

# 國際投資協定上間接徵收判斷標準之研究——以比例原則標準為中心（上）

朴裁亨\*

壹、前言	一、比例原則標準之意義及演變
貳、間接徵收之意義	二、比例原則標準之概念及內容
參、現行國際投資仲裁實務中對間接徵收判斷標準之檢討	三、與比例原則標準有關的最近國際仲裁案例分析
一、單一效果標準（Sole effects test or doctrine）	伍、比例原則標準屬於間接徵收判斷標準之「合理性」
二、目的標準（Purpose effect test or doctrine）	一、比例原則標準之必要性
三、比例原則標準（proportionality test or doctrine）	二、比例原則標準之明確化
肆、比例原則標準之概述	三、比例原則標準對台灣公共政策的影響
	陸、結論

## 壹、前言

自1994年北美自由貿易協定（North America Free Trade Agreement，以下簡稱「NAFTA」）正式生效以來，有關間接徵收（indirect expropriation）的國際投資爭議持續發生。<sup>1</sup>近年來，以美國為首，在全球社會不

斷呈現本國優先政策並主張採取貿易保護主義的情況下，普遍地可以預料因政府之管制權行使，可能導致投資爭議將日益增多。<sup>2</sup>一般來說，在國際法上，國家為了公共利益（或公共目的）而制定國家政策不屬於間接徵收。然而，如地主國為了實現公共利益而行使合法管制權力，該政府管制權力卻致侵

\* 本文作者係國立政治大學法律研究所博士候選人

註1：有關間接徵收之主要NAFTA案件：Metalclad Corporation v. Mexico、Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico、Pope & Talbot v. Canada、S.D. Myers v. Canada、Marvin Feldman v. Mexico、Waste Management v. Mexico、Methanex v. U.S.、Glamis Gold v. U.S.等。

<http://www.italaw.com/search/site?query=nafta> (last visited: 1/10/2024)。

如今，USMCA（美國—墨西哥—加拿大協定）於2020年7月1日生效後，已取代現有的NAFTA。

<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement> (last visited: 1/12/2024)。

註2：工商時報，〈川普保護主義裂解全球貿易〉，2018.12.28；世界新聞網，〈美國新保護主義將引發貿易戰〉，2022.12.02；Economy Chosun, 미국의 보호무역주의 강화...바이든 정책목표와 충돌（美國大力加強保護貿易主義政策…與拜登政府政策目標相悖），2022.10.05。

害投資者的財產權時，則可能會構成間接徵收。因此，地主國之合法性管制權是否構成間接徵收之問題在於，國際仲裁庭對此為判斷時如何作出合理解釋。目前，就國際投資仲裁實務觀之，爭論的焦點議題之一在於，仲裁庭就地主國為了公共利益所採取的管制權與外國投資者的財產權保護之間的衝突問題，如何合理地、平衡地加以解決。尤其是，公共衛生、環境、人權和能源等一樣各種公共政策領域產生的國際投資爭議備受國際社會的矚目，如因地主國政府在該領域為了實現公共利益所採取的管制措施侵犯了外國投資者的經濟利益而產生國際投資爭議時，其有必要以最佳的法律手段來解決地主國與外國投資者之間的利益衝突的呼聲漸高。

在這樣情況下，「比例原則標準」在投資仲裁實務上持續受到矚目。在仲裁庭對是否違反間接徵收作出判斷時，比例原則標準就政府為追求的公共利益與外國投資者的私人利益（地主國政府措施對外國投資者的財產產生不利影響）之間的尋求平衡點看做做出了巨大貢獻。故適用這一比例原則標準的仲裁庭日益增多，預計未來對之適用之可能大幅增加。

在此背景下，本文按下列順序進行敘述：

第一、對間接徵收之意義與內容進行簡單說明；第二、現行國際投資仲裁實務中對間接徵收判斷標準進行檢討；第三、對比例原則標準進行概述；第四、比例原則標準是否屬於合理性的間接徵收判斷標準。

## 貳、間接徵收之意義

至今於國際投資法中就「間接徵收」仍沒有一個統一的定義。因此，現行國際投資法中以各種表現方式對間接徵收作出定義，如所謂「間接徵收」係指，①「雖政府的管制措施對與投資有關的財產權進行物理剝奪，然仍可能導致外國投資者的投資資產的經營、使用或控制有效損失，或導致資產價值大幅下降」<sup>3</sup>、②「一種不直接占有財產的措施，然產生剝奪所有人對財產實質利益的同樣效果」<sup>4</sup>、③「偽裝統治行為剝奪私有財產權的行為」，或者④「雖然政府之管制措施不影響到投資財產權之剝奪或移轉，然而其措施妨礙其財產權之使用或財產權益之享受，產生類似於或等同於徵收或國有化之效果」。<sup>5</sup>

就國際投資協定及國際文件對間接徵收的定義而言，早在1961年由聯合國（United

<https://www.chinatimes.com/newspapers/20181228000402-260203?chdtv>;

<https://www.worldjournal.com>; [https://economychosun.com/site/data/html\\_dir/2022/10/01/2022100100035.html](https://economychosun.com/site/data/html_dir/2022/10/01/2022100100035.html)（最後造訪日：12/12/2023）。

註3：UNCTAD (2012), *International Investment Agreements: Key Issues*, Vol. I, United Nations, 2004, 235; UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 7-9.

註4：UNCTAD (2005), *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, United Nations, New York and Geneva, 41.

註5：一般來說，可以發現間接徵收之四項要素，首先必須存在一項正式措施（或行為）即國家措施或者管制措施；其次，沒有直接占有投資者的財產；再次，國家的作為或者不作為產生相當於、類似於和等同於直接占有之效果；最後，行為的結果是剝奪了所有人的實質、顯著利益。

Nations, UN) 委託美國哈佛大學制定的《關於國家對造成外僑受損害所負國際責任的哈佛公約草案 (Harvard Draft Convention in the International Responsibility of States for Injuries to Aliens)》<sup>6</sup>與1967年由經濟合作暨發展組織 (OECD) 起草的《外國投資保護條約 (草案)》曾試圖對間接徵收作出解釋。<sup>7</sup>並在1987年由美國法學會作成的美國對外關係法

令第三整編 (Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States) 首次直接提及對間接徵收的內容。<sup>8</sup>現行多數國際投資協定中所使用的術語是「相當於徵收之措施 (measures tantamount to expropriation)」，其與間接徵收最類似的概念，該法律用語存在各種各樣的類型，例如，「有類似效果的措施 (measures having similar effect)」<sup>9</sup>、

註6: Article 10.3(a): A "taking of property" includes not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference. (b)A "taking of the use of property" includes not only an outright taking of use but also any unreasonable interference with the use or enjoyment of property for a limited period of time.」亦即，根據哈佛公約草案第10條第3項的規定：只要國家參與外國人財產的任何不合理的干預行為，在一定合理的期限內影響到私人對該財產的使用、享有或處理就構成對該財產的徵收。

[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties\\_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0250%20%28with%20OCR%29.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0250%20%28with%20OCR%29.pdf) (last visited: 1/13/2024)。

註7: Article 3 Taking of Property: 「no Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party... (締約任何之一方不得採取任何措施，直接或間接剝奪另一締約方國民的財產)」。具體的徵收例子包括，各種措施包括過分或任意的徵稅；禁止對紅利的分配並帶有強制貸款；匯款的限制；強制派駐管理人員；禁止解聘員工；拒絕原材料或者關鍵進口或出口許可 (Note and Comments to Article 3 A.3(b) As instances may be quoted excessive or arbitrary taxation; prohibition of dividend distribution coupled with compulsory loans; imposition of administrators; prohibition of dismissal of staff; refusal of access to raw materials or of essential export or import licences)。

<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/39286571.pdf> (last visited: 12/28/2023)。

註8: 「間接徵收」係指，國家對外國人有效享受自己財產，進行妨礙、不合理地干擾或過度拖延財產之行為。政府對其財產的徵收行為負有責任。

“A state is responsible as for an expropriation of property when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien's property or its removal from the state's territory...” Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States,” American Law Institute, Volume 1, 1987, Section 712, Comment (g), OECD (2004), “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law, OECD Working Papers on international Investment, Number 2004/04, 8-9; UNCTAD, Expropriation: A Sequel, UNCTAD (2012) Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 82.

註9: 安哥拉與義大利間的BIT (1997) 第5條；日本與中國間的BIT (1988) 第5條 (最後造訪日: 1/15/2024)。

「等同於徵收的措施 (measures equivalent to expropriation)」<sup>10</sup>、「等同於國有化效果的措施 (any measure having effect equivalent to nationalization)」<sup>11</sup>、「相當於徵收或國有化效果的措施 (any other measure the effect of which would be tantamount to expropriation or nationalization)」<sup>12</sup>等。

關於間接徵收概念之演變與發展，國際投資仲裁案例扮演重要的角色。在國際投資仲裁庭根據國際投資協定處理間接徵收之前，國際法院（如歐洲人權法院）及國際仲裁庭（如伊朗美國求償庭）曾對間接徵收作出判斷。1922年美國挪威求償法庭所裁決的 *Norwegian Shipowner* 案是第一次在國際法上提出間接徵收。<sup>13</sup>此後，仲裁庭在多年的實踐中逐漸總結出認定間接徵收的幾個重要原

則：第一，措施的形式以及政府的意圖並非決定性因素；第二，申請人必須證明相關措施造成對財產的顯著性剝奪；第三，在決定政府措施是否適用警察權力 (police power) 時，例外須考慮政府措施的性質；第四，在評估是否發生間接徵收時，投資者基於投資的合理期待是需要考慮的相關因素；第五，間接徵收的分析是帶有事實和背景的特定性的。<sup>14</sup>最近各種領域發生與間接徵收有關的糾紛，特別是公共事業、環境、能源和租稅等領域頻繁發生。

間接徵收在很多情況下，每相類似意思的各種術語不斷混用，例如相當於徵收的措施 (measures tantamount to expropriation)<sup>15</sup>、事實上徵收 (de facto expropriation)<sup>16</sup>、逐步性徵收 (creeping expropriation)<sup>17</sup>、管制性徵收

註10：The OECD Draft Negotiating Text for a Multilateral Agreement on Investment of 1998. “IV. Investment Protection 2.1 A Contracting Party shall not expropriate or nationalize directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another contracting Party or take any measures or *measures having equivalent effect* except...” .

The OECD Draft Negotiating Text for a Multilateral Agreement on Investment of 1998, Retrieved from

<https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (last visited: 11/28/2023)。

註11：臺灣與印度間的BIT（2002）第4條；韓國與哥斯達黎加間的BIT（2002）第5條；巴林與英國間BIT（1991）第5條；中國與新加坡間的BIT（1985）第6條（最後造訪日：1/15/2024）。

註12：美國與阿根廷間的BIT（1991）第4條；在1990年代，美國與各國簽訂的雙邊投資協定上主要使用了這樣的表現。（最後造訪日：1/15/2024）。

註13：Norwegian Shipowners’ Claims, Norway v United States, Award, 13th October 1922, Perm Ct Arb 1RIAA 307, 收錄於Kiratipong Naewmalee (2017), Indirect expropriation: property rights protection sovereignty to regulate and the general principle of law, [doctoral thesis]. University of Wollongong Australia, 60-61.

<https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1160&context=theses1> (last visited: 12/13/2023)。

註14：石儉平（2015），《國際投資條約中的徵收條款研究》，第99-100頁，上海社會科學院出版社。

註15：「相當於徵收之措施」是指，地主國的管制措施雖不直接表明剝奪外國投資者財產權之目的，然該措施將帶來等同於徵收或類似於徵收之效果。

註16：「事實上徵收」係指，地主國不會對外國投資者的投資資產明白地或公開地進行徵收或國有化措施，而地主國使外國投資者的財產上價值或優惠無效化的一種之徵收措施。在Tecmed v. Mexico案中，仲裁庭曾提到，「事實上徵收」係指，根據地主國的措施或法律不將外國投資者的投資財產轉讓給地主

(regulatory expropriation)<sup>18</sup>、結果性徵收 (consequential expropriation)<sup>19</sup>和「本地化措施 (indigenization or localization)」<sup>20</sup>等，且在國際投資仲裁實務上未針對各種間接徵收之術語做出明確界定，惟間接徵收具有幾個特色：①因國家不會占有財產，對財產所有權沒有影響；<sup>21</sup>②在使用財產或享有其利益存在國家干涉或侵害；<sup>22</sup>③其效果與直接徵收相同；④雖國家明示地表示不剝奪財產的意圖，然實際上依國家行為或措施而發生剝奪財產的效果。<sup>23</sup>

在國際投資法上，可以構成間接徵收的地

主國之行為或管制措施包括「強制公司轉讓股份、干涉公司經營管理權、任命經營者、阻礙勞力或原材料之獲取、過度徵稅、經濟開發計劃或外資政策的緊急變更、出資的本國人化、經營支配的本國人化、國產品強制使用以及原物料的進口限制、產品的強制出口、對技術援助契約內容之極端管制；外國人雇傭限制以及本國人強制雇傭、課稅歧視、因為地主國對投資者或投資公司限制行為，使投資者或投資公司的事業活動相當程度不可能、強制性事業擱置、及往國外撤退投資者或投資公司等」。<sup>24</sup>

國的第三者，或縱然不將其投資財產轉讓第三者或地主國，卻剝奪其投資財產所有權的情形。

Técnicas Medioambientales, Tecmed S. A. v. United Mexican States, ICSID Case no. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May, 2003, para.114 (last visited: 12/11/2023)。

註17：「逐漸徵收」係指，在一段時間內可歸屬於的一系列行為對外國投資者財產權造成緩慢的、累積的侵害，其結果使得投資財產的價值減少，達到了徵收的效果，有時也被稱為「推斷性政收 (constructive expropriation)」。

UNCTAD (2000), Taking of Property, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 11.

註18：又稱regulatory takings，「管制性徵收」是指，地主國在「警察權力」範圍之內，由於對於地主國環境、健康、文化或者經濟實施的管制而造成的對財產的奪取。*Ibid.*, 12.

註19：結果性徵收乃因國家應作為而不作為，導致外資企業的經營或其資產的享有，發生經濟效益喪失或嚴重減損的結果，此時國家雖無徵收外國人資產的主觀意圖，但其不作為卻引發「相當於徵收」的效果，投資者從而可以請求補償。李孟玠（2013），〈外國私有財產之間接徵收〉，《台灣國際法季刊》，第10卷第4期，第144頁。

註20：本土化措施涉及的是將所有權從外國人股東手中轉移到本地股東手中。許多已經取得獨立的非洲和亞洲國家常常採取這樣的措施來確殖民國家政治控制的終結，因為這往往意味著被外國經濟控制的終結並可以將這種控制交由本國的企業家們。而本土化措施與直接徵收的區別在於政府並沒有從該措施中直接或間接地受益，不像典型的國有化措施那樣由政府取得外資企業並由其自己或機構來運行，本土化措施是將所有權和控制權轉移到本國人手中。本土化措施背後的政策是為了取得經濟自決，屬於一個國家根據其經濟事務主權而採取得管制性控制而非需要補償的徵收類別。從國家的角度而言，股份的销售是在公開的市場上進行的，是評估和支付股份價值的最好方式。石儉平，前揭註14，第137頁。

註21：OECD (2004), supra note 8, 3-4.

註22：*Ibid.*, p4.

註23：Técnicas Medioambientales, Tecmed S. A. v. United Mexican States, *Ibid.*, para.114. (last visited: 12/15/2023)。

註24：櫻井雅夫（1997），《國際經濟法（國際投資）》，第31頁，成文堂；UNCTAD（2000），supra

## 參、現行國際投資仲裁實務中對間接徵收判斷標準之檢討

除了各國簽署的一些雙邊投資協定（Bilateral Investment Treaty，以下稱為「BIT」）或自由貿易協定（Free Trade Agreement，以下稱為「FTA」）以外，由於在許多的國際投資協定中並沒有明文規定對間接徵收之具體判斷標準和原則，國際投資仲裁庭仍然依靠現行國際法的法理及先例對系爭案件作出判斷。一般而言，因為在國際投資法上目前仍沒有就間接徵收統一之定義，其判斷標準模糊不清。因此，關於是否違反間接徵收之判斷，只能仰賴依仲裁庭的裁量權所作成之個別判斷。

國際投資法領域就是否構成間接徵收之判斷前提中，何以將主權國家的自主決定之權利與因對投資財產加以扣押或剝奪而產生的投資者權利間為界分，對仲裁庭和國際法學者（實務及國際法學界）而言，是非常困難的事情。為了消除其界限的不明確性，過往實務上自國際投資仲裁庭發展出來且經常採取的兩項判斷標準，即「單一效果標準（sole effects test or doctrine）」與「目的標準

（purpose test or doctrine）」。<sup>25</sup>該兩項判斷標準最初，係用於將地主國的合法管制措施與需予以補償的間接徵收所作區別而發展出來的。就國際投資實務上而言，前者因為認定間接徵收適用範圍廣泛，就對投資者的保護範圍較寬，而後者因為認定間接徵收適用範圍狹小，就地主國的自由裁量權範圍較寬。目前實務上通過融合上述的兩者標準並考量政府管制措施與保護投資者之間比例性來決定是否補償，常採取「兼採效果和目的標準（conciliatory approach）」。<sup>25</sup>基於「兼採效果和目的標準」，在間接徵收的判斷標準範疇內包括「比例原則」就是，透過仲裁庭採取更有系統性的標準，得以平衡方式對間接徵收作出判斷，自具有重要的意義。

### 一、單一效果標準（Sole effects test or doctrine）

#### （一）意義

單一效果標準，又稱「完全效果標準」，係指在決定徵收是否發生時，政府措施對投資的經濟利益和價值所產生的效果之重大性（severity of effect of the measures）是其中最主要甚至是唯一的考慮因素，而並非是地主國政府的「目的（purpose）」或「意圖

note 17, 11; Sornarajah, Muthucumaraswamy (2010), *The International Law on Foreign Investment*, 3rd ed., Cambridge University Press, 367.

註25：Mojtaba Dani & Afshin Akhtar-Khavari (2015), *The Uncertainty of Legal Doctrine in Indirect Expropriation Cases and The Legitimacy Problems of Investment Arbitration*, *Widener Law Review* Vol. 22, 6.; 根據對「效果」與「目的」的不同理解，L. Yves Fortier和Stephen L. Drymer教授亦提出了三種基本判斷標準，即「單一效果標準（sole effects test or doctrine）」、「目的標準（purpose test or doctrine）」及「效果與目的兼顧標準（conciliatory approach）」。<sup>25</sup>L. Yves Fortier & Stephen L. Drymer (2004), *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 19, No.2, 300；收錄於陳安主編（2007），《國際投資發的新發展與中國雙邊投資條約的新實踐》，第144頁，復旦大學出版社。

(intention)」。<sup>26</sup>具體而言，就單一效果標準之實務趨勢，如因侵犯投資者財產權、投資價值下降、扣押等，而對投資者財產造成支配權或投資價值實質喪失 (substantial loss of control of value) 或者對投資財產帶來重大經濟衝擊 (severe economic impact) 時，則認定屬間接徵收。<sup>27</sup>

政府措施對投資的經濟影響的嚴重程度是決定是否存在間接徵收的關鍵因素，學術界也存在廣泛共識。Dolzer教授認為，關於認定管制措施是否構成徵收，政府管制措施對於財產法律地位 (legal status) 影響的嚴重性以

及對財產所有權人使用和享受該財產權利的實際影響係最重要的核心因素 (central factor)。<sup>28</sup>Bjørn Kunoy教授認為，「間接徵收只能根據效果方可進行考察，相反的主張 (指目的標準) 會使這一概念變得模糊不清」。<sup>29</sup>單一效果標準說與1922年*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*案<sup>30</sup>中的美國聯邦最高法院Oliver Wendell Holmes大法官所做的經典闡述頗為一致。Holmes大法官指出：「財產可以被管制到一定的程度，惟政府管制程度太超過時，則會認定其為一種徵收 (if a regulation goes too far it will be recognized as taking)」。<sup>31</sup>可疑的

註26：Rudolf Dolzer (2002), *Indirect Expropriation: New Development?*, *New York Environmental Law Journal*, Volume II Issue I, 78-79.

註27：OECD (2004), *supra* note 8, 3-5.

註28：Rudolf Dolzer, *supra* note 26, 79.

According to Dolzer, there is a *prima facie* assumption of taking where the specific weight of the effects of a regulatory measure reaches a certain “severe” threshold.

Dolzer教授的理論是典型的效果標準之內容。Dolzer教授表示，當因政府管制措施之影響超越特定程度達到嚴重程度 (severe threshold) 時，就形成徵收之初步推定 (*prima facie* assumption)。

註29：Bjørn Kunoy (2005), *Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration*, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, No.3, 472.

註30：1922年*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*一案是聯邦最高法院審理的第一起管制性徵收案件，也涉及管制性徵收問題中引證率最高的案件。Mahon (被上訴人、原審原告) 在美國賓夕法尼亞州 (Pennsylvania) 斯克蘭頓 (Scranton) 擁有土地。Mahon與*Pennsylvania Coal Company* (賓夕法尼亞煤礦公司，上訴人、原審被告) 於1878年簽訂一項契約，雙方約定，該公司將地表土地 (地上權) 轉讓給Mahon，但明確保留開採其地下煤炭的權利。1921年5月27日，賓夕法尼亞州議會通過一項法案「柯勒法案 (Kohler Act)」，該法案禁止地底下的開礦作業，以防止可能造成用於人類居住的房屋塌陷之危險，但設有一些例外條件，其一是地表建築與地下採礦屬於同一人，而且地下礦脈距離第三人之建築超過150英尺以上，則可繼續開採。據此，擁有對地底下的開礦權的賓夕法尼亞煤礦公司表明，該「柯勒法案」被認定剝奪了該公司的開礦權，Mahon應對被剝奪財產的價值予以補償。賓州民事訴訟法院 (Court of Common Pleas) 雖然認定被告賓夕法尼亞煤礦公司之開礦作業將造成原告Mahon之損害，但仍駁回「禁制令 (injunction)」之申請，理由是柯勒法案違憲無效。Mahon提起上訴，賓州最高法院認為，政府制定「柯勒法案」屬於合法行使警察權力之行為，下令准許原告Mahon強制賓夕法尼亞煤炭公司停工之請求。賓夕法尼亞煤炭公司不服，對該判決向聯邦最高法院提起上訴。聯邦最高法院認為，在無正當補償的情況下，剝奪契約法上之權利是違憲的。因此，這種剝奪開礦權的行為可以認定為徵收。

註31：*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 1922; 43 S. Ct. 158; 67 L. Ed.322; 1922 U.S. LEXUS 2381; 28 A.L.R. 1321. 415.

是，該案中Holmes大法官並未提供判斷「管制程度太超過」的標準，只能採逐案認定（case by case）之方式判斷。<sup>32</sup>美國發布的BIT模範法及簽署的BIT或FTA投資專章均規定就是否認定間接徵收作出判斷應在「逐案認定」的基礎上進行。<sup>33</sup>

## （二）與單一效果標準相關國際投資仲裁案例

單一效果標準源自（為解決美伊人質及資產凍結等爭議而在海牙設立的）伊朗—美國求償法庭（Iran-US Claims Tribunal，以下簡稱「IUSCT」）<sup>34</sup>的仲裁判斷，已在國際仲裁庭中認定將該標準視為間接徵收的判斷標準之一，並且在ICSID等主要投資爭議被認定為主要判斷標準。在*Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. Iran*案中，仲裁庭認為，「當國家行為對財產權的利用或是利益的享有造成干涉時，雖然沒有實際剝奪財產權，仍然可能構成國際法上的徵收。但是並非只要國家奪取（assumption）並控制財產權，即必然構

成徵收而需補償。必須措施造成的影響不只是暫時干涉，並造成所有權的基礎權利喪失，方構成徵收。判斷是否構成徵收時，主要以受措施影響者所受的損害為據，國家的意圖與採取的手段較不重要」。<sup>35</sup>IUSCT僅考慮政府措施對投資者產生負面經濟影響而不考慮政府措施之目的，在實務與學界遭到廣泛批評，不過，隨後對涉及徵收之仲裁判斷產生巨大影響。

*Metalclad v. Mexico*案仲裁庭就政府管制措施之效果認定間接徵收。本案仲裁庭認為，在NAFTA下的徵收規範包括，如同直接扣押財產、正式或是強制的將財產轉移給地主國般，公開、故意及有意識的財產徵收（open, deliberate, acknowledged takings），而且若一項國家管制措施隱匿或附隨的干預（covert or incidental interference），剝奪投資者對於財產的利用或者基於合理期待之經濟利益之全部或重大部分時，則構成徵收。<sup>36</sup>

根據單一效果標準間接徵收之認定條件，

註32：Ibid., 413.

註33：2012美國BIT模範法（U.S. 2012 BIT Model Law），Annex B；美國與烏拉圭間的BIT（2005）（U.S.-Uruguay BIT）Annex B，美國與澳洲間的FTA（2004）（U.S.-Australian FTA），Annex 11-B；美國與智利間的FTA（2003）（U.S.-Chile FTA），Annex 10-D，美國—多明尼加—中美洲FTA（2004）（U.S.-The Central America-Dominican Republic FTA），Chapter Ten, Annex 10-C。  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/223/united-states-of-america> (last visited: 11/22/2023)。

註34：IUSCT由伊朗與美國於1981年1月19日共同組建，用於解決兩國之間由於1979年11月伊朗在美國大使館扣押52名美國人質和隨後發生的美國凍結伊朗在全世界120億美元資產事件所引起的一國國民針對另一國家當事方以及兩個國家當事方之間的求償糾紛。  
Charles N. Brower & Jason D. Brudechke (1998), *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff, 668.

註35：Tippetts v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Iran-US Cl. Trib. Rep. 219, 225 1984, 225-226. (last visited: 11/03/2023)

註36：Metalclad Corp. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 Aug., 2000. para.103. (last visited: 12/20/2023)

雖然按個案情況不同，但被指控構成間接徵收的政府措施須直接剝奪財產權的效果或者達到類似於或等同於直接徵收程度顯著剝奪（substantial deprivation）財產權的效果。例如，當地主國政府措施對投資者財產影響的效果達到「重大的剝奪程度（a significant degree of deprivation）」時<sup>37</sup>和當地主國政府永久剝奪財產所有權人利用其經濟權利能力（a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights）時<sup>38</sup>，仲裁庭方可傾向於認定間接徵收。

2000年代後部分仲裁案例中，仲裁庭就是否屬於間接徵收作出判斷時，有斟酌將地主國之管制措對投資者的權利帶來顯著剝奪效果與否，作為重要且決定性之因素（primary and decisive factor）。<sup>39</sup>並列舉間接徵收之認定因素如下：①剝奪投資者對其投資的控制權（depriving the investor of control over the investment）；②管理公司日常營運運作（managing the day-to-day operations of the

company）；③逮捕及拘留公司高層管理人員或員工（arresting and detaining company officials or employees）；④監督高層管理人員業務（supervising the work of officials）；⑤干預管理業務（interfering in administration）；⑥妨礙股利分配（impeding the distribution of dividends）；⑦干預高層管理人員或公司經理之任命（interfering in the appointment of officials or managers）；⑧剝奪對公司財產或營業之全部或一部（depriving the company of its property or control in whole or in part）。<sup>40</sup>

就單一效果標準相關案例而言，①在 *Lauder v. Czech* 案中，仲裁庭指出，如「有效地使得對財產的享有變得無效化（effectively neutralized the enjoyment of property）」，則可以構成間接徵收的行為<sup>41</sup>；②在 *Metalclad v. Mexico* 案中，仲裁庭表明，只要使財產權的重大（substantial）或重要（significant）部分的享有變得無效，政府措施也可以構成間接徵收<sup>42</sup>；③在 *El Paso Energy v. Argentina* 案

註37：Pope & Talbot v. Canada, NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, Interim Award, 26 June, 2000. paras. 96, 102. (last visited: 11/15/2023)

註38：S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL, Partial Award, 13 Nov., 2000. para.283. (last visited: 11/17/2023)

註39：Sempra Energy Int'l v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 Sep., 2007; Enron Corp. & Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May, 2007. (last visited: 11/18/2023)

註40：Pope & Talbot v. Canada, *Ibid.*, para.100; Sempra Energy Int'l v. Argentina, *Ibid.*, para.284; Enron Corp. & Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, *Ibid.*, para.245 (last visited: 11/18/2023)。具體在衡量這種效果的影響時，仲裁庭往往在集中在下面三個因素：①投資者的基本權利是否被影響，特別是投資者對之後的經營是否還保持著控制權；②投資的價值或者經營是否被完全減損；③經營的價值是否顯著地或者大部分地被減少。

註41：Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 3 September, 2001. para.200. (last visited: 11/19/2023)

註42：Metalclad Corp. v. Mexico, *Ibid.*, para.103. (last visited: 11/20/2023)

中，仲裁庭引進「使得投資效用變得無效化（neutralization of the use of investment）」的概念。該概念是指，因對外國投資財產權造成重大侵害而對其財產喪失控制權或管理權時，使得投資效用變得無效化，這就是構成間接徵收之決定性因素。<sup>43</sup>至於「構成間接徵收之決定性因素」，本案仲裁庭援引 *Continental v. Argentina* 案，並表明「投資財產之管理（management）、享受利益（enjoyment）和可移轉性（transferability）」等。換言之，如因地主國政府措施影響而完全喪失對於「投資者對投資財產之管理、由此產生的享受利益和投資財產之可移轉性」之控制權時，此時意味著將「使得投資效用變得無效化」，則可以構成間接徵收。<sup>44</sup>

根據「單一效果標準」，仲裁庭對地主國政府措施是否屬於間接徵收作出判斷，因政府管制措施而造成投資者受害之持續期間也具有重要的意義。<sup>45</sup>在 *Wena hotel Ltd v. Egypt* 案中，仲裁庭認為，埃及政府對兩家酒店進行長達一年的占領，實質地（substantially）剝奪投

資者之財產權，且到達「超過暫時性干預（more than a ephemeral interference）」之程度。<sup>46</sup>在 *Metalclad v. Mexico* 案中，仲裁庭認為，由於政府法令永久地禁止垃圾掩埋場的經營權，其法令就構成徵收。<sup>47</sup>在 *Tecmed v. Mexico* 案中，仲裁庭認為，必須認識到是政府採取的行為，不論管理行為與否，若該行為是不可撤銷的與是永久的（irreversible and permanent），都構成事實上的間接徵收。<sup>48</sup> *LG&E Energy v. Argentina* 案中，仲裁庭認為，我們必須考慮地主國政府措施的存續時間，因為它往往與投資者所有權的干擾程度相關。徵收必須是永久性的。<sup>49</sup>總而言之，國際投資仲裁庭並沒有形成一個計算措施時限的公式，每個案件都要斟酌具體案情來適時地作出判斷。

## 二、目的標準（Purpose effect test or doctrine）

### （一）意義

目的標準，又稱「警察權力標準（Police

註43：El Paso Energy Int'l Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 Oct., 2011. para.233. (last visited: 11/21/2023)

註44：Ibid., para.248. (last visited: 11/21/2023)。

註45：在確定一項行為是否構成間接徵收時，決定性的因素（determinative factors）是投資者遭受的經濟剝奪的強度以及持續時間（intensity and duration）。Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, 13 September 2006, para.79. (last visited: 12/23/2023)

註46：Wena Hotels Ltd. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 Dec., 2000, para. 99. 儘管後來又被允許回歸酒店，但仍然構成徵收。（last visited: 12/24/2023）

註47：Metalclad Corp. v. Mexico, Ibid., paras.110-112. (last visited: 12/20/2023)

註48：Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, Ibid., para.116. (last visited: 12/26/2023)

註49：LG&E Energy et al. v. The Public of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Oct 2. 2006, para.105. (last visited: 12/28/2023)

Power Doctrine) 或單一性質標準」，主要強調地主國政府公共利益優先，即將政府措施的「公共目的」作為認定間接徵收的決定性標準。只要地主國政府措施出於正當的目的，即便造成相當於直接徵收的嚴重干預，地主國政府亦無需予補償。<sup>50</sup>根據目的標準說，在某種情況下，如地主國政府為了公共目的所採取的措施屬於「警察權力」之合法行使時，不管其對投資財產的效果多麼巨大，都不會構成徵收，並無需予補償。惟實際上，支持目的標準說的學者認為，目的標準說也應當均衡特定政府措施的效果。<sup>51</sup>

簡單而言，目的標準說是以對於地主國政府管制行為是否構成間接徵收作出的一種判斷標準，重點在於地主國政府管制措施之性質、背景和目的，而消極思考到該地主國管制措施之經濟效果。如前對美國法律上管制性徵收進行檢討所述，美國法院在判例中認同的警察權力標準是一種基於目的標準判斷間接徵收之理論，將不予補償的政府合法管制措施與予以補償的間接徵收區分開來。

如上所述，目的標準的核心在於國家基於主權為實現特定目的而採取的合法性管制措施，均無予以補償。目的標準從批評的觀點出發，即上述的效果標準對間接徵收的認定範圍過於廣泛、偏向投資者、過度對主權國家的政策自由裁量權加以限制。目的標準可

以彌補適用效果標準時而可能發生的國際補償體系上的漏洞。

為了根據目的標準對間接徵收作出判斷，現行仲裁案例曾提出了下列三項考慮要素。第一、地主國政府管制措施是否對增進地主國的公共利益作出實質貢獻。例如，在 *Lauder v. Czech Republic* 案中，仲裁庭斟酌將是否增進地主國政府的公共利益作為區分地主國政府之合法管制措施與間接徵收間之標準。仲裁庭認為，因為捷克政府或任何相關的人士或主體並無從中獲取利益，捷克政府採取的行為不會屬於相當於徵收的措施。<sup>52</sup>

第二、地主國政府是否有為管制措施目的之意圖。如，1967年OECD外國人財產保護公約草案（1967 the OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property）除了採取目的標準說以外，還考慮政府措施之故意性要素。<sup>53</sup>又，*Sea-Land service inc. v. Iran* 案中 IUSCT 採用目的標準得出結論，該求償法庭認為：認定政府之措施構成間接徵收，至少應要求政府措施之目的具有「政府故意干預（a deliberate governmental interference）」或「一系列的故意行為（intentional course of conduct）」，其效果是剝奪該公司的使用以及從投資中獲利。然而此處並沒有任何證明政府有故意針對美國海陸（Sea-Land）運輸公司的任何行為，一個主要基於疏忽和不作為的

註50：石儉平，前揭註14，第94-95頁。

註51：陳安主編，前揭註25，第145頁。

註52：Lauder v. Czech Republic, *Ibid.*, para.203. (last visited: 12/27/2023)

註53：根據該草案第3條的規定，徵收措施須基於公共利益（公共目的）進行，其措施基於非歧視進行和依循正當法律程序。OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/39286571.pdf> (last visited: 12/28/2023)

申訴，當證據顯示該措施是廣泛且沒有歧視性時，將難以證明徵收的存在。本案涉及的是政府的疏忽或不作為，因此需要證明政府的意圖或者至少應當顯示措施的徵收特徵。<sup>54</sup>

第三、地主國政府的意圖以及目的以增進公共利益。例如：①韓國日本中國BIT之議定書第2條第c款規定：「除非極少情況，如同根據目的或效果，單一措施或一系列措施極其嚴厲或不成比例，否則締約一方為合法的公共福利而採取得非歧視性管制措施不構成間接徵收」。<sup>55</sup>②根據韓美FTA附件11-B.3(b)：「除非極少情況，如同根據目的或效果，單一措施或一系列措施極其嚴厲或不成比例，

否則締約一方為合法的公共福利，諸如公共衛生、安全、環境和不動產穩定價格政策（例如、採取措施為改善低收入家庭改善居住條件）等而採取與實施的非歧視性管制措施，不構成間接徵收」。<sup>56</sup>換言之，韓國日本中國BIT與韓美FTA規定均為了在特定領域中的公共目的而所採取的政府管制措施不會構成間接徵收。<sup>57</sup>

## （二）與目的標準相關國際投資仲裁案例

國際仲裁庭依目的標準對間接徵收作出判斷之案件如下：

在 *Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates* 案的IUSCT對政府之合法

註54：Sea-Land Service Inc. v. Iran, IUSCT Case No. 33, Award, 22 June, 1984. at 166. (last visited: 11/29/2023)

註55：韓國中國日本BIT之議定書第2條第c款

Except in rare circumstances, such as when an action or a series of actions by a Contracting Party is extremely severe or disproportionate in light of its purpose, non-discriminatory regulatory actions adopted by the Contracting Party for the purpose of legitimate public welfare do not constitute indirect expropriation. Agreement among the Government of the Republic of Korea, the Government of the People's Republic of China and the Government of Japan for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment. Protocol Article 2(c)

<https://treatyweb.mofa.go.kr/legsTreatyDetailInqyWinCall.do> (last visited: 12/30/2023)

註56：韓美FTA投資專章附件11-B

Annex 11-B Expropriation 3(b) Except in rare circumstances, such as, for example, when an action or a series of actions is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, and real estate price stabilization (through, for example, measures to improve the housing conditions for low-income households), do not constitute indirect expropriations. (last visited: 12/30/2023)

註57：美國BIT模範法已成為世界各國投資相關協定的標準，並最近在多數BITs或FTA投資專章中都涵蓋類似內容，即該國際投資協定作為排除在間接徵收之例外，規定地主國之公共政策相關內容。

“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 expropriation.” 2012 Model Bilateral Investment Treaty: Treaty between The Government of the United States of America and The Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Annex B, 4(b), 2012. (last visited: 12/30/2023)

管制權力不需負擔補償責任，並認為，「一個國家不應對財產的損失或其他由正常的一般徵稅而造成經濟困難，或任何其他被當作在屬於警察權力範圍內行使而被普遍接受的行為負有責任，只要上述行為不是歧視性的且不是意圖使外國人放棄財產並出讓給國家或低價出售...」。<sup>58</sup>

在 *Feldman v. Mexico* 案中，仲裁庭亦具體列舉出對不予補償的政府之合法管制措施，例如「政府必須享有為公共利益實施諸如環境保護措施 (protection of environment)、新增或修訂稅則 (new or modified tax regimes)、給予或是撤回政府補貼 (the granting or withdrawal of governmental subsidies)、增加或減少關稅 (reductions or increases in tariff levels)、實施區域計畫等措施 (imposition of zoning restrictions) 之權利」等。<sup>59</sup>

之後，在 *Metanex v. U.S* 案中提出更明確的標準，該仲裁庭認為，「根據國際法的一般原則，基於公共目的，依據正當程序制定的非歧視性法規，即使對外國投資者或投資

造成了影響，也不認為係構成徵收且無需補償，除非政府對外國投資者作出具體的承諾 (specific commitments)，否則為實現公共目的而制定的法規對外國投資者或投資的影響不應被視為具有掠奪性和可補償性」。<sup>60</sup> 本案就不予補償的政府正當措施和其限制提出具體的指南。

### 三、比例原則標準 (proportionality test or doctrine)

「比例原則標準」，又稱「兼採效果性質審查標準或效果與目的兼顧審查標準 (conciliatory approach)」意味著與完全注重地主國政府措施的效果不同，政府措施的目的以及該措施實施的「比例性 (proportionality)」均將作為決定是否補償的考慮因素，該標準核心內容係在外國投資者的合理期待與地主國為了實現公共利益而所採取的行政管制權力之間尋找平衡點。在下一章要對效果與目的兼顧標準詳細內容進行說明。

(待續)

註58: "State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation or other action that is commonly accepted as within the police power of States, provided it is not discriminatory....". *Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, IUSCT Case No. 880, Award, 29 Dec., 1989, para. 26. (last visited: 12/31/2023)

註59: *Marvin Roy Feldman Karpa v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)99/1, 16 December, 2002, para. 82. (last visited: 1/5/2024)

註60: *Metanex Corp. v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 3 August, 2005. Part IV-Chapter D-Page 3. (last visited: 1/7/2024)