

評論「建構跨法域（大陸與港澳地區）自由貿易區商事爭議解決機制之構想」

張顯超

（中山大學中國與亞太區域研究所教授）

本文作者提出建構中國大陸與港澳自由貿易區爭議解決機制的構想，立意良善弘遠。認為是可以解決以港澳與中國大陸內地自由貿易區為範圍，有關兩地平行訴訟的法律衝突與管轄衝突的難題。而本文的作者認為，比較好的做法是，提出一個港澳與中國大陸內地，一個共同統一區際法律衝突法來加以處理。因為建立一套統一性質的法律，可以在民商事契約雙方當事人在缺乏合意管轄的情形，提供一個解決減少平行訴訟的訟累，以及不同法院（仲裁）判決不一致的判定基準。

相信本文作者這個法律基本思路與方向是正確的。但是仍必須不諱言的說，此一論點在法學理論上雖然正確，但是要在具體立法與法院實務面加以落實，其實困難度還是很高的。這並不只是因為該套法律的制訂，是否如作者所說，會觸及違反北京中央對於港澳地區一國兩制五十年不變的政治承諾而已，而真正背後困難是港澳地區所繼承的英葡法律與法院體系，是與中國大陸內地的成文法系與法院實踐，有著極大的差異性。其中特別是香港地區的法律與法院實踐，係代表著香港做為國際商貿大港與亞洲國際金融中心，長年被國際商業機構所接受的法院與國際仲裁等體系。香港地區本身是被國際肯認的優勢法治環境。短期之內要讓港澳地區法院體系與中國內地的法院，以自由貿易區為名義，建立共同的法律或管轄衝突的基準法律，仍不免會有破壞香港法院終審權上的政治疑慮。

評論者願意提出以下不同觀點與建議，作為與作者彼此的相互切磋學習：

- 一、自由貿易區的法律衝突解決途徑，是可以思考美加墨 NAFTA 關於解決區域內法律紛爭的方案，未必一定要建立一套共同的法律衝突或管轄準據法，因為彼此的法律體系要調和，無論是實體法或程序法，甚至法院體系或仲裁規範，就如本文作者所言，除非有中央統一的政治意志與法律實踐，不同法系的國家或區域之間，彼此存在太多立法與法律實踐難度。基本上若非完全不可行，也是超高難度的法律工程。因為在國際或區際的法院實務上。鮮少會為了解決所謂兩造當事人，因為其在事前或事後協議未載明管轄法院，只為了解決平行訴訟上的難題，

去協調出一套跨越國家（區際）專門法律，來規範雙方法院或仲裁庭應優先審理的問題。

而且港澳地區與中國大陸內地的法院之間，已經有初階的司法文書送達，民商事委託文書送達與取證，以及仲裁判斷的執行，也有基本的跨區域合作法律框架。再者，區際內商務糾紛的解決，不外乎以友好協商，調解與仲裁為要，法院途徑幾乎是最後手段。除非當事者兩造意圖關係破裂，否則費時的民商事法院訴訟途徑，都會是最不得已的解決方法。

二、至於如何真正建立作者所關切的管轄法院平行衝突的問題，美國有關管轄衝突的經驗，例如美國國際法 Restatement (Third) § 402 Bases of Jurisdiction to Prescribe 所要求實質在領域發生的原則，§ 403 Limitations on Jurisdiction to Prescribe 所要求的合理管轄原則，以及§ 431 Jurisdiction to Enforce 的符合合理與比例原則等，都是可以藉由區際法院之間司法管轄自我限縮實踐，達到避免管轄衝突情事的發生，未必一定需要採取統一立法的法律手段。因此就本案而言，自由貿易區內的港澳地區與中國大陸內地法院，應可以先藉由司法實踐的案例累積，逐漸經由經驗與基本的法院禮讓，或合理方式的提出，歸納出一套具體減少雙方法院管轄衝突的方法。假以時日實踐之後，經由自由貿易區域內的雙邊或多邊協議，再建立雙方可以接受的管轄衝突原則。因為在彼此法律體系與法院實踐差距甚遠的情況之下，強求建立一套彼此可以接受的法院管轄標準，其實是非常不容易的。反而循序漸進的個案實踐，應該是比較好的建議。

三、解決區際法律衝突的另一有效方法，若以港澳與中國大陸內地建立自由貿易區為例，因為仍是有統一的中央政府體制，若考慮一國兩制五十年不變後，比較好的方法之一，是學習美國統一商法典的制訂 (Uniform Commercial Code, UCC, the Code)。這是美國各州所共同制定的一部商法典，在 1952 年正式公布，現為美國五十個州所採納。此在實體法上解決法律合同的規範責任與損害賠償等問題。推動各州商事法的統一，維護州與州之間區際貿易的自由往來。商法上的統一，其實對於組建自由貿易區的港澳地區與中國大陸內地的商貿行為與合同的締結，其實是最為根本與關鍵的。但是港澳地區不成文的英葡慣例法系，較之中國大陸內地成文法系有很大的根本性歧異，其差別性甚至比美國聯邦制各州之間商法典的統一還要困難些。說到底中國大陸與港澳地區英葡不同法系的調和，是法律技術面的根本性障礙。

四、有關中國大陸相關的專業著作，代中現教授所著的，由北京大學出版社在 2008 年出版的：《中國區域貿易一體化法律制度研究：以北美自由貿易區和東亞自由貿易區為視角》一書中，就提出了不少的觀點可以提供作者參考。其第二章北美

自由貿易區（NAFTA）的第四節國際貿易爭端管轄權選擇，頁 111-135，對於解決自由貿易區的貿易紛爭，其實是採取雙邊政治架構方式，解決五個分散的部分。其中包括：

1. 政府對政府的爭端解決機制（規定在第 20 章）
2. 雙邊國家間對反傾銷和補貼措施的判定（規定在第 19 章）
3. 不同的特殊部門措施，譬如第 11 章投資的仲裁與爭端解決，包括比較特殊的磋商程序。
4. 國家裁判機制的適用，特別是知識產權和政府採購爭端。
5. 勞工和環境問題的協議爭端解決機制。

這些多是集中在先處理政府間的貿易與投資爭端。至於跨越國界或區際法院的管轄爭議，以 NAFTA 經貿關係深化多年的經驗，其實各國政府若不是不願意碰，相信也是因為各國法院司法管轄權的獨立作用與複雜性，除了以涉外民事法律衝突適用法來解決法院自身面對的裁判準據問題之外，要統一區際法院間管轄的標準，應該是接近於非常困難的。

當然，香港與中國大陸內地之間，都是 WTO 的成員體，其實任何兩造的貿易爭端，理論上也是可以適用 WTO 的仲裁爭端解決機制加以處理。但是 WTO 爭端解決機制適用在港澳與內地之間，應該仍有政治上不合適的考慮。而且 WTO 爭端解決機制仍有很多未盡完善之處。

五、代中現教授在同一書的第五章內地與香港更緊密經貿關係安排實施問題，有關三 CEPA 協議執行，司法審查和爭端解決機制，其有幾個觀點是與本人士相同的：

1. 由於三地經濟發展水平，貿易制度，經濟結構，法律制度上存在較大的差異性，因此 CEPA 不能向其他自由貿易協議的模式那樣，完全以法律規則為基礎設定成員的強制性權利義務。建議在實踐中，根據中國的實際，採取漸進式模式不斷完善自身的執行機制。（頁 331）
2. 其認為 CEPA 下的爭端不能適用 WTO 的爭端解決機制，兩地原有的司法協助模式也無力解決。

至於代中現教授的看法是，基本上還是協商與仲裁：

1. 建立區域性經濟組織的仲裁模式。NAFTA 的協商仲裁模式還是較為理想的。協商，自由貿易委員會會議與專家仲裁小組仲裁。
2. 構建 CEPA 爭端解決模式的具體設想：（頁 336-341）
 - a. 建立協商機制。
 - b. 組建仲裁小組。
 - c. 仲裁小組建議與裁決的通過與執行問題。

六、依照本人的認知，在自由貿易區從事國際經貿的商貿人士，以及一般性質的民事案件糾紛人士，其實本來就是不相類的兩個群組類別，兩者之間幾乎會是沒有交集的。前者會願意先在雙方契約或合同中使用國際公約或仲裁條款，或是以 New York Convention 解決彼此的法律糾紛。也多願意使用 CITEC（中國國際貿易仲裁委員會）指定仲裁人的方式，或調解的手段迅速解決爭議。等待中國大陸內地法院的裁判來確認自己法律上的權益，應該不多。相信特別是金額那麼大的跨區貿易與投資紛爭，願意冒險選擇內地法院裁判的人，應該真的是絕無僅有。而且中國大陸國際貿易仲裁機制相當完善，有無必要在 CEPA 架構之下再疊床架屋，就是見仁見智的個別政治考慮。而在一般民事性質的跨越區際訴訟，原則上與自由貿易區的組建，應該也不會有太大的關連性。既有的港澳地區與中國大陸的法院聯繫機制或其他，基本上已經有了起碼基礎。若要進一步處理，就是類似美國統一商法典的制訂，或是在實體法上求取可能的統一。但是無論如何，這些都會是非常久遠的政治與法律工程。謹提供個人的觀點參考，也未必一定是標準或是正確的。