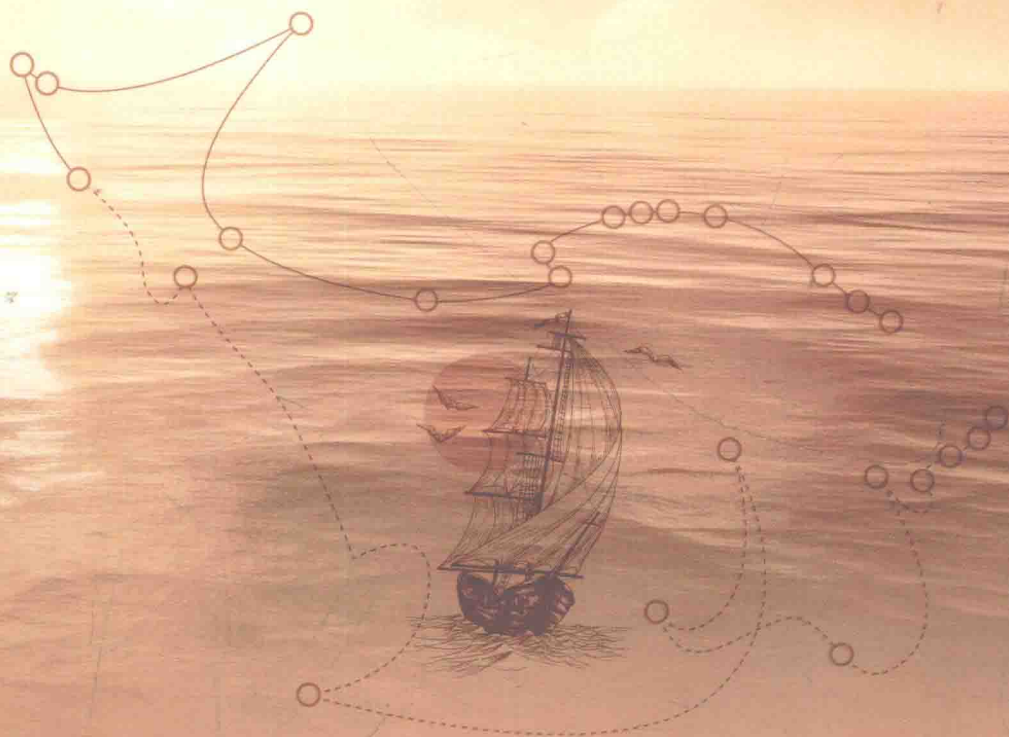


“一带一路”司法理论与实务纵览 1

贺荣◎主编

THE BELT AND ROAD



“一带一路” 司法理论与实务纵览 论文精选

(2015~2016年度)

最高人民法院“一带一路”司法研究中心



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

THE BELT AND ROAD

“一带一路” 司法理论与实务纵览 论文精选

(2015~2016年度)

最高人民法院“一带一路”司法研究中心



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

“一带一路”司法理论与实务纵览:论文精选:
2015~2016年度/贺荣主编. —北京:法律出版社,
2016. 11

ISBN 978-7-5197-0241-0

I. ①—… II. ①贺… III. ①法律—世界—文集
IV. ①D911.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第259273号

“一带一路”司法理论与实务纵览:论文精选(2015~2016年度)
贺荣主编

策划编辑 韦钦平
责任编辑 蒋 橙
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 710毫米×1000毫米 1/16

版本 2016年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 中煤(北京)印务有限公司

印张 28.5 字数 476千

印次 2016年12月第1次印刷

编辑统筹 大众出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙 磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0241-0

定价:69.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“一带一路”司法理论与实务纵览

编委会

主 任 贺 荣(主编)

常务副主任 张勇健

副 主 任 王淑梅 刘敬东 田 夫

编 委 (按姓氏拼音排序)

边永民	初北平	陈纪忠	车丕照	丁广宇
杜 鹏	胡 方	贺小勇	李居迁	刘惠荣
刘晓红	陆效龙	钱晓晨	任雪峰	沈红雨
宋晓燕	闻长智	王国华	肖璟翊	奚向阳
余晓汉	张 斌	张晓君		

“一带一路”司法理论与实务纵览:论文精选
(2015 ~ 2016 年度)

编 辑 部

执行主编 张勇健

副 主 编 王淑梅 刘敬东 田 夫

成 员 (按姓氏拼音排序)

陈纪忠 丁广宇 杜 鹏 胡 方 陆效龙

钱晓晨 任雪峰 沈红雨 肖璟翊 奚向阳

余晓汉

总 序

“一带一路”建设是以习近平同志为核心的党中央主动应对全球形势深刻变化、统筹国内国际两个大局作出的重大战略部署,是把握时代大势,回应实践要求,落实推动全面深化改革的重要举措,开创了国际合作和全球治理的新模式,对新形势下的法治建设提出了更高要求,也为人民法院工作和法学理论研究提供了更广阔的发展空间。

2015年7月8日,最高人民法院颁布了《人民法院为“一带一路”建设提供司法服务与保障的若干意见》,为各级人民法院审理涉“一带一路”相关案件明确了指导原则和规范指引。与此同时,为加强“一带一路”司法服务与保障的理论研究,最高人民法院设立了“最高人民法院‘一带一路’司法研究中心”,下辖最高人民法院“一带一路”司法研究基地、最高人民法院自贸区司法研究基地、最高人民法院海洋司法保护理论研究基地等11家研究基地,4家外国法查明研究基地。

一年多以来,各研究基地立足中国国情和司法规律,针对“一带一路”建设中遇到的具体问题积极开展法学理论研究,积极借鉴域外理论和实践经验,取得了丰硕的研究成果,在研判前沿司法问题、辅助国家决策等方面发挥了重要影响。为及时总结“一带一路”建设中的司法经验,更好发挥人民法院为“一带一路”建设提供服务保障作用,“一带一路”司法研究中心特编撰了《“一带一路”司法理论与实务纵览》丛书。

党的十八届六中全会指出:“必须勇于推进理论创新、实践创新、制度创新、文化创新以及其他各方面创新,坚定不移实施对外开放基本国策。”为深入贯彻六中全会精神,推进“一带一路”司法理论创新,最高人民法院“一带一路”司法研究中心推出本丛书,藉此带动法学界、法律界对“一带一路”法治研

究走向纵深。

本丛书以“一带一路”建设实践中的司法需求为导向,注重理论与实践的结合,尤其注重对“一带一路”建设中典型案例的审判经验总结,以实践为基础,推进理论上的丰富和创新,进而指导解决实践中的问题。丛书还突出了战略高度和全局视野,总结了外国法查明成果以及对司法实践有重要参考价值的研究成果,既是我国司法实践经验的重要总结,也是向国际展示中国司法智慧和司法经验的重要途径。

随着研究的深入,“一带一路”司法研究中心将进一步针对“一带一路”建设的前沿问题开展前瞻性、针对性、储备性研究,提出更为专业化、建设性的建议,推出对实践有重要指导作用、对决策有重要参考价值的更多分册,真正使该丛书成为理论研究和实务探讨的工具书,为人民法院服务和保障“一带一路”建设提供高质量、高水平的理论指导。

最高人民法院党组成员、副院长

应荣

2016 年 12 月 16 日

目 录

Contents

第一篇 “一带一路”司法服务与保障制度设计

论中国司法参与国际经济规则的制定	贺 荣 / 3
加强自贸区司法保障 打造法治化营商环境	
——在第三届中国自由贸易试验区司法论坛上的主旨发言	张勇健 / 20
“一带一路”建设的法治化与人民法院的职责	刘敬东 / 27
以法治保障对外投资和贸易 助力“一带一路”战略	黄 晋 / 33
不断满足“一带一路”建设的司法需求	初北平 / 37
加大海事司法公开力度 护航“一带一路”建设	张文广 / 40
建设国际海事司法中心需要顶层设计	张文广 / 45
海运大国应成为国际海事司法中心	张文广 / 51

第二篇 “一带一路”司法服务与保障专题

“一带一路”建设与“可持续发展法”	赵建文 / 59
齐头并进 相得益彰	
——“一带一路”与亚投行	廖 凡 / 66
打造“绿色丝绸之路” 传播生态文明理念	何晶晶 / 70
“一带一路”战略下过境自由的法律问题研究	王淑敏 / 74
“一带一路”战略下对我国多式联运立法建构的思考	李志文 吕 琪 / 89
“一带一路”大战略的国际法分析	盛红生 / 100

论“一带一路”建设中的环境保护法律制度	刘恩媛 / 109
“一带一路”背景下人民币国际化法律问题研究	张西峰 / 121
以“法治示范”筑“一带一路”支点	田 夫 / 132
用法治为“一带一路”战略实施保驾护航	杜 鹏 / 136

第三篇 自贸区司法制度专题

上海自贸区制度建设还要做什么	廖 凡 / 141
上海自贸试验区法治建设的评估与展望	贺小勇 / 146
中国(上海)自贸区负面清单的法律性质及其制度完善	李 晶 / 161
完善上海自贸区汽车平行进口试点的几点法律建议	王 徽 / 171

第四篇 “一带一路”海事海商专题

中国海法典编纂论纲	司玉琢 李天生 / 189
中国海上保险法律制度修改的再审视 ——以《2015 年英国保险法》为背景	张金蕾 潘秀华 / 212
赋予海事法院刑事审判权之正当性分析	赵 微 / 231
海洋立法应注意区分海洋管理体制和海洋执法体制	阎铁毅 / 247
从渤海湾漏油事故论我国海上油污 损害赔偿机制统一立法的建构	李志文 陈 夏 / 250
承运人之履行辅助人责任制度演变 ——以国际海运公约为中心	刘 楠 郭 萍 / 259
承运人之履行辅助人责任问题研究	刘 楠 郭 萍 / 266
海洋油污纯粹经济损失赔偿范围的法经济学探析	郭玉坤 郭 萍 / 276
海洋油污纯粹经济损失赔偿标准探究	郭玉坤 郭 萍 / 287
南海区域搜救合作机制的构建	曲 波 / 298
对邮轮合同法律性质的探究及思考	郭 萍 / 311
岛屿争端的判定	曲 波 / 323

第五篇 “一带一路”相关国际法专题

论国际最低待遇标准的新发展:表现、效果及应对	陈正健 / 337
《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)投资章节核心规则解析	石静霞 马 兰 / 352
论 WTO 裁决执行与否的法律机理	贺小勇 / 365
BEPS 行动计划对我国国内税收立法的影响及应对	
——以打击有害税收实践行动方案为视角	张泽平 / 378
预约定价协议是否还是跨国公司的避风港?	李 娜 / 384
金砖国家税收合作:求同存异、互信共赢	李 娜 / 392
欧盟法“标准必要专利”侵权与反垄断强制许可抗辩	
——以“华为诉中兴”案为研究的切入点	王 徽 李晓郭 / 402
仲裁机构法律功能批判	
——以国际商事仲裁为分析视角	杨 玲 / 418
金融纠纷非讼解决机制的借鉴与更新	
——金融消费者保护的视角	吴 弘 / 431

第一篇

“一带一路”司法服务 与保障制度设计



论中国司法参与国际经济规则的制定

贺 荣*

当前,中国正处于历史发展的关键时期,国际地位显著上升,国家的经济实力跃居世界前列。在国际法领域,特别是在国际经济法领域,中国日益活跃。目前中国正在加快推进“一带一路”建设,深入实施自贸区与海洋强国战略。中韩自贸区协定已经达成,中国—东盟自贸区加速升级,中美、中欧之间的双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)谈判如火如荼,中国也正与其他成员方一道努力推动世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)“多哈回合”谈判早日成功。与此同时,在美国主导的“跨太平洋伙伴关系协定”(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)、“跨大西洋贸易与投资伙伴协议”(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)和大量双边投资协定等自由贸易谈判的推动下,全球贸易竞争的新格局正在快速形成,国际货币体系和贸易规则也正在发生深刻的变革。随着国际形势和全球利益格局的历史性变化调整,国际经济法正面临着前所未有的发展机遇和挑战。^①

如何在运用现有国际经济规则维护中国合法权益的同时积极参与甚至引领国际经济规则的制定与完善,已成为中国新世纪改革开放战略能否取得进一步成功的重要方面,也是中国发挥世界影响力、推动建立公平合理的国际经济秩序的应有之义,因此应当成为中国法学界共同努力完成的一项历史性任务。中国

* 最高人民法院副院长,大法官。此文系作者主持的中国法学会“深入研究党的十八届四中全会精神”重点专项课题《充分发挥司法职能作用积极参与国际规则制定研究》的主要研究成果。

^① 例如, WTO 前任总干事拉米先生曾指出:“尽管美国、欧盟、日本仍然是 WTO 的核心成员方,但是它们不再居于支配地位。新兴的成员方例如中国、印度、巴西现在扮演着甚至在 20 年前都难以想象的角色。同时,其他发展中国家自然也想要在与具有日益增长的利害关系的体制内享有话语权。”Pascal Lamy, “The Doha Round marks a transition from the old governance of the old trade order to the new governance of a new trade order”, 1 October 2010, http://www.wto.org/english/news-e/sppl_e/sppl173_e.htm (last visited January 12, 2015)。

积极参与国际经济规则的制定,将为促进共同繁荣的和谐世界贡献中国智慧,也将对构建对外开放型经济新体制提供重要的法治保障。

司法是一个国家法治建设的关键要素之一。国际法发展的历史表明,一国司法作用的充分发挥是该国参与国际法治建设的重要方面。内国司法机关是国际规则的实施者,同时,内国司法机关所奉行的法治精神和司法理念,所运用的法律原则和作出的司法裁判,也是国际规则诞生、发展和演变所不可或缺的法律渊源。从这个意义上讲,在对外开放的新的历史时期,中国司法机关能否以新的姿态新的举措积极参与国际经济规则的制定,就成为中国能否在“一带一路”建设、海洋强国战略实施中成功实现对外开放战略目标的关键问题之一。

一、中国参与国际经济规则制定的必要性

国际法的发展与全球化的趋势密切相关。正是伴随着全球政治、经济、法律、文化等多方面、多层次、大范围、高水平的互通,国际立法才得以蓬勃发展。由各国共同制定和遵守的国际规则在完善国际治理、维护国际秩序、平衡各方利益等方面发挥着越来越重要的作用。^① 人类进入 21 世纪以来,国际形势发生了深刻变化,以中国等新兴经济体为代表的发展中国家实力明显上升。调整国际关系的国际法规则必然对这一新的变化作出反应。特别是在全球经济领域,法律体系正伴随着全球经济形势的变化发生前所未有的变革。作为世界第二大经济体的中国,应当在这场变革中积极发挥作用。这不仅是中国自身经济发展的国际法治保障,也是时代进步和全球经济保持稳定发展赋予中国的国际责任。

(一) 国际经济关系民主化的时代要求

在经济全球化时代,所有国家都应该成为经济全球化的积极参与者和受益者。然而我们看到,在全球化的演进历程中,大国的博弈、不同文化的冲突、民族宗教的矛盾、区域发展的不平衡以及地缘政治的胶着等都使该进程更加迂回曲折。^② 在全球化背景下,各国之间的联系比以往任何时候都更加紧密。国际分

^① 爱德华·克瓦教授曾总结了国际经济需要法治或法律规制的三方面原因。第一,法律规制有助于提高经济活动的效率。在很大程度上,国际合作导致了贸易的增长和金融的稳定,所有国家都从秩序、透明度以及以规则为导向的全球经济体制提供的可预见性中获益。第二,有效的法律规制可避免国际经济关系的混乱。第三,投资者需要安全和法治的投资环境。Edward Kwakwa, *Regulating the International Economy: What Role for State*, Oxford University Press, 2011, pp. 228 - 229.

^② 商务部原部长陈德铭在第三届岭南论坛上的主旨发言:“全球化背景下的市场体系和国际规则”,载 <http://economy.caixin.com/2014-03-30/100658467.html>, 访问时间:2015 年 8 月 17 日。

工的深化、资本的自由流动、货币的国际化使得在世界经济迅速发展的同时,爆发世界性金融危机的风险也大大增加;与此同时,国际合作的不断深化、国际立法的蓬勃发展、各种非国家行为体的日益活跃,使国家主权受到来自各个方面的冲击与侵蚀。^①从国际社会的发展演进来看,国际制度和国际规则支撑着国际秩序的建立、运行以及调整。协调国际社会的各方力量,平衡不同的发展势力,创造安全、稳定、平衡、有序的国际秩序,都需要世界各国积极参与国际规则的制定。

第二次世界大战后的国际实践表明,国际规则与国家利益的维护息息相关。维护国家利益是主权国家制定对外政策的根本出发点,也是其参与国际规则制定的根本出发点。国际规则不仅反映各国的利益需求,也是各国国家利益相互妥协的结果。不可否认的是,积极参与国际规则制定,掌握国际社会话语权,既是国家保障本国利益的必然要求,也是国家构建符合本国和各国共同利益的国际关系的必然要求。

现代全球经济治理模式是第二次世界大战后在美、欧等发达国家的主导下形成的。它以多边贸易体制和国际货币金融体制为核心,通过经济、贸易、金融协定等国际条约调整国际经济关系。战后建立的全球经济治理模式及其法律规则完全是由美国等西方发达国家强势主导的,本质上维护的是发达国家的利益,广大发展中国家长期处于被动接受的境地。^②随着全球经济格局的变化,特别是随着广大发展中国家经济实力的不断提升,这种发达国家主导国际经济规则模式的不公正、不合理越发凸显。^③

国际关系民主化的发展趋势要求必须改革现有的全球经济治理模式,建立一套适应变革后的国际经济关系的新模式。各国不论大小、强弱,都应在全球经济治理中平等协商、共同决策。国际经济规则约束的主体主要是主权国家,治理的合法性有赖于大多数国家对其正当性的认可。只有主权国家认可全球经济治理的权威以及规则的法律约束力,国际经济组织及其法律规则才能得以有效遵行。当前改革全球经济治理模式的核心是扩大广大发展中国家的参与和决策权。发展中国家对全球经济治理的有效参与是克服当前全球经济治理模式“合

① 刘志云:“全球化背景下国际关系与国际法的发展路径”,载《中国社会科学》2007年第2期。

② 赵维田:“协调共同与特殊利益”,载《国际贸易》2002年第11期。

③ [加拿大]黛布拉·斯蒂格主编:《世界贸易组织的制度再设计》,汤蓓译,上海人民出版社2011年版,第5页。

法性”危机的要义。^①

中国现已成为世界第二大经济体,不论在贸易总量还是在对外直接投资规模等方面均位居世界前列。中国也已成为 WTO 重要成员方,在“多哈回合”谈判中发挥着不可替代的作用,在二十国集团以及亚太经济合作组织等主宰国际经济走向的各种国际经济论坛中扮演重要角色。2015 年 11 月 30 日,国际货币基金组织作出历史性决定,将人民币正式纳入“特别提款权”(Special Drawing Right, SDR, 亦称“纸黄金”)储备货币篮子。所有这些都意味着,在 21 世纪国际规则发展、变革的历史进程中,中国应当也必须发挥重要作用。缺乏中国的参与,全球经济治理及其法律体系就是不完美的。中国作为世界上最大的发展中国家参与国际经济规则的制定是国际经济关系民主化的必然要求,也是全球经济治理合法性的基础和前提。

(二) 构建对外开放新体制的客观需求

中国积极参与国际经济规则的制定,既是中国推动国际经济关系民主化、建立公平合理的国际经济秩序、促进共同繁荣的和谐世界的需要,也是中国自身构建对外开放型经济新体制的客观需求。

自从“多哈回合”陷入僵局后, WTO 走过了艰难的十余年。近年来,世界各国逐渐从“贸易多边主义”转向尝试“诸边主义”,以美国为首的西方国家已经开始尝试从区域贸易安排中寻找红利。2015 年 10 月 5 日,由美国主导的日本、澳大利亚等多个国家参与的“跨太平洋伙伴关系协定”谈判宣告结束, TPP 贸易协定正式达成。美国在 TPP 谈判伊始即宣称要打造一个“具有里程碑意义的下一代贸易协定蓝本”,“为全球贸易设定新标准”。^②

因应国际、国内经济形势的变化,在以习近平同志为总书记的党中央的领导下,中国制定并实施了包括“一带一路”建设、成立亚洲基础设施投资银行、开展自贸区建设等在内的构建对外开放新体制的重要举措,并将其作为国家新时期战略的重要内容。成功构建对外开放新体制对于中国全面建成小康社会意义十分重大。中国构建对外开放新体制应以法治为基础,只有建立在法治基础上的对外开放新体制才能真正实现长期稳定发展,而积极参与国际规则制定则是法

^① [加拿大]黛布拉·斯蒂格主编:《世界贸易组织的制度再设计》,汤蓓译,上海人民出版社 2011 年版,第 6 页。

^② 参见美国贸易代表办公室网站: <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacificpartnership-tpp-trade-ministers-re>, 访问时间:2015 年 8 月 5 日。

治建设中极为关键的一环。对外开放新体制的构建不仅需要改革完善国内对外经济贸易法律体系和推动对外经济关系的法治建设,还需要通过参与全球经济治理、参与国际经济规则制定、推动国际经济法治来实现。如果没有良好的国际法治环境,如果国际经济规则不能真正反映包括中国在内的新兴经济体以及广大发展中国家的利益,中国对外开放新体制无疑将面临巨大风险。从这个意义上讲,积极参与国际经济规则制定也是建立中国对外开放新体制的客观需求。

中国积极参与国际经济规则制定,有利于为“一带一路”战略的顺利实现和自贸区建设等国家战略保驾护航,促进中国实现从全球治理“追随者”到“参与者”甚至“引领者”的转变;有利于巩固外商投资管理体制,推进和保障“引进来”和“走出去”战略;有利于更有效地应对贸易摩擦,在法治框架下解决与他的贸易投资争端,最终有利于实现全球经济治理。

(三) 国际法治和国内法治互动的内在要求

面对日益复杂多样的国际问题,国际治理已成为各国普遍关注的重要方面。由于各国经济、政治和军事实力发展不一,为了有效构建公正的国际治理模式,避免国家权力的相互倾轧,摆脱国际强权的约束,通过国际法治维护国际秩序是各国普遍认可的国际治理手段。在国际治理的过程中,国内法治和国际法治始终相互贯通、相互渗透、相互影响,共同为国际治理的推进提供坚实的法律制度保障。

具体来说,国际法治和国内法治既存在一定的差异性,同时又密切联系。在差异性层面上,首先,由于国内法治和国际法治所处的治理领域层级不同,国际法治必然因其全球性的管辖范围而在基础理论、表现形式、发展路径以及价值蕴含等方面超越国内法治,凸显特性;其次,各国宪法、法律和国际法律之间存在的不同,也将造成国内法治和国际法治之间的差异。在密切联系层面上,国内法治和国际法治所蕴含的法治观念和法治价值基本相同,对“良法”和“善治”的要求使二者能够有效衔接。同时,国内法治和国际法治始终相互渗透、相互作用。一方面,以国内法治的功能和定位为基础,对国际法治作出必要的调整,有利于提高国际法治的适用性;另一方面,随着全球化的不断推进,国内法治也需要时刻准确地把握国际法治的脉络动向,以确保国内法治的与时俱进。^①可以说,国内法治是国际法治的前提和基础,国际法治是国内法治的

^① 曾令良:“中国国际法学话语体系的当代构建”,载《中国社会科学》2011年第2期。