

# 國立交通大學

## 科技法律研究所

### 碩士論文

國際投資法上合理規制措施之研究

—以間接徵收規範為中心

A study on non-compensable regulatory  
measures in international investment law:  
host states' right to regulate in indirect  
expropriation cases

研究生：羅傑

指導教授：倪貴榮 博士

薛景文 博士

中華民國一零二年七月



# 國際投資法上合理規制措施之研究 —以間接徵收規範為中心

## 摘要

自冷戰結束以來，國際投資條約與國際投資仲裁數量有了爆炸性的成長。時至今日，全世界已有接近 3000 個雙邊投資協定，與其他區域性的多邊投資協定，構成了國際投資法綿密的規範架構，也使得國際投資法成為國際經濟法中相當重要的領域。國際投資條約是為了提供外國投資更優良的保障而簽訂的，地主國透過投資條約之簽訂，降低投資人的風險，進而吸引更多外國投資進入。透過條約的簽訂，地主國放棄了一部分其在國際法上一般享有的對內規制權限，即主權國家同意其對內權利的行使，必須合乎條約的規範。

但即使投資人的母國與地主國訂有投資條約，投資人與地主國間的爭端有時仍難以避免，此時就必須判斷國家作為是否違反條約的義務。在國際法上，一般承認國家仍享有一定的規制權限，而規制權限的行使尚在合理範圍時，即使造成投資人的損害也不需要補償。參與投資條約固然對規制權限造成的一定的限制，但投資條約並非意在消滅所有不須補償的規制措施，故在投資條約下，何時規制措施需要補償，即為投資爭端的一大爭議。此種爭議在投資人主張地主國違反間接徵收規範時尤其劇烈。本文透過文獻分析、內國法與其他國際法庭的判例整理、國際投資條約以及國際投資仲裁案例分析，就間接徵收規範與國家規制權限的衝突問題，加以探討。

在研究中發現較早期的投資條約中，欠缺對間接徵收與國家合理規制權限的區分，也沒有提供兩者定義，因此只能依賴仲裁庭的解釋。近期的條約則提供了一些參考要素，並且明示國家有規制權限，提供了較高的確定性及利益間的衡平性，但是對於這些要素的運用方式，仍有賴仲裁庭加以具體化。然而，眾多的間接徵收案例中，仲裁庭區分合理規制措施與間接徵收的方式，卻有很大的差異；此外，間接徵收案例中對於地主國以及投資人雙方的權利平衡，似亦未仔細斟酌。雖然近期新的投資條約中，締約國透過條約的定義加強了因此本文提出一套判斷模式，以改善上述確定性跟衡平性上的缺失。

關鍵字:國際投資法、投資人待遇、間接徵收、合理規制措施

# **A study of non-compensable regulatory measures in the international investment law: host states' right to regulate in indirect expropriation cases**

## Abstract

Since the end of cold war, the numbers of investment treaties and investment arbitrations have increased significantly. Nowadays there are nearly 3000 bilateral investment treaties along with several regional investment treaties. These treaties are designed to attract foreign investors by providing favorable investment environment. Through the conclusion of investment treaties, the host states agree to give up part of their sovereign, to guarantee the regulatory power will be exercised in accordance with the treaty.

However, the investment treaties do not eliminate dispute between investors and host states. When disputes raise, how much regulatory power the host states remaining becomes the most important issue. In the public international law, the sovereign states have their inherent right to regulate domestic affairs including economic activities. As long as the states do not abuse the right to regulate, there would be no obligation to compensate incurred, even the state activities harm the assets of foreign investors. Although joining investment treaties limit the right to regulate, the treaties do not intend to eliminate all the non-compensable regulatory spaces for the host state. The key issue then becomes how much can the state regulates before infringing the treaties obligation.

This issue is especially important when the investors raise indirect expropriation claims against the host state. This article tries to depict how this issue been considered in indirect expropriation cases under international investment law and further examine the approach taken by the current international investment law. By examining the developments of investment treaties and investment disputes on indirect expropriation, this article addresses that:

- 1). Traditional treaties provide very few clues on how to distinguish indirect expropriation and reasonable exercise of regulatory power that does not incur compensation. Though recent treaties have made some progress by providing factors to be considered the content of these factors and the order to examine them still rely on the interpretation of arbitral tribunal.
- 2). Nevertheless, the arbitral tribunals' interpretation is not always consistent. Although most of the tribunals admit that the states have certain regulatory spaces, the tribunals' approaches seem not very coherent on how to distinguish indirect expropriation and non-compensable regulatory activities. At the same time, the arbitral awards often do not

balance the interest of both investors and host states.

After examining the current situation of indirect expropriation cases and identifying the aforementioned flaws, in the last part of this article, a proposal is made to fix the flaws:

- 1). Establish a coherent examination structure in expropriation cases;
- 2). Use proportionality as a tool to balance the interests of investor and the host states.

Keywords: International investment law, indirect expropriation, right to regulate, non-compensable regulatory activity



## 誌謝

2013年7月19日，最後的暑假的那一天，本文作者按下最後一次F9，然後向自己宣布，感謝上帝，我終於完成這份論文了。<sup>1</sup>

連自己都有點不敢相信，居然真的從在每字每句痛苦掙扎，走到全文完成的這一天了。而自己的研究所生涯也已經過去三年，就像入學那天志潔老師所說，進入科法所就像上了快車道。果真如此，這充實又愉快的三年，一轉眼已在身後，自己將要邁向下一個階段了。

在這個關頭，除了不捨，除了傷感，還有感激。真的自己走過一遭才能體會，論文的完成需要多少人的幫助。這份論文的完成，首先當然必須感謝我的指導老師，倪貴榮老師與薛景文老師。

自來到所上，無論是上課或是比賽，或是參與計畫，一直受到倪老師的指導，老師淵博的學識與嚴謹的治學態度，一直是我所景仰的。兩年前懷著忐忑的心，詢問老師有沒有指導我的意願，老師很快就同意了。當時的喜悅至今仍銘記在心。往後的日子，老師除了給我參考資料以及注意的方向以外，更是不時給我寶貴的建議與提點重要的寫作技巧。

而我也很榮幸，在景文老師來到所上之後能夠受到老師指導。老師總是與學生相處融洽，讓人感到親切。但是在學術方面卻是決不馬虎，不論是討論大綱或是論文內容時，老師總是能很快的找出其中的邏輯缺陷，還有那些我在不知不覺間想要逃避而寫的含混不清的部分。在論文將要完成之際，老師也不厭其煩的撥冗與我討論修改細節，使得這份論文能夠更加完善。非常感謝兩位老師的指導。

再來必須要感謝的是東吳大學的李貴英老師，也是論文的口試召集人。李老師作為國內國際投資法研究領域的第一把交椅，在論文口試中對我的論文提出許多重要的建議與不足之處，讓我著實獲益良多。李老師甚至在口試後，主動寄信提供我補充的案例資料，十分感激老師的幫忙。

---

<sup>1</sup> 考慮再三，本來想以「時光飛逝，寫作之間歲月也悄悄的溜走……本文的完成有賴……的幫助，深深感激……」作為開場，不過作為這篇論文唯一不用每句話引註的部分，本文作者還是決定換個方式表達自己的感激。

這份論文的完成，也必須感謝科法所的老師們三年來的照顧。當初在選擇題目時，在方老師的一席話堅定了我的方向；而後老師也提供了我許多參考資料，讓我的論文能夠順利進行。而立達老師在專題討論課以及專題討論結束後，都提供了我許多寶貴的建議，並且指出了論文的一些盲點。

在科法所的期間，感受最深的就是科法所的老師們的豐富學養，以及老師對我們無微不至的照顧。這三年修了建中老師六門課，學到很多過去不曾接觸的東西，看到許多未曾見過的風景，雖然時感挫折，但是確實也有很多成長。

碩二的時候，修習了志潔老師的性別與法律，體會了老師的熱忱，還有對自己研究領域的專精。平時老師更是在生活上感受到老師的處處關愛，論文寫作期間老師也常常關心我們。在口試通過那天，得到老師的祝賀，深受感動。

另外，在所上這段時間，也受到尚志老師、敏銓老師、鈺雄老師、欣柔老師、浣翠老師的各種照顧與鼓勵，在此特別感謝各位老師的關照與指點。

除了老師們的指導與照顧，這三年也多虧了所辦助理給我們的幫助，玉佩姊、佩瑜姊、以欣姊、嫚君姊、慧茹姊、莉雯姊親切待人，與學生們打成一片，即使所上事務繁忙，仍總是不遺餘力幫助我們。在打工期間，助理姊姊們也很親切的指導我要做的事情。非常感謝助理們的幫助。

然後，說到這三年生活，絕不能少的就是在這裡認識的一群好夥伴、好同學。像是在三次模擬法庭競賽中，一起奮鬥的愷致、李琦、曉涵、昱如、怡婷、芳儀、承誼、佩珊、捷如、思儀、珮璇，我們一起經歷的種種，最後終於化為甜美的成果；一起修了好多課的陳萱、李琦、秉志、敦威、音希、奐庭、碩甫，我們紮實走過幾本美國教科書，在挫折中掙扎與成長；球場上一起打到決賽，又一起被踢個 14:0 的翊展、政雄、蛞蝓嫂、儀婷，(還記得為了法論做到半夜三點發瘋狂笑的那些日子嗎)；即使在畢業典禮那個感傷的夜，我們也把握時光直到最後一刻的李琦、雄哥、叮噹、柯柯、包子跟羽珊。

我們在這三年一起經歷的大小不同的事情，有兩次全國科法、法實證的煎熬，所遊跟出去玩的愉悅，畢業典禮的瘋狂—這些我們一起成長的回憶。謝謝你們，我的好夥伴們—陳萱、亦婕、逸平、宜霓、博堯、翊展、惠雅、蓉萱、曼玲、詠真、儀婷、政

雄、翊展、怡婷、旻書、芳儀、秉志、昆軒、音希。

感謝我的家人，在這三年期間讓我能無後顧之憂的努力，並且不時給我鼓勵。另外特別感謝雅香奉，有你這幾年溫暖的陪伴，才有今天的我，也謝謝你對我的百般包容，將來的日子也請你多多指教了。

2013年7月20日，第二次UFO之夏的結尾，本文作者在此畫下句點。<sup>2</sup>



---

<sup>2</sup> 這個註腳是奇奇怪怪感謝區，本文作者想要特別感謝的奇人們與非人生物們都在這個地方。本文作者想要感謝秉志帶來了兩隻毛茸茸的(懶惰的)小生物，Neo 跟 Hermione，謝謝你們每天早上來騷擾我，陪我度過焦躁的每一天。希望你們會記得在你們短短的生命中曾有個人類住在主人對面，每天陪你們玩鬧，夏天時跟你們一起躺在地上吹風。還有感謝志偉，介紹我認識了奈亞子一行人還有打工的魔王與勇者，將來有機會再一起去看 Star Trek 後面的集數吧! 另外也要感謝張志誠跟沈伯駿，說服陛下來寒舍觀光，最後還要謝謝槍手(FC Arsenal)，你們的奮鬥總是給我無比的感動與繼續的動力，謝謝你們。



# 目錄

中文摘要	i
英文摘要	ii
誌謝	iv
目錄	vii
圖目錄	x
表目錄	xi
<b>1. 緒論</b>	<b>1</b>
1.1 研究動機與研究目的	1
1.2 研究方法	2
1.3 定義與研究限制	4
1.4 論文架構	5
<b>2. 國際投資法之背景介紹</b>	<b>7</b>
2.1 國際法上對外國人財產保障之發展歷程	7
2.1.1 近代投資條約興起前的發展	7
2.1.2 從 FCN 到 BIT—近代投資條約的興起	9
2.2 投資條約的特色	10
2.2.1 義務的單面性	10
2.2.2 高度涉及對內主權之行使	11
2.3 投資爭端的主軸—地主國規制權限與投資人財產保障之衝突	12
<b>3. 國際投資法上之徵收規範</b>	<b>14</b>
3.1 國際習慣法上徵收規範之發展	14
3.1.1 前言	14
3.1.2 國際習慣法的徵收規範	15
3.2 國際投資條約上之徵收保障	19
3.2.1 前言	19
3.2.2 國際投資條約的徵收條文架構	20
3.2.3 投資條約的徵收保障規範與習慣法的保障程度比較	21
3.2.4 徵收之判斷方式	22

3.2.5 徵收之合法要件與效果	31
3.3 國際徵收規範所引起之疑慮	33
<b>4. 間接徵收規範與國家規制權限之衝突</b>	<b>35</b>
4.1 緒論	35
4.2 國家規制權限之論理以及規範基礎	35
4.2.1 國家規制空間需求的理論探討	36
4.2.2 肯認國家規制空間的國家實踐	39
4.2.3 肯認國家規制權限之國際投資仲裁實踐	40
4.3 國家規制權限與間接徵收規範的重疊與衝突	41
4.4 國家規制權限的內涵以及判斷標準	44
4.4.1 他山之石—內國法的判斷標準	45
4.4.2 他山之石—投資條約以外之國際法上判斷標準	50
4.4.3 國家規制權限判斷方式評析	55
<b>5. 投資條約對合理規制措施之規範</b>	<b>64</b>
5.1 概述	64
5.2 徵收保障條款之演進	65
5.3 新型條約的規範方式	68
5.3.1 美國、加拿大的新型條約實踐	68
5.3.2 其他國家的新型投資條約	70
5.4 我國近期投資條約下的國家規制權限評析	72
5.4.1 台日投資協議(Taiwan-Japan Investment Arrangements)	73
5.4.2 徵收保障條款	73
5.4.3 條款評析	74
5.4.4 海峽兩岸投資保障協議	75
5.5 投資條約評析	77
<b>6. 合理規制措施議題的國際投資仲裁實踐分析</b>	<b>80</b>
6.1 序言	80
6.2 研究方法	80
6.3 投資仲裁案例狀況概述	81
6.4 仲裁判斷對合理規制措施與徵收關係之描述	89
6.4.1 概述	89
6.4.2 仲裁庭對間接徵收與合理規制措施關係的見解	89
6.5 國際投資仲裁中用於區分合理規制措施與徵收的標準	92

6.5.1 國家措施對投資人之投資造成的損害	93
6.5.2 國家主觀是否出於取得財產的意圖、 國家是否實際取得財產權	101
6.5.3 國家措施是否出於公共目的	105
6.5.4 國家措施是否依循正當程序	110
6.5.5 國家措施是否具有歧視性	113
6.5.6 投資人的合理期待(Legitimate expectation)	115
6.5.7 比例原則	121
6.5.8 其他	125
<b>6.6 仲裁庭對判斷要素運用方式之分析</b>	<b>127</b>
6.6.1 仲裁庭所利用的判斷要素	127
6.6.2 仲裁庭的判斷模式	129
<b>7. 改進現行國際投資仲裁判斷方式之倡議</b>	<b>136</b>
7.1 概述	136
7.2 國際投資法上徵收規範的保護標準	136
7.3 目前仲裁判斷之評析	140
7.3.1 現行仲裁判斷方式的不足之處	140
7.3.2 仲裁判斷模式評析—尋找可行的解決方案	142
7.4 修正現行判斷方式	149
7.4.1 建議的修正方向	149
7.4.2 採用的判斷要素	149
7.4.3 上述要素的判斷順序與舉證責任	159
<b>8. 結論</b>	<b>163</b>
<b>參考文獻</b>	<b>167</b>

## 圖目錄

圖 1 :中間型案例中，近期採用的判斷模式.....	135
圖 2:建議的修正方式說明 1.....	160
圖 3 建議的修正方式說明 2.....	161



## 表目錄

表格 1 透過 ICSID 規則仲裁之案例 .....	82
表格 2 透過聯合國國際貿易法委員會規則仲裁之案例 .....	86
表格 3 透過斯德哥爾摩商會規則仲裁的案例 .....	88





# 1. 緒論

## 1.1 研究動機與研究目的

從 19 世紀末葉以來，跨國經濟活動的規模與範疇逐漸擴展。例如國際貿易、投資等活動都以驚人的速度成長，經濟活動不再侷限於一國一地，而是以世界為舞台，跨越邊界，以超越過去的規模活動著。<sup>3</sup>這些經濟活動帶來了大量的規範需求，使國際經濟法領域在國際法的各分支中，嶄露頭角。例如國際貿易法領域，有世界貿易組織跟各種區域貿易協定的發展。而國際投資活動，也同樣帶來了相應的規範需求。

自冷戰結束以來，國際投資法領域隨著投資條約，以及國際投資仲裁案例兩者的大爆發，儼然成為國際經濟法中極其重要的一支。根據統計，截至 2012 年底，世界上已經有超過 3000 個投資條約，並且每年都以相當的數量增加中。<sup>4</sup>這些條約形成了綿密的國際投資法律規範網絡，也成為投資人強而有力的防衛工具，有效的降低政治風險。而對於地主國而言，參加投資條約，創造了國內更好的投資環境，亦可吸引外資進入，進而刺激國內的經濟發展。<sup>5</sup>

然而在他國投資仍不免產生爭端，現代的投資條約便提供了一系列的實體義務，包括不歧視原則、公平公正待遇、以及徵收保障等等，以保障投資人的權利。在程序方面，現代投資條約最重要的特徵之一，即為條約提供了投資人直接對地主國提起仲裁的管道。投資人至此可以跳過繁瑣的國內程序，也不必請求母國行使外交保護權，而是可以自行對地主國進行請求。隨著投資條約數量的增長，投資案例也隨之增加，為國際投資法領域不停地注入新血。

從表面上看起來條約的簽訂，對投資人與地主國而言是個雙贏的局面，但是隨著投

---

<sup>3</sup> See RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 1-12 (2012).

<sup>4</sup> 根據聯合國貿易暨發展會議(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)之報告，在 2012 年底世界共有 3196 個投資條約，其中 2857 個為雙邊投資條約。UNCTAD, *WORLD INVESTMENT REPORT 2013*, at x (2013).

<sup>5</sup> 對於投資條約是否真的有吸引外資進入的效果，實證研究間有不同見解。不過多數仍認為投資條約的簽訂，對於投資的進入是有正面的影響的。See DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 3, at 22-24.

資仲裁的發展，卻也顯示了一些隱憂。承襲國際法上外人財產保障問題的主軸，在現代投資爭端中，地主國的對內規制權限與投資人的財產保障，仍然經常站在對立的兩邊。投資條約下的各項實體保障義務，隨著仲裁庭的擴張解釋，逐漸跨越地主國締約時預想的界線，而有侵入各國經濟主權過深的疑慮。<sup>6</sup>

其中徵收保障條款，即為爭議的主要來源之一。徵收是地主國各項措施中，對投資人造成損害最為劇烈的一種，因此很早就引起國際法上的注意。然而這個古老的問題，在國際習慣法與國際投資仲裁的發展下，漸漸將其重心由直接徵收轉向間接徵收。在間接徵收中，徵收的構成與補償的義務，不以國家取得財產權為限。而在諸多仲裁庭的實踐，例如 *Metalclad v. Mexico* 案中，更是高度擴張其範圍，表示國家的任何行為(包括行政、立法、司法)，只要造成投資的嚴重損害，都必須加以補償。此種寬廣的解釋與投資條約廣泛的投資定義下(不限於財產權，而包括純粹經濟利益)，給地主國的規制權限帶來了莫大的限制。

雖然地主國加入投資條約，本身即放棄一部份主權，必須遵守投資條約對其行為所畫下的界線。但是無論是習慣法或是國際投資條約，對於外人的投資都未提供絕對的保障，仍然保留了一定程度的規制空間，否則主權國家的功能將無以完成。因此無論是學術見解，或是仲裁、條約實踐，都還是保留了一定的空間，允許國家採取規制措施而不需要予以補償。本文將此種措施稱為「合理規制措施」。

但是在徵收保障領域中，合理規制措施與間接徵收，並非截然可分。規制措施何時會超出其範圍，而構成必須補償的徵收，在國際法上，尚未有明確的答案。本文希望透過國際投資法的相關資料分析，包括學術文獻、投資條約等國家實踐、以及國際投資仲裁案例的分析，試圖描繪合理規制措施在國際投資法中的樣貌，以及其區分標準。然後並加以評析，並以前述分析所得，用於討論我國新進締結的投資協議中，對此議題採取何等觀點。

## 1.2 研究方法

---

<sup>6</sup> *Id.* at 24.



本文採取的研究方法為文獻分析、內國法與其他國際法領域的實踐分析、國際投資條約以及國際投資仲裁案例分析三個部分。

文獻分析部分，本文將先透過文獻分析，說明間接徵收的概念發展，然後說明與徵收規範和合理規制措施的爭議。主要參考資料將以外文的專門書籍以及論文為主，最主要包括 Newcombe & Lluís Paradell (2009)、 McLachlan, et al. (2008)、 Dolzer & Schreuer (2012)對國際投資法各項介紹各項待遇的專書等等。國內文獻方面，將以李貴英老師之國際投資法專論以及期刊文章為主。

內國法與其他國際法領域的實踐分析，包括內國法的分析、其他國際法領域的規範跟判斷方式分析。首先，由於間接徵收與合理規制措施之爭議，在內國法上由來已久，以國內法上碰到的問題，以及國內法的解決方式，或是其區分間接徵收與合理規制措施的方式，可以提供良好的參考基礎。本研究選擇以美國法與德國內國法作為主要的研究對象，蓋這兩者的內國法發展在國際法上具有相當的影響力，處理國家規制權限與財產權保障、尤其是徵收規範的經驗相當豐富；<sup>7</sup>其次，在其他國際法領域中，例如歐洲人權法院，對於財產權保障也有相當豐富的判決。基於超國家法庭的地位，在財產權保障與內國規制權的衝突上，可提供與內國法不同的觀點，並且其地位與投資仲裁更為接近，因此在分析中一併探討。

最後，不可避免的仍然要回到投資爭端的最主要法源—各投資條約，以及投資仲裁案例加以分析，探討在各投資條約的徵收保障條款與其附件中，是否對於合理規制措施與徵收的關係加以說明或是提供判斷的要素。案例分析，則希望架構在前述理論探討，以及比較法分析之上，以透過整理近期國家在一般規制措施的條約實踐，與分析統計國際投資爭端解決案例的方式，更進一步了解實務上對此問題的意見與發展。並在具體爭端解決個案分析中，嘗試歸納整理，目前投資爭端解決實務上，對合理規制措施與間接徵收概念區分的標準，並對此一標準加以評析。

---

<sup>7</sup> Markus Perkams, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law—Search for Light in the Dark*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 108, 121-22 (Stephan W. Schill ed., 2010).

### 1.3 定義與研究限制

首先，本文所使用之「合理規制措施」，係指國際法上正當、合理的國家規制權行使，不構成徵收，也不需要加以補償的措施。<sup>8</sup>在國際法上，國家享有一定的規制權限，可以採取各種措施形成其經濟或是社會秩序，這種權限的行使，原則上不需要加以補償。但是此種規制權限並非絕對，國際法也不允許國家濫用此種權限。因此只有當國家行使規制權限，尚屬合理、正當時，方能免於補償之責。本文因此將此種不需要補償的措施，稱為合理規制措施。

在文獻上，經常以「警察權」(police power)之行使稱呼此種規制權限。但是此一名詞的內涵並不統一，廣義者用此一名詞指涉一切國家的規制行為：「主權國家為了維護公共安全、秩序、道德與正義或是為了提升公共便利與繁榮，而得以對個人自由或是財產權限制之權力」<sup>9</sup>，另外如Black's Law Dictionary中，對其定義為「主權國家為了維護公共安全、秩序、道德與正義，固有的、絕對的立法權力。此種權力為國家核心的權力，不能透過立法加以放棄或是永久性的移轉…」<sup>10</sup>，亦屬於此種廣義的利用方式。在此定義之下，警察權只是一個中性名詞，表示國家的規制權，並不表示此種權利的行使不需要補償；相對的，較為狹義者則將警察權定義為，國家措施即使造成財產權的損失也不必負賠償的範疇。<sup>11</sup>本文對於合理規制權限之定義，與後者即狹義的警察權定義相同，但是由於此一名詞本身難以窺見其內涵，因此除了在第4章介紹美國國內國法的部分外，本文也視涵義以合理規制權限或是規制權限稱之。

在本文的研究範圍上，則集中於間接徵收與合理規制措施間關係的探討，以及兩者的區分方式，並不討論其他實體待遇以及國家規制措施的互動狀況。<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 ICSID REV. 1, 20-21 (2005).[hereinafter “The Boundaries”]

<sup>9</sup> Philip A. Talmadge, *The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The Interaction of Police Power and Property Rights*, 75 WASH. L. REV. 857, 857 (2000).

<sup>10</sup> Black's Law Dictionary (9th ed. 2009).

<sup>11</sup> Andrew Newcombe, *The Boundaries*, *supra* note 8, 23 (2005)[hereinafter “The Boundaries”]；李貴英，國際投資法專論—國際投資爭端之解決，頁273（2004）；在美國國內法上的運用，參見陳新民，憲法基本權利之基本理論(上)，頁464-466（1999）。

<sup>12</sup> 由於在國際投資法上，可從不同脈絡討論國家規制權限與財產權保障衝突之議題，例如公平與公正待遇(Fair and Equitable Treatment)下亦有此等問題；即使在徵收保障脈絡下討論，所採用的名詞也有所不同，例如以「管制性徵收」、「行政徵收」(regulatory taking, regulatory

在研究限制方面，由於國際投資法的主要法源分散，仲裁判斷彼此間沒有拘束力，又是以各案判斷為主，因此各仲裁判斷間的歧異性較大。在國際投資法中，主要的法源是雙邊投資條約(BIT)跟部分區域性多邊條約。個別投資條約間，文字與締約方式上即可能有所差異。因此從本質上，國際投資的爭端中可資適用的法律，即不若 WTO 等多邊條約架構下爭端明確。又在國際投資爭端仲裁中，先前的仲裁判斷，對後仲裁判斷並無拘束力，又無上訴機構的統一見解，各仲裁判斷間，法律見解即容易出現歧異。基於前述限制，本文的仲裁判斷評析，為依據現行資料下，就作者所能獲得的範疇，找出主要的方向並就這些案例的內容加以整理分類。未來的案例以及本文研究範圍外之案例，可能存有不同的見解，則無法納入考量，至若因而產生與本文有所歧義之結論，亦為本研究之所限，合先敘明。

#### 1.4 論文架構

本文將在第二章簡述國際投資法的發展背景，說明隨著跨國經濟活動的發展，對於國際經濟法的規範需求相應而生。最顯著的兩支為國際投資與國際貿易法，這兩個領域迅速的發展。而國際投資法又與貿易法不同，蓋投資涉及的是長期的資本投入，受到更高的政治風險，因此需要的規範類型不同。並說明國際投資法領域的現況，以及其可能產生的顧慮，並點出在國際投資爭端的核心問題，始終是地主國規制權限與投資人財產保障的衝突，而間接徵收領域，則是此種衝突最為激烈的戰場之一。

其次，本文的主要探討對象在於間接徵收與合理規制權限的界分，因此不能不對間接徵收領域的發展、現況跟其造成的問題加以說明。在第三章中，將會說明徵收保障是個古老的國際法問題，近期的重心由直接徵收轉向間接徵收。在現在國際投資法下，則因為投資仲裁實踐，使得間接徵收規範對地主國的規制權限造成嚴重的威脅。

在第四章，則繼續透過文獻整理分析，說明主權國家的規制權限需求，以及國際法上持續給予國家不必加以補償的空間。然後進行內國法與其他國際法庭，對於此一議題處理方式的分析。並找出其值得參考之處，以供後續的進一步分析投資條約與投資仲裁

---

expropriation)討論者，本文所討論者僅為國家規制權限跟間接徵收規範的互動情形。

實踐。

第五章開始，進行投資條約的分析。由於投資仲裁所能適用的法源中，最重要的就是投資條約。因此在本章，將透過條約文本的內容，觀察對於合理規制權限與間接徵收界分的線索。同時，本章也會列入我國近期所簽訂的兩個新的投資協議：台日投資協議與海峽兩岸投資保障協議，評析我國的這兩個協議中，對於間接徵收規範和合理規制措施的界分，期望能有所貢獻。

在第六章，更進一步觀察條約的間接徵收規範，在具體案例中適用的狀況。並由仲裁案例的分析與歸納，找出目前投資爭端中，仲裁庭對於合理規制措施與間接徵收之關係的見解，並且找出仲裁庭所用的區分標準。最後對仲裁庭所採取的判斷模式，加以分類，並且指出目前仲裁判斷模式的缺點。

進入第七章，則是運用文獻分析、內國法、其他國際法庭之判斷比較法、還有投資條約之研究所得的資料，進一步提出，合理的國家規制權限與間接徵收區分標準應該考量何等要素，又如何形成判斷過程。並且，以上述分析所形成的基礎，對現今的國際投資仲裁的判斷模式加以評析，並對其不足之處提出批評。最後並就這些缺點，嘗試找出一套判斷方式與參考標準，加以修正。

最後則在第八章，總結上述分析，而做出結論。

## 2. 國際投資法之背景介紹

國際投資法是國際經濟法中，迅速竄起的一個領域。雖然其處理的議題，即外國人的財產保障，早在 19 世紀末葉即為各國關心的國際法議題，然而卻一直到了 1959 年德國與巴基斯坦締結第一個現代投資條約起，才正式開始國際投資法的時代。

從該條約開始至今，投資條約的數量不停增加。今日世界上已經有數個區域性多邊投資條約，以及接近 3 千個雙邊投資條約的締結，<sup>1</sup>此等密集的網絡，成為國際投資領域的法律基礎。其中最大的特色是這些條約廣泛的定義投資人、受保護的財產以及經濟上權利，甚至超過內國法律的範圍；<sup>2</sup>並且在條約中承諾提供他國投資人不同的實體保障，包括公平與公正待遇、國民待遇、徵收保障等等。其中最重要的特色是近代投資條約，逐漸引入投資人對國家的直接仲裁權利，使得投資人能就違反條約待遇的情形，直接對國家提起仲裁，不必透過母國行使外交保護權。投資人也廣為利用此一機制，保障其權利。<sup>3</sup>這些豐富的投資仲裁判例，更使國際投資法領域蓬勃發展。

本章將簡介國際投資法領域的發展歷程、近代投資條約的興起背景以及其特色，最後指出，投資爭端的主軸，在於地主國對內規制權限，與投資人財產保障雙方權利的平衡。

### 2.1 國際法上對外國人財產保障之發展歷程<sup>4</sup>

#### 2.1.1 近代投資條約興起前的發展

隨著人類科技的發展與進步，各種經濟活動蓬勃發展，活動的範圍也突破了國家疆域的限制，而走向國際。貿易、外國人投資，國際的經濟活動使得各國之間的關聯逐步加深，而大量的經濟活動，也創造了對規範的需求。<sup>5</sup>特別是在投資領域，由於投資的特性，在於長時間的資本投入。一旦開始進行投資，投資人便沒有太多安然撤資而不受

<sup>1</sup> UNCTAD, WORLD INVESTMENT REPORT 2013 at x (2013).

<sup>2</sup> ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT 65-70 (2009).

<sup>3</sup> *Id.* At 59-61.

<sup>4</sup> 對於國際投資法的發展歷史，*See generally*, KENNETH J. VANDELDELDE, BILATERAL INVESTMENT TREATIES, 19-75 (2010); RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 1-12 (2012); *Id.* at 3-63.

<sup>5</sup> STEPHAN SCHILL, THE MULTILATERALIZATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 1-3 (2009).

嚴重損失的選擇了。<sup>6</sup>因此雖然傳統上，國際法給予主權國家廣泛的對內主權，並可據此對國內採取各種規制措施，在跨國經濟活動的推動下，對於外國人的財產保障，隨著 19 世紀以來跨國投資的發展，在國際法上也漸受重視。<sup>7</sup>

在 20 世紀最初的一段時間，美歐等西方國家普遍認為，國際習慣法上存有最低待遇標準(minimum standard of treatment)，保障外國人的財產權。<sup>8</sup>在資本輸出國家間，也同意對財產權的徵收必須予以補償。<sup>9</sup>但是在資本輸入國，這樣的見解顯然不受歡迎。資本輸入國，特別是拉丁美洲國家，對於「國際法上最低待遇標準」表達強烈的不滿。拉丁美洲國家認為，基於主權平等原則，其他國家不應干涉他國的內部事務，無論是透過外交保護權或是其他手段；並且，外國人不應享有超過本國國民的待遇，其在國內的爭執，應由內國法而非國際法管轄。此即著名的卡爾伏主義(Calvo doctrine)。<sup>10</sup>此外，雖然對徵收必須補償一事較無爭議，對補償的計算以及其依據，資本輸出國與輸入國間卻沒有達成共識。此種國家主權與外國人財產保障的爭執，一直持續到了二次大戰後。

在 1962 年，聯合國大會通過了 1803 號決議，肯認主權國家對其天然資源的永久主權，並且外人投資的設立，必須得到地主國的許可。但是一旦外人投資獲得許可，並進入國境設立，則同時受到內國法以及國際法的保障。<sup>11</sup>同時，雖然此決議承認地主國徵收的權利，但是也肯定了國際習慣法要求對徵收給予適當補償的要求。<sup>12</sup>此後資本輸入國又透過 1974 年的 Charter of Economic Rights and Duties of States<sup>13</sup>，再三強調國家規制投資的主權，不過這些決議並未因此取得習慣國際法的地位。其中之一的例證為，在決議若干年後，即使是資本輸入國也普遍加入與上述文件相違背的投資條約，此種相反的

---

<sup>6</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 21-22; *Id.* at 1-5.

<sup>7</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 11-12; MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 827-29(2008).

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> 不過，在近代條約的爭端解決條款誕生之前，受害的國民必須請求其母國基於外交保護權，提起請求，而不能自行主張。See JAMES CRAWFORD, BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 701-15(2012).

<sup>10</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 13.

<sup>11</sup> General Assembly Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. Res. 1803, U.N. GAOR, 17th Sess., Supp. No. 17, at 3, U.N. Doc. A/RES/1803 (1962).

<sup>12</sup> *Id.* at ¶4.

<sup>13</sup> Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Res. 3281, U.N. GAOR, 29<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 31, at 50-55, U.N. Doc. A/9946 (1974)

國家實踐，對國際習慣法的影響更大。<sup>14</sup>

在投資條約以外，常設國際法院(Permanent Court of International Justice, PCIJ)與國際法院(International Court of Justice, ICJ)提供了許多判例，而 1982 年的美伊索償法庭(Iran-US Claim Tribunal)更是提供了豐富的判例，為國際習慣法的發展注入新的動力，也成為現代投資爭端中重要的法源。<sup>15</sup>

然而國際習慣法畢竟證明困難，在許多內涵上，亦有模糊不清的空間。對於資本輸出國而言，此種保障顯然過於不確定。<sup>16</sup>

### 2.1.2 從 FCN 到 BIT—近代投資條約的興起

在國際習慣法內涵不確定的狀況下，資本輸出國開始透過條約，確保國人在外國的投資受到保障。例如在二次大戰後，美英等國即積極的與他國簽屬友好通商航海條約(Friendship Commerce and Navigation Treaty, FCN)，雖然並未使用雙邊投資條約(Bilateral Investment Treaty, BIT)的字眼，不過其功能已經相去不遠。<sup>17</sup>

現在公認雙邊投資條約，是從 1959 年德國與巴基斯坦簽屬第一個雙邊投資條約開始。而且在德國展開其雙邊投資條約簽訂活動後，其他歐洲鄰國也迅速跟進。這些雙邊投資條約，提供了廣泛的投資人與投資定義，並列出締約雙方一系列的實體義務，以保護雙方的投資人。這些實體義務包括公平與公正原則、非歧視原則、徵收補償等等。而爭端解決機制方面，最早在條約中約定的是國與國的爭端解決機制，例如將爭議提交國際法庭(International Court of Justice)解決，而後隨著條約的演進，自 1969 年起，新的投資條約開始提供投資人另一個選擇—對國家的直接仲裁。自此投資人可以不必請求母國行使外交保護權，方能在國際法院起訴。而是可以直接以國家為他造，請求仲裁解決爭端，正式完足了現代投資條約的各項特徵。<sup>18</sup>

不過雖然有這項機制，初時由於雙邊投資條約的數量不多，相關的案例數量也相對

<sup>14</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 33; VANDEVELDE, *supra* note 4, at 47-48.

<sup>15</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 39.

<sup>16</sup> *Id.* at 41.

<sup>17</sup> *Id.*; VANDEVELDE, *supra* note 4, at 49-51; SCHILL, *supra* note 5, at 4-6.

<sup>18</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 44; VANDEVELDE, *supra* note 4, at 57-59.

有限。<sup>19</sup>不過自冷戰結束後，隨著新一波投資的開展，90年代的投資協定數量如雨後春筍般成長。至今全球已有超過3000個生效的投資條約。包括2800餘個雙邊投資條約，與北美自由貿易協定(North America Free Trade Agreement, NAFTA)、<sup>20</sup>能源憲章條約(Energy Charter Treaty, ECT)、<sup>21</sup>東南亞國家協會全面投資條約(Association of South East Nations Comprehensive Investment Agreement, ASEAN investment agreement)<sup>22</sup>等區域性的多邊協定的締結，更完足了國際投資法的網絡。

透過國際仲裁解決的國際投資爭端，也隨之成長，為國際投資法領域提供了豐富的判例，使得此一領域蓬勃發展。仲裁判斷所形塑的規則與對條約的解釋，更是今日國際投資法不可或缺的法源。<sup>23</sup>

## 2.2 投資條約的特色

### 2.2.1 義務的單面性

投資條約的特色之一，在於不像普通的條約，從條文上即可看出締約雙方的義務，具有互惠的特質。然而在投資條約中，卻單方的規定地主國的義務，而沒有規定投資人應該負擔的義務。這種特性，與投資條約的締約背景相關。

在前一節的國際法上財產權保障發展部分可見，早期投資條約的基本締結背景是，資本輸出國家希望透過雙邊投資條約的締結，保障其人民在國外的投資；相對的，對於資本輸入國家而言，由於其內國司法、行政系統經常不能使外國投資人信任，對外資的進入有不良影響。因此資本輸入國家也希望透過締結條約，提供更好的投資保障，以及爭端解決機制，以提供外國人進入的動力。雖然隨著時間進展，近期在傳統上被歸類為資本輸入一方的國家間，或是資本輸出諸國間，也開始締結投資條約。但是上述透過提

<sup>19</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 45-46.

<sup>20</sup> North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993) (chs. 1-9), 32 I.L.M. 605 (1993)

<sup>21</sup> Energy Charter Treaty, Dec. 17, 1994, 34 I.L.M. 360, 391.

<sup>22</sup> Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Comprehensive Investment Agreement, art.14, Feb. 26, 2009, available at <http://www.ASEAN.org/images/2012/Economic/AIA/Agreement/ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement%202012.pdf>

<sup>23</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 59-61, 102-05; SCHILL, *supra* note 5, at 8-15.(provides some analysis on the current situation.)



供更好的投資環境，降低政治風險，以吸引更多投資的理由，仍然適用。<sup>24</sup>

故如Dolzer & Schreuer指出，其實投資條約並非條約互惠的例外，而只是以另一種方式呈現。因為地主國仍然能考量締結條約所能獲得的利益(即吸引的投資)，以及其必須受到的限制，若其願意參加條約，則是經過衡量後的一種交換。以犧牲部份主權，來換取外資的進入，仍是一種交換與互惠的表現。<sup>25</sup>

值得注意的是，此種特性，使得部分仲裁庭在條約解釋上，過度偏向投資人一方。依據維也納條約法公約(Vienna Convention on Laws of Treaties, VCLT)第31條第1項，「條約應依其用語，按其上下文並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，善意解釋之。」<sup>26</sup>，部分仲裁庭認為，投資條約的目的在於透過投資人之保障，促進外資的進入，因此解釋上應該一律有利於投資人一方。<sup>27</sup>但是保護投資人此一目的不是漫無邊際的，而且在投資條約條文都訂得相當寬廣的狀況下，此種解釋方法恐怕對地主國的限制過重。因此多數的仲裁庭並沒有採取此種解釋方式。<sup>28</sup>

### 2.2.2 高度涉及對內主權之行使

投資條約的另一個特性在於，其涉及地主國主權的程度較深。這是出於投資的特性使然，由於投資的特性與貿易不同，後者通常只涉及一次性的交易，而前者則是長時間資本的投入。<sup>29</sup>在投資進入地主國之前，投資人與國家雙方尚可稱對等，此時投資人尚可選擇不進入特定國家境內，而地主國為了吸引投資人，也必須提供較好的條件。然而一旦投資設立，情況即有所不同。對於投資人而言，由於投資本身涉及的是在地主國資本的長期投入，因此其撤資而不受到嚴重損害的選擇相當有限。反而對於地主國而言，此時由於投資人已經進入境內且難以離開，地主國對於採取損害投資人的行動較無顧忌。

<sup>24</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 20-23.

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, art. 31(1), 1155 U.N.T.S. 331,

<sup>27</sup> GUS VAN HARTEN, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW 136-43 (2007); DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 28-30. On general rule of interpretation in public international law, see NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 110-11; JAMES CRAWFORD, BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 377-86 (2012).

<sup>28</sup> VAN HARTEN, *supra* note 27.

<sup>29</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 19, 21; SCHILL, *supra* note 5, at 3.

此即投資的政治風險。<sup>30</sup>

所以投資條約的目標正是希望降低此等政治風險，提供較好的投資環境。而正是因為投資本身就屬於在地主國內國的長期資本投入，如果條約要提供外國投資人可靠的規範環境，相當容易涉及地主國對內的規制權限。<sup>31</sup>例如投資條約中對國家實體義務的規定，包括公平公正待遇、非歧視待遇、徵收保障等，都對國家的主權行使造成了相當的限制。如果在解釋上過於擴張，即可能對地主國造成過度限制。

## 2.3 投資爭端的主軸—地主國規制權限與投資人財產保障之衝突

從上述發展可以看出，在國際投資爭端的主軸，在於地主國規制權限與投資人財產保障的衝突。此種趨勢從現代投資條約以前即顯露無疑，例如資本輸出國家、與資本輸入國家，對於國際法最低待遇標準、徵收補償等問題的爭執不休即顯示，外國人財產保護與地主國對內的經濟主權，乃是對立的兩端。

隨著國際習慣法的發展，外國人在他國境內之投資，一旦設立，仍受到國際習慣法的保障，已經漸無爭議；而外國人的財產受到徵收，必須加以補償的原則也得到確立。加上投資條約的締結，地主國同意提供更好的投資環境，以吸引外資進入，對於外國人的財產保障確實較過去為高。<sup>32</sup>

不過地主國對內經濟主權，與外國投資人保障的衝突仍然存在於現在的投資爭端中。一方面而言，國際法上，地主國有權採納任何經濟政策與規制措施；另一方面，在加入投資條約後，其主權的形式也必須符合投資條約之規定。<sup>33</sup>在投資條約之下，國家究竟有多少規制權限可以行使，即成為關鍵問題。

從今日的投資條約實踐、投資仲裁實踐來看，過去許多屬於國家主權範疇的事務，

---

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> CAMPBELL MCLACHLAN, ET AL., INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES 21-22 (2008); DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 24; SCHILL, *supra* note 5, at 3.

<sup>32</sup> Markus Perkams, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law—Search for Light in the Dark*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 108, 122 (Stephan W. Schill ed., 2010).

<sup>33</sup> SURYA P SUBEDI, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: RECONCILING POLICY AND PRINCIPLE 161 (2008); 林韋仲，「外國投資之法律管制與保護——以徵收投資者私有財產為中心(上)」，台灣國際法季刊，第9卷第2期，頁196-198，(2012)。

在今日的國際投資法下，是很有可能落入國際法的範疇的。此種發展，加上投資人可以直接對國家提起仲裁，由仲裁庭根據條約判斷國家措施的合法性，引起了對於國家經濟主權干預的疑慮，以及欠缺民主正當性的擔憂。<sup>34</sup>而且不獨資本輸入國家，即使在資本輸出國家，例如美國，也對此表達疑慮。<sup>35</sup>

其中徵收保障條款正是投資人財產保障與地主國規制權限最激烈的戰場之一。徵收一直是地主國對投資人採取的措施，影響最為劇烈的一種，因此在國際法上很早就受到注意。在許多投資條約中，甚至只允許投資人就徵收案件提起仲裁，而大部分的投資保險，也只涵蓋徵收部分。<sup>36</sup>其重要性可見一般。過去資本輸出國家與輸入國家，曾爲了徵收補償的計算方式爭執不休。但是今日，隨著直接徵收越來越少見，爭議的重心逐漸移至間接徵收領域。新的問題於焉誕生：何者構成間接徵收？

在習慣國際法的徵收規範上，地主國規制權限與投資人財產保障的衝突，反映在兩組不同的規範上，並且與間接徵收的判斷息息相關：地主國有權進行徵收，但是必須給予補償；而與此同時存在的是地主國也享有一定的規制權限，可以採取各種措施形成國內的經濟秩序，而不需要補償(合理規制措施)。<sup>37</sup>

在直接徵收的案例中，由於國家或是國家指定的第三方直接取得財產權，區辨徵收與不需要補償的規制措施相對容易。但是在間接徵收，不需要實際移轉財產權，判斷上比直接徵收要困難的多。在仲裁庭的寬鬆解釋下，間接徵收領域的擴張，對國家的規制權限可能造成嚴重的限制。究竟何時國家措施構成間接徵收，又何時可以合理規制權限爲由不予補償，必然涉及投資人與地主國兩方權利的考量，將是國際投資法上的重要課題。

---

<sup>34</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 63-64; DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 24.

<sup>35</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 24.

<sup>36</sup> Ursula Kriebaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, 8 J. WORLD INV. & TRADE 717, 718-19 (2008).

<sup>37</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 2, at 357-62.

### 3. 國際投資法上之徵收規範

對外國投資人而言，徵收無疑是地主國各項措施中，對其傷害最大的一種，投資人因此喪失了全部或是幾乎全部的投資。有鑑於此，徵收一直是國際法上對外國人財產保護的重要議題，在現代的國際投資條約中，也幾無例外地列入徵收保障條款。<sup>1</sup>

隨著現代投資條約的興起，在國際投資仲裁實踐上，徵收案例也隨之增加。其中直接徵收由於容易判斷，今日又相當罕見，便逐漸淡出爭議中心。<sup>2</sup>取而代之的是間接徵收相關案例，如同眾多仲裁判斷所示，間接徵收所涵蓋的範圍甚廣，任何政府措施、無論是否具徵收意圖，都有可能因造成投資人財產權的干預而必須負賠償責任。

這種廣泛的認定方式，必然與地主國對國內的規制權限互相衝突。故在國際法上一貫承認，國家採取合理規制措施時並非徵收，免予補償，藉以保留國家對內實施各種規制措施的空間。但是合理規制措施與間接徵收之間並非截然可分，在間接徵收的廣泛定義下，許多傳統上認為屬合理規制措施的國家行為，也難逃補償責任。

故欲釐清合理規制措施之概念，必須先從徵收規範開始。本章將就國際法上之徵收規範加以說明，以點出現在徵收規範與國家規制權限的衝突，以及呈現合理規制措施例外在此一背景下的地位。

#### 3.1 國際習慣法上徵收規範之發展

##### 3.1.1 前言

徵收規範早在現代投資條約誕生之前，即在國際習慣法上佔有一席之地，這些國際習慣法的徵收保護規範不僅填補起條約未有規定的空白地帶，對於今日投資條約上之徵收規範更是扮演不可或缺的角色，諸多國際條約的實踐，以及仲裁、判決等等，亦反映在國際習慣法上，使之繼續發展、成長。<sup>3</sup>鑒於國際習慣法的重要性，本項將先討論國

<sup>1</sup> ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT 332 (2009).

<sup>2</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 101 (2012).

<sup>3</sup> *Id.* at 17; 關於國際投資法的法源，*See generally, id.* at 12-19; NEWCOMBE & PARADELL *supra* note

際習慣法上的徵收規範。但因近代國際投資條約以及仲裁對國際習慣法也會產生影響，本節所討論的國際習慣法內容，主要指近代國際投資條約以外的仲裁實踐以及較早期國際法庭的判決。

### 3.1.2 國際習慣法的徵收規範

徵收行為一直以來是國際習慣法上對外國人待遇中心議題，無論是管制經濟體制或是採取市場經濟體制的國家，在歷史上都曾對外國人財產採取各種徵收措施，特別是為了確保關鍵產業或是資源時，更是如此。<sup>4</sup>此種實踐與國際法上尊重主權國家對其境內享有最高主權兩相呼應，因此無論在國際習慣法或是現代的投資條約中，原則上都承認國家享有徵收外國人財產的權力。<sup>5</sup>

但是此一權力並非毫無限制，為了對外國人財產提供保護，國際習慣法上亦普遍承認徵收外國人的財產，必須加以補償，否則即為違法徵收。只有在國家採取措施屬於合理規制措施時，例外不用補償。並且補償義務不以直接徵收為限，即使是間接徵收也必須負補償責任。<sup>6</sup>概念上雖然簡單清晰，但在具體個案的適用上，相對就困難得多。國際習慣法上的徵收規範，主要爭議集中在三個議題上：受徵收保護的標的為何、什麼樣的國家行為(或是不行為，詳後述)構成徵收、以及徵收的合法要件，其中以徵收補償之計算標準最為重要。<sup>7</sup>對於受徵收保護的標的，雖然過去多有爭議，但今日因為國際投資條約中多半已經提供投資的定義，重要性不如以往；而徵收補償之計算標準並非本文之重點，故這兩個議題本節將略過不予討論，而集中於徵收行為的定義以及徵收合法要件上。

如前所述，國際法對於徵收必須補償此一原則沒有太多爭議，但是什麼狀況構成徵收，尤其是間接徵收，卻一直是個難題。即令在歷史較久，發展較為完備的國內法系統，

---

1, at 98-107.

<sup>4</sup> JAMES CRAWFORD, *BROWNLIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 621(2012).

<sup>5</sup> MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 828 (2008); DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 98.

<sup>6</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 322-23; CRAWFORD, *supra* note 4, at 624.

<sup>7</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 322; DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 99.

許多國家仍然沒有發展出一致的標準判斷。<sup>8</sup>

在類型上，國際習慣法之徵收規範保護範圍包括直接徵收與間接徵收。直接徵收是比較傳統的樣態，通常指國家直接將外國人之財產權剝奪移轉為己所有，或是移轉給國家所指定之第三方，包括國有化(nationalization)、行政上之沒入(confiscation)、刑事上的沒收(forfeiture)等等樣態。<sup>9</sup>國有化通常指的是將整個經濟部投資業務處門(sector)或是產業收為國有，是一種大規模的徵收行為。而行政上與刑事上的沒收，兩者都是不予補償的類型，行政上的沒收範圍較廣，而刑事上的沒收則是指違反刑事法律而受之刑罰，這類措施通常屬於合理規制措施的範疇而不需補償。<sup>10</sup>

直接徵收的爭議主要發生於 70-80 年代，由於第三世界國家對部分產業進行國有化而起，現在已經較為少見。現今的徵收爭議，主要集中於間接徵收議題上。

### 3.1.2.1 近代投資條約以前的徵收相關仲裁跟判決

例如伊朗—美國仲裁法庭的案例中，一方面承認保護間接徵收，另一方面也做出其對間接徵收之定義：

在*Starrett Housing Corporation v. Iran*一案中，仲裁庭亦表示，「當國家行為對財產權造成過度干預，而使該財產權對投資人而言幾乎完全失去作用，即使國家行為時並無剝奪、移轉財產權的意圖而且財產權也未被剝奪，此種行為仍應視為徵收。」<sup>11</sup>

伊朗—美國仲裁法庭也在*Tippetts, Abbott, Mccarthy, Stratton v. Iran*案中，表達類似的意見。在該案中仲裁庭認為，當國家行為對財產權的利用或是利益的享有造成干涉時，雖然沒有實際剝奪財產權，仍然可能構成國際法上的徵收。但是並非只要國家奪取(assumption)並控制財產權，即必然構成徵收而需補償。必須措施造成的影響不只是暫時

---

<sup>8</sup> CAMPBELL MCLACHLAN, ET AL., INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES 266-68 (2008).

<sup>9</sup> NEWCOMBE & PARADELL *supra* note 1, at 324; 林韋仲，「外國投資之法律管制與保護——以徵收投資者私有財產為中心(上)」，台灣國際法季刊，第 9 卷第 2 期，頁 211-13，(2012)。

<sup>10</sup> NEWCOMBE & PARADELL *supra* note 1, at 358-62.

<sup>11</sup> *Starrett Housing Corporation v. Iran*, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122, 154 (1983). (“...it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.”)

干涉，並造成所有權的基礎權利喪失，方構成徵收。判斷是否構成徵收時，主要以受措施影響者所受的損害為據，國家的意圖與採取的手段較不重要。<sup>12</sup>

### 3.1.2.2 國家實踐對間接徵收規範的反映

除了上述國際仲裁決定外，其他資料也反映了對國際習慣法上徵收規範之理解。其中比較重要的包括，美國法律學會(American Law Institute, ALI)所編纂的Foreign Relations Law Restatement (3rd)、<sup>13</sup>聯合國國際法委員會(International Law Committee, ILC)的1961年國家責任公約草案(1961 Draft Convention on International Responsibilities for the Injuries of to Aliens, the Harvard Draft)，<sup>14</sup>分別反映了這兩個研究機構對國際習慣法徵收規範的理解；此外，二次大戰後，國際上曾幾次嘗試訂定多邊投資條約，希望取得全球統一的投資保護標準，也提供不少指引。例如1959年外國投資公約草案(1959 Draft Convention on Investment Abroad, the Abs-Shawcross Draft Convention)、<sup>15</sup>OECD的外國人財產保護公約草案(1967 Draft Convention on the Protection of Foreign Properties)、<sup>16</sup>以及多邊投資保障協定草案(Multilateral Agreement on Investment, MAI)、<sup>17</sup>等等。

雖然最後上述嘗試都無法達成共識而告失敗，但是失敗的多邊條約仍然在解釋國際習慣法上提供了相當的指引。例如在MAI的解釋文件中，說明MAI的目的在於將現行國際習慣法的義務成文化，因此雖然最後並未在各國間達成共識，仍可對於國際習慣法上的徵收規範提供指引。

Restatement (3rd)第712條規定了徵收外國人財產之國家責任，而對於徵收的定義

<sup>12</sup> Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. Iran, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219, 225 (1983).

<sup>13</sup> Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)[hereinafter Restatement (3rd)].

<sup>14</sup> Sohn & Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 AM. J. INT'L L. 545 (1961) [hereinafter Harvard draft]; This citation containing both text and comments on Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens.

<sup>15</sup> Abs, Herman and Hartley Shawcross, *The proposed convention to protect private foreign investment: a round table*, 1 J. PUB. L (presently EMORY L.J.) 115-18 (1960).

<sup>16</sup> 7 ILM 117.

<sup>17</sup> The last text before negotiations ceased, see Org. for Econ. Cooperation & Dev., *The Multilateral Agreement on Investment: Negotiating Text* (1998), at <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>. [hereinafter MAI].

則沿用Restatement(2nd)。其對徵收之定義為「任何可歸因(attributable)於國家的行爲，意圖剝奪外國人財產上之利益，並且實際上幾乎剝奪外國人享有之財產上權利或是利益……即使並未剝奪外國人的財產權。」<sup>18</sup>

而在聯合國國際法委員會 1961 年國家責任公約草案中，規定各種類型的徵收都必須予以補償，並將徵收定義為，「不僅包括對財產的直接徵收，也包括對財產權的不合理干涉(unreasonable)，其程度足使所有人，在此干涉開始後相當期間內(reasonable period)，喪失對財產權的使用(use)、其價值之享有(enjoyment)或是處分(disposal)。」<sup>19</sup>

1959 外國投資公約草案第三條對徵收的規範為：「締約之一方不得直接或間接剝奪其他締約方國民之財產，除非該措施係依循正當程序、不具歧視性或違背締約之一方的承諾、並且給予充足之補償……。」<sup>20</sup>

OECD 的外國人財產保護公約草案，同樣也在第三條規定，「締約國除了下列情形外，不得採取任何措施直接或間接剝奪另一締約國國民之財產：

- (i) 採取之措施係出於公共利益，並且符合法律正當程序(due process of law);
- (ii) 該措施並非歧視性或是跟締約之一方之承諾相違背。
- (iii) 締約之一方提供了正當之補償(just compensation)……。」<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Restatement (3rd), *supra* note 13, § 712(1).

<sup>19</sup> Harvard Draft, *supra* note 14, §10(3)(a).

<sup>20</sup> Abs, Herman and Hartley Shawcross. Draft Convention on Investments Abroad, in *The proposed convention to protect private foreign investment: a round table*, 1 J. Pub. L. 115(presently Emory Law Journal), 115-18 (1960).

(“No Party shall take any measures against nationals of another Party to deprive them directly or indirectly of their property except under due process of law and provided that such measures are not discriminatory or contrary to undertakings given by that Party and are accompanied by the payment of just and effective compensation. Adequate provision shall have been made at or prior to the time of deprivation for the prompt determination and payment of such compensation, which shall represent the genuine value of the property affected, be made in transferable form, and be paid without undue delay”).

<sup>21</sup> “No Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party unless the following conditions are complied with:

- i)The measures are taken in the public interest and under due process of law;
- ii)The measures are not discriminatory; and
- iii)The measures are accompanied by provision for the payment of just compensation…”,

<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=242&Lang=en&Book=False>



MAI草案中的徵收規範，根據MAI草案的第4部分2.1款，該條文規定締約國除非符合要件，否則不能徵收或是國有化其他締約國民的財產，或是透過與徵收、國有化等同效力之措施影響締約國民的財產。而在MAI的解釋文件中，也表明草擬者希望反映國際習慣法上的徵收規範。該解釋文件認為，國際法上的徵收規範要求所有徵收行為都必須給予補償，不論該國家行為表面上看起來是否為徵收(without regard to the label applied to it)。<sup>22</sup>

總結以上，這些仲裁或法院決定，以及不同的資料，肯認了國際習慣法上的徵收保護包括直接與間接徵收，並且除非措施屬於合法的規制措施或是警察權行使，否則必須加以補償。此外除了應予補償的要求外，這些措施的實施還有其他的合法要件，包括必須出於公共利益、依循正當程序、禁止歧視性實施等等，這些要件也反映在後續的條約實踐上。

而在間接徵收的判斷上，國家行為的效果相較意圖要重要的多。國家措施嚴重損害外國人對財產的控制、享有時，即使投資人仍然保有其對財產的所有權，仍然可能構成間接徵收。

## 3.2 國際投資條約上之徵收保障

### 3.2.1 前言

除了國際習慣法外，近期的投資條約幾無例外的將徵收保障明文列入，明確表示保護外國投資人財產權之意旨，而依據國際投資條約而為之國際仲裁，也成為國際投資法上徵收規範不可或缺的寶貴資料。

如前所述，在國際投資條約實踐上，由於締結全球性多邊投資條約的幾次嘗試，最

---

<sup>22</sup> MAI, *supra* note 17, §2.1.

(“A Contracting Party shall not expropriate or nationalise directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter referred to as “expropriation”) except:

- a) for a purpose which is in the public interest,
- b) on a non-discriminatory basis,
- c) in accordance with due process of law, and
- d) accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with Articles 2.2 to 2.5 below.”)

後均因無法達成共識而告失敗，國際投資法的條約實踐上，並無類似WTO的全球性多邊條約。因此目前的國際投資條約，是以北美自由貿易協定(North America Free Trade Agreement, NAFTA)第十一章投資部分、能源憲章條約(Energy Charter Treaty, ECT)等區域性的多邊條約，以及大量的雙邊條約(Bilateral Investment Treaty)組成。<sup>23</sup>

### 3.2.2 國際投資條約的徵收條文架構

現代投資條約幾乎無一例外的將徵收明文納入規範之列，其中最常見的方式是規定，締約國除非符合一定要件，否則不得直接或間接徵收或國有化他方投資人之投資，或是採取同等於徵收效果的措施(tantamount, equivalent to expropriation or taking)。在條約實踐上這些要件通常包括，徵收措施不能帶有歧視性或是恣意(arbitrary)為之、必須出於公共目的、必須依循正當程序、並且必須給予充分的補償。<sup>24</sup>

而徵收的用語上，投資條約中除了最常見的「不得徵收或國有化(expropriate or nationalize)」外，有些條約也使用「剝奪(deprive, deprivation)」他方投資人的財產權，或是使用「Taking」一辭。<sup>25</sup>

以能源憲章條約跟北美自由貿易協定為例，這兩個條約就採取前述常見的規範方式。在能源憲章條約第 13 條第 1 項中規定，「除了符合下列要件之情形外，締約國不得對其國境內的另一締約國國民之投資，加以國有化、徵收或是對其採取效果等同於徵收之措施。」，其下並列出徵收的合法要件。<sup>26</sup>北美自由貿易協定第 11 章，1110 條第 1 項也採

<sup>23</sup> 現在的自由貿易協定中經常有一章規定雙邊投資相關的權利義務，也可以算是一種雙邊投資條約。

<sup>24</sup> 對重要國際投資條約的條文整理以及評析，*See generally*, Campbell McLachlan et al 8, at 269-89.

<sup>25</sup> 例如荷蘭與波士尼亞—赫賽哥維納 1998 年所簽之雙邊投資條約，使用 Depriving 一詞，*See Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments, Art.6, Bosn. & Herz.-Neth., May.13, 1998.*

<sup>26</sup> Energy Charter Treaty, Art.13.1, 26, Dec. 17, 1994, 2080 U.N.T.S. 95. (“Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is:  
(a) for a purpose which is in the public interest;  
(b) not discriminatory;  
(c) carried out under due process of law; and  
(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.”)

取相類的規範方式，只是語法上有些許差異。<sup>27</sup>

雖然投資條約幾乎都有徵收規範，但是對徵收直接加以定義者卻比較少見。同樣的在直接徵收狀況下，欠缺定義也不會有什麼問題，但在間接徵收狀況下則可能產生爭議。有鑒於此，近期的一些投資條約，例如美國自 2004 年，與加拿大自 2003 年以來的雙邊投資協定範本(model BIT)，為了解釋上的穩定性，在條約中規定的較為詳盡。

### 3.2.3 投資條約的徵收保障規範與習慣法的保障程度比較

確定投資規範保障範圍時，首先碰到的問題是，投資條約是否擴張了徵收保障的適用範圍？如上所述，近期的條約中有的明示徵收規範的保障範圍參照國際習慣法而定，此時較無疑問；然而多數的投資條約，仍未有此種宣示。

單就徵收保障條款觀察，雖然有見解主張，大量的投資條約已然形成新的保護標準，提供超過習慣國際法的保障。<sup>28</sup>但是從國家實踐上看，似乎並沒有明顯的證據支持這種觀點。<sup>29</sup>投資條約中最常見的規範方式，是「投資不得受到直接、間接徵收、或是受到等同徵收之措施」。在投資條約中常見的「等同(tantamount, equivalent)」徵收之規範，只是反映國際習慣法上判斷是否構成徵收時，以措施所生效果為主之觀點。如果締約雙方想採取優於國際習慣法的徵收保障，大可以在條約中改用其他規範方式，拉高保護門檻。例如 1989 年德國與蘇聯所簽訂之雙邊投資條約中，即規定「締約一方的投資人，若其在企業(enterprise)中的任何經濟活動受到他方政府的干涉，而使其投資受到顯著減損時，應獲得補償。」，與國際習慣法相較，擴大了應予補償的政府措施範圍。而在 1989

<sup>27</sup> North American Free Trade Agreement, §1110, U.S.- Can.- Mex., Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993). (“Article 1110: Expropriation and Compensation

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:

(a) for a public purpose;

(b) on a non-discriminatory basis;

(c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and

(d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6...”)

<sup>28</sup> W. Michael Reisman & Robert D. Sloane, *Indirect Expropriation And Its Valuation In The BIT Generation*, 74 *The British Yearbook of International Law* 115, 118-19 (2004).

<sup>29</sup> NEWCOMBE & PARADELL *supra* note 1, at 338-39.

年比一盧經濟聯盟與普隆地(BELU-Burundi)所訂定之投資條約中，規定一方不得對他方投資採取任何剝奪或是限制性的措施，此一規範方式，保障範圍似乎比國際習慣法之徵收規範要廣泛的多，因為就本質而言，幾乎所有國家行為(包括立法、行政、司法)都或多或少造成財產權的限制，然而此條約同時又沒有將任何國家規制措施排除在徵收之外，範圍似乎過於寬廣。<sup>30</sup>

故以目前的條約實踐來看，如果沒有如上述兩個條約特別擴張範圍，而只是採取傳統的「禁止直接、間接徵收或是等同徵收之措施」的公式，其所提供的依然只是等同於國際習慣法的保護範圍。

### 3.2.4 徵收之判斷方式

與前述國際習慣法處之介紹相同，在國際投資仲裁案例中，直接徵收的樣態相較沒有爭議，主要的問題在間接徵收之判斷上，因此本款主要探討間接徵收之問題。

由於投資條約的文字規範很少提供精確的定義，必須透過國際投資仲裁對其內涵加以闡釋。在徵收相關的國際仲裁跟判決實踐上，仲裁庭與法院多半依賴國際法上的各種法源判斷徵收的內涵。其他條約與其他判決與司法決定在判決與司法決定，亦常為仲裁庭所參考。包括國際投資爭端解決中心(International Center on Settlement of Investment Dispute, ICSID)的大量判例、北美自由貿易協定下的仲裁判斷、國際法庭(International Court of Justice)與Iran-US Claim Tribunal、歐洲人權法院的判決，都提供了豐富的素材。此外前述ALI所編纂的Restatement (3rd)、公約草案或其他提及財產權保障的人權公約，也具相當的重要性。<sup>31</sup>此外，在徵收判斷議題上，國內法的規範也經常提供指引。<sup>32</sup>

#### 3.2.4.1 各種措施、作為與不作為皆可能構成徵收<sup>33</sup>

投資條約的徵收規範方式常以「國家不得徵收、或是採取相類之措施(measure)影響投資」方式為之。但是對於措施的範圍，通常條約中並未明確定義，此時即留待仲裁庭

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> McLACHLAN, ET AL., *supra* note 8, at 286-87.

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> *See generally* UNCTAD, EXPROPRIATION: A SEQUEL 14-17 (2012).[hereinafter “Expropriation”]

解自行解釋。<sup>34</sup>國際法院(ICJ)曾在*Fisheries Jurisdiction*一案中表示，國際法上對「措施」的定義，可以囊括一切國家行爲。<sup>35</sup>並且，爲了避免留下規範漏洞，國際法很早就承認徵收可以由單一行爲直接構成，也可以由一連串作爲與不作爲構成。<sup>36</sup>國際投資仲裁上對此採取肯定見解，<sup>37</sup>此外有些條約也以明文方式確認徵收可由一連串行爲構成。<sup>38</sup>

然而此處所稱之措施是否包括不作爲，仍有爭議。雖然在聯合國國際法委員會的國家責任公約草案中，無論是作爲或是不作爲，只要該作爲或不作爲違背國際法，並且能歸因於國家，國家即負國際責任。<sup>39</sup>但是投資條約特別使用「措施」一詞，使得此一問題更爲複雜。單從定義上而言「措施」必須是行爲。<sup>40</sup>因此在部分案例中被告國主張因爲條約明文提出必須有國家措施，方構成徵收，只有在國家採取一定作爲時才有可能形成徵收，如果投資人單純因不作爲而受損害，則不在徵收保障之列。<sup>41</sup>學者間有認爲應以積極作爲爲限，方構成徵收。否則不僅造成判斷上的困難，也跟徵收此一行爲的歷史上涵義有異。<sup>42</sup>但目前多數皆採取不同見解，認爲當不作爲造成投資人財產權重大損害時，仍應構成徵收。<sup>43</sup>

國際投資仲裁判斷中對此問題並沒有統一的見解，在逐步徵收的判斷上，只要國家一連串的作爲與不作爲，最後造成徵收效果，可以構成徵收較無疑問，但是只有不作爲而造成投資人損害時可否構成徵收，相較比較模糊。<sup>44</sup>

有些案例中仲裁庭認爲，單純的國家不作爲並不構成徵收。例如*Olguin v. Paraguay*案中，仲裁庭認爲徵收必須出於一定目的，並且必須採取一定作爲方可構成：「徵收之

<sup>34</sup> JESWALD W. SALACUSE, *THE LAW OF INVESTMENT TREATIES* 292 (2010).

<sup>35</sup> *Fishery Jurisdiction Case*(Spain v. Can.)[1998] ICJ Rep 432, at ¶166.

<sup>36</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 125.

<sup>37</sup> MCLACHLAN, ET AL., *supra* note 8, at 293.

<sup>38</sup> 如美國、加拿大之雙邊投資協定範本，我國與中國大陸、日本之投資協定，詳見本文第5章及第8章之說明。

<sup>39</sup> See e.g., NEWCOMBE & PARADELL *supra* note 1, at 337-38; August Reinisch, *Expropriation*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 410, 431-32 (Federico Ortino & Christoph Schreuer eds., 2008)[hereinafter “expropriation”].

<sup>40</sup> 例如 *Shorter Oxford Dictionary: a course of action intended to obtain some objective.*

<sup>41</sup> 例如本款後半段所提及的幾個案例。

<sup>42</sup> E.g. MCLACHLAN, et al., *supra* note 8, at 291-92.

<sup>43</sup> E.g. NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 337-38.

<sup>44</sup> Reinisch, *Expropriation*, *supra* note 39; Salacuse, *supra* note 34, at 292.

成立必須國家採取具有一定目的之作爲；無論不作爲的影響多麼過分(egregious)，也無法構成徵收。」<sup>45</sup>

但是多數其他案例採取相反的見解，其他案件中仲裁庭認爲只要對投資人的財產造成影響，不論是作爲或是不作爲國家都必須負起徵收補償責任。<sup>46</sup>例如Amco<sup>47</sup>案等，仲裁庭皆認爲國家不作爲也可以單獨構成徵收。

因此今日的國際投資法下，國家的各種作爲與不作爲，包括行政、立法、司法行爲，在國際投資仲裁中都必須受到檢驗，亦皆有可能構成徵收。<sup>48</sup>

### 3.2.4.2 寬鬆的徵收定義

投資條約的保障範圍包括直接與間接徵收，直接徵收的標準樣態，爲國家剝奪財產權，將其移轉給國家或是國家指定的第三方。此時除非該國家行爲合於合理規制措施的樣態，否則必須給予補償。直接徵收的關鍵要素在於政府機關運用其公權力，直接剝奪投資人的財產權。在用語上有時候也採用taking或是deprivation。Iran-US claim tribunal的諸多案例中，仲裁庭也認爲taking跟deprivation都可以對應徵收行爲，但是仲裁庭比較喜歡使用deprivation一詞，因爲taking本身隱含著必須將財產權移轉予政府或是第三方的意思，但在國際法上並沒有這種要求。<sup>49</sup>這類型的徵收判斷較無爭議，而現今已經很少出現，相關案例也不多。國際投資仲裁案例中對直接徵收的描述通常也強調政府對財產權的直接剝奪，亦經常用taking指涉徵收：

例如Tecmed v Mexico一案中，對直接徵收之定義爲，「直接徵收指政府透過行政或是立法措施，剝奪(forcible taking)私人所有之實體或無體財產權。」<sup>50</sup>；而在SD Myers v.一案也以類似方法定義：「直接徵收的內涵一般爲政府出於將私人(person)財產移轉予他

<sup>45</sup> “Expropriation therefore requires a teleologically driven action for it to occur; omissions, however egregious they may be, are not sufficient for it to take place.” *Olguin v Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, ¶184 (26 Jul. 2001).

<sup>46</sup> Reinisch, *Expropriation*, *supra* note 39, at 431.

<sup>47</sup> *Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, November 1984, 1 ICSID Reports 413,455 (1993).

<sup>48</sup> GUS VAN HARTEN, *INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW* 93-95 (2007).

<sup>49</sup> *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. Iran*, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219, 225 (1983).

<sup>50</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, ¶113 (May 29, 2003), 43 I.L.M.133, 161 (2004).

人或納為己有之目的，而利用公權力奪取(taking)該財產權。」<sup>51</sup>

通常直接徵收案例在判斷上並無困難，法院引用直接徵收的概念，反而經常是為了在間接徵收案例中加以參考。

相較於直接徵收，間接徵收引起的爭議顯然要大的多。投資條約很少對間接徵收加以定義，甚至在條約用語上也不乏以其他方式描述徵收的不同樣態者，例如事實上徵收(*de facto*)、等同徵收(tantamount 或是 equivalent to expropriation)、逐步徵收(*creeping expropriation*)等等。究竟具體內涵如何，必須透過國際實踐加以定義。如同前述，在沒有特別明示拉高保護標準的狀況下，國際投資條約提供的徵收保護標準，等同於國際習慣法上之保護標準。因此前述各種整理、證明國際習慣法上規範的資料，都可以提供指引，亦成為仲裁庭經常參酌跟引用的對象。包括聯合國國際法委員會的國家責任公約草案、ALI的 Restatement(3rd)，判決跟其他國際仲裁決定等等，前已提及，於此僅就其相關部分再次引用。

1961年國家責任公約草案中，間接徵收的定義為，「……對財產權的不合理干涉(*unreasonable*)，其程度足使所有人，在此干涉開始後相當期間內(*reasonable period*)，喪失對財產權的使用(*use*)、其價值之享有(*enjoyment*)或是處分(*disposal*)。」<sup>52</sup>

ALI的Restatement(3rd)則將徵收定義為，「任何可歸因(*attributable*)於國家的行為，意圖剝奪外國人財產上之利益，並且實際上幾乎剝奪外國人享有之財產上權利或是利益……即使並未剝奪外國人的財產權。」<sup>53</sup>

聯合國貿易暨發展會議(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) 2000年的報告中，則特別針對投資條約實踐之間接徵收定義加以整理，將其定義為「雖無財產權的直接剝奪，但造成投資人對財產權之管理、利用、控制或其價值的重大減損。」<sup>54</sup>定義上較為寬鬆。

<sup>51</sup> S.D. Myers, Inc. v. Can., Partial Award, ¶280, 40 I.L.M. 1408, 1440 (NAFTA Trib. 2000).

<sup>52</sup> Harvard Draft, *supra* note 14, §10(3)(a).

<sup>53</sup> Restatement (3rd), *supra* note 13, § 712(1).

<sup>54</sup> “short of physical takings may amount to takings in that they result in the effective loss of management, use or control, or a significant depreciation of the value, of the assets of a foreign investor”, UNCTAD, TAKING OF PROPERTY 4 (2000).

上述定義說明了直接徵收跟間接徵收最主要的區分在於，投資人的財產權是否遭到剝奪或是移轉，也就是投資人是否還保有財產權，在間接徵收沒有財產權的剝奪或是移轉也能構成徵收。<sup>55</sup>而國際投資仲裁判斷，亦反映了上述定義的諸多要素。這些要素大致可歸類為如下的幾個原則：1.國家行為必須對投資造成嚴重損害(substantial deprivation)、2.必須考量投資人的合理期待(Legitimate expectation)、3.國家行為的形式跟國家的意圖並非決定性要素，以及4.合理規制措施，並不構成徵收。<sup>56</sup>

例如*Metalclad v. Mexico*一案中，仲裁庭認為北美自由貿易協定下的徵收保障範圍不只包括直接徵收，也包括沒有財產權的剝奪，但是「(國家行為)隱匿的或是附隨的，剝奪投資人基於財產權可合理期待之經濟利益之全部或是重要部分，即使國家並未因此獲得利益，亦同。」<sup>57</sup>，而在*Pope & Talbot v. Canada*一案，仲裁庭也採取的類似定義。該案仲裁庭同樣就北美自由貿易協定 1110 條之徵收保護加以闡釋：「...北美自由貿易協定下之徵收規範，保護的不只公開、故意的財產徵收，例如直接扣押財產、或是正式或是強制的將財產移轉與地主國；本規範所指之徵收也包括國家行為附隨的對財產之利用、或是可合理期待之經濟利益，之全部或是顯著部分造成影響，以致無法利用之情形，即使地主國並未從中取得利益亦同。」，定義相當廣泛。<sup>58</sup>其中即包含了上列的考量因素。應注意這些考量因素並不是孤立的四組，在仲裁庭的利用上，考量要素彼此之間經常互

---

<sup>55</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 101.

<sup>56</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, ; For a total analysis of the factors that have been considered, See MCLACHLAN, ET AL., *supra* note 8, at 298-313; Reinisch, *Expropriation*, *supra* note 39, at 438-50.

<sup>57</sup> “Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.”, *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/ 97/1, Award, ¶103 (Aug. 30, 2000), 40 I.L.M. 36, 50 (2002).

<sup>58</sup> “expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.”, *S.D. Myers, Inc. v. Can.*, Partial Award, ¶280, 40 I.L.M. 1408, 1440 (NAFTA Trib. 2000).



相影響，在下列各款會對考量因素間彼此的關係加以說明。現在如美國、加拿大 2004 年版本以降的雙邊投資協定範本，還有我國與日本、中國大陸之投資協定均將這些要素全部、或是部分列入判斷時應考量要素中。

另外仲裁實踐亦顯示，事實上徵收、等同徵收、逐步徵收等不同樣態，皆可為間接徵收之定義所涵蓋。<sup>59</sup>

### 3.2.4.3 國家行為必須對投資造成重大損害(Substantial deprivation)

無論在國際習慣法，還是國際投資仲裁決定中，投資或是財產權受到嚴重損害無疑是判斷間接徵收的重要要素，現行的實踐下，如果措施對投資或其價值造成嚴重損害，則可推定徵收之存在，地主國必須舉出反證推翻。有些仲裁庭甚至強調，政府措施造成的效果是判斷構成徵收與否的唯一要件(The sole effect doctrine)。<sup>60</sup>如果投資人的財產權或是投資，只受到暫時的影響，或是程度不高的干涉，通常政府行為不會構成徵收。此外，決定是否對投資造成嚴重損害時，同時必須考慮投資人的合理信賴。

這種觀點也反映在前述聯合國國際法委員會的 1961 年國家責任公約草案、以及 ALI 的 Restatement (3rd)中。在聯合國的草案中認為損害程度必須達到使所有人無法繼續利用、享有其利益或是處置財產的程度；而 Restatement (3rd)則沒有這麼嚴格，只要求如措施不合理的干預、阻斷、或是不正當的延遲所有人享有財產上之經濟利益或是權利。

仲裁實踐上，仲裁庭反覆強調必須對投資造成嚴重損害，方構成徵收。然而如同任何種程度的干預方構成嚴重干涉或是嚴重損害，勢必得參酌個案所有狀況加以判斷。

例如在 *Pope & Talbot v Canada* 一案中，原告為美國的軟木出口業者，受到加拿大政府的出口禁令影響，便主張加拿大政府的措施構成徵收。然而仲裁庭駁回此一主張，認為在出口禁令施行期間，原告仍然獲取相當的利益，此一影響非嚴重損害，因此並非徵

---

<sup>59</sup> 雖然在北美自由貿易協定下的仲裁庭間，對「等同徵收(Tantamount)」是否為獨立於間接徵收外新的一種類型，曾有爭議，但是從其認定結果來看其實並無顯著差異。See SALACUSE, *supra* note 34, at 300; Reinisch, *Expropriation*, *supra* note 39, at 421-22.

<sup>60</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 112-15; Reinisch, *Expropriation*, *supra* note 39, at 438-42.

收。<sup>61</sup>

在*Waste management v. Mexico*中，仲裁庭處理了政府違反契約與徵收之間的關係。仲裁庭認為通常政府違約並不足以構成徵收，但若政府違約之手段，是出於公權力地位，而非一般契約相對人之地位，則有可能構成徵收。<sup>62</sup>

在*Tecmed v. Mexico*一案中，仲裁庭的用語提到，「不可回復並且永久性的干預」，似乎表示只有造成永久性干預的措施會構成徵收。<sup>63</sup>然而在後來的*SD Myers v. Canada*一案，仲裁庭即明示，雖然通常措施造成的干預是永久性的才構成徵收，但也不排除在特定情況下，即使干預時間短暫也能構成徵收。但在本案中，仲裁庭並不認為加拿大的措施足以構成徵收。該案中原告為美國的有毒廢棄物的處理業者，原告在加拿大收取有毒廢棄物後，將其運至美國境內處理再行運回。加拿大政府後來頒布禁令，使原告之毒物處理出口中斷十八個月。仲裁庭認為加拿大政府的措施並沒有帶給加拿大政府任何利益，也沒有任何財產移轉，因此不構成徵收。<sup>64</sup>

在*Wena Hotels v. Egypt*一案，仲裁庭則認定該案中的短期干預也足以構成徵收。該案中，原告與代表埃及官方的國營企業締約，租賃土地建設兩座飯店，然而雙方就若干租賃條件無法談妥，國營企業因此扣押(seize)兩座飯店長達一年。雖然埃及方主張這只是暫時性的干涉，仲裁庭仍不接受，認定已足構成徵收。<sup>65</sup>

而在*Middle East v. Egypt*一案中，仲裁庭亦以埃及政府撤銷投資人之執照達四個月為由，認定埃及政府剝奪投資人因該執照取得之權利，亦足構成徵收。<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> *Pope & Talbot, Inc. v. Can., Interim Award*, ¶¶100-05 (NAFTA Trib. 2000).

<sup>62</sup> *Waste Management, Inc. V. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award*, ¶¶174-75 (April 30, 2004), 43 I.L.M.967, 1002 (2004).

<sup>63</sup> “Therefore, it is understood that the measures adopted by a State, whether regulatory or not, are an indirect de facto expropriation if they are irreversible and permanent and if the assets or rights subject to such measure have been affected in such a way that “...any form of exploitation thereof...” has disappeared...”, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award*, ¶116 (May 29, 2003), 43 I.L.M.133, 162 (2004).

<sup>64</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Can., Partial Award*, ¶¶283-88, 40 I.L.M.1408, 1440 (NAFTA Trib. 2000).

<sup>65</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award*, ¶¶99-101 (Dec.8, 2000), 41 I.L.M. 896, 914-16 (2002).

<sup>66</sup> *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award*, ¶¶138-44 (Apr. 12, 2002), 7 ICSID Rep. 173, (2005).

由上述案例可以看出，重大損害之判斷，有影響程度與影響時間長短兩個面向。一般情形下如果對投資的影響時間短暫，不易構成徵收；但若影響較為嚴重時，即使時間短暫也可能構成重大損害。反之，在影響程度較低時，即需較長的影響時間方可能構成徵收。判斷損害程度時，除了經濟價值的貶損外，投資人是否仍保有對財產之控制也相當重要。如果具體案例中投資人仍然對財產保有控制，通常比較不容易被認定為間接徵收。例如在*Azurix v. Argentina( I)*一案，該案中地方政府違反了其與原告的特許契約，造成其對投資之控制能力減損，但是仲裁庭認為影響程度有限，尚不足以構成徵收。<sup>67</sup>

除此之外，仲裁庭對投資的定義，也可能影響對損害程度的判斷。比如某一投資人在地主國境內有數項不同的投資，如果將這些投資視為一個整體，那對個別投資的損害程度可能就不足以構成徵收。<sup>68</sup>更具體的說，如果某一投資人擁有 100 公頃土地，當地主國透過都市計畫的方式規定其中 5 公頃禁建，應該將措施定性為造成該 5 公頃土地經濟價值的嚴重干預，還是要以 100 公頃土地做為整體觀察？這個問題與部份(partial)徵收的樣態相關，在一些仲裁實踐中，仲裁庭承認即使投資人的整體資產中只有一部分受到影響，也可能成立徵收。如前述*Metalclad*一案中，仲裁庭所採的廣義解釋，即可將部分徵收的樣態囊括於間接徵收之下(將「全部或重要部分」加以剝奪)。<sup>69</sup>而*SD Myers*案中，仲裁庭亦明確表示部分徵收的可能：「雖然徵收通常指永久剝奪所有人對其財產經濟價值之利用，但在某些情況下，即使是部分或是短期的剝奪亦足構成徵收。」<sup>70</sup>

例如前述*Middle East v. Egypt*一案中，投資人的資產包括水泥進口執照，以及運輸用的船舶。然而當地政府卻不許投資人行使進口執照給予權利，並且將投資人的船舶拍

---

<sup>67</sup> *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID CASE No. ARB/01/12, ¶1300 (Jul. 14, 2006).

<sup>68</sup> *NEWCOMBE & PARADELL, supra note 1*, at 348-50; Vicki Been & Joel C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections And The Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, 78 N.Y.U. L. REV. 30, 63-68 (2003).

<sup>69</sup> *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/ 97/1, Award, ¶103 (Aug. 30, 2000), 40 I.L.M.36, 50 (2002).

<sup>70</sup> "An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation, **even if it were partial or temporary**"(emphasize added by the author), *S.D. Myers, Inc. v. Can., Partial Award*, ¶1283, 40 I.L.M.1408, 1440 (NAFTA Trib. 2000).

賣。投資人於是就個別財產之侵害主張徵收。而仲裁庭也在其判斷中分別檢視這兩樣財產，並且認定埃及的措施對兩者分別構成徵收。<sup>71</sup>

而在*Eureko v. Poland*一案，所涉投資人的資產為購買一家保險公司股份之權利，然而地主國卻排除了此一權利。該案的仲裁庭認為雖然投資人原先已經購買的股份並沒有受到影響，但是購買更多股份的權利為投資條約所保護之資產，因此可以獨立成為徵收之標的。<sup>72</sup>

在此種仲裁實踐下，如受影響的是特定財產或是契約上權利，而該等權利本身即受投資條約保障時，即有可能單獨成為徵收的標的，仲裁庭會將其獨立出來，判斷損害程度是否重大。因此實際上上述仲裁仍然要求國家行為，必須造成投資的重大損害，方能構成徵收。只是在部分徵收的情況下，有可能將受到條約保護的特定權利，獨立觀察受損程度而已。<sup>73</sup>

最後，在判斷損害程度上比較棘手的是逐步徵收的樣態。當政府採取一系列的行為或是不作為進行干涉時，因為個別措施未達嚴重損害的程度，必須從事後觀點檢視各個不同措施加以判斷之，觀察累計的影響是否已達重大損害之程度。<sup>74</sup>

#### 3.2.4.4 國家行為的形式跟主觀目的不具決定性

一直以來投資仲裁庭都強調地主國的主觀意圖，在判斷措施是否構成徵收時，遠不如措施的效果重要，甚至有些仲裁庭採取純效果判斷的方式(sole effect doctrine)，完全不論其他要素。<sup>75</sup>例如在前述*Metalclad*一案的定義，即表示不論政府主觀意圖，只要對投資人的財產造成嚴重損害，就構成徵收。<sup>76</sup>

以措施造成的效果為主判斷構成徵收與否，確實在國際習慣法上有跡可循。由於國

---

<sup>71</sup> Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, ¶¶101-27, ¶¶138-44 (Apr. 12, 2002), 7 ICSID Rep. 173, (2005).

<sup>72</sup> Eureko B.V. v. Republic Of Poland, Partial award, ¶¶239-41(Aug.15, 2005).

<sup>73</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 350; UNCTAD, EXPROPRIATION, *supra* note 33, at 22-25.

<sup>74</sup> Reisman & Sloane, *supra* note 28, at 123-25.

<sup>75</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 112-15; Reinisch, *Expropriation*, *supra* note 39, at 438-42; NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 342.

<sup>76</sup> Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/ 97/1, Award, ¶103 (Aug. 30, 2000), 40 I.L.M. 36, 50 (2002).

家的主觀意圖很難證明，而且地主國也掌握了採用不同行為方式的主動權，國際法遂將重心放在效果的判斷上，使國家無法透過改變措施的形式規避徵收責任。這種認定方式可以避免國家單方面改變行為形式迴避徵收規範，因此國家行為的形式還有國家的意圖，相較不具重要性。<sup>77</sup>

仲裁庭也曾表示，在國際法底下，沒有任何一種措施本質上就不構成徵收，否則將會造成規範漏洞，這對本文欲探討的合理規制措施問題來說相當重要。例如在 *Pope & Talbot* 一案中，仲裁庭即駁回加拿大的主張，認為非歧視性的規制措施，並非自始排除於徵收保障範圍之外，否則將會在國際徵收規範上形成漏洞。<sup>78</sup>同樣的，只要某一行為能歸類為國家行為，地主國也無法以該行為屬商業行為為由，免去其徵收補償之義務。<sup>79</sup>

雖然國家行為的形式與主觀意圖並不是決定性要素，但若純粹因措施造成嚴重損害即認定措施為間接徵收，又對地主國過度限制。因此在國際投資仲裁實踐上，雖然仲裁庭的判斷要素，仍以措施造成嚴重損害為前提，但是仍會參酌其他要素。<sup>80</sup>

而近期的條約實踐，為了確保地主國的正當規制權限，特別表明在判斷間接徵收與否時應該考量措施對投資造成的影響，但是不能單以有經濟上的影響就認定該措施為徵收。<sup>81</sup>

### 3.2.5 徵收之合法要件與效果

正如前所述，不論是國際習慣法或是在條約實踐下，國家仍然有權徵收外國人之財產。因此即使國家採取措施之措施確屬徵收，只要符合一定要件，也不必然違反其義務。<sup>82</sup>現代國際投資條約中，一貫的列入以下四個徵收合法要件：徵收必須出於公共目的、徵

<sup>77</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 112-15; Reinisch, *Expropriation*, *supra* note 39, at 438-42; NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 342.

<sup>78</sup> *Pope & Talbot, Inc. v. Can., Interim Award by Arbitral Tribunal*, ¶199 (June 26, 2000).

<sup>79</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 112-15; Reinisch, *Expropriation*, *supra* note 39, at 438-42; NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 342.

<sup>80</sup> MCLACHLAN, ET AL., *supra* note 8, at 301.

<sup>81</sup> 參見本文第 5 章的說明。

<sup>82</sup> See August Reinisch, *Legality of Expropriations*, in STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION 171 (August Reinisch, ed., 2008) [hereinafter “Legality”]; DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 99-101; NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 342.

收必須依循正當法律程序、不能歧視性徵收外國人財產以及，徵收必須補償。<sup>83</sup>

在國際投資仲裁案例中，仲裁庭鮮少認定鮮少國家非基於公共目的而為，通常並不嚴格審查地主國的行為是否出於公共目的。雖然如此，學者認為公共目的的要求仍有其必要，此一合法要件至少國家決定實施該措施時必須出於善意，而且必須由地主國家加以舉證。<sup>84</sup>

正當法律程序要求，包括告知程序相對人、公平聽證程序、以及禁止恣意等等。<sup>85</sup>有主張正當程序要求為國際習慣法上，投資人最低待遇之一部(minimum standard)，<sup>86</sup>則按照此一見解即使未定入條約中，仍應該遵循此一要求。<sup>87</sup>但相反意見則認為，條約明示只須遵循內國法時，保護程度較低。<sup>88</sup>

禁止歧視性徵收外國人財產此一要件，主要限制國家不能以國別作為唯一基礎，而徵收外國人之財產。但若是措施本身並非以國別為區分基礎，僅實施後外國人財產受到較大損壞，並不當然違反此一要件。<sup>89</sup>

最後，徵收必須給付相當的補償方為合法。現行的投資協定幾乎皆把補償列為合法徵收的要件之一，例如要求國家即時(prompt)、充分(adequate)並有效(effective)補償的「霍爾公式(Hull formula)」即為常見的條文用語。<sup>90</sup>但是在間接徵收中，由於多數情況下，地主國從事行為時，地主國多半不會認為自己正在進行徵收，因此也不會提供補償。因此當所涉型態為間接徵收時，只有極少數的國家行為會構成合法、而非非法徵收。<sup>91</sup>

當措施屬於非法徵收時，雖然尚有爭議，但通常認為對於給予投資人補償或是賠償的額度會有所影響。在非法徵收，所必須賠償的額度要大於合法徵收的補償。<sup>92</sup>

---

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 372.

<sup>85</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *supra* note 1, at 375-76.

<sup>86</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 99.

<sup>87</sup> 國際習慣法原則上對全體國家皆有拘束力，見丘宏達，現代國際法，頁 59-61 (2009)。

<sup>88</sup> NEWCOMBE & PARADELL *supra* note 1, at 375.

<sup>89</sup> *Id.* at 373-74.

<sup>90</sup> DOLZER & SCHREUER, *supra* note 2, at 100; MCLACHLAN ET AL., *supra* note 8, at 316-18.

<sup>91</sup> IRAMGARD MARBOE, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 59-62 (2009).

<sup>92</sup> *Id.* at 68-79.

### 3.3 國際徵收規範所引起之疑慮

總結上述整理，今日國際投資條約徵收保護條款大多數僅希望提供國際習慣法上的徵收保障，在近期一些條約明確表明此一立場者，尤其清楚。即令並未表明者，在大量的仲裁判斷與國家實踐上，也可以看出這一點。然而即使如此，隨著國際習慣法的發展與國際投資條約極度擴張投資定義，徵收保障的範圍毫無疑問的比過去要寬廣許多。<sup>93</sup>

今日的投資條約徵收規範中，直接徵收重要性已經不如以往，而將探討重心拱手讓予間接徵收。而在投資條約的間接徵收規範下，在可受徵收之標的(即受徵收保護之財產)與構成徵收之行爲兩者，範圍都較過往爲大。

在可受徵收之標的上，由於多數投資條約皆採取廣泛的定義方式，徵收保障之範疇包括有體、無體財產權、契約上權利，甚至是基於財產權之收益。相較於許多國家內國法上，著重實體財產權之保障，尤其是不動產所有權的狀況，保障的標的確實有相當的擴張。<sup>94</sup>

而在構成徵收的行爲上，由於仲裁庭的判斷標準著重於措施對投資或是投資人造成的影響，有些仲裁庭甚至以措施造成之客觀影響做爲唯一的判斷標準，加上在間接徵收規範中，無論國家主觀上是否有意剝奪或是損害投資人之財產，也不論國家行爲之形式，都有可能構成徵收；因此今日的投資條約下，只要當上述寬廣的投資受到嚴重損害時，投資人即有可能以地主國違反徵收保護規範，而提起仲裁。並且，國家的任何行爲、不行爲，包括行政、立法、司法行爲等任何種類的措施，都有可能構成徵收。此外間接徵收之構成也不以單一行爲(或是不作爲)爲限，即使個別的措施不構成徵收，其累計效果對投資人財產造成嚴重損害時依然可以構成徵收。<sup>95</sup>

間接徵收規範對於投資人保護而言確有其必要，否則地主國可以透過不移轉財產權的方式，輕易迴避賠償義務。尤其在今日國家鮮少以直接徵收投資人財產損害時，更顯間接徵收的必要。然而一方面雖然此種判斷方式，確實提供了投資人良好的保護，但是相對的，對地主國而言卻產生很高的不確定性。

<sup>93</sup> MCLACHLAN, ET AL., *supra* note 8, at 286.

<sup>94</sup> See UNCTAD, SCOPE AND DEFINITION: A SEQUEL 7-13, 21-24 (2011).

<sup>95</sup> See UNCTAD, EXPROPRIATION, *supra* note 33, at 7-17.

從本章的分析觀之，在今日徵收保障規範的涵蓋範圍擴張後，無疑的國家規制措施也必須受到限制，而且限制的範圍比過去更為廣泛。<sup>96</sup>又因為投資條約中的徵收保護條款幾乎一致規定，徵收必須給予補償，故地主國相較過去更有可能必須就國家規制措施須負擔補償的責任。這一點自然引起了地主國對其規制權限受制的擔憂，以及徵收保護與國家規制權限衝突的疑慮。因此對於地主國規制權限與間接徵收的互動關係，便成為國際投資法的焦點之一。<sup>97</sup>



---

<sup>96</sup> Catherine Li, *Regulatory Expropriations: Precedents, Principles and Prospects*, 86 CHENGCHI LAW REV. 321, 352-54 (2005); MCLACHLAN, ET AL., *supra* note 8, at 286.

<sup>97</sup> 請參見本文下面章節之討論。



## 4. 間接徵收規範與國家規制權限之衝突

### 4.1 緒論

間接徵收規範隨著投資條約的發展，對外國投資人提供了更好的保障，但是相對的限制了主權國家對內的規制權限。雖然國際法上為保留主權國家的規制權限，肯認合理規制措施原則上並非徵收，不需要補償。但是在廣泛的間接徵收規範之下，其實所有地主國的規制措施都有可能落入徵收的範疇而必須補償，也如同一些仲裁庭所示，即使是地主國規制性措施也不能自始免於徵收規範。

但是徵收與合理規制措施此一概念上的區分，在實際案例中並非截然可分，許多爭議因此而起。

正如前一章所討論的，今日間接徵收規範，及於所有國家行為與不行為，沒有措施自始可以免於落入徵收規範之中，並且在徵收判斷認定上以措施造成的效果為主。則如何自廣泛的徵收規範中，區分出不需補償的國家規制措施，即成為當前國際投資法的重要議題。此外，合理規制措施的實施必須出於善意、並為公共利益實施，而且必須符合正當法律程序、不能具有歧視性實施，方不需補償。但是這些要件亦與徵收的合法要件重疊，更添判斷上的困難。

本章將透過分析整理學術著作與國家實踐、仲裁實踐上，說明間接徵收規範對國家規制權限造成何等限縮及其後果，並指出國際法上一貫承認國家的規制權限，以及國家為何需要此一規制空間。接著並分析目前國際法上間接徵收規範與合理規制措施之間的重疊與衝突。最後分析學術著作上對於兩者區分的看法，並整理投資條約以外的國家實踐與仲裁實踐上，究竟如何建立合理規制措施與間接徵收兩者的區分標準，作為往後討論國際投資條約中，如何處理此一議題的基礎。

### 4.2 國家規制權限之論理以及規範基礎

如第一章所述，今日間接徵收的規範保護範圍，涵蓋所有可歸因於國家的作為與不作為，保護的財產範圍也相當寬廣，對投資人提供的保障十分優厚。但是卻引起了另一

個問題—當造成投資嚴重損害的國家措施屬於一般規制性質，或是執行其內國法時，是否仍需補償？舉例而言，例如地主國爲了減低某地區的空气污染，以法令規定了某種排放標準或是課徵空氣污染稅；如果有外國投資人在此經營火力發電或是其他高排放量的事業，這種規定當然很可能造成投資人的重大損害。除此環境保護之外，相似的例子諸如國家出於保護人民、動植物健康、社會秩序與安全、甚至戰爭中的交戰國權力行使，均有可能造成投資的重大損害，這些措施是否仍應補償？即爲現今間接徵收規範中的一大爭議。

就如同徵收之判斷標準，此一問題並非國際法上獨有，是否應要求國家就其規制措施造成的財產權影響負賠償責任，即令在國內法體系下也是辯論不休的問題，而這些討論也爲國際法上的徵收補償提供了方向。

#### 4.2.1 國家規制空間需求的理論探討

以美國法上的論爭爲例，最極端者主張國家應就所有規範行爲負賠償責任，不必區分是否出於一般規制目的，因爲合法的徵收也必須出於公共目的，兩者並無分別。此外還包括下列理由：1.從經濟上來說，國家必須自行承擔規範造成的外部成本，才能確保其規制措施的效率，進而最大化整體社會福利，2.公平原則，少數受到影響的族群不應該背負促進社會福利的成本，而且外國投資人在地主國沒有政治代表可以爲其發聲，無法透過政治參與保障其權利，3.避免投資人因爲擔憂規制措施產生的風險而不願投入，造成整體社會的損失。而在國際投資法上，認爲規制措施應加以賠償者亦認爲，投資條約之目的在於吸引投資人加入，由國家保證其規制權限之行使合於條約之規範，既然對締約者而言，徵收與規制措施產生的損害並無分別，那麼理應皆給予補償。<sup>1</sup>

但是相對的，對於地主國而言，實難想像必須就每一個規制作爲或是法律執行對外國投資人加以補償，若是國家的一舉一動都必須負擔賠償責任，那麼恐怕連國家最基本的功能都難以完成。如Sornarajah即稱，「國民生活上的穩定以及安全(safe and security)

---

<sup>1</sup> See Vicki Been & Joel C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections And The Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, 78 N.Y.U. L. REV. 30, 87-116 (2003); Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 ICSID REV. 1, 37-38 (2005)[hereinafter "The Boundaries"].

為國家最核心的功能，國際法的功能，絕非在於剝奪國家對有害其經濟或是政治架構之行爲的規制空間。」<sup>2</sup>。雖然此種權力仍受到國際法的限制，例如在前一章所討論的國際法上對外國人財產保護即對國家權力形成一定限縮。但是相對的，國家對內仍有其規制需求，舉凡國家安全事項、公共健康、公共秩序等等基本事項，國家必須享有一定權限，建構其國內的法律秩序，並且透過行政、立法、司法等各種手段，達成上述目標。

亦有見解認為即使在國內法上上述支持必須補償的理由都不成立，反而會干擾國家為公眾福祉進行規範，而在國際法上，這些主張更顯問題重重。例如 *Been* 與 *Beauvaist* 即對上述見解一一提出反駁：

兩人首先認為國家應對規範造成的損害負賠償責任，是把國家類比成製造污染的公司，藉由強迫其吸收其外部成本，可以迫使其改變其策略，必須採取有效率的手段才能獲利，進而增加整體社會的福利。但是這種主張忽略了國家與私人企業的差別，在企業的狀況，外部成本確實由企業整體負擔難以轉嫁，但是措施的制定者與制定機關通常並非賠償義務人，而是經過層層轉嫁，最後由納稅人負擔對外賠償的成本，國家因此在評估時容易低估其所不用承擔的規範成本，而未必會採取最有效率的規範方案；<sup>3</sup>除此之外國家決策者考量的更多是政治的因素，與經濟因素相較，恐怕也不會為了必須支付補償而開罪選民與其他利益團體；<sup>4</sup>最後，要求國家負擔其外部成本，忽略了國家規制措施的帶來的正面效果，並不會直接為國家產生經濟收益，因此只是單方面的要求國家就規制措施提供補償，沒有使國家提升其措施整體效率的誘因。<sup>5</sup>

其次，在公平原則上，支持者提出的觀點為少部分族群不該為了全體社會利益犧牲，此一見解十分有力，但是其概念並不容易操作，在國際法上更因為各國的情況不同提高

---

<sup>2</sup> M. SORNARAJAH, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 389 (2010). (Stating “The removal of the regulatory space for the state to control events which may pose dangers for its economic and political structure of the state should never be the function of international law. The safety and security of its people must constitute the main function of a state.”)

<sup>3</sup> See *Been & Beauvais*, *supra* note 1, at 88-91.

<sup>4</sup> See *Id.* at 91-96.

<sup>5</sup> See *Id.* at 96-100; See also Emma Aisbett et. al, *Police Powers, Regulatory Takings and the Efficient Compensation of Domestic and Foreign Investors*, 86 *THE ECONOMIC RECORD* 367 (2010). (Reach the conclusion that reserving non-compensable regulatory spaces is more efficient than requiring compensation for all the regulatory activity.)

難度，由國際仲裁解決某一規範在該國是否「公平」並不是很恰當。<sup>6</sup>

再者，規範風險可能會使投資人不敢進入，而必須加以補償，其實效果類似於補貼，未必增加整體的福利。而且這些風險其實可以由保險的方式處理，由國家負擔補償，反而可能使投資人不再評估國家可能的規範變動，坐等賠償，也使得國家的行政成本增加。在這種情況下，國家就規制措施賠償等於將投資人的保險支出，轉嫁由公眾承擔，然而目前欠缺足夠的證據證明投資人如此保守，不願意承擔風險或是由保險自行降低風險，非要由公眾承擔風險才願意投資。這個理由也就因此欠缺說服力。<sup>7</sup>

另外，即使對於投資人而言，要求國家對其規制措施全面加以補償也未必理想。一個穩定的投資環境，仍然經常需要國家的介入與調整；投資者所進入之市場的健全與競爭性的維持，也必須由國家規制措施加以達成。<sup>8</sup>

由上述討論可見，其實國際法上仍有必要保持國家行使規制權限而不必補償的空間。這種觀點也與國際習慣法上一向承認主權國家對內之規制權限相合，在此規制權限內，國家的各種措施即使對外國人財產造成損害，也不負補償責任。<sup>9</sup>

在國際法上，外國投資人進入地主國的領域內，必須遵守地主國的一切規範，例如財產權的範圍、取得方式，還有其他法律上之限制，只要仍屬地主國合理的規制權限行使，即使外國人的財產或是經濟利益受到損害，國際法並不干涉國家的規制行為，因此原則上國家在國際法上並無補償義務，受損的外國人也不能請求其本國行使外交保護權，對地主國提出補償請求。

例如Brownlie即將其描述為：「國家措施，在合法權限內即使造成外國人財產受到相當程度的損害，也不構成徵收。因此外國人的財產仍然必須遵守地主國的稅捐、與政府特許相關的貿易限制或是數量限制，或是政策性貨幣貶值。雖然特定情況下這些措施仍

---

<sup>6</sup> See Been & Beauvais, *supra* note 1, at 100-09.

<sup>7</sup> See *Id.* at 100-109.

<sup>8</sup> Rainer Geiger, *Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from Multilateral Agreement on Investment*, 11 N.Y.U. ENVTL L.J. 94, 108 (2002).

<sup>9</sup> ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, *LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT* 358 (2009)[hereinafter “Law and Practice”]; Catherine Li, *Regulatory Expropriations: Precedents, Principles and Prospects*, 86 CHENGCHI LAW REV. 321, 345(2005).

有機會構成徵收，但是原則上這類規制措施的實施是合法的，並且不必予以補償。」<sup>10</sup>

#### 4.2.2 肯認國家規制空間的國家實踐

大量國家實踐反映出對此一規制權限的肯定。例如聯合國國際法委員會的 1961 年國家責任公約草案，即反映對主權國家的規制權限之考量，因此在草案第 10 條第 5 項特別規定不需補償的情形。根據該項，國家出於列舉的各公共目的，即使造成外國人財產權或是經濟利益之損失，在符合同條規定的合法要件下，不給予補償亦不構成違反其義務。<sup>11</sup>

國家實踐上，OECD 的外國人財產保護公約草案、多邊投資保障協定，以及 ALI 的 Restatement (3rd)，也都承認國家規制空間的存在。OECD 的外國人財產保護公約草案中，如前已提及，在第三條規定了徵收保護規範，而根據後續的解釋文件，本條徵收保護規範無意影響國家之正常規制權限，該類措施並不構成徵收。<sup>12</sup>

在多邊投資保障協定草案中，附件 3 第 3 條，與附件 3 第 5 條之解釋註腳，均表示國家有權實施規制措施，並且不受徵收補償規範的限制。附件 3 第 3 條規定，「只要符合本條約之規定，締約國可以實施、維持、或是執行任何其認為適當的措施，以確保投資行為之實施，均考量健康、安全、或是環境之影響。」<sup>13</sup>

而第 5 條的解釋註腳，則針對本文的徵收規範說明，「本條之目的在於將現行國際

---

<sup>10</sup> JAMES CRAWFORD, *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 621 (2012). (“State measures, prima facie a lawful exercise of powers of governments, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus foreign assets and their use may be subjected to taxation, trade restrictions involving licenses and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation.”)

<sup>11</sup> SORNARAJAH, *supra* note 2, at 388.

<sup>12</sup> OECD, “*Indirect Expropriation*” and the “*Right to Regulate*” in *International Investment Law*, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: A CHANGING LANDSCAPE* 43, 51 (2005), available at <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/2005141e.pdf>.

<sup>13</sup> The last text before negotiations ceased, see Org. for Econ. Cooperation & Dev., *The Multilateral Agreement on Investment: Negotiating Text Annex 3, §3* (1998), available at <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>. [hereinafter MAI]. (“Right to Regulate A Contracting Party may adopt, maintain or enforce any measure that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concerns, provided such measures are consistent with this agreement.”)

法上之規範納入協定中……無意創設新的法律義務，使締約國必須就其規制措施、徵稅行爲、或是其他爲公共利益所行之通常政府行爲，所致之投資人或是投資之損害，加以補償……」<sup>14</sup>兩組解釋結合觀察，即可看出多邊投資保障協定草案，企圖反映國際習慣法上對主權國家規制權限的尊重，而不使之受到徵收補償規範的影響。

Restatement (3rd) 第 712 條的評論中，也同樣提到，「……國家就善意的一般性稅捐、規範、刑事之沒收，或是其他公認屬於國家警察權內的措施，所生之外國人財產、或是其他經濟利益的喪失，不負責任……」<sup>15</sup>

國際仲裁實踐確認了國際習慣法上的國家的規制空間，例如美伊索償法庭的案例中，即有案例承認國家的規制權限。<sup>16</sup>

#### 4.2.3 肯認國家規制權限之國際投資仲裁實踐<sup>17</sup>

國際投資條約雖然主要目的在於保障投資人財產，但是仍未否定國家的規制權限。除了部份條約明示國家規制措施原則不構成徵收外，即便沒有此種宣示的條約，仲裁庭依然認爲國家保有此種規制空間。如前一章所述，絕大多數的投資條約徵收保障條款都僅提供等同於國際習慣法的保護水平，因此上述國際習慣法上承認的規制空間自然仍應保留。近代國際投資仲裁實踐確認了這一點，大量的投資仲裁案例明示承認國家的規制權限。例如在 *SD Myers v. Canada* 一案中，仲裁庭即表示司法前例中，通常不會將國家規制行爲認定爲徵收。雖然仲裁庭並未完全否定此種可能，但公權力機關的規制行爲通

<sup>14</sup> *Id.* §5 footnote. (“This Article is intended to incorporate into the MAI existing international legal norms... It does not establish a new requirement that Parties pay compensation for losses which an investor or investment may incur through regulation, revenue raising and other normal activity in the public interest undertaken by governments...”)

<sup>15</sup> Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States §712 (1987)[hereinafter Restatement (3rd)]. (“...A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states...”)

<sup>16</sup> *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, AWD 460-880-2 (Dec. 29, 1989), reprinted in 23 *Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.* 378.

<sup>17</sup> 爲了說明之便，本文於此先簡要的說明，國際投資仲裁實踐上認爲，雖然地主國必須受國際投資條約的徵收保障條款限制，但國家仍保有規制權限。在本文第 6 章對此一議題有更爲詳細的整理和說明。

常不是北美自由貿易協定 1110 條所欲規範的對象。<sup>18</sup>在 *Feldman v. Mexico* 案中，仲裁庭表示，「政府必須享有為公共利益實施諸如環境保護措施、新增或修訂稅則、給予或是撤回政府補貼、增加或減少關稅、實施區域計畫等措施之權利。如果政府行為只要造成商業上的負面影響，就必須加以補償，那麼政府的合理規制功能將無以為繼。習慣國際法上亦肯認這種規範空間。」<sup>19</sup>此一觀點後來並在 *Methanex v. USA* 一案再次受到肯認。<sup>20</sup>

此一原則亦受到北美自由貿易協定外的仲裁庭肯認，例如在 *Saluka v. Czech* 一案中，仲裁庭認為，「……當代習慣國際法肯認，當國家實施公認屬於國家警察權範圍內的合理規制措施，此時並不構成徵收，因此不須負擔補償責任。此一原則並且受到大量的前案肯認。」<sup>21</sup>除此之外，尚有許多其他仲裁庭也承認國家的此種規制空間。<sup>22</sup>

上述整理顯示，無論是學術著作、國家實踐、或是仲裁實踐上，大量的資料皆肯認國際法上主權國家規制空間的存在無疑。並且由上述整理可以看出，國家行使正當規制權限時，並不構成徵收，即使造成損害也不需補償。因為一旦連規制措施都必須對其所影響的外國人加以補償，則主權國家的規制空間將不復存在，亦無以維繫國家之功能。此一規制空間在國際習慣法已經確立其地位，在國際投資條約中的徵收條款中，絕大多數亦僅提供合於國際習慣法的保護水準，因此國際投資條約的徵收保護也無意挑戰國家的規制空間，這一點也在國際投資仲裁實踐上獲得確認。仲裁庭同意現行國際投資條約的徵收保護條款下，國家規制措施通常並不構成徵收，因此可以免於補償。

### 4.3 國家規制權限與間接徵收規範的重疊與衝突

<sup>18</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Can.*, Partial Award, ¶281, 40 I.L.M. 1408, 1440 (NAFTA Trib. 2000).

<sup>19</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶82 .

(“governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like”, adding that “reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this”.)

<sup>20</sup> *Methanex Corp. v. United States*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Part IV, Chapter D, para 7 (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. Aug. 3, 2005), 44 I.L.M. 1345, 1456 (2005).

<sup>21</sup> *Saluka Invs. BV v. Czech Republic*, Partial Award, ¶1262 (UNCITRAL 2006).

<sup>22</sup> 此部分亦請參見本文第 6 章的整理和說明。

雖然國際投資條約並無意抹去國家之規制空間，但是在現行投資仲裁實踐下，間接徵收規範的擴張卻對國家規制空間造成了相當的威脅。如前一章所探討，徵收規範的關鍵在於何者可以成為徵收的標的、何等行為構成徵收、以及賠償或是補償金額的計算三者，今日の間接徵收規範，由於受保障的財產範圍相當廣泛，並且仲裁庭明示國家的各種措施都有可能構徵收，因此造成國家規制權限的限縮。<sup>23</sup>

隨著經濟發展，國際法上對於受保障財產的定義逐漸擴張。今日的投資條約中通常對投資採取相當廣泛的定義，不僅包括動產、不動產等實體財產，也包括債權或是其他請求權在內的無體財產權，許多條約保障範圍甚至明文表示包括利息、收入等等純經濟上的利益，相較許多國家的國內法，以及過去國際法上的定義，擴大了受財產保障的範圍。<sup>24</sup>此外，國際投資仲裁上尚允許一些內國法不許的訴訟主張方式，例如美國法上不許原告主張時任意劃定受影響的財產權範圍，而達到獲得徵收補償的目的，例如在都市計畫中原告所有一百公頃土地中有五公頃受到限制，原告不可單獨就受影響的五公頃土地主張受到徵收。<sup>25</sup>但是在國際投資仲裁上，如*SD Myers v. Canada*案中，雖然最後並未認定徵收的存在，卻容許此種主張方式。<sup>26</sup>

而構成徵收的措施之擴張，則是在眾多仲裁案例中，仲裁庭皆表示規制措施並非自始排除於徵收規範之外，並且以措施所造成的影響做為單一標準判斷徵收與否。其結果是，由於國家的任何作為都有可能造成經濟活動的影響，投資人能輕易的找出受到重大影響的投資加以主張，對於地主國規制權限造成壓縮。<sup>27</sup>這個問題反映了國際投資爭端的主軸—投資人保障與國家規制權限間的對抗。一方面而言，地主國確實需要一定的規制空間，否則其功能無以為繼。要求地主國就所有措施加以補償，也會造成寒蟬效應，

---

<sup>23</sup> M. SORNARAJAH, *supra* note 2, at 387.

<sup>24</sup> See Been & Beauvais, *supra* note 1, at 60-69; M. SORNARAJAH, *supra* note 2, at 369-77, 387-400; RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 104-12 (2012). On the expansion of the definition of protected asset or investment, see UNCTAD, *SCOPE AND DEFINITION: A SEQUEL* 7-13, 21-24 (2011). [hereinafter “scope and definition”]

<sup>25</sup> Been & Beauvais, *supra* note 1, at 63-67.

<sup>26</sup> Been & Beauvais, *supra* note 1, at 66-67; NEWCOMBE & PARADELL, *LAW AND PRACTICE*, *supra* note 9, at 348-50.

<sup>27</sup> See Been & Beauvais, *supra* note 1, at 60-69; M. SORNARAJAH, *supra* note 2, at 387.



使地主國不敢採取措施，進而影響國內包括公共秩序、環境保護等等重要利益；但是另一方面，國家也有可能濫用其規制權限，當國家濫用其規制權限，超出一般合理範圍而造成投資人資產的重大損害時，沒有理由逃脫間接徵收規範而不予補償。所以在現行間接徵收規範上，最重要也是最棘手的問題即是如何區分何時國家規制措施超出合理範圍，而構成徵收。<sup>28</sup>

但是區分兩者相當困難，許多見解亦質疑國際法上是否需要，或是是否有辦法區分兩者，例如Higgins即曾質疑兩者的區分是否可行，「……無論國家所採取的措施為徵收或是實施規制措施，兩者不都是出於公共目的，並且為了公眾利益所為嗎？對於財產的所有人而言，在兩種情況下不是也都受到損害了嗎？在國際法下，規制措施構成徵收者，亦必須出於公眾利益(並非為了特定個人的利益)。此時應該給予公平補償。」<sup>29</sup>，因此仍有見解指出不需區分兩者。其中一種見解認為從投資人的角度出發，兩者的影響是相同的，所以不必區分，這種見解已經在前述討論中指出其不足之處，即對主權國家的規制權限造成規度限制。而光譜的另一端，則亦有為數眾多的見解指出，國家規制權限的行使是否合理不適合由國際仲裁判斷，因此應該完全不受理外國投資人對規制性措施的攻擊，交給國內法院處理。<sup>30</sup>但是這種見解忽略了國際法所處理的是國家的義務，國家措施即使完全遵循國內法，仍有可能違反其國際法上的義務，此時仍會產生國家責任，也因此必須負擔補償或是賠償責任。因此無論是完全否定國家的規制空間，或是放任國家型塑其規制手段，都不是國際法應持的態度，關鍵仍在於如何合理區分正常的規制權

---

<sup>28</sup> See eg. DOLZER & SCHREUER, *supra* note 24, at 120-23; Li, *supra* note 9, at 339; Anne K. Hoffmann, *Indirect Expropriation*, in STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION 151, 165-66 (August Reinisch, ed., 2008).

<sup>29</sup> Rosalyn Higgins, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, 176 RECUEIL DES COURS 259, 331 (1982). (“Is this distinction intellectually viable? Is not the State in both cases (that is, either by a taking for a public purpose, or by regulation) purporting to act in the common good? And in each case has the owner of the property not suffered loss? Under international law standards, a regulation that amounted (by virtue of its scope and effect) to a taking, would need to be “for a public purpose” (in the sense of in the general, rather than for a private interest). And just compensation would be due.”)

<sup>30</sup> See generally Been & Beauvais, *supra* note 1; Vicki Been, *Does an International ‘Regulatory Takings’ Doctrine Make Sense?*, 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 49 (2002).

限行使，與超出權限者。<sup>31</sup>誠如Higgins所質疑的，區分兩者並不容易，但所幸過往的投資仲裁與其他國際法案例與國家實踐留下了許多線索，可供初步描繪合理國家規制權限之內涵。

#### 4.4 國家規制權限的內涵以及判斷標準

國家規制措施不能超出合理之規制權限，這種規制權限有時也稱為「警察權」(Police Power)，<sup>32</sup>如本文在第1章定義處所述，本文將視其涵義，以合理規制權限或是規制權限稱之。亦有從效果面所下的定義，例如將其所造成的效果稱為「行政徵收」者(Regulatory Expropriation, Regulatory Taking)。然而對於行政徵收一詞的定義，各方定義並不一致，有的認為是合於國家規制權限之措施所造成的財產剝奪效果，不必補償。但是有些則用以泛指所有國家規制權限行使，造成資產重大損害的情形，不區分是否需要補償。

在聯合國貿易暨發展會議2000年的報告中，則將「行政徵收」定義為「國家合理規制權限行使或是地主國執行環境、健康、道德、文化或是經濟規範時，附隨造成的徵收效果(taking)」，是不需要加以補償的。<sup>33</sup>

而國家警察權一詞，廣義解釋可以包含一切國家的規制行為：「主權國家為了維護公共安全、秩序、道德與正義或是為了提升公共便利與繁榮，而得以對個人自由或是財產權限制之權力」<sup>34</sup>，另外如Black's Law Dictionary中，對其定義為「主權國家為了維護公共安全、秩序、道德與正義，固有的、絕對的立法權力。此種權力為國家核心的權力，不能透過立法加以放棄或是永久性的移轉…」<sup>35</sup>，較為狹義者則指國家措施即使造成財產權的損失也不必負賠償的範疇。<sup>36</sup>而前述國家實踐上，也指出國家善意(*bona fide*)、非

---

<sup>31</sup> Newcombe, *The Boundaries*, *supra* note 1, 44.

<sup>32</sup> For discussion on the term 'police power', *See id.* at 20-21.

<sup>33</sup> UNCTAD, *TAKING OF PROPERTY* 12 (2000); Catherine Li, *supra* note 9, at 331.

<sup>34</sup> Li, *supra* note 9, at 346; Philip A. Talmadge, *The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The Interaction of Police Power and Property Rights*, 75 WASH. L. REV. 857, 857 (2000).

<sup>35</sup> Black's Law Dictionary (9th ed. 2009).

<sup>36</sup> Newcombe, *The Boundaries*, *supra* note 1, at 23.

歧視性的措施，不構成徵收。<sup>37</sup>另外一些國內判決或是學術著作，則將其定義為，「法律的一般運作(normal operation of the law)」、<sup>38</sup>或是「政府通常採取之措施(measures that government commonly take)」<sup>39</sup>但是這些定義若非籠統寬廣，就是太過簡單，有些則與徵收的合法要件重疊。例如必須出於善意，為公共利益、不能具有歧視性等等。定義所提供的幫助有限，單純抽象的推演無法得出其具體內涵以及與間接徵收的差別，仍需透過其他資料的分析加以描繪。

在具體的區分標準上，各國內國法、其他領域的條約提供了許多參考基礎。雖然在參考時必須注意不同領域間背景的差異，但是其所利用的參考標準以及不予補償的理論基礎，仍然值得參考。例如內國法上，德國與美國很早就開始處理規制措施造成損害，跟徵收之間的關係。內國法上碰到的難題，在投資條約仲裁中，也很有可能遭遇，這些領域用於解決問題的判斷要素，即可供國際投資仲裁領域參考；投資仲裁以外的國際仲裁跟判決，除了同樣具有相當的經驗外，更因其站在超國家法庭的立場，其所考量的要素，對於國際投資法而言可作為借鏡。至於投資仲裁相關的判準，則於第六章為詳細之分析，於此暫先不贅述。

#### 4.4.1 他山之石—內國法的判斷標準

##### 4.4.1.1 美國法上的判斷標準

以內國法來說，國際法上的徵收判斷深受美國法徵收規範的影響，<sup>40</sup>在美國法上，憲法第 5 增修條文(The Fifth Amendment)下，規定對於人民財產的公用徵收必須加以補償，其目的在於防止國家將促進公共利益的負擔加諸特定個人身上，如同法院在 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 案中所言，「即使有再強的公益目的，國家也不能便宜行

<sup>37</sup> *Id.*; 李貴英，國際投資法專論—國際投資爭端之解決，頁 273 (2004)。

<sup>38</sup> 例如前述的 Harvard draft 等，即採取此種定義方式。

<sup>39</sup> George C. Christie, *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?*, 38 BRIT. Y. B. INT'L L. 307, 335 (1962). Available at: [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1751](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1751).

<sup>40</sup> Been & Beauvais, *supra* note 1, at 32-40; Anthony B. Sanders, *Of All Things Made in America Why are We Exporting the Penn Central Test?*, 30 NW. J. INT'L L. & BUS. 339, 340-44 (2010); Kevin Banks, *NAFTA's Article 1110-Can Regulation be Expropriation?*, 5 NAFTA LAW & BUS. REV. AM. 499, 519-21 (1999).

事而不遵守憲法」。<sup>41</sup>不過另一方面，第 5 增修條文跟第 14 增修條文，也允許國家在合於正當程序的狀況下剝奪人民的財產權。爲了更進一步的說明聯邦跟各州侵害人民財產權的權利，美國司法實務以及學術上便創設了「警察權」(Police power)作爲限制人民的根據。在美國法上，法院將造成人民財產損害的各種政府措施，以公用徵收權( eminent domain)—國家與各州的警察權(police power)二分法加以分類。國家或各州有權行使警察權保障公益，其所造成的損害原則上也不需補償。<sup>42</sup>

例如在Freund享有盛名的著作中，即對國家規制權限作出如下評述：「國家行使正當規制權限，而造成財產權侵害時不必予以補償。其理由並非在於該財產對公眾而言是不可或缺的，或是不保護該財產權，可以增進公共利益。而是因爲該種財產權的自由行使，將會造成公共利益的損害。相較之下，公用徵收權才是因爲該財產對於公眾而言有其作用，而加以徵收；而正當規制權限的行使，則是爲了避免該財產權之利用造成公眾利益的損害……」。<sup>43</sup>

法院對此一論述也採取贊成見解，如*Lucas v. South Carolina Coastal Council*一案，法院表示：「財產擁有人取得財產時必然能夠預見，其財產權將來，有可能受到新實施的政府管制措施之限制。長久以來法律上亦肯認，財產權的利用方式有其隱含的界線，國家有權對其加以管制。」<sup>44</sup>。但是隨著社會情況發展，需要國家介入的狀況越來越多，

---

<sup>41</sup> *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 416 (1922).

(‘strong public desire to improve the public condition is not enough to warrant achieving the desire by a shorter cut than the constitutional way of paying for the change’).

<sup>42</sup> 陳新民，*憲法基本權利之基本理論*(上)，頁 465-66 (1999)。

<sup>43</sup> Ernst Freund, *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights* § 511, at 546-47 (1904).

(“Under the police power, rights of property are impaired not because they become useful or necessary to the public, or because some public advantage can be gained by disregarding them, but because their free exercise is believed to be detrimental to public interests; it may be said that the state takes property by eminent domain because it is useful to the public, and under the police power because it is harmful ...”).

<sup>44</sup> *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 1027 (1992).

(“[O]ur “takings” jurisprudence . . . has traditionally been guided by the understandings of our citizens regarding the content of, and the State’s power over, the “bundle of rights” that they acquire when they obtain title to property. [T]he property owner necessarily expects the uses of his property to be restricted, from time to time, by various measures newly enacted by the State in legitimate exercise of its police powers; “as long recognized, some values are enjoyed under an implied limitation and must yield to the police power.”)

在美國聯邦最高法院的判例中，其實已將此種權利擴張到消極排除有害行為之外，而包括管理社會的安全、健康、道德等目的上。<sup>45</sup>但是警察權的範圍並非漫無邊際，警察權的行使仍必須出於公共目的，並且不能存有不合理(unreasonable)、恣意(arbitrary)、或是反覆無常(capricious)的現象。<sup>46</sup>此外，警察權的行使也跟美國法上的徵收規範，存有相當緊密的互動。

傳統上，法院認為只有直接徵收的類型，亦即國家剝奪人民財產權，並將之移轉於國家的情況，方有徵收保障的適用，許多其他國家的內國法至今仍以此為徵收判斷標準，例如加拿大的國內法，即認為必須政府將財產權收為公用，或是將其納入自己控制之下，方能成立徵收。但在美國法上，到了前述 1922 年的 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 案，聯邦最高法院開始承認，若規制措施造成的效果，與直接徵收幾乎相同(substantially the same effect)時，此種規制措施本身即屬於公用徵收( eminent domain)的行使，必須加以補償。<sup>47</sup>在本案中，Holmes 法官表示，當規制措施「go too far」，那麼就成為徵收，而必須補償，此即著名的「Too far」判斷標準。<sup>48</sup>然而法院對於如何劃定正當規制權限之界線，爭議不停，除了建立兩種本身(per se)即構成徵收的案例外，沒有清楚的判斷方式。這兩種情形為：1. 政府措施涉及對私有財產物理性的侵入(physical invasion) 2. 政府的規制行為使財產權喪失所有經濟價值，但若政府所欲規制的利用方式，屬於類似公共或私人妨害(nuisance-like)，或是為普通法所禁止時，不在此限。

在美國法的發展上，出現了許多不同的理論，嘗試提出合理的判斷標準。<sup>49</sup>諸如抱持古典的徵收定義者，認為必須以國家是否取得利益作為判斷標準；而前述 Holmes 大法官所提出的標準中，則認為，規制權限之行使跟徵收兩者沒有本質上的區別，兩者都會造成人民財產權的損害，也都是為了公益而採取。因此只有以人民損失的程度作為兩者

---

<sup>45</sup> 陳新民，同前註 42，頁 490。

<sup>46</sup> 陳新民，同前註 42，頁 466。

<sup>47</sup> 260 U.S. 393, 415.

<sup>48</sup> “While property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking.”, 260 U.S. 393, 415.

<sup>49</sup> 美國法上徵收判斷方式的發展，參見陳新民，同前註 42，頁 461- 489; *See Generally*, Joseph L. Sax, *Takings and the Police Power*, 74 YALE L.J. 36 (1964); William B. Stoebuck, *Police Power, Taking, and Due process*, 37 WASH. & LEE L. REV. 1057 (1980); Lynda J. Oswald, *Property Right Legislation and The Police Power*, 37 AM. BUS. L.J. 527, (2000).

區分的標準。<sup>50</sup>與之相對的，Brandeis大法官則在不同意見書中提出完全相反的見解，認為警察權行使涉及財產權限制時，必然會造成損害。因此重點在於國家公益目的的審查，當國家出於防衛公益之目的時，根本不需要考量造成的損害。<sup>51</sup>此外亦有以措施是否造成特定個人或是族群過度負擔、或是政府的侵害是否實質並且持續等等。但是這些標準並未被受到廣泛採納，到後來廣泛運用的*Penn Central v City of New York*一案，聯邦最高法院終於放棄統一的判斷標準，而採個案判斷的方式。<sup>52</sup>而*Penn Central v City of New York*一案所提出個案判斷，兼參考諸多不同要素的模式，對今日國際仲裁上的徵收與規制權現判斷影響深遠。在該案中，法院認為規制措施是否構成徵收，先決條件是受到影響者屬於財產權範疇，而非單純的經濟利益，並且不允許原告主張徵收時恣意分割財產權，以顯示受損的嚴重性。此外，法院還提出應該參酌以下要素：1.措施的對財產的經濟上影響，2.措施本身的定性(character)、3.以及財產所有人的合理期待作為判斷依據。<sup>53</sup>

而在*Agins v. Tiburon*案則提出兩要素判斷，1.措施是否促進正當的公共利益，2.措施是否剝奪財產權的所有經濟價值。<sup>54</sup>皆同時考量經濟上的影響，以及公共利益等其他因素。相對於法院的多要素判斷模式，近期美國國內各州透過立法，在財產權規範中創設了以經濟考量為主的判斷模式，只要本州的措施對財產權造成一定比例的損害，即負補償義務，學者間有稱之為補償法典(compensation statute)。<sup>55</sup>對此種純以效果判斷的方式，有見解表示反對表示反對。因為傳統上對於措施是否屬於合理權限行使，是以措施本身是否促進公共秩序道德等公益為主要判斷標準，其所造成的效果反而是次要的，因此造成過度傷害與否，也是次要考量。國家必須保持規制空間，持續回應不同的社會需要，因此重點並非其造成的財產損害，而應該回歸措施的性質判斷，視規制措施的內容是否

---

<sup>50</sup> 陳新民，同前註，頁 479-481。

<sup>51</sup> 陳新民，同前註。

<sup>52</sup> *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U. S.124 (1978) .

<sup>53</sup> Ethan Shenkman, *Could Principles of Fifth Amendment Takings Jurisprudence Be Helpful In Analyzing Regulatory Expropriation Claims Under International Law?* 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 174, 182-95 (2002).

<sup>54</sup> *Agins v. Tiburon*, 447 U.S. 255, 260 (1980).

<sup>55</sup> E.g. Joseph L. Sax, *Takings Legislation: Where It Stands and What Is Next*, 23 *ECOLOGY L. Q.* 509 (1996).

爲防止公共利益的傷害。<sup>56</sup>

#### 4.4.1.2 德國法上的判斷標準

相對於美國法，大西洋的彼岸對此一問題採取與美國法略有出入的處理方式。在歐陸，德國基本法第 14 條第 1 項規定，人民的財產權應予保障，但是財產權的內容與限制可以由法律訂之；同條第 2 項規定，財產權本身含有社會義務性，其利用必須同時有益於公共利益；第 3 項則規定，只有在出於公益目的、經過法律授權的並且給予適當的補償。<sup>57</sup>

其中第 2 項的規定，代表財產權本身隱含著界線，即國家公權力對財產權所造成的限制，必須超越財產權的社會義務，使財產所有人承擔特別不利益，形成無法期待的特別犧牲，方足構成徵收。例如透過立法方式，對財產權的內容以及其行使加以限制，除非造成特別犧牲，原則上亦不構成徵收。<sup>58</sup>

但是何者構成徵收，而何者屬於符合社會義務性的內容限制，德國法亦曾發展出不同的理論區分兩者。與美國法類似的，德國法上，內國法院與學說也曾提出不同的見解，例如受影響的財產權是否值得保障、財產權是否因爲政府措施實質減少等等標準進行判斷，但是最具影響力的還是特別犧牲理論與可期待性理論。兩者分別受到聯邦普通法院系統與聯邦行政法院系統支持。<sup>59</sup>

在前者，其立論基礎爲平等原則。此理論認爲，財產權社會義務性給予的限制，與徵收不同。徵收是使少數人的財產權遭到侵害，因此根據負擔均分原則，必須給予爲了社會公益而受損失的財產所有人補償。而財產權的社會義務性則是，是普遍、一般性的，沒有特定的被害人，自然不需給予補償。<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Oswald, *supra* note 49, 548-62.

<sup>57</sup> Markus Perkams, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law—Search for Light in the Dark*, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW* 108, 130-31 (Stephan W. Schill ed., 2010).

<sup>58</sup> 但應注意所有的措施都必須遵守比例原則，內容限制也不例外。如果國家透過立法進行財產權內容限制時，若目的手段關聯性欠缺，或是在公益與私益間未取得均衡，依然必須負補償責任。比例原則的判斷上也經常與後述基於平等原則發展的特別犧牲、或是可期待性理論交互。See *id.* at 134-38.

<sup>59</sup> 陳新民，同前註 42，頁 327-328, 329-330, 333-334。

<sup>60</sup> 陳新民，同前註，頁 328-329。

而後者則認為，財產權的社會義務性是對財產權輕微的侵害，因此可以期待財產權人忍受。因此必須從財產權侵害的嚴重性、重要性、持續性等觀察，視其侵害程度是否重大，而能期待財產權人忍受之。此一理論頗受普通法院批評，認為太過抽象難以操作，容易造成不一致的結果。

但實際運作上，兩個法院均互相參考兩個不同的理論，即在判斷是否構成特別犧牲時，普通法院會參考受到損害的程度；而行政法院判斷受損程度是否仍屬可期待的侵害時，也會參酌是否違反平等原則的要求。<sup>61</sup>

#### 4.4.2 他山之石—投資條約以外之國際法上判斷標準

國際法上，如第三章所述，與美國國內法的情形不同，係以措施產生的效果為主要判斷標準。除近代國際投資條約外，Iran-US Claim Tribunal 以及歐洲人權法院兩個機構，提供了大量的徵收相關案例，其中有部分案例即與國家規制權限之行使範疇相關。

##### 4.4.2.1 Iran-US Claim Tribunal

國際仲裁判斷或是法院實踐上，早期比較少碰觸這個問題。在Iran-US Claim Tribunal 的案子中，如前已提及 *Starrett Housing Corporation v. Iran* 與 *Tippetts, Abbett, Mccarthy, Stratton v. Iran* 案等許多案件明示徵收判斷以國家措施對外國人資產產生之影響為主，並且不已國家出於徵收之意圖為必要，亦不問國家取得利益或是財產權與否。看似是以國家措施產生的效果為唯一判斷標準，但是在 *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* 一案，仲裁庭卻引述 *Restatement(3rd)* 表示，「……國家出於善意而制定之一般性稅務規定、或是其他公認屬於國際法上正當規制權限內之行爲，只要不具歧視性並且並非針對外國人、迫使其將財產交予國家，國家不需就該類措施造成的經濟損害負責……」，<sup>62</sup>最後並認定該案中牽涉的稅務措施為國家規制權限行使，因此並不需賠償。

<sup>61</sup> 陳新民，同前註，頁 331-332。

<sup>62</sup> *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, 23 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 378, 387-88 (1989). ("A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation or any other action that is commonly accepted as within the police power of States, provided it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price..." *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*.)



另外，在*Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company*案中，仲裁庭也表示：「……國家不必就公認為警察權範圍內的善意規制措施，所造成的經濟損害負責，此為國際法上公認的原則。」<sup>63</sup>肯任此一原則。

#### 4.4.2.2 歐洲人權法院

相較於其他國際仲裁或判決上廣泛受到美國徵收法制影響，歐洲人權法院代表了歐陸法系的另一種思維模式。自其創立以來，歐洲人權法院處理了許多國際財產權保障的案例，其判決中相當注意國家規制權限與締約國人民間利益的權衡，因此得到相當良好的評價，其判決也成為現代投資仲裁中，經常參考的對象。<sup>64</sup>

在歐洲人權公約本文中，對財產權保障由於締約時在各締約國間無法達成共識，爭議頗大，因此並未列入財產權的保護。而是到了 1952 年，才透過議定書的形式將財產權保護納入公約中。<sup>65</sup>歐洲人權公約第 1 議定書第 1 條規定，

「每個自然人或是法人都有權和平的享有其財產上之權利。除出於公共利益，並依循內國法與國際法一般原則外，該財產權不得剝奪。」

前項條文並不影響國家執行其認為必要之法律，限制財產權之利用以符合公共利益或是保全稅款、其他給付義務或罰金之權力。<sup>66</sup>

歐洲人權法院將本條解釋為同時包含三組規定(rule)，其一為第 1 項前段的財產權保障，其二為第 1 項後段所規定，財產權之剝奪必須出於公共利益、並且同時符合國內

<sup>63</sup> *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company*, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 248, 273-74. (1985).  
 (“...an accepted principle of international law that a State is not liable for economic injury which is a consequence of a bona fide ‘regulation’ within the accepted police power of states.”)

<sup>64</sup> Elysee M Freeman, *Regulatory Expropriation Under NAFTA Chapter 11: Some Lessons From the European Court Of Human Rights*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 177, 180 (2003).

<sup>65</sup> Hélène Ruiz Fabri, *The Approach Taken By The European Court Of Human Rights To The Assessment Of Compensation For ‘Regulatory Expropriations’ of The Property of Foreign Investors*, 11 N.Y.U. Envtl. L.J. 148, 149(2002).

<sup>66</sup> Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, §1, Mar. 20, 1952, 213 U. N. T. S. 262 .

(“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”)

法與國際法一般原則的規定，其三則為第 2 項規定，國家有權限制財產權之利用方式 (control of use)。三組規定必須互相參照，因此所有的財產權干涉，根據第 1 項前段的財產權保障規定，歐洲人權法院都可以加以審查，並且各種干涉都必須符合比例原則的要求。<sup>67</sup>

首先，根據第 1 議定書第 1 條 1 項前段在歐洲人權公約體系下的財產權保障，經歐洲人權法院確認，其範圍及於所有內國法承認之財產權，具體案例上並包括動產、不動產、經濟或是商業上的利益，例如事業的商譽或是其價值、以及契約權利、執照、非實體財產權甚至公法上的請求權，例如社會貸款或是退休金請求等等，財產權的範圍相當寬廣。<sup>68</sup>

國家行為若對財產權造成影響，歐洲人權法院有權對該措施加以審查。根據本條規定，國家造成財產權影響的型態可以分為三種，其一為第一項後段所稱的財產權的剝奪，其二為第 2 項所稱的財產權之利用限制，第三則為前述兩種以外的財產權限制，三種限制方式都必須避免造成人民的特別犧牲，否則必須加以補償。<sup>69</sup>歐洲人權法院在判斷國家措施對財產權之影響，是否構成國家賠償義務時，首先區分造成影響的措施屬於兩者中的何者，並採取不同密度的公共目的、以及比例原則兩階段審查，判斷該國家是否需要補償。<sup>70</sup>在第一階段，法院會先檢視國家的措施是否出於公共利益之考量，任何財產權的干預，都必須出於正當的公共目的，若非如此，措施即違反第 1 議定書第 1 條之規定；<sup>71</sup>在第二階段，則進行比例原則之審查，若政府措施造成人民的個人特別犧牲 (individual excessive burden)，則國家必須提供補償，若金錢給付無法補償時，國家必須負回復原狀的義務。<sup>72</sup>此外，歐洲人權法院十分強調在判斷上，必須注意締約國公共利益之維持與個人財產權保障之間的平衡，以及各國的裁量空間。<sup>73</sup>

<sup>67</sup> DAVID HARRIS, ET AL., LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 666-68 (2009); Freeman, *supra* note 64, at 188-200.

<sup>68</sup> Fabri, *supra* note 65, at 149.

<sup>69</sup> HARRIS, ET AL., *supra* note 67, at 666-68; Freeman, *supra* note 64, 186-94.

<sup>70</sup> 惟歐洲人權法院通常不會質疑國家提出的公共目的，HARRIS, ET AL., *supra* note 67, at 668-69.

<sup>71</sup> Freeman, *supra* note 64, at 188-93.

<sup>72</sup> Fabri, *supra* note 65, at 163-64. 這裡的個人特別犧牲是在比例原則下判斷的，與德國國內法還有我國國內法由平等原則建立此一基礎不同，併此說明。

<sup>73</sup> Freeman, *supra* note 64, at 186.

根據歐洲人權法院的見解，一般而言財產權之剝奪是指，國家措施造成財產權的完全喪失，或是失去其所有價值。<sup>74</sup>但是並非所有造成財產權喪失的措施，皆可歸類財產權之剝奪。在部分案例中，法院將造成財產權喪失的措施，歸類為財產權的利用控制，此時國家採取措施的目的將會是重要判斷標準。<sup>75</sup>然而此等措施仍須進行比例原則審查，視措施是否在公益與私益間取得平衡。<sup>76</sup>

直接徵收的樣態毫無疑問屬於此處所稱之財產權剝奪，蓋其將財產權不可回復的移轉予國家所有。但是其他政府措施，未移轉財產權的狀況下，正如國際法其他領域產生較多爭議。歐洲人權法院認為，有些情況下，雖然政府措施並未剝奪人民的財產權、或是使之完全消滅，但是人民已經無法利用或處置其財產權，此時無論政府主觀上是否有意徵收財產，仍然構成第 1 項後段的財產權剝奪。<sup>77</sup>例如在 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* 案中，法院表示，「在政府措施造成直接徵收以外，換言之，沒有強迫人民移轉財產權的干預時，法院不能拘泥於形式，而必須審酌相關的情狀……蓋本公約所欲保障的是人民可實際、有效的享有其財產權……法院必須判斷干預是否如原告所稱，已足達到事實上徵收的程度。」<sup>78</sup>後續的案例也顯示，在歐洲人權公約下，政府的規制措施仍有落入第 1 項後段財產權剝奪的可能。但是必須該等規制措施對財產權的影響程度極高，原則上必須使財產權失去所有價值方構成財產權之剝奪。例如本案中，雖然國家的禁建令出於明確的徵收意圖，但是法院以其影響並不嚴重為由，認為僅屬財產權的利用限制，

<sup>74</sup> Freeman, *supra* note 64, at 191; 學者有不同見解認為，歐洲人權公約下的財產權剝奪，必由針對特定財產而為的措施構成，因此如透過立法廣泛的規定財產權內容，不會構成財產權剝奪。該學者認為，此種見解與歐洲各國的內國法相符，並且呼應第 1 議定書第 1 條 2 項，給予國家廣泛規制空間的意旨。Fabri, *supra* note 65, at 156,但是此一見解與歐洲人權法院的意見不同，歐洲人權法院在案件中已經表明，規制性措施或是一般性實施的規則仍有可能構成財產權之剝奪，惟仍須通過公共目的與比例原則之檢驗，見後述。

<sup>75</sup> HARRIS, ET AL., *supra* note 67, at 677, 677 fn 174; ROBIN C. A. WHITE, ET AL., THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 500-01 (2010).

<sup>76</sup> *Id.*; Freeman, *supra* note 64, at 191-93.

<sup>77</sup> Freeman, *supra* note 64, at 189-90.

<sup>78</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 52 Eur. Ct. H.R. (ser. A) ¶163(1982).

(“In the absence of formal expropriation, that is to say a transfer of ownership, the Court considers that it must look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of ... Since the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”..., it has to be ascertained whether that situation amounted to a de facto expropriation, as was argued by the applicants”)

不構成財產權的剝奪。<sup>79</sup>

若國家措施構成財產權之剝奪，則其按照第 1 條後段之規定，其實施必須出於公共目的，遵守國內法與國際法上一般原則，並且通過比例原則之檢驗。歐洲人權法院在檢驗比例原則時，會檢視國家的措施和其所欲達成之公共目的間是否存有合理關聯，並且要求不能對財產所有人造成個人特別犧牲，否則即失其比例性。在財產權剝奪的狀況下，國家提供補償與否是影響法院判斷個人特別犧牲的重要因素，若國家並未給予補償或是補償不足額，則通常歐洲人權法會認定此一措施造成了個人特別犧牲，而必須彌補人民之損害。<sup>80</sup>

而財產權的利用限制，一般而言必須措施具有三個要件，即措施必須具有法律特性 (character of law)、措施必須出於公共利益、確保稅款、其他給付義務或其他罰金、罰緩的履行等目的、以及措施必須符合比例原則。<sup>81</sup>但是一般而言，法院不會要求國家就財產權的利用限制提供補償，亦即此時補償與否不再是構成特別犧牲與否的關鍵要素，而必須參酌其他情況。在判斷國家措施的比例性上，歐洲人權公約給予各締約國相當廣泛的裁量空間，以避免影響各國調整其內國規範的權利。<sup>82</sup>

當國家措施非屬財產權之剝奪，又非財產權了利用限制而造成了財產權的干預時，即為其他財產權限制。此時仍然不能免於歐洲人權法院的司法審查。歐洲人權法院仍然會檢視其措施之施行是否出於公共目的、符合法律程序、以及是否合於比例原則。當然即使國家措施不構成財產權之剝奪，國家仍可以提供補償，此時即使國的措施本來可能欠缺比例性，法院仍會因國家提供了充分的補償，而認定國家措施合法。<sup>83</sup>

總結上述，如Freeman所整理，歐洲人權法院對國家侵害財產權案件的判斷順序如下：<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Fabri, *supra* note 65, at 164-66.

<sup>80</sup> *Id.* at 165.

<sup>81</sup> WHITE, ET AL., *supra* note 75, at 503;由於無論是財產權的剝奪或是財產權利用限制，都必須進行比例原則審查，檢驗公益與私益間是否均衡，有論者主張從實務操作的結果來看，其實歸類為何者的差別不大。Harris, 679.

<sup>82</sup> HARRIS, ET AL., *supra* note 67, at 672-77; WHITE, ET AL., *supra* note 75, at 503-05; Freeman, *supra* note 64, at 193-96.

<sup>83</sup> Freeman, *supra* note 64, at 193-96.

<sup>84</sup> *Id.* at 194-95.

1. 判斷所受影響之財產是否屬於歐洲人權公約所保護之財產權
2. 該財產權是否受到政府措施之影響？
3. 該等影響屬於第 1 議定書第 1 條下的何種類型？
4. 政府採取的措施是否出於公共利益？
5. 該等措施是否符合比例性？亦即措施是否在公共利益跟個人財產保障間取得平衡？
6. 措施的合法性與其是否有違法律安定性之要求。

#### 4.4.3 國家規制權限判斷方式評析

上述內國法與投資法以外國際法領域的實踐，提供了合理規制措施與徵收規範兩者區分的豐富見解，就國家就規制措施不需加以補償的理論基礎，以及可資利用的判斷標準兩方面，都提供了相當的指引。

##### 4.4.3.1 國家不需補償之理論基礎以及其隱含的判斷方式

國家合於正當規制權限行使時即使造成損失亦不必加以補償，上述國際法與國內法的實踐，提供了許多參考標準。但是源於不同法領域的各個標準間邏輯並非完全一貫，其背後其正當化政府措施對財產權的損害之理由也有所不同。因此不可避免的，我們必須分析這些標準背後的理論基礎，不但有助於較為一致的國家規制權限範圍的劃定，也可以判斷何者在國際投資條約上較為恰當。總結上述國內法與國際法上，認為國家就其合理規制措施之行使，不必加以補償的理論基礎約有下列幾種：

##### 1. 避免對公共利益造成傷害：

美國國內法徵收與正當規制權限相關法制的實踐認為，正當規制權限的行使，是爲了避免財產權之利用方式，造成公共利益損害，因此不需要加以補償。早期美國法對於徵收是否需要補償的判斷標準，例如以所欲規制的財產權利用方式，是否爲類似侵擾或是有害的利用方式判斷，即反映了其背後的思想。而在 *Penn Central v City of New York* 案後，雖然改採多要素的判斷方式，但是其所提及的政府措施之特性之考量，仍可囊擴政府措施是否出於避免公共利益傷害的目的。

德國法上，由於基本法第 14 條 2 項表示財產權有其社會義務性，在法院和學術見解間即曾提出以財產權是否值得保障，作為判斷依據。

此種立論在國際法上亦獲得學者間的支持，例如，Newcombe認為，國家實施合理規制措施不必補償的理由是，財產權有其社會上之機能，因此亦有其固有的社會上限制，法律也不可能允許個人以有害公共利益的方式利用財產。各法律系統中對財產權也都存有各自不同的社會限制，那麼國家在財產權社會限制的範圍內立法進行內容的規制，自然屬於一般法律原則之一，而成為國際法的法源。<sup>85</sup>

Sornarajah亦提出，合理規制措施之所以能夠不予補償，其一是因為其所規制的對象，無論是對財產權或是個人的限制，多半與個人權利或是財產權行使，所造成的社會損害有關。例如透過刑事法律禁止某些有害行為，或是禁止對公共安全、公共健康造成危害的商品流通，都有其緊密連結。因此國家必須對這類的利用進行規制，而且不需補償。而其二，則是當公共利益遠大於私人利益時，有必要採取措施維護公共利益。如果對此種措施造成的結果加以補償，無異獎勵那些有害於社會的利用方式，或是否定更重要的公共利益。<sup>86</sup>

本理論由財產權可能造成的重要公共利益的傷害，與財產權之內容限制著手，以規制措施之目的，是否為處理財產權行使可能造成公共利益傷害為斷，提供了相當重要的判斷標準，亦有為數眾多的國內法與國際法實踐支持。

在投資仲裁領域，*CME v. Czech*案中，仲裁庭亦曾表示，「……財產或是財產權的剝奪，必須與國家與其機關所採，合理的法律執行措施加以區分。規制措施普遍存於所有法律與經濟系統，其目的在於避免私有財產權的利用，與國家的公共利益互相違背……」。<sup>87</sup>

此一理論基礎提供了相當良好的方向，但是卻有其不足之處。首先，現代國家

---

<sup>85</sup> Newcombe, *The Boundaries*, *supra* note 1, at 22; Perkams, *supra* note 57, at 121-22.

<sup>86</sup> SORNARAJAH, *supra* note 2, at 389.

<sup>87</sup> *CME v. Czech Republic*, Final Award, ¶603 (UNCITRAL Arb. Sep 13 2001).

(“Deprivation of property and/or rights must be distinguished from ordinary measures of the State and its agencies in proper execution of the law. Regulatory measures are common in all types of legal and economic systems in order to avoid use of private property contrary to the general welfare of the (host) State”)

的任務已經大幅擴張，只是消極排除有害公益之行為，早已不符合現代社會的需求。舉凡公共安全、公共秩序、健康、環境保護、或是公共道德之領域，都經常需要國家採取措施加以管理。而國家為了符合絕對法(jus cogen)所採的行為，亦屬規制權限之內。傳統上，此類型措施典型事例如：1.對於違法行為所處的罰金(罰鍰)、沒收 2.對於財產權的立法限制，3.都市計畫、環境法規等等 4.對外國侵略的防禦行動等等，這些行為傳統上認為，即使對外國人財產造成影響，也不需要補償。<sup>88</sup>

這些觀點也反映在不同的國家實踐中，其中如 1961 國家責任公約草案第 10 條第 5 項清楚的說明這種觀點，根據該項，下列措施符合後述合法要件時並不構成國家責任：「1.稅務措施、2.一般性的匯率調整、3.為了公共秩序或是道德、健康等所採取之措施、4.交戰國權力的正當行使、5.通常情況下的法律運作，附隨造成的效果。」，包括了所有典型事例，並且點出通常狀況下法律的運作所生損害，不構成國家責任，其他如 Restatement (3rd)、OECD 的多邊貿易協定等等國家實踐亦有類似的規範文字。但是此一理論已經無法完整解釋，國家為何就上述行為，不必負補償責任。

此外，從現代觀點來看，當代國家所擔負的責任更為廣泛，不僅限於上述傳統認為屬於國家任務的核心領域，更包括其他經濟活動領域。例如透過競爭法的立法與執行維持市場競爭秩序、規範公司行為等等，成為國家功能之一部份，其所限制的內容本身未必具有損害性，而是為了整體社會福祉所進行的調整，這類型措施，在今日亦有存在的必要，單就措施的損害性已經無法解釋為何國家應有此一規制空間。<sup>89</sup>

此外，美國法過去曾嘗試用規制措施規範的對象，是否屬於具有損害性的財產權利用方式，區分合理規制措施與徵收。然而此一標準卻有其侷限與操作困難，例如Sax指出，這個判斷標準聽起來很正當，但是無法解決問題。因為從這個理由出發，似乎是指那些造成大眾傷害或是公眾利益威脅的人要承擔損害的成本。但是，

---

<sup>88</sup> See NEWCOMBE & PARADELL, LAW AND PRACTICE, *supra* note 9, at 358-62; *Id.* 399-400.

<sup>89</sup> UNCTAD, EXPROPRIATION: A SEQUEL 79 (2012); 李貴英，同前註 37，頁 274。

很多時候這些人並沒有做錯什麼事情，而是兩個合法的利益發展之下，必須的衝突與權衡。例如在美國法的案例中，曾要求地主砍伐其所有的紅衫，因為該紅衫染病，可能造成附近後來栽種的蘋果樹受到感染；或是採礦業者，因為附近變成住宅區，而規定其不能繼續採礦。這些例子裡地主本身沒有可責性，之所以其利用會造成“損害”，是因為其他人後來進入附近。那麼難道讓其他附近所有人一同承擔損失就不合理嗎？<sup>90</sup>

因此，雖然此一見解頗獲支持，也提供相當好的理論基礎，但是此一理論無法完整解釋所有狀況，必須與其他理論互相結合，彌補其不足之處。

## 2. 無須擔心國家不當得利：

曾任國際法院法官的Aréchaga的著作中提到，在國際法上，要求國家提供補償的理由有二，其一是認為國家必須就其不法行為負責，但是隨著國際法上逐漸承認國家對內享有獨立架構經濟自主空間，徵收行為本身不見得違法，因此這個理由未必能繼續成立。而另一個理由則是為了避免國家不當得利(unjust enrichment)，在徵收時必須給予補償。這個判斷方式，國家沒有獲得利益的情況下，就不負補償責任，因此一般性的規制措施，既然沒有讓國家直接取得財產權，也就不必對人民提供補償。<sup>91</sup>

此種見解與許多國內法的實踐相同，例如美國法早期、以及加拿大的國內法，皆以財產權是否移轉予國家或是國家所指定之第三方為判斷標準。<sup>92</sup>在德國法上，古典的徵收定義，亦是以國家是否取得財產權為判斷標準。<sup>93</sup>規制措施只要未使國家獲得利用財產的利益或是取得財產權，就不會構成徵收。

國家獲得財產權或是利益的移轉，確實是徵收的重要表徵，也是徵收最傳統的

<sup>90</sup> Sax, *supra* note 95, at 48-50.另參見陳新民，同前註 42，頁 489-494。

<sup>91</sup> E. J. de Aréchaga, *State Responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property*, 11 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 179, 182 (1978).

<sup>92</sup> Andrew Newcombe, *Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation be Paid?* 81 (1999) (unpublished Master of Laws thesis, University of Toronto), *available at*: [http:// www.italaw.com/documents/RegulatoryExpropriation.pdf](http://www.italaw.com/documents/RegulatoryExpropriation.pdf). [hereinafter “When should compensation be paid”]

<sup>93</sup> 陳新民，同前註 42，頁 317-319。



類型。但是此種概念，在美國與德國的國內法已經獲得突破，與國際法上向來著重以效果為主的判斷方式亦似有不合。例如在美伊索償法庭的仲裁決定中，即表明徵收之構成不以國家實際上獲得利益或是財產權為限。<sup>94</sup>此外，歐洲人權法院等國際仲裁庭或國際法院也認定，間接徵收不以國家取得財產權為限。因此徵收保障範圍早已擴張到未有財產權移轉的間接徵收。以財產權獲得與否的判斷模式，只能居於輔助地位，似無法以此一標準為主要判斷要素。

### 3. 不會造成個人過重的負擔：

美國國內法上，要求徵收必須補償的理由在於，避免國家將促進公共利益的負擔，加諸於少數個人身上。因此若公共利益的負擔平均分攤給大多數人民，而非針對少數族群或是特定個人，則不必加以補償。<sup>95</sup>德國國內法亦認為如果財產權之限制仍未超出社會限制，而構成個人特別犧牲，則不需要補償。在歐洲人權公約下，也承認一般財產權的利用限制通常不構成財產權的剝奪。在其比例原則審查之下，若該等措施並未造成個人特別犧牲，則仍符合比例性，不需要另外加以補償。前述 *Newcombe* 的見解中也提及，財產權的固有限制以及政府享有對其限制的權力，已經屬於一般法律原則，可以做為國際法上限制財產權而不需補償的法源。<sup>96</sup>

第三個理論基礎，以措施是否造成不公平的結果為判斷方式。如果造成財產權損害的措施，沒有將過重的負擔加諸於個人之上，或是造成特別犧牲，此時即不需要加以補償。美國法與德國法、以及歐洲人權法院的判決，雖然形式與理由上略有不同，但是殊途同歸的提出過此一見解。在德國國內法與歐洲人權法院的判決中，相當強調此一判斷標準；<sup>97</sup>美國國內法上，學者間有認為，徵收補償的目的就在於避免社會將公共利益進步的負擔，加諸於少數人身上。例如如稅務措施雖然直接將財產權移轉與國家，但是從定義上而言，稅務措施本身即為不需補償的財產權限制。而且也是傳統上國家規制權限內的核心類型，其之所以不需要補償，除了屬於國家

<sup>94</sup> See e.g. *Starrett Housing Corporation v. Iran*, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122, 154 (1983).

<sup>95</sup> Joseph L. Sax, *Takings and the Police Power*, 74 YALE L. J. 36, 48-50 (1964).

<sup>96</sup> *Newcombe*, *The Boundaries*, *supra* note 1, at 22.

<sup>97</sup> See e.g. *Perkams*, *supra* note 57, at 150.

存續與完成其功能所不可或缺的領域外，更是因為稅務措施正是把政府運作的費用，平均分攤給國境內的人民，而非針對特定個人或是族群為之。<sup>98</sup>在美國內國法院判決中也曾提及這一點，只是不似德國法院受到高度重視。<sup>99</sup>由此亦可看出，若稅務措施之制定與施行顯失公平，而造成某些族群或是個人特別嚴重的損失時，國家仍然有可能必須負擔補償義務。

此一理論基礎從平等權出發，論述需要補償跟不需補償的措施之界線，因此操作上勢必涉及投資人與其他國內人民受到措施影響程度之比較，判斷投資人是否受到特別犧牲。<sup>100</sup>但是何等程度的差距方構成特別犧牲，恐怕亦難找到放諸四海皆準的定義，各國對國家規範權限的容許程度意有所不同。因此參考此一基礎時，仍需注意國際投資條約所提供的終究是最基本的保障，應以較為寬鬆的態度進行審查。<sup>101</sup>

#### 4. 主權國家應享有自主空間

主權國家應享有自主規制空間，此一論理基礎為國際法上所獨有。內國法的實踐通常不會提及。此一論理乃基於國際法上向來尊重主權國家隊內的最高權力，以及國際法與國內法的差異而發。在國際法上，主權代表的對內最高權力，亦不允許他國任意介入主權國家的內政，使之享有充分的對內規制權限。在經濟政策與自然資源相關領域，更透過國家對其自然資源享有最高主權的國際法上原則，強化此一地位。<sup>102</sup>此外，雖然仲裁庭與國際法院經常強調，國內法的適法性與國際法的適法性係屬二事，國內法上完全合法的行為，仍有可能構成國家國際法義務的違反。但是在規制措施的合法性審查上，國際法院或是仲裁庭的不像國內法院一般，具有高度的民主正當性。此外，國內法規制措施乃衡酌各種利益後而為的考量，很難期待國際法院或是仲裁機構，能夠在判斷時加以權衡這些要素。因此應允許主權國家進

<sup>98</sup> Sax, *supra* note 95, at 48-50.

<sup>99</sup> 陳新民，同前註 42，頁 482-83。

<sup>100</sup> Perkams, *supra* note 57, at 113-22. 陳新民，同前註 42，頁 334。

<sup>101</sup> 此部分請參閱本文第 7 章之說明。

<sup>102</sup> See SORNARAJAH, *supra* note 2, at 399-400, 422-24; NEWCOMBE & PARADELL, LAW AND PRACTICE, *supra* note 9, at 321-22. On the concept and the content of sovereignty, see Crawford, *supra* note 10, at 447-55.

行國內規制措施時，免於司法審查以及賠償義務。<sup>103</sup>

此種見解主張國際法應對主權國家的規制行為予以尊重，與國際實踐上經常強調國家必須擁有規制空間相合。但是國家對內的規制權限也不是絕對的，在國家濫用權限時，也不能逃過補償義務。更不應從人民處獲得不當得利，或是將增進整體社會福祉的成本，歸諸於特定個人或是族群上。因此即使所規制之領域屬於國家功能的核心領域，國家也不應該享有絕對的權利，只是享有比較廣泛的規制權限。但是此種見解仍值得參考，在歐洲人權公約之下，也相當重視各國政府對內的規制空間。利用國家措施是否屬於傳統上國家規制範圍作為判斷標準相合，也可以提供一些協助。不過正如前述，近代國家的規制需求早已擴及各種不同的領域，因此從歷史上某些領域是否屬於國家規制範圍，雖然可以幫助判斷，但是難以作為主要的判斷基準。

#### 4.4.3.2 合理規制措施與間接徵收的區分標準

如同 Restatement (3rd) 第 712 條所示，「……國家就善意的一般性稅捐、規範、刑事之沒收，或是其他公認屬於國家警察權內的措施，所生之外國人財產、或是其他經濟利益的喪失，不負責任……」，不同的法源都承認國家規制措施通常不會構成徵收，但是對於何時規制措施會逾越合理權限，而進入徵收的領域，則沒有一致的答案。但是各法源之間仍有一些共通的考量要素：

##### 1. 措施的影響程度

此為國際法上最強調的判斷標準，當政府措施造成的影響足夠嚴重，即可能構成徵收，美伊索償法庭或是前一章所提及的國際法院、常設國際法院等各種法源，都提及措施造成的影響，甚至以之為單一標準；但相對的在美國、德國內國法下，措施造成之影響只是判斷標準之一，雖然通常未達嚴重影響時並不構成徵收，但即使影響嚴重，也未必當然必須補償，仍必須考量其他因素。而歐洲人權法院的判決，

<sup>103</sup> See e.g. SORNARAJAH, *supra* note 2, at 389-90; Mountfield, *supra* note 104, 146-47. (後者表示主權國家的民主政府，必須保有回應各種社會需求以及變遷的能力，如果規制措施都會引起賠償責任，那麼無異是讓少數外國投資人綁架全體公眾利益，而對其補償也就等於是贖金了。)

雖然以措施造成之影響程度區分財產權之剝奪與財產權之利用限制，但是兩者都必須再經過比例原則之檢驗，與其他法源的狀況略有不同。

## 2. 國家施行措施的目的

主觀上無論國家是否出於徵收財產的目的，都有可能構成徵收，尤其當國家主觀出於徵收意圖而採取措施時，更為如此。惟在國際法法源上較為強調措施所造成的效果，例如歐洲人權法院的判決中，曾在國家很明顯出於徵收意圖時，以措施造成之效果不足，認定並非徵收。

相較於國家是否出於徵收的目的，措施是否出於公共目的更為重要。公共目的在各法源中，不但是徵收的合法要件，也同時是正當規制權限行駛的基礎。若國家措施非出於公共目的，則不可能屬於正當規制權限的行使。若其所造成的損失重大，不但構成徵收，而且可能構成違法徵收。

## 3. 國家施行措施的特性

美國法在 *Penn Central v City of New York* 案中明示政府措施的特性為其中一個考量因素；較早的案例也經常以政府措施，是否以防止財產權之利用方式造成公眾損害為判斷標準(*noxious use*)，或是指出國家不必就合理規制權的行使負賠償責任；而德國法跟歐洲人權法院的判決上，認為通常以立法方式而為的財產權內容限制，不會構成徵收，亦屬於政府措施特性之判斷。

在國際法法源上，例如美伊索償法庭的案例中，亦曾以措施屬於正當規制權限為由，認為不需補償。

## 4. 保障人民的合理期待(*reasonable expectation*)

人民的合理期待以不同形式出現在各法源中。例如在美國法上，政府措施是否破壞人民的合理期待，亦為 *Penn Central v City of New York* 案的判斷標準之一；在德國法上，如果法秩序的變動屬於人民無法期待者，也可能引發賠償義務。而歐洲人權法院下，判斷措施是否符合比例性時，也會審酌法律安定性之要求，在一案中歐洲人權法院以地主國之法律施行，保留了相當的緩衝期間，已足保障人民之信賴為

由，認為措施仍具比例性，不須補償。<sup>104</sup>

## 5. 措施目的跟手段之間的關聯性

除了措施必須出於公益目的外，措施目的跟手段間的關聯性亦為重要考慮因素。其中最明顯者如德國國內法上，所有國家措施都必須遵循比例原則；而歐洲人權法院也同樣採用比例原則作為判斷規制措施是否需要補償的工具。如我們所熟悉的，比例原則而強調目的跟手段之間的關聯性，以及措施不能過當，有時這樣的要求各種法源會將其列於投資人、財產所有人的合理期待保護之下討論。而在歐洲人權法院，尚以是否構成個人特別犧牲判斷是否違反比例原則的問題。

在美國法上，對於警察權的行使，亦要求不得措施不得存有不合理(unreasonable)、恣意(arbitrary)、或是反覆無常(capricious)之情況，亦要求在目的手段之間取得一定的衡平性。

除了較為共通的要素外，國家是否取得利益，亦為輔助的參考要素之一。美國法跟德國法上，最典型的徵收類型，就要求由國家直接取得該財產權。但是今日無論是內國法或是國際法，都以突破此一限制，而發展出間接徵收的類型因此只能作為輔助判斷要素。

---

<sup>104</sup> Helen Mountfield, *Regulatory Expropriations In Europe: The Approach of The European Court of Human Rights*, 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 136, 144 (2002).

## 5. 投資條約對合理規制措施之規範

### 5.1 概述

在投資法的領域中，間接徵收規範的範圍，已經足以涵蓋所有國家規制措施，使得國家可能必須為其規制措施負擔賠償責任。然而同時投資條約也承認國家仍保有一定的規制權限，因此重點在於如何區辨不須補償的合理規制措施，以及見間接徵收規範。上述討論描述了國際法與國內法上的發展，而同樣的問題在投資法領域的應用如何？

學術文獻中清楚的描述了 2005 年前，NAFTA 案例的發展。在 2005 年前 NAFTA 的投資案例發展中，許多案例承認國家仍有規制空間，但是判斷標準不甚清晰。<sup>1</sup>能夠確定的是，在 NAFTA 下的投資仲裁案例，多數仍以措施造成的效果為最重要的判斷因素，間或提出一些輔助的判斷標準。該文獻並整理出一套判斷標準，建議應參考下列的要素判斷：

1. 規制措施如係出於合法的公共目的，並且符合比例性與必要性時，不需要予以補償。
2. 措施法律上與執行上是否皆具歧視性
3. 措施是否違反與投資人的直接協議
4. 即使措施符合以上的各要素，然而卻使投資完全喪失其價值，國家仍需補償。<sup>2</sup>

此一問題廣獲重視後，近年又有不少發展，其中最重要的包括投資協定文字的變動，例如在 2003 與 2004 年，美國與加拿大的範本投資協定採取了不同的徵收定義方式；而在近年國家規制權限與間接徵收的衝突越發顯著，並且廣獲重視的情況下，投資仲裁法庭的判斷要素是否有所變動，判斷方式上有無改變，以及其他法領域的實踐，對判斷標準是否產生影響，都是亟欲進一步探討的課題。

本文在接下來兩章，將先分析國際投資條約的徵收條款，以及其條約文字的變化，

<sup>1</sup> Catherine Li, *Regulatory Expropriations: Precedents, Principles and Prospects*, 86 CHENGCHI LAW REV. 321, 352(2005).

<sup>2</sup> *Id.* 354-359.

從投資爭端中可資適用的法律出發，尋求在條約實踐中，是否提供了區分合理規制措施與間接徵收之標準。接下來將再透過實際投資案例的分析，進一步了解在具體爭端案例中，仲裁庭是否意識到規制權限與間接徵收間的衝突，以及其如何適用解釋條約，以調和國家與投資人兩者的利益。

## 5.2 徵收保障條款之演進

如前所述，徵收規範無意干預國家實施合理規制措施的空間，本章將探討國際投資條約，作為投資爭端中可資適用的法律，其徵收條款是否提供了充足的指示，以區分間接徵收與合理規制措施。

隨著投資條約的發展，徵收保障的用語逐漸擴張。例如 1959 年德國跟巴基斯坦簽署的第一個現代投資條約中，只規定締約雙方不可國有化或是徵收他方投資人的財產。<sup>3</sup> 但是到了 1990 代以降，徵收保障條款的用語開始擴張，將禁止的行為擴及至「直接或間接徵收」、「等同徵收效力之措施」，論者以為，這是反映了國際法上財產保障，範圍逐漸擴張的趨勢。<sup>4</sup>

幾個多邊投資條約的用語，即將間接徵收納入。能源憲章條約第 13 條第 1 項中規定，「除了符合下列要件之情形外，締約國不得對其國境內的另一締約國國民之投資，加以國有化、徵收或是對其採取效果等同於徵收之措施。」<sup>5</sup>

北美自由貿易協定第 11 章，1110 條第 1 項也採取相類的規範方式，「會員國不得直接或間接，國有化或徵收其他會員國之投資人，於其領域內之投資，或對於該投資採取

<sup>3</sup> ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, *LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT* 332-33 (2009); UNCTAD, *EXPROPRIATION: A SEQUEL* 5-12 (2012). For comprehensive comment on different BIT, see CAMPBELL MCLACHLAN, ET AL., *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES* 269-86 (2008).

<sup>4</sup> MCLACHLAN, ET AL., *supra* note 3, at 283.

<sup>5</sup> Energy Charter Treaty, art.13.1, 26, Dec. 17, 1994, 2080 U. N. T. S. 95.

(“Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is:

- (a) for a purpose which is in the public interest;
- (b) not discriminatory;
- (c) carried out under due process of law; and
- (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.”)

等同國有化或徵收之措施……」<sup>6</sup>

東南亞國家協會(Association of Southeast Asian Nations, ASEAN)的投資促進與保障條約第 6 條 1 項也提供了徵收保障條款，「任何締約國之國民或是公司所有之投資，不得遭受徵收、國有化、或是任何等同效力之措施…」<sup>7</sup>，但後來在 2009 年東協各國新訂了東協全面投資條約，在 14 條訂了新的徵收保障條款，即明文納入了間接徵收。<sup>8</sup>

東非、南非共同市場(Common Market for Eastern and Southern Africa, COMESA)所訂定之投資條約，在第 20 條第 1 項中規定，「會員國不得對其領域內之投資進行國有化或是徵收，或是採用等同徵收之措施……」<sup>9</sup>

在雙邊投資條約中，相類的模式規範也廣受運用。根據統計，截至 2011 年 5 月，世界雙邊條約簽定數量最多的國家依次是英國、德國；而開發中國家則以中國大陸居冠。<sup>10</sup>在此之中，簽訂數量排行第一的英國 2005 年版本之雙邊投資協定範本，徵收相關部分即規定，「締約國一方之國民或是企業，在他方領域內所為之投資、或是所有之公司，不應遭到締約他方之國有化、徵收、或是受制於等同國有化或是徵收之措施……」<sup>11</sup>，

---

<sup>6</sup> North American Free Trade Agreement, art. 1110, U.S.- Can.- Mex., Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993).

(“Article 1110: Expropriation and Compensation

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment...”)

<sup>7</sup> Agreement on Promotion and Protection of Investment in ASEAN, art.6(1), Dec. 15 1987, *available at*

<http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments>

(“Investments of nationals or companies of any Contracting Party shall not be subject to expropriation, nationalisation or any measure equivalent thereto...”)

<sup>8</sup> Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Comprehensive Investment Agreement, art.14, Feb. 26, 2009, *available at*

[http://www.ASEAN.org/images/2012/Economic/AIA/Agreement/ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement%20\(ACIA\)%202012.pdf](http://www.ASEAN.org/images/2012/Economic/AIA/Agreement/ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement%20(ACIA)%202012.pdf)[hereinafter ASEAN investment agreement]

<sup>9</sup> Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, art. 20(1), May 22-23, 2007, *available at*

<http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagrecomesa.pdf>. [hereinafter COMESA investment agreement]

(“1. Member States shall not nationalize or expropriate investments in their territory or adopt any other measures tantamount to expropriation of investments...”)

<sup>10</sup> 經濟部投資業務處，國際投資協定分析釋義，頁 14 (2012)。

<sup>11</sup> UK Model Investment Protection and Promotion Agreement, art.5(1), 2005.

“(1) Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalised,



此種規範模式並反映在英國與他國締結的條約上。

德國在其參與雙邊投資條約中，則同時提及禁止直接或間接徵收，以及任何等同徵收或是國有化之措施。在德國 2001 與波士尼亞—赫塞哥維納所簽訂之雙邊投資條約第 4 條第 2 項規定，「締約國之一方之投資人所為之投資，不得受到直接或間接徵收，或是國有化，或受限於任何其他效果等同於徵收或是國有化之措施…」<sup>12</sup>

雙邊投資條約簽訂數量排行世界第一的中國大陸，目前所用雙邊投資協定範本以及其參與的雙邊投資條約，就採用此種的規範方式。<sup>13</sup>雖然其所簽訂的各雙邊條約之間，文字有些許差異，但是結構上大致類似。在中國大陸最新版的雙邊投資協定範本第 4 條第 1 項中，規定「締約之雙方皆不得徵收、國有化締約他方之投資人在其境內所為之投資、或是採取與徵收、國有化相類似(similar measures)的措施……」<sup>14</sup>，在其和紐西蘭簽訂的雙邊投資條約中，使用的是等同徵收之措施(equivalent to) 用語上沒有提及間接徵收、在其與德國於 2003 年簽訂的投資條約，用語則改為「Measures tantamount to expropriation and nationalization」，並且提及直接與間接徵收。<sup>15</sup>

其他如美國、加拿大、奧地利、荷蘭、澳洲、新加坡等國，以及第三世界國家之間締結之雙邊投資條約，雖然文字上略有不同，但是基本上也都採取此種途徑，即以「禁止直接、間接徵收或國有化投資，或是採取效果等同之措施」以及其變形，約定徵收保障條款。<sup>16</sup>而今日更是大多數的雙邊投資條約，都直接明示禁止直接與間接徵收。<sup>17</sup>

---

expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”) in the territory of the other Contracting Party”

<sup>12</sup> Treaty Between Federal Republic Germany and Bosnia-Herzegovina Concerning Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, Ger.- Bosn. & Herz., art 4(2), Oct. 18, 2001.

(“Investments by investors of either Contracting State shall not be directly or indirectly expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting State”)

<sup>13</sup> NORAH GALLAGHER & WENHUA SHAN, CHINESE INVESTMENT TREATIES: POLICIES AND PRACTICE 268-70 (2009). 由於中國大陸的雙邊投資協定範本並未公開，本文所用的內容亦引自同書。

<sup>14</sup> *Id.* at 434.

(“Neither Contracting Party Shall expropriate, nationalize or take other similar measure (hereinafter referred to as ‘expropriation’) against the investments of the investors of the other Contracting Party in its territory... ”)

<sup>15</sup> Free Trade Agreement Between The Government of New Zealand And The Government of the People’s Republic of China, China-N.Z., art 145(1), Apr.7, 2008[hereinafter China-New Zealand FTA]; Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, China-Ger., art. 4(1), Dec.1, 2003. [hereinafter China-Germany BIT]

<sup>16</sup> See generally MCLACHLAN, ET AL., *supra* note 3, at 275-86.

不過上述的各條約，卻多半欠缺對徵收的定義，以及和合理規制措施之區分。對於區分間接徵收與國家的合理規制權限行使，並未提供任何幫助。然而此種情況在 2003、2004 年加拿大與美國接連採納了新的雙邊投資協定範本後，開始轉變。在這兩個雙邊投資協定範本以及大多數其後美、加兩國締結的雙邊投資條約中，除了徵收保障條款外，在本文或是附件中加入了直接與間接徵收的定義、判斷間接徵收的要素，以及合理規制措施不會構成徵收的明文。其後許多新進的條約，都參酌此種規範方式，以條約明文嘗試確保自己的規制空間。<sup>18</sup>

## 5.3 新型條約的規範方式

### 5.3.1 美國、加拿大的新型條約實踐

#### 5.3.1.1 雙邊投資協定範本

自 2003、2004 年以來，加拿大與美國的雙邊投資協定範本採取了比較詳盡的規範方式，以 2012 年版的美國雙邊投資協定範本為例，該協定第 6 條第 1 項規定：「除符合下列條件外，締約雙方皆不得徵收、或是國有化本協定所保護之投資，不論直接或是間接透過徵收與國有化的同等效力措施……」，<sup>19</sup>雙邊投資協定範本本文的規範方式與前述最常見的模式相同。不同之處在於，雙邊投資協定範本另在附件中提供更詳盡的定義。這類協定有兩大特色，其一為大多明示，在區分間接徵收與合理規制措施時，不採取只考量政府措施造成的損害此種模式，而是必須考量數個列舉要素以及其他要素；其二為多半在附件或是條文中明示，地主國的合理規制措施不會構成間接徵收。

本條規定按照雙邊投資協定範本的註腳 10，解釋上必須參照附件 A、B。雙邊投資協定範本的附件 B 共有四項，第 1 項規定雙邊投資協定範本本文第 6 條的徵收規範，只提供國際習慣法上的徵收保障標準，無意提高保障程度；第 2 項規定徵收可以由單一或是一連串政府行為構成，明文確認包括逐步徵收樣態(creeping expropriation)；此外，

<sup>17</sup> UNCTAD, *supra* note 3, at 8.

<sup>18</sup> *Id.* at 57-60.

<sup>19</sup> Treaty Between the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, art.6, Apr. 2012, available at <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> [hereinafter 2012 U.S. Model BIT]

本項並限縮了徵收標的的範圍，表示只有政府措施造成構成投資的實體或無體財產權、或是財產上利益才會構成徵收，藉以將一部分條約定義部分保障的投資，排除徵收保障範圍之外，降低與國內規範衝突的程度，並降低規制措施受到限制的風險。<sup>20</sup>

而第 3 與第 4 項，則進一步澄清第 6 條所指徵收措施的範圍與內涵，第三項指出第 6 條規範的徵收共有兩種樣態，第一種為直接徵收，即指將投資國有化或是直接移轉或奪取(seizure)財產權之措施；而另一種樣態則規定在附件B第 4 項，為間接徵收，可由單一行為或是一連串的行為構成。<sup>21</sup>

而措施構成間接徵收與否，必須參酌第 4 項所列的三個標準，即 1.對投資人造成的經濟上影響，但是單單有經濟上影響不足以構成間接徵收、2.政府措施對投資人投資之合理信賴的損害程度、以及 3.政府措施的特性(Character)。此外，條約也明示排除，除少數例外情形，一方為了保護其公共福利，例如公共健康、安全、與環境的非歧視措施，不構成間接徵收。<sup>22</sup>

### 5.3.1.2 實際的條約實踐

目前美國與烏拉圭、澳洲、智利、摩洛哥、等國簽訂的雙邊投資條約或是自由貿易協定；以及加拿大與秘魯、羅馬尼亞、拉脫維亞、約旦、捷克等國所簽訂的雙邊投資條約、自由貿易協定等，即是以與投資協定範本相同方式，訂定其徵收保障條款。

上述美國與烏拉圭、<sup>23</sup>澳洲、<sup>24</sup>智利、<sup>25</sup>摩洛哥<sup>26</sup>簽訂的雙邊投資協定或是自由貿易

<sup>20</sup> See UNCTAD, *supra* note 3, at 131.

<sup>21</sup> 2012 U.S. Model BIT, annex A, B.

<sup>22</sup> 2012 U.S. Model BIT, annex B.

<sup>23</sup> Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, art. 6, annex A, annex B, U.S.-Uru., Nov.4 2005, available at [http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset\\_upload\\_file748\\_9005.pdf](http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file748_9005.pdf). [hereinafter “US-Uruguay BIT”]

<sup>24</sup> Australia - United States Free Trade Agreement, art.11.7, annex 11-A, annex 11-B, U.S.-Austl., May 18, 2004, 118 Stat. 919, available at [http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us\\_fta/final-text/index.html](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/index.html)

<sup>25</sup> United States – Chile Free Trade Agreement, art. 10.9, annex 10-A, annex 10-D, U.S.-Chile, Jun. 6, 2003, available at [http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset\\_upload\\_file1\\_4004.pdf](http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf)

<sup>26</sup> United States – Morocco Free Trade Agreement, article 10.6, annex 10-A, annex 10-B, U.S.-Morocco, Jun. 15, 2004, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/morocco-fta>.

協定，以及中美洲自由貿易協定<sup>27</sup>，其徵收保障條款都依循投資協定範本的規範方式，由標準的「禁止直接、間接徵收、或是對投資採取等同徵收效果之措施」作為內文，並在兩個附件中強調，該徵收保障條款提供者為國際習慣法的保護水準，徵收必須措施造成財產權或是財產上利益的侵害；以及徵收判斷需要參考的三個要素，最後並明言原則上政府措施出於保障公共健康、安全、環境等正當目的之規制措施，原則上不構成徵收。不過實際上締結的條約，仍會因應實際的考量而有所調整。

例如在中美洲自由貿易協定中，其附件 10-A 規定，對於公債，只有國民待遇跟最惠國待遇的適用，包括徵收保障跟公平公正待遇都不適用。<sup>28</sup>

另外如美國、烏拉圭之間簽訂之雙邊投資協定，就在條約後附加議定書，其中第三段特別補充解釋徵收保障條款附件。在附件中表示，政府「出於正當公共目的之規制措施」原則不構成徵收。附件中並且例示了保障公共健康、安全、環境保護三個正當目的。而議定書則更進一步表示，出於正當公共目的並不是列舉清單，上述三個目的只是例示，國家尚可出於其他正當公共目的，採取規制措施。<sup>29</sup>

### 5.3.2 其他國家的新型投資條約

除了這兩國參與的投資條約外，其他國家之間新簽訂的投資條約，也仿效此種規範方式。例如我國與日本、中國大陸所簽訂之投資協定，徵收一章的規範方式也與美國模範投資協定相當類似，本文將會在下一節中特別分析這兩個協定。而中國大陸與紐西蘭、日本與秘魯<sup>30</sup>等國簽訂的投資條約也在條約附件中明文表示，只有少數狀況下規制措施會構成徵收，並且提供了區分徵收與合理規制措施的要素，但是所採用的判斷要素有些不同的變形。

<sup>27</sup> Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement, art.10.7, annex 10-B, annex 10-C, Aug. 5, 2004, *available at* [http://www.ustr.gov/Trade\\_Agreements/Regional/CAFTA/CAFTA-DR\\_Final\\_Texts/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Regional/CAFTA/CAFTA-DR_Final_Texts/Section_Index.html)[hereinafter DR - CAFTA]

<sup>28</sup> DR - CAFTA, annex. 10-A.

<sup>29</sup> US-Uruguay BIT, Protocol para.3.

(For greater certainty, the Parties confirm that the list of “legitimate public welfare objectives” in paragraph 4(b) of Annex B on Expropriation is not exhaustive.)

<sup>30</sup> Agreement Between Japan and The Republic of Peru For The Promotion, Protection and Liberalisation of Investment, Japan-Peru, art.13, Annex III, IV, Nov.21, 2008.

例如中國大陸與紐西蘭的自由貿易協定，在附件 13 中用於區分間接徵收與規制措施的要件就與美加等國的雙邊投資協定範本不同。該附件第 3 到第 5 項規定，

「3.國家對投資人財產的剝奪，只有在下列情形才構成間接徵收:

- (1) 非常嚴重(severe)或是永久，並且；
- (2) 與所欲達成的公共目的間不合比例性

4. 當有下列情狀時，應認為國家剝奪財產權之行爲，非常有可能構成間接徵收:

- (1) 措施帶有歧視效果，無論是針對個別的投资人或是針對由投資人組成的某一群體；或是
- (2) 措施違背國家先前對投資人所爲，具有拘束力之書面承諾，無論是透過契約、執照、或是其他法律文件皆同。

5. 除了少數適用第四項狀況外，國家爲了保護公共福利，包括公共健康、安全、環境等，合理行使國家規制權限，不會構成徵收。」<sup>31</sup>

在多邊投資條約中，也可見類似的規範方式。例如東協投資條約、東非、南非共同市場投資條約中，都注意到間接徵收與國家規制措施界線不清的問題，因此在條約中加入了區分間接徵收與合理規制措施的要素，或是明文表示會員國有權利採取規制措施，而不會構成徵收。

在東協投資條約附件 2 中，規定

「3.判斷會員國的單一或是一連串行動是否構成第二款所稱之徵收時，必須基於個

<sup>31</sup> China-New Zealand FTA , annex III.

(“In order to constitute indirect expropriation, the state's deprivation of the investor's property must be:

either severe or for an indefinite period;  
and disproportionate to the public purpose.)

A deprivation of property shall be particularly likely to constitute indirect expropriation where it is either:

discriminatory in its effect, either as against the particular investor or against a class of which the investor forms part; or

in breach of the state's prior binding written commitment to the investor, whether by contract, license, or other legal document.

Except in rare circumstances to which paragraph 4 applies, such measures taken in the exercise of a state's regulatory powers as may be reasonably justified in the protection of the public welfare, including public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation.”

案事實加以判斷，並考量包括下列要素在內的因素，

- (a) 政府措施造成投資的經濟價值影響，但只憑政府措施造成了投資經濟價值的負面影響此一要素，不足以構成徵收。
- (b) 政府的行為是否違反先前與投資人間具有拘束力之書面承諾，無論是以契約、執照、或是其他法律文件的方式；以及
- (c) 政府措施的特性，包括其目的，以及措施的手段，是否與第 14 條第 1 項所稱之公共目的間，欠缺比例性。

4.會員國為了保護正當公共福利，設計並所執行之非歧視性措施……並不構成第二款所稱之徵收。」<sup>32</sup>

東非、南非共同市場投資條約則在條約第 20 條徵收保障條款的第 8 項，將國家的規制權限明文列出：「符合主權國家之規制權限，以及國際習慣法上的國家規制權限原則(principles of police powers)，會員國為了增進或是保護正當公共利益，例如公共健康、安全、或是環境，設計並執行的善意規制措施，不構成本條所稱間接徵收。」<sup>33</sup>

## 5.4 我國近期投資條約下的國家規制權限評析

我國在這兩年，於雙邊投資條約的簽署上大有斬獲。接連與日本、中國大陸，簽署了雙邊投資條約，以提供雙方投資人更好的投資環境。其中日本為我國第二大貿易夥伴，

<sup>32</sup> ASEAN investment agreement, Annex II.

(“3. The determination of whether an action or series of actions by a Member State, in a specific fact situation, constitutes an expropriation of the type referred to in sub-paragraph 2(b), requires a case by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(a) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Member State has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that such an expropriation has occurred;

(b) whether the government action breaches the government’s prior binding written commitment to the investor whether by contract, license or other legal document; and (c) the character of the government action, including, its objective and whether the action is disproportionate to the public purpose referred to in Article 14(1).

4. Non-discriminatory measures of a Member State that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute an expropriation of the type referred to in sub-paragraph 2(b).”)

<sup>33</sup> COMESA investment agreement, art.20.

(“Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this Article”)

亦為我國外資與技術的重要來源；<sup>34</sup>而中國大陸則更是我國境外投資額度最高之地區，<sup>35</sup>本節將集中討論這兩個協議的徵收保障條款，並以上述分析所得，對這兩個協議的內容，進行評析。

### 5.4.1 台日投資協議(Taiwan-Japan Investment Arrangements)

#### 5.4.2 徵收保障條款

台日雙邊投資協議第 12 條，相關規定如下：

「1.不得對締約雙方之投資人所為之投資，採取徵收或是任何等同徵收之措施(下稱「間接徵收」)，除非滿足下列要件:

- (a)出於公共目的
- (b)以非歧視性的方式為之
- (c)依據第 4 項至第 6 項，提供即時、充分並且有效之補償
- (d)依據第 5 條之正當法律程序為之

2.第一項之間接徵收指單一或是一系列之公權力行為，其產生之效果等同於徵收，但是並未涉及財產權之移轉或是直接剝奪。

3.判斷締約雙方採取的單一或是一系列行為，是否構成間接徵收時，必須以個案事實為基礎加以判斷，並考量包括如下的因素：

- (a)該行為對投資造成的經濟衝擊，但是單憑政府措施對投資造成負面影響，不能認定措施構成間接徵收。
- (b)該行為是否違背投資人基於其投資之合理期待以及其違背程度
- (c)該行為的性質；以及
- (d)該行為之目的，包括該行為是否出於正當公共目的，包括保護公共福利、安全、健康以及環境保護。

<sup>34</sup> 經濟部投資業務處投資業務處，全球經貿布局策略下的台日投資協議，頁 1 (2011)  
[http://www.moea.gov.tw/TJI/main/content/wHandMenuFile.ashx?menu\\_id=3601](http://www.moea.gov.tw/TJI/main/content/wHandMenuFile.ashx?menu_id=3601)

<sup>35</sup> 經濟部投資業務處投資業務處，中國大陸投資環境簡介，頁 15 (2012)  
<http://www.dois.moea.gov.tw/content/pdf/OK-101-78%E5%A4%A7%E9%99%B8101.9.10.pdf>

### 5.4.3 條款評析

從台日投資協議的訂定方式觀察，其實與美國、加拿大等國的新型雙邊投資協定範本相去不遠。在第一項徵收保障本文的部分，同時禁止直接與間接徵收，雖然與國際上普遍的模式相較，沒有提及國有化，而間接徵收是以「等同徵收效果」定義，但是應不影響實際保障範圍。畢竟從仲裁實例中可見，直接徵收的定義已足囊括所有將財產權移轉給國家、或是國家指定之第三方的行為；而「等同徵收」之措施，究竟是否提供較國際習慣法上間接徵收更高的保障，過去在仲裁判斷中曾有爭議，但現在此等爭議已不復存，在學術文獻與仲裁實踐上，較為一致的認為等同徵收之措施可為國際習慣法上的間接徵收概念囊擴，並未提供優於國際習慣法之保障。<sup>37</sup>而以等同徵收之措施作為保障範圍，也與許多國際條約實踐相合，在仲裁實踐上此種文字差異並沒有明顯的影響。保護

<sup>36</sup> Arrangement Between The Association of East Asian Relations And The Interchange Association For The Mutual Cooperation On The Liberalization, Promotion And Protection of Investment, Japan-Taiwan, Art.12, Sep.22, 2011.

(“Article 12

1.Expropriation or any measure equivalent to expropriation (hereinafter referred to as “indirect expropriation”) shall not be taken with respect to investments of investors of either Side, except:

(a) for a public purpose;

(b) in a non-discriminatory manner;

(c) upon payment of prompt, adequate and effective compensation pursuant to paragraphs 4 through 6; and

(d) in accordance with due process of law and Article 5.

2. Indirect expropriation referred to in paragraph 1 refers to an action or a series of actions by the authorities, which has an effect equivalent to expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

3. The determination of whether an action or a series of actions by the authorities of either Side, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(a) the economic impact of the action, although the fact that such action by the authorities has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(b) the extent to which the action interferes with distinct, reasonable expectations arising out of investment;

(c) the character of the action; and

(d) the objectives of the action, including whether such action is taken for legitimate public objectives, such as protecting the public welfare, safety and health, and protecting and preserving the environment.

...“)

<sup>37</sup> CAMPBELL MCLACHLAN, ET AL., INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES 286 (2008); ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT 338-40 (2009).



涵蓋的範圍也相當廣泛，故應不致造成保護範圍不足的問題。<sup>38</sup>

而另一個不同之處在於，台日投資協議中，並沒有明示雙方的規制措施，原則上不會構成徵收。但是如前所述，此一條文的作用只是重申地主國的規制權限。雖然或有強調應判斷上應考量地主國行為的公共目的之用，然而此一要素在條文規定的參考要素清單中已經列入，在台日投資協議中也將「行為的性質」與「行為的目的」列入區分合理規制權限跟徵收的要素中。此外，台日投資條約也與新型投資條約相同，明示在區分合理規制措施與徵收時，不採以措施造成之損害為單一要素的判斷方式，加入了「該行為對投資造成的經濟衝擊，但是單憑政府措施對投資造成負面影響，不能認定措施構成間接徵收。」之要求，對雙方的規制權限提供較好的保障以及確定性。

## 5.4.4 海峽兩岸投資保障協議

### 5.4.4.1 徵收保障條款

在海峽兩岸投資保障協議第七條中，規定了徵收相關規範，

「一、除符合下列所有條件外，一方不得對另一方投資人在該一方的投資或收益採取徵收（包括直接徵收和間接徵收）：

- （一）基於公共目的；
- （二）依照一方規定及正當程序；
- （三）非歧視性且非任意的；
- （四）依據本條第四款給予補償。

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

- （一）該措施對投資的經濟影響，但僅對投資的經濟價值有負面影響，不足以推斷構成間接徵收；
- （二）該措施在範圍或適用上對另一方投資人及其投資的歧視程度；
- （三）該措施對另一方投資人明顯、合理的投資期待的干預程度；

<sup>38</sup> *Id.*

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

三、雙方為保護公眾健康與安全、環境等正當公共福利所採取的非歧視性管制措施，不構成間接徵收。

……」

#### 5.4.4.2 條款評析

兩岸投保協議第 7 條的徵收保障條款，與台日投資協議相似，都採取新型投資條約的規範方式。在第 7 條一開始，兩岸投保協議即言明徵收保障範圍包括直接與間接徵收。第 7 條第 2 款，進一步定義間接徵收為效果等同於直接徵收的措施。

條文首先強調間接徵收的判斷必須依據個案的事實認定，並明文表示間接徵收可以由單一或是許多不同的行為構成，故保護範圍包括逐步徵收(creeping expropriation)的樣態。第 2 款下並列 4 目考量因素，包括措施對投資的經濟影響、範圍與適用上對他方投資人的歧視程度、對投資人的投資期待之干預程度、以及措施的施行是否為善意並以公共利益為目的，以及比例原則的考量。同條第 3 款並將一般規制措施排除徵收規範適用範圍之外。

此種規範方式亦見於我國與日本所訂之台日投資保障協議，條約文字較中國大陸與他國的投資協定要更為精緻詳盡。在中國大陸與他國締結的投資協定與其雙邊投資協定範本中，徵收保障部分規定較為簡單，只有禁止徵收或是透過與徵收類似(similar)或等同(equivalent)之措施影響外國投資人之投資，並未對間接徵收之內容與其應考量事項定義，通常亦未排除一般規制措施。

此種規範方式亦見於我國與日本所訂之台日投資保障協議，<sup>39</sup>條約文字較中國大陸

---

<sup>39</sup> 參見台日投保協議第十二條第三款規定：「...3. The determination of whether an action or a series of actions by the authorities of either Side, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- (a) the economic impact of the action, although the fact that such action by the authorities has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
- (b) the extent to which the action interferes with distinct, reasonable expectations arising out

與他國的投資協定要更為精緻詳盡。在中國大陸與他國締結的投資協定與其雙邊投資協定範本中，徵收保障部分規定較為簡單，只有禁止徵收或是透過與徵收類似(similar)或等同(equivalent)之措施影響外國投資人之投資，並未對間接徵收之內容與其應考量事項定義，通常亦未排除一般規制措施。<sup>40</sup>

兩岸投保協議的徵收保障規範方式與前述美國、加拿大雙邊投資協定範本頗為類似。從規範的文字上可見，本協議與台日投資協議相同，都明示要求不能單以措施的效果加以判斷，且要求必須考量投資人的合理期待。比較不同的是，將措施的歧視性與以及比例原則加入區分合理規制措施跟間接徵收的要素中。並且在第 3 款也表示，「雙方為保護公眾健康與安全、環境等正當公共福利所採取的非歧視性管制措施，不構成間接徵收。」，應可認為除了重申國家的規制權限外，也表示考量時應將施行措施的目的納入考量之中，保留了兩岸政府施行政策之空間。<sup>41</sup>

## 5.5 投資條約評析

出於對仲裁判斷過度擴張徵收保障範圍的顧慮，近期許多新的投資條約採取了更詳細的規範方式。諸如上述的強調該條款提供的為國際習慣法上之保護水準、或是強調國家善意的規制措施不該構成徵收，以及規定仲裁庭至少應考量的要素等等。

然而在對於徵收的規定本身仍採取常見的「禁止直接、間接徵收，或是等同徵收效力措施」的規範方式下，其實所提供的保障本為習慣國際法的保護水準，這一點在近期

---

of investment;

(c) the character of the action; and

(d) the objectives of the action, including whether such action is taken for legitimate public objectives, such as protecting the public welfare, safety and health, and protecting and preserving the environment....」

<sup>40</sup> 徐崇利，「《海峽兩岸投資保護和促進協定》之評判：趨向一種務實性保證下的結構性平衡」，發表於「現代國際法學術研討會暨中華民國國際法學會 101 年年會」，(2012)。，頁 5-7；NORAH GALLAGHER & WENHUA SHAN, CHINESE INVESTMENT TREATIES: POLICIES AND PRACTICE 268-70 (2009).

<sup>41</sup> 從條文文義觀之，本條不若美、加雙邊投資協定範本中保留一般規制措施構成間接徵收之空間(except in rare circumstances...)，也不同於台日投資保障協定只將其列為考量因素之一，似乎有意完全將合理規制措施排除在徵收保障範圍之外。但是與第二款的應考慮事項共同觀之，當合理性措施過度破壞投資人合理信賴，並造成重大經濟衝擊時，似乎仍應有構成間接徵收之可能。

仲裁實踐上已經更為清楚。並且，此一保障水平也包含了國家可以採取規制措施的權限。條約重述此概念，確實使之更為清晰，增進了部分確定性。

在新型條約中，出於對規制權限受到過度限制的顧慮，締約國在新型條約中對徵收保障條款做出了一些修正。其所採取的修正方式主要有三個部分，

1. 限縮徵收保障之標的
2. 明文表示必須考量損害以外的要素
3. 強調國家的規制權限

其中限縮徵收保障標的者，有如前述美國—烏拉圭雙邊投資協定的做法，直接將某一類事務或是投資類型，排除在徵收保障之外者，另外亦可採用將保障標的限於「有體無體財產權、財產上利益」的方式，降低與內國財產法系統衝突的可能。

在行為的形式上，新型條約則強調，國家規制措施只要出於正當公共目的，不具歧視性，則原則上不會構成徵收。

而最重要的部分則是判斷的要素跟判斷模式的規定，新型條約對部分仲裁庭判斷徵收上只考量措施造成之損害，做出了回應。新型條約規定了三個應參考的要素，包括措施的特性、措施造成的損害、以及投資人的合理信賴，並且明示不能單依據措施的損害就決定徵收，對於主權國家的規制權限來說，增添了相當的保護。

上述分析顯示，在舊型條約只簡單規定「國家不能徵收、或採取等同徵收效果之措施」，並未提供詳細定義的狀況下，仍需依靠仲裁決定的解釋找出區分規制措施與徵收的方法。

而新型條約透過上述改進，增進了地主國規制權限與投資人間的平衡，以及條約的確定性，但是仍有尚待解決的問題。首先，雖然新型條約強調國家規制措施通常不構成徵收，但是如本文所述，困難之處在於如何區分何者屬於合理規制權限之行使，而何者又逾越此一範疇而可能構成徵收。這部分條文主要的貢獻或許是強調應考量國家採取措施的公共目的，又，在特定領域內似乎應給予國家更高的自主權限。然而當條約文字提及國家「為了保護正當公共目的」時，又引起是國家的合理規制權限，是否限於特定公

共目的之疑慮。<sup>42</sup>

第二，雖然各條約或提出了一些仲裁庭必須參考的要素，但是所規定必須採用的參考要素並不完全一致，通常也都不是列舉清單，而只是例示可考量的要素。就仲裁庭區分地主國之合理規制權限與徵收時，應考量何等要素，又如何利用這些要素，光從條約文字無法得到答案，仍有待進一步的透過仲裁案例分析，找出更進一步的線索。



---

<sup>42</sup> See Allen S. Weiner, *Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of “Legitimate” Regulatory Purposes*, 5 INT’L L. F. D. INT’L 166 (2003).

## 6. 合理規制措施議題的國際投資仲裁實踐分析

### 6.1 序言

分析過目前的投資條約後，雖然得到了初步的指引，但是仍有許多問題尚待釐清。雖然許多現行的條約改採美國、加拿大 2004 年起模範條約的規定方式，嘗試對間接徵收進行比較詳細的定義，並且納入仲裁庭必須考量的要素，甚至明文表示合理規制措施原則不會構成徵收，確實提供了更多指引。但是即使如此，合理規制措施與間接徵收兩者間的界線，仍未就此畫清，對於如何運用列舉的判斷要素，是否應該考量其他要素，以及判斷時所需的政策考量，即使是現行比較詳細的規範，光從條約文字也沒以有提供足夠的解答，更遑論為數眾多的傳統條約，對徵收規範部分僅以「不得徵收或國有化他方投資人之投資」簡單帶過，所提供的線索更是有限。

因此我們尚須進一步觀察仲裁庭在投資個案中，如何具體的適用條約規定，形成其判斷標準，並將個案事實涵射入仲裁庭所形成的規則中。

### 6.2 研究方法

為了檢視國際投資仲裁的判斷方式，在案例分析的研究範圍，由於 2000 年的 *Metalclad v. Mexico* 一案，對合理規制措施與間接徵收議題影響深遠，本文選擇以該案做為起點，分析該案以降的相關案例。<sup>1</sup>

在研究方法上，本文透過聯合國貿易及發展會議(UNCTAD)的投資爭端資料庫進行資料檢索，<sup>2</sup>在該資料庫的實體爭點(substantive issue)檢索欄位，以徵收(expropriation)為關鍵字搜尋，獲得初步的案件清單後，並輔以Westlaw資料庫<sup>3</sup>與投資爭端解決中心(International Center of Settlement of Investment Dispute, ICSID)網站<sup>4</sup>交互參照，判斷案件是否仍未達最終判斷(concluded)。在整理出案件清單後，排除尚未達成最終終決定的案

<sup>1</sup> 此部分分析在 2013 年 4 月 15 日完成，因此所查詢的案例也至該日為止。

<sup>2</sup> UNCTAD Database Of Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases, <http://iadbcases.unctad.org/index.html> (last visit Apr.15, 2013).

<sup>3</sup> Westlaw, <http://web2.westlaw.com> (last visit Apr.15, 2013).

<sup>4</sup> ICSID, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> (last visit Apr.15, 2013).

例，包括pending跟正在進行撤銷程序的案例，以及決定遭到撤銷(annulment)的案件。此外，與本文研究主題無關的案例在分析過程中也會將其剔除，例如遭到程序駁回的案例，或是仲裁庭判斷上並無相關之處的案例等。由於本文之研究範圍主要集中於間接徵收與合理規制措施之分野，因此直接徵收的案例並未列入研究範圍中，併此說明。

最後，仲裁案例分析所需的各文件來源，主要為Westlaw資料庫，ICSID網站，以及International Treaty Arbitration(ITA)網站<sup>5</sup>三者，ICSID以及NAFTA的案件主要依靠前兩者，而除此以外的案件則從ITA網站取得。

### 6.3 投資仲裁案例狀況概述

去除無關以及尚未確定的仲裁案件後，共得有關案件 41 件，其中利用 ICSID 規則進行仲裁者 26 件，利用聯合國國際貿易法委員會(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)仲裁規則者 13 件，透過斯德哥爾摩商會(Stockholm Chamber of Commerce, SCC)規則仲裁者 2 件。

本次研究的 41 件案例中，系爭徵收保障條文，都是傳統的規範方式，以「國家不得直接或間接徵收…或對投資採取等同徵收之措施」的方式加以規範。在研究範圍中，並未出現以前一章所檢視的新型條約為基礎起訴的案件。

其結果分列如下列表格：

---

<sup>5</sup> International Treaty Arbitration, <http://www.italaw.com> (last visit Apr.15, 2013).

表格 1 透過 ICSID 規則仲裁之案例

編號	案名	案號	做成年分 (最終決定)	所涉協定	合理規制措施與徵收 的關係	間接徵收判斷標準或與合 理規制措施的區分標準	所涉措施	本案判斷
1	Alpha v. Ukraine	ICSID Case No. ARB/07/16	8-Nov-10	Austria-Ukraine BIT	未特別提及	只參酌措施對投資人造成 之損害	烏克蘭政府停止國營公司對原告繼續 償付等。	構成徵收
2	Gustav v. Ghana	ICSID Case No. ARB/07/24	18-Jun-10	Germany-Ghana BIT	警察犯罪偵查是合理 國家權限行使	措施對投資人造成之損害、 警察權限之行使	警察對投資人的調查、出口禁令等。	合理國家權限行使並非 徵收、未造成嚴重損害 等。
3	EDF v. Romania	ICSID Case No. ARB/03/23	8-Oct-09	BIT Romania-United Kingdom or United States	合理規制措施並非徵 收	措施對投資人造成之損 害、正當程序、公共目的、 比例原則、措施是否具歧視 性	羅馬尼亞政府一連串行為，尤其是國家 緊急狀況法第 104 號的執行、以及 Financial Guard 的罰款等措施	符合公共目的、比例原 則等，並非徵收
4	Bayindir v. Pakistan	ICSID Case No. ARB/03/29	27-Aug-09	Pakistan-Turkey BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害	巴基斯坦高速公路局與原告解除高速 公路建築契約，並且請求違約金。	損害程度未達成徵收程 度
5	Saipem. v. Bangladesh	ICSID Case No. ARB/05/7	30-Jun-09	Bangladesh-Italy BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害、 法院判決的非法性	孟加拉法院拒絕執行 ICC 的國際仲裁	構成徵收
6	Rumeli v. Kazakhstan	ICSID Case No. ARB/05/16	29-Jul-08	Kazakhstan-Turkey BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害 國家行為目的	哈薩克政府終止和投資人的契約，透過 司法程序移轉投資人的股份等	構成徵收
7	Archer v. Mexico	ICSID Case No. ARB(AF)/04/5	21-Nov-07	NAFTA	未特別提及	先判斷措施對投資人造成 之損害，投資人之合理期 待、公共目的、措施是否	墨西哥政府對進口高果糖玉米糖漿的 課稅	未造成嚴重損害，並非 徵收



						具歧視性、正當程序、比例原則	
8	Sempra v. Argentina	ICSID Case No. ARB/02/16	28-Sep-07	Argentina-United States BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害、投資人之合理期待	阿根廷停止用美國生產者物價指數變動調整關稅稅額等 未造成嚴重損害，並非徵收
9	Vivendi v. Argentina (II)	ICSID Case No. ARB/97/3	20-Aug-07	Argentina-France BIT	駁回阿根廷的主張	只參酌措施對投資人造成之損害(sole effect)	阿根廷政府與 Tucuman 省的一連串法令、與法律解釋還有契約調整，造成原告三十年期的汙水處理特許契約權利受損 構成徵收
10	M.C.I. Power Group v. Ecuador	ICSID Case No. ARB/03/6	31-Jul-07	Ecuador-United States BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害	厄瓜多政府撤銷投資人經營電力供應的許可、對管理人員的侵擾等 未造成嚴重損害，並非徵收。
11	Tokios Tokelés v. Ukraine	ICSID Case No. ARB/02/18	26-Jul-07	Lithuania-Ukraine BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害	烏克蘭政府對原告的偵查行爲，扣押文件、財產，終止契約等 未造成嚴重損害，並非徵收。
12	Enron Corporation v Argentina	ICSID Case No. ARB/01/3	22-May-07	Argentina-United States BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害	執照調整等 未造成嚴重損害，並非徵收。
13	Biwater v. Tanzania	ICSID Case No. ARB/05/22	7-May-07	Tanzania-United Kingdom BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害、國家行爲的公共目的	坦尚尼亞政府單方不履行，並且終止契約。另尚有驅逐管理人員，扣押投資人設施等等 構成嚴重損害並且沒有公共目的，構成徵收。
14	Siemens v. Argentina	ICSID Case No. ARB/02/8	6-Feb-07	Argentina-Germany BIT	文義上沒有寫到國家的主觀想法，不重要	只參酌措施對投資人造成之損害(sole effect)	阿根廷政府不履行契約、不讓原告履行契約、以及最後發布命令終止雙方契約等 構成徵收
15	PSEG v. Turkey	ICSID Case No. ARB/02/5	19-Jan-07	Turkey-United States BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害	土耳其政府數度更動法律，以及在締約談判上的拖延，最終使雙方合作破局。 未造成嚴重損害，並非徵收。

16	LG&E Energy Corp. v. Argentina	ICSID Case No. ARB/02/1	3-Oct-06	Argentina-United States BIT	國家應有權規制，而區分合理規制措施跟徵收最重要的一點是措施造成的影響	措施對投資人造成之損害、投資人之合理期待、比例原則	阿根廷停止用美國生產者物價指數變動調整關稅稅額等	影響期間不夠長，並非徵收
17	ADC v. Hungary	ICSID Case No. ARB/03/16	2-Oct-06	Cyprus-Hungary BIT	國家有規制權限，但是應該受到條約的限制。只要構成徵收仍需補償。	不明	匈牙利政府接管了原告運營布達佩斯機場的一切活動	構成徵收
18	Fireman's Fund Insurance Company v Mexico	ICSID Case No. ARB(AF)/02/01	17-Jul-06	NAFTA	提出區分標準，在國家正當規制權限內原則上不構成徵收。	區分標準共有數項，包括是否屬於國家規制權限、公共目的、非歧視原則、比例原則、善意、投資人的合理期待等	共有五項，包括私營公司的資本結構調整、對於投資人參與部分的干預、歧視性的授權債權回購、政府的接管等	各項措施分別被仲裁庭以未造成財產權之影響，並非徵收、影響程度不足，歧視本身不造成徵收、非政府措施並非徵收等理由駁回。
19	Azurix v. Argentina	ICSID CASE No. ARB/01/12	14-Jul-06	Argentina-United States BIT	徵收與規制措施都必須具有公共目的，因此重點在於區分屬於應賠償或是不必賠償的類型	措施對投資人造成之損害、地主國是否出於公共目的、比例原則、投資人之合理期待	阿根廷省政府違反水供應之特許契約	未造成嚴重損害，並非徵收。
20	CMS v. Argentina	ICSID Case No. ARB/01/8	12-May-05	Argentina-United States BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害	阿根廷停止出口商用美金採計關稅的權利等	未造成嚴重損害，並非徵收。
21	Waste Management. v.	ICSID Case No.	30-Apr-04	NAFTA	未特別提及	措施對投資人造成之損害、	墨西哥地方政府與政治人物的若干行	未造成嚴重損害，並非

	Mexico	ARB(AF)/00/3				契約權利等	爲，包括競選中攻擊投資人與地方政府的違約等	徵收。
22	Generation Ukraine v. Ukraine	ICSID Case No. ARB/00/9	16-Sep-03	Ukraine-United States BIT	投資人的合理期待 可以用於區辨合理規制措施跟徵收	措施對投資人造成之損害、投資人之合理期待	未與原告修訂土地租賃契約、市議會決議中止土地租約、拒絕原告利用建築場地附近之土地。	三個措施分別:1.未違背原告之合理期待、2.措施尚未生效,3.原告根本沒有這個權利並非徵收
23	Tecmed v. Mexico	ICSID CASE No. ARB(AF)/00/2	29-May-03	Mexico-Spain BIT	規制措施不會自始被排除在外，必須平衡地主國跟投資人的利益	措施對投資人造成之損害、比例原則	墨西哥撤銷原告的廢棄物處理場運營執照	構成徵收
24	Feldman v. Mexico	ICSID Case No. ARB(AF)/99/1	6-Dec-02	NAFTA	NAFTA 1110 可以包含任何造成重大影響的規制措施，不能自始排除	參考 Restatement 712、以及其他仲裁決定:共有 1.投資人之合理期待 2.公共目的 3.正當程序 4.措施對投資人造成之損害	墨西哥的香菸稅法/出口限制	侵害程度不夠，投資人未有合理信賴，並非徵收
25	Olguin v. Paraguay	ICSID Case No. ARB/98/5	26-Jul-01	Paraguay-Peru BIT	未特別提及	不作爲無法構成徵收、徵收必須出於目的性行爲，並且必須使國家獲得利益	原告主張巴拉圭銀行監督機構未盡監督義務導致原告損害。	本案爲不作爲，並非徵收
26	Metalclad v. Mexico	ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.	30-Aug-00	NAFTA	即使是法律一般執行的結果，只要造成投資的重大損害就構成徵收。	只參酌措施對投資人造成之損害(Sole effect)，但利用投資人的合理期待協助判斷損害程度	墨西哥國 SLP 州的環保法規、Guadalcazar 市的拒發建照等作爲。	構成徵收

表格 2 透過聯合國國際貿易法委員會規則仲裁之案例

編號	案名	做成年分	所涉協定	合理規制措施與徵收的關係	間接徵收判斷標準或與合理規制措施的區分標準	所涉措施	本案判斷
1	Glamis Gold - Award (redacted version)	8-Jun-09	NAFTA	未特別提及	先判斷措施對投資人造成之損害，再考慮其他考量	加州跟美國聯邦的環境以及原住民保護措施	原告的金礦場仍有機會獲得相當利益，損害程度不足，並非徵收。
2	National Grid v. Argentina	3-Nov-08	Argentina-United Kingdom BIT	規制措施造成損害嚴重時仍需補償	只參酌措施對投資人造成之損害	阿根廷的電力產業與匯兌法律	損害程度不足，未達徵收程度
3	Eastern Sugar v. Czech Republic	27-Mar-07	Czech Republic-Netherlands BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害	捷克的三個有關糖業的規定	損害程度不足，未達徵收程度
4	Saluka v. Czech Republic	17-Mar-06	Czech Republic-Netherlands BIT	規制措施合理範圍內不構成徵收	措施對投資人造成之損害、公共目的、正當程序等要件。	銀行的強制接管	尚屬合理規制措施，並非徵收。
5	Thunderbird v. Mexico	26-Jan-06	NAFTA	未特別提及	投資人的合理期待	墨西哥政府強迫關閉賭場設施	Thunderbird 違反當地法律，關閉賭場未違背合理期待，並非徵收
6	Eureko v. Poland	19-Aug-05	Netherlands-Poland BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害、合理期待、措施的歧視性	波蘭政府透過公權力介入使外國投資人無法取得契約權利	損害足夠嚴重，構成徵收
7	Methanex v. United States	3-Aug-05	NAFTA	規制措施通常不構成 1110 的徵收	公共目的、非歧視性、正當程序、投資人的合理期待(限縮)	加州地方的環保法規，禁用 MTBE	此法規命令本身屬於規制措施，並且一切符合當地規定，有顯著的公共目的，雙方又沒有特別承諾不會

							變更狀況，並非徵收。
8	Occidental v. Ecuador	1-Jul-04	Ecuador-United States BIT	未特別提及	措施對投資人造成之損害	厄瓜多政府停止加值稅退稅	損害程度不足，並非徵收。
9	Pope & Talbot v. Canada	31-May-02	NAFTA	規制措施通常不會構成徵收，但是仍不能免於徵收規範	只參酌措施對投資人造成之損害	軟木出口管制	原告仍享有可觀的出口利益，並非徵收。
10	CME v. Czech Republic	13-Dec-01	Czech Republic-Netherlands BIT	合理規制措施與徵收兩者必須加以區分，所有國家規制行為通常都意在避免財產權的利用與公共利益相違背	歧視性、措施對投資人造成之損害	捷克媒體委員會強制更動投資人與國營企業的契約內容	損害程度嚴重，加上具有歧視性，構成徵收。
11	Ronald Lauder v. Czech Republic	3-Sep-01	Czech Republic-United States BIT	未特別提及	國家是否取得利益、措施對投資人造成之損害	捷克媒體委員會對外國人持有公司做成的限制	政府並未獲得利益，並非徵收。
12	S.D. Myers v. Canada	13-Nov-00	NAFTA	規制措施通常不構成 1110 的徵收	措施對投資人造成之損害，國家是否取得利益	出口管制，造成SD Myers 18個月無法進入市場	加拿大並未因此直接獲得利益，並非徵收。

表格 3 透過斯德哥爾摩商會規則仲裁的案例

編號	案名	做成年分	所涉協定	合理規制措施與徵收的關係	間接徵收判斷標準或與合理規制措施的區分標準	所涉措施	本案判斷
1.	Petrobart v. Kyrgyzstan	29-Mar-05	ECT	未特別提及	取得財產之意圖、特定性	吉爾吉斯政府介入拍賣程序，又蓄意移轉原告交易對象之財產，使之破產	沒有取得財產的意圖，也並非針對該財產實施措施，因此並非徵收。
2	Nykomb Synergetics v. Latvia	16-Dec-03	ECT	規制措施有可能構成徵收，兩者的區分以投資受到影響的程度為主判斷	只參酌措施對投資人造成的損害？	政府拒絕退稅等措施	損害程度不足，並非徵收。

## 6.4 仲裁判斷對合理規制措施與徵收關係之描述

### 6.4.1 概述

如同本文所一再提及，現今間接徵收規範最大的難題在於，如何區分合理的國家規制權限行使，也就是不需加以補償的合理規制措施，以及超出合理範圍而成爲徵收需要補償的措施。投資仲裁判斷中也反覆遭遇這個問題，在本文研究的 41 個相關案例中，於仲裁判斷中直接說明合理規制措施與徵收的關係者，共有 20 件仲裁判斷，約占一半。這些判斷對兩者關係的觀點，深切的影響其所採之判斷標準，並且透過往後案例的引用，持續發揮其影響力。而其即使未言明合理規制措施與徵收關係的案例，也會引用這些前案的判斷標準，進而在判斷時將前案選擇標準時的因素納入考量中。

### 6.4.2 仲裁庭對間接徵收與合理規制措施關係的見解

從本研究範圍最早的 *Metalclad v. Mexico* 一案開始，仲裁庭即注意到合理規制措施與徵收難以區分的問題，在北美自由貿易協定下，因此產生了許多相關案例。在 *Metalclad v. Mexico* 一案，仲裁庭對徵收定義時，認爲「(國家行爲)隱匿的或是附隨的，剝奪投資人基於財產權可合理期待之經濟利益之全部或是重要部分，即使國家並未因此獲得利益，亦同。」<sup>1</sup>據此定義，國家規制措施仍有可能構成徵收，並非自始排除於徵收規範之外。

在 *Pope & Talbot v. Canada* 一案，仲裁庭亦認爲，「……徵收規範，保護的不只公開、故意的財產徵收……包括國家行爲附隨的對財產之利用、或是可合理期待之經濟利益，之全部或是顯著部分造成影響，以致無法利用之情形，即使地主國並未從中取得利益亦同。」，並在該案中，仲裁庭表示，「實際上，許多逐步徵收投資的情形，正是由規制措施所完成的，如果將規制措施自始排除在徵收規範外，將會造成國際法徵收保障的法律

---

<sup>1</sup> *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, ¶103 (Aug. 30, 2000), 40 I.L.M. 36, 50 (2002). (“Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.”)

漏洞。」<sup>2</sup>

類似的見解也見於*Feldman v. Mexico*案，該案中仲裁庭一方面肯認國家規制的空間，認為並非所有對商業活動造成影響的國家行為都構成徵收，國家仍然可以出於環境等等考量實施措施。但是另一方面，規制措施不能自外於徵收規範，仲裁庭認為北美自由貿易協定 1110 條的間接徵收規範足以囊括許多規制措施。<sup>3</sup>

上述見解並非北美自由貿易協定下的仲裁獨有，其他投資條約下的仲裁決定對此一議題也表示了類似的立場。如*Tecmed v Mexico*案(適用墨西哥—西班牙雙邊投資條約)、*Azurix v Argentina*案(適用阿根廷—美國雙邊投資條約)、*Nykomb Synergetics v. Latvia*案(適用能源憲章條約)、近期的*National Grid v. Argentina*案(適用阿根廷—聯合王國雙邊投資條約)等等案例，都表示國家規制措施仍有可能構成徵收。其中*National Grid v. Argentina*案特別表示，政府的規制措施仍有可能造成投資嚴重損害，使其喪失全部價值。在這種狀況下，依據條約，投資人有權獲得補償。<sup>4</sup>

這些仲裁決定反映了現今仲裁實踐的多數見解，國家不能以其所採措施為規制措施為由，阻斷一切徵收主張。但是仍應注意，這些仲裁判斷，並沒有否定國家享有的規制權限，如前述*Pope & Talbot v. Canada*案，*Feldman v Mexico*案，與*SD Myers v. Canada*一案，仲裁庭雖然都肯定規制措施仍然可受徵收規範限制，但是也承認國家規制空間的存在。*Feldman v. Mexico*案中仲裁庭表示，「政府必須享有為公共利益實施諸如環境保護措施、新增或修訂稅則、給予或是撤回政府補貼、增加或減少關稅、實施區域計畫等措施之權利。如果政府行為只要造成商業上的負面影響，就必須加以補償，那麼政府的合理規制功能將無以為繼。習慣國際法上亦肯認這種規範空間。」<sup>5</sup>，*SD Myers v. Canada*

---

<sup>2</sup> *Pope & Talbot, Inc. v. Can.*, Interim Award, ¶199 (NAFTA Trib. 2000).

(“Indeed, much creeping expropriation could be conducted by regulation. and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation.....”)

<sup>3</sup> *Feldman v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, ¶¶100-03 (Dec.16, 2002).

<sup>4</sup> *National Grid v. Argentine Republic*, Award, ¶153 (UNCITRAL Arb. Nov.3, 2008).

<sup>5</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶182 .

(“governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of



案中仲裁庭說明，雖然規制措施仍有可能構成徵收，但是國家規制行為通常不是徵收保障規範所欲規制的對象。<sup>6</sup>

較近期的案例，例如*Saluka v. Czech*案，仲裁庭也表示國家保有規制權限，認為BIT中的徵收保護條款意在反映國際習慣法上的規範，因此並未限制合理的國家規制權限：

「本庭同意[捷克—荷蘭雙邊投資條約]第5條的範圍非常廣泛，並且沒有任何明示例外，將國家規制權限之行使排除在徵收規範之外。但是在徵收的定義上，本條採納的是習慣國際法上的定義，則同時也將國家行使規制權限不構成徵收的例外帶入條約第5條徵收的定義中。在習慣國際法上，國家出於保護公共秩序等目的，合理行使其規制權限不會構成徵收。在條約解釋上，與締約各方關係相關的任何國際法上規則，都必須納入考量——而國際法院(ICJ)業已肯認習慣國際法屬於該等相關的國際法規則。」<sup>7</sup>，仲裁庭並補充，「本庭認為，當國家採取一般性的規制措施，而造成外國人財產上的損害時，該措施並非徵收，因此不用補償，此為咸認的國家規制權限，並且已經成為今日國際習慣法的一部…」<sup>8</sup>

此外尚有*EDF v. Romania*案、*Gustav v. Ghana*案等，仲裁庭的判斷上，亦顯示其認為國際投資條約中，尚允許不需補償的合理規制空間。<sup>9</sup>

---

government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like”, adding that “reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this”.)

<sup>6</sup> S.D. Myers, Inc. v. Can., Partial Award, ¶281, 40 I.L.M. 1408, 1440 (NAFTA Trib. 2000).

<sup>7</sup> *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, ¶¶254-55(UNCITRAL Arb. Mar.17, 2006).

(“The Tribunal acknowledges that Article 5 of the Treaty in the present case is drafted very broadly and does not contain any exception for the exercise of regulatory power. However, in using the concept of deprivation, Article 5 imports into the Treaty the customary international law notion that a deprivation can be justified if it results from the exercise of regulatory actions aimed at the maintenance of public order. In interpreting a treaty, account has to be taken of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” – a requirement which the International Court of Justice (“ICJ”) has held includes relevant rules of general customary international law.”)

<sup>8</sup> *Saluka v. Czech*, ¶262.

(“In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are “commonly accepted as within the police power of States” forms part of customary international law today...”)

<sup>9</sup> *EDF v. Republic of Rom.*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, ¶308, ¶¶311-13 (Oct.8 2009); *Gustav v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, ¶297(Jun.18, 2010).

上述案例對分析的結果，正如第 4 章中所說明的，再次確認在現行國際投資條約的實踐下，仍然允許國家保有國際習慣法上的規制空間，近期的仲裁實踐也沒有變更這一點。

因此關鍵回到國家規制權限跟間接收之間的界線，如同 *Azurix v. Argentina* 案以及 *LG&E v. Argentina* 案仲裁庭的見解，前者表示：「本庭認為，本案關鍵並非在於政府措施是否出於正當的公共目的，而是出於正當公共目的的措施，是否構成國家的補償義務。在達成國家公共政策之功能此一範圍內，政府可以採行任何影響投資經濟價值的措施，而且不必加以補償…」<sup>10</sup>，而在後者中仲裁庭則說明，「國家一般而言，有權採取各種不同的措施，促進社會或是公共福利。在這類情況下，該等措施不須加以補償，除非國家的措施在手段跟目的間，顯失均衡。」<sup>11</sup>，「判斷國家措施是否構成……徵收，仲裁庭必須在國家措施造成投資人的影響，以及國家採取不同政策的權利間，取得平衡……」重點仍在如何區分間接徵收與合理的規制措施。

## 6.5 國際投資仲裁中用於區分合理規制措施與徵收的標準

在國際投資仲裁中，本文研究的 41 個案例參考了採取了許多不同的要素進行判斷，這些要素包括：1. 國家措施對投資人之投資造成的損害(effect)、2. 國家主觀上是否出於取得財產的意圖、是否取得財產 3. 國家措施是否出於公共目的(public purpose)、4. 國家措施是否依循正當程序(due process)、5. 國家措施是否具有歧視性(discrimination)、6. 投

<sup>10</sup> *Azurix(I) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, ¶309(July 14, 2006). [hereinafter “*Azurix I*”]

(“For the Tribunal, the issue is not so much whether the measure concerned is legitimate and serves a public purpose, but whether it is a measure that, being legitimate and serving a public purpose, should give rise to a compensation claim. In the exercise of their public policy function, governments take all sorts of measures that may affect the economic value of investments without such measures giving rise to a need to compensate.”)

<sup>11</sup> *LG&E. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, ¶195 (Oct. 3, 2006).

(“With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State’s action is obviously disproportionate to the need being addressed.” )

資人的合理期待(*legitimate expectation*)、7.比例原則(*proportionality*)，以及 8.其他考量。以下將就不同仲裁案例中適用這些判斷標準的方式，逐一加以說明。<sup>12</sup>

### 6.5.1 國家措施對投資人之投資造成的損害

在本文研究案例中，最重要的判斷要素無疑仍是國家措施，對投資人之投資造成的損害，此種情況與國際習慣法上的徵收判斷標準相符。41 個案例中，只有很少數案例完全沒有提到國家措施對投資人之投資造成的損害，另外在 *Gustav v. Ghana* 案中，針對該案系爭措施之一，即警察的調查措施，仲裁庭在判斷該措施是否構成徵收時，也沒有提及措施造成的影響，其他案例則均提及國家措施對投資人之投資造成的損害。在 *Tecmed v Mexico* 案與 *LG & E v. Argentina* 案，仲裁庭均表示應先判斷國家措施對投資造成的損害，因為措施對投資造成的損害是區分合理規制措施，與間接徵收的重要標準：「…[措施對投資造成的損害程度]，是區分國家措施屬於合理規制措施，即透過國家規制權限之行使，造成財產權的減損；或是事實上徵收，而造成財產或是財產權權的剝奪……極其重要的區分標準之一……」<sup>13</sup>。甚至有甚多案例強調措施對投資人自成的損害，是判斷徵收與否唯一的考量。例如前引述 *Metalclad v. Mexico* 一案的判斷標準，即以措施對投資人造成的損害作為唯一判斷標準。

此外，這些案例也顯示，投資人單單只證明國家措施對投資造成損害是不夠的，投資所受的損害必須重大(*substantial deprivation*)，方能夠成徵收。此一原則在 *Metalclad v. Mexico*、前述 *Pope & Talbot v. Canada* 案，*Feldman v Mexico* 案這些較早期的案例確立了。

*Pope & Talbot v. Canada* 案中，原告為美國的軟木業者，在加拿大的英屬哥倫比亞設

---

<sup>12</sup> 有些仲裁庭是以判斷間接徵收的要素稱呼，本文認為實際上在判斷措施構成間接徵收與否，最關鍵的問題便是判斷國家行為是否屬於合理權限行使，因此實際上這些要素也可說是仲裁庭用以區分合理規制措施與徵收的要素。

<sup>13</sup> *Tecmed v. United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award, ¶115 (May 29, 2003); *LG&E v. Arg.*, ¶194. (quoting the *Tecmed* case.)  
(“This determination is important because it is one of the main elements to distinguish, from the point of view of an international tribunal, between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state’s police power that entails a decrease in assets or rights, and a de facto expropriation that deprives those assets and rights of any real substance...”)

有子公司，將軟木從加拿大出口到美國境內。但是受到加拿大的軟木出口限制影響，因而主張其投資受到損害，其主張包括加拿大違反徵收條款。<sup>14</sup>雖然加拿大主張該等措施並未針對特定個別的投資人，乃是一般性的規制措施，不應受到北美自由貿易協定下的徵收規範限制，但是仲裁庭如前所述，不認為規制措施自始不會構成徵收，而是國家行為影響程度的問題。仲裁庭進一步表示，在北美自由貿易協定下，間接徵收之構成，必須「政府措施造成的損害達到一定程度(whether that interference is sufficiently restrictive)。」<sup>15</sup>而可能構成該等嚴重損害的狀況，仲裁庭舉例包括，例如國家剝奪投資人對其投資的運營的指揮能力、監禁投資人企業的主管或是員工、監視主管或是員工的工作、剝奪公司的收入、干涉公司的管理或是股東活動、阻止企業發放股利、介入投資人指派董事或是經營階層的程序等等。<sup>16</sup>其後仲裁庭以原告仍然保有對財產權的控制，並且在出口限制期間，仍有可觀的收入，因此並不構成徵收。<sup>17</sup>

*Pope v. Canada*案的判斷標準往後並受到*Sempra v. Argentina*案、*PSEG v. Turkey*案、*Enron v. Argentina*等案引述。在*Sempra v. Argentina*案中，仲裁庭以「本案所涉的許多措施，都對商業活動造成相當的影響。但是，……就算措施造成不良影響，也未必能構成間接徵收，**不良影響的程度必須達到使投資人無法繼續控制其投資、或是投資已經喪失價值，才有可能構成徵收。**而本案中並未達到此種嚴重程度。」(粗體強調為本文作者所加)；<sup>18</sup>

<sup>14</sup> *LG&E v. Arg.*, ¶189.

(“In order to establish whether State measures constitute expropriation under Article IV(1) of the Bilateral Treaty, the Tribunal must balance two competing interests: the degree of the measure’s interference with the right of ownership and the power of the State to adopt its policies.”)

<sup>15</sup> *Pope v. Can.*, ¶102.

<sup>16</sup> *Pope v. Can.*, ¶100.

(“...the Investor remains in control of the Investment, it directs the day-to-day operations of the Investment. and no officers or employees of the Investment have been detained by virtue of the Regime. Canada does not supervise the work of the officers or employees of the Investment, does not take any of the proceeds of company sales (apart from taxation), does not interfere with management or shareholders' activities, does not prevent the Investment from paying dividends to its shareholders. does not interfere with the appointment of directors or management and does not take any other actions ousting the Investor from full ownership and control of the Investment.”)

<sup>17</sup> *Pope v. Can.*, ¶¶100-05.

<sup>18</sup> *Sempra v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, ¶285 (Sep.28, 2007).

在PSEG v Turkey案中，「本庭認為，間接徵收無疑地可以以許多不同的形式出現。但是正如Pope & Talbot一案仲裁庭所示，政府措施構成間接徵收者，必定該等措施使投資人**喪失對投資的控制、對其日常運營的管理……剝奪公司財產或控制權的一部或全部。**」；<sup>19</sup>在Enron案中，「Pope & Talbot案中提出可能構成間接徵收的措施清單，受到許多後續案件的引述，本庭亦認為該清單代表了間接徵收的判斷標準。……」(粗體強調為本文作者所加)<sup>20</sup>。

在Vivendi v. Argentina (II)案中，仲裁庭也抱持相類看法，以政府措施對投資造成的損害作為區分合理規制措施與徵收的標準。該案中，來自法國的投資人，與阿根廷Tucuman省簽訂了三十年期的特許契約，處理水資源分配與污水處理的相關事宜。原告主張該省後來採取一系列公權力措施，干擾契約的履行，並且壓迫投資人與該省政府重新締約。原告主張其權利遭到徵收，因而向ICSID提出仲裁請求。<sup>21</sup>

仲裁庭引述眾多前案的判斷表示，間接徵收與否必須從措施造成的效果加以判斷，在本案中必須考量系爭措施，是否幾乎完全剝奪了原告就其投資，所有的經濟價值與利

---

（“Many of the measures discussed in the instant case have had a very adverse effect on the conduct of the business concerned. This is, however, again a question that the Treaty addresses in the context of other safeguards for protecting the investor. A finding of indirect expropriation would require more than adverse effects. It would require that the investor no longer be in control of its business operation, or that the value of the business have been virtually annihilated. This is not the case in the present dispute.”）

<sup>19</sup> PSEG v. Republic of Turk., ICSID Case No. ARB/02/5, Award, ¶278 (Jan.19, 2007).

（“The Tribunal has no doubt that indirect expropriation can take many forms. Yet, as the tribunal in Pope & Talbot found, there must be some form of deprivation of the investor in the control of the investment, the management of day-to-day-operations of the company, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part.”）

<sup>20</sup> Enron v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, ¶245 (May 22, 2007).

（“The list of measures considered in the Pope & Talbot case as tantamount to expropriation, which the Respondent has invoked among other authorities, is in the Tribunal's view representative of the legal standard required to make a finding of indirect expropriation. Substantial deprivation results in that light from depriving the investor of the control of the investment, managing the day-to-day operations of the company, arrest and detention of company officials or employees, supervision of the work of officials, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part.”）

<sup>21</sup> Vivendi Universal (II) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (Aug. 20, 2007).[hereinafter Vivendi II]

用可能、或是透過公權力剝奪原告基於契約相對人，所能享有的利益與經濟上的利用。<sup>22</sup>而Tucuman省政府的公權力行為，使得投資人別無選擇，只能終止契約：「本文中Tucuman省的作為—即該省從特許契約締結的頭一個月開始，就不停地透過非法規制措施[影響契約履行]，最後在4月8日，單方修改契約內容，使得CAA[原告子公司]只能被迫放棄契約…」<sup>23</sup>，此等行為，已經使原告本來就契約可享有的利益幾乎完全遭到剝奪：「……原告基於其投資的經濟利益與可享有之其他財產上之權利**幾乎全遭剝奪**(即原告本得收取其提供服務之對價)……在該種情況下，原告唯一合理的選擇就是終止特許契約。既然阿根廷Tucuman省政府的措施，逼得投資人別無選擇，本庭認為，該等措施構成對原告本應就特許契約享有權利之徵收。」(粗體強調為作者所加)<sup>24</sup>。

*SD Myers v. Canada*案中，一方面肯定國家的規制權限，另一方面則提出，一般而言，徵收通常是永久的財產權剝奪，而政府規制措施則造成的損害則比較小，「徵收與合理規制措施的區分，一方面可以篩選出政府的經濟干涉措施中最有可能構成賠償義務者，另一方面也可以降低國家管理公共事務時，遭到投資人控訴的風險。徵收通常代表著投資人，財產權權利的永久剝奪，雖然在特定情況下，暫時性或是部分剝奪財產權也可構成徵收。」<sup>25</sup>，其中部分徵收之成立，仍必須該被剝奪的部分，屬於條約保護之投

<sup>22</sup> Vivendi II, ¶7.5.24.

<sup>23</sup> Vivendi II, ¶7.5.33.

(“Here, the Province's actions — from the very opening months of the concession, continuing through its wrongful regulatory action and culminating in the unilateral amendments to the 8 April Agreement — had the necessary consequence of forcing CAA to terminate the Concession Agreement...”)

<sup>24</sup> Vivendi II, ¶7.5.34.

(“Paraphrasing the words of the Tecmed, CME, Santa Elena, and Starrett Housing tribunals, Claimants were radically deprived of the economic use and enjoyment of their investment, the benefits of which (i.e. the right to be paid for services provided) had been effectively neutralised and rendered useless. Under these circumstances, rescission of the Concession Agreement represented the only rational alternative for Claimants. By leaving Claimants with no other rational choice, we conclude that the Province thus expropriated Claimants' right of use and enjoyment of their investment under the Concession Agreement.”)

<sup>25</sup> *SD Myers v. Can.*, ¶1282.

(“The distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a state and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs. An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation, even if it were partial or temporary.”)

資，因此只是獨立就該部財產判斷損害的嚴重性，而非不需達到嚴重損害的程度。此外，本決定並說明，措施造成損害之嚴重性，應考量時間以及影響程度兩個因素。

在*LG&E v. Argentina*案中，仲裁庭也強調措之必需造成重大損害，程度已達幾乎完全剝奪財產權或是對財產控制之程度，而此一影響程度的判斷，必須同時參考投資人的合理期待，以及措施的施行時間。<sup>26</sup>

由於「措施造成的損害」居於此等關鍵地位，比較近期的案例，開始將此一要素作為徵收判斷的門檻要件先行判斷之，如果措施造成的損害未達所要求的嚴重性，則不予考量其他要件。例如在*Archer v. Mexico*一案，仲裁庭從前案中得出結論，認為雖然考量因素並不統一，但是可以確定的是，如果措施對投資造成的損害不夠嚴重，那麼一定不會構成間接徵收：「其他仲裁庭跟原告都利用措施對投資造成的損害程度，作為標準判斷是否構成間接徵收。司法實務顯示，政府措施對投資造成的經濟衝擊，是判斷措施是否構成徵收、或是等同徵收措施最重要的考量因素。當措施對投資造成顯著的損害，並且使投資人喪失其所有或是幾乎所有投資上的利益，即可能構成徵收。學術著作間亦普遍承認措施造成的損害程度，以及措施持續的時間，為判斷關鍵。」<sup>27</sup>「雖然不同前例的事實彼此間有其差異，而仲裁庭考量的要素也不盡相同，但是仍可從其中找出共同的判斷標準——只有當政府措施使投資人喪失對投資的控制，或是造成顯著的經濟價值減損，方能構成間接徵收。」(粗體強調為作者所加)<sup>28</sup>

在該案中，原告的業務為進口與販售玉米高果糖糖漿，然而後來墨西哥政府對此課

<sup>26</sup> *LG&E v. Arg.*, ¶190.

<sup>27</sup> *Archer v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award, ¶240 (Nov. 21, 2007). (“The test on which other Tribunals and doctrine have agreed —and on which the Claimants’ rely— is the “effects test.” Judicial practice indicates that the severity of the economic impact is the decisive criterion in deciding whether an indirect expropriation or a measure tantamount to expropriation has taken place. An expropriation occurs if the interference is substantial and deprives the investor of all or most of the benefits of the investment. There is a broad consensus in academic writings that the intensity and duration of the economic deprivation is the crucial factor in identifying an indirect expropriation or equivalent measure.”)

<sup>28</sup> *Archer v. Mex.*, ¶242.

(“ Notwithstanding the fact that previous cases are not identical, and that certain considerations and decisions have not been uniform, a common principle may be extracted: **only loss of control over the investment or substantial loss of its economic value may amount to an indirect expropriation.**”)

稅，原告主張此舉具有歧視性，因為玉米高果糖糖漿跟墨西哥國內的蔗糖業，都可用於製造含糖飲料，因此在國內的含糖飲料製造業市場上，互相競爭。原告因此主張這種課稅是出於保護墨西哥國內蔗糖業，不受玉米高果糖糖漿競爭影響。<sup>29</sup>

仲裁庭就此認為，雖然有其他要素可供考量，例如歧視性以及措施違背投資人的合理期待，但是，「雖然原告主張稅務措施的歧視性，以及其違背投資人之合理期待，可以顯示措施的徵收性質。但是正如前述，若非政府措施造成投資重大損害，是不會構成徵收的……」(粗體強調為作者所加)<sup>30</sup>，並且以措施造成的影響做為第一個判斷的要素，最後認為，無論是從原告對投資的控制，或是從經濟價值觀察，墨西哥的稅務規定都沒有達到間接徵收的標準，「在本案中，政府措施對原告的投資ALMEX企業，並無直接徵收，也沒有間接徵收的狀況。國家的稅務規定並未剝奪原告基於所有權的根本權利，也沒有剝奪其對投資的控制。原告仍然保有完整的財產權，並持續利用ALMEX製造、販售商品。…政府措施對投資經濟價值的影響也可以做為判斷標準……在本案中，原告主張受到徵收的價值為如果沒有稅務措施，ALMEX自2002年1月1日至2006年12月31日可以獲得的HFCS銷售利潤。但是用*Pope*一案的判斷標準，ALMEX受到稅務措施的影響，顯然仍未達類似直接徵收的程度。」<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Archer v. Mex., ¶¶39-99, ¶¶100-05.

<sup>30</sup> Archer v. Mex., ¶251.

（“In the Tribunal's view, this is not an expropriation case. The Claimants contend that the expropriatory nature of the Tax is confirmed by the fact that the Tax was discriminatory and also interfered with their legitimate and reasonable expectations regarding the economic benefit to be obtained from the use and enjoyment of the Investment. However, no expropriation occurs unless the measure's degree of interference is substantial, which is not the case in the present situation, where the Claimants remained at all times in control of their investment, producing and distributing HFCS in Mexico. Accordingly, the loss of benefits or expectation, or the alleged discriminatory character of the Tax —standing alone— is not a sufficient criterion for an expropriation.”）

<sup>31</sup> Archer v. Mex., ¶¶245-46.

“In the present case, there was no expropriation of physical assets. Nor was there any indirect expropriation of the Claimants' investment, i.e., the Enterprise or ALMEX. The Tax did not deprive the Claimants of fundamental rights of ownership or management of their investment. The Claimants have remained in full title and possession of their investment, controlling at all times ALMEX's production, sales and distribution of its products. An alternative criterion regarding intensity is whether the host State measure affects most of the investment's economic value or renders useless the most economically optimal use of it. .... In the present case, the



而在*Fireman's Fund Insurance Company v Mexico*案，仲裁庭也在眾多考量因素中，以措施造成的損害作為門檻，第一個考量。該案中，原告為美國安聯集團百分之百持股之子公司。主張其在Grupo Financiero BanCreceer, S.A.的投資，遭到墨西哥政府徵收，並且沒有給予補償。原告的徵收主張共有五個部分，原告主張，第一 1998 年墨西哥政府強迫原告參與BanCreceer的資本結構調整計畫(Recapitalization)；第二、在墨西哥政府強迫其參與後，又採取措施影響原告參與的Program，使原告無法取得其預期收益，投資因此喪失其價值；第三，墨西哥政府對BanCreceer的資本重組計畫失敗，卻歧視原告，不授權美金債券的回購，同時卻授權墨西哥披索債券的回購。第四、要求某些證券的返還；第五、IBAP對BanCreceer的接管，最終剝奪了所有原告所有的投資價值。<sup>32</sup>

本文中仲裁庭一共提出了十個判斷標準，包括

「(a) 徵收之構成，必須受到影響的財產權為NAFTA所保障之投資，且造成影響者為政府措施，並財產權移轉於政府或是完全摧毀其價值。

(b) 該投資可為有體或是無體財產權。

(c) 措施必須顯著、或是完全剝奪該財產權的經濟價值或是其利用可能。對可茲辨識的獨立部分者，亦同。

(d) 措施必須為永久、而非暫時性的造成上述影響。

(e) 一般而言，徵收涉及財產權之移轉(通常是移轉予政府)，但是在特定情況下，例如財產權遭到政府措施完全摧毀，仍然可以構成徵收。

(f) 政府措施造成的效果才是具決定性的因素，而非政府主觀上是否意圖徵收受影響的財產。

(g) 徵收包括法律上與事實上徵收的型態。

(h) 徵收可為直接或是間接徵收。

---

object of the alleged expropriation is the profits that ALMEX would have generated from January 1, 2002 to December 31, 2006 in the absence of the Tax, including their profits on lost sales of HFCS in Mexico. Using the abovementioned test, the tax was not sufficiently restrictive to support a conclusion that the Tax had effects similar to an outright expropriation.”)

<sup>32</sup> *Fireman's Fund v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/02/1, Award, ¶¶46-98 (July 17, 2006).

- (i) 徵收可以單一行爲或是一定期間內相關、與不相關的一連串的行爲構成。
- (k) 投資人的合理期待爲判斷(間接)徵收的相關要素。
- (j) 區分徵收與不需補償的合理規制措施時，可參酌下列要素(通常必須綜合考量所有要素):措施是否爲傳統上正當規制權限之範疇；措施的公共目的與其所造成的效果、措施是否具歧視性、措施造成的效果與其所欲達成的目標間是否具比例性，以及國家是否出於善意採取措施。」<sup>33</sup>但在實際適用上，仲裁庭仍以措施造成的效果作爲優先判斷的考量。

仲裁庭最後認爲:對原告主張墨西哥政府強迫原告參與BanCreceer的資本結構調整計畫(Recapitalization)構成徵收，仲裁庭認爲其實原告仍有拋售其投資的選擇，並沒有非加入不可，此外，1998年時BanCreceer的財務狀況極爲惡劣，如果沒有政府支援很可能崩潰，因此即使政府強迫要求投資人加入計畫，效果也是挽救而非損害投資；<sup>34</sup>對於第二點、原告主張墨西哥政府強迫其參與後，又採取措施影響原告參與的Program，使原告無法取得其預期收益，投資因此喪失其價值;但是仲裁庭認爲其計畫根本從未開始，資金也沒有投入，政府不可能造成任何損害；<sup>35</sup>

對於第三點，原告主張墨西哥政府對BanCreser的資本重組計畫失敗，卻歧視原告，不授權美金債券的回購，同時卻授權墨西哥披索債券的回購，此一歧視性以及不公平性質以足構成徵收。仲裁庭花了較長篇幅解釋此點，法院認爲確實歧視與否，對於判斷措施是否屬於合理規制措施相當重要，但是只有歧視本身不足以構成徵收，並且是否符合1105條的公平公正待遇，也不是徵收成立與否的要件，仍必須證明投資受到足夠的損害；<sup>36</sup>第四、要求某些證券的返還，基本上對原告的投資價值沒有影響。<sup>37</sup>以上考量均以措施造成的損害爲門檻。

---

<sup>33</sup> *Id.* at ¶176.

<sup>34</sup> *Id.* at ¶189.

<sup>35</sup> *Id.* at ¶¶192-99.

<sup>36</sup> *Id.* at ¶206.

<sup>37</sup> 第五個主張被駁回的理由在於，原告主張IBAP的接管最終剝奪了所有原告所有的投資價值，然而仲裁庭認爲IBAP的接管與公司解散，乃是公司股東表決通過，決定不要再讓財務狀況惡化下去，此舉與政府措施無關。由於特定行爲或不行爲可否歸因給國家，爲國家責任構成的前提，並非徵收與合理規制措施的專利，本文中不討論這一部分。

此外如 *M.C.I Power Group v. Ecuador* 案、*Tokios Tokeles v. Ukraine* 案、*Enron v. Argentina* 案、*Eastern Sugar v. Czech Republic* 案等，並未言明考量因素是否只有措施造成的效果一個，但是皆以措施造成的判斷標準為首先判斷的要素，似亦將措施造成的損害作為判斷的門檻。

綜上所述，措施造成的效果，無疑是目前投資仲裁實踐上，區分合理規制措施(不需要補償)與徵收(需要補償)最重要的因素。在近期的仲裁實踐上，此一要素漸漸開始扮演徵收主張之門檻要件的腳色，亦即許多仲裁庭會先考慮政府的措施造成的損害，唯有當措施已經造成投資人財產的嚴重損害，才進行後階段的判斷。

而在損害程度的判斷上，可以歸納出「措施持續的時間」，與「措施的劇烈程度」兩個要素，通常暫時的措施或是影響程度較為輕微的措施無法構成徵收。在判斷措施劇烈程度時，對投資人就財產控制權的剝奪與否，經常是決定是否受到嚴重損害的關鍵；此外，投資人財產經濟利益上的減損，也是一個指標。最後，有些仲裁庭在判斷損害程度時，會加入投資人的合理期待加以輔助，這一部分將在後述投資人的合理期待此一要素整理時闡述。

### **6.5.2 國家主觀是否出於取得財產的意圖、國家是否實際取得財產權**

如本文第 1 章所言，國際習慣法上的徵收規範，基本上以政府措施造成的損害為主判斷徵收的構成與否，國家措施是否出於取得財產的意圖通常並非要件，而國家是否實際取得財產權亦同。雖然在投資仲裁上，早期仍有判決認為，國家主觀是否出於取得財產的意圖，或是國家是否取得財產權，是區分合理規制措施與徵收的關鍵，惟近期已經很少出現用此一要素作為判斷基準的仲裁決定。本文研究的國際投資仲裁案例，多數仍強調措施造成的損害，例如前述 *Vivendi v. Argentina* 案、*National Grid v. Argentina* 案、*Siemens v. Argentina* 案、*Rumeli v. Kazakhstan* 案等，仲裁庭均明示認為國家是否出於取得財產權的意圖，不影響徵收的判斷。

*Vivendi v. Argentina*案中，阿根廷政府主張在國家並非出於惡意(bad faith)的狀況下，應該推定政府措施為規制措施而自動合法。但是仲裁庭並不接受此種主張，仲裁庭認為，

大量前案皆認為國家主觀是否出於取得財產的意圖，並非徵收判斷的主要考量，至多只是次要考量(secondary consideration)，雖然若能證明國家有徵收的主觀意圖可以當作強力的證據，但是主觀意圖並非要件。在徵收判斷上仍以效果為主，主觀意圖不是決定性要素。<sup>38</sup>

在*Siemens v. Argentina*案中，仲裁庭對阿根廷—德國雙邊投資條約的徵收保障條款採取嚴格的文義解釋，認為既然條文中只提到措施造成的效果，而沒有提到主觀意圖，那麼在判斷上就不需要參酌地主國的主觀意圖：「阿根廷主張徵收構成與否的判斷上，不能僅考量措施造成的損害，而必須考量地主國採取措施時的主觀意圖。本庭檢視[投資協定]第4條第2項，該條所用文字為國家採取的措施，“a sus efectos”(西班牙文，意指「其影響」)，即等同於徵收或是國有化。條約僅提及徵收效果的措施，並未提及國家是否出於徵收的意圖……徵收的目的則是不同的問題，但是那這個問題是判斷徵收的合法性的要件，而非判斷徵收成立與否的要件。」<sup>39</sup>

同樣的見解也見於*National Grid v. Argentina*案中，仲裁庭對阿根廷—聯合王國雙邊投資條約第5條1項的解讀為，該條的徵收判斷標準為措施造成的損害，而且不需考量其他要素。因為在條約中並未提及國家的主觀意圖，而是以「徵收或是效果等同徵收」的方式規範：「從條約第5條第1項的文義可以看出，國家主觀上有無徵收特定財產的意圖，並非構成徵收與否的要件。第5條第1項只著眼於措施的效果是否等於國有化或是徵收，此外，本項也沒有區分系爭措施為政府的規制權限或是徵收。關鍵在於措施造成的損害……」<sup>40</sup>。

<sup>38</sup> Vivendi II, ¶7.5.20.- 7.5.21.

<sup>39</sup> Siemens v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, ¶1270 (Feb.6 2007).

(“Argentina has argued against taking into consideration only the effect of measures for purposes of determining whether an expropriation has taken place. The Tribunal recalls that Article 4(2) refers to measures that “a sus efectos” (in its Spanish original) would be equivalent to expropriation or nationalization. The Treaty refers to measures that have the effect of an expropriation; it does not refer to the intent of the State to expropriate. [...] A different matter is the purpose of the expropriation, but that is one of the requirements for determining whether the expropriation is in accordance with the terms of the Treaty and not for determining whether an expropriation has occurred.”)

<sup>40</sup> National Grid v. Arg., ¶147

(“It is clear from a reading of Article 5(1) that whether the party concerned had the intent to

雖然大多數案例並不考慮國家主觀意圖，或是認為國家主觀意圖只是次要考量，換言之國家是否取得財產權、與國家的主觀目的，都不是徵收成立的要件。但是在本文研究中，仍有一些較早期的案件採取相反見解，認為國家必須出於獲得財產的主觀意圖，才會構成徵收。在本文研究的案例中，共有 4 個案例以國家是否取得財產權、或是主觀上是否取得財產權，作為徵收構成與否的判斷標準。這 4 個案例分別為，*SD Myers v. Canada* 案、*Olguin v. Paraguay* 案、*Ronald Lauder v. Czech* 案、*Petrobart v. Kyrgyzstan* 案。

在*SD Myers v. Canada*案中，原告為美國公司，在加拿大境內設有子公司，經營有毒廢料PCB的處理相關事業。其處理方式是從加拿大境內將PCB運送至美國處理，但是後來加拿大禁止PCB的跨國運送，其經營受到影響，時間長達 18 個月，原告主張此一禁令已構成徵收。<sup>41</sup>

雖然仲裁庭在提出判斷標準時，如前所述相當強調措施造成的投資損害，但是最後，仍表示判斷上必須考量國家是否取得財產權。首先，仲裁庭認為，北美自由貿易協定 1110 條徵收保障條款所稱的「等同徵收措施(measures tantamount to expropriation)」，並未擴張國際習慣法下的徵收保障範圍。因為tantamount一詞，根據牛津英語字典，代表「等同於」。而仲裁庭不能只從形式判斷是否構成徵收，而必須考量政府採取措施的目的以及效果。仲裁庭並且同意*Pope & Talbot v. Canada*案的判斷，認為既然等同於徵收，那麼自然其範圍便與徵收相同，不會擴張更多。<sup>42</sup>最後仲裁庭認為，因為加拿大措施只是暫時的，並且加拿大政府並沒有因此取得任何利益，所以不構成徵收，「在本案中，[加拿大政府的]暫時命令與最終命令，確實是希望抑制原告的活動，實際上也產生了抑制的效果，但是該限制只是暫時的，並且加拿大也沒有因為這個措施獲得任何利益。證據並

---

expropriate or to nationalize in taking measures equivalent to either is not a requirement. Article 5(1) is concerned only with measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation. Article 5(1) does not qualify whether the measures are taken in the exercise of a Contracting Party regulatory power or any other power a government may be entitled to exercise. The key words for the Contracting Parties are “effect equivalent to.” The measures' effect needs to be tantamount to an expropriation or nationalization....”)

<sup>41</sup> *SD Myers v. Can.*, ¶¶188-128.

<sup>42</sup> *SD Myers v. Can.*, ¶¶285-86.

未顯示，加拿大的措施將任何財產或是利益移轉給加拿大政府。」<sup>43</sup>。從分析的過程觀察，本案中仲裁庭似乎將「等同徵收」之措施，理解為措施必須要有直接徵收中，政府或是政府指定第三方取得財產的情況。

而在 *Olguin v. Paraguay* 案中，原告主張巴拉圭的金融監督機構未盡其監督義務，對原告所投資的金融機構從事之活動未與監督，造成原告損失。然而仲裁庭認為，不作為不能構成徵收，徵收一定要出於目的性的活動，並且使從事活動之一方或是他方最終獲得該財產或是經濟上之利益，「徵收之成立，必以行為者採取行動，將受到該行動影響一方財產的控制權或是其經濟上的利益，直接或間接轉予自己為限。徵收因此必定是目的性的採取作為，不作為，無論其結果多麼過分，皆無法構成徵收。」<sup>44</sup>，除了表示不作為無法構成間接徵收外，也強調政府所採的措施必須出於移轉財產權的目的。

*Petrobart v. Kyrgyzstan* 案，原告與吉爾吉斯國營的能源公司 KGM 簽訂契約，由原告供應 KGM 天然氣等資源，但是 KGM 很快地開始違約，原告因此向法院尋求救濟，扣押並拍賣 KGM 的部分財產。拍賣部分本夠清償債務，而且 KGM 可以繼續運營，未來仍可履行契約。但吉爾吉斯卻介入此程序，指示法院暫緩拍賣，並且將 KGM 的財產都移轉到其他兩家新成立的公司，繼續營業，最後 KGM 破產，原告的債權不但沒有滿足，契約也因為 KGM 破產清算無法繼續。

本案仲裁庭從文義解釋出發，肯定 ECT 下的徵收保障不只包括直接徵收，保障範圍也包括國家所採取，等同徵收效果之措施，然後以國家採取措施，是否針對特定財產，以及國家是否取得利益，作為構成徵收與否的判斷標準：「本案很明顯並無直接徵收的情況。此外，吉爾吉斯政府的措施雖然造成投資若干不良影響，但是國家並非針對該財

---

<sup>43</sup> *SD Myers v. Can.*, ¶1287.

(“In this case, the Interim Order and the Final Order were designed to, and did, curb SDMI’s initiative, but only for a time. CANADA realized no benefit from the measure. The evidence does not support a transfer of property or benefit directly to others”)

<sup>44</sup> *Olguin v. Republic of Para.*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, ¶184 (July 26, 2001).

(“For an expropriation to occur, there must be actions that can be considered reasonably appropriate for producing the effect of depriving the affected party of the property it owns, in such a way that whoever performs those actions will acquire, directly or indirectly, control, or at least the fruits of the expropriated property. Expropriation therefore requires a teleologically driven action for it to occur; omissions, however egregious they may be, are not sufficient for it to take place.”)

產實施措施，也沒有企圖移轉財產權予國家……仲裁庭並不認為本案原告受到的影響，已足夠成徵收。」<sup>45</sup>，最後仲裁庭據此認為並不構成徵收。

除了上述四例之外，本文研究的其他案例並未再以國家是否取得財產權、或是是否出於取得財產權的目的採取措施，作為徵收的要件。四件仲裁決定的作成時間都比較早，*SD Myers v. Canada* 案中徵收部分的判斷作成於 2000 年、*Olguin v. Paraguay* 案與 *Ronald Lauder v. Czech* 案為 2001 年、而 *Petrobart v. Kyrgyzstan* 案則為 2005 年。自此之後，目前還未觀察到其他案例。

### 6.5.3 國家措施是否出於公共目的

此一要素與前項都是國家主觀採取措施的目的。不過前項的考量要素已經漸漸失去重要性，而本項的國家措施是否出於公共目的，卻仍有許多案件繼續利用此一要素判斷一個措施屬於徵收或是正當規制權限的行使。

對於只考量措施造成之損害的仲裁判斷而言，顯然國家措施是否出於公共目的並不重要，但是對於其他案例而言，仍有為數不少的案例強調利用公共目的區分合理規制措施與徵收的重要性。在本次研究中，共有 7 個案例明示，在判斷措施屬於徵收與否時，要考量措施是否出於公共目的。此外尚有如 *SD Myers v. Canada* 等案也提及必須考量國家措施的目的。<sup>46</sup>

認為公共目的屬於判斷徵收與合理規制措施要素的案例中，立場最為明確者首推 *Methanex Corp. v. United States* 一案。該案涉及美國加州的環境法規，案中原告為加拿大公司，在美國設有分公司，經營製造、運輸、與儲存甲醇之業務。其所提供的甲醇主要用於製作汽油添加物 MTBE，但加州在 1999 年起為了環保考量，在法規命令中頒布加

<sup>45</sup> *Petrobart v. Kyrgyzstan*, Arb. No. 126/2003, 77 (SCC Arb. Mar.29, 2005).

(“It is clear that there was no formal expropriation of Petrobart’s investment. Nor does it appear that the measures taken by the Kyrgyz Government and state authorities, although they had negative effects for Petrobart, were directed specifically against Petrobart’s investment or had the aim of transferring economic values from Petrobart to the Kyrgyz Republic. Petrobart’s claims against KGM remained and gave rise to demands in KGM’s bankruptcy. The Arbitral Tribunal considers that the measures taken by the Kyrgyz Republic, while disregarding Petrobart’s legitimate interests as an investor, did not attain the level of de facto expropriation. The Arbitral Tribunal therefore concludes that the Republic’s action does not fall within Article 13(1) of the Treaty.”)

<sup>46</sup> *S.D. Myers v. Can.*, ¶ 285.

州準備逐步淘汰利用MTBE的汽油，對其商業活動造成影響，原告進而主張此種影響已經足夠嚴重而達徵收的程度。<sup>47</sup>

在本案中仲裁庭認為，如果國家措施故意歧視外國投資人，確實有可能構成徵收。但是一般情況下，除非違背地主國與投資人間的特別承諾或是約定，否則國家出於公共目的，非歧視性的規制措施，在符合正當法律程序情況下，即使造成外國投資人的影響也不構成徵收。「本庭認為，Methanex公司認為針對外國投資人的蓄意歧視，可能是判斷徵收構成與否的關鍵，但是在一般國際法上，非歧視性、出於公共目的的規制措施，只要其制定經過正當程序，即使造成[人民]、特別是使外國投資人的投資受損，也不會被認為構成徵收而需要補償……」。<sup>48</sup>（強調為本文作者所加）

在適用上，本文中仲裁庭首先肯定MTBE禁令屬於規制措施之性質，因此原告應該證明此一措施非出於公共目的、具歧視性或是非基於正當程序，或是違背雙方的特別約定。仲裁庭認為，原告進入美國市場並非基於地主國的特定承諾，而MTBE禁令的頒布也有跡可循，似指原告並無值得保護的合理期待，並沒有違背特定承諾。此外，加州禁用MTBE的法規命令，從提案到制定一切依循當地法律，且有明確的環境保護公共目的，原告也未能證明此一措施是針對外國投資人，因此並不構成徵收。<sup>49</sup>

仲裁庭的此種判斷方式，與美國的Restatement (3rd)對於國家規制權限的描述一致，相當強調國家措施的公共目的，絲毫沒有判斷政府措施造成的損害。在本文研究的案例中，亦有其他仰賴Restatement (3rd)以及其評述部分，建立判斷標準的仲裁案例。

例如Feldman v. Mexico案涉及國家的租稅措施，屬於傳統上國家享有高度規制權利的領域，仲裁庭即引用Restatement (3rd)第712條以及其註釋(comment)，以及其他仲裁庭的判斷要素，形成自己的判斷標準。該案與墨西哥之退稅規定有關。原告在墨西哥境

<sup>47</sup> Methanex Corp. v. U.S., Final award, Part II, Chapter D ¶¶1-25 (UNCITRAL Arb. Aug. 3, 2005).

<sup>48</sup> Methanex v. U.S. Part IV, Chp. D, ¶7.

（“In the Tribunal’s view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfills a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable...”）

<sup>49</sup> Methanex v. U.S., Part IV Chp. D, ¶9-18.



內設有公司，為菸酒出口商，墨西哥的稅法IESP對進口與境內製造、販售香菸都課以重稅(85%-139%)，但是符合若干條件下，出口商可以就其用於出口之香菸獲得退稅的優惠(0%)。但後來本法修正，在1997年，Feldman自1996起的退稅都被追償，並且因為未申請註冊為合格出口商，無法繼續取得租稅優惠。上述情形使原告的菸酒公司自1997年後完全無法進行香菸的進出口業務，原告便主張措施對其投資構成徵收。<sup>50</sup>

仲裁庭認為，「在徵收與規制措施之間劃清界線，對過去幾個處理過此議題的NAFTA仲裁決定，或是在前NAFTA時代都是很困難的。在本案……Restatement，特別是其評述(comment)的部分，有助於了解國際習慣法在此領域的發展…… Restatement的評述本身即為幫助徵收判斷而做，特別是協助區辨間接徵收與合理的政府規制措施兩者：『……………國家就善意、不具歧視性的一般性稅捐、規範、刑事之沒收，或是其他公認屬於國家警察權內的措施，所生之外國人財產、或是其他經濟利益的喪失，不負責任……』」<sup>51</sup>，其中政府是否屬於善意採取合理規制措施，即要求政府必須出於公共目的。<sup>52</sup> 本文中，就措施是否出於公共目的、不具歧視性、正當程序等判斷，仲裁庭並未遭遇太大困難，即得出墨西哥的退稅資格限制，限於合格的出口商方能退稅，有助於減少非法進出口，有顯著的公共目的，而且程序上也沒有歧視性，並且符合正當程序。<sup>53</sup>

*Saluka v. Czech*案中，捷克金融監管機構採取措施，接管原告之銀行。仲裁庭認為，固然捷克—荷蘭雙邊投資條約第5條涵蓋範圍甚廣，但是其採取的徵收定義應為國際習慣法上的定義，那麼就不能排除國際習慣法所廣泛承認的國家規制權限，換言之在國家

---

<sup>50</sup> Feldman v. Mex., ¶¶6-23.

<sup>51</sup> Feldman v. Mex., ¶¶104-05.

（“Drawing the line between expropriation and regulation has proved difficult both in the pre-NAFTA context and for the handful of NAFTA Chapter 11 tribunals that have considered the issue. Here again, despite the less specific language and the lack of references to “tantamount to expropriation,” the Restatement is somewhat helpful, particularly the comments, in understanding customary international law in this area....The “comments” to the Restatement are designed to assist in determining, inter alia, how to distinguish between an indirect expropriation and valid government regulation: “... A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory....”）

<sup>52</sup> 因為本案尚有其他幾個判斷標準，關於本案的結果，在投資人之信賴保護部分會一併說明。

<sup>53</sup> Feldman v. Mex., ¶¶138-41.

行使規制權限，尙未逾越合理範疇時，不會構成徵收。<sup>54</sup>

仲裁庭接著涵射本案事實，首先，仲裁庭肯定銀行的強制接管，無疑地已經剝奪了原告的投資，其損害程度相當嚴重。<sup>55</sup>但是如前所述，仲裁庭認為仍必須檢驗捷克金融監管機構的措施，是否屬於合理國家規制權限行使，如果仍未超越合理範圍，那麼不構成徵收。在檢驗所有的證據後，仲裁庭認為，捷克金融監管機構完全出於公共目的採取措施，而且符合捷克國內法的規定，「捷克的金融監管機構CNB，有責任在2000年6月16日做出決定。該機構做成決定時，應享有相當的裁量空間。本庭認為CNB對於事實的認定，以及適用內國法律，都相當合理。只要沒有清楚而充分的證據顯示捷克金融監管機構的決定有誤，或是以不適當的方式為之——正如本案的情況，本庭必須接受捷克金融監管機構提出的理由，進而認定此一措施合法，而非徵收。」<sup>56</sup>十分強調公共目的，並且給予地主國相當大的裁量空間。

*EDF v. Romania*中，原告在羅馬尼亞官方所擁有的兩家合資企業ASRO跟SKY中投資，並經營兩個機場的免稅品販賣跟其他機場的零售服務相關事項。此一服務項目原先預定合作至2002年，並可再延長，但是羅馬尼亞方面在到期後不同意延長，而原告仍繼續營運了一段時間。後來羅馬尼亞通過政府緊急狀況法104號（Governmental Emergency Ordinance No.104, GEO 104），並據此撤銷原告子公司在機場的免稅品販賣權利，羅馬尼亞的Financial Guard也以原告在2002年契約終止後仍繼續營運為由對ASRO罰款，並沒收其違法營業範圍之營收。原告主張上述一連串行為構成徵收。<sup>57</sup>除了論及效果外，本案中仲裁庭在判斷政府緊急狀況法104號是否符合正當規制權限行使時，判斷了措施的公共目的、正當程序、措施的歧視性等要素，仲裁庭認為，政府緊急狀況法

---

<sup>54</sup> *Saluka v. Czech.*, ¶262.

<sup>55</sup> *Saluka v. Czech.*, ¶267.

<sup>56</sup> *Saluka v. Czech.*, ¶¶272-73.

（“The Czech State, in the person of its banking regulator, the CNB, had the responsibility to take a decision on 16 June 2000. It enjoyed a margin of discretion in the exercise of that responsibility. In reaching its decision, it took into consideration facts which, in the opinion of the Tribunal, it was very reasonable for it to consider. It then applied the pertinent Czech legislation to those facts – again, in a manner that the Tribunal considers reasonable. In the absence of clear and compelling evidence that the CNB erred or acted otherwise improperly in reaching its decision, which evidence has not been presented to the Tribunal, the Tribunal must in the circumstances accept the justification given by the Czech banking regulator for its decision.”）

<sup>57</sup> *EDF v. Rom.*, ¶¶45-64.

104 號經過複雜的正當立法程序，其目的在於對抗貪腐，是一個相當正當的公共目的。<sup>58</sup> 而Financial Guard的沒收措施，也是出於其執法權限和義務，有其公共目的。<sup>59</sup>

*Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico*案中，仲裁庭提出一系列判斷標準，其中亦包括國家採取措施的公共目的：「… (j) 區分徵收與不需補償的合理規制措施時，可參酌下列要素(通常必須綜合考量所有要素):措施是否為傳統上正當規制權限之範疇；**措施的公共目的**與其所造成的效果、措施是否具歧視性、措施造成的效果與其所欲達成的目標間是否具比例性，以及國家是否出於善意採取措施。…」<sup>60</sup>(強調為本文作者所加)。

此外如*Azurix v. Argentina*案，*Tecmed v. Mexico*案等，也都認為公共目的可以協助區分系爭措施為徵收或是合理規制措施。<sup>61</sup>

除了上述明示可利用國家是否出於公共目的採取措施者外，尚有其他案例並未明示，但是隱含著此種考量。例如前述*SD Myers v. Canada*案，即表示應同時考量措施的目的與效果。<sup>62</sup>而在*Biwater v. Tanzania*中，仲裁庭除了考量措施帶來的損害之外，也未排地主國以其措施乃出於公共目的，針對公共需要為由，免去補償之義務。在該案中，原告BGT公司為聯合王國公司，依據英格蘭與威爾斯法律成立。被告則為坦尚尼亞共和國。坦尚尼亞共和國在世界銀行等機構的協助下，想要升級Dar es Salaam地方的污水系統，因此與BGT達成協議，由處理透過子公司City Water進行Dar es Salaam市的污水處理跟相關事項。但後來，原告主張坦尚尼亞政府與Dar es Salaam 污水處理機關的一連串措施造成投資損害。其中構成徵收的措施主要包括兩部分。

<sup>58</sup> *EDF v. Rom.*, ¶¶287-97.雖然本段是 FET 的說明，但是在徵收部分仲裁庭直接引述這段說明，表示 GEO 104 是國家正當規制權限內的措施，因此兩部分的論理可以共通。

<sup>59</sup> *EDF v. Rom.*, ¶311.

<sup>60</sup> *Fireman's fund v. Mex.*, ¶176.

“(j) To distinguish between a compensable expropriation and a non compensable regulation by a host State, the following factors (usually in combination) may be taken into account: whether the measure is within the recognized police powers of the host State; the (public) purpose and effect of the measure; whether the measure is discriminatory; the proportionality between the means employed and the aim sought to be realized; and the bona fide nature of the measure.”)

<sup>61</sup> *Azurix I*, ¶¶309-13; *Tecmed v. Mex.* ¶¶117-22.在這兩個仲裁決定中，雖然仲裁庭都認為措施的公共目的可以協助判斷，但是也提出只有公共目的並不足以區分徵收與合理規制措施，尚須其他要素與判斷標準協助。

<sup>62</sup> *S.D. Myers v. Can.*, ¶ 285.

第一，政府拒絕履行與投資人所締結的租賃契約，以及其用於終止與投資人契約的方法；第二，坦尚尼亞政府，扣押City Water的水處理設施，又驅逐投資人的資深管理人，撤銷City water公司的免稅優惠等，原告主張上述兩者違反坦尚尼亞—聯合王國間的雙邊投資條約第 5 條第 1 項，構成違法徵收。<sup>63</sup>

本案並未明講其判斷標準，但是從其引用的諸多前案來看，仲裁庭著重之處仍在政府一連串措施所造成的效果上，仲裁庭認為，當地政府的一連串行為，如果造成投資人財產權上之基礎權利喪失，即足夠成徵收，而驅逐管理人員、扣押資產等，正是其中最顯著的例子。<sup>64</sup>

但是在強調措施造成的損害之外，仲裁庭也沒有排除地主國主張其措施出於公共目的的，而得免予補償的空間。在本案中，仲裁庭檢視了幾位證人的證詞，認為當時供水系統並無遭到投資人破壞的危險，投資人也從未威脅過要進行此類活動。而淨水用的化學品存量，業已備足兩個月分量，坦尚尼亞採取的扣押淨水設施等措施，根本沒有任何正當性。最後，仲裁庭認為，「考量所有情況後，本庭認為，坦尚尼亞並無任何必要性或是急迫的公共需求，正當化其所採的措施。」<sup>65</sup>，仍然顯示，即使造成投資嚴重損害，國家措施出於公共目的，還是可能因為急迫性或是必要性，免於徵收補償之責。

#### 6.5.4 國家措施是否依循正當程序

國家措施是否依循正當程序，與前揭國家措施是否出於公共目的，以及後述國家措施是否具有歧視性三者，同為Restatement (3rd)定義國家規制措施時所用的判斷標準，因此三者也經常一起受仲裁庭引用，如前述*Feldman v. Mexico*案等引述Restatement (3rd)的案件，在區分合理規制措施與徵收時，都同時採用三者。然而正當程序的要求，定義上並非完全一致，廣義者包含國際法上的正當程序要求，以及遵循國內法的程序要求兩者，狹義者則單指國際法上的正當程序要求，<sup>66</sup>本文採取廣義定義。在本文研究案例中，共

<sup>63</sup> *Biwater v. United Republic of Tanz.*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, ¶¶95-200(July 24, 2008).

<sup>64</sup> *Biwater v. Tanz.*, ¶516-19.

<sup>65</sup> *Biwater v. Tanz.*, ¶515.

（“In all the circumstances, therefore, there was no necessity or impending public purpose to justify the Government’s intervention in the way that took place.”）

<sup>66</sup> ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT

有 5 件明示應考量正當程序，這 5 件案子分別為 *Feldman v. Mexico* 案、*Methanex v. United States* 案、*Saluka v. Czech* 案、*Archer v. Mexico* 案、*EDF v. Romania* 案，共 5 件。

在 *Feldman v. Mexico* 案中，如前所述，案件涉及香菸商的退稅問題。仲裁庭強調，在原告主張地主國違背正當程序時，其所需判斷的是本案中是否存有國際法上的違背正當程序的情形，在地主國法院已經做出判斷時，則只有法院判斷已達拒絕正義的情形，方能主張。<sup>67</sup>

該案中原告的徵收主張之一為，墨西哥稅務機關拒絕執行法院的權利保護令 (*amparo*)，已經構成違背正當程序與拒絕正義。但是仲裁庭認為，原告對於該決定的理解有誤，原告認為該保護令給與所有香菸經銷商繼續享有 0% 稅率優惠，不受國內稅法的資格限制拘束，故原告據此有權獲得退稅。但是仲裁庭認為這與墨西哥法院的認定相違背，國內法院固然認定經銷商可以享有 0% 的稅率，但是仍受到國內稅法的拘束，原告必須證明符合其他資格要件，才能享有此等優惠，然而原告沒有辦法做到這點。因此原告以此為由，認為稅務機關未為退稅違反正當程序要求。最後仲裁庭審酌各種行政機關的程序，以及法院系統的程序，認為行政程序仍然依循國內稅法規定，未有違背正當程序的狀況存在；而法院程序，由於原告並未充分舉證，並考量原告順利取得救濟，仲裁庭不認為存在拒絕正義的狀況。<sup>68</sup>

*Methanex v. United States* 案中，仲裁庭認為應該由原告舉證政府措施非出於公共目的、不合正當程序、或是具有歧視性。而後仲裁庭認為，原告並未提出充分的證據證明上述任何要件。原告主張加州副州長(後來成為州長)收受賄賂，並以推動該法規命令為對價，這些違背當地法律的行為即足以證明措施的做成不符合正當程序。<sup>69</sup>但是仲裁庭認為，州長收受的政治獻金是符合當地法律規定的，並且觀察法規命令作成的程序，加州禁用 MTBE 的法規命令，從提案到制定一切依循當地法律，符合正當程序的要求。<sup>70</sup>

---

TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT 375-76 (2009); M. SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 396 (2010).

<sup>67</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶¶138-41.

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> *Methanex v. U.S.*, Part IV, Chapter D, ¶11.

<sup>70</sup> *Methanex v. U.S.*, Part IV, Chapter D, ¶12-14.

*EDF v. Romania*中，除了論及效果外，和措施的公共目的外，仲裁庭亦考量了正當程序、措施的歧視性等要素。仲裁庭認為，系爭措施政府緊急狀況法 104 號(Government Emergency Ordinance 104, GEO 104)，除了目的正當外，其立法也經過複雜的正當立法程序。<sup>71</sup>此外，原告在本案中爭執，Financial Guard 沒收其自 2002 年 1 月開始的營收違法，因為其經營權應到同年 3 月才終止，這一點後來並經國內法院確認。<sup>72</sup>

仲裁庭認為，其所需檢視者為政府措施是否有違國際法上的正當程序要求，如果程序瑕疵並未達到違反國際義務的程度，將不會產生國家責任。而本案中，Financial Guard 係基於其法定權限，善意執行其措施。Financial Guard之所以從 1 月開始起算沒收收入，是因為在其做成處分時，根據羅馬尼亞貿易註冊處(Trade Registration)的資訊，原告所投資的ASRO合資企業 1 月起已被註銷登記，不能再繼續經營業務，因此Financial Guard 將 1 月到 3 月間的ASRO收入也加以沒收。雖然後來內國法院認定貿易註冊處的認定有誤，使得Financial Guard的處分失所附麗，但是該等瑕疵仍不至使之違背國際法上的正當程序要求，國際法上的違背正當程序，必須出現更嚴重的瑕疵。本案此種狀況原告可循國內程序處理，並非仲裁庭應處理的問題。<sup>73</sup>

*Saluka v. Czech*案中，仲裁庭認定捷克金融監管機構措施不構成徵收的理由之一，也包括捷克金融監管機構的行為符合該國法律規定，並未超出授權。「本庭認為，CNB(捷克金融監管機構)所採的銀行強制接管、指定管理人等措施，符合捷克國內法規定。」<sup>74</sup>。

*Archer v. Mexico*案，仲裁庭則是在解釋除了措施帶來的損害性外，其他可供考量的因素時，提到正當程序的考量，「仲裁庭亦可考量其他要素，例如政府的措施與目的間是否符合比例性、是否對政府的合法目的而言具有必要性、措施之施行是否法律上或是事實上造成歧視，是否符合正當法律程序……」<sup>75</sup>，不過最後由於措施並沒有造成嚴重

---

<sup>71</sup> *EDF v. Rom.*, ¶¶287-97.

<sup>72</sup> *EDF v. Rom.*, ¶311.

<sup>73</sup> *EDF v. Rom.*, ¶¶311-13.

<sup>74</sup> *Saluka v Czech.*, ¶271.

(“...the Tribunal is of the view that the CNB was justified, under Czech law, in imposing the forced administration of IPB and appointing an administrator to exercise the forced administration.”)

<sup>75</sup> *Archer v. Mex.*, ¶250.

(“Other factors may be taken into account, together with the effects of the government's measure,

損害，仲裁庭並沒有實際涵射正當法律程序部分。

### 6.5.5 國家措施是否具有歧視性

國家措施是否具有歧視性與前面兩者經常被仲裁庭一起考量，在本文研究案例中，共有 6 個案例提出可考量國家措施是否具有歧視性，以區分合理規制措施與徵收。*Archer v. Mexico* 案、*Methanex v. United States* 案中提及歧視性之部分，已如前述。

在 *Feldman v. Mexico* 案中，仲裁庭雖然在闡述對合理規制措施與徵收區分的標準時，將措施是否帶有歧視性列出。但是在實際涵射時，卻認為在北美自由貿易協定下，歧視性此一要件已經有國民待遇跟最惠國待遇原則處理，因此並未實質適用。<sup>76</sup>

在 *Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico* 所提出的判斷標準中，也包括歧視性的審查，「區分徵收與不需補償的合理規制措施時，可參酌下列要素(通常必須綜合考量所有要素):措施是否為傳統上正當規制權限之範疇;措施的公共目的與其所造成的效果、措施是否具**歧視性**、措施造成的效果與其所欲達成的目標間是否具比例性，以及國家是否出於善意採取措施。」<sup>77</sup>，適用上，在判斷原告的第三個主張時，即墨西哥政府對 *BanCreser* 的資本重組計畫失敗，卻歧視原告，不授權美金債券的回購，同時卻授權墨西哥披索債券的回購。仲裁庭確實也參酌了措施是否具歧視性此一要件。該部分主張中，原告認為墨西哥政府對 *BanCreser* 的資本重組計畫失敗，卻歧視原告，不授權美金債券的回購，同時卻授權墨西哥披索債券的回購，此一歧視性以及不公平性質以足構成徵收。仲裁庭同意確實歧視與否，為判斷措施是否屬於合理規制措施的要素之一，但是只有歧視本身不足以構成徵收，仍須證明損害的嚴重性，「……如前所述，政府措施是否為歧視性待遇，是區分必須補償之徵收與不需補償之國家規制行為的要素之一。」<sup>78</sup>

在本案中，仲裁庭認為在原告主張的時點，原告的美金計價債券已經幾乎毫無價值，

---

including whether the measure was proportionate or necessary for a legitimate purpose; whether it discriminated in law or in practice; whether it was not adopted in accordance with due process of law”)

<sup>76</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶137.

<sup>77</sup> *Fireman's fund v. Mex.*, ¶176

<sup>78</sup> *Id.* at ¶206.

(“...as mentioned before, discriminatory treatment is used as one of the factors to distinguish between a compensable expropriation and a non-compensable regulation by a host State....”)

沒有授權回購美金計價債券，即使具有歧視性，也不會構成徵收，似指此一不作為不會對原告造成嚴重損害，因此並非徵收。<sup>79</sup>

*CME v. Czech Republic*案中，雖然並未明文寫出歧視性此一標準，但是從其仲裁決定書文意可以看出，措施歧視性的判斷對於國家措施是否尚在正當規制權限內，扮演著重要腳色。該案中，原告CME公司與半官方的捷克廣播公司雙方同意完成MOA，由CME享有諸多執照上之權利，但是後來捷克媒體委員會(media council)漸漸介入，開始強迫雙方變更締約條件，使CME無法行使執照上權利。<sup>80</sup>根據仲裁庭之意見，雖然合理規制措施必須與徵收加以區分，前者並不構成補償義務，因為一般國家的規制措施大多意在避免財產權之利用與公共利益相違背，本身即會對財產權造成影響，但是若規制措施逾越合理界線，仍會構成投資條約所定義的徵收，「……財產或是財產權的剝奪，必須與國家以及其機關執行法律加以區分。規制性措施在任何法律或是經濟系統裡都很普遍，其目的在於避免私人財產權的利用方式，與地主國的公共利益相違悖。」<sup>81</sup>。

在審查順序上，本案仲裁庭先以措施的歧視性，否定捷克媒體委員會的作為與不作為，屬於合理規制措施：「但是捷克媒體委員會的行為與不行為，無論如何並非正常廣播主管機關，執行法律時會採取的方式，特別是在執行媒體法的部分。這些措施本質上即為**針對原告而發**，強迫原告接受實際上破壞其投資法律基礎的契約調整、又支持原告的契約相對人進一步採取行動破壞原告在捷克的事業活動。這些行為與不行為，造成CME所持有之ENTS股份的負面影響……」<sup>82</sup>

最後仲裁庭認為，媒體委員會的行為與不行為使得可見的期間內，ENTS(原告的子

<sup>79</sup> *Id.* at ¶207.

<sup>80</sup> *CME v. Czech*, ¶¶1-27.

<sup>81</sup> *Id.* at ¶603.

(“...deprivation of property and/or rights must be distinguished from ordinary measures of the State and its agencies in proper execution of the law. Regulatory measures are common in all types of legal and economic systems in order to avoid use of private property contrary to the general welfare of the (host) State.”)

<sup>82</sup> *Id.*

(“The Council’s actions and inactions, however, cannot be characterized as normal broadcasting regulator’s regulations in compliance with and in execution of the law, in particular the Media Law. Neither the Council’s actions in 1996 nor the Council’s interference in 1999 were part of proper administrative proceedings. They must be characterized as actions designed to force the foreign investor to contractually agree to the elimination of basic rights for the protection of its investment (in 1996) and as actions (in 1999) supporting the foreign investor’s contractual partner in destroying the legal basis for the foreign investor’s business in the Czech Republic.”)



公司)無法恢復其專屬利用廣播執照的地位，因此構成徵收。<sup>83</sup>本案例中仲裁庭是以地主國措施係特別針對外國投資人為由，否定其合理規制措施的地位，因此本文將其列為利用歧視性作為區分要素的案件。

在*EDF v. Romania*案中，原告也主張羅馬尼亞的措施，政府緊急狀況法 104 號是針對原告而來，是因為政府官員要報復原告不肯賄賂他們。但是仲裁庭仔細的審查該法的立法過程，認為該法並非針對特定對象所設，而是因為警察回報了一些與機場免稅店零售業者相關的貪汙案件，政府認為有必要整頓、重新組織這個領域，以對抗可能的貪腐情形。並且，該法的立法經過相當複雜的程序，涉及總理、羅馬尼亞上、下議院(Romanian Chamber of Deputies and Senate)無數的委員會，仲裁庭認為這些程序看不出有任何針對原告的意思，並且也很難想像這麼多單位聯合起來制定、通過法律就是為了報復原告。最後仲裁庭認為政府緊急狀況法，是出於公共目的，符合正當程序並且不具歧視性的規制措施。<sup>84</sup>

*Archer v. Mexico*案中，仲裁庭表示，判斷時可以考量其他要素，例如政府的措施與目的間是否符合比例性，措施之施行是否法律上或是事實上造成歧視等，不過若政府措施並未造成投資重大損害，是不會構成徵收的。最後仲裁庭以本案例中原告一直維持對其投資的控制，並且持續在墨西哥境內製造與販售HFCS為由，認為單純主張措施具歧視性、不足以構成間接徵收。<sup>85</sup>

### 6.5.6 投資人的合理期待(Legitimate expectation)

在本文研究的案例中，投資人的合理期待一再成為仲裁庭判斷徵收的關鍵要素，對於措施對投資造成的影響是否重大，有些案例亦認為必須考量投資人的合理期待。<sup>86</sup>本文研究案例中，共有 11 個案例提到投資人的合理期待，但是其運用方式頗為分歧，有些仲裁庭用輔助，判斷措施是否造成嚴重損害，其他仲裁庭則似乎當作獨立的要素判斷；而對於何時投資人享有合理期待，何時該信賴遭到違背，也有寬嚴不一的認定方式。

<sup>83</sup> *Id.* at ¶607.

<sup>84</sup> *EDF v. Rom.*, ¶¶287-92.

<sup>85</sup> *Archer v. Mex.*, ¶250.

<sup>86</sup> *LG&E v. Arg.*, ¶190.

在*Metalclad v. Mexico*案中，投資人想在墨西哥的State of Saint Luis Potosi(下稱SLP)州建造有毒廢料掩埋場，因此向墨西哥聯邦還有SLP州申請建照，在兩個建照都通過後，聯邦官員保證一切所需的官方文件已經備齊，投資人因此開始建造。但是開工之後卻一波三折，先是SLP州政府想要廢止其建照，再來有毒廢料掩埋場所在的Guadalcazar市又以投資人未取得其所核發的建照為由，勒令投資人停工，並且事後拒發建照。之後投資人透過與聯邦政府協議的方式，終於繼續興建並且完成掩埋場。可是在掩埋場完成後，SLP州政府卻以保護當地的稀有仙人掌為由，發布環保法規命令(Ecological Decree)，宣布該區域的掩埋場都不能運作。<sup>87</sup>

在徵收的判斷上，仲裁庭如前所述認為任何規制措施，只要造成的影響夠嚴重都可以構成徵收，必須補償，雖然並沒有直接提及投資人的合理期待，但是在判斷措施造成的損害時，仲裁庭還是引述了狀況類似的前案*Biloune, et al. v. Ghana Investment Centre*，並且說明該案中判斷損害程度時，該案仲裁庭考量了投資人的合理期待。與本案仲裁庭說明墨西哥違反公平公正待遇處，高度仰賴投資人合理期待的論理互相呼應，應可認為仲裁庭在判斷投資所受損害時，也考量了投資人的合理期待。<sup>88</sup>

*LG&E v. Argentina*案中，原告主張阿根廷在天然氣產業中，本來每年在阿根廷都會利用美國生產者物價指數之變動，調整關稅，阿根廷卻單方面的停止此一優惠，此一變動足以構成徵收。利用措施對投資影響的程度作為前提，影響程度的判斷同時參考合理期待以及措施的施行時間。並且以比例原則進一步區分措施是否已經超越正當規制權限，而達徵收的程度。「判斷國家措施是否構成……徵收，仲裁庭必須在國家措施造成投資人的影響，以及國家採取不同政策的權利間，取得平衡……判斷措施對投資人權利造成的影響程度時，必須考量投資人的合理期待，以及措施的持續時間。」<sup>89</sup>，但是最後仲

---

<sup>87</sup> *Metalclad v. Mex.*, ¶¶28-69.

<sup>88</sup> *Id.* at ¶108.

<sup>89</sup> *LG&E v. Arg.*, ¶189-90.

（“In order to establish whether State measures constitute expropriation under Article IV(1) of the Bilateral Treaty, the Tribunal must balance two competing interests: the degree of the measure’s interference with the right of ownership and the power of the State to adopt its policies. In evaluating the degree of the measure’s interference with the investor’s right of ownership, one must analyze the measure’s economic impact – its interference with the investor’s reasonable

裁庭認為，從經濟觀點而言，原告的損害程度不高，因此沒有構成徵收，最後沒有處理合理期待的問題。<sup>90</sup>

*Sempra v. Argentina*案中，同樣也涉及阿根廷經濟危機時，暫停原告使用美金作為關稅計價基礎的權利等措施。該案中，仲裁庭的著眼點仍在於措施造成的損害，似乎將投資人的合理期待當成額外的考量，「本案所涉的許多措施，都對商業活動造成相當的影響。但是，……就算措施造成不良影響，也未必能構成間接徵收，不良影響的程度必須達到使投資人無法繼續控制其投資、或是投資已經喪失價值，才有可能構成徵收。而本案中並未達到此種嚴重程度。」<sup>91</sup>

「考量徵收構成與否時，投資人的合理期待確實扮演著其重要腳色……但是這不代表當投資人有合理期待時，即使投資沒有受到重大影響，也能構成徵收。」<sup>92</sup>，最後仲裁庭並未實際審酌合理期待部分。

*Archer v. Mexico*案中，仲裁庭也將合理期待獨立於措施造成的損害外考量，「仲裁庭亦可考量其他要素，例如政府的措施與目的間是否符合比例性……又是否違背投資人之合理期待？但是在本案，仲裁庭認為並不構成徵收。雖然原告主張稅務措施的歧視性，以及其違背投資人之合理期待，可以顯示措施的徵收性質。但是正如前述，若非政府措施造成投資重大損害，是不會構成徵收的。本案中原告一直維持對其投資的控制，並且持續在墨西哥境內製造與販售HFCS。單純主張措施具歧視性、違背合理期待，仍不足以構成間接徵收。」<sup>93</sup>，本案同樣的，仲裁庭沒有實際適用此一標準。

---

expectations – and the measure's duration.”).

<sup>90</sup> *Id.* at ¶198-200.

<sup>91</sup> “Many of the measures discussed in the instant case have had a very adverse effect on the conduct of the business concerned. This is, however, again a question that the Treaty addresses in the context of other safeguards for protecting the investor. A finding of indirect expropriation would require more than adverse effects. It would require that the investor no longer be in control of its business operation, or that the value of the business have been virtually annihilated. This is not the case in the present dispute.” *Sempra v. Arg.*, ¶285.

<sup>92</sup> “Legitimate expectation is also an issue which the parties have discussed, and is subject to protection under broadly conceived treaty standards and international law. This does not mean, however, that this right will operate to make the test for indirect expropriation less stringent.” *Sempra v. Arg.*, ¶288.

<sup>93</sup> *Archer v. Mexico*, ¶250-51.

(“Other factors may be taken into account, together with the effects of the government's measure,

而*Feldman v. Mexico*中，仲裁庭則實際判斷了政府措施是否違背投資人的合理期待。該案中，原告本可就出口之香菸獲得退稅的優惠，但後來本法修正，投資人因為未申請註冊為合格出口商，無法繼續取得租稅優惠。就投資人合理期待部分，雖然仲裁庭並未直接使用Legitimate expectation一詞，但是從仲裁庭的判斷可以導出其內涵其實就是投資人是否存有合理期待。仲裁庭判斷時，參酌了兩組事實，其一為國際法與NAFTA均未允許非經許可的香菸市場(Gray market)，其二則為投資人從來沒有取得退稅的權利過。綜合這兩點判斷，投資人因為並未滿足退稅的要件，其中也包括原告並未登記成為合格的香菸出口商，投資人對其能繼續出口香菸的信賴，並非合理期待。<sup>94</sup>

在*Feldman v. Mexico*案中所判斷的合理期待，範圍較為廣泛，以整體法律系統給投資人的信賴，作為判斷對象。同類型的案例還有*Thunderbird v. Mexico*案，該案中原告經營的是當地法律所不允許的事業，因此其信賴並非合理期待。

*Tecmed v. Mexico*案中，仲裁庭則透過觀察整體社會與政治情況，認為原告無法合理預見地主國的措施。原告Tecmed為西班牙公司，透過其在墨西哥的子公司，得標運營廢棄物掩埋場及相關服務，並取得運作執照，該執照為期一年，可以由雙方同意延展。但不久後礙於地方團體的壓力，原告子公司與墨西哥政府達成協議遷離原地，改移他處，墨西哥政府並保證原處理場在新場地開始運作前，可以繼續運作。然而不久墨西哥政府以原告子公司的處理場，未遵守容量跟廢棄物種類之規定，並且進行超出執照許可範圍之運作三個理由，拒絕展延原告子公司的運營執照。原告抗辯上述違規墨西哥政府都已經課與罰鍰，拒絕展延運營執照並非合理措施。後並提起仲裁，主張其投資遭到徵收。<sup>95</sup>

---

including whether the measure was proportionate or necessary for a legitimate purpose; whether it discriminated in law or in practice; whether it was not adopted in accordance with due process of law; or whether it interfered with the investor's legitimate expectations when, the investment was made. In the Tribunal's view, this is not an expropriation case. The Claimants contend that the expropriatory nature of the Tax is confirmed by the fact that the Tax was discriminatory and also interfered with their legitimate and reasonable expectations regarding the economic benefit to be obtained from the use and enjoyment of the Investment. However, no expropriation occurs unless the measure's degree of interference is substantial, which is not the case in the present situation, where the Claimants remained at all times in control of their investment, producing and distributing HFCS in Mexico. Accordingly, the loss of benefits or expectation, or the alleged discriminatory character of the Tax —standing alone— is not a sufficient criterion for an expropriation.”)

<sup>94</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶111.

<sup>95</sup> *Tecmed v. Mex.*, ¶¶35-51.

在判斷是否構成徵收時，仲裁庭也考量了投資人的合理期待。仲裁庭表示，考量整個案件的事實與社會狀況，締約時，從墨西哥的法律跟相關狀況觀之，原告應能合理信賴其所取得的運作執照，與處理場的使用年限相當，並能繼續運作和收益。而其從事的活動也沒有破壞環境平衡，只造成了很輕微的損害，按內國法規定，課與罰緩已足。但墨西哥政府在沒有緊急環境保護需求，或是公眾壓力已造成緊急威脅的情況下，拒絕與原告子公司展延運營執照。其措施之採取，還有影響程度這絕非投資人能合理預見的。<sup>96</sup> 此案例同時參酌了地主國的整體社會跟政治情況，考量政府採取措施，以及該措施造成的影響是否違背投資人的合理信賴。從其適用方式上以及論理順序上來看，仲裁庭似將投資人合理期待，當作措施造成影響以外的獨立考量要素。

在*Azurix v. Argentina*案中，仲裁庭引述*Tecmed v. Mexico*案作為依據，考量投資人的合理期待。但是該案中仲裁庭認為可以做為信賴基礎的國家行為，似較*Tecmed v. Mexico*案中為窄，而且是以合理期待作為輔助判斷影響程度的要素。該案中，原告子公司參與投標，並取得阿根廷布宜諾斯艾利斯省的飲用水供應，跟汙水處理的特許契約，該約自1999年起算，共有30年期間。約中並規定被告應修復水處理跟供應設施，供原告子公司使用，以及原告子公司可以享有依據商品零售價格指數(Retail Price Index)調整關稅的優惠。但隨後該省政府的若干作為造成了原告損害。首先，布宜諾斯艾利斯省政府透過供水監督機關，限制原告不得收取比原告前一個供應者更高的水費跟汙水處理費用，原告主張這與其參與投標取得的資訊相違背；其次，阿根廷在2000年，於沒有任何替代方案的情況下，終止了原告享有的關稅調整優惠；再者，該省在2000年4月，因為省政府並未依約修復水供應設施，供水系統爆發藻類(algae)汙染，原告主張該省政府不但沒有協助修復供水設施，還進一步鼓動居民的不安，要居民拒付水費。雖然原告曾經要求布宜諾斯艾利斯省府依約履行，排除這些違約狀況，但是遭到拒絕，最後原告提起國際投資仲裁，其中並包括徵收主張。<sup>97</sup>

仲裁庭認為，判斷地主國措施是否構成徵收時，投資人的合理期待，可以作為措施

---

<sup>96</sup> *Id.* ¶¶147-50.

<sup>97</sup> *Azurix v. Arg.*, ¶¶38-49.

對投資影響程度的判斷標準之一，並且合理期待的來源包括國家明示或是默示的保證，不限於兩者簽訂契約才算，「合理期待不只可奠基於雙方的契約，當地主國明示默示保證一定情況，而又為投資人納入其是否進行投資的考量時，亦無礙投資人形成合理期待……」<sup>98</sup>，雖然阿根廷抗辯，如果合理期待如此寬鬆，那麼任何嗣後的規制架構變更，都會違反投資人的合理期待。但仲裁庭認為，就算違背投資人的合理期待，也必須達到足以剝奪投資人所有投資利益的程度才會構成徵收，而是否達到此等程度，仲裁庭自會審酌，也將合理期待當作判斷影響程度的一環。

在適用上，雖然仲裁庭肯定上述措施，均造成投資人的一定影響，但是該影響尚未達到嚴重損害投資的程度，最後並不認為構成徵收。「……本庭認為，即使將所有可歸因給省政府的措施累計，其效果也仍未達到徵收的程度。本案中Azurix並未喪失所有權。Azurix持續維持對ABA的控制，以及保有90%的股權。雖然ABA的管理確實受到省政府措施的影響，但是該影響並不足以說服本庭認定已經構成徵收。」<sup>99</sup>

而在*Methanex Corp. v. United States*案中，對投資人的合理期待的利用方式與前面的案件完全不同。該案中措施違背投資人的合理期待，是規制措施例外構成徵收的理由，但是該等信賴基礎非常的狹窄。仲裁庭於本案中，強調必須類似*Metalclad v. Mexico*案中，有政府官員明確的保證作為基礎，投資人才能主張合理期待。在本案中仲裁庭採取對地主國相當有利的態度，仲裁庭認為，原則上非歧視性的規制措施，只要符合正當法律程序，即使造成外國投資人的影響也不構成徵收。並且應該由投資人舉證證明國家措施並非出於公共目的、具有歧視性、或是不符合正當法律程序。唯一的例外是，當地主國違背與投資人間的特別承諾或是約定，仍有可能構成徵收。「本庭認為，原告主張規制措

---

<sup>98</sup> *Id.* at ¶318.

(“The expectations ... are not necessarily based on a contract but on assurances explicit or implicit, or on representations, made by the State which the investor took into account in making the investment...”)

<sup>99</sup> *Id.* at ¶322.

(“... the Tribunal finds that the impact on the investment attributable to the Province’s actions was not to the extent required to find that, in the aggregate, these actions amounted to an expropriation; Azurix did not lose the attributes of ownership, at all times continued to control ABA and its ownership of 90% of the shares was unaffected. No doubt the management of ABA was affected by the Province’s actions, but not sufficiently for the Tribunal to find that Azurix’s investment was expropriated.”)

施如果蓄意歧視外國投資人，確實很可能構成徵收。但是在一般國際法上，非歧視性的規制措施，只要合於正當程序，即使影響投資人的投資，也不會構成必須補償的徵收，除非政府曾明確向投資人保證，投資人可以免於該類措施之規制。」<sup>100</sup> 最後仲裁庭認為，原告進入美國市場並非基於地主國的特定承諾，美國也沒有對其做出投資人可以免於規制的承諾。相反的，加州MTBE禁令之頒布是有跡可循的，原告在進入市場前早已知道，因此政府並沒有違背特定承諾。加上原告也未能證明禁令非出於公共目的、具有歧視性、或是非依循正當程序的任何一點，加州措施並未構成徵收。<sup>101</sup>

綜上所述，投資人的合理期待此一要素，雖然受到相當的重視，在國際投資仲裁上廣泛受到運用，但是仲裁庭間運用方式相當多樣。有些仲裁庭將其作為輔助判斷措施造成損害的要件，而其他仲裁庭則作為損害以外的判斷要素；在信賴基礎的範圍上，最廣義者認為，整體社會、政治情勢與法律系統，都可以作為信賴基礎；而狹義的則認為只有政府代表明確的承諾，才可以作為信賴基礎。近期部份的條約實踐，即採取此種方式，在條約中強調違背合理期待的狀況，限於地主國違背書面、且有拘束力的承諾。<sup>102</sup>

### 6.5.7 比例原則

比例原則出現在國際投資仲裁領域的時間比較短，在本文研究的 41 個案例中，共有 6 個案例表示可以透過比例原則，區分合理規制措施與間接徵收。除了 *Tecmed v. Mexico* 案在 2003 年做出仲裁決定外，其他案件都在 2006 年後，相對是比較新的原則。

*Tecmed v. Mexico* 案中，仲裁庭首次引入比例原則作為判斷合理規制措施跟徵收的標準。原告子公司取得廢棄物掩埋場運作執照後不久，即遭到當地嚴重的抗議，因此原告子公司與墨西哥政府達成協議遷離原地，改移他處。但是，在遷移之前，墨西哥政府即

<sup>100</sup> *Methanex v. U.S.*, Part. IV, Chp. D, ¶7.

(“In the Tribunal’s view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfills a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.”)

<sup>101</sup> *Id.* at Part. IV, Chp. D, ¶9-18.

<sup>102</sup> 關於新型條約的規範方式，請參見本文第 5 章的說明。

以原告子公司的處理場，未遵守容量跟廢棄物種類之規定，並且進行超出執照許可範圍之運作三個理由，拒絕展延原告子公司的運營執照，由於該執照必須每年更新，原告因此失去繼續運作的法律基礎。<sup>103</sup>

仲裁庭肯定，國家規制措施不會自動被徵收規範排除，而必須判斷規制措施是否仍屬於正當規制權限行使。仲裁庭引用歐洲人權法院所發展的比例原則，作為判斷標準，「在確立規制措施並非本質上排除於徵收定義之外後，本庭認為，要判斷系爭措施屬於徵收 或是合理規制措施，除了考量措施帶來的負面經濟影響外，尚須考量該措施是否在所欲保護的公共利益與投資保護間達成比例性…」<sup>104</sup>，仲裁庭接著表示，雖然進行比例性分析時，仲裁庭原則上會尊重地主國對所欲保障的公共利益，以及應採手段的評估。但是這不表示仲裁庭不能檢驗地主國措施與目標間，是否存有合理關聯，即措施對投資人的財產權利之剝奪，以及違背投資人合理期待的程度，是否與所保障的公共利益間存有合理關聯。<sup>105</sup>

在適用上，仲裁庭先檢驗了墨西哥方面到底是出於何等公共目的採取措施。仲裁庭認為，雖然墨西哥方主張其目的在於保護環境，而原告子公司違反了若干環境規範，因此才將其運營執照撤銷。但是仲裁庭檢驗證據後認為，實際上並沒有嚴重的環境或是健康考量，墨西哥方的決策過程也顯示原告子公司的違規並不致要停止其運作。真正的理由是當地社會跟政治上反對廢棄物掩埋場的壓力日增，而其他證據也顯示，爭議重點在於設置垃圾處理場的位置上。仲裁庭認為，必須將公眾壓力可能造成的危機，與措施造成投資人的經濟損害，兩相權衡，視其是否具有比例性。仲裁庭認為，一方面並沒有強大的公眾壓力，非讓投資人關閉掩埋場而受到嚴重的損害不可。此外民眾對於掩埋場的反對，主要是選址造成的，而非原告子公司對於掩埋場的運營方式造成的，既然原告子

---

<sup>103</sup> Tecmed v. Mex., ¶¶35-51.

<sup>104</sup> *Id.* at ¶122.

（“After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments...”）

<sup>105</sup> *Id.*



公司也在跟政府協議換址，仲裁庭認為，墨西哥拒絕展延執照，手段不合比例性。<sup>106</sup>

其後，*Azurix v. Argentina*案跟進，該案中仲裁庭表示，措施是否出於公共利益並非構成徵收與否最重要的標準，因為所有政府措施都有可能造成負面經濟影響，但是仍然可以參考。此外可以參考的要素包括，政府實施措施的目的是否為了規制或是要取得特定財產，措施對投資造成的影響程度及實施措施的比例性，以及是否構成個人的特別犧牲(Individual Excessive Burden)，「……公共目的確實可以作為措施造成的損害之外，獨立的判斷標準，但是仍須一定程度的補強……在Tecmed案中，仲裁庭參考了歐洲人權法院的判斷方式……歐洲人權法院，認為，剝奪個人財產權之措施，必須事實上以及法律上，出於合法的公共目的，並且在目的與手段間，存有合理關聯，並且合乎比例性。而當措施並未造成個人特別犧牲時，該措施即可認為是合乎比例性的……本庭認為，這些額外的考量因素，在判斷規制措施是否構成徵收時，提供相當有用的指引。」<sup>107</sup>，雖然本案最後，仲裁庭以措施影響程度未達重大損害為由，並未繼續判斷其他要素，但本案更進一步的將歐洲人權法院運用比例原則的方式引入，細緻化了比例原則的運用。

*LG&E v. Argentina*案中，雖然未直接使用比例原則一詞(Proportionality)，但從文義中可以看出仲裁庭認為可以利用此一概念作為區分合理規制措施跟徵收的方法，「本庭認為，分析措施是否為具有徵收性質時，必須觀察措施的手段以及目的。必須注意不能干涉國家採取各種政策的權利……國家一般而言，有權採取各種不同的措施，促進社會或是公共福利。在這類情況下，該等措施不須加以補償，除非國家的措施在手段跟目的間，顯失均衡……」(強調為作者所加)。<sup>108</sup>似採取比較低度的審查標準。

<sup>106</sup> *Id.* at ¶¶122-51.

<sup>107</sup> *Azurix v. Arg.*, ¶311.

(“...The public purpose criterion as an additional criterion to the effect of the measures under consideration needs to be complemented. The parties have referred in their exchanges to findings of the tribunal in Tecmed. That tribunal sought guidance in the case law of the European Court of Human Rights, in particular, in the case of James and Others. The Court held that “a measure depriving a person of his property [must] pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim ‘in the public interest’”, and bear “a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized”. This proportionality will not be found if the person concerned bears “an individual and excessive burden”. The Court considered that such “a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto.”)

<sup>108</sup> *LG&E v. Arg.*, ¶195.

(“With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the

在 *Archer v. Mexico* 案中，仲裁庭表示，「仲裁庭亦可考量其他要素，例如政府的措施與目的間是否**符合比例性**、是否對政府的合法目的而言具有必要性、措施之施行是否法律上或是事實上造成歧視，是否符合正當法律程序、又是否違背投資人之合理期待？」(粗體強調為作者所加)<sup>109</sup>，而 *Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico* 案中，也提及，區分徵收與不需補償的合理規制措施時，可參酌措施造成的效果與其所欲達成的目標間是否具比例性。<sup>110</sup>不過這兩個案例中，仲裁庭都以政府措施造成的效果並未構成重大損害等理由，沒有檢視比例原則。

在近期的 *EDF v. Romania* 案中，仲裁庭則實際適用，操作比例原則，用以判斷措施屬於徵收或是合理規制措施。本案如前所述，涉及羅馬尼亞通過政府緊急狀況法 104 號，據此撤銷原告子公司在機場的免稅品販賣權利；以及羅馬尼亞的 *Financial Guard* 沒收 *ASRO* 違法營業範圍之營收等措施。仲裁庭討論了措施的效果、公共目的、正當程序、措施的歧視性後，表示仍須透過比例原則檢驗，「如同其他仲裁庭所為，在判斷措施是否合於國家正當規制權限時，除了判斷國家是否出於正當的公共利益考量，其所採的措施與目標間，也必須存有合理關聯、並且符合比例原則；當政府措施造成個人特別犧牲時，即可認為不合比例性。」<sup>111</sup>。

適用上，仲裁庭認為，政府緊急狀況法 104 號目的在於對抗貪腐，是一個相當正當的公共目的，而其手段與目的間也符合比例原則。仲裁庭表示，由於政府緊急狀況法 104 號對原告造成的損害，只有在 *Constanta* 機場的免稅店運營權利，原告主張受到 40 萬美金的損害。無論從其金額本身觀之，或是從 40 萬佔原告請求總數 1 億 3 千萬的比例來

---

measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State's action is obviously disproportionate to the need being addressed.”)

<sup>109</sup> *Archer v. Mex.*, ¶250.

“Other factors may be taken into account, together with the effects of the government's measure, including whether the measure was proportionate or necessary for a legitimate purpose; whether it discriminated in law or in practice; whether it was not adopted in accordance with due process of law; or whether it interfered with the investor's legitimate expectations when, the investment was made.”

<sup>110</sup> *Fireman's fund v. Mex.*, ¶176.

<sup>111</sup> *EDF v. Rom.*, ¶293.

(“As held by other tribunals, in addition to a legitimate aim in the public interest there must be “a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized”; that proportionality would be lacking if the person involved “bears an individual and excessive burden.””)

看，都十分有限，難謂構成原告的個人特別犧牲，因此符合比例原則的要求。<sup>112</sup>適用上欠缺論理，不像*Tecmed v. Mexico*案在找出公共目的後，檢視了所採手段對投資人造成的損害以及取得的公益。

總結以上，近期案例採用比例原則者似有增加趨勢，然而這些案例參考自歐洲人權法院的判決，引入的時間尚短，在論理跟使用比例原則的方式上，還是比較粗糙並且不一貫，尚有待進一步的細緻化。

### 6.5.8 其他

除了上述七個判斷標準外，仲裁庭尚會利用一些比較特別的判斷標準。本文整理的案例中，除了上述七個比較常用的判斷標準，部分仲裁庭還會檢視府措施是否針對特定財產進行作為判斷標準。當被控措施涉及內國法院判決時，則以拒絕正義作為判斷標準。最後，尚有部分案例直接表示某些行為屬於國家規制權限的範圍，不構成徵收。

#### 6.5.8.1 措施是否具特定性

此一標準指，徵收之構成，不但國家必須取得財產權或是經濟利益，還必須國家主觀就是出於取得「特定財產」的目的而採取行動。在*Petrobart v. Kyrgyzstan*案中，仲裁庭認為：「本案很明顯並無直接徵收的情況。此外，吉爾吉斯政府的措施雖然造成投資若干不良影響，但是國家並非針對該財產實施措施，也沒有企圖移轉財產權予國家……仲裁庭並不認為本案原告受到的影響，已足構成徵收。」<sup>113</sup>最後因此認為並不構成徵收。

#### 6.5.8.2 是否經過法院判決與拒絕正義(Denial of Justice)

當案例涉及內國法院判決時，仲裁庭則採用是否存有拒絕正義的狀況，或是法院判

---

<sup>112</sup> *Id.*

<sup>113</sup> *Petrobart v. Kyrg., 77.*

(“It is clear that there was no formal expropriation of Petrobart’s investment. Nor does it appear that the measures taken by the Kyrgyz Government and state authorities, although they had negative effects for Petrobart, were directed specifically against Petrobart’s investment or had the aim of transferring economic values from Petrobart to the Kyrgyz Republic. Petrobart’s claims against KGM remained and gave rise to demands in KGM’s bankruptcy. The Arbitral Tribunal considers that the measures taken by the Kyrgyz Republic, while disregarding Petrobart’s legitimate interests as an investor, did not attain the level of de facto expropriation.”)

決是否構成權利濫用，判斷國家措施屬於國家的權限或是構成徵收。<sup>114</sup>

在 *Feldman v. Mexico* 案中，在地主國法院已經做出判斷時，則只有法院判斷已達拒絕正義的情形，方能主張。該案中仲裁庭引述 *Azinian v. Mexico* 一案的論理：「*Azinian* 案表示，『當內國法院認定政府的行為合法時，除非法院判決本身即存有國際法層面的違法，否則不能認為該行為造成國家責任。』*Azinian* 案進一步表示，在此種狀況原告必須證明法院的判決本身即違背北美自由貿易協定，或是法院拒絕受理案件，或是存以明顯和惡意的法律誤用」<sup>115</sup>。在本案中，仲裁庭認為由於原告並未充分舉證墨西哥國內的法院有何等程序或是實體上的瑕疵，並考量原告順利取得國內救濟，仲裁庭不認為存在拒絕正義的狀況。<sup>116</sup>

*Saipem v. Bangladesh* 案中，原告主張孟加拉法院拒絕執行其所取得的國際商會 (International Chamber of Commerce, ICC) 之仲裁決定，構成徵收。仲裁庭同意一般來說必須政府的各種措施必須足以造成財產權的嚴重損害，才會構成徵收，而且許多案例中以此為唯一標準判斷徵收。但在本案中顯然無法如此，因為任何撤銷仲裁決定的判決，都對投資人本就仲裁決定可能享有的利益造成嚴重損害，如果合法的法院判決也構成徵收，顯然不合理，因此仍需其他的判斷標準，顯示法院的判決是違法的。仲裁庭認為，如果構成權利濫用 (abuse of right) 時，可以構成徵收。<sup>117</sup>

仲裁庭贊同原告的主張，認為如果內國法院適用法律，有違國際法上一般接受的司法標準，並且該判決為恣意、極不公平，違背正義原則、或是極其特異 (grossly unfair

<sup>114</sup> 雖然有些時候拒絕正義 (Denial of Justice) 也用來指稱行政行為不遵循正當程序，而與 Due Process 的要求有所重疊，但是大多數時候，這個詞是用來指稱司法行為不符合正義的要求。而且不獨正當程序的欠缺，實體方面的不足也可以是拒絕正義。因此本文將其獨立列為考量因素，而不予正當程序放在一起。See generally JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005); JAMES CRAWFORD, BROWNLIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 619-20 (2012); M. SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 357-59 (2010).

<sup>115</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶139.

(“*Azinian* states that “A governmental authority surely cannot be faulted for acting in a manner validated by its own courts unless the courts themselves are disavowed at the international level.” *Azinian* further suggests that there must be a showing that the court decision itself is a violation of NAFTA, or that the relevant courts have not accepted the suit, or there is “a clear and malicious misapplication of the law””)

<sup>116</sup> *Id.* at ¶¶138-41.

<sup>117</sup> *Saipem v. People's Republic of Bangl.*, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, ¶133 (Jun. 30, 2009).

arbitrary, unjust or idiosyncratic)，仍然可能構成國際法上義務的違反。仔細檢視證據後，仲裁庭以孟加拉法院適用內國法律上有嚴重的瑕疵等理由，認為其違反國際義務。其中最主要的部份為，仲裁庭認為無論從程序或是實體認定觀之，ICC的仲裁並無任何問題，孟加拉法院卻以仲裁人蓄意忽視法律規定、欠缺任何理由從事不正行為，認定此一仲裁會導致不正當的結果。這樣的判決顯有重大瑕疵，已達權利濫用的程度，最後仲裁庭認為此一法院判決構成徵收。<sup>118</sup>

另外在*Saluka v. Czech*案中，仲裁庭表示該案捷克金融監管機構之行為，不構成徵收的理由之一，也包括該措施後來經過布拉格市法院支持，確認其合法性。<sup>119</sup>類似的案例如*EDF v. Romania*案，對於羅馬尼亞Financial Guard的作為，仲裁庭支持其合法性的理由也包括該措施經過羅馬尼亞內國法院認定合法。

### 6.5.8.3 國家規制權限

另外有些仲裁決定中，只單純表示某些行為屬於國家規制權限，因此不構成徵收，或是將是否合於國家規制權限混為徵收判斷標準之一。例如在前述*Fireman's' Fund Insurance Company v. Mexico*案中，仲裁庭區分徵收與合理規制措施的判斷標準之一，就包括措施是否屬於傳統國家規制權限的範圍。<sup>120</sup>

而在*Gustav v. Ghana*案中，仲裁庭則認為迦納的刑事調查程序，屬於國家合理權限的行使，不屬於徵收。<sup>121</sup>

## 6.6 仲裁庭對判斷要素運用方式之分析

### 6.6.1 仲裁庭所利用的判斷要素

仲裁庭利用上最為統一，也是最為重要的徵收、合理規制措施判斷要素，就是措施造成的影響，近期仲裁庭並開始利用地主國措施造成之損害，作為仲裁判斷的門檻，如

<sup>118</sup> *Id.*, at ¶¶149-55.

<sup>119</sup> *Saluka v. Czech*, ¶274.

<sup>120</sup> *Fireman's fund v. Mex.*, ¶176.

<sup>121</sup> *Gustav v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, ¶297-300 (Jun.18, 2010).

果措施不足以構成重大損害，那麼仲裁庭將不會審酌後續的要素，即認定不構成徵收。<sup>122</sup>

除了徵收造成的效果外，地主國的主觀意圖有時也扮演著相當的腳色。在決定國家措施是否屬於合理規制措施時，仍有為數不少的仲裁庭表示應考量措施是否出於公共目的，顯示這個要素仍有其重要性。在本文研究的案例中，經仲裁庭實際審酌，並認為屬於正當公共目的者，共有 *Methanex v. United States* 案中的環境保護、*Feldman v. Mexico* 的防範非法香菸交易市場、*Saluka v. Czech* 案中的金融秩序維持、*EDF v. Romania* 案中的防範貪腐等。相反的，地主國主觀上是否出於徵收的主觀意圖就不是仲裁庭的主要考量，如同大量徵收相關判決與仲裁決定一再強調，在判斷構成徵收與否時，不必考慮地主國取得財產權的主觀意圖。本文研究的案例中，只有 4 例判斷考量國家是否以取得財產為目的採取措施。並且，自 2005 年的 *Petrobart v. Kyrgyzstan* 案後，此一要素業已消失在仲裁庭的判斷清單上了。

另外，措施的歧視性與是否依循正當程序，也經常用於區辨規制措施是否屬於合理權限之行使。如果措施具有歧視性，或是沒有依循正當程序，仲裁庭通常不會認為措施仍屬正當規制權限之行使。但應注意，如果措施造成的損害不夠嚴重，仍不會構成徵收。

而投資人的合理期待，也經常得到仲裁庭的青睞，但是其定義、利用方式都不甚統一。有些仲裁庭透過投資人的合理期待，判斷投資人受到的損害是否重要，而其他仲裁庭則經常將其當作獨立的判斷要素；此外在信賴基礎的建立上，有些仲裁庭強調必須國家明確的保證，才能當作投資人信賴的基礎，其他仲裁庭則較為放寬，包括整體法律秩序、社會情況都可能作為信賴基礎。<sup>123</sup>

除了合理期待，比例原則近期也逐漸受到重視。自歐洲人權法院引入此一判斷標準後，仲裁庭更多的開始運用比例原則或是相似概念，希望其判斷徵收與合理規制措施的方式，能夠在地主國與投資人的利益之間取得平衡，但是其運用方式還需更進一步精緻化，例如在 *EDF v. Romania* 案中，仲裁庭雖然形式上進行了比例原則的檢驗，但是相當粗糙，僅計算了投資人經濟利益損害的額度，就認為投資人沒有負擔個人特別犧牲，而

<sup>122</sup> 見本文 6.6.2.3 之說明。

<sup>123</sup> 例如前述 *Azurix(I) v. Argentina*、*Tecmed v. Mexico* 之立場與 *Methanex v. United States* 就有所不同，前者的信賴基礎較為寬廣，後者則限於明示的政府代表承諾。

不構成徵收，沒有實際權衡雙方的利益。

另外，雖然在國際法下，法院的判決當然也可以形成國家責任，但是在碰到地主國措施經過內國法院肯認其正當性，或是法院判決本身被控徵收時，仲裁庭似乎提高了構成徵收的要求。例如在 *Feldman v. Mexico* 案中明示，法院的判決除非構成拒絕正義，否則不會形成國家責任。<sup>124</sup> 而 *Saipem v. Bangladesh* 案中仲裁庭則以權利濫用與否，作為審查法院決定是否形成國際責任的標準。在其他幾個案例中，仲裁庭也以國內法院已為判決為由，強化其認定不構成徵收的理由。<sup>125</sup>

最後，仲裁庭也在少數狀況運用一些其他判斷要素，例如措施是否針對特定財產或是直接表示國家措施是於國家規制權限之範圍，例如在 *Gustav v. Ghana* 案中警察的刑事調查。然而前者目前已經不再由仲裁庭使用，後者則比較欠缺說理，不甚清楚仲裁庭利用的方式。

### 6.6.2 仲裁庭的判斷模式

上述國際投資仲裁的案例分析顯示，仲裁庭認為，在今日的國際投資條約中，主權國家仍然享有一定的規制權限。不過此一規制權限並非不受徵收規範的限制，關鍵仍在於區分的方式。從本文分析的 41 個案例中，整理完上述仲裁庭所參考的要素後，仲裁庭利用參考要素區分間接徵收與合理規制措施的方式，可以大略歸納為三種不同的運用模式。這三種模式分別為：1.客觀損害型、2.給予國家高度規制權限型、以及，3.中間型。<sup>126</sup>

#### 6.6.2.1 客觀損害型

<sup>124</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶139.

<sup>125</sup> *Saipem v. Bangl.*, ¶133; *Saluka v. Czech*, ¶1274; *Gustav v. Ghana*, ¶297-300.

<sup>126</sup> 在整理較早期仲裁決定的學術文章中，也有見解提出相類的分類方式，例如 Ursula Kriebaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, 8 J. WORLD INV. & TRADE 724-29 (2008). 將仲裁決定分類為，只參酌措施造成之損害型(the “sole effect” doctrine)、極端國家規制權限型(the radical police power doctrine)、調和式國家規制權限型(the moderate police power doctrine); 亦有學者將運用模式分類為客觀判斷、主觀判斷、與主客觀混合判斷三種，如徐崇利。本文認為，即使只參酌措施造成損害的案例，仍有仲裁庭表示其審酌措施造成損害的目的，是為了區分合理規制措施與徵收兩者，因此將其他兩種操作模式稱為國家規制權限型，容易造成混淆；而以主觀、客觀、主客觀混和三種模式區分，恐與本文研究的案例不合。在本文研究的案例中，雖有強調國家主觀公共目的的案例，但是這些案例並非只參考此一要素，仍會考量其他要素。因此本文最後採用只參酌措施造成的損害型、給予國家高度規制權限型、還有中間類型三種加以區分。

此類型在本文研究範圍中，共有 7 個案例。透過 ICSID 規則仲裁的案例中，有 *Vivendi v. Argentina (II)* 案、*Siemens v. Argentina* 案、*Metalclad v. Mexico* 案三例；透過聯合國貿易暨發展研討會規則仲裁的則有 *National Grid v. Argentina* 案、*Pope & Talbot v. Canada* 案兩案；最後透過斯德哥爾摩商會規則仲裁的，則有 *Nykomb Synergetics v. Latvia* 案。最早的案例為 2000 年的 *Metalclad v. Mexico* 案，最新的則為 2010 年的 *Alpha v. Ukraine* 案。

這類案例強調條約的文意解釋，由於所設條約的徵收條款多以「締約國不得採取…國有化、徵收或是對其採取效果等同於徵收之措施。」這樣的規範模式撰寫，上述案例即強調，由於條約只提到效果(effect)等同徵收，沒有提及國家的主觀意圖或是其他要素，因此應該只考量措施對投資造成的損害。

對於國家規制權限的態度上，這類案例強調，國際法上並未將國家規制措施整個類型劃出徵收規範外，而區分合理規制措施跟徵收的標準就是措施造成的損害程度。例如 *Metalclad v. Mexico* 案所說，「間接徵收為政府措施附隨的財產權干預效果，造成所有人可合理信賴基於財產權能享有的經濟利益，之全部或是一部，遭到剝奪。即使該等措施並未明顯的使國家取得利益，亦同。」<sup>127</sup>不考慮措施的性質、國家的主觀意圖、是否具歧視性等等其他要素。

#### 6.6.2.2 高度規制權限型

另一類型的仲裁決定，則給予國家高度的規制權限。這類決定傳統的正當規制權限定義，觀察國家措施是否為出於善意、公共目的、非歧視性、循正當程序的規制措施，並且要求原告(即投資人)舉證，證明國家措施不合上述要件。只要未能證明上述要件，則國家措施不構成徵收，也不需要補償。

在本文研究的案例中，屬於此種類型的案例有 *Methanex v. United States* 案、*Saluka v. Czech* 案、*EDF v. Romania* 案三案。其中立場最極端的是 *Methanex v. United States* 案，該案中，仲裁庭認為，除非違背地主國與投資人間的特別承諾或是約定，否則非歧視性的

---

<sup>127</sup> *Metalclad v. Mex.*, ¶103.



合理規制措施，符合正當法律程序，即使造成外國投資人的影響也不構成徵收，基本上並不考量對投資人造成的損害，或是措施的目的手段關聯性。<sup>128</sup>

在*Saluka v. Czech*案，雖然仲裁庭先檢驗了措施造成嚴重損害，但是接下來在檢驗地主國可否主張其措施屬於合理規制措施時，仲裁庭以公共目的、該國國內法律程序加以判斷，並且表示，若沒有清楚證據顯示捷克金融監管機構的判斷有誤，則應該認定其措施屬於合理規制措施，而非徵收。<sup>129</sup>

在*EDF v. Romania*案中，仲裁庭雖然表示必須檢驗措施造成的損害累計，是否足以達到重大損害的程度，但是從其檢驗的方式觀之，卻是先將所有措施拆開觀察，除非該等措施不是國家正當規制權限行使，否則不將措施造成的損害計入。該案中實際受到審查的措施只有政府緊急狀況法第 104 號，以及羅馬尼亞Financial Guard的措施。在前者判斷中雖然仲裁庭除了措施的公共目的、正當程序、措施的歧視性外，尚判斷了措施是否符合比例性。但其論述方式相當單純，認為原告主張受到的 40 萬損失十分有限，跟原告主張的數額相較也很低，難謂構成原告的個人特別犧牲。但是這種判斷方式太過粗糙，沒有實際權衡地主國政府跟投資人間的利益。實質上只有判斷該法律對抗貪腐的正當目的，立法程序，以及是否具有歧視性，就認定該措施屬於合理國家規制措施。<sup>130</sup>

### 6.6.2.3 中間型

除了上述兩型之外，尚有為數眾多的案例站在中間立場。這些案例同時考量系爭措施造成的損害，也考量政府採取措施的目的，還有其他的要素。本文將除了上述兩者以外的間接徵收案例，全部納入這個類型中。但是此類案件所採用的要素，以及判斷這些要素的流程，仍存在相當的不確定性。但較近期的案件，開始出現建立較穩定判斷順序的趨勢。這些案例以措施造成的損害，作為徵收判斷的門檻，這類案件認為若措施對投資造成的影響，沒有達到重大損害程度，則不必判斷後續的要件。意即以措施對投資的損害程度，作為徵收判斷的第一步。不過在判斷過損害程度後，下一步必須判斷的內容，

<sup>128</sup> *Methanex v. U.S.* Part IV, Chp. D, ¶7.

<sup>129</sup> *Saluka v. Czech*, ¶275.

<sup>130</sup> *EDF v. Rom.*, ¶293.

以及舉證責任方面，目前仍然相當不確定。

在*Metalclad v. Mexico*案後，數個仲裁庭隨後提出國家仍應享有規制權限，並且判斷上應該同時考量措施造成的影響跟政府採取措施的目的。例如早在*SD Myers v. Canada*案，仲裁庭即表示徵收的判斷必須檢驗「實際相關的利益、政府措施的目的、以及政府措施造成的影響」。<sup>131</sup>而*Feldman v. Mexico*案也接著做出類似的表示。*Tecmed v. Mexico*案、*Generation Ukraine v. Ukraine*案等也分別提出效果外不同的判斷標準。但是約到2005年為止，這段期間的案例，並未建立穩定的判斷順序，判斷的要素也有相當的差異。在*SD Myers v. Canada*案中，雖然仲裁庭表示措施造成的損害為重要關鍵，但是最後也考量了加拿大採取措施，並未移轉財產權或是利益給加拿大為由，認定該措施不構成徵收。<sup>132</sup>同樣的，在*Petrobart v. Kyrgyzstan*中，仲裁庭也以地主國措施並非針對特定財產為由，認為不構成徵收。<sup>133</sup>但除了這兩個案子之外，還有*Olguin v. Paraguay*案與*Ronald Lauder v. Czech*案採用此一判斷標準。

*Feldman v. Mexico*案採取了多個要素作為判斷標準，包括投資人之合理期待、公共目的、正當程序以及措施對投資造成之損害四個要素。在要素的利用上，雖然仲裁庭先判斷措施對投資造成的損害，但是在認為原告並未受到嚴重損害後，仲裁庭並未停止檢驗，而是繼續判斷合理期待、公共目的、正當程序等要素後才認定措施不構成徵收。<sup>134</sup>

*Generation Ukraine v. Ukraine*案，就三個被控措施，則分別以措施尚未產生效果、沒有違背投資人合理期待、原告並未享有可被徵收的權利，認為不構成徵收。*Tecmed v. Mexico*案則先考量了措施造成的損害、並參酌投資人的合理期待與比例原則判斷，最近認定地主國措施構成徵收。

此外尚有一些案例，雖然未明示所參酌的要件，但是在判斷措施並未造成重大損害後，即認為不構成徵收，如*CMS v. Argentina*案與*Waste Management v. Mexico*案，本文

---

<sup>131</sup> *SD Myers v. Can.*, ¶285.

(“It must look at the real interests involved and the purpose and effect of the government measure.”)

<sup>132</sup> *SD Myers v. Can.*, ¶287.

<sup>133</sup> *Petrobart v. Kyrg.*, 77.

<sup>134</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶135-41.

認為這些案例，仍未排除考量其他要素的可能。上述各個案例，仲裁庭並沒有穩定的判斷要素跟順序。即使是「措施造成的損害程度」，此一最普遍的判斷要素，仲裁庭的判斷順序跟利用方式也不相同。例如 *SD Myers* 案雖然提及措施造成損害的重要性，最後實際上卻未做出判斷，而是以其他要素做出結論；*Feldman v. Mexico* 案中，措施造成的損害性跟其他幾個判斷要素間，處於平等地位，只是四個判斷要素之一；在 *Generation Ukraine* 中，仲裁庭對其中一個措施，並未審酌其造成的損害程度，而是直接判斷措施違背投資人的信賴與否。*Tecmed v. Mexico* 則是先判斷措施已經造成重大損害，接著才審查其他要件。

上述狀況，約自 2006 年起開始變化，此類型的仲裁庭開始比較穩定的先行考量措施造成的損害，然後進行其他要素的考量。這段期間，明示考量措施造成損失外，還要考慮其他要素，但是以措施造成的損害為門檻的案例有 *Azurix v. Argentina* 案、*Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico* 案、*LG&E Energy Corp. v. Argentina* 案、*Archer v. Mexico* 案等。這些案例都表示徵收的判斷非以措施造成的損害為單一要素，在 *Azurix v. Argentina* 案中，仲裁庭雖然提出了包括比例原則在內的數個判斷標準，但是實際適用上，仍以原告還保有超過百分之 90 的控制股權，對其投資仍然保有控制權，措施並未造成嚴重損害為由，認定不構成徵收，並在此打住，並未進一步審查其他要件。

*Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico* 案則列出了相當長的參考要素清單，但最終實際用上的只有措施造成的影響一個判斷要素。在五個系爭措施中，有四個進入政府措施構成徵收與否的判斷，最後一個因為並非政府措施，仲裁庭直接駁回了其主張。剩下四個系爭措施，仲裁庭全部都以措施並未構成重大損害為由，即停止其審查，認定不構成徵收。

*LG&E Energy Corp. v. Argentina* 案中，*Archer v. Mexico* 案也都各自提出了數個應參酌的判斷標準，包括應考量措施目的與手段間的合理關係，前者並且強調應尊重政府規制的權利，除非國家的目的跟手段間顯失均衡，否則不構成徵收。但是兩者都相同的在審查過措施造成的損害後，即認為不構成徵收。此外，本文分類為給予國家寬廣規制權限的 *Saluka v. Czech* 與 *EDF v. Romania* 兩案，其實也循同樣的判斷順序，只是其判斷方

式顯然相當偏向國家規制權限一方，因此未列於中間類型案件中，併此說明。

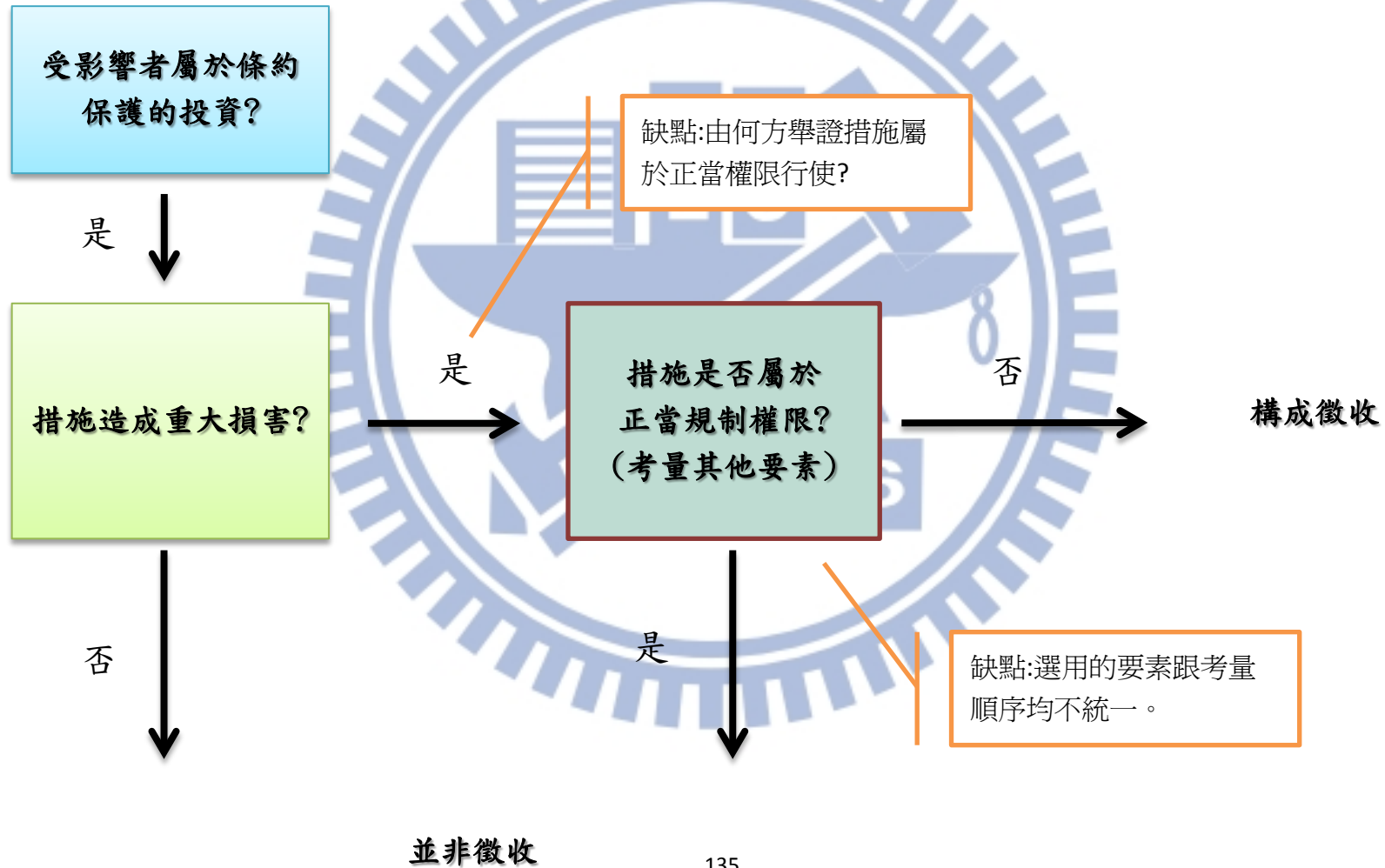
除了上述明示以此為準的案件外，這段時間也有為數眾多的案例，審查過措施的損害後，認定未達門檻，即認為不構成徵收，停止審查。例如 *M.C.I. Power Group v. Ecuador* 案、*Tokios Tokelés v. Ukraine* 案、*Enron Corporation v. Argentina* 案、*Bayindir v. Pakistan* 案、*Eastern Sugar v. Czech* 案、*National Grid v. Argentina* 案等，同樣這些案例沒有明言判斷標準，立場比較模糊，不過並未表明只能考量損害此一要素，本文亦將其列為以損害作為門檻的類型。

簡而言之，對於地主國而言，即使其措施造成投資人嚴重的損害，仍有機會透過其他要素的考量，證明該措施仍屬正當規制權限行使，從而並非徵收，也不需要補償。但是對於國家應否負舉證責任，證明措施屬於正當規制權限內，以及應考量何等要素加以判斷，目前見解尚未統一。

下圖說明了目前這類案例的判斷模式，



圖 1：中間型案例中，近期採用的判斷模式



## 7. 改進現行國際投資仲裁判斷方式之倡議

### 7.1 概述

前一章中，本文分析了 41 個相關的國際投資仲裁決定，整理了其所區分合理規制措施以及間接徵收的區分標準，並且將其運用的方式整理成三種不同類型。然而不僅三種類型間差異甚鉅，除了只考量措施造成損害的類型外，另外兩種判斷類型內部，所採取的區分方式都顯得相當不一致，不僅判斷順序上不一，連所採用的判斷要素都有很大的差距，顯然在決定的安定性上尚有相當的改進空間。

如前一章所述，國際投資條約規範底下，國家仍保有國際習慣法上的規制空間，關鍵在於如何在正當規制權限與徵收間劃出正確的界線。而此一區別該如何界定，勢必要考量國際投資條約徵收規範的規範目的，以及徵收需要補償、而合理規制措施不需要補償的理由。本章將首先說明國際投資條約的徵收規範，只提供了國際習慣法上的最低待遇標準保護，目標僅在避免國家以投機的方式損害外國投資人的利益，而非提供完全的保障；然後將透過第 4 章所整理的學者意見、國內法上概念、與前一章的仲裁判斷分析，嘗試說明合理規制措施之界線劃定，必須在投資人跟地主國利益間取得平衡。但是現行仲裁判斷，仍有相當比例並不考量雙方的利益，而是過於片面的考量單方的利益。

最後則整理現行投資仲裁中所使用的判斷要素，提出一套判斷流程，以期能促進仲裁判斷對於合理規制措施與徵收區分的確定性，並在此流程中，建議多加重視比例原則以及投資人的合理期待兩個要素，以作為平衡地主國與投資人兩者利益的工具。

### 7.2 國際投資法上徵收規範的保護標準

本文在前章透過分析國際投資法上的徵收相關案件，再次確認國際投資法上，並未剝奪國家的規制權限。正如 *Saluka v. Czech* 案中，仲裁庭所述，「在徵收的定義上，……採納的是習慣國際法上的定義，則同時也將國家行使規制權限不構成徵收的例外帶

入……徵收的定義中。……」<sup>1</sup>，無論從學者見解、國家實踐、不同的國際法法源，或是從投資條約仲裁實踐來看，國家享有相當程度的對內規制權限是毋庸置疑的，重點在於如何區分合理規制措施與間接徵收。<sup>2</sup>

在本文第 4 章中，整理了國際法與內國法上嘗試透過規制措施與徵收，何以前者不需補償而後者必須加以補償的理論基礎。這些理論基礎包括規制措施的目的，是國家為了避免財產權造成公共危害而不必補償、規制措施不會將社會公益的負擔，加諸個人身上等等，提供了判斷上的指示。從中可以看出，一套合理的區分標準，必然涉及國家採取措施之目的的判斷，所採的措施必須與要防止的公共損害、或是意圖促進的公共利益有其合理關聯，並且必須權衡雙方的利益。<sup>3</sup>在國際投資法上，這一點再次反映，國際投資爭端的主軸，在於外國投資人保護與地主國規制權限之間的緊張關係，如何在兩者之間取得平衡，將是合理規制措施與間接徵收區分標準最重要的試金石。

而應如何調和地主國與國際投資人間的利益，首先必須確認，國際投資條約下的間接徵收規範，其目的究竟在提供何等程度的投資人保護。本文認為，從今日國際投資條約上的間接徵收規範的目的探討，除了徵收客體的擴張外，其實僅提供國際習慣法上的保護標準，即國際最低待遇標準中的徵收保障。

首先，如前所述，國際投資仲裁庭的判斷上，認為國際投資條約的徵收保護條款，如果採用的是傳統的禁止「徵收、國有化、或是採取效果等同徵收之措施」的規範方式，其保護水準只是反映國際習慣法上的保護標準。而國際習慣法上對於外國人財產的徵收保障，正是國際最低待遇標準，因此在投資條約沒有特別約定下，徵收保障條款提供的保護不該逾越這個範圍。正如國際法院在 *Oscar Chinn* 案中所言，國際法的徵收保障，目的並非消除所有風險，投資人仍然必須承擔一般的商業風險；<sup>4</sup>而在投資爭端案例中，仲裁庭也表示，國際投資條約的作用與保險不同，並不是一份涵蓋所有風險的保單，亦

<sup>1</sup> *Saluka v. Czech Republic, Partial Award*, ¶1254(UNCITRAL Arb. Mar.17, 2006).

<sup>2</sup> 參見本文第 4 章以及 6.4 部分之分析。

<sup>3</sup> Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 ICSID REV., 30-31 (2005).[hereinafter “The boundaries”]; Catherine Li, *Regulatory Expropriations: Precedents, Principles and Prospects*, 86 CHENGCHI LAW REV. 321, 338 (2005).

<sup>4</sup> See RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 104-05 (2012).

強調了保障範圍仍有其限度。<sup>5</sup>

再者，如Newcombe精確指出，國際習慣法的保護標準，目的並非在國家規制權限與外國人之間，取得福利最大化、效用最大化的平衡點，而只須避免國家的投機的傷害外國人財產。因為在各國狀況皆不相同的情形下，國際法無法以一套統一規範，在各國的規制權限與投資人保護間達成最適分配。<sup>6</sup>

其次，雖然國際法與國內法在徵收議題上，都碰上相類的困難。但是國際法院相較國內法院，從其民主正當性以及爭端解決機關的專業性、適合性而言，處於更為不利的地位，因此從國際爭端解決機構的適合性來看，也支持國際習慣法應僅提供最低待遇標準。在國內法體系下，雖然行政機關也受到法律拘束，但是因為一般而言較司法機關享有更多資源和專業人員，行政機關的決策，一定程度上受到司法權的尊重；而立法機關所制定的法律，則是權衡多種國內利益及環境的結果，通常只有違憲爭議時屬於司法機關的審查對象。而上述司法權的行使，有其國內法律的基礎與授權，故其民主正當性的爭議相對比較和緩。但是在國際法上，包括立法與行政等國家行為皆可能構成國家責任，國際仲裁庭或是國際法庭，皆可對這些措施進行審查。而爭端解決機構的設立，卻是經過條約授權，而沒有措施實施國人民的法律授權。如果國際法上，要求達到投資人跟地主國間的最佳平衡狀態，那麼伴隨而來的勢必為仲裁庭或是國際法院，對內國措施的高密度審查，很可能形成由國際仲裁庭取代內國決策者下決定的情形，更為加劇本來即存在的民主正當性之爭議。<sup>7</sup>

在機構適合性與專業性方面，除了前述難有通用於各國情況的統一標準外，尚有國法院法官與仲裁庭的仲裁人，恐怕沒有能力及專業衡酌各國國內狀況的困難。即使在國際法上要求達到地主國跟投資人間最佳的平衡模式，爭端解決時亦必須交由國際法庭、

---

<sup>5</sup> ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT 298 (2009)[hereinafter "Law and Practice"].

<sup>6</sup> Newcombe, *supra* note 3, at 43-45.

<sup>7</sup> See *Id.*; William W. Burke-White & Andreas von Staden, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, 35 YALE J. INT'L L. 283, 329-333(2010); Vicki Been & Joel C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for An International "Regulatory Takings" Doctrine*, 78 N.Y.U. L. REV. 30,(2003); Caroline Henckels, *Indirect Expropriation and the right to regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration*, 15 J. INT'L ECO. L. 223, 239(2012).



國際仲裁庭決定何者是最適合該地主國與投資人間的平衡模式。在國內法院尚且可能碰上其專業性與資源不如行政與立法機關，也沒有權衡各種利益的能力，國際仲裁庭或是國際法院，其仲裁人與法官，恐怕更難考量個別國家的種種狀況。<sup>8</sup>此外，國際法的爭端解決，受限於其條約的目的跟授權範圍，經常是著重於單一面向，而難以顧及其他利益的。例如國際投資仲裁，基本上著重者即為投資人的利益，甚少考量國家的其他國際法上義務，更遑論內國其他團體的利益。在今日即有論者提出投資仲裁忽略其他國際法領域或是凌駕在內國法秩序之上，造成投資人利益獨大，投資仲裁為了少數投資人的利益，破壞內國各種利益均衡的憂慮。<sup>9</sup>如由更進一步要求國際仲裁庭決定最佳平衡，恐怕此種現象會更為嚴重。

故從目的上而言，在投資條約沒有另行約定更高保護標準時，好的區分標準應該反映的應該是最低國際保護標準，不宜過度介入國家的規制空間，而是提供最基本的外國投資人保護，避免主權國家投機性的剝奪外國人財產。而更細緻的財產權與規制權限平衡，應該留給地主國自行考量各種國內因素後形成，做成其認為最適合國內狀況的安排。而地主國如果想要提供更高標準的保護，也可以透過條約或是與投資人所簽訂的契約，給予更高的保護標準，但是這並非國際習慣法保障範圍的任務。<sup>10</sup>因此綜上所述，國際投資法的徵收保障，所要求的只是最低待遇，在區分國家合理規制措施與徵收時，應該以此為基礎劃定界線。

---

<sup>8</sup> Burke-White & Staden, *supra* note 7; Newcombe, *supra* note 3, at 43-45, M. SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 389-90 (2010).

<sup>9</sup> See e.g. NORAH GALLAGHER & WENHUA SHAN, CHINESE INVESTMENT TREATIES: POLICIES AND PRACTICE 268-70 (2009); Joshua Elcombe, *Regulatory Powers vs. Investment Protection Under NAFTA's Chapter 1110: Metalclad, Methanex, and Glamis Gold*, 68 U.T. FAC. L. REV. 71, ¶10-18 (2010); Brigitte Stern, *The Future of International Investment Law: A Balance Between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate*, in THE EVOLVING INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME: EXPECTATIONS, REALITIES, OPTIONS 174, 189-92 (Jose E. Alvarez, et al., eds., 2011); Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, *Public law concept to balance investor's right with state regulatory action in the public interest: the concept of proportionality*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 75, 102-04. (Stephan W. Schill ed., 2010).

<sup>10</sup> 甚至有論者指出，國際法上根本就不應存在規制徵收，蓋若國家必須就規制措施賠償，只會對內國造成過度限制。但是在國際法上，我們仍需要一套規則控制國家的投機行為，那些違背國際法義務的行為，仍應與允許外國人尋求國際救濟管道。

## 7.3 目前仲裁判斷之評析

### 7.3.1 現行仲裁判斷方式的不足之處

前一章整理了目前投資仲裁判斷區分合理規制措施與徵收的方式，可見目前的判斷模式有兩大問題：其一，仲裁判斷的論理不足，所採判斷模式以及利用的判斷要素也不統一，造成仲裁判斷結果南轅北轍，難以預測，充滿不確定性。其二，仲裁判斷經常忽略地主國與投資人雙方的利益，而極度偏向某一方。<sup>11</sup>

總體而言，雖然仲裁庭大多同意在投資條約下，地主國還是享有規制權利，享有一定即使影響投資人之投資也不需補償的空間。但是就如何區分正當規制權限之行使，還有間接徵收，仍欠缺安定性，對於雙方的利益也沒有充分考量與權衡。在本文研究的仲裁案例中，其所依據的法源均為傳統型的投資條約。徵收保障條款部分沒有太大的差別，是以「禁止徵收、間接徵收、或是等同徵收措施」的方式加以規定。

但是相似的條文在仲裁庭的解釋之下，卻出現相當不同的結果。仲裁庭判斷上所採的判斷要素相當多樣，利用模式差距也很明顯顯示。不僅仲裁庭採用的判斷模式就可歸類出三種相差甚遠的類型，每個類型內部之間，對於應該利用何等要素，應該以何等順序審查也並未統一，許多案例中說理亦嫌不足。

例如在 *Saluka v. Czech* 一案中，該案涉及的措施是銀行的強制接管。該案中仲裁庭雖然肯定投資人已經喪失其對財產的控制權，但是仍認為強制接管的措施屬於合理規制權限的行使，既然投資人沒有舉出明顯的證據顯示該措施並非合理的權限行使，應該推定其合法。但是如果採用客觀損害型的判斷模式，投資人完全喪失對其資產的控制能力，並轉由國家控制，很可能被認為造成重大損害，應該構成徵收才對。這種差異顯示了仲裁判斷相較比較不安定的一面。

在說理不足部分，由於許多仲裁判斷中，仲裁庭只是摘要事實，然後只用少許篇幅說明其達成結論之理由，無論是法律規則的建立，或是該規則的適用，經常未給予讓人信服的論理。<sup>12</sup>例如在 *EDF v. Romania* 一案中，雖然仲裁庭想透過比例原則的適用說明

<sup>11</sup> 其他學術見解上亦有類似的觀察，See e.g. Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 76-77.

<sup>12</sup> 當然還是有一些仲裁判斷論理詳細，不僅提供詳細的法律規則論述，也煞費心思的進行事實

損害程度與公共利益相較不高，但是其說明過程甚為簡略，與原本的比例原則操作模式也頗有出入；其他案例中也經常出現以簡單的一兩句話表示，措施造成的損害不夠嚴重，因此不構成徵收等等。

雖然本來判斷要素性質上並非徵收的構成要件，而可以視狀況採用相關的類型。但欠缺一個穩定的架構操作相關要素的狀況下，加上許多仲裁決定的論理不足，目前仲裁結果呈現高度不安定的現象，地主國以及投資人都很難預測系爭措施究竟會不會構成徵收，甚而有些學術著作以「I know it, when I see it」，說明仲裁判斷紛亂的現況。<sup>13</sup>

除此之外，在實體判斷上，仲裁判斷也經常未考量雙方利益的均衡。雖然在本文研究的案例中，近期的案件較為傾向同時考量措施造成的損害以及其他判斷要素，而非單以損害一個要素為據加以判斷。但是其他兩種判斷模式從未消失，尤其是單純只考量措施造成的損害加以判斷的類型，依然反覆出現在不同的案件中。在本文研究範圍內早期的 *Metalclad v. Mexico* 與最後一個案例 *Alpha v. Ukraine* 案都屬於這個類型，期間尚有其他5個案例採用同樣標準的案例，雖有為數眾多的其他案例表示應考量損害以外的要素，此一類型仍然不見衰退趨勢。

而給予地主國高度規制權限的類型，從最極端的 *Methanex v. United States* 案，只考量措施是否出於公共目的、不具歧視性並且依循正當程序，到後來的 *EDF v. Romania* 案，雖然考量要素上略有所不同，但是其所採用的判斷標準皆相當寬鬆，並要求投資人舉證證明措施非屬正當規制權限行使，再行判斷損害等要素，雖然案件數量較少，但是出現時間較晚，近期也仍有此類案件出現。

而第三類判斷模式，同時考量措施造成的損害與目的等不同的要素，內部所考量的要素也相當不同。但是值得注意的是，近期在要素判斷順序上，仲裁庭開始找出比較穩定的方式，即以措施造成的損害為門檻過濾案件，再考量其他要素，決定措施究竟屬於徵收或是屬於正當規制權限的行使。此外，近期的案件也更加注意比例原則的運用，有時並結合投資人的合理期待。

---

涵射。只是從本文分析的案例來看，論理較為不足的案件仍占多數。

<sup>13</sup> L Yves Fortier & Stephen L Drymer, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, 13 ASIA PAC. L. REV. 79, 109-10 (2005).

例如在 *Azurix v. Argentina* 案中，仲裁庭列出的考量因素包括，地主國是否出於公共目的、比例原則、投資人之合理期待；而在 *Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico* 案中，則列出了長達 11 個判斷要素，其中也包括投資人的合理期待，措施是否為傳統上正當規制權限之範疇、公共目的、歧視性、比例原則，以及國家是否出於善意採取措施。*LG&E Energy Corp. v. Argentina* 案中，投資人的合理期待是用於判斷損害程度的輔助要素，在判斷完損害後，仲裁庭例出的要件中，接著應判斷的內容為措施的公共目的和比例原則。

但是即使是較近期的案件，除了漸漸出現以損害作為審查門檻外，對於接下來應審查的要件與順序仍未達成共識。如投資人證明確實其投資受到重大損害後，應該由誰負舉證責任證明其他要素，又仲裁庭應該以何等順序進行審查，仍有待進一步的釐清與改進。

本文將在下一節評析目前仲裁庭採取的判斷模式，並找出較能平衡投資人與地主國利益者，嘗試將其判斷模式修正，作為未來仲裁庭判斷徵收構成與否的方式。

### **7.3.2 仲裁判斷模式評析—尋找可行的解決方案**

#### **7.3.2.1 客觀損害型**

從 *Metalclad v. Mexico* 一案以來，此種類型的判斷方式始終未曾消失，始終是地主國的心頭大患。本文認為此種判斷方式並未在地主國的規制權限跟投資人財產保障間取得適當的平衡，尤其在投資條約保障範圍擴及純粹經濟利益的推波助瀾下，更是容易造成對地主國經濟主權的過度干預，並非理想的判斷方式。而近期的條約實踐，也顯示了地主國對此種判斷方式的反對跟顧忌。

國際法上，認為只要措施造成外國人財產重大損害，即構成徵收而必須補償的見解始終獲得許多支持。在現代投資爭端中，採取此一見解的仲裁庭也反覆出現，認為當規制措施造成的損害達到一定程度，即構成徵收。本文研究的案例中，採用此種模式判斷的仲裁庭主張，由於條約文字禁止的是直接、間接徵收、或是效果等同徵收之措施，並

沒有提及國家的主觀意圖，或是其他要素，因此應以措施造成的影響為唯一的考量。<sup>14</sup>

支持此類判斷方式的見解亦認為，目前仲裁庭採取的幾種判斷方式中，只有此種判斷類型合乎條約解釋的原則。論者主張，雖然國際法傳統上認為國家出於善意、非歧視性、遵循正當程序的合理規制措施，可免於構成徵收。其中非歧視性、遵循正當程序、公共目的等等要件，已經被條約列為徵收的合法要件，而不再是區分措施為合理規制措施與徵收判斷要件，在判斷構成徵收與否時即不應再次考量這些要件。<sup>15</sup>另外，亦有見解認為，前述國際法上認為國家善意、非歧視性的措施不必予以補償，並未給予國家免受徵收規範拘束的空間，而只是一般性的表示，除非另有特別規定，否則國家就其所採取的規制措施不需補償而已，而徵收規範恰好是此類特別規定，因此國家不能以行使規制權限為由主張不構成徵收。<sup>16</sup>換言之，徵收反而是國家行使規制權限不需補償的例外狀況。支持這種標準的見解認為，由於必須對投資造成嚴重損害，才會構成徵收，因此國家仍享有充足的規範空間，因為一般而言規制措施不會造成財產權的嚴重損害。<sup>17</sup>

採用只參酌措施造成損害的判斷方式，在部分國內法領域中有跡可循，部分內國法上的實踐認為，如果措施造成財產權的完全消滅或是近乎完全消滅，則必須加以補償。<sup>18</sup>在國際投資仲裁上，徵收必定以措施造成嚴重損害為前提，也在仲裁庭間存有較為一致的見解。故只參酌措施造成損害的判斷方式，有其一定的依據，另外也提供了相對容易操作判斷方式。

但是此種見解，有幾處疏漏之處。首先，論者認為，國際投資條約下，國家不能以行使規制權限為由主張不構成徵收，因為Restatement (3rd)等實踐所述的規制權限，只是一般性描述國家有權規制，不能作為徵收的例外。這樣的見解在條約實踐、國家實踐上都顯欠缺根據。在聯合國國際法委員會的1961年國家責任公約草案、OECD的外國人財產保護公約草案、或是Restatement (3rd)中，說明國家享有不必補償的規制權限部分，都

<sup>14</sup> 參見本文第6章的相關說明。

<sup>15</sup> Elcombe, *supra* note 9, at 71; Anne K. Hoffmann, *Indirect Expropriation, in STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION* 151, 165-66 (August Reinisch, ed. 2008).

<sup>16</sup> Ben Mostafa, *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, 15 AUSTL. INT'L L.J. 267, 279 (2008).

<sup>17</sup> *Id.*, at 288.

<sup>18</sup> 參見本文第4章之說明。

跟徵收部分有密切關聯。甚至在 1961 年國家責任公約草案中，對於國家規制權限部分的規定，是以「國家採取下列……作為，而構成不必補償的財產剝奪時，該行為不構成國家責任。」<sup>19</sup>加以說明，顯然是針對徵收特別進行說明。另外在仲裁實踐與其他學術著作，亦有許多例子說明國際法上，國家根據其享有的規這權限，仍可主張措施即使造成相當程度的影響，但是仍屬正當規制權限行使，而不構成徵收，免予補償。<sup>20</sup>

再者，今日國家對於經濟活動的介入程度日深，而這些規制措施為了達成其目的，通常都會對財產權或是經濟利益造成相當的影響，方能取得效果。<sup>21</sup>這種情況下如果純就措施造成的損害進行判斷，顯然對地主國的規制權限相當不利，並可能造成對主權國家對內權限的過度干預，而破壞國家衡酌各種利益，形成自己國內經濟秩序的空間。<sup>22</sup>

此外，即使是傳統上公認屬於國家權限範圍內的稅捐措施或是刑事沒收、行政上沒入等手段，也都會造成財產權的喪失或是移轉，只參酌措施造成的損害，並不足以解釋為什麼這些行為不會構成徵收而必須補償。而這種判斷標準，在多數投資條約將保障範圍擴張到純粹經濟利益後，對國家規制權限造成的限制更形劇烈。幾乎所有的政府措施都會對投資人的經濟利益造成損害，而如匯率調整等主權國家經常從事的措施，卻很有可能造成經濟利益的嚴重損害，如果這類措施都必須加以補償，主權國家根本無從完成其功能。<sup>23</sup>例如 *Saipem v. Bangladesh* 案中仲裁庭所述，雖然法院判決使投資人的投資受到嚴重的損害，但是若所有法院判決造成的損害都必須加以補償，而不論法院的判決是否存有瑕疵，那麼國家根本無從運作。<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 712(1)(1987) [hereinafter Restatement (Third)].

(“An uncompensated taking of an alien property or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful.”)

<sup>20</sup> 例如 Ian Brownlie 認為，正當規制權限行使不會構成徵收，故徵收並非是規制權限的例外。詳見本文 4 整理的其他見解。

<sup>21</sup> See e.g. UNCTAD, EXPROPRIATION: A SEQUEL 79 (2012); Ben Mostafa, *supra* note 9, at 270; William B. Stoebuck, *Police Power, Takings, and Due Process*, 37 WASH. & LEE L. REV. 1057, 1057-58(1980).

<sup>22</sup> See SORNARAJAH, *supra* note 8, at 389.

<sup>23</sup> *Id.*, at 389-90.

<sup>24</sup> *Saipem v. Bangl.*, ¶133.

雖然有見解嘗試透過「財產權的利用不能造成公眾損害」此一原則，解釋該等具有損害性的利用本身即不受保障，緩和單純透過措施造成的問題。但是如本文在 4 分析美國國內法，以及其他國際法上之見解時所得，此判斷標準仍有相當的侷限。<sup>25</sup>其原因在於，財產權利用方式的損害性並非自明之理，如Sax指出，本來蓋在郊區的工廠不會造成其他居民的傷害。但隨後因為城市擴張到郊區，處於郊區的工廠變成對居民有害的設施了。此種狀況工廠並非自始具有損害性，而後來對居民產生的損害也非工廠所造成的，此時相較於將移除損害的負擔分配給工廠所有人，分配給附近的眾多居民可能還比較有正當性。<sup>26</sup>除了上述例子外，稅捐措施也是無法以財產權利用方式造成損害為由不予補償的類型，蓋其根本就不是因為財產權的損害性而賦予的限制。

另外，即使希望透過政府措施所限制的財產權利用方式，是否具有損害性來判斷措施是否屬於徵收，仍必須審酌國家在避免公眾損害時，其處理方式是否具有歧視性、程序上有無瑕疵，又是否在公益跟私益間取得平衡，方能避免國家濫用其權限。如此一來，即使採取單純觀察措施造成損害的方式，在國家主張其措施乃出於避免財產權利用造成損害時，仍無可避免要審酌其他要件。

因此本文認為，在區分徵收予國家正當規制權限行使時，只審酌措施造成的損害程度，並沒有辦法解釋所有狀況，也沒辦法給予國家足夠的規制空間。這也說明了為什麼自*Metalclad v. Mexico*案以來，國家無不對國際投資仲裁，對國家規制空間可能的威脅大感憂心。<sup>27</sup>此種憂慮加上仲裁判斷的不確定性，使得地主國開始透過條約，嘗試限縮仲裁的判斷空間。近期的國家實踐，就在條約中明確表示構成徵收與否，不能只參酌措施造成的影響，明確反對只參酌措施造成之損害的判斷方式，是對該類仲裁判斷的明確回應。<sup>28</sup>

### 7.3.2.2 高度規制權限型

<sup>25</sup> 參見本文 4.4.3.1 之相關說明。

<sup>26</sup> Joseph L. Sax, *Takings and the Police Power*, 74 YALE L. J. 36, 48-50 (1964).

<sup>27</sup> See, e.g. Joshua Elcombe, *supra* note 9; GALLAGHER & WENHUA SHAN, *supra* note 9. Cf. Gary H. Sampliner, *Arbitration of Expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties—A Threat to Democracy or the Dog That Didn't Bark?*, 18 ICSID REV. 1 (2003).

<sup>28</sup> 例如美國與加拿大自 2004 年以降的模範條約，參見本文 5 的說明。

此類形跟前一種類型剛好相對，站在主權國家規制權限一邊。採取此種見解的仲裁庭認為，國家有權規制國內的經濟、法律秩序，因此出於公共目的、非歧視性、依循正當程序的措施，自不構成徵收。<sup>29</sup>

但是幾乎所有的投資條約都要求，合法的徵收也必須符合出於公共目的、不能具歧視性、依循正當程序三個要件，並且除了這三個要件外，還必須加以補償。如果單純依據這三個標準決定措施是否構成徵收，那麼在國家措施符合這三個要件的狀況下，國家根本就不需要補償。這種觀點大幅限縮了投資條約的間接徵收保障，也架空了「必須提供補償」此一徵收合法要件。<sup>30</sup>在 *Methanex Corp. v. United States* 案中，仲裁庭所採的正是這種極度擴張的見解。<sup>31</sup>

因此有見解指出，例如 *Restatement (3rd)* 所示，「國家對其基於善意而為的一般性稅捐、規範、刑事沒收或是其他公認屬於國家規制權限內的行為，而造成的財產損害不負責任。」(強調為本文作者所加)，<sup>32</sup>或是如近期美國與加拿大的雙邊投資協定範本所規定，「除了少數例外狀況，締約一方出於保護正當公共福祉之目的、例如公共健康、安全與環境，所採之非歧視性措施，不會構成間接徵收。」(強調為作者所加)<sup>33</sup>，均表示國家規制權限，也必須出於正當公共目的、或是屬於公認的規制權限範圍內，因此應對公共目的的內涵加以分類，以判斷何者屬於公認的國家規制權限，以區分徵收予規制措施。<sup>34</sup>

如 *Sornarajah* 亦提出類似的主張。他主張，國家措施只要是高度涉及主權的項目，

<sup>29</sup> 參見本文 6.6.2.2 之說明。

<sup>30</sup> Ursula Kriebaum, *Regulatory takings : balancing the interests of the investor and the state*, 8 J. WORLD INV. & TRADE 717, 725-27 (2007), Ben Mostafa, *supra* note 16, at 273-74.

<sup>31</sup> *Methanex v. U.S.*, Part IV, Chapter D, ¶¶7-11.

<sup>32</sup> *Restatement (Third)*, §712.

(“A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is *commonly accepted as within the police power of states*”(emphasis added by the author).)

<sup>33</sup> Treaty Between the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, annex B, para.4(b), Apr. 2012, available at <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> [hereinafter 2012 U.S. Model BIT] (“(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.”(Emphasis added by the author)

<sup>34</sup> See Allen S. Weiner, *Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of “Legitimate” Regulatory Purposes*, 5 INT’L L.F. D. INT’L 166 (2003).



例如租稅規定、爲了保護環境、健康、或是人權之措施、基於絕對法而爲的措施等等，就應該推定合法，降低審查密度，由投資人舉證是否非出於重大公共目的、具有歧視性、或是欠缺正當程序。<sup>35</sup>

採最寬廣的適用方式瑕疵相當明顯，但即使嘗試以「公認的規制權限範圍」，限縮適用範圍，仍有其問題存在。首先，國際上公認的規制權限範圍其實並不明確，或許安全措施、刑事程序可以算是公認的規制權限範圍，但是除此之外其實很難找到國際共通的定義。此外，現代國家介入場合遠較這些領域爲多，如果將國家可以採取規制行爲的空間，限於某些較多國家採認的特定的目的，那麼顯然不符合現代國家的需求，也會限制對內自由形成經濟與法律秩序的權利；而且，公共目的的合法性本不在於舉世認同，而是基於主權原則國家可以自己決定如何形成國內的規制環境，如何處理公共事務。<sup>36</sup>各國仍應享有權限追求其所認爲重要的公共利益，在仲裁庭審查時亦必須參酌各國的社會與政治環境而爲決定。<sup>37</sup>

另一方面，目的本身無法作爲不予補償的理由。國家所採取的手段依然必須適合達成目的，而手段跟目的之間也必須具有均衡性，否則沒有理由不予補償，在造成少數人特別負擔時，更無法說明何以能將社會進步的代價，加於少數人身上。<sup>38</sup>從內國法跟其他國際法領域的經驗也可看出，即使投資條約提供的是習慣法上的保障程度，爲了保護投資人免於地主國濫用規制權限，仍有必要審酌國家行爲的目的手段關聯性，而非僅就公共目的、非歧視性、正當程序等審查後即予放行，如此方能提供完整的保障。<sup>39</sup>故此種方式，不但無法給予足夠的確定性，也沒有辦法平衡投資人財產保障與地主國雙方的利益。

### 7.3.2.3 中間型

上述兩種判斷類型，皆無法在地主國規制權限跟投資人保障之間，取得適當的平衡，

<sup>35</sup> See e.g. SORNARAJAH, *supra* note 8, at 387-89.

<sup>36</sup> Ben Mostafa, *supra* note 16, at 275-78.

<sup>37</sup> Thomas Waelde and Abba Kolo, *Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law*, 50 INT'L & COMP. L. Q. 811, 827 (2001).

<sup>38</sup> Ben Mostafa, *supra* note 16, at 283; Li, *supra* note 3, 353.

<sup>39</sup> 參見本文第 4 章的說明。

而且也無法解決仲裁判斷確定性不足的問題。如前所述，這正是目前國際投資仲裁判斷標準面臨的兩大問題：1.未投資人財產保障跟地主國規制需求間取得平衡、2.論理不足，參酌的判斷要素也不穩定，造成仲裁判斷欠缺安定性。<sup>40</sup>

而目前的仲裁判斷中，只有中間型的判斷方式可能解決上述兩個問題。合理的區分標準，必然涉及國家採取措施之目的之檢驗，以及所採的措施必須與要防止的公共損害、或是意圖促進的公共利益有其合理關聯，並且必須權衡雙方的利益。<sup>41</sup>藉由同時考量國家規制措施的目的以及措施造成的影響，以及其他要素，平衡兩造的利益。

前一章中，本文整理了近期中間型案例的判斷趨勢。即先採用措施造成的投資損害，作為門檻先行判斷。一旦措施造成的損害，已達重大損害的程度，則再進行其他要素的判斷，觀察地主國採取的措施，是否符合正當規制權限的行使。如果經過第二階段種種要素的檢驗，仲裁庭依然認為地主國的措施不屬正當規制權限行使，則此時國家措施將會構成徵收，仲裁庭下一步將檢驗此一徵收的合法性，判斷徵收屬於合法徵收或是非法徵收。<sup>42</sup>

此種判斷模式確實可以提高仲裁決定的確定性。既然在眾多仲裁實踐之下，徵收之構成必以措施造成投資重大損失作為前提，那麼以損害的程度與否作為門檻，確實可以過濾掉並非徵收之案件。另外，此一要求也可以讓徵收保障與其他投資條約下的實體待遇問題加以區別，也就是只有造成投資重大損害的案件才會進入徵收保障的考慮之列。然而現行判斷模式，在措施確實造成重大損害後，接著應該判斷何等要素，又應該以何等順序審查，則未臻一致。此外，對於此一步驟，應由國家或是投資人負擔舉證責任，也未有一致的見解。因此此種判斷模式尚待進一步加強，以增進其確定性以及在地主國與投資人間取得平衡。

本文在接下來的段落，以近期採取中間型判斷標準之仲裁庭，所用的判斷要素以及其流程為基礎，透過分析仲裁庭所利用的判斷要素，以及其所採用的判斷方式，提出更進一步修正的建議，以其能增進投資仲裁的確定性以及平衡兩造的需求。

<sup>40</sup> See e.g. Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 76-77.

<sup>41</sup> Newcombe, *The boundaries*, *supra* note 3; Li, *supra* note 3.

<sup>42</sup> 參見本文 6.6.2.3 之說明。

## 7.4 修正現行判斷方式

### 7.4.1 建議的修正方向

爲了修正目前操作模式的問題，本文提議修正檢驗流程如下：首先，本文維持原本中間型案例的操作模式，先確定措施是否造成重大損害，在措施確實造成投資重大損害時，推定措施構成徵收，但是國家可以舉證證明其措施屬於正當規制權限行使，而推翻前述推定。此時地主國必須就其措施屬於正當規制權限負舉證責任。

接著區分該措施是否屬於內國法院判決，或是系爭議題爲內國法問題，並經內國法院肯認其合法性，如確經內國法院肯認，那麼仲裁庭接著應審查是否構成權利濫用或是拒絕正義的狀況，在此兩種情形出現時，國家即不能以正當規制權限行使爲由，而不構成徵收。

如措施未經國內法院判決肯認，那麼接著仲裁庭應採取兩步驟審查措施是否屬於正當規制權限行使。在第一步驟，仲裁庭先審查該措施是否出於公共目的、依循正當程序、並且不具歧視性，如果地主國不能就此成功舉證，那麼即非屬正當規制權限，而必須依據徵收的規定加以補償；若地主國成功舉證，則進行比例原則之審查，並參酌投資人的合理期待，判斷地主國的權限行使是否仍在合理界線內。

### 7.4.2 採用的判斷要素

在本文分析目前的仲裁案例後，共得 10 個不同的徵收與合理規制措施之判斷要素，分別爲 1.國家措施對投資人之投資造成的損害(effect)、2.國家主觀上是否出於取得財產的意圖、是否取得財產 3.國家措施是否出於公共目的(public purpose)、4.國家措施是否依循正當程序(due process)、5.國家措施是否具有歧視性(discrimination)、6.投資人的合理期待(legitimate expectation)、7.比例原則(proportionality)，以及 8.其他考量，其他考量中又分爲特定性、權利濫用或拒絕正義、措施是否屬於傳統上國家規制權限之範圍 3 個。

近期中間型的仲裁決定，採用措施造成的損害作爲門檻要件，第一個進行判斷。然後再行檢視其他要素，審查國家是否可以其措施屬於正當規制權限行使爲由，免予負擔徵收補償義務。但是在投資人成功舉證國家行爲造成投資的重大損害後，應採用何種要

素加以判斷，又應以何等程序加以判斷，目前尚未有定論。本文整理上述仲裁庭利用過的判斷要素，認為在第二階段的判斷上，可以透過三組判斷標準，強化目前判斷流程的確定性與利益均衡。此三組判斷標準為，拒絕正義與權利濫用；公共目的、正當程序、措施的歧視性；以及比例原則與投資人的合理期待。

#### 7.4.2.1 拒絕正義、權利濫用

從本文分析的案例中，可見內國法院判決肯認地主國措施合法性與否，對於仲裁庭的判斷有相當的影響。在*Feldman v. Mexico*案、*Saipem v. Bangladesh*案、*Saluka v. Czech*案、*EDF v. Romania*案中，仲裁庭均對地主國法院的判決表示了相當的尊重。*Feldman v. Mexico*案中仲裁庭認為，在地主國法院已對措施合法做出判斷時，則只有法院判斷已達拒絕正義的情形，方能構成徵收。<sup>43</sup>*Saipem v. Bangladesh*案中，法院則認為雖然判決造成投資人嚴重的損害，但是仍須構成權利濫用(abuse of right)，方有可能構成徵收。<sup>44</sup>本文這樣的見解值得肯定，畢竟就內國法事項而言，法院更具有專業性，而司法判決也已經給予當事人救濟途徑，此時國際法院不應以過度嚴格的方式加以審查。<sup>45</sup>故本文認為若造成重大損害的措施為判決，或是已經內國法院已經就系爭內國法事項加以確認時，所要進行的審查密度跟判斷要素，仲裁庭所應審查的要素與其他國家行為有所不同。

但是對於內國法院的尊重並非漫無界線，畢竟國家的國際法上責任，與內國法責任係屬二事。即使國家行為完全符合內國法規定，仍有可能構成國際責任。但是在被控措施為地主國的法院判決，或是就應由內國法管轄部分，法院已經做出合法判決時，仲裁庭時，則應該對內國法院決定予以尊重。除非法院判決構成拒絕正義、權利濫用，或是所依據的法律本身即具有徵收性質，否則不應認為其構成徵收。<sup>46</sup>

<sup>43</sup> *Feldman v. Mex.*, ¶139 “Azinian states that “A governmental authority surely cannot be faulted for acting in a manner validated by its own courts unless the courts themselves are disavowed at the international level.” Azinian further suggests that there must be a showing that the court decision itself is a violation of NAFTA, or that the relevant courts have not accepted the suit, or there is “a clear and malicious misapplication of the law””.

<sup>44</sup> *Saipem v. Bangl.*, ¶133.

<sup>45</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *LAW AND PRACTICE*, *supra* note 5, at 351-52; SORNARAJAH, *supra* note 8, at 396. On discussion of denial of justice in international law, *See generally* JAN PAULSSON, *DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW* (2005); JAMES CRAWFORD, *BROWNLIE’S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 619-20 (2012); SORNARAJAH, *supra* note 8, at 357-59.

<sup>46</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *LAW AND PRACTICE*, *supra* note 5, at 351-52; SORNARAJAH, *supra* note 8,

#### 7.4.2.2 公共目的、正當程序、措施的歧視性

從眾多國家實踐與學者見解觀察，措施是否出於公共目的、符合正當程序、以及不具有歧視性，是地主國主張其措施屬於合理規制措施的前提。近期的投資條約，也將措施的性質、歧視性、以及其目的列入考量要素之列。<sup>47</sup>在仲裁實踐上，許多仲裁庭也表示應考慮這三個要件，做為區分徵收與合理規制措施的要素。例如 *Methanex v. United States* 案、*Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico* 案，都表示若措施存有歧視性、未依正當程序、或是欠缺公共目的，可能是構成徵收而非合理規制措施的重要證據。<sup>48</sup>

本文認為，這三個要件可以作為判斷國家措施是否屬於合理規制措施的第一階段。由於這三者中，正當程序與措施的歧視性審查，程序性性質較高；而公共目的的審查，也還不涉及實體的雙方利益權衡，因此這三者可以採取較高的審查密度，並作為進入實體利益審查的前提。

雖然這三個要件跟徵收的合法要件重疊，而有部分見解提出質疑。例如有見解認為，國際法上的徵收問題處理步驟有二，其一為判斷是否構成徵收，其二為判斷徵收的合法性。如果這三個要件用於判斷措施構成徵收與否，那麼第二步驟時列出此三要件就沒有意義了，因此若非適用的要件必須檢討，就是此種二分法需要檢討。<sup>49</sup>另有見解認為投資條約將非歧視性、正當程序、公共目的列入徵收合法要件之中，就明文排除了習慣國際法的適用，仲裁庭不需考量這些要素。<sup>50</sup>

然而在習慣國際法上，本即存有徵收必須出於公共目的、非歧視性、循正當程序以及提供補償 4 個合法要件，投資條約僅反映習慣國際法上的要求。<sup>51</sup>同時習慣國際法上也認為，國家正當規制權限行使的要件，也包括公共目的、非歧視性、循正當程序 3 者，

---

at 396.

<sup>47</sup> 例如中國大陸與紐西蘭締結之自由貿易協定，對於徵收與合理規制措施區分的判斷，即要求審酌措施的目的，以及歧視性；而美國與加拿大的雙邊投資協定範本，也表示規制措施，出於正當公共目的時，原則上不會構成徵收。參見本文 5.3 的整理。

<sup>48</sup> 參見本文 6.5.5 的說明。

<sup>49</sup> Anne K. Hoffmann, *Indirect Expropriation*, in STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION 151, 165-66 (August Reinisch, ed., 2008).

<sup>50</sup> *Elcombe*, *supra* note 9, at ¶24-31 ; L Yves Fortier & Stephen L Drymer, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, 13 ASIA PAC. L. REV. 79, 93-94 (2005).

<sup>51</sup> NEWCOMBE, *supra* note 46, 332, 338-40; CAMPBELL MCLACHLAN, ET AL., INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES 275 (2008); RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 99-100 (2012).

因此在習慣國際法上本即存在要件重疊的現象。<sup>52</sup>

而本文認為，這三個要素是任何國家措施的合法前提，當國家欲主張其措施屬於合理規制措施，其措施當然必須符合這三個要素。殊難想像國家採取的措施非出於公共目的、有違國際法上正當程序、或是具有歧視性，還能主張其措施屬於合理、正當的規制權限行使。在仲裁案例中，也可見歧視性與正當程序，經常成為徵收判斷的重要要素，也印證了這幾個要素的作用。而在國家沒有舉出合理規制措施作為防禦時，仲裁庭就不需要在措施是否構成徵收時審酌這一點。因此要件的重疊並不影響判斷國家行為是否屬於合理規制措施時，應考量上述三個要素。<sup>53</sup>

故本文認為，當地主國主張國家措施屬於合理規制措施時，仲裁庭在進一步判斷措施是否在投資人與地主國的利益間取得平衡之前，應先判斷該措施是否出於公共目的、有無違背正當程序或是具有歧視性。<sup>54</sup>若國家措施有違這三個要素，那麼不但無法主張措施屬於合理規制措施，也會同時因為違背徵收合法要件，而構成違法徵收。

#### 7.4.2.3 比例原則

當措施確實出於公共目的、並未違背正當程序或是具有歧視性，下一步仲裁庭應實際檢驗地主國採取的措施，是否與其所欲達成的公共目的存有合理關聯，並且在公共利益與投資人的利益間取得均衡。在檢驗仲裁庭所採用的各種要素後，本文認為，由於比例原則提供了穩定的分析架構與步驟，可使仲裁庭透過一定的判斷流程，加強說理，並考量不同的因素，因此透過比例原則的檢驗，並參酌投資人的合理期待，即可納入其他要素考量，並檢驗地主國的措施是否過度。

比例原則在近來也在國際投資爭端中，受到仲裁庭的青睞，逐漸有更多的仲裁庭利用比例原則作為判斷地主國措施構成徵收與否的工具，然而投資仲裁庭對於比例原則運用方式並不一致，操作技巧也必須更精緻化。<sup>55</sup>

<sup>52</sup> See e.g. Hoffmann, *supra* note 49. 近期的條約實踐上，明示仲裁庭應採納的判斷要素，其實也與徵收的合法要件部分重疊，可參見本文 5.3 之說明。

<sup>53</sup> See UNCTAD, *supra* note 21, 94-95.

<sup>54</sup> UNCTAD 報告 2012 也主張要判斷，但是範圍限於措施有規制特性時。但是何謂規制特性的措施，並不容易區分。See, *id.*

<sup>55</sup> 參見本文 6.5.7 關於比例原則之說明。

比例原則源自德國憲法與行政法體系，在內國法上，比例原則是一套用來調和人民與國家利益間衝突的方法，並且設下了國家行為干涉私領域的界線。即國家所採取之行為，必須符合比例原則。<sup>56</sup>後來比例原則的概念，擴展到很多其他法系，包括加拿大、南非等國。<sup>57</sup>如 4 所探討，在國際上，比例原則也受到歐洲人權法院(European Court of Human Right)的重視，在判斷某一措施是否需要補償、或是當措施屬於財產權剝奪時，判斷補償是否充足時，歐洲人權法院均相當仰賴比例原則進行分析。<sup>58</sup>除此之外，歐洲法院(European Court of Justice)，以及國際法院(International Court of Justice)，均曾採用比例原則作為論理基礎。例如在國際法院的(Gabčíkovo–Nagymaros)案以及案(Case Concerning The Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua)都運用了比例原則的概念。前者中，國際法院說明反措施之實行必須符合比例原則；而後者則是解釋自衛權的行使時，表示聯合國憲章 51 條下的自衛權行使，亦有比例性要求。<sup>59</sup>而WTO的爭端解決機制中，透過必要性(necessity)的運用，要求國家必須採取最小貿易侵害措施，也是比例原則概念的體現。<sup>60</sup>

雖然在上述不同法律體系中，比例原則的運用彼此之間亦有所不同，但是其基本概念皆為在處理相衝突的利益時，衡量目的手段間的均衡性。而最典型的比例原則判斷，包括兩個部份，首先判斷政府採取的措施，是否為正當公共目的，其次則進行三個階段審查，即政府所採措施是否適合達成其目的(適合性判斷，suitability)、政府措施是否屬於可選擇的手段中侵害性最小的(必要性判斷，least restrictive measure)、以及政府措施所獲得的利益與所侵害的利益，是否顯失均衡(狹義比例原則，balancing *stricto sensu*)三者。<sup>61</sup>對於繼受德國法的我國而言，這套判斷標準相當熟悉。

比例原則判斷的最大優勢在於，比例原則是個兼容並蓄的架構，這個原則並沒有預設應該政府應該將何者當作優先保護的利益，或是應採取何種方式權衡跟保護該利益，

<sup>56</sup> See Alec Stone Sweet, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 97-104 (2008) Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 101-04.

<sup>57</sup> See Sweet, *supra* note, 111-59 (2008) ; Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 79-86.

<sup>58</sup> 參見本文第 4 章之相關說明。

<sup>59</sup> Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 83.

<sup>60</sup> Sweet, *supra* note 56, at 152-59.

<sup>61</sup> *Id.* at 74-76; Kingsbury & Schill, *supra* note 9, 226-27.

比例原則提供的不是平衡點應落於何處的「答案」，而是提供一套分析的順序，讓地主國與仲裁庭能夠參考，各國自然可以照各自的政治系統形塑想要平衡模式。<sup>62</sup>在國際投資爭端中，比例原則恰可用於調和衝突的兩組利益—地主國的規制需求、公共利益，以及投資人的財產保障。<sup>63</sup>在投資仲裁中納入比例原則的考量，可以提供仲裁庭一套穩定的分析與論理基礎，改善目前仲裁決定論理不足、欠缺確定性的困境。<sup>64</sup>

而在財產權干預的領域，歐洲人權法院採用獨樹一格的比較原則判斷方式，檢驗政府措施是否仍屬合理範圍不需補償。在歐洲人權法院的判決中，法院將本從平等權發展的個人特別犧牲，納入比例原則的探討之中。即在衡酌公益與私益之間的均衡性時，判斷政府措施是否對財產所有人，加諸超出社會義務界線的負擔。如果確實如此，則法院將認定此一措施在公益跟私益間沒有取得平衡，必須給予補償。而對於何者構成個人特別犧牲，歐洲人權法院會觀察其他個人在類似狀況下受到的影響，以及財產所有人的信賴保護問題。故在歐洲人權法院的財產權保護體系下，運用比例原則時，同時是帶著平等權概念的。<sup>65</sup>此一觀點也值得在投資仲裁中參考。

然而在投資仲裁中運用比例原則是否有其依據，並非毫無反對聲浪。論者指出，*Tecmed v. Mexico*等案採用比例原則，欠缺國際習慣法上的基礎，而是將歐洲人權公約系統下的判斷方式，移植入國際投資法領域，而可能產生與其誕生背景不合的問題。<sup>66</sup>例如歐洲人權法院不只用此一標準判斷徵收的構成與否，也用於衡量補償額度充足與否。

另外，亦有論者指出，仲裁庭欠缺民主正當性與能力權衡內國相衝突的利益，內國法院或許基於法律授權還沒有這個問題，但是在國際仲裁中引入比例原則毋寧是由此一不適當的機構替內國政府決定何者才是最適合的處理方式，以及何者才是內國政府該保護的利益。<sup>67</sup>

<sup>62</sup> Sweet, *supra* note 56, at 77 (2008); Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 104.

<sup>63</sup> Fortier & Drymer *supra* note 50, at 326; Han Xiuli, *The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico*, 6 CHINESE J. INT'L L. 635, 643-44 (2007).

<sup>64</sup> Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 102-04.

<sup>65</sup> Markus Perkams, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law—Search for Light in the Dark*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 108, 113-22 (Stephan W. Schill ed. 2010).

<sup>66</sup> Ben Mostafa, *supra* note 16, at 283-85.

<sup>67</sup> UNCTAD, *supra* note 21, at 97-100; Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 102; Henckels, *supra* note



但是在比例原則廣受不同法領域接納的現況下，亦有眾多見解認為主張比例原則已經具有國際法上一般法律原則的地位，因此在條約中解釋上根據維也納條約法公約 31 條第 3 項，解釋時可考量所有可適用於雙方間的國際法規則，具一般法律原則地位的比例原則，即可於此適用。<sup>68</sup>此外，比例原則運用基礎亦可由維也納條約法公約要求，必須善意解釋條約之文字導出。雖然投資條約並未言明地主國的權利，但是從善意觀點解釋，地主國不可能完全放棄規制權限，因此仍須加以考量地主國的規制權利。比例原則只是提供一套判斷標準衡量地主國的規制權限是否仍在合理限度內，並不規範具體權利義務，也沒有要求以特定的方式解釋條約，並無取代維也納條約法公約解釋方法的疑慮。<sup>69</sup>

而對於比例原則會過度侵害內國規制權限的擔憂，確有其依據，但是可以透過降低仲裁庭審查密度的方式加以解決。正如本章開始處所述，投資條約的目的僅在於提供最基礎的保護，而非在投資人與地主國間尋求最佳的平衡狀態。在此前提下，如果對於地主國的措施進行完整的三階審查，確實有可能對地主國造成過度干預。特別是狹義比例原則的判斷，必須權衡措施所增進的利益與造成的損害兩者，此種疑慮特別嚴重。<sup>70</sup>

但是上述問題若與審查基準問題一起考量，其實並不是無法解決的問題。例如可以透過設定較為尊重地主國的審查基準(Standard of Review)加以緩和。這種作法在國際法上也並非獨創，早有其他國際性法庭採用低度審查基準，以緩和比例原則可能造成的干預。例如歐洲人權法院採用的Margin of Appreciation，以及其他多種不同的審查基準，就是緩和可能干預的適例。如前所述，國際仲裁庭與國際法庭，欠缺替內國權衡各種利益的民主正當性，蓋其並未經內國立法者授權，而仲裁人也不具內國決策者的專業，故不宜作過度的審查。<sup>71</sup>在具體操作上，緩和的審查基準下，可以考慮例如在審查比例原則第二階段的必要要求時，由於無可避免地會碰上仲裁庭必須權衡手段優劣之問題，可

---

7, at 239.

<sup>68</sup> See e.g. Kingsbury & Schill, *supra* note 9 at 88-90; Henckels, *supra* note 7, at 226.

<sup>69</sup> Kingsbury & Schill, *supra* note 9, at 88-90.

<sup>70</sup> Jurgen Kurtz, *Adjudging the exceptional at international investment law: security, public order and financial crisis*, 59 INT'L & COMP. L.Q. 325, 365-70 (2010); Henckels, *supra* note 7, at 239.

<sup>71</sup> Henckels, *supra* note 7, at 242-47.

採放寬的必要性要求，不要求非得採取最小侵害手段，而是可以從幾個合理替代方案中選擇一個出來，即可滿足要求。<sup>72</sup>

而在最後一階的狹義比例性判斷中，必須判斷投資人的利益跟地主國因措施所要保障的公益兩者間，是否均衡。此涉及高度的價值判斷，以及國內各種政策目標的取捨，因此非常容易造成過度干預、以及引起機關的民主正當性以及專業性的疑慮。就本階段仲裁庭可以透過高度尊重地主國的方式，只有在造成的傷害明顯大於公益時，方認定違法。<sup>73</sup>例如*LG&E v. Argentina*案中，仲裁庭表示「……國家一般而言，有權採取各種不同的措施，促進社會或是公共福利。在這類情況下，該等措施不須加以補償，除非國家的措施在手段跟目的間，顯失均衡……」（強調為作者所加）。<sup>74</sup>其所採用的審查基準，似乎就屬本處所指，較為寬鬆且尊重地主國的類型。

雖然比例原則可以提供仲裁庭穩定的判斷架構跟衡量基礎，而近期仲裁庭也逐漸增加對比例原則的運用，但是如同前一章分析仲裁案例所示，目前的仲裁實踐上，對於比例原則的利用依然相當粗糙而不一致。例如在*Tecmed v. Mexico*案中，雖仲裁庭值得嘉許的花了相當的篇幅說明何以地主國的措施不合比例性，但是並未依照比例原則的架構檢驗，而是跳過檢驗目的與手段之間的適合性以及必要性，直接進行狹義比例原則檢驗。這使得其論理架構不如標準的比例原則審查縝密；過度強調狹義比例原則審查，又不免引起過度限縮地主國規制空間的疑慮。<sup>75</sup>

*Azurix v. Argentina*案中，仲裁庭加入了歐洲人權法院適用比例原則的考量，即以措施是否造成個人特別犧牲(Individual and Excessive Burden)，作為措施是否符合比例性的考量項目之一。增添了不同的考量要素。<sup>76</sup>

<sup>72</sup> *Burke-White & Staden*, *supra* note 7, at 334-39; *Henckels*, *supra* note 7, at 248-49; 對於歐洲人權法院如何利用低度審查基準避免過度侵害國家自主空間，*See Burke-White & Staden*, *supra* note 7, at 304-10.

<sup>73</sup> *Henckels*, *supra* note 7, at 250-53.

<sup>74</sup> *LG&E v. Arg.*, ¶195.

(“With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State’s action is obviously disproportionate to the need being addressed.”)

<sup>75</sup> *Henckels*, *supra* note 7, at 232-33.

<sup>76</sup> 在德國法的徵收或是國家補償領域，經常利用措施是否造成特別犧牲作為要件，判斷國家是

而在*EDF v. Romania*案中，仲裁庭表示措施的目的與手段間必須具有比例性，並且同樣利用是否構成特別犧牲作為是否合乎比例原則的考量要素。然而在實際適用上，仲裁庭對於特別犧牲的理解有誤，在幾乎沒有論理的狀況下，就以政府緊急狀況法 104 號對原告造成的傷害數額不高，並未構成特別犧牲為由，認定措施合乎比例性。<sup>77</sup>但是是否構成特別犧牲包含平等權概念，並以就個人可否負擔判斷。此外，仲裁庭於本案中也沒有採用比例原則的分析架構，只是徒具比例原則之名而已。此種情形仍有待進一步的改善，採用更細緻的論述方式。

綜上所述，比例原則仍是改善投資仲裁判斷說理不足，欠缺確定性的利器。透過建立一套穩定的判斷架構，可以強化仲裁庭對於措施究竟是否屬於合理規制措施的論理，而非單調的摘要事實，最後突然冒出結論。並且，透過條約的善意解釋，以及考量比例原則在各法領域都已扮演相當腳色，在投資條約中適用比例原則判斷國家措施是否屬於正當規制權限行使，在維也納條約法公約上亦可取得其基礎。目前仲裁庭雖然增加了對比例原則的仰賴，但是其適用方法卻較為粗糙與欠缺一致性，削弱了比例原則本應有的好處。仲裁庭在判斷上，應回歸基本的三階段判斷架構並加強說理，並且在適用比例原則時，仍應謹記國際投資條約所給予投資人的只是最低限度的保障，而非最佳的平衡狀態。為了緩和可能的民主正當性跟機關適任性疑慮，仲裁庭在適用比例原則時，應該採取低密度的審查基準，在三階審查中分別以不同的程度，尊重地主國的判斷。

#### 7.4.2.4 投資人的合理期待/信賴保護原則

另一個廣受重視的判斷要素則是投資人的合理期待，此一信賴應該受到保護。有眾多見解認為，投資人的合理期待此一概念具有相當的彈性，可用於平衡的地主國與投資人雙方的利益，並在區分徵收與規制措施是否屬於正當、合理的範疇時，提供相當的幫助。<sup>78</sup>畢竟投資人能否合理預見政府的規制措施，與措施之實施是否屬於合理規制權限

---

否負擔補償義務。然而特別犧牲此一要件乃是源自平等原則之考量，歐洲人權法院將其納入平衡國家與個人間利益的考量，與德國法的脈絡不同。See Perkams, *supra* note 65, at 120-21.

<sup>77</sup> See generally Michele Potesta, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, 28 ICSID REV. 122 (2013).

<sup>78</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *LAW AND PRACTICE*, *supra* note 5, at 350-51.

行使，實為一體兩面的問題。在近期的投資條約，亦相當強調信賴保護原則的運用。

惟從前一章的現行案例分析，可以看出仲裁庭對於地主國的何種行為可以構成信賴基礎並未統一。最窄者如 *Methanex Corp. v. United States* 案要求一定要地主國官員明示的承諾，才能構成信賴基礎；而 *Azurix v. Argentina* 案則從整個法律系統建構信賴基礎，使目前對此原則的操作較為不安定。<sup>79</sup>而在不同的投資條約間，有時也採用不同的信賴保護標準。<sup>80</sup>

然應注意，投資人來到地主國投資，應能期待其投資受到保障，並能依法行使財產權利。但是必須注意的是，投資人的在地主國的各项權利行使，仍必須遵守地主國的法令規範；此外，投資協定的功能亦非保障投資人免受各種風險，投資仍然有其風險存在，判斷投資人合理期待範圍時，必須將上述兩點納入考量。<sup>81</sup>

本文認為，投資人進入地主國投資時，地主國的法律架構、或是地主國官方代表的承諾都可成為投資人的信賴基礎，而應予保護。<sup>82</sup>但並非所有法律系統的變更都會破壞投資人的信賴，尤其地主國依然可以依據其考量採取規制措施，在一定限度內即使影響投資人的財產權，仍不生補償義務，此為國際法上向來承認之徵收補償例外。<sup>83</sup>因此應以整體法律架構作為基礎考量。

然而此一原則不應孤立觀察，正如現在投資爭端仲裁中，大量在不同領域適用信賴保護原則一般，此一原則經常與比例原則等其他判斷基礎互相交錯，協助判斷權衡不同利益間的關係。在國際投資法上的徵收問題，必然涉及的地主國公益與私益的對抗，因此信賴保護的審查，也會與比例原則互相交錯，可供比例原則審查時加以考量。例如在歐洲人權法院的體系下，便在比例原則中，加入平等原則的考量以及信賴保護的考量，

---

<sup>79</sup> 參見本文 6.5.6，有關投資人之合理期待/信賴保護原則之說明。

<sup>80</sup> 例如中國與紐西蘭之自由貿易協定，強調在違背地主國的正式書面保證時，措施特別可能構成徵收，而非合理規制措施。但在美加等國的條約中，則多半只提及應考量投資人基於投資的合理期待，而未將某一特別類型列出。

<sup>81</sup> NEWCOMBE & PARADELL, *LAW AND PRACTICE*, *supra* note 5, at 350-51.

<sup>82</sup> Elizabeth Snodgrass, *Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle*, 21 ICSID REV. 1, 56-58 (2006); *Id.*

<sup>83</sup> *Id.*

值得參考。<sup>84</sup>

### 7.4.3 上述要素的判斷順序與舉證責任

整理了上述要素後，本文利用現行利用措施造成之損害做為門檻的案件，作為基礎，進一步提出改進的判斷方式。本文認為措施造成的投資損害，仍為最重要的判斷要件，並且在徵收案件中，如果措施造成的損害沒有達到重大損害程度，不足以構成徵收。因此利用此一要件作為門檻相當正確。

本文認為，在舉證責任分配上，在措施達到重大損害的情況下，即可推定措施構成徵收，但是地主國可以舉證推翻之。其原因有二，其一，投資條約的目的為保障投資人財產權，投資人的投資保障為原則。當投資人舉證其投資受到重大損害的，應認其已盡舉證責任。例外的才因其他要素考量而不補償。在德國、美國之內國法，以及歐洲人權法院系統下亦相當重視財產權受到重大損害的情況。<sup>85</sup>其二，如本文後述，地主國可以主張其措施尚屬合理規制權限使，不必補償。由證據偏在性考量，地主國比較容易舉證其措施的合理性，因此措施是否屬於合理權限行使，本文認為應由地主國舉證之。

一旦地主國提出此種主張，仲裁庭接著應該審酌上列要件，此一判斷並涉及地主國與投資人間的利益權衡，但是在進入實體的利益權衡之前，可透過國家措施的一般合法要件再次進行篩選。本文經由整理仲裁庭的判斷，認為公共目的、正當程序、歧視性三個要件，尚不涉及具體的投資人與地主國間利益權衡，而是措施的合法要件。因此在進入實體判斷前，可以透過這三個要件，排除不符合條件的政府措施。

在通過這三個要件後，本文建議再透過比例原則，同時參酌投資人的信賴保護，加以權衡投資人與地主國之間的利益。但是現在仲裁庭對比例原則的運用尚不完備，本文建議應著重原本比例原則的三階段判斷，同時為了避免過度侵害國家的自主空間，採取較低的審查密度。

下圖為本文建議之判斷模式說明：

---

<sup>84</sup> Perkams, *supra* note 65, at 120-21.

<sup>85</sup> *Id.* at 148-50; NEWCOMBE & PARADELL, LAW AND PRACTICE, *supra* note 5, at 366.

圖 2:建議的修正方式說明 1

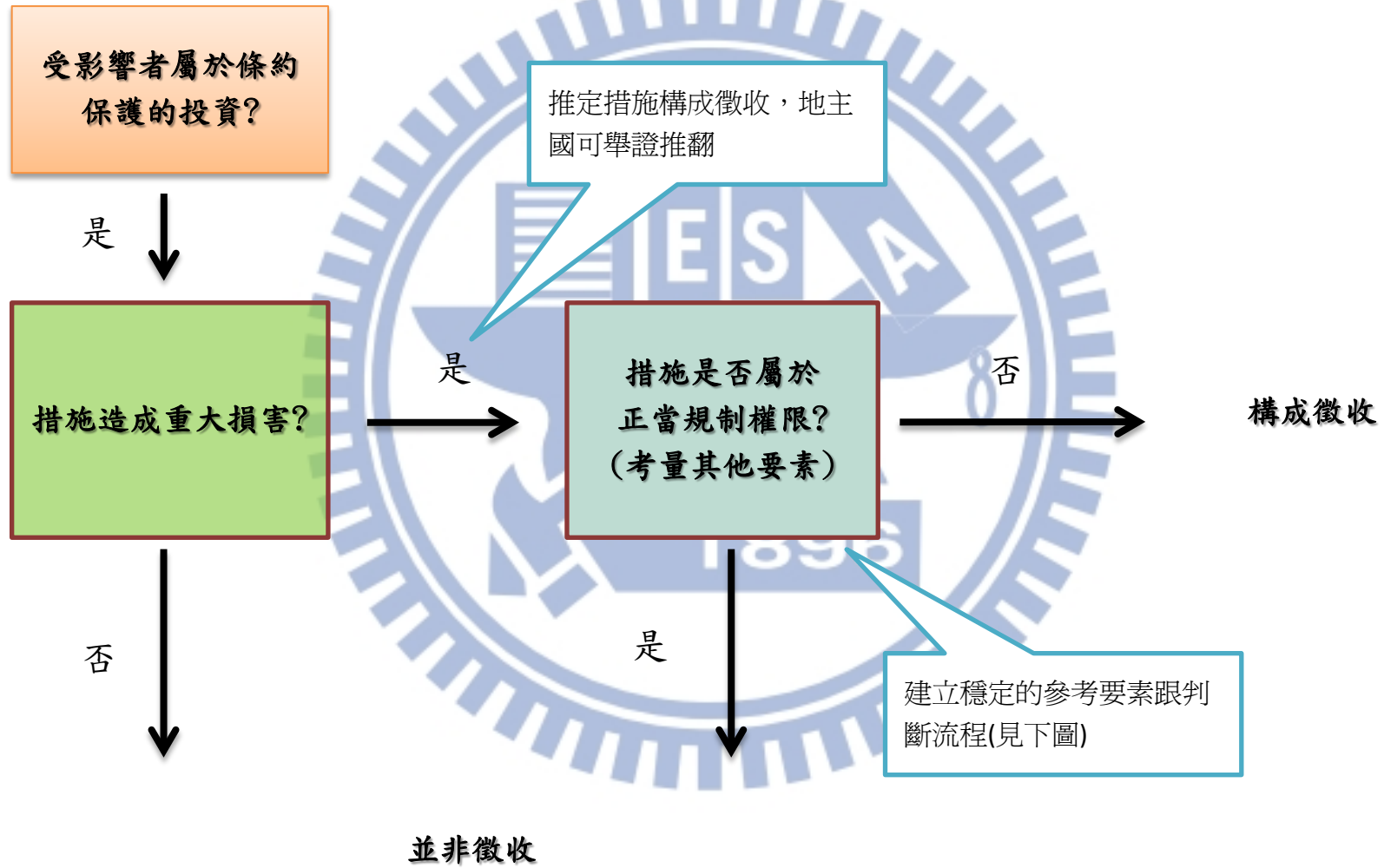
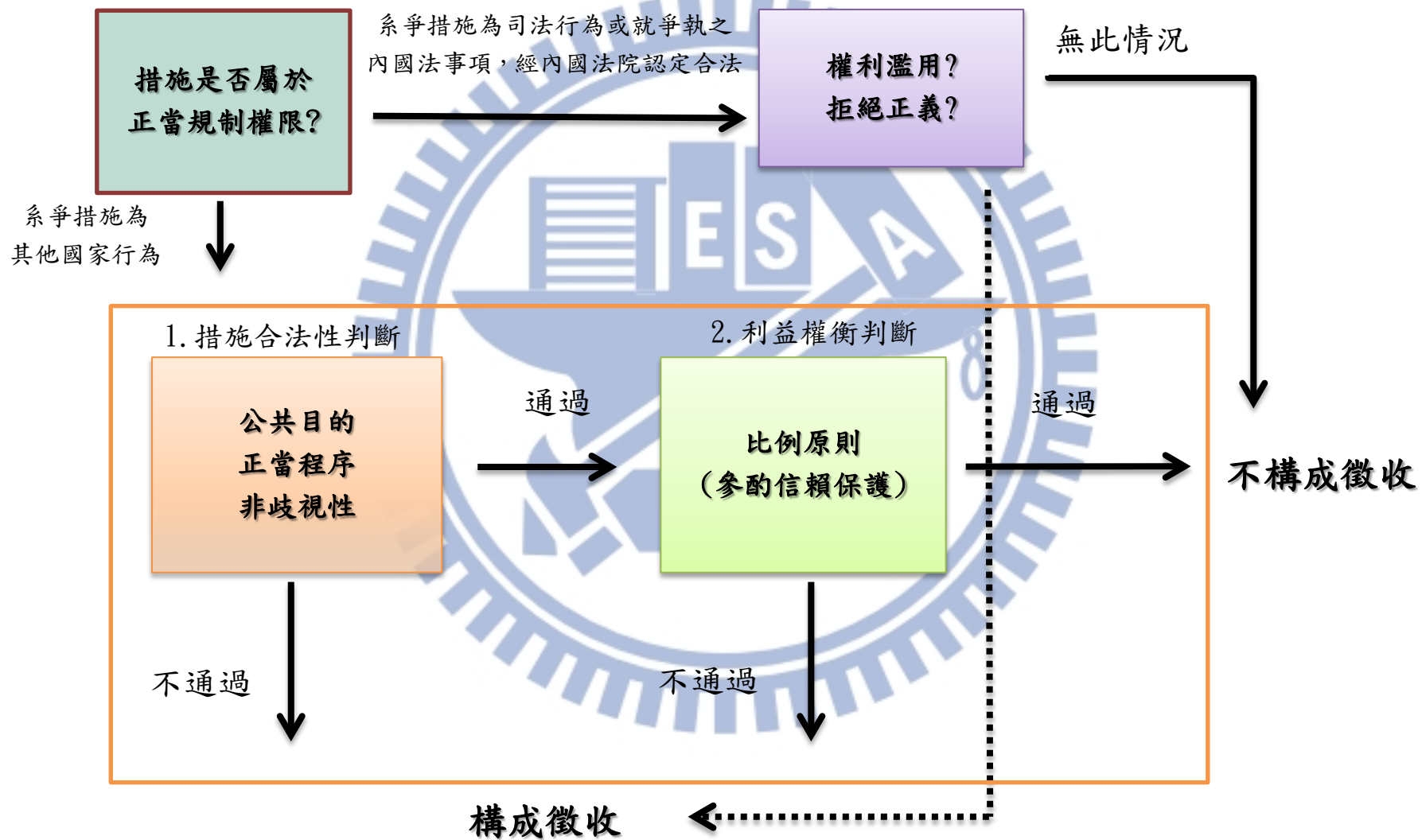


圖 3 建議的修正方式說明 2







## 8. 結論

在國際投資法仲裁蓬勃發展的二十幾年來，徵收規範反映了地主國規制權限與投資人財產保障雙方的衝突。在國際投資條約的領域，重心逐漸從直接徵收，移向間接徵收，現在幾乎所有投資條約都在徵收保障條款中，直接表明禁止直接、間接徵收，為投資人提供了良好的保障，但是同時卻也加劇了財產權保障與地主國的規制權限的衝突。在間接徵收領域中，徵收之成立不再需要國家確實移轉財產權，或是獲得利益，而且國家的任何行為，包括規制措施都有可能構成徵收。在 *Metalclad v. Mexico* 案中，更是採取了高度擴張的解釋方法，以措施造成投資人的投資受損為主要甚至是單一的決定標準，並藉此區分合理規制權限的行使與間接徵收，這種判斷方式給各地主國形成了相當的憂慮。

國際條約與仲裁實踐，顯示間接徵收規範只是反映了國際習慣法上的保護水準，也保留了國家合理施行規制措施，而不必予以補償的空間。但如何區分合理的規制措施與徵收，即使歷經了各國內國法長久的發展，仍未有理想的答案。在國際投資法上，對於合理規制權限與間接徵收的界分更是一直困擾著投資人與地主國雙方。

而這個問題在投資條約中，無法獲得精確的答案。無論是多邊、或是雙邊的投資條約中，早期的條約都未對間接徵收加以定義，也沒有提及合理規制措施與間接徵收的界分，因此交由仲裁庭自行依據其對國際習慣法的理解進行判斷。

而仲裁判斷上，對於間接徵收與合理規制權限之行使，顯示了相當不一致的結果。在本文研究的案例中，仲裁庭普遍在論理上較為欠缺，仲裁判斷集中於事實的描述，對於條約的解釋、規則的形成、以及法律的適用，都欠缺精細的說理。

對於間接徵收與合理規制措施間的關係，仲裁庭承認投資條約並沒有剝奪國家採取合理規制措施的空間，問題在於如何區分國家合理規制之行使與間接徵收。本文研究的案例中，仲裁庭共採用了十個不同的要素，包括 1. 國家措施對投資人之投資造成的損害(effect)、2. 國家主觀上是否出於取得財產的意圖、是否取得財產 3. 國家措施是否出於公共目的(public purpose)、4. 國家措施是否依循正當程序(due process)、

5. 國家措施是否具有歧視性(discrimination)、6. 投資人的信賴保護(legitimate expectation)、7. 比例原則(proportionality)、8. 特定性(specificity)、9. 內國法院的判決、權力濫用、拒絕正義(abuse of right, denial of justice)、10. 國家規制權限之行使(exercise of police power)。

其中國家措施對於投資的損害依然是最重要的判斷要素，從本文研究的案例中，可以看出仲裁庭間最為一致的判斷便是，若國家措施沒有造成投資的重大損害，那麼就不會構成徵收。而地主國的措施，是否取得財產權、或是針對特定財產而為，已經失其重要性。較為近期的案例中已經不再採用這一點為間接徵收的判斷標準，許多仲裁庭也明示間接徵收之成立不需要國家實際取得財產權或是利益，或是國家有該等意圖。在系爭措施為內國法院判決，或是經過內國法院合法判斷時，仲裁庭則經常採用較為尊重的方式進行審查，在部分案例中，則強調必須內國法院之判斷，屬於權力濫用或是構成拒絕正義時，方有可能構成徵收。剩下的判斷要素，較無一致的模式，並且仲裁庭對其運用與解釋上也未臻一致。

本案研究的案例運用上述判斷要素的方式，可以分為三大類，即 1. 客觀損害型、2. 給予國家高度規制權限型、以及，3. 中間型三種。客觀損害型，顧名思義，仲裁庭只利用措施造成的損害單一要素，作為區分合理規制措施與間接徵收的標準。當國家的措施造成投資的重大損害，則不問措施出於何等目的，即構成徵收；而給予國家高度規制措施權限的類型，與前者剛好相反，基本上只考慮國家措施是否出於公共目的、有無歧視性、以及是否依循正當程序(部分案例中也表示可以限縮的考量投資人的信賴保護)，較不重視投資人受到的損害，以及措施是否合乎比例性；最後中間型案例，則是同時考量措施造成的損害與措施的目的，並參酌其他要素判斷。

上述分析顯示，目前仲裁判斷有兩大問題，其一，仲裁判斷欠缺說理，以及其利用判斷要素的方式不一，對於合理規制權限以及間接徵收的區分，欠缺安定性。其二，仲裁判斷同時也未能權衡地主國與投資人兩者的利益。

本文認為，國際投資條約下的間接徵收規範，本意僅在提供國際習慣法上的保護標準，國家仍享有其規制權限。然而要判斷規制權限之行使，是否仍在合理範圍，

無可避免必須判斷措施與公共目的間的關聯性，以及權衡雙方的利益。惟在判斷時應注意，此一標準目的並非在國家規制權限與外國人之間，取得最佳的平衡點，而只須避免國家的投機的傷害外國人財產，不宜以過高的審查密度，檢視國地主國的措施。

其原因在於，

1. 因為在各國狀況皆不相同的情形下，國際法無法以一套統一規範，在各國的規制權限與投資人保護間達成最適分配。
2. 國際仲裁機構的民主正當性，與機構專業性、適當性的不足。由國際仲裁機構高度審查內國措施的目的是否合理、其手段是否適當、以及是否達成利益均衡，恐有過度干預內國經濟主權之虞。

根據上述分析，只參酌措施造成的損害、以及給予地主國極寬廣的規制權限，都不是適當的方式。這兩種模式，前者偏向投資人，而後者則偏向地主國，都過於片面，忽略了利益的權衡還有手段目的關聯性的判斷。只有中間型的案例比較可能達成正確的平衡，最近中間型的案例也開始出現比較穩定的判斷模式，即先以投資是否受到政府措施的重大損害作為門檻，如果沒有達成，則根本不必進行徵收的判斷。然後才進行其他要素的審查，觀察國家措施是否屬於合理規制權限行使。這種觀點也得到近期新型投資條約的接納，在新型投資條約中，締約國經常明示徵收的判斷不能只考量措施造成的損害，此外也加入了投資人的信賴保護、歧視性、措施的目的、比例原則等等考量要素。

因此，本文基於上述分析，利用近期的判斷模式發展為基礎，建議更進一步的修正模式，以期提高仲裁判斷的確定性，以及平衡雙方的利益：

1. 先確定措施是否造成重大損害，在措施確實造成投資重大損害時，推定措施構成徵收。
2. 國家可以舉證證明其措施屬於合理規制權限行使，此時地主國必須就其措施屬於正當規制權限負舉證責任。
3. 區分該措施是否屬於內國法院判決，或是系爭議題為內國法問題並經內國

法院肯認其合法性，如確經內國法院肯認，那麼仲裁庭接著應審查是否構成權利濫用或是拒絕正義的狀況，在此兩種情形出現時，國家即不能以正當規制權限行使為由，而不構成徵收。

4. 如措施未經國內法院判決肯認，那麼接著仲裁庭應採取兩步驟審查措施是否屬於正當規制權限行使：

- 4.1 仲裁庭先審查該措施是否出於公共目的、依循正當程序、並且不具歧視性，如果地主國不能就此成功舉證，那麼即非屬合理規制權限，而必須依據徵收的規定加以補償。

- 4.2 若地主國成功舉證，則進行比例原則之審查，並參酌投資人的合理期待，判斷地主國的權限行使是否仍在合理界線內。



## 參考文獻

### 中文書籍

- 丘宏達，現代國際法，修訂二版，三民書局出版，台北（2008）。
- 李貴英，國際投資法專論，初版，元照出版，台北（2004）。
- 陳敏，行政法總論，六版，新學林經銷，台北（2009）。
- 陳新民，憲法基本權利之基本理論(上)，五版，元照出版，台北（1999）。
- 經濟部投資業務處，國際投資協定分析釋義，初版，經濟部出版，台北（2012）。

### 中文期刊論文

- 林韋仲，〈外國投資之法律管制與保護——以徵收投資者私有財產為中心(上)〉，《台灣國際法季刊》，第9卷第2期，頁193-247，2012年6月。
- 林韋仲，〈外國投資之法律管制與保護——以徵收投資者私有財產為中心(下)〉，《台灣國際法季刊》，第9卷第3期，頁169-219，2012年9月。

### 中文學位論文

- 林宛儒，《臺日投資保障協議之研究》，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，2012年7月。

### 中文研討會論文

- 徐崇利，「《海峽兩岸投資保護和促進協定》之評判：趨向一種務實性保證下的結構性平衡」，發表於「現代國際法學術研討會暨中華民國國際法學會101年年會」，（2012）。

### 英文書籍

- CRAWFORD, JAMES, BROWNLIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2012).
- DOLZER, RUDOLF & SCHREUER, CHRISTOPH, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2012).

- GALLAGHER, NORAH & SHAN, WENHUA, CHINESE INVESTMENT TREATIES: POLICIES AND PRACTICE (2009).
- HARRIS, DAVID, ET. AL., LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2009).
- MARBOE, IRAMGARD, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2009).
- MCLACHLAN, CAMPBELL, ET AL., INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES (2008)
- NEWCOMBE, ANDREW & PARADELL, LLUIS, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT (2009).
- PAULSSON, JAN, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005);
- SALACUSE, JESWALD W., THE LAW OF INVESTMENT TREATIES (2010).
- SCHILL, STEPHAN, THE MULTILATERALIZATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2009).
- SHAW, MALCOLM N., INTERNATIONAL LAW (2008).
- SORNARAJAH, M. ,THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT (2010).
- SUBEDI, SURYA P, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: RECONCILING POLICY AND PRINCIPLE (2008).
- UNCTAD, EXPROPRIATION: A SEQUEL (2012).
- UNCTAD, SCOPE AND DEFINITION: A SEQUEL (2011).
- UNCTAD, TAKING OF PROPERTY (2000).
- UNCTAD, WORLD INVESTMENT REPORT 2013 (2013).
- VAN HARTEN, GUS, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW (2007)
- WHITE, ROBIN C. A., ET AL., THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2010).

## 英文專論論文

- Coe, Jack J., & Rubins, Noah, *Regulatory Expropriation and the Tecmed case: Context and Contributions*, in INTERNATIONAL INVESTMENT AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL

TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 597 (Todd Weiler ed., 2005).

Hoffmann, Anne K., *Indirect Expropriation*, in STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION 151 (August Reinisch, ed., 2008).

Kingsbury, Benedict, *Stephan W. Schill, Public law concept to balance investor's right with state regulatory action in the public interest: the concept of proportionality*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 75 (Stephan W. Schill ed., 2010).

OECD, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: A CHANGING LANDSCAPE 43 (2005), available at <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/2005141e.pdf>.

Perkams, Markus, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law—Search for Light in the Dark*, in International Investment Law and Comparative Public Law 108 (Stephan W. Schill ed., 2010).

Reinisch, August, *Expropriation*, in The Oxford Handbook of International Investment Law 410 (Federico Ortino & Christoph Schreuer eds., 2008).

Reinisch, August, *Legality of Expropriations*, in STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION 171 (August Reinisch, ed., 2008).

Stern, Brigitte, *The Future of International Investment Law: A Balance Between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate*, in THE EVOLVING INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME: EXPECTATIONS, REALITIES, OPTIONS 174, 189-92 (Jose E. Alvarez, et al., eds., 2011).

Weiler, Todd, *Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico*, in INTERNATIONAL INVESTMENT AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 701 (Todd Weiler ed., 2005).

## 英文期刊論文

Aisbett, Emma et. al, *Police Powers, Regulatory Takings and the Efficient Compensation of Domestic and Foreign Investors*, 86 THE ECON. RECORD 367 (2010).

Banks, Kevin, *NAFTA's Article 1110-Can Regulation be Expropriation?*, 5 NAFTA LAW & BUS. REV. AM. 499 (1999).

- Been, Vicki & Beauvais, Joel C., *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and The Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, 78 N.Y.U.L.Rev. 30 (2003).
- Been, Vicki, *Does an International 'Regulatory Takings' Doctrine Make Sense?*, 11 N.Y.U. ENVTL.L.J. 49 (2002).
- Burke-White, William W. & von Staden, Andreas, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, 35 YALE J. INT'L L. 283 (2010).
- Fabri, Hélène Ruiz, *The Approach Taken By The European Court Of Human Rights To The Assessment Of Compensation For 'Regulatory Expropriations' of The Property of Foreign Investors*, 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 148 (2002).
- Fortier, L. Yves & Drymer, Stephen L., *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, 13 ASIA PAC. L. REV. 79, (2005).
- Freeman, Elysee M, *Regulatory Expropriation Under NAFTA Chapter 11: Some Lessons From the European Court Of Human Rights*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 177 (2003).
- Geiger, Rainer *Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from Multilateral Agreement on Investment*, 11 N.Y.U. ENVTL L.J. 94 (2002).
- Han, Xiuli, *The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico*, 6 CHINESE J. INT'L L. 635 (2007)
- Henckels, Caroline, *Indirect Expropriation and the right to regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration*, 15 J. INT'L ECO. L.,223 (2012).
- Kriebaum, Ursula, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, 8 J. WORLD INV. & TRADE (2008).
- Kurtz, Jurgen, *Adjudging the exceptional at international investment law: security, public order and financial crisis*, 59 INT'L & COMP. L. Q. 325 (2010)
- Li, Catherine, *Regulatory Expropriations: Precedents, Principles and Prospects*, 86 CHENGCHI LAW REV. 321 (2005).
- Mostafa, Ben, *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, 15 AUSTL. INT'L L.J. 267 (2008).



- Mountfield, Helen, *Regulatory Expropriations In Europe: The Approach of The European Court of Human Rights*, 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 136 (2002).
- Newcombe, Andrew, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 ICSID REV. 1 (2005).
- Oswald, Lynda J., *Property Right Legislation and The Police Power*, 37 AM. BUS. L.J. 527 (2000).
- Potesta, Michele, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, 28 ICSID REV. 122 (2013).
- Reisman, W. Michael & Sloane, Robert D., *Indirect Expropriation And Its Valuation In The BIT Generation*, 74 The British Yearbook of International Law 115 (2004).
- Sampliner, Gary H., *Arbitration of Expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties—A Threat to Democracy or the Dog That Didn't Bark?*, 18 ICSID REV. 1 (2003).
- Sanders, Anthony B., *Of All Things Made in America Why are We Exporting the Penn Central Test?*, 30 NW. J. INT'L L. & BUS. 339 (2010).
- Sax, Joseph L., *Takings and the Police Power*, 74 YALE L.J. 36 (1964)
- Sax, Joseph L., *Takings Legislation: Where It Stands and What Is Next*, 23 ECOLOGY L. Q. 509 (1996).
- Shenkman, Ethan, *Could Principles of Fifth Amendment Takings Jurisprudence Be Helpful In Analyzing Regulatory Expropriation Claims Under International Law?*, 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 174 (2002).
- Snodgrass, Elizabeth, *Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle*, 21 ICSID REV. 1 (2006).
- Sohn, Louis B. & Baxter, R.R., *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 AM. J. INT'L L. 545 (1961)
- Stoebuck, William B., *Police Power, Taking, and Due process*, 37 WASH. & LEE L. REV. 1057 (1980).
- Sweet, Alec Stone, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2008).

Talmadge, Philip A., *The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The Interaction of Police Power and Property Rights*, 75 WASH. L. REV. 857 (2000).

Waelde, Thomas and Kolo, Abba, *Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law*, 50 INT'L & COMP. L. Q. 811 (2001).

Weiner, Allen S., *Indirect Expropriations: The Need For A Taxonomy Of "Legitimate" Regulatory Purposes*, 5 INT'L L. F. D. INT'L 166 (2003).

## 英文學位論文

Newcombe, Andrew, *Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation be Paid?* (1999) (unpublished Master of Laws thesis, University of Toronto), *available at* [http:// www.italaw.com/documents/RegulatoryExpropriation.pdf](http://www.italaw.com/documents/RegulatoryExpropriation.pdf).

