

[文章编号] 1672-7320(2010)03-0422-06

CAFTA 争端解决机制条约化之路

——NAFTA、CAFTA 争端解决机制的比较视角

孙 志 煜

[摘 要] 随着中国—东盟《全面经济合作框架协议争端解决机制协议》的签署, CAFTA 争端解决机制的条约化之路迈出了可喜的一步。CAFTA 争端解决机制现有构架不能简单复制 NAFTA, 其完善也必须考虑各成员方的贸易依附程度、经济实力、自有的区域争端解决机制及各成员方的政治、文化与历史诸因素。CAFTA 争端解决机制应从引进 NAFTA 投资争端解决机制、促使磋商、调解或调停程序机制化、具体化、完善现有仲裁程序三方面进行改进。

[关键词] CAFTA; NAFTA; 争端解决机制; 条约化

[中图分类号] DF96 [文献标识码] A

中国—东盟自由贸易区(CAFTA)是我国同其他国家商谈的第一个自由贸易区,也是目前建成的最大自由贸易区。其成员包括中国和东盟 10 国,涵盖 18.5 亿人口和 1400 万平方公里土地。自 2002 年 11 月 4 日,中国与东盟签署了《中国—东盟全面经济合作框架协议》以来,双方先后签署了《货物贸易协议》、《服务贸易协议》和《投资协议》。中国—东盟自贸区系列协议实施以来,中国与东盟贸易进出两旺,经贸合作发展迅速。随着双方经贸领域方面的合作进一步加强,CAFTA 已在我国的全球经济布局中占据了相当重要的位置。

一、CAFTA 与 NAFTA(北美自由贸易区)争端解决机制现有构架之比较

(一)CAFTA 争端解决机制基本内容

CAFTA 争端解决机制协议包括如下三个解决争端的具体方式:

1. 磋商

根据 CAFTA《争端解决机制协议》第 4 条的规定,如果缔约方根据 CAFTA《框架协议》直接或间接享有的利益遭到损害,或者《框架协议》任何目的的实现受到阻碍,则缔约方可以对另一缔约方提出磋商请求。磋商请求必须以书面形式提出。接到磋商请求的另一方(被控方)应当在收到磋商要求的 7 日内做出答复,如接到磋商请求方未能在规定时间内给予答复,则请求磋商方可以直接要求组成仲裁庭来处理争端。除紧急情况下磋商时限可以缩短为 20 天或更短时限以外,磋商时限为 30 天。

2. 调解或调停

根据 CAFTA《争端解决机制协议》第 5 条的规定,争端当事方在任何时候都可以通过调解或调停来解决争端,也可以随时终止,当由仲裁庭解决争议时,该程序可由争端双方当事人同意的人士主持。调解应当保密,且不影响任何当事方在进一步或其他程序中的权利。

3. 仲裁

CAFTA《争端解决机制协议》第6条至第15条分别对仲裁庭的设立、组成、职能、程序、第三方、程序的中止和终止、执行、补偿和中止或利益、语言和费用作了较为详细的规定。在磋商不成的情况下,磋商提出方可以书面请求指定仲裁机构,仲裁请求应具体说明理由。仲裁庭一般由3人组成,争端双方各自指定一名仲裁员,双方共同指定第三位仲裁员为仲裁庭主席。如果争端双方无法就仲裁庭主席人选达成一致,则应请求WTO总干事指定仲裁庭主席,争端当事方应予接受。仲裁员应当是熟知法律、国际贸易、国际经贸争议解决等方面知识的专家,仲裁庭主席不得为争端当事方国民,也不得在争端当事方领土内拥有惯常住所或为任何一方当事方雇佣。仲裁庭的职权主要是按照《框架协议》有关规定,审查提交仲裁庭的事项,并提出调查结果和《框架协议》规定的决定和建议。仲裁裁决是终局的,对争端各方都有约束力。如果仲裁庭不能取得一致,则应依照多数意见作出裁决。争端方应在合理时间内实施仲裁裁决,如被申请人未能在合理时间内做出裁决,则申请方有权获得必要补偿,或申请方有权中止依据《框架协议》给予被申请方的减让或利益。

(二)NAFTA 争端解决机制基本内容

NAFTA 争端解决机制主要由以下几套机制组成:

1. 投资争端解决机制(第11章)

当投资者认为东道国违背了第11章义务,可以直接提起仲裁。仲裁庭由3名仲裁员组成。仲裁庭依据本协定决定应适用的三套国际仲裁规则,就争议的问题作出裁决。仲裁裁决为最终裁决,具有法律效力。仲裁庭根据事实,可以作出与损失相当的金钱赔偿的裁决,不能施加惩罚性损害赔偿。如果不执行裁决,胜诉方可通过其所在国政府诉诸于第20章缔约国之间一般争端解决程序,或依据《ICSID公约》、《纽约公约》、《美洲公约》寻求强制执行仲裁裁决。

2. 反倾销与反补贴税事项的审查与争端解决机制(第19章)

反倾销与反补贴税事项的争端由临时设立的两国专家组解决。专家组组成人员来自争端两国。专家组审查的事项包括两个方面:一是根据一缔约国的书面请求,审查另一缔约国对本国反倾销法和反补贴法的修改,看其是否与《关税与贸易总协定》、GATT《反倾销守则》和《反补贴守则》及其后续协议相抵触,是否与本协定和本章的目的相抵触。二是依据被审查国的司法审查标准和一般法律原则,审查该国适用反倾销法和反补贴法的最后行政决定,看其是否有适用法律的错误。

NAFTA 第19章没有确定统一的实体规则和程序规则,而只是作了一些原则性的规定,要求各成员国根据这些规定制定出具体的规则。所以,专家组审查的法律依据及程序均由国内法决定。此外,第19章还建立了特别异议程序和专家组审查保障制度。针对专家小组作出的裁决施以一定程序的限制。

3. 一般争端解决机制(第20章)

NAFTA 第20章建立了一个在自由贸易委员会管理下的政府间争端解决机制。它解决争端的范围十分广泛,除了第11章和第19章所涉事项及本章另有规定外,适用于各方避免或解决所有争端,如NAFTA的解释与适用;一成员国所实施的与协定不一致的国内措施;一成员国所实施的可能导致协定项下一定利益的“丧失或损害”的国内措施。这些争端主要通过磋商和专家组来解决,甚至原告可以通过国内法院解决争端。

一个争端的解决,首先要经过争端双方的谈判和磋商,如无法达成一致,任何一方可以要求贸易委员会召开全体会议,贸易委员会的介入后,如问题仍无法解决,任何磋商方可以书面请求成立专家组。专家组审查的事项应是已协商而没有解决的事项。为了保证专家组裁决的客观和公正,NAFTA还设立了专家证言程序,该程序构成了NAFTA争端解决机制的一大特色。

4. 其它争端解决机制

此外,NAFTA的两个附属协定《北美环境合作协定》(NAAEC)和北美劳工合作协定》(NAALC)分别建立了有关国内环境法和劳工法的国家间争端解决机制。如,在NAAEC中,个人、组织和非政府

团体可以就某一方未能实施环境法向秘书处申诉。只要起诉符合本协定的规定,秘书处就可以向理事会提议,对该问题准备一个专门的报告。缔约国可以就涉及本协定职能的任何问题要求与其它各方磋商。如磋商仍不能解决问题,可以召集理事会,由理事会提出建议。

当理事会仍不能解决时,可建立仲裁专家组,要求理事会以三分之二的票通过。如仲裁专家组确认某一方确实经常不执行其环境法,则提出行动计划建议。各方应在 60 天内确定一个互相都满意的行动计划。如果各方不能达成一项行动计划或被告不能执行该计划,专家组也可以对被告一方处以罚款。

此外,NAFTA 还可选择使用 WTO 的争端解决机制以及 3 套国际仲裁程序规则。

通过对这两套争端解决机制框架构成的分析,可以得知:CAFTA 的模式简洁、明了,其整个争端解决机制就三个程序:磋商、调解或调停、仲裁;而 NAFTA 的模式较为复杂,除了一般争端解决机制,还有针对不同争议事项所适用的具体争端解决机制。此外,在仲裁规则的适用上,CAFTA 制定了自己的仲裁规则,而 NAFTA 除自身有仲裁规则外,还可借鉴其它的仲裁程序规则。以此来看,NAFTA 比 CAFTA 似乎更能体现争端解决机制所需的多元性特点,其争端解决方式无疑更具“贴身性”,如果不加分辨,我们是否可以武断的得出结论:NAFTA 争端解决机制因其框架的多元性与兼容性,可以直接移植到 CAFTA,甚至取而代之?按此分析思路,实则忽略了 CAFTA 本身的特点,同时也对 NAFTA 的特性缺少一种洞见。德国学者 K·茨威格特与 H·克茨曾经说过:“接受外国法律制度的问题……应当根据各自的具体情况,不仅考察被认为较好的外国解决办法在它原来的国家是否已经受考验证明是满意的;还要考虑它是否适合于自己的国家”^[1](第 24 页)对 NAFTA 争端解决机制能否顺利借鉴到 CAFTA 中,应当考虑如下两个问题:一是 NAFTA 争端机制在本区域的具体实践,能否体现其特色,是否还需完善?二是 CAFTA 本身构建是否有必须关注的一些特性,NAFTA 争端解决机制移植过来要经过哪些修改?

二、NAFTA 争端解决机制的实践与不足

(一)投资争端解决机制的具体实践及不足

投资争端解决机制的主要解决投资者与东道国之间的投资争议,该机制虽然从 1994 年 1 月 1 日就生效了,但直至 1997 年 1 月 1 日才有投资者正式使用这一机制。随着美、加、墨三国投资争议的逐渐增多,有关投资仲裁的案件也水涨船高。在众多投资仲裁案件中,有不少案件具有代表性。如美国 Ethyl 公司诉加拿大政府案、美国 S.D.Myers 公司诉加拿大政府案、美国 Pope & Talbot 公司诉加拿大政府案、美国包裹承运公司 UPS 公司诉加拿大政府案、加拿大葬礼服务公司 Loewen 公司诉美国政府案等^[2](第 80-81)仲裁事项涉及 NAFTA 项下东道国政府须遵守国民待遇、最低标准待遇、征用和禁止业绩要求、允许自由转移投资收益的义务等许多事项。

投资争端解决机制的重大贡献在于其明确了 NAFTA 框架下东道国的义务,比如对外国投资人及其投资的非歧视性待遇、禁止业绩要求、与投资相关的资金和人员的自由转移以及征收与补偿等。同时对投资人与东道国之间的投资争端设置了可供争端当事方选择的仲裁规则和仲裁程序,并对管辖权与适用的法律做了明确的规定。特别值得注意的是,NAFTA 第 11 章规定在争端当事方满足了建立仲裁法庭的各项条件之后,仲裁法庭便可以对争议中的问题进行裁决,第 1136 条明确要求缔约国各方必须服从仲裁法庭的裁决,并且得为裁决在其领土上的执行提供保障。

当然,投资争端解决机制仍存在诸多缺陷,如它没有自己的独立的程序规则;其本身也没有成立一个类似 WTO 专家组的专门机构,并确定一个相对固定的仲裁员名单来处理投资争端以增强对条文解释的一致性;NAFTA 本身没有关于仲裁裁决复核方面的规定等。

(二)一般争端解决机制的具体实践及缺陷

一般争端解决机制解决争端的范围十分广泛,除了第 11 章和第 19 章所涉事项及本章另有规定外,适用于各方避免或解决所有争端。根据 NAFTA 第 20 章程序作出的第一个裁决是美国诉加拿大农产

品关税案。该案在加拿大承担的 NAFTA 义务 WTO 义务不一致时该以何种义务为准产生了分歧。专家组的报告就 NAFTA 是否优先 GATT1994 没有得出一般性结论,他们认为,该事项需在具体案件中明确。此外,在墨西哥诉美国扫帚案中,引发了专家组的管辖权问题。美国对从墨西哥进口的扫帚采取保障措施,遭到墨西哥的反对。墨西哥认为,美国的行为不适用 GATT 第 19 条保障条款的适当损害,因为该条款包含的语义与 NAFTA 第 8 章保障条款的语义是相同的。但美国认为,专家组对根据 GATT 第 19 条和 WTO 保障协定的义务提起的诉讼没有管辖权。专家组的职权和第 20 章成立专家组的一般条款限制了专家组受理根据 NAFTA 义务提起诉讼的权限。鉴于美国的观点,NAFTA 第 802 条规定的保留成员国政府利用 GATT 第 19 条和 WTO 协定保障措施允许的保障措施,并没有将 GATT/WTO 的法律义务纳入 NAFTA。在其它的案例中,如墨西哥诉美国汽车运输案,提出了对仲裁裁决的执行强度问题;在埃塞尔公司案中,提出了不同争端解决机制的选择适用问题^[3](第 6 页)。

NAFTA 一般争端解决机制不仅设立了自己的规则,与其它争端机制比较,还有其显著特色,如磋商、调解程序的前置性和它的专家证言程序。但上述案例也凸显出 NAFTA 一般争端解决机制的不少问题,如 NAFTA 成员在 NAFTA 中承担的义务与在 WTO 义务的冲突;专家组的管辖权;对弱国利益的保护问题;一般争端解决机制与其它争端解决机制的协调问题等。在 NAFTA 目前框架下,这些问题都无法得到妥善解决。因此,简单模仿、移植 NAFTA 争端解决机制对完善 CAFTA 争端解决机制并没有十分显著的意义。

三、CAFTA 争端解决机制条约化的制约因素

NAFTA 争端解决机制自实施以来,运行较为顺畅,且为 NAFTA 的健康发展提供了良好的制度保障。关键因素不在于其本身制度构建已达到了尽善尽美的状况,而是其制度设计符合 NAFTA 的现有发展阶段,是一套“适宜”NAFTA 本身的争端解决机制。这也是我们分析 NAFTA 争端解决机制后的最大收益。因此,要完善 CAFTA 争端解决机制,以下因素不容忽视:

第一,各成员方的贸易依附程度。一个经济体各成员方的依附程度越高,那么该经济体政府偏好的争端解决机制就越是“条文化”。欧盟是目前世界上一体化程度最高的区域经济组织,所以其争端解决机制采用了“硬法”机制为主的模式,具有超国家因素的欧洲法院使其争端解决机制更有强制性和司法性。即便在 NAFTA,美、加、墨三国的经济依附程度也远较 CAFTA 要高,因此其基本采取了一种以外交与法律相结合、仲裁为核心的准司法模式,并建构了多套争端解决机制以适用其经济一体化的现有状况。而 CAFTA 各经济体之间的贸易依附程度较低,各成员方还没有绝对的政治互信及经济自信来建构一套以“硬法”为特征的争端解决机制。所以,在短时期内,以磋商、调解或调停为主的争端解决方式仍是 CAFTA 各成员方的首选,而促成以仲裁为核心的准司法模式将成为各成员方的努力目标。

第二,各成员方的经济实力。“这个国家在相关条件中越是强大,该国政府所支持的争端解决机制的条文化就越差。”^[4](第 230 页)这是决定一个国家(地区)或组织选择规则趋向的争端解决机制还是选择实力趋向的争端解决机制的根本原因。一个成员方在整个经济体中实力十分强大,以致其不需制定任何争端解决规则便可以对其成员方颐气指使,那么该经济体中条约倾向肯定较弱;如各成员方实力相当,他们便有可能通过制定并应用较一致的规则来解决冲突,一方面使实力略强的成员方受到相关规则的约束;另一方面使实力稍弱的成员方能够赢得独立的法律地位,从而有利于争端的合理解决。在 CAFTA 中,中国的经济实力虽然较为强大,但在整个经济体中并没有绝对的话语权。而东盟内部各成员方的经济实体虽然有限,但其整体实力仍不容忽视,这就决定在 CAFTA 中,无论是中国,还是东盟经济体,都会寻求以条约化趋向作为争端解决机制的模式目标。

第三,各成员方本身具有的区域争端解决机制模式。鉴于中国—东盟自由贸易区是中国与其它国家(地区)商谈的第一个自由贸易区,所以对中国—东盟自由贸易区的争端解决机制模式的探讨,应更多从东盟内部争端解决机制入手。况且中国在与东盟签订《全面经济合作框架协议》的时候已承诺尊重东

盟的领导权,因此,东盟内部争端解决机制模式理应成为我们研究 CAFTA 争端解决机制的前提与基础。有学者就认为中国—东盟争端解决机制在很大程度上受东盟原有争端解决机制的影响^[5](第 265 页)。东盟现行争端解决机制由 2004 年签署的《东盟促进争端解决议定书》规定,在一定程度上受到 WTO 争端解决机制的影响。

第四、各成员方的政治、文化、历史等特点。“一个社会的争端解决方式反映了这种文化的世界观,这种世界观平时隐藏在日常生活中,而在争端解决的过程中突出表现出来。”^[6](第 60-65 页)争端解决机制的设立除了考虑各成员的文化因素,还要深入考查各成员方的政治、经济、历史等诸因素。中国与东盟各国在 19 世纪与 20 世纪都遭受过一段屈辱的历史,因此对主权的让渡及让渡的范围都有深切的警醒。在这种深重的政治历史背景上建构一种超国家主权的争端解决机制是很难设想的,至少在短时期内无法实现。同时,还由于各国文化各异,佛教、儒教、伊斯兰教等教义已在东南亚各国生根发芽,不同的土壤便滋长出不同的争议解决方式,即使条约趋向已为争端解决机制模式的首选,但如何在繁复的背景下构建具有 CAFTA 特色的争端解决机制仍是各国决策者们为之头痛的问题。

基于上述诸因素的考量,笔者认为,CAFTA 争端解决机制须在尊重现有框架的情况下作出如下改进:引进 NAFTA 的投资争端解决机制;使磋商、调解或调停程序机制化、具体化;完善现有仲裁程序。

四、CAFTA 争端解决机制条约化的完善

(一)引进 NAFTA 投资争端解决机制

由于 CAFTA 争端解决机制不涉及作为投资者的企业、自然人与东道国政府发生投资争端的情况,因此在发生这样的情况时只能通过本国政府或者东道国政府启动争端解决程序,或者根据东道国的有关法律寻求救济,在经济体没有建立自由贸易区的情况下,此种法律救济途径颇显无奈,在 CAFTA 争端解决机制已建立的情况下,要求各成员方再寻此旧径,于法于理都难以解释。况且,随着中国与东盟《投资协议》的签署,中国与东盟投资活动肯定明显增多,由此产生的投资争端也将成为 CAFTA 争端解决机制下的核心内容。因此,引进 NAFTA 争端解决机制无论从目前情势,还是从 CAFTA 争端机制的法律缺陷来看,有其必要性。关键的是,在引进 NAFTA 投资争端解决机制要避免其弊端。在程序与规则设计上体现 CAFTA 的自身特点。

(二)促使磋商、调解或调停程序机制化、具体化

CAFTA 争端解决机制虽然对这两个程序作了一定的规定,但从其规则内容来看,还是过于简单,不利于具体操作。鉴于现阶段中国—东盟各成员方之间在争端出现后仍有较多事项诉诸于磋商、调解或调停程序。有必要将这两种程序机制化、具体化。可详细规定磋商、调解或调停程序中各阶段时间、可诉诸上述程序的各协调机关,甚至有必要设立常设性的磋商、调解或调停机关,使其隶属于 CAFTA 秘书处,这样的机构设置有利于双方各项争端的解决。当然,为了有所区别,可将上述程序设计为一般事项的磋商、调解或调停程序和特殊事项的磋商、调解或调停程序,一般事项可采用普通程序,而特殊事项可吸纳特殊程序,做到特事特办,以彰显该机制的灵活性。

(三)完善现有仲裁程序

CAFTA《争端解决机制协议》中很大篇幅都着眼于仲裁程序与规则的规定上,但仍存在不少弊病:首先,仲裁庭组成人员的规定存在不足,协议只规定仲裁庭主席不应该是任何争端一方的国民,而对其他的仲裁员却无类似的规定。笔者认为适用于主席的规则也应适用于其他仲裁员,而且仲裁庭应当提供仲裁员名册,以此提高仲裁效率。其次,仲裁庭设置及表决方式仍需改进。《争端解决机制协议》中为解决争端而设置的是临时仲裁庭,而目前国际商事仲裁的趋势是设立常设性的仲裁机构,这不仅有利于提高仲裁效率,还可保持仲裁裁决的一贯性与持续性,笔者认为,设立常设性的仲裁机构有其合理性,值得考虑。此外,《争端解决机制协议》中规定,仲裁庭应以协商一致方式作出裁决;如仲裁庭不能达成一致意见,则依多数意见作出裁决。此规定与各大仲裁机构的仲裁规则有所不同,这种规定在一般情形下

没有问题,但如果一项仲裁裁决涉及第三方,而各仲裁员无法达成多数意见时,仲裁裁决便难以作出。因此,在无法协商一致的情形下,依首席仲裁员意见作出裁决较妥。最后,应当增设仲裁裁决复核程序。《争端解决机制协议》中采用的是仲裁方式,并且规定裁决具有最终的法律约束力。假设因仲裁庭组成的不当或明显超越仲裁权限,或仲裁员有明显的渎职行为而致使裁决出现不公正的情况,协议并没有规定相关的处理措施。因此,必须增设仲裁裁决复核程序,并可对争端方提交复核的条件与时间作出详细规定。

简单的移植或复制并不能解决现实中存在的诸多问题。自由贸易区争端解决机制的设立与完善也必须与其本身特点相适应,并对实践中层出不穷的问题做出新的思考,找出新的解决路径,这样才能最终构建符合自身特点的有效的、适宜的争端解决机制。

[参 考 文 献]

- [1] [德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,北京:法律出版社2003年版。
- [2] 何树金:《NAFTA 投资争端解决机制:实践、问题与建议》,载《贵州财经学院学报》2005年第3期。
- [3] 费赫人:《北美自由贸易区一般争端解决机制的运行分析》,载《法制与经济》2006年第3期。
- [4] [美]莉萨·马丁、贝思·西蒙斯:《国际制度》,黄仁伟、蔡鹏鸿译,上海:上海世纪出版集团2006年版。
- [5] Chow, Michael Ewing. 2006. Asean-China F. T. A. Trade or Tribute? *Singapore Year Book of International Law (Asean Feature)*.
- [7] Gulliver, P. H. 1979. *Disputes and Negotiations*, New York: Academic Press.

(责任编辑 车 英)

The Path of Legalization of Dispute Settlement Mechanism of the CAFTA

Sun Zhiyu

(International Law School, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: Legalization of dispute settlement mechanism of the CAFTA has made much progress since China-ASEAN Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation in the Dispute Settlement Mechanism of the Agreement was signed in 2002. Copying the dispute settlement mechanism of NAFTA can't solve the practical problems of CAFTA. The factors such as the degree of dependence of the members, economic strength, different dispute settlement mechanism and politics, culture and history of the members should be considered in order to perfect the dispute settlement mechanism of CAFTA, and further the present dispute settlement mechanism of the CAFTA should be improved by introducing the dispute settlement mechanism of investment of the NAFTA, promoting mechanism of the procedure of negotiation, conciliation and mediation and bettering the existing arbitration procedure.

Key words: CAFTA; NAFTA; dispute settlement mechanism; legalization