



INTERNATIONAL LAW
ON THE BELT AND ROAD INVESTMENT

『一带一路』投资的

国际法

龚柏华 何力 陈力◎著

復旦大學出版社



非外借



INTERNATIONAL LAW
ON THE BELT AND ROAD INVESTMENT

“一带一路”投资的国际法

ISBN 978-7-309-13854-2



9 787309 138542 >

定价：48.00元

www.fudanpress.com.cn



INTERNATIONAL LAW
ON THE BELT AND ROAD INVESTMENT

「一帶一路」投資的

國際法

龚柏华 何力 陈力◎著

復旦大學出版社



图书在版编目(CIP)数据

“一带一路”投资的国际法/龚柏华,何力,陈力著. —上海:复旦大学出版社,2018.9
ISBN 978-7-309-13854-2

I. ①一... II. ①龚...②何...③陈... III. ①国际法-基本知识②国际私法-基本知识
③国际经济法-基本知识 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 186469 号

“一带一路”投资的国际法

龚柏华 何力 陈力 著
责任编辑/张永彬 王益鸿

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编:200433

网址: fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售: 86-21-65642857 团体订购: 86-21-65118853

外埠邮购: 86-21-65109143 出版部电话: 86-21-65642845

江苏凤凰数码印务有限公司

开本 787×960 1/16 印张 16.25 字数 237 千

2018 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-13854-2/D·950

定价: 48.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司出版部调换。
版权所有 侵权必究

前 言

“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，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：东南亚十一国（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）；南亚七国（尼泊尔、不丹、印度、巴基斯坦、孟加拉国、斯里兰卡、马尔代夫）；中亚六国（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)；西亚十八国(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)；中东欧十六国(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)；独联体四国(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)的社会制度、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，对外投资在“走出去”中扮演着重要角色，如何安全、高效地走出去，这需要从国际法的角度进行思考和研究，这也是本书撰写的首要宗旨。

本书以“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(俗称“三国法”)问题展开，分成三大板块。每一板块由五章构成，一般每章分为两节，第一节是相关问题的背景知识铺垫，第二节是与“一带一路”相关问题的探讨。全书编写采取兼顾教材和专著的风格，可作为本科相关教学辅助教材、考研参考资料。

本书由龚柏华、何力、陈力共同撰写完成(作者署名不分先后)。本书国际公法部分由龚柏华主笔，国际经济法部分由何力主笔，国际私法部分由陈力主笔(其中国籍冲突章由龚柏华撰写；争端解决章第一、二节由何力撰写，第三节由陈力撰写)。最后由龚柏华统稿完成。由于“一带一路”投资涉及的某些国际法问题(如双边投资协定、投资争端解决)在“三国法”中都有一定的相关性，因而，这些内容可能在三部分中有所交叉。



本书得到复旦大学“双一流”工程国际法学科建设经费的资助，同时也是复旦大学“一带一路”研究院国际法律研究所“一带一路”投资国际规则和案例课题项目的学术成果之一，特此说明。

本书得以完稿和出版得益于多方面的资助或帮助，在此一并感谢。

目 录

前言	1
第一篇 “一带一路”投资的国际公法	
第一章 “一带一路”投资与国际公法理论	3
第一节 国际公法理论和体系	3
第二节 “一带一路”投资涉及的国际公法	11
第二章 “一带一路”投资与国际公法原则	17
第一节 国际公法基本原则	17
第二节 “一带一路”投资的基本原则	23
第三章 “一带一路”投资与条约法	30
第一节 条约法概述	30
第二节 “一带一路”投资中的条约问题	35
第四章 “一带一路”投资与国家领域法	41
第一节 国际法上的国家领域	41
第二节 “一带一路”投资的国家领域范围	46
第五章 “一带一路”投资与外交和领事法	52
第一节 外交关系法概述	52
第二节 “一带一路”投资的外交保护问题	61



第二篇 “一带一路”投资的国际经济法

第六章	“一带一路”投资的国际经济法理论	67
第一节	国际经济法基础	67
第二节	“一带一路”投资的国际经济法原理	74
第七章	“一带一路”投资与国际贸易法	84
第一节	国际贸易法概述	84
第二节	“一带一路”投资国际贸易法问题	94
第八章	“一带一路”投资与国际投资法	100
第一节	国际投资法概述	100
第二节	“一带一路”投资国际投资法问题	112
第九章	“一带一路”投资与国际金融法	118
第一节	国际金融法概述	118
第二节	“一带一路”投资国际金融法问题	126
第十章	“一带一路”投资与国际税法	133
第一节	国际税法概述	133
第二节	“一带一路”投资国际税法问题	141

第三篇 “一带一路”投资的国际私法

第十一章	“一带一路”投资的国际私法理论	149
第一节	国际私法理论和体系	149
第二节	“一带一路”投资国际私法理论	164
第十二章	“一带一路”投资与司法保障	172
第一节	国际民事诉讼中的司法保障	172
第二节	“一带一路”投资与司法保障	176



第十三章	“一带一路”投资与国籍冲突	188
第一节	国籍法与国籍冲突概述	188
第二节	“一带一路”投资的国籍冲突问题	192
第十四章	“一带一路”投资与司法协助	199
第一节	国际民商事司法协助概述	199
第二节	“一带一路”投资的司法协助问题	203
第十五章	“一带一路”投资与国际争端解决	225
第一节	国际争端解决概述	225
第二节	“一带一路”投资的争端解决	235
第三节	“一带一路”与国际商事法庭	241



“一带一路”投资
与国际公法理论

第一章 国际公法理论

| 第一篇 |

“一带一路”投资的国际公法

第一章

“一带一路”投资 与国际公法理论

第一节 国际公法理论和体系

一、国际法概念和性质

(一) 国际法概念

国际法 (international law) 一词有狭义和广义之区分。狭义国际法等同于国际公法 (public international law), 即公法性质的国际法。当然, 国内私法的一些概念和制度对国际法也有一定的影响。国内学者一般将国际法定义为: 主要调整国家之间关系, 具有法律拘束力的原则、规则和制度的总体。现代国际法更倾向于将国际法解读为规范国际社会的国际共法或国际共同体法。

国际公法学一般包括以下内容: 国际法的性质和发展, 国际法的渊源, 国际法与国内法的关系, 国际法基本原则, 国际法的主体, 国际法上的国家, 国际组织法, 国际法的个人, 国际人权法, 国家领土法, 国际海洋法, 空间法, 条约法, 外交与领事关系法, 国际责任法, 国际争端解决法, 国际刑法, 国际人道法。^①

国际法的雏形是古代罗马法的万民法 (jus gentium), 即调整罗马人与外邦人之间、外邦人与外邦人之间的法律。与万民法相对的是市民法 (jus civile), 即调整罗马人之间的法律。

^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, 第5页。



一般认为，荷兰法学家格劳秀斯（Grotius）是“国际法之父”，他在1623至1624年期间撰写的《战争与和平法》中借用古罗马法中的万民法描述调整国家之间的法律。英国牛津大学苏支教授将万民法用英文“law of nations”表述，中文一般翻译为万国法。1897年英国法学家边沁（Bentham）在其《道德与立法原理导论》一书中使用了“international law”一词，中文翻译为国际法。

1648年结束欧洲三十年战争的《威斯特伐利亚和约》，建立了欧洲主权国家体系，标志着近代国际法的形成。1945年第二次世界大战结束后通过的《联合国宪章》，标志着现代国际法的建立。

中国的国际法由西方传入。一般认为，美国传教士丁韪良（W. A. Martin）是将西方国际法传入中国的第一人。丁韪良于1864年翻译出版了美国国际法学者惠顿（Henry Wheaton）所著 *Elements of International Law* 一书部分章节，中文取名为《万国公法》。

广义国际法除包括国际公法外，还包括国际私法（private international law）和国际经济法（international economic law），俗称“三国法”。狭义的国际私法为冲突法。国际经济法主要由国际贸易法、国际投资法、国际金融法和国际税法组成。

有时广义国际法也称跨国法（transnational law）。美国杰赛普（Philip Jessup）教授首先使用跨国法（transnational law）概念，以挑战传统上国际法与国内法的分界。以杰赛普教授命名的每年度模拟国际法庭比赛已经成为国际公法领域最重要的学生赛事。

（二）国际法性质

关于国际法的法律性质一直有争议，主要是对国际法效力依据的不同理解。自然法学派认为，国际法的约束力来源于自然法，如理性。实在法学派认为，国际法效力来源于国家同意或共同意志。也有否定国际法的法律性质的，例如，19世纪英国法学家奥斯丁认为国际法只是“实在道德”（positive morality）、“国际礼让”。此外，也有称国际法为“软法”（soft law）、“弱法”（weak law）、“准法”（quasi-law）的。一般认为，国际法与“实在道德”“国际礼让”的区别在于，国际法是必须遵守的，否则要承担违反国际法的国际责任。2001年12月，联合国大会通过了《国家对国际



不法行为的责任》的决议，但目前还没有形成生效的国际公约。根据国际法的实践，国际不法行为的责任形式包括：限制主权、赔偿、停止持续性国际不法行为、恢复原状和道歉、保证不再犯等。

对国际法的法律性质的怀疑主要起因于对国际法的强制执行力的不同理解。相比于国内社会有军队、警察、税务等强制执行机构，国际社会有其自身特点，没有统一的行政机构来执行国际法。国际法的实施主要依靠各国的自助执行、联合国维护和平行动、联合国安理会的制裁行动等。根据《联合国宪章》第七章规定，安理会可以采取行动维持或恢复国际和平及安全，其中国际制裁就是重要的手段。根据《联合国宪章》第41条规定，制裁办法包括一系列可供选择的不涉及使用武力的强制措施。安理会制裁包括全面经济和贸易制裁，以及一些更为具体的定向措施，如武器禁运、旅行禁令以及金融或商品方面的限制等。联合国安理会设有专门制裁委员会（The Sanctions Committee of United Nations Security），每个制度由一个制裁委员会管理。自1966年以来，安理会建立了26个制裁制度。

国际法学中有提出国际强行法（*jus cogens*）概念来强调国际法的约束力。国际强行法是普遍适用于所有国际法主体，国际法主体必须绝对服从和执行、不能以约定的方式予以损抑的法律规范。《维也纳条约法公约》第53条第一次正式使用了强行法概念。但国际法上并没有明确规定哪些规则是强行法。在实践中，强行法主要通过国际司法机构判例来辨认。

国家是否会遵守国际法可能出于多种因素的考虑，如：利益、声誉、被制裁、规范、国家能力、国内政治结构、社会环境、互惠。

二、国际法的主体和种类

（一）国际法主体的概念

国际法的主体即国际法律人格，通常要具备两方面的条件：第一，独立参加国际法律关系的行为能力。一方面要有赖以存在和活动的物质机体，如国家应有领土；另一方面要有独立的意思能力，如国家主权。第二，能够依法享受权利和承担义务资格。

（二）国际法主体的种类

国家是国际法基本主体。国家具有最完整的权利能力和行为能力；国



国际法调整对象主要是国家之间的关系。

部分政府间国际组织（如联合国，世界贸易组织）是派生的国际法主体。部分国际组织具备赖以存在和活动的物质基础，还有独立的意思能力，具备实现职能所需的权能。国际组织的国际法主体地位通常由国际文件和条约明确，如联合国宪章第 104 条规定，“本组织于每一会员国领土内应享受执行职务及达成宗旨所必需之法律行为能力”。一些国家实践也直接承认部分国际组织的国际法主体地位。

少数争取独立的民族是有限的国际法主体。它们在一定范围内具有独立参与国际关系、直接承受国际法上权利义务的能力。

此外，非政府间国际组织、作为自然人的个人、作为法人的跨国公司是否可为国际法主体存在争议。一般认为，它们还不具备通常意义上的国际法主体资格。

三、国际法的渊源和种类

（一）国际法的渊源

国际法的渊源（sources of international law）是指国际法的具体表现形式。对于什么是国际法的渊源在学理上有分歧。一般将联合国国际法院判案依据即《国际法院规约》第 38 条作为国际法渊源的主要表现形式，认为第 38 条提到的国际条约、国际习惯、一般法律原则是国际法的主要渊源，司法判例、公法学家学说是国际法的辅助渊源。以上五个方面渊源之间并没有明确的位阶之分。实践中，国际条约是最重要的国际法渊源。

除上述《国际法院规约》第 38 条提到的五种渊源外，现代国际法学认为，主要的政府间国际组织通过的决议也可能构成国际法的渊源，如联合国安理会通过的决议。联合国大会通过的决议按规定没有国际法意义上的约束力，但可能有一定的影响力。国际法学上将国际组织或国际会议通过的一些不具有法律约束力的决议、宣言、建议、指导方针、行动纲领等，比拟为“国际软法”。

国际社会一直在努力从事国际法的编纂工作，即将国际法的原则、规则和制度编制成为系统化和成文化的条文。联合国国际法委员会、国际贸易法委员会一直致力于国际法的编纂。



（二）国际法渊源的种类

《国际法院规约》第38条提及的国际法渊源主要有：

1. 国际条约 (international treaty)

条约是现代国际法最主要的渊源。国际条约是国家间、国家与国际组织间、国际组织间所缔结的、受国际法约束的国际书面协定。《维也纳条约法公约》明确承认条约为国际法渊源之一，至于哪些条约构成了国际法的渊源有个识别问题。条约可以区分为造法性条约 (law-making treaty) 和契约性条约 (contractual treaty) 两大类。造法性条约一般无期限，是构成国际法渊源的主要条约类型。根据《联合国宪章》第102条的规定，各成员国有义务向联合国秘书处登记所签订的条约，以便使之具有在国际法院及其他联合国机关援引的效力。

2. 国际习惯 (international custom)

国际习惯通常指各国一贯地作为或不作为而形成的被认为具有法律约束力的惯例或通例。具有直接法律约束力的国际习惯通常被认为是国际习惯法，而法律约束性不明确或不强的国际习惯有时也用国际惯例表述。我国目前立法上采用国际惯例表述。

判断一种惯例或通例是否构成一项具有法律约束力的国际习惯通常有两个标准：第一是重复性。国家实践的重复一致性 (consistency of the practice)，又称物理因素或客观因素，即各国一贯的特定作为或不作为事实的存在。第二是默契性。国家默认其约束力的法律确信 (opinio juris)，又称心理因素或主观因素，即各国认为必须做出或不做出该特定行为，否则要承担法律责任。如果一国一直对某项规范或做法提出反对意见，则该项规范就不能构成对该国有约束力的国际习惯。

国际习惯需要多长时间的重复实践，目前没有统一规定。对速成习惯国际法的主张应该持谨慎的态度。国际习惯可能存在区域范围中，也可能存在两国之间。

国际习惯存在的证据可以从国家外交实践（如发表的声明）和国内实践（如法院判例）中得到佐证。

由于各国对国际习惯存在认识上可能存在分歧，目前国际社会倾向于将国际习惯编纂为国际条约，以便使其内容更明确。



一国可以将其没有批准的国际条约的部分内容当作国际习惯法来承认其约束力。如美国将《维也纳条约法公约》中的解释规则视为国际公认的习惯国际法解释规则。一般认为,《联合国宪章》已经成为国际习惯法对非成员具有约束力。

3. 一般法律原则 (the general principles of law)

《国际法院规约》将一般法律原则作为其判案依据,主要是考虑在国际条约和国际习惯无法引用时,提供一种判案依据。但由于一般法律原则概念抽象,在国际司法实践中很少使用。学理上认为,一般法律原则包括各国在其国内法律体系中共有的原则,如诚实信用原则。

4. 司法判例 (judicial decision)

国际司法判例主要指国际法院的判例。但按照《国际法院规约》第59条的规定,国际法院判例不具有英美法系的判例法地位。在实践中,国际法院判例经常被援引,学理上称之为“非约束性先例”或“固定的法理”(settled jurisprudence)。在实践中,一国国内法院涉及国际法的判例也可作为辅助性法律渊源。

5. 公法学家学说

权威公法学家的学说可以作为国际法存在的证明。何为权威的公法学家学说存在一定争议,现代国际法实践上很少引用公法学家学说作为判案依据。

四、国际法与国内法的关系

(一) 国际法与国内法关系的学说

国际法与国内法关系的学说主要分一元论和二元论。

一元论(monism)认为,国际法与国内法是同一个法律体系。一元论又可分为主张国内法优于国际法的,这种观点现代已经很少有人坚持;主张国际法优于国内法的,这种观点有一定的合理性。

二元论(dualism)认为,国际法与国内法是两个不同的法律体系,两者是平行的、互不相干的。这种观点已经不符合现代国际法的实践情况了。

中国有学者提出了“协调论”,认为国际法与国内法是相互联系的。

(二) 国际法与国内法关系的实践

国际法与国内法关系的实践主要指一国如何在国内适用国际法。这里



讲的国际法主要是国际条约和国际习惯。

在国际法上对一国发生法律效力的国际条约如何在该国生效，目前国家实践主要有两类方式：第一类为转化方式（transformation）。一国通过立法机关按程序将国际条约转变为自己国家的国内法，转化后形成的国内立法的效力与条约的效力不再有联系，自然人和法人不能直接援引对该国生效的国际条约作为法院诉讼的依据。第二类为采纳方式（adoption），又称并入方式。一国事先通过宪法或相关法律规定对该国生效的国际条约合并到该国法律体系中，无须采取立法的转化，自然人和法人可以直接援引对该国生效的国际条约作为法院诉讼的依据。一些国家如美国将国际条约区分为自执行条约（self-executing）和非自执行条约（non-self-executing），只有自执行条约（或其中某些条款）可在国内直接适用。如美国法院判例认为，《联合国宪章》不属于自执行条约，适用不可诉原则。自执行条约一般要对成员国规定具体的法律义务或给个人创设具体权利，而不是空泛规定一般目标或标准。

至于习惯国际法，大多数国家承认习惯国际法是其法律体系的一部分，不需要转化或特定的纳入程序即可在国内发生法律效力，可以在国内法院作为判案依据。一些国家立法中将习惯国际法表述为“国际法的一般原则或规则”。但何为习惯国际法存在较大模糊性，因此，国内法院依据习惯国际法判案的情况有限。

中国目前在宪法、立法法、缔结条约程序法上都没有明确国际法与我国法律关系的具体规定。在实践中，中国有采取并入方式适用国际条约的做法，在一系列法律法规中明确规定相关条约可直接适用，如《联合国国际货物销售合同公约》《承认及执行外国仲裁裁决公约》。中国也采用通过制定、修改、补充国内法律法规方式来适用国际条约，如根据《维也纳外交关系公约》，中国于1986年制定了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》。中国在加入世界贸易组织（WTO）后对国内一系列法律法规进行了修改。

国际法与国内法关系的实践的另一个问题是如何处理国际法与国内法规定的冲突。

当国际条约与国内法发生冲突时，大多数国家主张善意遵守对本国有效的国际条约。《维也纳条约法公约》第27条规定：“一、当事国不得援引



其国内法规定为理由而不履行条约。”在具体位阶上，有的国家将国际条约与宪法处于同等效力，如荷兰宪法；有的将国际条约效力低于宪法但高于国内立法，如俄罗斯联邦宪法；有的将国际条约与国内法处于同等效力地位，如美国宪法，具体采取“后法优于前法”原则，即按时间先后决定其效力（lex posterior principle=the last time rule）。

在司法实践中，国内法院一般都试图将国际条约（有时是习惯国际法）与国内法冲突解释为没有发生冲突，如果有多种理解意思，一般采用与国际条约不冲突的理解意思。在英国，当不成文的习惯国际法与国内成文法有冲突时，则以成文法为优先。

中国的立法实践采用当国际条约与我国国内法发生冲突时，国际条约优先于我国法律的立场。我国《民法通则》第142条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”第150条规定：“依照本章规定适用外国法律或国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”

最高人民法院关于适用2011年4月1日生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法若干问题的解释一》的第四条规定：“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十二条第二款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第一款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第一款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第一款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。”第五条规定：“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际惯例的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十二条第三款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第二款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第二款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第二款等法律规定予以适用。”第九条规定：“当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。”



第二节 “一带一路”投资涉及的国际公法

一、“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

^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，第120页。



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。

二、“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，已得到了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。

人类命运共同体概念是中国基于对新时代国际形势判断而产生的。如果我们从积极角度看当今国际社会，和平与发展仍然是时代的主题。社会信息化、文化多样化、经济全球化、世界多极化在深入发展，国际秩序变革和全球治理体系正在加速推进，各国相互依存和联系度日益加深，国际力量的对比更趋于平衡。但如果我们从问题角度看世界，全球又面临诸多不稳定性和不确定性，世界经济增长动能显得不足，人群间的贫富分化日益严重，地区热点问题此起彼伏，恐怖主义威胁、网络安全隐患、重大传染疾病蔓延、气候变化加剧等非传统安全问题日益严重，人类正面临前所未有的共同挑战。正因此，人类需要从新的角度思考新时代如何面对共同



命运的问题，如何更好适应和引导经济全球化，推动经济全球化朝着更加开放、包容、普惠、平衡、共赢的方向发展。这正是中国与世界各国共同所要承担的责任。

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代表大会上所作报告中阐述了“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。

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 习近平：“Work Together to Build a Community of Shared Future for Mankind”，于联合国日内瓦总部，2017年1月18日，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。



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，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。

与人类命运共同体相近的概念是“人类共同利益”概念，即“不能将其分配给特定国际社会成员的、各国际社会成员的共同利益”。^① 国际社会共同利益又可具体分为国家间的共同利益与全人类的共同利益。国家间的共同利益通常以双边、诸边、区域和多边合作的形式体现，一般是短期的或局部的利益。人类共同利益不只是国际社会各成员利益的简单相加，而是人类作为整体生存与发展密切相关的利益总和，它是一种人类同为“地球村”村民的共同利益，是全局的、可持续的利益。在人类共同利益的基础上进一步提出人类命运共同体概念，其站位更高，更能精确体现人类共生存的团体感、迫切感。

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”。^② 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

① 许建：《论国际法之“人类共同利益”原则》，《北京理工大学学报》（社会科学版）2011年第5期。

② 《联合国宪章》，联合国官网，<http://www.un.org/zh/sections/un-charter/chapter-i/index.html>（2018年5月8日访问）。

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。有“全球公域”“人类共同关切事项”“世界遗产”“人类共同继承财产”等概念提出，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，为科学知识做出了重大贡献；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。”

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。



第二章

“一带一路”投资 与国际公法原则

第一节 国际公法基本原则

国际法的基本原则是被各国公认或接受、具有普遍约束力、适用于国际法各个领域、构成国际法体系基础的法律原则。《联合国宪章》第一次明文规定了国际关系基本原则，联合国大会1970年通过的《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宣言》第一次正式明文出现了“国际法基本原则”一词。国际法学关于哪些构成国际法基本原则有不同的观点，通常提及的有国家主权平等、禁止以武力相威胁或使用武力、和平解决国际争端、不干涉内政、善意履行国际义务、民族自决、国际合作和保护基本人权原则。中国学者主张由中国等国倡导的互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处这五项原则是对现代国际法基本原则的丰富和发展。此节仅选国际法理论和实践中普遍认可的几项核心原则进行简述。

一、国家主权平等原则

国家主权 (sovereignty) 是指国家具有的独立自主处理自己对内和对外事务的最高权力。国家主权具有独立性、排他性、平等性和完整性的特征。国家主权派生出国家的基本权利，这些权利是主权国家固有的权利 (主权权利)，所有国家在享有国家基本权利上没有差别。通常国家有四大方面的主权权利：

第一是独立权 (right of independence)，国家按照自己的意志处理本国



事务不受他国干涉的权利。独立自主和不受干涉是独立权的两个特征。与不受干涉相对应就产生了不干涉他国内政的国家义务或国际法基本原则。目前国际法实践和理论上对人权保护（或保护的责任）是否可作为不干涉内政原则的例外存在分歧。经安理会依据《联合国宪章》授权或经他国同意，介入该国事务，不违反不干涉内政原则。另外，民族自决原则如何与尊重国家主权和领土完整协调也是国际法实践和理论充满争议的话题。有些国家（如美国）司法实践中采用“国家行为原则”（act of state），任何国家的法院均不得对其他主权国家在其领土内的行为行使管辖权。对属于外国法院管辖的案子本国法院不予以受理，也体现了这种不干涉他国内政的理念。

和平共处五项原则中的“互相尊重主权和领土完整”是这种独立权的具体表述。尊重一国主权首先意味着尊重该国的领土完整。

第二是平等权（right of equality），国家不论大小、贫富、强弱在国际法上的地位是平等的。国家平等权有多种表现，如在国际会议和国际组织中的同等代表权和投票权。国家主权平等不禁止根据协议对不同国家采取不同的要求或待遇，如国际环境法中主张的“共同而有区别责任原则”，世界贸易组织法中对发展中成员采取的“特殊而不同的待遇原则”。一般认为，联合国安理会五大常任理事国拥有否决权是事先得到联合国成员同意的，是这些国家承担额外责任所给予的相应特权。

第三是管辖权（right of jurisdiction），国家对特定的人、物和事件进行管理的权力。管辖权又可具体分为领域管辖、国籍管辖、保护性管辖和普遍性管辖四种。领域管辖（又称属地管辖）是指国家对本国领域内的一切人、物和所发生的事件有行使管辖的权力。据此，外国自然人和法人都必须遵守居留国的法律。中国在2013年修订颁布了《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》。领域管辖存在一定的例外情况，如外交豁免权。在实践中，一国法律如刑法可适用于该国的航空器、船舶等交通工具上，类似行使领域管辖权。我国刑法第6条规定，凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，适用本法。犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。一国可以给予遭受追诉的外国人（通常为政治犯）入境和居留，拒绝引渡给外国，这称为



领土庇护 (territorial asylum)。国籍管辖 (又称属人管辖) 指国家对具有其本国国籍的人实行管辖的权力, 而无论该人在国内或者国外。国家根据国籍情况来赋予本国权利和规定义务。有时国家根据国民待遇原则, 在一定范围内给予外国国籍者与本国国籍者同等的待遇。我国刑法第 7 条规定, “中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的, 适用本法, 但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的, 可以不予追究。” 国籍管辖与领域管辖同时行使会发生冲突, 实践中, 领域管辖具有实际的优先权。1980 年中国颁布了《中华人民共和国国籍法》, 不承认中国公民具有双重国籍。保护性管辖指对于外国人在该国领域外侵害该国的国家或公民的重大利益的犯罪行为行使管辖。我国刑法第 8 条规定, “外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪, 而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的, 可以适用本法, 但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外”。普遍管辖指对于严重危害国际和平与安全以及全人类利益的某些特定的国际犯罪行为, 各国均有管辖权, 而不问这些犯罪行为发生的地点和罪犯的国籍, 如公海上的海盗行为。我国刑法第 9 条规定, “对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行, 中华人民共和国在所承担义务的范围内行使刑事管辖权的, 适用本法”。

从国家主权原则还引伸出国家主权豁免制度 (sovereign immunity)。国家主权豁免是国家主权平等的引申, 是国家领域管辖权的例外, 体现了古罗马法格言“平等者之间无管辖权” (par in parem non habet imperium)。国家主权豁免制度认为, 根据国家主权独立, 平等和尊严, 国家及其代表的行为和财产免受外国法院司法管辖。主权国家在相互享有豁免权的同时, 也承担了豁免对外国的主权行为或财产的司法管辖的义务。在国际交往中, 象征或代表着国家主权的有国家代表、武装部队、国家船舶或国家航空器。从本质上讲, 国家豁免是解决主权冲突的一种妥协方式, 是一种司法管辖中的程序性抗辩理由。

国家主权豁免在国际法的实践和理论上有两种模式。第一种为绝对主权豁免 (the absolute theory of sovereign immunity)。凡被告是“外国国家”的诉讼, 无论牵涉外国国家的何种行为或财产, 除非该国自愿放弃豁免权, 一律享有管辖豁免, 一国即使放弃了管辖豁免也不等于就放弃了执行豁免。



美国最高法院首席法官马歇尔在 1812 年“交易号案”判决中阐述了国家豁免的基本理由。绝对豁免原则“绝对地”保证了被诉国的利益，但使与被诉国发生交易或纠纷的自然人或法人的利益处于不确定状态。第二种为有限主权豁免（the restrictive theory of sovereign immunity）。从 19 世纪后半叶开始，由于国家从事贸易、铁路、海运和邮政业等商业活动，国际法实践和理论上出现了限制绝对主权豁免的理论和实践。有限主权豁免主张把外国国家的行为分为统治权行为和管理权行为两类。统治权行为（或主权行为、公法行为）（act of government）是指国家的政治、军事和外交等以国家的主权者的资格行事的的行为，属于国家豁免范围；商业交易行为（管理权行为或私法行为）（acts of commercial nature）是指国家直接参与经济、贸易等商业活动的行为，不属于国家豁免的范围。一般根据国家行为的性质（有的按目的）来区分是否为管理权行为或商业交易行为。美国 1976 年《外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act）采纳了有限主权豁免立场。

2004 年 12 月联合国大会通过《联合国国家及其财产管辖豁免公约》并于 2005 年 1 月 17 日开放签署，目前该公约还未生效。中国于 2005 年 9 月 14 日签署该公约，但至今没有批准。

我国尚未制定一般性的外国国家豁免法律。2005 年 10 月 25 日，全国人大常委会通过了《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，其中第 1 条规定：中华人民共和国对外国中央银行财产给予财产保全和执行的司法强制措施的豁免；但是，外国中央银行或者其所属国政府书面放弃豁免的或者指定用于财产保全和执行的财产除外。第 3 条规定：外国不给予中华人民共和国中央银行或者中华人民共和国特别行政区金融管理机构的财产以豁免，或者所给予的豁免低于本法的规定的，中华人民共和国根据对等原则办理。

中国在外交实践中仍然坚持绝对主权豁免立场。在上世纪八十年代美国法院审理的“美国公民杰克逊诉中华人民共和国偿还湖广铁路债券案”中，^① 中国政府就提出了绝对主权豁免而拒绝美国法院的管辖。在 2011 年

^① 本案索引号为：794 F. 2d 1490。

