



评《海峡两岸投资保护和促进协议》 中的争端解决机制

罗剑雯

摘要: 在大陆与台湾地区新近签署的《海峡两岸投资保护和促进协议》中,就争端解决机制进行了比较详细的规定,一改过往“重实体、轻程序”的做法,有利于消除两岸投资者对争端解决的疑虑,切实推动两岸间的经贸发展。但是,细读这些规定,不难发现,其中有些问题亟须完善,否则将影响该协议的顺利履行,减损合作的实际效果。

关键词: 《海峡两岸投资保护和促进协议》; 争端解决机制; 贡献; 缺陷; 完善

2012年8月9日海协会会长陈云林和海基会董事长江丙坤在台北签署了《海峡两岸投资保护和促进协议》(以下简称《投资协议》)。据媒体了解:“商界人士和分析师表示,这是两岸政府持续已久的经贸谈判取得进展的重要迹象,有望扩大海峡两岸的商业往来,并推动更多的大陆和台湾企业结盟,……给台湾出口导向型的经济带来亟需的提振”。^①就法律层面而言,笔者认为,该协议从实体法到程序法上,加强了对两岸投资者权益的保护。

在实体法方面,协议通过第一条至第十一条进行了规定。其中强调,两岸应确保给予对方投资者及其投资公正与公平待遇,并提供充分保护与安全。除非符合基于公共利益、依照一方规定及正当程序、非歧视性且非任意性等条件,一方不得对方投资者在该方的投资或收益采取征收。一方投资者在另一方的投资或收益,如因发生在该另一方的武装冲突、紧急状态或其他类似事件而遭受损失,另一方给予其恢复原状、补偿或其他解决方式的待遇,应不低于相似条件下给予该另一方投资者或任何第三方投资者的待遇中最优者。

然而,笔者认为,该协议的亮点在于对争端解决机制的具体化。

一、《投资协议》中关于争端解决机制的规定及其贡献

该协议通过第十二条至第十五条及其附件《投资补偿争端调解程序》对争端解决机制进行了比较详细的规定,为落实2010年《海峡两岸经济合作框架协议》(下称《框架协议》)、推动两岸间投资合作的加速发展,做出了重要贡献!

该协议第十二条题为“本协议双方的争端解决”,规定:“双方关于本协议解释、实施和适用的争端,应依《海峡两岸经济合作框架协议》第十条规定处理。”这一条明确了该协议争端解决机制的适用范围,同时也明确了其法律依据,即《框架协议》中关于“尽速达成(争

^① 莎拉·米西金:《〈海峡两岸投资保护和促进协议〉签署》,英国《金融时报》,http://www.ftchinese.com/story/001045955,2012年9月20日登录。

端解决)协议”的明确要求^①,使之首先在两岸之间的投资保护和促进领域得以落实,2010年9月12日便已正式生效的《框架协议》终于在争端解决方面取得了实质性的进展。

该协议第十三条与第十四条按照两岸投资争端的主体特点,将其区分为“投资者与投资所在地一方争端解决”与“投资商事争议”,分别进行了规定。前者在主体地位上存在差别,是区际层面上的普通投资者与投资所在地相关部门或机构之间的争端,如果以国际层面比较,类似于国际上的投资者与东道国之间的争端。第十三条的内容包括这一类争端的解决方式、机构等,其中还就这一类争端中的最敏感问题——“补偿”问题,专门进行了规定,倾向于由投资者提交两岸投资争端解决机构通过调解方式解决,并在《投资协议》之后以附件的方式规定了《投资补偿争端调解程序》(下称《调解程序》),对调解解决投资补偿争端的实体法与程序法内容加以细化,包括调解的原则是“客观、公正、公平及合理”以及原则上不公开,调解请求权的消灭自投资者知道或应当知道另一方违反本协议义务之日起超过三年未行使,调解信息仅限于在调解程序中使用,两岸投资争端解决机构的调解规则应向“投资工作小组”^②进行通报等。由于《投资协议》及其附件规定目前两岸投资争端解决机构的调解是依其各自的规则进行,该《调解程序》实际上是对这些内容各异的调解规则进行了一定程度的统一,减少了因规则差异而引起的法律冲突。

该协议第十四条对平等主体之间的“投资商事争议”进行了规定,包括肯定当事人通过意思自治,约定商事争议的解决方式和途径,倾向于通过提交仲裁的方式解决,并由当事人选择两岸的仲裁机构及当事人双方同意的仲裁地点,经双方确认商事合同当事人可依据相关规定申请仲裁裁决的认可与执行。这些内容符合当前商事争议解决领域扩大当事人意思自治的发展趋势,尤其是通过仲裁这种高效、快捷的争端解决方式,应更广泛地运用于两岸之间经贸争端的解决。

该协议第十五条就“联系机制”进行了规定,在依《框架协议》设立的“两岸经济合作委员会”^③之下,设立“投资工作小组”负责处理本协议相关事宜,由双方业务主管部门各自指定的联络人负责联络。并且,在“投资工作小组”之下,设立“投资争端协处机制”和“投资咨询机制”等工作机制,处理与本协议相关的特定事项。前者协助处理投资者与投资所在地一方的投资争端,并相互通报处理情况;后者交换投资讯息、开展投资促进、推动投资便利化、提供纠纷处理及与本协议相关事项的咨询。这样的机制安排层次分明,职责比较明确。一方面,通过“投资争端协处机制”,将以往学者们多次呼吁的争端协调机制加以落实(黄进,2012:9),便于两岸之间在具体争端的解决过程中能够有切实的渠道进行协调;另一方面,通过“投资咨询机制”,避免了目前两岸之间投资咨询方面的多头与无序,有助于减少环节、提高效率。

二、《投资协议》中争端解决机制存在的缺陷

(一)“投资者与投资所在地一方争端”解决方式的内容及相互关系不清

对于“投资者与投资所在地一方争端”的解决方式,《投资协议》的第十三条第一款规定:(1)争端双方友好协商解决;(2)由投资所在地或其上级的协调机制协调解决;(3)由本协议第十五条所设投资争端协处机制协助解决;(4)因本协议所产生的投资者与投资所在地一方的投资补偿争端,可由投资者提交两岸投资争端解决机构通过调解方式解决,两岸投资争端解决机构应每半年将投资补偿争端的处理情况通报本协议第十五条的投资工作小组;(5)依据投资所在地一方行政复议或司法程序解决。

这一条款规定了五种争端解决方式,即双方友好协商、由投资所在地或其上级的协调机制协调解

①《海峡两岸经济合作框架协议》第十条“争端解决”规定:“一、双方应不迟于本协议生效后六个月内就建立适当的争端解决程序展开磋商,并尽速达成协议,以解决任何关于本协议解释、实施和适用的争端。二、在本条第一款所指的争端解决协议生效前,任何关于本协议解释、实施和适用的争端,应由双方通过协商解决,或由根据本协议第十一条设立的“两岸经济合作委员会”以适当方式加以解决。”

②该“投资工作小组”是在依《框架协议》设立的“两岸经济合作委员会”之下,根据《投资协议》第十五条设立的“负责处理本协议相关事宜”的机构。

③《海峡两岸经济合作框架协议》第十一条“机构安排”规定:一、双方成立“两岸经济合作委员会”(以下简称委员会)。委员会由双方指定的代表组成,负责处理与本协议相关的事宜,包括但不限于:(一)完成为落实本协议目标所必需的磋商;(二)监督并评估本协议的执行;(三)解释本协议的规定;(四)通报重要经贸信息;(五)根据本协议第十条规定,解决任何关于本协议解释、实施和适用的争端。二、委员会可根据需要设立工作小组,处理特定领域中与本协议相关的事宜,并接受委员会监督。三、委员会每半年召开一次例会,必要时经双方同意可召开临时会议。四、与本协议相关的业务事宜由双方业务主管部门指定的联络人负责联络。

决、调解解决(可适用于由投资者提交两岸投资争端解决机构的投资补偿争端)、依据投资所在地一方行政复议或司法程序。但是,该条款不仅未明确“投资所在地或其上级的协调机制”何为或者如何建立,也未明确除补偿以外的投资争端能否通过调解解决,更未明确上述五种解决方式之间的相互关系。

该条第四项规定:“如投资者已选择依本条第一款第五项解决,除非符合投资所在地一方相关规定,投资者不得再就同一争端提交两岸投资争端解决机构调解。”第五项规定:“本协议生效前已进入司法程序的本条第一款所指的“投资争端”,除非当事双方同意并符合投资所在地一方相关规定,不适用本条第一款第四项规定的调解程序。”如果能够清晰地说明调解、行政复议、司法程序这几种争端解决方式的效力以及彼此关系,则第四、五项完全是多余的。

严格而言,该条款第三项规定的“由本协议第十五条所设投资争端协处机制协助解决”,不是争端解决方式,而是协助方式,而且也未明确投资争端协处机制如何协助解决。

(二) 在“投资者与投资所在地一方争端”缺乏仲裁解决方式

对于“投资者与投资所在地一方争端”,在上述五种争端解决方式中,并不包括仲裁这种解决投资争端的重要方式。而在国际层面上,解决投资者与东道国之间争端最重要的机构——“解决国际投资争端中心”(ICSID)的主要职能便是通过仲裁和调解方式来解决投资争议,其中仲裁是不可或缺的方式,发挥了重要的作用。

(三) “投资商事争议”的法律依据与具体解决方式语焉不详

《投资协议》第十四条第一款规定:“双方确认,一方投资者与另一方自然人、法人、其他组织依相关规定及当事人意思自治原则签订商事合同时,可约定商事争议的解决方式和途径。”该条款虽体现了投资争端解决领域尊重当事人意思自治的发展趋势,但在法律依据与争端解决的具体方式上语焉不详。此处的“相关规定”应指的是两岸在投资领域的商事合同方面的有关法律法规,主要是商事争议解决方面的法律法规,其中已在不同程度上反映了意思自治原则。例如,大陆地区、台湾地区各自的《民事诉讼法》、《仲裁法》关于当事人协议选择法院或仲裁机构的有关规定。该条款将这些规定与意思自治原则并列,将造成法律适用上的茫然,在相关法律法规没有规定的情况下,是否可以引用意思自治原则直接肯定当事人选择争端解决方式的合意?在争端解决的具体方式上,第十四条第二至五款均是关于仲裁方面的内容,并无诉讼方面的内容,使协议选择法院这一意思自治原则的另一重要领域在具体条文中没有得以体现。

(四) 法律适用上的差异会影响争端的顺利解决

目前,两岸在诉讼、仲裁制度方面存在一定的差异,而《投资协议》争端解决机制中多次出现“依相关规定”的情形,不难想见,两地不同法律适用的差异必然会带来不同的争端处理结果,从而对具体投资争端的顺利解决产生一定的影响。例如,第十四条第一款对“投资商事争议”规定,“一方投资者与另一方自然人、法人、其他组织依相关规定及当事人意思自治原则签订商事合同时,可约定商事争议的解决方式和途径。”由于大陆地区与台湾地区在当事人选择诉讼或仲裁的法律法规方面本身便不相同,投资争端的最终解决结果亦有可能存在差异。

再如,第十五条第五款规定:“双方确认,商事合同当事人可依据相关规定申请仲裁裁决的认可与执行。”虽然,由于台湾地区有1992年的“台湾地区与大陆地区人民关系条例”第74条^①,大陆地区有最高院1998年5月22日公布的《关于人民法院认可台湾地区法院民事判决的规定》第19条以及2009年4月24日发布的《关于人民法院认可台湾地区法院民事判决的补充规定》,从表面上看,两岸之间相互认可与执行仲裁裁决并无障碍,但深究起来,不仅两地的上述执行依据本身仍存在问题,例如两地均简单地参照民事判决的认可与执行,未考虑仲裁裁决的特殊性等(宋连斌,2010:292-294),两地更在仲裁裁决的定性、司法监督制度等方面存在较大的差异,这些都会影响到两岸投资争端最终的解决效果。

^①“台湾地区与大陆地区人民关系条例”第七十四条(裁定之认可等):“在大陆地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断,不违背台湾地区公共秩序或善良风俗者,得声请法院裁定认可。前项经法院裁定认可之裁判或判断,以给付为内容者,得为执行名义。”

三、《投资协议》中争端解决机制的完善

(一) 明确争端解决方式的内容及其相互间的关系

按照程序法上的一般原理,投资争端解决方式的先后顺序应当是双方友好协商、调解、仲裁或者行政复议或司法程序。其中,仲裁、行政复议、司法程序是法定的争端解决方式。而在特定情形下,调解也具有一定的法律约束力。《投资协议》的附件《调解程序》便是如此:“一方投资者依据本协议第十三条第一款第四项提出调解申请后,两岸投资争端解决机构应依其规则受理申请,启动调解程序。”^①“投资者可依据执行地一方相关规定申请调解协议的执行。”^②

笔者建议,在《投资协议》第十三条规定“投资者与投资所在地一方争端”的解决方式时,应明确各种方式的先后顺序,即(1)双方友好协商解决;(2)提交两岸投资争端解决机构调解;(3)由双方当事人选择提交两岸投资争端解决机构仲裁,或者在争端发生地进行行政复议或司法程序。同时,将调解的适用范围扩大到《投资协议》所指的所有投资争端,而非仅限于补偿方面的争端。

另外,由于《投资协议》第十三条第一款第二项规定的“投资所在地或其上级的协调机制”过于模糊,且有可能使原本已经比较复杂的多种争端解决方式增加新的复杂性,因此,笔者建议删去这一方式。

(二) 针对不同争端类型增设仲裁或调解解决方式

1. 为“投资者与投资所在地一方争端”增设仲裁解决方式

既然两岸之间的区际“投资者与投资所在地一方争端”与国际层面上的投资者与东道国争端有很大的相似性,在争端解决方面,亦应参考其解决方式,尤其是仲裁方式。当然,由于《框架协议》第十条已赋予“两岸经济合作委员会”以“解决任何关于本协议解释、实施和适用的争端”的权利,两岸之间便没有必要再专设类似于“解决国际投资争端中心”(ICSID)的机构,直接由“两岸经济合作委员会”或其下设的争端解决机构承担起“投资者与投资所在地一方争端”的仲裁与调解职能。

2. 为“投资商事争议”增设调解解决方式

“投资商事争议”属于平等主体之间的争议,完全可以通过调解的方式加以解决,因此,应当在《投资协议》中针对这一类争端增设调解作为争端解决方式,与“投资者与投资所在地一方争端”一样,亦可有两岸投资争端解决机构进行调解,并允许投资者依据相关规定申请调解协议的执行。

(三) 明确“投资商事争议”解决方式的法律依据

在目前的法律环境下,“投资商事争议”解决方式的法律依据仍主要依靠两岸各自的相关程序法,包括《民事诉讼法》、《仲裁法》,笔者建议只保留《投资协议》第十四条第一款中的“依相关规定”,删去“及当事人意思自治原则”,避免法律适用上的混乱。

(四) 通过扩展协议内容缩小法律适用上的差异

如前所述,2010年的《框架协议》第十条明确要求“尽速达成(争端解决)协议”,《投资协议》中的并非内容亦证明,明确争端解决协议的内容,有助于减少或避免两岸间因法律冲突而产生的分歧。因此,笔者建议,借鉴内地与港澳在司法协助方面的成功经验,在去国际化的前提下,吸收成熟的国际、国内成果,扩展《投资协议》及其附件中关于争端解决机制方面的内容。例如,在协议选择法院方面,参照2005年海牙国际私法会议制定的《关于法院选择协议的公约》,以及2008年8月1日起生效的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》,明确当事人在“投资商事争议”方面协议选择法院的权利;在相互认可与执行仲裁裁决方面,参照1958年联合国制定的《关于承认与执行外国仲裁裁决的公约》(即《纽约公约》),以及2000年2月1日起生效的最高院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》、2008年1月1日起生效的最高院《关于内地与澳门特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》,明确当事人在仲裁裁决认可与执行方面的条件与程序。

^①《调解程序》第一条第一款。

^②《调解程序》第二条第三款。

(五) 条文表述方面应增强逻辑性与简明性

尽管条文表述问题并非争端解决机制本身的问题,但由于其会影响到对机制的理解与运用,笔者还是希望就《投资协议》中争端解决机制方面的部分条文(主要是第十四条^①)的表述提出些许完善建议,以保证条文的内在逻辑性与简明性:

1. 为与全文衔接,并与第十三条相呼应,第十四条的小标题应改为“投资商事争端”。当然,笔者认为,“争端”比“争议”用词激烈;在两岸之间,宜使用“争议”,而非“争端”。

2. 由于并无明显的特殊性,第十四条的第二、三款可以合并,以显简洁。合并后的条文是:“一方投资者与另一方自然人、法人或其他组织订立商事合同时,可就有关投资所产生的商事争议订立仲裁条款。如未订立仲裁条款,可于争议发生后协商提交仲裁解决。”

3. 第十四条第四款的第二句“如商事合同中未约定仲裁条款,可于争议发生后协商提交两岸的仲裁机构,在当事双方同意的仲裁地点解决争议”,在内容上是对该条前三款以及本款第一句的简单重复,应删去。

综上所述,《投资协议》中的争端解决机制是非常值得肯定的,必将为保护和促进两岸的投资活动发挥积极作用。但是,本文中所述及的问题不容忽视,应当通过适当的方式加以完善,否则将影响该协议的顺利履行,减损两岸投资领域经贸合作的实际效果。

参考文献:

- [1] 黄进(2012). 我国区际法律问题探讨. 北京:中国政法大学出版社.
[2] 宋连斌(2010). 仲裁法. 武汉:武汉大学出版社.

On the Disputes Resolution Regime of *The Investment Protection and Promotion Agreement between China Mainland and Taiwan*

Luo Jianwen (Associate Professor, Sun Yat-sen University)

Abstract: In *The Investment Protection and Promotion Agreement* between China Mainland and Taiwan, the regime of disputes resolution has been set up and made detailed provisions, which can clear up some doubts and promote the development of economy and trade. However, the regime has some noticeable problems that might derogate from the implement of the Agreement and its effect. This article focuses on analyzing these defects and propounds corresponding proposals for improvement.

Key words: *Investment Protection and Promotion Agreement between China Mainland and Taiwan*; regime of disputes resolution; contribution; defect; improvement

■ 作者简介: 罗剑雯, 中山大学法学院副教授、中山大学法学理论与法律实践研究中心研究员、法学博士; 广东 广州 510275. Email: luojianwencn@126.com.

■ 基金项目: 广东省哲学社会科学“十二五”规划 2011 年度一般项目

■ 责任编辑: 车 英

①《投资协议》第十四条“投资商事争议”:一、双方确认,一方投资者与另一方自然人、法人、其他组织依相关规定及当事人意思自治原则签订商事合同时,可约定商事争议的解决方式和途径。二、一方投资者与另一方自然人订立商事合同时,可就有关投资所产生的商事争议订立仲裁条款。如未订立仲裁条款,可于争议发生后协商提交仲裁解决。三、一方投资者与另一方法人或其他组织订立商事合同时,可就有关投资所产生的商事争议订立仲裁条款。如未订立仲裁条款,可于争议发生后协商提交仲裁解决。四、商事争议的当事双方可选择两岸的仲裁机构及当事双方同意的仲裁地点。如商事合同中未约定仲裁条款,可于争议发生后协商提交两岸的仲裁机构,在当事双方同意的仲裁地点解决争议。五、双方确认,商事合同当事人可依据相关规定申请仲裁裁决的认可与执行。