

21 世纪“海丝路”沿线国家国际商事纠纷 多元化争议解决机制的理论分析与实践探索

孔玲玲 赵伟¹

内容摘要：“一带一路”战略的目标是引导国际社会发展和推动全球化经济发展，而不是简单地书写规则或者把西方国家书写的规则竞争过来实现发展。本文从国际争端解决机制构建的现实主义、新自由主义、功能主义基本理论进行历史探源，借鉴现行的 ICSID、WTO、CAFTA 国际商事争端解决机制的实践经验，分析“海丝路”²沿线国家参与机制构建需要应对的政治、经济、文化及法律风险，从仲裁、诉讼、调解等多方面探讨国际商事纠纷多元化争议解决机制的构建。

关键词：海上丝绸之路，国际商事纠纷，争端解决机制，解构与重构

引言

世界的今天处于一个“不确定性”的状态，地缘政治面临着急剧变动，反之，也在重塑新的地缘政治格局，世界经济亦是如此。中国的海洋地缘政治³正在面临一个全新的格局。从内部因素来说，随着中国经济的持续发展，已经从一个资金短缺的国家逐渐演变为资金过剩的国家，中国的“走出去”势在必行。从外部环境来说，美国高调的“重返亚洲”战略，恶化了中国的周边环境，其海洋地缘政治面临前所未有的挑战。

现如今，为与国际自由主义经济体系的对接，中国已经走了三步：第一步是“加入”国际体系并“接轨”。中国几乎已经加入了所有重要的国际组织，并在这些组织中发挥着越来越重要的作用。第二步是在国际体制内部对现行体制进行改革，使其更加合理。国际秩序体系的建设是近代以来西方国家构建的，对后加入的发展中国家来说，并非公平正义，通过对这些组织的改革可以更充分地反映

¹孔玲玲，南京海事法院一级法官，赵伟，南京海事法院四级法官助理，手机号码：15722907788，通信地址：江苏省泰州市海陵区凤凰东路 52 号南京海事法院泰州法庭，邮编：225000，邮箱：731269745@qq.com。

² 本文的“海丝路”简称未作特别说明，特指 21 世纪海上丝绸之路。

³ 海洋地缘政治指的是能够促成或者阻碍中国成为一个海洋国家的地缘政治环境。

发展中国家的利益。第三步是创新和补充。改革现行体制仍不足以应付新产生的挑战，“创新补充”就成了近几年的新趋势，随着全球化的发展，世界反而变得越来越不公平，作为世界第二大经济体和最大的贸易国，中国也承担着发展现存国际体系的责任，故推出了“一带一路”倡议，并有了亚洲基础设施投资银行（AIIB）和金砖国家银行等区域组织，中国的倡议并非要取代现有的区域和国际组织，而仅是作为补充，使原有的秩序更加强大，意在推动区域和全球化经济发展，引领新一波全球化，在此基础上，中国更进一步提出了建设“人类命运共同体”。⁴

图 1 21 世纪海上丝绸之路沿线国家及航线示意图



图片来源于：新华社一带一路国家级信息服务平台新华丝路，

<https://www.imsilkroad.com/news/p/397932.html>

一、探源：“海丝路”沿线国家国际商事纠纷争议解决机制的理论渊源⁵

国际争端解决机制与国际商事争议解决机制之间存在紧密联系，国际争端主要涉及国际公法和国际政治的问题，而国际商事争议主要涉及国际私法和国际经济法的问题，但因国际商事争议的主体不在同一国家，故其归根结底是国家与国家之间的法律和制度冲突。不可置否，国际争端解决机制的良好建立能够给国际贸易提供稳定、安全的交易环境，从国际关系理论的角度去理解国际争端与国际商事争议解决机制，涉及到多个理论学派。

⁴ 郑永年：《中国通向海洋文明之路》，北京：东方出版社，2018 年第 233-235 页。

⁵ 郭丽芳、沈丁立：“国际争端解决机制的历史考察”，载《江西师范大学学报（哲学社会科学版）》，2015 年第 3 期。

（一）现实主义理论

现实主义理论学派认为，在解决国际争端时，国际法的作用非常有限。汉斯·摩根索认为，只有在不存在紧张状态（如战争）的情况下才适合用法律来解决，而一旦发生紧张状态，都无法用国际法来解决，尤其在国际安全领域。⁶拉萨·奥本海（被誉为“现代国际法之父”）认为，如果各大国之间不能相互制衡，任何国际法的规则都将失去效力，因为一个强国会试图违反法律并为所欲为。国际法学家 Malcolm N. Shaw 认为，单纯依靠法律机制难以完全解决法律争端，而需通过各种机制共同发挥作用，因此，在各种机制的设置中，国际法和国际程序仅是其重要组成部分之一。⁷

从现实主义理论的角度看，虽其指出了国际法在国际争端解决机制运行中的缺陷，但也未给出在发生紧张状态下国际争端解决的方案或者意见。正如基欧汉所言，我们需要的是寻找解决方法，而不是现实主义帮助我们确定无政府状态下带来的威胁。⁸

（二）新自由主义理论

新自由主义理论学派认为，不管是国际政治争端抑或是国际贸易争端，在国际关系中，冲突和合作是并存的，但其实质是合作而不是冲突，核心要旨是要限制国家之间的利益冲突，找寻共同的利益，才能在国际关系的博弈中实现双赢或者多赢的帕累托最优解。因此，强国需要放弃其独立的占优战略，才能取得集体的最佳结果。⁹

从新自由主义理论的角度看，国际合作是必然趋势和途径，国际合作源于共享利益，而有效的国际机制是明确规则、解决纷争的重要制度。和谐的国际机制是国家间合作不可或缺的基础，但因各方的利益需求不同，良好的合作机制会要求各方调整自身需要。新自由主义认为，国际法在国际争端解决中发挥着极其重要的作用，较大程度上影响着国家领导人在解决合作与冲突问题时的决定。近代国际法学奠基人格劳秀斯认为，国际法在发挥制约国家行为的起着重要作用，在

⁶ 汉斯·摩根索（美）著，徐昕等译：《国家间政治：权力斗争与和平》（第七版），北京：北京大学出版社，2006年第469-477页。

⁷ Malcolm N. Shaw: 《Peaceful resolution of “Political Disputes”: The Desirable Parameters of ICJ Jurisdiction》，in Julie Dahlitz (edited) , Peaceful Resolution of Major International Disputes, United Nations. New York and Geneva, 1999, P49-P50.

⁸ 斯蒂芬·范·埃弗拉（美）著，何曜译：《战争的原因》，上海：上海人民出版社，2007年第7页。

⁹ 秦亚青：《理性与国际合作：自由主义国际关系理论研究》，北京：世界知识出版社，2008年第70页。

国家行为可被约束的情况下，国家之间的合作才具可能性。¹⁰

（三）功能主义理论

概念主义的国际私法观来源于德国法学家萨维尼的“法律关系本座说”，认为涉外案件不管在何地起诉，都应当能够运用同一法律，得到同一判决，对于涉外民商事案件的法律适用应当根据其自身性质所确定的“本座”所在地法律。根据其观点，人们只要通过对各种法律关系的性质进行分析，就可以制定出各种双边或者多边冲突规范去指导法律的选择。¹¹美国国际私法学者西蒙尼指出，“旧的冲突法规则不应当被彻底摒弃，而是逐步得到改进。”通过对概念主义国际私法观的不断修正、改良，形成了功能主义的国际私法观。如德国的国际私法改革就是在原有的传统冲突规范的基础上吸收大量的功能主义的新方法，出现了由“规则”向“方法”转变的趋势。而最密切联系原则¹²是功能主义国际私法观对概念主义国际私法观进行变革的最重要的手段之一。

从功能主义理论的角度看，功能主义认为国际制度是解决国际争端所必需的，有些无法解决的国际问题是因其国内施行的错误制度有关，将部分类型的国内经济问题提升到国际层次解决，国家就会联合起来，国际制度内的成员亦会倾向于采用同样的货币、贸易规则和防务政策。¹³

综上所述，不管是现实主义还是新自由主义，它们都将国家的行为作为国际争端解决机制的重要研究对象，现实主义批判了国际法在解决国际争端过程中的局限性，新自由主义则强调随着社会的发展，各国之间的政治、经济依存更加紧密，有效的国际机制在未来国际争端解决中可以发挥实质性的作用。功能主义在对概念主义的不断批判、改良、变革，形成了新的国际私法观，特别是其所强调的最密切联系原则，颠覆了人们对传统国际私法功能的认识。原有的国际民商事交往过程中亟待有序的法律进行规制，但各国都愿意将其纳入本国法的调整范围，反而使得国际民商事关系无统一规则可循，在国际民商事争议解决中，国际

¹⁰ 秦亚青：《权力·制度·文化：国际关系理论与方法研究文集》，北京：北京大学出版社，2005年第58-62页。

¹¹ 郭树理、唐燕：“功能主义国际私法与概念主义国际私法之互动——最密切联系原则法理学思考”，载湘潭大学法学院科学研究学术园地栏目，<http://law.xtu.edu.cn/infoshow-69-456-0.html>，2020年8月11日最后访问。

¹² 最密切联系原则，也叫关系聚集地原则，重力中心原则，是指法院在审理某一涉外民商事案件时，权衡各种与该案当事人具有联系的因素，从中找出与该案具有最密切联系的因素，根据该因素的指引，适用解决该案件的与当事人有最密切联系国家或者地区的法律原则。这些因素包括当事人的出生地、经常居住地、行使政治权利或从事业务活动的场所及个人的意愿等。

¹³ 莉莎·马丁等著，秦亚青等译：《国际制度的理论与经验研究》，上海：上海人民出版社，2006年第130页。

私法应当作为一个风向标，为当事人提供公正、合理的交易规则才是其宗旨，换言之，形成有效的国际民商事纠纷争议解决机制的主要价值功能在于合理地调整国际民商事关系。

二、考察：“海丝路”沿线国家国际商事纠纷争议解决机制的现状评析

“海丝路”沿线国家涉及东亚、南亚、中东、非洲、南美洲、北美洲甚至北极地区¹⁴等几十个国家，该区域是一个涉及人口众多、面积广阔且经济发展潜力巨大的沿海经济带，该沿线经济较好的国家都颁布了自己的对外经济发展计划，亦加入了现有的各种区域经济组织，用原有的国际商事争议解决机制处理国际贸易中遇到的问题，对“海丝路”国家来说，有优势但缺点也明显。

表 1 21 世纪海上丝绸之路沿线国家对外发展计划¹⁵

国家地区	战略计划	内容简要	发布时间
日本	亚洲基建投资	通过日本政府开发援助（ODA）项目扩大对于亚洲地区的日元贷款和技术支援等，扩大日本主导的亚洲开发银行（ADB）开展基础设施投资。	2015. 5
韩国	欧亚	贯通朝、俄、中、中亚丝绸之路快车，构建欧亚能源网，实现欧亚经济统合。	2013
印度	季风	深化环印度洋地区的互利合作，谋求可持续的区域战略利益，保障牢固的地区领导权，实现印度的全球战略抱负。	2014. 6
印度尼西亚	全球海上支点	将印尼建成全球海上五个支点，即复兴海洋文化、保护和经营海洋资源、发展海上交通基础设施、进行海上外交、提升海上防御能力。	2014. 11
越南	两廊一圈	构建南北经济走廊，带动大城市周边经济发展，特别是对外旅游业。	2015. 3
肯尼亚	拉穆走廊	将拉穆港、南苏丹、埃塞俄比亚 3 个非洲经济体紧紧联结一体。	2012. 3
埃及	新苏伊士运河	计划沿苏伊士运河建设运河走廊经济带。	2015. 6
澳大利亚	北部大开发	改善复杂的用地法规制度，加大水资源的开发利用，扩大商业、贸易和投资等。	2015. 6
东盟	互联互通	东盟共同体建设，全方位联通。	2010. 10
俄罗斯	欧亚经济联盟	实现俄、白、哈商品、服务、资本和劳动力的自由流动，推行协调一致的	2014. 5

¹⁴ 2017 年 6 月国家发改委、国家海洋局制定并发布的《“一带一路”建设海上合作设想》中，首次将“北极航道”明确为“一带一路”三大主要海上通道之一。2018 年 1 月 26 日，中国政府发表首份北极政策文件——《中国的北极政策》白皮书，提出中国愿依托北极航道的开发利用，与各方共建“冰上丝绸之路”。

¹⁵ 本表根据中国一带一路网提供的数据整理，https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10011，2020 年 8 月 12 日最后访问。

		经济政策。	
美国	新丝绸之路	打造连接中亚和南亚的经济圈，推动“能源南下”与“商品北上”的战略目标。	2011.7

（一）ICSID¹⁶争端解决机制

ICSID 是通过仲裁或者调解的方式专门解决他国公民投资者与政府之间矛盾的机构，致力于培育他国公民投资者与被投资国家之间的相互信任。ICSID 争端解决机制的优势在于：第一，受案范围严格限制。ICSID 只受理缔约国与另一缔约国公民投资者之间因投资而产生的法律争端，且需要双方书面一致同意提交仲裁。第二，法律选择适用上强调意思自治。其公约第 42 条对选择适用的法律作了特别规定，“应依照双方可能同意的法律规则判定一项争端”。第三，具有高度的自治性。与诉讼相比，仲裁一般都具有自治性，与国际商事仲裁相比，ICSID 仲裁完全独立于各国法律制度之外，不受任何国家的司法干预和监督，其规定自行确定管辖权限以及适用自己的仲裁程序规则，不受任何国家仲裁法的限制。另外，其自身可以行使裁决的撤销权，实行自我监督。第四，裁决承认与执行上实行“自我执行”，其裁决一经作出，对双方都会产生约束力，若不履行，可以向任一缔约国的主管法院申请强制执行，且缔约国的法院得无条件执行该裁决，不能以该裁决违反本国的相关法律而拒绝承认与执行，否则，一方可要求行使外交保护或者提出国际求偿的权利。

随着国际投资数量的快速增长，ICSID 的缺陷已逐渐凸显，其劣势在于：第一，同案不同判。仲裁裁决的不一致时有发生，例如在 CMS Gas Transmission Company 与阿根廷仲裁一案¹⁷中，就出现了错判。因仲裁员的意见不一，对同一公约会产生不同的法律解释，以致于在未来再遇到类似案件时，当事人对自身义务的可预见性会变差。第二，仲裁费用高、审理时间长。例如在 Philip Morris 与乌拉圭的仲裁案，耗时长达 6 年之久，仲裁费高达 700 万美元，其还不包括律师费。第三，正当性差和透明度低。一般国家的行为都具有公共利益和主权性质，将其行为的有效性交由仲裁员评判是否妥当。另外，仲裁的审理过程也是不对外

¹⁶ ICSID 全称国际投资争端解决中心，是依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》而建立的世界上第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构。中国于 1993 年正式成为公约的缔约国，且仅将因征收和国有化引起的赔偿争议提交 ICSID 管理，是缔约国中唯一作出保留的国家。

¹⁷ 梁仁辉：“国家与投资者间争端解决法律路径探析——兼论 ICSID 投资仲裁的缺陷及解决途径”，载《法制与经济》，2018 年第 3 期。

公开的，这使得败诉方会失去对该机制的信任。第四，监督机制的不完善。ICSID 没有上诉复审制度，其自我监督与自我撤销在实际运作中偏袒发达国家的投资者，很难发挥设立之初的预期作用，因此，其不宜成为“海丝路”沿线国家国际商事争议解决机制的途径。

（二）WTO 争端解决机制

在国际商事争端解决机制中，WTO 有着深远的影响，特别是在保护发展中国家的利益方面更具倾向性。首先，WTO 在受案范围上相比 ICSID 更加广泛，不仅包括国际投资争端还包括国际贸易争端，例如农业、服务业、与贸易有关的知识产权等新兴领域都逐渐纳入其机制之下。其次，WTO 的启动程序相比 ICSID 也更为简单，案件审理期限也相对较短。最后，WTO 在监督机制方面有上诉复审制度，这有利于国际商事争端得到更加公平、公正的处理。另外，WTO 采取的强制管辖权、禁止单边行动、专家组自动成立、依规则审案、不受任何政治势力干预、报告自动通过、贸易报复自动授权等，都确保该机制行之有效，该机制对近现代的国际公法的发展贡献了最主要的力量。

WTO 对于“海丝路”沿线国家来说，缺陷在于：第一，适用范围有限。“海丝路”沿线国家除了多数大国加入外，许多岛国并未加入。WTO 若有一方是非成员国就无法适用该机制，其不能完全覆盖“海丝路”区域内的国际商事争端。第二，透明度不够。该机制在程序上虽然有所改善，但在双方均要求保密的情况下，仍然可以做到完全保密，这对涉及到公共利益或者有利害关系的第三方是非常不利的。第三，贸易报复自动授权制度对经济欠发达的国家来说影响程度较小。国际商事活动与国家的经济实力、综合国力息息相关，对于经济实力较弱的国家，采取贸易报复制度对抗经济实力强国起到的作用并不明显。第四，专业法律人才缺乏。“海丝路”沿线国家大多属于大陆法系国家，而 WTO 采用的是英美法系的诉讼程序，熟悉该机制的法律人才缺乏，而聘请英美法系的律师费用较为昂贵，导致 WTO 在发展中国家的使用率不高，所以对“海丝路”沿线国家来说，WTO 可以成为其解决国际商事争议的途径之一，但无法完全覆盖所有类型的国际商事争议。

（三）CAFTA¹⁸争端解决机制

¹⁸ CAFTA 全称中国-东盟自由贸易区，是中国与东盟十国组建的自由贸易区，中国 1996 年成为东盟的全面对话伙伴国，其是目前世界上人口最多的自贸区，也是发展中国家间最大的自贸区。

CAFTA 争端解决机制立足于中国-东盟自贸区的本土特色,体现了“和谐”的特性。《争端解决协议》对中国-东盟十国贸易、投资争议从解决方法、机构、步骤等都作了详细规定,特别是关于仲裁的规定,为争端双方提供了除外交、磋商等传统争议解决方式之外的另一条司法途径。概言之,CAFTA 争端解决机制确定了解决区域贸易间争议的适当机构和方法,确保贸易、投资争议能进入到正常的法律框架中去解决,这符合现代社会贸易投资争议解决的非政治化发展方向。

尽管 CAFTA 争端解决机制有许多可圈可点之处,但是其未对争端的性质进行界定,大而笼统地适用难以应付日益增长的双边贸易投资。¹⁹其一,适用主体具有局限性。《争端解决协议》的适用主体只能是协议的缔约国,而将企业和个人排除在争议解决机制的主体之外,若企业与个人在进行跨国贸易或投资中遇到国际民商事纠纷,不得不通过申请政府或者其他争端解决途径去解决。其二,回避制度不合理。《争端解决协议》只针对仲裁庭的主席规定了回避原则,而未对仲裁庭组成的其他人员进行规定,且仲裁庭是多数意见裁决制,亦未给仲裁庭的主席有一锤定音的“特权”。其三,上诉复审机制、执行监督机制缺失。CAFTA 仲裁实行一裁终局,若仲裁结果违反公平或违反相关国际公约等,争端方无法通过复审机制维护自身的合法权益。协议关于仲裁执行的惩罚性条款规定不明确,起到的执行监督作用有限,最终会影响到仲裁裁决的权威性和影响力。

三、解构:“海丝路”沿线国家国际商事纠纷争议解决机制的风险挑战

“海丝路”沿线国家贯穿亚洲、美洲、欧洲、大洋洲几大板块,地域跨度大,沿线国家的政治、经济、文化的不尽相同正是导致争端的起源,不同的法律体系影响了各国在国际商事争议中会选择不同的争议解决途径,也影响着共同的国际商事纠纷争议解决机制的确立。

(一) 经济因素

“海丝路”沿线国家约涉及 65 个国家左右,发达国家约占 1/5,发展中国家约占 4/5,经济总量约占全球经济总量的 1/4,沿线国家人口约 40 多亿,约占全球人口总数的 2/3。²⁰总体来看,“海丝路”沿线国家的经济水平相对较为落后,人均收入远低于全球其他经济区域组织。沿线许多国家采取的仍然是粗放式的生产经营理念,依靠掠夺性开发自然资源和以牺牲环境为代价发展经济,其基础设

¹⁹ 孙伟:“‘一带一路’国际商事争端解决机制研究”,载《北京印刷学院学报》,2019 年第 8 期。

²⁰ World Bank WDI Database. [EB/OL]. [http://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=wdi-database-archives-\(beta\)](http://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=wdi-database-archives-(beta)).

施建设不完善，在引进外资和对外贸易等方面存在一定的困难。

虽然“海丝路”沿线国家中发展中国家占大多数，经济发展水平也相对较低，但这些国家有着广阔的市场发展空间、廉洁的劳动力、丰富的自然资源、宽松的监管环境，与“海丝路”中的经济大国可以形成互补优势，所以，中国若能倡导建好“海丝路”的开放平台，参与塑造和引领好沿线国家的国际商事争议解决机制的规则建立，营造区域性的公平透明、法治化、可预期的营商环境，不仅能促进国内的经济大循环，还能有利于在更大范围内实现国内国际的双循环经济新格局，带动周边国家的发展，树立中国负责任的大国形象。

（二）政治因素

政治环境影响有两方面，从国际政治环境来看，“海丝路”沿线国家也不乏在国际社会上有影响力的经济大国，如俄罗斯、日本、印度等，此外，如表 1 所示，为与中国的“一带一路”战略倡议相抗衡，美国率先提出了“新丝绸之路”计划，且在中国南海周边国家进行势力渗透，又与韩国合作，部署“萨德”系统威胁中国安全。日本亦提出“亚洲基建投资”计划，牵制“一带一路”的发展。大国因素的影响使得“海丝路”沿线国家的内政受到干预，政局更迭频繁。从国内政治环境来看，沿线国家的内政本身就包含着许多不确定因素，亚洲地区的泰国、缅甸国内政治格局不稳，巴基斯坦和印度边境冲突不断，非洲地区的埃及频繁爆发内战，都使得“海丝路”沿线国家的投资者面临更多的不可预期的风险。

一个国家的政治环境决定了一个国家的贸易、投资程度，政局稳定的国家或地区更有利于吸引外资，政局动荡的后果是频繁的贸易、投资争端，当目标国发生内战后，政府征用、政府违约以及货币汇兑等风险会使得投资者对沿线国的国内司法体系产生不信任，在司法救济选择上，也不会选择东道国的国内法院。²¹因此，沿线国家的政治环境已经成为我国在推进共建“21 世纪海上丝绸之路”倡议合作过程中最需要考虑和应对的难题。²²

（三）文化及法律因素

“海丝路”沿线国家不仅在宗教信仰和民族种族方面存在巨大差异，不同的法系也影响了国际商事纠纷争议解决机制的选择。沿线国家几乎涵盖了世界上所有不同种类的法系，而现在主流的国际商事争议解决机制均是由西方大国主导成

²¹ 李晨：“‘一带一路’国家与投资者争端解决机制研究——以 ICSID 在实践中的经验为例”，载《齐齐哈尔大学学报（哲学社会科学版）》，2018 年第 4 期。

²² 周保根、田斌：“‘一带一路’投资合作风险的深入评估及应对”，载《国际贸易》，2016 年第 11 期。

立的，一定程度上更加注重于保护发达国家的利益。此外，沿线大多发展中国家的法律体系和法律制度不健全，执法随意性强，执行力度差。有些国家未加入 ICSID、WTO、CAFTA，有些国家未与中国签订司法协助双边条约或协定，有些国家虽然是 ICSID、WTO、CAFTA 缔约国，但在执行外国生效判决上因国内的政治环境因素而存在特殊障碍。²³

“海丝路”沿线国家复杂多变的政治环境，参差不齐的发展水平、突出的种族和宗教矛盾，导致贸易、投资环境相对较差，国际商事纠纷多发，传统风险和非传统风险加剧。²⁴特别在经济快速发展阶段更加需要保证贸易投资双方的利益平衡，前述特殊性也决定了在“海丝路”沿线国家的国际商事纠纷争议解决机制构建方面应当区别于现有争议解决机制。

综上所述，“海丝路”是目前世界上最为引人注目的新兴市场，中国在倡导构建新规则的同时还需积极应对，在合适的时机适用合适的方法影响新规则的制定，以避免在新时代国际经济规则的构建中被边缘化。²⁵

四、重构：“海丝路”沿线国家国际商事纠纷争议解决机制的构建应对

有国际交往就会有国际争端或者国际争议，就国际争端而言，多数指国际法主体（多指国家）之间的争端需要依照国际法和平解决，解决方式包括谈判、调停、和解、公断等等。²⁶就国际商事争议而言，多数指私人之间或者国家作为商事主体在日常投资、贸易中产生的纠纷，其解决方法与前述有交集但不尽相同。如何在“海丝路”建设中，借鉴现行国际商事纠纷争议解决机制的基础上建立有区域特色，满足沿线国家利益平衡与保护需求的新型争议解决机制，是当下的重要话题。

国际商事纠纷争议的解决以前主要是从国内机制出发，在有管辖权的国内法院提起民商事诉讼往往是当事人最后的救济渠道。20 世纪之后，由于经济全球化的原因，完全依赖国内机制无法再调整复杂的国际商事关系，如规则的不统一、公正标准的缺乏导致对外贸易投资成本不断增加，国际机制逐渐开始成为国际商事争议解决的主流。

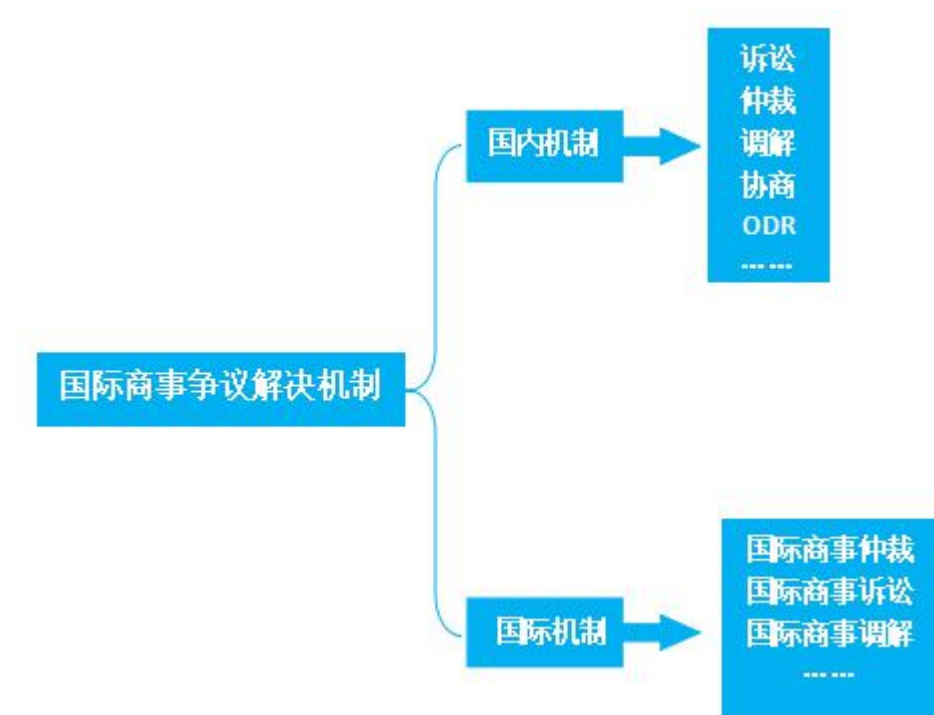
²³ 吕红兵：“‘一带一路’沿线国家法律体系概述”，载《中国法律》，2015 年第 6 期。

²⁴ 邓瑞平、周亚光：“博弈与协调：构建多变投资规则的中国方略”，载《现代法学》，2015 年第 5 期。

²⁵ 石静霞：“国际贸易投资规则的再构建及中国的因应”，载《中国社会科学》，2015 年第 9 期。

²⁶ 详见《联合国宪章》第 33 条。

图 2 国际商事纠纷争议解决机制构建流程图²⁷



（一）“一带一路”国际商事仲裁

全球主要的仲裁中心大部分都位于欧美发达国家，我国的仲裁机构与之相较，国际化差距甚大。在国际商事纠纷争议中，90%的中国企业都会选择国外的仲裁机构。²⁸这种情况下，若仅依靠现有的国内商事仲裁体系，难以在“海丝路”的争议解决机制构建中充分发挥有效作用。

顶层布局设计上，在“海丝路”争议解决机制构建中，国际商事仲裁体系的科学构建需要国家通过发展战略、宏观规划、立法倡导等进行制度保障。2016年，“一带一路”（中国）仲裁院的成立，标志着“一带一路”国际商事仲裁体系的建设迈出了重要一步，新仲裁中心的建设在倡导最大限度节约司法资源的同时，更需坚持公正、公平原则，不能拘泥于国内现有的仲裁制度体系，可参考借鉴《华盛顿公约》所创立的仲裁模式，构建出符合“一带一路”沿线国家国情的本土仲裁特色。²⁹

制度与规则设计上，组织机构、程序规则、管辖制度、人员名单、复审机制、

²⁷ 转引自黄进、宋连斌：“国际民商事争议解决机制的几个重要问题”，载《政法论坛》，2009年第4期。

²⁸ 和佳：“借力‘一带一路’中国应提升解决国际商事争端的话语权”，载《21世纪经济报道》，2016年9月19日第7版。

²⁹ 石春雷：“国际商事仲裁在‘一带一路’争端解决机制中的定位与发展”，载《法学杂志》，2018年第8期。

执行机制都需详细规定。仲裁体系构建中,应当首先从《仲裁法》的修改着手,对学界争论已久的临时仲裁制度应当予以肯定并纳入《仲裁法》的修改范围,根据当事人意思自治的原则,对临时仲裁庭的人员产生、地点以及纠纷所适用的程序规则等作出相应规定,以便当事人选择适用。

国际化程度提升上,在制定新的国际商事仲裁规则时,可参考 SCC、LCIA、ICC 等较为成熟的仲裁规则,以增强规则的接受度。中国企业不选择国内仲裁的主要原因系对国内仲裁的信任度认可不高,担心仲裁裁决的不公正,故在“一带一路”国际仲裁体系的构建中,可以与新加坡国际仲裁中心等知名国际仲裁机构实行中外合作,共同为争议解决提供仲裁服务。³⁰

(二) “一带一路”国际商事法庭

2018 年,最高院第一、二国际商事法庭分别在深圳市和西安市挂牌办公,国际商事法庭的成立系因“一带一路”商事活动的复杂性、沿线国家法律制度的多样性、国际商事争议的特殊性以及特别司法服务的必要性和迫切性,根本目的是为了维护各国商事主体自身合法权益的现实需要。

专门组建的国际商事法庭优势在于能够集中整合优势的司法资源、优化审判机构和工作机制,完善和严格审判程序和规则,为“一带一路”的国际商事活动能提供更为公平、公正、专业、高质、高效的司法服务。在实际运行两年的过程中,国际商事法庭的劣势³¹业已凸显:一是受案范围窄,最高院《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》虽然未对受案主体作出限制,但根据最高院新闻发布会的解释³²,国际商事法庭实际上排除了国家与国家之间、投资者与东道国之间的贸易与投资争议。二是缺乏上诉复审机制。国际商事法庭作为最高院下设的法庭,其作出的判决和裁定都是一审终局模式,当事人没有上诉权,只有采取申请再审的方式。三是法官组成体系缺乏国际性,国际商事法庭的法官全部是中国籍法官,无外籍法官或者外籍陪审员,对于涉及到一方当事人为中国籍,另一方当事人为外国籍时,若无外籍法官,另一方当事人可能就会产生对法官或者东道国法律的不信任。四是缺乏裁判执行机制。判决的最终价值在于能不能够得到他国的承认与执行,大部分当事人选择仲裁的原因是因为在仲裁的承认与执行方面,大部分国家都签署并批准了《纽约公约》,而在法院判决的承认与执行方面,虽

³⁰ 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。

³¹ 覃华平:“‘一带一路’倡议与中国国际商事法庭”,载《中国政法大学学报》,2019 年第 1 期。

³² http://www.sohu.com/a/238725693_742371, 最后访问日期:2020 年 8 月 25 日。

然早已有《海牙选择法院协议公约》，但至今，中国也才于 2017 年进行了签署，还并未批准。

对国际商事法庭的未来建设方面，建议从以下几点着手重构³³：第一，创新管辖制度。对今后出现的国际商事争议虽与我国无实际联系，但是双方当事人协议选择中国国际商事法庭作为管辖法院，应当充分尊重当事人意思自治理念和相信中国司法的信心，可以考虑予以受理。此类案件的管辖模式，中国的海事法院已经走在了前列，可供参考借鉴。第二，引入外籍专家作为专家咨询委员会成员。由于中国政体和《法官法》等要求的特殊性，引进外国法官作为合议庭成员存在较大难度，但是基于案件审理的现实需要，聘请外国专家作为国际商事案件的专家咨询委员会成员可行性较高。外籍专家可以弥补中国法官英美法系裁判背景的不足，亦可运用商事专业知识给法官在案件事实认定和法律适用方面加以影响。第三，一审终局的补充救济。对国际商事案件的救济可以大胆改革，进行特殊救济，对国际商事法庭作出的裁决不服，可以申请最高院组成 7 人合议庭进行审理，并将裁决结果作为终审裁判，在最高院的内部形成“一法院两审级”的制度设计。第四，尽快完善涉外执行机制。为保证与“一带一路”国家的全方位合作，应当尽快推动批准《海牙选择法院协议公约》，让中国判决在全世界“流通”。此外，在国际商事法庭布局上，应当不仅仅局限于国内，更应当加强与“一带一路”国家或地区的合作，布点更多的“一带一路”国际商事法庭，让当事人有更多地选择权，同时也是坚持共商、共建、共享原则的体现。另外，在律师代理方面，对此类案件应当适当放开外籍律师注册，对当事人的意思自治予以充分保障。³⁴

（三）“一带一路”国际商事调解

与仲裁和诉讼的不同在于，调解虽然是传统的纠纷解决机制之一，但其关键在于需要中立的第三方的引导，这一点，也有别于协商、谈判、和解等方式，后者是双方当事人在完全自主的基础上通过沟通解决争议，无须第三方介入，这就会导致其结果签订的协议不具备强制执行力，最后，若一方当事人违背诚信原则，还得走上仲裁、调解或者诉讼的道路。另外，调解的高效、便捷、低成本的优势也受到国际社会的广泛认同。如替代性争议解决方式（ADR）最主要的就是国际

³³ 杨临萍：“‘一带一路’国际商事争端解决机制研究——以最高人民法院国际商事法庭为中心”，载《人民司法》，2019 年第 25 期。

³⁴ 《中华人民共和国民事诉讼法》第 263 条规定，“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师”。

商事调解。

在“一带一路”国际商事纠纷争议解决机制中，国际商事调解的优势³⁵在于：首先，有利于纠纷的便利解决。国际商事争议一般不仅仅牵涉到法律争议，还会牵扯到如政治等其他因素，完全从法律上去审查相关权利义务要素，难以解决部分实际问题，而调解考量政治、经济、商业背景等多重因素，与“一带一路”所倡导的和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢精神不谋而合。其次，有利于充分体现当事人的意思自治。调解并不需要如诉讼或仲裁一样，对案件本身作是非判断，也不会强制当事人必须接受调解方案，可以完全根据当事人的约定或协商结果形成一致协议，且若一方不愿调解，退出机制也较为简单。最后，有利于维护双方之间良好的合作关系。国际商事交往中，合作共赢是第一位的，良好的合作都是持续性的，调解本身就是双方之间良好沟通的表现，与诉讼、仲裁的针锋相对性质上截然不同。

在“一带一路”国际商事调解制度设计中，首先，应做好调解与诉讼、仲裁的衔接。在争议初期，调解可以作为单独程序由一方提出或者双方共同提出，在仲裁或者诉讼过程中，调解程序也可与之同时进行，若双方能达成调解协议，仲裁或诉讼程序即终止。在仲裁或者诉讼之后，调解程序还可适用于对裁决的履行方式和期限等方面。其次，应做好调解员的选聘工作。调解员在调解工作中的重要性不言而喻，在调解过程中，调解员不会作出任何裁决，而仅是出具调解方案供双方参考，所以调解员的自身应当对“一带一路”的政策以及对沿线国家的经济、社会、文化等背景都应有一定的了解，故调解员的选聘应优先考虑“一带一路”国家。当然，也可选聘少部分西方发达国家的调解员作为补充，建议参考国际调解组织（IMI）发布的《国际投资调解员资格标准》进行选聘。再次，应做好调解协议的执行工作。调解协议的执行是目前国际社会上的普遍难题，大多数调解协议的执行都依靠双方的诚实信用，但随着调解在国际商事纠纷中的普遍适用，调解协议的强制执行会成为“一带一路”国际商事纠纷争议解决机制构建的重点工作，建议先号召“一带一路”国家签订区域性调解执行协定，进行调解协议执行的试点，再考虑探索在全球构建调解协议强制执行的全球性公约。最后，应做好调解机制的信息化。国际商事调解组织可以通过统一的在线平台录入案件，进行网上调解，当事人亦可在线申请法院对调解协议进行司法确认，法院或

³⁵ 明瑶华：“‘一带一路’投资争端调解机制研究”，载《南通大学学报（社会科学版）》，2018年第1期。

者仲裁机构也可在线委托、委派国际商事调解组织进行案件调处。在线调解方式可以充分打破时间、空间界限，实现制度成本的最低化，不过，进行在线调解的首要前提是需要健全和完善国际商事电子调解、诉讼、仲裁规则。

结语

总之，从发展导向看，其实中国接受现行体制的成本最低，特别是“海丝路”沿线的许多岛国把“一带一路”理解为区域和国际的公共品，故而选择“搭便车”，但即使是较小的国家也应当参与到“海丝路”贸易规则的制定中来，否则就会像中国传统版的朝贡贸易体系或美国现代版的 TPP 体系一样不可持续。“一带一路”战略虽然是由中国主导和倡议，但这是所有参与国共同“做大饼”的项目，把各国的共同利益做大，各国的战略分歧就会变小，制定共同的、多元的国际商事纠纷争议解决机制，是为了更加增进国家之间、商事主体之间的互信。