

论完善中国——东盟自由贸易区争端解决机制

——以比较研究为视角*

刘冰

(福建省政法管理干部学院 民商法系,福建 福州 350007)

[摘要]区域经济合作是目前世界经济中一个极为重要的发展模式,其中,中国与东盟之间的合作更是发展迅速。为了进一步推动中国——东盟自由贸易区的发展,应建立完善的争端解决机制。在分析《中国——东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》特点的基础上,借鉴了欧盟、NAFTA 中争端解决机制的相关规定,为完善中国——东盟自由贸易区争端解决机制提出一些建议。

[关键词]中国——东盟;自由贸易区;争端解决机制

[中图分类号]F742 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)06-0065-05

2006年是中国与东盟建立对话关系15周年,在这15年里,双方之间的经贸合作关系有了突飞猛进地进展,尤其是进入21世纪以来,中国和东盟的双边贸易额以年均20%的速度递增,截至2006年底,中国和东盟双边贸易额已达1608亿美元,同比增长23.4%。^[1]有专家预测,未来15年,中国投资东盟渐入高潮。^[2]中国政府在投资东盟的问题上也表现出积极的态度——将落实2005年提出的50亿美元的优惠贷款,支持中国的民营中小企业赴东盟投资。按照中国和东盟国家达成的协议,2010年中国和东盟将建立覆盖18亿人口,贸易额有望达到2000亿的全球最大的自由贸易区。

在WTO多哈谈判陷入僵局的同时,中国——东盟这样的区域经济一体化组织却得到了迅速发展,可以看出,区域经济一体化已经成为世界经济发展的一大趋势,而建立一个有效的内部争端解决机制是一个区域经济合作组织整体机制能够高效运行的重要组成部分。《中国——东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》(以下简称《争端解决机制协议》)于2005年1月1日正式生效,这是落实《中国——东盟全面经济合作框架协议》(以下简称《框架协议》)的重要步骤和措施,其意义重大,但是,《争端解决机制协议》存在的局限性也在一定程度上限制了其作用的发挥,为此,需要完善其相

关规定。

一、中国——东盟自由贸易区争端解决机制的特点

《争端解决机制协议》中建立的争端解决机制对促进中国——东盟之间的经贸关系发展有着重要的作用,其作用和地位类似于WTO的争端解决机制,^[3]但与其他争端解决机制相比又具有自身的特点:

(一)适用范围的广泛性

根据《争端解决机制协议》第二条的规定:《争端解决机制协议》适用于《框架协议》下发生的争端,《框架协议》包含附件及其内容在内。除非另有规定,还应包括将来依据《框架协议》达成的所有法律文件。另外,缔约方的中央、地区和地方政府根据《框架协议》所采取的相关措施也在《争端解决机制协议》的管辖范围之内。这也就是说,中国与东盟各成员国之间产生的贸易、投资、知识产权、环境等领域的各项争端,均可以运用《争端解决机制协议》进行解决。这种统一的机制对于提高争端解决的效率和加强各争端解决程序之间的协调,无疑具有积极的意义。^[4]

(二)争端解决方法的多样性

根据《争端解决机制协议》的规定,中国与东盟

* [收稿日期]2007-09-25

[作者简介]刘冰(1976—),女,吉林省东丰县人,中国政法大学国际法专业,硕士研究生,福建省政法管理干部学院民商法系,讲师,研究方向:国际经济法。

各成员国之间的争端可以采用磋商、调解或调停的方法解决,还可以采用仲裁的方法进行解决。其中,磋商、调解或调停的方法是自愿的条约争端解决方法,而仲裁则是具有强制性和约束力的解决方法。可以看出,《争端解决机制协议》中规定的争端解决方法不仅具有多样性,而且也充分尊重了当事方的自主性,即争端产生后,当事方可以本着友好的态度进行磋商或进行调解和调停,并不必然要求一定将争端提交仲裁解决。争端方法的多样性也在一定程度上促进了争端更加合理、迅速地解决。

(三) 选择管辖的排他性

由于缔约方之间的争议可能同时涉及多个条约的规定,因此需要确定具体适用的争端解决程序。对此问题,《争端解决机制协议》第二条第六款规定了该协议并不妨碍缔约方根据其他条约的规定解决争议的权利——即规定了当事方的选择管辖权。同时,为了确保争端解决机制的稳定性和可预见性,《争端解决机制协议》在选择管辖的基础上增设了排他性条款,即如果该协定项下或其他条约项下的争端解决程序已经启动,起诉方所选择的争端解决场所应排除其他争端解决场所对该争端的适用。这种选择管辖的排他性规定在一定程度上确保了《争端解决机制协议》对于争端解决的权威性。

(四) 磋商机制的前置性

在充分尊重当事方选择争端解决方法权利的同时,《争端解决机制协议》也十分重视争端双方磋商的作用。根据《争端解决机制协议》第四条第三款和第六条第一款的规定,当事方请求设立仲裁庭的强制性前置程序是双边磋商,即仲裁程序启动的前提性要求是双方必须已经经过了磋商环节。重视双边磋商的作用在许多双边自由贸易协定中争端解决方法的共同之处,《争端解决机制协议》采用这一做法的意图是很明显的,即重视双方的友好协商,力争用协商的方法解决争端。不言而喻,协商解决争端是众多解决争端方法中省时、节约的最佳选择。

二、中国——东盟自由贸易区争端解决机制中尚需完善之处

(一) 争端主体范围的限制

在当今的国际投资和国际贸易中,私人和企业扮演着极为重要的角色,尤其是跨国公司,其作用更是日渐凸显。据不完全统计,目前全球拥有 6.4 万多家跨国公司,这些公司的产值占世界总产值的

三分之一以上,跨国公司拥有全球 91% 的知识产权,其内部相互间的贸易占世界贸易的 60% 以上。^[5]但是在现今的 WTO 争端解决机制中,私人、企业与政府间因投资和贸易所产生的纠纷,是不能直接起诉到 DSB 的。这就容易产生以下问题,在东道国与其他国家的私人投资者产生争端时,私人投资者由于所处的地位相对弱势,而容易遭到东道国违法政策的损害。这种结果极易伤害投资者的积极性,也就在一定程度上阻碍了东道国吸引外商投资的步伐。

(二) 管辖制度中的缺陷

《争端解决机制协议》中规定的管辖制度是排他性选择管辖,即只有当事方选择了自由贸易区中的争端解决机制,该机制才会发挥管辖作用,如果当事方没有选择该争端解决机制,则该机制不必然发挥管辖作用。这种选择管辖的规定虽然尊重了当事方的自主性,但是却使一些争端流于争端解决机制管辖之外,也就有可能造成当事方故意规避适用争端解决机制规定的情况。

(三) 仲裁庭组成人员条件设置的不足

《争端解决机制协议》中规定了磋商、调解和调停以及仲裁多种解决争端的方法。但笔者认为,在这些方法中,仲裁应该是今后当事方选择最多的解决争端的手段。因为与磋商和调解、调停相比,仲裁是具有强制性和约束力的解决方法,能确保争端解决结果的顺利实现。这一点可以以国际投资领域中的《华盛顿公约》作为佐证。《华盛顿公约》的宗旨是解决投资者与东道国之间直接因为投资而产生的法律性争端,为了顺利解决争端,《华盛顿公约》中规定了调解和仲裁两种解决争端的方法,具体运用哪种由当事人进行选择。但实践证明,自《华盛顿公约》生效以来,其解决争端的常设性机构 ICSID 受理的案件多以仲裁作出最终的处理。为此,笔者预见,在中国——东盟自由贸易区建立的争端解决机制中仲裁也将是主要解决争端的方法,这就要求对仲裁机制的设置应该尽量完善。

在《争端解决机制协议》规定的仲裁机制中,笔者认为有关仲裁庭组成人员方面的规定存在一定的不足。按照《争端解决机制协议》第七条第六款规定,仲裁庭的主席不应为任何争端当事方的国民,且不得在任何争端当事方的境内具有经常居住地或者为其所雇佣。但这项规定并没有将仲裁员纳入其中,不能不说是一个缺陷。仲裁庭主席在仲裁过程中固然发挥着重要的作用,但是,仲裁员的

作用同样不可忽视,因此,应将仲裁庭主席任职要求的规定扩及仲裁员。

(四)仲裁裁决复核程序的缺损

《争端解决机制协议》中规定了仲裁这种具有约束力的争端解决方法,但是,与《华盛顿公约》中规定的仲裁制度相比,《争端解决机制协议》中的仲裁制度在裁决复核程序方面却是空白。这样就会产生以下问题:仲裁庭的裁决结果由于缺少了一定的监督有时会出现不尽合理的情况,例如,当因仲裁庭组成的不当或明显超越权限,裁决赖以成立的理由不清等情况存在时,对于仲裁庭作出的裁决是应继续维持其权威性还是应如何处理?

三、欧盟及 NAFTA 争端解决机制的特点及借鉴意义

欧盟与 NAFTA 是目前世界上比较成功的区域性经济组织,它们设有各具特色的争端解决机制,其中有些规定对于中国——东盟自由贸易争端解决机制的完善不乏借鉴意义。

(一)欧盟自由贸易区争端解决机制的特点及借鉴意义

欧盟是目前世界上一体化程度最高的区域经济组织,其由欧洲经济共同体经过长期的动态整合过程发展而来。作为世界上最大的集政治性和经济性一体的区域组织,欧盟的争端解决机制采用了以“硬法”机制为主的模式。^①在欧盟中设有一系列超越国家性质的具有立法、行政、执行以及司法功能的机构——如欧洲理事会和欧盟理事会是立法和决策机构;欧盟委员会是常设和行政机构;欧洲议会是执行监督和咨询机构;欧洲法院是司法机构。在这些机构中欧洲法院最具有特色,它是欧盟各成员国为解决争端而让渡部分主权所建立的超国家的司法机构,其作出的判决对各个成员国具有强制力,甚至可以裁决一国国内法因为违反欧盟基础条约而无效。具体而言,欧洲法院具有以下职能:(1)负责解释欧盟相关法规、决定或指令等,确认欧盟法规的合法性;解决各成员方之间、欧盟各机构之间、欧盟与各成员方之间、法人之间和个人之间涉及欧盟事务的争议;根据有关合同中的仲裁条款受理仲裁案件;应欧盟理事会或执行委员会的要求,提供咨询意见等;(2)欧洲法院依据基本条约行使管辖权。欧洲法院的管辖权仅限于《欧共体条约》所规定而的范围,其他案件由各成员国国内法院管辖;(3)欧洲法院具有司法审判权、司法审查权

及初步裁决权。可见,具有超国家因素的欧洲法院使欧盟经济一体化的法规更加具有强制性和司法保障。

欧盟的争端解决模式是目前区域经济组织中唯一的、也是发展较为完备的司法性争端解决机制。这种争端解决机制的模式是与其高度一体化的模式以及欧盟各成员国相似的历史、文化、宗教信仰及经济发展水平相适应的。笔者认为,尽管欧盟的争端解决机制比较成功,但是这种模式并不适合中国——东盟自由贸易区争端解决机制设立时的完全照搬、照抄。因为,不仅中国与东盟各成员国之间,即使东盟各成员国之间的经济发展水平也是有着很大的差距,这就使得中国——东盟自由贸易区在目前尚不具备设立超越国家性质的争端解决机构,但是,随着自由贸易区经济发展水平的提高,设立类似欧盟这种紧密型组织的模式应该是发展的趋势。

(二)NAFTA 争端解决机制的特点及借鉴意义

北美自由贸易区(简称 NAFTA)是以《北美自由贸易协定》为依据而建立的区域性经济组织。在组织模式上,NAFTA 具有鲜明的自身特色——兼有软法和硬法的特征。具体而言,在 NAFTA 中不存在一套系列分权的超国家因素的机构,只是设立了国与国之间平等合作的诸个机构,这是突出国家主权的表现,体现了软法的特征;同时,NAFTA “是一个在国际贸易规则方面具有较高层次的规则精确性”的组织,法律承诺的约束力及多套争端解决机制的启用又突出了其具有硬法的特征。

NAFTA 的争端解决机制与欧盟的争端解决机制完全不同。NAFTA 的争端解决机制采用准司法性的机制设置模式,秉承以政治磋商等外交手段与法律手段解决争端有机结合的方式,形成一种以贸易实力与法律规则、原则与例外、强行性规则与任意性规则、对等规则与非歧视性规则等组成的法律制度。NAFTA 争端解决机制的特点在于涉及面广,内容复杂。该机制强调相互协作和善意地解决争端,以报复为最后的解决手段,具体而言,NAFTA 争端解决机制的特征体现在以下几个方面:

首先,在争端解决机构设置方面,NAFTA 中没有常设性争端解决机构。承担争端解决职能的是自由贸易委员会和根据个案成立的仲裁专家组。自由贸易委员会不是司法机构,其主要职能是监督 NAFTA 协定的执行与实施,它不是司法机构,但是可以有限度的参加解决争端。例如,在进入专家

组程序之前,它可以主持斡旋、调停和调解,通过友好的政治解决方式处理争端。至于仲裁专家组,它是在无法通过友好方式解决争端时,由当事一方提出设立请求而成立的。

其次,NAFTA启用了多套争端解决机制。在NAFTA中,并没有形成一个统一的争端解决机制,而是针对不同领域的争端设立了特点各异的争端解决机制。这些争端解决机制中既有普遍适用性的机制,也有特殊性机制。解决的争端范围除了传统的货物贸易、服务贸易以外,还包括投资、反倾销与反补贴、政府间争端、劳工与环境问题等。各领域争端解决机制之所以不同,是因为其设置理念的不同,例如,在投资、反倾销与反补贴方面采取司法性很强的专家组进行处理,这明显体现了法治精神。而在政府间争端和劳工、环境方面的争端处理程序更倾向于采用政治磋商手段解决。在实践中,根据争端类型的不同,选择不同的解决机制,这种争端解决机制的模式使得在争端解决过程中矛盾的解决更加有的放矢,在一定程度上有利于区域经济组织目标的实现。

再次,NAFTA中争端的解决方式采用了外交方式和法律方式相结合的模式。所谓的外交方式是指传统的以国家的外交调解、斡旋等方式解决争端。在NAFTA中强调有争议的成员国应首先试图通过谈判或磋商等外交方式解决争端;除了这种解决方式之外,在NAFTA中还规定了以法律方法解决争端。^②

最后,NAFTA中的ADR机制和投资争端解决机制颇具特色。ADR机制的具体程序是:磋商——调解——仲裁,即争端双方首先要通过友好磋商解决争端,若磋商不成功再进入调解环节,调解如若失败,最后进入仲裁程序。这种程序上的设计体现了重视磋商、调解的作用。另外一个值得称道的是,NAFTA中规定了投资者可以以个人名义启动争端解决程序,并对投资者的范围做了比较广泛的界定。^③但是值得注意的是,投资者只能提起仲裁,不能启动与东道国之间的磋商或调解程序。

NAFTA由于没有政治一体化的目标,因此在争端解决机制上采用了以仲裁为核心的准司法模式,并没有设立超国家性质的司法机构,但是拥有的多套争端解决机制、外交与法律相结合的争端解决方式、比较广泛的受案主体范围等这些特点仍然使得NAFTA的争端解决机制具有现实的可行性和一定的借鉴意义。笔者认为,与欧盟争端解决机

制相比,NAFTA的争端解决机制更加适合中国——东盟自由贸易区进行效仿,例如,在争端解决机构设置方面,中国——东盟自由贸易区尚不具备设立超国家性质的司法机构,在这一点上就可以借鉴NAFTA的相关规定。

四、完善中国——东盟自由贸易区争端解决机制的建议

(一)争端主体范围应扩大到私人、企业

《争端解决机制协议》在序言中明确指出,争端当事方仅指东盟成员国和中国,也就是说只有该自由贸易区的成员国政府才能作为争端主体提起申诉,企业和个人都被排除在争端主体之外。这样的主体范围限制在一定程度上约束了私人性质的投资者进行投资的积极性。因此,笔者建议,在争端主体范围这一问题上,应该借鉴NAFTA中的相关规定,将中国——东盟自由贸易区争端解决机制中争端主体范围扩大到私人和企业,而不应只局限于国家。

(二)管辖制度中增设专属管辖

中国——东盟自由贸易区的排他性选择管辖会造成案件一定数量的流失,为避免这一状况的发生,笔者建议,在《争端解决机制协议》增设专属管辖制度。例如,对于环境保护的争议,因为该种争议所涉及的问题既复杂又敏感,因此,许多争端解决机制中都将该种争议纳入自身专属管辖之列。^④为此,建议在《争端解决机制协议》中有关管辖制度方面增设专属管辖的相关规定。

(三)仲裁庭组成人员条件的完善建议

在仲裁庭组成人员条件方面,除了上文提到的应将有关仲裁庭主席任职要求的规定扩及仲裁员外,笔者还建议,在仲裁员选择方面,可以借鉴《华盛顿公约》和NAFTA中的相关做法,即由专门机构统一编列出符合条件的仲裁员花名册,当仲裁程序启动时,由争端双方在花名册中选择仲裁员。这种做法不仅能节约当事方对仲裁员或调解员筛选的时间,而且也使得仲裁员或调解员的任职条件更加具有一致性。相反,由争端双方任意选择仲裁员,有可能使得仲裁员不具有稳定性,在一定程度上也会影响仲裁庭的稳定性和中立性。

(四)仲裁裁决复核程序的完善建议

针对于中国——东盟自由贸易区争端解决机制中有关仲裁裁决复核程序方面的缺陷,笔者建议在借鉴《华盛顿公约》相关规定的基础上对这一问

题进行相应的完善。具体可以作出如下规定:当事任何一方可以根据新发现的、对裁决有决定性影响的事实为理由,要求修改裁决。当事任何一方还可以根据以下一种或几种理由要求撤销裁决:(1)仲裁庭的组成不适当;(2)仲裁庭显然超越其权力;(3)仲裁庭的一个成员有受贿行为;(4)有严重的背离基本的程序规则的情况;(5)裁决未陈述其所依据的理由。

另外,中国——东盟自由贸易区争端解决机制中磋商和调解、调停阶段由争端双方自己进行,而 NAFTA 中磋商和调解、调停阶段由其贸易委员会来主持,相比之下,中国——东盟自由贸易区争端解决机制中由于缺乏一个中立机构主持,双方的磋商结果很容易走进死胡同。为此,建议中国——东盟自由贸易区争端解决机制中设立专门的中立机构来主持磋商和调解、调停过程。

中国——东盟自由贸易区的进一步发展有赖于完善的争端解决机制的建立和运用,而现有争端解决机制中的不足与缺陷也有赖于中国和东盟各成员国在进一步加强合作的基础上,本着求同存异、互谅互让的精神进行充实和弥补。相信在完善现有的争端解决机制缺陷与不足之后,中国——东盟自由贸易区定能以更快的速度发展。

[注 释]

- ①“硬法”与“软法”的区分是以法律的效力为依据的。“硬法”通常是指由合法的立法机构制定或认可的并带有强制性的规则,由严格的立法、执法程序以及制定、执行和实施机构组成。“软法”的特征是既没有严格的体系也没

有法律约束力。

- ②NAFTA 中现有的 9 套争端解决机制(投资者与东道国的投资争端解决机制;与环境有关的争端解决机制;与劳工有关的争端解决机制;反倾销、反补贴的争端解决机制;为解决除上述所有争端外的争端所设立的 ADR 解决机制、WTO 争端解决机制、国际争端解决中心 ICSID 仲裁规则;ICSID 附加便利规则;联合国国际贸易法委员会 UNCITRAL 仲裁规则)主要规定了以法律方法解决争端,即通过仲裁方式解决争端。
- ③投资者是指《北美自由贸易协定》的缔约方本身,或者是该缔约方的国民,或者是该缔约方是投资者身份行事的国有企业,或者是基于该缔约方法律建立或组织的企业以及位于该缔约方领土上并在那里从事商业活动的分支机构。
- ④如 NAFTA 中第 2005 条第 3 款的规定,对于涉及环境保护的争议,当被请求方书面要求适用 NAFTA 机制时,则由该机制解决争端。

[参考文献]

- [1]孙侠. 06 年中国东盟双边贸易额达到 1608 亿美元 [EB/OL]. <http://www.cinic.org.cn/HTML/2005/1908/20072257477.html>, 2007-2-9.
- [2]陈善哲. 投资东盟:中国企业未来 15 年风向标 [N]. 21 世纪经济报道, 2006-11-6.
- [3]沈四宝. 论中国——东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议 [J]. 上海财经大学学报, 2006, (1): 34.
- [4]曾令良. 世界贸易组织法 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1996. 134.
- [5]跨国公司. 中国可持续发展的积极因素 [EB/OL]. <http://blog.sina.com.cn/u/3f00351001000bak>, 2007-5-14.

(责任编辑:杨 睿)

On perfecting dispute settlement mechanism in China—ASEAN free trade area

——Taking comparative research as perspective

LIU Bing

(Department of Civil and Commercial Law, Fujian Political Science and Law Cadre College, Fujian Fuzhou 350007, China)

Abstract: Regional economic cooperation is an extremely important development mode in current global economy. The cooperation between China and ASEAN develops rapidly. In order to further promote the development of China—ASEAN free trade areas, the dispute settlement mechanism should be perfected. On the basis of analysis of Dispute Settlement Mechanism Agreement for China—ASEAN Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation, according to the related provisions in dispute settlement mechanism of European Union and NAFTA, some suggestions are presented for perfecting dispute settlement mechanism of China—ASEAN free trade areas.

Keywords: China—ASEAN; free trade area; dispute settlement mechanism