

· 贯彻落实二十届三中全会精神 ·

精准塑造更高水平对外开放与 涉外私法制度创新

张春良*

内容提要：涉外私法关系基于其跨法域属性而在案件管辖及法律适用等方面具有选择可能性，其选择自由度与对外开放水平密切相关。涉外私法关系的选择可能性满足了境外投资者的安全保障需求，有助于消除其投资顾虑，作为营商环境的重要组成，可转化为一国对外商的投资吸引力和对外开放的制度竞争力。但境外投资者基于经营便利，常采当地法人的直接投资模式，在主体维度丧失了涉外性。我国为推进高水平开放设置了一系列试验区，主要采用“区域限定+资本限定”双要素叠加标准，赋予境外投资者在直接投资形式不变的前提下重获涉外法律治理红利即选择可能性，使之从对外开放的制度堵点转变为竞争支点。从“区域限定+外资外仲裁”到“区域限定+港资港法港仲裁”，再到“区域限定+外资外法外仲裁”，构成我国对外开放前沿的三代渐进实践。作为中国式现代化题中应有之义的更高水平对外开放，可将该积极经验在其他特定区域按需复制推广；将“区域”因素替换为行业、领域等因素，在治理模式上进化为行业、领域等因素限定下的“外资外法外仲裁”，实现多元因素导向的精确开放调控；并纵深革新境外仲裁机构的准入准营机制。变式赋予非涉外私法关系以选择可能性，可赋能我国靶向调控对外开放的区域、行业、领域和其他维度，锚定释放涉外法律治理红利，分类吸引外商外资，在更大范围、更宽领域、更深层次上精准塑造更高水平对外开放。

关键词：涉外私法关系 管辖权 境外仲裁 临时仲裁 法律适用选择

高水平对外开放是党的二十大报告明确提出的目标，也是实现中华民族伟大复兴的关键一招。〔1〕国务院办公厅于2024年3月印发方案，明确“外商投资是参与中国式现代化建设、

* 西南政法大学教授。

〔1〕 习近平总书记于2012年12月7-11日在广东考察工作时指出：“改革开放是决定当代中国命运的关键一招，也是决定实现‘两个一百年’奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的关键一招。”习近平：《论坚持全面深化改革》，中央文献出版社2018年版，第2页。

推动中国经济与世界经济共同繁荣发展的重要力量”。〔2〕我国涉外法治体系和能力建设应与高水平对外开放的要求相适应，保障国家重要战略意图的实现，〔3〕“建设更高水平开放型经济新体制”。〔4〕党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（以下简称“二十届三中全会决定”）进一步明确指出，“开放是中国式现代化的鲜明标识”，要“深化外商投资促进体制机制改革”，“优化区域开放布局”，“打造形态多样的开放高地”。〔5〕高水平对外开放首先和首要地表现为对外商外资高质量“引进来”的吸引力，从法治层面看除了要“巩固外资在华发展信心”，〔6〕还应在不逾越现代涉外法治基本原则的前提下，为外商外资提供更强力度的保护和动力。这引导我们检视现行涉外法治框架下是否存在、以及还存在哪些妨碍外商外资接近中国市场的制度堵点，并通过“堵点改支点”的方式吸引外商外资，落实高水平对外开放。梳理作为我国对外开放前沿实践的自贸区等经济性特区的革新安排，〔7〕其在涉外私法领域重点突破的症结之一，即在内地直接投资的外商外资在当地交易中因缺乏涉外因素而不能依据涉外关系的法律治理模式解决纠纷。对这一限制的突破，成为铸造此类区域投资吸引力、提升对外开放水平的重要杠杆和前沿实践。鉴此，本文旨在从各经济性特区纷繁复杂的开放创新举措中，洞察非涉外关系的选择限制〔8〕及其突破原理，释明其竞争力释放的法理依据及其作用规律，以本取用，进一步探讨如何更好地利用这一规律服务于区域开放布局的优化，通过精准调控推动形成因地制宜、“形态多样的开放高地”。

一、非涉外关系的选择限制及其突破的竞争潜力

（一）非涉外关系的选择限制及其成因

基于私法领域中法律关系涉外因素之有无，某些特殊的法律待遇仅保留给涉外私法关系，这构成纯粹内域私法关系的“选择限制”。非涉外私法关系的选择限制，本质上是内外私法关系在法律治理方式上的差别待遇，此种差别对于内外私法关系及其主体而言，既不构成特权，也不构成歧视。相反，这一限制是基于私法关系有无涉外属性，在公平正义观念指引下发展出来的本质差异，得到国际社会的普遍认可，并构成国际社会的主流实践。此种非歧视的差别待遇主要有三种理据：

一是自然主义的正义论，即选择是否受到限制，是源于私法关系是否具有涉外属性而自然

〔2〕 国务院办公厅《关于印发〈扎实推进高水平对外开放更大力度吸引和利用外资行动方案〉的通知》（国办发〔2024〕9号）。

〔3〕 参见黄进：《论统筹推进国内法治和涉外法治》，《中国社会科学》2022年第12期，第84页。

〔4〕 《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调 加强涉外法治建设 营造有利法治条件和外部环境》，《人民日报》2023年11月29日第1版。

〔5〕 “二十届三中全会决定”第26、27点。

〔6〕 前引〔2〕，国办发〔2024〕9号。

〔7〕 党的十八大以来，党中央部署设立了22个自由贸易试验区，形成了一大批标志性、引领性制度创新成果，有效发挥了其改革开放综合试验平台的作用。

〔8〕 有文献认为，传统法律选择领域存在场所主导的思维，即法律选择必然围绕特定的场所或“本座”展开，这已经发展为一种“场所禁忌”（*situs taboo*）。See Symeon C. Symeonides, *Choice of Law*, Oxford University Press, 2016, p. 700. 在涉外私法领域也存在类似的“涉外禁忌”，意指某些开放性选择仅保留给涉外私法关系，这构成内域私法关系的限制。

形成的差别待遇。英国学者戴西简明扼要地指出，适用其他法律体系，“主要正当性在于它实现了某一交易或事实的当事人的合理和正当预期。……理论上，对英格兰法院而言可能的是，尽管对外国人打开大门，但在所有案件中都适用英格兰当地法。但如此行事，将不仅对外国人而且对英格兰人也带来严重不公平”。〔9〕马丁·沃尔夫也指出，对涉外案件考虑适用外国法，乃是正义的需要。〔10〕从当代法治理性审视，此种自然主义论证进路可以祛魅化为关联主义的论证范式，其逻辑在于：涉外私法关系与两个或两个以上的法域有关联，相关联的法律体系均享有立法管辖权，从而有开放选择的必要。

二是逻辑主义的正义论，即为确保一国在私法关系治理上不陷入矛盾，需要区分私法关系的内外属性，允许选择涉外私法关系的法律适用。萨维尼法律关系本座说的学术抱负，可以概括为“同一个世界，同一个案件，同一个法律，同一个梦想”。这既是其学术担当，也是其解题方案，即一个发生在当前世界中的案例，不论受案法院为何，均应适用同一个法律。〔11〕这也反向界定了不正义的情形，即一个案件因管辖法院的不同而适用不同的法律。如果法律适用与司法管辖相捆绑，就会违背法律适用的一致性标准，既在逻辑上矛盾，也为实践带来困扰。因此，萨维尼的学术方案是首先致力于切割立法管辖权与司法管辖权之间的关系，让法律适用从一国司法管辖权的束缚中解放出来，再按照其认为中立的规则实现各国在全球法律体系中的唯一定位。追求判决一致性因而成为萨维尼及继承其学术遗产的当代欧洲国际私法的“宏大目标”。〔12〕

三是现实主义的需要论，即此种选择限制是基于跨国私法交往的有序化需求而发展出来的差别待遇。经验主义的论证思路从被承认的需求角度出发，指出要维持彼此间互认有效从而是有序的跨国私法交往秩序，就需要对具有涉外因素的私法关系采取不同的法律治理方式，开放考虑与之相关的其他法域的法律体系的适用，并按照彼此都承认的中立规则决定应适用的法律体系。循此被认同的现实需求，将对一国涉外私法关系的调整发生系统性的影响：判决或仲裁裁决能够国际流通，为此需要经受被请求国针对管辖权和准据法选择的间接审查，从而倒逼一国法院在管辖权和法律适用问题上采用国际社会公认的处理方式，而不能完全按照国内私法关系进行调整。“一个主权者在它的领域之内是至高无上的，……它能够——如果它选择这样做——只考虑自己的法律而拒绝适用任何其他法律。尽管采取这种无区别的政策在其他时代非常普遍，但它在现代文明世界之中是不切实际的。”〔13〕现代文明世界中务实的、也是国际社会公认的处理方式，即赋予涉外私法关系在包括管辖权和法律适用等问题上以必要的选择自由。

上述三种理据的出发点和论证过程不同，但均肯认内外私法关系的区别处理，内域私法关系在管辖、法律适用等方面存在选择限制，不具有涉外私法关系的选择自由。基于私法关系的

〔9〕 See Collins (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, 2012, pp. 4-5.

〔10〕 See Martin Wolff, *Private International Law*, Oxford University Press, 1945, pp. 1-3.

〔11〕 See Symeon C. Symeonides, *Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism*, Koninklijke Brill NV., 2021, p. 16.

〔12〕 See Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2020, p. 5.

〔13〕 See J. J. Fawcett & J. M. Carruthers (eds.), *Cheshire, North & Fawcett on Private International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 4.

涉外性形成的此种选择自由，对外商外资而言具有潜在吸引力，适当应用之，可以提升一国对外开放的制度竞争力。

（二）突破非涉外关系选择限制的竞争潜力

对非涉外关系选择限制的突破，究竟何以吸引外商外资？就此，可从2024年《香港特别行政区政府律政司就粤港澳大湾区法治建设的行动纲领》（以下简称“行动纲领”）中得到启示。“行动纲领”提出“三连、两通、一湾区”的基本方针，其中作为“三连”重大举措之一的，即是香港特区律政司在规则衔接方面将继续积极争取扩大“港资港法”及“港资港法港仲裁”措施的适用范围。“港资港法港仲裁”在前海深港现代服务业合作区的实践中存在强劲需求，^[14]其核心内涵即是突破性允许在前海合作区注册的港资企业在不具备涉外因素时，仍可选择香港法律作为合同的准据法、选择香港作为仲裁地。^[15]

理解这一突破需明确三大前提：第一，香港特别行政区作为中国不可分割的重要组成部分，在领域意义上与内地是一个国家，但在法域意义上与内地是两个不同的法域单元。我国司法机关就涉及港澳的私法关系，明确为“参照”涉外私法关系处理。^[16]第二，前海合作区本质上是内地的组成部分，是不同于香港特区的内地法域。第三，前海合作区内注册登记的港资企业在籍属上是内地主体，与在内地投资设立的外商投资企业属于相同性质的企业组织。因此，在前海合作区注册登记的港资企业之间以及港资企业与其他内地主体之间的当地交易，不具有涉外因素，属于非涉外私法关系，进而在法理上应纳入内地法律体系的治理模式之下，即只能适用内地法律，且在选择仲裁的情形下本应选择境内仲裁机构。此为非涉外私法关系之选择限制的必然法效。然而，“行动纲领”突破了此种限制：虽然此类法律关系是内域关系，但仍可按照涉外法律关系的属性，选择适用香港法律并在香港仲裁。

“港资港法港仲裁”被认为是“为粤港澳大湾区建设市场化、国际化的营商环境”的重要举措。^[17]前海合作区内登记注册的港资企业作为内地企业，是内地法律上的主体，其对外形成的不具有涉外因素的交易本属内地法律关系，但其在法律治理上却被特别对待为一种特殊的涉外私法关系，得配后者才能享有的法律待遇，即此种特殊的内域私法关系基于其投资者及其出资具有的香港因素，而被允许选择适用香港法律以及提交香港仲裁解决争议。简言之，法律上的特殊待遇是内地基于资本元素而非法律元素赋予此种内域私法关系以“涉外性”，从而获得适用特定域外法、提交特定境外仲裁的特殊法效。选择限制本是制度堵点，限制了港商港资的投资积极性，但因为内地对该选择限制的突破，使其转变为吸引港商港资的制度支点，这既是“港资港法港仲裁”得以成立的原理，也是其吸引港商港资的“法治秘密”。可以说，非涉外关系选择限制的突破，为内地特别是前海合作区释放了更强大的营商竞争力，为前海合作区营商环境的优化和更高水平对外开放奠定了法治基础。

进而言之，涉外关系选择自由的潜能释放，取决于两个方面：其一，其实质乃是“因为

[14] 参见黄惠康：《香港特别行政区在中国涉外法治建设中的独特地位和重要作用——纪念香港回归祖国暨〈香港特别行政区基本法〉实施25周年》，《国际法研究》2022年第4期，第11页以下。

[15] 参见“行动纲领”第22条。

[16] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2020〕18号）第17条。

[17] “行动纲领”第23条。

熟悉所以安全”的投资信赖，^{〔18〕}即外商外资对于东道国（地区）的法律及其纠纷解决机制不熟悉，基于未知而缺乏安全感。除熟悉与否的考量因素外，投资者基于习惯或者对投资目的地法律及解纷机制的不信任，也会对其产生排斥。事实上，很难说不同法律体系存在法律规则质量或正义上的悬殊，更多的是基于不同的实践需求而具有不同的内容选择，因此法律冲突在大多数情况下并不是基于正义的品质差异，而是基于正义维度的视角差异产生的。但这种基于客观的规则差异引起的投资者主观或感知上的信赖，的确产生了客观上的制度吸引力和竞争力。^{〔19〕}这也是“港资港法港仲裁”对港商港资具有吸引力的实质所在。这种基于投资者的主观感知而形成的客观上的公信力，正是选择限制所蕴含并可突破予以释放的竞争潜力。简言之，投资者“熟悉的法律”的适用满足了外商外资的投资信赖需求，而选择限制的突破则满足了外商外资的这一法律适用需求。

其二，外商外资在直接投资中主体身份的当地化，使之陷入非涉外关系的选择限制困境，欲适用域外法和境外解纷机制，需对此进行突破。直接投资是跨境投资的主要方式，通过吸引外商外资在目的地投资设立当地法人或其他组织，可以在就业、税收、产品和商业环境的提升等方面为东道国（地区）带来益处。根据国际私法中主流的法人国籍之“注册登记地”规则，投资者以在东道国（地区）设立当地法人的直接投资方式，通过法人身份的当地化获得与其他内国（内域）法人平等的法律地位和竞争机会。这一方式虽为外商外资带来了当地化经营的便利，但同时也使之丧失了主体涉外因素，在当地经营中的私法关系将受到选择限制。国际投资仲裁中投资者与东道国之间围绕是否及如何穷尽当地救济易产生纠纷，表明选择自由对于境外投资者具有重要意义，这种选择自由有赖于对选择限制的突破。

由此可见，通过突破非涉外关系的选择限制，赋予特殊的涉外法律治理地位，即将不具有选择自由的内国民商事交易基于投资者因素而视为或者参照涉外私法关系处理，让外商外资获得对境外立法、司法和执行管辖权^{〔20〕}的选择，能够为外商外资提供投资和营商的安全保障，形成对外商外资的吸引力和东道国（地区）营商环境的竞争力。

二、非涉外关系的选择限制在法律领域的关键表达

基于内外私法关系之区别形成的选择限制，较为广泛地存在于私法治理层面。立足我国对外开放的前沿热点及我国司法“从政治上看，从法治上办”^{〔21〕}的重点突破领域和规则，此类选择限制在法律领域的关键表达如下：

〔18〕 不只是投资者，即便是审理涉外案件的法官，也几乎注定具有法律适用上的“乡土观念”：“在存在真实冲突的案件中必然自动适用法院地法导致了一个自私的乡土观念，其他州的观点和立场被漠视了，而这些观点和立场如果该州是法院地则本应适用。自私的乡土观念对在特定重大意义上起作用的所有冲突法理论都是一种诱惑。” See Arthur T. von Mehren, *Choice of Law and the Problem of Justice*, 41 *Law & Contemp. Probs.* 27-43 (1977).

〔19〕 在处于改革开放前沿的我国某法院委托笔者进行的某课题研究中，该院提供的资料显示：根据国家统计局深圳调查队关于《前海涉港合同适用香港法律调查报告》，81.69%的企业认为适用香港法律解决纠纷有利于保障港人、港资、港企投资前海的信心。充分尊重和保障商事主体选择“熟悉的法律”解决纠纷，是诸如英国商事法院、新加坡国际商事法庭以及迪拜国际金融中心法院等国际商事法院的通行做法。

〔20〕 立法管辖权（legislative jurisdiction）、司法管辖权（judicial jurisdiction）和执行管辖权（executive jurisdiction），是三种主要的管辖权分类。参见前引〔12〕，Hartley书，第11页。

〔21〕 中共最高人民法院党组：《学思践悟习近平法治思想 以审判工作现代化支撑和服务中国式现代化》，《求是》2024年第8期，第42页。

（一）非涉外关系不得境外仲裁

其意指，不具有涉外因素的私法关系当事人不得将争议提交境外仲裁机构进行仲裁。境外仲裁既包括境外仲裁机构受理，也包括仲裁地在境外。国际商事仲裁的制度设计与程序运行对外商外资而言具有核心吸引力，主要原因有二：首先，相比于涉外诉讼的“跛足”属性，涉外仲裁具有国际平衡性。根据民事诉讼原理，在一国进行的诉讼，其诉讼程序诸要素均适用法院地法，并由法院地法官组成合议庭。尽管某些国际商事法庭引入了外籍法官，〔22〕但仅限于极少数国家的实践，我国仍不允许。且即便在涉外诉讼中法律适用是可以选择的，实践中法律适用选择的最终效果仍然不可避免地带有浓厚的法院地法倾向。〔23〕与之相较，境外仲裁具有国际平衡性，在仲裁员、仲裁地、法律适用等重要因素及裁决的国际流通方面，均不受东道国（地区）的约束。越来越多的仲裁机构采开放式名单制，给予当事人“选其所信、信其所选”的机会；仲裁地可实现“名实分离”；在法律适用方面也无一例外地确立了当事人意思自治的首要选法地位，且其选法范围几无限制。上述机制设计使外商外资脱离东道国（地区）法律环境和制度体系的束缚，享有更广泛的自治和自由。

其次，相比境内仲裁可能的当地化倾向，境外仲裁更具有中立的可能。境内仲裁通常意味着由境内仲裁机构管理案件、推进仲裁，不可避免地具有当地化因素。为降低负担、提升效率，境内仲裁更可能出现当地化倾向，从而引发外商投资者的信任危机。事实上，即便假定境内仲裁与境外仲裁是同等独立、平等和公正的，从影响外商决策的事实因素即其内心确信的角度观之，客观中立与信其中立二者之间，后者对外商更具决策影响力。境外仲裁在基本架构上的“去当地化”因素，也是增强外商外资信心的天然保障。

可见，外商外资在诉争之间、境内仲裁与境外仲裁之间，对境外仲裁有尽管并不总是客观但更充足的信任，东道国（地区）若能在制度供给方面满足此种信任，则可提升对外商外资的吸引力。但我国法律环境中仍存在“非涉外关系不得境外仲裁”〔24〕的选择限制。这一选择限制在我国立法上虽无明确表述，但在《最高人民法院关于江苏航天万源风电设备制造有限公司与艾尔姆风能叶片制品（天津）有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷一案的请示的复函》、〔25〕“北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认及执行大韩商事仲裁院仲裁裁决案”中，〔26〕均予明确。

（二）非涉外关系不得临时仲裁

其意指，不具有涉外因素的法律关系当事人不得选择临时仲裁解决争议。临时仲裁是与机

〔22〕 如我国最高人民法院退休法官张勇健获任新加坡国际商事法庭国际法官。参见孙航：《最高法退休法官张勇健获任新加坡国际商事法庭（SICC）国际法官》，《人民法院报》2023年1月6日第1版。另有文献统计，截至2023年底，新加坡国际商事法庭现任47名法官中有19名外籍法官；迪拜国际金融中心法院现任14名法官中有9名外籍法官；卡塔尔金融中心民商事法院现任15名法官中有13名外籍法官。参见林福辰：《全球治理体系变革视域下的中国国际商事法庭：功能承载与发展展望》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2024年第2期，第200页，注2。

〔23〕 有学者对2000-2010年我国司法实践中的域外法适用情况进行了案例抽样统计，中国内地法的适用占据绝对比例。参见黄进等：《中国国际私法司法实践研究（2001-2010）》，法律出版社2014年版，第71页。

〔24〕 参见顾维遐：《无涉外因素争议的域外仲裁问题》，《中外法学》2018年第3期，第651页。

〔25〕 [2012]民四他字第2号。

〔26〕 参见北京市第二中级人民法院（2013）二中民特字第10670号民事裁定书。天津市第一中级人民法院（2021）津01民特11号民事裁定书重申了这一立场。

构仲裁并列的两大仲裁类型之一。通常认为,临时仲裁更为灵活地契合了商事主体的解纷需求。相较于机构仲裁,临时仲裁“去当地化”的自治和自由属性更强。因此,我国对外开放前沿实践也将临时仲裁作为供给侧改革的重点之一。在机构仲裁下,仲裁依托于特定的常设机构进行管理并推进,常设机构的存在当然为案件仲裁提供了管理上的专业便利和高效,但使其无法与特定国家的法律体系彻底切割。在仲裁环境、法律适用、仲裁地、仲裁庭组成以及仲裁裁决的国际流通等方面,机构仲裁仍会不同程度地受到仲裁机构所在地的影响。在我国,仲裁机构所在地作为连结点或连结因素,决定着仲裁司法审查管辖权归属、仲裁协议法律适用、仲裁中的域外法查明,在部分时期和情形下甚至决定着仲裁裁决的籍属。因此,对于外商外资而言,仲裁机构与特定国家法律体系的牵连,是影响其被选优先性的消极因素。尤其是当纠纷解决不得不在东道国(地区)进行的情形下,在诉仲之间、机构仲裁与临时仲裁之间,为摆脱诉讼和机构仲裁的当地化局限,临时仲裁成为对外商外资有吸引力的重要乃至优先选项。

同样横亘在外商外资面前的是对临时仲裁的选择限制。首先,内域法律关系产生的财产性纠纷,当事人可根据我国仲裁法的规定选择仲裁方式解决争议,并基于其非涉外属性而只能适用我国仲裁法;其次,根据我国仲裁法的规定,有效的仲裁协议必须同时包含仲裁机构、仲裁意愿和仲裁事项,三者缺一不可。鉴此,内域法律关系的仲裁只能约定并提交机构仲裁,选择临时仲裁的仲裁协议将因缺乏仲裁机构的约定而无效。这意味着,作为我国法人的各类外商直接投资企业与内地主体之间无涉外因素的各类商事纠纷,将不得不提交我国仲裁机构进行仲裁。最高人民法院民事审判第四庭曾指出:“法律并未允许国内当事人将其不具有涉外因素的争议提请外国仲裁。因此,如果国内当事人将其不具有涉外因素的合同或者财产权益纠纷约定提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行临时仲裁的,人民法院应认定有关仲裁协议无效。”〔27〕

需要明确的是,不能据此反推认为,只要是涉外法律关系就可以选择临时仲裁。能否选择临时仲裁的关键,在于仲裁协议的准据法。由于我国仲裁法明确将仲裁机构作为有效仲裁协议的必备要素之一,因此在适用我国仲裁法的情形下,不论法律关系是否具有涉外因素,均无选择临时仲裁的可能。

(三) 非涉外关系不得选法自治

其意指,不具有涉外因素的私法关系当事人不能通过意思自治选择适用域外法,其必然结果是只能适用内域法。法律选择是涉外私法关系领域特有的调整之道。涉外私法关系适用域外法有两种路径:其一,通过当事人的意思自治,由当事人选择适用域外法;其二,在当事人未选择的情况下,通过特定的连结因素指向并适用域外法。而不具有涉外因素的内域私法关系,一方面当事人不具有选择适用域外法的资格,另一方面案件的所有连结因素仅与内域有关,从而无论通过何种连结因素指向的法律均为内域法。这就构成了“非涉外关系不得选法自治”的选择限制。

选择适用域外法特别是外商外资熟悉的本国法,构成对其具有吸引力的制度支点。然而,在投资者通过直接投资于东道国(地区)设立当地法人而失去主体方面的涉外因素后,其关

〔27〕 最高人民法院民事审判第四庭:《涉外商事海事审判实务问题解答(一)》第83条,载万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》2004年第1辑,人民法院出版社2004年版,第64页以下。

于适用本国法或域外法的意愿，在规则上就难以满足。^{〔28〕}非涉外关系选择限制的存在，构成外商外资进入内地直接投资时审慎考虑的重要方面。

（四）非涉外关系不得适用条约

其意指，在国际条约的一般适用上——即基于条约规定的适用范围和条件直接且先于国内法而适用的方式，而非在条约规定的范围和条件之外，经国内立法的特定援引而予以适用（其本质实为“借用”）——不具有涉外因素的法律关系一般不能适用国际条约。被称作“统一性规范”的条约统一了两个或更多国家的法律，用于规范和调整跨国法律关系，因此条约的适用范围天然地指向具有涉外因素的法律关系。几乎所有条约都在开篇对其适用范围作了界定，其中均包括涉外性或国际性这一明示或默示的要求。此即构成非涉外关系选择限制的第四种主要类型：非涉外关系不得适用条约。以在我国司法实践中适用最广泛的条约之一即《联合国国际货物销售合同公约》为例，该公约并不适用于所有国际货物销售合同，而必须是营业地位于不同国家的当事人之间签订的货物买卖合同。^{〔29〕}这一界定至少从主体方面作了涉外性的要求。因此，不仅国内货物销售合同无法适用该公约，不符合其涉外性界定特征的国际货物销售合同也无法适用。又如，《新加坡调解公约》特别强调其适用范围仅限于“国际性”和解协议，并从当事人营业地、义务履行地与最密切联系地等方面进行界定，^{〔30〕}将非国际性的商事调解协议排除在外。

对“非涉外关系不得适用条约”，需要进行限制性理解，因为在某些非涉外关系中，存在“借用”国际条约的现象。如从《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2020〕18号）第5条、第31条可以看出，国内航线的油轮和非油轮产生的油污赔偿，也可能适用《1992年国际油污损害民事责任公约》等国际条约。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2023〕7号）第17条规定，《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》附件所列物质，应当认定为刑法第338条规定的“有毒物质”。此外，在民用航空、船舶碰撞等领域，也涉及很多国际条约规定的技术性规范、避碰规则在非涉外案件中的适用。尽管如此，此类条约是基于国内立法或有权规则的特别指定而得以例外适用，而非基于条约本身确定的适用范围和条件。就此而言，“非涉外关系不得适用条约”这一选择限制在条约的一般适用的意义上仍然成立。在本文所指的外商直接投资情形下，由于相关法律关系并无涉外因素，除存在国内立法的特别授权“借用”外，无直接适用国际条约的依据。

三、我国对外开放实践中对非涉外关系选择限制的突破

（一）选择限制的突破变式

在守住底线且在可控进程内，对非涉外关系选择限制的适当放宽能够释放出其内蕴的吸引

〔28〕 确立“港资港法港仲裁”之前，针对前海合作区建设过程中当事人在合同中选择适用香港法的问题，有观点认为，无涉外或涉港澳台因素案件当事人选择适用香港法，存在法律障碍。参见刘贵祥：《前海民商事案件选择适用法律问题研究》，《法律适用》2016年第4期，第2页。

〔29〕 参见《联合国国际货物销售合同公约》第1条。

〔30〕 参见《新加坡调解公约》第1条。

力并转化为对外的竞争力。因此,附条件地允许外商外资在其他条件不变的前提下享受涉外法律关系的特殊法律待遇,能够形成我国吸引外商外资的制度竞争力,从而有助于服务我国更高水平的对外开放。基于这样的法律作用逻辑,我国通过地域“划圈”的方式设置了若干独特的经济区域,典型如各类自贸区、海南自贸港、中国特色社会主义先行示范区以及前海深港现代服务业合作区等各式“试验田”,在限定的时空范围内实施“有约束、可控的”放开,探索突破选择限制的正负效应及其限度所在,由此形成若干相续、日益铺展开来的实践突破“变式”。

1. 境外仲裁限制的突破

“非涉外关系不得境外仲裁”的选择限制在“西门子国际贸易(上海)有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决案”中得到突破。^[31] 该案双方当事人均为外商投资企业(中国内地法人),按照我国现行规则,应认定该案仅涉及内域法律关系,但双方约定案件争议由新加坡国际仲裁中心仲裁。根据此前司法审查实践,^[32] 案涉仲裁协议应认定为无效。但该案的特殊性在于,双方当事人均为在上海自贸区内设立的法律主体。

最高人民法院复核后认为,该案双方当事人均为中国法人,双方订立的合同虽不具有典型的涉外因素,但该案属于涉自贸区案件,双方当事人均为外资独资子公司,也均实际参与了全部仲裁程序。为贯彻《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》(法发〔2015〕9号)的要求,本着支持自贸区法治建设可先行先试的精神,综合考虑该案实际情况,同时,结合禁反言、诚实信用和公平合理等公认的法律原则,可以认定该案仲裁协议符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2012〕24号)第1条第5项“可以认定为涉外民事关系的其他情形”。故本案仲裁裁决应予承认和执行。^[33]

这一裁判立场随后被吸收到最高人民法院服务和保障自贸区的司法文件中,^[34] 其突破的要点包括:第一,必须一方或双方均为自贸区内注册的外商投资企业;第二,双方均为外商投资企业的,对仲裁协议效力的直接审查,不能仅以无涉外因素为由认定无效;第三,一方或双方均为外商投资企业的,对于提交境外仲裁的仲裁协议,仲裁申请方和仲裁程序中未质疑仲裁协议效力的另一方不得以涉外因素不存在、仲裁协议无效为由,主张拒绝承认和执行该境外仲裁裁决。此类突破可高度化约为“区域+资本”双重限定下的突破。

2. 临时仲裁限制的突破

允许临时仲裁成为我国各类特殊经济区域重点供给的改革举措,对临时仲裁的限制得到逐步突破。最高人民法院为服务和保障自贸区建设,在2016年提出了新的临时仲裁规则。^[35] 该规则突破了非涉外关系的选择限制,但其适用需满足三个条件:第一,仅适用于自贸区内注

[31] 参见《上海市高级人民法院关于申请人西门子国际贸易(上海)有限公司与被申请人上海黄金置地有限公司承认和执行外国仲裁裁决一案的请示》(〔2013〕沪高民认(外仲)字第1号);《最高人民法院关于西门子国际贸易(上海)有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决一案的请示的复函》(〔2015〕民四他字第5号)。

[32] 参见前引〔25〕,〔2012〕民四他字第2号。

[33] 参见前引〔31〕,〔2015〕民四他字第5号。需要指出的是,该案中合同履行的法律事实即合同标的的运输存在涉外因素,因此即便从传统涉外因素的认定规则出发,该案也能得出相同结论。但最高人民法院的复核意见将自贸区因素及其创新作为首要因素,并在后续系列司法意见中反复重申。该案可能存在“误会”,但客观上使“自贸区+资本”的组合构成突破境外仲裁限制的决定性因素。

[34] 参见《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(法发〔2016〕34号)第9点。

[35] 同上。

册的企业；第二，必须双方均为自贸区内注册的企业；第三，应符合业界统称的“三特定”，即“在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员进行仲裁”。该意见未明确要求企业主体为外商投资企业，只强调必须为自贸区内注册的企业，在一定程度上是将自贸区这一特殊场所视为涉外因素，从而允许此类主体间关于临时仲裁的约定为有效。随后，最高人民法院在司法服务和保障“一带一路”、上海自贸区临港新片区、海南自贸港的文件中，反复重申了这一规则。^[36]

晚近，上海、海南在升级临时仲裁方面的举措值得关注。首先是上海市政府通过地方立法权“探索”在全市范围内对具有涉外因素的商事、海事领域开放“三特定”临时仲裁。^[37]其进一步突破体现为：第一，“三特定”的基本要求未变，但地点从上海自贸区放宽至整个上海市范围。其后，上海市司法局颁布配套办法，^[38]对临时仲裁的适用主体范围再次作了明确，即从自贸区、临港新片区和浦东新区内注册的企业之间，扩展至上海市范围内注册的企业相互之间。第二，适用范围虽然再次回到了涉外商事海事法律关系，但针对所有涉外商事海事领域允许临时仲裁，并不只是给予临时仲裁的可能性。如前所述，并非所有涉外法律关系均可临时仲裁，决定性依据是仲裁协议的准据法是否允许临时仲裁。上海市的改革举措是将临时仲裁的选择自由赋予所有涉外商事海事关系当事人，不论仲裁协议的准据法如何规定。更进一步的是，2024年7月1日生效实施的《海南自由贸易港国际商事仲裁发展若干规定》（海南省人民代表大会常务委员会公告第36号）第16条第1款将临时仲裁推广适用于海南自贸港内注册的企业之间的商事纠纷，不论其是否具有涉外因素。

综上，为推进营商环境的国际化 and 便利化，打造对外商外资更具吸引力的制度优势，最高人民法院和上海、海南等地对桎梏临时仲裁的选择限制或局限进行了扩展突破，将其作为推进我国对外开放、高质量引进外商外资的重要支点之一。

3. 选法自治限制的突破

意思自治是涉外财产性法律关系特别是涉外合同类法律关系的“最被普遍接受”的国际私法规则。^[39]关于当事人选择法律的权利，最高人民法院多次强调，其立场有较为明显的演变。

第一步，从强调涉外私法关系当事人选择法律，到在区域限定的前提下探索内域私法关系当事人选择法律。在早期司法服务和保障“一带一路”建设的文件中，最高人民法院强调，“充分尊重当事人选择准据法的权利，积极查明和准确适用外国法，消除沿线各国中外当事人国际商事往来中的法律疑虑”。^[40]这里虽然没有明确法律选择的涉外前提，但从体系解释看，文件立足“一带一路”的建设背景，按照法律选择的法理，能够选择准据法的必然是涉外法

[36] 参见《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》（法发〔2019〕29号）第35点；《最高人民法院关于人民法院为中国（上海）自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》（法发〔2019〕31号）第6点；《最高人民法院关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》（法发〔2021〕1号）第6点。

[37] 参见2023年12月1日施行的《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》（上海市人民代表大会常务委员会公告〔16届〕第15号）第20条。

[38] 参见上海市司法局《上海市涉外商事海事临时仲裁推进办法（试行）》（沪司行规〔2024〕1号，2024年8月1日起施行）第3条。

[39] See Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 30.

[40] 《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》（法发〔2015〕9号）第7点。

律关系的当事人。类似表述在进一步扩大对外开放的意见中再次出现。^[41]其后,在司法服务和保障上海自贸区临港新片区的意见中,最高人民法院再次强调了要在更大范围内尊重当事人意思自治,作为“更高站位、更深层次、更宽领域,更好服务对外开放总体战略布局,推动贸易和投资自由化便利化”的一大举措。^[42]

有所突破的原则性规定出现在最高人民法院支持和保障深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见中。^[43]该意见在创新涉外涉港澳台审判工作中首次指出,应“研究商事主体选择适用域外法律解决商事合同纠纷问题”。由于这一意见的立足前提是深圳建设中国特色社会主义先行示范区的场景,其指向包括该区域内不具有涉外因素的商事合同法律关系。否则,涉外商事合同关系当事人本就具有选择域外法的自由,也就没有必要对此作出特别强调。类似规定也出现在最高人民法院为粤港澳全面合作提供司法服务和保障的意见之中。^[44]

第二步,从允许特定区域内非涉外关系当事人选择域外法,放宽到允许选择国际条约和国际惯例。这主要体现在最高人民法院为横琴粤澳深度合作区和前海深港现代服务业合作区提供司法支持和保障的意见中。最高人民法院支持前海法院申请授权试点探索域外法适用机制,并在不违反我国法律基本原则及不损害国家主权、安全和社会公共利益的前提下,“允许在前海合作区注册的港资、澳资、台资及外商投资企业协议选择域外法解决合同纠纷,或者适用国际条约、国际惯例和国际商事规则化解纠纷”。^[45]几乎完全相同的规则也由最高人民法院授权横琴法院试点探索。^[46]这为外商外资提供了更大范围的规则选择可能,是内地在指定区域内营造更国际化的营商环境、对外商外资进一步释放投资善意的深化改革举措。

4. 选择限制的综合突破

前海合作区肩负中国特色社会主义先行示范区建设和示范的使命,也在粤港澳大湾区建设中承担推进深港融合发展的战略任务,因此需要在突破选择限制方面作更彻底的探索,以最大程度释放该区域对港商港资的吸引力。鉴于前海合作区主要为港资聚集地和港籍投资者的投资目的地,以及港商港资对于香港法律和包括香港国际仲裁中心等在内的仲裁机制的信任,前海合作区提出了“港资港法港仲裁”的制度探索,并最终载入“行动纲领”之中。其核心含义前文已述,即对于在前海合作区内的港资企业之间的法律关系,可由当事人选择适用香港法律,并约定由香港国际仲裁中心等仲裁机构在香港仲裁。

从涉外法律治理的角度观之,前海合作区仍属中国领域,是内地法域的当然组成部分,这一法律关系的场所不具有涉外因素。在区内登记注册的港资企业也属内地法人,它们之间发生的法律关系也无主体涉外的情形,因此当事人不得选择境外仲裁机构进行仲裁,也不能选择适用域外法律。然而,基于此类交易的两类特殊元素,一是前海合作区这一特殊区域,二是此类

[41] 参见《最高人民法院关于人民法院服务保障进一步扩大对外开放的指导意见》(法发〔2020〕37号)第4点。

[42] 前引〔36〕,法发〔2019〕31号,第1点。

[43] 参见《最高人民法院关于支持和保障深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》(法发〔2020〕39号)第15点。

[44] 参见《最高人民法院关于为广州南沙深化面向世界的粤港澳全面合作提供司法服务和保障的意见》(法发〔2023〕16号)第15点:“支持探索创新域外法律适用规则机制,深入调研商事主体依法选择适用域外法律解决商事纠纷有关问题。”

[45] 《最高人民法院关于支持和保障全面深化前海深港现代服务业合作区改革开放的意见》(法发〔2022〕3号)第7点。

[46] 参见《最高人民法院关于支持和保障横琴粤澳深度合作区建设的意见》(法发〔2022〕4号)第3点。

企业的港资元素，为提升前海合作区对港商港资的吸引力，更高水平推进前海合作区对外开放，此方面的选择限制得到了突破。相较于此前各类自贸区、海南自贸港在非涉外关系选择限制方面的突破力度，前海合作区的突破是综合的，它在特定区域（前海合作区）、特定资本（港资企业）两个限定条件下，既允许当事人选择适用香港法律，又允许港资企业提交香港仲裁，即由香港仲裁机构在香港进行仲裁。

从“行动纲领”的表述可以看出，其对选择限制的突破还有更大的雄心。“港资港法港仲裁”目前受制于两个条件：一是在前海合作区范围内适用；二是在上述区域内注册的港资企业之间适用。因此，“行动纲领”一方面希望将空间适用范围从前海合作区拓展至整个大湾区的不同城市，“优化粤港澳大湾区的营商环境”；另一方面甚至希望适用的企业主体从港资企业扩展至内地企业，“争取内地企业优先考虑采用香港法律作为合同的适用法律，或选择香港争议解决服务处理合同纠纷”。〔47〕

（二）实践突破的基本构架

实践中迄今对选择限制的突破均是附条件的，这些条件逐渐勾勒出实践突破的基本构架，概括起来主要有三：一是限定区域，二是限定资本来源，三是限定选择范围。

1. 限定区域

区域主要限定于各类经济性特区，主要包括国家铺展开来的一系列自贸区、海南自贸港、上海临港新片区，以及前海合作区等具有探索和试验性质的特殊区域。将对非涉外关系选择限制的突破与特定的区域相捆绑，一方面避免了可能产生的负面效应外溢，将风险圈定在可控范围内；另一方面由于此种突破对法律关系当事人特别是对外商外资赋予的选择自由在实践中转化为一种法律治理红利，通过精准投放至这些特定区域，激活并释放了这些区域吸引外商、引进外资的潜力，达到了更高水平对外开放的调控目标。这对于类似的其他区域包括我国正在重点推进的区域及其区域协调政策，不无想象的空间。

2. 限定资本来源

限定资本来源是基本架构的第二个基本方面。突破非涉外关系选择限制的根本是赋予不具有涉外因素的法律关系当事人以涉外法律关系当事人的法律地位。如果一个法律关系完全没有涉外的因素或元素，这种突破既在法律上反常，也在实践中无法理解。如果没有外资这一元素，当事人实无动机和利益去选择域外法和境外仲裁。因此，迄今相关突破实践基本都存在资本涉外这一因素，尽管境外资本并不是法定的涉外因素，但它的存在为实践中的突破或变通做法提供了起码的客观依据。资本涉外既是突破选择限制的事实依据，也是其法理依据。

3. 限定选择范围

部分区域还进一步对境外投资者的选择范围进行限制。典型如“港资港法港仲裁”，香港投资者可以选择适用的法律和境外仲裁都受到明确的限定，即主要在内地法律与香港法律之间进行选择，也主要在内地仲裁与香港仲裁之间进行仲裁机构和仲裁地的选择。这样的限定具有事实和逻辑上的必要性。首先，从事实上看，香港资本主要是由香港投资者输入，香港投资者更可能选择其熟悉的香港法律。其次，香港法律作为港资企业之香港投资者的共同属人法，也是最合适和最密切联系的法律。再次，从逻辑上看，所涉法律关系显然主要与内地和香港相

〔47〕“行动纲领”第24条。

关,因此在法律适用和纠纷解决上的关联性标准仍然发挥着重要作用。不过,这一限制条件在实践中有被突破的动向。

(三) 实践突破的法理支点

突破选择限制所释放的吸引力,在于外商外资所倚重的管辖权和法律适用方面的选择自由,这两大法效同时构成法理上的支点,是高质量引进外商外资的两大驱动力量。

1. 支点的选择

为更好提炼并推广我国对外开放创新举措的有益经验,需要检视我国对外开放创新实践倚赖的支点选择及其应用场景。可归结为如下三点:

其一,在管辖权层面,此种突破主要着力于仲裁管辖的突破,诉讼管辖领域的突破相对保守,主要基于如下考量:一是从法理看,诉讼管辖属于典型的司法主权的范畴,因此能否将客观不具有涉外因素的案件提交境外法院管辖,取决于东道国决策层突破改革的力度和决心。而仲裁基于其意思自治的本质,有更合理和可控的突破空间。二是从实践看,国际仲裁是更主流的涉外商事争端解决机制,特别是1958年《纽约公约》为仲裁裁决的国际流通提供了普遍、有力的担保机制。在诉讼领域,虽然2019年通过了《海牙判决公约》,但该公约的成员国数量及其判决流通范围与《纽约公约》悬殊甚大。三是从运行看,国际仲裁在争端解决过程中的“去当地化”程度更高,国际化的仲裁员选择、更多元的仲裁庭审和更开放的法律适用等,也是其深受来自不同法系、法制和法域的外商投资者欢迎的重要原因。四是从国内涉外诉讼改革动向看,我国更倾向于通过设立国际商事法庭、推进调仲诉“一站式”争端解决机制来优化涉外司法的力量和机制,提升我国涉外司法竞争力。五是,如果被协议选择的外国法院对此类案件进行不方便法院原则或类似管辖规则的“过滤”,从而拒绝行使管辖权,将导致诉讼程序上的繁复或不便。综合来看,一方面,主权国家基于司法主权考量和对不测风险的预防,并无太大动力在诉讼领域进行力度更大的放开;另一方面,对外商投资者而言,在选择本国诉讼存在障碍、而国际仲裁又具有上述诸多优势的情形下,仲裁就成为其主要选择。可见,基于投资东道国(地区)与外商外资之间的利益博弈和诉仲机制的比较性考量,仲裁成为我国对外开放创新实践中的首要抓手。

其二,在管辖权与法律适用层面,选择限制的突破逐渐从管辖权重心转向法律适用重心。二者在突破的原理和法效上无实质差异,只要被赋予涉外的法律地位,当事人就有协议选择管辖和协议选择法律适用的自由。但是,我国各类经济性特区采取的创新实践中,对管辖和法律选择的自由度存在较大限制,通常仅允许当事人在投资东道国(地区)与母国(地区)之间进行选择。这是其与一般涉外法律关系当事人存在较大差异的地方,后者在境外仲裁机构和域外法律的选择方面通常没有限制。笔者认为,此种限制更多地是基于创新措施的探索性质和吸引特定资本的需求,具有阶段性和试验性。在法理、技术和功能上,一般地赋予此类经济性特区中的外商投资以仲裁机构和适用法律的选择自由,并无实质问题,一方面此类法律关系作为商事关系本具有自由处分和当事人自治的属性,另一方面法律适用或仲裁裁决即便存在某些风险,国际私法的工具箱中还有公共秩序保留、承认与执行机制可用以过滤风险,必要时可对此种选择及其结果进行排除。

鉴于管辖权既影响案件审理的实体问题和程序问题,又影响案件的法律选择和适用,因此在管辖权方面的突破更具综合效果。我国早期对外开放的创新实践几乎都将管辖权作为主要的

突破维度。但另一方面，管辖权只对当事人权利义务的结果产生间接影响，最终结果仍然取决于所适用的法律，这是对法律适用选择限制的突破日益受到重视的原因。随着管辖权开放逐渐定型、突破限制释放的潜力逐渐衰减，对内外国法律的平等对待、对当事人选法意思自治的尊重以及恪守条约、尊重惯例等规则，开始成为外商外资关注的重点，并普遍进入我国相关规范性文件之中。

其三，从应用场景看，从区际场景向国际场景、从地域维度向行业或其他维度的拓展应用并无法律障碍。就地域场景看，因应国家区域发展与协调战略，粤港澳大湾区成为国内最活跃的区际层面的改革开放前沿阵地，包括“港资港法港仲裁”等在内的许多突破主要就是在这一区域提出和实践的。虽然其应用的主要场景是在区际环境而非国际环境之中，但原理和法效仍是一致的。事实上，我国涉港澳的区际私法问题就是“参照”国际私法处理的。换言之，从“港资港法港仲裁”到“外资外法外仲裁”的拓展延伸应用，并无法理和实践的实质性障碍。实践中，选择限制的区际突破也是在双向维度展开的：一方面，深圳、珠海等特区在引进的仲裁机构和合作方式等方面的突破，不断地从港澳地区扩展到外国；另一方面，海南自贸港、上海临港新片区等也在临时仲裁、境外仲裁的引入和法律选择等方面突破限制，这已经脱离了区际环境的场景。因此，我国对外开放实践中的突破支点，可一并应用于从区际到国际场景的转换中，也可有效应用于从地域到行业及其他维度的场景转换中。

2. 管辖权支点

管辖权具有重要的法律意义，不仅决定着案件的基本裁判程序和展开模式，而且在实体上还影响着法律适用和事实认定。广义的管辖权包括诉讼管辖权和仲裁管辖权。选择限制的突破意味着外商外资在管辖方面获得了三重自由。第一重自由是外商投资者在诉讼与仲裁之间的程序选择自由，此类管辖自由是所有纠纷当事人都具有的，但涉外纠纷当事人对于诉讼与仲裁的可选范围要更为广泛和灵活。第二重自由是境外仲裁与境内仲裁之间的选择自由，在不考虑特殊政策安排的前提下，有且唯有涉外纠纷当事人方可选择境外仲裁。第三重自由是机构仲裁与临时仲裁之间的选择自由，同样地，在不考虑特殊政策安排的前提下，有且唯有涉外纠纷当事人方可选择临时仲裁。可见，我国的管辖权突破浓墨重彩地落脚于仲裁管辖权方面，成为调控对外开放的首要支点。

3. 法律适用支点

法律适用支点，即赋予纠纷当事人通过意思自治选择适用域外法的自由。在案件事实一定的情况下，影响案件结果的将是所适用的法律，因此法律适用对于当事人权利义务的分配和裁判有决定性的影响。从实践需求看，外商外资对法律适用的关切主要集中于选择适用自己熟悉的法律上，但这在法理上受限于法律关系的涉外性。因此，突破选择限制是在法律适用上赋予在内域直接投资的外商外资在东道国（地区）法律之外另行选择适用外商投资者本国（地区）法或与其关联的其他法律的可能。

虽然纯粹内域法律关系当事人亦可通过意思自治将域外法纳入契约条款的框架下，按照契约条款而非准据法的属性进行适用，^[48]但作为准据法适用和作为契约条款适用之间存在差别，包括两个层面：一是技术上的操作差异，即裁判者是否需要另行确定准据法。如果域外法

[48] 我国未生效的国际条约在当事人选择下就是作为契约条款而适用的。参见黄晖、张春良：《论条约在我国涉外民事关系中的适用——基于规则和实践的考察》，《法商研究》2014年第5期，第124页。

被纳入契约条款范围适用,那么当事人对域外法的选择就只是一种契约条款的拟定过程,而非准据法的选择,从而裁判者还需要另行确定案件准据法。二是功能上的差异,即作为契约条款的域外法必须服从于准据法的强制性规定,并根据准据法进行解释和补缺。

除域外法的适用外,实践突破并未对国际条约的适用表现出特别的强调,尽管条约适用是其必然逻辑效果。不过,最高人民法院发布的若干司法服务和保障意见已将国际条约、国际惯例和其他示范性的国际商事规则纳入当事人选择适用的范围。因此,在限定条件下突破选择限制后,当事人选择适用的法律在范围上是广义的,国际条约和国际惯例等均可无障碍地为当事人选择适用。^[49]

四、精准塑造更高水平对外开放的制度创新前景

更高水平对外开放的精准塑造需要更具针对性地形成有利于对外开放的法治政策,通过靶向投放制度突破措施,有选择地释放法治吸引力,能够实现特定维度的更高水平对外开放。更高水平对外开放是“更大范围、更宽领域、更深层次”的对外开放。^[50]其中,更大范围与空间维度相关,更宽领域与类型维度相关,更深层次则是同一维度的纵深向度。

(一) 促进更大范围对外开放:“从港资港法港仲裁”到“外资外法外仲裁”

从选择限制突破的视角观之,更大范围的对外开放即是将现有的突破方式及其积极经验在更大的空间范围内复制推广。这便是以“港资港法港仲裁”为基本模型,在两个方向进行复制推广:其一,拓展现有的空间适用范围,将其适用范围从前海合作区拓展至粤港澳大湾区,正如“行动纲领”中所主张并力推的,且可落地“二十届三中全会决定”强调的“深化粤港澳大湾区合作,强化规则衔接、机制对接”。其二,向其他特定区域进行必要的复制推广,即在其他毗邻外域或外国的我国领域内创设若干特殊经济性区域,仿照前海合作区的对外开放激励措施,对“港资港法港仲裁”的“香港”元素进行区域替换,从而转换为“X资X法X仲裁”,再扩展至“外资外法外仲裁”,实现对特定区域、特定外资、特定外商和特定目标的调控。目前,我国主要是在横琴和前海两个合作区采取此种突破方式,但这一变式可复制适用于我国其他毗邻外域或外国的区域,针对性地吸引特定国家或境外资本和投资者进入该区域进行直接投资。立足我国周边关系总体布局,考虑到对周边区域和国家的具体招商引资情况,可重点在如下区域内作更大范围对外开放的制度创新:

首先,针对澳门特区的对外开放,在珠澳横琴合作区推行“澳资澳法澳仲裁”,并在此基础上根据实践需求推广至粤港澳大湾区,在湾区内高质量引进澳门资本和澳门投资者,赋予区内具有澳门资本的内地企业或组织选择适用澳门法律和澳门仲裁的自由。其次,针对我国台湾地区的对外开放,“二十届三中全会决定”第27点特别指出,“完善促进两岸经济文化交流合作制度和政策,深化两岸融合发展”。据此,可在福建自贸区面向台资和台商推行“台资台‘规’台仲裁”,以推进两岸合作区的融合发展进程,夯实两岸经济领域的深度挂钩和链接嵌

[49] 有文献即主张将意思自治作为国际惯例的首要适用原则。参见何其生:《国际惯例适用规则的立法范式研究》,《法学研究》2023年第6期,第206页。

[50] 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》。

套，以点带面助力两岸关系相向而行。再次，针对海南自由贸易港的对外开放，可在海南全港范围内推行转型升级的“外资外法外仲裁”。即不针对特定的某一或某些国家的资本和投资者，而是针对所有的外国国家、区域和港澳台地区的资本和投资者，只要是港口内的外商投资企业彼此之间、以及其与内地企业之间的交易，均可选择适用域外法和境外仲裁。为推进更高水平对外开放，在实践积累了特定经验且风险可控的情形下，还可进一步升级突破变式，考虑去掉“资本”的涉外元素而从“外资外法外仲裁”升级为直接的“岛内外法外仲裁”，即将自贸港本身视为法律事实发生的涉外因素，允许港口内主体之间，不论其是否具有境外资本，均可享有选择适用域外法和提交境外仲裁的自由。又次，针对西部陆海新通道，瞄准实践“二十届三中全会决定”指出的“支持有条件的地区建设国际物流枢纽中心”，在川渝等择地构建此类物流枢纽中心，推行“外资外法外仲裁”，吸引境外资本和境外投资者进入物流枢纽中心区域注册设立实体机构进行运营，允许其在相关交易中选择适用域外法，允许其将纠纷提交境外仲裁机构进行仲裁。鉴于西部陆海新通道主要是中国和新加坡推动建设的，可为推进中新合作对接先设置“新资新法新仲裁”的突破规则，在此基础上根据通道效应中需要重点开展对外合作的国家或区域的具体情况，再进行针对性的“外资外法外仲裁”拓展。最后，国家决策层可根据周边关系、对外开放和一体化建设需求的轻重缓急、本末主次关系，按上述突破方式进行更大范围的推广拓展。诸如中国与俄罗斯、韩国、日本及其他周边国家之间圈定的合作区建设，在实践需要时均可作类似突破尝试，从而在更大范围内实现我国对外开放“空间维度”的精准调控和塑造，实现“二十届三中全会决定”关于“优化区域开放功能分工，打造形态多样的开放高地”的预设目标。

（二）促进更宽领域对外开放：从“区域+资本”到“X+资本”

迄今为止对非涉外关系选择限制的突破基本形成了“区域+资本”的限定组合。然而，更宽领域的对外开放意味着在领域类型上不应仅仅局限于特定区域的靶向调控，可以考虑对“区域”这一常量进行变量调整，从而形成从“区域+资本”到“X+资本”的组合模式。在“X”的类型选择上，外商投资法及其实施条例作了指引，其明确国家鼓励和引导外国投资者在“特定行业、领域、地区”投资。^[51] 自贸区等经济性特区诸类型均可归属于“地区”范畴，行业和领域等则是更大范围对外开放可予着力的维度。因此，将“区域”元素替换为国家鼓励的、亟需提振的特定行业、领域等元素，可以对进入这些行业或领域的外商外资赋予涉外法律治理红利，继而提升这些行业、领域对外商外资的吸引力，从“区域导向”的对外开放向“行业导向”或“领域导向”的对外开放转型，从区域对外开放秩序的精准塑造转化为行业、领域对外开放秩序的精准塑造。

进一步的关键问题是如何进行行业领域的选择，或者说国家应当如何遴选出具有战略性、又亟需外商外资进入的行业、领域，将其与外资进行捆绑，并精准投放“外资外法外仲裁”的调控政策。这最终取决于国家决策层的行业、领域立法及政策。事实上，我国对外商投资一直采取目录指引，设置并定期更新鼓励类外商投资项目，这就是很好的政策投放方向。如1986年实施至今仍有效的《国务院关于鼓励外商投资的规定》第2条，即明确对提供先进技术、从事新产品开发的外商投资企业给予特别优惠。2002年，国务院明确将高新技术、先进

[51] 参见外商投资法（2019）第14条；《外商投资法实施条例》（2020）第11条。

适用技术等列为鼓励类外商投资项目。〔52〕2024年北京市通过立法再次明确全面落实对外开放基本国策,通过“实施外商投资实验性政策措施”,鼓励和引导外商外资在国家鼓励外商投资产业目录、重点发展战略性新兴产业、先进制造业等领域进行投资。〔53〕我国为集聚优质资源、刺激特定产业领域的新质发展、锻造特定产业领域的核心竞争力,可以考虑突破该行业领域的选择限制,释放并充分利用涉外法律治理红利,靶向引导高质量的外商外资向特定产业领域或环节直接投资,充分考虑并解决其在法律适用和纠纷解决方面的后顾之忧,引导外商外资为助益我国特定行业、领域调控贡献积极力量,施行“行业发展开放化,行业开放法律化,法律调控涉外化”,在更宽领域塑造更高水平对外开放。在未来的行业产业等发展进程中,决策层还可以对“行业、领域、区域”再“X”化,基于“X”的可变性,国家和地方决策层可根据时空需要进行“X导向”的精准激励和调控。

(三) 促进更深层次对外开放:优化境外仲裁机构的准入准营

为推进更深层次的对外开放,需要强化实践突破的法律效果,做深做实做优涉外法律治理红利,以形成对外商外资更强大的吸引力,并转变为外商投资者更深层次进入我国直接投资的内驱力。为达此目的,还可紧扣涉外仲裁进行突破探索,即优化境外仲裁机构入驻特区的准入准营机制。

仲裁是外商投资的核心关注主题,世界银行在营商环境评价体系中为仲裁设置了重要的地位。在很大程度上,国际化、法治化和市场化的营商环境与优质的仲裁机制及环境直接挂钩。职是之故,我国有关加强对外开放的若干激励措施中,只要涉及纠纷解决,就不可或缺地涉及仲裁的特别安排。选择限制的突破所能获得的主要法律治理红利,即仲裁类型和境外仲裁的选择。并且,由于仲裁乃自治性的纠纷解决机制,国际化的仲裁庭可以适用其认为适当的法律,因此选择仲裁尤其是境外仲裁,对于投资外商而言就获得了管辖和法律适用的双重自由。为更好打造营商环境,将中国建设成为国际仲裁的优选地,我国逐步放宽了境外仲裁机构在内地特定区域的“准入”,〔54〕并进一步放宽至“准营”。最高人民法院在司法进一步服务和保障“一带一路”建设的意见中,“支持境外仲裁机构在上海临港新片区设立的分支机构开展仲裁业务”,〔55〕并随后在司法服务和保障上海临港新片区的意见中进一步明确,“支持新片区仲裁制度改革创新,支持经登记备案的境外仲裁机构在新片区就国际商事、海事、投资等领域发生的民商事纠纷开展仲裁业务”。〔56〕在司法服务和保障海南自由贸易港、进一步扩大对外开放等意见中,最高人民法院也作了相同规定。〔57〕北京、上海等地也相继明确了境外知名仲裁机构的入驻事宜。〔58〕

〔52〕 参见2002年《指导外商投资方向规定》(国务院令346号)第4条、第5条之(二)。

〔53〕 参见2024年《北京市外商投资条例》(北京市人民代表大会常务委员会公告〔16届〕第20号)第3、12、14条。

〔54〕 上海、海南等自贸区/港区已明确了引入规则,晚近如《中国(四川)自由贸易试验区对标领航行动实施方案》(川开放领〔2024〕1号)第71点也跟进规定,“争取境外知名仲裁及争议解决机构入驻区内,推动打造区域国际仲裁中心”。

〔55〕 前引〔36〕,法发〔2019〕29号,第35点。

〔56〕 前引〔36〕,法发〔2019〕31号,第6点。

〔57〕 参见前引〔41〕,法发〔2020〕37号,第9点;前引〔36〕,法发〔2021〕1号,第6点。

〔58〕 参见《国务院关于深化北京市新一轮服务业扩大开放综合试点建设国家服务业扩大开放综合示范区工作方案的批复》(国函〔2020〕123号);《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》(2023年11月22日上海市第十六届人民代表大会常务委员会第八次会议通过)第16条。

这一突破举措对外商投资者需求的回应在于，此前提交境外仲裁意味着高昂的解纷成本，因为双方当事人均需“离岸作战”。在特定区域内将境外知名仲裁机构高质量“引进来”，无疑降低了解纷成本，消解了外商投资者的投资顾虑，增强了其投资信心。

然而，在“准营”方面，入驻的境外仲裁机构均被限定在涉外或国际案件的受理上，使得高质量的境外仲裁机构并无太大的入驻动力，对直接投资的外商而言也无接近利用的便利。为此，还可以考虑进一步深度配套的改革跟进，使这一“便民”“优商”举措更具实效。首先，境外仲裁机构入驻我国内地，并未因此转变为境内仲裁机构。这意味着传统的选择限制并未因此被突破，境内纠纷当事人仍不能将纠纷提交入驻境内的境外仲裁机构。其次，入驻的境外仲裁机构仅能受理涉外案件。外国投资者对外商投资企业的“实际控制”能否认定为涉外因素，从现有规则来看并不成立，^[59]因此在资本涉外的情形，还有赖于国家明确其可否提交入驻的境外仲裁机构解决纠纷。再次，入驻的境外仲裁机构在我国境内进行的仲裁，其仲裁地尤其是仲裁地所决定的仲裁裁决国（区）籍为何，在我国立法中并无规定。^[60]我国立法长期以来被解读为采取了仲裁机构标准，但在晚近实践中，有观点明确指出应以国际社会通行的仲裁地标准作为仲裁裁决国（区）籍的认定标准。^[61]由此引发的问题是，入驻的境外仲裁机构在内地进行的仲裁，其仲裁裁决的国（区）籍应如何认定。考虑到大多数境外仲裁机构在其仲裁规则中业已明确将名义仲裁地锁定在境外的情况，问题可能更加复杂。

仲裁裁决国（区）籍的认定具有非常深远的法律意义，其核心关切是何国（法域）法院具有仲裁裁决的司法审查权限。仲裁的司法审查因仲裁裁决国（区）籍的归属不同而有两大类：一类是仲裁裁决国（区）籍国可对本国（法域）仲裁裁决依据本国（法域）法行使撤销权；另一类是非仲裁裁决国（区）籍国对于外国仲裁裁决按照国际条约通常具有（拒绝）承认和执行的司法审查权。两类审查的管辖法院、审查依据和法律效果均存在本质差异。我国自2009年以来，也逐渐开始依仲裁地认定裁决国（区）籍，并据此决定适用何种法律行使司法监督权、审查是否应撤销或拒绝执行裁决。最高人民法院明确，当事人向人民法院申请执行在香港特别行政区作出的临时仲裁裁决、国际商会国际仲裁院等境外仲裁机构在香港特别行政区作出的仲裁裁决的，人民法院应当按照《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》的规定进行审查。不存在《安排》第7条规定的情形的，该仲裁裁决可在内地得到执行。^[62]2020年8月，广州中院在一案中也认定，国际商会国际仲裁院在广州作出的仲裁裁决，可以视为中国涉外仲裁裁决。^[63]2021年《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第100条也规定：“境外仲裁机构以我国内地为仲裁地作出的仲裁裁决，应当视为我国内地的涉外仲裁裁决。”

可见，尽管我国立法和司法解释中并未明确将仲裁地作为认定仲裁裁决国（区）籍的标准，但司法实践业已采取了仲裁地标准。据此，我国内地法院应依照我国民事诉讼法的相关规定，行使撤销、执行或不予执行的司法审查权。但这对于倾向于境外仲裁的外商投资者而言，

[59] 参见张春良：《制度型对外开放的支点：私法关系涉外性之界定及重构》，《中国法学》2019年第6期，第95页。

[60] 学界有文献就此呼吁，有必要及时修改仲裁法，明确将仲裁地作为认定裁决国籍的标准。参见李庆明：《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，《环球法律评论》2016年第3期，第12页。

[61] 参见高晓力：《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》，《人民司法》2017年第7期，第68页。

[62] 参见《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》（法〔2009〕415号）。

[63] 参见广东省广州市中级人民法院（2015）穗中法民四初字第62号民事裁定书。

可能不是其所欲的效果。在境外仲裁的情形，由境外仲裁机构在境外进行的仲裁属于境外仲裁裁决，对于我国内地法院而言主要是根据内地与港澳之间的特别安排（如果仲裁地在港澳）或《纽约公约》（如果仲裁地在公约其他成员国）等，进行是否承认（认可）和执行的司法审查。鉴此，为适度满足外商投资者提交境外仲裁所追求的法律效果，一方面允许此类外商投资者将纠纷提交入驻境内的境外仲裁机构在境内进行仲裁，另一方面可进一步探索在制度设计和实践操作中将此类仲裁裁决在当事人约定选择的前提下视为境外仲裁裁决，我国内地对其仅具有承认（认可）与执行与否的审查权，而不对其行使撤销或不予执行的司法审查权。为此，可由当事人约定名义仲裁地为境外，我国立法或司法解释也跟进确认名义仲裁地的决定意义。事实上，许多国际知名仲裁机构在其仲裁规则中明确区分名义仲裁地和事实上的仲裁地，并以名义仲裁地为准。^[64]如此，通过对仲裁裁决国（区）籍及司法审查的特殊安排，就在突破选择限制的“外资外法外仲裁”的基础上，作了更深层次、对外资更具吸引力的改革，即以“外资外法内仲裁”的形式，在免除其境外仲裁的成本、时间烦扰之后，在外商选择的前提下仍然给予“外资外法外仲裁”的实质法效。至于其可能带来的消极风险，只要我国法院掌握了公共秩序保留这一最终的安全过滤机制，就可防患于未然。果如是，一方面依靠公共秩序审查去风险，另一方面立足这一更深层次的改革安排，可造就更深层次的对外开放效果，激励外商外资更深度地融入中国营商环境，持续提升“投资中国”品牌的含金量。^[65]

需要进一步反思的是，上述选择限制的突破能否不局限于特定范围、特定领域和特定层次，而在全国范围内全面放开。笔者认为，虽然完全放开在技术上没有问题，但基于下述理由需循序渐进：其一，非涉外关系的选择限制作为涉外法律治理的基本规则和常态，对其突破是附条件的特别实践。我国当前涉外司法将涉外因素界定为主体、标的和法律事实三个方面，经长期实践证明在全国范围内是合理和有效的。在特定情形下进行突破是基于特别需要，在此种突破得到普遍验证前，不宜上升为一般规则。其二，在当前阶段，如果完全突破选择限制，究竟会带来何种风险，尚未可知。现有的突破创新限定在特区范围和特定主体之间，带有试验和试错的性质。在完全把握其可能的风险之前，进行限制性放开就是必要的。其三，从既往立法草案的突破尝试看，我国商务部在2015年的《外国投资法（草案征求意见稿）》中曾将受外国投资者“实际控制”（含资本控制）作为将境内企业认定为外国企业的标准即涉外性认定的突破标准，^[66]但其在最终通过的立法中被删除。这反过来部分说明，当前一步到位地全面确立资本等因素作为涉外认定标准，存在认识和立法上的障碍。最后，选择限制的放开本质上是选择自由度的问题，在财产性法律关系中具有内在的契合基础，但在人身性法律关系中的正当性尚待论证。总之，全面放开非涉外关系的选择限制，是一个需要长期实践检验的问题，在未来也许是一种选择，但在当前阶段附条件的放开是现实可行和合理避险的选择。

[64] 比如，国际商会国际仲裁院现行有效的仲裁规则第18条规定：仲裁地由仲裁院决定，当事人另有约定的除外；仲裁庭可以在其认为适当的任何地点合议，当事人另有约定的除外。《2024 香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第14条作了类似的规定：当事人可约定仲裁地，否则仲裁地即为香港，除非仲裁庭参酌案件具体情况决定另一仲裁地更为合适；仲裁庭可在仲裁地之外的其认为适当的任何地点进行仲裁庭内部讨论，听取证言、检查货物等，但仍应在任何意义上视为在仲裁地进行。

[65] 参见前引〔2〕，国办发〔2024〕9号，第15条。

[66] 该“意见稿”第二章规定：“本法所称的外国投资者，是指在中国境内投资的以下主体：（一）不具有中国国籍的自然人；（二）依据其他国家或者地区法律设立的企业；（三）其他国家或者地区政府及其所属部门或机构；（四）国际组织。受前款规定的主体控制的境内企业，视同外国投资者。”

结语：于法有据地推进更高水平对外开放

“二十届三中全会决定”是理解中国未来发展的“指南针”，也是推进中国式现代化的“路线图”。“决定”第七部分就完善高水平对外开放体制机制部署了“五大工程”，非涉外关系选择限制的变式突破均有其适用空间。其一，附条件的突破实践为其规则化积累了经验，有转化为支撑制度型开放的规则的潜质。其二，选择限制的突破举措为吸引外商外资的进入与管理优化提供了重要路径。其三，变式突破为不同地区因地制宜地对外开放提供了一种方案，为包括陆海新通道国际物流枢纽中心等的建设提供了撬动外国资本的制度杠杆，同时服务国家外贸体制改革的深化和区域开放布局的优化。其四，利用其制度吸引力，选择限制突破的法效也将直接促进与东盟国家及“一带一路”涉及的其他国家之间人员、资本、技术、产业和经济等更紧密的嵌入，以此精谨细腻的“工笔画”助力高质量共建“一带一路”机制。

非涉外关系选择限制的突破是涉外法治领域的重大改革，要“做到改革和法治相统一”，“重大改革于法有据”。在此应当指出的是，突破选择限制，给予外商外资在管辖权和法律适用上的特殊待遇，既不违背国内法治的基本原则，也不违背国际法准则和国际惯例。一方面，此种特殊待遇并非直接施惠，而只是给予外商外资选择的自由和自治的空间，并不必然给外商外资带来殊胜地位，同时也没有剥夺交易对方的选择自由。另一方面，对于何为涉外法律关系的认定标准，本属各国掌控并可自由裁量的司法政策范畴，穿透地看，本文所提及的突破选择限制而享受涉外法律关系待遇的外资主体，也并非完全缺乏涉外因素。事实是，国际上对涉外性的认定存在多元化的标准，部分示范性规则甚至采取附排除条件的推定涉外标准。^[67] 不仅如此，有的国家如英国法院并不主动区分内外法律关系，径直将所有法律关系按照国内法律关系进行处理，除非当事人提出证据证明涉外因素的存在及相关冲突规范的存在，冲突规范表现出任择属性。^[68] 可见，非涉外关系选择限制的存在，是一国可自由裁量、规定并调整的主题。我国司法实践采取法律关系三要素的标准认定涉外因素，目前暂未将区域元素和资本元素纳入认定标准，但我国对外开放实践基于更高水平对外开放的需求，当然可以作出与时俱进的局部调适。因此，我国实践中的突破以及利用该突破吸引外商外资，在涉外法治层面于法有据，在国际法治层面也并无障碍。

总之，选择限制的突破对外商外资所释放的涉外法律治理红利本身并非真正的利益，也非国际社会所反对的额外“补贴”，而只是一种程序选择的自治和法律选择的自由。这种自治和自由并未打破内外国人之间、法律关系当事人之间的法律地位平等和权利义务均衡状态。只要维持好这一平等和均衡状态，就可以专注于探索如何深度突破此种选择限制，最大程度释放对外商外资的吸引力，并通过附带不同的条件、采取不同的组合，更好地驾驭这一力量，以精准调控我国对外开放的方向、力度与速度。立足诡谲多变的当前国际形势，我国更高水平对外开

[67] 参见海牙国际私法会议2015年通过的《国际商事合同法律选择原则》(Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts)第1.2条。该条规定，除非合同的各方当事人均在一国有其存在，且当事人之间的关系和所有其他相关因素——不论其所选法律——都位于该国，否则该合同即为国际的。该示范法迄今已被翻译为17种语言。

[68] See T. M. de Boer, *Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des cours* 223, 285 (1996). 另见徐鹏：《论冲突规范的任意性适用》，《现代法学》2008年第4期，第141页；杜涛：《法律适用规则的强制性抑或选择性》，《清华法学》2010年第3期，第94页。

放尤其需要“切实增强外商投资企业获得感”，“把外商投资企业关心的实际问题作为突破口，善于用创新性思维解决矛盾问题”。〔69〕我国从首个自贸区建设开始，即创新地突破非涉外关系的选择限制，历经多年的探索确立了“区域+外资外法外仲裁”的法律治理调控模式，为我国高水平对外开放奠定了重要的制度竞争力。进一步革新选择限制的突破模式，对“区域”元素进行“X化”，从而形成以区域元素为基本、以“X”为补充的多元化对外开放新格局，在此基础上配之以“外资外法外仲裁”的激励法效，实施“X导向”的靶向调控，可精准塑造我国更高水平对外开放，谱写好中国式现代化的“高水平对外开放”篇章。

Abstract: Foreign private relations have the potential of choices in the jurisdictions to hear a case and the *lex causae* to decide the case *etc.*, which is closely related to the level of opening-up. The potential of choices satisfies the security needs of foreign investors and helps to address their investment concerns. As an important component of the business environment, it can be transformed into an attraction for foreign investors and the competitiveness of the opening-up policy of a state. Foreign investors often employ direct investment to establish local legal entities for the convenience of operation and hence lose the foreign-related element of legal subjects. China has set up a series of special zones to promote higher-level opening-up, mainly adopting the standard of the combination of regional restriction and capital restriction, that enables foreign investors to regain the potential of choices under the direct investment mode. The related practice in China's frontiers of opening-up has gradually undergone three stages of evolution: from the one in which domestic parties with foreign capital can submit arbitration abroad, to one in which domestic parties with Hong Kong capital can submit arbitration in Hong Kong with application of Hong Kong law, and to one in which domestic parties with foreign capital can submit arbitration abroad with the application of foreign law. The positive experience in higher-level opening-up in special zones, which is part of Chinese Modernization, can be replicated and popularized in specific regions in light of actual needs. China can also explore transplanting the governance model of allowing domestic parties with foreign capital to submit arbitration abroad with the application of foreign law from one field to another to realize precise opening-up, and innovate the market access and business access systems for foreign arbitration institutions. The possibility of choices in domestic private relations enables China to adjust in a targeted way the region, industry, fields and other dimensions of opening-up, release the dividend of foreign-related legal governance, attract foreign capital in different fields, and accurately shape the pattern of higher-level opening-up on a larger scale, in a wider field and at a deeper level.

Key Words: foreign private relations, jurisdiction, extraterritorial arbitration, *ad hoc* arbitration, choice of *lex causae*

〔69〕前引〔2〕，国办发〔2024〕9号，最后一段。