

兩岸簽署投資保障協議可行策略分析

文／李允傑

前言

ECFA正式生效，揭開兩岸關係史上的新篇章，標誌著兩岸經濟真正進入雙向合作，互利共贏的新階段。根據ECFA架構協議規定，ECFA生效後6個月內要展開貨品貿易協議、服務貿易協議、投資協議及爭端解決協議等四項後續協議的簽署。

隨著兩岸經貿日益緊密，兩岸未來的經貿投資糾紛將會有增無減，如何讓未來兩岸經貿關係制度化、透明化、合理化，將是兩岸簽署ECFA之後的迫切議題。後續兩岸還要完善智慧財產權保護和簽訂投資保障協議，才能更吸引外商到台灣設立據點。因此，兩岸加速協商簽訂兩岸投資保障協議(Bilateral Investment Agreement, BIA)，尤其重要。

兩岸投資保障協議可望納入第六次江陳會談的議程，本文擬探討兩岸投資保障協議在過去20年，從問題認知到形成制度議題的障礙因素，並進而提出兩岸簽署投資保障協議的可行策略與建議。

兩岸簽署投資保障協議的必要性

我國自1952年起至2009年止核備對外投資件數為12,602件，投資金額為627.74億美元；而台商在大陸投資件數，自1991年起至2009年為止已有34,283件，投資金額達734.01億美元（如表1-1）。自2002年後，每年赴大陸投資件數皆比對外投資件數多（如圖1-1），2004年後，每年投資於大陸的金額也比對外投資的金額高（如圖1-2），幾乎是以倍數成長。顯見我國對大陸市場的投資越來越擴大，台商赴大陸投資的熱潮已成不可遏抑之勢。而在對中國大陸投資件數及金額不斷增加的同時，發生在兩岸之間的經貿糾紛勢必成為兩岸之間經貿往來的重大問題。

馬政府的經濟戰略是藉由開放兩岸連結全球經濟，開放陸資來台是施政重點；兩岸間的經濟交流已從單向投資轉為雙向投資，雙方在交通、經貿往來更加的開放，「雙邊投資協定」（Bilateral Investment Treaty, BIT）或「雙邊投資協議」（Bilateral Investment Agreement, BIA）有助於建立穩定的、可預期性、透明化的投資環境，提供投資爭端完善的解決機制。在兩岸經貿往來日益深化的同時，經貿糾紛案件必定有增無減，如何降低台商赴大陸投資發展可能導致的資金進出風險，及台商的財產、生命安全的保障；及陸資來台後，雙方的權益保障，如投資產業別、避免雙重課稅、財產安全保障、就醫、安置等相關問題，都需要有一明確的規範，因此，協商簽定「兩岸投資保障協議」應是目前最迫切的制度性協商議題。

由於兩岸法律制度本質上的差異，及地方政府的治理風格與政策變動，台商赴大陸投資一直都是處於高風險的投資環境。再加上大陸政治體制是「以黨領政」，法治不足，許多涉及人身權利保護的法律規定，常常充斥著不確定性的法律概念，裁量權過大，無法達到保障台商權利的立法目的。例如動遷賠償問題就經常造成台商的困擾。

台商的人身安全問題受到威脅，勞資爭議問題不斷的發生，根據海基會統計數字顯示（見表2-1）台商赴大陸投資，因發生糾紛而向海基會求助的案例每年增加，統計數字中主要協助的對象僅僅涵蓋在政府單位登記有案的公司，若再加上未登記有案的公司行號及未透過海基會協助，而藉由其他管道解決經貿糾紛者，兩岸之間的經貿糾紛，應遠遠超過海基會的統計數據。

自1991年開始，我國政、商界便不斷有人提出要和大陸簽署投資保障協定的意見。台灣商總針對上市櫃公司進行「中國大陸投資爭端解決機制調查」問卷結果顯示，在大陸協助台商投資糾紛處理滿意度，僅23.08%選擇滿意，選擇差強人意為70.66%，商總說，相對不滿意度僅1.99%來說，滿意度遠大於不滿意度，但高達7成的台商選擇差強人意表述，仍有待大陸官方的努力爭取認同。台商在面對投資糾紛及爭端時，有42.24%表示不容易與大陸官方（包括公安、工商局及稅務機關等部門）溝通，對大陸官

方法治觀念的認知有90.35%的台商表示普通和薄弱，另外對大陸官方有無處理爭端解決的能力問題上，有將近76.94%回答視案件類型和視爭端當事人雙方背景而定。

由以上所摘錄之問卷結果顯示，台商在遇到糾紛時，除需面對法律制度解釋不一、執法認知與執行差異性外，能否得到大陸官方的重視及有效解決，端視台商在兩岸的實力及關係而有很大的差異。上市櫃公司對於在大陸投資的爭端糾紛解決都有如此大的障礙，更何況未上市櫃公司，他們的處境應是更為艱難。

中國大陸沒有制訂統一的外國投資法典，係採分別制訂不同的外資專門法律和特別法規構成的外資法體系，立法體系紊亂，有時中央與地方法規還彼此衝突，更存在許多非法律規定的內部文件與指示。簡言之，中國大陸法律有太多的潛規則存在，讓台商對其法律的規定無所適從，這也更顯示簽署兩岸雙向投資保障協議的必要性。

兩岸簽署投資保障協議的主要障礙

一、主權意涵的問題

兩岸投保協議很難避免涉及主權意涵的問題，因為司法管轄權就是主權的象徵，而一般投資保障協議中會對投資人的國籍做定義。理論上台灣同胞到大陸進行投資，與外資的地位應無差別，但由於兩岸政治關係特殊，大陸為了體現「一個中國」原則的堅持，反對「一中一台」或「兩個中國」的主張，認為台灣是中國的一部分，因此台灣同胞赴大陸地區投資不能直接適用大陸有關外資的法律規定，但兩岸分立的事實是確實存在，彼此之間有不同的經濟制度、貨幣制度，因此台商投資若直接適用其國內法律又似有未妥。故大陸在種種考量下將台灣同胞赴大陸直接投資定位在介於「外人投資」與「國內投資」之間，屬於一種「特殊的國內投資」。這種基於政治考量的政策是可預見的，因為若承認「台商」等同「外資」，則無異是承認「一中一台」或「兩個中國」。

「爭端解決機制」、「司法管轄權」、「最惠國待遇」、「仲裁地點」等，影響兩岸投資保障協議簽署的最大障礙就是主權（sovereignty）。兩岸之間任何協議只要涉及主權問題，往往成為雙方角力的重點，無法順利進行。兩岸高層領導，如何不讓主權問題成為影響兩岸投資保障協議簽署的障礙，需要發揮高度智慧。

二、投資保護 V.S. 投資促進

過去北京對於兩岸簽署投資保障協議態度消極的理由，是僅有台商至大陸投資，大陸並無企業在台灣投資，所以並無迫切需要；大陸方面認為目前已有台灣同胞投資保護法及施行細則保護台商的投資，所以不需要再簽署任何的協議。到了2009年6月已經有陸資來台，等於已經是雙向投資，大陸方面態度轉趨積極。

兩岸投資保障協議包含兩個重點，一是投資促進，二是投資保護；如果兩岸投資保護協議要涵蓋投資促進，將牽涉投資市場准入問題，這部分相當複雜，也使得投資保障協議要在第六次江陳會上簽署的變數加大。

台灣主張協議內容「先保護後促進」，讓投資保障單純化，才能避免因陸資登台等政策而延宕。現階段台灣對大陸企業到台灣投資仍有很多限制，去年6月30日第一階段開放大陸企業來台投資項目只有192項，目前正進行第二階段陸資開放檢討，若要趕在第六次江陳會談簽署兩岸投資保護協議，時間相當趕。此外，投資包含外人直接投資與證券投資，也包含製造業、服務業等投資，涉及市場開放，對台灣現行政策檢討進度相當具有壓力，因此台灣方面希望兩岸投資保護協議先以投資保護，讓協議內容單純化，日後再進行投資促進議題的討論。

但大陸方面的立場是希望納入投資促進，藉此使陸資入台的門開大一點。目前雖然開放陸資來台，但項目有限、規模仍小，我方必須思考如何在不危害經濟安全的狀況下，藉由開放更多陸資來台，吸引外資進駐台灣，活絡台灣經濟。更多陸資來台，投資保護的問題也才更能突顯，雙方立場對等將更有助於談判。

三、簽署後的執行問題

關於投資糾紛與爭端解決，即使公正的仲裁制度建立起來，對台商而言，更重要的是執行面的問題。過去在江西曾發生一件案例：台商仲裁贏了，判對方政府要賠1千多萬，但地方政府說沒錢，台商只

能徒呼負負。很多案例台商花了時間、精神，最後贏了仲裁或訴訟，但地方法院不執行或者消極執行，台商也無可奈何。所以兩岸如何建立一個有效率的、公正的執行機制與單位，十分重要。

協商時我方應要求大陸方面建立跨部門的仲裁機制，由中央統籌到各地方，直接受命於中央指揮。這樣比較能排除地方性的干擾，因為有些地方政府本身就是利害關係人，除非是台灣民眾與大陸民眾的糾紛，沒有政治背景在後面干擾，就比較好處理。中國大陸是以黨領政(法)，缺乏民主國家的司法獨立；很多台商在大陸發生投資糾紛，事實上對方的背後都有地方黨政的力量在當靠山，就算表面仲裁贏了，還是無法執行。所以後續的執行才是棘手，更是檢視兩岸治理能力與法治程度的嚴格考驗。

兩岸投資保障協議簽署的內容與可行策略

一、簽署的內容

截至2009年6月1日止，中國大陸已與123個國家簽訂雙邊投資保護協定。中國大陸與各國簽定的雙邊協定條約，其基本模式內容有13條：（一）定義問題：第1條；（二）鼓勵和促進條款：第2條；（三）待遇問題：第3條；（四）公用徵收條款：第4條；（五）緊急危難條款：第5條；（六）資金移出條款：第6條；（七）代位求償問題：第7條；（八）爭端解決：第8，9條；（九）更優惠條件適用：第10條；（十）適用協定之前投資：第11條；（十一）代表定時會商權：第12條；（十二）生效條款：第13條。以傳統BIA的國際基本模式為基礎，根據兩岸之間的政治特殊性，簽署雙邊投資保障內容應包括：

- 1、納入國民待遇，在投資的定義上做限制，讓協議的適用範圍不要太廣，在利、弊之間取得平衡，並加入防衛機制。
- 2、目前兩岸都是WTO會員國，在最惠國待遇方面，可在符合WTO的精神下併同考量；在產業特殊項目，用防衛機制處理。
- 3、投資爭端仲裁地點的爭取，以台灣為首要選擇，若無法達成共識，香港是可接受的選擇。
- 4、投資範圍擴及直接投資與間接投資的部分，需審慎考量。
- 5、徵收補償標準應強調公平互利原則，充分考量雙方間的利益做補償額度的決定。
- 6、雙方互設半官方的投資辦事處，以提供人身安全的保障。
- 7、資金的匯兌及匯出條款、投資爭端解決及後續落實執行條款亦應列入。
- 8、公平、公正待遇是公認的國際投資待遇制度，是國際法所承認的誠信原則的表現，故應列入投資保障協議內容。
- 9、透明化條款亦應列入：鑒於中國大陸有太多不為人知的潛規則，故透明化條款應列入投資保障協議內容。
- 10、其他如實績要求、法律溯及既往等問題亦應列入投資保障協議內容項目。

二、可行策略

- （一）協議要能落實執行，端視協議內容的可行性及建設性，各國簽訂雙邊投資保障協議的內容不盡相同，係以國際基本模式為基礎，再根據各國政治外交關係，經濟發展狀況及談判籌碼的不同談判協商簽訂內容。基本內容計有：待遇問題；徵收國有化的補償問題；投資財產、利潤和其他收益自由匯出問題；投資爭議解決問題。晚近傳統模式的雙邊投資保護協定的基本內容發生變化，擴大了投資適用範圍及強調投資准入權問題。因應此一趨勢，我方固然主張先談投資保護以使談判單純化，但也應加速陸資來台開放項目的評估檢討作業，通盤考量以增加談判縱深。
- （二）我國與中國大陸政治關係特殊，簽署雙邊投資保障內容，需要顧及雙方的特殊性。有關投資爭議的解決，仲裁機構可以選在香港或者新加坡，至於仲裁規則，我們可以以國際上這些仲裁機構所訂的規則為基礎，雙方再適度的進行具兩岸特色的調整。至於如何選任仲裁人、如何開公聽會、如何組成、處理流程等有關程序的部分，就參考國際仲裁規則。個人以為仲裁地點會是比較敏感的，雙方可以接受的情況，大概就是在第三地，因為如此才不致於涉及以協議承認彼此司法管轄權的問題。
- （三）仲裁後續的執行面將是最大的問題，這將是雙方在談判過程首要重視的問題；後續執行沒有落

實，則仲裁成立也枉然。因此，將後續實際執行面的實質細節內容具體的簽署，讓執行無障礙，是投資爭議解決機制最須明白呈現的部分。國民待遇部分，則同樣要做適當限縮，投資範圍擴及直接投資與間接投資的部分，需審慎考量。徵收補償標準應強調公平互利原則，充分考量雙方間的利益做補償額度的決定。

- (四) 雙邊投資保障協議內容，因各個國家談判籌碼不同，經濟發展狀況不同，政治外交親疏有別，端視締約雙方根據其國家各自的政治、經濟、社會、法律環境及國情等等客觀環境的不同，談判的結果，而產生雙方合意的協定條約原則和標準，各國所簽訂的協定內容、條件不一。由於兩岸關係的特殊性，有關投資保障協議內容，除參考國際訂定標準外，應同時對中共目前的法治情況、兩岸經濟交流狀況等做通盤考量，簽署最適合兩岸情形的投資保障協議內容。
- (五) BIA議題已在產、官、學界呼籲20年之久，在兩岸經濟合作架構協議政策談判的過程中，BIA是重要的協商議題。在框架性的協議內容談判進行的同時，我方除了爭取更多的投資保障項目列入框架協議外，對於往後保障內容具體的實施措施，應可同時進行研擬協商。就政策的內容而言，兩者互不牴觸的；就政策的層次而言，ECFA是全面性的經貿政策，屬於較高層次的經貿政策考量，對於在ECFA下，次層次的BIA，基於兩岸敏感的政治關係，簽署的立基應以傳統的BIA為主，因此可與商品貿易FTA切開來談，這是較具時效性的作法。
- (六) 兩岸兩會的模式運作在兩岸之間的協商交流已打下堅實的基礎，因此以兩岸兩會模式架構平台，官方代表為主談人，進行投資保障協議的協商，是很好的運作模式。此外，針對投資保障協議內容的實質需求，在協商之前蒐集台商協會與工商業界的意見，列入協商談判的參考。

結語

台商社群在中國大陸儼然已形成一股深具影響力的新興力量，其對中國大陸經濟成長的表現，扮演了不可或缺的角色。台灣面對當前兩岸經貿的新形勢，在處理兩岸經貿問題時，應積極的開發、擴大、保護台商資源，讓台商成為我方國力的延伸，促進兩岸間的和平與穩定。因此，從這樣的角度出發，正視兩岸政治經濟的現實，政府應擔任台商的後盾，積極協助台商解決困難，正視台商投資保障的問題。當然，政府同時應對台商多加宣導「不違法、不逃稅、投資前謹慎評估」。

兩岸簽署投資保障協議，讓雙方的投資保護建立制度化的規範，保障台商實質的人身、財產安全；另一方面建立長期穩定、可預期的投資環境，也有利吸引外商在台布局規劃、增加投資，進而改善推動我與其他主要貿易對手國洽簽FTA的基礎，使台灣更加深化參與全球經濟活動。兩岸之間三通直航的網絡和機制不斷發展和充實，加上ECFA的簽定，讓台灣創造出連結中國大陸和世界經濟體系的關鍵地位和角色，那麼台灣才有機會成為亞太經貿樞紐、台商營運總部。

ECFA是台灣打造外部公平競爭環境的基礎。除了關稅減讓，後續兩岸還要完成落實智慧財產權保護和投資保障協議，才能更吸引台商回流或外商到台灣設立據點。兩岸簽署投資保障協議有助於台灣成為外商進入大陸市場之優先合作夥伴與門戶，取得領先競爭對手國進入大陸市場之優勢，是台灣打造黃金十年的關鍵一步。

參考書目

- 李允傑與王鈴慧 2010 《兩岸投資保障協議之研究》。台北：海峽學術出版社。
- 李允傑 2009 《透視兩岸·財經》。台北：海峽學術出版社。
- 李允傑 2009 「兩岸簽署雙向投資保障協議之分析」〈展望與探索〉月刊第七卷第二期。
- 李允傑 2008 「兩岸簽署金融MOU的問題與影響」，國家政策研究基金會國政研究報告。
- 李允傑 2007 《台灣政局與兩岸關係》。台北：海峽學術出版社。

(本文作者為國立空中大學公共行政系主任、海基會顧問)

(本文係作者個人意見，不代表本會立場)

表1-1

經濟部核准對外投資、對中國大陸投資統計總表

金額：美金千元（US \$ 1,000）

| 核准對中國大陸投資統計表 | | | 核備對外投資統計表 | | |
|--------------|--------|------------|-----------|--------|------------|
| 年度 | 件數 | 金額 | 年度 | 件數 | 金額 |
| 1991~1998 | 21,646 | 13,242,658 | 1952~ | | |
| 1998 | 4,652 | 18,610,851 | | | |
| 1999 | 488 | 1,252,780 | 1999 | 774 | 3,269,013 |
| 2000 | 840 | 2,607,142 | 2000 | 1,391 | 5,077,062 |
| 2001 | 1,186 | 2,784,147 | 2001 | 1,387 | 4,391,654 |
| 2002 | 1,626 | 2,864,301 | 2002 | 925 | 3,370,046 |
| 2003 | 2,038 | 3,103,799 | 2003 | 714 | 3,968,588 |
| 2004 | 2,004 | 6,940,663 | 2004 | 658 | 3,382,022 |
| 2005 | 1,297 | 6,006,953 | 2005 | 521 | 2,447,449 |
| 2006 | 1,090 | 7,642,335 | 2006 | 478 | 4,315,426 |
| 2007 | 996 | 9,970,545 | 2007 | 464 | 6,469,978 |
| 2008 | 482 | 9,843,355 | 2008 | 387 | 4,466,491 |
| 2009 | 590 | 7,142,593 | 2009 | 251 | 3,005,554 |
| 合計 | 34,283 | 73,401,271 | 合計 | 12,602 | 62,774,134 |

表2-1 海基會協處台商經貿糾紛案件統計表

| 年度 | 類型 | 財產法益類 | | 合計 | |
|-----|----|-------|------|----|-----------|
| | | 人身安全類 | 台商投訴 | | 大陸人民及廠商投訴 |
| 80年 | | 0 | 13 | 0 | 13 |

| | | | | |
|-----|-------|-------|-----|-------|
| | | | | |
| 81年 | 2 | 23 | 0 | 25 |
| 82年 | 17 | 57 | 4 | 78 |
| 83年 | 30 | 40 | 4 | 74 |
| 84年 | 41 | 43 | 14 | 98 |
| 85年 | 36 | 25 | 9 | 70 |
| 86年 | 35 | 22 | 13 | 70 |
| 87年 | 64 | 48 | 15 | 127 |
| 88年 | 58 | 35 | 3 | 96 |
| 89年 | 51 | 31 | 1 | 83 |
| 90年 | 67 | 36 | 1 | 104 |
| 91年 | 91 | 43 | 1 | 135 |
| 92年 | 107 | 32 | 3 | 142 |
| 93年 | 124 | 27 | 3 | 154 |
| 94年 | 133 | 54 | 5 | 192 |
| 95年 | 197 | 85 | 8 | 290 |
| 96年 | 249 | 42 | 0 | 291 |
| 97年 | 312 | 221 | 9 | 542 |
| 98年 | 353 | 428 | 15 | 796 |
| 合計 | 1,967 | 1,305 | 108 | 總計 |
| | | | | 3,380 |