

# 兩岸投保協議調解機制的具體落實與發展

文 / 李復甸

依據台灣方面的統計資料，從1991年到2016年5月，台灣民間經核准對大陸投資之件數已達41,813件，累計金額逾1,585億美元<sup>1</sup>；而自2009年以後，陸資企業也開始積極對台灣投資且成長頗為迅速，迄2016年5月止，台灣方面核准陸資企業對台投資之件數已達856件，累計金額逾15億美元<sup>2</sup>。從兩岸的投資統計資料來看，台灣與大陸間的相互投資累積金額龐大且關係緊密；更重要的是，兩岸間之投資，已非台商對大陸的單向投資。

兩岸間相互投資往來密切，對於兩岸關係發展具有正面意義。但從投資人立場而言，投資人雖然可利用投資當地的經濟競爭優勢而獲取利潤，但在冗長的投資過程中往往會遭遇在投資初期難以逆料之風險而發生糾紛。投資糾紛通常出現兩種類型：其一為P to P (Private to Private) 投資爭議，例如：投資人與投資當地之私營企業合資或因投資交易而發生之私營企業間之爭議；其次則為P to G (Private to Government) 投資爭議，例如：投資人在投資過程中遭遇投資地當局之不當徵收或強制拆遷而發生之爭端。

上述兩種糾紛在兩岸投資屢見不鮮，不惟台商在

大陸投資經常遭遇；陸資企業赴台投資，同樣也有可能遭遇類似問題。P to P之爭議在兩岸的仲裁機構均有案例，且為雙方法院所承認而獲執行，有良好之經驗。而在兩種投資爭議中，P to G投資爭議由於涉及公部門，當事人一方為私營企業，而另一方通常為具有公權力之投資地有關部門或機構，一旦發生爭議，具有公權力之有關部門或機構較佔有優勢，致使投資方私營企業難以保障其應有權益。因此，兩岸的投資人都需要公平有效的投資爭端解決機制，以解決P to G投資爭端。

## 調解機制同時保障台商與陸商之權益

2012年簽訂之兩岸投保協議，對於上述兩種類型之投資爭議均有明確規範。其中有關P to G投資爭議之解決規定於兩岸投保協議的第十三條。該條除了明定可依協商、協調、協處、調解、以及行政救濟或司法程序等五種途徑解決一方投資人主張另一方相關部門或機構違反協議規定的義務、致投資人受到損失所產生的爭端外，在同條第一款第四目特別規定了以調解機制處理投資補償爭端，且於投保協議簽定時尚有附件，對處理之程序亦有原則性之規範。這也是兩

1 《核准對中國大陸投資統計總表》，經濟部投資審議委員會105年5月統計月報，下載自<http://www.moeaic.gov.tw/>（2016年6月28日）。

2 《核准陸資來臺投資統計總表》，經濟部投資審議委員會105年5月統計月報，下載自<http://www.moeaic.gov.tw/>（2016年6月28日）。

岸首次將調解納入投資爭端解決的主要方式，特別引人矚目。

所謂「投資補償」爭端，係專指投資人遭投資地有關部門或機構徵收後，有關徵收補償金額或方式的爭端，依協議此種爭端可以由兩岸指定之投資爭端解決機構透過調解機制來協助解決。例如：任一方投資人如果遭遇他方政府以公權力不法或不合理對待、土地廠房被他方政府違法徵收或以不合理的價格強制徵收、或者放任民衆圍廠滋事侵害投資人的財產權益、或於投資相關的行政程序中未提供投資人公正公平的待遇等，投資人可以依據兩岸投保協議的規定，請求進行協商、協調、協處、行政及司法救濟等方式解決；但其中有關徵收補償金額或方式的爭端，投資人則可以選擇調解機制，由兩岸指定的投資爭端解決機構來調解合理的補償金額或方式<sup>3</sup>。

兩岸投保協議明定以調解方式解決「投資補償」爭端，並且在協議附件，特別詳細規定了投資補償爭端調解的原則、程序、成立、補償方式、調解請求權的消滅、調解資訊的使用限制、以及調解規定的通報等細節。從上述兩岸投保協議對於投資補償爭端調解的規範，可以看出調解機制對於解決兩岸P to G投資補償爭端扮演了重要角色，且兩岸對於以調解機制解決P to G投資爭議抱持高度期許。

鑒於兩岸相互投資已是長期發展趨勢，因此兩岸投保協議絕非單方面保障台商赴大陸投資之協議，而是兩岸間共同保障相互投資權益之重要共識，也因此兩岸有關部門及指定爭端調解機構有必要積極具體落實投保協議之投資補償爭端調解機制，以保障投資人權益。

但是兩岸投保協議簽訂生效迄今已逾3年，兩岸投資人依協議規定向指定調解機構申請調解投資補償爭端仍僅1件，而且有關部門及指定調解機構對於投資補償爭端調解機制究竟應如何運作，仍處於摸索階段，甚至對於兩岸指定調解機構的受案範圍、兩岸指

定之調解機構如何進行聯合調解等問題也莫衷一是。中華仲裁協會與貿仲正以「個案先行」方式，以經驗引導立法之務實作為，尋求對兩岸最有利之爭端解決制度，我們建議兩岸有關部門積極鼓勵投資人及相關組織運用調解機制解決P to G投資補償爭端。惟該案件於去年10月27日，被貿仲以「兩岸投資工作小組尚未就投資爭端解決機構調解受案範圍等有關問題達成共識」為由，全案退回，是為憾事。

## 投資地一方應不得拒絕投資人申請調解

兩岸投保協議第十三條第一款第四目前段規定：「因本協議所產生的投資人與投資所在地一方的投資補償爭端，可由投資人提交兩岸投資爭端解決機構通過調解方式解決」；而協議的附件第一點第（一）款規定：「一方投資人依據本協議第十三條第一款第四目提出調解申請後，兩岸投資爭端解決機構應依其規則受理申請，啟動調解程序。兩岸投資爭端解決機構應客觀、公正、公平及合理地處理投資補償爭端。爭端雙方應積極、誠信參與調解，不得無故拖延。」

從上述條文規定來看，投資人一旦就其與投資地當局間之投資補償爭端向兩岸指定之調解機構提出申請，調解程序即已啟動，且「投資爭端雙方應積極、誠信參與調解，不得無故拖延」。換言之，當爭端一方投資人提出投資補償爭端的調解申請後，調解機構即應依既定程序處理，通知爭端他方即投資地一方當局參加調解程序，而收受通知之投資地一方當局也應本於誠信參與調解，不得藉詞拒絕推託。從此一角度而言，兩岸投資補償爭端的調解機制可視為強制調解，投資所在地一方當局沒有拒絕調解的程序選擇權。

從調解的本質而言，調解是由當事人雙方任意決定是否參加的訴訟外紛爭解決機制，由當事人以外之第三方擔任調解人，促使當事人雙方進行協商並找出

3 參照台灣經濟部ECFA網站（投保協議爭端解決途徑運用篇），下載自<http://www.ecfa.org.tw/ShowDetail.aspx?pid=4&cid=0&pageid=1041&br eadid=1041>（2015年6月10日）。

雙方均能接受的解決方案。從這個定義來看，似乎前述兩岸投資補償爭端的強制調解與調解本質不同，是則兩岸投資補償爭端的強制調解是否有剝奪當事人（投資地一方當局）程序選擇權之虞？

首先必須指出，兩岸投保協議揭櫫之調解機制不同於私法上的民事調解。兩岸投保協議係由兩岸有關部門共同協商的結果，代表雙方當局的一致共識，所以投資補償爭端的調解是公法上的調解。在兩岸最高當局達成協議共識之後，調解已成為投資補償爭端的解決方式，基於行政一體原則，不論台灣或大陸的投資地一方當局，就已經拋棄了拒絕接受對於投資補償爭端進行調解程序的選擇權利。一旦投資人與投資地一方當局發生投資補償爭端，投資人申請調解，投資地一方當局當然必須接受，否則豈非違反了兩岸對於簽訂投保協議的承諾？兩岸投保協議固然大不同於ICSID（國際投資爭端解決中心），但協議成立之後，強制進入糾紛解決機制應無不同。

進而言之，在兩岸投保協議中對於投資補償爭端解決的約定，僅規定於協議第十三條第一款第四目，由指定機構以調解機制解決。倘若投資人遵循投保協議之規定，尋求與投資地一方當局進行調解解決投資補償爭端，而投資地一方當局仍可以拒絕調解，則兩岸投保協議對於投資補償爭端以調解機制解決的設計豈非落空？此不僅不符兩岸簽訂投保協議的目的，也難謂公允。

就公法上的調解機制而言，兩岸投資補償爭端之調解機制，並非唯一的強制調解。台灣政府採購法第八五條之一第二項就明文規定，若機關與廠商因履約爭議未能達成協議，而廠商向公共工程委員會採購申訴審議委員會申請調解者，機關不得拒絕。政府採購法第八五條之一第二項規定之強制調解機制自2007年7月4日公布施行以來，確實改變了以往機關消極不配合廠商解決爭議之作法，有助於廠商保障其

權益並解決爭端。兩岸投保協議對於投資補償爭端通過調解機制解決的設計，雖然時空背景與台灣政府採購法第八五條之一第二項不盡相同，但其實二者的功能性目的卻相當近似，亦即避免兩岸之投資地一方有關部門或機構消極或不配合解決其與投資人間之爭議。就此而論，兩岸投保協議特別納入調解機制、用以解決投資補償爭端，實具有特殊意涵。

或有論者以為附件文字「爭端雙方應積極、誠信參與調解，不得無故拖延。」僅係宣示性條款，沒有強制力，僅有在爭議雙方對於補償方案達成共識時，調解才能成立<sup>4</sup>。事實上，強制調解僅係要求當事人雙方參與調解程序，給予雙方尋求達成共識解決爭端的機會而已，至於雙方在調解協商後，是否最終能成立調解協議，在所不問。因此對於協議第十三條及附件之相關規定，絕不能侷限解釋為宣示性條款，沒有強制力；而應積極解釋為強制，促使爭端當事雙方進入調解程序，共商解決之道，始為正解。

綜前所述，依兩岸投保協議第十三條及附件之規定，有關投資補償爭端爭議，如投資方申請調解，投資地一方之相關部門或機構依法應無拒絕調解之權利，否則無異於鼓勵投資地一方可以藉故逃避或不配合解決爭議，使兩岸投保協議對於解決投資補償爭端之規定形同具文，也扼殺了投資人尋求公平有效解決投資補償爭端的機會。

## 指定調解機構相互代轉調解案件

兩岸簽訂投保協議後，雙方有關部門依協議各自公告了指定投資爭端補償調解機構。台灣方面首先於2013年10月1日公告以中華仲裁協會為首之指定調解機構<sup>5</sup>；而大陸方面也於同年11月27日公告了以貿促會及貿仲委所屬的14家爭端解決機構為指定調解機構<sup>6</sup>，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。

4 葉慶元，從《兩岸投保協議》談P to G投資爭端解決&人身自由保障機制（一），頁3，國際商情第361期，2013年2月6日。

5 經濟部2013年10月1日經投字第10203276360號公告。

6 國台辦：大陸開設兩岸投資爭端解決機構14家，下載自國務院台灣辦公室網站[http://www.gwytb.gov.cn/wyly/201311/t20131127\\_5273819.htm](http://www.gwytb.gov.cn/wyly/201311/t20131127_5273819.htm)（2015年6月10日）



2012年8月9日，第八次「江陳會談」在台北圓山飯店舉行，海基會前董事長江丙坤與大陸海協會前會長陳雲林簽署「海峽兩岸投資保障和促進協議」，並共同發表「人身自由與安全保障共識」。

但是兩岸當局指定投資補償爭端之調解機構後，由於投保協議並未依指定調解機構之所在地而劃分兩岸調解機構的事務管轄範圍，因此對於調解機構之受案範圍有不同解讀：一種解讀是以為兩岸的投資補償爭端調解機構均可調解在兩岸間任何地區發生的投資補償爭端；而另一種解讀，則以為兩岸的投資補償爭端調解機構應各自調解在己岸發生的投資補償爭端，而不及於對岸發生的投資補償爭端<sup>7</sup>。

由於解讀不同，兩岸投資補償爭端進行調解程序的細節仍待雙方共同努力；但是在實務運作上，雙方的指定調解機構卻不能因此而停歇，反而更應積極創造有利於投資補償爭端雙方利用調解解決爭端的條件。

無論台商或陸資企業，一旦在投資地發生投資補償爭端，為地利之便，投資人較有可能尋求投資當地之指定調解機構進行調解；此外，慮及投資地一方當

局也可能同樣為地利之便，較容易接受在投資當地之指定調解機構進行調解程序。因此，如果投資人向其所屬投資方之指定調解機構（不在投資地）申請調解時，收受調解申請案件之調解機構，應可考慮將該受理之調解申請案件代轉投資當地之調解機構進行調解，以符各方之需求。例如：在台灣的中華仲裁協會做為大陸貿仲委的代理人，將大陸台商提交的投資補償爭端調解案件在台灣收件後，轉交給大陸的貿促會或貿仲委進行調解。

此種代轉調解案件的情形，在法理上，兩岸間相互代轉調解案件之指定調解機構，彼此之間究竟是何種法律關係？是值得探究的另一問題。

按照台灣的民法概念，收受調解案件的指定調解機構可能有兩種身份：一是「使者」（Messenger）：調解機構只是「傳達」調解案件申請人（即投資人）已決定之意思表示<sup>8</sup>，將申請人送達的調解案件轉

7 李念祖，法治思維與兩岸關係和諧發展—機構調解與隔海分治的迷思，頁135，收錄於《第三屆兩岸和平發展法學論壇論文集》，海峽兩岸關係法學研究會編，2014年8月。

8 王澤鑑，民法總則，頁475，2000年10月版；施啓揚，民法總則，頁285，1996年4月增訂七版。

交給投資地的指定調解機構；另一種身份則是「代理人」：收受調解案件的投資人所屬一方調解機構「代理」投資地一方之指定調解機構收受該調解案件。

使者與代理人最大的不同點在於使者僅僅傳達本人（調解案件申請人，即投資人）自為之意思表示，亦即投資人實際上仍是向投資所在地一方的調解機構申請進行調解，至於收受調解案件的機構僅止於扮演信差的角色，其收受調解案件時並未發生受理調解案件之法律效力，必須待投資所在地一方之指定調解機構收到調解案件時才發生法律效果。

但是在後一種情形，收受調解案件之投資人所屬一方調解機構，則是實際受理調解案件之投資所在地一方調解機構的代理人，按民法有關代理的規定，「代理人於代理權限內，以本人（被代理人）名義向第三人所為意思表示或所受意思表示，對本人直接發生效力」<sup>9</sup>，因此當投資人所屬一方調解機構（代理人）受理投資人申請之調解案件時，其受理調解案件之法律效果已經及於投資地一方調解機構（被代理人，即本人）。

這兩種情況雖然是法理上的探討，但涵攝到實際個案，則可能發生幾個問題：首先、如果調解機構僅止於扮演「使者」的角色，是否足以保障申請人（即投資人）的權益？其次，如果投資人所屬一方之調解機構與投資地一方的調解機構之間成立代理關係，則兩岸調解機構間之代理關係對於申請人（即投資人）有何影響？代理人與被代理人之間是否應訂定代理契約（合同）並界定雙方的代理範圍究竟為何？

上述諸般議題仍有待兩岸指定調解機構再深入思考，但如果兩岸指定調解機構能夠相互代理，可能對

投資人的權益更有保障，例如：當投資方之調解機構受理案件時，即已發生中斷時效的效果，而不必等待案件轉達至投資地一方之調解機構時，才使時效中斷，這可能是雙方調解機構互為代理更優於投資地一方調解機構僅做為使者的理由之一。至於雙方調解機構是否訂立代理契約（合同），以及雙方的代理範圍究竟為何？乃至於雙方如何分攤與收取調解費用等問題，雙方指定調解機構可再進行協商。

目前實務運作上已發生指定調解機構之間代轉投資補償爭議調解案件及相關調解文書的案例<sup>10</sup>；但調解案件之代轉是否成功，仍有待指定調解機構間秉持互信互惠信念，才能合作有成。倘若代轉模式運作成熟，將使兩岸投資補償爭議調解機制得以成功運作，並使兩岸指定之調解機構間合作關係邁入新里程，更有助於兩岸投保協議的具體落實與發展。

## 調解請求權時效應自案件受理之日起中斷

另一個攸關兩岸投資人權益的是兩岸投資補償爭端調解的請求權時效中斷的時點及效力問題。

按兩岸投保協議附件「投資補償爭端調解程序」第四點規定：「自投資人知悉或可得而知另一方違反本協議義務之日起，如超過三年未行使調解請求權，則該請求權消滅。但因不可抗力導致的延誤，不計入前述三年期間內。」換言之，投資人對於其遭遇之投資補償爭端，必須在其知悉或可得而知另一方違反兩岸投保協議義務之日起算三年內，向兩岸之調解機構申請調解；如果超過三年未申請調解，則其請求權將因罹於時效而消滅。

按台灣民法的規定，聲請調解是中斷時效的法定事由<sup>11</sup>；而大陸民法通則<sup>12</sup>及《最高人民法院關於審

9 王澤鑑，前引書，頁471；施啓揚，前引書，頁280。

10 兩岸投保協議附件投資補償爭端調解程序第一點第（三）款規定：「除爭端雙方同意公開的事項外，兩岸投資爭端解決機構及其工作人員、調解人對投資爭端案件應保守秘密之規定」，故相關案情不得公開。

11 台灣民法第129條：「消滅時效，因左列事由而中斷：一、請求。二、承認。三、起訴。（第一項）左列事項，與起訴有同一效力：一、依督促程序，聲請發支付命令。二、聲請調解或提付仲裁。三、申報和解債權或破產債權。四、告知訴訟。五、開始執行行為或聲請強制執行。（第二項）」

12 大陸民法通則第140條：「訴訟時效因提起訴訟、當事人一方提出要求或者同意履行義務而中斷。從中斷時起，訴訟時效期間重新計算。」

理民事案件適用訴訟時效制度若干問題的規定》<sup>13</sup>也有近似的規定。因此兩岸投資人向指定調解機構申請調解，即可中斷請求權之時效。

三年時間看似很長，但在實務上投資人可能因各種主客觀因素而未放棄其與投資地當局協商之機會，或對於投資地當局仍抱持期待，而未積極行使調解請求權，任由時效繼續進行；待投資人發覺補償金額或補償方式不符期待、再依投保協議循調解程序申請救濟時，可能時間已經非常接近三年的請求權時效、甚至可能因為時效已經經過以致喪失調解請求權了。而且投資人可能並不確定其究竟應向其所屬投資方之調解機構申請，抑或應逕向投資地之指定調解機構申請，因此確有可能發生在投資人提交申請案件之際，調解請求權恰好接近三年時效之情形。

基於保障投資人的權益，投資補償爭端調解請求權的三年時效，應在投資人向兩岸任一方的指定調解機構申請進行調解程序之期日即中斷。如果依照前述兩岸調解機構之間是互為代理人的法律關係，則投資人向負責代轉案件之調解機構（代理人）提出申請之日，其效果即已對應受理調解案件之調解機構（本人）發生，如此將較有利於保障兩岸投資人之權益，不至於因其接近消滅時效、或因不了解應向兩岸哪一方調解機構申請調解而延誤申請，以致喪失調解請求權。

## 選任共同調解人聯合調解

調解的目的係為促成爭端當事人雙方達成共識解決爭端，而要促成雙方達成共識，調解人的調解技巧與能力固為必要條件之一，但調解人能夠獲得當事人雙方的高度信賴，也不可或缺。

在兩岸投保協議的本文或附件，並未明文規定調

解人的選任方式，僅在附件「投資補償爭端調解程序」簡短規定「調解人應保持中立，促使爭端雙方達成合意」<sup>14</sup>。而目前兩岸的指定調解機構都有各自的調解規則，其中對於調解人之選任方式也各有規定。然而兩岸投保協議之投資補償爭端調解係兩岸協商下之特別規定，尚與台灣之仲裁法規定之調解程序或大陸之人民調解法指涉的調解有別，因而現行各調解機構之調解規則不能直接適用，兩岸投資補償爭端之指定調解機構必須另訂調解規則。

有鑒於此，我們建議為了增加兩岸投資人對於調解程序的信賴，兩岸調解機構應考慮建立一個類似聯合調解的機制，不論調解案件在投資方或投資地之指定調解機構進行，每一個調解案件均由雙方當事人選任二位調解人共同進行調解：一位調解人由當事人一方自投資地之指定調解機構調解人名冊中選任，另一位則由另一當事人自投資方之指定調解機構調解人名冊中選任，二位調解人共同進行調解程序，應可消弭當事人一方因地域而對獨任調解人可能偏袒他方的不信任感，同時也較能獲得爭端當事人雙方的信賴，而且兩岸指定調解機構也可共同合作，促使當事人雙方建立共識、早日達成調解協議。

其實此一主張並非新的概念，在去年的兩岸和平發展法學論壇已有類似概念提出<sup>15</sup>，既然投保協議並無明文限制，但兩岸本於相同語言及相同文化背景，當然可以發揮創意，跳脫既有思考框架，創造可行的調解機制，其目的無非儘速具體落實兩岸投資補償爭端的調解程序，以保障兩岸投資人權益。

## 調解協議的執行力

兩岸投保協議對於投資補償爭端經過調解程序而成立調解協議之後，當事人如何強制執行調解協議並

13 大陸最高人民法院於2008年8月21日公告、2008年9月1日起施行之《最高人民法院關於審理民事案件適用訴訟時效制度若干問題的規定》第十三條：「下列事項之一，人民法院應當認定與提起訴訟具有同等訴訟時效中斷的效力：（一）申請仲裁；（二）申請支付令；（三）申請破產、申報破產債權；（四）為主張權利而申請宣告義務人失蹤或死亡；（五）申請訴前財產保全、訴前臨時禁令等訴前措施；（六）申請強制執行；（七）申請追加當事人或者被通知參加訴訟；（八）在訴訟中主張抵銷；（九）其他與提起訴訟具有同等訴訟時效中斷效力的事項。」

14 見兩岸投資保障和促進協議附件「投資補償爭端調解程序」第二點第（一）款。

15 李念祖，前引文，頁137。



近年兩岸仲裁機構密集交流。圖為今年3月，濟南仲裁委員會王道忠主任（中）一行至台灣參訪，仲裁協會李復甸理事長（左3）偕同李永然常務理事（左1）與姜志俊仲裁人（右1）接待。

無明文規定。

調解在本質上係基於雙方當事人合意進行之訴訟外紛爭處理機制，雙方既已合意進行調解，調解如果成功，按理應不至於發生當事人一方在調解成立後又反悔不履行承諾的情形。縱算是兩岸投保協議下的投資補償爭端，被請求之投資地當局係被強制進行調解，但當事人雙方能否達成共識、成立調解協議，被請求之投資地一方當局仍有選擇拒絕成立調解協議的權利。反之，如果爭端的當事雙方最終仍然達成調解協議，則該調解協議也係雙方合意的結果。於此情形，在雙方當事人調解成功後，投資人仍須向法院聲請強制執行調解協議的情形，當屬罕見。

惟如投資補償爭端在調解成功之後，仍有向法院聲請強制執行之必要，倘該投資補償爭端發生在大陸地區，投資人應係台資企業，履行投資補償義務的投資地一方當局應係大陸地區投資地的相關部門，因此投資人應向投資地之人民法院聲請執行，理論上不太可能向台灣的法院聲請執行；反之亦然。基此，兩岸

投資補償爭端調解協議之執行，須分別而論：

有關在大陸地區發生的投資補償爭端調解協議之執行效力，大陸有關部門已經答允由最高人民法院運用司法解釋，確保依據投保協議做成的投資補償爭端調解協議，可以在大陸地區的人民法院獲得執行而毋需另行起訴。

最高人民法院在6月29日公布了二項重要的司法解釋：《最高人民法院關於認可和執行台灣地區法院民事判決的規定》及《最高人民法院關於認可和執行台灣地區仲裁裁決的規定》<sup>16</sup>，我們相信最高人民法院的二項司法解釋應有助於兩岸民事爭議的解決並樂觀其成。不過，這二項司法解釋似乎仍未涵蓋說明兩岸投保協議投資補償爭端調解協議之執行效力。為此，我們期盼大陸有關部門儘速公布相關的規定，以利投資人保障其權益。

至於在台灣地區發生的投資補償爭端調解協議，投資人可依據台灣公證法賦予調解協議執行效力，亦即當事人可將調解協議送請台灣的法院公證人或民間

16 參閱最高人民法院網站司法解釋網頁，下載自<http://www.court.gov.cn/fabu-gengduo-16.html>（2015年6月30日）。

公證人公證並做成公證書，公證書上載明有關的金錢給付得依該公證書逕付強制執行<sup>17</sup>。但如果調解協議內容涉及非金錢給付者，則可能仍無法依上述方式逕付強制執行，因此我們促請台灣的相關部門宜儘速解決此一問題。

## 兩岸互惠、投桃報李

兩岸投保協議開宗明義在前言裡敘明：「為保障海峽兩岸投資人權益，促進相互投資，創造公平投資環境，增進兩岸經濟繁榮，依據『海峽兩岸經濟合作架構協議』第五條規定，財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會經平等協商，達成協議如下：…」從上述協議前言，可以看出兩岸投保協議的主要目的，在保障雙方投資人的投資權益，而要達此目的，雙方必須要基於「互惠原則」。

所謂「互惠原則」(Reciprocity)，乃是有利害關係的雙方，依平等原則互相給予相同或類似的權利，承擔相同或類似的義務，而且是雙方相互主動「施惠」的合作原則。如果有利害關係的各方，基於彼此的約定或法律上的義務而相互施惠，則僅係「信守承諾」(pacta sunt servanda)的問題<sup>18</sup>；再者，「互惠」必須具備「施惠的相互性」，如果欠缺相互性的施惠，一方因他方尚未施惠、故而也拒絕先主動施惠他方，則可能形成彼此抵制、相互制衡的「互不惠」現象<sup>19</sup>。要言之，互惠的意義在於主動施惠，絕非等待他方表現善意後，才被動給予對等待遇。

其實“reciprocity”一字本意為相互對待，並無施惠之意，既然寄望於對方之善意對待，自當以善意先施諸對方，始有對方善意之回報。在實務上，台灣的法院已經援引類似的概念，在裁判中從寬承認外國法院判決<sup>20</sup>，只要該國未明示拒絕承認我國之判決效力，即予從寬，並主動承認該國判決之效力<sup>21</sup>。對於外國法院判決的承認尚且如此，兩岸之間的關係如此特殊緊密，難道彼此之間不能基於「相互對待原則」，彼此均主動遞出橄欖枝嗎？

就兩岸的投資補償調解協議而言，無論是投資地一方之參與調解、指定調解機構之間相互代轉調解案件、對於調解請求權時效中斷之時點認定、調解人之選任、以及調解協議執行力之認同等問題，如果兩岸任一方並未明確否認他方之權利或一方在客觀上可期待他方將來之相互合作，則兩岸有關部門及指定調解機構均宜秉持「互惠原則」，從寬認定，主動表達善意，才能具體落實兩岸投保協議中對於投資補償爭端調解機制的規劃，積極推動兩岸投資補償爭端調解機制的發展，真正保護兩岸投資人的權益。

《詩經·大雅·抑》：「投我以桃，報之以李」。我們期待的「相互對待原則」，簡而言之，無非就是「投桃報李」，這其實不是艱澀的法學理論，而是先秦時代留傳下來的老祖宗智慧，人盡皆知，允宜兩岸有識者深思。☁

(本文作者為現任中華仲裁協會理事長、中國文化大學法學院教授、執業律師，曾任第四屆監察委員、第六屆立法委員)

17 台灣公證法第13條：「當事人請求公證人就下列各款法律行為作成之公證書，載明應受強制執行者，得依該證書執行之：一、以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者。二、以給付特定之動產為標的者。三、租用或借用建築物或其他工作物，定有期限並應於期限屆滿時交還者。四、租用或借用土地，約定非供耕作或建築為目的，而於期限屆滿時應交還土地者。(第一項)前項公證書，除當事人外，對於公證書作成後，就該法律行為，為當事人之繼承人，及為當事人或其繼承人占有請求之標的物者，亦有效力。(第二項)債務人、繼承人或占有人，主張第一項之公證書有不得強制執行之理由提起訴訟時，受訴法院得因必要情形，命停止執行，但聲請人陳明願供擔保者，法院應定相當之擔保額，命停止執行。(第三項)」

18 陳榮傳，互惠原則在我國法律上的幾個問題，發表於《超國界法律研討會：外人權利取得與外國裁判的承認與執行》，理律文教基金會，2012年7月。下載自：[http://www.leeandli.org.tw/national\\_001.html](http://www.leeandli.org.tw/national_001.html) (2015年6月12日)。

19 同前註。

20 例如：台灣最高法院93年度台上字第1943號判決及台灣高等法院台南分院97年度抗字第15號裁定。

21 何佳芳，外國判決承認與執行制度中之「互惠原則」，發表於《超國界法律研討會：外人權利取得與外國裁判的承認與執行》，理律文教基金會，2012年7月。下載自：[http://www.leeandli.org.tw/national\\_001.html](http://www.leeandli.org.tw/national_001.html) (2015年6月12日)。