

# “一带一路”争端解决机制 的阐释与构建

王琦

(海南大学法学院 海南海口 570228)

内容提要: 新时代,“一带一路”建设进入精耕细作阶段,这对多元化、专门性的争端解决机制提出了新的要求。“一带一路”争端解决机制既体现在具体的体制与制度上,也体现在抽象的公信力与影响力上,要以国内外法律服务资源作为构建基础。从长远来看,“一带一路”国际合作进程中,现有的争端解决机制面临诸多困难和挑战。新的争端解决机制要在完善各国国内争端解决方式,整合国际、区际争端解决方式,组建新的争端解决机构和规则的前提下构建。

关键词: 新时代 一带一路 争端解决 多元化

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.08.002

2013年,习近平主席提出“一带一路”构想,得到了国际社会的高度关注和广泛响应。作为一项全方位、多层次的国际合作系统工程,“一带一路”建设过程中涉及商贸和投资的法律服务与司法保护不可缺位。中国企业“走出去”与沿线国开展投资贸易,势必产生纠纷,需要有公平、有效的争端解决机制。中国作为“一带一路”构想的倡导者、推进者和践行者,理应主动承担起构建“一带一路”争端解决机制和机构的重任。为了从法律机制上为“一带一路”建设保驾护航,中华人民共和国最高人民法院于2017年“两会”期间提出将研究建立“一带一路”多元化纠纷解决机制、健全“一带一路”相关法律制度和培育“一带一路”司法人才队伍。2018年1月23日,中央深化改革领导

小组第二次会议审议通过了《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》,为“一带一路”争端解决机制的构建指明了方向、设计了蓝图。

一、“一带一路”争端解决机制的提出与定位

(一)“一带一路”争端解决机制的提出

“一带一路”倡议提出后,理论界就开始关注中国对外贸易的保障与救济问题。其中,如何有效防范投资风险、妥善化解商贸纠纷是顺利实施“一带一路”倡议的重要保障,受到了广泛的关注。学者从微观层面的建言献策得到了官方的积极回应,最高人民法院高度重视“一带一路”的争端解决,随即从宏观上展开了争端解决机制和机构的研究。2016年10月11

作者简介:王琦(1967—)男,汉族,海南澄迈人,海南大学法学院院长、教授、博士生导师。

日,最高人民法院原副院长贺荣在第四届香港“一带一路”国际论坛上提出,要建立一套公正、高效,为各国普遍接受与认同的争端解决机制。同时她还对“一带一路”争端解决机制应坚持的理念和原则提出了要求。<sup>①</sup> 2017年3月10日,最高人民法院民四庭庭长张勇健接受法制网记者“两会”系列访谈时表示,2017年最高人民法院将推进建立“一带一路”争端解决中心,并就一些迫切需要解决的涉外审判疑难问题出台司法解释。<sup>②</sup> 2017年4月20日至21日,最高人民法院院长周强访问世界贸易组织总部和世界知识产权组织总部时表示,最高人民法院愿与世贸组织加强合作,研究借鉴国际贸易争端解决机制的有益经验,建立健全“一带一路”投资争端解决机制,切实保护投资者权益,推动投资争端解决机制法治化。<sup>③</sup> 可以看到,自2015年7月8日《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》发布以来,最高人民法院就开始积极设计配套“一带一路”司法保障体系,相继发布了一系列与解决争端有关的司法解释,<sup>④</sup>为建立完备的争端解决机制积极地做准备。2017年度是最高人民法院重点关注、深入探索、全面启动构建“一带一路”争端解决机制的重要一年,除了在内部加快推进“一带一路”多元化纠纷解决机制和机构研究外,还充分利用各种国际场合对外传播中国多元化纠纷解决理念,为创建共商、共建、共享,互利、互惠、互赢的争端解决机制打下了坚实的基础。

党的十九大报告指出,中国特色社会主义进入了新时代,中国智慧和中国特色方案越来越受到国际社会关注。新时代下,推动建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系是建设中国特色社会主义强国的重要内容。2018年1月23日,中央全面深化改革领导小组第二次会议审议通过《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》(以下简称《意见》),这是对党的十九大报告所提出的全面深化改革、推进国家治理体系和治理能力现代化的贯彻落实,也是对新时代构建新型国际关系的具体实践。“一带一路”作为一项国家战略,与其相关的争端解决机制是否公平、公正、高效,直接显示出中国作为世界大国的治理软实力。将“一带一路”争端解决机制和机构的建立上升为国家下一阶段改革创新的重要内容,力图在新时代实现新突破,正是在“一带一路”建设取得显著成效、进入精耕细作阶段和我国社会主要矛盾发生转变、“四个全面”战略布局形成的大环境、大背景下,中国探索国家治理、参与全球治理的新实践。《意见》强调,建立“一带一路”争端解决机制和机构,要注重区际和国际间的交流,且以平等协商、携手共建、共同受益的原则为指导,依托国内现有的诉讼内和诉讼外纠纷解决资源,吸收、整合沿线各国的法律服务资源,建立一套广泛认可、普遍适用的多元化争端解决机制,为“一带一路”商贸和投资争端的化解提供法律支撑,营造出更公平、更稳定、更高效、更透明的法治化营商环境。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> 参见申蕾《构建公正高效的争端解决机制 为“一带一路”营造良好法治环境》,载《人民法院报》2016年10月12日第1版。

<sup>②</sup> 参见王泽艳《最高法:推进建立“一带一路”争端解决中心》[http://www.legaldaily.com.cn/index\\_article/content/2017-03/10/content\\_7047748.htm?node=5955](http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2017-03/10/content_7047748.htm?node=5955),访问日期:2018年1月25日。

<sup>③</sup> 参见周斌《建立健全“一带一路”投资争端解决机制》,载《法制日报》2017年4月24日第4版。

<sup>④</sup> 如2016年2月24日发布《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》《最高人民法院关于海事诉讼管辖问题的规定》、2016年8月1日发布《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定(一)》《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定(二)》、2016年11月18日发布《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》等。

<sup>⑤</sup> 参见习近平《思想再解放改革再深入工作再抓实 推动全面深化改革在新起点上实现新突破》,载《人民日报》2018年1月24日第1版。

## (二) “一带一路”争端解决机制的定位<sup>⑥</sup>

1. 具体的体制与制度+抽象的公信力与影响力。在《现代汉语词典》中,“机制”是指有机体的构造、功能及其相互关系。“机制”的概念主要涵盖如下几层意思:一是整体的事物是由各个不同部分所组成;二是不同部分承担着不同的功能,整体功能的发挥要建立在协调不同部分的基础上;三是正确处理各部分关系需要具体的运作方式;四是机制通过一定的运作方式将各部分统一起来,以实现规范化运作,发挥最大效用。“一带一路”争端解决机制是一套集司法、仲裁、调解为一体的多元争端解决方式,构建这一争端解决机制需要在激发不同部分固有功能的基础上注重三者之间的有效衔接,最终形成整体合力,为争端的解决搭建新平台。

“机制”的建立需要载体,换言之,要明确“机制”通过什么形式建立,又依靠什么来实现。“机制”的建立依赖于“体制”和“制度”,从一般意义上讲,二者都有规则、准则的含义。但这里的“体制”侧重于组织职能和权责,要求明确具体的任务如何分配、由谁完成,各部门、各职位享有哪些权利,需要承担哪些责任;这里的“制度”主要表达的是一定范围内的法律、法规和规章制度。“体制”和“制度”共同作用,解决了“机制”的建立形式,但要实现“机制”的效用,还需要足以让使用者信任的力量。延伸到“一带一路”争端解决机制上来,这一机制同样不能只狭义地理解为一系列的具体规则,而应同时涵盖其他信任机制。具体而言,“一带一路”争端解决机制应当包括具体的体制、制度和抽象的公信力、影响力。具体的体制、制度表现为应当设立一个独立的实体机构,需要考虑的事项包括制度依据、法律地位、目标宗旨、基本原则、运行方式、适用范围、案件种类等,以及如何和现有资源衔接,如何完善配套措施等。

当然,这一新机构并非完全超脱现实重新建立的,而是在整合国内外现有法律服务资源的基础上组建而成的。其中的具体机构和规则大多可利用现有的资源,只需将其加以完善,然后成立或制定少量新机构、新规则,便可设立一体化的争端解决中心。抽象的公信力、影响力体现在要提升“一带一路”争端解决机制的公信力和影响力上,要吸引更多的纠纷当事方选择这一解纷机制。如果只是简单地组建一个新的争端解决机制,而无法实际发挥化解争端的作用,自然是不符合其设立初衷的。因此,除了机构和规则的构建外,还要努力将争端解决机构建成具有国际影响力的争端解决中心。

2. 统一的国内设置+分散的区际、国际设置。“一带一路”争端解决机制的构建,最终要落脚到具体的机构、平台的设置和人员的配置上。通常情况下,提到争端解决机制人们就会将目光聚集在国际争端解决机制上,如WTO的争端解决机制、ICSID争端解决机制等。实际上,除了国际争端解决机制外,还存在区际争端解决机制和国内争端解决机制。不同类型的争端解决机制作用范围和运行方式又存在差别。既然如此,“一带一路”争端解决机制应当定位为哪一范围的争端解决机制就有待明确了。“一带一路”作为一个开放型的经济圈,既不限制成员国国别,也不限制成员国数量,目前已有71个国家加入这一共同体,两条经济带覆盖东亚、西亚、南亚、中亚、中东欧等地区。可以预见的是,未来参与方还将持续增加。可见,“一带一路”建设的合作形式是区际性与国际性相结合的,产生的纠纷也是广泛而复杂的。在此背景下,争端解决机制的设置也应当是多元的、复合的。

一方面,中国作为主导者和重要参与方,首先应当建立起国内的“一带一路”争端解决机制。党的十八届四中全会确立了多元化纠纷解

<sup>⑥</sup> 武汉大学海外投资法律研究中心2017年发布的《构建一带一路争端解决机制研究报告》中,从三个方面探讨过“一带一路争端解决中心”的定位问题,笔者对“一带一路争端解决机制”的定位参考了上述分析。

决机制改革的任务,中央也从顶层设计上对多元化解决机制建设做出了制度安排,最高人民法院正在逐项贯彻落实。“一带一路”争端解决机制的构建应当以此为契机,结合多元化纠纷解决机制的中国方案,建立起与国情相符、与世界接轨的新机制。除了充实和完善现有的纠纷解决方式外,我国还要适时推出专门针对“一带一路”商贸投资纠纷的系列措施。国内的争端解决机制是融合官方性和民间性的混合模式,既包括司法途径,也包括民间解决途径。另一方面,从国际惯例和方便争端当事人的角度考量,“一带一路”争端解决机制还应包含区际争端解决机制和国际争端解决机制。以现有较为成熟的区际争端解决机制为参考,如欧盟的贸易争端解决机制、北美自由贸易区的贸易争端解决机制、中国—东盟自由贸易区的贸易争端解决机制等,根据实际需要,建立起双边或多边的争端解决机制,为区际间争端的解决提供制度保障。随着“一带一路”国际化程度的加深,构建一套普遍适用的国际争端解决机制也势在必行。它将有别于现有的国际争端解决机制,重新创设一套新的解纷体系,专门服务于“一带一路”建设。概括而言,“一带一路”争端解决机制将是一个兼容并蓄、多管齐下的多元体系,争端当事人可以依据实际需要选择适用。

二、现有争端解决资源在“一带一路”建设中的适用及困难

#### (一) 国内争端解决资源的适用与困难

1. 诉讼方式的适用与困难。世界范围内一致承认司法在解决纠纷时具有一定的局限性,应当作为最后的解纷手段。相应地,替代性的纠纷解决方式全面兴起并快速发展,且已经形成一种整体走向和趋势。但不可否认的是,在现代社会诉讼依然是各国解决民商事纠纷的最重要途径。对公民个人而言,依据本国国内法,将纠纷提交法院寻求司法救济是最根本、最可信赖的争端解决方式。以我国国内纠纷为例,

2015年全国法院一审收案数超过1,000万件,而同一时期,非诉讼纠纷解决方式中最重要的人民调解和仲裁收案数分别为9,331,047件和136,924件。<sup>⑦</sup>可以看出,在我国,诉讼化解纠纷的数量无疑占据绝对比例。虽然各国国情不同,诉讼在纠纷解决体系中的地位也有所差别,但至少可以做出这样的判断:“一带一路”沿线国依然是将本国司法途径作为化解商贸投资争端的一项重要选择。

然而,以诉讼方式化解跨国争端存在诸多弊端:一是“一带一路”沿线国众多,各国法律制度差异较大,难以给争端当事方提供完整统一、共同接受的法律服务。而且,对于从事跨国贸易的外国人而言,很难准确理解和正确适用当地的法律,这显然不利于其合法权益的保护。二是发生跨国争端后,外来投资者可能受到不公正待遇。部分国家可能在司法程序中差别对待,偏袒本国当事人而为难国外投资者,甚至不及时处理争端,或是不公正处理争端。三是“一带一路”沿线国中,法治水平参差不齐,一些国家法律制度尚不健全,无法给投资者提供相应的法律保障。争端发生后,在国内法上难以找到明确的法律依据,甚至会出现法律冲突的情形,导致争端无法及时有效地解决。四是司法程序存在固有的缺陷,程序繁琐,进程缓慢,难以满足争端当事方快速化解纠纷、回归正常商贸投资活动的需求。还有各国的法院裁判均面临着难以执行的困境,而裁判的有效执行才是一切解纷方式最终的追求,否则争端的解决也会失去价值。

2. 仲裁方式的适用与困难。在当代ADR体系中,仲裁是最接近审判的一种解纷方式,当今社会中仲裁也是最重要的替代司法的纠纷解决方式。依照不同的分类标准,仲裁可以分为不同类型,较为常见的是国内仲裁与国际仲裁之分、机构仲裁与临时仲裁之分以及依法仲裁

<sup>⑦</sup> 数据来源:2015年《中国法律年鉴》。

与友好仲裁之分。<sup>⑧</sup> 仲裁作为一种法律制度始于中世纪,17世纪末英国议会制定了第一个仲裁法案,正式承认仲裁制度。19世纪末到20世纪初,仲裁制度真正得到了迅速发展,许多国家相继制定了仲裁法并成立了仲裁机构。英国于1889年制定了《仲裁法》,1892年在伦敦成立了伦敦仲裁院。瑞典于1887年制定了第一个仲裁法令,1929年通过了《瑞典仲裁法》和《瑞典关于外国仲裁协议和仲裁裁决的条例》。法国、德国、日本也都在《民事诉讼法》中对仲裁进行了规定。美国于1922年成立了仲裁协会,法国于1923年成立了国际商会仲裁院。<sup>⑨</sup> “一带一路”沿线国也大多制定了本国的仲裁法律制度。我国仲裁事业起步较晚,直到1994年《仲裁法》颁布,我国才建立起真正意义上的现代商事仲裁制度,仲裁理念才开始与国际接轨。<sup>⑩</sup> 虽然起步晚,但国内仲裁发展较快,截至2015年,全国共有244家仲裁机构。我国涉外仲裁制度是在中国国际经济贸易促进委员会的推动下逐渐建立和完善起来的,现在的中国国际经济贸易仲裁委员会是世界上主要的常设商事仲裁机构之一。除此之外,北京、上海等地也已成立了国际仲裁机构。各国的仲裁法律制度中都包含涉外仲裁的内容,是本国解决国际商贸投资争端的重要方式。2016年5月,中国-中东欧国家最高法院院长会议通过的《苏州共识》强调“中国和中东欧国家认同调解、仲裁等诉讼外替代性纠纷解决机制可以为民众提供高效、便捷的纠纷解决途径。”<sup>⑪</sup> 目前,“一带一路”建设中的跨国争端,国外投资者大多是将东道

国的涉外仲裁制度作为重要的争端解决方式。

仲裁作为替代诉讼的一种极具代表性的争端解决方式,在解决“一带一路”跨国争端中作用显著,但依靠各国国内涉外仲裁规则解决国际争端也具有明显的局限性。首先,虽然绝大部分“一带一路”沿线国都制定了本国的仲裁法,其中也涵盖涉外仲裁的内容,但实际上这些规则并不完善。一些重要的国际性仲裁制度在很多国家并未得到承认,如临时仲裁制度、友好仲裁制度等。这就会导致采用国内仲裁方式解决跨国争端时常受到制约。其次,当某国存在国外仲裁机构时,跨国争端应当提交至国内的哪一仲裁机构尚不明确。当下,一些跨国商贸投资繁荣的国家通常会在国外设立国际商事仲裁机构办事处,希望为解决本国的国际贸易争端提供便利。但这些国外仲裁机构是否有权限以及在多大范围、程度上有权限提供法律服务,通常并不确定。这样一来,争端当事方可能基于自身利益的考量选择不同的仲裁机构,难以达成合意。而且由于待遇不同,不同的机构处理的结果也会有所差异。最后,与诉讼方式一样,仲裁裁决同样会遭遇承认与执行的问题。虽然目前有专门解决非本国仲裁执行问题的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》),但“一带一路”沿线国中仍有少数国家尚未加入这一国际公约,且成员国中也存在“互惠”保留的情形。因此,国外仲裁裁决在“一带一路”部分沿线国的承认与执行仍然面临困难。

<sup>⑧</sup> 国内仲裁是指解决本国当事人之间没有涉外因素的国内民商事纠纷的仲裁,国际仲裁泛指处理具有涉外因素的民商事争议或国际性民商事争议的仲裁。临时仲裁是一种在事先并不存在仲裁管理组织的情况下,当事人根据仲裁协议,将争议交给临时组成的仲裁庭进行审理并作出裁决的仲裁。仲裁结束,仲裁庭即自行解散。机构仲裁也是当事人根据仲裁协议,将纠纷提交给某一常设仲裁机构所进行的仲裁。依法仲裁是指仲裁庭必须依据实体法律规范进行裁决;友好仲裁是指仲裁庭依当事人的授权,不根据严格的法律规定,而按照它所认为的公允及善良原则和商业惯例进行裁决。参见黄进、宋连斌、徐前权《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第3~4页。

<sup>⑨</sup> 参见乔欣《仲裁法学》,清华大学出版社2015年版,第2~3页。

<sup>⑩</sup> 参见郭峰《中国仲裁迎来引领世界的机遇》,载《民主与法制时报》2017年9月10日第11版。

<sup>⑪</sup> 参见黎虹《中国-中东欧国家最高法院院长会议苏州共识》,http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/05/id/1851424.shtml,访问日期:2018年1月26日。

## (二) 国际、多边与区域争端解决资源的适用与困难

1. WTO 争端解决机制的适用与困难。WTO 协议下的贸易和投资争端的主体往往是主权国家<sup>⑫</sup>,因此 WTO 的争端解决机制旨在解决政府之间关于执行 WTO 涵盖协议的争议。作为目前应用范围最广、接受度最高、可信度最强的争端解决方式,WTO 被认为是世界范围内最具抱负的一种准司法化国际争端解决机制。<sup>⑬</sup> WTO 解决争端分为两个层次,第一层次是成立 3~5 人的专家组,对成员国的违法行为进行裁决;第二层次是当事方可以对专家组报告中的法律问题或法律解释上诉到由 7 名成员组成的上诉机构审理。WTO 争端解决机制可适用于与贸易有关的措施,理论上来看,其也是“一带一路”沿线国商贸投资争端解决途径之一。然而,从实际情况来看,WTO 争端解决机制直接适用于“一带一路”沿线国贸易争端可行性不高。

其一,覆盖范围有限。WTO 争端解决机制只适用于 WTO 成员国间因适用 WTO 规则所发生的争端。而现阶段的“一带一路”沿线国中,有 15 个国家并非 WTO 成员国。<sup>⑭</sup> 因此,涉及这些国家的争端是无法启用 WTO 争端解决机制的,这显然就大大限制了 WTO 争端解决机制在“一带一路”争端中的范围适用。其二,使用率低。除了“一带一路”沿线国中非 WTO 成员国无法使用 WTO 争端解决机制外,WTO 成

员国中也有众多国家从未将争端诉诸 WTO 争端解决机制,数量高达 23 个国家和地区。<sup>⑮</sup> 从这些数据可知,“一带一路”沿线国对 WTO 争端解决机制的使用率较低。<sup>⑯</sup> 其三,适用主体受限。根据 WTO 规则,WTO 争端解决机制的适用主体仅限于成员国政府,排除私人投资者的适用。如此一来,私人投资者与东道国之间的国际争端就无法通过 WTO 争端解决机制来解决。而实际上,“一带一路”建设中,大量争端将发生在私人主体与东道国政府之间。其四,地位不对等。虽然 WTO 争端解决机制得到普遍认可,但在不同成员国的地位却非完全平等。根据建立世界贸易组织时的君子协定,美、欧、日可向上诉机构指派三位成员,而其他 160 余个成员只能通过选举产生其余四位上诉机构的成员。鉴于这 160 余个国家主要是发展中国家,且发展中国家和发达国家在贸易问题上有不同的利益和关注点,这种安排实际上对发展中国家是不利的,其话语权受到限制。<sup>⑰</sup> 此外,发展中国家适用 WTO 争端解决机制时还存在主动性不强和能力不够的问题<sup>⑱</sup>

2. ICSID 争端解决机制的适用与困难。外国投资者与投资东道国之间的跨国争端,国际上通行的做法是提交“解决投资争议国际中心(ICSID)”解决。ICSID 是根据 1965 年《华盛顿公约》设立的世界第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构。ICSID 采用临时仲裁庭裁决,一审终审,没有常设的上诉程序。ICSID 适

<sup>⑫</sup> 参见梁开银《论 ICSID 与 WTO 争端解决机制的冲突及选择——以国家和私人投资争议解决为视角》,载《法学杂志》2009 年第 8 期,第 92 页。

<sup>⑬</sup> 参见 Ernst-Ulrich Petersmann, “How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, Issue 1 (1998), p. 47.

<sup>⑭</sup> 分别为:伊拉克、黎巴嫩、叙利亚、巴勒斯坦、土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦、塞尔维亚、波黑、乌兹别克斯坦、白俄罗斯、阿塞拜疆、东帝汶、阿富汗、不丹、伊朗。

<sup>⑮</sup> 分别为:缅甸、老挝、柬埔寨、越南、文莱、蒙古、也门、约旦、阿联酋、卡塔尔、塞浦路斯、埃及西奈半岛、马尔代夫、尼泊尔、塔吉克斯坦、格鲁吉亚、立陶宛、爱沙尼亚、拉脱维亚、斯洛文尼亚、黑山、阿尔巴尼亚、保加利亚、马其顿。

<sup>⑯</sup> 参见张晓君、陈喆《“一带一路”区域投资争端解决机制的构建》,载《学术论坛》2017 年第 3 期,第 51 页。

<sup>⑰</sup> 参见王贵国《“一带一路”争端解决制度研究》,载《中国法学》2017 年第 6 期,第 63 页。

<sup>⑱</sup> 参见陈咏梅《发展中成员利用 WTO 争端解决机制的困境即能力建设》,载《现代法学》2010 年第 3 期,第 133 页。

用的规则包括投资保护协定、东道国法律以及国际法一般原则。相对于“一带一路”沿线国的国内仲裁机制,ICSID更具适用上的可能性和可行性。

然而,ICSID机制欲在“一带一路”争端解决中占据一席之地,也会面临一些无法回避的问题。第一,尽管作为ICSID基础的《华盛顿公约》有160多个成员国,但“一带一路”沿线国中仍然有10多个国家未加入,另有3个国家签署但尚未批准实施该条约。<sup>①</sup>因此,从范围上看,约有1/4的“一带一路”沿线国是游离于ICSID机制之外的。第二,ICSID机制在价值上倾向于对投资者的利益进行保护,而不注重东道国的发展权,这很容易损害东道国的经济利益,甚至会侵害其公共利益。<sup>②</sup>“一带一路”建设中的东道国通常都是发展中国家,利用ICSID机制解决投资者与东道国的争端,实际上不利于发展中国家共享“一带一路”新经济下的发展红利。第三,ICSID机制所使用的规则与“一带一路”沿线国的国情不相适应,裁决中高额的赔偿往往超过东道国的赔偿能力。同时,ICSID仲裁费用较高,每个案件的平均收费超过50万美元,很多经济水平较低的发展中国家难以承受。<sup>③</sup>

3. 区域性争端解决机制的适用与困难。区域间国家基于友好关系和促进经贸合作,会签订大量区域贸易协定(RTA)。RTA一般以政治互信为基础,有关争议解决的条款比较简单,有的甚至没有明确的规则,只有较为原则的框架性协定。RTA常常通过各有关国家之间的贸易经济委员会的定期会晤就有关争议进行磋商,属于以政治外交方式解决争端。由于区域

贸易协定的条文是比较柔性的软条款,或者是“尽最大努力”的意向性条款,缺乏强制执行力,又由于区域贸易协定还处于初步执行阶段,因此至今尚未有关于RTA的争议。<sup>④</sup>“一带一路”沿线国家中存在大量的区域性协定,仅中国就已经与沿线42国签订了双边投资协定。<sup>⑤</sup>《中国-东盟全面经济合作框架协议争端解决协议》是较为典型的规则型区域性争端解决机制,其中规定了多种非诉讼争端解决机制,具有较强的实践性。

虽然区域性争端解决机制体系庞大、历时长久,但也难以完全应用到“一带一路”争端的解决中。其适用上的困难主要有以下几点:大部分RTA的争端解决条款极为简单,对具体的争端解决方式缺乏明晰的制度安排,实践操作性不强;区域性争端解决机制有成员上的要求,现有的RTA无法全面覆盖“一带一路”沿线国,不能形成一个确定的体系;不同国家对不同RTA争端解决规则认可度有所差异,甚至有些国家不认同任何一个RTA的争端解决规则,尚未加入任何RTA,争端解决机制适用空间受到限制;目前的区域性争端解决机制大多具有显著的地域特征,是依据一定范围内的国家和地区的实际情况而建立,而“一带一路”建设地域跨度大,争端牵涉广,区域性争端解决机制很难发挥作用。

### 三、构建“一带一路”争端解决机制的中国方案

#### (一) “一带一路”争端解决机制应遵循的基本原则

<sup>①</sup> 未加入的国家有:越南、老挝、缅甸、印度、马尔代夫、不丹、阿联酋、伊朗、巴勒斯坦、波兰、塔吉克斯坦等;签署但未批准实施的国家有:俄罗斯、泰国、吉尔吉斯斯坦。

<sup>②</sup> 参见张超、张晓明《“一带一路”战略的国际争端解决机制研究》,载《南洋问题研究》2017年第2期,第27页。

<sup>③</sup> 同注释②,第51页。

<sup>④</sup> 参见张月姣《“一带一路”战略实施的法律思考》,载王贵国、李鋈麟、梁美芬主编《“一带一路”的国际法律视野:香港2015“一带一路”国际论坛文集》,浙江大学出版社2016年版,第17~18页。

<sup>⑤</sup> 参见刘艳、黄翔《“一带一路”建设中国国家风险的防控——基于国际法的视角》,载《国际经济合作》2015年第8期,第29页。

1. 灵活多元原则。“一带一路”建设的核心是开放和包容,包括合作理念、合作共建、合作领域、合作方式的开放包容。2017年5月14日习近平主席在“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式演讲中指出,要将“一带一路”建成开放之路,打造开放型合作平台,维护和发展开放型世界经济。<sup>④</sup>在此内涵指引下,“一带一路”争端解决机制也应当是灵活多样、兼收并蓄的。上文已经分析了现有的各类法律服务资源均无法单独适用到“一带一路”商贸投资争端解决中,虽然它们都能在有限的领域内发挥一定作用,但却难以单独运作。因此,新的争端解决机制需要融合现有的资源,发挥其优势,同时专门针对“一带一路”争端建立其他新的规则,从而弥补现有争端解决机制的不足。在整合新旧资源的基础上,建立起融合司法、仲裁、调解、协商等为一体的多元化争端解决机制。

2. 利益衡平原则。利益的多元、多样、多层次存在方式,使得不同利益主体间产生冲突,这就需要规则对利益关系进行调整以衡平复杂多变的利益冲突。<sup>⑤</sup>调动“一带一路”沿线各国的积极性、主动性的前提是必须使其在建设过程中真正得到实惠及利益,但这一过程中各方的利益冲突在所难免,现有争端解决资源间的冲突实际就是当事人利益冲突的一种表现形式。<sup>⑥</sup>参与“一带一路”建设的各方均有其自身的利益预期,争端的出现往往就是因为不同利益主体间产生了冲突。而争端进入解纷机制后,不同利益主体又会持不同的立场,力图获得有利于自己的裁决。“一带一路”争端解决机制要兼顾各方利益和关切点,寻求利益契合点和合作最大公约数。<sup>⑦</sup>具体来讲,“一带一路”争端解决机制应遵循一体化原则,将争端各方的利益统筹考虑;遵循损失最小化原则,尽可能维护争端各方利益,降低损害;遵循紧缺优位原则,

在兼顾各方的同时优先保护紧缺利益;遵循协商原则,以多次、广泛、反复的协商达成合意,维护共同的利益。

3. 刚柔并济原则。争端解决最核心、最具现实意义的就是裁决的承认与执行问题,如果争端解决机制无法保证裁决的最终执行,解决争端的一切努力都将失去意义。要实现这一目标,就要求争端解决机制具有普遍的约束力,而普遍的约束力又是以外在的强制力作为后盾。因此,“一带一路”争端解决机制要想获得国际社会的认可,就必须保障其具有一定的约束力,这种效力包括某些情况下的强制管辖力、强制执行执行力等。但是,“一带一路”战略强调尊重当事国主权、尊重当事方意思自治,与之相匹配的争端解决机制自然也应当体现出自治化。争端解决机制建立后,“一带一路”沿线各国当事人在争端解决的各环节都拥有最大限度的自主决定权,可以协议选择本国或者第三国法律作为解决争端的准据法,也可以根据国际条约、国际惯例将争端提交给相应的机构解决。<sup>⑧</sup>因此,“一带一路”争端解决机制既要体现刚性一面,又要兼顾柔性一面。

## (二) 构建“一带一路”争端解决机制的具体思路

1. 完善国内争端解决方式。“一带一路”争端解决机制不是对已有规则的全盘推翻,而是整合并完善现有法律服务资源并适当创设新的规范。也就是说,现有的国内争端解决方式仍然是新争端解决机制的重要组成部分。因此,从“一带一路”争端实际出发,积极完善国内涉外争端解决方式,是构建新的争端解决机制的重要一环。这不仅有利于资源的有效、充分利用,也有利于吸引争端当事人选择中国作为解纷地。上文分析了诉讼和仲裁适用于“一带一

<sup>④</sup> 参见习近平《携手推进“一带一路”建设》,载《人民日报》2017年5月15日第3版。

<sup>⑤</sup> 参见程多威《环境法利益衡平的基本原则初探》,载《中国政法大学学报》2015年第6期,第57页。

<sup>⑥</sup> 参见王刚《“一带一路”建设中的法律问题及法治机制构建》,载《法学杂志》2017年第2期,第34页。

<sup>⑦</sup> 参见张锋《国家战略:建设“一带一路”》,西安交通大学出版社2017年版,第115页。

<sup>⑧</sup> 数据来源:2015年《中国法律年鉴》。



路”争端解决时面临的困难,我们要以此为对照,修改国内立法,尽可能地畅通这两种争端解决渠道。

诉讼解决机制方面,我国现阶段可以考虑在管辖权、判决的承认与执行等关涉争端解决机制适用和效力的重要方面,对国内法予以完善。就管辖权而言,2015年《民事诉讼法司法解释》引入了不方便法院管辖原则和平行诉讼制度<sup>②</sup>,对于解决“一带一路”跨国争端中的管辖权冲突具有积极作用,但也存在不足之处。有学者将《民事诉讼法司法解释》第532条规定的不方便法院原则适用情形称为“六条件说”,认为这种规定存在诸多弊端:对案件是否涉及本国利益问题的判断和比较国内外法院审理案件上的便利性,可能产生基于国籍或惯常居所的歧视现象且难以实现个案公正的目标,赋予法官过大的自由裁量权容易导致法律适用的不确定性。并同时指出,自不方便法院原则的适用条件被逐步明确以来,法院在司法实践中常常以不同理由拒绝当事人基于不方便法院原则提出的抗辩。其认为,从司法解释的规定和法院的实践来看,我国的不方便法院原则侧重于保护我国当事人的利益而非平等对待当事人的利益。<sup>③</sup>在“一带一路”争端解决机制构建中,应以诉讼的均衡性和个案的公正性为考量,严格当事人对哪一间法院管辖更具便利性的证明责任,并适度限制法官的自由裁量权来完善不方便法院管辖原则。《民事诉讼法司法解释》第533条只认可对抗式重复诉讼,一方当事人在国外起诉,另一方当事人在国内起诉,国内法院才受理;一方当事人先在国外起诉后又到国内起诉的重复式平行诉讼,法院并不受理。

笔者认为这种规定过于绝对,对于国外法院故意拖延诉讼的情形没有充分考虑。“一带一路”争端解决机制构建中,我国法院可以通过新的司法解释或规定明确在国外法院存在故意拖延审理情形时,当事人可以向国内法院起诉,以便及时保障中方当事人的合法权益。

就判决的承认与执行而言,我国《民事诉讼法》第281条规定,外国当事人和法院可依据中国与外国缔结或参加的国际公约,或者互惠原则,请求中国法院承认和执行外国判决。截至目前,有34国与中国签订了国民商事司法协助条约,相互承认与执行法院判决,其中“一带一路”沿线国有23国。<sup>④</sup>也就是说,中国与大部分“一带一路”沿线国并不存在这类司法协助条约,只能依照互惠原则相互承认和执行对方法院判决。然而,在实践中,我国法院“一直严格遵循传统的‘事实互惠’的做法,即只有存在外国法院承认和执行中国法院判决的情况下,中国法院才会承认和执行外国法院判决。”<sup>⑤</sup>这不利于形成互利互惠的司法协助体系。以中、美司法协助为例,长期以来中国法院都没有承认和执行过美国法院判决,尽管美国法院承认和执行过中国法院判决,这一情况直到近期才出现转机。2017年9月,武汉市中级人民法院在全国率先裁定承认和执行美国法院商事判决,开创了美国法院判决在中国获得承认和执行的先例。<sup>⑥</sup>“一带一路”争端解决机制构建中,我国应当认可法律互惠原则,而不仅仅局限于事实互惠原则,只要国外判决基本符合国内法律或不存在重大冲突,不损害国家利益、社会公共利益时,就应对外国判决予以承认和执行。同时,我国可以在“一带一路”争端解决机制中

<sup>②</sup> 参见《民事诉讼法司法解释》第532条、第533条。

<sup>③</sup> 参见黄志慧《人民法院适用不方便法院原则现状反思——从“六条件说”到“两阶段说”》载《法商研究》2017年第6期,第157~162页。

<sup>④</sup> 分别是蒙古、老挝、越南、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、塔吉克斯坦、吉尔吉斯斯坦、土耳其、阿联酋、科威特、希腊、塞浦路斯、埃及、俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯、波兰、立陶宛、匈牙利、波黑、阿尔巴尼亚、罗马尼亚、保加利亚。

<sup>⑤</sup> 朱伟东《中国与“一带一路”国家间民商事争议解决机制的完善》载《求索》2016年第12期,第7页。

<sup>⑥</sup> 参见涂莉、赵千喜、熊斌《武汉中院在全国率先裁定承认和执行美国法院商事判决》,http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-59352.html,访问日期:2018年1月27日。

主动承认与沿线国存在互惠,通过先行给惠的方式传递出中国的善意,为与沿线国之间相互承认和执行判决打下基础。

仲裁解决机制方面,现阶段最为紧迫的当属临时仲裁问题。依照我国《仲裁法》,仲裁协议需载明选定的仲裁委员会才被认定为有效,而这与国际上通行的做法并不一致。境外仲裁机构或仲裁员协会通常接受临时仲裁,这就有可能造成一个显著的矛盾:如果我国不接受临时仲裁,境外仲裁机构或组织在我国就无法开展业务;如果我国接受临时仲裁,在现行法律体制下,会造成国内仲裁机构与境外仲裁机构竞争上的不公平,因为国内仲裁机构会受到《仲裁法》的限制而不能开展临时仲裁业务。<sup>④</sup>构建临时仲裁制度在理论上的探讨由来已久,实践中也已有了新的突破。最高人民法院2016年12月30日发布的《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第9条规定“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的,可以认定该仲裁协议有效。”自贸区对临时仲裁采取的宽容和支持态度,为推动《仲裁法》的修改以建立临时仲裁制度提供了契机。当然,我国的国际商事仲裁还涉及其他诸如在线仲裁不完备、友好仲裁制度缺失、仲裁程序“非国内化”有限等问题,这些都需要在构建“一带一路”争端解决机制的过程中去完善。

2.整合各类国际、区域间争端解决资源。虽然单独适用任何一种国际、多边或双边争端解决机制化解“一带一路”商贸投资争端都会面临诸多障碍,但这些法律服务资源实际上正在现实中发挥着一定的积极作用。无论是WTO争端解决机制、ICSID争端解决机制还是区域性争端解决机制,都肩负着特定的使命,在长期的实践中积累了丰富的经验,也赢得了各自成员国的信任。充分利用这些现有资源,不仅能节约制度构建成本,也能获取更多支持。

“一带一路”争端解决机制重在对现有资源的整合,只要是涉及沿线国的国际、区际条约中的争端解决条款或单独的争端解决条约,都应当成为新的争端解决机制吸收借鉴的参考。这些资源被纳入到新的争端解决机制后,争端当事方可以自主选择其共同加入的条约作为解决争议的规则。当然,“一带一路”沿线国也可以通过谈判、协商对上述国际、区际争端解决机制进行变通,以申明或补充条款的方式弥补这些规则适用于“一带一路”争端解决时的不足,更好地发挥这些机制的价值,为“一带一路”建设服务。

3.组建新的争端解决机制。“一带一路”争端解决机制虽然不是推倒重来,但也不是徒有其名。既然不同于现有的争端解决资源,新机制自然需要构建起新的规则体系。由于新的争端解决机制中涵盖多种争端解决方式,每一种解纷方式又是以大量具体规则作为支撑,上文已经列举出一些典型的需要重构的规则,此处不再深入探讨。新机制的构建,从宏观上来看,应从争端解决方式和争端解决机构两方面着手。

一是争端解决方式。“一带一路”争端解决机制是集合诉讼内外争端解决资源为一体的多元化模式,而且非诉讼争端解决方式处于主导地位,具有更大的适用空间。除了“一带一路”沿线国的国内法律资源外,区域性、国际性的商贸投资争端解决机制占据重要地位。新的争端解决机制可以依托亚洲基础设施投资银行、上海合作组织、金砖国家等机制而建立,吸收现有可用的争端解决资源,作为新机制的规则基础,并根据需要制定新规则,将新旧资源组合,形成新的规则体系。新机制下,要有新的争端解决引导规则为当事人提供更加便捷的法律服务。在多位一体的争端解决机制中,当事人可以合意选择任意一种争端解决方式处理自己的争端。更为重要的是,新机制中的各种争端解决方式需具备相互协调、相互衔接的功能。

<sup>④</sup> 参见初北平《“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来》,载《中国法学》2017年第6期,第78页。

二是争端解决机构。建立新的“一带一路”争端解决机制,需要设立一个具体的执行机构,该机构应当在中国的主导下由“一带一路”沿线国共同组建。机构总部可以设在中国,然后在沿线各国设立办事机构,负责沟通协调工作。争端解决机构肩负多重职能,既负责“一带一路”协定的解释,也负责争端从进入到化解再到执行的整个过程的运作。该机构的定位是提供集中法律服务的非营利性法人,不仅有独立的组织和部分,也接受沿线国设立仲裁、调解等分支机构。机构中从事争端解决的人员应从沿线国具备专业知识的人才中选任。机构的具体框架、运作程序和模式,可由专家学者先行讨论,然后提交沿线各国考虑,待沿线各国达成一定共识后,则可邀请政府代表具体谈判并达成协议。

#### 四、结语

“一带一路”建设中,化解各种各样的法律风险,需要完备的争端解决机制作为保障。现有的争端解决机制在解决“一带一路”商贸投资争端中存在适用上的障碍,无法满足现实需求,有必要建立起一套新的争端解决机制。“一带一路”争端解决机制的构建不是中国单独就能完成的,需要沿线各国的共同参与,应在整合现有资源并创制一系列新规则的基础上,形成一套多元的争端解决新机制。实现这一创举,需要统筹国际、国内两大资源,并注重不同机制间的衔接。当然,构建“一带一路”争端解决机制是一项重大复杂的系统工程,不可一蹴而就,应当有计划、有步骤地逐项推进,而中国在这一过程将发挥至关重要的引领作用。

## Explanation and Construction of “One Belt One Road” Disputes Resolution Mechanism

Wang Qi

**Abstract:** The new era, the construction of “one belt one road” has entered the phase of specific undertaking, it demands the new requirements to the multiple, special dispute resolution mechanism. the dispute resolution system of “one belt one road” on the one hand reflects the objective system and regime, on the other hand, reflects the subjective credibility and influence. It should be based on the resources of the national and international legal services. In long term, in the progress of the international cooperation of “one belt one road”, the existing dispute resolution mechanism is facing some difficulties and challenges. New dispute resolution mechanism should be constructed in the premise of ameliorating the multinational dispute resolution instruments, integrating the international regional dispute resolution instruments, constructing new institutions of the dispute resolutions and rules.

**Keywords:** new era; one belt one road; disputes resolution; multi-national

(责任编辑:付强)