

“一带一路”倡议争端解决机制的模式选择与构建

吴灏文

(浙江大学光华法学院,浙江 杭州 310000)

摘要:由于“一带一路”倡议涉及面广,参与者众多,因此争端将不可避免地发生在多个领域,而争端能否得到高效、有效的解决将关系到“一带一路”倡议能否得到有序推进。现有争端解决机制的话语权多掌握在西方国家手中,且普通法色彩浓厚,或未能较好契合沿线国家的实际情况和需求,构建可更好地服务于“一带一路”倡议和沿线国家的争端解决机制的重要性不言而喻。现有常见的争端解决机制可大致分为政治模式、司法模式和综合模式,各有利弊。对于服务“一带一路”倡议而言,综合模式或更为契合。在借鉴现有机制的基础上,构建相应争端解决机制时应结合沿线国家的实际情况,并对现有的争端解决机制的弊端提出针对性的完善办法。

关键词:“一带一路”倡议;争端解决机制;综合模式;发展中国家

中图分类号:D 92

文献标识码:A

文章编号:1000-260X(2017)05-0074-05

共建“一带一路”,即“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”,是中国国家主席习近平于2013年出访中亚和东南亚国家期间提出的倡议。“一带一路”倡议自提出之日起,即得起了国际社会的高度肯定。

由于“一带一路”倡议的推进涉及领域广,参与主体众多,需要政府间的合作和企业、个人的积极参与,且考虑到地缘政治的影响和参与国家经济社会发展水平、历史、宗教和传统习俗等方面的差异,因此,对于一个涉及如此多方面的大范围经济合作,在推进过程中,基于利益的冲突,争端可能发生于各个相关的领域。为保证“一带一路”倡议的推进,如何高效、有效地解决争端是无法回避的议题。

一、现有争端解决模式辨析

争端解决机制广泛存在于国际性或区域性协定中。尽管由于政治、经济及文化等多方面的影响,现有的争端解决机制在构建模式方面不尽相同,但是总体而言,可大致分为以下几类。

首先,争端可以通过传统的政治方式解决,主要包括磋商、调停、调解及斡旋等方式。一般情况下,这种模式下的争端解决机制或未包含特定的程序性规则,且没有专门设立争端解决机构,更多体现为“一事一议”。因此,此种方式的优势更多在于其灵活性。

由于未对争端的性质和主体加以明晰,因此,不管是对于协定理解的分歧,亦或是对于成员是否履行协定义务的争论,不管争端当事方是国与国或者国与私人,均可由此模式进行处理。然而,正如硬币

收稿日期:2017-03-25

基金项目:国家社会科学基金重大项目“‘一带一路’倡议下的法律供给机制研究”(16ZDA064);国家社会科学基金重点项目“‘一带一路’战略中的国际法问题研究”(15AFX023)

作者简介:吴灏文,浙江大学光华法学院博士后,国家空管法规标准研究中心副研究员,主要从事国际贸易法、空中交通管理、亚轨道商业飞行等研究。

有正反面之分,此模式的利弊是同在的。对于此类模式而言,诚然,其并未专门设立程序性规则,或更为灵活,不受特定程序的约束,但也正是因为如此,争端当事方的权利难以得到强有力的保障,尤其是对于实力相对弱小的争端当事方。此外,若采取此种模式,透明度亦可能存在争议。参与解决争端的机构或团队更多是依需要而组建的,并不作为常设机构存在,且通过此种模式解决争端的过程中充斥着大量的博弈,出于对当事方利益的保护,解决的过程和相关细节难以对外公开。当争端当事方意见一致时,当事方或许有可能公布相关结果。正是由于此种模式在争端解决过程中存在着大量的、多层次、多维度的博弈,且透明度存疑,因此,私人主体,尤其缺乏足够“底牌”的个体,在此情况下的“戏份”极其有限。

简言之,作为一种受政治能量影响较大的模式,由于程序性规则的缺乏,争端解决的结果往往取决于争端当事方的实力。当争端当事方实力较为悬殊时,不管事实上公平与否,拥有较强国力的一方或将通过政治经济甚至军事上的优势获得其想要的结果。因此,争端解决的结果难具预测性与稳定性,这显然无益于国际性或区域性协定的“落地”,为后续推进增添了不确定性。

争端亦可通过司法模式加以解决。通过此种方式,通常情况下,常设的国际司法机构将根据既定的规则,以国际法和当事方签订的国际性或区域性协定为法律依据或准据法,对争端事项作出对当事方有约束力的裁决。此种模式主要有着如下优点:首先,相较于前述模式,其公正性及可预见性将有较好保障。由于国际司法机构成员的多样性,一般情况下,常设的国际司法机构独立性较好,且此种模式遵循特定规则,对相关程序性事项进行了确立。此类规则的确立使得国际司法机构在处理争端事项的过程中有据可依,亦使结果更具可预测性。其次,司法模式下的争端解决较稳定,且有较好连续性。相较于前述模式的“依需而建”,国际司法机构是常设机构,且国际司法机构中的审理人员,如法官,其任命在相关争端提交国际司法机构前依规确立,且若非法定事由,相关人员的任期和任职是较为确定、稳定的。除了公正性、可预见性、稳定性及连续性能得到较好保障外,国际司法机构作出的判决之执行亦是此模式中一个特点。类似于下述将讨论的仲裁裁决,国际司法机构作出的判决对争端当事方有约束力,且具有强制性。

但是,尽管司法模式有着上述优点,但亦有缺

陷,尤其是置于“一带一路”倡议的大背景下。首先,对于判决的执行,其事实上是对国际性或区域性协定的成员国的主权的一种挑战。由于涉及到国家主权和司法裁判权,因此即使在国际司法机构作出判决后,执行也将成为“一块硬骨头”。执行若流于表面,短期内于解决争端和保障项目推进无益,长期来看,则会使得参与国和个体对整个大战略、倡议失去信心。此外,由于国际司法机构在处理争端事项时,需严格按照既定程序规则进行,因此,通过诉诸国际司法机构以解决纠纷或将耗费大量的时间,成本高,灵活性亦相对较弱。争端若是迟迟得不到解决,一方面将给争端当事方带来时间和金钱方面的成本增加,另一方面将对争端当事方的后续合作及友好关系产生负面影响。这无疑是在争端当事方都不想见到的状况,更无益于“一带一路”项目的落地和倡议的后续推进。

除上述两类模式外,现在应用最为广泛的争端解决方式是争端当事方首先通过磋商、斡旋及调解等政治模式中常用的方式,就争端事项进行协商。无果后,争端当事方可将争端事项提请仲裁,仲裁的结果对争端当事方具有约束力。考虑到仲裁是在争端无法经磋商、斡旋及调解等方式解决后方“登场亮相”的,此种综合模式实质上是偏向于司法模式的^[4]。因此,某种意义上,通过此方式解决争端可理解为是对前述两种模式的综合运用,是一种综合模式。

相较于上述的政治模式而言,其优势是较为明显的。其结合了政治手段和司法手段,前置的磋商、斡旋及调解等政治模式中的方式为争端当事方以和平友好而非对抗式地解决争端提供了途径,为后续合作的可持续性奠定了基础。而对于后置的仲裁程序,为了尽快地解决争端以避免无谓的耗损,一方面可在一定程度上促使争端当事方尽可能地通过前置程序中的途径解决争端,另一方面亦为争端当事方解决争端提供了保障,即形成了对当事方有约束力的裁决。此外,对于此种模式,尤其仲裁程序,其是争端当事方达成意思一致并将争端提交由双方各自选定的仲裁员所组成的仲裁庭进行裁决并服从此裁决的一种方式,其有一套专门的规则,对适用的法律、仲裁员的选任、仲裁庭的组成及运作,及裁决的效力等细节有一个较为明确的规定。一般情况下,相关规则亦会对整个争端解决的过程设立一个时间表。因此,尤其是相较于政治模式而言,对相关细节的规定使得通过此种途径获得的结果透明度及效率更高,且更具有可预测性,亦在一定程度上保障了其公正

性。再者,由于仲裁庭是根据争端需要临时设立而非常设的,争端当事方可依规自行选择仲裁员,所以相较于司法模式而言,其又是较为灵活的。

但是,其弊端亦有不少,主要集中在仲裁领域,如仲裁庭裁决的连续性和一致性就常为人诟病。仲裁庭是根据解决争端的需要临时设立的,在得出针对性的裁决后即解散,连续性无从谈起。此外,裁决的互不协调,甚至冲突,亦是一大问题。若是对于不同争端,裁决结果有所不同尚可理解。但是,实践中,尤其是在国际投资领域中,尽管案情和适用的国际协定几乎一样,所得的仲裁裁决却截然不同^[2]。此外,仲裁裁决的执行亦是一大问题。尽管仲裁裁决对于争端当事方具有约束力,但具有约束力与否与能得到执行显然并不是一回事。相较于司法模式,仲裁裁决的执行是自律性的,取决于其自身意愿。当然,随着舆论力量的壮大和互联网技术的革新,对裁决执行难的问题或将有着正面的促进作用。

二、契合“一带一路”倡议争端解决的模式选取

当前,国际上的争端主要可分为一般商事争端、世贸组织成员国间的争端和投资争端^[3]。“一带一路”倡议推进过程中产生的争端亦多可归至此三类。

对于世贸组织成员国间的争端,即政府间的经贸争端,主要由西方主导的世贸组织争端解决机制处理,多反映的是西方的文化与价值观,普通法的诉讼制度、程序和技巧。投资争端,主要指投资者与东道国的争端,现阶段主要借助依《华盛顿公约》成立的国际投资争端解决中心(ICSID),以及常设仲裁法院(PCA)、巴黎国际商会仲裁院(ICC)和斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)等机构解决。这些机构中绝大部分的仲裁员是来自于北美和欧洲,同样遵循西方文化与价值观,有着浓厚的“普通法”色彩。而对于一般商事争端,尽管包括我国在内的发展中国家均设立了不少仲裁机构,但影响力较大或标的额较大的案件主要仍由上述的几个西方仲裁机构受理。因此,在国际争端解决领域,话语权可以说仍主要掌握在西方国家手中。

但是,这些机构对外虽然宣称公平正义、公正裁决,但实质上由南海仲裁案和中国的市场经济地位等过往的案例可见,它们所做的裁决更多都是充当着排斥遏制中国的“帮手”,难言公正。若依托现有机解决“一带一路”倡议推进中产生的争端,恐不利

于推动“一带一路”倡议的实施。基于此,构建契合“一带一路”倡议愿景、沿线国实际情况和需求的争端解决机制显得非常重要。

“一带一路”倡议覆盖众多沿线国家,各国情况各异,较为复杂。以法律传统和制度为例,沿线国家适用的体系主要包括大陆法系、英美法系及伊斯兰法系等。

具体而言,在“一带一路”倡议的沿线国家中,大陆法系主要包括俄罗斯、蒙古、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、格鲁吉亚、乌克兰、白俄罗斯、波兰、罗马尼亚及匈牙利等。越南、柬埔寨及印度尼西亚等曾是欧洲帝国列强的殖民地的国家亦属此范畴。对于采用或深受到大陆法系影响的国家,如中国,亦应属此类^[4](P297)。在“一带一路”沿线国家中,属此范畴的国家占比比较大。

沿线国家中的英美法系国家则主要包括新加坡、马来西亚、印度、孟加拉国、尼泊尔、缅甸、巴基斯坦、菲律宾及斯里兰卡等。此外,伊斯兰法系亦是重要组成。在沿线国家中,伊斯兰法国家包括沙特、阿富汗、伊朗及马尔代夫等。除上述三类外,沿线国家中亦有适用“混合”的体系,即融合了上述几种体系。此类国家包括阿联酋、卡塔尔、埃及、巴林、阿曼、也门、约旦及文莱等^[5](P299)。

除了法律体系的多样化外,“一带一路”倡议沿线国家另一个值得注意的情况是当中大多数为发展中国家。易言之,对于发展中国家而言,其自身国力相对有限,甚至较弱。来自于这些国家的大部分当事方的财力亦难说非常雄厚。此外,受限于社会发展水平和经济条件,沿线国家或并不具备较为精细完善的法律体系,甚至可能较为单薄。因此,对于“一带一路”倡议的大多数沿线国家而言,借着“一带一路”倡议的宏大平台,大力开展与其他国家的合作以推动社会经济发展当为重中之重。基于此,为使“一带一路”倡议得到更好的落实,“一带一路”倡议争端解决机制应综合考量相关因素,且此过程应尽量避免冗长及繁琐。

在上述的三种模式中,政治模式显然并不合适。如前分析,尽管政治模式相对灵活,但是由于程序性保障的缺失,且受政治力量影响较大,此种模式下的结果可预见性较差。此外,此种模式下的透明度亦较为缺乏。种种因素对于“一带一路”倡议沿线国家间信任的建立和国家间合作的可持续性均是不利的,无益于整个倡议的有效推进。

对于司法模式,尽管如前析,其法律化程度较

高,且有一套较为完善的程序性保障。此外,此模式下的国际司法机构为常设机构,且其内部的审判人员在争端事项提交前就依规任命,这在一定程度上保障了结果的可预测性、稳定性和连续性。然而,此种模式下判决的执行对国家主权形成了一定的约束。更为重要的是,其耗时较长,灵活性不足。“一带一路”倡议涉及众多领域,尤其是投资与作为先行重点领域的基建,这一类项目拖得越久,给争端当事方带来的损失或将越大。而“一带一路”倡议的沿线国家中多为发展中国家,国力较弱,若是耗费大量时间用于解决争端,这显然无助于国家间的经济合作,亦不利于“一带一路”倡议的有效推进。因此,尽管适用司法模式解决争端事项或可有较好的可持续性 & 稳定性,但是若是放在“一带一路”倡议的语境中,或许未能最好契合“一带一路”倡议和沿线国所需。

由此,在“一带一路”倡议的大背景下,前述的第三种模式或将更为合适。一方面,争端当事方需先通过磋商、斡旋及调解等方式就争端事项开展讨论协商,这为争端当事方提供了一个和平解决争端的平台,为国家间友好持续地合作提供了保障。通过磋商、斡旋及调解等方式亦可在一定程度上提升争端解决的效率,使争端当事方能尽快重返正常的合作轨道中,从而促进“一带一路”倡议的健康持续发展。另一方面,后置的仲裁程序为争端事项的解决提供了法律保障,基于争端当事方的意思自治及相关程序性规则形成对争端当事方有约束力的裁决。因此,相比较司法模式,综合模式更灵活,时间成本亦较低,能更契合“一带一路”倡议及沿线国家的需求。

三、构建“一带一路”倡议 争端解决机制

尽管综合模式更为契合“一带一路”倡议愿景和沿线国家的发展需求,但是,如前分析,其自身亦有弊端且久被诟病,不能忽视,应结合“一带一路”沿线国的实际情况进行修正。

具体而言,对于仲裁裁决的一致性问题,尤其是在投资仲裁的领域,在构建“一带一路”倡议争端解决机制时,可考虑设立一个统一的上诉机制,作为救济措施以纠正此类问题,降低裁决结果互相矛盾、冲突出现的可能性。此外,出于补充和完善的目的,机制应配套相关规则对标准及范围、效力、执行等问题加以明晰。事实上,现阶段,国际上对于国际投资仲裁设立上诉机制已然开展了探索和尝试,如美国、欧

盟在跨大西洋贸易与投资伙伴协议(TTIP)的谈判中已考虑设立上诉机制。中国与澳大利亚的自由贸易协定中亦对此上诉机制的设立持正面态度,基于自由贸易协定第22条(裁决),双方在第23条表示:“自本协定生效之日起三年内,双方应启动谈判,以期建立上诉审查机制,审查在此上诉审查机制建立后依据本章第二十二条款所作出的仲裁裁决。此上诉审查机制将审理有关法律问题的上诉。”^[4]

而对于仲裁裁决的执行问题,可以预见,若是裁决不能得到有效执行,“一带一路”倡议沿线国家利益将无法得到保障。对于争端解决机制乃至“一带一路”倡议的信心及信任亦将受到影响,这对于倡议的推进是非常不利的。因此,这是一个迫切需要解决的问题。对于执行难的问题,现有的争端解决机制已设立了相关救济机制。例如,世界贸易组织的争端解决机制中就设立了“报复机制”,即争端解决中的“败方”若未在一定的合理时间内执行仲裁裁决,则当其仍处于此“非法”状态下,且争端当事方未在合理时间结束后的特定时间内就赔偿达成共识,“胜方”可在获得争端解决机构的授权后,对“败方”在适度范围内实施贸易报复措施。此报复措施是临时性的,即当争端当事方后续就解决方案的意见一致时,报复措施应终止。世贸组织的此套机制确实在一定程度上为裁决的有效执行提供了保障。

然而,争端当事方即使在获得授权后,通常需要较强的经济实力作为实施报复措施的基础。一方面,贸易是双方参与的,贸易报复措施也不会只对一方造成影响,另一方面,实施报复措施的当事方或需进行权衡,即“败方”是否可能会在其他国际组织或平台上给其“穿小鞋”。鉴于此,“一带一路”倡议争端解决机制在面对“执行难”时,或可考虑在现有机制的基础上,联合相关结构形成一张“网”。举例来说,可考虑与相关金融机构合作,尤其是提供贷款的机构,降低执行情况不佳的国家的信用评级。通过互联网向执行不力方施加舆论压力亦可作为方式之一。

此外,除了对上述几个问题进行完善后,为使“一带一路”倡议争端解决机制更“接地气”,从而使其能得到切实有效推进,此争端解决机制应体现本区域的特色,尤其是东方及中国的人文特色,如凸显“和为贵”的精神,即可采取措施,鼓励当事方以协商调解的方式友好而非对抗性地解决争端。

事实上,鼓励采用调解解决跨境的争端事项是较为合适的。首先,“一带一路”倡议沿线国家采用了数种法系,且各国的法律传统、习俗及历史不同,要

协调得出一套符合沿线国家利益及实际情况的实体法律是几乎不可能的。其次,调解的开展并不基于特定基础,而是针对个案情况进行的。再次,更为重要的是,相较于仲裁和诉讼,调解是相对温和的,且能使争端当事方以友好的方式较充分地表达自己的诉求。这将利于国家、私人间经济合作的可持续性,及“一带一路”倡议涉及项目的有效推进。同时,此种对调解的鼓励和推广一方面可起到弘扬中国优秀传统文化的作用,另一方面亦能更好地契合“一带一路”倡议的愿景及共建原则。

综上,“一带一路”倡议沿线国家的法律制度和遵循的法律传统均有所不同,各国的社会经济发展水平及国内企业的经济实力亦参差不齐,且各国的法系、历史、文化及宗教等方面亦各有特色,“一带一路”倡议争端解决机制之构建所需考量平衡之事项

较多。为了更好地契合“一带一路”倡议及倡议沿线国家的情况,相应的争端解决机制应在尽可能体现东方文化的同时,采用综合模式加以构建较为合适。

参考文献:

- [1] 麻慧. 中国-东盟自由贸易区争端解决机制之探讨——以比较研究为视角[J]. 东南亚研究, 2005, (5).
- [2] 王贵国. “一带一路”战略争端解决机制[J]. 中国法律评论, 2016, (2).
- [3] 王贵国, 李懿麟, 梁美芬(主编). “一带一路”争端解决机制[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2017.
- [4] 关于中国-澳大利亚自由贸易协定的详细规定[EB/OL]. http://fta.mofcom.gov.cn/Australia/annex/xdzw_cn.pdf. 2016 - 10-25.

【责任编辑: 来小乔】

The Mode Selection of the Dispute Settlement Mechanism for the Belt and Road Initiative

WU Hao-wen

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou, Zhejiang, 310000)

Abstract: Since the Belt and Road Initiative is an enormous economic cooperation that involves many aspects and participants, disputes are inevitable. To ensure the effective implementation, dispute settlement plays a vital role. The existing dispute resolution mechanisms are greatly influenced by western countries and the common law tradition, thus may fail to fit the situations and needs of countries along the Belt and Road. Hence, establishment of one dispute settlement mechanism that could serve countries alongside well is undoubtedly significant. There are mainly three types in terms of the mode of dispute settlement mechanism, namely political mode, judicial mode and combined mode, which has its own merits and defects respectively. Considering the situations and needs of countries along the Belt and Road, combined mode may be more suitable for the establishment of the dispute resolution mechanism for the Belt and Road Initiative. Such establishment may learn from existing dispute settlement mechanism, yet mechanism for the Belt and Road Initiative should not only reflect the conditions of countries alongside, but also try to make improvements to avoid the shortages already in existing dispute settlement mechanism.

Key words: The Belt and Road Initiative; Dispute Settlement Mechanism; Combined Mode; Developing Countries