金融体系正逐步向国际化迈进,但由于历史和实践的局限性,总体上仍处于起步阶段,与国际先进经验相比尚有一定差距,同时也面临一定挑

战，主要体现在以下三个方面：

其一，绿色金融信息披露机制亟待健全。企业与金融机构环境信息披露是国家发展绿色金融的重要决策依据。2024年3月，中国人民银行等七部门印发《关于进一步强化金融支持绿色低碳发展的指导意见》，强调金融机构和企业的环境信息披露同时推进。然而，目前我国仅对《企业环境信息依法披露管理办法》中列明的重点排污企业、上市公司和发债公司等市场主体强制性要求按年度披露环保信息，对其他类型企业法人并无强制性环保信息披露要求，且相关披露规定多集中在企业社会责任方面。中国人民银行发布的《金融机构环境信息披露指南》也属于行业推荐性标准，而非国家强制性标准。总体来说，金融机构的环境信息披露尚处于鼓励披露而非强制披露阶段。此外，对于承担环境信息披露义务的企业而言，违反信息披露义务的民事与刑事责任措施不够明确、惩戒程度较轻，容易出现选择性披露现象（白雪石等，2022），从而影响绿色金融市场主体对企业、金融机构环境风险的综合核查与评价，不利于我国绿色金融行业的国际化发展。

其二，绿色金融风险的监管法则有待完善。绿色金融的运行受气候、政策、法律、市场、信用等风险的交织影响，绿色金融风险的防范与评估准则建设是绿色金融发展体系国际化的重要环节（陈红彦，2023）。绿色金融发展过程中的潜在风险既包括与气候变化物理影响有关的有形风险，还包括与净零排放经济转型有关的转型风险（Deketelaere，2011）。前者主要包括洪水、台风、海啸等极端急性气候风险及气温升高、海平面上升等长期慢性气候风险，后者则包括经济低碳经济转型过程中，为解决气候变化问题，政策、法律、技术和市场方面发生变动而给企业带来的各类财务和声誉风险（Marke，2022）。有形风险和转型风险皆可能引发气候变化的“绿天鹅”效应（the green swan effect）[①]。正因如此，《关于进一步强化金融支持绿色低碳发展的指导意见》提出，“逐步将气候变化相关风险纳入宏观审慎政策框架，引导金融机构支持绿色低碳发展，推动金融机构定期向金融管理部门报送高碳资产规模、占比和风险敞口等信息。适时披露中国金融体系气候变化相关风险压力测试结果。根据气候变化相关风险，研究完善风险监管指标和评估方法”。然而，我国目前尚未建立气候风险情景压力测试（climate risk scenario stress test）等与国际规则接轨的气候变化风险监管与预防体系。

其三，绿色金融服务实体经济的保障制度尚需强化。基于“市场化、法治化、多样化”的原则开发绿色金融产品，有助于实体经济绿色转型。自《京都议定书》发布以来，在西方发达国家金融监管部门的有序引导下，绿色金融产品发展较为迅速，例如荷兰银行、花旗银行已开发节能型建筑信贷产品，汇丰银行则率先推行了“赤道原则”（equator principles），并致力于绿色低碳产品开发（尼克·罗宾斯等，2021）。近年来，我国绿色金融产品发行规模与种类均显著增长，但从整体看，我国在绿色金融产品开发方面仍与发达国家存在较大差距，授权型、促进型法律法规较少，金融产品创新程度较低、产品结构较为单一，且主要集中在一级市场（马梅若，2023）。我国绿色信贷、绿色债券仍然占据绿色金融产品中的较大比例，绿色保险、绿色基金、绿色资产管理等符合ESG要求的多样化绿色金融产品创新较少；现有产品期限和规模较难与绿色项目的周期和资金需求相适应，可能出现投资收益与风险失衡的困境，不利于我国低碳产业和转型产业充分吸引境内外绿色金融资金，实体经济绿色发展融资缺口较大。

由此可见，我国绿色金融体系的国际化建设尚有较大发展空间，故有必要考察国际绿色金融体系的建设经验，为我国提供镜鉴。当前国际通行的三大绿色金融体系包括：一是世界银行体系。世界银行（World Bank）是绿色金融领域较早的国际规则制定者，其根据《环境与社会发展框架》（Environ-

①绿色金融理论界基于“黑犀牛”“灰天鹅”等传统金融术语，提出了“绿天鹅”效应这一概念。所谓“绿天鹅”效应，是气候变化对经济、社会和环境稳定造成的各类重要风险的统称。Patrick Bolton，“The Green Swan”，January 20，2020，https://www.bis.org/publ/othp31.htm。

mental and Social Framework)，分别从借款人、金融机构和利益相关方维度制定了十项披露环境与社会影响因素的“环境与社会标准”(Environmental and Social Standards)[②]，阐述了世界银行发展绿色金融的运行逻辑，以环环相扣的规则形成了系统化的绿色金融信息披露框架体系。二是央行监管体系。由中国人民银行等八家央行共同发起的央行与监管机构绿色金融网络(Central Banks and Supervisors Network for Greening the Financial System, NGFS)是世界上最具影响力的可持续金融合作平台之一，致力于分析气候变化对金融体系的宏观影响，监测绿色金融市场风险动态，创设并完善气候变化风险的情景设定、压力测试与审查评估机制。三是联合国“格拉斯哥”体系。“格拉斯哥净零金融联盟”(The Glasgow Financial Alliance for Net Zero, GFANZ)是2021年联合国格拉斯哥气候大会的重要成果，是“联合国环境规划署金融倡议”(United Nations Environment Programme Financial Initiative, UNEP FI)的重要组成部分，致力于实现《巴黎协定》目标并提供金融部门履行“净零承诺”所需的工具和资源，下设“净零银行联盟”(Net-Zero Banking Alliance, NZBA)、“净零保险联盟”(Net-Zero Insurance Alliance, NZIA)和“净零资产业主联盟”(Net-Zero Asset Owner Alliance, NZAOA)等分支，旨在促进银行业、保险业与实体经济协调绿色发展。

基于当前我国绿色金融体系国际化建设的主要挑战，下文分别从构建绿色金融信息披露框架、完善绿色金融风险监管机制、加强金融与实体经济协调绿色发展三个方面出发，针对性阐释国际绿色金融体系的相关建设经验，并探讨我国绿色金融体系国际化建设的对策进路。

二、绿色金融体系国际化建设策略之一：构建绿色金融信息披露框架

(一)借款人维度：项目环境风险评估

构建国际化、高水平的绿色金融信息披露框架，需要从借款人、金融机构及利益相关方等多重维度进行设计(朱晓勤，2024)。世界银行首先制定了“借款人环境与社会风险影响评估管理标准”(the assessment and management of environmental and social risks and impacts standard)，规定了借款人评估项目环境与社会风险影响的义务，将借款人纳入绿色金融信息披露体系。在此标准下，借款人的融资义务不仅包括还款付息，还包括对其负责项目的环境风险进行充分评估与管理。借款人需要专门制定一份《环境与社会承诺计划》(environmental and social commitment plan)，列明项目在规定时间框架内实现符合环境安全标准所需要的措施和行动，并综合运用数据统计、实证调研、财务审计等研究手段，识别和评估项目的环境与社会风险。世界银行要求借款人依据项目的性质和规模，考虑以下评估方法和工具的组合，从而全面评估项目风险影响：环境与社会影响评估、环境审计、危害或风险评估、社会和冲突分析、环境与社会管理计划、环境与社会管理框架、区域或部门环境影响评价、战略环境和社会评估。世界银行还描绘了更为具体的环境风险和影响评估场景，包含：(1)世界银行在《环境、健康与安全准则》(Environmental, Health and Safety Guidelines)文件中列明的环境风险和影响；(2)大坝安全和农药安全使用等与社区安全相关的环境风险和影响；(3)与气候变化相关的环境风险和影响；(4)对自然栖息地和生物多样性的保护和恢复构成的任何实质性威胁；(5)与生态系统服务[③]、渔业资源、森林资源等现存自然资源利用有

② 这十项标准包括：环境与社会风险影响的评估和管理；劳工和工作条件；资源效率与污染预防和管理；资源效率与污染预防和管理；土地征用、土地使用限制和非自愿移民；生物多样性保护和生物自然资源的可持续管理；原住民/撒哈拉以南非洲长期服务不足的传统地方社区；文化遗产；金融机构；利益相关方参与和信息公开。

③世界银行认为，生态系统服务是人们从生态系统获取的益处。生态系统服务分为四种类型：(1)供给服务，人类从生态系统中获取的产品，可能包括食品、淡水、木材、纤维、药用植物；(2)调节服务，人类通过生态系统过程的调节功能而获得的益处，可能包括地表水净化、碳储存和碳封存、气候调节、自然灾害防护；(3)文化服务，人类从生态系统中获取的非物质益处，可能包括成为胜地及重要娱乐和观光区域的自然区域；(4)支持服务，维持其他服务的自然过程，可能包括土壤形成、养分循环。See World Bank：Environmental and Social Framework，https://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-framework。

关的环境风险和影响，等等。因此，在此项标准要求下，借款人需要根据对拟建项目的环境评估进行持续监控和成果跟踪，并根据《环境与社会承诺计划》向世界银行定期报告项目实施进展。

（二）金融机构维度：项目环境风险管理

世界银行制定了“金融机构标准”（the financial intermediaries standard），其规范主体是公共与私人金融服务提供商等接受世界银行资金支持的金融机构，规范客体是上述金融机构在世界银行支持下参与建设的投资组合（portfolio）与次级项目（sub-projects）。该项标准要求金融机构建立“环境和社会管理系统”（environmental and social management system），并根据融资性质持续识别、评估、管理和监测其投资组合与次级项目的环境与社会风险影响。金融机构的“环境和社会管理系统”应具备以下内容与功能：（1）制定环境与社会政策并对投资组合与次级项目进行风险分类；（2）制定识别、评估、管理环境和社会风险及次级项目影响的确切程序；（3）具备组织能力与组织可胜任性；（4）监测、审查次级项目及投资组合的环境与社会风险；（5）建立外部沟通机制。上述内容有助于金融机构深入参与环境与社会风险影响的监控和管理过程。为了消除信息不对称，金融机构需通过其官方网站进行信息披露，并允许世界银行向全社会公开其“环境和社会管理系统”的内容摘要。此外，金融机构有义务向世界银行提交年度环境与社会报告，定期说明“环境和社会管理系统”实施情况。

（三）利益相关方维度：信息告知及参与磋商

世界银行通过“利益相关方参与和信息披露标准”（the stakeholder engagement and information disclosure standard）推动借款人和项目利益相关方之间的公开透明接触，促进双方建立牢固、建设性和回应性的合作关系（strong, constructive and responsive relationship），从而提高项目接受度，保障项目的设计和实施，改善项目的环境与社会可持续性。该项标准指出，在项目早期筹备阶段推动利益相关者参与最为有效，能够化解项目中后期的发展风险。在该项标准下，借款人应在世界银行开展项目评估之前，在相应时间期限内，将及时、易懂、密切相关和便于获取的项目信息披露给所有利益相关方，使其了解项目的环境与社会风险及影响。借款人需披露的内容包括但不限于：项目的宗旨、性质和规模；项目活动的持续时间；项目对当地社区及弱势群体的潜在风险和影响；拟定的利益相关方参与方式；拟定公众磋商会面的时间、地点，以及会面的通知、总结及报告的过程；提出和解决申诉的流程和方式。在充分披露上述信息后，借款人还应向利益相关方说明为避免或尽量减少这些风险和影响而计划采取的措施。利益相关方可就此与借款人进行磋商，达成有效共赢的协议，并参与到项目实施过程中，从而有效管理、评估、监测项目的环境与社会风险与影响。

（四）上述经验对我国构建绿色金融信息披露框架之启示

我国可以现有信息披露机制为基础，通过国家政策先行、法律法规制定和行业标准试点相结合的方式，将借款人、金融机构和利益相关方紧密联系在一起，构建绿色金融信息披露框架。

一是强化信息披露的多方参与。《关于进一步强化金融支持绿色低碳发展的指导意见》提出，强化以信息披露为基础的约束机制，推动金融机构和融资主体开展环境信息披露，不断提高环境信息披露和评估质量。完善的信息披露制度既可以帮助金融市场的投资者更好地识别“绿色”，又能为金融监管机构加强披露监管创造有利条件。面对复杂多样的绿色投融资环境，只有联合借款人、金融机构和社会公众各方的力量，发挥各方优势，才能将庞大的项目评估与管理工作落到实处，真正地发挥绿色金融促进生态环境保护的重要作用。因此，应当通过完善相关法律法规，扩大绿色金融信息披露的主体范围，使强制披露制度充分适用于金融监管机构和各类企业等金融市场主体。

二是明确违反信息披露义务的法律后果。世界银行对借款人和金融机构严格课以强制披露绿色金融信息的法定义务，这与域外成文法的环境信息强制披露制度规定不谋而合。例如，美国《证券交易法》（Securities Exchange Act）明确了企业不披露环境信息和与污染物排放相关内容的法律责任，

《清洁水法案》(Clean Water Act)和《有毒物质控制法案》(Toxic Substances Control Act)则确立了在美国水域内污染物和有毒物质的排放要求,并详细规定了罚金、监禁等违法所面临的刑事、民事责任。鉴于上述国际经验,我国应当通过生态环境法典立法工作,明确违反信息披露义务的法律责任和惩罚措施(张梓太,2024)。具体而言,我国立法部门可以参考世界银行"利益相关方参与和信息披露标准",增加"假绿""洗绿"惩戒机制,将不诚信企业的"洗绿"行为作为企业ESG评级的考量内容并辅以惩罚性措施,建立"失信绿黑名单",使市场主体均可了解企业现状,权衡交易风险。企业虚假披露环境信息给投资人造成重大损失的,可与《中华人民共和国刑法》第一百六十一条"违规披露、不披露重要信息罪"相衔接,并追究其刑事责任。行业协会应建立绿色项目信息完整数据共享平台,采用科学的数据分析方法,将投资机构、控排企业和中介机构的环境评估情况(可设置评分机制将环境指标量化)、企业排污许可证、企业信用情况("失信绿黑名单")等明细录入公开披露平台系统,实现信息联通共享,以便市场主体对绿色金融市场变化作出及时反应,营造公开透明的绿色金融发展环境。

三是完善信息披露的具体方式。世界银行体系将绿色金融项目监督工作作为保证项目质量的必要手段,要求兼顾项目内部进展和外部影响,在发现风险和潜在影响时迅速反馈报告,及时有效化解风险。我国应在借鉴世界银行"借款人环境与社会风险影响评估管理标准"和"金融机构标准"的基础上,逐步要求所有企业及金融机构披露高碳资产敞口和绿色金融风险突发事件,建立借款人主动及时向利益相关者披露项目信息环境与社会风险影响并磋商解决方案的制度,从而降低并有效应对绿色项目后期环境风险(叶楹平,2023)。具体而言,应当运用区块链、物联网等数字化技术,在绿色债券、绿色信贷、绿色保险等领域逐步建立实时、自动、准确的企业信息披露数据库,构建起覆盖范围全面、评价标准明确、指标可量化的绿色金融披露标准,实施披露数据共享,交互打通绿色金融的能碳数据流和各方信息流,加强企业绿色认证、数据分析及评估追踪,建设长效低碳管理机制,推动跨部门、多维度、高价值绿色数据对接。

三、绿色金融体系国际化建设策略之二:完善绿色金融风险监管机制

(一)气候风险压力测试的标准化情景

将绿色金融发展过程中伴随的各类风险纳入宏观审慎监管,并充分运用气候变化风险压力测试和情景分析方法加以预警,对绿色金融的稳健运行至关重要(汪红驹等,2023)。NGFS在《面向央行和监管机构的气候情景分析指南》(Guide to Climate Scenario Analysis for Central Banks and Supervisors)文件中阐明,气候风险既包括有形风险,也包括转型风险。NGFS依据温室气体大气浓度、社会经济背景、技术演进、气候政策、消费者偏好及气候影响等六项因素,提出了用于环境与气候压力测试的三类参考情景,具体包括"有序转型"情景(orderly transition scenario)、"无序转型"情景(disorderly transition scenario)和"热室效应"情景(hot house world scenario)。在三类参考情景中,NGFS根据对《巴黎协定》的不同执行力度来进行不同假设:(1)"有序转型"情景重点强调监管机构提前引入应对气候变化政策的节奏和力度,要求监管机构逐步引导企业低碳转型。在此情景下,"假设2020年引入碳排放价格,将会使其每年每吨价格上涨10美元,并使全球升温远低于2℃"。(2)"无序转型"情景重在分析监管政策的整体滞后和国家之间、行业之间的监管政策差异。在此情景下,"碳排放价格将在2030年开始大幅上调,将导致排放价格迅速增长,大约会使其每年每吨价格上涨35美元"。(3)"热室效应"情景,假定《巴黎协定》执行力度几乎为零,此时碳排放价格变化可以忽略不计,全球温度将持续增长并得不到有效控制,将导致严重的有形风险,从而影响世界金融体系的整体稳定(NGFS,2022)。三项情景模型的设计提供了一个灵活的"假设框架",旨在提示金融机构和监管机构探索未来可能存在的有形风险和转型风险,由此引导绿色金融参与者认识气候因素对经济和金融体系变化的影响,并针对潜在与未来可能产生的风险制定行动指南。

（二）气候风险压力测试的分析步骤

NGFS在《金融机构环境风险分析综述》（Overview of Environmental Risk Analysis by Financial Institutions）文件中阐述了环境风险转化为金融风险的形成机理，并探讨了ESG评估、自然资本风险评估、有形风险分析、转型风险分析等基于气候风险标准化情景进行气候压力测试的分析方法。NGFS指出，金融机构气候风险压力测试一般应由五个步骤构成：（1）第一步是设置气候情景。该步骤旨在分析金融机构在不同气候条件下面临的违约风险大小，一般包括一个基准情景和若干个转型情景。基准情景是指没有其他因素干扰的对照参考情景，转型情景是“有序转型”“无序转型”或“热室效应”等以各个国家设定的自主减排目标为基准的气候情景。（2）第二步是基于上述气候情景，参考GDP、利率等运算要素，利用宏观经济计量模型，评估高碳产业低碳转型与宏观经济指标的变化关系。（3）第三步是分析目标企业的微观财务状况，观测其财务报告反映的各项财务指标变动情况。（4）第四步评估金融机构风险，分析目标企业的违约情况和资产价值，预测相关投资人的回报风险。（5）第五步是对系统性金融风险进行实证分析。NGFS认为，各金融机构的风险指数波动将直接影响整个金融体系的监管状态，因此核心资本充足率、保险偿付能力充足率、养老金准备金比率等指数，均是监管部门衡量绿色金融体系稳定性的重要依据（NGFS，2020）。

（三）绿色金融风险的外部审查与评估机制

绿色金融风险的全面监管既需要依靠金融机构气候风险情景分析和压力测试，还需要借助外部审查评估力量加以约束。NGFS在《提高绿色和转型期融资的市场透明度》（Enhancing Market Transparency in Green and Transition Finance）文件中阐明了绿色金融市场透明度的建设现状和主要挑战，并提出了针对绿色债券等符合特定环境、社会和可持续性目标的债券或投资工具的绿色外部审查与评估机制指南（NGFS，2021）。NGFS认为，成熟、健全、独立、专业的绿色外部审查机制，将成为防止传播对资产环境效益的误导信息、减少“漂绿”现象的有力工具，能够帮助投资者降低信息搜索成本，且有助于提高市场透明度。NGFS指出，实践中基于需求迅速增长而绿色债券认证缺乏监管要求的矛盾现状，第二方意见（Second-Party Opinion）和ESG评级等私人解决方案已主导了绿色外部审查市场，但为了避免各种绿色分类标准和原则导致不同的绿色评估结果，需要切实加强绿色分类标准和过渡框架的可比性和互操作性，使各方就绿色分类标准达成共识，为社会各界提供标准一致的绿色外部审查基础。

为此，NGFS《金融机构环境风险分析综述》建立了“纯绿”和“棕色”金融活动分类体系，以便金融机构和社会各界能够清晰判断两类金融活动各自隐含的机遇与风险。“棕色”金融活动，即企业转型过渡时期的金融活动，是在经济主体低碳转型过程中为其提供资金支持的一种金融行为。不同于面向清洁能源、节能环保等“纯绿”产业的低碳金融，转型金融着眼于促进高能耗、高排放、高污染的“棕色”产业的绿色低碳转型（马骏、孙天印，2020）。NGFS在《金融机构环境风险分析综述》文件中指出，基于碳税、碳交易机制、节能技术等因素，市场对碳密集型产业的态度可能会突发变化，此即“过渡风险”（transition risks）。市场态度变化可能会导致碳密集型产业市场价值突然下降，将对各国碳密集型资产造成巨大财务影响，也将使金融机构相关投资难以获益或回收，此即“市场风险”（market risks）。上述风险对碳密集行业及相关金融机构的影响巨大，不处理好这些风险，将会给绿色产业健康持续发展造成严重威胁。因此，NGFS呼吁监管机构、金融机构、国际组织共同努力，做好“纯绿”“棕色”金融活动差异化风险识别、风险敞口、风险评估及风险缓解工作，促进环境风险分析方法的更广泛运用，以有效应对绿色金融风险挑战（NGFS，2020）。

（四）上述经验对我国完善绿色金融风险监管机制之启示

由上述经验可知，央行监管体系基于《巴黎协定》设定的全球可持续发展目标，在绿色金融风险监管领域取得了重要成果。我国应当参考央行监

管体系的相关经验，从以下方面完善绿色金融体系风险监管机制：

一是确立气候风险标准情景及压力测试机制。央行监管体系致力于全面整合数据资源，设置气候变化（有形风险）及气候政策和技术趋势（转型风险）在未来如何演变的情景框架，并将其提供给成员国免费参考使用，这极大节省了成员国在探索风险情景分析法则过程中本需耗费的时间和经济成本。在央行监管体系指导下，英格兰银行等域外金融机构也已开展情景压力测试，以掌握其对气候变化风险影响程度的评估与适应能力（Bank of England，2024）。由于我国具有“富煤、缺油、少气”的资源特点，相较于已基本完成转型的发达国家，我国低碳转型风险更加突出。我国金融监管部门应充分参考采用央行监管体系的《面向央行和监管机构的气候情景分析指南》和《金融机构环境风险分析综述》，要求包括低碳转型企业在内的绿色金融项目参与者定期开展情景测试和压力测试，测算气候风险转为信用风险的可能性及企业将面临的风险压力。还应设立专业第三方绿色评估机构，充分利用大数据、云计算、人工智能等金融科技手段对气候风险进行提前预警，为金融机构和广大企业采取防范与减损措施提供缓冲时间。

二是明确绿色与非绿色、棕色与非棕色的金融认定分类标准。明晰完善的绿色金融标准能够帮助金融机构判断市场主体、产品和项目是否符合“绿色”定义，有利于减少“假绿”“漂绿”现象（葛春尧等，2023）。当前中外绿色金融识别标准仍存在一定差异，我国缺乏对低碳（“纯绿”）金融和转型（“棕色”）金融的界定标准。我国《绿色产业指导目录》与欧盟《可持续金融分类方案》对判断具体经济活动（项目）是否构成“绿色”的技术指标和评估程序的标准要求不同，市场参与者进入不同区域市场的重复认证成本较高（马骏，2022）。对此，一方面，应建立低碳金融（“纯绿”金融）统一标准。可以参考央行监管体系《金融机构环境风险分析综述》，建立涵盖绿色债券、绿色信贷、绿色保险、绿色股票等低碳金融工具的中外低碳金融联通标准体系，解决各金融工具间的转变标准一致性问题；制定出台统一的金融机构和金融业务碳核算标准，增强技术筛选指标严格性，加强低碳金融分类标准和过渡框架的可比性和互操作性；鼓励金融机构和企业运用大数据、金融科技等技术手段为碳核算工作提供技术支撑，完善工业绿色发展指导目录和气候投融资项目库标准体系。另一方面，还应设定转型金融（“棕色”金融）规范标准。我国能源、工业、交通、建筑等高碳行业不属于传统绿色金融的支持范围，面临着保障民生与低碳转型的双重压力，囿于杠杆率较高、信用风险较大等问题，较难获得低碳转型急需的资金支持。因此，既要加快完善旨在支持高碳企业绿色发展的转型金融标准，也要防范部分企业可能适用转型金融低标准进行“洗绿”的潜在风险（徐洪峰、伊磊，2023）。应进一步明确转型企业编制和披露转型方案监管要求，加强企业转型审核和绩效指标管理，规避“假转型”和“碳锁定”风险，持续跟踪企业转型活动进展，借助NGFS平台完善碳汇“纯绿”转“棕色”的方法学建设，提升转型金融标准兼容性；对具有转型潜质的高碳行业率先制定清晰的转型金融技术路径图，逐步构建转型金融产品的支持目录、服务体系和激励机制，吸引境内外资本投资我国低碳转型项目（李雅婷、陈济，2023）。

三是完善绿色融资的外部审查机制。央行监管体系提倡各国政府、中央银行、私营部门和民间社会的协调行动，加强气候变化的风险评估与外部审查，协助金融监管机构通过多样化的财税政策手段应对绿色金融风险，充实应对气候变化风险的货币审慎工具（Morgera，2020）。我国应参考央行监管体系《金融机构环境风险分析综述》，采用与国际一致的绿色外部审查标准，完善绿色融资审查和项目追踪机制，提升绿色金融风险管理水平，着重对中长期交易的企业风险行为作出合理预测。具体而言，应将企业风险评估框架体系与企业环境信息披露制度相结合，推动金融机构交易前开展绿色融资风险审查，排查项目有形风险和转型风险；建立绿色金融风险控制部门，并推动保险机构建立气候变化相关风险评估预测模型，利用大数据等技术手段开展气候灾害风险分析。还应鼓励企业逐步建立监管审核委员会制

度，对于在工作中渎职、破坏绿色金融有序交易环境的部门负责人落实问责制度。推动金融监管部门实施“长牙带刺”的“穿透式监管”，统一监管规范和标准，辅以市场禁入等行政手段。对于交易主体炒作导致的市场价格扭曲等风险，金融监管部门应做好风险预警，提示相关主体预防重大负面影响，有效管控绿色金融风险。

四、绿色金融体系国际化建设策略之三：加强金融与实体经济协调绿色发展

（一）银行业服务实体经济低碳发展

促进银行业、保险业与实体经济的协调绿色发展，发挥绿色金融对实体经济的支持与保障作用，对全球经济绿色低碳发展至关重要（张洁，2022）。对此，联合国格拉斯哥体系相关经验可供参考。为实现《联合国气候变化框架公约》（UNFCCC）“每个金融决策都要考虑到气候变化”的愿景，联合国环境规划署在《联合国金融气候行动路径》（Finance – Climate Action Pathways）文件中提出，金融系统应支持遵守《巴黎协定》第2.1条（c）“资金流动与低排放和气候弹性发展的路径相一致”之规定。基于上述背景，联合国格拉斯哥体系的“净零银行联盟”于2021年4月成立，致力于为参与气候行动的商业银行提供资金，至今已有来自45个国家的140个成员加入，并承诺到2050年实现净零排放。

为实现《巴黎协定》目标，建立可信、有力、影响广泛的银行业协同行动基础，联合国环境规划署《气候行动集体承诺》（The Collective Commitment to Climate Action）的38个签署国小组共同成立了“联合国环境规划署金融倡议”（United Nations Environment Programme Finance Initiative，UNEP FI），并协同制定了适用于银行贷款和投资活动的《银行气候目标制定指南》（Guidelines for Climate Target Setting for Banks）。《银行气候目标制定指南》规定“净零银行联盟”成员须履行如下义务：（1）在18个月内制定并公开披露中期长期目标；（2）制定排放基线，每年测量和报告其贷款组合和投资活动的排放概况；（3）采用被广泛接受的、基于科学方法的脱碳方案，以设定与《巴黎协定》目标相一致的中长期目标；（4）定期审查研究目标，以确保与当前气候科学研究相一致。2023年9月，“净零银行联盟”发布题为《碳信用额在气候目标设定中的应用》（The Use of Carbon Credits in Climate Target Setting）的文件，进一步描述了成员作出承诺后为达成目标而实施的碳抵消行为准则。该文件规定，成员所使用的任何碳信用额（carbon credits）都应与特定气候情景（selected climate scenario）的部门脱碳路径相一致，只有客户或银行提供证据证明其碳信用额符合整体质量原则时才可被视为合格的碳抵消，银行应报告并披露任何包含客户归属碳信用额的情况，由“净零银行联盟”统一进行审查监管（UNEP FI，2023）。此外，“净零银行联盟”还发布了《金融机构可信净零承诺高层建议》（High-Level Recommendations for Credible Net-Zero Commitments from Financial Institutions），提倡金融机构发挥服务实体经济的积极影响，要求金融机构协调各方部门和全球区域可行途径以促进实体经济绿色发展，并公开全面披露其既定净零排放目标的年度进展情况（UNEP FI，2022）。

（二）保险业服务实体经济低碳发展

“净零保险联盟”是联合国环境规划署于2021年7月在“可持续保险倡议原则”（Principles for Sustainable Insurance）下成立的全球绿色保险行业联盟。2023年1月“净零保险联盟”在世界经济论坛年会上发布了《净零保险联盟目标议定书》（NZIA Target-Setting Protocol），概述了全球净零保险的目标设定和报告方法。该议定书由“净零保险联盟”与“碳核算金融联盟”（Partnership for Carbon Accounting Financials）④合作制定，是衡量与保险相关的温室气体排放量的第一个全球核算标准。该议定书要求所有“净零保险联盟”成员必须及时制定并定期披露其净零排放目标。“净零保险联盟”还与

④碳核算金融联盟是由荷兰银行发起、各国金融机构参与的专业性国际组织，旨在制定一套金融机构协同评估与披露机制，以遏制贷款与投资附带的温室气体排放（greenhouse gas emissions associated with loans and investment）。

国际信用与投资保险机构协会(International Association of Credit & Investment Insurers, Berne Union)合作设立“气候变化工作组”(Climate Working Group),共同探讨商业性金融机构与政策性金融机构(主要包括各国官方支持的出口信用保险公司和进出口银行、开发银行等)如何在促进实体经济绿色发展的全球进程中发挥互补作用(Berne Union,2022)。

《净零保险联盟目标议定书》的结构、术语和目标深受世界资源研究所(World Resources Institute)制定的《科学碳目标倡议》(Science Based Targets initiative, SBTi)[5]启发,为“净零保险联盟”成员提供了关于如何根据最新的气候科学标准独立设定目标的约束性信息指导。具体而言,“净零保险联盟”成员需要基于《巴黎协定》中提出的1.5℃减排路径来设置温室气体减排目标(即“科学碳目标”),从而提高企业自身竞争力和声誉,并推动企业内部顶层设计革新。加入“净零保险联盟”的保险公司必须确定自身投资组合的“脱碳轨迹”,制定净零过渡战略,实时监测其总体投资组合中的平均减排速度是否符合整体目标,并在不影响商业发展的情况下,采取措施逐步引导投资组合有序脱碳(Booth,2022)。同时,“净零保险联盟”成员应使用国际业界公认的会计方法来设定和跟踪其目标进展,尚未宣布净零承保目标的保险公司需要规划《净零保险联盟目标议定书》中设定的三个目标类别(即“减排”“参与”和“投保过渡”)的实施顺序框架,为净零过渡绿色转型制定具体计划。

(三)实体经济自身低碳转型的进程规划

联合国环境规划署于2021年6月发起成立了“净零资产业主联盟”,其目标是在2050年前实现所有成员国的资产组合向净零排放量转化。近年来,全球投资者密切关注气候变化的呼声愈发高涨,有必要通过公共政策建立透明的监管框架,以促进资产业主投资组合的脱碳进程。联合国秘书长Antonio Guterres表示,“净零资产业主联盟致力于构建可信承诺和透明目标的净零排放标准,它管理着10万亿美元的资产,并推动着各行各业的变革”(NZAOA,2024)。根据净零资产业主联盟建议的脱碳范围,成员短期目标是在2025年前将股权和债务、房地产和有形基础设施融资的碳排放减少22%至32%,在2030年减少40%至60%;中期目标是在2050年前将其投资组合逐步削减至温室气体的净零排放。该联盟还与其他如《气候行动100+》(Climate Action 100+)和《净零保险联盟目标议定书》等金融领域气候倡议合作。

净零资产业主联盟于2023年发布了题为《增强气候愿景、减少碳排放》(Increasing Climate Ambition, Decreasing Emissions)的进展报告,并指出:(1)成员应以5年为周期制定净零排放短期目标,并在下一个报告期内向联盟秘书处报告其落实目标的细节;(2)各国政府应开展紧密的国际协调并与企业、投资者和公民之间加强合作,以在2050年实现1.5℃的净零排放中期目标;(3)成员应遵循“气候相关财务信息披露工作组”(Task Force on Climate-related Financial Disclosures, TCFD)[6]制定的披露框架指标,以展示关于气候变化影响的清晰、全面、高质量金融信息;(4)成员应基于披露数据而组建数据库,数据库至少包含两类指标,一是披露框架指标,用以展示企业披露充分性,二是一致性指标,用以展示企业行动与《巴黎协定》目标的一致性。

(四)上述经验对我国加强金融与实体经济协调绿色发展之启示

相较于世界银行体系和央行监管体系,联合国格拉斯哥体系注重金融与实体经济的协调绿色发展,旨在通过银行、保险、资产业主三方合作,促进减排净零目标执行与监督完善,助力绿色金融产品多样化发展。上述理念与我国的顶层设计高度契合。《中共中央 国务院关于完整准确全面贯彻新发展理念做好碳达峰碳中和工作的意见》提出,

⑤世界资源研究所是一个全球性环境与发展智库,致力于研究环境与社会经济的共同发展。其制定的《科学碳目标倡议》发布后,获得了全球业界的广泛认可,并逐渐成为绿色金融领域的一个国际商业惯例。

⑥气候相关财务信息披露工作组(TCFD)是受二十国集团(G20)财长和央行行长委托于2015年成立的工作小组,其成员以金融机构及大型高能耗企业为主,中国工商银行是其成员单位。TCFD创立的国际气候变化信息披露准则是当前世界上最具影响力和最受支持的气候信息披露标准之一。

“引导银行等金融机构为绿色低碳项目提供长期限、低成本资金，鼓励开发性政策性金融机构按照市场化法治化原则为实现碳达峰、碳中和提供长期稳定融资支持”。因此，我国应参考联合国格拉斯哥体系建设经验，鼓励银行、保险、企业在绿色金融建设运营全过程三方协作、共建共商碳达峰碳中和目标计划，从以下方面加强金融与实体经济协调绿色发展：

一是发挥银行业对绿色金融的引导作用。我国金融监管部门可以参考联合国格拉斯哥体系关于“净零银行联盟”的倡议，通过制定相应部门规章和行业准则，要求金融机构在次级投资组合、投资部门、参与和投资气候解决方案等维度设置净零减排目标，开发多样化绿色金融产品，充分发挥各类绿色金融产品的价格发现和风险对冲功能，防范和化解碳排放权交易价格波动风险，平衡好绿色低碳投资过程中激励、跨期和风险管理之间的关系，促使金融机构引导实体经济向低碳模式转型，优化绿色金融市场资源配置（洪艳蓉，2022）。具体而言，一方面，应当用好绿色直接贷款政策，鼓励参与低碳工艺技术升级、新材料研发、节能降耗、固废处理、环境损害修复、绿色原料供应链建设等项目的企业申请直接融资，在贷款条件、贷款利率、偿还期限等方面均给予其优惠的融资支持。另一方面，还应当发展完善碳排放权质押、担保等碳排放权交易融资产品，大力开发碳信贷、碳保险、碳基金、碳债券、碳期权、碳期货、碳租赁、碳指数、碳证券、碳风险投资等多种绿色金融衍生产品，利用银团贷款、政府与社会资本合作（PPP）、绿色生态办公区（EOD）等联动模式，助力大型基础设施建设项目的绿色融资，将场景化产品融合到行业服务中，优化供给端绿色金融产品类型，支持新能源汽车、低能耗建筑项目、风电光伏等“深绿”行业发展，扶持火电、化石、钢铁、有色金属等“棕色”行业节能降碳。

二是发挥保险业对绿色金融的保障作用。我国金融监管部门应借鉴联合国格拉斯哥体系“净零保险联盟”实践经验，引导保险行业为广大企业提供绿色金融相关的风险分散、风险预测、风险管理和风险分析服务。具体而言，一方面，应当发展商业性碳融资保险产品。在我国司法实践中，以“碳汇质押为主，企业及其高级管理人员提供抵押、质押、保证为辅”的传统碳债权保障方式无法充分保障商业银行的融资风险，对此我国应当引入以信用保险为运营模式的碳融资保险制度并合理设计相关合同条款，从而促进碳融资交易的繁荣发展（林诚、赵梓辰，2024）。另一方面，应当引导广大企业灵活运用政策性保险工具，因地制宜推动低碳产业发展。从事绿色产品对外出口贸易的企业可以向我国政策性保险公司投保出口信用保险，以保障未能收到境外买方货款的风险，在核保条件、承保范围、除外责任、保险金额、保险费率等方面均可提供优惠的风险保障（Cheng Lin，2023）。在水电、光伏、风能、垃圾发电、新能源汽车、绿色船舶、基础设施绿色升级等领域开展海外投资的企业，可以向政策性保险公司投保海外投资保险，以保障其由于投资东道国战争、内乱、征收、征用、国有化、货币汇兑限制等原因而遭受经济损失的风险，从而推动中国设备、中国技术、中国标准“绿色走出去”（林诚，2021）。

三是加大政策性金融机构对商业性绿色金融的鼓励扶持。应当通过政策性碳金融和商业性碳金融的有机互补，实现“四两拨千斤”的乘数放大效应。首先，应推广“绿色贴息”经验。政策性银行可以为商业性绿色金融提供贴息，助力绿色低碳项目获得商业融资。例如，对于一个需要融资的绿色项目，商业银行要求的利息回报为10%，该项目虽具有远期可盈利性，但通过利率承受测试发现项目企业最多只能承受5%的利息，则可以通过政策性贴息5%的方式激活项目，产生相当于100%规模的资金注入（贾康，2022）。其次，应加强“绿色银保合作”支持。政策性保险公司可以发挥“牵线搭桥”的作用，帮助企业与各大商业银行建立联系，通过赔款转让、应收账款转让或融资银行直接投保等方式对绿色融资债权进行风险保障，从而降低商业银行的融资顾虑。最后，还应探索“绿色PPP”模式。在绿色低碳基础设施建设领域，可以用一部分政策性融资资金拉动更多的社会资本，鼓励社会资本承担

主要的基础设施投融资任务，实现“花小钱办大事”的政府财政效应，从而带动绿色低碳项目的综合质效提升。

四是发挥实体产业节能降碳的主观能动性。我国金融监管部门应参考联合国格拉斯哥体系“净零资产业主联盟”的制度构想，要求金融机构为广大企业低碳发展提供“一站式、全周期”的综合解决方案，协助各类企业采用TCFD制定的专业指标准则和通用行动框架，在业务运营报告和披露中遵守TCFD关于治理、战略、风险衡量与管理的专业建议，充分评估企业自身和上下游供应商的短期、中期、长期风险敞口（倪受彬，2023）。具体而言，首先要探索建设“项目—融资—保险—理赔”一条龙服务体系。加强银行业与保险业的工作衔接，从合同条款、交易架构和司法判例等层面理顺实践中不断涌现的各类新型碳融资法律关系，减少潜在法律纠纷；为企业提供“碳信贷+碳保险”等全套融资组合，确保企业在风险发生后可以迅速获得理赔；后续权益转让、代位求偿等环节可以由银行与保险机构之间联动处理。其次，要建立健全信息资讯共享机制。作为“上合组织银联体”“伯尔尼协会”等金融领域国际组织的重要成员，我国金融机构拥有广阔的国际视野、全面的信息资源和先进的分析技术，应当发挥优势，积极为企业提供、解读、研判碳达峰碳中和领域的海外商机、国别风险、营商环境、政策法规等国际绿色金融关键信息和最新动态。再其次，要主动参与企业低碳发展战略设计。各类金融机构应当探索建立工作联席会议模式，主动关心企业绿色发展需求，帮助企业制定中长期低碳发展战略，协同相关政府部门建立长效沟通机制，依托科技驱动绿色金融开展数据分析、碳足迹可视化等服务，打造政府监管部门、金融机构、企业互联互通的“碳管理平台”模式，一站式推动企业绿色发展。最后，要充分认识到中小微企业在经营模式、风险需求和资金配置方面与大型企业存在的差异。为中小微企业和家庭、个人开发个性化绿色金融产品，且根据不同环境风险级别设置差异化评估标准、保险费率及融资门槛，拓展绿色金融产品适用领域和应用范围。

五、结语

推动我国绿色金融体系的国际化建设，是新时代发展新质生产力的题中之义。当前国际通行的三大绿色金融体系各有侧重、相互补充、紧密联系、互动协作，使绿色金融信息披露、风险预警、服务实体经济等环节环环相扣，形成了一条完整的绿色金融体系保障链条：世界银行体系强调各国借款人、金融机构和利益相关方协同参与的绿色金融信息披露框架建设；央行监管体系注重为应对绿色金融风险提供情景设定、分析方法和审查机制；联合国格拉斯哥体系则着力于引导银行业、保险业、资产业协同参与净零减排进程。纵观未来，我国绿色金融体系的国际化建设前景广阔，可借助三大国际绿色金融体系的成熟经验，遵循适度从紧、循序渐进的原则，从构建绿色金融信息披露框架、完善绿色金融风险监管机制、加强金融与实体协调经济发展等方面加以推进，不断提升我国在全球经济金融治理中的推动引领作用，在全球范围内推广我国的绿色金融政策、标准和最佳实践，以实现加快发展新质生产力、扎实推进高质量发展的历史使命。

参考文献：

[1]白雪石，任桥，金林立.绿色金融标准：趋势及展望[J].清华金融评论，2022(10).

[2]陈红彦.碳中和目标下全球气候治理的竞争转向与中国对策[J].法商研究，2023，40(3).

[3]邓宇.中国蓝色金融发展路径研究：国际经验、本土创新与路线设计[J].西南金融，2023(7).

[4]葛春尧，李强，王梅婷.统筹建立我国绿色金融标准体系[J].中国金融，2023(3).

[5]洪艳蓉.论碳达峰碳中和背景下的绿色债券发展模式[J].法律科学(西北政法大学学报)，2022，40(2).

[6]李慧.贾康：绿色金融的主要组成部分应纳入政策性金融范畴[J].科技与金融，2022(6).

[7]李雅婷，陈济.高碳资产绿色转型的关键[J].中国金融，2023(15).

[8]林诚，赵梓辰.论碳融资保险的法律构造[J].长春大学学报，2024，34(7).

[9]林诚.出口信用保险合同理赔条款的效力与适用——

以“伯尔尼协会”成员单位的商业实践为借鉴[J].国际经济法学刊,2021(1).

[10]林诚.加快绿色金融体系的国际合作机制建设[N].光明日报,2024-01-13.

[11]林旭霞.林业碳汇权利客体研究[J].中国法学,2013(2).

[12]马骏,孙天印.气候转型风险和物理风险的分析方法和应用——以煤电和按揭贷款为例[J].清华金融评论,2020(9).

[13]马骏.《G20转型金融框架》及对中国的借鉴[J].中国金融,2022(23).

[14]马梅若.定目标聚合力 金融支持绿色低碳发展迎顶层设计[N].金融时报,2024-04-12.

[15]马梅若.突围“标准”与“激励”瓶颈 转型金融从争议到共识[N].金融时报,2023-10-25.

[16]尼克·罗宾斯,西蒙·迪考,乌尔里希·沃尔兹.净零中央银行:绿化金融体系的下一阶段[J].清华金融评论,2021(12).

[17]倪受彬.受托人ESG投资与信义义务的冲突及协调[J].东方法学,2023(4).

[18]汪红驹,杨雅婷,姚博.综合运用宏观政策工具应对气候相关金融风险[J].全球化,2023(2).

[19]徐洪峰,伊磊.境内外转型金融产品创新、对比分析及发展建议[J].西南金融,2023(9).

[20]叶榅平.可持续金融实施范式的转型:从CSR到ESG[J].东方法学,2023(4).

[21]张洁.“双碳”目标下我国绿色金融发展困境及对策研究[J].西南金融,2022(9).

[22]张梓太.中国古代法典传统与当代生态环境法典编纂[J].法学评论,2024,42(3).

[23]朱晓勤.高质量发展引领下ESG信息披露的规制优化[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2024,74(3).

[24]Alastair Marke. Governing Carbon Markets with Distributed Ledger Technology[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

[25]Bank of England. Stress Testing: The 2024 Desk-Based Stress Test[EB/OL]. (2024-09-01) [2024-09-09]. https://www.bankofengland.co.uk/stress-testing.

[26]Berne Union. Climate Working Group: Connecting Innovation in Export Credit to Global Problem-Solving[EB/OL]. (2022-02-01) [2024-09-09]. https://www.berneunion.org/Stub/Display/234.

[27]Cheng Lin. Law of Export Credit Insurance and Guarantees[M]. London: Routledge, 2023.

[28]Elisa Morgera. Corporate Environmental Accountability in International Law[M]. Oxford: Oxford University Press, 2020.

[29]Kate Booth. Climate, Society and Elemental Insurance: Capacities and Limitations[M]. London: Routledge, 2022.

[30]Kurt Deketelaere. Myths and Realities of Business Environmentalism[M]. Cheltenham: Edward Elgar Press, 2011.

[31]NGFS. Climate Scenarios for Central Banks and Supervisors[EB/OL]. (2022-09-06) [2024-09-09]. https://www.ngfs.net/en/ngfs-climate-scenarios-central-banks-and-supervisors-september-2022.

[32]NGFS. Enhancing Market Transparency in Green and Transition Finance[EB/OL]. (2021-04-27) [2024-09-09]. https://www.ngfs.net/en/enhancing-market-transparency-green-and-transition-finance.

[33]NGFS. Overview of Environmental Risk Analysis by Financial Institutions[EB/OL]. (2020-09-10) [2024-09-09]. https://www.ngfs.net/en/overview-environmental-risk-analysis-financial-institutions.

[34]NZAOA. Increasing Climate Ambition, Decreasing Emissions - The Third Progress Report of the Net-Zero Asset Owner Alliance[EB/OL]. (2024-01-01) [2024-09-09]. https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2023/10/NZAOA-Third-Progress-Report.pdf.

[35]NZAOA. Target-Setting Protocol Third Edition [EB/OL]. (2023-01-01) [2024-09-09]. https://www.unepfi.org/industries/target-setting-protocol-third-edition/.

[36]UNEPFI. Guidelines for Climate Target Setting for Banks[EB/OL]. (2021-04-01) [2024-09-09]. https://www.unepfi.org/industries/banking/guidelines-for-climate-target-setting-for-banks/.

[37]UNEPFI. High-Level Recommendations for Credible Net-Zero Commitments from Financial Institutions[EB/OL]. (2022-10-01) [2024-09-09]. https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2021/10/Recommendations-for-Credible-FI-NZ-Commitments.pdf.

[38]UNEPFI. The Use of Carbon Credits in Climate Target Setting[EB/OL]. (2023-09-01) [2024-09-09].

https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2023/09/NZBA-Supporting-Note-The-Use-of-Carbon-Credits-in-Climate-Target-Setting.pdf.

[39]UNFCCC. Finance - Climate Action Pathway[EB/OL]. (2022-01-02) [2024-09-09]. https://unfccc.int/sites/default/files/resource/Finance_VisionSummary_V2.pdf.

责任编辑:李焰

Research on the Internationalization Construction Strategy of China's Green Financial System

Abstract: Green finance is an important development strategy of the Party and the State, and has an important traction in promoting the high-quality development of new quality productivity. The construction of an internationalized and high-level green financial system will help China reduce cross-border green financial transaction costs, prevent risks in the international green financial market and optimize the allocation of global green financial resources. China can refer to the construction experience of the international green financial system to promote the internationalization of the green financial system in terms of constructing a green financial information disclosure framework, improving the green financial risk supervision mechanism, and strengthening the coordination of green development between finance and the real economy.

Keywords: green finance; transition finance; green development; environmental information disclosure; climate risk; climate governance; carbon emission reduction; low-carbon transition

数字人民币跨境支付中的个人信息规则建构
——以“一带一路”倡议为视角

谢迪扬

摘要：个人信息议题是数字人民币跨境支付的法治重点，相关规则建构应以深化区域货币伙伴关系为目的指向，围绕安全性和可溯性的双重要求，采取契合“一带一路”沿线国家和地区特点的差异化建构策略。但现有规则既未充分适应各方的不同网络安全水平，也未根据各方金融基础设施的不同类型调整建构策略，难以在“一带一路”倡议下保障数字人民币跨境支付中的个人信息安全、提升跨境支付安排的反洗钱、反恐怖融资能力。建议运用类型化分析法，根据当地的网络安全水平，以及数字人民币系统对接的金融基础设施类型，将“一带一路”沿线国家和地区分为四类，并依次阐述契合各类国家和地区特点的个人信息规则建构建议。

关键词：数字人民币；跨境支付；个人信息；一带一路；反洗钱

一、问题的提出

法定数字货币是法定货币在数字经济时代的产物，其依托国家信用发行并具有法偿性，已成为引领国际金融秩序变革的重要变量。[1]数字人民币则特指中国人民银行发行的法定数字货币，其“跨境支付”指的是不同国家或地区之间，由于跨境贸易、投资等因素引起的、需借助数字人民币与其他货币的合作安排来实现的资金跨境转移现象。[2]在“一带一路”倡议下，数字人民币跨境支付实践日益频繁。双边层面，中国人民银行已与中国香港、新加坡等“一带一路”沿线国家和地区的央行/货币当局签署双边合作备忘录，目前已实现数字人民币系统与香港本地快速支付系统“转数快”互通。多边层面，中国与泰国、阿联酋等“一带一路”沿线国家和地区共同建设的多边央行数字货币桥（multi-Central Bank Digital Currency Bridge，简称 mBridge）项目正在稳步推进，现已进入“最小可行化产品”阶段。

但是，“一带一路”倡议下有关数字人民币跨境支付的法律建设仍较为滞后，特别是个人信息规则不全面、不具体的问题，可能阻碍相关合作的推进。因为一方面，数字人民币采取“可控匿名”的隐私政策，用户的个人信息仍会在各交易节点“留痕”。如果未妥善设置个人信息保护规则，则将引发“一带一路”区域民众对数字人民币之隐私安全性的疑虑。另一方面，数字人民币的“小额匿名”机制可能被不法分子利用，实施洗钱等犯罪行为，实践中已出现利用该机制隐瞒犯罪所得的案例。[1]因此个人信息规则还将承载反洗钱、反恐怖融资（简称反洗钱）的公共目标。可见，以“一带一路”倡议为视角，深入研究数字人民币跨境支付的个人信息规则，在现阶段具有重大现实意义。

当前，学界已围绕数字人民币的个人信息问题展开研究。原理上，强调在公私利益衡量的基础上，[3]根据效率、[4]信息明确性等因素，[5]确定个人信息保护义务的边界；主体上，认为应由专门性的监管机构履行个人信息保护义务，[6]逐步实现此类义务从中国人民银行向运营机构的转移，[7]但仍前者仍须监管后者；[8]风险研判上，认为现有规则存在监管权滥用、

作者简介：谢迪扬（1995-），浙江绍兴人，复旦大学法学院博士研究生，研究方向为国际金融法、金融科技监管。

基金项目：国家社会科学基金重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”（编号：18ZDA153）；国家社会科学基金青年项目“粮食安全视域下种业知识产权惠益分享机制研究”（编号：22CFX082）。

[1] 参见石贸、林石东等帮助信息网络犯罪活动罪刑事判决书（（2023）黑 0302 刑初 29 号）。

[9]保护义务薄弱、[10]隐私等级混乱[11]以及双层运营的二次侵权等漏洞；[12]科技上，认为技术局限是引发个人信息风险的重要原因，[13]如对去中心化技术的理解有限、[14]支付链路存在“伪匿名”悖论等，[15]建议引入新兴隐私增强技术来消减风险。[16]然而，目前学界更多聚焦于数字人民币境内支付中的个人信息规则，对跨境支付场景下的同类问题缺乏系统研究。而且，现有研究未充分关注“一带一路”沿线国家和地区之间的鲜明区别，未提出契合各方特点的差异化规则设计。

对此，本文首先将厘清基本理论，在剖析个人信息跨境流动机理的基础上，明确规则建构的目的指向（深化区域货币伙伴关系）和双重要求（个人信息安全性与可溯性），并指出规则建构策略应契合“一带一路”沿线国家和地区的特点。其次，将分析“一带一路”倡议下的现有规则并指出缺陷。最后，将运用类型化分析法，根据当地的网络安全水平和数字人民币系统将对接的金融基础设施类型，对“一带一路”沿线国家和地区进行分类，并依次针对每类国家和地区提出差异化的规则建构建议。

二、数字人民币跨境支付中个人信息规则建构的基本理论

为发挥基本理论对规则建构的引领作用，在深入探讨数字人民币跨境支付中的个人信息规则细节之前，本部分将先厘清相关基本理论，包括个人信息的流动机理，以及规则建构的目的、要求与策略。

（一）数字人民币跨境支付中的个人信息流动机理：基础设施与路径呈现

数字人民币采用“双层运营体系”，中国人民银行在“发行层”向具备资质的商业银行发行数字人民币，个人在“流通层”向商业银行兑换数字人民币，并与商户等其他主体交易。[2]数字人民币的登记结算伴随着个人信息流动，其分为两个阶段（图 1）。一是个人信息从个人到商业银行的流动。在注册或升级数字钱包时，个人须向商业银行披露手机号、身份证号等能够成为个人身份唯一标识的信息，披露的范围随着钱包等级的上升而扩大。这些个人信息被存储在“数字货币商业银行库”。二是个人信息从商业银行到中国人民银行的流动。个人开展数字人民币交易后，商业银行须将每笔交易明细以及相关个人信息传输至中国人民银行，[17]存储于“数字货币发行库”。此外，商户也可获得交易对方的部分脱敏信息，如匿名化的钱包编号或昵称等，[18]但这不属于法律上的“个人信息”，因此本文不详细讨论。

数字人民币的跨境支付沿用“双层运营体系”，跨境阶段则依托特定的“互联互通”安排（即连接数字人民币系统和其他法定数字货币系统/传统金融市场基础设施的合作安排）进行。其采用分布式账本技术（distributed ledger technology，简称 DLT），将节点部署在各个央行/货币当局等金融机构。跨境支付所涉个人信息，由随机生成的“密钥对”实现假名保护，只有交易双方（即付款人和收款人的开户行）以及对应的央行/货币当局才有权获知。[19]个人信息流动的具体路径，受付款人和收款人开户行的境内外分布情况影响，主要有以下三种常见情形。一是付款人开户行在境内、收款人开户行在境外。付款人的个人信息将经过境内开户行、中国人民银行、境外央行/货币当局等金融机构，最终到达收款人的境外开户行（图 2）。二是付款人开户行在境外、收款人开户行在境内。此时个人信息的流动路径与情形一相反（图 3）。三是付款人和收款人的开户行均在境外，但由于数字人民币系统位于境内，该情形依旧属于数字人民币的跨境支付。付款人的个人信息将先经过境外开户行、境外央行/货币当局等金融机构，到达中国人民银行，再传回境外央行/货币当局等金融机构，到达收款人的境外开户行（图 4）。

[2] 参见《中国数字人民币的研发进展白皮书》（2021 年）。

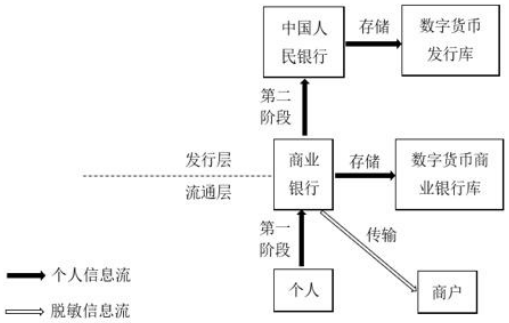


图 1："双层运营体系"中的个人信息流动路径

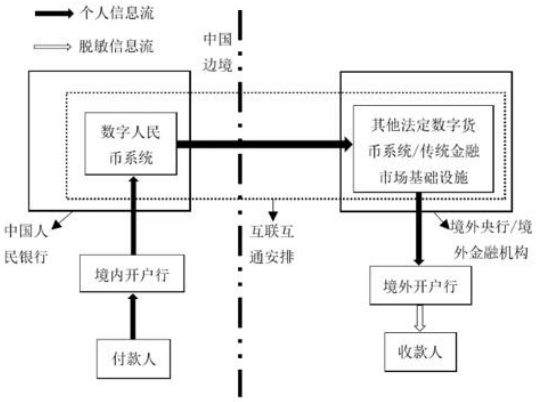


图 2："情形一"的个人信息流动路径

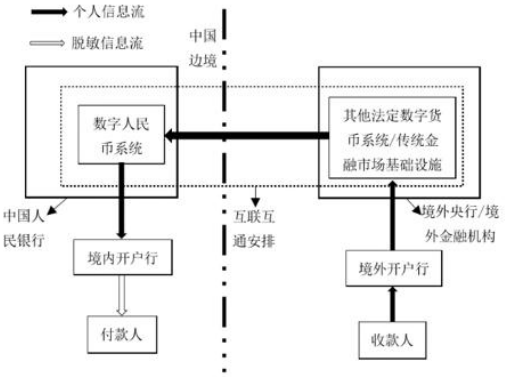


图 3："情形二"的个人信息流动路径

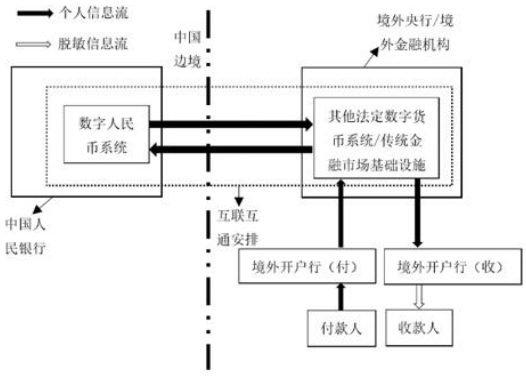


图 4："情形三"的个人信息流动路径

（二）数字人民币跨境支付中个人信息规则建构的目的指向：深化区域货币伙伴关系

从上文论述可知，数字人民币的跨境支付伴随着个人信息的跨境流动，这就使得个人信息议题成为了数字人民币跨境支付的法治重点。本部分将阐明规则建构的目的指向——深化区域货币伙伴关系，并分析其对个人信息规则建构提出了何种要求。

1. 区域货币伙伴关系：定义与作为目的指向的正当性

与“统治关系”相对，“伙伴关系”（partnership）指的是一种通过平等合作来联合解决共同问题的社会组织模式。[20]在国家间，伙伴关系往往意味着其存在共同利益。[21] 2008年金融危机后，为共同抵御风险，全球涌现出大量政府间货币合作协议。对此，学界发展了“伙伴关系”理论，提出“货币伙伴关系”的概念。“区域货币伙伴关系”正是其中的一种，即在特定国际区域内，以货币融通为目标、以货币合作为路径、联合解决跨境货币问题的组织模式。

在“一带一路”倡议下深化区域货币伙伴关系，对中国以及“一带一路”沿线国家和地区具有重大现实意义，这正体现了将其视作目的指向的正当性。从中国的视角分析，中国已是全球第二大经济体，2023 年国内生产总值占全球份额约 17%，对全球经济增长的贡献率达 32%。[3]但人民币的全球支付占比仍为 4%左右，[4]与中国经济体量不够相称，不利于中国经济突破发展瓶颈。[22]而区域货币伙伴关系的深化，能够推进人民币区域化，提升人民币全球支付占比，从而减少中国经济的未来发展障碍。从“一带一路”沿线国家的视角分析，深化区域货币伙伴关系还有利于促进区域货币体系向更加安全、公平和多元的方向变革。在当前的货币格局下，美元占据的优势地位十分显著。美国可为维护其利益，对其他国家实施不合理的金融制裁，[23]这已对“一带一路”沿线国家和地区的本土金融安全造成威胁。在“一带一路”倡议下深化区域货币伙伴关系，则有望改变当前美元的垄断地位，[24]建设一条独立于美

[3] 数据来源于《中华人民共和国 2023 年国民经济和社会发展统计公报》。
[4] 数据来源于 SWIFT。

元的跨境支付新渠道，抵御美国的长臂金融制裁。[25]这有利于提升“一带一路”区域内的金融稳定性和交易安全性，是区域经济稳健发展的有力保障。[26]可见，深化区域货币伙伴关系具有重大现实意义，将其视为规则建构的目的指向是正当的。

2. 个人信息安全性与可溯性：目的指向对规则建构提出的双重要求

数字人民币跨境支付中的个人信息规则，应同时保障个人信息安全性与可溯性，这是深化区域货币伙伴关系的目的指向提出的双重要求。一方面，保护数字人民币跨境支付所涉个人信息安全，是深化区域货币伙伴关系的内在要求之一。与现金支付的完全匿名不同，[27]在数字人民币交易中，双方的个人信息将附着于支付指令，出现跨境流动现象，这使得个人信息的安全问题成为各方关切。研究报告显示，隐私保护是民众对法定数字货币的最大期待。[28]如果相关规则未充分重视个人信息的安全性，导致大量用户遭遇个人信息泄露、精准广告骚扰等情况，[29]就将削弱“一带一路”区域民众对数字人民币的信任。特别是在货币竞争较为激烈的当下，个人信息的安全性缺乏法律保障，将降低民众选择数字人民币的积极性，将阻碍区域货币伙伴关系的深化。另一方面，深化区域货币伙伴关系的目的指向还涵盖了保护公共利益、维护区域金融安全的内在要求，这意味着个人信息须具备可溯性。如果数字人民币用户的个人信息披露义务被过度简化，各央行/货币当局、商业银行等运营机构就难以充分了解用户，无法有效防范数字人民币被用于洗钱等违法犯罪行为。长远来看，这将破坏“一带一路”区域内的金融安全，损害数字人民币的国际声誉，[30]这同样不利于在“一带一路”倡议下深化区域货币伙伴关系。因此，在保障个人信息安全之余，相关规则建构还须兼顾个人信息的可溯性。

（三）规则建构策略：契合“一带一路”沿线国家和地区特点

在“一带一路”倡议下建构数字人民币跨境支付的个人信息规则，不能忽视各沿线国家和地区的显著差异。其中，当地的网络安全水平，以及对接数字人民币系统的金融基础设施类型，对个人信息的规制效果影响较大。因此，本部分将聚焦上述两项因素，提出具有针对性的规则建构策略

1. “一带一路”沿线国家和地区的网络安全水平与规则建构策略

数字人民币跨境支付依托互联网技术，网络安全状况越不理想的国家和地区，发生个人信息泄露事故的风险也就越大。[31]当前，“一带一路”倡议下各沿线国家和地区的网络安全水平参差不齐，须针对不同国家的具体情况，设置相应的个人信息规则。本文根据国际电信联盟发布的最新版全球网络安全指数报告，以中国的网络安全指数为标准，将“一带一路”沿线国家和地区分为两类，即网络安全水平较高和较低的合作方。[5]网络安全水平较高的国家和地区一般具有较强的个人信息保护技术，以及相对完善的国内法或地区性法律。与其开展数字人民币跨境支付合作时，可在简要重申个人信息安全共识的基础上，注重划分各方的个人信息安保义务，统筹衔接保护标准。此外，还可深化有关个人信息可溯性的规则设计。由于跨境支付全线都处于安全的网络环境中，为更高效、精准地打击洗钱，各方可适当扩大个人信息传输的范围、强化金融情报交换机制，以提升跨境执法效率。在与网络安全水平较低的国家和地区开展合作时，应将更多的立法资源投入到个人信息安全能力建设上，增设技术援助与过渡期条款。因为这类合作方往往属于经济欠发达地区，目前依然缺乏且难以自主培养符合中国标准的网络安全能力。在可溯性方面，为规避网络安全风险，不宜盲目追求大范围的个人信息跨境传输，而应采用更谨慎的规则设计。

2. 对接数字人民币系统的金融基础设施类型与规则建构策略

在不同“一带一路”沿线国家和地区，用以对接数字人民币系统的金融基础设施类型并

[5] 根据《全球网络安全指数 2020》，中国网络安全指数的全球排名为 33，排名高于或等于中国的“一带一路”沿线国家有 22 个，为“网络安全水平较高的合作方”。其余 132 个沿线国家的排名低于中国，属于“网络安全水平较低的合作方”。数据来源于《全球网络安全指数 2020》。

不一致。目前来看，主要涉及两类设施，分别是法定数字货币系统和传统金融市场基础设施，二者的个人信息处理机制差异较大。从底层技术上看，法定数字货币系统一般采用个人信息链上存储方案，实施哈希算法、非对称加密算法等多重先进的防护举措，个人信息相对安全。[32]而传统金融市场基础设施一般采用非 DLT 的数字账本技术，个人信息安保能力较弱。从主管机构上看，法定数字货币系统一般由各央行/货币当局主管，更易取得公众信任。而传统金融市场基础设施的主管机构并不一定属于公共部门，其可能交由商业银行、第三方支付企业等盈利机构管理，[6]可能引发公众疑虑。可见，有必要针对不同基础设施类型调整个人信息规则建构策略。例如，对接法定数字货币系统时，可对 DLT 的高水平个人信息保护机制进行法律确认。对接传统金融市场基础设施时，则可围绕非 DLT 的底层技术以及主管机构的多元性，设置特殊的个人信息规则，如央行/货币当局对其他主管机构的监管义务等。

三、现有规则的分析：“一带一路”倡议下的规则发展现状与缺陷

“一带一路”倡议下已发展出单边、双边和多边三类数字人民币跨境支付规则，[33]但其中的个人信息规则尚不成熟。本部分将在梳理规则发展现状的基础上指出其缺陷。

（一）“一带一路”倡议下数字人民币跨境支付个人信息规则的发展现状

1. 单边层面：围绕中国国内法的分析

个人信息的频繁跨境流动加剧了风险，对此，强化本国法中个人信息规则的域外效力，正逐渐成为国际共识。[34]中国国内法已发展出可适用于数字人民币跨境支付场景的个人信息规则，内容主要有以下方面。一是围绕“关键信息基础设施”的规则。根据《中华人民共和国网络安全法》（2016 年，简称《网络安全法》），“数字货币发行库”和“数字货币商业银行库”均属于金融领域的“关键信息基础设施”，因此中国人民银行和商业银行须履行更高标准的安保义务，包括设置专门的安全管理机构、开展“容灾”数据备份等。其收集的个人信息原则上应存储于境内，确需向境外提供的，应通过国家网信部门的安全评估。二是围绕个人信息跨境提供的规则。按照《中华人民共和国个人信息保护法》（2021 年，简称《个人信息保护法》），中国人民银行和商业银行应采取必要措施，确保与其合作的境外金融机构，已采纳达到中国大陆水平的个人信息保护标准。其还应告知用户境外金融机构的基本信息与维权方式，并取得个人的单独同意。三是围绕敏感个人信息的规则。《个人信息保护法》规定，数字钱包的金融账户信息属于敏感个人信息，处理此类信息应当取得个人的单独同意，而且只有在采取严格保护措施的情形下方可处理。可见，虽然未制定针对数字人民币跨境支付的个人信息规则，但现有规则也能起到一定的个人信息保护效果。

2. 双边层面：围绕中国签署的双边协议的分析

双边协议现已成为“一带一路”倡议下推进数字人民币跨境支付的重要法律工具，其主要包括两类，聚焦金融或电子商务议题的双边备忘录和双边自由贸易协议。前者包括与香港金融管理局签署的《关于在粤港澳大湾区深化金融科技创新监管合作的谅解备忘录》(2021 年)、与新加坡、阿联酋等“一带一路”沿线国家签署的双边金融合作备忘录、[35]电子商务合作备忘录等。[7]虽然此类双边备忘录已开始关注个人信息的跨境流动问题，[8]但尚未针对数字人民币跨境支付场景，发展出系统的个人信息规则。后者包括中国与韩国、厄瓜多尔、尼加拉瓜等“一带一路”沿线国家签署的自由贸易协议，其中的个人信息规则在数字人民币跨

[6] 例如香港“转数快”中的人民币交收账册就设立在中国银行（香港）有限公司，而非香港金融管理局（香港货币当局）。

[7] 截至 2023 年 11 月，中国已与 30 个“一带一路”沿线国家签署电子商务合作备忘录。数据来源于《“丝路电商”合作发展报告 2016-2023》（2023 年）。

[8] 例如中国与土耳其签署的电子商务合作备忘录就将个人信息保护列为重点合作议题之一，但未细化具体的保护规则。see Memorandum of Understanding on Electronic Commerce between the Ministry of Commerce of the People’s Republic of China and the Ministry of Trade of the Republic of Turkey (2020).

境支付场景下具有可适用性，内容主要有以下方面。一是线上个人信息保护，要求缔约方利用国内法和双边合作，确保从其他缔约方转移的个人信息安全，并鼓励金融机构公布个人信息保护政策。二是网络安全保障，要求缔约方增强应对网络安全事件的国家能力，并以合作方式预防、遏制恶意网络入侵。三是政府约束，明确规定缔约方不得要求金融机构向其披露个人信息，也不得以规避协议义务为目的，阻止金融机构日常运营所需的个人信息处理工作。但上述规则均较为笼统，在其适用于数字人民币跨境支付场景时，存在体系化和针对性不足的问题。

3. 多边层面：围绕“多边央行数字货币桥”等多边法律架构的分析

“一带一路”倡议下的多边法律架构也包含个人信息规则，可将其适用于数字人民币跨境支付场景。一是《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership，简称 RCEP）中的个人信息规则。在线上个人信息保护方面，RCEP 要求缔约方在制定个人信息法律框架时，考虑国际标准、原则和指南，并向金融机构公布合规信息，向个人公布法律救济信息等。在网络安全方面，RCEP 则进一步要求缔约方认定负责应对网络安全事件的主管部门，并以交流最佳实践等方式，加强各方能力建设。二是 mBridge 法律架构中的个人信息规则。mBridge 是“一带一路”倡议下针对法定数字货币的重要多边合作项目，其自启动之初就非常重视个人信息保护。根据国际清算银行（Bank for International Settlements，简称 BIS）公布的信息，通过 mBridge 开展数字人民币跨境支付时，付款人、收款人的身份信息等，都将获得随机生成的假名密钥保护，只有交易双方及相应央行/货币当局才能查看。此外，BIS 还公布了 mBridge 的组织架构，包含一个指导委员会和四个小组委员会，后者分管合规、技术、法律和政策四个领域。其中，主要由法律委员会细化发展个人信息规则，由其他委员会协作实施。[36]可见，多边个人信息规则也未发展成熟。

（二）现有规则的缺陷

现有规则已能在一定程度上保障数字人民币跨境支付中的个人信息安全性与可溯性，但仍不完善，尚未根据“一带一路”沿线国家和地区的特点调整规则建构策略。

1. 对不同网络安全水平的适应性不足：围绕安全性与可溯性的分析

针对网络安全水平较高的国家和地区，现有规则未能在安全性维度上实现个人信息保护标准的细化和衔接。首先，现有规则未妥善划分各央行/货币当局之间的个人信息保护义务。单边层面，境内外各央行/货币当局都是《个人信息保护法》的规范对象，个人信息在各方主体间流动的情形，属于“共同处理个人信息”，各方应对个人信息权益损害承担连带责任。[9]但根据主权平等原则，一国法律无法规制他国公权力机构，因此连带责任并不合适。双边与多边层面，现有规则未明确各央行/货币当局保护个人信息的义务，更未发展出各方义务的划分规定，可能出现各方推诿责任的状况。即便中国人民银行承担了全部责任份额，也难以向其他央行/货币当局追偿。

其次，现有规则未明确各央行/货币当局对其境内商业银行之个人信息处理行为的监管义务。单边层面，中国人民银行已发布《人民银行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》（2011 年），可见其已在履行监管职责。但该通知属于部门规范性文件，法律层级过低，监管标准也有待细化。双边与多边层面，现有规则尚未规定各央行/货币当局监管商业银行的义务。这不利于借助各央行/货币当局的信用基础，为数字人民币跨境支付的个人信息安全性增信。

再次，现有规制商业银行个人信息处理行为的规则也不完善。单边层面，《中华人民共和国商业银行法》（2015 年）尚不涉及商业银行的个人信息保护义务，目前只能适用《个人信息保护法》等一般法。双边和多边层面，也未发展出商业银行保护个人信息专门性规则，只能适用电子商务、服务贸易等章节中的一般性规定。

[9] 参见《个人信息保护法》（2021 年）第 20 条。

在与网络安全水平较低的国家和地区合作中，上述缺陷同样存在。此外，现有规则还可能产生阻碍合作的新问题。一方面，中国国内法采取了“一刀切”的高标准规则：如果境外金融机构的个人信息保护水平低于中国大陆，就不得向其提供个人信息。但目前约 85%的“一带一路”沿线国家网络安全水平低于中国，[10]向其境内金融机构传输个人信息不符合中国法。另一方面，双边、多边协议虽已涉及个人信息跨境保护合作，但未发展出具体的技术援助和过渡期条款。可见，现有规则可能阻碍中国与大部分“一带一路”沿线国家和地区开展数字人民币跨境支付合作。

在可溯性维度上，现有规则也未能较好适应“一带一路”沿线国家和地区的不同网络安全水平。与网络安全水平较高的国家和地区合作时，现有规则未深化反洗钱执法的跨境合作机制。按照目前的技术安排，当其他系统与数字人民币系统对接后，作为交易双方的商业银行，以及相应的央行/货币当局，均可获悉交易所涉个人信息。但现有规则未利用这种安全网络环境的优势，设置完善的反洗钱跨境执法规则，例如较大范围的个人信息传输义务、上游犯罪等金融情报的交换机制，[37]不利于提升数字人民币的反洗钱能力、维护“一带一路”倡议下的区域金融安全。与网络安全水平较低的国家和地区合作时，现有规则未针对跨境传输的个人信息范围设置更审慎的规定。

2. 契合不同金融基础设施类型的差异化规则缺失：围绕底层设计与主管机构的分析

当前主要有两类金融基础设施，可能通过特定的“互联互通”安排，与数字人民币系统相连。由于不同金融基础设施的底层技术和主管机构差异较大，个人信息规则应做出相应的调整。然而，现有规则尚未发展出这种契合不同金融基础设施类型的差异化规则设计。

在底层技术方面，数字人民币系统和其他法定数字货币系统均以 DLT 为底层技术，已达到现有电子支付工具中个人信息保护的最高水平。[38]但是，这种高水平的个人信息保护机制未得到法律确认。首先，现有规则未明确数字人民币跨境支付中各央行/货币当局节点的平等性。相比于传统的单节点账本，这种多节点的技术安排不易被篡改，在保护个人信息方面更具优势。[39]在法律上确认这种多节点平等设置的安排，有助于增进合作各方的信任，但现有规则尚不涉及。其次，现有规则也未确认个人信息链上跨境传输的加密与解密机制。按照现有实践，只有加密后的个人信息才能上链传输，而且只有作为交易对方的商业银行，以及相应央行/货币当局才有权解密。在法律上明确有关个人信息加密、解密的权利义务，有助于落实个人信息保护责任，然而现有规则也不涉及此类规定。大部分传统金融市场基础设施尚未采用 DLT 底层技术，须采取额外措施以增强其个人信息安保能力。但现有规则未围绕此类基础设施的技术特点，细化规定这种额外措施的内容以及实施主体。

在主管机构方面，法定数字货币系统一般由当地央行/货币当局主管，基于其公共属性，个人信息规则应依照国际法中的主权平等原则，赋予各方一致的权利义务，现有规则在这方面已基本符合要求。但传统金融市场基础设施的主管机构则较为多元，可能包括民间行业协会、商业银行、科技企业等不具有公共属性的机构。这些私人机构掌握了传统金融市场基础设施的个人信息处理权，民众可能对其个人信息保护能力，以及相关管理行为的公正性产生疑虑。然而，现有规则尚未涵盖针对此类多元化主管机构的规则设计。例如，主管机构是否应及时制定并公开个人信息保护政策、向用户提供维权与投诉途径，当地央行/货币当局是否负有对上述主管机构的监管义务等，现有规则都没有明确规定。

四、数字人民币跨境支付中的个人信息规则建构建议——基于“一带一路”沿线国家和地区的类型化分析

为在“一带一路”倡议下深化区域货币伙伴关系，数字人民币跨境支付的个人信息规则应围绕个人信息的安全性与可溯性建构。与不同沿线国家和地区的合作中，规则设计不宜过

[10] 数据来源于《全球网络安全指数 2020》。

度模板化，而应根据当地特点做出相应调整。本部分将根据上文分析的两个变量，将数字人民币在“一带一路”倡议下的跨境支付合作对象分为四种类型，分布在图 5 所示的四个象限，并依次针对每个象限的特点，提出个人信息规则建构建议。

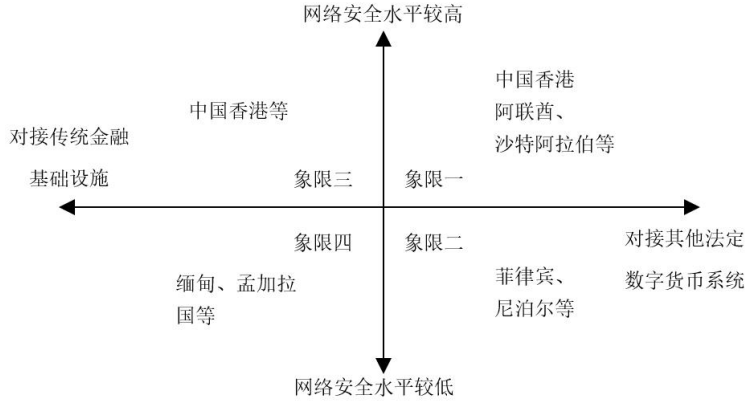


图 5：“一带一路”倡议下数字人民币跨境支付合作对象的类型化分布图

（一）契合象限一主体的个人信息规则建构建议

象限一主体（如阿联酋、沙特阿拉伯等）的网络安全水平较高，且其法定数字货币已处于试点阶段，数字人民币系统有较大可能将与当地的法定数字货币系统对接。契合这类主体的个人信息规则建构建议如下。

1. 安全性维度：个人信息保护义务的公平划分与保护标准的统筹衔接

安全性维度上，首先应公平划分各央行/货币当局的个人信息保护义务。国内法上，应排除个人信息侵权的连带责任承担方式，在数字人民币跨境支付场景下的可适用性。具体可在《个人信息保护法》第 20 条第 2 款补充：“法律、行政法规另有规定的除外”，并在《中华人民共和国中国人民银行法（修订草案征求意见稿）》（2020 年，简称《中国人民银行法（草案）》）第 30 条规定：“造成损害的，依照协议承担责任。中国人民银行替其他机构承担责任的，可依法追偿。”双边、多边协议上，可遵循主权平等原则，规定侵害个人信息权益造成损害时，各央行/货币当局应根据责任大小，各自承担相应的责任份额。超出份额承担责任的，可向其他主体追偿。其次，应明确各央行/货币当局监管境内商业银行之个人信息处理行为的义务。对此，《中国人民银行法（草案）》已规定了中国人民银行对金融机构的“检查监督权”与具体措施，如现场检查网络与信息系统、远程实施压力测试等。建议在双边、多边协议中纳入类似条款，明确各央行/货币当局对其境内金融机构的监管义务。再次，应注重统筹衔接各方商业银行的个人信息保护标准。《中华人民共和国商业银行法（修改建议稿）》（2020 年，简称《商业银行法（草案）》）第 76 条已详细规定了商业银行的个人信息保护义务，包括禁止篡改、倒卖、违法使用个人信息，以及监督第三方外包机构的义务等。双边、多边协议也可增设类似条款，以便统一各方商业银行保护个人信息的最低标准。

2. 可溯性维度：反洗钱跨境执法合作的深化

可溯性维度上，为深化反洗钱跨境执法合作，首先建议在双边、多边协议中设置较大的信息共享范围。由于合作各方均具备较高的网络安全水平，任何一方因安保工作的失误而损害个人信息权益的可能性都相对较小，因此可将手机号、身份证等较大范围的个人信息，随同数字人民币的跨境支付指令，传输至交易所涉的各个节点，以此提升反洗钱调查的效率。其次，双边或多边协议还可增设金融情报交换机制。由于各方网络安全水平均较高，因情报泄露导致执法陷入被动的可能性也较小。因此，可参考认可度较高的国际标准，如金融行动特别工作组（Financial Action Task Force on Money Laundering，简称 FATF）发布的《打击洗钱、恐怖融资与扩散融资的国际标准：金融行动特别工作组建议》（2019 年，简称《FATF 建议》）等，要求各方金融情报主管部门共享有关洗钱的上游犯罪信息，并与各央行/货币当

局、商业银行建立有序的联合执法或授权执法机制，以便及时采取阻断交易、扣押款项等措施，减少国家和当事人的损失。[40]

3. 基础设施维度：与 DLT 底层技术相契合

除安全性与可溯性维度外，个人信息规则建构还应考虑数字人民币将对接的金融基础设施类型。与象限一主体的合作中，相关规则应适当体现法定数字货币系统的特点，即与 DLT 底层技术相契合。具体而言，首先建议在双边或多边协议中明确规定，在数字人民币跨境支付合作中，各央行/货币当局的节点彼此平等，任何缔约方都无权获取与其无关的个人信息。其次，可细化个人信息加密、解密的制度安排。例如，商业银行负有在传输前核查个人信息加密状态的义务，作为交易对方的商业银行以及相应央行/货币当局则负有谨慎管理密钥的义务等。再次，还可细化个人信息的专人管理、分级授权和应急演练等规则，依法保障各法定数字货币系统的个人信息安全保护能力。[41]这种规则设计可增强“一带一路”区域民众的个人信息安全感，[42]使其更加信任并积极尝试数字人民币的跨境支付服务。

（二）契合象限二主体的个人信息规则建构建议

象限二主体（如菲律宾、尼泊尔等）的法定数字货币发展较快，但其境内的网络安全水平仍相对较低。针对这类主体，本部分将重点阐述如何建构契合较低网络安全水平的个人信息规则。有关法定数字货币系统的规则建构建议与象限一主体类似，本部分不再重复。

1. 安全性维度：技术援助与过渡期条款的设置

安全性维度上，针对象限一主体提出的建议均可适用于象限二主体，包括各央行/货币当局义务的公平划分、央行/货币当局监管商业银行的义务确认、商业银行个人信息保护义务的统筹衔接。此外，还须针对象限二主体境内网络安全水平较低的情况，补充设置特殊的个人信息安全规则。首先，建议在双边、多边协议中增设技术援助条款。为了在“一带一路”倡议下深化区域货币伙伴关系，不能因象限二主体当前的网络安全水平较低就简单放弃合作，而应积极开展技术援助。[43]具体而言，可明确规定给予援助的主体（中国人民银行、商业银行等）、时间安排以及技术类型，并可定期组织技术交流、培训活动，以帮助象限二主体尽早提升网络安全水平。其次，可在双边、多边协议中增设过渡期条款，规定协议生效后、对方网络安全水平达到一定标准前的时间段属于过渡期。过渡期内，可仅开通数字人民币从大陆到境外的单向跨境支付，并要求个人信息暂缓出境，由合作所涉央行/货币当局、商业银行等在中国大陆设立的专门机构代持，以规避象限二主体的网络安全风险。根据《个人信息保护法》第 53 条，境外主体处理境内自然人的个人信息，须在中国大陆设立专门机构，负责个人信息保护事务，因此该过渡期条款未显著增加合作对方的负担。而且根据 FATF“了解你的客户”合规标准，金融机构存储客户信息的地点不受限制。可见，由位于中国大陆的代理机构代持个人信息的做法，符合 FATF 标准。实践中，数字人民币系统可仅将交易指令传输到象限二主体境内，而将个人信息传输至位于中国大陆的代理机构。同时，还应规定双方配合反洗钱调查的义务，中国应及时批准小范围的涉案个人信息出境。

2. 可溯性维度：个人信息跨境传输范围的限缩

按中国国内法，中国人民银行或金融机构采取其他方式，确保个人信息在象限二主体境内的受保护水平，不低于中国大陆水平的，也可向其传输个人信息。但本文建议在相应的双边、多边协议中，适当限缩个人信息跨境传输的范围，以降低泄露风险。例如，可将小额交易所涉个人信息排除在跨境传输的范围之外。这首先是因为小额交易涉及洗钱的可能性较小。其次，根据数字人民币的“小额匿名”原则，小额交易中可供跨境传输的个人信息只有手机号，这对反洗钱调查的助益较为有限，[44]跨境传输反而会增加手机号泄露造成的精准广告骚扰等风险。同时，针对未跨境传输的个人信息，还应制定反洗钱调查中的个人信息跨境调取规则，明确设置相应的调取程序和响应时限。例如，在象限二主体启动反洗钱调查，确须掌握小额交易所涉特定手机号时，其可向中国人民银行发起个人信息跨境调取请求。收到请求

后，中国人民银行应在一定时间内批准或附理由拒绝。这种程序上的细致规定，有利于增强“一带一路”区域民众对数字人民币反洗钱能力的信心。

（三）契合象限三、四主体的补充建议：围绕传统金融市场基础设施的特点

数字人民币在象限三、四主体境内开展跨境支付合作时，其系统有较大可能将与传统金融市场基础设施对接。这一方面是因为位于象限三、四的部分主体（如缅甸、孟加拉国等）仍对法定数字货币持观望态度，未积极开展相关研究和试点，数字人民币系统在现阶段只能尝试对接当地的传统金融市场基础设施。另一方面，则是出于进一步深化区域货币伙伴关系的需要，中国人民银行可能与条件相对成熟的国家和地区（如中国香港等），开展多层次的数字人民币跨境支付合作，即同时对接当地的法定数字货币系统和传统金融市场基础设施。因此，本部分将重点围绕传统金融市场基础设施的特点，提契合象限三、四主体的规则建构建议。需要说明的是，象限三主体的网络安全水平较高，可适用象限一主体的相关建议，而象限四主体的网络安全水平较低，可适用象限二主体的相关建议，本部分对此不再重复。

1. 针对非 DLT 底层技术的个人信息规则

与法定数字货币系统的 DLT 底层技术不同，许多传统金融市场基础设施仍采用普通的数字账本技术，存储于此类基础设施的个人信息，面临相对较大的安全风险。[45]一方面，上文针对 DLT 底层技术提出的专人管理、分级授权等规则，也适用于此类传统金融市场基础设施。另一方面，建议在双边、多边协议中，针对这类非 DLT 底层技术的特点，纳入特殊的个人信息规则。首先，可强化容灾备份义务。以 DLT 为底层技术建构的金融基础设施能够自动产生多点数据备份，参与运营的区块链节点可以集体维护账本。但普通的数字账本需要额外操作才会产生数据备份，因此可在规则中明确要求个人信息备份的异地化和多地化，以增强传统金融市场基础设施对灾难性事件的抵御能力。其次，可设置个人信息加密义务。在 DLT 环境中，哈希算法、非对称加密算法等技术将自动为个人信息加密，保障个人信息的跨机构隔离。[46]但在普通的数字账本技术下，运营机构需要额外的加密操作，才能妥善隐藏个人信息。因此建议为相关金融机构设置个人信息加密义务，要求其必须在完成加密操作后才能跨机构传输个人信息。

2. 针对多元化主管机构的个人信息规则

法定数字货币的主管机构一般仅限于当地央行/货币当局，而传统金融市场基础设施的主管机构较为多元，可能涉及商业银行、第三方支付企业等盈利机构，因此应对其设置特殊的个人信息规则。首先，可在双边、多边协议中，明确当地央行/货币当局对其他主管机构的监管义务，要求定期对后者采取现场或非现场的个人信息安全检查措施。具体可参考《中国人民银行法（草案）》第 48、49 条规定的检查措施，如询问后者的工作人员，翻阅、复印相关资料，实施压力测试、评级、评估、风险监测等。其次，可规定其他主管机构的透明度义务，要求其提前公布个人信息管理政策，并在实施前的一定时间内公开征求意见。再次，还可明确个人信息安全事故的责任主体和追责机制。例如，可要求当地央行/货币当局与当地的其他主管机构承担按份责任，并公开投诉、维权渠道以及相应的程序。

五、结语

综上所述，数字人民币跨境支付中个人信息的妥善规制，是在“一带一路”倡议下全面提升数字人民币接受度、深化区域货币伙伴关系的前提和基础。因此，应综合运用单边、双边和多边法律工具，发挥个人信息法治的规范和引领作用，从而为人民币区域化营造安全可信的国际法治环境。在现阶段，应针对不同“一带一路”沿线国家和地区的特点，发展与其相适应的、差异化的个人信息规则，以促使各项数字人民币跨境支付合作兼顾个人信息安全性和可溯性，最终实现深化区域货币伙伴关系的目的。这类个人信息规则的建构完善，能够为数字人民币打造“隐私保护”和“反洗钱”的双重法治名片，提升中国的国际金融话语权

和影响力；还有助于开拓独立于美元的高效、公平、稳定的跨境支付渠道，维护“一带一路”倡议下各国的金融主权和区域金融安全，在为民众带来更多跨境支付便利和福利的同时，保障其享有充分的个人信息安全感。本研究的意义正在于此。未来，还有以下几项与本研究密切相关的议题，有待学界进一步探索。一是契合 mBridge 运营架构的多边个人信息规则建构与实施，即如何在保证个人信息安全的基础上，提升 mBridge 的反洗钱能力，完善相应的跨境执法合作机制。二是中国国内法中数字人民币个人信息规则的专门化和国际化，即如何开展数字人民币的专门性立法，并在其中妥善设置个人信息规则，以及如何促进中国的理念、标准和方案在更大程度上为国际协议所采纳。

参考文献：

[1] 杨松.央行数字货币制度演进的国际法关照[J].政法论丛,2023(1): 51.

[2] 吕昊旻,赵雪情.全球跨境支付特征、问题及前景[J].人民币国际化观察,2022(5):2-3.

[3] 柯达.基于公私利益衡量：论我国法定数字货币的个人信息保护[J].南京社会科学,2023(5):80.

[4] 赵玲.消费者个人金融信息权益的法律保护研究——基于数字人民币的视角[J].金融论坛,2022(12):38.

[5] Karin Thrasher. The Privacy Cost of Currency[J]. Michigan Journal of International Law, 2021, 42(2): 403-408.

[6] Vardi Noah. Bit by Bit: Assessing the Legal Nature of Virtual Currencies[M]. London: Palgrave Macmillan UK, 2016: 25-32.

[7] 李建星.数字人民币安全保障论[J].苏州大学学报（哲学社会科学版）,2023(5):116.

[8] Ellie Rennie, Stacy Steele. Privacy and Emergency Payments in a Pandemic: How to Think about Privacy and a Central Bank Digital Currency[J]. Law Technology & Humans, 2021, 3(1): 6-8.

[9] Charles M. Kahn. Payment Systems and Privacy[J]. Federal Reserve Bank of St. Louis Review, 2018, 100(4): 337-341.

[10] 柯达.数字人民币智能合约的风险规制[J].山东大学学报（哲学社会科学版）,2024(2):186.

[11] Sriram Darbha, Rakesh Arora. Privacy in CBDC Technology[R]. Bank of Canada Staff Analytical Note, 2020(9).

[12] Erika M. Douglas. The New Antitrust/Data Privacy Law Interface[R]. Yale Law Journal Forum, 2021.

[13] 岳平,杨晶晶.风险与防控：数字人民币反洗钱功能的建构与展望[J].上海大学学报（社会科学版）,2023(4):29.

[14] Kevin V. Tu, Michael W. Meredith. Rethinking Virtual Currency Regulation in the Bitcoin Age[J]. Washington Law Review, 2015(90): 272-275.

[15] John Kiff, Jihad Alwazir, Sonja Davidovic, et al. A Survey of Research on Retail Central Bank Digital Currency[R]. IMF Working Paper, 2020(104).

[16] 王炜炫.数字人民币发行和流通中的个人信息保护[J].南方金融,2023(6):86.

[17] 范一飞.关于央行数字货币的几点考虑[N].第一财经日报,2018-01-26(A05).

[18] 吴雨.数字人民币“可控匿名”回应隐私担忧[N].经济参考报,2021-04-01(A05).

[19] 穆长春.央行数字货币跨境支付原则与实践[EB/OL].https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_25467834(2023-11-29)[2024-08-13].

[20] 邓伟志.社会学辞典[M].上海:上海辞书出版社,2009:273.
[21] 苗翠芬,冯祯祯.外交伙伴关系与中国 FTA 签订[J].国际经贸探索,2024(7):39.
[22] 顾丽姝,王凯庆.人民币国际化的可行性及长期性[J].经济问题探索,2009(3):177.
[23] 李姝娟,韩爽.美国对俄罗斯金融制裁的法律机制与法律挑战[J].俄罗斯东欧中亚研究,2024(1):41.
[24] Wei Shen, Liyang Hou. China's Central Bank Digital Currency and Its Impacts on Monetary Policy and Payment Competition: Game Changer or Regulatory Toolkit[J]. Computer Law & Security Review, 2021(41):1-2.
[25] 张乐,王淑敏.法定数字货币：重构跨境支付体系及中国因应[J].财经问题研究,2021(7):66.
[26] Anton N. Didenko, Ross P Buckley. Central Bank Digital Currencies as a Potential Response to Some Particularly Pacific Problems[J]. Asia Pacific Law Review, 2022, 30(1):44.
[27] Charles M. Kahn, James McAndrews, William Roberds, Money is Privacy[M]. International Economic Review, 2005, 46(2):377-379.
[28] European Central Bank. Eurosystem Report on the Public Consultation on a Digital Euro[R], 2021.
[29] 胡凌.超越代码：从赛博空间到物理世界的控制/生产机制[J].华东政法大学学报,2018(1):6.
[30] 薛晓芃.中国"负责任大国"的身份建构及发展历程[J].理论视野,2018(12):71.
[31] 周瑞珏.数据泄露风险治理中网络安全保险的介入路径[J].北方法学,2024(2):76-78.
[32] 薛新红,邹银燕,王忠诚.跨境支付的新航道——多边数字货币桥框架建设与数字人民币国际合作[J].上海经济研究,2024(2):104.
[33] Piergiorgio Valente. Bitcoin and Virtual Currencies are Real: Are regulators still virtual?[J]. Intertax, 2018(46):541-549.
[34] 郭德香,李晓豫.我国个人金融数据跨境流动的法治保障[J].河南财经政法大学学报,2022(6):84.
[35] 倪禾,张育,刘曦子.数字人民币的国际合作与发展[J].银行家,2023(2):22-24.
[36] Bank for International Settlements, Project mBridge: Experimenting with a multi-CBDC platform for cross-border payments[R]. https://www.bis.org/about/bisih/topics/cbdc/mcbdc_bridge.htm(2023-10-31)[2024-08-13].
[37] 李春.澜湄流域防控跨境犯罪联合执法路径构建：反洗钱的视角[J].南洋问题研究,2021(3):5.
[38] 穆长春.数字人民币的隐私与安全的平衡之道——可控匿名的理论研究与实践探索[J].当代金融家,2022(9):5.
[39] 李青.区块链技术中的个人信息保护问题研究[J].上海法学研究,2022(5):189.
[40] 兰立宏.我国反洗钱与反恐怖融资金融情报信息交换机制优化研究——基于国际标准的视角[J].金融监管研究,2020(10):72.
[41] 涂萌,张绵伟.第三方支付用户个人信息安全风险及对策研究[J].情报理论与实践,2018(12):74.
[42] 李晗.区块链智能合约中个人信息安全的法律保护[J].华东政法大学学报,2023(4):56.
[43] 阚道远.网络时代政治输出的新途径——美国对发展中国家的信息技术援助及影响[J].学术探索,2012(7):17.
[44] 张夏明,朱太辉,丁伟杰.数字人民币的潜在洗钱风险与监管研究[J].金融监管研

究,2023(4):87.
[45] Michèle Finck. Blockchain and the General Data Protection Regulation: Can Distributed Ledgers be Squared with European Data Protection Law?[R]. European Parliamentary Research Service, 2019:iii.
[46] 何沛军,郭志远.有机融合与双向升级：区块链技术下的个人信息保护研究[J].广西社会科学,2023(9):145.

Construction of Personal Information Rules in Cross border Payment of e-CNY

——From the Perspective of the Belt and Road Initiative

Diyang Xie

Abstract: The issue of personal information is the focus of the rule of law over digital RMB cross-border payment. The construction of relevant rules should aim at deepening the regional monetary partnership, focus on the dual requirements of security and traceability, and adopt a differentiated construction strategy that conforms to the characteristics of countries and regions along the Belt and Road. However, the existing rules neither fully adapt to the different levels of network security of the partners nor the different types of financial infrastructure of the other party. It is difficult to guarantee the personal information security in cross-border e-CNY payments under the Belt and Road Initiative, as well as the anti-money laundering and anti-terrorism financing capabilities of cross-border payment arrangements. It is suggested to use the typological analysis method to divide the countries and regions along the Belt and Road into four categories according to the network security level and the type of financial infrastructure to be connected with the e-CNY system in the local areas, and elaborate corresponding suggestions on the construction of personal information rules for each category.

Keywords: e-CNY; Cross border payments; personal information; Belt and Road Initiative; Anti money laundering

欧盟数字守门人制度检视与中国启示

何焰* 张琪梦**

内容摘要：在当今数字经济时代，大型数字平台凭借规模效应及对数据这一关键生产要素的掌控日益居于市场优势地位。传统立法和监管制度难以胜任新时代数字平台反垄断的需要。放眼全球，欧盟率先通过《数字市场法》构建了数字守门人制度，以事前监管策略应对放纵垄断力量的伪阴性风险，对数字平台的反垄断规制具有开创意义和示范价值。欧盟数字守门人制度的弊端主要在于数字守门人的认定标准不明确、守门人必要设施义务一刀切，前者不利于数字平台反垄断制度的发展和实施，后者不利于数字平台创新活力的激发和维护。中国在加快数字法治建设中应发挥后发优势，全面检视和合理借鉴欧盟相关制度，明确数字守门人的认定标准，审慎适用平台必要设施理论。

关 键 词：数字平台；平台垄断；数字守门人；《数字市场法》；必要设施

一、问题的提出

在当今数字经济时代，区块链、人工智能、云计算等新兴技术的发展和数字化革命进程的推进共同催生了数字平台这一数字经济主要呈现形式，率先涉足数字平台产业建构的大型数字企业凭借大数据强大助力在数字服务提供、数字市场准入、用户注意力锁定等方面获得领先优势，大型数字企业一方面拥有巨大的产业链整合能力、庞大用户规模和强大的市场影响力，但另一方面逐渐呈现出凭借频繁创新及网络效应影响市场有序竞争的垄断趋势。传统反垄断监管以规制对象具有市场支配地位为前提，而数字平台市场边界模糊导致相关市场界定困难，数据资源化、免费服务和个性化体验了削弱传统反垄断监管价格分析法的可适用性。传统反垄断监管规则及手段规制数字平台破坏、阻碍市场竞争呈现疲软态势。在此背景下“数字守门人”制度应运而生，欧盟以 2020 年底提出草案、2022 年 11 月 1 日正式生效的《数字市场法》（Digital Market Act，简称 DMA）走在了构建数字守门人制度的前列，作为全球首个针对大型平台企业的专门立法，其明确了大型平台服务提供者的责任，致力于遏制非竞争行为，对全球数字领域规则制定、数字巨头经营行为和业务开展产生影响。在具体应用方面，2023 年 9 月，欧盟委员会（European Commission，简称“委员会”）根据法案确定了第一批“守门人”企业——谷歌母公司 Alphabet、亚马逊、苹果、字节跳动、Meta 和微软，共涵盖 22 项由该六家企业提供的核心平台服务（Core Plantform Services，简称 CPSs），在 2024 年 3 月之前，这六家企业有六个月的时间确保每项被指定的核心平台服务完全符合该

* 中南财经政法大学法学院副教授，国际法研究所研究员。
** 中南财经政法大学国际法研究所助理。

法的义务要求。

2024 年 3 月 25 日，委员会首次动用《数字市场法》宣布对苹果、谷歌母公司 Alphabet 和 Meta 发起调查，[1]此举彰显了数字时代以法治更新为路径开展针对数字平台的反垄断成为可能。中国互联网企业发展迅速，针对互联网平台的反垄断规制于 2021 年即引起关注，2021 年 10 月 29 日中国国家市场监督管理总局发布《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》（以下简称《分类分级指南》）和《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》（以下简称《主体责任指南》），对互联网平台进行类型与级别划分并对互联网平台经营者设定治理规范，尤其设定了“超大型平台”义务规范，结合同年 2 月《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称《平台反垄断指南》），中国针对互联网平台反垄断规制的法治更新势在必行，从具体内容来看三部指南对《数字市场法》多有借鉴。近日，国家发展改革委办公厅、国家数据局综合司印发《数字经济 2024 年工作要点》（以下简称《工作要点》），对 2024 年数字经济重点工作作出部署，在《工作要点》九个方面的落实举措中提到了“推动完善数字经济治理体系”的工作部署。为更好推动数字平台经济规范健康发展，中国应强化监管互联网平台的针对性和有效性、落实平台主体责任。对《数字市场法》核心内容数字守门人制度进行正反两方面检视为完善中国数字市场反垄断制度提供思路——探究欧盟数字守门人制度的开创意义与核心价值有助于理清制度设计思路及反垄断规制重点，剖析制度的主要弊病和消极影响有助于中国发挥后发优势，为政策制定部门提供参考。在检视欧盟数字守门人制度的基础上，结合中国国情及法治化建设需求完善数字守门人制度具有现实意义，亦有助于为国际法治贡献中国智慧。

二、欧盟数字守门人制度的开创意义和核心价值

欧盟《数字市场法》强调数字服务平台的重要性以及提供核心平台服务之大型企业在整个数字经济平台生态系统中的关键性，在此基础上引入“守门人”（gatekeepers）的概念并给予上述大型企业守门人身份的定位、通过义务条款明确对数字守门人的事前监管具有开创意义，有效改善了传统反垄断制度规制数字平台破坏市场竞争之乏力，有力破除了反垄断监管伪阴性风险。

（一）数字守门人概念之引入可有效拓宽数字平台的法治道路

传统反垄断遵循“界定相关市场、评估市场参与者的市场支配力、分析市场支配力对竞争的影响”分析范式，对稳定的市场结构和历史数据依赖度较高。然而，数字平台呈现创新频繁、跨界竞争激烈以及网络效应显著的特点，数字经济迅速发展催化了多边市场的发展，数字平台服务类型深度交叉模糊了对于相关市场的界定，使平台市场支配力评估呈现复杂化趋势。欧盟《数字市场法》数字守门人概念的提出充分回应了数字平台反垄断需求，将满足

[1] European Commission. Commission opens non-compliance investigations against Alphabet, Apple and Meta under the Digital Markets Act. 25 March 2024, accessed [28 August, 2024], https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-opens-non-compliance-investigations-against-alphabet-apple-and-meta-under-digital-markets-2024-03-25_en?mc_cid=4d731cb9be&mc_eid=a7942ff119&prefLang=de

相应特征并提供核心平台服务的企业界定为“守门人”突破了传统反垄断规则对界定相关市场、考量市场支配地位的依赖，为有效监管数字平台提供顺应数字经济发展的法治化道路。

数字守门人概念的引入有效规避了数字平台相关市场认定难题。传统反垄断规则的适用以规制对象具有市场支配地位——即规制对象在一定相关市场是否具有较强市场势力——为前提，需要判断企业在相关商品市场与相关地域市场的市场支配地位。然而，数字平台通常涉及多边市场中不同用户群体互动，由此产生的网络效应模糊了市场边界，且数字产品及服务更新迭代速度较快、许多数字平台提供免费基础服务，传统的价格分析方法难以应用。加之数字平台对用户具有高度锁定效应，转换成本影响用户转向其他平台的意愿和能力，导致相关市场界定难度较大。欧盟的《数字市场法案》提出了“守门人”概念，直接针对具有强大市场力量的大型平台企业施加特殊义务，这在某种程度上绕过了传统相关市场界定的复杂性。

《数字市场法》以定性定量二分法对守门人加以限定，为在数字经济环境下判断大型平台市场势力提供了更为确定的模式。守门人指满足相应特征并提供核心平台服务的企业，符合定性标准的企业直接被认定为守门人，这些企业（1）会对欧盟内部市场产生重大影响；（2）提供商业用户接触终端用户重要渠道的核心平台服务；（3）在其业务范围内地位稳固且影响力持久，或即将拥有此种地位及影响力。作为对定性特征的补充，法案第三条第二款进一步规定了“推定符合定性标准”的定量参考，[2]即（1）对欧盟内部市场产生重大影响的企业指：在过去三个财政年度中每年的欧盟营业额不低于 75 亿欧元，或在过去一个财政年度中平均市值或等值公平市值至少达到 750 亿欧元，并在至少三个成员国提供相同的核心平台服务；（2）构成重要渠道的核心平台服务满足：上一财政年度至少有 4500 万名在欧盟境内建立或位于境内的月活跃终端用户，且至少有 1000 名在境内建立的年活跃商业用户；（3）稳固持久地位的认定则取决于过去三个财政年度中每个年度的活跃终端用户及商业用户数量均达到上述要求。综上，根据《数字市场法》，数字守门人指会对欧盟内部市场产生重大影响、提供商业用户接触终端用户所需要的核心平台服务、且在相关业务中地位稳固持久或即将拥有此种地位的核心平台服务提供企业。

在根据传统法律无法认定行为主体在相关市场具有市场支配地位，但对平台具有规制必要性的情况下，数字守门人概念的引入充分考虑了数字化时代数据力量在平台市场优势中的转化作用，[3]《数字市场法》在定性定量二分法的基础上赋予欧盟委员会根据其掌握的信息指定相关企业为守门人的权力，考量因素包括：（1）企业规模（包括营业额和市值）、业务及市场地位；（2）使用 CPSs 接触终端用户之商业用户数量及终端用户数量；（3）网络效应和数据驱动优势；（4）企业获益规模及范围效应；（5）商业用户或终端用户锁定情况；（6）该企业的联合企业结构或者纵向一体化结构。从数字平台特征出发考察数字守门人的认定指

[2] 程威：《数字平台加重义务的理论阐释与规范形塑》，《学习与探索》2024 年第 2 期，第 62 页。
[3] 陈菲,蒲文杰：《<数字市场法>:欧盟规制数字“守门人”的制度路径》，《欧洲研究》2024 年第 1 期，第 23 页。

标有助于摆脱传统反垄断分析模式的束缚，直接应用量化可操作的标准认定规制对象有助于发挥法律的指引功能，彰显了法治的核心观念。[4]

（二）数字守门人事前监管有助于降低放纵垄断力量的伪阴性风险

伪阴性风险滋生于 Easterbrook 所提出“误差-成本”理论中反垄断监管的第二类监管误差——假阴性监管误差，[5]指在反垄断监管中误把监管对象的反竞争行为界定为正常市场竞争行为的现象。与假阴性监管误差相对的概念是假阳性监管误差（或第一类监管误差），即把正常的市场竞争行为界定为反竞争行为的现象。假阴性监管误差及假阳性监管误差均导致市场资源配置效率的损失，增加反垄断监管的社会成本。随着数字经济迅速发展、大型数字平台迭起，假阴性监管误差及由此产生的伪阴性风险日益显化——传统反垄断监管以竞争效果量化证据为关键依据启动事后干预，但面对数字平台则呈现疲软状态。传统反垄断监管事后规制方案执法时间长、难以迅速应对大型数字平台的行为，[6]无法有效识别或采取行动制止非具有典型市场支配地位而实际上实施排除、限制竞争行为的数字平台，放纵垄断力量形成的伪阴性风险[7]直接破坏市场竞争、损害消费者权益。

欧盟《数字市场法》在引入守门人概念的基础上明确守门人义务，要求具有较强市场实力的大企业应当履行的“不损害市场竞争过程的特殊义务”，通过事前监管遏制平台垄断势力[8]有助于破除放纵垄断力量的伪阴性风险。[9]法案第五条至第七条规定了强制适用的“尽责义务（Obligation of Due Diligence）”，[10]根据该法针对守门人相关行为可为及不可为的区分，可将守门人义务区分为积极义务和消极义务两大类。

积极义务涉及守门人向用户提供相关服务及开放相关数据的义务。第一，守门人应允许商业用户免费向终端用户宣传其产品并提供服务，允许终端用户通过其核心平台服务使用商业用户的应用程序。第二，守门人应当根据广告商要求免费提供广告费用信息，应当向广告商、出版商免费开放性能测试工具及相关数据，以便广告商、出版商能够运用测量工具评估守门人所提供核心平台服务的性能。第三，守门人应当免费向终端用户提供用户在使用相关核心平台服务时产生的数据，免费向商业用户提供有效、优质、持续和实时的接入及使用服务。第四，守门人应当允许用户卸载软件，允许访问第三方应用程序且不得阻止其接受相关服务。第五，守门人应积极履行互操性义务，允许其服务与其他服务提供者的服务互相兼容，且需要在其提供的人际通信服务中保证不同通信服务之间的互操性。第六，守门人应积极履

---

[4] 吴佩乘：《数字平台反垄断的范式反思和规则调适——以欧盟<数字市场法>秩序自由主义面向为镜鉴》，《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2024 年第 2 期，第 85 页。

[5] 林平：《论反垄断科学监管：决策理论分析及政策启示》，《中国工业经济》2022 年第 4 期，第 5 页。

[6] 朱战威：《反垄断视域下守门人制度的立法表达及其反思》，《地方立法研究》2023 年第 1 期，第 51 页。

[7] 张玫瑰：《互联网平台反垄断法律规制的范式转型——反垄断法事前干预范式的构建》，《政治与法律》2023 年第 4 期，第 162 页。

[8] 周汉华：《论平台经济反垄断与监管的二元分治》，《中国法学》2023 年第 1 期，第 222 页。

[9] Frieden, Rob. "Ex ante versus Ex post approaches to Network neutrality: A Comparative assessment." Berkeley Tech. LJ 30 (2015): 1561.

[10] 叶斌，杨昆灏：《欧洲的权利经济转型——基于对欧洲公司可持续性尽责法的考察》，《欧洲研究》2022 年第 6 期，第 76 页。

行 FRAND（Fair, Reasonable and Non-discriminatory）接入义务，即对于提供在线搜索引擎的任何第三方企业，守门人应根据相关企业的要求以公平、合理和非歧视的条件向其提供与终端用户在其在线搜索引擎上产生的免费及付费搜索有关的排名、查询、点击和浏览数据；对于企业用户，守门人应给予其公平、合理和非歧视性的一般准入条件。法案为守门人施加的消极义务主要变现为消极义务涉及对守门人使用用户数据、阻止用户接受服务以及自我优待行为的限制。首先，无论相关服务是否搭载了守门人的核心平台服务，守门人均不得处理或使用第三方服务终端用户的个人数据。其次，守门人不得阻止商业用户以不同价格或条件向终端用户提供相同产品或服务，不得限制用户在不同软件应用程序及服务之间切换及订购。再次，守门人不得直接或间接限制用户向公共机构就守门人违法行为提起申诉。最后，守门人不得以追求互操性为目的，要求用户在接受商业用户所提供服务时必须使用守门人的相关服务，在排名及信息索取方面。不得实施自我优待行为。

《数字市场法》为数字守门人施加事前义务以实现事前监管，法理逻辑的核心为“特殊责任理论”。[11]特殊责任理论由欧洲的秩序自由主义发展而来，其概念源自欧盟法院审理的 Michelin 案，本案法官认为拥有市场支配地位这一客观现象不是企业应受责罚的原因，但企业一旦拥有市场支配地位就有义务更加谨慎地行事以确保其行为不会排除或限制竞争，此种义务不仅限于遵守法律，更涵盖采取措施以维护市场竞争。特殊责任理论强调相关企业对市场竞争的维护，而非止步于规制损害其他竞争者的行为。拥有相当大经济实力并提供核心平台服务的大型数字企业呈现出强双边连接性和强数据垄断性的特点[12]，一方面，数字平台凭借行业垄断能力扭曲了终端用户、互联网平台、商业用户三者间本应稳定且互不干扰的三角关系，同时吸引和维持两组或多组用户群体的连接并进一步强化网络效应，通过正反馈循环增强平台的市场竞争力；另一方面，平台通过控制大量用户数据改善服务、开发新产品或进行精准营销，形成较为强劲的市场控制力及竞争优势，导致其他竞争者难以进入市场或扩大市场份额。《数字市场法》设置数字守门人事前义务的事前监管区别于传统反垄断的事后规制，要求相关企业自觉承担特殊责任，是秩序自由主义的深入法治建设的结果——即自由与责任密切相关，企业经营自由的同时也同样负有对自己和他人的责任。[13]事前监管以数字经济背景及数字平台运行逻辑为切入点，通过接入要求、数据访问、个人信息保护、场域应用等方面充分维护数字市场的公平竞争，弱化守门人数据生态闭环所导致的“锁定效应”，[14]以前置化规制方式有效破除假阴性监管误差导致的假阴性风险。

三、欧盟数字守门人制度的主要弊病和消极影响

为确保数字行业市场的可竞争性和公平性、有效防止大型数字企业对市场可竞争性和公

---

[11] 同[4]。

[12] 李本,徐欢颜:《中国方案：欧盟对数字平台“守门人”监管革新的启示》,《上海大学学报(社会科学版)》2023 年第 5 期，第 105 页。

[13] Wörsdörfer, Manuel. *The Digital Markets Act and EU competition policy: A critical ordoliberal evaluation.* Philosophy of Management 22.1 (2023): 149-171.

[14] Liu, Tzu-Hsin, Hung Shih-Chang, and Hsiao Yung-Chang. *Online business strategy in creating lock-in effect.* 29(3)NTU MANAGEMENT REVIEW 167-192(2019).

平性造成消极影响，以确定守门人身份并明确守门人义务的方式进行事前规制有助于拓宽规制数字平台的法治道路、降低放纵垄断力量的伪阴性风险，对中国数字守门人制度的完善具有启发意义，但检视守门人制度具体内容发现其守门人认定标准不确定性突出、多项义务设定过于严苛，由此破坏反垄断规则的适应性及规范性、影响法治权威，进而抑制数字平台创新、触发贸易保护主义风险，一定程度上背离了法案正文所示宗旨，中国在借鉴相关规则前有必要明确相关问题并在此基础上进行批判性法律移植。

（一）标准不明确破坏数字平台反垄断法治权威

根据法案定性和定量二分的守门人认定标准，需要综合判断某大型企业是否会“对欧盟内部市场产生重大影响”、所提供服务是否构成“商业用户接触终端用户重要渠道的 CPSs”、该企业在其业务中是否“地位稳固持久或即将拥有此种地位”，而上述三重因素的考察标准最终落脚点为对企业近三个财政年度每年欧盟营业额或近一年财政年度市值、近一年财政年度月活跃终端用户及年活跃商业用户数量的量化考量。这种认定方式表面看来充分考虑了数字经济发展中数字行业相较于传统行业的特殊性，即相较于传统行业，数字领域“市场支配地位”的认定由于收到市场份额指标弱化、[15]价格考量效果打折、相关市场界定难度增加[16]等因素的影响在认定上存在困难，因而从年度营业额、企业市值、活跃用户数量出发进行判断较为客观可行，认定标准具有一定进步意义，但由于数字平台的行业特殊性，法案规定的考量因素本身即具有较大的不确定性。一方面，量化指标不确定性明显，难以完全捕捉企业在市场中的实际影响力。法案规定了一系列量化指标以认定守门人身份，在评估企业是否会对欧盟内部市场产生重大影响时，以企业过去三个财政年度中每年的欧盟营业额与 75 亿欧元进行比较、或判断其最近一个财政年度市值是否达到 750 亿欧元；判断企业所提供服务是否构成 CPSs 时判断其是否为不少于 4500 万名月活跃终端用户或不少于 1000 名年活跃商业用户提供服务，并在此基础上直接判断相关企业是否占据市场的稳固持久地位。但这些量化指标较为片面，难以完全捕捉企业在市场中的实际影响力，这种捕捉乏力在新兴及快速发展的数字行业尤其暴露出判断的准确性欠缺问题。另一方面，企业是否“即将拥有稳固持久地位”难以判断。如果说根据第一点提到的量化指标确定“占据市场稳固持久地位”企业较为武断，那么对于没有达到相关量化指标而处于达标边缘的企业来讲，判断其“即将拥有稳固持久地位”则面临更多困难。这种预测性的推断弹性较大，受到许多不确定因素的影响，包括但不限于技术创新、市场动态、竞争对手的行为等，加之数字生态系统具有高度网络效应、平台间具有相互依赖性以及创新周期较短的特征，[17]企业市场地位的变化更难依据粗略的指标量化考虑。

---

[15] 李扬,袁振宗:《数字经济背景下互联网平台滥用市场支配地位行为的认定》,《知识产权》2023 年第 4 期，第 78 页。

[16] 张怀印：《数字经济时代企业市场支配地位认定:基于德国反垄断执法案例的评析》,《德国研究》2019 年第 4 期，第 114 页。.

[17] Jenny, Frederic. *Competition law and digital ecosystems: learning to walk before we run.* 30(5) Industrial and Corporate Change 1143-1167(2021).

由于法案规定的考量因素本身即具有较大的不确定性，单纯以法案规定的考量因素认定守门人身份存在两方面消极影响：第一，数字领域反垄断规则适应性较弱。《数字市场法》不仅是欧盟在数字平台立法中的一大进展，更在世界范围内具有深度影响力，对于全球数字平台反垄断规制制度构建具有借鉴意义，这样一部法律在判断垄断规制大前提——守门人的认定阶段过于依赖当前市场数据和状况的标准较为僵化，难以有效预测和应对未来市场的发展，尽管该法规定了委员会定期审查及义务更新制度，但在起始阶段缺乏对影响因素的综合考量，加之受到技术更新迅猛和用户行为变化迅速的数字市场特征影响，直接破坏反垄断规则的适应性。第二，法律的规范性欠佳。作为认定守门人身份并施以守门人义务依据的法，标准不明确直接影响自身的公信力和可操作性。一方面，守门人认定标准需要足够明确，唯有如此企业才能够理解并自觉遵守并主动告知登记；另一方面，标准的模糊性直接导致法律的不确定性和执行上的困难，由此更加依赖委员会的自由裁量权，破坏国际社会的法治公信力，甚至对国际数字经济和跨境业务产生负面影响、激发国际经贸争端。[18]

（二）一刀切式必要设施义务抑制数字平台创新活力

分析具体条文可知，《数字市场法》第三章对于守门人义务的规定聚焦两个场景，即数据限制场景和自我优待场景。法案对于此两场景下守门人应履行积极或消极义务的具体要求不同，但总体呈现一刀切式的必要设施义务特点，即在很大程度上将守门人视为数字时代必要设施的拥有者，[19]并据此要求其承担额外且苛刻的竞争义务。

在数据限制场景，由于服务平台类型多样以及功能化显著，被认定为守门人的大型数字企业往往在数字平台生态中同时扮演平台经营者、经营者的竞争者以及其他领域业务经营者的三重角色，[20]要求守门人企业额外承担数据开放义务具有合理性，但过于苛刻的义务设定则导致维护公平竞争环境宗旨之偏离。根据第 6.8 条，守门人应当向广告商、出版商免费开放性能测试工具及所需数据，以便广告商、出版商能运用验证及测量工具评估守门人所提供的核心平台服务性能；根据第 6.9 条，守门人应免费向终端用户提供用户在使用相关核心平台服务时产生的诗句以促进数据可抑制性；又根据第 5.2 条，守门人不得处理或使用第三方服务终端用户的个人数据，即便相关服务的提供借助守门人的核心平台服务完成。以上三款可概括为，守门人被完全禁止处理或使用接受第三方服务的终端用户数据，即便在此过程涉及对该守门人核心平台服务的使用；守门人应当免费向终端用户和商业用户提供用户使用核心平台服务涉及到的或与其性能有关的数据。法案并没有对数据做进一步划分，没有对用户就数据的条件或索取程序加以限定，更没有关于守门人数据权利的陈述，守门人完全被视作掌握了“数据”这一基础设施并居于优势地位的主体，因而立法将公平的天平偏向用户。一

---

[18] 韩天竹，张瑜：《欧盟<数字市场法>新范式——突破抑或坎阱》，《国际经济法学刊》2023 年第 4 期，第 67 页。

[19] 朱战威：《数据可垄断性：命题证成、实践困境与规制创新》，《江苏社会科学》2022 年第 3 期，第 113 页。

[20] 李世佳：《数据访问限制行为的拒绝交易认定——以必要设施取代市场支配地位作为规制的前端要件》，《科技与法律(中英文)》2021 年第 2 期，第 22 页。

旦被认定为守门人，即便是涉及平台的核心服务，也需要在特定场景确保其数据的可获得性，而“数据”本身的范围和性质并不明了，由此给予数据需求者较大的解释权弹性空间。这种一刀切式的数据开放义务为守门人带来沉重负担，加之考虑到数据具有非对抗性、多归属性和易复制性等特点，被施以“必要设施”之用时更应当确立严格的认定标准。

在自我优待场景，由于守门人在用户规模、产业结构、服务类型方面更具优势，存在在跨界竞争中偏袒自身或关联方产品或服务的技术优势和平台优势，歧视性对待竞争对手产品或服务并由此提高对手参与市场竞争成本的做法已有先例，因而有必要对守门人施加相关义务以防止非竞争性行为的发生。然而细数法案对于自我优待行为的禁止条款可以发现，法案对守门人施加了极为宽泛的积极义务，如应允许商业用户通过核心平台服务免费向终端用户做宣传（第 5.4 条）、允许终端用户通过核心平台服务使用商业用户的应用程序（第 5.5 条）、允许用户访问第三方软件应用程序及商店且不得阻止其接受相关服务（第 6.4 条）、免费向商业用户提供有效、优质、持续和实时的接入及使用服务（第 6.10 条）、给予商业用户公平、合理和非歧视性的一般准入条件（第 6.12 条）等。可以发现上述义务规定主要打击了守门人平台同时作为经营者的竞争者以及其他领域业务经营者时利用自身平台资源之便可能导致的限制竞争行为，但同时也使得守门人平台徒增大量第三方服务运营、服务内容甄别及风险防控成本，将守门人平台定位为“公共承运人”，施以公共事业式的监管。[21]甚至上述积极义务的很大一部分内容已经超出必要设施义务的限度，因为即便是必要设施也不存在完全无偿的使用场景。

法案粗放式划定行为规范，缺乏对大部分规制行为公共利益性质之证成，由此导致大型数字平台对于提高服务水平、优化竞争策略以及推动应用革新之犹豫，直接抑制企业的创新活力，不利于数字经济的发展。

四、对中国完善数字守门人制度的启示

欧盟《数字市场法》在数字守门人规制领域于国际层面具有较强示范与引领价值，为中国数字领域反垄断法治建设提供思路，尽管其规则设置不排除欧盟牵制境内大型外资数字平台、扶持内部市场企业之政治考量，但其立法价值不可忽视。数字守门人规制制度的完善正当其时，目前中国存在与 DMA 数字守门人类似的概念——“超级平台”（或称“超大型平台”）以及“控制平台经济领域必需设施的经营者”，中国需立足本国国情、充分借鉴 DMA 的可取规则，在剖析待优化规则缺陷根源的基础上完善具有中国特色的数字守门人制度，以优化数字守门人认定标准为前提、完善平台必要设施理论在数字领域的规制思路，以此促进中国互联网反垄断规制法治的完善。

（一）优化数字守门人认定标准

欧盟《数字市场法》数字守门人认定标准不明确源于定性标准抽象且一定程度上依附于对定量标准的考察，而定量标准本身存在量化指标科学性存疑、考量因素不确定性突出的问

[21] 王晓晔：《我国平台经济反垄断监管“欧盟模式”批判》，《法学评论》2024 年第 3 期，第 11 页。

题。立足中国现有法治体系的反垄断规制工具现状，建议从明确量化指标确认依据与强化案例指导两个层面优化数字守门人认定标准：

一方面，明确量化指标确认依据，提高判断企业实际影响力的准确度与科学性。根据第三部分的分析，DMA 在守门人认定标准层面重点参考的量化指标较为模糊，委员会并没有公布相关指标是如何确定的，且有学者根据 2020 年委员会发布的《<数字市场法>效果评估综合报告》指出委员会确定量化标准主要依据为主观判断、逆向归纳以及利益权衡，但从立法逻辑来看，法案所考量的“企业过去三个财政年度中每年的欧盟营业额”“最近一个财政年度市值”“月活跃终端用户或年活跃商业用户数量”等守门人认定因素有一定合理性。中国《分类分级指南》第三部分将互联网平台依据用户规模、业务种类以及限制能力分为超级平台、大型平台和中小平台三个等级，结合《主体责任指南》第一条至第九条、《平台反垄断指南》第十四条的规定可知，“超级平台”（或称“超大型平台”）以及“控制平台经济领域必需设施的经营者”在中国反垄断规制体系中具有被定位为“数字守门人”的趋势。分析数字守门人量化指标可知，“超级平台”需满足国内上年度年活跃用户不低于 5 亿、核心业务至少涉及两类平台业务、上年度市值（估值）不低于 10000 亿人民币以及具有超强的限制商户接触消费者（用户）的能力。中国立法对用户规模、业务种类、经济体量及限制能力进行考量，与 DMA 规定几乎重合，因而面临同样的指标模糊困境。鉴于平台营业额在判断数字平台市场控制力方面可作为一个较为客观的量化标准，建议中国立法借鉴 DMA 的做法将其加入考量因素。在综合判断“平台营业额、用户规模、业务种类、经济体量、限制能力”的基础上，进一步明确用户规模的统计方法，细化并动态更新核心业务分类标准。针对未上市企业，明确其估值认定方法，建议综合对比可比公司法、最近融资价格法、股利折现法等估值方法，采纳最能反应数字企业经济体量的计算方式。建议量化企业限制能力，将对用户粘性的考量和用户规模数据相结合，强化对企业行为的分析。

另一方面，强化案例指导。通过发布具体案例和分析的方式，展示认定守门人身份的实践操作，为企业提供参考。如果说上述量化指标的确定是理论层面与法律条文的抽象细化，那么以案例方式展示实操过程则较为明了。自中国强化数字经济反垄断以来，已有多起实践案例可供参考，如 2021 年阿里巴巴“二选一”案、美团“二选一”案、[22]腾讯音乐独家版权案、[23]虎牙斗鱼并购案，[24]以及 2022 年的知网案。[25]其中阿里巴巴“二选一”案是中国平台经济领域第一个反垄断大案，该案“二选一”行为属于典型的平台排他性限定交易行为，在市场支配地位的认定方面起到示范作用，[26]对于认定守门人的行业影响力这一反垄断规制

[22] 国家市场监督管理总局行政处罚决定书-国市监处罚〔2021〕74 号

[23] 国家市场监督管理总局行政处罚决定书国市监处〔2021〕67 号。

[24] 市场监管总局（国家反垄断局），《市场监管总局关于禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案反垄断审查决定的公告》。
https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_04820f200da543b6b8ea48a4afe17b98.html

[25] 市场监管总局（国家反垄断局），《中国反垄断执法年度报告（2022）》
https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_38056964cf5449daa346237200e24da0.html

[26] 国家市场监督管理总局行政处罚决定书-国市监处〔2021〕28 号，国家市场监督管理总局行政指导书-国

重要考量因素具有借鉴意义。在市场份额难以确定的情况下应采取实质认定的方式，综合考虑进入相关市场的难易程度、考量用户偏好、[27]计算对比平台交易额。该案在分析阿里巴巴集团的市场控制力时，主要剖析了其对平台内经营者服务价格、流量来源以及销售渠道的控制。[28]阿里巴巴集团最终被认定构成垄断并接受事后处罚，守门人制度的构建能在下一个平台出现类似垄断迹象时提前介入，提醒相关平台规范行为并停止对市场竞争性和公平性的侵害。本案对阿里巴巴市场支配地位的认定过程有助于实现守门人认定标准的进一步明确化，若能够以指导案例的形式予以确认，则有助于统一法律适用标准和裁判尺度，确保同类案件能够得到相似的处理，提高判决的公正性和可预测性，在成文法滞后或不明确的情况下起到填补法律漏洞的作用。

（二）审慎适用平台必要设施理论

在信息化技术促进产业变革、平台经济新模式迅猛发展的智能化时代，大型数字平台对数据的收集力、控制力及处理使用力不容小觑，对各类服务及产品的宣传力、传播力及调配力不可低估。数据要素及算法技术为大型互联网平台形成规模及网络效应、扩大市场影响、取得优势地位提供了生产力基础，也为平台经营者通过平台行为形成交易规则、维护交易秩序、履行类似于行业协会“准公共属性”平台的平台行为监督职责提供信息与技术支持。[29]基于此，以平台必要设施理论规范守门人行为具有正当性。中国《平台主体责任指南》第一到九条对超大型平台公平竞争示范、平等治理、开放生态、数据管理、内部治理、风险评估、风险防控、安全审计以及促进创新义务的规定实际上是对平台必要设施理论的初步贯彻，亟待进一步扩充实施细则以发挥法治规范作用。通过对 DMA 的分析可知该法的一刀切式必要设施义务设定直接抑制了企业的创新活力，因此在进行守门人义务构建时务必审慎贯彻必要设施理论，科学界定设施边界有助于准确定位守门人功能、厘清以守门人义务助力数字平台市场生态竞争性和公平性持续健康稳定的制度目标。避免一揽子强制义务设定导致的负面效应、审慎适用平台必要设施理论以发挥其最大效用可从以下方面实现：针对数据限制行为，应当灵活运用类型化思维、引入数据社会价值评估机制[30]进行守门人义务构建；针对自我优待行为，应借助合法性分析、通过设定积极竞争义务对涉嫌垄断的守门人予以规制，具体分析如下。

1.平台必要设施理论于数据限制行为之审慎适用

对于守门人可能实施的数据限制行为，应当在以灵活的类型化思维对相关数据进行识别与分类的基础上予以规制。通过区分守门人所掌握及处理的数据属性不同将其分为共谋数据、

市监行指反垄〔2021〕1 号。

[27] 孙晋，赵泽宇：《互联网平台经营者市场支配地位界定的系统性重构——以<反垄断法>第 18 条的修订为中心》，《科技与法律》2019 年第 5 期，第 76 页。

[28] 孙晋：《数字平台“二选一”行为的反垄断法公共规制》，《政法论丛》2024 年第 2 期，第 51 页。

[29] 刘自钦：《论平台经济领域“必要设施”经营者的反垄断规制——以即时通信平台屏蔽外部网址链接为例》，《电子政务》2022 年第 8 期，第 100 页。

[30] 苏宇：《平台数据垄断的监管限度》，《国家检察官学院学报》2022 年第 6 期，第 128 页。

隐私数据、财产数据和公共数据。[31]（1）共谋数据（Collusive Data）通常指在数据科学、商业分析或法律领域中涉及不当合作或私下串通的数据，在算法共谋背景下外化为企业通过算法监控竞争对手价格并适时调整自己的价格避免价格战、维持市场利润所参考的数据，守门人对此种数据的控制和利用对于传统反垄断法规制体系提出重大挑战，[32]是守门人义务规范应当重点规制的内容。（2）隐私数据顾名思义指包含个人信息的数据，包括但不限于用户姓名、地址、电话号码、电子邮件地址、银行账户信息、医疗记录、在线行为等，隐私数据一旦被不当使用或泄露则直接侵犯个人隐私权，平台用户对于守门人收集的此类信息享有合理请求权，欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称 GDPR）对此种数据及数据权利提供专门保护。（3）财产数据指与个人或企业财产相关的数据，例如财务记录、资产清单、投资组合、房地产信息等。此类数据涉及财产管理及保护，其安全性和准确性对于防止财物损失、确保透明度至关重要。守门人对此类数据的处理及是否确保用户可获得性的考量应取决于法律政策及社会价值分析，该问题在后文详述。（4）公共数据指由政府公共机构收集、生成和维护数据，通常由于关涉公共利益、具有公共属性而具备较高共享价值，如政府统计数据、环境监测数据、公共健康数据、交通信息等。此类数据的开放与共享有利于提高透明度、促进公民参与社会生活并支持科学研究。守门人通常从公有领域获取此类数据，相关数据具有使用上的无限性和产出供应上的无限性，[33]其充分流通和在使用能最大程度赋能数字经济的发展，守门人应就公共数据履行互联互通开放义务。

对数据进行分类是审慎适用必要设施理论规制数据限制行为的首要步骤，核心步骤为在数据类型化的基础上进行必要设施理论分析，进而借助数据社会价值评估机制最终决定守门人应当履行何种数据义务。尽管数据具有多栖性、[34]可携带性、复用性[35]、流通性及权属不确定性等不可垄断的表面特征，但终端及商业用户对不同类型数据的获取及利用仍然受到获取成本、互操性限制、用户锁定效应、隐私保护困境、网络效应等因素的制约，守门人对数据的控制或限制一定程度上具有影响数字经济生态竞争性和公正性的效果。运用必要设施理论在规制守门人数据限制行为时必须综合考虑相关数据的不可或缺性、在特定相关市场的不可替代性、以及相关数据的可共享性。[36]首先，考察相关是否具有数据的不可或缺性，需要以动态发展的眼光确认对数据有需求的相关市场范围、评估数据对相关商业用户参与竞争的影响、充分考虑数据的动态变化。其次，对于相关数据在特定相关市场不可替代性的分析，

---

[31] 何凯立：《平台互联互通的双向竞争效应及其优化进路》，《河南财经政法大学学报》2023 年第 4 期，第 49 页。

[32] Calvano E, Calzolari G, Denicolò V, et al. *Algorithmic collusion: Genuine or spurious?*[J]. 90International Journal of Industrial Organization, 102973(2023).

[33] 宁立志：《知识产权权利限制的法经济学分析》，《法学杂志》2011 年第 12 期，第 34 页。

[34] Tucker, Catherine. *The implications of improved attribution and measurability for antitrust and privacy in online advertising markets.* 20(4) George Mason Law Review 1025-1054(2012).

[35] Scholz, Lauren Henry. *Big data is not big oil: the role of analogy in the law of new technologies.* 86(4) Tennessee Law Review 863-894(2019).

[36] 曾彩霞，朱雪忠：《必要设施原则在大数据垄断规制中的适用》，《中国软科学》2019 年第 11 期，第 55 页。

应当聚焦平台通过其大数据分析技术对供需市场产生的作用，数据的不可替代性在场景化分析中表现更为突出，若守门人所掌握的数据为相关领域开展竞争之必须，则其应当承担起平台必要设施义务向用户开放数据获取权限。最后，分析相关数据的可共享性。若公开数据的行为将直接影响守门人正常业务的开展，则相关数据不具有可共享性，[37]此种数据不可共享性的举证责任应当由守门人承担。

对守门人所掌握数据进行分类可知，平台数据于公共数据存在交叉，交叉之外具有复用价值的部分亦占相当比例，而守门人平台在数字经济生态中具备的平台营业额、用户规模、业务种类、经济体量、限制能力等优势往往与其为收集及处理数据所投入的成本呈现正相关关系，因而做出要求守门人承担平台必要设施义务的决定前应进行平台数据社会价值评估，综合考虑数据的经济价值、社会影响、伦理道德和国家政策等因素。首先，研究相关数据如何帮助企业更好理解市场需求及消费者行为、评估数据驱动的自动化和智能化对就业市场的影响、分析数据在促进产业升级和转型中的作用，综合对守门人所掌握数据的经济贡献进行分析。其次，评估相关数据是否辅助政府指定和实施更有效的公共策略、考察相关数据是否促进公民参与社会治理，对相关数据的社会影响进行评估。最后，评估相关数据的安全性及伦理性，要求守门人平台以符合道德规范和法律法规的方式处理数据，进而确定属于必要设施的数据范围。

2.平台必要设施理论于自我优待行为之审慎适用

规制守门人自我优待行为应以合法性分析作为正当性论据，通过设定积极竞争义务对涉嫌垄断的守门人予以规制。DMA 以施加积极义务的方式要求守门人允许商业用户利用平台免费投放广告，技术支持终端用户与商业用户及其他第三方软件产生链接并接受服务、免费向商业用户提供有效、优质、持续、及时的介入与使用服务等，以此防止守门人为自己旗下的企业或应用提供便利、危害市场竞争，俨然将守门人视为准公共基础设施并要求其履行严格义务。守门人虽然对数字经济平台生态中的基础设施有较强大的控制力和更广泛的支配力，但不加区分地打击其优待行为极易引发“搭便车”乱象。加之数字时代数字企业或平台对数据的利用具有极为显著的高杠杆效应，边际成本递减使得本就在数据获取方面从守门人必要设施义务中获益的企业借助守门人平台迅速扩大规模，若相关企业属于守门人的竞争企业，则直接导致服务同质化严重及算法趋同困境，出现平台生态内部的市场行为高度一致、消费者体验单一的现象。此种产业聚集现象在数字金融领域将直接加剧市场波动、扩大金融市场的顺周期风险。

审慎适用平台设施理论应对守门人自我优待行为应在区分用户业务与平台具有何种竞争关系的基础上，对相关行为进行“必要设施判断+正当理由告知”的合法性分析。必要设施的判断以“不可或缺性、不可替代性、可共享性”为核心；正当理由告知则需要综合考量

[37] Troy, Daniel E. *Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facility Doctrine.* 83(2) Columbia Law Review 441-487(1983).

相关行为是否属于正当商业行为、行为是否充分尊重各交易相对人真实意愿、相关行为是否为保护特定利益所必须、行为是否为实现最优经济规模所必须。[38]

以广告平台守门人的广告投放行为为例，守门人平台的商业用户与守门人自营服务商之间若存在横向竞争关系，在此场景下应先判断平台本身是否符合必要设施构成要件，即其对于广告投放而言是否为不可或缺、不可替代、可共享的，在此基础上由平台就其拒绝交易、差别待遇、植入平台竞争网站链接等行为的正当性进行论证。若相关行为不会损害消费者利益、不具有封锁下游市场的效果、不存在损害潜在创新的后果，[39]则无需苛责守门人采取技术手段接入第三方链接、提供平台外应用跳转服务，否则即应结合个案对守门人相关行为展开调查并告知其必要设施义务、督促守门人平台及时调整影响竞争及公平的的行为。在守门人平台与相关用户构成纵向竞争关系时，在认定平台所提供服务具有必要设施属性的基础上对平台自我优待行为进行理由正当性考量，判断守门人平台的自我优待行为是否为实现最优经济规模所必须。若相关行为导致的效果在纵向链条上使其再交易行为不会为经营者带来更大利益、守门人处于自己的生产可能性边界、提供的服务符合消费者偏好，则无需以苛刻义务规制守门人。

结语

全球化背景下大型数字平台凭借网络效应和规模经济构建起强大的网络生态系统，数字化时代对数据这一关键生产要素的掌握塑造了大型企业的数字平台生态领先地位，数字守门人制度越来越成为维护数字市场竞争性和公平性的关键制度。欧盟《数字市场法》作为其规制数字守门人的制度路径为国际社会提供重要参考，但屡被诟病受政策裹挟严重的制度弊端面临亟待克服的规制难题。中国应充分发挥后发优势，通过对欧盟《数字市场法》清晰立法思路的借鉴和对规制范式缺陷的反思，构建起具有中国特色的守门人制度、完善互联网反垄断规制体系中国式现代化法治建设、开启互联网平台监管新篇章。

[38] 邓辉：《数字广告平台的自我优待：场景、行为与反垄断执法的约束性条件》，《政法论坛》2022 年第 3 期，第 103 页。
[39] 同[34]。

国际数据贸易规则下中国自由贸易区（港）跨境数据流动制度创新研究

黄祉箬[1]

一、问题的提出

在信息科技全面重塑世界经济的21世纪，数字化技术的广泛应用，对全球贸易格局产生了重要影响。[2]其中，对数据的搜集、处理、控制和使用是数字贸易的命脉，数据跨境流动更是数字贸易不可或缺的重要条件。[3]数据跨境流动中关涉的国家安全、个人隐私和商业秘密等敏感问题，导致基于不同立场的各国，就如何平衡“安全”与“发展”目标上存在较大分歧。我国日益重视数据跨境流动问题，但目前配套的监管措施仍处于探索阶段，并未形成成熟的模式与路径。国内部分自由贸易试验区（港）（以下简称“自贸区（港）”）作为我国对外开放高地，位于其中的企业有迫切的数据出境需求，具备跨境数据制度创新试点的必要性；此外，相关规范的陆续出台，将数据分类分级跨境管制的权力下放到自贸区（港），[4]为自贸区（港）数据跨境流动提供了可行性。针对自贸区（港）跨境数据流动问题，与本文密切相关的研究主要有以下三类。

第一类研究关注的是数据跨境流动的国际规则。部分学者梳理了世界贸易组织（WTO）、经济合作与发展组织（OECD）、亚太经济合作组织（APEC）以及二十国集团（G20）等多边机制在数据跨境流动领域的规制措施，指出了这些机制在推进过程中遇到的困境。[5]同时，区域贸易协定的对比分析成为该领域的研究热点。有学者详细分析了“美式”跨境数据流动规则的演进，认为《美墨加协定》（USMCA）在制定跨境数据流动规则方面表现出极高的雄心水平，而《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）紧随其后。相较于这些具有较强约束力的“美式”规则，《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）为代表的“中式”规则虽然同样提倡数据的自由流动，但更强调缔约方在监管自主权和“公共政策目标例外”上的

---

[1] 黄祉箬，女，2001年7月生，广东外语外贸大学2023级国际法学硕士研究生。

[2] See e, g., Avi Goldfarb & Daniel Trefler, AI and International Trade, Working Paper 24254, National Bureau of Economic Research, 2018；World Trade Organization, Can Blockchain Revolutionize International Trade（by Emmanuelle Ganne）, 2018.

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

[4]《促进和规范数据跨境流动规定》第6条规定：自由贸易试验区在国家数据分类分级保护制度框架下，可以自行制定区内需要纳入数据出境安全评估、个人信息出境标准合同、个人信息保护认证管理范围的数据清单（以下简称负面清单），经省级网络安全和信息化委员会批准后，报国家网信部门、国家数据管理部门备案。自由贸易试验区内数据处理者向境外提供负面清单外的数据，可以免予申报数据出境安全评估、订立个人信息出境标准合同、通过个人信息保护认证。

[5] 刘宏松，程海烨：《跨境数据流动的全球治理——进展、趋势与中国路径》，《国际展望》，2020年第6期。

灵活性。[6]还有研究指出，《数字经济伙伴关系协定》（DEPA）等“新式”协议的跨境数据流动规则基本继承了 CPTPP 的框架，其雄心水平超过了 RCEP。针对中国如何适应高标准的跨境数据流动规则，不少文献进行了合规性分析并提出了应对策略。[7]

第二类研究重点在于数据跨境流动的国内立法。部分学者以欧美日等主要经济体为切入点，分析这些国家在数据跨境流动领域所实施的法律法规。[8]同时，俄罗斯和印度等新兴经济体的“主权保护”导向的限制性政策措施也引起了学界的关注。[9]中国国内的数据治理立法也是研究焦点之一，部分学者认为虽然我国已经初步构建了跨境数据流动的法律框架，但制度的体系化程度仍需提升。[10]

第三类研究聚焦于数据跨境流动的地方实践。部分学者针对自贸区推动数据跨境流动过程中遇到的难点，提出了“强化底层技术支持与创新研发能力”以及“设置灵活的数据出境机制”等建议。[11]以海南自贸港为例，部分学者探讨了该地区在数据跨境流动法律法规上的难题，提出了“事权与法治制度一体化”的解决路径。此外，广东外语外贸大学粤港澳大湾区研究院的课题组也对粤港澳大湾区的数据跨境流动立法和实践进行了研究，认为该地区可通过制度建设、提升政府效能和技术创新来推进数据治理。[12]

现有文献对自贸区（港）在数据跨境流动方面的实践给予了一定理论支撑，然而亦存在缺陷。其一，就国际规则的探究而言，多数文献侧重于国别及多边视角，鲜少自对标国际高标准规则的层面为自贸区（港）构建跨境数据流动给予可行性支撑。其二，在国内立法与地方实践的研究领域，学者们多聚焦于限制性法律规制，对自贸区（港）在探索放宽数据跨境流动时的挑战关注较少，极少从制度创新的视角给出具体的建设性提议。鉴于此，本文依据自贸区（港）的现状，致力于制度创新，参照高水平国际数字贸易规则，落实现有区域协定内的相关跨境数据流动条款，提出自贸区（港）在推进数据跨境流动制度创新时应遵循的基本准则，以期为数据高效离境、跨境合作的深化以及营商环境的优化予以参考。

二、我国自贸区（港）数据跨境流动试点建设现状

（一）自贸区（港）推行数据跨境流动制度创新势在必行

根据商务部 2020 年发布的《关于印发全面深化服务贸易创新发展试点总体方案的通知》，

---

6 陈寰琦：《签订“跨境数据自由流动”能否有效促进数字贸易——基于 OECD 服务贸易数据的实证研究》，《国际经贸探索》，2020 年第 10 期。

7 谢卓君，杨署东：《全球治理中的跨境数据流动规制与中国参与——基于 WTO、CPTPP 和 RCEP 的比较分析》，《国际观察》2021 年第 5 期。

8 张倩雯，张文艺：《欧美跨境数据流动合作历程、分歧溯源与未来展望》，《情报杂志》，2022 年第 11 期。

9 See Bailey,R.,Parsheera,S.Data Localization in India: Paradigms and Processes[J].CSI Transactions on ICT, 2021,9(3).

10 丁晓东：《数据跨境流动的法理反思与制度重构——建评《数据出境安全评估办法》，《行政法学研究》，2023 年第 1 期

11 周念利，姚亭亭：《中国自由贸易试验区推进数据跨境流动现状、难点及对策分析》，《国际商务研究》2021 年第 3 期。

12 陈利强、刘羿瑶：《海南自由贸易港数据跨境流动法律规制》，《海关与经贸研究》2021 年第 3 期。

[13]提出在北京、上海、海南等条件较好的试点地区开展数据传输安全管理试点。从现有实践来看，自贸区（港）在跨境数据流动的探索主要集中在模块创新与技术创新。从模块创新上来看，北京设立国际大数据交易所，推出数据产品跨境交易，通过基于第三方的“数据中介交易模式”规避传统跨境数据交易流通中“点对点”的交易方式带来的数据权属模糊、交易双方信任机制难以构建等弊端；从技术创新上看，有上海临港片区依托“国际数据港”，建设新型互联网交换中心，互联网数据专用通道等基础设施。[14]

事实上，在自贸区（港）推进数据跨境流动的进程中，“制度创新”需予以重点关注。在切实遵循国家数据跨境相关法律法规的基础上，各个自贸区（港）应依据自身的产业优势以及治理实践情况，制定并推行相应政策，以达成数据出境的合规性与便捷性。然而，在过去两年的试点建设历程中，相较于“模式创新”与“技术创新”，“制度创新”领域的进展相对较为迟缓。鉴于数据出境与制度创新对企业而言关系紧密，推进跨境数据流动的制度创新已然迫在眉睫。

（二）自贸区（港）开展数据跨境流动制度创新恰逢其时

一方面，自 2022 年起，一系列相关法律法规和政策的相继颁布，为自贸区（港）推进数据跨境流动营造了有利条件。我国现行的数据跨境法律框架可形象地比喻为“1 + 3 + N”模式，其中“1 面承重墙”乃是《国家安全法》，其作为数据跨境规范体系的根基，确保数据跨境合规的首要职责在于维护国家安全与利益；“3 个房间”指的是《网络安全法》《数据安全法》以及《个人信息保护法》，它们共同构筑了数据跨境法律框架的主体部分；“N 扇门窗”则包含了诸多补充性规定以及国家标准，例如《国家网络安全检查操作指南》《个人信息和重要数据出境安全评估办法》等。特别是在 2024 年 3 月出台的《促进和规范数据跨境流动规定》，赋予了自贸区（港）在数据跨境管控方面更大的自主权力，为制度创新提供了清晰的界限与指引方向。

另一方面，专业职能部门的设立对于解决“数据治理多头管理”这一难题具有显著益处。在 2023 年 3 月 7 日，《国务院关于提请审议国务院机构改革方案的议案》郑重提议组建国家数据局，其职责在于统筹数据资源的整合、共享以及开发利用等重要工作。随着数据跨境流动制度逐步地构建与完善，以及专门机构的应运而生，自贸区（港）在跨境数据制度创新方面将会获取更为强劲有力的政策引导。这种制度创新所带来的积极影响不仅仅局限于自贸区（港）自身，它对于日后相关制度在全国范围内更为顺畅地推广落地具有重要的推动作用。当前，自贸区（港）开展数据跨境流动制度创新正处于恰当的时机，且具备广阔的发展空间与巨大的潜力。这是因为在全球数字化进程加速的背景下，自贸区（港）凭借其独特的经济地位和政策优势，能够在数据跨境流动领域先行先试，探索出适合我国国情且与国际接轨的创新模式和制度体系。通过积极开展制度创新，自贸区（港）可以为其他地区提供宝贵的经

[13] 商务部.商务部关于印发全面深化服务贸易创新发展试点通知.http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-08/14/content_5534759.htm.最后访问时间：2024 年 6 月 25 日。

[14] 武虹：《建设数据要素市场的核心问题及解决路径探讨》，《今日科苑》2022 年第 8 期。

验借鉴，助力我国在数字经济时代提升国际竞争力，推动经济高质量发展，实现数据资源的高效利用和安全管理，进而在全球数据治理格局中占据有利地位，为我国数字经济的繁荣发展贡献重要力量。

三、国际数据贸易规则中的数据跨境流动规则检视

当前数据贸易国际标准规则主要有《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）、《全面与进步跨太平洋关系协定》（CPTPP）和《数字经济伙伴关系协定》（DEPA），这三大协定也成为我国促进数字经济发展所要对标的对象。自贸区（港）作为我国数据“一带一路”互联互通的桥头堡，更是实施跨境数据流动国际合作机制的先行区，[15]需要先行先试探索跨境数据流动制度创新。在此情况下，自贸区（港）更应积极对标 DEPA 相关标准，积极落实 RCEP 有关数据安全的条款，探索具有中国特色的自贸区（港）数据流动制度。

（一）规则检视：国内法框架下的数据跨境流动

如前所述，中国形成了以《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》为主体，重点领域部门规章为补充的基础性、综合性和全局性的 “1+3+N”立法规制体系，各项规则的出台时间、关涉跨境数据流动的规则解读如表 1 所示。

表格 1 国内法框架下的数据跨境流动规则

颁布日期	规范名称	跨境数据流动规则解读
2016 年 11 月	《网络安全法》	在第 37 条中规定“本地储存，出境评估”的基本原则，即关键信息基础设施运营者在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息与重要数据应当在境内存储，确因“业务需要” 经安全评估后才可出境。
2021 年 6 月	《数据安全法》	一方面，第 31 条继《网络安全法》第 37 条对关键信息基础设施运营者的规定；另一方面，对其它数据处理者做出了规定，即其它数据处理者在中华人民共和国境内运营产生的重要数据的出境办法由国家网信办等部门制定。
2021 年 8 月	《个人信息保护法》	第 38 条规定个人信息因业务需要出境的四项条件，只要满足其一便可向境外提供，同时要求境外接收方的立法保护水平达到此法规定的标准；第 39 条规定个人信息处理者向境外提供个人信息应当履行的义务；第 40 条规定重要信息和巨大信息的传输原则上

[15] 洪延青：《推进“一带一路”数据跨境流动的中国方案——以美欧范式为背景的展开》，《中国法律评论》2021 年第 2 期。

		应境内存储，确需传输至境外需通过安全评估。 总体而言，在法律层面形成了以境内存储为原则、安全评估后可出境为例外的基本法治框架。
2022 年 7 月	《数据出境安全评估办法》	明确规定促进数据跨境安全、自由流动，保障数据依法有序自由流动；同时，对数据出境规则进行细化，明确规定了数据安全出境的多项实体和程序要求，对需要出境的数据进行合法性、正当性及必要性审查；此外，还设立了对数据跨境流动进行持续追踪与动态观察的监管方式。
2023 年 2 月	《个人信息出境标准合同办法》	该办法明确规定了保障个人信息跨境安全、自由流动的原则，对通过标准合同向境外提供个人信息的情形，出境前个人信息影响评估、情况发生实质变化后的补救措施，以及重新修订标准合同等做出了明确规定，配合《个人信息保护法》
2024 年 3 月	《促进和规范数据跨境流动规定》	自由贸易试验区在国家数据分类分级保护制度框架下，可以自行制定区内需要纳入数据出境安全评估、个人信息出境标准合同、个人信息保护认证管理范围的数据清单（以下简称负面清单），经省级网络安全和信息化委员会批准后，报国家网信部门、国家数据管理部门备案。自由贸易试验区内数据处理者向境外提供负面清单外的数据，可以免予申报数据出境安全评估、订立个人信息出境标准合同、通过个人信息保护认证。

通过对以上处于不同阶段、处于不同位阶的立法进行深入分析能够得出以下结论：一方面，中国在数据跨境流动方面的立法逐渐趋于全面化，呈现出 “自由跨境流动” 的规制趋势。这表明中国在顺应数字经济全球化发展的大背景下，认识到数据跨境流动对于促进经济交流、推动科技创新等方面的积极作用，并在立法中有所体现。然而，中国同时强调，涉及国家主权安全、公民以及社会组织等合法利益的数据应当存储在境内，采取数据本地化措施。这是基于维护国家核心利益、保障公民和社会组织合法权益的考量，确保在数据跨境流动的过程中，国家的安全稳定不受威胁，公民和社会组织的权益得到充分保护。

另一方面，中国对数据跨境流动的要求规定得较为严格且繁杂。严格的规定旨在全面细致地把控数据跨境流动可能带来的各种风险，从数据的分类管理、传输条件的设定到安全评估的实施等，涵盖了多个环节和层面。繁杂的规定则是为了应对数据跨境流动这一复杂领域中多样化的情况和问题。然而，这种严格且繁杂的要求也带来了一定的负面影响。它极易导

致企业的合规成本大幅提高，企业需要投入更多的人力、物力和财力来满足各项规定，进行数据管理和风险防控等工作。在一定程度上，这也会对数据的跨境流动形成阻碍。因为过高的合规成本可能使企业在进行数据跨境业务时面临较大的压力和负担，从而影响其积极性和主动性，使得数据跨境流动的效率和规模受到一定限制。这也为中国在未来的数据跨境流动立法和政策制定中提出了新的思考方向，即如何在保障安全和权益的前提下，优化规定，降低企业负担，促进数据更顺畅地跨境流动。

（二）规则差异：三个经贸协定的比较

从整体框架层面进行剖析，DEPA（数字经济伙伴关系协定）在数据跨境流动规则方面与其他主要国际经贸协定，诸如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）以及《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）呈现出一定的趋同性特征。这三者均明确确立了 “以自由流动作为基本原则，将限制流动作为例外情形” 的基本规制模式。然而，在这看似相似的框架之下，三者之间亦存在着颇为显著的差异，其中尤为突出的是在例外规则的限制程度方面所展现出的不同特点。

由中国积极主导的 RCEP 相较于其他协定而言，在数据跨境流动方面所赋予的自由度相对较低，并且对例外规则的援引限制呈现出较为宽松的态势。这一特点意味着 RCEP 成员国在决定限制数据跨境流动时，所拥有的政策操作空间相对较为广阔。而 DEPA 的数据跨境流动规则在很大程度上基本承袭了 CPTPP 的模式，二者在这一关键领域的具体规定几乎不存在实质性的差异。正因如此，DEPA 与 CPTPP 皆着重强调数据的自由流动属性，仅仅在特定的情境之下才允许对数据流动进行限制。

在数据跨境流动这一复杂的过程当中，如何切实实现对数据或者信息的全方位保护已然成为一项极具关键意义的核心问题。DEPA 在个人信息保护层面展现出了与 CPTPP 截然不同的制度架构。DEPA 不仅明确要求建立起完善的个人信息保护法律框架，更为重要的是，它高度重视制定统一的个人信息保护标准，旨在确保缔约方之间能够实现良好的兼容性和互操作性，并为此专门建立了相应的协调机制。与之形成鲜明对比的是，CPTPP 和 RCEP 仅仅建议成员国参考国际相关的标准、原则以及指南来制定各自的个人信息保护法律框架，并未进一步提出更为深入的协调要求。由此可见，DEPA 在大力推行数据跨境自由流动的同时，也对个人信息保护做出了更为周全、细致的安排。

表格 2 DEPA、RCEP、CPTPP 数据跨境流动规则内容比较

条约名称	缔约方是否有监督权	通过电子方式跨传输信息		计算设施的位置		个人信息保护
		原则	例外	原则	例外	
CPTPP	是	自由流动	合法的公共政策目	禁止	合法的公共政策目标	通过立法为个人信息提

条约名称	缔约方是否有监督权	通过电子方式跨传输信息		计算设施的位置		个人信息保护
			标（三个条件限度）	本地化	（三个条件限制）	供保护
DEPA	是				合法的公共政策目标基本安全利益（两个条件限度，且缔约方自主决定）	明确个人信息保护原则，建立法律框架并标准化机制化，促进机制之间的兼容和交互操作性
RCEP	是		合法的公共政策目标基本安全利益（两个条件限度，且缔约方自主决定）			建立保护个人信息的法律框架

具体对 DEPA 与 RCEP 进行比较分析，DEPA 明确要求缔约方切实保障数据的跨境自由流动，这其中涵盖了个人信息的跨境传输，并且规定不得设置不必要的障碍，除非是出于实现国家“合法的公共政策目标”的需要而采取限制措施。即便如此，DEPA 对于“合法公共政策目标”的适用设定了极为严格的限制条件：即所采取的措施必须具备充分的合理性，不得超出实现该目标所实际需要的必要限度，同时也不得对其他缔约方构成任何形式的歧视或者形成对贸易的变相限制。因此，DEPA 在例外规定的精心设计上并未给予缔约方过多的自由裁量权力，反而在一定程度上通过这种严格的限制方式反向保障了数据跨境自由流动的顺利实现。

此外，DEPA 还积极鼓励缔约方成员共同构建可信的数字共享环境，其根本目的在于大力促进数据跨境流动的自由性和开放性。通过这样独具匠心的制度设计，DEPA 不仅有效地推动了跨境数据的自由流动，更为构建一个更加安全、可靠的数字经济合作环境奠定了坚实的基础，为全球数字经济的健康发展提供了有益的借鉴和积极的推动作用。

（三）总结比较

从国际规则的视角分析，DEPA（数字经济伙伴关系协定）的数据跨境流动规则与其他主要国际协定（诸如 CPTPP 和 RCEP）存在一定程度的相似性，均采用“自由流动为原则，限制为例外”的模式。然而，各协定在例外规则的限制程度方面有所差异。RCEP 对数据自由流动的限制相对较少，DEPA 则大致继承了 CPTPP 的规定，但在个人信息保护层面，DEPA 相较于 CPTPP 更为严苛，强调建立统一的个人信息保护标准，并要求缔约方确保数据的跨境流动不设置不必要的障碍，除非是出于达成“合法公共政策目标”的需求，且这种限制应当处于合理范畴，不得对其他缔约方形成歧视或者限制贸易。

通过对比能够发现，中国在数据跨境流动的监管观念上与 DEPA 存在一定差异。中国对

数据跨境流动实施严格监管，着重强调国家安全、个人隐私以及商业秘密的保护，而 DEPA 则更侧重于数据自由流动，力求在推动数字贸易便利化的同时，减少不必要的限制。故而，中国若欲加入 DEPA 或者促进与国际规则的对接，需要在技术层面以及观念层面进行调整，破除制度障碍，构建一个透明、统一的跨境数据流动以及监管机制。这不仅需要技术创新，还需在观念方面有所突破，以便更好地适应国际数字贸易的发展态势。

四、自贸区（港）开展数据跨境流动试点制度创新的基本原则

（一）在统筹“安全目标”的前提下更倾向于“发展目标”

自贸区（港）在推动数据跨境流动的过程中，其主要任务在于促进数字贸易的持续增长，进而推动数字产品和服务的自由流通，并保障与数字贸易相关的数据能够顺畅地进行跨境传输。现行的监管政策由于考虑国家安全和数据主权，更多侧重于“安全目标”，但这与企业所追求的“发展目标”存在一定的矛盾。

数据跨境流动并非仅仅局限于简单的信息转移，其背后蕴含着更为深远的意义。它能够有效地带动技术的跨国交流与共享，促进资本的跨境流动与合理配置，以及推动人才的国际交流与合作。这些积极的效应对于推动全球经济一体化以及提升各国的经济发展活力具有至关重要的作用。但是，倘若在试点实践过程中，过度地片面强调安全问题，对数据跨境流动设置过多过严的限制，那么企业的正常商业运营将会受到严重的阻碍，甚至可能陷入无法顺利开展的困境。这种过度强调安全而忽视发展的做法，无疑将会极大地削弱数据跨境流动试点原本所具有的创新意义和价值。

因此，在大力推进试点工作的进程中，必须坚定不移地秉持 “开放” 与 “安全” 并重的基本原则。并且在这一基础之上，积极构建动态的、与时俱进的安全观念。在实际操作中，应当更多地倾向于考虑 “发展利益”，避免仅仅以 “泛安全化” 这样宽泛且缺乏针对性的理由，而采取简单化、一刀切的处理方式。换而言之，在以 “发展” 作为核心导向且利益优先的原则框架之下，应当明确地将数据跨境流动的 “自由性” 确立为基本原则，使其在符合一定规范和条件的前提下能够得以充分保障和实现。而 “限制” 措施则应当仅仅作为特殊情况下的例外情形出现，并且需要明确其适用的具体范围和条件，以确保在保障安全的同时，最大程度地促进数据跨境流动的顺畅进行，推动数字贸易的繁荣发展以及经济全球化的深入推进。

（二）在明确审批边界基础上更注重推进相关监管制度的落地实施

首先，数据出境的监管明确归属于国家职权范畴，自贸区（港）在开展制度创新的进程中，应当将“促进具备合法出境条件的数据顺利实现出境”作为核心目标，而绝不能是“推动原本不应出境的数据违规出境”。鉴于此，在进行制度创新之际，必须清晰明确地界定数据跨境流动的合规边界。这意味着要从各个层面细致考量，包括数据的类型、涉及的领域、传输的方式等多方面因素，以确保所制定的创新举措能够与国家整体监管架构实现完美的协

调和高度的一致。只有这样，才能在保障国家数据安全和主权的基础上，最大程度地促进数据的合理跨境流动，推动相关经济活动的有序开展。

其次，当前我国在数据出境监管方面坚定地秉持主权监管的理念。然而，这种顶层设计由于涉及到国家核心利益和复杂的国际关系等多方面因素，在短期内确实存在较大的突破难度。并且，在实际操作中可以明显发现，监管规则的制定与具体的实际操作之间依然存在着不容忽视的差距。这种差距可能体现在对规则的理解和执行层面，不同地区、不同部门可能会存在一定的偏差。因此，自贸区（港）在全力推进数据跨境流动试点工作时，迫切需要高度重视现有监管制度的切实实施落地。这要求不仅要在制度层面进行完善，更要加强对执行环节的监督和指导，增强法律法规在实际应用中的可操作性。通过明确操作流程、规范执行标准、加强人员培训等多种方式，确保在实际操作过程中能够真正切实地实现数据跨境流动的便捷化与合规性。只有这样，才能使试点工作取得预期的效果，为后续的全面推广积累宝贵经验。

此外，还必须着重加强上位法与下位法之间的有效衔接。在一个完整的法律体系中，不同层级的法律法规共同构成了一个有机的整体，它们相互关联、相互制约。确保不同层级法律法规在执行过程中协调一致，是保障法律权威性和有效性的关键。通过深入细致地细化各个层级法规的具体要求和实施细则，可以从源头上避免出现法律冲突和执行混乱的情况。具体而言，对于上位法中较为宏观的规定，下位法应根据实际情况进行具体的细化和补充，使其更具操作性和针对性。同时，在制定和执行过程中，要充分考虑不同层级法规之间的关联性和逻辑性，保障数据出境路径的一致性和连贯性。只有这样，才能构建起一个完整、系统且高效的监管体系，为数据跨境流动提供更加坚实可靠的法律基础和强有力的制度支撑。从而为自贸区（港）的数据跨境流动业务提供稳定的法律环境，促进数字经济的健康发展，提升我国在国际数字贸易领域的竞争力。

（三）在保障数据安全的基础上探索开放且清晰的例外规定援引机制

为了更为有效地与国际高水平经贸规则实现紧密接轨，以适应愈发宽松的数据跨境流动大环境，自贸区（港）具备充分的必要性与可行性去深入探索适应 DEPA 规则的切实可行路径，进而构建起与国际开放型制度相互衔接且高度适配的监管模式。在开展制度创新的进程中，应当始终遵循一个至关重要的核心原则，那便是在坚决保障 “数据安全” 这一基础性、关键性目标得以稳固实现的前提之下，更为侧重于大力推动 “数字发展” 目标的顺利达成。并且要确保整个创新过程严格在国家法律法规的既定框架范围内有序进行，以此来有力促进数据跨境流动的便利化程度显著提升，以及监管体系的持续完善与优化。

具体而言，像海南自贸港、上海自贸区等具有典型代表性的试点地区，可以充分依托现有的分类分级管理制度这一坚实基础，秉持循序渐进的原则，逐步适度放宽对数据跨境流动所施加的既有限制条件。通过深入的实践探索，去挖掘并尝试更为开放且符合实际需求的例外规定。例如，在严格符合 DEPA 公共政策目标的明确要求前提下，运用科学合理的方式方

法对某些特定数据的跨境流动进行精准限定。与此同时，还需要进一步深度明确 “基本安全利益” 所涵盖的定义范围。务必确保这一关键概念能够全面、有效地涵盖数据安全与国家安全两者之间的共同认知要点，进而在此坚实基础上构建形成科学合理的例外规则标准。只有这样，才能够在规则顺利衔接与风险有效可控之间寻找到一个精准的平衡点，实现两者的良性互动与协同发展。[16]

在阐释“基本安全利益”时，可参照 2019 年“俄罗斯过境措施案”的专家组报告。该报告指出，“基本安全利益”与一般安全利益有别，前者关乎国家的核心职能，像保护领土完整和公共秩序。此外，国际实践显示，并非所有国家安全利益都能提升至“基本安全利益”的高度，援引例外规定还应符合《维也纳条约法公约》中的“善意原则”。[17]

这些源自国际层面的观点清晰而透彻地表明，只有那些与国家核心职能直接紧密相关的安全利益，才能够被合理地视为 “基本安全利益”。同时，在援引例外规定的具体情形时，必须严格遵循《维也纳条约法公约》第 31 条所规定的 “善意原则”。这些明确且具有权威性的标准，为我国在自贸区（港）积极探索例外规定的限度测试工作提供了强有力的参考依据和实践指导，有助于我国在数据跨境流动领域的制度创新与国际接轨过程中更加科学、合理、稳健地前行，推动我国自贸区（港）的数字经济蓬勃发展，提升我国在国际经贸舞台上的综合竞争力和影响力。

五、结语与展望

自 2020 年商务部明确提出在北京、上海、海南等地开展数据跨境传输安全管理试点以来，国内自贸区（港）已然踏上积极探索推动数据跨境流动创新路径的征程。通过对现阶段自贸区（港）试点工作全面而细致的梳理能够清晰地发现，当前的探索主要聚焦于模式创新以及技术创新等领域，而制度创新方面却呈现出相对滞后的态势。然而，从本质上来说，制度创新实则是数据跨境流动试点能否取得成功的关键核心要素，理应受到更为广泛且深入的关注。

随着相关法律法规以及规范性指南的持续陆续出台，自贸区（港）的数据跨境流动制度创新已然具备了较为良好的基础条件。在此背景下，本文郑重提出三项基本原则。其一，在充分兼顾 “安全目标” 这一重要前提的基础上，更加强调侧重于 “发展目标”。这意味着在保障数据安全的同时，要充分认识到数字经济发展的迫切需求，积极推动数据跨境流动以促进贸易便利化、产业升级和创新发展。其二，明确监管边界并全力推动监管制度的有效落实。清晰界定数据跨境流动的范围、条件和程序等监管边界，确保监管制度具有可操作性和执行力，使数据跨境流动在有序的框架内进行。其三，在切实保障数据安全的坚实基础上，

---

[16] 洪延青：《数据竞争的美欧战略立场及中国因应——基于国内立法与经贸研究协定谈判双重视角》，《国际法研究》2021 年第 6 期。

[17] 刘敬东：《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析— — —以国际贸易投资规则为视角》，《法学杂志》2023 年第 2 期。

积极探索更加开放、明确的例外规定机制。通过合理设定例外情况，在确保安全底线的前提下，为特定场景下的数据跨境流动提供灵活性和适应性，以满足不同业务需求和发展要求。

期望这些原则能够充分发挥其积极作用，助力自贸区（港）在全国范围内率先建立起完善、高效且符合实际需求的数据跨境流动监管体系。进而为我国的数字经济蓬勃发展提供强有力的坚实支持，推动我国在全球数字经济竞争格局中占据更为有利的地位，实现数字经济的可持续发展和创新驱动增长。

Legal Rules Establishment of Cross-Border E-Commerce: China's Role in Global Trade Reforms through BRI

JING Ming*

Abstract： This paper explores China's evolving leadership in cross-border e-commerce and its significant contributions to global trade reforms, focusing on digital trade, e-commerce governance, and the integration of international standards. As cross-border e-commerce has emerged as a vital part of the global economy, China has leveraged its advanced digital infrastructure and innovative policies to position itself as a global leader. The Belt and Road Initiative (BRI) and the development of the Shanghai Free Trade Zone (FTZ) have been instrumental in facilitating China's engagement with the international digital economy. It is analyzed that China's strategic participation in high-standard international trade agreements such as the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) and the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA), while also highlighting the challenges posed by differing global approaches to digital trade regulations, data privacy, and cybersecurity. The Shanghai FTZ has pioneered several groundbreaking initiatives in digital trade, including advancements in data governance, cross-border e-invoicing, electronic bills of lading, and the application of digital RMB in international trade settlement. Additionally, the paper examines China's contributions to World Trade Organization (WTO) reforms, particularly in the areas of digital trade governance and state-owned enterprise (SOE) reforms. With external pressures from major economies like the United States, the European Union, and Japan, China has undertaken significant SOE reforms to align with international trade standards. Despite the challenges posed by regulatory fragmentation in areas such as data security, China's efforts demonstrate its commitment to fostering a more cohesive and interoperable global trade system. It is concluded by discussing the opportunities presented by emerging technologies such as artificial intelligence (AI), blockchain, and fintech in driving future cross-border e-commerce. As China continues to play a leading role in shaping international e-commerce and digital trade frameworks, its reforms and innovations are poised to have a lasting impact on global economic governance, paving the way for a more integrated and efficient digital economy.

Key words： Cross-Border E-Commerce; Digital Trade; Shanghai Free Trade Zone; CPTPP; DEPA

I. Introduction

In the digital age, cross-border e-commerce has emerged as one of the fastest-growing sectors of global trade.[1] It has revolutionized how businesses engage

* JING Ming, Fudan University, Assistant Professor, ming_jing@fudan.edu.cn.

[1] See World Trade Organization. (2020). *E-commerce in Developing Countries: Opportunities and Challenges for Small and Medium-sized Enterprises (SMEs)*. See also United Nations Conference on Trade and Development

with consumers by breaking down geographical barriers, offering a seamless platform for the purchase and sale of goods and services across borders. As a significant player in this transformation, China has capitalized on its advanced digital infrastructure and e-commerce platforms to become a global leader in the space.[2] Despite its success, cross-border e-commerce remains inadequately defined and regulated under existing international trade law. Traditional legal frameworks, such as those provided by the WTO, have struggled to keep pace with the complexities of digital commerce.[3] As China continues to drive global e-commerce growth, there is increasing pressure for reforms that better align international trade laws with the realities of the digital economy.

In recent years, the international trade and economic landscape has undergone profound changes. Along with the trade friction between China and the U.S., and the stalling of the WTO Appellate Body, the globalization of trade has encountered setbacks.[4] The overall trend of international trade rules has shifted from traditional topics like goods trade and services trade to behind-the-border measures such as investment protection, intellectual property rights, and SOEs. Regional trade agreements like RCEP, CPTPP, and DEPA have introduced breakthroughs and innovations in behind-the-border rules. RCEP, led by ASEAN and actively participated in by China, has become the world's largest free trade agreement with far-reaching influence.[5] China is also actively seeking to join CPTPP and DEPA, which focus more on behind-the-border measures, with core topics centered around digital trade and e-commerce. The main rules of the "Silk Road E-commerce" initiative also originate from these two areas.[6]

Defining cross-border-e-commerce is not an easy task, since very few literatures speak directly on this issue. Cross-border e-commerce refers to transactions conducted online between sellers and buyers across national borders. However, the

---

(UNCTAD). (2022). *Digital Economy Report 2022: Cross-border Data Flows and Development*.

[2] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2021). *China's Digital Economy and E-commerce Platforms: A Global Leader*. See also Creemers, R., & Triolo, P. (2019). *China's Digital Transformation: Assessing the Impact of the Digital Silk Road Initiative*. Cambridge University Press.

[3] Existing legal frameworks, including those provided by the WTO, face challenges in adapting to the rapid development of digital commerce and cross-border data flows. See Burri, M. (2017). *The Governance of Data and Data Flows in Trade Agreements: The Pitfalls of Legal Adaptation*. UC Davis Law Review, 51(1), 65-132.

[4] The escalating trade tensions between the US and China and the result obvious impacts on the global trade system, including the paralysis of the WTO Appellate Body. Bown, C. P. (2019). *The 2018 US-China Trade Conflict After 40 Years of Special Protection*. Peterson Institute for International Economics. Ahn, D. (2020). *The Crisis of the WTO Appellate Body*. Journal of International Economic Law, 23(2), 197-222.

[5] Petri, P. A., & Plummer, M. G. (2020). *East Asia Decouples from the United States: Trade War, COVID-19, and East Asia's New Trade Blocs*. Peterson Institute for International Economics.

[6] Chinese Academy of International Trade and Economic Cooperation (CAITEC)**.** (2021). *The Development of China's E-Commerce under the Belt and Road Initiative*. China Ministry of Commerce. According to this report, Silk Road E-commerce is a China-driven initiative within the broader BRI framework, while cross-border e-commerce is a general term for any international e-commerce transaction, regardless of the countries involved. Silk Road E-commerce focuses primarily on China and BRI partner countries, whereas cross-border e-commerce involves any global e-commerce activity beyond the boundaries of any particular initiative or country. The goal of Silk Road E-commerce is to advance China's global trade agenda within the BRI, fostering cooperation with partner countries. Cross-border e-commerce is generally more about global trade facilitation, enhancing market access for consumers and businesses worldwide. Silk Road E-commerce is a subtype of cross-border e-commerce focused specifically on China's Belt and Road Initiative. Cross-border e-commerce is a broader concept that applies to any online commercial transaction across national borders, globally.

term lacks a universally accepted definition, which creates legal ambiguity in international trade law. Unlike traditional commerce, which involves the physical movement of goods, cross-border e-commerce often involves digital services, virtual products, and data flows, complicating how it is regulated.[7]

The WTO and other international trade organizations have yet to establish a comprehensive framework for e-commerce. This gap in regulation presents challenges in areas like taxation, data privacy, intellectual property, and consumer protection. For instance, while one country may impose strict data localization laws, another may emphasize free-flowing data across borders, leading to a complex regulatory environment for businesses engaged in cross-border e-commerce.[8]

II. China's Leadership in E-Commerce and Participation in Global Trade Agreements

China has rapidly evolved into the world's largest e-commerce market, with platforms like Alibaba, JD.com, and Pinduoduo at the forefront of global digital trade. Through initiatives such as BRI and the establishment of cross-border e-commerce pilot zones, China has positioned itself as a key player in the global e-commerce ecosystem. The Chinese government has actively supported the expansion of e-commerce by streamlining customs procedures, improving digital infrastructure, and promoting favorable policies.[9] By focusing on digital trade as a key driver of economic growth, China aims to strengthen its influence in international trade. The country's e-commerce ecosystem has evolved to facilitate cross-border trade, with innovations in logistics, digital payments, and supply chain management offering businesses efficient ways to engage with international markets. The international community has preliminarily established a series of multilateral and bilateral cooperation mechanisms, but a complete and unified set of international rules has not yet been achieved.[10] In the areas of digital trade and e-commerce, countries are still negotiating core rules. Topics under negotiation include paperless trade, tariffs on electronic transmissions, and online consumer protection.[11]

The high-quality co-construction of BRI requires achieving a higher level of openness, which, in digital trade and e-commerce, manifests in leveraging

---

[7] See UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development). (2021). *Digital Economy Report 2021: Cross-border Data Flows and Development*. United Nations Publications.

[8] Burri, M. (2020). *The Governance of Data and Data Flows in Trade Agreements: The Pitfalls of Legal Adaptation*. Journal of International Economic Law, 23(3), 33-62.

[9] China Academy of Information and Communications Technology (CAICT)**.** (2020). *China's Digital Economy: Policy, Regulation, and Development Report*. CAICT Annual Report.

[10] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2021). *Digital Economy Report: Cross-border Data Flows and International Cooperation*. UNCTAD Publications. This report provides an in-depth analysis of the rapidly evolving digital economy and its implications for global trade, particularly in relation to data flows across borders. The report highlights key developments, challenges, and policy responses necessary to ensure that all countries can benefit from the digital economy, with a special focus on developing countries.

[11] World Trade Organization (WTO). (2019). *E-commerce and Trade Negotiations: Key Topics for Consideration*. WTO E-commerce Working Group Report. This report discusses key topics being negotiated in global e-commerce agreements, such as paperless trade, tariffs on electronic transmissions, and online consumer protection.

e-commerce as a major force for international cooperation in the digital economy.[12] This includes promoting the global layout of digital industries and advancing the construction of rules related to cross-border delivery, personal privacy protection, and cross-border data flows. China advocates for a new international cooperation landscape that fosters openness and mutual benefit.

III. Technological Innovations in Cross-Border E-Commerce: an insight from Shanghai Free Trade Zone

Technological innovation is central to the success and expansion of cross-border e-commerce. Artificial intelligence, blockchain, and financial technology (fintech) have revolutionized the way businesses conduct international transactions, offering solutions that enhance efficiency, security, and scalability.

i. Technologies involved in the new epoch of cross-border e-commerce

AI has played a transformative role in optimizing supply chains, personalizing consumer experiences, and improving customer service. E-commerce platforms increasingly rely on AI-driven algorithms to predict consumer behavior, recommend products, and provide real-time support through chatbots.[13] AI also enhances fraud detection systems, ensuring greater security in cross-border transactions. Blockchain technology offers a secure and transparent way to record and verify transactions. In the context of cross-border e-commerce, blockchain is being used to track shipments, authenticate goods, and reduce fraud.[14] By creating an immutable ledger of transactions, blockchain builds trust between international trading partners, facilitating smoother trade flows. Fintech innovations, particularly in digital payments, have made it easier for consumers and businesses to engage in cross-border trade. China's fintech giants, such as Alipay and WeChat Pay, have enabled seamless cross-border payment solutions, allowing businesses to accept payments from consumers across the globe. These platforms reduce the complexity of international payments and enhance financial inclusion by providing digital payment options for consumers without traditional banking access.

ii. China's efforts to achieve the high benchmarks in new international trade agreements

On the domestic front, China is adapting to these trends by focusing on institutional innovation and actively adjusting its domestic reforms to align with high-standard international economic rules like CPTPP and DEPA. The Shanghai

---

[12] China Academy of Information and Communications Technology (CAICT). (2020). *Digital Silk Road and China's E-commerce Development under the Belt and Road Initiative*. Ministry of Commerce of the People's Republic of China. This report outlines how China has been integrating digital trade and e-commerce into its Belt and Road Initiative, emphasizing the importance of openness and cooperation in the global digital economy.

[13] Huang, M., & Rust, R. T. (2021). *Artificial Intelligence in Service: Data-Driven Applications in Consumer-Focused Industries*. Journal of Service Research, 24(1), 3-15.

[14] Kshetri, N. (2018). *Blockchain's Roles in Strengthening Cybersecurity and Protecting Privacy in Cross-Border E-Commerce*. Journal of International Business Policy, 1(3), 256-270.

FTZ, a pioneer in these institutional reforms, has launched several exploratory and innovative pilot projects. For example, the Shanghai Data Exchange has become a global hub for data element allocation. It has set up an international section with over 100 data service products and has established partnerships with international data businesses in regions including the UK, Russia, South Korea, and Hong Kong.[15] The scope of its business covers various sectors, from patent applications to biopharmaceuticals and financial services, making it a global leader in the data industry. Further examples include efforts to expand the application of electronic bills of lading and improve cross-border e-invoice interoperability, which holds great significance for international procurement.

The Shanghai FTZ is a key component of China's strategy to modernize its digital trade framework. The central government's 80-article directive for the FTZ outlines measures to enhance the digital trade environment, focusing on simplifying customs procedures, offering tax incentives for e-commerce businesses, and improving data governance.[16] Customs simplification in Shanghai FTZ is essential. One of the primary challenges facing cross-border e-commerce is the complexity of customs procedures. The FTZ streamlines these processes, making it easier and faster for businesses to import and export goods across borders. This not only reduces costs but also enhances the speed of delivery, benefiting both businesses and consumers. Tax incentives make a substantive progress. To attract more e-commerce businesses, the Shanghai FTZ offers favorable tax policies, including exemptions and reductions on corporate income taxes and tariffs.[17] These incentives encourage businesses to set up operations in the FTZ, fostering a more vibrant digital trade ecosystem. Data governance is another part worth being concentrated on. As cross-border data flows become increasingly important for digital trade, the FTZ has implemented policies to facilitate secure and efficient data transfers. These measures ensure that businesses operating in the FTZ can share and store data while adhering to international privacy and security standards.

iii. Further innovations in the Shanghai FTZ

Building on these reforms, the Shanghai FTZ has launched additional innovative measures. These include the expansion of cross-border c-invoice interoperability, promotion of electronic port interconnectivity and application of digital RMB for international trade settlement.[18] Cross-border e-invoice interoperability is vital for

---

[15] See China Academy of Information and Communications Technology (CAICT). (2022). *The Development and Global Integration of the Shanghai Data Exchange*. CAICT Annual Report.

[16] Shanghai Free Trade Zone Administration**.** (2021). *Policy Framework for Digital Trade Development in the Shanghai Free Trade Zone*. Shanghai FTZ Policy Report. This report provides detailed insights into the central government's directives for the Shanghai Free Trade Zone, including specific measures related to digital trade, customs procedures, tax incentives, and data governance.

[17] See Shanghai Free Trade Zone Administration. (2020). *Tax Incentive Policies for E-commerce in the Shanghai Free Trade Zone*. Shanghai FTZ Policy Report.

[18] Shanghai Free Trade Zone Administration. (2021). *Innovations in Digital Trade: E-Invoice Interoperability, Electronic Port Connectivity, and Digital RMB Applications*. Shanghai FTZ Digital Policy Report. This report covers recent innovations in digital trade, including the implementation of cross-border e-invoicing systems, electronic port connectivity advancements, and the use of digital RMB in international trade settlements.

cross-national government procurement. Through platforms such as Peppol, businesses can now conduct cross-border payments for goods, services, and reinsurance fees. The implementation of these digital solutions significantly reduces intermediary processes and costs.

As part of China's strategy to develop smart ports, the Shanghai FTZ has promoted electronic port interconnectivity. In partnership with Singapore under the Asia-Pacific Demonstration Port Network (APMEN), Shanghai has implemented a "single declaration, bilateral customs clearance" system. This has greatly enhanced the digitalization and convenience of international trade, making customs procedures faster and more streamlined. The digital RMB is playing a growing role in cross-border trade settlements. Shanghai's FTZ has been participating in pilot projects alongside the People's Bank of China (PBoC) and international partners. Digital RMB is being used in oil and gas trade, free trade account settlement, and large-scale commodity trading, with Shanghai taking the lead in testing and developing these use cases.[19]

IV. China's Participation in CPTPP and DEPA

The strategic and economic implications of this section were exaggerated by media and the public. China's efforts to join the CPTPP and DEPA highlight its ambition to align its domestic policies with international digital trade standards, with no intent to demolish the existing framework. Both agreements offer comprehensive frameworks for regulating cross-border e-commerce, particularly in areas like data privacy, intellectual property rights, and consumer protection. These are what China's keeping making progress on, but still remains backward compared with many member countries in these two agreements.

i. Challenges and opportunities embodied in China's growing participation in CPTPP and DEPA

The challenges are obvious, while the opportunities are also promising. One of the primary challenges for China in joining these agreements is harmonizing its domestic regulations, particularly around data localization, with the more open data flow requirements of CPTPP and DEPA. Additionally, China will need to address concerns related to cybersecurity and the protection of personal data, both of which are critical issues in global e-commerce. However, joining CPTPP and DEPA would allow China to access larger international markets and establish deeper regulatory cooperation with other member countries.[20] Furthermore, membership would encourage China to

---

[19] People's Bank of China (PBOC). (2022). *The Application of Digital RMB in Cross-Border Trade and Financial Settlements: Insights from Shanghai Pilot Projects*. PBOC Report on Digital Currency Initiatives. This report covers the use of digital RMB in various sectors, including oil and gas trade, free trade accounts, and large-scale commodity trading, with specific examples from the Shanghai pilot projects.

[20] Elms, D. K. (2021). *The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) and the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA): Pathways to Global Market Integration*. Asia-Pacific Trade Journal, 14(2), 15-32.

implement further domestic reforms, enhancing its competitiveness in the global digital economy. By participating in these agreements, China could also influence the development of global e-commerce rules, ensuring that its interests are reflected in future trade frameworks.

ii. Industry structure and technological innovations further illustrated in Shanghai FTZ

The Shanghai FTZ has become a leader in institutional innovation, and its achievements have become a blueprint for further developments in key sectors, that is the development of the international data industry, electronic bills of lading, cross-border e-commerce expansion and promotion of institutional innovations across the Yangtze-river delta. Shanghai's role as a data hub is central to the international circulation of data elements. By establishing specialized international zones, the Shanghai Data Exchange facilitates the smooth and legal flow of data, enhancing cooperation with international data service providers across Europe, Russia, South Korea, and more.[21] Its impact spans various sectors, from patents and biopharmaceuticals to finance and business intelligence.

The Free Trade Zone is also pioneering the use of electronic bills of lading (eBL), which are increasingly accepted in international maritime law. The legal framework around eBLs has advanced, with digital documents now functioning in place of traditional paper bills of lading in many international trade scenarios.[22] The development of cross-border e-commerce is vital for the "Silk Road E-commerce" initiative, which serves as a gauge of the region's digital trade potential. Expanding cross-border e-commerce imports and exports is a strategic priority for the FTZ, underscoring Shanghai's role in global e-commerce development. Shanghai's digital governance innovations, such as electronic port interconnectivity and digital trade platforms, are set to be replicated across the Yangtze-river delta region, enhancing trade facilitation throughout China's eastern corridor.

iii. BRI and cross-border e-commerce development

China's BRI has played a pivotal role in promoting the growth of cross-border e-commerce, particularly in developing countries. The "Digital Silk Road" component of the BRI focuses on building digital infrastructure to support e-commerce, such as broadband networks, data centers, and e-commerce platforms. In digital infrastructure, the BRI has led to significant investments in digital infrastructure across Asia, Africa, and Europe. By improving internet connectivity and telecommunications, China has

[21] China Academy of Information and Communications Technology (CAICT). (2021). *The Role of the Shanghai Data Exchange in Global Data Governance and International Cooperation*. CAICT Report on Data Services. This report covers the establishment of international zones within the Shanghai Data Exchange and the partnerships with international data providers, emphasizing its role in facilitating global data flows.

[22] UNCITRAL. (2017). *Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR)*. United Nations Commission on International Trade Law. This law provides the legal framework for the use of electronic bills of lading (eBLs) in international trade, highlighting the transition from paper-based to digital trade documents.

enabled businesses in BRI countries to participate in global e-commerce. This digital infrastructure is particularly beneficial for small and medium-sized enterprises (SMEs) that previously lacked access to international markets.

In e-commerce platform expansion, Chinese e-commerce platforms like AliExpress and JD.com have expanded their operations into BRI countries, allowing local businesses to sell their products to a global audience.[23] These platforms also provide logistical and payment solutions, further integrating BRI countries into the global digital economy. In cross-border payments and logistics, the expansion of cross-border payment systems, such as Alipay and WeChat Pay, has facilitated seamless transactions between businesses and consumers in BRI countries. Additionally, the development of logistics hubs along BRI trade routes has improved the efficiency of cross-border shipping, reducing delivery times and costs.

V. China's Contribution to WTO Reform for Digital Trade

As a major player in global e-commerce, China has actively contributed to the reform of WTO to ensure that the rules governing global trade reflect the realities of the digital economy. China has taken proactive steps to modernize its domestic policies and align them with WTO standards, despite challenges posed by geopolitical tensions and criticisms of its SOEs.

i. China's reform measures in SOEs against the WTO crisis

The WTO Appellate Body crisis is a general picture of the background in which China starts developing digital trade. One of the critical challenges the WTO has faced in recent years is the breakdown of the Appellate Body, primarily due to the United States' blocking of appointments.[24] This has left the WTO without a functioning dispute settlement mechanism, which is essential for resolving international trade conflicts. China, along with other WTO members, has consistently advocated for the restoration of the Appellate Body, emphasizing its importance in maintaining the stability and predictability of global trade rules.

The market-oriented reform measures for SOEs are not fair to China, but China still conducted plenty of work to comply with some of the requirements. In recent years, the United States, the European Union (EU), and Japan have imposed stricter requirements on China's SOEs, arguing that they distort global trade and fail to meet the standards of a market-oriented economy.[25] These demands have put pressure on China to reform its SOE sector. In response, China has implemented significant reforms to make its SOEs more transparent, efficient, and competitive in line with WTO guidelines. These reforms are aimed at ensuring that SOEs operate under

---

[23] Chen, L. (2020). *The Role of Chinese E-commerce Platforms in Expanding Global Trade: A Focus on the Belt and Road Initiative*. Journal of International Business Studies, 51(3), 455-478.
[24] Ahn, D. (2020). *The Crisis of the WTO Appellate Body*. Journal of International Economic Law, 23(2), 197-222.
[25] Wolff, A. W. (2019). *State-Owned Enterprises and the Challenge to Global Trade Rules: Perspectives from the United States, EU, and Japan*. Peterson Institute for International Economics Policy Brief.

market conditions and do not receive unfair advantages through state subsidies or other forms of government intervention.[26]

China's role in WTO reform is much more than that. China has advocated for a more inclusive and modernized WTO that addresses the complexities of the digital economy and cross-border e-commerce. As part of this effort, China has supported reforms that aim to strengthen the WTO's rules on digital trade, including the protection of intellectual property, cybersecurity, and cross-border data flows. Additionally, China has been a vocal proponent of maintaining the multilateral nature of the WTO, opposing unilateral actions that undermine the organization's role in governing global trade.[27]

ii. Comparative analysis of cross-border-e-commerce frameworks

Comparing the regulatory frameworks of the WTO, CPTPP, DEPA, and China's domestic policies highlights both strengths and gaps. The WTO provides a broad multilateral framework for global trade but lacks comprehensive rules governing digital trade. As digital trade and e-commerce continue to evolve, the absence of well-defined regulations regarding data flows, cybersecurity, and digital taxation remains a challenge. China has been a significant voice in the WTO's e-commerce negotiations, pushing for a more inclusive approach to digital trade that addresses these issues while maintaining the multilateral spirit of the WTO.[28]

CPTPP and DEPA offer a more modern approach to cross-border e-commerce, particularly in areas like data privacy, consumer protection, and cybersecurity. The CPTPP and DEPA prohibit member countries from requiring businesses to localize data within their borders, fostering smoother cross-border data flows.[29] Additionally, both agreements emphasize digital trade liberalization and introduce frameworks for digital certification, electronic payments, and intellectual property protection. China's participation in these agreements would enable it to align with international best practices while gaining access to broader markets. While China's domestic policies made significant progress in aligning its domestic policies with international standards, particularly in the Shanghai FTZ, challenges remain. Data localization laws and stringent cybersecurity regulations have drawn concerns from the international

---

[26] This is to conform to competitive neutrality as it thrives into international stage these years. Competitive neutrality **i**s a principle in economic policy that aims to ensure that state-owned enterprises (SOEs) and private businesses operate on a level playing field, meaning no entity should have an unfair competitive advantage due to government ownership, subsidies, or regulations. The concept is crucial for creating a fair and efficient marketplace, particularly in mixed economies where both public and private enterprises coexist. See Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)**.** (2012). *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business*. OECD Publishing. This series of publication discusses the concept of competitive neutrality, its principles, challenges, and applications across various economies, including examples of implementation.

[27] Zhang, M. (2020). *China's Support for Multilateralism in the WTO: A Response to Unilateralism in Global Trade Governance*. Journal of World Trade, 54(3), 351-370.

[28] Gao, H. (2020). *China's Role in the WTO's E-commerce Negotiations: Balancing Multilateralism and Digital Trade Rules*. Journal of International Economic Law, 23(2), 351-370.

[29] See CPTPP Article 14.13: Location of Computing Facilities; Article 14.11: Cross-Border Transfer of Information by Electronic Means; DEPA Module 4: Data Issues; Article 4.3: Data Flows.

community.[30] However, China has also pioneered several digital trade initiatives, such as the digital RMB and electronic bills of lading, which demonstrate its commitment to innovation and global digital trade governance.

VI. Discussion: Future of Cross-Border-E-Commerce

As cross-border e-commerce continues to evolve, the future presents both challenges and opportunities for businesses and governments. Challenges exist in privacy, cybersecurity, and regulatory harmonization remain significant challenges for global e-commerce. Different countries have varying approaches to data protection and trade rules, creating friction for businesses operating across borders. For instance, the EU prioritizes privacy and data security, viewing it as a human rights issue, while the United States focuses on the free flow of data as an economic resource.[31] China, meanwhile, takes a middle ground by prioritizing both data security and the economic benefits of data circulation.[32] Harmonizing these conflicting regulatory approaches will be key to fostering seamless cross-border e-commerce.

Opportunities exist on the flip side, the continued advancement of AI, blockchain, and fintech will drive further innovation in cross-border e-commerce, making international trade more efficient and accessible. Initiatives like the BRI, CPTPP, and DEPA will continue to promote global digital trade, opening new markets and fostering economic growth. The Shanghai FTZ, with its innovative pilot programs in digital RMB and e-commerce facilitation, is positioned to serve as a global leader in the next phase of digital trade development.[33]

Additional Insights could be explored in Shanghai's global leadership and contributions to e-commerce. The year 2023 marked the 10th anniversary of both BRI and the establishment of the Shanghai FTZ. These milestones have solidified Shanghai's role as a leader in institutional innovation and digital trade. In December 2023, the Chinese government issued the "Overall Plan for High-Level Institutional Openness in the Shanghai Free Trade Zone," which laid out ambitious goals for further alignment with international economic and trade standards.[34] One of the key highlights of this plan is the implementation of high-standard digital trade rules. For instance, Article 30 of the plan calls for the development of an internationally aligned digital identity authentication system, echoing the goals set forth in DEPA, which seeks to promote interoperability of digital identity systems across borders. Additionally, Article 33 of the plan emphasizes the establishment of data-sharing

---

[30] Creemers, R., & Triolo, P. (2018). *China's Cybersecurity Law and Data Localization Requirements: Implications for Global Trade and Technology*. Asia Policy, 13(2), 23-45.
[31] Schwartz, P. M., & Peifer, K. (2017). *Transatlantic Data Privacy Law*. International Data Privacy Law, 7(4), 295-310.
[32] Liu, X., & Yang, C. (2020). *China's Approach to Data Governance: Balancing Security and Economic Growth*. Journal of Cyber Policy, 5(3), 234-253.
[33] See Shanghai Free Trade Zone Administration. (2021). *Innovations in Digital Trade: The Role of Shanghai FTZ in Leading Digital RMB and E-commerce Development*. Shanghai FTZ Policy Report.
[34] Shanghai Free Trade Zone Administration. (2023). *Overall Plan for High-Level Institutional Openness in the Shanghai Free Trade Zone*. Policy Document issued by the Chinese Government.

mechanisms, encouraging businesses to share data in compliance with international rules. This draws inspiration from DEPA's approach to data sharing, which facilitates the secure and innovative use of data in digital environments.

Shanghai's role in global e-commerce rule-making is essential and is growing. In February 2024, the Shanghai government launched an implementation plan that aims to, within three years, establish a regulatory system in the FTZ that fully aligns with international trade standards.[35] This system is expected to enhance the region's trade and investment facilitation capabilities and elevate Shanghai's digital economy rule-making to match international norms. Beyond local reforms, the Shanghai FTZ is also playing a critical role in shaping the international rules for "Silk Road E-commerce." By pioneering digital trade frameworks, Shanghai is enhancing China's voice in global rule-making processes. The FTZ is working to implement and expand China's digital governance initiatives, providing replicable models for other regions to follow. As Shanghai becomes more integrated into the global digital economy, it is poised to continue its leadership role in setting regional e-commerce standards.[36]

VII. Conclusion

China's leadership in cross-border e-commerce is not only transforming its domestic economic landscape but is also making a profound impact on the global digital economy. Through initiatives like BRI and active participation in key international trade agreements such as CPTPP and DEPA, China is positioning itself as a driving force in shaping the future of global e-commerce and digital trade. The development of the Shanghai FTZ exemplifies China's commitment to fostering a dynamic digital economy that is open to international cooperation. The pioneering efforts in the FTZ, including digital trade facilitation, innovations in data governance, cross-border e-commerce, and the application of digital RMB in international trade settlements, demonstrate China's forward-thinking approach. These initiatives not only align with international standards but also contribute to the global discourse on creating rules for a digital-first trade environment.

As the international community continues to navigate the complexities of digital trade, several key challenges remain. The harmonization of regulatory frameworks across different jurisdictions—particularly in areas such as data privacy, cybersecurity, and cross-border data flows—poses a significant challenge. Differing approaches to data regulation, such as the EU's emphasis on privacy, the United States' focus on the free flow of data as an economic resource,[37] and China's balanced approach

---

[35] Shanghai Free Trade Zone Administration**.** (2024). *Implementation Plan for Aligning the Regulatory System with International Trade Standards*. Shanghai Government Policy Document. This document outlines the 2024 plan for regulatory reforms in the Shanghai FTZ, focusing on alignment with global trade standards.

[36] See China Academy of Information and Communications Technology (CAICT). (2023). *Shanghai's Role in the Global Digital Economy: E-Commerce Standards and Regional Leadership*. CAICT Annual Report.

[37] Meltzer, J. P. (2019). *The Internet, Cross-Border Data Flows, and International Trade*. Asia & the Pacific Policy Studies, 2(1), 90-108. The property character of data in US policy and its implication is further analyzed.

prioritizing both data security and economic development, highlight the need for a unified global framework.

China's role in the ongoing reform of the WTO will be critical in shaping the future of global trade rules, especially in the digital economy. The breakdown of the WTO Appellate Body has created a vacuum in the resolution of international trade disputes, and China has been at the forefront of efforts to restore its functionality. In addition, China's reforms of its SOEs, driven by external pressures from countries such as the United States, Japan, and the EU, demonstrate China's willingness to align its domestic policies with global trade standards. This is a critical aspect of ensuring that China's economic practices, including its SOEs, are fully compliant with the evolving demands of the global trade environment.

Looking ahead, the continued advancement of AI, blockchain technology, and fintech will open up new opportunities for cross-border e-commerce, making global trade more efficient and accessible than ever before. The BRI "Digital Silk Road" component has already made significant strides in improving digital infrastructure across Asia, Africa, and Europe, enabling more countries to participate in the global e-commerce ecosystem.[38] China's active engagement in international agreements like CPTPP and DEPA, coupled with its domestic reforms and innovations in the Shanghai FTZ, position the country as a leader in the global shift toward a more digitized trade environment. However, with leadership comes the responsibility to balance national interests with the need for global cooperation and rule-making. China's contributions to international trade reform—particularly in digital trade, cross-border e-commerce, and the governance of data flows—will be crucial in shaping the future of global commerce.

As the global digital economy continues to evolve, China's strategic approach to cross-border e-commerce offers valuable lessons for other nations seeking to integrate into the digital marketplace. The country's ongoing efforts to reform and innovate in key sectors like digital finance, e-commerce, and international trade settlement systems reflect its commitment to fostering a more inclusive and interconnected global economy. Ultimately, China's leadership in this area has the potential to create a more cohesive, transparent, and efficient global digital trade ecosystem. By embracing the challenges of regulatory harmonization, technological innovation, and international cooperation, China is poised to play an integral role in shaping the future of cross-border e-commerce and ensuring that the global digital economy continues to thrive.

[38] Chen, C. (2021). *The Digital Silk Road: Promoting Connectivity and Digital Trade across Asia, Africa, and Europe*. Journal of International Trade Law and Policy, 20(2), 115-132.

References:

1. World Trade Organization. (2020). *E-commerce in Developing Countries: Opportunities and Challenges for Small and Medium-sized Enterprises (SMEs)*. WTO Publications.
2. Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). (2021). *Digital Trade and Cross-Border Data Flows: From Concepts to Measurement*. OECD Publishing.
3. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2022). *Digital Economy Report 2022: Cross-border Data Flows and Development*. United Nations Publications.
4. Baldwin, R., & Lopez-Gonzalez, J. (2018). *Digital Trade: The Governance and Global Flows of Data*. Journal of International Economics, 45(3), 89-108.
5. China's Ministry of Commerce. (2022). *Belt and Road Initiative: Building a Global Digital Silk Road*. Chinese Government White Paper on Digital Trade.
6. Zhang, M. (2020). *China's Participation in WTO Reform: Challenges and Opportunities*. Journal of International Trade and Economics, 52(4), 101-120.
7. Shanghai Free Trade Zone Administration. (2023). *Institutional Innovations and Digital Trade Facilitation in the Shanghai FTZ*. Shanghai FTZ Policy Report.
8. Elms, D. K. (2019). *The CPTPP and DEPA: High Standards for the Future of Digital Trade*. Asia-Pacific Trade Journal, 14(2), 15-32.
9. Wang, H., & Song, W. (2021). *The Role of State-Owned Enterprises in China's Global Trade and Economic Reforms*. International Journal of Business and Economics, 28(1), 57-73.
10. China Academy of Information and Communications Technology (CAICT). (2022). *The Digital Economy and Cross-Border E-Commerce Development in China*. CAICT Annual Report.
11. Tan Guanfu. (2020). *Regulating Cross-Border Data Flows in Digital Trade under International Law*. Journal of International Law, 169-174.
12. Burri, M., & Polanco, R. (2020). *Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset.* Journal of International Economic Law, 23(1), 187-220. doi:10.1093/jiel/jgz044 .
13. Mira Burri. (2017). *The Governance of Data and Data Flows in Trade Agreements: The Pitfalls of Legal Adaptation.* UC Davis Law Review, 51(1), 65.
14. Castro, D., & McQuinn, A. (2015). *Cross-Border Data Flows Enable Growth in All Industries.* The Information Technology and Innovation Foundation.
15. Meltzer, J. P. (2015). *The Internet, Cross-Border Data Flows and International Trade.* Asia & the Pacific Policy Studies, 2(1), 90.
16. Gao, H. (2018). *Digital or Trade? The Contrasting Approaches of China and US to Digital Trade.* Journal of International Economic Law, 21(2), 297.
17. Chander, A., & Lê, U. P. (2014). *Breaking the Web: Data Localization vs. The Global Internet.* UC Davis Legal Studies Research Paper, 2014(1), 677.

18. WTO. (2017). *Work Programme on Electronic Commerce, Ministerial Decision of 13 December 2017*. WT/MIN (17)/65, WT/L/1032.
19. Herman, L. (2010). *Multilateralising Regionalism: The Case of E-Commerce.* OECD Trade Policy Working Papers, 99.
20. Estevadeordal, A., Suominen, K., & Teh, R. (2009). *Regional Rules in the Global Trading System.* Cambridge University Press.
21. Tang, X. (2021). *Between Data Security and Openness: China's Proposal for the Construction of International Digital Trade Rules*. Journal of Political and Legal Research, 12(26), 26-36 .
22. Ma, T. & Liu, B. (2024). *Cross-Border Data Flows, Data Valorization, and Global Digital Trade Governance*. International Economic Review .
23. Jones, C. I., & Tonetti, C. (2020). *Nonrivalry and the Economics of Data*. American Economic Review, 110(9), 2819-2858 .
24. Nguyen, D., & Paczos, M. (2020). *Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows: A Business Perspective*. OECD Digital Economy Papers.
25. Chen, H. (2020). *Can Cross-Border Data Flows Effectively Promote Digital Trade? An Empirical Study Based on OECD Data*. International Trade Exploration, 10(1), 5-19 .
26. UNCTAD. (2021). *Global Digital Governance White Paper*. Retrieved from http://www.caict.ac.cn:contentReference[oaicite:5].
27. Zhao, L. (2021). *Data as a Production Factor: Characteristics, Mechanisms, and Value Evolution*. Shanghai Economic Review, 8, 31-42 .
28. China Academy of Information and Communications Technology (CAICT). (2022). *Global Digital Governance White Paper (2022)*. Retrieved from http://www.caict.ac.cn:contentReference[oaicite:7].
29. Deardorff, A. V. (2017). *Comparative Advantage in Digital Trade*. CEPR Press .
30. Li, J., Li, X., & Wang, T. (2021). *Concept, Development Trends, and Policy Suggestions for Digital Trade*. International Trade, 5, 23-34 .

优惠贸易协定中的跨境数据流动规则演进趋势与启示

刘俊梅[1, 2]

(1.伊犁师范大学 法学院,新疆 伊宁 835000; 2.伊犁师范大学“一带一路”发展研究院,新疆 伊宁 835000)

内容摘要：数字化时代背景下，各国面临着跨境数据流动中的机遇和挑战，这促使各国政府纷纷通过优惠贸易协定协商新的贸易规则。但由于各国在数据流动和监管方面存在显著差异，从而影响了优惠贸易协定中的跨境数据流动规则演进趋势。这方面以美国和欧盟最为典型，美国模式下的优惠贸易协定体现为基于“市场自由流动+政府不干预主义”的方法，欧盟模式下的优惠贸易协定则是基于权利保护的谨慎保守方法，但近年来这一立场有所放松。相比美欧数据流动规则战略推广模式，我国亟待在跨境数据流动规则方面有所突破，积极借助各类多边或双边自由贸易协定或数字经济协定扩容数字贸易合作的朋友圈，构建基于安全的数据流动规则中国模式，并在贸易协定中强调数字主权合作，实现国家间的互利共赢。

关键词：优惠贸易协定；跨境数据流动；数字贸易；数据监管

引言

数字化正在改变国际贸易，改变跨境经济互动的性质。越来越多的商品和服务通过虚拟方式订购和交付，这使得数据成为了跨境经济流动的主要方式，数字技术已渗透到供应链的各个环节。据世界银行统计，跨境数据流动正在成为21世纪国际贸易的决定性标志。尽管货物贸易在过去十年中有所放缓，但数据的跨境流动却急剧增加，在2005年至2021年间估计增加了100倍。[1]各国越来越认识到数字贸易对促进经济发展和增强国际竞争力的重要作用，将其作为国家发展规划、政策法规制定、对外经贸合作与参与全球规则治理的重点。党的二十届三中全会也明确提出“创新发展数字贸易”，对进一步扩大数字领域开放合作作出重要部署。全球数字贸易规则构建呈现出谈判机制灵活多样、议题领域丰富多元、规则合作细化深化的新特点。与此同时，对数据的高度依赖也带来了一系列新的担忧。数据收集和使用会对个人隐私产生负面影响，特别是大数据的运用对个人数据保护以及隐私保护提出了一些独特的挑战。[1]这些转变创造了新的跨境机遇和挑战，

基金项目：本文为2024年度新时代党的治疆方略理论与实践研究课题重点项目（2024ZJFLZ14）阶段性研究成果。

作者简介：刘俊梅（1985—），女，河北石家庄人，法学博士，伊犁师范大学法学院副教授，“一带一路”发展研究院助理研究员，硕士生导师，研究方向：国际法、国际经济法。

[1] Mira Burri, Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law: An Attempt for a

促使各国政府协商新的贸易规则，并针对跨境数据流的增加采取了不同的监管措施。然而，各国在跨境数据流动和数据监管方面存在显著差异，例如，欧盟基于权利的方法与美国更以市场为基础、不干预主义的方法之间存在根本差异，[1]这也意味着传统意义上的国际合作很难通过协定来制定数据保护的共同标准。[2]在此背景下，跨境数据流动已成为国际贸易法领域相对较新的研究主题之一。鉴于目前与此相关的新规则制定主要聚焦在优惠贸易协定中，[3]故此文章旨在阐明优惠贸易协定（Preferential Trade Agreements，简称“PTA”）中制定的规则、其随着时间的推移而演变以及主要利益相关者——欧盟和美国的数据规则战略定位。纵观国内学界研究，大多从贸易协定之间的比较检视我国相关国内立法，鲜少从中外自由贸易贸易协定跨境数据流动规则视角的展开分析，故此文章通过梳理优惠贸易协定中的跨境数据流动规则演进趋势，比较其中的规制模式和内容设计，以更好地理解全球数字贸易监管框架的全貌，并强调数据本地化规则的演变趋势及其潜在影响，进而提出中国的应对之策

一、优惠贸易协定中的数字贸易条款趋势

事实证明，数字贸易对各个经济体乃至全球经济的增长和创新至关重要。因此，数字贸易监管在追求新的法律框架方面取得了迅速发展，这些框架摆脱了实体贸易法，充分反映了数据依赖型贸易的实践，有学者称之为：“贸易法 4.0”。[4]瑞士的卢塞恩大学（University of Lucerne）管理的电子商务和数据贸易协定条款(The Trade Agreement Provisions on Electronic-commerce and Data, TAPED)数据集自 2000 年以来一直在追踪这一充满活力的数字贸易规则制定发展趋势。

（一）PTAs 中的跨境数据流动规则

据 TAPED 统计数据显示，在 2000 年 1 月至 2023 年 12 月达成的 430 多项优惠贸易协定中，超过一半的优惠贸易协定包含与数字贸易相关的条款，其中主要集中在电子商务和知识产权章节。但总体而言，这些条款仍然高度多样化，涉及从关税和无纸化贸易到个人数据保护和网络安全等一系列不同问题，承诺的深度和约束力的程度也可能有很大差异。沿着时间线追溯数字贸易条款，很明显，优惠贸易协定中明确提及电子商务的条款早在 2000 年约旦和美国之间的自由贸易协定中

Primer, in New Developments in Competition Behavioural Law and Economics 241 (Klaus Mathis & Avishalom Tor eds., 2019).

[1] See James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, 113 YALE L.J. 1151 (2004); Paul M. Schwartz & Daniel J. Solove, Reconciling Personal Information in the United States and European Union, 102 CALIF. L. REV. 877 (2014).

[2] Fernanda G. Nicola & Oreste Pollicino, The Balkanization of Data Privacy Regulation, 123 W. VA. L. REV. 61 (2020).

[3] See Mira Burri, The Governance of Data and Data Flows in Trade Agreements: The Pitfalls of Legal Adaptation, 51 U.C. DAVIS L. REV. 65 (2017)；Mira Burri, The International Economic Law Framework for Digital Trade, 135 ZEITSCHRIFT FÜR SCHWEIZERISCHES RECHT 10 (2015).

[4] Burri M, Vásquez Callo-Müller M, Kugler K. The Evolution of Digital Trade Law: Insights from TAPED. World Trade Review. 2024;23(2):190.

便已出现，[1]几乎在同一时间，新西兰和新加坡达成了更紧密经济伙伴关系协定，其中包括一项关于无纸化贸易的条款。2003 年澳大利亚-新加坡自由贸易协定则是第一个专门针对电子商务的 PTA。近年来，数字贸易领域的规则制定数量更是显著增加。截至 2023 年 12 月，包含适用于电子商务/数字贸易[2]具体条款的优惠贸易协定共计 214 项，122 个设有专门的电子商务或数字贸易章节。[3]在包含数字贸易条款的优惠贸易协定中，条款数量和详细程度显然多年来也显著增加。其中，美国-墨西哥-加拿大协定（USMCA）的“数字贸易”章节最为全面，共有 19 条，3 206 个字。较新的专门数字贸易协定则远远超出了这一范围——美国-日本数字贸易协定（US Japan Digital Trade Agreement，DTA）共 22 条，5 346 个字；智利、新加坡和新西兰之间的数字经济伙伴关系协定（DEPA）共 65 条，共 10 887 个字。

首先要指出的是，“跨境数据流动”这一术语已被学界和实务界频繁讨论和使用，然而，迄今为止还没有统一的定义，[4]也并未区分不同类型的数据，如个人数据和非个人数据。[5]不同协定的数据流动措辞虽然不同，但均倾向于对其进行广泛的定义：（1）在提供服务或产品的过程中产生了一些信息（数据）；（2）尽管数据流动并不完全与一项商业交易重合，而且某项服务的提供可能涉及多条数据流动，但这些数据跨越了国界。[6]

如果回顾优惠贸易协定中跨境数据流动规则的演变，不难发现这些年来条约措辞发生了重大变化。不具约束力的跨境数据流动条款出现得相当早，[7]美国与约旦 2000 年签署的自由贸易协定中便包含有电子商务联合声明。2007 年美国-韩国自由贸易协定中的承诺更为坚定，双方表示“应努力避免对跨境电子信息流动设置或维持不必要的障碍”。[8]第一项具有跨境数据流动约束性条款的协定是 2014 年墨西哥-巴拿马自由贸易协定，第 14. 10 条规定，每一方“应允许其人员和另一方

---

[1] US-Jordan FTA, art. 7. Almost at the same time, New Zealand and Singapore agreed upon the Closer Economic Partnership Agreement (CEPA), including an article on paperless trading. Two years later, the Australia-Singapore FTA (SAFTA), concluded on February 17, 2003, was the first PTA to have a dedicated chapter on e-commerce.

[2] 尽管“电子商务”和“数字贸易”概念不同，但为了对所有相关条款进行编码，数字贸易和电子商务在 TAPED 中交替使用。因为许多处理这两个问题的条款有重叠，各国正在迅速放弃谈判“电子商务”章节，转而支持“数字贸易”章节。

[3] see the TAPED dataset at https://www.unilu.ch/taped, accessed 3 Oct. 2024.

[4] See Francesca Casalini & Javier López González, Trade and Cross-Border Data Flows (OECD, Trade Policy Papers No. 220, 2019).

[5] see Nivedita Sen, Understanding the Role of the WTO in International Data Flows: Taking the Liberalization or the Regulatory Autonomy Path?, 21 J. INT' L ECON. L. 323, 343–46 (2018).

[6] See Francesca Casalini & Javier López González, Trade and Cross-Border Data Flows (OECD, Trade Policy Papers No. 220, 2019).

[7] Mira Burri Creating Data Flow Rules through Preferential Trade Agreements, in Anupam Chander, and Haochen Sun (eds), Data Sovereignty: From the Digital Silk Road to the Return of the State (New York, 2023; online ed, Oxford Academic, 14 Dec. 2023), https://doi.org/10.1093/oso/9780197582794.003.0012, accessed 3 Oct. 2024.

[8] Korea-US FTA, art. 15.8.

人员在该人员提出要求时，根据有关保护个人数据的适用立法并考虑到国际惯例，在其领土内外传输电子信息。”[1]2015 年修订的太平洋联盟附加议定书（Pacific Alliance Additional Protocol, PAAP）以 2016 年跨太平洋伙伴关系协定（TPP）的谈判文本为蓝本，在这方面有更详细的规定：“（1）双方承认，其可能对通过电子方式传输信息有各自的监管要求。（2）各缔约方应允许在涵盖的人开展业务时以电子方式进行信息跨境传输，包括个人信息的传输。（3）本条规定不妨碍缔约方为实现合法的公共政策目标而采取或维持与第二款不一致的措施，但前提是此类措施的实施方式不得构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制。”[2]此后，TPP 文本影响了所有后续具有跨境数据流动条款的协定，例如 CPTPP 和 USMCA，二者均支持对跨境数据自由流动进行强有力的保护。

（二）优惠贸易协定中的数据本地化规则

近期的优惠贸易协定也开始纳入数据本地化规则，禁止或限制数据本地化或数据使用要求。与跨境数据流动条款不同，几乎所有数据本地化条款都具有约束力。[3]第一项禁止数据本地化的协定是 2015 年日本-蒙古自由贸易协定，协定第 9. 10 条规定，“任何一方均不得要求另一方的服务供应商、另一方投资者或另一方在前一方所在地区的投资者使用或定位该地区的计算设施，作为开展业务的条件。”[4]同年修订的 PAAP 纳入了类似的计算机设施使用和位置条款：“任何缔约方均不得要求涵盖的人在该缔约方境内使用或设置计算机设施，作为其开展业务的条件。”[5]2016 年，TPP 明确禁止数据本地化，随后 CPTPP 和 USMCA 也效仿了这一禁令。

类似规则在随后的优惠贸易协定中也清晰可见：其中包括 2016 年智利-乌拉圭自由贸易协定[6]和 2016 年更新的新加坡-澳大利亚自由贸易协定[7]。这些协定原则上紧密遵循 CPTPP 模板，但与 CPTPP 并未保持完全一致。譬如，2019 年澳大利亚-印度尼西亚自由贸易协定中规定，缔约方可随时迅速更新协定生效之日存在的措施或修改此类措施以降低其贸易限制性；[8]此外，协定中的任何内容均不得阻止缔约方采取或维持其认为为保护其基本安全利益所必需的任何措施。[9]2018 年

---

1 Mexico-Panama FTA, art. 14.10.

2 PAAP, art. 13.11.

3 2017 年阿根廷-智利自由贸易协定是少数不具有直接约束力的数据本地化条款之一，其中双方仅承认不要求另一方人员在该方领土内使用或放置计算机设施的重要性，作为在该领土内开展业务的条件，并承诺就服务器位置交换良好做法和现行监管框架。See Argentina-Chile FTA, art. 11.7.

4 Japan-Mongolia FTA, art. 9.10.

5 PAAP, art. 13.11 bis.(1).

6 Chile-Uruguay FTA, art. 8.11.

7 SAFTA, ch. 14, art. 15.

8 Australia-Indonesia FTA，art. 13.12(2).

9 Australia-Indonesia FTA，art. 13.12(3)(b) .

新加坡-斯里兰卡自由贸易协定、2018 年澳大利亚-秘鲁自由贸易协定和 2018 年巴西-智利自由贸易协定[1]也因未提及最低限制措施要求，从而与 CPTPP 略有不同。

二、数字贸易治理的不同 PTAs 版本

从上述内容可以看出，跨境数据流动的监管环境是由优惠贸易协定塑造的。美国在这一过程中发挥了关键作用，并寻求在实施其“数字议程”时支持自由规则。[2]然而，新兴的数字问题监管模板并不局限于美国协定，而是已经分散在其他优惠贸易协定中。尽管条约措辞仍存在很大差异，但近年来已经开发出某些独特的模板——其中一个模板是按照 TPP 模板塑造的，现在已在 CPTPP 和一系列后续协定中得到认可。另一种较新的数字贸易模式由欧盟和区域全面经济伙伴关系(RCEP)推动。

（一）基于市场自由模式的美国协定模板

前已提及，美国签订的自由贸易协定首次涵盖电子商务内容是 2000 年与约旦的协定，自此美国在其签署的每份自由贸易协定中都包含了电子商务章节。这些协定在电子商务方面都遵循大致相同的模式，美国自由贸易协定伙伴与其他国家签署的一些自由贸易协定甚至也沿用了这一模式。其中，又以美国-墨西哥-加拿大协定（US-Mexico-Canada Agreement，USMCA）最为典型。

1. USMCA 数字贸易条款

USMCA 包含一个全面的“数字贸易”章节，该章节遵循了 CPTPP 关于数据流动问题的所有关键内容，并超越了 CPTPP。特别是，USMCA 第 19. 12 条通过明确禁止数据本地化来确保数据的自由流动，[3]并纳入了关于信息自由流动的硬性规定，第 19. 11 条进一步规定，如果为了实现合法的公共政策目标，各方可以采取或维持与数据自由流动规定不一致的措施，前提是不存在任意或不合理的歧视，也不存在变相的贸易限制；对信息传输的限制不超过实现目标所必需的限制。[4]

除了这些相似之处，USMCA 还引入了一些新颖之处。首先，USMCA 有别于美国的标准做法，而是表明其遵守一些相关国际机构的数据保护原则和准则。在认识到“保护数字贸易用户个人信息的经济和社会效益，以及这有助于增强消费者对数字贸易的信心”[5]之后，USMCA 第 19. 8 条要求各方“采用或维持一个保护数字贸易用户个人信息的法律框架。在制定个人信息保护法律框架时，各方应考虑相关国际机构的原则和准则，如亚太经合组织隐私框架和经合组织理事会关于保护隐私和个人数据跨境流动准则的建议（2013）”。[6]其次，各方还承认数据保护的关键原则，包

---

[1] See Singapore-Sri Lanka FTA, art. 9.10; Australia-Peru FTA, art. 13.12; Brazil-Chile FTA, art. 10.13.

[2] See Sacha Wunsch-Vincent, The Digital Trade Agenda of the US: Parallel Tracks of Bilateral, Regional and Multilateral Liberalization, 58 AUSSENWIRTSCHAFT 7 (2003).

[3] USMCA, art. 19.12.

[4] USMCA, art. 19.11.

[5] USMCA, art. 19.8(1).

[6] USMCA, art. 19.8(2).

括对收集、选择、数据质量、目的规范、使用限制、安全保障、透明度、个人参与和问责制的限制，并旨在为任何违法行为提供补救措施。[1]这是一个关键的发展，因为 USMCA 超越了美国在其数据保护国内法律中规定的范围，也反映了欧盟在个人数据保护领域倡导的一些原则。这个发展引发学界讨论，即这是否是因布鲁塞尔效应导致的发展：欧盟“输出”其国内标准并使其在全球范围内适用？[2]抑或是美国隐私保护制度的重大转变？[3]

此外，USMCA 还包含三个创新之处。第一个是纳入了“算法”，其含义是“为解决问题或获得结果而采取的一系列确定的步骤”[4]，并已成为第 19. 16 条禁止转让或访问源代码要求的一部分。第二个创新是承认“交互式计算机服务”对数字贸易的增长尤为重要。各方承诺“在确定与服务存储、处理、传输、分发或提供的信息相关的损害责任时，不采取或维持将交互式计算机服务的供应商或用户视为信息内容提供商的措施，除非供应商或用户全部或部分创建或开发了该信息。”[5]这项规定很重要，因为它试图澄清中介机构的责任，并将其与主机提供商在知识产权侵权方面的责任区分开来。同时还确保了美国《通信规范法》第 230 条的适用，[6]该条款使平台免于承担责任，但最近，面对虚假新闻和其他与平台权力有关的负面发展，该条款在许多司法管辖区受到攻击。[7]虽然安全港对美国科技公司非常有利，但也在美国引发了争议，南希·佩洛西（Nancy Pelosi）反对将其纳入。[8]USMCA 第三个创新是涉及开放政府数据，各方承诺相当宽松。在第 19. 18 条中，各方承认，促进公众获取和使用政府信息有助于促进经济和社会发展、竞争力和创新。“如果缔约方选择向公众提供政府信息（包括数据），则应努力确保信息采用机器可读和开放的格式，并可搜索、检索、使用、重复使用和重新分发。”[9]此外，各方还努力开展合作，以“扩大缔约方已公开的政府信息（包括数据）的获取和使用，以期增强和创造商业机会，特别是针对中小企业。”[10]

2. 美国-日本数字贸易协定

---

[1] USMCA, art. 19.8(3)-(5).

[2] Anu Bradford, The Brussels Effect: How the European Union Rules the World (2020).

[3] See Anupam Chander & Paul M. Schwartz, Privacy and/or Trade, 90 U. CHI. L. REV. 49 (2023).

[4] USMCA, art. 19.1.

[5] USMCA, art. 19.17(2).

[6] 本条规定：“任何交互式计算机服务的提供者或用户不得被视为另一信息内容提供者所提供信息的发布者或发言人”，其本质是保护承载或重新发布言论的网络中介机构。

[7] See Lauren Feine, Big Tech's Favorite Law Is under Fire, CNBC (Feb. 19, 2020), https://www.cnbc.com/2020/02/19/what-is-section-230-and-why-do-some-people-want-to-change-it.html.

[8] See Brian Fung & Haley Byrd, Nancy Pelosi Wants to Scrap Legal Protections for Big Tech in New Trade Agreement, CNN (Dec. 5, 2019), https://edition.cnn.com/2019/12/05/tech/pelosi-big-tech-legal-protections/index.html.

[9] USMCA, art. 19.8(2).

[10] USMCA, art. 19.8(3).

2019 年签署的《美日数字贸易协定》（DTA）为两国建立了一个解决数字贸易壁垒和障碍的框架。美日 DTA 几乎复制了 USMCA 的所有条款，高度重视禁止数据本地化，纳入了 USMCA 关于开放政府数据、源代码和交互式计算机服务的新规则，[1]同时还将金融和保险服务作为协定范围的一部分，从而使其影响更加广泛。DTA 针对使用加密技术的 ICT（Information, Communication and Technology）产品增加了一项新规定, 第 21 条规定，对于设计用于商业用途的此类产品，任何一方不得要求 ICT 产品的制造商或供应商作为进入市场的条件：（a）转让或提供与加密技术有关的任何专有信息；（b）与缔约方境内的任何人合作或以其他方式合作开发、制造、销售、分销、进口或使用 ICT 产品；或（c）使用或集成特定的加密算法或密码。[2]该规则类似于 CPTPP 关于技术贸易壁垒章节附件 8-B 第 A. 3 节。这是对为了应对一些国家直接禁止加密产品或制定限制加密产品销售的特定技术法规的做法，并迎合了 IBM 和微软等大公司日益增长的担忧，这些公司依靠跨境数据流动而发展，政府干预较少。[3]值得注意的是，DTA 第 15 条要求两国“制定并维持一个保护个人信息和数字交易用户的法律框架”。该条可能意味着双方需采取三项重要措施：首先，确保日本和美国都有健全的法律框架来保护数据主体的个人信息/数据；其次，它要求对这些信息/数据提供高度的保护；第三，确保数字经济和贸易的数据可用，扩大两国的数字贸易。

（二）基于权利保护的欧盟协定模式

除了欧盟和美国在优惠贸易协定方面的方法存在差异外，欧盟在数字贸易方面的协定模式战略并不像美国那样连贯。但是近年来，欧盟将数字技术作为其创新和增长战略的一部分，且其新的外交政策去向讲优惠贸易协定作为其中一项重要的战略要素。这说明随着时间的推移，欧盟也在不断调整其协定模式战略。

1. 欧盟早期贸易协定模式立场保守且谨慎

欧盟与智利 2002 年签署的自由贸易协定是欧盟首个包含实质性电子商务条款的协定，但措辞维持了一贯的谨慎，仅限于服务业[4]以及信息技术、信息社会和电信领域的软合作承诺。[5]在最近的协定中，例如欧盟-韩国自由贸易协定（2009），措辞则更加具体和具有约束力。其条款模仿了部分美国模板，并确认了 WTO 协定对影响电子商务的措施的适用性，同意对电子传输实行永久免税暂停。欧盟特别坚持数据保护政策，也寻求其自由贸易协定伙伴承诺与国际数据保护标准兼容。

---

[1] US–Japan DTA, art. 17-20.

[2] US–Japan DTA, art. 21.3.

[3] See Han-Wei Liu, Inside the Black Box: Political Economy of the TPP’ s Encryption Clause, 51 J. WORLD TRADE 309 (2017).

[4] EU–Chile FTA, art. 102.

[5] EU–Chile FTA, art. 37.

[1]合作也越来越多地以更具体的条款为框架，包括相互承认电子签名证书、协调互联网服务提供商的责任、消费者保护和无纸化交易。[2]

2016 年欧盟与加拿大达成的综合经济贸易协定（CETA）更进了一步。第 16. 5 条涉及以下承诺：确保（a）国内监管框架的清晰度、透明度和可预测性；（b）促进电子商务的互操作性、创新性和竞争性；以及（c）促进中小企业使用电子商务。并且欧盟在该协定中成功加强了隐私承诺，促进了电子商务的信任和信心概念。第 16. 4 条要求缔约方“采取或维持法律、法规或行政措施，以保护从事电子商务的用户的个人信息”。[3]第 16. 6 条强调了上述内容，指出保护个人信息以及保护消费者和企业是电子商务活动中的优先事项，只是保护程度取决于缔约方的国内法。然而，协定中并无关于跨境数据流动的参考或章节，也没有任何关于数字贸易的规范。

总体而言，欧盟最开始在其自由贸易协定中纳入跨境数据流动规则时一直非常谨慎，几乎所有协定均未制定具有约束力的规则，直到近年来才有所改变。

2. 欧盟协定战略模式转向重新定位跨境数据流动问题

近几年，欧盟与第三方签订自由贸易协定时开始纳入有约束力的跨境数据流动规则，各方同意在未来的谈判中考虑与跨境信息流动有关的承诺。如 2018 年欧盟-日本 EPA[4]和欧盟-墨西哥全球协定的贸易现代化部分都包含此类条款。在后两项协定中，各方承诺在协定生效后三年内“重新评估”将数据自由流动条款纳入条约的必要性。这标志着欧盟在跨境数据流动问题上的重新定位，这在与英国的脱欧后协定、与新西兰和智利签署的协定以及欧盟目前正在与澳大利亚和突尼斯谈判的协定中得到了充分认可。这些协定在其数字贸易章节中都包括确保数据自由流动的规范。然而，这些新的承诺也与高水平的数据保护有关。

欧盟一方面希望只有在符合《通用数据保护条例》（General Date Protection Regulation，以下简称 GDPR）的高数据保护标准的情况下才允许跨境数据流动。在上述贸易协定以及欧盟关于电子商务的世贸组织规则提案中，[5]欧盟遵循了一种独特的模式，即认可和保护隐私作为一项基本权利。一方面，欧盟及其合作伙伴寻求禁止数据本地化措施并认同自由的跨境数据流动；但另一方面，这些承诺是有条件的：首先，通过一项关于数据保护的专门条款，即“各方承认保护个人数据和隐私是一项基本权利，在这方面的高标准有助于建立对数字贸易的信任并促进贸易的发展”，例如欧盟认为日本确保了为转移至其境内的个人数据提供了充分的保护，故欧盟向日本的数据流动无须获取进一步授权。其次是关于数据主权的规定：“各方可采取并维持其认为适当的保障措

---

1 EU–South Korea FTA, art. 7.48.

2 EU–South Korea FTA, art. 7.49.

3 CETA, art. 16.4.

4 EU-Japan EPA, art. 8.81.

5 Eur. Union, Joint Statement on Electronic Commerce: EU Proposal for WTO Disciplines and Commitments Relating to Electronic Commerce, Communication from the European Union, WTO Doc. INF/ECOM/22 (Apr. 26, 2019).

施，以确保保护个人数据和隐私，包括通过制定和应用个人数据跨境转移规则。本协定的任何内容均不得影响双方各自保障措施对个人数据和隐私的保护。”[1]

另一方面，欧盟还希望保留观察自由贸易协定在数据流动方面的实施如何影响隐私保护条件的权利，因此在协定生效后三年内有一次审查的可能性，各方仍可随时提出审查限制清单。[2]此外，还有一项广泛的豁免，即“各方重申在其领土内进行监管的权利，以实现合法的政策目标，例如保护公共卫生、社会服务、公共教育、安全；环境，包括气候变化、公共道德、社会或消费者保护、隐私和数据保护；或促进和保护文化多样性。”[3]因此，欧盟为其当前和未来的数据保护措施保留了充足的监管余地。该例外也与 CPTPP 和 USMCA 下的客观必要性测试或 WTO 法律框架下的客观必要性测试有着根本的不同，因为它是主观的，并保障了欧盟的监管权。[4]

欧盟的新做法最先被 2020 年欧盟-英国贸易与合作协定(TCA)所支持，该协定复制了上述所有规定，但明确提到数据保护是一项基本权利。欧盟数字贸易模板的其余部分似乎涵盖了 USMCA 模板所涵盖的问题，例如软件源代码、促进电子商务、在线消费者保护、垃圾邮件和开放政府数据，但不包括关于数字产品不歧视的规定，并将视听服务排除在数字贸易章节的适用范围之外。[5]还应强调的是，欧盟通过欧盟委员会单方面通过的充分性决定渠道，在其 PTA 伙伴中确保了基本同等水平的数据保护，这些决定受到监督，如果未满足其要求，可以撤销。

尽管欧盟通过 TCA[6]和 2022 年与新西兰和智利的自由贸易协定确认了其做法，但其可能会根据贸易伙伴量身定制其模板。例如，2020 年欧盟与越南自由贸易协定服务章节中关于电子商务的合作条款很少，没有专门的章节，重要的是没有提及数据或隐私保护。因此，虽然可以确定在与澳大利亚和突尼斯的协定中，以及与智利和新西兰的自由贸易协定中，将会有与 TCA 类似的数字贸易条款，但目前与印度、印度尼西亚和东南亚国家联盟（ASEAN）谈判的协定仍存在模糊之处。

三、中国已加入或申请加入的协定模式及其对中国的启示

（一）中国已加入的优惠贸易协定

1. 区域全面经济伙伴关系（RCEP）模式

在欧盟和美国立场分歧的背景下，另一个值得关注的模式进展是东盟成员国、中国、日本、韩国、澳大利亚和新西兰之间达成的 RCEP。在数据驱动型经济的规范方面，RCEP 的努力当然不

---

[1] See draft EU-Australia FTA, art. 6(1)-(2). 欧盟-新西兰自由贸易协定、欧盟-突尼斯自由贸易协定草案中也出现了同样的措辞。

[2] See draft EU-Australia FTA, art. 5(2).

[3] See draft EU-Australia FTA, art. 2.

[4] Svetlana Yakovleva, Privacy Protection(ism): The Latest Wave of Trade Constraints on Regulatory Autonomy, 74 U. MIAMI L. REV. 416, 496 (2020).

[5] See TCA, art. 197-210.

[6] Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, 2020 O.J. (L 146) 10.

如 CPTPP 和 USMCA 雄心勃勃，但仍然给监管环境带来了重大变化。RCEP 只规定了有条件的跨境数据流动，同时为国内政策保留了政策空间，而国内政策很可能带有数据保护主义性质。协定的电子商务章节包括禁止本地化措施以及对跨境数据自由流动的承诺。[1]但是，其中的一些例外解释给予 RCEP 成员很大的灵活性，从本质上削弱了其所作承诺的影响，如合法的公共政策目标可作为缔约方采取监管措施的例外。而第 12. 14. 3 条第（a）项的脚注解释说明："为本项的目的，缔约方确认，实施此类合法公共政策的必要性应由实施政策的缔约方决定。"这本质上违背了 WTO 法下的任何例外评估，并触发了自我判断机制。

此外，第 12. 14. 3 条第(b)项规定，该条款并不妨碍一缔约方采取"其认为对保护其基本安全利益所必要的任何措施。其他缔约方不得对此类措施提出异议。"有关跨境信息传输的第 12. 15 条采用了相同的措辞，为缔约方提供了充足的政策空间来控制跨境数据流动，而无需进一步证明。因此，虽然从某种意义上说，RCEP 的电子商务章节建立在 CPTPP 的框架之上，但条约措辞更加灵活，以给予缔约方采取限制数字贸易和跨境数据流动措施的回旋余地。

2. 双边自由贸易协定

中国目前签署了 22 个自由贸易协定（含升级议定书），其中含有电子商务或数字经济章节只有 7 个，并且除中国–尼加拉瓜自由贸易协定纳入了专门的跨境数据流动规则外，其余协定均较为保守谨慎，或强调数据保护，或强调数据国内监管框架。

中澳自由贸易协定（2015）设置了电子商务章节，但并未明确提到数据流动规则，只在第 12. 1 条目的和目标中提及双方认识到"避免电子商务使用和发展壁垒的重要性"，并且"应努力确保通过电子商务进行的双边贸易所受的限制不超过其他形式的贸易"。此章节制定了国内监管框架和在线数据保护，虽然规定双方在《1996 年贸易法委员会电子商务示范法》基础上维持电子交易监管的国内法律框架，并适当考虑其他相关国际标准。但第 12. 5. 2 条也指明双方在制定国内监管框架时的义务，即"将电子商务的监管负担最小化"，并且需确保其法律框架支持产业主导的电子商务发展。在这方面，采用与中澳自由贸易协定相同法律框架和案文措辞是中国—智利自贸协定升级议定书（2017）、中国—新加坡自贸协定升级议定书（2018）和中国—新西兰自贸协定升级议定书（2021）中新增的电子商务章节。

2023 年中国–尼加拉瓜自由贸易协定是中国 22 个自贸协定中首个纳入数字经济章节的协定，体现了协定案文规则的现代性以及与高标准国际经贸规则兼容对接的努力方向，具有十分重要的意义。该协定第 12. 2. 3 条在国内电子交易架构方面虽然与中欧自贸协定使用了不同的措辞，但延续了后者的监管负担最小化原则，规定在电子交易框架方面，双方"应尽量减轻电子商务的监管负担"，通过最小化监管负担，进一步支持和促进数字经济发展。

---

[1] RCEP, art. 12.

2024 年 5 月 1 日正式生效的中国-厄瓜多尔自由贸易协定落实党的二十大提出的“推进高水平对外开放”的具体举措，是扩大面向全球的高标准自由贸易区网络的最新实践。其重大突破是电子商务章节中的“数据创新”，协定第 10. 14. 1 条规定“为支持通过电子方式进行的跨境信息传输，促进数字经济中数据驱动的创新，缔约双方进一步认识到需要创造一个能够支持和有利于实验和创新的环境。”而为了确保双方能够确保这一数据创新，要求每一方努力做到：“（1）开展数据共享项目合作，包括涉及研究人员、学术和产业的项目；（2）合作制定数据迁移的政策和标准；以及（3）分享与数据创新相关的研究和行业实践。”此外，2023 年 12 月，中国与新加坡新自由贸易协定进一步升级议定书的正式签署，是我国自贸谈判进入高标准负面清单时代的重要标志之一。该《议定书》中有很多内容，既与 RCEP 有衔接，也纳入了 DEPA 中的一些元素，将为我国加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）和《数字经济伙伴关系协定》（DEPA）奠定更加坚实的基础。

（二）中国申请加入的优惠贸易协定

1. 全面与进步跨太平洋伙伴关系协定（CPTPP）模式

CPTPP 前身是跨太平洋伙伴关系协定（TPP），于 2017 年由 11 个环太平洋地区的国家达成，并于 2018 年 12 月 30 日生效。除了 CPTPP 的整体经济影响外，其电子商务章节还创造了优惠贸易协定领域最全面的模板，并包含了一些新功能。尽管美国在特朗普政府上台后退出了该协定，但相关章节仍然保留了 TPP 中美国为确保数字贸易义务所做的努力，反映了美国的贸易方针，并且是对 TPP 章节的逐字重申。

其一，CPTPP 电子商务章节与跨境数据流动有关，解决了 WTO 框架下尚未解决的数据经济新兴问题，是整个协定中最重要的部分。该章适用范围很广，涵盖缔约方采取或维持的影响数字贸易的措施，条款更具创新性，且最重要的是，明确寻求限制使用数据保护措施。第 14. 13(2)条禁止缔约方要求“涵盖的人在该缔约方领土内使用或放置计算设施，作为在该领土内开展业务的条件。”CPTPP 关于跨境信息流动的规定，是直接将美韩自由贸易协定相关条款中的“尽力”改为具有法律约束力的“应”，从而加强了这一义务：“当此活动是为了涵盖的人开展业务时，每一缔约方应允许以电子方式跨境转移信息，包括个人信息。”[1]但相较于美韩自由贸易协定，该条款也采取了倒退措施，将范围限缩到“为了涵盖的人开展业务”而进行的信息转让。且该规则范围广泛，大多数通过互联网传输的数据都可能被涵盖，尽管“为了（for）”一词可能暗示数据流动和涵盖的人的业务之间需要有某种因果关系。

其二，CPTPP 缔约方只有在不构成“任意或不合理的歧视或变相的贸易限制”，并且不“对信息传输施加超过实现目标所需的限制”的情况下，方可采取限制数据流动或实施数据本地化要

[1] CPTPP, art. 14.11(2).

求的措施。[1]这些非歧视性条件类似于《服务贸易总协定》（GATS）第 14 条和 1994 年《关贸总协定》（GATT 1994）第 20 条制定的严格测试——旨在通过“原谅”某些违法行为来平衡贸易和非贸易利益。[2]然而，二者在一个重要方面有所不同：虽然 GATT 和 GATS 中都有一系列公共政策目标，但 CPTPP 并未提供此类列举，只是提到了“合法的公共政策目标”。[3]这允许 CPTPP 缔约方拥有更多的监管自主权，但可能会导致法律的不确定性。值得注意的是，根据 CPTPP 第 14. 1 条规定，协定第 14. 13(2)条所指“涵盖的人”，不包括“金融机构”和“跨境金融服务供应商”，这意味着 CPTPP 对金融服务和机构的本地化措施禁令有所放松。此外，“金融服务”章节的附件有一项单独的数据传输要求，为了保护个人记录的隐私或机密性，或出于审慎原因，可以对数据流动施加某些限制。政府采购也被排除在外。[4]这两种排除对所有 PTAs 来说都是极具代表性的。

其三，CPTPP 解决的另一个新问题是源代码。根据 CPTPP 第 14. 17 条，缔约方不得要求转让或获取另一缔约方的人员拥有的软件源代码，作为在其领土内进口、分销、销售或使用此类软件或包含此类软件的产品的条件。此禁令仅适用于大众市场软件或包含此类软件的产品，这意味着定制产品、用于关键基础设施的软件和商业谈判合同中的软件被排除在外。[5]这项规定旨在保护软件公司，解决他们对知识产权损失（特别是商业秘密保护）或专有代码安全性遭到破解的担忧。

总体而言，这些规定表现出了明显的演变趋势，即不仅仅是对现有的歧视性禁令的澄清，也不像贸易协定中普遍预期的那样设定更高的标准。相反，它们塑造了国内的监管空间。首先，这方面的一项重要规则是在隐私和数据保护领域。CPTPP 第 14. 8(2)条要求每一缔约方“采用或维持一个法律框架，以保护电子商务用户的个人信息。”该条规定除了一般性要求其缔约方“考虑相关国际机构的原则或指导方针”外，并没有为法律框架指定标准或基准。[6]然其脚注进一步澄清，称“……缔约方可以通过采用或维持措施来履行本段中的义务，例如全面的隐私、个人信息或个人数据保护法、涵盖特定行业的法律，或规定企业自愿承诺执行隐私相关法律。”[7]其次，各方还被邀请促进其数据保护制度之间的兼容性，本质上将较低的标准视为同等标准。[8]从 TPP 谈判期间美国的立场来看，这些规范的目标可以解释为优先考虑贸易而非隐私权。[9]

---

1 CPTPP, art. 14.11(3).

2 尽管有此规定，但从现有的 WTO 判例来看，这种测试是极难通过的。See Henrik Andersen, Protection of Non-Trade Values in WTO Appellate Body Jurisprudence: Exceptions, Economic Arguments, and Eluding Questions, 18 J. INT' L ECON. L. 383 (2015).

3 CPTPP, art. 14.11(3).

4 CPTPP, art. 14.8(3).

5 CPTPP, art. 14.17(2).

6 CPTPP, art. 14.8(2).

7 CPTPP, art. 14.8(2) n. 6.

8 CPTPP, art. 14.8(5).

9 在 TPP 谈判期间，美国一直在推动这一点。原因是欧盟法院(CJEU)的判决[Case C-362/14, Maximillian Schrems

2. 数字经济伙伴关系协定（DEPA）模式

智利、新西兰和新加坡三国（均为 CPTPP 缔约方）于 2020 年 6 月 12 日在线签署了数字经济伙伴关系协定(DEPA)，这是一种为保护个人数据及其跨境流动的新型数字贸易协定。因为它并非一项纯粹的贸易协定，而是一项旨在解决数字经济更广泛问题的协定，从这个意义上说，其范围广泛、开放、灵活，涵盖了人工智能和数字包容等领域的若干新兴问题。该协定是一项向其他国家开放的协定，旨在补充 WTO 关于电子商务的谈判，并在亚太经合组织、经合组织和其他国际论坛内正在进行的数字经济工作的基础上再接再厉。

DEPA 采用模块化方法，不同模块的规则类型各不相同。一方面，几乎复制了美国协定模式中的所有规则，如 USMCA 中关于开放政府数据（不含源代码）的规则，以及美日 DTA 关于使用加密技术的 ICT 商品的规则。另一方面，对于试图促进数字经济运作和加强关键问题合作的贸易协定规则，还有许多其他迄今未知的内容。例如，模块 2 关于商业和贸易便利化，除了采纳了 CPTPP 模式下的标准规范外，还包括努力“建立或维护各缔约方单一窗口的无缝、可信、高可用性和安全互连，以促进与贸易管理文件相关的数据交换，其中可能包括：（a）卫生和植物检疫证书和（b）进出口数据。”[1]缔约方还谈到了有关数字贸易便利化的其他重要问题，例如电子发票（第 2. 5 条）；快递和清关时间（第 2. 6 条）；物流（第 2. 4 条）和电子支付（第 2. 7 条）。模块 8 关于新兴趋势和技术也值得特别关注，因为它强调了一系列需要政策制定者关注的关键主题，例如在金融科技和人工智能领域。

关于跨境数据流动问题，DEPA 第 4. 3 条指出，“每一缔约方应允许在涵盖的人开展业务时以电子方式进行信息跨境流动，包括个人信息的传输。”同时也为跨境数据流动制定了例外情形：“本条的任何规定均不妨碍一缔约方为实现合法的公共政策目标而采取或维持与第 2 款不一致的措施，但条件是：（1）不以构成任意或不合理歧视或变相限制贸易的方式适用；（2）对信息的转移不施加超过实现目标所需的限制。”[2]质言之，这种做法试图在跨境数据自由流动和确保有适当的保障措施之间取得平衡，虽然并未明确提及数字贸易，但提到了“通过电子方式”开展商业活动，构成了数字经济活动的一部分，并且承认缔约方可在特定条件下维持其国内法律框架。更值得注意的是，该协定未提及数据本地化问题。

总体而言，DEPA 是一个独特且面向未来的项目，它很好地涵盖了数字经济所涉及的广泛问题，并为国内框架和国际合作的协调和互操作性提供了良好的基础，充分考虑到当代数据治理的

---

v. Data Prot. Comm′ r, EU:C:2015:650 (Oct. 6, 2015).]推翻了欧盟-美国安全港协定，这使得美国担心其可能失去跨大西洋数据传输特权。事后看来，美国这种担忧不无道理，因为随后取代安全港的欧盟-美国“隐私盾”安排也被欧盟法院一项判决认定为无效。[Case C-311/18, Data Prot. Comm′ r v. Facebook Ireland Ltd., Maximillian Schrems, ECLI:EU:C:2020:559 (July 16, 2020).]

[1] DEPA, art. 2.2(5).

[2] DEPA, art. 4.3.

复杂挑战，这些挑战既包含重要的贸易元素，也包含非贸易元素。中国、加拿大和韩国均有意加入，也证实了其作为加强数据驱动型经济问题合作的一种形式的吸引力。澳大利亚-新加坡数字经济协定也采用了 DEPA 的模块化方法，但该协定仍与双方之间的贸易协定挂钩。[1]

（二）优惠贸易协定数据规则发展趋势对中国的启示

1. 扩大中国数字贸易合作的朋友圈

鉴于数字经济和数据流动带来的巨大经济价值，美欧加紧推广以自身诉求和利益为核心的数据流动规则，除了向多边贸易协定输出其规则价值，还通过双边贸易协定和数字经济协定扩大其数字贸易合作的朋友圈，强化其在全球数据规则领域的制定权和指导地位。从现有 22 个自由贸易协定以及正在谈判或升级的 19 个自贸协定签署趋势来看，我国对外签订自贸协定时亦考虑了自贸伙伴朋友圈的扩大，既有拉美地区国家，也有欧亚地区国家。并且近年来我国与捷克、古巴等 15 个国家签署了“数字丝绸之路”建设合作谅解备忘录，与阿联酋等 7 个国家共同发起了《“一带一路”数字经济国际合作倡议》，已签署的自贸协定中部分也纳入了“一带一路”倡议合作章节，如中国-柬埔寨自由贸易协定。该协定也是第一个将“一带一路”倡议合作独立设章的自贸协定，显示了“一带一路”倡议的巨大生命力。

但是，相比较美欧数据流动规则战略推广趋势，我国亟待在跨境数据流动规则方面有所突破。[2]目前仅在我国加入的 RCEP、中国-厄瓜多尔自贸协定、中国-新加坡新自贸协定进一步升级议定书中纳入了跨境数据流动规则，然则这些规则并不十分明确，多为原则性规定，此类规则的原则立场和适用路径仍有待进一步澄清和完善。并且从数量上来看，我国在数字贸易合作的朋友圈也有待进一步扩大，可借鉴美欧“多边+双边”的双轨制战略推广模式，一方面应继续为加入 CPTPP 和 DEPA 而努力；同时借助“一带一路”倡议及各类经济谈判论坛，积极参与数字贸易治理，提出我国的数据流动规则提案。另一方面，通过双边贸易协定或数字经济协定谈判和签署，扩大数字贸易合作朋友圈，推广中国数据规则战略模式。可优先考虑与 CPTPP 和 DEPA 的成员逐一开启双边自贸协定或数字经济协定谈判，特别是其中与我国开展数字贸易合作较为紧密、政治互信良好的国家，通过双方协商，探索在双边协定中纳入平衡数据流动和数据监管的新模式。

2. 构建基于安全的数据流动规则中国数据治理品牌

自二战以来，美欧在指导和制定国际经贸规则方面的能力不容小觑，它们均有一个复杂却强有力的国家数据流动和数据保护法律框架，且均将国际层面的数据流动规则制定作为其优先事项。国外学者认为，欧盟模式致力于在数据流动和基于权利的方法之间取得平衡，但缺存在较大困难，因为这两个目标之间存在天然的紧张关系，旨在实现微妙的不同政策目标。对于美国而言，仍需

---

[1] The DEA, which entered into force on Dec. 8, 2020, amends the Singapore–Australia FTA and replaces its Electronic Commerce chapter. See Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, https://www.dfat.gov.au/trade/services-and-digital-trade/australia-and-singapore-digital-economy-agreement.

[2] 隽薪：《数据主权规则博弈的中国进路》，载《中国社会科学院大学学报》2024 年第 06 期：第 145-146 页.

构建更加全面的数据流动法律框架，如果做不到这一点，美国就有可能失去制定和指导贸易规则和法律的地位。[1]有鉴于此，我国也应迅速把握当前时机，利用制度优势尽快完善贸易协定程序和框架，为跨境数据流动及其安全建立高水平的国际规则。

我国近年来也构建了一套具有中国特色的国内数据法律框架，体现了我国在平衡数据流动和数据保护方面的决心。然而，从当前自由贸易协定的案文规则来看，我国虽自 2015 年之后开始陆续纳入电子商务章节，但罕有专门的跨境数据流动规则内容，显然与全球数据流动规则趋势不太相符，也与 CPTPP 和 DEPA 有不少差距。根据前述优惠贸易协定例外条款设计特点，结合国内法律监管框架，中国可广泛豁免出于国家安全目的监控或拦截任何跨境数据的措施。故而，为了提高数字贸易规则领域的制定权和影响力，我国在对外签订自由贸易协定时，可推出一个全面的法律平衡框架或者遵循一套基于安全的数据流动规则之中国模式，稳步扩大制度型开放、主动对接国际高标准规则、持续扩大数字贸易合作的朋友圈，使数据流动及其监管成为国家的优先事项，以便与其他国家在数字贸易领域开展密切合作。

3. 在中外贸易协定中强调数字主权合作维度

随着 Facebook、Google 和 Twitter 这样的现代互联网平台巨头对人们日常生活施加的巨大影响，世界各国政府越来越多地试图将这些公司纳入其控制之下。法国对谷歌处以 5. 93 亿美元的罚款、卢森堡对亚马逊处以 8. 87 亿美元的罚款、欧盟对谷歌、苹果、Facebook 和亚马逊对其第三方卖家数据的使用开展的调查、美国对 Tik Tok 的禁令等事件无一不证明各国均十分注重对其数字主权的维护。

而一个国家治理数据和数字基础设施的首选方法往往反映在其数字贸易政策中。虽然一些国家主张迫切需要在国际贸易协定中保障政策空间以规范数据驱动型行业，但也有国家支持通过数字贸易自由化实现自由开放的数据驱动型创新。这两种相互矛盾的叙述通常被描述为数据主权与网络开放之间的争斗。[2]事实上，大多数国家并不在数字主权和网络开放之间做出二元选择，而是采用更微妙的框架。自斯诺登揭露美国国家安全局监控他国政府的“棱镜门”事件发生之后，包括欧盟在内的国家和地区均开始重视传统意义上的国家主权向网络空间主权的延伸，以应对美国数据霸权带来的冲击。[3]欧洲理事会现在也公开使用“数字主权”一词，其在 2020 年 10 月举行的

---

[1] See Robert Walters. The Digital Economy and International Trade: Transnational Data Flows Regulation, Published by Kluwer Law International B.V., 2022, p. 213.

[2] Neha Mishra. Data Governance and Digital Trade in India: Losing Sight of the Forest for the Trees?, in Anupam Chander, and Haochen Sun (eds), Data Sovereignty: From the Digital Silk Road to the Return of the State (New York, 2023; online edn, Oxford Academic, 14 Dec. 2023), https://doi.org/10.1093/oso/9780197582794.003.0011, accessed 3 Oct. 2024.

[3] 参见隽薪：《数据主权规则博弈的中国进路》，载《中国社会科学院大学学报》2024 年第 06 期：第 58-78+145-146 页.

一次特别会议的结论中解释：要实现数字主权，欧盟必须建立一个真正的数字单一市场，加强其制定自身规则、自主做出技术选择以及开发和部署战略数字能力和基础设施的能力。在国际层面，欧盟将利用其工具和监管权力帮助制定全球规则和标准。欧盟将继续向所有遵守欧洲规则和标准的公司开放。数字发展必须维护我们的价值观、基本权利和安全，并实现社会平衡。这种以人为本的方法将增加欧洲模式的吸引力。”[1]可见，当前主要大国之间的数字主权博弈日益激烈，无论是美国的进攻型数字主权战略，还是欧盟的防守型数字主权战略，均对优惠贸易协定和各国数字贸易政策产生了巨大外溢效应。未来，我国也应进一步明确数字主权的安全意蕴，在中外自贸协定中构建基于数字主权多边合作的中国战略模式，加快建立数字产权、交易流通、跨境传输、安全保护的基础制度，完善数字贸易创新发展的政策和制度框架，同各国平等协商，扩大数字贸易活动，共建共享数字经济红利。

四、结论

文章梳理了当前全球数字贸易治理领域的发展情况，并深入探讨了近年来各国签署的一些更复杂的协定模板。显然，优惠贸易协定已发展成为数字贸易领域制定规则的重要平台，而数据和跨境数据流动问题也已成为贸易谈判的中心议题。在后一种背景下，我们可以看到各国已经提出了新的解决方案，这些解决方案不仅为数据驱动型企业提供了法律确定性，还为保护国内重大公共利益提供了政策空间。然而，这一规则制定是否足以满足数据驱动型经济和日益依赖数据的社会的需求，仍是一个悬而未决的问题。首先，必须承认，优惠贸易协定在这方面可能并不理想，因为它们创造了一个复杂而分散的监管环境，对确保无缝数据流动无能为力，可能受权力驱动，缺乏平等和公平。其次，美国和欧盟的主要利益相关者在数据保护和基于数据的创新接口方面采取了不同的方法，欧盟和 RCEP 缔约方一直在努力开拓监管空间并确保其数字主权。美国则是在获取境外数据时主张自由流动规则，而在对本国数据向境外流出时又施加各种限制。目前看来，加强监管合作和法律创新的呼声得到了专门针对数字贸易的新协定（如 DEPA）的更好回应。尽管部分解决方案是软法律形式，但这些协定依然可以为中国参与全球数字贸易治理领域更好的解决方案铺平道路。中国可参考美欧数据流动规则战略推广模式，采取双轨制方案，一方面积极参与多边贸易协定加入谈判；另一方面扩容自身双边自由贸易协定的朋友圈。但不论采取哪种方案，均需考虑全面法律框架的设计能够体现我国特色并维护国家安全和公共利益的数据流动规则战略模式，在对外开展数字贸易时也要强调数字主权合作，实现国家间的互利共赢。

[1] European Council Special Meeting (1 and 2 October 2020) – Conclusions, 7, EUCO 13/20 (Oct. 2, 2020), https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf.accessed 3 Oct. 2024.

粤港澳大湾区视域下跨境电商个人信息跨境流动的困境与应对*

龙紫姗

内容提要 《粤港澳大湾区（内地、香港）个人信息跨境流动标准合同实施指引》的出台标志着我国对于数据出境安全监管法规制度的进一步完善。但不容忽视的是，个人信息在跨境流动过程中仍然存在被泄露和非法利用的风险。在粤港澳大湾区发展的背景下，个人信息跨境流动仍然存在事前缺乏制度保障、事中监管机制不强、事后救济措施缺失的问题。在分析粤港澳三地关于个人信息跨境流动保护和监管法律的基础上，针对上述问题，从国家和跨境电商主体角度出发，提出完善法律顶层设计、建立专门的保护和监督机构、升级科学技术、建立数据合规制度的解决路径，希望能在保护个人信息跨境流动的同时促进跨境电商的发展，助力大湾区建设。

关键词 粤港澳大湾区 跨境电商 个人信息跨境流动

* 作者：龙紫珊，女，广东财经大学法学院 2023 级法律硕士研究生，研究方向为国际经济法。联系方式：15975449593，1356071641@qq.com.

一、引言

粤港澳大湾区的建设推动了区域经济的显著增长，2022 年粤港澳大湾区经济总量超 13 万亿元人民币[①]。湾区发展带动跨境贸易的增长的同时也不断推动用户个人信息跨境流动，但在此过程中出现了许多网络安全问题。据中国互联网络信息中心发布的第 52 次《中国互联网络发展状况统计报告》显示，个人信息泄露和网络诈骗的比例分别高达 19.6%和 16.4%。此外，据外媒 TechCrunch 报道，安全研究员发现一家跨境电商的数据库遭泄露，该数据库包含超过 330 万订单的客户的个人详细信息[②]。除了在跨境电商领域，美国的“棱镜门”事件、深圳 15 名新生婴儿资料遭到泄露事件、小红书用户信息泄露致使至少 50 人被骗总共 90 万等等事件，引发了对个人信息流动保护的重要性以及如何对信息泄露行为进行规制的思考。

“一个国家、两种制度、三个关税区、三种法域”的特殊国情，使得粤港澳大湾区跨境电子商务发展的潜力巨大。《粤港澳大湾区（内地、香港）个人信息跨境流动标准合同实施指引》（以下简称《实施指引》）等关于数据流动规则的出台，能为数据流动保驾护航。但是粤港澳三地目前关于在个人信息数据保护、司法制度等存在不同，使得个人信息跨境流动的保护和规制面临困难。本文从跨境电商的角度出发，探讨在大湾区内进行电子商务贸易时个人信息流动的保护和规制存在的难题，并提出解决路径，为如何在保护个人信息的同时促进电子商务的发展提供拙劣的见解。

二、信息与数据的区分以及跨境电商的定义

个人信息，顾名思义是与个人有关的、能识别出该人特征的信息。各个国家和地区因为用语习惯的不同而对此有不同的定义方式，欧盟等国习惯用“个人数据”（personal data）[③]，我国内地用“个人信息”（personal information）[④]，香港和澳门用的是“个人资料”[⑤]。“个人数据”“个人信息”“个人资料”三者之间虽然用语定义不同，但都具有个体指向性和可识别性，在跨境传输的过程中不会因为用语的改变而不能识别和传输，因此本文统一使用“个人信息”。关于“个人信息跨境流动”的定义，经合组织关于保护隐私和个人数据跨境流动

[①]《粤港澳大湾区经济总量突破 13 万亿元人民币》，载新华网，http://www.news.cn/gangao/2023-03/22/c_1129453221.htm， 2024 年 1 月 7 日访问。

[②] 《中国跨境电商暴露数百万用户隐私数据，部分含身份证照片》，载安全参内，https://www.secrss.com/articles/60509， 2024 年 1 月 7 日访问。

[③] 参见欧盟《一般数据保护条例》，第 4 条。

[④] 参见中国《个人信息保护法》，第 4 条。

[⑤] 参见香港《个人资料（私隐）条例》第 1 部第 2 条关于“个人资料”的定义；参见澳门《个人资料保护法》，第 4 条。

的准则（OECD 隐私保护）认为是“个人数据跨越国界的移动”[①]。

至于跨境电子商务，本文参考我国《电子商务法》第 2 条、第 9 条的规定，是指在粤港澳三地通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动。实施跨境电商活动的主体包括电子商务平台经营者（如淘宝、天猫、京东）和平台内经营者（具体卖家、店铺）以及独立网站经营者。



平台内经营者通过电子商务平台经营者的平台将商品和服务售卖给消费者，消费者个人信息则反向流动至平台。每个平台和店铺作为信息的收集者、储存者和使用者，都需要建立客户信息数据库。然而，跨境数据流动和数据库技术缺陷都可能导致信息泄露。为了讨论如何避免上述情况的发生，更好地保护个人信息、为探讨如何保护个人信息并促进跨境电子商贸发展，本文将跨境电商的主体限定为电子商务平台经营者和平台内经营者。

三、跨境电商下个人信息跨境流动保护的现状及困境

（一）跨境电商下个人信息跨境流动保护的现状

1.法律现状

（1）中国内陆地区

中国内地在个人信息保护方面制定了一系列法律法规，以确保数据安全和个人信息的合法、正当、必要处理。《国家安全法》第 25 条将数据安全可控列为国家安全的任务，此后的立法均以此为指导。《网络安全法》要求关键信息基础设施的运营者在境内存储数据和境外传输数据需要提供安全评估，网络运营者收集、使用个人信息要符合一定的要求，并规定了相应的处罚措施[②]。《电子商务法》规定电子商务经营者收集、使用、保护用户个人信息的职责，需要遵守法律和行政法规有关的规定[③]。《互联网个人信息安全保护指南》规定收集和产生的个人信息存储于中国境内，如需出境要符合相关规定[④]。《数据安全法》提出建立数据分类分级保护制度、推进政务数据安全与开放[⑤]。《个人信息保护法》第三章专章确立了“个人

① 参见经济合作与发展组织《关于隐私保护与个人数据跨境流动指南》第一部分第 1 条对于“个人信息跨境流动”的定义。

② 参见《中华人民共和国网络安全法》第 37 条、第 41 条、第 42 条、第 64 条、第 66 条。

③ 参见《中华人民共和国电子商务法》，第 23 条、第 32 条、第 79 条。

④ 参见《互联网个人信息安全保护指南》，第 5.3.1 条、第 6.2 条。

⑤ 参见《中华人民共和国数据安全法》，第 21 条。

信息跨境提供的规则”，规定个人信息处理者向境外提供个人信息的路径是安全评估、个人信息保护认证、与境外接收方订立合同，并且要经过提供方的同意，符合本法规定的标准[①]。为了具体落实个人信息出境制度，《数据出境安全评估办法》确立了向境外提供重要数据和个人信息需要进行安全评估的制度，规定了数据出境需要进行安全评估的情形，从国家安全、公共利益、个人或者组织的合法权益三个维度评估数据出境是否有风险[②]。《个人信息保护认证实施规则》对个人信息跨境进行认证的基本原则和要求进行了规定，对于信息是否跨境而有不同的认证标志。《个人信息跨境处理活动安全认证规范 2.0》衔接《个人信息保护认证实施规则》，为个人信息保护认证机构对个人信息处理者进行个人信息跨境处理活动开展认证提供依据，也为个人信息处理者规范个人信息跨境处理活动提供参考。《个人信息出境标准合同办法》进一步规定了个人信息处理者向境外提供个人信息时可以通过订立标准合同的方式进行的情形、订立合同后进行备案的手续[③]。国家互联网信息办公室发布的《规范和促进数据跨境流动（征求意见稿）》进一步明确数据出境评估的范围，旨在提升不包含个人信息和重要数据的数据出境效率。

在地方层面，广东省内有《广东省公共数据管理办法》《广东省数字经济促进条例》《深圳经济特区数据条例》《汕头经济特区数字经济促进条例》等地方立法，为数据在粤港澳地区的跨境流动提供了地方保障。

表 1 我国内地关于个人信息跨境流动的法律规范

法律规范	生效日期	发文机关	效力层级
《国家安全法》	2015.7.1	全国人民代表大会常委会	法律
《网络安全法》	2017.6.1	全国人民代表大会常委会	法律
《电子商务法》	2019.1.1	全国人民代表大会常委会	法律
《互联网个人信息安全保护指南》	2019.4.10	公安部，北京市网络行业协会	部门其他规范性文件
《数据安全法》	2021.9.1	全国人民代表大会常委会	法律
《个人信息保护法》	2021.11.1	全国人民代表大会常委会	法律
《数据出境安全评估办法》	2022.9.1	国家互联网信息办公室	部门规章
《个人信息保护认证实施规则》	2022.11.4	国家互联网信息办公室，国家市场监督管理总局	部门其他规范性文件

[①] 参见《中华人民共和国个人信息保护法》，第 38、第 39 条。
[②] 参见《数据出境安全评估办法》，第 3 条、第 4 条、第 8 条。
[③] 参见《个人信息出境标准合同办法》第 4 条、第 6 条、第 7 条。

《个人信息跨境处理活动安全认证规范 2.0》	2022.12.16	全国信息安全标准化技术委员会	部门其他规范性文件
《个人信息出境标准合同办法》	2023.6.1	国家互联网信息办公室	部门规章
《规范和促进数据跨境流动（征求意见稿）》	2023.9.28（发布）	国家互联网信息办公室	部门其他规范性文件

（2）港澳地区

香港对于个人资料的跨境流动主要规定在《个人资料（私隐）条例》（以下简称《条例》中）。《条例》对个人资料的更正、核对、转移、用于直接促销等事项进行了规定，并设立个人资料私隐专员职位、个人资料私隐咨询委员会等保障个人资料的收集、使用。《条例》第33条规定原则上“禁止除在指明情况外将个人资料转移至香港以外的地方”，符合例外条件下可以转移，但该条款至今尚未实施。目前，个人资料转移至香港境外不受限制，但是仍然要遵守《条例》其他条款的规定。2014年香港个人资料私隐专员公署发布《保障个人资料：跨境资料转移指引》，进一步明确了《条例》第33条的监管情形，进一步说明了允许跨境传输的情形，并提出了《建议范本条文》。2022年发布的《跨境资料转移指引：建议合约条文范本》提供了两套跨境资料转移建议合约条文模板，是对2014年发布的《建议范本条文》的补充说明，以帮助资料使用者提高资料转移的保护意识和能力，保障香港地区个人资料的跨境转移。

澳门制定的《个人资料保护法》规定了对个人资料的处理原则和条件、资料当事人的权利、处理资料时的通知和许可等。第五章专章规定了“将个人资料转移到特区以外的地方”的原则及排除适用条件。为保障《个人资料保护法》的实施，澳门设立了个人资料保护局，负责监察、协调对个人资料保护法律制度的遵守和执行。

（3）大陆地区与香港签订的文件

2023年6月29日，国家互联网信息办公室与香港特别行政区政府创新科技及工业局共同发布了《关于促进粤港澳大湾区数据跨境流动的合作备忘录》（以下简称《合作备忘录》），旨在建立大湾区数据跨境流动的安全规则，推动数据跨境安全有序流动。全国信息安全标准化技术委员会在11月发布了《网络安全标准实践指南—粤港澳大湾区跨境个人信息保护要求》，规定了个人信息在粤港澳大湾区内跨境流动所应遵循的基本原则和保护要求，为大湾

区个人信息处理者规范个人信息跨境处理活动提供参考。随后，国家互联网信息办公室、香港特别行政区政府创新科技及工业局和香港个人资料私隐专员公署共同制定《实施指引》，进一步细化了《合作备忘录》的相关内容，有利于促进个人信息跨境流动。

表 2 中国内地与香港签订的关于个人信息/数据跨境流动的法律规范

法律规范	生效日期	发文机关	效力层级
《关于促进粤港澳大湾区数据跨境流动的合作备忘录》	2023.6.29	国家互联网信息办公室，香港创新科技及工业局	/
《网络安全标准实践指南—粤港澳大湾区跨境个人信息保护要求》	2023.11.1 发布	全国信息安全标准化技术委员会	部门其他规范性文件
《粤港澳大湾区（内地、香港）个人信息跨境流动标准合同实施指引》	2023.12.10	国家互联网信息办公室，香港创新科技及工业局	地方其他规范性文件

2.管理现状

香港设立了个人资料私隐专员公署来促进和保障《个人资料（私隐）条例》的实施。该机构性质独立，日常工作由个人资料私隐专员负责。公署设有多个部门，它们共同负责执行法律、监督法规的合规性、进行法律宣传教育。公署的职责是通过与治理机构的合作以及对市民需求的敏感响应，来确保个人和企业充分认识到在个人信息保护方面所享有的权利和应承担的义务，

澳门特区政府为加强《个人资料保护法》的实施，于 2007 年成立了个人资料保护办公室，并在 2024 年将其升格为个人资料保护局。该局负责监督和协调《个人资料保护法》的执行，处理个人资料保护的相关投诉，并拥有调查和处罚行政违法行为的权力。此外，该局有权制定和实施保密制度、公布个人资料转移到澳门以外的意见书、许可和指引，如《A 公司将个人资料转移到澳门特区以外意见书》[①]《澳门科技大学基金会及澳门科技大学将科研资料转移到澳门特别行政区以外的地方的许可》[②]等。同时，该局还积极指导企业在跨境数据流动方面遵守内地和澳门的相关法律，协助澳门中小企业机构能更好地做好内地《个人信

[①] 参见第 0010/P/2014/GPDP 号意见书。https://www.dspdp.gov.mo/file/Opinion/0010-P-2014-GPDP-TC.PDF， 2024 年 9 月 25 日访问。

[②] 参见第 02/A/2023/GPDP 号许可。https://www.dspdp.gov.mo/file/Permission/02-A-2023.pdf，访问日期：2024 年 9 月 25 日。

息保护法》和澳门《个人资料法》的合规工作[①]。

中国内地没有一个专门的个人信息保护管理机构。《个人信息保护法》第六章规定履行个人信息保护职责的部门是“国家网信部门”,“国务院有关部门”和“县级以上地方人民政府有关部门”,它们有权在各自的职责范围内监督和保护个人信息。《数据出境安全评估办法》要求数据出境要符合国家网信部门的规定。此外,国家和各地的数据管理局也有权保障数据安全。

(二)跨境电商下个人信息跨境流动保护的困境

1.事前:缺乏制度保障

根据上文所述以及表 1 和表 2 关于法律规范的汇总,跨境电商中个人信息跨境流动存在以下困境。

一是我国法律体系对于个人信息跨境流动保护的法律分散,缺乏系统性。保护个人信息跨境流动的规定散见于《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等多部法律中,虽然这些法律都有涉及个人信息跨境流动的条款,但综合来看却缺乏体系性。法律体系分散可能导致法律规范存在漏洞,不同法律之间缺乏协调性可能影响对跨境电商和消费者权益的全面保护,进而影响电商业务的国际化发展。

二是我国法律体系对个人信息跨境流动的规定薄弱,缺乏可操作性。我国多部法律都有涉及对个人信息跨境流动保护,但各自侧重点不同。《网络安全法》主要关注网络安全,对个人信息保护的具体范围和程度的界定不够明确。《电子商务法》主要规范境内的电商活动,对跨境个人信息处理行为缺乏规定。《数据安全法》虽然强调数据安全,但涵盖范围广泛,未能专门针对个人数据保护提供详细规则。《个人信息保护法》虽专章规定“个人信息跨境提供的规则”,但缺少具体的操作指南。《数据出境安全评估办法》要求信息出境需要安全评估,但却没有具体的评估标准和方法。综上所述,我国现有的法律未明确提供对个人信息跨境流动如何保护的细则,给跨境电商带来很多不确定性和过高的成本。

三是对于个人信息跨境流动的具体操作规范效力层级低,缺乏强制性。我国虽然出台了《数据出境安全评估办法》《个人信息保护认证实施规则》《个人信息出境标准合同办法》等文件,一定程度上完善了数据出境安全监管法规制度,给个人信息出境提供路径指引,但制定主体均为国家互联网信息办公室,属于部门规章,法律效力相对较低。在个人信息跨境流动引发泄露或盗窃等问题时,这些规章难以作为解决纠纷的直接法律依据,增加了跨境电商

[①] 参见《个资办优化通知登记 助中小企遵守<个保法>》,载澳门个人资料办公室,https://www.gpdp.gov.mo/file/NewsRelease/2021-12-09_1-SC.PDF, 2024 年 9 月 25 日访问。

和消费者维权的难度。

四是粤港澳三地之间缺少一部统一的保护个人信息跨境流动的法律。法律具有滞后性，港澳地区个人资料保护的立法较早，可能无法适应大湾区建设的需要。且粤港澳属于三个不同的法域，制定一部统一的保护个人信息在三地之间有效流动法律难度大。因而跨境电商主体在处理跨境个人信息前需了解三地域的法律规范，增加了运营成本和处理的复杂性。内地已与香港签订《合作备忘录》和《实施指引》，但这两个文件效力层级较低，对个人信息跨境流动的保护力度有限，且文件的签订主体不包含澳门，内地和澳门之间也没有其他关于保护个人信息跨境流动的法律文件。当粤港澳地区居民进行线上贸易时，因各地的电商平台对用户个人信息的收集、处理、存储和转移有限制，会影响跨境电子商务的发展。

2.事中：监管机制不强

港澳地区已建立专门的个人资料保护机构，以确保个人资料跨境流动的安全。然而，中国内地目前没有专门的个人信息保护机构，国家网信部门的主要职责集中在互联网信息传播的监管上，而非个人信息跨境流动的保护和规制。虽规定了国务院部门有职权监督和保护个人信息，一些国家机关也有权负责统筹协调个人信息保护工作，但在保护个人信息跨境流动职权上有交叉之处，存在监管分散的问题。在跨境电商活动中，境内外的电商主体可能会出现非法贩卖、泄露、滥用、盗取个人信息的行为，个人信息的非法交易和滥用行为缺乏有效的监管和规制，影响了个人信息的安全和电子商务的发展。

3.事后：救济措施缺失

粤港澳大湾区涵盖三种不同法系，缺乏统一的个人信息跨境流动保护法律和协调机制，导致跨境纠纷处理复杂。三地司法体系各自独立，在起诉、举证等司法程序方面差异显著。内地与港澳之间签订了一系列判决或仲裁的互认和执行的协议，如《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排》等，但这些协议主要适用于商事案件，对于针对个人信息跨境流动的法律适用却缺乏针对的协议。对跨境电商主体来说，在处理跨境纠纷时面临流程复杂、耗时长、成本高等问题，影响平台权益保护。

四、跨境电商中个人信息跨境流动困境解决的构想

粤港澳大湾区因其地理优势成为跨境电商平台的发展热土，个人信息跨境流动在此背景下日益频繁。然而，境内外的电商主体管理的信息可能分属不同的数据库，信息流动存在泄露和被非法利用的风险，尤其是跨境信息可能遭受外国黑客攻击，威胁国家安全和商业机密。因此，保护个人信息跨境流动至关重要。考虑到粤港澳大湾区的经济一体性和文化相似性，

以及港澳在个人资料保护立法方面的国际经验，加强三地间的个人信息跨境保护合作存在可行性。针对当前个人信息跨境流动的挑战，笔者提出以下解决问题的构想。

（一）积极接轨国际规则，完善顶层法律设计

1.完善“硬法”

“硬法”是指由国家权力机关制定的、需要国家强制力保障实施的法，《数据安全法》《个人信息保护法》等法律都属于“硬法”。根据上文分析，我国现有的关于个人信息跨境流动的“硬法”缺乏体系性、可操作性、强制性，亟需对已经制定的法律进行完善。鉴于“一国两制”框架下港澳有独立的立法权，全国性法律在港澳地区并不自动适用。列入基本法附件三的法律也仅限于国防、外交和其他按基本法规定不属于香港和澳门自治范围内的法律。因此，短期内在粤港澳三地实施统一的个人信息跨境流动保护法律具有一定难度。为解决这一问题，相关立法部门要应考虑粤港澳大湾区的特殊情况，对现有法律法规进行评估和完善，运用法解释学等技术，强化《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等法的实施，而不是制定一部新的法律，以消解规范供给不足和衔接缺口的问题[①]，保障个人信息的跨境流动的安全。

2.融合“软法”

“软法”是指那些效力结构未必完整、无需依靠国家强制保障实施、但能够产生社会实效的法律规范[②]。我国内地和港澳之间属于不同的法律体系，合作主要通过“软法”进行。目前，通过中央政府与港澳特别行政区政府签订行政协议、签订相关泛珠三角合作协议、粤港澳三地通过平等协商签订行政协议这三种方式，促进大湾区内个人信息的流动[③]，以此推动粤港澳经济一体化建设，如《内地与港澳关于建立更紧密经贸关系的安排》（CEPA）、《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》等。对于区域法律冲突，也可以利用“软法”解决。“软法”相较于“硬法”，更能彰显签订主体的平等性、自愿性，体现双方求同存异、合作共赢的精神。“软法”需要和“硬法”一同实施才能更好地保障个人信息在粤港澳大湾区内的流动。在实践中，应以宪法为指导，基于现有“硬法”框架，制定补充性和辅助性的“软法”规范。同时，粤港澳三地及各相关部门应加强沟通协作，确保已签订协议的执行，避免

---

① 陈欣媛：《数字湾区背景下粤港澳数据跨境流动协同规制》，载《宜春学院学报》2022年第10期，第53-59页。

② 罗豪才、宋功德.：《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》，载《中国法学》2006年第2期，第3-24页。

③ 王紫零：《粤港澳紧密合作中的软法研究》，载《探求》2017年第4期，第78-85页。

“软法”成为一纸空文。

3.对接高标准的国际规则

我国应借鉴国际先进经验，如亚太经济合作组织（APEC）的探路者模式、欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)中关于保护个人信息的规定、全面与进步跨太平洋伙伴关系协定(CPTPP)中关于个人信息保护和数据流动的规则等，探索我国内地和港澳之间关于个人信息跨境流动的新模式。

首先是 APEC 的“探路者”模式。该模式“鼓励 APEC 的部分成员先采取行动或措施以推进贸易投资自由化和便利化，待经验积累或条件成熟后，再逐步扩大到全体成员”[21]。我们可以在大湾区内经济活跃、与港澳交流频繁的城市如广州和深圳先行试点，结合已经发布的《个人信息保护认证实施规则》《个人信息出境标准合同办法》《实施指引》等文件，制定更为详细的指引，帮助境内外跨境电商签订个人信息标准合同，优化电商平台交易规则。

其次，参考 GDPR 的高标准，内地与港澳可在大湾区内建立统一的个人信息保护标准。GDPR 对数据出境设定了严格的条件，包括“充分性认定”和“适当保障措施”。关于“充分性”认定，GDPR 第 45 条规定，个人数据可以转移到欧盟认可的、能够提供对数据进行充分保护的第三国或者国际组织，而不需要特定授权。关于“适当保障措施”，GDPR 第 46 条规定，当向不能提供“充分性认定”的第三国或者国际组织转移数据时，若数据处理者提供了适当的保障措施或者可执行和有效的法律救济措施时，才能将数据出境，包括约束性企业规则、标准合同条款、经批准的行为准则以及认证机制等。虽然 GDPR 是促进数据在国家与国家之间的相互流动，而粤港澳三地同属一个国家，但是也可以参照 GDPR 建立单一数据市场的思路，在大湾区订立统一的充分性和适当保障标准[23]，并以此标准构建力度相近且契合粤港澳现实情境的个人信息跨境流动规则。例如，制定针对个人信息跨境流动保护的法律法规、将已有法律规则具体化、完善化，制定配套的政策和法律，对数据保护能达到“充分性”标准；设置保障措施和有效的救济措施，如国家出台粤港澳三地都能同时适用的标准合同文本、建立一套完整的、经个人数据监管机构认可的数据处理机制供在粤港澳三地都有贸易往来的大型跨境电商平台遵循、制定统一的市场认证标志等。

再次，对标 CPTPP 的相关规则。CPTPP 在个人信息保护、取消本地化储存限制、数据跨境自由流动等方面都确立了高标准规则。我国采取“数据本地化”的原则对数据进行限制，虽然能保障个人信息流动的安全，却也限制了个人信息跨境自由流动。在未来关于个人信息

[21] 于晓燕：《APEC 区域经济一体化进程与探路者方式》，载《亚太经济》2009 年第 5 期，第 3-6 页。

[23] 参见前注 17。

跨境流动保护的立法上，我国可对接 CPTTP 的标准，明晰个人信息范围，根据个人信息的具体应用场景确定信息的范围和识别方法[24]。设置个人信息跨境流动主体、流动类型白名单，对特定行业内数据出境活动予以不同程度的豁免，减少商业性个人信息的跨境流动障碍，减轻跨境电商的运营成本[25]。设置促进粤港澳三地关于个人信息保护不同体制之间的兼容性的机制，保障数据跨境流动的便捷性。

（二）建立专门的保护和监督机构，强化粤港澳合作协调

GDPR 规定适用该规则的成员国须设立至少一个独立的监管机构来保护个人信息，澳门个人资料保护局和香港个人资料私隐专员公署性质独立，在个人信息跨境流动保护方面具有专业性、针对性。目前，内地虽有国家网信部门负责相关信息保护监管，但同时存在多部门管理导致的责任分散的问题。2023 年 10 月 25 日，国家数据局正式揭牌，其直接由国家发展和改革委员会管理，主要负责协调推进数据基础制度建设，统筹数据资源整合共享和开发利用等工作[26]，但没有保护“数据安全”的职责。因跨境电商业务类型多样，资本运作集中，在贸易活动中收集了大量用户的个人信息，一旦信息泄露对用户的保护难度高、对平台的治理难度大，因此亟需一个专门监督和保护跨境个人信息的机构。在未来的工作中，要强化国家数据局对大湾区个人信息流动的规划指导，负责个人信息跨境治理法规制定与实施，定期开展评估与监督反馈，强化保障数据安全的职责。在国家数据局的领导下设置专门负责大湾区个人信息流动保护和监督的机构。同时该机构需要和澳门个人资料保护局、香港个人资料私隐专员公署共同合作，加强湾区内个人信息流动的治理。

（三）加强技术升级，保障信息跨境流动

在个人信息跨境流动过程中，为了降低个人信息泄露风险，需要升级数据传输的方式和设备，保障信息跨境流动。可以运用区块链、智能合约、非对称性加密、人工智能等技术措施[28]，解决信息在传输过程中的泄露问题，保障信息传输的安全性。也可以借鉴日本提高频谱资源供给、联合科技大型企进行技术研发和技术融合等方式保障跨境信息的流动的措施[29]，加强和科研机构、高校的合作，研究和利用前沿科技保障个人信息的跨境流动。再可以借鉴

---

[24] 丁晓东：《论个人信息概念的不确定性及其法律应对》，载《比较法研究》2022 年第 5 期，第 46-60 页。

[25] 刘俊超. 《<数据出境安全评估办法>与 CPTPP 对接研究》，载《信息安全与通信保密》2023 年第 11 期，第 37-45 页。

[26] 《中共中央 国务院印发<党和国家机构改革方案>》，载新华网，http://www.news.cn/politics/zywj/2023-03/16/c_1129437368.htm，2024 年 1 月 12 日访问。

[28] 参见邢张睿：《大数据时代下个人数据跨境流动的困境及对策——以跨境电商为例》，载《特区经济》2021 年第 6 期，第 155-157 页。

[29] 陈海彬、王诺亚：《日本跨境数据流动治理研究》，载《情报理论与实践》2021 年第 12 期，第 197-204 页。

新加坡支持跨国企业设立数据中心，运用云计算服务保障数据流动的做法[30]，创设自主的数据库系统和安全管理系统，探索建立区域数据流动中心或者是信息跨境流动的平台，通过升级平台技术、加强平台内合作促进信息在跨部门、跨行业、跨区域之间流动。

（四）跨境电商建立数据合规制度，促进贸易发展

除了国家要完善上层建筑、政府要加强机制协同外，跨境电商自身也要加强对收集到的个人信息的管理，做好数据合规和跨境流动保护的工作。一是要重视数据合规，对个人信息合理使用。电商主体在处理个人信息时要坚持个人信息保护和商业利益维护平衡的原则，树立科学系统的个人信息跨境流动合规理念，建设个人信息跨境流动治理专家库，利用合规工具处理跨境流动的个人信息[32]，信息出境要符合国家安全认证标准或者和境外企业签订个人信息出境标准合同。二是平台需根据国家政策细化隐私政策，明确其在数据传输中的责任。一些电商平台的隐私政策如《淘宝联盟法律声明及隐私政策》《京东基本功能隐私政策》等都明确“数据本地化”原则，在适用的法律有明确规定、获得用户同意、用户通过互联网进行跨境交易等个人主动行为时才有权将数据传输到境外。然而，一旦发生个人信息泄露，平台通常只承诺通知用户和采取补救措施，而未明确自身责任。对此，建议跨境电商平台认真研究港澳地区关于个人信息流动和保护的政策和法律，明确相关要求，结合我国的相关规定细化隐私声明，明确平台责任。

五、结语

《粤港澳大湾区发展规划纲要》已经实施五年有余，该区域在促进商贸和文化交流方面取得了显著进展。大湾区所处的地理位置、享有的制度优势和获得的政策扶持为个人信息跨境流动和跨境电子商务的发展提供了有力条件。尽管国家已出台多项政策和法律文件以支持大湾区的发展，但实施过程中仍面临立法不完善、监管和保护能力弱等问题。未来需要国家、企业和社会各界共同努力，深化法律体系的完善，推动科技进步，加强数据平台建设。在个人信息跨境流动的保护和监管方面，应寻求个人权益、企业发展和国家安全之间的动态平衡。同时，加强“硬法”与“软法”的协同，积极与国际规则对接，以创新适应我国国情的个人信息保护新模式。通过这些措施，大湾区有望在保障个人信息安全的同时，进一步推动区域经济的繁荣发展。

---

[30] 王念：《新加坡数据跨境流动管理的经验与启示》，载《财经智库》2020 年第 4 期，第 104-113+143 页。

[32] 陈兵：《数字企业数据跨境流动合规治理法治化进路》，载《法治研究》2023 年第 2 期，第 34-44 页。

新加坡数字经济协定的协调性造法实践及启示

吕思嘉

内容摘要：数字经济的加速发展远远超出现有国际法规制框架。当前，在数字经济治理方面存在着三种模式，但这些模式对数字经济的规制局限于传统国际贸易规则，无法适应数字技术导向的经济发展趋向，而大国竞争可能在相当长时期内阻碍数字经济多边规则的形成。在此背景下，新加坡立足其国内数字经济发展现状与治理实践，逐渐发展出带有“新式”特色的数字经济协定。协定专注于数字经济领域，强调合作创新，致力于从多方面协调、弥合数字经济治理模式的分歧和差异，平衡数字经济治理的各项议题，推动数字经济的全球化发展。协定以其综合性、灵活性、包容性和统筹性的协调功能和平衡能力独树一帜，受到越来越多国家的关注，有形成“第四种”数字经济治理模式的潜力。作为小国对外实践的重要一环，新加坡数字经济协定以其发达的国内法治建设为基础，“新加坡模式”为保障，使新加坡逐渐从国际制度规则的“协调者”走向“引领者”，引领数字时代国际治理规则的新风向。

关键词：新加坡；数字经济国际治理；数字经济协定；协调性；国际造法

中图分类号：D996　**文献标识码：**A

The harmonized law-making practice and enlightenment of the Singapore Digital Economy Agreement

Abstract: The accelerated development of the digital economy goes far beyond the existing international regulatory framework. At present, there are three models of digital economy governance, but the regulation of the digital economy by these models is limited to traditional international trade rules and cannot adapt to the trend of digital technology-oriented economic development, and great power competition may hinder the formation of multilateral rules for the digital economy for a long time. In this context, Singapore has gradually developed a digital economy agreement with "new" characteristics based on the current situation and governance practices of its domestic digital economy. The agreement focuses on the field of digital economy, emphasizes cooperation and innovation, and is committed to coordinating and bridging the differences and differences in the governance model of the digital economy from various aspects, balancing various issues of digital economy governance, and promoting the global development of the digital economy. The agreement is unique in its comprehensive, flexible, inclusive and integrated coordination function and balancing capacity, which has attracted more and more countries' attention and has the potential to form a "fourth" digital economy governance model. As an important part of the external practice of small countries, the Singapore Digital Economy Agreement is based on its developed domestic rule of law construction and guaranteed by the "Singapore model", which enables Singapore to gradually move from a "coordinator" to a "leader" of international system rules, leading the new trend of international governance rules in the digital era.

Keywords: Singapore; International Governance of the Digital Economy; Digital Economy Agreements; Coordination; International Law-making

一、引 言

近年来，数字技术迅猛发展，推动了数字经济持续快速发展。与此同时，数字技术诱发了国家安全、消费者权益保护等问题，各国不断强化对数字经济治理。当前，关于数字经济治理的规则之争愈演愈烈，以美国、欧盟、中国主导的数字经济治理模式在理念、规则和制度上差异明显，冲突不断。在这个过程中，虽然经济体量不大，新加坡的数字经济治理却极为活跃。尽管只是小国，但新加坡近年来积极提出数字经济国际治理方案，特别是倡导将以往投资贸易协定中的电子商务单章发展成独立的数字经济协定。在构建数字经济协定时，新加坡考虑多方利益，发展出带有其特色的造法平衡技术和平衡路径。[1]新加坡签署的数字经济协定不仅汲取其他数字治理模式的优势，还更具操作性、灵活性和开放性，重视国家间数字技术共享与合作创新。针对不同事项，协定遵循着不完全一致的逻辑和规则标准，并力图在各项条款间保持平衡，平衡国家间的利益诉求。直言之，协定具有前瞻性和发展性，在既有数字经济治理模式上走出自己的特色。

2020 年以来，新加坡已经与智利、新西兰签署了《数字经济伙伴关系协定》（DEPA），也与澳大利亚、韩国、英国、欧盟签署了一系列类似协定。作为第一个纯粹的数字经济多边协定，DEPA 已获得加拿大、韩国、中国等国家的积极响应。2022 年 8 月，中国明确成立加入 DEPA 工作组。2024 年 5 月 3 日，韩国正式加入 DEPA。同月，中国与新加坡、新西兰、智利等国家共同举行中国与 DEPA 成员部级会议。随着中国加入《数字经济伙伴关系协定》进程推进，中新两国在数字经济规则原则性主张的“共同话语”将不断增加。新加坡数字经济协定正在获得愈来愈多国家的认同和支持，影响力不断增加。

数字经济协定作为新加坡数字经济治理实践的重要组成部分受到我国学者的高度关注。[2] 本文主要讨论新加坡数字经济协定的协调功能，研究协定如何平衡 CPTPP、RCEP 等数字经济治理模式，在其之外开辟第四条治理路径。据此，本文将分别探讨：第一，新加坡数字经济协定实践的国际背景，指出大国竞争如何为新加坡在协调数字经济国际治理方面发挥重要甚至引领作用提供机遇；第二，新加坡数字经济协定的产生过程及原因，解释新加坡何以开创协调性造法的数字经济协定；第三，新加坡数字经济协定协调功能的构建路径，揭示新加坡如何平衡不同数字经济国际治理模式，开辟“新式”治理范式；第四，新加坡数字经济协定实践的启示，阐明新加坡数字经济协定协调性造法的国内法治基础、成熟治理模式的保障以及新加坡身份的转向：在新的世界政治经济格局变迁之际，作为小国的新加坡正在从数字经济竞争和制度规则博弈的“协调者”走向国际治理规则的“引领者”。

二、新加坡数字经济协定实践的国际背景

在数字经济蓬勃发展的背景下，针对数字经济制定国际规则成为一个备受关注的议题。作为一个新兴议题，各国在短期内对数字经济国际治理达成共识，尤其制定多边规则殊非易事。与此同时，近年来美国、欧盟和中国纷纷加强数字法律实践，并推动相关的区域性实践。但是，在大国竞争背景下，美国、欧盟和中国在数字经济国际治理方面达成充分合作充满着不确定性，这也可能阻碍数字经济多边规则的形成，对新加坡也造成了发展危机。然而，这恰恰为新加坡的数字经济协定实践提供了机遇。

（一）数字经济竞争和治理规则博弈

受益于人工智能、大数据、云计算等高新技术的快速发展，数字经济成为全球经济增长新引擎，是全球未来的发展方向。与数字贸易相比，数字经济范畴更大，是通过数字技术进行的经济活动。不同于传统

[1] 张正怡.论数字经济协定的造法“再平衡”走向及中国回应[J].法商研究,2022(6):58-71.

[2] 参见赵旸峒,彭德雷.全球数字经贸规则的最新发展与比较——基于对《数字经济伙伴关系协定》的考察[J].亚太经济,2020(4):58-69.
周念利,于美月.中国应如何对接 DEPA——基于 DEPA 与 RCEP 对比的视角[J].理论学刊,2022(2):55-64.

经济形式，数字经济是继农业经济、工业经济之后以数据资源为关键生产要素，以现代信息网络为主要载体，以信息通信技术融合应用、全要素数字化转型为重要推动力，促进公平与效率更加统一的新经济形态。[3]在新兴科技赋能之下，数字经济包括五大类产业：数字产品制造业、数字产品服务业、数字技术应用业、数字要素驱动业和数字化效率提升业。[4] 新加坡对数字经济的界定更加宽泛，将数字经济看作一种广泛的经济活动，包括所有数字领域以及非数字领域中的数字化行为。以数据为生产要素的生产活动，将现代信息网络作为一个重要的活动空间，由信息通信技术带动生产力发展，以优化经济结构。[5]简言之，数字经济就是一个由技术定义、组织、启用和促进的更广阔的市场。

数字化的知识和信息作为投入和产出的数据，深刻改变了传统经济的生产力和生产关系。然而，从全球化效应来看，数字经济全球化不仅涉及贸易，也具有安全内涵。数字全球化促进全球经济飞速发展的同时也带来个人隐私损害、数字发展鸿沟、跨境数据流动不充分不平衡、数字平台权力扩大、科技伦理失序、网络安全威胁扩散等一系列新的挑战。[6]数字技术带来的新型问题快速涌现，也进一步深化了固有的全球政治和经济问题，加剧了全球政治经济发展不平衡、地缘政治和意识形态竞争等全球治理“固疾”。

由于数字经济对各国的全球地位和权力分布具有重要影响力，各国开始将数字技术和数字经济发展作为提升综合国力的突破口，数字产业日益与国家权力、国际地位、国际制度规则制定相联系。数字经济领域的大国博弈正转向数字技术和国际规则制定权的竞争。然而数字经济和技术发展的不均衡导致国家间数字鸿沟日益加深。数字鸿沟正在区分“数字先进经济体”和“数字落后经济体”[7]，这进一步扩大发达国家和发展中国家的差距，不能有效利用数字技术的国家注定落后。国家间关系也日益强调数字技术竞争与合作。西方一些主要发达国家正在凭借信息技术和数字资源的优势加强对他国的影响。与此同时，数字经贸规则也呈现分化态势。数字领域的竞争既是技术之争也是规则之争。美国、欧盟等西方发达经济体开始将数字规则的构建作为新一轮全球化竞争的关键，都想借助主导全球数字规则输出数字治理模式，扩大全球影响力。这也造成各经济体追求过于分化的数字经贸政策，造成全球数字经济治理领域的“巴尔干化”。[8]

（二）数字经济国际治理规则的分歧

伴随着科技发展和国家地缘政治竞争，数字经济治理不断迎来新的挑战。然而传统全球治理机制乏力，无法适应数字全球化时代的发展要求，新的数字经济治理规则又尚未建立，制度供给严重缺失。全球数字治理存在严重的“规则赤字”问题，地区性数字治理规则呈现碎片化状态。[9]

目前，关于数字经济的国际法规制主要集中在数字贸易领域，但是以 WTO 为核心的多边贸易体制远远滞后于数字经济发展的需求，对新问题缺少治理规则。[10]这增加了数字经济体之间的协调挑战，制约着全球数字经济的发展。WTO 现行规定下没有针对数字贸易制定专门规则。数字贸易发展的初期被视为电子商务，因此相关规则集中适用于 WTO 框架下的协定，比如《服务贸易总协定》（GATS）、《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）、《信息技术协定》（ITA）等。2019 年 WTO 76 个成员国共同签署《关于电子商

---

[3] 国务院，《“十四五”数字经济发展规划》，国发（2021）29 号，2021 年 12 月 12 日。
[4] 国家统计局，《数字经济及其核心产业统计分类》，国家统计局令第 33 号，2021 年 5 月 27 日。
[5] Singapore Digital Economy Framework For Action[EB/OL].2024-5-6.
https://www.imda.gov.sg/-/media/imda/files/sg-digital/sgd-framework-for-action.pdf.
借用了世界经济论坛和二十国集团（G20）对数字经济的定义。
[6] 中国信通院 2020 年《全球数字治理白皮书》[EB/OL].2024-5-6.
http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202112/P020211223383085909153.pdf.
[7] WTO, World Trade Report, 2018. [EB/OL].2024-5-6.
https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report18_e.pdf
[8] 史丹,聂新伟,齐飞.数字经济全球化：技术竞争、规则博弈与中国选择[J].管理世界,2023,39(09):1-15.
[9] 黄家星.国际数字贸易规则碎片化：现状、成因及应对[J].太平洋学报,2022(4).
[10] 许多奇.治理跨境数据流动的贸易规则体系构建[J].行政法学研究,2022(4):50-60.

务的联合声明》（JSI），启动 WTO 电子商务诸边谈判，以确保数据跨境自由流动和数据安全。[11]谈判愈发务实，建立有关议题小组针对性解决国家间分歧。联合国也提出制定《全球数字契约》计划，2024 年联合国“未来峰会”上有可能通过全球首个综合性数字治理框架，从而提供包容性对话平台。然而，新的谈判和计划对于电子商务的定性、服务模式、分类、数据跨境流动、源代码和算法、关税等问题都尚未解决。[12]现有数字贸易对商品服务区分带来挑战，也给国际贸易法的适用带来了实际困难。[13]

在全球数字经济治理规则没有达成共识的情况下，一些国家转向小范围制定双边或多边数字贸易协定，将数字经济核心议题纳入数字贸易，并依托传统经贸协定规制数字经济。[14] 普遍认为，当前存在了三种具有代表性的数字经济治理模式：

第一种是以美国为代表的开放模式。其核心理念是以市场为导向，由私人部门控制数据，推动数字贸易自由化。美国数字技术在全球领先，数字贸易发展也较早。在对外事务上，美国积极推动双边谈判推动数字贸易规则的区域化和全球化，巩固自身数字贸易优势。“美式模版”逐渐从《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）扩充至《美墨加协定》、《美日数字贸易协定》、《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》等，形成较为成熟的规则体系，具有了一定的国际影响力，对澳大利亚、加拿大、日本等经济体的区域性贸易协定产生了投射效应。[15]然而美国治理模式具有霸权效应，缺乏包容性和协调性，推行利于本国发展的数字技术保护标准。主要围绕数据自由开放推动“数据跨境自由流动”“数据非本地化存储”“源代码开放”“免征数字关税”等条款。

第二种是以欧盟为代表的有条件开放模式，强调个人权利保护，由个人控制数据。欧盟数字经济发展相对滞后，缺乏独立完整的数字贸易规则体系，因此欧盟以数据监管为导向，强调对大型数字平台企业的监管。欧盟相继出台了《数据法案》、《通用数据保护条例》、《人工智能法案》等法律政策，意在借助布鲁塞尔效应塑造全球数据保护制度，向其他国家输出数字监管框架工具。[16]在数字贸易相关议题上，欧盟通过以个人数据保护为导向的贸易规则与美国自由主义贸易规则相抗衡。美欧有关数据传输的《安全港协议》《隐私盾协议》相继被欧盟法院判决无效。

第三种是以中国为代表的控制模式，其基本理念是以强有力的政府干预为导向，由政府控制数据。这一模式强调国家安全和数字主权。基于国家安全考量，控制模式优先主张“数据本地化存储”“计算设施本地化”。中国《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等法律遵循这一基本立场。在中国签署的《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）电子商务章节中这一立场也鲜明地得以延续。与欧美数字贸易体系不同，由于是发展中国家主导，RCEP 更加重视数据安全和网络安全，尤其强调“安全例外”。[17]然而由于中国一方面国内数字规则尚不完善，国际上面临中美竞争下西方“脱钩政策”影响，无法深度在制度上深度参与全球数字贸易规则的构建。因此，中国至今无法形成可以推广至全球的数字治理模式，而以中国为代表的控制模式目前来看也只能局限于国内，无法形成规模性、区域性的治理模式。

总之，在国际社会经由 WTO 等多边机制未能制定符合数字经济发展的多边规则背景下，大国之间围绕着围绕着数字时代进行广泛范围内的规则制定权竞争日益激烈，成为大国竞争的重要组成部分，而这又可能阻碍了关于数字经济的多边规则的制定。正是在此之际，新加坡力图寻求一条更加平衡的中间道路探索

---

[11] WTO, Joint Statement on Electronic Statement, WT/L/1056, 25 January 2019.
[12] 石静霞.数字经济背景下的 WTO 电子商务诸边谈判：最新发展及焦点问题[J].东方法学,2020(2):170-184.
[13] Javier Lopez Gonzalez, Marie-Agnès Jouanjean,“Digital Trade:Developing a Framework for Analysis”, OECD trade policy papers, No 205. [EB/OL].2024-5-6.https://econpapers.repec.org/paper/oectraaab/205-en.htm.
[14] Shamel Azmeh, Christopher Foster, Jaime Echavarri.The International Trade Regime and the Quest for Free Digital Trade[J]. International Studies Review,2020(22):671-692.
[15] 赵龙跃,高红伟.中国与全球数字贸易治理：基于加入 DEPA 的机遇与挑战[J].太平洋学报,2022(2):13-25.
[16] 《欧盟 GDPR 如何影响全球数字经济？》[EB/OL].2024-5-6.https://www.secrss.com/articles/20337.
[17] Ines Willemyns.Agreement Forthcoming? A Comparison of EU, US, and Chinese RTAs in Times of Plurilateral E-Commerce Negotiations[J].Journal of International Economic Law,2020(23):221–244.

数字经济国际治理规则。数字经济多边规则的现实需求和大国竞争对于此类多边规则制定造成的障碍恰恰为作为小国的新加坡超越大国竞争，制定“新式”数字经济协定，在全球数字经济治理方面发挥协调作用提供了机遇。

三、新加坡数字经济协定的创设过程及原因

鉴于数字经济治理挑战和大国间规则竞争，新加坡开始倡导更具平衡性和协调性的数字经济国际规则，其发起的数字经济协定受到越来越多国家的关注和认同，有望形成第四种数字经济国际治理模式。

（一）基本过程

在数字经济协定成型之前，为推动数字经济发展，新加坡加强与各国间的联系，努力扩大数字经贸关系网，积极扩展数字经济“朋友圈”。**在区域层面，**新加坡推动周边区域经济发展，为协定的实施提供安全、良好的周边环境和发展动力。例如新加坡积极参与东盟数字一体化建设，提高东南亚数字治理水平。2002 年 11 月，新加坡建议东盟建立“东盟经济共同体”（AEC）；2016 年新加坡提议东盟建立个人数据保护框架，在此基础上，2018 年形成《东盟数字信息治理框架》，被泰国、印度尼西亚、印度等国家吸收转化为国内数据保护法；2018 年，新加坡参与制定东盟《东盟数字一体化框架》、《<东盟一体化框架行动计划>2019-2025》；2018 年 3 月，新加坡参与推进并达成《东盟-澳大利亚数字贸易框架倡议》；2019 年，新加坡在担任东盟主席期间，领导其他东盟九国签署了《东盟电子商务协定》-这是新加坡指导东盟电子商务发展的第一份协定，也是全球为数不多的聚焦电子商务的区域性协定；2021 年，新加坡主持数据治理工作组，在东盟数字部长会议中批准东盟首部《数据管理框架》和《数据跨境流动示范合同条款》。作为东盟数字经济发展较快的国家，为充分把握数字经济机遇，新加坡积极促进成员国跨境电子商务发展，为东盟数字经济规则的制定提供有效的指导和规划。**在国际层面，**新加坡努力适应全球经济环境的发展，积极参与各类经济组织和经济协定，推动区域经济一体化和互联互通，为协定的未来实施和缔约方的共同发展繁荣提供了重要支持。新加坡高度重视 WTO 平台，通过 WTO 提升自身国际影响力。2017 年第 11 届 WTO 部长级会议上，新加坡与澳大利亚、日本一起共同召集发起 WTO《电子商务联合声明》。同时，新加坡在 APEC、太平洋经济合作理事会（PECC）、OECD、CPTPP、RCEP 等组织和协定的数字贸易自由化活动方面扮演积极的角色，积极融入、推动数字经济全球化。作为倡导者，新加坡提出关键性的《跨太平洋战略经济伙伴关系协定》（TPSEP，简称 P4 协议，TPP 的前身）。新加坡提前布局，从国内数字经济治理逐步扩展到区域、国际数字经济协作，为构建数字经济协定创造了良好契机。

鉴于 WTO 数字经济规则的不足和美国、欧盟、中国治理模式的矛盾和冲突，为解决全球数字贸易的种种障碍，新加坡开始有意制定专门的数字经济协定，将调整范围从数字贸易扩大到数字经济的多个方面。2005 年 7 月新加坡和智利、新西兰、文莱四国签订《跨太平洋战略经济伙伴关系协议》（TPSEP，CPTPP 前身）。因为该协议有 4 个初始成员国，故又称为“P4 协议”。在 P4 协议后，新加坡率先主导构建多边数字经济协作机制，于 2019 年 5 月与新西兰、智利共同发起 DEPA，DEPA 于 2020 年 6 月签署，目前已经生效，是全球第一个数字经济区域协定。加拿大、韩国、中国等国家先后申请加入。DEPA 之后，新加坡专注于数字经济，创建了一系列数字经济协定，借力协定建立了数字贸易的通用框架规则，开创新一代多边数字经济治理模式。目前，新加坡已经完成了四项数字经济协定的谈判：与智利和新西兰签署的《数字经济伙伴关系协定》、《新加坡-澳大利亚数字经济协定》、《英国-新加坡数字经济协定》、《韩国-新加坡数字伙伴关系协定》。[18]最新的《欧盟-新加坡数字伙伴关系协定》于 2023 年 2 月签署，《欧盟-新加坡

[18] What are Digital Economy Agreements (DEAs)?[EB/OL].2024-5-6. https://www.mti.gov.sg/Trade/Digital-Economy-Agreements.
DEPA[EB/OL].2024-5-6. https://www.mti.gov.sg/Trade/Digital-Economy-Agreements.

数字贸易原则》是落实这一协定取得的第一项成就。新的数字经济双边协定将取代原有自由贸易协定（FTA）“电子商务”章节，原有的单一数字经贸规范将扩充增加至整个数字经济领域。

（二）创设原因

新加坡地理位置优越，是东盟唯一的经济发达国家，在东盟数字经济发展中起到引领作用。自美国出台“印太战略”，印太地区成为了数字经济这一新地缘政治的数字角力场，新加坡也成为美国针对中国战略部署中重要联结的对象。然而新加坡一直拒绝在美国和中国之间“选边站队”的压力。[19]在中美展开主导权之争的背景下，新加坡始终保持中立的立场，力争加强与中美双方的经济合作，稳定国内和周边局势。新加坡不仅参与“印太经济框架”，也积极加强与中国合作。新加坡 2022 年担任 CPTPP 主席国，对中国的申请加入表示欢迎。[20]

新加坡拒绝“选边”的外交政策体现了小国采取的“大国平衡外交”方针，不过度依赖某个国家，保持外交平衡。[21]在数字治理上，新加坡也持同样的政策立场。在数字经济领域，新加坡同时借鉴吸收了美国、欧盟、中国的制度优势，持有条件开放立场，在数据安全基础上允许数据自由跨境流动。[22]国内层面，新加坡积极推动数字化转型，打造智慧城市。个人信息保护制度趋向严格，适度向 GDPR 靠拢。国际层面，新加坡在数据保护领域灵活游走于美欧之间，与双方接轨程度不断加深：在 APEC、G20、CPTPP 等数字治理机制中积极追随美国的同时，又以积极姿态融入欧盟 GDPR 体系，力图达成《新-欧数字经济协定》，稳定双边数字贸易关系。

自李光耀时代新加坡形成了主动塑造外在地缘政治环境的外交方式，通过主动出击塑造亚太地区的平衡局面。[23]虽然在目前中美对抗的大环境下新加坡更加小心谨慎，以自保为主，主动塑造的机会不多。但过去“大外交”的政治遗产仍然存在，新加坡在国际社会依然受到尊重，仍然可以代表东盟、东南亚国家以及中小强权国家发挥力量。作为小国，新加坡在国际社会却有着特殊话语地位，在中美关系、亚太事务上发挥重要协调作用。数字经济协定因而得以诞生。协定是新加坡地缘政治作用下的产物。这是基于地缘政治采取的法律行动。地缘政治竞争和大国冲突的加剧进一步驱动协定的政治稳定和话语塑造功能。在数字经济发展过程中，美、欧、中抢占发展先机，在这一领域发展水平远高于其他国家。特别是美国、欧盟在发展经济的同时，制定有关监管规则，抢占数字经济国际规则的话语权。加之中美贸易战之后，中美关系不稳定，美国“印太战略”又有加强对东南亚数字经济的管控之意。新加坡在此之际提出一系列数字经济协定，有其自身国家利益的考量，是地缘政治影响下的“地缘法律”产物。[24]**一方面，**新加坡在经济与

SADEA[EB/OL].2024-5-6.https://www.mti.gov.sg/Trade/Digital-Economy-Agreements/The-Singapore-Australia-Digital-Economy-Agreement.

UKSDEA，https://www.mti.gov.sg/Trade/Digital-Economy-Agreements/UKSDEA，

KSDPA[EB/OL].2024-5-6.https://www.mti.gov.sg/Newsroom/Press-Releases/2021/12/Singapore-and-the-Republic-of-Korea-conclude-negotiations-on-a-Digital-Economy-Agreement.

[19] 参见新加坡《联合早报》2020 年 7 月 21 日。

Lee Hsien-Loong, *Endangered Asian Century: America, and the Perils of Confrontation*, Foreign Affairs, July/August 2020.

[20] 《李显龙：新加坡参加美国主导的印太经济框架》[EB/OL]. 2024-5-6.
https://cn.nikkei.com/politicsaeconomy/politicsasociety/48636-2022-05-23-10-10-01.html.

[21] 参见郗清良.小国大外交---新加坡大国平衡战略的形成与演变[J].东南亚纵横,2005(1):7-11.

李眉颖.新加坡的“大国平衡”战略[J].新视野,2012(5):125-128.

Bilveer Singh, The Vulnerability of Small States Revisited-A Study of Singapore’s Post:Cold War Foreign Policy[M].Gadjah Mada University Press, 1999;

Michael Leifer, Singapore’s Foreign Policy:Coping with Vulnerability[M].Routledge, 2000;

Mushahid Ali, Singapore’s Balancing Diplomacy:Defence Cooperation With USA, India, IDSS Commentaries, No.39, 2003, pp.1-2;

Naraya Ganesan, Realism and Interdependence in Singapore’s Foreign Policy[M].Routledge, 2005.

[22] Joint Statement on Electronic Commerce Communication from Singapore[EB/OL]. 2024-5-6.
https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253794.

[23] 《李显龙演讲刷屏背后：新加坡外交已经出现重大调整》[EB/OL]. 2024-5-6.
https://mp.weixin.qq.com/s/Due-94U0mTZ7LrjwXSjM3w.

[24] Jorgensen, Malcolm, Equilibrium & Fragmentation in the International Rule of Law: The Rising Chinese Geolegal Order, KFG Working Paper Series, No. 21, Berlin Potsdam Research Group “The International Rule of Law – Rise or Decline?”, Berlin, November 2018.[EB/OL]. 2024-5-6.

科技领域的规则制定中在美国、欧盟、中国等大国之间相互协调，维持“稳定”，在国际场合积极扮演协调者角色，摸索不同制度对接的可能。借助协定新加坡力图创建一个可供国家合作和对话的安全机制，减少大国之间的分歧，增进国家之间的理解和互信，为周边和平和发展提供共同的基础。协定提供了新的合作形式的可能性，不仅有利于发展数字经济，还可以以经济促和平，发展多边主义、维护国际法治，进一步提升地区安全和稳定。**另一方面，**新加坡可以借此在稳定同盟关系的同时，积极推展自身战略空间。新加坡倡导数字经济协定，有助于开辟新的数字治理范式，塑造“新式”全球话语。协定在国际社会发挥的作用有利于增进新加坡国际政治地位和话语权。数字经济协定因而成为新加坡在数字时代提高国内经济水平和国家综合实力的重要途径和抓手。当缺少适合自身发展的国际合作平台时，新加坡选择创建平台。

四、新加坡数字经济协定国际造法的协调路径

新加坡数字经济协定试图在美国、欧盟、中国数字治理模式外发展新的治理路径，调和自由主义、监管主义、和安全主义治理理念，平衡和协调数字经济体之间的博弈和利益诉求的冲突，逐渐发展出具有综合性、灵活性、包容性和统筹性的数字经济协定体系，在议题内容、加入模式、适用方式、数字法治建设等方面发挥出独特的协调功能，创造了具有“新式”特色的国际造法协调技术和协调路径。

（一）议题内容的综合协调

由于新加坡也是 CPTPP 的成员，协定在内容上一定程度上借鉴了 CPTPP。[25][26]根据 WTO 电子商务谈判主要成员方的立场与主张，新加坡立场也可以理解为一种有条件开放模式，但从最终形式上看，新加坡倡导的数字治理模式不同于美国、欧盟、中国三种模式形态。[27]与 CPTPP 和 RCEP 等治理模式相比，新加坡数字经济协定聚焦数字经济，议题综合性较强，全面关注数字经济领域的各个方面，覆盖了传统电子商务规则和新型数字规则，取消了过时的贸易条款，基本上不涵盖与数字无关的内容。新加坡作为创新型政府有志于实现规则现代化，并正面解决数字经济治理模式的碎片化问题。数字经济协定仅涉及数字领域，用于建立贸易规则并促进两个或多个数字经济体之间的相互合作。[28]与之相比，数字贸易规则虽然可以区分为贸易导向型和数字导向型[29]，但仍然尚可在传统经贸协定以电子商务章节单独规制。而数字经济具有多维性，内涵和外延都远大于数字贸易，特别是新兴技术领域譬如人工智能、区块链等，已经超出传统经贸协定范畴，难以在其项下得到全面规制。新加坡数字经济协定则专注于数字经济，力图囊括跨境数字经济产业链，如人工智能、金融技术创新、供给端数字技术发展、数字经济国际合作安排等，有助于将数字贸易规则向数字经济产业跨国合作进行延伸。

目前新加坡完成的四项数字经济协定谈判，主要内容可以分为一般性议题、核心议题、数字创新与合作议题，在数字技术发展与数字安全、数字经济的流通与数字主权、一般规则与例外条款、延续传统和创新发展之间保持平衡。由此，“新式”数字经济协定基本样态已然基本形成。具体而言，**一般性议题**包括定义、目标等基础条款和数字身份认证、电子发票、电子支付等数字便利化措施这一类无争议条款，强调

---

https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/42282/file/kfg_wps21.pdf.

[25] “Digital” Free Trade Agreements: Comparing DEA, DEPA and CPTPP - Asian Business Trade Association, 2020 August Issue 01-20.

[26] Gary Clyde Hufbauer,Megan Hogan,21-22 Digital Agreements: What’s Covered, What’s Possible, PIIE, October 2021[EB/OL].2024-5-6.https://www.piie.com/publications/policy-briefs/digital-agreements-whats-covered-whats-possible.

[27] General Council, Joint Statement on Electronic Commerce Initiative, Proposal for the Exploratory Work by Singapore,[EB/OL].2024-5-6.https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=25379.

[28] Digital Economy Agreements are a New Frontier for Trade[EB/OL].2024-5-6. https://www.weforum.org/agenda/2022/08/digital-economy-agreements-trade/.

[29] Henry S.GAO,.Digital or trade? The contrasting approaches of China and US to digital trade[J].Journal of International Economic Law,2018(21):297-321.

建设良好数字经济发展环境，以促进数字技术创新。**核心议题争议性较大，**涉及网络安全、个人信息保护、数据跨境流动等。其中协定力图平衡数据安全和数据跨境流动的关系，主张数据保护和数据自由流动相结合，允许有条件的数据流动，强调建立数据跨境流动合作机制和自由可靠的数据跨境流动框架。基于缔约国发展水平的差异和开放程度的加深，协定逐渐提高数据跨境流动水平，最初的 DEPA 禁止除金融服务市场的数据存储本地化，后续双边协定逐渐放开金融市场，禁止包括金融数据在内的数据存储本地化。[30]在开放的同时，协定强调保留合理的隐私保护与安全例外，通过具有约束力的承诺以确保个人信息、知识产权、网络基础设施的安全，将安全保护从个人数据、商业数据全面延伸至密码、算法、源代码、海底电缆、金融服务计算设施等各个网络安全相关领域。协定建立的新合作伙伴关系将促使缔约方共同建立网络安全防御体系，防止私人或国家的网络攻击和网络威胁。[31]缔约方将共同开发合作机制，以促进彼此间数据保护法律制度的兼容性和可操作性。[32]比如为数据安全保护提供了认证框架、国家信任标志的相互承认等制度措施保障。[33]

数字创新与合作议题上，协定针对创新重点强调新兴技术领域，促进金融科技、人工智能、数据监管等领域的发展。协定参考新加坡国内新兴领域治理规则，对于创新多以包容性的软法为主，为各国国内保留一定数字监管政策空间。例如，协定中的金融科技监管沙盒、数据沙盒、人工智能治理等，与国内治理机制高度契合。除此之外，协定在数据创新方面建立数据共享机制，提供可信数据共享框架和数据共享协议等资源，帮助企业跨境合作。[34]在人工智能领域，协定促进采用具有道德规范的人工智能治理框架，该框架规定了负责任地利用人工智能的原则。[35]这将有助于企业和政府就道德原则达成共识，建立跨境使用人工智能系统的信任环境。

数字合作则是协定的重要目标。协定强调合作发展。经济合作是促进良好的数字发展环境的关键。从安全合作、数据保护合作、技术合作到监管合作、政策合作、企业合作等，协定合作的范围和内容非常广泛。其中，协定沿袭了新加坡国内关注重心，非常重视中小企业合作，以增强中小企业在数字经济中的贸易和投资机会。新加坡中小企业数量庞大，促进中小企业的数字化发展是协定的主要目标之一。[36]因此，协定对中小企业特别有利，他们将从一致的、具有互操性的数字法规中获得最大收益。[37]**协定同时还强调**在数据创新、数字身份、网络安全、消费者保护、数字技术和数字包容性等广泛问题上的“软性”跨境合作。协定约束性规则较少，力图达成一系列原则性的软性制度安排，搭建利于合作的数字贸易框架。[38]比如，协定大力推广作为数字便利化措施之一的数字身份认证，这是协定的一大创新成果。但协定也提倡缔约方采用国际框架或开放框架，像国际标准组织（ISO）和国际电工委员会（IEC）联合制定有关身份管理、生物特征数据交换的框架。《新澳协定》数字身份合作谅解备忘录还涉及数字身份概念模型、管理系统、监控要求和数据模式的互认。通过数字经济协定，新加坡希望促进形成不同数字身份制度之间兼容性的制度措施，以增强个人和企业数字身份认定。

（二）加入方式的弹性协调

协定突出灵活性、开放性和包容性，倡导多元合作，创建健康可信的数字发展环境。面对区域数字规则之间的分歧和国家间的政治争议，一种是使用现有法律框架和原则解决新问题，远离有争议的议题，专

---

30 UKSDEA 8.61F,SADEA 23, SKDEA 14.14.
31 UKSDEA8.62E, 8.61L,SADEA 17, 34, SKDEA 14.17, 14.22, DEPA 4.2,5.1,5.2.
32 DEPA 4.2 etc.
33 SKDEA 14.17-6; SADEA 17.2; SKDEA 14.17; SADEA 17.8, 17.9; DEPA 10.4.
34 UKSDEA 8.61-I; SADEA 26, 32; SKDEA14.25,14.29; DEPA 8.1, 9.4.
35 UKSDEA 8.61-R; SADEA 31; SKDEA14.28; DEPA 8.2.
36 UKSDEA 8.61-Q; SADEA 36 ; SKDEA14.32; DEPA Chapter 10.
37 Digital Economy Agreements are a New Frontier for Trade[EB/OL].2024-5-6.https://www.weforum.org/agenda/2022/08/digital-economy-agreements-trade/.
38 Marta Soprana.The Digital Economy Partnership Agreement (DEPA): Assessing the Significance of the New Trade Agreement on the Block,Trade, law and Development,2021(13).

注于谈判达成可以被广泛接受和应用的基本规则框架。这种方法的目标是在主要国家之间寻求“最大公约数”，并逐步就更全面的数字贸易法律制度达成共识。[39]在数字贸易上体现为要求缩小电子商务谈判的范围，排除所有“困难”问题，就数字贸易便利化达成基本协议。[40]第二种是建立灵活的俱乐部模式解决方案，涉及较少的国家，并允许对国家承诺进行调整。作为第一个全球数字经济协定，DEPA 选择了第二种方式，允许以多种合作方式解决数字经济的关键问题。虽然与前者相比，这种解决方案只是次佳选择，但可能会创造一种新的模式，使各国以后愿意加入或借鉴到其他贸易协定中。DEPA 开创了新的国家承诺方式，提出了更加灵活的模块化加入机制。这有助于形成更加开放的治理框架，赋予参与国根据自身数字经济发展现状选择国际合作制度的权利，可一定程度上打破传统数字贸易大国的规则垄断。不同于以往传统协定的“一揽子交易”，DEPA 的“选择性加入”有利于国家适应所加入的数字经济协定，更好的调整国内法，以适应和遵守国际协定，可以说是代表着国际造法上促进国际协作的新的方向。[41]“选择性加入”充分尊重国家意愿，允许国家自由选择想要加入的协定模块。避免了以往“一揽子交易”缔约成本高、条约发展缓慢、忽视小国、发展中国家利益等弊端。[42]“选择性加入”使 DEPA 的多数安排相当宽松。条约以软性框架式条款为主，鼓励国家间合作，甚至是非正式制度规范下的合作。比如各种框架协议、国际间通用标准的制定等，有利于更好促进国家之间的利益协调，推动合作进程。

正因协定的灵活和开放，协定不仅有利于协调各方立场，还具有扩展潜力。协定对于数字经济的全面关注和创新，有利于促进新兴领域的国际造法模式。在新加坡数字经济协定中，DEPA 影响力最大。[43]新加坡更是有着将 DEPA 打造为新型多边数字经济协定范本的追求和抱负。截至今日，中国、加拿大、韩国先后申请加入 DEPA。DEPA 打破了传统区域贸易协定长期、耗时耗力的谈判形式，提供了一个新的治理框架，可以为其他自由贸易协定谈判提供参考，帮助国家围绕类似规则达成共识。在 DEPA 的成功带动下，新加坡也相继和澳大利亚、韩国、英国、欧盟签署数字经济协定，治理领域逐渐增加，开放程度也愈来越高，未来新加坡数字经济系列协定有望成为政府间规制数字经济的第四种治理框架。

（三）法律适用的软性协调

与美国“侵入性”治理模式和欧洲、中国的“严苛保守”治理模式相比，协定试图通过更具包容性、合作性的软性条款维系各经济体的利益平衡。除了对于不同条款内容、目标、治理模式的协调之外，协定还重点协调了数字经济规则的国内治理和涉外治理“步调”。与国内数字经济治理规则相比，协定有着看似“不对等”的发展形态：为何新加坡对外签署的数字经济协定并没有国内数字经济规则那么严格，甚至显得异常“宽松”。比如 DEPA 中许多条款不具有法律约束力，文本中使用的很多表述都是缔约方“应努力（shall endeavor）”“应鼓励（shall encourage）”的软性词汇。并没有直接要求成员采取行动。相反，它们只是寻求促进对与数字经济相关的各种规范和标准的相互认可和接受，并推动在涉及业务、数据和信息共享的若干跨境问题上的合作。就新加坡本国而言，虽然在数据流动、数据保护、推动中小企业、新兴领域发展等新兴议题的目标导向和措施内容方面，新加坡国内政策规则和数字经济协定具有一致性，[44]并且对跨境数据流动持高度包容态度。但涉及个人信息保护、数据安全等核心议题，其国内政策法规明显凸显了保护措施的严厉性。

---

[39] Zheng, Wentong.The Digital Challenge to International Trade Law[J].New York University Journal of International Law and politics,2020(52):539-592.

[40] Ines Willemyns.Agreement Forthcoming? A Comparison of EU, US, and Chinese RTAs in Times of Plurilateral E-Commerce Negotiations[J].Journal of International Economic Law,2020(23): 221–244.

[41] DEPA16.4。

[42] 赵骏,孟令浩.“一揽子交易”为何难以达成“最佳共识”——多边国际造法的实践难题[J].探索与争鸣,2022(5):102-115.

[43] Singapore Leads the Way in New Digital Economy Partnership Agreement with Chile and New Zealand,[EB/OL].2024-5-6. https://www.mti.gov.sg/Newsroom/Press-Releases/2019/05/Singapore-leads-the-way-in-new-Digital-Economy-Partnership-Agreement-with-Chile-and-New-Zealand.

[44] 李墨丝,应玲蓉,徐美娜.DEPA 模式数字经济新议题及启示[J].国际经济合作,2023(1):27-36.

这一“不对等”的原因在于：首先，促进对外合作是新加坡数字经济协定的基本目标，过于严苛的规则标准不利于国家间的经济合作和制度对接。由于协定需要应对数字经济带来的治理挑战，在巨大经济价值与维护公民权利和国家安全等价值之间取得适当的平衡，宽松的监管措施兼具包容性和开放性，可以更好地促进国家合作、减少利益冲突。“不对等”也是协定有意为之的一种“造法技术”。其次，治理不仅仅限于法律手段，对外法律规则上的让步不代表其他治理手段的缺失和退位。新加坡在政府主导下的多主体社会治理模式卓有成效，配合国内高水平法治化程度，宽松的对外经济规则反而更有利于激发对外经济活力和社会活力。新加坡交通部长易华仁认为“由于数字经济协定涵盖范围广泛，因而需要采取不同的合作方式。”“对那些须要清晰明确的法律框架，且技术日趋稳定的事项，我们将努力达成具有约束力的协议。至于新兴领域，现在试图达成具有约束力的协议还为时过早。但缔约方可以就这些领域在研发和取得一致标准方面可以进行对话与合作。”[45]最后，地理原因天然导致新加坡强调对外政策，协定也是对外属性突出，双向整合国内和涉外数字法治进程。如果一国国内法治水平较高，国内高度发达的个人信息保护和数据安全保护水平恰好可以为跨境数据流动、金融跨境服务等涉外活动提供更有利的支持和信任环境，保障协定的探索和创新。如果国家国内法治水平不高，国内协定的对外合作和联络功能反之也有助于促进国内数字法治的繁荣发展。

协定是各缔约方数字法治的重要一环。而法治概念内涵丰富，和民主一样，是一种社会实践，应当在不同社会条件下把握。[46]其范畴包括了对政府权力的制约、清廉程度、政务公开、人权、社会秩序和安全、监管力度、民事司法有效度及刑事司法有效度，而非仅仅针对法律规则。新加坡数字经济协定虽然与各国国内法律规制水平存在差异，但是法治的内涵丰富，数字经济协定的适度软化并不代表新加坡对规则和标准要求的降低，而是寻找国家对外合作空间，对各国多元价值、国内法治和涉外法治协调和平衡，以此建立相匹配可协调的法律框架，最终实现数字法治的协调统一。

总之，实践中无法单纯以一套行为准则和逻辑标准约束数字经济国内法治和涉外法治的各个方面。从现实主义视角出发，国家客观利益是统一内外政策和法治水平的根本依据。[47]新加坡数字经济协定规则的制定展现了数字法治发展的新形态，国内法治和涉外法治二者未必必然同步发展，在互相协调的基础上，有利于达到法治的既定目标即可。

（四）数字法治的统筹协调

协定作为新加坡统筹数字法治的重要手段和工具，具有很强的统筹特性。新加坡借由“智慧国家”战略紧抓数字经济发展机遇，以数字经济协定推动数字经济在国内、区域、全球层面三位一体同步发展，统筹推进数字法治，减轻全球数字经济治理鸿沟。

新加坡数字法治的统筹内含“对内”和“对外”两个层次，具体可以细分为国内、涉外、国际三个维度。新加坡数字法治的特殊性在于其并未以第一个维度立足国内法，从传统上先制定国内法，再在国际上推动国内法规则的国际法化，或者将现有他国法、国际法纳入国内法，以解决国内法和他国法、国际法的关系问题，而是直接立足第二个和第三个维度，通过数字经济协定立足涉外法和国际法，直接解决国家的内部和外部问题。由于很多国家在数字经济领域立法并不完善，各国也缺少共识，因而新加坡数字经济协定解决问题的方式不是按照冲突法那样对各国立法加以协调，而是希望通过国家间的合作和谈判协商直接立法，一并解决数字经济领域面临的共同问题，通过数字经济协定统筹数字经济的国内法治和涉外法治。虽然现行数字经济协定只涉及数字经济事务，但可以预见，新加坡数字经济协定还将承担一定的公法功能，

[45]新加坡与欧盟签署《欧盟——新加坡数字伙伴关系协定》[EB/OL]. 2024-5-6. http://sg.mofcom.gov.cn/article/dtxx/202302/20230203382102.shtml.

[46]夏勇.法治是什么——渊源、规诫与价值[J].中国社会科学,1999(4):117-143.
庞正.法治概念的多样性与一致性——兼及中国法治研究方法的反思[J].浙江社会科学,2008(1):67-73.

[47] 宋伟.外交与内政如何得以有机统一——基于位置现实主义的视角[J].国际政治科学,2018(4):31-53.

譬如可以承担对外关系法在数字经济领域的统筹、分配等功能。[48]

新加坡数字经济统筹实践围绕数字经济协定展开，其数字经济的国内法治基础为协定的谈判提供了动力和支持，协定的对外实践则为国内法治发展提供了经验和思路。二者互为表里，基本上，在数字安全、数字创新、数字包容等治理领域遵循着一系列共同的基本要求。国内法治与涉外法治互动遵循着一定的基本逻辑，涉外法治面向对外开放问题，国内法治面向国内发展改革问题，二者相互依赖，彼此促进。[49]协定作为一重要涉外法治实践，勇于开拓创新，上承国际法治，将以国际法为基础的国际法治与本土对接，下启国内法治，将国内法治良性延伸。[50]协定是政府加强“智慧国家”底层基础设施战略的一部分[51]，既可以配合《数字经济行动框架》在国内“保家卫国”，又可以对外“开疆扩土”，开辟新的数字经济国际合作空间。因此，以数字经济协定为核心的数字法治统筹实践是新加坡外向型数字经济发展的关键所在。

从功能上来说，数字经济协定最终服务于新加坡“智慧国家”战略，是“智慧国家”建设的重要组成部分。“智慧国家”战略借助协定从内外两个面向实现数字经济的统筹。这一统筹模式提供了一种将对外经济政策和法律制度与国家整体规划联系起来的有效方式。新加坡将数字经济协定与整个国家建设相联系，因此协定与其国内的数字经济政策高度关联，可以说，协定不仅本身是其国家建设的一部分，服务于国家和城市发展需要，而且协定与国家建设深度绑定。新加坡深度打造“智慧国家”，数字经济、数字政府、数字社会在国内与涉外两个维度上一体化发展。协定提供了一种将数字经济发展与数字国家生产联系起来的有效途径，以建设环境良好、秩序良好的全球化国家。同时，在国际层面，新加坡通过协定调节美国、欧盟、中国三种数字经济治理模式，形成更具包容性、发展性的多边数字合作框架。最终，新加坡借助数字经济协定实现数字法治在国内、涉外、国际三个层面法律秩序的耦合，形成一种有效连结国内法治、涉外法治、国际法治三者的新加坡统筹“范式”。

五、新加坡数字经济协定的协调性造法实践启示

当前地缘政治局势并不稳定，国际冲突不断，数字规则的逐底竞争和逐顶竞争趋势并存。正是依靠完善的国内法治建设和制度保障基础，新加坡才能在国际和国内两个变局之下推动数字经济发展、最小化国际政治和国内治理影响开创“新式”数字经济治理方式，这也为我们提供些许借鉴意义。

（一）协调基础：发达的国内法治建设

新加坡数字法治体系下，国内法治与涉外法治一体两面，互相补充、互相配合。在新加坡国内法治和数字经济协定发展的关系上，**首先**，新加坡国内优越的法治环境是协定对外拓展的基石和屏障，不仅为协定的探索和创新提供了制度安全保障、良好的数字基础设施和开放创新的商业环境，也在数据安全、数据跨境流动、人工智能治理、金融监管等领域与数字经济协定内容相衔接，为协定的构建和落实建立了良好基础。**第一**，新加坡国内数字政策为协定的涉外探索提供了战略支持：智慧国家战略计划统筹了数字经济

---

[48] See Campbell McLachlan.Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law, in Curtis Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, 2019, p.32.对外关系法的五大功能：1.Exclusionary；2.Internationalist；3.Constitutional；4.Diplomatic；5. Allocative。

[49] 何志鹏.统筹推进国内法治和涉外法治[J].国家治理,2022(16):33-38.

[50] 何志鹏.国内法治与涉外法治的统筹与互动[J].行政法学研究,2022(5):3-17.

[51] 2006 年，新加坡政府提出“智慧城市 2015”计划，核心是提升跨区域、跨行业资源整合能力。这份发展蓝图力图充分利用信息技术提高经济发展水平，将新加坡塑造成为全面发展的智慧国家。2014 年，新加坡政府在“智慧城市 2015”计划的基础上将其升级为“智慧国家 2025”计划，这是全球第一个智慧国家构想，以应对人工智能、物联网和大数据技术的高速发展和日益激烈的全球竞争。“智慧国家 2025”是新加坡国家建设的总体目标和总体规划，构建了一个覆盖所有城市的数据采集、联接和分析平台，通过对城市大数据的分析来预测市民的需求，提供精细化的公共服务。2017 年，新加坡政府为经济、政府和社会的转型分别制定了《数字经济行动框架》、《数字化准备蓝图》、《数字政府蓝图》，作为智慧国家支柱建设的三大配套战略。从企业、政府、公民三方面入手，全方位覆盖公共领域和私人领域，更加全面、系统化，强调以公民需求为中心，紧跟人工智能和物联网技术发展的前沿，制定更加深入规范的行业标准。

国内法治和涉外法治的各个方面。《数字经济行动框架》、《数字化准备蓝图》、《数字政府蓝图》三大支柱推动数字政府、数字社会、数字经济三位一体，协同发展。通过实施“智慧城市 2015”和“智慧国家 2025”等计划，新加坡大力发展数字经济，不断加强治理水平。2023 年瑞士洛桑管理学院（IMD）发布的全球数字竞争力排行榜中，新加坡数字竞争力全球排名第三，在技术监管方面更是高居榜首，[52]数字经济的发展和治理卓有成效。**第二**，新加坡国内数字政策法律制度为数字经济协定的推进提供了安全制度保障和便利措施。《网络安全法》《个人信息保护法》的严格实施、网络安全局和个人数据保护机构等政府部门严厉有效的监管都为协定的推行提供了稳定的安全制度保障。数字政府则为协定的涉外探索提供了关键基础设施和便利措施支持。**第三**，新加坡国内数字治理规则和实践的探索有助于促进、推动协定构建新兴领域治理规则和治理模式，并在形式和内容上与协定相接。新加坡人工智能治理、金融监管沙盒、数据监管沙盒、参与式治理等都率先在国内展开试点，同时纳入协定，有助于协定协调国内和涉外数字法治。

其次，虽然新加坡总体上国内数字经济治理较之协定更加严格，安全保护水平较高，但这并不妨碍新加坡创建协定加强与其他国家的数字经济合作。一方面，新加坡国内也注重数字创新，通过法治营造良好的数字营商环境，在数字加密货币、区块链等金融科技监管上政策开放，鼓励人工智能可信发展、数据自由安全跨境流动。这些都与协定支持科技创新的态度一脉相承。另一方面，新加坡数字经济协定并不遵循和国内数字经济完全相同的治理逻辑。为了减少分歧、促进国家数字经济合作交流，协定更加宽松，多以包容开放的软性条款为主。以新加坡作为创始缔约国提出的 P4 协议和 DEPA 为例，P4 协议“自由化水平”远远高于 DEPA，在减免关税、简化贸易通关程序、最惠国待遇等方面均达成合作共识。[53]反观 DEPA，不仅很多条款只是倡导性的，甚至允许想要加入的国家根据国家意愿自由选择想要加入的协定“模块”。[54]如果说 P4 协议是内容的经济自由化水平较高，那么 DEPA 则是在国家缔约、国家合作层面自由化程度较高，更有利于推动国家间数字经济合作。数字经济与传统投资贸易不同，涉及到的科学技术较多，经济形态以数据为载体，未来发展方向存在较多风险和变数，因此无法以传统“自由化”方式进行规制。允许国家依自身发展水平自由选择合作内容，对缔约各方的国家安全、社会稳定、经济发展等都更为有利。

最后，新加坡国内数字经济治理与涉外数字经济实践在协定的作用下相互补充、相互促成。新加坡借助协定统筹数字法治的对内和对外面向，解决国家的对内和对外事务，利用协定有效联结并协调国内法治、涉外法治和国际法治，整合数字经济治理实践，统筹推进数字法治的发展。通过协定，新加坡数字法治在三个层面积极互动，互相影响、互相作用，实现了资源整合和共享。协定恰好可以作为一个区际性载体，在国内、区域、国际三个层面上成为具有中立性、中介性和中间性的平台，帮助新加坡深入数字领域区域经济一体化和全球化进程，实现新加坡经济独立和政治稳定的双重目标。协定代表了新加坡在数字经济治理上的关切重点，不仅结合了国内数字经济治理成果，构建了具有自身特色的治理规则，还有利于弥合美国、欧盟、中国治理模式的差异，以包容多元的治理模式积极拓宽国际合作空间，有望形成第四种数字经济治理模式。纵观比较，借助对外经贸协定统筹国内法治和涉外法治甚至国际法治的做法并不特殊，美国也一直借此扩张自身经济势力、稳固全球霸主地位。但新加坡与其不同，协定延续了其一以贯之的实用主义外向型对外经济发展策略，这更多是由于小国特殊的地缘政治环境。小国综合实力受限，深受国际社会影响，国内政治与国际政治深度绑定，牵一发而动全身。因此不论是从经济政策、法律政策、制度安排、政治决策等，都以对外政策为主，优先处理外部环境问题。如若想获得国内安全稳定，必先保障国家外部环境的安全，营造安全良好的国际环境，小国才能获得长远发展。但是对外政治经济政策的优先并不意味

[52] World Digital Competitiveness Ranking 2023[EB/OL].2024-5-6. https://www.imd.org/centers/wcc/world-competitiveness-center/rankings/world-digital-competitiveness-ranking/.
[53] P4 协议[EB/OL]. 2024-5-6. https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/trans-pacific-strategic-economic-partnership-p4/.
[54] DEPA16.4.

着绝对依赖国际局势以及依附于大国，而是发挥自身主动性，主动营造良好的区域政治经济环境。这同时也需要国内安全稳定政治经济环境的保障。国内与对外事务一体两面，因此有力的政府与法治必不可少。强调强政府、强法治、强经济的“新加坡模式”也得以出现。新加坡数字经济协定作为新加坡数字法治的统筹枢纽，与之一脉相承。

（二）协调保障：“新加坡模式”的延续和演化

自 1965 年建国至今，新加坡发展成为东南亚为数不多的发达国家之一，形成了独特的“新加坡模式”。所谓新加坡模式，可以简单理解为“强政府”和“开放的市场经济”相结合的发展模式，这一模式以高度发达的法治水平作为保障。[55]

美国咨询公司盖洛普（Gallup）2022 年发布的《全球法治》报告显示，新加坡整体的法治指数排在全球第一位，这已是新加坡连续多年占据该榜单的榜首。[56]多年来，新加坡也是全球受欢迎的司法管辖地。[57]可以说，法治是新加坡发展模式的核心和关键。[58]新加坡的法治思想离不开李光耀的法治观。作为新加坡“国父”，李光耀高度强调“依法治国”。然而，尽管新加坡法治程度和市场开放程度较高，李光耀政府开创下的新加坡模式基本上还是被认为属于威权政府领导下的威权主义发展模式。[59]以西方政治模式来看，新加坡一直被认为是威权体制国家。[60]与传统的威权国家相比，新加坡后期的民主化转型让其带有更多的“软威权主义”色彩。[61] “软威权主义”将以市场为导向的经济体系与“一种说服而不是胁迫的家长式威权主义”相结合。由此产生的政权在经济上是自由的，但在政治上是准专制的。[62]

值得注意的是，不论新加坡是否为威权国家，威权主义如今是否在数字化变迁，这并不影响新加坡数字经济的高速发展以及国际数字经济规则的引领和创新。新加坡数字经济协定的发展无法避免传统“新加坡模式”大政府、强法治的影响，但新加坡政治和经济规制分明，政府和法治有效保障了数字经济协定的落实和实施。新加坡数字经济治理过程中并未放任政府强力监管，而是在法治保障下实现政府的有效保障。为应对政府数字权力的扩张，新加坡采取了一系列措施。譬如，针对网络安全委员的监管权，不仅有相关法律文件保证其依法行使，网络安全局（CSA）还强调其调查的权力是根据网络威胁的严重程度来校准的，CSA 没有权力来监督新加坡的每台计算机，并且 CSA 法定权力只有在网络安全事件发生时才能行使。CSA 倾向于关注技术信息，而不是个人数据。如果被调查的是“受保护的信息”，个人没有义务向其提供。此外，新加坡还建立制衡机以制防止滥用所披露的信息，如果 CSA 官员滥用获得的任何信息，可能会受到起诉。也正因相对健全完善的法治体系，“新加坡模式”在数字时代仍然有很大意义。数字法治创新和发展需要切实有效的制度安全保障，需要强政府、强法治的监管以及灵活、包容、利于创新的制度环境。创新发展应当打破打破西方意识形态论调，监管模式的创新不应当被扣以意识形态的帽子。数字经济时代新加

---

[55] 更为详细的可见薛力：《新加坡模式不适于谋求大国地位的中国》[EB/OL]. 2024-5-6.
http://www.d-long.com/eWebEditor/uploadfile/20170123102424899395 26.pdf.
何清涟：《漫谈中国朝野对“新加坡模式”的爱与恨》[EB/OL]. 2024-5-6.
https://www.voachinese.com/a/heqinglian-20150323/2693141.html.

[56] Gallup《全球法治》报告[EB/OL]. 2024-5-6.
https://mylibrarianship.files.wordpress.com/2022/10/2022-global-law-and-order-report.pdf.

[57] TMF 发布的《2018 年合规复杂度指数》报告将新加坡称为亚太最便利的司法管辖区之一。2021 年英国伦敦玛丽女王大学（Queen Mary University of London）和美国伟凯律师事务所（White & Case）联合发布《2021 年国际仲裁调查》中将新加坡和伦敦同时排名为全球最受欢迎的仲裁地第一名.[EB/OL]. 2024-5-6.
https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/current-choices-and-future-adaptations.

[58] 王江雨：《威权”体制下的“司法独立”——新加坡司法体制对中国的启示》，载《中国法律评论》2014 年第 1 期，第 78-84 页。

[59] 王江雨：《“新加坡模式”深思明辨》[EB/OL]. 2024-5-6.
https://m.aisixiang.com/data/62676-2.html.

[60] Means, Gordon Paul.Soft Authoritarianism in Malaysia and Singapore[J].Journal of Democracy,1996(7):103-117.

[61] Denny Roy.Singapore, China, and the “Soft Authoritarian” Challenge[J].Asian Survey,1994(34):231-242.
Scalapino, Robert A, The East Asian Prospect: Tale of Three Systems[J].Journal of Democracy, 1997(8):150-155.
李路曲.威权政治下的民主发育——政党转型的东南亚经验[J].文化纵横,2013(1):34-39.

[62] Francis Fukuyama.Asia's Soft-Authoritarian Alternative[J].New Perspectives Quarterly.1992(9):60-61.

坡的数字法治延续了强硬的大政府与灵活、弹性的市场相结合的“新加坡模式”。“软性威权主义”只是一个概念和名词，真正有意义和价值的是新加坡依托法治的数字法治发展路径。新加坡创建的数字经济协定体现出一系列“新式”特色：特色造法平衡技术、国内法涉外法差异化发展、“内外有机结合”的外向型统筹方法等。这一实用主义“造法”技术不仅更适应其数字社会的发展，也可能带来“新加坡模式”的数字化范本。

（三）协调转向：从“协调”走向“引领”

新加坡数字经济协定的成功不仅仅是协调性造法实践的成功，还标志着新加坡的身份逐渐从国际制度规则的“协调者”转向新型制度规则的“推动者”和“引领者”。探索新型数字经济协定是新加坡“小国大外交”政策的重要体现。[63]新加坡勇于开拓创新，以创新促发展。数字经济协定实践表明小国也可以有大谋略，大实践。在国际社会，小国参与国际事务时普遍多边外交表现出色，崇尚合作；优先考虑并且高度重视和维护国际法治，是联合国和国际合作的坚定倡导者。[64]虽然国际法经常被大国作为工具，但对于小国来说，国际法限制了大国的自由行动，反而不如小国那样行动自由和灵活。事实上，小国还引领了国际法和国际机构的发展，例如《联合国海洋法公约》和国际刑事法院。奥本海很早注意到，虽然大部分国际事务是由大国主导，但是小国往往可以提出国际法中一些进步的提议和观念。[65]相较大国，小国的行动能力和行动意愿甚至更有优势。[66]

作为小国的新加坡既是如此，虽然新加坡“国微言轻”，但是敢言敢为。其国家外交总的指导原则是实用主义，讲求务实和实事求是。在务实理念的基础上，重在不和大国发生根本冲突，但也坚持不同观点。除了充当全球中间力量，平衡大国竞争，新加坡还谋求成为全球新型贸易制度的推动者。早在 2005 年，新加坡便与新西兰、智利、文莱签署了 P4 协议。作为 WTO 项下 JSI 的共同召集人之一，新加坡对 JSI 的发起也起到关键作用。在 2022 年 6 月第 12 届部长级会议上，新加坡承诺将继续完善 JSI 工作方式，推动各国谈判进展。截止 2022 年 12 月，占据全球贸易 90%以上的 87 个 WTO 成员参与了新加坡组织的 JSI 电子商务讨论。在 1992 年新加坡成立非正式的小国论坛（FOSS）后，又开始将其数字化，转型成为数字小国论坛（DFOSS），并计划与卢旺达合作制定小国人工智能治理手册，共同推动人工智能安全。数字经济协定也正是新加坡从实用主义出发，积极拓展与其他国家的数字治理合作所尝试提供的公共产品，借助其探索新规则的形成和发展。在多边机制力所不及时，新加坡从双边、小多边出发，勇于逐步推行数字经济协定，用经济发展带动政治安全和稳定，优先处理涉外和国际事务的同时解决国家内外矛盾，不断提升自身的国际话语权。新加坡广泛利用数字经济协定迎合数字时代发展。总体而言，虽然新加坡数字经济协定实践时间并不长，是一个相对较新的国际造法现象，但它们已经改变了贸易格局，对其他区域贸易新的合作方式产生了重要影响。[67]比如东盟正在考虑建立自己的区域数字经济协定或数字经济框架协议（DEFA）。[68]作为东盟的成员之一，新加坡将为其数字经济协定的制定发挥重要作用。借助数字经济协定，新加坡有望进一步实施其国家战略规划，引领数字经济国际治理规则。从 TPP 的 P4 协议、DEPA 的创建到系列数字经济协定，从东盟、亚太、再到全球事务，新加坡的作用不容小觑。

---

[63] 王江雨：《新加坡“小国大外交”》[EB/OL]. 2024-5-6. https://xinguozhi.wordpress.com/tag/%E5%B0%8F%E5%9B%BD%E5%A4%A7%E5%A4%96%E4%BA%A4/.

[64] Andrea Ó Súilleabháin, Small States at the United Nations: Diverse Perspectives, Shared Opportunities, International Peace Institute, 2014.

[65] L. Oppenheim, International Law: A Treatise, 2nd edition, Vol.I, Longmans,Green and Co., 1912, p.170.

[66] 蔡从燕.国际法上的大国问题[J].法学研究,2012(6):188-206.

[67] Digital Economy Agreements are a New Frontier for Trade[EB/OL]. 2024-5-6. https://www.weforum.org/agenda/2022/08/digital-economy-agreements-trade/.

[68]The Bandar Seri Begawan Roadmap: an ASEAN Digital Transformation Agenda to Accelerate ASEAN’s Economic Recovery and Digital Economy Integration[EB/OL]. 2024-5-6. https://asean.org/wp-content/uploads/2021/10/Bandar-Seri-Begawan-Roadmap-on-ASEAN-Digital-Transformation-Agenda_Endorsed.pdf.

结 语

在政治和地理范畴属于“小国”的新加坡，其经济实力一直不容小觑。自 1960 年代末至 1990 年代，新加坡、韩国、台湾、香港经济发展迅速，被称为“亚洲四小龙”。在发展过程中新加坡形成独特的“新加坡模式”。数字经济时代，新加坡在这一发展模式中逐渐摸索自己的数字经济治理路径，在激烈的数字经济治理国际规则竞争中的逐步发展出“新式”数字经济协定实践。在新加坡实用主义发展观的推动下，协定通过综合性、灵活性、协调性、统筹性的造法技术，在多方面统筹兼顾，以包容性和开放性协调各种利益和冲突：平衡经济自由开放、个人权利保障、国家安全维护等不同监管目标；尝试弥合美国、欧盟、中国等不同区域治理模式的差异；统筹数字经济治理体系，推动数字法治在国内、区域、国际三个层面协调发展。新加坡这一实践不仅创新了现有数字经济治理模式，也在探索“新加坡模式”在数字时代的可能性。

新加坡融合了东西方文化，一直践行平衡的艺术。虽然是小国，但新加坡却在各个领域发挥非常大的作用：政治上协调国际秩序实现和平稳定，经济上大胆创新积极有为。数字经济治理也不例外。从国内到国际，新加坡逐步推进数字经济治理体系的完善。在国内法治和涉外法治双向联动和共同作用下，“新式”数字经济监管样态已然基本成型，正在形成数字经济治理领域的“新加坡模式”。当前，“新式”数字经济协定已成为新加坡重点发展对象，正在向第四种数字经济国际治理模式迈进。新加坡通过数字经济协定平衡多元价值、内外法治、国际关系，协定未来也将会在更多领域发挥更大的作用。这一实践表明国家综合实力和国家内部治理不是决定一国能否引领国际规则创建的充分条件。随着新加坡数字经济协定实践的逐步推进，有望看到在“新加坡模式”数字化演进的推动下全球第四种数字经济治理模式的全面形成和落实。

跨境电子商务消费者保护的国际合作

朱文龙*

摘要：跨境电子商务的快速发展凸显了通过国际合作加强消费者保护的重要性。中国在这方面的表现目前还不够突出。但这并非中国的个别现象。由于各国经济水平、文化传统、公共政策等因素的影响，跨境电子商务消费者保护国际合作目前呈现出多边硬法缺位、国际软法引领的态势，以区域合作为主，且各区域合作的水平存在一定差异。由于国际合作存在一定难度，一些国家采取了国内法长臂管辖的做法，中国对此应持审慎态度。中国积极参与各种层级和性质的国际合作，特别是尽快加入《数字经济伙伴关系协定》。该协定的电子商务消费者保护条款明确提出各方应构建替代性纠纷解决机制，中国淘宝网的经验或许可以有所启示。而完善中国国内法、尤其是《涉外民事关系法律适用法》中消费者合同的法律适用对提升跨境电子商务消费者保护国际合作水平也有重要意义。

关键词：跨境电子商务；消费者保护；国际合作；中国

全球化的不断深入和信息技术的飞速发展日益促进世界经济的一体化和全球统一市场的形成，跨境电子商务活动也随之愈发频繁。这诱发了复杂的国际消费纠纷，也受到研究者们的广泛关注。早期的研究成果主要集中在传统议题上，如电子商务消费者权益如何实现、纠纷解决机制如何构建等，晚近的成果则讨论了电子商务消费者个人信息保护等新问题。这些研究大体从国内法角度展开，国际法角度切入的讨论还比较少，但消费者保护法的国际法属性日益凸显。[1]有研究者提出了“国际消费者保护法”这个概念，主张这是一个新的特殊的国际法部门并建构了相应的概念体系，[2]但没有针对电子商务消费者进行专门论述，不能完全满足迅猛发展的跨境电子商务的需求。据统计，2023 年中国跨境电子商务进出口额达到 2.38 万亿元，增长 15.6%，其中出口 1.83 万亿元，增长 19.6%。[3]2024 年，在宏观政策的指导和一系列具体政策的支持下，中国跨境电子商务有望取得更加亮眼的成绩，这也呼唤着法律保护、包括国际法保护的进一步完善。2018 年通过的《中华人民共和国电子商务法》第七十三条规定，国家参与国际合作促进跨境电子商务。但如何通过国际合作促进跨境电子商务消费者保护现有成果还少有论述。本文将在现有研究的基础上对此展开分析，以期有助于促进中国跨境电子商务的进一步发展。

---

* 朱文龙，1987 年生，赣南师范大学法律系副教授，法学博士，主要研究方向：国际经济法

[1] Durovic M, *International Consumer Law: What Is It All About?* 43 Journal of Consumer Policy 125 (2020).

[2] 刘益灯：“国际消费者保护法：一个新的特殊国际法部门”，载《政治与法律》2020 年第 7 期。

[3] 《国务院新闻办就 2023 年全年进出口情况举行发布会》，载中华人民共和国中央人民政府官网 2024 年 1 月 12 日，https://www.gov.cn/zhengce/202401/content_6925703.htm。

一、跨境电子商务消费者保护国际合作的中国参与

2016年，中国与智利签署了首个双边电子商务合作谅解备忘录。截至2023年9月，中国已同29个国家建立了双边电子商务合作机制。[4]由于这些备忘录的文本暂未公开，不能确定其中是否包含消费者保护的相关内容，但备忘录的性质至少说明这种合作模式缺少法律约束力，只是一种软法性质的合作。

具有法律约束力的合作主要表现为中国签订的自由贸易协定。中国早期签订的自由贸易协定并不包含电子商务章节，自然也缺少与跨境电子商务消费者相关内容。自2015年起，与韩国、澳大利亚等国家陆续签订的自由贸易协定逐渐包含了电子商务章节及跨境电子商务消费者保护条款，但大多数只是规定，“各缔约方应尽可能并以其认为合适的方式，采取或维持为电子商务消费者提供的保护措施，且应与其他商业形式的消费者享有至少同等的保护措施”，并未强调国家间合作。仅有2019年中国与新加坡升级协定提到，“双方认识到各自负责电子商务消费者保护职能的主管部门间合作对于加强消费者保护的重要性。”但由于电子商务章节不适用争议解决条款，在事实上免除了缔约国保护跨境电子商务消费者的国际法义务。

《区域经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership，RCEP）是中国目前参与的水平最高的自由贸易协定。它的保护电子商务消费者条款不仅强调了各缔约国负责消费者保护的主管部门进行合作的重要性，还明确指出了缔约国应采取措施保护电子商务消费者免受欺诈和误导行为的损害（协定生效之日起五年内柬埔寨、老挝和缅甸除外）。它规定了专门的争端解决程序，以善意磋商为首要原则，以RCEP联合委员会的介入为补充，争端解决章节的适用虽然暂时被排除，但也保留了未来经审议后在同意适用的缔约方之间适用的可能性。[5]虽然，在RCEP的框架下，对电子商务消费者的保护仍以缔约国各自的行动为主，但指向性更加明确、约束力有所增强，对电子商务发展和消费者保护将起到更加积极的作用。

二、跨境电子商务消费者保护国际合作的发展态势

总体来说，中国目前跨境电子商务消费者保护国际合作的水平较低，但这并非中国的个别现象。跨境电子商务消费者保护作为消费者保护延伸出的议题，虽因跨境电子商务的发展凸显出加强国际合作的必要性，但也同样受到各国经济水平、文化传统、公共政策等因素的影响，使国际合作面临较大难题。目前，这一领域国际合作的发展呈现出多边硬法缺位、国际软法引领的态势，以区域合作为主，且各区域发展的水平存在一定差异。

（一）多边条约谈判进展缓慢

多边的电子商务协定目前还没有形成。世界贸易组织（World Trade Organization，

---

[4] 《中国已与29个国家建立双边电子商务合作机制》，载中华人民共和国中央人民政府官网2023年9月7日，https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202309/content_6902680.htm。

[5] 罗施福、孟媛媛：“RCEP对电子商务的规制：规则、影响与中国因应”，载《中国海商法研究》2022年第3期。

WTO）于 1998 年通过了《全球电子商务宣言》，但随后由于各种原因谈判陷入停滞。直到 2017 年，WTO 第十一届部长级会议发布《电子商务联合声明》，再次推动 WTO 框架下电子商务谈判进入快车道。此后，多轮磋商不断展开，不少国家积极参与。2019 年，新西兰就电子商务消费者保护条款发表提案，涉及电子商务中的误导和欺诈行为、与其他形式消费者同等保护、国际合作和消费者救济等内容，[6]2021 年，谈判各方对该条款基本达成共识。[7]不过，虽然新冠疫情的爆发和蔓延使各国更加认识到电子商务的重要性，并对谈判作出更加积极的表态，但由于在数据跨境流动、个人信息保护、在线支付保障等关键议题上还存在巨大分歧，完成谈判缔结条约的前景目前仍不明朗。

（二）国际软法合作成果突出

1985 年联合国通过了《联合国消费者保护准则》（United Nations Guidelines for Consumer Protection，UNGCP）。虽然就性质而言其属于软法，但在提高各国消费者保护水平方面发挥了重要作用。[8]2015 年 UNGCP 进行了修订，增加了电子商务等内容，回应了经济发展和数字时代的要求。根据其第七部分“国际体制机制”，联合国贸易和发展会议（United Nations Conference on Trade and Development，UNCTAD）成立了消费者保护法律与政策政府间专家组，为各成员国交流经验、达成共识、加强合作和提升消费者保护水平提供支持。2017 年，考虑到跨境电子商务的迅速发展，该专家组请求 UNCTAD 专门设立了电子商务消费者保护工作组，围绕着误导和不公平行为、消费者教育和商业指导、跨境执行合作这三个领域中的诸多具体问题展开工作。UNCTAD 还根据 UNGCP 的要求对各国消费者保护法的制定和实施情况进行了调查。目前，有跨境执行合作经验的国家只有 35 个，有 47 个国家没有此类经验，此外还有 114 个国家对此没有回应。[9]

UNGCP 要求会员国对电子商务消费者提供的保护不低于其他的商业形式、审查消费者保护政策、加强消费者教育，并特别提到了经济合作与发展组织（Organisation for Economic Co-operation and Development，OECD）制定的《关于在电子商务中保护消费者的准则》。该《准则》于 1999 年制定，并于 2016 年更新为《关于电子商务消费者保护的建议》。《建议》在原有内容的基础上回应了技术发展带来的难题，包括移动支付、无形数字产品的消费等，并对各国消费者保护机构能力建设、信息交换、跨境合作等提出了新要求。[10]2018 年，OECD 发布了相关国家国际合作情况的报告，认为虽然取得了一些成绩但不足也十分明显：合作主要发生在少数国家之间或一定地域范围内，多重因素阻碍了国际

---

[6] “Joint Statement On Electronic Commerce Possible Consumer Protection Text Communication from New Zealand”, WTO, 26 April 2019, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/INF/ECOM/21.pdf.
[7] “E-commerce talks: two foundational articles cleaned; development issues discussed”, WTO, 13 September 2021, https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/jsec_12sep21_e.htm.
[8] I. Benöhr, *The United Nations Guidelines for Consumer Protection: Legal Implications and New Frontiers*, 43 Journal of Consumer Policy 105 (2020).
[9] “World consumer protection map”, UNCTAD, https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection/consumer-protection-map.
[10] “Consumer Protection in E-commerce OECD Recommendation”, OECD, 24 March 2016, https://www.oecd.org/sti/consumer/ECommerce-Recommendation-2016.pdf.

合作进行，尤其是涉及个人数据或商业信息的情报或通过强制程序获得的情报的交换不能很好实现，即使在已经建立起合作框架的国家之间也有诸多因素影响合作深化，如人力资源不足、语言障碍、隐私保护政策差异等。[11]针对报告中指出的问题，OECD 于 2019 年专门进行了讨论，强调了完善各国国内法的重要性以及在信息共享、调查协助和确保结果三个方面提升各国合作的能力。[12]2020 年，OECD 发布了《消费者保护执行合作法律行动执行工具》，为目前还没有开展相应国际合作法律权能的国内消费者保护执行机构提供实用资源，并对可能的国内法改革进行指引。该《工具》在实践中发挥了一定作用并受到关注。上述 UNCTAD 电子商务消费者保护工作组在 2022 年的工作报告中肯定了它的作用并指出应当考虑其对于 UNCTAD 成员国的可适用性。[13]2022 年，OECD 对《建议》的执行情况进行评估，认为其为国内和国际层面上的电子商务消费者保护提供了坚实有效的基础，但也认为各国仍应在传播、执行与合作方面付出更多努力。[14]

除上述两个正式的国际组织以外，国际消费者保护和执法网络（International Consumer Protection and Enforcement Network，ICPEN）也是这一领域中软法合作的典型代表。其成立于 1992 年，目的在于为各国消费者保护机构提供交流经验和分享最佳实践的场所，目前已有超过 70 个参与方，中国于 2006 年加入。为实现其目标，ICPEN 提出了五项持续性的行动倡议，其中尤为重要的是 eConsumer.gov 网站。消费者可在该网站对跨境电子商务中的消费欺诈行为进行投诉，各成员国消费者保护机构也可通过该网站了解和处理相关事务。ICPEN 促进了消费者保护国际合作，也得到 OECD 和 UNCTAD 等国际组织肯定。

以 UNCTAD 和 OECD 为代表的国际组织制定的各项软法规范及展开的各项工作对推动电子商务消费者保护的发展具有重要意义，为将来形成具有法律约束力的国际条约积累了经验、准备了条件。但软法的发达恰恰也说明现阶段硬法的不足，反映出目前在这一领域中，各方还存在较大分歧。各国虽承认加强合作的必要性，但又不想受到国际法义务的约束，因此仅愿意进行软法性质的合作，保留面对各种情势发展的灵活性，从而更好维护自身利益。

（三）少边合作水平各有不同

在国际多边法律合作进展缓慢且程度有限的情况下，一些国家和地区对加强少边合作（区域或双边合作）给与了更多关注。但同样由于经济发展水平、法律和治理模式的多样性等因素的影响，不同国家和区域的合作水平呈现出不同面貌。[15]例如美国和部分非洲国

---

[11] “Consumer protection enforcement in a global digital marketplace”, OECD, March 2018, https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/f041eead-en.pdf.
[12] “Roundtable on Legislative Initiatives to Improve Cross-border Enforcement Co-operation : Summary of Discussion”, OECD, 17 February 2020, https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2019)21/FINAL/en/pdf.
[13] “The Report of the Working Group on Consumer Protection in E-Commerce to the sixth session of the Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy”, UNCTAD, June 2022, https://unctad.org/system/files/non-official-document/ccpb_IGECON2022_Report_WG_e-commerce_final_5b_en.pdf.
[14] “the Report on the Implementation of the OECD Recommendation on Consumer Protection in E-commerce”, OECD, 10 March 2022, https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2021)5/FINAL/en/pdf.
[15] “International cooperation in consumer protection”, UNCTAD, 18 December 2020, https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2020d13_en.pdf.

家合作的“非洲消费者保护对话”（African Consumer Protection Dialogue）就是一个非正式交流与合作机制，约束力较弱，而欧盟框架下的法律合作达到了相当高水平。

欧盟的基本目标是实现成员国之间人员、资本、商品、服务的自由流动，而各国不统一的消费者保护标准必然会造成壁垒，阻止共同市场形成。为此欧盟制定了大量条例、指令和决定等，覆盖了消费者领域诸多议题，对各国立法进行协调统一，以保证内部竞争秩序不被扭曲。为更好顺应数字经济发展、保护电子商务消费者利益，2019 年，欧盟制定了《消费者法执行与现代化指令》，对之前的一些消费者立法进行完善。特别是提升了在线交易透明度，强化了在线消费者权利，还规定了更加有力的消费者权利执行机制。该指令要求各成员国将其融入各自国内法中，并于 2022 年 5 月 28 日起开始施行。

至于消费者保护合作方面，2004 年制定、2017 年修订的《消费者保护合作条例》覆盖了 26 项欧盟消费者保护立法，为各成员国消费者保护机构建立起跨境合作网络。它要求各成员国应确保其国内机构能有效地与他国机构展开合作，能够采取必要措施预防或阻止损害发生。它规定了各国机构为履行职能所应具备的最低限度的权力以及行使权力的方式，还明确了请求提供信息和执行帮助的程序和拒绝协助的理由。它的一系列规定为欧盟内部消费者保护提供了“更加锋利的牙齿”。[16]但根据《条例》第 32 条，超出欧盟范围的国际消费者保护合作还有待根据欧盟与第三国缔结的条约加以实现。然而欧盟近年签订的自由贸易协定对此并没有什么特别规定。2019 年生效的《欧盟与日本经济伙伴关系协定》第 8.80 条、2019 年生效的《欧盟与新加坡自由贸易协定》第 8.61 条和 2020 年生效的《欧盟与越南自由贸易协定》第 8.52 条在承认国际合作重要性的同时也都只是提到双方应就电子商务中消费者保护等问题展开对话，对话的形式包括各自相关法律及法律执行情况的交流等，缺少更深层次合作的规定。只有 2021 年生效的《欧盟与英国贸易与合作协议》相关内容更加丰富，主要体现在第 208 条、第 438 条和第 770 条中。不过这与英国作为欧盟前成员国的身份或许有很大关系。

三、跨境电子商务消费者保护国际合作的中国回应

欧盟范围内高水平消费者保护法律合作与欧盟各国间高度一体化有密不可分的关系。目前其他区域的国际立法均没有达到这种高度。无论 RCEP 还是《美国墨西哥加拿大协定》（United States-Mexico-Canada Agreement，USMCA）、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement on Trans-Pacific Partnership，CPTPP）、《数字经济伙伴关系协定》（Digital Economy Partnership Agreement，DEPA）等近些年签订的重要贸易协定在这方面与欧盟相比都还有明显差距，这充分反映了消费者保护的特殊性。在这样的背景下，有必要对中国参与电子商务消费者保护国际合作的策略做进一步分析。

[16] “CPC Factsheet - sharper teeth for EU consumer protection”, EUROPA, Janunary 2020, https://commission.europa.eu/system/files/2020-01/cpc_regulation_factsheet_-_sharper_teeth_for_eu_consumer_protection.pdf.

（一）审慎采取长臂管辖做法

有诸多因素影响着消费者或电子商务消费者保护国际合作的展开。例如各国消费者保护的实体法和程序法一直处于动态发展的过程中，呈现出不同状态。各国采取的治理模式也各有不同。一些国家可能更依赖于政府公权力、如行政权力和司法权力的运用等，而一些国家则可能更倾向于行业自治和消费者自我救济。各国涉外诉讼管辖权的不同和国际私法规定的差异也为消费者权利的实现增添了不少阻碍。数字技术和虚拟空间在便利消费者的同时，不仅增加了消费者受到侵害的风险，也增加了各国开展法律合作的难度和成本。因此，部分国家转而更倾向于采取单边保护措施，典型如美国。

联邦贸易委员会（Federal Trade Commission，FTC）是美国保护消费者的主要机构，《安全网络法》是该机构依据的主要法律渊源。根据该法，如果外国经营者的欺诈或不公平行为会对美国消费者产生“合理的可预见的”影响或属于美国法上的“重大行为”，FTC就可以对其采取措施，包括提起诉讼。《安全网络法》还为FTC提供了大量开展消费者保护国际合作的工具，包括与外国执法机构交换机密信息、协助调查以及人员交流等。例如，FTC曾向英国消费者保护机构竞争和市场管理局（Competition and Markets Authority，CMA）提供了一家瑞士公司的信息，帮助CMA就该公司在广告和价格表述中违反消费者保护法的行为在英国提起诉讼。

FTC的工作虽然取得一些效果，[17]但其背后反映的美国长臂管辖的理念却不符合中国长期以来坚持的立场，在国际社会中也饱受诟病。通过国际合作保护消费者的道路虽然是曲折的，但也是历史发展的必经阶段，根本上是各国经济发展水平的不平衡导致的。各国由于共同利益基础的缺失以至于无法实现高水平合作。数字经济飞速发展虽然导致“数字鸿沟”出现，却也帮助越来越多国家实现经济的快速增长，并提升了各国对加强国际合作重要性的认识。假以时日，真正有效的多边国际法律合作必将实现，WTO电子商务谈判在消费者保护条款上迅速达成共识即是鲜明例证。全球性的问题唯有通过全球性的方案才能真正解决，单边主义措施即使能在一定范围内获得收益，却很难为增强全人类共同福祉作出贡献。目前FTC的做法仅在部分国家得到回应，并不可避免得会遇到管辖权、判决承认和执行等诸多问题。

对中国来说，一方面应发挥好消费者保护机构的作用，在国内法和国际法基础上积极开展国际合作，包括参与UNCTAD、ICPEN等组织的活动，分享和学习先进经验。另一方面也要审慎探索中国特色的长臂管辖。《个人信息保护法》第三条规定了该法适用于在中国境外处理境内自然人个人信息活动的具体情形，其中“以向境内自然人提供产品或者服务为目的”与电子商务存在紧密联系。它将本国法的适用扩张到域外主体在域外的特定行为，突破了传统的管辖原则。但这种做法具有一定普遍性，甚至可能成为未来各国的通行

[17] “Annual Highlights 2020”, FTC, April 2021, https://www.ftc.gov/system/files/attachments/printable-version/2020_annual_highlights_report.pdf.

做法。中国更多的是在顺应潮流，并不意味着法律管辖立场的根本转变。为更好维护自身利益，未来中国具有长臂管辖属性的立法难免会有所增多。为避免违反国际法、遭受侵犯他国主权的指责，中国特色的长臂管辖立法需要不断探寻适用边界，在遵循国际惯例的基础上满足合理合法的要求。

（二）积极参与国际法律合作

长臂管辖极易引起争议、也未必能得到他国的认可与支持，即使美国在进行长臂管辖的同时，也不断与他国进行各种层级和性质的国际法律合作。中国作为多边主义的坚定支持者更应如此，不过目前的参与水平还有较大提升空间。在多边合作方面，中国参与 WTO 电子商务协定谈判的程度有限，在各国提交的总共 89 项提案中仅有 4 项，且 3 项为不公开提案，在约十万字的总提案中仅占千余字。这与中国电子商务大国的地位不匹配，也不利于中国在电子商务活动中积累的成功经验在国际上分享与推广。中国应结合自身经验，主动提交新提案并引领谈判，积极探索通过多边电子商务规则构建人类命运共同体的新道路。[18]不过当下 WTO 电子商务谈判成员的贸易额虽然合计占全球贸易 90%以上，但参与成员数量毕竟还不多，且多半是发达国家，还有半数 WTO 成员、主要是发展中国家未参与其中。它采取的路径类似于国际经贸规则形成早期的合作方式，但由于缺少实力占据绝对优势国家的主导，谈判的难度也不可同日而语。中国应在 WTO 谈判过程中坚守发展中国家的立场和诉求，增强谈判的发展性与合法性，同时也要适当运用软法工具和开展软法合作。中国虽不是 OECD 成员国，但前述 OECD 的软法工具未必不能被中国借鉴和采用。中国参与了前述 UNCTAD 的各项活动，分享了一些经验，[19]但还可以有更多贡献。2020 年，中国提出了《全球数据安全倡议》，2022 年中国与中亚五国在该倡议的基础上联合发布了《数据安全合作倡议》，这是中国供给数字经济国际软法的重要成果，并可作为未来进一步扩大合作的基础和模板。在跨境电子商务消费者保护领域，中国也可以进行类似尝试。

在多边合作存在难度的情况下，中国可以考虑将更多精力投入少边合作中。双边合作是少边合作的重要形式，由于参与方更少因而可能达成更高水平合作。不过电子商务消费者保护条款一般存在于自由贸易协定的电子商务章节中。根据中国自由贸易区服务网的公开信息，目前仅有与海合会、韩国等少数国家和地区的谈判或升级谈判正在推进过程中。从目前披露的信息看，这些谈判在跨境电子商务消费者保护议题上未必会有更多突破。此外，中国还提出了加入 DEPA 和 CPTPP 的申请。CPTPP 涉及的情形较为复杂，加入的前景还不明朗，但加入 DEPA 的前景良好，中国目前已完成所有条款的初步讨论。[20]相对而言，DEPA 对跨境电子商务消费者保护的规定更加先进，特别是提出了构建在线纠纷解决

---

[18] 赵宏瑞、李树明、张春雷、杨悦：《在 WTO 全球电子商务谈判中分享中国<电子商务法>经验：基于后疫情时代背景》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2021 年第 4 期。

[19] “Report of the Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy on its sixth session”, UNCTAD, 24 August 2022, https://unctad.org/system/files/official-document/cicplpd32_en.pdf.

[20] 《商务部：将进一步落实扩大面向全球的高标准自贸区网络》，载 WTO/FTA 资讯网 2024 年 1 月 30 日，http://chinawto.mofcom.gov.cn/article/e/r/202401/20240103469855.shtml。

机制。中国应抓住机遇，尽快加入 DEPA，这将有利于提升中国与其他缔约国间跨境电子商务消费者保护合作水平，促进各国间跨境电子商务进一步发展。

（三）构建在线纠纷解决机制

DEPA 与 RCEP、CPTPP、USMCA 等协定在跨境电子商务消费者保护方面的一大不同是其第 6.3 条明确提出缔约方应努力探索有利于解决电子商务交易纠纷的机制，包括替代性争议解决方式（Alternative Dispute Resolution，ADR）。毕竟电子商务的虚拟性和跨地域性等特点大大增加了消费者纠纷诉讼和执行的难度。方便、高效、低成本的争议解决方式能显著增强消费者信心，并帮助其决策是否进入网络世界新市场。随着信息技术发展，在传统 ADR 的基础上，又逐渐衍生出与电子商务联系更加紧密的在线纠纷解决机制（Online Dispute Resolution，ODR），并受到各方关注。联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission On International Trade Law，UNCITRAL）2000 年时就将 ODR 的建设提上工作日程。2010 年，UNCITRAL 第 43 次会议设立专门工作组，就跨境电子商务领域中的 ODR 展开研究，并在 2016 年通过了《在线纠纷解决技术说明》。[21]不过这一软法规范似乎并未在国际社会中产生太大反响。2000 年，欧盟就通过《在欧盟范围内各成员国建立消费者纠纷网络的决议》建立了诉讼外纠纷解决机制网络。2013 年，欧盟又制定了《欧盟消费者在线争议解决条例》，并自 2016 年起在欧盟所有成员国适用。它构建了 ODR 平台，用于解决欧盟范围内经营者与消费者因在线商品或服务销售产生的争议，但排除了线下消费者合同产生的纠纷，以及超越欧盟范围的线上消费者合同纠纷的适用。然而，由于该平台并不直接提供争议解决服务，只是帮助消费者更方便地找到能够解决纠纷的争议解决机构来处理争议，这可能会影响潜在功能的全部发挥。此外，2020 年，UNCTAD 在泰国和印度尼西亚启动了“消费者在线争议解决交付”计划，希望通过提供技术支持和政策建议等，帮助这两个国家更好地为电子商务消费者提供保护。2021 年，东盟也发布了自己的消费者保护 ADR 指引，希望到 2025 年时能构建起自己的在线争议解决网络。

中国作为电子商务大国难免会遭遇大量电子商务消费者纠纷，因此也有构建相应争议解决机制的迫切需求。有研究者建议可以参照欧盟的经验，建设中国的“一带一路”跨境电子商务 ODR 机制，[22]但目前相关工作仍在探索过程中。这在一定程度上受到“一带一路”沿线国家复杂国情的影响。在中国加入 DEPA 的前景良好，且 DEPA 有明确规定的情况下，中国可以考虑通过参与和推动 DEPA 框架下跨境电子商务消费者 ODR 机制建设，积累经验并逐步推广。与数量众多的“一带一路”沿线国家相比，DEPA 目前只有新加坡、新西兰、智利、韩国四个缔约国，语言障碍较小，技术难度较低。新加坡、新西兰和韩国作为发达国家，本身消费者保护水平较高、制度较为完善，智利虽然经济发展水平相对落

[21] “Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its thirty-third session”, UN, 11 March 2016, https://undocs.org/en/a/cn.9/868.

[22] 郑维炜、高春杰：《“一带一路”跨境电子商务在线争议解决机制研究——以欧盟<消费者 ODR 条例>的启示为中心》，载《法制与社会发展》2018 年第 4 期。

后，但消费者保护水平却不低。UNCTAD 组织的同行评审对智利消费者保护法律和政策给出了较高评价，认为智利在消费者保护领域，不仅在区域内是一个领先的国家，在 OECD 内同样也是一个领先国家。不过，它同样也指出，智利还应当鼓励支持建立在线纠纷解决机制，包括考虑允许外国供应商参与。[23]以上情形为相关工作开展准备了较好基础。

在具体的机制建设上，多年来伴随着电子商务不断发展，中国淘宝网探索出一套较为有效的 ODR 机制。与欧盟的 ODR 机制相比，它在成立主体、约束效力、争议解决的范围和模式上都存在显著不同。尤其是交易平台作为裁判者并非中立的利益无涉者，在单笔交易中虽然往往更倾向于买方消费者，但通过流量补偿等方式平衡了买卖双方利益，从而也得到卖家的认可。[24]虽然国家主导构建的 ODR 机制不能完全照搬淘宝的经验，但充分发挥现代信息技术的优势、提供高频次互动交流的机会、引入大众评审制的众包型纠纷解决方式以及专注于解决高度专业化和特定类型化的纠纷等淘宝 ODR 的经验，或许能为 DEPA 框架下的机制建设提供一些启示。随着国际形势的迅速发展和快速变化，发出中国声音、提供中国方案愈发重要，特别是在数字经济和电子商务领域，亟需凝聚中国发展的成功经验，形成中国模板，与美国、欧盟、日本等国家和地区的主张进行竞争。而电子商务消费者 ODR 机制或许恰好能够成为规则竞争的着力点和突破口。

在构建 ODR 机制的同时也要注意，当消费者和经营者达成和解或调解协议但经营者怠于履行时，可能缺少执行的手段。因为中国不仅尚未批准《新加坡调解公约》，而且该公约明确排除了消费者为个人、家庭或家居目的进行交易所产生的争议而订立的和解协议。如果消费者和经营者诉诸仲裁，裁决结果也未必能根据《纽约公约》得到中国法院的承认和执行。因为中国在加入《纽约公约》时提出了“商事保留”，消费者合同能否被视为“契约性和非契约性商事法律关系”存在一些争议。电子商务活动中的仲裁条款能否满足《纽约公约》对书面仲裁协议的要求同样可能引发争议。虽然一些仲裁实践已认可电子仲裁协议的效力，UNCITRAL 对此也早已进行讨论，[25]但根本的解决方法还是有待于对《纽约公约》的解释和完善。在和解协议和仲裁裁决的执行存在障碍的情况下，消费者可能不得不诉诸国际民事诉讼，但繁琐的程序和高昂的成本不仅会增加法院和当事人的负担，也可能会使一些消费者望而生畏最终不了了之，进而影响健康有序的跨境电子商务市场形成和发展。中国可以尝试先在 DEPA 框架下与其他缔约方共同设计出 ODR 的执行程序，促使跨境电子商务消费者的保护能够真正落地。

（四）完善消费者保护国内法

需要注意的是，当下跨境电子商务消费者保护的国际合作主要还是着眼于程序和机制

---

[23] “Voluntary peer review of consumer protection law and policy chile”, UNCTAD, 22 June 2021, https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d1_en.pdf.

[24] 周翔：《描述与解释：淘宝纠纷解决机制——ODR 的中国经验观察》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 4 期。

[25] “Possible future work in the area of international commercial arbitration”, UN, 6 April 1999, https://undocs.org/en/A/CN.9/460.

上的合作，实体性保护仍然依赖于国内法来实现。因此，归根结底还是要完善国内法的相关规定。中国的法律体系已经相对健全，但《消费者权益保护法》距离上次修订至今已十年，在实践中逐步暴露出不能满足数字经济时代展要求、不能有效保护消费者个人信息等弊病。2023 年 3 月 8 日，中国消费者协会发布《2022 年个人信息保护领域消费者权益保护报告》，针对现实中存在的各种不足，建议再次启动《消费者权益保护法》修订。[26]《电子商务法》虽然在一定程度上升级了电子商务消费者保护，但作为消费者保护基本法的《消费者权益保护法》也应与时俱进，和《电子商务法》共同构筑起完善的法律保护体系。

在完善实体法的同时，完善国际私法的相关规定对跨境电子商务消费者同样重要。中国《涉外民事关系法律适用法》第四十二条对消费者合同单独进行了规定，体现了消费者合同的特殊性以及对消费者的特别保护，顺应了国际私法发展的一般趋势。但现有规定可能也存在一些缺陷，或许不能很好满足电子商务场景下消费者保护需求。[27]根据该条，如果经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动，则涉外消费者合同适用商品、服务提供地法律。但首先，跨境电子商务活动中，商品、服务提供地有时并不容易确定，经营者住所地和商品寄出地可能是分离的，或者提供的是虚拟网络服务。其次，“从事相关经营活动”指的是经常性开展经营活动还是包括偶然性经营活动也存在不同的理解。再次，如果对该条款做一个严格且狭义的解释，那么跨境电子商务消费者合同很有可能只能适用商品、服务提供地法律，甚至就是经营者登记注册地或经常居所地法律，那对消费者来说有可能是不利的，从而不符合涉外消费者合同法律适用中蕴含的保护消费者的价值要求。此外，传统的消费场景中，消费者可能先天处于弱势地位，需要法律对其进行特殊保护，所以《涉外民事关系法律适用法》第四十二条限制了当事人意思自治，并将消费者经常居所地法作为法律适用的一般要求。但在跨境电子商务场景中，主动型消费者可能来自世界各地，这种做法也可能使经营者面临较大不确定性，从而增加其法律风险。为实现利益保护平衡，应当允许消费者和经营者一定程度的意思自治，以反映合同的本质要求，同时对意思自治加以适当限制，如不得违反消费者经常居所地强制性法律规定等，在当事人没有选择的情况下，还可以考虑适用消费者经常居所地或经营者经常居所地法律中更有利于保护消费者的法律，以满足保护消费者的价值需求。

四、结语

多个机构的调查数据均认为全球电子商务的规模将持续增长，与繁荣相伴而生的是日益突出的跨境电子商务消费者保护问题。各国虽承认在这一领域中加强国际合作的重要性，但进展缓慢，各个国家和区域之间的差异较为明显。影响合作的因素十分复杂，且短期内难以得到有效解决。中国虽是电子商务大国，但当下的表现还不够理想，需要从国际

[26] 《2022 年个人信息保护领域消费者权益保护报告》，载中国消费者协会网 2023 年 3 月 8 日，https://www.cca.cn/xxgz/detail/30617.html。

[27] 梅傲、陈杨：《理想照进现实：涉外消费者合同选法规则再检视》，载《国际经济法学刊》2022 年第 1 期。

和国内两个层面多个角度采取更加积极有效的措施。从更加宏观的角度来说，电子商务是数字经济的重要组成部分，完善相关规则、加强跨境电子商务消费者保护国际合作将有助于增强中国在数字经济领域的竞争力。数字经济已成为拉动中国经济乃至世界经济增长的重要引擎，它的规范有效发展离不开数字经济规则的制定。目前统一的数字经济规则尚未形成，不同主张还处于相互竞争的状态。美欧日等国家和地区已经提出相对成熟的主张，但由于标准较高，不容易得到世界各国普遍接受，甚至可能导致“数字鸿沟”进一步加深。中国有必要站在发展的立场上，为无力参与高水平数字经济规则的国家和地区提供更广泛的合作选项，彰显中国责任感、促进数字命运共同体形成，中国在跨境电子商务消费者保护领域积累的经验将有助于促进这一目标实现。

NFT 与关联资产：技术创新下的法律挑战与合规路径

蔡 兰*

摘要：NFT 作为一种创新的数字凭证，已逐渐成为连接现实世界与虚拟世界的重要桥梁。然而，NFT 的快速崛起也面临一系列的法律上挑战，如 NFT 与数字艺术品版权的冲突、NFT 与关联资产之间所有权转让难题、NFT 交易的合规性及智能合约的法律效力等。NFT 本身并不等同于关联资产的所有权，而是一种在区块链上存在的数字记录。其法律地位的确立，主要依赖于与关联资产之间的直接联系。因此，法律需要通过如下方式规范 NFT 与关联资产法律关系：第一，重构 NFT 与数字艺术品版权关系；第二，建立 NFT 与关联资产所有权转移的法律联结；第三，保障 NFT 与关联资产合法交易；第四，承认智能合约合法性等。以此推动 NFT 与关联资产法律体系的完善和发展，保障 NFT 交易的合法性和稳定性，为全球 NFT 市场的健康发展提供有力保障。

关键词：NFT；区块链；关联资产；智能合约

一、问题的提出

习近平总书记强调要把区块链作为核心自主创新的重要突破口，加快推动区块链技术和产业创新发展，推动区块链和实体经济深度融合。[1]如果说区块链技术应用是皇冠，那么 NFT 就是皇冠上的明珠。NFT 是代表相关商品或服务的唯一数字文件。这种表示允许它们在区块链上商业化，为交易提供安全性、不变性和可追溯性，从而彻底改变了商品和服务的交换。NFT 已在艺术、时尚、游戏、音乐、数字媒体、金融和活动票务等各个领域崭露头角，在房地产和机票等复杂领域也取得了进展。[2]。

在区块链领域，NFT 的商业化进程中，至关重要的是确立资产与通证（代币）之间法律上认可的紧密联系。这意味着需要明确承认资产与其对应的通证（代币）之间存在着不可分割的关联，从而确保在 NFT 转移的过程中，相关资产也必须随之转移，以保障交易的合

*作者简介：蔡兰（1998--），女，贵州大学法学院硕士研究生，主要研究方向为：国际法理论、国际经济法及数字法。联系方式：电话 18785185624；邮箱 1841232699@qq.com。

*基金项目：2023 年国家社会科学基金一般项目(23BFX044)

[1] 中央广播电视总台，“中央政治局区块链技术发展现状和趋势第十八次集体学习”，载央广网（cnr.cn），2024 年 8 月 25 日访问。

[2] See, Janesh s/o Rajkumar v Unknown person, 2022.

法性和完整性。然而，NFT 的法律属性尚未形成一致的认识，学者们从不同角度对其特性进行了解释。这些理论虽各自揭示了 NFT 的某些属性，但均未能完全覆盖其复杂的法律地位和实际应用场景。NFT 的唯一性和不可替代性使其难以简单地归类于传统的虚拟财产或物权框架内。这使得越来越多地采用 NFT 带来了一系列不确定性，限制了持有通证（代币）权利的人的信心。这些不确定性源于如何将 NFT 与关联资产联系起来，从而确定二者在法律上的关系。具体包括如下几个问题：第一，NFT 与数字艺术品之间的版权冲突；第二，NFT 与其关联资产所有权转移的法律困境；第三，NFT 交易中的合规性挑战；第四，智能合约的法律效力。

二、NFT 概念发展及法律属性探析

（一）NFT 的历史脉络：从彩色币到数字艺术的兴起

NFT（Non-Fungible Token），中文名称为“非同质化通证”，国内大多也译为“非同质化代币”。NFT 的第一次尝试是 2012 年前后的彩色币时代，彩色币源自约尼·阿西亚(YoniAssia)在 2012 年初的一篇博客文章。他在这篇文章中讨论了彩色币，但没有提及它们所代表的各种资产或用例。直到 2012 年 12 月 4 日，Meni Rosenfeld 发表了一篇题为《彩色币概述》(Overview ofColored Coin)的论文之后，彩色币的潜力似乎才被挖掘了出来。彩色币具备独一无二的特质，这种唯一性正是 NFT 所需要的。彩色币的诞生让很多人意识到将资产发行到区块链具有巨大潜力。但其在当前的版本中并没有提供非同质化的特性。2014 年，Robert Dermody、Adam Krellenstein 和 Evan Wagner 创立了合约网(Counterparty)。它是一个点对点（P2P）的金融平台，提供了合约币和合约币钱包，合约币是用于支付所有智能合约代码执行的货币。合约网还建立了基于比特币区块链之上的去中心化的开源互联网协议，它允许用户创建和交易任何一种数字代币，合约网可以让任何人编写具体的数字协议或智能合约程序并且这些协议或合约可以在比特币区块链上被执行。合约网扩展了比特币功能，它在正常的比特币区块链数据块的空白处写人数据开启了原生比特币区块链看似不可能实现的创新和高级功能之门。随着以太坊上稀有佩佩(Rare Pepes)交易量的上升，John Watkinson 和 Matt Hall 意识到他们可以创造一种原生于以太坊区块链上的独特角色。2017 年 6 月，他们创建了一些角色人物。这些人物的总量上限为 10000 个，并且人物互不相同。他们称这个项目为 CryptoPunks，是以太坊上最早的 NFT 示例之一。受 CryptoPunks 的启发，ERC-721 标准被发明出来，成为日后 NFT 的主流标准，应用 ERC-721 的第一个项目就是加密猫(CryptoKitties)。于 2017 年末，CryptoKitties 由温哥华的一个名为 Axiom Zen 的工作室打造，上线之后在加密货币爱好者圈内掀起一阵“养猫”的风潮。CryptoKitties 都存在于区块链上，

每一只小猫都拥有自己独一无二的元数据，正是元数据的不同决定了小猫的唯一性。在加密猫之后，出现了创新的第二层游戏(Layer2 Game)，即由第三方开发者在加密猫基础上开发的游戏。Wrapped Kitties 将加密猫和去中心化金融(Decentralized Finace，DeFi)结合在一起，让用户将加密猫变成可以在去中心化交易所交易的 ERC-20 代币，这对加密猫市场产生了各种有趣的影响，也扩大了加密猫市场的更多可能性。第二层游戏使开发者可以在已有的 NFT 项目上进行设计，减少了新游戏的开发成本，极大程度上促进了 NFT 市场的繁荣。在 2018 年，NonFungible.com 建立了一个 NFT 市场的跟踪平台，并将“不可替代或非同质化”一词固化为这一新资产类别的主要术语。

NFT 作为一种线上的虚拟有价物，是指以区块链为底层技术，通常遵循以太坊等的技术标准协议（如 ERC-721 等），经特定程序生成的不可复制、难以分割的通证。NFT 并非法律上的种类物而是一种特定物。[3]与 NFT 相对应的概念是“同质化代币”或“同质化通证”(Fungible Tokens，简称 FT)，如金钱、比特币。同质化通证是一种能够相互替代、具有统一性、可接近无穷拆分的代币。与比特币等同质化代币不同，NFT 具有不可分割、不可替代、独一无二的特性。且具有防止被篡改的非同质化的独特属性，其提供了一种标记原生数字资产财产权的方法，可与特定财产挂钩，用来证明对有形财产或无形财产（如数字艺术品、游戏皮肤、著作权、专利权等）享有的财产权。NFT 非同质化体现在代币的不可分割性（只能以完整的状态存在、拥有和转移）和不可替代性（独一无二、不能复制、具有唯一性）。通常 NFT 包括一个元数据（metadata）包，里面有 NFT 的名称、描述、底层的资产信息（比如数字媒体的签名、原始媒体文件存储地址或者链下资产指向等信息），以凸显其唯一性。NFT 展现了区块链技术在数字资产确权和维权方面的独特优势。通过 NFT，非标准化资产可有效确权，变成可流动、可交易、可信的数字资产，从而低成本、高效率的盘活起来。总而言之，NFT 是区块链上的一个独特的数字文件，与代表区块链内部或外部资产的文件相关联，其特征和功能被编程为智能合约。

（二）法律学说的争鸣：NFT 的多重身份探讨

NFT 作为区块链技术应用中的一种创新形式，近年来在数字艺术、游戏、收藏品等领域引起了广泛关注。其独特的属性使得它在法律界引发了对其法律属性的讨论和争议。针对 NFT 的法律性质，目前学界存在多种观点，主要包括“网络虚拟财产说”、“物权说”、“债权说”和“财产利益说”。

1. 网络虚拟财产说。“网络虚拟财产说”主张，NFT 作为一种虚拟财产，可以被纳入

[3] 汤筠冰，陆江山. NFT 艺术的概念、特征与传播[J]. 当代美术家, 2023, (04): 13-18.

现有的虚拟财产法律框架中进行解释和调整。虚拟财产是现实财产的延伸，它虽然存在于虚拟空间中，但因具备一定的经济价值和使用价值，逐渐成为民事权利的客体之一。因此，将NFT视为网络虚拟财产具有一定的法律逻辑基础。NFT虽依托于区块链技术，但其在网络空间中被创造、交易和转让的过程与虚拟财产有很多相似之处。例如，NFT可以在数字市场中进行买卖、转让，并且它们代表了一定的经济价值。因此，将NFT纳入“网络虚拟财产”的范畴，可以为其提供法律上的定位和保护。然而，网络虚拟财产说存在一些不足之处。NFT与传统的网络虚拟财产相比具有非同质化的特点，即每一个NFT都是唯一的、不可互换的，这使得其与网络游戏中的虚拟货币、装备等同质化的虚拟物品存在根本差异。此外，NFT不仅具有使用价值，还具有收藏和艺术品的投资价值，这些特性并未在传统的网络虚拟财产中得到充分体现。因此，单纯将NFT归入虚拟财产的范畴，可能无法全面概括其法律属性。

2.物权说

物权说认为，NFT可以被视为一种新型的物权。物权是指权利主体依法直接支配特定物，并排他地享受其利益的权利。物权的核心是对物的直接支配性和排他性，且物权具有优先性。物权的对象是“物”，而物是指有体物。但随着技术的发展，一些无形物例如知识产权、商标权等，也逐渐被纳入物权的保护范围。因此，物权说的支持者认为，NFT虽然是无形的数字物品，但其独特性和不可复制的特征使其具备了与传统有形物类似的法律属性，从而可以纳入物权的范畴。NFT的“独一无二”特性使其具备了物权中的排他性和支配性特点。[4]拥有NFT的用户能够排他性地享有其代表的数字资产，并能够通过区块链上的记录证明其对NFT的所有权。因此，NFT在某种程度上具备了物权的核心特征——对物的支配权。同时，NFT的转让过程与物权的转让（如房屋的买卖）具有一定的相似性，用户可以通过合法的交易行为转让其对NFT的控制权。[5]尽管NFT具有物权的某些特点，但将其完全视为物权也存在争议。首先，物权的客体通常是“物”，而NFT仅仅是区块链上的一种记录，是否能够被归类为物权中的“物”仍有待商榷。其次，NFT本身并不直接与现实中的物品挂钩，它只是作为数字资产存在，并未具备传统物权中的实物属性。因此，物权说虽能解释NFT的部分特性，但在法律上的适用范围可能存在一定的局限。

3.债权说

债权说则主张，NFT应被视为一种特殊的债权，持有NFT的用户可以对其发行者或特

[4] 闫冬. 论NFT数字作品的权属特点与规则适用[J]. 上海师范大学学报(哲学社会科学版), 2024, 53 (01): 75-86.
[5] 陆宇栋. NFT数字作品的物权属性和主体责任分配研究[J]. 中南法律评论, 2024, (00): 202-213.

定平台主张某种权利。债权是指特定主体之间基于合同或法律规定产生的请求他人为一定行为或不为一定行为的权利。在 NFT 的生成和交易过程中，通常伴随着发行方或平台方与购买方之间的合同关系。例如，用户通过支付一定的对价获得 NFT，这一过程本质上是一种债权行为——用户支付对价后享有请求发行方或平台方将 NFT 交付给其的权利。这种交易模式符合债权的基本逻辑，即基于合同关系产生的请求权。从 NFT 的交易模式来看，债权说具有一定的合理性。购买 NFT 的用户可以基于合同关系，要求平台或发行方按照约定提供 NFT 的相关信息、存储和使用权利。此外，NFT 的转让行为也可以被视为一种债权转让，即通过协议将 NFT 的控制权转让给第三方。然而，债权说并不能完全解释 NFT 的全部属性。首先，债权的核心在于权利人对特定义务人的请求权，而 NFT 的拥有者在取得 NFT 后，往往并不需要对特定义务人主张任何权利，因为 NFT 的控制权已经通过区块链的技术手段确定。因此，NFT 与传统债权之间存在本质差异。其次，NFT 的价值往往并不依赖于合同双方之间的债权关系，而是取决于市场的供需情况及其在区块链上的唯一性。因此，债权说虽然可以解释 NFT 交易中的部分法律关系，但不足以全面涵盖其独特的法律性质。

4. 财产利益说

财产利益说主张，NFT 的法律属性应当归属于财产利益，而非具体的物权或债权。财产利益是指权利人对特定财产的预期收益或利益，它既可以是有形财产的收益，也可以是无形资产的利益。财产利益作为一种独立的法律概念，已经在实践中被广泛应用。例如，股票、债券等金融产品通常被视为财产利益，而非具体的物权或债权。NFT 作为一种数字资产，其主要价值体现在持有者对其未来可能获得的经济利益的预期上，而非对该资产的直接占有或控制。因此，将 NFT 归类为财产利益是一种较为灵活的解释方式。NFT 的价值通常源于其市场流通性和稀缺性，持有者往往将其视为一种投资，预期其未来价值的上涨。因此，NFT 更像是一种财产利益，而不是对物的直接支配权或对他人的请求权。此外，财产利益说能够更好地解释 NFT 与传统法律财产分类的脱节问题，因为它并不局限于有形物或具体的债权。尽管财产利益说具有一定的适用性，但它也存在一些局限。首先，财产利益的概念较为宽泛，难以为 NFT 提供明确的法律保护机制。其次，财产利益说在解释 NFT 的独特技术属性时可能显得过于抽象，难以充分涵盖其在区块链系统中的具体运作机制。

综上，对于 NFT 的法律属性，国内外目前主要有“网络虚拟财产说”、“物权说”、“债权说”和“财产利益说”四种学说。每一种学说都从不同的角度解释了 NFT 的部分特性，但均存在各自的局限性。网络虚拟财产说能够为 NFT 提供基础的法律框架，但其无法解释 NFT 的非同质化特性；物权说能较好地解释 NFT 的排他性和独特性，但其与传统物权

的定义仍有差异；债权说从合同关系的角度切入，但未能覆盖 NFT 的全部属性；财产利益说提供了一种较为灵活的解释方式，但过于宽泛，缺乏具体操作性。因此，NFT 作为一种全新的数字资产形式，其法律属性可能需要在现有的理论框架基础上进行进一步的完善和创新。未来，随着 NFT 市场的发展和法律实践的积累，或许能够形成更加完善的法律解释体系，以更好地保护 NFT 相关权益。

三、法律困境：NFT 与数字资产的联动挑战

前文对 NFT 的几种法律属性进行了讨论，值得注意的是，无论其法律属性如何界定，均与 NFT 所联系的资产之间存在着密不可分的联系。NFT 作为区块链上可商业化的商品或服务之独特标识，其法律认可性深刻关联于其背后所承载的资产。当前，NFT 面临的主要法律挑战聚焦于如何确立并维护代币与其附加资产之间法律联系的稳固性。这些挑战具体涵盖数字艺术品的版权问题、所有权转让的明确、资产转让的合法性及智能合约在法律框架内的认可程度等多个重要维度。上述问题的解决，对于确保 NFT 商业化进程的法律可行性与稳健性具有决定性意义。

（一）NFT 与数字艺术品的版权漩涡：权利的边界

需要注意的是，NFT 的转让过程涵盖与之相关联的数字艺术品的知识产权转让及侵权两个主要问题。

第一，NFT 持有人在购买后应获得一系列权利，即 NFT 的购买是否等于版权转让。单纯获得 NFT 并不一定自动赋予持有人对该艺术品的知识产权权益。[6]通过 NFT 转让版权“将涉及发行人严格控制买方使用与 NFT 相关的任何权利的意愿”。[7]当一件艺术品的 NFT 所有权被转移时，“你可以拥有该物品，但你可能没有与该物品相关的版权。版权不仅仅是一项权利，而是一系列权利的集合，其中大部分权利由作品的原始创作者保留”。[8]在大多数情况下，版权属于创作者，NFT 持有人仅为非商业目的获得有限的使用权、复制权和展示权。条款应规定智能合同是作为许可协议还是转让协议运行。在转让协议中，知识产权所有人将所有权利转让给受让人，而在许可协议中，所有人授权被许可人在特定情况下使用与知识产权相关的权利。[9]然而，在上述情况下，原作品的所有权将由创作者保留，NFT 的所有权和有限的经济权利，将转让给 NFT 购买者。例如，在 NBATopShot 中使用 NFT 许可证模板，权利持有人可以通过该模板将 NFT 代币与潜在的无形财产区分开。一般来说，NFT 交易的

[6] 蒙大斌, 孙小蔓. 基于 NFT 数字资产的知识产权保护研究[J]. 当代经济, 2024, 41 (09): 37-44.
[7] See Juventus F.C.v.plataforma de blockchain“Blockeras”.
[8] Mujevi´c,Belma,and Mersad Mujevi´c.2023.NFTs and copyright law.SCIENCE International Journal 2:P18.
[9] 李宗辉.馆藏作品 NFT 化的版权法律问题研究[J].国家图书馆学刊,2024,33(04):20-29.

对象仅限于 NFT 本身，并不包含底层资产。也就是说，大多数 NFT 交易并不涉及版权的转让或许可为了避免纠纷，一些 NFT 交易平台甚至在条款中明确排除 NFT 购买者对作品进行商业利用的权利，作品的创作者依然完全保有对其作品的相关知识产权。

第二，将受著作权保护的数字文件铸造成 NFT 的过程可能面临显著的著作权侵权风险。一方面，NFT 的底层资产可能本身就是盗版内容，另一方面，也可能存在未经著作权人同意而擅自将正版作品 NFT 化的情况。例如，一些社区已经收到许多艺术家的投诉，称有人伪造他们的作品并将其上传到区块链网站上，这些网站随后生成了 NFT。根据《中华人民共和国著作权法》第 53 条规定："未经许可，复制发行"属于侵权行为。也就是说，在未经他人允许的情况下，擅自将他人作品 NFT 化，属于侵权行为。在上述情况下，当底层资产的著作权人声称平台上的 NFT 产品存在侵犯其著作权的情况时，承担侵权责任的主体在现有的法律规定下并不明确，除了将作品 NFT 化的用户主体，NFT 平台是否要承担侵权责任。此外，随着 NFT 市场的发展与 NFT 相关的知识产权侵权风险可能会增加。目前，市场中已经出现了 NFT 自动化的实践，即允许用户通过简单的脚本来创建 NFT，以供创作者自由选取作品并进行铸造和拍卖。或许 NFT 自动化会成为数字资产市场的下一个风口，一方面能够加速区块链技术与数字作品的融合，另一方面又会带来新的版权保护问题。

（二）所有权转让的难题：实体与虚拟的纠葛

当实体物品的所有权发生变更时，是否必然意味着其相关联的 NFT 持有人同样获得该物品的所有权，即是否能够将实体物品的所有权与 NFT 的所有权进行直接关联，[10]进而认定物品的所有权归属于 NFT 的持有者，这一问题在当前法律与实践中仍存在广泛的争议。NFT 是一种新的技术媒介，"如果一个代币可以被拥有，那么在这里讨论的意义上，资产代币化会导致一种二元论"，因为我们一方面拥有代币，另一方面拥有附带的资产或权利。"[11]

首先，在探讨 NFT 与其基础资产之间关联的过程中，首要面临的复杂情境在于对所有权转移认知的差异性。这一情境凸显了理解两者间联系时所需克服的首要挑战。芬兰 Kaisto 学者认为"这是一个合理的起点，至少在芬兰，因为如果 NFT 的所有权转移包括意图转移与 NFT 相关的事物的所有权，那么这可以被认为是事物所有权转移的一种模式"。[12] 有学者认为"如果所有权的转移不受形式要求的限制，那么物品的所有者通常可能在 NFT 的帮助

[10] 韦可心. NFT 的法律性质探究及所有权保护[J]. 西部学刊, 2024, (01): 89-92+99.
[11] Argelich,Cristina.2022.Smart Property and Smart Contracts Under Spanish Law in the European Context,30.European Review of Private Law .
[12] Kaisto,Janne,Teemu Juutilainen,and Joona Kauranen.Non-fungible tokens,tokenization,and ownership.Computer Law&Security Review,2024,.

下实现转移，这样 NFT 持有者就可以获得事物的所有权”。[13]一些作者认为，NFT 应该与附带的资产及相关权利分开，认为“拥有代币必须系统地与代币所代表的权利分开”。[14]

其次，“在评估不同国家提出的观点时，重要的是要注意，法律制度在被接受为财产、财产权或财产客体方面存在很大差异”。[15]一些管理数字资产的具体法规没有解决 NFT 与数字资产的联动问题，美国《统一商法典修正案 2022a》第 12 条规定如下：“其他法律对权利取得的适用性。除本节规定外，由本条规定以外的法律确定该人是否取得可控制电子记录的权利以及该人取得的权利”。

《UNIDROIT 数字资产原则》（以下简称《原则》）旨在提高与数字资产相关的私法事项的可预测性和确定性。它们构成了一个软法律体系，因为它们不是来自一个适当的立法机构，因此“不具有约束力，也不具有强制力”，但它们通过各方意志的自治被纳入协议。这些原则适用的数字资产包括与另一资产相关联的数字资产。其他资产可以是有形的或无形的（包括另一种数字资产）。其他法律适用于确定数字资产与其他资产之间的任何联系的存在、要求和法律效力，包括数字资产转移对其他资产的影响。根据上述，《原则》承认存在固有资产和与另一资产相关联的其他资产。然而，《原则》并未解决 NFT 与底层资产的关联问题，它没有规范这种联系或这种联系的法律效果，而是将立法空间预留给国内法。而各国对这种联系的法律承认将根据适用的立法而有所不同。这个规范联动的州法律可能是一个预先存在的规则，也可能是一个直接规范数字资产的现代法律，比如列支敦士登法律（后面会详细介绍）。此外，《原则》明确指出了一个至关重要的方面，即不能赋予此种规定以超出其他国家法律所允许的法律效力。具体而言，必须确保不与那些管理代币交易的国家法律相冲突。因此，若国内法律不予许可，仅凭合同协议可能不足以确立 NFT 转让即代表相关资产转让的法律效力，因为国内法律对此类协议的认可具有决定性作用。

2023 年 5 月 31 日，关于加密资产市场的欧洲法规(Markets in Crypto-Assets，以下简称 MiCA)正式通过。该法规开创了加密资产的全球监管，标志着加密资产一场重大的监管革命。尽管 MiCA 第 3 条提供了涵盖大多数现有数字资产的加密资产的广泛定义，但不幸的是，该法规的序言第 10 条和第 2.3 条都将 NFT 排除在其范围之外。序言第 10 条陈述如下：“本规定不适用于独特且不可与其他加密资产替代的加密资产，包括数字艺术和收藏品。这种独

[13] Kaisto,Janne,Teemu Juutilainen,and Joona Kauranen.Non-fungible tokens,tokenization,and ownership.Computer Law&Security Review,2024,.

[14] Argelich,Cristina.2022.Smart Property and Smart Contracts Under Spanish Law in the European Context, 30.European Review of Private Law ,P.215-226.

[15] Kaisto,Janne,Teemu Juutilainen,and Joona Kauranen.Non-fungible tokens,tokenization,and ownership.Computer Law&Security Review,2024,P.4.

特和不可替代的加密资产的价值可归因于每种加密资产的独特特征及其对代币持有人的效用。本条例也不应适用于代表独特和不可替代的服务或实物资产的加密资产，如产品担保或房地产”。“这些特征限制了这些加密资产可以具有金融用途的程度，从而限制了持有人和金融体系的风险，并证明了将其排除在本法规范围之外的理由”。 这一叙述毫无疑问地表明，NFT 确实被排除在 MiCA 之外，并解释了它们被排除在其范围之外的原因。第 2.3 条还指出，“本条例不适用于独特且与其他加密资产不可替代的加密资产”。 因此，MiCA 的序言第 10 条和第 2.3 条都明确指出，NFT 由于其独特的特点，不可与其他加密资产替代，不受该条例的管制。尽管 MiCA 是欧盟监管加密资产的重要一步，但它将 NFT 排除在监管范围之外且未能涵盖重要的法律方面，同样没有解决 NFT 与其基础资产之间联系的监管问题。

（三）NFT 关联资产转让行为的合法性界定

NFT 的转让方式通常包括出售、赠与、交换等。2021 年 3 月，美国数字艺术家 Beeple 的一件数字艺术作品《Everydays: The First 5000 Days》通过佳士得拍卖行以 6930 万美元的价格成功拍卖，这一事件标志着 NFT 数字艺术品市场的崛起。然而，这一高价交易也引发了关于 NFT 关联资产转让的合法性讨论。[16]首先，该交易的成功离不开拍卖行对 NFT 合法性及其市场认可度的推动。其次，由于交易金额巨大，税务问题成为焦点，买家可能面临税务合规挑战。在 NFT 关联资产转让过程中，合法性问题主要体现在以下几个方面：首先，跨境转让的法律适用问题。由于 NFT 的全球流通性，其交易往往涉及跨境问题。不同国家或地区对 NFT 的法律规定不同，这会影响到 NFT 关联资产的转让行为的合法性。例如，一个国家可能视某类 NFT 为虚拟财产，而另一个国家可能将其视为证券，这直接影响到转让行为的合规性。其次，转让行为涉及欺诈。由于 NFT 市场尚处于发展阶段，存在一定的市场不透明性和信息不对称性，投资者或买家可能面临欺诈风险。例如，一些恶意发行者可能会发行假冒或虚假的 NFT，导致买家蒙受损失。 CryptoPunks 是由 Larva Labs 开发的一系列像素头像 NFT，这些头像因其稀缺性和历史意义在 NFT 市场中大受欢迎。2022 年，一名买家发现其购买的 CryptoPunk NFT 与其预期不符，遂提起诉讼，要求撤销交易并退款。这一案件揭示了 NFT 交易中信息不对称和潜在欺诈的风险。最后，NFT 关联资产面临合规性问题。特别是对于那些具有投资属性的 NFT，如果未按照相关法律法规进行合规操作（如未在证券监管机构注册或披露信息），可能会导致法律合规性风险，甚至面临行政处罚。此外，NFT 交易可能涉及到税务问题，包括增值税、所得税等。由于 NFT 交易的跨境性和

[16] 赵磊. NFT 的法律规制——从“胖虎打疫苗案”谈起[J]. 法律适用, 2023, (11): 138-149.

数字化特性，税务监管存在一定难度，可能导致税务合规风险。

（四）智能合约：代码中的法律桎梏

智能合约[17]是 NFT 交易的重要基础，大多数 NFT 解决方案依靠智能合约的区块链平台来确保其能快捷地执行订单。NFT 之所以能够在数字世界中确立其价值和所有权，很大程度上得益于智能合约的应用。其内容通常包括 NFT 关联资产转让的条件、双方的权利义务等。然而，智能合约是否具备法律效力，取决于相关国家或地区的法律规定。部分司法管辖区尚未明确智能合约的法律地位，这可能导致在 NFT 交易出现争议时，难以通过法律途径进行有效救济。

智能合约属于数字合同范畴，指包含一套以数字形式指定的承诺协议。它能使陌生、分散的参与者，在没有一个可信的第三方的情况下，进行公正的交流。在智能合约中运行的应用程序都基于状态转换机制，包含指令与参数的状态由所有参与者共享，从而保证这些指令和执行的透明性。此外，智能合约具有非常严格的逻辑，这意味着它们的行为与编程完全一致，并且无法更改。在区块链系统中，任何人都可以发布交易指令，但是只有享有通证编号的账户地址所发布的交易指令才能调用通证合约中的转让函数，进而执行该通证合约。部署在区块链上的智能合约接收到转让人执行转让函数的指令（将执行权转让给受让人），且将该转让记录即执行智能合约的运算结果记录在区块链账本中受让人即可调用（控制）该智能合约，从而有权执行智能合约中的转让函数。智能合约是自动执行的。它将合约的条件编码进算法中，一旦满足预定条件，便能自动执行相应的操作，无需人工干预。换句话说，智能合约消除了对信任的需求，这也就是说一旦编写好了程序并且达到了合约中的条件就会自动执行，任何人无法中断或更改。智能合约可以在很大程度上消除主观性。例如，两个单独的法官可能会以不同的方式解释传统合同。他们的解释可能导致做出不同的决定和产生不同的结果。智能合约消除了不同解释的可能性。相反，智能合约会根据合约代码中写入的条件精确执行。这种精度意味着在相同的情况下，智能合约将产生相同的结果。智能合约也可用于审计和跟踪。由于智能合约位于公共区块链中，任何人都可以立即跟踪资产转移和其他相关信息。这就是 NFT 所有权的跟踪。智能合约还可以保护隐私。智能合约上的所有者和买家信息都是用地址表示的，地址属于每一个人，锁定了每个人的财产，然而地址并不与真实身份联系。其他人可以看到买卖双方的地址，但却不能通过地址得知所有人的真实身份。

[17] 智能合约的概念于 1995 年由尼克.萨博(NickSzabo)首次提出，旨在由代码自动执行合约规定。智能合约是以太坊应用程序的基本构建块，是存储在区块链上的计算机程序，允许将传统的纸质合同转换为数字形式，合约参与方可以在其中执行合同中的条款。

虽然智能合约在理论上提供了便捷、安全的交易模式，但在实际应用中仍面临着诸多法律障碍，尤其是在 NFT 交易中，这些障碍尤为突出：第一，合同法的适用性：大多数国家的传统合同法都是基于人类之间的书面或口头协议制定的，而智能合约的自动执行特性和代码即法律的理念，与之存在着明显的差异。因此，智能合约是否被视为合法有效的合同，能否受到法律的同等保护，成为了一个亟待解决的问题。第二，管辖权和法律适用的不确定性：NFT 交易往往跨越国界，而不同的国家和地区对智能合约的态度各不相同，导致在跨国纠纷解决时难以确定适用哪一方的法律。这种法律适用的不确定性，给 NFT 持有人的权益保护带来了巨大挑战。第三，责任认定和救济机制的缺失。智能合约一旦部署，其代码几乎无法更改，这意味着一旦发现错误或者遭受恶意攻击，很难找到有效的补救措施。加之，智能合约背后的开发者、平台运营者和使用者之间责任界限模糊，使得受害者在寻求法律救济时面临重重困难。

四、合法链接：NFT 与数字资产的法律承认之路

毫无疑问，资产通证（代币）化带来的最重要挑战是 NFT 与相关资产的如何进行合法链接。这意味着任何涉及 NFT 的交易都与关联资产产生一定的法律后果。目前，这种关联并没有得到法律广泛的认可。基于 NFT 与其相关资产之间在法律层面联系面临一定的挑战，应鼓励各国将技术创新和法律考虑和谐结合并在其国内法中做出自主的法律承认。至少考虑以下几个方面：第一，重构 NFT 与数字艺术品版权关系；第二，建立 NFT 与关联资产所有权转移的法律联结；第三，保障 NFT 与关联资产合法交易；第四，承认智能合约合法性。

（一）版权的重构：NFT 与数字资产知识产权的交织

NFT 作为不可替代的通证，获得 NFT 并不等于直接享有该 NFT 的底层资产。在《知识产权法》中，知识产权的客体具有非物质性。知识产权的客体往往是依附于物质载体的，但这并不代表知识产权客体就是物质载体本身，因此，获得物质载体本身并不等于享有物质载体所承载的知识产权。作品 NFT 化后，NFT 相当于作品的物质载体，作品通过依附于 NFT 而存在于区块链之上，因此 NFT 持有人并不代表享有该 NFT 所指向作品的知识产权,知识产权是否被包含在交易对象中，一方面取决于合同的约定，另一方面依赖于技术条件。[18]理论上，随着技术的发展，合同可以以特定的方式，将 NFT 底层资产的知识产权包含在被交易的对象中。如利用智能合约的特性实现知识产权的交易，比如通过技术手段限定作品的展示时间、空间等因素，使非物质性的知识产权在交易后能够被特定主体有效控制。

其次，针对这一现象，部分 NFT 平台应当事先做出免责声明，明确不权责任是不可回

[18] 袁锋. 元宇宙时代 NFT 数字藏品交易的版权困境与应对研究[J]. 湖北社会科学, 2023, (06): 128-136.

避的话题。承担作品 NFT 化中可能存在的著作权侵权责任；部分 NFT 平台如 SuperRare 则会核验创作者身份信息，主动承担一定的降低著作权侵权风险的责任；一些 NFT 平台目前针对非原创作者所制作的 NFT 进行警告并删除其 NFT。OpenSea 平台也有免责声明 OpenSea 保留不预先告知即移除内容的权利。当用户因侵权而使 OpenSea 平台收到索赔时，平台将移除其作品，并终止该用户对 OpenSea 平台服务的访问。著作权侵权风险是 NFT 平台所要面对与处理的重要问题之一 NFT 平台可以通过设置服务条款和用户须知来尽可能降低风险发生的可能性，同时在侵权行为真的发生时，各大 NFT 平台也应该结合当前的法律条款设置好系统的流程来应对这样的情况。

（二）法律联结：建立 NFT 与数字资产所有权转移的关系

对 NFT 中包含的所有权承认“取决于特定法律体系中的财产特征以及与这些特征相匹配的加密资产”。[19]然而，由于法律体系的多样性，“似乎在 NFT 和实体物的所有权之间建立强有力的法律联系，在大多数法律体系中都需要专门的立法”。[20]从法律视角审视，NFT（非同质化代币）的合法性要求其必须与其所代表的资产存在直接且明确的法律联系。

法律应当明确认可 NFT 及其相关资产权利的同步转移，这意味着无论该资产是物质形态还是非物质形态，都必须通过法律手段确认 NFT 与资产之间的关联性。因此，NFT 的转让行为，在法律上亦等同于其所关联资产所有权的转移。这被界定为链接问题，其核心在于解决 NFT 如何有效反映其所代表的“现实世界”资产的价值，并进而实现与该资产相关的各类具备法律约束力的交易。因此，深入理解和规范这一链接的存在性、所需条件及其产生的法律后果，具有至关重要的意义。这构成了“将数字资产与另一类资产相联结的普遍动因”，旨在确保“针对其他资产的交易活动，能够依托通证（代币）的转移来实现”。[21]这是资产代币化的主要目标之一，因为它促进了商品和服务的敏捷和安全商业化，允许“数字资产持有人改变一个人对其他资产或发行它的人的权利”。[22]

鉴于 NFT 与资产之间在权利转让层面存在的特殊利益关系，为确保其合法性与规范性，应针对此联系实施必要的法律监管措施。就数字艺术品而言，“与 NFT 的关联允许对发行副本的真实性进行认证，并跟踪相关交易，因为一旦注册，代币是不可变的”。[23]通过这种方式，数字作品被置于与实物或传统艺术品相同的水平上，“不需要第三方来证明其来源和

---

[19] Kaisto,Janne,Teemu Juutilainen,and Joona Kauranen..Non-fungible tokens,tokenization,and ownership.Computer Law&Security Review ,2024,P4.

[20] Kaisto,Janne,Teemu Juutilainen,and Joona Kauranen.2024.Non-fungible tokens,tokenization,and ownership. Computer Law&Security Review,P13.

[21] UNIDROIT 2023

[22] UNIDROIT 2023

[23] D’Alonzo,Claudio.2024.Legal Issues About NFTs.Academic Journal of Interdisciplinary Studies ;P175.

真实性。此外，它们的转移方式与有形商品一样便利”。据此，NFT 被视为一种将“真实性与有效数字所有权的概念引入数字领域，尤其是区块链系统”的创新方式，鉴于“仅有特定个体能够被视为其所有者”。因此，将 NFT 与资产联系起来的法律效力的相关方面正是“通证（代币）与其基础资产之间的法律桥梁”。[24]

再有，由于多数国家尚未确立明确规范此类联系的具体法规，故可将可转让票据、公共买卖契约及股票等数字形式作为类比对象。然而，值得注意的是，已有法律机构直接介入，对数字资产的生成、保管及转让过程实施了规范。其中，部分机构解决了与代币所附资产之间的关联问题，而其余机构则参照了内部法规进行操作。各国国内法应对这种联系进行规定，必须确保对数字法律交易的信心，特别是在金融和经济部门。然而，很少有州有管理数字资产的内部法规，包括 NFT。尽管如此，列支敦士登、马耳他和俄罗斯已经颁布了直接解决这一问题的新法律，而日本和瑞士已经修改了他们的现有法规，以确保与这种新型资产交易的安全。[25]例如，列支敦士为了实现这一目标，于 2019 年出台了《列支敦士登令牌和可信技术服务提供商法案》(TVTG)，该法律解决了 NFT 与数字资产的联动问题。TVTG 采用现代立法的方式以规范 NFT 的创建、保管和转让、代币所包含的权利的表示、服务提供商的权利和义务以及与通证（代币）相关的所有民法问题等。第 7 条规定了代币转让对相关权利或商品的影响。此规定涵盖了由法律直接赋予的效力，以及转让代币者所承诺的效力。另第 7.1 条规定：“对通证（代币）的处置导致对通证（代币）所代表的权利的处置”。法律应该考虑“‘代币’是一种‘容器’，其中包含了一项权利。因此使用代币进行的交易被认为是使用与之相关的资产或权利进行的”。 该法律的核心影响在于确立了代币与相关资产之间的直接关联，从而意味着任何涉及 NFT 的合法交易都将直接对相关资产产生效力。这种承认为涉及通证（代币）的任何法律交易的参与者提供了法律确定性，相关资产也是谈判的一部分，将权利转让给新的持有者。

同时，TVTG 规定了另外一种情况，也即当法律本身无法承认通证（代币）与相关资产之间的联系时，应规定通证（代币）持有人有义务通过意志自治来保证这种承认。首先确定的是，有义务转让通证（代币）及其相关资产的人“必须通过适当措施确保对代币的处置直接或间接导致对所代表权利的处置”。法律所指的这些适当措施涉及对这种联系的合同承认，由此 NFT 持有人保证转让代币意味着凭借当事人自治转让资产及其相关权利。但是，建议

[24] Allen,Jason,Michel Rauchs,Apolline Blandin,and Keit Bear.2020.Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets.CCAF Publications,p.19.

[25] Cavaller Vergés,Misericordia.2024.En Busca de un Marco Legal para los Activos Digitales:Los Principios Unidroit Sobre Activos Digitales y Derecho Privado.Madrid:Cuadernos de Derecho Transnacional,vol.16,pp.113 – 30.

将这种合同表现形式包含在元数据文件中，特别是在一个称为“权利文件”的文件中，以便将这种表现形式的证明嵌入智能合约。此外，TVTG 规定这种转让必须对第三方具有可执行性，例如，在执行程序中出现扣押的情况。无论如何，要使这种可执行性存在，必须满足以下要求：第一，如果在司法程序开始之前，转让在系统（区块链）中被激活；第二，在程序启动之后，若激活条件达成，则应按照程序启动之日的规定予以执行。然而，此执行的前提是接收方能够证明其在程序启动之时并不知情，或者通过尽职调查的方式确认其将保持不知情的状态。

此外，尽管 MiCA 没有将 NFT 纳入监管的范畴，但该法规反映了“立法者为规范价值或权利的基本数字代表所做的努力，这些价值或权利可能通过使用分布式账本技术(DLT)或其任何类比以电子方式共享或存储”，如区块链技术。MiCA 的主要目标是在欧盟内为加密资产建立一个全面的法律框架，结合金融市场监管中已经存在的一些最佳实践，并将其应用于加密货币行业。其监管框架的核心结构严谨地遵循了监管的四大核心目标：确保法律的确定性与明确性，积极支持创新与公平竞争的环境，有效保护消费者与投资者的权益，以及维护市场诚信与金融稳定。此框架的关键构成与工具均紧密围绕加密资产的统一概念而构建，并采纳了授权制度，同时设立了针对该行业消费者与投资者保护的新标准，以全面应对行业挑战。

（三）确保合规：NFT 与关联资产合法交易的保障措施

首先，跨境法律合规指导，在进行跨境 NFT 交易时，双方应就可能涉及的法律问题进行详细讨论，并寻求专业法律意见。应特别关注涉及税务、知识产权、数据保护等方面的法律差异。其次，使用国际仲裁条款：在跨境交易合同中加入国际仲裁条款，明确纠纷解决的法律适用和仲裁机构，以降低跨境纠纷的解决成本和不确定性。最后，双边协议与合作：推动相关国家和地区间签署关于 NFT 交易和区块链技术的双边协议或合作备忘录，促进法律法规的协调和统一，减少跨境交易中的法律风险。

（四）智能合约合法性：法律框架的创新需求

首先，立法更新与国际合作。各国政府应加快修订和完善相关法律法规，明确智能合约的法律地位，细化其在 NFT 交易中的应用规则。同时，鉴于 NFT 交易的跨境性质，国际间的合作与协调至关重要，应推动建立统一的国际标准和监管框架，减少法律冲突，提高纠纷解决的效率。其次，技术与法律的深度融合。技术方应不断提高智能合约的安全性和灵活性，引入先进的密码学技术和区块链治理模型，减少漏洞和风险。同时，法律专业人士应加强对智能合约的理解，参与到智能合约的设计与审核中，确保其符合法律规定，维护各方合法权

益。再次，构建多方参与的生态体系。除了政府和企业，学术界、行业协会、消费者团体等也应发挥积极作用，共同构建一个多边共治的 NFT 生态系统。通过举办研讨会、发布研究报告、制定行业准则等方式，促进信息共享，凝聚共识，推动智能合约在 NFT 交易中的规范化进程。

五、结语

随着区块链技术的成熟，NFT 以其独特的不可分割性和唯一性，为数字艺术、游戏、收藏品等领域带来了革命性的变化。NFT 与数字资产的合法链接问题成为文章研究的重要议题。无论是在版权保护、资产所有权认定还是智能合约执行过程中，如何实现 NFT 与现实世界资产的同步转移和法律效力的统一，是 NFT 商业化进程中的核心难题。为了确保 NFT 能够合法反映其所代表资产的价值，这不仅需要各国立法的明确规定，也需要在国际范围内进行法律协调，以形成统一的法律规则和监管框架为 NFT 及其相关资产的合法性和稳定性提供保障。同时，应加强国际合作与协调，制定统一的法律标准和监管框架，以降低跨境交易中的法律风险。未来，随着 NFT 市场的进一步成熟和法律实践的积累，NFT 的法律属性和监管路径将更加清晰，为数字经济和区块链技术的创新发展注入新的活力。

外国数据法效力的域外扩张与中国范式研究

林福辰

摘要：数据已成为当今社会发展的重要因素，但目前全球尚未形成统一的数据跨境流动规则。在此背景下，美国与欧盟相继构建起“外向干涉型”和“内向保护型”数据法域外适用体系，以加强对网络空间的规制力。此举存在滥用数据法域外效力的隐忧，增加了各国数据的被动开放风险，也抬高了企业全球经营的合规门槛。作为数字产业大国，我国亦应加强数据立法，构建“能动回应型”数据法域外适用体系，既要顺应国内数字市场发展的内向性要求，也应兼顾互联网企业走出去的外向性需要，推动我国数据法域外效力的合理适度延伸，并完善外国数据法不当域外适用的阻断机制，以此探索全球数据治理的中国范式。

关键词：涉外法治；数据法；域外适用；数据流动

DOI：10.13734/j.cnki.1000-5315.2024.0315

收稿日期：2024-05-02

基金项目：本文系四川大学博士后研发基金“外国数据立法不当域外适用的中国涉外法治应对”（skbsh2023-16）、教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“加快推进自由贸易港建设研究”（23JZD27）、2023年四川大学中央高校基本科研业务费（法学）研究课题（2023fxzy-04）的阶段性成果。

作者简介：林福辰，男，辽宁大连人，法学博士，四川大学法学院助理研究员、专职博士后，四川大学“自贸区暨‘一带一路’法律研究中心”助理研究员，E-mail：Linfc_SCU@163.com。

当前，数字革命几乎渗透到了社会经济关系的各个方面，数据经济成为重组全球经济要素资源、重塑全球经济结构、改变全球竞争格局的关键性力量①。大变局之下的当今世界，全球治理体系亟待改革与完善，国际竞争越来越体现为制度、规则、法律的竞争②。确保数字经济的供应链安全对提升国家竞争优势至关重要，因此，数据立法成为各国在国际社会争夺数据治理话语权、输出本国数据治理规则、扩大本国数据优势的主要路径③。以美国为代表的西方国家争相制定具有域外适用效力的数据法律法规，以期维护本国数据产业的竞争优势，争夺国际数据治理话语权。近年来，我国数据法律体系虽初具轮廓，国内数字经济治理体系和治理能力现代化水平显著提高，但尚未形成数据法域外适用体系，难以防控域外数据行为对国家安全、公共利益与个人权益的潜在危害，运用法治手段应对外国数据法不当域外适用的能力亟待提升。有鉴于此，本文拟在梳理美欧数据法域外效力规则体系的基础上，探究数据法域外适用体系的中国范式，并就外国数据法不当域外适用的中国应对方案进行探讨。

一　国家数据法效力域外扩张的理论归因

（一）规制数据跨境流动目标的合理性

①梅宏《大数据与数字经济》，《求是》2022年第2期，第28页。

②周强《在习近平法治思想指引下 奋力推进新时代司法为民公正司法》，《求是》2022年第4期，第22页。

③王燕《数据法域外适用及其冲突与应对——以欧盟〈通用数据保护条例〉与美国〈澄清域外合法使用数据法〉为例》，《比较法研究》2023年第1期，第187页。

据统计，在 2010 至 2019 年间，全球数据跨境流量以每年 45% 的惊人速度增长，从 45Tbps 增长到 1500Tbps[①]。数据作为新兴的生产要素，为全球经济增长提供新动能的同时，也改变了社会的责任配比[②]。

首先，大型互联网企业对用户数据的商业化利用，致使个人隐私保护问题尤为突出。当前，个体的社会生活在相当大的程度上被“数字化”，在网络空间和存储设备中留下自身的“数字痕迹”，随之而来则是个人数据跨境流动存在的隐私泄漏风险。例如，Facebook 曾在用户不知情或“非自由”同意的情况下从第三方网站或应用搜集用户信息，对此，德国联邦最高法院曾于 2020 年 6 月裁定 Facebook 构成对公民隐私的侵犯，责令其调整服务条款和数据处理活动[③]。不仅如此，在数字技术的加持下，数据处理者对个人信息的大规模、自动化搜集弱化了传统匿名化技术的实际效果，进而加剧了个人数据被过度商业化利用的风险。因此，基于个人隐私信息保护的目的，规制数据流动是各国政府当前的重要责任。

其次，数据跨境流动，对公共安全利益带来挑战。公众在享受互联网便利性的同时，也面临着虚假信息泛滥、有害信息传播、网络犯罪发生等诸多危害。立足国家治理层面，各国往往基于一定的保护义务，推动网络空间规制的变革，强化网络空间架构的控制性。一般而言，网络空间的规制程度取决于网络空间的架构，而该架构的属性由价值观决定[④]。例如，德国通过限制数据跨境流动，禁止公民通过互联网平台售卖与纳粹有关的纪念品[⑤]；越南亦曾颁布立法，限制危及越南公共秩序的信息在网络空间中传播[⑥]。所以，各国对公共安全的维护，使规制数据流动有了天然的合理性。

最后，利用大数据分析等数据手段，一国可能有针对性地开展对他国信息情报的收集和处理工作，从而威胁到他国国家安全。例如，美国自 2007 年起启动了代号为“棱镜”的秘密监控项目，直接进入美国网际网络公司的中心服务器里挖掘数据、收集情报，微软、雅虎、谷歌、苹果等在内的 9 家国际网络巨头参与其中[⑦]。可见，数据的自由流动对国家安全构成了新的挑战，各国对数据行为的监管需求更为迫切。

综上，放任国家数据的自由流动，会触及到该国经济和社会生活的核心部分，这与该国特定公共政策目标之间存在着不可避免的冲突。面对数据跨境流动对个人信息、公共利益和国家安全的冲击，各国近年来愈发重视数据安全风险的法律防范，并通过完善国内立法、参与国际合作等方式，强化对数据流动的规制，以此落实网络空间中的国家保护义务、满足规制数据跨境流动的合理性国家要求。

（二）数据法效力域外扩张的现实必要性与国际合法性

数据法效力域外扩张具有现实必要性。面对因数据跨境流动而产生的全球性威胁，各国目前难以在短期内形成具有统一性、全球性的数据跨境传输规则[⑧]。网络空间的出现，使法律属地主义被不断削弱，传统的国家界限变得愈加模糊，这使国际法成为应对数据跨境流动诸多现实挑战的理想平台。2003 年，联合国信息社会世界峰会在《日内瓦原则宣言》中指出，“与互联网有关的公共政策的决策权是各国的主权”[⑨]。联合国相关专家组的报告亦明确了《联合国宪章》对网络空间的适用性[⑩]。据此，既有国际法体系重申了主权

---

①成政珉、华强森、Sven Smit 等《全球流动：世界互联互通的纽带》，2023 年 1 月发布，2024 年 3 月 18 日访问，https://www.mckinsey.com.cn/wp-content/uploads/2023/02/MGI_Global-Flows_Dicsussion-paper-CN-20230215.pdf。

②劳伦斯·莱斯格《代码 2.0：网络空间中的法律》，李旭、沈伟伟译，清华大学出版社 2018 年第 2 版，第 95 页。

③The German Federal Supreme Court, Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook, Juni 23, 2020, https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html.

④劳伦斯·莱斯格《代码 2.0：网络空间中的法律》，第 36 页。

⑤Germany, Strafgesetzbuch [Penal Code] § 86a (2021).

⑥Vietnam, Decree No. 72/2013/ND-CP § 4(4) (2013).

⑦Barton Gellman, Laura Poitras, “U.S., British Intelligence Mining Date from Nine U.S. Internet Copmanies in Broad Secret Program,” *Washington Post*, June 7, 2013, https://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html.

⑧徐峰《网络空间国际法体系的新发展》，《信息安全与通信保密》2017 年第 1 期，第 75 页。

⑨《日内瓦原则宣言》，《信息社会世界高峰会议成果文件》，国际电信联盟 2005 年，日内瓦，第 19 页，https://www.itu.int/net/wsis/outcome/booklet-zh.pdf。

⑩从国际安全角度促进网络空间负责任国家行为政府专家组《从国际安全角度促进网络空间负责任国家行为政府专家组的报告（A/76/135）》，联合国大会，2021 年 7 月 14 日，中文版第 16 页。

原则对网络空间的适用性，各国享有对境内网络设施的管辖权。除此之外，国际法拓展有限，且多停留于倡议的层面，实践中可操作性欠佳。同样的叙事也体现在数字贸易的国际规制层面，CPTPP、RCEP 等协定确立了以数据跨境自由流动为原则、本地化为例外的规制进路[①]，但就数据跨境流动例外条款的具体适用，各区域一体化协定缺乏明确指引。传统的国内立法管辖权是以属地管辖为基础，以属人管辖、保护性管辖和普遍性管辖等为补充。然而，互联网具有虚拟性、开放性和无边界的特征，大规模的数据跨境流动对以属地为基础的国际管辖秩序形成了严重挑战。同时，一个借助互联网实施的行为不仅在地理空间上难以界定行为发生地，其影响范围也非地理意义上的领土边界所能阻隔，这进一步削弱了属地管辖的规范意义。对此，以美国和欧盟为代表的国家或实体探索创新立法管辖模式，延伸数据法域外效力，希冀提升其对数据跨境流动的规制力。由此，各国开始将注意力转向国内，尝试通过强化涉外立法以监管数据跨境流动。

数据法效力域外扩张具有国际合法性。一般认为，法律属地主义式微是社会、技术等一系列因素叠加的结果[②]。1927 年，国际常设法院在“荷花号”案中对国家实施域外管辖的行为进行了阐明，认为：“国际法非但远没有设立一般禁止性规定以要求各国不得将其法律的适用及其法院的管辖权扩展至领土外的人、财产和行为，反而在这方面为各国留下了广泛的自由权利，仅在特定情形中以禁止性规则限制之；除特定情形，各国皆得自由采取其认为最好与最适合的原则”[③]。据此，国际常设法院确立了“国际法不禁止即为允许”的原则，奠定了国内法域外适用的合法性基础。目前，全球并未形成具有普遍约束力的数据保护国际规则，没有对国家管辖权向域外延伸进行过多限制，宽松的国际环境为各国扩张数据法域外效力奠定了合法性基础[④]。

二　美欧数据法域外适用体系的范式考察

（一）美国“外向干涉型”数据法域外适用体系

美国在全球互联网产业拥有近乎垄断的市场地位，凭借数字技术与产业规模的巨大优势，美国数据法域外适用体系秉持“外向性”姿态，致力于获得调取全球数据的能力。以 2018 年《澄清域外合法使用数据法案》（Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act，以下简称 CLOUD 法案）为代表的数据立法就试图突破美国域外取证瓶颈，赋权政府可以调取本国企业在境外存储的数据信息。

1. 依托全球数字市场垄断地位的“外向性”姿态

作为美国数据立法的基础性法案，1986 年《存储通信法案》（Stored Communications Act，以下简称 SCA）主要关注发生在其国内的数据行为，但未明确美国政府是否有权要求通信服务商提交存储在境外的数据。在微软案中，美国当局试图获取存储于境外的数据。对此，微软公司认为涉案数据存储在爱尔兰境内，基于属地管辖的限制，美国当局搜查令的效力不能及于该数据。区别于微软所主张的“数据存储地标准”，美国政府认为微软是数据的实际控制者，其在本土通过互联网即可完成数据的调取；作为美国境内企业，微软公司应当执行美国当局依据 SCA 签发的搜查令。美国法院最终裁判，搜查令的实施地点是决定该案能否援引 SCA 的重要因素，微软公司在美国境内的情况不足以替代对数据位置的关注[⑤]。

为破解域外数据的可及性限制，美国出台了 CLOUD 法案，引入“数据控制者标准”来弱化数据与物理空间的关联性。CLOUD 法案规定，只要互联网企业拥有、监控或控制用户数据，那么无论该数据是否存储在美国境内，相关企业作为数据控制者都应承担向美国政府披露数据的义务[⑥]。在实践中，微软、谷歌、苹果等美国科技企业占据着全球绝大多数数字市场的份额，获得了海量数据资源，这让它们成为美国获取域外数据的关键桥梁。尽管这些公司仍必须服从所在国的数据监管规则，但是借助“数据控制者标准”，CLOUD 法案可以让美国在事实上具备获取全球数据的能力，并且不需要考虑数据的实际存储地。

为进一步提升调取全球数据的有效性，CLOUD 法案还设置了严格的责任豁免条件。CLOUD 法案规

---

①杜玉琼、罗新雨《RCEP 数据跨境流动规则例外条款的适用及中国应对》，《四川师范大学学报（社会科学版）》2023 年第 5 期，第 75 页。

②蒋小红《欧盟法的域外适用：价值目标、生成路径和自我限制》，《国际法研究》2022 年第 6 期，第 106 页。

③S. S. Lotus (Fr. V. Turk.), 1927 P. C. I. J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

④孔庆江、于华溢《数据立法域外适用现象及中国因应策略》，《法学杂志》2020 年第 8 期，第 86 页。

⑤United States v. Microsoft Corp., 138 S. Ct. 1186 (2018).

⑥Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act § 103.

定域外数据控制者如欲免除数据披露义务，需同时满足三个条件：第一，法案对域外数据控制者施加的数据披露义务违反了“适格外国政府”法律；第二，美国法院根据案件情况和公平理念，依国际礼让原则主动放弃CLOUD法案的域外适用；第三，数据控制者所服务的用户不是美国人且不在美国居住①。然而，美国法院在实践中认定的“适格外国政府”相当有限，目前，仅英国和澳大利亚获得了认定并签订了数据调取协议②，也缺乏明确的国际礼让分析思路③。同时，作为法律概念的“美国人”的涵盖范围相当宽泛。在美国对外制裁中，“美国人”不仅包括美国公民、合法获得永久居住的外国人以及在美注册的公司等主体④，甚至还覆盖了美国公司的外国子公司和美国人管理的外国公司⑤。对此，美国政府曾毫不掩饰地表示，CLOUD法案代表着一种新的范式，一种高效获取电子数据的保护办法⑥。

2. 致力于获得调取全球数据能力的“干涉性”追求

作为美国行使域外管辖的合法性依据，CLOUD法案的“数据控制者标准”虽具有客观属地原则或效果原则的特征⑦，但是，法案的调整对象十分宽泛，适用也具有相当程度的灵活性，这对干涉他国数据监管权的正常行使以及削减其他国家保护公民隐私、国家安全的能力造成了影响。例如，CLOUD法案规定的数据控制者涵盖了电子通信服务和远距离计算服务提供者⑧，这意味着提供电子邮件、社交媒体、云存储等服务的相关企业，甚至电商平台都是数据披露义务的承担者。不仅如此，美国司法部认为，域外的数据控制者如与美国有足够的联系也可触发CLOUD法案的适用⑨，此种联系包含了拥有、监控和控制等数据处理活动的全周期⑩。这进一步扩大了法案的潜在适用范围，体现了美国对数据法域外效力的极致追求。

同时，美国与其他国家间的数据调取具有非互惠性。SCA规定通信服务商不得向外国政府提供有关通信内容的数据，导致他国在侦查打击犯罪时，难以通过双边司法协助请求而从美国当局获得涉案数据。相比之下，CLOUD法案虽规定“适格外国政府”也可通过数据控制者获取存储于美国境内的数据⑪，但是，“适格外国政府”的构成标准非常严苛，相关国家不仅被要求与美国签订数据调取协定，同时还要为数据控制者免除数据披露义务提供实质性或程序性的救济途径，这让外国在实践中近乎无法获取美国境内存储的数据。不仅如此，“适格外国政府”还要给予美国同等的数据访问权，并面临美国定期的单边审核与“随时开除”的压力。非互惠性的标准，加上调取全球数据的干涉性追求，会在客观层面几乎造成“全球→美国”的数据单向流动，折射出“美国优先”的立法思路和主导全球数据流动秩序的野心。

（二）欧盟“内向保护型”数据法域外适用体系

1. 服从于欧洲数字市场统一需要的“内向性”姿态

---

①Clarify Lawful Overseas Use of Data Act §103.

②U.S. Department of Justice, U.S. And UK Sign Landmark Cross-Border Data Access Agreement to Combat Criminals and Terrorists Online, October 3, 2019, https://www.justice.gov/opa/pr/us-and-uk-sign-landmark-cross-border-data-access-agreement-combat-criminals-and-terrorists; U.S. Department of Justice, United States and Australia Enter CLOUD Act Agreement to Facilitate Investigations of Serious Crime, December 15, 2021, https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-and-australia-enter-cloud-act-agreement-facilitate-investigations-serious-crime.

③郭烁《云存储的数据主权维护——以阻断法案规制“长臂管辖”为例》，《中国法律评论》2022年第6期，第78页。

④18 U.S.C. § 2523 (2018).

⑤覃俊豪《国内法域外适用：研究路径、美国实践与中国应对》，《学术论坛》2024年第2期，第144页。

⑥U.S. Department of Justice, Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act, (April, 2019). https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1153446/dl.

⑦客观属地原则是指当试图管辖之行为的构成因素出现在领土国境内时，一国可对其领土外的人、财产或行为行使管辖权；效果原则是指一国可以根据外国国民于一国领土外发生的行为，却在该领土上产生重大影响而主张管辖权。参见：联合国《国际法委员会报告——第五十八届会议》(2006年5月1日至6月9日和7月3日至8月11日)，联合国2006年版，第393页。

⑧18 U.S.C. § 2510(15) (2018).

⑨U.S. Department of Justice, Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act, (April, 2019). https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g06/636/19/pdf/g0663619.pdf?token=QziVvJEmXouUsyVOJd&fe=true.

⑩数据全生命周期包括数据处理者进行数据收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等环节。参见：王玎《论数据处理者的数据安全保护义务》，《当代法学》2023年第2期，第44页。

⑪18 U.S.C. § 2523 (2018).

不同于美国庞大数字产业对 CLOUD 法案实施的支撑，欧盟数字市场的发展整体滞后，对外国技术的依存度较高，因而加剧了欧盟加强内部数据保护的现实紧迫性。欧盟内部几乎没有大型数字平台，数字产业规模仅占全球 70 个大型数字平台市值的 4%[①]。谷歌、脸书和微软等美国互联网企业几乎垄断了欧盟数据市场，收集大量用户数据，并通过精准推送创造了海量广告收入。不仅如此，上述企业还可能妨碍欧洲国家政府开展工作。如在新型冠状病毒流行期间，法国当局曾开发出“Stop Covid”的病毒密接者追踪程序，但遭到苹果和谷歌公司的技术阻拦，致使软件无法实际投入应用。在此背景下，欧盟数据监管的自主性面临严峻挑战，欧盟公民对个人数据和隐私保护的担忧与日俱增。

针对由外国互联网企业主导的在线环境，欧盟试图通过数据法的域外适用，强化内部市场监管，调整数据主体和数据控制者之间的力量对比。欧盟早在 1995 年便颁布了数据相关立法，即《关于个人数据处理及其自由流动的个人保护第 95/46/EC 号指令》(Directive 95/46/EC of the Enropenan Parlianment and of the Council: on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data，以下简称《数据保护指令》)。但遗憾的是，《数据保护指令》需经欧盟成员国转化为国内法后方可实施，这导致了欧盟内部数据保护水平的差异。因此，欧盟于 2016 年通过了《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation，以下简称 GDPR)，并将其作为一项直接适用的数据基础性立法。与《数据保护指令》相比，GDPR 加重了数据控制者义务，力求切实落实数据主体权利的保护。

在域外管辖权方面，GDPR 首先承继了《数据保护指令》的“设立机构标准”。其第 3.1 条规定，不论数据处理行为实际是否在欧盟内进行，GDPR 都适用于在欧盟内部设立机构的数据控制者。这虽未明确 GDPR 能否进行域外适用，但实际上保证了 GDPR 规制域外数据处理行为的可能。在此基础上，欧盟通过“目标指向标准”拓宽了数据法的域外效力。得益于数据的无边界属性，现实中数据控制者在境外亦可完成对欧盟用户数据的收集、分析和处理。因此 GDPR 第 3.2 条规定，即使数据控制者未在欧盟设立机构，GDPR 依然适用于为欧盟内的数据主体提供商品或服务的数据控制者，以及对发生在欧盟内部的数据主体活动进行监控的数据控制者。这就是“目标指向标准”。可见，相较于“设立机构标准”，“目标指向标准”在事实上更具有域外效力扩张的色彩。

晚近以来，“设立机构标准＋目标指向标准”的管辖权模式也被吸收到欧盟新近颁布的数据立法之中。2022 年 7 月，欧盟委员会颁布的《数字服务法》(Digital Services Act，以下简称 DSA)第 2.1 条规定，该法案适用于向拥有其设立地或位于欧盟的服务接受者提供的中介服务，而服务提供者的设立地点不受限制。欧盟 2023 年 5 月生效的《数字市场法》(Digital Markets Act，以下简称 DMA)也遵循相似进路，其第 1.2 条规定，面向欧盟境内用户或平台提供服务的互联网企业，都是该法案的调整对象，至于企业的设立地或营业地并非该法案是否适用的因素。

2. 致力于强化保障数据主体权利的“保护性”追求

就数据权利保护的限度而言，欧盟始终围绕《欧洲人权公约》第 8 条展开，将个人数据权利理解为一项基本人权，认为数字技术的发展并不能影响对个人隐私权利的保护。在此观念指导下，GDPR 创设了用户删除权、被遗忘权等新型数据权利，强化个人信息保护水平。同时，为确保相关规则能够在实践中发挥实效，欧盟通过扩大解释延伸“设立机构标准”和“目标指向标准”的涵盖范围，拓宽数据法域外适用的场景。

关于“设立机构标准”，欧盟数据保护委员会曾指出，只要域外的数据控制者与其在欧盟境内的“设立机构”之间存在真实有效的联系即可认定为满足该标准[②]。在 Google Spain 案中，位于美国的谷歌公司负责处理西班牙的用户数据，而位于西班牙的谷歌分公司仅负责当地的搜索引擎业务。针对此种情况的法律适用问题，欧盟法院认为，分公司的创设为总公司的广告业务提供了盈利空间，谷歌公司也与分公司之间存在真

---

①“Communication on Online Platforms and the Digital Single Market {SWD(2016) 172 final}，” accessed March 18，2024，https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016DC0288.

②Article 29 Data Protection Working Party，“Opinion 8/2010 on Applicable Law (0836-02/10/EN WP 179)，” accessed March 18，2024，https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp179_en.pdf.

实有效的联系，进而认定谷歌公司的域外个人数据处理行为应适用《数据保护指令》①。可见，欧盟对“设立机构标准”的理解十分宽泛，域外的数据控制者可能因为域外的个人数据处理活动而适用欧盟的数据法。

在“目标指向标准”中，GDPR 着眼于欧盟范围内数据的保护，而不仅停留在欧盟公民数据保护的层面。关于 GDPR 第 3.2 条中“数据主体”的界定，欧盟采用了与美国 CLOUD 法案相近的规制方式，指出“GDPR 提供的保护应适用于个人数据受到处理的自然人，无论其国籍或居住地如何”。同时，欧盟力图保持数据处理行为定义的宽泛性，GDPR 在序言中规定，该法中的“监控”是指在互联网对自然人进行的追踪，包括后续个人数据处理技术的潜在使用，此类个人数据的技术处理包括对个人进行特征分析，并预测个人的偏好、行为和态度。由此表明，实践中域外数据控制者若以欧盟为对象进行相关的数据处理活动，那么其行为很有可能构成 GDPR 第 3.2 条中“对欧盟内数据主体进行监控”，从而触发欧盟数据法的域外适用。例如，在 Judith VIdal-Hall，Robert Hann，Marc Bradshaw v. Google Inc 案中，欧盟法院曾认定谷歌公司通过 Cookie 存储用户数据并推送个性化广告的行为构成对用户的监控追踪②。

三　美欧滥用数据法域外效力规则的消极影响

数据法域外效力的扩张有其内在合理性，但未经来源国允许的数据跨境调取，将被视为对一国数据主权的侵犯，而被界定为外国数据法的不当域外适用。美国意欲绕过各国监管实现对全球数据的调取，其数据法的域外适用呈现恣意扩张的态势，各国亟须重视并加以应对。相较之下，欧盟的数据法域外适用体系虽呈现“内向性”姿态，但设立高标准权利保护机制的原因是欧盟对外输出数据监管模式的政策需求，以此寻求影响全球数据流动规则的话语权。

（一）增加各国数据被动开放的风险

随着信息技术的迅猛发展，互联网活动呈现远程化、全球化和虚拟化的特点，极大地冲击了传统立法的管辖模式。然而，数据的存储仍要依托计算机实体，这为国家主权原则向网络空间治理领域拓展提供了基础。在 2023 年 11 月召开的首届全球人工智能安全峰会上，中国、欧盟等多个国家代表共同签署《布莱切利宣言》，在宣言中表示要携手合作应对人工智能所引发的相关风险，并尊重各国规制数据活动的自主权和灵活性③。可见，数据主权是国家主权在网络空间的自然延伸和表现，国家主权原则依然是全球数据规则治理的基础。在数据主权原则的指引下，各国普遍主张不能以严格的自由流动义务或完全禁止本地化的要求来限制主权国家出于正当理由治理互联网的能力。截至目前，已涉及 32 个国家的 27 项自贸协定包含了有关数据本地化的条款④。

然而，数据的本地化存储并不能削减互联网企业对数据的现实支配力。鉴于微软、谷歌、苹果等美国企业近乎掌控了全球数据设备终端和传输通道，美国倾向于将数据支配力作为数据监管权力行使的边界。美国司法部认为，只要可以从美国领土访问到有关数据，这些数据就属于美国法律可以轻松“领土化”的地区⑤。这无疑是对他国数据主权的否定，并为自身数据霸权的行使提供依据。

数字产业的强大竞争力叠加 CLOUD 法案的“数据控制者标准”，致使美国政府的数据调取之手可方便地延伸到国境之外，实现了“境内外一盘棋”。从寻求国家间司法协助到要求企业提供数据，数据提供主体的转变极大地减少了美国获取域外数据的阻力。加之调取全球数据的干涉性追求，美国数据法存在恣意滥用

---

①Google Spain SL，Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)，Mario Costeja González，Case C-131/12 Court of Justice of the Europeon Union (2014).

②Judith Vidal-Hall，Robert Hann，Marc Bradshaw v. Google Inc，Case No：A2/2014/0403 Court of Appeal (2014).

③GOV. UK，The Bletchley Declaration by Countries Attending the AI Safety Summit，November 1，2023，https://www. gov. uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/the-bletchley-declaration-by-countries-attending-the-ai-safety-summit-1-2-november-2023.

④Chiara Del Giovane，Janos Fcrencz，Javier López-González，“The Nature，Evolution and Potential Implications of Data Localisation Measures，” *OECD Trade Policy Papers*，no. 278 (November 10，2023)：16.

⑤U. S. Department of Justice，“Promoting Public Safety，Privacy，and the Rule of Law Around the World：The Purpose and Impact of the CLOUD Act”，accessed March 18，2024，https://www. justice. gov/d9/pages/attachments/2019/04/10/doj_cloud_act_white_paper_2019_04_10. pdf.

的趋向，这势必会加剧美国与他国数据管辖权的冲突，增加他国境内存储数据被动开放的风险。在此背景下，由于缺乏与美国数字产业相抗衡的经济实力，大部分国家尤其是最不发达国家难以通过双边谈判达成双向数据流动安排，只能被迫遵循 CLOUD 法案的“适格外国政府”标准和美国政府的审查。

欧盟数据法虽致力于内部市场的统一化建设，但也存在侵犯他国数据主权的隐忧问题。例如，欧盟在《电子证据条例（草案）》中规定了与美国 CLOUD 法案相似的“数据控制者义务”，以期单方面获取域外数据①。另外，GDPR 的域外适用以数据行为构成“设立机构标准”或“目标指向标准”为要件，但面对纷繁复杂且日新月异的网络空间，从事实要件到构成要件的投射过程存在高度的不确定性。例如，针对域外数据控制者提供商品或服务的行为，GDPR 还要求判断域外数据处理者是否有向欧盟数据主体提供商品、服务的主观目的。对此，欧盟数据保护委员会认为，应结合具体的案件事实加以判断，并综合考虑其他因素②。由于立法措辞的模糊性，欧盟执法机关或法院可以在实践中放宽境内主体与域外数据处理行为的实际联系要求，采取相关措施，进而影响他国的监管自主性。

（二）抬高企业全球经营的合规门槛

近年来，欧盟数据立法不断更新迭代，对公民数据权利的保护力度渐次加大。通过数据法域外适用，欧盟能够塑造其他国家及市场行为主体的议程设置和偏好界定，进而重塑各国的相对优势与国际竞争格局。例如，高标准的权利保护搭配数据法的域外适用，容易在事实上造成数据本地化的效果，即造成间接型数据本地化③，大幅增加企业的合规成本。2023 年 4 月，欧盟依据 DSA 要求 17 个超大在线平台和两个超大型在线搜索引擎承担更严格的平台义务，否则相关企业将面临全球年营业额 6% 的罚款④。迫于巨大的监管压力，许多大型在线平台开始有针对性地调整其数据合规政策。例如，TikTok 推出“三叶草项目”，花费 12 亿欧元在爱尔兰和挪威新建三个数据中心，用于存储 1.5 亿欧洲用户的个人数据，以满足欧盟的合规要求⑤。

同时，欧盟数据法的域外适用可能加重境外企业的法律责任。在 Google Spain 案后，谷歌公司遵循判决结果，有针对性地调整了在欧盟境内的搜索程序，但欧盟数据保护机构认为，谷歌公司应在全球范围内删除链接，实现用户的被遗忘权。在 Schrems II 案中，欧盟法院同样认为，无论是否在欧盟境内，欧盟用户的个人数据保护水平应实质等同⑥。为了强化与欧盟的实际联系，GDPR 还要求域外互联网企业在欧盟境内设立代表处⑦。相关代表处即便不进行具体的经营活动，也可以作为欧盟数据保护机构调查执法的对象。如此一来，欧盟数据保护机构在依据 GDPR 域外效力规则认定域外数据控制者违反欧盟数据保护标准时，可以通过代表机构提高执法的有效性。

不仅如此，域外企业始终在被动适应欧盟的数据保护标准。随着数据立法的完善，欧盟数据保护标准不断提高。为实现“保护性”追求，欧盟强势地将其数据保护标准全球化，从而导致欧盟与其他国家的数据跨境流动合作具有较强的不确定性。以欧盟与美国间的数据传输合作为例，安全港协议（Safe Harbor）、隐私盾协议（Privacy Shield）曾于 2015 年和 2020 年被欧盟相继宣告无效，此种反复给美国企业带来了极大的数据合规压力。更值得关注的是，美欧前两次合作的失效源自欧盟法院 Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner 案和 Schrems II 案的判决，这意味着欧盟法院是通过司法审查的方式实现对数据流动的全球

---

① European Commission, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters,” accessed March 18, 2024, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1524129181403&uri=COM:2018:225:FIN.

② European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-32018-territorial-scope-gdpr-article-3-version_en, November 12, 2019: 7.

③ Organization for Economic Co-operation and Development, Data localisation trends and challenges, December 22, 2020, https://www.oecd.org/sti/data-localisation-trends-and-challenges-7fbaed62-en.htm.

④ European Commission Questions and answers on the Digital Services Act, February 23, 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2348.

⑤ Beth Maundrill, “TikTok Initiates Project Clover Amid European Data Security Concerns”, accessed February 23, 2024, https://www.infosecurity-magazine.com/news/tiktok-initiates-project-clover/.

⑥ Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems, Case C-311/18.

⑦ General Data Protection Regulation, Chapter 4, Article 27.

监管[①]。在这一过程中，美国更多的是在被动地面对欧盟数据保护标准的变化。2023 年，新达成的“欧盟—美国数据隐私框架”(EU-U. S. Data Privacy Framework，以下简称 EU-U. S. DPF)协议生效，该协议是美欧第三次尝试建立稳定的跨大西洋数据流动安排所作的努力。美国企业的数据合规责任再次加码，在个人权利保护方面，框架内企业应向欧盟用户告知收集数据的类型与使用的目的，给予个人访问其数据的权利，为个人提供限制其个人数据的使用和披露的选择和手段。与此同时，为满足国家安全的需要，企业仍要承担向当局披露用户信息或转移给第三方的责任，相关企业还需每年向美国主管部门提供材料以证明其合规性，否则将受到美国商务部、联邦贸易委员会(FTC)等机构的制裁。根据附件的规定，EU-U. S. DPF 还构建了独立的纠纷解决程序，允许欧盟个人提起仲裁，以解决“任何 EU-U. S. DPF 其他机制未解决的违反该框架的行为”[②]。值得注意的是，EU-U. S. DPF 的实施也不影响 GDPR 对欧盟成员国个人数据处理行为的适用性。可见，欧盟对外开展数据跨境流动合作的前提，是域外企业充分遵守欧盟的数据保护标准，并以此作为域外企业进入欧盟市场的条件。而随着欧盟数据保护标准的提升，强调数据自由流动的美国公司不得不调整原有的数据运营模式[③]。

四　数据法域外适用的中国范式及其建构路径

2022 年，我国数字经济规模达 50. 2 万亿元，总量稳居世界第二，占 GDP 比重提升至 41. 5%[④]，数字经济已成为实现创新发展、重塑国民生活的重要力量。为规范引导数字产业发展，我国现已出台《网络安全法》、《数据安全法》、《个人信息保护法》等基础性法律，国内数字经济治理体系和治理能力现代化水平显著提升。然而，相较于欧美的数据立法，我国数据法仅有个别条款涉及域外适用，规则的体系性不足，可适用性有待提高。我国《数据安全法》第二条规定，在我国境外开展数据处理活动，损害我国国家安全、公共利益或个体合法权益的，依法追究法律责任。在境外处理我国境内自然人个人信息的活动应受《个人信息保护法》调整。同时，针对欧美数据法的不当域外适用，我国也缺乏必要的应对措施。对此，我国亟须在现有分散式立法的基础上，省思数据法域外适用体系的中国范式。

(一)构建我国“能动回应型”数据法域外适用体系

1. 秉持“能动性”姿态

美国数据法域外适用体系的“外向性”姿态与其互联网企业在全球的产业优势密切相关，欧盟的“内向性”姿态则是其加强内部数字市场统一化监管的结果。相比之下，我国数字产业的发展兼具欧美的特点。一方面，我国数字市场日新月异，但互联网企业的经营行为仍需加强规范引导。2021 年，在对滴滴公司的网络安全审查中，国家网信办查明滴滴公司存在违法收集用户手机相册中的信息、人脸识别信息、乘客地址信息等 16 项违法事实[⑤]。在国家安全领域，2023 年，我国在对美光公司进行网络安全审查时发现，该公司在华销售的产品和提供的服务涉及对我国基础设施相关关键信息数据的收集，存在严重涉外网络安全隐患[⑥]。另一方面，自 2017 年习近平总书记提出“数字丝绸之路”倡议以来，我国持续加强与“一带一路”共建国家在数字经济前沿领域的合作，国内数字产业的发展成果正惠及全球。当前，我国已与 17 个国家签署“数字丝绸之路”合作谅解备忘录，与 23 个国家建立“丝路电商”双边合作机制，与周边国家累计建设 34 条跨境陆缆和多条国际海缆[⑦]。“在尼日利亚，中尼两国企业合作成立的电子商务及支付企业 OPay，已成为该国最大的移动

---

①金晶《个人数据跨境传输的欧盟标准——规则建构、司法推动与范式扩张》，《欧洲研究》2021 年第 4 期，第 99 页。

②International Trade Administration and U. S. Department of Commerce The U. S. Department of Commerce, EU-U. S. Data Privacy Framework, https://privacyshielddev. blob. core. windows. net/publicsiteassets/Full%20Text_EU-U. S. %20DPF. pdf, April 2024, 25.

③安怡宁、田野《数字经济多赛道竞争的权力机制——以美国和欧盟数字经济政策为例》，《国际关系研究》2023 年第 6 期，第 34 页。

④《国家互联网信息办公室发布〈数字中国发展报告(2022 年)〉》，中国网信网，2023 年 5 月 23 日发布，2024 年 1 月 30 日访问，http://www. cac. gov. cn/2023-05/22/c_1686402318492248. htm？eqid=e964285800089bd4000。

⑤《国家互联网信息办公室有关负责人就对滴滴全球股份有限公司依法作出网络安全审查相关行政处罚的决定答记者问》，中国网信网，2022 年 7 月 21 日发布，2023 年 12 月 24 日访问，http://www. cac. gov. cn/2022-07/21/c_1660021534306497 6. htm。

⑥《美光公司在华销售的产品未通过网络安全审查》，中国网信网 2023 年 5 月 21 日发布，2023 年 12 月 24 日访问，http://www. cac. gov. cn/2023-05/21/c_1686348043518073. htm。

⑦林子涵《中国“数字丝绸之路”创造新机遇》，《人民日报海外版》2022 年 10 月 10 日，第 10 版。

支付网络之一，拥有 700 万用户和 30 万家合作商户，每月交易额达 30 亿美元”[①]。因此，我国数据法域外适用体系的建构应秉承兼收并蓄的理念，积极参与全球数据治理，既要顺应引导本国数字市场发展的内向性要求，也应兼顾保障互联网企业走出去的外向性需要，保护企业的海外合法权益，推动“数字丝绸之路”的高质量发展。

2. 致力“应对性”追求

一方面，应对域外数据控制者的不当行为影响，维护国家安全、公共利益与公民权益。在实践中，以逐利为目的的数据控制者存在过度收集、使用和处理数据的倾向。对此，我国近年来不断完善数据法律体系，总结数据治理的中国经验。不同于欧盟以人格与身份为核心的“保护性”数据立法，我国《个人信息保护法》更加具有实用主义的特点，其保护的法益涵盖了人格与人身财产安全等多项权益[②]。同时，作为发展中国家，我国强调数据的跨境流动不能有损国家安全。在此基础上，我国应协调内外部数据市场，探寻中国特色数据法域外效力的系统性延伸方案。不仅如此，通过完善数据法域外适用体系，我国亦可与全球数据治理建立内外联动模式，推动数据流动国际规则的形成，为全球数据治理贡献中国方案。

另一方面，主动解决外国数据法域外效力规则的滥用问题，积极有效地应对外部风险挑战。习近平指出，在信息领域没有双重标准，各国都有权维护自己的信息安全，不能牺牲别国安全谋求自身所谓绝对安全[③]。我国于 2020 年提出《全球数据安全倡议》，呼吁“各国应尊重他国主权、司法管辖权和对数据的安全管理权，未经他国法律允许不得直接向企业或个人获取位于他国的数据”[④]。然而，以美国 CLOUD 法案为代表的“干涉性”数据域外适用体系存在较高的滥用风险，我国应充实数据法律工具箱，建立完善阻断制度，赋予企业国内救济途径，以避免我国境内数据的被动开放风险。

（二）推动我国数据法域外效力的合理适度延伸

目前，我国《个人信息保护法》与《数据安全法》采用数据处理的“行为发生地标准”，即无论数据处理者是否在中国境内，只要其数据处理行为发生在我国，就应受我国数据法的调整。“行为发生地标准”看似适用范围广泛，但数据在传输过程中，可能会涉及多个位于不同位置的服务器以及遍布全球的网络线路，致使在实践中数据处理行为地难以被准确认定。同时，我国《个人信息保护法》第三条规定的具有域外效力的条件，包括“以向境内自然人提供产品或服务为目的”或“分析、评估境内自然人的行为”等情形，在表达上具有模糊性，在实践中较难界定。对此，我国可借鉴域外立法模式，完善数据法域外效力规则。

首先，采用“设立机构标准”的域外适用模式。相较“行为发生地标准”，欧盟数据法的“设立机构标准”作为客观的连接点，在实践中更容易聚焦物理地点的关联性。为保障数据法调整范围的周延性，“设立机构标准”应包含域外企业在我国境内设立的分支机构或具有法人资格的子公司。

其次，吸纳“目标指向标准”作为补充。当前中国网络用户人数已位居世界首位，数字经济规模位列全球第二，这既反映出我国数据产业的强大实力，也对数据保护提出了更高要求，因此，以效果原则为连接点，对拥有巨型数据市场的我国尤为重要。在此基础上，发挥我国司法的能动作用，也有助于提高数据法域外适用的灵活性。作为技术日新月异的新兴领域，与数据相关纠纷的产生，往往也会创设一个部分或者全部不受规范所约束的新场域，冲突成为促使新规范建立的催化剂，致使新规则不断地被创造、旧规则不断地被改进[⑤]。因此，我国法院应秉持能动司法的姿态，将行为对国家安全和利益的影响作为连接点，探寻域外数据处理行为与我国的实际联系方案。同时，不仅应关注个案的审理，更应积极评估纠纷所涉及的各方利益与多元价值，分析阐释数据跨境流动治理的中国立场。

再次，我国数据法域外适用体系的建构应坚守国际法治轨道。美国“外向干涉型”数据法域外适用体系

---

①科菲·库阿库《携手共建“数字丝绸之路”（观点）》，《人民日报》2023 年 5 月 29 日，第 17 版。

②丁晓东《〈个人信息保护法〉的比较法重思：中国道路与解释原理》，《华东政法大学学报》2022 年第 2 期，第 73 页。

③习近平《弘扬传统友好 共谱合作新篇——在巴西国会的演讲》（2014 年 7 月 16 日，巴西利亚），《人民日报》2014 年 7 月 18 日，第 3 版。

④《全球数据安全倡议》，《人民日报》2020 年 9 月 9 日，第 16 版。

⑤林福辰《全球治理体系变革视域下的中国国际商事法庭：功能承载与发展展望》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 2 期，第 196 页。

是“美国优先”理念下的产物，存在滥用倾向。因此，我国应防范美国 CLOUD 法案不当适用所引发的消极影响，而不是将“数据控制者标准”作为借鉴模板。构建我国域外适用的法律体系，应以得到国际法认可的管辖原则或与相关国家缔结的国际条约作为依据，从而与美式“长臂管辖”划清界限。如出现法律冲突，应秉持多边主义，考虑其他国家的合理利益与关切，通过协商谈判予以妥善解决。

（三）完善外国数据法不当域外适用的阻断机制

我国《数据安全法》第三十六条规定，非经我国主管机关批准，境内主体不得向外国司法或执法机构提供存储于我国境内的数据。然而，在外国强制数据调取的证据开示要求和我国数据监管的双重压力下，企业履行任何一方的义务都会遭到另一方的惩罚，进而陷入左右为难的境地。为避免给企业带来不必要的合规义务，衡平关键数据本地化监管与外国数据披露要求的内在张力，成为当前亟待解决的问题。

针对外国数据法的不当域外适用，我国应完善阻断立法，丰富企业救济途径。通常而言，阻断法是指在管辖权冲突的情况下，禁止在本国管辖范围内适用外国具有域外效力的法律并消除其影响的一类国内法的统称①。广义的阻断法包含了应对不当域外证据开示的法律，以及应对次级经济制裁的法律②。目前，我国《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《阻断办法》）的适用前提仅限于在“违反国际法和国际关系基本准则”的条件下，不当禁止或者限制我国主体与第三国（地区）进行正常的经贸及相关活动的情形，即针对次级制裁的阻断，无法涵盖外国滥用数据法域外效力规则要求数据控制者开示证据的情形。因此，在《阻断办法》基础上，我国可从公力阻断与私人救济两方面建构数据法阻断规则。其一，以美国 CLOUD 法案为代表的数据法域外效力规则，本质上是借助单边手段获取电子化的司法证据，符合广义阻断语境下的损害他国司法主权的取证情形。对此，法国 2022 年修订的《阻断法》，明确企业在面对外国数据披露要求时，有向法国政府报告的义务③。目前我国《阻断办法》的法律位阶偏低，考虑到外国数据法不当域外适用的现实威胁，应打破《阻断办法》规则供给不足及法律位阶低的掣肘，推动制定《阻断法》④，并将外国数据法不当域外适用所涉及的证据开示纳入阻断范围。同时，考虑到数据无边界的属性，数据传输阻断禁令的申请主体可由“中国公民、法人或者其他组织”，扩展为“在中国有经常居所地的公民和在中国有营业地的法人或者其他组织”。其二，拓展私人救济途径，突破企业的“两难困境”。《阻断办法》第十一条规定，我国企业因未遵守外国法律受到重大损失的，我国政府可以根据具体情况给予必要的支持。针对数据产业的特殊性和敏感性，我国应细化企业申请政府支持的标准以及政府提供补偿的形式。2023 年 9 月，我国颁布《外国国家豁免法》，其第四条授权我国法院在特定情形下管辖以外国国家为被告的民事案件。在此背景下，我国应完善追偿程序，明确追索求偿诉讼的请求权基础和案件的管辖范围，准许因外国滥用数据法域外效力规则而遭受损失的我国自然人、法人或者其他组织在国内法院起诉并要求赔偿。

---

①叶研《欧盟〈阻断法案〉述评与启示》，《太平洋学报》2020 年第 3 期，第 53 页。

②徐伟功《论次级经济制裁之阻断立法》，《法商研究》2021 年第 2 期，第 188 页。

③French Law No. 2022-207.

④王淑敏、李倩雨《中国阻断美国次级制裁的最新立法及其完善》，《国际商务研究》2021 年第 4 期，第 27 页；郭烁《云存储的数据主权维护——以阻断法案规制“长臂管辖”为例》，《中国法律评论》2022 年第 6 期，第 81 页。

Extraterritorial Expansion of Foreign Data Law and Study of the Chinese Paradigm

Lin Fuchen 59-68

Data has become a crucial element in contemporary social development, yet there is currently no unified global rule for cross-border data flow. Against this backdrop, the United States and the European Union have successively established "outward interference" and "inward protection" extraterritorial application systems for data laws to strengthen their regulatory power over cyberspace. This move raises concerns about the potential abuse of the extraterritorial effect of data laws, increasing the risk of passive data openness for various countries and raising the compliance threshold for global business operations. As a major digital industry nation, China should also strengthen its data legislation and construct a "proactive response" extraterritorial application system for data laws. This system should align with the inward requirements of the domestic digital market development while also considering the outward needs of internet enterprises going global. It should promote the reasonable and moderate extension of the extraterritorial effect of China's data laws and improve the blocking mechanisms against the improper extraterritorial application of foreign data laws, aiming to explore a Chinese paradigm for global data governance.

我国海外数据保护的法律困境及应对策略

岳树梅[1]

论文摘要：外国对华数据竞争已成为2024年中国海外竞争的新热点，因此海外数据保护是我国当前应当重视的重要议题。在数据主权数据安全的成为新热点之后，我国海外数据保护存在的全球数字失序、数据主权面临多重问题的情形下，需要优化我国海外数据保护的环境法律策略、通过维护我国数据主权保护创新路径、提升我国数据安全治理体系高质量发展，以确保我国海外数据保护的水平加以提升。

关键词：中国　　海外数据保护　　法律困境

一、问题的缘起

根据总体国家安全观的理念，国家安全体系的内容涵摄经济、科技等十一方面。并且基于对总体国家安全观的理解，安全涵摄“内部与外部”、“自身与整体”、“安全与发展”三个辩证统一维度，[2]鉴于当前数字时代下数字贸易已经成为国际经贸规则的重点关注事项，数据的经济与社会价值价值不断显现，各国对数据资源的争夺现状也显露出数据跨境流动的国家敏感性以及数据安全的国家观，企业也陆续加快数字化转型，数据跨境流动的大规模数据生产、存储、处理过程会使数据泄露的可能性增加，另外对经济利益的追求可能会使得某些不法分子以非法方式获取数据利益，给国家数据安全带来极大的风险，损害国家的海外数字利益。可以得出结论数据的跨境流动所涉及的我国海外数字利益的保护问题可以统摄于总体国家安全观的研究议题之下，在数据流动与数据安全之间找到平衡点，确保在有效保障数据安全的基础上获取数据流动所产生的数字红利，是对我国总体国家安全观下的“统筹安全与发展”理念的科学阐释。随着全球正在进行数字化转型，数据日益超过石油成为财富创造的主要驱动力，以及COVID-19大流行加速了服务交付的数字化，所有公司都“走向数字化”，跨境犯罪也逐渐通过网络等数字化形式实施，由此可见数字领域的海外利益保护是当前不容忽视的重要议题。数据作为国家的重要战略资源，对数据的挖掘占有和处理利用成为国家之间

---

[1] 岳树梅，西南政法大学国际法学院教授，博士生导师，博士生合作导师，国际经济法方向负责人。

[2] 参见蒋银华：《论数字法治政府建设的安全之维》，载《法律科学（西北政法大学学报）》，2024年第4期，第69-70页。

博弈和竞争的关键，然而数据的跨境流动事关个人安全、社会安全和国家安全，因此各个国家针对自身国情对数据跨境流动采取了不同的治理体系，然而，不同的数据治理体系却可能有损害他国数据主权之嫌，同时还会限制数据自由流动影响全球数字贸易，进而导致全球“数字失序”，这些使我国海外数据保护存在严重的法律问题，迫切需要进行法律制度完善和解决路径探索。

二、中国海外数据保护的基本理论阐释

（一）数据主权

1.数据主权的来源

数据主权是数字主权的其中一个面向，数据主权的历史可以追溯到互联网的兴起和数据流的全球化。随着网络等在线资源成为消费者和企业的主要资源，世界各国政府开始意识到需要控制其境内产生的数据。数据本地化措施和法律应运而生，要求企业在将数据传输到海外之前将某些数据存储在本地或获得批准，以加强国家数据安全并促进经济利益。[3]由此可见数据主权来源于网络主权，是国家主权在数字化转型时代的核心表现。

2.数据主权的概念界定

有学者认为数据主权指“国家使用法定权利裁决某项行为是否构成对该国数据的侵犯。”[4]数据主权这一议题是围绕数字时代的交易活动和数据跨境流动而展开的，关注数据流通中的国家利益。[5]也有学者指出，数据主权旨在确定对数据产生、收集和处理进行跨境移动过程中数据的处置权与归属问题，是一定程度上国家主权向数据领域的延伸。[6]笔者认为数据主权是指数据受其生成国家或地区的法律约束，即不受任何外界干预的占有、使用和管理本国数据的权力。对内而言，这意味着国家对其管辖范围内任何数据的创建、流动、处理和使用拥有至高无上的权利；对外而言，这意味着国家有权决定以何种程序以及以何种方式参与全球数据治理，并采取必要措施保护其数据权益不受其他国家侵犯。[7]

（3）数据主权的重要性

数据主权之所以收到重要且收到各国重视是因为各国政府将数据主权视为国家安全问题。某些类型的信息（例如，政府文件、敏感的基础设施数据）需要严格的控制和治理，以防止外国行为者或恶意实体未经授权的访问;数据主权允

---

[3]See Leon Yen,What is Data Sovereignty and Why Does It Matter?, https://www.datamation.com/big-data/what-is-data-sovereignty-and-why-does-it-matter/,last visited at July 16th,2024.

[4] 参见张晓君：《数据主权规则建设的模式与借鉴》，载《现代法学》，2020 年第 6 期，第 137、138 页。

[5] 参见齐爱民、盘佳：《数据权、数据主权的确立与大数据保护的基本原则》，载《苏州大学学报》，2015 年第 1 期，第 67 页。

[6] 参见杭敏、张亦晨：《从数据主权到数据确权：数字时代传媒发展的创新路径》，载《中国编辑》，2022 年，第 10-11 页。

[7] 参见郭烁：《云存储的数据主权维护——以阻断法案规制“长臂管辖”为例》，载《中国法律评论》，第 73-74 页.

许各国在其境内规范此类数据的存储和处理，从而帮助各国加强国家安全。此外，鉴于数据在当今信息驱动型经济中的巨大价值，政府对保持对公民数据的控制有着浓厚的兴趣，而这些数据反过来又可用于推动地方创新和经济增长。[8]

（二）国家数据安全的内涵分析

1.国家数据安全的理论支撑

数字时代，全球范围内发生的大数据安全事件数量呈上升趋势，数据安全逐渐成为各国重点关注的问题，实质上数据安全是实现数字政府的题中应有之意。2021 年 11 月，习近平总书记在中共中央政治局会议中主持审议《国家安全战略（2021—2025 年）》，着重强调要加快提高数据安全的治理能力；数据安全政策作为保障数据安全的基础，能够为激活数据要素潜能、使数据要素更好的服务和融入新发展格局提供法律和制度层面的保障。[9]《数据安全法》的第二十二条体现出我国对数据安全领域的风险信息获取、分析研判以及风险防范、监测预警的高度重视[10]。

2.国家数据安全的外延阐释

（1）国家安全

跨境流动过程中的数据有时不是仅关乎公民个人，甚至关乎国防、军事等国家重点安全领域。有的国家限制和禁止本国的数据流向境外的出发点就是基于对国家安全的考量，从数据安全的角度来看，在外国服务器上存储国家数据会给国家安全部门的取证和数据访问以及监测和监视能力带来挑战。尤其是在"棱镜门"事件发生后，世界各地开始重视对于跨境数据流动过程中国家安全的保护。同时，一个国家的个人位置数据可能会泄露一些秘密军事基地。如果生物识别信息等敏感数据的跨境传输得不到有效保护，非法分子就可能通过分析生物识别信息对该国实施非法行为，也可能危及数据主体本国的国家安全。

（2）个人隐私

跨境数据流的特点是数量大、密度高、易泄漏和营利多，数据传输的盈利性使得不法分子可以通过在跨境流动中故意泄露或交易数据来非法牟利，造成严重的个人隐私侵犯。[11]随着全球数据黑色产业链的发展和蔓延，跨境数据交易、恶意使用等此类事件层出不穷，数据泄露的案例更是屡见不鲜，不仅对个人隐私和财产安全甚至严重威胁到人身安全。如电信巨头 AT&T 今年遭受了严重的数据泄

[8] See Leon Yen,What is Data Sovereignty and Why Does It Matter?, https://www.datamation.com/big-data/what-is-data-sovereignty-and-why-does-it-matter/,last visited at July 16th,2024.

[9] 参见张宝建,李鹏利,陈劲等:《国家科技创新政策的主题分析与演化过程——基于文本挖掘的视角》，载《科学学与科学技术管理》，2019 年第 11 期，第 15-31 页。

[10] 参见王泽、袁瑞红:《以<数据安全法>第二十二条[数据安全风险机制]要求为基础，探究条款内涵、风险要点及实践路径》，《网络安全技术与应用》2024 年第 5 期，第 69 页。

[11] 参见王永刚“专家观点：完善立法，明确网络主权、控制数据主权”http://opinion.people.com.cn/n/2015/0205/c1003-26511363.html，于 2022 年 9 月 23 日最后访问。

露，几乎影响了所有客户；美国最大的银行之一 Truist Bank 透露，早在 2023 年 10 月，在员工信息遭受了数据泄露，Truist Bank 管理着超过 5000 亿美元的资产；Ticketmaster 证实了今年的数据泄露事件，有超过 5.6 亿的客户记录，包括姓名，地址，电话号码，电子邮件地址，订单历史记录和部分付款信息，被黑客出售；这些层出不穷的数据泄露事件均显示出数据跨境流动过程中数据泄露造成的侵犯个人隐私风险陡增。

（3）数字产业的发展

作为国家战略资源的数据本身也是生产要素。实践表明，越来越多的互联网平台企业通过对数据的挖掘、分析和利用，取得了显著的商业成功，这意味着数据的收集、处理和监管正成为决定国家经济活力的关键因素。但是，在数字产业发展滞后的国家，分析和利用数据的能力较弱，数据的经济价值无法得到充分挖掘。放开数据跨境无限制流动，可能会造成本国数据大量流向境外，影响国内企业对数据的开发与应用，从而制约和阻碍国内企业的发展。例如，一些数据产业竞争力不足的国家采取限制数据跨境流动的方式来帮助本国数据产业发展，也印证了数据跨境流动可能会对一些数据处理能力不足的国家的经济产生影响。

三、我国海外数据保护存在的法律问题

（一）全球“数字失序”影响我国数据跨境流动的海外数据保护

当前还没有形成中、欧、美等主要数据大国或地区共同参与的国际统一数据治理框架，各国根据自身传统文化，国家发展利益等原因制定不同甚至矛盾的数据治理措施，使全球数字领域的治理陷入“数字失序”状态。特别是中美两个数据大国在数字技术与经济发展领域竞争十分激烈，更加助推了数据治理的机制碎片化趋势，在国与国之间形成了“数据壁垒”，导致全球“数字失序”的特征更加明显。

1.“促进数据流动+事后问责”的美国体系

美国依托其聚集互联网巨头的先发优势，通过支持数据跨境流动自由化加快数字产业发展。所以采取了 "促进数据流动+事后问责 "的管理体制。美国是全球互联网行业实力最强、互联网产业规模最大的国家。基于这一特殊国情，美国将消费者/用户数据隐私保护置于次要地位，更加注重降低数据处理者跨境数据流动的负担和成本。从奥巴马执政时期的美国《数字 24 条》到特朗普执政时期的 2017 年国家安全战略，都体现了美国促进跨境数据流自由化的政策主张。如 2019 年 6 月,三位知情人士告诉路透社，由于印度实施数据本地化措施美国正在考虑对印度进行 H-1B 工作签证限制，将发放数量限制总量的 15%左右。H-1B 签证允许美国公司临时雇用来自国外的技术工人，在美国有超过三十万印度人持有

此工作许可证，这将会严重侵害印度的数字主权和海外利益。[12]美国还在 WTO 的电子商务谈判和跨境数据流动相关议题的国际对话等重要国际活动中试图发挥主导作用，倡导跨境数据流动自由化，美国也确实在一些双边和多边协定中实现了跨境数据流动自由化的愿景，如《美韩自贸协定》首次将纳入了与跨境数据流动相关的软法条款，《美墨加协定》使数据跨境流动更加自由化。

《美墨加协定》

自 2000 年签订的美国-约旦 FTA 中纳入电子商务条款起，越来越多的 FTA 也开始将电子商务章节纳入其中。美国持续通过 FTA 将自己的数字贸易规则推广到他国。美国-智利 FTA 第 15.5 条提出共享有关电子商务领域的法律、法规，包括与数据隐私，网络安全等，认为在营造充满活力的电子商务环境中促进数据的跨境流动是基本要素，为数据跨境流动的自由化提供了正当依据；[13]美韩于 2012 年签署的《美韩自由贸易协定》详细规定了数据跨境流动的自由化事项。第 15.8 条“数据跨境流动”部分规定，在认识到数据自由流动对促进贸易的重要价值后，各缔约方应尽可能避免对数据跨境流动施加不必要的壁垒。[14]

美国、墨西哥、加拿大三国联合制定的《美墨加协定》（USMCA）是数字贸易规则“美式模版”的最新范式。[15]硬性规定阻止数据本地化和对数据跨境流动的限制。通过承认跨境隐私规则（CBPR）系统是美国、加拿大和墨西哥之间数据传输的有效数据隐私合规机制来促进数据跨境流动。第 19.11(1)条自由化数据跨境流动条款：如果某项活动的目的是开展业务，任何一方不得禁止或限制采用电子方式进行数据跨境流动。以及第 19.12 条阻止数据本地化措施条款，禁止运用法律要求数字企业将数据存储在特定司法管辖区内，但有少数例外。但 USMCA 的数字贸易规则过于强调数据跨境流动的自由化，没有设置保护的最低标准，文本内的规定也仅为软性建议且缺乏处理数据的保护机制，导致数据面临被泄露等被侵害的风险，将个人隐私和国家安全置于这种危险之中。

2．“保护数据+事前审查”的欧盟体系

欧盟为避免成为“数据殖民地”，在数据领域建立全球竞争优势。欧盟使 GDPR 成为国际社会重要的数据隐私治理机制，并在尊重人类尊严的基础上加强了欧盟数据保护法律体系的域外效力，给尚未同意的第三国强加了义务，希望通过满足欧盟的充分性认定标准获取欧盟数据利益的国家被迫重新起草本国的数据保护

---

[12] See REUTERS,"US warns of cap on H-1B visas in backlash to 'data localisation' rules"，US warns of cap on H-1B visas in backlash to 'data localisation' rules - The Hindu BusinessLine" last visited at July 10th,2024.

[13] 参见马光：《数据跨境流动国际规则的发展与我国的应对》，载《国际法学刊》，第 2020 年第 2 期，第 86 页。

[14] See Sheng Zhang, *Protection of Cross-Border Data Flows Under International Investment Law*, springer2020,p.5.

[15] 参见张晓君、侯姣：《数字贸易规则：“美式模版”与“中国——东盟方案”构建策略》，载《学术论坛》，2022 年第期，第 2 页。

法，从而加强了欧盟法律制度的域外效力，这严重损害了其他国家决定本国法规的自由，有违国际法中的主权平等原则。对此，我国应加快提升数据保护水平，确保外国企业安全处理我国数据，从而加强与欧盟国家的数字贸易合作，但需要注意的是，不能因欧盟的强硬手段和其利益价值而干预我国数据领域的治理理念，因此，要坚决维护我国数据主权，坚持以数据安全为核心，加强本国的外商投资数据安全审查力度，确保他国处理的我国数据得到充分有效的保护。

3．以中国、俄罗斯、印度为代表的数据本地化体系

首先，我国已形成具有中国特色的“数据本地储存+出境安全评估”体系。目前我国已经初步形成数据跨境流动国内外治理框架，将国家安全摆在首位，通过采取“数据本地化+出境安全评估”措施维护数据主权与数据安全，推动数据跨境流动的治理。我国已逐步完成以“三法一条例”（《个人信息保护法》《数据安全法》《网络安全法》和《关键信息基础设施安全保护条例》）为核心的数据安全治理规范的顶层设计，并且国家和地方也陆续通过颁布数据安全的规章条例来细化“三法一条例”中的各项规定。[16]

我国《网络安全法》第三十七条首次对数据跨境流动进行明确规定，强调数据的出境需经过安全评估[17]，明确数据本地化的要求，这一措施既奠定了我国海外数据保护的基本法律，也体现了我国以数据安全为核心，但在此基础上促进数据跨境流动的中国特色治理理念。《数据安全法》要求有关个人和组织应当征得主管机关批准后才能向境外执法机构提供需要调取的存储于我国境内的相关数据。[18]2021 年颁布生效的《个人信息保护法》，作为数据跨境流动的最高效力立法之一，专门用一个章节对个人数据跨境流动进行特别规制，提出个人数据处理者只有在征得个人数据知情同意且在必要时“出于商业目的”并在完成风险评估后，才能将个人数据传输出中国；同时为回应外国司法和执法机构以司法目的调取我国数据的行为，《个人信息保护法》进一步规定，个人信息处理者在向任何外国司法或执法机构提供存储在中国的个人信息时，必须获得中国主管部门的批准。«中华人民共和国海南自由贸易港法»(以下简称«海南自由贸易港法»)第二条明确提出自贸港政策与制度体系建设要把握五个自由便利与一个安全有序原则，而安全有序即指数据安全有序的流动,这表明数据安全是海南自贸港进行数据跨境流动的先决条件。构建自贸港数据安全制度将是实现自贸港数据跨境流动的重中之重,是加强我国与国际数据领域对话合作,进而提升我国在国际数据安全领域规则制定话语权的关键举措。2021 年 9 月起施行的《关键信息基础设施安全保

[16] 参见吕明元,弓亚男:《我国数据安全治理发展趋势、问题与国外数据安全治理经验借鉴》，载《科技管理研究》，2023 年第 2 期，第 21-27 页。

[17]《中华人民共和国网络安全法》第 37 条。

[18] 参见张凌寒：《个人信息跨境流动制度的三重制度》，载《中国法律评论》，2021 年第 5 期，第 44-45 页。

护条例》是对数据分级分类保护的体现，指出关键信息才需要保护工作部门监管，防止此类数据泄露对国家安全造成影响，并对关键信息基础设施认定规则做出具体规定。[19]

其次，由于俄罗斯对外经济依存度较低，且政府态度强硬，因此为保障其国家安全和海外数字利益选择采取数据本地化存储模式。在俄罗斯，管理数据收集、处理、存储和传输的主要立法是 2006 年通过的《联邦个人数据法》（Federal Law on Personal Data）。此后经历了多次修订，最近一次是在 2023 年 2 月。2015 年 9 月 1 日修订版本的《联邦个人数据法》生效是俄罗斯实施数据本地化措施的标志，该法律要求“运营商”使用位于俄罗斯境内的数据库收集、存储和处理俄罗斯公民的个人数据。不同于其他国家的数据本地化法律通常仅适用于某些类型的个人数据类别，俄罗斯法律规定的数据本地化的数据范围要广泛得多。此外，运营商还必须将存储俄罗斯公民数据的服务器的位置告知俄罗斯的国家机构 Roskomnadzor，该机构负责监督电信、数字信息技术和大众传播，被发现不符合法律的互联网地址将会被拦截。由于该法律没有明确免除对外国公司的数据本地化要求，因此这一措施同样适用于收集、存储和处理俄罗斯公民个人数据的外国公司——这实际上意味着处理俄罗斯公民个人数据的跨国公司和任何其他机构都需要确保遵守《联邦数据保护法》的数据本地化要求。[20]

最后，印度的《个人数据保护法案》要求对敏感的个人数据进行软性本地化，允许在满足类似 GDPR 的条件时传输一些个人数据；而支付数据与关键数据只能在印度处理，不得传输到国外，采取硬性本地化措施。[21]印度储备银行于 2018 年 4 月要求支付公司确保数据存储在本地服务器上。[22]

印度推行数据本地化存储模式的本质原因是想通过提高数据安全来架构自己的网络利益边疆，通过数据本地化对数据施加限制，以更好地控制数据，并在一定程度上抑制设立于印度的外国公司力量。倡导数据本地化的另一原因是基于对国家安全的考量，印度的数字经济环境也被受数据安全问题的干扰，多次发生大型数据泄露事件。2016 年印度银行数据泄露，造成密码被盗，多达 320 万张印度借记卡被非法入侵，导致印度损失了近 1300 万卢比。[23]2017 年,印度电信运

---

[19] 参见张晓君、屈晓濛：《RCEP 数据跨境流动例外条款与中国因应》，载《政法论丛》，2022 年第 3 期，第 115 页。

[20] See Courtney M Bowman, ” Primer on Russia’s New Data Localization Law”, https://natlawreview.com/article/primer-russia-s-new-data-localization-law last visited at July 17th,2024.

[21] See Julian Box,”Data Sovereignty vs Data Residency vs Data Localization”, https://www.insightsforprofessionals.com/it/storage/data-sovereignty-data-residency-data-localization, last visited at March 7th,2023.

[22] 参见孙方江：《跨境数据流动：数字经济下的全球博弈与中国选择》，载《西南金融》，2021 年第 1 期，第 8-9 页。

[23] See Manish Singh,”3.2 million debit cards compromised in India as banks investigate security breaches”,3.2 million debit cards compromised in India as banks investigate security breaches | Mashable, last visited at July 11th,2024.

营商 Reliance Jio 数据遭泄露，1.2 亿左右的客户数据被泄露。其中包含姓名、电子邮件地址、手机号码和 Aadhaar 号码（由印度唯一身份识别局发给居民的 12 位随机号码）等敏感细节，并在现已撤下的网站 magicapk.com 上提供，该网站通过印度的社交媒体网站共享。[24]2019 年印度最大的银行——印度国家银行（SBI）一个存在安全漏洞的服务器发生数据泄露，允许任何人访问数百万 SBI 客户的财务数据，例如银行余额和最近的交易等详细信息。[25]2019 年 4 月的印度本地最大的搜索引擎公司 JustDial 因未对数据库进行有效保护，而导致超过 1 亿用户的数据遭泄露，通过该网站和移动应用程序可以实现访问该使用这一网站的每位客户的详细个人信息。包括姓名、手机号码、电子邮件、性别、地址、出生日期、照片、职业甚至含有他们正在使用的公司名称——基本上是客户向公司提供的任何个人资料相关信息。[26]

各国依据历史文化、本国国情、经济发展理念的不同以及数字经济发展的阶段性特点，提出了相互矛盾的治理路径，随着各国自说自话的法律文件越来越冗杂，各国对数据跨境流动治理标准不一，全球治理体系分裂，对当前国际治理体系的归纳见表 2-1。

一方面，这种未形成全球统一治理标准的状态非常不利于我国对跨境流动数据的域外治理与数字利益的域外保护，如他国运用国内法以自我为中心调取跨国企业在我国掌握的数据，将我国数据跨境传输到本国，既侵害我国的数据主权，也体现出我国数据安全及数据出境相关法律的域外效力不足。另一方面限制了数据这一要素在经济领域的价值体现，数据安全的情况下自由流动是数字贸易的繁荣发展的根基[27]。

表 2-1　　数据跨境流动主要治理模式表

治理模式	数据跨境流动方式	数据境内流动	代表国家
开放型传输模式	1. 事后问责 2. 自我认证 3.贸易协定和多边/双边安排是监管数据传	1. 只有有限的部门规章；缺乏全面的数据保护框架； 2. 数据隐私是一项消	美国

[24] See Asha Barbaschow， India's Reliance Jio suffers data breach: Report， India's Reliance Jio suffers data breach: Report | ZDNET,last visited at July 11th,2024.

[25]See TechCrunch，SBI, INDIA'S LARGEST BANK, LEAKED CUSTOMER ACCOUNT DATA，https://infowatch.com/analytical-research/sbi-india-s-largest-bank-leaked-customer-account-data,last visited at July 11th,2024.

[26] See Mohit Kumar,"Over 100 Million JustDial Users' Personal Data Found Exposed On the Internet", Over 100 Million JustDial Users' Personal Data Found Exposed On the Internet (thehackernews.com) ,last visited at July 11th,2024.

[27]See W. Gregory Voss. Cross-Border Data Flows, the GDPR, and Data Governance, Vol29(3)Washington International Law Journal Association,2020.p528.

	输的唯一手段。	费者权利	
有条件的传输模式	1.充分性认定 2.标准合同条款	1. 数据主体享有广泛的权利，如赋予“被遗忘权”。 2. 建立数据保护机构（DPA） 3.将数据隐私作为一项基本人权	欧盟
限制型传输模式	1. 对数据跨境流动设置严格条件。 2. 数据本地化措施。 3.事前安全评估。	1. 平衡数据隐私与国家安全和社会秩序。 2. 允许政府广泛获取个人数据	中国、俄罗斯、印度

（二）数据主权面临多重困境

1.数据主权的判定标准模糊

当前理论界对传统主权理论是否能够适用于数据存疑，数据跨境流动多以虚拟形态的方式在网络领域流动、而网络空间又具有交互性强，难以区分等特点，数据跨境流动领域的管辖权不同于传统意义上的以国家边界为基础的管辖权概念和理论体系，即属地管辖。如 GDPR 第 3 条对欧盟管辖权范围的规定实则比属地原则要宽很多。鉴于当前数字经济全球化，各国都在寻找最低联系以建立自己的管辖权，如美国以在他国设立收集他国国民数据的公司的母公司在美国为由要求该公司上交他国国民数据，通过“美国企业的网站能够在他国境内访问”强行建立联系，以便延伸本国法律的域外效力至他国。

美国提倡将传统的属地管辖原则转变为数据控制者原则的数据主权界定思路。[28]与“数据存储地”原则不同，“数据控制者”原则是基于“谁控制信息，而不是信息所在的位置”，国际上的诸多大型互联网和科技公司都是美国的公司，这将更有利于美国收集全球各类数据。美国的《澄清域外合法使用数据法》（简称“云法案（CLOUS ACT）”）是数据控制者模式的典型例证，其规定不管数据存储地是否在美国境内,都有权要求服务供应商依法对所控制的数据进行保存和披露等。《云法案》的形成是受“美国政府诉微软案”的影响，这一案件起源于一项刑事案件的证据调取，该证据（个人数据）由微软在都柏林的数据中心储存，美国联邦法院颁发令状要求微软提供该数据，微软认为该数据储存于境外，根据美

[28] 参见郭烁：《云存储的数据主权维护——以阻断法案规制“长臂管辖”为例》，载《中国法律评论》，2022 年第 6 期，第 76 页。

国的《存储通信法案》，其无义务向美国当局提交此数据，并且其披露行为会违反欧盟对数据保护的相关法律，因此向联邦法院提出撤销裁决的动议，联邦法院不但没有裁决撤销，还对微软公司做出藐视法庭的裁决，微软向第二巡回法院提出上诉，第二巡回法院做出与联邦地方法院截然不同的裁决，因为二者对数据管辖权的理解不一，联邦法院基于“数据控制者模式”进行裁定，强调微软是美国的公司，美国当局有权调取微软作为数据控制者所享有的所有数据；而第二巡回法院则是采用的“数据储存模式”，强调数据的储存地为爱尔兰，因此由爱尔兰享有对该数据的管辖权，美国若执意强行调取该数据则涉嫌对爱尔兰数据主权的侵犯。《云法案》极大的扩张了美国的数据管辖权。然而，却对其他国家在适用数据控制者原则调取在美国的本国互联网公司所储存的数据时设置了极为严格的限制条件，更加激化了与采取“数据存储地”模式的国家之间的数据主权之争。可见，数据主权的标准模糊导致界定偏差会搅乱一国国内的司法实践，更有甚者还会因触及国际法基本原则（平等主体无管辖权）而引起国际上的冲突。

2.数据主权的争夺导致管辖权冲突

数据主权之争不可避免的会表现为国家间的管辖权冲突。当前，各国对数据管辖权的规定处于初级阶段，有的国家正寻求扩大其对跨境数据的管辖权，以及对与数字技术发展有关的法律适用争议问题的管辖权。如欧盟积极扩大 GDPR 的国际影响力，在数据跨境流动的治理政策上开始从被动接受转为主动出击，意欲以“欧盟模式”主导全球数据跨境流动治理。欧委会的《在全球化世界中交换和保护数据》指出欧盟应通过支持法律制度的融合弘扬其数据治理价值观，这里“融合”的真正意义是变相强制他国参考欧盟的 GDPR 修改本国数据法。2020 年欧盟委员会发布的《欧洲数据战略》指出将在全球构建单一的欧洲数据空间，促使欧盟转变为数据经济和数字社会的领导者，充分显露出欧盟争夺数据规制主导权的野心。同时一向强调数据跨境流动自由化的美国也以 TikTok 收集了美国大量敏感数据，中国通过字节跳动可以利用 TikTok 获取数百万美国用户的数据，并控制数百万美国设备上的软件，使"TikTok”的美国用户面临风险，因此构成"关键的国家安全问题"为借口，禁止其国民使用 TikTok。TikTok 表示，它已经花费了超过 15 亿美元来保护美国数据并将其存放在美国。[29]此举正是美国打着促进数据跨境流动自由化的幌子实施有利于自身利益的数据本地化措施的典型例证，究其根本原因还是意欲通过对数据主权的争夺，抢占数据资源，抑制他国数字企业发展，通过不法手段攫取他国数字利益。由此可见，对数据跨境流动领域法律规制主导权即数据主权的争夺是导致管辖权冲突的根本原因。

[29] See Reuters,” US Senate Considering Public Hearing on TikTok Crackdown Bill, Committee Chair Says”, https://www.usnews.com/news/top-news/articles/2024-03-20/us-senate-still-considering-public-hearings-on-tiktok-crackdown-bill-committee-chair-says, last visited at July 17th,2024.

3.支撑数据主权的技术成熟度尚有欠缺

首先，中国的核心软件和硬件以及数字基础设施对进口或开源组件的依赖较为严重。比如，90%以上的数据基础设施的重要组成部分是国外产品或基于开源技术。其次，大数据驱动数据生命周期从传统的单链向复杂的多链形态演进，增加了共享和交易环节，数据应用场景和角色更加多样化。在复杂的应用环境下，对数据安全的首要要求是保证敏感数据，如关键的国家数据、机密的企业数据和用户的隐私数据不被泄露。然而，隐私保护方法大多基于传统的匿名化、模糊化和加密技术，在大数据环境中收效甚微。数据收集阶段由于数据来源量大、种类广泛、复杂，数据收集过程在验证数据的真实性和完整性方面面临困难。到目前为止，还没有可靠的工具来判断和监控数据的真实性和可信度，使得识别和清除虚假甚至恶意数据变得困难。[30]因此，数字技术基础薄弱是中国面临的一个主要问题。在这种情况下，数字基础设施可能存在巨大的风险和隐患，极其不利于我国海外数字利益的保护。

四、中国海外数据保护的应对策略

（一）海外数据保护环境优化的法律策略

1.完善我国涉外反制裁法律体系构建

中国对反制裁法律体系面临的主要问题是中国在经济、贸易和金融领域的反制裁法律较少。2020 年和 2021 年，中国商务部先后颁布了《不可靠实体清单规定》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，但法律位阶较低。我国虽然于 2021 年颁布施行《反外国制裁法》，但该法的规定较为原则化、内容宽泛，需要进一步完善细化，对包括政治、军事、经贸等不同领域的域外长臂管辖行为采取不同的反制措施，提升我国法律的域外效力，有效保护数字时代我国的海外数据。

2.维护 WTO 争端解决机制的效能

如果没有强有力的争端解决制度，世贸组织将很难促进自由贸易或执行其规则。事实上，当前世贸组织的争端解决机制的作用与地位日渐式微，对于世贸组织的支持者来说，其创始成员之一美国正试图使上诉机构瘫痪，甚至绕过 WTO 争端解决机制对其他国家实施贸易和金融制裁，企图通过国内法的“长臂管辖”代替国际法实现其数字霸权。此外，WTO 上诉机构当前也面临着很大的挑战，即从 2019 年 12 月 11 日起停摆，作为解决国际贸易争端的重要机构，上诉机构无法对上诉案件做出最终裁决，对维护贸易公平也产生巨大影响。

我国要坚决维护 WTO 作为国际贸易争端解决机制的正确立场。美国打压我

[30] See Liyuan Sun, Hongyun Zhang, Chao Fang ， Data security governance in the era of big data: status, challenges, and prospects，2Data Science and Management(2021), p.41–44.

国海外数字企业的是贸易保护主义的显现，是对 WTO 国民待遇原则的严重违反。因此，我国应当在 WTO 争端解决机制框架下对美国提起诉讼，保障我国应有的海外数字利益。与此同时，我国还应积极践行维护多边主义，反对单边主义，推动 WTO 上诉机构的重启进程，维护以 WTO 争端解决机制为核心的国际经贸纠纷解决机制。

3.构建数字经济国际合作新范式

美国为了巩固其霸权地位在数字领域采取了多项措施，比如：政治化数字技术、巩固数字治理规则制定的主导权、加大技术封锁和脱钩力度、加强数字供应链限制、制造“数字铁幕”打压竞争对手。与此同时，欧盟通过实施 GDPR 对数据安全规则设定高标准，寻求建立新的规则，在数字领域制造“布鲁塞尔效应”，取得远超其数字经济规模的国际话语权，在全球范围内推广“欧盟模式”。然而，在全球化数字经济转型时期，没有一个国家或企业能够建立起完全自给自足的全产业链。因此，维护数字主权，就必须参与规则制定，建立持久的国际话语权和全球影响力，打击数字霸权需要重建“游戏规则”，对此中国应主动参与数字经济发展与治理的国际对话与合作，积极参与多边区域机制构建的协商与合作，借助金砖国家、一带一路等区域合作组织的交流，积极阐释我国理念，推动共同构建数字空间命运共同体。

（1）探索金砖国家数据合作治理模式

在合作背景方面，发展数字经济一直是金砖国家政策的重点之一。五国都通过了促进数字经济发展的国家战略和政策。各国政府已经制定支持数字基础设施的发展、吸引投资、维持创新和研究、促进竞争、保护消费者利益和规范数据流动的有关政策和计划。《金砖国家 2020-2025 年经济伙伴关系战略》在以往倡议的基础上提出金砖国家可以进一步加强包括弥合数字鸿沟、推进数据讨论、促进新数字技术的开发和开展多领域的合作治理。在《2030 年议程》“不让任何一个人掉队”目标的指导下，金砖国家应在国际论坛上共同倡导弥合数字鸿沟，强调必须给予发展中国家足够的政策空间和支持，以推进其数字发展目标。俄罗斯轮值 2020 年金砖国家主席国期间，呼吁在数字领域开展三个有希望的合作领域：加强对话和交流支持数字经济增长；制定用于数字产品和服务生产的金砖国家共同标准；促进金砖国家在数据安全问题上的共同立场。[31]由此可见，金砖国家已关注到在数据经济方面的合作紧迫性，并有了一定的前期准备。金砖国家正在持续完善包括数据保护和隐私、网络安全、算法和人工智能在内的数字经济相关政策框架，这些对于支持数字经济的增长和发展至关重要。

[31] Alexander Ignatov，The Digital Economy of BRICS: Prospects for Multilateral Cooperation，THE DIGITAL DIGITAL ECONOMY OF BRICS.pdf (hse.ru)，last visited at July 15th，2024.

金砖国家在数字经济领域的合作具有可行性主要基于以下三点，首先，金砖国家合作可以汇聚更大基数的数据资源，数据是数字经济的燃料，金砖国家的人口占全球人口的 42%，并且是数据产生的重要来源，根据阿里研究院公开的《金砖国家电子商务发展报告》，2017 年金砖国家网民占全球网民的 41.9。其次，金砖国家在数字治理合作上有更好的价值共识，金砖国家的数据法规也倾向于强调数据安全，并侧重于发展当地数字部门，并最大限度地提高数据对公民和国民经济的经济和社会效益。最后，金砖国家在数字经济领域有巨大的发展潜力。近年来数字经济对金砖国家国内生产总值的贡献从南非的 2%和俄罗斯联邦的 4%到印度的 6.9%、中国的 7.8%和巴西的 22%不等。总的来说，金砖国家占全球信息通信技术（ICT）产品出口的 30%左右，但仅占全球数字服务出口的 11%。然而，潜在资源尚未被全面挖掘，金砖国家拥有庞大的国内市场、不断壮大的中产阶级、相对发达的数字基础设施以及拥有更强数字技能的数量不断扩大的青年人口，这些都是数字领域极具吸引力的要素资源。综上所述，金砖国家应当通过共同努力进一步加强合作，弥合数字鸿沟，推进数字治理讨论，促进数字企业之间的合作，促进新数字技术的发展和采用，提高数字经济的衡量标准。[32]

就金砖国家数字治理合作进路而言，首先，虽然每个金砖国家都有自己的数字政策和法规，但推动形成关于数字治理与合作的国际讨论同样必不可少。为此，金砖国家主管部门可以交流意见和经验，以增进对彼此法规的理由和影响的理解，如分享更多关于它们如何实施相关数字经济政策以及政策的实施效果即如何影响数字经济的信息，从而确定在数字经济领域开展更好的合作参数。其次，共同努力开发新的数字技术可以帮助金砖国家保护数据安全并跟上技术发展的步伐，可以在人工智能、量子计算、大数据赋能、下一代信息通信技术网络等领域加强科技合作，形成数据驱动型创新体系和发展模式。最后，加快金砖国家就数字服务业投资制定“负面清单”，减少数据保护过程中的审查成本，提高数据保护效率和水平，进而推动金砖国家之间的数据流动，充分发掘数字经济发展的巨大潜力。[33]

（2）通过“数字丝绸之路”维护发展中国家数字利益

数据主权不仅是一个经济概念，也是一套价值观，因此可以尝试通过传播中国秉持的数字治理理念实现从价值层面形塑中国海外数字利益的外部环境。习近平总书记在 2017 年“一带一路”国际合作高峰论坛上曾呼吁全世界推动大数据等领域的建设，加强数字经济在内的前沿领域合作，共同构建 21 世纪数字丝绸之

[32] International trade center, BRICS Digital Economy Report 2022，https://intracen.org/file/itcbricsdigitaleconomyreport2022pdf，last visited at July 15th，2024.

[33] 崔艳新：《推动金砖国家数字经济合作 加速构建高质量伙伴关系》，载《数字经济》，2023 年第 7 期，第 66-69 页。

路（DSR）。将中国数字治理体系向“一带一路”的沿线国家输出既是向全世界表达我国数字领域价值观的有效进路，也是团结发展中国家抵制数据霸权、发掘自身数字资源、紧跟数字经济发展潮流共享数字红利的共同出路。

随着发展中国家企业越来越依赖信息和技术资产，它们面临着与发达国家企业类似的安全威胁。例如，在加纳、肯尼亚、坦桑尼亚、乌干达和赞比亚，已经发生了多起与数字金融服务相关的安全事件，例如在加纳、肯尼亚、坦桑尼亚、乌干达和赞比亚，通过引诱毫无戒心的员工泄露用户登录信息，获得对公司信息系统的未经授权的第三方访问，在津巴布韦发生系统升级期间的中断，以及在肯尼亚发生的恶意拒绝服务攻击。更确切地说，一家网络安全公司报告称，2016年非洲发生了2400万起恶意软件事件，同年，据报道，仅加纳的金融部门就发生了400,000多起与恶意软件相关的事件。[34]由此可见，一些发展中国家的数字安全技术发展还相对滞后，致使其国家数据安全面临严重威胁，通过“数字丝绸之路”我国可向发展中国家传输前沿数据安全防御技术、帮助建立数据安全基础设施，同时阐释好我国数字治理理念，共同抵制数字霸权行径，就数字经济的发展开拓新的合作模式。

（二）维护我国数据主权的创新路径

面对日趋严重的数据安全问题，跨境数据安全本质是对数据主权的讨论，如前所述不少国家通过制定法律和完善政策标准对数据主权和安全作出明确要求。中国如果不及时采取措施予以应对，不仅会使企业在数字贸易领域面临巨大的合规成本，影响企业生存和发展，而且还会导致西方国家对我国实施新的制裁，增加与数字商品有关的贸易争端。甚至加剧他国依据域外管辖权实施侵犯中国立法、司法和执法主权的现象。因此笔者建议在技术和国际合作两方面推动我国数据主权的保障工作。

1.法律上明确数据主权及其界限

美国以其海外数字利益保护为中心，制定符合其自身的治理体系，通过扩大本国的数据主权将调取其他国家数据的行为正当化，通过限制他国数据主权存在的手段给数据本地化国家施加压力，自由化数据跨境流动促进本国经济发展。美国实践中的矛盾做法充分体现出其一贯的只顾自身发展的单边主义色彩和“双标”、霸权主义行径。对此，中国应当坚持以数据安全为核心的数据跨境流动体系，同时在法律上明确数据主权及其界限，从而应对美国云法案等措施对我国数据的任意调取。

---

[34] https://policyaccelerator.uncdf.org/all/brief-cybersecurity-digital-economy

2.完善保障数据主权的技术支撑

从本质上讲，数据主权、数字技术、数字经济以及数字利益是一个相辅相成的整体，一些国家之所以提出并能够实施数据霸权，本质原因在于其本国数字技术实力强大，违者将会被脱钩制裁，由此可见数字技术创新能够打造其数字产品竞争优势地位，促进数字企业占据数据市场的主导地位，进而促进本国数字经济发展，赚取数字利益。因此，我们必须加快提升自身技术实力，一方面提高保障数据安全的数字技术水平，另一方面，强大我国自身数字经济实力，为维护国家数据主权提供强大支撑，以便更好的维护我国海外数字利益。

第一、法治保障数字企业技术创新。建立数据安全高水平互信，有效维护国家数据安全，是维护数据主权的关键，因此有效的数据安全保护离不开对核心技术的掌握。当前数据基础设施、供应链、技术链“不完全可控”，数字技术领先国家对若通过封锁技术维护其在全球的数字技术、数字经济垄断则会导致数字技术落后国家深陷全球价值链下的“低锁定困局”。为避免在利益分配上被“剥削”和“俘获”，新兴国家必须通过“范式级创新”的开拓性技术而非模仿或跟踪型技术来提升自身核心数字技术的竞争优势。可借鉴奇安信公司通过不断的高研发投入形成自身技术的突破，研发出的数字安全产品在 2022 年北京冬奥会的保障网络安全工作中以“零事故”的优异成绩圆满完成任务，很好的保障了冬奥会的网络安全和顺利进行。[35]综上，技术进步和产业革新是技术自主和维护数字主权的重要支柱。

第二、技术革新提升数据安全监测能力。当前信任危机成为数据跨境流动过程中的最大危机，而各国的高水平互信应建立在有足够能力保障数据安全的技术支撑下。可见，实现数据安全的可验证标准与可量化设计，做到高水平开放和高质量安全的平衡成为推动构建数字空间新型运行规则、打造更具说服力、更具话语权的数据跨境流动治理框架的关键因素。[36]

首先，数据安全的风险评估需要技术支撑，应当加强研发保护数据安全，评估、检测和防范数据风险的设备和软件。如探索发挥大数据分析和人工智能技术在合规审查、风险等级评估、自动甄别重要数据认定等领域的作用，为决策者提供智能化建议，提高审查效率和精准性；又如研发可分级量化评估工具，该工具应集成包括机器学习和知识图谱在内多种人工智能技术，对结构化和非结构化数据进行多维度分析，自动识别数据中蕴含的国家安全风险因子及影响程度，并给

[35] 参见康曦，奇安信总裁吴云坤：高研发投入构建技术壁垒 网络安全产业 重要性凸显. 中国证券报, 2022-7-/2（A05 版）.

[36] Wu Jiangxing, Zou Hong, Zhang Fan, and Shang Yuting,”Several Issues Concerning Digital Sovereignty and National Security”, 5National Security2023.p28-48.

出数据安全级别的定量评分，为分级决策提供科学依据。[37]最后，促进数据领域软硬件协同计算技术的发展，进而提升数据安全风险防范能力，如奇安信网络安全公司通过让所有的设备和软件终端联通起来，汇总数据后形成数据中台，在运行过程中确保每台设备没有安全漏洞，使网络安全产品在自主可控的情况下保护数据安全。[38]

3.尽快加入国际高质量数据治理体系

（1）加入 CPTPP 和 DEPA 数据治理体系

我国应当尝试积极加入包括 CPTPP 和 DEPA 在内的多边自由贸易协定，加强与其他国家的对话和合作。

CPTPP[39]是一项由 11 个国家组成的自由贸易协定，于 2018 年 12 月生效，在美国前总统唐纳德·特朗普（Donald Trump）领导下于 2017 年美国退出后取代了 TPP[40]。[41]CPTPP 是一项高标准的贸易协定，涵盖的领域比 RCEP 更多，为解决数据本地化问题开创了先例。CPTPP 数据规则已经被纳入并影响了其他自贸协定谈判，比如对新加坡-澳大利亚自由贸易协定的审查。CPTPP 引入了对限制数据本地化具有约束力的条款，并在 CPTPP 的电子商务章节(第 14 章)中对数据的跨境传输施加了要求。第 14.11 条“通过电子方式跨境转移数据”，要求 CPTPP 缔约方“允许企业为了开展业务通过电子方式跨境转移数据”。第 14.13 条限制了要求将计算设施存储在一方领土内的数据本地化措施，规定：“禁止 CPTPP 缔约方以企业在其领土内使用数据基础设施为条件允许该企业在该缔约方境内开展业务”。第 14.2 条第 3 款明确将政府采购和政府信息排除在 CPTPP 电子商务章节的适用范围之外，明确规定禁止数据本地化条款并不妨碍政府要求将任何官方信息(如关键基础设施计划、机密政策建议或社会保障信息)存储在一方领土内的服务器上。第 14.11 条和第 14.13 条第 3 款明确了 CPTPP 数据规则允许成员国因“合法的公共政策目标”例外采取数据本地化措施。另外，特定条款例外取代了《服务贸易总协定》(“GATS”)第 14 条中的必要性检验，取而代之的是一项措施不能施加“超过实现政策目标所需”的限制。这里谈判者选择使用“需要”而非“必要”一词，因此仲裁庭可得出结论，CPTPP 缔约方并不打算在此适用必要性标准[42]

---

[37] 徐昌登：《总体国家安全观视阈下我国外商投资数据安全审查制度症结与中国因应》，载《重庆科技学院学报(社会科学版)》，2024 年第 3 期。

[38] 参见康曦.奇安信总裁吴云坤：高研发投入构建技术壁垒 网络安全产业 重要性凸显. 中国证券报, 2022-7-/2（A05 版）.

[39] 《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership Agreement, CPTPP）

[40] 《跨太平洋伙伴关系协定》（Trans-Pacific Partnership Agreement,TPP）

[41] GT staff reporters，China officially applies to join CPTPP, as the US increasingly isolated in trade，China officially applies to join CPTPP, as the US increasingly isolated in trade - Global Times,last visited at July 13th,2024.

[42] YEOH Lian Chuan, REGULATION OF CROSS-BORDER DATA FLOW UNDER TRADE AGREEMENTS”, PDP Diges2019,p,130-140.

2020年6月，智利、新西兰和新加坡签署了《数字经济伙伴关系协定》（DEPA），是世界上第一个向所有世贸组织成员开放的纯数字贸易协定，也是第一份以电子方式签署的协定，是促进贸易、数字经济和数据流动的最全面的协定。与传统贸易协定不同，传统贸易协定有时包括关于数字贸易问题的章节，通常更侧重于市场准入，而数字经济协定则鼓励国内监管改革和在数据创新、数字身份、网络安全、消费者保护和数字包容等广泛问题上的"软"跨境合作。[43]DEPA 旨在补充世贸组织在亚太经合组织和经合组织等其他国际论坛内正在进行的电子商务和数字经济谈判工作，通过规范与数字经济相关的问题来促进数字贸易，DEPA 规定了数据跨境流动的保护，它鼓励缔约者在其具体法律框架中纳入以下原则：（a）收集限制;（b）数据质量;（c）用途说明;（d）使用限制;（e）安全保障措施;（f）透明度;（g）个人参与。[44]在某种程度上，DEPA 可以被视为 CPTPP 的附带协议，该协议建立在 CPTPP 的电子商务章节之上，关于数据问题的部分也建立在 CPTPP 的承诺之上，该协定同样要求缔约国承诺禁止数据本地化以确保数据自由流动。DEPA 旨在为快速发展的数字经济制定国际标准，并促进缔约国之间的数字贸易，有望为全球经济体设定新的方向。[45]

虽然中国已在 2021 年申请加入 CPTPP，但至今还未成为成员国之一，在美国大搞脱钩断裂的当下，国际社会更加需要加强数字贸易发展和规则制定领域的合作，对此我国应当加强与其他国家的各种形式的合作，促进数字贸易并推动数字经济国际标准的制定。积极推动和参与大型自贸协定谈判，可以在提升经济水平与保护数据安全两个面向共同保护我国海外数字利益。一方面随着我国保护自身数据安全的能力不断提升，我国有能力满足 CPTPP 中的条款要求，鉴于 CPTPP 和 DEPA 可以提供更加优质的营商环境和更加专门化的数据治理政策，中国加入后更有利于加强我国同其他国家数字贸易往来；另一方面在 DEPA 的发展初期，积极参与规则的构建与讨论，提升我国在该领域的话语权，在全球性数据跨境流动规则构建的过程中积极参与，从而营造更加有利于保护我国海外数字利益的制度环境。

（2）加入 APEC 框架下的 CBPR 体系

2011 年，APEC 领导人批准了 APEC 跨境隐私规则体系（以下简称 CBPR），CBPR 旨在促进 APEC 经济体之间在尊重隐私的前提下更为自由的数据跨境流动。

---

[43] Michelle Warren、Ziyang Fan, Digital economy agreements are a new frontier for trade – here's why，https://www.weforum.org/agenda/2022/08/digital-economy-agreements-trade/，last visited on July 27th，2024.

[44] Robert Walters, The Digital Economy and International[M],Trade, Walters Kluwer, PP192.

[45] Rachelle Taheri, Olivia Adams,Pauline Stern，"DEPA: The World's First Digital-Only Trade Agreement"，DEPA: The World's First Digital-Only Trade Agreement (asiapacific.ca), last visited at July 12th ,2024.

目前有包括美日澳韩在内的九个经济体已加入 APEC 的 CBPR 体系。[46]与欧盟的 GDPR 一样，CBPR 也管理参与国跨境传输个人数据。然而，与 GRPR 不同，GDPR 是一项适用于所有欧盟国家的具有约束力的法规，CBPR 是一个自愿的、基于原则的框架，仅适用于已正式加入 CBPR 的 APEC 成员。[47]当前中国已经是 APEC 的成员国，所以加入 CBPR 体系是可行的。CBPR 与数字中国战略的宗旨有重合之处，CPBR 在 2011 年首次实施时，被 APEC 领导人视为“进一步开放数字市场和促进数字领域区域贸易”的解决方案，这与 APEC 通过“加速区域经济一体化”促进该地区经济繁荣的更广泛目标相一致。CBPR 旨在促进亚太地区的数字贸易与电子商务的繁荣发展。所以，我国加入数据跨境流动对自身数字经济发展大有裨益，但要保留我国数据安全优先的核心治理理念。此外，CBPR 试图通过对所有符合 CBPR 的数据控制者施加与 CBPR 一致的最低数据隐私标准来解决 APEC 地区内未采用隐私框架的问题。中国坚持以保障数据安全、个人隐私为基础推动数据跨境流动为治理理念，然而过度保守的实施数据本地化会损害本国数据流动中所能产生的巨大利益。据 ITIF[48]使用基于经合组织市场监管数据的量表发现，国家所采用的数据本地化等限制行为每增加 1 个百分点，其贸易总产值就会降低 7%，生产率会降低 2.9%，下游价格会在五年内上涨 1.5%。中国是世界上数据限制最严格的国家，其次是印度尼西亚、俄罗斯和南非。他们的经济都将因此而受到影响。有学者提出政策制定者可以通过法律规定数据本地化措施以应对数据安全问题，但不得过度，也应确保个人、企业和政府能够最大限度地获取数据和数字技术带来的巨大社会利益和经济效益。[49]因此，中国可以借助 CBPR 的某些条款（除未明确实施保留的条款）在确保国家数据安全的前提下推动数据跨境流动，建立更加开放的数字经济。此外，一方面，中国可以利用 CBPR 成员国的优势，积极参与规则制定，增强在数据跨境流动方面的国家话语权；另一方面，我国参照 CBPR 的具体规则完善国内数据跨境流动规则，有利于国内法与国际规则的协调，避免国内治理规则与全球规则偏离而损害到我国的海外数字利益。[50]

（三）提升我国数据安全治理法律制度高质量发展措施

1.坚持中国特色社会主义数据安全治理基本原则

我国需要严格执行数据本地化与数据出境评估相结合的中国特色社会主义数据安全治理原则。一方面，云法案以美国国家安全及司法目的而对他国数据进

---

[46] See https://cbprs.org/about-cbprs/，last visited at July 15th，2024.

[47] See Andrei Gribakov, “*Cross-Border Privacy Rules in Asia: An Overview*” https://www.lawfaremedia.org/article/cross-border-privacy-rules-asia-overview，last visited at July 15th，2024.

[48] 信息技术与创新基金会，（Information Technology and Innovation Foundation，ITIF）.

[49] NIGEL CORY AND LUKE DASCOLI，How Barriers to Cross-Border Data Flows Are Spreading Globally, What They Cost, and How to Address Them，2021-data-localization.pdf (itif.org)，last visited at July 15TH,2024

[50]参见刘宏松、程海烨：《跨境数据流动的全球治理——进展、趋势与中国路径》，载《国际展望》，2020 年第 6 期，第 82-83 页。

行任意调取，同时对其他国家为司法目的调取数据的行为设置极其严格的前提条件，这种数据霸权行为严重侵犯他国的数据主权，对此我国应当严格审查处理我国数据的外国投资企业数据安全保护水平，数据出境前实施严格的数据出境安全评估，分级分类承诺数据出境类型，对危害国家安全的拟出境数据实施本地化措施，加强本国数据安全的保护，依据对等原则以及外交手段处理美国司法数据调取问题，从而维护本国海外数字利益。另一方面，鉴于欧盟 GDPR 对其公民数据保护的高标准高要求，以及 GDPR 强硬的域外效力——只允许达到欧盟“充分性认定”的企业获取其数据，我国数字企业只有在数据处理过程中提供更高水平的数据保护才能保证自身在欧盟等地的生存与发展。由此可见，为我国数据安全设置更高的法律标准对维护我国海外数字利益至关重要。不仅有助于应对他国对我国的数据霸权，还有利于我国企业在数据处理过程中提供更高水平的数据保护，提升自身商业竞争优势。

2.建立数据全链条保护体系

数据风险具有“发展性与迁移性”，审查过程中不应仅评估数据本身收集利用的合规性，也应评估外资企业运用的新技术是否存在安全隐患；不应仅考虑国内关键数据的安全风险，也应考虑对全球公共产品供应链的影响。一方面，构建全方位、全过程、全链条的审查体系，审查对象需涵盖外商投资的数据活动(采集、存储、使用、加工等)、数据能力(计算、存储、算法等)、数据风险(非法获取、恶意操纵等)、数据效益(经济、社会效用等)、数据实体(硬件、软件等载体)、数据关系(供应链、竞争格局等)等各个层面。应在方式上采取动态审查和持续监管，覆盖数据产业的全生命周期。[51]另一方面，提升大数据平台安全防御能力引入用户和组件身份认证、细粒度访问控制、数据运营安全审计、数据脱敏等隐私保护机制，从机制层面防止数据被非法访问和泄露。同时，应更加关注大数据平台组件配置和运行中嵌入的安全问题，加强对突发安全事件的响应能力是平台的必备选项。[52]

构建数据风险预防机制，建立数据风险评估制度、数据利用追踪制度、数据决策动态校验制度[53]，完成海外数字利益保护模式从“危机响应”转变为“风险预防”，[54]是海外数字利益保护的关键和开展保护工作的重要抓手。完善数据安全标准体系和评估体系需要统筹建设数据安全相关标准体系，并积极致力于通用和

---

[51] 徐昌登：《总体国家安全观视阈下我国外商投资数据安全审查制度症结与中国因应》，载《重庆科技学院学报(社会科学版)》，2024 年第 3 期。

[52] Liyuan Sun, Hongyun Zhang, Chao Fang ， Data security governance in the era of big data: status, challenges, and prospects，2Data Science and Management(2021), p.41–44.

[53] 蒋银华，论数字法治政府建设的安全之维，载《法律科学（西北政法大学学报）》，2024 年第 4 期，第 76-78 页。

[54] 刘锦涛：《中资企业海外利益保护面临的安全风险及警务对策思考》，载《河南警察学院学报》，2023 年第 2 期，第 40 页。

专用数据安全标准的研发。加强数据安全相关检测评估，推进实施数据跨境流动安全评估。通过制定大数据安全技术标准和评估标准，构建大数据平台和大数据服务安全评估体系，同时推进第三方评估机构、人员资格认证等配套管理体系建设。[55]制定预案对数据实施分级分类治理并实时监测，将涉及国家秘密和国家安全的数据严格限制在本地储存、对关键数据进行评估后再行决定是否允许出境、对一般数据允许出境，应当继续完善一般数据和关键数据以及应当本地化存储的数据的划定标准，通过客观的可量化的风险指数作为划定依据，制定更有说服力且更为精确的数据安全出境标准。同时，建议企业根据行业惯例，在数据安全保护、数据流转、数据合规等方面建立分类分级体系。

3.完善外商投资的数据安全审查制度

首先，《数据出境安全评估办法》按照“评估、合同、认证”等的立法思路构建的数据处境安全体系，是我国当前普遍接受的数据出境安全制度体系。但是，追溯这一制度体系的法律依据时可以发现，看似完备的立法体系中却缺乏能够直接作为数据出口安全法规立法渊源的上位法依据。[56]因此应当通过《外商投资法》或设立数据出境单行法的方式明文规定数据出境安全治理规则的法定地位和具体要求。

其次，我国当前未明确数据安全审查的具体要求，即数据安全的市场控制标准、风险识别因子等，以及各环节如投资方自我评估、在线申报、数据安全影响评估、审查决定、离岸传输审批等均未做详细规定。[57]因此，有必要进一步明晰数据安全的审查要求，可借鉴美国实践经验，将具备保密性、完整性及可用性纳入数据安全的标准设置。[58]

最后，在进行外资审查过程中，我国可以采取附条件许可的方式，要求进入中国数字产业的外资企业承诺在本地存储数据以及配合中国司法机关关于数据取证的要求，以有效保护我国的数据安全不因外资进入而受到损害。[59]具体参考行业是否属于外商投资负面清单、有无特殊行业规定、所投资企业是否占有较大市场份额、是否涉及禁止或限制出口技术、是否涉及数据安全等方面进行判断。审查内容为大量个人数据、关键数据基础设施、重要数据及数据出境；审查范围包括外国投资者的背景、合规记录和投资动机等，以此来评估外国投资者对敏感机密信息数据的管理、处理和存储能力，评估涉及重要行业领域的外商投资对国

---

[55] Liyuan Sun, Hongyun Zhang, Chao Fang ，Data security governance in the era of big data: status, challenges, and prospects，2Data Science and Management(2021), p.41–44.

[56] 郭德香《我国数据出境安全治理的多重困境与路径革新》，载《法学评论》，2024 年第 3 期，第 172 页。

[57] 徐昌登：《总体国家安全观视阈下我国外商投资数据安全审查制度症结与中国因应》，载《重庆科技学院学报(社会科学版)》，2024 年第 3 期。

[58] 如美国的《重新定义安全报告》、《医疗电子交换法》、《网络安全法》都有相关规定。

[59] 赵海乐：《数据主权视角下的个人信息保护国际法治冲突与对策》，载《当代法学》，2022 年第 4 期，第 90 页。

家安全、敏感数据、关键信息技术基础设施的潜在影响，审查外商投资企业采取的数据加密、访问控制、数据泄露应对策略等数据安全措施是否完备，确保外商投资符合数据保护法律法规及相关标准。[60]

[60] 赵海乐：《数据主权视角下的个人信息保护国际法治冲突与对策》，载《当代法学》，2022 年第 4 期，第 90 页。

我国破产程序中的数据跨境流动规制研究

欧福永*，张霄骁**

摘　要：在破产数据资产涉及数据本身、数据交易以及破产程序的全球性质上来看，跨境破产程序会将这些敏感数据集中至破产程序所在地。因此，对跨境破产程序中的数据跨境流动进行规制是必要且合理的。反观我国现有的法律法规，虽然也涉及破产程序中的数据跨境流动，但是这些规则相对简单且分散，这种规制方式无法推动跨境破产程序的进程，也难以保证数据在跨境破产程序中的安全。

我国现有破产程序中数据跨境流动规制主要存在以下几个方面的不足。第一，破产程序中的数据跨境流动规制涉及多层次、多元化的目标，这些目标之间并非完全一致的，当这些目标产生冲突时，我国的规则并没有提出协调这些目标之间冲突的方法。第二，因为我国现行法律法规中数据资产的性质和定位存在模糊性，所以数据资产是否属于债务人财产以及是否属于可跨境交易的财产均存在不确定性。第三，对于可以进行跨境交易的破产数据资产，现有法律法规中没有完整而明确的交易条件限制，所以当破产程序处置这些数据资产时利益相关者较难统一和明确交易条件，不利于保障破产中数据资产交易的安全性和稳定性。第四，对于破产程序中的不当数据跨境流动，我国现有法律法规没有提供足以适应破产情境的救济模式，对承担法律责任的数据处理者范围规定不明确，且举证责任的分配规则也存在不足，不利于利益相关方的权益保障。第五，我国缺乏适当的跨境破产数据共享机制，不利于跨境破产程序数据资产处置过程中的沟通和协助。

针对我国现有破产程序中数据跨境流动规制中存在的不足，可以从以下几个方面对规制方式进行进一步完善。首先，对于数据安全保障中的公平需求和破产程序中的效率目标之间的冲突，不能绝对地认定任意一种利益具有优先顺位，而是应当以非破产法对数据跨境流动的规制为基础，通过破产法对其中的特殊情形进行补充规定，以实现破产情境下数据资产高效处置、数据有力保护和数据有效共享之间的目标平衡。其次，可以通过《破产法》的司法解释和司法实践明确纳入债务人财产的数据资产的范围，并且在破产数据资产处置前对其进行分级评估，进一步依据数据的敏感程度确定可跨境交易的破产数据资产范围。再次，应当在《破产法》中明确数据资产跨境交易的限制性要求。对于破产中的跨境数据流动限制应依据分级保护的原则采取最低限度的必要限制，同时将企业隐私政策中的限制性条件作为破产中数据跨境交易条件的补充。从次，建议在我国已有处罚措施的基础上，通过司法解释的方式进一步完善破产数据资产跨境交易的救济模式，一方面明确破产管理人和交易对手方的数据处理者身份，另一方面对数据主体进行倾斜性保护。最后，通过双边和多边合作为破产中程序中的数据跨境流动提供司法协助，便利破产程序进程。

关 键 词：破产；数据资产；数据跨境流动；数据安全

---

* 欧福永，男，1975 年 8 月，湖南师范大学法学院教授、博士生导师、法学博士。

** 张霄骁，女，1988 年 5 月，湖南师范大学法学院国际法专业博士研究生。

引言

随着近些年大数据对技术革新、企业发展和国家安全的影响日益凸显，全球各国对数据的重视程度不断提高。一方面，各国意图强化数据保护和对数据的控制能力；另一方面，国际社会也希望通过数据的自由流动推动经济和科技的发展。为了实现以上目标，各国纷纷制定数据战略，推进国际合作。我国的《全球数据安全倡议》明确指出，“各国应致力于维护开放、公正、非歧视性的营商环境，推动实现互利共赢、共同发展。与此同时，各国有责任和权利保护涉及本国国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的重要数据及个人信息安全。”[1]

在工业 4.0 和产品数据化并行的背景下，信息物理系统（CPS）与物联网操作系统（IoT）增强了企业搜集、整理与应用数据的能力，[2]大数据处理技术及客户数据画像得到广泛使用。大数据处理技术高速发展不仅给顾客获得个性化服务带来便利，也使数据成为推动企业成长的重要动力。在运营过程中，企业搜集的数据具有数量大、来源广、类型多、市场价值高等特征。随着企业收集的数据增加，数据资产成为“新时代石油”，[3]数据交易越来越活跃。[4]

我国 2022 年发布的《中共中央国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》提出，“在数据处理者发生合并、分立、解散、被宣告破产时，推动相关权利和义务依法依规同步转移。”[5]在破产情境下，债务人可能试图通过多种方式将其持有的数据资产变现以偿还其债务，或者通过数据资产吸引投资人协助企业完成重整获得新生。不论是清算或重整，对企业的数据资产处置都是不可避免的。因为很多企业持有的数据在来源、存储、流动和应用等方面具有全球性和跨国性，特别是在诸多国家提出数据本地化要求的背景下，这些数据资产是否可以跨境流动和如何进行跨境流动都无定论，协调处置债务人财产中的数据资产跨境流动变得更为复杂。[6]因此，如何在保护国内数据安全的基础上推进破产程序的跨境协同成为了大数据时代企业破产亟待纾解的困境。[7]

为了提升债务人财产的处置效率并保障数据安全，部分国家已对破产数据资产的跨境交易和跨境破产中的数据共享等破产中的数据跨境问题进行了特别规定。然而，我国尚未明确规定债务人财产中数据资产的处置问题，也没有对破产中数据跨境流动和隐私保护进行特殊规定，这既不利于企业破产程序的顺利进行，也不利于破产中的数据安全。因此，有必要研究我国破产中数据跨境流动规制不足可能导致的问题，并在借鉴域外经验的基础上提出适合我国国情的规制建议，以期达成破产程序顺利推进、数据高效流动、数据安全保障和个人隐私保护等多重目的。

一、 破产程序中数据跨境流动的规制必要性

随着科技发展带来的企业资产结构改变，企业最具价值的资产除了传统的土地、房产、设备等之外还增加了各类数据资产。对于部分互联网企业来说，数据资产甚至可能是其持有的最具价值的资产。[8]当这类企业资不抵债时，通过数据资产的处置实现债务人财产价值最大化显得尤为重要。[9]由于破产中数据资产的全球性，[10]数据内容的敏感性和跨境破产导致数据的集中，如果缺乏对数据跨境流动的规制，可能危害隐私安全、数据安全和国家安全。

（一）破产数据资产的全球性

破产程序中数据资产的全球性主要表现在数据本身、数据交易和破产程序三个方面。

第一，数据本身具有全球性。一方面，数据来源具有全球性。随着互联网和工业数据化的兴起，企业实际运营中获得的数据早已不局限于一国境内。例如，微软的客户遍布全球，为客户提供种类繁多的服务，微软持有的数据不仅足以勾勒出单个客户的形象档案，还能够构建和预测一些社会行为动态。非互联网企业也通过产品端口采集个人和社会信息，其产品的全球化销售使得企业采集到诸多域外数据。例如，美国特斯拉公司的车辆不但会收集客户驾驶习惯等数据，还会通过车身上的摄像头收集道路环境信息。另一方面，数据的去向具有全球性。云端数据通常采取分布式存储的方式，数据传输无需通过物理形态进行，对数据分析结果的应用也不局限于数据来源地。[11]这使得企业数据资产存在数据储存的分散性、数据流动的便利性和数据应用的跨国性等特征。

第二，数据交易具有全球性。随着各国电子化信息公开方式的普及，参与债务人财产处置的法人或自然人可能来自全球任意国家或地区。域外投资人可以直接、更方便地参与一国破产债务人的重整，域外买受人也可以通过网络拍卖等方式便利地参与一国债务人财产的交易，这突破了债务人财产处置的地域限制。破产程序参与人的跨国性有利于破产市场化，但同时也增加了破产数据资产跨境流动的可能。

第三，破产程序具有全球性。一方面，同一债务人的不同数据资产可能处于不同国家，由一国法院管辖全球数据资产具有较多障碍；另一方面，即使是同一数据资产也可能分散储存在多个地区，[12]成为不同国家的多个破产程序的处置对象，产生处置差异和冲突。因为数据资产只有在数量大、范围广、准确性高的基础上才能发挥出最大价值，[13]所以对债务人企业的数据资产进行跨境协同处置具有必要性，部分处置或分拆处置均不利于资产价值最大化。可见，破产程序的全球性增加了数据资产处置的复杂和困难程度。[14]

（二）破产中数据内容的敏感性

不论是债务人的数据资产还是破产案件信息都具有不同程度的敏感性。其中，债务人的

数据资产可能数量大、种类多，[15]主要分为以下几类：企业运营数据、具有个体识别属性的客户数据、不具有个体识别属性的客户数据和涉及公共安全的数据，上述几类数据和信息的敏感性不一样。

第一，上述数据中敏感程度最低的是企业的运营数据。企业运营数据与企业本身存续息息相关，如果债务人企业进行重整，它尚可用于维持企业正常运转和发展；但如果债务人企业进行清算，它的价值则大打折扣。

第二，具有个体识别属性的客户数据与个人隐私息息相关，具有很高的敏感性，对个体影响极大。现代企业获取的具有个体识别属性的客户数据包括两个方面：一方面是客户已知晓并通过企业网站和应用程序（APP）主动提供的信息，通常包括客户的姓名、性别、生日和手机号码等，部分应用程序还需要客户提供身份证号码、银行卡号等敏感信息；另一方面是企业通过网站和应用程序收集的客户使用喜好、消费偏好和行为习惯等，它们主要用于分析客户并为其推荐更具吸引力的产品。[16]这些被动提供的数据数量甚至远远超过了主动数据。[17] 例如，苹果公司一方面直接收集设备用户主动提供的注册数据、健康数据和生物数据等；另一方面还通过用户 Apple Store 中的下载行为、Apple Pay 中的支付行为和 APP 使用习惯等被动客户数据进行客户分析。虽然具有个体识别属性的客户数据并不一定都是敏感信息，但相当数量的非敏感信息同样可能对个体造成极大影响。实验表明，具有个体识别属性的客户数据极易影响个人隐私，仅需少量数据即可完成个体识别。例如：有实验人员仅通过邮政编码、性别和生日这三组数据便准确识别了 61%到 87%的美国人口。[18]

第三，虽然不具有个体识别属性的客户数据也有相当的市场价值，但其敏感程度和保护方式却大不相同。这类数据通常指企业收集、处理、应用于市场战略和消费者分析与产品开发的大数据。通常来说，不具有个体识别属性的客户数据敏感程度不高，无法用于个体客户的分析。但是，因为此类数据有利于同行业其他企业的市场开发，所以当债务人破产时，此类数据依然有较大的市场价值。

第四，企业在营运过程中收集到的与一国国家安全、公共安全或社会安全相关的数据敏感程度极高，应当进行特殊处理。例如，导航软件收集到的城市街道信息、路面交通信息等；自动驾驶车辆收集的重点区域图片；司法、政务、公安平台储存的数据都可能成为危害国家和公共安全的敏感信息。在破产中，对债务人企业持有的这一类数据的跨境流动应当予以特殊规制，避免导致国家安全、公共安全数据泄露。

第五，除债务人企业持有的数据外，企业破产案件信息中也可能包含敏感内容，而这类数据的保护很容易被忽视。例如，广东省高级人民法院 2023 年 2 月发布的破产审判典型案

例中有一例为肇庆西江医院有限公司破产重整案。西江医院以“人类辅助生殖技术”闻名，其患者多为接受此项医疗服务的客户。当西江医院进入破产程序，医院已缴费但尚未完成治疗的患者则成为医院的债权人，导致债权人名单和客户名单出现部分重合。因此，债权人名单的披露可能对患者隐私构成威胁，甚至成为不法分子跨境犯罪（如跨境诈骗等）的重要资源。[8]在加密货币投资平台 Celsius 破产案中，美国法院要求债务人公布境内外债权人的个人信息，包括姓名、地址和电子邮箱等，致使 Celsius 平台 60 多万名债权人兼客户的信息被公开。①此外，FTX 加密货币平台也已启动美国破产程序，②平台的 100 多万名客户中有 1/8 以上为中国个人和企业（如香港上市公司新火科技控股有限公司），债权人信息公开将导致我国相关个人和企业的信息被在域外发布。

（三）跨境破产导致数据集中

少数国家在技术、经济和法律方面的优势使得跨境破产的数据资产处置权会向这些优势国家倾斜，这会导致数据处置权集中于少数国家。

首先，全球数据服务器分布不均将导致数据资产存储地集中。[19]各国技术和经济的不平衡导致世界互联网根服务器所在地集中③，各国数据服务器保有量也不均，因此不同国家的数据储存水平差异极大。[20]近年来，随着各国愈加重视数据安全，多国为保障本国数据主权进行了数据本地化立法，[21]这进一步加剧了数据分布不均的问题。

其次，企业主要利益中心所在地相对集中，这也将导致数据资产处置地集中。依据《联合国跨境破产示范法》，债务人主要利益中心所在地进行的破产程序为主要破产程序，发生在主要利益中心之外的程序为非主要破产程序，法院在对外国破产程序进行承认和协助时应当依据该程序是否为主要破产程序提供不同程度的协助。④因为持有全球化数据的企业多为大型跨国企业或集团公司，[22]所以其注册地、主要资产所在地、主要营业地、主要管理地等更可能处于经济发达国家或地区。因此，经济发达国家或地区的法院更可能成为主要破产程序所在地。此外，因为发达国家或地区的商品市场和资本市场也更完善，更有利于实现债务人数据资产价值最大化，所以债务人、债权人和其他利益相关方也将更倾向于在发达国家或地区启动破产程序。

最后，破产法的完善程度不同可能导致破产数据管辖权集中。虽然破产领域整体呈现出跨境合作加强的趋势，但跨境破产的协同依然受限于各国破产法的完善程度等因素。[23]总体来说，依据破产法发展程度不同可将各国分为三类：已有体系化的破产法的国家；虽未形成破产法体系但已有零散规范可供参考的国家；对于破产缺少专门性、针对性规定的国家。[24]因为各国破产法之间的差距，债务人企业可以通过改变主要利益中心地从而达到选择到

最有利于债务人财产最大化的法院进行诉讼的目的，这也加大了数据资产向部分国家集中的可能。

二、 我国破产程序中数据跨境流动规制的不足

（一）多重目标之间的冲突未协调

破产程序中的数据跨境流动规制涉及多层次、多元化的目标：（1）促进破产程序顺利高效进行，保障利益相关人的权利，并关注破产数据资产的可交易性及其条件；（2）保护数据主体的权利，关注数据安全和权利救济；（3）维护国家数据安全和社会公共利益。同时同等地追求上述目标的前提是它们之间保持一致，但它们并非并列关系，三者之间可能存在冲突。因此，如果忽视目标之间的冲突，加之由于我国相关规则过于分散、复杂导致的适用困难，也无法保持破产法与非破产法之间的协调。

考察域外立法经验可见，在平衡各种目标时，各国有不同的优先考虑和倾向。欧盟认为隐私权为个人的宪法权利，对数据保护更为看重，因此其规制方式倾向于以数据保护为中心。欧盟对破产中数据跨境流动的规制以《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation）为基础，以欧盟《跨境破产条例（2015/848 号）》（Regulation (EU) 2015/848 on Insolvency Proceedings (Recast)）为补充。《通用数据保护条例》为数据跨境流动设定了一系列的强制性规范，提升了数据跨境流动的确定性。[25] 欧盟《跨境破产条例》中的数据保护章节要求各成员国遵守欧盟关于个人数据保护的法律规范，并对如何管理、传输和保护储存在各国破产登记处的数据进行了补充性规定。

与欧盟不同，美国倾向于以经济发展和数据自由流动为基础进行规制，更偏重保障破产程序的效率。美国相关规制以《破产法》为核心，在 2005 年通过的《防止破产滥用及消费者保护法》（修正案）对《破产法》进行修订时，为规制个人数据资产的交易增加了个人信息隐私保护条款。[⑤]在美国，数据安全保护由美国联邦贸易委员会（Federal Trade Commission, FTC）主导。[9]在非破产法规制方面，美国没有采取统一立法的方式，而是通过单行法、行业标准和企业隐私政策等进行调整，极为分散。[26]美国的司法实践中，法院也倾向于优先保障破产程序的效率，对数据保护则采取了更为宽松的监管方式。[7]

相比之下，我国破产程序中的数据跨境流动主要由分散于非破产法律法规和技术标准中的规则进行规制，这些规则简单宽泛，没有充分考虑各种目标冲突。特别是当数据安全保障与破产程序之间存在冲突时，我国的法律并没有为司法实践提供协调路径和标准。一方面，我国《破产法》尚未规定破产情形下的数据处置。另一方面，我国关于数据跨境流动的非破产法律中仅有少量条文提及破产，难以指导破产司法实践。因此，我国无法依据任一类法律

对破产程序中的数据跨境流动规制的目标冲突进行协调。

（二）可跨境交易数据资产确定难

因为我国缺乏破产程序中数据资产的定性和处置规则，所以实践中无法依据《破产法》确定破产中可交易的数据资产范围，也不能确定数据跨境流动规则和隐私保护规则在破产情境下如何适用，相应地难以确定可跨境交易数据资产范围。

可跨境交易数据资产范围的确定需要经过两个步骤：（1）确定债务人持有的数据资产是否属于债务人财产。尽管我国《破产法》及其司法解释并未排除数据资产作为债务人财产的可能性，但司法实践中尚未有相关案例。[27]（2）区分债务人数据资产中哪些属于可跨境交易的财产。由于债务人数据资产敏感程度不同，部分数据资产可能属于限制跨境交易的数据资产。因此，应当依据数据安全和隐私保护等多方面的规则确定其是否可以跨境交易。我国对数据保护采取分类分级的态度，[28]但各规则中的标准并不统一，规则的分散将加剧可跨境交易数据资产的确定难度。

考察域外经验可见，美国可跨境交易数据资产范围较大。一方面，美国支持将数据资产作为债务人财产进行交易，对数据的流动和隐私的保护主要采取以客户和企业之间的隐私政策为基础由当事人合意的模式。例如，在加密货币投资平台 Celsius 破产案中，破产法院认定投资者计息账户（earn account）中的加密货币所有权归债务人 Celsius 所有，属于债务人财产。[⑥]另一方面，美国在数据自由跨境流动的基础上针对不同数据采取了差别规制的方式以限缩债务人数据资产的跨境交易性。例如，《健康保险携带和责任法》（Health Insurance Portability and Accountability Act）对受保护的健康信息的转让进行了限制。《外国投资风险评估现代化法》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act）规定美国有权对关键技术或关键基础设施的投资交易进行审查，通过审查的方式限制境外投资者对任何拥有、运营、生产或提供关键基础设施或为该设施提供服务的主体进行投资来限制重要技术数据的跨境流动。

（三）数据资产跨境交易条件规制不足

应当注意的是，可跨境交易的破产数据资产也可能存在交易条件限制。我国对数据资产跨境交易设定条件主要是基于数据安全和权利保障的目的，没有考虑破产程序的质效需求，故我国《破产法》中并没有限制数据资产交易的规定，具体交易限制主要分布于数据和隐私保护的法律中，具有零星化、碎片化的特点。例如，2020 年《信息安全技术个人信息安全规范》第 9.3 条（收购、兼并、重组、破产时的个人信息转让）要求处置数据资产时应当："a)向个人信息主体告知有关情况；b)变更后的个人信息控制者应继续履行原个人信息控制

者的责任和义务，如变更个人信息使用目的时，应重新取得个人信息主体的明示同意；c)如破产且无承接方的，对数据做删除处理。”《个人信息保护法》第 22 条规定，“个人信息处理者因合并、分立、解散、被宣告破产等原因需要转移个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或者姓名和联系方式。接收方应当继续履行个人信息处理者的义务。接收方变更原先的处理目的、处理方式的，应当依照本法规定重新取得个人同意。”

相比之下，美国数据资产交易条件相对明确。依据美国《破产法》第 363(b)(1)条，在债务人企业处置个人可识别信息⑦时应当考虑企业的隐私政策，若隐私政策明确禁止客户数据交易的，则应当依据隐私政策限制数据交易。[29]同时，第 332 条还增设了隐私监察员(ombudsman)。依据破产法的规定，当处置债务人财产时，如果债务人隐私政策明确破产情境下允许转让隐私数据，则可以依据隐私政策对债务人持有的数据进行处置；如果债务人的隐私政策禁止隐私数据交易的（债务人隐私政策并未规定可以对隐私数据进行交易的视同禁止），则由隐私监察员作为中立第三方对数据进行评估以确定所涉隐私数据是否可以进行交易。[29]

对破产数据资产跨境交易的条件规制不足，不利于保障破产中数据资产交易的安全性和稳定性。一方面，如果债务人企业在清算或重整过程中处置的数据资产为限制交易的数据，交易条件规定的不足可能导致债务人数据资产不当流动，或导致敏感数据泄露。另一方面，在数据本土化保护不断强化的趋势下，数据资产交易条件不完善不利于数据资产高效处置和价值最大化。

（四）救济模式不能适应破产情景

对破产中数据跨境流动的被侵权人的救济不宜采用常规方式，而需进行特殊规制，以保障被侵权人的权利。破产情境下救济的特殊性主要体现在以下两点：（1）谁承担法律责任？（2）谁承担举证责任？

1. 对承担法律责任的数据处理者范围规定不明确

破产情形下，进入破产程序的企业可能缺乏保障数据安全的客观能力和主观意愿，如果仅将破产债务人企业视为数据处理者不利于保障救济的有效性。[7]第一，当企业进入破产程序后，用于保障数据安全的资金和人力投入必然减少，出现数据安全漏洞的几率增加。例如，加密货币平台 FTX 申请破产后一天内便遭遇了黑客攻击，并产生了财产损失。[30]第二，一般地，企业只有在正常运营时，为保障自身业务的正常开展、保护商业秘密、维护其“护城河”，才会采取诸多措施保障数据资产安全，如对重要数据进行多重加密、分布式储存等。当企业面临资不抵债情形时，其维护和保障非核心数据资产的动力显著降低，支付大额资金

用于保障数据资产安全的意愿大幅减弱。[31]第三，一般地，破产中的企业不但无心无力采取主动保护措施，企业主体消灭后更是无法对其进行处罚。我国现有处罚措施在企业正常运营时具有相当的效力；但当企业处于破产情境时，这些措施便难以落实。因为债务人企业已无力正常运营，罚款等措施难以得到实际执行；若企业破产后原债务人企业退出市场，则处罚措施将因被执行人的消灭而归于无效。因此，仅将债务人认定为数据处理者不仅可能导致破产数据资产被泄露、被入侵或被窃取，增加数据安全风险，还可能致使救济措施执行不能。

然而，我国法律并未明确破产程序中承担数据保护义务的数据处理者是否包括破产管理人。首先，数据保护法律中对数据处理者的定义有待进一步明确。我国《个人信息保护法》和《数据安全法》中规定的主要义务履行者和责任承担者是数据处理者。[32]依据《个人信息保护法》第 20 条，数据处理者为“决定个人信息的处理目的和处理方式”的组织或个人。依据《数据安全法》第 3 条，数据处理者为“收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开”数据的组织和个人。破产管理人是否属于数据处理者存在争议。其次，我国破产法也未将数据处理责任归为管理人责任范围。虽然我国《破产法》第 130 条规定了管理人违反勤勉尽责义务造成的损失应当承担赔偿责任，人民法院也可以依法罚款。但是，从《破产法》文本来看，由破产中数据资产交易造成的侵权不能依据本条提起救济。可见，不论是数据保护法还是破产法，两者都未明确将管理人界定为破产程序中的数据处理者。

因此，虽然我国《数据安全法》《个人信息保护法》《网络安全法》等法律规定的处罚措施具有相当的严厉性，有利于保障救济的效力，但这些处罚措施的实际有效性严重依赖于对破产程序中数据处理者的认定。例如，我国《个人信息保护法》第 66 条规定，最高可以对违反个人信息保护义务的数据处理者处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款。此外，第 69 条还规定可以同时要求数据处理者承担侵权损害赔偿责任。而《数据安全法》第 45 条和 46 条也规定了最高一千万元的罚款。我国的处罚措施与欧盟的处罚严厉性相当，依据欧盟《通用数据保护条例》第 83 条的规定，可对违反数据保护义务的数据控制者和数据处理者处以 2000 万欧元或年营业额 4%以下的罚款（取二者中更高者）。但是，只有当破产程序中数据处理者认定适当时，这些措施才能产生应有的效果。

考察域外经验可以发现，欧盟《通用数据保护条例》中的数据控制者和数据处理者范围可涵盖破产管理人，当债务人财产由管理人处置时，可以将管理人认定为数据控制者，由管理人承担相应责任。[33]英国法院认为，破产管理人并非一定是数据控制者，但是在符合英国 1998 年《数据保护法》（Data Protection Act）规定的情况下，破产管理人可能被认定为数

据控制者。[⑧]此外，从美国《破产法》第 363 条的规定也可以看出，美国也将管理人认定为破产程序期间的数据处理者，要求其承担数据安全保障义务。

2. 举证责任重新分配规则存在不足

依据我国《民事诉讼法》，普通民事侵权案件的举证责任为“谁主张，谁举证”。但是，数据处理过程中的侵权具有隐蔽性强、传播速度快和证据收集难度大等特点。同时，相比数据处理者，数据主体处于弱势地位，其既不容易觉察到侵权的发生，也难有足够的知识与技术取得侵权证据。[34]因此，对举证责任进行合理的重新分配方可更好地保障数据主体的权利。

这一点在我国立法中已有体现。我国《个人信息保护法》第 69 条规定了过错推定，“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。”可见，我国对于个人信息处理导致的侵权救济中的举证责任进行了重新分配，为数据主体提供了倾向性保护。美国采取了与我国《个人信息保护法》相似的过错推定责任，美国《破产法》第 363(p)(1)规定管理人对于自己为破产数据资产处置提供的适当保护承担举证责任。[35]值得注意的是，美国的上述规定同时适用于对个人信息和其他数据资产的处置。可见，美国的举证责任重新分配规则的适用范围更广。

综上所述，我国的救济模式在承担责任的数据处理者的范围和举证责任的分配方面还存在一些不足。

（五）跨境破产数据共享机制缺失

在跨境破产程序中，各国需要通过信息交流和相互协助推进跨境破产程序的顺利进行，因此对数据跨境共享机制依赖度高。跨境破产数据共享机制较为复杂，包括共享的数据范围、技术能力、标准规范和安全保障等诸多方面内容。跨境破产程序中需要共享的数据包括债务人企业的基本信息和破产案件审判程序中的信息，例如不同国家法院之间的合作交流信息、破产管理人的工作数据等，不予共享这些数据可能造成破产程序停滞、债务人财产价值受损。因此，应当在保障数据安全和适当监督的前提下，为这些数据的跨境流动创造便利，为域外破产程序推进提供帮助。

我国法律没有规定跨境破产中的数据共享和共享数据的保护。我国《破产法》中跨境破产的立法条文简单，司法实践也不足，没有构建跨境破产数据共享机制。《数据安全法》只规定了企业正常运营时的数据保护义务，例如第 21 条要求企业“建立健全全流程数据安全管理制度，组织开展数据安全教育培训，采取相应的技术措施和其他必要措施。”《网络安全法》的规定也有局限性，第 42 条规定“网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确

保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。”这些数据保护措施显然不能直接套用于破产程序中的数据处理者身上，不适合解决破产数据共享中数据保护的问题。

随着各国数据安全意识的增强、个人隐私保护需求的增加和数据资产占比的提高，破产中数据跨境流动和共享规制缺陷不利于破产程序利益相关方的权利实现。从过往实践来看，债务人企业会为了便利重整或清算而进行诉讼法院的选择。[36]当债务人企业数据资产价值巨大时，利益相关方也可能为了实现数据资产价值最大化而进行法院选择，选择在更有利于数据资产价值实现和数据安全保护的司法管辖区启动主要破产程序。因此，破产中数据跨境流动规制的缺陷可能影响对破产数据资产的管辖权，致使数据外流，影响我国的数据主权。

三、 完善我国破产中数据跨境流动规制的对策

由于我国对破产程序中的数据跨境流动规制存在诸多不足，随着数据资产逐渐成为企业资产的重要组成部分，我国宜在参考欧盟和美国等域外较为成熟经验的基础上，结合我国国情完善对破产中的数据跨境流动的规制，进一步推动破产中数据资产流动的立法和国际合作。

（一）推进数据安全保障与破产程序相协调

我国关于数据跨境流动的法律规范主要分布在非破产法中，对破产程序的特殊需求关注不足，偏重保障数据主体权利和国家数据安全，对于破产中的数据共享和破产程序高效推进的需求关注不足。我国应当以非破产法对数据跨境流动的规制为基础，通过破产法对其中的特殊情形进行补充规定，以实现破产情境下数据资产高效处置、数据有力保护和数据有效共享之间的目标平衡。

当破产程序与数据保护有冲突时，不应当简单排序，而需保障数据安全与破产程序相协调。因为破产程序与数据规制都具有双重属性，认为其中之一具有绝对的优先顺位，或绝对化的忽视其中任何一方当事人的权利均不恰当。一方面， 破产程序具有私利性和公共性两个方面的目的，在保障利益相关人权益的同时也防范了规模性社会风险的发生。另一方面，数据规制同样具有私利性和公共性目的，不仅保障个人隐私也维护了公共安全。僵化的数据安全保障会导致破产程序停滞不前，而单纯强调债务人财产价值最大化则可能危害公共安全和个人基本权利。因此，为保障破产程序和数据保护基本目标的同步达成，我国应当在协调共进的基础上对破产中的数据保护和数据跨境流动问题进行规制。一方面，数据保护和个人隐私应当适度让步以保障具有市场价值和交易价值的债务人数据财产的处置；另一方面，债

务人数据财产的处置应当避免对个人基本隐私权和社会公共利益的侵犯。

（二）明确可跨境交易破产数据资产的范围

首先，可通过《破产法》的司法解释和司法实践明确纳入债务人财产的数据资产的范围。由于数据资产在近年才引起高度关注，所以各国对此类资产的定性和规制不足。部分学者认为，数据资产并不属于债务人财产的范围，因为债务人企业对于数据仅有使用权而没有所有权。[37]但近年来国外多数学者和司法实践都认可将数据资产纳入债务人财产，国内也有学者认为债务人对数据资产具有处置权。[38]我国《破产法》对数据资产是否属于债务人财产，能否进行出租、出售、置换等处置未予明确。笔者认为，由债务人企业收集和处理的、不具有个体识别属性的数据资产应当属于债务人财产。具有个体识别属性的数据在得到数据主体同意后，经过“匿名化”脱敏等技术性程序的处理，并经中立专业第三方评估合格的，也可以纳入债务人财产。然而，破产债务人持有的第三方的暂存数据，属于可以特定化的财产，不应当纳入债务人的数据资产范围，应准予第三方行使破产取回权。[6]

其次，建议在破产数据资产处置前对其进行分级评估，进一步依据数据的敏感程度确定可跨境交易的破产数据资产范围，并采用不同的保护标准。由于部分数据的保护标准难以界定，应当依据具体案件中数据资产涉及的内容和第三方权利等进行一事一议的界定。第一，债务人的自有运营数据可跨境自由交易，其跨境流动不仅不应进行限制，还应当在企业重整时积极提供共享协助以便利对企业的拯救。第二，对于不具有个体识别属性且对我国公共安全和社会稳定无碍的数据也可跨境交易，准予自由流动。第三，对于不具有个体识别属性但可能造成国家安全威胁的数据，应当严格限制跨境流动，禁止其跨境交易。[39] 第四，对于具有个体识别属性的数据，在符合我国隐私法律规范并经过正当程序取得数据个体同意的基础上可以准予跨境交易。我国可借鉴美国的隐私监察员制度，并结合我国既有规制方式，通过司法机关与网信部门联动的方式对数据进行评估和分级，由网信部门或其授权的机构出具数据分级评估报告，而不是由破产管理人或债权人会议自行决定。网信部门出具的报告应当提交给法院和破产管理人参考，并由法院最终决定各数据资产在破产程序中的处置。此外，对可跨境交易数据资产的划分标准应当定期调整和公布，以适应科技的迅速发展，保障数据安全和便利数据处置。[18]

再次，对于属于可交易债务人财产范围但未能得到市场认可且债务人已无法继续进行管理的数据资产应当由管理人销毁，并由司法机关进行监督，所需费用应当纳入破产费用。虽然此类资产价值并未得到市场的认可，例如在债务人清算的情况下没有找到合适的买家，或在债务人重整的过程中没有得到投资人认可未被纳入重整的范围内，但并不表示此类数据完

全无价值，更不代表这些数据可以不予保护和被随意处置。尽管一些数据资产没有足够的市场价值，但依然可能包含第三方的隐私数据或保密数据，如果随意处置它们可能导致这些数据泄露而影响第三方正当权利。

（三）对破产中数据跨境交易进行多重规制

首先，应当在《破产法》中明确数据资产跨境交易的限制性要求。破产中的跨境数据流动限制应依据分级保护的原则采取最低限度的必要限制，而不能滥用限制以致阻碍交易进行。同时，因为数据具有可复制性，当数据跨境流出后，除非境外数据接收方主动配合，否则无法保证恢复原状。所以，对破产程序中数据跨境流动的规制应当在事前予以明确。对于限制交易的数据资产，应当在处置初期即明确标注具体限制要求，避免由于未达到限制条件而导致处置行为无效。例如，应在拍卖清算财产时标明可参加拍卖的交易对方身份的限制，并在拍卖开始前由监管机关审核对方身份，符合限制条件的方可参与竞拍。在这方面可以参考美国在 Toysmart 案中设定的基础规则；[⑨]尽管该规则在后续司法适用中存在一定的差异，但基本都包括以下几点内容：（1）隐私数据不得单独出售；（2）受让人的行业与业务范围和债务人具有相似性；（3）受让人承诺遵守债务人原有的隐私政策；（4）变更使用目的需要数据主体的重新授权。[10]

其次，企业隐私政策中的限制性条件应作为破产中数据跨境交易条件的补充。我国《破产法》未明确企业是否应当依据其隐私政策进行数据资产处置，也未明确隐私政策缺失时的处置方式。笔者建议明确隐私政策在破产数据交易中的合意性质，并强制规定数据资产受让方继续履行债务人隐私政策中的义务；若受让方要求调整隐私政策中义务的，需要重新取得数据主体的同意。

（四）完善破产中数据跨境流动的救济模式

为保障数据主体权利的实现，建议在我国已有处罚措施的基础上，通过司法解释的方式进一步完善破产数据资产跨境交易的救济模式。[40]

首先，明确管理债务人数据资产的破产管理人和交易对手方为破产中的数据处理者，并由其承担各自在处置数据资产时违反数据保护义务产生的责任。这有助于保障破产数据安全和数据主体的权利实现。虽然数据资产属于债务人，但是破产管理人在破产程序中实际承担了决定破产数据资产处理目的和处理方式的责任，符合信息处理者的要件。[32]因此，将破产管理人界定为数据处理者更为恰当，而不是将其认定为《个人信息保护法》中的受委托处理者或《数据安全法》中的从事数据交易中介服务的机构。

其次，在管辖权确定和举证责任上对数据主体进行一定程度的倾斜性保护。这是因为数

据跨境交易后的救济难度进一步加大，[41]而数据主体实现其合法权利的成本也大幅增加；特别是因为数据跨境流动后的数据处理者处于境外，导致境内当事人寻求救济存在诸多不便，不利于被侵权的数据主体保障其自身合法权利。[42]在这方面，我国《个人信息保护法》规定了数据处理者的过错推定责任和该法域外适用的情形。在现有基础上，我国还应当在《破产法》中规定数据处理者对破产程序中其他数据侵权行为的举证责任倾斜性保护及该条款的域外适用，填补非个人数据侵权中的举证责任和管辖模式上的规制空缺，以完善破产中数据跨境流动的救济模式。

（五）积极构建跨境破产中的数据共享机制

虽然我国尚未采纳《联合国跨境破产示范法》，但已在立法和司法实践中对推动跨境破产国际合作进行了有益尝试。[43]为便利跨境破产程序，应当进一步推动破产程序中数据的共享机制构建。在数据共享方面，我国已与多个国家签署了“数字丝绸之路”合作谅解备忘录，并积极推动申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）和《数字经济伙伴关系协定》（DEPA）的进程，可在后续的双边和多边合作中进一步明确破产情境下的数据共享程序，相互提供司法协助，以加速破产程序进程。这样不仅有利于破产相关人的权利实现，也有利于吸引数据密集型企业投资我国，还可以维护我国的数据主权。

构建跨境破产的数据共享机制时，我国还需进一步完善破产数据跨境共享中的数据保护，强化破产程序参与人的保密义务，防范数据共享过程中的风险。同时，对于跨境破产程序中的数据和信息交流，由数据处理者单独决定这些数据的跨境共享并不恰当，可参考域外经验采取法庭授权和监督的方式。例如，法国规定法国破产案件的管理人在收到域外管理人破产合作申请时应当告知法国的审理法官，涉及保密内容的信息需要取得审理法官的许可方可对外提供。意大利也采取了与法国相似的前置要求。[44]美国也要求管理人的数据交流活动在法院的授权和监督下进行。美国《破产法》第 1525 条至 1527 条规定了可以进行跨境破产信息交流的人员和方式，并赋予了美国破产法院对这些数据共享交流活动进行监督的权力。这使得破产程序中的数据流动处于司法监督之下，避免数据跨境流动带来安全问题。

结语

由于债务人持有的数据资产可能具有全球性和敏感性，破产程序中数据资产的处置可能引起数据的跨境流动和泄露，所以破产程序可能成为数据跨境流动和数据隐私保护规制中的薄弱环节。我国对破产中数据跨境流动的规制存在明显不足，我国应在借鉴欧盟和美国对破产中数据跨境流动的规制经验基础上，结合本国国情对破产中数据跨境流动的规制进行完善：在保障破产拯救与数据保护基本目标的基础上，最大程度实现两者的协同；可依据破产

中数据资产的敏感程度确定其可跨境交易的范围；在明确破产中数据跨境交易限制规则的基础上，对限制交易的跨境流动数据采取必要保护；应明确界定破产数据处理者并强化对破产数据跨境流动中违反数据保护义务行为的救济，在管辖权确定和举证责任上对数据主体进行一定程度的倾斜。此外，应加强破产程序中的数据跨境共享，完善共享机制，并保障数据安全。

注 释：

① In re Celsius Network LLC, 644 B.R. 276 (Bankr. S.D.N.Y. 2022).
② In re FTX Cryptocurrency Exch. Collapse Litig., MDL 3076 (N.D. Cal. Aug. 9, 2023).
③ 全球现有根服务器 13 个，其中有 10 个位于美国，其余 3 个分别位于日本、瑞士和英国。
④ 截至 2024 年 1 月 6 日，共计 59 个国家已采纳《联合国跨境破产示范法》。
⑤ Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Pub. L. No. 109-8, § 231, 119 Stat. 23, 72−73 (2005).
⑥ In re Celsius Network LLC, 647 B.R. 631 (Bankr. S.D.N.Y. 2023).
⑦ 美国《破产法》第 101(41A)条规定，本法所规定的个人可识别信息包括个人的姓名、地址、电子邮件地址、电话号码、社会保险号码、信用卡号码等。
⑧ Green v Group Ltd & Ors [2019] EWHC 954 (Ch).
⑨ Fed. Trade Comm'n v. Toysmart. Com, Inc., No. 00-11341 (D. Mass.July 23, 2004).

参考文献：

[1] 全球数据安全倡议[EB/OL]. 新华网. 2020-08-09[2023-08-31]. http://www.xinhuanet.com/world/2020-09/08/c_1126466972.htm.

[2] YADYKIN V, BARYKIN S, BADENKO V, et. al. Global Challenges of Digital Transformation of Markets: Collaboration and Digital Assets[J]. Sustainability, 2021, 13(19): 10619.

[3] The World's Most Valuable Resource Is No Longer Oil, but Data[EB/OL]. The Economist, 2017-5-6[2023-03-24]. https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data.

[4] KAAL W A. Digital Asset Market Evolution[J]. The Journal of Corporation Law, 2020, 46(4): 909-963.

[5] 中共中央国务院关于构建数据基础制度 更好发挥数据要素作用的意见[EB/OL].中国政府网. 2022-12-19[2023-09-06]. https://www.gov.cn/zhengce/2022-12/19/content_5732695.htm.

[6] 余佳楠. 企业破产中的数据取回[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021(5): 79-88.

[7] BRADLEY C G. Privacy Theater in the Bankruptcy Courts[J]. Hastings Law Journal, 2023, 74(3): 607-678.

[8] SIAM K. Coming to a Retailer Near You: Consumer Privacy Protection in Retail Bankruptcies[J]. Emory Bankruptcy Developments Journal, 2016, 33(2): 487-521.

[9] 龚淋. 破产法调整个人信息出售的逻辑与路径——以美国法为切入点[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2022(6): 53-63.

[10] BRADLEY C G. Privacy for Sale: The Law of Transactions in Consumers' Private Data[J]. Yale Journal on Regulation, 2023, 40(1): 127-196.

[11] WOODS A K. Against Data Exceptionalism[J]. Stanford Law Review, 2016, 68(2): 729-789.

[12] BURRI M. Cross-Border Data Flows and Privacy in Global Trade Law: Has Trade Trumped Data Protection?[J]. Oxford Review of Economic Policy, 2023, 39(1): 85-97.

[13] 丁晓东. 数据公平利用的法理反思与制度重构[J]. 法学研究, 2023(2): 21-36.

[14] 王倩, 刘杨钺, 牛昊. 欧美跨境数据流动规制模式对比及博弈分析[J]. 情报杂志, 2022(3): 174-180+173.

[15] SADOWSKI J. When Data is Capital: Datafication, Accumulation, and Extraction[J]. Big Data & Society, 2019, 6(1): 1-12.

[16] BENTHALL S, VILJOEN S. Data Market Discipline: From Financial Regulation to Data Governance[J]. Journal of International and Comparative Law, 2021, 8(2): 459-486.

[17] VILJOEN S. A Relational Theory of Data Governance[J]. The Yale Law Journal, 2021, 131(2): 573-654.

[18] TAN D B. Maximizing the Value of Privacy through Judicial Discretion[J]. Emory Bankruptcy Developments Journal, 2017, 34(2): 681-722.

[19] 金晶. 欧盟的规则，全球的标准？数据跨境流动监管的"逐顶竞争"[J]. 中外法学, 2023(1): 46-65.

[20] MCCABE D, SATARIANO A. The Era of Borderless Data Is Ending[EB/OL]. The New York Times, 2022-05-23[2023-03-24]. https://www.nytimes.com/2022/05/23/technology/data-privacy-laws.html.

[21] 吴玄. 数据主权视野下个人信息跨境规则的建构[J]. 清华法学, 2021(3): 74-91.
[22] MAGNUSON W. A Unified Theory of Data[J]. Harvard Journal on Legislation, 2021, 58(1): 23-67.
[23] 范志勇, 徐阳光. 我国跨境破产制度的规范评析与完善路径——以跨境破产平行模式为中心[J]. 福建师范大学学报(哲学社会科学版), 2021(2): 96-108.
[24] 张玲. 我国与“一带一路”沿线国家跨境破产司法合作的现实困境与解决路径[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2020(6): 61-72.
[25] RYNGAERT C, TAYLOR M. The GDPR as Global Data Protection Regulation?[J]. American Journal of International Law, 2020, 114: 5-9.
[26] CARROLL B. Price of Privacy: Selling Consumer Databases in Bankruptcy[J]. Journal of Interactive Marketing, 2002, 16(3): 47-58.
[27] 陈夏红. 破产程序中的数据保护与处理[J]. 法律适用, 2023(12): 83-92.
[28] 徐婧欣, 郭丰, 苏鹏. 数据分类分级政策演化研究[J]. 图书馆, 2023(2): 48-55.
[29] 美国破产法典（中英文对照本）[M]. 申林平, 译. 北京：法律出版社, 2021：107-109，161.
[30] FTX Investigating Possible $515 Million Hack After Bankruptcy Filing[EB/OL]. The New York Times, 2022-11-12[2023-10-25]. https://www.nytimes.com/2022/11/12/business/ftx-cryptocurrency-hack.html.
[31] JANGER E J. Privacy Property, Information Costs, and the Anticommons[J]. Hastings Law Journal, 2002, 54(4): 899-929.
[32] 何泽昊, 王海峰. 实现个人信息“控制者—处理者”模式的与时俱进[J]. 宁夏社会科学, 2021(6): 107-115.
[33] HAUCK R. Personal Data in Insolvency Proceedings: The Interface between the New General Data Protection Regulation and (German) Insolvency Law[J]. European Company and Financial Law Review, 2019, 16(6): 724-745.
[34] 郭少飞, 李彤. 数据侵权责任认定难题及其克服——以抖音群控案为例[J]. 求是学刊, 2022, 49(4): 137-149.
[35] 王道发. 个人信息处理者过错推定责任研究[J]. 中国法学, 2022(5): 103-121.
[36] EIDENMÜLLER H. The Rise and Fall of Regulatory Competition in Corporate Insolvency Law in the European Union[J]. European Business Organization Law Review, 2019, 20(3): 547-566.
[37] JANEČEK V. Ownership of Personal Data in the Internet of Things[J]. Computer Law & Security Review, 2018, 34(5): 1039-1052.
[38] 郭东阳. 破产法视野下个人信息转让的同意规则研究[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2020(5): 90-97.
[39] 周明. 数据国籍制度体系的论证与构建[J]. 中国科技论坛, 2023(2): 159-167.
[40] SCHOLZ L H. Privacy Remedies[J]. Indiana Law Journal, 2019, 94(2): 653-688.
[41] 郭春镇, 候天赐. 个人信息跨境流动的界定困境及其判定框架[J]. 中国法律评论, 2022(6): 86-106.
[42] USMANI F Z. Information Privacy and Internet Company Insolvencies: When a Business Fails, Does Divestiture or Bankruptcy Better Protect the Consumer[J]. Fordham Journal of Corporate & Financial Law, 2003, 8(1): 273-331.
[43] GUO S, SU J. Chinese Cross-Border Insolvency Laws: Recent Developments and International Implications[J]. International Insolvency Review, 2023, 32(1): 41-59.

[44] WESSELS B, KOKORIN I. Cross-Border Cooperation and Communication: How to Comply with Data Protection Rules in Matters of Insolvency and Restructuring[J]. International Corporate Rescue, 2019, 16(2): 98-103.

合格国内最低补足税“弯道超车”
——评全球最低税分配顺序的再调整*

朱晓丹　曹港珊#

2021 年 12 月，经济合作与发展组织（OECD）发布《应对经济数字化税收挑战——支柱二全球反税基侵蚀（GloBE）规则立法模板》（以下简称《立法模板》），[1]首次提及“合格国内最低补足税”（Qualified Domestic Minimum Top-up Tax，QDMTT）。此后，QDMTT 迅速被部分欧盟成员国、英国、加拿大等国家纳入实施支柱二的国内立法。毋庸置疑，QDMTT 将重新调整全球最低税（仅指 GloBE 补足税）在各辖区间的分配顺序。在传统税收协定体系下，跨国营业所得由来源国优先征税。在支柱二 GloBE 规则下，依据收入纳入规则（Income Inclusion Rule，IIR），大型跨国企业集团超额所得的 GloBE 补足税由集团母公司居民国优先征税。但是，QDMTT 将 GloBE 补足税的优先征税权重新分配给了超额所得的来源国。《立法模板》对 QDMTT 的描述较少，却牵一发而动全身。2023 年，OECD 先后于 2 月和 7 月发布两套《应对经济数字化税收挑战——支柱二全球反税基侵蚀规则立法模板征管指南》（以下分别简称《征管指南一》和《征管指南二》），具体规定和细化了 QDMTT 的制度设计及其安全港规则。[2]当前，我国正在积极参与数字税国际规则的制定。[3]我国财税部门将谨慎稳妥地推进新国际税收规则在我国的落地实施。[4]在此背景下，本文主要对合格国内最低补足税因何而来、其功能为何、我国应如何应对等方面展开研究。

一、QDMTT 出台前情况

（一）QDMTT 出台前 GloBE 补足税的分配顺序

GloBE 规则的核心是各辖区按照共同标准（common approach）实施补税，即若范围内跨国企业集团某财年在某辖区的实际有效税率（ETR）低于 15%，则该辖区当年构成 GloBE 低税辖区，由此产生当年 GloBE 项下补足税。[5]之后该低税辖区的 GloBE 补足税沿着辖区内低税成员实体的所有者权益链条在母公司居民国和低税辖区（即所得来源国）之间按顺序进行分配。[6]因此，GloBE 补足税产生于 GloBE 低税辖区，但分配须溯源低税成员实体。

在补足税产生方面，按辖区汇总后产生低税辖区及辖区补足税是 GloBE 补足税分配规则的逻

* 本文得到国家留学基金资助。本文系国家税务总局大连市税务局课题组《实施全球最低税对主要国家税收制度影响研究》课题的阶段性研究成果。本文已在《国际税收》2024 年第 6 期与第 7 期发表。

朱晓丹，大连海洋大学海洋法律与人文学院教授，法学教研室主任；曹港珊，维也纳经济大学国际税法硕士。

[1] OECD. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)[EB/OL]. (2021-12-20)[2023-09-10]. https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.htm.

[2] 2023 年 2 月，OECD 发布的《征管指南一》对 QDMTT 作出了具体规定；2023 年 7 月，OECD 发布的《征管指南二》进一步细化了 QDMTT 及其安全港规则。参见：OECD. Agreed Administrative Guidance[EB/OL]. [2023-09-10]. https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.htm.

[3]《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》强调，要积极参与数据安全、数字货币、数字税等国际规则和数字技术标准制定。

[4] 韩霖，高阳，邓汝宇.数字经济国际税改“双支柱”方案的历史意义与现实应对：专访中国国际税收研究会会长张志勇及国家税务总局国际税务司司长蒙玉英[J].国际税收，2022（2）：3-8.

[5]《立法模板》第 5.2 条。

[6]《立法模板》第 2 章。

辑起点。[7]相应地，一国特定区域内实施的所得税优惠政策并不必然使该国成为 GloBE 低税辖区。在补足税分配方面，每一低税成员实体的补足税金额原则上将按照以下顺序进行分配。第一顺位是母公司居民国。根据 IIR，低税成员实体的补足税金额应首先由其母公司（包括集团最终母公司、中间母公司和部分持股母公司）向母公司所在辖区缴纳。[8]第二顺位是低税成员实体所在实施 UTPR 的辖区。根据 UTPR，若 GloBE 范围内跨国企业集团的母公司所在辖区未实施“合格的 IIR”或者实施“合格的 IIR”之后低税成员实体补足税金额仍有剩余，则由低税成员实体所在实施 UTPR 的辖区按要素比例补充征收补足税的剩余金额。[9]

关于 IIR 与 UTPR 的关系须强调两点。一是 UTPR 补足税的性质是补充征税权，其“备胎”特点将在定性上影响 UTPR 补足税征税权的启动。即若母公司居民国实行“合格的 IIR”，则一般不会启动 UTPR 补足税。二是相较于 IIR 补足税，UTPR 补足税的分配对象已发生变化。UTPR 补足税并非直接对单一低税成员实体 IIR 补足税的余额进行分配，而是将 IIR 补足税余额在集团进行汇总后按要素比例在实施 UTPR 的低税辖区之间重新分配。[10]这意味着即使产生于某 UTPR 辖区的 GloBE 补足税在扣除 IIR 补足税金额后为正值也未必会全部分配给该 UTPR 辖区，而是按该辖区所占要素比例分配。因此，不考虑 QDMTT 时，大型跨国企业集团母公司居民国在 GloBE 补足税的分配中，无论在定性和定量方面都处于绝对优先顺位。

（二）QDMTT 因何而来

OECD 秘书长马蒂亚斯·科尔曼（Mathias Cormann）指出，一旦有足够多（critical mass）的国家实施支柱二，其他国家就很难不效仿。[11]牛津大学迈克尔·德弗罗（Michael Devereux）教授进一步研究认为，所谓“足够多”国家或许只需要七国集团（G7）中 3~4 个成员国即可。根据 2018 年 OECD 国别报告，从全球 6 764 个大型跨国企业集团（全球营业收入达到 7.5 亿欧元）母公司在 47 个辖区分布的数量看，近 60%的集团母公司分布在 G7 成员国境内，其中母公司位于美国境内的大型跨国企业集团数量占比高达 24.3%。[12]迈克尔·德弗罗教授经测算评估认为，尽管有约 140 个辖区达成了关于实施支柱二的历史性共识，但 G7 是影响支柱二落地实施的关键少数。只要 G7 中有 3~4 个成员国实施 GloBE 规则，就可能显著激励 G7 其他成员国跟随，进而刺激全球范围内大部分辖区实施 GloBE 规则。[13]目前在 G7 成员国中，加拿大、英国、德国、日本已经发布实施 GloBE 规则的国内立法（或立法草案）。[14]《欧盟全球最低税指令》的发布意味着 GloBE 规则也将在欧盟

---

[7] 根据《立法模板》第 5.2.3 条和第 5.2.4 条分别计算 GloBE 辖区补足税和低税成员实体补足税。

[8] 根据《立法模板》第 2.1 条至第 2.3 条的规定，低税成员实体的补足税金额在集团最终母公司、中间母公司和部分持股母公司之间的分配亦有先后顺序，原则上最终母公司优先，但在特定条件下也可能其他母公司优先。母公司之间的分配顺序本文不作更多讨论。

[9] 《立法模板》第 2.5 条和第 2.6 条。

[10] 分配给母公司负担的 IIR 补足税的分配对象是单一低税成员实体的补足税金额，但 UTPR 补足税分配对象是将当年跨国企业集团每个“仍有 IIR 补足税剩余”的低税成员实体的补足税金额汇总（根据《立法模板》第 2.5.1 条和 2.5.3 条），然后按照低税辖区占有的“有形资产”（占比 50%）和“员工数量”（占比 50%）两个要素比例在实施 UTPR 的低税辖区之间进行再分配（根据《立法模板》第 2.6.1 条）。若从单一低税成员实体的补足税来看，按照其所有者权益持有链条，一般情况下，由母公司向其居民国足额缴纳该低税成员实体补足税；若有剩余，则该低税成员实体补足税余额须先汇总进入集团，在集团层面重新确认集团当年的 UTPR 补足税金额，然后在低税成员实体所在低税辖区（指实施 UTPR 的低税辖区）之间按要素比例分配。

[11] ‘Historic’ Global Tax Deal on Multinationals Delayed until 2024[EB/OL]. (2024-02-29)[2024-02-29]. https://times.ky/historic-global-tax-deal-on-multinationals-delayed-until-2024.

[12] OECD. Corporate Tax Statistics: Fourth Edition[EB/OL]. (2022-11-17)[2023-09-10]. https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-fourth-edition.pdf. P.36, Table 1.

[13] Devereux Michael P, Paraknewitz Johanna, Simmler Martin. Empirical Evidence on the Global Minimum Tax: What Is a Critical Mass and How Large Is the Substance-Based Income Exclusion?[J]. Fiscal Studies, 2023(1): 10-14.

[14] 除日本立法仅引入 IIR 外，其他三个国家的立法均引入 IIR、UTPR 和 QDMTT。

范围内广泛实施。[15]美国对实施支柱二的态度虽然尚不明确，但德国、法国提议的全球最低税方案本就借鉴了美国最低税制度，美国国内现行的三种最低税制度，即全球无形资产低税所得（Global Intangible Low-Taxed Income, GILTI）、税基侵蚀和反滥用税（Base Erosion and Anti-abuse Tax, BEAT）及公司替代性最低税（ Corporate Alternative Minimum Tax, CAMT），与支柱二可谓“和而不同”，其目标均为结束全球公司所得税的“逐底竞争”。

那么，有趣的问题是，既然在 QDMTT 未出台时，作为母公司主要所在地的 G7 成员国即可通过 IIR 对 GloBE 补足税优先征税，为何《立法模板》还要突然增加 QDMTT，将 GloBE 补足税的优先征税权重新分配给所得来源国呢？

二、实施 QDMTT 后 GloBE 补足税的分配顺序

《立法模板》引入 QDMTT 后，所得来源国将在 GloBE 补足税分配中跃居首位，实现对大型跨国企业集团母公司居民国 GloBE 补足税征税权的“弯道超车”。

（一）QDMTT 可能直接将低税辖区的补足税抵减至零

如前所述，GloBE 补足税产生于 GloBE 低税辖区，分配须沿着该低税辖区境内低税成员实体的所有者权益链条优先分配给母公司所在辖区。而 QDMTT 恰恰作用于 GloBE 补足税产生后且分配前。当某个范围内跨国企业集团在一个辖区该财年的有效税率低于 15%，该辖区当年即成为 GloBE 低税辖区，从而产生 GloBE 补足税。但是在 GloBE 补足税按照 IIR 或者 UTPR 分配之前，必须先确认该低税辖区的 GloBE 补足税金额。QDMTT 就是《立法模板》在补足税金额确认过程中引入的新概念，其作用是直接从低税辖区产生的 GloBE 补足税金额中予以扣除。

根据《立法模板》第 5. 2. 3 条，一个辖区每个财年的补足税金额是根据以下公式计算的正值（如有）：

辖区补足税 =（补足税比例×超额所得）+附加当期补足税-境内补足税

该公式的“境内补足税”是指 QDMTT，即一辖区境内最低税符合《立法模板》第 10. 1 条规定且被 GloBE 实施框架（GloBE Implementation Framework, IF）认定的 QDMTT。根据该公式，QDMTT 将在计算低税辖区 GloBE 补足税金额时被直接扣除。多数情况下低税辖区依据其国内法先行征收的境内补足税（QDMTT）将使其 GloBE 补足税金额抵减至零。[16]这在事实上阻却了 IIR 及 UTPR 对该辖区补足税的分配，从而使该低税辖区（超额所得来源地）跃居 GloBE 补足税分配顺序的首位。

（二）QDMTT 可使所得来源国保持国内所得税优惠税制

为实施支柱二，GloBE 低税辖区不得不面临提高公司所得税法定税率或削减公司所得税优惠的难题。修改国内优惠税制对任何辖区而言都并非易事，但 QDMTT 却使这一目标变得简单起来。QDMTT 可使所得来源国对 GloBE 范围内企业征收境内补足税，从而极大阻却了 IIR 及 UTPR 对该所得来源国的适用，同时有效防止该国所得税优惠税制所让渡的征税权益流入他国财政。因此，QDMTT 可使所得来源国继续保持所得税优惠税制，甚至可以将公司所得税税率降为零，以吸引境

---

[15] 根据《欧盟全球最低税指令》第 56 条，欧盟成员国须在 2023 年 12 月 31 日前将其转化为国内法。EU. Council Directive (EU) 2022/2523 of 14 December 2022[EB/OL]. (2022-12-15)[2023-09-10]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2523&from=EN. 截至 2024 年 2 月 6 日，已有 18 个欧盟成员国据此颁布实施全球最低税的国内立法，分别是比利时、保加利亚、捷克、丹麦、德国、爱尔兰、法国、克罗地亚、意大利、卢森堡、匈牙利、荷兰、奥地利、罗马尼亚、斯洛文尼亚、斯洛伐克、芬兰、瑞典。EU. Document 32022L2523[EB/OL]. (2024-02-06)[2024-02-06]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32022L2523.

[16] 《应对经济数字化税收挑战——支柱二全球反税基侵蚀规则立法模板注释》（以下简称《注释》）第 5.2.3 条第 19-20 段。

外投资。有学者指出，支柱二非但不能解决公司所得税“逐底竞争”的问题，相反会激发更为激烈的公司所得税竞争。[17]虽然 GloBE 规则中全球最低税率（15%）为各国公司税竞争设定了“地板”下限，但 QDMTT 为各国设定了“天花板”上限，公司所得税竞争将更为激烈。[18]

（三）“不合格”境内最低税也将间接削减低税辖区的补足税

若一辖区境内最低税不符合《立法模板》第 10.1 条规定或不符合 IF 下的 QDMTT，则该辖区补足税不能适用《立法模板》第 5.2.3 条，其境内补足税不能从辖区补足税金额中直接扣除。但即使不构成 QDMTT，一辖区依据国内法征收的境内最低税也可以作为有效税额。[19]辖区有效税额的增加可直接提高该辖区有效税率，从而间接减少该辖区的 GloBE 补足税金额。相应地，QDMTT 则不计入辖区有效税额的计算，[20]因此不影响辖区有效税率。

QDMTT 可能使低税辖区直接将 GloBE 补足税抵减至零，对低税辖区规避 GloBE 补足税征税权外溢最为有效和彻底。相较之下，不构成 QDMTT 且只能作为有效税额的境内最低税只能间接减少辖区补足税金额，并不能完全阻止低税辖区 GloBE 补足税的产生和后续向集团母公司居民国进行分配。因此，一辖区境内最低税能否被认定为 QDMTT 对该辖区 GloBE 补足税金额的确认十分重要，也是实施 QDMTT 的关键。

三、实施 QDMTT 的关键问题及 QDMTT 的认定标准

作为共同标准的 GloBE 规则并不要求参与辖区必须实施 QDMTT。[21]一些发展中国家（如非洲国家）因其主要作为大型跨国企业集团的所得来源地而对 QDMTT 十分青睐。[22]但计划实施 QDMTT 的辖区应清楚地认识到，QDMTT 的实施并非易事，需谨慎考虑。

（一）实施 QDMTT 的关键步骤

根据《立法模板》第 10.1 条，QDMTT 指一个辖区国内法中符合以下条件的最低税：以与 GloBE 规则等效（equivalent）的方式确定辖区内成员实体的超额所得（domestic excess profits）；将成员实体国内超额所得的国内纳税义务提高至最低税率（15%）；执行和管理方式与 GloBE 规则和注释规定一致。据此，一辖区引入 QDMTT 的步骤如下。

第一步，制定并通过境内最低税立法。第二步，经 IF 同行评审机制审议，将其境内最低税认定为 QDMTT。[23]这两步是必经程序。接下来是第三步，QDMTT 安全港认定，这是非必经程序，即若第二步通过认定，则 IF 可进一步评估该辖区是否构成 QDMTT 安全港辖区；若第二步未通过认定，则不涉及 QDMTT 安全港的认定。因此，实施 QDMTT 并使其奏效的关键是 IF 关于 QDMTT（及其安全港）的认定结果。

（二）QDMTT 的认定标准

---

[17] Michael P. Devereux, John Vella, Heydon Wardell-Burrus. Pillar 2: Rule Order, Incentives, and Tax Competition[EB/OL]. (2022-03-11)[2023-09-10]. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4009002. P.9.

[18] Heydon Wardell-Burrus. Should CFC Regimes Grant a Tax Credit for Qualified Domestic Minimum Top-up Taxes?[EB/OL]. (2022-06-27)[2023-09-10]. https://www.taxnotes.com/special-reports/digital-economy/should-cfc-regimes-grant-tax-credit-qualified-domestic-minimum-top-taxes/2022/06/24/7dl9b?highlight=ultimate%20parent%20company.

[19] 《注释》第 3.2.1 条第 31 段。

[20] 《立法模板》第 4.2.2 条（b）项。

[21] 《注释》第 5.2.3 条第 20 段规定，作为共同标准的 GloBE 规则并不要求一辖区必须采纳 QDMTT。

[22] 例如，由非洲 38 个国家的税务主管当局组成的“非洲税收管理论坛”（African Tax Administration Forum, ATAF）在报告中指出，为提高辖区有效税率，非洲国家可选择改革税收激励政策或者制定国内最低补足税法律。国内最低补足税不是非洲国家应对境内利润转移的唯一方案，但其对大多数非洲国家而言是一个解决本国低效或无用税收激励政策的好时机。参见：ATAF. Responding to the Implementation of the Global Minimum Taxation: Policy Considerations[EB/OL].(2023-08-16)[2023-09-10]. https://events.ataftax.org/index.php?page=documents&func=view&document_id=203. P.74.

[23] 《征管指南一》第 5.1.1 条第 4 段、《征管指南二》第 5.1 条第 6 段。

根据《立法模板》关于 QDMTT 的定义，一辖区境内最低税构成 QDMTT 的关键是以“与 GloBE 规则等效的方式确定辖区内成员实体的超额所得”。与 GloBE 规则等效必须同时符合两个标准：一是境内最低税必须与 GloBE 规则设计相一致；二是境内最低税必须与 GloBE 规则适用结果相一致。[24]本文认为，这个看似简单合理的认定标准实际蕴含着极大的复杂性和不确定性。

一是在规则设计方面。QDMTT 相当于 GloBE 全球最低税的“本地版”，引入 QDMTT 的辖区将在国内法中同时运行 GloBE 和 QDMTT 两套最低税规则。根据 QDMTT 规定，一方面建议辖区境内最低税立法照搬 GloBE 规则以简化设计，实现功能等同；[25]另一方面又强调鉴于各辖区国内税制的差异，允许各辖区 QDMTT 与 GloBE 规则存在不同程度的差异，不能仅因设计上与 GloBE 规则不同而否定其 QDMTT 的认定结果。至于何种差异属于 QDMTT 允许的设计差异，须由 IF 在 QDMTT 的认定中一事一议。[26]这无疑增加了 QDMTT 认定结果的不确定性。

二是在适用结果方面。QDMTT 要求适用境内最低税计算的金额不低于适用 GloBE 规则计算的该辖区补足税金额。[27]这意味着，为达到 QDMTT 认定的目的，该辖区低税成员实体依然需要遵从两套规则（境内最低税与 GloBE）的申报义务以比对结果，其 GloBE 项下的征管与遵从成本没有降低。

对计划实施 QDMTT 的辖区及其境内 GloBE 范围内的成员实体而言，虽然 QDMTT 本身具有“抵消”GloBE 补足税及在辖区外豁免 GloBE 申报的“诱惑”，但 QDMTT 认定过程本身的复杂性和不确定性可能使这种“诱惑”大打折扣。尤其是对于更多作为大型跨国企业集团营业地（而非最终母公司所在地）的发展中国家而言，QDMTT 虽然能够将 GloBE 补足税的优先征税权分配给所得来源国，但作为国际税改“双支柱”方案制定中的跟随者，受自身征管能力限制，发展中国家的境内最低税未来在 IF 一事一议的审议中能否被认定为 QDMTT，尚存诸多不确定因素。

（三）QDMTT 安全港

即使一辖区境内最低税构成 QDMTT，跨国企业集团在该辖区依然同时面临两套独立的补足税遵从义务：一是向辖区税务机关履行 QDMTT 项下的补足税计算与申报义务；二是 GloBE 项下的补足税计算与申报义务，如依据母公司辖区 IIR 计算 QDMTT 辖区的 GloBE 补足税金额。这不仅将增加跨国企业集团的遵从成本，适用两套补足税规则结果的潜在差异也将增加跨国企业集团税负成本的不确定性。为了解决这一实际问题，《征管指南二》提出了 QDMTT 安全港规则。根据该规则，若某跨国企业集团在 QDMTT 辖区的成员实体符合 QDMTT 安全港标准，则根据《立法模板》第 8. 2. 1 条，该集团在 QDMTT 辖区的成员实体当年的 GloBE 补足税应被视为零；该集团在 QDMTT 辖区的成员实体当年只需按照该辖区的 QDMTT 规则计算补足税，无须适用其他 GloBE 规则再次计算补足税。[28]鉴于此，QDMTT 安全港可以使跨国企业集团在 QDMTT 辖区的成员实体显著降低 GloBE 遵从成本，并增加税收确定性。在辖区层面，GloBE 低税辖区境内 GloBE 补足税金额的计算究竟是由 GloBE 低税辖区决定，还是由母公司所在辖区决定，一直存在争议，即前者作为 GloBE 补足税的产生地能否对后者依据其 IIR 计算的补足税金额提出质疑。QDMTT 安全港实际上是将跨国企业集团在 QDMTT 辖区内 GloBE 补足税金额的“决定权”赋予了 QDMTT 辖区。

---

[24] 《征管指南一》第 5.1.2 条。
[25] 《征管指南一》第 5.1.2 条第 8 段。
[26] 《征管指南一》第 5.1.2 条第 9 段、《征管指南二》第 5.1 条第 33 段。
[27] 《征管指南一》第 5.1.2 条第 10 段。
[28] 《征管指南二》第 5.1 条第 4 段。

关于 QDMTT 安全港认定标准，IF 将兼采会计准则、一致性和征管三个标准予以认定。[29]为了进一步简化和增加确定性，IF 同行评审机制认定 QDMTT 安全港将以辖区（而非成员实体）为基础，即对一辖区关于 QDMTT 的立法和征管情况进行总体评估，不再关注该辖区对某集团 QDMTT 的适用结果。[30]

虽然 QDMTT 安全港规则可以简化辖区境内低税成员实体的 GloBE 遵从义务并增加确定性，但 QDMTT 安全港的认定并不能取代 QDMTT 的认定。[31]一辖区境内补足税若不构成 QDMTT，则不会进一步构成 QDMTT 安全港辖区。因此，本文前述 QDMTT 认定过程的复杂性和不确定性并不会因为 QDMTT 安全港规则而改变。那么，QDMTT 究竟对哪些国家有利呢？

四、QDMTT 或成七国集团内部对美利益博弈的工具

QDMTT 将全球最低税的优先征税权从大型跨国企业集团的母公司居民国重新分配给了所得来源国。本文认为，相较于广大发展中国家，QDMTT 的利益将更多地流入 G7 部分国家，其或将成为 G7 内部对美利益博弈的工具。

（一）英德法意加主要作为美国大型跨国企业集团的所得来源地

GloBE 范围内大型跨国企业集团的母公司近六成分布在 G7 成员国，但这些集团的境外主要投资地并非发展中国家，而是欧洲和美国，尤其是 G7 成员国。在 G7 内部，美国和日本境内的母公司数量远超其他五国（德国、英国、法国、意大利、加拿大）。[32]从美国与 G7 其他成员国双向直接投资流量看，截至 2022 年年底，美国对外直接投资累计 6. 58 万亿美元，其中 61. 2%流向欧洲国家，尤其是英国、荷兰、卢森堡和爱尔兰等地。[33]因此，欧洲是美国大型跨国企业集团最重要的所得来源地。美国同时也是实际使用欧洲直接投资最多的国家。截至 2022 年年底，外国在美直接投资总量累计约 5. 25 万亿美元，其中欧洲国家在美直接投资累计达 3. 4 万亿美元，占比 64. 8%。英国、荷兰、德国是欧洲国家在美直接投资的主力军。[34] 2021 年英国对外直接投资近 80%都流向了美国。[35]与欧洲国家一样，加拿大在利用美国直接投资数额的国家排序和对美直接投资数额的国家排序方面均稳居前五名。[36]因此，G7 成员国除日本外，与美国都是彼此最重要的投资伙伴。那么，在美国资本控制的大型跨国企业集团数量占绝对优势的情况下，G7 成员国（日本除外）实际上成为美国大型跨国企业集团的所得来源地。

美国大型跨国企业集团在欧洲获取高额利润的同时，却负担了较低的所得税税负。美国国内收入局公布的 2018 年度美国受控外国公司（Controlled Foreign Corporation, CFC）数据显示，美国公司在欧盟国家获取利润总额的所得税实际税率仅为 4. 35%，英国、荷兰、卢森堡、爱尔兰和匈牙

---

[29] 《征管指南二》第 5.1 条第 5 段。
[30] 《征管指南二》第 5.1 条第 6 段。
[31] 《征管指南二》第 5.1 条第 7 段。
[32] 大型跨国企业集团母公司在 G7 成员国的分布数量分别为：美国 1 641 个，日本 861 个，德国 387 个、英国 387 个、法国 232 个、加拿大 220 个、意大利 139 个。作者根据 2018 年 OECD 国别报告数据为计算得出。同脚注 12。
[33] Bureau of Economic Analysis. Direct Investment by Country and Industry, 2022[EB/OL]. (2023-07-20)[2023-09-10]. https://www.bea.gov/sites/default/files/2023-07/dici0723.pdf. Table 1.
[34] Bureau of Economic Analysis. Direct Investment by Country and Industry, 2022[EB/OL]. (2023-07-20)[2023-09-10].https://www.bea.gov/sites/default/files/2023-07/dici0723.pdf. Table 7.
[35] House of Commons. Foreign Direct Investment Statistics[EB/OL]. (2023-06-20)[2023-09-10]. https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8534/CBP-8534.pdf. P.19.
[36] Bureau of Economic Analysis. Direct Investment by Country and Industry, 2022[EB/OL]. (2023-07-20)[2023-09-10]. https://www.bea.gov/sites/default/files/2023-07/dici0723.pdf. Table 1,Table 7.

利显然成为美国公司在欧洲直接投资的“税收洼地”。[37]美国 CFC 在加拿大的所得税实际税率为 11. 8%，也低于全球最低税率水平。从 G7 成员国之间的利益博弈看，或许可以解释为何英国、欧盟、加拿大率先通过实施支柱二的立法并将 QDMTT 纳入其中，而德国、法国、意大利实质性推动通过《欧盟全球最低税指令》。[38]

日本的情况有所不同。与 G7 其他成员国与美国之间双向直接投资规模相对平衡不同，日本对美国直接投资数量位居国别第一（2022 年年底累计 7 119. 63 亿美元，占美国外国直接投资总额约 13. 5%），远超美国对日本直接投资总额（2022 年年底累计 774. 89 亿美元）。[39]因此，日本也是 G7 成员国中唯一有能力将美国作为其大型跨国企业集团主要利润来源地的国家。此外，根据美国国内收入局公布的 2018 年度美国 CFC 数据，美国 CFC 在日本的所得税实际税率为 18. 69%，总体高于全球最低税率水平。因此，日本是否引入 QDMTT 对美国在日直接投资的税负影响远低于 G7 其他五国。日本目前实施支柱二的国内立法仅引入了 IIR，[40]UTPR 和 QDMTT 仍在考虑中。

（二）美国对 QDMTT 的立场尚不明朗

英国、加拿大、欧盟在实施支柱二的相关立法中积极引入 QDMTT，将直接影响美国大型跨国企业集团在其最重要投资地的税负成本。美国对包括 QDMTT 在内的支柱二的态度对支柱二的顺利实施非常重要。

1. 美国两党关于是否实施支柱二的不同立场

美国国内法规定的三种最低税制度（GILTI、BEAT、CAMT）均与支柱二（IIR、UTPR、QDMTT）相似但不相同。[41]从支柱二谈判伊始，美国国会民主党和共和党议员关于是否修改国内法以实施支柱二的议题一直针锋相对。以拜登政府和国会民主党议员为代表的一方提议修改美国国内法，使其与支柱二兼容。[42]但相关立法提议（《重建美好未来法案》）在国会目前未获通过。与之相反，国会共和党议员提议，不应为实施支柱二而修改美国国内法。理由是，美国国内为鼓励创新、投资和就业提供的税收抵免和扣除优惠可能使美国公司本土利润的实际有效税率低于 15%，支柱二（如 UTPR）可能使其他国家有机会对美国公司的本土利润征收补足税。[43] UTPR 也可能使美国跨国企业集团位于境外低税辖区的利润在境外被征收补足税。美国共和党议员甚至发起了专门应对支柱二的两项立法提案，旨在惩罚那些可能利用支柱二对美国公司加征境外不公平税负（指 UTPR）的行为。[44]美国国会税收联合委员会发布的评估报告认为，支柱二增加了全球现行公司所得税制度

---

[37] 参见：IRS. Table 2. U.S. Corporations and Their Controlled Foreign Corporations, Tax Year 2018[EB/OL]. [2022-08-31]. https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-controlled-foreign-corporations#2.根据美国国内收入局公布的在各国 CFC 数据计算，计算公式为当期所得税税额/当期税前利润。结果显示，2018 年度美国 CFC 在英国、荷兰、卢森堡、爱尔兰和匈牙利获取利润总额的所得税实际税率分别为：6.85%、3.52%、2.18%、2.29%和 9.28%，均低于支柱二确定的全球最低税率（15%）。

[38] Joint Statement by France, Germany, Italy, Netherlands and Spain[EB/OL]. (2022-09-09)[2023-09-10]. https://www.mef.gov.it/inevidenza/2022/article_00076/JOINT-STATEMENT-BY-FRANCE-GERMANY-ITALY-NETHERLANDS-AND-SPAIN-OK.pdf.

[39] 同脚注 36。

[40] 法人税法[EB/OL]. (2023-03-31)[2024-03-15]. https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=340AC0000000034_20240401_505AC0000000003. 此法规于 2024 年 4 月 1 日生效。

[41] 关于支柱二与美国最低税的关系问题，可进一步参见：Reuven Avi-Yonah, Mohanad Salaimi. Minimum Taxation in the United States in the Context of GloBE[J]. Intertax, 2022(10): 673-677.

[42] 2021 年年底《重建美好未来法案》（H.R. 5376, the ‘Build Back Better Act’）中已提议：将 GILTI 税率提高至 15%；按国别适用 GILTI 规则；修改 BEAT 规则，使其与 UTPR 兼容。

[43] United States Senate Committee on Finance. Letter from Mike Crapo, Charles E. Grassley, John Cornyn, etc. United States Senate, to Janet Yellen, Secretary, Department of the Treasury[EB/OL]. (2022-02-16)[2023-09-10]. https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/finance_republicans_oecd_follow-up.pdf.

[44] 2023 年，美国共和党议员向国会提交了两项旨在反击支柱二的立法提案：H.R.3665, Defending American Jobs and Investment Act 和 H.R.4695, Unfair Tax Prevention Act，均尚未获得国会通过。

的复杂性，UTPR 将对美国跨国企业集团及其境外 CFC 在低税辖区的经营活动产生显著影响。[45]

2. 美国学界关于 QDMTT 的不同观点

有观点认为，QDMTT 使其他国家有机会先于美国对美国大型跨国企业集团的境外利润征税，这将影响美国大型跨国企业集团的竞争力；[46]但也有观点认为，若低税辖区普遍引入 QDMTT，恰恰符合美国利益。因为随着低税辖区税负的普遍提高，即便面临美国国内最低税制度，美国境内利润也将失去转移至境外低税辖区的税收动机。[47]也有学者建议，无论美国是否修改国内法以实施支柱二，美国可以主张 CAMT 的国内部分构成 QDMTT。[48]

截至目前，美国政府尚未对包括 QDMTT 在内的支柱二明确表态。2023 年，美国抵免规则规定境外辖区依据 IIR、UTPR、QDMTT 征收的补足税若符合抵免条件，可以享受美国境外税收抵免待遇。这显示了美国对他国实施支柱二的认可。但美国境内也不乏关于 CFC 税制与境外 QDMTT 优先顺序的讨论。美国国会关于是否实施支柱二的争论至少要持续到 2024 年年底美国总统大选之后，且结果如何具有极大的不确定性。

综上，本文认为，QDMTT 将更有利于 G7 内部对美利益博弈。QDMTT 基本打消了欧盟低税成员对实施全球最低税的顾虑，而发展中国家将面临诸多挑战。[49] 有研究根据 2022 年数据测算指出：若不考虑 QDMTT，支柱二所增加的全球公司所得税收入将有 45%分配给高收入国家（即发达国家），41%分配给投资中心（如匈牙利、爱尔兰、卢森堡、荷兰、瑞士、开曼群岛、新加坡等），14%分配给中、低收入国家（即发展中国家）；若各辖区均引入 QDMTT，支柱二增加的全球公司所得税收入将有 89%分配给投资中心，9%分配给高收入国家，而仅有 2%分配给中、低收入国家。[50]因此 QDMTT 能否使发展中国家获益具有争议性和不确定性。

五、**我国应对 QDMTT 的建议**

虽然我国尚未公布实施 GloBE 规则的具体方案和时间表，但财税部门全程深度参与 GloBE 规则多边谈判，贡献了包括基于实质所得的排除机制在内的中国方案和中国智慧。[51]那么，在欧美（尤其是 G7）关于全球最低税持续博弈的背景下，本文认为，中国可从以下三个方面做好应对。

---

[45] The Joint Committee on Taxation. Background and Analysis of the Taxation of Income Earned by Multinational Enterprises[EB/OL]. (2023-07-17)[2023-09-10]. https://www.jct.gov/publications/2023/jcx-35-23/. P.49-53.

[46] Heydon Wardell-Burrus. Should CFC Regimes Grant a Tax Credit for Qualified Domestic Minimum Top-Up Taxes? [EB/OL]. (2022-06-27)[2024-04-11]. https://www.taxnotes.com/special-reports/digital-economy/should-cfc-regimes-grant-tax-credit-qualified-domestic-minimum-top-taxes/2022/06/24/7dl9b. P9.

[47] Ring, Diane M.. Testimony for Hearing 'Cross-border Rx: Pharmaceutical Manufacturers and U.S. International Tax Policy' [EB/OL]. (2023-05-11)[2024-04-11]. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4452762. P7.

[48] "Guidance Regarding the Foreign Tax Credit and Dual Consolidated Losses in Relation to the GloBE Model Rules, and Extension and Modification of Temporary Relief in Notice 2023-55"
This section 2 describes rules that would address the treatment of certain taxes, including IIRs, UTPRs, and QDMTTs, under §§ 59(l), 78, 275, 704, 901, 903, 951A, 954, and 960.
Section 901 generally allows a credit for the amount of any income, war profits, and excess profits taxes (collectively, foreign income taxes) paid or accrued during the taxable year to any foreign country or to any territory of the United States, and in the case of a domestic corporation, the taxes deemed to have been paid under § 960. Section 903 provides that foreign income taxes include a tax paid in lieu of a generally- imposed foreign income tax.

[49] Annet Wanyana Oguttu. Preventing International Tax Competition and the Race to the Bottom: A Critique of the OECD Pillar Two Model Rules for Taxing the Digital Economy – A Developing Country Perspective [EB/OL]. (2022-11)[2024-04-11].https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/90086/Oguttu_Preventing_2022.pdf?sequence=1. P11.

[50] Felix Reitz. Revenue Effects of the OECD Corporate Tax Reform – An Updated Impact Assessment of Pillar Two[EB/OL]. (2023-07-17)[2023-09-10]. https://ile.unisg.ch/wp-content/uploads/2023/07/17-WP-Reitz.pdf. 关于该报告提及的低收入国家与人们通常理解的发展中国家的关系，本文说明如下：世界银行根据各国人均国民总收入（GNI）将世界各经济体分为低收入国家、中等收入国家和高收入国家。通常，中、低收入国家被称为发展中国家，高收入国家被称为发达国家。中国 2022 年人均国民总收入（GNI）为 12 850 美元，仍属于中等收入国家，因此是发展中国家。

[51] 周怀世.国际税收规则体系迎来近百年最大变革[N].中国税务报，2022-01-12（A1）.

（一）谨慎研判 GloBE 背景下中国的利益诉求

自 2015 年中国对外直接投资总额首次超过实际使用外资总额以来，我国每年对外直接投资与实际使用外资金额基本相当。[52]因此，在以税收协定为代表的传统国际税收规则体系下，中国兼具资本输出国和资本输入国角色，且中国作为最大的发展中国家，长期以来更多地作为工业经济下跨国所得的来源地（即资本输入国）。但是，在以“双支柱”方案为代表的应对经济数字化税收挑战的国际税收新规则体系下，中国的利益诉求应结合新规则和中国实际予以调整。在支柱二 GloBE 背景下，本文认为，中国作为资本输出国的利益正在加大。理由如下。

1. 中国是大型跨国企业集团母公司的重要所在地

根据 2018 年 OECD 公布的相关数据，从全球 6 764 个大型跨国企业集团母公司在 47 个辖区分布情况看，中国境内母公司数量为 394 个（占比 5. 82%），仅次于美国和日本。[53]从 2018 年大型跨国企业集团总部辖区的税前利润情况看，中国境内母公司税前利润为 1 370 亿欧元，仅次于美国、日本和英国。[54]可见，无论从大型跨国企业集团的数量还是利润水平看，中国均主要作为 GloBE 范围内跨国企业集团的母公司所在地，同时也是由中国资本控制的大型跨国企业集团的主要营业地，因此 GloBE 背景下中国主要处于资本输出国角色。

2. 中国对外直接投资的区域分布与 G7 成员国差异显著

与 G7 成员国互为最重要的投资伙伴不同，亚洲国家是中国对外直接投资重要目的地。以 2021 年为例，中国超过 70%的对外直接投资流向亚洲国家；而相较之下，中国对欧洲和北美洲的投资分别仅占 2021 年对外直接投资总额的 6. 1%和 3. 7%。[55]鉴于此，即使欧洲和北美国家引入 QDMTT，对中国大型跨国企业集团境外利润的影响也远低于美国。QDMTT 对中国税收管辖权的影响还需要进一步研判。此外，中国应密切关注对外直接投资主要国家（地区）关于支柱二实施的立法动向，特别是其关于 QDMTT 的引入情况。因为这些国家（地区）作为我国大型跨国企业集团的主要投资地，若引入 QDMTT，将显著增加中国大型跨国企业集团在当地的税负成本。2021 年，中国对外直接投资流量排名前二十的国家（地区）占据了中国全年对外直接投资总量的 93%，[56]其中，中国香港地区占比高达 56. 6%。[57]中国香港地区已考虑在 2024－2025 财年对大型跨国企业集团实施境内最低补足税，以保障其征税权。[58]

（二）母公司居民国视角：如何应对境外 QDMTT

1. 尊重所得来源国税收主权

---

[52] 商务部公布的数据显示，2015—2021 年，除 2016 年对外直接投资总额（1 961.5 亿美元）显著高于实际使用外资金额（1 260 亿美元）外，中国年度双向直接投资数量基本相当。参见：商务部商务数据中心网站（http://data.mofcom.gov.cn/lywz/inmr.shtml）和商务部“走出去”公共服务平台网站（http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjsj/tjgb/）。

[53] 2018 年 OECD 公布的数据显示，境内大型跨国企业集团母公司数量排名前十位的辖区依次是：美国（1 641 个）、日本（861 个）、中国（394 个）、德国和英国（均为 387 个）、韩国（245 个）、法国（232 个）、加拿大（220 个）、中国香港地区（167 个）、荷兰（165 个）和印度（151 个）。同脚注 12。

[54] 2018 年数据显示，大型跨国企业集团位于总部辖区的税前利润依次是：美国（9 490 亿欧元）、日本（3 660 亿欧元）、英国（2 230 亿欧元）、中国（1 370 亿欧元）、德国（1 160 亿欧元）、韩国（1020 亿欧元）和法国（970 亿欧元）。参见：Michael P. Devereux, Johanna Paraknewitz, Martin Simmler. Empirical Evidence on the Global Minimum Tax: What Is a Critical Mass and How Large Is the Substance-Based Income Exclusion?[J]. Fiscal Studies, 2023(44): 12-13.

[55] 商务部.中国对外投资合作发展报告（2022）[R/OL]. [2023-09-10]. http://fec.mofcom.gov.cn/article/tzhzcj/tzhz/.

[56] 2021 年中国对外直接投资流量排名前二十的国家（地区）分别是：中国香港地区、英属维尔京群岛、开曼群岛、新加坡、美国、印度尼西亚、德国、越南、澳大利亚、英国、瑞士、荷兰、卢森堡、泰国、马来西亚、老挝、瑞典、刚果（金）、加拿大、阿拉伯联合酋长国。

[57] 同脚注 53。

[58] Hong Kong Government. The 2023-24 Budget[EB/OL]. (2023-02-22)[2023-09-10]. https://www.budget.gov.hk/2023/eng/pdf/e_budget_speech_2023-24.pdf. P74.

必须首先明确的是，即使没有 QDMTT，所得来源国也可依据其国内法调整其国内税制。国内税制是一国主权范围内的事宜，他国无权干涉。因此，强调引入 QDMTT 可以保护所得来源国的征税权，不过是少数国家为了争取广大发展中国家实施支柱二的“美好托辞”。一些发展中国家成为 GloBE 低税辖区往往是其为吸引外国直接投资提供了诸多所得税优惠，QDMTT 将使这些国家陷入维护征税权还是继续以优惠税制吸引外资的两难境地。正如《在联合国促进包容和有效的国际税收合作》报告所指出的，一国参与和承诺实施“双支柱”方案不代表该国必须使其在国内生效，发展中国家很可能因国际税收新规则未对其提供足够的利益而优先考虑更为紧迫的经济发展相关事项。[59] G7 在以支柱二敦促全球各辖区（尤其是发展中国家）将其国内公司所得税税负提升至全球最低税水平这个核心目标上，IIR 是迫之以势，QDMTT 则是诱之以利。

2. 将 CFC 税制扩展适用于积极所得

根据 GloBE 有效税额确认过程中关于 CFC 的“还回规则”，[60]中国作为母公司居民国对境外子公司当地利润征收的 CFC 税额在计算子公司所在辖区 GloBE 有效税额时应该“还回”给该辖区，以保证有效税额与其利润创造地一致。[61]有效税额的提高将直接提高境外子公司辖区的 GloBE 有效税率，若提高至 15%，则该辖区 GloBE 补足税为零。为了限制“还回规则”对所得来源地 GloBE 补足税征税权的影响，《立法模板》为针对消极所得的 CFC 设置了数额限制，[62]但针对积极所得的 CFC 并不受此限制。美国 GILTI 正是利用这一规则，规定即使 GILTI 不是合格的 IIR，但由于其适用于积极所得，也可以构成 GloBE 项下的 CFC 税制，从而提高美国境外子公司所在辖区的 GloBE 有效税率。因此，中国 CFC 税制可考虑扩大适用的所得范围和辖区范围，从传统的消极所得扩大到积极所得，从少数低税率辖区和白名单豁免调整为 GloBE 低税辖区。[63]

诚然，CFC 税额可提高境外辖区 GloBE 有效税率，但不会提高该辖区的 QDMTT 有效税率。[64]但是，CFC 税制与 QDMTT 哪个优先，在欧美之间尚有不确定性。CFC 税制辖区（如美国）若不给予境外 QDMTT 外国税收抵免，则两者在 GloBE 规则下的适用顺序问题将更为突出。OECD 也注意到这种可能性，但尚未提供解决方案，仅提出 BEPS 包容性框架将密切关注 QDMTT 与 CFC 税制交互影响的实际问题，若未来问题突出，将考虑解决方案。[65]因此，中国完善 CFC 税制将为应对包括 QDMTT 在内的 GloBE 规则做好制度准备。外国 s

（三）所得来源国视角：中国引入 QDMTT 需谨慎

1. 中国作为外资大型跨国企业集团低税辖区的情况尚需进一步研判

截至 2021 年底，中国已累计实际利用外资近 2. 7 万亿美元。[66]2021 年，中国全年实际使用外资

---

[59] United Nations. Promotion of Inclusive and Effective International Tax Cooperation at the United Nations – A/78/235[R]. New York: UN Publishing, 2023, para 40.

[60] 《立法模板》第 4.3.2 条 c 项。

[61] 《注释》第 4.3.1 条第 42 段、第 10.1 条第 5 段。

[62] 《立法模板》第 4.3.3 条。

[63] 我国现行的 CFC 税制仅适用于由中国居民股东控制的设立在实际所得税税负低于 12. 5%辖区的外国企业。为了便利实施，由中国居民股东控制的外国企业在三种情形下可以免于适用 CFC 税制：一是设立在国家税务总局指定的非低税率辖区（即包含 12 国的白名单豁免）；二是主要取得积极经营活动所得；三是年度利润总额低于 500 万元人民币。参见《中华人民共和国企业所得税法》第 45 条，《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法(试行)〉的通知》(国税发〔2009〕2 号)第 84 条，《国家税务总局关于简化判定中国居民股东控制外国企业所在国实际税负的通知》(国税函〔2009〕37 号)。

[64] 因为根据 QDMTT 有效税额的计算规则，CFC 税额不适用所谓的“还回规则”，CFC 税额被明确排除在 QDMTT 有效税额之外，目的是解决 CFC 税制与 QDMTT 两者之间循环抵扣的问题。参见《征管指南二》第 4 部分第 44 段。

[65] 《征管指南二》第 4 部分第 44 段。

[66] 国家统计局.中国统计年鉴（2022）[M/OL]. [2023-09-10]. http://www.stats.gov.cn/sj/ndsj/2022/indexch.htm.

1 809.6 亿美元，约占当年全球外国直接投资总额的 11.5%。[67]虽然中国是资本输入大国，但是由外国资本控制的大型跨国企业集团在华实际有效税率很可能普遍高于全球最低税税率（15%）。原因有三：其一，中国企业所得税的法定税率是 25%；其二，整体看，在华外资企业享受行业性优惠（如高新技术企业、研发费用加计扣除等）和地区性优惠（如海南自由贸易港、西部大开发）的并不多；[68]其三，以美国为例，2018 年度美国公司在中国获取利润的实际所得税税率平均值为 18.54%，高于全球最低税率。[69]若外资大型跨国企业集团在华实际有效税率普遍高于 15%，则意味其在中国境内不会产生 GloBE 补足税，也不会启动 QDMTT。因此，若我国考虑引入 QDMTT，需进一步评估税源，尤其是外资大型跨国企业集团的相关税源情况。

2. 中资大型跨国企业集团境内利润可通过微调 IIR 留住征税权

母公司位于中国境内的大型跨国企业集团可能因享受所得税优惠而使其境内 GloBE 实际有效税率低于 15%，从而使其母公司所在地成为 GloBE 低税辖区。为了确保 GloBE 背景下中国对中资企业集团境内利润的优先征税权，从规则层面看，调整 IIR 或者引入 QDMTT 均可实现该目的，但后者显然舍近求远。对参与实施支柱二的辖区而言，相较于在国内法中引入一套类似 GloBE 规则“本地版”的 QDMTT，根据 IIR“授权”微调相关规则显然更易于实施。本文认为，微调 IIR 就可以显著降低中国大型跨国企业集团位于中国境内的低税成员实体征税权外溢的风险。《立法模板》第 2.1.6 条规定，GloBE 范围内跨国企业集团的母公司不能对其所在辖区境内的低税成员实体适用 IIR，IIR 原则上只对母公司的境外低税成员实体适用。据此，母公司辖区内的低税成员实体产生的 GloBE 补足税将被纳入 UTPR，在集团各低税辖区之间按要素（有形资产和员工数量）进行分配，由此导致母公司辖区因给予境内低税成员实体某种税收优惠而让渡的征税权外溢。对中资大型跨国企业集团境内低税成员实体而言，这项规定无疑将严重影响中国作为母公司居民国在 IIR 下本应拥有的 GloBE 补足税优先征税权。因此，本文认为，中国在考虑采纳 IIR 时应尤为注意修订该规则。其一，《立法模板》允许 IIR 辖区修订该规则。BEPS 包容性框架注意到一些成员方可能希望将母公司 IIR 扩展适用于境内低税成员实体，以避免对属于同一跨国企业集团的境内成员实体和境外成员实体形成税收上的歧视。因此，《注释》建议，成员方可以在其国内法中进一步采取措施，要求母公司将境内低税成员实体可分配给母公司的补足税份额与其他可分配给该母公司的补足税一并计算，这样母公司所在辖区也可以对境内低税成员实体适用 IIR。[70]其二，《欧盟全球最低税指令》已先行一步，规定若最终母公司位于欧盟成员国境内，最终母公司所在成员国可以将 IIR 适用于包括位于其境内、其他欧盟成员国境内和欧盟之外第三方境内的该集团所有低税成员实体。[71]

相应地，欧盟成员国对最终控股母公司（UPE）辖区及其境内的低税成员实体不予适用 UTPR，因为 UPE 辖区根据 IIR 或者国内补足税规则征税之后应无 UTPR 补足税可征。值得注意的是，若最终母公司位于欧盟成员国之外，欧盟成员国对 UPE 辖区及其境内低税成员实体依然可以适用 UTPR。[72]若中国实施 IIR 而不作相应调整，则由中国资本控制的大型跨国企业集团在中国境内的低税成员实体有可能被境外辖区征收 UTPR 补足税。

---

[67] 商务部.中国外商投资报告 2022[R/OL]. [2023-09-10]. http://images.mofcom.gov.cn/wzs/202301/20230104194934606.pdf.

[68] 姜跃生.透视全球最低税的六个角度[J]. 国际税收，2021（8）：23-24.

[69] IRS. Table 2. U.S. Corporations and Their Controlled Foreign Corporations, Tax Year 2018[EB/OL]. [2022-08-31]. https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-controlled-foreign-corporations#2.

[70] 《注释》第 2.1.6 条第 24 段。

[71] Council Directive (EU) 2022/2523, Article 5[EB/OL]. (2022-12-22)[2024-01-24]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2523&amp%3Bqid=1682496237741.

[72] Council Directive (EU) 2022/2523, Article 13[EB/OL]. (2022-12-22)[2024-01-24]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2523&amp%3Bqid=1682496237741.

综上所述，QDMTT 虽然有利于保护来源国征税权，但中国引入 QDMTT 的必要性还有待进一步评估。即使将来我国引入 QDMTT，仍需提前研究解决诸如 QDMTT 在中国是否扩围至国内大型企业集团这样的关键性问题。对此，欧盟和英国均将 QDMTT 扩围至国内大型企业集团，重要原因之一是避免对跨国企业集团和国内企业集团形成歧视待遇。虽然《立法模板》并未要求扩围，但 QDMTT 若仅适用于跨国企业集团，QDMTT 辖区将涉嫌违反对外签订的积收协定甚至其他国际条约的非歧视待遇条款。如何兼顾遵守国际义务与 QDMTT 不扩围至国内企业集团尚需进一步研究。

从制度纠缠到定分止争：澜湄区域水资源合作的机制冲突与协调

张方建

（南京大学 法学院，南京 210093）

摘要：澜湄区域水资源合作因流域内外国家的多重利益交织而复杂多变。随着区域经济合作的深入，水资源管理矛盾也日益突出。为缓解这些矛盾，澜湄区域内建立了许多国际合作机制。这些制度安排在促进区域水安全和水资源一体化建设方面发挥了一定作用，但由于机制功能、运作方式上的趋同，以及成员构成、目标定位上的差异，导致机制间存在重叠、竞争和矛盾的现象，即“制度纠缠”，具体表现为“制度过剩”、“制度拥堵”和“制度碰撞”三个层面。在分析制度纠缠的外在表征及内生影响的基础上，通过探讨澜湄水资源合作机制的独特优势，指出其对缓解制度纠缠的作用。同时，清楚地认识到各机制间本质性的冲突规律与影响，识别澜湄水资源合作机制与其他国际机制的冲突风险，探寻澜湄水资源合作机制与其他国际机制的协调路径，将“制度纠缠”引导至“制度相容”。

关键词：澜湄水资源合作机制；国际制度竞争；跨界水资源治理；澜湄水命运共同体

中图分类号：DF9　　**文献识别码：**A　　**文章编号：**

澜沧江–湄公河始于中国青海，经过缅甸、老挝、泰国、柬埔寨和越南，是世界上最大的国际河流之一，也是东南亚粮仓、中国西南地区和中南半岛五国发展的命脉。随着流域内外经济合作加强，水量分配、水资源开发、防汛抗旱、农业发展等矛盾凸显。[①]为了消除矛盾，深化合作，澜湄区域出现了众多涉及水资源议题的国际合作机制。这些制度安排在缓解区域水危机和促进水安全方面有一定作用，但由于功能、运作方式上的趋同，以及成员、目标上的差异，导致其在客观上存在重叠、竞争和矛盾，进一步体现为“制度过剩”“制度拥堵”和“制度碰撞”三层“制度纠缠”关系。结合现实制度主义理论[②]及澜湄现实，决定澜湄区域水资源合作国际制度纠缠的因素可能包括两点：机制主导国的力量对比[③]是最基本的

收稿日期：

基金项目：

作者简介：张方建（1996—），男，河南商丘人，南京大学法学院博士研究生，1181502883@qq.com，江苏省南京市鼓楼区汉口路 22 号南京大学南园，13052097959。

① 参见丁俊明，严华东，薛松等. 东南亚国际河流水资源合作开发的需求研究[J].水资源与水工程学报，2015，26（2）：97-102.

② 现实制度主义理论的核心观点是，国际制度在为参与国供给公共产品的同时，还可能成为主导国攫取及发挥权力效用的私有工具。国际制度的竞争力由制度主导国的权力地位、提供公共产品的能力以及制度合理性等多方面决定。详情参见李巍.制度之战：战略竞争时代的中美关系[M].北京：社会科学文献出版社，2017：86.

③ 现实制度主义理论在具体表述时使用的是“权力”一词，其含义为，在无政府、无制度的国际社会

解释变量；在不同机制框架下，参与国水资源公共需求的满足程度则是影响纠缠态势的另一直接因素。[①]

2016 年，中国主导成立了澜沧江-湄公河合作机制（Lancang-Mekong Cooperation，LMC），并于 2017 年正式建立澜湄水资源合作机制（Lancang-Mekong Water Resources Cooperation Mechanism，LMWRC）。相比其他国际机制，LMWRC 在资金投入、制度化水平和有效性等方面均彰显优势，而以大湄公河次区域经济合作（Greater Mekong Subregion，GMS）为代表的一些制度安排则呈现出停滞甚至退步的趋势。LMWRC 的创立能否理清“制度纠缠”，并实现“定分止争”，需从下游五国的制度选择、水资源需求、制度偏好等多方面分析。尽管 LMWRC 在调和机制分歧、强化合作方面发挥着积极作用，然而，鉴于流域内外复杂多样的利益格局与竞争态势，LMWRC 仍面临与其他机制发生冲突的风险。为了化解风险，探寻 LMWRC 与其他机制的协调路径既是澜湄水资源管理提质增效的需要，也是终止或缓解制度纠缠的要求。

一、澜湄区域水资源合作中的国际制度纠缠

除地理上的紧密联系外，澜湄诸国还因同饮一河水而成为“命运共同体”，尤其是在水资源领域。对澜湄各国而言，单枪匹马非最佳选择，联手合作才是最好出路。因此，建设由澜湄各国共同参与的涉水制度安排成为共识，也为域外大国挺进澜湄提供了创新形式。[②]但制度构建高潮过后，随之而来的便是“制度过剩”“制度拥堵”，甚至“制度碰撞”。各方介入增加了合作多样性，同时也使制度纠缠的外在表征呈现特殊性。这些特征共同作用，形成了一个多层次、多维度的制度纠缠网络，对区域水资源合作竞争关系与水安全地缘政治平衡造成内生影响。

（一）水资源合作制度纠缠的形成与演进

1. 量的关系：水资源合作“制度过剩”与机制重叠

制度纠缠的第一个层面是制度过剩（Institutional Excess），聚焦于量的关系，是指存在过多的制度安排和规则，且这些制度在功能上高度相似。[③]制度理论关注组织和制度如何在社会中形成、维持和改变。根据该理论，制度过剩的原因有二。一是制度模仿，不同国家或组织可能会模仿成功的制度，以增强自身影响力和话语权，导致多个类似制度并存。二是组织或国家为满足自身需求或获得支持，可能会创建新制度，即使与现有制度功能相似。集体行动理论研究个体和组织如何合作实现共同目标。在多边合作中，机制重叠的产生来源于协调难题和公共选择。当多个国家或组织试图解决相同问题时，缺乏协调会导致多个机制的创建，各个机制又有着相似的功能和运作方式，造成机制过多和重叠的局面。从定义上看，国

中，对权力及利益的追逐是主权国家行为的最根本动力。由于水资源合作机制主要是在主导国提供资金援助的情况下运行的，因此各国的力量（尤其是经济力量）在制度建设中可能比其他力量（比如政治力量）作用更大，因此这里使用“力量”一词而非“权力”。

① 参见罗仪馥.从大湄公河机制到澜湄合作：中南半岛上的国际制度竞争[J].外交评论（外交学院学报），2018，35（06）：121.

② 参见金新，张梦珠.澜湄水资源治理：域外大国介入与中国的参与[J].国际关系研究，2019，（06）：90-109+154-155.

③ 参见李巍.东亚经济地区主义的终结？——制度过剩与经济整合的困境[J].当代亚太，2011（4）：13.

际机制是国际制度的一个重要组成部分，[①]换句话说，国际机制是特定领域内的一种制度性安排。机制重叠与制度过剩密切相关，二者均反映了治理体系的复杂性和冗余性。机制重叠常导致在同一问题领域存在多个相互竞争的机制，而这些机制往往伴随着各自的制度规则，从而增加了整个治理体系的制度数量。当制度数量超过实际需求时，就会形成制度过剩。

自 1990 年代以来，在国际组织推动下，湄公河国家及日、美、韩等域外国家主导下，澜湄区域建立了许多国际合作机制。这些机制在水资源合作领域存在显著的重叠（见表 1），涵盖环境、水能开发、农业、水资源保护等多个议题，机制数量显然供过于求，且多数机制发展水平较低，使澜湄水资源合作在国际制度建设层面呈现“制度过剩”的现象。从成本效益角度分析，国际机制的重复设置并没有为各国参与水资源合作提供更多便利，反而增加了合作成本。[②]而且，这些合作机制在成员构成上存在一定的重合。[③]这表明，为了维持国际平衡或确保自身利益最大化，各国倾向于加入多个机制，并在不同机制中寻求资源和支持，这进一步导致制度分散、资源零散和效率低下等问题的出现。另外，尽管这些机制目标不同，但在水资源合作方式和行动议题上却十分相似。比如，从表 1 可以看出，九个机制中有七个涉及农业合作。虽体现出农业合作在水资源管理中的重要性，但也带来资源浪费、利益分散和信息不对称等问题，印证了澜湄水资源合作存在制度过剩的现象。

表-1 澜湄区域涉水合作机制概况

机制名称	成员组成	与水资源有关的合作要素/议题	合作方式
1992 年大湄公河次区域经济合作（GMS）	中国、柬埔寨、老挝、缅甸、泰国、越南	基础设施、农业、能源、环境、交通与贸易化	领导人峰会、部长级会议、工作组和工作委员会
1993 年黄金四角经济合作区（GFCEC）	中国、泰国、老挝、缅甸	交通运输、水能开发、农业合作、环境保护	政府间的协商会议、联合工作小组
1995 年湄公河委员会（MRC）	泰国、老挝、越南、柬埔寨	水资源保护、流域开发、航运安全、防灾减灾	理事会、联合委员会
1996 年中国-东盟湄公河流域开发合作（CAMC）	中国、东盟十国	农业、环境保护、基础设施、水资源管理	联合工作组

① 在国际法领域，国际制度是由一系列国际规则（国际条约、国际惯例等）构成的体系，它规范国家之间的互动关系。而在国际关系和国际政治领域，国际制度是一个十分广泛的概念，它不仅包括国际规则还包括国际机制、国际组织与机构、国际秩序等要素。本文采用后一概念。参见王玮.跨越制度边界的互动——国际制度与非成员国关系研究[M].上海：上海人民出版社，2012：25-27；参见李巍，罗仪馥.从规则到秩序——国际制度竞争的逻辑[J].世界经济与政治，2019，（04）：28-57+155-156.

② 参见罗圣荣，杨飞.国际机制的重叠现象及其影响与启示[J].太平洋学报，2018（10）：21-31.

③ 参见卢光盛，金珍.超越拥堵：澜湄合作机制的发展路径探析[J].世界经济与政治，2020（7）：97-119+158-159.

2000 年湄公河-恒河合作倡议（MGC）	印度、柬埔寨、老挝、缅甸、泰国、越南	交通、农业、水资源管理（2019 年新增）	外长会议、高级官员会议、工作组会议
2009 年日本-湄公河合作（JMC）	日本、老挝、越南、泰国、柬埔寨、缅甸	环境保护、基础设施建设、灾害管理	首脑峰会、外长会议
2009 年美国-湄公河下游倡议（LMI）①	美国、柬埔寨、老挝、泰国、越南、缅甸（2012 年加入）	环境、水资源、基础设施、农业	部长级会议、高级官员会议、工作组
2011 年韩国-湄公河合作机制（KMC）	韩国、老挝、越南、缅甸、柬埔寨、泰国	农业和农村发展、基础设施、水资源保护、环境保护	外长会议、高级官员会议、工作组
2016 年澜沧江-湄公河合作机制（LMC）	中国、柬埔寨、老挝、缅甸、泰国、越南	基础设施建设、环境保护、水资源管理、农业合作	领导人会议、外长会议、高级官员会议、联合工作组

2. 资源争夺：水资源合作“制度拥堵”与利益竞争

制度纠缠的第二个层面是制度拥堵（Institutional Congestion），聚焦于资源有限性，指多个国际机构、机制或协议等在特定领域或地区同时存在，导致协调困难、资源争夺和效率降低的现象。②制度是规范个体、组织或国家行为的社会结构。同一区域内，资源和空间的有限性决定着，当功能相似的多个制度并存时，就会催生制度竞争和资源争夺，进而导致制度拥堵。制度拥堵常伴随资源分配不明确、不公平，资源分配标准和程序也会因竞争而出现混乱，缺乏透明度和一致性。这种情况下，因不确定何种制度规则能够保障自己获得资源，利益相关者更愿意尝试多个制度，并对有限资源进行争夺，从而激化利益竞争。制度拥堵还可能导致政策执行混乱和效率低下。由于制度规则的拥堵，政策执行者面临多重指导，致使政策实施方向不明、效果不佳。此种情况会使利益相关者试图通过多种手段影响政策执行，以获得更多个人或团体利益，进一步加剧利益竞争。

回到澜湄水资源合作上，从表 1 可以看出，澜湄流域同时存在众多包含水资源议题的合作机制，它们在任务、功能和运作方式上有着明显的重叠或相似。每个机制都关注水资源问题，但重叠的职能和相似的项目却使资源配置、政策实施复杂化，催生了机制间的竞争关系，增加了协调和决策难度，表现出明显的“制度拥堵”。一方面，由于澜湄各国在水资源利用、环境保护及经济发展等方面的标准和优先级不同，导致各国在制度选择上具有不一致性，增加了拥堵风险。另一方面，合作机制间信息沟通不畅，极易产生数据孤岛效应。信息缺乏和

①2020 升级为湄公河-美国伙伴关系（MUSP）

② 参见毕世鸿.机制拥堵还是大国协调——区域外大国与湄公河地区开发合作[J].国际安全研究，2013，31（02）：58-73+156-157.

不对称性使用影响了机制间的政策协调和衔接，容易引发水资源管理误解和竞争，进一步加剧拥堵。再者，在利益竞争中，上游国家主导的机制偏重水资源经济开发，下游国家主导的机制更加关注水量稳定与可持续利用，域外国家主导的机制则更关心战略利益和地缘政治。这种需求差异增加了沟通成本，也削减了联动意愿，使彼此间利益竞争更加激烈。最后，下游各国一直试图通过引入域外势力促进大国竞争，以实现半岛平衡并获取最大利益，但众多机制并存，在满足其欲望的同时也激化了制度竞争。而且，这种掺杂域外私益的制度竞争，非但无法真正引导澜湄各国解决跨界水资源冲突，反而导致相关制度在跨界水资源合作方面拥堵加剧。

3. 价值冲突：水资源合作“制度碰撞”与目标矛盾

制度纠缠的第三个层面是制度碰撞（Institutional Collision），聚焦于价值冲突，指不同制度体系之间，因其本质特征或目标差异而在实际运行中发生冲突或不兼容的现象。制度碰撞广泛存在于社会、法律、经济和政治等领域，其根本原因在于制度间的对抗性与互动性，以及不同制度在规则体系、文化价值观等方面的本质差异，具体表现为规则不一致或政策目标冲突。在国际合作中，制度碰撞会导致协调和整合难度增加，治理效率降低，并因此成为合作障碍，影响跨国项目推进。目标矛盾是指一些实体在实现多个目标时发生目标冲突或难以兼容的现象，常见于决策、资源分配和政策实施过程中，其产生通常与资源有限、优先级不同和价值观差异有关。资源有限的情况下，无法满足所有目标，使得多个目标间往往发生冲突。不同利益相关者对目标优先级的看法也有不同，如经济落后国家优先考虑经济增长，而经济形势较好的国家则更倾向于将环保放在首位。[①]文化和社会背景差异也可能导致对目标的不同理解，比如某些文化强调个人权利，而另一些文化则更重视集体利益。这种价值观的分歧进一步导致目标定位和实现方法上的矛盾。

澜湄地区社会结构复杂、多样、变化且分散。流域各国有着多重类属身份，如上下游国家身份、农渔业与工农业国家身份、社会主义与资本主义国家身份、[②]澜湄沿岸国身份、发展中国家身份等等。流域内还存在着持续变动的身份认同，例如老挝和柬埔寨常扮演“区域依附小国”，而泰国和越南则常表现为“区域野心大国”。[③]再加上域外大国的介入，本就脆弱的澜湄集体身份认同进一步受到削弱。由美、日等国抹黑化的“中国威胁论”更是严重打击了澜湄流域集体认同感，加剧了水资源合作利益分化。[④]这些复杂、多变的社会结构特征和利益分化映射到水资源合作上则表现为显著的制度碰撞与目标矛盾。比如，因经济发展水平差异，域外发达国家与域内发展中国家对澜湄水资源利用方式理解不同。域外大国认为澜湄水电开发红利期已过、潜力有限，当前应重点关注河流生态恢复与可持续利用，而域内

① 参见胡晓红，何群.再谈环境承载力价值功能[J].生态经济，2007（01）：139-141.

② 中国为上游，越南为下游，其他兼具上下游；越南、柬埔寨、泰国、缅甸、老挝是农渔业为主的国家，中国是工农业为主的国家；中国、越南、老挝是社会主义国家，泰国、缅甸、柬埔寨是资本主义国家。

③ 参见邓涵.泰国和越南参与澜湄区域合作的三重身份及其利益获取[J].当代亚太，2023（03）：132-165+168.

④ 参见罗圣荣.全球安全倡议与周边命运共同体构建[J].当代世界，2024（04）：36-41.

各国则期望通过水利发展支持经济建设[①]和工农业用水需求。基本理念的不同，使域内域外国家主导建立的涉水合作机制存在“天然”碰撞。此外，虽然各机制在设定水资源议题时均声称要促进成员国水资源合作，但由于根本目标不一致，加上某些机制成员构成不完整，如有的机制只包括下游国家，排除上游国家，导致水资源合作带有“自私性”，[②]进一步增加碰撞可能。

（二）水资源合作制度纠缠的外在表征与内生影响

1. 水资源合作制度纠缠的外在表征

结合上述内容分析来看，澜湄水资源合作制度纠缠的外在表征主要体现在三个方面。首先是流域外国家涉足澜湄水资源合作。现有涉水国际合作机制中，有五个是由[③]域外国家主导。这些国家的涉足多为实现自身经济或政治利益，而非解决流域水危机、缓解水资源矛盾。以日本为例，自 1970 年代起，谋求与其“经济强国”地位相符的“政治大国”身份一直是日本外交政策的基本目标，也是其介入澜湄水资源合作的主要考量因素。[④]“政治大国”理想的实现首先需要依靠邻国的拥护与认同。侵略战争产生的隔阂与积怨，决定了其在中、韩、朝等国难以获得政治支持，于是只能将目光投向东南亚。[⑤]因此，日本采取了多种策略拉拢澜湄下游国家，主导创建 GMS 便是其中之一，GMS 项下水资源合作也只是其政治对话工具。此外，出于政治和战略目的，以美国为首的西方国家近年来纷纷利用水资源问题炒作矛盾、制造分歧，助长中国与澜湄下游国家水资源冲突，使澜湄水资源争端变得更为复杂。[⑥]这些域外国家通过提供援助、技术或投资来影响下游国家的水资源管理政策，从而实现其地缘政治目标。美日等国只是将水资源视为权力攫取和政治博弈的工具，而非真正关心澜湄区域稳定及水资源利益调和，导致澜湄水资源议题泛安全化，加剧了水资源冲突。

其次，中国的湄公河上游国家身份被剥离或弱化。无论称“澜沧江—湄公河”还是“湄公河”， 中国作为上游沿岸国，[⑦]既可称之为“澜湄国家”，也可称之为“湄公河国家”。然而，在制度纠缠背景下，中国的湄公河国家身份却在一定程度上被弱化、模糊，甚至剥离。比如，在“湄公河国家”的区位观念中，一些合作机制[⑧]虽以“湄公河”冠名，却仅涵盖下游五国，其将中国湄公河上游国家身份进行剥离的意图十分明显。即便 GMS 覆盖中国，但在其区位观念中，仅广西、云南两省被列入湄公河次区域，而下游五国则以完整国家身份加

---

① 参见屠酥，胡德坤.澜湄水资源合作：矛盾与解决路径[J].国际问题研究，2016，（03）：51-63.

② 自私性与机制的成员国构成有着密切联系。以黄金四角经济合作区为例，该机制的成员国（中国、缅甸、老挝、泰国）均为澜湄上游或偏上游国家，排除了柬埔寨、越南两个下游国家，其水资源合作目标以符合上游利益的水能开发为主，而非偏向下游利益的农业灌溉等等，因此机制目标表现出自私性。

③ 分别为大湄公河次区域经济合作（GMS）、美国-湄公河下游倡议（LMI）、日本-湄公河合作（JMC）、湄公河-恒河合作倡议（MGC）、韩国-湄公河合作机制（KMC）

④ 参见王庆忠.大湄公河次区域合作：域外大国介入及中国的战略应对[J].太平洋学报，2011，19（11）：40-49.

⑤ 参见张博文.日本对东南亚国家的援助：分析与评价[J].国际经济合作，2014（04）：38-42.

⑥ 参见郭延军.“一带一路”建设中的中国澜湄水外交[J].中国-东盟研究，2017（02）：59.

⑦ 参见邓涵.澜湄区域合作中“区域”观念的错位及其影响[J].东南亚研究，2023（02）：139.

⑧ “湄公河五国”的区域观念主要体现在四个合作制度中： 恒河—湄公河合作（MGC）、日本—湄公河合作（JMC）、湄公河下游倡议（LMI）以及韩国—湄公河合作（KMC）。

入，[①]这种成员构成明显弱化了中国的湄公河国家身份。令人困惑的是，湄公河只流经云南、西藏和青海，并不经过广西。GMS 排除西藏、青海而纳入广西，显示出该区位观念的形成与澜湄地缘纽带发生了偏离和错位。剖析原因，中国经济实力的快速增长和积极有为的对外政策，在一定程度上影响了“湄公河”区位观念的形成。一些域外国家借机炒作“中国威胁论”，导致下游各国正以复杂态度看待中国，既希望搭上中国发展列车，又担忧其“大国影响”，[②]对中国和域外国家具有明显的差别认知。将美国描述为“和蔼的超级大国”，把日本形容成“全方位的合作者”，中国则被视为“具有威胁的崛起者”，[③]误认为与美日等域外国家加强合作能够制衡中国，从而走出水安全困境。基于“中国威胁论”和“实力不对等”的认识误区，部分湄公河国家深感忧虑，把中国想象和怀疑成对湄公河水资源平衡构成挑战的“强势国”，催生了“搭便车+抗拒”的角色观念。[④]因此在涉及湄公河国家“私益”的制度安排中，他们企图剥离中国的上游国家身份，将中国排除在利益分配之外。

第三，水资源合作事务上涉及中国的议题被放大。水资源合作制度纠缠的外在表征还体现在一些机制在水资源合作事务上将与中国无关的事项牵扯到中国或对涉及中国的议题进行歪曲夸大。最初，LMI 从未在其合作内容中明确纳入与中国相关的事项，但在升级成“湄公河-美国伙伴关系（Mekong-U.S.Partnership，MUSP）”前的最后一届外长会议上，却含沙射影地指责中国，强调“湄公河地区正面临债务危机、水坝建设、下游流量控制等新挑战……美国决心同湄公河各国合作应对这些问题”。[⑤]升级为 MUSP 后，美国继续炒作湄公河水资源议题，挑拨下游国家向中国施压以获取中国境内水资源数据。[⑥]中国与下游国家的水合作也常常遭到某些域外实体和媒体的恶意中伤与曲解。[⑦]他们惯用的手法是把与中国不相干的涉水事件“强拉硬扯”到中国身上或在涉及中国的水问题上无端夸大中国的责任，以攫取水利益、增强自身影响力。[⑧]例如，澜湄流域发生旱灾、水灾时，域外媒体丝毫不顾及中国也是受灾国，反而将责任推到中国身上，欲以“扣帽子”“甩责任”的方式来限制中国的资源主权、削弱中国的澜湄影响力。[⑨]2018 年老挝溃坝事件鲜明地反映出这种现象。2018 年 7 月，老挝一处由韩国企业建造的大坝发生溃坝，造成大量伤亡，中国基于人道原则及时

---

① 参见张锡镇.中国参与大湄公河次区域合作的进展、障碍与出路[J].南洋问题研究，2007（03）：1-10.

② 参见张艳伟.超越西方跨境水资源理论纷争：澜湄国家命运共同体理念创新[J].亚太安全与海洋研究，2021（06）：118.

③ 参见曹云华.在大国间周旋——评东盟的大国平衡战略[J].暨南学报（哲学社会科学版），2003（3）：11-21.

④ 参见吴飞.流动的中国国家形象：“中国威胁论”的缘起与演变[J].南京社会科学，2015（09）：7-16.

⑤ U.S. Department of State. Strengthening the U.S.-Mekong Partnership[EB/OL].（2019-08-02）[2024-08-11]. https://2017-2021.state.gov/strengthening-the-u-s-mekong-partnership/.

⑥ U.S. Department of State. The Mekong-U.S. Partnership：The Mekong Region Deserves Good Partners[EB/OL].（2020-09-14）[2024-08-11]. https://2017-2021.state.gov/the-mekong-u-s-partnership-the-mekong-region-deserves-good-partners/.

⑦ 参见张励.水资源与澜湄国家命运共同体[J].国际展望，2019，11（04）：70.

⑧ 参见金新，张梦珠.澜湄水资源治理：域外大国介入与中国的参与[J].国际关系研究，2019（06）：90-109+154-155.

⑨ 参见邢伟.美国对东南亚的水外交分析[J].南洋问题研究，2019（01）：22-32.

派遣救援人员。[①]尽管事故与中国毫无干系，美国却假借水资源分配之名，强行将话题引向中国，大肆宣扬毫无科学依据的“中国大坝影响论”。[②]实际上，此举的真正意图是在 LMI 竞争优势不断下降之背景下企图通过打击中国、削弱中国在澜湄地区逐渐增长的影响力，来提升下游五国对美国主导机制的关注度。[③]

最后，利益导向上湄公河水资源合作逐渐小圈化，即沿岸国不以推动功能性区域一体化为利益目标，而是以在不同合作机制及主导国间选边站队为利益导向（如图 1）。[④]这一现象表明，澜湄各国在水资源管理中日益重视自身利益，导致合作方式和范围逐渐缩小和集中。理论上，流域水资源合作应以促进区域用水平衡、水资源统筹治理和一体化为利益导向，通过效益外溢实现区域合作功能化。但实践中，一些域外国家主导的“湄公河合作”却在吸引下游五国的同时，选择性地将中国拒之门外，导致中国声音、利益无法得到充分表达。这种排除关键沿岸国的合作模式导致澜湄各国因缺乏协调和沟通而增加用水冲突风险。而且，由于下游国家水资源依赖度较高，其对上游国家的水资源管理方式带有“自私的”期待。再加上经济发展水平、政治体制和利益导向的差异，各国在水资源具体合作中的利益诉求和立场难以统一，逐渐形成“小圈子”。利益导向上的小圈化驱使各国在水资源合作中更加注重短期国家利益，忽视了长远的区域水生态安全，不利于水资源合作整体协调和可持续发展。

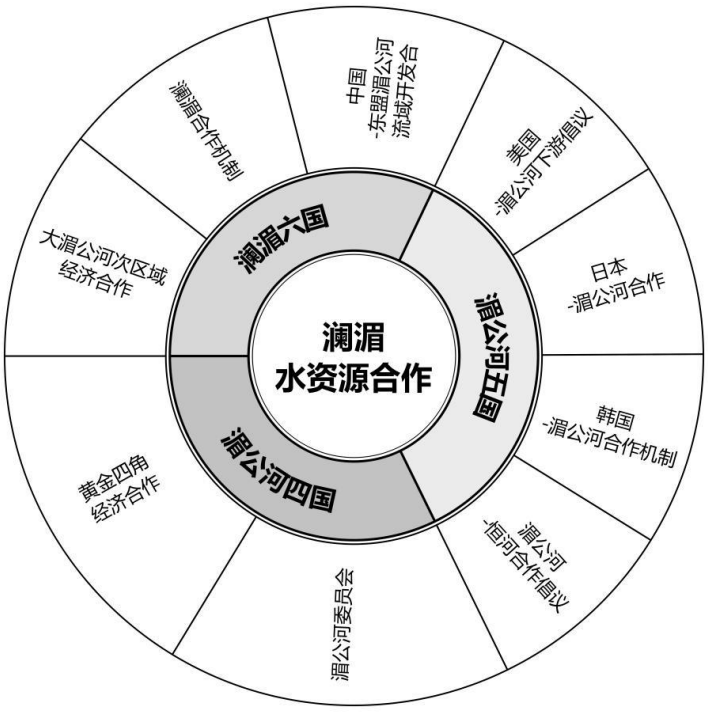


图 1 澜湄区域水资源合作“小圈化”示意图

① 参见周远方.老挝溃坝后续：韩国救援队明赴老挝，多家中企积极救援[EB/OL].（2018-07-25）[2024-08-09]. https://www.guancha.cn/internation/2018_07_25_465603_s.shtml.

② 参见李志斐.中美博弈背景下的澜湄水资源安全问题研究[J].世界经济与政治，2021（10）：130-155+160.

③ 参见张励.老挝溃坝事件与美国“以河之名”[J].世界知识，2018（17）：38-39.

④ 参见邓涵.澜湄区域合作中“区域”观念的错位及其影响[J].东南亚研究，2023（02）：141.

2. 水资源合作制度纠缠的内生影响

随着制度纠缠态势的演进，澜湄区域水资源合作形成了一个多层次的制度纠缠网络，由内向外催生了两方面影响。第一，水资源合作制度竞争关系日益复杂。一方面，澜湄六国在水资源利用和管理上诉求各异，导致机制协调难度加大，竞争关系复杂化。从地理位置上讲，上游国家如缅甸对水电开发有着持续关注；下游国家如柬埔寨更在意水量分配。从经济发展水平考虑，泰国和越南作为中等收入国家，对水生态保护和可持续发展亦有所关注。而老挝和柬埔寨作为最不发达国家则更希望通过水利开发推动经济增长。而且，像柬埔寨这种偏下游且经济发展落后的国家，存在既要经济利益又要生态利益的“矛盾”心理。地理位置、经济水平和水资源需求的不同，使各国的优先事项和政策选择差异明显，增加了机制协调的复杂性。另一方面，外部力量的介入使水资源合作制度竞争关系更加复杂 。美、日等国在澜湄区域积极推进自己的发展计划和援助项目，试图通过经济和技术支持影响澜湄水资源管理。美国通过 LMI 和 MUSP 推动澜湄水资源合作和环境保护时，往往伴随地缘政治考量，其核心目的不是水资源保护和发展援助，而是遏制其他大国的澜湄影响力。日本通过 GMS、JMC 推动能源和水资源管理等项目时也有自身战略考量，意在深度介入澜湄水资源事务，扩大其东南亚影响力。这种利益驱动的介入方式，催生和加剧了合作机制间的竞争，不仅使澜湄各国在平衡内部利益和外部压力时面临更大挑战，也使水资源合作制度竞争关系愈加复杂。

第二，澜湄区域水安全地缘政治平衡面临失稳风险。面对连接生存命脉的跨界河流，下游各国在涉水议题上总是坚持自我利益至上，同时对上游用水过度担忧，导致水危机发生时常将责任归咎于上游。[①]事实上，下游五国对流域用水自主权的追求和对其他机制的选择，从某种程度上反映出其对中国澜湄影响力扩大的畏惧和猜忌。在制度纠缠框架下，下游五国进行制度选择时可能会在其臆想中思索“如何对中国影响力扩大构成限制”。[②]进入 21 世纪，特别是中国赶超日本，成为全球第二经济体后，由于与中国综合实力差距越来越大，“中国威胁论”开始在下游五国蔓延，不少民众担心中国实力的突增可能威胁到下游用水安全。[③]例如，有域外观点认为，中国未加入 MRC 等机制，也未在水利开发前与下游国家沟通或谈判，这直接导致流域水资源治理效果不佳，[④]甚至将中国的上游优势和资源主权称为“水上霸权”。[⑤]这些说法主观性极强，忽略了某些机制自身竞争优势不足的事实，掺杂着政治目的，具有明显的煽动性，不但影响中下游国家关系，破坏中国在澜湄流域的形象，而且抹杀了中国为澜湄生态做出的贡献，为澜湄水安全地缘政治平衡增加了变数。

---

① 参见禄德安，闫昭宁.水资源合作开发对中国与澜湄国家关系的影响[J].北华大学学报（社会科学版），2017，18（06）：95-99.

② 参见黄炎.澜沧江——湄公河流域水资源国际合作的动因、基础与路径选择[J].国际法研究，2019（02）：50-62.

③ 参见吕星，王万英.湄公河水资源利用问题再认识[J].边界与海洋研究，2021，6（01）：63-75.

④ See International Centre for Environmental Management. Strategic Environmental Assessment of Hydropower on the Mekong Mainstream: Summary of the Final Report[EB/OL].（2010-10-01）[2024-08-11]. http://www.mekongwaterforum.org/node/2285.

⑤ David Blake. Proposed Mekong Dam Scheme in China Threatens Millions in Downstream Countries[J]. World Rivers Review，2001，16：4-5.

二、澜湄水资源合作机制的诞生与定纷止争

随着综合实力增强，中国改变域外国家主导澜湄水资源合作局面的能力日见增长，近些年开始依托自身与日俱增的实力为澜湄水利开发与合作供给公共产品。[①]除向下游国家提供经济、技术和人才支持外，倡导在 LMC 项下开展水资源跨界合作则是中国为该区域提供的最关键，也是当前规模最大、范围最广、效果最为显著的水资源合作公共产品。[②]2017 年 2 月，澜湄水资源合作首次联合工作组会议的召开及其概念文件的发布，标志着澜湄水资源合作机制（LMWRC）的正式成立，[③]组建了真正属于澜湄六国之间“共建共治共享”的水资源合作平台。

（一）澜湄水资源合作机制的创立提高了下游五国的制度选择权

面对众多机制难以调和的竞争态势，LMWRC 的诞生恰巧为下游各国提供了一个额外选择。与其他机制不同，LMWRC 有着详细且具体的水资源合作方向和目标，在《澜沧江—湄公河合作五年行动计划（2018-2022）》的水资源单元中，“建设澜湄水资源合作中心”、“定期举办澜湄水资源合作论坛”、“联合抗洪抗旱”、“加强数据信息共享”[④]等一系列举措均表明，LMWRC 有着多样和明确的制度运行路径。LMWRC 启动后，以六国共商为基础的平台建设深化了彼此间的水资源合作，各国信赖程度也得到了加强，使流域水资源政策实施能够达到事半功倍的效果。[⑤]在“前澜湄水资源合作时代”[⑥]，由于缺乏合适的制度选择，各国担心合作导致彼此过度捆绑，不愿意提升流域水资源合作深度和水平。[⑦]在 LMWRC 推动下，澜湄六国积极支持流域水利信息交流平台的建设，开展“澜湄兴水惠民”工程，促进流域民生福祉。[⑧]成员国定期举行高层会晤和部长级会议，交流水文和气象数据共享议题，为下游国家提供更多科学数据和预警信息，大幅提升其水资源管理能力和灾害预防效能。LMWRC 框架下，各国共同制定和实施区域性政策框架，对各国水资源政策与区域目标进行协调。例如，2023 年 12 月，《澜湄合作第四次领导人会议内比都宣言》由澜湄六国共同发表，宣言“高度赞扬六国就新的水资源合作五年行动计划达成一致，同意继续按期举办水资源合作论坛与部长级会议，积极推进水文信息分享、减灾防灾、能力建设等方面的全流域合作。”[⑨]通过共同

---

① 参见宋效峰.湄公河次区域的地缘政治经济博弈与中国对策[J].世界经济与政治论坛，2013（5）：46.

② 参见屠酥.澜湄水资源安全与合作：流域发展导向的分析视角[J].国际安全研究，2021，39（01）：63-89+155-156.

③ 水利部.将水资源合作打造成澜湄合作的旗舰领域[EB/OL].（2017-12-19）[2024-07-15]. http://politics.people.com.cn/n1/2017/1219/c1001-29717130.html.

④ 《湄公河合作五年行动计划（2018—2022）》[EB/OL].（2018-01-11）[2024-08-12]. http://www.xinhuanet.com/world/2018-01/11/c_1122240868.htm.

⑤ 参见澜湄水资源合作中心：与六国水资源合作一起成长[J].中国水利，2019（19）：105.

⑥ 文章将澜湄水资源合作机制诞生之前的时代称为“前澜湄水资源合作时代”，澜湄水资源合作机制诞生之后的时代称为“后澜湄水生命共同体构建时代”。

⑦ 参见顾向一、于慧.澜湄流域跨境水资源合作机制研究[J].水利经济，2023，41（01）：24-30+104.

⑧ 参见《澜沧江—湄公河合作第四次领导人会议内比都宣言——“推进澜湄国家命运共同体建设，携手迈向现代化”》[EB/OL].（2023-12-26）[2024-07-15]. https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202312/content_6922343.htm.

⑨ 参见《澜沧江—湄公河合作第四次领导人会议内比都宣言——“推进澜湄国家命运共同体建设，携手迈向现代化”》[EB/OL].（2023-12-26）[2024-07-15]. https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202312/content_6922343.htm.

制定水资源管理计划和环境保护策略，各国能更好地协调跨境水资源管理。这种政策协调机制为下游国家提供了更多制度选择，帮助他们在维护国家利益的同时，参与区域水资源合作与可持续发展，携手共建“澜湄水生命共同体”。

（二）澜湄水资源合作机制的设计与下游五国的水资源需求相契合

国际制度本质上是一种公共产品，[①]具有公共服务之功能，比如建立信息沟通渠道、制定行为准则、规范集体行为等。像消费市场一样，参与国的需求和选择决定了国际制度的受欢迎程度。[②]因此，解释制度竞争优势不仅要考虑主导国的实力、利益诉求以及制度自身的结构功能，还需关注参与国需求。当澜湄地区仅有一项跨界水资源合作国际制度时，参与国直接选择和使用该制度提供的水资源服务是“最优或无奈选择”，但若存在多个相互纠缠的制度，参与国选择与水资源需求之间就有着直接的因果关系，即水资源需求能否通过某制度得到满足，是决定其是否选择和使用该制度的关键原因。[③]从参与国视角理解水资源合作制度纠缠的关键在于制度设计是否契合参与国需求，契合度越高，就越能赢得参与国支持。所谓的制度纠缠实质上就是主导国如何通过国际制度争取参与国支持的现象。因此，准确把握参与国水资源需求，设计出与其水资源需求相契合的服务功能，应是改革或创设水资源合作机制的首要前提。

尽管从 1990 年代以来，澜湄流域一直处于多种合作机制并行的状态，但始终没有一个机制能调和上下游各国用水矛盾。首先，一些机制侧重于经济合作，对水资源合作的促进也多局限于经济层面，[④]无法满足上下游携手推进区域水安全生命共同体建设的现实需求。其次，实践表明，作为众多机制的边缘议题，一些机制的水资源服务功能正在缩减。如图 2 所示，MUSP 自 2020 年起在水资源领域的合作频次逐渐减少，[⑤]反映出其提供水资源服务和满足成员国水资源需求的能力开始下降。另外，一些机制提供的水资源公共服务与参与国需求难以耦合，又进一步引起下游诸国对相关机制的疏离。比如，一些下游国家领导人曾对 MRC 在应对跨界水资源管理挑战和协调各国利益方面的效力表示质疑，认为其缺乏足够的约束力和执行力来保护下游国家的利益。[⑥]

---

① 参见李巍.制度之战：战略竞争时代的中美关系[M].北京：社会科学文献出版社，2017：58-64.

② 参见黄河，杨海燕.区域性公共产品与澜湄合作机制[J].深圳大学学报（人文社会科学版），2017，34（01）：130-137.

③ 参见李志斐.水问题与国际关系:区域公共产品视角的分析[J].外交评论（外交学院学报），2013，30（02）：108-118.

④ 参见陈咏梅，郭柚坊.澜沧江—湄公河流域水资源合作法律机制反思与创新[J].广西社会科学，2023（02）：46-54.

⑤ 数据来源于湄公河-美国伙伴关系官网，https://mekonguspartnership.org/；美国驻湄公河国家大使馆网站，https://th.usembassy.gov/our-relationship/policy-history/partnerships/mekong-us-partnership/；美国国务院网站，https://www.state.gov/the-u-s-mekong-partnership/。

⑥ Ilen Bruzelius Backer. The Mekong River Commission：Does It Work，and How Does the Mekong Basin’s Geography Influence Its Effectiveness？[J]. Südostasien aktuell : journal of current Southeast Asian affairs，2007，26（4）：31-55.

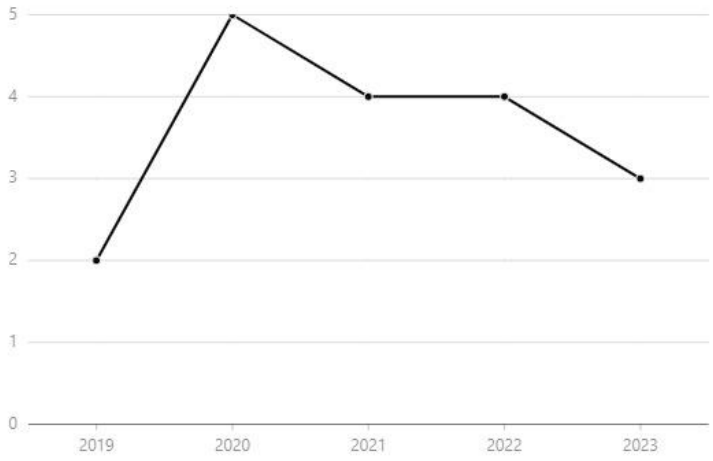


图 2 2019-2023 年湄公河-美国伙伴关系水资源合作频次

归根结底，这些机制对水资源议题的设计和运行无法满足或契合上下游需求是导致用水矛盾长存的直接原因。虽然 LMWRC 成立时间较短，但对下游五国水资源需求给予了全面关注，其从一开始就确立了水资源合作规划，并致力于推动澜湄水生命共同体的建成。[①]而且实践证明，LMWRC 在解决各国用水矛盾上确实发挥了积极作用，如 2020 年 8 月，《澜湄合作第三次领导人会议万象宣言》中明确提到，“欢迎澜湄水资源合作提质升级，赞赏中方分享澜沧江全年水文信息”，[②]反映出在 LMWRC 框架下，澜湄水资源合作得到了深入发展；2020 年 11 月，澜湄水资源合作信息共享平台网站正式开通，表明澜湄水资源信息共享、经验分享和政策对话迎来了新契机。[③]从国际制度建设经验上看，作为澜湄六国间首个和唯一的水资源合作机制，LMWRC 在制定合作和行动计划时是以全流域管理为方向的，兼顾六国诉求，而非对某个大国的特权应允或是对某个小国的特殊关照。与其他机制不同，LMWRC 尤其强调平等、协商和互利共享，[④]关注下游国家的用水自主权诉求，且在规则设计和执行上均比其他机制更多地立足于下游国家的实际需要。

（三）澜湄水资源合作机制的运行符合下游五国的水资源制度偏好

制度化水平是衡量国际机制优劣的关键指标。[⑤]结合澜湄各国合作实践及行动，比起一个宏观、远大、笼统的合作框架，各国更期待一个具体、有效且制度化水平高的水资源合作机制。相比之下，LMWRC 的制度化水平总体要比其他机制高许多且呈持续上升趋势，而其他机制的制度化水平近年来反而有所下降。[⑥]以目前澜湄水资源合作中影响力较大的 GMS 为例，

① 参见华亚溪，郑先武.澜湄水安全复合体的形成与治理机制演进[J].世界经济与政治，2022（06）：107-131+159-160.

② 澜沧江-湄公河合作.澜沧江—湄公河合作第三次领导人会议万象宣言——“加强伙伴关系，实现共同繁荣”[EB/OL].（2020-08-25）[2024-09-15].http://www.lmcchina.org/2020-08/25/content_41447223.htm.

③ 澜湄水资源合作信息共享平台.水利部鄂竟平部长在澜湄水资源合作信息共享平台网站开通仪式上的致辞[EB/OL].（2020-11-30）[2024-08-05].https://www.gov.cn/xinwen/2020-12/01/content_5566126.htm.

④ 中华人民共和国外交部.澜湄合作五个“什么”[EB/OL].（2016-03-17）[2024-08-12].https://www.mfa.gov.cn/web/zyxw/201603/t20160317_336847.shtml.

⑤ 参见卢光盛.澜湄合作:制度设计的逻辑与实践效果[J].当代世界，2021（08）：48-52.

⑥ 参见马婕.澜湄合作五年：进展、挑战与深化路径[J].国际问题研究，2021（04）：61-86.

其成功创建完全依赖域外国家资助或主导，成员国无法自主决定合作与发展方向。[①]GMS 未单设秘书处，而是由亚开行总部代行秘书处职能，所以 GMS 本质上并非独立的区域合作机制，只是亚开行伺机“挺进”澜湄区域的“傀儡工具”，所有成员方也仅是借助该机制散漫地组合在一起。[②]近些来，GMS 制度化水平有所下降的一个显著特征是首脑会议未能如期举行，参会首席代表的职衔也有所降低。不管是客观条件所限，亦或主观意愿影响，都表明 GMS 的制度化水平在形式和严谨性方面已不如从前。[③]此种情形下，在本就被边缘化的水资源合作议题中，GMS 成员国更难以充分表达其利益诉求。

与域外国家主导的机制不同，LMWRC 是不受外部干涉的流域内部机制，基于成员国共识自主决定区域事务。依托 LMC，LMWRC 设有专门的国家秘书处及工作人员，且各成员国正讨论和准备建立澜湄合作“国际秘书处”，[④]显示出其制度化水平较高且不断提升。虽然建设时间较短，但 LMWRC 能在短期内后来居上，恰恰说明其相较于其他机制具有更大潜力和优势。另外，在水资源合作议题的效能上，LMWRC 也表现出明显优势。以水资源管理为例，成立数十年的 GMS 等机制从未有效解决澜湄水资源分配矛盾，[⑤]而自 LMWRC 创立以来，各成员国通过水资源合作联合工作组、水资源合作中心等多个平台进行协调和沟通，最终促成“放水外交”，[⑥]困扰各国多年的水资源分配矛盾得到很大程度缓解，LMWRC 进一步取得成员国的支持和认可。通过对比可知，LMWRC 的运行更符合下游五国的制度偏好。

（四）澜湄水资源合作机制的诞生夯实了澜湄水安全共同体意识

澜湄六国因地缘接壤、河流共享，在流域水环境维护和水安全保障上有着紧密联系。[⑦]LMWRC 的创设使澜湄水资源合作实现了从“边缘”敏感性议题向“核心”关键议题的转变。中国对下游五国的应急补水更标志着 LMWRC 为提高澜湄水安全共同体意识发挥了担当与引领作用。[⑧]在 2021 年 11 月至 2022 年 5 月的旱季，尽管景洪水电站入流水量较低，中国依然增加了放水量，比自然流高出约 72%，以保障下游国家的基本用水需求。[⑨]此做法极大地减轻了下游旱情，获得一致赞扬，也彰现出 LMWRC 在水资源合作方面的效能，既发挥了表率作用，也体现了中国诚意，进一步推动澜湄各国携手应对水资源危机。这也说明，澜湄水

---

① 参见任娜，郭延军.大湄公河次区域合作机制：问题与对策[J].战略决策研究，2012，3（02）：61-66.

② 参见罗仪馥.从大湄公河机制到澜湄合作:中南半岛上的国际制度竞争[J].外交评论（外交学院学报），2018，35（06）：126.

③ 参见周士新.澜沧江——湄公河合作机制:动力、特点和前景分析[J].东南亚纵横,2018,(01):70-76.

④ 参见王毅.做好“六个提升”，构建澜湄国家命运共同体[EB/OL].（2017-12-15）[2024-08-12].https://www.mfa.gov.cn/web/wjbz_673089/zyhd_673091/201712/t20171215_7578065.shtml

⑤ 参见郭延军.大湄公河水资源安全：多层治理及中国的政策选择[J].外交评论，2011（2）：88-101.

⑥ 刘稚，卢光盛. 澜沧江——湄公河合作发展报告（2017）[M].北京：社会科学文献出版社，2018：14.

⑦ 参见罗圣荣，叶国华.澜湄命运共同体建设的意义、动因和路径选择[J].云南大学学报（社会科学版），2017，16（05）：101-107.

⑧ 参见华亚溪，郑先武.澜湄水安全复合体的形成与治理机制演进[J].世界经济与政治，2022（06）：107-131+159-160.

⑨ See Hu Yuwei.Responsible Neighbor：China Maintains Water Release to Downstream Mekong Countries Despite Extreme Heat，Drought[EB/OL].（2022-08-29）[2024-08-12.]https://www.globaltimes.cn/page/202208/1274124.shtml.

命运共同体的建设与长远发展，需要找到六国互认的关联纽带。六国共饮一河水，以水相连、以水共生，水资源合作机制自然有望成为此关联纽带。碍于此前六国水资源合作缺少增进彼此信任的连接机制，使六国水资源合作具有明显的“自私”导向，缺乏集体身份认同感。LMWRC 启动后，水资源合作的深入发展以及水危机的有效解除为澜湄六国提供了坚实的互信基础，改变了割裂的“小圈子”合作模式，逐渐形成流域集体身份认同。通过共同应对水资源挑战，各国认识到区域水安全的相互依赖性，逐渐形成了“水命运共同体”意识。在 LMWRC 推动下，“共同体身份”塑造和形成过程中所产生的信任基础将在很大程度上超越早期因经济援助、技术支持等物质因素而催生的合作势头，同时更为澜湄水生命共同体的发展注入源源不断的动力。[①]

三、澜湄水资源合作机制与其他国际机制的冲突风险

无论在“前澜湄水资源合作时代”亦或“后澜湄水生命共同体建设时代”，机制冲突始终是影响澜湄水资源合作顺利开展的棘手因素。而水合作受阻及水危机背后的原因之一，正是各机制利益调和不充分的缘故。因此，只有清楚地认识到各机制间本质性的冲突规律与影响，识别 LMWRC 与其他国际机制的冲突风险，才能根治那些积年累月、无休无止、错综复杂的水资源难题，以及防范域外干扰，并为有效应对提供明确的思路和有力的对策。

（一）流域外实体恶性竞争使澜湄区域水资源合作形势恶化

从历史层面看，湄公河地区一直是域外国家地缘政治斗争的焦点。早在 1956 年，美国国家安全委员会就提议，美国应尽早通过地区合作帮助湄公河区域发展，以增进与该地区的联系。[②]表面上是为了促进湄公河流域发展，实则是提醒美国早日介入并抢占话语权。自 20 世纪末以来，日、印、美、韩等国纷纷涉足澜湄水资源议题，并在 2010 年前后迎来合作高潮。LMWRC 启动后，美日等国对这种通过水议题低成本介入澜湄事务的策略表现出更为浓厚的兴趣。在第十一届 LMI 部长会议上，美国与下游各国将倡议中的六大议题提炼为四大议题，并将水资源置于最优序位，[③]而日本于第十届 JMC 峰会上发布的《东京战略 2018》中也将水资源保护列为三大支柱之一，[④]以彰显对水资源议题的重视，增强其在澜湄水合作中的主导作用。域外实体的介入增加了区域利益相关者的多样性和复杂性，使澜湄水资源问题的讨论和决策更加复杂，进一步增加达成共识的难度。而且，外部力量的介入通常还伴随着特定政策和价值观的输出。一些域外国家在提供援助时，常附带特定的政策条件，要求受援国接受其倡导的发展模式和治理理念。例如，美国通过 MUSP 提供资金和技术支持时，往往要求受援国在援助项目中采用“美式民主和环境治理标准”。[⑤]这种政策输出在一定程度上影

---

① 参见张励.水资源与澜湄国家命运共同体[J].国际展望，2019，11（04）：74.

② Nguyen，Thi Dieu Linh. The Mekong River and the Struggle for Indochina：Water，War，and Peace[M]. Westport Conn：Praeger，1999：84.

③ 参见李垣萤.多边主义理念竞争：中美湄公河次区域合作机制之比较[J].外交评论（外交学院学报），2021，38（05）：118-154+8.

④ 参见常思纯.日本为何积极介入湄公河地区[J].世界知识，2018（21）：22-23.

⑤ USAID. Mekong-U.S. Partnership[EB/OL].[2024-07-16]. https://www.usaid.gov/asia-regional/mekong-us-partnership.

响了澜湄各国的水资源管理政策选择，不仅增加了流域各国的政策负担，也使水资源问题卷入更广泛的政治和价值观冲突。由此可见，尽管澜湄水资源事务关系到沿岸国生存命脉，与域外国家毫不相干，但其“离岸平衡手”往往不请自来。[①]域外霸权国对流域水资源问题进行政治干预以谋求权力的做法，表面上冠以“澜湄水资源合作或倡议”的名头，实则是一种“恶行竞争”。[②]这种“恶性竞争”不仅无法解决澜湄水资源冲突，反而导致澜湄区域水资源合作形势进一步恶化。

（二）各国际机制资源争夺使澜湄区域水资源合作动力疲软

作为维系人类生命的宝贵资源，水资源具有不可替代性、稀缺性、生态脆弱性和分布不均衡性等特点，其在分配、利用和管理等方面极易引发行为体间的分歧和冲突。[③]这种资源争夺甚至冲突现象不仅发生在国家之间，具有竞争关系的国际机制间也会发生。现实主义理论从“人性自私”视角出发，认为行为体对稀缺资源的“争占抢夺”是自然界的生存规律。[④]人的贪婪与对生存的渴望在国际和国家层面体现为“权力的意志”，[⑤]而对水资源的攫取和竞争则是权力角逐的意志使然。国家以自利为目标，以国家为成员的国际机制同样以满足自身利益为使命。水资源具有经济、政治、社会多重属性，事关经济运行、政治利益和社会稳定，任何国际机制掌握的水资源话语权越大，所获利益就越多。比如，MRC 多年来一直积极争夺澜湄水资源管理权和话语权，通过法律框架、数据共享、应急协调等多种途径，努力在流域内发挥更大的管理和协调作用。同样，MUSP 自成立以来也一直在通过技术援助、能力建设等方式不断扩大其澜湄影响力，希望在澜湄水资源管理、政策制定和区域合作中占据重要位置，发挥关键作用。但是，一些机制徒有其表，在灾害发生时并未充分发挥其功能。比如，2019 年旱情期间，日本通过 JMC 向下游国家提供了一些资金和技术支持，但其技术未能广泛应用，再加上与其他机制协调不足，最终效果十分有限。2020 年旱灾期间，尽管 MUSP 启动了一些响应措施，但因其反应速度较慢，且更多关注短期技术援助和应急响应，缺乏长期规划和解决方案，导致整体表现未尽如人意。[⑥]上述例子表明，这些机制有着各自的战略利益，只是在争夺水资源管理话语权时愿意投入十足的“干劲”，当沿岸各国需要帮助时，并不能真正发挥作用。这种局面进一步造成澜湄各国对相关机制信任缺失，使澜湄区域水资源合作动力逐渐疲软。

---

① 参见李昕蕾.冲突抑或合作：跨国河流水治理的路径和机制[J].外交评论（外交学院学报），2016（1）：126-152.

② 在这里，恶行竞争是指一些域外国家主导的合作机制在讨论水资源议题或开展水资源合作时，其真实目的并非是解决澜湄流域的水资源问题，而是为了扩大自身影响力或话语权或为了满足其他政治需求。之所以称其为“恶性竞争”，是因为这种“伪合作”在争夺资源及话语权的同时，会干扰正常的制度竞争，对那些真正以解决澜湄水资源问题为使命的机制造成不利影响。

③ 参见顾晨霞.小型跨流域调水工程必要性研究——以管阳溪跨流域调水工程为例[J].安徽农业科学，2012，40（15）：8771-8772+8789.

④ 参见马翀炜，孙东波.公地何以“悲剧”——以普高老寨水资源争夺为中心的人类学讨论[J].开放时代，2019（02）：200-210+11.

⑤ 参见倪世雄.当代西方国际关系理论（第二版）[M].上海：复旦大学出版社，2018：33 .

⑥ MUSP. Monitoring the Mekong Drought[EB/OL].（2020-07-31）[2024-07-16].https://mekonguspartnership.org/2020/07/31/monitoring-the-mekong-drought-july-31-2020/.

（三）部分机制竞争优势下降使澜湄区域水资源合作矛盾激化

在澜湄区域，水资源合作矛盾不仅体现在水量分配上，在生态保护、航道建设、渔业开发等领域也多有呈现，[①]并可能对区域内政治、生态、经济等关系造成“相对冲击”。[②]因其独特的水文和地理特点，跨界河流为国际机制营造了一个在经济利益、政治立场乃至安全保障上涉及多方利益协调与冲突解决的复杂网络。在这种“水安全复合体”中，各机制难以就跨界水资源问题形成共识，[③]若某机制仅通过施加影响或行使权力的方式抢占水资源话语权，无疑会增加各机制间沟通协作难度，加剧区域水资源冲突。一方面，水资源合作本就是其他机制的边缘议题，加上 LMWRC 诞生后，其他机制发展缓慢、竞争优势下降，对各国水资源需求关注度严重不足，新的水资源矛盾不断显现，远超水权争夺的天然范畴，扩展到管理主导、话语掌控、秩序构建等更深层次的社会目标。[④]同时，在矛盾的发生范围与对象上，国际社会对全流域、中国与下游国家间矛盾的关注度远大于对下游五国矛盾的关注度。如果各机制无法有效处理这些矛盾，将可能对澜湄“水生命共同体”的推进造成“因水所困、因水所阻”的不利影响。另一方面，LMWRC 自创立以来所展现的“澜湄速度和效能”引起了其他机制的焦虑和恐慌。[⑤]有些国家企图借水资源分配问题，把澜湄流域比作“下一个南海”，大肆炒作“下一个南海论”。[⑥]比如，有些报道诬陷中国将会利用 LMWRC 在厄尔尼诺期间通过“水龙头”切断湄公河水源供给。[⑦]这种将中国和 LMWRC 视为敌手的话题不仅引起和加剧下游国家的恐慌，还会导致澜湄水资源合作及水生命共同体建设形成割裂效应，激化合作矛盾。

四、澜湄水资源合作机制与其他国际机制的协调路径展望

如何消除“制度纠缠”的不利影响，化解 LMWRC 与其他国际机制的冲突风险，发挥 LMWRC“以水相连、以水互信”的纽带作用，避免“因水生疑、因水生端”的冲突影响，是探索 LMWRC 与其他国际机制间协调路径的关键。制度纠缠并不意味着合作无法达成。从自由主义视角进行思考，制度纠缠仍可引导至“制度相容”，即对内推动部分机制做出改进，对外实现机制间包容共处。[⑧]

（一）促进协同，强化机制间“正正得正”

---

① 参见张励，卢光盛.“水外交”视角下的中国和下湄公河国家跨界水资源合作[J].东南亚研究，2015（01）：42-50.

② 参见卢函，杜德斌，桂钦昌，等.跨界水冲突、合作与全球水政治关系时空演化[J].资源科学，2020，42（06）：1162-1174.

③ 参见李昕蕾，华冉.国际流域水安全复合体中的安全秩序建构——基于澜沧江-湄公河流域水冲突-合作事件的分析[J].社会科学，2019，（03）：17-35.

④ 参见黄汉文，李昌文，徐驰.澜沧江-湄公河水资源合作的现实、挑战与方向[J].人民长江，2021，52（07）：88-94.

⑤ 参见卢光盛，罗会琳.从培育期进入成长期的澜湄合作：新意、难点和方向[J].边界与海洋研究，2018，3（02）：18-28.

⑥ 参见王震.大国博弈、次区域权力竞争与中南半岛次区域合作——以泰国、越南为案例[J].太平洋学报，2022，30（02）：26-39.

⑦ 参见中国南海研究院.独家披露：美这样借湄公河水对付中国[EB/OL].（2022-04-07）[2024-08-10]. https://www.nanhai.org.cn/info-detail/23/12243.html.

⑧ 参见李巍.制度之战：战略竞争时代的中美关系[M].北京：社会科学文献出版社，2017：176-183.

1. 鼓励互学互鉴，充分发挥各国际机制的独特优势

澜湄各国在经济发展、社会建设、文化习俗、政治体制等方面各有不同。虽然中国在非对称关系中确实处于较强一方，但在主导创建 LMWRC 过程中，从未站在权力政治立场，提出“要么接受，要么离开”（take it or leave it）的强制性要求。[①]而是践行惠民、包容的睦邻外交理念，本着以邻为友、与邻为善的周边外交原则，努力成为与湄公河各国携手共进、相互支持的优质伙伴。澜湄合作领导人会议也多次强调和重申，澜湄合作始终秉持开放、包容的精神，与现有次区域合作机制相互补充、协调发展。[②]LMWRC 的建立和发展，绝非是为了替代或压制其它机制，寻求凌驾于其它机制之上的水资源制度霸权，而是要与他们互通有无、交流合作，携手促进澜湄水资源治理百花齐放、共同繁荣，[③]助力合作达到新高地、取得新成果。因此，在处理 LMWRC 与其它机制的关系上，坚持机制间不分影响力大小、专业性强弱，一律平等合作、公平竞争，充分关注彼此诉求和共同利益；发挥各机制专长，实现优势互补，推动澜湄水资源合作互利共赢；坚持互尊互信、互学互鉴，致力于机制间形成命运与共、和谐共处的发展观。通过知识共享、政策协调和项目合作，各机制可以在共同应对水资源挑战、提升流域民生福祉方面发挥更大作用。

2. 倡导优质伙伴关系，提升澜湄水资源合作的高度和深度

优质伙伴关系的形成离不开互信、信息共享和技术合作。首先，互信是建立优质伙伴关系的基础。在水资源合作中，LMWRC 可主动寻求与其他机制联合研究，增强互信。例如，2016 年湄公河旱灾后，中国水利部与 MRC 就旱情进行协同研究并发表《中国向湄公河应急补水效果联合评估》报告，[④]客观分析了中国应急补水的积极影响，及时有效地回应了对中国的质疑。在澜湄水资源合作进入“成长期”的阶段，这种注重事实、抵制谎言、齐心协力的“共同发声”，正是提升澜湄水资源合作高度和深度所亟需的优质伙伴关系。这次联合研究为各机制合作应对澜湄水危机树立了榜样，各机制可在旱涝应急、灾害防救、危机预防等方面强强联手，以共同应对、共抗艰难为信念，切实提高澜湄水资源合作的共益性和有效性。2021 年 6 月，《加强澜湄国家可持续发展合作的联合声明》中强调，“支持澜湄水资源合作中心与湄委会秘书处共同开展澜湄流域水文条件变化及其适应策略联合研究”，[⑤]进一步说明，优质伙伴关系的构建正日益成为推动各机制协同行动的重要力量。其次，信息共享和

---

① See Z. Gunawardana，José E. Alvarez. The Inception and Growth of Bilateral Investment Promotion and Protection Treaties[J]. Proceedings of the Annual Meeting（American Society of International Law），1988，86：544－550.

② 参见中华人民共和国外交部.澜沧江－湄公河合作首次领导人会议三亚宣言——打造面向和平与繁荣的澜湄国家命运共同体[EB/OL].（2016-03-23）[2024-08-12]. https: / /www. fmprc. gov. cn /web /zyxw/t1350037. shtml.

③ 参见中华人民共和国外交部.澜沧江－湄公河合作首次领导人会议三亚宣言——打造面向和平与繁荣的澜湄国家命运共同体[EB/OL].（2016-03-24）[2024-08-12].https://www.gov.cn/xinwen/2016-03/24/content_5057018.htm.

④ See Mekong River Commission and Ministry of Water Resources of China . Technical Report-Joint Observation and Evaluation of the Emergency Water Supplement from China to the Mekong River[EB/OL].（2016-10）[2024-08-12].https://pdfs.semanticscholar.org/f2a8/dcf656bbce4f08c71645d26d7ea9a5f4fe28.pdf.

⑤ 澜沧江-湄公河合作.关于加强澜沧江－湄公河国家可持续发展合作的联合声明（全文）[EB/OL].（2021-06-09）[2024-09-15].http://www.lmcchina.org/2021-06/09/content_41587337.htm.

技术合作是构筑优质伙伴关系的重要途径。LMWRC 自创立以来，在水资源能力建设上持续展开多领域、高密度的合作，大大提高了澜湄水资源管理的信息共享、技术合作水平。比如，2018 年 11 月，中国-东盟水污染防治能力建设活动在福州举行；2020 年 11 月，中国-缅甸杀虫剂类化学品与水质管理研讨会以视频形式召开。[①]无论在主题内容、举办频次、地域范围上，还是澜湄各国参与度上，LMWRC 都展现了活力和影响力。在能力建设方面，LMI 于 2017 年启动了“湄公河水数据计划”，旨在通过提供培训和工具，增强澜湄各国收集、分析和管理水资源信息的能力。[②]鉴于各机制有着相同的需求，今后可以携手举办技术推广培训班、先进技术交流会等活动，不仅节约成本、减少重叠，还能增进各机制合作交流，助力构筑优质伙伴关系。

3. 增进机制互联互通，持续推进澜湄水资源合作务实化

现实主义理论将跨界

水资源问题与主权、权力、安全等概念联系起来，认为当国家获取水资源或治理污染的成本过高时，会削弱其独立决策能力，影响国家权力，威胁国家安全。[③]水资源武器化、霸权化无一不是现实主义叙事风格下的生动描绘。自由主义理论则坚信，对共同利益的追求推动了国家间在解决跨界水资源、气候等问题上的合作。与现实主义认为“合作可能削弱国家权力”的论调相反，自由主义对合作持开放态度，相信在协作语境下，技术创新有望解决资源难题。[④]水资源合作机制、条约等均是自由主义叙事话语的具体体现。站在各国利益考虑，澜湄地区应当成为自由主义者合作解决水资源问题的平台，而非现实主义者攫取利益的工具。因此，深化合作、增进机制互联互通，推进澜湄水资源合作务实化是当务之急。首先，加强机制互联互通是务实合作的基础。各机制可定期召开联席会议，讨论共同关切，促进政策对话和战略协同。通过常态化沟通，及时了解彼此间工作进展和需求，避免出现政策矛盾和战略对抗。其次，开展联合项目和活动是实现互联互通的有效途径。对各机制而言，严苛的、高度规范化的水资源合作未必符合其利益趋向，更实际的做法或许是促进其协同推进以项目带动为主导的实用型合作模式。多年来，LMWRC 一直以务实、负责、共享为运行准则，推动产生了多项水资源合作成果，包括水文数据监测、抗旱防汛技术推广、人才培训；协助老挝、柬埔寨等国制定水资源综合规划等。为确保澜湄水资源合作健康、稳定、可持续地进行下去，各机制可以共同发起和实施跨境水资源合作项目，加强机制协同合作能力，增进彼此互联互通，推进澜湄水资源合作务实化。

---

① 参见澜湄合作中心.绿色澜湄计划：中国-缅甸杀虫剂类化学品与可持续水质管理视频研讨会顺利召开[EB/OL].（2020-11-30）[2024-07-17].http://www.lmec.org.cn/lmzx/lslmjh/nljs/202108/t20210813_123057.html.

② See Mekong-U.S. Partnership. Mekong Water Data Initiative（MWDI）[EB/OL].（2018-2023）[2024-07-17]. https://mekonguspartnership.org/projects/mekong-water-data-initiative-mwdi/.

③ 参见黄德凯，聂姣.地缘政治权力结构下的澜沧江——湄公河合作：结构特点、运行机制及现状评析[J].东南亚纵横，2019（03）：11-20.

④ 参见郭延军.社会组织参与澜湄水资源治理：倡议网络及其影响[J].太平洋学报，2020，28（04）：92-100.

（二）弱化竞争，力求机制间“负负得正”

1. 保障澜湄各机制获利，化“利益竞争”为“利益分享”

在水资源领域，竞争论遵循着“权力攫取—水资源抢占—安全保障”的逻辑链条，其过分关注“自我利益”的心理不利于有效解决复杂紧迫的国际问题。[①]同时，该逻辑在结构范式上的弊病是过于看重权力的绝对作用，强调私利，忽视了共益。合作论强调利益分享和互动，坚持“利益—责任-规范”三位一体的逻辑架构，[②]认为合作可以保障行为体通过特定方式满足自身利益，使其意识到竞争并非唯一选择。[③]地缘便利为沿岸国开展跨界水资源合作提供了成本优势，正如历史演绎的那样，尽管冲突和矛盾常在，但合作才是主题。[④]对于竞争优势下降的机制来说，在自身没有实力赢取较大利益的情况下，利益分享[⑤]是其最佳战略。实际上，利益分享的概念在跨界水资源管理中已经被广泛认同，逐渐成为水资源合作的指导理念。[⑥]2011 年，MRC 在其官方文件中指出，利益分享机制已经成为流域治理和可持续发展中的一项重要手段，能有效促进利益相关方的沟通协作。[⑦]无论是 MRC 在水资源合作上的“持续加码”，还是域外主导机制针对水资源议题的“地方化”改革，均表明各机制间存在不可避免的水资源竞争。对此，与其“两败俱伤”不如“携手共赢”，在不断加强 LMWRC 建设的基础上，诚邀其他机制分享澜湄水资源利益，包括共同分担水治理成本、分享水资源管理经验、技术等，实现从利益竞争向利益分享的转化。需要强调的是，利益分享理念要求各机制坚持正确的行为准则，摒弃一家独占、赢者通吃的零和博弈观，反对我输你赢、我多你少的竞争策略，将公平放在首位，关注各方利益，尊重差异，寻求共同点，通过合作共赢形成互利互惠的利益共同体。[⑧]

2. 凝聚澜湄各机制区域共识，化解观念分歧的不利影响

虽然各国普遍认为，解决流域水资源争端的最佳办法是通过磋商合作，达成公平合理、兼顾各国利益的全流域条约，并最终构建覆盖全流域的水资源管理机构，[⑨]但是各国利益难以调和是造成阻碍的症结所在。比如，《湄公河流域可持续发展合作协定》在签署时主要由柬老泰越四国主导和商定，重点在于共同管理下游水资源。中国和缅甸作为湄公河上游国家，

---

① 参见张发林.国际制度性权力的生成及其实践[J].太平洋学报，2022，30（11）：1-11.

② 梁岱桐，黄德凯.澜沧江—湄公河合作框架下跨境水资源合作的作用及意义[J].东南亚纵横，2021（02）：103.

③ 参见约瑟夫·奈，戴维·韦尔奇.理解全球冲突与合作：理论与历史（第十版）[M].张小明译，上海：上海人民出版社，2018：79.

④ 参见邵建平.澜沧江—湄公河合作机制的推进路径探析[J].广西社会科学，2016（07）：28-31.

⑤ 利益分享不等同于利益均分，前者指利益由各方进行分享，但分享的比例有待商讨，后者指各方平均分享利益。

⑥ 参见世界水坝委员会.水坝与发展：决策的新框架[M].北京：中国环境科学出版社，2005：184-186.

⑦ See Mekong River Commission. Initiative on Sustainable Hydropower Work Plan[EB/OL].（2009-03）[2024-08-13].
https://archive.iwlearn.net/mrcmekong.org/download/free_download/hydropower/MRC-Initiative-on-Sustainable-Hydro(ISH)-WorkPlan2009-03-01.pdf.

⑧ 参见舒洪水，吴丹.澜湄合作背景下中泰合作路径研究[J].广西社会科学，2023（03）：47-53.

⑨ 参见胡晓红、王辉、范晓宇、刘雪莲.我国跨区域水环境保护法律制度研究[M].北京：法律出版社，2012：179；参见何艳梅.中国跨界水资源利用和保护法律问题研究[J].上海：复旦大学出版社， 2013：40.

在协定的谈判和制作过程中未能发挥直接作用，这导致协定内容在一定程度上不符合中缅利益和关切。因此该协定自 1995 年由下游四国签署以来，中国和缅甸始终没有加入。而且，澜湄水资源合作大多依托各机制展开，机制利益取向不一致进一步造成澜湄水资源合作存在观念分歧。比如，有的机制将水资源利用列为优先级，强调水利开发对经济发展的促进作用；[①]有的机制注重水利信息透明与数据共享，要求建立常态化的数据交换机制；[②]还有一些机制看重水资源治理技术和资金支持，希望能将其转化为政治经济影响力。[③]因此，促进各机制形成区域共识，化解观念分歧，是进一步提升澜湄水资源合作治理水平的关键。借鉴亚历山大·温特（Alexander Wendt）的社会理论，机制利益的形成与其充当的身份密切相关，包括团体、类属、角色和集体四种身份。[④]其中，集体身份是指两个及以上机制间形成深刻而明确的认同感，这种认同感不仅意味着它们在功能上具有协同效应，还表明它们的利益是相互的。可以说，集体身份认同是同一水系中不同机制间破除观念分歧，形成区域共识的基础。区域共识一直都是 LMWRC 建设和发展的起点，也是引导和推动各机制携手共进的亮点。鉴于水资源问题具有频发性、反复性、长期性的特点，在澜湄水资源合作迈入完善期的重要阶段，LMWRC 需要持续凝聚和加强各机制间身份认同，在机制运行、合作推进、项目落实等方面应密切关注各机制发展动态，特别是要注意它们的认知态度，以便化解观念分歧，减少水资源合作推进中无谓的矛盾和冲突。

3. 推动澜湄各机制联合行动，构筑多层次机制合作体系

推动澜湄各机制联合行动，有助于整合资源，避免重复建设，提高水资源合作效率。其中，设计、制定和执行纲领性文件是确保联合行动有效开展的规则保障。目前，2018 澜湄五年行动计划中的水资源模块已执行完毕。自该文件颁布至今，LMWRC 已用“高效率、高标准、高质量”的“澜湄品质”实现了水资源模块关键内容，使澜湄水资源合作与管理水平得到了全方位提高。[⑤]现阶段，新的五年行动计划（2023－2027）已经发布，制定了更充分、详细和明确的合作目标，并鼓励六国联合行动，以有效应对可能的水资源挑战。各机制联合行动需要一份纲领性文件提供指导，以提高效率，避免分歧。虽然该计划是 LMC 内部文件，但其他机制也可参考其目标，加强机制政策协调，共同执行水资源合作联合行动，推动澜湄水议题开放性协商，携手共筑多层次合作体系。另外，多层次合作体系的构建还需依托多元

---

① See Chi（Will）Gao. China and the Mekong River Disputes：Can a New Framework Bring New Compromises？[EB/OL].（2021-04-09）[2024-07-17]. https://chinafocus.ucsd.edu/2021/04/09/china-and-the-mekong-river-disputes-can-a-new-framework-bring-new-compromises/.

② See Mekong-U.S. Partnership. Mekong Research Symposium brings Data-Sharing Community Together[EB/OL].（2019-12-18）[2024-07-17]. https://mekonguspartnership.org/2019/12/18/mekong-research-symposium-brings-data-sharing-community-together-december-18-2019/.

③ See Ministry of Foreign Affairs of Japan. The Mekong-Japan Initiative for SDGs toward 2030[EB/OL].（2019-11）[2024-07-17]. https://www.mofa.go.jp/policy/oda/white/2020/html/topics/topics05.html.

④ 参见亚历山大·温特.国际政治的社会理论[M].秦亚青译，上海：上海人民出版社，2014：220-228.

⑤ 参见宋清润.澜湄框架下水资源合作彰显区域团结[EB/OL].（2024-03-19）[2024-08-11]. http://www.china.org.cn/chinese/2024-03/19/content_117071192.htm.

化的项目类型和受益群体，这就要求 LMWRC 项目应持续多样化发展，包括但不限于水利基础设施建设、应急减灾、技术开发和培训等，以便符合其他机制利益。为确保受益群体多元化，除要通过大工程为城市居民提供便利外，也要注重通过小项目惠及偏远乡村和社区，促使澜湄六国真正因联合行动而结缘。最后，机制联合行动还要注重公众参与和利益相关者的广泛支持，加强与民间组织、学术机构、企业的合作，广泛听取各方意见，确保联合行动具有可行性和可持续性。

（三）加强对话，实现机制间“正负互补”

1. 增强各机制联动性，提升区域水命运不可分割共同体意识

因地缘位置和水体现实的不可变性，澜湄流域产生了从局部到全流域的合作需求。“一河之水”带来的地缘、历史和文化联系，催生了流域行为体间频繁往复的交流，而在各行为体推动和主导下成立的水资源合作相关机制，理应借鉴这种交流模式，促进机制联动和信息流通，减少竞争和机会成本，在建立共同利益的基础上，最大限度地提高各机制效益，[①]强化区域合作与共同责任感，提升澜湄水命运共同体意识。为此，至少应从以下几方面开展措施。首先，发挥机制间合作项目联动性。割裂的制度设计强化了各机制的自利观念，导致其重竞争轻合作，易陷入身份对抗。各机制可通过共同举办研讨会、培训班和技术交流会等活动，促进技术互通和能力提升，破除观念层面的竞争意识。其次，开展水资源文化交流与互信建设。如果说“硬实力”有助于从现实层面解决水资源难题，那么“软实力”则有助于塑造共同价值观和认同感，减少冲突与误解。例如，可举办跨国水文化节、展览和论坛，展示各机制在水资源管理和保护方面的经验成果，以此来增强各国人民的共同体意识与合作意愿。最后，提升区域水命运共同体意识还需全社会的参与。各机制应加强跨界水资源保护的宣传教育，通过媒体、学校和社区活动等，提高公众对澜湄水资源合作的认可度和参与感，让公众了解水资源协调管理的重要性，确保区域水命运共同体意识融入社会、扎根基层。

2. 探索建立政策对话平台，促成更稳定、普惠、包容的水资源合作秩序

探索建立政策对话平台要求各机制秉持新型流域治理观，超越西方竞争主义，本着平等、公平、协商的观念解决水资源冲突与安全问题，突出多元主体共同参与和平等协商。[②]这种超越现实主义强权逻辑的合作秩序体现了普惠包容的共同体精神，跳出制度霸权“欲求不满”的自私怪圈，避免了强权必霸的悲剧收场。[③]政策对话平台有助于消除竞争机制在观念和身份上的对抗性，培养共建理念，调动各机制协同参与水资源治理的积极性。在操作层面，能够注意到的是，水资源议题在各机制中的重视程度不同，LMWRC 将其视为核心议题，但有些机制更关注其他领域。将水资源作为建立信任的“起点”和“纽带”，并不意味着忽视其他领域。根据现实需要，在搭建平台和开展政策对话时，应考虑到各机制价值目标与核心业务，

① 参见卡伦·明斯特.国际关系精要[M].潘忠岐译，上海：上海人民出版社，2018：86.

② 秦亚青，魏玲.新型全球治理观与“一带一路”合作实践[J].外交评论（外交学院学报），2018（02）：1-14.

③ 参见秦亚青.制度霸权与合作治理[J].现代国际关系，2002（07）：10-12.

连同其他议题一并讨论，提高它们的接受度。中国在推动澜沧江水电建设时曾确立了“维权和维稳”的目标：维护中国对领土内水域进行自由开发的权利（力）；在开发过程中维持中国与下游各国总体关系的稳定。[①]在搭建机制政策对话平台时，可借鉴该二维方针，只是表述有所变化。维权即在确定共同目标的基础上，维持各机制利益取向基本不变。维稳则是在水资源合作中维护 LMWRC 与其他机制的关系稳定。全面考虑并顾及彼此利益诉求，做好“维权与维稳”相统一，促进上下游机制关系的巩固和发展，有助于澜湄各机制间保持稳定、普惠、包容的水资源合作秩序。

3.寻求利益契合点，破除水资源合作制度碎片化、重叠化、低效化

澜湄水资源合作涉及灾害应对、信息数据共享、技术交流、生态保护等多个领域。各机制在目标、范围和工作内容上各异，若缺乏协调沟通，水资源管理必然分散无力。虽然 LMWRC 的建立从根本上填补了全流域水资源合作平台的缺失，但在其他机制零碎、重叠、低效的情况下，水资源合作的推进仍面临着结构缺陷，而利益契合点的探求也许能弥补这种缺陷。基于各国经济社会发展水平及文化差异的事实，水资源合作应兼顾各方关切和利益，在平等共商的基础上，各机制公平参与水资源议题的协商和管理，寻求合作最大公约数。比如，就流域干旱和洪涝问题而言，各国事先达成目标共识，并约定好利益交换，灾害发生时方能在各机制动员下保障受灾国顺利获得帮助。目前，在澜湄合作框架下，六国联合发布了许多宣言、声明、计划、倡议、公报等国际文件。[②]这些软法规范虽然不像条约或协定那样具备严格的法律约束力，但作为六国的共同承诺，其高度尊重《联合国宪章》和国际法，具有显著的政治约束力，成为各方凝聚共识的重要载体。又如，各机制均认识到技术交流和能力建设的关键作用，这正是一个利益契合点，它们可以协同开展此类活动，提高各国水资源管理技术水平和专业能力。此外，澜湄各国作为发展中国家，第一要务始终是解决生存和发展问题。不论区域影响力和话语权大小，各机制都应在尊重各国生存发展利益的基础上开展水资源合作，在基础设施建设、水资源利用和水电开发等方面推动区域经济一体化，实现互利共赢，而非各自为利，甚至将水资源问题政治化、工具化，借保护之名，行打压和攫取政治利益之实。

六、结语

澜沧江-湄公河跨越六个国家，地处东南亚和东亚交汇地带，是亚洲乃至全球重要的地缘战略区域。流域各国在水资源管理和利用方面存在着复杂的利益交织。为调和矛盾、增进合作，澜湄区域内涌现出众多涉及水资源议题的国际机制。多元机制并存理应显著提升澜湄各国在水资源问题上的解决效率与协同能力；而实际情况却是，这些机制之间非但没有形成合力，反而因机制重叠、利益竞争、价值冲突，陷入了复杂的纠缠态势，具体表现为制度过剩、制度拥堵和制度碰撞三个层面。这种制度纠缠关系在外在表征上又呈现出三个特点。其

① 参见郭延军.“一带一路”建设中的中国澜湄水外交[J].中国-东盟研究，2017（02）：62.

② 自 2015 年 11 月起，澜湄合作框架下，澜湄六国已经联合发布了三十多个重要文件，包括宣言、声明、倡议、公报等。参见澜沧江-湄公河合作.重要文件 [EB/OL].[2024-09-15.]http://www.lmcchina.org/node_1009505.html.

一，域外国家的深度介入，为澜湄水资源合作增添了更多复杂性与不确定性；其二，作为湄公河上游国家，中国的身份与角色在某些机制中被模糊、弱化，甚至剥离；其三，一些涉及中国的水资源议题往往被无端放大，甚至成为某些政治操弄的焦点，扭曲了水资源合作的本质。这一系列现象共同作用，使澜湄水资源合作制度竞争关系日益复杂，水安全地缘政治平衡也面临失稳风险。

2017 年 2 月，依托 LMC，LMWRC 正式成立，组建了真正属于澜湄六国的水资源合作平台。LMWRC 的创立显著提高了下游五国在水资源治理领域的制度选择权，其制度设计紧贴下游五国水资源实际需求，机制运行也与各国制度偏好高度契合，有效强化了澜湄水安全共同体意识，使复杂交织的澜湄水资源合作制度纠缠得以理清，达到定分止争的效果。然而，制度优势并不意味着 LMWRC 在后续运作中畅通无阻。碍于资源有限、战略竞争，其与其他机制间仍存在着不容忽视的冲突风险。这些风险包括：流域外实体恶性竞争，不断侵蚀澜湄水资源合作的稳定基石，导致合作形势日益严峻；各国际机制间的资源争夺，犹如一场无声战役，持续消耗澜湄水资源合作内在活力；部分机制竞争优势下降，内部矛盾与外部挑战交织叠加，致使澜湄水资源合作矛盾激化。为消除制度纠缠的负面影响，化解 LMWRC 与其他机制间的冲突风险，应积极探寻将制度纠缠引导至制度相容的路径。在具体操作层面，首要任务是促进协同，深化合作，确保机制间“正正相加，效力倍增”。其次是弱化竞争，凝聚共识，力求机制间“化弊为利，负负得正”。最后是加强对话，促进包容，实现机制间“正负互补，普惠共生”。

国家安全视角下国际知识产权治理规则的困境与重构

褚　童*

摘　要：当代国际知识产权治理规则的形成、发展与国家安全问题，尤其是以美国为代表的部分知识产权发达经济体的国家安全战略紧密地联系在一起。面对当前国际知识产权多边治理制度发展滞后，治理规则的正当性缺陷不断凸显，双边及区域知识产权治理存在惯性缺陷与碎片化等安全困境，为回应知识产权领域内不断增长的安全关切，有必要从国家安全视角探讨国际知识产权治理规则重构的思路。构建更公平合理安全的国际知识产权治理规则，其基础在于树立共同安全的理念，治理的核心内容应关注新的科技变革背景下维护国家安全与促进技术竞争之间的平衡，而发展中国家能动作用的发挥则成为国际知识产权规则区域与双边主义趋势下安全治理立场的锚定。面对激烈的国际科技竞争局势，中国应在厘清自身知识产权安全利益的基础上，从完善知识产权对外转让安全审查制度、推进知识产权法域外适用与管辖、促进知识产权全球交流合作等方面统筹国内、涉外与国际知识产权安全治理，恰当运用国家安全例外条款，构建适当平衡的因应之策。

关键词：国际知识产权 国家安全 治理规则 共同安全

传统研究径路下，规范、私法、贸易与创新是理解国际知识产权规则发展与治理逻辑的主要维度。从国家运行整体系统网络的角度，将国际知识产权规则的缔结与发展置于国家安全这一宏观议题之内，结合其他国家政策战略一并进行审视，[①]则是一个受关注程度不足但相当有意义的视角。随着新一轮科技革命与产业变革突飞猛进，全球产业链、供应链、创新链的不稳定性与不确定性明显增加，

* 浙江财经大学法学院副教授

本文发表在《武大国际法评论》2024 年第 2 期。

① See Peter Drahos,TRIPS Through A Military Looking Glass，in Christine Godt & Matthias Lamping (eds). A Critical Mind:Hanns Ullrich's Footprint in Internal Market Law, Antitrust and Intellectual Property 657 (Springer 2023).

知识产权已经成为国家发展的战略性资源和国际战略博弈的主要战场，[①]也是全面研究知识产权与国家安全关系问题的重要背景与依据。当前，世界各国已将知识产权纳入本国的安全战略体系，国家安全成为各国国内知识产权政策和立法中的重要考虑因素，[②]学者在这一领域也开展了有益的学术研究。[③]相较于国内知识产权安全治理问题，以国家安全作为观察视角针对国际知识产权规则框架与治理机制开展的研究还相当有限。

作为国际公共事务的一种，国际知识产权治理深深嵌入国际整体格局变迁之中。[④]随着新一轮国际政治经济环境的变化与科技产业的革新，曾经取代巴黎-伯尔尼公约体系成为国际知识产权治理主导机制的《与贸易有关的知识产权保护协定》（TRIPS 协定）已经遭遇新的困境，双边及区域知识产权保护机制不断涌现，国际知识产权治理规则再次面临重构的现实动力。以国家安全的视角重述国际知识产权秩序的发展脉络，有助于研究者解释当前国际知识产权治理规则中出现的新态势与新问题，如 TRIPS 协定影响力的减弱，国际知识产权规则发展的双边、区域趋势以及中美知识产权争端的根源等，[⑤]厘清当前国际知识产权治理规则发展存在的困难，为中国主动参与国际知识产权治理规则重构提供有益的方案规划与路径选择。

一、国家安全视角下国际知识产权治理规则的发展脉络

（一）美国国家安全战略下的国际知识产权多边治理规则

19 世纪末缔结的《巴黎公约》与《伯尔尼公约》拉开了国际知识产权治理规则构建的序幕，由于公约中实质性义务的一体化程度低，缺乏有效的执行机制，国际知识产权治理的影响力相对较小，在此阶段，知识产权保护与国家安全并未被明确地联系在一起。直到 1995 年世界贸易组织（WTO）建立后， TRIPS 协定借由 WTO 的一揽子承诺方式实现了知识产权规则的全球一体化，将知识产权国际

---

① 马一德：《知识产权安全是国家安全的主战场》，《光明日报》2021 年 9 月 6 日，第 2 版。

② 何华：《知识产权保护的安全例外研究：由<TRIPs 协定>第 73 条展开》，《中外法学》2019 年第 3 期，第 818 页。

③ 参见吴潇菲：《中美贸易摩擦背景下涉及国家安全的知识产权面临的风险及对策建议》，《发展研究》 2020 年第 11 期；朱雪忠，代志在：《总体国家安全观下的知识产权安全治理体系研究》，《知识产权》，2021 年第 8 期；李建伟，朱笑莹：《加强知识产权领域国家安全立法》，《检察风云》2021 年第 8 期。

④ 董涛：《全球知识产权治理结构演进与变迁——后 TRIPS 时代国际知识产权格局的发展》，《中国软科学》2017 年第 12 期，第 22 页。

⑤ See Hanns Ullrich, The Political Foundations of TRIPS Revisited in Hanns Ullrich, Reto M. Hilty, Matthias Lamping, Josef Drexl (eds), TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles 85（Springer 2016）

保护水平推进到新的高度，也将国际知识产权治理的中心由欧洲转移到了美国。从私权与经济利益为视角展开的分析观点认为，“TRIPS 协定的缔结是在美国的制药、娱乐、计算机软件的技术型跨国公司的联合、推动及游说下，将私人公司的利益上升为国家利益，继而由美国在 WTO 体制内主导形成的造法过程。”[①]私人行动者的经济利益被认为在知识产权国际化的过程中发挥了关键作用。但是，如果将美国跨国公司的知识产权策略置于美国国家安全战略体系之中，可以更清晰地观察美国政府如何出于维护国家安全利益的考量，与跨国公司合谋推动 TRIPS 协定缔结的历史过程，可见知识产权规则的全球化过程与知识产权的安全化过程是并行而生的。

二战后，作为美国国家安全战略中国防改革计划的组成部分，美国政府和军方将企业、高校等民用科学研发机构并入国家军事创新研发和生产网络。[②]许多科技研发成果尽管在法律上属于私人机构，产权明晰，但实际上这些创新成果在很长一段时间内严格处于美国军方的控制之下。[③]今天许多为人熟知的美国公司，如波音、通用电气、霍尼韦尔、IBM、洛克希德和西屋等，都从美国国防采购项目中受益。这些公司与其他数千家公司一起成为美国国防军工网络的一部分，并随着公司规模不断扩大，发展为真正的跨国企业。[④]除了帮助军方开发新技术外，美国跨国公司还占领了出口市场并建立了全球供应链。到 20 世纪 70 年代，为美国国防采购而研发生产的许多技术的出口市场也在增长。[⑤]在追求军事技术领先地位的过程中，这一军工网络在一般意义的技术创新方面也取得了显著的成绩。有美国学者认为，互联网、现代计算机、移动电话、全球定位系统、半导体、喷气式飞机、航空发动机卫星、锂离子电池、核电技术、合成材料、人工智能以及现代机器人技术的基础发展都属于美国军事创新的成果。这些成果不但具有军工与民用双重用途，而且在美国国内与国际市场均具有巨大的商业价值，增强了美

---

① 参见[美]苏珊·K·赛尔：《公权、私法：知识产权的全球化》，董刚、周超译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 1-2 页。

② See Thomas C. Lassman, Sources of Weapons Systems Innovation in the Department of Defense: The Role of In-House Research and Development 1945-2000 2 (Center of Military History, United States Army 2008)

③ See Elliot V. Converse III, Rearming for The Cold War 1945-1960 264 (Historical Office, Office of the Secretary of Defense 2012)

④ See Rodrigo Carril and Mark Duggan, The Impact of Industry Consolidation on Government Procurement: Evidence from Department of Defense Contracting, 184 Journal of Public Economics 138-139 (2020) ,

⑤ Richard Baldwin, The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization 54 (Belknap Press of Harvard University Press 2016)

国在国际贸易中竞争优势,[①]其维护的安全利益也从传统的军事安全进一步扩展到经济安全、科技安全等非传统安全方面。

因此，在建立 WTO 的乌拉圭回合谈判时期，为了维护自身在全球市场具有的竞争优势，大多数高科技领域的美国跨国公司主张有必要加强对美国知识产权的保护和执法，特别是对软件和半导体等战略技术的保护，并通过游说美国政府在 WTO 谈判框架内积极推动知识产权规则的确立，[②]而美国政府认识到技术创新对国家安全的重要影响，因此成为美国跨国公司的合作伙伴，积极主导塑造全球知识产权规则。可见从 TRIPS 协定谈判缔结开始，在全球市场内保护美国的知识产权不仅是美国贸易政策的目标，也是美国国家安全战略中的优先事项。[③]

以美国国家安全战略与军事创新的维度审视 TRIPS 协定的缔结背景，不难发现这一时期的国际知识产权治理规则始终是美国国家安全管理战略的一部分。积极推动国际知识产权规则的制定与实施，不但是美国跨国公司维护经济利益、确保经济竞争优势的途径，也是美国强化其军事创新垄断地位的重要手段，国际知识产权保护与出口管制、关税征收等策略措施相互配合，在国际层面共同形成了维持美国国防技术与经济优势的竞争工具。

（二）知识产权安全化趋势下的双边与区域治理规则

TRIPS 协定生效后，美国政府继续在知识产权规则安全化的进程中发挥主导作用。近年来，美国已经明确将知识产权从经济私权问题上升为国家安全事项，以便更直接地以国家安全为由参与和干预知识产权创造、流转与使用过程。在与其他国家的经贸与技术交往中，知识产权安全议题也特别受到重视。例如，美国政府近年来不断在双边、区域场合指责中国“窃取”美国的知识产权，主张中国因此以较低的成本获得国防能力，威胁美国国家安全，并进一步通过贸易与投资的限制手段，阻碍正常的知识产权跨国转让与知识产权的流通。可见，知识产权领域的国家安全问题已经成为中美经济与科技博弈的关键主题之一。在此过程中，美国主动放弃了以多边知识产权规则体系保障国家安全利益的策略，在美国

[①] See Peter Drahos，TRIPS Through A Military Looking Glass，in Christine Godt & Matthias Lamping (eds). A Critical Mind:Hanns Ullrich’s Footprint in Internal Market Law, Antitrust and Intellectual Property 663 (Springer 2023
)663.

[②] Neil Fligstein and Robert Freeland. Theoretical and comparative perspectives on corporate organization, 21 Annual Review of Sociology 30 (1995).

[③] See Peter Drahos, BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property, 4(6)Journal of World Intellectual Property, 797(2001).

安全部门看来，TRIPS 协定已经难以发挥作为保护美国国家安全动态工具的作用。在美国的新自由主义贸易政策与安全观向现实主义转向的背景下，TRIPS 协定下国际知识产权安全化的水平与标准已经不能适应美国国家安全政策的需要，落实美国知识产权安全政策的场域由多边知识产权协定转向双边及区域贸易协定。

由美国主导的知识产权问题安全化与国际知识产权治理的双边及区域主义本质上反映了美国在国际关系与对外政策上明显的单边主义以及“美国优先”倾向。美国政府对待知识产权国际治理规则的态度越来越工具化，越来越远离经济与道德的正当性。德国学者施密特在《政治的概念》中提出根据“区分敌友”并采取行动的能力的标准来判断国际法律秩序合法性的观点，[①]似乎被越来越明显地引入美国知识产权跨国交易与保护的实践。在具体内容上，美国所推行的双边及区域知识产权规则呈现出“非对等双边主义”的趋势，[②]以自身知识产权保护水平与要求向其他缔约方施加更严格、更高标准的知识产权义务，淡化甚至漠视多边知识产权保护标准。这种形式上的双边主义实质上是单边主义的。例如在《中美第一阶段经贸协议》的知识产权章节中，没有一处提及国际知识产权条约如《伯尔尼公约》《巴黎公约》或 TRIPS 协定等，知识产权条款表述也没有沿用 TRIPS 协定或世界知识产权组织（WIPO）知识产权公约的灵活性或公共利益条款的表述。类似的双边和区域协定基本没有为美国设置更严格的义务，而是将美国国内知识产权保护标准进一步定义、阐述并纳入国际协议，重点在于要求其他缔约方进一步提高知识产权保护水平，对商业秘密保护、网络侵权处置、技术转让要求与知识产权刑事保护等重点问题做出承诺。[③]在《美墨加协定》（USMCA）中，美国也成功推行了在《跨太平洋伙伴关系》（TPP）中被冻结的知识产权高标准规则，甚至比 TPP 规则走得更远。[④]而《美墨加协定》的知识产权章节也将成为未来美国与主要贸易伙伴进行新一轮自贸谈判的规范模板，[⑤]不断通过更严格、更排他的双边、区域性知识产权规则贯彻美国相关国家安全策略。

---

① See Carl Schmitt, The Concept of the Political, 34 (University of Chicago Press 2007).

② Carrie Shu Shang and Wei Shen, Beyond Trade War: Reevaluating Intellectual Property Bilateralism in the US–China Context, 24(1) Journal of International Economic Law, 57 (2021).

③ 中美第一阶段经贸协议第一章，https://www.gov.cn/xinwen/2020-01/16/content_5469650.htm

④ See Sergio Puig, Can International Trade Law Recover? The United States-Mexico-Canada Agreement: A Glimpse into the Geoeconomic World Order, 119 American Journal of International Law Unbound, 56-57(2019).

⑤See Carrie Shu Shang and Wei Shen. “Beyond Trade War: Reevaluating Intellectual Property Bilateralism in the US–China Context”, 24(1) Journal of International Economic Law, 69 (2021).

二、国家安全视角下国际知识产权治理规则的困境

以 TRIPS 协定为中心的现代国际知识产权治理规则与维护国家安全的需要相伴相生，相互影响，但在国际知识产权体系下进行适当的国家安全治理并非易事。受到地缘政治、商业市场、大众民生与技术创新等国际形势因素变化的影响，国际知识产权制度体系面临变革，TRIPS 协定一定程度上陷入困境，[①]国际知识产权治理的结构范式呈现向双边及区域转变的趋势。在这一过程中，各国国家安全利益冲突不断凸显。美国等个别国家的国家安全战略对当前国际知识产权治理的影响未能体现国际社会重构知识产权安全秩序的理念目标与现实需要。

（一）与国家安全有关的多边知识产权制度发展滞后

客观上看，以 TRIPS 协定为核心确立的知识产权保护多边规范和标准与当前国际社会发展及技术竞争的需要之间存在差距。TRIPS 协定谈判始于二十世纪八十年代，目前与国家安全密切相关的关键技术及其变革，如云计算、大数据、人工智能和机器学习等在当时尚未出现。随着新技术的发展，国家科技竞争的重点与国家安全利益不断变化，相应的，国际知识产权规则中的国家安全意涵也发生了变化。与国家安全有关的知识产权保护方式、效力和实施呈现出新的发展态势，而以 TRIPS 协定为中心的多边知识产权规则却未能根据新的技术发展和国家需要进行及时的更新与完善。

从维护国家安全的竞争角度来看，规则发展的滞后主要体现为知识产权保护标准在新技术领域适应国家安全竞争需要的滞后。作为协助国家在科技领域竞争博弈以维护国家安全的进取型工具，TRIPS 协定中知识产权效力、要求与具体实施的标准逐渐不适应当前技术发展与国家利益的驱动要求。例如，商业秘密保护尽管被纳入 TRIPS 协定规范之中，但内容与要求相对简单，保护标准较为开放，在很长一段时间内不被视为国际知识产权体系中主要的权利类型。[②]但商业秘密在当前信息网络技术的研发与应用中发挥着越来越重要的作用。比如商业秘密保护特别有利于保护算法在设计功能上的改进。尽管互联网技术公司也会为算法申请专利，但就频繁使用的算法如搜索算法而言，每天或每周都会在永无止境的优化过程中进行改进，对每一次改进进行专利申请不切实际，对其管理方程和调整

---

① 参见董涛：《全球知识产权治理结构演进与变迁——后 TRIPs 时代国际知识产权格局的发展》，《中国软科学》2017 年第 12 期，第 22，26 页。

② Peter Drahos, BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property, 4(6) Journal of World Intellectual Property, Vol.4, 794 (2001)

过程进行保密可能是最有效的知识产权保护方式。[①] 类似算法的编码技术在武器开发与交付中的运用也更为普遍，可见商业秘密保护在国家知识产权安全体系中的重要性已不容忽视，但当前多边知识产权国际规则却无法为提高商业秘密保护国际标准以提供更多的支持。

从国家安全防御的角度看，由于非传统安全的概念已经普遍获得各国及国际社会的接受，[②]“国家安全”的范畴不再局限于军事与外交领域，其边界进一步扩展到涉及国家产业政策、数据信息安全、网络安全乃至气候变化、传染病防治等国家、社会与个人的对内对外治理事项，知识产权安全本身亦被视为非传统安全要素之一。以 TRIPS 协定第 73 条为代表的安全例外条款则仍以核安全、军事安全等传统安全为主要语境，在非传统安全领域适用标准模糊，一方面难以满足 WTO 成员的国家安全利益诉求，另一方面存在成员滥用安全例外条款进行贸易限制和技术封锁的风险。

（二）国家安全关切加剧了多边知识产权治理规则的正当性缺陷

贸易协定传统上通过在边境实施降低关税壁垒、确保与加强货物和服务贸易互惠的市场准入机会而非构建权利来实现贸易自由化，正如 WTO 多数贸易协定义务规则侧重于“消极一体化”义务，即成员方同意不做某事，如不征收高于某一上限的关税或不进行贸易歧视。TRIPS 协定制定的直接目的是保护私人权利，它是 WTO 框架下第一个以“积极一体化”为核心的协议，[③]成员方需要同意并采取积极的步骤进行国内知识产权保护制度的协调，以满足商定的最低保护标准。可见 TRIPS 协定义务对成员方边境内规制事项进行干预与影响的程度比 WTO《关税与贸易总协定》《服务贸易协定》等传统贸易协定深入得多。因此，绝大多数 TRIPS 协定成员方对国际知识产权规则下国家监管本国市场主权权力被削弱、公共利益和社会福祉受到消极影响的可能性抱有相当的忧虑，这是 TRIPS 协定被认为存在合法性缺陷的主要理据。[④]

[①] See Peter Drahos, TRIPS Through A Military Looking Glass，in Christine Godt & Matthias Lamping (eds). A Critical Mind:Hanns Ullrich’s Footprint in Internal Market Law, Antitrust and Intellectual Property 668 (Springer 2023)

[②] 参见[菲律宾]梅里·卡巴莱诺-安东尼：《非传统安全研究导论》，余潇枫，高英等译，浙江大学出版社 2019 年，第 3 页。

[③] See Joost Pauwelyn,The Dog That Barked But Didn’t Bite:15 Years of Intellectual Property Disputes， 2 (1) Journal of International Dispute Settlement， 412-413 (2010).

[④] Hanns Ullrich, The Political Foundations of TRIPS Revisited in Hanns Ullrich, Reto M. Hilty, Matthias Lamping, Josef Drexl (eds), TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles (Springer 2016),98.

从国家安全的角度来看，TRIPS 协定的内容体现的是以美国为代表的发达国家通过巩固其军事与科技创新上的优势维护其国家安全利益的目的，而发展中国家的国家安全利益并未在 TRIPS 协定内得到重视，加之 TRIPS 协定的“积极一体化”属性，反而加剧了发展中国家在知识产权领域的国家安全风险。由于发展中国家自主创新能力相对较弱，缺乏重大原创发明，对高新技术进口依赖程度较深，不断提高的国际知识产权保护标准限制了发展中国家对先进技术的获取，许多发展中国家未能建立独立高效的民用及军事工业体系，影响了国家、产业和企业的国际核心竞争力，继而影响到国家经济安全与军事安全。而发展中国家具有比较优势的传统知识、民间文艺、遗传资源等发展性知识产权，长期未得到国际知识产权法律机制的充分保护，由于法律的缺漏和滞后，技术与意识的局限等原因，被发达国家跨国公司低成本甚至无偿获取，重要经济社会利益处于被掠夺的风险之中，危及国家的产业安全、集体人权和经济安全。[①]

随着非传统安全理念下国家安全范畴的进一步扩展，TRIPS 协定在国家安全方面的正当性缺陷也更为明显。二十世纪九十年代艾滋病毒在全球范围的蔓延，引发了全世界公众对 TRIPS 协定这样有助于加强美国制药跨国公司在基本药物上的垄断地位的国际协定道德正当性的质疑。[②]而此前新冠肺炎病毒大流行给国际社会带来的巨大冲击，可能已经超越一般意义上卫生问题，成为影响国家非传统安全的重要事项。[③]尽管 TRIPS 协定针对其正当性缺陷进行了一定程度的平衡与修正，[④]但在当前国际局势不确定性加剧，国家间技术竞争激烈的背景下，国家安全利益与国际知识产权全球一体化义务要求之间的张力将更为强烈，多边知识产权规则在知识产权国际安全治理中发挥作用变得更为困难。仅仅将安全措施与普通经济监管进行简单区分，设置安全例外规则无法解决当前国家在国际经贸关系中遇到的安全问题与争议。

（三）现有双边及区域知识产权制度惯性与治理碎片化的安全困境

---

① 参见王振宇：《中国知识产权法律发展研究——基于维护国际经济安全的视角》，社会科学文献出版社 2014 年版，第 204-205 页。

② See Peter Drahos，TRIPS Through A Military Looking Glass，in Christine Godt & Matthias Lamping (eds). A Critical Mind:Hanns Ullrich’s Footprint in Internal Market Law, Antitrust and Intellectual Property, (Springer 2023)667.

③ 参见孟祥青：《全球疫情下的国家安全再思考》，《光明日报》2020 年 4 月 19 日第 7 版。

④ 如 2017 年对 TRIPS 协定第 31 条进行修订以落实实施公共健康多哈宣言第六段的决议，2022 年 6 月 TRIPS 协定理事会决定对 TRIPS 协定第 31 条项下合格成员方进行新冠疫苗专利的豁免。https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/30.pdf&Open=True，2023 年 9 月 5 日访问

由上文分析可知，国际知识产权治理规则与结构传向双边及区域范式，既是知识产权多边治理规则发展迟滞的原因之一，也是多边秩序陷入困境的必然选择。然而当前国际知识产权治理中的双边及区域秩序态势，仍然不符合科技创新与产业革命发展的需要，亦不能妥善安排国际社会中层出不穷的国家安全利益诉求与冲突。

一方面，当前以《全面与进步跨太平洋伙伴关系》（CPTPP），《美墨加协定》（USMCA）为代表的双边及区域知识产权治理规则的构建上沿袭了过往国际知识产权治理机制自我强化的路径，经由国际条约间联动的棘轮效应[①]，构建起相较 TRIPS 协定而言保护标准更高的治理规则，具体表现为知识产权保护范围进一步扩大，知识产权保护权利保护内容增加以及知识产权执法标准提高等。此类规则范式一定程度上反映全球经济社会发展，技术创新进步，国家竞争与安全利益维护的需要，但其核心内涵与构建逻辑依然受到以美国为代表的部分发达经济体技术竞争与国家安全战略的深刻影响。正如前文所述，正是美国积极推动和主导了当前国际知识产权治理的双边化和区域化，以便更高效地将知识产权保护的美国范式向外扩散，实现其国家安全战略的安排。这意味着当前的双边及区域知识产权治理规则无法真正弥合 TRIPS 协定的正当性缺陷，无法回应广大发展中国家的知识产权安全利益需要。

另一方面，双边及区域知识产权治理在知识产权领域加剧了规则碎片化带来的治理困难。国际规则的碎片化，即同一领域的国际规则体系中存在不同机制下形成的多边、区域及双边规则，整个体系中的各种规范和制度之间没有形成结构上的有机联系，这种现象随着国际规则治理的多样化与扩展，成为影响规则适用的难题。[②]在巴黎-伯尔尼公约与 TRIPS 协定主导的治理规则中，知识产权保护被认为是机制自成体系程度较高的一个领域，[③]极大提高了知识产权国际保护的治理水平。随着这一体系中现有多边规则影响力的减弱，双边及区域知识产权规则机制的快速发展，国际知识产权治理规则的碎片化程度进一步加深，导致规则间的重叠、冲突与矛盾加剧，不同国家、不同地区和不同集团的知识产权治理活动

---

① 参见张惠彬，王怀宾：《高标准自由贸易协定知识产权新规则与中国因应》，《国际关系研究》2022 年第 2 期，第 97 页。

② 参见古祖雪：《国际法：作为法律的存在和发展》，厦门大学出版社 2018 年版，第 184 页。

③ Henning Grosse Ruse-Khan, the Protection of Intellectual Property in International law 1 (Oxford University Press 2016).

缺乏统一共识，影响国际知识产权治理的有序性，提高了国际知识产权安全风险。

三、国家安全视角下国际知识产权治理规则的重构思路

（一）重构的基础：共同安全理念的树立

国际知识产权治理规则中蕴含着维护国家安全利益的意涵，这种意涵在TRIPS体系中主要体现为个别发达国家将本国国家安全战略与安全利益纳入国际知识产权规则的过程。随着世界局势的变化、各国安全立场与要求差异的涌现，片面、失衡的国际知识产权规则安全化进程必然加剧国际知识产权规则的正当性缺陷，导致国际知识产权治理的困境，进一步撕裂知识产权规则全球化发展的基础。如何处理具有绝对主权自决属性和国家差异性的安全利益与具有统一性一体化的国际知识产权规则之间的关系是国际知识产权规则体系中国家安全治理问题的根本问题。

2017年习近平主席在瑞士日内瓦“共商共筑人类命运共同体”高级别会议上，提出世界各国应该树立共同、综合、合作、可持续的安全观，[①]为国际知识产权规则中的国家安全治理问题提供了理论基础与思想路径。共同安全的基本含义首先是尊重和保障每一个国家的安全，不能一个国家安全而其他国家不安全、更不能牺牲别国安全谋求自身的所谓绝对安全。[②]其次要求各国在尊重国家安全自决性、差异性的基础上，通过互信合作寻求各国在安全利益上的最大公约数。最终，共同安全的目标要求以发展促进持久、可持续的安全利益实现，通过改善民生、缩小国家间贫富差距、南北差距，构建公平合理的国际新秩序以奠定安全基础。[③]

共同安全理念符合知识产权制度正当性基础的阐释，这是将共同安全理念用以国际知识产权规则中国家安全治理的基础。对非物理占有形态的知识赋予财产权的正当性法理阐释主要有以下两种思路。一是建立在知识积极共有的基础上，主张知识资源共同属于全体共有权人，可以在全体人同意的基础上自由取用的形式。二是建立在知识消极共有的基础上，主张知识资源不属于任何人，但任何人

---

① 习近平：《共同构建人类命运共同体》，《求是》2021年第1期，第8页。

② 习近平：《弘扬和平共处五项原则 建设合作共赢美好世界——在和平共处五项原则发表60周年纪念大会上的讲话》，新华网，http://www.xinhuanet.com//politics/2014-06/28/c_1111364206.htm，2023年9月8日访问

③ 刘慧：《“全球安全倡议契合现实需要”》，《人民日报》2022年07月10日，第3版。

都可以任意利用与圈占。[①]近代以来，资本主义国家的知识产权法律制度往往以知识消极共有为理论前提与策略指引，不断强调对排他独占权的捍卫，忽视知识公域的存在，知识产权规则全球化的过程更进一步导致公有领域知识资源被“圈占”，使知识财产权被集中到少数国家或企业手中。如果缺乏规范性的管理，消极共有的财产权安排将使共有知识成为拥有雄厚经济实力和技术能力的国家的猎场，由此导致的信息资源与权力分配的不公平会进一步加剧国家的不安全态势。另一方面，绝对独占的财产权将导致单一排他的安全观。美国政府对“他国大规模盗窃美国知识产权”的指责以及将这种指责上升为国家安全问题的过程，正体现了忽视知识共有基础，强调绝对排他与霸权的逻辑，也是 TRIPS 协定法理性危机产生的根源。已有学者以积极共有为理论框架提出准公权（或集体权）属性的知识产权理念，[②]以期探索对传统以独占私权为核心的知识产权制度的革新路径。例如，近年来发展中发展中国家对传统知识，民间文学艺术作品，生物遗传资源等发展性知识提出的保护主张，抑或以软件开源运动在互联网领域的开展，强调知识的集体共有以及在一定范围的社团或机制内有秩序的分享。相关理论和实践的探索为知识积极共有在知识产权治理革新中发挥作用提供了有益思路。

共同安全理念与知识积极共有则具有价值上的统一性与理念上的契合性。包容性的积极共有是一种广泛的全球性共有，[③]在知识共有物的所有与分配上采取“取用”而非“圈占”的理念，[④]主张知识共有物不会因过度使用而减少枯竭，反而因广泛使用和传播得以丰富和增加，反对个别人、个别国家对知识资源的垄断。在积极共有理念下，个别国家不能以本国安全为由，对相关知识产品进行排他和垄断的过度圈占式保护，也不能仅本国安全为由，任意违反现有国际知识产权义务要求，破坏全球共同体取用知识产品的逻辑与共识。在当今的国际社会，信息已经成为政治和经济上的基本利益。[⑤]只有建立在全球信息公平理念上的知识产品分配制度，才有利于促进全球科学技术的合作交流，继而降低国家在信息

---

① 参见[澳]彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆 2017 年版，第 4 页。

② 参见王振宇，《中国知识产权法律发展研究》，社会科学文献出版社 2014 年版，321 页

③ [澳]彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆 2017 年版，第 90 页。

④ 知识财产的“取用”与“圈占”之争可参见劭科：《全球知识产权治理博弈的深层话语构造：中国范式和中国路径》，《法学研究》2021 年第 6 期，第 156-158 页。

⑤ 参见[澳]彼得·德霍斯著，周林译，《知识财产法哲学》，商务印书馆 2017 年版，第 268 页。

分配领域不安全的感受，增强国家公信互赖的社会基础，实现共同安全观构建目标，促进世界各国的共同发展。

此外，共同安全理念的树立也有利于国际知识产权规则安全例外适用标准进一步明确。将共同安全理念适用于国际知识产权治理中安全例外条款的解释具有规范基础。TRIPS 协定第 73 条第 3 款允许缔约方为履行《联合国宪章》项下的维持国际和平与安全的义务援引安全例外。维护联合国通过集体安全机制发挥的重心作用，正是共同安全理念下全球安全治理的基本遵循，[①]在这个意义上，共同安全理念精神已经内化于国际知识产权规则安全例外的具体安排。只不过 TRIPS 协定第 73 条第 3 款主要适用于传统安全事项。在此基础上，基于条约演进解释方法、条约的目的与宗旨，可以探索共同安全理念在更广泛的安全范畴下，用以澄清“基本安全利益”“其他紧急情况”等术语概念的方法，为避免各国在安全例外适用上缺乏统一标准、泛化安全概念提供了原则上的可能。

（二）重构的核心内容：新技术背景下安全与竞争的平衡

从内容上看，国际知识产权治理规则重建的重点在于如何更新国际知识产权保护的事项、效力与标准使其适应现代科技发展的趋势与需要，在此过程中又如何体现国家安全治理的目标与内涵？确定这一问题的关键是厘清知识产权保护内容与水平对国家安全究竟会造成什么影响，据此才能在新技术革新的背景下，在广泛而复杂的非传统安全语境下确定国际知识产权治理规则的方向与内容。

一种简单的观点认为，知识产权保护标准越高，越有利于促进技术发展与创新，继而越有利于国家安全的维护。[②]但也有观点认为，提高知识产权保护水平可能有助于国家安全的维护，但过度强调知识产权保护所形成的私人垄断和对竞争的限制则有损于国家安全。[③]知识产权保护与国家安全之间的关系，并没有脱离私权保护与社会发展之间关系的逻辑——需要把握垄断与竞争之间的关系。此外，在国际知识产权规则体系下处理这一关系还需要考虑另一组重要变量：技术先发国家与技术后发国家对于同一技术下垄断与竞争平衡程度的认识不一致。一般而言，对于技术先发国家而言，提高知识产权保护标准、维护自身在关键技术

---

① 吴晓丹：《全球安全倡议：破解安全赤字的中国方案》，《光明日报》2022 年 6 月 20 日，第 6 版。

② See Brief of the United States of America as Amicus Curiae in Support of Appellant and Vacatur in Case FTC vs Qualcomm Inc. No. 19-16122 (9th Cir.2020), https://www.justice.gov/media/1023006/dl?inline,visited on 8th Spetember,2023 .

③ Charles Duan, Of Monopolies and Monocultures: The Intersection of Patents and National Security, (4)36 Santa Clara High Technology Law Journal, 405 (2020) .

领域的领先乃至垄断地位有利于国家安全的维护；对于技术后发国家而言，过于严格的知识产权全球保护标准则可能会限制相关国家在新一轮技术革新中跟随发展的机会。需要在共同安全的理念下寻找各国垄断与安全之间平衡的最大公约数。如 TRIPS 协定仅反映个别国家安全利益与需求的构建则注定是不成功的示范。

以网络安全为例，由于互联网在当前国家运行、治理及民众生活中的重要性，黑客攻击与计算机网络漏洞可能带给国家安全的致命打击，网络安全已经成为各国国家安全内容与策略的重要组成部分。那么，强化知识产权垄断与促进充分竞争两种价值路径哪种更有利于维护国家的网络安全？研究者认为，不受约束的专利与过高的许可条件将减损国家安全。[①]原因在于网络安全本质上是竞争性的产物，在竞争市场中网络服务提供者会通过提高网络安全来吸引消费者。实证研究显示，市场垄断程度与经营者发现安全漏洞后修复完成时间具有相关性，垄断程度越高，修复漏洞时间越长。[②]在 5G 和无线移动通信的问题上，单一运营商的问题同样可能引起令人担忧的安全问题。5G 技术标准联盟中任何安全缺陷都会导致所有使用该技术标准的设备受到同样的攻击，因此需要尽可能多的公司参与到技术必要标准化的进程中，将特定国家的特定公司排除出标准和技术建设反而会在全球范围内损害各国国家安全。

除专利外，商业秘密保护在新技术保护与国家安全维护方面也受到各国关注。根据美国情报机构的说法，利用网络技术窃取数字编码的商业秘密已经发展成为一种针对国家安全的重大威胁，[③]相应的，美国积极通过区域贸易协定推行更加严格和具体的商业秘密保护标准。《美墨加协定》（USMCA）中关于商业秘密的条款与其说是对 TRIPS 协定的补充，不如说是针对 TRIPS 协定的重大转变。[④]然而，商业秘密保护在国际知识产权规则体系中地位的上升可能引发对商业秘密的过度保护，继而对国家安全的维护产生消极影响。USMCA 通过商业秘密制度保护软件源代码和算法，就阻碍了其他国家出于安全考虑要求对在其市场上销售的外

---

① Marta Iljadica and Paul F. Scott, Intellectual Property and National Security, 12(1) Journal of Intellectual Property Law & Practice, 56 (2017).

② See Ashish Arora et al., Competition and Patching of Security Vulnerabilities: An Empirical Analysis,22(2) Information Economics and Policy, 164-172(2010).

③ Executive Office of the President of the United States, Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets, 2013.

④See Peter Drahos,，TRIPS Through A Military Looking Glass，in Christine Godt & Matthias Lamping (eds). A Critical Mind:Hanns Ullrich's Footprint in Internal Market Law, Antitrust and Intellectual Property, (Springer 2023) 669..

国信息技术产品进行源代码审查。[①]商业秘密保护国际标准的一再提高，不但影响信息公开、裁判透明度原则等基本法治原则，也严重限制了市场竞争和技术的流动。[②]

可见，国际知识产权治理规则的更新需要适应当前网络环境与新技术的发展，但国家在考虑希望通过制定更严格、标准更高的国际知识产权保护规则以保证本国技术领先地位，以实现维护国家安全的目的时，应认识到在新技术创新过程中，过度的知识产权保护对竞争的限制可能反而不利于国家安全的维护。尽管很多研究与政策都将知识产权默认为激励创新的工具，但从国家安全的层面而言，严格的专利、商业秘密等知识产权保护制度可能不是唯一或最佳的创新激励措施。安全与竞争的平衡考量呼应了前文对知识积极共有的分析。考虑到现代数字网络环境分散化、去中心化、大众化的特征，人工智能、云计算、大数据等前沿技术的产生和运用，大量新知识将在对现有知识积累的使用、迭代、修正、调整和传播中产生。一味强调对信息和技术的圈占，甚至大搞技术垄断和技术封锁，不仅会增加世界范围内的知识产权安全风险，而且可能最终影响本国技术竞争活力，对本国知识产权安全产生消极影响。从这个角度上讲，一个鼓励积极知识共有的社会比不鼓励积极知识共有的社会更具有竞争力和发展前景。[③]

（三）重构的主体立场：双边和区域治理下发展中国家的选择与能动

面对美国引领的新一轮国际知识产权双边与区域治理趋势，国际社会大多数发展中国家的选择将成为决定未来国际知识产权安全治理立场的重要因素。任由美国等发达经济体继续借国际知识产权规则的更新强化技术垄断与排他圈占，实施国家安全战略的“零和博弈”，将发展中国家继续置于知识产权安全风险之中，显然并非国际知识产权安全治理应有之义。尽管发展中国家囿于自身经济实力与国际影响力程度，仍然很难全面主导国际知识产权规则革新与知识产权安全治理进程。但与 TRIPS 缔结时期相比，发展中国家对国际知识产权规则与治理给本国国家安全、社会福祉、技术进步等问题带来的影响具有更清晰的认识，也能够更明确地提出自身在国际知识产权治理中的主张与要求。发展中国家有机会在共同安全理念指引下联合起来。在区域内主导符合发展中国家安全利益的知识产权

---

① National Counterintelligence and Security Center, Foreign Economic Espionage in Cyberspace, 2018, https://www.dni.gov/files/NCSC/documents/news/20180724-economic-espionage-pub.pdf.

② 参见刘孔中，李文博：《论商业秘密保护及其过度保护问题》,《知识产权》2022 年第 5 期，第 78-82 页。

③ [澳]彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆 2017 年版，第 7 页。

规则模板，为国际知识产权安全治理提供新范式。《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）正是其中一次有意义的尝试。

作为由发展中国家联盟发起的，世界范围内最大的自由贸易安排，[①]RCEP 的知识产权章节既反映了数字化时代更新知识产权义务标准的需要，又没有过分偏离现有国际义务标准，具有包容、平衡和与时俱进的特点[②]，整体上有利于促进区域内科技创新、尊重了各缔约方包括安全利益在内的各国发展差异与利益诉求。具体来看，RCEP 在以下三方面为国际知识产权规则中的国家安全治理锚定了立场，提供了思路。首先，RCEP 首次以国际条约的形式明确可制定适当措施保护传统知识、民间文艺、遗传资源等发展性知识产权，为维护发展中国家相关产业安全、资源安全、生物安全及集体人权等提供了国际法基础。[③]其次，RCEP 在 TRIPS 协定基础上进一步细化了国家安全例外规则，增加了为包括通讯、电力和水利基础设施在内的关键的公共基础设施而采取行动的适用条件，为通信、网络、环境等领域的非传统安全维护提供了国际规则的依据。[④]最后，RCEP 协定明确强调知识产权权利的保护和实施应该有助于促进技术创新和技术转让及传播，不得对国际技术转让产生不利影响，[⑤]表明了 RCEP 成员方抵制国际技术封锁和垄断的态度与立场。以 RECP 为代表的发展中经济体主导的知识产权治理规则，将有机会中和高标准、单边化的美国范式给全球知识产权安全环境与广大发展中国家安全利益带来的风险，成为建立公正合理、稳定安全的国际知识产权治理新秩序的关键因素。

四、国家安全视角下国际知识产权治理规则重构的中国因应

（一）厘清国际知识产权治理中的中国国家安全利益需要

中国在知识产权领域面临的国家安全问题是复杂的。首先，应明确中国具有积极推动知识产权领域国家安全的内在需要。中国在科技创新领域已经取得了令人瞩目的成就，在世界知识产权组织发布的全球创新指数排名中，中国从 2012

---

① 《区域全面经济伙伴关系协定正式生效 全球最大自由贸易区启航》，载《光明日报》2022 年 1 月 2 日第 1 版。

② 参见张乃根：《与时俱进的 RCEP 知识产权条款及其比较》，《武大国际法评论》 2021 年第 2 期。

③ RCEP Chapter11, Sec.7.

④ RCEP Chapter17, Art.13.

⑤ RCEP Chapter 11, Art.1.

年的第34位上升到2024年的第11位，[①]已经成为国际前沿创新的重要的参与者。这一成就部分得益于中国积极融入国际知识产权规则体系的行动。自2001年加入WTO以来，中国已经全面履行了TRIPS协定下知识产权保护义务，建立了较为全面、完善的知识产权法律体系，这为我国在知识产权领域维护国家安全利益提供了制度基础与保障。应认识到，在5G、人工智能、新能源等各国积极卡位的技术领域，我国取得的创新成果与竞争优势中蕴含的国家安全利益有必要通过完善与更新国际知识产权规则加以维护。此外，在发展性知识产权如遗传资源、传统知识、植物新品种等领域，我国同样存在重要的国家安全利益，有积极推进相关领域国际规则制定的条件与动力。

其次，应认清中国面临知识产权领域国家安全的外部压力与风险。我国在一些关键核心技术领域尚未拥有自主知识产权，无论在民用、军用还是军民融合领域都存在创新链、供应链与产业链风险。近年来美国将中国视为最主要的竞争对手，针对中国大搞“科技冷战”“零和博弈”，对中国在知识产权领域的国家安全造成显著风险。事实上，近年来中美知识产权争端产生的根源本质上并不在于中国不尊重、不保护外国权利人的合法权益，“中国政府与企业窃取美国知识产权”的指控更是毫无依据。美国指控中国侵犯美国知识产权真正的原因在于中国展示了适应美国领导的知识产权全球化进程的能力，美国已无法通过多边国际知识产权条约义务为中国设置普遍的技术门槛，只能通过区域和双边机制不断尝试提高知识产权保护标准，结合出口管制、贸易制裁等方式，对中国进行技术限制和技术封锁。

在此基础上，厘清中国在应对国际知识产权规则领域国家安全治理问题时应秉持全面、务实的立场。能够通过履行较高水平的区域知识产权保护义务进一步提高完善中国知识产权保护体系，提高知识产权保护水平，以激励创新增强中国科技领域的国家竞争力，维护国家安全。也能借助国际知识产权标准抵制来自他国非正当与不合理的技术限制和技术封锁。

（二）在总体安全观指引下统筹中国国内、涉外与国际知识产权安全治理

作为中国特色国家安全战略的基础指导思想，总体安全观思维要求统筹外部安全和内部安全、国土安全与国民安全、传统安全与非传统安全、自身安全与共同安全。为应对国际知识产权规则的碎片化格局以及一些国家知识产权的单边主

[①] WIPO, Global Innovation Index 2024

义行动，中国参与国际知识产权安全治理的行动不应与国内知识产权安全治理相割裂，而应当将两者有机统筹起来，尤其注意通过相关涉外知识产权制度与实施安排实现国内规则与国际制度的协调、自身安全与共同安全的一致。特别值得关注以下领域的涉外制度安排与规则互动。第一，完善知识产权对外转让安全审查法律制度。知识产权对外转让被认为是重要的知识产权与国家安全的风险交汇点和安全连接点。[①]第二，适当推进我国知识产权相关法律的域外适用与诉讼的与域外管辖。2022 年 2 月，欧盟在 WTO 就中国最高人民法院针对涉华标准必要专利侵权跨国诉讼颁布的禁诉令向 WTO 争端解决机构提出磋商请求，进一步反映了当前在国际知识产权保护义务下推进知识产权法律涉外适用与涉外管辖的重要性。我国应当在遵守国际义务、顾及国际礼让原则的前提下充分行使国家管辖权，维护我国企业的合法权益与国家关键技术领域的安全利益。第三，完善多层面知识产权国际对话交流机制。除了政府积极参与推动完善知识产权及相关国际贸易、国际投资等国际规则和标准，推进多双边知识产权对外谈判意外，也积极动员企业、非政府组织、学术团体、科研机构等参与到知识产权国际交流合作与中国方案的制定当中。

（三）坚持以多边秩序为基础，以双边及区域秩序为必要补充的治理模式

坚持多边主义是中国在参与国际治理规则中的一贯立场与核心原则，在知识产权保护及安全治理方面也不例外。尽管现有以 TRIPS 协定为中心的国际知识产权多边治理规则客观上存在缺陷，但彻底抛弃已经形成广泛共识、在考虑各国经济发展水平与法律实施状况的基础上确立的全球知识产权保护最低标准，将无益于解决国际知识产权保护与各国国家安全利益维护之间日益复杂的关系，甚至可能带来新的安全问题与利益冲突。在参与构建国际知识产权多边治理新秩序的过程中，中国可以积极推动 WIPO 治理体系发挥更重要的要用。相较于 TRIPS 协定而言，WIPO 知识产权治理规则的制定与更新更具效率，在治理目标、治理内容与治理机制等方面对发展中国家更为友好，为弥补 TRIPS 协定治理机制的缺陷提供了可能性。

另一方面，国际经贸环境中的双边及区域主义已相当活跃，中国在参与国际知识产权治理规则构建的过程中，不能忽视双边及区域范式的重要性。正如前文所述，知识产权双边及区域治理机制的发展，为广大发展中国家提供了参与国际

[①] 马一德：《知识产权安全是国家安全的主战场》，《光明日报》2021 年 9 月 6 日，第 2 版。

知识产权治理机制重构的有利条件，以发展中国家为主导制定的全面平衡的知识产权区域保护规则，为回应广大发展中国家的安全关切，降低过高的知识产权保护国际标准带来的安全风险具有积极意义。作为一个由知识产权大国向知识产权强国成长的、富有全球影响力的发展中国家，中国理应在其中发挥更加积极的作用，通过提供中国方案与中国经验，借助“一带一路”倡议机制，完善双边及区域知识产权治理机制，促进广大发展中国家在科技与安全问题上的交流与合作，与 WIPO 等多边机制形成良性互动，促进国际知识产权治理规则朝着更公平、合理、稳定、安全的方向发展。

The Predicament and Reconstruction of International Intellectual Property Governance Rules from the Perspective of National Security

Abstract: The development of the international intellectual property governance order has always been closely linked with the national security issues, especially the national security strategies of some intellectual property developed economies represented by the United States. In the face of the difficulties including the development lags of current international intellectual property multilateral governance rules, the legitimacy defects of multilateral intellectual property governance rules and the inertia defects and fragmentation of bilateral and regional intellectual property governance rules, in order to respond to the increasing national security concerns in the field of intellectual property, it is urgent to reconstruct the international intellectual property governance order. From the perspective of national security, the reconstruction of International Intellectual Property Governance rules is based on the establishment of the concept of common security, the main content of governance is to deal with the balance between maintaining national security and promoting technological competition in the context of the development of new technologies, and the developing countries' active role will become the anchor of the security governance under the bilateralism and regionalism trend of international intellectual property rules. In the face of fierce international scientific and technological competition, China should, on the basis of clarifying its own IPR security interests, integrate domestic, foreign-related and international IPR security governance from the aspects of improving the security review system for foreign transfers of IPR, promoting the extraterritorial application and jurisdiction of IPR laws as well as developing global IP exchanges and cooperation. Besides it is necessary to appropriately apply the national security exception clauses to build an appropriate and balanced solution.

Keywords: international intellectual property rights, national security, governance order, common security

标准必要专利跨境争议的管辖冲突及处理原则

李　萍*

摘要：

标准必要专利跨境争议的类型可分为许可合同争议、跨境侵权争议、FRAND许可费率争议、专利有效性争议、反垄断争议等几种类型。标准必要专利兼具标准的公共属性和专利的私权特征，且标准必要专利的“一揽子”打包许可为行业惯例，这导致在一个纠纷中，被利益所驱动的诉讼当事人为了在诉讼中相互制衡，几种争议往往交织一起同时出现，产生了标准必要专利跨国诉讼中的平行诉讼问题、禁诉令问题、专属管辖引致的管辖冲突、仲裁与诉讼的管辖冲突等问题。针对不同的管辖冲突类型，引入禁诉令的反制措施，遵循先受诉法院原则、未决诉讼原则及专属管辖优先原则，以及建立仲裁与诉讼的衔接机制等可以在一定程度上缓解标准必要专利跨境争议中的管辖冲突问题。

关键词：标准必要专利；跨境争议；管辖冲突；平行诉讼；禁诉令

一、问题的提出

标准必要专利（Standard Essential Patent, 以下简称 SEP）是包含在国际标准、国家标准和行业标准中，在实施标准时必须使用的专利。专利权具有垄断性、独占性和地域性的特征，属于私权，而标准属于社会公共产品，具有公共性、开放性、强制性等特征，涉及社会公共利益，具有公法属性。标准必要专利自始就存在私权和公权、地域性和突破地域性之间的张力。

这在移动通信领域表现的尤为突出，为保障产品的通用性和兼容性，标准制定组织制定相关移动通信标准，同时，标准制定组织为保持所制定标准的生命力和先进性，往往会将现有的专利纳入其中，将专利技术纳入标准并推广应用已成为行业内常见的做法。常见的通讯技术标准如 3G、4G、5G、wifi、蓝牙、USB 标准等往往承载着成千上万个专利，全球范围内同步推广实施的、指向同一技术方案的标准必要专利数量不断增加。产品采纳同一国际标准可以使产品在世界范

* 李萍，女，1983 年出生，法学博士，北京理工大学珠海学院民商法律学院副教授，主要研究方向：国际经济法、国际私法。

围内互联互通，企业生产出来的无线通信产品得以在世界上许多国家生产和销售。然而，由于专利权具有地域性，各个国家所授予的专利权仅在本国受到保护，权利人为了使自己的技术在多个国家受到保护，会将纳入同一技术标准的技术向多国申请专利，各企业成员在各个国家所拥有的标准必要专利体现出地域性和同族性。

在移动通信技术一代一代更迭过程中，各种关键专利技术均进行了标准化，有效的增进了效率、促进技术创新及消除国际贸易障碍，对行业规范发展起到了正面的促进作用，然而，专利的地域性与标准的跨地域性之间的张力，也带来了涉外标准必要专利纠纷频发之负面影响。

究其原因，一方面，因专利被纳入标准会导致专利的垄断性进一步增强，标准必要专利权人在谈判中容易获得强势的谈判地位，标准制定组织为了防止标准必要专利权人索取不公平、不合理和歧视性许可费用，进而导致专利劫持的发生，标准制定组织采取 FRAND 原则（fair, reasonable, and non-discriminatory），要求成员在参加标准制定组织或者制定标准的过程中，必须向标准制定组织作出 FRAND 承诺，即，承诺按照公平、合理、无歧视的条件将专利技术许可给潜在的标准实施人，以换取其技术被纳入标准的资格。FRAND 原则不仅是为了防止标准必要专利权人实施“专利劫持”行为和避免专利许可使用费的“叠加”，也可以防止标准必要专利实施人从事“专利反向劫持”行为，因此，在进行标准必要专利许可谈判时，权利人和实施人均负有遵循 FRAND 原则的义务（祝建军，2015）。然而，FRAND 原则的内涵具有较大不确定性，公平、合理、无歧视概念本身存在模糊性。FRAND 许可往往被视作“没有牙齿的纸老虎”或“空洞无用的承诺”，由于缺乏法律约束力，FRAND 原则在司法实践中很难直接得到应用（何荣华，2018）。目前，在全球范围内并没有就 FRAND 的含义形成广泛的共识，这导致标准必要专利权人与专利实施人未就专利的许可费率和其他条款达成一致意见，并引发争议（吕凌锐，2021）。

另一方面，实践中，标准必要专利权人和标准实施人在主要的司法管辖区签订“一揽子”打包许可协议几乎是行业惯例，这样可以减少交易成本并促进标准必要专利的充分利用和实施，如 OPPO 与爱立信于 2019 年 2 月 19 日签订全球专利许可协议，高通与 LG 于 2019 年 8 月 21 日签订全球专利许可协议达成“一揽

子”许可。然而，由于打包许可中涉及的有些专利为同一技术方案在不同国家申请的平行专利或者同族专利，由于专利具有地域性，这些同族专利在法律性质上属于不同国家授予的专利，纠纷发生时，专利权的地域性与标准必要专利的全球打包许可之间的矛盾带来了各国管辖权争夺的加剧（张惠彬、刘诗蕾，2023）。一国法院是否有权审查争议中所涉及的所有国家的专利并裁决全球 FRAND 许可费率，各国法院持不同的态度。

标准必要专利国际诉讼中，诉讼参与人大多数为跨国商业集团，以追求利润为目标，诉讼的结果直接影响企业的经营和核心利益，因标准必要专利引发的诉讼往往旷日持久，同时在多个国家被提起，表现为平行诉讼。当事人为了在诉讼中获得有利地位，有意挑选法院，诉讼中各方当事人争相申请禁诉令、反禁诉令引发禁诉令大战，而各国法院出于自身核心战略发展考量等因素，往往会通过修改诉讼程序规则等吸引诉讼，引发各国法院的“逐底竞争”（race to the bottome），当事人为了占据对己有利的诉讼管辖地“争相奔向法院”（race to the courthouse）（Jorge L. Contreras，2019），过早阻碍了当事人原本可以通过协商、和解等方式解决纠纷的渠道。标准必要专利跨境争议表现为多种类型，不同类型的争议导致管辖冲突的起因和处理思路存在差异。

二、标准必要专利跨境争议的类型

（一）标准必要专利许可合同争议

标准必要专利许可采取“先使用后收费”的“事后许可”模式，加之 FRAND 的含义具有模糊性，标准必要专利权人和标准实施人因 FRAND 许可费率无法达成一致意见时，便引发了标准必要专利的许可合同纠纷。提起诉讼的主体往往是标准实施人，诉因一般是标准实施人认为权利人违反 FRAND 承诺，当然也在某些情况下由权利人认为实施人存在不诚信谈判行为如故意拖延谈判进程因而违反 FRAND 承诺而引发。

如华盛顿西区联邦地方法院在 2012 年审理的 Microsoft v. Motorola [①] 一案中，微软认为摩托罗拉没有按照 FRAND 条件向其许可标准必要专利，因而违反了摩托罗拉向两个标准制定组织（国际电信联盟 ITU 及电气与电子工程师协会

[①] Microsoft v. Motorola, 696 F. 3d 872, 879 (9th Cir. 2012).

IEEE）所作的 FRAND 承诺，构成违约，进而起诉摩托罗拉。在涉及执行欧洲电信标准协会（ETSI）的 2G、3G 和 4G 无线通讯标准所必须的专利的 TCL v. Ericsson 一案中，[①] TCL 在美国加利福尼亚中区联邦地区法院对 Ericsson 提起合同之诉，称 Ericsson 未按照 FRAND 原则许可专利，因而违反了其 FRAND 承诺。又如在 Huawei v. Samsung [②] 一案，涉及华为和三星各自专利的交叉许可，华为在加州北部地区法院以侵权为由起诉三星，并其后又向深圳法院起诉三星，请求法院认定三星没有遵守 FRAND 承诺、华为未违反其向欧洲电信标准协会（ETSI）作出的 FRAND 承诺。

由此可见，标准必要专利合同纠纷的主要争议焦点围绕权利人是否违反 FRAND 承诺展开，多数表现为合同违约之诉。

（二）标准必要专利跨境侵权争议

标准必要专利侵权纠纷一般表现为权利人认为实施人实施了侵害其标准必要专利权的行为。相对于非标准必要专利侵权认定中无需以被控侵权人主观存在过错为条件，因标准必要专利“先使用后收费”的“事后许可”模式所体现的标准必要专利浓厚的公共属性，在认定标准必要专利实施人是否存在侵权行为时，除了满足上述被控侵权人实施了侵害标准必要专利的行为外，还需满足实施人在谈判中存在明显过错，如故意拖延谈判的进程达到少交费或者不交费的目的，违反了 FRAND 原则（祝建军，2018）。

在标准必要专利权人提起侵权诉讼时，往往还附带向法院申请禁令，以防止损失的进一步扩大，并使得实施人面临退出海外市场的威胁。此外，侵权诉讼往往与合同诉讼、FRAND 许可费率诉讼在相同的当事人之间交织产生，表现为国际平行诉讼，并伴随着禁诉令、反禁诉令、反反禁诉令之间的博弈。

如在 Conversant v. Huawei and ZTE 一案，康文森于 2018 年 4 月以华为和中兴侵犯几个欧洲专利为由，向德国杜塞尔多夫地区法院提起侵权诉讼并申请禁令，2020 年 8 月 27 日，杜塞尔多夫法院同意了康文森的禁令申请，禁止华为和中兴在德国从事销售、使用或者进口侵犯康文森德国标准必要专利产品的行为。之后华为、中兴分别向南京中院、深圳中院提起诉讼，请求法院确定不侵权且裁

[①] TCL Commc’n Tech. Holdings v. Telefonaktienbolaget LM Ericsson, No. 8:14-cv-00341-JVS-AN, 2015 U.S. Dist. LEXIS 191512, at *10 (C.D. Cal. Jun. 29, 2015).

[②] Huawei v. Samsung, No. 3:16-cv-02787-WHO, 2018 U.S. Dist. LEXIS 63052 (N.D. Cal. Apr. 13, 2018).

决 FRAND 许可费率，同时向法院申请禁诉令。在 InterDigital v. Xiaomi 一案中，小米向武汉中级人民法院起诉 InterDigital，[①] 请求法院裁决公平合理的 FRAND 许可费率，2020 年 7 月 29 日，InterDigital 向印度德里高等法院以侵权为由反向起诉小米，要求小米进行金钱损害赔偿，并向法院申请禁令。[②] 作为反制措施，小米于 8 月 4 日请求武汉法院签发禁诉令，以阻止 InterDigital 在武汉诉讼尚未终结之前申请执行印度德里法院发布的任何禁令，武汉法院签发了禁诉令，之后却遭遇印度德里法院于 2020 年 10 月 9 日签发了反禁诉令，充分体现了禁诉令、反禁诉令之间的博弈。同样演绎了针锋相对的禁诉令博弈的还有 OPPO v. Sharp 一案，在本案中，日本 Sharp 公司在东京地方法院以侵犯几个标准必要专利为由向中国手机生产厂家 OPPO 提起了侵权之诉，很快，OPPO 在深圳市中级人民法院提起合同之诉，[③] 称夏普违反了其 FRAND 承诺，并希望法院就夏普持有的标准必要专利裁决全球 FRAND 费率。OPPO 向深圳法院申请禁诉令，而夏普向慕尼黑法院申请反禁诉令，请求制止 OPPO 执行由深圳法院签发的禁诉令。再如 Ericsson v. Samsung 一案，诉讼双方的标准必要专利交叉许可在 2020 年年底到期，由于双方无法就续期条件达成一致意见，三星在 12 月 7 日向武汉市中级人民法院起诉爱立信，要求法院裁决爱立信持有的标准必要专利的全球 FRAND 费率。仅三天后，爱立信向美国得克萨斯州东区地方法院对三星提起侵权诉讼。[④] 三星要求武汉法院签发禁诉令，爱立信向美国法院申请了反禁诉令。

（三）FRAND 许可费率争议

FRAND 许可费率争议主要表现为标准必要专利权人或者实施人起诉要求法院裁决 FRAND 许可费率，裁决的费率范围可能是全球许可费率，也可能仅针对某个国家所授予的专利【有学者称之为国别专利（宋晓，2021）】的许可费率，更多的情况为要求裁决全球许可费率，如上述 OPPO v. Sharp 一案，OPPO 请求深圳市中级人民法院就夏普持有的标准必要专利裁决全球 FRAND 费率。

[①] 参见小米通讯技术有限公司等诉交互数字控股有限公司案，湖北省武汉市中级人民法院（2020）鄂 01 知民初 169 号之一民事裁定书。

[②] Interdigital Tech. Corp. v. Xiaomi Corp. (2020) 8772 I. A. [7], [15] (India).

[③] 参见 OPPO 广东移动通信有限公司与夏普株式会社标准必要专利许可纠纷案，广东省深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民初 689 号民事判决书及最高人民法院(2020)最高法知民辖终 517 号民事裁定书。

[④] Ericsson Inc. v. Samsung Elecs. Co., No. 20-CV-00380, 2021 WL 89980 (E. D. Tex. Jan. 11, 2021).

当事人在要求法院裁决全球许可费率时，往往存在挑选法院（forum shopping）的情况，以寻求对己有利的裁决结果，因为有证据表明，在 FRAND 争议中，本国法院会支持国内公司以对抗外国利益（Benjamin C. Li，2016）。这导致诉讼当事人可能到他们本国法院起诉，而本国法院所裁决的 FRAND 费率在其他国家法院看来可能是不公平、不合理或者歧视性的，如美国、中国和韩国的法院所裁决的 FRAND 费率被认为歧视外国企业（Benjamin C. Li，2016）。即便本国法院没有故意偏袒本土公司，本国司法和监管机构适用的 FRAND 政策可能更合适于自己的国内技术生态系统。例如，发达国家的企业可能拥有强大的知识产权组合，他们的本国法院可能相应地通过征收相对较高的许可费率和禁止非法侵权来保护本国知识产权。相反，发展中国家更关心本地技术传播，并因此倾向于设定更低的许可费率（Michael Murphree & Dan Breznitz，2016）。

除了当事人挑选法院外，各国均不愿意放弃管辖关系一国核心科技进程的标准必要专利许可费率纠纷，各国法院之间争夺裁决全球 FRAND 许可费率的管辖权竞赛加剧了“逐底竞争”（race to the bottom），即各国管辖法院调整其规则、程序和实体规则以吸引诉讼案件（Jorge L. Contreras，2019）。倾向于确定更高的全球 FRAND 费率的法院，或者对标准必要专利权人更友好的法院，会吸引专利权人寻求去这些法院提起诉讼（Michael Elmer & Stacy Lewis，2010）。如英国上诉法院在 Unwired Planet 一案中，“明确地表明英国法院是 SEP 权利人对标准实施者提起 FRAND 诉讼的有吸引力的场所”（Michael Burdon，2019）。又如，德国的专利纠纷审判规则使得几乎在发现侵权后，在确定专利有效性之前，自动签发永久禁令，这使得德国法院成为对标准必要专利权人而言有吸引力的场所（Thomas F. Cotter，2013）。相反，倾向于设定较低的全球 FRAND 费率的法院，或者对专利权人有敌意的法院，可能会吸引寻求挑战专利权人所设定费率的标准实施者或者产品生产商（Michael Elmer & Stacy Lewis，2010）。

FRAND 许可费率争议中，当事人的法院选购行为和各国法院之间的逐底竞争，埋下了各国管辖权冲突的种子。

（四）标准必要专利有效性争议

标准必要专利有效性争议中，专利有效性的问题可能作为独立的诉讼请求出现，也可能在合同诉讼、侵权诉讼、以及 FRAND 许可费率诉讼中作为附带性请

求或者抗辩理由出现。实践中，比较常见的情况是，在侵权诉讼中，标准必要专利权人主张实施人侵犯其专利权并主张损害赔偿，实施人提出专利无效的抗辩，或者提出确认专利无效的反诉。如果实施人提出专利无效的抗辩，受理侵权诉讼的法院是否有权一并审理？如果专利有效性问题作为反诉出现，则专利有效性问题属于独立的诉讼请求，受理侵权诉讼的法院是否有权继续审理？这都会引发各国知识产权侵权管辖和专利有效性专属管辖之间的冲突问题。

（五）标准必要专利反垄断争议

在标准必要专利诉讼中，反垄断诉讼往往与其他的诉讼类型交织产生，较多表现为标准必要专利权人在一国提起 FRAND 许可费率诉讼或侵权诉讼，而实施人为了对抗权利人，在另一国以权利人滥用市场支配地位，如强行要求将标准必要专利与非标准必要专利捆绑许可、索要畸高许可使用费、歧视性收费等，对权利人提起反垄断诉讼，或者实施人首先对权利人提起反垄断诉讼，其后权利人以侵权、违约等为由起诉实施人，在诉讼过程中还伴随着诉讼当事人向法院申请禁诉令、反禁诉令。

例如有关欧洲电信标准协会（ETSI）的 2G、3G 和 4G 无线通讯标准必要专利的跨司法辖区争议的 Vringo v. ZTE 一案中，[①] 诉讼开始后，当事人开始谈判和解方案，并签订了相互保密协议。谈判失败后，中兴向中国深圳法院提起反垄断诉讼，声称 Vringo 未能按照 FRAND 条件向中兴授予专利许可，构成滥用市场支配地位。为了支持其主张，中兴提交了双方在保密协议生效期间交换的信息作为证据。作为回应，Vringo 向纽约南区联邦地方法院提起违反保密协议的合同违约之诉，并申请签发禁诉令。在 PanOptis v. Huawei 一案，[②] PanOptis（Unwired Planet 的附属公司）在美国得克萨斯州东区地方法院起诉华为，称华为侵犯了 PanOptis 从 Ericsson 和 Panasonic 获得的六个美国专利。华为否认侵权并认为 PanOpis 违反了其向欧洲电信标准协会（ETSI）作出的 FRAND 承诺（该承诺承继于 Ericsson 和 Panasonic），并很快向深圳市中级人民法院起诉了 PanOptis，诉因为合同违约和反垄断。

综上，标准必要专利争议的常见有以上五种类型，且在一个案件中，某种单

[①] Vringo, Inc. v. ZTE Corp., No. 14-cv-4988(LAK) 2015 WL 3498634 (S. D. N. Y. June 3, 2015).

[②] Optis Wireless Tech., LLC v. Huawei Techs. Co. Ltd., No. 2:17-Cv-123-JRG-RSP (E. D. Tex. Apr. 14, 2017).

独的争议类型并非单独出现，而是几种争议交织一起同时出现，产生了跨国诉讼中的平行诉讼问题、禁诉令问题等，产生了各国的管辖权冲突。

三、标准必要专利跨境争议中的管辖冲突问题

（一）禁诉令引发的管辖冲突

标准必要专利国际诉讼中，突出的问题是禁诉令大战。禁诉令最初是英国法院为解决国内平行诉讼的一种手段，于 15 世纪出现，由英国普通法院创制，以阻止与普通法院相冲突的衡平法院的平行诉讼，或者反之，从而避免衡平法院与普通法院之间的平行诉讼（George A. Bermann，1990）。后来，这种解决国内平行诉讼的方法被用于解决国际平行诉讼中的管辖权冲突。广义的禁诉令包括禁诉令、禁执令、反禁诉令、反反禁诉令等。

在标准必要专利国家诉讼中，禁诉令频繁出现并作为英美国家法院在全球管辖权博弈中的重要工具和当事人的诉讼策略，具体表现为一方当事人在一个国家法院提起诉讼，诉因可能是合同纠纷、侵权纠纷、许可费率纠纷、反垄断纠纷等，而另一方当事人在另一个国家法院提起诉讼，诉因与先诉不同，上文所述的 Microsoft v. Motorola [①] 一案是标准必要专利纠纷中首个签发禁诉令的案件，微软以违反 FRAND 承诺为由在美国华盛顿西区联邦地方法院提起摩托罗拉，此后摩托罗拉以侵权为由在德国法院起诉微软，微软便向美国法院申请禁诉令以阻止德国的诉讼。此后在多个标准必要专利国际诉讼中，禁诉令、反禁诉令等频繁出现，中国法院也参与其中并自 2020 年起在标准必要专利跨国诉讼中签发了五个禁诉令，但很快遭遇了他国签发反禁诉令予以反制。

虽然禁诉令表面上限制的是当事人的域外诉讼行为，且也有学者通过实证研究发现，当一国法院拒绝遵守国外法院签发的禁诉令时，当事人之间和解的几率会增加（Cohen Connor，2022），但是这并不能否认禁诉令具有限制并干扰域外法院的诉讼程序的客观现实（Look Chan Ho，2003），间接干预外国的司法管辖权，导致先诉法院与后诉法院之间的管辖冲突。

（二）平行管辖冲突

世界上主要的信息通信企业均为跨国企业，在多国布局经营活动，当因标准

[①] Microsoft v. Motorola, 696 F. 3d 872, 879 (9th Cir. 2012).

必要专利发生争议后，可能选择同时在多个国家提起诉讼，并产生了标准必要专利平行诉讼。如美国 Vringo 公司指控中国中兴公司侵犯其一组无限通信标准必要专利时，Vringo 公司分别在美国、英国、巴西、中国、德国、法国、西班牙、荷兰、罗马尼亚、澳大利亚、印度、马来西亚等 12 个不同的司法管辖权提起诉讼。

一般认为，平行诉讼是指相同当事人就同一争议基于相同事实以及相同目的在两个以上国家的法院进行诉讼的现象，平行诉讼产生的原因是由于管辖权的积极冲突（李双元、欧福永，2018）。

如何认定平行诉讼？国际社会普遍认为相同或者相似诉讼可构成平行诉讼（Calamita N. Jansen，2006）。相同诉讼的情况为，原告向 A 国起诉之后，又以相同的理由到 B 国作为原告起诉被告，该诉讼为已经在 A 国提起的未决诉讼的复制，此为重复性诉讼（repetitive litigation）（Allan D. Vestal，1960）。原告之所以寻求再到 B 国起诉，可能是为了使被告到更多的国家应诉从而增加被告的诉讼负担和费用，以达到迫使被告接受和解的目的，或者是为了利用 B 国法院独有的救济途径，如利用 B 国法院在证据发现方面的优势获得更多的证据从而在 A 国法院使用（Allan D. Vestal, 1960）。反之，如果后续在 B 国的诉讼由先诉中的被告提起，则诉因可能有所不同，但也可能基于相同的事实争议。此为对抗性诉讼(reactive litigation)（Allan D. Vestal, 1961），属于相似诉讼。

无论是重复性诉讼还是对抗性诉讼，均属于平行诉讼。对于平行诉讼，我国最高院要求诉讼当事人、诉讼标的和诉讼请求相同，[①] 对于跨境的平行诉讼则没有具体的规定，但可参考最高院的司法解释，对于域外提起的诉讼是否与先诉构成平行诉讼，可从诉讼当事人、诉讼标的和诉讼请求三方面进行判断（崔国斌，2023）。

因标准必要专利本身具有的标准的公共属性和专利的私权属性的矛盾、标准必要专利全球打包许可的现状等，使得标准必要专利国际平行诉讼的认定标准存在特殊性。

[①] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2022〕11 号）第 247 条规定：“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。”

在诉讼当事人是否相同方面，由于在标准必要专利国际诉讼中，所涉及到的跨国企业往往属于母子公司，或者同属于一个集团公司，此时判断诉讼当事人是否相同时，法院往往会从实质相同的标准将同属于一个集团公司的关联企业视为同一诉讼当事人，如在 Ericsson v. Samsung 一案中，在武汉法院提起诉讼的三星主体与在美国德州法院被诉的三星主体并不一致。然而，武汉法院和德州法院的裁定均包含三星旗下公司的诉讼行为，德州法院认为他们“实质上一致，是一个主体”。[①]

在判断诉讼标的是否相同方面，核心在于争议所涉及的专利是否相同。因专利具有地域性，标准必要专利权人就同一技术方案同时向多个国家申请专利保护，形成了同族专利或者平行专利，虽然这些同族专利指向同一技术，但也是各国依据本国的专利法分别授予的，相互之间具有独立性，属于各国国内法独立保护的权利客体。如果一方当事人请求本国法院裁决本国授予的标准必要专利许可费率，而对方当事人请求域外法院裁决全球标准必要专利许可费率，或者如果一方当事人请求本国法院裁决全球标准必要专利许可费率，而对方当事人请求域外法院裁决外国或者全球标准必要专利许可费率，因国内诉讼和域外诉讼的诉讼标的涉及本国专利、外国专利和同族专利，而本国专利、外国专利被同族专利所包含，存在重叠，可以认为本国诉讼和外国诉讼的诉讼标的有重叠，从严格意义上讲，诉讼标的并完全不相同，不属于重复性诉讼，但考虑到标准必要专利的特殊性，有学者认为，认定重复性诉讼的关键是本国诉讼和域外诉讼争议的专利是否存在局部或全部的交叉重叠（崔国斌，2023），如果存在重叠，则可以将此种情况视为重复诉讼，因为域外诉讼的判决结果会影响本国诉讼是否必要的问题，进而产生本国法院和域外法院管辖冲突的问题。

然而，如果本国诉讼与域外诉讼的诉因不同，如一方当事人在本国法院提起合同违约之诉或者侵权之诉，对方当事人在域外法院提起许可费率诉讼，属于对抗性诉讼，判断诉讼标的是否相同时，可以遵循上述相同的处理原则。有学者对过去几年签发诉令的标准必要专利诉讼案件进行统计和研究，发现决定英美法院是否签发禁诉令的主要考量因素是本国诉讼是否会消解域外诉讼，如果是，则无论本国诉讼和域外诉讼的诉因是否相同，一般会签发禁诉令，以阻止平行诉讼。

[①] Ericsson Inc. v. Samsung Elecs. Co., No. 2:20-CV-00380-JRG, 2021 U.S. Dist. LEXIS 4392, at *3 n.2 (E.D. Tex. Jan. 11, 2021).

如果否，则不会签发禁诉令（ Jorge L. Contreras，2019）。此外，还有学者对比了美国、中国、英国、法国、德国、印度六个法域的法院发布禁诉令的考量因素，发现决定是否签发禁诉令的共同考量因素有三个：本国诉讼是否会消解域外诉讼、是否存在无理纠缠性诉讼行为、以及对国际礼让的考量（King Fung Tsang & Jyh-An Lee，2022），并不要求诉因相同。

因此，认定是否构成平行诉讼时，形式上的诉因是否相同，并非决定性的因素（李宗辉，2022），将本国诉讼和域外诉讼争议的专利是否存在交叉和重叠，以及本国诉讼是否会消解域外诉讼，或者使得域外诉讼变得没有必要，作为认定平行诉讼的主要依据，更具有合理性，也更符合标准必要专利国际诉讼的特点。

此外，对于在域外进行的国别专利的有效性诉讼和反垄断诉讼，一般不会被认定为与本国合同之诉或侵权之诉构成国际平行诉讼（宋晓，2021），因为本国诉讼和域外诉讼属于相互独立而无牵连的诉讼，本国诉讼的判决通常不会消解域外诉讼，域外诉讼的判决亦不会消解本国诉讼，在此情况下，法院一般也不会签发禁诉令，例如在 2017 年的 Apple v. Qualcomm 一案，苹果向美国加州南区联邦地区法院起诉高通，诉因涉及合同、侵权、反垄断等，均与高通拥有的欧洲电信标准协会（ETSI）3G 和 4G 标准必要专利的许可行为有关。[①] 很快，苹果在英国、日本、中国和中国台湾针对高通提起了另外 11 个类似诉讼。高通申请禁诉令，试图阻止海外诉讼，但法院认为高通未能证明美国诉讼会消解苹果的海外反垄断诉讼，因而拒绝签发禁诉令。又如上述的 Vringo v. ZTE 一案中，[②] 美国的保密协议违约之诉与中国的反垄断之诉并行不悖，并不属于平行诉讼，美国诉讼并不能消解中国诉讼，Vringo 向美国纽约南区联邦地方法院提出的禁诉令申请并未获批准。

（三）专属管辖冲突

专属管辖权和任意管辖权是各国都采取的管辖权分类方法，纵观各国的立法现状和实践，专属管辖是指一国将关系一国的公共政策或重大的政治、经济问题的法律关系无条件地划归内国法院专属管辖的范围，而排除任何其他国家法院的管辖权。除了专属管辖权之外的与国家和社会重大政治、经济利益关系不大，对

[①] No. 3:17-cv-00108-GPC-MDD, 2017 U. S. Dist. LEXIS 145835 (S. D. Cal. Sept. 7, 2017).
[②] Vringo, Inc. v. ZTE Corp., No. 14-cv-4988(LAK) 2015 WL 3498634 (S. D. N. Y. June 3, 2015).

内国国民的重大利益影响不大的诉讼案件，则实现任意管辖，即，既可以由内国法院管辖，也可以由外国法院管辖（李双元、欧福永，2018）。

标准必要专利国际诉讼中，有关专利有效性争议，往往与一国的公共政策和社会公共利益有关，在标准必要专利许可费率诉讼或者侵权诉讼中，往往伴随着标准实施者对专利有效性的质疑和挑战，英国法院明确表明，在 SEP 许可费率纠纷中，不接受单独的要求确定全球 FRAND 费率的诉讼请求，其裁决全球 FRAND 费率是基于专利法并且建立在对专利侵权和专利有效性问题的评估之上的（Igor Nikolic，2023）。有学者认为确定许可费率不以判断专利有效性为前提，法院可以基于外国政府的专利授权推定外国专利有效，此推定不但没有行使外国法院的专属管辖权，反而是尊重了外国政府的行政行为（宁立志、龚涛，2022），对此笔者无法认同，因为“推定”本身就是一种不负责任的表现，专利是具有保护期的，如果外国政府授予的专利的保护期已经届满，基于对外国政府行政行为的尊重而仍然推定专利有效，相当于让标准实施者为无效的专利买单，这样对标准实施者而言是极其不公平的。

因此，在标准必要专利许可费率诉讼或者侵权诉讼中，如果实施人对专利的有效性提出挑战，这种挑战可能是将专利有效性问题作为先决问题、抗辩的理由或者作为诉讼对象如反诉提出。无论是作为先决问题、抗辩理由还是诉讼对象，法院都应先审查专利的有效性问题。而被质疑有效性的专利可能并不属于受理法院所在国所授予的专利，这就涉及到法院是否有权在标准必要专利许可费率诉讼或者侵权诉讼中一并处理专利有效性的问题，也涉及到不同国家法院之间的管辖冲突。

（四）仲裁与诉讼管辖冲突

就标准必要专利相关争议是否具有可仲裁性的问题，从争议类型来看，合同争议、FRAND 许可费率争议、侵权争议属于可仲裁的范围，已经没什么分歧。而对于专利有效性争议、反垄断争议，不同国家的处理方式存在差异。

美国认可专利有效性争议的可仲裁性，但有些国家例如中国、德国、法国和荷兰都认为专利有效性涉及到公共利益，是不可仲裁的（M. A. Smith et al.，2006），这导致最终的仲裁裁决可能无法在重要的司法管辖区得到执行，因为《纽约公约》要求法院不得执行违反本国公共政策的仲裁裁决，因此，以上国家不可

能执行就专利有效性作出裁决的仲裁裁决。[①] 因此，即便当事人就专利有效性争议达成仲裁协议并付诸仲裁，该仲裁协议并不具有排除法院管辖权的效力，中国、德国、法国和荷兰等这些国家的法院也会拒绝放弃专利有效性纠纷的管辖权。此外，即使当事人就专利有效性纠纷达成仲裁协议，且相关的司法管辖区会执行仲裁裁决，该裁决可能需要重新审查，因为许多允许对专利有效性进行仲裁的国家规定仲裁裁决只在当事人间有效，仲裁庭裁定专利无效一般不会排除该专利对非仲裁当事人的效力（M. A. Smith et al.，2006）。这意外着，在这些司法管辖区，仲裁裁决中专利有效性的确定将不会影响随后权利人与第三方的 FRAND 争议，在随后争议中关于专利有效性的问题将需要重新审查，这增加了重复性的成本。

对于反垄断纠纷，在很多司法管辖区如美国、欧盟，竞争法上的诉请具有可仲裁性（Vera Korzun，2016），然而同时，这些国家通常将国内的竞争法视为涉及公共利益，就有关反垄断的仲裁，在仲裁裁决执行阶段美国法院要确保反垄断执法的合法利益得到保障。在欧洲，仲裁庭在 FRAND 纠纷中的裁决必须承认竞争法属于公共政策问题。此外，根据许多司法管辖区的规定，关于竞争法的仲裁裁决仅在仲裁当事人之间有效，对当事人之外的人不具有排除效力（Alexandra Theobald,，2016）。如前述有关专利有效性问题一样，缺乏排除效力导致对仲裁裁决的重新审查，导致重复性的成本。

因此，涉及专利有效性争议和反垄断争议的情况下，仲裁协议是否具有排除法院管辖的效力，直接带来了法院和仲裁机构之间的管辖冲突问题。

四、标准必要专利许可争议管辖冲突的处理原则

针对以上几种不同的管辖冲突类型，笔者认为可从以下几个方面进行应对，以缓解标准必要专利跨境争议中的管辖冲突。

（一）禁诉令与反制措施

禁诉令在阻止平行诉讼方面具有一定的作用，然而各国法院签发禁诉令的标准存在差异，且在标准必要专利纠纷案件中，禁诉令并没有起到阻止平行诉讼的作用，反而是招致另一国法院针锋相对的反禁诉令，进而带来反反禁诉令，引发

[①] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards art. V(2)(b), June 10, 1958, 21 U. S. T. 2517, 330 U. N. T. S. 38.

禁诉令“乒乓竞赛”，造成各国司法对抗。

对于如何应对，在国际层面，需要各国统一禁诉令的签发标准和签发时需考量的因素，并规定相应的制裁手段，增强禁诉令的威慑力，可通过缔结相关国际公约的方式实现此方面的国际共识，以减少规则的不确定性。

对我国而言，自我国法院将源于英美法系国家的禁诉令制度“移植”到中国并以行为保全的方式发布几个具有禁诉令性质的裁定后，不仅被其他国家法院发布反禁诉令予以反制，而且引发了欧盟于 2022 年 2 月 18 日依据 TRIPS 协定有关条款，在 WTO 就向中国发起磋商请求，认为中国禁诉令性质的行为保全措施剥夺了欧盟高科技公司寻求公平的权利。2023 年 3 月 28 日，WTO 成立了专家组以审理该请求，多国作为第三方加入。这一方面需要我国反思我国的涉外法治中存在的问题，更多的是需要积极作出应对。商务部于 2021 年 1 月 9 日颁布的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称《阻断办法》），可用于反制外国法律与措施不当域外适用对我国的影响。根据《阻断办法》，在涉外知识产权诉讼领域，我国企业被外国法院不适当地施予禁诉令的，可以向商务部报告。经审查评估，国外法院禁诉令适用不当的，商务部可以颁发禁止境内企业遵守国外法院的禁诉令的禁令。如果国内企业不遵守国外有关法律和措施，造成重大损失的，可以向有关政府部门寻求必要的支持。

《阻断办法》以“维护国家主权、安全和发展利益，保护中国公民、法人或其他组织的合法权益”为宗旨，是我国对外国制裁的重要回应措施，彰显了我国政府对中国企业在他国法律与措施不当干涉并进行域外适用时保护其利益的坚决立场，但是《阻断办法》还存在一些问题，如外国法律与措施是否不当的判断因素，《阻断办法》主要以“是否违反国际法和国际关系基本准则”作为评估标准，但是“是否违反国际法和国际关系基本准则”具有相当的原则性和灵活性，带来一定的模糊性，给予执法者较大的自由裁量权；对于遵守商务部禁令的企业所遭受的损失，商务部有无具体的支持措施，《阻断办法》未进行明确。

基于以上问题，建议在之后的类似立法或者进行法律修订时，判断国外的法律与措施是否不当时，在明确基本准则的前提下，对审查标准进行细化，规定具体的、操作性强的审查指引，一方面给予中国执法者更大的确定性，同时也能够避免因执法不当所造成的对外国司法主权的干扰，避免国家之间的司法对抗和紧

张局面。另外，明确政府的支持措施能够帮助我国科技企业更好地判断是否遵守禁令。因为一旦我国企业遵守商务部发布的禁令，可能导致遭受外国的制裁或处罚，并承受巨大损失，甚至被迫撤出海外市场。明确支持方式和力度有助于确保我国企业在决策时能够有合理的预期，更好的权衡风险和采取适当的措施。

此外，从法律的效力层级而言，《阻断办法》由商务部公布，虽然有“经国务院批准”，但根据中国的《立法法》相关规定，这种立法仍属于部门规章，法律位阶较低，并且操作程序不够具体，更象是框架性的立法。建议能够出台具体化的细则，提高《阻断办法》的可操作性和适用性，并根据具体的适用情况，决定未来是否要上升为行政法规或者法律。

（二）先受诉法院原则和未决诉讼原则

平行诉讼不仅导致各国管辖冲突，而且会造成司法资源浪费、重复、诉讼成本增加以及不公正现象等问题，不仅影响当事人的私人利益，而且影响政府公共利益，也给国际司法协助，特别是判决的承认与执行带来许多难题（李双元、谢石松、欧福永，2016）。标准必要专利国际诉讼中，平行诉讼成为常态，增加了当事人的交易成本和诉累，为了有效应对，先受诉法院原则和未决诉讼原则（Lis Alibi Pendens Doctrine）可在一定程度上缓解平行诉讼的发生。

先受诉法院原则是指在发生平行诉讼时，原则上应该由首先受诉的法院行使管辖权。该原则最初在 1968 年的《布鲁塞尔公约》中确立，公约规定除了首先受理诉讼的法院外，所有其他法院必须拒绝管辖并中止诉讼，即便对于几个法院都有专属管辖权的诉讼，先受理法院之外的其他法院也应该放弃管辖权，由先受理诉讼的法院受理。

未决诉讼原则是指本国法院为了支持在他国法院进行的涉及相同或类似当事人及争议事项的诉讼，中止本国正在进行的诉讼程序。这种中止是基于自由裁量权，旨在确保司法的一致性和避免冲突的判决。未决诉讼原则与不方便法院原则密切相关，而根据不方便法院原则，本国法院直接撤销诉讼而非中止诉讼。

先受诉法院原则和未决诉讼原则犹如一枚硬币的正反两面，能够实现大致相同的效果，一国法院为了确保先受诉法院的审理，可以根据未决诉讼原则中止审理。在标准必要专利诉讼中，如果一方当事人已经向本国法院提起了合同违约之诉或者侵权之诉，另一方当事人向国外法院提起了另一个诉讼（专利有效性争议

和反垄断争议除外），无论本国法院诉讼和国外法院诉讼属于重复性诉讼还是对抗性诉讼，如果本国法院的判决可以消解国外法院，则本国法院作为先受理法院，国外法院根据先受理法院原则和未决诉讼原则，主动放弃管辖权并中止诉讼，可以在一定程度上缓解各国法院之间的管辖冲突。

（三）专属管辖优先原则

专属管辖彰显一个国家在司法方面的主权，如果国外法院处理了本国法院专属管辖范围内的事项，则本国法院可以拒绝承认与执行国外法院作出的判决。

基于专利的地域性，专利有效性问题属于一国主权范围内的事项，属于专属管辖的范畴。而在标准必要专利国际诉讼中，往往不会出现仅要求法院确认专利有效性的诉讼，专利有效性问题往往以抗辩、反诉等形式附带出现在其他类型的诉讼中，最为常见的是出现在侵权诉讼中。此时，受理侵权诉讼的法院是否有权一并处理专利有效性问题？

如果专利有效性仅仅是作为抗辩或者先决问题提出，对于专利授予地法院是否有专属管辖权，存在不同的观点。《布鲁塞尔公约》、《CLIP 原则》、《ALI 原则》、《日韩联合提案》等均规定了在此情况下专利授予地法院不具有专属管辖权，受理侵权诉讼的法院也不必放弃管辖权，但法院作出的专利有效性认定仅能约束诉讼当事人，不能对案外第三人产生对抗效力。

然而，如果将专利有效性问题作为诉讼对象如反诉提出，或者是主要的诉讼请求，依据当前的国际公约和大多数知识产权冲突示范法对于此问题的立法趋势，基于专利权的地域性，对于专利的有效性争议，应由专利授予地法院专属管辖。受理 FRAND 许可费率纠纷或者侵权纠纷的法院应基于礼让和对外国司法主权的尊重，将专利有效性问题的处理移送到专利授予地法院，以避免法院之间的管辖冲突。

（四）仲裁与诉讼的衔接

对于仲裁和诉讼之间的管辖冲突问题，主要体现在 FRAND 许可费率争议中。标准必要专利 FRAND 许可费率争议归根到底属于财产性争议，应具有可仲裁性，仲裁为跨国 FRAND 许可费率争议中回避管辖冲突问题提供了很好的解决途径，因为如果 FRAND 当事人同意通过仲裁解决其争议，他们可以把全世界所有的诉讼请求合并到一个综合的程序中一并解决，具有潜在的成本优势。另外，相对于

本国法院可能存在的偏袒性，诉讼双方可以选择一个中立的裁判机构来解决其争议，这缓解了各国法院的“逐底竞争”或”竞次”现象（race to the bottom）。这些都表明仲裁可能会为解决标准必要专利 FRAND 许可费率争议提供一个令人满意的、更加高效的方案。

实践层面，各国在以仲裁方式解决 FRAND 许可费率争议方面已经进行了大量的探索。鉴于仲裁的明显优势，美国联邦贸易委员会（The U. S. Federal Trade Commission）已经承认仲裁是一个解决 FRAND 许可费率争议的有效机制。[①] 管理国际争议解决中心(ICDR)的美国仲裁协会(AAA)为裁决专利争端量身制定了《解决专利纠纷补充规则》，这些规则是在美国仲裁协会的商事仲裁规则和调解程序框架内专门针对专利纠纷而制定。[②] 此外，2018 年，日本专利局（The Japan Patent Office）出版了一份综合性的《标准必要专利许可谈判指南》，[③] 并积极推动用仲裁方式解决 FRAND 费率争议。[④] 除了政府在推动仲裁机制以外，一些学者（Jorge L. Contreras & David L. Newman，2014；Mark A. Lemley & Carl Shapiro，2013）、政府官员（Kai-Uwe Kühn et al.，2013）、法律执业者（Albert A. Foer & Sandeep Vaheesan，2013）也在积极鼓励通过仲裁解决 FRAND 许可费率争议。

此外，国际层面，目前已存在许多机制以鼓励各方通过仲裁方式解决 FRAND 许可费率争议，例如 1994 年成立的 WIPO 仲裁和调解中心最近开发出了一套将 FRAND 争端提交 WIPO 调解或仲裁的示范协议，[⑤] WIPO 仲裁和调解中心还专门针对标准必要专利纠纷制定了产权组织 FRAND 替代性争议解决(ADR)指南。

以上表明，世界层面对仲裁的认可态度以及仲裁裁决在世界上广泛的承认和执行机制，加之各国和相关国际组织对于以仲裁解决标准必要专利 FRAND 许可费率纠纷从制度、立法层面所作的努力，以及学术界、政府、法律实践者对仲裁

---

① Motorola Mobility LLC, Case No. 1210120 (F. T. C. July 23, 2013), https://www. ftc. gov/sites/default/files/documents/cases/2013/07/130724googlemotorolado. pdf .

② American Arbitration Association, *Commercial Arbitration Rules & Mediation Procedures (2013)*, https://www. adr. org/sites/default/files/Commercial%20Rules. pdf (last visited August 14, 2023).

③ Japan Patent Office, *Guide to Licensing Negotiations Involving Standard Essential Patents (2018)*, http://www. meti. go. jp/press/2018/06/20180605003/20180605003-2. pdf.

④ Press Release, *Japan Patent Office, Mock International Arbitration-Toward Early Dispute Resolution of Standard Essential Patents (SEPs) in the 5G Era - Held in Tokyo* (June 29, 2018), https://www. jpo. go. jp/shoukai_e/soshiki_e/photo_gallery2018062991. html.

⑤ WIPO ADR for FRAND Disputes, World Intellectual Property Organization, http://www. wipo. int/amc/en/center/specific-sectors/ict/frand/ (last visited August 14, 2023).

的倡议，可以看出以仲裁解决标准必要专利 FRAND 许可费率争议已经具备了充分的现实基础。

但是，专利有效性问题和反垄断问题为标准必要专利 FRAND 许可费率争议付诸仲裁带来障碍，也带来了法院和仲裁机构之间的管辖冲突问题。对此问题，建议在仲裁中融入诉讼辅助机制以及国际协调机制。具体为：

仲裁过程中，如果标准实施者对专利的有效性、反垄断问题提出反诉或者抗辩，则仲裁庭应中止审理，将案件转交给有管辖权的法院审理，在法院对专利的有效性、反垄断问题作出生效判决后，仲裁庭应恢复审理，在法院所查明的事实的基础上，裁决合理的 FRAND 许可费率。

仲裁中辅以诉讼的做法，可能被有人认为会减损仲裁所具有的在高效解决纠纷方面的优势，因为法院审查专利有效性、反垄断问题时，可能因各种原因造成程序拖延。因此，为了避免法院环节无限期以及不可控的程序拖延，通过在国际上建立一种国际协调机制可以解决此问题。

基于 WIPO 在世界知识产权领域的巨大影响力，该国际协调机制可以由 WIPO 倡议发起，由标准必要专利诉讼主要参与国通过缔结协定的方式达成。考虑到目前标准必要专利主要参与国集中在欧美、中国、印度等国家，数量并不太多，且各参与标准化活动的国家从理性的角度出发，达成这一协调机制并不存在太大阻力。

国际协调机制的主要目的是防止 FRAND 仲裁程序被无故拖延，参与标准制定的各方所在国家政府应向 WIPO 递交承诺，承诺在 FRAND 仲裁过程中，如若碰到需由本国法院查明专利有效性、反垄断等情形时，应在一定的审限内完成审查，可以参照民事诉讼对审限的要求，如限定在 3 个月至 6 个月不等，这样确保仲裁程序不被无限期的拖延，否则该国家将可能面临承担国家责任。针对同一专利所作出的专利有效性、反垄断的认定，可以作为此后其他仲裁当事人就同一专利所进行的仲裁中涉及同一个专利有效性、反垄断认定的依据，避免了重复审查的成本，反而提高了效率，有利于行业整体利益最大化。

此外，与传统的仲裁以公开为原则，不公开为例外不同，在 FRAND 许可费率争议仲裁中，如果也采取此原则，由于缺乏透明度，无法确保标准必要专利权人遵守 FRAND 承诺中的非歧视义务。为了避免出现该问题，建议 FRAND 仲裁以公开审理为原则，仲裁庭的裁决理由、所使用的费率计算方法、决定等均应公开，以提高透明度和促进今后裁决的一致性，避免标准必要专利权人违反非歧视

义务。当然，并非仲裁中所有的信息都应公开披露，正如在司法程序中一样，某些高度机密的材料可能会被置于保护令之下，并排除公共查阅，例如，有关标准必要专利、其他知识产权、非专利技术的许可协议就有合理的理由被保密。仲裁庭应负责就仲裁中涉及的保密信息保护制定合理的规则，适当保护企业的商业秘密。

FRAND 仲裁庭的程序公开可能会带来几个好处。正如许多评论员所指出的那样，当与相关标准必要专利相关的许可协议与和解协议是保密的时候，确定甚至评估 FRAND 许可费率是非常困难的（ Jorge L. Contreras & David L. Newman，2014）。向公众公开 FRAND 费率制定程序及结果将建立一个与 SEP 许可费率有关的信息库，从而消除目前市场上存在的不确定性。这种透明度的提高可以帮助各方谈判更为合适的 FRAND 许可费率，并使得核实标准必要专利权人是否遵守 FRAND 非歧视条款更加容易。此外，公开 FRAND 仲裁庭的审议过程和决定，相对于目前市场中所普遍存在的保密性而言，更符合现有的反垄断规则（Mark R. Patterson，2018）。

以仲裁方式解决 FRAND 许可费率争议，由专业的仲裁庭裁决全球许可费率，一定程度上回避了专利的地域性问题，加之仲裁所具有的一裁终局的天然优势，使得纠纷可以更高效的解决。然而，回避专利的地域性不等同于忽视专利的地域性。虽然专利具有地域属性，但标准必要专利的许可通常是全球性的，费率裁决问题更多的属于合同性质，以仲裁方式解决标准必要专利 FRAND 许可费率争议，并不等于无视专利的地域性。但是对于仲裁中一方当事人可能提出的专利有效性的反诉和抗辩，以及反垄断抗辩问题，各国规定还存在较大差异，在尚未形成国际上的共识或者达成国际公约之前，笔者认为还是应该尊重专利的地域性，将此类争议转交专利授予国法院在一定期限内审查完毕，并将审查结果交予仲裁庭，这维护了各国主权和专利的地域性原则。表面看来，这样做可能会削减仲裁原本具有的高效解决纠纷的优势，然而，由于 FRAND 许可仲裁为公开审理且裁决书公开，专利有效性、反垄断等问题的审查结果也会公开，审查结果可以在后续其他涉及同一专利的案件中继续使用，避免了重复性审查，实则提高了裁判效率，加之国际协调机制的建立，仲裁的高效性并不会被减损。

以上所提出的仲裁与诉讼的衔接机制同时维护了作为知识产权法律制度基石的地域性原则和各国主权，也有效的回避了各国管辖权冲突问题，不失为一种可取的方案。

结语

标准必要专利的争议类型多样化，但核心问题还是由于费率问题所产生的争议。本文分析了不同类型的标准必要专利争议及几种争议所产生的管辖冲突，并针对管辖冲突提出相应的对策，以期对研究标准必要专利国际平行诉讼中的管辖冲突问题提出不同的研究视角，为缓解标准必要专利国际诉讼中的管辖冲突提出建议。

参考文献：

［1］崔国斌. 标准必要专利诉讼中禁诉令的适用[J]. 知识产权, 2023, (2).

［2］何荣华. 标准必要专利公平合理无歧视原则研究[D]. 中南财经政法大学, 2018.

［3］李双元, 欧福永. 国际私法[M]. 北京：北京大学出版社, 2018.

［4］李宗辉. 标准必要专利跨国诉讼中禁诉令的适用标准研究[J]. 法商研究, 2022, (4).

［5］吕凌锐. 标准必要专利全球许可费司法管辖权研究[J]. 南海法学, 2021, (4).

［6］宁立志, 龚涛. 标准必要专利全球费率裁判：实践、争议与对策[J]. 北方法学, 2022, (3).

［7］宋晓. 涉外标准必要专利纠纷禁诉令的司法方法. 法学, 2021, (11).

［8］祝建军. 标准必要专利适用禁令救济时过错的认定[J]. 知识产权, 2018, (3).

［9］祝建军. 标准必要专利使用费应当公开--以治理专利劫持和反向劫持为视角[J]. 人民司法(应用版), 2015, (15).

［10］张惠彬, 刘诗蕾. 标准必要专利许可纠纷的管辖争端及策略选择[J]. 国际经济法学刊，2023, (4).

［11］Alexandra Theobald. Mandatory Antitrust Law and Multiparty International Arbitration[J]. University of Pennsylvania Journal of International Law, 2016, (37).

［12］Allan D. Vestal. Repetitive Litigation[J]. Iowa Law Review, 1960, (45).

［13］Allan D. Vestal. Reactive Litigation[J]. Iowa Lew Review, 1961, (47).

［14］Benjamin C. Li. The Global Convergence of FRAND Licensing Practices:

Towards “Interoperable” Legal Standards[J]. Berkeley Technology Law Journal, 2016, (31).

[15] Calamita N. Jansen. Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings[J]. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2006, (27).

[16] Cohen Connor. Foreign Antisuit Injunctions and the Settlement Effects[J]. Northwestern University Law Review, 2022, (116).

[17] George A. Bermann. The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation[J]. The Columbia Journal of Transnational Law, 1990, (28).

[18] Jorge L. Contreras. The New Extraterritoriality: FRAND Royalties, Anti-Suit Injunctions and the Global Race to the Bottom in Disputes over Standards-Essential Patents[J]. Boston University Journal of Science & Technology Law, 2019, (25).

[19] Jorge L. Contreras & David L. Newman. Developing a Framework for Arbitrating Standards-Essential Patent Disputes[J]. Journal of Dispute Resolution, 2014, (2014).

[20] Kai-Uwe Kühn et al. Standard Setting Organizations Can Help Solve the Standard Essential Patents Licensing Problem[J]. CPI Antitrust Chronicle, 2013, (3).

[21] King Fung Tsang & Jyh-An Lee. The Ping-Pong Olympics of Antisuit Injunction in FRAND Litigation[J]. Michigan Technology Law Review, 2022, (28).

[22] Look Chan Ho. Anti-suit Injunction in Cross-border Insolvency: A Restatement[J]. International & Comparative Law Quarterly, 2003, (52).

[23] Mark A. Lemley & Carl Shapiro. A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents[J]. Berkely Technology Law Journal, 2013, (28).

[24] Mark R. Patterson. Confidentiality in Patent Dispute Resolution: Antitrust Implications[J]. Washington Law Review, 2018, (93).

[25] M. A. Smith et al. Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues

Worldwide[J]. Harvard Journal of Law & Technology, 2006, (19).
[26] Michael Elmer & Stacy Lewis. Where to Win: Patent-Friendly Courts Revealed[J]. Managing Intellectual Property, 2010, (9).
[27] Thomas F. Cotter. Comparative Patent Remedies: a legal and economic analysis[M]. Oxford University Press, 2013.
[28] Vera Korzun. Arbitrating Antitrust Claims: From Suspicion to Trust[J]. New York University Journal of International Law & Policies, 2016, (48).

Jurisdictional Conflicts in Cross-border Disputes of Standard Essential Patents and Proposed Solutions

Abstract:

The cross-border disputes of standard essential patents can be divided into licensing contract disputes, cross-border infringement disputes, FRAND license rate disputes, patent validity disputes, and anti-monopoly disputes, etc. Standard essential patents have both the public attributes of standards and the private right characteristics of patents, and the ″package″ licensing of standard essential patents has become an industry practice, which jointly leads to the phenomenon that the above several disputes are often intertwined in one case, so that litigants, driven by interests, can check and balance each other in a case. As a consequence, many jurisdictional conflicts arise in the transnational litigation of standard essential patents, among which parallel ligitation, anti-suit injunction, exclusive jurisdiction, and the jurisdictional conflict between arbitration and litigation is the main embodiment. In view of different types of jurisdictional conflicts, the introduction of countermeasures of injunction, the principle of court of first appeal, the lis alibi pendens doctrine, the principle of exclusive jurisdiction priority, and the construction of coordination mechanism of arbitration and litigation can alleviate the jurisdictional conflicts in cross-border disputes of standard essential patents to a certain extent.

Key Words: standard essential patent; cross-border dispute; jurisdictional conflict; parallel litigation; anti-suit injunction

涉外标准必要专利全球许可费率裁决的管辖权冲突与纾解

马 乐[1]

内容摘要：涉外标准必要专利全球许可费率裁决的管辖权争议涉及我国法院对于案件本身是否具有管辖权以及在此基础上能否裁决全球许可费率两个层面的问题。许可模式的全球性除了让全球许可费率具有合理性，也使得纠纷呈现出与多法域的关联性，由此造成平行诉讼频发。伴随法院对严格地域管辖的突破，不同法域之间的管辖权冲突进而加剧。这种对诉讼优选地的争夺体现了 SEPs 纠纷关涉利益的复杂性和重要性。中国法院一方面通过典型案例确立法院对 SEPs 全球许可费率裁决具有管辖权，另一方面通过《民事诉讼法》涉外编的修订为法院在此类案件中行使积极的管辖权创设了更为多元的依据和灵活的空间。

关键词：标准必要专利；全球许可费率；管辖权

标准必要专利（Standard Essential Patents, 简称 SEPs）许可纠纷是典型的涉外法治问题。其不仅关涉 FRAND（Fair, Reasonable and Non-Discriminatory）性质及内涵认定、禁令授予、市场支配地位滥用等实体法问题，而且涉及法院管辖权确定、禁诉令签发等程序法问题。分析和解决这些问题的依据和视角涵摄两对关系：内国法与外国法，国内法与国际法。尤其值得注意的是，中国企业作为 SEPs 纠纷的主要当事方已经是不争的事实，而与此相关的中国立法和司法也逐渐成为全球瞩目的焦点。统筹推进国内法治和涉外法治不仅是观照上述问题的背景，更需要成为一种解决问题的方向和路径。特别是全球许可费率的管辖权争议，对这个问题的深入分析和妥善解决不但是我国涉外 SEPs 纠纷裁判规则的必要组成，而且是我国在涉外知识产权领域打造积极灵活的程序规则从而型构全球诉讼优选地的当然要求。

一、SEPs 全球许可费率裁决中的管辖权争议

全球许可费率裁判所引发的争议不仅关涉法院对 FRAND 承诺及其实现的解释，而且涉及法院对该事项具有管辖权的正当性证成。通过“无线星球诉华为”案[2]和“康文森诉华为

[1] 马乐，男，1983 年 4 月生，法学博士，华东政法大学涉外法治学院教授、副院长。联系电话：13524431630，电邮：male@ecupl.edu.cn.
本文是作者主持的教育部人文社科青年基金项目“标准必要专利国际平行诉讼中的禁诉令问题与中国对策研究”(23YJC820023)阶段性成果。
[2] See *Unwired Planet v. Huawei*, [2018] EWCA Civ 2344.

与中兴”案[3]，英国法院确立了其裁判 SEPs 全球许可条件的可能性、必要性以及正当性。然而，英国法院对全球许可费率裁决的确立也引发了关于其打造“事实上的国际或者全球电信许可法庭”的争议。就在英国最高法院就裁判全球许可条件作出肯定性终审判决后不久，我国最高人民法院在“OPPO 诉夏普”案[4]的上诉审中作出终审判决，肯定了中国法院裁决 SEPs 全球许可费率的管辖权及其正当性。在此前后，美国、法国、荷兰等 SEPs 纠纷的主要司法管辖区的法院也在相关案件中表明其对于全球许可费率管辖权的态度。例如，美国在“PanOptis 诉华为”案[5]和“TCL 诉爱立信”案[6]中强调当事人达成管辖合意是裁决 SEPs 全球许可费率的前提。美国法院由此也被认为在行使全球许可费率管辖权上态度较为保守。[7]法国法院与荷兰法院则分别通过“TCL 诉飞利浦”[8]和“Vestel 诉飞利浦”案[9]，以属地管辖原则确认其有权行使管辖权。相较而言，英国和中国这两个司法管辖区对于行使全球许可费率的管辖权态度更为积极。而这种积极也导致管辖权争议不再仅仅关涉某个特定法院在行使管辖权时是否具有充分的正当性，而开始涉及不同国家或地区法院之间在行使管辖权时的冲突。OPPO 与诺基亚之间的纠纷就体现了这样的冲突。

近年来，OPPO 与诺基亚因就 SEPs 许可谈判未能达成一致在全球各地发起诉讼，并分别于中国、英国提起全球许可费率之诉。2021 年 7 月 1 日，诺基亚在双方于 2018 年签订的许可协议到期后率先向英国英格兰与威尔士高等法院提起诉讼，请求法院认定其报价符合 FRAND 原则，而后于 2022 年变更诉讼请求为英国法院确认涉案 SEPs 全球许可费率。同月 12 日，OPPO 向中国重庆市第一中级人民法院提起诉讼，请求法院就其所需获得的全部 SEPs 确定符合 FRAND 原则的全球许可使用费率[10]，诺基亚就此提出管辖权异议。同年 8 月，OPPO 向英国高等法院以其非案件审理的方便法院为由提出管辖权异议，并请求英国法院中止审理，待中国法院作出判决后再行审理。由此，英国法院和中国法院谁来行使管辖权便出现争议。

本案中，OPPO 提出，相较于“无线星球与华为”案，中国法院已经作出其具有全球许可费率的管辖权裁定，且欧盟法律不再适用英国，国际背景已然发生变化。且根据中国最高人民法院确定的管辖规则，本案中审理全球许可费率的方便法院应为中国法院。但英国法院认为诺基亚在本案中的主张与“康文森诉华为”案、“中兴案中康文森”案的主张及案件争

---

[3] See *Conversant v. Huawei & ZTE*, [2019] EWCA Civ 38.
[4] 广东省深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民初字第 689 号民事裁定书。
[5] See *Optis Wireless Tech., LLC. v. Huawei Device Co., Ltd.*, 2018 WL 476054 (E.D. Tex. 2019).
[6] See *TCL v. Ericsson*, the U.S. District Court for the Central District of California, CV 15-2370 JVS (DFMx).
[7] 参见宁立志、龚涛：《标准必要专利全球费率裁判：实践、争议与对策》，《北方法学》2022 年第 3 期。
[8] See *TCL v. Philips*, Case No. RG 19/02085.
[9] See *Vestel Germany GmbH v. Koninklijke Philips N.V*, Case No. C/09/604737/ HA ZA 20-1236.
[10] 重庆市第一中级人民法院（2021）渝 01 民初 1232 号民事判决书。

议定性方式完全相同。由于本案中的争议以同样的方式被恰当定性[11]，英国法院并不认可案件背景发生变化。英国法院认为其为审理该案件的方便法院，据此驳回管辖权异议与中止审理的请求。[12]同样，诺基亚的管辖权异议最终也被我国最高人民法院裁定驳回。[13]该案中，面对当事人的请求，两国法院均援引不方便法院原则确立其管辖权。不方便法院原则的一项重要功能是限制原告任意挑选法院造成被告不便及浪费司法资源的滥用诉权行为，从而有效地协调国际民商事管辖权冲突。[14]但在本案中，两国法院对这一原则的解读显然不同，而这也是引发管辖权冲突的重要原因。

此外，SEPs 全球许可费率管辖权争议可能还会因为当事人申请签发禁诉令而进一步激化。在“小米诉交互数字公司”案[15]中，在小米公司向武汉市中级人民法院提起裁定其与交互数字公司涉案 SEPs 全球许可费率诉请同时又提出行为保全请求，法院据此签发禁诉令，裁定交互数字公司在其审理期间不得向其他国家和地区法院提起与小米公司之间的 SEPs 许可费率诉讼或执行相关裁决。这一禁诉令裁决随后引发德国和印度法院做出反禁诉令裁决予以回应。与之相关的一系列禁诉令裁决也引发欧盟在世界贸易组织争端解决机构对中国做法是否符合《TRIPS 协定》及入世承诺的挑战。[16]由此，今天我们看到，SEPs 全球费率的裁决及其相关争端已经不再仅仅是国内民事诉讼法范畴的问题，而是涉及外国法（实体法与程序法）与国际法（包括国际公法意义上的一般法律原则的违反，国际私法意义上的管辖权冲突、国际礼让与司法协助，国际经济法意义上的《TRIPS 协定》一致性）的争议话题。

二、SEPs 全球许可费率裁决缘何引发管辖权争议

有别于一般的涉外民商事案件的管辖权争议，SEPs 全球许可费率裁决的管辖权争议涉及两个层面的问题。一个是案件的涉外因素带来的管辖权问题，另一个是全球许可费率裁决的管辖权，即当法院在第一个问题上确认管辖权后需要证成其可以裁决涉案 SEPs 在全球范围内的许可费率，而不是在某一个国家或地区的费率。对于第一个问题而言，问题的解决取决于法院适用什么样的管辖权依据。在“康文森诉 LG”案[17]中，面对康文森确定涉案 SEPs 组合包全球许可费率的请求，法国法院认为并无必要确定该案的 FRAND 全球许可费率。包括荷兰在内，这些国家的法院之所以在相关案件中拒绝对缺乏当事人合意的全球许可费率进

---

[11] 祝建军：《英国法院重申 SEP 全球许可条件管辖规则——评诺基亚诉 OPPO 案》，载《知产财经》2021 年 11 月 29 日。
[12] See *Nokia v. OPPO*, [2021]EWHC 2952(Pat).
[13] 最高人民法院（2022）最高法知民辖终 167 号民事裁定书。
[14] 参见沈红雨：《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建》，《中国应用法学》2020 年第 5 期。
[15] 武汉市中级人民法院（2020）粤 01 知民初 169 号之一民事裁定书，。
[16] See WT/DS611/5, *China-Enforcement of Intellectual Property Rights*, 9 December 2022.
[17] See *Core Wireless v. LG*, Case No. 14/14124.

行裁决主要缘于其所依据的属地管辖原则。所谓属地管辖，是以涉外民商事案件与某一国地域上或者空间上的联系作为确定管辖权的依据。与各国通行做法一致，我国《民事诉讼法》将被告住所地作为最基本管辖根据，即“原告就被告”的一般地域管辖原则，于第 22 条规定：“对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的诉讼，由被告住所地人民法院管辖。”[18]这种管辖权的属地性是国家主权权力的具体体现，它们拥有一个共同的逻辑起点：所有类型的管辖权都是属地的，首先及于本国境内的人、行为和财产，若无国际法上的特别理由，国家不可以行使域外管辖权。只不过在实践中，各国立法管辖和司法管辖均不同程度地超越了属地原则。[19]随着国际经济贸易的发展, 知识产权的私权属性得到普遍承认, 越来越多的国家开始打破知识产权的严格地域性管辖。[20]在 SEPs 领域，随着英国法院就“无线星球诉华为”案积极裁决全球许可费率，严格地域性管辖也随之开始松动。

超越属地原则积极行使管辖权在确定 SEPs 全球许可费率这一特殊诉请上会进一步加剧争议的复杂性。众所周知，知识产权作为一国法律承认和保护的相关权利，其效力只限于本国境内，具有严格的地域性或称领土性。[21]作为一国行使公权力，基于国家行为所赋予认可的专利，其空间效力范围也限于所授予权利国家的领土范围。似乎属地管辖与知识产权的地域性存在天然的一致性。而许可模式的全球性打破了这种逻辑上的关联。全球许可费率裁决之所以造成管辖权问题是因为全球许可模式增加了纠纷跟不同地域之间联系的因素。问题在于，全球许可在实践中很普遍。在“圣劳伦斯诉沃达丰”案[22]中，原告作为证据提交的 55 份许可协议中有 53 份是全球许可协议。德国杜塞尔多夫地区法院对此采信并认为，全球许可符合商业惯例，标准实施者在全球范围内经营，并总是签订全球许可协议。特别是在电信行业，签订全球许可协议是通常做法。如果 SEP 权利人最终被迫只签订一国的许可协议，这将与上述全球许可的商业惯例相悖。德国联邦法院于 2020 年在“西斯福诉海尔”案[23]中也曾指出，全球专利组合许可谈判是普遍性做法，从效率角度也有利于被许可人。[24]这种许可模式的全球性使得案件争议与多国发生联系，由此也制造了多元连接点，如许可协议磋商

---

[18] 参见沈红雨：《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建》，《中国应用法学》2020 年第 5 期。
[19] 参见宋晓：《域外管辖的体系构造:立法管辖与司法管辖之界分》，《法学研究》2021 年第 3 期。
[20] See William Cornish, David Llewelyn & Tanya Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, 2010, p. 28.
[21] 吴汉东：《知识产权法》，法律出版社 2021 年版，第 25 页。
[22] See *St Lawrence v. Vodafone*, 4a O 73/14 (2016).
[23] See *Sisvel v. Haier*, KZR 36/17 (2020).
[24] 参见马乐、孔晓婷：《标准必要专利许可商业惯例的司法意涵与功能实现》，《科技与法律（中英文）》2023 年第 1 期。

地、专利授予地、当事人住所地等，这使得不同国家或地区法院能够找到行使管辖权的依据。

除了立法规定和司法考量上的差异性，SEPs 纠纷解决对于经济、科技乃至国家利益的意义也是管辖权争议背后的重要因素。美国一贯奉行积极的司法管辖原则，并发展出成熟的涉外管辖体系。这背后当然有利益本位的考虑。即使像英国这样的国家，尽管其并非拥有强大 SEPs 实力的科技巨头母国，但是打造全球争议解决中心背后的国家利益考量不能不说是英国法院在相关案件中积极作为的重要动力。对于任何一个国家的 SEPs 权利人或标准实施者而言，在本国诉讼都是其首要选择。除了争议解决成本上的考虑，费率的高低将直接影响其经济利润以及在相关市场的竞争力。从这个意义上说，SEPs 全球许可费率的管辖权除了具有个案意义，更带有这个特殊领域深刻而复杂的利益属性。因此，当国际知识产权争端越来越成为企业乃至国家之间科技竞争没有硝烟的战场，涉外知识产权民事诉讼领域对纠纷管辖权的争夺也愈加激烈。[25]

三、SEPs 全球许可费率裁决管辖权争议的中国因应

面对 SEPs 全球许可费率裁决管辖权争议，中国在相关案件中形成与其他司法管辖区相比兼具共性和特性的裁判规则，并在此基础上推进相关立法做出调整，由此形成较为完备的因应体系。作为全球许可费率裁决方面颇具影响力的判例，英国法院在“无线星球诉华为”案采取了不同于美国及其他欧洲国家的管辖权进路，并提出相应裁判理由。法院认为：ETSI 的知识产权政策赋予了其裁决全球许可费率的权利；SEPs 许可本身属于合同问题，而英国法院对该合同具有管辖权；英国法院并没有剥夺当事人寻求外国法院裁决涉及外国专利有效性、必要性以及其中侵权问题的机会；法院行使管辖权对全球许可费率进行裁判符合商业惯例；根据中国法律规定与司法实践，并不能确定中国法院对 SEPs 全球许可费率具有管辖权。基于上述考虑，英国法院认为其有权确定 SEPs 全球许可费率，且为审理的方便法院，而后延续此案所确定的管辖。

相比而言，中国法院则确立了自身关于裁决全球许可费率具有管辖权的裁判规则。2020 年开始，中国法院陆续通过“OPPO 诉夏普”案、“OPPO 诉交互数字公司”案[26]以及“OPPO 诉诺基亚”案[27]等形成了其关于管辖权的裁判规则。首先，中国法院就针对案件本身是否具备管辖权进行分析。此类案件纠纷作为特殊的合同纠纷，在判断时应当考虑被告所在地、代表机构所在地、专利授予地、专利实施地、专利许可合同签订地或专利许可磋商地、可合理预见的缔约后专利许可合同履行地、可供扣押或可供执行财产所在地等。若任意择一在中国

[25] 仲春：《标准必要专利全球费率裁判思辨》，载《知识产权》2020 年第 10 期。
[26] 最高人民法院（2023）最高法知民辖终 282 号民事裁定书。
[27] 最高人民法院（2022）最高法知民辖终 167 号民事裁定书。

域内，即认定案件与中国存在适当联系，中国法院对该案件本身具有管辖权。其次，中国法院需判断是否适宜对涉案 SEPs 在全球范围内许可条件作出裁决。在当事人具备达成全球许可的意愿且纠纷与中国具有更密切联系时，中国法院可以裁决全球许可费率。即便当事人未达成管辖合意，中国法院仍有权依一方当事人的申请，对涉案 SEPs 全球许可条件进行裁决。若专利持有人与标准实施者的谈判内容包含了 SEPs 在全球范围内的许可条件，则说明双方磋商时就 SEPs 许可的意愿范围为在全球范围内。法院同时提出，对更密切联系规则则应综合判断，考虑：SEPs 授予国及其分布比例、标准实施者的主要实施地、主要营业地或者主要营收来源地、专利许可磋商地或专利许可合同签订地、可供扣押或可供执行财产所在地等因素，认定其与中国法院是否具有更密切的联系。在中国法院对该案件具有管辖权的基础上，法院进而认定有权对涉案 SEPs 在全球范围内的许可条件作出裁决。

除了在司法上积极行使管辖权，通过修订《民事诉讼法》涉外编的规定，我国立法通过进一步明确处理涉外案件的程序规则也为法院行使管辖权提供了依据。新《民事诉讼法》通过调整涉外管辖案件原有的连接点，适度扩大了对涉外民事纠纷的管辖权。在原有的连接点基础上，立法新增“存在其他适当联系”的案件连接点。“适当联系”原则是一种谦抑性的保护性管辖，其强调实施管辖的必要性、适度性与合理性，采取“特定依据+兜底条款”的模式。[28]这一兜底条款使得我国法院未来可以突破合同签订地、履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地、代表机构住所地等六项连接点，在其他联系与前述连接点之间具有相当性的前提下行使管辖权。这对于法院审理涉外 SEPs 许可纠纷无异于创设了更加积极灵活的管辖依据。与此同时，新《民事诉讼法》在第 279 条第 2 项增列“因与在中华人民共和国领域内审查授予的知识产权的有效性有关的纠纷提起的诉讼”为专属管辖事项。这被认为进一步丰富了民事诉讼的专属管辖制度，更加有效地适应知识产权领域的新情况、新要求。[29]未来不排除涉外 SEPs 许可纠纷当事人因提出涉案专利有效性而导致中国法院对此行使专属管辖权的可能。

除扩大法定管辖的范围，新《民事诉讼法》还就协调管辖权国际冲突和减少平行诉讼做出专门规定。新《民事诉讼法》在吸收《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2022〕11 号）第 531 条以及《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 10 条关于平行诉讼规定的基础上新增第 280 条，规定：“当事人之间的同一纠

[28] 参见沈红雨、郭载宇：《<民事诉讼法>涉外编修改条款之述评与解读》，《中国法律评论》2023 年第 6 期。

[29] 参见沈红雨、郭载宇：《<民事诉讼法>涉外编修改条款之述评与解读》，《中国法律评论》2023 年第 6 期。

纷，一方当事人向外国法院起诉，另一方当事人向人民法院起诉，或者一方当事人既向外国法院起诉，又向人民法院起诉，人民法院依照本法有管辖权的，可以受理。当事人订立排他性管辖协议选择外国法院管辖且不违反本法对专属管辖的规定，不涉及中华人民共和国主权、安全或者社会公共利益的，人民法院可以裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。” 换言之，对于当事人之间的同一纠纷，无论是重复诉讼还是对抗诉讼，依照民事诉讼法规定，人民法院有管辖权的，即可予以受理，并不受当事人是否已向外国法院提起诉讼的影响。由于涉外 SEPs 纠纷极易引发平行诉讼，这一规定为我国法院就当事人请求裁定全球许可费率的案件行使管辖权提供了更加明确的依据。与此同时，为体现司法礼让原则，新《民事诉讼法》又规定了平行诉讼中的中止诉讼制度，即法院行使管辖权后，可以考虑外国法院受理在先之平行诉讼等因素，裁定中止诉讼。当然，对于是否中止，法院享有自由裁量权。另外，如果当事人之间存在选择我国法院管辖的协议、纠纷属于我国法院专属管辖或者纠纷与我国具有密切联系等因素，由我国法院审理更加方便的，人民法院则不应裁定中止诉讼。[30]综合来看，上述规定还是体现了对涉外案件积极行使管辖权的立场和导向。可以预见，未来法院在裁定是否受理涉外 SEPs 纠纷时将拥有更加灵活的空间和更为多元的管辖权依据。这有助于减少法院在行使管辖权时因缺乏明确的立法依据而受到的质疑。

结　论

总之，妥善应对涉外 SEPs 全球许可费率裁决的管辖权争议具有必要性和重要性。一方面，对管辖权争议的司法回应并进而确立法院的管辖权既是在个案意义上维护企业合法权益的基本前提，也是我国维护主权和发展利益的根本要求。另一方面，对管辖权争议的处理是我国 SEPs 纠纷裁判规则的组成部分。在确立管辖权的前提下，我国法院才能在 FRAND 费率确定、禁令授予、滥用认定等实体法问题上形成日臻完善的裁判规则，并由此确立 SEPs 纠纷的全球诉讼优选地。积极的管辖制度既是我国展现法治自信的应有之意，也是统筹推进国内法治和涉外法治的必然要求。

[30] 参见沈红雨、郭载宇：《<民事诉讼法>涉外编修改条款之述评与解读》，《中国法律评论》2023 年第 6 期。

上海合作组织卫生健康合作的回顾与展望

方瑞安*

摘要：2018 年与 2020 年习近平主席在上海合作组织青岛峰会和成员国元首理事会会议中陆续提出“构建上合组织命运共同体”及“四个共同体”倡议，而“四个共同体”倡议中的卫生健康共同体建设正在成为上海合作组织命运共同体建设的健康基石。上海合作组织卫生健康合作历经将近 20 年的发展，已经形成了丰富且具有代表性的区域卫生健康合作的制度化成果，上海合作组织卫生健康共同体观念深入人心，为更进一步的卫生健康合作打下了扎实的基础。下一发展阶段，上海合作组织卫生健康合作可以在应对流行病威胁、医药产业合作及民间医药合作领域走实走深，在继续夯实上海合作组织传染病疫情通报制度的基础上，完善卫生应急合作措施及搭建应急资源共享机制。

关键词：上海合作组织；卫生健康共同体；应对流行病威胁；卫生应急合作；医药产业合作

2020 年 11 月，习近平主席在北京以视频方式出席上海合作组织成员国元首理事会第二十次会议并发表题为《弘扬“上海精神” 深化团结协作 构建更加紧密的命运共同体》的重要讲话。习近平强调，上海合作组织要弘扬“上海精神”，加强抗疫合作、维护安全稳定、深化务实合作、促进民心相通，携手构建卫生健康共同体、安全共同体、发展共同体、人文共同体，为推动构建人类命运共同体作出更多实践探索。[1]上述“四个共同体”倡议的提出，折射出人类命运共同体理念在上海合作组织中不断走深走实。[2]

在“四个共同体”的倡议中，卫生健康共同体建设是上海合作组织命运共同体建设的健康基石。而在卫生健康领域，上海合作组织已然形成了相当丰富的实践。早在 2004 年的《上合组织成员国政府首脑（总理）理事会联合公报》中就首次明确指出上海合作组织要开展卫生合作，而今年的上海合作组织成员国元首理事会及政府首脑（总理）理事会联合公报中都有较大篇幅聚焦卫生健康合作，足见其已然成为上海合作组织命运共同体建设不可缺少的重要一环。

* 方瑞安，男，上海政法学院讲师，中国政法大学在站博士后，研究方向为国际法学。

[1] 习近平：《弘扬“上海精神” 深化团结协作 构建更加紧密的命运共同体》，载《人民日报》2020 年 11 月 11 日，第 2 版。

[2] 2022 年 9 月，习近平主席在上海合作组织成员国元首理事会第二十二次会议上的重要讲话中也指出：“要勇于面对国际风云变幻，牢牢把握时代潮流，不断加强团结合作，推动构建更加紧密的上海合作组织命运共同体”。习近平：《把握时代潮流 加强团结合作 共创美好未来》，载《人民日报》2022 年 9 月 17 日，第 2 版。

一、 上海合作组织卫生健康合作的既有框架

（一）上海合作组织卫生健康合作的历史回顾

公共卫生是上海合作组织重要合作领域，早在2004年，上海合作组织成员国政府首脑（总理）理事会第三次会议发布的《上合组织成员国政府首脑（总理）理事会联合公报》就首次明确指出要开展卫生合作，指出应加强上海合作组织文化、教育、卫生和体育合作，以进一步巩固各成员国人民的友谊。此后的2005年、2006年、2009年、2011年、2018年有《上合组织成员国政府间救灾相互协定》《上海合作组织五周年宣言》《上海合作组织地区防治传染病联合声明》《上海合作组织成员国政府间卫生合作协定》《关于在上海合作组织地区共同应对流行病威胁的声明》等各类性质的卫生健康合作相关文件陆续出台，奠定了上海合作组织卫生健康合作基础的同时，也标志着地区卫生治理步入制度化阶段。

2019年上海合作组织卫生健康合作的重点适时转向应对传染病威胁。2020年5月和9月，上海合作组织分别发布了《上海合作组织关于新冠肺炎疫情的声明》与《上合组织成员国抗击新冠疫情（COVID-19）采取的先进措施概述（文件）》。为落实中国国家主席习近平2019年6月在比什凯克举行的上海合作组织成员国元首理事会第十九次会议上提出的“中方愿意适时举办上海合作组织传统医学论坛”的倡议，上海合作组织传统医学论坛在2020年以视频会议方式举办，2021年、2022年又分别在江西和塔什干举办，标志着上海合作组织卫生健康合作的领域有了更多元的延展。2021年9月，《上海合作组织二十周年杜尚别宣言》指出上海合作组织在传染病预防、流行病监测、非传染性慢性病预防、母婴健康等领域继续合作具有重要意义。[3]2022年9月，《上海合作组织成员国元首理事会撒马尔罕宣言》也特别关注了《上合组织成员国应对地区流行病威胁联合行动综合计划》的落实、共同防止疫情蔓延、开展数字化医疗领域合作、协调国际公共卫生事件应急措施、就查明和应对卫生防疫紧急情况举行定期演练，并支持世界卫生组织根据《国际卫生条例》（2005年）在全球卫生治理体系中发挥领导作用。

上海合作组织卫生健康合作已然形成的制度化成果也是相当丰富的。当前关于上海合作组织卫生健康合作的高级别、核心机制为“成员国卫生部长会议”合作机制。2008年上海合作组织成员国首次卫生部门高官会上，各成员国便已然就上海合作组织成员国卫生部长会议的机制搭建形成共识。上海合作组织成员国首届卫生部长会议于2010年11月在哈萨克斯坦阿斯塔纳召开，通过了《上合组织成员国卫生专家工作组工作条例》，批准了《上合组织成员国卫生领域重点合作计划》。2015年7月、2020年7月、2021年6月又分别召开上海合作组织成员国第二届、第三届和第四届卫生部长会议，通过了《上合组织成员国应对新冠病毒肺炎传播的有效措施综述》和《上合组织成员国卫生领域合作主要措施计划（2022—2024年）》等会议成果文件。

[3] 参见《上海合作组织二十周年杜尚别宣言》第五（四）条。

在卫生健康合作的具体领域，上海合作组织搭建了“成员国卫生防疫部门领导人会议”机制，2008 年、2013 年、2014 年、2017 年相继召开，通过了包括《关于加强上海合作组织成员国应对传染病扩散的挑战与威胁能力的建议》《上海合作组织成员国传染病疫情通报方案》及联合声明等文件。2020 年上海合作组织成员国卫生防疫部门负责人会议以视频会议形式召开，落实上合地区应对流行病威胁联合行动计划草案及上海合作组织国家鼠疫防治合作协议。此外，上海合作组织政府首脑第六次会议授权上海合作组织秘书处会同国家协调员理事会研究成立专家工作组，制订上海合作组织成员国卫生部门合作计划，确定该领域优先合作方向。[4]2010 年通过的《上合组织成员国卫生专家工作组工作条例》进一步为卫生专家工作组工作的开展提供法律基础。

（二）上海合作组织卫生健康合作的特征总结

总结上海合作组织当前卫生健康合作的特征，可以发现其已然形成了较之全球治理而言的区域卫生治理的独特优势。当然，囿于上海合作组织的制度内生特点，加之外部公共卫生威胁的多样化，也存在不少挑战和困局需要进一步突破。

其一，上海合作组织成员国就卫生健康合作的愿景和价值形成高度共识的同时，呈现参与度和贡献度的不平衡。诚如前文所述，上海合作组织成员国多次共同强调了需要进行卫生健康合作，并且已经出台了各类性质的卫生健康合作相关文件，设立包括卫生部长会议机制、卫生部门高官会、卫生防疫部门领导人会议机制等在内的专门性机制，这在一定程度已经能够清晰反映上海合作组织成员国就卫生健康合作议题已经形成了必要性、重要性的共识，人类命运共同体理念在上海合作组织中不断走深走实。但是，上海合作组织成员国中，哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦以及巴基斯坦的参与度、贡献度相较于中国、俄罗斯及印度而言相对有限。有学者指出，上海合作组织逐渐显现出奥尔森在《集体行动的逻辑》中提及的合作困境，即由于区域国际组织提供的公共产品的非排他性和非竞争性，集团中较小的成员国容易出现“搭便车”的政策倾向。[5]下一步，上海合作组织应当考虑设计有效的激励机制或者成本分摊机制，以促进部分成员国积极参与治理活动，并承担治理成本，如此方能实现上海合作组织成员国卫生健康合作的可持续发展。

其二，上海合作组织成员国卫生健康合作逐步常态化的同时，呈现机制化和应急能力的不完备。当前上海合作组织成员国卫生健康合作已经形成各类常态化运作的机制，例如卫生部长会议等。但一方面诚如有学者指出的，类似会议的召开频率过低，[6]且并没有固定的会议召开周期，首届卫生部长会议于 2010 年召开，第二届会议已然是时隔五年后的 2015 年，但是第三届与第四届会议却在两年内（2020 年与 2021 年）连续召开。另一方面，上海合作组织成员国卫生健康合作仍没有形成真正意义上的机制化，卫生健康合作没有成为单独的议

[4] 《上海合作组织成员国政府首脑（总理）理事会会议联合公报》，载《人民日报》2007 年 11 月 3 日，第 3 版。

[5] 参见葛明，聂平平：《区域性国际组织协作的集体行动逻辑分析——以上海合作组织为例》，载《上海行政学院学报》，2017 年第 6 期。

[6] 阿达莱提·塔伊尔：《上海合作组织框架内的医疗卫生合作回顾与展望》，载《欧亚经济》2019 年第 4 期。

程，而仅仅是“人文文化合作”的组成部分。在《上海合作组织宪章》第 1 条的宗旨和任务中，我们可知上海合作组织鼓励开展政治、经贸、国防、执法、环保、文化、科技、教育、能源、交通、金融信贷及其他共同感兴趣领域的有效区域合作，11 项明确列举的领域中并见不到卫生健康合作的身影，足见其至少在上海合作组织诞生之初并非是重点关注的议题。此外，由于当前的卫生健康合作机制更多是通过会议的形式，既未形成专门机构也未设置常设机构来管理上海合作组织卫生健康合作中的日常问题这便导致了上海合作组织成员国卫生健康合作的应急能力明显不足，难以对突发公共卫生事件做出及时、有效的应对。

其三，上海合作组织成员国卫生健康合作在区域卫生治理取得瞩目成果的同时，呈现参与全球层面卫生治理的不充分。诚如前文所述，上海合作组织成员国卫生健康合作在区域卫生治理层面已有丰富成果，范围覆盖传染病防控、医药产业合作、民间合作、救灾互助和卫生健康物资援助等多个领域。但整体上而言，尽管近年来在多个场合或文件中都能发现“与以世界卫生组织为重点的多边合作机制密切交流”“成员国支持世界卫生组织根据《国际卫生条例》（2005 年）在全球卫生治理体系中发挥领导作用”“积极支持上海合作组织同世界卫生组织及其他国际组织深化合作，克服疫情对世界经济、社会方面的影响”等类似表述，[7]并且中国、俄罗斯、印度在助力世界各国抗击非洲埃博拉病毒、塞卡疫情及新冠肺炎疫情时发挥了重要作用，产生了良好的国际影响，但实操层面以上海合作组织为发起主体、参与主体的全球卫生治理合作仍旧有限，上海合作组织在国际公共卫生产品提供、全球卫生合作等全球卫生治理活动中发挥的作用仍存在进一步提升空间。[8]下一步应继续在卫生健康合作领域有效贯彻落实习近平主席在上海合作组织成员国元首理事会第二十二次会议上发表讲话中提出的，“要拓展本组织同联合国等国际和地区组织交往，坚持真正的多边主义，完善全球治理，携手推动国际秩序朝着更加公正合理的方向发展。”[9]

（三）上海合作组织卫生健康合作的未来展望

从 2022 年 11 月 1 日《上海合作组织成员国政府首脑（总理）理事会第二十一次会议的联合公报》及 2022 年 9 月 16 日《上海合作组织成员国元首理事会撒马尔罕宣言》可以看出，近期上海合作组织卫生健康合作的核心领域仍在卫生防疫、防止传染病传播及应对上合组织地区内流行病威胁领域。[10]下一步如何切实有效地落实《上合组织成员国元首关于在上合组织地区共同应对流行病威胁的声明》（2018 年 6 月 10 日，青岛）、《上合组织成员国应对地区流行病威胁联合行动综合计划》（2020 年 11 月 10 日，莫斯科）、《上合组织成员国卫生部门远程医疗合作构想》和《上合组织成员国医疗卫生机构防治传染病合作路线图》（2022 年

[7] 例如上海合作组织秘书长张明在 2022 年上海合作组织医药合作发展大会中的致辞，参见孙楠：《上海合作组织医药合作发展大会：推动医药合作，提高地区人民健康福祉》，新华社， http://www.gov.cn/xinwen/2022-09/08/content_5709061.htm，最后访问日期：2022 年 11 月 26 日；参见《上海合作组织成员国元首理事会撒马尔罕宣言》，2022 年 9 月 16 日；参见《上海合作组织成员国政府首脑（总理）理事会第二十次会议联合公报》，2021 年 11 月 25 日。

[8] 参见李雪威，王璐：《上海合作组织参与全球卫生治理：优势、挑战及路径选择》，载《国际问题研究》，2020 年第 6 期。

[9] 习近平：《把握时代潮流 加强团结合作 共创美好未来》，载《人民日报》2022 年 9 月 17 日，第 2 版。

[10] 参见《上海合作组织成员国政府首脑（总理）理事会第二十一次会议联合公报》，2022 年 11 月 1 日；《上海合作组织成员国元首理事会撒马尔罕宣言》，2022 年 9 月 16 日。

9 月 16 日，撒马尔罕）仍将是重点任务。

此外值得关注的是，除开上海合作组织的政府间卫生健康合作，医药产业合作也被列入值得关注的重点领域，成为上海合作组织卫生健康合作的新发展面向。例如，在前述联合公报中，也提及了关注上合组织传统医学论坛成果以及俄罗斯关于成立上合组织医药协会的建议。上合组织传统医学论坛即是由中方的民间机构上海合作组织睦邻友好委员会发起，至今年已是第三次举办，是上海合作组织卫生健康民间合作的典范。

而今年 9 月，由中方倡议上海合作组织相关国家行业组织和机构共同发起的上海合作组织传统医药产业联盟已然率先在北京正式成立。并且同时在今年 9 月，上海合作组织医药合作发展大会在北京成功召开，意在促使上海合作组织国家在加强药品监管、搭建医药产业合作交流平台，推动医药产业融合发展与以世界卫生组织为重点的多边合作机制密切交流，推动药品监管政策协调等方面做更多的实际工作，并发布《推动建立上合组织框架下医药产业合作倡议》，足见医药产业合作已然成为上海合作组织卫生健康合作的又一新发展面向。

综合晚近的文件、实践，可以判断的是，在可预见的未来，上海合作组织卫生健康合作中机制构建的关键领域一定囊括上海合作组织如何有效应对区域乃至全球流行病威胁，以及上海合作组织如何推动区域内的医药产业合作与民间合作，且其似已成为现阶段亟待开展工作的重中之重。因此，本文特此撷取“应对流行病威胁”、“医药产业合作”及“民间合作”为重点探讨对象，以期助力上海合作组织卫生健康合作的机制构建与法治保障。

二、 上海合作组织应对流行病威胁的机制构建与法治保障

上海合作组织已然在应对流行病威胁议题上推动了丰富的合作实践与合作文本。[11]例如《上海合作组织地区防治传染病联合声明》《上海合作组织成员国传染病疫情通报方案》，以及与此相关的《上海合作组织成员国政府间救灾互助协定》等。自 2020 年以来，与阻绝新冠疫情全球大流行相关的区域合作蓬勃发展，助推了上海合作组织更为紧密的卫生健康合作。

（一）上海合作组织已形成成熟的传染病疫情通报制度

1969 年《国际卫生条例》时期，遭受疫情的国家为避免自身遭受旅行和贸易限制从而导致对经济的负面影响，一般倾向于对疫情的具体发展情况保密，从而使国际社会一直受到不报告疫情问题的困扰。这直接导致了《国际卫生条例》在 2005 年修订时增加了一个互换的规则设计，以公开报告疫情为交换条件，试图让其他国家不对其施加过度的惩罚性旅行和贸易限制，意在促进传染病疫情通报。[12]然而，历史的经验教训让许多学者悲观地表示，在传染病大流行期间保持开放边界和国际合作的愿望注定难以实现，[13]这也进一步增加了主权国家主动对外通报疫情情况的顾虑。

---

[11] 例如《上海合作组织地区防治传染病联合声明》《关于在上海合作组织地区共同应对流行病威胁的声明》《关于加强上海合作组织成员国应对传染病扩散的挑战与威胁能力的建议》《上海合作组织成员国传染病疫情通报方案》等。

[12] 张丽英：《新冠疫情下额外卫生措施的适用及其局限性研判》，载《清华法学》2021 年第 2 期。

[13] Christian Enemark, “Is Pandemic Flu a Security Threat?”, *Survival,* Vol. 51, 2009, pp. 191-214.

为应对这一问题，上海合作组织成员国早在 2009 年即发表了《上海合作组织地区防治传染病联合声明》，要求完善边境等地区的传染病的流行病学监控体系，及时透明地交换传染病暴发信息，并且根据现行的国际卫生组织《国际卫生条例》及时地就传染病暴发事实、原因及其应对措施交流信息。[14]并且，在 2013 年 11 月 29 日的塔什干集体签署了《上合组织成员国传染病疫情通报方案》，意在搭建上海合作组织区域范畴的传染病疫情通报制度。此后，在 2018 年的青岛峰会，再度发表《上海合作组织成员国元首关于在上海合作组织地区共同应对流行病威胁的声明》，强调了“需要建立各国之间有关在上海合作组织地区的传染性疾病表现及根据现行的国际医疗卫生法规而采取的应对措施等可靠信息的交流机制”。

与之相关的，中方还着力推动完善上海合作组织传染病通报机制、建立上海合作组织疫情数据库，构筑成员国边境地区联防联控机制，[15]倡议成员国疾控中心设立热线联系，及时通报跨境传染病信息。[16]事实上，在新冠肺炎疫情爆发伊始，中方已然就传染病疫情通报做出表率。[17]此后，在不到半个月的时间，及时陆续通报病原学鉴定取得的初步进展、提交新型冠状病毒基因组序列信息等。[18]上海合作组织成员国领导人纷纷发来慰问信，对中方防控措施得力表示赞赏，，并表示愿向中方提供支持和协助。[19]

（二）上海合作组织卫生应急合作的措施完善及法治保障

在应对流行病威胁的议题上，须得注意到流行病的特征系来势凶、发展快、影响广，疫情扩散的涟漪效应和抗议物资的挤出效应会迅速发酵，这就导致间隔长达数年的高官会议型卫生健康合作机制在应对流行病威胁尤其是新型流行病威胁时缺乏快速响应从而效果匮乏。因此，上海合作组织在这一议题之下需及早搭建起卫生应急合作机制，避免在应对流行病威胁时的无法可依、无措可施。参考各国国内比较具有代表性的应对跨域突发公共卫生事件的机制设计，除却已然相对完善的上海合作组织传染病疫情通报制度，上海合作组织卫生应急合作机制至少有下述几个方面可以先期搭建：上海合作组织卫生应急合作协定、高官会议的常设机构及其工作程序设置、上海合作组织卫生应急预案编制机制等卫生应急处置机制以及上海合作组织卫生应急资源共享机制。

1. 上海合作组织卫生应急处置机制

上海合作组织卫生应急合作协定系上海合作组织卫生健康合作具备法治保障的重要表征。当前上海合作组织卫生健康合作缺乏国际法的硬法规范，而多是联合声明、宣言、计划、建议等国际软法规范，不具备法律拘束力，也相应地导致其在义务划定、责任分配方面无法

---

[14] 参见《上海合作组织地区防治传染病联合声明（2009）》，2009 年 10 月 14 日，http://chn.sectsco.org/documents/20091014/46052.html.

[15] 参见中华人民共和国外交部：《弘扬“上海精神” 守护多边体系——王毅国务委员兼外交部长在上海合作组织成员国外长视频会议上的发言》， http://www.gov.cn/xinwen/2022-09/08/content_5709061.htm，最后访问日期：2022 年 11 月 26 日。

[16] 习近平：《弘扬“上海精神” 深化团结协作 构建更加紧密的命运共同体》，载《人民日报》2020 年 11 月 11 日，第 2 版。

[17] 根据《抗击新冠肺炎疫情的中国行动》白皮书中记录，2020 年 1 月 3 日起，中国有关方面定期向世界卫生组织、有关国家和地区组织以及中国港澳台地区及时主动通报疫情信息。

[18] 中华人民共和国国务院新闻办公室：《抗击新冠肺炎疫情的中国行动》，载《人民日报》2020 年 6 月 8 日，第 10 版。

[19] 马卓言：《外交部评上海合作组织声明支持中方抗“疫”：体现成员国安危与共、守望相助良好传统》，载新华网，http://www.xinhuanet.com/politics/2020-02/14/c_1125575412.htm，最后访问日期：2022 年 11 月 26 日。

可依。高官会议的常设机构及其工作程序的设置则是在现有卫生部长会议等机制的基础上附加常设机制，对卫生部长会议负责，落实具体合作方案和措施，常设机制的设立可以一并与上海合作组织卫生应急处置机制相结合，而当前上海合作组织卫生专家工作组或可经过机制微调充当这一角色。[20]至于上海合作组织卫生应急预案编制机制则可参考我国《国家突发公共卫生事件应急预案》，辅之以上海合作组织的区域卫生治理特点，系统化地明确突发公共卫生事件应急管理制度和职责、突发公共卫生事件监测、预警和报告、突发公共卫生事件应急响应、终止和善后处置，突发公共卫生事件应急保障以及突发公共卫生事件预案的管理和更新。

值得关注的是，上海合作组织卫生应急处置机制需特别聚焦对额外卫生措施的限制问题。WHO 一贯建议各国在应对传染病疫情时避免旅行和贸易限制等边境管控措施，但此次新冠肺炎疫情大流行下，已至少有 56 个国家通报使用了额外卫生措施，[21]而实际使用额外卫生措施的国家远超这一数字，且在实践中很难做到健康保护上达到利益最大、国际交通和贸易干扰最小的效果，易造成负面效果。[22]在全球卫生治理硬法不足、收效不佳的大背景下，上海合作组织可以先行先试，在区域层面尝试将《国际卫生条例》第 43 条第 1 款第 2 项的“比例原则”及第 43 条第 1 款的“科学原则”具体落实，[23]附加责任条款确保能够有效执行，使得至少上海合作组织成员国的应急处置措施对上合区域交通造成的限制以及对人员的创伤性或干扰性不大于可合理采取并能实现适当程度保护健康的其它措施且具备科学性。最后则是卫生应急资源共享的机制搭建，涉及到病毒基因共享、紧急救助和疫苗援助。

2. 上海合作组织卫生应急资源共享机制

卫生应急资源的共享是上海合作组织卫生应急合作中最具实质性的内容，盖因资源的有效调配、共享很可能将在危机发生时扭转局面，大力提升应急救援效能。[24]如前所述，上合区域卫生应急资源共享的机制搭建，涉及到病毒基因共享、紧急救助和疫苗援助三大核心问题。在全球卫生治理层面，《国际卫生条例》并没有直接涉及病毒基因数据分享的具体规定，而 2011 年 5 月 24 日第 64 届世界卫生大会通过的《共享流感病毒以及获得疫苗和其它利益的大流行性流感防范框架》对此做了有效的补缺，从病毒共享、疫苗分担和惠益共享等层面就全球如何应对和防范大流行性流感进行了全面的规定。[25]

但是，这一框架仅限于大流行性流感，即“已确诊感染人类，并且具有不同于季节性流

---

[20] 由于笔者未检索到《上海合作组织成员国卫生专家工作组工作条例》的公开文本，故此尚不清楚当前上海合作组织成员国卫生专家工作组的具体功能定位。

[21] WHO, WHO advice for international traffic in relation to the SARS-CoV-2 Omicron variant (B.1.1.529), 30 November 2021, https://www.who.int/news-room/articles-detail/who-advice-for-international-traffic-in-relation-to-the-sars-cov-2-omicron-variant.

[22] 张丽英：《新冠疫情下额外卫生措施的适用及其局限性研判》，载《清华法学》2021 年第 2 期。

[23] 比例原则指这些措施对国际交通造成的限制以及对人员的创伤性或干扰性不应大于可合理采取并能实现适当程度保护健康的其它措施。科学原则指在决定是否执行额外卫生措施时，缔约国的决定应基于：(1) 科学原则；(2) 对于人类健康危险的现有科学证据；或者此类证据不足时，现有信息包括来自世卫组织和其它相关政府间组织和国际机构的信息；以及(3) 世卫组织的任何现有特定指导或建议。

[24] 陈安：《跨域突发公共卫生事件机理分析与应对机制设计》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 4 期。

[25] 张丽英：《人类卫生健康共同体视域下健康权法律问题的化解——以疫苗研发为切入点》，载《中国软科学》2021 年第 10 期。

感病毒的血凝素抗原从而表明有可能引起人间大流行传播的任何野生型流感病毒”，不涉及其他传染病疫情，[26]范围有限。上合区域卫生应急资源共享的机制搭建大可以这一框架为基础，扩展其应用范围至更多类型的传染病疫情，实现上合区域更广泛、深入的病毒共享、疫苗分担和惠益共享实践。例如，可以在上合框架内规定从上合区域病毒基因共享系统获得信息而制成的疫苗和抗病毒药物制造商应向上海合作组织卫生专家工作组等机构提供特定数量的疫苗和抗病毒药物等，而由上海合作组织卫生专家工作组等机构向疫苗和抗病毒药物数量匮乏的上海合作组织成员国分派应急资源，共度难关。

而关于紧急救助，上海合作组织已经缔结了《上海合作组织成员国政府间救灾互助协定》，其中规定上海合作组织成员国在应对紧急情况时相互提供帮助，同时对于过境本国领土帮助成员国或其他国家消除紧急情况的救援队简化过境手续。在发生紧急情况时，上海合作组织成员国将保持信息交流，并共同商讨应对措施。这一协定既为上海合作组织紧急医务人员救援队工作的顺利开展提供法律保障，也为疫情出现后实现疫苗援助提供了法律基础。在疫苗援助领域，上海合作组织还可以尝试开展疫苗联合研发和合作生产，支持相关企业同上海合作组织成员国合作开展III期临床试验，以扩大当地产能的方式助力上合区域的抗疫工作。

三、 上海合作组织医药产业合作的机制构建及法律保障

诚如前文所述，当前上海合作组织卫生健康合作又有了全新的发展。上海合作组织卫生健康合作迈向新征程，医药产业合作将成为下一阶段上海合作组织卫生健康合作的新领域及重点领域。现阶段由于该种合作尚处起步阶段，当应以促进机制的搭建作为首要任务。具体来说，可能有两个方面的促进机制将成为下一阶段的重点工作：合作产业布局及药品审批监管合作。

（一）上海合作组织医药合作产业布局的促进机制及法治保障

自 2020 年开始，以发挥传统医学独特优势抗击新冠疫情为契机，上海合作组织传统医药领域的产业合作逐步走实走深。上海合作组织传统医学论坛于 2020 年、2021 年、2022 年连续三年召开，中国与吉尔吉斯斯坦、印度等国政府卫生或传统医学主管部门签署了传统医药领域的合作谅解备忘录，发布了《关于开展上海合作组织传统医学合作的南昌倡议》，未来将在上合区域建设一批中医药中心或传统医学中心、友好医院和产业园，以及发展传统医药服务贸易。[27]

总体来说，上海合作组织医药合作产业布局的合作样态的法律保障以国际投资法与国际贸易法为依托，具体的措施可包括：区域层面，通过在上合区域双边及多边协定中进一步开

[26] 参见 WHO，《共享流感病毒以及获得疫苗和其它利益的大流行性流感防范框架》第 4.2 条。

[27] 参见陈茜，欧阳雨婷：《聚焦传统医学发展 构建人类卫生健康共同体》，载《南昌日报》2021 年 7 月 30 日，第 5 版。另参见国家中医药管理局：《2020 上海合作组织传统医学论坛视频会议举办为构建人类卫生健康共同体贡献中医药力量》，http://ghs.satcm.gov.cn/gongzuodongtai/2020-07-31/16230.html，最后访问日期：2022 年 11 月 24 日。

放医药行业领域，尝试在上海合作组织成员国境内建设传统医药服务贸易功能区、医药合作研发中心、友好医院和产业园，并且以上海合作组织传统医学论坛为合作平台，更好地促进政府层面的沟通协作；在国内层面，支持传统医药企业在上海合作组织成员国开展投资合作，鼓励传统药品的出口，创新上海合作组织医药合作模式如远程医疗领域等。[28]

（二）上海合作组织药品审批监管合作的促进机制及法治保障

2022 年 9 月，上海合作组织成员国首次在上海合作组织框架下举办了医药领域合作会议——上海合作组织医药合作发展大会，会上发布了《推动建立上合组织框架下医药产业合作倡议》，提出支持加强药品监管交流合作，积极推动建立上海合作组织框架下更加高效共赢的国际药品、医疗器械研发合作模式，推动国际药品审批监管合作，以重点产品、重点领域为突破口，实现监管互认和市场共荣。[29]

上合区域层面的药品审批监管合作有充分的合作潜力，当前中方已经加入国际人用药品注册技术协调会（ICH），并当选为 ICH 管理委员会委员，药品审评审批制度进一步与全球接轨，而上合区域创新药市场体量需求大，如能实现更密切深入的合作如监管标准互认、经验交流分享等，将对上海合作组织各方带来福音。上合区域的药品监管交流合作可以先期缔结多边协定作为法律法规的基础，规定药品监管的总体原则、药品共同注册标准、药品合作流通监管等内容，并且合作进行药品监管科学研究，帮助上海合作组织成员国加速转化和实施国际标准，促进审评审批制度改革。在此过程中，进一步加强药品监管国际交流合作，与国际药品认证合作组织（PIC/S）、国际药品监管机构联盟（ICMRA）、国际医疗器械监管者论坛（IMDRF）、国际医疗器械法规协调组织（GHWP）等国际组织或者协调机制加强合作交流。远期的愿景是一旦一国国内药品获批上市，其临床试验数据、药理数据、质量数据等完整数据，将能够以快速通道的方式提交给其他成员国监管部门，加速注册和上市流程。

四、 结语

事物的发展都具有两面性，新冠肺炎疫情大流行给全球卫生治理带来空前挑战的同时，也使主权国家呈现前所未有的团结一致，充分认识到全球卫生健康合作、卫生健康共同体倡议的重要性。而上海合作组织卫生健康合作历经将近 20 年的发展，已经形成了丰富且具有代表性的区域卫生健康合作的制度化成果，上海合作组织卫生健康共同体观念深入人心，为更进一步的卫生健康合作打下了扎实的基础。下一发展阶段，上海合作组织卫生健康合作可以在应对流行病威胁和医药产业合作领域走实走深，在继续夯实上海合作组织传染病疫情通报制度的基础上，完善卫生应急合作措施、搭建应急资源共享机制，着力促进医药合作产业布局、药品审批监管合作。力图实现有效激励各成员国充分参与治理活动、加强卫生健康合

[28] 《上海合作组织二十周年杜尚别宣言》中提及“成员国注意到应在卫生保健领域引入新的远程技术，支持上海合作组织成员国卫生部门在远程医疗领域建立合作关系”。

[29] 李明琪：《上海合作组织医药合作发展大会在北京举办》，载人民网，http://www.people.com.cn/GB/shehui/1062/2289764.html，最后访问日期：2022 年 11 月 26 日。

作的应急能力、积极参与全球层面卫生治理。相信在不远的未来，上海合作组织卫生健康合作的实践成果将成为人类命运共同体理念在上合区域、卫生健康领域的拓展和升华，为全球公共卫生治理提供上合方案，并推动构建和完善全球公共卫生治理体系、提升全球公共卫生治理能力，助力构建人类命运共同体。

全球卫生治理视域下国际卫生援助规则的历史演进、实践进程与中国因应——以世界卫生组织为视角

孟彦辰*，陈永怡**

摘　要：世界卫生组织领导下的多边援助在援助方式和内容上有专业性、中立性的特点，在全球卫生援助体系中发挥着资源整合、政策协调、监督评估的重要作用。当前世界卫生组织领导下的多边卫生援助还面临着很多挑战和困境，对此《国际卫生条例（2005）》拟议修正案和《大流行公约》都给予了积极的回应。从目前世界卫生组织公布的拟议修正案来看，虽然各国对条约中的卫生援助条款有了较大修改，但在卫生援助领域内落实共同但有区别的责任、公平配置国际医疗卫生资源、提升条例的履约责任能力方面仍然还有较大空间。我国参与国际卫生援助规则的谈判要立足我国所处的时代大局和多重身份，跳出西方偏颇的议题设置，以维护我国国家利益与卫生安全为基本准绳，将自身利益与国际公共利益有机结合，借助世界卫生组织这一平台，提出完善国际卫生援助的中国方案。

关键词：全球性突发公共卫生事件；国际卫生援助；世界卫生组织；法律规制

International HealthAssistance Rules under the Perspective of Global Health Governance: Historical Evolution, Practice Process and Chinese response——From the Perspective of the World Health Organization

MENG Yan-chen, CHEN Yong-yi

（School of Medical Humanities, Capital Medical University, Beijing 100069, China）

Abstract: Multilateral aid under the leadership of the WHO is professional and neutral, and plays an important role in resource integration, policy coordination, supervision and evaluation in the global health aid system. Current multilateral health assistance under the leadership of the WHO still faces many challenges and dilemmas, responding to both the proposed amendments to the International Health Regulations (2005) and the WHO CA+.

* 孟彦辰，女，1977年9月，首都医科大学医学人文学院 副教授。

** 陈永怡，女，1999 年 12 月，首都医科大学医学人文学院 硕士研究生。

From the current WHO published the proposed amendment, although countries in the treaty of the health aid terms have larger changes, but in the field of health aid to carry out the Common But Differentiated Responsibilities Principle, fair allocation of international health resources, improve the performance of health aid terms can still have large space. China should base on its overall situation and multiple identity to put forward the perfect international health assistance in China.

Key words: global public health emergency; international health aid; World Health Organization; legal regulation

近年来，随着各类传染性疾病给全球卫生安全带来严重威胁，防范和控制严重传染性疾病的爆发和流行越来越成为世界各国都必须面对的全球性问题。在此背景下，国际社会对卫生领域的投入不断增长，[1]国际卫生援助在联合国推动的全球发展议程和世界卫生组织体系下逐步置于议程的核心。实践中，按照援助主体的不同，国际卫生援助可以分为国家之间的双边援助、三方援助、区域性援助与多边援助等不同类别。[2]在这其中，世界卫生组织的多边卫生援助在世界各国有效应对国际突发公共卫生事件、建设和提高国内公共卫生能力等方面发挥着重要作用。与其他类型的卫生援助相比，世界卫生组织下的多边援助在立场上具有中立性、在体系上更具有协调性，同时在援助方式和内容上也更加具备专业性。但新冠疫情期间，世界卫生组织提供的多边援助也暴露出很多问题。如缺少国际医疗援助的系统性制度安排与统筹协调机制、国际援助的职能过于分散、缺乏对于公共卫生能力较弱的发展中国家的特别关注等。[3]围绕着上述问题，目前正在世界卫生组织“两个专班”讨论的《国际卫生条例（2005）》修正案和《大流行公约》，对于国际卫生援助相关条款的修改也成为会员国关注的热点和焦点问题。

国际卫生援助涉及诸多法律问题，目前学界对于国际卫生法的理论研究仍然处于发展上升期。[4]国际卫生援助是国际对外援助的重要组成部分，对国际卫生援助立法的研究，无论是从国际法层面还是国内法层面，都要将其置于特定的时代背景和国际环境中，尤其要结合全球卫生治理的理念，用发展的视角、历

---

[1] See Wakabayashi Mami, Hachiya Masahiko, Fujita Noriko, et al. *How did COVID-19 impact development assistance for health? - The trend for country-specific disbursement between 2015 and 2020*, Global health & medicine, 2023, 5(6), p.328-335.

[2] 国际卫生援助有不同的分类标准。双边援助是指援助国根据本国国内立法的规定对受援国开展的卫生援助。实践中双边援助根据不同的特点还形成了不同的模式，如政治附加性较强的北美模式，关注受援国卫生政策和初级卫生保健的日本模式，强调基础设施建设、以医疗队、综合医院或卫生中心为主的中国模式，重点关注中东北非国家以及伊斯兰国家，倾向于提高受援国卫生领域能力建设的阿拉伯模式等。参见李意、金世元：《阿拉伯海湾国家在中东北非地区的卫生发展援助》，载《国际关系研究》2022 年第 1 期，第 136-152 页。

[3] 参见杨宽：《全球性突发公共卫生事件国际医疗援助法律规制的完善——以世界卫生组织为视角》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2021 年第 5 期，第 141-151 页。

[4] 有学者以世界卫生组织为视角，研究了在发生全球突发公共卫生事件时国际医疗援助的法律问题，提出未来应当完善国际卫生援助的发起程序，明确援助人员的特权与豁免，厘清国际卫生援助中的国家责任等。也有学者以国别为视角，对美国、德国、日本、阿拉伯海湾国家等国家和地区的卫生发展援助进行了研究，总结不同模式下卫生援助的特点以及卫生援助在强化一国卫生安全、增进国家的外交软实力等方面发挥的积极作用。卫生援助一直是我国对外援助的重要组成部分，很多学者借助不同的学科理论，对我国对外卫生援助的历程、成因与经验进行了详细、深入的研究。从总体来看，上述研究系统梳理了当前国际卫生援助的国际立法和部分发达国家对外卫生援助的国内立法和典型模式，并结合我国对外卫生援助的实际，对完善国际卫生援助立法和国内立法提出了很多对策建议，非常有启发性，但也有不足之处。参见晋继勇、吴谨轩：《德国参与全球卫生治理的路径、特点和动因分析》，载《德国研究》2022 年第 3 期，第 4-24 页；杜炎秋等：《美国近 20 年实施对外卫生援助的情况分析》，载《中国卫生政策研究》2022 年第 6 期，第 60-66 页；李意、金世元：《阿拉伯海湾国家在中东北非地区的卫生发展援助》，载《国际关系研究》2022 年第 1 期，第 136-152 页；韩永红、黎静宜：《日本对外援助制度之考察与借鉴——兼论我国对外援助机制的完善》，载《日本研究》2023 年第 1 期，第 37-48 页；王云屏、金楠、樊晓丹：《中国对外援助医疗卫生机构的历史、现状与发展趋势》，载《中国卫生政策研究》2017 年第 8 期，第 60-67 页；徐彤武：《中国与全球公共卫生安全合作：挑战、原则和现实路径》，载《国际经济合作》2022 年第 5 期，第 28-39 页。

史的视角对其进行深入的研究，不能局限在特定时期的特定“点”的问题来进行论证和分析。在百年未有之大变局和大国博弈的时代背景下，中国作为负责任的大国和多边主义的坚定倡导者，在新一轮国际卫生规范体制变革时期，借助世界卫生组织这一平台，提出完善国际卫生援助的中国方案，是提升中国在新一轮国际规则体系制定中的话语权、展示大国风范的应然之举。

一、世界卫生组织国际卫生援助概述

（一）国际卫生援助的概念与特点

国际卫生援助是国际援助的重要组成部分。国际援助是针对受援国及其民众进行的国际资本、货物或者服务、技术等资源的转移。[5]国际卫生援助，有学者也称之为国际医疗援助，国际健康援助等，其名称在不同历史时期、不同国际组织的文件中有不同的含义和表达。联合国在其发布的《联合国发展手册》中，将国际卫生援助定义为“国际社会在卫生领域中，针对低收入和中等收入国家的援助”，这其中包含了经济援助、技术援助等多种形式。[6]为进一步加强国际卫生援助的交流合作，维持国际卫生援助在改善全球公共卫生的公平性、持久性和有效性等特征，众多国家、国际组织和非政府组织还提出了国际卫生发展援助（Development Assistance for Health, 简称DAH）的概念。国际卫生发展援助的核心理念源自联合国《千年发展目标》（Millennium Development Goals），[7]卫生发展援助卫生强调的是“发展”，即通过对低收入国家或医疗卫生资源极度短缺的国家的多层次、多维度的卫生援助，促进该国卫生事业整体的发展。经济合作发展组织（OECD）、世界银行等对相关发展中国家的卫生援助，多作为该组织对全球公平、可持续发展的一项重要投资的方式进行，是比较典型的卫生发展援助。[8]

《世界卫生组织法》和《国际卫生条例（2005）》均没有对世界卫生组织的国际卫生援助进行明确的定义，但通过相关条文，明确了世界卫生组织卫生援助的主体、基本方式和主要目标。世界卫生组织下的国际卫生援助，有狭义和广义两种。狭义的卫生援助是指世界卫生组织根据《联合国宪章》、《世界卫生组织法》、《国际卫生条例》等相关国际法的规定，为帮助会员国积极有效应对国际突发公共卫生事件以及降低因为疫情、战争或其他政治、经济危机所引发的人道主义危机，而采取的各类卫生援助行动。广义的卫生援助除了包括狭义的卫生援助外，还包含了世界卫生组织对会员国，尤其是发展中会员国提供的多层次、多维度的卫生技术援助与开展的各类卫生合作。

与其他国际组织（如国际粮农组织、世界银行、联合国儿童基金会、国际红十字会等）提供的国际卫生援助相比，世界卫生组织下的国际卫生援助具有以下几个特点：

首先，世界卫生组织的卫生援助具有高度的技术性和专业性。这与世界卫生组织的定位是分不开的。作为联合国的专门机构和全球范围内卫生治理最为权威的政府间国际组织，世界卫生组织从成立伊始就具有鲜明的专业特色。当时各国派驻的世界卫生组织的代表几乎都是清一色的医学界和公共卫生学界的专家。

---

[5] 参见周弘：《国际援助的多样性与共同性——一种全球的视角》，载《中国社会科学》2023 年第 5 期，第 167-187 页。
[6] See United Nations. (2003). United Nations Handbook on Development. UN.
[7] See Zwi AB. *Development Assistance for Health: Trends and Challenges*. In: Benatar S, Brock G, eds.Global Health: Ethical Challenges. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p.207-220.
[8] 经济合作组织的卫生发展援助主要涉及三个领域：一是一般卫生事业领域，包括卫生政策行政管理、卫生职业教育与训练、医学研究；二是基础卫生事业，包括基础医疗服务，基础卫生设施建设、基本营养供应、大众健康教育、疟疾与结核病的防治；三是人口与生殖健康，包括人口政策、计划生育、艾滋病防控等。

[9]世界卫生组织拥有超过500人的专家咨询小组和委员会，这些来自不同文化背景、具备不同工作经验的专业人才，可以及时地为卫生领域出现的问题提供专业的咨询与解决方案。作为全球性性国际组织，世界卫生组织对各类全球卫生问题有着一般国家所不具备的宏观视角和丰富信息，能够开展专门的卫生问题的讨论并且为会员国提供政策建议。2000年，世界卫生组织织牵头建立了全球疾病暴发预警和应对网络，联合各国科研机构、医学检测中心、实验室和非政府组织等，为全球疫情监测提供数据支持。[10]世界卫生组织的专业咨询建议很多是以国际卫生软法规范的方式予以呈现的。其中在药品领域最具有影响力的软法规范就是《基本药品标准目录》，对包括我国在内的国家建立基本药物制度具有重要的指导意义。2015年，世界卫生组织专家编纂的《恶性疟疾全面服药操作手册》充分体现了世界卫生组织一贯以专家团队为核心的组织特点，以及专家集体决策的透明、公开和内部民主性。[11]

其次，世界卫生提供的卫生援助具有多样性。相比世界卫生组织，其他专业性国际组织的援助方式较为单一，专业性不强。以世界银行提供的卫生援助为例，其援助的主要方式是主要是通过项目资金支持和融资贷款。作为联合国的专门性国际组织，世界卫生组织提供的卫生援助与联合国提供的国际人道主义援助有交集，但是也有很多差异。联合国的宗旨是维持国际和平与安全，一旦发生全球范围内的突发公共卫生安全事件，联合国也会第一时间提供国际卫生援助，但其主要目标是确保地区形势的安全和稳定。在2014年的埃博拉事件中，联合国安理会第7268号会议通过了第2177号决议，将埃博拉疫情认定为“威胁国际和平与稳定”的重要事件，成立了埃博拉应急特派团，其主要任务包括治疗受感染者、确保关键服务、维持地区稳定和预防疫情再度爆发等。[12]

再次，世界卫生组织的援助具有中立性。作为联合国下属的专门机构，世界卫生组织的管理模式在联合国组织内是非常特别的，根据《世界卫生组织法》的规定，世界卫生组织的地区安排采用的是“去中心化”的设计，在该组织成立之初，由于考虑到世界各国在社会经济发展程度差异很大，各国的卫生问题也千差万别，因此会员国按照所在地域分为了若干地区，每个地区按照自身的需求制定出本地区的工作重点。[13]与此相对应，世界卫生组织在提供卫生援助时，能够遵循联合国中立、公平、公正的基本原则，致力于在全球范围内、不分种族、宗教信仰、性别、经济或社会状况等因素，提供卫生援助资源。正如世界卫生组织总干事谭德塞所言：“世界卫生组织将与各国通力合作，加强卫生系统，改善获得拯救生命的卫生服务的机会。该组织对公共卫生、科学和在无所畏惧、无所偏袒的情况下为全世界人民服务的承诺不会改变”。[14]

与世界卫生组织不同，一些地区性国际组织，尤其是主权国家对外开展的卫生援助，往往有明确的国家利益和政治目标，为了实现本地区或者本国的卫生安全诉求，防范全球性卫生危机的威胁，同时也寄希

---

[9] 参见苏静静、张大庆：《中国与世界卫生组织的创建及早期合作（1945-1949》，载《国际政治研究》2016 年第 3 期，第 108-126 页。

[10] See WHO: *Global Outbreak Alert and Response Network (GOARN) Regional Partners Meeting*, March 16, 2023, https://www.who.int/southeastasia/news/detail/16-03-2023-global-outbreak-alert-and-response-network-(goarn)-regional-partners-meeting.

[11] 参见李泳萱：《中国对全球卫生软法规制的贡献研究》，载《河北法学》2023 年第 12 期，第 118-133 页。

[12] 参见陈佳骏：《应对埃博拉与中国医疗援助模式的转型》，载《国际关系研究》2015 年第 4 期，第 69-85、154-155 页。

[13] 同前注[8]，苏静静、张大庆文，第 108-126 页。

[14] 参见搜狐网：全球战疫中的世界卫生组织，https://www.sohu.com/a/388376945_650444。

望通过卫生援助对外提升本国或者本地区在全球卫生治理领域的领导地位，从而更好地维护国家利益。[15]比如美国的对外卫生援助作为国家对外援助的一部分，总体也跟随美国的对外国家安全战略, 特朗普上台之后，外交策略上采取“美国优先”，同时大力扶持美国本土企业，对外援助的战略重点也转向大国竞争。[16]

欧盟亦是如此。欧盟在卫生援助领域投入的金额一直高于世界卫生组织，在排名上仅次于美国，但欧盟对外援助的战略落脚点仍然是维护欧盟的自身利益，推行欧盟的治理理念和国际声望。在实践中，对外卫生援助经常是作为欧盟对外人道主义援助的一部分，极大地受欧盟对外政策的影响。近年来，债务危机、大规模恐怖袭击、难民危机以及英国脱欧等暴露的欧盟机制缺陷和共识问题，损害了欧盟一体化的合法性基础，动摇了其力量根基，在所谓“主权欧洲”观念的影响下，欧盟对外援助中的普世价值观念有所改变。[17]地缘政治因素在对外卫生援助的占比上升，欧盟对外卫生援助中的中立性、独立性原则不可避免会受到影响。

最后，世界卫生组织在全球卫生援助体系中发挥着资源整合、政策协调、监督评估的重要作用，全球其他组织的卫生援助的开展都与世界卫生组织有着不同程度的密切关系。当前参与国际卫生援助的国际组织和相关主体还有很多个，包括全球疫苗免疫联盟、盖茨基金会、全球防治艾滋病、结核病和疟疾基金等组织，他们都在不同层面建立了与世界卫生组织的合作。全球疫苗联盟成立于1999年，其前身是由世界卫生组织、联合国儿童基金会、世界银行等联合发起的儿童疫苗倡议。该组织致力于为全球发展中国家提供免疫服务的帮助，在世界卫生组织的支持和领导下，全球疫苗联盟与73个国家紧密合作，改善运送疫苗的物流系统、建立现代化的监测评估机制，支援贫困的国家增加疫苗的使用，从而极大地降低了贫困国家儿童的死亡率。盖茨基金会与全球艾滋病、结核病和疟疾基金与世界卫生组织关系非常密切，疫情期间，他们通过向世界卫生组织提供紧急捐款和捐赠等方式，在协助世界卫生组织解决资金不足、疫苗和药物研发等问题上发挥了重要作用。此外，世界卫生组织在卫生援助上确定的标准也对会员国和相关国际组织对外开展的卫生援助具有重要的指导作用。2014年欧盟委员会出台的《关于强化人道主义卫生救援的指南》，就借鉴了世界卫生组织提供的标准，其中包括确定危机事件的发病率和死亡率标准，受援国政府缺乏危机应对的能力等。[18]作为国际发展援助的中心组织和主要力量之一的世界银行也受到国际卫生组织卫生援助理念的影响。从早期信奉经济增长可以解决一切问题到后期更加重视人的生存和发展权力，世界银行在医疗卫生领域内投入了大量资金，与世界卫生组织通力合作，有力推动了全球卫生援助工作的开展。

当今国际卫生援助的参与主体日益多元化，但是总体而言，世界卫生组织作为全球公共卫生领域的专门性机构，具备着其他参与者无法比拟的优势，国际卫生组织不仅发挥着其在资源整合、政策协调、监督评估等方面的专业优势，还通过搭建信息与技术分享、经验交流互鉴的平台，深入开展多种形式的卫生援助能力建设，整个国际卫生援助呈现出以世界卫生组织为核心、联合国体系相关机构作为主要辅助力量、

[15] 参见张利佳、谢灵玲、梁晓晖：《部分发达国家卫生发展援助分析及对我国的启示》，载《中国卫生政策研究》2023 第 2 期，第 66-72 页。
[16] 同前注[3]，杜炎秋等文，第 60-66 页。
[17] 参见金玲：《“主权欧洲”、新冠疫情与中欧关系》，载《外交评论》2020 年第 4 期，第 71-94 页。
[18] 参见刘长君、高莹彤：《欧盟全球卫生治理战略论析——兼论中国参与全球卫生治理》，载《国际展望》2017 年第 2 期，第 95-113、152-153 页。

其他主体有限参与的多元格局。

（二）世界卫生组织国际卫生援助的历史沿革

1.第一阶段：初创期（从世界卫生组织成立到上世纪 70 年代）

《联合国宪章》中并没有明确的“卫生援助与合作”的相关内容，只在第55条（丑）项中规定“要促进国际社会、卫生及有关问题之解决，国际间文化及教育合作”。关于卫生合作可以理解为作为联合国整体保障和促进人权的一部分，是卫生援助在现行国际法渊源之一。[19]1948年的《世界卫生组织法》在第2条第4款规定了“根据各国政府申请，或愿接受的情况下，提供适当的技术援助，并在紧急情况下给予必要的救济。”这是世界卫生组织提供卫生援助最为明确的法律依据。而且该条明确了世界卫生组织提供援助的主要方式是“技术援助”，技术援助以科学技术知识的转让为主导，而不用去面对发展中国家贫穷落后的经济和社会现实问题。这本质上是一种单向开展的援助方式，因为在世界卫生组织成立之初，广大发展中国家面临着贫困和极度缺医少药的状况，世界卫生组织提供的援助主要救济性和福利性的，直接帮助成员国解决现实难题。这种理念具体到卫生援助领域，就是强调特定疾病的生物医学方法，通过构建垂直结构的卫生援助项目来实现对疾病传播的遏制。1949年6月召开的第二届世界卫生组织大会上，各国投票通过了为发展中国家提供资金和发展卫生技术的方案，使得世界卫生组织成为了第一批向发展中国家提供具体援助的联合国专门机构。[20]1955年，第八届世界卫生大会发起了规模最大的疾病应对方案——“强化根除疟疾方案”，1958年启动根除天花强化计划；设立卫生人力发展奖学金规划，帮助新独立的国家应对卫生人力资源严重短缺问题。当时的世界卫生组织被很多发展中国家视为“大救星”，特别是来自亚洲的印度、印度尼西亚等国家，这些国家认为世界卫生组织的国际援助是其国家发展必不可缺的一部分。[21]

在此期间，世界卫生组织还出台了软法性质的文件《国际疾病分类》（ICD，International Classification of Diseases），提供了有关疾病、健康相关状况以及疾病和伤害外因报告和分类的全球标准，从而使得全球的卫生专业人员能够通过一种通用语言来交换世界各地的卫生信息，为国际卫生援助尤其是卫生人力资源的援助打下了坚实的基础。在ICD没有问世之前，不同国别的医生可能有不同的专业术语，这不仅容易导致交流困难，甚至会发生医疗过失与差错，影响卫生援助的效果。此外，ICD编码作为全球公认的疾病统计标准，不仅标准化了疾病描述，也为疾病的流行趋势提供了重要的参考价值，是世界卫生组织出台的最为有影响力的一部软法规范之一。世界卫生组织总干事谭德塞博士说：“《国际疾病分类》是世界卫生组织真正引以为傲的产物，它使我们能够深入了解人们生病和死亡的缘由，并为避免遭受痛苦和拯救生命而采取行动。”[22]

2.第二阶段：调整期（从 1976 年到 2004 年）

1976年是世界卫生组织卫生援助工作方向变化的一个重要时间节点。1976年召开的世界卫生组织第27届大会通过了WHA27.48号决议，该决议明确规定1980年以后世界卫生组织要将至少60%的正规预算用于

[19] 参见鲍方平：《国际法上的卫生援助规则研究——兼论建立以 WHO 为核心的世界卫生援助体系》，载《中国卫生法制》2021 年第 9 期，第 77-82 页。

[20] 参见晋继勇、郑鑫：《美国与世界卫生组织的互动关系——一种历史的分析》，载《太平洋学报》2021 年第 8 期，第 60-74 页。

[21] 参见吴耀庭：《冷战时期印尼在世界卫生组织的活动分析：基于卫生外交视角》，载《太平洋学报》2023 年第 12 期，第 58-70 页。

[22] 参见网易新闻：《世界卫生组织发布新版疾病分类目录》，https://www.sohu.com/a/279622163_756004。

与发展中国家开展的技术合作。从“技术援助”到“技术合作”，表明了世界卫生组织卫生援助内涵发生了重大变化，从单向的输出转变为双向的合作，世界卫生组织与部分发展中成员国开始建立起积极的卫生合作伙伴关系。技术合作的目标在两年后召开的阿拉木图会议上得到了明确，《阿拉木图宣言》确定了初级卫生保健中的“人人享有卫生保健”的宏伟目标，这也成为卫生援助的重要方向之一。

这一时期，世界卫生组织开始响应国际经济新秩序的潮流，从过去专注于生物医学领域转向谋求解决造成不良卫生状况如政治、经济和社会问题的原因。国际卫生治理的理念从单一传染病的根除转向对健康权的追求。当时印度尼西亚驻世界卫生组织的代表就认为世界卫生组织应当制定有效的国际标准分发给所有的会员国，并积极呼吁：“如果世界卫生组织要实现2000年卫生治理的目标，不能将药品视为普通消费品，而是要将其试作健康的一个基本要素，制定符合发展中国家药品技术和生产流通的国际标准。”[23]

在不公正的国际经济秩序下，发展中国家在药品分配领域处于弱势地位，低收入的发展中国家，药品支出在国际卫生预算中占据极高的比重，成为这些国家沉重的药品负担。在此背景下，世界卫生组织成立了药品政策和管理司，1977年该司公布了一份基本《基本药物清单》，涉及205个项目和186种药品，该清单成为各国制定本国基本药品清单的模板。《基本药物清单》协助发展中国家推广安全、适宜卫生技术和药物的使用方面发挥了非常重要的作用。

3.第三阶段：变革期（2005 年至今）

国际突发公共卫生事件需要全球共同应对，尤其是需要加强对公共卫生最薄弱国家和地区的援助与支持。随着全球化进程的加快，突发性的传染性疾病也频发跨越国境，成为国际关注的突发公共卫生事件。1995年，世界卫生组织成立了新发和其他传染病监控司，以加强监测和控制传染病的国家和国际能力。新发和其他传染病监控司成立后获得了大量预算外资金，建立起接到疫情通知后24小时内将专家团队部署到世界任何地区的行动能力，并重点加强低收入国家的疾病监测能力。

进入21世纪后，传染病疫情高发，2005 年召开的第 58 届世界卫生大会通过了新版的《国际卫生条例（2005）》。为高效应对国际突发公共卫生事件，条例围绕“国际关注的突发公共卫生事件”的防控和应对明确了缔约国的相关义务，主要包括监测、通报、信息共享、磋商、核实，以及“发展、加强和维持快速和有效应对公共卫生危害和国际关注的突发公共卫生事件的能力”等。协助发展中会员国早日发现、评估、监测传染病疫情，提升其公共卫生核心能力，成为世界卫生组织卫生援助的重要任务之一。

此外，在这一时期，国际卫生援助的主体日益多样化，除了世界卫生组织和相关的政府间国际组织外，也有大量的非政府间国际组织和志愿组织、基金会等私营部门加入到卫生援助的队伍中来，甚至是制药企业、私人基金会等私营部门也参与到资金供应、药品和疫苗研发等活动中来，成为卫生援助服务的重要提供者。为了应对新冠疫情带来的巨大的免疫鸿沟，世界卫生组织与全球疫苗免疫联盟、世界知识产权组织、国家贸易组织等国际合作，积极推动新冠疫苗知识产权豁免和在全球范围内的公平分配等。上述公私合作以及多机构协作的伙伴关系不仅拓宽了世界卫生组织卫生援助的路径，后续也对世界卫生组织的全球卫生治理产生了重要影响。

从世界卫生组织70多年的卫生援助的历史来看，虽然世界卫生组织在资金储备等问题上还存在明显短

[23] See Fourteenth World Health Assembly New Delhi, 7-24 February 1961, World Health Organization, 1961, p.120.

板，但是在当前全球公共卫生风险加大、国际性突发公共卫生事件频发的大背景下，世界卫生组织领导的多边合作的、 统一协调的国际医疗援助更具有效性，优越性和不可或缺性，并已成为国际援助领域发展的新趋势。因此，国际社会应当高度重视和支持世界卫生组织的卫生援助，积极参与并完善国际卫生组织下的国际卫生援助法律制度。

二、世界卫生组织体系的国际卫生援助法律规制与挑战

（一）世界卫生组织有关国际卫生援助的现行法律规制

世界卫生组织援助法律制度主要由两部分组成：一部分为国际条约，即《世界卫生组织法》与《国际卫生条例（2005）》。《世界卫生组织法》是世界卫生组织的章程，明确了世界卫生组织在国际卫生援助方面应当履行的职责。即在会员国请求下，如果遇到突发公共卫生事件等紧急情况，世界卫生组织有义务对会员国予以卫生援助。当然，为了更好履行这一职责，作为联合国下属专门机构的世界卫生组织，需要与联合国及其他专门机构，如粮农组织等，以及会员国国内的卫生机构开展积极的合作。这种原则性、概括性的规定是世界卫生组织履行国际卫生援助的最基础的法律文件。

《国际卫生条例（2005）》是国际卫生领域最为重要的国际公约之一，也是有关国际性突发公共事件防控的唯一具有法律拘束力的国际文件。[24]《国际卫生条例(2005》有关国际卫生援助的规定主要集中于突发公共卫生事件的应对措施方面。在条款上主要集中在第13条和第44条的规定中。如前所述，除了《世界卫生组织法》和《国际卫生条例（2005）》等具有法律拘束力的国际公约外，世界卫生组织的相关“软法”规则也涉及到国际卫生援助。软法和硬法虽然在规范性程度、强制力和确切性的程度方面有较大区别，但二者的关系绝非二元对立，特别是在卫生治理领域，柔性和属地化的指导性建议恰恰具有硬法无可比拟的效果，在国际卫生治理领域有独特的优势。[25]

（二）世界卫生组织卫生援助法律制度面临的挑战

1.卫生援助主体的多元化对世界卫生组织的治理能力带来了挑战

当前参与国际卫生援助的主体出现了多元化。除了传统的主权国家和政府间的国际组织外，非政府之间的国际组织和各种志愿组织也日益在国际卫生援助中发挥了积极作用。但这些组织和团体成分复杂，性质和组织关系多样，规模大小不一，是官方、民间、产业界组成的集合体。世界卫生组织与他们形成的复杂的卫生伙伴关系对世界卫生组织的治理能力也是一大挑战，一方面有国际影响力的组织本身就有很大的话语权，而且这些组织和团体在卫生援助领域的领导权、卫生援助战略和计划制定等诸多问题上也会与世界卫生组织进行博弈和竞争。实践中有些世界卫生组织的成员国愿意将资金投入到诸如艾滋病疟疾结核病全球基金、全球疫苗联盟这些机构而非世界卫生组织，是因为这些机构在账目上相比世界卫生组织更加透明，使用灵活性更强，投资见效更快。

主权国家是世界卫生组织的成员国，也是传统的双边卫生援助的主体。但是近年来，尤其是新冠疫情发生以来，成员国对于世界卫生组织在卫生援助领域的支持度和相关规则的遵守度，都有所降低。更有个别国家只追求自我利益的最大化，只愿意享受援助而不承担义务，这不仅影响了世界卫生组织卫生援助的

[24] 参见黄瑶、聂云飞：《国际传染病防控合作与国际法》，载《现代国际关系》2003 年第 7 期，第 31-36 页。
[25] 同前注[9]，李咏萱文，第 118-133 页。

效果，而且也破坏了现存全球卫生治理体系下的国家之间的默契，增加了世界卫生组织在卫生援助领域统筹协调的难度。

2.卫生援助的范围不断扩大对世界卫生组织的职能带来了挑战

世界卫生组织在发生疫情后，为成员国提供的为疫情发生国主要提供传统的物质援助、人力资源援助、救助后勤保障等，但是在这次新冠疫情中，巨大的免疫鸿沟是世界卫生组织不得不面对的难题。虽然在实践中世界卫生组织创新了卫生援助的提供方式，创设了ACT-A和COVAX等级制，加速研发疫苗、诊断方法和治疗药物，但是却无法根本改变全球疫苗分配呈现严重两极分化的趋势：占世界人口16%的富裕国家拥有了全球60%的疫苗，贫困的发展中国家无力或者没有渠道获得疫苗。[26]围绕着疫苗和相关药品和治疗方法的知识产权豁免，世界卫生组织与世界知识产权和世界贸易组织密切协调、合作，但是不得不承认，世界卫生组织的职责范围并非是没有边界的。国际法院早在“一国在武装冲突中使用核武器的合法性咨询案”中就明确指出：“核武器的合法使用与否引发的健康和环境问题不属于世界卫生组织的职能”。[27]作为联合国的专门机构，世界卫生组织的权限主要局限在“公共卫生”域，不应僭越联合国和其他专门机构的权能。因此，在包括新冠疫苗知识产权豁免等很多问题上，世界卫生组织的职权范围是有限的，这些客观的限制也影响到了世界卫生组织卫生援助职能的发挥。

3.卫生援助对时限、效率和资源的需求对世界卫生组织的决策机制和资源调动能力提出了挑战

新冠疫情的防范和应对需要世界卫生组织在全球卫生治理中发挥领导和核心作用，但从实践来看，世界卫生组织的决策机制和资源调动能力都不尽如人意。世界卫生组织的任何决策需要经过世界卫生组织大会、执委会和六个地区委员会进行。不同地区集团利益、不同发展阶段和国家卫生重点差别很大，因此重大卫生问题包括卫生援助项目的决策、技术规制制定以及战略重点、物资和资金分配等问题，分歧和争议是常态化的。[28]由于世界卫生组织内部机构较多、项目管理严格而且是在西方“技术官僚”框架下建立的国际组织，在发生突发疫情的时候行动成本高、程序复杂。此外，本次的新冠疫情加剧了大国竞争，在医药生物高科技领域形成了对立的阵营，这会严重阻碍医疗技术信息的流动和交流，也会对卫生援助带来很大的负面影响。

资源不足也是困扰世界卫生组织卫生援助的长期难题。世界卫生组织的资金来源比例最高的是自愿捐款，在资金调动上，世界卫生组织所收到的这些捐款几乎都有指定用途，使其在迅速应对突发事件方面受到一定局限。[29]世界卫生组织在2020-2021年两年期的总预算为58.4亿美元，与世界银行等国际组织差距很大。世界卫生组织在医疗物质、医疗队伍和应急资金上的动员能力也不强，无法在疫情发生时为成员国提供有力的支持。

---

[26] 参见吉益霖：《全球公共卫生治理理念的历史流变、发展困境与中国方案》，载《河北法学》2022 年第 11 期，第 165-183 页。

[27] 参见宋杰：《“国家在战争或武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案”述评》，载《武大国际法评论》2007 年第 2 期，第 273-289 页。

[28] See Moon S, Omole O: *Development assistance for health: critiques, proposals and prospects for change*, Health Economics, Policy and Law, 2017,12(2), p.207-221.

[29] See Joseph L Dieleman, Matthew T Schneider, Annie Haakenstad, et al: *Development assistance for health: past trends, associations, and the future of international financial flows for health*, The Lancet, 2016, 387(10037), p.2536-2544.

三、《国际卫生条例（2005）》的修订和《大流行公约》的制定

新冠疫情的全球大流行引发了国际社会的深刻反思。为了应对新冠疫情给世界卫生组织卫生治理带来的挑战，世界卫生组织设立了四个专项小组来应对治理危机。[30]这些小组在对系统的调研和深入研究基础上，汇总了不同领域专家意见，共向世界卫生组织提出了131项建议。2020年，世界卫生组织根据WHA73.1号决议成立了“加强防范和应对突发公共卫生事件会员国工作组（WGRP）”。该工作组汇集了上述四个专项小组的结论和建议，针对会员国、非国家行为体及其他利益攸关方，就上述131项建议的优先级、可行性、时限、资源及后续工作推进提出了具体落实方法。WGRP将131项建议划分为四个重点领域：领导和治理、系统和工具、融资、公平，其中卫生援助与上述四个重点领域都息息相关。WGPR确认了借鉴问题的“双轨”方案，同时建立“两个专班”来开展工作，第一个“专班”是成立政府间谈判机构（INB）就新的《大流行公约》进行谈判，第二个“专班”是组建国际卫生条例修正案工作组（WGIHR），对《国际卫生条例（2005）》进行有针对性的修订。[31]

（一）《国际卫生条例（2005）》的修订情况

2022年1月，美国代表团利用《国际卫生条例（2005）》的议事规则，向世界卫生组织提出了《国际卫生条例（2005）》修正案，并被纳入到第75届世界卫生大会的议事日程之中，从而在整体上推动了《国际卫生条例（2005）》的整体修订进程。目前世界卫生组织官网公布的最新版本为根据WHA75(9)号决定提交的《国际卫生条例（2005）》拟议修正案（以下简称“2022年拟议修正案”）。拟议修正案涉及《国际卫生条例（2005》中的33项条款和5个附件；此外，各国代表团还提出了6项新条款和两个新的附件。

2022年拟议修正案是由16个缔约国（及其所代表的国家集团）提出的300多项修正案汇总而成的（包括一个来源不明的国家），其中包括5个发达国家和15个发展中国家，分别来自世界卫生组织下下设的四个区域。[32]遗憾的是，我国没有提出独立的修正案。此次收集到的拟议修正案仅是将各国提交的修正案予以汇总，其中诸多条款可能存在重叠或冲突，故正式的修正案需要在后续谈判中进行审议与修订。截至2024年1月，WGIHR已经举行了6次会议。WGIHR完成了对编译文本的二读，按照不同的议题对修正案相关条款进行审议，相关利益攸关方就会议期间将审议的拟议修正案交流了意见。

（二）《大流行公约》的谈判进程

2021年12月，世界卫生组织成员国在世界卫生大会特别会议上决定成立一个代表世界所有区域的政府间谈判机构（INB），以起草和谈判一项关于疫情预防、防备和应对的新的国际卫生公约（以下简称WHO

---

[30] 这四个专项效组是全球防范工作监测委员会（Global Preparedness Monitoring Board，GPMB）、世卫组织突发卫生事件监督和咨询委员会（Independent Oversight and Advisory Committee of the WHO Health Emergencies Programme，IOAC）、大流行防范和应对独立小组（Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response），新冠疫情应对期间《国际卫生条例（2005）》实施情况审查委员会（Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) during the COVID-19 Response）。

[31] 在制定大流行公约方面，各国立场各异。以欧盟为代表的 70 多个国家明确支持制定新公约；俄罗斯和巴西明确反对，认为制定新公约会重复或削弱《国际卫生条例》。我国和美国的态度比较中立，支持制定新公约和修订条例同时进行。众多国家则持观望态度，他们更倾向于积极参与《国际卫生条例（2005）》的修订，而非参与大流行公约的谈判，期望在框架确立后再加入相关谈判。

[32] 这 15 个国家分别是非洲区域：斯威士兰（代表非洲地区成员国）、纳米比亚；美洲区域：美国、巴西、乌拉圭（代表南方共同市场成员国）；东南亚区域：孟加拉国、印度、印度尼西亚；欧洲区域：捷克共和国（代表欧盟）、瑞士、亚美尼亚、俄罗斯（代表欧亚经济联盟成员国）；西太平洋区域：新西兰、韩国、马来西亚。东地中海区域目前没有国家提出提案。

CA+）。目前，由于各国代表团意见分歧较大，《大流行公约》的制定进程仍在艰难推进。

2022年12月，政府间谈判机构召开第三次会议，提出了大流行公约“零概念预稿”（Conceptual zero draft for the consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at its third meeting）。“零概念预稿”确立了公约文本框架，明确了公约需解决的重要问题，在后续的第四次会议上，“零概念预稿”被确定为会员国就大流行病文书制定进行谈判的基础。

政府间谈判机构第七次会议第一阶段于2023年11月6日至10日举行，随后于2023年12月4日至6日召开续会。INB在第七次会议前提交了《关于WHO CA+谈判文本的建议》，以便于世界卫生组织会员国在会议期间对其进行审议。2023年11月10日，政府间谈判机构达成共识，就特定条款在闭会期间分小组起草会议举行。关于政府间谈判机构第八次和第九次会议的筹备工作，分别定于2024年2月19日至3月1日和3月18日至29日以混合形式举行。INB将继续遵循文件中规定的时间表，确保在2024年5月举行的第七十七届世界卫生大会上提交最终成果。

（三）《国际卫生条例（2005）》与《大流行病公约》之间的关系

《国际卫生条例（2005）》的核心目标在于预防、防控疾病的国际传播，并以适宜且限于公共卫生风险的方式提供公共卫生应对措施，避免对国际交通与贸易产生不必要的影响。在国际卫生援助方面，《国际卫生条例（2005）》侧重于从突发公共卫生事件的应对中着手，强调卫生援助的紧迫性和及时性。《大流行公约》则旨在确保社区、政府及社会各部门在国内及全球范围内提升公共卫生能力，以便预防和应对未来的大流行病，强化国家、区域及全球应对未来大流行病的综合防御能力。

世界卫生组织通过的SSA2(5)号决议中强调，“在制定新大流行公约文书的过程中，需要与正在执行和修订《国际卫生条例（2005）》的工作之间保持一致性和互补性”。由此可见，《大流行公约》与《国际卫生条例》的核心理念是一致的，但《大流行病公约》着重解决前端预防、突发公卫事件发展成为大流行病的认定标准、国际协调的应对和资源共享等方面，《国际卫生条例（2005）》则聚焦于改善现有条款的遵守和实施。

（四）《国际卫生条例》和《大流行公约》国际卫生援助条款与评析

1.2022年拟议修正案和WHO CA+谈判文本中卫生援助的主要条款

（1）提议引入共同但有区别的责任原则

2022拟议修正案中引入了“共同但有区别的责任原则”（common but differentiated responsibilities principle）。在国际环境法中，“共同但有区别的责任原则”是指由于地球生态系统的整体性和导致全球环境退化的各种不同因素各国对保护全球环境应当负有共同但是又有区别的责任，即发展中国家应当承担保护全球环境的共同责任，而发达国家应当比发展中国家承担更大的或是主要的责任。[33]“共同但有区别的责任原则”最早在1972年斯德哥尔摩《人类环境宣言》第一部分第12项原则中初次显露，在1992年《里约宣言》中正式提出。印度、孟加拉国和马来西亚在其各自的修正案中都提出要在《国际卫生条例（2005）》的第三条原则部分，增加“共同但有区别的责任原则”。坚持共同但有区分原则，构建以共同利益为出发点，以综合实力和发展情况为区分原则的责任框架。在这其中，“共同责任”代表的是作为逻辑起点和目

[33] 参见徐祥民：《气候共同体责任分担的法理》，载《中国法学》2023 年第 5 期，第 171-190 页。

的追求的共同利益，而“区别责任则”是基于实质公平的分配设计。但相比于国际气候治理主要通过对碳排放这样一种核心指标进行责任分配或者标准划定，全球卫视治理更具复杂性、紧迫性和特殊性，尤其对于新发传染病而言，病毒特性、治疗方法以及药品、疫苗等产品的研发于早期都会处于不确定状态，因此责任的分配也是多位面的、多维度的，需要统筹资金、特效药及疫苗专利、医疗资源等一系列要素，覆盖国际安全、贸易、金融、卫生众多领域。因此，共区责任原则不仅要包括主权国家的责任，更需要明确包括世界卫生组织、世界贸易组织、世界银行不同等国际组织在全球大流行治理中的职责与地位、权利与义务等。[34]在国际卫生法领域落实这一原则，需要在《国际卫生条例（2005）》和《大流行公约》中进行更加精密和详尽的制度设计，目前这一原则还只停留在理念共识阶段，缺乏具体条款的支撑。

（2）提出“同一健康”（one-health）理念

《大流行病公约》将“同一健康”的理念写入公约中。“同一健康”理念是指通过多部门、多专业学科的合作，预防或应对发生在国家、地区、全球范围内的人、动物、植物之间疾病的传播，以实现用生态健康的方法大幅降低流行病的患病率，提高大流行病的防备与预防能力，确保以协调协作和循证为基础的大流行病应对和卫生系统的及时恢复。而对于卫生援助而言，这一，核心概念中本身就包含“公平”的思想，在公约第七次会议的谈判文本第一部分第三条中强调了“各国（人民）有公平包括不受阻碍、及时地获得安全、有效和优质的医疗服务”。

“同一健康”在《大流行公约》中另一个的体现就是极大地提升了卫生援助的重要性，因为公约承认由于各国在应对大流行病预防、处理、恢复能力方面存在很大差异，因而卫生援助对于防范大流行病是非常重要的，这在一定程度上弥补了《国际卫生条例》立法上对于卫生援助重要性认识的不足。不过由于公约的文本还在各国讨论和审议中，与“共同而又有区别的责任”一样，目前“同一健康”也只是体现在公约的引言和基本原则中，缺乏实质性的条款予以详细具体的规定。

（3）增加了国际卫生援助的内容

2022年拟议修正案第十三条第三款 [35]在原有条款的基础上增加了卫生产品、技术、专门技能、民事医务人员的部署等相关内容。这一条提案建议来自马来西亚，其在报告中指出，“公平获得有效应对国际关注的突发公共卫生事件所需的卫生产品、技术和专门知识的问题在《国际卫生条例（2005）》中没有规定”，“此次新冠疫情的应对暴露了卫生产品的供应不足和医疗产品价格可负担性问题，这主要是由于生产有限、法定垄断和需求激增等原因造成的”。[36]疫情发生期间，由于医疗物资短缺，各国争夺防疫物资和防护设备的事件时有发生，甚至引发了国家之间的外交抗议。[37]

传统的国际卫生援助主要以主权国家提供的政府援助为主，但是在本次新冠疫情期间，来自非政府间的国际组织和志愿团体也发挥了积极作用。例如2020年2月，中国红十字会派出志愿医疗专家团队前往伊朗首都德黑兰，帮助伊朗共同抗击新冠肺炎疫情。世界卫生组织和中国红十字会在伊朗积极推广中国经验，

[34] 参见陈云良：《传染病大流行下的整体人权观及其运用》，载《法学论坛》2023 年第 11 期，第 5 页-11 页。
[35] 2022 年拟议修正案第十三条第三款。
[36] 参见 Malaysia’s Proposal for Targeted Amendment of the International Health Regulations (2005)，第 11 页。
[37] 参见环球网：《欧洲疫情蔓延，德国拦截瑞士 24 万只口罩》，
https://baijiahao.baidu.com/s?id=1660599210140442158&wfr=spider&for=pc。

得到了世界卫生组织的高度认可和伊朗卫生部的大力支持。[38]非政府间的国际组织通过与各国政府、联合国机构、其他国际组织的互动与合作，在国际卫生援助中提供专门知识、专业人员、医疗物资和技术支持，为全球卫生安全做出了巨大贡献。[39]因此，2022年拟议修正案在总结新冠大流行应对经验和教训的基础上，将卫生产品、技术、专门知识、部署民间医务人员等纳入国际卫生援助的类型。

（4）建立国际财务机制，为发展中国家提供财务援助

《国际卫生条例（2005）》的第四十四条第三款仅提出要“筹集财政资源”，但对此并未做强制性规定，2022年拟议修正案在此基础上明确提出世界卫生组织要建立国际财务机制，为发展中国家提供财务援助，帮助发展中国家加强和保持公共卫生能力，建立能够抵御突发公共卫生事件的正常运作的卫生系统。[40]不仅如此，此次修正案更是直接在第44条后新增第44条A项“促进公平防范和应对突发卫生事件的财务机制”，提出应建立向发展中国家提供赠款或优惠资金的机制。[41]

尽管世界卫生组织的预算规模在过去几年有所增长，但其资金来源和使用仍然面临着严峻的问题和挑战。世界卫生组织2023年需要的19.6亿美元应对疫情的预算资金，到位经费只有30%，资金缺口严重影响了世界卫生组织行使维持其紧急优先事项的核心职能，甚至可能导致其向各国提供快速、灵活支持的能力陷入瘫痪。[42]由发展中国家提出的该条修正案条款建议世界卫生组织要筹建新的财务机制来解决资金不足的问题，但是从现实的情形来看，然而该条款能否在接下来的审议中得到保留并最终获得通过的前景并不乐观。审查委员会指出，世界卫生组织筹资的职能边界各国是存在分歧意见的。[43]就现有的筹资机制而言，评定会费的比例就过低，只占总预算的不到12%，而且很多国家还存在拖欠或减少缴纳的情况。指定用途的自愿捐款比例太高，甚至影响了世界卫生组织根据自身的优先级来分配和使用资金，所以有会员国建议有必要对现有的筹资机制进行改革而不是另起炉灶。

（5）拟议修正案细化了国际卫生援助双方的权利和义务

第一，强化发达国家会员国对发展中国家卫生援助的义务。马拉西亚提出的第13条第1款拟议修正案增加“发达缔约国和世界卫生组织应根据第44条的规定，在资金、技术和知识允许的情况下，向发展中缔约国提供援助，以确保实施本条的规定”。[44]此外，2022年拟议修正案在多处强调了对发展中国家的特别关注。

第二，美国提出的拟议修正案要求受援助国及时对世界卫生组织的援助提议给予接受或拒绝的回应，如果拒绝接受援助，必须要说明理由。其第十三条第三款、第四款新增规定，“缔约国应在48小时内接受或拒绝这种援助提议，如果拒绝这种提议，应向世界卫生组织说明拒绝的理由，世界卫生组织应与其他缔约国分享这一理由”。[45]审查委员会的报告指出，关于世界卫生组织分享拒绝理由的建议虽然旨在提高透

[38] 参见中国政府网：《专访：“相信中国经验能助力早日缓解伊朗疫情”——访中国红十字会援助伊朗志愿医疗专家组》，https://www.gov.cn/xinwen/2020-03/09/content_5489108.htm。
[39] 同前注[3]，徐彤武文，第 28-39 页。
[40] 2022 年拟议修正案第四十四条第一款（三）。
[41] 2022 年拟议修正案第四十四 A 条。
[42] 参见界面新闻：《世卫应急专家：因资金短缺，世卫组织面临“瘫痪”风险》，https://www.jiemian.com/article/6143724.html。
[43] 参见世界卫生组织：《参考文件：拟议修正案和技术建议》第 90 页，https://apps.who.int/gb/wgihr/pdf_files/wgihr2/A_WGIHR2_Reference_document-ch.pdf。
[44] 2022 年拟议修正案第十三条第一款。
[45] 2022 年拟议修正案第十三条第四款。

明度，但可能不利于营造促进合作的气氛。这可能会被解释为对拒绝援助提议的缔约国不信任的默认做法。而且部分缔约国可能很难在48小时内收悉、审议并决定是否接受或拒绝援助提议（包括提出拒绝的理由）。

第三，斯威士兰（代表非洲）提出的拟议修正案明确了相关缔约国在发生疫情时物资援助的具体义务，“应当向受援国提供相干卫生产品和技术，特别是疾病诊断技术和其他卫生设备、个人防护装备、药品和疫苗，以便有效应对在另一缔约国管辖和/或领土内发生的国际关注的突发公共卫生事件，并为事件管理系统和快速应对小组提供公共卫生能力建设”。[46]无法满足此类要求的缔约国应向世界卫生组织说明原因。

第四，要求在疫情期间对相关国家采取的应对疫情的公共卫生措施进行适当的限制，此类措施不能妨碍或损害其他国家应对疫情的能力。该条拟议修正案是孟加拉国提出新增的。第73第7款新增：“缔约国采取的措施不得妨碍或损害其他缔约国有效应对国际关注的公共卫生紧急事件的能力，除非特殊情况需要采取此类措施。其应对能力受到其他缔约国所采取措施影响的缔约国应有权与实施此类措施的缔约国进行磋商，以便在考虑到国家利益的情况下尽早找到解决办法。”[47]

（6）完善国际卫生援助协调机制，加强卫生合作并促进信息的快速共享

《国际卫生条例（2005）》的第44条关于“卫生合作”的规定也是这次拟议修正案关注的焦点之一。对第44条的新增规定包括：加强世界卫生组织地区办事处及相关国际和地区组织密切合作；加强世界卫生组织与各国实验室和监测网络相互协作，促进及时、安全、透明和快速地交换有可能导致大流行病或其他高风险情况的病原体样本和基因序列数据；在数字技术下，改进和提升卫生应急准备和响应方面的通信设备，确保全球卫生信息的数字交换等。[48]

在上述提意见中，争议较大的问题就是基因序列数据的共享。代表非洲国家的斯威士兰拟议修正案提出“本条例不要求共享基因序列数据或信息。只有在世界卫生组织会员国同意建立一个有效和透明的获取和惠益分享机制，其中包括关于获取和使用生物材料（包括基因序列数据或与生物材料有关的信息）以及公正和公平地分享利用生物材料所产生的惠益的标准材料转让协议，而且该机制已经开始运作并能有效地实现公正和公平的惠益分享之后，才可考虑分享基因序列数据或信息。”

（7）增加了遵约和履约机制的相关规定

世界卫生组织在疫情后评估认为，《国际卫生条例》在疫情期间没有得到很好的遵守。2022年拟议修正案对此作出了回应，增加了有关加强对《国际卫生条例》履约报告机制的规定。斯威士兰（代表世卫组织非洲地区成员国）、美国和捷克共和国（代表欧盟）分别提议在第53条和第54条新增设立条约实施委员会（Implementation Committee）、遵约委员会（Compliance Committee），试图填补《国际卫生条例（2005》现行案文中的治理空白。

条约实施委员会将负责根据来自《国际卫生条例》监测和评估框架的现有信息评估执行情况，并负责监测、咨询和促进提供技术、后勤和资金支持，以发展会员国的核心能力和提高应对突发卫生事件的水平。实施委员会可以确定不遵守条约的会员国，并有权向世界卫生大会提交报告。

遵约委员会的成员由来自世界卫生组织不同区域的六名专家组成，他们将在协商一致的基础上开展工

[46] 2022 年拟议修正案第十三条第五款。
[47] 2022 年拟议修正案第十三条新增第七款。
[48] 2022 年拟议修正案第四十四条。

作，并在相关时邀请其他机构参加。该委员会将负责审议世界卫生组织和缔约国提供的与遵守本条例规定的义务有关的事项，就会员国的遵约履约义务的情况进行监测、提供咨询意见和/或便利援助。该委员会将有权要求会员国提供相关信息，或者主动收集信息，并就如何改善遵约情况（包括通过技术和资金支持）向缔约国和世界卫生组织提出建议。该委员会将通过总干事向所有缔约国和卫生大会提交年度报告。此外，世界卫生大会每两年将举行一次评估缔约国执行条例的专门会议，并建立特别专家委员会，以支持卫生大会执行拟议修正案中的新规定。

2.对 2022 拟议修正案和 WHO CA+谈判文本的评述

（1）2022拟议修正案和WHO CA+谈判文本的进展都非常缓慢，谈判前景并不乐观

根据世界卫生组织的工作安排，提交给世界卫生组织拟议修正案的时间是 2022年9月30日前，目前已经过了拟议修正案的提交时期。从当前世界卫生组织收到的拟议修正案来看，拟议修正案仅是将各国提交的修正案予以汇总，由于会员国不同立场和利益的差异，拟议修正案的诸多条款存在很多的重叠或冲突；WHO CA+谈判文本目前进展也是极为缓慢，甚至可以说是举步维艰，世界卫生组织原定计划是在2022年3月1日以前召开第一次会议，确定程序性事项，包括主席、副主席、工作方法、时间安排，形成可以审议的正式文本。第二次会议原定在2022年8月1日前举行，审议文书的实质性内容，并向第76届世界卫生大会提交进展报告，最终在2024年世界卫生大会上审议文本。从目前来看，这个进程是无法按时完成了。这背后主要的原因有以下几点：第一，政府之间谈判资源方面的承诺和时间不足，对谈判的困难认识不够；第二，世界卫生组织没有处理大流行病所有领域问题的职权或者优势，比如涉及到公约的疫苗知识产权的问题，医疗资源的分配问题，这其中很多问题超出了世界卫生组织的职权范围。第三，还有一些不确定的风险因素使得当前谈判前景不明：《国际卫生条例（2005）》下的缔约国义务与《大流行病公约》下的缔约国义务可能会重叠甚至相互抵触；根据《世界卫生组织法》第19条制定的公约可能会因为签署国家不多而降低公约的效力等。

（2）在公约的指导思想上仍然是以“重防控，轻援助”为主

早期欧洲国家出于对于传染性疾病传入欧洲的恐惧，“保卫欧洲”成为欧洲国家在传染病控制方面进行国际合作的主要动因。《国际卫生条例（2005》重点关注的传染病的预防和跨境传播，而非促进和实现全球健康，以及提升发展中国家的公共卫生能力。因此，《国际卫生条例（2005）》在国际卫生援助和合作、卫生资源分配方面的规定都是寥寥数条，没有契合广大发展中国家的现实情况、反映发展中国家的诉求。[49]遗憾的是，虽然2022年拟议修正案多处增加了卫生援助相关的内容，但没有从根本上纠正“重防控，轻援助”的理念。印度等国提出了“共同而有区别的责任”作为条例的指导原则之一，但是对于该原则如何在卫生援助中具体实现和落实都缺乏相关具体的提案来支持。

根据PPRR框架形成的大流行公约谈判文本，国际卫生援助的具体事项也零散分布在各个章节中。大流行公约仍以强调国际间信息交流的合作为主，而具体的卫生援助内容为辅，即便在第二部分第十九条将实施能力与支持援助单独列项，但公约文本并未对卫生援助的对象界定、援助流程的启动方式，以及实施

[49] 参见张超汉、冯启伦：《中国参与全球卫生治理的法理基础、总体成效与完善路径——以突发公共卫生事件应对为视角》，载《国际法研究》2022 年第 1 期，第 55-68 页。

卫生援助的最低标准等核心问题予以明确阐述。IHR中卫生援助方面的问题在大流行公约中依然存在。

（3）在卫生合作上，缺乏有效的信息和数据共享的机制

对于信息和数据的共享，尤其是基因序列数据，缔约国间存在较大争议。美国、新西兰、俄罗斯和印度等国提出缔约国有义务与世界卫生组织共享基因序列数据，并在某些情况下也共享其他数据。斯威士兰提交的拟议修正案指出，不应要求会员国无条件共享基因序列数据，分享基因序列数据的前提条件是建立商定获取和惠益分享的运作机制为条件

美国、新西兰等发达国家在生物技术和科学研究方面具有较高水平，美国更是全球领先的生物技术大国，其在基因组学和生物技术领域的研究和创新能力世界领先。印度则是全球最大的仿制药生产和出口国之一，其生物技术产业在全球范围内具有较大影响力。因此这些国家倾向于支持数据共享，认为共享基因序列数据能够推动科学研究和技术进步，加速公共卫生领域的发展，提高应对突发公共卫生事件的能力。而马来西亚、斯威士兰及其所代表的的非洲国家生物技术和科学研究能力相对较弱，无条件的数据共享可能会导致其生物资源被其他国家滥用或侵犯其经济利益，而且有可能会侵犯本国公民的隐私权和数据主权，因此他们对数据共享的态度比较保守。此外，现实中采取公开和透明方式分享信息的国家并未从中获益，反而往往遭受惩罚，如旅行或贸易限制等，这严重挫伤了缔约国分享信息的积极性。令人遗憾的是，拟议修正案在信息和数据共享方面仍缺乏激励机制，未能有效解决缔约国不愿分享数据的问题。

（4）仍然缺乏有效的遵约和追责机制

拟议修正案虽然提议要设立实施委员会和遵约委员会来促进遵约和问责，但是具体条款更多聚焦于相关委员会的审查进度、调动支持和评估遵约情况三项职能，并没有规定委员会的问责职能。拟议修正案缺乏对于问责主体、问责程序和法律责任的相关规定。对于缔约国的履约行为，委员会的职能主要是提出建议或者向缔约国和卫生大会提交报告，但该报告并没有强制的法律拘束力，从而对成员国的约束也有限。此外，当前的提案无法明确新设的各种“委员会”的建立基础是什么，将根据何种程序规则运作，缺乏可操作性。在审查委员会的技术性建议中，可以看出世卫组织对自身的技术化定位，[50]对于缔约国提出的部分扩大世界卫生组织职能的提议，委员会比较保守和慎重，指出“这三组提案使用不同的机制来改进执行和遵约情况，且每个机制都产生重要的法律挑战。任何扩大世界卫生组织职能的建议都应充分考虑各国主权和平衡各方利益，以确保全球公共卫生治理体系的稳定性和可持续性”。

（五）全球卫生治理理念对卫生援助国际立法规则的指引

2008年，德国汉堡大学全球与地区研究中心学者Wolfgang教授首先对全球卫生治理的概念进行了研究，他把全球卫生治理定义为“国际社会为了应对公共卫生领域的国际和跨国相互依赖问题而制定的集体规则的总和。”[51] 此后，也有很多学者从不同角度对全球卫生治理的概念进行界定和明确，如全球贸易发展中心的Delony S. Beckford，他强调全球卫生治理要关注非国家行为体的作用。2010年David Fidler认为国际卫生治理是国家、跨国组织和非国家行为体利用各种正式和非正式的机构、规制和过程应对健康挑战的跨国合作行动。[52]。全球卫生治理强调建立多边合作机制，促使多元主体以多种方式在全球健康领域协作，

[50] 参见陈煜鹏：《论大流行公约决策机制的程序制度构建》，载《法学论坛》2023 年第 6 期，第 29-40 页。
[51] See Youde TJ, Zacher MW. *The politics of global governance.* Palgrave Macmillan, 2008.
[52] See Youde J. *Global health governance. Malden*, MA: Palgrave Macmillan, 2008.

通过国际法应对全球健康危机，最终实现全球范围内的综合治理的过程。由此可见，全球卫生治理的目标在于维护全球卫生安全，最终实现人人享有健康的全球健康战略。全球卫生治理的主体广泛，不仅包括主权国家、国际组织，还包括各类非政府组织和跨国公司等，全球治理的客体具有全球性和普遍性，包括全球公共卫生问题、全球突发公共卫生事件、全球环境问题等这些已经或者将要影响全人类的、很难依靠个体国家得以解决的跨国性的问题。[53]

世界卫生组织目前对《国际卫生条例》的修订和《大流行病公约》的制定工作陷入困境不是偶然的，背后存在着深层次的政治、经济等原因。从全球卫生治理的理论视角看，首当其冲的就是卫生援助和合作的理念目标缺乏价值认同。部分西方国家奉行单边主义、本国优先论，忽视了实力弱小的发展中国家，尤其是公共能力薄弱的最不发达国家的利益，这不仅给世界各国应对全球公共卫生危机带来了严峻挑战，也破坏了全球卫生治理的基本秩序，使得合作共治成为泡影。其次是由于全球卫生治理的主体多元化，从而造成了不同主体之间的权责失配。世界卫生组织面对危机反应迟缓，来自内部的管理问题、成员信任问题都制约了其引领角色功能的发挥。西方发达国家在国际卫生援助与合作中是主要力量，但是其优先考虑的是维护自身的国家安全，防止疫情的扩散和跨境传播，而非首要考虑如何援助能力弱小的发展中国家提升全球公共卫生应急能力，从而造成了在世界卫生组织内部，发达国家与发展中国家在卫生援助与合作设置的优先事项方面发生严重分歧，加之部分西方国家在世界卫生组织内部将全球公共卫生危机“政治化”，导致卫生援助与合作失序。而其他非政府组织和跨国公司因为其目标和能力的差异性，使得其与世界卫生组织的公私合作也经常存在“失灵”。最后需要指出的是，由于国家的政治制度、经济基础、技术实力的差异，即使同为发展中国家，在国际卫生援助与合作中也有很多差异化的主体利益诉求，不同诉求之间容易发生冲突。而医学技术领域的研发投入与产出下效益远超于其他产业，生物技术的异化也使得全球公共产品极度短缺，在此背景下，世界卫生组织下的卫生援助与合作的条款面临上述如此多的争议与困境也就不难理解了。

新冠疫情深刻改变了世界，改变了全球卫生援助与合作的结构关系和旧式图景。当前世界卫生组织对包括针对国际卫生援助与合作在内的条款的修订和完善正在进行，从全球卫生治理的理念出发，国际卫生组织应当从以下几个方面推动“两个专班”的工作，尽快走出修约和缔约困境。

一是将人类卫生健康共同体的理念融入卫生治理的框架中，在不同利益主体中间强化全球卫生治理的价值理念和价值共识。人类卫生健康共同体理念是人类命运共同体理念的重要内容，构建人类卫生健康共同体是我国为全球卫生治理和各国公共卫生防控提出的重大倡议，体现了综合利益的理念，该理念内涵以《世界卫生组织法》为核心的国际卫生法之基本原则及目标一脉相承，尊重各国人民的生命健康权，有利于增进各国人民的健康福祉。[54]维护世界各国人民的生命健康权是世界卫生组织的宗旨所在，也是包括《世界卫生组织法》、《世界人权宣言》等国际条约所确认的。全球卫生治理应当坚持生命至上、以人为本，坚持把挽救生命、维护民众健康安全放到首位，这也是全球卫生治理的核心价值取向。尤其在当前霸权主义、单边主义盛行，部分国家以本国利益为导向，以邻为壑，世界卫生组织更要坚持卫生健康共同体的理

[53] 参见鲁新、方鹏骞主编：《全球健康治理》，人民卫生出版社 2016 年版。
[54] 参见何丹：《人类卫生健康共同体理念与全球卫生治理体系的完善》，载《国际政治研究》2022 年第 5 期，第 118-138 页。

念，在不同利益主体中间强化全球卫生治理的价值理念和价值共识。

二是在程序上坚持共商共建共享的全球治理观，多元主体平等参与、民主协商、公平公正。所谓平等参与，就是当前的议题，世界卫生组织之外的国际组织、非政府组织、公民都有权参与到议题，在相互尊重的基础上对话合作、民主协商。全球卫生治理体系并没有严格的层级结构，世界卫生组织要加强与世界银行、国际贸易组织等相关国家组织之间的沟通、合作与机制互动，作为以“技术官僚”著称的国际组织，世界卫生组织绝不应当放弃自身的技术优势，而是要立足自身的特点，与其他国际组织通过合作与竞争、优势互补实现卫生合作与援助的目标。

三是要以问题为导向，提升国家卫生援助与合作的重要性，细致梳理不同成员国的利益诉求。从上述对《国际卫生条例》拟议修正案和《大流行病公约》文本来看，成员国关注的问题较为分散，彼此之间的诉求冲突较多。卫生援助与合作在《国际卫生条例（2005）》版中只是寥寥数条，而目前的修正案虽然对其条款有所增加，但是重要性仍不凸显，与《大流行病公约》的协调性不强。《国际卫生条例》的卫生援助要以国际关注的突发公共卫生事件为核心，围绕着国际关注的突发公共卫生事件时卫生援助的启动机制、医疗资源的分配机制、信息和数据共享机制等问题进行详细规定；《大流行病公约》中的卫生援助与合作的条款则更多地针对提升发展中会员国公共卫生能力和技术水平，预防和应对未来的大流行病，强化国家、区域及全球应对未来大流行病的综合防御能力来设计。世界卫生组织应当在深入了解分析不同国家的多样化诉求的基础上，明确不同条约下的工作重点，突出其优先事项，从而更有针对性的引导国际卫生规则谈判进程。

四、完善与应对世界卫生组织下卫生援助国际立法的中国因应

从1971年中国恢复在联合国的合法席位并加入国际卫生组织后，我国一直积极参与国际卫生组织的对外援助工作，2004年我国卫生部于世界卫生组织就进一步加强卫生合作签订了谅解备忘录，并确定了重点合作领域，不仅包括控制传染病、结核病等在内的主要传染性疾病，而且还涉及到了烟草控制等非传染性疾病。2016年，中国国家卫计委于世界卫生组织签订了《中国—世界卫生组织国家合作战略（2016-2020）》，2017年1月，中国与世界卫生卫生组织签订了《一带一路卫生领域合作的谅解备忘录》、《中华人民共和国政府与世界卫生组织关于“一带一路”卫生领域合作的执行计划》等。新冠疫情发生后，中国及时向世界卫生组织通过国内疫情防治工作进展情况，并于2020年3月和4月先后向世界卫生组织捐款2000万美元和3000万美元，后续又提供了20亿美元的卫生援助，在一定程度上缓解了因为美国“断供”而造成的全球卫生治理的资金缺口，确保了世界卫生组织在疫情期间各项职能的顺利开展。中国在向200多个国家和地区分享中国抗疫诊疗经验和物资援助的基础上，还设立了全球人道主义应急仓库和枢纽，极大地提高了全球抗疫物资供应的效率。针对新冠疫情引发的全球巨大的免疫鸿沟，中国承诺过将本国研发的新冠疫苗作为全球公共产品，与世界各国共享。此外，中国还帮助非洲国家提升疾病防控能力，暂缓了最贫困国家债务偿还。

但从总体来看，我国当前与世界卫生组织的合作，仍然是“硬参与”（人力、物力和财力的投入）大于“软参与”（理念、规则和规范的贡献）。在世界卫生组织“两个专班”的工作中，我国对国际卫生条约

缺少明确的规则诉求，在条约结构、条款设置上存在立场不鲜明、被动应对通过诉求的倾向。中国对双边卫生援助的偏爱与对多边规则建构功能的保守，一定程度上反映了我国在重返联合国国际组织体系后灵活务实的指导思想和行为惯性。从更深次的角度看，这是我国对国际机制的谨慎融入和逐步适应的保守状态。在国际法领域，大国要求规则再造的情形是法律与国家实力相互作用的常态。与传统西方大国不同，当代中国应当在追求规则再造的过程中，将工作重心置于将本国利益与国际公共利益相结合，以尽量减少碰撞与冲突。[55]当前在在世界卫生组织修改和谈判国际卫生条约的关键时机，我国要以习近平总书记的人类卫生健康共同体思想为指导，立足“两个大局”，致力于国际卫生治理层面的主动有为，投入对国际卫生法的规则再造。

（一）在国际卫生规则谈判时要坚持“内在基准”与“外在目标”

我国在参与修订《国际卫生条例（2005）》和制定《大流行病公约》时，要注意坚持“内在基准”与“外在目标”。所谓“内在基准”，是指中国谈判国际卫生规则要以维护我国国家利益与卫生安全为基本准绳，系统梳理并有效体现在规则谈判中的利益诉求；所谓“外在目标”，是指我国参与国际卫生规则谈判要将我国抗击新冠疫情的成功经验和体现的制度优势在国际层面的扩散效应设为目标，从而将自身利益与国际公共利益有机集合。

为了实现上述的“内在基准”与“外在目标”，我国在提出和审议国际卫生援助规则的议案时，要坚持以下三个原则：即审查这些提案符合国际道义、符合国际全球抗疫的实践需求，符合大多数国家尤其是广大发展国家的利益。尤其要避免部分西方国家利用这次规则修改和重构的时机，提出或者通过不利于我国的一些条款，包括在对外卫生援助中淡化我国发展中国家的身份，要求我国承担超常规的义务等。

（二）立足“两个大局”构建重视卫生发展援助和国际合作共治的国际法规则

我国参与国际卫生援助规则的谈判一定要立足我国所处的“两个大局”。一是中国当今所处的时代大局，必须将其置于中国与发展中国家在不同历史时期所处的时代背景与国际处境，同时结合中国在不同发展阶段所肩负的历史使命与追求。随着我国日益走向世界舞台的中央，我国所承担的国际责任发生了变化，通过世界卫生组织积极参与国际卫生援助，有利于提高我国的国际声望，也契合当代中国的全球角色和世界地位。第二个大局就是我国多重身份的大局。我国既是世界上最大的发展中国家，同时我国也是崛起中的新兴大国，在国际卫生援助的领域，我国曾经是世界卫生组织重要的“受援国”，同时现在也作为双边和国际卫生援助的“援助国”。这两种身份其实是很微妙的，不能简单地采取二元对立的思维模式，而应认识到中国国际身份的复杂多重性，这对我们参与国际卫生规则的谈判非常必要。从上述两个大局出发，要求我们不仅主张重视构建大流行病预防机制的条款，更加重视卫生发展援助和国际合作共治。卫生发展援助不仅仅只是卫生资源的分配问题，更是保障和提升发展中国家有效提升卫生治理能力问题。与我国在卫生治理领域内地 “韬光养晦”不同，我国在国际气候治理领域内积极作为，不仅有力推动了《巴黎协定》《联合国气候变化框架公约》，和77国集团共同推动设立损失与损害基金；还多次邀请包括美国在内的西方国家访华，加强与西方发达国家在气候问题上的沟通与对话。在全球卫生治理领域，我国也要积极借鉴在包括气候治理领域的成功经验，提升我国在全球卫生治理规则制定中的参与度和话语权。

[55] 参见刘彬：《“规则制华”政策下中国自由贸易协定的功能转向》，载《环球法律评论》2020 年第 1 期，第 176-192 页。

（三）跳出西方偏颇的议题设置，构建完善系统的国际卫生援助与合作机制

《国际卫生条例（2005）》基本规则仍然是西方国家语境制定的，如前所述，其主要内容仍然是防范传染病的跨境传播，因此从条款设计上，缺乏长效的国际卫生合作机制，也缺乏对发展中国家能力建设、技术转让的具体安全以及医疗资源配置的规定等。本次条例的拟议修正案，虽然针对上述问题，来自非洲地区的代表和印度、巴西等发展中国家都提出了相应的修正提案，但这些修正案仍然以原则性的规定为主，而非可操作性的制度设计，未来是否能纳入到修正案文本不容乐观。因此，我国在下一步国际卫生规则谈判的时候，应当联合发展中国家，细化卫生合作与援助规则，这其中尤其包括发达国家支持发展中国家核心公共卫生能力建设的条款、发达国家对发展中国家进行技术转让的条款。此外，针对这次新冠疫情暴露出来的免疫鸿沟，我国也要在完善疫苗的知识产权、技术转让、病原体和样本以及相关遗产资源、基因序列的惠益分享制度，促进包括疫苗在内的医疗资源的全球公平分配等问题上提出和完善修正案条款。由于上述国际议题的本身的复杂性，此类条款不可避免的会与国际贸易法的规范出现冲突，对此我国应当促进世界卫生组织与国际贸易组织、世界知识产权组织之间的沟通、协调与优势互补，突破卫生援助与合作的碎片化状况，实现相关国际法规则的协调和统一。

针对部分西方国家提出的拟议修正案，我国也要明确立场和应对方案。例如美国提出的国际卫生援助启动的时间，“缔约国应在48小时内接受或拒绝国际卫生援助提议”，是否接受国际卫生援助不应当成为会员国强制性的义务，当突发公共卫生事件发生时，缔约国可能很难在48小时内收悉、审议并决定是否接受或拒绝援助提议，包括提出拒绝的理由。是否以及如何接受国际卫生援助，是缔约国主权范围内的决定事项，对此不应当设置任何超越国家主权的义务。

针对部分会员国提出的强化公约履责能力条款的提案，我国也要明确立场，“国际法也是国家利益的法律的表达”，[56]国家是否能够严格遵守条约规定，通常与其能否在此条约中寻求到符合其利益的期待有关。因此，要想有效提升《国际卫生条例（2005）》和《大流行公约》》的会员国遵约能力，首先就要强化条约的遵约吸引力，从激励机制入手，而非从惩罚机制的角度来强化条约的执行。鉴于卫生领域援助和合作的专业性，可以建议《国际卫生条例（2005）》借鉴国际原子能机构的做法，引入独立的外部专家评审机制，提高透明度和公开度，增强外部力量对卫生援助项目的监督，确保会员国义务的履行。

（四）根据条约未来落地实施的情况预判风险，提出我国的谈判立场并就焦点问题拟定具体的谈判规则

《国际卫生条例（2005）》第4条规定，各缔约国应该指定或建立一个国家归口单位，作为负责实施本条例规定卫生措施的当局。国家归口单位的主要职责包括代表有关缔约国同世界卫生组织就条例实施的紧急情况进行沟通，向有关缔约国的相关行政管理部门传播信息，并汇总反馈意见等。我国在加入《国际卫生条例》制定的归口单位是当时的国家卫生部。[57]但当前我国在国际卫生援助方面的职能是由国家卫健委、国家疾控局、国家开发合作署等部门行使的，而这次参加国际卫生规则谈判的牵头单位是国家疾控局。

---

[56] 参见何志鹏主编：《国际法原理》，高等教育出版社 2017 年版，第 33 页。

[57] 根据《国际卫生条例》第 4 条第 1 款的规定，指定中华人民共和国卫生部为《条例》国家归口单位。各地卫生行政部门为各自管辖范围内负责实施《条例》规定的卫生当局。中国国家质检总局及各地检验检疫机构为《条例》第 22 条所指的入境口岸的主管当局。参见中央人民官网：《中国政府声明：<国际卫生条例>适用于中国全境》，https://www.gov.cn/jrzg/2007-05/14/content_614312.htm。

由于谈判各国分歧很大，世界卫生组织“两个专班”的工作进展都极其缓慢。针对当前国际卫生规则谈判对我国国家主权和卫生安全可能出现的风险，我国应当尽快由归口单位牵头其他职能部门共同协商，提出我国的谈判立场并就相关问题拟定具体的谈判规则。需要指出的是，国际卫生规则谈判并不是单向度的工作，一定要结合未来《国际卫生条例》和《大流行公约》在我国的具体实施情况，提前梳理各部门职责和分工，尤其是在“同一健康”理念下的多部门合作机制、信息共享机制、大流行能力建设与评估的工作准备等方面的问题，都迫切需要相关部门系统梳理当前我国实施条约面临的困难和风险，提前做好应对预案。

五、结语

习近平总书记曾经说过：“全球抗疫的成败，很大程度上取决于公共卫生体系薄弱的发展中国家，特别是非洲国家。”[58]世界卫生组织下的国际卫生援助与合作对于提升发展中国家的公共卫生能力，消除全球免疫鸿沟，构建人类卫生健康共同体具有重要的意义。当前由于信任损耗、规则滞后和效率欠缺，世界卫生组织下的“两个专班”的国际卫生规则谈判工作面临着激烈的分歧、争论和冲突。在当今全球卫生治理格局发生深刻变革的关键时刻，我国要妥善地利用国际法规则，对外积极参与国际卫生谈判，维护国家卫生主权与安全与发展利益，推动国际卫生发了关系朝着更加公平、公正、合理的方向发展；对内也要系统梳理不同机构的职能分工，完善国内立法，加快协调我国涉外卫生法治工作战略布局。

[58] 参见陈云良、陈伟伟：《习近平的全球卫生治理观及其实践引领》，载《中南大学学报(社会科学版)》2022 年第 3 期，第 32-40 页。

外国法查明费用问题实证分析

——以 41 份涉外民商事案例为样本

邓凌逸

摘要：在涉外民商事案件中，外国法查明往往难度大、耗时长，难以避免地会产生相应的查明费用。目前，外国法查明费用较为高昂；预交费用转嫁给当事人支付普遍缺乏依据；法院对于外国法查明费用的分配结果存在不尽如人意的情况。背后反映出查明费用性质不明和公平正义价值考量缺失的问题。对此，应比照鉴定费理解外国法查明费用；构建合理的分配机制；完善说理论证以及通过发展外国法查明机构以降低查明费用以更好地解决司法实践之中的问题。

关键词：外国法查明费用 性质 公平正义价值 实证分析

引言

在“走出去”“引进来”及“一带一路”倡议等对外开放的政策引领下，国际民商事交往日益频繁。最高人民法院发布的《关于人民法院涉外审判工作情况的报告》显示，2013 年至 2022 年 6 月，各级法院审结的各类涉外、涉港澳台案件 38.4 万件。[1]为应对日益增长的涉外民商事案件，最高人民法院在两项司法文件[2]在“推动规则衔接和机制对接”中均提出“完善外国法查明和适用机制”，可见外国法查明的重要性。“外国法的查明”是法院审理涉外民商事案件时，对冲突规范指引的外国实体法律予以证明存在，并确定其解决特定争议问题的内容的制度。[3]又因查明外国法的内容是适用外国法的最后和最关键的步骤，同时也是最困难的一步。[4]以致于在查明过程中，聘请外国法专家或法律查明服务机构进行查明的情况屡见不鲜，经实证分析发现，在此查明途径下产生的查明费用往往较为高昂，费用如何正确地分配便是法院需直面的问题。目前，仅有最高人民法院出台的司法解释和效力层级更低的会议纪要对外国法查明费用作出规定：2021 年出台的《全国法院涉外商事海事审判

---

[1] 《最高人民法院关于人民法院涉外审判工作情况的报告》（2022 年）最高人民法院,http://gongbao.court.gov.cn/Details/27948895a20b4e054ee58650875205.html

[2] 两份司法文件分别为《关于坚持和保障横琴粤澳深度合作区建设的意见》（法发〔2022〕4 号）和《关于坚持和保障全面深化（法发〔2022〕3 号）前海深港现代服务业合作区改革开放的意见》

[3] 参见黄进主编：《国际私法》，法律出版社 2005 年版，第 204 页。

[4] 刘艳娜.得与失:外国法查明责任分配之困[J].河北法学,2018,36(09):117-130.DOI:10.16494/j.cnki.1002-3933.2018.09.009.

工作座谈会会议纪要》（以下简称《会议纪要》）涉及查明费用的支付方式[5]；2024 年出台的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(二)（以下简称《司法解释二》）涉及查明费用的负担方式。[6]其中对于法院依职权查明外国法时产生的查明费用应如何分配、当事人提供外国法时若未对查明费用进行约定应如何分配等种种问题，仍然缺乏可操作的规定，法官的自由裁量空间较大且缺乏限制。此外，对外国法查明的研究多侧重于外国法的性质、查明责任的分配、查明途径的适用以及查明不能的依据等方面，而对外国法的查明费用的研究仍是凤毛麟角，即使谈及也非着重讨论。鉴于此，本文试从司法案例入手，以发现查明费用的分配在实践之中会遇到哪些问题，理解困境背后的原因和提出可行的解决方案。对于样本的选取，笔者在中国裁判文书网、北大法宝和威科先行法律信息库三个平台上，以“查明费用”“法律意见书”“查明服务费”等关键词，截止至 2023 年 10 月 26 日，共筛选出 41 起明确列明外国法查明费用的案例。结合样本案例，发现实践中存在着查明费用的普遍高昂、预交费用的转嫁缺乏依据和查明费用承担标准不一等问题。经分析，背后的原因主要为查明费用的性质不明、查明途径的应用不充分以及公平正义价值的考量不足，最后本文据上提出相应的可行路径。

一、外国法查明费用的界定范围

外国法查明费用，顾名思义，是指查明外国法过程中产生的费用。查明过程中，产生外国法查明费用的查明途径多种多样，不同查明途径下都会付出一定的时间与金钱成本，但产生的查明费用是否达到需要依靠法院进行裁量分配的程度，则有所区别，实证分析发现，法院予以裁量分配的外国法查明费用往往由委托中外法律专家或法律查明服务机构产生，也即专家[7]途径下的外国法查明费用。首先，从中外法律专家和查明服务机构的关系上看，二者本质都是依托外国法专家进行查明，前者仅是对后者的延展，通过自身的专家库中的专家进行外国法查明，例如，在中国建设银行（亚洲）股份有限公司与李洪锋金融借款合同纠纷案中[8]，当事人委托的查明服务机构也是通过具体某个外国法专家进行查明，并由其出具法律意见书，因此可将二者归于专家途径查明之中。其次，从案例中采用专家途径查明外国法的情况来看，除去 6 起未明确查明途径的案例，列明的查明费用，有 29 起因聘请法律查明服务机构产生，占比 71%；6 起案件因委托中外法律专家产生，占比 14%。有学者选取 100 起

[5] 《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》 第二十六条【域外法查明费用】对于应当适用的域外法，根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定由当事人提供的，查明费用由当事人直接支付给查明方，人民法院不得代收代付。人民法院可以根据当事人的诉讼请求和具体案情，对当事人因查明域外法而发生的合理费用予以支持。

[6]《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(二) 第十一条 对查明外国法律的费用负担，当事人有约定的，从其约定；没有约定的，人民法院可以根据当事人的诉讼请求和具体案情，在作出裁判时确定上述合理费用的负担。

[7] 此处的专家不仅指代自然人，还代指组织、机构等。

[8] 参见(2019)京 04 民初 630 号一审民事判决书

案例作为外国法查明案例的有效样本，24 起案例成功查明外国法，这其中，法院或当事人大多采用专家途径查明外国法，占查明案件数的 93%。[9]反映出专家途径查明是所有查明途径中为数不多行之有效的途径，一方面，外国法查明问题往往难度较大，有赖专业人士的帮助和支持，另一方面，其他查明途径的可操作性不强，像是司法协助或通过领事馆提供等途径往往耗费过于漫长的时间，且一方之努力并不足以达成查明之效果，还依赖多方的合作。因此，鉴于对查明费用研究的实践意义，本文的研究对象限定于专家途径中产生的外国法查明费用。

表 1.1 查明途径

查明途径	案件数量
法律查明服务机构	29
中外法律专家	6
未明确	6

明确研究对象后，进而对外国法查明费用的范围予以界定。司法实践中，不同法院对此持不同观点，总括又可区分为广义范围与狭义范围，广义范围是指提供查明服务的费用以及若专家出庭与接受询问时额外产生的辅助费用（例如交通费、住宿费、生活费等）；狭义范围则仅指提供查明服务，不包含上述辅助费用。在海通国际证券有限公司诉陈某涉港保证合同纠纷案中[10]，查明费用采用广义定义，包括出具法律意见书报告的费用和出庭说明服务的费用，共 140000 元；而在另一起类似纠纷中[11]，外国法查明费用则采用狭义定义，仅包括出具法律意见书的费用 20000 元，出庭说明服务费用 2000 元未被计算在内。外国法查明费用的界定范围影响查明费用的支付方式，根据《会议纪要》第 26 条，外国法查明费用应直接支付给查明方，人民法院不得代收代付。如果外国法查明费用采取广义范围，则采用直接支付方式的范围也会包含辅助费用；反之，如果采用狭义范围，则不包含辅助费用，外国法查明费用的定义范围会影响直接支付方式的适用范围。

本文认为，外国法查明费用应采狭义范围，不包含辅助费用。辅助费用与《诉讼费用交纳办法》第 6 条中第 3 项[12]的费用范围更为相近，都是为了诉讼程序顺利进行支出的费用，应由法院代收代付。根据《会议纪要》第 26 条，外国法查明费用并非由法院代收代付，而是由当事人直接支付给查明方，因此辅助费用应当排除在外。关于外国法查明费用的具体范围，参考国内部分查明机构的查明规则，归纳出查明费用主要由三部分构成（1）在查明过程中，机构组织和管理查明服务所需的委托代理的费用，是基础费用部分。（2）专家根据受委托的事项提供专业的外国法查明意见的查明服务费，是核心费用部分。（3）委托人特

9 参见[1]李凤琴,张涛.涉外商事审判中的外国法查明[J].人民司法,2021,(16):101-105.DOI:10.19684/j.cnki.1002-4603.2021.16.013.

10 参见(2019)粤 03 民终 2298、2299 号二审民事判决书

11 参见(2023)沪 02 民终 10949 号二审民事判决书

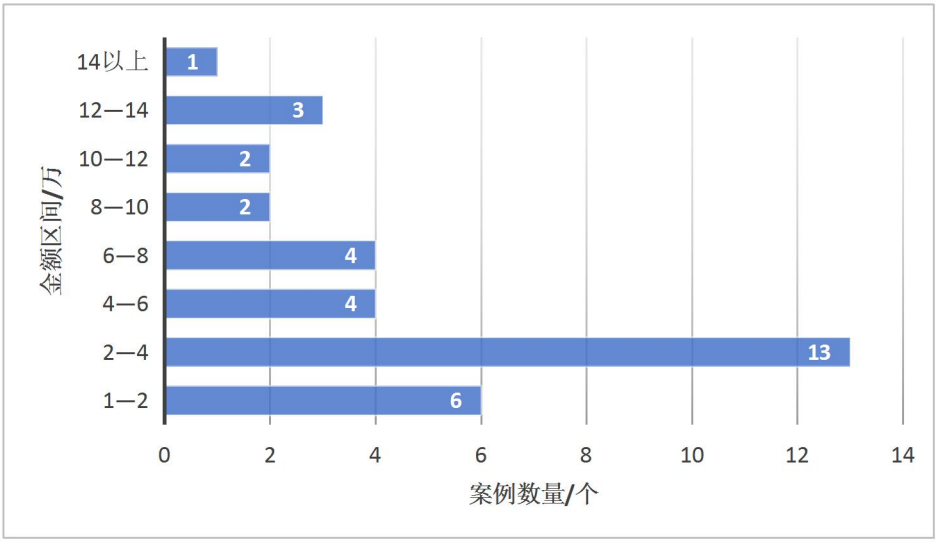
12 《诉讼费用交纳方法》第六条　当事人应当向人民法院交纳的诉讼费用包括：（一）案件受理费；（二）申请费；（三）证人、鉴定人、翻译人员、理算人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴。

别要求产生的公证认证、翻译等开支，是其他费用部分。[13]从中也可窥见，查明费用并不包含辅助费用。

二、司法实践中存在的问题

（一）外国法查明费用的普遍高昂

试想，外国法查明费用甚至低廉到相比其他诉讼成本可以忽略不计时，外国法查明费用的多与少的变化对承担主体一方并无实质性的影响，法院对外国法查明费用的合理裁量也显得不那么紧迫。但现实情况恰恰相反，在专家途径下，外国法查明产生的费用普遍高昂，原因在于，鉴于外国法查明的难度和复杂性，查明外国法通常需要聘请具有相关领域深厚知识和经验的法律专家。这些专家往往具有较高的市场价值，且由于特定领域的专家可能较为稀缺，其收费通常较高。



除去 6 起诉讼过程中存在外国法查明过程但未在裁判文书中列明查明费用金额的案例，剩下 35 起列明外国法查明费用金额的案例中，最低查明费用金额 1 万元，最高查明费用金额 60 万元，这反映出即使是下限，查明费用仍较为高昂，且存在个别查明费用极为高昂的情况。其中，查明费用的金额位于 2 至 4 万元区间的案例数量最多，达到 13 起，占比 37%，而多数案例查明费用的金额位于 1 万到 8 万区间。这意味着，当事人需要确保有足够多的预算以、应对外国法查明问题。查明费用的高昂还体现在，在实证分析中一些案例存在查明费用高于案件受理费的情况，在 CHANGLEENGOH 与贺雪冬等民间借贷纠纷案中，一审的案件受理费为 73436 元，低于查明费用 84000 元。

---

[13] 参见《深圳市蓝海法律查明和商事调解中心法律查明规则》 https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MDcxNjgxMQ==&mid=2651608664&idx=1&sn=9889d3925401a1d1e336bf253001d9f8&chksm=8bff99bcbc8810aa7405c3abab80a602727f1350ae2622f409876374a6ef4a05b580c6df7d5e&scene=27
《“一带一路”域外法查明（广州）中心法律查明服务规则》https://www.bnrlacgz.com/news/2.html
《上海东方域外法律查明服务中心法律查明规则》http://www.ofld.com.cn/cn/a474582f9a2d40d685d95a9bb04597f9/75aafce890d947bf900c60b8b78dd57d

此外，实际有效的外国法查明方法越是有限，有效供给越是不足，个案的查明成本就越高。[14]对于法院或当事人而言，自行查明难度大，除专家途径外，其他查明途径的可操作性又较低，有效的查明途径着重于专家查明，以致普遍高昂的查明费用变得在所难免。高昂的查明费用对庭审中的任何一方而言，都意味着高昂的成本。

（二）预交费用转嫁给当事人支付缺乏依据

《会议纪要》第二十六条[15]规定，当事人提供外国法时，应直接将查明费用支付给查明方，体现出在查明服务的委托合同中，委托方与查明方的相对关系，支付查明外国法此部分劳动报酬时，不由第三方的介入，同理，在法院依职权查明外国法时，根据合同的相对性，向查明方预交的查明费用不应转嫁给当事人。但实证分析发现，法院转嫁由当事人支付的现象仍然存在。例如，部分法院要求由原被告各半预垫付查明费用[16]，部分法院则仅要求原告预付，待审理结束后再行处理[17]，部分法院则要求由申请法院查明的一方当事人预付[18]，多数判决书甚至没有提到费用的预交和负担主体。

表 4 地域分布

地域	广东	上海	北京	福建	浙江	四川	江苏	辽宁	合计
案件数	18	9	6	3	2	1	1	1	41

从案例的地域分布可看出，此类案件多由经济较发达地区的法院受理，像是广东、上海、北京三地是案例数量最为集中的地区，三地的经济发展水平以及对外开放水平较高，法院的司法裁判的预算相比他地更为充足，有能力承担起外国法查明时需预交的查明费用，在现实阻力较小的情况下，应承担而未予以承担并转嫁于当事人显得缺乏合理性并影响司法公信力。

（三）外国法查明费用分配机制不合理

对于外国法查明费用的分配结果，各个法院的裁判标准不一。41 起案例中，对于查明费用的负担方式，主要可分为败诉方负担、申请方负担、原被告双方按比例负担以及由法院负担。其中，有 31 起案例由败诉方负担，占比 76%；3 起案例由申请方负担，占比 7%；6 起案例的费用则由原被告按比例负担，占比 15%；1 起案例的费用由法院承担，占比 2%。司法实践反映，大部分法院将查明费用归入诉讼费用之中，判令查明费用由败诉方负担，但毕竟查明费用并非诉讼费用，法院依职权查明外国法时产生的查明费用转嫁给当事人承担的理据是什么，依照诉讼费用依败诉方原则分配的理据是什么，这是仍待解决的问题。而且，即

---

[14] 参见王徽,沈伟.论外国法查明制度失灵的症结及改进路径——以实证与法经济学研究为视角[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2016(05):135-149.DOI:10.13509/j.cnki.ib.2016.05.012.

[15] 对于应当适用的域外法，根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定由当事人提供的，查明费用由当事人直接支付给查明方，人民法院不得代收代付。人民法院可以根据当事人的诉讼请求和具体案情，对当事人因查明域外法而发生的合理费用予以支持。

[16] 参见(2019)沪 0104 民初 16073 号

[17] 参见(2015)深中法涉外重字第 1 号

[18] 参见(2019)粤 0391 民初 246 号

使由败诉方负担，还有存在非依败诉比例负担的现象。例如，在 31 起败诉方承担的案件中，4 起案例的败诉方为部分败诉，但承担了全额的查明费用，占比 13%，该部分司法案例反映出，败诉方承担了过多的查明费用。在丽晶电子科技服务有限公司与中菲物流有限公司、中菲行空运有限公司合同纠纷中，受理费人民币 77,600 元，保全费人民币 5000 元，由被告负担人民币 57,820 元，原告负担人民币 24,780 元。从案件受理费和保全费可知，原告方并无完全胜诉，法院对原告部分诉请未予以支持，但原告支出的法律查明费用 6 万港元与人民币 5 万元却全部由被告承担。案件事实反映出，部分败诉一方仅对争议事项负有部分责任，却对查明全部争议事项适用法律而产生的查明费用负有全部责任，查明费用承担结果难以体现公平正义价值，不利于双方当事人之间的利益分配。而且，这样的裁判结果不仅增加了败诉方的经济负担，也可能在一定程度上放任原告在诉讼中增加无关或边缘性诉求，从而加大败诉方承担更为高昂的诉讼成本的风险。

三、外国法查明费用困境的成因

（一）外国法查明费用的性质不明

关于外国法查明费用的性质，我国外国法查明费用和诉讼费用都由法院裁量分配，外国法查明费用又是否属于诉讼费用？在我国现行的法律体系中，对于外国法查明费用的性质界定尚未明晰。尽管《诉讼费用交纳办法》（以下简称《交纳办法》）对诉讼费用的种类和范围做出了具体规定，但并未将外国法查明费用明确纳入其中。司法实践中，由于法院缺乏裁判依据，尚未形成统一的认识，不同裁判案例对查明费用作了不同的定性，出现在裁判文书的不同位置。具体而言，查明费用或作为当事人的诉讼请求被写入裁判文书前面的诉讼请求部分，在国元证券经纪（香港）有限公司、吕威等融资融券纠纷中，原告将法律查明费用例如“为实现债权而产生的各项费用”之中作为诉讼请求的其中一项请求法院予以裁判；[19]或作为诉讼费用的一部分出现在裁判文书的尾部的诉讼费用部分，在北京九州风行旅游股份公司与重庆中科驭龙文化发展有限公司合同纠纷中，法院依法委托华东政法大学外国法查明中心就本案所涉的俄罗斯联邦法律提供法律意见，并依照《交纳办法》第 6 条规定，将产生的查明费用作为诉讼费用并依照诉讼费用的负担规则确定查明费用的负担主体。[20]；又亦或作为律师费中的一部分不予以单独列出，在太平证券（香港）有限公司与柯文托保证合同纠纷中，太平证券（香港）委托香港特别行政区近律师行关兆明律师就需要查明的法律问题提供查明服务，但查明服务产生的费用并未在裁判文书直接列明，而是列入了判决事项中的律师费部分。

[19] 参见(2021)辽民终 1576 号二审民事裁定书
[20] 参见(2021)渝 0192 民初 1634 号一审民事判决书

（二）外国法查明费用的分配结果：公平正义价值考量不足

公平正义价值在诉讼中的其中一表现为诉讼成本的公平分配。通常而言，诉讼成本是指诉讼主体在实施诉讼行为的过程中所消耗的人力、物力、财力的总和。[21]，将外国法查明费用归入其中，也即诉讼成本中财力部分的内容。该部分诉讼成本可理解为实现冲突法正义所付出的代价，有学者表示，无论审判能够怎样完美地实现正义，只要付出的代价过于昂贵，则人们往往只能放弃通过审判来实现正义的希望。[22]首先，法院审判成本的转嫁缺少对公平正义价值的考量。“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”是司法要旨，而公平正义的实现离不开国家审判成本的付出。在司法审判这一高度复杂的作业中，纠纷当事人因讼争法律关系的私法属性须支付相应成本；国家基于纠纷解决和法治建设方面的责任，也要负担审判成本。当法院将依职权查明时，将查明费用全部转嫁给当事人承担是忽略了查明费用所具有的审判成本的属性以及公共服务之作用。对法院来说，查明费用被全部转嫁给当事人意味着查明费用的分配与当事人权利的救济相关，仅有私法属性，没有公共服务之作用。但现实情况是，查明费用存在着部分公共服务的属性，缴纳查明费用能提高外国法查明的成功率，而国家成为国际争端解决的首选地离不开外国法查明环节的高效运作，由此，法院依职权查明外国法时，受益于查明费用公共服务的属性，有必要承担此部分费用。相反，将查明费用全部转嫁于当事人，再依据《交纳办法》第 29 条在当事人之间分配，难以合理分配当事人之间的利益，毕竟在法院依职权查明时，查明的外国法内容由法院决定，当事人的意志影响较小，若出现外国法查明结果是当事人始料未及的，又由当事人负担全部查明费用，难以实现《交纳办法》第 29 条中的惩罚和教育的作用。其次，查明费用的分配影响着当事人请求法院解决纠纷的积极性，查明费用本身分配公平时，能促使外国法由“查”走向“明”。相反，查明费用在分配不合理时，会成为当事人一方或双方过于沉重的代价，影响的不仅会是当事人的利益和其寻求法院救济的积极性，还有法院审判解决纠纷的公信力。

四、解决外国法查明费用问题的可行进路

（一）比照鉴定费理解外国法查明费用

外国法查明费用的性质可参照鉴定费用的性质理解。即使我国现行法律尚未直接将查明费用列入调整鉴定费分配的《交纳办法》的相关规定之中，但从调整鉴定费的条款《交纳办法》第 12 条[23]来看，此条为开放式条款，查明费用有纳入其中的可能性，再加上查明费用与第 12 条所列举的事项都是涉及专业人员或机构提供的服务，多依靠特定领域的专业技能，查明费用有纳入其中的可行性。其次，从鉴定费和查明费用的特征来看，二者颇为相似，均

---

[21] 赵钢,占善刚.诉讼成本控制论[J].法学评论,1997,(01):10-17.

[22] 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，北京：中国政法大学出版社，2004 年，第 267 页。

[23] 诉讼过程中因鉴定、公告、勘验、翻译、评估、拍卖、变卖、仓储、保管、运输、船舶监管等发生的依法应当由当事人负担的费用，人民法院根据“谁主张，谁负担”的原则，决定由当事人直接支付给有关机构或者单位，人民法院不得代收代付。

是在诉讼过程中，运用专业知识对诉讼所涉及的特定问题分析，以专业意见帮助推进审判。[24]再者，于 2023 年 4 月 25 日，作为我国较高级别的吉林省高级人民法院，公布的一份关于域外法查明的司法文件也将鉴定费用的分配原则引入了查明费用的分配之中。[25]关于鉴定费用的负担规则适用，《交纳办法》第 12 条是否为鉴定费最终的负担依据条款与鉴定费是否属于诉讼费用有关。若鉴定费不属于诉讼费用的范围，该费用仅依据《交纳办法》第 12 条的“谁主张，谁负担”原则，最终由申请人负担；若鉴定费属于诉讼费用的范围，则《交纳办法》第 12 条不能决定鉴定费最终分配。对此，最高人民法院认为鉴定费用属于诉讼费用的范畴，最终依据《交纳办法》第 29 条由败诉方承担。[26]

（二）构建合理的分配机制

1. 外国法查明费用在法院与当事人之间的分配

首先，考量法院与当事人谁作为查明费用的承担主体这一问题需先从外国法查明的两个基础性、前提性问题：外国法性质以及外国法查明责任主体进行理解。以《法律适用法》第 10 条[27]为依据，我国外国法查明责任呈现的是在法院与当事人进行查明责任分配的“双轨制”构造。同时，最新出台的《司法解释二》的第 1 条[28]也明确、清楚地重申了法律适用法的立场，即法院查明为主，当事人提供为辅的查明构造。可见，我国立法上并不纠缠于外国法性质的“法律”与“事实”之争，而是通过程序上的规定明确查明主体，也即当事人未选择适用和选择适用外国法两种情形下相应的查明主体。

外国法查明费用的承担应以外国法查明责任的承担为基础。[29]查明费用同样需反映当前查明责任分配的“双轨制”构造。查明费用的承担主体在法院与当事人之间进行分配，法院依职权查明外国法的，查明费用由法院负担；当事人约定适用外国法的，查明费用由当事人负担。原因在于，第一，理论上来说，查明责任双轨制下，法院负有外国法查明义务时，查明费用更多地成了法院查明外国法所付出的诉讼成本，负担诉讼成本是承担查明责任的体现，不应将其全部转嫁给当事人。同理，当事人负有查明义务时，查明费用更多地成了当事人为实现诉请所付出的诉讼成本，当事人为了救济自己的私权，解决与特定主体的纠纷，使用诉讼程序自然亦应付出代价。[30]第二，查明方和委托方存在委托合同关系，查明方提供查明服

---

24 参见刘晓红.准确查明和适用域外法的标本意义[z].《中国审判》杂志,2024.

25 《吉林省高级人民法院域外法查明暂行办法》第二十条　当事人提供应当适用的域外法，查明费用由当事人直接支付给查明方，人民法院不得代收代付。人民法院可以根据当事人的诉讼请求和具体案情，对当事人因查明域外法而发生的合理费用予以支持，并在裁判文书中载明。当事人要求适用域外法、人民法院委托法律查明机构查明的，查明费用参照鉴定费用承担的原则合理确定。

26 参见最高人民法院民事审判第一庭.民事审判实务问答[M].法律出版社，2021:333-334

27 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十条　涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。

28 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（二）》第一条人民法院审理涉外民商事案件适用外国法律的，应当根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定查明该国法律。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。当事人未选择适用外国法律的，由人民法院查明该国法律。

29 肖永平,仇念轩.完善我国法院运用专业机构查明外国法的建议[J].国际法学刊,2022(04):34-52+154-155.

30 曲昇霞.从程序价值视角看我国民事诉讼费用的性质与征收[J].河北法学,2005,(02):142-145.DOI:10.16494/j.

务，委托方支付服务报酬，也即外国法查明费用。根据权责统一原则，委托方享有要求查明方提供查明服务的权利，也负担支付外国法查明费用的义务，基于合同的相对性，支付查明费用的义务不应归于合同当事人之外的第三人，法院作为委托一方由法院承担查明费用，当事人作为委托一方由当事人承担查明费用。第三，从《会议纪要》第 26 条可以看出，查明费用的承担以查明责任的承担为前提，而且，该法条中仅提到当事人提供外国法的情形下由当事人直接支付查明费用给受委托方，其中并不包括法院依职权查明外国法的情形，对于公权力，法无授权不可为，因此法院依职权查明外国法时，当事人没有义务承担产生的查明费用并将其支付给受委托方。第四，外国法查明费用双轨制的分配方式也能在从一些地区法院发布的司法文件中找到类似做法，例如，《广州市中级人民法院域外法查明操作指引(试行)》第 6 条[31]对查明费用的承担主体做出了规定，根据不同条件，分别规定当事人和法院各自承担查明费用的责任。

需要注意的是，查明费用“双轨制”构造并非绝对的，费用的分配最终服务于促使成功查明外国法。法官依职权查明时，当事人也需在力所能及的范围内辅助法官的查明，减轻法官的查明压力，对于查明费用，法院可将其部分转嫁给当事人，毕竟，若法院缺乏专门的经费，尤其国家财政较为紧张、司法资源紧缺的情况下，由国家投资的公共设施或提供的公共服务通过适当收费以补足财政实属必要。[32]可以类比案件受理费的收取模式，厘清法院与当事人费用负担的比例，《交纳办法》第 13 条根据诉讼请求的金额或者价额划分了案件受理费的收费区间，以当事人预期享受司法服务和受益的多少来决定诉讼费用的数额，消耗的司法资源越多,所获利益越大,所应交的费用数额也就越高。[33]查明费用的收取可借鉴上达规定，采取累进制，根据费用的具体数额拟定区间和比例，按比例由当事人负担部分以填补司法成本；当事人选择适用外国法时，基于对当事人身份和公共利益的考量，若当事人面对高昂的查明费用确有承担的困难，可考虑由司法援助费用解决，如果剩余部分仍不足以解决的，则由法院来承担，这种做法能体现法律对弱势群体的人文关怀。[34]

2. 外国法查明费用在当事人之间的分配

若外国法查明费用以明确由当事人方承担,那应由申请方承担还是由败诉方承担？本文认为,外国法查明费用应先有申请方垫付,最终依据具体败诉情况由败诉方承担相应的数额。具体来说，关于外国法查明费用的“垫付“是指《会议纪要》第 26 条[35]中的“直接支付”。首先，由于查明费用比照鉴定费理解，可将该条的内容与鉴定费的适用条款——《诉讼费用

---

cnki.1002-3933.2005.02.031.

31 《广州市中级人民法院涉外民商事案件委托当事人送达指引（试行）》第六条【查明费用】当事人约定适用域外法，查明费用由申请人垫付，法院结合判决结果决定当事人各自负担的法律查明费用。法院依职权应查明的域外法，查明费用由法院负担。

32 参见廖永安：《论民事诉讼费用的性质与征收依据》，载《政法论坛》2003 年第 5 期

33 参见廖永安：《论民事诉讼费用的性质与征收依据》，载《政法论坛》2003 年第 5 期

34 王显荣.外国法适用论[D].西南政法大学,2014.

35 《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第二十六条【域外法查明费用】对于应当适用的域外法，根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定由当事人提供的，查明费用由当事人直接支付给查明方，人民法院不得代收代付。人民法院可以根据当事人的诉讼请求和具体案情，对当事人因查明域外法而发生的合理费用予以支持。

交纳办法》第 12 条第一款进行对比分析，进而理解《会议纪要》第 26 条之中“直接支付”。最高人民法院在 1 起案例中[36]将《诉讼费用交纳办法》第 12 条中的“谁主张，谁负担”的原则理解为“谁主张，谁预交”。该解释与《会议纪要》第 26 条理解上存在共同点，也既法条中解决的问题是费用是否由法院代缴代付的问题而非费用最终由谁承担的问题。根据文义解释，《会议纪要》第 26 条并未提及最后费用分担的解决，而是对费用是否由法院代缴代付做出规定，因此，该条款中的“直接支付”可比照《诉讼费用交纳办法》的第 12 条理解为“垫付”。在查明费用最终承担主体的分配上，根据《诉讼费用交纳办法》第 29 条的规定确定查明费用由败诉方负担。部分胜诉、部分败诉的，根据案件的具体情况决定当事人各自负担的数额。

（三）完善外国法查明费用的说理论证

基于我国裁判文书的透明与公开要求，以及最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》精神，不仅案件的实体裁判需要翔实的说理论证，对于程序部分以及法官的自由裁量，更需要进行释法说理，提升裁判文书的整体质量、规范审判权的行使、提升司法公信力和司法权威。有学者也表示，我国外国法查明制度的现实适用情况是，无法查明欠缺说理、裁判依据书写混乱，判决书只注重结论而缺乏充分的说理论证。[37]如美国联邦法院要求法官在其判决中说明在查明外国法上所做的努力，当欠缺该说明时将被认为没有查明外国法。[38]同样地，德国联邦法院也要求下级法院在裁判文书中对外国法的调查情识以及内容进行详细说明，否则当事人可以法官未能适当履行查明职责为由进行上告。[39]我国可以对有益实践进行借鉴，增加裁判文书中有关外国法查明过程的说理要求，完善监督体系。样本案例中,绝大部分判决并未说明查明费用处理的理由及标准，仅部分案例简单地宣布了费用的支付主体和数额。而高昂的查明费用对任何一方来说都是不小的负担，若查明费用的分配未予以说明，分配结果又实则有误，当事人则难以针对裁判文书中的错误寻求法律上的依据以救济自己的权利。职是之故，司法透明不可回避，其要求外国法查明信息的记载足够完善，而这恰恰也是法院正确适用《法律适用法》，遵循国际私法精神进行审理的体现。[40]为保障司法透明，法官对查明费用的金额和分配依据应进行必要说明，在制度设计上，对裁判文书中关于查明费用的说理论证予以硬性要求，查明费用的预付与最终分配，金额，分配理由，法律依据都是说理论证的重要考量因素，于此，当事人对于查明费用问题的上诉权更能切实得到保障，同时也能约束法官的自由裁量权并督促法官正确分配查明费用。

---

36 参见最高人民法院（2018）最高法民终 557 号

37 参见林燕萍、黄艳如：《外国法为何难以查明——基于〈涉外民事关系法律适用法〉第 10 条的实证分析》, 载《法学》2014 年第 10 期。

38 See Sofie Geeroms，Foreign Law in Civil Litigation：A Comparative and Functional Analysis，1st ed.，Oxford University Press, 2004, p.95.

39 参见赵凌：《论外国法查明制度在我国的功能重塑》，载《江西科技师范学院学报》2012 年第 2 期。

40 王徽,沈伟.论外国法查明制度失灵的症结及改进路径——以实证与法经济学研究为视角[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2016(05):135-149.DOI:10.13509/j.cnki.ib.2016.05.012.

（四）发展外国法查明机构以降低查明费用

高昂的查明费用多是基于较高的外国法查明难度和稀缺的外国法专家资源，随着外国法查明机构的发展，机构内部的法律资源和专家网络逐渐变得丰富，查明流程的标准逐渐完善，再加上查明机构内部的外国法查明成果的资源不断整合，外国法查明效率随之提高，而且，在完成足够多的查明业务后，对过往的外国法查明问题积累了解决之道，未来在遇见类似问题时查明外国法的难度降低，最终的效果便能促进外国法查明费用的降低。专业的外国法查明机构备受法院的青睐。

从外部环境看，外国法查明机构备受国家层面的推动和支持。在过往，我国法律规定并未将法律查明服务机构纳入查明途径[41]，且外国法查明机构的在中国的发展仍处于萌芽阶段，域外法律查明工作多由中外法律专家承担。近年来，鉴于法律查明服务机构的专业性、快捷性等优势，以及外国法查明业务量的增多，最高人民法院和各级的司法机关逐步认可通过法律查明服务机构查明外国法这一途径。2018 年，《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》首次将“外国法查明服务机构提供”列入查明途径之一。近些年随着我国的外国法查明机构的发展迎来新的阶段，迎来全国性由点及面的大范围发展，既有外国法查明统一平台的组建，也有外国法查明区域机构的萌生。2019 年 11 月 29 日，最高人民法院域外法查明平台在国际商事法庭网站上线启动，标志着全国法院域外法查明统一平台的正式建立。除了域外发查明统一平台的建立，区域性外国法查明机构的发展也得到了政府的鼓励和支持。2023 年 6 月 9 日，横琴粤澳深度合作区法律事务局发布的《横琴粤澳深度合作区法律服务业扶持办法》明确规定，合作区内的法律查明机构每年可以申请最高一百万元的专项补贴，以鼓励其为当事人提供更优质的查明服务。

需要注意的是，在未来，随着查明业务量的增长会不断增多，查明机构数量也会随之增多，而查明质量的保证依赖查明机构的服务水平，为防范出现“浑水摸鱼”的查明机构影响查明市场的秩序和不能实际有效解决法院或当事人的外国法查明问题，有必要建立足够高的准入门槛已保障查明机构市场的高水平。具体而言，可以采用备案登记制度，登记机关主要由工商行政管理部门与司法部门配合，对查明机构的筛选标准侧重于以提供高质量、高标准和国际化的查明服务，同时，不同地方的查明机构可保留其自有特色，有针对的服务当地查明业务。

外国法查明机构的良性发展不仅需要良好的外部环境，还需要合理的内部规则，例如查明费用的收费标准的规则。然而，许多查明机构并未公开查明费用的收费标准，目前市场上许多查明业务多通过与法院签订合作协议的方式进行，对外并无公开查明费用的收费标准。这种合作方式虽然有助于确保服务的连续性，但也使得机构之间缺乏充分的竞争和市场化运作。这可能导致服务质量参差不齐，甚至可能出现垄断现象。为了解决这一问题，各机构有必要公开其查明服务的收费标准，以增加透明度和可比性。同时，政府和行业协会也应加强监管和指导，推动法律查明服务市场的健康发展。随着收费标准的公开，服务的成本和定价

[41] 最高人民法院民法通则司法解释第 193 条，现已失效。

变得透明化。潜在客户（如律师事务所、企业或个人）可以方便地比较不同机构的收费，从而选择性价比高的服务。这种透明度迫使价格过高的机构进行调整，以保持竞争力。各机构在公开的竞争环境中，需要通过提升服务质量和降低成本来吸引客户。竞争加剧往往会推动价格的下降，同时提高服务的质量，而且，委托方在选择服务时拥有更多的信息和更大的议价能力，他们可以根据公开的价格与查明机构进行谈判，争取更优惠的价格或更优质的服务。

结语

外国法查明费用合理分配与否，于具体个案而言，关乎各方利益，影响查明方的查明积极性；于整体类案而言，关乎法院正确裁判的形象，影响法院的司法公信力。通常而言，外国法查明费用多产生于专家途径，由此，本文研究的外国法查明费用问题也针对由专家途径产生的查明费用。经过对外国法查明费用的特征分析得出，其范围应采狭义范围，不包括辅助费用。在明确外国法查明费用的范围后，进而分析 41 起相关案例，发现外国法查明费用在司法实践中的存在查明费用较为高昂；预交费用转嫁于当事人支付普遍缺乏依据；查明费用的实际分配不合理的问题。分析其背后原因，有查明费用性质不明和公平正义考量缺失两个因素本文得出三个方面解决外国法查明费用问题的可行路径：在查明费用的性质理解上，可将其比照诉讼费用中的鉴定费予以理解；在查明费用的分配上，应以查明责任的分配为前提，若法院依职权查明外国法，由法院负担查明费用，若当事人约定适用外国法，可将查明费用参考鉴定费的负担方式，为平衡一方过重的承担责任以成功查明外国法，必要时，由法院或当事人承担查明费用的部分可由对方承担；在裁判文书中，法院应注意完善对查明费用分配的说理论证，以保障当事人的救济权利和督促法官谨慎分配查明费用；在查明费用的控制上，建议积极发展外国法查明机构，随着查明机构个体的发展以及数量的增多，机构规则的逐渐完善，市场的充分竞争，高昂查明费用走向亲民将存在很大可能。

论外国人在华永久居留立法的建构：基于美国永久居留立法的对比视角

冯丹瑶*

内容提要 随着我国经济持续增长，国际化步伐加快，吸引了大量外国人来华工作、生活，这对外国人永久居留管理提出了更高的法律要求。然而，我国现行的外国人永久居留法律体系尚显不足，面临立法宗旨较为局限、标准不够清晰、法律内容有所缺失等挑战。相比之下，美国的外国人永久居留制度内容丰富、层次分明、体系完善，为我国提供了宝贵的借鉴经验。鉴于我国在移民管理领域的立法与实践经验尚浅，在充分考量我国国情的基础上，应从构建全面、系统的外国人永久居留制度体系入手，转变立法思维，明确和细化标准，并适时颁布《外国人永久居留管理条例》，为外国人在华长期居留提供更为明确、稳定的法律保障，进一步促进我国对外开放和国际人才交流。

关键词 外国人在华永久居留制度 中美比较 法律体系

* 冯丹瑶，广东外语外贸大学硕士研究生。

On the Construction of Legislation on Foreigners' Permanent Residence in China: A Comparative Perspective Based on the U.S. Permanent Residence Legislation

Abstract: As China's economy continues to grow and the pace of internationalization accelerates, a large number of foreigners have been attracted to work and live in China, which poses higher legal requirements for the management of permanent residence of foreigners. However, China's current legal system for permanent residence of foreigners is still insufficient, facing challenges such as limited legislative purposes, unclear standards and lack of legal content. In contrast, the U.S. system of permanent residence for foreigners is rich in content, hierarchical and perfect, providing valuable experience for China to learn from. In view of the fact that China's legislative and practical experience in the field of immigration management is still shallow, based on the full consideration of China's national conditions, it should start from the construction of a comprehensive and systematic system of permanent residence for foreigners, change the legislative thinking, clarify and refine the criteria, and promulgate the Regulations on the Administration of Permanent Residence for Aliens in due course, so as to provide a more clear and stable legal guarantee for foreigners' long-term residence in China, and to further promote China's opening-up and international exchange of talents.

Keywords: Permanent residence of foreigners in China, Comparison between China andU.S., legal system

一、引言

外国人在华永久居留立法是我国涉外法治建设的重要组成部分。制定和完善外国人永久居留立法，不仅是对我国对外开放政策的积极响应，也是满足国际人才流动需求、促进经济社会发展的现实需要。一方面，随着全球化进程的加速和国际人才竞争的加剧，我国需要吸引更多高素质、高技能人才来华工作和生活，为我国经济社会发展提供强大的人才支撑。制定科学合理的外国人永久居留法律制度，可以为这些人才提供更加稳定和可预期的居留环境，增强他们来华工作和生活的意愿。另一方面，外国人永久居留立法也是维护国家安全和社会稳定的需要。通过明确外国人永久居留的条件和程序，加强对外国人的管理和服务，可以有效防范和打击非法移民、恐怖主义等安全威胁，维护国家安全和社会稳定。

我国外国人永久居留制度实施以来，在服务国家人才战略、吸引海外投资、涵养侨务资源等方面发挥了重要作用，但是在外国人永久居留立法方面，尽管我国已初步建立了以《中华人民共和国出境入境管理法》及《外国人在中国永久居留审批管理办法》为核心的法律框架，但相关法律法规仍显笼统，可操作性有待进一步提高。[①]特别是在华外国人管理、服务等领域的立法，尚需进一步细化和完善，以适应新时代下国家发展的需要和外国人在华生活的实际需求。

因此，建立和完善外国人永久居留立法模式是我国涉外法治领域的当务之急。一个完善的外国人永久居留立法模式，可以规范外国人永久居留资格的审批工作和日常管理工作，更好的服务本国经济社会发展和来华永居者的合法权利。国内学者对此已有一些研究：在制度方面，刘国福在《简论外国人在中国永久居留（中国绿卡）制度》一文中，论述我国外国人永久居留制度存在立法思路、立法目的、投资移民制、技术移民制、亲属团聚移民制等方面的问题，并通过对这些问题进行了批判性思考提出完善建议[②]；张庆元在《外国人居留权制度研究》中提出在制定移民法的基础上，对居留权进行分类，根据外国人居住和外籍华人回乡的不同需求，实行两卡制管理[③]；在立法方面，刘国福在《移民法》一书中指出，从分散模式到法典模式，是立法发展的一般规律，我国制定一部包含永久居留制度的移民基本法的立法时机趋于成熟，立法机关在相关立法发面积累了丰富的经验，完全有能力制定出一部适应形势发展、好的移民基本法[④]；在对比分析方面，姬虹深入剖析了美国技术移民制度的形

[①] 韩永红：《论我国涉外立法的转型》，载《东方法学》2023 年第 2 期，第 110 页。
[②] 刘国福：《简论外国人在中国永久居留（中国绿卡）制度》，载《河北法学》2008 年第 3 期，第 51—57 页。
[③] 参见张庆元：《外国人居留权制度研究》，法律出版社 2014 年版，第 192—193 页。
[④] 参见刘国福：《移民法》，中国经济出版社 2010 年版，第 117 页—118 页。

成背景、核心要素，同时明确指出了该制度现存的问题与值得借鉴的优势[①]；孙郝蕾对中美两国在外国人永久居留制度上的多维度差异进行了详尽比较，涵盖管理体制、立法架构、签证制度以及难民政策等方面，并在此基础上提出了全面而综合的改进建议[②]。综上所述，尽管国内关于永久居留制度的研究颇为丰富，但多数研究在针对性上存在不足，最终多聚焦于制定统一的移民法典。诚如刘国福所言，立法的发展确有其从分散到法典化的规律，但是不应仅局限于极端状态之间的转换，更应注重在制度发展的各个阶段中，对永久居留立法进行持续的完善与优化，以此作为连接过去与未来移民法律体系的桥梁，确保法律体系的连贯性与前瞻性。

笔者选取美国作为比较研究的对象，一是因为美国移民体系历史悠久且长期吸收大量移民；二是美国移民立法较早，经过多年的发展已经形成了相对完备的移民法律体系，对国际社会影响相对较大。本文依据我国实际国情为基准，致力于深入分析我国外国人永久居留制度的现状与特点。笔者通过对比中美两国在外国人永久居留制度上的具体条款与实践，从立法架构、制度宗旨及具体规定等维度探索两者的共性与差异。这一比较分析旨在为我国未来在外国人永久居留立法方面的规划与设计提供坚实的理论依据与实践参考，促进相关法规体系的完善与国际化接轨。

二、在华外国人永久居留立法发展历史

外国人在我国境内居留的历史渊源可追溯至先秦两汉时期，彼时已初现通过设立零散关卡以调控外来人员流动的迹象。唐朝时期，国家法律体系更为完善，不仅针对外国人的出入境、就业、求学乃至婚姻等事宜制定了详尽规定。然而，近代以来，特别是鸦片战争后，随着一系列不平等条约的签订，列强国家的公民大量涌入中国并定居，这一时期的外国人居留制度深受外部势力影响，更多地反映了列强的利益诉求，而非我国自主意志的体现。

直至 1985 年，我国才正式确立了永久居留制度，标志着在外国人长期居留管理方面迈出了重要一步。依据国家近年来相继出台的一系列关于外籍人士长期居留管理的重要法律与规章框架，笔者从立法的基本原则与根本目的出发，将我国外国人永久居留制度的历史演进划分为三个鲜明阶段：萌芽期，标志着制度初现端倪；形成期，体系框架逐渐构建完成；以及发展期，制度在实践中不断优化完善，更加符合我国国情与国际交流合作的需要。

（一）萌芽时期（1964 年——1984 年）

我国外国人永久居留制度与移民发达的国家相比，起步比较晚。最早见于我国立法体系

[①] 参见姬虹：《美国技术移民与人才引进机制》，载《美国研究》2013 年第 3 期，第 94 页。
[②] 孙郝蕾：《中美外国人永久居留制度比较研究》，载《政法学刊》2019 年第 3 期，第 122 页。

内，涉及外国人在中国居留相关事宜的，可追溯至1964年颁布的《外国人入境出境过境居留及旅行管理条例》。此条例的核心在于规制外国人在华期间的出入境流程、过境规范及旅行活动，并详细设定了外籍人士在华居留期间必须履行的居留登记、户籍申报等程序性要求，从而确立了外国人在中国居住的身份合法性基础。然而，并未触及永久居留权的具体规定与安排。此外，这一时期的移民管理的原则是“扫净屋子、另起炉灶”，对帝国主义在华特权进行了取消，清理并遣返在华的侨民。

可以看得出，这个时期我国外国人永久居留制度并没有形成，相关立法仍处于起步阶段。

（二）形成时期（1985年——2003年）

我国第一次在立法上明确提出“永久居留”的概念，是1985年全国人大常委会会议表决通过的《中华人民共和国外国人出境入境管理法》。该法规定有三类外国人可以申请永久居留：（1）在中国投资的；（2）同中国的企业、事业单位进行经济、科学技术、文化合作的；（3）其他需要在中国长期居留的外国人。[①]为了进一步细化上述法律规定，公安部联合外交部，在1986年颁布了《外国人出入境管理法实施细则》，其中，第十八条条款具体阐述了外国人获得永久居留许可的条件，即他们必须在其所从事的领域内取得显著成绩或达成重要成果，方有资格被授予永久居留证件。

在这一阶段，我国以法律的形式明确规定了外国人永久居留制度，[②]但是因为立法经验不足，仍存在许多问题。对于外国人申请永久居留的条件、程序，并没有明确的指引，存在解释的余地。例如法律规定中，投资取得永久居留，投资需要达到多少金额才能申请；实施细则中“取得显著成效”的标准也未明确。在这段时期，外国人永久居留制度尚处于初步构建阶段，其框架虽已确立，但尚缺乏详尽具体的实施细则作为支撑，同时也缺少与之相配套的、明确界定权利义务的规范体系，所以笔者将这一阶段归为永久居留的形成时期。

（三）发展阶段（2004年——至今）

直至2004年《外国人在中国永久居留审批管理办法》的颁布，我国外国人永久居留制度才得以正式确立。与《中华人民共和国外国人出境入境管理法》及《外国人入境出境管理法实施细则》相比，该办法在永久居留的资格界定、申请类别划分以及审批流程设置等多个维度上，均实现了显著的制度完善与细化，为外籍人士在华长期居住提供了更为明确和具体的法律指引。

---

① 《中华人民共和国外国人出境入境管理法》第14条：“依照中国法律在中国投资或者同中国的企业、事业单位进行经济、科学技术、文化合作以及其他需要在中国长期居留的外国人，经中国政府主管机关批准，可以获得长期居留或者永久居留资格。”

② 殷欣然：《我国外国人永久居留制度完善研究》，扬州大学2021年硕士学位论文，第6页。

此外，我国通过强化多部门间的协同联动，持续推动外国人在华居留制度的完善与优化。2011 年，人力资源和社会保障部颁行了《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》，此举显著增强了在中国工作的外国人参与社会保险体系的法律保障，确保了其合法享有相应社会保险待遇的权利。2012 年，全国人大常委会正式公布了《中华人民共和国出境入境管理法》，标志着我国在外籍人士永久居留制度的法律构建上迈出了关键一步，确立了其基本的法律框架。同年，为更周全地保障永久居留外籍人士的权益，人力资源和社会保障部联合其他 24 个政府部门，共同制定了《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》，该办法详尽规定了就业、投资、居住、税务优惠、金融服务、外汇管理、旅游便利、消费权益、交通出行及子女教育等全方位待遇，充分展示了我国对永久居留外籍人士权益保护的坚定承诺与高度尊重。自 2016 年起，我国在北京、上海、广东率先启动外国人永久居留制度试点项目，特别为高层次人才量身定制“永久居留快捷通道”，旨在简化流程，加速其融入中国生活与工作的步伐。2018 年，国家移民管理局的成立，标志着我国外国人永久居留及移民管理进入了专业化、系统化的新阶段，该机构集中负责全国移民事务管理、相关法律法规的起草工作以及外国人来华口岸签证的组织实施，推动我国在这一领域的管理水平迈向了新高度。

除了前述的法律法规体系外，我国持续致力于优化并完善外国人在中国永久居留的法制框架，目前已着手推进《外国人永久居留管理条例》的制定工作。该条例的草案征求意见稿已于 2020 年 2 月面向公众公布，标志着我国在这一领域迈出了重要一步。诚然，当前的外国人永久居留制度在条款设置上尚存诸多待改进之处，且立法进程呈现出一定的稳健而非急促的特点，但这恰恰反映了我国在追求立法质量上的严谨态度，并预示着广阔的改进空间与巨大的发展潜力。未来可期，随着国际交流的日益加深和我国对外开放水平的不断提升，外国人永久居留立法有望迎来更加全面、系统且深入的发展与完善，进一步促进我国成为更加开放、包容、法治化的国际环境。

三、我国目前外国人在华永久居留立法现状及存在的问题

（一）外国人在华永久居留立法现状

我国永久居留立法模式以分散式为主，从法律、行政法规、部门规章到地方性规章四个层面，分别对外国人在华永久居留进行规定，这四个层级的法律文件相互衔接、互为补充，共同构筑起我国永久居留法律体系的坚实基础，各自在其所处的法律位阶中扮演着不可或缺

的关键角色。[①]

在法律层面，全国人大常委会颁布的《中华人民共和国出境入境管理法》中确实涵盖了外国人永久居留的相关事宜，但具体条款数量有限，主要集中在第四十七条、第四十八条及第四十九条。这三条条款分别涉及了申请永久居留需满足的条件、受理申请的机关以及永久居留资格可能被取消的情形。然而，值得注意的是，该法律在外国人永久居留制度的各个层面并未达到全面且详尽的规范程度。鉴于此，《中华人民共和国出境入境管理法》，作为构建我国外国人管理法律框架的基石，其主体规范效力尚显不足，难以在法律层面充分发挥对外国人永久居留管理事务的主导和规范作用。[②]

在行政法规层面，为了更有效地执行《出境入境管理法》中关于永久居留的条款，国务院适时出台了《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》，该条例在一定程度上对《出境入境管理法》进行了细化处理。然而，该条例主要聚焦于外国人居留的相关事项，如明确了对申请永久居留入境的外国人应发放 D 字签证，并列举了申请此类签证所需的具体材料。遗憾的是，条例中并未对短期居留与永久居留进行明确区分，也未阐述从短期居留转换为永久居留的具体条件和流程。[③]

在部门规章层面，除了《外国人在中国永久居留审批管理办法》这一核心规章外，还有由 24 个相关部门联合发布的《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》，该办法广泛覆盖了多个维度，细致规定了外国人在华永久居留期间可享受的各项待遇与权益。与此同时，在地方性规章建设上，各级地方政府也出台针对外国人在本行政区域内居留事务的具体规定。以广东省为例，其颁布的《广东省外国人管理服务暂行规定》便是对外国人在粤居住、就业、商务活动等多方面事务进行全面规范的重要文件。

（二）我国外国人永久居留立法存在的问题

1、我国外国人永久居留制度法律体系

（1）外国人在华永久居留法律体系不完善

由前文可知，我国外国人永久居留的立法体系复杂，广泛分布于从中央到地方不同层级的法律法规、部门规章、政策性文件及通知之中。这些纷繁复杂的规定，主要集中于各级政府及其下属机构发布的众多文件之中，涉及部门数量高达 25 个，文件种类更是繁多，超过 12000 种，其内容广泛而深入，涵盖了出入境管理、居留与居住条件设定、社会治安维护、

[①] 参见孙郝蕾：《中美外国人永久居留制度比较研究》，载《政法学刊》2019 年第 3 期，第 122—123 页。
[②] 翁里、夏巧雅：《论我国出入境管理法律制度改革》，载《浙江警察学院学报》2015 年第 4 期，第 59 页。
[③] 孙郝蕾：《中美外国人永久居留制度比较研究》，载《政法学刊》2019 年第 3 期，第 122 页。

行政执法流程、劳动就业政策制定、待遇保障措施落实，以及人才引进与智力支持策略等多个关键领域。[①]此外，在应对外国人永久居留问题的过程中，我国倾向于采用政策与部门规章等灵活性较高的手段进行调控。然而，这类旨在提升适应性和灵活性的规范性文件，由于其法律位阶相对较低，导致法律效力不足，且缺乏必要的权威性。这一现状进而引发我国外国人永久居留制度在全面性和系统性构建上的短板，缺乏一个强有力的法律框架作为支撑，难以充分满足当前及未来出入境管理和永久居留工作在新形势下的实际需求。[②]

（2）立法思想存在局限性

虽然《中华人民共和国外国人出境入境管理法》首次明确提出了“永久居留”的概念，但是该法律的制定缺乏系统的理论指导，加之我国并非传统移民国家，缺乏现成的经验可供借鉴，[③]同时我国的出入境管理体制主要借鉴苏联模式，因此，外国人在华的管理从一开始就主要遵循了以出入境管理为核心的立法思想。[④]但是，随着对外交流的增加以及对吸引外籍人才需求的日益增长，这种立法思想已经不能满足我国当前的现实需要。

2018 年，我国成立了国家移民管理局，这一举措表明我国在国际移民管理上开始重视管理与服务并重的理念。然而，总体上依然偏重行政管理，强调对“中华人民共和国主权、安全和社会秩序”的维护。[⑤]

尽管我国现行的外国人永久居留制度主要聚焦于出入境管理，这确实在维护国家安全和强化在境内外国人管理方面发挥了重要作用，但随着时代的发展和国内外形势的复杂多变，仅以出入境管理为核心的立法思路已难以全面契合我国当前的现实需求。因此，中国不宜简单沿袭传统的行政管理框架，单纯侧重于管理或限制国际移民。[⑥]相反，中国的绿卡制度应当立足国情，积极创新，树立开放包容与竞争并存的意识，通过优化政策环境、提升服务质量等举措，吸引更多高素质、高技能的国际人才移民，为国家的经济、科技和社会发展注入新的活力。

2、法律规定内容模糊

（1）法律语言模糊不清

无论是现行的永居管理办法，还是 2020 年公布的《征求意见稿》，都存在语言模糊的

[①] 参见林楠：《论我国外国人永久居留制度的法律完善》，南京师范大学 2019 年硕士学位论文，第 20 页。
[②] 参见孙郝蕾：《中美外国人永久居留制度比较研究》，载《政法学刊》2019 年第 3 期，第 126 页。
[③] 参见周至辅：《我国永久居留制度研究》，南京大学 2016 年硕士学位论文，第 16 页。
[④] 《中华人民共和国出境入境管理法》第二条规定：“中国公民出境入境、外国人入境出境、外国人在中国境内停留居留的管理，及交通运输工具出境入境的边防检查，适用本法。”
[⑤] 熊文钊：《论中国移民法律制度的历史演进与制度建构》，载《比较法研究》2020 年第 5 期，第 180 页。
[⑥] 刘国福：《简论外国人在中国永久居留（中国绿卡）制度》，载《河北法学》2008 年第 3 期，第 52 页。

问题。法律语言的使用若不当或不准确，将会削弱中国绿卡制度的实施效果。[①]在《外国人在中国永久居留审批管理办法》的法律条文中，存在大量用词过于宽泛、缺乏明确界定的问题，导致实际操作中难以把握，比如“重大贡献”、“突出成就”、“良好品行”、“稳定状况”以及“主要影响”等表述，这些措辞由于缺乏具体的量化标准或明确的解释，使得从字面上难以直接进行具体定义，从而影响了法律条文的执行效果。在《征求意见稿》中，类似的问题依然没有得到实质性的改善。以第十二条为例，该条款提及了“在经济、科技、教育、文化、卫生、体育等领域取得国际公认杰出成就的外国人”，然而，“杰出成就”的具体界定标准却并未明确。这是否意味着需要在这些领域内获得国际级奖项，或者在世界性项目中担任核心领导职务方可视为达标，目前尚缺乏一个统一且清晰的衡量体系。同样地，第十五条中提及的“国际知名高校”也未给出详细的定义，仅指出符合条件的毕业生需在我国工作三年以上且实际居留总时长不少于一年[②]，但“国际知名高校”这一表述本身即存在模糊性，因为不同权威机构的世界高校排名榜单各有差异，且这些榜单还会随着时间不断变动，这无疑给政策的执行与落实带来了不确定性。

法律语言的模糊性，由于缺乏量化的明确标准，给执法机关的实际操作带来了困难。若对这些模糊词汇进行任意解释，将导致不同申请人面临差异化的评判标准，进而使负责机关的自由裁量权过度膨胀，这不仅不利于政策的公正执行与严格审核，还可能削弱我国永久居留制度的实施效果。

（2）法律规范的内容与效力倒置

前文已提及，我国《中华人民共和国出境入境管理法》中涉及外国人永久居留的条款确实存在数量有限的问题，且内容表述宽泛，不够明确，同时在法律主体及规制措施方面的界定也显得不够有力，难以全面有效地指导外国人永久居留的管理实践。此外，作为上位法，对于永久居留实施程序、管理机制以及主管机构的具体设置等方面，均存在较为明显的规定不足问题，显得较为薄弱。针对永久居留于中国的外籍人士在待遇享有、社会保险参与等方面的具体规定，当前所依据的规范性法律文件，由于其法律位阶偏低，致使在实际执行过程中面临诸多限制，从而削弱了其作为法律规范的权威性与强制力。

即使在《征求意见稿》中，该法作为行政法规的位阶及其立法层级较低的问题依然未获改善。当前，外国人永久居留事务的管理主要依赖于部门规章，这导致在与其他政府部门协

[①] 参见刘国福：《外国人在中国永久居留（中国绿卡）制度评判》，载《上海公安高等专科学校学报》2007年第6期，第70页。

[②] 《外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》第15条：外国人依法在中国境内工作，属于下列情形之一，且纳税记录和信用记录良好的，可以申请永久居留资格：（一）具有博士研究生学历或者从国际知名高校毕业，在中国境内工作满三年，其间实际居留累计不少于一年。

同执法时，极易遭遇不同程度的阻碍。近年来，尽管出台了一系列以指导性意见或便利措施为形式的举措，体现了行政立法的灵活应变能力，但这些措施往往缺乏法律应有的严肃性和长期稳定性。主管机关虽制定了详尽的内部政策以细化制度执行，为一线执法人员提供了明确的操作指南，但这也带来了另一层面的问题：在缺乏高位阶法律支撑的情况下，实际操作可能过度依赖于部门内部对原则性条款的解读，无形中放大了自由裁量权的空间，增加了侵犯申请人合法权益的风险。[①]此外，执法队伍中业务能力的差异对永久居留申请结果产生了不可忽视的影响。一方面，僵化的审批流程可能误将符合条件的申请人拒之门外；另一方面，自由裁量权的滥用又可能对国家利益构成威胁。更为关键的是，永久居留审批管理的权力高度集中于省部级层面，不仅加剧了自由裁量权的潜在风险，还限制了地方的创新活力与可持续发展能力，同时阻碍了政府部门实现更加公正、公平和高效的决策目标，难以全方位地保障申请人的合法权益。

3、法律内容缺失

（1）难民保护内容缺失

自 2016 年起，我国正式成为国际移民组织的成员国，并签署了《难民和移民纽约宣言》以及《全球性难民和移民协议》，展现了我国在难民与移民事务上积极融入全球治理体系、勇于承担更多国际责任的决心。然而，值得注意的是，尽管我国在国际舞台上作出了这样的承诺，但反观国内法律体系，针对难民问题的专门法律条款尚显不足，有待进一步完善与丰富。当前，我国关于难民问题的相关规定，主要零星分布于《宪法》及《出境入境管理法》的条文中。具体而言，1982 年颁布的《宪法》第三十二条第二款，虽提及了外国人因政治原因请求避难的权利应受尊重的原则，但并未直接阐述中国将提供庇护的具体条款；而 2012 年修订实施的《出境入境管理法》中，第四十六条则明确规定了外国人可以申请难民，并指出一旦获得难民地位的认定，该外国人即有权在中国境内合法停留与居留。然而，上述规定尚显笼统，既缺乏专门的单行立法，也未在现有的永久居留制度中作出具体规定。此外，我国国内尚未设立专门负责难民事务的机构，来专门审查联合国难民署驻华代表处的认定结果。[②]

整体而言，我国关于难民问题的法律体系尚显薄弱，管理机构职责不够明确，缺乏统一的审批程序和详尽的甄别标准。同时，关于如何高效地遣返不符合条件的难民、是否应当赋予难民永久居留权，以及如何明确界定难民的权利与义务等核心议题，目前尚未形成清晰、

[①] 参见殷欣然：《我国外国人永久居留制度完善研究》，扬州大学 2021 年硕士学位论文，第 18 页。

[②] 联合国难民署驻华代表处是我国难民政策的主要执行机构，负责处理审理避难者的申请、身份的甄别以及发放相应证件等事务。

具体的解决方案或法定条款。

（2）没有永久居留资格退出机制

我国《出入境管理法》第四十九条详细列出了五种将被取消永久居留资格的具体情形，包括危害国家安全和利益、被依法驱逐出境、通过欺诈手段获取永久居留资格、在中国境内居留时间未达到法定要求，以及任何其他不适宜在中国境内永久居留的情况。尽管《审批管理办法》已明确规定了永久居留外国人在中国的居留时间限制，但针对未满足这些时间限制要求的情形，我国的管理措施在实际执行中显得较为宽松，给执法者的操作带来了一定的不便。

具体而言，法律条款规定边防检查站在某些情况下可能不对持有永久居留身份证件入境的人员进行居留期限的严格审查，这可能导致入境环节的监管力度不足，难以确保所有入境者均符合居留要求，从而影响了监督工作的有效性。此外，公安机关在执行过程中往往遵循“不告不理”的原则，即除非有举报或特定事由，否则不会主动对永久居留外国人的居留时限进行定期查验，这种管理方式在一定程度上削弱了境内的管理力度，也使得本应发挥作用的退出机制在实际中难以有效实施。

在过去的近十五年间，我国已成功审批并授予超过 15,700 名外籍人士永久居留权。然而，值得注意的是，在这庞大的群体中，仅有极少数个例——大约十余位，因未能满足既定的居留时间条件，在申请换发永久居留证件时被取消了该资格。这一现象凸显了我国在永久居留管理领域需进一步主动优化与完善的空间。[①]同时，对于高层次外国永久居民在中国的生活和居住时间限制，现有的约束措施尚需加强，以确保这些外国永久居留人才能够更充分地发挥其对我国经济和社会发展的积极作用。

四、中美外国人永久居留立法模式的比较考察

美国拥有悠久的移民传统，每年吸引超过百万的人申请前往定居。美国的移民政策不仅对本国经济发展起着至关重要的作用，还深远地影响着国际社会的格局。为了平衡本国经济发展需求与社会政治稳定的双重目标，历届美国政府在不同历史时期均采取了各异的移民政策。随着全球移民潮的不断增强，美国的移民政策总体趋势显著地从原先的较为自由接纳转变为更为限制与筛选性移民策略。1965 年国会颁布了《移民和国籍法》，该法案正式确立了一个基于国籍而非种族或民族背景的全球移民配额制度。同时，美国移民政策的宽松程度始终与国内经济形势的起伏紧密相连：经济繁荣时，政策放宽以促进移民流入；经济面临挑

[①] 参见李鹏：《中美外国人永久居留制度比较及启示》，中国人民公安大学 2017 年硕士学位论文，第 29 页。

战时，则收紧政策以控制移民数量。[①]现行的美国新移民法案由众议员莫里森主导起草，并经第 100 届国会审议通过，随后于 1990 年 11 月 29 日由布什总统签署后正式生效。此次对旧移民法内容进行的全面而深入的修正，使得《美国移民法》在全球范围内赢得了广泛认可，被公认为各国移民法律体系中最为完善与先进的典范之一。[②]笔者将从法律体系、内容以及国际责任三个方面介绍美国永久居留制度，并与中国进行对比。

（一）永久居留法律体系

1、法典式立法

美国在其全面的移民法律体系中纳入了永久居留制度，其移民立法模式体现为法典式，核心法典即为《移民与国籍法》（Immigration And Nationality Act）。该法作为一部系统性的移民法律文件，详细规定了与外国人永久居留相关的各项法律条款，构成了外国永久居民管理的基本法律框架，发挥着至关重要的基础性和引领性作用。其每一个法条均设计得既明确又具体，确保了在美国移民法律体系中的核心地位。此外，为了更细致地解释和执行这些法律、法规，美国还借助联邦政府法规、司法解释和移民上诉委员会裁定，进一步细化并阐释移民法律的具体内容，从而有效地指导和规范了外国人永久居留管理工作的实际操作。[③]

美国移民法律体系以《移民与国籍法》为核心，该法从总体层面为移民事务提供了法律框架。随后，法院的判例和细化解释进一步明确了法律条文的具体含义，行政机关则根据这些法律与解释制定了具体的实施规定，这些规定最终成为执行移民法律事务的直接依据。整个体系结构设计得层次分明且逐步深入，为移民法律事务的有效执行奠定了坚实而适用的法律基础。[④]

我国关于外国人永久居留的法律框架与美国存在显著差异，它主要由一系列单行法组成。然而，在法律层面的《出境入境管理法》中，由于存在法条不够完善、表述模糊等局限性，使得该法难以独立承担起主导外国人永久居留管理工作的核心职责。鉴于此，外国人永久居留管理的具体实施工作，更多地依赖于行政法规、行政规章以及一系列指导性文件的详细规定和指引来进行。造成这种差异的根本原因在于两国移民历史与政策传统的深刻不同。美国，作为一个以移民著称的国家，其移民政策历史悠久且充满变革，长期的实践为其构建了一套相对完善且富有经验的永久居留制度法律体系，为实施和管理永久居留提供了稳固的

[①] 参见张庆元：《外国人居留权制度研究》，法律出版社 2014 年版，第 111 页。
[②] 翁里：《国际移民法初探》，载《浙江社会科学》1995 年第 3 期，第 51 页。
[③] 参见马勇：《美国移民法律制度对我国的启示》，载《21 世纪出入境（移民）管理研讨会论文集》2008 年，第 226 页。
[④] 参见马勇：《美国移民法律制度对我国的启示》，载《21 世纪出入境（移民）管理研讨会论文集》2008 年，第 227 页。

法律基石。反观我国，永久居留制度的建立与发展相对较晚，尽管近年来持续加大力度进行完善，但与全球范围内一些在移民管理方面已具高度成熟度的国家相比，仍存在一定的差距。在当前阶段，鉴于制度的逐步完善中尚存的空白与挑战，直接颁布一部全面的移民法典或显操之过急，需循序渐进，才能保障立法的科学性与有效性。

2、立法理念

受“国家利益至上”价值观的影响，美国对待外来移民并非盲目开放，而是采取了有选择的接收政策。回顾美国移民史，可以看到，从建国初期鼓励无限制移民入境，逐渐演变至如今对移民入境的严格限制，[①]实用主义理念在美国对华移民政策的制定中得到了淋漓尽致的展现。[②]进一步观察各国移民政策的动态调整，不难发现，众多西方国家为优化本国劳动力结构，精准地采取了技术移民与投资移民的引入策略，旨在弥补国内劳动力的缺口。这些措施，包括积分评估制度、劳动力市场测试制度、职业清单制度以及雇主担保制度等，均深刻反映了各国基于自身发展需求，所制定的具有鲜明功利导向的人才吸引战略。

由于初期意识形态深受苏联模式的影响，加之建国初期特定的政治环境考量，自永久居留制度确立之初，我国的立法导向便侧重于管理为主导，同时，鉴于维护国家安全与社会秩序稳定的迫切需求，对移民政策采取了极为严格的控制与监管措施。这一深远的历史背景，不仅塑造了我国永久居留制度的初始形态与实施策略，至今仍在一定程度上塑造着该制度的发展与运作。我国的《出境入境管理法》及相关永久居留法律法规，目前侧重于管理角度的立法，其核心理念以管控为主，表现为一种被动型的管理移民方式，这已难以适应当前全球移民发展的新趋势。[③]此外，鉴于国家综合实力的持续增强与国际人才竞争态势的日益白热化，我们迫切需要展现出更加主动进取、开放包容且灵活高效的姿态，以构建更加卓越的对外开放生态。外国人永久居留制度，作为吸引并服务于全球人才来华创新创业、投资兴业及长期居住的核心机制，其战略意义极为重大，不容忽视。

此外，随着国家综合实力和国际人才竞争加剧，迫切需要以更加积极主动、开放自信、灵活务实的态度，创造更为良好的对外开放环境。[④]外国人永久居留制度，作为吸引并服务外国人才来华进行创业投资、就业居住的关键途径，其重要性愈发凸显。进一步加强和优化外国人永久居留服务管理工作，对于新时代背景下深入实施人才强国战略、推动经济社会高

[①] 张庆元：《外国人居留权制度研究》，法律出版社 2014 年版，第 111—112 页。
[②] 参见郑丽：《论实用主义原则在美国对华移民政策演变中的体现》，载《全球视野》2006 年第 3 期，第 148 页。
[③] 参见莫建建：《外国人在华永久居留制度研究》，福州大学 2017 年硕士学位论文，第 31 页。
[④] 《中共中央办公厅 国务院办公厅印发《关于加强外国人永久居留服务管理的意见》》https://www.gov.cn/zhengce/2016-02/18/content_5043448.htm

质量发展、提升国家全球竞争力与吸引力、以及构建更加和谐稳定的社会环境，均具有深远且重大的意义。

（二）法律规定内容齐全

1、法律内容规定

美国《移民与国籍法》全面而系统地分为五个主要部分：总则（ACT101 至 107 条款）、移民管理（ACT201 至 295 条款）、国籍事务（ACT301 至 361 条款）、难民救济（ACT401 至 414 条款）以及法律救济（ACT501 至 507 条款）。[①]该法综合了移民、国籍、难民保护及法律救济四大核心内容，并明确地将移民法与国籍法融合为一个有机整体。其核心聚焦于移民事务，秉持管理与服务并重的原则，深入考量移民活动对国家经济繁荣、政治稳定及文化多元性的深远影响。该法律体系详尽地界定了移民审批与管理机构的职责范围，明确了签证申请的标准化流程、严格的移民筛选标准、高效的出入境检查程序，以及规范的居留管理制度。同时，它还涉及对移民技能的全面评估、完善的权益保障措施、清晰的法律救济途径，以及促进移民社会融入的策略和归化入籍的具体条件。此外，该法律还广泛涵盖了难民保护政策与非法移民问题的有效处理机制，形成了一个全面而系统的移民管理框架。整部法律共包含 176 条法规，总字数超过十万，其中直接关联美国公民出入境事务的条款占比较小，而绝大多数条款则是针对外国人在美行为与权益的详细法律规范。[②]

此外，美国在司法解释层面，对移民法律、法规进行了细化、解释和说明，以确保其明确性和可操作性；在行政法规层面，为了有效实施《移民与国籍法》，相关部门制定了详尽的实施细则与规定；同时，在行政机关内部，一系列规范性文件的出台，直接为具体负责移民事务的工作人员提供了法律依据。[③]

反观我国针对外国人永久居留的法律法规体系，尚存诸多不完善之处。《出入境管理法》作为该领域的基础法律，其条文内容存在不完善与模糊之处，这直接削弱了其在整个移民法律体系中的可操作性。与此同时，尽管行政法规、行政规章及规范性文件在实际操作中具有较强的实用性，但这些规范性文件却存在法律层级相对较低、相互之间缺乏有效衔接与系统整合的显著问题，更有甚者，部分文件间还存在相互矛盾之处，这无疑给实际的执行过程增添了诸多不便与困扰。

2、永久居留资格退出机制

---

① Immigration And Nationality Act

② 张惠德：《出入境管理理论研究综述》，《北京: 中国人民公安大学出版社》，2014 年版，第 3 页。

③ 参见马勇：《美国移民法律制度对我国的启示》，载《21 世纪出入境（移民）管理研讨会论文集》2008 年，第 227 页。

外国人一旦获得永久居留资格，若因特定情况的出现，也可能失去这一资格，这即被称为永久居留资格的丧失。美国《移民与国籍法》清晰界定了永久居留权的概念，即该法律所授予的一种权利，允许个人以移民身份在美国长期且永久地居住，且此身份在未经正式程序变更之前，始终保持有效状态。若永久居民选择变更其身份，则其原有的永久居留权将自动失效，这反映了永久居民身份可能因法律剥夺或自愿放弃而终止的两种情形。[①]因此，美国永久居留权的丧失可划分为被剥夺和自动放弃两种情况。相比之下，我国法律体系中仅明确了剥夺永久居留权的情形，而缺乏关于自动放弃永久居留权的明确规定。

美国被剥夺永久居留权的四种情况包括：（1）涉及暴力活动、谋杀、严重伤害或威胁他人安全、恐怖主义行为、强奸及其他严重性犯罪、性侵儿童等，且罪行可能判处一年以上有期徒刑的；（2）在申请移民利益时提供虚假信息，或在非美国公民身份时错误声称自己为美国公民的；（3）长期酗酒或滥用非法药物的；（4）涉及重婚、拒不履行法庭判令的子女抚养费支付义务、协助他人非法入境美国、因家庭暴力或违反保护令而被逮捕等行为的。

美国永久居留权因个人行为自动放弃的三种情况则是：（1）迁居至他国并明确表示或表现出在该国永久居住的意图；（2）作为永久居民（持有“绿卡”），在获得身份后的一年内离开美国，或在一年后未申请回美签证的情况下连续离境超过一年，或虽已申请回美签证但在国外居留时间累计超过两年的；（3）选择以非永久居民的身份进行税务申报。[②]

我国的《出境入境管理法》详细列出了五种可能导致外国人永久居留资格被取消的情形。在这些规定中，关于永久居民离境时限的要求，中国与美国的制度差异显著。《外国人在中国永久居留审批管理办法》具体规定，我国的外国永久居民每年在中国境内累计居留时间需达到三个月，且五年内累计居留时间需满一年，否则将面临永久居留资格被取消的风险。相较之下，我国对于外国人在华居住时间的要求确实显得较为宽松。然而，在针对高层次外籍永久居民的生活与居住时间管理方面仍有提升空间，以确保他们能够更加稳定地在我国居住，并充分发挥其对我国经济、社会发展的积极推动作用。

（三）积极承担国际责任

1、难民政策

作为一个拥有悠久移民传统的国家，美国在历史长河中展现了对难民接纳的显著开放态度，自第二次世界大战以来，它已发展成为全球范围内接纳难民与避难寻求者最为庞大的国家之一。然而，值得注意的是，美国的难民政策同样呈现出鲜明的选择性特征，这一现象深

[①] 参见刘国福：《移民法》，《中国经济出版社》2010 年版，第 140 页。
[②] Immigration And Nationality Act

刻反映了其国内政治力量的博弈与妥协，并不可避免地受到国际政治风云变幻的深刻影响。以冷战时期为例，美国的难民政策便显著地打上了反共产主义意识形态的烙印，体现了国际政治格局对其国内决策的重要塑造作用。经过一个多世纪的发展与调整，美国目前已构建了世界上最为完善的难民政策体系。[①]美国的难民政策体系全面覆盖了难民立法与避难政策两个领域。难民立法经由国会制定，明确界定了从全球范围内筛选难民的严格标准，确立了基于人道主义精神的准入机制，同时，该立法还囊括了一系列旨在向难民及其原籍国提供必要援助的法律条款与措施。另一方面，避难政策则专注于政治避难的具体实施，详尽阐述了相关程序与标准，涵盖了个人难民身份认定的详细流程、自愿寻求保护的基本原则，以及确保这一过程公正、透明的各项规定。

美国在《移民和国籍法》中针对难民在美永久居留的条款，主要包括难民安置办公室的设立、其主管的任命及其职责界定、对国内难民安置与援助项目的授权、国会报告要求、以及相关的拨款授权等。根据该法规定，国土安全部、负责管理和执行与移民和归化相关的所有法律。司法部负责对移民法进行法律解释，并独立承担涉及移民法的复议案件的审理工作。同时，国土安全部与司法部紧密合作，共同负责移民法的执行、监督外国人的入籍申请流程，以及处理遣返相关事务，确保移民政策的有效实施与国家的边境安全。[②]美国《移民与国籍法》以法律形式明确规定了各部门在移民管理中的具体职责分工，此举旨在消除执行过程中的不确定性，有效遏制部门间可能出现的责任推诿问题，进而在移民管理实践中促进跨部门的高效协同与紧密合作，实现管理效能与合作水平的双重飞跃。[③]

美国的外国人永久居留制度涵盖了多种类型，包括技术移民、投资移民、亲属移民以及难民移民等。[④]然而，相比之下，我国目前的法律体系尚未明确难民在我国申请永久居留的条款，同时也不包含其他类型的人道主义移民途径。显然，我国尚未将难民和政治避难者等基于人道主义理由的群体纳入永久居留资格的考量范畴之中。

五、完善外国人在华永久居留立法的对策建议

随着申请我国永久居留资格的外国人数量的日益增长[⑤]，叠加人口老龄化的日益严峻，

---

① 参见张红菊：《美国难民政策的演变》，载《人民论坛》2015 年第 36 期，第 241 页。

② USA Immigration And Nationality Law§1103(a)

③ 参见王珺：《我国外国人永久居留制度研究—兼评《外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》，湖南师范大学 2021 年硕士学位论文，第 33 页。

④ Peter Choi,“mmigration as Business Strategy: Simplifying American Immigration Law in A Global Economy”, University of Massachusetts Law Review, 2015, Vol. 10, pp. 167-192

⑤ 据统计，2016 年，公安部共批准 1576 名外国人在中国永久居留，较上一年度增长 163%。2018 年国家移民管理局成立后，2 个月内共批准 1881 名符合条件的外籍人士在华永久居留，相当于 2017 年全年审批总量。

传统的以人口数量为基础的“人口红利”效应正逐步淡化，对经济社会发展模式提出了新的挑战与转型需求。为此，我国迫切需要通过构建完善的外国人永久居留制度体系，以增强对全球高层次人才的磁吸效应，精准选拔并长期留住这些杰出人才，进而转化并增强“人才红利”，为国家的可持续发展注入强劲动力。同时，一个健全、开放的永久居留制度是国家软实力和国际形象的重要体现。通过为符合条件的外国人提供永久居留权，可以展示我国对国际人才的重视和开放包容的态度，从而提升我国的国际竞争力和吸引力。2020 年《外国人永久居留管理条例》公开征求社会意见，标志着我国外国人永久居留的具体管理制度也正处于积极的构建之中。然而，通过对比我国与美国的外国人永久居留立法模式，不难发现，我国现行的外国人永久居留制度仍面临法律体系不健全、部分规定内容模糊或缺失等问题，这些问题限制了其应对当前国内外形势变化的能力。

许多学者认为，我国应编纂一部全面覆盖外国人管理的《移民法》，但鉴于我国移民法领域尚处于发展阶段，且存在理解与认知上的偏差，发展移民法需首先深刻理解其多元功能，构建灵活高效的制度框架，并与社会经济文化发展紧密关联，适时进行修订与完善。[①]基于上述考量，笔者建议，在当前阶段应优先聚焦于《外国人永久居留管理条例》的制定与实施。该单行法的出台能完善以下问题：

（一）建设全面的外国人永久居留法律体系

1、完善并颁布《外国人永久居留管理条例》

一个全面而完备的移民法律体系，在全球人才争夺战中扮演着无可替代的核心角色。一个国家对移民的开放态度与欢迎程度，最直接地映射在其移民政策的制定与执行上，而一部完善的移民立法，则是提升国家国际竞争力与吸引力的关键基石。当前，众多发达国家如美国、德国、法国、加拿大等，均已通过颁布独立的移民法典，明确表达了对全球高技能人才及国际资本引入的高度重视与积极姿态，以此作为推动国家创新发展与经济增长的重要战略手段。相比之下，我国目前在外国人永久居留方面的法律规范尚显不足，主要以法规和规章形式存在，其法律效力较低且分布零散。鉴于此，当前的紧迫任务是通过并颁布《外国人永久居留管理条例》，而非急于推进《移民法》的全面制定。《移民法》的立法工作应待《外国人永久居留管理条例》实施一段时间，积累了丰富的实践经验并确认其有效性后，再视条件成熟与否逐步展开。

这一建议的提出，源于我国永久居留立法领域的一个显著短板——缺乏一部高位阶、具有统领性的法律文件。目前，关于永久居留的各类规定散落于不同的法律、行政法规及部门

[①] 刘国福：《移民法》，中国经济出版社 2010 年，第 119 页。

规章之中，缺乏统一性和协调性，难以有效促进永久居留制度的发展。在缺乏这样一部全面而系统的单行法背景下，直接启动移民法典的制定工作显得过于草率和冒进。这不仅与立法工作的科学性和严谨性要求相悖，也不利于我国移民法律体系的长期稳定发展。相比之下，一部经过精心设计和充分论证的《外国人永久居留管理条例》的出台，将有效填补当前法律空白，解决前述问题，并为未来《移民法》的制定奠定坚实的实践基础和法律框架。鉴于我国移民立法经验尚浅，相关实践案例有限，直接跨越单行法阶段制定移民法典，可能会因缺乏足够的经验支撑而难以达到预期效果。正如我国民法典的编纂历程所展示的，法典的制定是一项复杂而艰巨的任务，需要广泛的社会共识、深厚的理论研究和丰富的实践经验。

此外，即便是在移民法律体系相对完善的国家，如美国，其移民法律制度也是以《移民与国籍法》为核心，辅以众多单行法共同构成的。[①]这充分说明了移民管理的复杂性和多样性，需要多层次的法律规范来共同应对。因此，我国也应借鉴这一经验，先通过《外国人永久居留管理条例》的实施积累经验，再逐步构建和完善我国的移民法律体系。

2、明确立法宗旨，转变立法思维

完善我国永久居留权制度的立法宗旨，有助于从宏观上明确立法方向，确立立法目标。在制定明确的立法宗旨时，应当秉持开放与务实的态度，既要主动吸纳并借鉴国际上的先进立法经验与先进理念，又要深入洞察并紧密结合本国实际情况与特殊国情，确保立法宗旨既具有前瞻性又具备可操作性。国际移民法的立法核心理念极具参考价值，它旨在促进全球人民之间的友好交流与互动，推动人才资源的合理、有序流动，同时规范移民管理流程与秩序，有效遏制非法移民活动，并依法保护每个个体的迁徙自由权利。因此，我国应调整立法思路，从单纯以出入境管理为核心转向管理与服务并重，同时避免盲目照搬他国以移民为导向的永久居留制度，毕竟我国并非传统意义上的移民国家。制定外国人永久居留制度，我们的出发点应是吸引人才、促进创业投资，而非单纯以吸收移民为目标。

我国现行的《出入境管理法》开篇即明确了其主旨，即维护国家主权、安全和社会秩序，并积极推动国际间友好交流。然而，不得不指出该法在体现人权尊重与保护方面尚有提升空间，需要进一步加强以与国际人权标准相契合，从而更充分地彰显法律的人文关怀精神，提升其在社会层面的价值意义。这一状况在《外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》中得到了显著的改进与完善，该征求意见稿的第一条不仅明确规定了外国人在中国境内永久居留的管理原则，还着重强调了保障已取得永久居留资格的外国人的合法权益，这是我国永久居留立法思维的一次重大转变和新开端。

[①] 参见肖琼露：《中国移民管理的立法体例》，厦门大学 2019 年博士学位论文，第 164 页。

（二）明确外国人永久居留法律内容

1、标准更加明确和细化

在我国外国人永久居留立法中，部分关键内容尚需进一步细化明确，特别是前文提及的“重大”、“突出”、“良好”、“稳定”、“主要”等模糊性词汇。此类问题在《外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》中仍存在，特别是引进人才的标准和门槛方面的规定不够明确。在配套规定、细则不完善的情形下，过于模糊的规定只会留下巨大的自由裁量和操作的空间，必然会给实践中的制度运作留下权力寻租、利益输送和执法腐败的隐患。[①]

笔者认为，应通过跨部门协商，共同制定统一的解释标准。以《外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》中的第十五条为例，关于“国际知名高校”的认定，可纳入我国高校的评级体系，如 985、211 及双一流高校作为参考标准之一；同时，对于国外高校，则可参考 QS 世界大学排名（QS World University Rankings）作为评判依据。

2、永久居留法律内容与法律效力相配合

如前所述，上位法对于永久居留制度的程序、管理机制及主管机构设置的规定显得单薄，且关于在中国永久居留的外国人待遇、社保参与等规范性文件的法律阶位较低，效力不足，缺乏权威性。

针对此问题，首要任务是加快立法进程，通过制定《外国人永久居留管理条例》正式确立外国人永久居留管理制度，并以此为基石，构建多层次的政策法规体系及实施细则，以增强制度体系的全面性和权威性。同时，可探索授权地方依据实际情况制定差异化的地方性政策，以北京、上海等地在吸引外籍优秀人才方面的成功立法实践为鉴，坚持外国人永久居留法基本原则的基础上，赋予地方更多立法自主权，灵活引才引智。但需谨慎评估，特别是边疆地区引进外籍人才可能对国家安全的影响，需严格把控。

其次，应清晰界定并强化主管部门的职责范围，以有效解决当前存在的多头管理、政令执行不畅等问题。针对高层次人才的引进，建议设立专业化的人才评估机构，该机构将专注于技术能力的深度评估及外国人资格证书的权威认证工作，旨在显著提升人才引进的效率与质量，确保人才资源的优化配置与高效利用。

最后，针对外国人永久居留制度，需进行全面而深入的优化升级，确保其涵盖从申请资格界定到社会融入策略，再到违规后果处理的全方位内容，无遗漏地构建完整框架。同时，针对“非法入境、居留与就业”的外籍人士及难民群体，应加大监管力度，确保管理措施的有效性与针对性。在此基础上，主管部门需着力提升服务与管理效能，通过提升政策透明度，

[①] 魏治勋：《外国人永久居留：立法考量与立法原则》，载《理论探索》2021 年第 4 期，第 113 页。

为永久居留的外籍人士创造更加清晰、可预期的政策环境。此外，还应积极拓宽救济渠道，为可能遭遇不公或困境的永久居留者提供及时有效的法律支持。同时，不可忽视的是，加强执法队伍的专业化建设，通过提升执法人员的专业素养与实战能力，确保执法过程既严格规范又高效公正，是维护制度权威性与社会和谐稳定的重要保障。

（三）完善我国外国人永久居留制度的内容

尽管我国在移民管理和移民法律制定方面已取得了一定进展，但仍面临人性化缺失、与国情契合度不高、移民法律体系不完善等诸多挑战。为此，应当从多个维度出发，包括但不限于增设难民永久居留条款、进一步保障华人权益以及全面健全移民法律法规体系，以推动移民管理的持续优化。

1、完善永久居留资格退出制度

目前我国现行的取消永久居留资格的条款，均是基于外国人过错而设定的部分退出情形，这些条款并未全面覆盖永久居留资格退出的所有可能情况。例如，外国人可能工作、生活等原因不愿意继续在中国居住，想主动放弃永久居留；或因死亡而自然失去永久居留资格的。上述情形均构成了永久居留权正常且合理的终止情况，然而，当前的法律没有对此类情形进行规定。与美国永久居留退出机制相比，我国尚缺乏关于自动放弃永久居留权及申请退出永久居留的具体规定。为了更有效地管理和利用“绿卡”资源，我国应考虑将申请退出永久居留纳入《外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》。

除此之外，我国在永久居留取消机制上还存在救济手段不足的问题。我国的《行政复议法》与《行政诉讼法》均清晰地确立了外国人与中国公民享有同等的权利，即均有权申请行政复议及提起行政诉讼。然而，反观《出境入境管理法》，在关于取消永久居留资格的条款上却显得语焉不详，未能为受影响的外国人提供明确、具体的救济路径。鉴于永久居留权的丧失对外国人在中国的长期生活与权益构成重大且深远的影响，这种法律救济的缺失无疑削弱了对其权益的充分保护，与当今所倡导的法治原则及保障人权的精神不相符合，亟需通过立法或司法解释予以明确和完善。所以笔者认为可以在《外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》中增加取消永久居留资格的救济条款。

2、制定难民永久居留制度

我国宪法明确规定，受到迫害的外国人有权来华寻求庇护，而《出境入境管理法》第四十六条则进一步赋予了难民在中国境内停留和居留的合法权利。在国际舞台上，我国自 1982 年起便是《关于难民地位的公约》及《关于难民地位的议定书》的缔约国，这充分彰显了我国在处理难民问题上的坚定立场和积极态度。然而，值得注意的是，我国目前尚未设立专门

的难民甄别机构，而是将难民身份的甄别职责委托给了联合国难民署驻华办事处，这在一定程度上造成了难民甄别机制的缺失。[①]此外，我国法律体系中还缺乏对难民申请永久居留权的具体规定，使得难民难以获得我国的永久居留权，这无疑是制度上的一大空白。

针对此现状，笔者认为，在《外国人永久居留管理条例（征求意见稿）》中，应当纳入难民的类别划分、难民申请永久居留的具体条件、以及难民在我国应享有的权利和需履行的义务等内容。同时，我们可以借鉴美国等国的难民管理经验，设立专门的部门（如公民与移民服务局类似机构）来统一负责难民的申请受理及管理工作，以期完善我国的难民管理体系。

[①] 周至辅：《我国永久居留制度研究》，南京大学 2016 年硕士学位论文，第 29 页。

西方支持科创企业制度建设及对我国的借鉴

谢俊英[1]

河北经贸大学法学院

一、西方的产学研体系

（一）美国：美国拥有强大的私立和公立高等教育体系，以及众多的研究型大学。美国政府通过国家科学基金会（NSF）、国立卫生研究院（NIH）等机构资助基础研究。产业界与大学之间的合作通常通过合同研究、技术许可和创业活动进行。具体做法有以下：

1、美国政府成立了产业——大学合作研究中心。该中心是以政府资助为资金主要来源、以大学为科研基地、以企业参与为主要组织方式的一种新型产学研协同创新联盟，同时，美国政府制定了一系列支持配套措施，助力产学研用协同创新，例如推进创新平台的建设应用，不断夯实创新基础设施，系统呈现前沿研究成果、知识产权相关法律 法规、资产负债评价和资本条件等内容。依托国家标准与技术研究院，积极制定技术标准，领跑行业权威。

2、1958 年成立的美国国防高级研究计划局(DARPA)非常注重与高校、科研机构及企业的合作，构建完善的产业创新生态。在这个生态系统中，DARPA 作为核心，通过提供资金支持和项目指导，促进了各方资源的有效整合和协同创新。

（二）德国：德国的产学研体系以"双元制"教育著称，即学生在学校学习理论知识的同时，在企业进行实践培训。具体有以下特点

1、园区引领，注重国际协作 ：高度重视以园区为核心的基础设施建设，例如，兴建了碳纤维园区、生物医药产业集群、新能源集群等专业性较高的创新园区。这些园区享有较为独立的产业政策制定权限，能够为园区内的中小企业提供全方位的公共服务，包括技术鉴定、融资咨询、初创辅导、信息收集、在线服务以及国际合作等，以此降低企业创新成本和 产、学、研、用深度融合过程中的交易费用，为科技成果转化提供更加丰富的市场化保障，推动科技创新成果快速转化为现实生产力。

2、德国创新服务支持政策具有较强的普适性，不仅适用于企业在国内的创新发展，且兼顾对外开展技术研发、转移的企业运作。以德国史太白技术转移中心为例，它已在全球 50 多个国家设立了 850 多家技术转移中心，众多技术转

[1] 谢俊英，河北经贸大学法学院教授 河北省涉外法治研究会秘书长 研究方向 国际经济法 国际争端解决

移中心是史太白体系的基石和主要收入来源，每个转移中心相对独立、实行市场化运作，为高校、科研机构的技术拥有者提供合作平台。 目前史太白已经发展成为全球最大的技术转移机构之一。每年完成 5000 多个技术转移项目，形成了技术转移的人才、技术、资金的全产业链。

3、联邦体制和欧盟体制的有机融合，即德国企业既可以从国家内部系统申请资金支持，又可以向整个欧盟系统申请项目资金，获取项目资金支持渠道更加多元化。

（三）日本：日本的研究机构和大学与产业界紧密合作，特别是在制造业和电子行业。日本政府通过"科学技术基本计划"等政策支持产学研合作。具体有以下特点：

1、日本政府推出“颠覆性技术创新计划”。 该计划明确支持那些能够引发产业和社会重大变革的前沿技术，而非一般性创新。例如，在清洁能源、人工智能、生物科技等领域，该计划 通过遴选顶尖研究团队，促进跨学科合作，力求实现技术上的颠覆性突破。这些项目周期通常设定为五年，确保有足够的时间进行深度研发和市场验证。在资金分配上，该计划经费规模约占日本全部科技计划经费的 4%。 这一计划最大的特点是在项目执行层面引入了项目经理人制度，赋予学术带头人高度自主权，负责整个项目的研发计划、经费使用及产权运用。 这种高度自治的管理模式，不仅激发了研究人员的创新活力，也显著提高了项目实施效率。此外，项目还设立联络员制度，确保项目经理与各方沟通顺畅，进一步降低了沟通成本。

2、注重研发，在“技术立国”的战略指导下，日本注重研发驱动，通过市场、政府双管齐下，全国的科技资源和创新资源加快向科技研发方向倾斜，尤其是应用型研发方面，科技投入结构得以持续优化。在日本国内，所有大中型企业都设立有自己的研发机构，并通过产学研合作，与科研机构和高校建立创新合作平台，推动科 技成果转化，促进经济和科技创新效率的双提升。

（四） 英国：英国的大学在科研方面享有国际声誉，如牛津大学和剑桥大学。英国政府通过“创新英国”（Innovate UK）等机构支持产学研合作项目。英国的“知识转移网络”（KTN）促进了不同行业和学术界的交流与合作。具体有以下特点

1、英国在推动颠覆性技术创新方面，形成了军产学研驱动模式。这一模式强调军事需求、学术界与产业界的深度融合，通过跨领域合作加速科技创新成果的转化与应用。

2、英国政府通过“知识转移合作伙伴计划”等举措，构建起企业、研究机构 与大学之间的三方合作关系。此 外 ， 英国还设立了专门的基金 ， 如“ 高等教育创新基金”，支持高校开展科研成果商业化技能培训，聘请专业团队，完善创 新成果转化系统。

（五）法国的产学研主要体现在以下：

1、法国推出“法国 2030”计划”，该计划作为法国总统马克龙推动国家创新发展的重要战略，自 2021 年启动以来，已展现出其在颠覆性技术驱动未来产业培育方面的显著成效。在“法国 2030”计划中，法国政府重点投资了氢能、核能、碳捕集与封存、 人工智能、矿产资源和生物基资源、生物药、太空等领域，以期在这些领域取得颠覆性创新突破。同时，通过公私合作方式，启动了“比邻星”计划，目标是在 2035 年前实现高逻辑量子比特计算机的产业化。

2、法国政府通过简化行政程序、改革公共采购、改善投资环境以及培养未来人才等措施，为创新企业提供了有力的政策支持。

二、西方支持科技企业发展的制度建设（主要以欧盟为例）

西方在科技金融服务方面的制度建设是一个复杂且多层次的过程，涉及人、财、物、信息等多个方面。以下是对这四个方面的简要分析：

（一）人（人才）

1、人才培养：欧盟通过各种教育和培训项目，如“地平线 2020”计划，培养科技金融领域的人才。

2、人才引进；实施吸引国际人才的政策，如简化签证程序，提供研究资金支持等。欧盟国家如德国、法国等通过“蓝卡”等政策吸引高技能人才。[2]

3、资格认证统一标准：建立统一的科技金融专业资格认证体系，确保从业人员的专业性和合规性，也促进了欧盟内部人员流动自由。

（二） 财产（资金）

1、资金支持：欧盟有成熟的风险投资市场，欧洲投资基金（EIF）和欧洲投资银行（EIB）等机构，为科技金融项目提供资金支持。

2、设立专项基金：如“欧洲创新理事会”（EIC）基金，支持高风险、高潜力的科技创新项目。

3、政府补贴与税收优惠：欧盟国家通过各种补贴和税收优惠政策支持科创企业。

（三）物（配套设施）

[2] 孙艳，欧盟开放创新生态系统：理论 政策与启示 国际经济合作 2024、1

1、基础设施建设：投资建设高速互联网、数据中心等基础设施，为科技金融服务提供物质基础。

2、科技园区和孵化器：建立科技园区和孵化器，提供办公空间、实验设施等，支持初创企业的发展。[3]

3、创新中心　欧洲中央银行（ECB）和其他国家中央银行也设立了创新中心，与 Fintech 公司合作，探索数字货币等新兴技术。

（四）信息

1、数据共享：制定数据共享政策，促进科技金融领域的信息流通和合作。

2、数据保护法规，如欧盟的“通用数据保护条例”（GDPR），保护用户隐私。

欧盟的通用数据保护条例(GDPR)对个人数据的处理和保护提出了严格要求，这对 FinTech 公司如何收集、存储和使用数据产生了深远影响。GDPR 提高了消费者对数据隐私的意识，也促使 FinTech 公司加强数据安全措施。

3、信息透明度：提高金融市场的透明度，确保投资者能够获取准确、及时的信息。

4、通过金融监管科技（RegTech）提高监管效率和透明度。英国金融行为监管局（FCA）在 2016 年推出了全球首个监管沙盒，允许 FinTech 公司在受控环境中测试创新产品和服务，同时确保消费者保护。其他欧洲国家，如荷兰、瑞典、德国等，也相继推出了自己的监管沙盒机制。[4]

三、科创制度安排的实际执行情况

1、 欧洲战略投资基金：它由欧盟委员会和欧洲投资银行集团于 2015 年 7 月共同发起成立，中小企业部分由欧洲战略投资基金负责，目标是撬动 750 亿欧元投资。研发和创新是欧洲战略投资基金 的优先目标，中小企业部分也极大提高了对创新型中小企业在技术和产业创新上的支持。

2、 泛欧风险投资基金：风险投资对中小科技创新企业非常重要，伦敦成为欧洲最大的风投中心，他们也热衷资助和支持优化技术的创新型中小企业。英国拥有比欧洲同行更多的高增长企业，创造了 144 家独角兽企业，其中包括爱丁堡、诺丁汉和牛津在内的 8 个城市拥有两家以上的独角兽企业。欧洲的风险资本投资中，来自公共资源的资助比例过大，而且欧洲的风险投资基金通常规模较小，欧洲的风险投资规模小、投资额低导致 创新型初创企业只能迁至能够获得快速成长的地域。为提高欧洲风险资本投资基金规模，吸引更多私营部门投资，为欧洲的创新企业创造快 速成长为世界领先企业的机会，2015 年欧盟提出 在整合欧

[3] 北欧绿色金融促进可持续发展的模式研究与经验借鉴， 王玉龙 财经观察 2023、11

[4] 小微经济融资创新模式合规风险的应对与监管，沈燕凌 朱慧芳 杨忠会　现代商贸工业 2024、6

洲现有各类基金基础上，建立泛欧风险投资母基金，主要为信息通信技术、 数字、生命科学、医学技术、资源等领域的中小企业、中型企业和成长期企业融资。

欧洲的风险资本从 2014 年的 52 亿欧元增加到 2022 年的 180 亿欧元，2014—2022 年欧洲科技独角兽企业数量增长约 10 倍，2021 年欧洲新增独角兽企业 98 家，总数达 321 家，居世界第二位， 仅次于美国 (487 家)，虽然 2022 年新增数量放缓，但欧洲的独角兽企业总数仍达 352 家。

3、创新融资基金：是欧洲投资银行集团与欧盟委员会合作，在“地平线 2020”研究和创新计划框架下开发的新融资工具，目的是在研究和创新活动融资方面为欧洲的创新型企 业和机构，特别是风险更高、融资难度更大的小企业和初创企业提供便利。该计划根据企业的实 际需求，通过贷款、担保和股权等形式直接提供融资，或通过银行和基金等金融中介机构提供融资。2014—2021 年，该计划为 149 个创新项目共 3 万家小企业和初创企业提供融资帮助，融资额达 310 亿欧元。自 2022 年以来，“创新融资”计 划按类别、规模和对应的项目等标准，对拟资助对象进行更严格和细致的分类。

4、天使投资：这一融资模式在欧洲一直备受重视，英国政府计划降低所谓天使投资人的资格门槛，以增加对中小企业的融资。新计划包括恢复对“高净值”或“成熟”的天使投资者的较低资格标准，分别从 17 万英镑和 43 万英镑重新调整为 10 万英镑和 25 万英镑。

四、欧盟支持科创企业制度建设在人、财、物、信息四个方面对我国的借鉴

借鉴项目	人	财	物	信息
借鉴建议	1、我国可以加强与高校的合作，提供更多实习和研究机会，培养符合市场需求的人才。 2、我国可以进一步优化外国人工作签证政策，简化流程，吸引国际高端人才。	1、我国可以进一步发展风险投资市场，鼓励更多社会资本进入科创领域。 2、我国可以推动设立科技创新专项基金，为科创企业提供融资途径。	1、我国可以利用互联网建立更多公共科研平台，促进设施共享，降低企业研发成本。 2、我国可以优化产业园区布局，提供一站式服务，吸引	1 我国可以加大数据开放力度，促进数据资源的共享和利用。 2、我国可以进一步加强知识产权法律体系建设，提高侵权成本，保护

	3、我国可以推动区域间人才交流，打破地域限制，促进人才资源的优化配置。	3、我国可以进一步加强政府补贴和税收优惠	更多科创企业入驻。 3、我国应该加强创新中心的建设，加强探索数字货币等新兴技术。	创新成果。 3、我国可以建立更多信息交流平台，建立科技信息透明制度 4、我国应该提高监管效率，建立监管沙盒机制

参考文献：

1、孙艳，欧盟开放创新生态系统：理论 政策与启示　国际经济合作 2024、1

2、北欧绿色金融促进可持续发展的模式研究与经验借鉴， 王玉龙 财经观察 2023、11

3、小微经济融资创新模式合规风险的应对与监管，沈燕凌 朱慧芳 杨忠会　现代商贸工业 2024、6

数字经济时代国际航运反垄断法律规制完善研究

施元红*

（中国政法大学）

摘要：近年来，航运数字化转型发展正在加快进程。国际航运反垄断法律制度是国际航运立法的重要内容。数字经济时代，国际航运反垄断法律制度的完善具有紧迫性。通过梳理我国航运反垄断法律制度发展的探索历程，可以发现尚存在航运反垄断豁免方面法律适用不清、政府管理体制机制亟待进一步完善、航运市场反垄断监管存在薄弱环节等问题。为应对数字经济时代的航运联盟新格局，我国国际航运反垄断法律制度的完善应当从协调数字经济与航运管理机制发展、提升数字经济时代航运市场监管能力、加快完善中国特色航运法律体系等方面重点进行。

关键词：数字经济；国际航运；航运反垄断；航运监管

引言

近年来，区块链、人工智能、大数据等数字技术已成为航运数字化发展过程中的热点。航运数字化转型发展的进程正在加快。当前国际环境面临诸多不确定性和稳定性的挑战，贸易保护主义、单边主义的盛行使得多边贸易体制举步维艰，国际航运竞争规则和制度的发展面临的困难重重。航运反垄断法律制度是我国构建航运竞争法律体系过程中的重要内容，但囿于立法资源、立法技术等众多方面的限制，以航运反垄断法律制度为核心的航运法在我国尚未正式出台。国际航运反垄断豁免的规则和豁免程序等缺乏较高法律位阶的立法保障，这与我国全球第一货物贸易大国和第二船东大国的地位难以匹配，制约了我国航运业的发展。基于此，数字经济时代背景下，面对全球航运市场竞争激烈的局势，我国必须审时度势，尽快占领未来全球航运话语权的制高点且掌握主动权，防止区块链、人工智能和大数据等成为西方国家垄断国际航运市场的新工具，保障好我国航运企业的利益和提高我国国际航运市场核心竞争力。

一、数字经济时代我国国际航运反垄断法律制度发展的意义

（一）全球数字经济发展的特征

以计算机科学技术算法、算力为基础的生产力革新，叠加了数据与场景应用的扩大，包

* 施元红，女，中国政法大学国际法学院博士后研究人员，美国杜兰大学公派访问学者。主要研究方向：国际法、海商法。

括互联网平台规模的日益壮大带来的场景开放化和生态多样性，使得全球数字经济得到了革命性的发展。[1] 2024 年 7 月，联合国贸易和发展会议公布的《2024 数字经济报告》中指出，数字经济在蓬勃发展过程中要坚持可持续发展，降低数字经济环境成本，让更多发展中国家从中受益。要刺激数字经济可持续、包容性发展。[2]

这几年，全球数字经济发展呈现如下几种特征：一是，数字经济持续快速发展。2024 年中国信息通信研究院发布《全球数字经济白皮书（2024 年）》指出，美国、中国数字经济实现快速增长，德国、日本和韩国数字经济持续稳定发展。全球各国加快推动数字经济重点领域发展，在数字产业化、数据要素等领域积极抢抓发展机遇。[3]二是，具有规模经济特性。数字平台具有强大的技术、资本、数据聚集效应，承担着新发展阶段社会财富的创造和分配职责。数字平台涉及社会财富增加、社会福利提高和社会公平分配，因此具有规模经济特性。三是，数字经济的竞争力具有差异性。在数字经济快速发展时代，世界各国政府为了进一步抢占和维护数字经济领域的新高地，不断提升本国数字经济竞争力，已不同程度对数字经济领域进行战略部署和不断作出策略调整。从整体上看，这一系列举措将深刻影响世界经济和贸易合作和发展方向。与此同时，面对全球数字经济竞争力的差异性，各国数字经济的发展呈现了一定的不平衡性。据 UNCTAD 的数字经济报告统计，中国和美国合计拥有全球 75%以上的云计算市场份额，占据全球数字平台市值的 90%，而欧盟在数字平台领域仅仅拥有 4%的全球市场份额。[4]

然而，由于大数据是平台经营者提供服务的前提条件，数字市场的进入壁垒非常高，严重存在垄断和寡头垄断的趋势。这表明，数字经济给社会和消费者带来巨大的福利的同时，也会引发未来可能发生的各种不确定风险，包括国家安全、个人隐私保护、消费者权益保护等在内的各种问题。值得强调的是，数字经济时代背景下的企业往往占有垄断或者市场支配地位，这为后来者留下的竞争空间越来越小。此外，这些企业为维护其市场优势地位还可能存在排除限制竞争行为，因此，全球各国对数字经济领域的反垄断呼声日益高涨。[5]

（二）数字经济助力我国国际航运反垄断法律制度发展的重要意义

航运业是国民经济的支柱性产业，承当着全球 90%以上的国际贸易运输，国际航运为保障物资运输和全球产业链供应链的稳定发挥了重要的作用。与此同时，数字经济正对全球航运市场产生广泛而深刻的影响，以往的国际航运大多受制于数字技术的发展，但是，随着数字经济的迅速发展，全球航运业数字化、智能化发展迎来了前所未有的重要机遇。

---

[1] 余南平、冯峻锋：《数字经济时代的新型国际竞争》，《现代国际关系》2022 年第 1 期，第 35 页。

[2] UNCTAD,Digital Economy Report 2024", https://unctad.org/publication/digital-economy-report-2024,访问日期：2024 年 5 月 10 日。

[3] 中国信通院：《全球数字经济白皮书（2024 年）》，https://cloud.tencent.com/developer/news/1559873，访问日期：2024 年 5 月 10 日。

[4] UNCTAD，“Digital Economy Report 2021”，https://unctad.org/webflyer/digital-economy-report-2021，访问日期：2024 年 5 月 10 日。

[5] 王晓晔：《数字经济反垄断监管的几点思考》，《法律科学（西北政法大学学报）》2021 年第 4 期。

航运业的发展离不开国际航运法律制度的保驾护航。国际航运市场上，国际航运反垄断制度的发展是整个航运立法的核心内容。在航运领域打造数字经济的新优势，推动国际航运区块链标准体系建设和航运反垄断法律制度的完善具有重要意义。主要包括以下三个方面：一是，数字经济将有效促进国际航运市场的高效运行。数字经济时代，航运业和数字技术将进一步深度融合。现阶段，物联网、智慧仓储等技术与数字平台企业的生产、物流配送等环节相融合，实现了跨境物流运输、仓储的智能化管理，促进了国际航运市场的高效运行。二是，数字经济有助于我国现行航运反垄断法律制度的重构。有学者认为，我国作为世界第一贸易大国和第二船东大国，航运服务贸易常存在逆差的现象。结合我国实际国情，当前的国际航运反垄断制度同国家利益不相符，尤其是不利于我国众多中小企业的长期生存和发展。[6]现阶段，数字经济与航运业的融合和发展已呈现不可阻挡的趋势，数字经济发展的助力，将进一步促进我国现行航运反垄断法律制度的健全和完善。三是，数字经济有助于推进我国航运强国建设。近年来，我国不断扩大航运市场开放和创新航运政策。特别是在自贸试验区内实施的数字贸易便利化措施，如电子认证、“单一窗口”、无纸化贸易等一系列数字技术措施，大大提升了海关信息化智能水平，缩短了进出口整体通关时间。数字技术在国际航运领域的运用对提升我国航运和港口的全球竞争力，推进我国航运强国建设具有重要的促进作用。

二、数字经济时代我国国际航运反垄断法律制度的发展探索

（一）数字经济时代我国国际航运反垄断法律制度的探索历程

1、国际航运垄断格局的发展变迁

航运联盟被认为是实现航运业规模经济和范围经济的最佳方式，是航运业追求效率和优化资源配置的必然选择。[7]但是，总的来看，航运联盟的发展具有不稳定性，近年来不断经历整合和重组。2017 年 4 月起原先的 2M、O3、G6、CKYHE 四大航运联盟整合为三大航运联盟，即 2M（地中海航运、马士基），Ocean Alliance[8]，THE Alliance 联盟（赫伯罗特、阳明海运及 ONE[9]）。2019 年 7 月，韩国现代商船又宣布加入 THE Alliance 联盟。2023 年 1 月 25 日，马士基航运发布官方公告称，地中海航运和马士基航运双方一致同意，全球最大航运联盟——2M 联盟将于 2025 年 1 月终止运营。

伴随这大联盟时代的到来，航运公司联盟将出现更多的跨联盟合作，如 ONE 与长荣海运的跨联盟合作，与此同时，还会出现跨行业联盟，例如，航运公司与船代公司、货代公司、港口企业、金融企业等联盟，以及可能会出现航运公司与无关联的其他行业的公司之间建立联盟关系。在行业公司不断进行联盟合作的同时，也会出现现有联盟成员退盟的现象，进而

[6] 朱作贤：《强化全球航运区块链反垄断监管》，《中国社会科学报》2022 年 1 月 26 日。
[7] 韩立新、林子樱：《航运联盟格局下中国反垄断豁免的法律应对》，《中国海商法研究》2020 年第 2 期，第 90 页。
[8] Ocean Alliance，由法国达飞、台湾长荣、香港东方海外和中远海运组成。
[9] Ocean Network Express（ONE），即是由日本邮船、商船三井以及川崎汽船的集运业务组成的。

促使现有的联盟实现重新组合。这些现象产生的背后原因是，联盟成员面对未来不确定的市场环境和经济政治环境，尤其是新技术的不断更迭，其无法在原有的联盟基础上实现优势互补，迫使其迫切需要重新组成新的联盟。[10]总之，航运联盟使得集装箱航运市场集中度不断升高，其一方面给港口建设和航运市场秩序带来很大的挑战，另一方面，也使得未加入联盟的航运企业面临生存状况的担忧，一些中小型航运企业因不具备相应的入盟条件，以及没有运营网络覆盖面等竞争优势而面临被淘汰的巨大风险。

2、数字经济时代国际航运反垄断法律制度的发展逻辑

数字经济时代是在当前百年未有之大变局背景下，航运业提升资源配置能力，实现高质量发展的重要历史机遇期。现阶段，已产生了一系列数量众多的数字化航运组织，最为著名的是 TradeLens、GSBN 两大区块链联盟。两大区块链联盟和现有的三大传统航运联盟相互交织，形成了巨大的垄断势力。[11]此外，世界各国对全球航运竞争秩序都非常重视，加上全球疫情的严峻形势倒逼各个国家发展在线技术，使得全球数字化、信息化水平快速进步。这使得航运数字化亟需国际话语权的确立。虽然世界海事组织 IMO 并未设立专门的数字航运专委会，但是从美国 2022 年 6 月出台《海运改革法案》等一系列举措可知，其霸权思想正进一步显露，企图扩大占据全球航运市场竞争制高点的有利条件。在数字经济时代背景下，我国航运业也急需在未来格局未定之前，统筹布局、深入谋划以国际航运反垄断为核心内容的航运立法的创新和完善。

（二）数字经济时代我国国际航运反垄断法律制度取得的成效

1、航运市场运价备案制度初步健全

在我国，运价备案制度作为规范航运市场运价的规则，在稳定航运市场运价、规范航运市场秩序等方面发挥了重要的作用。上海航运交易所早在多年前就摒弃了运价备案过程中原有的纸质报送方式，全面改用电子报送体系，且应用信息加密上传技术，满足了国际班轮公司加密信息的传输要求。同时，其对运价备案过程中运用到的检查、分析和统计等功能进行了完善，为政府加强市场监管提供了一定的条件。[12]同年，为规范国际集装箱航运企业的经营活动，遏制不良竞争，维护市场中各方的正当利益，交通部于 2009 年出台《关于国际集装箱班轮运价备案实施办法的公告》，正式建立运价备案制度，规定国际集装箱班轮运输公司将航线、运价协议等向交通运输部备案。次年，《无船承运业务经营者运价备案实施办法的公告》进一步明确，依据《国际海运条例》规定，实施无船承运业务经营者运价备案。

[10] 李振福：《从跨联盟到大联盟航运市场将开启新时代》，《中国航务周刊》2022 年第 25 期。
[11] 朱作贤：《强化全球航运区块链反垄断监管》，《中国社会科学报》2022 年 1 月 26 日。
[12] 参见中华人民共和国中央人民政府：《交通运输部：运价报备帮助航运企业重拾市场信心》，http://www.gov.cn/gzdt/2009-08/06/content_1384645.htm，访问日期：2024 年 5 月 10 日。

2013 年，交通运输部办公厅出台《关于促进航运业转型升级健康发展的若干意见》，明确“要加强国内和国际航运市场监管，对国际集装箱班轮运价备案采取精确报备模式，进一步规范国际集装箱班轮运输市场秩序。”上海自贸试验区成立不久，交通运输部公布《国际集装箱班轮运价精细化报备实施办法》，即明确运价报备采用精细化模式。这次备案制度的调整也是促进航运政策创新发展的一个重要举措。

但是，长期以来，我国国际集装箱航运市场存在众多市场主体不规范经营、不公平竞争等现象，如一些航线上国际集装箱班轮运输公司、无船承运经营者等航运市场主体“零运价”、“负运价”的恶性竞争行为时有发生、屡禁不止；一些航运市场主体在实际经营过程中，没有按照相关规定进行运价备案、或存在实际执行的运价与备案价格不一致等违规行为。如 2022 年 11 月交通运输部公布《关于处罚 7 家国际集装箱班轮运输公司和无船承运业务经营者违规经营行为的通告》，对达飞轮船等 7 家航运公司存在实际执行运价和备案价格不一致等违法违规行为进行行政处罚。[13]现阶段，在数字经济快速发展时期，以运价备案制度为抓手，结合运用数字技术等有效手段，进一步规范和维护航运市场健康良好的市场竞争环境意义重大。

2、航运联盟反垄断力度不断加大

从“P3 联盟”被商务部否决到商务部附条件批准马士基航运收购汉堡南美股权案无不彰显了我国有力维护航运市场公平竞争，加大航运联盟反垄断力度的决心。数字化和区块链领域正在给航运业及其全球价值链带来重大的结构性变化。与其他跨国公司一样，马士基也同样参与了这场革命，并建立了一些联盟，以寻求商业效率和成本节约，旨在实现企业绩效的长期增长和扩张。[14]以马士基航运收购汉堡南美股权案为例，商务部于 2017 年 11 月公布《关于附加限制性条件批准马士基航运公司收购汉堡南美船务集团股权案经营者集中反垄断审查决定的公告》，批准马士基航运公司收购汉堡南美，并根据马士基航运向商务部提交的附加限制性条件建议方案，要求马士基航运履行四项义务。商务部根据《反垄断法》第 27 条规定，主要从参与集中的经营者在相关市场所占份额、航运市场控制力、进入市场难易程度、对消费者或其他市场主体产生的影响等方面，评估了该项经营者集中对航运市场竞争的影响程度。反垄断调查表明，在实际经营过程中，经营者集中可能产生的影响有：对远东—南美东海岸航线、西海岸航线的普通或冷藏国际集装箱运输市场产生限制、排除竞争。在调查过程中，商务部就附加限制性条件是否能降低该项经营者集中带来的不利影响等问题，多次与马士基航运沟通和约谈。之后，马士基航运根据商务部要求，递交了附加限制性条件的相关建议，商务部再次对附加限制性条件的有效性、可行性和及时性等方面作了详细

[13] 参见中华人民共和国交通运输部：《交通运输部关于处罚 7 家国际集装箱班轮运输公司和无船承运业务经营者违规经营行为的通告》，https://xxgk.mot.gov.cn/2020/jigou/syj/202211/t20221114_3709352.html，访问日期：2024 年 5 月 10 日。

[14] Anwar S T. Global strategy gone astray：Maersk's big box boats and the world shipping industry[J]. Thunderbird International Business Review，2020.

评估。最终，批准马士基航运在附加限制性条件的前提下收购汉堡南美。[15]未来，马士基航运和汉堡南美将通关整合全球航线网络为客户提供市场覆盖更广、更具吸引力的服务，使客户从中受益。

3、相关航运法律法规得到不断健全

国际航运市场的良好有序运行离不开航运法律法规的支持和保障。在我国，国际航运市场从无到有、由弱变强，航运法律法规的不断完善起到正确指引的积极作用，也助力我国由航运大国真正成为航运强国。《反垄断法》是国际航运市场反垄断规制的一般法，其系统规定了垄断行为的范围、种类、构成以及调查程序等方面。该法明确了垄断行为有三种：垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中。2022 年 8 月 1 日新修订的《反垄断法》正式开始施行，其中第四条提出“国家强化竞争政策基础地位”，强调落实公平竞争审查制度是强化竞争政策基础地位的重要内容。此外，新修改的《反垄断法》总则中第 9 条明确，“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法规定的垄断行为”，又在第三章“滥用市场支配地位”一章中加入“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为。”可见，新修改的《反垄断法》吸纳了促进和规范平台经济和数字经济健康发展的意见，这也为数字经济时代背景下，我国国际航运市场有效竞争提供了重要的法治保障。在强化法律责任方面，新修改的《反垄断法》第 56 条增加了“经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款”，还在第 67 条明确“违反本法规定，构成犯罪的，依法追刑事责任”。这些法律责任的新规定将有效加大《反垄断法》的威慑力，涉及航运领域，航运市场主体也会加强合规经营的主动性和积极性。

三、数字经济时代我国国际航运反垄断法律制度的存在问题

1、航运反垄断豁免方面法律适用不清

长期以来，国际航运业竞争激烈，各国航运企业出于要获取更大市场份额和更多利润的目的，纷纷通过实施企业并购重组和战略联盟的方式，不断提升自己的国际竞争力。总体上，国际航运业呈现“卡特尔—联盟—并购”的数轴式发展趋势。这一局面的形成引起了各国反垄断执法机构的高度重视，理论界更是产生了是否适用反垄断豁免制度的争论。[16]然而，现阶段由于我国法律法规尚未对反垄断豁免制度作出具体规定，我国是否存在真正意义上的航运联盟反垄断豁免尚不明确。此外，适用于国际航运反垄断的《国际海运条例》中有关于

[15] 参见中华人民共和国商务部：《商务部公告 2017 年第 77 号 关于附加限制性条件批准马士基航运公司收购汉堡南美船务集团股权案经营者集中反垄断审查决定的公告》，http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/201711/20171102669569.shtml，2024 年 4 月 20 日访问。

[16] 李华武：《航运并购反垄断豁免规则的理论探析与实践启示》，《江苏海洋大学学报（人文社会科学版）》，2022 年第 4 期，第 13 页。

协议备案的具体规定，明确航运联盟协议应当向交通运输主管部门进行备案。但此种备案制度不能被认定为我国法律上确定了航运反垄断豁免制度。这是因为《国际海运条例》既未对航运反垄断豁免制度的内容、适用范围等方面作明确规定，又未对该制度的具体审查程序作系统上的规定。此外，该制度在我国还存在法律适用上的矛盾。《国际海运条例》虽然是我国直接专门规范航运市场秩序的行政法规，但其法律效力位阶低于《反垄断法》，且根据“新法优于旧法”原则，反垄断的相关问题应当优先适用于《反垄断法》，然而《反垄断法》无法顾及国际航运业的特殊性，在实际执法过程中往往会遇到障碍，导致即便《国际海运条例》做出了严格的规定，但因违反《反垄断法》等上位法而产生无效的后果。

2、政府管理体制机制亟待进一步完善

数字经济时代，数字技术是政府提高监管能力和服务能力的重要手段。2022 年 8 月，《关于加强数字政府建设的指导意见》（以下简称《指导意见》）由国务院正式发布。该文件的出台是落实习近平总书记关于落实网络强国建设的重要思想，是推进国家治理能力和治理体系现代化建设的重要举措，更进一步明确数字赋能是数字政府建设的关键和发展方向。[17]国务院办公厅曾于 2019 年发布了《关于印发全国深化“放管服”改革优化营商环境电视电话会议重点任务分工方案的通知》，明确要推动简政放权向纵深发展，进一步放出活力，并详细列明各政府部门需落实完成的具体措施。涉及航运领域的具体措施有“督促各地做好口岸收费目录清单公示，整治港口、船公司、物流堆场、货代、船代等乱收费现象”等方面，这项措施由交通运输部、海关总署、发改委、财政部和市场监管总局等相关部门和各地区按各自职责分工协作、相互配合完成。[18]

然而，在国际航运领域，政府管理体制机制尚不完善，具体表现为：一是，我国国际航运市场监管过程中存在中央和地方、地方和地方、部门和部门之间分层管理的现象，尚有地方保护主义倾向；二是，在整治国际航运反垄断、反不正当竞争行为等一系列工作中，商务部和发改委等部门间的联动机制尚不健全，形成监管合力尚欠缺；三是，各监管职能部门之间尚未真正实现数据和信息共享。例如，由于海关、国检等监管职能部门在货物进出区数据方面未能实现充分的数据共享，导致货物在一线入区时因无法被各不同监管部门进行风险管理分类而增加了入区备案的复杂性。此外，港口信息系统与海关等监管部门之间的脱节，使得货物进出口程序的进一步优化受限。

3、航运市场反垄断监管存在薄弱环节

一方面，在数字经济时代，我国航运市场反垄断监管的力度尚需进一步加大。有学者认

[17] 参见中华人民共和国中央人民政府：《加快推进数字政府建设》，http://www.gov.cn/xinwen/2022-08/26/content_5706931.htm，2024 年 3 月 28 日访问。

[18] 参见中华人民共和国中央人民政府：《国务院办公厅关于印发全国深化“放管服”改革优化营商环境电视电话会议重点任务分工方案的通知》，http://www.gov.cn/zhengce/content/2019-08/12/content_5420694.htm，2024 年 4 月 20 日访问。

为，数字经济时代已经并且将继续影响着全球经济，但是尽管中国反垄断领域相关法律为处理一些不正当竞争行为提供了法律依据，但实际过程中，政府的监管力度仍不够大。[19]我国航运市场反垄断监管仍需借助数字经济的发展进一步去完善，让数字赋能航运市场反垄断监管。此外，随着政府机制的改革，社会监督机构不断增多，要避免航运市场监督模式的单一现象，尽量发挥社会的监督能力，加强多元化航运监管市场体系的完善。另一方面，同欧盟、美国对航运企业违反行为的处罚力度相比，我国采取的处罚力度较弱。为了有效维护国际航运市场的秩序，FMC、欧盟委员会对国际航运市场采取较强的监管措施，主要手段有取消航运资质、高额罚款等，产生的威慑力较大。然而，虽然我国已建立并逐步完善运价备案制度，但我国对违反运价备案制度的处罚方式以罚款为主，对违法情节严重的进行约谈，企业违法成本较低。在数字经济时代，由于国际航运较长的产业链，且在各环节中涉及众多的政府监管和企业间的合作，对涉及的国际贸易和大量运输的数据信息的真实性和准确性的监管问题需引起重视。

4、航运反垄断法律制度体系不完善

建立健全我国航运法律法规体系是国际航运市场准入监管的重要保障。但目前我国航运监管法律法规尚不健全，需加快完善。主要体现在：第一，主要航运法律法规不完善。现阶段，我国航运市场反垄断力度不够的主要原因是缺乏关键的《航运法》。《航运法》作为航运领域的四大龙头法之一，至今未迟迟出台。我国现行航运反垄断法律制度体系主要由 1974 年《联合国班轮公会行动守则公约》、《反垄断法》、《国际海运条例》及《国际海运条例实施细则》构成。相对而言，《国际海运条例》及《国际海运条例实施细则》是针对性较强的行政性的规范性法律文件。但由于《国际海运条例》作为一个行政法规，而非调整航运竞争的单行立法，其法律效力层级较低，且航运市场事中事后监管缺失，对于航运区块链等数字航运领域的新业态监管更是滞后。因此，应尽快出台规制航运市场活动的《航运法》。在立法理念上，确立航运市场经济立法的核心价值地位，这对规范航运经济行为，解决航运经济纠纷等方面具有重要作用。同时，这也有利于协调航运安全监管和航运市场发展目标的总体平衡。第二，配套的航运监管法律法规不健全。现阶段，《国际海运条例》、《国际海运条例实施细则》分别已经过修订，相配套的航运法律法规逐步完善。但是仍有一些问题暴露出来，需要其他相配套的航运监管法律法规进一步健全。如有学者提出需制定航运运价指数衍生品交易监管条例。因为我国作为集装箱出口大国，集装箱运价波动厉害，市场需要对冲工具规避风险。但目前航运衍生品交易缺乏法律依据，监管力度不够。[20]

---

[19] Pw A，Xcw B，Saj C. Crossing the Rubicon? The implications of RCEP on anti-monopoly enforcement on dominant E-commerce platforms in China[J]. Computer Law & Security Review：the international journal of technology law and practice，2021.

[20] 郑志华：《探索自贸区航运法治建设的突破口》，载《中国海商法研究》2015 年第 3 期。

四、数字经济时代我国国际航运反垄断法律制度的完善建议

1、协调数字经济与航运管理机制发展

以数字化助力政府职能转变，要求将体制机制改革和数字技术应用深度融合，健全完善与数字化发展相适应的政府职责体系。[21]在航运领域，数字经济和航运管理机制的协调发展具有必然趋势。纵观国内外，国际航运发达国家注重本国航运管理体制的协调性和一致性，航运监管机构和航运立法、执行机构互相独立，职权统一，为整个航运管理体系的顺利运行提供重要保障。航运发达国家航运管理机构根据本国航运市场发展现状，有符合本国体制和航运市场特点的架构。如美国设立 FMC，专门对国际航运市场实施监督和管理工作，且 2022 年 6 月新颁布的《美国海运改革法》（Ocean Shipping Reform Act）扩大了 FMC 对集装箱船承运人的监管权力。我国虽然尚未成立独立的国际航运市场管理机构，但也应积极探索与综合性市场监督管理机构有效联动的路径，协调共建和谐的航运市场管理机制。此外，我国于 2018 年组建了国家市场监督管理总局。[22]这是在市场监管方面，我国不断深化改革、整合市场监管队伍和强化市场监管的重要举措。此外，在航运管理体制上，我国应该充分借鉴国外的有益经验，在实行充分授权、高效统一、简化便捷的基础上，促使我国航运管理体制朝着体系化的方向发展。同时，更加注重职能部门之间的相互衔接、有效协调，使我国国际航运业的管理体制机制更加完善。努力实现审批和监管程序的规范化，提高航运监管效率。

尤其在数字经济时代背景下，航运管理机制应当从全局出发，分步骤运用数字科技实现港口、航运企业、仓储等各个航运环节的资源整合与共享，促进数字经济与航运管理机制的同步协调发展。

2、完善航运市场的运价备案制度

数字经济时代完善航运市场运价备案制度应当注意以下方面：一是，继续完善运价备案制度的程序规则。交通运输主管部门在审查运价备案具体情况的实际过程中，应当充分掌握和有效利用运价备案信息，依据科学、合理的运价备案审查程序和规则的基础上，对备案人提交的备案价格、备案材料等多方面进行真实性和合理性审查。另外，应当及时搜集可能存在违法违规行为的航运企业的相关证据，为必要时采取的监管执法活动提供相应的支持。二是，继续完善运价备案制度的内容，提高航运监管效率。这就要求对运价备案制度中的各项内容要有明确和清晰的定位，使其能真实反映在不同班轮运输条款项下班轮公司的收费水平，进而了解我国各大航线收费水平的真实情况。完善运价备案制度的内容，有助于充分发

[21] 中华人民共和国中央人民政府：《加快推进数字政府建设》，http://www.gov.cn/xinwen/2022-08/26/content_5706931.htm，2024 年 4 月 28 日访问。

[22] 2018 年 3 月 13 日，国务院机构改革方案提请十三届全国人大一次会议审议。根据该方案，国务院不再保留工商总局、质检总局、食药监总局，将组建国家市场监督管理总局。

挥其作为监管依据的作用，提升航运监管效率。[23]三是，继续提高运价备案制度监管的透明度。数字经济时代背景下，运价和运价协议的主要内容、基本信息等方面的透明、公开，对托运人获得相应的“信息获得权”具有保障作用，提高运价备案制度监管过程中的透明度，对维护整个国际航运市场公平、公正，促进航运业可持续发展具有重要意义。

3、提升数字经济时代航运市场监管能力

深化“放管服”改革是加快政府职能转变，持续优化营商环境，激发市场活力的重要举措，其关键在于既要放得下，又要管得住。《指导意见》提出运用数字技术支持构建新型监管机制，以数字化手段提升监管精准化水平，以一体化在线监管提升监管协同化水平，以新型监管技术提升监管智能化水平，实现事前事中事后全链条全领域监管，以有效监管维护公平竞争的市场秩序。[24]在航运领域，航运数字化的发展对反垄断监管的内容和监管方法提出了全新的要求，需抓紧提升政府对航运市场监管能力。一是，要进一步明确航运反垄断的监管主体。特别是在航运联盟的监管过程中，要充分考虑承运人间的竞争，防止恶性竞争现象的出现。二是，监管机构要平衡好船货双方的关系。应当深入了解、研究区块链等数字对航运市场运行规律和航运市场实际产生的影响。建议在交通运输部行使审查权和监管权的同时，其他相关监管部门同时进行协助。三是，要通过数字化统一航运市场监管方式，实现基于数据的监管和治理方案。

4、加快完善中国特色航运法律体系

数字经济的快速发展对航运立法保障提出了更高的要求。只有建立完善的航运法律体系，才能更好地加强数字时代背景下的国际航运市场反垄断，保障国际航运市场良好的运行秩序。我国应当全面地从实体和程序两方面进一步完善我国特色的航运反垄断法律体系。在实体上，要明确航运反垄断豁免的实体性规则，如反垄断豁免的条件、范围等。要在《航运法》中对航运反垄断豁免制度的具体内容作出明确规定。在程序上，要完善行政和司法救济途径。对于损害市场竞争秩序的垄断行为，一般情况下采取停止违法行为、撤销反垄断豁免、罚款等处罚方式。受到垄断协议影响的受害方，可以通过民事诉讼的方式要求损害赔偿。对于受到主管机关审查决定影响的行政相对方，根据 2022 年最新修订的《反垄断法》第 65 条规定，需要通过行政复议和行政诉讼的方式获得救济。[25]然而，由于航运反垄断制度下行政和司法救济途径存在不合理之处，在《航运法》中对其细化规定是一种最佳途径。概言之，促进这一部能够适应航运数字化快速发展的《航运法》尽快出台将有助于保障数字时代背景下我国国际航运市场良好有序发展，提升我国航运国际竞争力。

---

[23] 何梦晓：《构建我国国际海运市场监管体系的方案》，载《交通企业管理》2016 年第 7 期。
[24] 中华人民共和国中央人民政府：《加快推进数字政府建设》，
http://www.gov.cn/xinwen/2022-08/26/content_5706931.htm，2024 年 4 月 28 日访问。
[25] 李天生、陈苏：《航运反垄断豁免法律指导回顾与展望》，《世界海运》2021 年第 1 期，第 4 页。

结 论

现阶段，中国在数字经济领域处于全球领先地位，但涉及数字经济时代背景下国际航运反垄断规制体系的发展和完善仍面临巨大挑战。一方面，要继续在国际航运反垄断规制理论和实践方面进行深入研究，加强实际操作过程中各监管部门的协调和发展，充分发挥我国监管体制的特点；另一方面，应当借鉴国际有益经验，将符合我国国情特点的航运反垄断规制制度的价值取向运用到航运领域，使我国在全球航运市场竞争中发挥更重要的作用。

守正与革新：《海商法》承运人火灾免责的理解与展望

杨 超*

摘要：《海商法》第 51 条有关承运人火灾免责的规定较为简略，正确理解火灾免责的内涵，梳理该条款与其他条文之间的关系，有助于维护船货双方的合法权益。条款中的“火灾”适用范围，司法实践的解释较为宽泛，但将火灾解释为“船上的火灾”较为适宜。承运人应对火灾发生的事实有举证义务，而对造成火灾的原因应由索赔人承担；承运人适航与管货义务与火灾免责之间的关系，在理解时应依据行为与损失之间因果关系判断。结合国际公约的立法趋势，展望未来火灾免责条款的变革，《海商法》应限缩火灾适用范围，并且完善更加清晰和可操作更强的举证体系。

关键词：火灾免责 承运人责任 适航义务 管货义务 举证责任

引 言

根据《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第 51 条[①]的规定，因火灾事故造成货物灭失或损坏，承运人可以免责，但火灾是由承运人本人引起的除外。而从法律条文来看，《海商法》第 51 条第 1 款第 2 项对火灾的定义及承运人援引该款免责的适用条件的规定都较为模糊。在实践中对“火灾免责条款”的理解和应用存在许多争议。例如，火灾该做如何理解？承运人适用火灾免责的条件如何？火灾免责条款与承运人其他法定义务的关系如何？

笔者通过检索“北大法宝数据库”[②]和“中国裁判文书网”[③]，对海事司法判例中当事人援引火灾免责的案件进行分析和比较，围绕上述问题探究我国法院对此类案件的观点并试图进一步解释

*杨超（1999—），上海海事大学法学院硕士研究生，国际法学专业（海商法方向）。

① 《海商法》第 51 条第 1 款规定：“在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任：（一）船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失；（二）火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；（三）天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；（四）战争或者武装冲突；（五）政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；（六）罢工、停工或者劳动受到限制；（七）在海上救助或者企图救助人命或者财产；（八）托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；（九）货物的自然特性或者固有缺陷；（十）货物包装不良或者标志欠缺、不清；（十一）经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；（十二）非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。”

② 北大法律信息网网站，https://pkulaw.com/case?way=topGuid，2024 年 9 月 4 日访问。

③ 中国裁判文书网官方网站，https://wenshu.court.gov.cn/，2024 年 9 月 4 日访问。

“火灾免责条款”的含义。厘清火灾免责与其他条文之间的关系，有助于当事人在诉讼中正确适用火灾免责条款。此外，本文从立法目的、权利义务平衡等角度分析，主张对承运人火灾免责的适用进行限缩，赞同《海商法》修改时将承运人火灾免责的范围限定为“船上发生的火灾”的观点，并希望最高人民法院制定相关司法解释或颁布指导性案例，明确火灾免责的举证责任分配和顺序问题，适当参考国际公约对承运人责任的趋势，更加清晰阐明火灾免责的体系结构。

一、守正：对《海商法》中火灾免责条款的理解

（一）免责条款中“火灾”的含义

《现代汉语词典》将“火灾”解释为“因失火造成的灾害”。有观点认为火灾有两个特征：其一、火灾不同于一般的“火”，根本区别是火灾达到人“失去控制”的程度，并对生产经营活动造成损害的灾难；其二、火灾应是有明火产生的事故，而单纯的高温而未达到“燃烧”的程度并不能称为火灾。[①]《海商法》第 52 条第 1 款第（二）项仅规定“火灾”可作为承运人免责的事由，但对于火灾具体该做如何解释并没有规定，纵观《海商法》全文也没有更进一步的说明。

承运人主张火灾免责时对火灾的程度是否有要求？火灾发生的原因对免责条款的适用是否有影响？火灾发生的地点有何限制？此类问题，或许可以从法院对相关案件的判决中找到答案。

武汉海事法院审理的“土星轮”案[②]中，法院认为：“火灾在法律上虽然没有明确定义，但参考《世界图书词典》和国际上的海事司法判例，可以明确的是，火灾应是可见的明火严重燃烧。货物发热、冒烟和瞬间爆炸并不等同于火灾。”

2002 年的“韩进·宾夕法尼亚轮”爆炸事故引发了一系列因火灾造成货损的赔偿纠纷案件。各海事法院在审理涉此事故的纠纷时，从不同角度阐释了对《海商法》中“火灾”的含义。广州海事法院认为：“根据常识，爆炸是物质发生的变化不断急剧增速并在短时间内放出大量能量的现象。爆炸发生时，温度和压力突然升高，产生爆破作用或推动作用。爆炸可以分为物理爆炸和化学爆炸，化学爆炸从性质上是一种快速燃烧。火灾是指在时间上和空间上失去控制的燃烧所造成的灾害。火灾发生时，常伴随爆炸，而爆炸（特别是化学爆炸）往往导致火灾。因此，火灾和爆炸是两种相互影响、相互作用的灾害。对于伴随爆炸发生的火灾事故，同样适用于火灾造成的货物灭失或损害的赔偿规定。”[③]天津海事法院也持有相似观点，并认为爆炸和火灾先后及界限很难区分，因

---

① 余妙宏：《国际海上货物运输中‘火灾’事故适用法律研究》，载《中国海商法研究》2019 年第 1 期，第 74-81 页。

② 北京埃力生进出口有限公司、中华联合财产保险股份有限公司江阴支公司诉太阳航运贸易有限公司、松加船务有限公司、海上、通海水域货物运输合同纠纷案，武汉海事法院（2005）武海法商字第 225 号民事判决书。

③ 深圳市德科实业有限公司诉韩进海运有限公司等海上货物运输合同交付案，广州海事法院（2003）广海法初字第 469 号民事判决书。

此对伴随爆炸的火灾适用火灾造成的货物灭失或损坏赔偿责任。[①]上海海事法院在一案中认为："火灾事故的形成是一个阶段性的过程，可以分为起因—燃烧—大火—救火—清理事故现场等几个阶段，每一阶段都应被认定为火灾的一个组成部分，无论是上述哪一种情况或两种情况共同造成了涉案货物的损失，都应被认定为是火灾造成的。"[②]并在另一案件中进一步说明："不能仅认为只有被火烧毁的货物才是火灾造成的损失，譬如在救火过程中货物被灭火液体浸泡发生的湿损，也应被认定为是火灾造成的损失。同样，如果爆炸是引发物质燃烧进而引发大火的一个直接原因，该爆炸仍应属于《海商法》第五十一条第一款第（二）项中火灾的范畴。因此，无论是上述哪一种情况或两种情况共同造成了涉案货物的损失，都应被认定为是火灾造成的。"[③]

上海市高级人民法院在前述"财保浙江分公司诉瀚航集运公司案"[④]中，对火灾免责适用的地点作出解释："海商法第五十一条关于因火灾造成货物损失承运人免责的规定，系针对发生于承运人责任期间内的火灾事故做出的，这里的'火灾事故'不仅指海上运输过程中发生在船舶上的火灾事故，也包括在承运人责任期间内发生在陆地上的火灾事故，即只要导致货物灭失或者损坏的事故发生在承运人责任期间之内，不论该火灾事故发生在海上还是陆上，承运人均得免责。"

从司法实践中可以看出，法院对于"火灾"的解释及火灾免责的适用范围较为宽泛。总的来说，除了因高温导致的货物发热、冒烟或"闪燃"等现象，不管是人为还是自然原因引起的明火或者爆炸，都能被认定为《海商法》下的"火灾"。不论是火灾发生在船上还是陆上，货物只要是在"火灾的发生到被扑灭的整个过程中"遭受的损失（如烟熏、水浸等），都属于火灾免责的范畴。笔者赞同法院对火灾含义的解释，但发生在陆地上的火灾所致的货损，火灾免责能否使用值得商榷。免责是否应限于船上发生的火灾，后文将进一步分析。

（二）承运人火灾免责的适用条件

从司法实践中看，承运人在主张适用火灾免责时，还应该注意以下四个方面：一、《海商法》第 51 条第 2 款将承运人存在过失的举证责任交给了索赔方，但这并不意味着承运人主张火灾免责时无需承担任何责任和义务。承运人主张免责前，应举证证明火灾发生的事实情况。二、火灾免责能否成功适用，还需要判断货损是否发生在法定或合同约定的承运人能免责的责任期间。三、承运人应承担证明火灾事故发生的责任并且不违反适航和管货的法定义务。四、根据《海商法》第 51

---

① 中国人民财产保险股份有限公司诉环球海运有限公司等海上货物运输保险代位求偿纠纷案，天津海事法院（2004）津海法商初字第 184 号民事判决书。

② 中国人民财产保险股份有限公司上海分公司诉上海国联有限公司等海上货物运输合同赔偿纠纷案，上海海事法院（2003）沪海法商初字第 485 号民事判决书。

③ 中国平安保险股份有限公司杭州分公司诉韩进海运有限公司等海上货物运输合同赔偿纠纷案，上海海事法院（2003）沪海法商初字第 462 号民事判决书。

④ 中国人民财产保险股份有限公司浙江分公司诉上海瀚航集运有限公司海上货物运输合同灭失代位求偿纠纷案，载《最高人民法院公报》2007 年第 10 期。

条第 1 款第（二）项但书规定，必须是非承运人本人的过失产生的火灾才能被免责。

1．承运人履行火灾事故发生的举证义务

《海商法》第 51 条第 2 款规定火灾免责条款的举证责任应由索赔方承担，被称为“举证责任倒置”。但根据条文看，第二款规定的“除第（2）项规定的原因外，应付举证责任”，该“原因”举证所指向的是“造成火灾的原因”还是“火灾发生货损的事实”较为模糊。有观点认为，“原因”前面的定语不明，但正确理解必定是后者。[①]

笔者认为，在火灾事故发生后，火灾发生的原因如何，并不影响火灾造成货损的事实。因此承运人仅需证明火灾事实的发生以及火灾与货损之间有因果关系即可，除承运人另有抗辩外，无需举证火灾原因。而造成火灾的原因与承运人本人是否有过错有密切联系，根据“举证责任倒置”的规则，应由索赔人承担举证责任。

2017 年大连海事法院审理的“韩进雅典”轮[②]案中，法院认为：“韩进公司（承运人）援引火灾免责。‘韩进雅典’轮发生火灾是否为造成本案货损的原因，韩进海运公司对此应承担举证责任”。广州海事法院审理的“万海 301”轮[③]案中，法院认为：“被告（承运人）主张火灾免责，无需证明火灾原因，而原告（索赔人）应对‘火灾是由于被告作为承运人本人的过失造成’这一主张负证明责任。”可见，我国司法实践也倾向于承运人无需举证火灾发生的原因，仅就火灾事故的发生承担举证责任。

2. 火灾发生在承运人的责任期间

责任期间是海上货物运输合同的一个特殊概念，主要是为了适应海上货物运输法的强制性，它不是合同双方应当负责的期间，而是双方必须根据海上货物运输法的规定承担强制性责任的期间，所以《海商法》第 46 条应理解为“强制适用期间”，[④]承运人在此期间内对货损的责任强制适用《海商法》第四章的相关规定。

《海商法》规定的是承运人最低限度的责任义务和最大限度的权利，当事人可以根据合同约定排除承运人火灾免责的适用,或对火灾免责的援引提出更严格的前提条件。但是在约定更严格的免责适用条件时，当事人应在合同中明确排除适用《海商法》第 52 条第 1 款第（二）项的规定，否则会出现约定不清而达不到合同所约定的预期结果。

[①] 参见李章军《国际海运承运人责任制度基本问题研究》，法律出版社 2006 版，第 110-111 页。

[②] 中国平安财产保险股份有限公司大连分公司诉韩进海运有限公司海上货物运输合同纠纷案，大连海事法院（2015）大海商初字第 641 号民事判决书。

[③] 美亚财产保险有限公司航运保险运营中心诉万海航运股份有限公司海上货物运输合同纠纷案，广州海事法院（2017）粤 72 民初 552 号民事判决书。

[④] 侯鲜明：《国际货物贸易法理论和实践问题研究》，中国政法大学出版社 2023 版，第 96 页。

2020年最高人民法院审理的太平财产保险公司诉中国外运华东公司案[①]中，原告太平财保主张涉案合同中已约定排除海商法规定的承运人免责，火灾被约定作为不可抗力被免责，火灾不是因不可抗力产生承运人不能免责。但一审法院认为，合同约定的免责事由与法律规定没有冲突的，且合同中没有明确排除时，两者均适用。涉案合同中尽管约定了承运人免责事项，但也并没有合意排除《海商法》第51条的适用，所以在衡量被告是否免责时应，合同约定和《海商法》的规定都应予以考虑。原告不服一审判决，提出上诉。二审法院支持了一审法院的判决，同样认为在法律没有禁止性规定的情况下，合同要排除法律规定，必须有明确的约定。太平财保仍然不服，提出再审。最高人民法院同样持相同观点，认定太平财保再审申请不能成立。

多式联运合同中，除另有规定外，《海商法》仅调整海运区段及港区内的货损纠纷，在其他区段援引火灾免责条款无效。北海海事法院审理的广西合浦公馆出口烟花厂诉广东安通国际货运代理公司案[②]中，法院认为:“货损发生在我国境内的陆运过程中，根据《海商法》第一百零五条，货物的灭失或者损坏发生于多式联运的某一区段的，处理本案赔偿责任及责任限额问题自应适用《合同法》等法律，而不适用《海商法》的规定 。故原告关于货损系火灾造成、根据《海商法》承运人应免责的抗辩理由不成立。”

综上，承运人仅在有权原因火灾免责的责任期间内，才能享受免责权利。该期间受到《海商法》和合同约定的限制，在法律有强制性规定的情况下，合同不能任意减免承运人对火灾造成货损的赔偿责任，但可约定更为严格的限制条件。在《海商法》调整的区段外，承运人无权主张该法的火灾免责权利。

3.承运人已经履行适航义务和管船义务

承运人的适航义务和管货义务与火灾免责之间是什么关系？《海商法》并没有明确地规定。在承运人适用免责条款时，能否以火灾免责对抗因未履行适航或管船义务造成的货损？笔者根据司法实践观点，结合学者对《海牙规则》相关条文的理解，认为《海商法》中的承运人火灾免责不能覆盖适航和管船的过失产生的货损赔偿责任，火灾与承运人适航或管货义务有因果关系时，承运人只有履行了两项基本义务且无过失时，才能享受法律规定的免责。

（1）承运人适航义务与火灾免责适用之间的关系

《海商法》第47条规定，承运人在船舶开航前和开航当时应当谨慎处理使船舶适航、适员、适货。该条与《海商法》第51条承运人免责之间的关系如何，法律并没有规定，因此在理解上存

---

① 参见太平财产保险有限公司北京分公司诉中国外运华东有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案，上海海事法院 （2018）沪72民初4165号民事判决书，上海高级人民法院（2019）沪民终298号民事判决书，最高人民法院（2020）最高法民申4612号民事裁定书。

② 广西合浦公馆出口烟花厂诉广东安通国际货运代理有限公司等多式联运合同货物损害纠纷案，北海海事法院（2003）海商初字第019号民事判决书。

在差异。

学界中，有观点主张适航义务是承运人的“首要义务”[①]，并且承运人违反适航义务的情况下，不能援引《海商法》第 51 条的免责事由及其他合同规定的抗辩。英国经典判例中，Somervell 爵士的判词[②]对“首要义务”的观点对学界的影响最大：“第三条第一款（所指的是《海牙规则》中承运人的适航义务），是一项首要义务。如果其未被履行，且该不履行行为引起了损害，则第四条所列的免责事项就不能被援用……”。相反观点认为，在我国《海商法》体系下，没有“首要义务”的法律基础，适航义务与承运人的其他法定义务并无地位上的差异，都是承运人的法定基本义务。[③]

适航义务对于承运人火灾免责的影响在于，在承运人违反适航义务后能否援引火灾免责以及举证顺序。我国法院认为，因船舶不适航导致的火灾，承运人不享有免责权利。宁波海事法院审理的“安泰江”轮[④]一案中，法院没有支持承运人火灾免责的主张，“安泰江”轮不适航、船员不适任，是承运人没有谨慎处理保养船舶，没有妥善配备合格船员所致。不适航是造成火灾事故的直接原因。所以承运人不得享有免责权利。

从法律逻辑分析，适航义务是强制性条款，明确规范承认人的适航义务。必须强调适航与货损的因果关系，即只有在承运人不履行适航义务情况下，由此而造成的货损灭失和损坏，才能归责于承运人，并向其索赔。[⑤]另外，有观点认为，在任何情况下，承运人主张免责前，必须首先举证证明其已尽适航义务。[⑥]但笔者认为，只有在火灾与船舶不适航有因果关系时，承认人才需要举证进行抗辩。前文提到，此种因果关系与承运人是否存在过失相关，应是索赔人的举证责任，现实中，承运人也不会举证对自己不利的证据。所以，除非有证据证明火灾是由承运人违反适航义务引起，否则其仍有援引火灾免责条款的权利，并且无须事先举证自己没有违反适航义务的过失。

（2）承运人管货义务与火灾免责适用之间的关系

承运人的管货义务是指《海商法》第 48 条所规定的法定义务。管货义务与火灾免责之间的关

[①] 参见朱作贤,司玉琢《论<海牙规则>“首要义务”原则——兼评 UNCITRAL 运输法承运人责任基础条款》，载《中国海商法年刊》2002 年，第 68-77 页；张文广：《海运承运人责任制度研究》，社会科学文献出版社 2012 年版，第 193 页。

[②] Maxine Footwear Company, Ltd., and Morin *v.* Canadian Government Merchant Marine, Ltd.[1959] 2 Lloyd’s Rep.105

[③] 参见胡正良《海上货物运输合同法：原理、立法与实践》，法律出版社 2024 年版，第 209 页；孙思琪：《海上货物运输法教程》，法律出版社 2022 年版，第 107 页；郭瑜：《海商法教程》（第 2 版），北京大学出版社，第 97 页。

[④] 参见中国人民财产保险股份有限公司广东省分公司诉浙江省公路物资有限公司等共同海损纠纷案，宁波海事法院（2014）甬海法事初字第 28 号民事判决书。

[⑤] 傅旭梅主编：《中华人民共和国海商法诠释》，人民法院出版社 1995 年版，第 92 页。

[⑥] 郭国汀：《论海上火灾免责》，载《中国海商法年刊》2001 年，第 7-20 页。

系，在“华昌”轮一案[①]中，上海海事法院这样论述道：“《海商法》第四十七、第四十八条规定的承运人在运输合同下适航、管货的两项义务与承运人火灾免责的权利之间是什么关系，《海商法》并没有明确。从《海牙规则》的规定来看，其第三条第一款规定了适航义务，第二款规定了管货义务，第四条则是承运人免责事由的规定，第三条第二款条文有‘在符合第四条的规定下’的措辞，而第一款没有。可见，在《海牙规则》下，管货义务受制于免责规定，但适航义务则没有这样的要求。《海商法》在解释上应当作同样的理解。因此，适航义务是承运人的首要义务，而承运人管货存在的过失，其仍然依法享有火灾免责的权利。”

对于《海牙规则》中管货义务的理解，学理上有不同的观点。“认为《海牙规则》第 3 条第 2 款的措辞并不是要弱化管货义务，它要么是多余的，要么是为了用来强调管货义务并不是一种绝对义务，而是要受第 4 条有关豁免（如合理绕航的豁免及处置危险货物的豁免）的限制，但无论如何，并不能依据这一短语得出第 4 条第 2 款所规定的免责将优先或凌驾于管货义务之上的结论；如果认为第 3 条第 2 款的段首语将产生关于管货义务的规定应受制于第 4 条第 2 款关于免责事项的规定这一效力，即纵然承运人有管货上的过失，其仍可依第 4 条第 2 款的免责事由免责，显然是荒唐的。”[②]

我国《海商法》下，承运人管货义务并不在免责条款下，而是独立的条款。在解释上，认为该条款受制于火灾免责条款并无法律依据。如果经过证明，火灾发生是因承运人违反管货义务导致，当然属于承运人本人过失，所以承运人无权免责；如果仅能证明货损是由火灾所致，则不能同时推定承运人未履行管货义务，承运人得以免责。承运人在管货义务上是否存在过失，应由索赔人举证，承运人无需在援引免责条款前自证其已履行管货义务。司法实践中，法院在“永盛”轮[③]一案中亦是依此逻辑。因船上工人作业造成的火灾，并且无证据证明承运人本人过失的，承运人不负赔偿损失责任。

4. 火灾不是因承运人本人的过失所致

《海商法》第 51 条第 1 款第（二）项但书中指出，因承运人本人的过失所造成的火灾不能享有免责权，可见“承运人本人的过失”是火灾免责成功的阻却事由。从法条的字面意思上看，非承运人本人的原因引发的火灾，即使行为人存在过失，承运人也可以被免责。那么承运人“本人”该如何界定？

---

① 中国人民财产保险股份有限公司宁波分公司诉华昌航运私人有限公司海上运输合同纠纷案，上海海事法院（2019）沪 72 民初 1077 号民事判决书。

② 蒋跃川：《论适航义务是否是承运人的首要义务》，载《中国海商法年刊》2007 年，第 267-280 页。

③ 中国平安财产保险股份有限公司北京分公司与中远航运(香港)投资发展有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案，上海海事法院（2014）沪海法商初字 363 号一审民事判决书。

上海海事法院在上述“华昌”[①]轮案中认为：“‘承运人本人’解释上一般指承运人（公司）的高级管理人员，而不包括船员等受雇人或代理人。故在明确火灾原因系装卸工人丢弃烟蒂的情况下，原告（索赔人）显然未能证明火灾是由于被告（承运人）本人的过失造成，依法应当承担举证不能的不利后果。”由此可见，实务中对承运人本人的定义的较为狭义，承运人的范围并不包括船长、船员及其他承运人的受雇人等。

值得注意的是，《海商法》第47、48条规定的承运人适航与管货义务是法定义务，具有不可代替性，不因合同约定而被转移。即使在非由于承运人本人过错发生火灾的情形，承运人对于火灾造成的货物损失、损坏或迟延交付免责，并不免除《海商法》第47条规定的承运人谨慎处理使船舶适航义务和第48条规定的承运人妥善地、谨慎地管理货物的义务。因此，如果船长、船员、承运人的其他受雇人或代理人在火灾发生原因中的过失或灭火措施中的过失，构成承运人未谨慎处理使船舶适航，或者未妥善地、谨慎地管理货物，承运人对因此造成的货物灭失、损坏或迟延交付并不能免责。[②]

总的来说，在理解“承运人本人过失”时，除了注意法条但书所指的承运人本人的范围外，还应注意承运人外的第三人的行为所造成的损失是否能够归咎于承运人的过失。如果该行为仍由承运人负责且违反其他法定义务，承运人不得主张该行为非其本人过失而援引火灾免责。

二、革新：《海商法》修改背景下火灾免责的展望

（一）限缩“火灾”适用范围

从目前的法律规定来看，不论是实务界还是理论界，都倾向于认为火灾免责的适用包括船上和船下发生的火灾。《海商法（修改送审稿）》第59条第1款第（二）项规定：“船上火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外”，较之现行《海商法》第51条，将火灾免责的适用限缩于“船上发生的火灾”，与《鹿特丹规则》相同，该条文的改动引发了诸多争议。例如中国远洋海运集团有限公司认为将火灾限定在船上发生并不恰当：“既然承运人的责任期间没有限定在船上，承运人的免责事项也不应当限定在船上，两者在时间和空间上应保持一致。之所以给承运人免责，就是因为考虑到承运人在其责任期间内对有些事项难以控制。而对承运人给予特殊保护。具体到火灾免责，相比船上发生的火灾，承运人对岸上（如堆场）发生的火灾的控制力度更弱；举轻以明重，既然船上的火灾可以免责，岸上的火灾更应该免责，如此才是符合逻辑的做法。原条文在业内得到广泛认

[①] 中国人民财产保险股份有限公司宁波分公司诉华昌航运私人有限公司海上运输合同纠纷案，上海海事法院（2019）沪72民初1077号民事判决书。

[②] 胡正良：《海上货物运输合同法：原理、立法与实践》，法律出版社2024年版，第275页。

可，并无修改必要，否则反而会引发不必要的争议。”[①]应急管理部提出的意见也认为：建议将“船上火灾”修改为“火灾”，即维持现行《海商法》表述，不宜以特定区域定义火灾事故，保留现行表述不会增加承运人的赔偿责任。[②]

笔者认为，承运人的责任期间与火灾免责适用地点在空间上没有保持一致的必要。海商法火灾免责制度一定程度上是对承运人从事危险的海运活动的保护。如果货物在海上与在陆地上发生火灾的风险程度相同，那么承运人特殊的免责制度也无存在的必要，因此应对火灾事故地点进行限定。另外，承运人对货物的控制能力不影响承运人火灾免责的适用，并不能以承运人对货物的控制力强弱作为适用火灾免责的影响因素。将“火灾”限缩为“船上火灾”才更符合该条款的立法本意。笔者从以下三个方面进行分析。

首先，承运人火灾免责与海上特殊风险有密切联系。《海商法》第 51 条的内容在起草时参考了《海牙规则》的相关规定。从公约的立法背景角度看，《海牙规则》规定火灾免责条款是赋予承运人抵御海上特殊风险的特殊保障。在制定《海牙规则》的时代背景下，科技和航海知识的十分局限，航海活动主要依赖船长及船员的技艺抵御海上事故，所以承运人在从事海上运输时承担的风险是陆地上无法比拟的。海商法一个重要的部门法特殊性和调整对象独特性就是海上特殊风险的存在，承运人责任基础必须体现这一海上特殊风险；这是《海牙规则》赋予承运人航海过失和火灾免责及举证责任立法正当性基础。[③]《鹿特丹规则》对火灾这一传统免责事项的措辞做出调整，是由于《海牙规则》及《海牙—维斯比规则》调整的期间为“钩到钩”，因此在它们所规定的“火灾”显然仅限于船上发生的火灾；而《鹿特丹规则》调整“门到门”运输，为此在火灾免责条款上增加“船上”这一修饰词，从而持续维持这一传统的限制。[④]从航海实践的角度看，相较于陆地，船上的环境较为复杂，船舶在航行时轮机的运转产生的热会生成高温环境，容易形成火灾隐患；船员在绑扎或加固集装箱作业中，因电焊产生的火花也容易造成火灾，这些都属于海上特殊风险，而陆地上此类复杂情况较少。因此，承运人火灾免责理应仅限于船上发生的火灾。

其次，将火灾免责仅限定于船上发生的火灾更符法理。法律的实际作用就是要赋予人们一定的权利并同时设定相应的义务，法律权利和义务是等值的或等额的，权利和义务是对等的，义务的存在是权利存在的前提，权利人要享受权利必须履行义务。[⑤]《海商法》第 47 条规定，承运人应在开

---

① 转引自沈军《海事审判视野下国际海上货物运输承运人责任研究》，上海海事大学 2022 年博士学位论文，第 101-102 页。

② 同上注。

③ 李天生：《国际海上承运人责任基础历史演进及启示——海上特殊风险与产业利益的双重流变》，载《河北法学》2013 年第 2 期，第 71-77 页。

④ [美]迈克尔·F.斯特利、[日]藤田友敬、[荷]杰吉安·范德尔·泽尔：《鹿特丹规则》，蒋跃川等译，司玉琢校，法律出版社 2014 年版，第 109-110 页。

⑤ 王文东：《论权利和义务关系的对等性和非对等性》，载《首都师范大学学报（社会科学版）》2007 年第 5 期，第

航前和开航当时使船舶适航的义务，而船舶是否适航的客观判断标准之一是看船方有无严格执行《国际船舶安全运营和防止污染管理规则》（以下简称《ISM 规则》）。《ISM》规则中包含对船舶消防设施的配备检验，保证船舶消防设备保持完好并符合检验标准能最大限度地避免火灾的发生。此外，承运人还承担使船舶配员适任的义务。《1978 年海员培训、发证和值班标准国际公约》中包含对于船长和船员关于消防技能的最低要求，任何一位适任的船长或船员都应通过消防相关的技能培训和考核，否则将不能被授予适任证书。对于船员技能的规范也间接地降低了火灾发生的风险。《海商法》第 48 条规定承运人在货物经船舶运输的期间，承担着“妥善地、谨慎地”管货义务。《海商法》要求承运人履行的这些与海上运输相关的义务所对应的则是：承运人在责任期间内因船上发生火灾产生的货损赔偿的免责权利。因为法律规定承运人强制性义务的目的是保障航行中人员和财产安全。而在陆地上，除另有约定外，承运人对货物所承担的义务仅仅是一般的管理义务，不承担使船舶适航等与船舶有关的义务，不应享受火灾免责的权利。所以从权利义务对等关系的角度看，将火灾限定为在船上发生更符合法理。

最后，限缩火灾适用地点是对货方的保护。有学者认为，之所以规定承运人对火灾不负责任，是因为在运输中，承运人对船长、船员、引水员或承运人的受雇人的行为无法充分监督。货物离船后，此等理由不复存在，自不应再使承运人不负责任也；再者，就一般法规之解释原则而言，本条法定免责之结果，对于第三人之权益影响甚大，理应采取限缩解释，自不宜将之扩张至“离船后”之火灾也。[①]

（二）明确火灾举证责任的内容

前文提到，《海商法》第 51 条关于火灾免责条文比较简略，索赔人和承运人举证的内容规定模糊，在理解和适用该条文使容易引起争议。如承运人与托运人就火灾发生的原因、承运人其他法定义务与火灾免责的关系等细节问题，有待法律给予详细的说明。而考虑到《海商法》修改的重心是对现行条文与当前社会实践的矛盾以及重要内容的确实等较为宏观的问题，要求修改法律条文进一步精确前述问题不太现实。笔者认为，对于火灾免责条文的进一步解释，可以通过最高人民法院出台相关司法解释或指导性案例予以纠正和统一对相关问题的理解和适用。

未来火灾免责举证内容的变革路径，可参考国际公约的发展历程。《汉堡规则》对承运人的举证责任。当索赔人证明货损的原因发生在承运人责任期间，就推定承运人有过错，承运人可举证进行无过错抗辩；而因火灾造成的货损不适用该规定，由索赔人举证证明承运人有过错。但该规则较为原则和笼统，难以发挥可操作性。相比之下，《鹿特丹规则》第 17、18 条将承运人免责事项的规定与货损赔偿举证责任的规定融合在一起，形成了清晰且更容易操作的承运人责任体系，解决了

49-56 页。

[①] 参见郑玉波《海商法》，林群弼修订，三民书局 2003 年版，第 159 页。

火灾免责的证明责任及承运人适航适货义务与免责的关系，我国《海商法》下的火灾免责体系在未来的发展下，值得借鉴。

结 论

现行《海商法》第 51 条关于承运人火灾免责的规定较为简略。把握火灾免责条款的内在含义、厘清该条款与其他法条之间的关系，是发挥火灾免责条款的法律效力的关键。同时也影响海上货物运输中各方的利益，本文从“守正”的角度，通过结合司法实践和学界研究成果，对火灾免责条款进行解读，意在发掘该制度的真正内涵。另外，结合国际公约的立法背景和我国司法实践的现实需要，以“革新”的角度展望未来我国承运人火灾免责制度的完善路径。

本文通过分析案例和相关文献，得出以下结论：

一、火灾免责所指的“火灾”，包括自然因素和人为因素引发的可见明火或爆炸。另外从立法目的和权利义务平衡的调度理解，将“火灾”限缩解释为“船上发生的火灾”更符合立法本意。

二、承运人在援引火灾免责时，须举证火灾事实的发生，以及火灾与货损存在因果关系，而无需举证火灾发生的原因。该原因与承运人的行为是否有过失有紧密联系，而根据“举证责任倒置”的规则，承运人本人是否有过失应由索赔人举证，所以火灾原因的举证责任也应在索赔方。

三、承运人的适航和管货义务与火灾免责之间的关系，依据火灾与货损的因果关系判断。承运人在援引火灾免责时无需事先证明自己已经履行了法定义务，只有在有证据证明火灾是因承运人违反适航或管货义务时，承运人举证抗辩自己无过失后才能免则，而承运人是否违反相应义务，由索赔人举证。无法证明货损原因的，不能推定承运人对管货有过失，承运人仍有权利主张免责。另外，我国《海商法》关于管货义务的规定与《海牙—维斯比规则》有一定差异，在《海商法》体系下，参照公约的解释认为管货义务受制于免责条款的结论并无法律依据。

四、承运人“本人”的过失在理解时应当注意，尽管第三人（如船长、船员、承运人雇佣的人）的过失造成的火灾承运人不负责，但第三人的过失行为能归咎于承运人未履行的法定义务的，承运人不能以“非承运人本人行为”为由援引火灾免责。

五、未来我国火灾免责制度的发展，可借鉴国际公约的合理方案，并结合我国司法实践，优化承运人责任体系。借《海商法》修改之际，通过修改立法、颁布司法解释、推出指导性案例等方式，更加明晰火灾免责制度的理解和适用。

我国《海商法》航次租船合同的性质问题研究

张佳荣*

摘　要

我国1992年《海商法》运行至今，在我国海事海商领域起到了至关重要的作用。为适应航运业的新发展和新的国际形式，我国在2018年启动了《海商法》的修改工作。在本次《海商法》修改期间，航次租船合同的性质问题受到了广泛的关注。理清航次租船合同的性质问题十分重要，航次租船合同的性质是我国新修《海商法》中如何安排航次租船合同相关内容的基础性问题。对此，学界主要有两种观点：一种观点认为航次租船合同属于海上货物运输合同的范畴，应当继续沿用现行《海商法》体例，将航次租船合同规定在“海上货物运输合同”一章中；另一种观点则认为航次租船合同属于船舶租用合同，应当调整现行《海商法》体例，将航次租船合同规定在“船舶租用合同”一章中。

本文以航次租船合同性质问题为研究对象，结合海商法和合同法的知识，综合运用文献分析法和案例分析法等方法，在对航次租船合同性质问题深入分析的基础上，得出航次租船合同属于海上货物运输合同的结论，并对我国《海商法》的修改提出建议。本文正文分为以下三章：

第一章第一部分主要阐述了我国《海商法》对于航次租船合同的历史规定，并介绍了自《海商法》修改工作展开以来形成的《征求意见稿》和《送审稿》中关于航次租船合同有关内容的调整方案。在第二部分，笔者分别介绍了前文所述的两种主要观点，并概括性的列举各自的理由。

第二章首先通过分析案例，揭示我国目前司法实践中对航次租船合同的一般定性以及如何与货物运输合同、船舶租用合同进行区分。同时分析了维持现行《海商法》航次租船合同规定的利弊，并以航次租船合同领域能否适用实际承运人制度等为典型代表分析目前法律规定导致的司法实践困境。

第三章基于全文的论述，得出航次租船合同属于海上货物运输范畴的结论。并在此基础上，提出应统一法律规定中的相关用语并加强航次租船合同部分与“海上货物运输合同”一

* 张佳荣，男，甘肃政法大学硕士研究生（国际法学）。

章其他部分联系。此外还提出参照最新的“金康”（GENCON）格式对我国航次租船合同相关条款进行优化调整等建议。

【关键词】 航次租船合同 海上货物运输合同 《海商法》修改

Study on the nature of Voyage Charter party

Abstract

The Chinese Maritime Code (CMC) has played a vital role in China's maritime field. In order to adapt to the new development of the shipping industry and the new international form, China launched the revision of the CMC in 2018. During the revision of the CMC, the nature of voyage charter party has received widespread attention. It is very important to clarify the nature of voyage charter party, which are the basic issues of how to arrange voyage charter party in the new CMC. In this regard, there are two main views in the academic circles: one view is that voyage charter party belong to the scope of contracts of carriage of goods by sea, and the current style of the CMC should continue to be followed, and voyage charter party should be stipulated in the chapter "Contract of Carriage of Goods by Sea"; Another view was that voyage charter party were the charter parties and that the CMC should be adjusted to include voyage charter party in the chapter " Charter Parties ".

Taking the nature of voyage charter party as the research object, combining the knowledge of maritime law and contract law, comprehensively using the literature analysis method and case analysis method, and on the basis of in-depth analysis of the nature of voyage charter party, this paper concludes that voyage charter party are contracts for the carriage of goods by sea, and makes suggestions for the revision of the CMC. The text of this article is divided into the following three chapters:

The first part of Chapter I mainly expounds the historical provisions of the CMC on voyage charter party, and introduces the adjustment plans for the relevant content of voyage charter party in the Draft for Comments and the Draft for Review formed since the revision of the CMC. In the

second part, the author introduces the two main points mentioned above, and summarizes the reasons for each.

Chapter 2 first reveals the general characterization of voyage charter party in China's current judicial practice and how to distinguish them from contracts of carriage of goods and the charter parties through the analysis of cases. At the same time, the advantages and disadvantages of maintaining the provisions of the current voyage charter party of the CMC are analyzed, and the judicial practice difficulties caused by the current legal provisions are analyzed by taking whether the actual carrier system can be applied in the field of voyage charter party as a typical representative.

Chapter III concludes that voyage charter party fall within the scope of carriage of goods by sea, based on the full text. On this basis, it is proposed that the relevant terminology in the legal provisions should be harmonized and the link between the voyage charter party part and the other parts of the chapter "Contracts of carriage of goods by sea" should be strengthened. In addition, suggestions are also put forward to optimize and adjust the relevant clauses of the voyage charter party with reference to the latest "GENCON" format.

Key words: Voyage Charter party　Contract of Carriage of Goods by Sea　the amendment of the CMC

导 言

在 2017 年 7 月，我国启动了《中华人民共和国海商法》（以下均简称为“《海商法》”的修订工作。在此次《海商法》修订过程中，航次租船合同一节是应该继续维持《海商法》的现有体例作为第四章海上货物运输合同的特殊规定而存在，还是应以此次修订《海商法》为契机重新调整体系，将航次租船合同与定期租船合同和光船租赁合同并列入第六章船舶租用合同中，这一问题是本次《海商法》修订过程中比较受关注的问题之一。

这一问题实质上是航次租船合同的性质之争，即对航次租船合同的定性究竟是海上货物运输合同还是船舶租用合同。我国自 1993 年 7 月 1 日起正式施行并一直沿用至今的《海商法》中，关于航次租船合同的内容是以“第七节航次租船合同的特别规定”一节规定在第四章海上货物运输合同中的，呈现出一般规定与特殊规范的关系。此外，《海商法》第 94 条第二款更是兜底性地规定其他海上货物运输合同当事人之间权利、义务的规定，在航次租船合同没有约定或约定不明的情况下，直接适用于航次租船合同的出租人和承租人。因此，我国《海商法》“海上货物运输合同”一章的相关规范可以直接适用于航次租船合同的规定，导致了航次租船合同法律适用上的混乱与定性上的争论。而事实上，船舶租用合同与货物运输合同，采用的是两种完全不同的经营方式，相关的法律规定也是从这两种合同本身的特征出发而以其各自欲保护的法律价值为目标进行规制的。要知道，海上货物运输合同中承运人相关的责任义务是强制性适用的，而船舶租用合同则采用合同自由原则。所以货物运输合同的相关规定是否可以被直接适用于航次租船合同之中，这种一般规范与特殊规范的关系是否合理，以及根据 94 条第二款承运人相关的免责事由与责任限制是否可以适用于航次租船合同出租人，就成为了值得讨论的争议点。

航次租船合同的定性问题关系到本次《海商法》修订是否要对相关内容进行立法体系的调整，从而在立法层面引导人们认识了解相关立法技术与制度的定位。航次租船合同性质之争，并不是简单的立法技术之争，而是一个本质之争，非此即彼。同时航次租船合同的定性问题将会直接或间接地影响相关司法实务，因此尤为重要。笔者希望通过本文的写作，从自己的角度研讨并理清航次租船合同的性质，从而对《海商法》相关体系、规范的修改以及相关司法实践产生积极的影响与意义。

近年来随着《海商法》修改议程的不断推进，加之此前学界对于航次租船合同性质问题早有关注，现已有数量可观的相关文章被发表，许多教授学者各抒己见，在这一问题上展开激烈讨论并且基本形成了两种泾渭分明的观点。

其中一种具有代表性的观点就是维持现有《海商法》对于航次租船合同的法律定位，将航次租船合同的相关规定仍然保留在《海商法》海上货物运输合同一章进行规制。也就是说，这一派学者对于航次租船合同的法律定位是更偏向于它是一种特殊的货物运输合同，即航次租船合同其本质是货物运输合同。例如上海海事大学的孙思琪与胡正良两位于 2020 年发表在《中国海商法研究》中的《航次租船合同立法：理论检视与规则完善》一文中便从立法态度与货物运输合同性质两个角度论证航次租船合同的货物运输合同本质。首先从合同法原理来说，确定合同类型的一个重要的标准就是合同的主给付义务。根据我国《海商法》中对航次租船合同的规定，航次租船合同的出租人的主要义务是装运约定的货物而承租人的主要义务则是支付约定的运费。因此就这个维度来看，航次租船合同属于货物运输合同的一种。而从立法角度考量，航次租船合同自 1982 年 5 月的第十稿起 便已被规定在第四章“海上货物运输合同”一章中，而非与定期租船合同共列在租船合同一章，因此我国立法层面也更偏向于认定航次租船合同为一种货物运输合同。此外在陈宪民主编的《新编海商法教程》、傅延中所著的《海商法论》、邢海宝编著的《海商法教程》、向明华主编的《海商法学》以及司玉琢主编的《海商法》与《海商法专论中》等著作中，对于航次租船合同的性质无一例外的都表述为“航次租船合同是一种海上货物运输合同”。也就是说，此前多数观点均认为航次租船合同虽然名称中包含租船二字，但实际上并不是以特定的船舶的使用权为合同标的的合同，而是以运输货物为目的的合同。

另一种观点则是主张趁此次《海商法》修改之际，重新审视航次租船合同之性质问题，调整《海商法》相关章节规定，将航次租船合同与定期租船合同和光船租赁合同一起在“船舶租用合同”一章中进行规制。如司玉琢教授在发表于《中国海商法研究》第 30 卷第 4 期中的《航次租船合同的立法反思——以〈海商法〉修改为契机》一文中便旗帜鲜明的提出“航次租船合同与提单证明的运输合同是两种不同类别的合同”这一观点。在本文中，司玉琢教授以笼中鸟做比，货物运输合同是需要关在笼子里的鸟，而航次租船合同则是笼子外的鸟，二者的合同自由限制是不同的。同时基于市场和历史的航运实务来看，出租方和承租方订约实力基本相当，因此无需法律的特殊限制，将航次租船合同归入货物运输合同中使得相关强制性规定生效。林源民律师则在《海上货物运输合同再议——兼评〈海商法〉的修改》一文中通过深入刨析概念，得出程租合同和提单证明的货物运输合同是两种不同的合同，继而得出应将航次租船合同移入《海商法》第六章“船舶租用合同”一章中进行规制。此外王肖卿也在《船舶航次租用的本质是“租”不是“运”》中表示，航次租船合同更注重船舶的租用而

非货物的运输。吉林大学的李若曦博士也在《论我国<海商法>第四章的修改——以<鹿特丹规则>为视角》一文中明确表示，海上货物运输合同和航次租船合同只有运输现象的重叠，两种合同遵循不同的法律基础，因此认定航次租船合同是货物运输合同是一种误解。

一、海商法航次租船合同性质及相关问题概述

（一）我国《海商法》对航次租船合同的相关规定

1.我国现行《海商法》对航次租船合同的规定

我国现行有效的《中华人民共和国海商法》是在1992年11月7日召开的第七届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议上通过，并于同日由时任中国人民共和国主席的杨尚昆签署第六十四号主席令发布，最终自1993年7月1日起正式施行的。自《海商法》颁布以来，便在我国海事海商领域发挥着不可替代的重要作用。近年来，随着新的国际形势，相关领域新的发展，《海商法》的修改被提上日程。

我国现行《海商法》将航次租船合同规定在第四章“海上货物运输”，单独列为第七节“航次租船合同的特别规定”，相关的条文为第九十二条到第一百零一条。在这些规定中，第九十二条总领全节，对航次租船合同的性质在法律上做出了定义，即“航次租船合同，指船舶出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一港运至另一港，由承租人支付约定的运费的合同”。单就《海商法》的用词我们可以看出航次租船合同是一种船舶租用合同，对于航次租船合同规定时采用的是“船舶出租人”、“承租人”等词，而非第四章中的“托运人”、“承运人”等。但是，《海商法》第九十四条第一款又明确规定货物运输合同中承运人相关义务同样适用于航次租船合同中的出租人，同时第二款规定航次租船合同当事人之间的权利、义务的规定，在航次租船合同本身无约定的情况下适用第四章海上货物运输的相关规定。[1]加之航次租船合同一节所处的特殊位置，无不显示着航次租船合同与海上货物运输合同之间存在着千丝万缕般的关系。此外，航次租船合同名称中含有“租船”二字，但却并未与光船租赁合同、定期租船合同一起并列入第六章船舶租用合同一章，这在一定程度上表明了航次租船合同与传统意义上的租船合同是有着很大的差异存在的。

《海商法》的规定，使得航次租船合同的性质问题成为了一个值得讨论的重点问题，尤

[1]《中华人民共和国海商法》第九十四条 本法第四十七条和第四十九条的规定，适用于航次租船合同的出租人。
本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定，仅在航次租船合同没有约定或者没有不同约定时，适用于航次租船合同的出租人和承租人。

其是在此次《海商法》修改期间，理清航次租船合同的性质关乎着《海商法》传统的体系是否会被打破。

2.《海商法》修改工作开展以来形成的调整方案

在 2018 年 11 月 5 日由交通运输部发布的《中华人民共和国海商法（修订意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）中，关于航次租船合同的规定做了以下调整：第一，航次租船合同整体上仍然规定在了第四章海上货物运输一章，同时保留了海上货物运输承运人的适航义务与不得进行不合理绕航义务对航次租船合同出租人的强制适用条款；第二，《征求意见稿》中删除了原《海商法》第七节中有关航次租船合同提单问题的条款，同时在该章第一节一般规定中采用“明确载明”的表述来提高适用并入运输单证（提单）的航次租船合同的意思表示明确程度；同时《征求意见稿》该条明确除第七节另有规定外，本章（第四章）内容不适用于租船合同；[2]第三，值得一提的是《征求意见稿》在相关用词上也做了极大的调整，首先是原九十四条中的“本章”在《征求意见稿》中改为了“本节”，此外原《海商法》第七节标题中的“特殊规定”的关键词亦被去除。综上，笔者认为该版本的《征求意见稿》的改动似乎意在表明航次租船合同与海上货物运输合同并非一类合同，航次租船合同与海上货物运输合同一章的其他小节之间不再是一般规定与特别规定的关系，以及在航次租船合同无约定或约定不明的情况下所能补充适用的法律规定也被限定在了第七节航次租船合同中，而不再适用整个第四章。

而后在《征求意见稿》基础上起草的《中华人民共和国海商法（修改送审稿）》（以下简称《送审稿》）基本沿袭了《征求意见稿》中对于航次租船合同的相关规定，仍将航次租船合同规定在“海上货物运输合同”一章。不同的是，《送审稿》相比《征求意见稿》加强了航次租船合同与货物运输合同的联系，规定在例外时第四章的部分规定可以适用于航次租船合同，同时更加注重区分国际与国内水上货物运输中航次租船合同的法律适用。

（二）国内对于《海商法》航次租船合同性质的主要观点

1.《海商法》航次租船合同是货物运输合同

长期以来，航次租船合同是货物运输合同是通说，这与我国 1992 年制定的现行有效的《海商法》有着极大的关系。在上个世纪九十年代我国初次制定海商法的时候，一开始就是将航次租船合同作为海上货物运输合同的一种规定在第六章(海上货物运输一章)的第二节，

[2]《中华人民共和国海商法（修订意见稿）》4.3 除第七节另有规定外，本章不适用于租船合同。收货人、运输单证的持有人不是租船合同当事人的，他们与承运人之间的权利、义务适用本章的规定。
根据租船合同进行的货物运输，运输单证明确载明适用该租船合同条款的，运输单证持有人与承运人之间的权利、义务适用该租船合同中有关货物运输的条款。

且直接将航次租船合同定义为货物运输合同，此后基本沿袭这一思路，直到1989年一稿才将合同名称更改为航次租船运输合同。由此可见，我国在《海商法》早期立法工作开展以后，基本定下了航次租船合同系海上货物运输合同的基本法律认知。因此在一些海商法教学用书中，几乎无一例外的对航次租船合同的定性选用了“航次租船合同是一种海上货物运输合同”的观点。[3]

因此，在此次《海商法》修订过程中，有学者主张航次租船合同是货物运输合同，应当继续放在海上货物运输合同一章进行规制。如前文所述，孙思琪、胡正良在发表的《航次租船合同立法：理论检视与规则完善》一文中先从我国海商法立法史和合同法原理两个维度分析得出航次租船合同是货物运输合同的结论，从而论证说明了一般海上货物运输合同与航次租船合同构成了一般规范与特殊规范的关系。因此，继续维持现行《海商法》的体例将航次租船合同规定在“海上货物运输合同”一章，应当并无不妥，这样做不仅可以保持法律的稳定性，并且更为便于设置准用性规则援引海上货物运输合同的规定。[4]此外也有学者虽主张应将航次租船合同同其他两类租船合同一并规定在“船舶租用合同”一章，但并不反对航次租船合同系货物运输合同的观点。林源民律师在《海上货物运输合同再议——兼评<海商法>的修改》一文中提到，主张海上货物运输合同包括提单合同和程租合同（即航次租船合同），从而认定程租合同是海上货物运输合同作为学术观点是成立的。[5]此外还有学者提出目前我国将航次租船合同规定在第四章（海上货物运输合同一章）的做法是合适的，后续修改应当明确航次租船合同与第四章其他章节特殊规定与一般规定的关系并加强它们之间的联系，并参照国际上广泛适用的航次租船合同格式对我国相关规定进行补充和完善。[6]

总的来说，支持《海商法》航次租船合同是货物运输合同的观点，主要由以下五个方面的论据支撑：

第一，两类合同的主给付义务相似或相同。所谓的主给付义务指的是合同的标的在债务人一方的履行表现，而根据我国合同法理论，合同的标的或合同的内容，所代指的都是合同

---

[3] 陈宪民、袁发强主编：《新编海商法教程》，北京大学出版社2011年1版，第125页。
傅延中著：《海商法论》，法律出版社2007年1版，第233页。
邢海宝著：《海商法教程》，中国人民大学出版社2008年1版。第223页。
司玉琢著：《海商法专论》，中国人民大学出版社2018年4版，101页。
向明华主编：《海商法学》，厦门大学出版社2012年1版，第76页。
曹胜亮、冯梅、黄学里主编：《海商法》，华中科技大学出版社2011年版，第57页。
[4] 参见孙思琪、胡正良：《航次租船合同立法：理论检视与规则完善》，载《中国海商法研究》2020年第2期，第55页。
[5] 林源民：《海上货物运输合同再议——兼评<海商法>的修改》，载《中国海商法研究》2020年第2期，第44页。
[6] 参见范丽娜：《航次租船合同于<海商法>的去留问题》，载《老字号品牌营销》2020年第3期，第28页。

当事人权利和义务的内容。[7]在海上货物运输合同中，合同的当事人为承运人和托运人，其中作为合同主给付义务的是承运人的义务，即负责将托运人的货物经由海路由一港运至另一港，托运人的义务为支付运费。[8]在航次租船合同中，合同的当事人为出租人和承租人，其中能够代表合同主要性质的是出租人的给付义务，即向承租人提供船舶或船舶的部分舱位，装运约定的货物并从一港口运送到另一港口，承租人负责支付运费。[9]我们不难看到，两类合同都是承运人（出租人）负责将托运人（出租人）指定的货物通过船舶从一个港口运送到另一个港口，后由托运人（出租人）向承运人（出租人）支付运费的合同。因此我们可以得出这样一个结论：航次租船合同的主给付义务与海上货物运输合同的主给付义务相同，航次租船合同应当被认定为海上货物运输合同。

第二，如前文所述，两类合同托运人（承租人）所支付的合同对价的法律名称是相同的，都叫“运费”，而光船租赁合同和定期租船合同两个规定在第六章（船舶租用合同一章）的承租人所支付的对价则是“租金”。同时，两类租船合同更偏向船舶的使用问题，而航次租船合同则更加注重货物的运输过程。

第三，将航次租船合同移除将会导致第四章中承运人相关的强制性规定是否能够继续适用于航次租船合同产生问题。我国现行《海商法》第九十四条的规定使得一般海上货物运输合同承运人的适航义务和不得进行不合理绕航义务这两项承运人的强制性义务同样适用于航次租船合同的出租人[10]，这在某种程度上有利于保护对货物运输过程控制力较弱的航次租船合同承租人的利益。如果将航次租船合同认定为租船合同并调整到第六章进行规定，那么将会产生海上货物运输合同的相关强制性规定能否继续对航次租船合同发生效力的问题，或将产生更多的法律适用模糊问题以及导致法律体系的混乱。

第四，纵观我国《海商法》学说史，航次租船合同基本被认定是货物运输合同。早在1965年，魏文翰先生便在其所著的《海商法讲座》一书中提出“航程租船合同亦叫作航次租船合同，一般来说，这是货物运输合同。出租人就是承运人，承租人就是货物托运人。单程的或者连续的航次都属于这种租船合同范围之内。”[11]这一点与1980年《关于合同义务法律适用的罗马公约》的第四条第四款有所不同，该公约指出，单一航次租船合同被视为货物

[7] 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2006年9月版，第79页。
[8] 《中华人民共和国海商法》第四十一条：海上货物运输合同，是指承运人收取运费，负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同。
[9] 《中华人民共和国海商法》第九十二条：航次租船合同，是指船舶出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一港运至另一港，由承租人支付约定运费的合同。
[10] 见注1。
[11] 魏文翰：《海商法讲座》，法律出版社1965年2月1版，第57页。

运输合同。[12]二者对于连续的航次租船合同是否为货物运输合同存在不同的意见，但在单次的航次租船合同达成了一致的观点，即单次的航次租船合同是货物运输合同。而在 1988 年任建新主编的《海商法教程》一书中也提到海上货物运输合同分为用提单证明的班轮运输合同和航次租船合同。[13]除此之外，“航次租船合同是货物运输合同”的观点也可以见诸于许多著作[14]，从我国学说史来看，应当认为航次租船合同是货物运输合同的观点为通说。

第五，从我国立法史来看，我国自《海商法》立法工作开展以来，包括此次《海商法》的修订工作中产生的《征求意见稿》和《送审稿》，总的来说都是将航次租船合同安排在“海上货物运输合同”一章进行规定，因此，我们可以得出这样一个结论：从立法指导思想来看，航次租船合同基本被视为货物运输合同的一种对待。

综上所述，航次租船合同是货物运输合同的观点成立，航次租船合同的相关规定仍应在《海商法》“海上货物运输合同”一章进行规定和调整。

2．航次租船合同是船舶租用合同

航次租船合同性质问题的另一种答案便是航次租船合同是一种船舶租用合同，应当趁此次《海商法》修改之际，重新认识航次租船合同的性质，调整法律体系，将航次租船合同与我国《海商法》中其他两种租船合同（光船租赁合同和定期租船合同）一起，在“船舶租用合同”一章中进行规制和调整。支持此种观点主要有以下几个依据：

第一，航次租船合同的最本质特征是船舶的租用，而不是货物的运输。王肖卿女士在《船舶航次租用的本质是“租”不是“运”》一文中指出，由于航次租船合同的出租人在签订合同后未转租的情形下，通常以承运人的身份签发提单从而成为了货物运输合同中的承运人，因此航次租船合同长期以来被误认为是货物运输合同。[15]随后通过分析历史因素和外语等国际因素，说明误解产生的原因并得出“船舶航次租用的重点是船舶的‘租’用，而不是货物的‘运’送”。

第二，航次租船合同与第四章其他的规定并不兼容。从船舶的租用实务与班轮之不同，可知班轮运输与船舶航次租用有很大的不同，航次租船合同仅在出租人签发提单的情况下才作为承运人出现并进行相关的合同内容，这与海商法之货物运送是完全无法兼容的。[16]同时，我国《海商法》海上货物运输合同一章所欲调整的应当仅仅指由提单证明的海上货物运输合

[12] <加>威廉·台特雷著，张永坚等译：《国际海商法》，法律出版社 2005 年 12 月 1 版，第 101 页。
[13] 见注 4，第 47 页。
[14] 见注 3。
[15]王肖卿：《船舶航次租用的本质是“租”不是“运”》，载《中国海商法研究》2019 年 12 月第 4 期，第 13 页。”
[16]见注 15，第 21 页。

同和航次租船合同，并不能调整作为更上一位概念的海上货物运输合同。如前文所述，认定海上货物运输合同包括由提单证明的海上货物运输合同和航次租船合同，从而认定航次租船合同是海上货物运输合同的学术观点是成立的。[17]那么，既然航次租船合同与由提单证明的海上货物运输合同是同一位阶上的两种合同，用于调整由提单证明的一般海上货物运输合同的规定显然是不能直接适用于航次租船合同，二者并不兼容。

第三，二者缺乏统一适用的法律基础和追求的法律价值是不同的。一个受公权力制约的提单运输合同和一个不受公权力制约的航次租船合同，缺乏适用统一法律的基础。[18]根据我国《海商法》的规定，第四章海上货物运输合同一章中前六节中除了第九十条规定的强制适用于航次租船合同出租人的第四十七条（承运人适航义务）和第四十九条（承运人不得进行不合理绕航义务）外，其他规定对于航次租船合同一节来说，都是任意性规范，并不会强制适用于航次租船合同的双方当事人。由此可见，航次租船合同与第六章船舶租用合同一章中的其他两类租船合同一样，追求的是合同自由和意思自治。但是，根据我国《海商法》第四十四条的规定，《海商法》第四章的规定是强制适用的，一个海上货物运输合同中与《海商法》规定相抵触的内容是无效的，[19]也就是说，《海商法》第四章第一至六节对于海上货物运输合同的当事人来说是强制性规范。因此，由提单证明的海上货物运输合同和航次租船合同不仅缺乏适用统一法律的基础，而且所追求的法律价值目的也是南辕北辙。此外，李若曦博士亦在其学位论文中指出，我们应当认识到海上货物运输合同与航次租船合同只是运输现象上的重叠，二者遵循完全不同的法律基础。[20]

综上，该观点认为我国《海商法》的航次租船合同并不是货物运输合同，继续将航次租船合同置于《海商法》第四章中进行规制，不利于纠正长期以来的错误观念和实务中运用法律的冲突与混乱，应当在此次《海商法》修改之际，将航次租船合同相关规定调整到船舶租用合同一章进行规定。

---

[17]见注 5，40-41 页。

[18]司玉琢：《航次租船合同的立法反思——以〈海商法〉修改为契机》，载《中国海商法研究》2019 年 12 月第 4 期，第 4 页。

[19]《中华人民共和国海商法》第四十四条：海上货物运输合同和作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款，违反本章规定的，无效。此类条款的无效，不影响该合同和提单或者其他运输单证中其他条款的效力。将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款，无效。

[20]李若曦：《论我国〈海商法〉第四章的修改》，吉林大学博士学位论文，2016 年，第 100 页。

二、海商法航次租船合同性质问题分析

（一）国内航次租船合同相关法律规定实务适用现状

目前，在我国司法实践活动中，一般认为航次租船合同是有别于一般由提单证明的海上货物运输合同的一种海上货物运输合同，即总体上沿袭了我国《海商法》的一贯法律认知——航次租船合同属于海上货物运输合同的一类。

1．航次租船合同与海上货物运输合同

在上海海事法院于 2022 年 9 月判决的澳亚航运私人有限公司（以下称“原告”）诉江苏恒通国际货运有限公司上海分公司（以下称“被告”）航次租船合同一案中[21]，被告公司抗辩认为本案属于一般海上货物运输合同纠纷，适用一年诉讼时效，而不适用航次租船合同的二年诉讼时效，主张原告提起诉讼时本案诉讼时效已过。经法院审理查明，法院认为原告向被告出具的订舱单及所附 AAL 提单条款和条件中明确记载了钩至钩责任条款、滞期费条款、递交装卸准备就绪通知书条款等具备航次租船合同特征的条款，被告作为专业从事航运业务的主体应当理解这些条款的含义，但并未就此表示异议，因此双方就航次租船合同达成了合意，本案系航次租船合同纠纷，适用二年时效期间。同时，法院指出航次租船合同属于海上货物运输合同范畴。因此，我们可以得出这样的结论：在司法实务中，航次租船合同一般被认为属于海上货物运输合同的范畴，但有其特殊性，区分一般海上货物运输合同和航次租船合同主要看合同中的条款是否含有带有航次租船合同特征的条款。比如滞期费与速遣费条款就是航次租船合同区别于其他海上货物运输合同最明显的特点。[22]此外，近年来通过航次租船合同的特别条款确定合同性质的案例还有宁波绪扬海运有限公司诉宁波中洋运输有限责任公司航次租船合同纠纷[23]、鸿承（山东）国际物流有限公司、天台辉集贸易有限公司等航次租船合同纠纷[24]等案。

2．航次租船合同与其他租船合同

在南京海事法院于 2021 年 12 月判决的香港中建船务有限公司（以下称“原告”）诉郑辉等船舶碰撞损害责任纠纷一案中[25]，被告郑辉在质证环节认为根据原告提供的《租船确认书》，原告的代理五洋公司同合同另一方当事人宇阳公司签订的合同为航次租船合同，而不

---

[21] 案号：（2021）沪民初 1529 号。
[22] 司玉琢、胡正良、傅延中、李海、朱清、汪鹏南等编著：《新编海商法学》，大连海事大学出版社 2006 年 12 月 2 版，第 247 页。
[23] 案号：（2021）浙民初 2276 号。
[24] 案号：（2021）鲁民初 164 号。
[25] 案号：（2019）苏民初 74 号。

是定期租船合同，并据此主张原告不存在其所主张的租金及燃油损失。经法院查明认为，航次租船合同与定期租船合同的主要内容不同，本案中五洋公司与宇阳公司约定出租的是配备船员的船舶而不是船舶的航次或舱位，因此，虽然该合同在租赁时间条款上参照了航次完成时间（按日 9500 美元/天的标准支付租金，租期 2 个装运航次），但应认定该合同并非航次租船合同而是定期租船合同。因为航次租船合同与其他租船合同有着明显的不同之处，因此在实务中一般比较容易区分航次租船合同与其他租船合同。

（二）维持现行《海商法》航次租船合同规定的评析

根据相关司法判例，我们可以得出这样的一个结论，即目前我国在海事海商领域的司法实践中，沿袭了“航次租船合同属于海上货物运输合同的范畴”的基本观点，这与我国的立法史和学说史的基本立场相吻合。现行《海商法》的规定，并没有明显带来实务中航次租船合同的识别困难问题。此外，任意性规范具有引导合同当事人填补合同漏洞完善合同内容的功能，强制性规范具有维护一定公共利益的功能，而航次租船合同的相关规定结合了任意性规范与强制性规范，在保证最大限度的合同自由的前提下，又在一定程度上维护相关领域的公共利益，规定出租人的法定义务以平衡了各方利益，可以说是很成功的立法实践，具有制度优势。海上货物运输合同的规定与航次租船合同的规定构成一般规定和特别规定，根据《海商法》第九十四条的规定[26]，在航次租船合同当事人约定不明或没有约定时，第四章（海上货物运输一章）的前六章的有关规定可以起到填补合同漏洞的作用。因此，将航次租船合同继续放在第四章进行规定的做法是合适的。

但是我们也应当承认现有《海商法》关于航次租船合同的法律定位也产生一些司法实践的难题，笔者在这里列举两个比较典型的例子，第一个是实际承运人制度能否适用于航次租船合同，第二个是航次租船合同的承租人能否能够成为海事赔偿责任限制的适格主体。

1．实际承运人制度在航次租船合同中适用的可能性

关于实际承运人制度能否适用于航次租船合同，我国司法实践存在争议。在著名的 2011 年的桐城轮一案中，在一、二审法院均将接受转委托并实际进行货物运输活动的连云港明日认定为实际承运人的情况下，最高院再审却做出了相反的认定。在再审裁定书中，最高院认为根据我国《海商法》第九十四条[27]的相关规定，在航次租船合同没有约定或者没有不同约定的情况下，出租人和承租人之间的权利义务适用《海商法》第四章的规定。但并非第四章所有的规定均适用，所应适用的仅为海上货物运输合同当事人即承运人和托运人之间的权利

[26] 见注 1，第二款。
[27] 见注 1。

义务规定，并不包括实际承运人的规定。所谓的实际承运人指的是接受承运人的委托并实际从事货物运输或者部分运输的人，包括接受转委托的从事此项运输的其他人。[28]在提单证明的海上货物运输合同中，承运人的法律责任被扩大适用于非合同当时方的实际承运人[29]，但是实际承运人是接受海上货物运输合同承运人的委托而不是航次租船合同出租人的委托，实际承运人及其法律责任限定在提单的法律关系中。[30]

但是我们应当认识到，航次租船合同的出租人往往会签发提单，从而产生航次租船合同出租人与货物运输合同承运人双重身份重叠于其的效果。从现有《海商法》法律体系来看，航次租船合同虽然有其特殊性，但总体上仍然应当认定其本质是海上货物运输合同。我们不能因为其特殊性而忽略了其作为海上货物运输合同的一般性，应当认为在航次租船合同出租人签发货运提单的情形下，航次租船合同出租人取得等同于货物运输合同承租人的地位，从而得适用实际承运人制度。再从实际承运人制度的立法目的来看，设置实际承运人制度以突破合同相对性是考虑到了海上货物运输的特有风险，货方对处于运输途中的货物的控制力远不及负责运输货物的承运人，而承运的船舶则是货方保障其权益的最根本和最后的保障。如果实际承运人制度不能适用于航次租船合同，或将导致航次租船合同承租人的利益在出租人转委托等不实际履行货物运输义务的情形下落空，从而会导致合同双方的权利义务失衡，给予了货方参与海上货物运输活动更多的不合理风险。综上，笔者认为在航次租船合同出租人签发提单的情形下，完全具备在航次租船合同中适用实际承运人制度的条件。桐城轮一案中，若原告纳塔斯主张提单权利，或将得到再审法院支持。

2．航次租船合同适用海事赔偿责任限制制度的讨论

关于航次租船合同的承租人是否能够适用海事赔偿责任限制的主体的问题，近年来随着航运业的发展，船舶的所有与经营管理、货物的承运与实际运输等呈现出分离的趋势。一个海上货物运输中，可能会出现各个环节被拆分开分别由不同的当事方参与的情形，总的来说，参与海上货物运输的主体在变多，海上风险以及由风险而产生的赔偿责任不再由船舶所有人一方承担，而是由船舶的经营人、承租人等与船舶所有人构成一个共同体承担风险，而海事赔偿责任限制制度就如同一张“安全网”保护这些主体。[31]那么在这样的形势下，有可能成

[28]《中华人民共和国海商法》第四十二条 （二）、“实际承运人”，是指接受承运人委托，从事货物运输或者部分运输的人，包括接受转委托从事此项运输的其他人。
[29]《中华人民共和国海商法》第六十一条 本章对承运人责任的规定，适用于实际承运人。对实际承运人的受雇人、代理人提起诉讼的，适用本法第五十八条第二款和第五十九条第二款的规定。
[30] 案号：（2011）民提字第 13 号。
[31] 参见张欣宇：《航次租船合同法律定位问题研究》，华东政法大学硕士学位论文，2021 年，第 24-29 页。

为承担风险一方的航次租船合同承租人能否成为适格的海事赔偿责任限制制度的主体就成为了一个值得思考的问题。根据我国《海商法》规定，船舶的所有人和救助人可依法享有海事赔偿责任限制，这里的船舶所有人和救助人作扩大解释[32]，包括船舶的承租人和经营人等。我国司法实践中倾向于认定定期租船合同的承租人有权限制其所承担的因为船舶运用过程中发生货损而产生的赔偿责任[33]，那么航次租船合同的承租人是否也有同样的地位呢？根据我国现行《海商法》体例安排，航次租船合同并未与其他两类租船合同一同规定于船舶租用合同一章，而是作为海上货物运输合同的特别规定位于海上货物运输合同一章，因此，航次租船合同承租人之法律地位相当于货物运输合同中托运人的地位，那么显然是不能适用海事赔偿责任限制制度的。但是随着航运实务的发展，航次租船合同承租人有必要被纳入海事赔偿责任限制制度之中，因此在后续相关法律修改中我们期待立法能够妥善安排相关内容以适应司法实践。

（三）调整《海商法》现有法律体系理由的分析

有观点认为航次租船合同本质上是船舶租用合同，因此应当整体调整到《海商法》船舶租用合同一章中，此类观点主要自 2018 年启动《海商法》修改工作后出现。如前文所述，支持这一观点的主要有三个理由，这些理由尚有待商榷，笔者在此试分析。

1．航次租船合同与海上货物运输合同相关法律规定用语不同

认为航次租船合同不是海上货物运输合同的一个最基本理由为合同的定义与当事人的称谓。根据我国《海商法》第四十一条[34]和第九十二条[35]的规定，海上货物运输合同的当事人是承运人与托运人，而航次租船合同的当事人则是出租人与承租人，二者的表述有着十分显著的区别。并且在两个合同的定义表述上，相互独立，并未表明航次租船合同是海上货物运输合同的一种。因此该观点认为航次租船合同不是海上货物运输合同。

笔者认为，我国《海商法》在这两处确实采用了不同的文字表述，因而产生了二者存在本质不同的表象。但是应当指出，合同中名称和当事人称谓只是确定合同性质的一个考量因素，一个合同具体是何种合同应该多方综合考量。在实务中也存在合同当事人签订的合同中双方当事人表述为承运人与托运人，但最后法院认定为航次租船合同的情况。因此，以合同的名称和当事人的称谓来确定合同性质的做法似乎过于片面。此外，若就一般合同法原则来

[32] 《中华人民共和国海商法》第二百零四条：船舶所有人、救助人，对本法第二百零七条所列海事赔偿请求，可以依照本章规定限制赔偿责任。
前款所称的船舶所有人，包括船舶承租人和船舶经营人。
[33] 邬先江：《海事赔偿责任限制制度研究》，大连海事大学博士学位论文，2010 年，第 49 页。
[34] 见注 8。
[35] 见注 9。

看，确定合同性质的主给付方面在海上货物运输合同和航次租船合同中几乎是一致的。虽然航次租船合同相较于海上货物运输合同而言更加关注运输货物的船舶本身，但笔者认为这种关注并未超出海上货物运输合同的范畴。

2．航次租船合同与海上货物运输合同自由程度不同

认为航次租船合同并非海上货物运输合同的另一个重要的理由是合同自由原则在航次租船合同中的适用。我国《海商法》第四章于一般由提单证明的海上货物运输合同而言是强制适用的，凡违背我国《海商法》第四章规定的约定都是无效的。而租船合同则是高度自由的体现，基于这一点有观点认为应当将航次租船合同调整到第六章进行规制。

笔者认为，我国现行《海商法》将航次租船合同以“第七节 航次租船合同的特别规定”一节将其放在海上货物运输合同一章的做法是合适的。根据我国现行《海商法》的体例安排，航次租船合同一节与其他海上货物运输合同章内的规定构成了一般规范和特别规范的关系。根据“特别法优先于一般法”的法律适用原则，航次租船合同一节的内容是优先适用的。因此根据《海商法》第九十四条的规定航次租船合同得保持其极大限度的意思自治自由，同时对出租人规定了强制适用的法律义务以平衡各方力量。至于强制性规范与任意性规范无法构成一般法与特别法关系的问题，我国《民法典》民法总则中也有许多强制性规范，但民法总则仍能与崇尚合同自由的《合同法》构成一般法与特别法的关系。由此可见，强制性规范并非完全无法与任意性规范构成一般规范与特殊规范的关系。

3．航次租船合同与海上货物运输合同一章其他规定不兼容

有观点认为海上货物运输合同包括由提单证明的海上货物运输合同和航次租船合同，因此提出由提单证明的海上货物运输合同与航次租船合同属于同一位阶，而我国《海商法》第四章所欲调整的应是处于下位概念的由提单证明的海上货物运输合同而非其上位概念海上货物运输合同，那么调整一般由提单证明的海上货物运输合同的相关规定就不可直接适用于航次租船合同，二者互相并不兼容。

笔者认为，我国《海商法》所欲调整的究竟是整体的海上货物运输合同还是仅仅指由提单证明的海上货物运输合同这一观点尚有待商榷。首先，我国《海商法》第四十一条对海上货物运输合同进行定义时，并没有出现“由提单证明”或者其他任何表示限定范围的表述。其次，我国《海商法》第四十四条[36]在表示本章系强制性规范性质的时候，也是将“海上货

[36]《中华人民共和国海商法》第四十四条：海上货物运输合同和作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款，违反本章规定的，无效。此类条款的无效，不影响该合同和提单或者其他运输单证中其他条款的效力。将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款，无效。

物运输合同”和作为合同凭证的“提单或其他运输凭证”二者分开表述，并没有表述为本法所调整的海上货物运输合同均是由提单证明的海上货物运输合同。此外，即使从上述观点出发，笔者也并不认为由提单证明的海上货物运输合同的相关规定完全不能适用于航次租船合同。航次租船合同属于海上货物运输合同的范畴，而由提单证明的海上货物运输合同属于海上货物运输合同更是毋庸置疑。二者同属海上货物运输合同，因此二者存在相同的法律适用基础，而航次租船合同更具有特殊性。因此，由提单证明的海上货物运输合同的相关规定可以直接地或者间接地适用于航次租船合同。而司法实践也证明，航次租船合同与海上货物运输合同一章其他节的内容有很好的适配性，二者是兼容的。

综上，在租船合同中，无论是定期租船合同还是光船租赁合同，确定合同性质的出租人的主给付义务都是提供符合条件的船舶，而不负责货物的运输，这与航次租船合同有着本质的区别。因此，笔者认为将航次租船合同与其他两类船舶租用合同调整到一起，或将产生更多的法律适用问题和导致立法逻辑上的混乱。对于重新调整现行《海商法》的法律体系，我们应更加审慎地考虑。

三、在《海商法》修改背景下对航次租船合同相关规定的完善建议

（一）明确《海商法》航次租船合同的性质

1．统一《海商法》中相关法律术语的运用

长期以来，航次租船合同特有的“租船”、“出租人”、“承租人”和“运费”的混用，是带来航次租船合同性质的意见分歧的主要因素之一。不同于定期租船合同和光船租赁合同所使用的“租金”，航次租船合同“承租人”所支付的对价却名为“运费”。而不同于货物运输合同中双方当事人为“承运人”与“托运人”，航次租船合同当事人又被叫做“出租人”和“承租人”。这种混用两类完全不同合同（船舶租用合同与货物运输合同）法律术语的做法，一定程度上从根本上造就了航次租船合同本质问题争论不休的局面。

因此，笔者认为，无论是认为航次租船合同的本质属性是船舶租用合同还是货物运输合同，都应尽快在官方立法层面给出最终答案以结束长期以来争论不休的局面。一份合同不会既是船舶租用合同又是货物运输合同，船舶租用合同中当事人不会支付“运费”，而货物运输合同中不宜有“租用”。所以，应当明确航次租船合同的性质，并相应调整对应法律规定中所使用的术语，使其统一。

2．强化航次租船合同一节与《海商法》第四章其他章节的联系

如前文所述，笔者认为航次租船合同属于海上货物运输合同的范畴，与《海商法》第四章中其他一般由提单证明的海上货物运输合同构成特别规定和一般规定的关系。因此应继续维持我国现行《海商法》的模式，将航次租船合同继续放在海上货物运输合同一章中进行规定。

但是应当指出，我国现行《海商法》对于航次租船合同一节与其他小节的关系规定的并不明确，并过于简单。仅第九十四条规定仅在航次租船合同当事人对合同的内容没有约定或者约定不明时，可以用海上货物运输合同一章的其它节内容进行合同漏洞填补。诸如航次租船合同出租人是否与海上货物运输合同承运人地位相同并以此得在航次租船合同的情况下适用实际承运人制度等重要问题并未做出回应，导致在司法实践中产生了一些困惑与冲突。

因此，笔者认为，应当继续加强并明确航次租船合同一节同第四章其他章节的特别规定与一般规定的关系。明确第九十四条所规定的“其他合同当人之间的权利、义务关系”具体包括哪部分规定，以及哪些制度可以类推适用于航次租船合同领域。从而增强现行《海商法》第四章海上货物运输合同一章中各小节的联系性，保证法律适用的体系性，继续推进司法实践活动顺利进行。

（二）完善航次租船合同其他方面规定的建议

1．参照 2022 年“金康”（GENCON）格式对相关内容进行修改

“金康”（GENCON）是目前世界上使用最为广泛、可适用于各种航线和各种货物的航次租船合同格式《统一杂货租船合同》（Uniform General Charter）的租约代号，因此该合同格式也被称为“金康”（GENCON）格式，它是由波罗的海国际航运公会（BIMCO）制定的，共有 1922 年、1976 年、1994 年和 2022 年四次修订版本。[37]我国现行《海商法》中航次租船合同的有关规定主要是参照 1976 年版本修订，而目前世界上使用最多的是最新的 2022 年版本。随着近些年航运业的不断发展，新内容新形势的出现，使得一些规定已经跟不上时代，因此我国《海商法》应参照 2022 年“金康”（GENCON）格式对一些内容进行修改完善，明确在航次租船合同下运输货物的运输单证中“并入条款”（incorporation clause)的效力，增强可操作性。

2．维持承运人责任作为航次租船合同的任意性规范适用

根据我国现行《海商法》第九十四条的规定，除了适航义务和不得进行不合理绕航义务两项承运人义务强制适用于航次租船合同出租人外，其他的承运人责任条款对于航次租船合

[37] 司玉琢：《海商法》，法律出版社 2018 年 4 版，第 163 页。

同都属于任意性规范。在《征求意见稿》中，同条款中“本章”的表述被改为“本节”，这就导致其他的承运人和托运人责任义务和权利不再有作为任意性条款适用于航次租船合同当事人的可能。这可能会导致航次租船合同出租人的责任被无限扩大，因为在海上货物运输合同中承运人享有责任限额并且我国《海商法》对承运人责任采不完全的过失责任制。在航次租船合同出租人失去适用承运人相关权利义务之可能的情况下，一旦航次租船合同双方当事人对有关货物毁损、灭失的责任没有约定的情况下，出租人承担的将是无过错责任并不享有责任限额。这对于一个充满风险的海上货物运输活动来说，显然是极度不合理的情况，双方当事人的风险负担比例过于失衡了。因此，笔者认为继续将第四章中其他规定作为任意性规定适用于航次租船合同是有利的，也符合航次租船合同货物运输合同的本质特征。

结 语

综上所述，笔者认为航次租船合同属于海上货物运输合同的范畴。无论是从确定合同性质的主给付义务——航次租船合同出租人的主要义务来看，还是从我国学说史和立法史来看，乃至比较法和一些国际公约的实践来看，航次租船合同属于海上货物运输合同的范畴的观点是成立的。自我国 1992《海商法》问世以来便对我国航运事业的发展保驾护航，对我国航运业法蓬勃发展起到了至关重要的作用，虽然一些规定造成了一些司法实践中的混乱与困扰，但这正是我们修改完善《海商法》、理清航次租船合同性质问题所要解决的难题。笔者认为，目前司法实践中的困境绝大部分都是由于《海商法》对于航次租船合同性质立场模糊所导致的，一旦理清航次租船合同的本质属性究竟是货物运输合同还是船舶租用合同，相关问题将会迎刃而解。反而是继续维持现行《海商法》的规定，在航次租船合同性质问题上暧昧不明不予言说，会致使关于航次租船合同性质的争论永不止息，相关司法实践难题也难以解决。因此，无论是认定航次租船合同是海上货物运输合同的一类，还是认定航次租船合同是船舶租用合同的一种，我们都宜趁此次《海商法》修改之际讨论出结果，从而在法律层面完成航次租船合同性质的认定问题。

自《海商法》修改工作开展以来，关于航次租船合同性质问题的讨论便一直受到人们关注。无论是支持航次租船合同属于海上货物运输合同范畴的专家学者，还是认为航次租船合同本质是船舶租用合同的教授先达，都从各自的角度出发发表文章或座谈进行讨论，可谓百家争鸣百花齐放。笔者对于海商法航次租船合同的知识和研究不过是初窥门径，如本文的写作对于认定航次租船合同性质问题能够有所推进笔者不胜荣幸，如有错误之处也恳请诸君指正。

参考文献

（一）著作及译注类

1．陈宪民、袁发强主编：《新编海商法教程》，北京大学出版社 2011 年第 1 版。

2．傅延中著：《海商法论》，法律出版社 2007 年第 1 版。

3．邢海宝著：《海商法教程》，中国人民大学出版社 2008 年第 1 版。

4．司玉琢著：《海商法专论》，中国人民大学出版社 2018 年第 4 版。

5．向明华主编：《海商法学》，厦门大学出版社 2012 年第 1 版。

6．曹胜亮、冯梅、黄学里等主编：《海商法》，华中科技大学出版社 2011 年版。

7．王泽鉴著：《债法原理》，北京大学出版社 2006 年 9 月版。

8．魏文翰著：《海商法讲座》，法律出版社 1965 年 2 月第 1 版。

9．〈加〉威廉·台特雷著，张永坚等译：《国际海商法》，法律出版社 2005 年 12 月第 1 版。

10．司玉琢、胡正良、傅延中、李海、朱清、汪鹏南等编著：《新编海商法学》，大连海事大学出版社 2006

11．司玉琢著：《海商法》，法律出版社 2018 年第 4 版。

（二）期刊报纸类

1．孙思琪、胡正良：《航次租船合同立法：理论检视与规则完善》，载《中国海商法研究》2020 年第 2 期。

2．林源民：《海上货物运输合同再议——兼评〈海商法〉的修改》，载《中国海商法研究》2020 年第 2 期。

3．参见范丽娜：《航次租船合同于〈海商法〉的去留问题》，载《老字号品牌营销》2020 年第 3 期。

4．王肖卿：《船舶航次租用的本质是“租”不是“运》，载《中国海商法研究》2019 年 12 月第 4 期。

5．司玉琢：《航次租船合同的立法反思——以〈海商法〉修改为契机》，载《中国海商法研究》2019 年 12 月第 4 期。

（三）学位论文类

1．李若曦：《论我国〈海商法〉第四章的修改》，吉林大学博士学位论文，2016 年。

2．张欣宇：《航次租船合同法律定位问题研究》，华东政法大学硕士学位论文，2021 年。

3．邬先江：《海事赔偿责任限制制度研究》，大连海事大学博士学位论文，2010 年。

论构建气候技术知识产权共享的联合研发机制

马忠法 李明威·

（复旦大学 法学院，上海市 杨浦区 200082）

摘 要：作为应对气候变化的重要环节，气候技术转让的进展并不充分。重要原因之一是气候技术转让的知识产权困境：知识产权制度对气候技术转让的影响尚不明确；不同国家阵营间关于知识产权问题形成谈判僵局。困境形成原因一是知识产权和气候技术自身的特性引起的问题复杂化，二是发达国家和发展中国家不同的技术发展阶段的冲突，三是各国家阵营间的竞争与博弈，四是内部私人团体利益外化为发达国家对现有国际知识产权体系的维护。为解决困境，应对方案应当至少满足三个要素，即气候技术的需求与供给信息、技术研发者的转让激励和技术需求者的能力建设。所以，须从合作创新的视角重新认识气候技术转让过程，由“对抗”走向“合作”，构建知识产权共享的联合研发机制。中美清洁能源联合研发中以技术管理计划为核心的知识产权共享制度在一定程度上有利于气候技术转让，而更为广泛的多边合作方案带来的技术共享必将有效提升人类应对气候变化的效果。

关键词：气候技术；知识产权共享；联合研发；技术转让

引言

极端天气、海平面上升、生物多样性减少等现象日益显著，表明气候变化正在对全球环境和人类社会造成广泛、复杂而持久的影响。根据联合国环境规划署 2024 年 10 月 24 日报告，人类当下的行动和政策将导致本世纪内全球气温上升 2.6℃至 3.1℃;即使是最好的 2.6℃的情况也代表着“灾难性的”变暖，将对人类、地球和经济造成毁灭性的影响。[1]因此，应对气候变化成为全球治理的重大议题之一。气候变化是现代社会科技发展的副产物，而气候技术[2]恰成为人类减缓与适应气候变化的关键[1]。但是，气候技术分布极不均匀，主要集中于美国、日本和德国等发达国家的研发机构和个人。相反，发展中国家受制于其技术水平，所持有的气候技术数量非常有限[2]。该现状不利于解决气候变化这一全球性问题，技术转让必须得到重视。然而，尽管《联合国气候变化框架公约》（以下简称“公约”）明确规定了发达国家技术转让义务，[3]且该义务在《巴黎协定》中再次被确认，[4]但是气候技术转让的进展

· 基金项目：本文系国家社科基金重大项目 “构建人类命运共同体国际法治创新研究”（18ZDA153）的阶段性研究成果。

作者简介：马忠法，男，安徽滁州人，复旦大学国际法学教授、博士生导师，法学博士，研究方向为国际法学；李明威，男，海南琼海人，复旦大学知识产权研究中心助理研究员，研究方向为国际贸易的知识产权法。

[1] See UNEP: Emissions Gap Report 2024, https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2024, p. XVIII.

[2] 对气候技术（climate technology）常与绿色技术（green technology）、环境友好技术（environmentally sound technology）等概念互用。气候技术指“人类用以应对气候变化的技术”。

[3] 公约第四条第五款：“附件二所列的发达国家缔约方和其他发达缔约方应采取一切实际可行的步骤，酌情促进、便利和资助向其他缔约方特别是发展中国家缔约方转让或使它们有机会得到无害环境的技术和专

却非常缓慢。

知识产权制度贯彻气候技术转让的全过程，同时也是国际谈判中争议较大、分歧较多的话题。气候技术的知识产权困境的背后，是国家与国家、企业与企业之间的经济利益冲突，直接或间接影响技术转让的结果。所以，解决知识产权困境，是促进气候技术转让的重要切入点。为此，有必要认识知识产权保护与气候技术转让的复杂性，分析复杂性的根源。同时，探析谈判僵局中，不同国家阵营的立场与利益。在识别出解决知识产权困境关键要素的基础上，可以评估现有方案存在的缺陷，进而提出新的可行方案。

一、气候技术转让的知识产权困境：分析与关键因素识别

关于知识产权对气候技术转让的影响，现有学者提出不同的观点，发展中国家和发达国家对此也持截然相反的立场。本节对不同学术观点按“阻碍说”、“促进说”和“折中说”进行梳理，分析国家之间不同立场的形成原因，并在此基础上探讨解决困境的关键因素。

（一）知识产权与气候技术转让

学界关于知识产权对气候技术转让的影响远没有形成共识。知识产权“阻碍说”认为，发展中国家缺少资金，难以承担气候技术转让的高额成本。同时，发展中国家和最不发达国家极易受气候变化影响。而由于缺少应对气候变化的关键技术，这些受影响国家又变得更加贫困，形成了恶性循环[3]。因此，现有的国际知识产权制度阻碍了气候技术向发展中国家扩散，应当考虑对该协定进行修改[4]。知识产权“促进说”认为，严格的知识产权制度在全球层面不会阻碍或减缓气候变化技术的转让，相反，在发展中国家，对于大多数气候技术而言，提高知识产权保护水平，有利于促进对外直接投资，从而增强发展中国家的能力建设[5]。建立完善的知识产权制度，能够保证气候技术转让的有效性[6]。另外，中国在风能和新能源领域的技术进步，体现了知识产权制度的积极作用[7]。

“折中说”从不同的保护的强度和市场规模，揭示了知识产权的复杂影响。有学者提出，知识产权制度有助于减少技术转让过程中的不确定性、缓解气候技术的双重外部性。随着制度强度的增加，不确定性和外部性得到减缓，但过高保护会导致技术垄断定价[8]。基于实证研究方法，有学者提出，尽管知识产权的保护强度与贸易、投资形式进行的气候技术转让过程呈正相关，但是该过程中，实际转让的技术的体量之间关系是不明确的。经研究发现，2008到2018年间，在市场规模较小、竞争不太激烈的国家，强知识产权制度带来价值效应，即外国投资者或技术产品提供者倾向于提高产品的价格来获取竞争优势；相反，在有较强科技实力的国家的市场中，强知识产权制度引起体量效应。竞争者为提高自身地位，就要向市场投入更多的技术[9]。

有技术，以使它们能够履行本公约的各项规定……”；第四条第七款：“发展中国家缔约方能在多大程度上有效履行其在本公约下的承诺，将取决于发达国家缔约方对其在本公约下所承担的有关资金和技术转让的承诺的有效履行，并将充分考虑到经济和社会发展及消除贫困是发展中国家缔约方的首要和压倒一切的优先事项。”

[4] 《巴黎协定》第六条第八款：“缔约方认识到，在可持续发展和消除贫困方面，必须以协调和有效的方式向缔约方提供综合、整体和平衡的非市场方法，包括酌情通过，除其它外，减缓、适应、资金、技术转让和能力建设，以协助执行它们的国家自主贡献。”

知识产权和气候技术各自的公私性质，以及气候技术自身的双重外部性，是使上述问题复杂化的根本原因。首先，国家利用知识产权制度平衡社会公众与权利人的利益。具体而言，在技术领域，表现为兼顾促进技术流动和鼓励技术创新。其次，气候技术一般由私有企业或个人研发，研发者又同时承担着减缓气候变化，改善全球环境的使命，因而受到双重外部性的影响。气候技术的正外部性体现为：与气候技术相关的知识，在流动和扩散过程中带来的社会福利无法被纳入研发者的收益中。而负外部性体现为：相较于传统企业，气候技术研发企业面临更大的成本与风险，并承担社会责任[8]。尽管研发企业有环境立法和政策支持，但是石油等传统能源及相关技术比气候技术更容易购得且成本低廉，所以气候技术研发者具有合理的成本效益诉求[10]58。所以，知识产权和气候技术的诸多特性，使得气候技术转让的知识产权问题处在公共福祉和私人利益“微妙的交界线”上。

（二）气候技术议题下知识产权谈判僵局

知识产权制度贯穿于技术开发和转让的始终，其重要性不言而喻。但是，在与国际气候技术转让有关的讨论或谈判中，知识产权的角色有被边缘化和被忽略的趋势。早期，国际社会对这一问题的讨论有较高的热情。《人类环境宣言》提出 26 项环境保护原则，其中原则 20 规定，发达国家应使发展中国家易于获得气候技术，避免其在发展过程中承受过多的经济负担[11]。该宣言奠定了后续诸多技术转让相关条约的基础。《21 世纪议程》指出，需要研究知识产权对技术转让的影响，并探索调和转让环境无害技术和专利权的冲突的措施[12]。《巴厘行动计划》也鼓励缔约方制定合适的知识产权制度，以确保技术转让的进行[13]。然而，2010 年后，各国对知识产权问题的关注开始减少。坎昆会议上，知识产权问题最终被从谈判桌上撤下，这很大程度上是由于发达国家缔约方在知识产权保护问题上的强硬立场[14]。德班会议中，关于知识产权的话题从决议终稿中被删除。类似地，由于发达国家的阻碍，各国未能在巴黎谈判中就知识产权问题达成决议，《巴黎协定》中没有任何条文涉及知识产权[15]。从上述发展历程可见，在由知识产权与气候技术产生的这条“微妙的交界线”两边，各国家阵营形成对立立场，气候技术议题下知识产权谈判僵局产生。可以从以下三个角度理解僵局产生的原因。

第一，发达国家和发展中国家对知识产权的作用存在巨大的分歧。发达国家认为，知识产权为技术转让提供了保障，而且能够激励私营部门对相关技术的研发工作。进而，一些发达国家提出，发展中国家自身知识产权制度的不完善，才是气候技术转让受阻的直接原因，因此气候技术应当在知识产权制度下，在自由市场中进行交易，一切照旧即可。且强知识产权制度有利于激励创新，促进产生更先进的气候技术。而发展中国家认为，知识产权制度给予了气候技术持有者过高的议价权，使得技术转让的成本过高，不利于气候技术的转让和扩散。弱知识产权保护促进了现有技术的快速复制和部署，从而降低技术转让的成本。

第二，发达国家担心自身气候技术主导地位受损。目前，随着国内经济和科技的发展，新兴国家经济体在一些气候技术领域迅速崛起。以中国为例。在风能领域，2003 年到 2011 年，来自中国的专利占全球专利的百分比由不到 5%上升到超过 35%，跃居世界第一。同时

期，中国在生物燃料、太阳热能两个领域的专利增长情况也与风能类似[16]。2016 到 2020 年，全球提交绿色低碳专利首次申请公开数量最多的是中国，共申请 39.8 万件，占总量的 58.2%[17]。全球视角下，中国、印度和巴西在气候技术特别是清洁能源技术上进步迅速。据此，发达国家和一些商业利益集团认为，发展中国家提出的与气候变化有关的知识产权建议，实际上是中印等新兴经济体增强各自企业利益、削弱发达国家企业优势的手段[18]。

最后，发达国家及其内部私人团体希望维护全球知识产权体系。作为既得利益者，发达国家极力维护以 TRIPS 为基础构建的知识产权保护体系，且“以知识产权‘最低保护标准’为名，行高标准保护之实”，要求发展中国家甚至最不发达国家接受对它们而言不算低的知识产权保护标准[15]。进一步地，发达国家主导构建国际知识产权体系，制定约束其他国家行为的国际公法，推动这一过程的实际上是发达国家内部的私人利益。“私法行为公法化”理论说明了“私人利益——国家行为”的联系[19]99-103。尽管这一联系本身是中性的，其中也可能包含积极面向，但在缺乏必要激励的情况下，持有气候技术的私人团体的利益将牵制发达国家的行为，导致知识产权谈判僵局的形成。另外，发达国家的私人团体担心，知识产权问题谈判的启动最终会产生与公共健康领域类似的“多哈方法”，引发 TRIPS 规则的再次修改和气候技术领域的强制许可，从而损害它们的利益[20]。

（三）解决知识产权困境的关键因素

通过分析学界和国家阵营间的分歧得出，导致气候技术转让中知识产权困境的，一是知识产权和气候技术自身的特性引起的问题复杂化，二是发达国家和发展中国家不同的技术发展阶段的冲突，三是各国家阵营间的竞争与博弈，四是发达国家内部私人团体利益外化为发达国家对现有国际知识产权体系的保护。所以，要解决知识产权困境，促进气候技术的扩散，本质上是要兼顾转让方和受转让方的成本与收益和发展需求，是要在强、弱知识产权保护水平之间寻找合适的平衡点。为此，有效的方案应至少考虑以下三个关键因素：一，气候技术的需求与供给信息；二，技术研发者的转让激励；三，技术需求方能力建设。

第一，气候技术的需求与供给信息有利于降低技术开发与转让过程中的成本与风险。消除需求端的供给信息不对称和供给端的需求信息不对称，减少双方的误解与猜疑，能够为友好的知识产权谈判提供信任基础。然而，随着技术复杂程度的日益加深，基于发明人对发明专利制度 “披露技术信息”之要求容易培养竞争对手之担忧，[5]诸多权利人不再将最核心的技术去申请专利，由此给技术信息披露带来了诸多障碍。为此，通过良好的信息共享平台，气候技术需求者可以充分了解现有技术的功能和特性，以全面评估某项技术对本国的经济价值，减少试错成本；气候技术研发者和投资者，能够针对目前的技术需求实时调整研发和投资方向，从而降低风险。因此，发展中国家得以节约有限的经济资源，技术企业所要求的许可费用也随研发风险降低而减少，在此基础上，双方可以通过进一步的协商与谈判，促使有关知识产权的安排达到平衡。

[5] 根据专利制度，披露技术信息之后，任何人都可以在已经披露的技术方案基础上进行后续研发（只要相关人员不出于商业目的制造、使用、销售或许诺销售、尽快与专利技术相关的产品等均可以），由此可能让竞争对手超越自己。

第二，转让激励决定着气候技术的流动性，且对强知识产权保护有“弱化”作用。如前文所述，发达经济体中的私人团体掌握了全球 90%以上的气候技术，而正是它们基于自己的利益推动本国或地区政府竭力维护国际知识产权制度，以保护自己拥有的气候技术。据此，要消除私人利益对知识产权谈判的牵制，发挥“私法行为公法化”的积极作用，从而促进更广泛的国家间的对话，就要为私人团体提供“成本节约、社会责任和声誉”等与企业长久存续密切相关的驱动力[21]。因此，所设计的激励机制，应保证研发企业在转让技术过程中成本得到减少，其承担的社会责任得到认可和回报，气候技术的外部性减缓，企业声誉提升。在足够的激励下，研发企业才会主动参与谈判，积极促成技术转让。另外，转让激励同时也构成了创新激励的一部分。所以，转让激励的存在，有利于保持企业投入研发气候技术的积极性，确保气候技术能够持续迭代更新。

第三，能力建设决定气候技术转让的质量，且对弱知识产权保护有“强化”作用。对发展中国家和最不发达国家而言，建设自身技术能力是重要诉求。在发展初期，低水平的知识产权保护有利于这些国家的企业以较低的成本获取先进技术，完成逆向工程，对技术进行复制和模仿，并在该过程中不断提高自身技术研发和创新能力[22]。20 世纪时新加坡、韩国和日本等国家的发展路径就是很好的例子。而随着企业的吸收能力提高，它们可以独立地理解外部知识，吸收并应用到自己的商业流程中，并在获得商业成功后开启新的研发周期，形成良性循环。并且，可以预见，在逐步完成能力建设的过程中，企业将开始重视对创新成果的保护，而这必将推动国家知识产权保护制度的建立和完善。这在日本、韩国等亚洲新兴经济体的技术发展历程中已经被充分说明。因此，在设计方案时应考虑受转让方的能力建设，以使其快速具备技术应用和独立研发能力。

综上所述，在设计和论证针对气候技术转让的知识产权问题的方案时，应确保相关措施能够：提供全面、即时和易获取的供给和需求信息，铺就双方友好沟通的平台；给予转让方足够的技术分享激励，弱化强知识产权保护带来的技术壁垒；帮助受转让方完成应对气候变化的能力建设，使其知识产权制度向保护成果、促进创新的方向发展。

二、解决路径转变：从对抗到合作

本节利用所识别的解决知识产权困境的关键因素，评估现有方案：气候技术强制许可和建立专门化知识产权制度，指出方案的不足。在此基础上，提出气候技术转让的概念应从“对抗”转变为“合作”，并进一步说明构建气候技术知识产权共享的联合开发机制的必要性和可行性。

（一）现有方案存在的问题

针对气候技术的知识产权困境，解决方案遵循两种思路：其一，在既有知识产权制度内，尝试利用灵活性条款，如 TRIPS 下的强制许可；其二，脱离现有知识产权规则，建立气候技术专门化的知识产权制度。虽思维起点不同，但以上方案都具有明显的“对抗”特征。而且，通过评估，发现两种方案均不具备解决知识产权困境的关键因素。

与技术强制许可相关的是 TRIPS 协议关于“原则”和“未经权利人授权的其他使用”之规定。前者引入公共利益作为缔约方制定和修改法律时应考虑的因素；[6]后者列出公共非商业使用和国家紧急状态两类强制许可情形。[7]学者基于这三类事由，提出气候技术强制许可方案。“多哈方法”讨论公共健康的重要性，从而将药品明确列入强制许可的范围。因此，该方案的倡导者认为可以比照多哈方法，论证环境利益属于公共利益，赋予环境保护以公共秩序和公共道德属性，在气候技术转让领域允许发展中国家应用强制许可条款[23][24]。强制许可方案在 TRIPS 制度下似乎有法可依，且在医疗卫生领域已有“先例”。但是，借由关键因素分析，可以得出该方案存在的问题。

强制许可方案未能提供有益的供给或需求信息。尽管专利信息公开制度使得人们可以了解某项技术的相关细节，但是保留了关键的隐性知识[25]。特别地，气候技术的相对复杂性和发展中国家的技术局限性使得隐性知识的范围进一步扩大。因此，使用强制许可的一方难以充分了解目标技术的应用场景、最佳的实施方法和影响。这不仅可能造成技术和经济资源的浪费，甚至可能对技术实施国的环境造成不利影响。和药品不同，气候技术与环境问题的联系并不紧密。换言之，由于气候特点、地理环境等不同，能在一国解决某一环境问题的技术，可能需要经过调整或与其他技术结合，才能解决另一国的相同问题。所以，通过强制许可所得的技术可能不会发挥预期作用。

强制许可方案不能为技术转让方提供正向激励。相反，该方案给技术研发企业增加成本，造成损失，忽视他们所承担的社会责任和预期得到的企业声誉。首先，知识产权为企业创新提供了经济激励和必要保障。创新企业需要大量资金来运营和创造新技术，而它们成功获得融资或政府补贴的重要担保就是对所创造技术的知识产权。因此，强制许可会减少这些企业可得到长期投资[26]。其次，强制许可不能缓解气候技术的外部性，回报气候技术研发者所承担的环境保护的社会责任，也无法显著提升企业声誉。

强制许可方案未考虑发展中国家的发展现状和能力建设的需要。即使充分知晓某项气候技术的详细信息，由于缺乏创新能力、不具备工业化生产条件、缺少专业技术人员等原因，发展中国家也难以成功应用该技术。或者，虽然能够应用，但是政府和企业将面临极高的实施成本。而且，强制许可非但不能使发展中国家受益，还可能引起舆论风险或招致制裁，影响国际贸易，阻碍该国正常的气候技术进口或投资活动，反而不利于国家能力建设。

建立知识产权专门化制度的方案提倡修改现有的 TRIPS 协议以满足气候技术转让的特别需求[4]；或者设计独立于 TRIPS 的知识产权体系[20]。例如，印度曾建议，针对气候技术，可以尝试：第一，缩短专利保护期；第二，撤销已授权的专利；第三，否定该类技术的可专利性。此方案考虑到现有知识产权体系对气候技术转让的限制，试图在二者之间寻找新的平

---

[6] TRIPS 第八条第一款：“在制定或修改其法律和法规时，各成员可采用对保护公共健康和营养，促进对其社会经济和技术发展至关重要部门的公共利益所必需的措施，只要此类措施与本协定的规定相一致。”

[7] TRIPS 第三十一条：“如一成员的法律允许未经权利持有人授权即可对一专利的客体作其他使用，包括政府或经政府授权的第三方的使用，则应遵守下列规定：……（b）只有在拟使用者在此种使用之前已经按合理商业条款和条件努力从权利持有人处获得授权，但此类努力在合理时间内未获得成功，方可允许此类使用。在全国处于紧急状态或在其他极端紧急的情况下，或在公共非商业性使用的情况下，一成员可豁免这一要求……”

衡点。相较于强制许可，建立专门化制度方案提出者认识到单方措施不是解决困境的长久之策，同时也意识到多方协商谈判的重要性。但是，该方案在更大程度上反映发展中国家作为技术需求者的利益，因此仍存在“对抗性”，且存在缺陷。在专门化的制度下，发展中国家确实可能受益于较宽松的知识产权保护，快速利用、模仿现有技术，完成能力建设。但是，由于可得利益的减损和气候技术的外部性等因素，相关企业或许不会更积极地进行气候技术的研发[19]112。由此，从长远看，专门化制度可能会抑制气候技术创新，阻碍技术的持续发展，不利于国际社会进一步解决气候问题。

（二）新技术转让理念下知识产权共享的联合研发机制

由于气候变化的全球性，气候技术和知识产权的特殊属性，以及知识产权僵局中各方利益的对立性，绝对的单方措施，或偏向一方利益的对抗性方案难以解决气候技术转让的知识产权困境。现有方案存在缺陷，而导致缺陷产生的重要原因可能是狭义“技术转让”的影响和限制。该观念将技术转让描述为技术成果在地理空间上的简单转移的过程，且认为这一过程相较于整个研发周期是静态的，独立于其他研发环节。进而，气候技术供需双方的关系被过分简化，双方难以形成互信互利的基础，双方的激励和需求也没有得到充分考虑。这要么将加剧关于知识产权的紧张对立，要么将导致利益失衡。

所以，在应对气候变化的全球背景下，为应对知识产权困境，必须通过更开阔的视角理解技术转让过程。气候技术转让，应当包括学习、理解、利用和复制技术的过程，应能培养研发者准确识别技术需求、根据当地条件调整技术方案以及成功应用技术并获得有益效果的能力。要实现这一目标，仅凭某一方的努力是远远不够的。所以，气候技术转让过程需要的既不是专利垄断与抵制的对抗关系，也不是援助与受援助关系，而应是平等互利基础上的伙伴关系。因此，气候技术的合作与创新是比技术转让更为科学的表达方式[27]。在此语境下，新技术转让承载知识扩散、能力培育的使命；新技术转让是动态过程，并与整个气候技术研发周期的其他环节产生良性互动。另外，合作伙伴关系为发展中国家和发达国家都能带来激励。在合作中，通过知识的获取和技术的发展，发展中国家可以提升在气候技术领域的制造能力和市场竞争力；发达国家则能够进入新兴市场，利用制造成本优势和市场潜力，降低贸易和投资壁垒[28]。

一种知识产权共享的联合研发机制符合创新合作的新技术转让理念。总体而言，该机制是以公私结合形式开展的有关气候技术研发与扩散的多边合作模式。所述机制有四层结构，分别为国家政府、技术联盟、研发参与者和技术与知识产权支持部门。第一，国家政府牵头签署和批准多边合作条约，为研发注入启动资金，按技术需求的类型建立技术联盟，指导和监督各联盟的运行。第二，技术联盟根据合作协议精神进一步制定并实行更详细的工作计划，明确信息沟通、知识产权保护与共享等规范，管理研究项目。第三，研发参与者来自研发机构、技术企业等。参与者通过签订协议，拟定研究计划，开展具体研究项目，贡献研究成果。第四，技术与知识产权支持部门，由知识产权数据库和《公约》中促进机制构成。其中，知识产权数据库记载与研究项目有关的所有气候技术及其知识产权内容，方便多边合作各方能

够记录、修改和查询信息，提高内部技术许可、技术创新的效率；利用《公约》中的技术机制、技术需求评估、气候绿色基金等，可以从政策制定、技术需求分析和资金支持上促进上述合作过程。

可以论证，知识产权共享的联合开发机制还具备所提出的三个关键因素，即兼顾供需信息提供、转让激励与能力建设，将有效缓解或解决知识产权困境，推进气候技术的创新合作。

首先，该机制能够搭建良好的需求与供给信息平台。参与者通过定期汇报、数据共享和技术信息库等方式获取技术研发和应用所需的信息。在该过程中，发展中国家参与者可根据本国气候变化问题提出初步技术需求。各方研究者根据详细的数据报告，细化需求，设计具体解决方案，并识别方案实施所必需的关键技术。最后，研究者在技术信息库中检索现有技术，如果存在相似技术，则积极开展技术许可谈判；如已有技术存在不足，可以制定新技术的研发方案。高效共同和信息共享的平台，消除了合作方的技术需求与供给的信息差，加快了“需求——方案——技术”的转化过程。

其次，该机制能够提供足够的技术转让激励。即时和准确的需求信息减少了技术研发者通过其他渠道分析需求的经济成本和时间成本。在各国政府主导的合作模式下，各研究项目得到足够重视，因此研发者能够获得足够的资金补贴。当下，私人和基金投资者越来越重视气候变化相关的绿色低碳技术。因此，越来越多的资金从传统能源企业流出，并希望拥抱优质的气候技术研发企业[10]57。无论是对于小型创新企业还是跨国企业的创新部门来说，该机制都提供了良好的展示平台，使相关成果能够转换为更丰厚的投资支持，同时获得更多对外投资与出口的机会。在政府支持下，机制参与者特别是技术贡献者，能够获得社会的广泛认可，其商誉将得到提高。

最后，在此机制下，发展中国家的能力建设得到充分考虑。通过合作，发展中国家相关合作者能够参与气候技术的研发、应用与商业化全过程，了解气候技术的发展进程，学习发达国家政府、企业和高校的先进的管理、研发经验。由此，能力建设的路径由增强模仿能力拓展为培养内生技术能力。而内生技术能力正是真正实现技术转让的关键[19]111。因此，随着多期联合研发项目的开展，发展中国家将逐渐提高自身的科研水平和创新能力，为从气候技术的模仿者、跟随者成长为创造者、贡献者。进一步，具备了一定水平和能力的发展中国家，可以自主开启新的南南合作或南北合作，扶持其他国家完成技术转型和进步，形成良性循环。

在互利共赢的合作环境下，知识产权共享制度将为联合研发各参与方提供互信互利的基础。该制度能够提供法律框架，帮助各合作方提前协商背景知识产权的管理、联合研发产出知识产权的归属、单方产出知识产权的转让、知识产权纠纷解决方式等关键问题。由于原有的知识产权得到保护，新产生的知识产权及利益能够被妥善分配，相关冲突也可以被公平地解决，减少了合作过程中的风险。各国研究者能够彼此信任，深度合作，专注研究，产出并共享优秀的创新成果。

三、知识产权共享的联合研发机制：设计与改进

跨国或国际间合作伙伴关系如何推动气候技术的创新和扩散。中美清洁能源联合研发中

心（US-China Clean Energy Research Center, CERC）为双边合作、知识管理提供了新颖的框架。在该框架下，产生了较丰富的科研成果。这使得一些学者开始关注国家间或区域性合作对气候技术创新与扩散的积极作用。所以，本节以 CERC 模式为知识产权共享的联合开发机制的设计原型，并在现有理论研究的基础上，从的知识产权管理角度提出改进该机制的方向，以推广其应用范围。

（一）以 TMP 为核心的知识产权管理框架

2009 年，中国科学技术部和国家能源局与美国能源部签署关于清洁能源研究中心合作协议（以下简称“合作协议”）[29]，目的在于促进双方科学家和工程师团队在清洁能源领域的联合研究与开发，并作为信息交流的枢纽，帮助双方研究人员开展互利合作。合作协议第七条和附件一与知识产权有关。第七条第二款规定缔约方之间分享协议项目下首次产生的与项目有关或项目必需的技术信息，以及一方掌握或可利用并有权披露的技术信息。

附件一规定了知识产权的权利归属和行使原则。访问研究者依据项目承办机构政策独立获得知识产权；由一方雇佣或赞助的人员在合作活动中创造的知识产权归该方所有；由双方共同雇佣或赞助的人员，在共同资助的研究项目中创造的知识产权归双方共同所有。各方在其领土内，都有权利用或允许他人利用在合作活动中创造的知识产权。而与知识产权有关的其他规则，应当在缔约方及各自参与者共同制定的技术管理计划（TMP）中加以明确，且在 TMP 完成之前不得开展项目。

在合作协议原则性规定的基础上，TMP 对知识产权事宜进行了详细的安排。现以清洁煤技术联盟（Advanced Coal Technology Consortium，ACTC）的 TMP 模板为例[30]。依据知识产权的来源、缔约双方及参与者对研究项目的贡献和研究项目的性质的不同，TMP 规定了对应情况下知识产权的归属、使用和许可。知识产权的来源分为背景知识产权[8]和项目知识产权。首先，对于背景知识产权，TMP 规定其拥有者可保留所享有的所有权益，并可通过许可授权他人使用。合作项目的参与者还可以在研发活动开始前列出背景知识产权的范围，以便将其与项目知识产权区分。其次，项目知识产权权利分配遵循“共同研发，共同享有，权益不可分割”和“一方研发，单独享有”的原则。其中，依参与者对研究项目的贡献和研究项目的性质，合作活动在中美双方共同资助项目下，各参与方为执行项目或工作计划，应有权无偿使用合作活动中创造的项目知识产权。单独享有知识产权的一国参与者应基于诚信原则，与另一国参与者进行谈判。知识产权共享人仅能向第三人授予普通许可，但无义务通知其他共享人。在非双方共同资助的项目下，一国参与者经过谈判获得的单方知识产权普通许可，仅可以用于研究开发目的。知识产权共享人可行第三人颁发普通许可。

TMP 关于知识产权管理的条款主要有两大优势。第一，在项目开展前，TMP 规定了背景知识产权隔离制度，有效地避免参与者就联合研发成果的共同所有范围可能产生的争议，减少联合研发可能为参与者已有知识产权带来的风险。第二，联合研发过程中，TMP 既重

[8] 背景知识产权（Background Intellectual Property），指一方在联合研发项目开始之前已经开发的技术所对应的知识产权。

视对参与者智力贡献的保护，也兼顾项目的运行效率和技术的快速扩散。

除知识产权权利分配、行使和许可外，TMP 还规定了争端解决方式和参与者信息共享义务。出现争议时，缔约方和参与者应当首先通过协商解决。若仍无法解决，应将争议提交到双方指定或事先同意的仲裁机构进行有约束力的仲裁。虽然在联合研发中纳入此类条款并不常见，但是就知识产权领域而言，中立的国际仲裁机构可能比相关国内法院更适合处理合作争议[31]。信息共享方面，联盟双方应定期汇报并公开项目所产生的研究数据、项目进度和阶段性成果，且确保对方能够尽早获得在合作活动中产生的技术报告。信息共享义务有效地搭建了合作双方的交流平台，有利于技术成果的快速迭代、新技术的保护和扩散。

最后，中美双方的研究实体作为参与者，组成各个技术联盟的基本单元。在 TMP 提供的知识产权管理框架下，参与者依据协议和附件的规定，在所属的技术联盟框架指导下，共同协商并制定有关知识产权、信息共享等的具体合同，消除合作风险，减少合作顾虑。

综合上述，政府层面的 CERC 协议与知识产权附件、技术联盟层面的 TMP 和项目层面的知识产权协议，构成了联合研究的知识产权共享与管理框架[32]。此框架中，TMP 处于核心位置。一方面，TMP 继承了 CERC 协议与知识产权附件的原则规定和缔约精神，并补充了技术研发与知识产权管理的未尽事宜。另一方面，TMP 为可能不具备知识产权管理能力的项目参与者提供了详细的参考，指导参与者商定具体协议。

该框架为气候技术的研发与转让提供了有利环境。事先协商并确认的知识产权安排和各国政府的背书，降低了技术泄露的风险，增强了参与者的信任感。更少的知识产权不确定性有助于更紧密的合作和更高质量的技术创新[33]。在此基础上，中美 CERC 汇聚了双方顶尖的研究机构和企业，鼓励研究者在清洁煤、清洁能源汽车、建筑能效等领域大胆提出创新方案，充分开展合作。在第一阶段，缔约双方的参与者在联合研发过程中产生了大量专利。其中，中方产出的专利达到 7938 件，美方则产出 6920 件专利。此外，联合产出的论文成果也比较可观，中美研究机构联合发表的论文达到 104 篇[34]。

以 TMP 为核心的联合研发知识产权管理框架提供了一个新颖的模版，是气候技术开发与转让从对抗走向合作的制度保障。以 CERC-TMP 模式作为起点，国际组织和负责任大国可以结合各国国情与全球气候变化形势，制定完善气候技术相关的双边，乃至多边合作条约。

（二）从双边到多边的机制拓展

中美两个清洁能源研发和创造大国之间的合作毫无疑问具有重大意义。但是，正如引言所指出，气候变化带来的影响是全球性的：海平面正逐渐侵蚀临海国家和小岛国家的领土，极端天气正在撕裂农业国家脆弱的经济结构，物种多样性的减少在各国生态环境中引起连锁反应……所以，关于气候技术的合作机制应当在借鉴 CERC-TMP 模式的基础上，及时、广泛地从双边向多边拓展。

中国具备推进和领导更广泛气候技术联合研发的条件。一方面，中国正成为全球气候技术发展的主要贡献者和引领者，拥有许多相关领域的高新技术企业和研发机构，积累了丰富的技术研发经验，此为技术条件；另一方面，中国也为气候技术提供了重要市场，技术需求

十分庞大，此为市场条件。此外，中国的知识产权保护制度日渐完善，越来越注重权利人和公共利益的平衡，此为制度条件。所以，中国有动力更有能力推动广泛的南南、南北合作，并在合作过程中有效平衡各方利益，确保联合研发的科技成果被妥善保护，且技术创新发展为人类应对气候变化带来有益帮助。为此，中国可在以下几个方面改进 CERC 模式，完成多边机制拓展。

（1）调和知识产权制度差异。尽管 CERC 的 TMP 框架在建立参与者信心上发挥重要作用，但是预期目标并未完全实现，研究人员之间的顾虑没有彻底消失。其中，中美两国法律差异以及由差异产生的风险是其中的最关键因素之一[35]。而在多边合作中，涉及缔约国数量众多，所以专利共有人的权利还将具有显著的国际性。他们的共同所有权将受制于不同国家和地区的不同法规，并相应地承担不同的权利和义务。因此，为弥合各缔约国专利制度之间的差异，促成广泛的气候技术多边研发合作，中国需要在认识和研究各国知识产权共有制度异同的基础上，推动谈判协商，形成统一方案。现以部分一带一路国家和欧美国家的专利共有制度为对象，从共有专利申请、实施和许可相关规定归纳差异，并提出改进思路。

统一共有专利申请规则。各国关于共同所有人专利申请的规定，可以分为强制共同申请和部分申请两种类型。强制共同申请规则要求全体共有人一致提出专利申请。采取此类规定的国家有中国、马来西亚、越南等。[9]而部分申请规则允许具有申请权利的共有人中某一方或多方单独提出专利申请。若满足一定条件，部分申请也将被接受。采取此类规定的国家有新加坡、美国等。[10]专利申请是技术享有专利保护、技术贡献者获得专利权的前提。而现实情况中，出于不同的发展考虑，相关参与者对于是否申请专利权可能持有不同的意见。TMP 中并未对专利申请进行统一规定。因此，为避免参与者因专利申请问题产生纠纷，在多边 TMP 中，缔约方可以设置“原则——例外”条款。例如，以全体共有人一致同意为专利申请原则，允许各参与者协商谈判，确定有限的允许部分申请的例外情况。

探索公平合理的共有专利实施和向第三方许可制度。首先，在共有专利单独实施问题上，一些国家规定单独实施、收益独享，如中国、俄罗斯、美国等。[11]而法国规定单独实施的一

---

[9] 中国专利法第十四条第二款：“行使共有的专利申请权或者专利权应当得全体共有人的同意。”；马来西亚专利法第二十二条：“取得专利的权利为共同所有的，专利只能由共有人共同申请。”；越南专利法第八十六条第三款：“一个以上组织或个人共同创造或投资创造发明、工业品外观设计或布图设计的，这些组织或个人都享有注册权，只有经其协商一致后才能行使注册权。”

[10] ⑦ 美国专利法第一一六条第二款：“如果共同发明人拒绝参加专利申请，或经过努力仍无法找到或联系到被遗漏的发明人，则可由其他发明人代表自己和被遗漏的发明人提出申请。局长在证明相关事实并按其规定通知被遗漏的发明人后，可将专利授予提出申请的发明人，但被遗漏的发明人在加入时应享有的权利与之相同。被遗漏的发明人可随后加入申请。”；新加坡专利法第二十二条：“如果共同申请专利的申请人之间就是否或以何种方式进行申请产生任何争议，在任何一方当事人提出请求后，注册官可以作出其认为适合的指示，以便使申请能够单独以一方或多方当事人的名义进行，或规定必须以何种方式进行申请，或根据情况需要同时达到这两种目的。”

[11] 中国专利法第十四条第一款：“专利申请权或者专利权的共有人对权利的行使有约定的，从其约定。没有约定的，共有人可以单独实施或者以普通许可方式许可他人实施该专利；许可他人实施该专利的，收取的使用费应当在共有人之间分配。”；俄罗斯专利法第一三四八条第二款：“如共同创造人之间的协议无另行规定, 共同创造人中的每个人有权按照自己的意愿利用发明、实用新型或工业品外观设计。”；美国专利法第二六二条：“在没有任何相反协议的情况下，专利共同所有人中的每一个人都可以在美国境内制造、使用、要约出售或销售专利发明，或将专利发明进口到美国，而无需征得其他所有人的同意，也无需向其他所有人说明。”

方应当给予其他未实施专利的共有人以合理补偿。[12]其次，在授予第三方普通许可问题中，各国规定也存在较大差别。中国和法国允许共有人单独授予许可，但需要分享许可收益或作出补偿。新加坡则不允许一方共有人单独授予许可。[13]通过分析德国民法典和法律学说可知，德国专利制度允许共有人单独实施专利，但不允许单独授予任何类型许可[36]。另外，多数“一带一路”发展中国家，如越南、巴基斯坦、埃及等，在其专利制度中未作出明确规定。共有专利的实施和许可，直接关系到气候技术的利用，涉及各参与方的切实利益，因此将成为各国在联合研发中最为关切的问题之一。因此，在制定多边 TMP 协议时，不能简单地规定允许共有人单独实施或授予许可，而应当综合各缔约方的法律制度特点，公平合理地分配权利。

由上述对比可知，各国专利共有制度存在较大差异，这将提高联合研发过程中的不确定性，为研发者的知识产权权益带来巨大风险。因此，中国应当积极组织和参与多边 TMP 规则的协商与谈判，与他国合作达成完善的知识产权共有统一机制。可行路径之一是使用“一带一路”倡议下“软法先行，协议在后”的治理方式。该方式可以有效降低交易成本，加快形成共识与初步承诺，并能够及时调整，具备灵活性[37]。因此，调和共有专利制度差异时，中国可以利用“软法”文件的优势，消除合作国家顾虑，提高协调效率。进一步，构建层次化的协调框架，在兼顾各国发展利益的同时，推进规则的完善[38]。同时，在联合研发项目开展时，鼓励各国贡献知识产权专业人才，搭建专业服务平台，加强机制的知识产权管理能力[34]。

（2）建立知识产权数据库。在多边联合研发模式中，由于技术联盟规模庞大，具体项目复杂，研发实体众多，参与者在合作前将划定大量的背景知识产权，在合作过程中也会产出越来越多的项目知识产权。所以，仅通过合同管理库或定期汇报等形式，不足以管理海量的知识产权数据。因此，必须建立完善的知识产权数据库，以记载每项技术知识产权的完整信息，并进行分类与分级。

首先，记录气候技术及其知识产权的完整信息。对于某项知识产权，数据库应至少记载发明者和知识产权人的身份信息、项目和技术联盟信息、技术领域信息和知识产权许可情况信息。通过详实的专利信息，参与者可以迅速掌握某一领域气候技术的实时发展动态，识别对自身项目有益的技术并就知识产权许可展开谈判，结合具体需求进行技术创新。

进一步，对上述信息进行分类与分级管理。可采取多种分类标准，例如：技术类别，包含清洁能源、抗旱作物和其他软技术等；项目类型，包括共同资助研究项目和非共同资助研究项目；知识产权来源，即背景知识产权和项目知识产权；等等。同时，应注明每项知识产权的等级，以便各参与者知悉技术的最大利用范围。换言之，参与者能够知道在获得某项技术许可之后，相应技术是仅能用于同项目联合研发目的，还是能够在技术联盟项目中应用，

[12] 法国专利法第 L613-29 条第一款：“每个共有人都可以为自己的利益利用发明，但必须对没有亲自利用发明或没有授予利用许可的其他共有人给予公平补偿。在没有友好协议的情况下，这种补偿由法院确定。”

[13] 新加坡专利法第四十六条第三款：“根据第 20 条和第 47 条以及当时有效的任何协议，如果两个或两个以上的人是专利的所有人，未经另一个或其他人的同意，其中一人不得根据该专利授予许可，或转让或抵押该专利的股份。”

又或是可以自由充分利用。细化分类标准可以提高检索效率，而许可分级可以有效保护知识产权所有者的权益，同时促进各参与者对知识产权许可的合规利用。

此外，所述数据库不仅应记载已经形成的知识产权，还应当对处于研发过程中的技术进行记录。联合研发中，对知识产权的权利主要来源于对技术产生做出的贡献。而且，虽然一项技术的产生客观上得益于各参与者在研发全周期的共同贡献，但并非所有贡献者都能成为知识产权制度中的发明人或知识产权权利人。因此，在多边合作下，为预防共有权利纠纷的发生，应该依据相关认定标准，实时记录参与方在项目进展过程中对技术研发所做出的实质贡献。

凭借先进的通讯技术和云服务平台，中国可以成为该知识产数据库的主要运营者。通过整合联合研发全过程的气候技术与知识产权信息，为各国科研参与者提供一个优质的知识产权的信息交流与管理中心。

（3）结合国际机制。在合作取得初步成效的基础上，还可以探索将联合研发、知识产权共享机制与《公约》下的气候技术开发与转让的促进机制相结合[31]。具体而言，可以引入技术机制、技术需求评估和气候绿色基金等，进一步加速技术研发周期。

与技术机制合作。技术机制是《公约》下最活跃的履约促进机制之一，下属有科技执行委员会（Technology Executive Committee，TEC）与气候技术中心和网络（The Climate Technology Centre and Network，CTCN）。其中，通过 TEC，可以在缔约方会议中提出与联合研发的知识产权共享机制有关的年度建议，通过展示有效措施和具体案例，吸引更多国家关注和加入。同时，利用和吸收 CTCN 的经验，组成更广泛的区域性网络，向发展中国家提供技术援助，创造更多的气候技术知识获取途径，促进利益相关者的紧密合作。

运用技术需求评估（Technology Need Assessment, TNA）。通过 TNA 程序，气候技术联合研发的参与者可以支持发展中国家开展技术需求评估，精准识别不同国家和地区的气候技术需求及技术研发的优先次序，并依据评估结果针对性地制定研究计划，开展研究项目。所以，TNA 的加入将显著提升气候技术研发效率和技术成果的实用性。

获得绿色气候基金（Green Climate Fund，GCF）支持。气候技术开发与转让涉及庞大的资金投入，而目前大多数发展中国家可能缺乏独立资助能力。因此，为鼓励更多发展中国家加入联合研发机制，并从知识产权共享中受益，国际资金支持不可或缺。与 GCF 合作，将使发展中国家政府与企业获得多样的融资工具，激励其参与气候技术研发工作。

中国作为最有影响力的缔约方之一，可以在《公约》国际会议或谈判中，强调联合研发与知识产权共享机制对促进气候技术开发与扩散的积极作用。可提供成功合作案例，证明机制能够消除或减轻气候技术供给信息差、激励先进企业参与和帮助发展中及最不发达国家完成能力建设。另外，还可提出初步方案，并论证与《公约》机制的有效结合将进一步解决气候技术相关的知识产权困境，使各国更好地履行《公约》及各决议下的义务。

综上所述，缩小或消除缔约国的知识产权制度差异、建立科学完善的知识产权数据库和结合《公约》下相关机制三个主要措施，有利于改善原 TMP 机制的不足，从而使联合研发、

专利共享的机制能够应用于更广泛的多边气候技术合作之中。

四、结论与展望

本文以现有研究为基础，提出解决气候技术知识产权困境的三个要素：技术供需信息、技术供给方的激励和技术需求方的能力建设。由此，为减缓气候变化的不利影响，达成《巴黎公约》下的气候目标，需要对技术转让这一概念进行重新思考。“技术转让”的形式，应从简单的技术流动转变为密切的技术合作；“技术转让”的实质，应从单向的技术部署转变为有关气候技术一切能力、经验和知识的吸收、掌握和对技术的再次创新。在技术转让新思维下，发现一种以知识产权共享为核心的联合研发机制，能够将各参与者团结在统一的技术管理框架下，建立更具创新能力的跨国技术联盟。进而，通过分析国家间的制度差异、提高知识产权管理效率和探索利用国际制度工具，提出一种可行的多边技术合作模式。

但是，气候技术合作任重道远，本文仅起到抛砖引玉作用，尚存在诸多不足。本文对所识别的三大解决要素缺乏定量理解，且未分析其相互联系；对知识产权制度的分析仅集中于技术专利，未涉及商业秘密或专有技术。另外，如何促成多边合作谈判，以及如何解满足各国在合作中的国家安全、公共政策等需求，还需要进一步研究。

参考文献：

[1] Technology and the UNFCCC: Building the fundation for sustainable development[EB/OL]. (2016-06-14) [2024-06-01]. https://unfccc.int/ttclear/misc_/StaticFiles/gnwoerk_static/NAD_EBG/54b3b39e25b84f96aeada52180215ade/b8ce50e79b574690886602169f4f479b.pdf

[2] DECHEZLEPRÊTRE A, GLACHANT M, HAŠČIČ I, JOHNSTONE N, MÉNIÈRE Y. Invention and transfer of climate change-mitigation technologies: a global analysis. Rev Environ Econ Policy 2011;5:109–30.

[3] 范晓宇.国际气候技术转移的规则完善及中国立场——从《巴黎协定》气候技术转移条款展开[J].政法论丛,2023,(04):127-138.

[4] LITTLETON M. The TRIPS Agreement and transfer of climate‐change‐related technologies to developing countries[C]//Natural resources forum. Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd, 2009, 33(3): 233-244.

[5] DUSSAUX D, DECHEZLEPRUN A, GLACHANT M. The impact of intellectual property rights protection on low-carbon trade and foreign direct investments[J]. Energy Policy, 2022, 171: 113269.

[6] 周蓉,柳剑平.低碳科技国际合作机制与路径研究[J].科学管理研究,2017,35(01):112-115.

[7] GALLAGHER K S. The Globalization of Clean Energy Technology: Lessons from China[M]. MIT press, 2014.

[8] 彭衡,李扬.发展中国家知识产权保护对绿色技术转移的影响机制研究[J].青海社会科学,2019,(02):87-92+104.

[9] ATHREYE S, KATHURIA V, MARTELLI A, et al. Intellectual property rights and the international transfer of climate change mitigating technologies[J]. Research Policy, 2023, 52(9): 104819.

[10] WIPO. World intellectual property report 2022: The direction of innovation[M]. Geneva, Switzerland : World Intellectual Property Organization, 2022.

[11] UNITED NATIONS. Report of the United Nations Conference on Environment and Development[M]. New York: United Nations, 1993.

[12] UNITED NATIONS. Report of the United Nations Conference on the Human Environment[M]. New York: United Nations, 1973.

[13] UNFCCC. FCCC/CP/2007/6/Add.1[R/OL]. (2008-03-14) [2024-06-01]. https://unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/2007/cop13/eng/06a01.pdf.

[14] ZHOU C. Can intellectual property rights within climate technology transfer work for the UNFCCC and the Paris Agreement?[J]. International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, 2019, 19(1): 107-122.

[15] 蒋佳妮,王灿.全球气候谈判中的知识产权问题——进展、趋势及中国应对[J].国际展望,2016,8(02):21-39+152-153.

[16] HELM S, TANNOCK Q, ILIEV I. Renewable energy technology: evolution and policy implications–evidence from patent literature[J]. Global Challenges Report. WIPO, Geneva, 2014.

[17] 中华人民共和国国务院国家知识产权局.全球绿色低碳技术专利统计分析报告[R/OL]. (2023-05)[2024-06-01]https://www.cnipa.gov.cn/module/download/down.jsp?i_ID=185467&colID=88.

[18] ABDEL-LATIF A. Intellectual property rights and the transfer of climate change technologies: issues, challenges, and way forward[J]. Climate Policy, 2015, 15(1): 103-126.

[19] 马忠法.应对气候变化的国际技术转让法律制度研究[M].北京:法律出版社,2014.

[20] 吴勇.建立因应气候变化技术转让的国际知识产权制度[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2013,37(03):36-41.

[21] 霍夫曼. 碳战略：顶级公司如何减少气候足迹[M]. 李明译. 北京：社会科学文献出版社，2012.

[22] SRINIVAS K R. Climate change, technology transfer and intellectual property rights[J]. RIS Discussion Paper Series, RIS-DP #153, 2009.

[23] 叶辉华.气候变化背景下对技术转让的知识产权制度调适[J].河北法学,2015,33(03):162-170.

[24] 张孜仪.论专利强制许可制度的生态化[J].华中科技大学学报(社会科学版),2011,25(04):72-78.

[25] 马忠法,肖宇露.创新驱动发展战略下专利开放共享制度的构建[J].江汉学术,2022,41(01):103-111.

[26] FAIR R. Does climate change justify compulsory licensing of green technology[J]. Int'l L. & Mgmt. Rev., 2009, 6: 21.

[27] PANDEY N, DE CONINCK H, SAGAR A D. Beyond technology transfer: Innovation cooperation to advance sustainable development in developing countries[J]. Wiley Interdisciplinary Reviews: Energy and Environment, 2022, 11(2): e422.

[28] RAI V, FUNKHOUSER E. Emerging insights on the dynamic drivers of international low-carbon technology transfer[J]. Renewable and Sustainable Energy Reviews, 2015, 49: 350-364.

[29] Protocol between the Department of Energy of the United States of America and the Ministry of Science and Technology and the National Energy Administration of the People's Republic of China for Cooperation on a Clean Energy Research Center [EB/OL].(2009-11-17) [2024-06-01]. https://www.energy.gov/sites/default/files/pi_iec/098b7ef9800e33ab.pdf, Jun. 1, 2024.

[30] U.S.-China Clean Energy Research Center: Energy and Water [EB/OL].(2015-03-05) [2024-06-01]. https://www.energy.gov/sites/prod/files/2015/03/f20/CERC%20Energy%20and%20Water%20Funding%20Opportunity%20Announcement.pdf

[31] LEWIS J I. Cooperating for the Climate: Learning from International Partnerships in China's Clean Energy Sector[M]. England: MIT Press, 2023.

[32] SHAN LIU, XIANG YU. Managing IP in Sino-US Clean Energy Collaboration - the Case of the US-China Clean Energy Research Center (CERC)[J]. WTO-WIPO Colloquium Papers, 2017, 8(2): 32-41.

[33] LEWIS J I. Managing intellectual property rights in cross-border clean energy collaboration: The case of the US–China Clean Energy Research Center[J]. Energy policy, 2014, 69: 546-554.

[34] 刘珊,余翔.基于 TMP 的中美清洁能源合作知识产权管理模式研究——突破、难点及对策[J].中国软科学,2016,(11):44-51.

[35] 刘珊,沈佳鹏,余翔.中美合作创新中专利共有法律风险及对策[J].科研管理,2019,40(02):54-64.

[36] GORBATYUK A. The Allocation of Patent Ownership in R&D Partnerships: Default Rules v. Contractual Practices[J]. SCRIPTed, 2020, 17: 4.

[37] 刘晓红.论“一带一路”建设中的软法治理[J].东方法学,2022,(05):100-115.

[38] 马忠法,王悦玥.“一带一路”倡议下的知识产权国际协调法律制度[J].上海财经大学学报,2022,24(02):122-136.

全球治理语境下可持续发展中的技术转让法律问题*

郑文龙**

【内容提要】在气候变化、环境污染等全球性问题愈演愈烈背景下，技术发展以及技术转让方式的探索为实现全球治理的可持续发展提供了契机。尽管国际社会积极探索相关法律制度建设，但其实践成效远未达到预期。究其原因，技术转让过程中参与主体范围有限，规则文本规定模糊以及配套实施保障制度不足成为制约制度实践运行的不利因素。为此，广泛吸引利益相关方参与制度建设，凝聚治理合力；细化义务规则文本表述，建立遵约监督机制；完善技术信息获取共享、风险收益分配等配套制度；以及在区域、双边层面率先开展技术转让模板制度探索成为应对现有制度困境的因应之策。近年来，中国提出的构建人类命运共同体、推动绿色“一带一路”建设以及全球发展倡议分别从遵循理念、实践平台以及发展方向等方面为推动完善技术转让法律制度贡献了中国智慧和中国方案。未来，基于现有技术发展水平以及实践中兼具技术转让方与技术受让方的双重身份，中国在主张建立更加公平合理的技术转让规则时，也要考虑兼顾技术转让双方主体间利益平衡，以求实现制度在实践中有效平稳运行，从而真正助力于推动全球治理的可持续发展面向。

【关键词】技术转让，可持续发展，全球治理，构建人类命运共同体

【Abstract】Against the backdrop of intensifying global issues such as climate change and environmental pollution, technological development and the exploration of technology transfer provide an opportunity to realize sustainable development in global governance. Although the international community has actively explored the construction of relevant legal system, its practical results have far from meeting expectations. The limited scope of participants in the process of technology transfer, vague rules and regulations, and insufficient supporting implementation guarantee systems have become unfavorable factors restricting the practical operation of the system. To this end, it is necessary to widely attract stakeholders to participate in institutional construction; to refine the textual expression of obligation rules and establish a compliance supervision mechanism; to improve supporting systems such as technology information acquisition and sharing, the distribution of risk and benefit, etc.; and to explore the technology transfer template system at the regional and bilateral levels. In recent years, China’s initiatives to build a community with a shared future for mankind, promote the construction of the green “Belt and Road” and global development initiative have contributed Chinese wisdom and Chinese solutions in terms of following the concept, practice platform and development direction. In the future, based on the current level of technological development and the dual identity of both technology transferor and technology transferee in practice, China should also consider balancing the interests of both parties when advocating for the establishment of more fair and reasonable technology transfer rules, in order to achieve effective and smooth operation of the system in practice, and truly contribute to promoting the sustainable development in global governance.

【Key Words】Technology Transfer, Sustainable Development, Global Governance, Community with Shared Future for Mankind

---

* 本文系国家社会科学基金重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”(项目编号：18ZDA153)的阶段性研究成果。

**郑文龙，复旦大学法学院博士研究生。

引言

伴随着全球化持续推进，在世界各国不断加强联系、密切交往的同时，一些关乎人类生存和发展的问题也逐渐超越国别和地区限制，演变成以气候变化、环境污染、贫富差距扩大等为代表的全球性问题，国际社会由此进入具有高度不确定性的“风险社会”时代，相应全球治理日益成为其重点关注议题。[①]同传统局限于主权国家的治理路径相比，全球治理不仅强调应对全球性问题的迫切性和共同性，更注重通过紧密联系国家、国际组织、私营部门等多利益攸关方，制定和实施制度化的合作机制，建立更为公正、透明和有效的治理体系，以求实现全球公共利益的最大化。

在全球治理语境下，推动实现可持续发展被视为应对全球性问题的关键路径以及重要追求目标，这不仅反映出国际社会对环境保护、经济繁荣和社会公平三者平衡发展的高度关注，也考验着国际社会在应对复杂全球性问题时的集体智慧和责任担当。技术的发展以及技术转让方式的探索为实现全球治理的可持续发展提供了契机。通过促进技术创新和扩散，技术转让方式不仅有助于弥补各国在技术方面的差距，帮助技术欠发达国家更好应对环境和社会挑战，也利于推动建立更为公平公正的国际政治经济秩序，让全体人类共享技术发展成果。然而从实践层面来看，技术转让方式取得的成果非常有限，远未达到国际技术转让法律制度建立所欲实现的预期。同时，全球气候治理、环境治理形势的紧迫性同技术转让法律制度的实施不力形成的对立反差，更是加剧了全球在可持续发展议题上治理的严峻性。

为此，本文尝试聚焦于两个问题：其一，全球治理语境下，致力于推动实现可持续发展的技术转让法律制度存在何种不足？又当如何完善？其二，中国近年来提出的以构建人类命运共同体理念、“一带一路”以及“全球发展倡议”为代表的治理策略能否对于完善技术转让法律制度有所裨益？中国又在国际技术转让法律制度建设中扮演着怎样的角色？秉持怎样的立场？对于以上问题的分析解答不仅有助于我们理解技术转让法律制度实践受挫的制度原因并思考相应纾困之策，而且帮助思考中国在国际技术转让法律制度建设中的立场与相应主张，从而更好地为推动实现全球治理的可持续发展贡献中国智慧、中国方案。

一、全球治理语境下可持续发展中的技术问题

（一）全球治理中的技术要素

① [德]乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2004 年版，第 20 页；范如国：《“全球风险社会”治理：复杂性范式与中国参与》，《中国社会科学》2017 年第 2 期，第 65-83 页。

全球治理概念诞生于20世纪90年代，1995年“全球治理委员会”（Commission on Global Governance）发布研究报告尝试阐释全球治理概念的含义、价值及其同全球安全、经济全球化以及国际法治建设间关系。[①]报告认为，治理指代个体以及公私团体机构管理其共同事务的各种方式，全球治理则是一个更为广泛、动态、复杂的决策互动过程，它需要不断发展以响应环境的变化。进入21世纪，围绕全球治理相关研究愈发强调实务导向，关注解决具体的全球性问题，如国际上有学者将全球治理解读为国家与非国家行为体合作解决全球性问题的制度、方式和过程[②]，国内有学者进一步点明冲突、生态环境、毒品走私以及传染病等具体的全球性问题与相应研究领域。[③]

但无论具体的定义界定如何，全球治理的核心在于其采取的治理方式以及尝试解决的具体问题，即所谓治理视角与问题视角两种思考面向。[④]而无论采取何种视角，技术要素在推动实现更为有效、公正的全球治理中都发挥着重要作用。一方面，技术的发展为全球治理提供了高效的工具和手段。如现代信息技术和通信技术的进步使得决策者能够快速获取和共享信息，提高了全球治理过程中的治理效率和透明度；无害环境技术、低碳环保技术的兴起也减少了生产生活过程中的碳排放，提升了资源利用效率，为解决全球资源枯竭、环境污染问题，实现可持续发展提供了可能。另一方面，技术发展还有助于促进全球治理的公正性和包容性。互联网和社交媒体平台使得全球治理过程中的各种利益相关方，包括非政府组织、私营部门和个人，能够参与到全球治理的讨论和决策过程中；多元化的参与机制有助于充分反映各方利益诉求，形成更为全面的政策建议，从而实现治理过程的公正和包容。

（二）可持续发展中的技术及技术转让

同时，国际社会对于“发展”概念内涵的理解也呈现出随时代和社会发展不断演进的趋势。在20世纪中期“发展”概念产生之初，其内涵重在强调经济增长，追求实现国家主导下的现代化与工业化。随后，伴随着国际社会对其理解不断加深，发展也由单纯追求实现经济增长逐步扩展到以人为本的可持续发展及相应“发展权”权利概念。[⑤]联合国大会1986年通过的《发展权利宣言》强调，“发展权利是一项不可剥夺的人权，各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会、

① Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood: The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

② 星野昭吉：《全球治理的结构与向度》，刘小林译，《南开学报》2011年第3期，第1-7页；Ian Goldin, *Divided Nations: Why Global Governance is Failing, and What We Can Do About It*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.4.

③ 俞可平：《全球治理引论》，《马克思主义与现实》2002年第1期，第20-32页。

④ 蔡拓：《全球治理的中国视角与实践》，《中国社会科学》2004年第1期，第94-106页。

⑤ 孙吉胜：《全球发展治理与中国全球发展治理话语权提升》，《世界经济与政治》2022年第12期，第6页；汪习根：《发展权法理探析》，《法学研究》1999年第4期，第21页。

文化和政治发展”。[①]1987 年，世界环境与发展委员会在其报告《我们共同的未来》中将“可持续发展”界定为“既满足当代人的需求，又不对后代人满足其自身需求的能力构成危害的发展”，该定义解释方式赢得了国际社会的广泛共识。[②]在此基础上，2015 年联合国通过的《2030 年可持续发展议程》进一步将宏观的可持续发展理念具化为 17 项具体的可持续发展目标，可持续发展概念的内涵与实现方式不断得到明晰。

实际上，除去传统意义上从自然、社会以及经济属性出发对于可持续发展的解读，科技属性也是理解可持续发展的重要面向之一。[③]科学发展技术进步特别是其中无害环境技术的发展，以及技术转让方式的采取在节约能源消耗，降低乃至于避免污染，推动实现可持续发展中发挥着重要作用。20 世纪 70 年代，在环保主义运动背景下，基于发达国家与发展中国家间存在的客观差距，特别是后者同时面临经济社会发展与环境保护的双重压力并且技术匮乏的社会现实，国际社会基于全人类共同利益考量规定由发达国家向发展中国家转让技术。[④]1972 年联合国首届人类环境会议达成的《斯德哥尔摩宣言》成为国际协定中规定技术转让以实现保护环境目的的滥觞。类似规定也在后续《21 世纪议程》《联合国气候变化框架公约》《2030 年可持续发展议程》等文件中得到延续与发展。以《2030 年可持续发展议程》中确定的 17 项可持续发展目标为例，其中清洁用水和卫生设施、经济适用的清洁能源、基础设施建设、可持续城市和社区以及气候行动等目标的实现都与技术的研发、适用与推广紧密相关，议程第 70 段更是明确指出设立技术促进机制（Technology Facilitation Mechanism），筹备科学、技术和创新促进可持续发展目标多利益攸关方论坛，逐步确定和审查技术需求和差距，帮助开发、转让和传播相关技术来促进可持续发展目标。[⑤]由此可见，技术的发展以及技术转让方式的采取在推动实现可持续发展的重要作用日益得到国际社会重视。

---

① Declaration on the Right to Development, General Assembly resolution 41/128, December 4, 1986, https://www.ohchr.org/sites/default/files/rtd.pdf.

② 世界环境与发展委员会：《我们共同的未来》，王之佳等译，吉林人民出版社 1997 年版，第 52 页。该句英文原文为：“Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”。亦有学者从人与人关系以及人与自然关系双重视角出发，将可持续发展定义为人在尊重自然、顺应自然基础上满足社会发展需要，参见罗国强：《国际法本体论》，中国社会科学出版社 2015 年版，第 276-277 页。

③ 李龙熙：《对可持续发展理论的诠释与解析》，《行政与法（吉林省行政学院学报）》2005 年第 1 期，第 3-7 页；王曦：《论国际环境法的可持续发展原则》，《法学评论》1998 年第 3 期，第 73-78 页。

④ 马忠法、郑文龙：《可持续发展理念下国际绿色技术转移规则审视：演进、不足及完善》，《大理大学学报》2024 年第 5 期，第 96 页。

⑤ Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, September 25, 2015, https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf.

（三）国际技术转让规则的发展历程

伴随着全球环境污染和气候变化问题的愈演愈烈，国际社会达成的国际技术转让规则，特别是涉及实现可持续发展的相关规则也随之呈现出演进发展趋势。[①]《斯德哥尔摩宣言》最早关注到通过技术转让方式来应对全球环境问题。宣言在原则九中阐明由于不发达以及自然灾害原因，发展中国家存在严重的环境污染问题，而克服这些问题最好的办法在于为其提供大量财政和技术援助。原则二十更是指出环境技术应以“鼓励传播且不给发展中国家带来经济负担”的方式提供给发展中国家。随后，在第三世界发展中国家的推动下，国际社会在联合国框架下开启了《国际技术转让行动守则》（International Code of Conduct on the Transfer of Technology）起草谈判工作。作为国际技术转让规则在原则层面的指引性文件，守则尝试修正国际技术转让过程中的不合理规定，促进面向发展中国家的国际技术转让交易。[②]但是由于谈判各方围绕守则法律性质、国家规制权力、限制性商业行为、法律适用以及争端解决等领域存在巨大分歧，特别是面临来自发达国家的重重阻力，守则至今仍停留于草案层面，未能最终通过。

尽管原则层面指引国际技术转让的规则文件仍停留于空白，但是在气候变化严峻趋势以及相应对于技术转让巨大需求背景下，国际技术转让规则在环境治理和气候治理领域仍不断生根发芽。1992 年联合国环境和发展大会通过的《21 世纪议程》勾画出政府、政府间组织和非政府组织等各方主体实施可持续发展的行动蓝图，其于第 34 章专章强调了转让无害环境技术以及加强合作与能力建设的重要作用。《联合国气候变化框架公约》以及随后补充制定的《巴黎协定》进一步在“共同但有区别的责任”原则基础上，将发达国家向发展中国家转让环境技术的义务落实到责任层面。[③]如《巴黎协定》第 10 条尝试区分出技术开发和转让的不同阶段，提出建立技术框架，探索相关的技术转让资金机制，以促进有益于可持续发展的国际技术转让。从近几年举办气候大会关注的核心议题来看，国际技术转让仍是国际社会追求推动实现可持续发展的重要方式。如在 2022 年举办的第二十七次气候大会（COP27）上缔约方间达成了《沙姆沙伊赫实施计划》（Sharm el-Sheikh Implementation Plan）。该份文件规定：敦促发达国家缔约方“紧急和大幅”增加气候资金、技术转让和适应能力建设的提供；启动技术执行委员

① 张建平：《气候变化谈判框架下的国际技术转让机制研究》，《国际贸易》2010 年第 5 期，第 49-53 页；马忠法：《论应对气候变化的国际技术转让法律制度完善》，《法学家》2011 年第 5 期，第 122 页。

② 冯大同：《关于国际技术转让行动守则草案的几个问题》，《国际贸易问题》1979 年第 2 期，第 25 页；彭亚媛、马忠法：《管制与自由：国际技术转移法律规则的回顾与展望》，《国际经济法学刊》2021 年第 3 期，第 35 页。

③ 巢清尘等：《巴黎协定——全球气候治理的新起点》，《气候变化研究进展》2016 年第 1 期，第 61-67 页；范晓宇：《国际气候技术转移的规则完善及中国立场——从<巴黎协定>气候技术转移条款展开》，《政法论丛》2023 年第 4 期，第 127-138 页。

会（Technology Executive Committee）和气候技术中心和网络（Climate Technology Centre and Network）的联合工作计划项目（2023-2027），以加快部署应对气候变化迫切需要的变革性气候技术。[①]

二、全球治理语境下可持续发展中的技术转让法律制度及其不足

尽管国际社会日益重视技术发展以及技术转让方式在推动实现可持续发展中发挥的作用，也在各类宣言、气候文件中探索建立相应的技术转让法律制度，但从具体的国际技术转让实践来看，其取得的成果非常有限，远未达到国际技术转让法律制度所欲实现的预期。究其原因，相关技术转让法律制度的良好运行囿于参与主体、规则文本以及实施保障三个维度存在不足。

（一）技术转让过程中参与主体有限

在参与主体维度，技术转让过程中参与主体有限不仅指代国际技术转让法律制度所能涵盖的参与主体同具体技术转让实践中实际涉及的主体相比范围有限，而且指在既有制度涵盖的有限参与主体中，还存在阻碍其实施技术转让的消极因素。

首先，通过技术转让方式推动实现全球可持续发展不仅需要国家主体在国际层面积极开展国际合作，还需要充分吸引真正掌握技术所有权的跨国公司以及负责信息交换平台和资金援助机制建设的政府间、非政府间国际组织参与到技术转让政策、制度制定过程中。[②]而在现有技术转让法律制度中，特别是相关国际文件内容表达中，虽然国家作为缔约主体具有促进技术转让的义务，但其本身并不掌握技术所有权，其在国内又基于保护技术作为知识产权“私权利”属性，鼓励技术在市场上自由交易，难以对其实施强制转让以及征收等政府行为。而真正拥有技术所有权的跨国公司一方面并非相关国际条约的缔约主体而不直接具有技术转让义务，另外基于其利益追求根本目的，其也无主动转让技术的积极性和动力。[③]因此，技术转让法律制度中参与主体范围有限，特别是以跨国公司和国际组织为代表的非国家行为体其功能缺位和责任逃逸成为阻碍通过技术转让方式实现可持续发展的重要因素。[④]

---

① Sharm el-Sheikh Implementation Plan, UNFCCC Decision- /CP.27, November 20, 2022, https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop27_auv_2_cover%20decision.pdf. 陈贻健：《气候变化技术机制专门化的困境及其克服》，《当代法学》2018 年第 1 期，第 123-131 页。

② 郑文龙：《“双碳”目标背景下国际绿色技术转移规则研究》，《法律研究》2023 年第 3 卷，第 15 页。

③ 马忠法：《应对气候变化的技术转让法律制度》，上海人民出版社 2019 年版，第 162 页。

④ 马忠法、梁晨颖：《论绿色技术转移国际法制度中的非国家行为体》，《大理大学学报》2022 年第 7 期，第 29 页。

其次，在既有参与主体中，作为主要技术转让方的发达国家也往往以各类产业发展、国家战略政策为由阻碍技术转让实施。以美国为例，在《出口管制改革法》以及《出口管理条例》构建起的出口管制法律体系下，“技术”属于美国出口管制重点对象。[①]美国商务部采取实体清单、未经证实清单以及出口许可证等方式控制企业间的技术交易，以实现出口管制乃至于技术封锁目的。[②]在当今时代，国家间围绕高新技术间的竞争日趋激烈，除了半导体、航空航天等战略技术领域，越来越多的新能源、新材料技术领域也不断被美国纳入到出口管制领域中，类似管制措施会直接阻碍相关技术转让。此外，近期发达国家间普遍推行的产业保护和推动产业链回流政策，也会抑制其向发展中国家转让技术，阻碍全球治理进一步向可持续发展推进。[③]

最后，作为技术主要需求方的发展中国家也往往因自身政治法律制度不够完善、资金技术匮乏以及自身技术吸收内化能力不足等因素阻碍其接受相关技术转让。由于历史发展、社会文化等因素，发展中国家往往政治、法律制度建设薄弱，市场化水平较低，外商投资和知识产权保护相关法律规范的薄弱制约其从市场化开放程度较高的发达国家引进技术。[④]发展中国家资金技术层面的匮乏一方面使其难以支付市场机制下技术转让的成本对价，另一方面由于技术知识、信息的匮乏，发展中国家往往缺乏对于技术发展水平现状的了解，进而无法清楚界定自身在技术发展阶段的定位及对于技术的需求。此外，发展中国家在技术研发能力、技术人员素质以及基础设施建设方面的不足也会制约其吸收、内化技术转让的能力，进而影响到技术转让在现实中的效果发挥。[⑤]

（二）技术转让相关规则文本规定模糊

在规则文本维度，现有技术转让法律制度中规则文本多宣示性、倡议性规定，缺乏明确的法律义务表述，并且在义务履行环节缺乏明确的监督执行机制，技术转让义务缺乏严格法律拘束力。

一方面，受限于技术转让各方参与主体间利益分歧，国际社会难以缔结有效的技术转让规定，即便成功缔结，也多停步于宣示性、倡议性规定，缺乏明确的

---

① 沈国兵：《美国出口管制与中美贸易平衡问题》，《世界经济与政治》2006 年第 3 期，第 71-77 页；刘斌、李秋静：《特朗普时期美国对华出口管制的最新趋势与应对策略》，《国际贸易》2019 年第 3 期，第 35 页。

② 李安方：《美国对华技术出口管制的效果评判与前景分析》，《国际贸易问题》2004 年第 7 期，第 54 页。

③ 谢迪扬：《论国家公权力对全球供应链的干预》，《南大法学》2023 年第 4 期，第 134-153 页。

④ 彭衡、李扬：《发展中国家知识产权保护对绿色技术转移的影响机制研究》，《青海社会科学》2019 年第 2 期，第 91 页。

⑤ Vinod Kumar, Uma Kumar and Ajax Persaud, “Building Technological Capability Through Importing Technology: The Case of Indonesian Manufacturing Industry,” *Journal of Technology Transfer*, Vol.24, 1999, pp.81-96.

法律义务表述。[①]如前文所述，联合国框架下《国际技术转让行动守则》的磋商、缔约失败使得国际技术转让缺失在原则层面的指引，国际社会也未能专门就技术转让，特别是致力于推动实现可持续发展的技术转让达成专门国际条约。[②]相关零散见于各类环境宣言、气候文件的技术转让规定虽数量众多，但多为宣示性规定，缺乏明确的法律拘束力。例如《联合国气候变化框架公约》在其第 4 条承诺部分规定，发达国家缔约方和其他发达缔约方“应”采取一切实际可行的步骤，“酌情”促进、便利和资助向其他缔约方特别是发展中国家缔约方转让或使它们有机会得到无害环境的技术和专有技术。并且同时规定发达国家缔约方“应”提供发展中国家缔约方所需要的资金，包括用于技术转让的资金。以上规定虽勾画出推动发达国家向发展中国家转让技术的美好愿景，但由于其文本规定过于模糊且缺乏具体的执行监督机制，无法落实为具体的法律义务，在实践中有赖技术转让双方进一步协商以及国内法进一步明确规定才能予以落实。但是在国内法层面，由于发达国家内以跨国公司为代表的实际掌握技术所有权的私营部门的阻挠，以及保护私有财产的相关规定，国内法层面难以做出进一步推动技术转让的有效落实规定。

另一方面，出于吸引更多国家参与全球气候治理的目的，当下全球气候治理模式为各缔约方保留了较大的政策转圜空间，这也同时导致技术转让实际监督执行机制的缺失，影响了技术转让在实践层面的落实。国际社会吸取《京都议定书》失败教训，在之后推出的《巴黎协定》中采取依据各国自身能力及意愿界定的“国家自主贡献”（Intended Nationally Determined Contributions）减排模式，对于减排目标、技术转让等矛盾难以协调的重大议题采取搁置方式，以换取更多国家在气候治理事业上的积极参与。[③]这种方式确实激起了国际社会参与气候治理的积极性，有超过 190 个缔约方加入了《巴黎协定》，但也同时导致各国在确定减排计划和减排方案上高度的自主权，特别是在减排目标的制定上各国享有评估标准、方式的自主权，导致难以有效督促、监督发达国家采取积极行动转让技术。

（三）技术转让配套实施保障制度不足

在实施保障维度，有关技术信息获取共享平台、技术交易风险承担、收益分配机制等实施保障制度的不足也成为制约技术转让实践层面效果的重要因素。

---

① 马忠法、赵建福：《论<巴黎协定>技术转让规定的实施》，《复旦国际关系评论》2021 年第 2 辑，第 68 页；郝敏：《国际气候安全与气候技术合作困境与对策——以中美气候技术合作为例》，《国际安全研究》2023 年第 5 期，第 143 页。

② 马忠法：《国际技术转让法律制度理论与实务研究》，法律出版社 2007 年版，第 133 页。

③ 李慧明：《<巴黎协定>与全球气候治理体系的转型》，《国际展望》2016 年第 2 期，第 1-20 页；何晶晶：《从<京都议定书>到<巴黎协定>：开启新的气候变化治理时代》，《国际法研究》2016 年第 3 期，第 77-88 页；陈贻健：《<巴黎协定>下国家自主贡献的双重义务模式》，《法学研究》2023 年第 5 期，第 206-224 页。

一方面，对于技术信息的获取、共享以及在此基础上同发展中国家对于技术需求的匹配是讨论后续技术转让实施的前提和基础。但是由于广大发展中国家技术发展水平有限，其往往难以有效获取国际社会先进技术发展现状，也无法清晰描绘自身对于技术的需求信息，国际层面上技术信息获取、共享平台的缺失以及作用发挥有限更是加剧了这一矛盾。[①]为此，如何妥善收集发展中国家对于特定技术转让领域的技术需求信息，并通过完善信息共享平台建设做到技术转让信息供给和需求的协调匹配是未来应当思考、完善的重要方向。

另一方面，技术转让往往意味着高昂的交易成本和投资风险，各方参与主体间风险、收益分配机制探索的不足也成为制约国际技术转让实施的阻力因素。技术转让，尤其是致力于实现可持续发展的技术转让，往往意味着高昂的前期交易成本。这一成本无论是对于发展中国家政府，还是有意向转让技术、承接技术的企业而言，都意味着巨大的投资风险。[②]同传统燃料成本主导型的传统化石能源产业相比，推动实现可持续发展的技术往往为新兴技术，其相关产业多为资本密集型，不仅要求前期的高昂投资，而且意味着更长的产业发展周期和资金回收周期，发展不确定性更强。[③]此外，对于部分长期发展倚重于传统能源产业的发展中国家而言，承接技术转让还面临着巨大的产业更新、政策决策乃至于国家未来发展的风险。对于相关风险承担以及利益分配机制的担忧成为各方参与主体不能、不愿开展技术转让的重要考虑因素。

三、全球治理语境下可持续发展中技术转让法律制度的完善建议

针对技术转让法律制度在实践运行过程中面临的问题，应当在全球治理视角下统筹平衡各方利益诉求，思考完善路径与因应之策。具体而言，针对参与主体有限问题，未来应当在制度建设过程中广泛吸引利益相关方参与，凝聚各方治理合力；针对文本规定模糊问题，未来在规则制定中应当细化法律义务规定表述，并且加强责任履行监督机制建设，提升规则执行拘束力；针对实施保障制度不足问题，未来应当完善技术信息获取共享以及风险收益分配机制建设，保障技术转让顺畅运行；此外在全球多边层面难以有效推进制度完善的背景之下，也可考虑

① Damilola S Olawuyi, "From technology transfer to technology absorption: addressing climate technology gaps in Africa," *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol.36, No.1, 2018, pp.61-84.

② Joern Huenteler, Christian Niebuhr and Tobias S. Schmidt, "The Effect of Local and Global Learning on the Cost of Renewable Energy in Developing Countries," *Journal of Cleaner Production*, Vol.128, 2016, pp.6-21.

③ Tobias S. Schmidt, "Low-Carbon Investment Risks and De-Risking," *Nature Climate Change*, Vol.4, 2014, pp.237-239.

优先在区域、双边层面率先推进技术转让模板制度探索，为后续在全球多边层面进一步推广适用积累有益经验。

（一）广泛吸引利益相关方参与制度建设，凝聚各方治理合力

针对现有国际层面技术转让法律规范其约束主体范围有限以及作用发挥受限的问题，应当思考完善制度设计，广泛吸引利益相关方参与到技术转让制度建设过程中，从而提升技术转让实践实施效果。在技术转让实施过程中，除去国家主体，以各类私营部门、国际组织、学术研究机构等为代表的“非缔约方利益攸关方”（Non-Party stakeholders）也发挥着重要作用，而现有技术转让法律制度并未很好整合各方主体作用发挥。[①]例如，针对技术转让背后的资金支持工作，以全球环境基金（Global Environment Facility）、绿色气候基金（Green Climate Fund）等为代表的国际机构所提供的气候相关资金是技术转让得以实施的重要资金来源。[②]各类多边开发银行、各国中央银行和商业银行等各类金融主体亦通过出台相应金融政策工具的方式推动着技术转让的实施。[③]

此外，技术转让过程中的另一重要但在规则义务层面长期未予重视的主体是以跨国公司为代表的私营部门。这些私营部门不仅直接掌握着绝大多数技术的所有权，还在技术转让过程中技术方案孵化、商业化和推广等阶段扮演着关键角色。[④]但在现行技术转让法律制度中，其并不承担技术转让义务，也无经济利益方面的动力去实施技术转让。相应，未来推动私营部门参与技术转让实施的策略有以下几种：完善资金支持以及技术转让收益分配机制，推动掌握技术所有权的私营部门基于经济利益考量主动转让相关技术；借鉴《巴黎协定》中国家自主贡献模式，鼓励私营部门自愿做出以技术转让方式执行的气候承诺，并建立相应透明度和监督执行机制；加强私营部门和国家主体间协作，建立公私部门间伙伴关系，推动彼此在技术知识、方案共享、资金筹措合作以及投资风险承担上的密切合作，共同致力于推动实现可持续发展。

（二）细化法律义务规则文本表述，加强遵约监督机制建设

针对现有技术转让法律规则文本表述模糊，缺乏实践层面可执行性问题，未来应当在规则制定过程中细化法律义务相关规则文本表述，增强规则的可解释性、

① 于宏源：《多利益攸关方参与全球气候治理：进程、动因与路径选择》，《太平洋学报》2021 年第 2 期，第 1-14 页。

② 彭亚媛、马忠法：《全球环境基金促进绿色技术转移的路径及启示》，《国际商务研究》2022 年第 1 期，第 83-97 页。

③ 周冯琦：《应对气候变化的技术转让机制研究》，《社会科学》2009 年第 6 期，第 33-38 页；曾文革、任婷玉：《<巴黎协定>下多边开发银行气候融资规则的改进》，《西南政法大学学报》2024 年第 2 期，第 166-180 页。

④ Technology Executive Committee, *Good Practices and Lessons Learned on International Collaborative RD&D Initiatives of Climate Technology*, 2021, https://unfccc.int/ttclear/tec/rdandr/#Compilation.

可执行性，同时加强遵约监督机制建设，督促义务主体主动承担技术转让责任。一方面，未来在缔结技术转让相关规则时，应当避免采用“应当、督促转让技术”等类似宽泛表述，转而应当在规则中界定清晰技术转让方、技术受让方的主体范围、具体开展技术转让项目的方式以及信息资金等保障资源如何获取等具体技术转让具体实施规则内容。如果规则文本表达难以涵盖具体义务内容时，也可考虑在规则文本基础上制定相关义务规则实施附件，细致总结发达国家如何分步骤、分阶段向发展中国家转让有助于推动实现可持续发展的技术。

另一方面，针对现有技术转让法律制度中普遍缺乏执行监督机制现状，还要加强技术转让主体的遵约监督机制建设，改善技术转让的实践执行效果。以《巴黎协定》为例，为弥补国家自主贡献减排模式不具备法律拘束力的实践困境，其创设了透明度框架与全球盘点两种遵约机制。[①]但这些遵约机制呈现出促进性、非对抗性和非惩罚性特征，实践中实施效果并不理想。为此，在未来围绕技术转让实施的遵约监督机制完善上，可考虑采取正式问责和非正式问责两种形式，同时制定具有强制性约束力的正式问责条款和具有敦促作用、非惩罚性作用的非正式问责条款，约束发达国家履行技术转让义务。具体而言，在正式问责条款设计上，可借鉴联合国会费缴纳的问责条款设计，在缔约方迟延履行或者不履行技术转让义务达到一定程度时，裁定其违反技术转让相关义务并约束、限制其相关权利行使；在非正式问责条款方面，可考虑制定“点名与通报”规则，当发达国家缔约方未能履行技术转让义务时，对其违约情况在内部会议、网络平台上采取公开、不公开方式予以通报，贬损其国家形象与气候外交利益，从而反向督促其履行技术转让义务。[②]

（三）完善技术信息获取共享、风险收益分配机制建设

针对技术转让配套实施保障制度不足的问题，应当完善技术转让前技术信息获取共享机制，便利各方主体及时获取技术信息，协调匹配技术信息供给需求间搭配；同时完善技术转让过程中风险收益分配机制，合理分配技术转让各方参与主体间的投资风险和收益，提升其参与技术转让的积极性。

一方面，应当充分利用信息技术，特别是互联网平台发展成果，建立技术信息需求统计和技术信息共享平台，通过在线平台方式收集发展中国家对于可持续发展技术的需求，并将其跟技术拥有者愿意共享的技术供给相匹配，提升技术转

① 梁晓菲：《论<巴黎协定>遵约机制：透明度框架与全球盘点》，《西安交通大学学报(社会科学版)》2018 年第 2 期，第 109 页。

② 杨博文：《“承诺”何以“兑现”：全球气候资金落实机制的建构因应》，《太平洋学报》2023 年第 11 期，第 54 页。

让前供给需求的匹配效率，从而提升技术转让的便捷程度。[①]同时，除了全球性的在线技术信息交流平台建设，也可考虑借助区域级和国家级网络平台以及实体会议、论坛、技术转让组织机构来加强技术信息在级别平台间的共享交流。

另一方面，也要通过完善资金参与方式以及回报激励机制等风险收益分配制度减低技术转让投资风险。例如，可以考虑探索建立以研发伙伴关系（R&D partnerships）为代表的新兴技术转让方式以及股权期权等技术转让回报收益激励制度来降低前期巨额资金投入风险，提升私营部门投身技术转让的积极性。作为技术受让方的发展中国家也可考虑出台税收优惠、政府担保以及收益共同分享等政策激励私营部门参与到技术转让实践中。同时，应当注意的是，发展中国家引进技术转让并非百利而无一害，其在引入技术时也要关注技术可能带来的产业发展风险与国家经济安全。对于产业发展长期依赖传统资源、能源产业的发展中国家而言，引进先进技术对于传统支柱产业带来的冲击不可忽视，技术转让可能带来的对于国外技术知识和供应商的依赖，以及随之可能带来的应对外部冲击的脆弱性也应引起发展中国家足够重视。[②]为此，发展中国家在积极通过引入技术转让方式推动本国实现可持续发展的同时，也要关注并且重视协调国际技术转让同国内自主科技研发、人才教育投入间的平衡关系。[③]

（四）在区域、双边层面率先推进技术转让模板制度探索

最后，在全球多边层面技术转让规则难以有效完善以回应实践需求背景下，可考虑在区域、双边层面率先推进技术转让模板制度探索，在总结经验、赢得共识后将其进一步在全球多边层面予以确认。

进入 21 世纪，伴随着地缘政治关系日趋紧张以及“逆全球化”思潮涌现，部分国家日趋强化贸易保护主义，推崇科技竞争、科技封锁政策，全球治理也伴随着多边主义的弱化而呈现出区域转向趋势。[④]在技术转让领域，由于各国科技发展水平不一，彼此希望通过技术转让追求的利益诉求也存在难以调和的差异，如技术转让方尤其是背后的发达国家私营部门希望通过技术转让获取经济利益，而需要技术实现可持续发展的受让方往往并无支付对价的能力，希望在人类共同

① 此类“分享意愿强烈”的技术最为典型的就是在各类技术信息分享平台上技术拥有者主动上传、共享的技术。例如世界知识产权组织建立的创新技术与需求数据库中，依据能源、水资源、农林业、污染废物、运输、产品材料工艺以及建筑施工等类别提供了超过 140000 项技术，具体内容可参见网站：https://wipogreen.wipo.int/wipogreen-database/database，2024 年 8 月 4 日访问。

② Francisco Ebeling, “Assessing the macroeconomic effects of sustainable energy transitions in Costa Rica and Chile: a multisectoral balance-of-payments-constrained growth approach,” in Lucas Noura Guimarães ed., *The Regulation and Policy of Latin American Energy Transitions*, Amsterdam: Elsevier, 2020, pp.39-58.

③ 马忠法：《我国改革开放以来技术转让法律制度的反思》，《东方法学》2019 年第 2 期，第 41-56 页。

④ 郑宇：《21 世纪多边主义的危机与转型》，《世界经济与政治》2020 年第 8 期，第 126-153 页；杨泽伟：《全球治理区域转向视域下国际法发展的新趋势及中国因应》，《环球法律评论》2024 年第 4 期，第 192-208 页。

利益和国际合作原则层面推动发达国家无偿转让技术。彼此理念和诉求的偏差使得在全球多边层面难以达成有效的技术转让法律制度。而区域和双边层面磋商、谈判方式由于具有参与主体数量较少，规则失败风险较低，并且彼此间谈判和合作意愿更加强烈等特点，也就成为更易达成技术转让模板制度的规则谈判缔结平台。

事实上，建立在发展中国家内部共同属性和合作意愿基础上的南南合作，已经成为技术转让领域传统“由北向南”转让技术路径的重要补充。[①]近年来，中国在东盟、非洲国家间开展的围绕应对气候变化、推动实现可持续发展的技术转让、技术合作正是国际技术转让实践在区域、双边层面取得实践成效的生动诠释。[②]未来应当从类似实践中先行归纳出区域、双边层面缔结适用的技术转让法律制度，在不断总结经验、争取更多国家支持基础上探索建立技术转让模板制度，最后将其在多边规则层面上予以确认、固定。

四、全球治理语境下可持续发展中技术转让法律制度完善的中国方案

在百年未有之大变局背景下，作为全球治理的重要参与主体，中国也在以日益积极主动的姿态参与到全球治理中。[③]具体到本文所聚焦的技术转让议题，中国先后提出的构建人类命运共同体、推动绿色“一带一路”建设以及全球发展倡议，从遵循理念、实践平台以及发展方向等方面为推动完善技术转让法律制度，实现全球治理的可持续发展贡献中国视角和中国方案，充分彰显出中国作为负责任大国的担当和智慧，也推动着全球治理体系朝着更加公正合理的方向发展。[④]

（一）遵循理念：携手构建人类命运共同体，坚持共商共建共享

首先，中国提出的构建人类命运共同体理念可以成为摆脱技术转让法律制度现有困境的理念指引。在集中体现通过技术转让方式实现可持续发展的全球环境治理、全球气候治理领域，传统的治理思路片面强调国家间“竞争关系”和“零和博弈”思维，这一方面导致治理主体范围长期受限于国家主体，另一方面也难

① Radhika Khosla, Ambuj Sagar and Ajay Mathur, “Deploying Low-carbon Technologies in Developing Countries: A view from India’s buildings sector,” *Environmental Policy and Governance*, Vol.27, No.2, 2017, pp.149-162.

② 赵斌、张雅婷：《“后巴黎时代”中非应对气候变化的技术合作》，《中国非洲学刊》2021 年第 3 期，第 80-97 页；叶薇、花维慧：《新形势下中国与东盟国家开展国际技术转移的实践和启示》，《中国科技产业》2023 年第 8 期，第 44-48 页。

③ 张宇燕：《全球治理的中国视角》，《世界经济与政治》2016 年第 9 期。第 4-9 页；吴晓明：《“中国方案”开启全球治理的新文明类型》，《中国社会科学》2017 年第 10 期，第 5-16 页。

④ 郝立新、周康林：《构建人类命运共同体——全球治理的中国方案》，《马克思主义与现实》2017 年第 6 期，第 3 页。

以在国际社会中真正践行国际合作价值，实现全球治理的合作共赢。[①]

习近平总书记强调，“面对全球环境风险挑战，各国是同舟共济的命运共同体，单边主义不得人心，携手合作方为正道”。人类命运共同体理念着眼于应对全球性挑战、实现共同发展上的相互依存关系，强调坚持共商共建共享的全球治理观。[②]一方面，人类命运共同体理念强调“主体多元”，其共同体概念并不局限于国家主体，以政府间国际组织、非政府组织、跨国公司、学术科研机构乃至于个人等为代表的非国家行为体也是参与构建人类命运共同体的重要一环。另一方面，人类命运共同体理念强调“价值包容”，要求包容并蓄尊重各国差异，特别是在此基础上超越狭隘民族国家短期利益而追求人类长远共同利益，在谋求本国发展同时促进各国共同发展。[③]这种重视“主体多元”“价值包容”的理念追求对于完善技术转让法律制度同样有所裨益。

（二）实践平台：推进绿色“一带一路”建设，保障技术转让规则落地探索

其次，中国不断推进的“一带一路”倡议，特别是绿色“一带一路”建设也为保障技术转让规则落地实施为具体项目方案提供了实践平台。作为我国向国际社会提供的公共产品，“一带一路”倡议致力于推动区域和国际经济合作，以构建多元协商的合作体系、开放包容的世界经济和以可持续发展为核心的共同体为主要内涵和目标。[④]“五通”发展面向中“设施联通”和“资金融通”直接关涉到“一带一路”建设中同技术转让相关的基础设施建设与相关资金筹措，“政策沟通”“贸易畅通”“民心相通”更是涉及到技术转让规则及其背后合作发展理念的深层探讨，由此“一带一路”建设实践成为发展、完善技术转让规则，实现区域治理包容性、可持续发展的绝佳试验场域。[⑤]

此外，“一带一路”建设过程中的绿色面向及其同《2030 可持续发展议程》的具体对接更是强化了这一趋势。[⑥]我国先后出台多份文件强调绿色“一带一路”建设以“参与全球环境治理、推动绿色发展理念”为行动宗旨，要求加快先进适

---

① 王雨辰：《人类命运共同体与全球环境治理的中国方案》，《中国人民大学学报》2018 年第 4 期，第 67-74 页；李波、刘昌明：《人类命运共同体视域下的全球气候治理：中国方案与实践路径》，《当代世界与社会主义》2019 年第 5 期，第 170-177 页。

② 苏长和：《坚持共商共建共享的全球治理观》，《人民日报》2019 年 3 月 7 日，第 10 版。马忠法、王悦玥：《论构建人类命运共同体理念下的联合国和平安全法治体系的完善》，《复旦国际关系评论》2023 年第 1 辑，第 281 页。

③ 马忠法：《论构建人类命运共同体的国际法治创新》，《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 6 期，第 25 页。

④ 石静霞：《“一带一路”倡议与国际法——基于国际公共产品供给视角的分析》，《中国社会科学》2021 年第 1 期，第 160 页；秦亚青、魏玲：《新型全球治理观与“一带一路”合作实践》，《外交评论(外交学院学报)》2018 年第 2 期，第 1-14 页。

⑤ “五通”指代“一带一路”建设中政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通五项具体的发展目标。韩笑：《全球发展治理视域下的“一带一路”建设》，《国际观察》2018 年第 3 期，第 114-127 页。

⑥ Johanna Coenen et al., “Environmental Governance of China’s Belt and Road Initiative,” *Environmental Policy and Governance*, Vol. 31, No. 1, 2021, pp.3-17. 曹嘉涵：《“一带一路”倡议与 2030 年可持续发展议程的对接》，《国际展望》2016 年第 3 期，第 37-53 页。

用技术研发和推广，实施面向可持续发展的技术转移专项行动，建设“一带一路”绿色技术储备库，推动绿色科技合作网络与基地建设。[①]在此基础上开展的绿色基础设施建设、环保项目合作、绿色金融投资、环境论坛会议等多形式的发展合作成为“一带一路”沿线国家间交流环境治理经验和技术，推动技术转让项目实践落地的平台。[②]具体而言，29 个“一带一路”沿线国家共同发起的《“一带一路”绿色发展伙伴关系倡议》倡导各国和国际金融机构开发有效的绿色金融工具，为环境友好型低碳项目提供充足和可持续融资，这其中就包含推动实现可持续发展的技术转让项目。

（三）发展方向：提倡全球发展倡议，追求务实包容和可持续的发展

最后，在全球发展失衡，世界进入动荡变革时期，中国提出全球发展倡议，追求务实包容和可持续的发展，为技术转让法律制度的完善指明了发展方向。全球发展倡议围绕“发展优先、以人民为中心、普惠包容、创新驱动、人与自然和谐共生、行动导向”六项坚持内容，致力于推动将减贫、粮食安全、气候变化与绿色发展、工业化、数字经济等重点领域的发展共识转化务实行动，为技术转让规则完善提供了务实发展的行动指南。[③]随后，中国通过构建发展伙伴关系网络、成立全球发展促进中心、举办世界青年发展论坛等形式搭建国际发展知识经验交流平台，通过技术和技术知识的分享增加了全球公共产品供给，不仅契合联合国 2030 年可持续发展议程内容，还有助于帮助广大发展中国家破除发展瓶颈。[④]

例如在能源合作领域，2023 年 6 月公布的《全球发展倡议落实进展报告》显示，中国同联合国开发计划署合作成立的技术转移南南合作中心围绕可再生能源领域，向加纳、赞比亚、埃塞俄比亚等国家开展了技术转让国际合作项目，促进了这些国家可再生能源技术的普及、应用与推广，为南南合作技术转移树立了典范。[⑤]同时，在技术转让过程中，中国还注重通过规划咨询、标准编制以及人员培训等方式加强发展中国家的能源技术自主发展能力。据统计，截至 2023 年

① 环境保护部、外交部、发展改革委、商务部：《关于推进绿色“一带一路”建设的指导意见》，环国际〔2017〕58 号，2017 年 4 月 26 日发布；发展改革委、外交部、生态环境部、商务部：《关于推进共建“一带一路”绿色发展的意见》，发改开放〔2022〕408 号，2022 年 3 月 16 日发布。

② 赵亚娜：《绿色“一带一路”倡议的实践路径与世界意义——基于全球环境治理的视角》，《国际展望》2023 年第 1 期，第 136-152 页。世界经济论坛：《促进“一带一路”倡议绿色发展：发挥金融和技术的作用，推动低碳基础设施建设》，2022 年 1 月 14 日，https://www3.weforum.org/docs/WEF_Advancing_the_Green_Development_of_the_Belt_and_Road_Initiative_2022_CN.pdf。

③ 习近平：《坚定信心共克时艰共建更加美好的世界——在第七十六届联合国大会一般性辩论上的讲话》，《人民日报》2021 年 9 月 22 日，第 2 版；蔡翠红、于大皓：《中国“三大倡议”的全球治理逻辑及实践路径——基于国际公共产品供给视角的分析》，《东北亚论坛》2023 年第 5 期，第 3-18 页。

④ 赵若祯、张贵洪：《全球发展倡议对接 2030 年可持续发展议程：内涵、动力与路径》，《湖北社会科学》2022 年第 6 期，第 19-30 页。

⑤ 中国国际发展知识中心：《全球发展倡议落实进展报告 2023》，2023 年 6 月，第 25 页，https://www.mfa.gov.cn/web//wjb_673085/zzjg_673183/gjjjs_674249/xgxw_674251/202306/P020230620670372006993.pdf。

中国已先后为全球 133 个发展中国家中超过 2000 名太阳能技术人员提供来华培训项目，并且通过“绿色丝路使者计划”为超过 120 个共建“一带一路”国家培训 3000 人次绿色人才，真正做到了在技术合作、技术转让过程中由“授人以鱼”转向“授人以渔”。[①]

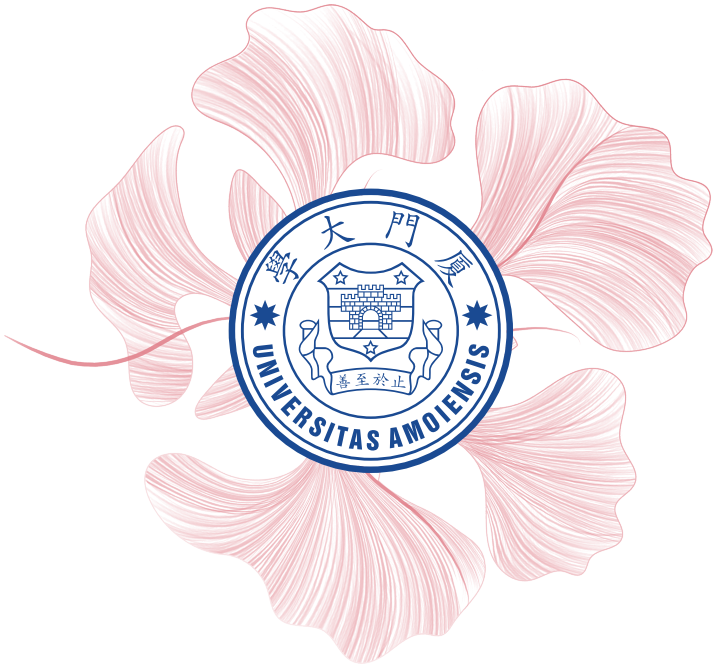
结语：中国的立场及主张

以气候变化、环境污染为代表的全球性问题涌现以及全球治理失灵状况迫切要求对于现行全球治理体系进行改革完善。[②]这既是中国响应需求适时加强国内法治建设，实现国内法治与国际法治良好互动的历史契机，也是中国主动贡献中国智慧、中国方案，提升制度性话语权，全面融入国际社会，深度参与全球治理的时代机遇。[③]聚焦于技术转让议题上，植根于中国现有技术发展水平，中国在国际技术转让实践中呈现出兼具技术转让方与技术受让方的双重身份。一方面，中国是致力于加强自身传统工业、能源产业低碳转型，践行自身“双碳”目标承诺而需要先进技术转让的技术需求方；另一方面，中国又是积极推动以绿色“一带一路”为代表的国际公共产品平台建设，主动向广大发展中国家转让低碳环保技术，承担大国责任的技术转让方。这就意味着在技术转让法律制度完善上，中国所持立场和相应主张为一方面追求建立更加公平合理的技术转让规则，通过促进技术转让实现全球可持续发展；另一方面在规则完善过程中也要兼顾平衡技术转让方和技术受让方间的利益，以求实现技术转让在实践中的有效平稳运行，真正助力于推动全球治理的可持续发展面向。

① 可持续发展大数据国际研究中心：《地球大数据支撑可持续发展目标报告（2023）》，2023 年 9 月，第 41-42 页，http://www.cbas.ac.cn/yjcg/yjbg/202309/P020230929418401472855.pdf。

② 秦亚青：《全球治理失灵与秩序理念的重建》，《世界经济与政治》2013 年第 4 期，第 4-18 页。

③ 赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，《中国社会科学》2014 年第 10 期，第 79-99 页；黄超：《全球发展治理转型与中国的战略选择》，《国际展望》2018 年第 3 期，第 29-49 页。


厦門大學
UNIVERSITAS AMOIENSIS
善至於止