

“一带一路”视角下法治服务体系的优化

——基于法律价值理念的分析

汪习根 李曦光

摘要:法治是“一带一路”倡议实施的根本保障,而沿线国家在法律制度、法系传统、法律文化上的重大差异甚至冲突,对“一带一路”建设提出了诸多挑战。为此,要进行法治服务机制创新,首先必须升级法律价值,形成法理共识,探索实现市场自由、公平与安全三者互动的价值整合机制,在根本上实现从西方大国崛起初期奉行的“殖民法”到现阶段的“和平法”再到基于全球正义和共享主义的“发展法”的历史性飞跃。在规范上走出重国际法轻国别法、重中国法轻东道国法、重国际解纷机制而轻多边机制重构的三大误区,从国别的官方法和地方习惯法两个层面提升法治服务能力,优化法治服务体系;在国内构建和实施法律共享联席会议机制、国别法律能力提升机制,并与各国共同创设共商的法律服务机制、共建的制度供给机制、共享的法治互惠机制;在模式上,构建国内、区域和国际三位一体的法治服务尤其是律师服务合作伙伴关系。

关键词:一带一路;法治服务;法律价值;“殖民法”;“和平法”;“发展法”

中图分类号: D90;D99 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-7320(2018)01-0106-11

基金项目:国家社会科学基金重大项目(14ZDC001)

法治是“一带一路”倡议实施的有力保障。习近平总书记提出的“一带一路”构想^{[1][2]}自诞生^①以来,中国在基础设施建设、投资、贸易、金融、旅游文化诸方面与沿线国家和地区的联通日益紧密,成效显著^{②[3]},并得到联合国和各国的广泛认同,业已成为国际合作和全球治理的一种新模式。目前,世界上100多个国家和国际组织参与其中,30多个国家同中国共同签署了合作协议^[4]。2016年3月,联合国安理会第2274号决议首次纳入“一带一路”倡议,第七十一届联合国大会193个成员国也一致赞同“一带一路”倡议载入联大决议^[5]。“一带一路”既是经济上的联通,也要实现法治规范上的互通。正如习近平总书记指出的:必须“促进政策、规则、标准三位一体的联通,为互联互通提供机制保障”,通过“参与全球治理和公共产品供给”为“一带一路”建设提供法治制度保障^[6]。

但不容忽视的是,沿线国家及地区在经济、社会、文化和宪制、立法、执法及司法制度方面存在着重大的差异甚至冲突,无论是法律制度的包容性,还是法律规范的整合力,抑或是司法救济的共享度,在这一特定场域均处于相对低下的水平,构成对“一带一路”合作发展模式的巨大挑战与考验,这对通过法治规范来协调利益关系、整合价值冲突提出了崭新的课题,成为当前法治建设亟须解决的一个关键问题。中央《关于发展涉外法律服务业的意见》强调指出:法律服务界应当“围绕推进‘一带一路’……重大国家发展战

①2013年11月9日,中共中央十八届三中全会审议通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,将推进丝绸之路经济带和海上丝绸之路建设纳入国家行动。2015年3月28日,国家发改委、外交部、商务部联合发布了《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》。

②2017年5月14日至15日,中国在北京主办“一带一路”国际合作高峰论坛。中方对其中具有代表性的一些成果进行了梳理和汇总,形成高峰论坛成果清单。清单主要涵盖政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通5大类,共76大项、270多项具体成果。

略,为全面提升开放型经济水平提供法律服务”。为此,有必要从表面的规范分析深入到法理层面的价值分析,以理念优化为突破口,提升规范构建与运用能力,完善“一带一路”法治服务体系。

一、理念:市场自由、正义与安全的价值衡平

自由主义与保护主义之争始终是困扰当今国际交往的价值聚焦点。为了协调两者关系,WTO、世界银行等国际组织建立了相关的法律制度。但是,这些法律制度在促进全球均衡公平发展方面的作用是极为有限的,有的还仅仅是一种抽象的原则性规定或建议,如多哈发展宣言等。与现有全球治理模式不同,“一带一路”倡议绝不是谋求一国独大,而是更加强调致力于共赢互惠,带动沿线国家的共同发展。为此,法律服务工作者不仅应充分了解东道国有关投资、贸易诸多方面的国内法律制度,也不只是一般性地运用现有国际规则解决纠纷,还应发掘沿线各国这一特定区域的制度优势和法治价值,全面掌握和灵活运用国际法律渊源尤其是法理价值平衡技巧,谋求正义与自由之间冲突的有效解决之道。因为,从法律史上看,西方大国凭借对外扩张而兴起,这在实质上是依靠侵略与殖民的合法化来支撑与固化的,牺牲了正义而攫取了自身的所谓自由与效益。“一带一路”建设的生命力在于其所欲实现的自由与效率始终立足于人类正义与区域公平发展的基础上。从法哲学看,娴熟地掌握与灵活地运用社会正义与市场自由的平衡术是彰显“一带一路”活力的高层次技艺。彻底摒弃西方早期的“殖民法”,也不一味囿于国际社会当下高喊的“和平法”,而是不失时机地打出基于共同发展和安全发展前提下实现自身自由与效率最大化的“发展法”这一底牌,通过法治理念的创新来实现“一带一路”建设法治制度与服务体系构建上的根本突破。这作为一个基础性议题,具有风向标的重大意义,应当引起高度重视。

(一)以实质正义为核心,实现社会公平

合作共赢是“一带一路”的魅力所在。推进“一带一路”建设,要“聚焦发展这个根本性问题”^[6]。“一带一路”抓住发展这个最大公约数,致力于构建全方位、多层次、复合型的互联互通网络,进而推动沿线各国发展战略的对接与耦合^[7]。而促进社会公平始终应当以和平合作发展为依托,以发展机会均等和发展成果共享为落脚点,实现各国人民的平等发展权利。1986年联合国大会第41/128号决议通过了《发展权利宣言》,指出发展权是一项基本人权,大小各国的发展机会均等是发展权的核心。2016年12月1日,国务院新闻办公室发布了《发展权:中国的理念、实践与贡献》白皮书,指出作为发展权的倡导者、践行者和推动者,中国愿与国际社会一道,共同分享实现发展权的理念和经验,推进世界人权事业健康发展。2017年10月,习近平总书记在十九大报告中强调,我们要坚持和平发展道路,推动构建人类命运共同体。中国“一带一路”建设的吸引力和凝聚力正是基于以实质正义来统筹国际与国内两个大局、让发展成果和发展权利为各国人民共享。这正是“一带一路”倡议与传统的或现有的国际治理模式的根本区别。而以制度、规范与规则为基础形成的全球公共产品是公平分享“一带一路”建设成就的根本标志和保障,应当通过建设和开拓法律服务体系的新领域来推进区域和国家的实质正义。主要分为以下三个方面:

1. 发展援助(Official Development Assistance)

发展援助是指发达国家或经济发展状况良好的发展中国家及其附属机构、有关国际组织、企业、基金会等社会团体,通过提供资金、物资、设备、技术、项目、人员等形式,帮助不发达国家发展经济和提高社会福利的活动^[8](P2)。发展援助的范围涉及经济建设、教育文化、医疗卫生、农业科技、环境保护等诸多方面。中国坚持相互尊重、平等相待、合作共赢、共同发展的原则,把中国人民的利益同各国人民的共同利益结合起来,支持和帮助发展中国家特别是最不发达国家减少贫困、改善民生、改善发展环境,推动建设人类命运共同体。虽然发展援助是以提高社会福利的人道主义为目标,具有慈善性和非盈利性等特征,属于道德调整的范畴,但与法律同样具有密切的关联。例如,发展援助的项目均以合同的形式来规范双方的权利义务,派遣到海外的技术或劳务人员自身的权益及其与外方的关系都离不开法律的确认为调节,对发展援助的项目实施需要进行法律监督等。

因此,我国在对“一带一路”沿线不发达国家实施发展援助时,在项目前期、项目中期以及项目后期需要法律服务工作者提供全面的、高水准的法律服务,以进一步提高发展援助的效率,保证发展援助的顺利推进。具体主要包括如下五个方面^[9](P326):第一,进行可行性论证。法律人员应对东道国的基本国情、政治环境、经济状况、产业结构以及发展援助环境进行调查,研究该国相关法律政策及双方缔结和共同参与的、多边条约情况,并联合海内外的咨询师、会计师、评估师、财务分析师、技术顾问、保险顾问、环境专家等专业人员,搭建综合性的资源配置服务平台,并出具专业评估报告和法律意见书。第二,提供法律咨询。结合海外发展援助的专业领域知识,对相关的法律政策进行阐释,全面考虑项目有关的市场准入、产权确认、税务和合同等问题,提供最优的项目实施操作方案。第三,参与项目谈判,出具法律意见。协助或直接参与发展援助项目谈判并控制谈判过程中的法律风险,对各种投融资安排提出建议和交易结构的合法性分析。第四,起草、审阅和修改项目运行不同阶段的法律合同等法律文书。建立事前提早防范、事中严格管理、事后全面监督的合同风险防控机制,做到识别、预判、规避和化解各种法律风险,实现对重大工程合同谈判、制订、签署、履行、变更的全程闭环监督^[10](P208)。第五,协助项目审查。及时关注东道国相关法律政策的变化,协助海外发展援助项目审批、审查、信息披露与监督实施诸方面的工作。

2. 技术转移(Technology Transfer)

共同发展的根本动力在于技术创新。技术转移是国际社会采用的促进发展创新的重要方式。通过技术转移实现自身利益并以此推进东道国的发展,是“一带一路”的应有之义。2016年,申请人在中国首次提交专利申请后,又在“一带一路”沿线国家(不含中国)提交的4 834件专利申请中,85%的申请人是中国企业^[11]。如何利用知识产权的巨额存量以及未来的巨大创新潜能投身“一带一路”建设,值得法律人深思。第一,全方位进行产权的域外法律确认与界定。帮助企业或研发者最大限度地利用投资国或国际知识产权法律规则进行权利确认,直到今天依然不容忽视。否则,一旦涉嫌侵权,便会使本应获得的受益遭受巨大损失^①^[11]。第二,全程跟踪管理技术转移。在项目谈判、合同草拟与审查、执行与实施以及受益分配与实现各个环节,依法依规开展法律服务工作。在进行技术转移的过程之中,法律服务工作者应充分了解东道国有关知识产权方面的法律规定,全面把握东道国在知识产权审查标准、保护期限、技术性贸易壁垒等方面的特殊规定,积极运用中国同所涉国家签署或共同参加的与知识产权保护有关的双边协定或国际公约,并从主动申请和预警防范两个方面为企业“走出去”保驾护航,从而有效防范企业在海外知识产权纠纷的发生,提高企业面对知识产权纠纷的反应能力,降低中国企业海外投资贸易风险与成本的防护措施^[12](P9)。第三,优化技术转移的法律价值观。因为“一带一路”沿线地区知识产权保护水平存在区域差异,中东地区明显低于东欧。应当本着“互学互鉴,互利共赢”的价值观,帮助落后国家提升知识产权保护层级,切忌帮助企业利用此种差异来套取区际利益。因为互赢是提升创新能力的唯一正道^②^[13]。

3. 能力建设(Capacity Building)

能力建设是指帮助受援助国提高自身的发展能力,此所谓“授之以鱼不如授之以渔”,使不发达国家自身具备发展的后劲和潜力,而非一味依赖外部资金援助。能力建设主要包含以下四个方面:(1)教育援助。重点资助发展义务教育,提高相关国家儿童的文化教育水平。(2)技术培训。通过对技术的运用和掌握来提高发展的水平和能力。(3)项目援助。通过项目收益达到可持续发展的目的。(4)经验分享。通过在“一带一路”国际合作高峰论坛进行主题探讨、建立网络平台等形式,将我国好的发展

①如果我国企业在未开展专利布局的情况下进军海外市场,将面临较大的知识产权侵权风险。比如,2014年,北京小米科技有限责任公司(下称小米公司)因涉嫌侵犯爱立信所拥有的8件专利的专利权,被印度德里高等法院做出“临时禁令”,禁止小米在印度市场销售、推广相关产品。

②中东七国(沙特、阿联酋、卡塔尔、巴林、阿曼、科威特、埃及)的知识产权保护能力相对薄弱。东欧六国(波兰、捷克、斯洛伐克、匈牙利、保加利亚、罗马尼亚)的知识产权执法力度普遍较大。

模式和经验进行分享,使受援助国得以借鉴和受益。2016年7月13日,教育部印发《推进共建“一带一路”教育行动》文件,指出未来3年中国每年面向沿线国家公派留学生2500人;未来5年,建成10个海外科教基地,每年资助1万名沿线国家新生来华学习或研修。2016年10月科技部等四部委出台《推进“一带一路”建设科技创新合作专项规划》,规划用3-5年时间,科技人员交流合作大幅提升,来华交流培训的科技人员达到15万人次以上,来华工作杰出青年科学家人数达到5000名以上;与沿线国家就深化科技创新合作,建设一批联合实验室、技术转移中心、技术示范推广基地和科技园区等国际科技创新合作平台,鼓励企业在沿线国家建成若干研发中心。

以上与能力建设有关的问题以往更多属于社会学、经济学、伦理道德等领域所研究的范畴,但事实上同样涉及法律问题。例如中国为“一带一路”沿线的不发达国家提供资金创办学校、由中国政府部门为受援助国家的工程师、技术人员、农民等提供免费来华接受培训的机会等,都需要我国同受援助国家通过签订协议的形式来开展。一方面,要规定援助国一方向受援助国一方提供免费的资金、技术和经验;另一方面,要明确受援助国一方应履行的相应义务,要保证将掌握的技术和经验付诸实践,并对其效果进行监督和评估。同时,当地政府应当信守承诺,对能力建设项目提供配套的资金和基础设施,这就涉及合同中的权利义务问题。因此,律师对能力建设项目合同的管理应达到如下要求:一是在法律层面,明确援助国和援助对象的权利义务;二是运营层面,保证项目高效有序顺利运转,并对项目的各个环节进行有效监督;三是收益层面,保证达到提高受援助国自身发展能力的目标;四是信息层面,确保合作双方之间以及外部法律、政策等信息的对称。同时,由于对不发达国家进行能力建设属于公益项目,因此,我国应大力发展公益律师以对“一带一路”建设的公益项目提供优质的法律服务,保障项目开发和建设的顺利进行。

(二) 以和平安全为条件,保障市场自由

“一带一路”涵盖的国家多为发展中国家和新兴经济体,而这些国家或地区的投资环境不稳定,投资风险系数很高。“一带一路”沿线国家政府的频繁更迭与政局的不稳定,资源的短缺与价格的高涨,法律与政策的变幻无常,投资保护主义和民族主义的盛行,宗教、种族与文化的冲突,恐怖活动与走私问题的猖獗,各种极端势力和分离主义的兴起和蔓延,环境污染问题严重等诸多因素使得境外投资项目在东道国面临极大的风险,对“一带一路”国家间的投资和贸易合作构成巨大的威胁和挑战^[9](P272)。因此,应加强对风险的评估和管控。具体包括以下三个方面:

1. 政体评估

我国企业对外直接投资主要集中于基础设施建设、矿产能源等领域,该类项目具有投资金额大、投资周期长、易受政治风险影响等特点。“一带一路”沿线不少国家奉行西方宪政制度,“一带一路”许多周边国家内部权力争夺激烈、民族矛盾激化、宗教问题复杂,导致权力冲突与政权更迭频繁,从而严重影响该国政局的稳定性,政治风险系数颇高。例如乌克兰危机阴影至今未消,泰国和尼泊尔等国党派对立、频繁更换领导人甚至酿成了社会动乱和武装冲突,伊拉克、阿富汗、叙利亚等国长年遭受战争和内乱伤害。在一定意义上,政局不稳是阻碍“一带一路”发展进程的根本因素。近些年来,我国高铁海外投资项目碰壁的一个不可忽视的原因是对投资国政治风险评估不足。法律服务应当在重视经济与民商事法律问题的同时更加重视沿线国的宪法与政治制度,深入分析与准确预测投资国宪法实施与政局走势,吃准吃透沿线国家的宪法、行政法,对该国的国体、政体以及政治安全进行宪法意义上的审查,对该国的政局稳定性提供评估建议。而这些正是以往囿于法条对号入座进行法律服务所忽视了的重大问题,必须引起足够的重视,纳入到法律服务的首要领域。惟有通过对投资贸易伙伴国的宪政评估,从而衡量该国政权的稳定性、当权政府变更或更迭的可能性、改革范围及强度、法治情况,才能确保中国企业未雨绸缪、充分认识可能面临的政治风险并制定预防与化解的有效方案。

2. 安全评估

“一带一路”沿线国家主要集中于多民族、多文化的中东、东欧、拉美和非洲,这些地区民族矛盾尖

锐、恐怖袭击频发、宗教问题突出、政权动荡,时常出现局部武装冲突等事件,严重威胁中国企业海外投资利益及海外劳务人员的安全^[14](P66)。尤其是中东地区长期面临“三股势力”(恐怖主义势力、宗教极端势力和民族分裂势力)的困扰,这三股恶势力联合起来,打着“民族独立”的旗号,以恐怖手段煽动宗教崇拜,制造民族分裂,企图推翻世俗政权。据不完全统计,2014年世界各地共爆发58场武装冲突,涉及44个国家,其中56场发生在“一带一路”周边和辐射地区,涉及41个“一带一路”周边和辐射国家;2014年世界各地共发生1000多次恐怖袭击事件,涉及80多个国家,其中约85%发生在“一带一路”周边和辐射地区,涉及60多个“一带一路”周边和辐射国家。中国在加强“一带一路”国际经贸合作的同时同样会受到跨国犯罪问题的困扰。近些年,跨国组织犯罪活动日益猖獗,严重影响各国经济发展和社会稳定。这些违法犯罪活动对“一带一路”建设造成的严重威胁值得引起高度的重视,应当根据《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对重大决策的法律程序性要求,将安全风险评估作为重大项目可行性论证与评估的法定步骤,使其成为政府和公司法律顾问工作必不可少的内容,纳入法定的考评指标体系,严格监督执行。

3. 环境评估

近年来,随着“一带一路”建设的不断推进,中国企业海外投资的步伐随之加快,西方媒体对“中国环境威胁论”不断热炒。如果对东道国的环境保护重视不够,势必会产生严重后果。

《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,在投资贸易中突出生态文明理念,加强生态环境、生物多样性和应对气候变化合作,共建绿色丝绸之路。总体而言,中国生态法治意识水平日益提高,环境资源保护水平不断提升。但是,在海外经济贸易合作中,依然存在严重问题,被归纳为主要表现在“中国企业普遍缺乏环境和社会风险意识和管控能力,存在较强的国内运作惯性思维”“有关部门发布的《对外投资合作环境保护指南》相对原则化,缺乏操作细则”“在项目前期简化甚至省略环境和社会影响评价”^[15],而这势必导致对中国企业的环境强制风险^①^[16](P29-56)^[17]^[18](P103-115)、环境诉讼风险以及“缺乏诉诸投资者—国家仲裁救济手段的风险”剧增^[18](P108)。为此,首先,强化环境风险意识。协助政府和企业树立牢固的域外环境法治意识,敦促各方积极遵守东道国有关环境方面的法律和政策性规定,充分认识环境风险评估与预防的必要性、紧迫性和强制性,积极投身到保障“绿色丝绸之路”战略实施的实践之中。其次,识别环境法律风险的类别。应当全面掌握和熟练运用东道国环境保护法律法规和参加的国际环境保护条约,认清哪些是引导性条款,哪些是命令性条款或禁止性条款,哪些是责任性条款,制定环境准则,明确不同环节、步骤和领域的环境法律义务和法定责任以及履责不能或不全可能带来的最大环境风险。再次,完善经济行为的环境法律评估机制。有效预防与化解环境风险是环境法治建设的重中之重,为此,要构建风险预测、警示、预防与补救四大方面的机制,切实加强域外环境资源法律执行能力建设,强化依法自主管理环境资源风险的能力,在确保环境安全的前提下实现经济自由发展与经济效益最大化。

二、规范:法律服务体系优化的破冰之旅

国际法治、区域法治与国内法治的联动是“一带一路”法治服务体系形成规范共识与练就制度技艺的基础。“一带一路”沿线国家所涉及的法律体系远远超过世界上任何一个多边或区域经济合作组织,世界上五大法律体系均涵盖其中。其中,属于大陆法系的有36个国家,伊斯兰法系4国,英大法系3国,混合法系22国;而且印度法系和中华法系的影响至今依然存在。

面对如此纷繁复杂且体系庞大的法律制度规范群,任何一个法律服务机构或人员都无法做到穷尽

①即使是一些相对落后的国家,在近年来也都开始加大依法保护环境的力度。例如,2010年肯尼亚宪法确认人民“拥有清洁和健康环境”的宪法权利。2010年5月,秘鲁通过了《原居民或当地人的事前会商权法》(Law on the Right to Prior Consultation for Indigenous or Native Peoples),规定公司必须在公听会上介绍其采取的强制性环境影响评估,而当地群众可以提问及表示异议,公司对这些提问及异议必须予以考虑。

其所有。因此,我国应改革现行的法律服务尤其是律师制度,促进分工合作和专业化建设,以全面掌握相关国家和地区的法律规范体系为基础,并进行制度和行为上的调整 and 适应^[19](P56),切实加大法律服务工作者的涉外法律知识储备量,以更好推动“一带一路”的法治建设。其中,关键是以国别法为知识基点来强化法律服务体系的规范性能力建设,以国际法为链接纽带来增进法律服务体系的救济性能力。

中国企业在海外参与“一带一路”建设必然面临与国内不同的法治生态环境,各层面的法律法规和各种市场规则相互交织,政治、安全、法律风险等多种因素错综复杂。为避免企业在东道国遭遇不必要的法律风险和发展障碍,法律服务必须站在前列,重点关注东道国的投资、贸易、建筑、劳工、知识产权、财税金融等方面的法律法规,确保企业在东道国合法投资经营,保障“一带一路”建设的顺利有序进行。同时,还应全面了解东道国有关知识产权、环境保护、争端解决、国际司法协助等方面的法律制度以及两国共同签署或加入的双边投资保护协定、避免双重征税协定、区域自由贸易协议和相关国际公约。此外,除了上述“官方法”,还应当充分认识到“民间法”在沿线国家的意义远远大于其他地区。在全面掌握和积极运用东道国国家层面法律法规的同时,还应重视和了解所在区域或少数民族当地的地方方法、少数民族法和宗教法。

建立精准、有效和可操作性强的“一带一路”法律服务机制,离不开国别法和国际法的双重运用能力,而能力提升及其所涉及的法律专门人才培养又是重中之重。对此,可以从国内和国际两个层面进行制度构建与效果固化:

(一) 国内机制

具体包括:第一,法律共享联席会议机制。改变以往将法律服务仅仅当做律师、公证、法律顾问提供服务的褊狭观点,克服法律服务主要是司法部主管事项的一般性识见,从国家战略层面来构建法律共享的制度机制。建议在全国人大常委会统一组织协调下,创立由最高人民法院、最高人民检察院和司法部、国资委、发改委、商务部、财政部、中国人民银行及国务院其他相关部委、中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会、全国律师协会与法律专家共同组成的法律识别、规范共享与风险防范联席会议机制,为查明、掌握、理解与运用“一带一路”沿线国家的法律制度与法律规范以及预防、提示、化解法律风险提供权威、高效、系统的指引与保障。应当改变各自为政、浪费资源的零散性实践方法,以及简单介绍、低水平重复建设的现状,充分整合现有经验,集中各方力量,深入研究、精准吃透国别法律,实现法律服务效率的最大化和法律服务层级的高端化。第二,国别法律能力提升机制。由中央政法委领导、教育部和司法机关以及国家留学基金委共同参与,制定和实施“‘一带一路’国别法律人才教育计划”。遴选一批重点政法院校,在遵循现有法律专业培养总体方案要求的基础上,专门针对沿线国家的法律进行课程设计、教材编写与课堂教学。可以采用选修课与必修课相结合、课堂教学与实践实习相补充的方法,积极有效地推进教学改革,增强针对性和实效性;同时,为解燃眉之急,针对现有法律服务人员,由司法部主导、教育部共同参与,制定和实施“‘一带一路’国别法律服务人员培训计划”,从法律外语、国别法律及其纠纷解决技巧三方面进行专门培训。制定和实施海外留学法律人才资助利用计划,要着力解决好两个方面的问题:一是留学国家布局的均衡性。国家留学基金管理机关可制定一个《“一带一路”留学战略规划》,对沿线所有国家,都应当派出一定比例的法律专业留学人员,以确保深度掌握所在国家的法律体系及其运作方式与运用基本技能。二是留学人员待遇的均等性。现有涉外高端法律人才培养模式主要包括国内培养和国内高校与海外高校联合培养两类,而大量自费留学人员的资助力度和利用潜力尚待加大和发挥。目前,后者更多倾向于在跨国公司、涉外组织就职。与“一带一路”建设密切相关的国家机关、事业单位和国有企业,由于招聘条件、考试内容与程序方面所限,往往使高水平自费留学人员无法或不愿应聘入职,这无疑是对资源的一大浪费。为此,应当在国家层面进行改革,实施留学法律人才分类支持计划,对公派留学人员和自费留学人员给以同等的国民待遇,确保法律服务工作者在学缘结构、学历背景上更加多元化、国际化。

(二) 国际机制

主要分为以下三个方面:第一,共商的法律服务机制。共商机制应当以平等为前提、以互动为手段、以共识为目标,而非试图以某一种法律制度机制归并其他法律制度机制。基于这一理念,共商的法律服务机制可分为事前谈判的服务机制、事中协调的参与机制和事后协商的能动机制,从而形成一个完整的法律服务链条,克服重事后解决纠纷而轻事前防范和事中协调的传统法律思维局限。第二,共建的制度供给机制。制度构建绝不只是立法者和决策者的事情,全体法治队伍尤其是法律服务工作者可以也应当发挥重要作用。“一带一路”建设不是另起炉灶、推倒重来,而是以“合作协议和行动计划”等形式实现各国之间的“战略对接”与政策协调^①[6],从而实现合作共建的机制化、规范化、法律化。无论是律师、公证人员,还是仲裁、调解人员,抑或法律教育与研究人员,在与政策法律公共产品的供给和运用相关联的实践领域都大有可为,通过超前研究、智库咨询、经验总结、知识分享诸多方式,直接服务于“一带一路”的共建大业。第三,共享的法治互惠机制。法治是利益关系的调节器和权利的守护神。“一带一路”法治建设的成果应当同“一带一路”本身一样为各国所分享和共有,并得到各国的互相认同、尊重与遵循。共享既是高效发挥现有国际法治机制价值功能的成功法宝,也是实现机制创新的基本条件和价值吸引力所在。只要我们的仲裁裁决经得起国际法治和全球正义的检阅,只要司法协助案件执行得能够赢得各方当事人信任,只要法律调解机制张弛有度、成效突出,我们的法律服务就会树立应有的威信、获得各国的尊重,从而为“一带一路”筑牢公平正义的防线,积极助推“经济大融合、发展大联动、成果大共享”^[6]。

法律服务是一项集理论研究、知识运用和经验技巧于一体的高级活动。在高度重视法律事务实践操作的同时,还应当重视将法律服务水平提升到一个更高的层级,在超前性、引领性、创新性、高端性四个方面下功夫,构建一个专门的“一带一路”法治保障智库,纳入中央领导的国家高端智库之列^②。应加强“一带一路”法律话语权构建方面的软实力建设^[20](P17),充分运用大数据、互联网、云计算等现代信息化技术建立“一带一路”国家法律文献数据库和信息资源服务共享平台。联合沿线国家的专家学者和实务界人士组建高水平、跨区域、跨学科的研究团队,打造高层次、具有国际影响力的“一带一路”国际高端智库,对“一带一路”法律服务中的重大理论和实践问题进行综合性、战略性和前瞻性的研究,提出有针对性和建设性的咨询报告,在现有基础上组织编纂系统完善的涉外法律服务国际操作指南和“一带一路”国家法律风险防范国别指南,克服目前类似的成果以粗浅简介为主而不深不透的片面性。同时,加强与不同区域的国际智库机构合作,例如,致力于比较法研究的瑞士比较法研究所和德国马克斯—普朗克外国和国际私法研究所不仅拥有丰富的各国法律藏书,而且对比较法、外国法和国际统一私法有着丰富的研究经验,将会对“一带一路”国家法律系统的深入研究提供很强的学习和借鉴作用^[21](P18)。此外,切不可忽视与沿线其他国家如阿拉伯、东欧、北非等区域的智库机构的合作,避免仅仅重视与发达国家合作而轻视同欠发达或不发达区域有关机构的协作,从而推进多元法律文化的互动与互鉴。

三、路径:构建“三位一体”的法治服务协作格局

“一带一路”是国家之间以及区域和跨区域三重合作模式的叠加和融汇,难以找到类似的域外经验,体现了中国的原创性。这对法律服务在合作模式与路径选择上提出了更高要求,也提供了更广阔的前景。我们认为,应当改变简单的双边或多边合作模式,在全球、区域与国别三个层面开创“三位一体”的法治服务协作新局面。

①主要包括俄罗斯提出的欧亚经济联盟、东盟提出的互联互通总体规划、哈萨克斯坦提出的“光明之路”、土耳其提出的“中间走廊”、蒙古国提出的“发展之路”、越南提出的“两廊一圈”、英国提出的“英格兰北方经济中心”、波兰提出的“琥珀之路”等。中国同老挝、柬埔寨、缅甸、匈牙利等国的规划对接工作也全面展开。中国同40多个国家和国际组织签署了合作协议,同30多个国家开展机制化产能合作,同60多个国家和国际组织共同发出推进“一带一路”贸易畅通合作倡议。各方通过政策对接,实现了“一加一大于二”的效果。

②2015年1月20日,中共中央办公厅、国务院办公厅发布了《关于加强中国特色新型智库建设的意见》,提出到2020年目标是“重点建设一批具有较大影响力和国际知名度的高端智库”;2015年11月9日,中央深改组第十八次会议审议通过了《国家高端智库建设试点工作方案》。

（一）国内合作伙伴关系

《愿景与行动》指出,推进“一带一路”建设,中国充分发挥国内各地区比较优势,加强东中西互动合作,全面提升开放型经济水平。“一带一路”倡议范围圈定了我国沿线的18个省、自治区、直辖市,包括西北地区的青海、宁夏、甘肃、陕西、新疆、内蒙古,东北地区的吉林、辽宁、黑龙江,西南地区的重庆、广西、云南和西藏以及沿海的上海、浙江、福建、广东和海南。目前,我国法律服务业的发展不平衡。以律师为例,北上广深苏的律师数量占全国的30%,创收却超过70%。据统计,2015年律师人均创收为21.7万元,上海约80万元,最低的是西藏人均创收仅为3万元。由此可见,相对东部等发达地区律师而言,中西部地区律师业务水平普遍薄弱,发展较为滞后,对“一带一路”建设所涉及的海外投资、国际贸易、公司兼并收购、跨国融资活动等高端涉外业务缺乏实际操作经验,应对能力严重不足。然而,“一带一路”倡议的实施为中西部地区的对外开放提供了广阔的发展空间,中西部地区应充分利用其特有的地缘优势、民族文化优势及自然资源优势,积极同发达地区如北京、上海、香港等地有经验的涉外律师和律师事务所进行业务合作,整合优势资源,组成高水平、跨区域合作团队,共同为“一带一路”建设提供高质量、专业化的法律服务,为企业成功“走出去”保驾护航。

同时,由于“一带一路”建设的跨国投资和贸易涉及会计、金融、证券、保险等多个领域,律师在提高自身法律业务水平和拓宽业务范围的同时,应增强主动性、拓展覆盖面、发挥优势、克服短板,积极同涉外法律服务业相关的会计、金融、证券、保险等专业机构开展战略合作。

为了强化协作,可以从以下三个方面创新律师国内合作机制:第一,援助机制。建立律师事务所相互之间的“法律援助”机制,由地方律协之间签署跨区域律师协作协议,保障发达地区或法律服务能力较强区域律师事务所为中西部欠发达区域律师事务所在人员培训、技术提升、案件联办三大方面进行合作。要重视这一机制的制度化、规范化和有序化,在充分尊重市场规律的同时,强化组织引导功能。第二,扶贫机制。应当将对贫困地区律师的“法律扶贫”全面系统地纳入国家精准扶贫战略,在律师派驻、公益服务、能力提升三个领域进行富有成效的扶持。第三,激励机制。通过税收优惠、案源供给、精神褒扬三种方式切实鼓励有条件的律所到“一带一路”所涉及的中西部地区提供高质量的法律服务。

（二）国别合作伙伴关系

“一带一路”建设涉及许多有关能源、交通、通信等基础设施类的重大工程和重大项目,仅靠国内的律师等法律服务工作者难以高效率、高质量地完成相关法律服务。因此,应当与“一带一路”所涉国家开展法律服务合作,充分发挥各自的专业、语言、文化、地域、资源和信息优势,从而妥善处理各类法律问题,切实维护企业的合法权益。并且,应进一步加强与对方国家开展法律服务行业的交流活动,例如互派法律人员到国外院校、律所、法院进行培训交流等^[22]。近年来,“一带一路”沿线国家法律服务行业的交流合作亦取得了阶段性成果。新加坡、阿联酋等国家的律师事务所已在我国建立了9家代表处,中国的律师事务所在蒙古、越南、吉尔吉斯斯坦等国设立了4家代表处^[23]。我国司法部分别为塔吉克斯坦和吉尔吉斯斯坦两国举办了法律服务管理人员培训班。2017年6月,全国律师协会组织国内律师与“一带一路”沿线国家排行前5位的著名律师事务所共同编写《“一带一路”沿线国家法律环境国别报告》。当然,这些早期的探索主要是与沿线国家的相关机构进行的初步协作或者是对沿线国家法律制度进行的概要性的介绍。从长远看,应当在充分吸收已有成功经验的基础上,建立常态化、制度化和精细化的国别合作机制,在以下四个方面开展富有成效的协作:1. 交流访问。通过司法行政管理机构或律协的组织领导与协调主导,建立律师的双边交流机制,通过实地考察、观摩、参访的方式加深合作。2. 人才培养。可以由中央政法委领导,司法部、教育部将“一带一路”沿线国家律师、仲裁、公证队伍建设纳入“卓越法律人才培养”系统之中。3. 业务合作。目前,法律服务“走出去”主要是与欧美发达国家律师事务所、仲裁等有关机构进行合作。这无疑是十分必要的。但是,也不可忽视与“一带一路”沿线发展中国家的协作。尽管有的国家法治水平尚待提高甚至相对低下,但是,就国别法而言,东道国律师、仲裁、公证人员对本国法律运用的熟练程度与水平显然是外来者所不能比拟的,一旦涉及适用沿线国国内

法的情形,此类协作便彰显出独特的力量。4. 项目跟踪。建议对重特大项目建立“一案双师”制度,即对于投资贸易的合作时间长、工程量巨大、涉及巨额资金的项目,国家行政主管部门可以通过政策法规的形式明确两个方面的界限和要求:一方面,划定资金或交易额、时间长度、工程量的限度,凡是达到此一底线的,便构成特大或重大项目,此时,应当对有关项目进行法律监控。另一方面,对上述项目,可以根据情况同时聘请中方律师和所在国律师组成法律服务团队,在中方律师主导下及时介入、将风险控制最低限度之内。

(三) 国际合作伙伴关系

近年来,在法律全球化的背景下,我国法律服务机构的国际合作取得了可喜的成就,法律市场的对外开放亦迈出了新的步伐。但是,在语言、文化、法系、思维模式诸多因素制约下,可以提供高质量海外投资、贸易、金融法律服务的机构与人员明显不足。以律师服务为例,目前在国外出庭高质量代理诉讼或仲裁的国内律师事务所屈指可数。而国际律师事务所凭借其丰富的行业经验、庞大的全球网络、专业的管理水平在国际投资和贸易等高端的法律服务方面拥有强大的优势和国际竞争力。因此,应积极同国际律师事务所建立国际合作伙伴关系。2017年1月9日,司法部、外交部、商务部、国务院法制办联合发布《关于发展涉外法律服务业的意见》。该《意见》指出支持并规范国内律师事务所与境外律师事务所以业务联盟等方式开展业务合作,以上海、广东、天津、福建自由贸易试验区建设为契机,探索中国律师事务所与外国律师事务所业务合作的方式和机制。加强中国本土律师事务所同国际顶尖律师事务所的合作,通过资源整合、优势互补为企业提供优质、全方位跨境法律服务,同时有利于中国律师同国际优秀律师相互借鉴切磋,提升自身专业素质和业务竞争能力,更好地服务于“一带一路”建设^{①[24]}。这些举措无疑为提升律师服务“一带一路”建设水准奠定了一定的基础。

应当在此条件下,大胆创新体制机制,改变零碎的单一服务模式,系统化构建律师法律服务体系。为此,提出如下建议:

第一,强化律师联盟。尽管已经认识到建立“一带一路”律师联盟的必要性^[25],但是,对如何充分整合现有律师协作机制、创设一个富有成效的“律师联盟”协作机制,依然处于探索和尝试阶段。值得注意的是,应当在充分尊重律师自治原则的基础上,强化律师联盟的组织协调功能和运行机制建设,可以考虑设立若干个分委员会,每一个分委员会由主任或主席1名、副主任或副主席若干名、常务理事若干名以及全体理事组成;明确该联盟的职能职责,构建紧密合作型、松散交流型、业务合作型、对口服务型四种不同的联盟关系模式,真正发挥联盟的作用,切忌有名无实式的联盟。

第二,设立配套机制。在现有区域经济贸易文化合作框架下创设与之相匹配的律师协作分支机制,直接服务于所对应的合作机制。可以充分利用上海合作组织、中国—东盟(10+1)、东盟与中日韩(10+3)、东亚峰会、中日韩合作、亚太经合组织、亚欧会议、亚洲合作对话、亚信、中阿合作论坛、中国—海合会战略对话、大湄公河次区域经济合作、中亚区域经济合作等现有平台的优势,以此为依托建立法律服务双多边、区域合作机制,增加律师合作新内涵,构建律师法律服务领域的国际沟通协作机制,凝聚共识,实现互利共赢。

第三,创立常设论坛。由律协、高等院校、科研机构联合,建立“一带一路”律师法律服务常设论坛^{②[26]},可以选取投资、贸易、金融、工程法律服务以及诸如劳工、人权、环保之类的相关性主题进行深度而持续的交流,为提高服务水准与质量打下坚实的基础。

第四,分享国际话语。目前,“一带一路”纠纷的解决主要依托现有的国际投资、贸易仲裁机制,而

①2017年5月中旬,来自俄罗斯、英国、法国、澳大利亚、印度、南非及中国香港、中国台湾等十几个国家和地区的近百名律师行业的领袖会聚前海,与国内各地律师共商“一带一路”法律服务合作,探讨多边法律服务交流合作新模式,旨在搭建一个服务于“一带一路”的以华语律师为主体的全球性法律合作平台。

②随着中国参与国际交往日趋频繁,与法律相关的组织、机构和平台(也包括论坛)越来越多,但是反观国内,我们一直没有一个与国家发展、法治进步相匹配的法治论坛。

现有的相关机制基本上为英语世界所创立和掌控。尽管近年来我国已经有人跻身于这些机构担任仲裁员,但是无论是在人员比例还是实际被选中或指派参与纠纷解决的人员数量上,都很不理想。笔者认为,有两个办法可以解决这一问题:其一,与我国现有的国际、海事以及国内商事仲裁机制联手,自设“一带一路”纠纷解决机制,让更多的中国律师直接参与其中,掌握公平解决国际纠纷的主动权。应当指出的是,中国自设的这类机构的吸引力和权威性的提高还有待时日,服务于“一带一路”的能力尚需进一步提升。其二,创造国际高端法律人才成长与提升其国际认可度和参与度的内外部条件,激励和保障律师有效参与国际纠纷解决机制,在内在能力建设和外在制度保障两方面加以刺激和促进。在能力上,建立涉外高端律师能力提升制度,发展与国际或国外主流争端解决机构的双边合作关系,鼓励律师在海外主流纠纷解决机构实习、见习,或者邀请上述机构人员到中国举办讲座、开展法律实务培训与交流;在保障上,采取资金补贴、税收减免、简化审批程序的优惠措施,鼓励中国律师到国外主流争端解决中心任职,为中国律师事务所在海外设立分支机构或开展海外业务提供优惠待遇。

四、结 语

总之,“一带一路”法治服务体系的优化需要实现三个转变:一是从方法到制度。从个体效率导向的单一方法深化为制度本源性归因与求解思维,通过创设法律共享联席会议机制和国别法律能力提升机制,优化国内制度建设;通过创设共商的法律服务机制、共建的制度供给机制以及共享的法治互惠机制,疏通国际法律制度供给渠道。二是从价值到话语。通过在经济利益、社会公平和市场自由三者之间的价值互动与平衡,优化话语权的分配模式,以全球公信力或者至少区域公信力为基点,打造国际纠纷解决程序性机制的中国版本,为“一带一路”提供强制性保障。三是从客体到主体。主体的法治能力是法律服务质量的关键,应当从以“事”为主转向以“人”为主,在重视项目建设的同时重点提升主体能力,创新服务于“一带一路”建设的法治人才培养和内外联动的协作体系,在全球、区域与国别三个层面创建“三位一体”的法治服务协作新格局,实现从西方大国的“殖民法”到当下的“和平法”再到基于社会正义与自由效率之互动的“发展法”的革命性飞跃,借“一带一路”建设的东风实现中国法治服务的一次全面升级。

参考文献:

- [1] 习近平. 弘扬人民友谊,共创美好未来——在纳扎尔巴耶夫大学的演讲. 人民日报(海外版),2013-09-09.
- [2] 习近平. 携手建设中国—东盟命运共同体——在印度尼西亚国会的演讲. 人民日报,2013-10-04.
- [3] 新华社. “一带一路”国际合作高峰论坛成果清单. [2017-05-16] http://news.xinhuanet.com/world/2017-05/16/c_1120976848.htm.
- [4] 许志峰,王珂,吴秋余. 奏响共赢曲 引领新繁荣——写在共建“一带一路”重大倡议提出三周年之际. 人民日报,2016-09-07.
- [5] 刘结一. “一带一路”唱响联合国舞台. 人民日报,2016-12-08.
- [6] 习近平. 携手推进“一带一路”建设——在“一带一路”国际合作高峰论坛上的演讲. 人民日报,2017-05-15.
- [7] 杜尚泽,胡泽曦. 共商共建共享之路. 人民日报,2016-10-03.
- [8] 李小云,唐丽霞,武晋. 国际发展援助概论. 北京:社会科学文献出版社,2009.
- [9] 陈文. “一带一路”下中国企业走出去的法律保障. 北京:法律出版社,2015.
- [10] 郑之杰. “走出去”的法律问题与实践. 北京:法律出版社,2013.
- [11] 蔡中华. “一带一路”建设亟需知识产权护航. 中国知识产权报,2017-05-17.
- [12] 张长立,高煜雄,曹惠民. “一带一路”背景下中国海外知识产权保护路径研究. 科学管理研究,2015,(5).
- [13] 罗培新. “一带一路”所需要的高品质法律人才“长”什么样. 解放日报,2017-07-04.
- [14] 曹卫东. 中国“一带一路”投资安全报告(2015-2016). 北京:社会科学文献出版社,2016.
- [15] 朱源,姜华,李天威等. 实施“一带一路”战略要充分考量环境因素. 中国环境报,2015-11-17.

- [16] Brian Sang YK. Tending Towards Greater Eco-Protection in Kenya: Public Interest Environmental Litigation and Its Prospects Within the New Constitutional Order. *Journal of African Law*, 2013, 57(1).
- [17] Barbara Kotschwar, Theodore H. Moran, Julia Muir. Chinese Investment in Latin American Resources: The Good, the Bad and the Ugly. Peterson Institute for International Economics, Working Paper, 2012.
- [18] 韩秀丽. 中国海外投资中的环境保护问题. *国际问题研究*, 2013, (5).
- [19] 何志鹏. “一带一路”与国际制度的中国贡献. *学习与探索*, 2016, (9).
- [20] 李鸣. 国际法与“一带一路”研究. *法学杂志*, 2016, (1).
- [21] 徐国建. 关于“一带一路”战略实施的若干法律思考. *中国国际私法与比较法年刊*, 2015.
- [22] 陈清霞. “一带一路”建设起航, 法治保障应快步跟上. *人民法院报*, 2016-04-05.
- [23] 赵大程. 为“一带一路”建设提供法律服务. *人民日报*, 2016-11-17.
- [24] 唐荣. 多国律师共商“一带一路”法律服务合作. *法制日报*, 2017-05-17.
- [25] 金慧慧. 中华全国律协拟建立“一带一路”律师联盟. [2017-06-27] http://news.china.com.cn/txt/2017-04/27/content_40703549.htm.
- [26] 王俊峰. 加强“一带一路”法治保障 发起设立国际性法治论坛. [2017-05-06] http://theory.gmw.cn/2016-03/14/content_19281664.htm.

On the Optimization of Legal Service System from the Perspective of the Belt and Road

Wang Xigen (Wuhan University)

Li Xiguang (Jilin University)

Abstract: Rule of law is a fundamental guarantee for implementing the Belt and Road Initiative. The substantial differences and even conflicts of countries along the Belt and Road in legal systems, legal traditions and legal cultures have posed many challenges to the building of the Belt and Road. Thus, legal service mechanisms shall be innovated. In terms of norms, it is inadvisable to value international laws above national laws, Chinese laws above laws of host countries, and international dispute resolution mechanisms above reconstruction of multi-lateral mechanisms. It is necessary to strengthen capacity for legal services and optimize legal service systems from the perspective of national official laws and local common laws. Domestically, mechanisms shall be constructed and implemented for law sharing joint meetings, and capacity building for national laws. Besides, China has to collaborate with other countries establish a legal service mechanism through discussion, an institutional supply mechanism through jointly building and a reciprocal rule of law mechanism through shared growth. As regards ideas, efforts shall be made to establish an efficient, safe and equal value integration mechanism. Concerning models, partnerships are expected to be developed in domestic, regional and international legal services, particularly lawyer services.

Key words: the Belt and Road; legal service; the value of law; colonial law; peaceful law; developmental law

■收稿日期: 2017-08-17

■作者简介: 汪习根, 法学博士, 国家“2011计划”司法文明协同创新中心、武汉大学法学院教授; 湖北 武汉 430072。

李曦光, 吉林大学国家“2011计划”司法文明协同创新中心博士生。

■责任编辑: 李 媛