



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



海外借



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



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



| 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

