

以仲裁程序解決兩岸民間投資人間之糾紛

李家慶律師

為因應新的兩岸雙向經貿交流情勢，兩岸除已於 2010 年 6 月簽署海峽兩岸經濟合作架構協議（**Economic Cooperation Framework Agreement**，簡稱 **ECFA**）外，並於 2012 年 8 月江陳會第八次會談中完成海峽兩岸投資保障和促進協議之簽署。

有關海峽兩岸投資保障和促進協議之簽署，依該協議第 1 條所揭示的意旨，其目的乃在促進相互投資，創造公平投資環境，增進兩岸經濟繁榮。而另一方面，當兩岸經貿往來更加密切之後，可以預見的是，隨之而來的糾紛也一定會層出不窮。為此，海峽兩岸投資保障和促進協議除了提供民間對政府（**People to Government**，簡稱 **P to G**）之爭議解決機制外，也對兩岸民間投資人對民間投資人間（**People to People**，簡稱 **P to P**）的糾紛，規範了一個完整的解決機制架構。

對於兩岸民間投資人間之糾紛解決，事實上兩岸的法制基本上都規定，除了兩岸法律有明文限制之情形外，原則上基於當事人自治之原則，或基於程序處分權或程序選擇權之理論，當事人雙方得自由選擇其解決糾紛之途徑與方法。就此，海峽兩岸投資保障和促進協議第十四條第一項也明白規定，雙方確認一方投資人與另一方自然人、法人、其他組織依相關規定及當事人自主原則簽訂商務契約時，可約定商務糾紛的解決方式和途徑。同條第二項及第三項復規定一方投資人與另一方自然人、法人或其他組織訂立商務契約時，可就有關投資所產生的商務糾紛訂立仲裁條款，至於雙方如未訂立仲裁條款，也可於爭議發生後協商提交仲裁解決。因此，海峽兩岸的投資人間如發生投資之商務糾紛，究竟應循哪種程序救濟，原則上即應視當事人間之約定而定。不過，海峽兩岸投資保障和促進協議第十四條第三項既已有上開有關仲裁的規定，且第十四條第四項又再明文規定有關兩岸民間投資人間之爭議，可由當事雙方選擇兩岸的仲裁機構及當事雙方同意的仲裁地點，則兩岸民間投資人宜儘可能在契約或合同內約明以仲裁程序解決投資之爭議。

況兩岸具有特殊之政治情勢關係，也有國家司法主權之爭執，因此，在解決兩岸民間投資人間之經貿糾紛時，宜儘量避免司法主權色彩濃厚之法院訴訟程序，而選擇純屬民間色彩之仲裁、調解或其他訴訟外紛爭解決機制（**Alternative Dispute Resolution, ADR**）。

不過，調解與仲裁雖然均屬訴訟外之紛爭解決機制（**ADR**），但調解建議經當事人雙方同意後，僅係具有和解契約之效力，若任一方反悔，他方仍需循訴訟或仲裁程序解決；此外，目前台灣對於大陸地區所作成之調解建議，並無認可之機制，而大陸對台灣法院以外機構所作之調解，也無法認可，故其效力仍有不足。至於仲裁之判斷（或裁決）則與法院之確定判決有相同之效力，而可據以聲請強制執行；因此，兩岸民間投資人在選擇糾紛解決途徑時，固然也可以選擇調解之程序，但考量調解不成，若無仲裁之約定，仍僅得循訴訟程序救濟，故吾人建議仍宜約定以仲裁作為最終之糾紛解決程序。

應注意的是，海峽兩岸投資保障和促進協議第十四條固然規定了當兩岸民間投資人間發生商務或投資糾紛時，可以自由選擇兩岸之仲裁機構與仲裁的地點，但實務上，最終究係以訴訟抑或以仲裁解決爭議，又即使約定仲裁，最終究以何處之仲裁機構在何地仲裁；其決定權仍屬於談判強勢之一方。

兩岸民間投資人在實際個案中，如要選擇以仲裁程序解決爭議時，究應如何決定或選擇仲裁機構？據了

解，有些台商或外商對大陸之仲裁機構或陸籍仲裁員之公正性或獨立性，有所疑慮。另外，陸商對台灣之仲裁機構或仲裁人也可能了解不夠，當然，也就更談不上信任；因此，在兩岸民間投資人決定仲裁機構時，經常會發生雙方意見僵持不下之情況。至於雙方是否折衷妥協，另選擇其他第三地之仲裁機構並依其仲裁規則進行仲裁，吾人認為則尚應有其他之考量。例如，如果並無涉外因素，依大陸最高人民法院的見解，當事人雙方如果約定由中陸地區以外之仲裁機構仲裁，其協議無效。

又即使有涉外因素，雙方是否考慮以國際商會 **ICC** 或其他國際之仲裁機構之仲裁院進行仲裁，亦尚應考量國際仲裁機構之仲裁，其相關之程序費用成本通常較高，且其程序進行之語言，通常是英文，此對於兩岸民間投資人雙方是否反而不便或不利？另外，香港及新加坡均屬普通法系國家，無成文法典，其與兩岸之大陸法系有成文法典明顯不同，而且其尚有所謂大律師（**Barrister**）之制度，其仲裁程序之進行以及所花費之成本均屬較高。因此，兩岸民間投資人在決定是否選擇第三地之仲裁機構時，建議亦應委請專業律師就此提供專業意見與建議。

依海峽兩岸投資保障和促進協議之規定，兩岸之民間投資人除可選擇兩岸之仲裁機構外，兩岸民間投資人在契約或合同中，基於當事人自治之原則，也可進一步約定仲裁的地點，以進行或辦理仲裁；例如，當事人雙方如選擇台灣之中華仲裁協會作為仲裁機構，則當事人雙方尚應進一步約定究係在大陸、台灣或第三地（如香港、澳門）仲裁，而有關此一仲裁開庭進行地或作裁判斷（裁決）地之約定，一方面係涉及兩岸民間投資人出席仲裁詢問庭之便利性及成本問題，另一方面亦尚牽涉仲裁判斷（裁決）國籍認定之問題，例如，當事人雙方即使共同合意選擇台灣之中華仲裁協會，但如約定仲裁之進行及仲裁判斷之作成，仍在台灣地區以外之大陸地區或第三地（如香港），或其準據法仍為大陸之法律，則其仍非屬台灣之仲裁判斷，而屬大陸地區或第三地香港之判斷，從而，將來仍需依兩岸人民關係條例或港澳條例之相關規定，辦理相關之認可程序，始得在台灣聲請執行。

如果兩岸民間投資人在選擇何處之仲裁機構均各持己見或僵持不下，且雙方基於各種理由亦不願至第三地之仲裁機構仲裁時，吾人則建議兩岸民間投資人或可考慮在契約或合同中訂定所謂之「乒乓條款」，約定採「以原就被」之原則，以為決定。亦即，當兩岸民間投資人發生糾紛時，欲聲（申）請仲裁之一方（如係台商），應至他方（即陸方）所在之仲裁機構聲（申）請仲裁，反之亦然。此一作法，有兩個好處，一方面形式上，係尊重雙方之程序選擇權，且係將程序選擇權賦予給發動之一方，另一方面，由於係至被申請方或相對人方所在之處進行仲裁，則將來仲裁庭作成仲裁判斷或裁決後，聲請人方即無需再經過法院認可執行之程序，而可直接依被聲請人方或相對人方本國之仲裁判斷（裁決）聲請強制執行。

此外，除了仲裁機構以及仲裁地點之決定與選擇外，基於當事人自治之原則，兩岸民間投資人亦可在契約或合同中對於仲裁人(員)之選任作特別之約定，例如，約定仲裁人之人數為三人，其中，主任仲裁人（或稱首席仲裁員），必須籍屬大陸或台灣以外之第三地，以維持其公正性；事實上，香港國際仲裁中心之機構仲裁規則即有類此之規定，而目前兩岸之相關仲裁機構則均無相類似之規定，兩岸民間投資人如認為有必要，自然可以直接在契約或合同中訂明。

海峽兩岸投資保障和促進協議針對兩岸民間投資人間之商務糾紛解決，已明確規定可基於當事人自主原則，循調解、仲裁等訴訟外之紛爭解決機制解決，甚者，並規定可由兩岸之仲裁機構在兩岸三地以仲裁程序解決。因此，未來台商赴大陸投資或陸商來台投資，如果發生私權之爭執，自可由爭議雙方依當事人自治之原則，自由選擇兩岸甚或第三地之仲裁機構在兩岸或第三地，以調解或仲裁解決。惟最終如何確定糾紛之解決途徑及糾紛之處理地點，則仍有待爭議雙方之協商與溝通，建議兩岸民間投資人在作決定之前，宜先徵詢專業律師之意見。