

RCEP 争端解决机制构建研究 *

王 茜 高锦涵

【内容摘要】 争端解决机制是自由贸易安排中不可或缺的一部分，关贸总协定和世界贸易组织争端解决机制的对比，有力地证明了一个完善的争端解决机制对贸易协议的促进作用。因此，对于 RCEP 而言，构建一套争端解决机制显然十分必要。目前，依据司法水平的高低，主要有三种争端解决模式，即政治解决模式、混合解决模式、司法解决模式。在 RCEP 构建争端解决机制的过程中选择何种模式则受到经济联系程度与相对实力差距、成员方数量、成员方愿意提交管辖的领域以及政治因素的影响。在 RCEP 争端解决机制构建方面，需要重点围绕争端解决的适用范围、磋商机制、时效、透明度等内容来展开，同时东盟现有的五个“10+1” FTA 将成为 RCEP 争端解决机制的基础。中国作为推动 RCEP 谈判的主要国家，应该坚持在 RCEP 争端解决机制的构建中采取混合解决模式，通过设计争端解决机制的涵盖领域，对不同优势领域进行特殊安排，并推动建立常设机构来保障争端解决机制的实施，而且中国应抓住 RCEP 争端解决机制构建的契机，积极参与全球经贸规则的制定。

【关键词】 RCEP 争端解决机制 东盟 自由贸易区

【作者简介】 王茜，上海对外经贸大学贸易谈判学院副教授（上海 邮编：200336；高锦涵，上海中侨职业技术学院教师（上海 邮编：201514）

【中图分类号】 F752.733

【文献标识码】 A

【文章编号】 1006-1568-(2018)02-0134-19

【DOI 编号】 10.13851/j.cnki.gjzw.201802008

* 本文系国家社科基金青年项目“我国资本流出的银行体系风险评估与防范对策研究”（17CJL041）的阶段性研究成果。

在双边及区域性贸易协定不断涌现的背景下,构建区域贸易协议争端解决机制的必要性却引发多方质疑,原因在于设置和维护一个有效的争端解决机制成本不菲,而且实践中在双边或区域贸易协定下提起争议解决的案例少之又少,但这是否意味着区域贸易协议下的争端解决机制就没有必要?

克劳德·蔡斯(Claude Chase)对在WTO登记的共226个多边或双边贸易协议进行了统计分析,发现每个协议都基本包含一种解决争议的方法,其中65%的贸易协议选择了准司法争端解决模式(quasi-judicial model),这说明争端解决机制的设置得到了多方认可,且准司法模式是一种趋势。克劳德·蔡斯认为,WTO争端解决机制无法解决区域贸易协议(RTA)中超WTO(WTO+)义务的争议,争端解决机制在RTA中有存在的现实意义。^①争端解决机制依据司法水平的高低,基本可分为政治解决模式、混合解决模式、司法解决模式。^②而区域贸易协定希望达到的经济一体化程度、经济实力及依存度、成员方数量等因素又对模式的选择产生综合影响,^③此外,《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)争端解决机制的构建还必然受到东盟内部争端解决机制的影响。东盟的争端解决机制的兴起、演进,不仅证明了区域一体化程度不同对争端解决机制的影响也不同,而且东盟的争端解决机制存在的问题也可作为RCEP的前车之鉴。

目前RCEP谈判还在进行中,已有研究对中国参与RCEP争端解决机制的构建具有一定指导意义,但关于怎样构建RCEP争端解决机制的研究还很欠缺,笔者期望本文的研究能为RCEP争端解决机制的构建贡献些许力量。

^① Claude Chase, Alan Yanovich, JO-Ann Crawford, and Pamela Ugaz, "Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements—Innovative or Variations on a Theme?" WTO Staff Working Paper ERSD-2013-07, June 10, 2013, p. 8.

^② 关于这三种模式,可参见James McCall Smith, "The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts," *International Organization*, Vol. 54, No. 1, 2000, pp. 147-150; Hyeran Jo and Hyun Namgung, "Dispute Settlement Mechanisms in Preferential Trade Agreements: Democracy, Boilerplates, and the Multilateral Trade Regime," *Journal of Conflict Resolution*, May 15, 2012, pp. 1041-1648; 钟立国:《论区域贸易协定争端解决机制的模式及其选择》,《法学评论》2012年第3期,第58页。“混合解决模式”的表述方式意在突出这种模式结合了政治解决模式与司法解决模式,具有司法解决模式的优点,同时也具备政治解决模式的灵活性。

^③ 参见钟立国:《论区域贸易协定争端解决机制的模式及其选择》,第58页;强永昌、权家敏:《争端解决机制选择的经验研究》,《国际经贸探索》2012年第2期,第103-112页。

一、构建 RCEP 争端解决机制的必要性

近年来，亚洲东部地区经济发展活跃，从贸易数据来看，东盟各国之间占据了彼此货物贸易的较大比重，相互间的经贸依赖程度日益紧密。同时，与东盟签署自由贸易区协定（FTA）的六个贸易伙伴同东盟成员国之间的经贸往来也日渐增强。经贸联系的深化必然会使贸易争端增加。根据 WTO 的数据，中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰、印度利用 WTO 争端解决机制的情况都不少，东盟内部印度尼西亚和泰国运用该机制处理的案件也超过 10 起，RCEP 谈判国之间也有 22 起案件（表 1）。由此可见，各方对争端解决的需求较大，RCEP 应该建立一套完备的争端解决机制以满足需求。

表 1 东盟国家及“10+1”FTA 伙伴之间相互运用 WTO 争端解决机制情况
(截至 2016 年 12 月 25 日)

	东盟	中国	澳大利亚	日本	韩国	新西兰	印度
东盟	1+1+1*	0	2+1**	2	1+1	2	0
中国	0		0	2	0	0	0
澳大利亚	2+1	0		0	1	1	1
日本	2	2	0		4	0	0
韩国	1+1	0	1	4		0	0
新西兰	2	0	1	0	0		1
印度	0	0	1	0	0	1	

注：*东盟国家内部的争端分别是：新加坡诉马来西亚聚丙烯、聚乙烯案（DS1），菲律宾诉泰国香烟案（DS371），越南诉印度尼西亚钢铁产品保障措施案（DS496）。

**不同数字代表针对不同国家。

资料来源：根据 WTO 网站数据整理所得，https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm。

自东盟成立以来，曾在不同时期出台过多份涉及争端解决的政策文件。1996 年以前，东盟处理成员间的争端主要依靠政治解决，相关文件中仅有

诸如“友好解决”的表述，^①各程序缺乏具体规定。1996年东盟出台《争端解决机制议定书》，改进了东盟先前制定争端解决文件时仅有概述性规定的不足，正式将争端解决机制视为一种系统性制度，^②但是，该议定书依然存在程序设置原则化、机构设置官僚化、裁决报告效力欠缺等缺陷。2004年，东盟签署《东盟促进争端解决机制议定书》，效仿WTO争端解决机制，采取“反向协商一致”决策方法，设置常设上诉机构等，司法化的程度相比1996年议定书有了明显提升。2010年，为了促进《东盟宪章》的落实以及区域一体化的构建，东盟再次对其争端解决机制提出更高要求，出台《东盟宪章争端解决机制议定书》，该版争端解决机制对斡旋、调解、磋商、仲裁等争端解决方式进行了细致规定，“规制导向”的迹象更加明显。^③从上述东盟争端解决机制的演进过程可以看出，东盟在争端解决机制设计上不断向制度化、高司法化方向发展。相比之下，东盟在不同时期与一些国家签订的“10+1”FTA中所包含的争端解决机制却无明显进步，如缺少上诉机构、秘书处等机构，在制度设计方面有待加强。

从实践角度看，“10+1”FTA中的争端解决机制被启用的很少，但这并不代表区域贸易协定争端解决机制的存在没有必要，争端解决机制的有效性不能因其不活跃而被忽视。首先，是否设置争端解决机制是区域贸易协定是否完备的表现；其次，成员方不愿将纠纷提交至该区域贸易协定争端解决机制管辖，很可能是由于该争端解决机制不完善或该机制的政治属性太强使其公正性大大降低，^④而这恰恰需要我们在设置争端解决机制时遵循高标准。

因此，《RCEP谈判指导原则和目标》提出设置一个高效和透明的争端解决机制，不仅是成员方的现实需求，也有现实基础。RCEP不仅应该设置争端解决机制，而且应该充分借鉴东盟已有争端解决机制，在改进现有

^① 《促进东盟经济合作框架协议》第9条。

^② Krit Kraichitti, “Dispute Settlement Mechanisms for ASEAN Community: Experiences, Challenges, and Way Forward,” February 25-28, 2015, <http://www.aseanlawassociation.org/12GAdocs/workshop5-thailand.pdf>.

^③ 孙志煜：《东盟争端解决机制的兴起、演进与启示》，《东南亚研究》2014年第6期，第29页。

^④ 周士新：《东盟管理争端机制及其效用分析》，《国际关系研究》2015年第5期，第88页。

“10+1” FTA 争端解决机制的基础上，构建一套富有成效的解决机制。

二、影响 RCEP 争端解决机制模式选择的因素

争端解决机制的类型分为政治解决模式、混合解决模式和司法解决模式三大类，但并不存在完全相同的争端解决方法和程序规则，选择什么样的模式，是协议各谈判方综合考虑各种因素，反复博弈的结果。

（一）经济联系程度与相对实力差距

一项区域贸易协定期望实现的经济一体化程度越高，该协定就越偏向于采用更高司法化水平的争端解决机制。东盟争端解决机制的演进与东盟经济一体化的提升相伴随。东盟争端解决机制从最初的“东盟方式”发展到最终的《东盟宪章争端解决机制议定书》，其演进过程所反映的是区域经济一体化发展对争端解决机制越来越高的要求。RCEP 旨在建立一个高质量的自由贸易协定，在经济一体化目标上可能不及东盟，但谈判国之间的经济联系日益紧密，相互的依存度也随之上升。根据联合国的数据，中、日、韩、澳、新五个国家的前十大货物贸易进口市场中，超过半数的国家都是 RCEP 的谈判国，而这五国的前十大货物贸易出口市场中，RCEP 谈判国的比例更高（表 2、表 3）。东盟六个“10+1” FTA 伙伴国中仅印度与其他国家间的经济联系不太紧密，在印度的前十大进出口市场中，RCEP 谈判国均低于五席，造成其在区域价值链中存在感较弱，融入度较低，这也是印度在 RCEP 谈判中立场一直摇摆不定的症结所在。^①

表 2 2016 年中、日、韩、澳、新、印的前十大货物贸易进口市场

	中国	日本	韩国	澳大利亚	新西兰	印度
1	韩国	中国	中国	中国	中国	中国
2	日本	美国	日本	美国	澳大利亚	美国

^① 贺平：《印度对 RCEP 的政策取向：症结与出路》，《国际问题研究》2016 年第 4 期，第 82 页。

3	亚洲其他*	澳大利亚	美国	日本	美国	阿联酋
4	美国	韩国	德国	泰国	日本	沙特阿拉伯
5	未列名**	亚洲其他	亚洲其他	德国	德国	瑞士
6	德国	德国	沙特阿拉伯	韩国	泰国	韩国
7	澳大利亚	泰国	澳大利亚	马来西亚	韩国	印度尼西亚
8	马来西亚	沙特阿拉伯	越南	新西兰	英国	德国
9	巴西	印度尼西亚	卡塔尔	英国	新加坡	伊拉克
10	瑞士	马来西亚	俄罗斯	新加坡	马来西亚	日本

注：* China trade in goods with other Asia. 表内“亚洲其他”指该国与其他亚洲未列名经济体贸易情况。

** China trade in goods with Areas. 同上。

资料来源：UN Comtrade Database, <https://comtrade.un.org/labs/dit-trade-vis/?partner=584&type=C&year=2016&flow=2>。

表 3 2016 年中、日、韩、澳、新、印度前十大货物贸易出口市场

	中国	日本	韩国	澳大利亚	新西兰	印度
1	美国	美国	中国	中国	中国	美国
2	中国香港	中国	美国	日本	澳大利亚	阿联酋
3	日本	韩国	中国香港	韩国	美国	中国香港
4	韩国	亚洲其他*	越南	美国	日本	中国
5	德国	中国香港	日本	印度	韩国	英国
6	越南	泰国	新加坡	英国	英国	新加坡
7	印度	新加坡	亚洲其他	中国香港	新加坡	德国
8	荷兰	德国	印度	新西兰	亚洲其他	越南
9	英国	澳大利亚	墨西哥	亚洲其他	印度尼西亚	孟加拉国
10	新加坡	英国		未列名**	泰国	比利时

注：* Japan trade in goods with other Asia. 表内“亚洲其他”为该国与其他亚洲未列名经济体贸易情况。

** Australia trade in goods with Areas. 同上。

资料来源：UN Comtrade Database, <https://comtrade.un.org/labs/dit-trade-vis/?partner=584&type=C&year=2016&flow=2>。

除了经济联系程度这一因素外，区域贸易协议谈判国之间经济的不对称性也影响争端解决机制模式的选择。一般而言，相对经济实力差距的大小与争端解决的司法化水平的高低呈反比。这是因为磋商、斡旋、调停和调解等外交方法更有利于强国运用其实力，迫使争端对方作出更多让步；而仲裁或司法方法的运用则有利于弱小的一方更好地维护自身利益。RCEP 谈判方构成复杂，东盟内部包括像老挝、柬埔寨、缅甸这样的欠发达国家，从经济水平与依存度两个方面来看都没有与大国讨价还价的实力。传统的政治解决模式将不利于保护小国的利益，作为一个整体的东盟势必不会同意采用这样的模式。而在东盟外的六国中既有日本、韩国、澳大利亚、新西兰这样的发达国家，也有中国、印度这样的新兴经济体，虽然都有相当的经济实力，但不存在一家独大，拥有绝对优势的情况。混合解决模式将政治解决方式作为一种前置程序，允许争议双方先采取磋商等方式友好解决争议，也提供仲裁方式对争议进行公正的裁决，是一种平衡各方利益的模式。

（二）成员方数量

区域贸易协定成员的数量从两方面影响争端解决机制模式的选择。一方面，成员数量越多，发生贸易争端的概率越高，就越需要一种稳定的争端解决机制。另一方面，司法化水平高往往也意味着维护成本较高，成员越多各自分担的费用越少，就越能减少成员国的经费压力。^① 目前，RCEP 谈判方共包括 16 个国家。^② 首先，这个数量已经不算少，出现潜在争议的概率增加；其次，《RCEP 谈判指导原则和目标》的第 6 条规定了开放型条款，允许与东盟签订了 FTA 的国家加入 RCEP 谈判，以及允许任何区域外的国家在谈判结束后加入。目前，同属东亚峰会的俄罗斯与美国对加入 RCEP 的态度尚不明朗，RCEP 对俄罗斯既是机遇也是挑战，美国退出《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）反映出未来美国经贸策略的不确定性，但是无论俄、美加入与否，RCEP 的开放型条款都决定了其争端解决机制要为一个含有多个成员方的区域贸易协定做好准备。

^① Claude Chase et al. (WTO), “Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements—Innovative or Variations on a Theme?” June 22, 2013, https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201307_e.pdf.

^② 东帝汶正在寻求加入东盟。

（三）成员方愿提交管辖的领域

《RCEP 谈判指导原则和目标》中包含八个领域，分别是货物贸易、服务贸易、投资、经济与技术合作、知识产权、竞争、争端解决机制和其他。虽然八个领域中未包括近年来在一些贸易协议谈判中比较“热门”的领域，如“环境和劳工”等，但“其他”这一规定无疑留给谈判各方比较宽松的空间，在谈判过程中，各方极大地丰富了“其他”所包含的内容，比如澳大利亚贸易部长克雷格·埃默森（Craig Emerson）曾希望将“劳工和环境”纳入 RCEP 谈判范围，^① 尽管之后遭到发展中国家的反对。而日本对于 RCEP 有关贸易便利化措施、部分服务业市场开放程度的谈判保持谨慎态度，^② 因为从自身发达经济体利益出发，日本希望获得更为便利和更高的开放程度。在 2017 年 7 月进行的第 19 轮 RCEP 谈判中，新设立了政府采购工作组和贸易救济分工作组，说明 RCEP 所涵盖领域内涵不断扩大。体现到争端解决模式的选择上，涵盖领域将从两个方面对其产生影响。其一，如果某一领域与一国经济利益密切相关，该国更倾向于选择司法化水平较高的争端解决模式；其二，如果一项议题较为新颖，尚无成熟国际法规则对其规范调整，区域贸易协定成员通常不愿将其提交争端解决机制，或只愿选择司法化水平较低的争端解决模式。

（四）政治因素

政治因素对于区域贸易协定争端解决机制选择的影响体现在国内和国际两个层面。在国内层面上，国内利益团体会对政府的选择施加一定影响，当国内利益集团影响力较大时，政府在磋商中让步的余地较小，此时采用申诉的方法既可以减缓利益集团对政府的压力，也利于争端的解决，所以政府更愿意采用司法化程度较高的解决方式。研究表明，双边或多边机制在选取争端解决模式时受到政治、经济因素的影响，而且政治因素的影响程度更为

^① Craig Emerson, “Groundwork Laid for Massive Asian Regional Trade Agreement,” http://trademinister.gov.au/releases/Pages/2012/ce_mr_120901.aspx?w=GYLX0mNSz4nLQKYuP OSgLQ%3D%3D.

^② 贺平：《从 CEPEA 到 RCEP：日本对亚太区域经济合作战略转向》，《日本学刊》2013 年第 2 期，第 84 页。

显著。^① 如果该行业利益集团的优势地位已经超出该国范围，在国际上也有广泛影响，那么该国政府也更愿意利用这样的优势地位在磋商中获利，这一观点在经济因素中已作论述。在国际层面上，两国的政治关系与经济安排是相辅相成的，两国的政治互信是签订贸易协议的基础。东盟选择 RCEP 不仅出于经济的考虑，还在于对外应对 TPP 对东盟凝聚力的影响，以及在区域内处理好大国间平衡的需求。各谈判方积极推动 RCEP，体现了 16 国希望“抱团取暖”的意图，这是 RCEP 得以产生的政治基石。但是，历史遗留问题、领土之争以及大国的干预均对成员间的政治互信产生影响，并最终也会对争端解决机制的选择造成负面影响。

三、构建 RCEP 争端解决机制的基础及相关选择

RCEP 谈判明确将基于东盟五个“10+1”FTA^② 并将其融合，五份 FTA 协议的争端解决机制也就成为 RCEP 谈判的基础，但是整合不等于将五个协议拼凑在一起，也不是选取其中一个。而是通过比较五个协议争端解决机制的设置，可以明确各方对争端解决机制的态度和诉求，这将成为 RCEP 争端解决机制设置的真正基础。

（一）适用范围

设置争端解决机制的首要工作是适用范围的问题。从整体上看，五个协议的争端解决机制适用范围条款基本一致，规定“均适用涵盖协定”，但五个协议的争端解决机制的适用范围并不相同，这是由于五个协议开放的部门及深度各有不同。相比之下，印度—东盟协议的开放程度最低，澳新—东盟协议包括了电子商务、知识产权和竞争政策等新议题，在五个协议中开放程

^① 强永昌、权家敏：《争端解决机制选择的经验研究》，第 103-112 页。

^② 分别为 Agreement Establishing the ASEAN-Australia New Zealand Free Trade Area, Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation Among the Governments of the Member Countries of the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of Korea, Framework for Comprehensive Economic Partnership Between The Association of South East Asian Nations and Japan, Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the People's Republic of China and the Association of South East Asian Nations, Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Republic of India and the Association of South East Asian Nations。

度最高。此外，日本在与东盟国家签订经济伙伴关系协定（EPA）时也包含了许多新领域，^①也会对 RCEP 谈判产生一定影响。

但是 RCEP 开放的领域不是争端解决机制需要讨论的问题，争端解决机制适用范围要确认的是该机制是否适用于这些领域的全部。而在五份协议的争端解决机制适用范围条款中，无一例外地均规定有排除条款，其中澳新—东盟协议对排除条款作出了较明确规定，其他四个协议均是原则性规定。^②除排除条款外，东盟与中国、印度、澳新的协议中还均以脚注的形式明确排除了对非违反之诉^③的适用，另外两个协议未对非违反之诉作出规定。

适用范围关乎该机制对哪些争议具有管辖权，如果单从五份协议开放的部门和开放的程度来看，这些争端解决机制适用的范围已经相当广泛，但是这些协议又无一例外地规定了诸多排除条款，如开放度最高的东盟—澳新协议排除了对《实施动植物卫生检疫措施的协议》（Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS）、电子商务、经济合作、竞争章节的适用，这一特征体现了谈判方对将新议题纳入争端解决机制的担忧。在 TPP 协议中，也有诸多新议题被排除在该协议争端解决机制的适用范围之外，如投资、竞争政策、中小企业、电子商务中的数字产品和跨境数据流动等。^④ RCEP 中同样包含了许多新议题，一方面，为平衡各方顾虑，可以采用排除条款的方式，排除争端解决机制对这些领域的适用，采用司法化较低的方式解决争议；另一方面，RCEP 还需要给予区域内几个欠发达国家更多

^① 例如，日本在与东盟七国签订的经济伙伴协定（EPA）中大多包含了知识产权、TBT、SBS、竞争、政府采购等内容。

^② 中国—东盟的协议规定，在本协议或《框架协议》另有规定或者缔约方另有约定的情况下，可以不适用该争端解决机制，这主要是由于中国—东盟的有关协议不是一次性签订的，该内容为后续签订的协议制定不同的争端解决机制提供了空间。韩国—东盟的协议规定了特别或附加规则的优先适用权，间接排除了争端解决机制的适用。东盟—澳新协议明确了争端解决机制不适用于“SBS”“电子商务”“经济合作”“竞争”章节，但对于在这些领域引起的争议采用什么样的争端解决办法，协议没有说明。另外，“投资”章节中关于投资者与国家之间的投资争端也有自己的争端解决机制。

^③ 非违反之诉（non-violation complaint），是指某一成员方的某项措施致使另一成员方依照 WTO 协定而合理预期的利益遭到抵消或损害，即使该项措施并未违反 WTO 协定，利益遭到抵消或损害的成员方仍然有权依照 WTO 争端解决程序提起申诉，如果裁定非违反之诉成立，被诉方虽然没有撤销被诉的措施，但有义务与申诉方达成满意的调解或进行补偿。

^④ 龚红柳：《TPP 协定下的常规争端解决机制：文本评析与启示》，《国家行政学院学报》2016 年第 1 期，第 89-90 页。

的照顾，在一定期限内，对于这些国家在一定领域采取的措施也排除在适用范围之外，以换取这些国家对开放某些领域的支持。

非违反之诉的适用显然会扩大争端解决机制的适用范围，五份协议中三份明确排除了对非违反之诉的适用，另外两份虽未明确排除，但也不能直接解释为可以适用，所以非违反之诉在 RCEP 争端解决机制设计时也难以适用，^① 鉴于上述原因，RCEP 争端解决机制可以暂不将非违反之诉包含在内。

（二）磋商机制

磋商作为 WTO 争端解决机制启动专家组的前置和必经程序，在《关于争端解决规则与程序的谅解》中作出了明确规定。^② 东盟与中国、澳新、韩国、印度 4 个协议中没有类似表述，但根据相关条款应认定磋商为提起仲裁的前置程序，^③ 东盟—日本协议中采用类似于 WTO 的做法，要求在设立仲裁庭的请求中明确指出争议是否经过了磋商。^④

对于磋商阶段是否接受第三方加入的问题，即“复合投诉程序”。东盟与中国、澳新的协议允许有实质利益的第三方加入磋商。而东盟与日本、印度、韩国的协议则没有规定其他缔约方可在磋商阶段加入。

在争端解决机制中设置磋商程序，目的在于使各方在进入专家组裁决前，以一种较缓和的方式达成各方均可接受又与适用协定相一致的解决方案。磋商作为提请设立专家组的前置程序，还有收集和澄清案件信息的功能，以及在一定程度上对被提请方声誉和利益的保护。但是在 WTO 争端解决机制中，磋商是提请设立专家组的必经前置程序，对“必经”要求的滥用可能造成过于强化其程序性功能，而弱化磋商作为独立制度的价值。在 WTO 案

^① 2015 年 6 月，包括中国、印度、印度尼西亚等 17 个成员方向 WTO 知识产权理事会提交《〈TRIPS 协定〉下的非违反之诉和情势之诉》的提案（WTO 文件 IP/C/W/385/Rev.1），要求《1994 年关贸总协定》第 23 条第 1 款（b）项和（c）项不得适用于《TRIPS 协定》项下的争端解决。参见 WTO 网站，https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=132276&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHas h=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True。

^② 第 6 条第 2 款：设立专家组的请求应以书面形式提出；请求应指出是否已经进行磋商。

^③ 这四个协议仲裁庭设立条款中规定：在申诉方提出磋商请求后的某一具体时间内，磋商未开始或争端未通过磋商得以解决，申诉方可以提出设立仲裁小组的申请。除此之外没有其他表述表明可在未经提起磋商请求的情况下直接提起设立仲裁庭的请求。

^④ 第 64 条 6 款。

件中,专家组和上诉机构也认为,未经磋商或磋商不充分均不能影响专家组在程序中的管辖权。^①“必经”要求应该强化的是其对争议解决有利的一面,而不能成为成立专家组的障碍。基于此,东盟与中国、澳新、韩国、印度的四份协议没有做“必经”的要求也在情理之中。有鉴于此,RCEP 争端解决机制在设置磋商程序时,也不必强调其为请求成立专家组的前置必经程序。

第三方制度允许具有相似争议的成员方以第三方的身份参与争议解决,能够节省各方谈判资源,维护协议下争议解决的一致性。特别是在协定具有较多的成员方,潜在的类似争议较多的背景下,允许第三方加入磋商是符合各方利益的。在 WTO 争端解决机制的改革中,各方在扩大第三方权利议题上意见基本一致,哥斯达黎加的提案更是建议取消在磋商阶段对第三方参与的限制。^②因此,RCEP 应该在该议题上达成一致,甚至基于 WTO 实践作出相应的改革,减少第三方加入磋商时的限制。

(三) 时效

时效问题关乎争端解决的效率,五份协议在争端解决的各个程序中都设置了较为明确的时限。在磋商阶段,东盟与中国、韩国、澳新的协议中规定答复磋商请求的时间要短于东盟与日本、印度的协议中的相关规定。^③在仲裁员指定时限上,各方差异稍大,东盟与日本、韩国、印度的协议规定,双方均应在被诉方收到请求的 30 天内各自指定一名仲裁员,而东盟—中国协议则要求申诉方在 20 天内指定一名仲裁员。^④东盟—澳新协议对仲裁庭组

^① 徐忆斌:《WTO 争端机制中的磋商制度论析》,《中国海洋大学学报》(社会科学版)2013 年第 3 期,第 86 页。

^② Proposal by Costa Rica-Third Party Rights, WTO 文件 TN/DS/W/12, July 24, 2002, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=457,104781&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True。

^③ 前三个协议为 7 天内答复,后两者则要求在 10 天内答复。但东盟—澳新协议中还规定双方可商议作出答复的时间,赋予了双方更多灵活性。

^④ 对于东盟—中国协议规定的申诉方与被诉方不同的指定时限,笔者认为,从仲裁庭的最终组成时限来看没有必要,第一,当双方各指定了一名仲裁员的情况下,第三名仲裁员即仲裁主席的任命时限是以第二名仲裁员指定的时间为起点来计算的,被诉方完全可以拖延直到第 30 日才指定第二名仲裁员;第二,一方未指定仲裁员的情况。条文规定,若争端一方未在规定时间内指定仲裁员,另一方确定的仲裁员将成为本仲裁庭的独任仲裁员。起诉方未按期指定仲裁员的情况很少,被诉方很有可能在最后一刻才告知不指定仲裁员的决定,或不做任何告知,仍然以后者时间为限。

成的规定最为复杂，首先要求双方就组成仲裁法庭的程序进行磋商，在磋商无法达成一致的情况下，改由双方各自指定。在磋商确定情况下，时限的长短完全取决于争端双方的谈判能力，而磋商不成的情况下，指定的时限比其他四份协议要更长。^① 关于仲裁庭主席的指定时限，由于五份协议在仲裁庭主席选任方式上差异较大，^② 指定时限的差别也很大，东盟—中国协议程序最简单，东盟—澳新协议则几乎包含其他协议下仲裁庭主席指定的所有程序，程序过于繁琐，致使指定时限可能特别长。^③

从以上对比中可以看出，争端解决中的程序设计有时比规定的争端解决时间对效率的影响更大，合理设置程序能有效提升争端解决的效率。一般而言，在磋商未能解决争端的情况下，应尽快进入仲裁程序，而五份协议恰恰在仲裁员以及仲裁庭主席的指定上差异颇大，一些设置并不能体现快速进入仲裁的效率要求，比如，五份协议在仲裁员或仲裁庭主席选任阶段均有磋商的程序设定，这在一定程度上降低了仲裁的司法化水平，由于给予争端方更多的选择权利，一方可以用合规的手段来拖延仲裁庭的组成。其次，协议规定的模糊性也可能造成仲裁庭不能顺利组成，如东盟—中国协议规定双方无法协商对仲裁庭主席达成一致时，可请求 WTO 总干事或国际法院院长指定，但是请求方是任一方还是双方共同请求则模糊不清，对经 WTO 总干事或国际法院院长指定的时限也没有作出规定。

由于五份协议下均没有一个常设的机构为仲裁庭的成立提供帮助，仲裁庭的人选只能由双方来选定，随着 RCEP 成员方的增多，以及对争端解决机制司法化的要求，有必要通过设置一个常设机构来辅助仲裁庭的工作，包括

^① 根据该协议规定，被诉方最长可在收到请求后的 35 日内指定第二名仲裁员。

^② 东盟—中国协议规定，首先经争端双方协商确定，如果不能通过协商一致的方式确定，则需请求 WTO 总干事或国际法院院长进行指任；东盟—韩国协议则规定，首先经过双方协商达成一致，若没能达成一致则由已经指定的两名仲裁员共同决定，若依然未能指定，则请求 WTO 总干事来指定；东盟—印度协议同东盟—韩国协议一样，规定了协商和两名仲裁员共同指定的方式，但是在两名仲裁员无法做出共同指定的情况下，指定方式又回到了协商方式上；东盟与日本、澳新的协议要求争端双方提供至少 3 名仲裁员作为仲裁主席的参考人选，从双方提供的参考人选中选择仲裁主席，在此基础上，东盟—日本协议规定若未能一致选定仲裁主席，则应请求 WTO 总干事来指定，而东盟—澳新协议规定在请求 WTO 总干事指定前，先由双方已经指定的两名仲裁员共同决定仲裁庭主席。

^③ 在东盟—澳新协议下，仲裁庭主席最长可能要 75 天才能指定。

一份供选择的仲裁员名册，以期规范仲裁庭的组成，提高效率。

（四）透明度

争端解决机制中的透明度主要表现为各方在争端解决过程中能够充分、有序地参与到各程序中，并能够合理获得争端解决中的相关文件及信息。透明度要求在争端解决的各个程序中均有体现。在磋商阶段，除东盟—澳新协议没有规定磋商应保密外，^① 其他四份协议均规定磋商应保密，但东盟与韩国、印度、日本的协议规定争端双方应通知其他缔约方磋商的结果，东盟—中国的协议则未规定将结果通知其他缔约方。在仲裁阶段，五份协议对相关程序保密的要求一致，主要表现为三个方面：首先，仲裁庭的会议不公开，争端各当事方只有在被仲裁庭邀请的情况下才能出席会议；其次，仲裁报告的起草应保密，裁决报告起草时不能有争端各方在场，仲裁报告中仲裁员个人的观点及发表的意见应匿名；再次，提交仲裁庭的文件应保密，包括争端方、第三方提交的各种书面、口头陈述，评论及仲裁庭要求的其他信息文件。

但保密要求具有对象的相对性和时间的相对性，也就是对各方提出的透明度要求。例如，书面陈述需要提供给另一争端方，在第一次实质性会议上还需要提供给第三方。如果争端方提交的书面陈述属保密版本，争端方还可要求另一争端方提供一份可对外公布的非机密摘要；争端方对外披露自身立场或其书面陈述的做法也不受到保密条款的限制；最终报告在散发一定时间后需向外公开。^② 东盟—澳新协议规定仲裁庭向个人或机构寻求的信息、技术咨询也应该公开。

“法庭之友”制度也有关透明度。五份协议均规定仲裁庭有权向其认为合适的个人或机构寻求信息或技术建议。不同在于东盟—澳新协议规定仲裁庭在寻求信息或技术建议前，需获得争端当事方同意，如果争端当事方不同意，仲裁庭则不具备该权利；而在另外四份协议中仲裁庭可自主行使该权利。

比较而言，五份协议在透明度上的差异很小，甚至五份协议的规定与

^① 仅规定对双方提供的信息中注明保密的信息或专有资料（proprietary information）需同等对待。

^② 东盟与中国、韩国、日本、印度协议要求仲裁庭的最终报告在散发给争端各方的 10 日后，成为公开文件，东盟—澳新协议则规定为 7 天。

WTO 对透明度的要求差异也不大，但整合的阻力小并不代表不需要改进。在 WTO 改革中，对增强透明度的呼声很高，专家组和上诉机构也通过实际案例对透明度作出不同于以往的解释，专家组审理可以公开。^①“法庭之友”在 WTO 同样经历了从不被接受到接受的过程，^②更广泛的利益群体得以参与争议解决。RCEP 应该借鉴 WTO 的经验，无论是采取相应的技术手段，还是对有关条款的解释，都应遵循相关准则，提升仲裁过程的透明度。

四、中国对构建 RCEP 争端解决机制的期望及选择

中国加入 WTO 已经 17 年，在过去的这十多年时间中，中国逐步从一个规则的学习者成长为规则的运用者，已经不再畏惧被诉诸 WTO 争端解决机制。但是，作为一个加入者而不是最初的谈判方，中国至今仍深受一些不公平条款的影响，不仅承担了超 WTO 的义务，在诸多方面还受到歧视。2016 年，中国加入 WTO 的 15 年过渡期届满，但美、日、欧仍拒绝承认中国的市场经济地位，这将使中国在反倾销案件中继续处于受歧视的地位，诸如此类问题，主要源于中国是规则的接受者而非制定者。

随着中国经济实力的逐步增长，对外经贸策略也在悄然发生改变，原有规则已经不能满足新形势的需要，如中国资本输出不断增长，亟须制定相关规则对输出资本进行保护等。同时国际经贸规则也面临重构，虽然美国退出了 TPP，但是“标准”的争夺已经为我们敲响警钟，历史和实践证明，规则的制定者才能掌握话语权。而 RCEP 争端解决机制的构建正是这样一个契机，中国需要借助 RCEP 争端解决机制的构建来建立符合自身利益的标准。

（一）充当亚太自由贸易区争端解决机制的“试金石”

亚太自由贸易区（FTAAP）的提法由来已久，但是进展缓慢，为了满足经济发展的需要，促进区域经济共同发展，中国力推 FTAAP，将其作为自

^① US and Canada-Continued Suspension of Obligations, Communication from the Chairman of the Panels, August 1, 2005, WT/DS321/8.

^② 在“美国汽油标准案”“荷尔蒙案”中，专家组都拒绝了“法庭之友”提交的陈述，而在“美国海虾海龟案”中“法庭之友”则被允许参与争端解决。

身的中长期目标。但对于 FTAAP 的实现路径,各方存在不同观点,美国曾将 TPP 视为未来通向 FTAAP 的唯一途径和先锋,^①对 RCEP 表现冷漠。但是国内外多数学者认为,TPP 和 RCEP 都是走向亚太自贸区的可能道路。

中国早在 2013 年就明确表示东盟+中日韩(“10+3”)与东盟+中、日、韩、澳、新、印(“10+6”)都是促进亚太经济一体化的可能路径。2014 年,李克强总理在博鳌论坛的发言中肯定 RCEP,同时建议启动 FTAAP 可行性研究,因此,“北京路线图”强调 FTAAP 应建立在已存和尚在谈判中的区域贸易协议的基础之上,这与 RCEP 谈判基于整合东盟五个“10+1”FTA 的做法具有异曲同工之处,中国完全可以把 RCEP 看作是对 FTAAP 谈判的先行先试,如果 RCEP 谈判顺利达成,将为 FTAAP 谈判提供实践基础,也将成为 FTAAP 构建争端解决机制的“试金石”。

(二) 争取完备的机制设计

RCEP 与 TPP 不仅是通向 FTAAP 的路径,而且两者在主导权和标准方面也是竞争关系。亚太地区曾经出现 TPP 和 RCEP 相互竞争的局面,未来可能是《跨太平洋伙伴全面进展协定》(CPTPP)和 RCEP 的竞争,体现的是亚太地区发达经济体与发展中经济体由来已久的矛盾。两者均声称要建立高水平的自由贸易协定,但是 RCEP 主要代表东亚新兴经济体,反映的是以制造业、出口导向为主的新经济体的诉求,而 CPTPP 则体现的是发达国家以服务业为主,在经济制度、知识产权、创新等领域的诉求,这几乎和多哈回合中发达国家与发展中国家之间的对立情形如出一辙。^②尽管紧密的经贸联系使这种完全区分阵营的可能性几乎为零,但在融合 RCEP 及其他发达国家主导的区域经济合作安排,积极谋取建立亚太自贸区宏伟远景的背景下,双方的主导权之争、标准之争还将持续。

争端解决机制的设置是根据当事各方自身经济特点、谈判重点来安排的,考虑到 RCEP 中包含了几个最不发达国家,其争端解决机制可以借鉴

^① “America’s Big Bet: America Needs to Push a Free-Trade Pact in the Pacific More Vigorously,” *The Economist*, November 15, 2014, <http://www.economist.com/news/special-report/21631797-america-needs-push-free-trade-pact-pacific-more-vigorously-america-big-bet>.

^② 唐国强、王震宇:《亚太区域经济一体化的演变、路径及展望》,《国际问题研究》2014 年 1 期,第 107 页。

WTO 争端解决机制第 24 条，为最不发达国家在争端解决机制中设置特殊程序。虽然中国现在是世界第二大经济体，但其作为发展中国家的现实并没有改变，在标准的选择与制定上，只有一整套完备的机制设计才能加以应对。为此，争端解决机制不仅不能成为短板，更不能缺失。

（三）中国的选择

对外经贸策略的选择服务于国家的整体战略，中国参与 RCEP 谈判的目标应该与中国产业开放战略以及产业结构的转型升级相结合，RCEP 争端解决机制的构建也应该服务于国家战略，不仅要立足于当下争端解决的实际需求，还应该具有充分的预见性，为未来的需求预留空间。更值得注意的是，除了外交和战略考量外，大国的 FTA 安排更着眼于规则制定与议程设置，^① RCEP 是中国第一次在这样大的规模上参与区域贸易规则的制定，从经济总量、成员数量、影响力等方面来看都是新高度，同时还面临南南合作、南北合作、自身诉求等多重因素的影响，^② RCEP 谈判确立的规则与相关设置将对未来中国参与其他 FTA 谈判产生深远影响。

第一，对于 RCEP 争端解决机制的模式选择，中国应该坚持在 RCEP 争端解决机制的构建中采取混合解决模式。首先，中国在已达成的区域贸易协定中多采用混合解决模式，不仅中国做出了这样的选择，而且大部分区域贸易协定都选择采用混合解决模式。这主要在于这种模式能够平衡不同成员方力量，使争端在较为公平的平台解决。其次，混合解决模式符合中国的利益。由上述争端解决机制构建的一般因素可知，经济规模、相互之间的依赖程度、成员国的多少、提交管辖的领域等都会对争端解决机制模式的选择产生影响。在 16 个谈判国中，中国并不处于绝对优势地位，甚至在某些领域处于被动，混合解决模式既有外交方式的灵活性，也有仲裁方式的保障，这使中国能够根据不同的争端灵活应对。

第二，通过设计争端解决机制的涵盖领域，对不同优势领域进行特殊安

^① 贺平、钱亚平：《TPP 与 RCEP 背景下的中国 FTA 战略》，《中国周边外交学刊》2016 年第一辑，第 112 页。

^② 孙志煜：《区域贸易协定争端解决机制的中国困境与出路》，《杭州电子科技大学学报》（社会科学版）2017 年第 1 期，第 57-64 页。

排。中国签订的 FTA 无论是在地区上还是在议题上都不断扩大和深化，对于新议题，应该有相应的争端解决机制与之对接。首先，可以为某些领域设立独立的争端解决方法。除了在投资领域采取投资争端解决机制外，对于新议题，也应相机采取特殊方式。需要注意的是，采取特殊安排不一定要低于一般程序的水平，应该根据行业的发展充分体现预见性，例如，在电子商务在中国快速发展的情况下，这方面的标准可以相应提高。其次，对不同领域的争议在程序设计上争取有所偏重。如上文所述，程序的设计对争端解决效率的影响有时会大于时效本身的规定，同理，在争端解决机制中，对磋商程序与仲裁程序的偏重不同也将对争议解决产生影响。在希望采用外交方式解决争议的领域，一方面，对磋商、调解等程序规则进行细化；另一方面，可以适当设置“必经”要求，尽量把争议留在磋商、调解阶段。

第三，以常设机构保障争端解决机制的实施。上文对争议解决的相关机构进行了阐述，在《东盟宪章争端解决机制议定书》中秘书处发挥的仅是协助性作用，与 WTO 相比有较大区别，而五份“10+1”FTA 争端解决机制中仲裁庭均是根据实际需要临时组成，容易在仲裁庭的组成时效、裁决的公正性等方面遭受质疑。因此为了使争议得到高效和公正解决，有必要效仿 WTO 设置一个常设机构为处理争议提供支持。但常设机构的设置有赖于经费和人才两方面的支持。首先，维持一个常设机构无疑会增加各成员方的财政压力，成员方的增加虽然可以使各方承担的经费数额减少，但对于 RCEP 内几个最不发达国家而言仍然是负担，作为贸易大国和负责任的大国，中国可以率先多分摊一部分运行经费，甚至在一定时期内免除三个最不发达国家的相关份额，^①使常设机构能够顺利发挥作用。其次，相应的人才也是设置常设机构的必要条件。有学者在改进区域贸易协议争端解决机制的意见中提出，应该提供一份仲裁员名册供选择，^②其中就包含质量和数量两方面的要求，^③而优秀的人才才是争议得以顺利解决的保证。加入 WTO 后，中国培养了一批争

^① 1995 年 WTO 预算的 2/3 是由 9 个贸易大国负担的。

^② 宋锡祥、吴鹏：《论中国—东盟自由贸易区争端解决机制及其完善》，《时代法学》2006 年第 5 期，第 98 页。

^③ 一般仲裁庭的主席及仲裁员不得由争端任一方的国民担任，对于经争端一方指定的仲裁员，争端另一方也有可能不接受，所以必须有一定数量的仲裁员才能满足程序的需要。

端解决方面的优秀人才，在促进 RCEP 争端解决机制建设中，也应该有目的地推进相关人才的培养，不仅要为本国培养人才，也可以在协议达成后依托常设机构向相关国家提供帮助，提升区域内争端解决机制的整体水平。

结 束 语

经贸合作总是利益与风险并存，参与各方都希望通过谈判达成一份尽量完美的协议，使各方利益得以兼顾且风险最小。然而，再完美的协议也无法避免协议方之间出现贸易争议，所以，争端解决机制是贸易协议不可或缺的一部分，它是贸易协议的“自愈”机制，通过争议的解决以维护各方达成的承诺。需要强调的是，设置争端解决机制不仅只是程序完整的需要，更是解决 RCEP 内部贸易争端的有效途径。现有的区域贸易协议争端解决机制的运用状况虽然不容乐观，但 WTO 以及其他区域贸易协议的实践情况不仅为我们提供了经验，还有反思，即 RCEP 应该构建一个怎样的争端解决机制才能避免上述问题。首先，我们确实需要借鉴 WTO 及其他区域贸易协定争端解决机制在设置和实践方面的做法。其次，东盟已经签订的五个“10+1”FTA 协议争端解决机制是基础，它们是在小范围内对各方政治、经济、文化等因素考量的结果，目前我们需要在一个更大、更加复杂的范围内考量新的经济、政治、文化因素，这是对既有合作的发展。再次，中国在该机制的构建中需要从当前和未来两个方面来维护自身的利益，表现在 RCEP 争端解决机制中，一方面要能够有效解决争端，另一方面还要为未来更广范围内的标准主导做好准备。最后，鉴于区域内参与方的不同经济状况，中国可以勇敢担当，为一些参与方提供相关帮助，推动 RCEP 争端解决机制向高效的方向发展。

[收稿日期：2017-09-11]

[修回日期：2017-12-05]

[责任编辑：杨 立]