

中國(上海)自由貿易試驗區爭端解決機構研究

黃潔*

中國(上海)自由貿易試驗區(以下簡稱“上海自貿區”)建立之後,引起了國內外的廣泛關注。自貿區的爭端解決機構是培育自貿區的國際化、法治化的營商環境的重要環節,其運作和發展是值得關注的重要問題。與中國傳統上的保稅區不同,上海自貿區有專門的爭端解決機構。¹ 2012年10月22日,“上海國際仲裁中心”設立的中國(上海)自由貿易試驗區仲裁院宣告成立,成為上海自貿區爭議解決及法律保障的重要制度性安排;11月5日,上海浦東新區法院自由貿易區法庭掛牌成立,上海市檢察院派駐自貿區檢察室同日正式成立;11月20日,中國(上海)自由貿易試驗區國際商事聯合調解庭暨上海文化創意產業法律服務平台知識產權調解中心在自貿試驗區揭牌成立。自貿區的爭端解決機構承擔着給自貿區提供法治保障的重大任務,需要引起學術界的關注。例如:區內和區外的爭端解決機構有何實質區別?目前在自貿區建立的法庭、仲裁院、調解機構和檢察室承擔着哪些主要職責?它們在實踐運作中可能面臨哪些問題?本文聚焦於這些問題,並就自貿區爭端解決機構的未來發展提出建議,從而希望幫助總結出可推廣、可複製的經驗。

一、自貿區法庭

上海浦東新區法院自由貿易區法庭是派出法庭,是自貿區案件的一審法庭。上海市第一中級人民法院是上海浦東新區法院自由貿易區法庭的二審法院。² 本部分就區內和區外法庭的實質區別,自貿區的法庭在法律適用和行使管轄中可能遇到的理論和實踐問題進行分析。

(一) 法律適用

1. 區內和區外法庭最大區別在於法律適用不同

就何謂“涉自貿區”的案件,學者們有不同的主張。有學者建議可以如果當事人一方或雙方的住所地、經常居住地,糾紛案件所涉標的物,或者產生、變更或者消滅民事關係的法律事實發生在上海自貿區內的,可以認定為“涉自貿區”的案件。³ 如果依據這一標準,在自貿區內發生的交通事故也是“涉自貿區”的案件。可是交通事故並不代表自貿區的特殊性,僅僅是地理上位於自貿區內,不足以讓案件成為“涉自貿區”的案件。筆者認為,能夠代表自貿區特殊性的案件主要出現在法律適用問題,即,適用自貿區特殊立法的案件才是“涉自貿區”的案件。

自貿區區別與區外的立法主要體現在投資、貿易和金融等方面。在央行2013年12月2日公佈《關於金融支持中國(上海)自由貿易試驗區建設的意見》(下稱《意見》)之前,涉及自貿區的特別立法均是政府的縱向管理法,由於自貿區法庭對國際貿易一審行政案件沒有管轄權,因此區內和區外的法庭在法律適用上並沒有顯著的區別。但是央行公佈的《意見》涉及橫向的金融投資民商事活動,這屬於自貿區法庭的受案範圍。例如《意見》使得在自貿區內就業並符合條件的個人對內和對外的投資可以突破QDII(合格境內機構投資者)和QFII(合格境外機構投資者)的限制⁴;區內註冊的企業可以將註冊資本用於全球投資,也允許企業從境外融入本外幣資金。⁵ 因此涉及自貿區內就業並符合條件的個人和在自貿區內註冊的企業的對內對外投資,從而產生的橫向的經濟關係,法院需要適用自貿區的特別立法。可見,隨着自貿區涉及橫向民商事關係的金融投資等新規的出台,區內和區外的法庭在法律適用上的區別才能逐步實現。

* 上海對外經貿大學法學院副教授

2. 自貿區法庭有管轄權的案件，並不當然適用自貿區的特殊立法

雖然區內和區外法院的最大區別在法律適用不同，但是自貿區法庭受理的案件並非一定適用自貿區的特殊立法，即管轄權和法律適用沒有必然聯繫。例如，自貿區法庭受理的第一案，河南益新實業有限公司案的爭議焦點在於產品質量是否符合合同規定的問題，且雙方爭議的發生產生在自貿區成立之前，本案實質上並不涉及自貿區成立之後所頒佈的法律法規，之所以成為自貿區成立之後的第一案是因為被告是註冊在自貿區內的公司。而且，即使是發生在自貿區內的案件也未必適用自貿區內的特殊法律，假如當事人合意選擇了其他國家的法律作為案件適用的法律，而這一約定在不違反中國相關法律法規和公序良俗的情況下，自貿區法庭應當用開放的態度，尊重當事人的意思自治選擇。

3. 除自貿區有特殊立法外，其他立法應在區內區外無差別的適用

由於目前頒佈的涉及自貿區的法律主要是政府的縱向監管法。在平等民事主體之間的橫向交易法(例如《合同法》、《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》等)的適用上，區內和區外的企業應當沒有區別。在中國的法院實踐中，一般都傾向於適用中國法而不是外國法或國際法來解決當事人的糾紛。⁶ 自貿區法庭是否應當比區外的法院更願意適用當事人選擇的外國法、國際法或者國際慣例呢？例如中國法院支持當事人選擇適用的《國際商事合同通則》(Unidroit Principles 2004)並不多見⁷，自貿區法庭是否更願意認可當事人選擇適用的法律呢？

自貿區法庭對當事人的法律選擇條款持有更加開放的態度，雖然展示着中國法律與國際更為接軌，但是現階段筆者不建議自貿區法庭這樣做。主要原因有三點。首先，避免“挑選法院”(Forum shopping)問題。⁸ 因為一旦自貿區內的案件和區外的案件在涉及平等民事主體之間的橫向交易法上的法律適用更為靈活，當事人可能通過製造聯結點，從而選擇區內的法院進行管轄，這違背了目前只有註冊登記在區內的企業才享受區內的特殊法律規定的原則。中國的《民事訴訟法》第34條規定，合同或者其他財產權益糾紛的當事人可以書面協議選擇被告住所地、合同履行地、合同簽訂地、原告住所地、標的物所在地等與爭議有實際聯繫的地點的人民法院管轄。因此，如果合同簽訂地、合同履行地、訴訟標的物所在地、可供扣押財產所在地、侵權行為地在自貿區內，當事人

也可以選擇區內的法院管轄，享受區內寬鬆的法律環境，這違背了立法的初衷。其次，就區內註冊登記的企業，在區外從事的民事法律行為，是適用區內還是區外的法律規定？筆者認為，區內註冊登記的企業在區內和區外的民事法律行為，只要適用的是不涉及自貿區特殊立法的橫向交易法，法院在法律適用過程中均應當一視同仁，以免產生區內註冊登記的企業和區外註冊登記企業的不公平競爭。根據《人民法院報》2013年11月6日的報道，浦東新區法院院長郭儉表示，自貿區法庭在案件審理中要準確適用中外法律、國際條約，遵循國際通行規則和慣例，為自貿區建立符合國際化和法治化要求的跨境投資和貿易規則體系營造良好的法治環境。筆者建議無論是區內還是區外的法院都應當以更加開放的態度適用不違反中國公序良俗的外國法、國際條約和國際慣例。自貿區法庭能否先行一步，應當謹慎。

(二) 管轄權

自貿區法庭行使一審管轄權。結合《涉外民事關係法律適用法》、《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋(一)》和《民事訴訟法》的相關規定，自貿區法庭對下列案件可以行使管轄權^①被告住所地或者經常居住地，或者公司住所地位於上海自貿區內的；^②糾紛案件所涉標的物位於上海自貿區內的；^③產生、變更或者消滅民事關係的法律事實發生在上海自貿區內的，例如合同糾紛的合同履行地、票據糾紛的票據支付地、侵權行為地等位於自貿區內。例如，自貿區內的法院受理的第一案⁹就是依據“原告就被告”原則行使屬地管轄的案件。原告河南益新實業有限公司是一家從事農產品出口供應的民營企業。被告梅特勒-托利多國際貿易(上海)有限公司是註冊在上海自貿區內的一家香港法人獨資企業，從事貿易代理、貿易諮詢、設備批發等業務。自貿區法庭受理的依據就是“原告就被告”原則。但是目前自貿區法庭的管轄權存在兩大問題：管轄權範圍有限和區內區外管轄權衝突的問題。

1. 自貿區法庭的管轄權範圍有限且區內區外法庭管轄權衝突的問題

(1) 自貿區法庭欠缺對國際貿易行政案件和海事案件的管轄權，因此管轄範圍有限

第一，行政訴訟

自貿區的改革重在政府管理體制的創新，對自貿區內發生的行政案件的裁判才真正體現自貿區法庭

的重要性和政府法治建設的決心。¹⁰ 但是根據《最高人民法院關於審理國際貿易行政案件若干問題的規定》，自然人、法人或者其他組織認為中國具有國家行政職權的機關和組織及其工作人員(以下統稱行政機關)有關國際貿易的具體行政行為侵犯其合法權益的，可以向人民法院提起行政訴訟，但第一審國際貿易行政案件由具有管轄權的中級以上人民法院管轄。¹¹ 因此自貿區法庭對第一審國際貿易行政案件並沒有管轄權。根據《最高人民法院關於審理國際貿易行政案件若干問題的規定》，國際貿易行政案件包括有關國際貨物貿易、服務貿易、與國際貿易有關的知識產權和其他國際貿易行政案件。¹² 這其中是否包括了當事人對自貿區管委會或者有關部門的具體行政行為不服而提起的行政訴訟呢？

《中國(上海)自由貿易試驗區管理辦法》的附件規定了管委會承擔的行政審批事項、具體管理事務和集中行使的行政處罰權。¹³ 其中規定了管委會負責外商投資企業設立和變更審批，境外投資開辦企業審批。外商投資企業雖然屬於國際投資但也是《服務貿易總協定》中規定的“商業存在”，因此這類行政訴訟可以認為為國際貿易行政案件。附件還規定了管委會負責境外圖書出版合同登記，複製境外音像製品著作權授權合同登記，進口圖書在滬印製備案，這些活動屬於與國際貿易有關的知識產權交易，因此有關的行政訴訟也屬於國際貿易行政案件。可見自貿區法庭至少對上述事項就管委會的具體行政行為提起的行政訴訟是沒有管轄權的。

自貿區法庭就附件中規定的管委會可以做出的其他具體行政行為也未必都有管轄權。自貿區作為中國對外開放的橋頭堡，企業從事涉外經濟活動非常普遍。由於國際貨物、服務和知識產權貿易的廣濶內涵，使得管委會行使的許多行政職權都可能涉及國際貿易，從而相關行政訴訟成為國際貿易行政案件。例如附件規定管委會負責演出經紀機構在自貿試驗區內舉辦演出活動的審批，因此境外演出經紀機構在自貿試驗區內舉辦演出活動的審批當然也屬於管委會。演出活動屬於《服務貿易總協定》中規定的“自然人流動”，有關審批的行政訴訟也屬於國際貿易行政案件。自貿區法庭是否對管委會就境外演出經紀機構在自貿試驗區內舉辦演出活動的審批等的具體行政行為提起的行政訴訟沒有管轄權呢？但是如果是涉及境內演出經紀機構的具體行政行為就有管轄權，因此可見在實踐中有可能造成混亂。

自貿區內發生的行政訴訟還可能涉及自貿區管

委會之外的政法管理部門，例如海關。《中國(上海)自由貿易試驗區條例》對自貿區的通關有特殊的規定，例如第 19 條規定，對自貿試驗區和境外之間進出貨物，允許自貿試驗區內企業憑進口艙單信息將貨物先行提運入區，再辦理進境備案手續。對自貿試驗區和境內區外之間進出貨物，實行智能化卡口、電子信息聯網管理模式，完善清單比對、賬冊管理、卡口實貨核注的監管制度。例如自貿區內設立的企業與海關就通關問題提起行政訴訟，可否由自貿區法庭管轄，此類案件由於屬於國際貿易行政案件，因此自貿區法庭也沒有管轄權。

第二，海事案件

上海自貿區包括洋山保稅港區。根據中國《民事訴訟法》的規定，如果海上運輸合同糾紛的運輸始發地或者目的地，船舶碰撞或者其他海事損害事故糾紛的碰撞發生地、碰撞船舶最先到達地、加害船舶被扣留地，海難救助費糾紛的救助地或者被救助船舶最先到達地，共同海損糾紛的船舶最先到達地、共同海損理算地或者航程終止地是洋山港，或者因港口糾紛的港口是洋山港的話，港口所在地的法院具有相應案件的管轄權。自貿區法庭還是上海的海事法院有管轄權呢？結合《海事訴訟特別程序法》的規定，應當是上海海事法院對上述案件具有管轄權。¹⁴

除了傳統的海上運輸外，發展航運現代服務業也是上海自貿區大力拓展的重要內容。航運現代服務業主要包括：船舶交易、船舶租賃、航運保險和再保險、航運經紀、航運指數、航運諮詢、航運會計、航運審計、江海陸物流聯運等，還涉及船舶註冊、航運通關、航運金融、航運便利化、海事法律服務等支撐性產業。自貿區會逐漸就這些內容推出相關特殊立法。但是自貿區法庭對航運現代服務業涉及的許多重要內容，也沒有管轄權。例如船舶交易中會涉及船舶的所有權、佔有權、使用權、優先權，就這些問題的訴訟，是由海事法院管轄。¹⁵ 在船舶租賃過程中，涉及租賃合同的訴訟也要由海事法院管轄。¹⁶ 涉及船舶保險的合同糾紛，依然是由海事法院管轄的。¹⁷

可見，無論是傳統的海上運輸還是針對航運現代服務業中的許多內容，自貿區法庭並沒有管轄權。

(2) 自貿區法庭和區外法庭的管轄衝突問題

自貿區法庭審理涉自貿區投資、貿易、金融、知識產權等重點領域民商事案件。¹⁸ 但自貿區內註冊登記的企業可以在區外經營，就企業在區外的經營行為自貿區法庭可以依據註冊登記地進行管轄，但是企業的實際經營地法院也有管轄權，如果出現管轄權衝

突，自貿區法庭是否由優先受理權？筆者認為設立自貿區法庭旨在充分發揮法治建設支持開放創新，加快形成符合國際化和法治化要求的跨境投資和貿易規則體系的要求。¹⁹ 因此，一旦出現了區內和區外的法庭都有管轄權的情況，如果原告向區內和區外的法庭起訴的，區外的法庭應當暫緩立案，讓區內的法庭受理。

此外，上海自貿區的一部分是洋山保稅港區，該區規劃面積 8.14 平方公里，由保稅區陸域部分、東海大橋和小洋山島港口區域三部分組成，陸域行政歸屬上海，島域行政屬浙江舟山，經營權劃歸上海。目前有關洋山保稅港區的海事案件由上海海事法院管轄，但是如何令浦東新區的自貿區法庭管轄港區中屬於浙江省行政轄區範圍發生的非海事案件則需要上級進行協調。

2. 自貿區法庭應集中管轄涉及自貿區特殊立法的一審案件

自貿區法庭可以參考世博法庭和奧運村法庭的成功經驗，集中管轄涉及自貿區特殊立法的一審案件。上海浦東新區法院世博法庭是 2010 年 3 月建立的，統一負責受理、審理、執行世博會舉辦和撤展期間發生在世博園區內的一般民商事案件。北京市朝陽區人民法院奧運村法庭是 2007 年 1 月設立的，統一受理在奧運會召開前和奧運會舉辦期間，凡在北京東城、崇文、朝陽等東部 9 個區縣發生的涉外民事訴訟案件，例如轄區內房屋租賃合同糾紛、勞動爭議、人身傷害等糾紛以及外國人因觀看奧運會比賽、旅遊、住宿、購物、交通、餐飲、娛樂引發的人身傷害、財產損害及合同等糾紛。

(1) 自貿區法庭應集中管轄涉及自貿區投資、貿易、金融、知識產權等重點領域民商事案件。這些案件是自貿區先行先試，改革開放的主體領域，這些爭議也構成了自貿區法庭受理案件的主體。

(2) 受理國際貿易行政案件應當成為自貿區法庭區別與區外法庭的關鍵之一。主要有兩點原因。第一，《最高人民法院關於審理國際貿易行政案件若干問題的規定》頒佈於 2002 年，其背景是中國加入世貿組織不久，最高法院為了避免基層人民法院不能很好的解釋和運用影響國際貿易的法律法規和部門規章等，從而將管轄權統一給了中級人民法院。²⁰ 在中國已經加入世貿組織 12 年後，中國在世貿組織的年度貿易政策審議中已經日益獲得世界的肯定²¹，這體現了中國立法和執法者已經能夠較好的理解和運用國際貿易的規則。經過多年的法院建設，經濟發達地

區的基層人民法院逐步具備了受理國際貿易一審行政案件的能力，更何況，上海浦東新區一直是中國改革開放的前綫，浦東新區法院的法官的專業素質在全國範圍都是比較高的，自貿區法庭是調遣了浦東新區法院的精兵強將組成的，法官們具有準確理解和運用中國影響國際貿易的法律法規和部門規章等的的能力。讓上海的自貿區法院受理一審的國際貿易行政案件，有助於總結基層法院受理國際貿易一審行政案件的經驗，從而形成可複製和可推廣全國的“經驗”，讓一審國際貿易行政案件重回基層法院受理的司法立場。第二，自貿區改革的重點是政府管理機制的改革，自貿區法庭是自貿區建設的法治保障，提升法庭的司法監督作用應當與政府行政管理體制的改革相輔相成。行政訴訟的本質是“民告官”，最能檢驗政府是否依法行政。自貿區法庭區別於區外法庭的關鍵之一應當是具有較強的監督政府執法的能力，依法處理行政訴訟。但是根據現有法律，自貿區法庭就行政訴訟的受理範圍非常有限，很難發揮監督政府依法行政的作用。總之，自貿區內無論是以管委會還是以其他政府機關為被告的行政案件，自貿區法庭都應當由管轄權。但是，就在自貿區內設立的企業與自貿區外政府部門的行政案件，是否可以由自貿區法庭管轄？筆者認為應當尊重《行政訴訟法》對行政案件管轄的規定。

(3) 自貿區法庭也應當受理涉及自貿區特別立法的刑事案件，由於自貿區對公司設立、金融等有特殊規定，限制了刑法“虛報註冊資本罪”、“虛假出資、抽逃出資罪”等有關條款在自貿區內的適用，這些案件體現了自貿區的特殊性，因此應當由自貿區法院受理。

(4) 集中管轄的例外。由於中國歷來海事案件均是由海事法院審理，如果要將涉及洋山港的海事案件集中到自貿區法院，可能涉及到《海事訴訟特別程序法》在自貿區內的限制適用問題，而且海事案件專業化程度很高，因此海事案件可以仍然由上海海事法院受理。此外，不涉及自貿區特別法的刑事和普通人身性的民事糾紛，可以仍由原轄地的浦東新區法院受理。

(5) 總之：自貿區法庭與區外法庭區別關鍵在法律適用。但是目前，自貿區法庭的管轄權較小而且管轄內容尚待釐清，並且在法律適用上，由於目前自貿區區別與區外的立法主要是政府的縱向管理法，自貿區法庭又欠缺對國際貿易行政案件的管轄權，導致自貿區法庭服務自貿區發展的功能難以充分發揮。建議

最高人民法院考慮暫停《最高人民法院關於審理國際貿易行政案件若干問題的規定》在自貿區內適用，並且有關部門可以考慮讓自貿區法庭集中受理涉及自貿區特別立法的案件。隨着政府逐步頒佈涉及平等商事主體的自貿區內的特別法，自貿區法庭和區外法庭的區別可以進一步展現出來。

(三) 自貿區法庭承擔加強自貿區糾紛動向和風險預警機制的新功能

自貿試驗區的制度創新需要注意風險控制。因此，自貿區法庭還承擔加強自貿區糾紛動向和風險預警機制的新功能。這個功能主要體現在兩個方面。

首先，自貿區法庭承擔着向政府和立法機關反饋有關自貿區的立法在實踐運行中問題，從而政府和立法機關可以總結完善補充現有立法。例如，隨着央行《意見》的出台，在金融創新方面，自貿區將出現以前區外沒有的經營模式，但是中國金融創新的有關立法滯後，實踐中爭議較多的法律問題往往體現了現有法律的不足，自貿區法庭可以通過司法實踐總結經驗，向政府和立法部門反映解決糾紛的思路從而完善現有立法。還比如，如何判定一項經營活動到底是在負面清單之內還是在負面清單之外，如果當事人對管委會的認定存在疑問，上訴到法院，法院可否受理？此外，在自貿區內利率市場化後的債務利息和滯納金可否繼續依據中國人民銀行公佈的同期貸款基準利率計算，如果不行，要如何計算？這些問題目前都沒有答案，如果實踐中類似的起訴時有發生，就說明政府和立法部門需要盡快明晰有關規定。因此通過自貿區法庭的司法實踐，法庭可以收集整理自貿區的糾紛動向，給政府和立法部門反饋立法的不足，從而盡快提高完善現有立法。

其次，風險預警機制還體現在自貿區法庭可以通過多種宣傳和教育渠道給商事主體就糾紛多發的商事活動提供預警服務。例如，自貿區內的公司採用的是認繳資本制度，這對如何保護債權人的利益提出了挑戰。自貿區法庭可以通過其網頁公佈典型案例等各種形式引導商事主體選擇安全性較高的交易方式等。

二、自貿區仲裁機構

仲裁是國際商務中常用的爭端解決方式。仲裁可以分為兩種：國際商事仲裁和國際投資仲裁。國際投資仲裁特指投資者—東道國政府的投資爭端案件。在

中國，國際商事仲裁已經取得了長足的發展，但是國際投資仲裁也需要得到重視。

(一) 國際商事仲裁

上海自貿區仲裁院的第一案就是國際商事仲裁案件。2013年11月26日下午，中國(上海)自由貿易試驗區仲裁院在自貿試驗區內首次開庭，審理一起涉及外商企業與中資企業之間的糾紛案件。英語成為首次開庭的工作語言，仲裁地點位於上海基隆路6號外高橋大廈內的自貿試驗區仲裁院。案件涉及一項氣體供應合同的糾紛，申請人是在中國註冊的知名外商投資企業，母公司為一家財富500強的公司，被申請人為國內光電企業。根據雙方簽訂的中英雙語合同的約定，仲裁的工作語言為英文，首席仲裁員須為外籍仲裁員。²² 就自貿區內的國際商事仲裁，兩個問題值得關注。

1. 上海自貿區仲裁院仲裁和區外仲裁機構仲裁的區別

根據上海國際仲裁中心的介紹，設立上海自貿區仲裁院的目的是就近處理糾紛，便利當事人。但是筆者認為設立自貿區仲裁院的目的應當不僅僅限於地理上的便利性，應當體現在上海自貿區仲裁院能夠就涉及自貿區的商事糾紛提供更為專業性的服務方面。例如在涉及自貿區特殊立法的國際商事糾紛案件中，自貿區仲裁院可以對當事人合意選擇的外國法、國際法和國際條約持有更加開放的態度。

2. 自貿區的仲裁服務應當更加多元化

目前在上海自貿區提供仲裁服務的只有上海國際仲裁中心。上海自貿區強調發展現代服務業，仲裁也是現代服務業的一種，在自貿區內的仲裁服務應當體現和國際接軌的趨勢，而不是局限於上海國際仲裁中心。自貿區的仲裁服務應當更加多元化，應當支持上海國際仲裁中心、上海仲裁協會、中國國際經濟貿易仲裁委員會、以及其他國際和國內的仲裁機構受理涉及自貿區的案件。

(二) 投資仲裁

上海自貿區仲裁院可以在條件成熟時考慮受理投資者—東道國政府的投資爭端。上海自貿區的建設應當立足於“國際水準”的創新，放在中美雙邊投資協定(Bilateral Investment Treaty, BIT)談判、中歐BIT談判、美國發起的《跨太平洋戰略經濟夥伴協定》和《跨大西洋貿易與投資夥伴協定》等高標準的國際貿易和投資協定談判的國際背景下進行。2012年4月

20日，美國官方正式公佈了新的BIT談判範本。²³ 該範本第24條第1款規定，只有當爭端一方認為投資爭端無法通過協商與談判的方式解決時，無需用盡當地救濟，申請人可以以自己的名義或以其所有以及直接或間接控制的設立於被申請人境內的公司法人的名義，依本協定提起投資仲裁。²⁴ 2012年簽署的《中日韓投保協定》的第15和第16條也規定了類似的條款。雖然國際投資仲裁存在許多弊端²⁵，但是目前而言，它仍然是美歐普遍接受的投資爭端解決方式。自貿區的重要功能是推進人民幣國際化，促進對外投資，在中國逐漸從資本輸入大國轉變為資本輸出大國的背景之下，如果中國繼續堅持用盡當地救濟原則，相應的，別國也會要求中國投資者在該國用盡當地救濟，這並不利於國際投資爭端的公正解決，也不利於推進中國的對外投資。中國針對投資者—東道國政府的投資爭端解決實踐經驗不足，怎樣更好地適應投資爭端日益走向國際仲裁的趨勢是十分重要的課題。自貿區中的仲裁機構可以成為中國探索投資仲裁的先行者。

此外，目前頒佈的有關上海自貿區的法律法規主要是政府的監管規則。因此區內和區外最大的法律區別是監管規則。因此涉及政府監管的投資仲裁才是區內的爭端解決機構區別於區外機構的要點。並且自貿區的重點在政府管理機制的革新，隨着政府管理水平的提高，我們的政府應當更有信心面對外國投資者提起的投資仲裁。截止2013年12月3日，在中國加入WTO以來的12年間，中方起訴案件共12件，在已經結束的6件中，除中美輪胎特保案外，其餘案件均以中方勝訴告終。既然我們在WTO爭端解決機制中都能夠取得高的勝訴率，我們的政府在投資仲裁中對利用國際規則也應當充滿信心。

三、調解機構

《中國(上海)自由貿易試驗區管理辦法》第56條規定，本市設立的行業協會、商會以及商事糾紛專業調解機構等可以參與自貿試驗區商事糾紛調解，發揮爭議解決作用。根據該條的字面含義，是否非上海市的調解機構就不可以參與自貿區商事糾紛的調解呢？在自貿區建設過程中，調解有巨大的優勢，因為訴訟和仲裁都受制於現有的法律法規，但是自貿區中可能出現許多新業態新經營模式，在相關法律法規不健全的情況下，調解可發揮其快捷和靈活的優勢。²⁶

應當支持國內其他地方甚至國際調解機構的調解。

自貿區的調解除了可以通過自貿區法庭進行，例如自貿區法庭受理的第一案就是調解解決的，也可以通過自貿區仲裁院等其他仲裁機構進行。自貿區的調解還應當積極利用行業組織進行，這也應當成為自貿區調解的一大亮點。目前在自貿區建立的第一個調解中心就是行業性的：中國(上海)自由貿易試驗區國際商事聯合調解庭暨上海文化創意產業法律服務平台知識產權調解中心。自貿區國際商事聯合調解庭以上海經貿商事調解中心²⁷、上海文化創意產業知識產權法律服務平台為依託，是獨立的第三方調解機構。上海文化創意產業法律服務平台知識產權調解中心有助於自貿區內的文化企業快捷、高效、經濟、靈活地處理知識產權糾紛。並且自貿區國際商事聯合調解庭與自貿區法庭已經建立了調解確認程序，這樣聯合調解庭做出的調解書就能在中國及與中國簽訂民商事司法協助協定的國家和地區執行。

自貿區的專業調解機構也可考慮包括根據《海峽兩岸投保協定》建立的海峽兩岸投資爭端調解機構，以此突破投資者—東道地區政府投資爭議在中國大陸欠缺法院之外的受理機構的瓶頸，並將發展大陸和台灣的經貿關係納入自貿區建設。目前大陸方面已經指定了投資爭端解決機構共有14家，包括中國國際貿易促進委員會調解中心以及福建、浙江、廣東、湖南、陝西、廈門等6個下屬調解中心，中國國際經濟貿易仲裁委員會投資爭端解決中心及上海、西南、華南、江蘇、山東、湖北等6個下屬辦事處。這些機構將為調解、解決投資者與投資所在地一方的投資補償爭端提供服務。自貿區的調解機構可以考慮包括中國國際經濟貿易仲裁委員會上海辦事處。

四、自貿區檢察室

自貿區檢察室具備基層檢查機關的職能。²⁸ 有辦理自貿試驗區內刑事案件、查處職務犯罪，履行相應法律監督職能，開展職務犯罪預防及金融、航運、商貿等領域犯罪預防工作，以及參與自貿試驗區有關法律調整制定並提供相關檢察意見7項職能。派駐檢察室將與自貿試驗區管委會相關職能部門建立起有效溝通協調機制，並突出與自貿試驗區國際化的金融、商貿活動相匹配的專業檢察屬性，初步配備具有國際貿易、金融、商貿等專業知識的十餘名檢察官，積極為自貿區探索金融創新突破等提供檢察服務。²⁹ 自貿

區檢查室的刑事檢查功能，也反映出自貿區法庭需要相應具備處理涉及自貿區特殊立法的刑事案件的管轄權。

五、總結

自貿區的爭端解決機構承擔着為自貿試驗區建設國際化、法治化的營商環境提供法治保障的重要任務。自貿區成立了法庭、仲裁院、調解機構和檢查室是建設自貿區法治保障的第一步。目前，自貿區爭端解決機構與區外的機構區別有限。為了滿足自貿試驗區建設對爭端解決機制的需求，需要注意，首先，自

貿區爭端解決機構與區外機構區別關鍵在法律適用，隨着自貿區涉及金融投資等新規的出台，法律適用的區別才能逐步實現。其次，要明晰並擴大自貿區法庭的管轄權，實現涉及自貿區特殊立法案件在自貿區法庭的集中管轄。再次，要提供多元化的爭端解決服務，例如探索投資仲裁和鼓勵行業機構調解，應當成為自貿區爭端解決機構的特色。

[本文是教育部人文社會科學青年項目“TPP 對亞太經濟一體化的影響和中國的對策研究”階段性成果(項目號 13YJCGJW004)，上海市曙光學者“亞太多邊貿易機制對兩岸經貿關係的影響”項目階段性成果。]

註釋：

- ¹ 自貿區專門的爭端解決機構的建立可以看做是建設上海自貿區之一司法影響型突發事件導致的。就為應對大型社會事件而採取的司法應對措施的分析，例如北京朝陽區的奧運法庭和上海浦東新區的世博法庭，見范明志：《我國司法突發事件應急機制初探》，載於《法學》，2010年第5期，第135頁。
- ² 上海市一中院已經制定了《關於為中國(上海)自由貿易試驗區提供司法保障的方案》，並同步成立了自貿區司法問題應對小組和研究小組。上海市第一中級人民法院還在民六庭(金融審判庭)中設立了專項合議庭，依法集中審理涉自貿區相關二審案件及重大一審案件，旨在通過集約審理、專項審判，公正、高效審理確保涉自貿區相關案件。
- ³ 許凱：《關於自貿區司法保障的幾點意見》，載於中國民主建國會上海市委員會網站：<http://www.mjshsw.org.cn/shmj2011/node713/u1ai1769548.html>，2013年12月12日。
- ⁴ 見《央行出台關於金融支持上海自貿區建設的意見》，第2.4和2.5條。
- ⁵ 同上註，第3.8，3.10和3.11條。
- ⁶ 何其生、許威：《淺析我國涉外民事法律適用中“回家去的趨勢”》，載於《武漢大學學報》(哲學社會科學版)，2011年第2期，第6頁。
- ⁷ 于亮：《論〈國際商事合同通則〉在涉外案件中的司法適用問題》，載於《公民與法》，2013年第1期，第14頁。
- ⁸ 趙相林、邢鋼：《論國際民事訴訟中的挑選法院》，載於《比較法研究》，2002年第2期，第31頁。
- ⁹ 2013年11月15日，原告河南益新實業有限公司以被告梅特勒-托利多國際貿易(上海)有限公司供應設備不符約定為由將其告上法庭。這是上海市浦東新區人民法院自由貿易區法庭成立後受理的第一個案件，也是中國(上海)自由貿易試驗區掛牌以後區內企業涉訴第一案。
- ¹⁰ 司法審查是監督和控制行政裁量權的重要手段，見李哲范：《論行政裁量權的司法控制——〈行政訴訟法〉第5條、第54條之解讀》，載於《法治與社會發展》，2012年第6期，第66頁。
- ¹¹ 見《最高人民法院關於審理國際貿易行政案件若干問題的規定》，第3和第4條。
- ¹² 同上註，第1條。
- ¹³ 見《中國(上海)自由貿易試驗區條例》尚未公佈管委會的行政審批事項，因此此處參照《管理辦法》的附件。
- ¹⁴ 見《海事訴訟特別程序法》，第6和7條。
- ¹⁵ 同上註，第6.7條。
- ¹⁶ 同上註，第6.3條。
- ¹⁷ 同上註，第6.7條。

- ¹⁸ 《浦東法院自貿區法庭掛牌，將受理涉自貿區商事等案件》，載於法制網：http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2013-11/06/content_4997286.htm?node=37232，2014年8月16日。
- ¹⁹ 浦東新區人民法院院長郭儉在談到自貿區工作目標時的談話，同上註。
- ²⁰ 就中國入世對國際貿易行政訴訟產生和發展的影響，見朱淑娣：《法律交融中的國際貿易行政訴訟》，載於《現代法學》，2008年第2期，第120頁。
- ²¹ 胡加祥、彭德雷：《WTO 貿易政策審議機制的特點與功能——以中國第四次貿易政策審議為切入點》，載於《法學》，2013年第1期，第73頁。當然中國在貿易政策審議中也暴露了不少問題。
- ²² 上海自貿試驗區仲裁院首次開庭審理涉外商事案件，載於新華網：http://www.sh.xinhuanet.com/2013-11/27/c_132920905.htm，2014年8月16日。Zhou Wenting (2013). Arbitration Court Hears First Case. In the website of China Daily USA: http://usa.chinadaily.com.cn/epaper/2013-11/27/content_17135575.htm. 16th August 2014.
- ²³ See the website of Office of the United States Trade Representative: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. 16th November 2013.
- ²⁴ 見《2012年範本》，第24.1條。對該條款的分析，見黃潔：《美國雙邊投資新規則及其對中國的啟示——以2012年BIT範本為視角》，載於《環球法律評論》，2013年第4期，第162頁。
- ²⁵ 就國際投資仲裁中存在的問題的分析，見王燕：《國際投資條約仲裁審查標準之反思》，載於《法學》，2013年第6期，第120頁；劉筍：《國際投資仲裁引發的若干危機及應對之策述評》，載於《法學研究》，2008年第6期，第141頁。
- ²⁶ 就調解較之與訴訟的優勢，見李浩：《調解歸調解，審批歸審批：民事審批中的調審分離》，載於《中國法學》，2013年第3期，第5-9頁。
- ²⁷ 見上海經貿商事調解中心網站：<http://www.scmc.org.cn/about.aspx?CID=6>，2013年11月16日。上海經貿商事調解中心直屬於上海現代服務業聯合會。中心邀請了世界著名調解機構：英國有效爭議解決中心、歐盟國際仲裁協會、新加坡(國家)調解中心、香港國際仲裁中心、香港調解會、美國JMS公司(美國最大的爭議解決機構)一起參與組建聯合調解庭，提供與國際通行規則相銜接的商事糾紛的調解服務。
- ²⁸ 天津市人民檢察機關聯合課題組：《以檢察室為載體延伸檢察機關》，載於《法學雜誌》，2012年第3期，第136頁。
- ²⁹ 《上海法院檢察院同日入駐自貿區》，載於中國長安網：http://www.chinapeace.org.cn/2013-11/06/content_9400900.htm，2013年11月16日。