

CEPA 协议实施中的法律问题研究

慕亚平, 陈晓燕

(中山大学法学院, 广东 广州 510275)

[摘要] CEPA 协议的实施对于我国内地与香港间的经贸关系起到了极大的推动和指导作用,但同时也应当看到 CEPA 协议自身和在实施过程中仍存在和出现一些问题,需要改进和完善。通过比较 CEPA 协议第一阶段和第二阶段的开放措施,进而对 CEPA 第一阶段和第二阶段实施以来存在问题尤其是法律问题的比较分析,探讨和研究促进 CEPA 取得更大经济效应背后所急需的相应法律机制的建设问题。

[关键词] CEPA; 实施; 法律问题; 比较分析

《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(简称《安排》、CEPA,或 CEPA 协议)已经实施两年多了,第三阶段已经启动。^①CEPA 协议实施“透过循序渐进的方式,为加入更多开放市场的措施设下机制,并逐步丰富协议的内容”^②,对于我国内地与香港间的经贸关系起到了极大的推动和指导作用,使两地进入了具有划时代意义的经济融合的新时期。同时,由于 CEPA 是中国推进机制性区域战略合作的先行者,^[1]其还肩负着探索中国机制性区域经济合作的使命,对于中国自由贸易区的建立具有重要的实践意义。为了使 CEPA 进一步实施并更好发挥作用,我们将对已经实施的前两个阶段进行比较分析,并期望通过对实施中出现的问题尤其是法律问题的分析,探讨促使 CE-

PA 协议完善和深入实施的途径和方法,以及促进 CEPA 取得更大经济效应背后所急需的相应法律机制的建设问题。

一、CEPA 协议第二阶段比第一阶段的规定更加开放

内地与香港的 CEPA 协议于 2003 年 6 月 29 日正式签署,2004 年 1 月 1 日正式付诸实施(后称其为“第一阶段”),2004 年 8 月 27 日公布了一系列的扩大开放措施(一般称为“第二阶段”),第二阶段于 2005 年 1 月 1 日开始实施并取得重大成就,为 CEPA 协议顺利步入第三阶段奠定基础。通过 CEPA 前两个阶段的比较可以发现开放领域更加扩大,开放程度更加提

[收稿日期] 2005 - 03 - 07

[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,主要从事国际法、国际经济法学研究;

陈晓燕(1979—),女,广东汕头人,中山大学国际法硕士生。

[基金项目] 国家“985 工程”中山大学港澳研究哲学社会科学创新基地资助项目。

① 2005 年 10 月 18 日中央政府和香港特别行政区政府在香港签署了《〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉补充协议二》,宣告 CEPA 第三阶段的开放措施于 2006 年 1 月 1 日正式执行。见香港特别行政区工业贸易署官方网站新闻公报, http://www.tid.gov.hk/sc_chi/aboutus/prespeech/press/2005/20051018.html

② 2006 年 1 月 5 日,工业贸易署(工贸署)署长杨立门在香港中华总商会主办的研讨会上的致辞。见 CEPA 有助刺激香港经济发展。香港特别行政区工业贸易署官方网站新闻公报, http://www.tid.gov.hk/sc_chi/aboutus/prespeech/press/2006/20060105.html

高。譬如,在货物贸易领域表现为进口零关税范围扩大,原产地安排的调整及确认“拟生产产品”正式投产等方面;在服务贸易领域表现为开放的领域进一步扩大和服务开放程度进一步提高等方面。尤其集中体现在以下方面的突破上:

(一)“零关税”产品的绝对数量增加

这种变化带来了更明显的货物贸易的创造、转移和扩大效应:^①

1. 贸易创造效应进一步扩大

所谓贸易创造效应,是指由于区域贸易集团形成后带来市场规模的扩大,有利于成员国在更大的市场范围内配置资源,享受规范经济,调整产业结构,更好地发挥比较优势,从而获得分工深化带来的效率提高,区内贸易将由此增加,从而产生贸易创造的效果。^[2]在 CEPA 第一阶段,内地仅对原产自香港而出口内地的 273 种商品实行零关税,而第二阶段实行零关税的商品将增至 1087 种。由于关税的降低而带给原产于香港的商品在内地市场上的竞争力优势就更明显,尤其是其中的一些高档消费品,由于价格的降低直接影响着内地消费者的选择倾向。

2. 贸易转移效应有所增进

贸易转移效应则是指贸易集团建立,在取消部分或全部关税和非关税壁垒后,成员国之间的贸易较非成员国之间的贸易更加具有吸引力,使得在贸易集团成立之前的非成员国贸易为成员国间的贸易所取代,即一成员国的进口从非成员国转移至成员国。CEPA 第二阶段将对从香港进口的 273 种商品实施零关税扩至 1087 种,使得对内地的进口商而言,产自香港的商品较产自其他国家或地区的商品更为合算,从而形成更加明显的贸易转移的效应。

3. 贸易扩大效应更加突出

贸易扩大效应是指贸易集团成立后,成员国之间的贸易格局由于关税的降低或进入门槛发生了变化,朝着有利于推动成员国之间贸易的方向发展,从而扩大了成员国之间的贸易规模,参与贸易的商品及服务种类增加,实现成员国之间开展国际分工、促进国际资源有效配置

的互动。^{[3] (P41)}随着 CEPA 进入第二阶段,内地对香港实施零关税商品绝对数量的增加,为香港经济发展提供了更广阔的腹地和更丰富的资源,将强化香港作为国际经济中心的地位,对香港的经济可持续发展产生积极的促进作用,给香港带来更大的贸易扩大效应。

(二)服务贸易领域市场准入门槛进一步降低

这种变化使得对香港的贸易创造的效应和对内地的制度创新的效应更加明显:

1. 对香港的贸易创造效应更加突出

国际贸易的理论与实践证明了在双边经济往来实现自由化后,各自获取的收益大小取决于两地产业竞争力的差距(因为竞争力低下的一方已经不能通过保护政策阻挡另一方的自由进入),竞争力强的一方从自由化中获得的收益就越大。香港作为国际性服务枢纽,服务业占 GDP 的 85%,其竞争力达到了世界一流的水平;而内地的服务业只占 GDP 的 34%,远远低于世界的平均水平,甚至赶不上许多相同发展程度的发展中国家。由此可见,在服务贸易方面,内地与香港存在着巨大的竞争力差距,决定了两地服务贸易的自由化将存在极大的贸易创造效应。随着 CEPA 第二阶段内地同意在法律、会计、医疗、视听、建筑、分销、银行、证券、运输、货代、个体工商户 11 个领域对香港进一步放宽市场准入条件,由此将给香港带来更大的服务贸易赢余和贸易收益。

2. 对内地的制度创新效应更加明显

在给香港带来了巨大的贸易创造效益的同时,门槛降低与服务贸易自由化程度的提高也将为内地创造制度创新的效益。因为服务市场的开放对中国市场经济制度的最终建立与完善具有推动作用。市场是交易的场所,分工越发展,市场交易频率就越高,减少交易成本,提高交易效率的市场中介组织就越完善。^{[4] (P35)}CEPA 第二阶段进一步对港开放了 8 个新增的服务业,让香港永久居民可在内地经营生意,不再受到地域限制,港商除了可以独资经营电影院外,还可以在内地设立独资公司开发国产影片,

^① 贸易创造与贸易转移以及贸易扩大是国际贸易理论分析区域贸易集团对相关经济体静态影响的三个基本层面。

港商可以进入图书、报纸、杂志分销服务领域,香港银行的内地分行经批准后亦可以从事代理保险业务,香港医生在取得内地“医师资格证书”可在内地开设诊所。这些强势产业进入内地市场,将大大推进内地服务业的发展,尤其是内地发展十分不足的中介服务,从而完善内地的市场经济制度,给内地带来更明显制度创新效应。

二、CEPA 协议第二阶段仍然存在的问题

CEPA 在推动取得积极经济效应的同时,其自身及相关制度仍然存在一些亟待解决的问题:

(一)沿用香港原产地规则逐渐显露缺陷

最新数字显示,CEPA 框架下香港原产地证书申请累积达 9233 个,其中 8797 已获批准,涉及香港向内地出口货值达 30 亿元,由此可减免的关税约 2~3 亿元。^[5]但这个数字远没有达到理想目标,据预期的估计,每年至少可为香港节省 7~8 亿元以上关税。^[5]之所以出现这方面问题主要是因为:(1)由于对有关货物的原产地证明申领有一套严格的管理程序,需要多个工作日,还需要由指定律师机构验证,其手续费不菲,增加了业者的成本和难度,因此导致 CEPA 实施以来,零关税政策的效应并不明显;(2)香港本土制造业绝大部分北移,或可以说是“空心化”,而《安排》第一阶段和第二阶段享受零关税的产品,主要采用现行香港以工序界定的原产地规则,导致可以借助零关税进入内地的货品不多。香港的经济的发展,从制造业逐步转型至现今的服务行业,正好引证了李嘉图的“比较优势理论”。香港较高的土地和劳工成本,令香港的制造业已失去竞争优势,尤其是那些已北移的劳工密集型工业,纵然有关税上的宽减,从成本效益的角度来看,也不可能令它们回流香港。^{[6][13]}由此可见,由于香港制造业比重目前明显偏低,在本地生产总值中仅占 7~8% 的比重,而且规模较小,再加上 CEPA 沿用香港原有制造工序原产地规则,相当严谨,致使成本不菲,更进一步限制了 CEPA 带给香港货物贸易方面的创造效应。

(二)服务贸易开放模式和具体设置存在弊端

1 “积极列表”服务贸易开放模式存在弊端

目前世界服务贸易开放模式主要有 GATs 模式和 NAFTA 模式:^[7]

前者指以服务贸易总协定(GATs)为代表的模式,其成员的开放承诺是以所谓“积极列表”或者叫“从下到上”的模式列出的。即只有当某成员在其减让表中列出外国服务提供者所可以享受的市场准入机会和国民待遇时,外国服务提供者才可遵循规定,进入该国市场。但是对于那些现存的歧视性措施,东道国却没有义务一一列出,也更没有义务向他国开放市场或给予国民待遇。

后者是以北美自由贸易协定(NAFTA)为代表的模式,其成员的承诺则是以消极列表的方式列出。这种方式又可称为“从上到下”或“不列入即开放”的模式。即除非成员就某项涉及服务贸易的措施作出特别保留外,所有服务部门都应开放。其二是它规定了一系列新原则,因此不论是在开放的深度和广度上,都要远胜 GATs。

CEPA 至第二阶段服务贸易开放模式更多的借鉴 GATs,香港与内地间相互承诺是以积极列表的模式列出,不利于推动香港与内地服务贸易的更进一步开放。

2 服务贸易模式涵盖“商业存在”存在不足

目前世界各地关于区域经济一体化的实践中,区域贸易协定(RATS)和服务贸易总协定(GATs)关于服务贸易的一个重要的不同是有关跨境贸易和投资的相互影响。GATs 不包括一个完整的投资原则,但是将投资合并在服务中(即 GATs 中所讲的“商业存在”),将它作为四种服务交付模式之一。

与之相比,NAFTA 及与之类似的自由贸易协定采取的是另外一种方式,其重点放在不同国家之间服务贸易的开放上,因此该类协议中所提到的服务仅包括跨境提供、境外消费以及自然人移动等三种提供模式。至于“商业存在”这种模式,则单列“投资”一章加以处理,其中投资规则和原则涉及投资保护(如双边投资协定中的规则)和投资自由化,以及投资者与国

家之间以及国与国之间的争端解决条款。

而 CEPA 作为整合香港与内地经济的准自由贸易协议,可以在符合 GATs 一般规定的情况下有所突破,采取符合香港与内地经济整合特点的服务贸易设置。商业存在既是一种服务提供方式,也是一种投资方式。那么将其归入服务贸易领域予以规范,将导致货物和服务领域的投资将采用不同的规则。因此,在 CEPA 步入第三阶段,仍将商业存在纳入到服务贸易中予以规定,不利于 CEPA 更进一步的发展,可以借鉴其他区域协议将“商业存在”于“投资”一章中独立规定,并且该章一并适用于货物和服务的做法。这样更有利于推动 CEPA 关于香港与内地投资自由化的规制及 CEPA 体例的一致和完善。

(三)投资自由化规定的缺失

在 CEPA 第二阶段中对内地与香港的贸易和服务自由化都有扩展,但投资自由化问题涉及较少。近年来,区域经济一体化或自由贸易区制度发展的显著特征就是其内容不再单纯是贸易自由化方面的安排,而是包括贸易、投资、服务、劳动、环境、竞争等诸多因素在内的综合性制度安排,而且投资自由化是最重要的内容之一。而 CEPA 协议中包括在第二阶段的规定,都只是就投资便利化进行相关的规制,缺乏投资领域实质性的法律安排。实际上 CEPA 第二阶段已经涉及服务领域的投资问题。因此,投资自由化规则的缺失会致使香港服务提供者在内地通过独资、合作或合资方式提供服务时,没有一套相适应的关于投资者待遇的强制性规定、没有相关的投资保护的规定,甚至没有对香港投资者与内地政府关于投资争端的有约束力的争端解决机制。笔者认为,CEPA 协议作为一个准自由贸易协议,缺乏投资自由化规定,将不利于香港与内地经济进一步整合。

(四)争端解决机制仍未纳入协议

随着 CEPA 的进一步实施,香港与内地之间的经贸联系更加频繁,两地间的经贸纠纷更加的难以避免。而在 CEPA 第二阶段的法律文本和实施中仍未对两地争端解决机制作出规定,也未寻求相关的解决方案,这势必会在 CE-

PA 实施并发生争议的情况下阻碍 CEPA 协议实际有效的执行以及其执行效率。目前可以利用的争端解决机制包括:WTO 争端解决机制和两地原有的争端解决方式。^[8]由于 WTO 是多边体制中的争端解决机制,内地与香港是作为一国两个不同关税区,到 WTO 争端解决机构解决双方的经贸纠纷,不利于更好的平衡双方的利益。而两地原有的争端解决方式是各自使用民事诉讼法或靠两地司法协助,通常只适用于私人之间的纠纷,无法讨论和解决香港和内地作为双方当事人的纠纷。可见,CEPA 如果不能建立起一套符合自身要求的独立的争端解决机制以及相应的争端解决机构,将会严重阻碍 CEPA 的实效^{[8]44}。因此,内地与香港应尽快协商构建一套符合 CEPA 贯彻实施的争端解决机制。

三、CEPA 第三阶段需要进一步明确规制的问题

CEPA 第三阶段已经启动并顺利实施,若要使 CEPA 能够更好发挥作用,促进两地经济整合,还需要对 CEPA 协议进一步完善。目前的关键在于相关法律机制的建设和完善,负责监督和执行的常设机构的设立。笔者认为,CEPA 法律机制的构建和完善应根据内地与香港两地的差异性需求,设计一套兼具软法与硬法特征的组织架构与法律制度,当前首先应着重抓好以下方面:

(一)原产地规则不足的完善

香港出口往内地及在《安排》下申请零关税的货物,必须符合《安排》原产地规则。大部分已确定《安排》原产地规则的产品采用制造工序作为原产地规则,其余采用“税号改变”、“从价百分比”或以有关产品的特性订定的规则。如前所述,CEPA 实施过程中沿用香港原有原产地认定标准逐渐暴露出其不足,妨碍了 CEPA 零关税安排达到预期效果。因此,笔者认为可由目前以制造工序作为绝大部分零关税产品原产地判断标准逐渐增加以税目改变和从价百分比作为产品原产地判断标准的比重。

1 更多采用税目改变、从价百分比标准的优点

目前区域原产地规则的制订,基本上采用了税目改变标准、从价比例标准以及加工工序标准三条主要标准。除北美自由贸易区、欧盟等少数发达的区域经济体以税目改变为主要标准外,绝大多数区域经济体,如阿拉伯自由贸易区、澳新协定、南方共同市场、西非关税同盟、南部非洲发展共同体、东南非共同体等均以从价比例标准为主的标准。^[9]

采用税目改变标准,在通常情况下,各国和各单独关税区均制定有自身税目归类表,如果一种产品经过加工后改变了原来的税目归类,那么该种产品就发生了实质性的改变,对该产品的加工就符合“实质性加工”标准,这一标准的合理性在于税目改变标准在使用上具有很强的可预见性,也便于与国际接轨。

$$\frac{\text{原料价值} + \text{组合零件价值} + \text{劳工价值} + \text{产品开发支出价值}}{\text{出口制成品的 FOB 价格}} \times 100\% \geq 30\%$$

该公式中没有明确劳工价值的具体计算方法,更忽略了关于从价比例标准累计规则的规定,因此,笔者认为应补充如下规定:(1)明确在实际生产中,哪些费用属于劳动价值以及对于一个拥有多种产品的生产商来说,其生产的某一产品的劳工价值是包括维持该生产商运营的所有劳动力价值,还是仅仅限于与生产该产品有关的劳动力价值。^[10](2)确立原产地内部累计规则,适用于中国与其所有区域一体化安排。只要源自中国参与的区域一体化安排内的成员国的累加成分含量不少于最终产品含量的30%,此商品就可享受零关税优惠,为中国四地经济融合及让四地均享有中国区域化安排成果做好准备。由于中国的特殊情况,两岸入世使祖国大陆、台湾、港和澳门之间的经贸关系发生重大变化,四地之间组成“中国自由贸易区”将逐步成为可能。此外,中国已与诸多国家或地区订有关税优惠协定,达成了曼谷协定,加入了中国—东盟自由贸易区等。随着区域一体化的发展,中国扩大区域合作、加入新的区域贸易协定将成为可能和必然。因此,在CEPA中允许进行内部累计,可以促进内地对香港和作类

而对一般贸易产品采用从价百分比标准的主要优点是操作简单,特别是区内成员比较多的情况下可以进行内部累计,以增加区域内产品获得优惠的机会,更能有效地促进区域内产业分工,提高贸易创造效应。

2 现有税目改变、从价百分比标准的进一步完善

为保证税目改变标准更有效的实施,中国内地与香港应制定更加统一和明确的税目归类表,并尽可能与国际接轨,进而推广至中国内地与澳门、台湾的经贸关系安排中,推动四地经济融合。

根据CEPA的规定,“从价百分比”就是在港获得的原料、组合零件、劳工价值和产品开发支出价值的合计与出口制成品,离岸价值的比值应大于或等于30%,并且最后的制造或加工的工序应在香港和完成。具体的计算公式为:

似安排的澳门及其他区域安排成员国的出口。

(二)服务贸易规则缺陷的修订

1 随着CEPA服务贸易自由化程度的逐步加大,可转为采用消极列表的方式

消极列表的方式,又称“不列入即开放”的模式,即除非成员就某项涉及服务贸易的措施作出特别保留外,所有服务部门都应开放。这有几项好处:一个是成员所允许保留的歧视性措施仅限于现行措施,并不得提高其中所列明之歧视水平,从而保证了将来的服务贸易壁垒不会比现行水平更高;再者任何歧视性措施均需列明,所以只要没有列明就没有歧视性措施,从而大大提高了政府对于服务管制措施的透明度,服务提供者再也不用苦苦寻找限制服务贸易的法规了。

2 建议将“商业存在”归入“投资”并独立进行规定

商业存在既是一种服务贸易提供方式,也是一种直接投资方式,对其规制更多的涉及投资市场准入和待遇等问题。建议在CEPA协议中将“商业存在”归入“投资”并独立进行规定。对“商业存在”条款框架应大致包括以下内容:

(1)国民待遇原则和最惠国待遇;(2)透明度规定,主要是加强合作,相互提供颁布的法律、法规、标准等信息。(3)允许投资者自由汇回和转移与投资有关的资金(如利润、红利、版税、贷款利息和清算资金)的规定;(4)禁止业绩要求的规定;(5)对没收和补偿的规定,防止对其他方投资的随意没收或不公平补偿;(6)审议机构设立。

3 明确“服务提供者”与“投资者”的差别

在将“商业存在”从服务贸易中独立出来,归入“投资”,且尚未建立完整的投资自由化规则的情况下,有必要先补充规定与“服务提供者”相对应的“投资者”的概念,并确定商业存在投资市场准入的标准,而不再沿用“服务提供者”这一服务贸易的概念下的投资准入标准。

GATs第28条对服务原产地的确定标准有初步规定,对区分“服务提供者”与“投资者”有借鉴意义。GATs第28条(g)款规定:“服务提供者是指提供服务的自然人或法人”。(m)款规定“另一成员的法人”是指根据另一成员的法律组建或组织的、并在另一成员境内从事实质性业务活动的法人;或对于通过商业存在提供服务的情况,是指由该成员的自然人拥有或控制的法人;或由另一成员的法人拥有或控制的法人。(n)规定,如一成员的国民实际拥有的股本超过法人股本的50%,则视为法人由该成员的国民所“拥有”;如一成员的国民拥有任命法人大多数董事或以其他方式合法指导法人活动的权力,则视为法人由该成员的国民“控制”。由GATs的规定可见:(1)跨境服务贸易原产地规则中,作为服务贸易提供者的法人强调“另一成员境内从事实质性业务活动”,与CEPA附件5关于服务提供者中香港公司的界定相一致。(2)而商业存在的市场准入标准则强调“由该成员的自然人拥有或控制的法人;或由另一成员的法人拥有或控制的法人。”

因此,CEPA协议有必要对“投资者”的概念予以明确界定,并为商业存在制定相应的投资准入标准。笔者认为可添加相应附件做专门的规定,明确:

(1)“投资者”,指:协议方公民;或协议方的任何法人,而“公民”在内地指中华人民共和

国公民,在香港指中华人民共和国香港特别行政区永久性居民。“法人”指任何依据任一协议方适用的法律成立或组建的合法实体,包括任一协议方自然人及法人拥有或控制的法人:(a)“国民拥有”指任一协议方的国民实际拥有的股本超过法人股本的50%;(b)“国民控制”指任一协议方的国民拥有任命法人大多数董事或以其他方式合法指导法人活动的权力。

(2)投资者的待遇

1) 国民待遇。给予另一协议方投资者不低于给予本方投资者的待遇,此待遇涉及到所有开放的行业 and 影响投资的措施,这些措施包括但不限于准入、公司建立、采购、扩张、管理、运行和投资的部署。

2) 最惠国待遇。应立即无条件给予另一协议方的投资者不低于给予任何其他任何国家投资者的优惠待遇,此待遇涉及到所有开放的行业 and 影响投资的措施,这些措施包括但不限于准入、公司建立、采购、扩张、管理、运行和投资的部署。

(三)投资自由化空白的弥补

在CEPA实施过程中,内地与香港应共同推进CEPA中投资具体规则的形成:

1. 在投资准入问题上采用渐进式自由化准入模式

在投资准入问题上主要存在两种模式:一是投资准入管制模式,这种传统的准入立法模式往往不明确规定投资准入的具体规则,而是代之以一般性的比较抽象的条款,仅规定缔约方应当根据其法律接受其他缔约方国民和公司的投资,同时准入应当遵守东道国的法律。准入的控制权实质上交由东道国控制;二是自由化准入模式,晚近出现的一些区域投资规则,明显改变传统投资立法的模糊立法方法,积极提倡明确规定投资准入阶段义务的立法方法,在外资准入阶段推行国民待遇和最惠国待遇,代表了一种高度自由化的立法模式。^[11] NAFTA是这种自由化立法模式的代表。其规定,每一成员国在投资的设业方面给予另一NAFTA成员国投资者以国民待遇和最惠国待遇,以其中更优惠的待遇为准。任一成员国都必须给予另一成员国的投资者和投资以不低于其在相似情况下给予其本国投资者和投资的待遇。任一成

员国都必须给予另一成员国的投资者和投资以不低于其在相似情况下给予一个非 NAFTA 成员国的投资者和投资的待遇。

基于内地与香港经济的发展现状,在 CEPA 第二阶段,被赋予了香港服务提供者开业权的服务部门仍保留一定限制条件,例如:职业介绍服务方面,允许香港服务提供者在内地设立独资职业介绍所,但同时要求其最低注册资本为 12.5 万美元。人才中介服务方面,允许香港服务提供者在内地设立合资人才中介机构,但同样要求其最低注册资本为 12.5 万美元。并且香港服务提供者拥有的股权比例不超过 70%,其中内地合资方机构应已设立一年以上。于是笔者认为,在 CEPA 协议中关于投资准入宜采取逐步自由化准入模式,在投资者开业权的赋予上逐渐从现阶段的保留走向最终的国民待遇和最惠国待遇。

2 在投资保护方面借鉴国际通行规则

1) 借鉴关于国有化与征收前提条件的通行规定。从晚近区域投资规则的发展来看,不管是发达国家间的高度自由化的投资协定,还是发达国家与发展中国家间订立的区域投资规则,甚至是发展中国家自身间的投资规则,都为国有化与征收设置了种种限制性条件,而且其前提条件的条约用语,出现如此惊人的相似:基于公正利益、适当法律程序、非歧视、支付补偿。国有化与征收的条件性问题在两类国家缔约实践的不断磨合过程中,基本达成共识,在区域投资规则中得到普遍地规定。因而在 CEPA 中关于投资保护的相关规定也可以适度采用普遍认可的国有化与征收的条件。

2) 借鉴国有化补偿原则——赫尔规则。在晚近的区域投资规则中,赫尔规则开始得到直接或间接地反复适用。这些区域投资规则要么直接照搬“充分、及时、有效”的赫尔规则的措辞,如 ECT, APEC《非约束性投资原则》、洛美协定等,要么对补偿额的计算采用“市场价值”的概念,如 NAFTA、东盟《促进和保护投资协议》等。CEPA 协议中关于投资保护的国有化补偿原则也可借鉴赫尔原则。

(四) 争端解决机制缺失的补充

随着 CEPA 的进一步实施以及内地与香港经贸关系的更进一步发展,两地贸易摩擦的产

生是不可避免的,因此,有必要在 CEPA 框架协议下建立一套独立有效的争端解决机制来保障 CEPA 的顺利实施。构建 CEPA 独立的争端解决机制可借鉴中国——东盟自由贸易区《争端解决机制协议》。《争端解决机制协议》是规范中国与东盟双方在自由贸易区框架下处理有关贸易争端的法律文件,其中就适用争端的范围、磋商程序、调解或调停、仲裁庭的设立、职能、组成和程序、仲裁的执行、补偿和终止减让等问题做出了相应规定。而其独特性主要在于中国——东盟自由贸易区的设计者并不想将其争端解决机制设计成以司法性为主的机制,他们更热衷于政治与法律因素混合的争端解决机制,该争端解决机制很好的融合了实用主义与法治主义,既含硬法特征又体现灵活性。

借鉴这种混合机制的设计,笔者认为,CEPA 争端解决机制可做如下具体设置:

1. 明确 CEPA 下争端解决机构的设置

笔者主张,在 CEPA 框架下不独立设置常设性争端解决机构,而设立自由贸易委员会承担争端解决职能和据个案临时成立的仲裁专家组。自由贸易委员会不是司法机构,其主要职责是监督协定的实施,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。当争端各方无法通过友好方式解决争端时,根据任一争端方的请求设立仲裁专家组,专家组依照自由贸易委员会制定的程序规则办案。

2 确定并细化 CEPA 下争端解决规制和程序

(1) 内地与香港基于 CEPA 产生纠纷的争端解决机制适用争端的范围:包括:1) 一方在《安排》项下直接或者间接获得的利益正在丧失或减损;或 2) 《安排》任何目标的实现正受到阻碍。对于上述争端应当主要采用以下三种方法:即磋商、自由贸易委员会主持的友好解决方式和仲裁专家组程序。前两者属政治性解决方法,后者是司法性解决方法。总体来讲应当突出政治方法,淡化司法方法。

(2) 磋商及友好解决方式的时间限制和程序安排:1) 为保证磋商程序的高效及纠纷的有效解决,对于磋商程序应有明确的时间限制。如一磋商请求被提出,则被诉方应在收到该请求之日起 7 天内作出答复,并应在收到该请求之日起不超过 30 天的期限内真诚地进行磋商,

以达成双方满意的解决办法。如被诉方未在前述的 7 天内作出答复,或未在前述的 30 天内进行磋商,则起诉方可以直接依据第六条请求设立仲裁庭。2)对于由自由贸易委员会主持的友好解决方式则应充分体现灵活性,争端当事方可随时同意自由贸易委员会主持进行调解或调停。此程序可由争端当事方随时开始,随时终止。

(3)独立仲裁程序的制度安排

1)仲裁庭的设立。如在收到磋商请求之日起 60 天内,或在包括涉及易腐货物案件在内的紧急情况下在收到磋商请求之日起 20 天内,通过磋商未能解决争端,起诉方可书面通知被诉方请求依据本条设立仲裁庭。其他缔约方应收到此请求的副本。

2)仲裁庭的组成。除非本协议另有规定或者争端当事方另有约定,仲裁庭应包括 3 名成员。

在被诉方收到设立仲裁庭请求的 20 日内,起诉方应当为仲裁庭指定一名仲裁员。被诉方应当在其收到设立仲裁庭请求的 30 日内为仲裁庭指定一名仲裁员。如争端任何一方未能在此期限内指定仲裁员,则另一方所指定的仲裁员应作为仲裁庭的独任仲裁员。

3)仲裁庭的职能。按照《安排》有关规定,审查争端方提交仲裁庭的事项并提出调查结果和《安排》规定的决定和建议。在其调查结果和建议中,仲裁庭不能增加或减少《框架协议》所规定的权利和义务。仲裁庭应就争端当事方引用的《安排》有关规定进行专门说明。

4)仲裁庭程序。仲裁庭的会议不公开。争端各当事方只有在仲裁庭邀请时方可出席会议。在与争端各当事方磋商后,仲裁庭应尽快且只要可能,在仲裁庭组成后的 15 日内,确定仲裁程序的时间表。在确定仲裁程序的时间表时,仲裁庭应为争端当事方提供充分的时间准备各自的书面陈述。仲裁庭应设定争端各方提交书面陈述的明确期限,各方应遵守此最后期限。仲裁庭应在其组成的 120 天内向争端方散发最终报告。在紧急案件中,包括涉及易腐货物的案件,仲裁庭应力求在其组成的 60 天内将其报告散发各争端方。如仲裁庭认为不能在

120 天内散发最终报告,或在紧急案件中不能在 60 天内散发报告,则应书面通知争端方延迟的原因和散发报告的估计期限。自仲裁庭组成至报告散发争端方的期限无论如何不应超过 180 天。

3 在执行程序的规制上,主要依赖争端各方的自行执行

如在第十二条第二款的合理期限内,被诉方未能使被认定与《安排》不一致的措施符合仲裁庭建议,则该争端方如收到请求应与起诉方进行谈判,以期达成双方均可接受的必要的补偿调整协议。

[参考文献]

- [1] 王跃生,张德修,李树甘. CEPA 与新世纪的内地香港经济关系 [C]. 北京:中国发展出版社, 2005.
- [2] 新浪财经纵横经济时评. 中国区域经济的合作策略 [EB/OL]. <http://finance.sina.com.cn/review/20050319/17241444043.shtml>
- [3] 冯雷,李之上. CEPA 对内地经济的影响 [J]. 中国工商管理, 2005, (1).
- [4] 王惠珍. CEPA 效应分析 [J] 华东经济管理, 2004, (2).
- [5] 皮嘉超: CEPA 合作前景广阔 [EB/OL]. 见 <http://www.takungpao.com/news/05/11/09/CEPA-481997.htm>.
- [6] 潘志昌,黄福建. 《贸易安排》看香港与内地的经济接轨 [EB/OL]. <http://www.hksyc.edu/econcomics/workingPapers/1204%20Poon%2081%20Wong%20da:13>
- [7] 高树超. 两岸四地建立经济整合协定的法律问题 [A]. 王贵国主编. 区域安排法律问题研究 [C]. 北京:北京大学出版社, 2004.
- [8] 慕亚平,肖丽. 应当构建 CEPA 下的争端解决机制 [J]. 中山大学学报 (社会科学版), 2004, (4).
- [9] 黄坚. 区域原产地规则对 CEPA 的启示 [J]. 亚太经济, 2004, (3).
- [10] 慕亚平,林健聪. CEPA 协议中原产地认定标准刍议 [C]. 慕亚平,李伯侨主编. 区域经济一体化与 CEPA 的法律问题研究 [C]. 北京:法律出版社, 2005.
- [11] 葛顺奇,詹晓宁. 国际投资协定:准入和开业的控制模式与政策选择 [EB/OL]. <http://www.wto.gov.cn/display/displayInfo.asp?ID=200211121321297063>

