

2007海峡两岸暨港澳地区 法律发展学术研讨会

论 文 集

中国·广州

2007年12月15-16日

主办单位：



中山大学法学院

中山大学法学院简介

法学院起源于 1905 年成立的广东法政学堂，是旧中国最早的新式法政教育机构之一。1912 年，学堂更名为广东公立法政专门学校，1923 年又更名为广东公立法科大学。1924 年，孙中山先生在广东公立法科大学、国立高等师范学校、广东农业专门学校的基础上组建国立广东大学即后来的中山大学，广东公立法科大学随之成为国立广东大学法科学院，并于 1931 年发展为法学院。1952 年，全国院系大调整，中山大学法学院及法律系被撤销。1979 年，中山大学复办法律学系，原最高人民法院副院长、海牙常设仲裁法院仲裁员端木正任首任系主任。1993 年，法律学系、政治学与行政学系、社会学以及人口研究所共同组建成立中山大学法政学院，2001 年 9 月，中山大学撤销法政学院，并在原法律系的基础上复建法学院。

学院在一百年的传承中积淀了深厚的学术传统，史尚宽、周鲠生、杨兆龙、曾昭琼、王造时、王世杰、陈独秀、李达、朱执信、何思源等数十位著名学者在法学院的历史岁月中尽心于教育、致力于学术，给后人留下了深远的影响。如今，法学院继续秉承这一优良传统，不仅延揽了一批致力于学术与教学的学者，而且与外界的学术交流也十分频繁。

1998 年起，学院在本科层次统一按法学专业招生，2004 年，该专业入选广东省名牌专业。学院现拥有硕士学位授予权一级学科和法学理论博士点，诉讼法学科为广东省重点学科，刑法学课程为广东省精品课程。

学院目前有学生 2500 人，其中研究生约 1500 人，本科生约 1000 人。学院有专业教师 49 人，包括 17 名教授、21 名副教授以及 11 名讲师。除上述专业教师以外，学院还聘请了著名刑事诉讼法学家徐静村、广东省委组织部部长胡泽君、广东省政协主席陈绍基、广东省高级人民法院院长吕伯涛、广东省人民检察院检察长张学军、广东省人大法制工作委员会主任王旭东等为兼职教授，聘请香港国际仲裁中心主席杨良宜、原香港律政司司长梁爱诗、香港基本法研究中心主席胡汉清及冯华建、廖长城、廖子明、温家旋、黄英豪等多位香港资深大律师为客座教授。这些兼职教授及客座教授均不定期到学院讲学或进行讲座，学生可以通过讲座接触到更多思想和实践知识。

2001-2006年，学院教师共发表学术论文700余篇，撰写各类著作100多部，其中包括学术专著65部，译著9部，教材56部；新立项目共100多项，科研经费500多万；近三年获省部级科研成果奖励16项。

学院拥有先进齐全的教学技术设备，包括多媒体教室、模拟法庭、模拟仲裁庭、图书馆等。学院图书馆是被联合国出版署指定的中国内地四所联合国资料托存馆之一，每年收到联合国的托存文件资料。此外，图书馆还与瑞典隆德大学瓦伦堡研究人权学会、港澳台等地的高校图书馆及研究机构建立长期合作关系。

法学院十分注重与国内外著名高校和科研机构的学术交流活动，学生每年都有获得前往新加坡国立大学、韩国高丽大学、香港大学、香港科技大学、香港城市大学、中国政法大学、山东大学等著名学府进行交换学习（一般为一至两学期）的机会，更能体验多元化的社会环境和学习氛围。同时，学院还与华盛顿大学法学院、纽约大学法学院、威斯康辛大学法学院、牛津布鲁克斯社会科学与法学院、伦敦大学亚非学院、佛特蒙法学院、伊利诺伊大学法学院、昆士兰大学法学院、里昂三大法学院、日本青山学院大学法学院、香港城市大学法学院、香港大学法学院、香港大学潘锦溪商业研究学院等院校建立了良好的合作关系。

2004年7月，学院联合政务学院和管理学院开展3M（即工商管理硕士MBA、公共管理硕士MPA、法律硕士JM）专业硕士学位教育项目，打破学科限制，共享教育资源，对专业学位教育进行了一次有益的尝试，受到师生们的好评。另外，法律诊所也是一个广受法学院学生欢迎的教育项目，它与美国纽约大学(New York University)建立了合作关系，并得到了雅礼协会(The Yale-China Association)、福特基金会(The Ford Foundation)和岭南基金会(The Lingnan Foundation)的支持和资助，渐渐成为法律教学基地和法学院学生接触社会、服务社会的机构。诊所的课程包括“课程讲授”和“实践演练”两大部分，通过“在实践中学习”的教学方法，培养学生良好的职业道德、全面的法律素养、高度的社会责任感、熟练的法律实践操作技巧和灵活的应变能力。

长期以来，法学院的学生在各类全国性乃至国际性的竞赛中都有不俗表现，取得很好的成绩。法学院多年来为国家培养了一批又一批的高素质人才，他们中既有“全国模范法官”、“全国十佳公诉人”，也有知名的学者、高层次的党政官员、知名律师和大企业家。

2007 海峡两岸暨港澳地区法律发展学术研讨会·参会论文目录汇编

序号	作者	论文题目	中山大学法学院简介
第一编 FTA 法律制度暨其与中国对外贸易发展			
1	沈四宝 沈健	积极推进区域贸易安排是我国外贸持续发展的重要战略·····	1
2	慕亚平 林锦如	论 CEPA 争端解决机制的构建·····	7
3	慕亚平 张晓燕	应当健全 CEPA 协议下的机构安排·····	14
4	朱兆敏	论自由贸易区框架下服务提供者的身份识别·····	20
5	宋锡祥 沈文宏	论 CEPA 实施中面临的主要法律问题及其解决·····	29
6	宋锡祥、张琪	中国与智利自由贸易协定若干问题探讨·····	37
7	朱淑娣	美国涉外知识产权司法审查的三维视角——规范、事实与逻辑·····	40
8	盛建明	论美国贸易自由化进程中贸易调整援助制度·····	47
9	钟立国	CEPA 框架下的贸易便利化制度评析·····	53
10	何艳梅	国际赔偿责任的基本理论问题研究·····	62
11	王权典、许艳霞	泛珠合作之环境冲突与协调解决机制·····	68
12	樊林波、万双龙	投资协议中“保护伞条款”释义·····	73
13	代中现	论 FTA 谈判策略模式之选择——一个美澳与美智双边 FTA 案例比较分析·····	87
14	代中现	论 FTA 与知识产权法哲学理念冲突与协调·····	94
15	江保国	内地与港、澳民商事判决认可和执行安排比较研究——以香港的实践为中心	100
16	梁丹妮 王承志	美式 FTA 投资规则的新近发展对中国的启示·····	109
17	刘俊	晚近区域贸易救济制度的新发展及对 CEPA 的启示·····	118
18	文雅靖	构建两岸四地自由贸易区的法律问题初探·····	122
19	张亮	论 RTA 与 WTO 争端管辖权竞合的解决——兼及中国的法律对策·····	129
20	顾敏康	CEPA 是台湾走出被边缘化的唯一途径·····	135
第二编 知识产权的法律保护			
	吴汉东	中国知识产权战略实施与创新型建设	
1	陈新民	智慧财产权的社会义务——以宪法学的角度检验智能财产权的属性及其界限	143
2	马秀山	关于知识产权的法律保护——从海峡两岸企业对同一事务的不同处置谈起	171
3	马治国、王渊	现代知识产权法律制度的目的反思·····	175
4	郑友德	知识产权保护与反不正当竞争·····	181
5	黄瑶、禹思清	论著作权补偿金制度在我国的确立——以解决 P2P 文件共享技术侵权问题为视角	192
6	刘华源	要以知识产权和标准作后盾·····	200
7	胡开忠	文化多样性与知识产权保护·····	202
8	黄国昌	营业秘密在智慧财产权诉讼之开示与保护——以秘密保持命令之比较法考察为中心	211
9	厉宁 李春芳、刘凯 周笑足	展会知识产权保护理论与实践研究·····	235
10	刘宁	我国知识产权侵权损害赔偿适用过错归责原则的法理分析·····	242
11	彭学龙	知识产权运营与管理的一体化战略·····	247
12	安雪梅	论私权的微观构造模式及其在知识产权法中的适用·····	253
13	钟卫红	超越与保守：我国反不正当竞争法律制度的新发展——《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》评述·····	262
14	康达蕴	中国大陆地区知识产权不侵权之诉研究·····	269

第三编 环境法前沿问题研究

	王树义	中国环境立法总体态势分析	
1	陈德敏 刘慧芳	环境纠纷非诉讼解决机制与运作方式之探析·····	276
2	黄明健	论澳门世界遗产保护与旅游经济发展·····	280
3	廖子明	“地球变暖”环境法下的最热点问题·····	284
4	王仲兴 吴凯敏	环境刑法视野下的过失危险行为入罪化研究·····	288
5	周训芳	论林地地役权·····	301
6	李挚萍	粤港两地排污权交易制度的探讨·····	308
7	卢永鸿 陈慧岚	电厂污染及排污权交易·····	312
8	柯 坚	我国世界自然文化遗产保护立法若干问题探讨·····	320
9	罗 吉	我国排污权交易立法探讨·····	326
10	马小玲	区域环境保护合作与协调的法律机制研究·····	331
11	沈跃东 邹雄	论环境侵权行政赔偿制度的扩展·····	336
12	黄舒芃	科学与法律的交会：兼论环境影响评估在政策制定过程中扮演的角色··	343
13	王权典、屈家树、魏旭 吴自华	自然保护区社会性收费问题之立法研究·····	349
14	申进忠	循环经济的产品维度：政策整合与范式转换·····	363
15	王红一	中国内地的“绿色信贷”：实施方式与制度保障·····	371
16	李桦佩	中国与《保护世界文化遗产与自然遗产公约》相关法律问题研究·····	377
17	王权典	泛珠合作之环境冲突与协调解决机制·····	387
18	张 建 伟 王艳玲	环境立法中科学设定政府环境责任的若干思考·····	392
19	魏 旭	粤港排污权交易的困境与制度创新·····	398
20	孟婵娟	论我国耕地征收之补偿·····	404
21	龚胜华	环境行政管理的组织体系·····	410

积极推进区域贸易安排是我国外贸持续发展的重要战略

沈四宝 沈健*

【摘要】区域贸易安排本是为 WTO 允许，但发达国家发展的过多的区域贸易安排，已经影响了 WTO 本身的发展，尤其多哈回合谈判中止后，区域贸易安排发展更加迅猛，已经有将 WTO 边缘化的危险，我国应当尽快制定区域贸易安排战略，并且通过大力发展区域贸易安排，保持我国对外贸易的健康发展。

【关键词】区域贸易安排；WTO；外贸发展战略

一、区域贸易安排的法律基础和实质

（一）区域贸易安排的国际法依据

区域贸易安排必须在 WTO 的规定下进行，WTO 关于区域贸易安排的规定主要规定在《关贸总协定（GATT）》第 24 条、《关于解释关贸总协定 1994 年第 24 条的谅解》、和《服务贸易总协定》第 5 条，这些规定主要对区域贸易安排的两种类型关税同盟和自由贸易区的运作做出了规定；同时对服务贸易也做出了规定：本协议的规定不应阻碍其任何缔约方成为双边或多边服务贸易自由化协议的成员或进入该类协议。WTO 的规定对区域贸易安排的发展提供了国际法依据。同时《关于解释关贸总协定 1994 年第 24 条的谅解》中的开头部分提到：“此类协定（区域贸易安排）参加方的经济更紧密的一体化可对世界贸易的扩大做出贡献”，这就指出了 WTO 允许区域贸易安排发展的目的，那就是进一步扩大世界贸易。

（二）区域贸易安排的实质

一方面，区域贸易安排不仅仅是基于经济贸易利益的因素，其更多的考量了地缘政治和国际政治影响。国际经济和国际政治是互动的关系，国际政治的发展是为国际经济服务的，国际经济的发展取向也受国际政治的影响，尤其是地缘政治的影响。以欧盟为例，欧盟既是一个经济统一体，也是政治统一体，欧盟不断东扩是地缘政治的考量，但也对域内经济的发展起了重要推动作用，从欧盟的发展来看，大部分贸易是在欧盟内部完成的，这种趋势也越来越明显。欧盟经济一体化的不断发展也有力的促进了欧盟在全球的政治地位和话语权。北美自由贸易区的建立和发展也是地缘政治的体现。在没有建立北美自由贸易区之前，日本和欧盟是美国的第一和第二大贸易伙伴，建立后，加拿大和墨西哥成为了美国的第一和第二大贸易伙伴，日本和欧盟的贸易量大大减少，成为美国的次级贸易伙伴，美国主导建立北美自由贸易区的目的是为维持美国在全球的霸主地位，建立一个稳定的“后院”。美国目前正在积极倡导成立美国自由贸易区，将涵盖所有美洲国家，并且取得了积极进展，达成协议指日可待，如果美洲自由贸易区成立，美国国家成员之间的贸易将大部分替代与域外成员的交易，会极大排除其他成员的贸易发展空间。

另一方面，虽然区域贸易安排具有法律依据，但区域贸易安排在实质上排挤了其他 WTO 成员在这个区域内的平等贸易权。以北美自由贸易区为例，1994 年 1 月 1 日，美国、加拿大和墨西哥三国签署的《北美自由贸易协定》(NAFTA, 即 North America Free Trade Agreement) 正式生效，协定决定，自生效之日起 15 年内三国应逐步消除它们之间的贸易壁垒，实现商品和劳务的自由流通，从而形成一个世界上最大的自由贸易集团。该组织成立之初，就拥有 3.6 亿消费者，其国民生产总值总计超过 6 万亿美元。北美自由贸易区的建立，给三国带来了巨大的经济、政治利益。在经济利益方面，北美自由贸易区为三国取得了以下宏观利益：(1) 规模经济效益。作为世界上最大的自由贸易

*沈四宝（1946-），男，汉族，上海人，中国法学会国际经济法学研究会会长，对外经济贸易大学法学院院长、教授、博士生导师，主要研究方向为国际经济法、公司法。沈健（1980-），男，汉族，北京人，对外经济贸易大学法学院 2006 级博士研究生，研究方向为国际经济法、公司法。

区,北美自由贸易区可以从规模经济中获益,降低平均成本,从而取得竞争优势。(2)实现优势互补。三国经济水平、文化背景、资源禀赋等各方面的差异,使得区域内经济的互补性很强,有了更多专业化生产和协作的机会,促进了三国整体经济的发展。(3)改善投资环境。《北美自由贸易协定》在行业惯例、服务贸易、投资规则、争议解决等方面均有详细的规定,有利于在法律制度的层面上增强北美地区投资人的信心并保障他们的利益。这种宏观利益的表现就是,近几年来,北美自由贸易区无论是在商品进口总额还是在出口总额方面都保持国际贸易地区份额的首位,远高于排名第二的欧盟国家的相应总额,已经占世界进出口总额的 1/4 左右。北美自由贸易区的建立,对三国各自的经济发展也产生了积极影响。美国取得的利益包括:扩大出口、市场准入、墨西哥的廉价劳动力等,从而极大地增强了其国际竞争力。加拿大获得的利益主要包括:扩大了对美、墨两国出口,促进了对美、墨两国投资,提高了劳动生产率等。而作为发展中国家的墨西哥是北美自由贸易区的重大受益者,北美自由贸易区促进了其国内的经济增长,吸引了大量外资,并引进了先进技术和管理经验。这样,墨西哥已成为世界上经济发展最快的国家之一。北美自由贸易区使美国、加拿大和墨西哥的贸易获得了极大发展,使三个国家与其他 WTO 成员的贸易转化成三个国家间的贸易,排挤了其他国家的贸易发展。欧盟存在着和北美自由贸易区同样的问题,即欧盟的成立排挤了其他 WTO 成员在欧盟平等的对外贸易权。

二、区域贸易安排发展对 WTO 体制的冲击

(一) 区域贸易安排在本质上违背了 WTO 的基本原则

区域贸易安排的成员相对于其他 WTO 来说,可以享受区域框架下的零关税、实现投资和人员自由流动等,这样就消除了投资和贸易壁垒,但对于非区域贸易安排成员的其他 WTO 成员来讲,这些投资和贸易壁垒并没有消除,实际上是加重了贸易壁垒,因为在一定时期内,全球和一国的对外贸易数量是一定的,区域贸易安排内的贸易量的增长在相当程度上就排挤了非区域贸易安排成员与区域贸易成员的贸易发展,造成了实质上的歧视。公平和非歧视性原则是 WTO 的最重要原则,在《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的开头就规定:“期望通过达成互惠互利安排,实质性削减关税和其他贸易壁垒,消除国际贸易关系中的歧视待遇”。但区域贸易安排在实质造成的对其他 WTO 成员的歧视也是 WTO 所不愿意看到的,在《关于解释关贸总协定 1994 年第 24 条的谅解》中的开头部分提到:“重申此类(区域贸易安排)协定的目的应为便利成员领土之间的贸易,而非提高其他成员与此类领土之间的贸易壁垒;在此类形成或扩大时,参加方应在最大限度内避免对其他成员的贸易造成不利影响”。看来 WTO 也已经意识到区域贸易可能造成的不利影响。

(二) 区域贸易安排蓬勃发展使得 WTO 有被边缘化趋势

2006 年 7 月 24 日, WTO 总干事拉米宣布,无期限中止“多哈”回合谈判,这样其实就是宣布“多哈”谈判基本失败。2001 年 11 月,在卡塔尔首都多哈, WTO 召开了第 4 次部长级会议,启动了自 1995 年成立以来的第 1 轮多边贸易谈判,确定了多项议题,起名“多哈”,“多哈”启动后进行了多次谈判,但进展缓慢,成果寥寥,最后终因成员间尤其是欧美等发达国家成员的分歧过大,至今还处于僵局之中。

“多哈”中止,也许在 GATT|WTO 成立时起就注定了,也注定了 WTO 本身的多桀,因为在 GATT|WTO 规则里同意了自由贸易区等双边贸易安排的合法性。在带有浓厚政治因素主导下的双边贸易安排,既发展了经济,又满足了政治诉求,但对非双边成员却带来了严重歧视,给 WTO 的非歧视性原则带来了严重减损,对 WTO 提出了严重挑战。根据 WTO 的官方统计,截至 2006 年 3 月,向世贸组织通报的区域贸易协定已达 340 个(其中 80%是近 10 年来缔结的),目前正在以平均每月一个的速度递增。已实施的区域贸易协定中,84%采取自由贸易区的形式。正在拟议的区域贸易安排中,自贸区比例高达 96%。国内生产总值排名前 30 位的国家(或地区)无一例外参与了不同区域经济合作组织,几乎所有世贸组织成员都隶属于一个或多个不同程度的区域经济合作组织。区域内贸易总量占国际贸易总量的比重已超过 50%,且呈快速上升趋势。

发达国家在对待 WTO 与区域贸易安排时采取的措施是两条腿走路的策略,当 WTO 不能满足其利益时,就会放弃甚至抛弃 WTO,转而发展区域贸易安排,并以此作为在 WTO 框架下谋求利益的筹码,发达国家何时使用 WTO 或区域贸易安排,完全取决于其自身的利益。美国、日本和欧盟等发达国家都在积极的推进区域贸易,巴西等发展中国家也在积极区域贸易安排,据预计到 2010 年,全世界将会存在 400 个特惠贸易协定,“多边组织(WTO)的影响力就将进一步被削弱,世界贸易正在进入双

边时代。”^①

首先,对美国来说,美国政府在过去几年里签署了一系列的双边自由贸易协定。布什及其首席贸易代表左利克充分利用了国会 2002 年赋予他们的谈判全权。按 2005 年初生效的美国与澳大利亚的协议,美国不仅要降低关税和其它壁垒还要努力达成保护知识产权的法律。与智利的协议给美国农庄主和工业企业开辟新市场,且含有保护美国在智利投资者的规定。美国政府在各个层面上推进其自由贸易方案,正在跟中美洲国家、多米尼加共和国、安第斯共同体国家(安共体)秘鲁、厄瓜多尔、玻利维亚和哥伦比亚谈判自由贸易关系,争取在地区性的全面自由贸易关系无法铺开的前提下至少能够保证局部的自由贸易。两个美洲之间建立自由贸易区的谈判现在停滞了下来,原因是美国和巴西之间对进入对方市场的观念有所不同,但最终达成协议的可能性极大,并且时间不会太长久。美国与摩洛哥、约旦、以色列、阿联酋和阿曼之间关于自由贸易的谈判则有所不同,与其说是经济性的,不如说是更具有政治意义。

对日本来说,日本在几年前多区域贸易安排是没有多大兴趣的,但随着 WTO 发展的减缓,日本开始注意发展区域贸易。日本的自由贸易努力可以说完全集中在了东南亚。它正在努力推进对东盟的地区性渗透。2002 年日本跟新加坡签署了日本第一个自由贸易协定。2004 年 12 月,东京推出了签署更多自由贸易协定的决定。日本拿出一个 12 点的基础计划,包括允许外国劳动力入境工作,保护知识产权,创建对投资者有利的框架条件,对企业实行特殊税率。这个计划把东南亚列为东京自由贸易努力的中心。日本是东盟集团的第 4 大出口市场和第 2 大进口来源国。东京把贸易政策视为其创建“东亚共同体”的基础,要夺回被中国和韩国夺走的“失地”。按东京的计划,到 2010 年,与自由贸易伙伴国之间的贸易额要从目前占贸易总额的 5% 上升到 25%。

由于多哈谈判停滞不前,日本对地区自由贸易谈判态度积极,其具体选择谈判对象的标准来自于 2004 年 12 月制定的“推进今后的经济合作协定(EPA)的基本方针”,以及 2006 年 5 月 18 日经济财政咨询会议提出的“全球战略的要点”。目前日本的 FTA 和 EPA 谈判重点对象为东南亚国家、印度、澳大利亚、智利、瑞士等。日本已经与新加坡、马来西亚签订自由贸易协议,近期将与菲律宾、泰国签署自由贸易协议。同时,日本与东盟 10 国整体的总括性经济合作协议已经展开多次谈判,目前还没有谈到完全自由化的时间,只是明确会在 2007 年 4 月达成合意。2002 年第六次东盟与中日韩领导人会议提出建立东盟十国与中日韩三国自由贸易区的方向,即“10+3”。2006 年 8 月 23 日结束的东盟经济部长会议上,日本正式提出了建立“10+6”自由贸易区的建议,即建立东盟与中日韩和印度、澳大利亚、新西兰自由贸易区。

最后,从欧盟来看,欧盟的建立,统一了欧洲大部分市场,但欧盟并没有满足,并且一再实施东扩计划,欧盟还在计划与东盟建立自由贸易区,把触角已经延伸到了亚洲;欧盟一再超导建立欧美自由贸易区,2007 年 1 月 3 日,德国总理默克尔表示,德国将在今年担任欧盟及八国集团轮值主席国期间推动欧盟和美国之间的经济合作,为欧美自由贸易区的形成而努力^②。欧美自由贸易区计划早在 1994 年初美国、加拿大和墨西哥建立了北美自由贸易区之后便被提出。

三、WTO 对区域贸易安排发展的评价

(一) 区域贸易安排具有诱惑性和局限性

WTO 现任总干事拉米先生 2007 年 1 月 17 日在印度工业联合会上发表演讲,深入浅出地谈及了区域贸易协定的发展现状、与多边贸易体制的关系及其未来走势等。拉米认为,双边的贸易协议不能取代多边贸易规则。

首先,区域贸易安排具有诱惑性。第一,双边的协议更易于达成一致。较少的成员意味着相互之间能够在较短的时间内达成特惠贸易协议;第二,双边的贸易协议能够在新的领域达成协议。因为这些成员在利益上具有相似性,往往具有更多共同的价值观,所以,双边贸易协议可以在一些新的、世界贸易组织成员之间根本无法近期达成一致的领域取得成果,比如,投资、竞争、技术标准、劳工标准以及环境保护条款;第三,近期签订的许多自由贸易协定蕴涵了政治的或地缘政治的考虑。对于发展中国家而言,与实力更强大的发达国家谈判和讨价还价,一般都会希望得到排他性的特殊优惠待遇、发展援助以及其它的贸易外的回报。这些自由贸易协定被视为一种工具,以之获得超过其它 WTO 成员的优势。双边贸易协议对于谈判者了解如何谈判,由此有助于加强一国的贸易制度。许多区域贸易协议构筑其和平的基础,实现更大程度的政治稳定性。最后,在多边贸易体制约束较为松

^① 《架空 WTO: 世界贸易进入双边时代》, <http://finance.sina.com.cn>, visiting on May 8, 2007.

^② 《德国重提建立欧美自由贸易区》, http://zcq.ec.com.cn/pubnews/2007_01_04/103024/1253004.jsp, visiting on May 12, 2007.

弛的领域，双边的贸易协议往往可以被用作国内改革的工具。

其次，区域贸易安排具有局限性。第一，特殊优惠贸易协议的缔结会产生一种进一步实施歧视待遇的激励机制，最终将伤害到所有的贸易伙伴。协议外的国家将试图与协议内的某个国家缔结自由贸易协议，以此避免被排除在特殊优惠待遇的圈外。拉米称之为“多米诺骨牌效应”。拉米以此为据解释为何最近在亚洲频频出现谈判区域贸易协定的活动。换言之，其后果是，通过缔结特殊优惠待遇协议获得优惠，并以此对抗竞争者，这种特殊优惠往往难保长久。诚如拉米所言，一个国家缔结的此类特惠协议越多，所得的特殊优惠之意义越小。第二，双边的贸易协议无法解决系统的问题，比如，原产地规则、反倾销、农业和渔业补贴等。这些难题是不可能通过双边的路径得到化解的。拉米先生接着以取消或减少具有贸易扭曲性质的农业补贴和渔业补贴为例，解释了这些领域的贸易谈判的复杂性。第三，区域贸易协议的迅速增多会极大地使贸易环境复杂化，形成一张杂乱无章的规则之网。拉米以原产地规则为例解释了区域贸易协议的此种后果。有越来越多的 WTO 成员成为了十个或十个以上的区域贸易协议的成员。对于 WTO 某一特定成员而言，绝大多数区域自由贸易协议包括了以特定的协议为导向的原产地规则。此种独立的原产地规则有其必要性。因为这样的规则可以确保通过某特定的区域贸易协议获得的特殊优惠待遇给予了你的贸易伙伴而不是给了别人。这同时也使企业的生产过程复杂化了。因为这些企业为了迎合不同的特惠市场对原产地规则的不同要求而不得不反复更改其产品。这也使海关官员的工作复杂化了。因为虽然他们面对的产品是相同的，但是由于产品的来源地不同而不得不做出不同的评估结果。由此，贸易管理制度的透明度就被大打折扣了。最后，对于许多弱小的发展中国家而言，与一个大且强的发达国家磋商双边的贸易协议意味着分量不足，谈判实力不够。这显然不如多边场合的谈判能力。

（二）正确处理 WTO 和区域贸易安排的关系

世界贸易组织现任总干事拉米一针见血地指出：迄今，区域贸易协议没有忘记自己是在 WTO 的许可之下存在的，并且必须遵守一定的条件。我们如今所要面临的挑战乃是如何确保这些区域贸易协议对世界贸易体制的健康发展做出贡献。拉米倡导说，我们必须想方设法把区域贸易协议抑制全球福利和限制规模经济的风险最小化。换言之，拉米认为我们需要扬区域贸易协议之长而避区域贸易协议之短。拉米又自问道：我们到底应该走双边之路还是走多边之路呢？拉米表示，我们应该选择一个强大的、现代化的多边贸易体制，辅以区域贸易协议。后者将不断发挥其有利之处而不是削弱其有利之处。一个强大的、现代化的多边贸易体制将得到新一代区域贸易协议的补充而不是被后者取而代之。^①

四、发展区域贸易安排是我国实现外贸持续发展的重要契机

（一）我国区域贸易安排发展状况

我国 2001 年底加入 WTO 所做出的承诺是由具体历史条件所限的，它们包括：对我国的纺织品特保条款、过渡性保障措施和非市场经济地位。这三项承诺本身就是对 WTO “非歧视性和公平原则”不相一致的。自我国加入 WTO 五年来，三大不利条款给我国带来的不利影响正在显现，我国遭遇的贸易摩擦不断。可见我国在加入 WTO 的那一刻起就遭遇了不公平待遇。

我国到目前为止利用的区域贸易安排还很少，我国目前已经正在发展或已经签订的区域贸易安排有中国——东盟自由贸易区、中国——智利自由贸易区，从贸易发展看，目前我国对这些国家大部分存在贸易逆差，而区域贸易安排的贸易量比重还很小，我国利用区域贸易安排发展对外贸易的现状是发展缓慢、数量少、效果小。我国对外贸易的发展更多的是利用 WTO，很少利用区域贸易安排，这是与当前国际贸易的发展现状是不符的。

对于我国来说，游离于自由贸易区之外，一方面使我国坐失积极参与区域贸易安排的国家在激烈的国际竞争中占尽先机；另一方面，由于区域贸易安排对区内国家实行优惠待遇，其成员对区外贸易伙伴仍保留各自原有的贸易壁垒，因而它所产生的贸易转移效果和排他性效应日益明显，致使我国受到程度不同的歧视性影响。同时，自由贸易区，是世界贸易组织明文允许存在的例外，不予以积极利用就没有充分利用世贸规则来为我国谋取应得的利益。因此，无论从理论上还是从实践上我国都应重视和利用自由贸易区来推动我国外贸的进一步发展，并进一步建立和巩固我国在自由贸易区内的领导地位。

（二）其他国家的区域贸易安排对我国外贸发展的不利影响

^① 李良才：《WTO 现任总干事拉米论区域贸易协定》，<http://www.bloglegal.com/blog/cac/750000755.htm>. visiting on May 10, 2007.

从国际贸易体制发展趋势来看,区域贸易安排将在相当长的时期内存在;从国际贸易本身的发展来看,区域贸易安排发展的国际贸易量将超越 WTO 贸易发展的数量,而且将可能大大超出。

大量的区域贸易安排会产生贸易转移效应,当从区域外某个国家进口的低成本产品,被同盟内某成员国的高成本产品替代的时候就发生了贸易转移。贸易转移会减少非成员国向区域内国家的出口,对原来具有低成本优势的出口国肯定是非常不利的。当世界其他国家之间寻求区域贸易安排时,我国部分具有成本优势的产品也会面临挤出国外市场的可能,特别是发达国家与其他与我国存在竞争关系的国家之间的区域贸易安排对我国产品的出口会造成致命的打击,如由于我国与部分东盟国家在美国进口商品的生产上竞争关系非常明显,因此美国与东盟国家组成自由贸易区时,会对我国劳动密集型产品的对美出口形成巨大压力。

同时,区域贸易安排带来的其他动态利益会间接削弱其他国家的竞争力。根据国际经济学的理论,区域贸易安排的建立会产生一系列的动态效益,比如说能够使参与国在更大范围内获得成本更低的原料、技术等生产要素,使参与国的经济资源得到更好的配置,同时也可能由于规模经济效应的显现使成员国的产品更有竞争力,从而对国外产品的进口造成严峻的冲击。可以说,区域贸易安排会使参与国之间以及参与国和区域外国家的生产及交换活动重新进行调整,在这种调整过程中,贸易利益就可能走向区域内的国家。对我国来说,其他国家之间的区域贸易安排对我国的进出口结构将会产生重大影响,特别容易使我国进口量加大,使贸易入超的可能性增加,从而给我国的宏观经济形成一定的冲击。

(三) 我国积极发展和实施区域贸易安排的对策

区域贸易安排在我国已经引起了国家的高度重视。在立法措施上,2004年新《对外贸易法》在总则中第5条规范了区域合作组织的内容,为我国建立或者加入自由贸易区提供了重要的法律依据。2006年9月29日,吴仪副总理在国家知识产权战略制定工作领导小组第二次全体会议上指出了发展区域贸易安排的迫切性和重要性。^①

然而在实践中,中国在发展以WTO为代表的多边贸易的进程中取得了巨大成果的同时,在开展区域贸易合作方面相对滞后。回首WTO成立五年来的成果,中美均为WTO多边贸易的受益者,然而形成鲜明对比的是美国一路轻松走来,而我国却步履维艰。究其原因,多边贸易体制好比“大集体”,区域贸易安排好比“自留地”,美国拥有“大集体”和“自留地”两种土地资源可以耕种收成,甚至“自留地”的收成要多于“大集体”的收成;而中国却只能依靠“大集体”,没有“自留地”可以耕种。因此,目前摆在我们面前的核心问题是如何找出适合中国国情的FTA之路,并做到后来者居上。WTO和FTA的关系,从法律层面看,FTA内外有别的制度规则与WTO非歧视基本原则是相悖的,对WTO规则造成了巨大的冲击。同时,小而灵活的FTA对整个大的WTO框架造成了“割据”局面。因此,中国如何利用FTA进一步推进WTO的发展,是我们面临的又一大现实问题。中国为了实现经济和外贸的可持续发展,需要在多边体制和FTA之间找到一个平衡点,并以点带面扩展开来。以北美自由贸易区的经验来看,我国应当主动承担起大国的责任,在区域贸易合作中发挥主导作用,为广大发展中国家树立起一面旗帜,在投资、环境、劳工和就业等领域主动做出让步和牺牲。中国要以FTA之路成就中国和平稳定的经济发展之路,造就中国经济、政治安全体系,并最终为“构建和谐世界”的发展做出贡献。^②

综合上述,我国应当尽快形成持续发展的经济合作格局。多边贸易体制、区域经济合作和双边贸易协定都是世界各国可以采用的自由贸易制度。目前,受新地区主义及多边贸易体系谈判中断的影响,许多国家加快了区域经济合作和双边经济合作的步伐。我国需要加快同东亚、中亚、俄罗斯、印度等国家和地区的合作步伐,形成一个有利于我国持续发展的经济合作格局。^③

^① http://www.nipso.cn/gzdt/t20061011_83000.asp. visiting on May 20, 2007.

^② 沈四宝教授于2006年12月7日参加了由全国政协全国委员会发起并举办的主题为“区域经济合作:中国的选择和展望”的“21世纪论坛”,并做作了主题为《中国的FTA之路——以北美自由贸易区为例》专题演讲, <http://www.intereconomiclaw.com/article/default.asp?>. visiting on March 20, 2007.

^③ 易小准副部长在“应对贸易摩擦——创新与发展”主题研讨会上的讲话, <http://yixiaozhun.mofcom.gov.cn/aarticle/collection/200612/20061204103545.html>. visiting on May 21, 2007.

参考文献:

- [1] 舒波:《北美自由贸易区成效分析及利益比较》,载《世界经济研究》2004年第7期,第60页。
- [2] 沈四宝、王秉乾:《北美自由贸易区的经验及对我国的启示》,载《法学杂志》2005年第6期,第104页。
- [3] 沈四宝:《面对WTO发展新挑战——中国发展对外贸易的战略思路》,载《国际贸易》2006年第9期,第30页。

Abstract: The area trade arrangement is originally permitted by the WTO, but the excessive area trade arrangement made by the developed countries has already affected the development of the WTO itself, especially after Doha round negotiations terminated, with the development of area trade arrangement becoming swift and violent, the WTO is already in the danger of being edged. Thus, our country must formulate the strategy on the area trade arrangement as soon as possible to maintain the healthy development of our country's foreign trade through developing the area trade arrangement vigorously.

Key words: the development of free trade arrangement; world trade organization; China's countermeasure

论 CEPA 争端解决机制的构建

慕亚平 林锦如

【摘要】基于“有权利则有救济”的法理，CEPA 应具有相应的争端解决机制。然而，到目前为止 CEPA 及其补充协议却没有对此作出具体规定。本文在指出缺乏争端解决机制的缺陷后，提出 CEPA 应借鉴多数国际协定的做法，建立独立的争端解决机制；在充分考虑 CEPA 本身的特点的基础上，这种争端解决机制可在目前联合委员会的基础上完善，使原本主要依靠的政治性解决手段具有“司法性因素”，并充实其程序性和可操作性。

【关键词】：CEPA；争端解决机制；政治性；司法性

《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》（以下简称 CEPA），作为一国之内两个单独关税区之间的经贸关系安排，其创立是独一无二的，现有任何一种具有国际性的经贸关系安排都难以作为其标准范例来效仿。同时，因 CEPA 产生较仓促，协议中忽略拟或回避了一些区域经贸关系安排必需的内容，争端解决机制就是一个被有意回避而不容回避的重要问题。尽管，CEPA 将在 2008 年进入第五阶段，在货物贸易、服务贸易与投资方面的规定逐渐细化，但争端解决机制仍没有得到足够的重视。应该说，随着 CEPA 实施的深入争端在所难免，而建立 CEPA 争端解决机制也成为必需。本文从对 CEPA 协议相关规定缺失的分析入手，并阐述了建立争端解决机制的必要性，进而提出 CEPA 下建立争端解决机制的一些建议和设想。

一、CEPA 协议中没有争端解决的具体规定

争端的解决有两种途径，一是预防性的解决，一是事发后的解决。假如合同当事人签约时能尽量全面地预见各种可能的利益冲突，致使合同条款通常充分融合与协调了双方的利益，将能从根源上避免争议的产生。然而预防并非总是有效的，因为当事人在签约时常常难以预见所有可能出现的情势，加之双方的利益和立场也会发生变化。于是争议就会产生，就需要寻求一定手段予以解决。对于区域经贸关系安排也是如此。从我国的以往实践看，“在与其他国家订立的双边贸易协定中，大多列入了争端解决条款，有的还规定缔约双方设立政府间混合委员会，或由两国政府以换文等方式设立政府间混合委员会，以便审查贸易、经济、技术合作协定的执行情况和就有关争端的解决向缔约双方政府提出建议。”¹CEPA 在这一方面秉承了这种传统，建立了联合指导委员会。

尽管 CEPA 协议顺利实施，但协议无论是主文及其附件还是后来的四个补充协议，基本上都是针对货物、服务贸易和投资的修正，并没有具体涉及争端解决的规则。唯一与争端解决有关的是 CEPA 第 19 条关于联合指导委员会（以下简称委员会）职能的规定，其中第 3 款第 2、3 项规定：由委员会解释《安排》的规定，解决《安排》执行过程中可能产生的争议。这个规定存在有以下方面的问题：

1、委员会职能及职责范围规定得宽泛而不明

《安排》规定，委员会由双方高层代表或指定的官员组成。双方的高层代表或官员一般指中央与香港特别行政区的政府部门的高级公务员，就性质而言，它应该是一个管理机构。但是《安排》

【基金项目】 本文为国家“985 规划”哲学社会科学创新基地中山大学港澳研究资助项目及广州市哲学社会科学“十一五”规划项目的阶段性成果。

【作者简介】 慕亚平（1956—），男，河南滑县人，中山大学法学院教授，WTO 与 CEPA 法律研究中心主任，中国国际经济法学会常务理事，主要从事国际法、国际经济法研究。

林锦如（1982—），女，广东揭阳人，中央人民政府驻澳门特别行政区联络办公室官员。

¹ 沈木珠：《WTO 争端解决机制与其他国际争端解决制度之比较——兼论 WTO 机制对我国大陆相关制度的影响及应对》，载于《金陵法律评论》2002 年秋季卷，第 56 页。

赋予它的职能却是多方面的，远远超越了一个行政管理机构应有的范围。除了解释《安排》与解决《安排》执行过程中可能产生的争议外，还包括监督《安排》的执行；拟订《安排》内容的增补及修正；指导工作组的工作；最后还有一个兜底条款，即处理与《安排》实施有关的任何其它事宜。如此宽泛的职能，不仅容易引起委员会内部职能的混乱，降低工作的专业性与效率，而且容易导致权力的滥用，不利于争议的解决。同一机构既有创立规则的权力，又有执行与监督的权力，还有裁判是非对错的权力，究竟能在多大程度上行使解决争议的职能是值得探讨的问题。

2、《安排》及其补充协议均无委员会争端解决的规定

整个《安排》是一个框架性协议，通过附件与补充协议细化，但是这些附件与补充协议委员会职能只字不提，包括委员会的争议解决职能。争议解决职能的有效进行，需要一整套相应的法律规则辅佐，委员会应该解决什么争议，怎样解决，依据是什么等等问题都是需要明确的。若要设立专家组或工作组来负责争端解决，其设立的程序，成员的资格，进入程序的方式，工作组遵循的原则和规则，争端解决的效力和相应的救济，以及最后的执行等等都应该有明确的规则。但是《安排》及其附件和补充协议都没有只字片语。解决争议的过程没有一定的程序可以遵循，缺乏一定的透明度和预见性。因此，从一定意义上说，CEPA 现有的规定缺乏制度性。

3、《安排》具有法律性质却没有相应的法律救济

CEPA 是法律文件，为当事双方创设了权利义务。有权利即有救济，没有救济手段或者没有有效的救济手段的权利是空白支票。《安排》规定，双方将本着友好合作的精神，协商解决《安排》在解释或执行过程中出现的问题。委员会采取协商一致的方式做出决定。“友好合作”与“协商一致”是原则，表明双方在争端出现时应有的态度和寻求和谐解决的愿望，但本身带有浓厚的政治色彩，性质上属于政治解决手段²。应该说，通过政治手段解决有其优势，但是它的不确定性，任意性、缺乏法律约束力和非程序性等弊端却决定了它不能成为争端解决的唯一手段，或至少不是最后手段，这也符合国际社会较有成就的争端解决机制的做法。这些争端解决机制往往将司法性或准司法性的方法同时采纳入其中，作为与政治解决手段相辅相成的一套规则，以完整解决产生的争端。

4、“《安排》执行过程中可能产生的争议”的范围不清

由于《安排》规定不明使得人们会产生许多困惑：譬如，这种争议是两地政府之间的争议？还是各地区的配套实施细则的争议？是《安排》下受影响的两地私人权利义务的争议？还是也包括受安排影响的香港与内地之外的国家、地区甚至私人之间或者其与两地的政府、私人之间的争议？WTO 是成员间即国家（非主权单独关税区）与国家（非主权单独关税区）之间的争议，NAFTA 是国家之间或国家与私人之间的争议，EU 显然也规定了个人的出诉权，那么 CEPA 下产生的争议应该是何种争议呢？这些问题都应当明确规定。

从 CEPA 长足发展的角度看，必须建立真正意义上的争端解决机制。“从一定意义上说，没有争端解决规则的 CEPA 是不完整的，或者说是有缺陷的。”³争端解决机制“不仅有解决争端维持贸易秩序的职能，还有贸易论坛的作用，及时反馈经济基础对上层建筑的要求，创设和改进制度规定，丰富和发展法制对经济的反应”，并且通过研究 CEPA 下争端解决机制，提高我国在与他国处理双边或多边贸易或投资争议时的应对能力。

二、建立 CEPA 争端解决机制模式的选择

要设计 CEPA 的解决争端机制至少有以下选择：一是借用其他区域贸易协议的争端解决机制；二是直接适用 WTO 的争端解决机制；三是通过国内法院诉讼或仲裁解决争端。究竟应当选择怎样的模式，通过以下分析，寻求有效、可行的方法。

（一）倘若借用其他区域贸易协议的争端解决机制

² 当然，笔者认为，这款规定并不能称为“争端解决规则”或“争端解决机制”，因为它缺少争端解决规则或机制所需要的具体规则。

³ 慕亚平、肖丽：《应当构建 CEPA 下的争端解决机制》，《中山大学学报》（社会科学版），2004 年第 4 期。

北美自由贸易协定 (NAFTA) 的争端解决机制被认为是“行之有效”的, NAFTA 由政治、经济、文化状况各异的发展中国家和发达国家组成, 协定内容的范围很广, 已出 WTO 的范围, 建立公正、迅捷的争端解决机制是 NAFTA 的三大目标之一。而且 NAFTA 争端解决机制的经验是较为成功的, 以至被认为是 NAFTA 的主要贡献之一。

NAFTA 的争端解决机制有三套: (1) 适用于缔约国与另一缔约国投资者之间的投资争端的争端解决机制; (2) 适用于反倾销与反补贴税事项的审查与争端解决的争端解决机制; (3) 上述两项内容以外的一般性争端解决机制。此外, 在《北美环境合作协定》和《北美劳工合作协定》中分别就环境和劳工争端建立独立的争端解决机制, 因此被称为“分散型争端解决机制”。NAFTA 争端解决机制与 WTO 的 DSU 相似, 具有较强的司法性, 先经过双方协商, 在不能达成协议时, 才可申请成立专家组。

CEPA 不能直接移 NAFTA 的争端解决机制。除了两个协定规范的内容范围不同, 例如 CEPA 排除了两地之间的反倾销与反补贴, 没有调整知识产权、环境保护等领域之外, 还因为 CEPA 是一个主权国家下相毗邻的内地和香港之间的协议, 尽管各方面存在差异, 但是, 矛盾并非不能调和的, 在根本利益和立场上两地是一致的, 若采纳 NAFTA 过强的司法性似乎可影响两地原有的和谐, 例如 NAFTA 规定了报复手段, 但对这种手段的滥用没有设计一定的监督机制, 也没有执行建议, 而 CEPA 两地之间裁判的执行, 是不可能采用报复手段的。

另一个例子是 APEC 的争端解决机制⁴, 与 NAFTA 相反, APEC 争端解决最显著的特点就是软弱。APEC 认为应尽可能地避免争端的发生, 至少在争端发生的先期就予以解决; 若争端不可避免地发生了, 则应根据当事人的不同身份适用不同的争端解决机制, 例如 WTO 的 DSB。有人指出, APEC 的争端调解只是对现有国际争端解决机制, 特别是 WTO 争端解决机制的支持和补充⁵。APEC 的争端解决机制的相对柔和与较弱的法律性质是由 APEC 的性质及其成员结构所决定的。在 APEC 中发达国家与发展中国家并存, 亚洲地区的国家有厌诉的法律传统, 美国在其中的利益具有战略地位, 因此各方注重关系的延续性多于具体争端的解决或者说利益的瓜分是你多一点还是我多一点。而近年来 APEC 的争端解决机制本身也面临着危机, 学者们认为这种软弱的争端解决机制亟需改革。一方面, 一个尚未成熟、缺乏独立性的争端解决机制不能被 CEPA 直接借用, 移植 APEC 的现有争端解决机制可能会导致移植各种不同的争端解决机制, 而难以预见被引入的争端解决机制是否符合 CEPA 追求的目标, 或公正地解决争端。退一步讲, 即使 APEC 建立了成熟独立的争端解决机制, 这种移植也是过于鲁莽的。虽同属 RTAs, 中国也是 APEC 的成员, 但 CEPA 是一国主权之下的单独关税区的协议, CEPA 涉及的政治冲突和妥协的味道没有 APEC 那么强烈, 它在建立争端解决机制中遇到的阻力没有 APEC 那么大, 因此, 应该建立有较强法律性或司法性的争端解决机制。另外, 从调整范围看在 APEC 下可能范围内除政府间的争端外, 大量涉及私营部门之间的争端, CEPA 下产生的争端则是政府之间的争端。

我们认为, CEPA 的争端解决机制应在有较强法律性的 NAFTA 与较弱法律性的 APEC 之间寻找适当的平衡点。

(二) 倘若直接适用 WTO 的争端解决机制

WTO 在《谅解协定》中规定了反向协商一致原则, 实际上构成了对争议的自动或强制管辖。由于香港和内地都是 WTO 的成员, 在 CEPA 下的争端解决是否必须诉诸 WTO 的争端解决机制, 以作为履行 WTO 义务的表现呢?

从理论上讲, RTAs (区域贸易协议) 与 WTO 规则既有兼容性又有互补性, 因此, RTAs 的争端解决机制与 WTO 的争端解决机制既有兼容性又有互补性。兼容性意味着 WTO 的争端解决机制与 CEPA 的争端解决机制可以并存。CEPA 作为 WTO 之下的自治性协议, 有一套可以自给自足内部运作的制度, 世界上其他 RTAs 也是如此。WTO 并没有禁止 RTAs 建立相应的争端解决机制, 也没有提及 RTA 的争端解决管辖范围, 只是建立了一个区域贸易协定委员会负责审查 WTO 这种区域贸易协定, 作为协调

⁴ 其实能否称为争端解决机制还是有争议的。因为它并不存在一套制度化的组织系统和规则系统。

⁵ 徐永志、高波:《争端解决机制模式探讨》,《金融教学与研究》,2001年第4期。

冲突的机构；互补性意味着 CEPA 必须建立独立的争端解决机制，因为其许多方面是 WTO 规则没有触及的，是 WTO 争端解决机制不能解决的。基于这种互补性，有人主张将 CEPA 的争端分为 WTO 体制内的争端和 WTO 体制外的争端，并认为对于 WTO 体制内的争端可以但并不必然诉诸 WTO 的 DSB 解决，而对于 WTO 体制外的争端，应通过国内解决方式来解决⁶。这种划分以“非此即彼”为逻辑前提，本身就值得商榷。对于争端是属于体制内还是体制外本身就是一个争议，事实上争端兼有体制内和体制外的性质是完全可能的。在多元化的国际社会，我们更提倡“司法包容”⁷，而不是划分管辖范围。现行的 NAFTA 和 EU 也是倾向于这种思路。以 EU 为例，EU 并没有为自己在争端管辖上与 WTO 划分“势力范围”制定明确的规则，而是由法院在具体案件中运用司法包容的思想作出合适的判决。⁸再从其他 RTAs 的实践可见他们都不同程度地设置了独立的争端解决机制：譬如，NAFTA、EU、MERCOSUR（南部共同市场）、AFTA（东盟自由贸易区）都是如此，尽管它们的成员绝大部分同时是 WTO 的成员。

我们认为，即使 CEPA 所涉及的争端在 WTO 的范围内，也不适宜适用 WTO 的 DSU，尽量避免将争议提交到 WTO。因为，CEPA 是一个主权国家下的不同区域之间的双边协定，争端属一国之内的争端，不适宜将之提交到 WTO 使之国际化，尤其是 WTO 允许有利益关系的第三方参与 DSU，这会进一步增加问题的复杂性，也有可能使我国遭受的损失进一步扩大。正如有学者指出的，“两岸四地”的贸易争端若是诉诸于 WTO 的争端解决机制，则容易引起贸易争端的政治化与国际化。主张建立两岸四地的自由贸易区后，即使在 WTO 体系内解决内地与香港、澳门之间的争端，仍然较有可能在磋商阶段就得到解决，而不宜进入专家组审议阶段，以免使一国两地的贸易争端解决国际化⁹。这种看法是具有合理性的。

因此，CEPA 应尽可能避免将争端提交到 WTO 争端解决机制中，而应结合 CEPA 自身特点建立独立的争端解决机制，这样更有利于争端的解决，避免争端脱离我们的控制范围。当然，与 WTO 的争端解决机制的关系是不可忽视的一个问题。

（三）倘若通过国内司法手段解决争端

与 CEPA 有关的争端可能包括私人之间或者香港与内地政府之间以及私人与内地政府或私人与香港政府之间的争端，甚至包括以 CEPA 成员外的国家或地区为一方的争端。但我们认为，CEPA 下的争端应该仅指成员方之间即内地与香港政府作为平等双方的争端。私人的利益若是受到损害，可以请求所属政府提请争端解决。若建立争端解决机制，当然主要以 CEPA 正文及其附件、补充协议为适用的法律。整个 CEPA 所涉及的是两地政府之间的权利义务，其争端解决机制的双方也只能是两地政府。两地政府之间争议的性质既不是平等主体的财产或人身关系纠纷，也非管理者与被管理者之间关系的争议，而是同一主权国家下的不同地区政府之间争议。从现行的法律来看，内地法院与香港法院显然没有管辖权，进而也就无法开展司法协助。内地与香港法院或仲裁机构只能受理私人之间或者私人 and 政府之间的争端，依靠国内司法手段是无法解决 CEPA 下的争端的。

同时，内地与香港的司法手段也不适宜用于解决 CEPA 下的争端。CEPA 双方是地位平等的主体，任何设定由一方由另一方的法院管辖并适用其国际私法的规则都是不合理的。

通过以上的分析，我们认为上述模式均不能适合 CEPA 协议并解决 CEPA 下的问题，因而主张应当建立 CEPA 独立的争端解决机制。

三、CEPA 下建立争端解决机制的建议和设想

根据 CEPA 协议的性质和现今区域贸易协议的特点，参考 WTO 多边贸易协议和 NAFTA 等区域贸易协议业已建立的行之有效的争端解决机制和实践经验，应该建立 CEPA 独立的争端解决机制，但我们

⁶ 李存捧、胡春绣：《中国入世后大陆、香港、澳门经贸法律新问题研讨会综述》，《中国法学》2002年第4期，第187页。

⁷ 程红星《区域贸易协定和WTO规则冲突之司法包容——法律多元化的视角》，中国法学会国际经济法学研究会第一届年会会议论文（2005年），第1017页-1027页。

⁸ 同上。

⁹ 吴立志：《论“一国四席”下WTO争端解决机制的运用》，《株洲工学院学报》第17卷第1期，第63页。

不赞成建立“法律导向的、严密的争端解决机制”¹⁰，主张建立的 CEPA 争端解决机制应当是兼有政治性和法律性，协商与（准）司法相辅相成的争端解决机制。

（一）应充分考虑 CEPA 下建立争端解决机制的特点

应当关注 CEPA 与 WTO 以及其他 RTAs 的区别：其一，CEPA 双方均具有双重身份，既是 WTO 的成员，又是处于同一主权下的两个政府，同处于一部宪法之下，在根本利益和立场上是一致的，且中央政府的协调起着很大作用。因此，CEPA 争端解决目的在于促进两地经济共同发展，是“同向”的。而多数 RTAs 缺少这种根本性同一，以力量的相互牵制达到一种平衡结构，因此其争端解决机制更多的是一种权利义务的失衡到平衡，目的在于维护之前通过谈判达成的结构，这一点从 WTO 和 NAFTA 的报复措施就可看出。其二，内地的法律传统偏向大陆法系，香港则属英美法系，在运用法律手段解决争端时必须调和两种体系，达成一个平衡。例如在文书送达、举证责任、当事人诉讼权利保障、法官职能、裁判效力等方面。其三，内地有追求社会和谐的传统，凡事“以和为贵”，香港追求个体权利，信仰法律的公正，动辄对簿公堂。因此采用单一的争端解决手段似乎都难以被双方接受；其四，内地的经济水平落后于香港，需要尽快发展，同样经过金融危机之后的香港经济也需要新的发展动力刺激经济，因此在建立 CEPA 争端解决机制时，应充分考虑签订 CEPA 的本意和促进经济发展的目的，注重争端解决结果的灵活性。

（二）应充分考虑法律定向拟或政治定向

建立 CEPA 争端解决机制时应充分考虑该争端解决机制应采取哪种模式，在这方面存在较大争议：有主张司法性取向，有主张政治性取向的，也有主张建立“法律导向的、严密的争端解决机制”的。司法性是多数多边与双边协议争端解决机制的定向。WTO 争端解决机制的司法性，至少是准司法性受到了多数学者的赞同，认为是从“权力”到“规则”的转变，有学者指出：“WTO 的争端解决机制运行最规范，使用最频繁，成效最明显，而这些都是与其司法化运行分不开的。”¹¹政治性手段例如协商、谈判被认为不透明、拖沓、对弱者十分不利，而且涉及的范围比较有限。

我们主张，CEPA 争端解决机制应该将两者结合起来，不能过分强调司法手段而忽视政治手段。中国以往签订多边或双边条约，“应尽可能通过友好协商解决”是最常见的措辞，其“争端解决条款均强调缔约方间的贸易争端应通过谈判与友好协商方法解决，从而确立了谈判与协商在我国内地和外国间贸易争端解决机制中的重要地位，并成为该机制最常用的方法。”¹²这种取向与我国在外交事务上主张慎重的政策相符。但随着中国加入 WTO、与世界其他国家与地区的交往密切和法治建设的深入，政治方式似乎已经不足以作为唯一的争端解决手段，法律解决手段应该受到重视。但是 CEPA 双方是内地与香港，在根本利益与立场统一的前提下，政治性手段的优势是很突出的，特别是中央的协调，这种手段的力度就更大了。而司法性手段的意义在于，在无法实现协商或达成谈判时，为双方提供一个程序化的平台，利用法律的公正性去解决争端。

目前多数双边或多边机制均认为，应该尽可能地将争端解决于初期阶段，争端各方在协商阶段全面交换意见，争取达成共识，即协商先行，无论其后是采取什么方式解决¹³。这种协商先行的模式是典型的政治手段，成本低，有利于争端的解决，也有利于进一步的合作。至于协商之后不能达成共识采取何种模式则是有争议的。NAFTA 采取的是仲裁模式，除协商和自由贸易委员会会议¹⁴之外，还包括仲裁小组。一方可以请求自由贸易委员会成立专家仲裁小组，专家仲裁组的最终报告没有拘束力，各方在收到最终报告后，就应为争端解决达成符合仲裁决定和建议的协议，该协议才是具有约束力的。WTO 的模式司法性比较强，程序要求比较严格，协商是必经程序，之后在严格的时限安排下进

¹⁰ 陈立虎、赵艳敏：《区域贸易协定中的争端解决机制研究——兼析 CEPA 第十九条》，中国法学会国际经济法学研究会第一届年会会议论文集（2005 年），第 1052-第 1062 页。

¹¹ 那力、仲欣欣：《论 WTO 争端解决机制的“司法化”趋势》，《当代法学》，2002 年第 4 期，第 9 页。

¹² 沈木珠：《WTO 争端解决机制与其他国际争端解决制度之比较——兼论 WTO 机制对我国大陆相关制度的影响及应对》，《金陵法律评论》，2002 年秋季卷，第 56 页。

¹³ 事实上现在在西西方国家国内私人争议中越来越常见的 ADR（alternative dispute resolutions）也是对传统司法手段的一种重新审视。

¹⁴ 当事方可以要求委员会采取适当措施来解决争端，包括征求技术顾问或者专家意见，或者斡旋、调停等。

入专家组的设立和提出报告阶段，当中还会有期间评议作为进一步协商的手段，并且，WTO 设置了上诉机构审查法律问题。结果经 DSB 反向一致即为通过，在执行方面引入报复，以增强其执行力度。还有一种是被称为“联合委员会模式(joint committee mode)，如《美国—新加坡自由贸易协议》的实例。”¹⁵这种模式也与 CEPA 现行体制有相似之处而比 CEPA 更进一步。与 CEPA 联合指导委员会相似，美新双方成立一个由高级政府官员组成的联合委员会，“委员会职能主要是监督和评估协议实施的效果、解决与协议有关的争议，以及解释并提出协议的修正案等。”¹⁶但与 CEPA 相比，该委员会的职能更加具体与具有可行性。而且，委员会的职能并不是最终的，如果在一定期限内，委员会不能解决某项争议或其结果不适当，则双方政府应该直接协商解决，但也可以成立一个临时性的争议解决专家组，通过该专家组的裁定来解决争议。

这三种制度各有特点，是各自符合所服务的多边或双边协定或组织的，但是又有共通之处，即在不同程度上强调了“协商”与“成立专家组（或类似机构）进行准司法性质的裁判”相结合的重要性。相对来说，双边机制更强调协商，但是也将准司法手段作为最后的手段或者“随之而来”的手段。因此，从 CEPA 现行的机制来看，似乎有两个方面的内容应该完善。一是委员会在协商阶段的职能和角色，以及协商的程序和规则，包括进入专家组阶段的条件。二是专家组阶段即司法手段的空白。笔者比较赞成第三种模式，在委员会指导下进行充分协商之后进入专家组阶段，认为它比较适合 CEPA 下的争端解决。

（三）应安排好争端解决机制的具体设置

1、为 CEPA 争端解决机制设置明确的指导原则

法律原则是某一共同体经过长时间沉淀下来的价值的体现，亦是贯穿于法律规则中指导法律规则的基础。在建立每一部门法或为某一社会关系立法之时，首先应该考虑的是贯穿于该部门法或法律文件的法律原则。因此，构建 CEPA 争端解决机制首先应该为该争端解决机制设置明确的指导原则。正如上文所述，CEPA 双方是中国内地与香港，因此首先应当遵循一国两制原则；并且由于双方均为 WTO 成员，必须遵守 WTO 下义务，保证 CEPA 下的争端解决机制在不违反 WTO 所有法律文件，特别是有关区域贸易协定的条款以及 DSU 的背景下顺利运行。

综合运用政治与司法两种手段解决争端是时，在司法手段方面，遵循司法独立与公正的原则，此为现代国内或国际争端解决方法的基本要求。在政治手段方面，建立平等、友好的原则，使协商的作用得以有效发挥。

最后，为争端解决机制设置若干程序方面的原则，例如争端解决程序的透明度原则，信息对称原则，程序效率原则等，

2、CEPA 争端解决机制具体制度的安排

在制度建立上，应避免建立复杂、庞大、繁琐的机构和程序，以求争端能够有效、快速得到解决，避免争端本身成为 CEPA 进一步顺利实行的障碍；加强协商的作用，避免使之成为“走过场”的程序。具体主要体现在下面四个方面：

（1）协商阶段。建立 CEPA 争端解决机制应该强调协商的作用，为协商阶段制订完备的程序规则。在协商的方式上，明确协商先行原则，要求 CEPA 双方在发生争端时应该及时通知对方，并与对方充分协商，而另一方有接受协商的义务。为了避免一方以协商为由拖延争端的解决，应该为协商这一程序设定合理的时限，规定如果在该合理时限内未能达成协议，则自动进入下一阶段。在协商阶段，应该保证双方向对方提供足够的信息，因此应该建立相应的证据交换程序。

（2）司法阶段。针对专家组成员的资格和产生，建议模仿仲裁方式，建立一份专家组名单，吸纳国内有关专家作为备选，以保证争端解决的质量。对于专家组阶段所应采取的具体的模式，我们认为现行若干种模式无论在设置上，还是在具体运行中，都有与 CEPA 本身的特点不甚相容，例如

¹⁵ 韦经建、王小林：《论 CEPA 的性质、效力及其争议解决模式》，《当代法学》，2004 年 5 月，第 18 卷第 3 期，第 123-124 页。

¹⁶ 刘世元：《区域国际经济法研究》，吉林大学出版社 2001 年版。