

# ICSID 框架下台商赴中國大陸 跨國投資爭端解決之探討\*

林俊宏\*\*

## 摘 要

國外直接投資近年來在經濟全球化的腳步下快速成長，構築成國際經貿體系中非常重要的一環，而 FDI 對資本輸出國或流入國的經濟活動亦扮演極重要角色，而各國為吸引外資以配合國家建設之發展，皆有不同的政策及法規調整模式，惟跨國投資雖帶來高收益，但亦伴隨著高風險，而在面臨高風險時，外國投資人即須注意跨國投資爭端發生後可能的解決途徑，尤其是現今國際投資爭端解決機制之形成及發展更有其重要性，即國際間必須維持一個有效的法秩序，以保障國際商業交易的繼續成長，故探討相關跨國投資爭端解決之機構有其意義。另一方面，中國大陸先前為吸引國外資金、促進國內經濟發展為目標，而提供多項投資優惠，但當中國大陸現今經濟發展至一定規模之後，即須調整產業結構及配合國家發展方向，適度修改法令，而為國家發展而作出之政策轉變原無可厚非，但若法規範更動頻繁，導致跨境投資之鉅額損失，外國投資人可否訴請被投資國予以補償？面對投資爭端，台商在大陸是否可獲得與他國投資者相同公平、有效之投資爭端解決待遇？或在中國大陸投資之台資企業是否可運用

---

\* 作者特別感謝匿名審查者所提供之寶貴意見，並感謝研究助理李秀貞協助整理資料及校對文稿。

\*\* 現任逢甲大學財經法律研究所副教授，英國劍橋大學國際經濟法訪問學者，美國舊金山金門大學法學博士。

現行國際投資爭端機制加以解決？尤其當台灣目前於國際社會之處境仍為尷尬之際，台資企業遇到投資糾紛時，如何自保？有何求助管道？是台資企業赴中國大陸投資時不可不加以考量的風險因素，故本文即欲針對國際投資爭端解決機制與台商赴中國大陸投資爭端解決模式加以整理與探討。

# **A Study of International Investment Dispute Settlement Mechanism and its Application on Taiwanese Investors in Mainland China**

Lin, Chun Hung\*

## **Abstract**

Under the trend of economic globalization, foreign direct investment has increased with high-speed, and become one part of international trade system. Because it's important role in economic activities, many countries have designed their own investment regulations and policies to fit the goals for national development. Although foreign direct investment has brought high-return, it also follows with high risk. Under such a high risk, foreign investors have to consider and find out the best resolutions for international investment disputes if it happens. Thus it is important and meaningful to debate the mechanism and legal orders for international investment disputes in order to protect free flow of international trade and business transactions. On the other hand, Mainland China had provided numbers of investment incentives to attract foreign capital and promote domestic economic development. However, following with the high economic growth rates, Mainland China had called off several special benefits for foreign investors,

---

\* Associate Professor, Graduate Institute of Financial & Economic Law, Feng Chia University

and made several legal adjustments to upgrade its industrial structures. Those changes may cause foreign investors huge loss so that they have to seek for the best way for investment disputes resolution. Taiwanese investors, as one of the biggest foreign investors, face different challenges and situation than other countries due to its special status in the international community. Therefore, this article aims to discuss the possible models for Taiwanese investors to handle investment disputes occurred in Mainland China.

# ICSID 框架下台商赴中國大陸 跨國投資爭端解決之探討

林俊宏

## 目次

- 壹、國際投資爭端解決機制之建立
  - 一、依政治解決途徑者
  - 二、仲裁 (Arbitration)
  - 三、司法解決 (Judicial Settlement) 模式
- 貳、國際投資爭端解決中心 (ICSID) 之建置
  - 一、ICSID 仲裁之管轄範圍
  - 二、ICSID 運作機制
  - 三、ICSID 附加條款
- 參、台商在中國大陸投資之困境
  - 一、台商法律地位與權益變化
  - 二、台商藉由第三國間接投資中國大陸尋求投資保障之可行性
- 肆、台商在中國大陸投資爭端解決作法之探討
  - 一、政治協商途徑解決投資爭端
  - 二、內國準司法救濟－中國大陸仲裁法之適用
  - 三、關於台商在中國大陸投資爭端解決之最適途徑分析
- 伍、結論

關鍵字：國外直接投資、國際投資爭端解決中心、解決國家與他國國民間  
投資爭端公約、中國國際經濟貿易仲裁委員會、仲裁

Keywords: Foreign Direct Investment (FDI), International Centre for  
Settlement of Investment Disputes (ICSID), Convention on the  
Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of  
Other States, China International Economic and Trade Arbitration  
Commission (CIETAC), Arbitration Reform Package

## 壹、國際投資爭端解決機制之建立

國外直接投資（Foreign Direct Investment, FDI）對於資本輸出國或資本輸入國的經濟活動都佔有極重要地位，故對於資金、技術、商品、服務的提供或被提供，甚至人力資源或自然資源的運用開發，基於各自政策上的不同規劃，相對於投資法制上也有相異的規範<sup>1</sup>。進行國外投資時所面臨的風險包括市場風險及非市場風險，尤其非市場風險因素除了考慮被投資國對外國投資人所採用之政策、法律制度及保護程度外，外國投資人還需注意若發生投資爭端後的解決方式<sup>2</sup>。在世界經濟不斷全球化的過程中，從事跨國投資的當事人間，若產生投資爭端時，即須有一套完善的投資爭端解決機制以維持有效的秩序並保障國際商業交易的繼續成長<sup>3</sup>。而已開發國家挾其技術及資金等優勢，以商業利益為首要考量下，成為國外直接投資主要資本輸出國；而被投資國基於經濟利益，為促進本國資源有效利用、獲取資金挹注及技術移轉、增加國內就業機會等因素，許多開發中國家也採取投資自由化措施，以吸引國外直接投資。然而，國外直接投資雖有助於被投資國之經濟發展，但也可能與其國家發展政策相悖，基於此種矛盾，致使跨國投資之障礙不斷及面臨非市場風險等重大威脅；舉凡被投資國基於經濟政策上的外匯限制、國有化、徵收，違反與投資人所簽訂之投資協議；甚至因被投資國本身政治上的內亂、暴動以及戰爭等，皆可能造成投資人之重大損失，導致國際間的投資爭議不斷，為保護投資人，建立有效之國際投資爭端解決機制確有其必要性<sup>4</sup>。至於國際投資爭端解決之當事人，固可能為國家與國家之間之投資爭端，亦有投資人與國家之間或投資人與投資人之間之投資糾紛，而當事人之組成或主體不同，亦影響國際投資爭端解決機制有關當事人適格與否之疑問。

<sup>1</sup> 吳嘉生，國際經濟法析論，文笙書局股份有限公司，2008年10月初版，頁7。

<sup>2</sup> 陳雅眉，ICSID 架構下國際投資爭端解決體制之研究，東吳大學法律系碩士論文，2007年，頁1。

<sup>3</sup> See Thomas E. Carbonneau, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration* (Thomson West, 4th ed. 2007), at 32-33.

<sup>4</sup> 李貴英，國際投資法專論－國際投資爭端之解決，元照出版有限公司，2004年1月，頁5-8。

中國大陸先前為吸引國外資金、促進國內經濟發展為目標設計對外資企業特別優惠之不平等稅制，但自從加入世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）後，為符合 WTO 非歧視原則之落實，中國大陸對外資稅收優惠制度也無可避免的發生變化，此由近來「企業所得稅法」之通過與實施，使原提供給外資企業「超國民待遇」之各種稅收減免或補貼優惠條件已然改變之事實，可資證明；中國大陸另於 2008 年通過施行之「勞動合同法」，更強制以國家法令介入勞資雙方契約條款之制定內容，其立法規範不僅增加投資人成本之負擔，亦影響投資人之主觀投資意願。外國投資人於面臨被投資國之國家法令改變後之投資優勢不再，使投資人於增資或撤資決策時處於「囚犯的困境」（Prisoner's Dilemma）情況中；例如當投資者已投入大量成本，且投資計畫原本呈現比預期更大的經濟利益時，由於被投資國修改相關投資法令，對成本增加及法規的強制力，將使投資環境朝負面方向發展<sup>5</sup>。此種因被投資國之法令變動，所造成投資者損失的情況，外國投資者是否可視為投資爭端而認定被投資國違反其投資之期待利益，故可訴追賠償？而在中國大陸投資之台資企業是否可運用現行國際投資爭端機制加以解決？尤其當台灣現今於國際社會之地位仍為尷尬不明之境，台資企業遇到投資糾紛時，如何自保？有何求助管道？是台資企業赴中國大陸投資時不可不加以考量的風險因素，而本文首先針對國際投資爭端解決機制加以整理與探討，以了解當前跨境投資產生爭端時，國際間有何因應及可採取之解決模式，其次，再就台商在中國大陸投資面臨爭端時，中國大陸有何法律規範可資運用？而就台商在適用法規及與外資企業作劃分時，中國大陸在政策面有以屬人方式劃分之「台灣同胞投資企業」，即以所有人及投資主體劃分是否為台商，又另有以資金來源方式定義其是否屬台商？惟在中國大陸有關台商適用法律時，應限定為前者，可能較為妥切，而在定義台商範圍之後，再進一步分析並觀察中國大陸就台商西進投資爭端解決模式之相關法律規範，以連繫前後文之重要性及意義。

---

<sup>5</sup> Klaus Peter Berger, *The New Multilateral Investment Guarantee Agency Globalizing the Investment Insurance Approach Towards Development*, 15 *Syr. J. Int'l L. & Com.* 13, 52 (1988).



一般而言，國際投資爭端發生時所採行之解決方式，有以政治方式解決者如磋商（Negotiation）、斡旋（Good Office）、調停（Mediation）、調解（Conciliation）等；有透過國際組織程序者，包括提交國際仲裁（Arbitration）及司法程序解決（Judicial Settlement）者，因國際投資爭端解決講求有效性、迅速性與透明性，因此較常使用之爭端解決方式為磋商、仲裁與司法解決<sup>6</sup>。

## 一、依政治解決途徑者

### （一）磋商（Negotiation）

磋商係由爭端當事者直接面對面，各自提出自己之條件，尋求雙方妥協的方案，過程中並無第三者之介入，為和平解決糾紛最常使用的方法<sup>7</sup>。透過磋商談判方式優於其他爭端解決方式，在於當事者可直接面對面會談，並依所議定任何條件解決紛爭，對於國際糾紛，透過外交談判時，磋商應優先於國內法院程序適用，其主要特徵在於當事人可隨時提出要求，只要對方同意，即可開始進行磋商程序，不需具備任何法律要件或是透過官方程序，符合迅速性之要求<sup>8</sup>。其次，可維持當事人商業上之秘密，因為磋商的對象僅限於雙方當事人，無第三人參與，因此可以有效的保守當事人的秘密，亦可維持當事人間的友好合作關係，因為開啓磋商談判程序是出於當事人之自由意願，而非強制他方接受，在自願的情形下，展現了雙方解決爭端之誠意，如果磋商結果成功，可促進雙方之合作關係。而當事人仍可尋求其他爭端解決方法，若談判未限制當事人利用其他程序尋求爭端之解決，磋商不成，當事人仍可進行調解、仲裁程序或是進行司法訴訟。

### （二）斡旋（Good Office）、調停（Mediation）、調解（Conciliation）

斡旋是由第三方為控訴及答辯雙方當事人提供有利於進行接觸和談判的條件，並提出建議和轉達各方意見，促使雙方進行協商談判或重開談

<sup>6</sup> 陳雅眉，同註 2，頁 25。

<sup>7</sup> 吳嘉生，同註 1，頁 410。

<sup>8</sup> 周顯志主編，國際投資法教程，中國財政經濟出版社，1998 年，頁 264-265。

判，斡旋者自己並不介入談判的一種解決國際爭端的方式。調停則是藉由第三國做為媒介促成爭端國的談判接觸，而第三國本身也從旁協助談判的進行，有必要時更可提出建議，作為爭端解決的基礎<sup>9</sup>。而調解是指爭端當事國自願接受將爭端交由國際委員會調查事實的真相，並在調查的基礎上提出合理解決辦法的建議，但該建議不具有法律拘束力，雙方當事人並沒有接受的義務<sup>10</sup>。三種方式皆有第三者之介入或協助，但協助或介入之深淺度各有不同；由於三種爭端解決方式皆有第三者之介入，雖因第三者之角色不同而有區別，但其區分實益並不十分明顯，尤其投資爭端解決所強調的迅速妥適且雙方合意的前提下，第三者之角色可能亦隨著投資爭端案情之發展而有不同的功能及解讀。

## 二、仲裁 (Arbitration)

若被投資國與外國投資者之爭端無法和解，則提付仲裁程序即成為一般常用之方式，仲裁融合了外交途徑與司法途徑的要素，因為它是基於雙方當事人基於誠信及合意基礎下，而進行仲裁並組成仲裁小組，進行仲裁判斷。仲裁的大部分程序是進行協商；仲裁人須依據法律做出仲裁判斷，雙方當事人並受最終仲裁判斷之拘束<sup>11</sup>。仲裁在國際投資爭議過程中成為一種常用之爭端解決方式，因仲裁程序擁有比傳統的司法程序更多優勢，因當事人可合意仲裁所應適用之準據法，而準據法之選擇可基於一內國法、國際商務慣例或國際規約，但不得就準據法之選擇而規避法律，若當事人未選擇仲裁之準據法，一般內國法會規定適用仲裁地法律，而仲裁也允許有投資爭議的當事人，選擇一名在商業或經貿領域裡擁有具體專業技能的人以為仲裁人<sup>12</sup>，並要求仲裁人須通曉及了解在投資或其它商業行為中特定產業之差異性<sup>13</sup>。仲裁人在爭端解決過程中必須獨立於特定當事人

<sup>9</sup> 林俊宏，國際貿易法講義，自版，2006年，頁93。

<sup>10</sup> 林俊宏，同註9，頁104-105。

<sup>11</sup> See M. N. Shaw, *International Law*, (Cambridge University Press, Cambridge UK, 5th ed. 2003), p. 958.

<sup>12</sup> See *supra* note Carbonneau, at 2.

<sup>13</sup> Toby Landau, *Composition and Establishment of the Tribunal: Articles 14 to 36*, 9 *Am. Rev. Int'l Arb.* 45 (1998).

之影響<sup>14</sup>，而仲裁人並非要求須具有特別領域的法律專長，但對於特定爭議的特殊問題爭點，必須精通熟悉，以便提供更有效率之解決方法<sup>15</sup>。在國際爭端中，仲裁機構之中立性是最主要的考量，是否對任一當事國較偏袒，或對所有當事國都一體適用<sup>16</sup>；仲裁允許當事國所選擇的仲裁人可為相同國籍之專業人員，但須和雙方當事人沒有利益關聯，以確保其公正性。仲裁可以使當事人之間相較於司法程序直接的敵對性減到最低<sup>17</sup>；這些優點將對所有當事人在爭端解決進行中，減少將來談判交易破裂的風險性<sup>18</sup>。國外學者曾指出「仲裁是一種更具彈性的裁決方式，可降低對商業關係的毀滅性，一旦爭議已經被解決，當事人可以一如當初繼續其商業行為<sup>19</sup>。」

若被投資國與外國投資人之投資爭端欲訴諸國際仲裁解決，應先了解該仲裁機制之設計係採強制性或自願性。強制性之仲裁機制允許外國投資人不需先行取得被投資國之同意，即可將爭端提付仲裁，擁有仲裁程序之發動權，對仲裁程序規則享有選擇權，具有對抗被投資國專斷措施之功能，藉以保護投資者之合法權益。目前國際間所締結之雙邊投資保護協議或區域性投資協定，若干規定在訴諸國際仲裁前，必須先進行行諮商或談判程序，並應等待一定期間後方得提付仲裁；而強制性仲裁方式一般國家基於主權考量，通常較不樂接受此強制性之規定，但近年來在國際投資爭端解決之發展上，例如「北美自由貿易協定」(North American Free Trade Agreement, NAFTA) 以及「能源憲章條約」(Energy Charter Treaty, ECT) 等已採取此種強制性之法制設計<sup>20</sup>。而自願性之仲裁機制同樣允許外國投

<sup>14</sup> See ICSID Convention, Art. 40. If parties cannot agree on the arbitrators, then they will be selected from this Panel. Also see ICSID Convention, Art. 43. All ICSID Arbitrators are required to meet the qualifications of Art. 14(1), which states that the arbitrators “shall be persons of high moral character and recognize competence in the fields of law, commerce, industry, or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment.”

<sup>15</sup> See supra note Landau.

<sup>16</sup> See supra note Carbonneau, at 3.

<sup>17</sup> Richard Delgado, et al., Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, 1985 Wis. L. Rev. 1359, 1367 (1985).

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> See Carbonneau, supra note 3, at 3.

<sup>20</sup> 李貴英，同註 4，頁 11。

資人擁有仲裁程序之發動權，惟須先行取得被投資國之同意。例如於 1965 年所簽署之「解決國家與他國國民間投資爭端公約」(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 亦稱為華盛頓公約)，制定投資人對被投資國之仲裁程序，並由國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 負責該公約之執行。ICSID 的管轄適用於締約國和另一締約國國民之間直接因投資而產生的任何法律爭端，並經雙方書面同意提交予 ICSID，當雙方表示同意後，任何一方不得單方面撤銷其同意<sup>21</sup>，故 ICSID 性質在於提供一個自願解決之場域，即投資爭端之解決並非在任一締約國所發生之投資爭端，就自動在 ICSID 的介入下提交仲裁<sup>22</sup>，必須該投資爭端由雙方當事人明確且合意提交到 ICSID，始有該機制之適用。

### 三、司法解決 (Judicial Settlement) 模式

國際間有關法律糾紛可由依「聯合國憲章」(Charter of the United Nations) 第十四章所規定組成的國際法院 (International Court of Justice, ICJ) 解決之，ICJ 身為聯合國的司法裁決機構，乃根據「國際法院規約」(The Statute of the International Court of Justice) 於 1946 年 2 月成立，而依國際法院規約第三十四條第一項之規定在 ICJ 得為訴訟當事國者，僅限於國家<sup>23</sup>；故非國家之國際組織或法人皆非 ICJ 所適用之訴訟主體。而依國際法院規約第三十六條第一項之規定 ICJ 之管轄包括各當事國提交之一切案件，及聯合國憲章或現行條約及協約中所特定之一切事件；即關於國家之間的投資爭端或基於國際投資協定之爭端，均得於 ICJ 爭訟之。

<sup>21</sup> See ICSID Convention Art. 25 (1) states: “the jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

<sup>22</sup> See declaration to this effect in the preamble of the Convention.

<sup>23</sup> The Statute of the International Court of Justice Art. 34-1 states “Only states may be parties in cases before the Court.”

而 ICJ 適用法律規範乃基於國際法院規約之規定，其所獲致之解決方式則為國際間的「司法解決」，雖然 ICJ 的裁決具有強制力，但是並非所有裁決皆可得到切實履行，但當任一方當事國認為另一方當事國並無履行 ICJ 裁決時，可以要求聯合國安全理事會採取行動，以在必要時迫使另一方履行裁決中所規定的義務。司法解決與仲裁最大差異乃在法庭組織的本質，目前國際法院設於海牙，是國際間唯一的常設司法機構，與臨時成立之仲裁法庭不同；國際法院法官包括國際社會重要地區國家的法律專家組成，其各代表不同的主要法系，與其他任何國際機構之組織有所不同，其依照規約及程序規則審理案件，維持一定的連貫性，亦是臨時針對特定案例設立的仲裁法庭所無可比擬，而所得出的判決對所有爭端當事國有拘束力<sup>24</sup>，因 ICJ 之訴訟主體僅限於國家，對於跨國投資行為中多為投資人或法人組織之形態，ICJ 所提供之司法解決途徑並不實用。除了上述國際間之司法解決途徑外，投資爭端解決亦可依循被投資國之國內司法救濟途徑解決之，傳統上外國投資人往往須窮盡被投資國之國內司法救濟管道時，方轉向其母國尋求外交途徑或其他國際投資爭端解決方法，以期獲得更多投資保障。但在被投資國違反其國際義務情況下，此種模式並不足以充分保障外國投資人，一方面外國投資人本身可能對被投資國之國內司法程序之中立性與公正性產生質疑，另外投資人母國所秉持之外交政策與國家利益，未必與投資人私人利益相符合，不僅投資人未必有能力影響談判進行而獲致有利之談判結果，如進行國家對國家之外交談判模式也未必能完全顧及投資人之利益<sup>25</sup>，更遑論台資企業在中國大陸投資時，對其身份地位之質疑，更難以利用國際間司法解決模式或外交談判途徑達成投資爭端解決及保障投資人權益之目標。

---

<sup>24</sup> 吳嘉生，同註 1，頁 413-414。

<sup>25</sup> 李貴英，同註 4，頁 10。

## 貳、國際投資爭端解決中心（ICSID）之建置

許多原本為殖民地的國家在第二次世界大戰後獨立並崛起，為擺脫原先殖民國家的色彩及外國資本對本身經濟的控制，此類國家對境內的外資企業遂施以限制資本額、徵收或國有化之手段，達成振興民族工業、充實國家資本之目的，而此一強制性的措施亦引起外國資本家與西方已開發國家之不滿，因此時常造成國與國之間的投資或經貿糾紛<sup>26</sup>。在此背景下，為促進全球投資之進行並提供國際投資爭端解決的一個中立機構，世界銀行（World Bank）於1964年擬定「解決國家與他國國民間投資爭端公約」<sup>27</sup>（Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States）草案，即「華盛頓公約」，該公約為解決投資爭端的調解與仲裁機制，並在1966年設立「國際投資爭端解決中心」（International Centre for Settlement of Investment Dispute, ICSID）<sup>28</sup>，作為投資爭端解決的機構。蓋促使投資人進行國外直接投資之動機很多，學界有所謂有無形資產說、產品循環說、內部化說及綜合說等理論<sup>29</sup>，雖然學說理論之觀點皆有其基礎及邏輯，但在實務上跨境投資之形成往往並非單一因素之造成，例如原屬技術密集產業在面臨產品生命週期循環末端時，對該產品製造及其生產技術趨向標準化同時，即會朝向勞力密集產業的趨勢發展，而此時勞工及原料成本高低之考量，遂決定該產業之區域配置，以為增加該產品競爭力，於此對該勞力密集產業之發展而言，人工成本即成為其在跨國投資考量中，佔有重要加權甚至決定性之因素。中國大陸改革開放初期，勞力密集產業大量的進駐無不考量其低廉的勞動成本，現今中國大陸透過立法及修法方式，除通過勞動合同法，無預警增加跨境投資者直接及間接成本，造成產業勞工條件受到政府法制政策之拘束；而另一

<sup>26</sup> 陳雅眉，同註2，頁37。

<sup>27</sup> 我國已於民國57年12月6日，因應當時不利於台灣中華民國政府之國際局勢變化，已廢止「解決國家與他國國民間投資爭端公約施行條例。」

<sup>28</sup> See International Centre for Settlement of Investment Disputes: About ICSID at <http://www.worldbank.com/icsid/about/about.htm> (last visited Jan 23, 2009).

<sup>29</sup> 劉碧珍等人共著，國際貿易－理論與政策，台灣台北，雙葉書廊出版，2005年10月二版，頁320-322。

方面，中國大陸所最新實施的企業所得稅法，將原已承諾予境外投資者之稅收優惠於五年過渡期間後取消，此項法規變無疑對台商於中國大陸之投資行為及選擇影響極大，以近年台資企業在中國大陸如此大規模的投資，此種對境外投資企業之經營生存產生重大影響的法規變動，尤其是中國大陸法制中特有的三資企業區分方式，對台資企業即會因投資主體之認定不同，而有不同的法規適用，而為因應修法變動所帶有之投資爭端解決途徑，亦相當值得探討；其中 ICSID 投資爭端解決體制無疑是現今國際社會用以解決跨境投資爭端的最佳途徑之一，在中國大陸進行投資的台商在面對投資爭端是否可適用此一機制？故探討 ICSID 投資爭端解決體制及其適用法規，即有其意義。

### 一、ICSID 仲裁之管轄範圍

不同於 ICJ 於國際爭端解決之訴訟主體為國家與國家之間，亦不同於各國仲裁法所規範主體以私人與私人之間之爭端解決為對象，ICSID 管轄範圍主要乃針對被投資國與外國投資者之間因投資而產生的爭端。華盛頓公約除了處理簽署國及公約範圍內的外國投資人之有關投資爭端解決，亦可適用於當事人一方非為簽署國之情形<sup>30</sup>，只要雙方當事人合意就該事件提付 ICSID 仲裁即可；此外，公約亦允許簽署國私人投資者間亦可基於合意的情形下適用該法，故華盛頓公約在管轄權之行使上似特別著重當事人的合意，另一方面，亦強調賦予私人投資者可針對與簽署國之投資爭端有提付仲裁之權力。而針對私人投資者可對簽署國提付仲裁之法制設計，更有促使西方已開發國家之跨國投資者在面臨發生在開發中國家之投資爭議時，不再擔心開發中國家尤其是極權國家，因其強制徵收、國有化之行政措施導致血本無歸，而訴訟時又有國家訴訟豁免權問題發生之窘境<sup>31</sup>。為確立

<sup>30</sup> The Administrative Council is established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, opened for signature Mar. 18, 1965, 7 U.S.T. 2197, T.I.A.S. No. 3620, 264 U.N.T.S. 117, reprinted in 4 I.L.M. 532, ICSID Convention, Art. 4 states: "It is composed of the same individuals as the World Bank's Board of Governors." The powers and responsibilities of the Administrative Council are detailed in ICSID Convention, Art. 4-8.

<sup>31</sup> See International Centre for Settlement of Investment Disputes: About ICSID at <http://www.worldbank.com/icsid/about/about.htm> (last visited Feb 14, 2009).

ICSID 在國際投資仲裁之地位，華盛頓公約第五十四條亦規定 ICSID 所做出之仲裁判斷具有拘束力，效力大於一般之仲裁判斷<sup>32</sup>，基於其特殊性，可供投資者在面臨投資爭端時，有另一種選擇。ICSID 仲裁主要建立於當被投資國單方面的行為危及外國投資者的投資時，確保他們能根據國際法律受到保護<sup>33</sup>。ICSID 的目標是為投資者和被投資國提供一個投資準則的場所，和純粹成爲一個國際爭端解決的機構<sup>34</sup>，這對當事人提供了一種保證，對於被投資國的單方行為，他們的投資是安全的；此處所稱被投資國，主要是指開發中國家，而爭端解決機構的審查程序也提供外國投資者保證，雖非在母國仍可如同在已開發國家一般受到投資保障之程度<sup>35</sup>。

ICSID 允許投資者個人直接對締約國起訴，並對違反投資合約者要求賠償，故將跨國投資爭端提付 ICSID 仲裁將無國家管轄權豁免問題<sup>36</sup>；且由於 ICSID 之仲裁結果具有最後裁決之拘束力，其裁決對雙方當事人皆具拘束力，而公約亦規定針對仲裁結果不得進行任何上訴或採取除本公約規定外的其他任何救濟方式<sup>37</sup>，以確保仲裁程序快速、效率且經濟之特性，故提付仲裁之投資人無須擔心如同於被投資國進行司法程序時，可能遭遇不同審

<sup>32</sup> See ICSID Convention, Art. 54 states: (1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

(2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

<sup>33</sup> Vincent O. Orlu Nmehielle, *Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)*, 7 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 21, 23 (2001).

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> David R. Sedlak, *ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold*, 23 Penn St. Int'l L. Rev 147, 149 (2004).

<sup>37</sup> See ICSID Convention, Art. 53(1) states: "The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention."



級反覆上訴而導致訴訟過程曠日廢時的風險。另外，除依照公約有關規定予以停止執行的情況外，雙方應遵守和執行裁決的規定，而華盛頓公約第二十六條亦規定雙方當事人契約內若特別表明合意將投資爭端提付 ICSID 仲裁，則視同應先窮盡國內的救濟途徑後才提付 ICSID 仲裁為條件<sup>38</sup>，一旦 ICSID 仲裁程序展開，任何一方尤其是被投資國便不得利用本身司法程序推翻原先仲裁結果或決定<sup>39</sup>。若雙方當事人選擇透過 ICSID 仲裁解決爭端，該裁決內容亦不得由單方撤銷之<sup>40</sup>，該設計可確保投資爭端不會在對其投資合夥人單方面有明顯偏見的情況下加以進行，而對於雙方當事人間的投資爭端是否成立及仲裁結果效力，ICSID 要求所有締約國根據公約承認（recognize）ICSID 任何仲裁決定具有拘束力及執行力（Binding and Enforce）<sup>41</sup>。公約並要求由締約國應將仲裁結果視同終局確認判決（Final Judgment）具有既判力，以賦予該仲裁結果具有如同判決般的可信度及強制力<sup>42</sup>；但締約國對仲裁結果之承認提供兩種基本的考量，首先要求 ICSID 授予的承認對特別行為適用應有一事不再理原則之適用<sup>43</sup>，亦表示視同原告已在國內法庭或相關仲裁程序之前所為之確定判決，而不能再以相同目的或同一事由從其他仲裁程序再行救濟<sup>44</sup>；其次，承認該仲裁結果可為其他案件仲裁內容之引導或執行原則<sup>45</sup>。有關管轄權豁免可能成為仲裁本身執行的問題<sup>46</sup>，但若締約國同受拘束並承認判決，則不會遇到相同問題<sup>47</sup>，ICSID 及

<sup>38</sup> See ICSID Convention, Art. 26 states: “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.”

<sup>39</sup> Id. at Art. 53(1). There is, however, an internal appeal mechanism available for ICSID decisions. See supra note 36 discussion infra Part IV.

<sup>40</sup> Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, (Cambridge University Press, Cambridge UK, 2001), at 216-18.

<sup>41</sup> See supra note Carbonneau, at 911. Also see supra note Schreue, at 1110-11.

<sup>42</sup> See ICSID Convention, Art. 54(1).

<sup>43</sup> See Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 136 *Recueil des Cours* 331, 400 (1972-II); *History*, Vol II, 344, 519.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.* at 1115.

<sup>46</sup> See supra note 36 discussion infra Part IV.

<sup>47</sup> See, e.g., *S.A.R.I. Benvenuti et Bonfant v. Gouvernement de la republique du Congo*, Judgment of June 26, 1981, CA Paris, at 108 *J. du Droit Int'l* 843 (1981), translated in 20 *I.L.M.* 877 (1981).

華盛頓公約等於給予外國投資人於跨國投資時一套信任及再保證的機制，最高目標在於投資人和被投資國之間形成並建立起互信的趨勢，亦在合理情形下有利於增加開發中國家與西方國家投資者間，資源及資本的流通及互補<sup>48</sup>。就本質上言，ICSID 協定的目標對於投資者和被投資國存有相同保障的效力，而對投資之保障即為對開發中國家發展利益的保護<sup>49</sup>，故對開發中國家及已開發國家之間資金、資源的交換和技術分享，即為 ICSID 協定存在的最高目的，以促成有利全球投資環境的形成。

## 二、ICSID 運作機制

ICSID 組織架構包括秘書處以及行政理事會，行政理事會主席由世界銀行總裁兼任之，而秘書處本身並不調解或仲裁爭端，主要在採擇及登錄投資爭端之調解或仲裁之請求，若該爭端明顯地不屬於 ICSID 的管轄權範圍，則不予登錄；其次，秘書處並促進調解任務之進行及仲裁法庭行政程序之確立。有關 ICSID 仲裁小組及調解小組人員的選任，乃由爭端雙方當事人及行政理事會主席指定之，當事人可以指定仲裁或調解小組中的成員為本案仲裁人，也可由別處自由選擇；而行政理事會主席所指定之仲裁人，則應由 ICSID 調解及仲裁小組成員中選任之<sup>50</sup>，但雙方當事人對主席所選任之仲裁人可以表達不同意見。

依華盛頓公約之用詞為締約國（Contracting States），而非締約方（Contracting Parties），且 ICSID 之設立乃屬世界銀行架構下之單位，故只有聯合國所承認國家才可加入 ICSID 成為締約國，但加入 ICSID 成為締約國不以成為世界銀行的成員為要件，但須雙方當事人都須為國際法院規約所規範之適格當事人，即該締約國須為聯合國所承認國家方可。我國由於並非聯合國之會員國，亦非華盛頓公約之締約國，且我國與大陸之間之複雜政治問題，包括一個中國原則的解讀及採用，使台商欲適用 ICSID 之

<sup>48</sup> Ibrahim Shihata, ICSID Secretary-General, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA, 1 ICSID Rev.-Foreign Inv. L.J. 4, 1986.

<sup>49</sup> Amco v. Indonesia, Decision on Jurisdiction, 1 ICSID Rep. 400, 1983.

<sup>50</sup> ICSID Convention, Art. 31 & 40.

仲裁程序解決台商在中國大陸所遭遇之投資爭端有其相當困難且窒礙難行之處。而有關 ICSID 的裁判管轄權範圍，載明於華盛頓公約第二十五條，根據該條規定，ICSID 具有管轄權之案件，必須具備三項條件：第一、必須因投資而引起之法律爭端；第二、爭端必須發生在某一締約國與另一締約國國民之間；第三、爭端當事人必須合意將爭端提付 ICSID 仲裁<sup>51</sup>。由華盛頓公約之定義，ICSID 審判權只存在於因投資而產生的爭議問題<sup>52</sup>，而所謂「投資」範圍，公約中並未加以定義，乃故意留給仲裁法庭以作出彈性解釋。至於爭端的當事者，必須是華盛頓公約之締約國，而另一方當事人個人或法人組織亦必須是另一個締約國的國民或法人，締約國的分支機構或代理機構只要經過其同意，也可以成爲當事人<sup>53</sup>。至於投資爭端之仲裁提付，若僅由雙方當事人所承認的協定或約款中載明，不能自動的就認爲當事人同意在 ICSID 的介入下進行調解或提付仲裁，必須雙方當事人明白合意且將該投資爭端清楚地提交至 ICSID 秘書處<sup>54</sup>。

關於解決投資爭端實體問題之準據法，華盛頓公約採當事人意思自治原則，給予當事人自由對 ICSID 仲裁法庭裁決爭端適用的法律規則取得一致的同意，當事人亦有權決定其仲裁人，亦即衡平仲裁原則。假若雙方無此協議，ICSID 仲裁法庭應依據締約國當事人一方的國內法，包含法律以外之其他慣例或法理以及此類案件可適用的國際法判斷之<sup>55</sup>。各締約國同意承

<sup>51</sup> See ICSID Case No. ARB/93/1.

<sup>52</sup> “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State... and a national of another Contracting State.” See ICSID Convention Art. 53(1).

<sup>53</sup> See ICSID Convention Art. 25. (3) states: “Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.”

<sup>54</sup> Andrés Rigo Sureda, Two Views on ICSID Arbitration ICSID: An Overview, World Arbitration and Mediation Report, June, 2002.

<sup>55</sup> See ICSID Convention, Art. 42 states: “(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

(2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agree.”

認受該仲裁判斷之拘束並且執行該仲裁，即視同該仲裁為其國內之最終裁決<sup>56</sup>，而裁決內容不可受締約國國內法院的任意推翻。華盛頓公約亦規定除了本身的救濟管道外，不得行使其他的救濟途徑或由國內司法程序推翻該仲裁，以確保該仲裁結果具有終局性之裁決性質；但若為仲裁判斷的錯誤，當事人一方請求廢棄時，行政理事會主席可從仲裁人專門小組中任命三人，組成專門的委員會（ad hoc committee）加以審理<sup>57</sup>，該委員會可以書面方式向秘書處要求廢棄部份或全部仲裁結果，對於被廢棄的案件，爭端可以被重新提交到新的仲裁法庭，仲裁結果廢棄之理由只限於下列情況<sup>58</sup>：

- 沒有正確的組成仲裁庭。
- 仲裁庭明顯的逾越權限。
- 仲裁人之一受有賄賂情形。
- 仲裁嚴重背離基本程序規則。
- 判決理由不備。

<sup>56</sup> See ICSID Convention, Art. 54 (1) states: “Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.”

<sup>57</sup> See ICSID Convention, Art. 52 (3) states: “On receipt of the request the Chair shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).”

<sup>58</sup> See ICSID Convention, Art. 52 (1) states: “Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.”

### 三、ICSID 附加條款

ICSID 附加條款 ( Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes ) 乃在規範對於並非由投資而產生之爭端，或是當事人一方非締約國或締約國的國民，或事實發現程序 ( fact-finding proceedings ) 之情形<sup>59</sup>。該條款之立法背景乃行政理事會主席在 1978 年授權 ICSID 秘書處，管理可能屬於司法裁判確定程序之外的爭端，故在華盛頓公約中以附加條款方式作為處理申請之依據，故若於雙邊投資保障協定案件中同意由 ICSID 進行仲裁，或當事人一方非締約國而雙方同意依 ICSID 附加條款規則仲裁者，皆可提交 ICSID 依該程序仲裁之。例如在北美自由貿易協定 ( North American Free Trade Agreement, NAFTA ) 爭端解決程序即曾援引 ICSID 附加條款，因為墨西哥和加拿大皆非華盛頓公約之締約國。但依華盛頓公約及附加條款所作出之仲裁皆易受到非締約國國內法院之推翻或否決，而第一個仲裁結果遭到國內法院推翻的案件為 Metalclad 公司控告墨西哥政府案 ( Metalclad Corporation v. The United Mexican States )，美國哥倫比亞上訴法院因該所提交的仲裁協議書<sup>60</sup>，認定在該仲裁事件管轄權範圍之外，而撤銷 ICSID 所作出的部分仲裁判斷<sup>61</sup>。於此，雖然我國並非聯合國之會員國，亦非華盛頓公約之締約國，但由於 ICSID 附加條款之適用，可擴及當事人一方非締約國或締約國的國民之投資爭端事件或非投資爭端之商業事件，故依 ICSID 附加條款之規定，台商於中國大陸所遭遇之投資爭端若欲適用 ICSID 之仲裁程序解決似乎並非不可能，尤其中國大陸本身為 ICSID 之締約國，適用 ICSID 之仲裁程序解決投資爭端將順理成章，唯 ICSID 機構本身乃附屬於世界銀行架構下之機關，事涉敏感國家主權議題，中國大陸對台商所提之投資爭端解決將視為國內問題而非跨國投資爭端，如此台商欲適用 ICSID 之程序仍有其窒礙難行之處。

<sup>59</sup> See Additional Facility Rules Art. 2.

<sup>60</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

<sup>61</sup> See the United Mexican States vs. Metalclad Corporation. 2001 BCSC 664.

## 參、台商在中國大陸投資之困境

中國大陸於 1979 年進行經濟改革開放政策後，吸納大量國外資本至中國大陸投資，而台灣自 1987 年開放赴中國大陸探親後也開啓兩岸頻繁的經貿往來。不可諱言，中國大陸擁有疆域遼闊、人口衆多、內需市場廣大、天然資源豐富、勞動成本相形較低之各種優勢，而跨國企業前往低成本、高經濟成長區域投資設廠，亦成爲企業生存及成長之途徑。尤其當中國大陸基於政治考量，在法制設計上對台資企業給予較外資企業更爲優惠之待遇時，也造成大量台商絡繹不絕前往中國大陸投資之結果，而該優惠政策是否包含投資議題中最重視之投資保障制度，即台商於中國大陸之投資是否受到投資保障協定之規範，於投資受政策影響，尤其是強制徵收及國有化等干擾時，不致造成血本無歸之情形，似更值得深入探討，而爲使台商免於遭受兩岸特殊政治議題干擾，導致求助無門，更應從投資爭端解決之法制面探討。

### 一、台商法律地位與權益變化

中國大陸基於政治因素，針對台資企業特別立法並加以規範，最初於 1988 年以行政命令頒布「國務院關於鼓勵台灣同胞投資的規定」，全文二十二條（以下簡稱國務院二十二條規定），該規定第五條明確對於台灣投資者在中國大陸投資舉辦擁有全部資本的企業、合資經營企業和合作經營企業，除適用本規定之外，參照執行國家有關涉外經濟法律、法規的規定，享受相應的外商投資企業待遇。故該法將台商之投資主體事實上視同外資，也因該條規定將台商在中國大陸之投資企業，在法律上區分爲直接及間接投資<sup>62</sup>，而對於有關投資爭端解決亦規定，除了可透過協商或者調解方式解決外，亦可依據合約中的仲裁條款或者事後達成的書面仲裁協議，提交大陸或香港的仲裁機構仲裁<sup>63</sup>。其後，中國大陸復於 1994 年第八屆全國人民代表大會常務委員會中通過「中華人民共和國台灣同胞投資保護法」

<sup>62</sup> 王泰銓，投資大陸市場法律與實務解析，學林文化，2000 年 12 月，頁 237-239。

<sup>63</sup> 中華人民共和國「國務院關於鼓勵台灣同胞投資的規定」第 20 條。

(以下簡稱台灣同胞投資保護法)，雖將台資企業之規範由行政命令轉化以法律形式，其中第二條對台商地位也作了較清楚定位，所稱台灣同胞投資是指台灣地區的公司、企業、其他經濟組織或個人作為投資者，在其他省、自治區和直轄市投資。條文文義將台商投資地位界定為「特殊的國內投資」，此種界定除了排除和台灣政府簽訂投資保障協定的可能外，和外資相比，台商將缺少類似外資受到母國政府保護支援的投資保障形式<sup>64</sup>；另依該法第十四條將台商所涉之投資爭端解決方式僅規定有提交仲裁機構仲裁一種，規範不僅模糊且不具體，台商身分地位更因投資形式之變更，影響其投資權益及爭端解決之有利性。

而為具體施行上述台灣同胞投資保護法之規定，中國大陸國務院另於1999年發布「中華人民共和國台灣同胞投資保護法實施細則」（以下簡稱實施細則）。綜觀該法第二條、第五條、第三十條規定，將台商投資主體若屬直接投資者則視同「國內投資」，適用台灣同胞投資保護法及實施細則之規定，該法及實施細則未規定的事項，才比照適用國家有關涉外經濟法律、行政法規等相關事項之規定。而台商以其設在其他國家或地區的公司、企業或者其他經濟組織，作為投資者，即在中國大陸以間接方式投資者，可以比照適用該實施細則<sup>65</sup>；惟若不比照適用，其台商借道第三國間接投資中國大陸，其投資主體身分當屬外商資格，應適用中國大陸有關涉外經濟法律、規則，並享有其所屬國與中國大陸之間投資保障協定所賦予之權益<sup>66</sup>。實施細則對於台灣同胞投資保護法未予明確規定的投資爭端解決仲裁機構，也明確規範提交「中國仲裁機構」仲裁之，中國大陸仲裁機

<sup>64</sup> 傅豐誠，同註 89，頁 294-295。

<sup>65</sup> 中華人民共和國台灣同胞投資保護法實施細則第二條：「本實施細則所稱台灣同胞投資是指台灣地區的公司、企業、其他經濟組織或者個人作為投資者在其他省、自治區和直轄市（以下簡稱大陸）的投資。」；第五條：「台灣同胞投資適用《中華人民共和國台灣同胞投資保護法》和本實施細則；《中華人民共和國台灣同胞投資保護法》和本實施細則未規定的，比照適用國家有關涉外經濟法律、行政法規。」；第三十條：「台灣同胞以其設在其他國家或者地區的公司、企業或者其他經濟組織作為投資者在大陸投資的，可以比照適用本實施細則。」

<sup>66</sup> 王泰銓，投資大陸市場法律與實務解析，同註 62，頁 240。

構依其國家有關規定亦可聘請台灣籍人民擔任仲裁員<sup>67</sup>。由以上台商於中國大陸投資地位之立法變遷可得知，如適用台灣同胞投資保護法或實施細則中所稱台資企業之規定，即屬界定中之國內投資；對於台商赴中國大陸之投資爭端不僅無法提交國際仲裁，其國內仲裁機構之選擇甚且比 1988 年所頒行之二十二條規定更顯狹隘，台商赴中國大陸之投資地位及保障將因法規適用之相異而有不同甚且更差之待遇。

## 二、台商借由第三國間接投資中國大陸尋求投資保障之可行性

在全球經濟活動中，國外直接投資隨著其跨國商業交易的頻繁而逐漸受到重視，各國為了吸引外資及保護海外投資，分別與他國簽訂「雙邊投資保障協定」(Bilateral Investment Treaty, BIT)、自由貿易協定(Free Trade Agreement, FTA)等協定以保障外來投資者之權益。例如在美國製造貿易公司控告薩伊共和國一案(American Manufacturing & Trading, Inc. v Republic of Zaire)中<sup>68</sup>，該案原告將此爭端提交 ICSID 仲裁，但該案被告即薩伊對 ICSID 之管轄權提出異議，被告主張此爭端為美國製造貿易公司在薩伊所設之子公司 SINZA 公司之商業糾紛，因 SINZA 公司仍依薩伊本國法所登記設立之公司，故該相關案件事實上應屬於該國境內本國籍公司之投資爭端，並非屬於華盛頓公約第二十五條所定之締約國與另一締約國國民間所發生之投資爭端之情形。被告主張本案例中美國製造貿易公司並未在該國進行投資，只有 SINZA 公司才是爭端當事人，故主張美國製造貿易公司不具有得將該投資爭端提付 ICSID 仲裁之資格。被告主張既然 SINZA 公司為該國之國內公司，則此爭端應依據薩伊之本國法解決，而非依照華盛頓公約及 ICSID 之仲裁程序解決。惟仲裁庭認為，因 SINZA 公司百分之九十四的股份皆由美國製造貿易公司所持有，且美國製造貿易公司百分之五十五股份由美國國民所持有，故美國製造貿易公司屬美國籍之

<sup>67</sup> 中華人民共和國台灣同胞投資保護法實施細則第二十九條：「台灣同胞投資者與大陸的公司、企業、其他經濟組織或者個人之間發生的與投資有關的爭議，當事人可以通過協商或者調解解決。當事人不願協商、調解的，或者經協商、調解不成的，可以依照合同中的仲裁條款或者事後達成的書面仲裁協議，提交中國的仲裁機構仲裁。」

<sup>68</sup> ICSID Case No. ARB/93/1。



公司，乃屬不爭之事實。而 SINZA 公司因在薩伊之投資遭受劫掠所蒙受之損失亦使美國製造貿易公司蒙受損害。而實際上美國製造貿易公司之投資乃是透過在薩伊境內所成立之子公司 SINZA 來進行投資，而本案中被告亦不否認此點。此外，在美國與薩伊所簽定之雙邊投資保護協定第一條 (a)款中，關於公司的定義，即稱公司包含各種法人、企業、協會或其他組織；第三條投資指直接或間接被擁有或受控制各種投資，包含權益、債權、及服務與投資合約。因此仲裁庭認為本案美國製造貿易公司為投資薩伊之美國公司，故本案屬締約國與另一締約國國民間之投資爭端，而在 ICSID 之管轄權範圍內。

由上述案例可知 ICSID 在認定投資案件管轄權上，是採取較為廣義寬鬆之解釋，故台商透過第三國間接投資之模式是否即認定為外資企業，而適用 ICSID 之仲裁程序亦不無可討論之處。而中國大陸自 1980 年代初期對外改革開放政策後，即積極採用雙邊投資保障協定形式，與主要資本輸出國締結相關協定以吸引外資，迄今在中國大陸的經貿法規範中，關於保護、獎勵、管制外國人投資的法規架構已頗具規模<sup>69</sup>。對於外國投資者而言，中國大陸之立法無論如何周延，都有可能因政策的轉變而導致法令之修改，而原有之法制上優惠不再將使外國投資者遭受不利的影響，為大力吸引外資，表顯自身法制之完整周延，中國大陸自 1982 年開始，即與其他 ICSID 締約國簽署雙邊投資保障協定，由於此類協定的內容如同國際條約或公約一樣，非任何單一締約國得以變更，所以對投資者的權益保障而言，具有穩定的效果，也對外國投資者有明確的保障。基於平等互惠所簽定之雙邊投資保障協定，係保障來自締約他方之私人投資者，而中國大陸對外所簽訂的投資保障協定，其解決國際投資爭端之方式亦提供較周延之選擇，包括儘可能透過爭端當事人之間進行友好協商解決；若在 6 個月內

<sup>69</sup> 易建明，大陸與東協簽署投資保障協定、自由貿易協定之研究：以直接投資條款內容與現狀為題。國科會「兩岸三地與東協簽署自由貿易協定及投資保障協定之研究：以直接投資條款之比較為題」( NSC92-2414-H-218-001- ) 部份成果，網址：[http://www.au.edu.tw/ox\\_view/edu/fe/gif/2004/PDF/D3/D3-3.pdf](http://www.au.edu.tw/ox_view/edu/fe/gif/2004/PDF/D3/D3-3.pdf) (檢索日期：2009 年 2 月 9 日)。

未能解決爭端，則可由投資者向母國的主管行政當局提出申訴，尋求救濟；或是投資者可直接向被投資國有管轄權之法院提出司法訴訟。至於有關於徵收補償數額或是雙方同意提交仲裁的其他爭端，則可以提交國際仲裁庭仲裁，此即包含 ICSID 之仲裁程序<sup>70</sup>。然而以中國大陸與東南亞國協（Association of Southeast Asian Nations, ASEAN）之投資協定為例，雙方對於利用 ICSID 之解決機制，仍持保留態度，其相關條文僅參考 ICSID 之部份爭端解決程序，故在現行中國大陸與他國之投資保障協定下，台商若欲利用其在 ASEAN 國家所投資之子公司，再轉赴中國大陸投資，對於利用 ICSID 仲裁程序其保障並不充分<sup>71</sup>。故台商若欲利用此迂迴機制，以圖保障自身投資安全，對於第三國與中國大陸之雙邊投資保障條款是否能涵括，投資架構及地點之選擇，應為首要之考量。

## 肆、台商在中國大陸投資爭端解決作法之探討

跨國投資中有關投資法制中優惠政策影響範圍，不僅攸關投資者日後營運的「成本」問題，若由優惠條件的法制面而言，亦成為投資者享有之優惠條件是否具有合法有效及時效性長短之「風險」問題<sup>72</sup>；而投資利潤是否可自由匯回投資者母國、投資事業是否能受到被投資國之保障？皆為欲前往中國大陸投資之台商須深入了解之議題。對已經在中國大陸投資之台商而言，投資之初所談妥的優惠條件是否具有法律效力？若投資優惠、稅收減免、放寬外匯管制、投資保障等議題，因為中國大陸之政策考量而導致法令變更，使台商蒙受損失之虞，台商有無權利請求如 ICSID 之仲裁程序要求國際仲裁，以國際公認之程序獲得公平仲裁以申請賠償或補償的救濟機會？而台商在中國大陸投資由於台資企業在中國大陸法律適用規定之不同，而有別於外資企業及當地企業，故當契約發生爭議有投資爭端時，其解決途徑也有差異，必須選擇適合的解決方式，才能確保自身權益，故

<sup>70</sup> 易建明，同註 69，頁 21。

<sup>71</sup> 易建明，同註 69，頁 30。

<sup>72</sup> 林家亨，大陸投資優惠條件的法律效力探索，秀威資訊科技，2007 年 2 月，頁 54。

本文擬就台商於中國大陸投資時產生投資爭端之可能解決途徑作一探討，以尋求最佳方式確保台商投資之最大利益。而根據統計，台商在中國大陸投資時，最常發生的五大投資糾紛分別為勞資問題、稅務問題、智慧財產權糾紛、與當地政府糾紛及土地糾紛<sup>73</sup>，尤其目前因應中國大陸政府實施調控政策，推動所謂「勞動合同法」、「兩稅合一」等多項與台商投資密切相關的法規後，也加深台商在中國大陸投資的困難度。而實務上，在面臨投資爭端時，大部份台商皆認為與中國大陸包括公安、工商局及稅務機關等部門進行協調溝通有其困難度<sup>74</sup>，即台商在面臨投資爭端時，多選擇與中國大陸公部門體系進行協調之模式，而大部份台商皆認為中國大陸公部門在法治觀念認知上普遍薄弱，對投資爭端解決問題能力上，更多視案件類型及爭端當事人雙方背景而決定<sup>75</sup>，尤其中國大陸公部門在處理台商投資爭端時，面對不同台商在兩岸的實力及關係，有不同之法律制度解釋及執法差異性；更彰顯出在中國大陸投資若單純運用法律規範解決投資爭端之可行性相對較為薄弱。故即使是資本雄厚、較具經濟實力的台商，在對中國大陸投資，仍有相當大的比例，視投資爭端為對中國大陸經營不可掌握之因素。儘管於中國大陸投資時，人治之影響力大於法治之規範，但面對中國大陸加入 WTO 等國際組織及外資企業不斷進駐之影響與壓力下，中國大陸在投資爭端解決模式上朝法治面逐步健全化發展，亦是不可否認的方向，故了解現時中國大陸於投資爭端時相關之法律規範更顯重要。

## 一、政治協商途徑解決投資爭端

在中國大陸相關的經貿法規中，均先鼓勵契約當事人先藉由「協商」或「調解」來解決爭議。中國大陸有關於協商之規範乃基於自願、互諒、互讓的基礎上，自行解決紛爭，由於協商並無第三人參與，係由當事人直接交涉，對於涉及商業機密之爭議可防止洩密；另對其形式、地點、時間

<sup>73</sup> 參見中華民國全國商業總會 97 年 6 月「中國大陸投資爭端解決機制調查」問卷結果。

<sup>74</sup> 黃文祥，商總發布「中國大陸投資爭端解決機制調查」，台灣商務新聞通訊社，台北市，2008 年 6 月 19 日。

<sup>75</sup> 同前註。

並無限制，可彈性適用，對當事人所費之勞力、時間、金錢等耗費較小，具有經濟性及效率性兩大特色，且相較於其他爭議解決方法，屬於對立性較不明顯的手段，對於維持當事人之間合作關係的存續上有正面效果，惟對於有關投資爭端的協商方式，仍須依中國大陸法規及政策的規定，若違反中國大陸在協商方式上之規定所為之協商結果在法律上並不被認可，其協商所達成的協議亦無效<sup>76</sup>。而除了協商解決爭端外，對於中國大陸對於有關「涉外經濟合同」糾紛，尚可利用調解方式予以解決；依中國大陸仲裁法第五十一條規定，在仲裁庭作出裁決前，可以先行調解，當事人自願調解者，仲裁庭應當調解；而經調解達成協議者，仲裁庭應當制作調解書或根據協議的結果製作裁決書，而調解書與裁決書具有同等法律效力。而通常有關涉外契約糾紛較為複雜，故由第三人介入的調解程序亦成爲解決爭議的重要途徑。

依中國大陸仲裁法及其相關規定，涉外經濟合同調解依調解人的不同，可區分爲：（一）專門調解機構的調解：係指「中國國際經濟貿易仲裁委員會」及「中國海事仲裁委員會」兩個機構的調解程序，惟此機構並非官方行政機關，而係民間團體組織，調解方式及內容仍須遵照自願、合法等原則，循此途徑達成之協議並無民事訴訟法上之法律效力，無法由法院執行，當事人必須自動履行協議，惟仍具有契約上之效力，若當事人不依契約自願履行協議內容，仍可提付仲裁或依民事訴訟程序解決爭端<sup>77</sup>。

（二）仲裁調解：乃依附設於「中國國際貿易促進委員會」內的「中國國際經濟貿易仲裁委員會」及「中國海事仲裁委員會」所爲之爭端解決程序，上述兩個機構爲中國大陸地區兩個涉外仲裁機構，在其內部仲裁規則訂定關於調解之規定。依中國大陸仲裁法規定，仲裁庭根據當事人書面和解協議內容所做成的「裁決書」，具有民事訴訟法上之法律效力，如一方不履行時，他方當事人可依仲裁法第六十二條規定向中國大陸人民法院聲請執

<sup>76</sup> 王泰銓、周炳全，兩岸經貿爭議之協商、調解制度，月旦法學雜誌，第 44 期，1999 年 1 月，頁 88。

<sup>77</sup> 王泰銓、周炳全，同註 76，頁 92。

行，或依 1958 年的「承認和執行外國仲裁裁決公約」(Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards)，即「紐約公約」及其他中國大陸締結其他國際條約，向外國法院聲請執行。(三) 聯合調解：聯合調解係屬於仲裁外調解，與仲裁程序無關；是指經由「涉外經濟合同」之雙方當事人請求，由中國大陸和國外一方的仲裁機構，分別指定該案之調解人來共同進行聯合調解，基於文化背景、商業習慣、法律觀念等的信任關係，調解協議較易順利。惟調解協議並無強制力，仍須依賴當事人自動履行協議；而若調解失敗，再依當事人契約中的仲裁條款或仲裁協議進行仲裁<sup>78</sup>。(四) 法院調解：因中國大陸民事訴訟法對於「涉外經濟合同」糾紛之調解程序，並無其他特別規定，故其效力及程序與國內經濟合同糾紛之調解相同。

由上述所知，中國大陸相關法規對經由政治協商途徑可適用之爭端解決方式，雖具有彈性、經濟及較具和平性等優點，但除了部份協商、調解協議不具強制執行力等缺點外，若協商、調解不成最後仍須提付仲裁解決，似乎對於投資爭端之解決效率仍嫌不足。且台商面對中國大陸在政治運作現況、社會經濟制度皆與台灣頗為相異的情況下，一旦發生投資爭端，若欲透過上述有關協商、調解方式來加以解決，恐有因對中國大陸法律認知不同及風土民情各異的情形下，而不易得到應有的救濟及補償。又緣於台灣與中國大陸在國際政治上的糾葛及國際社會的現實，台商赴中國大陸投資若產生投資爭端，於協調及斡旋過程中，往往只能各憑本事，孤軍奮鬥，所能依靠台灣政府透過外交途徑解決之力量較為不足，惟透過民間團體財團法人海峽交流基金會與中國大陸方面的海峽兩岸關係協會有關互助合作及協商之簽定，或可有較低程度的保障，但與官方機構在談判及交涉對台商於法律實質面之助益仍有相當程度之不同。

---

<sup>78</sup> 王泰銓、周炳全，同註 76，頁 92。

## 二、內國準司法救濟－中國大陸仲裁法之適用

台商至中國大陸投資因其直接投資或間接投資形式的不同<sup>79</sup>，兩者之間於法律適用上有實質上之差異；前者須先適用中國大陸對台灣投資者所訂立之特別法規，若無相關規範時，才適用其他涉外的經濟法規；而後者則直接適用中國大陸有關涉外經濟之法律規範。此外，台商若根據由中國大陸在相關公司法規範，以取得中國大陸法人資格後所設立的三資企業，即所謂中外合資經營企業、中外合作經營企業和外商獨資企業等類型之企業，或台商依法成立所謂「台灣同胞投資企業」，由於法律地位上的不同，其所適用之法律亦不盡相同，若取得中國大陸法人之資格身分後，其於中國大陸簽訂契約必須適用中國大陸內國「經濟合同法」，而非「涉外經濟合同法」，若就該經濟合同履行發生糾紛，應另遵循內國「經濟合同仲裁條例」之規定解決<sup>80</sup>。其次，中國大陸於1994年第八屆全國人民代表大會通過「仲裁法」，共八章八十條，內容包括內國與涉外仲裁規定，主要特點為內國仲裁委員會與行政機關分開，以實行「自願仲裁」原則及「或裁或審」之自決方式，亦強調「一裁終局」之仲裁結果具終局判決效力之制度。而仲裁法第七十八條並明示，於該法施行前制定有關仲裁規定與該法規定相牴觸的，以新的仲裁法之單行法規為準，就此統一有關仲裁規範。然而，不論為內國經濟合同仲裁或是涉外經濟合同仲裁，雙方當事人皆必須於合同中有仲裁條款或是在爭議發生後，達成提付仲裁的書面協議，方能提出仲裁。缺此要件，在內國經濟合同仲裁的情況下，依仲裁法第四條，仲裁委員會對該項由當事人一方提出仲裁之案件將不予受理，當事人並可以向仲裁委員會所在地的中級人民法院申請撤銷裁決，經法院核實者後得以撤銷<sup>81</sup>，該撤銷裁定一經作出即具法律上之效力，當事人不得上訴；故台商如因投資設廠而取得中國法人資格後與中方企業、組織之間訂立的契

<sup>79</sup> 台商經由第三國間接到大陸投資，在法律地位上，由於在到大陸投資前，因其在第三國設立子公司的關係，原以取得外商資格，再以外商資格於大陸投資事業，成為大陸涉外經濟法規的適用對象。

<sup>80</sup> 王泰銓、周炳全，同註 76，頁 87。

<sup>81</sup> 中華人民共和國仲裁法第五十八條第一項第一款。

約，於中國大陸則以內國經濟合同視之，而有「經濟合同仲裁條例」之適用或直接適用「仲裁法」。

但若台商係以間接投資方式取得外商地位者，其因其主體地位之不同而適用不同之法律，而涉外經濟合同的仲裁程序將有不同，有關涉外仲裁機關為中國國際經濟貿易仲裁委員會，並依「中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則」所定之仲裁程序進行，依該規則第二條第一項及第二項第一款、第二款、第三款及第四款之規定，中國國際經濟貿易仲裁委員會對有關：(一)國際的或涉外的爭議；(二)涉及香港、澳門或台灣的爭議；(三)外商投資企業相互之間以及外商投資企業與中國其他法人、自然人或經濟組織之間的爭議；(四)涉及中國法人、自然人或其他經濟組織利用外國、國際組織或香港、澳門、台灣的資金、技術或服務進行項目融資、招標投標、工程等活動之爭議事項可進行仲裁。另外該規則亦規定雙方當事人有依裁決書自動履行的義務，若一方當事人不願自動履行，則他方當事人可向人民法院請求強制執行；若不執行的一方為外國商號或公司，在中國大陸又無財產者，則可依前述紐約公約或中國大陸所締結參加的國際條約，向外國有管轄權的法院請求執行<sup>82</sup>。

由此可知，台商在中國大陸投資因其主體地位之不同，欲將投資爭端提交仲裁，將面臨兩套不同仲裁制度之選擇，即是否採用內國仲裁與涉外仲裁程序，選擇適當的解決方式，才是確保本身權益的最佳途徑<sup>83</sup>。而已取得中國大陸法人地位，進行直接投資之台商，雖可循內國仲裁途徑尋求救濟，惟在他方當事人不願達成仲裁協議時，該救濟途徑即有其難行之處，最後仍須循冗長之司法訴訟程序以解決爭端，而中國大陸現行之法律制度之不完善，因人治色彩濃厚而致法令政策搖擺多變，已為不少西方已開發國家所詬病；由此觀之，似乎以間接投資方式取得外國法人資格之台商，尚較有可能利用較具專業性且快速、經濟之涉外仲裁制度，得到公平裁判之保障基礎。惟仲裁地、仲裁機構之選擇，亦關係仲裁品質之可信賴

<sup>82</sup> 中華人民共和國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則第六十三條。

<sup>83</sup> 王泰銓、周炳全，兩岸經貿爭議之仲裁制度，月旦法學雜誌，第53期，1999年10月，頁128。

度；間接投資之台商是否可受到中國大陸政府之認可具外國法人之地位，而可適用其所屬國與中國大陸間之雙邊投資保障協定，或將投資爭端提交於第三國或提付 ICSID 等國際仲裁機構進行仲裁，無疑是台商在考量投資中國大陸之形式及法人結構時應考慮的重點之一。

而在考量提付國際仲裁機構之適格性上，跨境投資者在選擇良好的投資環境時，除了評估經營成本等商業上風險，亦須考量當地法規限制等非市場風險，其中亦包括爭端解決的機制，及該國對裁決執行的能力及信用度。而討論台商於中國大陸發生投資爭端欲提付 ICSID 仲裁之適格性，即須清楚界定該機構之管轄範圍，ICSID 管轄權清楚規定於華盛頓公約第二十五條，ICSID 有關管轄權適用於締約國和另一締約國國民之間直接因投資而產生的任何法律爭端，而該項爭端經雙方書面同意提交給 ICSID，而當雙方表示同意後，不得單方面撤銷其同意<sup>84</sup>。台灣本身因國際政治之現實，雖具完整成爲「國家」之要素，惟在中國大陸的打壓下，並無法參與聯合國等重要性且具指標意義之國際組織，亦因此尚無法加入世界銀行或簽署華盛頓公約成爲締約國，既非屬於公約上所認定之一國與他國人民間投資爭端解決公約之締約國，關於台商赴中國大陸之有關投資爭端，尚無從利用依上開 ICSID 爭端解決機制處理<sup>85</sup>；但是因爲 ICSID 附加規則之制訂，或許可以利用其附加規則之爭端解決程序。惟觀察附加規則中對當事人之文字用語亦爲「State」，依字面上解釋及現實國際情勢之考量，台商對此資格之適用仍有疑義及適用問題。故台商如欲利用 ICSID 之國際爭端解決機制，可能採用間接投資方式，至 ICSID 之締約國境內設立具該締約國國籍之法人組織，利用具有該國國籍之法人組織再到中國大陸進行投資，若然發生投資爭端，或者仍可因該法人組織具締約國之國籍，而符合

<sup>84</sup> The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

<sup>85</sup> 法務部，仲裁及調解機制概況，網址：<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=23540&CtNode=64&mp=001>（檢索日期：2009年2月10日）。



華盛頓公約第二十五條對屬人事項之要求，而可利用 ICSID 之國際仲裁程序請求解決投資爭端。但基本上，本文認為利用 ICSID 爭端解決機制在國際法上適用於兩岸投資爭端仍是極其困難，尤其中國大陸運用其在國際政治上之影響力，對台灣於國際法上之地位，即中國大陸在認定兩岸關係上認應以內國關係處理，而台商基於法制背景之差異，透過國與國關係之認定，使台商亦能利用 ICSID 等國際爭端解決機制，無疑是較有利的，惟我國在兩岸關係條例與相關法規之認定上，對於台商之地位，則顯得晦暗不明，故若我國在相關立法建制上，未能有基本體認，則對台商於涉外投資上，所能提供之法律保護及國際法理基礎，即有捉襟見肘之憾。

### 三、關於台商在中國大陸投資爭端解決之最適途徑分析

概括而論，台灣赴中國大陸投資者日後若於中國大陸產生投資爭端時，可以選擇法律救濟途徑不外於依當地法規提起「民事訴訟」、「行政救濟」或「仲裁」<sup>86</sup>。由於司法訴訟過程冗長且可能耗費龐大的訴訟經費，在時間就是金錢的商場上，似非最佳選項；而行政救濟程序於社會主義濃厚、人治重於法治的中國大陸政制運作，似乎要得到公平合理的審理裁判期待亦有一定困難。反觀仲裁（Arbitration）似是解決民事商業糾紛、維護本身權益較為可行的機制，相較於行政救濟與司法訴訟程序，其優點在於較為經濟便捷又可強調其專業性的爭端解決程序，故成為一般涉外案件雙方當事人最常約定採用的爭端解決方式之一。而中國大陸仲裁制度依其所欲解決爭端之當事人國籍、爭端發生地及爭端客體而有不同規定，若一方當事人為外國人、糾紛標的物所在地在國外、或糾紛發生之行為涉及外國或兼而有之者，即仲裁主客體及爭端標的具有涉外因素，則依法可分為「國內仲裁」與「涉外仲裁」兩類程序。中國大陸仲裁法第六十五條規定，涉外經濟貿易、運輸和海事中所發生的糾紛仲裁，應適用法律涉外仲裁的特別規定，而中國大陸常設之涉外仲裁機構為「中國國際經濟貿易仲裁委員會」（China International Economic and Trade Arbitration Commission,

<sup>86</sup> 林家亨，同註 72，頁 165-166。

CIETAC)、及「中國海事仲裁委員會」(China Maritime Arbitration Commission, CMAC),兩者皆附屬於「中國國際貿易促進委員會」(China Council for the Promotion of International Trade, CCPIT)架構之下<sup>87</sup>。因投資爭端擬進行仲裁之適用法規為「中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則」,與屬於內國仲裁性質的「中國仲裁法」並不太相同;而台商若因投資爭端擬進行仲裁,則依法人主體性質認定而有不同法規之適用選擇,若投資主體為依中國大陸法規設立之法人組織可認為內國投資仲裁爭端,可適用「中國仲裁法」;若依間接投資形式或投資主體為外國法人之情形,或投資爭端發生地及投資爭端標的事項具有依「中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則」所規定之涉外因素,屬於涉外仲裁程序,可選擇依該法進行仲裁或提付國際仲裁機構仲裁之。涉外仲裁因有仲裁地或仲裁機構之選擇及適用準據法之不同,可能影響仲裁可信賴性及仲裁執行力之疑慮,故具有涉外因素之國際仲裁,可選擇遵循國際公認之仲裁機構程序,似為較佳之選項。於台灣與中國大陸之國家主權糾葛,短期尚無法有所解決之際,除了可選擇以間接投資方式投資第三國,取得該國國籍以為投資法人身分變更,進而適用該國與中國大陸雙邊投資保障協定,似可多一層保障,而若該國屬華盛頓公約之締約國時,更可依雙方當事人之合意約定將此一投資爭端提付 ICSID 仲裁程序仲裁之,若非為華盛頓公約之締約國時,亦可合意依附加條款提付 ICSID 進行國際仲裁,而不致產生只能依中國大陸就台灣同胞投資法規之爭端解決方式解決之,而此一途徑似乎是較具有得到國際公認爭端解決程序解決之保障投資方式。

## 伍、結論

國際投資最常發生的爭端事由,包括外國投資人與被投資國之間因優惠條件及法令變更而產生爭議、或被投資國以國家行為違反私人投資契約方式介入投資交易,或可區分為基於國家與私法人間或私法人間因投資契

---

<sup>87</sup> 林家亨,同註 72,頁 175-176。

約所引起之爭端與非基於契約所引起之爭端；而被投資國透過國家立法方式規範外國投資者亦迭有非議，並有增加的趨勢，而被投資國介入外國投資人之投資行為背後目的除了自身經濟政策考量外，亦有其他不同理由，諸如環境保護之考量、本國產業競爭之維持、勞工問題等，此皆以被投資國自身之利益為最大考量，此一考量為本無可厚非，但若因國家行為之介入，導致外國投資人未受應有之投資保障，或可引起嚴重程度不同之國際爭端，甚或相互貿易抵制，均非為經貿全球化及引進國外投資之目標所樂意，故以一套符合國際公認規範之仲裁程序來解決國際投資爭端就顯出其必要性。另一方面，投資爭端一旦發生於被投資國與外國投資人間，通常都涉及重大經濟利益與龐大金錢交易，亦可能造成外國投資人嚴重損失，以及損失後可能產生連環效應，因此國際投資爭端解決機制之建立相較於其他的國際爭端解決機制，有其特殊性<sup>88</sup>；而 ICSID 仲裁體系之建立及其適用便有其正面意義。

其中台商赴中國大陸投資若在中國大陸發生投資爭端時，在協商及調解不成後，雖可提交中國大陸當地仲裁機構仲裁，然而中國大陸基於政治上考量，在其仲裁法規中排除台商可赴國外仲裁之可能性，惟為平息台商之疑慮，在其仲裁法規中規定其仲裁程序中列入得聘請台灣仲裁員擔任仲裁工作<sup>89</sup>，雖然中國大陸仲裁法規中對台灣仲裁員可赴中國大陸參與仲裁有明文規定，但因中國大陸並未認可以台灣為仲裁地，或可依台灣法律作為仲裁判斷之準據法，因此台商之權益並未受到與外國投資者相同的對待，而台灣與中國大陸同屬 WTO 之會員國，依 WTO 非歧視原則之精神，中國大陸此一作法或有修正空間，而兩岸亦或應基於平等互惠之原則進行協商談判，讓台商有更多投資爭端解決選項，以保障台商之投資權益。而基於仲裁結果公正性之考量，採取間接赴中國大陸投資形式之台商，對投資爭端解決之途徑，或可考量國際仲裁程序的適用，而在仲裁機構的選擇

<sup>88</sup> 李貴英，國際投資法專論，元照出版公司，2004年01月，頁8。

<sup>89</sup> 傅豐誠，1986年以來台商在中國大陸的地位與角色的演變，兩岸經驗20年，天下遠見出版，2006年7月，頁295。

上亦有較大的選擇空間，惟依本文上開有關美國製造貿易公司控告薩伊共和國一案中，ICSID 之最後仲裁判斷仍未拘泥於投資法人之國籍而定其管轄權，反而進一步分析其法人之持股結構及持股人國籍而定其管轄權之有無，故以間接投資模式是否即可以取得國際仲裁程序的適用或可依中國大陸關於涉外仲裁規定進行仲裁，仍有討論空間。而台商在中國大陸發生投資爭端時，多要求選擇在台灣進行仲裁或訴訟，故透過兩岸協商管道，建議中國大陸應立法允許台商遭遇投資爭端時亦可選擇台灣為仲裁地及台灣法律為準據法，亦是思考方向之一。

另依中國大陸關於涉外仲裁規定進行仲裁，除了可適用關於中國大陸涉外經濟法律之國際協定保障外，於「承諾必須被信守」(pacta sunt servanda)<sup>90</sup>的普遍格言中，台商透過第三國與中國大陸所簽定的雙邊投資協定或多邊投資協定條約，以 ICSID 對於投資人管轄權範圍認定基礎，似乎可獲得更大保障。台商利用第三國取得該國投資法人身分間接投資中國大陸，雖或可取得較大的投資保障及較多的投資爭端解決途徑，惟跨國企業大多以最大利潤為目標，選擇低稅負之國家設置法人組織，亦係跨國企業在追求優惠投資環境中的必然結果。然而若以國家總體利益為長期考量，身為跨國投資者母國的台灣，對於資金不斷流出卻無法掌控其流向，更甚者因未有提供足夠的雙邊投資保障協定網絡，以保障本國投資者於他國之投資行為，更應思索其中利弊得失，故如何與中國大陸儘速協商出一套有利兩岸經貿交流之雙邊投資保障協定，至少於投資爭端解決上對仲裁機構選擇更具有彈性，並由兩岸協商管道如海基會及海協會商討提供台商有效的投資爭端解決機制，以健全於台灣進行仲裁及訴訟可行性，應是目前我國政府及積極赴中國大陸投資的台商和產業界所應迫切思考的議題。

---

<sup>90</sup> See Amr A. Shalakany, *Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Specter of Neoliberalism*, 41 Harv. Int'l L. J. 419, 434-38, at 459 (2000). (Pacta sunt servanda as a legal principle is itself the subject of unsurpassed international consensus: No international jurisdiction whatsoever has ever had the least doubt as to the existence, in international law, of the rule pacta sunt servanda).

## 參考文獻

### 中文部份

- 中華人民共和國「國務院關於鼓勵台灣同胞投資的規定」。
- 中華人民共和國台灣同胞投資保護法。
- 中華人民共和國台灣同胞投資保護法實施細則。
- 中華人民共和國仲裁法。
- 中華人民共和國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則。
- 王泰銓，投資大陸市場法律與實務解析，學林文化，台北市，2000年12月，頁237-240。
- 王泰銓、周炳全，兩岸經貿爭議之仲裁制度，月旦法學雜誌，第53期，1999年10月，頁128。
- 王泰銓、周炳全，兩岸經貿爭議之協商、調解制度，月旦法學雜誌，第44期，1999年1月，頁88。
- 吳嘉生，國際經濟法析論，文笙書局股份有限公司，台北市，2008年10月初版，頁7, 410-414。
- 李貴英，國際投資法專論－國際投資爭端之解決，元照出版有限公司，台北市，2004年1月，頁5-11。
- 周顯志主編，國際投資法教程，中國財政經濟出版社，1998年，頁264-265。
- 易建明，大陸與東協簽署投資保障協定、自由貿易協定之研究：以直接投資條款內容與現狀為題，國科會專題研究計劃成果報告（NSC92-2414-H-218-001-），頁21-30。
- 林俊宏，國際貿易法講義，自版，台中市，2006年，頁93-105。
- 林家亨，大陸投資優惠條件的法律效力探索，秀威資訊科技，台北市，2007年2月，頁54-176。
- 陳雅眉，ICSID 架構下國際投資爭端解決體制之研究，東吳大學法律系碩士論文，2007年，頁1-37。
- 傅豐誠，1986年以來台商在中國大陸的地位與角色的演變，兩岸經驗20年，天下遠見出版，台北市，2006年7月，頁280-303。

黃文祥，商總發布「中國大陸投資爭端解決機制調查」，台灣商務新聞通訊社，台北市，2008年6月19日。

劉碧珍等人共著，國際貿易－理論與政策，雙葉書廊出版，台北市，2005年10月二版，頁320-322。

### 英文部份

Amco v. Indonesia, Decision on Jurisdiction, 1 ICSID Rep. 400, (1983).

Amr A. Shalakany, Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Specter of Neoliberalism, 41 Harv. Int'l L.J. 419, 434-38, at 459, (2000).

Andrés Rigo Sureda, Two Views on ICSID Arbitration, ICSID: An Overview, World Arbitration and Mediation Report, June, 2002.

Aron Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 136 Recueil des Cours 331, 400 (1972-II); History, Vol II, 344, 519.

Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, (Cambridge University Press, Cambridge UK, 2001), at 216-18.

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.

David R. Sedlak, ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?, 23 Penn St. Int'l L. Rev 147, 149, (2004).

Ibrahim Shihata, ICSID Secretary--General, Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA, 1 ICSID Rev.-Foreign Inv. L. J. 4, (1986).

ICSID Case No. ARB/93/1.

ICSID Case No.ARB(AF)/97/1.

ICSID Convention Additional Facility Rules Art. 2.

ICSID Convention.

- Klaus Peter Berger, *The New Multilateral Investment Guarantee Agency Globalizing the Investment Insurance Approach Towards Development*, 15 *Syr. J. Int'l L. & Com.* 13, 52, (1988).
- M. N. Shaw, *International Law*, (Cambridge University Press, Cambridge UK, 5th ed., 2003), p. 958.
- Richard Delgado, et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, *Wis. L. Rev.* 1359, 1367 (1985).
- S.A.R.I. Benvenuti et Bonfant v. Gouvernement de la republique du Congo, Judgment of June 26, 1981, CA Paris, at 108 *J. du Droit Int'l* 843, (1981); translated in 20 *I.L.M.* 877, (1981).
- Statute of the International Court of Justice.
- Thomas E. Carbonneau, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, (4th ed., Thomson West, 4th ed., 2007), at 32-33.
- Toby Landau, *Composition and Establishment of the Tribunal: Articles 14 to 36*, 9 *Am. Rev. Int'l Arb.* 45 (1998).
- United Mexican States vs. Metalclad Corporation. 2001 BCSC 664.
- Vincent O. Orlu Nmehielle, *Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)*, 7 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 21, 23, (2001).
- <http://www.worldbank.com/icsid/about/about.htm> (last visited Feb 14, 2009).
- <http://www.worldbank.com/icsid/about/about.htm> (last visited Jan 23, 2009).

