



復旦大學 | 一帶一路
及全球治理研究院 系列研究報告

2018年第2期（总第9期）

“一带一路”投资的国际法律规则研究

“一带一路”国际法律研究所

复旦大学一带一路及全球治理研究院

2018年10月

“一带一路”投资的国际法律规则研究

龚柏华 何力 陈力

“一带一路”国际法律研究所

2018年10月

序

“一带一路”是中国向世界提供的公共产品。“一带一路”是“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的简称，其思想源于中国古代丝绸之路。2013年，中国国家主席习近平先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的重大倡议。

2015年，中国政府发布《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，提出以政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通的“五通”内容。政策沟通是“一带一路”建设的重要保障；设施联通是“一带一路”建设的优先领域；贸易畅通是“一带一路”建设的重点内容；资金融通是“一带一路”建设的重要支撑；民心相通是“一带一路”建设的社会根基。其中政策沟通是重中之重，政策沟通是先导，需要多层次、多元化、多领域、常态化。“一带一路”要遵循“共商、共建、共享”的“三共”原则。

2017年，国家发展和改革委员会、国家海洋局制定并发布了《“一带一路”建设海上合作设想》。“一带一路”建设海上合作以中国沿海经济带为支撑，密切与沿线国的合作，连接中国—中南半岛经济走廊，经南海向西进入印度洋，衔接中巴、孟中印缅经济走廊，共同建设中国—印度洋—非洲—地中海蓝色经济通道；经南海向南进入太平洋，共建中国—大洋洲—南太平洋蓝色经济通道；积极推动共建经北冰洋连接欧洲的蓝色经济通道。2018年1月，中国发布《中国的北极政策》白皮书，首次提出共建“冰上丝绸之路”，这又将涉及北极的相关国际法问题。

目前“一带一路”沿线国家除中国外，主要有64国：东南亚11国（印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡、泰国、文莱、越南、老挝、缅甸、柬埔寨、东帝汶）；南亚7国（尼泊尔、不丹、印度、巴基斯坦、孟加拉国、斯里兰卡、马尔代夫）；中亚6国（哈萨克斯坦、土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、塔吉克斯坦、阿富汗）；西亚18国（伊朗、伊拉克、格鲁吉亚、亚美尼亚、阿塞拜疆、土耳其、叙利亚、约旦、以色列、巴勒斯坦、沙特阿拉伯、巴林、卡塔尔、也门、阿曼、阿拉伯联合酋长国、科威特、黎巴嫩）；中东欧16国（阿尔巴尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、保加利亚、克罗地亚、捷克、爱沙尼亚、匈牙利、拉脱维亚、立陶宛、马其顿、黑山、罗马尼亚、波兰、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚）；独联体4国（俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰、摩尔多瓦）；蒙古、埃及。

投资“一带一路”国家属于我国对外投资的一个重要组成部分。“一带一路”国家（地区）社会制度、政治经济、法律体系、商业规则、民族特征、宗教文化各不相同，

中国企业参与“一带一路”的风险防范任务仍然艰巨。中国将按共商共建共享原则，建立“一带一路”争端解决机制和机构，依托我国现有司法、仲裁和调解机构，吸收、整合国内外法律服务资源，建立诉讼、调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，依法妥善化解“一带一路”商贸和投资争端，平等保护中外当事人合法权益，营造稳定、公平、透明的法治化营商环境。

中国共产党十九大大报告明确指出，中国要以“一带一路”建设为重点，坚持引进来和走出去并重。可见，在“走出去”中投资扮演着重要角色，如何安全、高效地走出去，这需从国际法的角度进行思考和研究。

本报告以“一带一路”投资为主线，围绕相关的国际公法、国际经济法和国际私法的“三国法”问题展开。

目 录

| | |
|-------------------------------|----|
| 序 | 1 |
| 一、“一带一路”投资的国际公法 | 4 |
| 1、“一带一路”投资国际法保障和创新 | 4 |
| 2、“一带一路”投资的“三共”原则 | 7 |
| 3、“一带一路”投资与条约法 | 9 |
| 4、“一带一路”投资与外交和领事法 | 14 |
| 二、“一带一路”投资的国际经济法 | 15 |
| 1、“一带一路”贸易畅通法律 | 15 |
| 2、“一带一路”投资与法律风险与对策 | 18 |
| 3、“一带一路”投资与国际金融法 | 22 |
| 4、“一带一路”工业园与国际税法 | 26 |
| 三、“一带一路”投资的国际私法 | 30 |
| 1、“一带一路”投资与国际条约及国际惯例的适用 | 30 |
| 2、审理涉“一带一路”沿线国家商事争议适用法律 | 30 |
| 3、“一带一路”投资与司法保障 | 33 |
| 4、“一带一路”投资与司法协助 | 41 |
| 5、“一带一路”投资与国际争端解决 | 45 |

一、“一带一路”投资的国际公法

1. “一带一路”投资国际法保障和创新

(1) “一带一路”投资需要国际法保障

“一带一路”投资需要国际合作的法制保障。只有国家之间规定有明确的国际法权利和义务，才能保证“一带一路”投资的稳定性、安全性。一国不遵守国际法义务将引起国际不法行为的国际责任承担。

“一带一路”投资目前还处于倡议阶段，投资项目刚开始。相关国家现阶段主要利用既存国际法准则来维护投资的顺利进行。随着“一带一路”投资合作的深入，或将出现“一带一路”沿线地域性的国际组织或松散的国际会议机制，则当代国际法中国际组织法的规则也应得到运用。

随着“一带一路”投资合作的深入，其合作模式将从主要为外交和政治互信模式转化到国际法约束的规则合作模式。国际法各领域的法律制度如国际条约法、国际组织法、国际经济法、国际环境法也将介入“一带一路”投资合作。

“一带一路”投资需要在现有国际法规则下进行，依赖公认的国际法理论支撑。例如，“条约必须遵守”这一国际法基本原则对“一带一路”投资顺利进行起到至关重要的保障作用。又如，“一带一路”强调国际合作，但国际合作是否为一项国际法基本原则？目前中国学者一般认为国际合作原则已经是一项国际法基本原则，^①其主要依据是1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》。

国家在推进“一带一路”投资时要在《联合国宪章》宗旨和原则下进行，遵守主权平等、禁止使用武力和不干涉内政等原则。例如亚投行等区域国际金融机构在涉及“一带一路”投资贷款时，如何在正确处理尊重主权与保护人权的国际法准则下拟订贷款标准将是国际法具体应用的考验。

“一带一路”投资合作的结果将会改变区域乃至国际合作的治理格局，需要重构现存调整国与国之间关系的国际法。“一带一路”投资需要对现行国际法原则、规则做合理解释及适用，甚至修改和完善。“一带一路”投资引发的国际法变革将是系统性的，将包括国际法的制定、解释、适用、评价、修改、重订等环节。

“一带一路”海上丝绸之路投资将涉及国际海洋法相关制度。如何正确把握公海航行自由、专属经济区的资源开发、毗连区的执法权限、领海的无害通过，这都会影响到海上丝绸之路投资合作的开展。

国际公法意义上的国际经济法内容，如世界贸易组织（WTO）下多边贸易体制、国

^① 《国际公法学》编写组：《国际公法学》（马克思主义理论研究和建设工程重点教材），高等教育出版社，2016年10月。

际货币基金组织关于资本项目兑换自由的要求、世界银行下设的投资者与东道国之间的投资争端解决机制，都将对“一带一路”投资带来直接的影响。

“一带一路”投资还涉及投资者个人的出入境便利和海外人身安全保障等人权问题，这又需要国际法上相关制度给予保障。例如，我们需要探讨促进海外投资侨民保护的国际法合作问题，包括派驻海外保护投资者武装保安制度。

（2）“一带一路”投资需要创新国际法理论

“一带一路”是中国在新时代根据国际国内形势的新发展、新变化提出的重大倡议，已得到世界上不少国家或国际组织的响应，逐渐从理念转化为规则、从愿景转变为现实。

“一带一路”倡议实际上是促进全球治理体系变革、倡导构建人类命运共同体的重要步骤，人类命运共同体理念是对国际法理论的发展。

中国政府在关注自身发展的同时也为攸关人类共同命运的问题提出了理论思考和全球治理路径。2013年3月24日，国家主席习近平在莫斯科国际关系学院发表演讲，首次在国际上阐述了“人类命运共同体”思想。^①2015年9月，中国国家主席习近平在联合国成立七十周年系列峰会上的发言，全面阐述了构建人类命运共同体的主要内涵，即要“建立平等相待、互商互谅的伙伴关系，营造公道正义、共建共享的安全格局，谋求开放创新、包容互惠的发展前景，促进和而不同、兼收并蓄的文明交流，构筑尊崇自然、绿色发展的生态体系”。^②这是中国领导人第一次在联合国舞台上系统阐述中国人对“人类命运共同体”的理解，这标志着中国实现了从构建国际政治经济新秩序到打造“人类命运共同体”的全球治理的转变。之后即2017年年初，习近平主席在瑞士达沃斯和日内瓦两地相继发表两场演讲，重申了要共同构建人类命运共同体，实现共赢共享。^③2017年10月，习近平总书记在中国共产党第十九次全国代表大会上所做报告中阐述了“坚持和平发展道路，推动构建人类命运共同体”的思想^④。2017年11月2日，第七十二届联合国大会裁军与国际安全委员会会议通过的“防止外空军备竞赛进一步切实措施”和“不首先在外空放置武器”两份决议，载入了中国提出的构建人类命运共同体理念。构建人类命运共同体理念与联合国宪章的宗旨、与联合国共同安全的和平理念高度契合，给充满不确定的世界指明了方向，提供了中国方案，符合国际社会的共同利益。

构建人类命运共同体思想中包含着政治、安全、经济、文化、生态等方面的含义，

^① 张永良：《共赢共享的中国方案：坚持推动构建人类命运共同体》，《求是网》，2017年11月22日，http://www.qstheory.cn/laigao/2017-11/22/c_1121996732.htm（2017年11月25日访问）。

^② 习近平：《谋共同永续发展做合作共赢伙伴》，2015年9月26日，<http://www.chinanews.com/gn/2015/09-27/7546460.shtml>（2017年11月25日访问）。

^③ Work Together to Build a Community of Shared Future for Mankind, Speech by H.E. Xi Jinping President of the People's Republic of China At the United Nations Office at Geneva. Geneva, 18 January 2017, http://news.xinhuanet.com/english/2017-01/19/c_135994707.htm（2017年11月25日访问）。

^④ 习近平《决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利，在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，2017年10月18日。

最终都应以国际法治的形式体现。“人类命运共同体”（a community of shared future for mankind）中的“人类”一词，强调的不是人作为个体的存在，而是人作为一种“类群”的存在，这种人的类群构成了国家或国际社会的集合体。这儿的“人类”应是个立体的概念，既包括当代人，也包括后代人。人类共同体的“命运”是对人类生存和谐的整体性的关注。人类命运共同体关注的是国际社会的整体利益、全人类的共同未来的“命运”。人类命运共同体命运需要人类进行更紧密的国际合作与协调来维系，这要求各自独立的主权国家要从传统的相互竞争思维转变到现代的相互依存理念中来，从历史传统的唯我追求发展模式到当今共同合作追求共同利益的境界。人类命运共同体概念要超越传统的国际社会的概念。

人类命运共同体思想本质上与当代国际法所倡导的全人类共同利益、全球治理等理念在价值取向上是一致的。《联合国宪章》第一条第三项规定，要“促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”。^①作为最重要的国际法文件的《联合国宪章》特别强调了“人类福利性质”和“全体人类”，实际上就是将整个人类视为一个不可分割的整体。人类命运共同体意识还体现在国际法各领域的一系列国际公约和国际法文件之中，“全球公域”“人类共同关切事项”“世界遗产”“人类共同继承财产”等概念，就是人类命运共同体在国际法上的具体制度方面的表述。比如说，在国际海洋法中就存在“人类共同继承财产”的概念。1982年《联合国海洋法公约》将国际海底区域界定为“人类共同遗产”，而不是简单的各国共同财产，这意味着强调人类的整体利益。这些规定的主要目的在于防止单个国家或个人对某些资源的占有权，但允许这些资源在特定情况下，并在考虑环境保护代价的前提下，为了全人类利益加以开发利用。又比如说，在国际空间法中也有“全人类共同财产”的概念。1967年联合国大会通过了《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》（简称《外层空间条约》），其序言中提出：“确认为和平目的发展探索和利用外层空间，是全人类的共同利益。”1979年《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》（简称《月球公约》）重申了《外层空间条约》有关规定，并在其第十一条宣告“月球及其自然资源均为全体人类的共同财产”“月球不得由国家依据主权要求，通过利用和占领，或以其他任何方式据为己有”。再如1959年的《南极条约》强调了为“全人类利益的和平利用”。该条约规定：“承认为了全人类的利益，南极应永远专为和平目的而使用，不应成为国际纷争的场所和对象；认识到在国际合作下对南极的科学调查，为科学知识作出了重大贡献；确信建立坚实的基础，以便按照国际地球物理年期间的实践，在南极科学调查自由的基础上继续和发展国际合作，符合科学和全人类进步的利益。”

^① 联合国官网 <http://www.un.org/zh/sections/un-charter/chapter-i/index.html>。

人类命运共同体原则是对传统国际法中国家主权原则的继承和发展。依照人类命运共同体原则，各国负有维护人类共同利益、相互合作的国际义务，这改变了往昔国际关系中出现的“自利”国际行为模式。当然，人类命运共同体原则作为全球治理的一个新的理念，还需要用更具体的国际法律制度、规则来细化，更多地用国际条约的形式来确认人类共同命运具体事项的处理。

具体到“一带一路”倡议而言，“一带一路”倡议下建设主体不同于有明确成员的国际组织或国际机构，而是由多国成员组成的动态共同体。“一带一路”倡议下的区域治理是全球治理的一部分，与其他一些全球治理的机制（如 G20、APEC）起到并行互补的功用。“一带一路”倡议下的命运共同体理念要求沿线国家加强国家层面的政策协调和对接，各国政府要秉持和而不同、求同存异的理念，共同促进优势互补、合作互惠、发展互鉴的格局；要兼顾自身利益和他方利益，减少政策负面外溢效应。

以建设“一带一路”倡议下国际投资规则共建为例，目前“一带一路”倡议下有关投资保护和争端解决的国际法律规则不够明显，仍然是以外交倡议为主。如果要有效应对“一带一路”倡议下面对的投资风险和挑战，一个重要环节就是要立足“一带一路”沿线各国现实情况，逐步将相关投资政策问题规则化，利用国际规则的正式性、稳定性和可预测性来克服政治和外交决策中的不确定性，从而使“一带一路”投资合作走上法治化轨道，在相对稳定的国际投资规则框架下实现共同发展和互利共赢。“一带一路”沿线国家法律环境复杂，构建国际投资规则的道路注定是一个较长期的过程。“一带一路”国际投资规则建设需要考虑目前的发展实际，不宜整体推进，不能一下子按最高标准构建。因此，探索“一带一路”倡议下国际投资规则构建可采取先试先行的模式，从局部开始，选择合适的对象国，尝试建设国际投资规则示范区。就国际投资规则内容而言，不妨先从国际“软法”切入，相比起硬法，“软法”对接更容易达成一致。软法形式相对广泛和灵活，可包括谅解备忘录、倡议、国际标准和行动计划等。如“一带一路”倡议下国际投资规则可先行推动国际投资便利化的协同纲领、跨国企业投资的社会责任倡议。在初期可以充分利用现有的国际争端解决机制，包括世界贸易组织（WTO）争端解决机制，或依托亚洲投资银行建立“一带一路”国际投资争端解决机制。在条件成熟的时候，可以设计建立专门的“一带一路”投资争端解决中心。在这种多边制度中，各参与国按照自己承诺的统一规则行事，承担义务并享有权利，从而提高“一带一路”倡议的稳定性与法治化水平，为人类命运共同体提供国际法治的保驾护航。

2. “一带一路”投资的“三共”原则

2015年中国政府发布《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，指出“一带一路”建设要坚持共商共建共享原则。2017 年国家发展和改革委员会

会、国家海洋局制定并发布了《“一带一路”建设海上合作设想》，再次强调“共商共建，利益共享”。从国际法的角度分析，共商共建共享应该有以下含义。

（1）共商

共商就是在形成国际法规则的过程中各国应互相尊重主权，以协商谈判的方式进行，而不能以胁迫等违反尊重国家主权的方式进行。

共商倡导的是各国在国际治理过程中的民主化，即强调国家不分大小、强弱、贫富一律平等，在机制和制度设计中要让发展中国家特别是最不发达国家在国际治理论坛和事务中有其代表性和发言权。共商原则体现了包容性共存思想，强调包容互鉴。

共商原则要求中国在倡导和引领“一带一路”投资国际规则制定过程中应通过与沿线国家或相关国家之间的磋商来构建“一带一路”国际或区域性规则，中国要尊重并倾听各方意见和建议，真正将“一带一路”倡议做成人类共同体的共同事业。在共商这一过程中，中国要深入探寻和理解“一带一路”沿线国家各自真正需要什么，而不能主观想象或替代他们决定需要什么。“一带一路”沿线国家间如果发生了国际经贸类争端，彼此也可参考世界贸易组织（WTO）争端解决机制的磋商程序，即在争议进入争端解决机制前将磋商规定为法定的前置程序，从而在最大程度上通过磋商来妥善解决纷争。

从各国的国际法律实践角度看，沟通协商（外交谈判）是化解纷争分歧的有效之策，平和磋商是解决冲突的根本之道。

（2）共建

共建就是各国要积极主动开展相互合作并共同承担责任来构建国际法规则。对中国而言，就是在“一带一路”倡议建设中要继续发挥负责任大国的作用，积极参与全球治理体系改革和建设，不断贡献中国智慧和力量。

中国应该注重“一带一路”共建的市场运作思维，特别是在基础设施投资项目中应优先采取“共同投资、共享利润、共担风险”的共建模式，从而达到规避、分担风险的功效。“一带一路”国家社会制度、政治经济、法律体系、商业规则、民族特征、宗教文化各不相同，中国政府或企业参与“一带一路”投资风险防范任务仍然艰巨。“一带一路”投资的主要风险有政治安全风险、经济波动风险和法律不确定风险。识别、规避、转移风险，是中国政府或企业从事“一带一路”投资活动必须重视的。

从国际法规则构建的角度看，中国要按共建原则让“一带一路”更多国家或相关国际机构共同参与建设和规则构建。

随着“一带一路”建设的深化，“一带一路”的法治保障问题会日益突出，还会面临不少挑战。以国际投资领域为例，中国至少在以下领域仍然有待完善共建：第一，如何与“一带一路”沿线国家发展战略达成“共识”。这需要与“一带一路”有关国家增进战略互信、发展共识，寻求彼此合作的最大公分母，从而将“一带一路”倡议建设成

为你中有我、我中有你的共同事业。共建“一带一路”倡议的途径应以目标协调、政策沟通为主，不应该刻意去追求一致性，而应是多元开放的合作进程；另一方面，中国可与“一带一路”沿线国家一道探讨共同制定时间表、路线图，积极对接“一带一路”沿线国家发展和区域合作规划。这些就会涉及国际法义务在国内法中如何转化和落实问题。第二，如何形成“互联互通”的经济共同体及更高层次的人类命运共同体。中国目前设计了以“六廊六路多国多港”为主体的框架，^①中国想大力推动互联互通和产业合作，拓展金融合作空间，但问题是这一单方面框架如何形成切实可行的国际经贸网络仍然需要众多国际法律规则作为保障。第三，如何真正提高投资自由化便利化水平。这就需要与“一带一路”相关国家商谈投资保护协定，全面加强海关、检验检疫、运输物流、电子商务等领域合作。

(3) 共享

共享就是各国共同分享“一带一路”倡议建设成果，在国际治理过程中实现互利共赢。目前世界范围出现的逆全球化现象的一个重要原因就是全球发展成果没有惠及全民，出现了赢者通吃的问题。共享追求的是共赢，倡导的是双赢、多赢、共赢的新理念，摒弃你输我赢、赢者通吃的旧思维。

就“一带一路”倡议而言，共享的具体表现就是“政策沟通，设施联通，贸易畅通，资金融通，民心相通”。概括地说就是互联互通，这已经成为有别于传统全球化、地区一体化的新时代全球治理的特征。

中国已经和“一带一路”相关国家一道共同加速推进一大批互联互通项目，一个复合型的基础设施网络正在形成。“一带一路”倡议的要义就是要以中国发展为契机，让更多国家特别是欠发达国家搭上中国发展的快车，帮助他们实现发展目标。中国要在发展自身利益的同时，更多地考虑和照顾其他国家的利益。中国今天的发展水平得益于国际社会、得益于全球化，中国也要为国际社会发展做出贡献、为全球化的理念作出更多的贡献。共享原则要求中国继续奉行互利共赢的开放战略，将自身发展机遇与“一带一路”沿线国家甚至世界各国分享，让相关国家搭乘中国发展的“顺风车”。

当然，目前的“一带一路”倡议的共享还是个中长期的美好愿景，它的实现需要国际法律体系、秩序、规则等方面的落实保障。

3. “一带一路”投资与条约法

(1) “一带一路”投资中的条约问题

目前“一带一路”倡议下有关投资保护和争端解决的国际条约规则不够明显，仍然

^① 六大经济走廊指的是中国与“一带一路”沿线国家一道规划的一个经济带，包含中蒙俄、新亚欧大陆桥、中国-中亚-西亚、中国-中南半岛、中巴、孟中印缅六大经济走廊。六路指铁路、公路、航运、航空、管道和空间综合信息网络。

是以外交倡议为主。如果要有效应对“一带一路”倡议下面对的投资风险和挑战，一个重要环节就是要立足“一带一路”沿线各国现实情况，逐步将相关投资政策问题条约化，利用国际条约的正式性、稳定性和可预测性来克服政治和外交决策中的不确定性，从而使“一带一路”投资合作走上法治化轨道，在相对稳定的国际投资条约框架下实现共同发展和互利共赢。

截至 2018 年 2 月，我国已与 71 个国家缔结司法协助条约、资产返还和分享协定、引渡条约和打击“三股势力”协定共 138 项（116 项生效）。具体如下：1. 民刑事司法协助条约 19 项（全部生效）；2. 刑事司法协助条约 41 项（35 项生效）；3. 资产返还和分享协定 1 项（尚未生效）；4. 民商事司法协助条约 20 项（18 项生效）；5. 引渡条约 50 项（37 项生效）；6. 打击“三股势力”协定 7 项（全部生效）。^①

目前中国已与 69 个国家或国际组织签署了“一带一路”合作协议，为“共建”提供了条约基础。中国已与“一带一路”沿线国家签署了 68 项司法协助条约、引渡条约和打击“三股势力”（恐怖主义、分裂主义和极端主义）条约，54 项避免双重征税协定，56 项双边投资保护协定，60 项双边民航协定，28 项双边银行监管谅解备忘录等，这些为“一带一路”倡议共建提供了国际条约法的基础。

（2）中国与“一带一路”国家签订的双边投资协定分析

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，不过有一些尚未生效，有一些有了新版 BIT，也还没有生效。

中国与东盟签署有《中国-东盟投资框架协议》为“1+N”的双边投资协定模式。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》，但还未生效。

就投资保护在中国与“一带一路”国家双边投资协定中的体现看，有以下几个特点：

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

^① http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdidsfhzty_674917/t1215630.shtml（2018 年 5 月 1 日访问）。

双边投资协定，例如，中国与越南的双边投资协定则是将国民待遇与公平公正待遇相结合规定的。^①

中国与中亚、中东欧、南亚、西亚及北非等其他“一带一路”国家签订的双边投资协定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双边投资协定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。^②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。

第二是征收及补偿。在征收方面，中国与“一带一路”国家签订的双边投资协定差别不大，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有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，对于间接征收的问题，中国与大部分“一带一路”国家签订的投资协定均未涉及，目前仅有中国与乌兹别克斯坦双边投资协定中明确规定，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。^③另有一些投资协定也限定了可裁事项，例如中国与乌兹别克斯坦双边投资协定。中国与东盟的投资框架协议中，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

^① 《中国—越南BIT》（1992）第3条。

^② 《中国—乌兹别克斯坦BIT》（2011），第4条。

^③ 《中国—塔吉克斯坦双边投资协定》（1993），第9条；《中国—吉尔吉斯斯坦双边投资协定》（1992），第8条；《中国—哈萨克斯坦双边投资协定》（1992）第9条。

年中国与俄罗斯双边投资协定^①、中国与东盟的投资框架协定等，则规定投资者选择将争端提交给国际投资争端解决中心（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，其对于是否需要先尽当地救济的态度也有所差别，例如，在中国与印度、乌兹别克斯坦的双边投资协定中，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。

就投资促进在中国与“一带一路”国家双边投资协定中的体现看，有以下特点。

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—东盟投资框架协议》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如果实行了准入前国民待遇是否会直接适用于“一带一路”沿线国以及所产生的风险，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。“一带一路”沿线国家和经济体与中国签订的双边投资协定，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。中国与沿线国签订的双边投资协定中很少有关透明度的规定。

就中国与“一带一路”国家双边投资协定存在的问题看，主要有以下几个方面：

第一，现存双边投资协定有很多不利于保护和促进投资的内容。中国与“一带一路”国家及经济体双边投资协定有 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，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

^① 《中国—俄罗斯双边投资协定》（2006），第 9 条。

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。此外，部分协定已过其原规定的有效期^①，在此情况下，任何一方有权提前一年通知对方终止该双边投资协定，这增加了投资风险与不确定性。由此可见，中国与“一带一路”国家签署的双边投资协定，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，双边投资协定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双边投资协定之外，还有《中国—东盟投资框架协议》。框架协议内容比与成员国的双边投资协定丰富许多，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、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-东盟投资框架协议》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。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”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有诸多事例。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。

（3）中国与“一带一路”国家签订的自由贸易协定评析

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相互促进、相互补充的关系。中国与“一带一路”沿线 11 个国家实施了自贸协定（FTA），包括中国和东盟自贸协定、中国和巴基斯坦自贸协定、中国和新加坡自贸协定，等等。

2002 年 11 月中国与东盟签署的《中国—东盟全面经济合作框架协议》是我国第一个自由贸易协定，协定内容只包括货物贸易、服务贸易和投资。为了使东盟国家尽早享受到自由贸易协定的好处，经过双方协商，创造性地实施了早期收获计划。早期收获计划是从 2004 年 1 月 1 日起对 588 种产品实行降税，到 2006 年将这些产品的关税降为零。2006 年 1 月 1 日，我国对东盟所有国家的早期收获产品均已实现零关税，东盟老

^①例如《中国—保加利亚双边投资协定》（1989）有效期只有 10 年，到期后自动延期，单双方均有权在提前一年通知的前提下，随时解除双边投资协定。

成员也对我国的早期收获产品给予了零关税待遇，东盟新成员可以较晚地实现早期收获产品的零关税。这种做法在以前各国自由贸易协定谈判中没有先例，是自由贸易区建设过程中的一个模式创新。

中国将与 20 个沿线国家推进自贸区建设。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。

4. “一带一路”投资与外交和领事法

对“一带一路”沿线国家的投资一方面充满着机遇，另一方面也存在着各种风险。目前，中国与“一带一路”国家大部分国家已经签有双边投资协定，但也有一部分国家没有签订。这些国家包括：东帝汶、尼泊尔、阿富汗、不丹、马尔代夫、黑山、伊拉克、巴勒斯坦。

根据国际法实践，只有在国家之间不存在条约法保护或条约不起作用时，才可以诉诸外交保护。因此，一般情况下在国际投资保护方面外交保护已没有太多的施展空间。但在投资条约体系下，国家间仲裁为投资者国提起外交保护提供了重要的路径。

国际投资外交保护行使中一个重要问题是投资者法人的国籍认定。按照国际法院在“巴塞罗那电车公司案”中的认定，主要依据成立地确定法人的国籍。但有些双边投资条约有明确约定的，从条约约定。如有的投资条约并不是以成立地，而是以住所地或者实际控制等标准来确定法人的国籍。

依据习惯国际法，在投资者母国实施外交保护前，通常要求外国投资者用尽东道国当地救济。然而这一要求在多数投资条约中并没有明确规定。国际投资争端解决中心（ICSID）公约第 27 条第 1 款规定，争端双方同意国际投资争端解决中心仲裁应视为同意排除任何其他救济方法，如果缔约国要求以用尽该国行政或司法救济作为同意国际投资争端解决中心仲裁的话，需要有明确表示，否则外国投资者可以直接将投资争议提交国际投资争端解决中心仲裁。

二、“一带一路”投资的国际经济法

1. “一带一路”贸易畅通法律

(1) “一带一路”投资的贸易环节的核心是通关便利化

① 贸易畅通与“一带一路”投资

贸易畅通，“一带一路”建设“五通”之一，就是要拆除贸易壁垒，推动贸易便利化，做大贸易规模，努力促进贸易均衡、协调、绿色可持续发展。只有贸易畅通了，“一带一路”投资才能正常进行。“一带一路”投资，首先就是基础设施建设投资。交通基础设施包括铁路、公路、机场、港口建设。能源基础设施包括油气资源的勘探和开发，以及配套的工程交通建设。电力基础设施包括火力发电厂建设、水电站建设、核电站建设，以及太阳能和风能等新能源设施的建设和开发。电信基础设施建设包括基站的设置、光纤电缆的铺设和宽带网络建设等。水利基础设施包括水利工程建设、航运及灌溉设施的建设等。很多“一带一路”沿线国家，特别是中亚、东南亚、非洲很多国家在基础设施建设方面非常落后，需要大量投资到这方面，而它们缺乏资金、技术和建设工程器械设备。资金可以通过亚投行、丝路基金等立项获得，但建设设备却需要项目承包商从其他国家搬运进来，是否能够便利通关就成为基础设施建设能否顺利展开的关键环节。

② “一带一路”投资与暂准进口（ATA）单证册制度

建筑工程承包中的工程机械设备进出口与普通货物进出口不同，它并非在进口国内使用消费掉的商品，而是在工程中使用后还要运出境返回本国，或者开赴其他国家的建筑工程现场。因此这样的工程机械设备在海关法上属于暂准进口货物，可以按照本国立法或国际条约的规定，准许暂时免纳关税及其他税费进口，并保证限期内复运出口的特定货物。在这方面的国际公约就是 1961 年《关于货物暂准进口的 ATA 报关单证册的海关公约》，简称《ATA 公约》。ATA 是法文 Admission Temporaires 和英文 Temporary Admission 的首字母复合组成^①，就是临时进口的意思，海关业界一般叫做“暂准进口”。

为了实现临时进口货物的便利通关，该公约缔约国建立了 ATA 单证册制度。临时进口人凭借由其本国授权机构签发的 ATA 单证册在进口国通关，其暂准进口的货物以“原样返回”为条件，可以免于缴纳关税及其他税款，自由进出该国国境。就像自然人出入境需要护照一样，ATA 单证册成为建筑工程机械设备的出入境护照，保证各种工程顺利进行。ATA 单证册制度最初是由发达国家倡导的，后来很多发展中国家和新兴经济体也加入其中，但仍然有很多国家，特别是“一带一路”沿线国家没有加入该公约，或者只是部分加入该公约。特别是中亚地区五国，高加索地区三国，包括印度尼西亚、菲律宾、

^① The ATA System (ATA and Istanbul Conventions), World Customs Organization, available at: http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf_ata_system_conven.aspx, 2018 年 4 月 12 日访问。

越南在内的很多东南亚国家、东非所有国家以及很多中东国家都没有实行 ATA 单证册制度。恰恰这些地带是“一带一路”基础设施建设投资重点开展的区域，因此 ATA 单证册制度不能普遍实施形成贸易畅通的障碍，对“一带一路”投资不利。

中国加入了《ATA 公约》，但只加入了附约 A 和附约 B1。中国利用其在铁路、电力、通信、建材、工程机械等行业的比较优势，今后将会采取投资、工程建设、技术合作等方式与“一带一路”沿线有关国家和地区大幅度展开合作，推进建立统一的全程运输协调机制，促进国际通关、换装、多式联运有机衔接，逐步形成兼容规范的运输规则，实现国际运输便利化。这样广泛、庞大的市场合作涉及众多技术设备、专业人员，商务洽谈中也会涉及众多商业样品（附约 B3）、专用设备（附约 B2）、与制造活动有关的货物（附约 B4）等的进出口，必须将 ATA 单证册的范围扩大适用至以上领域，这样 ATA 单证册才可能更好地服务于我国的“一带一路”倡议中的基础设施建设领域。《“一带一路”的愿景和行动》中特别提及在海关领域的合作：“改善边境口岸通关设施条件，加快边境口岸‘单一窗口’建设，降低通关成本，提升通关能力。”^①使用 ATA 单证册通关可以在很大程度上减少通关的行政支出、降低通关成本。

③ “一带一路”投资与《联合国国际公路运输公约》（TIR 公约）

1975 年《联合国国际公路运输公约》也称为《TIR 公约》，是关于国际公路货物运输通关便利化的国际公约，对于“一带一路”建设中的贸易畅通和基础设施建设工程器械设备出入境具有很大意义。该公约缔约国覆盖五大洲，其中有很多都是“一带一路”沿线国家。欧盟、俄罗斯、哈萨克斯坦、塔吉克斯坦、吉尔吉斯斯坦、巴基斯坦、蒙古、阿富汗等都是公约缔约方，欧洲经济委员会是 TIR 的管理机构，而阿根廷、巴西、越南、印度和部分东非国家也表示要申请加入。中国于 2017 年 1 月 5 日正式成为《TIR 公约》的第 70 个缔约方。该公约带来的简化海关手续会大大提高丝绸之路经济带公路运输速度，特别是对于集装箱运输的《TIR 公约》缔约方公路承运人而言，选择欧亚公路大陆桥的方式进行集装箱运输所需时间一星期左右。

该公约是国际公路货运海关通关的全球标准，其具体内容是：有管控的车辆和集装箱、国际担保链、TIR 通关证、海关监管的相互承认、海关和国际公路运输联盟（IRU）管控下的使用、电子预申报（TIR—EPD）。其主要目标是尽最大可能便利国际贸易中海关加封货物的流动和提供必要的海关控管和保障。这里的 TIR 通关证是由国际道路运输联盟发放的 TIR 通关证，海关可以在几分钟内放行。TIR 通关证既是海关通关文件，也是关税担保的证明文件。在 TIR 单证运输中一旦出现违规事件，海关无法从货物承运人取得税费时，可以通过发证国的运输（担保）协会获得赔偿。持有 TIR 通关证，可以由发

^① 国家发展与改革委员会、外交部、商务部：《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，2015 年 3 月 28 日。

运地至目的地，在海关封志下途中不受检查，不支付税收，也可不付押金。

(2) “一带一路”投资与国际铁路运输法律规则

① 国际铁路运输规则的联通与“一带一路”投资

国际铁路运输主要存在于欧亚大陆，其运输法律规则主要有两个。其一是前述的《国际货约》。公约管理机构是国际铁路货物运输政府间组织。该公约缔约国主要是西欧国家。冷战结束后进一步扩大到东欧国家和伊朗、伊拉克、叙利亚、阿尔及利亚、摩洛哥、突尼斯。其二是《国际货协》。协定管理机构是铁路合作组织（OSJD）。其成员主要是前苏联（包括俄罗斯等各个继承国家）、东欧国家和蒙古、朝鲜、越南等国。中国于1953年加入该协定。在冷战时期，两个法律规则系统各自独立，并无特别的交集。冷战结束后，东西方铁路运输打通了。但是如果铁路运输货物要跨两个规则区域运输，就必须要在交界处的边境车站重新办理发运手续，重新制作另一运输法律规则体系的货运单据，不但花费很多时间，而且为铁路通关带来很多不便。于是如何衔接两套规则便成为一个亟需解决的重要问题。

亚欧间的国际铁路运输与“一带一路”投资密切相关。首先是铁路沿线建有大量的“一带一路”产业园，是中国企业直接投资的重要模式。到2016年底，我国企业已在“一带一路”沿线20个国家建有56个经贸合作产业园区，累积投资超过180亿美元，为东道国创造超过10亿美元的税收，超过17万个就业岗位。亚欧间铁路运输成为联系这些产业园物流的主要运输手段。^①

原本属于《国际货协》成员的东欧诸国冷战后相继加入了西欧国家主导的《国际货约》，成为可同时适用两种铁路货运法律规则的国家，为两套规则对接创造了条件。两个国际铁路运输规则的管理机构——国际铁路货物运输政府间组织和铁路合作组织间就两套规则的对接问题成立了联合工作组，制定了《国际货协/国际货统一运单》。中国是国际货协的缔约国，中国发往东欧及其以东国家的货物采取国际货协的运单，而发往东欧国家以西的货物则可以采用统一运单。2010年8月，中国铁道部致函海关总署和质检总局，征求对采用统一运单的意见。在征得海关等联检部门同意后，铁道部正式宣布，自2012年1月1日起，对由中国经满洲里、二连、阿拉山口三个口岸到欧洲国家的集装箱运输统一采用《国际货约/国际货协统一运单》。亚欧大陆桥铁路直通运输单据统一成为现实，为进一步发展亚欧铁路直通（过境）运输奠定了良好的基础，为“一带一路”产业园物流和基础设施建设的器械设备运输创造了良好的国际通关条件。

② “一带一路”投资与中欧、中亚国际班列

欧亚大陆桥早在沙俄时期就有西伯利亚铁路相连，但这一大陆桥真正具有当代国际

^① 《截至2016年底中国已在“一带一路”沿线建56个产业园》，中国新闻网2017年9月2日，<http://www.cinic.org.cn/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=174&id=400687>，2018年4月12日访问。

铁路货物运输意义上的开通还是在最近这些年。2008年，北京到汉堡的集装箱示范列车开通。但这只是不定期列车，未形成规模性效应。直到2011年重庆到德国杜伊斯堡的“渝新欧”国际班列开设，亚欧国际铁路大通道（大陆桥）终于完全激活，成为“一带一路”投资的重要命脉。与“一带一路”相关的国际班列分为中欧班列和中亚班列。

中欧班列以“渝新欧”班列为首，从中国出发，分别经新疆阿拉山口、内蒙古二连浩特、黑龙江满洲里口岸出境，经哈萨克斯坦—俄罗斯、蒙古—俄罗斯以及直接经俄罗斯到达欧洲，现已开出数千列。中国出发的城市已有几十个，主要有郑州、广州、义乌、成都、苏州、哈尔滨等。抵达的欧洲城市也是数十个。中欧班列运输量极大，不但实现了中欧间贸易畅通，更重要的是它串联了沿途的“一带一路”产业园的物流，成为带动“一带一路”投资的大动脉。到2017年10月底为止，中欧班列累积开行已经超过6000列，成为亚欧大陆物流陆路运输的骨干通道。^①

中亚班列起点在中国，终点在中亚各国。国内主要开行城市有昆明、乌鲁木齐、济南、新乡等多个城市。中亚班列不但起到沟通丝绸之路经济带中亚各国的“一带一路”产业园物流，促进“一带一路”投资的作用，而且还直接对于“一带一路”基础设施建设重点区域中亚地区的建筑工程器械设备的运送具有重大意义。而且，中亚班列比起中欧班列来返程货物满载率比较高，构成了良性的双向物流模式。

中欧中亚班列的顺利开通离不开海关国际合作。如果按照传统的海关监管程序，这样的跨越多国的国际铁路货物运输凡是过境一国海关，就必须要进行海关申报和开箱查验，办理相关手续，封关放行。这样重复的海关监管花费大量时间和费用，将使得欧亚大陆桥的便捷性化为乌有。于是在中国海关的牵头下，“一带一路”沿线国际班列相关国家海关都就国际班列的通关手续和检验手续进行了充分沟通协商，最后达成了可行的协议，那就是一次申报、一次查验、一次放行原则。在运输环节实行彻底的通关一体化，即实行属地原则，装运地海关和检验部门实行一次性查验，各由经过地海关认可。沿途的海关只是配合运输。最后的通关手续是在目的地进行，运单、报关单、装箱单都到目的地海关和商检部门办理。中国海关还牵头与沿线国家建立海关联系沟通机制，定期通报重点工作，协调解决国际班列进入境出现的相关问题。

2、“一带一路”投资与法律风险与对策

（1）“一带一路”投资的法律风险和预防

“一带一路”投资地区很多都是发展中国家，一方面需要引进外来投资，特别是基础设施建设投资，另一方面政局不安定，法制不健全，对中国投资者而言往往要承受更

^① 《“一带一路”数据观 中欧班列累积开行超6000列，成为亚欧大陆物流陆路运输骨干通道》，中国一带一路网，2017年12月19日，<https://www.yidaiyilu.gov.cn/xwzx/gnxw/40149.htm>，2018年4月12日访问。

大的法律风险和政治风险。比如中亚和中东的很多国家都是国际投资的高风险地区，一般外国投资者都很有顾虑，但由于地处“一带一路”节点位置，而且这些国家与中国之间有着比较友好的关系，导致中国企业的投资也会大规模地进入这些国家。这样建立在友好关系和地缘优势上的“一带一路”投资就很容易遭受政权更替的影响。斯里兰卡科伦坡南港的港口城项目就是一个例子。该项目推进不久斯里兰卡就发生了重大政治变故。推荐该项目的原总统拉贾帕克萨竞选连任失利，而新总统西里塞纳上任后就叫停了该项目，当时给出的理由是环境保护以及账目不清等理由。由于工程项目已经开始，中国交通建设股份公司已经投入大量资金，而且根据第三方评估，由于工程搁置造成每天损失高达 38 万美元。停工损失的不断加大，恢复工程遥遥无期，中方向斯里兰卡政府提出 1.4 亿美元的索赔。经过数月的谈判，双方终于重新调整方案达成协议，签署了《科伦坡公报》。斯里兰卡撤回了先前给予中方 20 公顷土地的永久使用权，改为 99 年租赁。2016 年 3 月，斯里兰卡宣布重新启动科伦坡港口城项目，而中方放弃 1.4 亿美元的索赔。作为补偿，中方另获得土地补偿，使得占地总面积达到 110 公顷。由于这个项目风险处理成功，斯里兰卡希望进一步扩大和中国投资者的合作，请求中国公司接受南部汉班托塔机场和港口工程，并在这里建立一个自由经济特区。2017 年 7 月，招商局集团以 10 亿美元租借了汉班托塔港，为期 99 年，12 月正式接管该港口，准备建设物流转运中心和工业区，规划面积为 11.5 平方公里。^①

这类政治法律风险甚至有可能发生在发达国家。中远集团（COSCO）在 2008 年与希腊方面签署了为期 35 年的特需经营权协议，并于 2010 年 10 月 1 日接管比雷埃夫斯港第 2 号和第 3 号集装箱码头。比雷埃夫斯港是东南欧最大港口，而中远集团接管后准备投入巨额资本将该港口打造成地中海最大，增长最快的港口。2015 年初希腊大选导致了政权更替，新政府宣誓就职当天就叫停了比雷埃夫斯港的私有化计划，声称要根据希腊人民的利益重新审核同中国中远集团的交易。这导致了中远集团的计划被叫停，时间长达 1 年多。到 2016 年 3 月，事情终于得到解决，中远集团和希腊共和国发展基金签署比雷埃夫斯港口管理局股权转让协议和股东协议，中远集团收购比雷埃夫斯港 67% 的股权，获得对该港口的经营管理权，并得到希腊议会以超过三分之二多数的批准。由于取得了比雷埃夫斯港的绝对控股权，改变了以前只是获得经营权而权属不定状态，从法律上根本解决了比雷埃夫斯港的问题，杜绝了类似政权更替带来的投资风险的发生。

以上的例子是有风波但最终得到圆满解决的例子，但是并不意味着“一带一路”投资都能有这样圆满的结果。中国在“一带一路”沿线国家的投资竞标和中标参与的基础设施建设项目很多，在中东地区有土耳其伊斯坦布尔到安卡拉高铁项目，伊朗雅达瓦兰

^① 吴姬坤：《招商局拿下斯里兰卡港口 99 年经营权，打算怎么赚钱？》，观察者网 2018 年 4 月 18 日，http://www.guancha.cn/economy/2018_04_18_454149_s.shtml，2018 年 4 月 18 日访问。

油田项目，埃及有苏伊士经贸合作区，沙特阿拉伯有若干个铁路项目；在中亚有中吉（吉尔吉斯斯坦）乌（乌兹别克斯坦）铁路，中塔（塔吉克斯坦）公路，吉尔吉斯南北公路，哈萨克斯坦双西公路和光明大道计划，土库曼斯坦到新疆边境接轨中国西气东输天然气管道的能源大通道；在俄罗斯有莫斯科到喀山的高铁计划；在东盟有雅万高铁，老挝北方电力工程，马来西亚关丹工业园，印度尼西亚苏腊巴亚到马都拉的跨海大桥，中缅通道的输油管 and 输气管；中巴经济走廊包括水电站、燃煤电站、核电站、风力发电站、瓜达尔港等大量的“一带一路”工程；非洲的肯尼亚蒙巴萨到内罗毕的蒙内铁路，埃塞俄比亚的亚的斯亚贝巴到吉布提的亚吉铁路，几内亚的凯乐塔水电站，等等。这是世界史上都难得一见的全面铺开四处开花的基础设施建设工程。但我们看到，很多地方都是处于政治不安定状态之中，有的处于激进主义、恐怖主义威胁之下，还有的国家甚至有可能遭遇国际制裁，处于国际投资的高风险状态下，必须要有充分的预防机制。

间接征收风险主要发生在拉丁美洲。这里“卡尔沃主义”（Calvo Doctrine）^①传统比较深厚，在 20 世纪末新自由主义盛行时期已经显著弱化了，但在 2007 年 10 月厄瓜多尔政府颁布《第 622 号总统令》，将以往对外国石油公司从高于基准油价中获得的额外收入征税 50%提高到了 99%。这意味着外国石油公司几乎所有高于基准油价的额外收入都将归属厄瓜多尔政府。随后，几乎所有的外国石油公司都通过各种方式与厄瓜多尔政府进行协商，但厄瓜多尔政府未做出让步。中国的中石化和中石油在厄瓜多尔石油行业中有着重要利益。由于拉丁美洲国家在其积极要求下已经到“一带一路”建设范围了，这类风险就成为“一带一路”建设在拉丁美洲国家所遇到的比较常见的风险了。

如何防范这些风险？第一，必须要对发生各种法律风险的可能性有充分的认识和评估。要建立“一带一路”海外投资风险评估机制，定期发布海外投资风险报告，对不同国家和地区的各类法律风险进行分级评估，分别进行不同程度的风险管理。第二，完善“一带一路”投资合同的相关条款内容，将东道国动乱、政治变动等风险写入投资合同中的不可抗力条款，并明确援引不可抗力条款免除责任的具体要求，增强适用不可抗力条款的可预期性和稳定性。第三，积极运用海外投资保险机制。中国投资者可以在综合评估东道国动乱风险的基础上，选择向多边投资担保机构（MIGA）或中国出口信用保险公司进行投保。第四，多方位运用海外投资争端解决机制。中国投资者应考虑在投资合同中完善投资争端解决方面的规定，具体包括：适度保留投资者母国或第三国法院的司法管辖权、增加国际投资仲裁条款，以及在特殊情形下，考虑请求中国政府适度行使外交保护权。

（2）“一带一路”投资与双边投资条约的法律保障

^① 卡尔沃主义是指阿根廷 19 世纪外交家和国际法学家卡洛·卡尔沃（Carlo Calvo）提出的在一国领域内的外国人同该国国民有同等受到保护的权利，不应要求更大的保护的主张，在国际投资法领域则是指在处理国际投资争议中，坚持国内法管辖，反对滥施外交保护权的主张。

① “一带一路”投资中双边投资条约法律保障的重要性

国际投资领域缺乏世界贸易组织那样的全面的综合性国际投资协定，其结果是，在国际投资及其保护方面成为了双边投资条约充分发挥作用的舞台，“一带一路”投资也概莫能外。就国际投资关系的调整和规范而言，目前国际社会主要依靠的就是双边投资条约。在两个主权国家签订的协定中，两个主权国家根据条约必须遵守的原则让渡一部分主权并对其主权进行限制。目前世界各国已经缔结了超过 3000 部国际投资条约，其中包括 3000 部左右的专门规定投资规则的国际投资协定（BIT）和 300 余部其他有国际投资内容的国际条约（包括含投资章节的自由贸易协定（FTA）、经济伙伴关系协定和区域性协定）。

在当今国际投资保护条约体系中，双边投资条约是其中的核心，构筑起保障中国“一带一路”投资的屏障。在经济主权观念影响下，这些投资非常容易受到投资东道国的任意干预，其正当权益在各种国际投资中处于非常脆弱的状态，因此非常需要投资东道国做出国际约束，特别是国际条约法的约束。在多边投资协定机制严重缺失的今天，双边投资条约是否存在就成为“一带一路”投资能否得到有力保障的关键所在了。实践也表明，两国间只要签署有各种类型的双边投资条约的，国际投资就能够得到充分保护。

② “一带一路”投资的双边投资协定保护网络的构建

“一带一路”投资中如何运用双边投资协定保障中国投资者的权益，必须要对中国在“一带一路”投资中的定位有所明确。投资协定是以鼓励和保护外国投资为基本目的。对中国而言，以往中外投资协定关于投资待遇、征收补偿等条款主要功能是用来保护外国投资者利益的，但随着中国企业走向世界，以投资者的身份进入到“一带一路”沿线国家，这样的条款的功能就开始逐步转变为同时也能保护海外中国企业投资的功能了。总体上看，一部中外投资协定的规定如果将投资者享受的待遇渐渐提高，受保护程度逐渐加强，就越有利于中国企业在“一带一路”沿线国的投资得到保护。现在中国签订的中外投资协定超过 130 部，其中与“一带一路”丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路沿线国家有 56 部，此外还与 11 个沿线国家签署有自由贸易协定。它们构成了“一带一路”投资的双边投资协定保护网络。但是还需要进一步完善这样的网络，可以从以下几个方面努力。

第一，进一步扩大中国与丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路沿线国家的双边投资协定的覆盖面。现在这一区域中外投资协定尚未覆盖的国家还有十几个，如果把东非加上就更多了。没有签订投资协定的国家往往国际化水平也比较低，但恰恰是缺乏基础设施建设的国家，更需要来自中国的投资。所以需要加强与这些国家之间的投资协定谈判，尽早签订双边投资协定，使中国企业能够得到投资协定给予的法律保护。这才能使得中国企业放心到这些国家投资，促进基础设施建设和经济发展。2016 年 2 月中国

和伊朗签订了《中国—伊朗投资协定》就是一个重大进展。

第二，尽快实现中国与“一带一路”沿线国家投资协定的升级换代。在“一带一路”投资中，中国更多扮演着投资者的角色。已经不能简单地用以往发展中国家还是发达国家的双边投资协定类型来衡量中国的投资协定的定位和功能了。必须要更多体现出对投资者权益的保护。即使对方是“一带一路”发达国家，强化对投资者保护也符合双方利益，也是需要升级换代的。中国已经与德国、法国、比利时、芬兰、葡萄牙、西班牙、乌兹别克斯坦、韩国、尼日利亚等国完成了双边投资协定的升级，重新按照更加保护投资者利益的新型投资协定条款签订了新的双边投资协定。^①这样的升级换代还要逐步扩大到其他已经签订的中外投资协定中。

第三，在进一步的中外投资协定谈判中增加保护投资者的条款。由于中国自贸区试验已经获得很大的成功，可以全面写明国民待遇条款，并在条件成熟情况下写入准入前国民待遇条款，以利于中国企业在“一带一路”沿线国家的投资准入。公平公正待遇条款也需要普及化。对于征收和国有化条款，应该更加明确非歧视和正当程序要求，并且在补偿问题上接受“赫尔规则”，即充分、及时和有效补偿，放弃适当补偿的主张。投资争端解决条款上，现阶段强化与国际投资争端解决中心的联动，并同时促进专门的“一带一路”争端解决机制的建立。

3. “一带一路”投资与国际金融法

(1) “一带一路”投资的资金与亚投行

① “一带一路”基础设施建设的资金缺口

“一带一路”所需要的巨大资金从哪里来？由于基础设施建设比较落后的亚非国家比较贫穷，而基础设施建设工程花费巨大，动辄数亿数十亿美元，投资回收周期长，一般很难通过国际商业银行获得贷款。而国际金融机构、区域金融机构和政府间开发援助虽然原则上也可为发展中国家基础设施建设提供资金支持，但本世纪以来，世界银行、国际金融公司、亚洲开发银行、非洲开发银行等国际金融机构的贷款和政府间开发援助因为基础设施建设很难有收回投资的预期，已经很少用在基础设施建设项目上了。因此，在既有的国际金融法律框架之内是难以解决“一带一路”的基础设施建设的资金问题。即使有了资金，对于很多发展中国家来说，由于工业基础薄弱，基础设施建设所需要的技术、机械设备等也非常不足，或者完全没有能力生产，也不能启动基础设施建设。即便是发达国家如美国，曾以数万公里的州际高速公路网络和巨大的机场设施系统傲视群雄，但也因资金不足难以对这些基础设施建设进行维护和更新，导致其基础设施建现

^① 《我国对外签订双边投资协定一览表》，中华人民共和国商务部条法司官网，2016年12月12日，<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>，2018年4月12日访问。

状也并不理想。

所以，基础设施建设的资金问题已经是一个世界性难题，对很多亚非国家而言几乎是无解。因此，仅仅亚洲基础设施建设的资金需求就需要巨型的金融机构来提供巨额资金。这个金融机构必须是专门为基础设施建设提供资金，也必须是以亚洲为中心，并且必须要有雄厚的资金作为后盾。现存的全球性、区域性的金融机构是不能满足这一切的。随着中国提出“一带一路”倡议，即建立21世纪海上丝绸之路。而与此同时，中国又提出了建立亚洲基础设施投资银行的建议。亚投行建议的出现和落实，亚洲基础设施建设的问题终于出现了解决的曙光。

② “一带一路”建设与亚投行的成立

亚投行从其发起、成立到运营都是和“一带一路”建设是高度契合的，因为“一带一路”的“五通”中，基础设施建设的设施联通和提供建设资金的资金融通在亚洲基础设施投资银行这里得到完美体现。包括中国、印度、新加坡在内的21个首批意向创始国家的财政部长及授权代表于2014年10月24日在北京签约，决定成立亚投行。这是中国第一次发起建立国际金融机构，也是自国际货币基金组织（IMF）、世界银行成立以来第一次由一个发展中国家牵头发起建立这一级别层次的政府间国际银行。到2015年6月29日《亚投行协定》在北京正式签署的时候，已经有57个意向创始成员国。2015年12月25日，《亚投行协定》获得占创始成员国总股份50.1%的成员国批准，亚投行正式成立。总部设在北京，注册资本为1000亿美元。

亚投行成立后进行了数次扩容，到2017年12月成员数已经增至84个，其中包括金砖五国，西方七国集团中的五个国家，G20集团成员中的15个成员，只有美国、日本等极少数大型经济体没有加入。亚投行成员遍布五大洲，早已突破了亚洲区域界限，不但其成员构成及其出资和所占股份来源超出了亚洲国家的范围，而且其贷款等业务活动也扩大到了亚洲之外。虽然名义上是“亚洲”，但实质上已经成为一个全球性国际金融组织，在规模上仅次于世界银行集团的，超过亚洲开发银行、非洲开发银行、美洲开发银行、欧洲复兴开发银行等区域性国际金融组织。因而，亚投行短短数年的创立和发展，已经改写了战后国际金融法的历史，改变了国际金融法的基本格局。当然，如果结合“一带一路”建设的发展早已超出了当初的预期来看，亚投行进一步向全球性金融组织发展也是完全可能的。“一带一路”倡议和战略的最初设想是在欧亚大陆陆路的“一带”和欧亚非之间海路的“一路”的空间范围内展开，但现在早已突破，已经成为面向全球的全方位开放合作、互联互通的全球性工程了。这也是亚投行与“一带一路”投资具有高度关联性的证明。

所以，亚投行之所以能够取得这样的突破，“一带一路”建设创造了最好的外部环境，同时亚投行的进展也极大地推动了“一带一路”建设和投资的发展。当然，它们的

成就还是归功于中国强大的经济实力为背景，以及推进“一带一路”建设所体现的大国担当和责任所获得的软实力和吸引力。2017年，国际信用评级机构穆迪和惠誉均给予亚投行以AAA最高信用评级。

在亚投行的示范效应下，亚洲开发银行也开始将贷款项目重点向亚洲基础设施建设倾斜。亚洲开发银行由日本和美国主导，其中主要的出资国日本在2015年5月提出，日本在未来5年内（2016-2020年）将为亚洲基础设施建设提供1100亿美元资金援助，准备通过其主导的亚洲开发银行提供约530亿美元的基础设施建设资金，将亚开行的融资能力提高50%以上，并向国际协力银行和国际协力机构分别增资约200亿美元和335亿美元资金，将政府开发援助的低息日元贷款和无偿援助资金增加25%以上。同年5月，世界银行行长金墉也宣布将在3-4年内向印尼提供110亿美元的贷款，以帮助该国的基础设施建设。

（2）亚洲基础设施投资银行与“一带一路”投资的运作

①亚投行的基本规则

亚投行实行股份制银行的治理模式。组织框架由理事会、董事会和银行总部组成。理事会是最高权力机构和决策机构，由所有成员方代表组成。董事会由12名董事组成，9名为亚洲域内，3名为亚洲域外，任期两年，可连选连任，负责日常事务决策，由理事会选举产生的总裁主持。现任总裁是中国的金立群。银行总部下设银行各主要职能部门，包括综合业务部、风险管理部等，分别负责亚投行开展日常业务互动。

亚投行的股份分配和表决权是根据是否亚洲国家、国家的经济规模GDP等来确定分配的。其中亚洲国家或地区成员占比在75%之间，亚洲域外国家分配剩余的25%，体现了其仍然还是亚洲区域性银行的属性。中国作为亚投行最大的国别经济体，拥有亚投行最多的股份和表决权。在创始成员的股份和表决权分配中，中国超过25%，拥有事实上的否决权。但是亚投行表决通过线是75%票数和30%成员赞成，比起国际货币基金组织和世界银行85%通过线来更加容易做出决定，否决更困难。由于亚投行的开放性质而不断扩容，亚投行成员的股份和表决权也在不断调整中，总的趋势是随着成员的增加而不断稀释，而中国的否决权地位也会因为稀释而消失。

②亚投行的业务与“一带一路”投资

亚投行的业务主要是选定投资项目进行贷款投资，投资对象是援助亚太地区国家的基础设施建设。由于亚太国家都是“一带一路”国家，而中国在亚投行中拥有最多表决权和最大影响力，所以亚投行投资的亚太地区基础设施建设项目都可以纳入到“一带一路”投资范畴。亚投行运用各种支持方式为亚洲各国的基础设施建设项目提供融资支持，包括贷款、股权投资和提供担保。

2016年6月，亚投行批准了首批4个项目，总计7亿美元。它们是：孟加拉国电力

配送升级和扩容项目，印度尼西亚的国家贫民窟升级项目（与世界银行联合融资），巴基斯坦的 M-4 高速公路项目（与亚洲开发银行和英国贸易发展部联合融资），塔吉克斯坦的公路项目（与欧洲复兴开发银行联合融资）。2017 年 12 月 11 日，亚投行批准了第一笔总额 2.5 亿美元的对中国融资项目，用于北京建设覆盖大约 510 个村庄，链接大约 21.675 户家庭的天然气诉讼管网等工程，体现了“一带一路”投资的绿色丝绸之路的理念。

（3）“一带一路”投资的其他国际资金融通

① 新发展银行（金砖银行）

新发展银行成立于 2015 年，目前成员为中国、巴西、印度、俄罗斯、南非 5 个金砖国家，故称“金砖银行”。它的发起与“一带一路”并无关联，是为了应对 2008 年那样的金融危机的爆发，防止成员的货币受到攻击或不稳定而建立起来的一个金融安全网，借助这个资金池兑换一部分外汇应急。因此它的功能与全球性金融机构国际货币基金更加相似。这样的应急储备基金机制是中国于 2012 年首先倡议，在成立谈判过程中中国提出金砖国家要致力于建设统一大市场、金融大通道，基础设施互联互通，建立更紧密的经济伙伴关系，实际上也组合进“一带一路”建设中来，成为“一带一路”投资安全和金融安全的一道屏障。

新发展银行初始资本为 1000 亿美元，金砖五国地位平等各占股份和表决权五分之一，总部设在中国上海，首任行长为印度人瓦曼卡马特（K.V.Kamath）。金砖银行主要资助金砖国家和发展中国家的基础设施建设。虽然创始成员是金砖五国，但金砖银行本质上是开放式的，可以向非金砖国家开放。自成立以来，已经批准支持 11 个贷款项目，总金额超过 30 亿美元，大部分都是太阳能、风能、小型水电、绿色能源传输等可持续发展项目，对于“一带一路”投资的绿色丝绸之路建设意义很大。目前阶段看，金砖银行的“一带一路”基础设施投资建设规模与亚投行基本上同规模。二者并非竞争关系，但亚投行更加聚焦于亚洲，而金砖银行则是面向全世界。不过，这也符合“一带一路”没有空间范围限制的新特征。

② 丝路基金

丝路基金有限责任公司是由中国外汇储备、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，依照《中华人民共和国公司法》，按照市场化、国际化、专业化原则设立的中长期开发投资基金，简称“丝路基金”。成立的目的是为了推进“一带一路”建设，由中国一国单独出资 400 亿美元，与亚投行的宗旨相同，为“一带一路”沿线国家基础设施建设、资源开发、产业合作和金融合作等与互联互通有关的项目提供投融资支持。

丝路基金成立于 2014 年 12 月 29 日，丝路基金与亚投行之间不同在于，亚投行是

政府间的亚洲区域多边开发机构，在其框架下，各成员国都要出资，且以贷款业务为主。而丝路基金，由于其类似 PE 股权基金的属性，主要针对有资金且想投资的主体加入，且股权投资可能占更大比重。丝路基金投资期限比较长，但追求效益和回报，不含有经济外援性或捐赠性的资金来源。丝路基金投资方向为有战略意义的中长期项目，同时，股权投资基金也可以和别的融资模式相配合。在“一带一路”大发展的背景下，需要将一些可以做出中长期承诺的资金，用于“一带一路”有关的项目和能力建设，包括相关产业的发展，也包括通信、道路等基础设施建设。丝路基金定位为中长期开发性投资基金，通过股权、债权、贷款、基金等多元化投融资方式，为“一带一路”建设和双边、多边互联互通提供投融资支持，运作中将遵循对接、效率、合作、开放四项原则。

在“一带一路”基础设施建设投资中，丝路基金领先于亚投行和金砖银行，于 2015 年 4 月就开始了“一带一路”投资第一个项目，巴基斯坦卡洛特水电站。这也是“一带一路”中巴经济走廊优先实施的基础设施建设项目，总投资额为 16.5 亿美元，2029 年竣工。

4. “一带一路”工业园与国际税法

(1) “一带一路”工业园概况

中国改革开放曾经大量引进外资，各地建设各种各样的经济开发区、出口加工区，在广东省和福建省则直接建立了深圳、珠海、汕头和厦门 4 个经济特区，后来又把海南省全省作为第五个经济特区，实行优惠税收政策，大量吸收了外资，促进了经济的发展。而在“一带一路”建设时代，中国和中国企业的角色已经发生变化，在中国巨额外汇储备和过剩生产能力溢出的背景下，中国企业开始走出去，成为海外投资的主角。这样，当年的外资企业及其优惠的税收待遇，以及这些待遇如何在投资东道国得到落实，就成为当今中国在“一带一路”投资面临的同样问题，而且角色已经实现了互换。中国企业如何走出去，有民间模式和官民推动模式。

民间模式就是企业自发走出去，直接到海外投资办企业或者进行跨国并购，按照商业经营模式自己承担投资风险，自己出面处理与东道国之间的税收关系。这种模式典型的路径就是在投资东道国建立独资或合资企业，或者合伙企业进行经营，即本地化。本地化的公司就是东道国公司，服从东道国公司法和其他法律规制，与东道国之间的税收关系也就成了东道国本地公司和东道国政府之间的关系，一般并不会产生跨国税收管辖权的冲突，所以也不会产生国际税法问题。在公司的税后利润或股息分红转换到本国公司的场合也会产生经济性双重征税的问题。

官民推动模式是有中国政府或中国企业与投资东道国政府之间进行合作，按照协议建立各种形式的工业园区，投资的中国企业享受东道国对工业园区的各种优惠税收优

惠待遇的模式。这种模式的好处是，工业园区有投资者或中国政府与东道国政府的协议，能够获得中国政府的直接支持，实行税收优惠，大大降低投资风险和提高赢利的空间。因此工业园模式受到包括中小企业在内的中国企业的普遍欢迎。工业园区企业经营模式也很灵活，可以建立本地独资或合资公司，也可以不实行本地化，采用分公司或其他方式进行经营。这种工业园很多设在“一带一路”沿线国家，成为“一带一路”投资的重要方式。

工业园区模式在中国改革开放大量吸收外资时期就在中国推行，中国和新加坡早在 1994 年就在苏州合作共同建立了苏州工业园区，并且取得了很大的成功。有了这样的成功经验，中国就开始了官方推动模式鼓励中国企业走出去。2005 年泰国和中国就合作建立了泰中罗勇工业园。2006 年 11 月 4 日的中非合作论坛峰会上，胡锦涛主席宣布今后 3 年内在非洲地区建设 3—5 个境外经济贸易合作区。这样，国家级境外合作区开始建立并运行起来。后来，各种境外经贸合作园区逐步建立，成为中国企业走出去的重要方式。随着“一带一路”战略的推行，工业园区模式成为“一带一路”投资的一部分的主要方式，取得了很大的进展，有了广阔的发展空间。

在中国政府的鼓励下，截至 2016 年底，中国企业在 36 个国家在建海外园区 77 个，其中 56 个在“一带一路”沿线分布，吸引 1082 家企业入驻，累计投资 185 亿美元，总产值达到 506 亿美元。海外工业园区建设已经成为中国“一带一路”战略的重要组成部分。实践证明，“集体走出去”不但可以贴近东道国市场，降低海外投资成本和风险，还能够帮助中国企业形成产业规模经济，并且获得东道国政策优惠，获得更多的海外话语权。^①在中国企业走向“一带一路”国家投资中，中国政府背景下在香港注册的招商局集团起到了很大的作用。中白工业园就是招商局集团和白俄罗斯政府之间长期协议的结果。前述的斯里兰卡汉班托塔港项目也是招商局集团主导的。

（2）“一带一路”工业园税收优惠的税收饶让问题

“一带一路”工业园一般通过实行各种税收优惠来吸引中国企业的投资。税收优惠主要是企业所得税减免政策的实施。比如中泰罗勇工业园实行根据情况免缴 8—13 年企业所得税。中国—白俄罗斯工业园规划面积 91.5 平方公里，位于白俄罗斯明斯克州斯莫列维奇区，根据 2011 年 9 月 18 日中国、白俄罗斯共同签署《中华人民共和国与白俄罗斯共和国关于中白工业园区的协定》建立。这是中国企业在全球范围参与建设的最大海外工业园区，也是中白合作共建丝绸之路经济带的标志性项目。白俄罗斯今年 5 月 25 日公布了新版总统令。新文件规定，对入园企业给予自盈利当年开始 10 年内免税、之后长期税收减半的优惠政策。这比此前规定对入园企业自注册之日起 10 年免税，

^① 正略全球化观察：《海外工业园区建设——“一带一路”投资进行时》，新华丝路网，2017 年 7 月 20 日，<http://silkroad.news.cn/2017/0720/41321.shtml>，2018 年 4 月 12 日访问。

之后 10 年税收减半的政策优惠幅度更大。根据新版总统令，入园企业享受免征园区不动产税和土地使用税的优惠期，由之前的 10 年提高到 50 年。

投资工业园的中国企业如果没有本地化，对其经营所得在征收投资东道国所得税的同时，还要向本国缴纳所得税。这就产生了双重征税问题，加重企业税收负担，不能体现税收公平原则。国际税法上一般实行抵免法或免税法减缓或解决这个税收不公平问题，而中国企业所得税法更多采取的是抵免法，即中国企业在工业园的经营所得中的投资东道国已经缴纳的税收作为中国企业所得税法中的抵免项目抵免应交的税，从而大大减轻了向中国缴纳所得税的负担，基本恢复到了合理公平的国际税收负担范围内了。

然而，如果中国与“一带一路”工业园的东道国之间没有签订国际税收协定，中国企业在工业园税收优惠所获得的所得税法上的抵免好处就无法享受。这是因为中国与其他国签订的国际税收协定中有税收饶让的规定，即中国企业在“一带一路”工业园所获得的税收优惠视同已经缴纳在东道国的正常所得税，从而以该所得税额在中国享受企业所得税税收抵免。税收饶让是国际税法的一种常见的规则，但一般需要在国际税收协定中明确规定，目的是避免和消除法律性国际双重征税和经济性国际双重征税造成的跨国纳税人税收负担的不合理和不公平，使得“一带一路”工业园对中国投资企业的税收优惠能够真正成为企业的实际利益。中国以往与其他国家之间签订国际税收协定是坚持实行税收饶让原则，主要是为了让到中国投资的外资能够真正享受到中国对外资优惠的实惠。而今中国同样地通过原有的或者新缔结的国际税收协定让“一带一路”工业园的中国企业享受税收饶让的待遇，反映了时代的变化和“一带一路”投资的发展现实。所以，“一带一路”工业园的税收优惠及其税收饶让原则的实现，实际上是依赖于中国是否与投资东道国签订有国际税收协定。

（3）“一带一路”投资与中外国际税收协定

①中外国际税收协定现状

避免双重征税的最有效的方式是缔结国际税收协定，而中国是世界上缔结国际税收协定最多的国家之一，仅次于英国和法国。截至 2017 年 10 月，我国已对外正式签署 103 个避免双重征税协定，其中 99 个协定已生效，和中国香港、中国澳门两个特别行政区签署了税收安排，与中国台湾签署了税收协议。^①在这些国际税收协定里面，很大一部分都是“一带一路”沿线国家（以欧亚大陆为主的“一带一路”），总数有 54 个，覆盖了“一带一路”建设和投资的大部分国家，对于促进“一带一路”投资起着很大的作用。在这里，东欧国家有波兰、捷克（包括斯洛伐克也适用）、罗马尼亚、保加利亚、匈牙利、克罗地亚、白俄罗斯、斯洛文尼亚、乌克兰、亚美尼亚、立陶宛、拉脱维亚、

^① 国家税务总局官网：《税收条约》，<http://www.chinatax.gov.cn/n810341/n810770/index.html>，2018 年 4 月 12 日访问。

塞尔维亚（包括黑山也适用）。中亚国家除了吉尔吉斯斯坦外的全部国家。其他比较重要的“一带一路”国家有俄罗斯、泰国、蒙古、阿联酋、韩国、印度、以色列、孟加拉国、肯尼亚，等等。

国际税收协定也是国家间税收合作的法律基础，还包括了税收信息的交换和合作、解决涉税争议等内容。它既可以保障我国企业在“一带一路”沿线国家的合法税收权益，也保障了到中国投资的外国企业的合法权益。从国际税收协定受惠的不仅有企业，还有个人，因为国际税收协定中的避免双重征税的规则同样适合于个人，因此在“一带一路”工业园的中国雇员和企业家也是中国与“一带一路”国家签订国际税收协定的受益人。根据中国已缔结的国际税收协定的情况，国家税务总局发布了《国别投资税收指南》，至今已经有 59 份《国别投资税收指南》。其中有 40 份《国别投资税收指南》是“一带一路”沿线国家的，主要围绕这些国家的整体营商环境、主体税种、征管制度、双边税收协定等内容，进行较为详细的介绍。

② 中外国国际税收协定的运用

中外国国际税收协定中一般包括协定适用范围、对各类跨国所得和财产的征税权的划分、避免和消除国际重复征税的方法、税收待遇和相互协商程序与情报交换制度等五部分内容。其中对各类跨国所得和财产的征税权的划分，以及避免和消除国际重复征税的方法是中外国国际税收协定的核心内容。

结合 OECD 范本和联合国范本，中国政府拟定了双边税收协定范本——《中华人民共和国和 XX 国政府对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》。在所有中外国国际税收协定中，中国一律采用抵免法消除双重征税，一般承诺给予间接抵免。中外国国际税收协定中通常坚持三项原则：第一，坚持来源地税收管辖权优先原则，同时适当考虑居住国的税收利益；第二，坚持国际税收权益分配的公平互利原则，对各类跨国所得的征税权分配上体现对等均衡，注意条文表述的对等和双方在国际经济交往关系中所处的实际地位；第三，坚持税收饶让原则。

中外国国际税收协定主要运用于中国在海外投资企业，特别是“一带一路”工业园的税收优惠及其税收饶让。但是，即使中国和美国之间在 1986 年就有《中美税收协定》，但由于中美两国之间就税收饶让问题没有达成协议，所以美国税收当局一直没有承认中国多年来给予在中国投资的美国企业的优惠待遇实行税收饶让。

中外国国际税收协定对于“一带一路”投资的促进还有一个重要的功能，那就是中国企业在“一带一路”基础设施建设中的建筑工程承包和劳务的免税规定。这为中国的建筑工程企业减轻税收负担起到了很好的作用。中国海外建筑工程承包形式也比较复杂，有总包和分包，总包通常能够实现跨境的合同、境外支付及海外施工这三个主要的判断境外免税业务的要素，但是，分包通常仅能保障海外施工，而合同及支付均与境内的总包相关，因此要进行综合判断。

三、“一带一路”投资的国际私法

1. “一带一路”投资与国际条约及国际惯例的适用

“一带一路”沿线多为发展中国家，且法律文化与法律传统存在巨大差异。与西方发达国家相比，“一带一路”沿线国家对相关民商事领域条约及国际惯例的接受程度与理解存在差距。对此，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》^①（以下简称《“一带一路”若干意见》）第7条要求我国法院应“依法准确适用国际条约和惯例，增强裁判的国际公信力。要不断提高适用国际条约和惯例的司法能力，在依法应当适用国际条约和惯例的案件中，准确适用国际条约和惯例。要深入研究沿线各国与我国缔结或共同参加的贸易、投资、金融、海运等国际条约，严格依照《维也纳条约法公约》的规定，根据条约用语通常所具有的含义按其上下文并参照条约的目的及宗旨进行善意解释，增强案件审判中国际条约和惯例适用的统一性、稳定性和可预见性。”

《“一带一路”若干意见》着重强调了国际条约与国际惯例的依法适用与准确适用。所谓依法适用，指应当严格区分可以被我国法院直接适用的民商事领域国际条约与不能直接适用，而需转化为国内法律的国际条约。前者包括诸如我国参加或缔结的1980年《联合国国际货物销售合同公约》、1958年《联合国关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》等；后者则指已经转化或者需要转化为国内法律的知识产权领域的国际条约等，例如世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》等国际条约。此外，依法适用还体现为该项条约应为我国与“一带一路”沿线国家共同缔结和参加的具有法律效力的国际条约。对于尚未对我国生效的国际条约，只有在当事人明示选择且不违反我国强制性法律规定与公共秩序的前提下才可以得到适用。所谓准确适用，则强调对国际条约与国际惯例的准确理解或解释。针对国际条约，应当严格依照《维也纳条约法公约》确定的解释规则进行解释，从而增强案件审判中国际条约和惯例适用的统一性、稳定性和可预见性。在运用《维也纳条约法公约》的解释规则时，我国法院可以参考相关公约的制定背景及国际组织对其适用的相关指南。例如，在解释《纽约公约》时，可以参照《联合国国际贸易法委员会秘书处关于〈承认与执行外国仲裁裁决公约〉（1958年，纽约）的指南》。司法机构对国际条约的遵守与依法解释将会极大增强“一带一路”沿线国家投资者对东道国的投资信心，对营造稳定且可预期的营商环境具有重要意义。

2. 我国法院审理涉“一带一路”沿线国家商事争议适用法律

①判断民事案件涉外性应当依据“三要素标准”

^① 法发[2015]9号。

《“一带一路”若干意见》要求法院全面综合考虑法律关系的主体、客体、内容、法律事实等涉外因素，以判断是否为涉外民事案件。长期以来，我国法院在司法实践中始终坚持判断涉外民事关系或涉外案件的“三要素标准”。在主体涉外性判断上以当事人的国籍与经常居所地为考量因素；在客体涉外性判断上，考察其是否位于我国域外；在法律内容和法律事实的判断上，则主要看其发生地是否位于我国域外。上海市第二中级人民法院审理的“西门子案”在实践中首次突破了既有的“三要素标准”，将“实际控制”原则作为判断主体涉外性的标准，将“境内关外”作为判断法律事实的涉外标准。其对《司法解释一》兜底条款的理解实际上是对已经确定的“三要素标准”的扩张解释，在自贸区战略的大背景下，虽具有示范意义，但却存在有损法律的可预期性与确定性，以及与我国现行法人国籍与住所制度相互冲突的后果。^①这一做法并未获得最高人民法院后续司法解释的确认。^②我国法院在审理涉“一带一路”沿线国家案件时应审慎运用兜底条款，不应当轻易突破已经明确的“三要素”标准，以确保法律的稳定性与可预期性。

②充分尊重当事人选择准据法的权利

《“一带一路”若干意见》要求我国法院应当充分尊重当事人选择准据法的权利，消除沿线各国中外当事人国际商事往来的法律疑虑。所谓尊重当事人选择准据法的权利就是尊重当事人的意思自治。作为一项重要的法律适用原则，当事人意思自治长期以来用于解决涉外合同领域的法律冲突问题。我国立法最早在《涉外经济合同法》中确立了这一原则，随后在1986年的《民法通则》以及1999年《合同法》中也均重申了这一法律适用原则。2011年《法律适用法》在前法基础上，前所未有地扩大了当事人意思自治的领域和范围，除了合同，在涉外侵权、无因管理与不当得利等法定之债，涉外动产物权，甚至婚姻家庭领域也允许当事人选择准据法。《法律适用法》还将意思自治作为一般原则规定于该法总则中：“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”^③我们认为，在理解“充分尊重当事人选择准据法的权利”这一司法意见时，应当注意以下几点：

首先，尊重当事人选择准据法的权利应当依照法律规定。《司法解释一》明确了《法律适用法》第3条的规定并非适用于所有的涉外民事案件，只有法律明确授权当事人选择准据法的，当事人选择准据法的权利才能获得法院的支持，对此，《司法解释一》第6条规定：“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的

^① 我国现行立法以法人的注册登记地作为法人国籍的判断标准，以法人营业地作为判断法人经常居所地标准。我国现行法律不承认以“资本控制标准”判断法人的国籍或住所。参见《公司法》第192条、《民法通则》第41条第2款、《民法通则》第39条、《法律适用法》第14条第2款、《司法解释（一）》第16条等。

^② 《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第9条：“在自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁的，不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效。”

^③ 《法律适用法》第3条。

法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。”

其次，存在单方选择准据法情形。根据《法律适用法》规定，允许当事人选择准据法的涉外民事关系包括代理（第16条）、信托（第17条）、仲裁协议（第18条）、夫妻财产关系（第24条）、协议离婚（第26条）、动产物权（第37条）、运输中动产物权（第38条）、合同（第41条）、消费者合同（第42条）、侵权（第44条）、不当得利与无因管理（第47条）、知识产权转让与许可（第49条）等，其中第42条中规定的消费者合同仅限于消费者单方选择准据法，而非合同双方协议选择。

第三，“充分尊重”表明在法律规定范围内对当事人选择准据法最大程度的支持。包括不得以选择的准据法与系争的涉外民事关系没有实际联系为由否定其效力，^①允许当事人在争议发生前或争议发生诉诸法院时一审辩论终结前选择法律，允许当事人在上述时间下限内变更之前的选择，^②推定当事人默示选择，^③以及允许当事人选择尚未对中华人民共和国生效的国际条约等。^④

最后，当事人选择的法律仅限于实体法，不包括冲突法。《“一带一路”若干意见》明确规定尊重当事人选择的法律仅限于“准据法”。所谓准据法，系指法院依据本国冲突规范或当事人选择的，能够确定当事人权利义务的实体法，不包括外国的冲突规范与程序规范。对此，《法律适用法》第9条明确排除了反致制度。实践中，不仅当事人通过意思自治选择的外国法仅限于实体法，而且当事人选择的内国法也仅指内国的实体法，不包括冲突规范。在我国的司法实践中，尽管法律有明确的规定，但在个案中仍有法官错误地理解了准据法的含义。在武汉海事法院审理的“英国达拉阿尔巴拉卡投资公司诉巴哈马曲母普航运公司案”^⑤中，法院曾将当事人协议选择的中华人民共和国海商法错误地理解为适用海商法中的冲突规则，并根据该法“旗国法”适用了巴拿马共和国的法律。

③适用“公允善良”原则

《“一带一路”若干意见》还强调我国法院在审理涉“一带一路”沿线国家民商事案件时，应当“适用公正、自由、平等、诚信、理性、秩序以及合同严守、禁止反言等国际公认的法律价值理念和法律原则”。这是基于“一带一路”沿线国家法律传统多样，法律文化差异较大，有些国家甚至缺乏完整的商事法律体系而做出的务实安排。在跨国商事交易中，的确存在公正、自由、平等、诚信、理性等普世价值理念与信守合同、禁

① 《司法解释一》第7条。

② 《司法解释一》第8条第1款。

③ 《司法解释一》第8条第2款：“各方当事人援引相同国家的法律且未提出适用法律异议的，人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择”。

④ 《司法解释一》第9条。

⑤ 最高人民法院案例光盘，分类号第115811999020号。转引自杜涛著《国际经济贸易中的国际私法问题》，武汉大学出版社2005年版，第85-86页。

止反言等一般法律原则，在一国法律体系不够完备，或者严格适用法律可能导致不公平裁判结果的情况下，依据被各国所公认的公允（equity）善良（good faith）原则审理案件不失为一种弥补法律缺漏或“软化”法律刚性的有效方法。事实上，公允善良原则主要蕴含于国际条约与国际商事惯例等“商人法”中，是国际商事仲裁实践中被各国普遍接受的法律适用规则。《“一带一路”若干意见》将其确立为审理涉“一带一路”沿线国家民商事案件的法律适用的规则之一，无疑是我国法院在法律适用观念和理念上的重大突破，对于我国法院审理复杂的民商事案件提供了全新的导向性规则。

3. “一带一路”投资与司法保障

（1）“一带一路”投资与管辖权冲突的协调

“一带一路”投资产生的商事争议主要涉及我国民事诉讼法中的一般管辖（原告就被告），合同、侵权以及其他财产权益纠纷的特殊管辖，专属管辖以及协议管辖等管辖权确定及其关系等问题，从国际视角看，还会涉及不同国家的管辖权冲突及其协调解决方法。

① “一带一路”投资与当事人协议管辖

当事人协议管辖系指允许当事人通过协议将一定范围内的国际民商事案件交由某国法院受理。协议管辖是被各国普遍承认的涉外民事案件管辖依据之一，是当事人意思自治原则在管辖权上的表现。不过当事人能在多大范围内通过协议确定管辖法院，各国的诉讼立法存在较大的差异。对当事人协议管辖的承认与尊重具有重要的意义，由于协议管辖可以改变除专属管辖之外的法定管辖，因此有利于各国管辖权冲突的解决，也有利于法律的确定性及可预期性。

我国《民事诉讼法》第34条对国内与涉外案件的协议管辖做出规定：“合同或其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议由实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”从字面理解，该条规定将当事人选择的法院限定在人民法院，似乎排除了涉外案件当事人选择外国法院的权利，这显然与协议管辖制度的设立初衷相左。为避免歧义，《民事诉讼法司法解释》第531条第1款规定：“涉外合同或其他财产权益纠纷的当事人，可以书面选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议由实际联系地点的外国法院管辖。”此外，我国民事诉讼法还承认推定协议管辖，即当事人未提出管辖权异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。

《“一带一路”保障意见》第5条除了强调我国法院应当依照我国国内法与我国参加或缔结的相关国际条约规定的管辖依据受理涉“一带一路”民商事案件外，特别突出

了充分尊重“一带一路”建设中外市场主体协议选择司法管辖的权利。我们认为，所谓充分尊重，首先指在我国法律规定框架下，尽可能认定涉外案件当事人选择司法（包括外国法院）管辖的权利。例如《民事诉讼法》虽然规定协议管辖应当采用书面形式，但在实践中，如果一方当事人向我国法院起诉，另一方当事人未提出异议的，则应视当事人达成了书面协议。

其次，“充分尊重”还应体现在对“与争议有实际联系”的灵活解释。《民事诉讼法》规定当事人选择的法院应当与争议有实际联系，在实践中，我国法院应当不拘泥于民事诉讼法及其司法解释所列举的联系地点，而应尽可能对“实际联系”做出灵活解释，最大程度尊重当事人选择管辖法院的权利。在早期实践中，我国法院通常依法对“实际联系”做出严格解释，例如在“荷兰铁行渣华游船公司依提单管辖权条款提出管辖权异议因该地与争议无实际联系被驳回案”^①中，即使被告之一的承运人系在荷兰注册的著名航运公司，但因不是实际承运人，我国法院也以荷兰法院与本案无实际联系为由否定了协议管辖条款的效力。在2009年“山东聚丰网络有限公司与韩国MGAME公司等网络游戏代理及许可合同纠纷管辖权异议案”^②中，最高人民法院就以当事人选择的新加坡法院与本案争议无实际联系为由，否定了当事人协议选择法院条款的效力。不过，在实践中，当事人协议选择我国法院管辖的，却不受“实际联系”的限制。例如，我国《海事诉讼特别程序法》第8条规定，在海事纠纷诉讼中，如果纠纷当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或组织，当事人书面选择中华人民共和国海事法院管辖的，即使与纠纷有实际联系的地点不在我国领域内，我国海事法院对该纠纷也有管辖权。

最后，“充分尊重”还应体现在当事人选择司法管辖应当被解释为管辖权在不同国家之间的分配，即使当事人违反了我国《民事诉讼法》关于级别管辖、地域管辖或专业法院管辖的规定，也不应直接认定协议管辖条款无效，而应当根据我国国内法的规定指定具体的受案法院。最高人民法院2001年曾颁布《关于海事法院受理案件范围的若干规定》，对于属于海事法院受理范围的案件，地方人民法院不得受理。当事人如果约定由地方人民法院管辖的，应当认定为无效，但当事人选择我国法院管辖的约定不受影响。

② “一带一路”投资中的管辖权冲突及其协调

“一带一路”投资争议至少涉及两个国家，由于每个国家对司法管辖的法律依据规定不同，因此客观上存在两个或两个以上相关国家对同一案件或争议都享有管辖权，或者相关国家都不具有管辖权的管辖权积极冲突与消极冲突现象。国家间管辖权的冲突是国际民事诉讼中的一种客观存在，会造成实践中的“平行诉讼”或“管辖真空”，不

^① 最高人民法院案例光盘，分类号 115511997016。转引自杜涛著《国际经济贸易中的国际私法问题》，武汉大学出版社2005年版，第32-33页。

^② 中华人民共和国最高人民法院民事裁定书[2009]民三终字第4号（《中华人民共和国最高人民法院公报》2010年第3期）。

利于国际民商事关系的稳定。此外，“一事两诉”还会徒耗国家的司法资源。对此，《“一带一路”若干意见》第5条规定：“……通过与沿线各国友好协商及深入开展司法合作，减少涉外司法管辖的国际冲突，妥善解决国际间平行诉讼问题。要遵循国际条约和国际惯例，科学合理地确定涉沿线国家案件的连结因素，依法行使司法管辖权，既要维护我国司法管辖权，同时也要尊重沿线各国的司法管辖权，充分保障‘一带一路’建设中外市场主体的诉讼权利。”我们认为，解决“一带一路”国家之间的平行诉讼，减少管辖权的积极或消极冲突的目标可以通过以下途径得以实现。

第一，通过国际条约对管辖权做出分配。

《“一带一路”若干意见》强调通过与沿线各国友好协商及深入开展司法合作，遵循国际条约和国际惯例的方式解决管辖权的国际冲突。事实上，通过多边或双边司法协助协定对各国管辖权做出分配，是解决管辖权冲突的最有效方法。目前我国对外签订的双边司法协助协定通常都对我国与缔约对方国家的管辖权问题做出分配，其中也不乏“一带一路”沿线国家。鉴于国际范围内协调各国管辖权多边公约供给的严重不足，^①我国应主动寻求与更多“一带一路”沿线国家达成双边司法协助协定，或者促成更多的国家签署批准《海牙协议选择法院公约》。

第二，承认当事人协议管辖原则。

正如前文所述，承认和尊重涉外案件当事人的协议管辖是减少甚至消除管辖权冲突的有效方法。鉴于各国允许协议选择司法管辖的案件通常限于商事案件，较少涉及一国的公共秩序或善良风俗。因此协议管辖原则获得国际社会的普遍认可。《海牙协议选择法院公约》的成功实施也充分证明各国在协议管辖事项上较易达成共识。我国《民事诉讼法》第34条将可以协议选择法院管辖的争议限定为“合同或其他财产权益纠纷”等商事事项。如何通过借鉴《海牙协议选择法院公约》的规定或考虑加入该项公约，进一步放宽对协议选择的限制，最大程度尊重当事人的意思自治应当成为我国未来的努力方向。

第三，尊重他国的专属管辖。

专属管辖又称排他性管辖。系指国家对一定的国际民商事案件无条件地保留受理和裁决的权力，从而排除其他国家法院对这类案件行使管辖权。^②通常各国仅对涉及本国公共政策和重大利益相关的事项规定专属管辖，即凡属于专属管辖的案件，不承认其他国家根据其他连结因素确定的管辖权。即使他国法院依其本国法确立了管辖，该法院做出的判决将得不到内国法院的承认与执行。专属管辖是国家主权原则在国际民商事案件

^① 海牙国际私法会议《协议选择法院公约》是一部对建立在协议管辖基础上判决相互承认与执行的公约。但因其仅对协议管辖问题达成共识，且侧重于判决承认与执行阶段的管辖权判断，加之缔约国数量有限，因此影响力尚未显现。

^② 肖永平著《国际私法原理》，第337页，法律出版社2003年版。

管辖权上的突出体现，因此在立法实践中，各国通常将其限定在较窄的范围之内。我国《民事诉讼法》第33条规定了三类案件的我国法院专属管辖，该条规定既适用于国内案件，也适用于涉外民商事案件。此外，该法第266条针对三类特殊涉外合同也规定了我国法院的专属管辖：“因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。”《海事诉讼特别程序法》第7条也针对特定类型的海事案件规定了专属管辖。因此，凡是我国法院依法享有专属管辖的案件，外国法院无权管辖，当事人也不得约定由我国境外的法院管辖，但协议选择仲裁的除外。^①除尽量减少本国专属管辖权方面的规定以外，对他国专属管辖权予以尊重，即凡属他国专属管辖范围的案件，内国法院不再依据自己的法定管辖行使管辖权，或者在判决承认与执行阶段对外国法院专属管辖的尊重也是减少管辖权冲突的有效方法。

在“一带一路”倡议及国际投资自由化与便利化的时代背景之下，特别是三类投资合同在我国立法下已经允许当事人通过有效仲裁协议加以排除的情形下，笔者认为继续坚持在我国境内履行的三类合同只能由我国法院专属管辖的法律规定意义已经不大。

第四，运用不方便法院原则。

“不方便法院原则”是英美国际民事诉讼法上的一项重要制度，该项制度在解决管辖权的积极冲突上也可以发挥重要的作用。我国法院早在“东鹏贸易公司诉东亚银行信用卡纠纷案”^②中就曾运用这一原则。2005年最高人民法院《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第11条中首次确立了我国法院在实践中可以运用这一原则。^③2015年《民事诉讼法司法解释》第532条以具有约束力的法律形式予以确认并规定了我国法院适用该项原则的条件：涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院起诉：（1）被告提出适用“不方便法院原则”的请求，或者提出管辖异议而受案法院认为可以考虑适用“不方便法院原则”；（2）当事人之间不存在选择我国法院管辖的协议；（3）案件不属于我国法院专属管辖；（4）案件不涉及我国公民、法人或者其他组织的利益；（5）案件争议发生的主要事实不在我国境内且不适用我国法律，我国法院若受理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；（6）外国法院对案件享有管辖权且审理案件更加方便。

“不方便法院原则”建立在“国际礼让”的基础之上，是一国法院对自己管辖权的“谦抑”行使。我国法院仅在我国法院依法享有管辖权，但案件或当事人与我国关联不大，且我国法院审理不便，而有更方便受理的外国管辖法院的情况下才会运用“不方便

^① 《民事诉讼法》司法解释第531条第2款。

^② 参见《中国涉外商事审判热点问题探讨》法律出版社2004年版。

^③ 参见万鄂湘主编《涉外商事海事审判指导》2005年第2辑，法律出版社版，第25页。

法院”原则。在审理涉“一带一路”国家案件时，对这一原则的运用应当严格按照法律规定的条件进行审查，不轻易动用“不方便法院原则”否定自身管辖权，从而避免当事人因无法在其他国家法院提起诉讼而丧失应有的司法救济。

第五，运用“一事不再理原则”。

“一事不再理”又称先诉法院优先原则。是指同一案件在其他国家法院已经被受理或者其他国家法院已经做出判决的情况下，如果当事人又到内国法院提起诉讼，内国法院应在某些条件下中止本法院的诉讼，等待外国法院的判决结果。“一事不再理”是国内民事诉讼案件管辖的基本原则，也是解决国际民事诉讼管辖权冲突的有效手段。但在国际民事诉讼中，一国法院是否适用“一事不再理”取决于国内立法及该国参加或缔结的国际条约的规定。我国立法有条件地承认这一原则。例如，《民事诉讼法司法解释》第533条第1款规定：“中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案做出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。”因此，除非条约或法律另有规定，我国法院原则上不受“一事不再理原则”的限制。《民事诉讼法司法解释》第33条第2款规定，如果外国法院判决、裁定已经被人民法院承认的，则当事人就同一争议再次向人民法院起诉的，人民法院不予受理。不过上述规定并未区分我国法院和外国法院受案的先后顺序，应当理解为即使外国法院已经先行受理，我国法院仍可基于民事诉讼法的规定决定自己的管辖权。

第六，方便法院原则。

所谓“方便法院原则”，是与不方便法院原则相对应的，是指原本对纠纷不享有管辖权的法院，对于没有其他合适的具有管辖权的法院审理的案件，可以行使管辖权，并且该法院行使管辖权不会做出不公正的判决。^①方便法院原则是解决管辖权消极冲突的有效方法。1987年《瑞士联邦国际私法》第3条规定被视为对“方便法院原则”的运用：“如果现行法律没有规定瑞士法院享有管辖权，而案件在其他国家不可能提起诉讼，或不能合理地使诉讼在外国提起时，与案件有足够联系的地方的瑞士司法或行政机关对案件有管辖权。”我国最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第13条至第17条就涉及定居国外的我国公民离婚案件管辖权的规定类似于“方便法院”原则的运用。不过，与瑞士国际私法不同的是，我国“方便法院”原则的运用仅限于涉外离婚案件，而瑞士国际私法的规定则适用于所有涉外民商事案件。在审理涉“一带一路”国家民商事案件中，可考虑将“方便法院”作为一般规则加以确立，如此，将极大减少因相关国家放弃管辖权而产生的管辖权消极冲突，对于保障沿线国家当事人诉讼救济权利具有重要的义

^① 威廉·泰特雷《国际冲突法》，刘兴莉译，法律出版社2003年版，第534页。

和价值。

(2) “一带一路”投资与外国法查明

“一带一路”沿线国家法律制度迥异，不仅涉及普通法系、大陆法系国家，还包括大量的伊斯兰法国家。我国与上述国家的投资及其他经贸往来体量及金额相对较小，我国法官在审理涉“一带一路”沿线国家案件时对特定国家法律的熟悉与了解程度相对较低，如何突破现有立法制约，创新外国法查明机制是确保平等保护“一带一路”沿线投资者及其投资的重要司法保障。

①我国与“一带一路”国家法律查明的现状

我国与“一带一路”国家外国法查明主要包括条约途径、外交途径、专家意见、个人提供等途径。

目前，我国已与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。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。^①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，所交换的情报应当是“有效的”或“现行的”^②，有的还包括“过去的”法律或司法实践，^③以及法学出版物。^④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、^⑤案情^⑥或请求的目的。^⑦双边条约均指定通过国家间中央机关的合作提供司法协助。从目前我国司法实践情况看，由于程序较为繁琐，这一途径尚未被有效利用。^⑧

与我国没有条约关系的“一带一路”沿线国家，则可通过我国驻该国使领馆或该国驻我国使馆提供外国法。不过，这方面的实践严重缺乏，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，同时，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。^⑨

由精通某一国法律专家提供特定案件中的法律意见是准确查明外国法的有效途径，当然专家提供的法律意见将被作为证据，并通过质证程序才可以被法院采信。在争议标的较大的商事案件中，专家证人将会发挥不可替代的作用，但其弊端是使用专家证人将

^①中国与泰国关于民商事司法协助和仲裁合作的协定。

^②中国与波黑、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。

^③中国与吉尔吉斯斯坦、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。

^④中国与波兰民事和刑事司法协助协定。

^⑤中国与新加坡、埃及的双边司法协助协定。

^⑥中国与匈牙利民事和商事司法协助条约。

^⑦中国与新加坡、立陶宛的双边司法协助协定。

^⑧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20141期，第331-344页。

^⑨同上。

会极大提高司法成本或当事人诉讼成本，对一般民事案件，特别是有关身份关系的案件并不具有可推广的价值。目前，国外一些研究机构承担了专家证人的角色，例如著名的德国马普学会外国及国际私法研究所。近年来我国多所政法院校也设立了外国法查明中心，提供外国法的专家意见。依托专业力量而设立的外国法查明中心将极大降低我国法院查明不能的比重，同时也具有私人指定专家不可比拟的成本费用优势。

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（或其他专家）就外国法内容的法律意见。除此之外，当事人还可以通过互联网、数据库以及国内外权威著作等途径查明外国法。

②我国与“一带一路”国家法律查明合作机制构建的建议

目前我国与“一带一路”国家外国法查明的双边机制存在明显的不足。首先，覆盖范围有限。“一带一路”沿线国家有60多个国家，但与我国存在双边条约的仅有24个国家；其次，内容不够完整。双边条约下的外国法查明机制局限于“交流法律情报（资料）”，内容单一，未能规定具体的程序问题；此外，查明程序较为复杂，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。如何有效利用中央机关途径，减少转递程序或缩减上报层级，提高外国法查明效率是“一带一路”投资中外国法查明机制的完善方向。

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。由当事人自行任命专家存在着成本较高等劣势，而依托大学或科研机构成立外国法查明中心则可以整合法学各领域的专家学者，甚至包括更为熟悉其本国法的外国专家学者，不失为一条有效的外国法查明机制。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。

（3）、“一带一路”投资与境外证据的司法审查

《“一带一路”保障意见》第5条规定：“要严格落实《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》，对依法应当受理的涉‘一带一路’建设相关案件，一律接收诉状，当场登记立案，依法尽快做出裁判，及时解决纠纷。要进一步完善境外当事人身份查明、境外证据审查、境外证人作证等制度，最大限度方便中外当事人诉讼。”这一规定对在我国法院参加诉讼的外国人（包括原告与被告）的身份查明、在域外形成的证据的真实性审查以及境外证人如何在我国法院作证等制度提出了进一步完善要求，以最大限度方便中外当事人诉讼。上述要求并未涉及通过司法协助途径进行域外取证问

题，这一问题主要受我国参加或缔结的国际条约的调整，本文将在后续章节中论述。

《“一带一路”若干意见》第5条主要涉及在域外形成的证据（包括境外当事人身份证据）的真实性的司法审查问题。

针对国际民事诉讼中的外国人诉讼地位问题，我国民事诉讼法采取国际上通行的国民待遇原则，即外国人在中国法院起诉与应诉，原则上享有和中华人民共和国自然人和法人相同的诉讼权利。但是在涉外案件审理中，受到国家司法主权的限制，法官很难直接查明外国当事人身份或授权委托书等文书的真实性。对此，《民事诉讼法》区分两种情况，分别对从域外寄交的授权委托书真实性的认定做出规定。《民事诉讼法》第59条规定，侨居国外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国使领馆证明；没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明；《民事诉讼法》第264条规定，在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续，才具有效力。

对于外国人在我国法院参加诉讼的身份证明，2015年《民事诉讼法司法解释》第523条区分自然人与法人分别做出不同的认证要求。其中，外国自然人参加诉讼，只需（应当）向人民法院提交护照等用以证明自己身份的证件即可，无需公证与认证。而外国企业或者组织参加诉讼，向人民法院提交的身份证明文件，应当经所在国公证机关公证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。代表外国企业或者组织参加诉讼的人，应当向人民法院提交其有权作为代表人参加诉讼的证明，该证明应当经所在国公证机关公证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。该条所称“所在国”，是指外国企业或者组织的设立登记地国，也可以是办理了营业登记手续的第三国。

实践中，除了当事人的身份证明以外，按照我国《民事诉讼法》规定的“谁主张，谁举证”原则，大量的证据都是当事人掌握并提供的。为此，《关于民事诉讼证据的若干规定》第11条规定，凡是在中国域外形成的证据，均需经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证。当事人提供的在港澳台地区形成的证据，亦应履行相关的证明手续。《若干规定》使用了“应当”这一措辞，规定非常严格，实践中往往会大大增加当事人的费用与时间成本。那么是否在域外形成的证据都需要履行公证认证或证明手续？2015年《民事诉讼法司法解释》仅针对自然人身份证明（护照）

于特定情况下授权委托书真实性认定免除了涉外公证与认证要求。其一，外国人、外国企业或者组织的代表人在人民法院法官的见证下签署授权委托书，委托代理人进行民事诉讼的；其二，外国人、外国企业或者组织的代表人在中华人民共和国境内签署授权委托书，委托代理人进行民事诉讼的，只需经由中国的公证机构公证的，即可认定其真实性。其他在域外形成的“证据”均应当履行涉外公证与认证的程序。

在“一带一路”的背景下，是否仍然依照严格的公证与认证程序认定所有在我国境外形成的证据的真实性？现有规定显然与《“一带一路”保障意见》第5条“最大限度方便中外当事人诉讼”的目标宗旨存在较大差距。因此，应当进一步完善我国现有法律，区分需要严格履行涉外公证认证程序的域外证据与无需履行上述程序即可证明真实性的证据，进一步扩大豁免证明的范围。例如在我国境内有住所的外国当事人提交的法定代表人身份证明、通过我国驻外使领馆取得的证据材料、经过质证，当事人没有异议的证据材料，以及用于国际流通的商业票据等。如此，将会大大减轻当事人的负担，最大限度方便外国当事人来华诉讼。

4. “一带一路”投资与司法协助

(1) “一带一路”国家民商事司法协助概述

截至2017年底，在“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，^①加入《海牙送达公约》的有30个国家，加入《海牙取证公约》的有19个国家，加入1958年《纽约公约》的有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。^②我国与“一带一路”沿线国家间的民商事司法协助主要包括以下内容：

①域外送达

合法有效的送达不仅是法院行使审判权的基础、诉讼期间计算的依据，而且也事关法院做出的判决是否符合“正当程序”进而得到他国法院的承认与执行。

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做出更优惠与更便利的突破。

(2) 《海牙送达公约》。中国与31个“一带一路”沿线国家为《海牙送达公约》的缔约

^① 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。

^② 例如，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，实践中，只能依据互惠原则开展司法协助。

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。^①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。^②(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》,也未与我国签署双边司法协助协定,双方间的文书送达只能依据互惠原则通过外交途径进行。通过外交途径向我国法院送达文书程序较为繁琐,^③且存在一定的不确定性,例如,实践中,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”。^④

②调查取证

我国与“一带一路”沿线国家之间民商事案件调查取证的途径包括:(1)双边司法协助协定。我国与24个“一带一路”国家的双边司法协助协定中约定了调查取证的内容。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,协助调查取证适用被请求方的法律。在不违反被请求国法律的前提下,外交或领事人员可向居住在被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。(2)《海牙取证公约》。包括中国在内的20个“一带一路”国家是《海牙取证公约》的成员国,其中包括11个尚未与中国建立双边司法协助关系,^⑤这些国家彼此间可以依据《海牙取证公约》规定的途径进行调查取证。(3)互惠原则。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协定关系的31个“一带一路”国家,^⑥只能依据互惠原则进行调查取证。根据最高人民法院、外交部、司法部《关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》第8条规定:“我国法院和外国法院通过外交途径相互委托代为调查或取证,参照以上有关规定办理。”因此,通过外交途径取证,也应当适用该《通知》规定的程序。

我国域外调查取证的立法司法实践相对保守,程序繁杂,域外取证途径单一,与《“一带一路”若干意见》提出的“为中外当事人合法权益提供高效、快捷的司法救济”不相适应。我们认为,在现行有效的国内法与国际条约框架下,我国法院在合作调查取

^① 14个尚未与建立双边司法协助关系的公约缔约国分别是亚美尼亚、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。

^② 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。

^③ 参见《关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》外发[1986]7号。

^④ 马晓旭:《外国依据国际公约或双边司法协助条约委托我国法院送达民商事案件司法文书的程序解读》,《人民司法》2014.03第2页。

^⑤ 11个国家分别是印度、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。

^⑥ 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。

证上应当有所作为，包括（1）进一步简化间接取证的国内程序，提高域外取证的效率；（2）考虑有条件取消对特派员取证的保留，丰富直接取证途径；（3）增加域外取证新方法的运用。在域外取证合作中，准许采用录像、视频等高科技手段取证，将能更大便利地提供司法协助，解决司法协助中的一些实际问题。我国也应当顺应高科技发展的潮流，积极研究跨国取证合作中的新问题并在司法中予以灵活的运用。

第一，民商事判决与仲裁裁决的相互承认与执行。

我国尚未加入民商事判决相互承认与执行的专门公约，^①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”国家间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，其他双边司法协助协定均涉及这一重要内容。

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，1958年《关于承认和执行仲裁裁决的纽约公约》发挥了不可替代的作用，《纽约公约》缔约国数量高达158个，其中包括主要的“一带一路”沿线国家。《纽约公约》“倾向于裁决承认与执行”的特殊制度设计，使得在任一缔约国境内做出的仲裁裁决（包括机构仲裁裁决及临时裁决）都能获得稳定可靠的被执行保证。“一带一路”建设中涉及的大量跨国商事争议若能通过仲裁方式解决，不仅会极大提升争端解决的效率，也必将为我国国际商事仲裁机构带来前所未有的机遇。

第二，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个司法互助协定中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，为我国在“一带一路”建设推进中查明沿线国家法律提供了极大便利。

（2）我国与“一带一路”国家间民商事判决的相互承认与执行

《“一带一路”保障意见》明确提出，应根据与“一带一路”国家司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况，可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助。这一最新司法意见改变了以往我国司法实践中在承认和执行外国法院判决中的被动消极立场，展现了我国倡导对互惠关系采取积极宽松认定标准的新动向。而在2017年第二届中国—东盟大法官论坛通过的《南宁声明》中，各国更是达成了“推定互惠”的共识，即只要没有相反证据证明东盟成员国曾以互惠为由拒绝承认和执行中国法院判决的先例，即可推定两国之间存在事实互惠关系。当然，“推定互惠”并非毫无原则的对“一带一路”沿线国家判决的无条件承认和执行，在运用这一原则时还应注意区分不同国家的立法状况分别处理。例如对于部分以国家主权为由拒绝承认和执行任何外国法院判决的沿线国家，我国法院不宜采用“推定互惠”；此外，应在总结司法实

^①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》。

践的基础上,考虑建立若干“互惠”关系的判断标准,例如采用“实质同等条件”标准,即两国法律对于承认和执行外国法院判决的重要条件相同,就满足互惠关系的要求;或是采取“反向推定”标准,只要根据判决做出国的法律,不存在我国判决在该国境内无法得到执行或是难以得到执行的情形,就应认定双方存在互惠。^①

我国与22个“一带一路”国家签订的司法协助协定都将缺席审理中的“当事人是否得到合法传唤”作为审查内容。除与老挝、塞浦路斯的双边司法协助协定外,当事人不不具备诉讼行为能力时是否得到适当代理也是对正当程序审查的重要内容。

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。例如,我国与塞浦路斯的司法协助协定第255条第6款规定:“被请求的缔约一方认为承认或执行不损害其主权或安全。”第7款规定:“裁决的承认或执行不违反被请求的缔约一方的公共秩序或基本利益。”第9款规定:“裁决或其结果均不与被请求的缔约一方任何法律的基本原则相抵触。”这是两国相互承认和执行判决的条件。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。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。^②例如,在“最高人民法院关于zprommashimpeks国家股份公司请求承认和执行乌兹别克斯坦共和国塔什干市经济法庭判决一案请示的复函”中,尽管最高人民法院认为原审法院送达程序合法,本案不足以认定存在条约规定的未经合法传唤情形,但却以违反条约规定的公共政策为由拒绝承认和执行该项判决。法院认为:“……但是,根据我国《民事诉讼法》的规定,向位于我国领域内的当事人送达司法文书,有司法协助条约关系的,应当依照条约规定的途径进行;没有条约关系的,通过外交途径进行;我国法律明确反对外国法院向位于我国领域内的当事人以邮寄等方式直接送达司法文书。乌兹别克斯坦法院向狮公司邮寄送达开庭传票的方式不符合条约规定的途径,有损我国的司法主权,根据《中乌司法协助条约》第21条第5项公共政策的规定,对本案判决应不予承认和执行。”^③

(3) 我国与“一带一路”国家仲裁裁决的相互承认与执行

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,^④其他协定均对仲裁裁决的相互承认与执行进行了规定,其中绝大部分直接指向《纽约公

^① 沈红雨 《外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究》,《法律适用》2018年第5期。

^② 中国与科威特关于民事和商事司法协助的协定。

^③ 最高人民法院[2014]民四他字第9号复函。

^④ 中国与蒙古、白俄罗斯、阿联酋、科威特、匈牙利、哈萨克斯坦、塔吉克斯坦等七国缔结的双边司法协助协定未就仲裁裁决的承认与执行做出规定。

约》。^①只有我国与土耳其的双边协定就仲裁裁决的承认与执行依据做出特殊规定：申请人提出承认与执行仲裁裁决申请时，可以在《纽约公约》与双边司法协助协定中自由选择。《纽约公约》是迄今为止在国际商事领域缔约国数量最多，也是实施最为成功的多边公约，“一带一路”沿线的大多数国家都是该公约的成员国，在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》。^②上述5国与我国只能依据事实互惠相互承认与执行仲裁裁决。因此，如何准确理解并适用《纽约公约》是我国法院在审理涉“一带一路”争议中需要特别关注的问题。

5. “一带一路”投资与国际争端解决

(1) “一带一路”投资争端解决机制

“一带一路”投资争端解决机制的构建如何定位，有三种选择：“一带一路”投资争端解决中心；“一带一路”贸易投资争端解决中心；“一带一路”争端解决中心。

第一是“一带一路”投资争端解决中心。它专门从事“一带一路”投资争端解决的争端解决机构，不受理和处理其他种类的“一带一路”经济贸易争端。其管辖权可以由双边投资协定加以规定，或者可以作为仲裁协议所约定，还可以专门缔结一部《“一带一路”投资争端解决公约》。其好处是专注于投资争端的解决，具有高度的国际投资法专业性，可以有效针对“一带一路”沿线国家的投资特征和争端类型做出最及时最有效的对策，并可以有效弥补现有投资争端解决机制在处理“一带一路”投资争端问题上的不足和缺陷。但问题是经济全球化时代的很多投资争端已经不是单纯的投资争端，而是混合有其他类型的争端，特别是贸易争端。很多关于投资事项是规定在贸易协定中的投资章节中，服务贸易中本来就有投资的内容。因而“一带一路”投资争端解决中心也可能遇到这类事项的管辖权障碍，也不能说完美。

第二是“一带一路”贸易投资争端解决中心。它将贸易和投资争端都归入其管辖事项，可以突破双边投资协定的局限，纳入自由贸易协定和其他区域贸易协定、关税同盟等。它的好处是其管辖事项解决了贸易和投资的混同问题，但由于贸易争端的发生频度和标的大小远远超出投资争端，作为“一带一路”投资争端解决机制的“投资”色彩会被大大冲淡，成为一个实质上的“一带一路”贸易争端解决机构的附带功能，变成世界贸易组织争端解决机制类似的区域性贸易争端解决中心，从功能上和世界贸易组织的争端解决机制发生严重竞合。

第三是“一带一路”争端解决中心。它将管辖事项进一步扩大到所有争端方面，类

^① 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直接指向适用《纽约公约》。

^② 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》。

似于一个具有普遍管辖权的区域性仲裁机制，这也是中国的官方设想。这个设想比较理想，但能否实现，还要做很多努力。

无论将“一带一路”投资争端放到哪个框架内，它都应该是在中国的主导下，也是国际经济法律秩序中中国话语权的具体体现。它的总部应该设在中国。

(2) “一带一路”与国际商事法庭

2018年6月25日，最高人民法院审判委员会第1743次会议正式通过《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《国际商事法庭规定》）。该规定是对2018年1月23日中央全面深化改革领导小组会议通过的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（以下简称《意见》）的具体落实，并以具有法律效力的司法解释形式将中央的决策与政策法律化。2018年6月29日，最高人民法院第一国际商事法庭在深圳揭牌，同日，最高人民法院第二国际商事法庭在陕西省西安市挂牌并开始办公，标志着我国首批专门国际商事法庭将开始受理当事人之间的跨境商事纠纷。与一般受理涉外民商事案件的国内法院相比，国际商事法庭借鉴了迪拜国际金融中心法院、新加坡国际商事法庭的经验，吸收了国际商事仲裁等替代争议解决方式的优势，在管辖权及受案范围、与其他争议解决机构的关系、法庭组成、庭审使用的语言、外国法律查明途径及方式、域外送达、域外证据的获取及认定以及临时措施与判决的承认与执行等方面均有所创新和突破。其根本目的在于依法公正及时审理国际商事案件，平等保护中外当事人合法权益，营造稳定、公平、透明、便捷的法治化国际营商环境，服务和保障“一带一路”建设。当然，国际商事法庭的受案范围并不局限于涉“一带一路”沿线国家的商事争议，而是包括所有符合条件的国际商事案件。

（课题组组长：龚柏华，复旦大学法学院国际法教授、“一带一路”国际法律研究所所长；课题组成员：何力、陈力）

联系方法

地址：上海市邯郸路220号

复旦大学智库楼313办公室

电子邮件：brgg@fudan.edu.cn

电话：86-21-65641298

传真：86-21-55670203

网址：<http://brgg.fudan.edu.cn>



责任编辑：陈如江 刘慧芹

终审：黄仁伟

复旦大学一带一路及全球治理研究院

发印时间：2018年10月