

《海峽兩岸投資保護和促進協定》之評判：

趨向一種務實性保證下的結構性平衡

徐崇利

一、引論

海峽兩岸為建立自由貿易區於 2010 年 6 月簽署了《海峽兩岸經濟合作框架協議》(ECFA)，而投資保護和促進協定是 ECFA 重點推進的項目之一。^①經過多年醞釀，並經過兩年多時間的磋商，中國大陸海協會會長陳雲林和臺灣海基會董事長江丙坤於 2012 年 8 月 9 日在臺北簽署了《海峽兩岸投資保護和促進協定》(以下簡稱《兩岸投資協定》)。

《兩岸投資協定》最後定名為投資“保護”和“促進”協定，顧名思義，該協定具有保護投資和促進投資的雙重功能。觀之全球層面的投資協定，亦是如此。上世紀 50~80 年代，發展中國家開展的建立國際經濟新秩序運動，包括了對外資實行徵收和國有化等措施，由此，發達國家的海外投資遭受了巨大的非商業性風險。為了加強對本國海外投資的保護，期間，發達國家謀求與發展中國家簽訂雙邊投資條約，相應的，此類條約的內容主要是單一的“保護”投資之規定。然則，上世紀 90 年代以降，隨著經濟全球化時代的到來，發達國家大力推行國際經濟自由化，要求發展中國家減少對外資准入和經營的限制。於是，雙邊投資條約作為實現投資自由化的一種法律工具，又增添了另外一部分內容，使之具有了“促進”投資的功能。^②

廈門大學法學院教授 (1997-)，主要從事國際經濟法、國際私法、國際關係理論與國際法交叉學科研究，廈門大學法學院國際經濟法專業學士 (1987)、上海社科院法學研究所國際私法專業碩士 (1990)、廈門大學法學院國際經濟法專業博士 (1996)，美國天普大學法學院富布萊特訪問學者 (1997-1998)、美國芝加哥大學政治學系訪問學者 (2006-2007)。

^① 《海峽兩岸經濟合作框架協定》(ECFA)第 5 條。

^② 徐崇利：《從南北紛爭焦點的轉移看國際投資法的晚近發展》，《比較法研究》1997 年第 1 期，第 44-54 頁。

以晚近全球投資立法和實踐為尺度衡量，《兩岸投資協定》對投資保護和促進設定的是一種務實性的基調，即在投資保護方面實行的是一種較低限度的保證，在投資促進方面採取的則是一種普遍彈性的承諾。在全球層面，對於投資保護和推動投資自由化的力度，各國的立場可大別為兩類：作為資本輸出國，以美國為代表的發達國家為維護本國海外投資者的利益，主張應當採取高標準；而包括中國大陸在內的廣大發展中國家作為資本輸入國，則反對標準過高，以使東道國保有足夠的外資管理政策空間。通常而言，中小發展中國家為了吸收外資，有求於人，且談判實力弱小，不得不接受發達國家提出的高標準待遇國際投資協定；而像中國這樣大的發展中國家，作為投資東道國，憑藉自己巨大的市場，可以迫使發達國家在簽訂國際投資協定時降低標準。《兩岸投資協定》規定較低限度或彈性的投資保護和投資自由化標準，顯然不是大陸利用自己巨大的市場對臺灣施壓的結果，即遵循的不是上述全球投資協定一般的國家經濟利益最大化邏輯，那麼，《兩岸投資協定》實行這樣的一種務實性基調又是基於何種內在的緣由呢？此乃本文所要研究的第一問題。

在談判締結國際投資協定的過程中，各國對於投資保護和投資促進兩個方面的立場選擇，往往是同一向度的：發達國家需要促進發展中國家開放市場，讓更多的本國資本進入，然後，又要求發展中國家提高外資的保護標準，以維護本國投資的安全；而發展中國家多希望減少對投資自由化的過度承諾，並主張只給外資較低標準的保證，以維護本國對外資的管理權。與全球層面的這一一般的國家經濟利益最大化邏輯不同，兩岸對投資保護和促進兩大議題的關切程度存在著相當大的差異。大陸方面更加關注的是投資促進，而臺灣方面重視的是投資保護，對投資促進基本上持排斥的態度，那麼，《兩岸投資協定》是如何回應雙方不同關

切，以及在權利義務的配置上是否實現了雙方在投資保護和促進兩方面的結構性平衡，則是本文擬予以討論的另一個問題。

二、《兩岸投資協定》中投資保護條款之解讀：實行較低限度的保證

《兩岸投資協定》中保護投資的條文可明顯地區分為“一般條款”和“特殊條款”兩部分。前者是指全球層面投資協定已經有的、明顯不帶有兩岸關係特點的那些規定；後者則是指全球層面投資協定罕見或沒有的，體現兩岸關係特點的那些規定。考察《兩岸投資協定》的這兩類投資保護條款，如以晚近全球投資立法和實踐為尺規判斷，其中的一般條款對投資保護實行的是相對較低標準的保證；而特殊條款中的“特殊”也並不意味著其有關投資保護的“兩岸標準”要高於“全球標準”，其往往只是表明所涉保護事項因兩岸關係的政治現實不是國與國之間的“國際”關係而需要加以特殊處理。從此類條款的規定來看，特殊處理的結果也多是對投資保護採取較低標準的保證。

（一）《兩岸投資協定》中保護投資的“一般條款”

就《兩岸投資協定》中此類一般條款對投資保護採取較低限度的保證，茲可選取晚近全球層面有關投資保護立法和實踐中若干最有爭議的問題，比較分析該協議的具體條款之規定以為證。

1. 公平與公正待遇條款

在晚近的國際投資爭端仲裁實踐中，幾乎無案不涉公平與公正待遇問題。“當下，該待遇原則真實地在任何國際條約仲裁中扮演著中心的角色，並被投資仲裁庭適用於範圍廣泛的每個政府部門的行為。”^①

新世紀之前，國際投資協定對公平與公正待遇的規定往往未加限制。以往，

^① S. W. Schill, Book Reviews: The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, *European Journal of International Law*, Vol.20, 2009, p.236.

中國大陸對外簽訂的雙邊投資條約也僅僅籠統地表明締約一方應對締約另一方的投資和/或投資者實行公平與公正待遇，^①這樣的條款可能會被國際投資爭端仲裁庭據以作出擴張性的解釋。^②

為了遏制國際投資仲裁庭對公平與公正待遇進行擴張性解釋，進入新世紀之後，國際投資協定開始通過將之與國際法掛鉤的方式對該項待遇進行限制，包括規定該項待遇不低於國際法的要求或是包含在國際法之中，最常見的是將該項待遇等同於國際最低待遇以及公認的國際習慣法原則或規則、國際法原則或規則，等等。近年來，大陸對外締結的一些雙邊投資條約也採用了此類立法例。^③然而，儘管此類條款試圖以國際法來約束公平與公正待遇，但一些國際投資爭端仲裁庭還是認為，國際法、國際習慣法、國際最低待遇標準是發展的，依此仍可對公平與公正待遇作擴大解釋，這與上述對該項待遇未加限定的規定，“其內容實質上是相似的”。^④

為了有效地防止國際投資仲裁庭濫用公平與公正待遇，近年來，大陸對外締結的一些雙邊投資條約直接對該項待遇的內容進行了具體的限制，規定其僅指東道國政府不得對外國投資者粗暴地拒絕公正審理，或實行明顯的歧視性或專斷性措施之情形，^⑤實際上這樣的限定是要求公平與公正待遇回歸國際法中傳統的國際

^① 例如，2003年中國大陸與德國簽訂的雙邊投資條約第3條第1款規定：“締約一方的投資者在締約另一方的境內的投資應始終享受公平與公正的待遇。”

^② 從已有的國際投資仲裁案中，一些學者歸納出了東道國政府違反公平與公正待遇的十一種情形，即違反正當程式、實行專斷的和歧視性措施、損害外國投資者合法期待、缺乏透明度、未提供穩定的和可預見的法律和商務框架、採取強制和侵擾行為、以不適當之目的行使權力、東道國政府部門越權行事、未盡適當審慎之義務、不當得利、以及非善意等。詳見徐崇利：《公平與公正待遇標準：何去何從？》，載于曾華群主編：《國際經濟新秩序與國際經濟法新發展》，法律出版社2009年版，第313-347頁。

^③ 諸如，2008年中國大陸與哥倫比亞簽訂的雙邊投資條約第2條第4款第3項規定：“根據普遍接受的習慣國際法原則，‘公平公正待遇’包括禁止在刑事、民事或行政程式中拒絕司法。”2011年中國大陸與加拿大簽訂的雙邊投資條約第4條第2款規定：“第一款‘公平公正待遇’和‘全面的保護和安全’的概念並不要求給予由被接受為法律的一般國家實踐所確立之國際法要求給予外國人的最低待遇標準之外或額外的待遇。”2012年中國大陸與日本、韓國簽訂的三邊投資條約第5條第1款規定：“‘公平公正待遇’和‘全面的保護和安全’的概念並不要求給予依被普遍接受的國際法規則為合理和適當的待遇標準之外或額外的待遇。”

^④ “解決投資爭端國際中心”(ICSID)仲裁庭2006年對Azurix v. Argentina案的裁決。

^⑤ 例如，2011年中國大陸與烏茲別克斯坦簽訂的雙邊投資條約第5條第2款規定：“‘公正與公平待遇’要求締

最低待遇標準。無疑，對公平與公正待遇標準的解釋越寬鬆，外國投資者從中得到的保護力度就越大。由此，相對於國際投資協定中已有的兩種規定，大陸雙邊投資條約對該項待遇作出上述具體限定後，其給予外國投資者的保護程度是最低的。就公平與公正待遇，《兩岸投資協定》採用的恰恰就是這種最低限度保護的條款。該協議第3條第1款第1項規定：

“‘公正與公平待遇’指一方的措施應符合正當程式原則，且不得對另一方投資者拒絕公正與公平審理，或實行明顯的歧視性或專斷性措施。”

2. 間接徵收條款

如何界分東道國對外資的正常管理措施與過度管理行為暨間接徵收，已成為晚近國際仲裁實踐中最有爭議的投資保護問題之一。在國際投資法“所有的這些新發展中，在國家實踐方面唯一的一個最重要的發展已非間接徵收問題莫屬。”^①

在國際投資法律實踐中，對於間接徵收的認定主要有以下三種標準之爭：一是“單一客觀效果標準”，即只要東道國政府的行為實質性地損害了外國投資者的財產權，便構成間接徵收；二是“主客觀雙重效果標準”，即間接徵收的構成，不但需要滿足上述客觀效果標準，而且東道國政府的行為損害了投資者對投資明顯、合理的期待；三是“兼采效果和性質標準”，即東道國政府的行為雖然對外資造成了上述主客觀雙重損害，但是此等行為如果是出於維護或促進社會公共利益的目的或具有其他正當的性質，將不被認定為間接徵收。^②

傳統上，國際投資協定都沒有對間接徵收的構成要素做出規定，很容易被國

約一方不得對締約另一方投資者粗暴地拒絕公正審理，或實行明顯的歧視性或專斷性措施。”就中國大陸對外簽訂的國際投資協定中公平與公正待遇之內容應作這樣的具體限定，是由筆者建議的，詳細論證見徐崇利：《公平與公正待遇：真義之解讀》，《法商研究》2010年第3期，第60-68頁。

^① R. Dolzer, *Indirect Expropriations: New Developments?*, *New York University Environmental Law Journal*, Vol.11, 2002, p.65.

^② U. Kriebaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.8, 2007, pp.724-729.

際投資仲裁庭解釋為採取比較寬鬆的“主客觀雙重效果標準”乃至最寬鬆的“單一客觀效果標準”。為了防止對該概念解釋的擴張，2004年《美國雙邊投資條約範本》附件B第4條以“兼采效果和性質標準”對間接徵收進行界定，並引致其他許多國家締結的國際投資協定紛紛仿效。

與國際立法同，對於間接徵收，以往大陸對外簽訂的雙邊投資條約都只做出籠統的規定。^①近年來，大陸有的條約採取“主客觀雙重效果標準”對間接徵收進行界定。^②有的條約則開始以更為嚴格的“兼采效果和性質標準”限定間接徵收，^③其中的一些此類條約(如2006年中國與印度簽訂的雙邊投資條約議定書第3條第2款)就東道國政府行為的性質標準明確規定了維護公共利益、善意、非歧視等判斷因素。《兩岸投資協定》採取的正是這樣一種“兼采效果和性質標準”的立法例；亦即，就間接徵收，相對於前兩種立法例對外國投資者做出的是較低限度的保證。該協議第6條第2款具體規定：

“間接徵收指效果等同於直接徵收的措施。確定一項或一系列措施是否構成間接徵收應以事實為依據逐案評估，並應考慮以下因素：

(一) 該措施對投資的經濟影響，但僅對投資的經濟價值有負面影響，不足以推斷構成間接徵收；

(二) 該措施在範圍或適用上對另一方投資者及其投資的歧視程度；

^① 例如，2003年中國大陸與德國簽訂的雙邊投資條約第4條第2款僅規定：“締約一方投資者在締約另一方境內的投資不得被直接或間接地徵收、國有化或者對其採取具有徵收、國有化效果的其他任何措施（以下稱“徵收”），除非為了公共利益的需要並給予補償。”

^② 例如，2008年中國大陸與哥倫比亞簽訂的雙邊投資條約第4條第2款第2項規定：“確定締約一方的一項措施或一系列措施是否構成間接徵收應逐案考慮並基於考慮以下因素的事實調查：1、一項措施或一系列措施的經濟影響；但僅有一項措施或一系列措施對投資的經濟價值產生負面影響的事實並不意味著已經發生間接徵收；2、該措施或一系列措施的範圍及對投資的合理和明顯期待的干涉。”

^③ 例如，2011年中國大陸與加拿大簽訂的雙邊投資條約第2部分第10條之附錄第4條第2款規定：“判斷締約方一項或一系列措施是否構成間接徵收，需要在事實的基礎上針對個案進行調查，需要考慮的因素包括但不限於：1、該措施或該系列措施的經濟影響，雖然締約一方的一項措施或一系列措施對投資的經濟價值有負面影響這個單一事實並不表明間接徵收已經發生；2、該措施或該系列措施在何種程度上干預了作出投資的明顯、合理期待；以及3、該措施或該系列措施的性質。”

(三) 該措施對另一方投資者明顯、合理的投資期待的干預程度；

(四) 該措施的採取是否出於善意並以公共利益為目的，且措施和目的之間是否符合比例原則。”

3. 保護傘條款

目前，約有 40% 的國際投資協定規定，締約任何一方應遵守就締約另一方投資者在其境內投資所作的承諾。^①此類條款意在把外國投資者從東道國政府那裡得到的承諾置於國際投資協定的保護之下，因此被稱為“保護傘條款”。例如，2003 年中國大陸與德國締結的雙邊投資條約第 10 條第 2 款規定：“締約任何一方應恪守其就締約另一方投資者在其境內的投資所承擔的任何其他義務。”近年來，在國際投資仲裁實踐中，開始出現有關“保護傘條款”的爭端，有的學者斷言：“保護傘條款如果不是當今國家—投資者仲裁最熱門的主題，至少也是熱門的主題之一。”^②

《兩岸投資協定》沒有訂入“保護傘條款”，這方面對投資者的保護也就付之闕如。

(二) 《兩岸投資協定》中保護投資的“特殊條款”

在《兩岸投資協定》中，有的條款所針對的保護事項是全球層面的投資協定共有的，但該協定的規定與眾不同；而《兩岸投資協定》有的條款之規定更為特殊，其所保護的事項本身就是全球層面投資協定所沒有的。

1. 針對共有保護事項之特殊條款

《兩岸投資協議》中此類條款往往是因兩岸之間關係的特殊性質，無法使用全球層面投資協定的普遍性規定而做出的特殊處理，但是這種特殊處理的結果實

^① K. Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD, Working Papers on International Investment, Number 2006/3, pp.5-6.

^② B. Kunoy, Singing in the Rain: Development in the Interpretation of Umbrella Clause, The Journal of World Investment & Trade, Vol.7, 2006, p.275.

實際上是降低了而不是提高了對投資的保護力度。

《兩岸投資協定》關於“投資者與投資所在地一方爭端解決”（P2G 投資爭端）的規定就屬於此類特殊條款。在晚近簽訂的國際投資協定中，對於東道國政府與外國投資者之間的爭端，除了規定東道國的“當地救濟”外，普遍被允許提交世界銀行集團下屬的“解決投資爭端國際中心”（ICSID）及其它常設仲裁機構仲裁，或採取協定規定的臨時仲裁方式。無疑，對於大陸方面而言，難以接受將大陸政府與台商之間的投資爭端交由協力廠商做出剛性的仲裁，尤其是擔心可能無法阻止協力廠商仲裁裁決中出現直接或間接認同“兩國論”的內容。因此，對於投資者與投資所在地一方爭端，《兩岸投資協定》只規定，可選擇雙方協商確定的兩岸投資爭端解決機構以調解方式解決。該協議第 13 條第 1 款具體規定如下：

“一方投資者主張另一方相關部門或機構違反本協議規定的義務，致該投資者受到損失所產生的爭端（以下稱“投資爭端”），可依下列方式解決：

（一）爭端雙方友好協商解決；

（二）由投資所在地或其上級的協調機制協調解決；

（三）由本協定第十五條所設投資爭端協處機制協助解決；

（四）因本協定所產生的投資者與投資所在地一方的投資補償爭端，可由投資者提交兩岸投資爭端解決機構通過調解方式解決，兩岸投資爭端解決機構應每半年將投資補償爭端的處理情況通報本協定第十五條的投資工作小組；

（五）依據投資所在地一方行政覆議或司法程式解決。”

因調解只是一種軟性的爭端解決方式，《兩岸投資協定》採用調解方式，其對投資者在爭端解決程式上的保障力度當然不及全球層面投資協定規定的仲裁方式。

2. 針對獨有保護事項之特殊條款

以往，因兩岸未簽訂投資協定，故在大陸的台商投資全由大陸的法律予以保護。在一些方面，台商為了進一步提升對其在大陸投資的保護水準，謀求借助《兩岸投資協定》，在其中加入有關特殊保護事項，但這並不意味著就此形成的該協議中特殊條款依普遍的標準就是一種高力度的保證。

其一，在全球層面的投資協定中，從未涉及私人與私人之間的投資爭議問題，而《兩岸投資協定》前所未有地將這樣的問題納入其內。就台商與大陸企業或個人之間發生的與投資有關的爭議（P2P 投資爭議），考慮到提交臺灣的仲裁機構仲裁對大陸一方當事人有諸多不便，而提交其他國家仲裁機構仲裁有可能會滋生違反“一國兩制”基本政策之問題，2009 年大陸《臺灣同胞投資保護法實施細則》第 29 條規定只能提交大陸的仲裁機構仲裁。^①為了回應台商在這方面的關切，現《兩岸投資協定》第 14 條第 4 款將此類“投資商事爭議”的仲裁機構擴展到了兩岸任何一方及協力廠商。該款明確規定：

“商事爭議的當事雙方可選擇兩岸的仲裁機構及當事雙方同意的仲裁地點。如商事合同中未約定仲裁條款，可於爭議發生後協商提交兩岸的仲裁機構，在當事雙方同意的仲裁地點解決爭議。”

如所周知，對於外國投資者、港澳投資者與大陸公司或個人之間發生的與投資有關的爭議，大陸法律自始就允許選擇大陸、港澳或外國的仲裁機構仲裁。現台商在《兩岸投資協定》項下也擁有這樣的選擇權，享受的只是與在大陸投資的外國投資者和港澳投資者相同的“最惠待遇”，而不是更高標準的保護。

^① 該條規定：“臺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。大陸的仲裁機構可以按照國家有關規定聘請臺灣同胞擔任仲裁員。”

其二，對於投資者及相關人員的人身自由與安全保障問題，全球層面的投資協定也從未涉獵，而《兩岸投資協定》規定這一事項，也是史無前例的。以往，在對犯罪嫌疑人採取強制措施限制人身自由後應在多長時間內通知其家屬，大陸法律並無明確規定。此事引發了台商的關注，在啟動兩岸投資協議談判之時，臺灣方面就主張將該議題納入其中，最後在《兩岸投資協定》第 3 條第 2 款中做出了如下規定：

“雙方應加強投資者及相關人員在投資中的人身自由與安全保障，依各自規定的時限履行與人身自由相關的通知義務，完善既有通報機制。”

為了落實《兩岸投資協議》的上述規定，在簽署該協定的當日，海協會與海基會達成了《有關〈海峽兩岸投資保護和促進協議〉人身自由與安全保護共識》。該共識具體規定：

“雙方將依據各自規定，對另一方投資者及相關人員，自限制人身自由時起 24 小時內通知。”

因為大陸在 2012 年 3 月修改了《刑事訴訟法》，已經規定了對犯罪嫌疑人家屬的 24 小時內通知義務，但涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪通知可能有礙偵查的情形除外；而海協會與海基會達成的上述共識又明確規定兩岸是“依據各自規定”履行通知義務。這意味著當台商及其家屬涉嫌上述兩罪時，大陸可不受 24 小時內通知義務的拘束。就此，大陸並沒有接受臺灣方面提出的 24 小時內通知義務應涵蓋所有刑事案件的要求。可見，在該通知義務上，台商及其家屬得到的也只是與大陸居民相等，而不是更高的待遇。

三、《兩岸投資協定》中投資促進條款之解讀：採取普遍彈性的承諾

從廣義上說，《兩岸投資協定》的多數條款都具有投資促進功能。首先，給予

投資保護，必將促進投資。就此而論，該協定中保護投資的規定也將對投資起到間接促進的作用。此外，《兩岸投資協定》中的一些條款本身就直接用以促進投資，如關於透明度（第4條）和投資便利化（第6條）的規定等。但在本文中，“投資促進條款”的概念是狹義的，僅指那些旨在推動投資自由化的有關規定。通觀《兩岸投資協定》中的此等“投資促進條款”，對減少投資限制的承諾均是彈性的，為投資所在地一方留下了控制其進程的權力。

（一）相對性減少投資限制條款

在國際投資法中，非歧視待遇包括國民待遇和最惠國待遇。按照這兩種待遇標準，如締約一方對本國投資者和第三國投資者的投資未加限制，則應取消專門針對締約另一方投資者採取的歧視性限制措施。由於國民待遇標準和最惠國待遇標準能否實際用作促進投資自由化的工具，取決於東道國有無對本國投資者和第三國投資者的投資施加相應的限制，因此，其只是一種“相對性減少投資限制條款”。

對於“居民待遇標準”和“最惠待遇標準”，《兩岸投資協定》第3條第3-6款規定如下：

“三、一方對另一方投資者就其投資的運營、管理、維持、享有、使用、出售或其他處置所給予的待遇，不得低於在相似情形下給予該一方投資者及其投資的待遇。

四、一方對另一方投資者就其投資的設立、擴大、運營、管理、維持、享有、使用、出售或其他處置所給予的待遇，不得低於在相似情形下給予任何協力廠商投資者及其投資的待遇。

五、本條第三款及第四款不適用於一方現有的不符措施及其修改，但一方應逐步減少或消除該等不符措施，且對該等不符措施的任何修改或變更，不得增加

對另一方投資者及其投資的限制。

六、另一方投資者不得援引本條第四款的規定，要求適用本協定以外的爭端解決程式。”

對處於經營階段的投資，雖然上述第 3-4 款分別設置了“居民待遇標準”和“最惠待遇標準”，但是第 5 款接著規定，雙方仍可保留現存的對來自另一方投資實行限制的不符措施。其後，對這些既有不符措施的取消，該款雖然規定了只進不退的“棘輪效應”，即應當逐步予以減少或取消，其修改和變更也不得增加對投資者及其投資的限制，然而，這種“棘輪效應”下投資經營的自由化只是“逐步”的，其速度和力度仍在各方的掌控之中，因此只是一種彈性的承諾。在大陸對外簽訂的雙邊投資條約中，就外資經營階段實行的國民待遇，給出的也有類似的彈性承諾。^①但是對於外資經營階段的最惠國待遇，在國際投資協定中，各國通常都不加限制地予以保證；而《兩岸投資協定》第 3 條就投資經營階段的“最惠待遇”只做出彈性的承諾，屬於一種非常特殊的規定。

對於在投資准入階段是否實行國民待遇的問題，現行國際投資協定有“給”和“不給”兩種模式：作為資本輸出國，以美國為代表的一些發達國家主張國民待遇的適用範圍既包括外資經營階段，也包括外資准入階段；相反，作為資本輸入國，中國等發展中國家則反對將國民待遇擴及外資准入階段。迄止，大陸對外簽訂的雙邊投資條約都未給外資准入以國民待遇。對於外資准入階段的最惠國待遇，國際投資協定的各締約方往往會分別開出清單，列明保留給本國投資者的具體投資部門，但從未見該項待遇成為承認既有不符措施但以“棘輪效應”逐步予以取消這樣一種彈性承諾。據此，對於投資准入，如果說《兩岸投資協定》第 3 條不給“居民

^① 例如，2003 年中國大陸與德國簽訂的雙邊投資條約議定書第 3 條之規定。參見溫先濤：《〈中國投資保護協定範本〉（草案）討論稿（一）》，《國際經濟法學刊》2011 年第 4 期，第 183-184 頁。

待遇”是正常的话，那么对于“最惠待遇”，将之设置成一种弹性承诺，则是一种比较特殊的规定。^①

（二）绝对性减少投资限制条款

在两岸投资关系中，可能存在一方对另一方投资实行一些限制，而这些限制又无法援用《两岸投资协定》第3条规定的“居民待遇标准”和“最惠待遇标准”予以消除。例如，根据该条规定，“居民待遇标准”和“最惠待遇标准”只能用以消除“在相似情形下”一方未对本地居民或协力厂商施加的限制措施，那么，对于“在非类似情形下”一方对另一方投资所采取的限制性措施之消除，“居民待遇”和“最惠待遇”这类相对待遇标准的功能就将失效。如果一方对吸收另一方的投资受到诸如政治等因素的干扰，那么此等专门针对另一方投资的限制性措施可能就会不少。由此，为了消除像“在非类似情形下”之类的限制性措施，就需要在《两岸投资协定》中加入“绝对性减少投资限制条款”。这样的条款见之于《两岸投资协定》第5条第2款的規定：

“双方同意，逐步减少或消除对相互投资的限制，创造公平的投資環境，努力促进相互投資。”

由于在该款中还是使用了“逐步”减少或消除之用语，可以说，在这种“绝对性减少投资限制条款”下的投资促进承诺同样是弹性的。

（三）减少投资限制的例外条款

对于投资所在地一方在《两岸投资协定》中所做的减少投资限制的保证，该协定第2条规定了诸多的例外条款。这些例外包括重大安全例外、环境保护例外、

^① 值得一提的是，对于服务贸易领域的投资准入，按照《两岸投资协定》第3条第5款规定，“最惠待遇”的实行虽然受制于既有的不符措施，但是双方仍有可能以其中有相关的既有不符措施违反 GATS 为由，诉诸 WTO 争端解决机制，要求予以取消。为了防止这种情况的出现，以维持《两岸投资协定》对服务贸易领域投资准入实行“最惠待遇”仅为弹性承诺的性质，该第3条第6款排除了就此适用该协议之外 WTO 争端解决机制等的可能性。

金融審慎例外、公共採購例外、稅收例外等。其中，後四種屬於一般例外，相比全球層面的有關投資協定，包括大陸對外簽訂的一些雙邊投資條約，^①《兩岸投資協議》中的這些一般例外都是自由運用餘地很大的原則性規定。而在該協議所有的例外條款中，最受關注的可能是重大安全例外。^②近年來，在國際投資仲裁實踐中，就如何適用重大安全例外條款，爭議頗多。對於該項例外，《兩岸投資協定》第 2 條第 4 款的規定採用的也是一種彈性條款，據此投資所在地一方擁有相當大的自由裁量權：

“一方可採取、維持或執行其認為必要的任何措施，以確保其重大的安全利益。”

首先，對於重大安全利益的理解，現行國際投資協定的規定有兩類：一類協定以 GATT 第 21 條為藍本，將一國的“重大安全利益”限定為與該國政治軍事安全相關的利益，以及該國根據《聯合國憲章》承擔的維護國際和平與安全的義務；^③另一類協定則沒有對一國“重大安全利益”作出界定。《兩岸投資協定》第 2 條第 4 款效仿的正是後一類規定。就“重大安全利益”，這一類規定可被解釋為擴及更大的範圍，不但包括軍事安全和政治安全，還包括經濟安全。^④

其次，對於重大安全利益應由誰判斷的問題，已有國際投資協定的兩類規定是：一類協定沒有規定可由締約一方自行判斷，其很容易被解釋為得交由國際投資仲裁庭定奪。^⑤就此，有的國際投資協定明確賦予了國際仲裁庭這方面的裁量

^① 如 2012 年中國大陸與日本、韓國簽訂的三邊投資條約、與加拿大簽訂的雙邊投資條約等。

^② Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies, Paris: OECD, May, 2009.

^③ 例如，2012 年中國大陸與日本、韓國簽訂的三邊投資條約第 18 條規定：“儘管本協定有除第 12 條之外的其他規定，各締約方均可採取下列措施：1. 締約一方認為此乃維護其重大安全利益所必需：（1）此類措施是締約一方在戰爭、武裝衝突或其他在國際關係緊急情況下採取的；或（2）此類措施與執行關於不擴散核武器的國家政策或國際協定有關；2. 此類措施是締約方根據《聯合國憲章》為履行維護國際和平與安全義務而採取的。”

^④ 劉京蓮：《國際投資條約根本安全例外條款研究》，《國際經濟法學刊》2010 年第 1 期，第 191-192 頁。

^⑤ 例如，2004 年中國大陸與芬蘭簽訂的雙邊投資條約第 3 條第 5 款規定：“本協定不得解釋為阻止締約一方在戰爭、武裝衝突或其他在國際關係緊急情況下為保護本國基本安全利益所採取的任何必要行動。”

權；^①另一類協定則明確規定，重大安全利益應由締約一方自行判斷。^②顯然，《兩岸投資協定》第 2 條第 4 款屬於這類應由締約一方自行判斷的重大安全例外條款。

最後，對於重大安全例外條款使用的條件，現行國際投資協定也有兩類規定：一類協定要求有條件地使用重大安全例外條款；^③另一類協定則沒有規定這類例外條款的使用條件。^④《兩岸投資協議》第 2 條第 4 款採用的也是沒有規定使用條件的重大安全例外條款。

無論是從上述對重大安全利益的理解，還是從其判斷權的歸屬，還是從使用的條件哪個方面為標準進行判別，《兩岸投資協定》第 2 條第 4 款都賦予了各方運用重大安全例外條款的最大自由裁量權，彈性條款的特點非常鮮明。

四、《兩岸投資協定》之達成的特有邏輯：緣自兩岸關係的政治現實

事實上，兩岸關係並非國家與國家之間的關係。因此，對於《兩岸投資協定》的達成，不能完全搬用有關國際投資協定的一般原理，純從國家經濟利益的角度進行分析，而是要立基於兩岸關係的特殊性尤其是政治現實來尋找《兩岸投資協定》達成的特有邏輯，即其趨向的是一種務實性基調下的結構性平衡。

（一）對《兩岸投資協定》之務實性基調的分析

如上所析，《兩岸投資協定》的務實性基調具體表現為投資保護方面較低限度

^① 例如，2008 年中國大陸與哥倫比亞簽訂的雙邊投資條約第 12 條第 2 款規定，就重大安全利益例外，“為進一步明確，本條的任何規定不得被解釋為限制仲裁庭在本例外被援引時對一事項進行評價的權力。”

^② 例如，2012 年中國大陸與日本、韓國簽訂的三邊投資條約第 18 條規定，“締約一方認為”此乃維護其重大安全利益所必需。又如，2011 年中國大陸與加拿大簽訂的雙邊投資條約第 33 條第 5 款第 2 項對此也採用了相同的措詞。

^③ 例如，2006 年中國與印度簽訂的雙邊投資條約第 14 條規定：“本協定不妨礙東道國締約方根據其正常、合理和非歧視地適用的法律，採取保護其基本安全利益的措施或極端緊急狀況下的措施。”又如，2008 年中國大陸與哥倫比亞簽訂的雙邊投資條約第 12 條第 1 款規定：“本協定的任何規定都不得被解釋為阻止締約方為維護公共秩序而採取或維持措施，其中包括保護國家重大安全利益的措施，該措施必須滿足下列條件：（一）只有在社會的某一根本利益受到真正的和足夠嚴重的威脅時才能夠被實施；（二）不得以構成任意的歧視的方式實施；（三）不得構成對投資的變相限制；（四）與其所要達到的目的相稱；（五）是必須的，並且僅在必須時採取和維持；且（六）通過透明的方式和根據相關的國內法律實施。”

^④ 例如，2004 年中國大陸與芬蘭簽訂的雙邊投資條約第 3 條第 5 款之規定。

的保證和投資促進方面普遍彈性的承諾。

1. 在投資保護方面兩岸接受較低限度之保證的原因

以往，大陸作為資本輸入國，且因大陸實行是政府在更大範圍和程度上調控市場的經濟體制，容易在投資管理上與外商產生分歧，故在對外訂立國際投資協定時對投資保護傳統上持低限度保證的立場。然而，近年來，大陸的對外投資迅猛發展，已經位列世界第六大資本輸出國。^①為了保護大量的海外投資，大陸開始需要在對外訂立的國際投資協定中提高對投資的保護水準。但因有最惠國待遇原則的約束，大陸不可能在締約實踐中有效地採取“雙軌制”，即相對於另一國主要是資本輸入國時，大陸就與之訂立採取低度投資保護標準的國際投資協定；而相對於第三國是資本輸出國時，則在與之訂立的國際投資協定中採取高度的投資保護標準。因此，近年來，平衡作為資本輸入國與作為資本輸出國的雙重利益，採取適度的投資保護標準，已成為大陸對外訂立國際投資協定的主基調。

目前，大陸是台商的第一大投資地，但在台的陸資數量還很有限。大陸作為台商的投資地，會傾向於在訂立兩岸投資協定時採用低度的投資保護標準，以降低與台商產生投資糾紛的幾率。如所周知，因有政治的考量而導致臺灣未對大陸有效地開放投資，而當需要保護的在台陸資數量相當有限，在訂立兩岸投資協定時，大陸就會缺乏從資本輸出地的角度考慮提高投資保護水準的緊迫感。當然，隨著臺灣對陸資入台的逐步開放，大陸在台的投資會不斷增加，顧及從經濟利益上保護將來入台的陸資，在訂立兩岸投資協定時，大陸仍可能會考慮推高對投資的保護水準。然則，這樣的考慮是有限度的，因為大陸在判定何為兩岸投資協定

^① 截至2011年底，大陸共有1.35萬多家境內投資者在境外設立對外直接投資企業1.8萬家，分佈在全球177個國家，對外直接投資累計淨額達4247.8億美元。年末境外企業資產總額近2萬億美元。2011年實現非金融類對外直接投資685.8億美元，同比增長14%。2002~2011年，中國對外直接投資年均增長速度為44.6%。見《2011年度中國對外直接投資統計公報》，中國統計出版社2012年版，第153頁。

應採取的保護將來在台陸資之適度標準時，並非單純以實現大陸在台投資者之經濟利益為驅動力，而是要受到兩岸關係政治現實的約束；申言之，因兩岸投資協定中投資保護標準太高容易在將來引發過多的陸商訴臺灣方面的爭端，進而可能會影響海峽兩岸關係的大局，這未必是大陸方面所樂見的。

綜上所析，受制於兩岸關係的政治現實，兩岸之間的投資在相當大程度上仍然是單向的，因為在台陸資有限，大陸無足夠的動力在兩岸投資協定中提高投資保護標準；即使將來大陸在台投資有所增加，需要兩岸投資協定的保護，兩岸關係中政治因素作用的結果，大陸也未必會追求高保護標準。而從作為投資地的角色考慮，大陸的選擇當然是較低限度的投資保證，於是，對於《兩岸投資協定》中的投資保護問題，可見大陸接受較為低度的保證標準有相當充分的根據。

對於臺灣方面而言，從保護台商在大陸投資的利益出發，兩岸投資協定中規定的投資保護標準當然是越高越好。然而，兩岸投資協定中的投資保護條款是相互適用的，臺灣方面對陸資仍然抱有政治上的戒心，高標準的投資保護條款作為一把“雙刃劍”，將來隨著來台陸資的增加，陸商可能也會利用這些條款來挑戰臺灣方面對陸資的管理權。對此，臺灣方面可能會認為有必要未雨綢繆，在兩岸投資協定中因此而調低投資保護標準。從全球層面的經驗來看，以往，作為資本輸出國的發達國家在國際投資協定中極力追求高投資保護標準，但晚近國際仲裁庭適用這些高投資保護標準條款的結果，做出了許多對東道國非常不利的裁決，以致對東道國政府的外資管理權形成了嚴重的挑戰。受到這種挑戰的國家不僅僅是發展中國家，而且包括發達國家。因此，近些年來，各國紛紛在對外締結的國際投資協定中降低對外資的保護標準。^①在兩岸關係中，如再加上臺灣方面在政治上對

^① 徐崇利：《晚近國際投資爭端解決實踐之評判：“全球治理”理論的引入》，《法學家》2010年第3期，第143-153頁。

陸資存在顧慮之因素，更是不會輕易要求提升兩岸投資協定中投資保護的標準。可見，《兩岸投資協定》對投資實行較為低度的保護，並非是大陸方面的一廂情願，而是雙方原則上都可接受的一種標準。

需要指出的是，本文認定《兩岸投資協定》對投資保護做出的保證限度“較低”，是相對於以往全球層面的投資協定設置了太高的投資保護標準而言的，並不意味著該協定對投資保護存有大的不足，無論是在大陸的台商，還是在臺灣的陸商，從中獲得基本的保護應該是沒有問題的。目前，兩岸雖然打開了和平發展的新局面，但雙方投資者對兩岸關係不穩定的隱憂可能仍然存在，對在對方投資的長期安全性之擔心可能並未消除。在特殊的兩岸關係政治現實下，獲得《兩岸投資協定》關於投資保護的保證，哪怕只是基本的，本身就具有重大的意義。

2. 在投資促進方面兩岸接受普遍彈性之承諾的原因

對於陸資入台，臺灣方面並未打消政治上的顧慮。因此，不言自明，在《兩岸投資協定》中，臺灣方面只願做出彈性的承諾，而不願承擔快速的、大幅開放市場的剛性義務。

從大陸方面來看，當然希望通過訂立兩岸投資協定促進臺灣對陸資更加開放，但是，考慮到臺灣對陸資入台尚有疑慮，從維護兩岸關係的政治大局出發，大陸不會急不可耐，強力施壓，迫使臺灣接受大強度開放市場的剛性義務，而是會同意《兩岸投資協定》對消減投資限制採取彈性承諾的方式。就此，大陸方面的立場至今應該沒有實質性的變化。2012年11月10日，在中共十八大新聞中心接受媒體集體採訪時，大陸商務部部長陳德銘雖然呼籲臺灣方面對陸資入台開放基礎建設等更多的領域，但同時指出，“我們當然理解臺灣方面的經濟主管部門在當前經濟形勢下的一些難處”。

概言之，就兩岸投資協定中的投資促進議題，正是源於兩岸政治關係的特殊性，臺灣方面不敢對大陸做出剛性的承諾，而大陸也不願操之過急，以剛性承諾對臺灣方面施加太大的強制性壓力，由此，雙方在《兩岸投資協議》中最終達成的是一種普遍的彈性承諾。

（二）對《兩岸投資協定》之結構性平衡的分析

如上所揭，在兩岸特殊政治關係的現實背景下，就《兩岸投資協定》的磋商，無論是投資保護方面的較低限度保證，還是投資促進方面的普遍彈性承諾，都是雙方可接受的安排。但是，這並不意味著兩岸對投資保護和投資促進兩大議題的關切是一致的，也並不表明雙方在《兩岸投資協定》中就這兩方面的利益訴求已達到了結構性的平衡。

長期以來，臺灣方面對陸資入台採取的是禁止政策，直到 2009 年年中才實際開放，但現在還是維持不少限制，^①兩岸投資失衡的狀況仍相當突顯。據統計，截至 2012 年 9 月底，大陸累計批准台資專案 8.7 萬個，實際利用台資 563 億美元；而大陸企業赴台投資的金額總計尚只有 7.22 億美元，項目總數 133 個。^②正是因為兩岸尚未形成真正的雙向投資之格局，雙方對投資協定中的投資保護和投資促進兩大議題具有不同的關切；具言之，臺灣方面關注的是投資保護問題，而大陸方面更加關心的是投資促進問題。就此，因臺灣方面政治因素阻擋的結果而形成的兩岸投資單向性所導致的雙方關切不同，顯然有異於全球層面投資協定締結之國家經濟利益最大化邏輯：締約一方要麼一併主張高標準的投資保護和投資促進，要麼同時堅持這兩方面的保證應以低標準對待。

^① 彭莉：《臺灣地區“陸資入台”法律制度評析》，《廈門大學學報（哲學社會科學版）》2012 年第 1 期，第 57-64 頁。

^② 《〈海峽兩岸投資保護和促進協定〉說明會在京舉辦》，載於 <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/huiyuan/zhengcfg/201211/20121108449475.html>

既然雙方有不同的關切，那麼，在《兩岸投資協定》中，反映臺灣方面對投資保護問題的關切與反映大陸方面對投資促進問題的關切是否形成一種結構性平衡了呢！在《兩岸投資協定》的磋商過程中，臺灣方面曾經提出議題的選擇要“現保護後促進”。倘若如此，那麼對大陸方面而言，該協定的內容將出現“一邊倒”的嚴重失衡狀態。在大陸的堅持下，《兩岸投資協定》現同時具有了投資保護和投資促進之內容，但這並不意味著就此已經形成了雙方關切的結構性平衡。《兩岸投資協定》的訂立，臺灣方面可以現時地從其投資保護條款中獲益；而大陸在該協定彈性的投資促進條款下的獲益程度需取決於臺灣方面對陸資的開放進程，由於兩岸關係中政治因素的困擾，就此仍然存在一個可預見性有多大的問題。應該說，大陸方面從投資促進條款中獲得的具有不確定性的“預期收益”，相對於臺灣方面從投資保護條款中獲得的具有確定性的“現時收益”，從收益確定性大小的角度比較，《兩岸投資協定》在這兩方面並沒有完全達到結構性的平衡，在一定程度上體現了大陸方面基於兩岸關係大局的考量對臺灣方面所做出的一種“讓利”。當然，這並非《兩岸投資協定》所獨有，整個 ECFA 和 WTO 協議等恐怕均是如此。

五、結論

綜上，《兩岸投資協定》的達成並未完全因循經濟利益最大化之常理，而是不可避免地受到了雙方政治考量的影響，其形成的是一種特殊的邏輯：在臺灣方面，因對陸資存在的政治上疑慮，主張保留對陸資入台的限制權以及調低對投資的保護力度；而在大陸方面，從維護兩岸關係的政治大局出發，並不追求急切地迫使臺灣方面大強度提高對入台陸資的促進及保護力度。應該說，大陸和臺灣的此等政策取向都含有不操之過急的意思，正因如此，雙方達成的《兩岸投資協議》採取的是一種務實性的基調——在投資保護方面設置的是較為低度的保證和在投資

促進方面實行的是普遍的彈性承諾。顯然，雙方的此等政策取向對開放陸資入台的力度存在分歧，從而形成了兩岸投資協定磋商過程中大陸對促進陸資入台的關注，最後達成的《兩岸投資協定》以實行普遍彈性承諾的方式回應大陸的這一關注，就此，大陸方面獲得的只是臺灣方面對陸資開放市場的不確定性“預期收益”；而對於臺灣方面關注的台商在大陸投資的保護問題，《兩岸投資協定》以採取較低限度的保證方式予以回應。雖然這種較低限度的保證只是一種基本的投資保護，但臺灣方面從中獲得的畢竟是具有確定性的“現實收益”。可以說，大陸在投資促進方面獲得的這種不確定性“預期收益”與臺灣在投資保護方面獲得的這種具有確定性的“現實收益”並非對等，二者交易的結果最終達成《兩岸投資協定》，體現了大陸方面的“讓利”，也表明雙方在這兩方面實際上並未達至結構性的平衡。

最近，島內開始議論大陸在兩岸經貿關係上將“不再讓利”的問題，這種猜測並非現實。中國十八大期間，大陸商務部部長陳德銘關於希望臺灣方面進一步開放市場的呼籲，被臺灣一些媒體解讀為兩岸經貿協商將進入大陸要求平等互惠的“深水區”。同日，大陸國家發改委主任張平在中共十八大舉行的第二場記者招待會上答臺灣記者問時亦表示：“現在從大陸到臺灣去投資的情況來看，還不是太盡如人意，我想說的是，這不是大陸的企業沒有到臺灣去投資的意願，而是希望臺灣方面能夠在思想、政策方面都更解放一些，允許大陸的資金、大陸的企業到臺灣去投資興業。”這些呼籲意在推動臺灣方面放寬對大陸產品和資金入台的限制不假，但絕非大陸方面自此將放棄對臺灣的“讓利”政策，因為這種“讓利”是出於兩岸關係的政治現實，而在今後相當長的一段時間內，兩岸關係的特殊性還將繼續存在。“大陸不會像和美國打交道一樣，對臺灣太過計較經濟利益。因為，‘大陸看待臺灣是

兄弟”^①。此外，從臺灣島內的政治過程來看，兩岸間要談判任何經濟協定，都將受到島內有關利益集團的制肘。如沒有大陸一方的適當“讓利”，可能就會過分觸動這些利益集團的利益，兩岸間的經濟協議就無法達成。在兩岸投資關係中的政治考量仍然存在和起作用的情況下，經濟利益最大化的邏輯就不可能徹底顯現，兩岸之間不可能出現一個完全“常態化”的投資協定。因此，在今後的一大段時間內，現行《兩岸投資協定》對投資保護和投資促進務實性保證的基調和不完全的結構性平衡之基本面仍將延續，不可能發生顛覆性的變化。

但是，今後，政治因素對兩岸投資關係的影響可能會有所減弱，相應的，經濟利益最大化邏輯對《兩岸投資協定》作用可能會增大。尤其是大陸對臺灣方面進一步開放陸資入台將有更大的期待，臺灣方面可能也將減少對大陸投資的限制，兩岸之間投資的單向性的問題或有所緩解，由此將推動《兩岸投資協定》中投資保護和投資促進兩方面趨向結構性平衡。就此，《兩岸投資協定》總的發展方向應該是一方對待另一方的投資將更接近“最惠待遇”，該項待遇的真諦就是要求一方應給予另一方投資者與協力廠商投資者同樣的法律機會，其體現的正是平等競爭的市場邏輯；也就是說，大陸方面可能會更多地希望臺灣像對待協力廠商那樣更多地對大陸開放市場，^②反映在《兩岸投資協定》中，就是通過雙方的後續談判，將其中有關投資促進的彈性承諾逐步落實為臺灣方面對陸資入台減少或取消限制的具體安排；而臺灣方面可能會參照大陸在國際投資協定中給予協力廠商投資者的最高待遇，要求大陸提高對台商的保護標準，反映在《兩岸投資協定》中，可能會更多地通過對其中投資保護條款的解釋，使台商獲得更高水準的保護。

^① 《廈門大學學者駁斥“大陸不再對臺灣讓利”說》，載於 http://taiwan.huanqiu.com/taiwan_opinion/2012-11/3320854.html

^② 2011年臺灣與日本透過各自民間團體正式簽署了《亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協定》。該協定被認為是臺灣與主要投資夥伴訂立的第一個“非政治驅動型”促進投資自由化的安排。在該協定中，臺灣方面對日本做了較大幅度減少投資壁壘的承諾。