



复旦大学国际关系与公共事务学院
School of International Relations & Public Affairs
Fudan University

2017

国务智库战略报告9

“一带一路”合作中的 国际法律问题

复旦国务智库编



复旦大学国际关系与公共事务学院
School of International Relations & Public Affairs
Fudan University

复旦国务智库报告系列之九

“一带一路”合作中的国际法律问题

课题组负责人：

龚柏华 何力 陈力

“国务智库”编

复旦大学国际关系与公共事务学院

2017 年 6 月



目录

第一章 “一带一路” 国家合作重大国际法理论与实践问题.....	3
第二章 “一带一路” 国家海关合作国际法机制构建.....	20
第三章 “一带一路” 国家投资保护和促进国际法机制构建.....	35
第四章 “一带一路” 国家民商事司法协助机制构建.....	49
第五章 “一带一路” 国家投融资合作的国际法机制构建.....	71
后记.....	87



第一章 “一带一路” 国家合作重大国际法理论与实践问题

第一节 “一带一路” 建设对国际法规则的影响

一、“一带一路” 建设与国际法规则话语权之争

从 2013 年底，中国分别向中亚国家和东南亚国家提出丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路(简称“一带一路”)倡议，并在以后几年里取得很大的进展。随着中国主导“一带一路”建设的推进，经济实力得到提升的中国在国际法规则话语权上大大加强，美国也感受到规则竞争的压力，开始逐步演变成未来国际法规则话语权之争。2015 年 4 月，时任美国总统奥巴马在接受《华尔街日报》采访时称，如果美国不在亚洲制定贸易规则，中国就会制定贸易规则，届时美国将被拒之门外，无论是美国企业还是美国农业，而这将意味着美国会丧失工作岗位。¹他在接受《大西洋月刊》专访时也透露，希拉里曾说，她不希望下一代生活在中国制定的规则下。²这里讲的规则，是指的国际法规则。因而，中国的“一带一路”建设就具有了国际法意义，需要从国际法的角度进行分析和审视。

“一带一路”是中国向世界提出的倡议，丝绸之路也是一张历史名片，但

¹ 奥巴马：“如果美国不在亚洲制定贸易规则，中国就会制定”，《凤凰网财经》，2015 年 4 月 28 日，http://finance.ifeng.com/a/20150428/13668096_0.shtml

² 希拉里：“不希望子孙生活在被中国统治的世界”，《凤凰网》，2016 年 7 月 5 日，<http://wwwbuild.net/ifeng-news/331160.html?from=account>



就中国自身而言，它却是中国未来中长期的发展战略和国际战略。短短数年间，“一带一路”建设已经带来了某种国际法格局的变化，开始冲击自冷战结束以来美欧主导的国际法规则的现状。

二、“一带一路”建设对国际法影响的经济性质

目前主要还是在经济领域，未来有可能会升格到政治、文化、法律等领域。沿线六十多个国家中，超过一半的国家响应“一带一路”倡议而与中国签署了“一带一路”合作协议，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体，并朝着发展成“一带一路”更紧密联合体的中长期方向发展。³在这个过程中，每个阶段的成果都有必要制度化加以巩固。最完美、最可靠的制度化就是法制化，将国家间的政治性、经济性合作或联合以国际法规则和制度加以规范，用明确的国际法权利和国际法义务来保证其稳定性、确定性。在这样的国际法规则体系中，国际法义务没有得到履行，国际法规则遭到违反，则应该根据国际法承担相应的国际不法行为责任。所以，“一带一路”建设是要用国际法加以规范的，在现阶段至少要表现为各种形式的国际条约，适用国际条约法的一般原理和各种具体制度。随着“一带一路”建设的进展，利用“一带一路”沿线地域现有的国际组织，或者根据情况的需要，也可以构建一些“一带一路”区域性组织。在这里，国际组织法的规则也会起到作用。“一带一路”建设的推行，将是一个从外交和政治上基于信赖的合作关系，变为一个国际法规则约束下基于规则的合作关系，相关的很多规则也会上升为国际法的法律规则、制度和原则。显然，基于规则的合作远胜于基于信赖的合作，法律约束力远胜于道德约束力。国际条约法、国际组织法、国际经济法、

³ 新华社：“中国已和 30 多个国家签署共建“一带一路”政府间合作协议”，《新华网》，2016 年 9 月 26 日，http://news.xinhuanet.com/2016-09/26/c_1119627176.htm。



国际环境法等等国际法各个部门介入“一带一路”建设，将会使其更具有确定性、稳定性和执行力，并可依国际法规则的法律强制性，防止出现制度上的后退，巩固“一带一路”建设的阶段成果，达成“一带一路”建设深度合作的最终目的。国际法规则得到升级，中国在国际法规则中的话语权也会得到提升。

由于现阶段“一带一路”建设的经济性质，目前它对国际法的影响主要是体现在国际法的经济规则上。国际法有狭义和广义之分。狭义的国际法是专指国际公法，而广义的国际法还包括国际经济法和国际私法，而国际公法的基本原则和原理也是国际经济法和国际私法的基础。“一带一路”建设所影响的国际法的经济规则更多指的是国际经济法方面。国际经济法主要有国际贸易法、国际投资法、国际金融法、国际税法、国际商事仲裁等领域，或多或少都与“一带一路”有所关联。随着以中国推动的“一带一路”沿线国家间经济交往加深，判决和裁决的相互承认和执行等国际私法方面也会出现新的进展。而所有这些动向又必然会投射到国际公法上来，引起国际公法的若干新变化。因此，“一带一路”建设对国际经济法的影响是最根本的，最后的结果也会反映到国际公法上。

三、“一带一路”建设中的国际经济法问题实际上是国际规则话语权之争

国际经济法是国际法领域中最活跃并富于变化的部分。自 1995 年世界贸易组织（WTO）成立以来，国际经济法的规则和结构在 WTO 体制下相对稳定。在经济全球化浪潮中，奥地利学派新自由主义下的市场经济原则风靡世界，“华盛顿共识”成为金科玉律。⁴以 WTO 体制为核心的国际经济法律规则是在美欧等发达国家主导下形成，跨国公司等国际资本在自由化、市场化、私有化的大

⁴ 戚青励：“全球化背景下的新自由主义的主要理论流派”，《社会观察》，2005 年第 10 期，第 52-53 页。



潮中实现了利益的最大化。发达国家、中等收入和中低收入的发展中国家分别在这个国际经济结构中找到属于自己的位置，共同构成了当今国际经济的等级结构和法律秩序。由于经济全球化下的国际经济贸易自由所带来的比较优势，给世界上大多数国家也带来利益，并实现了全球财富总量的大增长。

然而这一切皆因中国要素而发生改变。2001 年中国实现了入世夙愿，从此融入经济全球化和市场化的历史大潮之中，取得了巨大的成功，成为进入 21 世纪以来经济全球化和 WTO 体制下的最大受益者，也为其他国家带来了繁荣。中国的经济规模在短短十余年内从世界第七上升到第二，而对外贸易、外汇储备、制造业等则超过美国成为世界第一。作为 21 世纪初全球产业大转移的接盘者，中国成长为全球制造业中心，成为为全球主要市场提供产品的国际分工承担者。中国的原料需求也驱动了资源国的繁荣，巴西、印度、俄罗斯等迅速崛起，与中国共同组成“金砖国家集团”⁵，形成与守成的西方七国集团互竞态势。以中国为首的金砖国家以及发展中国家要求在国际经济法律规则中增加话语权的呼声不断高涨，并开始了向发达国家主导的国际经济法律秩序发起挑战。而以美欧为首的发达国家方面则由于中国等国的崛起和对于既存的国际经济法律规则掌握与灵活运用而感受到挑战，则开始寻求更高门槛的国际经济法律规则，可在一定程度上排斥中国为首的金砖国家以及发展中国家的参与。

金砖国家中三个最重要的国家（中国、俄罗斯和印度）都在“一带一路”沿线。“一带一路”的陆路和海陆的目的地都是欧洲发达国家，包括发达国家中有影响的经济大国英国、法国、德国和意大利。如果把“一带一路”相关的沿线发展中国家都算上，“一带一路”会催生出一个巨大的经济利益共同体。通过“一带一路”建设而构成某种连带的国际经济关系，也会形成某种国际经济法

⁵ 蔡春林等：“金砖国家在世界经济中的地位和作用”，《经济社会体制比较》，2013 年第 1 期，第 40-50 页。金砖五国也包括经济体量较小的南非，但其作为金砖五国更主要是因其作为非洲国家的代表，而非其经济规模。



律规则体系，某些是对现有国际经济法律规则的借用，某些则是因“一带一路”建设实践的创新。所有这些是足以改变国际经济法现状的。另外作为美欧发达国家方面，在目前以 WTO 体制为中心的国际经济法律规则体系下也不一定完全处于有利位置，而开始尝试走向脱 WTO、另起炉灶建立起新的一套国际经济法律规则体系。这样一来，“一带一路”建设中的国际法问题，特别是国际经济法方面，实际上演变为国际法律规则的话语权之争。我们可以从国际贸易法、国际投资法和国际金融法等方面看到，“一带一路”建设对国际经济法律规则产生了不同程度的影响。



第二节 “一带一路”建设对国际经济法律规则的影响

一、国际贸易法领域

国际贸易法有公法部分和私法部分。公法部分包括 WTO 制度、世界海关组织（World Customs Organization: WCO）、各种区域一体化法律制度安排、双边自由贸易协定（Free Trade Agreement: FTA）、政府规制国际贸易的相关法律制度和措施等。私法部分主要是关于国际货物买卖法、国际货物运输法、国际货物运输保险法、国际贸易支付法、跨境电子商务法等。“一带一路”建设可以充分运用现有的国际贸易法各项制度，但也会带来国际贸易法某些领域的发展变化。这主要体现在“一带一路”海关国际法律合作带来的通关便利化的法律措施方面和国际货物运输法中的陆路货物运输法的创新。前者将在下一章中详述，这里主要展开后者。

国际货物运输法主要是围绕着海运贸易展开的，因此具有“重海轻陆”的传统和特征。海上货物运输法成为国际货物运输法的基本制度，也是其他运输方式的法律制度的起点和基础，而陆路运输的法律制度只具有补充性、辅助性。有关货运单据的规则是其法律制度的中心。这样的货运单据在各国法院和仲裁机构都能得到认可，其中的有关条款被认为具有法律条款的实际效果。自从国际货物运输集装箱化和高速公路运输体系兴起后，独立的陆路运输法律规则体系地位进一步降低，国际铁路运输业更是遭遇了严重衰退，只在欧洲地区和北美地区保持了一定规模。

在欧洲地区调整国际铁路货物运输方面的国际法制度主要是《国际货约》和《国际货协》。前者全称为《铁路货物运输国际公约》，其国际组织为国际铁



路货物运输政府间组织（OTIF），其成员主要是西欧国家，实行国际货约运单规则。后者全称为《国际铁路货运协定》（Agreement On International Railroad through Transport Of Goods），其国际组织为铁路合作组织（OSJD），成员是前苏联为首的计划经济圈国家，实行国际货协运单规则，中国也于 1951 年加入其中。长期以来两个组织相互孤立，各自构成两个国际铁路货运法律体系。冷战结束后，打通了两个国际货运法律体系的壁垒，实行了国际货约国家和国际货协国家之间的国际铁路货物联运。为此，两个组织进行了接轨，实行了《国际货约/国际货协运单》的统一规则。⁶但由于运输量很少，特别是几乎不存在横贯欧亚大陆的超长途国际班列，所以这样接轨并没有取得重要的成果。它只对于东欧地区与西欧地区铁路运输规则的衔接带来了某些便利，而这一区域也是高速公路网普及区域，铁路运输的便捷性远远不能和高速公路体系相竞争。而“一带一路”建设开创了大规模的跨亚欧大陆的铁路运输的时代。因为亚欧大陆间根本不存在发达的公路系统，与海运相比跨大陆铁路运输具有各方面不可替代的优势，具有深远的世界意义。它带来了国际铁路运输的绝好发展机遇，大大提高了国际铁路货物运输的地位，改变了国际货物运输法的格局，使之从目前的“重海轻陆”转化为未来的“海陆并举”。

从中国各城市作为起点开往欧洲各国很多铁路货物集散城市的亚欧班列大量开通，促进了两大国际铁路货物运输法律体系的融合。亚欧班列以 2011 年渝新欧国际班列开始，现在已经开通 50 多对，并且还处于不断新开设线路和加大开通班次密度的大发展过程中。渝新欧班列的开通要突破很多国际法障碍才能实现。除了下一章的海关国际法律合作外，还需要开拓性地打通从东亚国家到西欧国家的国际铁路运单规则的局限。渝新欧班列从重庆经过新疆阿拉山口，一直到的德国杜伊斯堡，途径 6 个国家，开创了国际铁路货运史上的先河。2011

⁶ 康颖丰：《亚欧铁路国际联运运输法的协调——谈统一运单的推广使用》，《大陆桥视野》，2016 年第 11 期，第 34-39 页。



年，中国铁道部（现为中国铁路总公司）在中欧班列实施《国际货约/国际货协运单指导手册》，作为《国际货协》第 22 号附件加以颁布。这是统一运单第一次被适用到横跨亚欧大陆的超长距铁路运输中，涉及的国家数量之多，运输规模之大，所需处理的国家间法律问题之复杂，均具有划时代意义。以渝新欧为先导，中国对于途径满洲里、二连、阿拉山口三个口岸到欧洲的集装箱国际班列全部实行国际货约/国际货协统一运单，并于同年 12 月 31 日起在渝新欧班列上首次使用成功。从此再也不在国际货约和国际货协交接地方进行换单和创新制作运单，减少了费用和时间。有了这样的便利安排，才有了后来的中欧班列的大发展。⁷

第二是实现了较大规模的亚欧海陆联运及其法律规则的统一。“一带一路”建设中的亚欧海陆联运线路有两条：第一条是从日韩海路将货物运到中国东部港口，然后转用铁路将货物运到欧洲，特别是东欧等内陆国家的国际联运模式。第二条是从中国海运到希腊比雷埃夫斯港，然后转铁路运输到东欧内陆国家。中国承建的匈塞铁路就是这条线路的一环，被称为“亚欧海陆联运新通道”。两条线路的海运部分遵循传统的海上货物运输规则，陆路部分则可以建立在前述统一运单制度基础之上。日韩欧海陆联运货物在中国上陆完成海陆货运交接程序后，就按照国际货约/国际货协统一运单的模式实现铁路运输法律规则的统一化。⁸亚欧海陆联运新通道的具体规则则体现在《中国-中东欧国家合作贝尔格莱德纲要》。这也是“一带一路”中国与中东欧（1+16）国际合作框架中的一环。

9

“一带一路”下中欧班列与亚欧海陆联运的繁荣和法律规则的实践，将大大提升国际货物运输法中铁路货物运输法的地位，并且为其成为更加成熟的独

⁷ 康颖丰：“亚欧铁路国际联运统一运单应用的探讨”，《铁道货运》，2016 年第 6 期，第 1-4 页。

⁸ 王为：“海铁联运一体化助力”一带一路”，《经济》2016 年第 28 期。

⁹ 环球网：“李克强中东欧之行推进”一带一路”：亚欧海陆联运新通道落实”，2014 年 12 月 22 日，<http://china.huanqiu.com/News/mofcom/2014-12/5271430.html>，2016 年 11 月 20 日访问。



立法律体系创造了条件。

二、国际投资法领域

国际投资法没有像国际贸易领域的 WTO 那样一套全面的多边协定和国际组织。在世界银行集团下有着国际投资争端解决中心（ICSID）和多边投资担保机构（MIGA）等局部领域的多边法律机制。国家间的投资法律规则主要是通过双边投资协定（BIT）、区域性投资协定以及包含有投资条款的自由贸易协定（FTA，包括双边协定与区域协定）加以规定，并且有着丰富的实践，也是一个相对成熟国际经济法领域，有效地保障和平衡投资者、投资东道国的权益。“一带一路”建设中跨国投资将会占有较大成分，是可以根据各种情况充分运用这些现成法律机制的来解决相关法律问题的。

“一带一路”建设中，基础设施建设将占有极其重要的地位，而中国由于在这方面拥有较大的综合性优势，将对国际投资法建筑工程承包方面的法律规则的形成和发展发挥关键性作用。包括交通设施、能源开发、发电供电、通信设施等方面的基础设施建设是一个结合硬件和软件建设的复杂系统工程。基础设施建设能力高低与一个国家社会经济发展和工程技术水平和资金能力是密切相关的。在“一带一路”沿线国家，陆路的中亚、中东地区，海路的东南亚、南亚和东非国家，社会发展水平比较低，工业基础较薄弱，基础设施建设比较落后，成为未来基础设施建设的重点区域。在现有的国际投资法体制下，发展中国家基础设施建设很难获得商业性国际投资。即使是发达国家，由于基础设施建设投资大，周期长，难以获得中短期投资回报，也对发展中国家的基础设施建设投资裹脚不前。这就造成了在国际投资法领域里缺乏关于基础工程建设以及建筑工程承包方面比较全面的法律规则，相关的国际协定也几乎处于空白



状态，双边投资协定、各种自由贸易协定的法律规定和规则也很难细化和涵盖到基础设施建设的建筑工程承包法律规则方面。

而中国却经历了人类有史以来最大的基础设施建设，取得了举世瞩目的巨大成就。在中国激烈的基础设施建设市场竞争中已经形成了具有在国际建筑工程承包方面最具有竞争力的中国基础设施建设能力，与“一带一路”沿线国家之间的基础设施建设巨大需求之间形成了难得的互补关系。这样一来，中国公司成为“一带一路”基础设施建设最有潜力的建筑工程承包商。中国建筑市场形成的建筑工程行业规则和管理，包括招标投标、合同、争端解决等规则，通过进军“一带一路”沿线国家基础设施建设市场而国际化，演化成国际法律规则，弥补目前国际投资法这个领域的欠缺，是一个自然的发展趋势。¹⁰这是对国际投资法未来发展的重大补充和完善。

三、国际金融法领域

战后布雷顿森林体制构建了以国际货币基金（IMF）组织、世界银行以及区域性金融组织为中心的国际金融法律体系。这一体系由美英发起，西方发达国家主导，并占据了绝大多数股权，其表决机制长期以来也保留了美国的一票否决权。虽然近年来以中国为首的金砖国家和新兴经济体的兴起，IMF 和世界银行集团也根据国际经济格局的变化适时调整其股权结构，向中国等新兴经济体转移股权，但中国等新兴经济体的不合理待遇状况并没有得到根本改变。¹¹2010 年 IMF 通过决议提高中国的投票权，从 3.8% 提高到超过 6.394%，成为仅次于美国和日本的第三大股权国，但由于美国国会迟迟不批准这一决议，以至于一直拖了 5 年还没有实施。其原因在于占有 IMF 投票权 17.407% 的美国由于

¹⁰ 谢俊：“浅谈我国国际建设工程承包法律制度”，《知识经济》2015 年第 16 期，第 28-29 页。

¹¹ 寇佳丽：“IMF 份额改革何去何从”，《经济》2015 年第 6 期，第 54-56 页。



其国内国会一直拒绝批准这一决议，而美国一国的投票权足以构成 IMF 重大决策的否决权，导致美国无法按照 IMF 决议向 IMF 支付美国份额拨款。而这一状况一直持续了 5 年之久，直到 2015 年底美国国会才批准。这一例子足以说明，西方国家主导的国际金融法规则无法反映中国等新兴经济体的利益和诉求。在这套极不合理法律规则下，中国等新兴经济体在这套国际金融法律规则面前只能被动等待西方国家的良心发现，难以获得与自身经济实力相称的地位和规则话语权。

“一带一路”战略的推行为破解这一难题提供了绝佳机遇，并且已经改变了僵化的国际金融法规则。中国主导的亚洲基础设施投资银行（亚投行）的创建与“一带一路”建设形成互补关系。提出筹建亚投行是在 2013 年 10 月，与丝绸之路经济带的倡议同一时期。金砖银行（New Development Bank）也是在 2013 年确定建立，而金砖银行五国中的俄罗斯、印度也都在“一带一路”范围内。2015 年 7 月 21 日，金砖银行正式开业，总部设在上海。2016 年 1 月 16 日，亚投行正式开业，总部设在北京，创始成员和申请者远远超出亚洲开发银行。这在布雷顿森林体系外第一次出现了非西方国家主导的世界规模国际金融组织，再加上可以扩容的跨洲性的金砖银行，都是以“一带一路”倡议为契机成立，并且其业务中大部分将是围绕着“一带一路”建设展开。由中国外汇储备、中国投资有限责任公司、中国进出口银行、国家开发银行共同出资的丝路基金有限责任公司也于 2014 年成立。海上丝绸之路银行、上海合作组织开发银行等计划也提到了议事日程。所有这一切都构成“一带一路”战略不可分的组成部分。¹²

所有这些，已足以改变战后西方国家长期以来主导的国际金融法格局，改写国际金融法律规则了。以中国经济规模、外汇储备、对外贸易和国际投资等

¹² 盛斌、黎峰：“世界格局变迁中的金融体系变革”，《学术前沿》2015 年第 16 期，第 52-60 页。



为后盾，中国所推动的这些国际金融机构的建立及运营已经具有世界影响力。它们围绕“一带一路”建设所展开的实践虽然也从 IMF、世界银行、亚洲开发银行的相关法律规则中吸取了经验，但其创建和运营的大胆创新已经改变了国际金融法的西方中心论。通过“一带一路”建设，中国为首的新兴经济体在国际金融法未来发展中显著增强了话语权，并在“一带一路”沿线国家中，特别是基础设施建设融资中有了专属领地。



第三节 “一带一路”与国际法格局

一、“一带一路”建设对国际法主权原则的完全贯彻

国际法的基本原则是国家主权原则，即主权国家平等，自己决定自己的事务，不得干涉内政。但国有大小强弱，如果国家主权绝对化，国际社会就不能成立，丛林法则支配一切，战争危险随之降临。鉴于两次世界大战相继发生的教训，战后国际社会和国际法是在坚持主权原则的同时，也弱化了主权的绝对性，通过结合理想主义和现实主义的国际法机制的构建，迎来了大国之间无战争的相对和平发展的 70 年。这一机制是由三个层面构成的：全球层面的多边机制、区域层面的区域化机制和双边机制。其中多边和区域机制主要形成于战后，强调共通的国际法规则，对主权的绝对性进行了弱化。而双边机制是国际法固守传统国家主权原则的延续，体现了国际法的传统、本质和连续性。¹³

全球性多边机制在政治上是联合国及其安理会机制，通过五大常任理事国否决权和集体安全机制限制国家的绝对主权，维系着国际社会基本的和平和安全。这一机制相对稳定，对国家主权的制约也相对克制，并且与若干区域性机制形成互补关系。而全球性多边机制和区域性机制在经济方面则对国家权限制约较大，法律规则体系不断创新和升级，更多地反映了经济全球化的影响和国际经济发展和变动的现实。¹⁴多边机制以 WTO 体制最为成功，其他还有 IMF、世界银行集团、世界海关组织等等。区域性机制从经济一体化深化程度看以欧盟为顶点，其他还有东盟、欧亚经济联盟、北美自由贸易区（NAFTA）、南方共同市场、海湾合作组织、西非经济共同体等等。而“一带一路”建设现阶段具

¹³ 张晓芝：“论现代国际法对主权的强化和弱化”，《西北大学学报哲学社会科学版》，2008 年第 6 期，第 130-137 页。

¹⁴ 谷燕虎：“浅析 WTO 争端解决机制对国家主权的影响及对策”，《法制与社会》2009 年第 17 期，第 192-193 页。



有明显的经济性质，故其对国际法格局的影响也更多体现在经济方面。

在“一带一路”的战略布局中，中国是倡议者，其他国家是响应者，一切取决于双方自愿，不存在任何强制性机制，国家主权原则得到完全贯彻，因此是典型的双边机制。作为中国的中长期国际战略，并不排除未来中国与“一带一路”地域若干国家组成区域性组织，或者利用现有的上合组织等机制、正在谈判的 RCEP 等作为“一带一路”经济合作的平台的可能性。但就目前阶段看“一带一路”建设的双边性质是明确的。

二、“华盛顿共识”的衰微与“一带一路”兴起的国际法分析

“华盛顿共识”是 20 世纪 80 年代末提出来的概念，是对当时整个 80 年代美英主导下的新自由主义经济政策的归纳，其核心就是自由化、市场化和私有化，体现了市场经济的原教旨主义。在这个共识下，经济全球化时代全面到来，其最大成果就是 WTO 的建立，将国际法发展到新的高度，实现了强制性管辖和上诉制度的建立，形成了完善的经济贸易领域全球层面的法律治理机制。中国入世后也从被动适应转变成为积极运用 WTO 法律机制和法律规则，虽然还有很多对中国不利的条款和做法，但从实际效果看已经成为 WTO 机制下最大的受益者。2001 年启动的 WTO 多哈回合谈判旨在将 WTO 法律规则提升到一个更高的层次，似乎一切都很顺利。但 2008 年次贷危机爆发后，经济全球化势头受阻，以 WTO 为代表的多边机制遭受重大打击，多哈回合谈判的成功变得遥不可及。

于是，西方发达国家在“华盛顿共识”指引下，将中心舞台从 WTO 的多边机制舞台转移到了区域主义机制上。TPP、TTIP 着眼于更深度的经济自由化和开放。特别是谈判业已成功，并于 2016 年 2 月以美国为首的 12 个国家正式签署



的 TPP，已不满足于追求单纯的贸易全面自由化，而是致力于进一步推行投资自由化（包括准入前国民待遇、负面清单等）、环境保护和劳工保护，并在争端解决机制方面对跨国资本的保护无微不至。所有这些都构成对国家主权的重大制约，远远超过了 WTO 的法律规则，并构成了中国等国进入这一新的规则体系的巨大障碍。再加上 TPP 背后隐藏的美日围堵中国的政治战略动机，因此，中国推进“一带一路”建设，也是 TPP 突围的应对。

然而，美国大选的结果，具有反全球化的孤立主义色彩的特朗普出其不意当选美国总统。基于美国国内政治和经济考虑，退出 TPP 成为他就任后的首要目标。按照他的构想，将以一对一的 FTA 谈判和协定取代 TPP。这就是说他准备以 FTA 或 BIT（双边投资协定）等双边协定模式取代 TPP 那样的区域性协定模式。他的下一个目标已经瞄准了已经生效实施多年的北美自由贸易协定（NAFTA）。如果我们注意到 2016 年英国脱欧以及意大利宪法改革公投的结果，就可以看到区域主义已经在世界范围内遭到重大打击。世界已进入到一个历史转折点，风行世界多年的经济全球化下的多边主义、区域主义均已开始退潮。我们面临逆全球化的冲击，贸易自由化和投资自由化面临严重的挑战，双边主义重新开始取得主导地位。

多边主义和区域主义消退对已经深深介入到经济全球化的中国经济有所不利，但 TPP 这样的排除中国的区域主义受到遏制有利于中国缓过一口气。而“一带一路”建设由于始终贯彻双边主义，在这场逆全球化浪潮的冲击下不仅毫发无损，反而彰显出其巨大成效来。相比美欧的区域主义困境，“一带一路”建设逆流而上，与中国达成“一带一路”合作备忘录和协议的国家数目不断增多，项目涵盖范围越来越广，程度不断加深。从国际法上看，这样合作备忘录和协议都具有国际法上的双边条约的性质，在尊重双方国家主权的基础之上，通过协议的遵守来维护国际法上的条约义务。



三、“一带一路”与国际法的未来发展

“一带一路”建设是一个中长期发展战略。它虽然是中国一国发起，一国主导，但其影响和效果是多国的。从国际法发展趋势看，当今世界有进入双边主义主导的可能性，而双边主义正是“一带一路”建设的基本特征。但也必须看到，双边主义并非国际法结构的理想状态。如果世界都倒退到双边主义，那就和第二次世界大战以前没有两样，就没有一种来自国际法的法律约束力去制止孤立主义、单边主义，经济全球化的成果将全部化为泡影，甚至会倒退到战云密布的紧张年代。所以，“一带一路”建设也给国际法的未来发展提出了课题。

必须警惕当前出现的用双边主义取代多边主义和区域主义的倾向。战后国际法发展的重大成果就是多边机制和区域机制的发展，并以此对主权的绝对性实行一定程度的制约。国际法朝着多边主义和区域主义的发展是一种历史的进步，不能开倒车。当然，国家主权原则是发展中国家捍卫自己正当权益的有效武器，中国作为发展中国家也应该活用这个武器，维护中国的国家利益。但在国际经济法领域，体现多边主义的 WTO 机制和体现区域主义的中国东盟自由贸易区中，中国却是获益者，显然多边主义下的贸易投资自由化的法律机制是有利于中国未来发展方向的。“一带一路”建设最终也要向区域化方向发展。在国际贸易法、国际投资法领域里，由于中国是世界最大的出口大国，是世界重要的资本输出国，因此贸易自由化、投资自由化和金融的开放将是有利于中国发展和进步的。因此，在国际经济法领域里固守传统的发展中国家的立场，强化国家在主权原则下对国际经济的规制和干预，中国在海外的贸易利益和投资利益可能首先蒙受损失。

“一带一路”建设必须要依靠各种形式的国际合作才能实现。但是这样的



国际合作如果没有用国际法保障就是脆弱的。没有签订国际协定，没有用国际法义务约束“一带一路”建设中的参与各方，一旦有关国家政局变动，就会给各种合作项目带来风险，甚至带来巨大的经济损失。从国际法的法律保障看，比起双边条约来，有多个国家参与的区域性条约、多边条约的安全系数要高得多，因为违约方面对的不只是中国或其他单独的缔约方。最高安全系数则是建立国际组织。有组织规则约束的国际法义务一般是能够得到充分履行的，特别是建立有争端解决机制的国际组织。“一带一路”建设的未来发展的理想状态是形成某些区域性组织，可以借现有的“一带一路”沿线的各种区域性组织机制，也可以根据“一带一路”合作的各种专业领域建立功能性国际组织。因此，“一带一路”建设虽然目前只是处于双边合作、双边协议阶段，但从国际法上看，其未来发展的方向应该是确定的，那就是区域组织化和国际法制化。



第二章 “一带一路” 国家海关合作国际法机制构建

第一节 海关国际合作与“一带一路”建设

一、海关国际合作在“一带一路”建设中的作用及其法律基础

“一带一路”并非要立即建设紧密的国际联合体,而是以国际合作为基调,全方位推进务实合作,打造利益共同体、命运共同体和责任共同体。¹⁵ “一带一路”沿线国家之间存在着广泛的国际合作空间,重点集中在政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通几个方面。贸易畅通要求解决投资贸易便利化问题,消除投资和贸易壁垒,构建区域内各国之间良好的营商环境,而海关及其通关成为一个关键。海关是一个国家对外开放的门户。海关通关便利了,贸易和物流就畅通。海关通关出现障碍,经济发展就受到阻碍。中国海关首先倡导,带动“一带一路”其他沿线国家和地区海关进行紧密的相互合作,就成为实现贸易畅通首要关键环节。中国海关首次提出 3M 理念¹⁶,高度概括了国际海关界现有的合作特点。

“一带一路”海关国际合作是海关通关方面全面合作,包括技术、统计、行政、司法、能力建设等等,但它们都必须要有法律基础。海关作为国家的行政体系的一部分,具有行政执法功能。它也是国家的经济管理机关,具有贸易规制的功能。海关法作为海关相对应的法律制度,具有行政法和经济法的跨部

¹⁵ 国家发改委、外交部、商务部:《“一带一路”愿景与行动》第三部分。

¹⁶ 3M 海关国际合作理念(以下简称 3M 理念)是中国海关在多年来的国际合作实践基础上提炼形成的一种观念。3M 是“监管互认、执法互助、信息互换”的英文(Mutual exchange of information, Mutual recognition of controls, Mutual assistance of enforcement)首字母的简称。



门性。海关也是国家的大门，处理的是国家的涉外事务，具有涉外性。因而海关法也是涉外经济法律，与国际法密切相关，要符合国际法，并受到国际法规则和国际法义务的制约。所以，“一带一路”的海关国际合作既是一个法律问题，也是一个国际法问题。包括海关法在内的涉外法律和国际法就成为推进“一带一路”的海关国际合作的法律基础。

二、“一带一路”海关国际合作的国际法机制

当前“一带一路”建设的经济性决定了“一带一路”国际合作首先就是经济合作。它包括企业界的商业合作，也包括政府间包括海关合作在内的经济管理和规制的合作。这样的合作是离不开法律保障的，海关的国际合作方面也是如此。“一带一路”海关国际合作，其法律保障就是海关国际合作的国际法机制。该国际法机制中有的是已经存在的，需要去积极开发和运用，发挥其对“一带一路”海关国际合作的法律保障作用。有的则需要“一带一路”沿线国家和地区共同建设，去创新和完善。

在经济全球化的 WTO 体制下，各国包括海关法在内的外贸法都必须体现国际法的义务，从而制约着其完全自主性。海关法中的国际法部分正体现着这些。它主要有三个层面构成：双边的海关国际条约、区域性的海关国际条约和国际组织、全球性的海关国际条约和国际组织。各国的海关法根据该国所缔结和加入的海关国际条约即海关国际组织分别受国际法的规范和约束，承担国际法的义务。“一带一路”建设中的海关国际合作也是在这三个层面的海关法的国际法机制下展开的。它既是“一带一路”沿线各国国内海关法的配合和调整，也是各个层面的国际海关法机制的运用和构建。



三、“一带一路”海关国际合作法律机制建设中的中国主导性

中国是“一带一路”的首倡者，也是主要推动者，在“一带一路”建设中要发挥主动性，责无旁贷。作为“一带一路”区域经济规模最大的国家，中国应向“一带一路”建设提供国际公共产品。中国有可能做出贡献的领域有很多，但是首先能够拿出成果的，并且在国际法制度构建方面做出创新的就是“一带一路”海关国际合作的国际法机制了。因此，“一带一路”海关国际合作法律机制，就是中国首先向“一带一路”建设提供的国际公共产品。

在国际社会，社会产品也分为国际公共产品和私人产品。国际私人产品主要由跨国公司等私人企业或个人提供和经营，而国际公共产品则是一种原则上让国际社会受益的公共产品，具有受益的非排他性和消费上的非竞争性。它们实际上就是国际治理机制。¹⁷但是，由于国际社会是由国际法主导，而国际法遵循的是国家主权原则，没有一个超然于国家至上的世界政府和超级主权，所以国际社会的公共产品并不像国内公共产品那么完全。无论在国防、外交关系，还是法制、国际治安等等方面，都不存在一套完整的万能机制。其结果，国际社会构建了联合国、WTO 等国际组织等机制，作为国际公共产品不完全地履行着某种国际治理的职能。所有这些国际公共产品主要还是以美国为首的西方国家提供的。他们在提供国际公共产品的同时，也利用这些国际公共产品维护者它们自己的利益，形成一种有利于它们的良性循环。而发展中国家长期以来没有能力提供国际公共产品。它们在一定程度上享受着国际公共产品带来的利益和便捷的同时，也缺乏自己的声音，必须忍受对自己不利的部分，也无力捍卫自身的利益。

但是，中国进入到这样一个国际机制以后情况发生了根本变化。不但是因

¹⁷ 陈颖健：“论全球治理与国际法”，《国际问题研究》2008年第6期，第65-68页。



为中国已经发展成为一个巨大经济体，而且还因为中国是一个在经济结构、社会制度上完全不同于西方国家的发展中国家。也就是说，中国已经有能力向国际社会提供公共产品，特别是在经济方面的国际法机制构建方面。关键是在于突破口是在哪里？而“一带一路”建设给中国提供了这样一个机遇，那就在最容易作出创新国际法机制的海关国际合作领域。

“一带一路”沿线国家和地区各种各样，海关国际合作的意愿、深度和广度也千差万别，即使能够参加到“一带一路”的海关国际合作中来，但也不可能完全同步。都响应“一带一路”参与进来，也不可能会强求一律。中国在海关国际合作法律机制的构建上，有义务，也有能力发挥主导性。中国是“一带一路”建设的主导国家，在“一带一路”海关国际合作法律机制的构建上也不能都局限于中国自身战略利益，还要积极为其提供国际公共产品，才是一个首倡国和大国应有的担当。¹⁸只有通过创建比较完备的“一带一路”海关国际合作的法律机制，才能够为“一带一路”各国提供最有效的海关法律保障，其利益又会反馈道中国自身，形成良性循环。要考虑到“一带一路”沿线国家发展的不均衡性，对于一些海关能力建设比较落后的国家还必须要有一定的支援，以提高其海关能力，才能跟进“一带一路”海关国际合作法律机制的构建。中国发挥主导性并非一步到位，整体性推进，而是有秩序、有先后、有重点推进的。

四、中国构建“一带一路”海关国际合作法律机制的实施

2015年，中国海关总署发布了《署研发字【2015】16号》文。¹⁹该文件是中国关于“一带一路”海关国际合作最重要的法律文件，具有海关国际合作纲

¹⁸ “中国在“一带一路”建设中提供的全球公共产品”，《光明日报》，2015年6月22日。

¹⁹ 全称为：《海关总署关于印发〈海关总署落实丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路建设战略规划〉实施方案〉和〈2015年海关推进“一带一路”建设重点工作〉的通知》。



领性质。这一文件从法律机制上看并非《立法法》所规定的法律位阶序列，但具备了海关总署正式发文的编号。在中国的法律环境下，它是以中国海关的政策的方式实际上起着行政规范的作用。该文件的《实施方案》为中国海关自身支持“一带一路”建设的制度创新和深化改革的内容，将支持“一带一路”互联互通建设归纳为 6 项中国海关内部具体改革措施，以便全面对应“一带一路”海关国际合作的需要。它对于“一带一路”海关国际合作具有非常重大的意义。它是一个可能长达 10-15 年的中国海关推进“一带一路”海关国际合作的行动计划，并有着 3-5 年的短期目标的具体内容。它将中国海关在“一带一路”海关国际合作中到底可以在哪些方面有所作为以及大有作为做出了具体的规划。这一方案的实施，不但将大大推动“一带一路”海关国际合作，而且还可以很大程度提高中国海关在“一带一路”海关国际合作的地位，发挥中国海关的主导性，从而增强中国在世界海关组织的话语权，构成中国软实力。它作为中国自身的法律措施，虽然并无国际法上的约束力，但它的实施对中国海关自身能力的增强，将大大改变在海关国际合作方面的国际格局，影响到国际海关法未来发展方向。



第二节 “一带一路” 海关国际合作的双边条约机制

一、海关双边国际合作的推进

海关双边国际合作的国际法原则当然是充分尊重国家主权平等，体现在这里的用词就是“推进”，要在合作对方充分自愿的基础上开展合作。主要有以下三个方面：

第一，这里针对不同的沿线国提出了不同的双边海关合作的法律机制。这里分为关键节点海关、重要节点海关和周边国家海关三类双边合作对象。对于“一带一路”沿线大国和经济体以及关键节点国家海关，则从国际组织法的高度推进双边海关国际合作，建立相关的海关合作机构。欧盟、俄罗斯、哈萨克斯坦和印度为中国海关展开双边国际合作的关键对象。具体的就是：利用中欧海关合作委员会、中俄、中哈海关合作分委会等双边机制，全面推进与俄罗斯、欧盟、印度等关键大国海关的合作。对于“一带一路”几个比较重要的节点国家，比如以色列、土耳其、波兰等国海关，则实行项目性海关国际合作，即签订双边合作协议，以国际条约法的模式确立海关双边合作的法律机制。具体就是，以 AEO 互认²⁰、安全智能贸易航线试点计划（即“安智贸”）、关际合作等互惠合作为重点，拓展与以色列、土耳其、波兰等重要节点国家海关的合作。对于中国周边重要节点国家海关，开展务实合作，提高边境口岸通行效率，维护边境安全为重点。

第二，发展和支持对友好发展中国家海关的支持。具体就是以海关能力建设支持为重点，继续保持与东盟、中东欧、埃及等发展中国家（地区）海关的

²⁰ AEO（Authorized Economic Operator）即经认证的经营者制度，是世界海关组织推进的经海关认证具有海关资信企业享有通关便利的制度。AEO 互认是指各国或经济体海关相互认可对方海关的 AEO 认证。



传统海关友好关系。

第三，将“一带一路”沿线国家中的重要节点国家全部提升到海关国际条约层次的海关双边国际合作。具体就是与中亚、西亚、东欧和东盟等重要节点国家中尚未与中国签署互助协定的国家推动商签海关行政互助协定，建立国际条约法的海关国际合作的法律机制。对于尚未建立合作关系的“一带一路”沿线国家海关建立起合作关系。

二、双边自由贸易协定

自由贸易协定是综合性国际协定，有的自由贸易协定专门设有海关的章节或条款。随着自由贸易协定生效，缔约方就要建立相应的机构和法律机制来执行协定，使得协定带有了某种国际组织的性质，哪怕只有两个国际法主体。中国实行自由贸易区战略，除了国内层面为深化改革实行的自由贸易试验区之外，在国际层面与其他国家或者区域组织签署自由贸易协定，现在已有 14 个。²¹它们很多都在“一带一路”沿线，自然构成“一带一路”建设的一部分。

中国签订的“一带一路”沿线国家的自由贸易协定中有 3 个（与巴基斯坦、新西兰和新加坡签订的自由贸易协定）有海关条款，可以作为海关国际合作的国际法基础。它们每一个都有关于原产地规则的规定，以便通过它能够确定原产于缔约方的货物商品才能享受自由贸易的优惠税率或零关税。至于其他海关措施，《中国巴基斯坦自由贸易协定》中并无专门规定，而《中国新西兰自由贸易协定》和《中国新加坡自由贸易协定》则各自在第五章规定了海关程序与合作的条款，其中包括海关程序的一致性和透明度，确定海关估价和商品归类应适用的标准，在海关程序的实施和执行等事项方面相互予以协助等规定。这些

²¹ 国务院《关于加快实施自由贸易区战略的若干意见》，2015 年 12 月 17 日。



规定与一般的海关行政互助与合作协定的内容有很多重合，但可以考虑是作为海关事务专业条约的上位条约。



第三节 “一带一路” 海关国际合作的区域法律机制

一、 区域海关合作的推进

“一带一路”建设中的区域海关合作有两种法律机制可以运用。其一是中国为一方、“一带一路”沿线的区域性条约或组织为一方，进行“N+1”模式的合作，从国际法上看，只承担国际条约法的义务，因为中国自身并没有加入到这样的条约或组织之中，不受区域性条约或组织规则的约束。但是比起前述的双边海关国际合作来层次更高。其二是中国自身也作为区域性条约或组织的缔约方或成员方从事的海关国际合作。由于中国自身也是参与方，对于区域性海关国际合作的规则和事项有着更大的影响力，将中国主导的“一带一路”建设下的海关国际合作的理念融合于其中，因此是一种比较有深度的法律机制。

中国主导的“一带一路”区域海关合作推进主要是在以下几个方面：

第一，发挥区域合作中的海关合作机制的作用，并将上海合作组织、中国-东盟（10+1）合作、中亚区域经济合作、大湄公河次区域列入了清单。

第二，具体需要推动签署和推动实施的文件。要签署《上海合作组织成员国海关战略合作安排》，制订《中国-东盟海关合作规划》和《孟中印缅经济走廊海关贸易便利化合作方案》，推动《大湄公河次区域便利货物及人员跨境运输协定》，推动《中亚区域交通与贸易便利化战略及行动计划》的实施。

第三，对欧洲国家的区域合作。更加积极参与中国-中东欧国家（1+16）合作，与中欧东欧更加海关开展贸易便利化、能力建设和执法合作，推动中国海关与匈牙利、塞尔维亚、马其顿、希腊海关通关便利化合作文件的实施。

第四，与越南之间要积极参与制定《中国-东盟泛北部湾经济合作路线图》。



在促进上海合作组织和中国-东盟自由贸易区等国际组织法基础上的海关国际合作升级之外，中国还应该促进欧盟、海湾合作委员会、南亚区域合作联盟（South Asian Association for Regional Cooperation）等“一带一路”区域的各大区域性组织之间的海关国际合作。等待条件成熟时，可以发起《“一带一路”海关合作和互助协定》谈判，以该协定的缔结作为一个长期目标。

二、 上海合作组织

上海合作组织是一个在海关国际合作方面可以优先推进的平台。西向开放和发展的节点就是上海合作组织这一平台。有了上海合作组织框架下的国际合作，中国就可以和俄罗斯协调在地缘政治上所发生的矛盾和冲突，取得战略性的合作成果。以往中国与俄罗斯在处理地缘政治关系上始终进展不大，但自从2014年3月乌克兰形势发生转变，以及同年下半年国际石油价格暴跌造成俄罗斯经济困难后，俄罗斯已有大大强化与中国的地缘战略合作的意愿，“一带一路”战略与俄罗斯国家战略的冲突问题已经得到解决。中国和俄罗斯取得战略性谅解，虽然对美国而言并不是愉快的事情，但是美国作为一个在地缘政治战略中的典型的海权国家，并不寻求在中亚腹地的霸权，因此和美国的世界战略并没有发生冲突，也不会受到美国直接打压。“一带一路”关键国家哈萨克斯坦多年以来一直在大国之间采取平衡战略，但是和中国与俄罗斯存在着更大的共同利益关系。特别是中国是哈萨克斯坦的自然资源的最大需求国，对哈萨克斯坦繁荣至关重要，再加上中国“一带一路”加大对中亚地区的基础设施建设的参与和投资力度，哈萨克斯坦将是最大受益国。中亚另外一个重要国家乌兹别克斯坦也受益匪浅，所以在上海合作组织框架下，中国、俄罗斯、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦必然成为“一带一路”战略引导下的西向开放与发展的主要节点国



家。如果再加上印度和巴基斯坦两个重要国家的参与，不仅在巴基斯坦实现了西向开放与海上丝绸之路的交汇，而且通过印度更加巩固了海上丝绸之路与西向的陆上丝绸之路的相乘效果。

上海合作组织的国际组织构架对于上海合作组织海关国际合作提供了一个非常有效率的平台。上海合作组织成立后，建立了上海合作组织海关工作组，专门探讨上海合作组织成员国海关深层次合作问题，其中最大的进展就是签订了《上海合作组织成员国政府海关合作与互助协定》。这是中国第一个多边合作的专业性海关合作协定。它的签订，意味着中国与上海合作组织及其成员国在海关合作方面已经超越了在其他国际组织框架下的海关国际合作的深度，具有重大意义。在该协定的引导下，上海合作组织先后签订了《上海合作组织成员国海关对能源监管信息交换议定书》、《上海合作组织成员国海关培训和提高海关官员专业技能合作协定》、《上海合作组织成员国海关知识产权保护合作备忘录》、《上海合作组织成员国海关关于发展应用风险管理系统合作的备忘录》、《上海合作组织成员国海关执法领域合作议定书》等等一系列国际条约，使得上海合作组织成员国海关国际合作达到了新的高度。

应该有效利用上海合作组织的海关国际合作的平台，利用上海合作组织扩容之际，由中国倡议主导，将印度和巴基斯坦接纳为《上海合作组织成员国政府海关合作和互助协定》缔约方，经过过渡期后，进一步吸纳其加入上海合作组织海关国际合作框架下的其他海关国际合作的国际条约。“一带一路”区域有很多国家或地区，虽然国家主权是平等的，但在具体的海关国际合作中这些国家或地区的作用和价值并非完全一样，对中国以及“一带一路”战略的推进而言，其中有几个国家从规模、影响力、政局、经济发展潜力、与中国是否近邻等几个方面看与中国的战略利益高度契合，它们是俄罗斯、哈萨克斯坦、巴基



斯坦、印度、印度尼西亚。²²如果中国能够推动把印度和巴基斯坦接纳入《上海合作组织成员国海关合作和互助协定》及其各项配套的海关国际条约中去，就一下子解决了中国在“一带一路”区域的五个战略利益契合国中的四个的海关国际合作问题，并在这一势头的推动下，向海关国际合作的深度发展，并进一步扩大海关国际合作到其他受到这几个国家影响的国家或地区去。

三、 中国-东盟自由贸易区

中国-东盟自由贸易区是 21 世纪海上丝绸之路海关国际合作的重要平台，其中印度尼西亚是关键接点。它是中国东盟自由贸易区的最大国家，人口占东盟十国五分之二，经济体量最大，举足轻重。中国《中国-东盟全面经济合作框架协议》（即《中国-东盟自由贸易区协定》）和《中国-东盟全面经济合作框架协议货物贸易协定》中并没有海关合作的条款。而中国与东盟十国中只和越南、泰国和马来西亚三国签订有《海关合作与互助协定》。因此，包括印度尼西亚在内的中国和东盟之间的海关国际合作远远不能满足 21 世纪海上丝绸之路的要求。要加强与 21 世纪海上丝绸之路国家之间海关国际合作，可以在中国东盟自由贸易区的国际组织法框架下操作，即提议修订《中国-东盟全面经济合作框架协议》和《中国-东盟全面经济合作框架协议货物贸易协定》，设立海关程序专章，规定海关国际合作的事项。这样，中国与印度尼西亚之间的海关国际合作也就可以一步到位，跳过了国际条约法作为其法律基础的阶段，一下子跨越到了国际组织法基础之上。

²² 胡健：“接纳印巴加入上海合作组织的五大战略意义”，光明网理论频道，2015 年 7 月 13 日，http://theory.gmw.cn/2015-07/13/content_16285340.htm。



第四节 “一带一路” 海关国际合作的多边法律机制

一、“一带一路” 海关国际合作多边法律机制的构建

“一带一路” 海关国际合作在双边法律机制构建上也有很多平台。关于多边合作的国际组织和国际会议机制，有世界海关组织、亚太经合组织海关手续分科委员会、亚欧会议海关署长会议、金砖国家海关署长会议等海关多边合作机制。它们都可以纳入“一带一路” 互联互通的海关国际合作机制中。

世界海关组织是“一带一路” 多边海关国际合作的最大平台。利用中国海关在世界海关组织设立的中国能力建设合作基金，重点支持“一带一路” 沿线国家海关能力建设活动，建立“一带一路” “监管互认、执法互助、信息互换” 三互交换与共享服务平台，与世界海关组织进行标准化的数据交换试点，并为沿线信息化程度欠发达国家或地区海关开放云服务。

APEC 平台方面积极推动落实中国海关首倡的《APEC 海关监管互认、执法互助、信息互换战略框架》。

多边条约方面，中国与 2016 年 7 月加入了《联合国国际公路运输公约》（TIR 公约）。这对于目前比较严重依赖公路运输的中国和中亚、巴基斯坦的公路运输海关国际合作起到了很大的推动作用，可以大大促进区域跨境运输便利化，公路通关可以节省 1-4 天。²³

二、“一带一路” 海关合作西安高峰论坛与中国海关的对应

²³ 崔丽媛：“畅通丝路经济运输经脉，当国际道路运输遇上 TIR 公约”，《交通建设与管理》2015 年第 7 期，第 46-47 页。



在 2015 年 5 月 27 至 28 日中国海关在西安举办的“互联互通，共建共赢——“一带一路”海关高层论坛”。这是“一带一路”建设正式启动后的第一个高层国际论坛，并发布了“西安声明”，主要内容与“一带一路”海关国际合作的法律机制有关联。

关于世界海关组织及其相关国际条约文件，声明提出要积极实施世界海关组织为成员海关提供的《京都公约修订本》（The Revise Kyoto Convention）²⁴、《全球贸易安全与便利标准框架》、世界海关组织的《协调制度公约》等公约及技术工具，进一步提升“一带一路”国家和地区整体的贸易安全与便利水平，为本地区经贸可持续发展营造富有竞争力的外部环境。关于 WTO 方面，要求“一带一路”各国和地区共同稳步、协调推进在“一带一路”国家和地区实施 WTO《贸易便利化协定》，尤其是支持并受益于世界海关组织墨卡托行动的实施工作。对于过境货物通关，要求以世界海关组织《过境指南》所列原则为指引，对经第三方领土过境货物的特殊需求给予支持。对于电子商务和跨境电商等新兴行业，要求持续关注电子商务这一新兴产业的兴起，积极参与世界海关组织的国际联合行动，在严密海关监管的同时，提升通关便利化水平。声明要求各国和地区海关加强“一带一路”海关信息共享、沟通交流和联合执法合作，积极探索利用丝绸之路基金的途径和方式，同时充分利用世界海关组织提供的能力建设和技术援助项目，通过提供能力建设、技术援助和培训等，支持“一带一路”海关的改革和现代化建设。

作为“一带一路”的首倡者，中国海关提出与“一带一路”沿线海关在多方面进行共同努力。首先是在海关监管标准方面带头相互融合衔接，互联互通，加强彼此间在海关监管制度、程序、措施上的交流与协作。所涉及的标准包括商品编码和归类标准、原产地规则标准、海关监管风险管理标准、AEO 相关的

²⁴ 此处指的是 2006 年《简化和协调海关制度的国际公约》，即《京都公约》修订本，International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures。



企业管理标准、海关监管查验标准等方面，彻底应用世界海关组织相关的国际公约和惯例的条款，通过政策沟通与标准衔接，简化多样而复杂的通关手续，增强海关制度的标准化、协调化和可预见性。其次，用贸易便利提升互联互通。改革与创新海关监管制度，支持跨境电子商务等新型贸易业态发展，支持国际物流大通道建设，实现跨境物流高效便捷，加强沿线海关信息情报合作，提高甄别高风险货物的能力，共同打击跨国走私等违法犯罪活动，维护国际贸易供应链安全。最后，是要丰富和完善海关合作机制和平台，在巩固传统领域合作的同时，加强和拓展在边境安全、知识产权海关保护、海关智库交流等非传统领域的合作。充分发挥海关在口岸的作用，与口岸其他相关部门加强协作，密切与国际和区域组织及商界的联系与合作，共同推进更加和谐的边境管理，构筑海关与商界合作共赢伙伴关系。²⁵

“一带一路”海关国际合作最具有标杆意义的是获得了世界海关组织的全面支持。世界海关组织是全球海关最高的官方组织，专门发布了《世界海关组织西安声明》，大大增强了“一带一路”海关国际合作的国际公信力和号召力。

“一带一路”建设得到世界海关组织的全面支持。这是一个世界性权威国际组织第一，积极实施世界海关组织为成员海关提供的《经修订的京都公约》、《全球贸易安全与便利标准框架》、《协调制度公约》等公约及技术工具，进一步提升“一带一路”国家和地区整体的贸易安全与便利水平。世界海关组织希望，“一带一路”海关国际合作能够为世界海关组织各成员树立一个运用世界海关组织项目、公约、技术工具方面成功合作的典范。

²⁵ 《“一带一路”海关高层论坛通过六点倡议》，参见中国日报中文网，2015年5月29日。
http://www.chinadaily.com.cn/hqpl/zggc/2015-05-29/content_13766573.html。



第三章 “一带一路” 国家投资保护和促进国际法机制构建

第一节 中国与“一带一路”国家 BIT 现状及其国际法律问题

一、中国与“一带一路”国家 BIT 现状

双边投资协定（bilateral investment agreement: BIT）主要功能是投资保护和促进，在国际法上属双边国际条约，通过确定缔约双方的国际法权利和义务来保护和促进国际投资。在“一带一路”所涉及的 64 个国家中，中国与其中 56 个国家签署了双边投资协定²⁶，不过有一些尚未生效，有一些有了新版 BIT，也还没有生效。2014 年 3 月印度尼西亚政府提出将修订与包括中国在内的 67 个投资协定，代之以全新的、与国家发展相适应的协定，²⁷因此，中国 1994 年与其签订的投资协定暂终止适用。

中国与东盟签署有《中国-东盟投资框架协定》²⁸为“1+N”的 BIT 模式。而中国与“一带一路”中《亚太贸易协定》(Asian Pacific Trade Agreement, 简称 APTA) 的成员国（即，印度、孟加拉和斯里兰卡）还签署了《有关 APTA 成员国间促进、保护和投资的自由化框架协议》²⁹，但还未生效。

在“一带一路”沿线，中国还未与东帝汶、尼泊尔、阿富汗、不丹、马尔

²⁶ 此番经整理的数据来源于联合国贸易与发展会议（UNCTAD）下属的 Investment Policy Hub，有关中国的全部投资协定的信息详见于：<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iaInnerMenu>

²⁷ 信息来源于中国驻印尼大使馆经济商务参赞处：

<http://id.mofcom.gov.cn/article/ziranziyuan/tiyu/201506/20150601010543.shtml>。此外，在 UNCTAD Investment Policy Hub 中，中国与印尼 1994 年双边投资协定的状态显示是“终止”（Terminated），且是“单方废止”（“Unilaterally denounced”）：<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/42/treaty/913>

²⁸ 全称《中国-东盟全面经济合作框架投资协议》，ASEAN-China Investment Agreement, 2009 年 8 月 15 日签署，2010 年 1 月 1 日生效。

²⁹ *Framework Agreement on the Promotion, Protection and Liberalization of Investment in APTA Participating Countries*，即《有关 APTA 成员国间促进、保护和投资的自由化框架协议》，<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2591>



代夫、黑山、伊拉克、巴勒斯坦这 8 个国家签订 BIT，为中国的“一带一路”BIT 网络的空白区域。此外，中国与欧盟 BIT 正在谈判过程中。

二、投资保护和促进的国际法制度在“一带一路”建设中的意义

“一带一路”建设给“一带一路”沿线开辟了国际投资的新时代。通过“一带一路”建设，沿线各国可以构成巨大的资本输出输入的自我循环体系，中国将在其中起着主要作用。本来，“一带一路”地区就是中国国际投资的重要区域，而在“一带一路”战略下，可以预料将会有爆发性增长。中国的投资也会拉动这一地区相互投资，从而成为未来国际投资的一个重要热点区域。国际投资法就是“一带一路”建设国际投资能否成功开展的法律保障。国际投资法有国际法部分和国内法部分。其国际法部分还没有达到国际贸易法方面 WTO 体制那样的完整和成熟，但还有一整套各国公认的法律规则。国内法部分是国际投资法最主要的部分，是涉外经济法律体系中的组成部分。

在“一带一路”建设中，国际投资法的国际法部分也有多边、区域和双边的法律机制三个层次的构造。目前，以双边投资协定（BIT）为主的双边法律机制是其核心，但包括中国在内的“一带一路”各国之间并没有实现 BIT 协定网络的全覆盖。多边法律机制主要是对于争端解决机制 ICSID 的活用，越多越被 BIT 等用作解决投资东道国与私人投资者之间争端的模式。而区域法律机制在“一带一路”沿线国家建立的区域经济组织中有所体现，而中国主导下推进“一带一路”区域投资保护和促进法律机制，则是“一带一路”建设的长远目标。

“一带一路”建设中的国内法部分则是各个国家的有关外国投资规制和保护的法律。在这方面，中国是起着资本输出国的作用，因此中国对“一带一路”国家的投资面临的是如何得到国内法保护问题。它虽然也在主权范围内，但可以通过订立 BIT 而转化成国际法义务，从而提高了对外国投资的保护程度。



三、投资保护在中国与“一带一路”国家 BIT 中的体现

第一是投资范围及投资待遇问题。东盟是中国目前在“一带一路”沿线国家投资往来最多的区域，并签署有《中国-东盟投资框架协议》，各方面规定较为完整。在投资范围方面进行了非常广义的界定。凡是符合东道国法律的各种资产都属于协定规定的投资，投资主体中，自然人不仅包括缔约方国民，也包括具有永久居住权的外国人。投资待遇规定有最惠国待遇、国民待遇和公平公正待遇，其中最惠国待遇不仅适用于准入后，还适用于准入前。公平公正待遇是与国民待遇并行的独立规定，这区别于与中国签订的 BIT，例如，中国与越南的 BIT 则是将国民待遇与公平公正待遇相结合规定的。³⁰

中国与中亚、中东欧、南亚、西亚及北非等其他“一带一路”国家签订的 BIT 在投资范围以及投资者待遇方面基本一致，大多规定了投资准入必须符合“东道国”法律，适用公平公正待遇、最惠国待遇和国民待遇。而中国与乌兹别克斯坦的 BIT 则明确规定了准入前最惠国待遇，这是中国在中亚投资的一个重要突破。³¹另外需注意此区域内各国国内投资法的发展，例如俄罗斯《战略领域外国投资》将 42 个领域列为战略投资领域，购买该领域内的俄罗斯公司股权需事先经过申请批准。³²

第二是征收及补偿。在征收方面，中国与“一带一路”国家签订的 BIT 差别不大，存在差异的地方主要是在补偿标准、拖延支付补偿和对间接征收的限制这三个方面。《中国-东盟的投资框架协议》在该等方面规定的更为具体，例如对拖延支付赔偿的需支付利息，赔偿标准应以公平市场价值计算，还规定了损失补偿可享受最惠国待遇和国民待遇，并适用二者更为有利于保护投资者的规定。中国与埃及的双边投资保护协定也规定了延迟补偿应支付利息，但对于中国签订的大部分投资协定，并没有将征收及损失补偿细化至此程度。另外，对与间

³⁰ 《中国-越南 BIT》（1992）第 3 条。

³¹ 《中国-乌兹别克斯坦 BIT》（2011），第 4 条。

³² 王佳慧：“当代俄罗斯外资立法的发展”，《俄罗斯中亚东欧市场》，2012 年第 9 期，第 14 页。



接征收的问题，中国与大部分“一带一路”国家签订的投资协定均未涉及，目前仅有《中国-乌兹别克斯坦 BIT》中明确规定，原则上禁止采用包括间接征收方式之内的一切国有化或征收行为，不过对于何为间接征收方式并没有进行解释或阐明。

第三是争端解决。在中国与“一带一路”国家的投资协定中，一般将争端解决分为两种类型，一种是缔约方之间的争端解决，对该类争端解决往往要求尽量通过外交途径化解，在 6 个月内仍不能化解的，可以提交专设仲裁庭裁决，对此类问题，各国的 BIT 规定的基本一致。另一种则是投资者与缔约东道国之间的争端解决，对此类争端解决不同的投资协定规定的适用范围有所不同，部分 BIT 将此类争端解决的适用范围仅限定为对征收补偿的异议。³³另有一些投资协定也限制了可裁事项，例如《中国——乌兹别克斯坦 BIT》。《中国-东盟的投资框架协定》中，则将缔约方违反国民待遇、最惠国待遇、投资待遇、征收、损失补偿、转移和利润汇回，以及通过某一投资的管理、经营、运营、销售或其他处置等行为给投资者造成损失或损害的投资争端都囊括在内。关于争端解决中投资者选择仲裁庭的权利也存在差别，有些投资协定依然要求投资者将请求提交专设仲裁庭裁决，只是在规则适用上可以参考斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）等国际社会普遍认可的规定，例如《中国-蒙古 BIT》等。而较为新近的投资协定，例如，2006 年《中国-俄罗斯 BIT》³⁴、《中国-东盟的投资框架协定》等，则规定投资者选择将争端提交给 ICSID 或任何双方当事人同意的仲裁机构。对于允许提交国际仲裁庭的国家，其对于是否需要先用尽当地救济原则的态度也有所差别，例如，在中国与印度、乌兹别克斯坦的 BIT 中，有明确规定东道国可以要求投资者在提交国际仲裁之前，用尽缔结另一方法律和法规所规定的国内行政复议程序。而我国与东盟的投资协议则无此类用尽当地救济原则，且还规定了即使投资者已将争端提交缔约方国内法院，如果投资者在最终裁决做

³³ 《中国-塔吉克斯坦 BIT》（1993），第 9 条；《中国-吉尔吉斯斯坦 BIT》（1992），第 8 条；《中国-哈萨克斯坦 BIT》（1992）第 9 条。

³⁴ 《中国-俄罗斯 BIT》（2006），第 9 条。



出前，从国内法院撤回申请，投资者仍可提交国际争端解决机构。

四、投资促进在中国与“一带一路”国家 BIT 中的体现

第一是市场准入。中国现有的双边投资协定中均没有对外资开放准入前的国民待遇。在中国与“一带一路”沿线国家签订的双边投资协定中，大部分适用的是最惠国待遇原则。《中国-东盟投资框架协定》起草时曾经力图完全开放外资的市场准入，但最终没有成功。与东盟相类似，“一带一路”涉及多个国家，各国的外资准入政策又相差较大的情况下，实行准入前国民待遇目前似乎还不太现实。在这个问题上，我们要注意中美双边投资协定若实行了准入前国民待遇是否会直接适用于“一带一路”沿线国以及所面临的风险，可以效仿中国-东盟的模式，不将与非区域内国家的双边投资协定引入区域框架协定。

第二是外资待遇。外国投资者在准入后阶段的管理、经营、运营、维护、使用、销售、清算或进行其他投资行为时所享受的待遇。在这个方面，本世纪中国签订的大部分 BIT 均赋予外资准入后的国民待遇。但是各个投资协定中国国民待遇的内容和限制却有所不同。有“不低于”国民待遇，受制于国内法的国民待遇以及“相似情形”下的国民待遇。³⁵ “一带一路”沿线有 56 个国家和经济体与中国签订有 BIT，有的规定了准入后国民待遇，没有国民待遇的也基本上可以通过最惠国待遇引入国民待遇。所以在准入后外资待遇这一领域，中国与“一带一路”沿线国之间基本上可以实现国民待遇。

第三是透明度原则及其他。“一带一路”沿线国家的制度环境良莠不齐，投资者很可能无法了解到东道国内的投资促进政策。而在中国与沿线国签订的 BIT 中很少有关透明度的规定。在这种情形下，要求提高投资政策的透明度就很有必要性。除此之外，我们也应当关注投资便利化措施，如企业行政审批手续的简化，以及投资者相关签证办理程序的简化等。

³⁵ 孙瑜：“中国双边投资协定的国民待遇条款研究”，对外经济贸易大学博士论文，2014 年。



第二节 “一带一路” 国家双边投资协定的强化

一、中国与“一带一路” 国家 BIT 存在的问题

第一，现存 BIT 有很多不利于保护和促进投资的内容。中国与“一带一路” 国家及经济体 BIT 有 38 个签订于 2000 年以前，集中在 1985-1995 年之间，距今已 20 年上下。内容上较为粗略过时，主要问题如下：首先，对投资和投资者的定义比较狭隘，大多采用了非穷尽式列举的方式规定了直接投资的内容，不曾提及间接投资，且明确强调只保护依东道国法律合法设立的投资，因而可以推断投资本身是不具有溯及力的，对于在投资协定生效之前投资不予保护。其次，对征收条件规定的比较笼统，部分协定没有将“出于公共利益的目的”作为征收的必要条件，并欠缺排除间接征收的规定；再次，欠缺对透明度原则、公平公正原则的具体解释；最后，对于争端解决规定有些协定限定了可裁事项并规定东道国有权要求投资者用尽当地救济原则。此外，部分协定已过其原规定的有效期³⁶，在此情况下，任何一方有权提前一年通知对方终止该 BIT，这增加了投资风险与不确定性。由此可见，中国与“一带一路” 国家签署的 BIT，在内容上不能反映时代的要求，不利于保护和促进外国投资，可能对中国投资者有不利的影响。

第二，BIT 与区域性投资协定的重叠与差异引发投资者“搭便车”和“挑选条约”。此问题主要针对东盟国家，中国除了与东盟各成员国有 BIT 之外，还有《中国-东盟投资框架协定》。框架投资协定内容比与成员国的 BIT 丰富许多，前者 27 条，后者大多都只有 10 来条。前者在内容上增添了投资的适用范围、投资的目标、国际收支平衡保障措施、利益拒绝、一般例外、安全例外、透明度、

³⁶ 例如《中国-保加利亚 BIT》（1989）有效期只有 10 年，到期后自动延期，单双方均有权在提前通知 1 年的前提下，随时解除双边投资协定。



与其他协议关系、审议、修改、保存、生效等条款，并且各种规定都具有可操作性。但二者的效力关系规定上存在较大问题。《中国-东盟投资框架协定》第23条规定“本协议不得减损一方作为任何其他国际协议缔约方的现有权利和义务”，第5条第3款也承认了该协定以外的其他安排的优先性³⁷。因此，前者并不优先于后者适用。这样就会出现“挑选条约”（treaty shopping）的问题。例如，前者有利益“拒绝条款”³⁸规定，而后者却并无此规定，非缔约国投资者便可以“搭便车”，主张在前者项下给予缔约国投资者同样的优待和保护。若被东道国拒绝，也仍然可通过挑选无利益拒绝条款的后者 BIT 提交仲裁庭仲裁。类似的挑选条约的行为在国际上已经诸多事例。这样的搭便车以及挑选条约的问题值得引起中国的重视，应重新修订和夯实原先与各国签订的 BIT，尽可能减少区域性投资协定与 BIT 的差异和冲突。

二、中国与“一带一路”国家 BIT 的推进

第一点就是要推进中国与“一带一路”国家及经济体 BIT，就有必要实现 BIT 网络的全覆盖，才能让投资者安心地自由选择“一带一路”沿线任何投资地进行投资。未生效的 BIT 要采取措施尽快生效。而对未与中国签订 BIT 空白国家或地区则要尽快开展 BIT 谈判。即使目前中国对这些地区投资数额小，这些地区各种政治风险也大小不一，但谈判和缔结 BIT 是必要的国际法上的准备，本身并无投入和代价，并且还能应对未来任何时候有可能出现的中国投资增长所产生的各种情况，百利而无害。2011 年利比亚卡扎菲政权倒台引起的中国投资及工程承包的巨大损失就是一个沉痛的教训。特别是对于尼泊尔、马尔代夫这

³⁷ 张智勇：“解析中国—东盟自由贸易区投资协议”，《甘肃政法学院学报》2011 年第 1 期，第 89 页。

³⁸ 该条款意图防止投资者搭便车东道国签订的投资协定。该搭便车行为具体指投资者依某一缔约国的法律设立法律实体并向另一缔约国进行投资，而实际上该投资者由缔约国以外的第三国国民拥有或控制，并在其设立的缔约国无实质性商业活动。



些处于“一带一路”沿线重要位置，并且和中国有着多种交往的国家，缔结 BIT 应是当务之急。比如尼泊尔，中国近年来与其投资往来增强，2014 年对其直接投资的流量超过了中国同期对哈萨克斯坦的直接投资。³⁹

第二点就是要尽快对已有的 BIT 升级。要将上世纪的最早一批与“一带一路”国家签署的 BIT 予以更新升级。为此有必要尽快确定中国的投资协定范本，作为升级的蓝本，维持各种 BIT 规范和标准的统一性。升级实际上已经开始进行了。例如，中国于 2011 年更新了与乌兹别克斯坦原 1992 年的 BIT，其内容与《中国-东盟投资框架协议协定》基本一致。中国与土耳其 2015 年重新签订的 BIT 也即将生效。中国与“一带一路”国家的 BIT 可以在以下几个方面进行改进：首先，拓展原 BIT 对投资狭隘的定义，明确表示符合一切投资属性的全部资产均属于协议保护的范畴；其次，加入透明度、投资保护和促进等原则性规定，并赋予其可操作性的规范，具体可参考部分投资协定中对于磋商义务的规定；再次，加入协定解释规则、利益拒绝条款等有利于预防争端避免纠纷的条款；另外，应当在征收补偿条款中加入对间接征收的非穷尽式列举，进一步限制东道国在国有化及征收方面的权限；最后对于争端解决，则应排除用尽当地救济原则，并减少对可裁事项的限制。

此外，还可以根据中国国内各个自由贸易试验区的实践基础之上，尝试在“一带一路”的 BIT 中加入“准入前国民待遇”条款以及采用“负面清单”等最先进的规定。虽然中国在 2009 年与东盟签订投资协定时曾达成“准入前国民待遇”的共识，但最终未能在框架投资协定中确定。⁴⁰而东盟在与澳大利亚、新西兰、日本、韩国的投资协定中均规定对投资者适用“准入前国民待遇”。这样的状况显然把东盟的中国投资者处于相对不利的条件下，直接影响中国与“海上丝绸

³⁹ 此部分有关中国直接投资流量的统计数据来源于中国商务部公布的《2014 年度中国对外直接投资统计公报》的附表 1.2006-2014 各年中国对外直接投资流量情况（分国家地区）。

⁴⁰ 宋志勇、袁波：“打造自贸区升级版——扩大中国对东盟投资”，《国际经济合作》，2013 年第 9 期，第 19 页。



之路”的国家在投资领域的合作。如今，中国的自贸区实践已有一定的基础，具备推行此条款的条件。中国可以升级与“一带一路”国家的 BIT 时可以纳入“准入前国民待遇”条款以及负面清单模式，以更好的保护中国投资者在此区域的利益。

还要根据“一带一路”国家投资特点制定一些专门的条款。例如，针对“一带一路”国家的政府腐败问题，中国可在协商制定新 BIT 中将部分原则具体化，增加其可操作性，比方规定双方应就影响投资的所有相关法律、法规、政策和行政指南进行及时通报，建立或指定一个咨询点，设立常设的机关和人员等。⁴¹另外，在保护和促进投资条款中，可加入为商界提供便利经营执照和许可证发放的服务与咨询，简化投资适用和批准的手续等等。

中国除了与相关国家谈判签署新的 BIT 外，还可以通过订立附加议定书的形式对原投资协定进行补充。例如，2007 年中国与保加利亚政府《关于相互促进和保护投资协定的附加议定书》⁴²就是对 1989 年投资协定的补充，通过修改和增加部分条款实现了对原投资协定升级与完善，该方式具有便捷高效的特点，不过仅限于在原有体系内进行部分变动，很难有实质性的突破。

最后，中国还可以借此机会形成中国 BIT 范本。中国商务部曾于 2010 年 4 月草拟了《中国投资保护协定范本（草案）》⁴³，其中的规定大量借鉴了中国与东盟签订的投资协议的内容，已比较完善，借“一带一路”战略适用于中东欧、中亚等地，不仅可以在这些区域建立更为密切的投资关系，还可以在此区域范围内形成较统一的投资规则，增强区域内投资规范的稳定性和可预期性，促进和吸引投资，更好的发挥“一带一路”的经济带动作用。

⁴¹ 原凯：“东盟自贸框架下的中泰双边投资若干问题研究”，《中国—东盟与中泰关系研究第二辑（经贸、旅游卷）》，社会科学文献出版社，2015 年，第 200 页。

⁴² 《中华人民共和国政府和保加利亚人民共和国政府关于相互鼓励和保护投资协定》的附加议定书》（2007），商务部条法司，中英文版，详见：

<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201002/20100206789734.shtml>

⁴³ 温先涛：“中国投资保护协定范本（草案）论稿”，连载于《国际经济法学刊》第 18 卷第 4 期、第 19 卷第 1 期和第 2 期，北京大学出版社，2011-2012 年，第 1 页。



三、推进贸易-投资一体化 FTA

自北美自由贸易区（NAFTA）开始，贸易-投资一体化自由贸易协定（FTA 的一种模式）成为一种新的趋势。推进中国与已缔结投资协定的“一带一路”国家建立贸易-投资一体化 FTA，可以形成投资和贸易是相互促进、相互补充的关系。当前中国与“一带一路”国家和经济体签署的一些 FTA 就是这一类型，有《中国-东盟 FTA》、《中国-新加坡 FTA》、《中国-巴基斯坦 FTA》和《中国-新西兰 FTA》，并在升级中。⁴⁴中国正在推进的《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）谈判各方除了日韩以外都是“一带一路”沿线国家。还有中国-海湾合作委员会（海合会）FTA、中国-斯里兰卡 FTA、中国-马尔代夫 FTA 的谈判也在进行中。中国可以选择以色列、海合会作为西北亚的战略支点、印度可作为南亚的支点、摩尔多瓦则是连接欧亚大陆的重要支点启动下一步的贸易-投资一体化 FTA 谈判。另外，俄罗斯或欧亚经济联盟以及欧盟在建立贸易投资一体化的自贸区中也具有重要作用。⁴⁵

美国主导的 TPP 虽然陷于流产，但它也是贸易-投资一体化 FTA 的深度一体化标杆。随着“一带一路”的进展，《中国-东盟 FTA》等完全可以选择这样的高标准，纳入如监管一致性、政府采购、知识产权、劳工、环境、竞争、国有企业等众多非传统贸易议题，谋求 FTA 的高层次法律规则。2008 年《中国-新西兰 FTA》中就有环境和劳工标准条款。⁴⁶

⁴⁴ 《关于加快实施自由贸易区战略的若干意见》解读，载于国务院政策法规解读，详见：http://www.gov.cn/zhengce/2015-12/17/content_5025295.htm。

⁴⁵ 竺彩华、韩剑夫“一带一路”沿线 FTA 现状与中国 FTA 战略”《亚太经济》，2015 年第 4 期，第 49 页。

⁴⁶ 在其“合作”一章中纳入了《环境合作协定》和《劳动合作谅解备忘录》，并要求适用于该 FTA 中所有的投资。



第三节 “一带一路” 国家多边投资框架协议构建

一、 中国与“一带一路” 国家建立区域投资协定框架的必要性

如上文所说，虽然中国与大部分“一带一路”沿线国都签订了 BIT，但大部分是在上个世纪签订，条文较少，其投资促进和投资保护措施与新一代的 BIT 或贸易-投资一体化 FTA 相比也不充分，亟需升级和补充。即使对这些 BIT 或 FTA 全面进行调整升级，其内容、时效差异等也使它们自身无法建立起“一带一路”区域统一而有效的投资规则。中国虽与东盟十国签订有《中国-东盟投资框架协议》，但也只能覆盖东盟国家，没有触及西亚北非、中东欧、中亚、南亚等地区的国家。所以一个统一的投资框架协议，来统一“一带一路”区域内的投资规则，势在必行。即使不能涵盖全区域，一部分条件成熟，已经或有可能形成高度的“一带一路”利益共同体的国家或经济体先行构建起来，也是很有必要的。

无论从中国与“一带一路”沿线国家的相互投资关系，还是从中国在全球经济治理中的话语权来看，中国与“一带一路”沿线国家建立区域投资协定框架都是十分有必要的。这也是一个国际贸易投资规则重构与中国话语权的问题。目前美国和欧盟等发达国家主导的“3T”协议（服务贸易协议 TISA、跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定 TTIP 与跨太平洋伙伴关系协议 TPP）虽然因美国总统选举结果而遭受挫折，但其淡化 WTO 的作用，重构全球国际贸易投资规则的意图非常明显。中国推动的 RCEP 更偏向于非约束性的投资规则，也不能有效应对发达国家主导的重塑国际贸易投资规则的挑战。所以，中国有必要倡导“一带一路”沿线国家的区域性投资协议，提高中国在国际贸易投资规则重塑中的话语权。

二、 FTA 下的投资协定：东盟模式推广的可能性



2002 年的《中国-东盟 FTA》全称为《中国-东盟全面经济合作框架协议》，第 5 条规定各缔约方应当“逐步实现投资机制的自由化、加强投资领域的合作、提供投资保护”。根据它 2009 年中国与东盟签订了《中国-东盟投资框架协定》，极大地促进了中国与东盟国家间的相互投资。⁴⁷这是一个成功的范例，经过升级可以作为与“一带一路”沿线国家建立区域性投资协定的范本。

中国与“一带一路”沿线国的投资关系与中国-东盟建立经济合作框架的背景有相似性。从国家经济发展程度上看，“一带一路”沿线国与东盟十国一样，经济发展程度、政治环境参差不齐。从 BIT 签订的状态来看，中国与东盟达成该框架协定之前也与东盟十国都签订有 BIT。但它们大部分是签订上世纪，且内容也并不太一致。这与上文所总结的中国与“一带一路”沿线国签订双边投资协定的状态比较相似。再有，“一带一路”沿线国与当时的东盟十国一样，有巨大的投资潜力。

从投资规则内容来看，中国与东盟的该投资协定比较偏重投资保护，例如第 8 条就规定征收和国有化的具体赔偿标准，而在投资促进和投资自由化方面则是原则性规定比较多，采取的是循序渐进的模式。该投资协定还通过一些例外条款来弱化对各国主权的限制，如第 6 条规定国民待遇和最惠国待遇不适用于“任何在其境内现存的或新增的不符措施”，避免对国内法的冲击。第 5 条第 3 款对国民待遇的例外，防止其他双边或多边协定中的优惠措施直接导入到本协定中。这样比较温和自由的合作模式与“一带一路”经济区域的情况比较契合。“一带一路”区域犹如中国与东盟的关系一样，并非欧盟那样的紧密型经济联合体。各国的投资法律体系、发展程度不同，这就决定构建“一带一路”投资规则是一个比较漫长的过程。所以应当采取像《中国-东盟投资框架协定》这

⁴⁷ 商务部，2014 年度中国对外直接投资统计公报，附表 9，2006-2014 各年中国对东南亚国家联盟直接投资流量情况，该表显示，自 2009-2014 年，中国对东盟十国的投资增速远远快于 2006-2009 年。



样的过渡性规则以及软性的合作模式，偏重投资保护，循序渐进地推进投资促进规则。

三、 中国与“一带一路”沿线区域组织缔结投资协定的可行性

“一带一路”沿线经过多个区域组织，除中国参加的亚太经济合作组织（APEC）、上海合作组织等，还有欧盟、东南亚国家联盟、南亚区域合作联盟、海湾合作委员会、欧亚经济联盟等区域性经济组织。中国已与东盟签订投资协定，与欧盟正在进行中欧投资协定的谈判，也以各种不同的方式参与到其他区域组织的经济活动中去。在“一带一路”建设中，它们或多或少都存在与中国缔结投资协定的可行性。

海合会有阿联酋、阿曼、巴林、卡塔尔、科威特和沙特阿拉伯 6 国，均为因油气资源而富裕起来的国家，拥有巨大的投资潜力，并处于“一带”和“一路”的交汇点上。中国与海合会国家互为重要贸易伙伴，⁴⁸并从 2004 年就开始了中国-海合会自贸区谈判，2016 年 5 月已进行了第七轮，有望不久的将来达成一揽子协议。⁴⁹2004 年签订的《中国与海合会成员国经济、贸易、投资和技术合作框架协议》也纳入了鼓励投资和促进投资便利化的条款，说明双方有意在自贸区框架内建立统一的投资规则。海合会国家主权财富基金和私人投资者投资实力都非常雄厚，且近年来大有由投资西方国家转向投资中国等发展中国家的趋势。而海合会国家国力强盛，基础设施完备，政治环境相对于其他阿拉伯国家也比较稳定，在“一带一路”国家中它们的投资潜力较为突出。2013 年中国向海合会直接投资总额达 40 亿美元，海合会对华实际投资累计达 27 亿美

⁴⁸ 肖维歌：“一带一路战略背景下中国与海合会国家贸易发展与展望”，《对外经贸实务》，2015 年第 3 期，第 17-20 页。

⁴⁹ 新浪财经，中国-海合会自贸区第七轮在广州开幕，2016 年 8 月 30 日，<http://finance.sina.com.cn/roll/2016-05-08/doc-ifyxyahs0491682.shtml>。



元。⁵⁰因此加强投资合作应当成为中国-海合会自贸区的重点发展方向。在吸引投资方面，中国向海合会国家扩大市场开放的同时也应注意到维护国家经济安全的问题。而在走出去方面，如何减少海合会国家对中国企业的制度限制（尤其是海合会国家普遍存在的“担保人”制度）、非关税壁垒等，也是 FTA 谈判中非常关键的问题。

欧亚经济联盟由俄罗斯、哈萨克斯坦、白俄罗斯在 2015 年 1 月 1 日启动，亚美尼亚、吉尔吉斯斯坦等国随后加入。FTA 是欧亚经济联盟重要战略之一。俄罗斯已向中国表示将启动中国-欧亚经济联盟 FTA 谈判。在欧亚经济联盟中，中国与俄罗斯、哈萨克斯坦两国的投资关系较为密切，2014 年末中国对俄罗斯的直接投资存量达到对欧洲地区投资存量的 12.5%。⁵¹俄罗斯也是中国投资者境外设立企业的首选地区之一。哈萨克斯坦也是中国在亚洲的对外直接投资的主要流向地区之一。在进行自贸区谈判时可以将投资促进和投资保护的要求纳入其中。但由于这五个国家经济发展程度以及开放性差异较大，而且中亚国家腐败现象严重，投资风险较高，所以不必要也暂时无法建立可操作性极强的多边投资协定，可以考虑先对原有的双边投资协定进行升级和补充。

南亚区域合作联盟（南盟）由孟加拉国、不丹、印度、马尔代夫、尼泊尔、巴基斯坦、斯里兰卡、阿富汗等 8 个国家组成，它于 2006 年开始实施自由贸易计划，是“一带一路”沿线上经济增长潜力较大的区域经济组织，其中包括金砖国家印度。建立中国-南盟 FTA 条件并不成熟。这是因为南盟本身存在内部政治冲突、宗教差异大、经济一体化进程缓慢等问题，结构比较松散，其合作机制和效果明显不如东盟。应将重点放到中巴经济走廊、孟中印缅经济走廊等合作项目上，以及推动《中国-巴基斯坦 FTA》、《中国-斯里兰卡 FTA》升级谈判上。

⁵⁰ 吴思科：“一带一路框架下的中国与海合会战略合作”，《阿拉伯世界研究》，2015 年第 2 期，第 4-13 页。

⁵¹ 商务部：《2014 年度中国对外直接投资统计公报》，第 35 页，
<http://hzs.mofcom.gov.cn/article/date/201510/20151001130306.shtml> 下载，2015 年 10 月 1 日。



第四章 “一带一路” 国家民商事司法协助机制构建

“一带一路”线路图地跨亚非欧大陆，沿线国家多达 64 个。随着“一带一路”战略的实施，中国企业走出去开展投资、参与建设，必然面临不同国家的法律制度、法治环境、社会制度、宗教信仰、文化背景等诸多差异，民商事纠纷时有发生，在国际民商事纠纷解决机制的构建中，国家间民商事司法协助是不可或缺的重要一环，直接关系到“一带一路”战略参与者的切身利益的保护和实现。

第一节 “一带一路” 国家民商事司法协助概述

一、 我国与“一带一路” 国家民商事司法协助现状

截至目前，“一带一路”沿线的 64 个国家中，已与我国签订双边民商事司法协助协定的有 24 个国家，⁵²加入 1958 年《海牙送达公约》的有 30 个国家，加入 1970 年《海牙取证公约》的有 19 个国家，加入 1958 年《纽约公约》有 61 个国家。“一带一路”沿线国家中尚未与我国签署有关民商事司法协助双边条约，且没有共同参加的有关国际公约的，可以在互惠平等的国际法原则下，依据被请求国国内法开展司法协助工作。⁵³

中国与“一带一路”沿线国家间的民商事司法协助主要有以下几个方面的内容：

⁵² 与我国签订司法协助协定的 24 个“一带一路”沿线国家分别为：蒙古、俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰、越南、老挝、土耳其、埃及、希腊、塞浦路斯、波兰、罗马尼亚、立陶宛、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、泰国、新加坡、阿联酋、科威特、保加利亚、匈牙利、波黑

⁵³ 如，在南亚 8 国中，我国同孟加拉国、阿富汗、尼泊尔、马尔代夫、不丹等国在域外送达、域外取证、判决的承认和执行方面，既不存在双边条约，也没有共同参加的国际公约，只能依据国内法进行



1、域外送达

我国与“一带一路”国家之间民商事司法文书的送达依据主要包括：（1）双边司法协助协定。主要采用中央机关途径，领事或外交途径进行的直接送达仅限于请求国本国国民。较之《海牙送达公约》，双边协定并未在送达方面作出更优惠、更便利的突破；（2）《海牙送达公约》。中国和 31 个“一带一路”沿线国都是《公约》的缔约国，《公约》对尚未与中国建立双边司法协助关系的国家具有重要意义。⁵⁴我国与相关缔约国依公约委托或协助送达文书时应注意其对《公约》相关条款的保留声明；⁵⁵（3）互惠原则。“一带一路”国家中还有 28 个国家既没有加入《海牙送达公约》，也未与我国建立双边司法协助关系，双方间的文书送达只能依据互惠原则通过外交途径进行。此种情况具有极大的不确定性，我国“各级人民法院在审查时若发现有请求国既不是海牙送达公约成员国，且该国与我国也没有签订含有民事司法协助内容的双边条约或该双边条约尚未生效时，在回函中注明情况，将司法文书按原途径退回即可”。

通过“中央机关”送达是一种健全、稳定的送达机制，但存在程序繁琐、效率低下等弊端。在被请求国国内法允许的前提下，我国还可以依据国内法的规定积极探索域外送达的其他途径，如向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达、邮寄送达、公告送达、分支机构送达、传真及电子邮件送达等方式进行送达。

2、调查取证

我国与“一带一路”国家之间民商事案件调查取证也存在三种依据：（1）我国与 24 个“一带一路”国家间的双边司法协助协定中含此内容。双边协定一般采取请求书取证方式，由指定的中央机关协助主管机关完成。适用被请求方

⁵⁴ 14 个尚未与建立双边司法协助关系的公约缔约国是：亚美尼亚、印度、斯里兰卡、以色列、捷克、斯洛伐克、拉脱维亚、斯洛文尼亚、爱沙尼亚、克罗地亚、阿尔巴尼亚、塞尔维亚、马其顿、黑山

⁵⁵ 比如，第九条第一款中的外交和领事途径送达、第十条中规定的三种替代送达方式等



的法律。在不违反被请求国法律的前提下，外交或领事机构可向居住在请求国的本国公民进行直接调查取证，但不得采取任何强制措施。⁵⁶（2）包括中国在内的 20 个“一带一路”国家参加了《海牙取证公约》，其中 11 个尚未与中国建立双边司法协助关系；⁵⁷（3）对于既未加入《海牙取证公约》，也未与我国建立双边司法协助关系的 31 个“一带一路”国家，⁵⁸只能依据互惠原则进行调查取证。

我国域外调查取证的立法司法实践相对保守。随着科技的进步，互联网技术广泛应用于司法实践，视频取证已在许多国家得到应用，为域外调查取证提供了更多便利和技术支持。

3、民商事判决的承认与执行

我国尚未加入民商事判决相互承认与执行的专门公约，⁵⁸但部分加入的国际公约，如《国际油污损害民事责任公约》，也涉及民商事判决的承认与执行问题。双边司法协助协定成为我国与“一带一路”国家民商事判决相互承认与执行的最重要依据，除了中泰、中新协定外，其他双边协定均涉及这一重要内容。

4、仲裁裁决的承认与执行

仲裁作为解决跨国商事争议的有效方式具有国际民事诉讼所不具备的诸多优势，特别是在确保仲裁裁决的可执行性方面，国际社会早在 1958 年达成了《关于承认和执行仲裁裁决的纽约公约》（以下简称《纽约公约》），目前缔约国数量已经达到 158 个。“一带一路”战略实施中涉及的大量跨国商事争议若能通过仲裁方式解决，无疑会大大提升争端解决的效率，也为我国国际商事仲裁事业的发展带来了前所未有的机遇。

⁵⁶ 11 个与中国尚未与建立双边司法协助关系的国家：印度、巴基斯坦、斯里兰卡、以色列、捷克、斯洛伐克、拉脱维亚、斯洛文尼亚、爱沙尼亚、克罗地亚、马其顿

⁵⁷ 31 个国家既没有加入《海牙取证公约》，也未与我国建立双边司法协助关系的“一带一路”国家：格鲁吉亚、阿塞拜疆、亚美尼亚、摩尔多瓦、印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、缅甸、柬埔寨、文莱、东帝汶、孟加拉国、阿富汗、尼泊尔、马尔代夫、不丹、沙特阿拉伯、阿曼、伊朗、伊拉克、卡塔尔、约旦、黎巴嫩、巴林、也门、叙利亚、巴勒斯坦、阿尔巴尼亚、马其顿、黑山、土库曼斯坦

⁵⁸ 如海牙国际私法会议《国际民商事案件中外国判决的承认和执行公约》与《协议选择法院公约》



5、其他民商事司法协助事项

除上述主要事项以外，中国与“一带一路”国家订立的 24 个司法互助协定还涉及诉讼费用减免、认证免除、法律法规情报交换等内容，并建立了一定的法律法规的交流、交换渠道，为我国推进“一带一路”战略中进行沿线国家法律的查明提供了极大便利。

二、 我国与“一带一路”国家民商事司法协助的审查

被请求国的主管机关⁵⁹有权力也有义务对请求国司法协助请求进行司法审查，并依据审查结果做出是否提供司法协助的决定。通常，审查包括形式审查和实质审查两个方面。

形式审查主要指请求是否适用公约或双边条约、送达的文书或调查取证的内容是否属于民商事的性质、实际送达的文书与请求书中列明的文书是否一致、是否附有国际公约或双边司法协助条约所要求的译文等。

实质审查主要涉及请求是否具有国际公约或双边条约规定的拒绝提供协助的情形。我国与“一带一路”国家缔结的双边司法协助条约中，基本上都含有“司法协助的拒绝”条款，主要包括下列情形：有损请求国的主权、安全、公共秩序或基本利益；违反被请求国的法律的基本原则；⁶⁰违反被请求国国内法律；⁶¹请求不属于司法机关的职权范围；⁶²以及其他特定事由，如在调查取证方面，有可能因为所获证据并非准备用于已经开始或预期的司法程序，或者属于审判前对文件的调查而遭到拒绝。⁶³《海牙送达公约》和《海牙取证公约》也就审查

⁵⁹ 通常为一国司法机构，如法院。

⁶⁰ 中国与白俄罗斯、乌克兰、越南、波黑、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦之间的双边司法协助条约中包含此事由。

⁶¹ 中国与新加坡、塞浦路斯之间的双边司法协助协定中包含此事由。

⁶² 中国与新加坡、波黑之间的双边司法协助协定中包含此事由。

⁶³ 中国和阿拉伯之间、塞浦路斯之间的双边司法协助协定进行了此类约定。



的实质内容作了规定，两个《公约》中拒绝请求的情况中，列明了有损“主权或安全”，而没有将双边条约“司法协助的拒绝”中经常出现的“公共秩序”、“公共利益”等列入其中。

三、 我国与“一带一路”国家民商事司法协助适用的法律

国际民商事司法协助应适用被请求国国内程序和方法执行，请求国提出按照特殊程序和方法执行请求的，不应违反被请求国国内法。我国与“一带一路”国家签订的双边条约也都就“司法协助适用的法律”进行了约定，首先应适用被请求国法，在一定条件下允许请求方提出特殊程序要求，有的要求不违背被请求缔约一方的法律，⁶⁴也有的要求不违背被请求缔约一方法律的基本原则。⁶⁵“法律的基本原则”相较于“法律”更为抽象，请求方提出的特殊程序和方法可能在被请求国内法律中并无禁止性规定，但可能因被认定为违反“法律的基本原则”而被拒绝。

⁶⁴ 见中国与蒙古、泰国、越南、新加坡、老挝、阿联酋、埃及、科威特、希腊、塞浦路斯、波兰、罗马尼亚、保加利亚、立陶宛、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦间的司法协助协定。

⁶⁵ 见中国与俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰、土耳其、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦间的司法协助协定。



第二节 我国与“一带一路”国家间民商事司法判决的相互承认与执行

依据国家主权原则，一国法院做出的判决只具有域内效力，若要产生“域外效力”，必须得到他国的承认与执行。学界对国家间民商事判决承认与执行的理论依据包括国际礼让说、既得权说、法律债务说及既判力说等不同观点，这对各国形成自己的判决域外承认与执行机制产生了不同程度的影响。

一、我国与“一带一路”国家民商事判决相互承认与执行的基础

国际民商事判决承认与执行的法律基础包括条约互惠与事实互惠，我国与“一带一路”国家也不例外。其中，事实互惠包含两方面的含义：首先，外国拒绝承认和执行本国法院判决的，本国也拒绝承认该外国法院的判决；第二，本国承认和执行外国法院判决的条件与外国承认和执行本国法院判决的条件必须相对等。⁶⁶由于国家间所给予的事实互惠并非是其承担的国际法义务，所以法院享有判断事实互惠是否存在的自由裁量权，具有极大的不确定性，目前，我国缺乏对“事实互惠”的统一司法认定标准，导致各级法院的实践差异，亟待予以完善和解决。而条约互惠将带有政治外交色彩的互惠通过法律的形式固定下来，确保了国家间民商事判决承认与执行的机制化与常态化。与我国存在条约互惠的24个“一带一路”国家⁶⁷的司法协助协定均就判决承认与执行的范围、条件、程序等进行了明确规定。

⁶⁶ 李旺：《国际民事诉讼法》，清华大学出版社：2003年版，第137-138页。

⁶⁷ 除了与泰国和新加坡的双边司法协助协定不涉及民商事判决的承认与执行。



二、 我国与“一带一路”国家民商事判决相互承认与执行的审查

依据我国民事诉讼法及相关双边司法协助协定，判决相互承认与执行的审查事项包括：

1、原审法院是否具有管辖权

我国与“一带一路”国家所签订的双边司法协助协定对原审法院管辖权的审查有四种不同模式：根据被请求国法律，审查原审法院是否具有管辖权；⁶⁸根据被请求国法律，审查原审法院是否违反被请求国专属管辖权的规定；⁶⁹依据双边司法协助协定审查原审法院是否具有管辖权；⁷⁰依据双边司法协助协定审查原审法院管辖权，而且原审法院是不得违反被请求国专属管辖权的规定。⁷¹

2、判决是否生效或可执行

主要审查的要素包括：依据做出裁决的缔约国法律，判决或裁定是否生效；判决应当是生效的，而非必须是终局的；判决具有执行力，可作为执行的根据由法院进行强制执行。法院裁决如果没有执行力，则仅涉及承认的问题，不存在执行。

3、是否违反正当程序原则

依据做出裁决的缔约一方的法律，是否符合正当程序原则。我国与 22 个“一带一路”国家签订的司法协助协定都将缺席裁判时的合法传唤作为审查内容。除与老挝、塞浦路斯的双边条约外，对无诉讼行为能力时是否得到适当的代理也是对正当程序审查的重要内容。

4、是否存在平行诉讼或诉讼竞合

⁶⁸ 见中国与蒙古、土耳其、波兰、罗马尼亚、保加利亚、匈牙利、立陶宛签订的双边司法协助条约（协定）。

⁶⁹ 见中国与俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰、希腊、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦签订的双边司法协助条约（协定）。

⁷⁰ 见中国与阿联酋签订的双边司法协助条约（协定）。

⁷¹ 见中国与越南、老挝、埃及、科威特、塞浦路斯、波黑签订的双边司法协助条约（协定）。



当被请求方法院对于相同当事人之间就同一标的的争讼案件已经作出了生效裁决时,则请求执行的判决将得不到承认与执行,以及,如被请求方已经承认了第三国对该案件所作的生效判决,则该外国判决也得不到承认与执行⁷²;此外,被请求国正在审理相同当事人之间就同一标的的争讼案件,至于被请求国所正在审理的案件是否需要在先,不同的双边协定中所作出的约定也不相同。有的没有在先受理的规定,有的规定“在作出该裁决的诉讼程序开始前”相同当事人就同一诉讼标的在被请求方法院提起诉讼。⁷³

5、是否违反被请求国公共秩序或公共政策

我国与“一带一路”国家签订的双边司法协助条约所规定的拒绝事由中,除了包括有损被请求一方的主权、安全和公共秩序和基本利益,还包括以违反法律或法律基本原则为由予以拒绝承认和执行的規定。相较于主权、安全、公共秩序、基本利益等表述,法律基本原则的内涵和外延都更加宽泛,审核的对象也不仅是裁决本身,甚至要考虑裁决结果对被请求国产生的实际效果和影响。此外,以裁决所支持的诉讼请求违反被请求国国内法为由拒绝承认和执行的規定在双边条约并不多见。⁷⁴

三、 我国与“一带一路”国家民商事判决相互承认与执行程序

“一带一路”国家对于外国判决的承认与执行主要有三种模式:

1、执行令程序 被请求国法院对申请承认与执行的外国法院判决进行审查,认为符合本国法律或相关国际条约规定的条件,即发给执行令,按被请求国法律规定程序执行。采用执行令程序的大多数国家,只对外国法院判决进行形式

⁷² 中国与匈牙利双边协定除外。

⁷³ 中国和老挝关于民事和刑事司法协助的条约;中国和科威特关于民事和商事司法协助的协定。

⁷⁴ 中国和科威特关于民事和商事司法协助的协定。



审查，更多地表现出对外国判决的尊重。⁷⁵我国对外国判决的承认与执行采用的是执行令程序。

2、登记程序 被请求国法院在收到利害关系人提交的执行申请后，只要查明外国法院判决符合被请求国法律规定的条件，就予以登记，等同于国内判决予以执行。⁷⁶

3、重新起诉程序 被请求国法院要求申请执行的当事人以该外国判决为依据，在被请求国法院重新提起诉讼，由被请求国法院进行审查，被申请执行人提出异议则进行审理。被请求国法院如果认为判决与本国法律并不冲突，则作出一个与外国判决内容相同的判决，并按执行本国法院判决的程序予以执行。

77

⁷⁵ 参见于飞：承认与执行外国法院判决程序评述，《中央政法管理干部学院学报》1997年第3期。

⁷⁶ 如英国对英联邦国家和欧盟成员国法院的判决就采用这种登记方式

⁷⁷ 英美法系国家主要采取这种模式，泰国采用的也是重新起诉程序



第三节 我国与“一带一路”国家仲裁裁决的相互承认与执行

“一带一路”战略的实施必将激发沿线国家更广更深的经贸往来，伴随而生的则是大量的跨国商事争议寻求适当的解决途径。仲裁因其所具有的裁决易于执行、当事人意思自治、程序保密等诸多优势，将会受到更多当事人的青睐。

一、我国与“一带一路”国家仲裁裁决相互承认与执行的法律依据

我国与“一带一路”国家缔结的 24 个双边司法协助协定中，除 7 个协定以外，⁷⁸其他协定均对仲裁裁决的相互承认与执行进行了规定，其中绝大部分直接转致到《纽约公约》。⁷⁹只有我国与土耳其双边协定就仲裁裁决的承认与执行条件作出了特殊规定，申请人提出承认与执行仲裁裁决申请时，可以在《纽约公约》与双边协定中自由选择。

《纽约公约》是迄今为止在国际经贸领域缔约国数量最多、最为成功的多边公约。“一带一路”沿线的多数国家都已加入和批准了《纽约公约》。目前，未与我国缔结双边司法协助协定的 46 个“一带一路”国家中，仅有东帝汶等 5 国尚未加入《纽约公约》。⁸⁰上述五国与我国仲裁裁决的相互承认与执行只能依据事实互惠得以实现。

二、“一带一路”国家主要国际商事仲裁机构及仲裁中心

⁷⁸ 中国与蒙古、白俄罗斯、阿联酋、科威特、匈牙利、哈萨克斯坦、塔吉克斯坦 7 国缔结的双边司法协助协定未就仲裁裁决的承认与执行作出约定

⁷⁹ 中国与俄罗斯、乌克兰、泰国、越南、新加坡、老挝、埃及、希腊、塞浦路斯、波兰、罗马尼亚、保加利亚、立陶宛、波黑、乌兹别克斯坦、吉尔吉斯斯坦 16 国缔结的双边司法协助协定就仲裁裁决的承认与执行指向适用《纽约公约》

⁸⁰ 东帝汶、马尔代夫、伊拉克、也门、土库曼斯坦尚未加入《纽约公约》



2015 年英国皇后玛丽大学国际仲裁学院所做“国际商事仲裁的发展和创新”调查，“5 个最受欢迎并被广泛选择的仲裁地分别是伦敦、巴黎、香港、新加坡、日内瓦”。⁸¹这些仲裁地分布于“一带一路”经济带的起点、终点和沿途，使得国际商事仲裁在“一带一路”国家间民商事纠纷解决中更具地理优势。此外，近年来阿联酋、迪拜等的国际商事仲裁业务也得到了快速的发展，成为“一带一路”沿线新的仲裁中心。

截至 2015 年底，大陆有仲裁机构 244 家。2014 年《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》实施，⁸²充分体现了与国际接轨，并将对《仲裁法》的修改提供重要参考。在“一国两制”的体制下，香港作为理想仲裁地的优势除了体现在仲裁员的选任更为灵活，认可临时仲裁，更多体现为语言、交通、签证等方面的优势和便利。

新加坡国际仲裁中心（SIAC）2015 年受理案件创历史新高，达到 271 件，提交的案件中 84% 具有国际因素，其中 42% 案件和新加坡没有实质性联系。从提交案件的当事方国籍来看，位于前十位的当事人国籍国分别是印度、中国、韩国、美国、澳大利亚、越南、香港、印度尼西亚、维京群岛、马来西亚。⁸³可见，SIAC 在“一带一路”沿线国间争端解决中具有重要的地位。2016 年 3 月 SIAC 在上海自贸区内设立首家 SIAC 中国上海代表处，成为继印度孟买和韩国首尔后的第三个海外代表处。

国际商会仲裁院（ICC）是世界上最知名的国际仲裁机构。2015 年 ICC 在

⁸¹ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration
<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/201>

⁸² 《规则》在友好仲裁制度、合并仲裁制度、紧急仲裁员制度、小额争议程序、案外人加入仲裁程序等方面有所创新。

⁸³ 参见 SIAC ANNUAL REPORT 2015, <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/annual-report>



56 个国家的 97 个城市进行了案件的审理，来自 77 个不同国家的 1313 名仲裁员参与了来自 133 个不同国家的 2283 位的当事人所提交的 801 件争议的解决，做出了 498 份裁决。⁸⁴ICC 非政府组织的性质，保证了公正性和独立性。为了保证裁决的可执行性，ICC 仲裁院有严格的裁决复查程序。2016 年 6 月，国际商会 (ICC) 上海代表处落户上海自贸区。

英国国际商会仲裁院 (LCIA) 是世界领先的国际商事仲裁机构之一。2015 年 LCIA 受理案件数量达 326 件，其中 256 件适用了 LCIA 仲裁规则。从案件当事人的国籍来看，除英国国籍外，位于前五位的分别是俄罗斯、塞浦路斯、西欧、维京群岛、美国。此外，其他“一带一路”沿线国家当事人所提交的案件分别占到乌克兰 (3.1%)、阿联酋 (2.2%)、新加坡 (1.5%)、巴基斯坦 (2.8%)、香港 (1.8%)、中国大陆 (1.8%)。⁸⁵LCIA 分别在迪拜、印度和毛里求斯通过战略合作关系成立了三个仲裁中心。⁸⁶

三、我国与“一带一路”国家仲裁裁决相互承认与执行的司法实践

我国和“一带一路”国家仲裁裁决相互承认与执行的最重要的法律依据是《纽约公约》，除《公约》所规定的情形外，缔约国对于在另一缔约国境内作出的仲裁裁决或其国内法认可的非内国裁决应予承认与执行。

1、“一带一路”沿线国仲裁裁决在我国的承认与执行实践

依据我国《民法通则》第 150 条规定，民商事领域的国际条约⁸⁷具有在我国法院直接适用的效力。在“一带一路”国家境内做出的仲裁裁决，我国法院主

⁸⁴ ICC: Ten good reasons to choose ICC arbitration, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Ten-good-reasons-to-choose-ICC-arbitration/>

⁸⁵ LCIA: Registrar's Report 2015, <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>

⁸⁶ LCIA: international office, <http://www.lcia.org/LCIA/international.aspx>

⁸⁷ 包括《纽约公约》。



要依据《纽约公约》、双边司法协助协定以及国内法予以审查。近年来，最高人民法院通过大量的司法解释与批复，展现我国最高司法机构对外国仲裁裁决与涉外仲裁裁决承认与执行的支持倾向与立场，包括以下几个方面：

（1）仲裁协议效力的司法审查。主要体现在：第一，现行立法明确规定了涉外仲裁协议效力判断的准据法应为当事人协议选择的法律或仲裁地法律，⁸⁸放弃了以往主要依据我国法律⁸⁹进行审查的司法实践。例如，申请承认执行蒙古国家仲裁法庭 73/23—06 号仲裁裁决一案中，最高人民法院复函明确了应依据《纽约公约》第五条第一款（甲）而非法院地法来审查仲裁协议的有效性；⁹⁰第二，确立了对涉外仲裁协议效力判定的内部报告制度，从程序上确保做出有利于仲裁协议效力的司法解释；⁹¹第三，对涉外仲裁的“涉外性”做出灵活解释。在西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司案中，上海市第一中级人民法院充分考虑了合同所涉的主体、履行特征等方面的实际情况，认定为涉外民事法律关系。双方当事人约定将合同争议提交新加坡国际仲裁中心进行仲裁解决的条款有效。⁹²该案被视为中国涉外司法审判领域放宽“涉外因素”审查标准的指标性案例，将对未来案件审理中对“涉外因素”的认定产生重要影响；第四，对“瑕疵仲裁协议”尽可能做出变通与有效解释。对仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则，仲裁协议约定两个以上仲裁机构，仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁，或裁或诉仲裁条款的效力的认定中有充分的体现。

⁸⁸ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十八条当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。

⁸⁹ 即法院地法。

⁹⁰ 参见最高人民法院关于不予承认蒙古国家仲裁法庭 73/23—06 号仲裁裁决的报告的复函（[2009]民四他字第 46 号）。

⁹¹ 最高人民法院《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》和《关于人民法院撤销涉外仲裁裁决有关事项的通知》。

⁹² 参见西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案一审民事裁定书（（2013）沪一中民认（外仲）字第 2 号）。



(2) 对违反仲裁程序的司法审查。在不予以承认与执行的外国仲裁裁决案件中,因仲裁程序问题而被拒绝的案件占有一定的比例。主要表现在:第一,无法证明被申请人收到仲裁庭的通知,将被认定为未能给予被申请人充分陈述意见的机会。申请承认蒙古国家仲裁法庭 73 / 23-06 号仲裁裁决案中,裁决因此被拒绝承认与执行;⁹³第二,仲裁庭组成违背当事人合意构成拒绝承认与执行的事由。阿尔斯通申请承认和执行新加坡国际仲裁中心仲裁裁决案中,仲裁庭根据 SIAC 仲裁规则而非当事人约定组成,最终被我国法院拒绝承认与执行;⁹⁴第三,未向当事人发出重新指定仲裁员的通知构成违反约定仲裁规则。申请承认与执行英国伦敦 FOSPA 协会第 3920 号裁决案中,最高人民法院复函认为,仲裁庭在原为被申请人指定的仲裁员自动回避后并没有向被申请人发出选定替代仲裁员的通知,而是径直为其重新指定了仲裁员,属于《纽约公约》第五条第一款(丁)的情形。⁹⁵

(3) 对超裁问题的司法审查。《纽约公约》将超裁裁决分为可分的和不可分的,对于后者,可以作为拒绝承认与执行整个仲裁裁决的事由。我国《仲裁法》司法解释对于超裁裁决撤销的规定和《公约》较为相似。⁹⁶HemofarmDD、MAG 国际贸易公司申请承认及执行国际商会仲裁院仲裁裁决一案,最高人民法院复函认为,仲裁条款仅约束合资合同当事人就合资事项发生的争议,不能约束被申请人与合资公司之间的租赁合同纠纷,国际商会仲裁院对租赁合同纠纷进行审理并裁决,超出了合资合同约定的仲裁协议的范围,因此拒绝承认和执行该裁决。⁹⁷

⁹³ 参见最高人民法院关于不予承认蒙古国家仲裁法庭 73/23—06 号仲裁裁决的报告的复函(〔2009〕民四他字第 46 号)。

⁹⁴ 参见杭州中院 2013 年 2 月 6 日作出(2011)浙杭仲确字第 7 号民事裁定。

⁹⁵ 参见最高人民法院关于邦基农贸新加坡私人有限公司申请承认和执行英国仲裁裁决一案的请示的复函(民四他字〔2006〕第 41 号)。

⁹⁶ 参见《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释》第 19 条。

⁹⁷ 参见最高人民法院关于山东省高级人民法院关于不予承认和执行国际商会仲裁院仲裁裁决的请示的复函件(〔2008〕民四他字第 11 号)



(4) 对公共秩序（公共政策）的司法审查。除了内部报告制度外，我国法院还不断通过个案批复，准确理解《纽约公约》倾向于裁决执行（pro-arbitration bias）以及严格解释公共秩序保留条款的价值取向。例如，在 GRD Minproc 有限公司申请承认并执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决案中，最高人民法院复函认为，不能以仲裁实体结果是否公平合理作为认定承认和执行仲裁裁决是否违反我国公共政策的标准。⁹⁸ED&F 曼氏（香港）有限公司申请承认与执行伦敦糖业协会仲裁裁决一案，最高人民法院复函明确，违反我国法律的强制性规定不能完全等同于违反我国的公共政策。⁹⁹

2、我国仲裁裁决在“一带一路”沿线国承认与执行的实践

近年来，我国仲裁裁决在外国申请承认与执行的案件不断增多，外国法院对案件的审理，表现出了对《纽约公约》的遵守和尊重，以及对国际商事仲裁的大力支持，但同样涉及到不同国家法律制度和法律文化的差异。

(1) 仲裁协议效力问题。外国法院对于仲裁协议效力的审查遵循在《纽约公约》宗旨下解释相关条款，充分体现出对于仲裁的支持。中国某进出口公司诉瑞士某公司案中，中国公司在瑞士寻求执行 CIETAC 裁决。被申请人提出三份合同中的一份并无仲裁协议。上诉法院认为，《纽约公约》第四条不能过严解释，除了书面和签字行为外，公约允许形式上不太严格，但为当事人之间的贸易惯例所接受的行为。¹⁰⁰本案反映了瑞士法院对《公约》解释的开明态度，体现了《公约》“支持裁决执行的倾向”。

(2) 仲裁程序问题。外国法院对于当事人以程序瑕疵提出的拒绝承认与执行事由，也同样持谨慎审查态度，仲裁地法成为外国法院审查仲裁程序合法性

⁹⁸ 参见最高人民法院关于 GRD Minproc 有限公司申请承认并执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决一案的请示的复函（[2008]民四他字第 48 号）

⁹⁹ 参见最高人民法院关于 ED&F 曼氏（香港）有限公司申请承认和执行伦敦糖业协会仲裁裁决案的复函（[2003]民四他字第 3 号）

¹⁰⁰ 参见林一飞编著：《中国国际商事仲裁裁决的执行》，对外经济贸易大学出版社 2006 年版第 90-96 页



的重要依据。海南机械进出口公司诉唐纳德公司案中，海南公司在新加坡请求承认与执行 CIETAC 裁决。新加坡法院认为，仲裁在中国进行，所以仲裁程序所应遵循的法律应是中国法律，而非被申请人提出的英国法，最后执行了 CIETAC 裁决。¹⁰¹新速度公司诉西特斯公司案中，新速度公司向新加坡法院申请执行 CIETAC 裁决。新加坡法院充分考虑到，在仲裁裁决作出后，西斯特公司曾向北京市中级人民法院申请撤销该裁决，但是请求被驳回。最终，新加坡高等法院同意执行该裁决。¹⁰²

（3）公共秩序问题。外国法院以违反本国公共秩序而拒绝承认与执行他国仲裁裁决的情形是较为少见的。北京鸿鹏中拓矿业投资诉新加坡 Goldenray 集团案中，北京公司在新加坡申请执行 CIETAC 裁决。被申请人以原告代理律师涉嫌贿赂仲裁庭为由请求拒绝执行仲裁裁决。新加坡法院认为，考虑到欺诈作为最严重的恶行的一种，仅具有偶发生的可能，被告方需要在盖然性上提供更有力的证据来说服法官。最终，新加坡高院认为被告所提供的间接证据不足，同意执行仲裁庭作出的裁决。¹⁰³新加坡作为根据清廉指数最高的国家之一，仲裁程序中的欺诈和仲裁员的贪腐会被作为违反公共政策的高度来对待，即便如此在该案审理中，新加坡高等法院还是严格遵循证明责任的要求，充分体现对《公约》的高度尊重。

¹⁰¹ 参见 *Re An Arbitration Between Hainan Machinery Import and Export Corporation and Donald&McCarthyPteLtd*, High Court-Originating Summons No 1056 of 1994
<http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18484.pdf>

¹⁰² 参见 *In the Matter of An Arbitration between Newspeed International Limited (Buyers) and Citus Trading Pte Ltd (Sellers)*, High Court- OS No 600044 of 2001

¹⁰³ 参见 *Beijing Sinozonto Mining Investment Co Ltd v Goldenray Consortium (Singapore) Pte Ltd*, High Court-Originating Summons No 708 of 2012 (Registrar's Appeal No 33 of 2013)



第四节 “一带一路”国家法律查明合作机制构建

外国法的准确查明是“一带一路”战略实施中的重要司法保障。长期以来，由于查询手段和渠道的有限，外国法的查明是司法实践中的难题。

一、 我国与“一带一路”国家法律查明的现状

目前，我国与“一带一路”国家外国法查明的主要途径包括：

1、双边条约途径。我国与 24 个“一带一路”国家间缔结的司法协助协定中规定了“交换法律情报”或“交换资料”的条款，构建了国家间依据双边条约进行外国法查明的合作机制。从双边条约规定来看，法律查明应由请求方依据双边条约或协定提出请求，有些协定明确规定应依据被请求国的法律进行查明。¹⁰⁴查明的内容主要包括被请求国的法律和司法实践的情况。大多数国家约定，所交换的情报主要是“有效的”或“现行的”，¹⁰⁵有的还包括“过去的”法律或司法实践，¹⁰⁶以及法学出版物。¹⁰⁷在查明外国法时，有些双边协定还进一步规定了应说明提出请求的机关，以及请求提供的情报所涉及的案件的性质、¹⁰⁸案情¹⁰⁹或请求的目的。¹¹⁰双边条约均指定通过国家间中央机关的合作提供司法协

¹⁰⁴ 中国和泰国关于民商事司法协助和仲裁合作的协定。

¹⁰⁵ 中国和波黑、立陶宛、匈牙利、保加利亚、阿联酋、埃及、科威特、老挝、新加坡、越南等国缔结的司法协助协定。

¹⁰⁶ 中国和吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、哈萨克斯坦、罗马尼亚、土耳其、乌克兰、白俄罗斯、俄罗斯缔结的司法协助协定。

¹⁰⁷ 中国和波兰民事和刑事司法协助协定。

¹⁰⁸ 中国和新加坡、埃及的双边司法协助协定。

¹⁰⁹ 中国和匈牙利民事和商事司法协助条约。

¹¹⁰ 中国和新加坡、立陶宛的双边司法协助协。



助。从目前我国司法实践情况看，该途径尚未被有效利用，究其原因，可能是程序比较繁琐。¹¹¹

2、外交途径。国家间尚未缔结双边司法协助协定时，可通过我国驻该国使领馆以及通过该国驻我国使馆提供外国法。我国外交部门几乎没有为我国法院办理民商事案件的需求查询外国法律资料的实践；我国法院也没有主动联系我国外交部门请求通过我国驻外国使领馆或者外国驻我国使馆提供外国法的案例。这方面实践经验是缺乏的。

3、专家意见。各国法律还规定了法院可以聘请法律专家提供法律意见。国外法学院校一般都设有各种外国法研究中心，最为著名的是德国马普学会外国及国际私法研究所。我国司法实践中，由法院自行委托法律专家提供外国法意见的情况并不多见，主要因为目前我国没有一家可以为法院提供外国法专家意见的中立机构，也没有外国法律专家库，我国法学教授中精通某一外国法律并能够被称为专家的寥寥无几，法院很难查询外国法律专家，同时也缺乏指定专家的标准。在这种情况下，法院主动指定外国法律专家出具外国法的意见，容易遭受当事人的挑战。

4、当事人查明。实践中当事人查明外国法中最为常见的方式是提供外国律师就外国法适用所提供的法律意见。除此之外，当事人还可以通过互联网、数据库等途径查明外国法。

5、外国法无法查明的后果。从案件审理的效率和解决争议的实际需要考虑，在合理时间内无法查明外国法时，必然需要对解决争议所应适用的法律作出规定，各国对于外国法无法查明的处理主要有以下几种：直接适用法院地法、¹¹²类

¹¹¹ 高晓力：“涉外民商事审判实践中外国法的查明”，《武大国际法评论》2014年第1期第331-344页。

¹¹² 如俄罗斯、白俄罗斯、吉尔吉斯斯坦等国。



推适用法院地法、¹¹³驳回当事人诉讼请求或抗辩、¹¹⁴适用与本应适用的外国法相近似的法律或者适用一般法理、依据其他连接点重新确定准据法、适用于当事人有最密切联系的法律。

二、我国与“一带一路”国家法律查明合作机制构建的建议

我国和“一带一路”沿线国家间法律查明合作机制主要包括双边条约和外交途径，但两种途径均未被有效利用，特别是后者，实践上尚处于空白。针对法律查明中的问题，应从两个方面着手构建“一带一路”国家间法律查明合作机制。

1、健全双边查明机制。目前的双边机制存在着明显的不足之处。第一，覆盖范围有待拓展。“一带一路”沿线国家已经多达 60 多个国家，与我国存在双边机制的仅有 24 个国家。第二，内容有待健全。目前的双边机制，主要是对“交流法律情报（资料）”的规定，内容过于简单，特别是外国法查明的程序问题、提出请求的形式要件等未涉及。第三，查明程序有待简化。目前双边机制主要依靠中央机关进行转递，由于中央机关多为司法部，所以还存在着法院系统的内部上报程序和法院系统与司法系统之间的转递程序，往往耗时冗长。建议减少转递程序或缩减上报层级，提高效率。

2、成立外国法查明中心。从效率和成本来看，专家提供法律意见是一种较优的选择，随着全球人才流动的频繁和各国学术交流的增进，通过专家学者提供法律意见已经成为可能。2015 年 1 月，最高人民法院委托中国人民大学法学院成立外国法查明研究中心，同年 9 月中国港澳台和外国法律查明研究中心、最高人民法院港澳台和外国法律查明研究基地，以及最高人民法院港澳台和外

¹¹³ 如英国。

¹¹⁴ 如德国。



国法律查明基地落户深圳前海，标志着通过专家学者意见的途径查明外国法将在审判实践中发挥越来越重要的作用。但是，从现有相关规定来看，仍有不明确之处：第一，专家提供法律意见的性质如何确定？法院是否可以将专家法律意见作为裁判的依据？当事人是否可以对专家法律意见提出异议？第二，专家提供法律意见是仅提供法律条文本身，还是需要结合案件提出法律适用的意见？第三，专家外国法查明错误，是否要承担侵权责任？¹¹⁵

结 论

最高人民法院《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》提出，要加强与“一带一路”沿线各国的国际司法协助，切实保障中外当事人合法权益。通过本课题研究，对我国与“一带一路”沿线各国在司法协助提出以下建议：

（一）构建“一带一路”沿线国家司法协助的机制

囿于双边司法协助协定的局限性，在国际民商事司法协助领域应充分考虑发挥国际公约的多边框架优势。应不断拓展我国双边司法协助协定的缔约范围，争取覆盖“一带一路”沿线所有国家，在时机成熟的时候，考虑推出“一带一路”沿线国家间的司法协助公约。

（二）适时推出新的司法协助协定版本

目前，我国对外缔结的司法协助协定内容既没有体现科技进步司法协助所带来的便利，也未能充分反映我国《民事诉讼法》修改的新内容，建议尽快推出双边司法协助协定新的版本，充分考虑互联网技术所带来的电子邮件送达、视频取证等途径。

¹¹⁵ 参见王葆蔚：“外国法查明中的专家侵权责任研究”，《时代法学》，2011年第5期。



（三）先行先试主动给予事实互惠

由于各国在“互惠”的判断上并没有明确的标准，实践中司法机关更倾向于事实互惠关系的存在。建议我国法院可以考虑按照“推定存在事实互惠”的标准对尚未建立双边司法协助关系国家提供司法协助，以更加积极的姿态助力国家间司法协助关系走出互相不认可存在事实互惠的尴尬境地。

（四）改进外国法查明薄弱环节

通过双边条约和外交途径进行外国法查明，应考虑压缩、精简上报和转递流程，提高外国法查明的效率；推动专门的外国法查明中心的建立，确保机构的中立性和独立性；规范专家提供法律意见中存在查明内容、责任承担、法律效力等问题，尽快出台相应的外国法查明规则。

（五）尽快批准加入海牙《协议选择法院公约》

2005 年《海牙选择法院协议公约》已经于 2015 年 10 月 1 日正式生效。除丹麦以外的欧盟所有成员国、墨西哥、新加坡均为公约缔约国。乌克兰和美国签署了公约，但目前国内尚未批准。《公约》在争议解决方式的选择上充分尊重了当事人的意思自治，缔约国法院的判决可以在所有缔约方国内获得承认和执行。我国应考虑尽快加入海牙《协议选择法院公约》，随着《公约》缔约国的不断增加，该《公约》将在“一带一路”沿线国家间民商事判决的承认与执行方面发挥重要的作用。

（六）积极推动国际仲裁中心建设

近年来我国仲裁事业迅猛发展，“一带一路”战略的实施，为我国建设国际仲裁中心创造了条件和时机。国际仲裁中心的建设中，最重要的因素是存在一个仲裁友好型司法监督环境。我国《仲裁法》已经实施 20 多年，已经无法应对实践中出现的诸多问题，最高人民法院先后发布了 30 余项与仲裁相关的司法解释和规范性文件，对现行法律进行了解释和补充，但是还有问题一直没有得



到解决，比如临时仲裁、仲裁国籍、境外临时仲裁措施的执行等，但国际仲裁中心的建设中，《仲裁法》作为仲裁地法，必然对仲裁中心的发展产生重要的影响，对《仲裁法》的修改应尽快提上议事日程。



第五章 “一带一路” 国家投融资合作的国际法机制构建

随着国家“走出去”和“一带一路”战略的深入，我国企业在海外投融资方面取得了很大的成绩。但是，由于基础设施建设的特殊性、“一带一路”国家的经济背景，以及我国的融资机制等多方面的原因，我国企业在“一带一路”国家进行海外投资时，其融资活动也遇到了挑战，这在一定程度上影响了企业在“一带一路”国家走出去的步伐，也会影响“一带一路”政策实施的效果。要解决中国企业海外投融资方面存在的问题，一方面，应深化国内投融资机制的改革；另一方面，还要发挥亚投行和丝路基金等多边金融机构的作用，促进投融资的国际合作。

第一节 中国企业在“一带一路”国家投融资现状与问题

一、 我国投融资体制现状

企业的融资模式一般有债务融资、股权融资和项目融资。我国企业海外投资在国内的融资途径以债务融资为主，主要是贷款和发行债券。贷款主要有中国进出口银行的出口信贷和“两优”贷款、国家开发银行以及商业银行针对企业海外投资而提供的政策性贷款。2014年5月15日，国务院发布《关于支持外贸稳定增长的若干意见》，意见指出，进一步加强进口，改善融资服务，加大出口信用保险支持，鼓励商业银行开展信贷业务。国家开发银行重点推进重大项目实施，助力钻井平台等高端装备制造“走出去”。



尽管我国经济在近些年获得了长足的发展，成为了世界第二大经济体。然而，我国金融体制仍然较为落后，给中国企业在发展过程中带来了很多融资困难。1) 融资渠道过于单一化，主要就是依靠银行贷款。2) 国内金融市场不够发达，资信体系尚未建立完善，导致企业融资成本高、融资难。3) 国内银行资金成本高审批时间长等。当企业发现好的海外项目时才向银行贷款，由于审批等手续复杂，耗时长，等提交各种资料和审批后，往往已经错失了投资机会。

中资企业到境外发债的方式主要有两种。一种是以境内企业作为发债主体，直接到境外市场发债。这种方式审批程序复杂、耗时长，且存在很大的不确定性，目前采取这种方式发行的企业主要是境内的金融机构和大型国有企业。另外一种方式是采用境外设立子公司作为发债主体，境内母公司进行担保来发行外币债券，多数民营企业、股份制企业采取这种方式。中资企业到境外发债融资，相对于到银行借贷和股权融资，发债融资有着多种优势，比如运作时间较短、融资成本较低、审批较为简便等等。因此对于企业来讲，到境外发债仍会是今后最主要的融资方式之一。

尽管中国企业在境外发债成本低于国内的融资成本，但与发达国家企业发债相比较而言，仍必须承担更多的收益支付。这在一定程度上影响了我国企业在“一带一路”国家基础设施建设市场上与发达国家企业之间的竞争力。另外，由于我国的外汇管制政策，企业在境外的融资在境内结汇困难，相当于增加了境外融资的成本。而另一方面，有些企业将国外的融资通过各种途径拿到国内高息转贷。这些问题都需要国内进一步资本开放及监管政策。

二、中国企业在“一带一路”国家投融资存在的问题

“一带一路”基础设施建设投资相对庞大，项目建设实施周期长，而投资



回报所需的时间甚至更长。项目的开发、审批、准备、评估、实施、管理、运行和维护还涉及其它复杂情况，使其融资面临着更多困难。

部分“一带一路”沿线国家信用评级较低导致项目融资困难。据中国出口信用保险公司发布的 2016 年《国家风险分析报告》和《全球投资风险分析报告》中从政治、经济、商业环境和法律 4 个风险角度对 62 个国家进行综合分析，“一带一路”国家中评级为 1 级的国家只有新加坡，而国家风险水平较高的是柬埔寨、叙利亚、阿富汗等 28 个国家。⁽¹¹⁶⁾ 整体来看，“一带一路”国家评级中的区域绝对风险水平处于相对高位。

目前，中国企业在非洲和亚洲等地区的基础设施项目采用的融资方式多为卖方信贷和买方信贷，通过国内银行办理贷款。但无论是东道国国家主权担保还是东道国企业自身，资质评级一般都较低，难以通过中国出口信用保险及国内外银行的资质审核。中国企业倾向于利用中国进出口银行的优惠贷款，或是与优惠贷款利息接近的商业贷款，而中国有关金融机构只基于商业原则为项目提供融资支持，这两种贷款的获取难度都很大。有些需要开发商投资建设的独立项目，相关国家并不提供主权担保，为融资带来很大困难。

“一带一路”沿线很多国家已经开始向资金导向型转变，期望以 PPP、BOT 或 IPP 模式来推动本国和区域涉及多国的大型基础设施项目建设运营管理。但是我国企业在海外的投资却很少用 PPP 融资模式，主要原因有以下几方面：1. “一带一路”沿线发展中国家大部分为欠发达的国家和地区，各国经济发展状况差异巨大，大部分国家资金需求大，但其能源开发、基础设施建设和交通建设长期受到政府财力短缺的不利影响，导致其境内基础设施项目融资规模大、期限长、风险高、还款能力不稳定，短期回报率通常达不到私人资本的盈利要求。

⁽¹¹⁶⁾ 数据来自中国出口信用保险公司官方网站
<http://www.sinosure.com.cn/sinosure/xwzx/xbdt/170853.html>
访问时间：2016 年 9 月 28 日。



2. “一带一路”沿线国家的商业和投资环境、资金安全以及政治风险因素的不确定性较大，使得逐利特征明显的私人资本对投资基础设施望而却步。3. PPP模式中无追索权的项目融资已几乎已不存在，金融机构基本上都要求企业提供额外的担保。4. 我国企业在海外大多只承包项目的建设，对于项目的运营，由于成本高、本地化管理不便等因素，会导致运营风险大增，我国企业涉及较少。5. 跨境基础设施融资市场不完善，例如“一带一路”跨境基础设施融资以政府和国际组织为主，还没有开发出适合私人资本参与的投资产品和项目。

由此可见，为了动员更多的私人部门的资金，积极推进PPP模式，增强基础设施项目对投资者的吸引力，必须实现更大的模式创新和安全保障。



第二节 亚投行及丝路基金参与“一带一路”项目的法律问题

一、亚投行的法律地位和投融资模式

亚洲基础设施投资银行（简称“亚投行”），成立于 2015 年 12 月 25 日，现有成员国 57 个，是世界上首个由中国倡议设立的多边金融机构。亚投行的宗旨在于支持亚洲基础设施建设，促进区域互联互通和经济合作。亚投行可以借助中国强劲的经济实力，通过基础设施投资，促进亚洲区域内的经济、货币、金融合作。同时，中国可以运用高额的外汇储备对亚洲基础设施投资，改变中国长期以来被动购买美国国债这一近乎唯一的储备资产的管理方式，提高中国外汇储备的利用率，减少人民币对美元的依赖，增加人民币在国际货币体系中的主导权，推动人民币区域化、国际化进程。^[117] 亚投行创始成员的募集不限于亚洲区域内部，其合作开放的态度吸引了来自五大洲的 57 个国家，这也充分体现了亚投行作为国际组织的多边性。亚投行将采用股份制银行的治理模式，具有作为金融机构商业性的一面。由此可见，亚投行具备多边开发银行的法律性质，应属于由新兴国家倡导的政府间区域性多边开发银行。^[118]

目前亚投行已投资七个项目，项目东道国涉及哈萨克斯坦、巴基斯坦等六个亚洲国家，项目涉及交通、水电和城市改造领域。其中有五个项目是亚投行联合和其他国际金融机构共同提供贷款的。在与其他比较成熟的国际金融机构

^[117] 王达：“亚投行的中国考量和世界意义”，载于《东北亚论坛》，2015 年第 3 期。

^[118] 左海聪，安文靖：“多边开发银行的决策机制——兼论对亚洲基础设施投资银行的启示”，《中国高校社会科学》，2015 年第 4 期。



合作时，都由该机构作牵头行，适用该机构的环境政策标准。¹¹⁹

从目前的项目看，亚投行的主要投融资方式是与世界银行、亚洲开发银行、欧洲复兴开发银行等成熟的国际金融组织合作，组成银团，共同为项目提供贷款资金。此类贷款均为国家主权担保的贷款，即借款方通常是项目所在国或者所在国的国有企业，以国家的名义借款。这种方式也是世界银行（这里指国际复兴开发银行和国际开发协会）为发展中国家提供贷款的主要方式。¹²⁰

二、丝路基金的法律地位和投融资模式

丝路基金于 2014 年 12 月 29 日在北京成立。依照《中华人民共和国公司法》，丝路基金是由梧桐树投资平台有限责任公司、国开金融有限责任公司、中国进出口银行以及赛里斯投资有限责任公司共同出资成立的有限责任公司。丝路基金的股东都是我国国有顶尖的金融机构。从丝路基金的股东背景可以看出，丝路基金是由外汇储备、中国投资有限责任公司、中国进出口银行和国家开发银行共同出资成立的一家国籍为中国的金融机构。丝路基金是按照公司法设立的中长期开发投资基金，不是多边开发机构。

丝路基金的经营运作具有商业性。丝路基金的设立是为了服务于国家“一带一路”的政策，为“一带一路”沿线国家的基础设施、资源开发、产业和金融合作等与互联互通有关项目提供投融资支持。但是，丝路基金不是援助性或者捐助性的资金，是外汇为主的对外投资基金，比一般私募基金投资期限更长，实现中长期合理的投资回报，维护好股东权益，做到政策性与市场化运作的有效统一。

¹¹⁹ 数据及内容来自亚投行官方网站 <http://euweb.aiib.org/html/PROJECTS/>，访问时间 2016 年 9 月 10 日。

¹²⁰ 世界银行提供的“硬贷款”和“软贷款”都是主权担保贷款。



丝路基金的经营范围与世界银行旗下的国际金融公司类似，主要有三类：

1. 以股权投资为主，可进行债权、基金贷款等投资；2. 与国际开发机构、金融机构等发起设立共同投资基金；3. 进行资产受托管理和对外委托投资。丝路基金通过以中长期股权投资为主的多种投融资的方式，投资于基础设施、能源开发、产业合作和金融合作。这些领域中，尤其要重点支持国内高端技术和优质产能的“走出去”，促进我国与“一带一路”沿线国家和地区实现共同发展、共同繁荣。

截至2016年8月，丝路基金已投资三个项目，分别是支持中国三峡集团在巴基斯坦等南亚国家投资建设水电站等清洁能源、支持中国化工集团并购意大利倍耐力轮胎公司、参与俄罗斯亚马尔液化天然气一体化项目的投融资。^{〔121〕} 丝路基金所采用的投融资方式通常是股权加债权的方式。其股权投资方式通常是选定一家在海外基础设施投资领域经验丰富的中国企业，丝路基金联合其他国际金融机构，三方共同出资成立一个公司，以该公司作为融资主体，同时负责基础设施建设、融资还款等，构建一个金融机构和实施主体两端连接的闭环。丝路基金的债权投资方式一般为与其他金融机构组成银团，为项目提供贷款资金的支持。

丝路基金投资卡洛特水电站，采取的就是股权加债权的投融资方式：一是投资三峡南亚公司部分股权，为项目提供股权投资。三峡南亚公司是三峡集团对巴基斯坦等南亚国家进行水电等清洁能源开发的投资运营平台，此前已在巴基斯坦投产了一个风电项目，卡洛特水电站是该公司投资的首个水电项目。三峡南亚公司的现在资本结构是：三峡集团占70%股权，IFC占15%，丝路基金占15%，目前正在洽谈的国际资本（英、美基建基金）可能会占到另外15%，最终三峡集团占55%，这种投融资模式联合了世界上最大的水电开发集团、世界上

^{〔121〕} 根据丝路基金公司官网内容统计，以已经投资的项目为准，只签署了合作备忘录的项目未计算入内。<http://www.silkroadfund.com.cn/>，访问时间：2015年9月15日。



最有影响力的国际金融组织之一、世界上独具特色的丝路基金，加上英、美资本，多强联合铸就了强大的三峡南亚公司。二是参与中国进出口银行牵头，与国家开发银行、国际金融公司组成银团，向项目提供贷款资金支持。^{〔122〕}

丝路基金是对亚投行业务的有效补充。亚投行主要提供的是以主权担保的融资，对于一些需要基础设施建设资金的“重债穷国”来说，因为主权评级低、贷款成本高，主权融资模式已难以为继，而丝路基金这种股权融资配合债权、贷款等模式的新型融资模式更为便利，作为一种新型投资模式，受到不少国家欢迎。

丝路基金与其他国际金融组织和国内机构多方合作、优势互补，展示其开放包容的姿态。“一带一路”沿线各国资源禀赋不同、经济互补性强，推进“一带一路”建设的关键是要发挥各国的比较优势、释放合作的潜力和空间。在已投资的项目中，丝路基金与其他国际金融机构合作，有效发挥了同时参与股权投资和债权投资的优势，并体现了丝路基金遵从国际金融秩序和市场规则以及开放包容、风险共担、收益共享的合作理念。

丝路基金未来的发展中，应重视发展绿色金融和投资的社会责任，遵守最佳国际准则和投资所在国的法律、政策和社会、文化习俗，支持共建绿色丝绸之路，促进沿线国家和地区实现绿色、可持续发展。

三、亚投行和丝路基金参与“一带一路”项目的法律问题

（一）环境社会标准

为了更好地支持借贷方实现环境与社会可持续发展的良好国际惯例，帮助

^{〔122〕} 王志敏：“目标：每6亿撬动100亿国际资金——中国三峡南亚投资有限公司王绍锋董事长谈资本国际化”，载于《国际工程与劳务》2015年第7期。



借贷方履行其国内、国际的环境与社会义务，世界银行、亚洲开发银行、欧洲复兴开发银行等主要的多边开发银行都有自己的一套对项目的社会与环境影响的评估标准。

2016 年 8 月，世界银行公布了新版的《环境与社会保障政策框架》。新批准的《环境与社会保障政策框架》引入了对劳工和工作条件的全面保护、非歧视性总体原则、针对道路安全、应急响应和减灾的社区健康与安全措施，以及在整个项目周期利益相关方参与的责任。新框架使世界银行的环境与社会保障政策与其他开发机构的保障政策更加和谐一致，并在透明度、非歧视性、社会包容、公众参与和问责、包括申诉机制等方面迈出了重要步伐。新框架预计将于 2018 年实施。^[123]

亚洲开发银行的《保障政策声明》，主要包括三部分内容，环境、原住民和非自愿移民。

商业银行的赤道原则也是对融资项目环境与社会等因素的评价标准。2003 年，多家世界知名商业银行在国际金融公司保障政策的基础之上创建的一套项目融资中有关环境与社会风险的指南，这个指南后来就形成了赤道原则。赤道原则是项目融资中旨在判断、评估和管理环境与社会风险的金融行业标准。赤道原则倡导金融机构对于项目融资中可能出现的环境和社会问题要尽到审慎性核查义务，金融机构只能为那些能够证明项目在执行过程中对社会和环境负责的融资申请人提供融资。

目前，由于亚投行成立不久，其环境与社会政策标准还未出台，亚投行已参与的项目，都适用与其合作的其他国际金融机构的标准。这些环境与社会标准代表了较高的要求，是良好的国际法惯例。亚投行应学习和借鉴这些政策，在未来制定具有中国特色的高标准的环境和社会政策。

^[123] 参见世界银行官方网站，<http://www.worldbank.org.cn/>，访问时间 2016 年 9 月 5 日。



（二）决策机制

亚投行的成立获得了众多国家的支持，但同时也有来自美国等国家的质疑之声，这主要是其中除了政治博弈之外，主要是担心亚投行的内部治理是否高效、透明、高标准，决策机制设计是否科学合理等等。多边开发银行中决策机制设计的优劣至关重要，决策机构成员比例的构成、决策事项多数通过的比例、决策程序的透明度等诸如此类的具体问题如果缺乏良好的制度支撑，最终的决策结果可能会偏离多边开发银行原本所要体现的宗旨，造成严重的不良影响。

多边投资机构的决策机制主要成员国份额的确定、决策主体和机构、投票权的分配和设置的问题。亚投行各成员国的股份根据其GDP、成员性质（创始成员国和加入；区域内成员国和区域外成员国）、出资等多种因素综合考量而设定。根据《亚洲基础设施协定》，亚投行的决策主体是全体成员国，决策机构是理事会，每个成员国在理事会都有其代表。亚投行每个成员的总投票权由股份投票权、基本投票权以及创始成员享有的创始成员投票权组成。每个成员国的股份投票权等于其持有的亚投行股份数，基本投票权占总投票权的12%，由全体成员（包括创始成员和今后加入的普通成员）平均分配，每个创始成员同时拥有600票创始成员投票权，基本投票权和创始成员投票权占总投票权的比重约为15%。按现有各创始成员的认缴股本计算。理事会进行投票时，每名理事有权行使其所代表成员的投票权。除另有明确规定，理事会通过分为简单多数、超级多数投票通过和特别多数投票通过。通常，除了董事的选出、行长的选定等协定中特别规定的事项外，理事会讨论的所有事项均应由所投投票权的简单多数决定。

（三）问责制度

国际组织历来主张将自己的义务局限于组织章程和它们正式加入的条约之



内。因此，它被认为仅需对成员国负责，而成员国也只能通过正式的组织管理机制来维护国家利益。在缺少与国际组织明示关系（如成员国关系或合同关系）或者组织同意的前提下，私人无权向国际组织问责，他们只能请求成员国政府代为表达意见，进而影响国际组织政策的制定、执行以及寻求救济。

⁽¹²⁴⁾ 多边开发银行也是如此。从上世纪80年代开始，NGO在美国产生并且开始关注世界银行在巴西、印尼等国项目的受害者。迫于种种压力，总部在美国的世界银行最早设立问责机制——检查专家组（Inspection Panel, WBIP）

⁽¹²⁵⁾。随后，美洲开发银行设立了独立观察机制，亚洲开发银行也设立了问责机制，到目前为，世界上主要的多边开发银行都有自己的问责机制。

多边开发银行的问责机制通常分为内部机制和外部机制。内部机制负责确保所有银行的内部行为，如调查在银行内的腐败，欺诈活动，或指控工作人员不当行为。外部机制则允许股东之外的利益相关者对于违反亚行政政策和程序的银行项目进行申诉。⁽¹²⁶⁾

亚投行目前还未设立问责机制。随着亚投行业务的开展，问责机制的建立也是当前亚投行的主要重要任务。综合其他多边开发银行的经验，亚投行应当建立内部和外部相结合的责任机制。内部机制负责银行内部的腐败、欺诈等行为，并针对银行工作人员进行内部的检察与监督。内部机制可以借鉴亚开行和非洲开发银行，设立独立于其他部门的专门部门负责，该部门对理事会负责，监督范围从行长到一般工作人员。外部责任机制应以审查贷款项目是否符合环境与社会政策，以及贷款程序为目的。银行应当建立一个专门的外部问责机制，利益的相关者可以向银行提起申诉，银行则可以对申诉进行调查。最终的

⁽¹²⁴⁾ 张晓静：“国际金融机构的公众问责制”，载于《法学家》2014年第1期。

⁽¹²⁵⁾ Richard E. Bissell and Suresh Nanwani, Multilateral Development Bank Accountability Mechanism: Development and Challenges. volume 6, issue1-2, 2009

⁽¹²⁶⁾ 李娟：“国际金融组织检察机制及其对我国西部地区的影响——以世界银行和亚洲开发银行为例”，《苏州大学学报》（哲学社会科学版），2010年第4期。



解决程序可以采取调解的方式让贷款者与“利益相关者”之间更好的达成妥协，但应尽可能在程序和期限设置上避免缺陷。

亚投行在未来内部治理制度的创设过程中应充分汲取世行、亚开行等成熟国际金融机构几十年的运作经验，但他们的经验并不是最佳国际实践，各国际金融机构都在发展中进行改革，亚投行应该抓住创设初期这一规则设置的最佳时期，把握机遇，深化“一带一路”政策，对亚洲基础设施的建设提供更好的投融资服务。



第三节 “一带一路”背景下多元化投融资国际合作机制的构建

在当前的国际投融资形势和亚洲基础设施建设的背景下，单从企业角度扩大融资途径或者国内投融资机制的改革，是不足以应对亚洲基础设施建设的巨大资金缺口的，只有构建多元化投融资国际合作机制，才可以从根本上解决亚洲基础设施建设的投融资问题，并且对我国投融资机制的改革、企业对国内和国际的融资机制的充分利用等都具有重要意义。具体而言，可以考虑从以下几方面构建。

一、加快国内融资体制改革，为“一带一路”建设提供更完善的金融支持

国内各种类型的金融机构通过优化自身信贷结构，创新信贷产品和投融资模式，提供股权融资、质押贷款、进出口信贷等业务品种，支持企业境外并购、产能转移和劳务输出。发挥好对外投资基金作用，支持企业对“一带一路”沿线国家投资。鼓励保险、社保、企业年金等合格境内机构投资者，通过扩大合格境内机构投资者(QDI)额度和范围、改善外汇管理等方式参与投资。

二、企业应探索和尝试多种融资渠道，充分发挥PPP等项目融资模式

作为项目融资的主要模式的PPP模式正是一个亟应结合“一带一路”战略而充分发挥其用武之地的新机制。PPP模式的优势的发挥，离不开企业、金融机构以及东道国政府的配合与协调。首先，企业应积极探索和尝试贷款以外的其他



融资方式，如项目融资、融资租赁贷款、债券融资等，尽可能降低融资成本，解决融资难的问题。其次，国家开发银行等金融开发机构应该针对亚洲基础设施建设的特点，设计一些融资项目，能更多的吸引私人资本进入基础设施建设领域。第三，企业应与东道国政府充分沟通，充分考虑项目的本地化需求，尽量减少项目建成后的运营成本。

三、发挥新兴多边开发金融机构的作用，完善区域内多边金融合作机制

近年来，区域内先后设立了金砖国家开发银行、亚洲基础设施投资银行、丝路基金，以及上合组织银行联合体、中国—东盟银行联合体，金砖国家银行合作机制等双多边金融机构和合作机制。要在此基础上不断加强区域投融资合作，放大资金引领作用，促进区域基础设施建设和互联互通，为深化“一带一路”金融合作创造有利条件。充分发挥亚投行、金砖银行、丝路基金等新兴多边开发金融机构的融资作用，弥补传统的国际金融机构在亚洲基础设施建设中资金投入不足的问题。

亚投行和丝路基金的运营旨在与现有的多边开发机构展开合作，共同解决亚洲庞大的基础设施建设中的资金需求。亚投行秉着精简、廉洁和环保的运行理念，以包容性和开放性为特征，体现了其作为一个新兴国际金融机构的多元化导向，不仅向亚洲区域以及全球范围内的发展中国家和发达国家敞开大门，共同寻求促进亚洲基础设施发展的途径以及区域之间的连接，而且也是“一带一路”重大战略的关键环节。当前，“一带一路”建设已凝聚起沿线各国和地区的合作共识，展现出互利共赢的发展前景，进入到务实推动阶段。“一带一路”建设市场广阔，需要区域内众多主权开发性金融机构，亚投行、金砖银行等新型多边开发性金融机构，以及世行、亚行等老牌开发性金融机构加强合



作，发挥各自优势，共同推动区域经济社会发展和一体化进程。

四、建立中国海外投融资全球风险预测机制

根据中信保发布的2016《全球投资风险分析报告》显示：政府违约和非传统安全风险成为当前企业海外投资的主要风险。⁽¹²⁷⁾面对复杂多变的世界政治经济环境，我国企业应充分利用国际担保机制（如世界银行投资担保机构，简称MIGA）和中国的海外投资保险机制。

MIGA的投保范围既包括商业化的投资，也包括由国有背景的投资，还包括非政府机构的投资遇到的政治风险。

出口信用保险已经成为完善全球治理机制的重要组成部分，成为促进国际贸易和投资发展的必要手段。中信保积极贯彻落实国家“稳外贸、促增长”措施和“一带一路”等重大战略规划，在我国经济进入新常态、供给侧改革持续推进的背景下，中信保提供的政策性出口信用保险对支持国际产能和装备制造合作，促进对外贸易的可持续发展，服务开放型经济，助力我国经济稳增长、调结构，都具有不可替代的重要作用。目前，中国信保总体业务规模及主要险种规模均位居国际信用和投资保险人协会（伯尔尼协会）全体成员之首。⁽¹²⁸⁾

中国企业应该充分利用好国内和国际海外投资保险机制，增加跨境产业、贸易和投资合作的安全性。中信保也应该结合亚洲基础设施投资银行与丝路基金建设，投贷结合，为“一带一路”区域经济合作提供多元化的融资渠道。

目前，面对国际安全环境的不确定性，中国企业海外投融资显现出普遍的盲目性，无论是利比亚事件的重大损失，还是中信泰富西澳铁矿项目的投资障

⁽¹²⁷⁾ 数据来自中信保官网，<http://www.sinosure.com.cn/sinosure/gywm/gsjj/gsjj.html>，访问时间：2016年9月28日。

⁽¹²⁸⁾ 中信保官网，“中国信保发布2016年《国家风险分析报告》和《全球投资风险分析报告》”，<http://www.sinosure.com.cn/sinosure/xwzx/xbdt/170853.html>，访问时间：2016年9月28日。



碍，都表明海外投融资风险预测评估的现实重要性。中国企业在具体投资项目方面，应建立健全海外投融资的风险预判评估和应急机制，从市场准许、项目评审到项目履约监控等方面进行跟踪管理，积极而谨慎地推行海外投资。不断完善境外安全管理体系，将应急管理工作提前，完善事前预警和预测机制，对各类风险进行常态化监控，全面提升项目管理和整合当地资源的能力，才是避免在这样的动乱体系中遭受更大的威胁和损失的有效途径。^{〔129〕}

为此，中信保连续三年每年推出《全球投资风险报告》和《国家风险分析报告》，对重点国家和地区的政治、经济等要素的风险动态预测评估，以便中国相关企业随时进行战略性动态调整，有效规避各类风险。

五、加强“一带一路”国家金融安全监管合作

目前，共11家中资银行在“一带一路”沿线23个国家设立了55家一级分支机构。中资银行在东南亚和西亚地区设立分支机构相对集中。64个“一带一路”国家中，共有21个国家的55家商业银行在华设立了7家子行、17家分行以及41家代表处。其中，东南亚国家的银行在华业务活动较为活跃。逐渐形成了全方位、多层次的金融服务体系，为中国企业进入“一带一路”国家投融资提供更有利的支撑。

同时，银监会已与27个“一带一路”国家的金融监管当局签署了双边监管合作谅解备忘录或合作换文。^{〔130〕}未来银监会应建立有效的双边监管合作机制，扩大信息共享范围，完善跨境风险应对和危机处置制度安排。^{〔131〕}

^{〔129〕} 韩乃志，田惠敏，中国海外投融资国际安全分析——《中国市场》第32期，总第795期。

²⁹ 参见银监会网，

<http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/1D4C220A827349C78AB19BEBC50F0297.html>，访问时间：2016年9月28日

^{〔131〕} 人民网，银监会加快推动与“一带一路”沿线国家金融合作



后记

复旦大学是隶属于教育部的综合性大学，其政治学和国际关系学科关注国家治理、中国外交和全球治理等重大问题，致力于学术研究和政策研究的有机结合。本期报告聚焦“一带一路”合作中的国际法律问题，发一家之言，供国内外专家和业界人士批评指正。

本期报告由复旦大学法学院龚柏华、何力、陈力牵头负责。

《国务智库战略报告》已出报告

国务智库战略报告9 “一带一路”合作中的国际法律问题

国务智库战略报告8 中国崛起面临的国际法若干重大问题

国务智库战略报告7 中国城市治理现代化——电子治理与民众满意度

国务智库战略报告6 经世之道——探索中国大国特色经济外交

国务智库战略报告5 复旦G20报告——将发展议程融入G20整体框架

国务智库战略报告4 复旦国际秩序报告——互联世界中的自治与共治

国务智库战略报告3 复旦国家治理战略报告——常态化治理与全面深化改革

国务智库战略报告2 复旦中国国家安全战略报告——安全、发展与国际共进

国务智库战略报告1 复旦全球治理改革战略报告——增量改进



復旦大學
Fudan University



复旦国务学院
微信公众号: fdgwxy

复旦大学国际关系与公共事务学院科研与学术服务中心

地址：邯郸路220号文科楼6楼

电话：021-65642309

邮箱：rasc_sirpa@fudan.edu.cn

网址：<http://www.sirpa.fudan.edu.cn/>