



國際投資協定

—— 應用篇 ——

A Practical Guide to
International Investment Agreements



A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

國際投資協定 應用篇

序 言

推動洽簽國際投資協定，營造優質投資環境

近年來各國為了協助廠商拓展市場，吸引外人投資，都積極推動洽簽自由貿易協定（FTA）或經濟合作協定（ECA），透過參與區域經濟整合，提升國際競爭力。台灣亦努力推動參與國際與區域經濟整合工作，並積極與重要貿易夥伴展開洽簽經貿投資協定。

國際投資協定是我國對外洽簽經貿協定的重點之一。近年來國際投資協定的簽署型態與內容越趨多元與複雜，其型態包括：雙邊投資協定（簡稱BIA或BIT），或是含括在自由貿易協定（FTA）或經濟合作協定（ECA）的投資章；在內容上，除了促進及保護投資等傳統議題外，更進一步將自由化、市場開放等納入協定。

我國目前已經簽署31個投資保障協議，其內容主要以投資促進及保障為主。2011年我與第二大貿易夥伴—日本簽署「有關投資自由化、促進及保護合作協議」，除了投資促進與保護外，還包括投資自由化及便捷化等議題。2012年8月我與中國大陸簽署「海峽兩岸投資保障和促進協議」將兩岸投資人共同關切的投資事項及權益，以協議方式對投資人及其投資作明確的規範及保障，是兩岸經貿發展交流的另一里程碑。

對於中央及地方各級政府部門人員而言，本書不僅可提供未來經貿談判實戰的參考；在協定簽署後，各級政府人員在實務運作與相關法令規定

上，均須遵守國際投資協定內容，以確保我國履行協定的義務。希望透過這本「國際投資協定—應用篇」深入淺出的說明與例釋，讓政府各部門人員對於國際投資協定的內容與意涵，能有概括的認識與瞭解，不僅有助於未來經貿諮商談判的進行，對於日後如何落實國際投資協定的權利與義務，亦極有幫助。持續與各經貿夥伴推動洽簽投資保障協定是我對外經貿政策的目標之一，希冀透過制度化協商與國際投資協定的簽訂，以強化投資促進、投資保障、自由化與便捷化等方面的合作，締造優質開放的投資環境，以促進投資與產業發展，活絡民間投資動能，並與世界經貿體系接軌，鞏固我國經貿發展的堅強基礎。

經濟部 部長

張家記

中華民國102年6月

緣 由

國際投資協定之談判及簽署對於外人投資、對外投資及整體經貿發展之影響甚鉅。經濟部投資業務處長年致力於國際投資協定談判實務之參與及重要條款之研究，對相關議題之發展已累積豐厚經驗。此次，「國際投資協定-應用篇」的出版，主要根基於2012年12月出版的「國際投資協定-分析釋義」，特別強調「應用」層面，希望可以協助公、私部門有意瞭解國際投資協定者，對其規範內容有基本的掌握，理解其洽簽與落實所須注意的事項。

協合國際法律事務所的主要業務為國際商務、企業併購、資本市場等領域，並以此為基礎，提供政府部門關於國際經貿之法律諮詢。此種諮詢及研究，不但需要國際經貿之實務經驗，同時必須有學術理論的根據。近年來，協合國際法律事務所陸續承接經濟部投資業務處及其他政府單位的重要研究計畫，包含2012年度及2011年度「國際投資協定諮商談判暨參與國際經貿組織投資相關議題」、2010年度及2009年度「參與國際經貿組織投資相關議題及投資協定諮商談判」、2008年度及2007年度「OECD多國企業指導綱領廣宣及參與國際投資議題執行計畫」、2006年度「OECD多國企業指導綱領廣宣及國家聯絡點設立計畫」，其他政府單位之研究計畫主要則包含2006年度、2005年度、2004年度及2003年度貿委會「貿易救濟爭端解決案例研究」研究計畫等。

這些諮詢研究計畫所累積的經驗與成果，讓本所可以分別從談判團隊、政策制定與執行等不同角度，嘗試針對國際投資協定的應用與落實提出所須

關注的重點與建議。國際投資協定的協商與簽訂，並非只是中央政府或談判團隊的職責，地方政府、國營事業與其他執行公權力之機關，亦須擔負起落實國際投資協定相關義務的責任。本書為了協助上述各級機關瞭解國際投資協定實務上可能面對的問題，特別歸納整理國際投資協定重要條款、相關議題與具體應用，並以2012 US MODEL BIT條文及我國近期簽署之兩岸投保協議或台日投資協議等條文內容，作為各章內容的範例與對照。希望透過此次出版的「國際投資協定一應用篇」，作為政府相關單位人員初步瞭解國際投資協定主要內容的入門參考，尚祈各界不吝指教。

Content

目錄

- | | |
|------------|-----------------------------|
| 01 | 第 1 章 認識國際投資協定 |
| 09 | 第 2 章 何謂「投資」 |
| 19 | 第 3 章 何謂「投資人」 |
| 29 | 第 4 章 「適用範圍」如何 |
| 37 | 第 5 章 何謂「國民待遇」 |
| 47 | 第 6 章 何謂「最惠國待遇」 |
| 55 | 第 7 章 何謂「最低標準待遇」 |
| 67 | 第 8 章 「徵收」的要件為何 |
| 79 | 第 9 章 「直接徵收」與「間接徵收」的構成要件與區分 |
| 93 | 第 10 章 何謂「不符合措施」 |
| 101 | 第 11 章 何謂「績效要求」條款 |
| 113 | 第 12 章 有哪些「例外條款」 |
| 121 | 第 13 章 締約國間之爭端解決機制 |
| 127 | 第 14 章 投資人與地主國發生投資爭端應如何解決 |

1

認識國際投資協定

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 1 章 認識國際投資協定

第 1 節 什麼是國際投資協定

(一) 透過政府間的書面協議，提供投資人較佳的保障

在跨國經貿活動大幅提升，全球貿易及投資日益頻繁的趨勢下，已有許多國際經貿組織及協議安排，為跨國經貿往來提供一個交流對話的平台，並逐漸形成國際貿易及國際投資的規範，另一方面亦使得國際貿易及投資行為越來越普遍。企業如何在全世界進行佈局、整合及分工，成為其生存、茁壯所不可或缺的策略考量。這些國際組織及協議安排，包括世界貿易組織（World Trade Organization，以下稱「WTO」）、經濟合作發展組織（Organization for Economic Cooperation and Development，以下稱「OECD」）以及亞太經濟合作會議（Asia Pacific Economic Cooperation，以下稱「APEC」）等等，其發展值得所有關心國際經貿交流議題的各界人士注意。

相對於國際貿易在WTO下廣泛的制度化，目前國際投資仍然欠缺全球、多國間的一致性規範。然而國際企業對全球投資佈局時，將會受到各國政府內國法規與政策極深且廣的規範與影響，所以如何保障外國投資人於地主國之投資，就成為相當重要的問題。

目前地主國提供外國投資人保障之方式主要有二：一為透過制定內國法以法律層次提供保障；二則涉及投資協定議題，也就是以國際條約的方式，

透過政府間的協商將保障層級提升至政府間之義務，把雙方投資人共同關切的投資事項及權益，訂定為書面的協議，提供投資人較佳之保障。



(二) 保障實體權利並提供救濟管道，以避免國際投資的非商業性風險

政府間的書面協議，主要在保護跨國投資，避免可能面臨的非商業性風險，約束締約政府遵循投資保障協定之相關義務與責任。其內涵包括有「實體權利」的保障及「救濟程序」的提供，兩方面皆有提升投資意願，帶動產業發展之積極正面效果，已成為國際慣常用以吸引投資之方式。其形態主要有簽署雙邊投資協定（Bilateral Investment Treaty/Agreement，以下稱「BIT」或「BIA」）或自由貿易協定（Free Trade Agreement，以下稱「FTA」），以保障並促進簽署國間的投資行為。

BIT/BIA之規範目的，在於保障締約國雙方投資人之投資環境，故規範內容僅限於投資，而未及於貿易，例如我國與日本所簽署的BIA屬之¹；FTA之

1 全名為「亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議」。

目的在於針對締約國間的經貿投資行為全面深度的自由化，其規範內容包括貿易與投資，投資僅為章節之一，例如「兩岸經濟合作架構協議」（以下稱「ECFA」）屬之（「海峽兩岸投資保障和促進協議」為其中一部分）。

第2節 我國與世界各國的簽署情況

（一）國際投資協定是我國對外洽簽經貿協定的重要一環

隨著國際投資協定之發展，其周延之規範對於進一步促進締約國雙方經貿投資的實質關係，有積極正面之意義。其不僅有助於保障締約國雙方之投資人或投資，甚而能提供外國人較大的投資誘因，故而現今BIA已成為處理跨國投資議題的重要方式。舉例來說，在2010年9月12日生效的ECFA第5條明文規定²，雙方將於協議生效後6個月內就建立投資保障機制、提高投資相關規定的透明度、逐步減少雙方相互投資的限制等事項展開協商並儘速達成協議，「投資保障」之重要性可見一斑。

基於對此種潮流趨勢的理解，我國長期以來投入許多心力，推動與各國簽署投資協定。我國已經在2012年8月和海峽彼岸簽署了我國第31個投資保障協定——「海峽兩岸投資保障和促進協議」（以下稱「兩岸投保協議」），此協議並於2013年2月1日生效。目前亦持續與不同國家分別進行投資協定簽

2 《ECFA》第5條：

- 一、雙方同意，在本協議生效後六個月內，針對本條第二款所述事項展開磋商，並儘速達成協議。
- 二、該協議包括但不限於以下事項：
 - （一）建立投資保障機制；
 - （二）提高投資相關規定的透明度；
 - （三）逐步減少雙方相互投資的限制；
 - （四）促進投資便利化。

署之協商³。

(二) 國際投資協定的簽署為全球之風潮

以全球的發展成果而言，依據聯合國「2012年世界投資報告（World Investment Report 2012）」，2011年全球共簽署了47個國際投資協定，而截至該年底為止，全球已經有了3164個國際投資協定（包含2833個雙邊投資協定與331個其他種類的國際投資協定），可觀察出全球簽署國際投資協定之趨勢仍然蔚為風潮，且亦持續發展中。

值得注意的是，簽署國際投資協定並非是專屬於資本輸出或已開發國家的遊戲，除了英國、德國及法國外，部分發展中國家如中國、南韓及土耳其等等，也十分熱衷於洽簽國際投資協定，也可從中看出發展中國家期待藉此吸引投資，與逐漸傾向對外投資的整體趨勢。

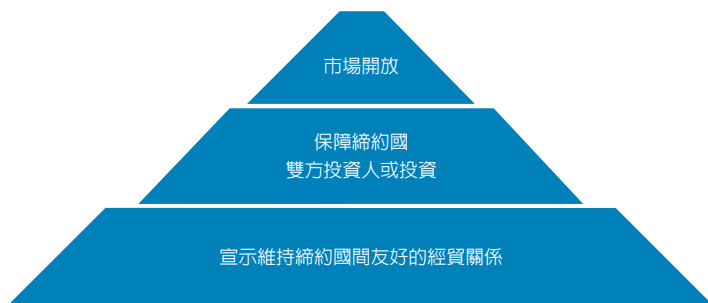
以美國為例，其所簽署且目前仍有效力之BIT共有40個，並以2004年訂定、2012年修訂之雙邊投資模範協定（以下稱「US Model BIT」），作為日後洽談BIT之範本。由於US Model BIT將美國數十年來積累之談判經驗納入其中，並整合國內政策於其中，故美國與各國談判協商時，均以US Model BIT作為談判之藍本，例如：美國與烏拉圭於2005年簽署之BIT，以及美國與韓國於2007年簽署FTA之投資協定等。因此，若要與美國進行雙邊投資協定之談判與協商，勢必要對US Model BIT有全盤了解。

3 資料來源：經濟部投資業務處網站：http://www.dois.moea.gov.tw/asp/relation1_1_3.asp（最後瀏覽日期：101年3月4日）

第 3 節 國際投資協定的種類

(一) 依照不同締約國間的需求，可能簽署三種不同類型的國際投資協定

隨著年代的演變及不同的目的，國際上BIA主要可概分為三大類，第一類主要著重於促進締約國雙方間之投資，目的僅在確立締約國間的友好關係，此類協定內較多宣示性文字的條文，而沒有涉及實質保護雙方投資人或投資的措施，且其內容較為簡略；第二類則除了宣示、友好性的文字外，已經進一步的為締約國雙方之投資人或投資，提供了實質、具體的保障內容，包含投資保障等救濟制度，也會因締約國雙方國情、經濟環境或其他因素的考量，而為部分條文之增刪；第三類則是除了提供實質保障外，更包含開放締約國國內市場之目的，而以US Model BIT為典型範例。



(二) 實際內容依各自需求及談判結果而定

在前述第一類的BIA中，締約國雙方將會宣示促進國內政治與經濟環境之安定，致力排除投資障礙之措施；在第二類的BIA當中，條文將開始出現「投資及投資人之定義」、「投資保障及待遇」與「徵收與補償」等傳統上有具體保障國際投資人與投資功能的BIA核心條款；於第三類的BIA當中，除了第

二類之內容外，尚可能包括「績效要求」、「不符合措施」及「投資人與地主國之爭端解決」條款等等。

前述三種大致上的分類，只是概念上的歸納，每個政府與政府間所簽訂的國際投資協定具體內容，就如同一般私人間簽訂契約一樣，仍然視雙方實際需求及談判結果來決定，雖然國際間已經逐漸發展出慣常的做法與條文，但依據不同國情所展現出來的內容差異，也並不少見。

第 4 節 如何利用本書理解國際投資協定

本書特別強調「應用」層面，亦即目的在使非談判人員之其他政府部門同仁，對於國際投資協定所應關切的議題加以了解。其重要性在於，應符合國際投資協定規範的國家行為，可能包含了締約國的中央政府、地方政府或主管機關，以及國營事業所採取或維持的措施，還有締約國中央政府、地方政府或主管機關所授權之「非政府機關」所為的行為，也含括在內。本書將可協助其他部門人員就國際投資協定之相關規範內容有基本的掌握及瞭解，並將我國基於國際投資協定應遵守之相關義務及規範等概念內化於日常公務中，以降低其他政府部門所為之政府措施違反相關國際投資協定義務，而有引發國際投資爭端之可能性。

(一) 「是否受到保障」、「如何受到保障」以及「如何主張權利」

國際投資協定的目的既在於保障「投資人」的「投資」，那麼對於其定義以及保障範圍，就會成為個別投資「是否受到保障」的前提。在此前提確認後，下一步需要理解的將是「如何受到保障」的投資待遇標準，以及「如何主張權利」的救濟管道問題。這不但是理解國際投資協定的概念途徑，許

多協定條文的次序安排，也是如此呈現的。因此，本書各章的安排邏輯上，也是依此概念循序介紹各相關條文。

(二) 概念重要性與爭議問題之彙整

本書選擇了數個國際投資協定的核心條款與議題加以介紹，各章中將會先概述其條文與概念的「重要性」，然後再針對其所涉及之主要「重點議題」進行說明，並接著說明該核心條款在實務上之「具體應用」，最後則提供中文與英文之例示參考條文，以作為前述解說之對照。

(三) 以US Model BIT 與兩岸投保協議做為例示參考條文

關於各章節後附之參考條文，英文參考條文部分，大部分是以2012年新修訂的「US Model BIT」為範例；中文參考條文部分，則多以2012年我國所最新簽訂的「兩岸投保協議」條文為範例。希望藉由這兩個較新且對於世界各國與我國意義重大的文本，使讀者深切理解國際投資協定的重要概念。

2

何謂「投資」

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 2 章 何謂「投資」

第 1 節 重要性

「投資」的定義是國際投資協定下，爭端解決程序的重要「程序要件」，也是國際投資協定之核心條文。因為一般來說，基於「先程序後實體」的審查原則，當投資人想利用爭端解決程序來解決投資爭議的時候，一開始就需要審查「程序要件」是否符合條文規定，爭端的另一方也幾乎都會針對程序上是否符合「投資」及「投資人」等基本定義加以爭執，通過第一關之程序要件審查後，才會開始進行實體審理，而訴諸投資待遇等實體原則之判斷，否則可能被以不符合程序規定為由而遭駁回。由此可知「投資」定義的規範內涵將會直接影響到保障範圍之寬窄。

實務上，在 *Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco*¹ 一案中，摩洛哥政府主張該案中所爭執之公路興建承攬契約不屬於摩洛哥與義大利雙邊投資協定所定義之投資，因為該雙邊投資協定將投資定義為「...in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party」，故必須是符合締約國法令所成立者，才會落入投資定義之內，而且所涉契約衍生的權利是否屬於協定之投資，也應該依地主國即摩洛哥之法律與規範認定，其認為案件所爭執的權利既然不符合前述投資定義，當然不得依雙邊投資協定提起仲裁。可見，是否為國際投資協定所定義之「投資」，為國際仲

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

裁庭中，地主國最常主張之程序問題之一。

因此，「投資」定義的具體規範方式，雖然要視雙方之締約目的而論，但不論定義範圍或大或小，在文字上均應盡量明確化，以免日後爭議之產生。

第 2 節 重點議題

(一) 規範方式不同，保護程度也不相同

國際上對於「投資」定義的規範方式，主要可以歸納為4種：

1. 以資產為核心，例示性規範。這種規範方式會先表明具有投資特性的各種資產均在保護範圍內，然後再舉例說明幾個投資的種類；
2. 廣泛定義，以涵蓋各種可能之新投資種類。例如美國及巴林在1999年所簽的投資協定，以「every kind of investment」來廣泛帶過；
3. 列舉式規範。在這種規範方式之下，只有明文的投資種類才是投資協定所承認的投資，例如加拿大2004年外人投資保障與促進協定範本，就只限於條文提到的企業（enterprise）、企業之股權證券（equity security of an enterprise）與債權證券（debt security of an enterprise）等種類，方屬投資；
4. 設計排除條款。即將特定投資行為明文排除於投資定義之外。

依兩岸投保協議第1條第1目的規定，投資是指母國投資人依照地主國的規定，在地主國所投入的「具有投資特性的各種資產」，其後再於條文中為「各種資產態樣之舉例」。這種規範方式，正是前述第1類「以資產為核心所

為之例示性規範」，其保障範圍包括但不限於動產、不動產、企業的股份或出資額、金錢或其他具有經濟價值之請求權等等，這種類型的定義也是目前國際間最常使用、保護程度最高的規範方式。而第2類所謂廣泛定義之方式，其保障範圍看似包山包海，但實則一旦發生投資爭端，在定義解釋無所依循下，往往會產生更多的爭議，因此並非國際上談判欲擴大保障範圍時，條文規範方式之首選。

US Model BIT 第1條之規範文字也與兩岸投保協議相近，此種定義方式近年來已經成為我國的慣常做法，近期與日本、甘比亞及聖文森所簽署的條文都是如此規定。通常這種規定內容的本文都只是原則性、抽象性描述，只要解釋上能夠符合的都屬之；為了求明確，再以各種投資種類舉例說明，若屬於各種例示投資種類的，則不必再做額外的解釋，即加以保障。

(二) 投資種類明文化，減少未來解釋爭議

在前述定義模式下，所涵蓋的投資資產種類，以兩岸投保協議為例，可分成七大類：

1. 與物權相關的權利，包括動產、不動產所有權，以及其他相關財產權利，*例如抵押權、留置權等擔保權利*；
2. 企業的股份或出資額及其他形式的參股，*例如認股權利證書或可轉換公司債*；
3. 金錢或其他具有經濟價值之履行請求權，*例如租賃權等*；
4. 智慧財產權、企業名稱及商號、商譽，*例如著作權、專利權及商標權*；

5. 統包、工程建造、管理、生產、收益分配及其他類似契約權利，*例如授權契約、聯合承攬契約*；
6. 經營特許權，包括培育、耕作的特許權利，以及探勘、開採、提煉或開發自然資源的特許權利，*例如天然森林砍伐業務特許權、採礦特許權、BOT特許權*；
7. 各種擔保債券、信用債券、貸款及其他形式的債，*例如長期應收票據*。

如果投資種類未被明確例示出來，因為還需要透過解釋才能夠確定是否為投資協定所要保障之範圍，有引起爭議之可能，要是能將想要保護的具體資產態樣詳細的在條文中列出，那麼就不需再透過解釋即可認定為所稱之投資，在適用上也可減少爭議。

(三) 沒有實際金錢的投入，也可以算投資而受到保障

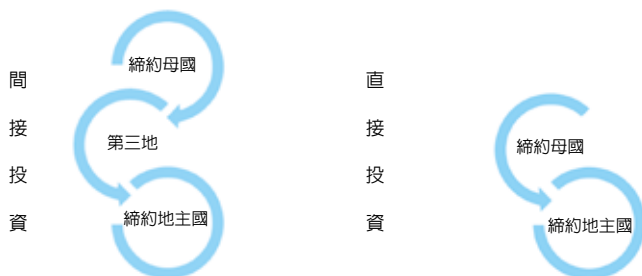
一般所理解的國際投資，大多是基於外國資金需投入地主國領域的認識，這也是十分常見的國際投資形式，然而不可否認的是，隨著商業的發展，各種投資形式與方法也跟著時代的變遷而產生各種變化。此點也反應在投資定義的範圍，已經不以實際金錢的投入或外國資金的匯入為限。例如在國際菸草商Philip Morris對澳洲政府之菸品素面包裝法案提起仲裁一案²當中，所涉及的投資資產為投資人的「商標權」，此可印證投資並不以實際金錢的投入為限，只要符合投資協定之定義，都可以認定為投資而受到國際投資協定之保障。

2 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

另外，在 *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*³ 一案當中，被告曾經主張原告投資的資金並非由烏克蘭境外投入，因此在定義上非屬外國投資，從而認為仲裁庭不具有管轄權⁴。但是仲裁庭沒有接受此種主張，而認為在相關公約或協定當中，均沒有「資金來源」（origin-of-capital）的要求，甚至利用投資而得的盈餘再為投資，亦明確符合許多BIT中投資的定義，顯見一般國際投資協定並沒有資金來源的要求。此點從兩岸投保協議第1條第1款明文「作為投資的資產發生任何符合投資所在地相關規定的形式上變化，不影響其作為投資的特性」，也可以略知一二。

(四) 間接投資是否加以保障，攸關投資人之權益與投資架構安排

對於「投資」是否限於母國之投資人直接前往地主國（締約他方）投資的「直接投資」，或者包括投資人透過在第三地設立之公司，再對地主國（締約他方）進行投資的「間接投資」情形？我國早期簽署之BIA中，僅《中華民國與巴拿馬共和國投資待遇及保護協定》就間接投資之情形，明文加以保障。



3 Decision on Jurisdiction and Liability, ICSID Case No ARB/06/18; IIC 424.

4 *Id.* at para. 86.

然而，此種間接投資的方式，在國際投資實務上十分常見，晚近之台日BIA與US Model BIT對於投資之定義也相當廣泛，投資人直接控制或所有，以及間接控制或所有（間接對於資產具有實質控制力或所有權）的投資都屬之。所以不論投資結構的複雜程度，凡是投資人對於資產具有控制力或所有權者，都是受到保障之投資。關於此點，兩岸投保協議雖然也保障間接投資，但卻是在投資人的定義下加以含括在內，即便不會影響其實質保障範圍，但是規範模式較為特殊，將待下一章節中再加以說明。

(五) 「所有或控制」之解釋，影響間接投資之保障範圍

所有與控制係指對於資產具有所有權或控制力。多數BIT將兩者連用，甚少區分兩者之差異。「所有」通常著重在量化或名義上擁有的概念，而「控制」則較側重質或實質上操控的概念，不要求持有多少比例。例如我國公司法第369-2條第2項關於控制與從屬公司之認定，並不以持有過半數的股權者為限，凡是一公司直接或間接控制他公司的人事、財務或業務經營者，為該他公司之控制公司。

此概念也可以參照台日BIA第25條註1的相關說明，其明文一事業由一投資人「擁有」者，係指超過50%的股權由該投資人擁有；由一投資人「控制」者，係指該投資人有權提名多數董事，或可合法控制該事業。舉例而言，在台灣設立的公司，透過其依第三方規定所設立而持有100%或超過50%股份之子公司，再投資於他方締約國，則該投資即可能屬於所謂的間接投資，而受到保護。實務上於SOABI v. Senegal一案當中，仲裁庭也抱持著相同的見解⁵，可資為證。

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

第 3 節 具體應用

從前述說明可以知道，國際投資協定對於「投資」之定義，以資產為核心之例示性規範，明文包含直接與間接投資，並具投資特性之各類資產，其後再為投資態樣之舉例，為近來國際上最常使用且保障範圍最完整的規範模式。晚近我國所洽簽之相關條文，亦多以此種方式為之，然就「所有或控制」之明確定義仍然少見，尚有一定之解釋空間，而待國際法上持續發展。

前述的 *Salini Construtorri S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco* 一案，仲裁庭不贊同摩洛哥的解釋，認為該段文字並非對投資加以定義，它的目的僅僅在確保只有合法投資才能受到保障。以條約的解釋來說，原本就只有合法之權利行使方受法律的保障，非法投資即不受雙邊投資協定之保護，所以並無必要特地加上該段文字。並且該段文字實務上也有被地主國濫用的疑慮，進而有害投資保障，所以將來在與他國協商擬定條約時，應該盡量避免使用類似文字，以免徒增困擾。

【BIT條款 / 關鍵詞】程序要件、投資特性、投資資產種類、間接投資、所有或控制

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT :

Article 1: Definitions

For purposes of this Treaty:

“investment” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such

characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.

Forms that an investment may take include:

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

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

註2 : Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the

characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.

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

2. 兩岸投保協議：

第一條 定義

本協議內：

一、「投資」指一方投資人依照另一方的規定，在該另一方所投入的具有投資特性的各種資產，包括但不限於：

- (一) 動產、不動產及其他財產權利；
- (二) 企業的股份或出資額及其他形式的參股；
- (三) 金錢請求權或其他具有經濟價值的履行請求權；
- (四) 智慧財產權、企業名稱及商號、商譽；
- (五) 統包、工程建造、管理、生產、收益分配及其他類似契約權利；
- (六) 經營特許權，包括培育、耕作的特許權利，以及探勘、開採、提煉或開發自然資源的特許權利；
- (七) 各種擔保債券、信用債券、貸款及其他形式的債。

投資特性指資本或其他資源的投入、對收益或利潤的期待和對風險的承擔。作為投資的資產發生任何符合投資所在地相關規定的形式上變化，不影響其作為投資的特性。

3

何謂「投資人」

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 3 章 何謂「投資人」

第 1 節 重要性

了解保障客體——「投資」的定義之後，國際投資協定另一個重要的「程序要件」，即為保障主體——「投資人」的定義。如同前一章所說的，投資協定的目的在於保障「投資人」之「投資」，基本條款對於主體的定義，關乎保障範圍之廣狹，具備相當的重要性。如果能夠在投資協定中明確化，將可以減少日後可能發生的潛在投資爭議。

一般國際投資協定關於「投資人」的定義範圍，可以分為自然人及非自然人。自然人部分比較沒有爭議，一般來說，只要是具有締約國國籍之個人或公民均屬之。在自然人方面，實務上時有發生關於雙重國籍的爭議問題，例如在1955年的*Liechtenstein v. Guatemala*一案當中¹，對於同時取得列支敦斯登與瓜地馬拉兩國國籍的Nottebohm，如何於案件中認定為屬於何國國民，就曾經有過討論。

而自然人以外之人，通常依據締約國法律設立或組成之法律實體（legal entity），都是協定中的適格投資人，大部分協定均以「legal entity (person)」或「juridical person」稱之，並包含除了公司組織以外的合夥、獨資、商號、非營利機構、協會等等。

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

第 2 節 重點議題

(一) 如何認定一個自然人是否為投資人

國際投資協定關於投資人的界定，大多是使用「national」（國民）²來表示，US Model BIT也是如此。是否為一國的國民，則應該依照各個國家的國籍法來加以認定。所以US Model BIT裡面所指的國民，應該就要依據美國移民及國籍法第三篇的定義來加以認定了。

我國與邦交國洽簽BIA時，通常也是使用國籍來加以認定，例如與聖文森及甘比亞簽訂之BIA；但是在與非邦交國洽簽時，則常常基於外交的考量，會有是否應改使用公民或使用其他用語之討論。參考我國所簽BIA的用語，可以簡要歸納用語如下：

1. 「national」、「nationality」

我國所簽訂的投資保障協定，絕大多數是以「national」（國民）或「natural persons having the nationality of...（擁有國籍之自然人）」定義之。

2. 「resident」、「permanent resident」

我國簽訂的投資保障協定中，曾有數個協定使用「resident」（居民）或「permanent resident」（永久居民）的用語，「resident」的意思是指於該地居住的人，與「居留」或「定居」等概念相近。而依我國現行

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

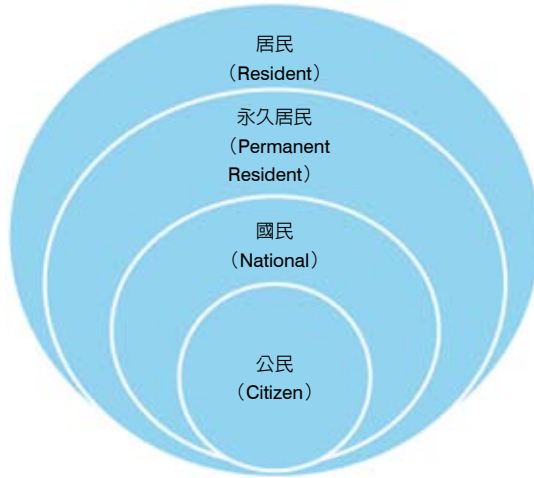
法令³，非我國國民但在我國居留或定居者，也可能可以援引投保協定的相關條款，所涵蓋的範圍將會較為寬廣。

3. 「citizen」、「citizenship」

我國簽訂的投資保障協定中，也有使用「citizen」或「citizenship」的用語。在與非邦交國為相關協議簽署之談判當中，不少對手國欲以「citizen」取代我方用語「a natural person having the nationality of...」，例如台日BIA即迴避使用國籍（nationality），而使用概念上可能涵蓋範圍較小的「公民」（citizen）。關於「citizen」的認定如同「national」，於投資保障協定中不會就此另為定義，而應參照各國法制加以認定之。

以我國法制來說，「national」指的是我國的國民；「citizen」則為「公民」，是指年滿二十歲，未受監護宣告之中華民國國民⁴，兩者意義上相近，但「公民」之概念較「國民」嚴格。一般而言，於多數國家，兩者在概念上都略有差異，公民概念之認定上多較國民為嚴格。

- 3 例如依大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法、香港澳門居民進入臺灣地區及居留定居許可辦法、臺灣地區無戶籍國民申請入國居留定居許可辦法等規定，非我國國民之其他國家或地區人民如符合一定條件，可申請來台居留或定居。
- 4 參照憲法第130條規定：「中華民國國民年滿二十歲者，有依法選舉之權，除本憲法及法律別有規定者外，年滿二十三歲者，有依法被選舉之權。」、公民投票法第7條規定：「中華民國國民，年滿二十歲，除受監護宣告尚未撤銷者外，有公民投票權。」



從法律觀點來說，關於國際協定中各種不同文字及用語是否適當的判斷，重點在於釐清該用語在該協定下之意義為何，還有該定義是否明確。於判斷用語之妥適性時，應該綜合其定義及相關約定綜合觀察，以確立其對於定義、範圍或法律效果所產生之影響。

(二) 如果有雙重國籍，應該如何認定

所謂雙重國籍，是指自然人同時具有兩個國家以上國籍的情況。US Model BIT針對此點，是以「主要、有效國籍」（dominant and effective nationality）原則為判斷的標準，但沒有就何謂「主要、有效國籍」為進一步解釋；而台日BIA與兩岸投保協議中則是對此議題隻字未提。曾有實務案件解釋此一原則，認為在認定當事人的主要有效國籍時，應該考量所有因素，包括當事人的住所、利益的核心、家庭的連繫、公共生活的參與以及其他證據等

等⁵綜合判斷，可做為解釋上的參考。

(三) 自然人以外之人：企業「enterprise」

不論是「legal entity (person)」或「juridical person」，在我國法下雖然應該是指具有法人格者，但許多BIA所列示的投資人類型，在我國法上並不具獨立法人格，例如合夥、組織、商號、行號、協會等等都是。是否應該將此些公司以外的實體納入協定保障範圍之內，要綜合考量締約國的慣常交易型態和習慣，如果一國的非法人團體時常從事投資或交易行為時，母國於締約時就應該考慮爭取而加以涵蓋，以使該國人民可能從事的投資均納入保護。

(四) 企業國籍之認定

當企業是否屬於締約國一方之企業發生疑慮時，就必須要判斷該一企業的國籍。而企業國籍的認定，各國立法例不同，向來有三種見解：

1. 設立準據法主義 (place of incorporation)：

以該企業所據以設立的法律，來決定其國籍，優點為簡明清楚。

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

採實質認定原則，以該企業住所地為企業國籍認定的標準。而企業的住所地又可分為「主事務所所在地」及「業務中心所在地」兩種不同的判斷標準。其缺點在於主事務所所在地有登載不實的可能，而業務中心所在

5 美伊索償法庭 (Iran-United States Claims Tribunal) 第A-18案件。

地則有認定困難的問題。

3. 控制主義（ownership or control）：

以實質控制或擁有該企業的自然人的國籍，作為企業的國籍認定標準。但是實際認定上非常困難，尤其在大公司股權相當分散的情形下，更增加認定之困難。

關於非自然人投資人國籍的認定方式，大陸與其他國家所簽訂的BIA雖有採取「準據法主義」兼特別要求應在締約國境內有住所者⁶，或是另外附加「控制標準規定⁷」的情形，但仍多單純採取「準據法主義」。而台灣雖有部分協定兼採「法人真實所在地原則」⁸或「控制主義」⁹，但多數都採取與兩岸投保協議相同的「準據法主義」。

(五) 投資人的定義與間接投資的保障

兩岸投保協議雖然也保障間接投資，但卻是在投資人的定義下加以論述，雖然不會影響實質保障範圍，但是規範模式十分特殊。依兩岸投保協議第1條第2款規定，投資人指在另一方從事投資的一方企業，而依同條款第3目規定：「根據第三方規定設立，但由第二目的投資人¹⁰所有或控制的任何實

6 如大陸與匈牙利、芬蘭簽訂之雙邊投資協定。

7 此為極少數大陸所簽訂之雙邊投資協定所採，例如大陸與阿根廷於1992年簽訂之《中華人民共和國政府和阿根廷共和國政府關於促進和相互保護投資協定》。

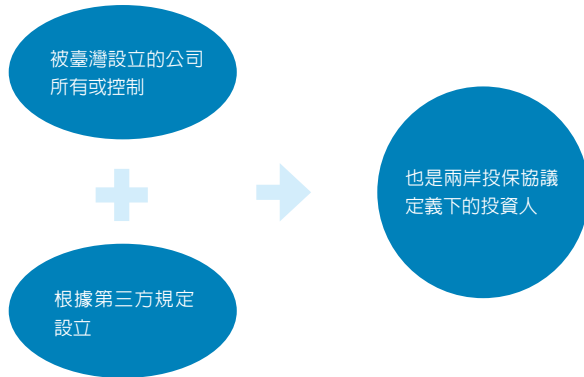
8 例如《中華民國政府與哥斯大黎加共和國間促進暨相互保障投資協定》。

9 例如《中華民國政府與巴拉圭共和國政府投資保證協定》。

10 第2目規定：「一方企業指根據一方規定在該方設立的實體，包括公司、信託、商行、合夥或其他組織」

體，亦屬一方企業。」

例如在台灣設立並於證券交易所上市的H股份有限公司，經第三地轉投資深圳之有限公司。透過依第三方規定所設立而持有100%或50%以上股份的子公司，間接投資於大陸者，則該於第三方所設立而為其所有或控制的子公司，即屬兩岸投保協議定義下的投資人，而受到保護。



第3節 具體應用

從前述說明可以知道，不單單只有自然人有國籍認定的問題，非自然人的企業，也可能會遇到國籍認定的爭議，除了身為客體的「投資」必須符合國際投資協定的定義之外，還需要符合身為主體的「投資人」定義，才算是通過了程序要件的檢驗。

有關雙重國籍的議題，於1955年之*Liechtenstein v. Guatemala*一案中，對於同時取得列支敦斯登與瓜地馬拉兩國國籍之Nottebohm，如何於本案認定為屬於何國國民之爭議，國際法院參考國際實踐，認為取得國籍的人與授

予國籍國之人民間的關係應比和他國人民的關係更為密切，而國籍就是這個事實在法律上的表現。本案法院經審視Nottebohm歸化列支敦斯登的事實，認為觀察他的企業、行為、利益、活動、家庭或對於未來的想法，其與列支敦斯登的關係並沒有比其他國家的關係密切，和列支敦斯登的實際聯繫是極為薄弱的。

由此案例可以知道，國際法上對於雙重國籍的情況，是以當事人之住所、利益之核心、家庭的連繫、公共生活之參與以及其他連繫等證據，來判斷當事人與某國家間是否符合「主要、有效」原則，而藉此確定當事人的國籍。這個案例的說明，得做為解釋US Model BIT「主要、有效國籍」認定上之參考。

【BIT條款 / 關鍵詞】 程序要件、自然人、非自然人、國籍

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT :

Article 1: Definitions

For purposes of this Treaty:

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

“investor of a Party” means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has

made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality.

“national” means:

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

2. 兩岸投保協議：

第一條 定義

本協議內：

二、「投資人」指在另一方從事投資的一方自然人或一方企業：

- (一) 一方自然人指持有一方身分證明文件的自然人；
- (二) 一方企業指根據一方規定在該方設立的實體，包括公司、信託、商行、合夥或其他組織；
- (三) 根據第三方規定設立，但由本款第一目或第二目的投資人所有或控制的任何實體，亦屬一方企業。

4

「適用範圍」如何

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 4 章 「適用範圍」如何

第 1 節 重要性

適用範圍的概念重點在於，明確界定投資協定所要規範的時點、措施與採行措施的主體等。因為投資協定的目的在保障投資，所以究竟哪些地主國所採取的措施應該在受規範的範圍內？誰採取的措施會受到規範？在什麼時間點所作出的行為才須受到規範？以及哪個時點的投資才受到保障？等等問題，都將成為負擔投資保障義務之締約國必須要清楚了解的事項。更重要的是，在發生投資糾紛時，相關條文內容都將成為爭端解決的重要依據，也是雙方攻防的重點。

例如在討論行使公權力機構或國營事業的行為是否受到投資保障協議規範的時候，究竟所謂「行使公權力機構」，或「國營事業」應該如何認定，將可能產生爭議。實務上在 *Salini Construtorri S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco* 一案當中，就有相關的論述（詳後述）。

第 2 節 重點議題

(一) 受到協定拘束的主體

就「措施施加的對象」而言，一般投資協定所適用之措施，為與「他方投資人」及「投資」相關之措施，一般判斷上較無疑問；就「採行或維持措施之主體」而言，可能包含了締約國的中央政府、地方政府或主管機關，以

及國營事業所採取或維持之措施，以及締約國中央政府、地方政府或主管機關所授權之「非政府機關」所為的行為，將締約國行使公權力與委託私人行使公權力之情形，都一併納入協定的適用範圍。

我國過去所簽訂之雙邊投資協定，甚至包括晚近所簽訂的台日BIA，經常未言明就適用協定之「措施」的特性，以及「哪些機關」所做出的措施為協定所涵蓋。最新的兩岸投保協議條文，對於此點則已明文加以規範，較為完整、進步。必須注意的是，所謂的措施並非當然僅限於「行政」措施，其他國家政府部門、單位所採取的行為，也有可能受到規範，例如在「公正公平待遇」條款當中常有明文，一方不得對另一方投資人拒絕公正與公平「審理」，可以知道國家司法機關的行為，也將受到制約（詳後述）。

另外值得注意還有，2012年新修正之US Model BIT，就「授權」行使公權力的意涵，新增加了相關說明。依其規定，「授權」的態樣包括了立法授權、政府命令、行政指導或其他移轉或授與公權力予國營事業或相關人士等方式之政府授權。透過這些方式獲得政府授權的國營事業或相關人士，都將受到協定規定之拘束。

(二) 什麼「時點」的投資可以受到保障

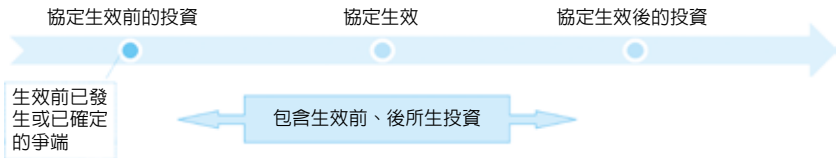
另一個重要的條款，為「時之效力」的界定，其目的在確認協定對締約國產生拘束力之時點，還有明確界定在特定時間之區間內地主國對投資人之措施，必須受到協定的規範。例如US Model BIT第2條第3項規定，明文不適用於協定生效前之行為，亦不適用於協定生效日前已停止的「情況」。

關於時之效力，歸納我國所簽署的BIA，除了早期沒有明文加以規範的BIA外，其類型大致有：

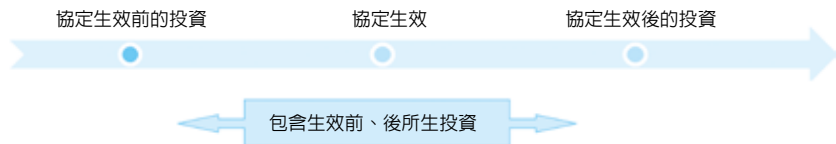
1. 僅適用於BIA生效後之投資：排除生效前投資之適用，例如與印尼簽訂之投資協定。



2. 適用於BIA生效前後所生之投資：惟不適用於生效以前已發生或已確定之爭端，例如與日本簽訂之投資協定。



3. 適用於BIA生效前後所生之投資，且未有但書限制：得適用之投資範圍最為廣泛，例如與甘比亞簽訂之投資協定。



以兩岸投保協議條文為例，其保障範圍涵蓋協議生效前或生效後之投資，也就是適用於所有進行中及未來的投資，但不適用於協議生效前已解決的投資人與投資所在地一方投資爭端，與國際上多數採取的規範模式類似，

屬於前述的類型2。

台灣與各國簽訂之雙邊投資協定，多是設計為適用於生效前後之投資，但排除生效前已定案投資所衍生的爭議或請求，也就是以協定生效時的投資是否仍繼續存在，來決定是否有協定之適用，如生效時投資已不存在，縱於生效後衍生任何爭議，亦非協定之保障範圍。

第3節 具體應用

由於實務上曾有仲裁庭見解認為，如果在投資協定中沒有明文規定「時之效力」的條款，或雖有規定但卻沒有明確約定協定生效前所生的爭議有無適用時，解釋上就不可以溯及適用生效前已發生之爭端。所以為了避免爭議，在簽署BIA時應參酌晚近台日BIA與兩岸投保協議等的規範方式，明文界定投資協定生效前發生之爭端或已確定之爭端，是否為投資協定所涵蓋，以資明確。

有關國營事業之認定而言，*Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco*¹一案的仲裁庭，在判斷地主國的國內公司是否受到國家控制與參與時，是分為結構面（Structural）與功能面（Functional）兩方面切入觀察。其透過「結構面」衡量公司依何法令設立、註冊，以及政府在其中的持股比例，還有對董事會的控制程度；並經由「功能面」檢視該公司是否在功能上，有行使國家所賦予的任務等等事實，來認定某公司是否屬於地主國之國營事業（State Company），應是一個值得參考的判斷標準。

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

【BIT條款 / 關鍵詞】採行或維持措施之主體、政府機關、非政府機關、時之效力、國營事業

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT :

Article 2: Scope and coverage

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

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

authorizing the exercise by the state enterprise or other person of, governmental authority.

2. 兩岸投保協議：

第二條 適用範圍和例外

- 一、本協議應適用於一方對另一方投資人及其投資採取或維持的措施。
- 二、本協議應適用於一方投資人在另一方於本協議生效前或生效後的投資，但不適用於本協議生效前已解決的本協議第十三條第一款所指的「投資爭端」。
- 三、本協議適用於任一方各級主管部門及該類部門授權行使行政職權的機構所採取或維持的措施。

5

何謂「國民待遇」

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 5 章 何謂「國民待遇」

第 1 節 重要性

國民待遇的規範目的，在使投資人享受與地主國國內的投資人相同之待遇，讓外國投資人在類似的情況下得以和內國投資人受到地主國同等的對待，立於公平的競爭地位而不受到歧視。其本質上是為了履行BIA之不歧視原則所為的設計。此種規範廣泛見於各種類型的國際協定中，例如1994年關稅暨貿易總協定（General Agreement on Tariffs and Trade 1994，以下稱「GATT 1994」）、服務貿易總協定（General Agreement on Trade in Services）等等。

一般投資協定的投資待遇條款包括三方面，「國民待遇」（National Treatment）原則、「最惠國待遇」（Most-Favored-Nation Treatment）原則以及「最低標準待遇」（Minimum Standard of Treatment）原則，均為BIA中重要的投資待遇條款。國民待遇及最惠國待遇兩者係以相對性比較之方式，保障締約國他方之投資人享有不低於地主國國民或地主國賦予第三國國民之待遇；最低待遇標準屬於絕對標準則是樹立一絕對標準，以「公平公正待遇」、「完整保障與安全」以及「不歧視原則」（即不因對象之性質差異而有不同之待遇）等概念為核心，將習慣國際法之規定體現於雙邊投資協定之中。本書第5、6及7章中將分別對3個重要的投資待遇條款做出介紹。

第 2 節 重點議題

(一) 規範的方式涉及投資設立前的階段是否受到保護

國民待遇條款在BIA的規範方式，大致可以分為3類：(1)沒有國民待遇條款；(2)有國民待遇條款，但只適用在投資設立後階段，投資設立前並沒有國民待遇的適用；(3)有國民待遇條款，且適用於投資人在投資設立前與設立後的階段。

採取第(2)類型規範方式的BIA，較著重在投資設立後的保障，而不是對投資自由化的促進，因為此類的規範方式，常規定必須是地主國「依其國內法規已經承認或認許之外國投資」，方給予其BIA中的投資保障。大部分國家簽訂之BIT屬於此類型；而第(3)類的規範方式，則通常不會強調地主國「依其國內法規已經承認或認許之外國投資」，並且在文字上會表明國民待遇的適用，並不限於設立後的投資。

從US Model BIT 第3條第1項、第2項與台日BIA第2條第3項均涵蓋投資之設立（establishment of investment）在內可以知道，他們都是採取前述第(3)類型，亦即「投資設立前」和「投資設立後」均有國民待遇的適用。因此在這兩份文本的概念脈絡之下，如果我國政府對於外人投資，增加內國投資人於投資前階段所沒有的法律上與事實上限制，就有可能違反本條規定。相對的，在兩岸投保協議的條文當中，關於國民待遇的規範，並不包括投資的「設立、擴大」階段，也就是不保障「投資設立前」的階段。（這裡的「擴大」屬於新增投資的一種，就新增部分可能被視為等同於投資設立，而不在兩岸投保協議下國民待遇條款的保障範圍。）如此一來，將在某種程度上保留我國對於陸資准入的自由裁量權。

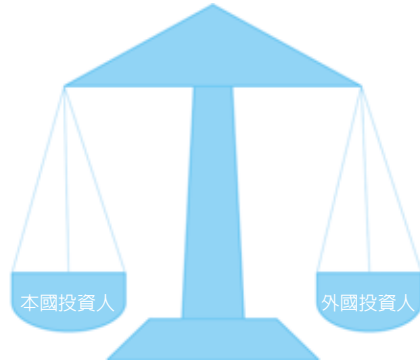


(二) 「法律上」與「事實上」的差別待遇均禁止

原則上在判斷與適用國民待遇原則的時候，主要會衡量相較於地主國國民之投資，地主國政府對締約國他方國民的投資是否構成「法律上」（*de jure*）與「事實上」（*de facto*）的歧視。所謂法律上的歧視，是指地主國的法規對其國民與對締約國他方之投資人，形式上就給予不同而具歧視性意味的待遇。事實上的歧視，則係指地主國對締約國他方投資人適用的措施或法規，形式上看不出採取了歧視性意味的行為，但在他的「適用上」或「結果上」卻產生歧視性的差別待遇，仍然可能構成本條的違反。

(三) 具體比較外國投資人的投資待遇是否「不低於」本國投資人

「不低於」（*no less favorable*）是指地主國給予外國投資人的待遇，應該「不低於」給予本國國民的待遇。這裡就隱含了前述「比較」的概念，也就是要將地主國對自身國民的待遇，與地主國對外國投資人之待遇相比較，倘若對外國投資人的待遇低於對地主國國民的待遇，就會構成國民待遇原則的違反。其實「不低於」概念的認定，在事實上相當的困難。在WTO架構下關稅暨貿易總協定之國民待遇，應如何判斷地主國對外國人所採取的措施是否「不低於國內產品之待遇」，常常是案件爭議的焦點。



參考GATT 1985年加拿大外人投資法案（*Canada-Administrations of Foreign Investment Review Act*）的案例¹，爭端解決小組針對「加拿大法律要求投資人在投資時，必須提出書面購買承諾（written purchase undertaking）之要件，是否係對進口產品給予較低待遇」之爭議，認為要求投資人承諾購買加拿大產品，實際上已經排除投資人購買其他進口產品之可能性。因此，使進口產品所受之待遇較不利於國內產品，違反了「不低於國內產品之待遇」的要求，進而違反國民待遇。

(四) 必須是「同類情形」才有比較基礎，而可能構成違反

實務上在比較待遇時，經常在條款文字中，加上「同類情形」（in like circumstances）的要件。其目的主要在限縮國民待遇的適用範圍，才不會使得適用規範過廣。也就是說，只有當地主國對其國民與對外國投資人所採取的待遇，是處於「同類情形」的條件下，才可能有違反國民待遇的問題。由於國際間常常使用這樣的文字，因此在仲裁實務上累積了許多案例，歸納國

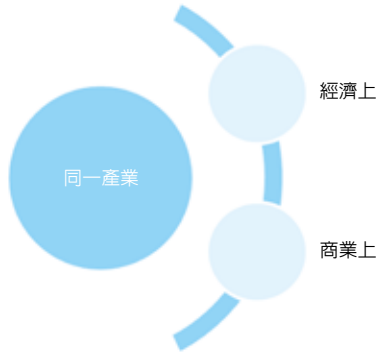
1 GATT Panel Report, *Canada - Administration of the Foreign Investment Review Act*, L/5504, adopted 7 February 1984, BISD 30S/140

際仲裁庭的做法，會發現乃是採用了一套「兩階段判斷標準」，來藉以審查地主國之措施是否違反國民待遇。

首先，仲裁庭會先檢視地主國對於其本國投資人以及相對國投資人採取的措施，是否真的存有差異。若有，則進入下一階段，檢視地主國對兩者所採取的措施，是否是處於同類情形（in like circumstances）下所為的。

在*S. D. Myers, Inc. v. Canada*²一案當中，對於同類情形的認定曾有過實際的操作，仲裁庭認為此要件應該個案判斷，而且必須審酌全部法律文件（例如BIA或FTA，本案則指NAFTA協定）的規範精神與目的，才能做出正確的判斷。仲裁庭認為要衡量地主國對外國投資與本國投資所為之待遇是否處於同類情形，須確認該待遇所針對的對象是否處於「同一產業項目」。舉例來說，地主國的措施如果對外國公司產生影響，下一步就要檢視這項措施的目的，是否為對本國與該外國公司處於同一產業的公司所制定。仲裁庭更進一步指出，產業的認定包含「經濟上產業項目」與「商業上產業項目」。從商業上角度觀察，*S. D. Myers*公司與其他加拿大經營PCB廢料處理的產業例如*Chem-Security*及*Cintec*等等具有競爭關係，所以應該屬於同類情形。

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



第3節 具體應用

關於國民待遇的要件適用，在*United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*³一案當中，仲裁庭認為必須舉證以下3點，才能證明有國民待遇原則的違反：

1. 外國投資人必須證明地主國的待遇或措施，是針對與投資之設立、併購、擴張、管理、決策、營運、販售或其他行為而來。
2. 外國投資人或投資必須與本國投資人或投資處於「同類情形」。
3. 地主國對外國投資人或投資必須給予低於本國投資人或投資獲得的待遇。

一旦投資人無法舉證證明地主國的措施符合上述3點，則其可能會面臨敗訴之結果。在本案當中原告United Parcel Service（以下稱UPS）主張其與加

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

拿大郵政係處於同類情形，因為其與加拿大郵政係同一市場上之競爭者，並爭奪同一市場之市場占有。但仲裁庭檢驗快遞低價值貨物運送計畫（簡稱為 the courier/LVS）與海關郵件處理系統（mail processing system）和快遞間的異同後，認為根據國際法與關稅的規定，郵政和快遞是不同的服務供給模式。因此，UPS與加拿大郵政未處於同類情形。UPS的主張，因其無法舉證證明符合規範要件而不成立。

【BIT條款 / 關鍵詞】相對標準、「投資設立前」階段、「法律上」與「事實上」差別待遇、「不低於」、「同類情形」

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT：

Article 3: National Treatment

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

less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments.

2. 兩岸投保協議：

第三條 投資待遇

三、一方對另一方投資人就其投資的營運、管理、維持、享有、使用、出售或其他處置所給予的待遇，不得低於在相似情形下給予該一方投資人及其投資的待遇。

6

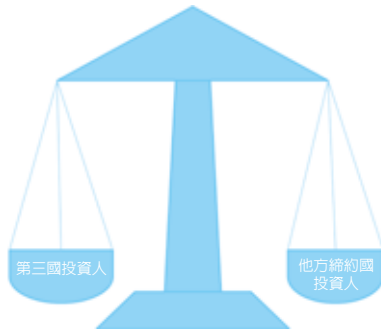
何謂「最惠國待遇」

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 6 章 何謂「最惠國待遇」

第 1 節 重要性

「最惠國待遇」是國民待遇之外，另一個以比較為基準的待遇標準，其規範目的在於，就協定所列的投資事項，締約國一方承諾賦予締約國他方投資人及其投資的待遇，不低於其賦予任何第三國投資人及其投資的待遇。在本條文當中，不論是各種投資活動的定義、「不低於」之適用方式或「同類情形」判斷，其重要性與解釋方式均與前一章國民待遇之內容相同，可以一併參看，在本章中將不再重複贅述。

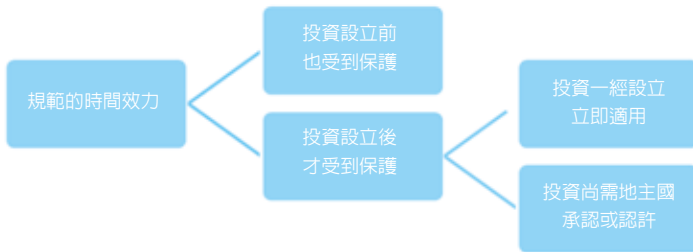


最惠國待遇在適用上常發生一個較為特殊的爭議，就是其是否適用於包括「爭端解決條款」在內的所有事項？或是另有其他範圍的限制？值得讀者留意。

第 2 節 重點議題

(一) 規範的方式涉及投資設立前的階段是否受到保護

從規範的時間效力觀察，最惠國待遇的主要規範方式有兩種，一種是只針對設立後之待遇標準及方式；另一種則是適用於投資設立前與設立後之待遇標準及方式。而前者情形又可概分為兩大類，一類是只要投資一經設立，立即適用最惠國待遇；另一類則規範，該投資尚需經地主國之國內法規承認或認許，方可享有最惠國待遇。



以兩岸投保協議的條文為例，雖然在中國大陸所簽訂的BIA中，多數只適用於投資設立後的階段¹，僅有少數協定將投資設立前的待遇（例如投資設立階段的投資核准），納入最惠國待遇之保護範圍，但兩岸投保協議中的最惠國待遇，則採取對投資保障程度較高的規範方式，明文不只保護投資設立後的階段，也適用於投資設立前階段，與晚近台日BIA與US Model BIT的保障程度相當，值得注意。而此一規範方式，雖然對投資的保障程度較高，但可能

1 如其與土耳其於1990年簽訂之《中華人民共和國和土耳其共和國關於相互促進和保護投資協定》第2條第2款即規定：「投資一旦設立，締約一方給予此種投資的待遇在相同情況下，不應低於給予任何第三國國民或公司的投資的待遇。」（該規定即明確將保障範圍限於投資設立後階段）。

將限縮締約國政策決定的裁量權限，而不得就投資核准事項對來自不同國家的外國投資人採取不同之措施。另須注意，本條款應與不符合措施條款一併參照。考量簽訂協定時，締約雙方可能尚有既存之不符合最惠國待遇條款之措施，為降低協定簽訂帶來之衝擊，有些協定會規定既存不符合措施均不適用最惠國待遇條款，但締約雙方應逐步減少該等不符合措施。

(二) 最惠國待遇是否適用於所有事項，例如爭端解決條款？

以US Model BIT為例，其並沒有如同台日BIA或是兩岸投保協議第3條第6款的規定一般，明文排除最惠國待遇關於爭端解決機制的適用，因此其是否可以將最惠國待遇適用於爭端解決程序當中，就可能產生疑問或爭議。但也有些BIA會明文，最惠國待遇適用於投資人與國家之爭端解決。

於仲裁案件中，曾有仲裁庭見解認為，最惠國待遇也適用於爭端解決程序。而其主要理由是因為在該協定中的最惠國條款，包含有「In all matters」的文字，所以仲裁庭認為該協定之最惠國待遇應該也適用於爭端解決程序。因此，除了在BIT的最惠國條款中有類似「in all matters」的用語，或是清楚表明爭端解決程序得適用最惠國待遇之外，在解釋上很有可能認為，最惠國待遇僅適用於實體法的待遇標準等規定，而不適用在程序法（例如爭端解決）等事項。為了明確起見，如果地主國不希望爭端解決機制有最惠國待遇的適用，就應該在BIT中清楚表明立場，以免後續發生類似的相關爭議。



(三) 最惠國待遇的特殊例外

最惠國待遇比較常見的例外，主要發生在締約國一方同時是其他區域經濟整合組織的會員國、特定避免雙重課稅協定或是國際租稅協定的會員國的情況。因為區域經濟整合或是租稅相關協定，通常均存在於會員國間高度的互惠基礎上，所以如果讓BIA相對國可以依照協定中的最惠國待遇條款，也主張適用這些因高度互惠基礎而存在之特殊利益，顯然對其他區域經濟整合組織的會員國等有所不公。因此一般而言，若是締約國為區域經濟整合組織或相關國際租稅協定的會員國，或是即將成為此二組織的會員國，均會於BIT中註明，使其得以成為最惠國待遇的例外。

第 3 節 具體應用

從我國所簽訂的BIA加以觀察，所有協定均有訂定最惠國待遇條款，但是部分協定卻沒有訂定國民待遇條款，尤其是早期所簽訂的投資協定，以及中期與薩爾瓦多等國家所簽訂的協定均是如此。但應該注意的是，雖該等協定沒有特別約定國民待遇，然而該等國家之投資人可能依據最惠國待遇條款，主張因我國和其他國家所簽訂的BIA具有國民待遇條款，其亦應受國民待遇的保障。



有關最惠國待遇是否適用在包括爭端解決條款在內的所有事項的爭議，如同前述，在一些案例中，仲裁庭雖然曾經同意爭端解決程序也有適用，但實務上目前仍無一致之見解。例如在 *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*² 一案中，仲裁庭即持否定的相反見解，所以在條文文字的使用上，仍然應該加以明確化為妥。

【BIT條款 / 關鍵詞】相對標準、「投資設立前」階段、「法律上」與「事實上」差別待遇、「不低於」、「同類情形」、「不符合措施」、爭端解決條款

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

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT：

Article 4: Most-Favored-Nation Treatment

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

2. 兩岸投保協議：

第三條 投資待遇

- 四、一方對另一方投資人就其投資的設立、擴大、營運、管理、維持、享有、使用、出售或其他處置所給予的待遇，不得低於在相似情形下給予任何第三方投資人及其投資的待遇。
- 六、另一方投資人不得援引本條第四款的規定，要求適用本協議以外的爭端解決程序。

7

何謂「最低標準待遇」

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 7 章 何謂「最低標準待遇」

第 1 節 重要性

「國民待遇」（National Treatment）原則、「最惠國待遇」（Most-Favored-Nation Treatment）原則以及「最低標準待遇」（Minimum Standard of Treatment）原則均為BIA中重要的投資待遇條款。前兩者係以相對性比較之方式，保障締約國他方之投資者享有不低於地主國國民或地主國賦予第三國國民之待遇，已於前兩章中做出介紹；本章將要說明的後者，則是樹立一個絕對的標準，並以「公平公正待遇」（fair and equitable treatment）、「完整保障與安全」（full protection and security）以及「不歧視原則」（non-discrimination）為核心。為了保障外國人的投資，本條就投資保障的絕對標準加以規定，以確立對外人投資的最低保障標準。

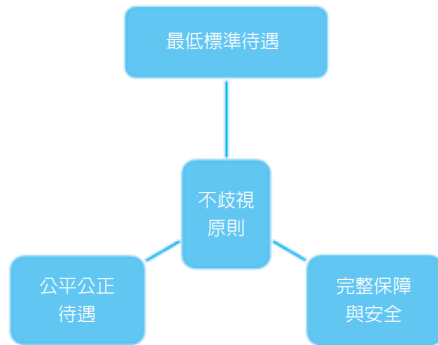
雖然最低標準待遇的內涵較為抽象，而需要在具體個案中一一檢視、適用，但是因為在投資實務上發現，地主國可能以符合BIA各條款規定的個別手段，形成對於外國投資人的不公平、不公正待遇，因此在投資爭端發生時，也經常成為投資人主張的依據所在，而應該多加留意。

第 2 節 重點議題

（一）以三個子概念，在「比較標準」之外，提供最低的基本保障

最低待遇標準使用的規範文字可能包括三個子概念，也就是「公平公

正待遇」、「完整保障與安全」，並以「不歧視原則」（即不因對象之性質差異而有不同之待遇）為核心，將習慣國際法之規定體現於投資協定之中。以「公平公正待遇」而言，依據習慣國際法，締約國一方如果有重大過失、明顯不正義或故意忽視其義務的行為，可能會有違反公平公正待遇原則的問題；而「完整保障與安全」則係指締約國一方不得以強制力侵害他方投資人的資產，以及締約國一方應該按照習慣國際法提供適當的警力，來保護締約國他方的投資人，避免其受到可預期的暴力侵害。



(二) 不歧視待遇條款：不因對象之性質差異而有不同的待遇

「不歧視」係指不因對象之性質差異而有不同的待遇。其實最低標準待遇就是以「不歧視原則」為基礎，將習慣國際法的規定體現於BIA當中。有時候不歧視待遇原則並不會特別明定在最低標準待遇條款之中，而是另外在其他條款中呈現，例如在徵收條款的「不歧視原則」，也是相同概念的體現。

雖然也有人認為不歧視待遇的概念可以直接被包含在「公平公正待遇」之中，但是如果以兩岸投保協議為例，觀察大陸所簽訂的其他BIA仍然可以見

到不歧視待遇條款的身影，他的規範方式大約可分為「概括性的明文約定不得採取歧視性措施」¹、於「徵收中規範相關措施不應具有歧視性」²，或是同時「兼有兩者的規範模式」³。當然就保障程度而言，同時兼有兩者的規範模式，其保護密度自然也比較高，在解釋適用上也比較不會產生問題，因此兩岸投保協議就參考了晚近台日BIA的最新趨勢，採取了此種對於投資人之保障更為周到的規範模式。

(三) 公平公正待遇條款：保障投資人正當合理的投資期待

公平公正待遇是判斷「最低標準待遇」最常見的子概念，為十分重要且常用之條款，但是由於「公平公正」本身屬於相當不確定、抽象的法律概念，所以在適用上很容易產生爭議。一般認為，公平公正待遇包含「正當合理期待」的保障權利，如果地主國用專斷且不合理的方式對待投資人或其投資，就可能因為侵害到投資人的正當合理期待，進而違反了公平公正待遇原則。

國際上針對類似條款的解釋廣狹不一，多數認為是指對外國人的訴訟等

- 1 以中德雙邊投資協定為例，該協定第2條第3款即明白表示「締約之一方不得對締約另一方投資者在其境內投資的管理、維持、使用、享有和處分採取任何隨意的或歧視性的措施」。
- 2 大陸與挪威於1984年簽訂之《中華人民共和國政府與挪威王國政府關於相互保護投資協定》為例，該協定雖然並無概括性之規定宣示針對締約他方投資人在締約國境內之投資不能採行歧視性的措施，但在該協定第5條「徵收」第1項第2款中，則明文規範締約國針對他方締約國投資者於締約國境內之投資進行徵收、國有化或其他類似措施時，該措施不得具歧視性。
- 3 以中比盧投資協定為例，該協定中除了在第2條第4款明訂「在不損害法律的前提下，締約一方不得對締約另一方投資者的投資的管理、維護、使用、收益和支配採取任何不合理或歧視性的措施」外，在第4條第2項第2款亦明白宣示徵收、國有化或其他類似措施，「措施不應具有歧視性」。

程序之不當管理，包括了拒絕給予向法院提出救濟之權利、程序不足以及不公允的判決等。值得注意者為，此一條款並不能夠空泛的加以解釋，有論者提出見解認為，必須要有顯然重大的不公正情形，才會構成違反。

參考仲裁庭在個案中對此一條款內涵累積而成的見解，可能會有助於釐清其概念。仲裁庭曾經認為公平公正待遇原則的認定，應該包含不辜負投資人的「正當合理期待」，還有「避免政府之專斷行為之義務」⁴；另外，也有認為公平公正待遇是由國際法所創設的「善意原則」（good faith principle），內涵是應由締約國雙方提供「不影響外國投資人在進行投資時，將會考慮到的基本期待」的待遇⁵；在另一個案件中，也指出公平公正待遇的違反是指「使投資人於進行投資時正當合理納入考量的期待無法實現」⁶。各個案件都清楚闡明其所認定的內涵，可加以參照。

依兩岸投保協議的規定，一方應確保給予另一方投資人及其投資公正與公平待遇，條文同時指出一方的措施應該要符合正當程序原則，且不得對另一方投資人拒絕公正與公平審理，或實行明顯的歧視性或專斷性措施。例如專斷歧視地不予更新投資人的相關執照、不履行投資契約且無合理理由，均可能違反本條款。

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

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

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

(四) 完整保障及安全條款：使投資人不受武力或暴力侵害

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

依兩岸投保協議規定，一方應確保給予另一方投資人及其投資充分保障與安全，其同時並指出所謂「充分保障與安全」，是指一方應採取合理、必要的措施，保障另一方投資人及其投資的安全。

(五) 兩岸投保協議的特殊規範：人身自由與安全保障

一般而言，BIA並不會涵蓋這類型的議題，但因為台商於陸方投資相關人員的人身安全向來為投資人所關注，因此也成為了兩岸投保協議的焦點之一。目前海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議，已經建立了「即時通報」的聯繫機制，因此首要目標當是要求陸方確實履行此制度要求。此外，如果觀察陸方2012年新修正的刑事訴訟法相關規定⁷，可以知道陸方對於修法前的條文不確定性，還有可以不在24小時內通知家屬的例外規定，已經做了進一步的要件明確化和範圍限縮，也就是在文字上對於人權侵害的疑慮有減緩之趨勢，顯見陸方對於各界的評論有所回應，修法是朝向人權維護的大方向來進行。

7 明文規定原則上於刑事拘留、逮捕與指定居所監視居住時，除了「無法通知」的情形外，均應於「24小時內」通知「家屬」；例外於拘留時，如涉嫌「危害國家安全犯罪」或「恐怖犯罪活動」而通知可能「有礙偵查」的情形時，方得不於24小時內通知，但有礙偵查情形消失後，應立即通知。

但是，其實際執行情況是否符合我方的需求與期待，當然還有釐清的必要。因此，為了回應台商的訴求，我方於協商過程中成功爭取到，在「投資待遇」條文明訂落實投資人及相關人員人身自由與安全保障的基本原則，並參考第三次江陳會談以共同聲明方式展現雙方共識的方法，進一步透過雙方共同聲明，來闡明自限制人身自由時起，應於24小時內依法通知台商家屬或其所屬事業的具體作法，以及在「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」既有的通報機制基礎上，即時通報我方主管機關，也同時在第八次江陳會談發布新聞稿，說明雙方在通知、通報相關執行的細節，落實保障台商的人身自由與安全及投資權益。對於投資人的保障，將會更趨完整並符合投資人的期待。

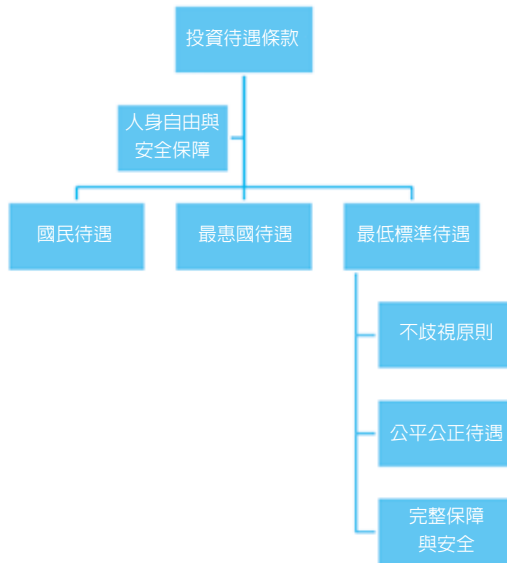
第3節 具體應用

NAFTA的自由貿易委員會曾經在2001年7月31日，針對NAFTA第1105條的「公平公正待遇」作出解釋，認為：(1)該條之「國際法」指「習慣國際法」；(2)不須給予習慣國際法中關於外國人最低標準待遇以外的待遇，亦即只需要在習慣國際法的要求範圍內，提供「公平公正待遇」和「完整保護與安全」；(3)NAFTA其他規定的違反不等於第1105條的違反，也就是要獨立判斷本條文，而不是僅僅因為違反國民待遇或其他條款，就可以認定是違反本條文⁸。

此一條款與其他國際法概念的關連性較高，且關於「公平公正待遇」原則的涵義及適用較為抽象，除參酌國際法原則外，亦有賴仲裁案件之累積，

8 *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/02/08, Award, 6 February, 2007, at para. 250.

就何謂投資人之「正當合理之期待」，以及何謂地主國政府之「歧視性」或「專斷措施」，加以闡釋釐清。即便如此，本條款仍然與其他投資待遇條款，共同成為投資人投資待遇的重要保護架構之一。



【BIT條款 / 關鍵詞】絕對標準、習慣國際法、不歧視原則、公平公正待遇、正當合理期待、政府之專斷行為、完整保障與安全

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT :

Article 5: Minimum Standard of Treatment^{註9}

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accor-

- dance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:
 - (a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and
 - (b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.
 3. A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.
 4. Notwithstanding Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants], each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.
 5. Notwithstanding paragraph 4, if an investor of a Party, in the situations referred to in paragraph 4, suffers a loss in the territory of the other

Party resulting from:

- (a) requisitioning of its covered investment or part thereof by the latter's forces or authorities; or
- (b) destruction of its covered investment or part thereof by the latter's forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation, the latter Party shall provide the investor restitution, compensation, or both, as appropriate, for such loss. Any compensation shall be prompt, adequate, and effective in accordance with Article 6 [Expropriation and Compensation](2) through(4), mutatis mutandis.

6. Paragraph 4 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 3 [National Treatment] but for Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants].

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

Annex A: Customary International Law

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

2. 兩岸投保協議：

第三條 投資待遇

一、一方應確保給予另一方投資人及其投資公正與公平待遇，並提供充分保障與安全：

(一)「公正與公平待遇」指一方的措施應符合正當程序原則，且不得對另一方投資人拒絕公正與公平審理，或實行明顯的歧視性或專斷性措施。

(二)「充分保障與安全」指一方應採取合理、必要的措施，保障另一方投資人及其投資的安全。

一方違反本協議其他條款，不構成對本款的違反。

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

8

「徵收」的要件為何

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 8 章 「徵收」的要件為何

第 1 節 重要性

對人民財產權之合法保障，原則上不得任意剝奪，縱使基於特定原因而有限制或剝奪的必要，亦須依法並秉持特定原則為之。因此，除非係基於一些法定之原則及特定要件，亦即必須是基於公共目的、以非歧視之方式為之，且依正當法律程序給予補償，否則，限制締約國之一方不得直接或間接徵收（或國有化）他方締約國投資人的投資。

由此可知，徵收條款之重點在於：(1)判斷是否符合徵收之法定要件而為合法之徵收；(2)界定究為直接徵收抑或間接徵收；以及(3)應如何補償。本章將介紹的是「徵收的要件」以及「應如何補償」。有關直接徵收及間接徵收之界定，將於第9章說明。

第 2 節 重點議題

(一) 徵收應符合的四項法定要件

自1995年以來，絕大多數的BIA於擬定徵收條款時，主要以四大項：「基於公共目的」、「非歧視性之措施」、「依正當法律程序」、「給予即時、充分或適當且有效之補償」為其要件。我國亦已順應國際趨勢，除台日BIA外，與甘比亞簽訂之BIT第6條亦明文：「任一方締約國之投資人之投資不應被國有化、徵收或受到與國有化或徵收具有相同效力之措施之限制（以下稱

「徵收」)。除為公共利益、依據正當法律程序，且基於非歧視性原則並給予立即、適當及有效之補償外，不在此限」。因此，對於徵收的四項要件有所瞭解，即具備一定的重要性。

1. 基於公共目的 (public purpose)

指徵收之目的須出於保護社會環境、公共衛生、及其他社會公益事項等，方可實行。我國近期與其他國家簽訂之BIA，均將「基於公共目的」訂為徵收之基本法定要求。

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

指地主國在採取徵收措施時，不可以針對特定人採取歧視性之措施。我國近期之BIA，也都納入此項原則。

3. 依循正當法律程序 (due process of law)

前兩項要件（「基於公共目的」及「以非歧視之方式」），已成為各國經常使用的法律概念，其概念上較為明確，國際間較無爭議。較有爭議者在於第三個要件，即何謂「正當法律程序」之問題。

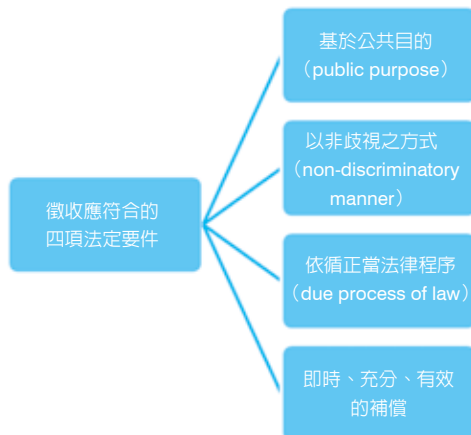
關於正當法律程序，有認為正當法律程序即指「符合地主國國內法制」的徵收程序，其二認為正當法律程序係指「得合法請求救濟」之權利。

不論如何界定，以上兩種規範方式都提供地主國政府相當程度的自主性。US Model BIT於徵收條款中論及正當法律程序時，除規定正當法律程序之要求外，亦將「最低標準待遇」列入其中。因既然該條係地主國不得

違反之最低標準，在進行合法徵收時，當然亦不能違反該條規範，應無疑問。

4. 即時、充分、有效的補償 (prompt, adequate, and effective compensation)

以「即時、充分且有效」作為徵收補償之三大要件，為前美國國務卿赫爾 (Ordell Hull, 1891-1955) 在1939年對墨西哥政府發表聲明時所提出，國際間將其稱為「赫爾公式」，為許多已開發國家認同的徵收補償標準，但其他國家就徵收補償之標準仍有些許歧異之見解，反映在個別BIA的具體內容。於補償時，應該以投資人的投資被徵收時之公平價值進行補償，有些BIA甚至對於利率之計算、補償金的支付方式、市場風險之處理等問題均予以規範，以收明確之效。整體而言，徵收補償的規範方式頗為複雜，且國際間BIA之規範密度與內容不一而足，應仔細審視具體條文之內容為據。



(二) 補償金額應如何計算？

如前面所述，如進行徵收，應該給予被徵收人「即時、充分且有效」之補償。此處所稱之補償雖並未限定必為金錢補償，但基於各國主權之故，較難對他國實施其他制裁行為。且沒有國家的行為與決策能夠且願意受制於其他國家的命令，故國際法上的補償，所指的通常都是金錢上的補償。

1. 計算補償金額之時間點及標準

補償金之價值，究竟應以哪一個時點及基準為據來加以計算？常見的規範方式有「徵收前之價值」、「徵收前之公平（市場）價值」、「徵收前之市場價值」、「徵收前之真實價值」等。

2. 利息應如何計算？

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

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

(1) 僅在地主國遲延給付補償金時，才要支付利息（如約旦與摩洛哥於1998年簽訂之BIA）。

(2) 只要徵收時點與補償金給付之時點有落差，地主國就應該支付利息（例如澳洲與印度於1999年簽訂之BIA），US Model BIT之規範模式就利

率之計算，即明文規定，其利息計算之期間係自徵收時起至補償金的支付時止。基本上，此種規範方式對投資人的保障較優。惟對於地主國而言，若欲同意此規定，必須就間接徵收之定義與規定非常謹慎。

(3)只概括規定地主國應支付適當的利息，但未明文在何種情況下應支付以及應如何計算利率（如日本與孟加拉於1998年簽訂之雙邊投資協定，及日本與韓國於2002年簽訂之BIA）。此種約定方式較不明確而易生爭議。

3. 以何種貨幣支付補償金？

關於以何種貨幣支付賠償金之規範方式。主要有四種規範方式：

(1)未明文規定應以何種貨幣支付，交由締約國自行決定。例如巴基斯坦與敘利亞於1998年簽訂之BIA、南非與土耳其於2000年簽訂之BIA。

(2)規定補償金應以「freely convertible currency」支付，例如衣索比亞與蘇丹於2000年簽訂之BIA。

(3)應以投資人當初進行投資時之出資貨幣支付，或是依投資人要求之貨幣支付。例如澳洲與立陶宛在1998簽訂之BIT。

(4)應以「freely usable currency」支付。所謂「freely usable currency」，係指國際貨幣基金協定認定的貨幣單位。例如比利時盧森堡與泰國於2002年簽訂之BIA。

第3節 具體應用

由於徵收條款為提起仲裁之投資人最常主張地主國有所違反之條款，故實務案例上對於「徵收要件」為何之討論，極為豐富，從這些仲裁案例中亦可看出，哪些具體的態樣被認定為是與徵收法定四要件不符合的。舉例來說，於*Starrett Housing Corp. v. Iran*¹一案中，仲裁庭認為，在習慣國際法中，當財產的有效用途遭剝奪或被徵用，使投資者喪失基本控制權時，政府之行為已有效導致財產喪失其價值，或是當地主國政府對財產的使用、享用或處置做出持續性干預時，該行為即構成徵收。

此外關於徵收之客體，*Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*²一案指出，徵收必須以構成完全與永久剝奪為原則，但並不侷限於有形資產，基於契約所生之權利亦包括在內。該案中原告之投資，因國有之EHC公司介入而有完全奪取之事實，且期間長達一年之久，符合適用徵收條款之資產範圍，應獲得相對應的補償。至於關於「完全及永久剝奪」之判斷，仲裁庭則從其手段與嚴重性加以判斷。於該案中，EHC公司接管飯店後，不但對飯店大肆破壞，亦將家具或其他設備拍賣，不法擁有長達一年之久，從投資人之投資受到剝奪的程度與嚴重性綜合判斷，已達完全及永久的程度，因而構成徵收。

【BIT條款 / 關鍵詞】公共目的、非歧視性、依正當法律程序、「即時、充分或有效」、補償金、利息、貨幣

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

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

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT :

Article 6: Expropriation and Compensation^{註10}

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:
for a public purpose;
 - (a) in a non-discriminatory manner;
 - (b) on payment of prompt, adequate, and effective compensation;
and
 - (c) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment(1)through(3)].
2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall:
 - (a) be paid without delay;
 - (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”) ;
 - (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and
 - (d) be fully realizable and freely transferable.
3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

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

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

Annex B Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.
2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.
4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.
 - (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:
 - (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
 - (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
 - (iii) the character of the government action.
 - (b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

2. 兩岸投保協議：

第七條 徵收

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；
- (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。

四、本條第一款所稱的補償應以徵收時或徵收為公眾所知時（以較早者為準）被徵收投資或收益的公平市場價值為基準，並應加計徵收之日起至補償支付之日止，按合理商業利率計算的利息。補償的支付不應遲延，並應可有效實現、兌換及自由移轉。

9

「直接徵收」與「間接徵收」的構成要件與區分

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 9 章 「直接徵收」與「間接徵收」的構成要件與區分

第 1 節 重要性

另一個關於徵收的熱門討論議題，即為「直接徵收」與「間接徵收」的構成與區分。徵收係指政府將財產沒收或國有化，其樣態包含「直接徵收」及「間接徵收」，有時候，政府的行為雖然沒有直接剝奪投資人財產的所有權，但其行為仍實質上嚴重影響了投資人的權益，此種情形即為「間接徵收」。由於何種情形可被認為已經構成間接徵收，需要衆多個案的累積以及可資操作的判斷標準定之，故實務上對於「間接徵收」之討論甚多。這些討論及前案，均有助於地主國判斷其特定的行為或措施是否會構成間接徵收。

第 2 節 重點議題

直接徵收又稱為法律上之徵收（*de jure expropriation*），係指地主國政府直接剝奪投資人的財產權，當地主國直接占有投資者的財產權，就是直接徵收；間接徵收又稱為事實上徵收（*de facto expropriation*）係指地主國政府利用其他迂迴方式，雖未直接侵占投資人財產權，或將之國有化，但卻實質地影響到投資人（財產所有人）之權益，亦即雖無徵收之名，卻與徵收有相同之效果。

(一) 間接徵收的規範模式

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

1. 規範「徵收或其他類似 / 等同效力之措施」，此方式雖涵蓋間接徵收，但有解釋空間，明確性不足。
2. 明定「直接或間接」之徵收、國有化或相關措施為其規範範圍。此方式較前者更為明確。
3. 明定「直接或間接」徵收，並以附件方式規定系爭條文與習慣國際法之關係以及認定直接或間接徵收之具體參考標準，此方式對投資人保障最為周延。例如US Model BIT第6條即規定，該條規定應參照US Model BIT附件A（習慣國際法）及附件B（徵收）之說明。

(二) 間接徵收判斷的三要件

對於間接徵收之討論，起源於一系列NAFTA之案件，然間接徵收於國際上並沒有明確、統一之定義，許多國際案件中關於間接徵收係採個案認定（case-by-case）之方式。但國際間訂定之公約，或是相關案例仍可作為判斷之參考依據，

由累積之國際案例可知，仲裁庭於裁判時，有三件事項係檢驗之重點。此一間接徵收之判斷要件，於US Model BIT附件B及台日BIA第12條第3項(a)款至(d)款均已明文作為個案判斷是否構成間接徵收之考量因素，茲將此三項要件分述如下：

1. 經濟層面的影響（economic impact）：

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

以*Sea-Land Service, Inc. v The Islamic Republic of Iran*案（IRAN-U.S. Tribunal case）¹為例，該案之美國公司（Sea-Land）認為伊朗當局禁止其將於伊朗所獲得之利益轉換為國際通用貨幣之行為，阻礙美國公司將財產匯出伊朗境外，嚴重影響到該公司經營管理的權力，故主張伊朗之系爭行為應被視為間接徵收。惟國際法庭表示，限制銀行帳戶將資產轉換成國際通用貨幣而輸出伊朗的行為，並無法單獨構成間接徵收，由於美國公司的財產依然存在，該公司仍可在伊朗國內有效地運用資金，故不構成間接徵收之事實。

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

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

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

以*Metalclad Corporation v. The United Mexican States*²一案為例，墨西哥政府阻止Metalclad經營掩埋場，使Metalclad無法對其投資行使權利，構成地主國奪取投資者權利之行為，屬間接徵收Metalclad的投資，且使Metalclad完全失去其投資，卻未加以補償，即經仲裁庭認定構成徵收條款之違反。

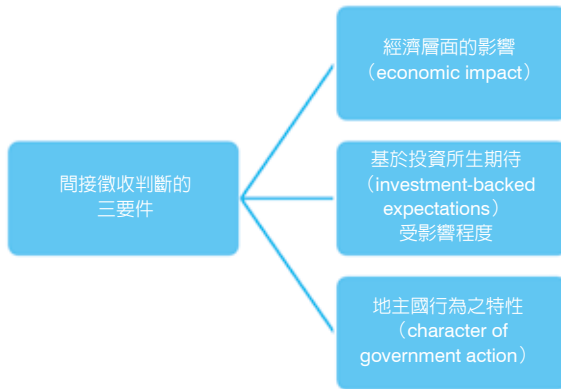
3. 地主國行為之特性 (character of government action) :

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

以*Oscar Chinn*案³為例，英國國民於比利時投資河運，比利時政府當局於1931年6月之一連串政策實施，間接地促使當地河運被比利時之公司壟斷。國際法庭認為，由於比利時政府實施的措施係為處理貿易蕭條之問題，符合公共利益 (public purpose) 原則，且並無歧視之事實，或其他事實足以認定比利時政府係假借貿易蕭條之名義而為達到其他目的，故如此間接造成壟斷之行為並不足以構成間接徵收的條件。

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

3 *Oscar Chinn (U.K. v. Belg.)*, 1934 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 63 (Dec. 12).



(三) 間接徵收與專利強制授權

我國專利法第87條規定：「為因應國家緊急危難或其他重大緊急情況，專利專責機關應依緊急命令或中央目的事業主管機關之通知，強制授權所需專利權，並儘速通知專利權人。

有下列情事之一，而有強制授權之必要者，專利專責機關得依申請強制授權：

1. 增進公益之非營利實施。
2. 發明或新型專利權之實施，將不可避免侵害在前之發明或新型專利權，且較該在前之發明或新型專利權具相當經濟意義之重要技術改良。
3. 專利權人有限制競爭或不公平競爭之情事，經法院判決或行政院公平交易委員會處分。

就半導體技術專利申請強制授權者，以有前項第一款或第三款之情事者為限。

專利權經依第二項第一款或第二款規定申請強制授權者，以申請人曾以合理之商業條件在相當期間內仍不能協議授權者為限。

專利權經依第二項第二款規定申請強制授權者，其專利權人得提出合理條件，請求就申請人之專利權強制授權。」

上開專利法之專利強制授權條款雖未直接剝奪其專利權，惟性質上可能構成間接徵收，而需加以注意。目前我國所簽訂之BIT並未就此加以著墨，如將來因專利強制授權而有外國投資人提出爭執時，易生爭議。關於此點，US Model BIT第6條第5項⁴將符合TRIPS條款而進行智慧財產權強制授權之情形，定為徵收條款之例外，足供我國參考。

第3節 具體應用

如前所述，由於構成間接徵收的可能情形及具體態樣甚多，且實務上多以個案方式，參酌三項要件加以判斷之，故實務上相關案例甚多。以下列舉幾個論及間接徵收的案例，以供參酌實務上對於「間接徵收」之界定：

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

(一) 間接徵收之判斷

1. *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand*⁵案

間接徵收係指「剝奪所有人全部或相當比例之使用權或期待從中獲得之經濟利益」（*Metalclad Corp. v. Mexico*案⁶），且應在程度上區分究為部分價值之剝奪而不構成徵收，抑或全部或接近全部價值之剝奪而構成徵收（*Vivendi v. Argentina*案⁷）。

2. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*⁸案

倘若財產權之主要內容並未移轉於其他受益人，特別是政府為受益人之情況時，此情形即不構成直接徵收。在經濟利益可能由產業移轉於消費者，或是從產業移轉於其他產業之情形下，整體而言，移轉結果均有利於社會與國家。但不同於財產權法律內容受影響之情形。不論取得執照人與投資者遭遇何種困難，且此困難嚴重地影響其正常營運，原告仍為公司與商業活動之權利人，其他人並未取得此一權利。此外，必須證明移轉所有權之行為存在故意之主觀要件，才可構成直接徵收。因此，當政府並非有意造成投資者損失，且此結果可能產生賠償責任時，則必須證明移轉財產與所有權之行為存在故意之主觀要件。

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

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

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

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

(二) 關於「逐步徵收」之要件及認定

參酌*Generation Ukraine v. Ukraine*⁹一案之見解，「逐步徵收」為間接徵收態樣之一種，具備時間之特質，故如為涵蓋一段期間內數個可歸責於國家之行為而累積成相當於對投資進行徵收之行為，即屬逐步徵收。*Parkerings v. Lithuania*¹⁰一案則認為，逐步徵收係為「政府措施對投資人之財產權之負面影響，雖未構成財產權之移轉，但已造成投資人對其財產所享有權益之剝奪」，可資參照。

另參酌*Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand*¹¹一案，如未剝奪原告對其投資之控制權，則不構成徵收。參酌*PSEG Global v. Turkey*¹²一案，所謂投資控制權之剝奪係指干涉公司日常營運管理及行政、阻撓紅利之分配、董事之任命、或全部或部分剝奪公司之資產或對其之控制而言。於本案中，因被告之行為均不構成該案所述之標準，且被告之行為多為消極之不作为（例如拒絕協商、不調整通行費費率等），未有強烈干預手段之表現，其程度尚未達「投資控制權剝奪」標準，故綜合以上認定，仲裁庭認定原告並未證明被告之行為違反徵收條款而構成逐步徵收。

【BIT條款 / 關鍵詞】法律上徵收、事實上徵收、經濟層面的影響、投資所生期待、地主國行為之特性、專利強制授權、逐步徵收

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

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

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

12 *PSEG Global et al. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award rendered on January 19, 2007.

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT :

Article 6 Expropriation and Compensation ^{註10}

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization(“expropriation”), except:
 - (a) for a public purpose;
 - (b) in a non-discriminatory manner;
 - (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation;
and
 - (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment(1)through(3)].
2. The compensation referred to in paragraph 1(c)shall: 7710
 - (a) be paid without delay;
 - (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place(e equivalent to the fair m);
 - (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and
 - (d) be fully realizable and freely transferable.
3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

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

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

Annex B Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.
2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.
- 4 The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.
 - (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:
 - (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
 - (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
 - (iii) the character of the government action.
 - (b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

2. 兩岸投保協議：

第七條 徵收

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；
- (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。

四、本條第一款所稱的補償應以徵收時或徵收為公眾所知時（以較早者為準）被徵收投資或收益的公平市場價值為基準，並應加計徵收之日起至補償支付之日止，按合理商業利率計算的利息。補償的支付不應遲延，並應可有效實現、兌換及自由移轉。

10

何謂「不符合措施」

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 10 章 何謂「不符合措施」

第 1 節 重要性

不符合措施條款指的是，雙方締約國針對「現行」或擬保留「將來」可能與國際投資協定條款或精神相違背之現行國內法規或措施，加以處理之條款。本條款之目的，在給予各締約國基於各自之政策目的，得彈性調整協定義務範圍，且亦能將雙方談判過程中難以達成共識或尚未完成之部分，先以納入附錄保留而暫予擱置的方式，來降低國際投資協定談判及簽署之困難，在雙邊投資協定的談判上具有高度的重要性。

第 2 節 重點議題

(一) 「不符合措施」在雙邊投資協定中常見的規範方式

不符合措施條款往往涉及一國市場開放之程度及相關政策，因為各國就何等產業別、次業別及活動可排除適用BIT相關義務而成為例外，須視其市場開放政策而定，並通常以BIT附錄之方式，將排除適用BIT的產業列明，台日BIA之附錄，即是以市場開放的保留為考量所設置。一般而言，各國在擬定不符合措施條款時，常以下列兩種方式進行：

1. 保留措施附錄

一種常見的規範方式是，在締約國雙方同意下，將締約國所得保留之

不符合協定一項或多項義務的國內法令規範，整理為列表，以作為不符合措施條款之附錄。

列為不符合措施條款附錄的效果，為締約國在BIT簽訂生效後，仍得維持其既存與BIT規範義務不符合之國內法令。且如有特別約定，在BIT簽訂生效後，締約國仍得修訂並繼續維持附錄內所包含之不符合措施，但通常會明文其修訂不得減損修訂前措施與義務間之符合程度。

2. 保留產業、次產業或活動附錄

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

(二) 常見的規範內容

為使讀者了解不符合措施於雙邊投資協定中常見的內容，以下將以US Model BIT及我國近期所簽訂的台日BIA為例，加以說明：

1. US Model BIT第14條第1項

主要是規範締約國於符合本條所列各項規定之情形下，得採取或維持附錄I或附錄III之附件（Schedule）所載，與US Model BIT之國民待遇（第3條）、最惠國待遇（第4條）、績效要求（第8條）、高階經理及董事會

(第9條)等規定不符合之措施，作為締約國義務之保留。第2項則規定附錄II之附件(Schedule)所載產業、次產業及活動得作為締約國前述協定義務之保留。

2. 台日BIA第8條

對於不符合措施之適用範圍及保留方式，大致上與US Model BIT第14條之規範方式一致，亦即締約國應於Annex I中記載不適用國民待遇、最惠國待遇、績效要求及高階經理人與董事會規定之「既有措施」；Annex II則列出在國民待遇、最惠國待遇、績效要求與高階經理人與董事會規定方面，未來可能採行更限制之措施的產業與次業或相關活動。

不同之處在於，由於不符合措施是雙邊投資協定義務的例外，如果涵蓋過廣或未與時俱進遂而漸次消弭部分不符合措施，將減損雙邊投資協定之功能。因此，台日BIA第8條第4項及第5項規定，締約國對於不符合措施進行修正或通過對投資更具限制性之新措施時，原則上應於該等措施施行前或在極少數之例外情形得於該等措施施行後，通知、提供必要相關資訊予他方締約國，並與他方締約國進行協商；第5項則規定締約國雙方應於適當情形下，減少或取消Annex I與Annex II所列之不符合措施。

第3節 具體應用

US Model BIT與台日BIA不符合措施條款是採取「負面表列」之規範方式，亦即將「不適用」該等義務之締約國措施、業別、次業別或活動等，分別列舉於國際投資協定之附錄或附件中，作為締約國對該等義務之保留。此與GATS以「正面表列」之方式給予締約國相關待遇之規範方式不同。

以國民待遇為例，GATS乃係以「正面表列」之方式給予締約國國民待遇，在其承諾表所示範圍之外的服務，則「不」給予國民待遇；相較之下，前述「負面表列」的規範方式，僅有在相關附錄或附件中所列舉之項目，才會被排除國民待遇之適用，此差異值得特別注意。換言之，在US Model BIT下，只要未經負面表列之地主國措施、業別、次業別或活動，地主國皆必須依國民待遇給予締約國他方的投資人國民待遇之保障，對於他方締約國之投資及投資人保障較佳，惟相對也課予地主國較重之義務。

因此，我國在簽訂國際投資協定時就國民待遇所為之承諾，很可能會大於在WTO之GATS下所為者，則其他WTO會員國有可能援引GATS之最惠國待遇條款要求相同待遇，故我國在簽訂BIT時就承諾範圍之談判須特別注意此點。

【BIT條款 / 關鍵詞】義務範圍、保留措施附錄、保留產業、次產業或活動附錄、措施與義務間之符合程度、負面表列、正面表列

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT：

Article 14: Non-Conforming Measures

1. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:
 - (a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at:
 - (i) the central level of government, as set out by that Party in its

- Schedule to Annex I or Annex III,
- (ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III, or
 - (iii) a local level of government;
- (b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or
- (c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Article 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], or 9 [Senior Management and Boards of Directors].
2. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.
 3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Treaty and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.
 4. Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment] do not apply to any measure covered by an exception to, or derogation from, the obligations under Article 3 or 4 of the TRIPS Agreement, as specifically provided in those Articles and in Article 5 of the TRIPS

Agreement.

5. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:
- (a) government procurement; or
 - (b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.

2. 台日BIA（註：因兩岸投保協議並未納入不符合措施條款，故以近期簽訂之台日BIA為例）：

第八條

1. 第三條、第四條及第七條不適用於下列事項：
 - (a) 由下列機關所維持，並列舉於雙方附錄I 附表之既有不符合措施：
 - (i) 中央機關；
 - (ii) 日本各縣；或
 - (iii) 臺灣各直轄市、市或縣；
 - (b) 任何地方機關所維持，且不屬上述(a)目之(ii)及(iii)之既有不符合措施；
 - (c) 上述(a)目及(b)目所述不符合措施之延續或更新；或
 - (d) 第(a)目及第(b)目所述不符合措施之修正或變更，不可較修正或變更前更加悖離第三條、第四條及第七條之規定。
2. 對於任一方所採行或維持有關附錄II之各行業別、子行業別或活動之任何措施，第三條、第四條及第七條等均不適用之；
3. 於任一方領域內，不得依本協議生效日後採行屬於附錄II附表所列之措施，因投資人為他方投資人，要求其出售或以其他方式處分其於該措施生效時在前一方領域內所持有之投資。

4. 本協議生效日後，任一方若有修正或變更附錄I附表之既有不符合措施，或對附錄II之行業別、子行業別或活動採行新措施或更高限制者，則應於執行該修正、變更、新措施或更高限制措施前，或如情況特殊於執行後儘快：
 - (a) 通知對方修正或變更之細節，或措施本身；及
 - (b) 在他方請求下，本於誠信與他方進行協商以取得相互滿意之結果。
5. 在任一方領域內於條件許可時應盡力減低或消除附錄I及附錄II附表中之特定保留；
6. 依TRIPS協定第三條至第五條之特別規定，第三條、第四條及第七條不適用於符合TRIPS協定第三條及第四條之例外或排除適用規定之措施。
7. 第三條、第四條及第七條均不適用於任一方領域內所採行或維持有關下列事項之措施：
 - (a) 政府採購；及
 - (b) 任一方領域內之機關或其所有或控制之事業所提供之補貼或獎勵，包括機關援助之貸款、保證或保險。

11

何謂「績效要求」條款

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 11 章 何謂「績效要求」條款

第 1 節 重要性

績效要求條款，係指地主國對外來投資人施加「強制性措施」或「條件」的條款。通常國家為「績效要求」的目的，是希望達到地主國的特定政策目標，舉例言之，像是提高地主國就業率、促進地主國出口、提高內需市場等。因此，為達成這些目的，各國政府常為之「績效要求」措施包括：外國投資人僱用地主國國民、使用地主國生產的原物料或出口一定比例的生產品等等。然而，績效要求雖可達到地主國的政策目標，但也會大幅降低外來投資的意願。在法理上，即使在雙邊投資協定中同意地主國可採取績效要求措施，也並不代表地主國可以恣意而為。蓋地主國仍須遵循國民待遇以及最惠國待遇等雙邊投資協定的基本要求，且僅能以「非歧視」的方式對外來之投資或投資人加諸績效要求條款。

第 2 節 重點議題

(一) 績效要求之形式

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

or undertaking) :

1. 要求：係指地主國對外國投資要求採取具體之作為。
2. 承諾：專指地主國就其所提出的特定行為，要求外國投資人予以承諾或是保證。

(二) 透過「例外條款」例外允許績效要求措施之情形及條文解釋

US Model BIT第8條第3項(c)款例外條款規定：在該等措施未對相同條件下之不同國家「構成專斷或不正當的歧視」，及未對國際貿易或投資造成「隱藏性限制」的前提下，本條不得被解釋為禁止一方締約國在以下三種情況，實施特定措施：

1. 為確保與本協定不相違背之法律或規章被遵守所必要。
2. 為保護人類、動物或植物之生命或健康所必要者。
3. 為保存可能枯竭之自然資源。

(1) 何謂「專斷」(arbitrary) 或「不正當」(unjustifiable) ?

就「專斷或不正當之歧視」的相關解釋，可參考著名的美國蝦龜案¹ (United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products)，就美國所採取之措施，是否對受影響的四個國家形成專斷或不公平之歧視，有豐富的討論。於該案中，最後上訴機構認為，美國沒有適當考慮各個WTO會員國之不同狀況，卻給予位處加勒比亞海域的其他蝦製品

1 WTO Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998).

出口國家更長的適應期。在欠缺「due process of law」（正當法律程序）的情況下，美國輕易實施歧視性待遇，即構成「專斷或不正當」之歧視。此案例雖為WTO案件，而非仲裁庭基於BIT所為者，但因均闡釋類似之文字與概念，具有參考價值。

(2) 何謂「隱藏性限制」（disguised restriction）？

此處「disguised restriction」係指「對國際貿易之隱藏性限制」。關於「disguised restriction」之解釋，可參考美國禁止加拿大鮪魚及鮪魚產品進口案²（U.S-Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada）。本案起因於加拿大政府以美國漁船在其經濟海域內，未經許可而撈捕某種類之鮪魚，進而扣押美國漁民；美國對此則主張依據其規定，得禁止加拿大鮪魚及相關產品之進口作為報復。美國之禁止進口措施是否造成對國際貿易之隱藏性限制，爭端解決小組認為，因美國所採取者屬已經其公開宣告之貿易措施，故不符合隱藏性的字義要件。因此，該措施不應被視為「對國際貿易之隱藏性限制」。但實際上亦有學者採取相反見解，認為此案爭端解決小組之認定過於寬鬆，將不利於國際間之自由貿易。此案例雖為WTO案件，而非仲裁庭基於BIT所為者，但因均闡釋類似之文字與概念，具有參考價值。

(3) 何謂「必要」（necessary）？

此處所稱之「必要」，是指「必要性」的概念。其功能在於，要求實施績效要求措施的國家，除有保護人類或動物之生命或健康的正當理由

2 GATT Dispute Panel Report, *United States-Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, L/5198-29S/91 (Feb. 22, 1982).

外，該等措施尚須符合「必要性」之前提。「必要性」是指，地主國除採取該措施外，別無其他可以採取的方法時，方符合「必要」之要求。

以泰國就香菸限制進口及課徵內地稅而被美國控告案³ (*Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on cigarettes*) 之爭端解決小組報告，簡單說明此概念。該報告中所稱「倘若一締約國可以被合理期待使用其他替代措施，且該替代措施並不違反1994 GATT其他規定時，則該締約國採取違反GATT 1994其他規定之措施，因屬於第20條第(d)款之情形，不得認為其是有『必要』(necessary)」。⁴此案例雖為WTO 案件，而非仲裁庭基於BIT 所為者，但因均闡釋類似之文字與概念，具有參考價值。

第3節 具體應用

關於績效要求條款，常常構成爭論的議題是，究竟特定措施是否被認定為一種「績效要求」？由於各個績效要求條款均有解釋上的空間，故有賴仲裁庭以個案的方式累積其判斷標準，以作為後續解釋上的參考基準。

例如，在*Pope & Talbot, Inc. v. Canada*⁴一案中，Pope & Talbot公司在加拿大採集原木，經其所設立在加拿大的軟木工廠加工後，將成品運回美國銷售。加拿大與美國簽訂的「軟木協定 (Softwood Lumber Agreement)」中則規定，凡是於加拿大之特定區域進行第一次加工製造的軟木產品，若欲自加拿大輸往美國，均須經過加拿大政府的許可。加拿大政府亦同步頒訂相

3 GATT Panel Report, Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, DS10/R (Nov. 7, 1990).

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

關管理法規範與出口費用規定，並成立了出口控制局（Export Control Regime）針對前開事項進行管制，而引發了是否違反績效要求條款的爭議。針對此爭議，仲裁庭認為，加拿大政府所採行之措施，例如出口費之徵收，僅能被視為是一種限制軟木出口的措施，並未達到使原告完全無法負擔而不能出口之程度，且加拿大政府之措施並未設定任何出口上限，故不違反禁止績效要求規定。

【BIT條款 / 關鍵詞】專斷或不正當的歧視、隱藏性限制、必要性

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT :

Article 8: Performance Requirements

1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking:
 - (a) to export a given level or percentage of goods or services;
 - (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
 - (c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
 - (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
 - (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such in-

- vestment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
- (f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory;
 - (g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that such investment produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market; or
 - (h) (i) to purchase, use, or accord a preference to, in its territory, technology of the Party or of persons of the Party¹²; or
(ii) that prevents the purchase or use of, or the according of a preference to, in its territory, particular technology, so as to afford protection on the basis of nationality to its own investors or investments or to technology of the Party or of persons of the Party.

註12 : For purposes of this Article, the term “technology of the Party or of persons of the Party” includes technology that is owned by the Party or persons of the Party, and technology for which the Party holds, or persons of the Party hold, an exclusive license.

2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any requirement:
- (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
 - (b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its

- territory, or to purchase goods from persons in its territory;
- (c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
 - (d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.
3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.
- (b) Paragraphs 1(f) and (h) do not apply:
 - (i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement, or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or
 - (ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party's competition laws.
 - (c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or un-

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

- (i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty;
 - (ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or
 - (iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.
- (d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.
- (e) Paragraphs 1(b), (c), (f), (g), and (h), and 2(a) and (b), do not apply to government procurement.
- (f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.
4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any commitment, undertaking, or requirement other than those set out in those paragraphs.
5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement.

2. 台日BIA（註：因兩岸投保協議並未納入績效要求條款，故以近期簽訂之台日BIA為例）：

第七條

1. 任一方不得於其境內加諸或執行下列要求，作為他方投資人投資活動之條件：
- (a) 出口一定水準或百分比之貨品或服務；
 - (b) 達到一定水準或百分比之自製率；
 - (c) 優先採購、使用或提供優惠予在其領域內生產之貨品或提供之服務，或向其領域內之自然人、法人或任何機構採購貨品或服務；
 - (d) 以任何方式將進口量或進口值與出口量或出口值，或與該投資人之投資相關之外匯流入產生連結；
 - (e) 將他方投資人之投資所生產或提供之貨品或服務之銷售，以任何方式銷出口量、出口值或外匯收入產生連結，以限制該銷售活動；
 - (f) 限制出口或以出口為目的之銷售；
 - (g) 要求管理階層、經理人或董事會成員須具備特定國籍或公民身分；
 - (h) 將技術、製程或其他專有知識移轉給其領域內之自然人、法人或任何特定實體；但下列情形除外：
 - (i) 該項要求係法院、行政法庭或競爭主管機關為消除違反競爭法之情事，所加諸或執行者；或
 - (ii) 有關智慧財產權之移轉，而其移轉之方式並未違反世界貿易組織協定下附錄1C之「與貿易有關之智慧財產權協定」（以下簡稱「TRIPS協定」）者。
 - (i) 要求投資人針對特定地區或全球市場所設總部須設立於其領域內；
 - (j) 須僱用具特定國籍或公民身分之雇員達一定數量或比例；
 - (k) 必須在其領域內達到一定水準或價值之研究與發展；或

- (l) 僅得從其領域內，提供一項或多項該投資人所生產之商品或所提供之服務予特定區域或全球市場；
2. 雖有第一款規定，雙方了解就任一方投資人之投資活動，符合上述第(g)目至第(l)目之要求得作為獲得或繼續獲得某項優惠之前提條件。

12

有哪些「例外條款」

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 12 章 有哪些「例外條款」

第 1 節 重要性

投資保障協定一方面為促進投資給予投資人具體之投資保障，但另一方面也考量到地主國在某些例外情形，必須採取一些必要之措施，以保護其重要利益或緊急狀況。為在投資人之投資保障以及地主國之行政權力行使間取得平衡，投資保障協定因此設有例外條款，將地主國可以為了哪些重要事由採取例外措施，以及相關措施之要件（例如必要性、暫時性），均予以明確規定。一方面使地主國在採取相關措施時，有依據得以遵循，而不被認定為違反投資保障協定；另一方面，也使投資人可以預期在什麼樣的狀況下地主國會採取投資保障協定之例外措施，而能事先預作風險規劃與其他安排。

第 2 節 重點議題

一般在討論例外條款時，有下列幾個重點¹：

(一) 採取例外措施之正當事由

採行例外措施之正當事由種類，隨著時代之發展有所演進。早期的例外措施較常見者為國家安全或基本安全利益（essential security interest）例

1 See APEC Committee on Trade and Investment - Investment Experts Group, IIAs Negotiators Handbook: APEC/UNCTAD Modules (IIA Handbook), December 2012 (unedited version), page 120-136.

外，部分投資保障協定也有參考GATT第20條規定將為保護人類、動植物生命或健康、維護公共道德或公共秩序等列為例外措施之正當事由。

然而，近年來由於金融秩序之不穩定，從1990年代的金融風暴到2008年的金融海嘯，投資保障協定之締約國認知到，必須在投資保障協定更清楚地給予投資地主國在處理國內外金融危機時，有充分的彈性可以採取必要之因應措施。因此，多將為審慎理由所採取之金融措施（prudential regulations in financial services）、國內外收支嚴重不平衡時之暫時性防衛措施（serious balance-of-payments）等與金融有關之事項，明確列為採行例外措施之正當事由。

在此之前，地主國有援引基本安全利益（essential security interests）例外作為正當事由者，但爭端雙方就財政危機要多嚴重，才可視為該項例外爭執甚烈，於Continental Casualty Company (US) v. Argentina²一案當中，仲裁庭承認於國際法下所謂「基本安全利益」，並不要求需達到國家「完全崩解」或「有機會尋求保護前已發生而無法挽回」之程度。

此外，隨著環保意識之抬頭，晚近投資保障協定亦多有就環保措施單獨規範，並有將環保措施列為例外措施之正當事由者。

整體來說，為了避免爭議，近年之協商趨勢為，締約雙方會將其認為重要的例外事由直接規定在投資保障協定中，以避免日後發生緊急情況時，其所採行措施之合法性還有賴於仲裁庭的解釋與支持，而影響地主國實踐公共政策之自主性與必要的彈性。

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

(二) 例外措施「手段」與「目的」間之連結性：

除了規定那些情形下地主國可以採取例外措施，針對為了達到那些正當目的所採取之措施，投資保障協定也加以規範，以避免地主國採取過度不必要之手段，反而侵害投資人之利益。為此，投資保障協定會規定例外措施之手段與目的之間必須有一定的關聯性，大多要求必須有「必要性」（necessity test），亦即只能在必要之範圍內採行相關措施。但有些投資保障協定會針對措施所追求不同重要性之目的，而要求不同程度之關聯性；因此在部分極為重要的目的下，給予地主國手段選擇上較大的彈性，而僅要求有主要關聯即可（aimed at, related to）。

就必要性之認定上，CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic³一案中，仲裁庭針對阿根廷所提出行為之必要性以及經濟危機的因應，分析不同的要點而做出最後的決議。判斷要件包含：

1. 行為國內之國家法律在合理且暫時性的前提下，是否有該項因應措施的規定？
2. 該項因應措施行為是否以提供該緊急狀況之解決方案為目的、是否有不當之收益、是否依循各締約方對契約合理的瞭解並秉持「誠信原則（good faith）」、以及該項措施是否符合衡平原則？
3. 緊急的狀況是否為不可抗力（force majeure）之事由？
4. 是否有其他的因應措施？

3 CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award rendered on Jul. 17, 2003.

(三) 仲裁庭之審查密度

除了上開兩大要件外，仲裁庭針對地主國所採取之例外措施的審查密度也是重要談判議題之一。主要是因為這些例外措施之採行與一個國家的公共政策密切相關，由少數仲裁人組成之仲裁庭來審酌此類高度公益性質的措施，曾經引發不少爭議。因此，仲裁庭之審查密度一方面影響其仲裁判斷之正當性爭議外，另一方面也促使部分締約國在簽訂投資保障協定時，明確規定締約國有權採取「其所認定」之必要措施。但這樣的規範方式並不是給予締約國一張空白支票，而可以隨意認定其所採行之措施是否具有必要性，其認定時仍要具有合理之基礎，這樣的用語只是加強締約國的裁量權，降低仲裁庭審查該等措施之審查密度。在締約雙方對締約一方所認定之主張有爭議時，法庭將以「誠信原則（good faith）」為主要判斷依據。換言之，倘締約雙方對締約之任一方所認定之主張有異議時，法院將以客觀且誠信之角度，來決定該主張是否合理。

(四) 避免例外措施被濫用之機制

部分投資保障協定為了避免例外措施被濫用，會明確規定該等例外措施之採行，不得構成專斷或不正當之歧視措施，或隱藏性之投資或貿易限制手段，此類規範方式類似於GATT第20條一般例外規定之要件。

第3節 具體應用

就未來我國可能簽訂之投資協定而言，應詳加考慮是否需要例外條款以保護特定之重要利益（例如公共安全、金融秩序、公共衛生），並就例外措施手段與目的之間之連結性及仲裁庭之審查密度一併規範。此外，就一些重

要的公共利益，除了可以列為例外條款之正當事由外，也可以與徵收條款一併考量，規定在一些極例外的情形，為保護正當公共利益（諸如公共衛生與安全、環境等）所採取之非歧視性措施不構成間接徵收。

【BIT條款 / 關鍵詞】正當事由、國家安全或基本安全利益、手段與目的間連結性、審查密度、專斷或不正當的歧視、隱藏性限制、必要性

本章附件：投資協定參考條文

1.US Model BIT

Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

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

Article 20: Financial Services

1. Notwithstanding any other provision of this Treaty, a Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures relating to financial services for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial services supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system.^{註18} Where such measures do not

conform with the provisions of this Treaty, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under this Treaty.

2. (a) Nothing in this Treaty applies to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a Party's obligations under Article 7 [Transfers] or Article 8 [Performance Requirements].^{註19}
- (b) For purposes of this paragraph, "public entity" means a central bank or monetary authority of a Party.

〔第20條第3項以後規定省略〕

註18 : It is understood that the term "prudential reasons" includes the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of individual financial institutions, as well as the maintenance of the safety and financial and operational integrity of payment and clearing systems.

註19 : For greater certainty, measures of general application taken in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies do not include measures that expressly nullify or amend contractual provisions that specify the currency of denomination or the rate of exchange of currencies.

2. 兩岸投保協議

第二條 適用範圍和例外

四、一方可採取、維持或執行其認為必要的任何措施，以確保其重大的安全利益。

五、一方基於非任意與非不合理歧視的原則，且對貿易或投資不構成隱性限制，可於下列情形採取或維持對投資的限制措施：

(一) 為遵守與本協議不相牴觸的規定所採取的必要措施；

(二) 為保護人類、動物或植物的生命或健康所採取的必要措施；

(三) 為保護可耗盡的自然資源所採取的必要措施。

六、一方基於審慎理由可採取或維持與金融服務有關的措施。該等措施包括但不限於：

(一) 為保護投資人、存款人、保單持有人或金融服務提供者對其負有忠實義務的人所採取的措施；

(二) 為確保金融體系運作與穩定所採取的措施。

13

締約國間之爭端解決 機制

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

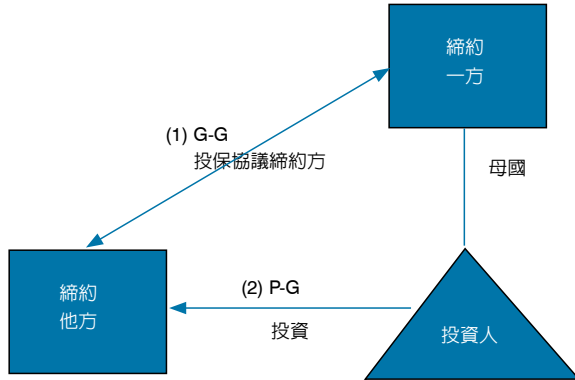
第 13 章 締約國間之爭端解決機制

第 1 節 重要性

投資保障協定固然給予投資人國際法上之投資保障，但是如果僅有條約的保障而沒有具體的救濟管道，亦無法真正解決爭議，達到協定的目的。因此，投資保障協定的另一大重點即是締約國違反投資保障協定時之爭端解決機制。

爭端解決機制的種類，一般而言，包括(i)締約國間之爭端解決程序（即投資人母國與投資地主國間之爭端解決程序，常稱為「G-G爭端解決程序」）；以及(ii)投資人與地主國間之爭端解決程序（常稱為「P-G爭端解決程序」）。除了上述常見的兩種爭端解決機制外，在兩岸投保協議下，為因應台商與大陸地區之投資情形與實際遇到的投資爭議所需，特別增加第三種爭端解決機制——投資人因商務契約所生爭議的爭端解決機制。¹三種爭端解決機制圖示如下。本章將介紹G-G爭端解決程序，而第14章則將介紹P-G爭端解決程序。

1 此部分如前所述，較少為投資保障協定所涵蓋。依據兩岸投保協議，未來台商在中國大陸因為商務契約所產生的投資糾紛，只要經雙方當事人同意，均可以選擇兩岸的仲裁機構進行仲裁，並可依仲裁機構的規則，選擇仲裁機構中具有公信力及專業能力的仲裁人，也可以依相關仲裁規則，在雙方同意的仲裁地點解決爭議，所取得的仲裁判斷，亦可以透過向兩岸法院提出聲請，獲得認可與執行。



當事人	爭端種類
(1) 締約國v.締約國(G-G)	與投保協議相關者
(2) 締約一方之投資人v.締約他方(P-G)	(i) 與投保協議義務有關之爭議： (ii) 與投保協議義務無關之爭議。
(3) 締約一方之投資人v.其他人(P-P)	私人間爭議

第 2 節 重點議題

通常在G-G之爭端解決機制所需協商者，為是否同意提付仲裁，或者僅約定雙方有義務在他方提出諮商請求時，應予以尊重並給予充分之協商機會（例如台日BIA即採取此類型之規範方式）。兩者主要之差異在於，是否同意由國際仲裁庭就締約國間關於投資保障協定之爭議進行裁決。在國際法下，由於主權理論，如果一個國家沒有自己同意由特定之裁決機構就特定事項進行裁決，則該裁決機構沒有管轄權。如果在投資保障協定中已約定G-G之爭端可以交由國際仲裁庭裁決者，屆時只要締約之一方向國際仲裁庭提出仲裁請求時，他方就必須配合。

如果締約國雙方同意將國際仲裁納入G-G的爭端解決方式之一時，通常會要求先進行諮商，倘雙方之爭議不能透過諮商解決者，可以透過國際仲裁解決。此時，投資保障協定就會進一步規範該仲裁庭應適用之仲裁規則及實體法、仲裁判斷對雙方的拘束力以及仲裁程序的時程、費用等細節。

此外，有時候締約國會將其認為不適合以G-G爭端解決機制處理之義務內容，排除在爭端解決程序之適用範圍外，而不就該部分之義務提供救濟管道。例如在2012年版的US Model BIT就規定，有關該協定所規定之「投資與環境」以及「投資與勞工」二條文的義務內容屬於晚近新興條款，其下之爭議即被排除於G-G爭端解決機制之外²。

第3節 具體應用

我方未來在談判時可以視與締約國他方之關係、雙方經貿往來情形，決定是否將國際仲裁納為解決政府間關於投資保障協議爭議之解決機制，並視該投資保障協議內容，決定有無必要限縮G-G爭端解決機制條款的適用範圍，而將所認為不適合適用該機制的義務內容排除在該條文之適用範圍外。

【BIT條款 / 關鍵詞】 G-G爭端解決程序、P-G爭端解決程序、P-P爭端解決程序、提付仲裁

2 雖然如此，在投資保障協定納入該兩條款將有助於取得投資與環境保護及勞工權益之平衡。

本章附件：投資協定參考條文

1. US Model BIT

Article 37: State-State Dispute Settlement

1. Subject to paragraph 5, any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Treaty, that is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted on the request of either Party to arbitration for a binding decision or award by a tribunal in accordance with applicable rules of international law. In the absence of an agreement by the Parties to the contrary, the UNCITRAL Arbitration Rules shall govern, except as modified by the Parties or this Treaty.
2. Unless the Parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each Party and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the Parties. If a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this Section, the Secretary-General, on the request of either Party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.
3. Expenses incurred by the arbitrators, and other costs of the proceedings, shall be paid for equally by the Parties. However, the tribunal may, in its discretion, direct that a higher proportion of the costs be paid by one of the Parties.
4. Articles 28(3) [Amicus Curiae Submissions], 29 [Investor-State Transparency], 30(1) and (3) [Governing Law], and 31 [Interpretation of Annexes] shall apply mutatis mutandis to arbitrations under this Article.

5. Paragraphs 1 through 4 shall not apply to a matter arising under Article 12 or Article 13.

2. 兩岸投保協議

第十二條 本協議雙方的爭端解決

雙方關於本協議解釋、實施和適用的爭端，應依「海峽兩岸經濟合作架構協議」第十條規定處理。

14

投資人與地主國發生 投資爭端應如何解決

A Practical
Guide to
International
Investment
Agreements

第 14 章 投資人與地主國發生投資 爭端應如何解決

第 1 節 重要性

地主國違反其關於投資保障協定之義務時，一方面屬於違反該國於國際法下之條約義務，另一方面也使該投資保障協定下所要保護的投資人之投資利益受到侵害。不同於以往國家違反條約義務時只有其他國家可以對其提出請求，在近代投資保障協定中，地主國多有同意在符合一定條件下，投資人可以直接對違反投資保障協定的地主國提出請求的救濟管道。在這樣的機制下大幅提升了投資人之投資保障，因為在以往只有國家才可以提出請求的情況下，除了個別投資人的利益以外，投資人母國往往還會考慮其他因素，其未必會願意花費人力及金錢處理個別投資人與地主國的投資爭議，投資保障協定對於投資人的保障未必能具體落實。因此，將投資人與地主國之爭端解決程序納入投資保障協定，為國際投資法近年來的一大發展。

配合國際投資仲裁之程序，一方面使投資人可以直接對地主國就其違反條約義務之行為提起救濟，另一方面也提供投資人可以向地主國司法及行政救濟以外之爭端解決機構提出救濟，將能解決部分地主國司法制度透明度及中立性不足的問題。但隨著投資人與地主國提付國際仲裁的案例與日俱增、請求的金額節節高升，且具體案件中所涉及的高度公共利益性質，也引發了檢討聲浪，使締約國開始反省在投資保障協定下P-G爭端解決程序之制

度設計。除了針對是否應先於投資保障協定內，同意投資人得在符合一定條件時，即可提付仲裁（是否事前同意仲裁）一事加以檢討外，仲裁條款之設計，例如是否要求先窮盡內國救濟程序等，也會實際影響仲裁程序之有效性，因此，仲裁程序之細節性規定為P-G爭端解決的另一協商重點。

此外，兩岸投保協議關於投資人與投資地政府之爭端解決，為因應實務需求另設計有協商、協調、協處、調解及行政救濟與司法程序五種爭端解決方式，以下分段另外說明。

第 2 節 重點議題

以下先就一般投資保障協定下P-G的爭端解決機制條款為說明，再就兩岸投保協議之特殊規定另為補充說明。

(一) 一般投資保障協定

大部分的投資保障協定都有P-G的爭端解決機制條款，但其適用的範圍以及規範的詳盡程度不一，談判重點大致包括：(1) P-G爭端解決程序所涵蓋範圍；(2)締約國是否事前同意仲裁；(3)同意仲裁的前提條件；(4)仲裁程序的細節規定，以及(5)仲裁判斷之內容與效力。¹分述如下：

1. P-G爭端解決程序所涵蓋範圍（主要包括爭端種類以及排除適用之義務內容）：

(1) 就爭端種類來說，約可分為四類：

(a) 所有與投資相關之爭議均可；

1 See *id.* at p 137-39.

- (b) 限於因本協定涵蓋的投資所生之爭端；
- (c) 限於徵收或國有化等措施之補償金額；
- (d) 限於締約國對雙邊投資協定義務、投資合約或投資授權之違反（有時除此要件外，還會要求須投資人因而受有損害，且損害與義務違反間具有因果關係）。

(2) 時效規定：通常為了避免投資人過了很久的時間才提出爭端救濟，仿照一般內國法的規定，會限定必須是在投資人知道或應該知道有地主國違反義務或其受有損害後一定期間（通常是三年）內才能提出。

(3) 排除規定：有時候投資保障協定會就特定條款，排除P-G爭端解決程序之適用，例如有關健康、安全及環保等措施等。

2. 地主國是否於投資保障協定中即預先同意仲裁，或者還需要個別取得仲裁同意：

仲裁程序必須是地主國跟投資人都同意將投資爭端提交仲裁解決，才能進行，地主國同意仲裁的方式則有兩種。一種是在投資保障協定中就概括的同意只要投資人符合投資保障協定下規定的條件，就可以將投資爭端提交國際仲裁，而地主國也就有義務配合進行；第二種是投資爭端發生後，如果投資人想要提付仲裁，還必須再個別取得地主國的同意。

第一種規範方式對於投資人的保障比較完整，但是如同前述，近年來各國政府也開始重新反省國際投資仲裁程序之正當性以及對其造成的影響，不論是為了回應國際仲裁程序所花費的成本與人力越來越多的問題，或者是仲裁庭之仲裁判斷結果對於地主國行政權力的限制程度問題，都

使各國政府開始省思，應如何調整P-G爭端解決機制及國際仲裁的制度設計。

台日BIA則採取一個比較特別的規範方式，依台日BIA第17條第5項規定，任一方應促使其領域內之有關機關，同意爭端投資人依據第4款規定將投資爭端提交調解或仲裁之要求。依本條規定之文義似不足等同於地主國（台灣政府或日本政府）之仲裁同意，但相較於一般不具仲裁同意之條款，亞東關係協會及財團法人交流協會有促使其領域內政府同意之義務。

3. 同意仲裁之前提條件

投資保障協定規定提付仲裁的前提要件主要有下列幾種類型：

(1) 必須先進行諮商（consultation）或協商（negotiation）。如此規範之目的，在於促使雙方先嘗試以善意解決爭端，而不用進入仲裁或其他爭端解決機制。因此，多數雙邊投資協定規定投資人將爭端正式要求提交仲裁之前，必須先以書面通知對造國，且於經過一段期間後（大多會約定一定的期間，通常為3至6個月）仍無法透過諮商或談判解決爭端時，才可以提交仲裁。

(2) 要求先將爭端提交地主國之行政救濟程序，讓地主國有先審酌的機會。但為保障投資人之權益，如果有此類的前提條件，通常要配合規定，(i)行政救濟程序如果沒有在一定時間內做成，就應該被視同該程序已經完結，允許投資人提付仲裁；(ii)該行政救濟程序結果不應該影響投資人提付仲裁的權利。因為該行政救濟程序是給地主國再一次審查的機會，如果有不當之處可以自己先行改正，或與投資人取得共識，且既然該程序不是投資人自願提出的，即不應影響投資人提付仲裁的權利。此類型的條件常見

於大陸地區對外簽訂的投資保障協定。

(3) 叉路條款(fork-in-the-road clause)

所謂的叉路條款是指當投資人選擇一種爭端解決方式（自願性的選擇國內訴訟程序或國際仲裁程序）後，就要放棄再循其他爭端解決方式的機會。叉路條款的目的是在避免投資人就同一爭端提付多個爭端解決程序，而導致結果不一致之情形。

例如依照台日BIA第17條第7項規定，如已提起仲裁之爭端將不得再向地主國法院或其他具拘束力之爭端解決機制尋求救濟。而如一方已於他方領域的法院、行政法庭或機關或任何其他具有拘束力的爭端解決機制提起救濟時，須於該等地主國內國的救濟程序做出終局判決之前撤回該等程序，才可以依台日BIA提起仲裁程序。有些投保協定會規定，投資人在提付國際仲裁前，要先出具聲明書，聲明放棄就引發爭執之措施在地主國國內提出行政或司法程序，或者其他任何爭端解決程序（例如US Model BIT第26條規定）。

4. 仲裁程序之細節

仲裁程序細節性規定的繁複程度，依每一個投資保障協定而定，通常美國的投資保障協定規定得相當詳盡，其他國家的則不一定。通常會包括的內容有：

(1) 仲裁庭組成應適用的仲裁程序：通常可以選擇的選項會有《關於解決國家與其他國家國民之間投資爭端公約》（Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other

States; ICSID Convention) 、《ICSID附加機制規則》(ICSID Additional Facility Rules) 、《聯合國國際貿易法委員會仲裁規則》(UNCITRAL Arbitration Rules) ，而且通常會規定投資人有選擇權。

(2) 仲裁庭應適用的實體法：通常包括投資爭端所涉及的投資保障協定以及國際法，部分投資保障協定還會納入地主國法令。²

(3) 仲裁庭之組成：

(4) 仲裁費用之分配：

(5) 非爭端一方的締約國（即投資人母國）得否參加仲裁程序：因為雖然投資人母國非該爭端的一方，但由於一方面仲裁庭依據審理的是投資人母國所簽訂之投資保障協定，就其真意投資人母國有最直接的了解；另一方面，仲裁庭對該協定之解釋也會實質影響未來其他案件對於該協定之解釋。因此，有些投保協定會特別規定非爭端一方的締約國參與程序的權利。

5. 仲裁判斷之內容與效力

通常投資保障協定還會就仲裁庭判決內容中可以涵蓋的救濟內容加以規定，例如US Model BIT第34條即規定仲裁庭判斷內容只可以包括(i)賠償金及利息，及(ii)回復原狀，且不可判賠懲罰性之損害賠償金。在這種規範方式下，仲裁庭也不可以判決地主國應該做一定的行為或禁止做一定的行為。過去的仲裁案例曾經有就前述賠償金是否包括精神上損害賠償乙事進行討論，

2 *Id.* at page 138.

指標性的案例是*Desert Line Project LLC v. Republic of Yemen*³，該案仲裁庭認為原告所受之騷擾、焦慮、威脅、強行留置以及名譽詆毀，為其認定被告應賠償原告精神上損害賠償的原因。仲裁庭更進一步指出，被告所為之歧視性待遇影響原告之健康及聲譽，原告因此受有實質損害。⁴

仲裁判斷僅拘束爭端之當事人雙方，但就仲裁判斷之執行，通常投資保障協定會進一步規定締約雙方有義務執行該仲裁判斷，但義務範圍之寬窄則因各投資保障協定有不同。例如在US Model BIT第34條概括性的規定，各締約方均有義務執行仲裁判斷。台日BIA第17條則規定，仲裁判斷將依執行地之法令及相關國際法執行之。換言之，在台日BIA第17條之規範方式下，各締約國僅需於其境內有效之法令及國際法辦理相關執行程序即可。另外有再針對不同的仲裁程序下之仲裁判斷，區分其執行程序。主要是因為某些仲裁程序（例如ICSID Convention）有給予當事人請求撤銷（annulment）仲裁判斷之機制，為了避免投資人在可允許撤銷之期間內已提起執行程序，影響該等撤銷程序之進行，因此要求投資人必須於一定期間後才能提出執行程序（例如US Model BIT第34條）。

（二）兩岸投保協議

兩岸投保協議提供協商、協調、協處、調解與行政及司法救濟等五種解決方式，投資人可以選擇對其最有利的方式來解決投資爭端。其中「協處」與「調解」是兩岸之間特殊的爭端解決途徑，協處可由政府單位以較為積極的角色介入，實際協助處理爭端事宜，將有助於投資人合理權益之保障；調

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

4 *Id.* paras. 289-291.

解則是由全然中立的第三者，以客觀角度協助爭端雙方取得一個均能接受的解決方案，並可由兩岸的仲裁機構或調解中心進行之，此機制的中立性最強，且調解成立後將具有執行力。

有關適用範圍的問題，兩岸投保協議第2條第2款明文，本協議適用於投資人在協議生效前或生效後的投資，亦即具有溯及之效力；但同時亦明文本協議不適用於生效前「已解決」的第13條第1款所指之「投資爭端」。

1. 協商與協調

兩岸投保協議第13條第1款第1、2項明文，爭端雙方得以友好「協商」解決或由投資所在地或其上級的「協調」機制協調解決。前者是投資人與發生爭議之投資地政府單位直接溝通，於雙方關係友好且爭議較小時，較為直接、有效；而後者可藉由投資地政府的上級單位進行協調，因第三方單位之居中介入，較協商中立客觀。例如對台商而言，「協調」可透過非爭端當事人的各級台辦或其上級單位進行之。事實上，一般投保協議亦有友好協商（amicable resolution）之設計，並非兩岸所獨創；且雖然簽署前兩岸之兩會模式已有類似的管道處理相關投資爭議，但較簽署前為佳者是，往後投資人將有兩岸投保協議條文為依據並有相關實體權利條文可茲主張，對其權益較有保障。例如曾有外國投資人因為認為我國公司法修正減損其股東權益與修改投資契約等爭議，在與政府的協商程序中，清楚向我方政府表明其欲主張投保協議下之實體權利保障條文，即為一明顯事例。

2. 協處

依兩岸投保協議第13條第1款第3項規定，協處是利用兩岸經合會下所設，由兩岸業務主管部門人員組成之投資工作小組進行。此為簽署前所沒有的爭端解決管道，由於雙方相關部門的介入，預料將可藉由較高層級促使爭端加速解決，有助於台商之權益得到合理的保障。且目前陸方於ICSID架構下未曾實際發生過終局解決之仲裁案件，⁵相關投資爭端實際上多由雙方透過各種友好手段加以解決，可知此種促其自行改正之爭端解決方式，乃為兩岸交往之正辦。

3. 調解

依兩岸投保協議第13條第1款第4項規定及雙方之解釋，調解是針對徵收補償金額的爭議，將其交由中立的第三者，客觀公正的為爭端雙方調解出一個均能接受的解決方案，且經雙方合意才能成立之爭端解決方式。而根據兩岸投保協議附件第2條之規定，投資爭端的補償方式，包括金錢補償、返還財產或爭端雙方同意的其他補償方式；且根據附件第4條之規定，投資人必須在爭議發生後的三年之內提出調解請求。再者，依協議第13條第4、5款規定，已進行行政或司法救濟的案件，除非符合投資所在地一方相關規定，否則投資人不得再就同一爭端提交兩岸投資爭端解決機構進行調解；如是於協議生效前已進入司法程序的投資爭端，除非「當事雙方同意」並符合投資所在地一方相關規定，否則也不適用調解程序。此爭端解決機制亦為簽署前所沒有的管道，其突破性在於陸方之行政相關事項原乃

5 雖曾有馬來西亞投資人提起過一件ICSID仲裁案（*Ekran Berhad v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/11/15），但該案件已因雙方當事人之合意而中止。

不可進行調解，而兩岸投保協議下則允許之。

有關調解之進行與達成而言，調解原則上必須雙方出於自願進行並合意為之，但兩岸投保協議附件第1條第1款亦明文「爭端雙方應積極、誠信參與調解，不得無故拖延」。調解程序雖然不具有強制效力，但進行調解程序仍應為雙方互負之權利與義務，兩岸不應基於以損害他人為主要目的之作為或不作為，損害他方投資人在兩岸投保協議下所應受到的保障。基此，若雙方未誠信、積極地參與調解程序，諸如刻意缺席或於調解中拒絕發言者，應可視為兩岸投保協議之違反。

4. 行政救濟與司法程序

此雖為定紛止爭最傳統與常見的一般管道，但簽署後投資人有機會在程序中具體主張兩岸投保協議之實體權利保護條款，對其保障仍有較為進步之處。

第3節 具體應用

我方在協商P-G之爭端解決條款時，最主要應考量的重點即在於(i)是否事先同意仲裁，以及(ii)適用P-G之爭端解決程序的爭端範圍，是否所有涉及投資者都可以，或者僅限於與該投資保障協定義務違反者，才有適用。此皆涉及政策上的選擇，我方政府可以視我國人於海外投資之需要，以及我國對外國人投資政策及具體措施之落實情形，評估被提付仲裁之可能性，進一步考慮是否事前同意提付仲裁。

【BIT條款 / 關鍵詞】 爭端種類、時效規定、仲裁同意、諮商或協商、行政救濟、叉路條款、救濟內容

本章附件：投資協定參考條文

1.US Model BIT

Article 23: Consultation and Negotiation

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

Article 24: Submission of a Claim to Arbitration

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

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

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

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

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

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

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

2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration (“notice of intent”). The notice shall specify:
 - (a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;
 - (b) for each claim, the provision of this Treaty, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;
 - (c) the legal and factual basis for each claim; and
 - (d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.
3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:
 - (a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceeding, provided that both the respondent and the

- non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;
- (b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;
 - (c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or
 - (d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.
4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant's notice of or request for arbitration ("notice of arbitration"):
- (a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;
 - (b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;
 - (c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 20 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent; or
 - (d) referred to under any arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 3(d) is received by the respondent. A claim asserted by the claimant for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.
- 5 The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by

this Treaty.

6. The claimant shall provide with the notice of arbitration:
 - (a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or
 - (b) the claimant's written consent for the Secretary-General to appoint that arbitrator.

Article 25: Consent of Each Party to Arbitration

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

Article 26: Conditions and Limitations on Consent of Each Party

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

- (b) the notice of arbitration is accompanied,
- (i) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(a), by the claimant's written waiver, and
 - (ii) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(b), by the claimant's and the enterprise's written waivers of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of either Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24.

3. Notwithstanding paragraph 2(b), the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) and the claimant or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the claimant's or the enterprise's rights and interests during the pendency of the arbitration.

Article 27: Selection of Arbitrators

1. Unless the disputing parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each of the disputing parties and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the disputing parties.
2. The Secretary-General shall serve as appointing authority for an arbitration under this Section.
3. Subject to Article 20(3), if a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this

Section, the Secretary-General, on the request of a disputing party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.

4. For purposes of Article 39 of the ICSID Convention and Article 7 of Schedule C to the ICSID Additional Facility Rules, and without prejudice to an objection to an arbitrator on a ground other than nationality:
 - (a) the respondent agrees to the appointment of each individual member of a tribunal established under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules;
 - (b) a claimant referred to in Article 24(1)(a) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant agrees in writing to the appointment of each individual member of the tribunal; and
 - (c) a claimant referred to in Article 24(1)(b) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant and the enterprise agree in writing to the appointment of each individual member of the tribunal.

Article 28: Conduct of the Arbitration

1. The disputing parties may agree on the legal place of any arbitration under the arbitral rules applicable under Article 24(3). If the disputing parties fail to reach agreement, the tribunal shall determine the place in accordance with the applicable arbitral rules, provided that the place shall be in the territory of a State that is a party to the New York

Convention.

2. The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Treaty.
3. The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party.
4. Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article 34.
 - (a) Such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial (or, in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment).
 - (b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.
 - (c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant's factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and,

in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in Article 20 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

- (d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in paragraph 5.
5. In the event that the respondent so requests within 45 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall decide on an expedited basis an objection under paragraph 4 and any objection that the dispute is not within the tribunal's competence. The tribunal shall suspend any proceedings on the merits and issue a decision or award on the objection(s), stating the grounds therefor, no later than 150 days after the date of the request. However, if a disputing party requests a hearing, the tribunal may take an additional 30 days to issue the decision or award. Regardless of whether a hearing is requested, a tribunal may, on a showing of extraordinary cause, delay issuing its decision or award by an additional brief period, which may not exceed 30 days.
6. When it decides a respondent's objection under paragraph 4 or 5, the tribunal may, if warranted, award to the prevailing disputing party reasonable costs and attorney's fees incurred in submitting or opposing the objection. In determining whether such an award is warranted, the tribunal shall consider whether either the claimant's claim or the respondent's objection was frivolous, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity to comment.

7. A respondent may not assert as a defense, counterclaim, right of set-off, or for any other reason that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract.
8. A tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the tribunal's jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the tribunal's jurisdiction. A tribunal may not order attachment or enjoin the application of a measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24. For purposes of this paragraph, an order includes a recommendation.
9. (a) In any arbitration conducted under this Section, at the request of a disputing party, a tribunal shall, before issuing a decision or award on liability, transmit its proposed decision or award to the disputing parties and to the non-disputing Party. Within 60 days after the tribunal transmits its proposed decision or award, the disputing parties may submit written comments to the tribunal concerning any aspect of its proposed decision or award. The tribunal shall consider any such comments and issue its decision or award not later than 45 days after the expiration of the 60-day comment period.

(b) Subparagraph (a) shall not apply in any arbitration conducted pursuant to this Section for which an appeal has been made available pursuant to paragraph 10.
10. In the event that an appellate mechanism for reviewing awards ren-

dered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism. The Parties shall strive to ensure that any such appellate mechanism they consider adopting provides for transparency of proceedings similar to the transparency provisions established in Article 29.

Article 29: Transparency of Arbitral Proceedings

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

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

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

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

Article 30: Governing Law

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

designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision.

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

Article 31: Interpretation of Annexes

1. Where a respondent asserts as a defense that the measure alleged to be a breach is within the scope of an entry set out in Annex I, II, or III, the tribunal shall, on request of the respondent, request the interpretation of the Parties on the issue. The Parties shall submit in writing any joint decision declaring their interpretation to the tribunal within 90 days of delivery of the request.
2. A joint decision issued under paragraph 1 by the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, shall be binding on the tribunal, and any decision or award issued by the tribunal must be consistent with that joint decision. If the Parties fail to issue such a decision within 90 days, the tribunal shall decide the issue.

Article 32: Expert Reports

Without prejudice to the appointment of other kinds of experts where authorized by the applicable arbitration rules, a tribunal, at the request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety, or other scientific

matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree.

Article 33: Consolidation

1. Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Article 24(1) and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order in accordance with the agreement of all the disputing parties sought to be covered by the order or the terms of paragraphs 2 through 10.
2. A disputing party that seeks a consolidation order under this Article shall deliver, in writing, a request to the Secretary-General and to all the disputing parties sought to be covered by the order and shall specify in the request:
 - (a) the names and addresses of all the disputing parties sought to be covered by the order;
 - (b) the nature of the order sought; and
 - (c) the grounds on which the order is sought.
3. Unless the Secretary-General finds within 30 days after receiving a request under paragraph 2 that the request is manifestly unfounded, a tribunal shall be established under this Article.
4. Unless all the disputing parties sought to be covered by the order otherwise agree, a tribunal established under this Article shall comprise three arbitrators:
 - (a) one arbitrator appointed by agreement of the claimants;
 - (b) one arbitrator appointed by the respondent; and
 - (c) the presiding arbitrator appointed by the Secretary-General, pro-

vided, however, that the presiding arbitrator shall not be a national of either Party.

5. If, within 60 days after the Secretary-General receives a request made under paragraph 2, the respondent fails or the claimants fail to appoint an arbitrator in accordance with paragraph 4, the Secretary-General, on the request of any disputing party sought to be covered by the order, shall appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. If the respondent fails to appoint an arbitrator, the Secretary-General shall appoint a national of the disputing Party, and if the claimants fail to appoint an arbitrator, the Secretary-General shall appoint a national of the non-disputing Party.
6. Where a tribunal established under this Article is satisfied that two or more claims that have been submitted to arbitration under Article 24(1) have a question of law or fact in common, and arise out of the same events or circumstances, the tribunal may, in the interest of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order:
 - (a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims;
 - (b) assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others; or
 - (c) instruct a tribunal previously established under Article 27 [Selection of Arbitrators] to assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims, provided that
 - (i) that tribunal, at the request of any claimant not previously a

disputing party before that tribunal, shall be reconstituted with its original members, except that the arbitrator for the claimants shall be appointed pursuant to paragraphs 4(a) and 5; and

(ii) that tribunal shall decide whether any prior hearing shall be repeated.

7. Where a tribunal has been established under this Article, a claimant that has submitted a claim to arbitration under Article 24(1) and that has not been named in a request made under paragraph 2 may make a written request to the tribunal that it be included in any order made under paragraph 6, and shall specify in the request:

- (a) the name and address of the claimant;
- (b) the nature of the order sought; and
- (c) the grounds on which the order is sought.

The claimant shall deliver a copy of its request to the Secretary-General.

8. A tribunal established under this Article shall conduct its proceedings in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules, except as modified by this Section.

9. A tribunal established under Article 27 [Selection of Arbitrators] shall not have jurisdiction to decide a claim, or a part of a claim, over which a tribunal established or instructed under this Article has assumed jurisdiction.

10. On application of a disputing party, a tribunal established under this Article, pending its decision under paragraph 6, may order that the proceedings of a tribunal established under Article 27 [Selection of Arbitrators] be stayed, unless the latter tribunal has already adjourned

its proceedings.

Article 34: Awards

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

A tribunal may also award costs and attorney's fees in accordance with this Treaty and the applicable arbitration rules.
2. Subject to paragraph 1, where a claim is submitted to arbitration under Article 24(1)(b):
 - (a) an award of restitution of property shall provide that restitution be made to the enterprise;
 - (b) an award of monetary damages and any applicable interest shall provide that the sum be paid to the enterprise; and
 - (c) the award shall provide that it is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under applicable domestic law.
3. A tribunal may not award punitive damages.
4. An award made by a tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.
5. Subject to paragraph 6 and the applicable review procedure for an interim award, a disputing party shall abide by and comply with an award without delay.
6. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

- (a) in the case of a final award made under the ICSID Convention,
 - (i) 120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award; or
 - (ii) revision or annulment proceedings have been completed; and
 - (b) in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules, the UNCITRAL Arbitration Rules, or the rules selected pursuant to Article 24(3)(d),
 - (i) 90 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has commenced a proceeding to revise, set aside, or annul the award; or
 - (ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside, or annul the award and there is no further appeal.
7. Each Party shall provide for the enforcement of an award in its territory.
8. If the respondent fails to abide by or comply with a final award, on delivery of a request by the non-disputing Party, a tribunal shall be established under Article 37 [State-State Dispute Settlement]. Without prejudice to other remedies available under applicable rules of international law, the requesting Party may seek in such proceedings:
- (a) a determination that the failure to abide by or comply with the final award is inconsistent with the obligations of this Treaty; and
 - (b) a recommendation that the respondent abide by or comply with the final award.
9. A disputing party may seek enforcement of an arbitration award under the ICSID Convention or the New York Convention [or the Inter-Ameri-

can Convention] regardless of whether proceedings have been taken under paragraph 8.

10. A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention [and Article I of the Inter-American Convention].

Article 35: Annexes and Footnotes

The Annexes and footnotes shall form an integral part of this Treaty.

Article 36: Service of Documents

Delivery of notice and other documents on a Party shall be made to the place named for that Party in Annex C.

2. 台日BIA

第十七條

1. 本條所稱之投資爭端係指存於任一方機關及就於該方領域內之投資及投資活動遭受損失或損害之他方投資人間之爭端。
2. 任何投資爭端應盡可能由投資爭端一方之投資人（以下簡稱為「爭端投資人」）及投資爭端之他方有關機關（下列合稱為「爭端雙方」），透過諮商或談判，友好解決。
3. 本條規定不得解釋為禁止爭端投資人於他方領域內尋求行政或司法救濟。
4. 如投資爭端未能於爭端投資人向有關機關提出書面請求諮商或談判之日起三個月內以諮商或談判方式解決，在爭端雙方同意下，得將該投資爭端提交國際調解或仲裁，包括根據聯合國國際貿易法委員會仲裁規則下之仲裁、國際商會仲裁規則下之仲裁，及任何爭端雙方同意之其他仲裁

規則下之仲裁。

5. 任一方應促使其領域內之有關機關同意爭端投資人依據第四款規定將投資爭端提交調解或仲裁之之要求。
6. 如爭端投資人自知悉或可得知悉（以較早發生者為準）其於他方領域內之投資及投資活動所遭受之損失或損害之日起，已逾三年，則投資爭端不得依據第四款提交調解或仲裁。
7. (a) 在投資爭端已提交他方領域內之法院、行政法庭或機關或任何其他具拘束力之爭端解決機制救濟時，爭端投資人必須在最終判決前，依據他方領域內之法規撤回其境內救濟之主張，始得依第四款將投資爭端提交調解或仲裁。
(b) 已依第四款規定提交調解或仲裁之投資爭端，不得向他方領域內之法院或行政法庭或機關或任何其他具拘束力之爭端解決機制尋求救濟。
8. 依據第四款規定投資爭端已提交仲裁且仲裁庭已組成時：
 - (a) 仲裁庭應依據本協議規定裁決各項爭論問題；
 - (b) 除非爭端雙方另有合意，該仲裁庭應於任一方領域內或於一九五八年六月十日於紐約簽定之聯合國承認及執行外國仲裁裁決公約（下列簡稱「紐約公約」）之締約國境內進行仲裁；
 - (c) 仲裁庭所做出之裁決或判斷應對爭端雙方具有約束力，並根據執行地關於執行所應適用之法規以及相關國際法加以執行；及
 - (d) 仲裁庭之裁決或判斷提供之救濟應限於金錢賠償或財產回復原狀。
9. 依據第四款提出仲裁之請求者，於仲裁判斷在任一方領域內尋求承認及執行時，該請求應視為紐約公約第一條因商業關係或交易所產生者。
10. 如投資爭端已提交於國際調解或仲裁庭，雙方應盡可能被告知相關資訊，包括爭端問題，審理進度及其他實體及程序事項。
11. 任一方得於書面通知爭端雙方後，向調解機關或仲裁庭提供有關資訊或就本協議之解釋問題提出意見。

3. 兩岸投保協議

第十三條 投資人與投資所在地一方爭端解決

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

(一) 爭端雙方友好協商解決；

(二) 由投資所在地或其上級的協調機制協調解決；

(三) 由本協議第十五條所設投資爭端協處機制協助解決；

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

(五) 依據投資所在地一方行政救濟或司法程序解決。

二、投資人根據本條第一款第四目解決投資補償爭端，適用本協議附件的規定。

三、協議生效後，雙方應儘快交換並公布本條第一款第四目規定的兩岸投資爭端解決機構名單。雙方經協商可調整該機構名單。

四、如投資人已選擇依本條第一款第五目解決，除非符合投資所在地一方相關規定，投資人不得再就同一爭端提交兩岸投資爭端解決機構調解。

五、本協議生效前已進入司法程序的本條第一款所指的「投資爭端」，除非當事雙方同意並符合投資所在地一方相關規定，不適用本條第一款第四目規定的調解程序。

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

國際投資協定－應用篇／經濟部投資業務處編著．-- 初版．--

臺北市：經濟部，2013.07

面：公分

ISBN：978-986-03-6936-6（平裝）

1.國際貿易協定 2.國際投資

558.6

102009695

國際投資協定-應用篇

書名	國際投資協定-應用篇
出版機關	經濟部
編著者	經濟部投資業務處
地址	台北市館前路71號8樓
電話	(02) 2389-2111
傳真	(02) 2382-0497
網址	http://www.dois.gov.tw
出版年月	2013年7月 初版一刷
執行單位	協合國際法律事務所
策劃	吳必然
編撰	陳慧芝、呂書賢、羅少驊
工本費	250元

統一編號(GPN) 1010201139

ISBN 978-986-03-6936-6

◎ 著作權利管理資訊：著作財產權人依法保留對本書所享有之著作權利，欲重製、改作、編輯、本書全部或部分內容者，須先徵得著作財產權管理機關之同意或授權。

