



# 國際投資協定

## —— 分析釋義 ——

Annotations on  
International Investment Agreements





Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

國際投資協定 分析釋義

## 序言

---

### 推動洽簽國際投資協定、提升台灣國際競爭力

近年來由於WTO杜哈回合談判停滯不前，各國紛紛改為推動洽簽雙邊或複邊自由貿易協定（Free Trade Agreement，簡稱「FTA」）以促進貿易自由化，使得區域經濟整合蓬勃發展。其中，簽署國際投資協定，無論其呈現的形式是獨立的雙邊投資協定（Bilateral Investment Treaty/Agreement，簡稱「BIT」或「BIA」）、或為含括在FTA裡的一個章節，其對於締約國提升雙邊投資關係、吸引外人投資、創造就業機會，以及促進整體經貿發展等，皆可發揮積極之正面效益。

國際投資協定是我國對外洽簽經貿協定的重要一環，我國目前已經對外簽署31個投資保障協議，其中，我與第二大貿易夥伴—日本於2011年9月簽署「台日投資協議」，不僅深化台日雙方在投資自由化、投資促進與保護等方面的合作，更促使更多日本企業來台投資。此外，我與中

國大陸在2012年8月簽署「兩岸投保協議」，將兩岸投資人共同關切的投資自由化及投資人權益，提供明確的規範及保障。

鑒於近年來國際投資協定的型態與內容愈趨複雜，從保障投資人及其投資利益免於非商業性風險，到包含市場開放、自由化的要求，甚至納入環保、勞工、公共衛生等新興議題。因此，無論是政府部門或民間產業界，瞭解國際投資協定之發展趨勢及主要內容，重要性不言可喻。

這本專書係經濟部投資業務處委託協合國際法律事務所辦理研究計畫的成果之一，本人深盼藉由本書的出版，除可增進社會各界對這項議題的瞭解外，並可發揮拋磚引玉之效，使各界重視並參與相關議題的討論，進而支持政府推動洽簽國際投資協定之政策。

經濟部 部長

施顏祥

中華民國101年12月

## 緣由

國際投資協定之談判及簽署對於外人投資、對外投資及整體經貿發展之影響甚鉅。經濟部投資業務處長年致力於國際投資協定談判實務之參與及重要條款之研究，對相關議題之發展已累積豐厚經驗。透過與其他政府單位之協力合作，促成我國與他國關於跨境投資之相關談判、投資爭端之解決及投資協定之簽署。

協合國際法律事務所的主要業務為國際商務、企業併購、資本市場等領域，並以此為基礎，提供政府部門關於國際經貿之法律諮詢。此種諮詢及研究，不但需要國際經貿之實務經驗，同時必須有學術理論的根據。更重要的是，研究單位必須以專業、效率的服務方式，適切地提供政府單位所需的研究結論。協合國際法律事務所近年來陸續承接經濟部投資業務處及其他政府單位的重要研究計畫，包含2010年度及2009年度「參與國際經貿組織投資相關議題及投資協定諮商談判」、2008年度及2007年度「OECD多國企業指導綱領廣宣及參與國際投資議題執行計畫」、2006年度「OECD多國企業指導綱領廣宣及國家聯絡點設立計

畫」，其他政府單位之研究計畫主要則包含2006年度、2005年度、2004年度及2003年度貿委會「貿易救濟爭端解決案例研究」研究計畫等。

這些諮詢研究計畫的累積成果，逐漸形成我國對於國際投資協定的理解與立場，包括：投資協定的種類與功能、多邊/區域/雙邊協定的互動與關連、各個投資協定的條款文字與其解釋、市場開放的呈現方式與規範方式、實際爭議案件的爭點與仲裁結論以及政府部門可能違反協定的措施等等。為了建立我國未來因應此種議題的共識，經濟部投資業務處進一步安排到各個政府機關及民間團體進行宣導，並且將上述研究結論彙整成專書，以利後續各界的研討。

此次出版的「國際投資協定—分析釋義」，就是在實現上述的知識交流以及共識建立。其中尚有許多不足之處及待討論的看法，但希望藉此拋磚引玉，引起台灣各界對於相關議題的重視。





# Content

## 目錄

09	第1章	國際投資協定概論
21	第2章	投資之定義
45	第3章	投資人之定義
61	第4章	適用範圍
73	第5章	國民待遇
87	第6章	最惠國待遇
95	第7章	最低標準待遇
109	第8章	傘狀條款
117	第9章	徵收與補償
151	第10章	績效要求
167	第11章	高階經理人與董事會
173	第12章	不符合措施
183	第13章	稅賦
191	第14章	例外條款
201	第15章	爭端解決



# 1

## 國際投資協定概論

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

# 第1章 國際投資協定概論

## 一、國際投資協定簡介

在全球貿易及投資日益頻繁的趨勢下，眾多國際經貿組織及協議安排，為跨國經貿往來提供交流平台，並逐漸形成國際貿易及國際投資的規範。這些國際組織及協議安排包含：世界貿易組織（World Trade Organization，以下簡稱「WTO」）、經濟合作發展組織（Organization for Economic Cooperation and Development，以下簡稱「OECD」），亞太經濟合作會議（Asia Pacific Economic Cooperation，以下簡稱「APEC」）等。

相較於國際貿易在WTO之下的法制化，國際投資方面至今仍然欠缺全球、多邊的一致規範。以WTO為例，其架構下的「與貿易有關之投資措施協定」（Agreement on Trade Related Investment Measures，TRIMs）涵蓋範圍略嫌不足。而OECD雖曾經嘗試建構多邊投資協定（Multilateral Agreement on Investment，以下簡稱「MAI」），但因涉及各國國內法之深度改革，難度過高而告失敗。因此，目前全球投資秩序之建立，大多數仍依賴國與國間的雙邊投資協定（Bilateral Investment Treaty/Agreement，以下簡稱「BIT」或「BIA」）或自由貿易協定（Free Trade Agreement，以下簡稱「FTA」）中之投資專章規定。BIT/BIA之主要規範目的在於保障投資者之投資環境，FTA之規範內容則包含貿易與投資，投資僅為章節之一。

國際投資協定保護締約國投資人的方法，在於降低投資人可能遭遇的非商業風險，以及約束締約政府必須遵循投資協定相關規範的義務與責任，因此提升投資意願，並帶動產業之積極正面發展。此為有心吸引外人投資之國家常用的方法，包括已開發國家及開發中國家。本章將先就國際投資協定中較為常見之雙邊投資協定分類及國內外近期發展趨勢簡要說明，其後再區分章節，針對雙邊投資協定重要條款之制定目的、定義、適用範圍等整理介紹。

## 二、雙邊投資協定之分類

隨著年代演變及目的的不同，國際上雙邊投資協定主要可分為三大類（以下僅為概念上之分類，實際內容仍依雙方需求及談判結果定之），並彙整如下【表一】：

- 第一類：以促進締約國雙方之投資為目的，其僅在確立締約國間之友好關係，多為宣示性文字，未涉及實質保護措施。
- 第二類：為締約國雙方投資者或投資提供實質保障，除宣示性文字外，亦提供雙方投資人於地主國投資時之實質保障。
- 第三類：除提供實質保障外，更進一步包含市場開放目的，此類型以美國雙邊投資協定範本（以下簡稱「US Model BIT」）為典型範例。

【表一】雙邊投資協定主要分類

	第一類 (僅為宣示目的之雙邊 投資協定)	第二類 (保障投資者或投資目的之雙 邊投資協定)	第三類 (另含有開放市場目的之雙邊投資 協定)
規範 目的	維持締約國間友好經貿 關係	保障締約國雙方之投資者或 投資	保障締約國雙方之投資者或投 資，以及開放締約國國內市場
協定 內容	締約國雙方宣示會促進 國內政治經濟環境之安 定，致力排除投資障礙 之措施。	重要內容： 1. 投資及投資人之定義 2. 最惠國待遇與國民待遇 3. 徵收與補償 4. 投資保障 5. 資金移轉 6. 國與國爭端解決	除第二類之內容外，尚包括以下 條款： 1. 績效要求 2. 高階經理人及董事會 3. 不符合措施 4. 不可減損性 5. 拒絕授與利益 6. 基本安全例外 7. 稅賦、金融服務 8. 投資人與地主國之爭端解決

資料來源：本研究團隊整理

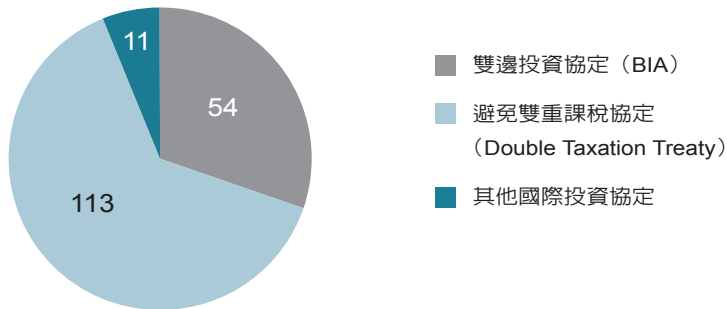
### 三、國際間簽署投資保障協定之發展趨勢

#### 1. 國際間簽署雙邊投資協定概況<sup>1</sup>

依據聯合國「2011年世界投資報告(World Investment Report 2011)」，2010年全球共簽署了178個國際投資協定(International Investment Agreement)，其中包含54個雙邊投資協定(BIA)，113個避免雙重課稅協定(Double Taxation Treaty)，以及11個其他國際投資協定(參下【圖一】)。

1 See UNCTAD World Investment Report 2011, NON-EQUITY MODES OF INTERNATIONAL PRODUCTION AND DEVELOPMENT, Chapter 3, p.100.

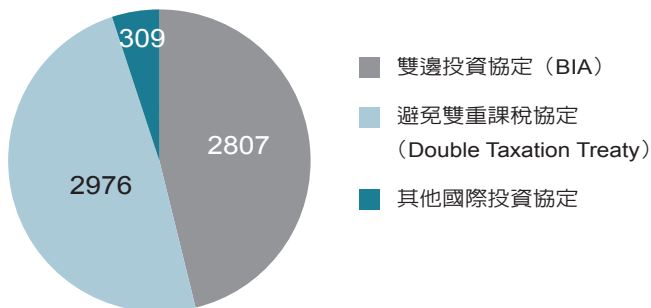
【圖一】2010年全球共簽署了178個國際投資協定 (International Investment Agreement)



資料來源：聯合國「2011年世界投資報告(World Investment Report 2011)」

至2010年底，全球已有6092個國際投資協定（包含2807個雙邊投資協定、2976個避免雙重課稅協定以及309個其他國際投資協定，參下【圖二】），而於2011年前5個月，全球共簽訂了23個雙邊投資協定、20個避免雙重課稅協定及5個其他國際投資協定，可觀察出全球簽署國際投資協定仍蔚為風潮，且持續發展中。

【圖二】2010年底全球已有6092個國際投資協定



資料來源：聯合國「2011年世界投資報告(World Investment Report 2011)」

由個別國家觀之，至2011年5月止，簽署最多國際投資協定之國家分別為英國（320個）、德國（304個）及法國（297個）。而發展中國家簽署最多國際投資協定者，則為中國（共簽署249個），其次則為南韓（190個）及土耳其（183個），此外，值得注意的是，2010年所簽訂之54個雙邊投資協定中，共有20個係發展中國家或轉型國家彼此間所簽署，可從中看出發展中國家逐漸成為傾向對外投資之整體趨勢。

## 2. 重要國家 BIT 發展趨勢

除了全面性地瞭解各國簽訂BIT的趨勢外，對於重要國家近期關於投資協定之立場與發展進行初步瞭解，亦屬重要。以下就美國及歐盟近期的發展趨勢進行介紹：

### (1) 美國

截至2012年1月止，美國所簽署且目前仍有效力之BIT共有40個<sup>2</sup>，並於2012年修定US Model BIT，作為日後洽談BIT之範本。Model BIT的功能在於，經過有系統的整理分析後，歸納出符合自身需求的條文內容。例如美國與烏拉圭於2005年11月4日簽署之BIT，即以US Model BIT為範本，而美國與韓國於2007年簽署自由貿易協定之投資章部分，亦係以US Model BIT為藍本。美國將數十年來累積的談判經驗以及國內政策整合於US Model BIT中，並以US Model BIT作為其談判之基礎。是以，若要與美國進行雙邊投資協定談判與協商，必須對US Model BIT有全盤瞭解。

---

2 See Trade Compliance Center: [http://tcc.export.gov/Trade\\_Agreements/Bilateral\\_Investment\\_Treaties/index.asp](http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp)，最後瀏覽日：2012年1月18日。



## (2) 歐盟

歐盟會員國於2007年12月31日簽訂里斯本條約（於2009年12月1日生效），該條約將外人直接投資納入共同貿易政策之範圍，因而使歐盟針對外國對歐盟之直接投資及歐盟層級投資政策擁有專屬權限（因共同貿易政策是歐盟專屬職權）。未來歐盟得就歐盟整體投資相關事項建立統一的投資政策，並得就會員國已與其他國家簽署之BIT進行檢視，以確保其符合歐盟法令與投資政策。

歐盟執委會（European Commission）並於2010年7月針對歐盟層級之國際投資策略公布「溝通意見書」（Communication From The Commission To The Council, The European Parliament, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions<sup>3</sup>），概要敘述歐盟針對投資相關政策之宣示性立場。惟其並未提出類似US Model BIT之模範條款作為參考，而歐盟內部亦正討論如何將會員國已簽署之投資協定統整為歐盟層級的版本。歐盟雖已與部分國家就投資相關事項進行協商，惟尚未以歐盟名義與他國簽署BIT，即便歐盟過去以其名義所簽署之FTA，也因權限劃分之故，而未涵蓋關於投資界定及投資保障之重要條款。因此，針對投資相關事項，截至目前為止歐盟尚無統一之模範條款。如欲觀察歐盟各國簽訂BIT之趨勢，須參酌各歐盟會員國自行與第三國協商及簽署之BIT。

---

3 See [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146307.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf)，最後瀏覽日2011年8月19日。

#### 四、我國簽訂雙邊投資協定概況

我國簽訂雙邊投資協定依其目的、內容，可分為兩大類：

第一類通稱為投資促進合作協定，主要係締約雙方約定以促進投資與經貿合作為主之宣示性協定或意向書，其名稱及內容較具彈性。截至2012年底，我國共與19個國家簽署了25個投資促進合作協定，備忘錄或意願書<sup>4</sup>。

第二類通稱為投資保障協定，則以保障締約雙方之投資者或投資為主，其內容由締約雙方參酌國際趨勢及投資協定範本，透過雙邊諮商過程達成共識。截至2012年底我國已與31個國家簽署雙邊投資協定<sup>5</sup>（參下【表二】），亦持續與不同國家分別進行協商中。我國已簽署之投資保障協定中，除與美國及馬拉威共和國簽署單邊協定外，其餘29個協定均屬雙邊協定。其中2011年9月22日與日本簽署的「亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議<sup>6</sup>」（以下簡稱「台日BIA」）是我國與日本自1972年斷交後最重要的協議，也是台日經貿關係發展的關鍵。

4 與我國簽署投資促進合作協定、備忘錄或意願書之國家共有19個：多明尼加、德國、愛爾蘭、南非、越南、澳大利亞、比利時、墨西哥、美國、捷克、立陶宛、以色列、匈牙利、瑞典、瑞士、祕魯、加拿大、西班牙及宏都拉斯。資料來源：經濟部投資業務處[http://www.dois.moea.gov.tw/asp/relation1\\_3\\_2.asp](http://www.dois.moea.gov.tw/asp/relation1_3_2.asp)，最後瀏覽日：2012年12月6日。

5 資料來源：經濟部投資業務處[http://www.dois.moea.gov.tw/asp/relation1\\_1\\_3.asp](http://www.dois.moea.gov.tw/asp/relation1_1_3.asp)，最後瀏覽日：2012年12月6日。

6 協定內容請參閱經濟部投資業務處，[http://www.dois.moea.gov.tw/content/pdf/ARRANGEMENT\\_BETWEEN\\_THE\\_ASSOCIATION\\_OF\\_EAST\\_ASIAN\\_RELATIONS\\_AND\\_THE\\_INTERCHANGE\\_ASSOCIATION\\_FOR\\_THE\\_MUTUAL\\_COOPERATION\\_ON\\_THE\\_LIBERALIZATION\\_PROMOTION\\_AND\\_PROTECTION\\_OF\\_INVESTMENT.pdf](http://www.dois.moea.gov.tw/content/pdf/ARRANGEMENT_BETWEEN_THE_ASSOCIATION_OF_EAST_ASIAN_RELATIONS_AND_THE_INTERCHANGE_ASSOCIATION_FOR_THE_MUTUAL_COOPERATION_ON_THE_LIBERALIZATION_PROMOTION_AND_PROTECTION_OF_INVESTMENT.pdf)，最後瀏覽日：2012年12月6日。

【表二】我國雙邊投資協定清單

國家	協定名稱(中文)	簽訂日期	生效日期
1.美國	中美關於保證美國投資制度換文	06/25/1952	06/25/1952
2.新加坡	台北投資業務處和新加坡經濟發展局投資促進和保護協定	04/09/1990	04/09/1990
3.印尼	中印尼投資保證協定	12/19/1990	12/19/1990
4.菲律賓	中菲投資保證協定	02/28/1992	02/28/1992
5.巴拿馬共和國	中華民國與巴拿馬共和國投資待遇及保護協定	03/26/1992	07/14/1992
6.巴拉圭共和國	中華民國政府與巴拉圭共和國政府投資保證協定	04/06/1992	11/11/1992
7.尼加拉瓜共和國	中華民國政府與尼加拉瓜共和國政府投資保證協定	07/29/1992	01/08/1993
8.馬來西亞	中馬投資保證協定	02/18/1993	02/18/1993
9.越南	駐越南台北經濟文化辦事處和駐台北越南經濟文化辦事處投資促進和保護協定	04/21/1993	04/21/1993
10.阿根廷	台北經濟部與布宜諾斯艾利斯經濟暨公共工程與服務部關於投資促進及保護協定	11/30/1993	11/30/1993
11.奈及利亞聯邦共和國	中華民國政府與奈及利亞聯邦共和國政府間投資促進暨保護協定	04/07/1994	04/07/1994
12.馬拉威共和國	中華民國政府與馬拉威共和國政府投資保證協定	04/22/1995	05/14/1999

國家	協定名稱(中文)	簽訂日期	生效日期
13.宏都拉斯共和國	中華民國與宏都拉斯共和國投資待遇及保護協定	02/26/1996	10/20/1998
14.泰國	中泰投資促進及保障協定	04/30/1996	04/30/1996
15.薩爾瓦多共和國	中華民國與薩爾瓦多共和國相互促進及投資保障協定	08/30/1996	02/25/1997
16.塞內加爾共和國	中華民國政府與塞內加爾共和國政府間相互促進暨保障投資協定	10/24/1997	05/17/1999
17.史瓦濟蘭王國	中華民國政府與史瓦濟蘭王國政府投資促進暨保護協定	03/03/1998	09/03/1998
18.布吉納法索	中華民國政府與布吉納法索政府間相互促進暨保障投資協定	10/09/1998	11/20/2003
19.多明尼加共和國	中華民國與多明尼加共和國政府間投資促進暨保護協定	11/05/1998	04/25/2002
20.貝里斯	中華民國政府與貝里斯政府間相互投資促進暨保護協定	01/16/1999	
21.哥斯大黎加共和國	中華民國政府與哥斯大黎加共和國間促進暨相互保障投資協定	03/25/1999	10/18/2004
22.馬紹爾群島共和國	中華民國政府與馬紹爾群島共和國政府投資促進暨保護協定	05/01/1999	05/01/1999
23.馬其頓共和國	中華民國政府與馬其頓共和國政府投資促進暨相互保護協定	06/09/1999	06/09/1999
24.賴比瑞亞共和國	中華民國政府與賴比瑞亞共和國政府投資促進暨相互保護協定	06/17/1999	08/06/2000
25.瓜地馬拉共和國	中華民國政府與瓜地馬拉共和國政府投資促進及保護協定	11/12/1999	12/01/2001

國家	協定名稱(中文)	簽訂日期	生效日期
26.沙烏地阿拉伯	台北經濟部與利雅德財經部間促進暨保障投資備忘錄	10/31/2000	07/25/2001
27.印度	駐新德里台北經濟文化中心與駐台北印度－台北協會間投資促進及保護協定	10/17/2002	3/18/2005
28.聖文森	中華民國政府與聖文森國政府投資相互促進暨保護協定	12/17/2009	2/1/2010
29.甘比亞	中華民國與甘比亞共和國投資促進及相互保護協定	6/8/2010	9/30/2010
30.日本	亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議	9/22/2011	1/20/2012
31.中國大陸	海峽兩岸投資保障和促進協議	8/9/2012	

資料來源：經濟部投資業務處

## 五、重要條款概述

一般而言，雙邊投資協定中各環節均具備一定的重要性。然而，從專家學者對雙邊投資協定的研究以及雙邊投資協定仲裁案例的發展可知，部分特定條款例如「定義」、「適用範圍」、「投資待遇」、「徵收補償」、「不符合措施」、「爭端解決條款」（包含締約國間之爭端以及投資人與一方締約國之爭端）等核心條款，明確揭示雙邊投資協定的涵蓋範圍及重要基本原則，對於投資者的保障完善與否具備高度重要性，亦為仲裁案件中最常引發爭議之條款。這些重要條款的規範是否周延，對於進一步促進締約國雙方經貿投資實質關係，具積極正面之意義。

此外，部分條款例如「高階經理人條款」、「績效要求（Performance requirements）條款」及「租稅措施條款」等，雖非傳統雙邊投資協定所具備，惟近年來均已成為各國進行雙邊投資協定談判過程中之討論議題，甚或新近之雙邊投資協定已將這些條款納入，故其重要性亦不容忽視。我國目前與他國所簽訂之雙邊投資協定條款雖不一定包括類似規範，惟該等條款亦具備一定之重要性而有加以認識之必要。

以下各章將針對國際投資協定之重要條款，分為以下五小節進行介紹：

1. **條文例示**：檢附國際間重要雙邊投資協定（主要為US Model BIT）及我國近期所簽訂且具代表性之台日BIA條文文字<sup>7</sup>，以對條文文字及內容有初步的認識。
2. **規範目的**：明瞭該條款在雙邊投資協定中的定位與意涵。
3. **條文分析釋義**：以所例示之條文為例，就條文定義及內容分點闡釋。
4. **相關案例**：對於各重要條款輔以相關案例之介紹，以明瞭該條款在實務上產生之爭議，並藉由不同仲裁庭之認定得知國際上該條款之發展與解釋方向，作為將來與他國簽訂BIT/BIA或發生爭議時解釋之參考。
5. **比較法研究**：簡要分析國內法規或國際法與該條款之關連性。

---

7 台日BIA之正式簽約文字係英文，中文及日文則為雙方各自翻譯。本書所引述之台日BIA中文條文即為我國之官方翻譯文字。

# 2

## 投資之定義

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第2章 投資之定義

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 1: Definitions**

For purposes of this Treaty:

“**investment**” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.

Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;<sup>註1</sup>
- (d) futures, options, and other derivatives;
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) intellectual property rights;
- (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law<sup>註2</sup>，<sup>註3</sup> and
- (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.



註1: Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics.

註2: Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.

註3: The term "investment" does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action.

## 2. 台日 BIA :

### 第二條

為本協議之目的：

(1) 「投資」係指投資人直接或間接、所有或控制，並具投資特性之各類資產，包括：

(a) 事業及事業之分支機構；

- (b) 股份、股票或其他參與事業股權之方式，包括其衍生性權利；
- (c) 公司債券、金融債券、貸款及其他形式之債權，包括其衍生性權利；
- (d) 契約權利所生之權利，包括統包、工程、管理、製造或收益分享契約；
- (e) 金錢請求權，及任何具有財產價值之履約請求權；
- (f) 智慧財產權，包括著作權及其相關權利、專利權及與新型有關之權利、商標、工業設計、積體電路電路布局、新植物品種、營業名稱、來源或地理標示及未揭露資訊；
- (g) 依據法規或契約授予之權利，例如特許、發照、授權及許可等，包括自然資源之探勘權及開採權；及
- (h) 任何其他有形、無形、動產、不動產及相關財產權，例如租賃權、抵押權、留置權和質權。投資包括投資之孳息，包括利潤、利息、資本利得、股利、權利金及費用。惟投資財產之形式改變，不影響其具有投資之性質。

## 第2節 規範目的

1. 「投資」之定義是雙邊投資協定中的基本核心條文，其直接規範協定保障之投資範圍，或寬或窄端視締約雙方之締約目的而論。惟文字上需盡量明確，因為倘他日發生投資糾紛，所為之「投資」是否為投資協定定義下之投資而受保護，以及是否為適格之「投資人」均為仲裁庭是否受理之先決問題。地主國政府亦無可避免的會針對程序上是否符合「投資」及「投資人」等基本定義加以爭執，因此仲裁庭判斷是否有管轄權時，第一步要認定的即是該投資是否屬於該雙邊投資協定之範圍；若否，仲裁庭即可能以不符合程序規定為由駁回仲裁聲請，足見其重要性。
2. 我國與其他國家所簽訂之雙邊投資協定中，就各該協定保護之客體「投資」之界定，其範圍的廣狹將影響通篇協定是否適用及保障範圍，日後如

發生爭議時，亦僅有各該協定所定義的投資始受保護而得主張協定之相關救濟程序。「投資」之定義實為雙邊投資協定中的核心條文，自為探討雙邊投資協定首要釐清之關鍵。

### 第3節 條文分析釋義

#### (一) 規範方式

1. 「投資」定義之規範方式主要有四種：

- (1) 以資產為核心之例示性規範，亦即例示說明幾個投資的種類，例如US Model BIT與台日BIA；
- (2) 一般廣泛之定義，以涵蓋各種可能之新投資種類，例如美國及巴林1999年簽訂之BIT<sup>8</sup>；
- (3) 列舉式規範，亦即僅有該條所列之投資種類才是本投資協定認定之投資，例如加拿大2004年外人投資保障與促進協定範本（以下簡稱「2004年加拿大Model BIT」<sup>9</sup>）；
- (4) 設計排除條款，將特定行為明確排除於投資定義之外。

2. 從結構上看，US Model BIT是屬於以資產為核心之例示性規範，

---

8 <美國及巴林1999年簽訂之BIT>

"Investment" of a national or company means every kind of investment owned or controlled directly or indirectly by the national or company and includes, but it is not limited to, [...]"

9 <2004加拿大Model BIT>

Investment means: an enterprise; an equity security of an enterprise; a debt security of an enterprise; [...]

規定內容本文僅為原則性、抽象性論述，凡解釋上能符合該定義者，即屬於本協定之投資。為求明確，再以八種投資種類為例示說明，凡屬於該八種投資種類者，不需要額外解釋，即可認定為本協定之投資。若屬於該八種以外的投資種類，必須要透過解釋，符合本文之定義者，方能構成本協定認定之投資。

3. 參酌上述例示條款，台日BIA第2條第1項對於「投資」之定義，明文包含「投資人直接或間接、所有或控制，並具投資特性之各類資產」，其後再為態樣之例示，與US Model BIT第1條相近，均為以「資產」為核心所為之例示性規範，亦即例示說明數個投資的種類。此種定義近來已成為我國對外洽簽BIA之慣常方式，我國近年與甘比亞及聖文森所簽署之雙邊投資協定均是如此。至於我國與其他國家簽訂之雙邊投資協定的「投資」定義條文，並無另立條款特別排除特定種類非屬投資範疇，故應不屬第(4)類「設計排除條款」，至於其係屬第(1)類「以資產為核心之例示性規範」亦或第(3)類「列舉式條款」，則有推敲之必要。按我國簽訂之相關雙邊投資協定可概分為下述二類：

- (1) 明確為第一類例示性條款者：

大部分我國與其他國家簽訂的 BIT，均係以資產 (asset) 為核心之例示性條款，例如《駐新德里台北經濟文化中心與駐台北印度－台北協會間投資促進及保護協定》，其關於投資的定義為「依投資所在領域之法律所設定或取得之各類資產 (asset)，包括該種投資形式之變更，尤其包括但不限於 (in particular, though not exclusively, includes) : …」。

(2) 其為第二類列舉式條款亦或第一類例示性條款容有疑義者：

部分BIT在界定上存有模糊空間，舉例言之，《中華民國政府與巴拉圭共和國政府投資保證協定》對投資的定義為：「締約任何一方之投資人在締約他方領域內之投資，其種類如左：…」、《中華民國政府與尼加拉瓜共和國政府投資保證協定》則定義：「本協定所稱之『投資資金』，包括下列各種：…」，從條文文義並無法看出其係採納列舉亦或例示，亦未如同前揭條文明確以「資產」為界定之中心概念，如有其所定義種類以外之投資種類，是否得加以適用？未來產生爭議的機率即隨之提高，其在明確性上恐有不足，殊值留意。

4. 相較於US Model BIT 對投資之廣泛定義，某些雙邊投資協定的定義較為狹窄，將協定所涵蓋之投資限定於符合地主國內法規規定投資之要件者，方屬協定保障之投資範圍。例如摩洛哥與義大利1992年簽訂之BIT<sup>10</sup>。加入「*in accordance with the laws and regulations*」之文字，其主要目的在於宣示僅有符合內國法令之投資，方為雙邊投資保障協定所欲保障之投資。惟有論者主張刪除該段文字，以防止締約地主國以投資不符內國法投資之要件，主張該投資係非法投資，不受雙邊投資協定之保障，進而實質剝奪投資人就不符合投資協定之措

10 <摩洛哥與義大利1992年簽訂之BIT>

"[T]he term "investment" designates all categories of assets invested, after the coming into force of the present agreement, by a natural or legal person, including the Government of a Contracting Party, on the territory of the other Contracting Party, in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party."

施（包括法令）提起救濟的機會；亦有仲裁庭認為只要符合投資之定義即受保障，上述以符合內國法限縮投資定義範圍之文字，無礙投資人之請求（詳下「相關案例」章節說明）。

## （二）投資之種類

1. 通盤觀察我國與各國簽署的BIT，可概分成六類：

- (1) 與物權相關之權利：包括動產、不動產所有權，以及其他相關權利，例如抵押權、留置權、質權等擔保物權；
- (2) 公司之股份、股票、權利證書、債券、利潤和其他以任何形式對公司享有之權利；
- (3) 金錢或其他具有經濟價值之請求權；
- (4) 金錢、設備等具有經濟價值之履行權利；
- (5) 工業及智慧財產權，例如著作權、商標、商名（trade names）、工業設計（industrial designs）、營業秘密（trade secrets）、專門技術（know-how）、地理標示（geographical indication）、商譽（goodwill）等無體財產權；
- (6) 由法律或契約授與之執照、許可或特許權等，例如探勘、培植、提煉或開發天然資源之特許權。

2. 我國簽訂之BIT中有涵蓋上述第(1)類至第(6)類全部種類者，例如《中華民國政府與馬紹爾群島共和國政府投資促進暨保護協定》；有僅涵蓋數種類者，例如《台北投資業務處和新加坡經濟發展局投資促進

和保護協定》僅涵蓋上述第(1)、(4)、(5)類；亦有涵蓋其他種類者，例如《中華民國與巴拿馬共和國投資待遇及保護協定》將「轉投資之收益」及「融資貸款」列為投資種類。

3. 基於我國所簽訂的BIT多是以資產為核心的例示條款，未明文揭示者，如符合「資產」之定義，亦為各該協定所保障之投資，故各該協定的實際保障範圍可能差異不大。但對於非屬例示之投資，即須透過解釋才能確定是否為各該協定所欲保障之範圍，有引起爭議之可能，故如能將所欲保護的態樣詳細列出，將不需透過解釋即可認定為本協定所稱之投資，在解釋上可減少爭議。

### (三) 資產之定義

「投資」定義之核心概念—「資產」究何所指，將實質影響其所涵蓋之投資範疇。一般而言，凡具有投資性質的各種資產，均屬國際投資協定中所稱之投資，包括具有資本或其他種類資源之承諾、資本利得或利潤之期待、風險承擔等特質者。

以我國目前所簽訂的BIT觀察，其認定約略可分為「較寬鬆」、  
「較限縮」兩種。如為前者，通常未加任何條件限制而泛稱「各種資產」或「任何一種資產」，例如與馬來西亞、奈及利亞、馬拉威、史瓦濟蘭、貝里斯、馬紹爾、馬其頓、賴比瑞亞等國簽訂之雙邊投資協定對投資之定義，即為如此。如為後者，常以「依締約國法規」或「在締約國領域內」等要件，限縮可能資產之範圍，例如與《中印尼投資保證協定》即限定於「一國之投資者在另一國依後者之法規所從事投資之任何資產」。

#### （四）直接投資與間接投資

1. 國際投資協定針對「投資」是否限於直接投資，亦或包括投資人間接控制或擁有（間接對於資產具有實質控制力或所有權）等間接投資之情形亦有不同規範。
2. 我國早期簽署之BIA絕大多數均無明文規範，僅《中華民國與巴拿馬共和國投資待遇及保護協定》中，將投資界定為「所有經地主國核准直接或間接由締約他方國民所擁有或控制之投資，包括世襲財產、債務及服務或投資合約等…」，並接續規定「所有權或直接或間接之控制權，包括任何地點之子公司或附屬公司之所有權或控制權」。
3. 晚近之US Model BIT與台日BIA對於投資之定義則相當廣泛，投資人直接控制或所有，以及間接控制或所有均屬於本協定定義之投資。故不論投資結構的複雜程度，凡對於該資產具有控制力或所有權者，均為協定所保障之投資。

#### （五）所有或控制

1. 係指對該資產具有所有權或控制力。多數BIT 將兩者連用，甚少區分兩者之差異。「所有」通常較側重於量化或名義上擁有的概念，而「控制」較側重於質或實質上操控的概念，不要求持有多少比例。例如我國公司法第369-2條對控制從屬公司之認定，不以持有過半數之股權者為限，凡一公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者，為該他公司之控制公司。再參照台日BIA第25條註1之說明，一事業由一投資人「擁有」者，係指超過50%之股權由該投資人擁有；由一投資人「控制」者，係指該投資人有權提名多數董事，或可合法控制該事業。



2. 舉例而言，如某國法人A直接擁有我國銀行之股份，但A之背後投資人名單包括來自日本之人，若該來自日本之投資人係所有或控制本案直接投資人A者，即可能構成對於我國銀行之間接投資，符合台日BIA之定義，而有適用可能。於*SOABI v. Senegal*<sup>11</sup>一案當中，仲裁庭亦持相同見解，可資為證。

#### (六) 由法律授與之執照、許可或特許權

本款係指締約國依國內法授予他國投資人執照、批准、許可等相類似之權利，此等權利依本項規定，亦必須具有投資性質，方屬本協定保障之範圍。至於應如何判斷其是否具有投資之性質，依US Model BIT附註2，需視投資地主國國內法就該權利賦予權利所有權人之權利性質及權利範圍而定。倘該等權利依其國內法並未賦予權利人任何權利者，則該等批准、許可非本協定所稱之投資。

依上述定義，如外國銀行依我國法在台設立分行，取得相關營業項目之核可，並於營業執照載明之，則針對營業項目之核可即為本協定所稱之投資，受本協定保障，我國政府不得無故任意撤銷之。

為避免疑義，US Model BIT另於附註3說明，投資不包括司法或行政程序中所為之判決或裁定。例如，外國投資人因一工程契約於我國進行訴訟，法院判其敗訴，該判決本身非本協定所稱之投資。蓋此處之投資應為系爭工程契約，司法機關所為之判決僅為該工程契約衍生之程序，故非本協定所定義之投資。

---

11 *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* (ICSID Case No. ARB/82/1), paras.165 & 168

由上述說明可知，台日BIA之投資定義除包含財產權等私法權利外，亦將公法上權利納入投資範圍內，蓋此等公法上所為之許可、批准係投資人決定是否進行投資活動最根本及重要之基礎，故倘此等許可納入投資定義之範圍，對於投資保障有相當正面的幫助，因此台日BIA亦將其明文納入定義範圍之內。

惟並非所有雙邊投資協定均將此類公法上權利納入其中，例如2004年加拿大Model BIT第1條之投資定義，未納入上開公法上權利；英國與新加坡簽訂之雙邊投資協定，僅將營業特許（business concession，包括自然資源之特許權）納入投資定義，非如台日BIA全面性的將所有具投資性質之批准、許可均認為投資。

然而，傳統上認為行政上決定（例如行政處分）往往涉及高度公益性質，需保留高度彈性空間以因應公益上之需求，而可加以變更。倘協定將此行政上之核准、許可納入投資定義，將過度削弱行政機關之行政及裁量權限。故是否要將此等公法上權利納入投資定義範圍內，尚無定論。謹建議得依締約對象對此等公法權利之態度，以及過去實務上是否常有任意違背或撤銷此等許可之情形，再決定是否有必要擴大投資之認定範圍。

## （七）概括條款

為了避免例示條款未能涵蓋全部投資種類，或有新類型之財產權利，部分雙邊投資協定增列概括條款，使任何有形、無形、動產、不動產及相關之其他財產權（例如租賃、抵押權、質權、留置權），均納入投資協定之投資定義。由此可見，所有財產權利，不論係債權、物權

(所有權、擔保權利)、私法上權利及公法上權利，凡具有投資性質者，都可能為國際投資協定所稱之投資，而受雙邊投資協定之保障。

## (八) 除外條款

從上開US Model BIT關於「投資」定義之文義上來看，沒有明確的除外條款（亦即將特定類型之行為，明文排除於投資定義之外），而是透過投資定義之註釋，以說明的方式限縮投資定義範圍。

以下比較US Model BIT與其他有除外條款之BIT，分析其不同之處，並探求US Model BIT較適宜的解釋。

### 1. 有關債券、貸款等融資債權之請求

如前所述，US Model BIT就哪些債券、貸款等融資性質債權屬於該協定之投資，係採個案認定，未規定具體之限制要件（如授信期限、授信對象）。相較於此，部分BIT則明定以三年為判斷標準。又部分BIT就此三年最低限度另設例外規定，明文三年之最低期限不適用於該投資人對其關係企業提供之貸款（如希臘與墨西哥於2000年簽訂之BIT）。就貸款是否屬於投資，究竟應否或者如何限制其範圍，端視各協定之締約目的而論。

US Model BIT之投資定義採相當開放之態度，故採個案認定之方式（case-by-case）保留相當大的彈性，反映其對投資定義從寬認定之態度。

我國擬定BIT條文時，應視締約對象及締約目的而有不同之投資定義。對於資金輸入之國家，可以採取較寬鬆的態度，擴大對我國投

資人的保障；對於資金輸出之國家，可視具體情形，考慮是否加諸上述條文之限制。惟仍須注意條約義務之一致性，盡量採取相同標準之限制。

## 2. 因交易行為衍生之金錢請求權

有別於US Model BIT，美國與烏拉圭簽訂之雙邊投資協定<sup>12</sup>中特增加附註，明確指出基於貨品或服務所生之債金請求權，不屬於該協定之投資。雖然US Model BIT未有如此明文，但透過附註一的解釋，也可能獲得相同結論。

US Model BIT附註一係指以公司債權人的身分，作為投資公司之方式。惟，並非所有對公司以債權人身分提供融資者，均符合本協定定義下之投資，附註一即就何種債權具有投資性質者予以說明。

按附註一規定，債券、長期應收票據等較可能被認定為具有投資性質，而短期內到期且係因財物或服務交易所生之債權，則較不具投資性質。蓋就交易所生之債權，非因債權人考量公司經營情形而對公司所進行之資金投入，而係因為交易價金安排所衍生之債權，債權人主觀上並無投資之意圖，故此情形較不易被認定為投資。因此，US Model BIT投資之認定，應以債權發生之原因、債權期間長短等因素為整體之考量，並依具體個案判斷之。

惟若如美烏BIT明確規範，可避免解釋上疑義，建議於談判或擬定BIA 談判建議條文時，可參考美烏BIT之規範方式。

---

12 <美烏2005年簽訂之BIT 註二>

"For purpose of this Treaty, claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods and services are not investments."

## 第4節 相關案例

以下彙整近期國際仲裁庭就「投資」定義所曾作成之認定，作為未來條文解釋上之參考：

### 1. 投資特性之判斷

#### (1) *Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco*

Salini案之ICSID仲裁庭於該案明確指出，依一般通說，投資所應具備之條件包括資金之挹注、一定之執行期限，以及承擔運作之風險，而依據華盛頓公約(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States)之序言，尚可另增加一項要件——「對地主國之經濟發展有所貢獻」<sup>13</sup>。上述要件對Salini案之後的諸多ICSID案件造成了一定的影響力。許多ICSID案件均以：(1)資金之挹注、(2)一定之執行期限、(3)承擔運作之風險，以及(4)對地主國之經濟發展有所貢獻，作為認定投資之標準<sup>14</sup>。

#### (2) *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*<sup>15</sup>

ICSID仲裁庭認為，投資必須有確定的期間、穩定的收益、投資風險、實質投入以及對地主國發展存有重大貢獻<sup>16</sup>。本案中，26年是一個確定的期間；原告也有固定的收益；而將飯店進行整修以嘗試使飯店營

13 *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/19, 2008), paras. 50-52.

14 *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07 (Bangladesh-Italy BIT), Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, para. 99.

15 *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/19, 2008), rendered on July 3, 2008.

16 *Id.* at para. 77. "[A]n investment is a project that "must show a certain duration, a regularity of profit and return, an element of risk, a substantial commitment, and a significant contribution to the host state's development"

身5星級，存在一個可能無法成功的投資風險；將飯店晉升至5星級並維持在5星級的水準所需要耗費的金錢是屬實質的投入；而觀光業對埃及政府的重要性很明顯的可稱為對地主國發展的重大貢獻。

丹麥埃及BIT（以下簡稱「丹埃BIT」）第1條規定，任何有形、無形、可移動、不可移動、租賃、貸款、職權、擔保、公司、企業主體、股票、投資收益、智慧財產權、或是其他權利等資產，都屬於丹埃BIT中所稱的投資<sup>17</sup>。故本案中的管理合約屬於此廣泛定義下的投資，並無疑問。所以，仲裁庭在此駁回被告關於國際仲裁庭對本案無管轄權且不適用丹埃BIT規定的主張，強調仲裁庭對本案有管轄權且本案應適用丹埃BIT的規定。

### (3) *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia*<sup>18</sup>

ICSID 仲裁庭建議就「投資」之認定採「特定事實與整體評估」(fact-specific and holistic assessment) 為個案之認定。此外，本案仲裁庭更針對「Salini 標準」中「對地主國之經濟發展有所貢獻」一項提出批評，其認為要求須對地主國經濟有所貢獻之標準於解釋上不免過於嚴苛。因為如此一來，其他小型投資或對文化歷史等的貢獻即有可能被排除於投資定義之外。故其強調於判斷投資之定義時，應採取較有彈性且務實的方式來做判斷，顧及個案之所有情況，而非以「Salini 標準」為唯一依據。

## 2. 須為外國投資活動

---

17 *Id.* at para. 78.

18 *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10 (Malaysia-United Kingdom BIT), Decision on Jurisdiction, May 17 2007.

(1) *Canada Cattlemen for Fair Trade(CCFT) v. United States of America*<sup>19</sup>

本案仲裁庭認為，由北美自由貿易協定（North American Free Trade Agreement，以下簡稱「NAFTA」）第1139條定義與第1101條第(b)、(c)款文義，配合第1101條第(a)款觀之，NAFTA明確將第11章之適用範圍限縮於「系爭締約國境內之投資」。換言之，NAFTA第11章之保護對象係明顯地為外國投資之投資活動，或是參與此投資之投資者。

仲裁庭認為，透過NAFTA第1101條規定可知，NAFTA第11章僅適用於企圖在其他會員境內尋求、正在進行投資或已有投資之NAFTA會員投資者。若投資者不符合第1101條要件，不得主張享有NAFTA第11章第A部分提供之實質保護與B部分之損失補償規範。

(2) *Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States*<sup>20</sup>

仲裁庭首先指出，雖然NAFTA第1139條定義之投資，並未明文定義為「外國投資」，且NAFTA第11章名為「投資章」，而非「外國投資章」。但無可否認地，NAFTA第11章事實上與「外國投資」相關，且是在規範「外國投資人」與「他締約國之外國投資人之投資」。因此，深究第11章相關條文之規範原意，其是以「外國投資」而非以「本國投資」為適用對象。至於何種投資屬於「外國投資」，仲裁庭認為其顯著的特徵為，系爭投資人及其投資是受到他國所制定、適用之他國法律所規範，而非受其母國法令規範時，通常即屬「外國投資」。

---

19 *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, Award on Jurisdiction, UNCITRAL, Jan. 28, 2008.

20 *Bayview Irrigation District v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)05/01, Award, June 19, 2007.

### 3. 「該投資必須符合地主國法規」之解釋

#### *Salini Construtorri S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco*<sup>21</sup>

- (1) 摩洛哥政府提出程序抗辯，主張公路興建承攬契約非屬於摩洛哥與義大利雙邊投資協定定義之投資，因為該雙邊投資協定將投資定義為「... in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party」，故必須符合締約國法令所成立者，方符合投資之定義。且系爭契約所衍生之權利是否屬於該協定之投資，應依地主國之法律與規則認定。本案系爭權利既然不符合上開投資定義，自不得依該雙邊投資協定提起仲裁。
- (2) 仲裁庭不贊同摩洛哥對上開條約之解釋，認為該段文字係規範投資之合法性，並非對投資加以定義，其目的係在確保僅有合法投資才能受到保障。本案聲請人確實遵照摩洛哥法令進行投標並簽訂相關契約。且綜合其他要件之判斷，仲裁庭認為ADM公司（摩洛哥政府財政部持股近80%之道路工程公司）與該二家義籍公司簽訂之契約，符合摩洛哥與義大利雙邊投資協定（下稱「摩義BIT」）定義之投資。根據摩義BIT第1條對投資的定義，此一契約之簽訂可滿足(c)款（具備商業價值的契約利益）、(e)款（契約所提供的經濟價值）及(g)款（經由有關機關核准之契約），其為投資並無疑義。
- (3) 以條約解釋而言，惟有合法之權利行使方受法律之保障，非法投資即不受雙邊投資協定之保障，故無須特地增定該段文字。並且該段文字有被地主國濫用之虞，進而有損投資保障，建議將來於與他國協商擬定條約文字時，應盡量避免使用類似文字。

<sup>21</sup> *Salini Constructorri S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.



#### 4. 市場占有率非NAFTA定義之投資

##### *Methanex v. United States of America*<sup>22</sup>

- (1) 原告Methanex主張其喪失既有消費者、商譽以及市場佔有率。美國則抗辯原告主張之事由不符合NAFTA第1139條定義之投資，無須負補償之責。
- (2) 本案仲裁庭質疑聲請人原告使用之廣義認定方法，認為投資者之市佔率須採用限縮解釋方法，其僅是投資資產之一部分，雖然可能影響計算會員違反義務造成投資損害之範圍，但其與投資本身無關，原告以NAFTA第1110條提起之主張不成立。
- (3) 另參酌美國與韓國簽訂之FTA第11.28條關於投資之定義，其附註13明定，市場占有率、市場進入、期待利益、賺取利潤機會等事項，非該條定義之投資，呼應本案之仲裁見解，明文表示市場占有率不屬於協定保障之投資範圍。美韓FTA此一規範模式將來可作為我國與其他國家協商時，定義保障投資範圍之參考。

#### 5. 水權屬於NAFTA定義之投資

##### *Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican State*<sup>23</sup>

本案仲裁庭首先表示水權係符合NAFTA第1139條第(g)款定義之財產範圍。作為農業用途的水權，係為經濟利益或是其他商業目的之財產。

---

22 *Methanex Corporation v. United States of America*, ICSID Case, Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility, August 7, 2002.

23 *Bayview Irrigation District v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)05/01, Award, June 19, 2007.

其次認為，一個人所有一瓶礦泉水，與他人擁有一罐彩色顏料之情形應等同視之。一旦有人未經礦泉水所有人許可而取之，即是盜取他人之物。德州政府給予水權權利人有汲取Rio Bravo/Rio Grande河水之權利，讓權利人可就自墨西哥河上游流下之河水，以架設於Rio Bravo/Rio Grande河道輸送管作為灌溉之用，並非讓該權利人擁有Rio Bravo/Rio Grande，亦未移轉河水之所有權給權利人。況且，雖然系爭河流於墨西哥境內，由墨西哥擁有其主權，但不免除墨西哥政府對美國國民有輸送相當水量於Rio Bravo/Rio Grande河道之義務。

因此，仲裁庭認為原告的確未擁有墨西哥境內河流之所有權。既然原告未取得墨西哥境內河水之財產所有權，自然不得對墨西哥政府提起任何主張。原告之水權係由美國德州政府賦予，該權利僅能於德州境內行使之。再者，墨西哥憲法第27條規定，處於國家邊境河域之主權，應歸屬於該河域源頭之國家，此河域衍生之河流及支流，亦屬河域主權國之財產。

## 第5節 比較法研究

### （一）我國國內相關法規對投資之定義

#### 1. 公司法第13條

依據經濟部經商字 68 年 11 月 23 日第 40498 號函之解釋，於認定是否為條文中所稱「轉投資」時，應以「是否為他公司之股東」加以認定。故如依公司法之規定出發，若為公司之股東，即屬公司法下所定義之「投資」。

## 2. 外國人投資條例第4條及華僑回國投資條例第4條

以上二條例所稱之投資係指：

- (1) 持有中華民國公司之股份或出資額；
- (2) 在中華民國境內設立分公司、獨資或合夥事業；
- (3) 對前兩款所投資事業提供一年期以上貸款。

## 3. 外國投資申報處理要點第3點

該要點所稱外國投資，係指投資人依下列方式所為之投資：

- (1) 持有國外公司之股份或出資額，但不包括短期國外有價證券之購買；
- (2) 在國外設立分公司、獨資或合夥事業；
- (3) 對前兩款所投資事業提供一年期以上貸款。

## 4. 外國投資或技術合作協助及輔導辦法第2條

依該辦法第2條規定，該辦法所稱之外國投資，係指我國國民依下列方式所為之投資：

- (1) 持有國外公司之股份或出資額，但不包括短期國外有價證券之購買；
- (2) 在國外設立分公司、獨資或合夥事業。

該辦法所稱之國外技術合作，指我國國民或公司提供專門技術、專利權、商標權、著作權或其他智慧財產權與國外政府、法人或個人，約定不作為股本而取得一定報酬金之合作。

#### 5. 對香港澳門投資或技術合作審核處理辦法第4條

依該辦法第4條，該辦法所稱之投資如下：

- (1) 持有在香港或澳門設立之公司股份或出資額；
- (2) 在香港或澳門設立獨資、合夥事業或分公司；
- (3) 對前兩款所投資事業提供一年期以上之貸款。但不包括金融機構對事業之貸款。

該辦法所稱之技術合作，係指台灣地區人民、法人、團體或其他機構供給專門技術、專利權、商標權、著作權或其他智慧財產權與香港或澳門之人民、法人、團體或其他機構，約定不作為股本而取得一定報酬金之合作。

#### 6. 在中國大陸地區從事投資或技術合作許可辦法第4條、第5條

依該辦法第4條規定，該辦法所稱在中國大陸地區從事投資，係指台灣地區人民、法人、團體或其他機構在中國大陸地區有下列行為之一者：

- (1) 創設新公司或事業；
- (2) 對當地原有之公司或事業增資；
- (3) 取得當地現有公司或事業之股權。但不包括購買上市公司股票；
- (4) 設置或拓展分公司或事業。

台灣地區人民、法人、團體或其他機構直接或間接投資第三地區公司，並對該公司之經營具有支配影響力，而該公司有前項各款行為之一者，亦屬該辦法所稱在中國大陸地區從事投資。

證券投資信託事業於國內募集之證券投資信託基金，以及證券投資信託事業或證券投資顧問事業經營之全權委託投資資產，其投資中國大陸地區發行之有價證券，由目的事業主管機關另行規定，不受第一項第三款之限制。

該辦法第五條規定，該辦法所稱在中國大陸地區從事技術合作，係指臺灣地區人民、法人、團體或其他機構，提供專門技術、專利權、商標專用權或著作財產權與中國大陸地區人民、法人、團體或其他機構之合作。

#### 7. 創業投資事業範圍與輔導辦法第3條

創業投資事業之範圍，指實收資本額在新臺幣二億元以上，並專業經營下列業務之公司：

- (1) 對被投資事業直接提供資金。
- (2) 對被投資事業提供企業經營、管理及諮詢服務。

### (二) 分析

由上述條文可知，由於規範目的與規範對象之不同，我國國內法對投資有不同之定義，其中以公司法範圍最小，僅限於成為他公司股東之情形。於投資相關條例或辦法，大多包括三種類型：1. 持有公司股份或出資額；2. 獨資、合夥或公司設立，及3. 對前兩類所投資之事業提供一年期以上貸款。惟基於立法目的或政策不同，個別條文中又各有差異之處。於第1類（「持有公司股份或出資額」之類型），有排除短期國外有價證券之購買者，例如外國投資申報處理要點第3點、外國投資或技術合作協助及輔導辦法第2條等；如為第3類（「對前兩類所投資之事業

提供一年期以上貸款」之類型）有排除金融機構對事業貸款者，例如對香港澳門投資或技術合作審核處理辦法第4條。

如與US Model BIT加以比較對照，其異同可由下列幾點觀察：

1. 相較於US Model BIT之投資定義，我國國內法對於投資之定義，範圍顯然較為狹隘，僅包括了US Model BIT中第(a)、(b)、(c)、(e)及(f)款部分。
2. 有關貸款是否屬於投資，我國除限制需為一年以上之貸款外，還限於必須係對有股權投資或設立之事業所提供之投資方屬之。後者之限制係US Model BIT所無，前者關於期間之限制，相對於我國法係明確規定一年要件，US Model BIT第1條第(c)款附註一係採個案認定方式，時間僅為參考因素之一，且未明確規定最低期限。
3. 我國法於相關條文中所定義之技術合作，雖限為非股權性質之投資，惟其約定取得一定報酬金之合作，在US Model BIT則可能落入第(e)、(f)款，仍屬US Model BIT定義之投資範圍。由此可知，US Model BIT投資定義下的各款規定並非相互排斥，同一行為可能會符合本條文二個以上之條款，此於條文解釋上必須特別注意。
4. 依「創業投資事業範圍與輔導辦法」第3條規定，創業投資事業得對被投資事業直接提供資金以取得公司股份，或對被投資事業提供企業經營、管理及諮詢服務，以取得公司股份或其他利益，相當於US Model BIT中第(b)款（取得公司股份）及第(e)款（管理契約）之投資種類。

從上述比較可知，BIT/BIA投資定義之範圍，相較於我國國內法對於投資之定義廣泛許多。即便依據我國法非屬投資範圍內之種類，都可能涵蓋於BIT/BIA之投資定義，屬於該協定保障之範圍，值得特別注意。

# 3

## 投資人之定義

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第3章 投資人之定義

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 1: Definitions**

For purposes of this Treaty:

**"enterprise"** means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately or governmentally owned or controlled, including a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association, or similar organization; and a branch of an enterprise.

**"investor of a Party"** means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality.

**"national"** means:

- (a) for the United States, a natural person who is a national of the United States as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act; and
- (b) for [Country], [ ].



## 2. 台日 BIA :

### 第二條

為本協議之目的：

- (2) 「投資人」係指下列試圖、正在進行或已於他方領域內投資之一方自然人或事業：
- (a) 財團法人交流協會方面，係指：
- (i) 擁有日本國籍之自然人，及
- (ii) 依日本法規所設立或組成之法人或其他任何實體，不論其是否以營利為目的，或是否為私人所有，並包括任何公司、信託、合夥、獨資、合資、社團、組織或群體。
- (b) 亞東關係協會方面，係指：
- (i) 具臺灣公民身分之自然人；及
- (ii) 依臺灣法規所設立或組成之法人或其他任何實體，不論其是否以營利為目的，或為私人所有，並包括任何公司、信託、合夥、獨資、合資、社團、組織或群體。

## 第2節 規範目的

BIT之目的在於保障「投資人」及「投資」，則其基本條款對於主體之定義，關乎保障範圍之廣狹，具備相當的重要性。如於BIT中予以明確定義，將可減少日後可能發生的潛在投資爭議。我國與各國簽訂之雙邊投資協定中，常將定義與保障範圍訂於前2條，並均對協定範圍、效期等有所規範。

### 第3節 條文分析釋義

#### (一) 釋義

1. 本條係定義何謂「締約國一方之投資人」，包括試圖、正在或者已經於締約國他方境內進行投資之締約國一方、其國有企業、國民或企業。
2. 台日BIA關於投資人之定義，以自然人而言，是指擁有日本國籍或台灣公民身分者，應注意的是，本條並未明文雙重國籍問題之處理；以自然人以外之人而言，則是指依台灣或日本法規所設立或組成之法人或其他任何實體，且不論其是否以營利為目的，亦不論其是否為私人所有。
3. US Model BIT第1條關於投資人之定義，以自然人而言與台日BIA相同，並明文雙重國籍者均應適用本項規定，並以主要、有效國籍原則為國籍判斷之標準，且除了雙重國籍議題之處理外，與台日BIA同之；以自然人以外之人而言，除了明文列舉台日BIA所未明文的「分公司」之外，餘者均相同。

#### (二) 自然人之定義

各個國家所簽訂之雙邊投資協定條款，關於投資人之界定，多是以「national」（國民）用語定義之<sup>24</sup>，US Model BIT亦是以國民(national)概念定義之，而是否為一國之國民，應依其各自之國籍法認定。因此US Model BIT之國民係指美國移民及國籍法第三篇下所定義之國民。

24 如1991 *Austria-Korea BIT*, 1995 *Greece-Korea BIT*, 2000 *Mexico-Korea BIT*, 2002 *Japan-Korea BIT*, 2003 *Netherlands-Korea BIT*等。

我國與邦交國洽簽時通常亦使用國籍定義之，例如台聖BIA與台甘BIA；然在與非邦交國洽簽時，則常有是否改用公民或其他用語之議。參考我國投保協定用語，可簡要歸納我國過去所簽訂投保協定用語如下：

**(1) 「national」、「nationality」**

我國與他國簽訂之投保協定，絕大多數均是以「national」（國民）或「natural persons having the nationality of...（擁有國籍之自然人）」定義之。

**(2) 「resident」、「permanent resident」**

我國過去簽訂的投保協定中，有4個協定使用「resident」（居民）或「permanent resident」（永久居民）之用語（參下【表三】），其中較為特殊者是中馬投資保證協定，其同時使用了「permanent resident」與「citizen」。「resident」一般概念上係指於該地居住之人，與「居留」或「定居」等概念相近。依我國現行法令<sup>25</sup>，如使用此用語，非我國國民但於我國居留、定居者，亦可能援引投保協定相關條款，其潛在涵蓋範圍過廣且寬鬆，與投保協定係保障締約國人民權益之概念有所出入，為避免未來協定適用上之疑義，建議不宜採類似用語。

---

25 例如依大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法、香港澳門居民進入臺灣地區及居留定居許可辦法、臺灣地區無戶籍國民申請入國居留定居許可辦法等規定，非我國國民之其他國家或地區人民如符合一定條件，可申請來台居留或定居。

【表三】我國過去簽訂之投保協定使用「resident」（居民）或「permanent resident」（永久居民）用語者

國家	協定名稱(中文)	生效日期	條文內容
新加坡	台北投資業務處和新加坡經濟發展局投資促進和保護協定	04/09/1990	"resident" means in respect of any relevant place, a person who is a <b>resident</b> of that relevant place.
馬來西亞	中馬投資保證協定	02/18/1993	"investor" means : any natural person who is a citizen or permanent resident of the relevant places
越南	駐越南台北經濟文化辦事處和駐台北越南經濟文化辦事處投資促進和保護協定	04/21/1993	<b>"resident": any natural person possessing the permanent residing in the relevant places in accordance with its laws</b>
印度	駐新德里台北經濟文化中心與駐台北印度－台北協會間投資促進及保護協定	3/18/2005	"investor" means any natural person, who is born in and /or is a <b>permanent resident</b> of a territory <b>and carrying a passport or any other identification card/ certificate of such nature</b> issued by the competent authorities of that territory,

資料來源：本研究團隊整理

### (3) 「citizen」、「citizenship」

我國過去簽訂之投保協定中，共有 5 個協定使用「citizen」或「citizenship」之用語（參下【表四】）。值得注意的是，部份 BIT 如聖文森與日本，同時混用了「national」或「nationality」，但使用「citizen」或「citizenship」毋寧為較特殊之情況，因此仍將其歸於此處。

【表四】我國過去簽訂之投保協定使用「citizen」或「citizenship」用語者

國家	協定名稱(中文)	生效日期	條文內容
印尼	中印尼投資保證協定	12/19/1990	"Individuals" means physical persons who according to the law of each country are considered as <b>citizens</b> of each country.
馬來西亞	中馬投資保證協定	02/18/1993	"investor" means : any natural person who is a citizen or permanent resident of the relevant places
泰國	中泰投資促進及保障協定	04/30/1996	Any physical person who is considered as <b>citizen</b> according to the laws and regulations in either relevant place.
聖文森	中華民國政府與聖文森國政府投資相互促進暨保護協定	2/1/2010	Any natural person possessing the <b>citizenship</b> of Saint Vincent and the Grenadines in accordance with its...
日本	亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議	1/20/2012	The term "investor" means the following natural person and enterprise that seeks to make, is making, or has made investments in the Area of the other Side....(b) with respect to the Association of East Asian Relations: (i)a natural person having the <b>citizenship</b> of Taiwan;...

資料來源：本研究團隊整理

1. 我國在與非邦交國進行相關協議談判過程中，不少國家欲以「citizen」取代我方用語「a natural person having the nationality of...」。例如台日 BIA 即迴避使用國籍 (nationality)，而使用概念上可能涵蓋範圍

較小之「公民」(citizen)。關於「citizen」及「national」，一般於投保協定中不會就此兩者另為定義，故應參照各國法制認定之。

2. 以我國法制而言，「national」係指我國之國民，一般而言係為該國簽訂投保協定受保障之對象；「citizen」則為「公民」，係指年滿二十歲，未受監護宣告之中華民國國民<sup>26</sup>，兩者意義上相近，但「公民」之概念較「國民」嚴格。而於其他國家，兩者概念上亦略有差異，一般而言，認定上公民之概念均較國民為嚴格。
3. 雖公民之概念較國民為嚴格而可能涵蓋之投資人範圍較小，但由實務運作面觀之，實際上進行投資、適用雙邊投保協定之投資人，通常亦屬該國公民。且如前所述，我國過去簽訂之投保協定中，有5個協定亦使用「citizen」或「citizenship」界定投資人，包括近期與聖文森及日本簽訂之投保協定，可知使用「citizen」概念界定投資人仍為實務上所常用。惟因「citizen」一詞與「nationality」概念上仍有差異，且各國對於「citizen」之定義不盡相同，因此如欲採用「citizen」之用語，雙方可先就其國內相關法令對「citizen」之定義為何交換意見，並將之納入斟酌考量之因素。
4. 從法律觀點觀之，關於國際協定中各種不同文字及用語適宜與否之判斷，其重點係在於釐清該用語於協定下之定義為何，及該定義是否明確。蓋即使使用相同用語，於不同協定中，可能因定義範圍之不同，

---

26 參照憲法第130條規定：「中華民國國民年滿二十歲者，有依法選舉之權，除本憲法及法律別有規定者外，年滿二十三歲者，有依法被選舉之權」、公民投票法第7條規定：「中華民國國民，年滿二十歲，除受監護宣告尚未撤銷者外，有公民投票權。」

而有意義或明確性上的差異。故於判斷用語之妥適性時，尚應綜合其定義及相關約定觀之，以確立其對於定義、範圍或法律效果所生之影響。

### (三) 雙重國籍問題

1. 所謂雙重國籍是指同時具有兩個國家以上國籍之自然人。US Model BIT並未就國家為進一步限縮，故未必是同時具有締約國雙方國籍之自然人才有適用，凡所有具雙重國籍之人，均應適用本項規定，並以主要、有效國籍原則為國籍判斷之標準。而台日BIA中則是對此議題隻字未提，US Model BIT中對於事實上有雙重國籍者，如依其規定適用主要有效國籍原則之結果，視為某國之國民，即不得主張其為另一國之國民。概念上係指即視為一國之國民，而不得再主張另一國之國籍。然而US Model BIT並未就何謂「主要、有效國籍」為進一步解釋。
2. 美伊索償法庭（Iran-U.S. Claims Tribunal）曾於第A-18案件中解釋此一原則，法院指出，於考量當事人之主要有效國籍時，應考量所有因素，包括該當事人之住所、利益之核心、家庭連繫、公共生活之參與以及其他連繫之證據。
3. 相較於US Model BIT以主要有效國籍原則，作為雙重國籍之國籍認定標準，有些雙邊投資協定規定，倘一自然人同時擁有締約國雙方之國籍，於雙方締約國均視為該國之國民時，即不得主張本協定之權利。其用意在於排除本協定之適用，如加拿大與黎巴嫩於1997年簽訂之雙邊投資協定以及加拿大投資協定範本，均屬此類。

#### (四) 自然人以外之人：企業 (enterprise)

1. 按協定所指自然人以外之投資人，大部分均以「legal entity (person)」或「juridical person」稱之。該名詞之文義於我國法下雖係指具有法人人格者，惟其下所例示之類型，部分在我國法上並不具獨立法人格，例如合夥、組織、商號、行號、協會等是。至於我國與各國簽訂之協定中，除公司外，經常揭示為投資保障之主體者例如：合夥、符合要件之外國公司、商號、社團、商會、行號、協會、事業團體與分公司等等。應否將此些公司以外之團體納入協定保障，宜綜合考量締約國之慣常交易型態及習慣，如一國之非法人團體亦時常從事投資或交易行為時，則應考慮盡量涵蓋之，以將該國人民可能從事之投資納入保護。
2. US Model BIT與台日BIA則以「企業」一詞為之，而對於企業同樣做出定義，並舉例說明可能之企業型態，包括：

##### (1) 「corporation」 (公司)

在不同法律體系下之定義不盡相同。舉例而言，某些國家法律定義下之公司未必需以營利為要件，倘公司成立依據之法律，規定公司不以營利性質為限，則其仍為合法設立的公司。故本條定義之公司，可能較我國法之公司範圍為廣。

##### (2) 「trust」 (信託)

在某些國家，信託本身具有獨立之法人格，但在我國法下，信託本身不具有獨立之法人格，而係由受託人管理並為信託財產之所有權人。



**(3) 「partnership」（合夥）**

依我國法規定，該組織本身無獨立之法人格，無權利能力，合夥之財產為合夥人全體共同共有。雖其無權利能力，倘其設有代表人或管理人者，則視為具有當事人能力，得為民事訴訟及行政訴訟之原被告。

**(4) 「sole proprietorship」（獨資）**

獨資商號在我國法下無獨立之法人格，與該獨資者視為同一。該獨資商號所為之法律行為，法律效果歸於該獨資者，故該獨資商號所為投資之效力，需以該獨資者為判斷標準。

**(5) 「joint venture」（合資事業）**

合資事業若以公司型態成立，其權利能力與行為能力與一般公司無異。

**(6) 「association」（社團）**

我國法將社團分為社團法人與財團法人，依法成立之社團法人及財團法人均有獨立之法人格，在法令限制內，有享受權利、負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務不在此限。

**(7) 「similar organization」（類似組織）**

US Model BIT對企業為如上定義，舉例說明有哪些組織是屬於該定義涵蓋之範圍。「類似組織」係指與上述例示之公司、信託、合夥、獨資、社團具有類似性質之組織。與台日BIA對照而言，即是其條文末段所謂之組織或群體，二者規範之實質意義相同。

### (8) 「branch of an enterprise」(分公司)

分公司為受本公司管轄之分支機構，並無獨立財產及獨立法人格。為謀訴訟上便利，我國現行判例從寬認定分公司就其業務範圍內事項涉訟時，具有當事人能力。

## (五) 企業國籍之認定

1. 就企業是否屬於締約國一方之企業發生疑慮時，首先必須判斷該企業之國籍。企業之國籍認定，各國立法例不同，向來有三種見解：(1)設立準據法主義、(2)住所地主義以及(3)控制主義。三種認定方式，均有其背景以及優缺點，分述如下。

### (1) 設立準據法主義 (place of incorporation)

係以該企業所據以設立之法律定其國籍。該方式之優點為簡明清楚，僅需找出其設立之準據法即可判斷。惟其缺點在於，非締約國之第三國國民為享本協定之利益，即得依締約國一方之法律設立企業，於締約國他方進行投資，惟該企業與其所由設立之締約國一方全無關聯。為避免上述迂迴受益的情形，以準據法為判斷標準者，往往會以「拒絕授與利益 (denial of benefits)」條款作為配套措施，排除第三國之投資人實質控制，且於其所由設立之締約國一方無實質之營業活動者適用相關協定保障。US Model BIT與台日BIA即為適例。

### (2) 法人真實所在地主義 (location of the company's seat/real seat or principal place of business)

此說係採實質認定原則，以該企業住所地為企業之國籍認

定標準。至於企業住所又可分為主事務所所在地及業務中心所在地兩種立法例。惟其缺點在於主事務所所在地亦有登載不實之可能，而業務中心則有認定困難的問題。

### (3) 控制主義 (ownership or control)

此說係以實質控制或擁有該企業之自然人國籍作為企業之國籍認定標準。惟實際上認定非常困難，尤其在大公司股權相當分散的情形下，更增加認定之困難。

2. 除如US Model BIT採設立準據法說，並以拒絕授與利益條款作為配套措施外，有許多BIT係結合設立準據法、住所地或控制原則之方式認定國籍，用以適當限制BIT之適用範圍。例如法國與烏干達於2002年簽訂之BIT，以及智利與土耳其於1998年簽訂之BIT，均係結合設立準據法與住所地兩要件作為國籍之認定標準。
3. 事實上拒絕授與利益條款，亦係將實質業務活動與實質控制力納入考量，作為是否拒絕授與協定保障利益之判斷要件。故就其適當限制雙邊投資協定適用範圍效果言，與法人國籍認定採準據法、住所地或控制說混合說，差異不大。

## (六) 企業之營利性

台日 BIA 明示投資人不論其是否以營利為目的，US Model BIT 亦明文「whether or not for profit」。由此可知，不論該組織是否為營利性質，凡係依法成立者，均為本協定所稱之企業。故不限於以公司型態或營利組織所為之投資方受本協定保障，非營利性質財團法人所為之投資亦在本協定保障範圍之內。

### (七) 企業之私有性

台日BIA明示投資人不論係私人或政府所有或控制之企業，US Model BIT亦明文「whether privately or governmentally owned or controlled」，表明無論係私人或政府所有或控制之企業，均屬於本協定所稱的企業。

## 第4節 相關案例

有關雙重國籍之議題，1955年之*Liechtenstein v. Guatemala* (Nottebohm case)案<sup>27</sup>中，對於同時取得列支敦斯登與瓜地馬拉兩國國籍之Nottebohm，如何於本案認定為屬於何國國民之爭議，國際法院參考既有的國際實踐，亦即在某人擁有雙重國籍的情況，行使外交保護方面發生爭議時，以有效國籍優先。因為國籍伴隨著個人之社會事實，以及以生存、利益和感情的實際聯繫、存在著的相互權利和義務為基礎的法律關係。取得國籍的人與授予國籍國之民衆間關係，在事實上應比和他國人民的關係更為密切，國籍則為此一事實法律上的表現。只有建立這種密切關係，授予國籍國才有權行使外交保護。因此，不論是直接經由法律或是主權行使的結果，被授與國籍之人與授與國籍國家的人民，比起其與任何其他國家的人民，事實上有更密切的連結。

本案法院經審視Nottebohm歸化列支敦斯登的事實，認為觀察他一貫的行為、他的企業、他的利益、他的活動、他的家庭或他對未來的想法，其與列支敦斯登的關係並未比其他國家的關係密切，和列支敦斯登的實際聯繫是極為薄弱的。因此，否認列支敦斯登有權為Nottebohm行使外交保護。由此

27 Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I. C. J. Reports 1955, p. 4.

案例可知，國際法上對於雙重國籍之情形，以當事人之住所、利益之核心、家庭連繫、公共生活之參與以及其他連繫等證據，判斷當事人與某國家間是否符合「主要、有效」原則，藉此確定當事人之國籍。上開案例之說明得為解釋US Model BIT「主要、有效國籍」認定上之參考。

## 第5節 比較法研究

### 1. 自然人之國籍

我國之國民定義於國籍法第2條。該條規定：「有下列各款情形之一者，屬中華民國國籍：一、出生時父或母為中華民國國民。二、出生於父或母死亡後，其父或母死亡時為中華民國國民。三、出生於中華民國領域內，父母均無可考，或均無國籍者。四、歸化者。前項第一款及第二款之規定，於本法修正公布時之未成年人，亦適用之」。

### 2. 法人之國籍

我國公司法第4條規定，「本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司」。外國人投資條例第3條第2項亦規定：「外國法人依其所據以成立之法律，定其國籍」。兩者均採準據法說。

為求法規之一致性，在簽訂雙邊投資協定時，可採法人國籍準據法說，配合「利益之拒絕」條款以適當限制雙邊投資協定之適用範圍。



# 4

## 適用範圍

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第4章 適用範圍

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 2: Scope and coverage**

1. This Treaty applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:
  - (a) investors of the other Party;
  - (b) covered investments; and
  - (c) with respect to Article 8 [Performance Requirement], 12 [Investment and Environment], and 13 [Investment and Labor], all investments in the territory of the Party.
2. A Party's obligations under Section A shall apply:
  - (a) to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party 註8; and
  - (b) to the political subdivisions of that Party.
3. For greater certainty, this Treaty does not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Treaty.'

---

註8 : For greater certainty, government authority that has been delegated includes a legislative grant, and a government order, directive or other action transferring to the state enterprise or other person, or authorizing the exercise by the state enterprise or other person of, governmental authority.



## 2. 台日 BIA：

### 第二十六條

2. 在本協議生效前，任一方之投資人在他方領域內依該方法規所為之投資，亦適用本協議。
3. 本協議生效前發生之爭端或已確定之爭端，不在本協議涵蓋範圍內。

## 第2節 規範目的

本條主要之規範目的在於明確界定雙邊投資協定所規範之客體、時之效力以及地域之效力。因為雙邊投資協定之目的在於保障投資，所以，究竟要保障哪個地域範圍的何種投資行為、哪些地主國所採取之行為措施應該在受規範的範圍內，乃至於在什麼時間點所作之行為才須受到規範等問題，都將成為負擔投資保障義務之締約國不可不知的事項。更重要的是，在日後發生投資糾紛時，本條內容都將成為爭端解決的重要依據。

因此，國際間簽定此條款時，大部分是在「定義條款」中加以定義，並通常會將「投資」、「投資人」和「領土」等定義內容，一併加以定義。

## 第3節 條文分析釋義

### (一) 關於「措施」之定義

US Model BIT第2條定義：

1. 措施施加之客體：有雙邊投資協定適用之措施，為與「他方投資人」及「投資」相關之措施；

2. 採行或維持措施之主體：包含締約國之中央政府、國營事業、地方政府或主管機關採取或施行之措施，以及締約國中央政府、地方政府或主管機關「授權非政府機關」者所為之行為，將締約國行使公權力與委託私人行使公權力之情形，納入協定之適用範圍。
3. 另應一併注意者，係2012年新修正之US Model BIT，就前述之「授權」意涵，新增註腳<sup>8</sup>加以說明。依其規定，「授權」之態樣包括以立法授權、政府命令、行政指導或其它移轉或授與公權力予國營事業或相關人士等方式之政府授權。換言之，透過前述方式獲得政府授權之國營事業或相關人士，亦須受到Section A 下之條約規定拘束。

我國過去所簽訂之雙邊投資協定，以及近期所簽訂之台日BIA，則未就適用本協定之「措施」的特性，以及「哪些機關」所為之措施為雙邊投資協定涵蓋加以定義。

## (二) 關於「時之效力」

1. 另一個重要的定義條款，為「時之效力」之界定。訂定US Model BIT第2條第3項及台日BIA第26條第2項、第3項之主要目的，在確認本協定對締約國產生拘束力之時點，亦明確界定在特定時段內地主國對投資人之措施，必須受本協定之規範。
2. US Model BIT第2條第3項規定，本協定不適用於本協定生效前之行為，亦不適用於協定生效日前已停止之「情況」；但未說明協定生效前之爭端是否為協定所涵蓋。
3. US Model BIT的規範方式與國際間較普遍採用之版本有所不同。以韓

國與奈及利亞於1998年簽訂之BIT為例，係規定「本協定」適用於本協定生效前及生效後之所有投資，但不適用於任何於本協定生效前已解決之投資爭端」（"*This agreement shall apply to all investments, prior to as well as after its entry into force, but shall not apply to any dispute concerning investments which was settled before its entry into force*"），採正面界定方式，且適用範圍較US Model BIT之界定為廣，包含「協定生效前已於地主國存在之投資所採取之措施」，並且明文將「與本協定生效前之相關投資的爭議」列入適用範圍（僅排除於協定生效前已解決之爭議）。換言之，相較於國際間的普遍版本，US Model BIT涵蓋之範圍較窄。

4. 台日BIA第26條第2項、第3項則規定，在台日BIA生效前，任一方之投資人在他方領域內依該方法規所為之投資均有本協議之適用，惟於生效前「發生」或「已確定」之爭端，則非為本協議所涵蓋，其涵蓋範圍介於US Model BIT與國際間常見的規範方式之間
5. 我國BIT關於「時之效力」之規範方式

各該協定是否得適用於協定生效前之投資，抑或僅適用於協定生效後所進行之投資，關乎本協定關於時之效力。由我國簽訂之雙邊投資協定觀之，可分為以下幾類：

(1) 僅適用於生效後之投資：

約定「本協定僅適用於其生效後之一切投資」，排除生效前投資之適用（例如與印尼簽訂之投資協定），亦有進一步規定「本協定不適用在其生效前所發生之糾紛」者（例如與布吉納法索、塞內加爾簽訂之投資協定），以進一步限縮其適用範圍。

- (2) 適用於生效前後所生之投資，惟不適用於生效以前已發生或已確定之爭端：

此種規範方式係以但書排除生效前已發生爭議之情形，以減少協定關於爭端解決章節規定之適用。採用此類規範方式者亦極為普遍，例如我國與史瓦濟蘭、貝里斯、馬紹爾、馬其頓、賴比瑞亞、瓜地馬拉、印度、日本等國簽訂之投資協定。

- (3) 適用於生效前後所生之投資，惟不適用於生效以前已定案之任何爭議：

例如我國與阿根廷簽訂之投資協定。

- (4) 適用於生效前後所生之投資，且未為任何但書限制：

此類規範方式得適用之投資範圍最為廣泛，例如我國與新加坡、馬來西亞、越南、奈及利亞、泰國、薩爾瓦多、多明尼加、沙烏地阿拉伯、甘比亞、聖文森等國簽訂之投資協定。

- (5) 未就時之效力予以明定：

例如我國早期與菲律賓、巴拉圭、巴拿馬、馬拉威等國簽訂之投資協定，在解釋上極易滋生爭議。

綜合上述，我國近期與各國簽訂之雙邊投資協定，多是採用第(2)種規範模式，適用於生效前後之投資，但排除生效前已發生之爭端，即以協定生效時爭端是否已發生決定是否有雙邊投資協定之適用，如生效時爭端已發生，則非雙邊投資協定之保障範圍。

## 第4節 相關案例

### (一) 國營事業之認定

#### *Salini Construtorri S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco*<sup>28</sup>

本案仲裁庭在判斷地主國之國內公司是否受到國家控制與參與，從結構面（Structural）與功能面（Functional）兩方面切入。透過結構面衡量系爭公司依何法令設立、註冊與政府在其中的持股比例，以及對董事會的控制程度，並經由功能面檢視該公司是否在功能上有行使國家所賦予之任務等事實，以認定某公司是否屬於地主國之國營事業（State Company）。

從結構面而言，ADM之結構雖係私人有限公司，但卻由摩洛哥的財政部持股近80%，且其中的董事會成員包括了基礎建設部部長（為此公司的董事長）、總秘書長、公路部部長等政府官員均在其內，可完全決定該公司的政策。而依功能面而言，從ADM章程可看出，該公司係為辦理由摩洛哥政府授權之相關高速公路建設工作。故整體而言，ADM乃係摩洛哥的國營事業，代表摩洛哥政府從事各項法律行為（acting in the name of the Kingdom of Morocco）。

### (二) 未明定雙邊投資協定生效前所生爭議得否適用投資協定時，可否溯及適用？

---

28 *Salini Constructorri S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.

### 1. *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand*<sup>29</sup>

- (1) 原告主張，2002年德泰BIT第10條係規範「地主國與他方締約國投資人之爭端」<sup>30</sup>。常設國際法庭（Permanent Court of International Justice, PCIJ）在1924年8月30日*Mavrommatis Palestine Concessions*一案（以下簡稱「*Mavrommatis*案」<sup>31</sup>）中認為，除非於條約內管轄權條款明確載明限制或保留，否則管轄權條款中並無時之限制<sup>32</sup>而可溯及適用條約生效前之爭議。原告主張於*Mavrommatis*案後，許多國家在訂定BIT之管轄權條款時，均將時之限制或保留明文納入條文中以資明確<sup>33</sup>，而被告並未在管轄權條款中提出任何保留或限制，故仲裁庭應取得時之管轄權。
- (2) 仲裁庭綜合考量上開雙方就時之管轄權之主張，最後認定2002年德泰BIT第10條並未讓仲裁庭取得時之管轄權而得考量在該條約生效日前既存之爭議。雖然德泰2002年協定第8條規定該條約可適用於2002年協定生效前所為之「投資」，惟並無法據以認定

29 *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand*, ICSID Arbitration Case No. ARB/05/8, Award rendered on July 1, 2009.

30 Article 10 (Settlement of Disputes between a Contracting Party and an Investor)

"(1) Disputes concerning investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party should as far as possible be settled amicably between the parties in dispute..."

31 *Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. United Kingdom)*, PCIJ, Judgment of 30 August 1924, Series A, No. 2.

32 *Id.* at para. 9.10.

33 *Id.* at para. 9.12.

投資者得就在生效日前已產生爭議之事件溯及既往地請求損害賠償，故原告不得就協定生效日前所發生的事件請求損害賠償<sup>34</sup>。原告所提出之 *Mavrommatis* 案雖認為如條約內管轄權條款未明確載明限制或保留，表示管轄權條款並未限制不得溯及。惟依本案仲裁庭之見解，明確訂入不得溯及條款之國家僅係考量較為周到且謹慎，且該案件距今年代較為久遠，有其歷史背景因素，但不可反面推論未定有不溯及條款者均得溯及<sup>35</sup>。

## 2. *Mondev International Ltd v. United States* <sup>36</sup>

該案仲裁庭亦認為國家僅在協定生效後，始可能違反協定之義務，並援引維也納條約及聯合國國際法委員會國家責任草約之條文規定為其論述之依據<sup>37</sup>。此外，*Mondev* 案仲裁庭認為，協定生效前之事件或行為，確實可能對於判斷國家是否違反其義務有所幫助，惟這些行為必須能指向一個協定生效後所生之違反義務行為<sup>38</sup>。

3. 參酌上開仲裁庭見解，如於雙邊投資協定中未明文規定「時之效力」條款，或雖有規定但未明確約定雙邊投資協定生效前所生之爭議有無適用時（我國符合此一類型甚多，如我國與新加坡、馬來西亞、越南、奈及利亞、泰國、薩爾瓦多、多明尼加、沙烏地阿拉伯、甘比亞、聖文森等國簽訂之投資協定），解釋上應不得溯及適用生效前已發生之爭端，應予注意。而為了避免爭議，建議將來與其他國家議定

---

34 *Id.* at paras. 9.68-9.69.

35 *Id.* at para. 9.70.

36 *Mondev International v. United States*, ICSID Case ARB(AF) 99/2, Award rendered on 11 October, 2002

37 *Id.* at para. 68.

38 *Id.* at para. 70.

雙邊投資協定時，應參酌台日BIA第26條第3項之規範方式，明文界定本協議生效前發生之爭端或已確定之爭端，是否為投資協定所涵蓋，以資明確。

### (三) 協定生效前之相關事實得否納入判斷？

#### 1. *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand*<sup>39</sup>

(1) 仲裁庭主要認定之依據為 *Société Générale v The Dominican Republic* 案<sup>40</sup>。該案中首先指出，即使部分仲裁庭見解認為時之管轄不應溯及先前之行為或事件，但其並未排除「為了瞭解案件違反行為之背景、原因、範疇」或瞭解先前行為與條約生效或違反行為之關連性而將先前行為納入考量之可能性<sup>41</sup>。

(2) 關於複合行為，*Société Générale* 案仲裁庭認為部分行為單獨判斷時可能不構成條約之違反，但如為一系列且指向同一目的之行為，累積形成條約生效後違反條約之情形（例如逐步徵收或間接徵收之情形），則可將先前之事實背景納入考量。仲裁庭並援引 *Tecmed v Mexico* 案<sup>42</sup>之見解，認為「只有在不同行為匯集後造成最終違反結果，且該結果發生於協定生效後時，始有溯及效力」<sup>43</sup>。

39 *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand*, ICSID Arbitration Case No. ARB/05/8, Award rendered on July 1, 2009.

40 *Société Générale v The Dominican Republic*, UNCITRAL Arbitration, Decision on Jurisdiction of 18 September 2008.

41 *Id.* at para. 9.85.

42 *Tecmed v Mexico*, ICSID Case ARB (AF) 00/2, Award of 19 May 2003.

43 *Id.* at para. 9.55.



(3) 參酌 *Société Générale* 案仲裁庭見解，僅在一系列行為累積匯集後，於協定生效後構成義務違反之情形，可將整體行為納入考量，亦即協定僅適用於一系列指向相同結果行為之匯集<sup>44</sup>，進而導致最終義務違反之情形。因此，仲裁庭雖認定原則上並不溯及2004年協定生效前發生之行為或事件，但仍將參酌 *Société Générale* 案之見解，綜合考量所有相關事實。

## 2. *RolInvest Co UK v. Russian Federation*<sup>45</sup>

(1) 關於原告 *RolInvest Co UK* 於2004年11月間購入股份前，被告對俄羅斯石油公司 *OAO NK Yukos Oil Company*（以下簡稱「*Yukos*」）所進行之一連串稅務回溯審計等措施，是否為仲裁庭之審究範圍乙節，仲裁庭認為，主要構成英俄BIT違反之被告後階段行為（即 *Yukos* 重要資產 *YNG* 之拍賣以及破產時其他資產之拍賣），均發生於原告成為 *Yukos* 股東之後，而發生於原告投資前之前階段行為（即若干被告稅務局所發動之稅務回溯審計），亦與後階段之行為本質上相關連，對於原告之主張具有重要性。

(2) 因此，仲裁庭認為，為了判斷被告是否違反英俄BIT且於原告以適格投資人身份進行投資後，對原告之投資構成損害，應可對於原告進行投資前，被告的前階段行為一併納入評斷<sup>46</sup>。

---

44 *Id.* at para. 9.91.

45 *RolInvest Co UK v Russian Federation*, SCC Case No 075/2009; IIC 471, Award rendered on September 12, 2010.

46 *Id.* at paras. 405-408.

## 第5節 比較法研究

- (一) 關於「採行或維持措施之主體」的定義，雖我國目前所簽訂之投資協定多未明確規定，惟因US Model BIT第2條第2項及其他投資協定仍有類似規定，將來如與美國或他國進行協商時，仍具參考價值。
- (二) 該項在認定上牽涉我國法中關於「受託行使公權力」以及「國營事業」之概念。所謂的受託行使公權力，乃是依照我國行政程序法第16條：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。第一項委託所需費用，除另有約定外，由行政機關支付之。」換言之，行政機關得由法律之授權，將自身權限的一部分委由民間團體或個人辦理，例如我國的海峽兩岸交流基金會即屬之。亦即日後若我國有將公權力委託由私人行使之情形，則對締約國他方之投資人所採取之措施，如採用與US Model BIT相同規範模式，必須注意受託之私人將可能落入投資協定之規範範圍內。
- (三) 至於何謂國營事業，依國營事業管理法第3條規定：「本法所稱國營事業如左：一、政府獨資經營者。二、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。其與外人合資經營，訂有契約者，依其規定」，可資參照。前揭 *Salini Constructorri S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco* 仲裁案則是以「結構面」（依何法令設立、註冊與政府在其中的持股比例，以及對董事會的控制程度）及「功能面」（是否在功能上有行使國家所賦予之任務）出發，認定是否構成國營事業<sup>47</sup>，亦值得參考。

---

47 *Salini Constructorri S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, paras. 31-33.

# 5

## 國民待遇

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第5章 國民待遇

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 3: National Treatment**

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments.

## 2. 台日 BIA：

### 第三條

1. 任一方投資人及其投資在他方領域內之相關投資活動，應受到不低於他方投資人及其投資在同類情況下所受到之待遇。
2. 雖有第一款之規定，雙方了解任一方得要求他方投資人之投資活動遵守特殊形式要件，但該等形式要件不得實質上減損雙方依本協議應對該等投資人提供之待遇。

## 第2節 規範目的

國民待遇的規範目的主要在使締約國他方之投資者，得以享受與地主國國內投資者相同之待遇，該規範可以廣泛見於各種國際經貿協定中，例如1994年關稅貿易總協定（General Agreement on Tariffs and Trade，以下簡稱「GATT 1994」）、服務貿易總協定（General Agreement on Trade in Services，以下簡稱「GATS」）等。本質上，乃是為履行協定之不歧視原則所為之設計。

## 第3節 條文分析釋義

### （一）規範方式

1. 關於國民待遇的規範方式，根據「UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006:Trends in Investment Rulemaking」一書之彙整，大致可分為三類：(1)沒有國民待遇條款；(2)有國民待遇條款，但只適用於投資設立後階段，投資設立前無國民待遇之適用；(3)有國民待遇條款，且適用於投資人在投資設立前與設立後之階段。

在第(1)類中，雖無國民待遇，但通常仍會保有最惠國待遇。不過，常常在地主國與眾多國家簽訂之BIT中，會衍生出只要其中任一雙邊投資協定訂有國民待遇條款，則其他與地主國簽訂BIT之締約國，是否皆可依最惠國待遇，主張己方亦可適用該國民待遇之爭議。

第(2)類規範方式較著重投資設立後之保障，而非對投資自由化的促進，大部分國家簽訂之BIT 屬於此類型。此類的規範方式，常規定必須是地主國「依其國內法規已經承認或認許之外國投資」，方給予其BIT中的投資保障。例如俄羅斯與泰國2002年簽訂之BIT，其中第3條<sup>48</sup>的規定即屬之。

第(3)類的規範方式，通常不會強調地主國「依其國內法規已經承認或認許之外國投資」，並且在文字上會表明國民待遇之適用，不限於設立後的投資。

2. 從 US Model BIT 本條文第 1 項、第 2 項與台日 BIA 均提到投資之設立 (with respect to the establishment of investment) 可知，其係採前述第 (3) 類型，亦即「投資設立前」和「投資設立後」均有國民待遇之適用。故我國政府對於外人投資於投資前階段之法律上限制與事實上限制，均可能違反本條規定。

---

48 "1. Each contracting Party shall accord in its territory to investments made in accordance with its laws by investors of the other Contracting Party treatment no less favorable than that it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favorable."

## (二) 釋義

1. 關於國民待遇之規定，台日BIA第3條規定與US Model BIT第3條雷同，其規範任何一方投資人及其投資在他方領域內之相關「投資活動」，均有國民待遇原則之適用。而依據台日BIA第2條第3項，「投資活動」包括投資之設立、收購、擴充、營運、管理、維護、使用、收益、出售或其他處分，其涵蓋範圍與US Model BIT第3條第1項相同，二者關於國民待遇均適用於投資設立階段，某種程度上亦限制地主國對於外資准入的自由裁量權。
2. 該二協定同時在「不符合措施」條文中，以負面表列方式，排除某些類型之投資適用於國民待遇之保障。換言之，負面表列方式下之國民待遇，原則上適用於所有締約國他方所為之投資；但在正面表列方式下，原則上未承諾開放之投資係不受國民待遇之保障。
3. 不同者是，US Model BIT明文規定國民待遇之義務如何適用於地方自治團體（亦即，關於締約國下之不同自治團體有不同適用標準時，他方之投資人應如何主張國民待遇的問題），台日BIA第3條就此則並未明文規範。

## (三) 待遇 (treatment)

1. 「treatment」一詞係指對待某人或某事之步驟或方式 (the process or manner of treating someone or something); 而「measure」則指措施，二者屬於易生混淆之概念。若將該字義套入協定加以解釋，treatment 應屬較為上位且涵蓋較廣之概念，乃指締約國一方（如地主國）對協定所涵蓋之投資的待遇；measure 則是為達成系爭待遇採取的具體「手

段或措施」。因此，在這裡使用 *treatment* 而非 *measure*，係因國民待遇主要是限制地主國不得對外國投資人採取「歧視性待遇」，故直接以上位概念加以規定，避免採用涵蓋範圍較窄的 *measure*，使地主國有主張不遵守國民待遇的解釋模糊空間。

2. 原則上，判斷與適用國民待遇之標準，主要是衡量相較於地主國政府對其國民之投資，其對締約國他方國民之投資是否構成「法律上」(de jure) 與「事實上」(de facto) 之歧視。所謂法律上歧視，係指地主國之法規對其國民與締約國他方之投資人，形式上即給予不同而具歧視性之待遇。舉例而言，我國外國人投資條例第 5 條規定：「投資人持有所投資事業之股份或出資額，合計超過該事業之股份總數或資本總額三分之一者，其所投資事業之轉投資應經主管機關核准」。但反觀我國公司法卻沒有相同限制規定。故外國人投資條例的「應經主管機關核准」規定，形式上幾可認為是一種法律上之歧視。而事實上之歧視，乃指地主國對締約國他方投資人適用之法規，形式上沒有採取歧視性的措施，但在法規「適用上」或「結果上」卻產生歧視的效果。

#### (四) 不低於 (no less favorable)

「no less favorable」係指地主國給予外國投資人之待遇，應「不低於」給予本國國民之待遇。此處隱含比較的概念，亦即將地主國對自身國民的措施或待遇，與地主國對外國投資人之待遇相比較，倘對外國投資人之待遇低於對地主國國民之待遇，即構成國民待遇原則之違反。「不低於」概念的認定事實上相當困難，如同 GATT1994 之國民待遇，如何認定地主國對外國人所採取的措施係「不低於國內產品之待遇」，常常是案件爭議的焦點。



### （五）同類情況（in like circumstances）

國際實務上經常在條款中，加上「in like circumstances」。目的主要在限縮國民待遇之適用範圍，使其不會規範過廣。換言之，只有當地主國對其國民與對外國投資人所採之待遇，係處於「同類情況」下，方有違反國民待遇的問題。由於國際間常用這樣的文字，仲裁實務上累積許多案例，據UNCTAD之研究，國際的仲裁庭乃是採用一套「兩階段判斷標準」，藉以審查地主國之措施是否違反國民待遇。

首先，仲裁庭先檢視地主國對於其本國投資人以及相對國投資人採取之措施，是否存有事實上差異。若有，則進入第二階段，進而檢視地主國對兩者採取之措施是否係處於同類情況(in like circumstances)下所為之。

### （六）他方投資人

須特別注意的是，參照US Model BIT與台日BIA所謂之its own investor或investors of the other Side，可知只有當地主國所為之差別待遇係針對其本國之投資人時，方有本項之適用。所以，地主國之本國國民「雙重國籍」問題須特別注意。此一部份，可參見定義中對「投資人」的說明。

### （七）投資之設立（establishment）

此主要涉及一般雙邊投資協定中，關於國民待遇適用之範圍是否包含「投資設立前」之問題。所謂「設立」，係指外國自然人或企業，在地主國境內，依地主國法令於地主國境內新設立之法人。

## （八）收購（acquisition）

因條文中並無merger之文字，故在解釋上，宜將acquisition 解釋成廣義的企業間合併與收購行為，較為妥適。此處主要係針對地主國就與併購相關之法制與行政措施等規範，不得違反國民待遇原則。

## （九）擴充（expansion）

解釋上應指除併購之外的企業擴張行為，諸如合資、轉投資、增資、設立新據點或是設立分公司等。

## （十）其他投資活動

基本上US Model BIT與台日BIA囊括了投資人可能針對其投資所為之各種行為，諸如管理（management）係指所有企業的管理行為、概念上包含企業內部的治理與營運；營運（operation）為企業前述以外，其他與企業日常營運相關的行為；其他處分（other disposition）係指前述以外，外國投資或投資人（企業）所採行類似前述例示行為之措施或處分行為。

## （十一）地方自治團體（regional level of government）之待遇義務

1. regional level of government此一用詞在聯邦制國家，係指各州之州政府；而對於單一國家政治體制，則近似於地方自治團體的概念。US Model BIT在本條第3項的規範方式，通常出現在締約國一方為聯邦國家，或是地方自治團體具有高度自治權限的國家。目的在於規範，倘地主國中有兩個以上不同之地方自治團體，各個不同之自治團體對於其自身的自治團體，與其他自治團體就投資事項有兩套適用標

準時，則締約國他方之投資人於該地方自治團體所得主張之國民待遇，究竟為與該地方自治團體之人民相同的待遇，抑或與該國境內其他地方自治團體之人民相同的待遇問題。

2. 規範上主要有兩種方式，其中一種稱之為「best-in-state treatment」，另一種為「best-out-of-state treatment」。舉例而言，假設美國紐約州就投資事項對本州人與其他州人有不同標準，其對本州人之待遇較優。此時倘我國投資人前往紐約州投資，得主張適用與紐約州人民相同之標準和待遇時，則此種規範方式稱為「best-in-state treatment」。倘若我國投資人只能在紐約州主張受到與其他州人民相同之待遇時，則屬於「best-out-of-state treatment」之規範方式。一般而言，美國與他國簽定之協定，多採取「best-out-of-state treatment」的規範方式，故本 Model BIT 亦係採用「best-out-of-state treatment」之方式。
3. 關於此點，美韓FTA第11.3條國民待遇規定與NAFTA雷同，對締約國境內地方自治團體之國民待遇義務，採取對締約國他方之投資人待遇較為優厚的「best-in-state treatment」之規範方式（亦即，如該國不同地方自治團體採用不同的標準或待遇，而該國A地對投資人的保護程度較優，則投資人於A地投資時得主張適用A地之標準或待遇），而非採用US Model BIT第3條之「best-out-of-state treatment」方式（亦即，如該國不同地方自治團體採用不同的標準或待遇，而該國A地對投資人的保護程度較優，投資人於A地投資時僅能主張適用與該國他地人民相同之標準或待遇）。

## （十二）與其他條文之關係

依US Model BIT第14條不符合措施所示，國民待遇條款可設例外，但需在附件列明，此與台日BIT相同。此外，本條之解釋應與第15條「特殊形式及資訊要求」（Special Formalities and Information Requirements）一併為之。按第15條規定，在符合若干條件下，就投資者之「形式身分」定有特殊要求，例如要求投資者必須為地主國國民，或依地主國法律設立之法人，但未限制其實質出資人者，依US Model BIT規定，不會被認定為違反國民待遇，此點與台日BIA第3條第2項雷同，須特別注意。

## 第4節 相關案例

### （一）GATT 之相關案例

參考1985年加拿大外人投資法案（Canada - Administrations of Foreign Investment Review Act）案例<sup>49</sup>，此案爭端解決小組就「加拿大法律要求投資者在投資時，必須提出書面購買承諾（written purchase undertaking）之要件，是否係對進口產品給予較低待遇」之爭議，認為要求投資者承諾購買加拿大產品而未設有任何限定，實際上已排除投資者購買其他進口產品之可能性。因此，使進口產品所受之待遇較不利於國內產品，構成「不低於國內產品之待遇」的違反，進而違反國民待遇。

---

49 GATT Panel Report, *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*, L/5504, adopted 7 February 1984, BISD 30S/140

## (二) 同類情況之認定

### 1. *S. D. Myers, Inc. v. Canada*<sup>50</sup>

本案對同類情況之認定，仲裁庭認為此要件需視個案判斷，且必須審酌全部法律文件(此案係指NAFTA協定)的規範精神與目的，才能做出正確的判斷。仲裁庭亦援引1976年OECD 多國企業指導綱領，認為要衡量地主國對外國投資與本國投資所為之待遇是否處於同類情況，須先確認該待遇所針對的對象是否處於同一產業項目。舉例而言，地主國之措施若對外國公司產生影響時，還必須檢視這項措施之目的是否係對其本國與該外國公司處於同一產業的公司所制定。仲裁庭更進一步指出，產業之認定包含經濟上產業項目與商業上產業項目。從商業角度觀之，S.D. Myers 公司與其他加拿大經營PCB 廢料處理的產業例如Chem-Security 及Cintec 具有競爭關係，故應屬同類情況。*Pope & Talbot Inc. v. Canada* (UNCITRAL)一案<sup>51</sup>關於同類情況之認定，與*S.D. Meyers v. Canada*案之仲裁見解類似。

### 2. *Methanex v. United States of America*<sup>52</sup>

關於「同類情況」之爭議，本案仲裁庭認為可參考*Pope & Talbot v. Canada*仲裁報告之見解，應以最接近於「同類情況」之製造商為比較基礎，而非對照較不相近於同類情況之製造商。因此，適用NAFTA第1102條國民待遇時，仲裁庭不可忽略最接近於「同類情況」之市場競爭者，且須盡其所能尋找極為相似的同類情況競爭者。

50 *S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL, First Partial award, November 13, 2000(NAFTA).*

51 *Pope & Talbot, Inc. v. Canada, UNCITRAL, Award on Merits, April 10, 2001.*

52 *Methanex Corp. v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, August 3, 2005.*

### (三) 關於國民待遇適用要件之案例

#### *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*<sup>53</sup>

仲裁庭認為，原告UPS必須對加拿大政府之措施是否違反第1102條規定舉證以下三點，始能證明有國民待遇原則之違反：

#### 1. 外國投資者必須證明會員給予之待遇係針對與投資之設立、併購、擴張、管理、決策、營運、販售或其他行為等事項。

仲裁庭認為加拿大海關的確對UPS及加拿大郵政給予上述待遇，並無疑問。

#### 2. 外國投資者或投資必須與本國投資者或投資處於「同類情況」

UPS主張其與加拿大郵政係處於同類情況，因為其與加拿大郵政係同一市場上之競爭者，並爭奪同一市場之市場佔有。一般而言，加拿大郵政提供非獨占性產品與UPS之快遞產品具有相互替代性。仲裁庭因此檢驗快遞低價值貨物運送計畫（簡稱為the courier/LVS）與海關郵件處理系統（mail processing system）與快遞間之異同。仲裁庭根據國際法與關稅規定，例如WCO、UPU及京都公約，認定郵政與快遞為不同服務供給模式。海關通常會以快遞事務具有高度自動化處理系統為由，對郵政與快遞事務採取不同處理方式。仲裁庭注意到京都公約基於郵政運送之特殊性，對郵政另以附件四規範之。而且京都公約修正版仍沿用對郵政另定獨立附件之規範方式。因此，UPS與加拿大郵政未處於同類情況。UPS依NAFTA第1102條之主張，因其無法舉證證明符合適用條文之規範要件而不成立。

53 *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award of the Merits, May 24, 2007.

### 3. NAFTA會員對外國投資者或投資必須給予低於本國投資者或投資獲得之待遇

一旦投資者無法舉證證明會員實施之措施符合上述三事項之其中一項，則其提起之仲裁案件可能會面臨敗訴之結果。本案原告須負上述事項之舉證責任卻失敗，故仲裁庭就此點不再加以討論。

## 第5節 比較法研究

(一) US Model BIT與台日BIA採取的規範方式，是將國民待遇適用於投資人在投資設立前與設立後之階段，某種程度上亦限制地主國對於外資進入的自由裁量權。是以，為使地主國得適度地保有某種程度控制權，國際法上有兩種方法可供參考。一種係如同WTO之GATS第16條與第17條，採用的正面表列清單方法，除非經地主國於承諾表中載明承諾開放，否則，產業和活動原則上在經地主國允許設立前，均不適用國民待遇。另一種則是如同US Model BIT，在第14條的「不符合措施」中，以負面表列方式，排除某些類型之投資適用於國民待遇之保障。換言之，負面表列方式下之國民待遇，原則上適用於所有締約國他方所為之投資；但在正面表列方式下，原則上未承諾開放之投資係不受國民待遇之保障。需注意的是，因為我國為WTO會員，故GATS第16條之市場開放與第17條之國民待遇，與BIT之國民待遇規定具有高度相關，因BIT之他方締約國與其他WTO會員，可能各自援引BIT與GATS中之「最惠國待遇」條款，要求給予其和WTO會員或BIT締約國相同的市場開放程度或國民待遇。

(二) 說明GATS第17條之國民待遇前，必須先對第16條關於市場進入（Market Access）規定有一定程度之認識。所謂市場進入，係指是否允許外國的服務或服務提供者進入本國市場之問題。以投資的角度而言，即一

國的服務業或服務市場是否對外開放的問題。GATS第16條規定，在市場進入方面，每一會員給予其他會員的服務與服務提供者之待遇，應不低於根據其「承諾表」（正面表列清單）中所載同意和規定的期限、限制與條件。同時亦規定，會員除已在承諾表承諾之規定外，不得採取第16條列舉之六種限制性市場進入措施。其中四種措施係關於數量限制，例如採用數量配額或要求提供需求預測等方式、限制服務提供者的數量、交易金額、出口總量或是得僱用自然人之數量等。另外兩種措施則與投資密切相關：(1)限制或要求特定服務提供者成立特定的法人或合資企業型態，才能提供服務；(2)限定國外資金之最高持股比例，或限制個人累計的外國資本投資額。

- (三) GATS第17條第1款之國民待遇，規定會員在其依第16條所作之承諾表所列部門中，依照表內所述的各種條件和資格，在影響服務提供的措施方面，須給予其他會員的服務和服務提供者，不低於其本國同類服務和服務提供者獲得之待遇。換言之，GATS係以正面表列之方式，要求會員履行國民待遇義務，因此在會員承諾表所載範圍之外的服務產業，無須給予國民待遇。然而，US Model BIT係以負面表列方式，亦即僅有依第14條在清單中列舉之項目，方排除適用國民待遇，與正面表列方式之差異實值得特別注意。換言之，在美國Model BIT下，只要未經負面表列之地主國措施，地主國皆必須依國民待遇，給予締約國他方之投資人國民待遇的保障。又因GATS亦有最惠國待遇規定，若我國在簽訂BIT時，就國民待遇所為之承諾大於我國在GATS所為之承諾範圍，則其他WTO會員極有可能援引GATS之最惠國待遇，要求獲得相同之待遇。故我國在簽訂BIT時，就承諾範圍之談判，尤需特別注意。



# 6

## 最惠國待遇

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第6章 最惠國待遇

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 4: Most-Favored-Nation Treatment**

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

#### 2. 台日 BIA :

##### **第四條**

1. 任一方投資人及其投資在他方領域內之相關投資活動，應受到不低於任何其他國家或區域之投資人及其投資在同類情況下所受到之待遇。
2. 為本協議規範之明確性，第一款所稱之待遇，不包括在國際條約或協定下，給予任何其他國家或區域之投資者及其投資關於爭端解決機制之待遇。

## 第2節 規範目的

「最惠國待遇」的規範目的在於，就本協定所列之投資事項，締約國一方承諾賦予締約國他方國民之待遇不低於其賦予任何第三國投資之待遇。從規範的時之效力方面，其規範方式主要有兩種，一種是只針對設立後之待遇標準及方式；另一種則適用於投資設立前與設立後之待遇標準。而前者情形又可概分為兩大類，一類是只要投資一經設立，立即適用最惠國待遇；另一類則規範，該投資尚需經地主國之國內法規承認或認許，方可享有最惠國待遇。例如馬來西亞與沙烏地阿拉伯2000年簽定之BIT即屬之。

## 第3節 條文分析釋義

### (一) 釋義

1. US Model BIT第4條規範方式可從下述二個面向觀察：(1)是否設立前及設立後均有適用，或是僅適用於「設立後」之投資；(2)適用對象是否以「投資者」為認定標準，或亦包括「BIT涵蓋之投資」(covered investment)。從本條第1項及第2項用語均包括投資設立(establishment of investment)可知，投資設立前及設立後均有最惠國待遇之適用。而本條第1項係規定對「投資人」之最惠國待遇，第2項則規定對「BIT涵蓋之投資」之最惠國待遇。故締約國採取之措施，不論係針對「投資者」或「涵蓋之投資」，應均有本條之適用。
2. 觀察US Model BIT第4條與台日BIA第4條有關最惠國待遇之規範，其內容大體上一致。台日BIA第4條第1項規定，任一方投資人及其投資在他方領域內之相關「投資活動」均有最惠國待遇原則之適用，而依據台日BIA第2條第3項，「投資活動」包括投資之設立、收購、擴充、營運、管理、維護、使用、收益、出售或其他處分，其涵蓋範圍亦與US Model BIT第3條第1項雷同，關於最惠國待遇均適用於投資設立階段。

## (二) 用語定義

在本條文當中，無論是各種投資活動的定義、「不低於」之適用方式或「同類情況」判斷，均與前述國民待遇之敘述相同，請一併參看，於此不再重複贅述。

## (三) 最惠國待遇是否適用於所有事項，例如爭端解決條款？

1. 值得注意的是，US Model BIT中並無如同台日BIA第4條第2項規定，明文排除關於爭端解決機制之最惠國待遇，故其是否得適用於爭端解決程序並非無疑。現實上亦有協定中明文規定最惠國待遇適用於投資人與國家之爭端解決，例如亞美尼亞與埃及在1995年簽訂之BIT<sup>54</sup>即屬適例。
2. 於仲裁案件中亦曾有仲裁庭做出贊同原告主張最惠國待遇亦適用於爭端解決程序之見解。其理由主要因為最惠國條款中含有「In all matters」之字樣，故認為該協定之最惠國待遇亦適用於爭端解決程

---

54 <亞美尼亞與埃及在1995年簽訂之BIT>

"(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regard their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favorable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3) In the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for the paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement."

序。申言之，除了在BIT的最惠國條款中有類似「in all matters」的用語，或是清楚表明爭端解決程序得適用最惠國待遇者外，在解釋上很有可能認為最惠國待遇僅適用於實體法，而非程序法（如爭端解決）事項。為保險起見，地主國如不希望爭端解決機制有最惠國待遇之適用，最好能在BIT中清楚表明立場。

3. 然而，並非所有與他國簽訂協定中含有最惠國待遇條款者，皆適用上述仲裁庭見解。舉例而言，倘地主國與第三國簽訂之運輸協定訂有最惠國待遇條款，則該最惠國待遇條款在地主國與締約國他方間之BIT並不適用。換言之，只有在兩個或多個協定間處於同類情況(in like circumstances)時，投資人方得主張自己可適用地主國與其他國家所簽訂之協定。這個原則係為國際法所公認，稱之為「*eiusdem generis principle*（同類解釋原則）」。亦即只有地主國與其他國家簽定與投資有關之協定，方有可能被BIT之相對國依最惠國待遇條款主張適用。
4. 解釋上US Model BIT並無「in all matters」之用語，且鑑於美國Model BIT就爭端解決另設有專章，並有完整之規定，是以，就美國Model BIT下所生爭端，似乎無援引最惠國待遇適用其他BIT之必要。

#### （四）最惠國待遇之例外

常見的例外主要發生在締約國一方為區域經濟整合組織的會員國、特定避免雙重課稅之協定或是國際相稅協定的會員國。不論區域經濟整合或是國際相稅協定，兩者皆認為，因為區域經濟整合或是國際相稅協定均存在會員國間高度的互惠基礎，若讓相對國得依投資協定中之最惠國待遇條款，主張適用這些因高度互惠基礎而存在之特殊利益，顯然對其他區域經濟整合組織的會員國有所不公。

因此，一般而言，若締約國為區域經濟整合組織或是國際租稅協定之會員國，或是即將成為此二組織之會員國，均會於BIT中註明排除最惠國待遇之適用，例如比利時、盧森堡與巴基斯坦於1998年簽訂之BIT<sup>55</sup>即屬之。是以，在US Model BIT下，若有此情形者，須依第14條之不符合措施規定，於最惠國待遇例外清單中載明。

#### 第4節 相關案例

有關最惠國待遇是否適用於包括爭端解決條款在內之所有事項的爭議，在下述 *Emilio Agustin Maffezini v. the Kingdom of Spain* 案中，仲裁庭雖然同意爭端解決程序亦適用最惠國待遇，但這並不表示國際法已將此視為普遍性的原則。例如國際投資爭端解決中心就此爭議尚有兩個不同個案 (*Siemens* 及 *Plama*，詳下述)，其中只有 *Siemens* 案與 *Maffezini* 案採同樣見解，但 *Plama* 案一案則持相反見解，故國際間似乎尚未就此問題達成普遍性的共識。

##### (一) *Emilio Agustin Maffezini v. the Kingdom of Spain*<sup>56</sup>

仲裁庭審酌西班牙與阿根廷之BIT中關於最惠國待遇之條款後，認為其規定「所有事項 (In all matters)」，故包含爭端解決程序亦有適用但仲裁庭認為適用最惠國待遇之範圍應予以適度限縮，不宜過分擴

55 <比利時、盧森堡與巴基斯坦於1998年簽訂之BIT>

"However, this treatment shall not extend to the privileges that one Contracting Party may grant to investors of a third country by virtue of its membership or association with any existing or future free trade area, customs union, common market or similar international agreement to which any of the Contracting Parties is or may become a Party."(emphasis added)

56 *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of the Tribunal, November 13, 2000.

張，最惠國待遇的適用不能凌駕於地主國公共政策的基本原則之上。舉例而言，若地主國同意簽訂BIT，是因為該BIT之簽訂不影響其在所屬特定自由貿易區內之權利與義務（易言之，其公共政策的基本原則僅有同為自由貿易區之會員國，才能享受地主國給予特殊優惠的特殊信賴原則），此時即不能要求地主國比照其給予其他區域自由貿易協定會員國之利益，依最惠國待遇原則同樣賦予BIT之相對國，否則將違背地主國公共政策的基本原則。

## （二）*Siemens v. Argentina*<sup>57</sup>

其爭點為阿根廷與德國雙邊投資協定之爭端解決程序，是否適用最惠國待遇。西門子欲據此主張依照阿根廷與智利之BIT，規定投資人無須先窮盡地主國當地之救濟途徑，依最惠國待遇，在阿根廷與德國投資人間之關係亦可適用，而可由西門子直接向ICSID提起仲裁之爭議。本案仲裁庭認為阿根廷與德國間BIT之「treatment」字樣，應可以涵蓋實體與程序之相關利益，故爭端解決程序係適用最惠國待遇條款之程序事項，西門子可直接向ICSID提起仲裁。

## （三）*Plama Consortium Limited v. Bulgaria*<sup>58</sup>

仲裁庭檢視塞普勒斯與保加利亞BIT之最惠國待遇，因為第2項特別將最惠國待遇排除適用在地主國為自由貿易區或經濟聯盟之成員，給

57 *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, August 3, 2004.

58 *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, February 8, 2005.

予其他會員國特殊利益之情況，故依法律解釋上「明示其一，排除其他」之原則，似可認定所有其他與投資相關之地主國措施，皆應適用第1項規定，而有最惠國待遇之適用。但仲裁庭特別強調，因為第2項有「privileges」的文字，該文字通常在解釋上係專指「實體事項」之利益，故凡是涉及地主國作為自由貿易區或是經濟聯盟之成員而給予其他會員國的「實體事項」利益之情況，均應適用第2項，而排除最惠國待遇之適用。因此解釋第1項時，不能概括認為第1項已包含實體事項與程序事項（可能只專指「實體事項」利益，因為這樣的解釋才符合條文的體系）。

## 第5節 比較法研究

於WTO架構下，GATT 1994第1條與GATS第2條同樣亦有最惠國待遇之適用，然而，最惠國待遇的實際適用與施行仍存在許多例外規定。以GATT 1994為例，第20條之「一般例外規定」與24條的邊境貿易、關稅同盟與自由貿易區之例外規定，最為常見且重要。第20條中有關於「一般例外」的規定，包括為了保障人民、動植物的生命或健康所必須、保護本國具有藝術、歷史或考古價值的文物、為維護國內公共秩序之情況時，可以不適用最惠國待遇原則；而第24條有關區域經濟整合（regional economic integration）之規定，旨在消除各國之貿易障礙，依其整合程度之差異，可區分為：自由貿易區、關稅同盟、共同市場、經濟同盟及完全經濟整合等五種。WTO會員得依本條文成立關稅同盟及自由貿易區；或依授權條款（enabling clause）簽署開發中國家間之區域貿易協定；或依GATS第5條簽署以促進服務貿易自由化為目的之經濟整合協定，而構成最惠國待遇之例外。



# 7

## 最低標準待遇

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第7章 最低標準待遇

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 5: Minimum Standard of Treatment** 註9

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:
  - (a) "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and
  - (b) "full protection and security" requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.
3. A determination that there has been a breach of another provision of this

Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

4. Notwithstanding Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants], each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.
5. Notwithstanding paragraph 4, if an investor of a Party, in the situations referred to in paragraph 4, suffers a loss in the territory of the other Party resulting from:
  - (a) requisitioning of its covered investment or part thereof by the latter's forces or authorities; or
  - (b) destruction of its covered investment or part thereof by the latter's forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation,the latter Party shall provide the investor restitution, compensation, or both, as appropriate, for such loss. Any compensation shall be prompt, adequate, and effective in accordance with Article 6 [Expropriation and Compensation](2) through(4), *mutatis mutandis*.
6. Paragraph 4 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 3 [National Treatment] but for Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants].

## **Annex A**

### **Customary International Law**

The Parties confirm their shared understanding that "customary

international law" generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

---

註9：Article 5 [Minimum Standard of Treatment] shall be interpreted in accordance with Annex A.

## 2. 台日 BIA：

### 第五條

1. 任一方投資人在他方領域內受到之待遇，應符合國際法，包括公平公正待遇及充分保障與安全之待遇。
2. 任一方不得透過專斷之措施以任何方式妨礙其領域內他方投資人之投資之營運、管理、維護、使用、收益、出售或其他處分。

### 第六條

任一方投資人於他方領域內，透過各級法院、行政法庭及機關追求與維護其權利時，其所享有之待遇，應不低於同類情況下他方或任何其他國家或區域之投資人所享有之待遇。

## 第2節 規範目的

「國民待遇」（National Treatment）原則、「最惠國待遇」（Most-Favored-Nation Treatment）原則以及最低標準待遇（Minimum Standard of Treatment）原則均為雙邊投資協議中重要的投資待遇條款。前兩者係以相對性比較之方式，保障締約國他方之投資者享有不低於地主國國民或地

主國賦予第三國國民之待遇；後者則是樹立一絕對標準，以「公平公正待遇（fair and equitable treatment）」、「完整保障與安全（full protection and security）」以及「不歧視原則（non-discrimination）」為核心，將習慣國際法之規定體現於雙邊投資協定之中。

為保障外國人之投資，除國民待遇及最惠國待遇等相對性之投資保障（前者係他方締約國投資人與本國投資人之待遇比較；後者為不同國別之投資人相互間比較）外，本條就投資保障之絕對標準加以規定，以確立對外人投資之最低保障標準（對外人投資待遇之最低標準應等同於國際法上對外國人之最低標準待遇），包括「公平公正待遇」及「完整保障與安全」。

### 第3節 條文分析釋義

#### （一）最低標準待遇之概念

最低標準待遇係就投資保障之絕對標準加以規定，以確立對他方締約國投資人之最低保障標準，其中包括最重要且最普遍之「公平公正待遇」、「完整保障與安全」、「不歧視原則」等重要原則。說明如下：

##### 1. 公平公正待遇

- (1) 此一標準因其多與國際法連結而本身缺乏明確定義，常發生關於「公平公正待遇」要件與國際法原則間關係為何及適用上之爭議。部分學者認為，「公平公正待遇」為國際最低待遇之標準（international minimum standard of treatment）的一部分，依據習慣國際法，違反國際最低待遇之標準需締約國一方有重大過失、明顯不正義或故意忽視其義務之行為，如為此解釋，違反此原則之可能性將降低，締約國一方於制定其公共政策時將有更大的空

間及彈性。亦有學者認為應從字面上加以解釋「公平公正待遇」原則，惟此一解釋方式將可能降低違反該義務之門檻，造成縱使以反歧視為基礎而訂定及實行之內國法規，亦有違反「公平公正待遇」之虞。且倘若締約國一方違反 BIT 之任一義務，即有可能被認定為給予締約國他方之投資人不平等待遇。

- (2) 參酌仲裁庭於個案中就「公平公正待遇」條款內涵之見解，有助於釐清其內涵。一般認為，公平公正待遇包含「正當合理期待」之保障權利，如地主國以武斷且不合理之方式對待投資人或其投資，即可能違反投資人正當合理期待進而違反公平公正待遇原則。*Alpha Projektholding GmbH v Ukraine*<sup>59</sup>一案中，仲裁庭認定公平公正待遇原則應包含「不辜負投資人正當合理期待」及「避免政府之武斷行為之義務」。Tecmed案仲裁庭則認定，公平公正待遇係由國際法所創設之善意原則（good faith principle），應由締約國雙方提供「不影響外國投資人於進行投資時將考慮之基本期待」待遇<sup>60</sup>。*Siemens A.G. v. Argentina*一案仲裁庭則指出，公平公正待遇之違反係指「使投資人於進行投資時正當合理納入考量之期待無法實現」<sup>61</sup>，均清楚闡明其內涵，可資參照。

- (3) NAFTA之自由貿易委員會曾於2001年7月31日針對NAFTA第1105條之「公平公正待遇」，解釋為：(1)該條之「國際法」指「習慣

59 *Alpha Projektholding GmbH v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/07/16; IIC 464 (2010), at para. 420.

60 *Tecmed v Mexico* ICSID Case ARB (AF) 00/2, Award rendered on 19 May 2003, at para. 154.

61 *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/08, Award, February 6, 2007, at para. 299.

國際法」：(2)不須給予習慣國際法中關於外國人最低標準待遇之外的待遇，即僅在習慣國際法要求範圍內提供「公平公正待遇」和「全面保護與安全」；(3)NAFTA其他規定的違反不等於第1105條的違反，即須獨立確定違反第1105條，而非僅因違反如第1102條國民待遇或其他條款，就認定違反第1105條<sup>62</sup>。

## 2. 完整保護與安全

「完整保護與安全」亦為BIT中判斷「最低標準待遇」常見之判斷基準。本條款的主要內涵在於，締約國一方有義務提供締約國他方投資人，在締約國境內之投資完整的保障及安全的保護，避免遭到他人不法的侵害。而實務上對「完整保護與安全」之判斷，係指締約國一方不得以武力侵害締約國他方投資人資產，及締約國一方應按習慣國際法提供警力，以保護締約國他方之投資人不受可預期之暴力的侵害。

US Model BIT則將其定義為，係要求締約國提供符合習慣國際法規定之警政保護程度。US Model BIT同時對「公平公正待遇」及「完整保護與安全」為更明確之說明，以減少適用上疑義，明示「公平公正待遇」及「完整保護與安全」非要求締約國負擔超出「最低待遇標準」之義務，亦不會創造額外之實質權利。

## 3. 不歧視原則

「不歧視 (non-discriminatory)」係指不因對象之性質差異而有不同的待遇，又稱 Protection Against Arbitrary or Discriminatory Measure。最低標準待遇即是以「不歧視原則」為基本原則，將習慣國際法之規

62 *Id.* at para. 250.

定體現於投資協定之中。有時不歧視待遇原則未特別定於最低標準待遇條款，而是體現於其他條款，例如徵收條款之「不歧視原則」，即為相同原則之體現。

## （二）我國 BIT 之規定

我國與各國所簽訂之雙邊投資協定中，部分已將上述最低標準待遇常見的一部或全部訂入條文，例如《中華民國政府與奈及利亞聯邦共和國政府間投資促進暨保護協定》中明定：「締約任何一方之國民或公司之投資應始終受到公平與公正之待遇，且在締約他方之領域內應享有完全之保護與安全。締約任何一方不得以不合理或差別待遇之措施，對於締約他方國民或公司在其領域內投資之經營、維持、使用、享有或管理加以任何損害。」包含了上述三個最低標準待遇的重要原則。整體歸納我國簽訂之雙邊投資協定關於最低標準待遇之規範方式，簡要說明如下：

1. 部分協定完全未對最低標準待遇加以著墨，例如我國與新加坡、尼加拉瓜、馬來西亞、阿根廷、馬拉威、泰國、塞內加爾、布吉納法索等國簽訂之雙邊投資協定，可見我國對於最低標準待遇之重視程度仍不高。未來如有機會協商修訂上述協定時，應考慮將此部分予以補充，並參考規定較為詳盡的雙邊投資協定就最低標準待遇之訂定方式，以進一步保護我方投資人。
2. 部分協定將「公平公正待遇」、「完整保護與安全」或「不歧視」等原則之一項或數項納入條文，惟其條文規範方式較為抽象概括，亦無



統一的解釋方式，接近於宣示性質。針對何謂公平公正待遇等原則，其內涵及判斷標準多未有所著墨，僅部分協定中就其內涵有較具體的說明，例如《中華民國與薩爾瓦多共和國相互促進及投資保障協定》規定：「締約一方應保護締約他方之投資人在其本國領域內依據法律及規定所進行之投資，並不得以不公正及歧視措施妨礙此項投資之經營、使用、收益、擴充、售賣及清算」。因此如欲進一步釐清其定義，未來在修訂相關條款時，可考慮將其適用的具體情形定於條文之內，以期明確並增加本條文之規範實益。

3. 部分條款係將「不歧視原則」與其他最低標準待遇原則置於相同條文，亦有部分條款是將不歧視原則置於徵收補償條款處。例如《台北投資業務處和新加坡經濟發展局投資促進和保護協定》第3條僅簡略規定「根據第2條核准的投資應依照本協定給予公正和公平的待遇和保護」，雖然並無概括性之規定宣示，針對締約他方投資人於締約國境內之投資，不能採行歧視性的措施，惟其於第6條關於徵收之規定中，明文「對於根據第2條規定核准之居民和公司投資所為的任何徵收措施，應在非歧視的基礎上…」，是最低標準待遇之不歧視原則在徵收措施中之體現。
4. 《台北經濟部與利雅德財經部間促進暨保障投資備忘錄》則係規定：「凡依本備忘錄第2條規定核准之投資應由雙方依各自之法令規定給予公平及衡平之待遇」。理論上，最低標準待遇係源自習慣國際法，內國法不應有較低於習慣國際法之標準，惟如真的發生牴觸之情形時，此種規範方式將使內國法優先於最低待遇標準，對投資人而言較為不利。

## 第4節 相關案例

### (一) *Joseph Charles Lemire v Ukraine, Decision on Jurisdiction and Liability*<sup>63</sup>

1. 仲裁庭指出，雖缺乏商業計畫，但由其他證據可知原告Lemire於1995年6月收購Gala Radio時，他期待將這個當時只是基輔的地方性電台，擴張成擁有三個聯播網的全國性電台。且一般而言，原告應可期待烏克蘭對於廣播產業之管制架構應符合一致性、透明性與公平合理，並將在非專斷歧視的原則下進行其決策及措施之執行。
2. 2001年至2007年間，Gala Radio曾參與廣播執照多次標案，均告失敗，唯一得標之案件係於Chechelnik（人口5000人，且沒有任何衛星接收器之村莊）之頻段標售案。仲裁庭認為由該數據中可看出在申請案的核可上，比較Gala Radio與其競爭對手之申請核可率（Gala Radio僅獲得1件於偏遠地區之核可，其競爭對手則分別獲得38件及56件核可）確實十分懸殊，且電視廣播委員會並未說明Gala Radio遭到核駁的理由，第三人無從判斷其核駁係基於較差的表現抑或政府專斷之決定。此外，被告提出的抗辯為「Gala Radio只是一般水準的廣播電台」，從統計數據來看，其核准率卻遠低於一般水準廣播電台可能的核准率，故仲裁庭認定電視暨廣播委員會核發執照之措施確有專斷和歧視之情形。

---

63 *Joseph Charles Lemire v Ukraine, Decision on Jurisdiction and Liability*, ICSID Case No ARB/06/18; IIC 424, Award rendered on January 14, 2010.

## (二) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*<sup>64</sup>

本案仲裁庭認定「公平公正待遇」可依國際法上之善意原則（bona fide or good faith principle）判斷之，即締約國一方之措施不應對他方締約國投資人於實行投資時之基本期待造成影響（不論是否有惡意（bad faith））。本案中墨西哥環保局對於Cytrar所為的執照拒絕更新之行為，在程序上充滿不確定性與矛盾之處，並且於做成決定前沒有給Cytrar適當說明的機會，整體觀察之下，已違反西墨BIT第4條第1項與國際法上之「公平公正待遇」（fair and equitable treatment）。

## (三) *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*<sup>65</sup>

1. 原告批評阿根廷政府原先保證不干預其銀行帳戶，其後仍將帳戶凍結並強制轉換為比索，已違反公平公正待遇條款<sup>66</sup>。原告主張該條之標準係包含「健全的法制及商業環境」且為其必要要件<sup>67</sup>，阿根廷政府於改變整體商業環境時並未注意到原告權利的保護<sup>68</sup>。原告認為其根據美阿BIT，有權信賴其於阿根廷保險產業進行投資時之貨幣體制，因此當該體制改變且造成原告損害時，即有權請求被告政府賠償<sup>69</sup>。

64 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 29, 2003.

65 *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, 2008, Award rendered on September 5, 2008.

66 *Id.* at para. 246.

67 *Id.* at para. 250.

68 *Id.* at para. 251.

69 *Id.* at para. 257.

2. 仲裁庭認為，以下幾點因素應予考量：「各項爭議措施之特定性」、「立法理由及說明」、「政府機關單方片面之修正」、「對受保護投資之支配力」以及「其改變對於外國企業一般造成的影響」等等<sup>70</sup>。阿根廷政府進行之系爭措施，大部分皆符合美阿 BIT 第 11 條之必要性的例外<sup>71</sup>，因此毋須討論是否違反本條款。但其中關於阿根廷國庫券（LETES）所進行之措施並不符合必要性之要件，且其為政府單方面所進行之證券架構重整，亦非屬合理，甚至免除了債券持有人的所有權利，使其投資造成顯著的損失，故該部分確實違反公平公正待遇原則<sup>72</sup>。

#### （四）*CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*<sup>73</sup>

本案仲裁庭認為，判斷是否違反平等待遇時，不得以是否符合捷克內國法進行判斷，而應以國際法原則判斷之。執照擁有者與服務提供者分離之架構，為原告投資之法律基礎，而這個架構之目的在於確保原告先前於捷克之投資符合1991年之廣電法，這個架構並由捷克廣電主管機關承認與發展，但1996年捷克廣電主管機關卻改變其立場。本案之締約國他方投資人係因信賴捷克政府所提出之相關投資安排而進行投資，然而捷克政府其後之行政措施卻違背其當初吸引締約國他方投資人進行投資時所為之安排，故本案仲裁判斷認定捷克政府違反公平公正待遇。

70 *Id.* at para. 261.

71 *Id.* at paras. 264, 266.

72 *Id.*

73 *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL Partial Award, September 13, 2001.*

### (五) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*<sup>74</sup>

1. 本案仲裁庭認為原告Metalclad投資購買墨西哥COTERIN公司100%股權之目的係為經營掩埋場。在原告公開且不斷的興建掩埋場的過程中，墨西哥聯邦政府未明確告知違法，原告因而信賴墨西哥聯邦政府代表允許其興建、開發與營運。但該國G市市政府先以欠缺市政府建設許可證為由阻其興建，再由S州州警協助示威者妨害其開放營運。隨後S州州政府更於完工後頒布新法令，終使原告無法營運。
2. 因此，仲裁庭不但認為墨西哥未對原告之商業計劃與投資，確保政府決策之透明性與可預測性，墨西哥州政府與自治市政府前後反覆之措施，違反NAFTA第1105條第(1)項規定，未依照國際法給予原告的投資公平公正待遇。並且援引維也納條約法公約，明示不得援引國內法規作為違反協定義務之正當化事由。

## 第5節 與國內外法之關聯

此一條款係與國際法概念關連性較高，關於「公平公正待遇」原則之涵義及適用較為抽象，除參酌國際法原則外，亦有賴仲裁案件之累積，就何謂投資人之「正當合理之期待」，以及何謂地主國政府之「歧視性」或「專斷措施」，加以闡釋釐清。

---

74 *Metalclad v. the United Mexican States*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, August 30, 2000.



# 8

## 傘狀條款

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第8章 傘狀條款

### 第1節 條文例示

#### 1. 美國烏克蘭 BIT 第 2 條第 3 項 (c)

c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.

#### 2. 台日 BIA :

##### 第五條

3. 任一方領域內之機關應遵守其就他方投資人之投資及投資活動所承諾之任何義務。

### 第2節 規範目的

投資協定之締約國應遵守所簽訂投資協定條款之義務，如有違反，他方締約國之投資人得依投資協定所定之爭端解決程序加以主張。理論上，締約國與投資人就其投資縱有其他約定（例如地主國與投資人簽訂契約，或針對投資人產業有法令特別規定）而對投資人負有義務，並非投資協定所保障的範圍，如有爭議，應依雙方就該其他約定所定之爭端解決機制或內國行政或司法機制解決之，而無法援引該投資協定據以主張。

然而，如雙方於投資協定中約定，如一方締約國就他方締約國投資人之投資，有本投資協定以外之義務承諾，該締約國仍應加以遵守，如符合要件，投資人將可援引該條款，依投資協定所約定之爭端解決機制向地主國主



張，一般稱此條款為「傘狀條款」（umbrella clause）。此類條款之規範目的，主要為擴張投資協定的保障範圍，在地主國與投資人另外定有其他投資相關協議之情形，亦可能援引傘狀條款對地主國主張，而可提供投資人額外的保障。

### 第3節 條文分析釋義

本條係規定締約國雙方除應遵守雙方於投資協定中所約定之義務外，如一方締約國就他方締約國投資人之投資，有本投資協定以外之義務承諾，該締約國仍應加以遵守。

#### （一）條款發展歷史

從1950年起，即開始有訂定傘狀條款之投資協定出現，例如德國與巴基斯坦1959年所簽訂之雙邊投資協定第7條75即規定「任一方應遵守任何其就投資與他方投資人或公司所約定之其他義務」，至今許多國家擬定之BIT模範條款，及與他國簽訂之雙邊投資協定，亦多包含傘狀條款在內，以擴大對投資人之保護。

#### （二）傘狀條款之保護範圍

雖各國BIT中「傘狀條款」之規範目的相同，均是以確保締約國遵守其所承諾之其他義務，以提供投資人額外保護，惟條文用語之不同對於保護範圍的廣狹及所生之法律效果亦有所影響，將導致涵蓋範圍之差異。說明如下：

---

75 Article 7 of the BIT between Germany and Pakistan stipulates that "Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party."

## 1. 共通要件<sup>76</sup>

一般而言，絕大多數投資協定之傘狀條款具有兩個特性，一為條文用語多使用「『應』遵守 (shall observe)」之用語而具強制性，而非一般不具強制性之訓示規定，因而如有違反傘狀條款，即構成投資協定之違反。此外，傘狀條款限定於「地主國」對「他方締約國投資人」所負義務始有適用，而非私人間之權利義務關係。

## 2. 地主國義務之範圍

(1) 在界定地主國方所負義務時，用語之差異將影響地主國所負「義務」之範圍。常見之用語包括「任何義務 (any obligation)」(例如台日 BIA 第 5 條第 3 項)、「任何其他義務 (any other obligation)」(例如希臘與阿根廷簽訂之 BIT)、「承諾 (commitment)」(例如比利時與盧森堡及沙烏地阿拉伯所簽訂之 BIT) 等。如使用「任何義務 (any obligation)」之用語，因其並未限定於特定種類而涵蓋較為廣泛。亦有採較為限縮之立法模式者，例如澳洲與智利、中國等國簽訂之 BIT 規定以「書面義務 (written obligation)」為限；亦有將其明確限縮為「契約義務 (contractual obligation)」者，例如奧地利與智利於 1997 年所簽訂之 BIT<sup>77</sup>。

76 WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, 2006.10, page 9-12.

77 Article 2 (4) of the Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Chile on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments stipulates that "Each Contracting Party shall observe any contractual obligation it may have entered into towards an investor of the other Contracting Party with regard to investments approved by it in its territory."

(2) 此外，部分雙邊投資協定就地主國所負義務的類型採廣泛界定，將所有與「投資」有關之義務均包括之，例如美國與阿根廷於 1991 年所簽訂之 BIT 即規定「任一方應遵守其就投資 (investments) 所訂定之任何義務」。部分投資協定則較為限縮，例如奧地利 BIT 模範條款第 9 條即將地主國所負義務限縮於「特定投資 (specific investments)」

### (三) 我國簽訂之雙邊投資協定

我國與其他國家簽訂之雙邊投資協定中，除近日與日本所簽訂之投資協定外，與馬其頓及賴比瑞亞所簽訂之投資協定，亦訂有包含此「傘狀條款」（詳參【表五】）。其中與馬其頓及賴比瑞亞訂定之條文相同，未限定「投資」之種類或為其他範圍上的限定，屬較廣泛的類型。台日所簽訂之 BIA 則更為廣泛，除明定為「任何義務」而可能在解釋上涵蓋較廣外；其義務類型除「投資」外，更包含地主國對於「投資活動」所承諾之義務。

【表五】我國過去簽訂之投保協定包含「傘狀條款」者

國家	協定名稱	內容
馬其頓	中華民國政府與馬其頓共和國政府投資促進暨相互保護協定	締約一方應遵守有關對締約他方投資人之投資所承諾之義務。
賴比瑞亞	中華民國政府與賴比瑞亞共和國政府投資促進暨相互保護協定	締約一方應遵守有關對締約他方投資人之投資所承諾之義務。
日本	亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議	任一方領域內之機關應遵守其就他方投資人之投資及投資活動所承諾之任何義務。

資料來源：本研究團隊整理

## 第4節 相關案例

### (一) *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*<sup>78</sup>

1. 美阿 BIT 第 2 條第 2 項 (c) 款提及：「任一締約方應遵循其關於投資之任何義務」，為「傘狀條款」之規定<sup>79</sup>。原告主張被告阿根廷政府應遵守其與美國投資人及其子公司所簽訂契約內之契約義務<sup>80</sup> 例如被告政府違反了其與投資人所簽訂之「政府擔保貸款契約」(Guaranteed Loan contracts)、阿根廷國庫債券契約 (Treasury Bills contracts) 及「BODEN 2013 證券契約」等<sup>81</sup>。
2. 阿根廷政府認為原告之主張並無理由，首先，阿根廷政府認為其契約相對人為 CNA (原告於阿根廷投資之子公司)，並非原告 Continental，故其並無提出主張之權利<sup>82</sup>；其次，任何與該契約承諾相關而可能經由「傘狀條款」加以主張者，應透過其國內法 (即阿根廷法律) 加以主張<sup>83</sup>。
3. 仲裁庭之判斷<sup>84</sup>

仲裁庭認為，傘狀條款雖為一普遍存在於投資協定之條款，但解釋上仍時生爭議，仲裁庭之見解亦未統一。該案仲裁庭認為，其適

---

78 *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, 2008, Award rendered on September 5, 2008.

79 *Id.* at para. 286.

80 *Id.*

81 *Id.* at para. 288.

82 *Id.* at para. 293.

83 *Id.* at para. 295.

84 *Id.* at paras. 296-302.

用上通常為一雙邊義務（bilateral obligation），且需具備某種程度之「特定性」，亦即需為與投資相關，並應某種程度上係針對該特定投資而非通案之法律適用。

除典型的契約義務外，亦可能包含本質上與該投資人或公司相關連者。因此，縱使並非地主國與投資人簽訂契約而負義務之情形，如為地主國單方針對特定產業或部門所制定之特定法規，且針對與該投資相關之特定投資人之情形，亦為傘狀條款所涵蓋。由於被告政府違反匯兌法（Convertibility Law）及Intangibility Law等法令部分，該等法令義務並無規定僅原告有其適用，所牽涉者包括一般阿根廷人民，或為一般存戶及金融商品購買人而非「特別與投資人之投資」，故該部分並非為美阿BIT之傘狀條款所涵蓋。

關於原告主張被告阿根廷政府違反其與投資人所簽訂之「政府擔保貸款契約」（Guaranteed Loan contracts）、阿根廷國庫債券契約（Treasury Bills contracts）及「BODEN 2013 證券契約」的部分，由於該等違反明確為地主國之契約義務而落入傘狀條款之範圍，但因該案中仲裁庭已認定阿根廷政府得援引其必要性之主張作為例外，故並無契約義務之違反，亦無違反本條傘狀條款之問題。

## (二) *Joseph Charles Lemire v Ukraine, Decision on Jurisdiction and Liability*<sup>85</sup>

美國與烏克蘭所簽訂之BIT第2條第3項(c)款規定：「任一締約方應

---

85 *Joseph Charles Lemire v Ukraine, Decision on Jurisdiction and Liability*, ICSID Case No ARB/06/18; IIC 424, Award rendered on January 14, 2010.

遵循其與他方所約定關於投資之任何義務」<sup>86</sup>，原告據此主張烏克蘭應遵守其與原告所簽訂契約內之契約義務，而2000年和解協議所定之內容即屬此類契約義務。仲裁庭雖亦認為傘狀條款可將地主國契約（雙方所簽訂之和解協議）義務之違反，依據該條款於仲裁庭加以主張，惟因仲裁庭認為地主國烏克蘭並無違反和解協議而無契約義務之違反，故並無傘狀條款之適用。

## 第5節 與國內外立法之關聯

傘狀條款所涵蓋之地主國義務，如參酌台日BIA第5條第3項，可能涵蓋之範圍為地主國針對「投資」與「投資活動」所承諾之「任何義務」，與一般常見之傘狀條款相較，涵蓋之範圍較廣。

雖不同仲裁庭容有不同看法，但如參酌*Continental Casualty Company v. Argentine Republic*一案仲裁庭之見解，傘狀條款所涵蓋者除地主國與投資人間之「契約義務」外，地主國如針對特定產業部門之「投資」或「投資活動」所訂定之法規或行政規則所衍生之地主國義務，亦可能包括在內。如果有所違反，除非符合台日BIA其他例外條款或排除適用之規定，日方投資人可能得基於傘狀條款之規定，主張構成台日BIA之違反。因此，我國將來於與外國投資人簽訂投資相關協議或契約，或制定及實施針對特定產業或部門量身定作或主要適用對象較為限定之法規時，應特別注意法規條款之妥適性，且應避免違法之行為，以免為他國投資人據傘狀條款主張構成雙邊投資協定之違反。

---

86 "Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments." *Id.* at para. 497.

# 9

## 徵收與補償

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第9章 徵收與補償

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

**Article 6: Expropriation and Compensation** 註10

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except:
  - (a) for a public purpose;
  - (b) in a non-discriminatory manner;
  - (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and
  - (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment] (1)through(3).
2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall:
  - (a) be paid without delay;
  - (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ("the date of expropriation") ;
  - (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and
  - (d) be fully realizable and freely transferable.



3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.
4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:
  - (a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus
  - (b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.
5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with the TRIPS Agreement.

## **Annex A**

### **Customary International Law**

The Parties confirm their shared understanding that "customary international law" generally and as specifically referenced in Article 5

[Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

## **Annex B**

### **Expropriation**

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.
2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.
3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.
4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.
  - (a) The determination of whether an action or series of actions

by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
  - (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
  - (iii) the character of the government action.
- (b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

註10 : Article 6 [Expropriation] shall be interpreted in accordance with Annexes A and B.

## 2. 台日 BIA :

### 第十二條

1. 除以下情形外，任一方不得對他方投資人之投資採取徵收或任何等同徵收(以下稱為「間接徵收」)之措施：
  - (a) 為公共目的；
  - (b) 透過不具歧視性之作法；
  - (c) 依照第四款至第六款提供即時、適當與有效之補償；及
  - (d) 符合正當法律程序及第五條之規定。

2. 第一款之間接徵收係指機關的一個行為或一系列行為，其具有等同徵收之效果，但無所有權之正式移轉或扣押情事。
3. 判定任一方機關針對特定情況所為之一行為或一系列行為是否構成間接徵收時，須以個案方式並以事實為基礎進行調查，並考量以下因素：
  - (a) 該行為造成之經濟衝擊；惟機關之該等行為對投資之經濟價值造成負面效果之單一事實，不足以證明間接徵收已發生；
  - (b) 該行為對於因投資而產生之明確且合理之期待，所造成之干擾程度；
  - (c) 該行為之特色；及
  - (d) 該行為之目的，包括採行該行為是否係為維護公共福利、公共安全與衛生以及保護與維護環境等公共目的。
4. 補償應與被徵收之投資於徵收公告或徵收發生時的公平市場價值相當，以較早發生之時點為準。該公平市場價值不應考量任何因徵收提前為公眾所知悉而造成之價值變動。
5. 不得延遲補償給付，且補償須包括以合理之商業利率計算之利息，而利息之計算應考量至給付時之期間。補償須可有效實現、自由轉移且可以徵收日之市場匯率自由轉換成可自由使用之貨幣。
6. 於不影響第十七條之前提下，受徵收影響之投資人，應有權利使用徵收發生領域內的法院或行政法庭或機關，以依本條所述原則，審查投資人之案件及補償額度。

## 第2節 規範目的

憲法第15條明文規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」，關於人民財產權之保障與徵收之關係，大法官會議釋字第440號解釋指出：「人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償」，大法官會議釋字第516號解釋理由書指出：「國家因公用或因其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償。此項補償乃係因財產徵收，對被徵收財產之所有人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家自應予以補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失。故補償不僅需相當，為減少財產所有人之損害，更應儘速發給，方符憲法上開保障人民財產權之意旨」，其中「補償不僅需相當，為減少財產所有人之損害，更應儘速發給，方符憲法上開保障人民財產權之意旨」即為徵收補償條款之核心概念，且與一般徵收條款要求地主國給予「即時、充分和有效的補償」相符。

簡言之，納入徵收補償規範之主要目的在於，對人民財產權之合法保障，原則上不得任意剝奪，縱使基於特定原因而有限制或剝奪的必要，亦需依法並秉持特定原則為之。因此，除非係基於公共目的，並以非歧視之方式為之，且依正當法律程序給予即時、充分和有效的補償，否則限制締約國之一方不得直接、間接徵收，或國有化他方締約國投資人的投資。由於直接徵收之議題，通常明顯易辨，故討論徵收之規範方式時，主要著重於三個重點：「間接徵收」、「合法徵收」與「補償」。

本條旨在區辨合法徵收與不法徵收、界定直接徵收與間接徵收，並隱含有劃定徵收與政府管理行為之界限的功能，釐清需予以補償之剝奪他方締約國投資人投資的行為，且應如何補償等問題。

### 第3節 條文分析釋義

#### (一) 徵收之基本原則

長久以來，國際間對於合法徵收之要件素有爭論，資本輸出國家認為，合法徵收之要件已被習慣國際法承認，主要有四大項：「基於公共目的」、「非歧視性之措施」、「依正當法律程序」、「給予即時充分且有效之補償」；不過大部份的開發中國家未完全認同以上提出的要件。雖然以上四要件是否為習慣國際法所承認尚有爭論，但自1995年以來，絕大多數的雙邊投資協定於擬定徵收條款時，多將此四項要件納入條約文字中。我國亦已順應國際趨勢，除台日BIA外，於台甘BIT第6條亦明文：「任一方締約國之投資人之投資不應被國有化、徵收或受到與國有化或徵收具有相同效力之措施之限制（以下稱「徵收」）。除為公共利益、依據正當法律程序，且基於非歧視性原則並給予立即、適當及有效之補償外，不在此限」。茲就徵收之基本原則說明如下：

##### 1. 基於公共目的(public purpose)

係指徵收之目的需出於保護社會環境、公共衛生及其他社會公益事項等，方可實行之。例如我國除早期與新加坡、馬拉威簽訂之雙邊投資協定外，近期與其他國家簽訂之BIT均將得為徵收之要件，限定須「基於公共目的」。

##### 2. 以非歧視之方式(non-discriminatory manner)

指地主國對於締約國投資之相關規定，未因其是否為地主國之國民而給予不同待遇。我國早期簽訂之雙邊投資協定（例如與印尼、菲律賓、巴拿馬、巴拉圭、馬拉威簽訂之BIT）未訂明於條文中，近期所簽訂之BIT即均將此原則納入。

### 3. 依循正當法律程序(due process of law)

基本上，何謂前兩項要件之基於公共目的及以非歧視之方式，已成為各國經常使用的法律概念，國際間較無爭議。較有爭議者在於何謂正當法律程序之問題。

關於正當法律程序，有認為正當法律程序即指符合地主國國內法制的徵收程序；其二認為正當法律程序係指得合法請求救濟之權利，以上兩種規範方式均提供地主國政府相當程度的自主性。US Model BIT於徵收條款中論及正當法律程序時，除規定正當法律程序之要求外，亦將第5 條第1 至3 項之「最低標準待遇」列入。US Model BIT之所以將第5 條第1 至3 項規定置於此處，乃因既然第5 條係地主國不得違反之最低標準，在進行合法徵收時，當然亦不能違反該條規範。

### 4. 補償金額、基準及其計算標準

#### (1) 基本原則：「即時、充分且有效」之補償

大部份已開發國家皆認同徵收之補償，必須「即時、充分且有效」。此三要件為前美國國務卿赫爾（Ordell Hull, 1891-1955）在 1939 年對墨西哥政府發表聲明時所提出，國際間素稱之為「赫爾公式」。於補償時，國際間亦多半認同應以投資人之投資被徵收時之公平價值進行補償，甚至對於利率之計算亦加以規範。部分 BIT 更鉅細靡遺地針對補償金支付方式、市場風險之處理等問題予以規範。整體而言，徵收補償的規範方式頗為複雜，且國際間 BIT 之規範程度與內容不一而足，實際適用時應參酌各該 BIT 為解釋。

除金錢之補償以外，基於各國主權之故，較難對他國實施其他制裁行為。且因無任何一個國家的行為與決策能夠且願意受制於其他國家的命令，故國際法上的補償，通常皆係金錢上的補償。而就補償金之價值計算基準，有「徵收前之價值」、「徵收前之公平（市場）價值」、「徵收前之市場價值」、「徵收前之真實價值」等界定方式。

## (2) 利息之計算

徵收的利息計算，常是國際案例之主要爭議問題，該採行何種利率才係「商業上之合理利率」，亦是國際法庭熱烈討論之課題。若能於協定中清楚地明訂計算標準，將有助於協定條文之實際運用，並可較有效地排除締約國於適用上之爭議。

針對「在何種情況下，徵收補償是否需支付利息及如何支付」此一議題，國際上BIT有以下數種不同之規範方式：

- A. 僅在地主國遲延給付補償金時，才需支付利息者（如約旦與摩洛哥於1998年簽訂之BIT）。
- B. 只要徵收時點與補償金給付之時點有落差，地主國均應支付利息者（例如澳洲與印度於1999年簽訂之BIT），US Model BIT之規範模式就利率之計算，即明文規定其利息計算之期間係自徵收時起至補償金的支付時止。基本上此種規範方式對投資人的保障較優；惟對於地主國而言，若欲同意此規定，必須就間接徵收之定義與規定非常謹慎。
- C. 地主國應支付適當的利息，但卻未明文在何種情況下應支付以



及應如何計算利率者（如日本與孟加拉於1998年簽訂之BIT，及日本與韓國於2002年簽訂之BIT）。

### (3) 支付之貨幣

關於以何種貨幣支付賠償金之規範方式。主要有四種規範方式：

- A. 未明文規定應以何種貨幣支付，交由締約國自行決定。例如巴基斯坦與敘利亞於1998年簽訂之BIT、南非與土耳其於2000年簽訂之BIT。
- B. 規定補償金應以「freely convertible currency」支付。基本上幾乎所有國家之貨幣皆屬於此類貨幣。採此方式者，例如衣索比亞與蘇丹於2000年簽訂之BIT。
- C. 應以投資人當初進行投資時之出資貨幣支付，或是依投資人要求之貨幣支付。例如澳洲與立陶宛在1998年簽訂之BIT。
- D. 應以「freely usable currency」支付。所謂「freely usable currency」，係指國際貨幣基金依國際貨幣基金協定認定的貨幣單位。例如比利時及盧森堡與泰國於2002年簽訂之BIT。

## (二) 我國 BIT 之規範

目前我國與各國簽署之雙邊投資協定中均訂有徵收與補償規範，惟其規範與所適用之原則略有出入，且關於補償之計算標準為何，及其利息如何給付，亦有不同之規定。茲彙整如下：

### 1. 基於公共目的

除早期與新加坡、馬拉威簽訂之雙邊投資協定外，均將得為徵

收之要件，限定須「基於公共目的」；與其他國家簽訂之協定雖在目的限定之文字描述上稍有出入，例如規定限於「內部公共目的需要」<sup>87</sup>、「基於公眾及社會利益」<sup>88</sup>等，惟其均係基於公共目的出發，並無不同。

## 2. 以非歧視之方式

我國早期簽訂之雙邊投資協定<sup>89</sup>，未將非歧視原則定明於條文中，惟近期所簽訂之協定即已將「徵收應以非歧視之方式為之」此原則納入徵收相關條文中。

## 3. 正當法律程序

於此所稱之正當法律程序有兩種意義，一為「符合地主國法律規定或法律目的之徵收程序」例如《中菲投資保證協定》<sup>90</sup>；一為「得合法請求救濟之權利」，例如《中華民國政府與巴拉圭共和國政府投資保證協定》，與國際上常見之定義方式接近。

## 4. 補償金額、基準及其計算

基於有徵收、有補償之法理，補償金額及其計算基準亦為各國訂立徵收條款時之討論重點。茲將補償金計算上的重要問題，彙整如下：

---

87 例如我國與印尼、菲律賓簽訂之協定。

88 例如我國與多明尼加簽訂之協定。

89 例如我國與印尼、菲律賓、巴拿馬、巴拉圭、馬拉威簽訂之協定。

90 其他類似規定例如我國與印尼、越南、奈及利亞、泰國、所訂定之雙邊投資協定等。

### (1) 補償金之價值計算時點

依我國所定之雙邊投資協定觀之，其有規定「徵收即刻前」<sup>91</sup>、「臨被徵用前」<sup>92</sup>、「獲悉徵收時」<sup>93</sup>、「徵收公告時」<sup>94</sup>等不同時點，並時有併用兩種以上時點擇一之情形。

### (2) 補償金之價值計算基準

主要依循之價值計算基準有以下幾種：

#### A. 「徵收前之價值」

例如《台北經濟部與利雅德財經部間促進暨保障投資備忘錄》第6條第2項僅簡單規定「前項所稱之補償應與被徵收之投資事業於即將徵收前之價值相等，且應准許自由轉換與移轉」，惟其價值就應如何計算，則付之闕如<sup>95</sup>。

#### B. 「徵收前之公平（市場）價值」（fair price of the investment; fair market value）

公平市價亦稱為「普遍承認之估價原則」，係指在相同產業中，被徵收之該類財產被普遍承認之價值。此價值的定義不一，因徵收物為何而有個案上的差異，並無一定之判斷標準。

91 例如我國與新加坡、馬來西亞、多明尼加簽訂之協定。

92 例如我國與史瓦濟蘭、多明尼加、貝里斯、哥斯大黎加、馬紹爾、瓜地馬拉等簽訂之協定。

93 例如我國與巴拿馬簽訂之協定。

94 例如我國與印尼、阿根廷、奈及利亞、宏都拉斯、薩爾瓦多等簽訂之協定。

95 例如我國與美國、尼加拉瓜簽訂之協定。

### C. 「徵收前之市場價值」

例如我國與印尼、菲律賓、巴拉圭、馬來西亞、阿根廷、奈及利亞、史瓦濟蘭、多明尼加、貝里斯、馬紹爾、馬其頓、賴比瑞亞、瓜地馬拉及印度等國簽訂之雙邊投資協定，均採此種規範方式。

### D. 「徵收前之真實價值」 (genuine value)

例如《中華民國與巴拿馬共和國投資待遇及保護協定》第6條第2項規定：「…所採行之徵收措施必須符合各該國之憲法及法律程序。依前述程序徵收時，地主國應依最靠近公佈或獲悉行動之日期前之投資真實價值計算，賠償締約他方投資人。」<sup>96</sup>。

## (3) 利息之計算

A. 就徵收國應給付補償而未給付之期間，是否需支付利息之問題，我國所簽訂之雙邊投資協定，有未就是否加計利息明文規定者<sup>97</sup>，部分則設有加計利息之規定。如加計利息，其主要規範模式有「依正常（一般）商業利益計算之利息」（例如與阿根廷、馬拉威、史瓦濟蘭、巴拉圭等國家所簽訂之雙邊投資協定）、「雙方同意之利息」（例如與馬來西亞簽訂之雙邊投資協定）、或其他約定方式（例如與馬其頓及賴比瑞亞協定所約定之補償條款，係約定以倫敦銀行間拆帳年息計算之利息；而與哥斯大黎加簽訂之協定，則係約定以徵收國國內金融系統所採行之平均存款利率為基準）或其併用。

<sup>96</sup> 我國與宏都拉斯簽訂之投資協定亦有類似規定。

<sup>97</sup> 請參照我國與新加坡、印尼、菲律賓、巴拿馬、尼加拉瓜、越南、薩爾瓦多、塞內加爾、布吉納法索、多明尼加、沙烏地阿拉伯等國簽訂之投資協定。

- B. 關於利息係從何時開始起算之問題，有規定「自被徵收財產被剝奪之日至付款日為止」者<sup>98</sup>，有規定自徵用或徵收公告前「迄至清償（補償、付款）日止」<sup>99</sup>者，兩者期間相近。

### （三）間接徵收及其判斷標準

如前所述，徵收係指政府將財產沒收或國有化，其樣態包含「直接徵收」及「間接徵收」。直接徵收又稱為法律上之徵收（*de jure expropriation*），係指地主國政府直接剝奪投資人的財產權，當地主國直接佔有投資者的財產權，就是直接徵收。間接徵收又稱為事實上徵收（*de facto expropriation*）係指地主國政府利用其他迂迴方式，雖未直接侵占投資人之財產權，或將之國有化，但卻實質地影響到投資人（財產所有人）之權益，亦即雖無徵收之名，卻與徵收有相同之效果。

#### 1. 間接徵收之規範模式

「間接徵收」為大部分國際協定徵收條款均包含之徵收態樣，惟規範模式略有差異，而有下列三種：

- (1) 規範「徵收或其他類似/等同效力之措施」(*equivalent to nationalization or expropriation*)，此方式雖涵蓋間接徵收，但因未明示之而有解釋空間，明確性較為不足。例如我國與印尼所簽訂之BIA即屬之。
- (2) 明定「直接或間接」(*directly or indirectly*)之徵收、國有化或相關措施為其規範範圍。此方式較前者可能更為明確。例如台日BIA屬之。

98 請參照與哥斯大黎加簽訂之雙邊投資協定。

99 請參照我國與阿根廷、奈及利亞、史瓦濟蘭、貝里斯、馬紹爾、馬其頓、賴比瑞亞、印度等國簽訂之雙邊投資協定。

(3) 明定「直接或間接」，並以附件方式明定關於國家徵收之實踐，得視為習慣國際法而需加以遵守。此方式對投資人保障最為周延，例如US Model BIT第 6條即於附件A、附件B就「習慣國際法」及「間接徵收」之判斷因素加以說明。

## 2. 間接徵收之判斷

對於間接徵收之討論，起源於一系列NAFTA之案件，然間接徵收於國際上並沒有明確、統一之定義，許多國際案件中關於間接徵收係採個案認定（case-by-case）之方式。但國際間訂定之公約，或是相關案例仍可作為判斷之參考依據，由累積之國際案例可知，仲裁庭於裁判時，有三件事項係檢驗之重點。此一間接徵收之判斷要件，於US Model BIT附件B及台日BIA第12條第3項(a)款至(d)款均已明文作為個案判斷是否構成間接徵收之考量因素，茲將此三項要件分述如下：

### (1) 經濟層面的影響（economic impact）

於分析經濟層面的影響必須掌握一項重點：僅生經濟上負面影響，不足以構成間接徵收的事實。換言之，投資人除須證明地主國系爭行為為對其擁有之財產具有負面影響（adverse effect），尚須提出其他有效的證據，以證實地主國之行為確實是以變相徵收為目的。因此，地主國合理且合法的管理行為，例如徵收稅務、貿易限定等，都不屬於徵收。

以*Sea-Land Service, Inc. v The Islamic Republic of Iran*案（IRAN-U.S. Tribunal case）<sup>100</sup>為例，該案原告美國公司（Sea-

100 *Sea-Land Service, Inc. v The Islamic Republic of Iran*, 6 IRAN-U.S. C.T.R.149 et seq. (1984).

Land) 認為伊朗當局禁止其將於伊朗所獲得之利益轉換為國際通用貨幣之行為，阻礙美國公司將財產匯出伊朗境外，嚴重影響到該公司經營管理的權力，故主張伊朗之系爭行為應被視為間接徵收。惟國際法庭表示，限制銀行帳戶將資產轉換成國際通用貨幣而輸出伊朗的行為，並無法單獨構成間接徵收，由於美國公司的財產依然存在，該公司仍可在伊朗國內有效地運用資金，故不構成間接徵收之事實。

(2) 基於投資所生期待 (investment-backed expectations) 受影響程度

基於投資所生期待的分析，是以合理的期待 (reasonable investment-backed expectations) 作為基準。如果地主國政府之行為，已經變相地完全剝奪投資者之資產報酬；換言之，倘該項資產之合理期待已為零，便能清楚地判定該行為已經嚴重影響投資者的權益。惟目前國際間，尚無明確標準可據以判斷構成徵收之影響程度。

以 *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*<sup>101</sup> 一案為例，墨西哥政府阻止原告 *Metalclad* 經營掩埋場，使原告無法對其投資行使權利，構成地主國奪取投資者權利之行為，屬間接徵收 *Metalclad* 的投資，且使原告完全失去其投資，卻未加以補償，即經仲裁庭認定構成徵收條款之違反。

---

101 *Metalclad v. the United Mexican States, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, August 30, 2000.*

### (3) 地主國行為之特性 (character of government action)

地主國行為之特性可以經由其管制措施之目的、內容、及合理性等特徵進行分析評估。如果地主國僅針對特定他方締約國投資者之投資實施類似徵收的規範，則政府之行為便可能傾向於間接徵收；如僅是契約的違反而不涉及國家公權力之行使，則通常不認為構成間接徵收。

以 *Oscar Chinn* 一案為例，英國國民於比利時投資河運，比利時政府當局於 1931 年 6 月之一連串政策實施，間接地促使當地河運被比利時之公司壟斷。國際法庭認為，由於比利時政府實施的措施係為處理貿易蕭條之問題，符合公共目的 (public purpose) 原則，且並無歧視或其他事實足以認定比利時政府係假借貿易蕭條之名義而為達到其他目的，故如此間接造成壟斷之行為並不足以構成間接徵收的條件。

### 3. 間接徵收與專利強制授權

另一個可能的問題，為間接徵收與強制授權之關連性。我國專利法第 76 條第一、二項規定：「為因應國家緊急情況或增進公益之非營利使用或申請人曾以合理之商業條件在相當期間內仍不能協議授權時，專利專責機關得依申請，特許該申請人實施專利權；且其實施應以供應國內市場需要為主。但就半導體技術專利申請特許實施者，以增進公益之非營利使用為限。而專利權人有限制競爭或不公平競爭之情事，經法院判決或行政院公平交易委員會處分確定者，雖無前述之情形，專利專責機關亦得依申請，特許該申請人實施專利權。」且



第五項規定：「特許實施權人應給與專利權人適當之補償金，有爭執時，由專利專責機關核定之。」

上開專利法之專利強制授權條款雖未直接剝奪其專利權，惟性質上可能構成間接徵收，而需加以注意。目前我國所簽訂之BIT並未就此加以著墨，如將來因專利強制授權而有外國投資人提出爭執時，易生爭議。關於此點，US Model BIT第6條第5項<sup>102</sup>將符合TRIPs條款而進行智慧財產權強制授權之情形，定為徵收條款之例外，足供我國參考。

## 第4節 相關案例

### （一）關於「徵收」之要件

#### 1. *Starrett Housing Corp. v. Iran*<sup>103</sup>

(1) 本案仲裁庭認定地主國政府指派經理人管理或掌控他方締約國投資人公司之行為，可單獨視為徵收。例如本案原告Starrett Housing 公司與Omran 銀行簽訂之諸多合約內，均包含原告應將所建公寓銷售量一定百分比之金額作為佣金給予該經理人，且伊朗政府指派伊朗籍經理人干預他方締約國投資人對財產之使用權益。

---

102 US Model BIT Article 6 (5): "This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with the TRIPS Agreement."

103 *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 4 Iran-US C.T.R. 122, 156 (Dec. 19, 1983); *Starrett Housing Corp. v. Iran*, 16 IRAN-U.S. C.T.R. 112 et seq. (1987).

- (2) 在習慣國際法中，當財產的有效用途遭取去或被徵用，使投資者喪失基本控制權時，政府之行為已有效導致財產喪失其價值，或是當地主國政府對財產的使用、享用或處置做出持續性干預時，該行為即構成徵收。雖然海外投資者本來就需承受一定的風險，但國際法規定，若投資者的產權因為當地政府採行的干預行為，致使其對該產權沒有行使的實權，此干預行為即構成間接徵收，應提供合理補償。

## 2. *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*<sup>104</sup>

- (1) 本案系爭事實已由前次仲裁庭判定埃及政府未能給予原告Wena Hotel Limited之投資公平及合理之待遇，亦未能依據英國與埃及之BIT 規定提供該公司必要之保護及安全，已違反其對原告應負之合約義務，且埃及政府之行為已構成徵收，卻未按照BIT 規定給予即時、充分且有效之補償。故本案仲裁庭隨即裁定埃及違反英國與埃及之BIT，並需支付高達美金2000萬元之補償金予原告。
- (2) 此案首次解釋英國與埃及BIT 之徵收定義，認為徵收必須以構成完全與永久剝奪為原則，但並不侷限於有形資產，基於契約所生之權利亦包括之。本案例原告之投資，因國有之EHC公司介入而有完全奪取之事實，且期間長達一年之久，符合適用徵收條款之資產範圍，應獲得相對應的補償。
- (3) 關於完全及永久剝奪之判斷，仲裁庭則從其手段與嚴重性加以判斷。EHC公司接管飯店後，不但對飯店大肆破壞，亦將家具或其

---

104 *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, October 31, 2005.

他設備拍賣，不法擁有長達一年之久，從其投資受到剝奪的程度與嚴重性綜合判斷，已達完全及永久的程度。

### 3. *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*<sup>105</sup>

- (1) 就烏克蘭基輔市行政署拒不與Heneratsiya Ltd 簽訂新租約之行為是否構成直接徵收或間接徵收乙事，仲裁庭認為，所謂的直接徵收，必須是地主國政府有剝奪並移轉投資人財產之所有權予己之行為，故本案烏克蘭政府尚未構成直接徵收。
- (2) 至於間接徵收的部分，仲裁庭則認為原告未詳加分析自己在烏克蘭之投資的相關具體情況，且並未具體指出基輔市行政署之行為究竟侵害了自己的何種權利，以及該侵害之程度是否已經達到了國際上對徵收保護的標準等。本案之事實未構成直接徵收或間接徵收，故仲裁庭判定原告之主張為無理由，並裁定原告敗訴。

### 4. *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand*<sup>106</sup>

仲裁庭援引數則仲裁案例，說明「間接徵收」係指「剝奪所有人全部或相當比例之使用權或期待從中獲得之經濟利益」（*Metalclad Corp. v Mexico*案<sup>107</sup>），且應在程度上區分究為部分價值之剝奪而不構成徵收，抑或全部或接近全部價值之剝奪而構成徵收（*Vivendi*

---

105 *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, September 16, 2003.

106 *Walter Bau AG vs. Kingdom of Thailand*, ICSID Arbitration Case No. ARB/05/8, Award rendered on July 1, 2009.

107 *Metalclad v Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000.

*v Argentina*案<sup>108</sup>)。此外，根據*LG & E Energy Corp. v Argentine Republic*<sup>109</sup> (以下簡稱「LG & E案」) 仲裁庭之見解，如投資仍持續營運中，地主國僅干涉投資人經營之能力，縱使造成價值減損，尚不足以認定構成徵收。

#### 5. *RoInvest Co UK v Russian Federation*<sup>110</sup>

雖然被告之行為形式上為一稅務課徵行為，惟被告之行為並不因此而豁免於仲裁庭之審查，仲裁庭有權審查該稅務行為是否為稅務法令之濫用，而事實上為一徵收行為<sup>111</sup>。仲裁庭並援引相關仲裁判斷、專家學者著作等作為佐證<sup>112</sup>。關於徵收認定之標準，仲裁庭指出如一措施實質剝奪構成投資之全部或主要資產，且係因被告所生，則該措施構成徵收<sup>113</sup>。

#### 6. *Metalclad Corporation v. The United Mexican State*<sup>114</sup>

(1) 本案仲裁庭首先表示NAFTA 第1110 條規定之徵收情形，不僅包含投資地主國為其利益，移轉投資者或投資之權利於地主國本身，亦包含地主國措施意外造成剝奪所有人行使一部或全部權利、期待利益之結果，但無明顯意圖圖利於地主國之情形。

108 *Vivendi v Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007.

109 *LG & E Energy Corp v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on liability of 3 October 2006.

110 *RoInvest Co UK v Russian Federation*, SCC Case No 075/2009; IIC 471, Award rendered on September 12, 2010.

111 *Id.* para. 628.

112 *Id.* para. 629.

113 *Id.* para. 623.

114 *Metalclad v Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000.

(2) 其次，將條文涵攝於本案事實中，仲裁庭認為墨西哥阻止Metalclad經營掩埋場，讓Metalclad無法對其投資行使權利，構成地主國奪取投資者權利之行為，屬間接徵收Metalclad的投資，卻沒有補償Metalclad，違反NAFTA 第1110 條規定。

#### 7. *Tippetts v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*<sup>115</sup>

仲裁庭認為該伊朗籍經理人被賦予之種種權力，已有效地剝奪投資人管理TAMS-AFFA公司之營運權並實質終止了雙方的合作。本案伊朗政府授權指派公司經理人之行為雖不必然構成徵收，但該名經理所為之行為，例如排除TAMS-AFFA代表參與事務或拒絕與TAMS-AFFA聯繫，已經剝削了投資者最基本之管理投資事業權益，該行為構成間接徵收。

#### 8. *Sea-Land, Inc. v. The Islamic Republic of Iran*<sup>116</sup>

本案國際法庭指出，限制銀行帳戶將資產轉換成國際通用貨幣而輸出伊朗的行為，並不單獨構成間接徵收的條件。由於資產依然存在，而該美國公司仍可有效運用其在伊朗國內之資金，且是否允許其轉換成美金或轉帳至其他帳戶，Bank of Markazi 有個案裁決之權限，加上PSO 並無任何不合理的干預，故伊朗之系爭行為並不構成間接徵收的事實。

---

115 *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 6 IRAN-U.S. C.T.R. 219 (June 29, 1984).

116 *Sea-Land Service, Inc. v The Islamic Republic of Iran*, 6 IRAN-U.S. C.T.R.149 et seq. (1984).

### 9. *S.D. Myers Inc. v. Canada*<sup>117</sup>

原告主張加拿大政府禁止美國輸出PCB 廢料進入加拿大境內之規定，構成間接徵收其相關企業的自由運輸權。仲裁庭認為，「法令的制定」與「徵收的事實」必須依該項法令對產權影響的程度為區分標準，並非所有影響到資產控制權的法令都構成徵收。是故，仲裁庭以並無證據顯示加拿大政府有移轉原告資產，使其從中獲得利益之事實為由，認為本案加拿大政府無徵收行為。雖然原告企圖以「相當於」（tantamount to）之用語擴大徵收的可能適用範圍，但參酌 Pope 案的見解，相當情形的條文創設並無擴張該徵收條文適用範圍的目的，亦不能為擴張之解釋，故原告的主張不成立。

### 10. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*<sup>118</sup>

(1) 仲裁庭認為，倘若財產權之主要內容並未移轉於他受益人，特別是政府為受益人之情況時，此情形即不構成直接徵收。在經濟利益可能由產業移轉於消費者，或是從產業移轉於其他產業之情形下，整體而言，移轉結果均有利於社會與國家。但不同於財產權法律內容受影響之情形，不論取得執照人與投資者遭遇何種困難，且此困難嚴重地影響其正常營運，原告仍為公司與商業活動之權利人，其他人並未取得此一權利。

(2) 仲裁庭並認為，必須證明移轉所有權之行為存在故意之主觀要件，才可構成直接徵收。因此，當政府並非有意造成投資者損

---

117 *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, First Partial award, November 13, 2000(NAFTA).

118 *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/16, May 11, 2005.

失，且此結果可能產生賠償責任時，則必須證明移轉財產與所有權之行為存在故意之主觀要件。

- (3) 根據Pope一案對實質徵收所建立的標準與態樣，可作為間接徵收要件判斷時之標準，根據該案，若政府行為符合下列事項，可能構成實質徵收：(i)剝奪投資者對投資之控制權或對公司每日營運之管理權，(ii)逮捕或扣留公司經理人或員工，(iii)監視公司員工工作行為，(iv)干預公司行政事務，(v)妨礙公司個人配置，(vi)干預公司員工或經理人之任命，及(vii)剝奪公司財產或其對財產一部或全部之控制權。經由以上事項的判斷後，仲裁庭認為本案之情形並不符合，因為原告方並未喪失其投資營運之控制權，僅有不利的影響（adverse effects）是不足夠的，且阿根廷政府制定之法規命令未違反BIT之保護標準，不構成間接徵收。

#### 11. *Parkerings-Compagniet v. Republic of Lithuania*<sup>119</sup>

- (1) 本案仲裁庭首先認為，國家必須不僅是立於契約之一方而終止或違反契約，仍須輔以行使其國家主權權力始足當之。縱Vilnius市政府確實違背該投資協議書之約定，就本案證據所顯示，被告並未行使其國家權力而違反契約，故Vilnius市政府終止投資協議書之行為，仍不構成立挪BIT中之徵收。
- (2) 而若投資者在法律上或事實上被剝奪向適當之內國法院請求救濟之權利，仲裁庭可能認定被告已侵害原告之權利，但本案中該等權利並未被剝奪，且原告並未向立陶宛法院請求救濟。

---

119 *Parkerings-Compagniet v. Republic of Lithuania*, ICSID Arbitration case No. ARB/05/8, Award rendered on September 11, 2007.

- (3) 因本案未能符合前開二要件，故仲裁庭不再判斷「違約之情事對投資者之財產造成實質減損」此一要件。並且認定本案不構成間接徵收。

## (二) 關於「逐步徵收」(creeping expropriation) 之要件及認定

### *Walter Bau AG vs. Kingdom of Thailand*<sup>120</sup>

- (1) 原告所主張之「逐步徵收」，參酌*Generation Ukraine v Ukraine*一案之見解，其為間接徵收態樣之一種，具備時間之特質，故如為涵蓋一段期間內數個可歸責於國家之行為，而累積成相當於對投資進行徵收之行為，即屬逐步徵收。*Parkerings v Lithuania*一案則認為逐步徵收係為「政府措施對投資人之財產權之負面影響，雖未構成財產權之移轉，但已造成投資人對其財產所享有權益之剝奪」，可資參照。
- (2) 根據仲裁庭就間接徵收及逐步徵收之見解，本案仲裁庭認為被告2004年10月以後及先前行為延續至其後之行為均未對原告之投資構成間接徵收<sup>121</sup>。首先，由於DMT興建之公路仍將持續營運數年，根據*Parkerings V Linthuania*一案之見解，儘管其價值可能因被告之不作為受到減損，由於投資仍持續營運中，故原告基於股東所享有之契約上權利並未為被告所徵收<sup>122</sup>。
- (3) 又被告並未剝奪原告對其投資之控制權。參酌*PSEG Global v*

120 *Walter Bau AG vs. Kingdom of Thailand*, ICSID Arbitration Case No. ARB/05/8, Award rendered on July 1, 2009.

121 *Id.* at para. 10.11.

122 *Id.* at para. 10.13.



*Turkey*一案，所謂投資控制權之剝奪係指干涉公司日常營運管理及行政、阻撓紅利之分配、董事之任命、或全部或部分剝奪公司之資產或對其之控制而言。於本案中，因被告之行為均不構成該案所述之標準，且被告之行為多為消極之不作為（例如拒絕協商、不調整通行費費率等），未有強烈干預手段之表現，其程度尚未達PSEG一案所定義之「投資控制權剝奪」標準，故綜合以上認定，仲裁庭認定原告並未證明被告之行為違反徵收條款而構成逐步徵收<sup>123</sup>。

## 第5節 比較法研究

有關我國國內法規與徵收條款之目的及規範原則有關聯者，茲臚列簡述如下：

### （一）關於人民財產權之保障及徵收之要件

1. 憲法第15條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」
2. 中華民國憲法第108條第14款：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：一四、公用徵收。」我國憲法第108條第14款將公用徵收列為中央立法並執行，或交由省縣執行之事項，足見我國制憲者對於徵收制度之重視。此亦與徵收於雙邊投資協定中居於協商之核心地位相互輝映。
3. 司法院大法官解釋釋字第440號解釋文：「人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受

123 *Id.* at paras. 10.16-10.18.

損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利。」釋字第440號解釋文中，可得出我國大法官認為徵收之要件包括：(1)國家機關依法行使公權力之行為；(2)致人民之財產遭受損失；及(3)逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，於有此情事時，國家應予合理補償。可知大法官解釋意旨已蘊含徵收所應符合之相關要件於其中。

4. 司法院大法官解釋釋字第516號解釋理由書：「憲法第十五條規定，人民之財產權應予保障。此一規定旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害。國家因公用或因其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償。此項補償乃係因財產徵收，對被徵收財產之所有人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家自應予以補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失。故補償不僅需相當，為減少財產所有人之損害，更應儘速發給，方符憲法上開保障人民財產權之意旨。」在釋字第516號解釋理由書中，大法官表示「補償不僅需相當，為減少財產所有人之損害，更應儘速發給，方符憲法上開保障人民財產權之意旨。」此為徵收補償條款之核心概念，且與地主國應給予「即時、充分和有效的補償」之要求相符。

## (二) 我國實施徵收相關法規彙整

我國與「徵收」相關之法令計有土地法第五編（土地徵收）、土地徵收條例<sup>124</sup>、土地徵收條例施行細則、中央與地方政府訂定之相關要點、施行細則及其他相關法規（如專利法第76條）等等。茲將與土地徵收相關之條文歸納如下【表六】：

【表六】我國與土地徵收相關之法令

	條項	內容
目的與範圍	土地法第 208 條 (土地徵收之目的與範圍)	國家因左列公共事業之需要，得依本法之規定徵收私有土地。但徵收之範圍，應以其事業所必需者為限： 一、國防設備。 二、交通事業。 三、公用事業。 四、水利事業。 五、公共衛生。 六、政府機關、地方自治機關及其他公共建築。 七、教育學術及慈善事業。 八、國營事業。 九、其他由政府興辦以公共利益為目的之事業。

124 土地徵收條例於100年12月13日通過修正條文，修正土地徵收條例第一條、第五條、第七條、第十條、第十一條、第十三條、第十五條、第二十條、第二十二條、第二十五條、第二十七條、第二十九條、第三十條、第三十三條、第三十八條、第四十條、第四十四條、第五章章名、第四十九條至第五十二條、第五十三條至第五十五條、第五十八條、第五十九條及第六十三條條文；並增訂第三條之一、第三條之二、第十三條之一、第十八條之一、第三十四條之一、第四十三條之一及第五十二條之一等條文，變動的條文甚多。

	條項	內容
徵收要件	土地法第 209 條 (法定徵收)	政府機關因實施國家經濟政策，得徵收私有土地，但應以法律規定者為限。
	土地法第 212 條 (區段徵收)	因左列各款之一徵收土地，得為區段徵收： 一、實施國家經濟政策。 二、新設都市地域。 三、舉辦第二百零八條第一款或第三款之事業。 前項區段徵收，謂於一定區域內之土地，應重新分宗整理，而為全區土地之徵收。
	土地法第 213 條 (保留徵收)	因左列各款之一，得為保留徵收： 一、開闢交通路線。 二、興辦公用事業。 三、新設都市地域。 四、國防設備。 前項保留徵收，謂就舉辦將來所需用之土地，在未需用以前，預為呈請核定公布其徵收之範圍，並禁止妨礙徵收之使用。
徵收程序	土地法第222條	徵收土地，由中央地政機關核准之。
	土地徵收條例 第11條	需用土地人申請徵收土地或土地改良物前，除國防、交通或水利事業，因公共安全急需使用土地未及與所有權人協議者外，應先與所有權人協議價購或以其他方式取得；所有權人拒絕參與協議或經開會未能達成協議且無法以其他方式取得者，始得依本條例申請徵收。 前項協議之內容應做成書面，並應記明協議之結果。如未能達成協議，應記明未達成協議之理由，於申請時送交中央主管機關。 第一項協議價購，依其他法律規定有優先購買權者，無優先購買權之適用。 第一項協議價購，應由需用土地人依市價與所有權人協議。 前項所稱市價，指市場正常交易價格。

	條項	內容
徵收程序	土地徵收條例 第10條	<p>需用土地人興辦之事業依法應經目的事業主管機關許可者，於申請徵收土地或土地改良物前，應將其事業計畫報經目的事業主管機關許可。</p> <p>需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。</p> <p>特定農業區經行政院核定為重大建設須辦理徵收者，若有爭議，應依行政程序法舉行聽證。</p> <p>需用土地人興辦之事業無須報經目的事業主管機關許可者，除有第二項但書情形外，應於與所有權人協議價購或以其他方式取得前，先舉行公聽會。</p>
	土地法第224條	徵收土地，應由需用土地人擬具詳細徵收計畫書，並附具徵收土地圖說及土地使用計畫圖，依前二條之規定分別聲請核辦。
	土地法第227條	<p>直轄市或縣(市)地政機關於接到中央地政機關通知核准徵收土地案時，應即公告，並通知土地所有權人及他項權利人。前項公告之期間為三十日。</p> <p>土地權利利害關係人對於第一項之公告事項有異議者，應於公告期間內向直轄市或縣(市)地政機關以書面提出。</p>
徵收補償	土地法第236條	<p>徵收土地應給予之補償地價、補償費及遷移費，由該管直轄市或縣(市)地政機關規定之。</p> <p>前項補償地價補償費及遷移費，均由需用土地人負擔，並繳交該管直轄市或縣(市)地政機關轉發之。</p>

	條項	內容
徵收補償	土地法第239條	被徵收土地應補償之地價，依左列之規定： 已依法規定地價，其所有權未經移轉者，依其法定地價。 已依法規定地價，其所有權經過移轉者，依其最後移轉時之地價。 未經依法規定地價者，其地價由該管直轄市或縣（市）地政機關估定之。
	土地法第240條	保留徵收之土地應補償之地價，依徵收時之地價。
	土地法第241條	土地改良物被徵收時，其應受之補償費，由該管直轄市或縣（市）地政機關會同有關機關估定之。
	土地徵收條例第20條	徵收土地或土地改良物應發給之補償費，應於公告期滿後十五日內發給之。但依第二十二條第五項規定發給應補償價額之差額者，不在此限。 需用土地人未於公告期滿十五日內將應發給之補償費繳交該管直轄市或縣（市）主管機關發給完竣者，該部分土地或土地改良物之徵收從此失其效力。但有下列各款情形之一者，不在此限： 一、於公告期間內因對補償之估定有異議，而由該管直轄市或縣（市）主管機關依第二十二條規定提交地價評議委員會復議。 二、經應受補償人以書面同意延期或分期發給。 三、應受補償人拒絕受領或不能受領。 四、應受補償人所在地不明。

資料來源：本研究團隊整理

### （三）可能構成間接徵收之案例

關於「間接徵收」，在我國實務上，既成道路因符合一定要件而成立公用地役關係者，大法官會議第400號解釋曾表示，此時其所有權人對土地已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家應依法律之規定辦理徵收給予補償。然現實上各級政府可能因為經費困難，而不能即時對既成道路為全面的徵收補償，因此大法官亦在解

釋文中明示，有關機關應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。實際上，在各級政府實際辦理徵收之前，所有權人對原土地既已無法自由使用收益，即可能已構成間接徵收，而應給予補償。

#### (四) 小結

針對經由上述彙整關於「徵收要件」、「徵收程序」、「徵收補償」之法規，可知我國關於徵收係有法源依據，惟立法院於100年12月13日甫通過之土地徵收條例相關修正條文是否符合上開徵收補償之基本原則，有待進一步檢視。此外，我國的徵收相關法令與BIT/BIA之關連，值得深入研究下列問題：

1. 於「徵收要件」上，土地法規定限於政府機關需用之情形始能為徵收，惟是否所有由政府機關之需求均是「以公益為目的」？殊值探究。此外，個別之法規並未明定「不歧視原則」，需用機關及審查機關（內政部）於申請及審查時，應特別注意此原則，並依行政程序法第6條關於平等原則之規定，不得以歧視方式，僅針對特定人之財產為徵收。
2. 就「徵收程序」上，參酌相關法規，規定有徵收時應進行之一定程序，相關機關確實遵守法規之規定，以符合「正當法律程序」之要求。
3. 於「徵收補償」之計算上，應進一步確認現行規範是否符合「即時、有效、充分」補償之要件，將來相關機關於執行或制訂相關細則時，並應特別注意各該子法及施行細則之符合程度。
4. 雖然有憲法第15條及大法官會議第440號、第516號解釋，惟關於間接徵收及非不動產的徵收，尚缺乏明確的法令說明合法徵收（包括如何補償）的要件與程序。未來在BIT/BIA及其他國際投資協定的義務下，我國極可能與他國投資人在此處產生爭議。





# 10

## 績效要求

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第10章 績效要求

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 8: Performance Requirements**

1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking: 註11

- (a) to export a given level or percentage of goods or services;
- (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
- (c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
- (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
- (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
- (f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory;

- (g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that such investment produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market; or
  - (h) (i) to purchase, use, or accord a preference to, in its territory, technology of the Party or of persons of the Party註12; or  
(ii) that prevents the purchase or use of, or the according of a preference to, in its territory, particular technology, so as to afford protection on the basis of nationality to its own investors or investments or to technology of the Party or of persons of the Party.
2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any requirement:
- (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
  - (b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
  - (c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
  - (d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.
3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in

connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

(b) Paragraph 1(f) and (h) do not apply:

(i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement, or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or

(ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party's competition laws. 註13

(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), (f) and (h), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

(i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty;

(ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or

- (iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.
- (d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.
- (e) Paragraphs 1(b), (c), (f),(g) and (h), and 2(a) and (b), do not apply to government procurement.
- (f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.
4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any commitment, undertaking, or requirement other than those set out in those paragraphs.
5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement.
- 註11 : For greater certainty, a condition for the receipt or continued receipt of an advantage referred to in paragraph 2 does not constitute a "commitment or undertaking" for the purposes of paragraph 1.
- 註12 : For purposes of this Article, the term "technology of the Party or of persons of the Party" includes technology that is owned by the Party or persons of the Party, and technology for which the Party holds, or persons of the Party hold, an exclusive license.
- 註13 : The Parties recognize that a patent does not necessarily confer market power.

## 2. 台日 BIA：

### 第七條

1. 任一方不得於其境內加諸或執行下列要求，作為他方投資人投資活動之條件：

- (a) 出口一定水準或百分比之貨品或服務；
- (b) 達到一定水準或百分比之自製率；
- (c) 優先採購、使用或提供優惠予在其領域內生產之貨品或提供之服務，或向其領域內之自然人、法人或任何機構採購貨品或服務；
- (d) 以任何方式將進口量或進口值與出口量或出口值，或與該投資人之投資相關之外匯流入產生連結；
- (e) 將他方投資人之投資所生產或提供之貨品或服務之銷售，以任何方式銷出口量、出口值或外匯收入產生連結，以限制該銷售活動；
- (f) 限制出口或以出口為目的之銷售；
- (g) 要求管理階層、經理人或董事會成員須具備特定國籍或公民身分；
- (h) 將技術、製程或其他專有知識移轉給其領域內之自然人、法人或任何特定實體；但下列情形除外：
  - (i) 該項要求係法院、行政法庭或競爭主管機關為消除違反競爭法之情事，所加諸或執行者；或
  - (ii) 有關智慧財產權之移轉，而其移轉之方式並未違反世界貿易組織協定下附錄 1C 之「與貿易有關之智慧財產權協定」(以下簡稱「TRIPS 協定」)者。
- (i) 要求投資人針對特定地區或全球市場所設總部須設立於其領域內；

- (j) 須雇用具有特定國籍或公民身分之雇員達一定數量或比例；
  - (k) 必須在其領域內達到一定水準或價值之研究與發展；或
  - (l) 僅得從其領域內，提供一項或多項該投資人所生產之商品或所提供之服務予特定區域或全球市場；
2. 雖有第一款規定，雙方了解就任一方投資人之投資活動，符合上述第(g)目至第(l)目之要求得作為獲得或繼續獲得某項優惠之前提條件。

## 第2節 規範目的

績效要求條款係指地主國對他方締約國之外來投資或投資人施加的強制性措施或條件。主要是希望達到地主國的政策目標，其中包含：提高地主國之就業率、促進地主國之出口、提高內需市場等目的。

各國政府最常見的績效要求，係要求外國投資人雇用地主國國民、使用地主國生產的原物料、或出口一定比例的生產品等。然而，績效要求條款雖可達到地主國的政策目標，但績效要求條款將大幅降低外來投資的意願。因此，一般而言，以開發中國家為主的資本輸入國家多半較不希望地主國採取績效要求措施，但自身卻希望透過績效要求措施以達成政策目標。

然而，在法理上，即使雙邊投資協定中同意地主國可採取績效要求措施，並不代表地主國可以恣意而為。蓋地主國仍須遵循國民待遇以及最惠國待遇之要求，僅能以「非歧視」方式對外來之投資或投資人加諸績效要求條款。

### 第3節 條文分析釋義

#### (一) 規範方式

績效要求條款的規範方式主要可分為兩大類。其中一類係不以明文方式排除地主國得為績效要求措施，另一類則以明示方式規定地主國不得採取績效要求措施：

1. 第一大類規範雖然不明文禁止地主國為績效要求措施，但仍規定地主國所為之措施應為非歧視性；此類BIT/BIA亦常同時訂有「application of other rules」（其他規定之適用）的規定，以確保地主國在其內國法制上，亦對外來投資人提供相當於最惠國待遇之待遇。如德國與泰國在2002年簽訂之BIT即屬之。
2. 第二大類規範方式則可再細分為下列六種：
  - (1) 雖規定限制地主國採取績效要求措施，但要求之程度不得超過地主國在「與貿易有關之投資措施協定」下應負之義務，如加拿大與哥斯大黎加在1998年簽訂之BIT。
  - (2) 以單一的「概括條款」限制地主國採取績效要求措施，此類BIT通常以一概括條款禁止地主國採取強制性措施，但地主國實施的該等措施，僅於外國「投資設立後」階段方予以禁止。至於地主國對「外來投資設立」階段所實施之措施，則不予以限制。如芬蘭與亞塞拜然在2003年簽訂之BIT。
  - (3) 以正面表列清單方式限制地主國採取績效要求措施，適用範圍主要涵蓋地主國對外來投資在「設立前」與「設立後」採取之強制



性措施，且包含與投資相關之服務與貨品兩者。大部分美國和加拿大在1990年代後期與他國簽訂之BIT，皆屬此類。如美國與巴林在1999年簽訂之BIT。

- (4) 以更細緻的條款禁止地主國為績效要求措施之範圍，原則上，此類條款的適用範圍與上述第(3)類大致相同，惟相較於第(3)類，更進一步禁止地主國以績效要求作為外來投資人能否獲得地主國提供之利益或獎勵誘因之條件。日本近來簽訂之BIT大都採此種規範方式，例如其在2002年與韓國、2003年與越南簽訂之BIT。
- (5) 與第(4)類規範方式近似，惟第(5)類規範方式除限制地主國不得對締約相對國之投資人採取績效要求措施外，亦限制地主國不得對其他第三國之投資人採取績效要求措施。此規範方式之目的係在於確保地主國投資政策之單一化。古巴與墨西哥在2001年，以及美國與烏拉圭在2005年簽定之BIT均屬於此類規範方式。
- (6) 以負面表列清單方式禁止地主國採取績效要求措施，非負面表列清單所列舉之措施地主國則可以採取，給予地主國相當之彈性，且為避免禁止措施涵蓋過廣，亦常搭配例外條款，明定部分績效要求措施得做為投資人獲得或繼續獲得某項優惠之前提條件，例如US Model BIT及台日BIA即屬於此類規範方式。

3. US Model BIT係採取第二大類第(6)類規範方式。US Model BIT第8條在結構上，先以第1項概括禁止地主國為一般的績效要求，以負面表列方式列舉禁止之措施類型；再於第2項中，負面表列禁止地主國以列舉之措施作為投資人獲得或繼續獲得某項優惠之前提條件，變相以投資獎勵方式以達到績效要求之目的。惟考量第2項有過度擴張解釋

之虞，US Model BIT於第3項第(a)款及(c)至(f)款中規範第2項之例外情形，並進一步於第3項第(b)款至第(e)款規範第1項之例外情形。第4項則明文規定，凡不屬於第1項及第2項中明文禁止之績效要求者，均不受本條之限制，換言之，第4項之訂定說明了第1項及第2項為列舉之負面表列清單，不在該負面表列清單中之措施即不被禁止。最後，該條第5項規定，凡私人間自行約定及承諾之績效要求，則不在US Model BIT第8條禁止之範圍內，對於當事人間契約自由及私法自治原則予以相當尊重。

4. 台日BIA第7條第1項亦為類似US Model BIT第8條第1項之規範，禁止地主國為一般的績效要求措施，以負面表列方式列舉禁止之類型；第2項為類似US Model BIT第8條第3項第(a)款及(c)至(f)款之例外條款，規定台日BIA第7條第1項第(g)款至第(l)款之要求，得作為獲得或繼續獲得某項優惠之前提條件。惟台日BIA並無類如US Model BIT第8條第2項明文禁止地主國採取特定措施以變相投資獎勵方式要求特定行為之條款，亦無類如US Model BIT第8條第4項、第5項之規定。

## (二) 條文釋義

### 1. 績效要求之形式

績效要求的具體態樣很多，諸如地主國規定之出口比例要求、自製率要求、技術移轉與授權要求、內地銷售之要求、投資獎勵措施、限制匯出外匯、當地持股要求及特定產品出口之要求等，主要可分為兩種形式，一種是所謂的「requirement」，一種則是「commitment or undertaking」：

- (1) 「requirement」：係指地主國對外國投資要求採取具體之作為。

(2) 「commitment or undertaking」：則專指地主國要求外國投資人對地主國所提出的特定行為要求予以承諾或是保證。

## 2. 何謂「專斷」(arbitrary) 或「無正當理由」(unjustifiable)

US Model BIT第3項第(c)款例外條款規定：在該等措施未對相同條件下之不同國家「構成專斷或無正當理由的歧視」及未對國際貿易或投資造成「隱藏性限制」的前提下，本條不得被解釋為禁止締約國一方在以下三種情況下，實施特定措施：(1)為確保與本協定不相違背之法律或規章被遵守所必要；(2)為保護人類、動物或植物之生命或健康所必要者；(3)為保存可能枯竭之自然資源。

就「專斷或無正當理由之歧視」的相關解釋，可參考「美國禁止加拿大鮭魚及鮭魚產品進口案」(U.S-Prohibition of Imports of Tuna Products from Canada)，以及非常著名的「美國蝦龜案」(United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products) (詳見第4節相關案例(三)與(四))。此二案例雖為WTO案件，而非仲裁庭基於BIT所為者，但因均闡釋類似之文字與概念，具有參考價值。

## 3. 何謂「隱藏性限制」(disguised restriction)

如上所述，US Model BIT第3項第(c)款另有提到該些地主國例外可採取之措施亦不得對國際貿易或投資構成「隱藏性限制」。參考我國學者羅昌發之譯文，此處「disguised restriction」係指「對國際貿易之隱藏性限制」。關於「disguised restriction」之解釋，可參考「美國禁止加拿大鮭魚及鮭魚產品進口案」(U.S-Prohibition of Imports of Tuna Products from Canada) (詳見第4節相關案例(四))。

#### 4. 何謂「必要」(necessary)

參酌 US Model BIT 第 3 項第 (c) 款第 (i) 目地主國例外可採取之措施之一，乃「為確保與國際投資協定條款不相違背之國內法規遵循之必要」(necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty) 此處所稱「必要」係指「必要性」的概念。此用語之功能在於 要求採取實施績效要求措施的國家，除有保護人類或動物之生命或健康的正當理由外，該等措施尚須符合「必要性」之前提。「必要性」係指，地主國除採取系爭措施外，別無其他可以採取的方法時，方符合必要之要求。GATT 1994 第 20 條規定亦有相同文字，茲以泰國就香菸限制進口及課徵內地稅而被美國控告案 (Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on cigarettes) 之爭端解決小組報告 簡單說明此概念 該報告中謂「倘若一締約國可以被合理期待使用其他替代措施，且該替代措施並不違反 GATT 1994 其他規定時，則該締約國採取違反 GATT 1994 其他規定之措施，因屬於第 20 條第 (d) 款之情形，不得認為其係有『必要』(necessary)」。

### 第4節 相關案例

#### (一) *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*<sup>125</sup>

Pope & Talbot公司在加拿大採集原木，經其所設立在加拿大的軟木工廠加工後，將成品運回美國銷售。1996年加拿大與美國簽訂了「軟

<sup>125</sup> *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Award on Merits, April 10, 2001.

木協定（Softwood Lumber Agreement）」，其中規定凡是於加拿大之特定區域進行第一次加工製造的軟木產品，若欲自加拿大輸往美國，均需經過加拿大政府的許可。加拿大政府亦同步頒訂相關管理法規範與出口費用規定，並成立了出口控制局（Export Control Regime）針對前開事項進行管制，進而限制到Pope & Talbot公司的軟木出口，故Pope & Talbot公司向ICSID提出仲裁。

仲裁庭認為，加拿大政府所採行之措施，例如出口費之徵收，僅能被視為是一種限制軟木出口的措施，並未達到使原告完全無法負擔而不能出口之程度，難以認定係屬 NAFTA 第 1106 條所規定之「a requirement for establishing, acquiring, expanding, managing, conducting or operating a foreign owned business in Canada.」。在解釋本條文時，應依據有所明示之條款加以解釋，不得擴張其定義之範圍，且加拿大政府之措施並未設定任何出口上限，故不違反禁止績效要求規定。

## （二）*Canada-Administration of the Foreign Investment Review Act* (WTO 案例)

此案之爭端解決小組就「加拿大法律要求投資者必須在投資時提出書面購買承諾（written purchase undertaking）之要件，是否屬於對進口產品賦予較低之待遇」乙節，認為加拿大要求投資者承諾購買加拿大產品，卻未設任何限定，實際上已排除投資者購買其他進口產品之可能性，使進口產品所受之待遇較不利於國內產品，而構成「不低於國內產品之待遇」的違反，進而違反國民待遇。此案原本係用來說明國民待遇的相關問題，但就本案加拿大要求外國投資人提出書面購買承諾一事，

顯然符合績效要求條款中所稱之「commitment or undertaking」之定義，可資參考。

### (三) *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*(WTO 案例)

本案乃是美國為保護海龜而禁止從某些國家進口海蝦的紛爭。由於商業性捕撈以及捕蝦作業中的誤殺，導致海龜的生存環境急劇惡化，已有瀕臨絕種的危機。據世界野生動物基金會（World Wildlife Fund）統計，若不採取任何防護措施，每年將有超過12.5萬隻海龜會因此而葬身，其中尤以捕蝦網為最。因此，美國國會於1973年通過「瀕危物種法案」（Endangered Species Act 1973），將在美國海域內出沒的海龜列為法案保護的對象，並將一切佔有、加工以及遭捕蝦網誤捕或誤殺海龜之行為，均視為非法。同時，美國研發了一種名為TED的海龜脫逃器（Turtle Excluder Device），經過20年的使用證明能有效的隔離、保護海龜不受誤捕。據美國國家科學院(NAS)1993年報告顯示，TED之有效隔離率高達97%，捕蝦作業效率也因誤捕率的降低而有所上升。1989年，美國國會更通過修改「瀕危物種法案」，增加第609條款，以推動其他國家採用TED。而609條款共有兩項基本政策要求：第一：609條款第(a)段授權由美國國務卿開始與有關國家共同磋商關於海龜保護的國際條約，並定期就談判情況向國會進行彙報；第二，609條款第(b)段條款授權由美國國務院負責制定具體實施措施，禁止所有未符合TED使用要求、未達到相應美國海龜保護標準的國家或地區捕獲的野生蝦及蝦類製品進入美國市場，此舉因而限制印度、馬來西亞、巴基斯坦與泰國等四個國家的蝦類製品進口至美國，遂引起該四國反彈，而向WTO爭端解決小組提起爭端解決。

該案一路進行到上訴機構，其中就美國609條款採取之措施是否對受影響之四個國家形成專斷或不公平之歧視，有豐富的討論。最後上訴機構認為，美國系爭措施並沒有適當考慮各個WTO會員國之不同狀況，反而給予位處加勒比亞海域的其他蝦製品出口國家更長的適應期，並使其漁民得以延後採用TED。在欠缺「due process of law」（正當法律程序）的情況下，美國輕易實施歧視性待遇，即構成「專斷或無正當理由」之歧視。

#### (四) *U.S-Prohibition of Imports of Tuna Products from Canada*(WTO案例)

本案起因於加拿大政府在1979年，以美國漁船在其經濟海域內，未經許可而撈捕某種類之鮪魚，進而扣押美國漁民。美國對此主張依據其1976年漁類保存及管理法第205條規定，得以禁止加拿大鮪魚及相關產品之進口作為報復。關於美國之禁止進口措施是否造成對國際貿易之隱藏性限制，爭端解決小組認為因為美國所採取的禁止措施係屬已經美國公開宣告之貿易措施，故不符合隱藏性的字義要件。因此，美國所採之措施不應被視為「對國際貿易之隱藏性限制」。但亦有學者採取相反見解，認為此案爭端解決小組之認定過於寬鬆，不利於國際間之自由貿易。

## 第5節 比較法研究

### (一) 與我國國內法之關聯

績效要求條款所涉及之相關法規主要為投資獎勵部份，其中值得注意之法令係外國人投資條例、華僑回國投資條例、促進產業升級條例等法規。需注意以上法規係否含有績效要求條款所禁止之各類要求、禁止

或獎勵措施。在我國進入WTO之後，我國目前幾乎已無任何績效要求的法令存在。

## （二）與國際法之關聯

雙邊投資協定之締約國適用績效要求條款時，還須注意GATT 1994及TRIMs相關規定，因為在部分爭端案件中，可能會有所適用。

與GATT 1994有關之部分，主要在於GATT 1994第20條的相關規定，其內容關聯性可參見前述各項內容中針對本條文字所做的註釋。不過，有些涉及貿易效果之投資措施，亦有部份係屬GATT 1994規範範疇。換言之，地主國在採取這些措施時，除須檢視有無違反績效要求之規定，還須檢視GATT 1994的相關條文。此部份之措施共有四類，分別為：

1. GATT 1994第16條之補貼行為。
2. GATT 1994第3條的國民待遇原則。
3. GATT 1994第11條進出口限制之禁止。
4. 不干涉企業行為之原則，亦即會員國不得干涉企業出於其商業考量，而採取之任何行為，例如決定出口或不出口之行為。

TRIMs相關規定主要乃1994 GATT原則之重申，在此不作贅述。



# 11

## 高階經理人與董事會

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第11章 高階經理人與董事會

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 9: Senior Management and Boards of Directors**

1. Neither Party may require that an enterprise of that Party that is a covered investment appoint to senior management positions natural persons of any particular nationality.
2. A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise of that Party that is a covered investment, be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.

#### 2. 台日 BIA :

##### 第七條

1. 任一方不得於其境內加諸或執行下列要求，作為他方投資人投資活動之條件：
  - (g) 要求管理階層、經理人或董事會成員須具備特定國籍或公民身分；

## 第2節 規範目的

投資地主國欲透過強制立法的方式確保其國民能參與外人投資的管理和控制。在某些領域，有的國家往往以國家安全作為其政策正當化的理由，但另有國家係希望能確保其國民得到技術訓練和管理經驗。這些不同的政策目標可能和投資者的利益相抵觸，因為投資者所要雇用的係最合適、最有能力的經理人，而不限於特定國籍，如規定限於特定國籍，可能使投資者無法找到其認為最適當的人選。

多數雙邊投資協定在此議題上並無特定條款。然而，最近有許多國家已開始將高階經理人與董事會條款納入BIT中，顯見此條款之重要性已逐漸顯現。

## 第3節 條文分析釋義

### （一）規範方式

如前所述，地主國為確保其國民能參與外人投資的管理和控制，常以國家安全作為理由，或以希望確保其國民獲得技術訓練和管理經驗等政策目標，要求投資人雇用特定國籍之國民（通常為地主國國民）。惟地主國之各種政策目標可能與投資人之利益相抵觸，故高階經理人與董事會條款乃係就地主國對投資人所投資之公司其高階經理人及董事會之國籍等情形加以限制。

國際間雙邊投資協定針對高階經理人與董事會條款之規範方式主要有以下四類：

1. 部分雙邊投資協定允許外國投資人及其原有員工，無論其國籍為何，得進入並在投資地主國停留。除此之外，這些雙邊投資協定規定，除非地主國法規有特別要求，外國投資人得依其選擇，雇用任何國籍之

國民為新任關鍵技術和管理人員，並允許其在與投資相同的目的範圍內，得進入地主國並於地主國居留。例如澳大利亞和埃及於2001年簽訂之雙邊投資協定

2. 另一類型的雙邊投資協定，原則上認為投資人有權利雇用高階管理人員，不論其國籍為何，毋須適用當地法律。例如立陶宛和美國於1998年簽訂之雙邊投資協定即採用此一規範方式。
3. 第三種類型的雙邊投資協定，針對高階經理人此議題，禁止締約國對管理人員、經理人及董事會成員之國籍有所限制。例如越南和日本於2003年簽訂之雙邊投資協定及台日BIA。
4. 最後一種方式係依其為「經理人」或「董事會成員」，區分而為不同規定，通常規範內容為禁止地主國對投資者加諸以雇用高階經理人需為特定國籍之限制，惟就董事會成員部分，則無此限制；於後者之情形下，假如該要求並不會顯著地減少投資人對投資的控制，且非強制規定投資人有此義務時，地主國得要求董事必須具有特定的國籍，加拿大和薩爾瓦多於1999年簽訂之雙邊投資協定即為一例，US Model BIT亦係採取區別高階經理人及董事會成員之雙軌規範方式。

綜上所述，無論雙邊投資協定係採何種規範模式，基於國家主權，並無一個雙邊投資協定提供外國國民得享有無限制進入地主國領域之權利，地主國有關移民之法律，不會針對高階經理人有所讓步。因此，特定外國人員進入地主國，最終仍是受到國內法律的管制。而是否會違反雙邊投資協定之「高階經理人與董事會」規範，重點即在於管制外國國民入境措施，有無實質影響投資人對地主國投資之控制權。

如前所述，US Model BIT第9條，區別高階經理人與董事會或相類似委員會之成員而分別規定。第1項針對高階經理人，原則上禁止地主

國要求他締約國投資人，須任命特定國籍自然人為其投資之高階經理人。第2項針對董事會或委員會成員部分，原則上允許地主國可要求投資人或投資企業之大多數委員會成員，須為符合特定國籍，或是由地主國國內居民擔任之，但此類法規不得造成實質上影響外國投資人對其投資擁有之控制權。

台日BIA第7條第1項第(g)款則廣泛禁止要求管理階層、經理人或董事會成員須具備特定國籍或公民身分，未如US Model BIT第9條第2項有針對董事會及委員會成員在一定條件下允許得限制特定國籍之情形。

由上可知，台日BIA第7條第1項第(g)款採取之規範模式相較於US Model BIT第9條，對地主國得採取之措施的限制更為嚴格。

## (二) 條文釋義

### 1. 何謂「高階」(senior) 經理人：

所謂「senior」，依Black's Law Dictionary之定義，係指「higher in rank or service」，即職位或職等較高之義，一般稱之為「高階經理人」或「高階管理階層」。此類人員往往負責公司業務面、策略面之決策。我國於公司治理、內部控制和稽核相關辦法中常出現此一名詞，其職責主要係針對風險管理以及內部控制等制度面，負責執行董事會核定之經營策略與政策。

### 2. 何謂董事會或其他「相類似委員會」：

所謂其他「相類似委員會」，係專指董事會或相類似之專門委員會，常見之專門委員會有：審計委員會(audit committee)、薪酬委員會(compensation committee)、提名委員會(nomination committee)及財務委員會(finance committee)等。

## 第4節 相關案例

本條款為近年來國際間簽訂BIA之常見條款，惟目前國際間較無相關爭議及案例。

## 第5節 比較法研究

- (一) 我國公司法於民國90年11月12日修正前，第208條第5項規定：「董事長及副董事長均須有中華民國國籍，並在國內有住所；常務董事須半數以上在國內有住所」。惟公司法於90年修法時，為因應公司經營之國際化、自由化，董事之國籍、住所已無限制之必要，爰刪除該條第5項。故目前我國公司之董事長、副董事長或常務董事已無中華民國國籍或住所之限制。
- (二) 現行公司法第216條第1項規定：「公司監察人，由股東會選任之，監察人中至少須有一人在國內有住所。」參照經濟部民國79年9月17日經商商字第 216889號函：「公司法第216條第1項後段僅規定公司監察人中至少須有一人在國內有住所，並不以具有中華民國國籍為資格要件。惟所稱住所，應係專指民法第20條之永久住所而言，並不包括同法第23條以居所視為住所之情形在內」。故監察人亦不以具有中華民國國籍為要件。
- (三) 另參照按外國人投資條例第15條規定：「投資事業依公司法組設公司者，投資人不受同法第98條第1項、第108條第2項、第128條第1項、第208條第5項及第216條第1項關於國內住所、國籍及出資額之限制。」華僑回國投資條例第16條亦有類似規定。故目前有關於外國人於中華民國投資，其董事長、董事、監察人並無中華民國國籍或須在中華民國有住所之限制。

# 12

## 不符合措施

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第12章 不符合措施

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 14: Non-Conforming Measures**

1. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:

(a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at:

(i) the central level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III,

(ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III, or

(iii) a local level of government;

(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or

(c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Article 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], or 9



[Senior Management and Boards of Directors].

2. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.
3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Treaty and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.
4. Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment] do not apply to any measure covered by an exception to, or derogation from, the obligations under Article 3 or 4 of the TRIPS Agreement, as specifically provided in those Articles and in Article 5 of the TRIPS Agreement.
5. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:
  - (a) government procurement; or
  - (b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.

## 2. 台日 BIA：

### 第八條

1. 第三條、第四條及第七條不適用於下列事項：
  - (a) 由下列機關所維持，並列舉於雙方附錄I 附表之既有不符合措施：
    - (i) 中央機關；
    - (ii) 日本各縣；或
    - (iii) 臺灣各直轄市、市或縣；
  - (b) 任何地方機關所維持，且不屬上述(a)目之(ii)及(iii)之既有不符合措施；
  - (c) 上述(a)目及(b)目所述不符合措施之延續或更新；或
  - (d) 第(a)目及第(b)目所述不符合措施之修正或變更，不可較修正或變更前更加悖離第三條、第四條及第七條之規定。
2. 對於任一方所採用或維持有關附錄II之各行業別、子行業別或活動之任何措施，第三條、第四條及第七條等均不適用之；
3. 於任一方領域內，不得依本協議生效日後採用屬於附錄II 附表所列之措施，因投資人為他方投資人，要求其出售或以其他方式處分其於該措施生效時在前一方領域內所持有之投資。
4. 本協議生效日後，任一方若有修正或變更附錄I 附表之既有不符合措施，或對附錄II 之行業別、子行業別或活動採用新措施或更高限制者，則應於執行該修正、變更、新措施或更高限制措施前，或如情況特殊於執行後儘快：
  - (a) 通知對方修正或變更之細節，或措施本身；及
  - (b) 在他方請求下，本於誠信與他方進行協商以取得相互滿意之結果。
5. 在任一方領域內於條件許可時應盡力減低或消除附錄I及附錄II附表中之特定保留；

6. 依TRIPS協定第三條至第五條之特別規定，第三條、第四條及第七條不適用於符合TRIPS協定第三條及第四條之例外或排除適用規定之措施。
7. 第三條、第四條及第七條均不適用於任一方領域內所採行或維持有關下列事項之措施：
  - (a) 政府採購；及
  - (b) 任一方領域內之機關或其所有或控制之事業所提供之補貼或獎勵，包括機關援助之貸款、保證或保險。

## 第2節 規範目的

不符合措施條款乃係針對雙方締約國現行或擬保留可能與國際投資協定條款或精神相違背之現行國內法規或措施加以處理之條款，針對投資設立前（pre-establishment）階段之國民待遇與最惠國待遇等義務，採取以附錄列出締約國境內既存不符合協定之國內法或措施，或以附錄列出特定之產業及活動，作為對締約國義務之保留。本條款之目的乃係給予各締約國彈性，基於各自之政策目的予以調整協定義務範圍，且亦能將雙方談判過程中難以達成共識之部分，先以納入附錄保留暫予擱置之方式，進而降低國際投資協定談判及簽署之困難。

## 第3節 條文分析釋義

### （一）規範方式

#### 1. 保留措施附錄

常見之規範方式係以附錄將締約國不符合協定所規範之一項或多項義務，且經締約國雙方同意得對該等義務採取保留之國內法令規範

為列表整理，作為不符合措施條款之附錄。不符合措施條款之效果為締約國在BIT簽訂生效後，仍得維持其既存與BIT規範義務不符合之國內法令；且如有特別約定，在BIT簽訂生效後，締約國仍得修訂並繼續維持附錄內所包含之不符合措施，惟其修訂不得減損修訂前之措施與義務間之符合程度。

## 2. 保留產業、次產業、活動附錄

除前述將不符合措施列明作為 BIT 之附錄外，加拿大、日本及美國近期於簽署 BIT 時，亦納入第二種附錄類型。即在附錄中列舉締約國雙方同意 BIT 規範義務不適用之各業別（sectors）、次業別（subsectors）或活動（activities）有關之任何措施，以此種方式作為相關 BIT 相關義務之保留。US Model BIT 第 14 條即採取此種規範方式，其他如 2004 年加拿大 Model BIT 第 9 條、NAFTA 第 1108 條亦有相同規定。

### （二）條文釋義

US Model BIT 第 14 條第 1 項主要係規範締約國於符合本條所列各項規定之情形下，得採取或維持附錄 I 或附錄 III 之附件（Schedule）所載與 US Model BIT 國民待遇（第 3 條）、最惠國待遇（第 4 條）、績效要求（第 8 條）、高階經理人及董事會（第 9 條）等規定不符合之措施，作為締約國義務之保留。第 2 項則規定附錄 II 之附件（Schedule）所載產業、次產業、活動得作為締約國前述協定義務之保留。

台日BIA第8條對於不符合措施之適用範圍及保留方式，大致上與 US Model BIT 第 14 條之規範方式一致。締約國應於 Annex I 中記載不適

用國民待遇、最惠國待遇、績效要求及高階經理人與董事會規定之「既有措施」：Annex II則列出在國民待遇、最惠國待遇、績效要求與高階經理人與董事會規定方面，未來可能採行更限制措施之產業與次業別、或相關活動。

不同之處在於，台日BIA第8條第4項及第5項為其所特有之規定。第4項要求締約國對於不符合措施進行修正或通過對投資更具限制性之新措施時，原則上應該等措施施行前或在極少數之例外情形得於該等措施施行後，通知、提供必要相關資訊予他方締約國並與他方締約國進行協商；第5項則規定締約國雙方應於適當情形下，減少或取消Annex I與Annex II所列之不符合措施。

## 第4節 相關案例

### *S.D. Myers, Inc. v. Canada*<sup>126</sup>

S.D. Myers之主要業務係PCB廢料的回收及處理再製工作，S.D. Myers加拿大分公司主要的營運模式，係將蒐集來的PCB廢料運回美國工廠，由美國工廠重新加工處理，使PCB可重複利用後再運回加拿大供有需求之公司使用。但在1995年底，加拿大政府頒佈一項法令，禁止S.D. Myers將PCB廢料從加拿大出口至美國，此舉無疑斷絕S.D. Myers公司的獲利來源。然而系爭禁令卻不禁止加拿大國內同類廠商出口運送PCB廢料。因此，S.D. Myers公司認為該項禁令對其造成經濟上之損失，依NAFTA第11章請求組成仲裁庭，進行仲裁。

---

126 *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, First Partial award, November 13, 2000(NAFTA).

仲裁庭在判斷加拿大系爭禁令是否違反NAFTA國民待遇義務時，首先面臨「同類情況(like circumstance)」的界定問題。仲裁庭指出，同類情況通常需依個案認定，且必須審酌全部法律文件於條文中特定用語的意涵，例如NAFTA協定的規範精神與目的，才能做出正確的判斷。

仲裁庭亦援引1976年OECD多國企業指導綱領，認為要衡量地主國對外國投資與本國投資所受待遇是否處於同類情況，須先確認該待遇之規範對象是否處於同一個產業。舉例而言，地主國之措施若對外國公司產生影響，必須檢視這項措施之目的是否係對其本國與該外國公司處於同一產業的公司所制定。仲裁庭進一步表示，產業之認定包含經濟上產業項目與商業上產業項目。從商業角度觀之，S.D. Myers公司與其他加拿大經營PCB廢料處理的產業例如Chem-Security 及Cintec具有競爭關係，故應屬同類情況。

進入是否違反國民待遇之整體判斷時，仲裁庭提出2點判斷標準：

1. 該措施所造成的結果，是否造成其國民較非國民取得不成比例的好處；
2. 該措施是否已造成對國民的偏好，而對受相關條約保護之非國民形成不公平之情事。

若地主國所採取之差別待遇措施被認為係處於同類情況，唯有在地主國所為之差別對待係出於被認可之合理政策目標，且無不當損害NAFTA投資自由化之目標，方可被認定為不違反國民待遇。否則，一旦被判定處於同類情況，將被認定違反國民待遇。

本案仲裁庭認為，加拿大禁止S.D. Myers公司出口PCB之相關措施含有保護國內同類產業之目的，雖然確保加拿大本國之經濟與產業狀況亦為一具備正當性的目標，但仲裁庭認為，有更多符合規定的方式可以加以運用，而非僅能以違反規定的此種方式進行。且觀察加拿大後續開放跨境出口PCB之種種事實，可知加拿大系爭措施並非為處理PCB問題之唯一方法，其措施亦造成對S.D. Myers公司的不利影響，故認定加拿大系爭措施違反國民待遇規定。

## 第5節 比較法研究

### （一）與國內法之關聯

US Model BIT與台日BIA對於擬保留之不符合措施及相關業別、次業別或活動，係採負面表列之規範方式，故須將我國國內法規與本條規範之主要目的有所關聯者，尤其係應將國內法中與本協定第3條國民待遇、第4條最惠國待遇、第8條績效要求條款及第9條高階經理人及董事會之規定不符之措施、及擬保留其措施之相關業別、次業別或活動，列明於各國際投資協定之附錄中。例如與第8條績效要求條款所涉及之關聯法規主要為投資獎勵部份，其中值得注意之法令為外國人投資條例、華僑回國投資條例、促進產業升級條例等。

### （二）與國際法之關聯

1. US Model BIT與台日BIA不符合措施條款係採負面表列之規範方式，亦即將不適用該等義務之締約國措施、業別、次業別或活動

等，分別列舉於國際投資協定之附錄或附件中，作為締約國對該等義務之保留。此與GATS以正面表列方式給予締約國相關待遇之規範方式不同。

2. 以國民待遇為例，GATS乃係以正面表列方式給予締約國國民待遇，在其承諾表所示範圍之外的服務則不給予國民待遇；但US Model BIT第14條係以負面表列的規範方式，僅有在相關附錄附件中所列舉之項目才排除國民待遇之適用，此差異實值特別注意。換言之，在US Model BIT下，只要未經負面表列之地主國措施或業別、次業別或活動，地主國皆必須依國民待遇給予締約國他方之投資人國民待遇之保障，對於他方締約國之投資及投資人保障較佳，惟相對也課予地主國較重之義務。
3. 因此，我國在簽訂國際投資協定時，就國民待遇所為之承諾很可能會大於我國在WTO之GATS下所為之承諾，則其他WTO會員國亟有可能援引GATS之最惠國待遇條款要求相同待遇，故我國在簽訂BIT時就承諾範圍之談判需特別注意此點。



# 13

## 税賦

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第13章 稅賦

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

**Article 21: Taxation**

1. Except as provided in this Article, nothing in Section A shall impose obligations with respect to taxation measures.
2. Article 6 [Expropriation] shall apply to all taxation measures, except that a claimant that asserts that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under Section B only if:
  - (a) the claimant has first referred to the competent tax authorities<sup>註21</sup> of both Parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and
  - (b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both Parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation.
3. Subject to paragraph 4, Article 8 [Performance Requirements] (2) through (4) shall apply to all taxation measures.
4. Nothing in this Treaty shall affect the rights and obligations of either Party under any tax convention. In the event of any inconsistency between this Treaty and any such convention, that convention shall prevail to the extent of the inconsistency. In the case of a tax

convention between the Parties, the competent authorities under that convention shall have sole responsibility for determining whether any inconsistency exists between this Treaty and that convention.

註21：For the purposes of this Article, "competent tax authorities" means:

- (a) for the United States, the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy), Department of the Treasury; and
- (b) or [Country],[.].

## 2. 台日 BIA：

### 第二十二條

本協議不涵蓋租稅措施。

## 第2節 規範目的

稅賦問題通常屬於BIT一般例外條款之一，而例外條款機制在於使締約國能在促進投資保護的同時，兼顧其他重要的價值，譬如：公共衛生健康、安全、國家安全以及環境保護等。稅務涉及國家財政，因此在各國內政中向來是相當敏感的議題，為避免爭議，並使締約國得就此敏感議題保留足夠的彈性以及自主權。

## 第3節 條文分析釋義

### (一) 規範方式

近年來訂定的BIT，多將各國的稅務列於必須給予合理補償徵收的範圍之外。但各國用來保障國內徵收稅賦的方式各有不同。國際間主要有三種規範方式，茲概述如下。

### 1. 完全排除：

條文直接將所有與稅務有關的法令制定，完全排除BIT之適用。這樣的條文不允許任何相關稅務的法令，因為BIT的簽訂而被影響或受到牽制。例如阿根廷與紐西蘭在1999年訂定的BIT第5條及台日BIA。

### 2. 部分排除：

條文只排除與BIT相關的稅務規定，沒有完全排除其他特定情形，故在某些特定的情況下，仍保留適用條約的可能性。各國規定方式不一，例如2004年加拿大Model BIT一方面試圖加強BIT條款的保護，但另一方面，亦試圖確保國家政府制定其財政稅賦政策的彈性，故規定BIT只有在雙方發生爭議時始有適用。

### 3. 多數適用：

BIT適用於所有稅賦相關規定，除須遵守不歧視的大原則外，所有規定皆應適用。該類公約可以防止締約國對國民和外國投資者有不同的稅徵規定或是優惠差別待遇。例如德國與墨西哥在1998年簽訂的BIT。

## (二) 條文釋義

US Model BIT第21條將稅賦措施列為一般例外條款，使BIT條文原則上不適用於稅賦措施。該條第1項規定該協定原則上不適用於稅賦措施，僅例外於協定有特別規定時，始有適用於稅賦措施之情形。第2項及第3項則規定僅有第6條之徵收條款，以及第8條第2項至第4項有關續

效要求之規定，在滿足本條第4項之要件時，始得適用於稅賦措施。第4項則宣示本協定之規定不影響雙方締約國於其他租稅協定下之權利義務，若本協定與其他租稅協定有不一致之情形，則於該不一致之範圍內，租稅協定應優先適用。

台日BIA第22條則採用完全排除之規範方式，排除台日BIA對於稅賦措施之適用。

## 第4節 相關案例

### (一) *Rolinvest Co UK v Russian Federation*<sup>127</sup>

原告Rolinvest公司為投資之目的，於公開市場購買俄羅斯Yukos公司之普通股份共約七百萬股，其後因俄國政府一連串對於過去租稅之重新審定措施及強制執程序，導致Yukos主要資產，即其子公司Yuganskneftegaz（以下簡稱「YNG」）遭受拍賣，並由俄國政府所控制之公司Rosneft購得其股權。Rosneft其後並將Yukos之所有剩餘資產全數拍賣，導致Yukos最後僅能撤銷其公司登記、結束營業。原告於是主張拍賣YNG與其他Yukos資產係被告違法之徵收行為，構成英俄BIT之違反。

本案俄國據以拍賣該些資產之法律為多項賦稅規範，而本案之仲裁管轄權係透過最惠國待遇條款援用Denmark-Russia BIT之規定，依Denmark-Russia BIT，「稅務事項」本身被排除在違約事由之外，故本

---

127 *RosInvest Co UK Ltd (UK) v Russian Federation*, Final Award (SCC Case No 075/2009; IIC 471) (2010)

案亦應受此除外條款限制。惟本案仲裁庭特澄清，雖然「稅務事項」被 Denmark-Russia BIT排除在違約事由之外，惟該條款並未排除仲裁庭於審酌被告整體措施之積累效果是否構成國有化、徵收或歧視性待遇時，一併加以審酌之權限。故仲裁庭於審酌被告一連串之措施整體積累效果是否構成英俄BIT第5條之違反時，得對稅務事項進行審酌。

## (二) *EnCana Corp. v. Ecuador*<sup>128</sup>

加拿大企業EnCana公司於2003年因厄瓜多爾拒絕退增值稅（value added tax，以下簡稱「VAT」）予該企業之兩個子公司，而以厄瓜多爾違反加拿大與厄瓜多爾之BIT第13條第2項為由，對厄瓜多爾提起仲裁，要求厄瓜多爾歸還之前所拒絕退還的增值稅，並且就未來依厄瓜多爾之政策可能被拒絕退還的稅金尋求救濟。惟加拿大與厄瓜多爾之BIT第12條第1項明文規定仲裁庭沒有審理稅務相關案件的權限，因此仲裁庭最終認定其對稅務的相關案件並無審理之權限，而不予受理本案。

## 第5節 比較法研究

### 1. 我國相關法規針對租稅協定之相關規定

依所得稅法第124條之規定：「凡中華民國與其他國家所簽訂之所得稅協定中，另有特別規定者，依其規定。」因此，條約或協定規定的本身即具有租稅法特別法的性質，優先於租稅法的相關規定適用之。此外，就條約或協定的法律性質，亦有司法院大法官會議釋字第329號解釋可供參酌。

128 *Cana Corp. v. Ecuador, Partial Award on Jurisdiction, February 27, 2004 ; Final Award, LCIA Case No. UN3481 (UNCITRAL), February 3, 2006.*

「解釋文：憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締約之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。」

2. 截至101年12月25日止，我國已簽署並生效之全面性所得稅協定計25個，另海、空或海空國際運輸所得互免所得稅單項協定計14個。上開租稅協定計有<sup>129</sup>：

(1) 全面性所得稅協定（包括各項所得）：

包括澳大利亞、比利時、丹麥、甘比亞、印尼、馬其頓、馬來西亞、荷蘭、紐西蘭、塞內加爾、新加坡、南非、史瓦濟蘭、瑞典、英國、以色列、印度、法國、匈牙利、斯洛伐克、瑞士、巴拉圭、越南、德國及泰國。

(2) 海、空或海空國際運輸所得互免所得稅單項協定：

包括加拿大、歐聯、德國、以色列、日本、韓國、盧森堡、澳門、荷蘭（海運、空運各1個）、挪威、瑞典、泰國及美國。

---

129 請參財政部賦稅署「租稅協定成果略述」：<http://www.dot.gov.tw/dot/home.jsp?mserno=200912140006&serno=200912140020&menudata=DotMenu&contli nk=content/treaty.jsp&level2=Y&qclass=>  
（最後瀏覽日：2012年12月25日。）

有關股利、利息及權利金所得稅之減免，非居住者之股利、利息及權利金按20%扣繳；但未經華僑回國投資條例或外國人投資條例核准投資之股利所得，非居住者個人按30%扣繳，外國營利事業按25%扣繳。簽訂之租稅協定，股利、利息及權利金之扣繳率減低至5%－15%之範圍。

我國之租稅協定政策係為避免雙重課稅、防杜逃漏稅及增進實質關係，所簽訂之租稅協定原則上係參照OECD通過之「經濟合作暨發展組織租稅協定範本」（OECD Model Taxation Convention on Income and Capital，以下簡稱「OECD範本」）及聯合國（UN）稅約範本，並考量雙方之政治、財政、經濟及貿易狀況。因我國外交困境與早年企業國際化程度不足，一般企業甚或稅捐稽徵機關，並未充分瞭解或利用我國與他國簽署並生效的各項全面性租稅協定。財政部為健全租稅協定有關稅捐稽徵作業，於民國90年2月22日公布「適用租稅協定稽徵作業要點」，做為納稅義務人及稅捐稽徵機關申請適用租稅協定的具體辦法。

### 3. 我國所簽租稅協定力圖與國際接軌

在國際實踐上，為鼓勵跨國際的投資活動與促進全球經濟的發展，避免海外的投資遭遇到本國與投資地主國雙重課稅的困擾，基於互惠互利的考量，大多數的國家都會簽署雙邊的租稅協定。條文原則上參照OECD及UN範本，目前許多國家均參考此範本簽訂租稅協定，尤其是相關組織之會員國，在修改與簽訂租稅協定時應以此範本為依據。我國雖非各組織的會員國之一，但參照上述，我國和他國所簽訂之租稅協定亦以其範本為訂定之參考，以維持和國際常規接軌之機制。



# 14

## 例外條款

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第14章 例外條款

### 第1節 條文例示

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 18: Essential Security**

Nothing in this Treaty shall be construed:

1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

#### 2. 台日 BIA :

##### **第十八條**

1. 雙方了解任一方得於其領域內採行下列措施，但不得構成對他方投資人專斷或無理之歧視，或對他方投資人之投資的變相限制：
    - (a) 保護人類、動物或植物生命或健康之必要措施；
    - (b) 維護公共道德或維持公共秩序之必要措施；
- 註：唯有社會基本利益確實受到重大之威脅時，才可援引公共秩序之例外。

- (c) 在不違反本協議之規定下，為確保法規之遵行所必要之措施，包括與下列事項有關者：
- (i) 為防止欺騙或詐騙行為或為處理違約之影響；
  - (ii) 為保護與個人資料之處理與散佈相關之個人隱私，及為保護個人紀錄或帳戶之隱密性；或
  - (iii) 治安；
  - (d) 為保護基本安全利益之必要措施：
    - (i) 戰爭、武裝衝突或其他緊急狀態時採取之措施；或
    - (ii) 為執行防止武器擴散相關之政策或國際協定；或
    - (e) 為促進聯合國憲章有關維護國際和平與安全之措施。
2. 當任一方於其領域內採行第一款所述之措施時，應在措施生效前或於生效後儘速提供他方有關該措施之下列資訊：
- (a) 行業別與子行業別或相關事務；
  - (b) 本協議受該措施影響之相關規定；
  - (c) 措施之法源；
  - (d) 對措施之簡要描述；及
  - (e) 措施之目的。

## 第2節 規範目的

例外條款允許國家於一定條件下採取不符合協定之措施，而不被視為違反國際義務，例如為保障基本安全、公共秩序、或避免公共衛生危機時，得採取必要之措施。地主國發生特別緊急情況時，因例外條款之適用，外國投資人必須承擔因該特定措施所造成之損害。

本條允許締約國得自行決定，哪些資訊屬於與國家安全有關者而不予揭露，或為確保國際和平、安全以及國家安全所採取之必要措施。其目的在於確保締約國對保障其重要之國家安全利益，有充分的自主權，不受本協定之影響。

### 第3節 條文分析釋義

#### (一) 條款發展歷史

此種條款於二次大戰後，常見於美國與其他國家簽訂之「友好通商通航條約」(U.S. Friendship, Commerce, and Navigation Treaties)。1950年代以降，早期的友好通商通航條約，逐漸被適用到國際投資領域，最早使用例外條款的投資協定為1959年德國與巴基斯坦簽訂之雙邊投資協定。

發展至今，例外條款已不罕見，尤其常見於德國、印度、盧比經濟聯盟、加拿大及美國所簽訂之條約中。目前全球大約2000份之投資協定中，約有200份投資協定包含例外條款。

#### (二) 釋義

台日BIA第18條第1項第(a)、(b)、(c)款分別允許締約雙方採取(a)保護人類、動物或植物生命或健康之必要措施；(b)維護公共道德或維持公共秩序之必要措施<sup>130</sup>以及(c)在不違反本協議之規定下，為確保法規之遵行所必要之措施。而此三者卻未為US Model BIT所明文。

130 原條文附註：唯有社會基本利益確實受到重大之威脅時，才可援引公共秩序之例外。

台日BIA第18條第1項第(d)、(e)款與US Model BIT第18條，則規定締約國為國家基本安全或國際和平及安全得採取相關措施之事項。

基本安全利益（essential security interests）在此主要指國家安全，有關國家安全考量下所為之措施。於 *Continental Casualty Company v. Argentina*<sup>131</sup> 一案當中，仲裁庭承認於國際法下，國家於該等狀況發生時，行使其主權之權利，且所謂「基本安全利益」並不要求需達到國家「完全崩解」或「有機會尋求保護前已發生而無法挽回」之程度。

而所謂之措施（measure）乃指地主國對於其境內之外國投資及外國投資人所為之措施。其中也特別指涉地主國對其國民所為之投資與外國投資人或投資所為措施之差異。其定義主要包含法律、行政命令、行政程序、行政要求與實踐（practice）。

值得注意的是，台日BIA第18條第2項規定締約國應於該等措施施行前，或在極少數之例外情形得於該等措施施行後，盡快通知並提供必要相關資訊予他方締約國。

### （三）自我認定或自我主張之國家安全

乃指締約方所認定之狀況及事由，亦即指締約國自我認定或自我主張(… it determines …)之國家安全。在締約雙方對締約一方所認定之主張有爭議時，法庭將以「誠信原則(good faith)」為主要判定原則。換言之，倘締約雙方對締約之任一方所認定之主張有異議時，法院將以客觀且誠信之角度，來決定該主張是否合理。

---

131 *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, 2008, Award rendered on September 5, 2008.

#### (四)「必要性」要件之判斷

1. 承前所述，其條文雖然彰顯締約一方得以自行認定何種措施係屬於必要，但在爭議產生時，法院仍會以「誠信原則 (good faith)」為主要判斷原則，並依客觀與誠信觀點，裁定實行該項措施是否符合「必要性」要件。
2. 在WTO 協定中，有列舉以下要點以協助判定是否符合習慣國際法上所認定之「必要性」，包括：(1)證明行為必要性之正當理由；(2)合乎科學根據之行為及風險評估；(3)其他合理解決方案之有無。行為人必須能夠證明該項行為具有必要性之理由，亦即該行為的內容是否主要以解決行為人提出之問題為目的，而不是以該項措施本身為主要目的。在合乎科學根據之行為及風險評估下，進一步分析該行為人提出異議的相關科學根據，並在評估合理風險後，判定系爭措施是否為合理的措施或行為。最後，必須評估為解決該項問題，有無其他合理的解決方案。如有其他合理的解決方案，且該方案不會造成對他方更嚴重的影響時，行為人的措施將有不符合「必要性」之可能。
3. 然而，應注意的是，以上之判斷要點為WTO 所適用，非US Model BIT 本身對「必要性」之闡述，故雖有相當之參考價值，但無法以之作為US Model BIT 相關案件之絕對判定準則。
4. 有關BIT 中「必要性」之內涵，*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*一案中，仲裁庭針對阿根廷所提出行為之必要性以及經濟危機的因應，分析不同的要點做出最後的決議。判斷要件包含：
  - (1) 行為國內之國家法律在合理且暫時性的前提下，是否有該項因應措施的規定？

- (2) 該項因應措施行為是否以提供該緊急狀況之解決方案為目的、是否有不當之收益、是否依循各締約方對契約合理的瞭解並秉持「誠信原則 (good faith)」、以及該項措施是否符合衡平原則？
- (3) 緊急的狀況是否為不可抗力(force majeure)之事由？
- (4) 是否有其他的因應措施？

## 第4節 相關案例

### (一) *Sempra Energy International v. Argentine Republic*<sup>132</sup>

本案爭點之一在於如何界定阿根廷處於重大危機之情形。仲裁庭以習慣國際法之角度，從眾多專家報告中，以下列事項判別阿根廷政府之措施是否為因應緊急情形所為之必要措施：

1. 除系爭措施外，政府是否仍有其他方法可供選擇；
2. 系爭措施是否對政府之基本利益或存在之義務，抑或是整個國際秩序造成嚴重損害；
3. 政府是否助長必要性情形之發生。

而根據*Gabcikovo-Nagymaros*案<sup>133</sup>之仲裁判斷，公約列舉之要件必須採取累積適用方法。故仲裁庭依上開要件檢驗本案事實，裁定本案不符合習慣國際法所列必要性之要件。

132 *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/16, May 11, 2005.

133 *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, International Court of Justice, Judgment of September 25, 1997.

## (二) *Continental Casualty v. Argentine Republic*<sup>134</sup>

1. 本案仲裁庭認為，由於GATT/WTO已累積相當多的案例，故可採用WTO案例所建立的判斷標準，但亦不侷限於GATT/WTO的標準內。亦即仲裁庭認為「必要性」原則並不限於「不可或缺」或「無法避免」之情形，在不可避免或絕對必要之情形下所為之措施，確實符合GATT第20條(d)款之例外情形，但其他措施亦可能落入該款要件之範圍內。本案仲裁庭對於例外條款的適用，主要沿用WTO案例之判斷模式，然而在其他雙邊投資協議有關之案件中，其他仲裁判斷主要仍依照習慣國際法所建立之分析方式，本案應為少數利用WTO/GATT作為判斷標準之案件，是否可能為其他仲裁判斷上所援用，有待後續相關案例之累積。
2. 該案仲裁庭於具體分析例外條款之適用時，除了探討手段與目的之關聯性外，對於是否為最小侵害亦加以檢視，藉以分析是否符合比例原則。仲裁庭主要考量之問題為：(1)有無可替代、未違反BIT條款且可達成相同效果之其他措施可供選擇？(2)有無可能預先採取其他措施避免本案有爭議之措施？

## 第5節 比較法研究

1. 許多國際法皆相當重視國家安全機密資料之洩漏問題，故在國際公約中常見類似之保障條款。以保加利亞、波西尼亞以及黑塞哥維那簽訂的雙邊投

---

134 *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, 2008, Award rendered on September 5, 2008.



資協定為例<sup>135</sup>，該協定即有與US Model BIT本條文極為類似之規定。

該條文規定，在保障國家安全及維護國際和平之前提下，締約國為確保重要機密不被強制揭露，可採取必要措施。然而，為避免該項權利被濫用，該條亦限制締約國之決策，必須在客觀誠信的條件下，才得以成立。

2. 我國過去所簽訂之投資協定，其中不包含「例外條款」者，其實仍可能依據習慣國際法採取必要措施而主張免責。惟習慣國際法之要件較為嚴格，仍有不能免責之風險。而已簽訂且包含「例外條款」者（例如台印BIT等），須注意解釋例外條款時，仲裁人解釋取向可能係依據習慣國際法之概念，因此仍有違法之可能。

---

135 <保加利亞、波西尼亞以及黑塞哥維那於2003年簽訂之BIT>

"Article 20 Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall prevent a Contracting Party from taking any appropriate measure which it considers necessary:

to prevent the disclosure of information contrary to its essential security interests;

for the protection of its essential security interests or for the implementation of international obligations or national policies;

relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war, provided that such measures do not impair the conditions of competition in respect of products not intended for specifically military purposes, and to such traffic in other goods, materials and services as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; or

relating to the non proliferation of biological and chemical weapons, nuclear weapons or other nuclear explosive devices; or

taken in time of war or other serious international tension, constituting threat of war."

3. 就未來我國可能簽訂之投資協定而言，應詳加考慮是否需要例外條款以保護特定的國家利益？評估何種類型之國家利益（例如公共安全、金融秩序、公共衛生）需要特別保護？是否於協定中明定解釋例外條款之方式？（例如習慣國際法之解釋方式、WTO 協定之解釋方式）
4. 上述考量，在最近發生的Philip Morris煙草公司依據香港－澳洲BIT對澳洲提起仲裁後，開始引起廣泛注意與討論。該案起源於澳洲對於煙品外盒之「素面包裝」法案(Tobacco Plain Packaging Bill)，採用嚴格之煙品包裝規範，強制所有煙品須以深橄欖棕色且佔75%-90%面積之素面包裝(single color; dark brown green)販售。針對該一措施，菸草公司則主張其強制移除商標等有商業價值之智慧財產權的手段，有礙消費者之識別，明顯違反了香港－澳洲BIT之規範。

考量對於公共衛生之保護，未來我國簽署投資協定時，即可就相關條款量身訂作，例如明文基於公共衛生等政策理由之措施，不構成徵收或間接徵收，或直接於例外條款明文之。US Model BIT之附件B第4條(b)款即規定除極少數情況外，旨在保護如公共健康、安全及環境等合法公共利益的非歧視之管制措施，不構成間接徵收。而此一規定則來自並落實於美國與智利、新加坡的自由貿易協定，可為我國參考。

15

爭端解決

Annotations  
on  
International  
Investment  
Agreements

## 第15章 爭端解決

### 第1節 條文例示

#### (一) 締約國間爭端解決機制

##### 1. Us Model BIT :

###### **Article37: State-State Dispute Settlement**

1. Subject to paragraph 5, any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Treaty, that is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted on the request of either Party to arbitration for a binding decision or award by a tribunal in accordance with applicable rules of international law. In the absence of an agreement by the Parties to the contrary, the UNCITRAL Arbitration Rules shall govern, except as modified by the Parties or this Treaty.
2. Unless the Parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each Party and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the Parties. If a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this Section, the Secretary-General, on the request of either Party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.

3. Expenses incurred by the arbitrators, and other costs of the proceedings, shall be paid for equally by the Parties. However, the tribunal may, in its discretion, direct that a higher proportion of the costs be paid by one of the Parties.
4. Articles 28(3) [*Amicus Curiae* Submissions], 29 [Investor-State Transparency], 30(1) and (3) [Governing Law], and 31 [Interpretation of Annexes] shall apply *mutatis mutandis* to arbitrations under this Article.
5. Paragraphs 1 through 4 shall not apply to a matter arising under Article 12 or Article 13.

## 2. 台甘 BIA :

### 第十二條 締約國間爭端之解決

1. 締約國雙方間關於本協定之解釋或適用之任何爭端，應盡可能諮商解決。
2. 若爭端無法自諮商開始後6個月內以此方式解決，依締約國雙方之請求，得將爭端提交仲裁庭。
3. 仲裁庭應以下列方式組成：各締約國應指派一名仲裁人。此兩名仲裁人應選定一名第三國國民，經締約國雙方同意指派為主任仲裁人。由締約國一方個別選任之此兩名仲裁人應於收到仲裁請求後60日內指派，主任仲裁人應於此兩名仲裁人被指派日起60日內完成指派。
4. 若於本條第三項所定之期間內未能完成必要之指派時，任一方締約國在無任何其他協議下，得邀請國際商會之國際仲裁法院作必要之指派。
5. 仲裁庭應以本協定之規定與可適用之國際法規則及原則為基礎作出決議。
6. 除締約國雙方另有約定外，仲裁庭應自行決定仲裁程序及仲裁地。
7. 仲裁庭應依多數決做成決議，該決議應具最終性，且對締約國雙方均具拘束力。除另有約定外，仲裁庭之決議應自主任仲裁人依據本條第三項或第四項指派後6個月內作出。

8. 各締約國應自行負擔其指派之仲裁人及在仲裁程序中其代理人有關之費用。包括主任仲裁人在內之其他費用，則由締約國雙方均攤。

註：因台日BIA條文未能充分展現一般此類條款之內容故以台甘BIA代之。

## (二) 地主國與投資人間爭端解決機制

### A. 諮商與談判

#### 1. US Model BIT :

##### **Article23: Consultation and Negotiation**

In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures.

#### 2. 台日 BIA :

##### 第十七條

2. 任何投資爭端應盡可能由投資爭端一方之投資人(以下簡稱為「爭端投資人」)及投資爭端之他方有關機關(下列合稱為「爭端雙方」)，透過諮商或談判，友好解決。

### B. 提交仲裁

#### 1. US Model BIT :

##### **Article24: Submission of a Claim to Arbitration**

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this

Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach,

provided that a claimant may submit pursuant to subparagraph (a)(i) (C) or (b)(i)(C) a claim for breach of an investment agreement only if the subject matter of the claim and the claimed damages directly relate to the covered investment that was established or acquired, or sought to be established or acquired, in reliance on the relevant investment agreement.

2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration ("notice of intent"). The notice shall specify:
  - (a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;
  - (b) for each claim, the provision of this Treaty, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;
  - (c) the legal and factual basis for each claim; and
  - (d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.
3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:
  - (a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;
  - (b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;
  - (c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or
  - (d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.
4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant's notice of or request for arbitration ("notice of arbitration"):



- (a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;
- (b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;
- (c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 20 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent; or
- (d) referred to under any other arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 3(d) is received by the respondent.

A claim asserted by the claimant for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.

5. The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Treaty.
6. The claimant shall provide with the notice of arbitration:
  - (a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or
  - (b) the claimant's written consent for the Secretary-General to appoint that arbitrator.

## 2. 台日 BIA :

### 第十七條

1. 本條所稱之投資爭端係指存於任一方機關及就於該方領域內之投資及投資活動遭受損失或損害之他方投資人間之爭端。
4. 如投資爭端未能於爭端投資人向有關機關提出書面請求諮商或談判之日

起三個月內以諮商或談判方式解決，在爭端雙方同意下，得將該投資爭端提交國際調解或仲裁，包括根據聯合國國際貿易法委員會仲裁規則下之仲裁、國際商會仲裁規則下之仲裁，及任何爭端雙方同意之其他仲裁規則下之仲裁。

7. (a) 在投資爭端已提交他方領域內之法院、行政法庭或機關或任何其他具拘束力之爭端解決機制救濟時，爭端投資人必須在最終判決前，依據他方領域內之法規撤回其境內救濟之主張，始得依第四款將投資爭端提交調解或仲裁。
- (b) 已依第四款規定提交調解或仲裁之投資爭端，不得向他方領域內之法院或行政法庭或機關或任何其他具拘束力之爭端解決機制尋求救濟。

### C. 仲裁之同意

#### 1. US Model BIT :

##### **Article 25: Consent of Each Party to Arbitration**

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Treaty.
2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:
  - (a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; [and]
  - (b) Article II of the New York Convention for an "agreement in writing[;]"  
[;"and
  - (c) Article I of the Inter-American Convention for an "agreement."

## 2. 台日 BIA :

### 第十七條

4. 如投資爭端未能於爭端投資人向有關機關提出書面請求諮商或談判之日起三個月內以諮商或談判方式解決，在爭端雙方同意下，得將該投資爭端提交國際調解或仲裁，包括根據聯合國國際貿易法委員會仲裁規則下之仲裁、國際商會仲裁規則下之仲裁，及任何爭端雙方同意之其他仲裁規則下之仲裁。
5. 任一方應促使其領域內之有關機關同意爭端投資人依據第四款規定將投資爭端提交調解或仲裁之要求。

## D. 仲裁之前提及限制

### 1. US Model BIT :

#### **Article 26: Conditions and Limitations on Consent of Each Party**

1. No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 24(1) and knowledge that the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) has incurred loss or damage.
2. No claim may be submitted to arbitration under this Section unless:
  - (a) the claimant consents in writing to arbitration in accordance with the procedures set out in this Treaty; and
  - (b) the notice of arbitration is accompanied,
    - (i) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(a), by the claimant's written waiver, and

- (ii) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(b), by the claimant's and the enterprise's written waivers of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of either Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24.
3. Notwithstanding paragraph 2(b), the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) and the claimant or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the claimant's or the enterprise's rights and interests during the pendency of the arbitration.

## 2. 台日 BIA :

### 第十七條

6. 如爭端投資人自知悉或可得知悉(以較早發生者為準)其於他方領域內之投資及投資活動所遭受之損失或損害之日起,已逾三年,則投資爭端不得依據第四款提交調解或仲裁。
7. (a) 在投資爭端已提交他方領域內之法院、行政法庭或機關或任何其他具拘束力之爭端解決機制救濟時,爭端投資人必須在最終判決前,依據他方領域內之法規撤回其境內救濟之主張,始得依第四款將投資爭端提交調解或仲裁。
- (b) 已依第四款規定提交調解或仲裁之投資爭端,不得向他方領域內之法院或行政法庭或機關或任何其他具拘束力之爭端解決機制尋求救濟。

## E. 仲裁人之選任

### US Model BIT :

#### **Article27: Selection of Arbitrators**

1. Unless the disputing parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each of the disputing parties and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the disputing parties.
2. The Secretary-General shall serve as appointing authority for an arbitration under this Section.
3. Subject to Article 20(3), if a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this Section, the Secretary-General, on the request of a disputing party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.
4. For purposes of Article 39 of the ICSID Convention and Article 7 of Schedule C to the ICSID Additional Facility Rules, and without prejudice to an objection to an arbitrator on a ground other than nationality:
  - (a) the respondent agrees to the appointment of each individual member of a tribunal established under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules;
  - (b) a claimant referred to in Article 24(1)(a) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant agrees in writing to the appointment of each individual member of the tribunal; and

(c) a claimant referred to in Article 24(1)(b) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant and the enterprise agree in writing to the appointment of each individual member of the tribunal.

## F. 仲裁之進行

### 1. US Model BIT :

#### **Article 28: Conduct of the Arbitration**

1. The disputing parties may agree on the legal place of any arbitration under the arbitral rules applicable under Article 24(3). If the disputing parties fail to reach agreement, the tribunal shall determine the place in accordance with the applicable arbitral rules, provided that the place shall be in the territory of a State that is a party to the New York Convention.
2. The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Treaty.
3. The tribunal shall have the authority to accept and consider *amicus curiae* submissions from a person or entity that is not a disputing party.
4. Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article 34.
  - (a) Such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later

than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial (or, in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment).

- (b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.
- (c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant's factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in Article 20 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.
- (d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in paragraph 5.
5. In the event that the respondent so requests within 45 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall decide on an expedited basis an objection under paragraph 4 and any objection that the dispute is not within the tribunal's competence. The tribunal shall suspend any proceedings on the merits and issue a decision or award on the

objection(s), stating the grounds therefor, no later than 150 days after the date of the request. However, if a disputing party requests a hearing, the tribunal may take an additional 30 days to issue the decision or award. Regardless of whether a hearing is requested, a tribunal may, on a showing of extraordinary cause, delay issuing its decision or award by an additional brief period, which may not exceed 30 days.

6. When it decides a respondent's objection under paragraph 4 or 5, the tribunal may, if warranted, award to the prevailing disputing party reasonable costs and attorney's fees incurred in submitting or opposing the objection. In determining whether such an award is warranted, the tribunal shall consider whether either the claimant's claim or the respondent's objection was frivolous, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity to comment.
7. A respondent may not assert as a defense, counterclaim, right of set-off, or for any other reason that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract.
8. A tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the tribunal's jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the tribunal's jurisdiction. A tribunal may not order attachment or enjoin the application of a measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24. For purposes of this paragraph, an order includes a recommendation.



9. (a) In any arbitration conducted under this Section, at the request of a disputing party, a tribunal shall, before issuing a decision or award on liability, transmit its proposed decision or award to the disputing parties and to the non-disputing Party. Within 60 days after the tribunal transmits its proposed decision or award, the disputing parties may submit written comments to the tribunal concerning any aspect of its proposed decision or award. The tribunal shall consider any such comments and issue its decision or award not later than 45 days after the expiration of the 60-day comment period.
- (b) Subparagraph (a) shall not apply in any arbitration conducted pursuant to this Section for which an appeal has been made available pursuant to paragraph 10
10. In the event that an appellate mechanism for reviewing awards rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to the appellate mechanism. The Parties shall strive to ensure that any such appellate mechanism they consider adopting provides for transparency of proceedings similar to the transparency provisions established in Article 29.

## 2. 台日 BIA :

### 第十七條

8. 依據第四款規定投資爭端已提交仲裁且仲裁庭已組成時：

- (b) 除非爭端雙方另有合意，該仲裁庭應於任一方領域內或於一九五八

年六月十日於紐約簽定之聯合國承認及執行外國仲裁裁決公約(下列簡稱「紐約公約」)之締約國境內進行仲裁：

10. 如投資爭端已提交於國際調解或仲裁庭，雙方應盡可能被告知相關資訊，包括爭端問題，審理進度及其他實體及程序事項。
11. 任一方得於書面通知爭端雙方後，向調解機關或仲裁庭提供有關資訊或就本協議之解釋問題提出意見。

### G. 仲裁程序之透明性

#### US Model BIT :

##### **Article 29: Transparency of Arbitral Proceedings**

1. Subject to Paragraphs 2 and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to non-disputing Party and make them available to the public:
  - (a) the notice of intent;
  - (b) the notice of arbitration;
  - (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3)[*Amicus* Submissions] and Article 33[Consolidation];
  - (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and
  - (e) orders, awards, and decisions of the tribunal.
2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a

- hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.
3. Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 18[Essential Security Article] or Article 19[Disclosure of Information Article].
  4. Any protected information that is submitted to the tribunal shall be protected from disclosure in accordance with the following procedures:
    - (a) Subject to subparagraph (d), neither the disputing parties nor the tribunal shall disclose to the non-disputing Party or to the public any protected information where the disputing party that provided the information clearly designates it in accordance with subparagraph(b);
    - (b) Any disputing party claiming that certain information constitutes protected information shall clearly designate the information at the time it is submitted to the tribunal;
    - (c) A disputing party shall, at the time it submits a document containing information claimed to be protected information, submit a redacted version of the document that does not contain the information. Only the redacted version shall be provided to the non-disputing Party and made public in accordance with paragraph 1; and
    - (d) The tribunal shall decide any objection regarding the designation of information claimed to be protected information. If the tribunal determines that such information was not properly designated, the disputing party that submitted the information may (i)withdraw all or part of its submission containing such information, or (ii) agree to

resubmit complete and redacted documents with corrected designations in accordance with the tribunal's determination and subparagraph (c). In either case, the other disputing party shall, whenever necessary, resubmit complete and redacted documents which either remove the information withdrawn under (i) by the disputing party that first submitted the information or redesignate the information consistent with the designation under (ii) of the disputing party that first submitted the information.

5. Nothing in this Section requires a respondent to withhold from the public information required to be disclosed by its laws.

## H. 準據法

### 1. US Model BIT :

#### **Article 30: Governing Law**

1. Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(A) or Article 24(1)(b)(i)(A), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules of international law.
2. Subject to paragraph 3 and other terms of this Section, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(B) or (C), or Article 24(1)(b)(i)(B) or (C), the tribunal shall apply:
  - (a) the rules of law specified in the pertinent investment authorization or investment agreement, or as the disputing parties may otherwise agree; or
  - (b) if the rules of law have not been specified or otherwise agreed:
    - (i) the law of the respondent, including its rules on the conflict of laws; 註22 and

(ii) such rules of international law as may be applicable.

3. A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision.

---

註22 : The "law of the respondent" means the law that a domestic court or tribunal of proper jurisdiction would apply in the same case.

## 2. 台日 BIA :

### 第十七條

8. 依據第四款規定投資爭端已提交仲裁且仲裁庭已組成時：
- (a) 仲裁庭應依據本協議規定裁決各項爭論問題；
11. 任一方得於書面通知爭端雙方後，向調解機關或仲裁庭提供有關資訊或就本協議之解釋問題提出意見。

## I. 仲裁判斷

### 1. US Model BIT :

#### **Article34: Awards**

1. Where a tribunal makes a final award against a respondent, the tribunal may award, separately or in combination, only:
- (a) monetary damages and any applicable interest; and
- (b) restitution of property, in which case the award shall provide that the respondent may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution.

A tribunal may also award costs and attorney's fees in accordance with this Treaty and the applicable arbitration rules.

2. Subject to paragraph 1, where a claim is submitted to arbitration under Article 24(1)(b):

- (a) an award of restitution of property shall provide that restitution be made to the enterprise;
- (b) an award of monetary damages and any applicable interest shall provide that the sum be paid to the enterprise; and
- (c) the award shall provide that it is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under applicable domestic law.

3. A tribunal may not award punitive damages.

4. An award made by a tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.

5. Subject to paragraph 6 and the applicable review procedure for an interim award, a disputing party shall abide by and comply with an award without delay.

6. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

- (a) in the case of a final award made under the ICSID Convention,
  - (i) 120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award; or
  - (ii) revision or annulment proceedings have been completed; and
- (b) in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules, the UNCITRAL Arbitration Rules, or the rules selected pursuant to Article 24(3)(d),
  - (ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside, or annul the award and there is no further appeal.

7. Each Party shall provide for the enforcement of an award in its territory.
8. If the respondent fails to abide by or comply with a final award, on delivery of a request by the non-disputing Party, a tribunal shall be established under Article 37 [State-State Dispute Settlement]. Without prejudice to other remedies available under applicable rules of international law, the requesting Party may seek in such proceedings:
  - (a) a determination that the failure to abide by or comply with the final award is inconsistent with the obligations of this Treaty; and
  - (b) a recommendation that the respondent abide by or comply with the final award.
9. A disputing party may seek enforcement of an arbitration award under the ICSID Convention or the New York Convention [or the Inter-American Convention] regardless of whether proceedings have been taken under paragraph 8.
10. A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention [and Article I of the Inter-American Convention].

## 2. 台日 BIA：

### 第十七條

8. 依據第四款規定投資爭端已提交仲裁且仲裁庭已組成時：

(c) 仲裁庭所做出之裁決或判斷應對爭端雙方具有約束力，並根據執行地關於執行所應適用之法規以及相關國際法加以執行；及

(d) 仲裁庭之裁決或判斷提供之救濟應限於金錢賠償或財產回復原狀。

9. 依據第四款提出仲裁之請求者，於仲裁判斷在任一方領域內尋求承認及執行時，該請求應視為紐約公約第一條因商業關係或交易所產生者。

## 第2節 規範目的

爭端解決機制為締約國與締約國間，或締約國與投資人間對於投資協定之解釋或適用產生疑義，或認為地主國有違反其於雙邊投資協定中所承諾之義務時，得據以主張之程序。如相關程序之規定完備，可減少實際發生爭端時可能的爭議與不確定性，其為確保締約國確實履行基於投資協定所生之義務所不可或缺。

關於雙邊投資協定之投資爭議解決機制，可依投資爭議之主體不同，分為「締約國雙方間爭議」以及「投資人與地主國間爭議」兩類，絕大多數雙邊投資協定均包含上述兩種爭端解決程序之設計。

爭端解決程序條款之重點在於如何依循程序妥適解決爭端，其中包括「先行程序」、「前提要件」、「適用規則」、「仲裁判斷機構」等規定。因「締約國與締約國間」與「地主國與投資人間」兩者涉及之主體並不相同，以下即區分兩者分別進行說明。



### 第3節 條文分析釋義

#### (一) 締約國間之爭端解決機制

近年來，雙邊投資協定中國家與投資人間之爭端解決機制已有長足之發展，國家與國家間者，相對而言則少了許多。通常而言，締約國間之爭端解決機制所處理者不外乎以下事項：程序適用之範圍、設立仲裁庭之前置程序、仲裁人之指派、仲裁程序之選擇、以及費用之分擔。

##### 1 諮商先行程序

幾乎所有雙邊投資協定中之國家與國家間爭端解決機制均要求雙方於提交仲裁前，必須先經過「諮商」或「談判」之先行程序，並定有諮商期間，如超過該期間，即得將爭端提交仲裁庭進行仲裁。例如US Model BIT第23條、台甘BIA第12條，均有類似之規定。

##### 2. 仲裁程序

如雙方於所約定之期間內未能諮商解決爭議，此時即需約定所應適用之仲裁規則及仲裁庭之組成方式。以US Model BIT為例，第37條規定，當國家間發生爭端時，除當事國另有協議外，應適用UNCITRAL仲裁規則。在仲裁庭之組成上，應由雙方各選一人，第三人則由雙方協議定之，亦即針對個案建立特別仲裁庭解決之，仲裁庭之仲裁判斷具有拘束力。至於仲裁程序費用則由雙方平均分攤之，惟仲裁庭亦有裁量權，得命其中一方負擔較多之費用。

##### 3. 我國BIT之「締約國間之爭端解決機制」

關於我國所訂定之「締約國雙方間爭議」爭端解決機制，通常

係約定締約國雙方就協定之解釋或適用滋生爭議時，先要求雙方應先以善意進行諮商，或以外交程序處理之，與國際上常見條款及原則相似。如經諮商或外交途徑仍無法解決時，有以下二種爭議解決途徑：

- (1) 需雙方當事人同意之條件下進行仲裁：於此種情形下，須地主國一方亦同意始得提交仲裁，我國與新加坡、印尼、菲律賓等國所簽訂之雙邊投資協定採用此種模式。
- (2) 依爭議任一方之請求即可提交仲裁：例如我國與巴拿馬、泰國、瓜地馬拉、印度<sup>136</sup>等國簽訂之雙邊投資協定。

我國2010年所簽訂之台甘BIA第12條，定有「諮商先程序」（第1項）、「諮商期間」（第2項）、特別仲裁庭之組成方式（第3項、第4項）、仲裁庭據以判斷之準據（第5項）、仲裁程序及地點（第6項）、仲裁決議之效力（第7項）及仲裁費用之分擔（第8項），與US Model BIT之規範模式相似。

## （二）投資人與地主國間之爭端解決機制

以下依據爭端解決進行之順序，就投資人與地主國間爭端解決機制加以說明：

### 1. 諮商及談判

與締約國間之爭端解決機制相同，雙邊投資協定通常規定，在將爭

---

136 我國與印度所簽訂之協定係採兩階段模式，先規定得經雙方同意，由任一方提交仲裁或司法、行政程序解決之，如未能取得同意，則可由任一方依情形提付仲裁，故最終任一方均得提付仲裁。

端提交任何爭端解決機制前，必須滿足數個前提要件，而本條規定之諮商（consultation）及談判（negotiation）即為其一。如此規範之目的，在於促使當事方以善意解決雙方爭端，而毋庸進入仲裁或其他爭端解決機制。因此，多數雙邊投資協定規定投資人將爭端正式要求提交仲裁之前，必須先以書面通知對造國，且於經過一段期間後仍無法透過諮商或談判解決爭端時（US Model BIT規定原則上為90天，參見US Model BIT第24條第2項），始得提交仲裁。

為確保爭端雙方的確尋求以善意解決雙方歧異，許多雙邊投資協定皆會規定提交仲裁前之談判期間。當中多數以6個月為談判期間；而長度較短者，則多半規定談判期間為3個月（例如智利與荷蘭間簽訂之BIT）。另亦有部分雙邊投資協定並未明確規定談判期間（例如澳洲與印度間簽訂之BIT第12條）。我國與他國所簽訂之BIA所訂定之期限，約為3個月或6個月。

## 2. 提交仲裁

於爭端當事方認為無法依前條所規定之諮商及談判程序達成爭端之解決時，需將該爭端交付仲裁。本條係規範提交仲裁之相關程序、當事人、違反之義務、提交仲裁需載明之事項、時間及適用之仲裁規則等。

### (1) 得提起仲裁之「爭端」

A. 關於何種類型為雙邊投資協定中爭端解決機制所處理之範疇，約可分為四類：

(a) 可處理所有爭端（例如智利與紐西蘭於1999年簽訂之BIT<sup>137</sup>）：

---

137 Article 10: "Any dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party shall..."

- (b) 限於因本協定涵蓋之投資所生之爭端（例如奧地利與智利於1999年簽訂之BIT<sup>138</sup>）；
  - (c) 限於徵收或國有化等措施之補償金額（例如摩里西斯與史瓦濟蘭於2000年簽訂之BIT<sup>139</sup>）；
  - (d) 限於締約國對雙邊投資協定義務、投資合約或投資授權之違反（有時除此要件外，尚要求須投資人因而受有損害，且損害與義務違反間具有因果關係，例如 US Model BIT）。
- B. 我國所簽訂之雙邊投資協定中，爭議解決機制所處理之爭議，則約可區分為以下幾類：
- (a) 任何爭議：亦即適用於締約國與締約國他方投資人間所生之任何爭議，解釋上甚至可能包括非與本協定相關，甚至非與投資相關之爭議，其涵蓋的範圍最為廣泛。惟其可能有不明確且涵蓋過廣之疑慮，例如我國與印尼、菲律賓、阿根廷等國所訂定之雙邊投資協定。
  - (b) 與本協定相關之爭議：於條文中約定其適用於「有關本協定規定事項所生之爭端」，或使用類似用語者<sup>140</sup>。
  - (c) 與投資相關之爭議：部分條文係規定適用於「本協定所核准之投資」<sup>141</sup>，亦有條文僅概括規定「有關投資之任何爭議」或

138 Article 9: "...which arise out of an investment covered by this Agreement..."

139 Article 8: If a dispute involving the amount of compensation resulting from expropriation, nationalization, or other measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation"

140 請參照我國與薩爾瓦多、多明尼加簽訂之投資協定。

141 請參照我國與新加坡、沙烏地阿拉伯、哥斯大黎加、瓜地馬拉等國所簽訂之投資協定。

「在該締約一方領域內所為投資」<sup>142</sup>，或列舉「有關本協定所列投資之財產、擁有或控制、其收益及特定風險之爭議」<sup>143</sup>，性質上均限於與投資相關之爭端。

(d) 與本協定義務相關之爭議：規定限於「依照本協定對該投資人之投資應有之義務發生之爭議」、「本協定下與投資有關之義務」。<sup>144</sup>

(2) 有部分BIA將「窮盡國內救濟手段」定為投資人提起爭端解決程序之先決要件。惟亦有BIA明文表示當事人並無義務窮盡當地救濟程序始能提起，例如奧地利－阿拉伯聯合大公國BIA<sup>145</sup>。

(3) 岔路條款(fork-in-the-road clause)

關於國內救濟程序與國際仲裁程序之關係，通常多採擇一之模式。台日BIA第17條第7項規定，如已提起仲裁之爭端將不得再向地主國法院或其他具拘束力之爭端解決機制尋求救濟。而如一方已於他方領域之法院、行政法庭或機關或任何其他具拘束力之爭端解決機制提起救濟時，需於最終判決前依他方領域之法規撤回於他方領域境內救濟之主張，始得依第4項規定提起仲裁。如未於最終判決前撤回，仍不得提起仲裁。

142 請參照我國與馬來西亞、越南、奈及利亞、宏都拉斯、泰國、塞內加爾、布吉納法索、印度等國簽訂之投資協定。

143 請參照我國與巴拿馬簽訂之投資協定。惟此一規範方式將排除其他與投資相關但非本項所列舉之態樣適用的可能性。

144 請參照我國史瓦濟蘭、貝里斯、馬紹爾、馬其頓、賴比瑞亞等國簽訂之投資協定。

145 Article 11, para 4: "If the investor chooses to file for arbitration, the Contracting Party agrees not to request the exhaustion of local settlement procedures."

US Model BIT第26條第2項亦規定，當投資者提起仲裁時，應以書面聲明同意放棄依地主國國內司法或行政程序，或其他爭端解決機制解決其與地主國間爭端之權利。

### 3. 仲裁之同意

(1) 仲裁此一爭端解決方式有一重要之特徵，係爭端當事人必須出於自願參與仲裁程序，仲裁庭方能對當事人間之爭端作出仲裁判斷。因此，仲裁程序僅有在投資人與締約國均同意仲裁時，始加以開啓。US Model BIT第25條規定可由當事國直接對未來可能發生之仲裁表示同意進行仲裁，若日後爭端發生時，不需為再一次之同意。

(2) 我國與各國簽訂之雙邊投資協定，就「仲裁之同意」則約有4種規範模式：

A. 需在當事雙方同意之條件下進行仲裁：於此種情形下，須地主國一方亦同意始得提交仲裁<sup>146</sup>。台日BIA第17條第4項則採折衷方式，規定需「在爭端雙方同意下」，始得將投資爭端提交國際調解或仲裁；但搭配第17條第5項課予締約雙方「促使其領域內有關機關同意爭端投資人提交調解或仲裁之要求」之義務，亦即雖未強制地主國預先同意仲裁，但締約雙方應促使地主國同意他方投資人提交仲裁之請求。

B. 依爭議任一方之請求即可提交仲裁：例如我國與巴拿馬、泰國、瓜地馬拉、印度<sup>147</sup>等國簽訂之雙邊投資協定。

146 請參照我國與新加坡、印尼、菲律賓等國所簽訂之協定。

147 我國與印度所簽訂之協定係採兩階段模式，先規定得經雙方同意，由任一方提交仲裁或司法、行政程序解決之，如未能取得同意，則可由任一方依情形提付仲裁，故最終任一方均得提付仲裁，惟應注意的是，依此條款規定，如地主國一方未同意，投資人將無法選擇由司法或行政機關依該領域之法律解決之。

- C. 應投資人之要求提交仲裁：例如我國與史瓦濟蘭、貝里斯、哥斯大黎加、馬紹爾、賴比瑞亞等國簽訂之雙邊投資協定，部分協定並規定雙方得協議適用協定中所列之仲裁規則及（或）仲裁法庭。惟前揭協定並未允許投資人利用仲裁程序以外之程序提起救濟。
- D. 由投資人選擇提交仲裁抑或付諸投資領域內專責法院：投資人擁有自行提交仲裁，或依其選擇提交仲裁或向專責法院提出請求之選擇權，例如我國與巴拉圭、阿根廷、宏都拉斯、薩爾瓦多、多明尼加簽訂之雙邊投資協定<sup>148</sup>。

#### 4. 提起仲裁之前提

本條規定提起仲裁之時限、提起仲裁之條件、暫時權利保護措施等事項。US Model BIT第26條及台日BIA第17條第6項對於投資者提起仲裁之時效規定為，自當事人知悉締約國有違反義務情事且其受有損害時起三年，若投資者逾越此期限，即不得提起仲裁，此為常見之仲裁提起時間之限制條款。

又US Model BIT第26條規定，在仲裁判斷作成前，當事人仍可依地主國國內司法或行政救濟程序或其他爭端解決機制請求暫時權利保護，避免其因放棄仲裁以外程序而遭受額外之不利益。

#### 5. 仲裁人之選任及仲裁之進行

(1) 部分雙邊投資協定就程序進行方式有較為詳細的規定，例如：

---

148 惟應注意的是，這些協定雖賦與投資人選擇依仲裁或司法、行政程序處理之選擇權，惟部分協定（我國與巴拉圭、宏都拉斯、薩爾瓦多、哥斯大黎加等國簽訂之協定）規定該選擇一經確定後即不得更換，以避免同一案件當事人同時提起兩種程序，形成程序上的浪費，並可能產生判斷衝突的問題，或因其一程序判斷不利於投資人，反悔而再提起另一程序。

- A. US Model BIT第27條規定仲裁庭成員之人數及指定方式；US Model BIT第28條就仲裁進行之相關事項，例如仲裁地之選擇、非爭端當事國之締約國可向仲裁庭提出解釋協定之意見、仲裁庭對法庭之友的考量、仲裁庭對先決問題之審理、締約國抗辯事由之限制、仲裁庭之暫時處分、仲裁判斷之初步提案，以及上訴機構之建立等事項加以詳細規範。
- B. US Model BIT第29條則就仲裁程序透明性事項為一般性規定，並就該等文件中之機密資訊，劃定保護範圍及規定保障方式。
- C. US Model BIT第30條為準據法之規定，視仲裁聲請內容係主張地主國違反本協定義務，或是主張地主國違反投資契約、投資授權之情形，分別適用國際法或地主國內法律。

(2) 亦有採較簡略之規範方式者，例如台日BIA即並未就仲裁人應如何選任另為規定，而僅提及適用之仲裁規則（台日BIA第17條第4項明文，雙方得選擇根據UNCITRAL仲裁規則、ICC仲裁規則或任何爭端雙方同意之其他仲裁規則進行仲裁）並就部分程序事項為概要之規定；未規定之部分，解釋上應依台日BIA及雙方所選定之仲裁規則進行之。

## 6. 仲裁判斷

(1) 關於仲裁判斷有較為詳盡之規定者，例如US Model BIT第34條，其規定仲裁判斷內容限於相對人給付金錢作為損害賠償方式，或是返還財產，且不得為懲罰性賠償金；針對仲裁判斷之效力，多規定其應為終局判斷而具有拘束效力，故對仲裁判斷內容不滿意之當事人不得繼續爭執；締約國應於境內執行仲裁判斷；相對人不執行仲裁判斷之處理方法等事項，規範較為詳盡。



(2) 關於BIT就仲裁判斷之執行程序，則約略有三種規範方式，一為概括規定並指向內國法（規定其執行程序應依內國之相關法規）；一為適用紐約公約（規定投資人與地主間之爭端仲裁程序須於紐約公約締約國進行，並將提付仲裁之事件限於商業關係）；亦有明定多種國際公約者，例如US Model BIT第34條，於規範請求執行終局仲裁判斷之前提時，即就適用ICSID公約、ICSID Additional Facility Rules或UNCITRAL Arbitration Rules等不同仲裁規則之仲裁判斷分別規定。

(3) 台日BIA之規範方式則為較簡要之版本，說明如下：

A. 台日BIA第17條第8項第(c)款：

本款明文仲裁庭所做出之裁決或判斷應對爭端雙方具有約束力，並根據執行地關於執行所應適用之法規及相關國際法加以執行，規定雙方就該仲裁判斷有遵守之義務。

B. 台日BIA第17條第8項第(d)款：

仲裁庭之裁決或判斷提供之救濟，限於金錢賠償或財產回復原狀。

C. 台日BIA第17條第9項：

於仲裁判斷在任一方領域內尋求承認及執行時，該請求應視為紐約公約第1條因商業關係或交易所產生者，以符合紐約公約第1條之規定。

(4) 另關於仲裁庭於做成仲裁判斷時，在損害賠償認定上，除財產上損害賠償外，原告方得否請求「精神上損害賠償」？其要件為何？彙整過去案例之見解如下：

A. *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*案（下稱「Siag案」）<sup>149</sup>強調精神上損害賠償僅在「特殊情況」下始能為之，又特殊情況係指國家有身體威脅之行為，比如強行留置或其他惡意對待之情形，而這項行為又導致原告健康惡化、壓力、焦慮或其他精神上痛苦，例如羞辱感、名譽權與社會形象受損。此外，國家行為與原告所受之痛苦必須為實質且嚴重。於*Joseph Charles Lemire v Ukraine*<sup>150</sup>一案中，仲裁庭亦認定，精神上損害賠償僅在「特殊情況」下始能為之，但何謂「特殊情況」，須藉由過去累積之案例法認定。

B. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*案（下稱「Desert Line案」）<sup>151</sup>為精神上損害賠償的指標性案例。該案仲裁庭認為精神上損害賠償的原因為原告所受之騷擾、焦慮、威脅、強行留置，以及名譽詆毀。該案仲裁庭更進一步指出，被告所為之歧視性待遇影響原告之健康以及聲譽，原告因此受有實質損害。仲裁庭最後判定原告應獲得1百萬美金的精神上損害賠償<sup>152</sup>。

---

149 *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, (ICSID Case No. ARB/05/15), Award of June 1, 2009.

150 *Joseph Charles Lemire v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/06/18; IIC 485 (2011).

151 *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen* (ICSID Case No. ARB/05/17), Award of February 6, 2008.

152 *Id.* at paras. 289-291.

- C. *Lusitania*案為早期有關精神上損害賠償之國際案例。該案裁判認為當損害引起原告心理痛苦，導致原告感受羞辱、被貶抑、形象與聲譽受損時，被告應為精神上損害賠償，但不需負擔懲罰性損害賠償<sup>153</sup>。

## 第4節 相關案例

### （一）締約國間之爭端解決機制

#### *Iran-U.S. Claims Tribunal*

1973年石油危機時，伊朗藉著建立基礎建設以吸引外國投資人；到了1970年代末，已有許多美國公司在伊朗有所投資。然而，1979年2月伊朗發生革命，使得在當地之投資人遭受重大損失，伊朗並將美國大使館人員予以監禁作為人質；美國為反制，亦將伊朗政府在美國之財產全數凍結。

為解決前述之人質危機，伊朗與美國最後達成協議，伊朗釋放人質，美國取消凍結財產。其後雙方同意建立適用UNCITRAL仲裁規則之仲裁庭（*Iran-U.S. Claims Tribunal*），用以處理兩國間、及締約國與他方投資人間之爭端。*Iran-U.S. Claims Tribunal*所處理之案件中，絕大多數為人民提起之請求（3747件），但亦有69件為伊朗與美國間之爭端；因此，*Iran-U.S. Claims Tribunal*同時為國家與投資人間及國家與國家間之爭端解決機制。

---

153 *Lusitania Cases, United States V. Germany*

## (二) 地主國與投資人間之爭端解決機制

### 1. 雙方投資協定之爭端解決程序是否適用最惠國待遇？

#### *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*<sup>154</sup>

本案之重要爭點之一為仲裁庭就本件紛爭有無管轄權。因西班牙與阿根廷之BIA有「窮盡國內救濟」條款，惟仲裁庭認為二國之間BIA亦訂有「最惠國待遇」條款，故若援用智利與西班牙間雙邊投資協定之相關條款（該條款不要求窮盡國內救濟手段），原告Maffezini應有權逕行提交仲裁，而毋庸再經西班牙內國之司法程序。

### 2. 得否提起仲裁之考量因素

#### *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*<sup>155</sup>

對於LG&E之提訴，被告阿根廷政府就仲裁庭管轄權部分提出異議。對於管轄權之異議，仲裁庭將之視為先行事項（a preliminary matter）處理，並就以下四方面加以考量：第一，聲請人是否具有當事人適格；第二，該爭端是否直接由投資而生；第三，當事人是否已提出書面之同意；第四，是否符合ICSID公約、美國與阿根廷雙邊投資協定規定之其他要件。經仲裁庭依上開要件進行判斷後，駁回阿根廷就管轄權部分所提出之異議，並宣告其就本案具有管轄權。

---

154 *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of the Tribunal, November 13, 2000.

155 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, July 25, 2007.

### 3. 關於得否請求「精神上損害賠償」之認定

#### *Joseph Charles Lemire v Ukraine*<sup>156</sup>

##### (1) 原告主張

由於仲裁庭認定精神上損害賠償僅在「特殊情況」(exceptional circumstances) 下始能為之，故原告主張本案情況已符合「特殊情況」之要件，並舉出 *Lusitania* 案作為判斷標準。該案指出，當損害引起心理痛苦，導致原告感受羞辱、被貶抑、形象與聲譽受損，原告即應獲得相稱之賠償。原告聲稱被告違反美烏 BIT 規範的嚴重行為持續了一段時間，導致原告雖持續努力的打造全國廣播網絡，仍被社會認為是一位無法擴展其商業之失敗投資者，已然影響到其名譽，且必須面對烏克蘭政府的突襲檢查與警告，原告因此受有嚴重的精神痛苦<sup>157</sup>。

##### (2) 被告主張

被告舉出 *Desert Line* 案作為精神上損害賠償之標準，認為「特殊情況」(exceptional circumstances) 僅在國家為惡意之身體上脅迫並有逾越之行為時，始可適用。被告另援引 *Siag* 案，認為「特殊情況」僅適用於極端的少數案例。本案中原告未能提出烏克蘭政府有惡意對待或直接威脅的證據，因此並不符合「特殊情況」。原告亦未能說明其計算精神上損害賠償之方式，從其他國際人權法院的判決中，可以發現類似之賠償金額遠小於原告所主張之金額<sup>158</sup>。

---

156 *Joseph Charles Lemire v Ukraine*, Award, supra note 155

157 *Id.* at paras. 312-317.

158 *Supra* note 155, at paras. 319-324.

### (3) 仲裁庭之判斷

仲裁庭認為，原告申請廣播執照所付出之努力並不能作為請求精神上損害賠償之理由，因為其未能符合精神上損害賠償標準之任何要件。首先，原告為一經驗豐富之商業專業人士，仲裁庭不認為原告因上開情形承受過度的壓力或焦慮，而原告多次申請廣播執照被拒，雖使原告之名譽受損而可能符合精神上損害賠償之要件，但與先前經認定為得請求精神上損害賠償之案例的嚴重情況（例如受到武裝威脅、目擊死亡等等）相較，原告之損害並未到達實質或嚴重之地步，且仲裁庭認定被告應就違反美烏BIT公平公正待遇原則並為賠償，應已可在一定程度內回復其名譽<sup>159</sup>。

關於原告的廣播電台在極短時間內被烏克蘭電視廣播委員會檢查了五次，其中四次為臨檢一事，仲裁庭認為由於被告並未藉由臨檢嘗試恐嚇原告，且兩次臨檢後之警告也已被烏克蘭法院撤銷，原告因此並未受有嚴重的精神上損害<sup>160</sup>。

最後，對於原告更新執照所繳交之手續費，仲裁庭認為烏克蘭電視廣播委員會雖然一開始計算錯誤，但事後仍接受原告的意思並重新評估原告應繳交之手續費。原告因此最終並未受有超額繳交手續費之壓力或焦慮，應無精神上之損害可言<sup>161</sup>。

---

159 *Id.* at paras. 336-339.

160 *Id.* at para. 341.

161 *Id.* at para. 342.

## 第5節 比較法研究

### (一) 仲裁法相關規定

1. 目前國際上常見及我國已與他國近期簽訂之雙邊投資保障協定，均就投資人與地主國間之爭端解決機制設有規定。除上開爭端解決相關條款外，與國際仲裁相關之我國法令主要為我國仲裁法。外國人投資條例雖規範外國人於我國投資、保障、限制及處理之相關事項，惟其條文未涉及爭端解決機制。
2. 我國仲裁法第七章為「外國仲裁判斷」，其相關規定如下：
  - (1) 第47條：明定中華民國領域外作成之仲裁判斷或在中華民國領域內依外國法律作成之仲裁判斷，為外國仲裁判斷。如經聲請法院裁定承認後，得為執行名義。
  - (2) 第48條：明定聲請承認應檢附之文件。
  - (3) 第49條：法院駁回仲裁判斷承認聲請之事由。
  - (4) 第50條：他方當事人得聲請法院駁回仲裁判斷承認聲請之事由。
  - (5) 第51條：仲裁判斷承認或執行情序之停止、仲裁判斷聲請駁回與撤銷。

### (二) 仲裁判斷之承認與執行

#### 1. 經我國法院承認之國際仲裁判斷

關於仲裁時雙方得選用的仲裁程序，雙邊投資保障協定常賦予一方或雙方得選擇「國際投資爭端解決中心仲裁事件程序規則」(the Rules of Rrocedure for Arbitration Proceedings of ICSID,

Arbitration Rules)、「國際投資爭端解決中心附屬機制規則」(ICSID Additional Facility Rules)、「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」(the Arbitration Rules of the United Nations commission on the International Trade Law, UNCITRAL)或「國際商會仲裁規則」(ICC Rules of Arbitration)等國際仲裁規則進行仲裁。因此，依上開協定所作成之仲裁判斷，性質上屬於我國仲裁法第47條所稱之「外國仲裁判斷」，依據我國仲裁法第47條第2項規定，外國仲裁判斷如經我國法院裁定承認後，為強制執行法第4條第1項第6款「其他依法律之規定，得為強制執行名義者」，得作為執行名義聲請強制執行<sup>162</sup>。

2. 依我國法令規定，涉及行政公權力事項亦得為和解之對象，我國法院得予承認

關於就投資人與地主國間爭議所作成外國仲裁判斷得否為我國法院所承認之問題，各界有不同看法：

- (1) 有論者認為我國仲裁法第2條規定之得提付仲裁事項，以「依法得和解者」為限，如涉及與公權力之行使相關之爭議，應僅得依訴願法、行政訴訟法等規定提起行政救濟，不得提付仲裁解決之。法務部亦曾有函釋持類似見解，認定僅有得和解之私法上爭議，得依我國仲裁法提付仲裁<sup>163</sup>；復依我國仲裁法第49條第1項第2款規定，依中華民國法律不能以仲裁解決之爭議事項，我國法院應駁回當事人就外國仲裁判斷請求承認之聲請。故上開國際仲裁判斷能否依我國仲裁法規定，請求我國法院承認後作為執行名義執行，似有疑義。

162 臺灣高等法院民事判決96年度上易字第836號判決參照。

163 法務部民國87年10月21日（87）法律字第037953號函釋參照。



(2) 亦有看法認為，參酌我國行政程序法第136條<sup>164</sup>之規定，行政處分所涉及之事實或法律關係，得為和解之標的；行政訴訟法第七節亦定有「和解」章節，規定如當事人就訴訟標的具有處分權並不違反公益，行政法院得隨時試行和解<sup>165</sup>。地主國與投資人間之爭議事項，係涉及投資人於地主國投資、經濟、金融等經濟利益事項相關爭議，國際仲裁機構就此類爭議作成仲裁判斷已行之有年，因此縱為涉及行政公權力之爭議事項，參酌我國相關法規及國際實務運作，仍為得和解之標的而得提付仲裁。法務部亦曾於96年間著有函釋闡明類似概念，認為投資保障協定之爭議事項屬投資、經濟、金融等性質，與公權力之行使無關<sup>166</sup>，應屬得提付仲裁之事項。

---

164 行政程序法第136條：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」

165 行政訴訟法第219條：「當事人就訴訟標的具有處分權並不違反公益者，行政法院不問訴訟程度如何，得隨時試行和解。受命法官或受託法官，亦同。第三人經行政法院之許可，得參加和解。行政法院認為必要時，得通知第三人參加。」

166 法務部96年1月12日法律決字第096070048號函釋：「關於台美洽簽雙邊投資協定，內容涉及台美雙邊投資爭議合意以仲裁方式解決，就爭議事項以觀，因屬投資等性質，與公權力之行使無關，因此雙方簽訂以仲裁方式解決爭議，應屬適當。」

## 國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

國際投資協定：分析釋義 / 經濟部投資業務處編

著. -- 初版. -- 臺北市：經濟部，2012.12

面：公分

ISBN：978-986-03-5499-7（平裝）

1.國際貿易協定 2.國際投資

558.6

101027050

## 國際投資協定-分析釋義

書名  
出版機關  
編著者  
地址  
電話  
傳真  
網址  
出版年月

國際投資協定-分析釋義  
經濟部  
經濟部投資業務處  
台北市館前路71號8樓  
(02) 2389-2111  
(02) 2382-0497  
<http://www.dois.gov.tw>  
2012年12月 初版一刷

執行單位  
策劃  
編撰  
地址  
電話

協合國際法律事務所  
吳必然  
陳慧芝、呂書賢、羅少驊  
台北市信義路五段8號5樓  
(02) 2729-8000

設計承製  
地址  
電話

集思創意顧問股份有限公司  
台北市堤頂大道二段407巷20弄35號7樓  
(02) 8797-7333

工本費

300元

統一編號(GPN) 1010103824

ISBN 978-986-03-5499-7

◎ 著作權利管理資訊：著作財產權人依法保留對本書所享有之著作權利，欲重製、改作、編輯、本書全部或部分內容者，須先徵得著作財產權管理機關之同意或授權。



ISBN 978-986-03-5499-7



9 789860 135499 7

GPN : 1010103824