

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（下）

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

肆、比例原則標準之概述

一、比例原則標準之意義及演變

「比例原則（principle of proportionality）」⁶¹是指，作為基於公共利益的政府措施與外國投資者的私益保護之間尋求平衡，考慮政府措施對投資者或其投資財產產生的不利影響和政府措施的公共目的，透過對此兩者作比較衡量來判斷是否屬於間接徵收。⁶²簡單而言，比例

性標準是對上述兩個標準做平衡的考量。比例性標準就基於公共利益的政府措施與依法定對投資賦予的保護之間是否互相比例進行檢討，並政府措施對投資者或其投資財產產生的影響是否決定比例性發揮重要作用。

傳統的比例原則是一從德國行政法和憲法中產生的概念，於19世紀後期，在德國行政法院以模糊方式允許管制權時，藉以尋求政府的管制權與行使管制權所侵犯的個人權利

* 本文作者係國立政治大學法律研究所博士候選人

註61：比例原則有助於界定和平衡公共與私人之間的關係，前者以國家或相關社會團體的根本利益和世家的干預為代表，後者以相關的個人利益為代表。Alec Stone Sweet & Jud Mathews (2008), Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law, vol.47, 68.

註62：유희진 (2011), <국제투자협정에서의 수용 (在國際投資協定中的徵收)>, 《국제경제법연구 (國際經濟法研究)》, 제9권 제2호 (第9卷第2號), 第18-19頁。

之間的平衡來適用該原則。⁶³比例原則隨著德國行政法的發展，同時於1949年制定德國聯邦基本法（Das Bonner Grundgesetz）並使之為一般法律原則。⁶⁴德國行政法中，比例原則已經發展成為控制政府自由裁量權行使的手段。⁶⁵

此外，比例原則於權利衝突的情況下廣泛得到適用，以保障國家權力行使的合法性或保護個人權利。因此，在國家的合法管制措施（行使公權力或警察權力）與個人的基本權利發生衝突的情況下，並且在原則上，當

評估相互衝突的價值之間的優劣關係發生問題時，無論其與個人之間的權利所發生的衝突或是其與國家權利（或公共政策）所發生的衝突，都可以適用比例原則。目前，比例原則除了普遍被應用於國內法律制度⁶⁶以外，也被應用於國際法律制度⁶⁷。

國際法上，於1953年9月3日生效之「歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）」中首次引進「比例原則」。⁶⁸歐洲人權法院（European Court of Human Rights, 以下簡稱「ECHR」）在司法審查時運用「比例

註63：Dieter Grimm (2007), Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, University of Toronto Law Journal, Vol.57 No.2, 384-385.

註64：Nicholas Emilion (1996), The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, Kluwer Law International, 25.

註65：黃學賢（2001），〈行政法中的比例原則研究〉，《法律科學》，第1期，第72頁。

註66：英美法系亦有與大陸法系德國基本法中的比例原則的類似概念。尤其是，美國憲法體系中類似於比例原則之概念是「違憲審查標準（又稱司法審查標準：standards of Judicial Review或Constitutional Judicial Review）」，即「合理審查基準（rational basis review）」、「中度審查基準（intermediate scrutiny review）」、「嚴格審查基準（strict scrutiny review）」。「合理審查標準」乃在要求目的須追求合法的政府利益，手段與目的應具有合理關聯；「中度審查標準」係要求目的須追求重要政府利益，手段與目的須具有實質關聯性；「嚴格審查標準」則係要求目的須追求極為重要政府利益，手段須屬必要且侵害最小。法治斌（2003），《法治國家與表意自由》，1版，第213-228頁，正典。林子儀（2002），《言論自由與新聞自由》，初版2刷，第163-167頁，元照。收錄於李建良、簡資修主編（2000），《憲法解釋之理論與實務第二輯》，1版，第119頁，中央研究院中山人文社會科學研究所。

註67：在歐盟，歐洲法院和歐洲人權法院根據《歐盟法律》和《歐洲人權公約》適用比例原則。比例原則的概念已被歐洲法院用來平衡社會的基本自由——商品、服務、勞務和資本的自由流動與會員國合法利益的衝突。Gráinne de Búrca (1993), The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law, Yearbook of European Law, Volume 13, Issue 1, p105. 在WTO法律制度下，比例原則在平衡國際貿易體制目標（尤其是貿易自由化、貿易方面的非歧視以及限制和審慎評估非關稅貿易壁壘）與政府合法目的的衝突（例如公共衛生、公共道德或環境保護）時發揮著愈來愈重要的作用。Axel Desmedt, Proportionality in WTO Law, Journal of International Economic Law, Volume 4, Issue3, 2001, pp441-480；收錄於鄧婷婷（2017），《國際投資協定中的公平與公正待研究》，第217頁，法律出版社；此外，目前國際投資爭端解決中心（ICSID）根據投資者與國家爭端解決機制（ISDS）應用比例原則的仲裁裁決數量也逐漸增多。

註68：歐洲人權公約（以下簡稱《公約》）簽署於1950年，生效於1953年。為了實施《公約》，締約國於1952年簽署《第一議定書》，該《議定書》從1954年起生效。於1959年根據《公約》第19條設立歐洲人權法院。《公約》並不是專門保護財產的條約，更不是保護外國人財產的，而是關於「人

原則」以解決根據「歐洲保護人權與基本自由公約（European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms）」所賦予的權利與會員國的公共政策間之衝突。亦即，ECHR運用的「比例性審查（tiered proportionality tests or balancing tests）」⁶⁹方法要求應當在社會一般利益的需要與個人基本權利保護的要求之間實現一種公正的平衡。⁷⁰

是比例原則不僅扮演一種手段的角色，在個人權利和國家之間劃定或界定範圍，且扮演一種機制的角色，以協調超國家法秩序和國內法秩序。⁷¹因此，就在國內法和國際法上，可以視比例原則已在一定程度上滲透到個人與國家間之控制手段。

從2000年至今，國際投資糾紛也引進比例原則，將其適用於地主國對外國投資者是否違反間接徵收和公正與公平待遇而作出判斷。然而，適用比例原則尚未形成確立的或統一的法理，允許仲裁庭對比例原則作出各種解釋和判斷，恐引起很大的爭議。尤其是

在是否違反間接徵收時，比例原則的目的在於在兩者利益（即公共利益與保護私人投資者財產利益）之間相互衝突尋求平衡，是當今國際投資仲裁中最重要問題。比例原則終將影響了ICSID在仲裁實務中的操作。

二、比例原則標準之概念及內容

在國際投資法、國際公法等國際法體系中，為了解決權益衝突問題，比例原則作為間接徵收判斷標準而被引進，並正在以在國際法中一種法律原則逐步發展。在國際投資實務中，仲裁庭對間接徵收作出判斷所適用之比例原則，其構成要素有三，即適當性原則、必要性原則和狹義比例原則。⁷²

（一）適當性（suitability）原則

「適當性原則（又稱適合性原則、合目的性原則）」是指，所採取的手段必須能夠實現目的或有助於目的的實現，並且屬於有效手段。⁷³

作為比例原則第一原則，適當性原則對於

權和基本自由」的條約。《第一議定書》包含專門的財產權保護，因而成為歐洲人權法院審理間接徵收的基本法律依據。

강명원 (2018), 유럽인권법원의 차별판단기준 및 적용사례 분석 (歐洲人權法院之差別判斷標準及實用事例分析), 第7-10頁, 한국법제연구원 (韓國法制研究院) 이슈보고서 (Issue Report)。

註69：實質上，歐洲人權法院採用「比例性審查」的目的在於，根據各國所制定的自己法律和政策的自由裁量權來對人權侵犯進行審查。(In essence, the balancing tests they apply aim to examine interferences with human rights in light of States' discretion to enact their own laws and policies.), Caroline Henckels (2015), Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy, Cambridge University Press, 15.

註70：石儉平，前揭註14，第53頁。

註71：Benedict Kingsbury & Stephan Schill (2009), Investor-State Arbitration and Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law, New York University Public Law and Regal Theory Working Papers No.09-46, 26.

註72：Ibid., 28-29.

註73：陳安主編，前揭註25，第157頁。

「地主國所採取的合法管制措施（手段）有助於所欲達成公共利益之（目的）是否具有適當性」進行分析。亦即，適當性原則對於「地主國或其政府機關的措施是否為了實現公共目的而所採取的合法措施，並且，該措施普遍達成公共目的是否具有適當性」作出判斷。因此，適當性原則被認定之正當性且合法性的措施，被採取的措施須是為了合法的目的而採取的，而其不得是為了非法的目的而採取的。換言之，若為非是達成正當性的目的而採取的措施屬於「如同僅為了個人利益而犯下的貪腐犯罪行為或不人道之犯罪行為一樣的」違反強行規定，則依據國際法，通常適當性審查排除「目的正當性」。對是否具有目的的正當性作出判斷，之後被採取的措施有助於所欲達成目的是否具有妥當，透過政府措施（手段）與其欲達成的目的之間尋找因果關係連結來可以解決此一問題。⁷⁴因此，如被採取的措施有助於所欲達成的目的無效，則適當性審查就失敗，由此可知，適當性原則作為消除阻礙達成目的之手段正在發揮作用。⁷⁵

（二）必要性（necessity）原則

在第一階段適當性原則判斷得出肯定結論以後，要進行第二階段必要性審查。「必要性原則（又稱最少侵害原則）」是指，如有

多種手段可達成目的，則必須選擇最有必要的、對人民權益不會造成損害或損害最小的手段。必要性原則的適用前提是必須存在著可以達到同一目的的數種手段，若只有唯一的手段可以達成目的，則該原則不能適用。⁷⁶簡而言之，必要性原則係以適當性原則為存在前提的，即只有在遵守適當性原則的前提下才有必要進一步考慮必要性原則。

必要性原則審查的背景係在相互衝突的手段之間調整平衡且做優化。原則上，如因政府管制措施而對私人權益造成不良影響，為了達成同一的目的沒有其他替代手段時，則須選擇最小限制之手段（least-restrictive means）。

（三）狹義比例原則（strict proportionality; proportionality stricto sensu）

「狹義比例原則（又稱衡量性原則、衡平性原則）」，是指採取得手段與其所追求的目的不得不成比例，如果追求目的之手段造成副作用過大，應當放棄該手段。⁷⁷一個措施雖然是達成手段所必要的，但不能使公民承擔過度的負擔。⁷⁸

這裡所說的狹義比例原則，是指因政府措施受影響的權利或利益，與為實現公共目的而所採取的政府政策手段之間尋求平衡。亦即，其原則對（地主國）公共利益與（外國

註74：Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *supra* note. 62, 21; Benedict Kingsbury & Stephan Schill, *supra* note 72, 29.

註75：Robert Alexy (2003), *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, *Ratio Juris*. Vol.16 No.2, 398.

註76：陳安主編，前揭註25，第157頁。

註77：韓秀麗（2008），〈論比例原則在有關徵收的國際投資仲裁中的開創性適用〉，《甘肅政法學院學報》，第6期，第116-117頁。

註78：陳安主編，前揭註25，第157頁。

投資者) 權益之間是否在最大程度上尋找平衡和實現諧調作出判斷。⁷⁹狹義比例原則通常係先進行必要性原則的審查，再對於地主國政府公共利益之實現與被侵害之外國投資者權益間作比較衡量。

狹義比例原則在國際投資糾紛中對間接徵收作出判斷時，關於地主國政府的措施是否侵犯外國投資者之合理期待 (legitimate expectation)⁸⁰，該原則當作判斷標準具有重要意義。尤其是，在國際投資法中的間接徵收的判斷標準，也與外國投資者的合理期待有關，若外國投資者在投資活動中受限於其投資財產超過社會上通常可接受的限制範圍時，可向地主國政府追究責任。如地主國政府基於公共目的而採取之潛在措施屬於間接徵收，則應予以正當補償。因此，如何就保護外國投資者為根本價值的國家行為是否屬於侵害外國投資者權益之措施作出判斷，其中比例原則之適用係非常重要的爭點。在國際投資仲裁實務中，*Tecmed v. Mexico* 案件是對間接徵收作出判斷適用比例原則的代表性案例。在本案中，仲裁庭確認投資者的財產權事實上被完全剝奪之後，正在對系爭政府管制措施是否違反狹義比例原則作出判斷。⁸¹

三、與比例原則標準有關的最近國際仲裁案例分析

目前國際投資仲裁庭在對是否違反間接徵收作出判斷，為了解決地主國的管制權與外國投資者的財產權之間的衝突問題，而引進比例原則。根據這些仲裁庭的裁決，透過對比例原則的三階段（適當性原則、必要性原則和狹義比例原則）進行階段性的檢討及進一步分析來導出結論。實務上，國際仲裁庭依據與比例原則有著密切關係的間接徵收判斷要素作出仲裁判斷，其判斷要素係①政府管制措施對投資財產權利之干預程度、②政府管制措施之目的（意圖）、性質及效果和③投資者的合理期待利益等。由於仲裁庭並不以統一方式考慮比例原則的要素對是否違反間接徵收作出判斷，於個別案件中，其中一方面，一些案件僅依其中幾個要素作出仲裁判斷，而另一方面，一些案件係依特定要素作出仲裁判斷。亦即，國際仲裁庭於稱謂間接徵收判斷要素的「共同的框架」內判斷比例原則。由於不同的仲裁庭根據不同的投資協定對是否違反間接徵收作出判斷，需要值得注意，惟因為事實上比例原則的三階段要素僅在國際投資協定中存在若干的表現差異，經過仲裁庭對比例原則的解釋，該原則

註79：Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *supra* note. 62, 20.; Benedict Kingsbury & Stephan Schill, *supra* note 72, 29-30.

註80：Rudolf Dolzer教授認為，認定「合理期待」可以從三個層面進行：首先，集中考察外國投資者從事投資當時地主國的法律情況，因為投資者從事投資行為實際上表明其對當時地主國法律的接受；其次，關注投資回報的期待 (investment-backed expectation)，即隨著投資的日益發展，投資者的期待應該得到更多的保護；再次，時間因素，即期待可能隨著時間的變化而發生變化，以往的合理期待在以後可能不那麼「合理」。惟，法律的驟然與急劇變化 (sudden and abrupt change) 不符合國家普遍承認的價值及各主要國家的一般法律原則。Rudolf Dolzer, *supra* note 26, 78-79.

註81：Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, *Ibid.*, para.122 (last visited: 12/28/2023)。

漸有逐漸定型下來之勢。

仲裁庭對是否屬間接徵收作出判斷時，在上述的判斷要素之適用過程（即，對投資干預之程度、政府管制措施的目的（意圖）和性質和合理期待利益）中，關於如何權衡地主國的利益與外國投資者之間的利益衝突，並如何適用比例原則，以下本文要透過對仲裁案例和理論進行分析和檢討，來尋求更明確且可預測地適用比例原則的方法。

（一）國際仲裁案例分析

在實務上，首次採取比例原則的案件是*S.D Myers v. Canada*案。於2000年，本案仲裁庭指出，對是否屬於徵收作出判斷，必須考慮政府措施的目的與侵害投資者產生的效果，選擇對投資的影響最少手段。該仲裁庭仍部分地採取比例原則標準。⁸²又，於*Feldman v. Mexico*案中的仲裁庭認為，為了對地主國管制措施是否屬於警察權力（即政府合法管制措施）作出判斷，其措施是否具有「合理性（reasonableness）」是重要的。⁸³

於*Tecmed v. Mexico*案中，仲裁庭正式採取比例原則標準。本案仲裁庭對如何權衡「效果」與「目的」首次援引歐洲人權法中的比例原則。⁸⁴亦即，本案中的仲裁庭認為，需

要同時對政府管制的實質效果與政府行為之性質進行考量，這些政府管制措施是否構成徵收取決於，「鑑於被認為應予保護的公共利益與依據法律對投資財產予以保護，是否是成比例（proportional）的」。⁸⁵本案仲裁庭對比例原則標準具體說明如下，①政府措施必須為了公共利益則所追求的合理目的（legitimate aim）；②該措施達成目的很合理（appropriate to achieve its aim）；③在對投資者施以的負擔與措施要尋求實現的目的之間必須存有合理比例關係（reasonable relationship of proportionality）；④公共利益與私益保護之間具有均衡（balance）關係。結論而言，本案仲裁庭認為，墨西哥政府的管制措施以違反法規為理由拒絕延長投資者經營的廢棄物掩埋許可，過度形式化並不符合於比例原則，則構成間接徵收。⁸⁶

於*El Paso Energy International Company v. Argentina*案中的仲裁庭認為，政府的管制措施不得擅自侵害外國投資者的財產權，擅自侵害財產權是指因地主國政府所採取的管制措施而侵害財產權與其公共目的之間不成比例的。於*LG&E v. Argentina*案中，雖然未直接使用比例原則一詞「Proportionality」，

註82：S.D. Myers Inc. v. Canada, UNCITRAL, Partial Award, 13 Nov., 2000. paras. 281, 285. (last visited: 11/17/2023)。

註83：Marvin Roy Feldman Karpa v. Mexico, *Ibid.*, paras. 105, 148, 160. (last visited: 1/17/2024)

註84：陳安主編，前揭註25，第156頁。

註85：Tecmed, S.A. v. Mexico, *Ibid.*, para. 122. (last visited: 1/17/2024)

註86：此外，本案仲裁庭指出，與這項比例性有關的重要考慮因素包括：投資者的合理期待、地主國所追求之利益的重要性、與管制之程度、影響及其涉及他投資者之有關的事項以及管制是否會對特定投資者產生不公平的影響等。Tecmed, S.A. v. Mexico, *Ibid.*, para. 122；惟Henckels教授指出，由於在Tecmed案中的仲裁庭在適用比例原則標準時，並沒有經過進行第一階段的適當性審查和第二階段的必要性審查，直接進行狹義比例原則審查，而沒有檢討對投資者之最小侵害的手段。Caroline Henckels (2015), *supra* note 70, 233.

然從文義中可以看出仲裁庭認為可以利用此一概念作為區分合理管制措施跟徵收的方法，仲裁庭認為，為了驗證在BIT第4條第1項規定下國家的措施是否構成徵收，仲裁庭須對兩個互相競爭利益保持均衡：即該措施對所有者權利的干涉程度和國家採用政策的權利⁸⁷……關於國家採用政策的權利，一般可以表述為，國家有權採用其具有社會或公共福利目的的政策。在這種情況下，除非是國家的措施對於相關的需求顯失均衡，該等措施須被接受且沒有償還責任」。⁸⁸

在*Tecmed v. Mexico*案採取比例性標準以後，許多仲裁案件直接提及該案件仲裁庭的裁決並適用比例原則標準。例如，*Azurix v. Mexico*案⁸⁹、*Suez and InterAgua v. Argentina*案⁹⁰、*Archer Daniels v. Mexico*案⁹¹、*Fireman's Fund v. Mexico*案⁹²等。具體而來，在*Azurix v. Mexico*案，仲裁庭認為，「……公共目的確實可以作為措施造成的損害

之外，獨立的判斷標準，但是仍須一定程度的補強……在*Tecmed v. Mexico*案中，仲裁庭參考歐洲人權法院的判斷方式……歐洲人權法院，認為，剝奪個人財產權之措施，必須事實上以及法律上，出於合法的公共目的，並且在目的與手段間，存有合理關聯，並且合乎比例性。而當措施並未造成個人特別犧牲時，該措施即可認為是合乎比例性的……本庭認為，這些額外的考量因素，在對政府管制措施是否構成徵收作出判斷時，提供相當有用的指引」。⁹³「所採取的措施和其試圖達成的目的之間必須存在合理的均衡關係（a reasonable relationship of proportionality）」。⁹⁴在*Archer Daniels v. Mexico*案中，仲裁庭表示，「仲裁庭亦可考量其他要素，例如政府的措施與目的間是否符合比例性、是否對政府的合法目的而言具有必要性、措施之施行是否法律上或是事實上造成歧視，是否符合正當法律程序、又是否違背投資人之合理期待？」。⁹⁵

註87：LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para.189. (last visited: 1/19/2024)

註88：Ibid., para.195. (last visited: 1/19/2024)

註89：Azurix Corporation v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 Jul., 2006. paras.311-322. (last visited: 1/20/2024)

註90：Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30 Jul., 2010. (last visited: 1/20/2024)

註91：Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award, 21 Nov., 2007. (last visited: 1/20/2024)

註92：Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/02/01, Award, 17 Jul., 2006. (last visited: 1/21/2024)。

註93：Azurix Corporation v. Argentina, Ibid., para.311. (last visited: 1/21/2024)

註94：Ibid., paras. 311-322. (last visited: 1/24/2024)

註95：Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, Ibid., para.250. (last visited: 1/20/2024)

在*Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico*案中，仲裁庭也提及，區分徵收與不需補償的合理管制措施時，可參酌措施造成的效果與其所欲達成的目標間是否具比例性。⁹⁶

不過這兩個案例中，仲裁庭都以政府措施造成的效果並未構成重大損害等理由，沒有檢視比例原則。在*EDF v. Romania*案中，仲裁庭則實際適用操作比例原則，用以判斷措施屬於徵收或是合理管制措施。本案如前所述，涉及羅馬尼亞通過政府緊急狀況法104號（GEO104），據以撤銷原告子公司在機場的免稅品販賣權利；以及羅馬尼亞的稅務當局（Financial Guard）沒收ASRO⁹⁷違法營業範圍之營收等措施。仲裁庭討論了措施的效果、公共目的、正當法律程序、措施的歧視性後，表示仍須透過比例原則檢驗，「如同其他仲裁庭所為，在判斷措施是否合於國家合法管制權力時，除了判斷國家是否出於正當的公共利益考量，其所採的措施與目標間，也必須存有合理關聯、並且符合比例原則；當政府措施造成個人特別犧牲時，即可認為不合比例性」。⁹⁸

（二）小結

單一效果標準，由於依政府措施對投資產生的經濟效果，對是否違反間接徵收作出判

斷，而曾經因其標準偏向於外國投資者而遭遇批評。為了彌補這一點，一些仲裁庭採取考量政府措施目的之目的標準，惟該目的標準在功能上僅扮演著彌補單一效果標準的角色。後來，整合單一效果標準與目的標準，作為對是否構成間接徵收作出判斷之折衷方案，採取比例原則標準。

比例原則是通常以適當性原則、必要性原則和狹義比例原則等三個因素依各階段進行審查為原則。另一方面，在國際投資仲裁實務上，通常仲裁庭對間接徵收作出判斷，適用三個階段原則進行審查，即適當性原則、必要性原則和狹義比例原則。惟至今在仲裁案例中明確適用三個階段的審查標準不多，並因按案件適用個別標準，仍然沒有統一的標準。如，在*Tecmed v. Mexico*案中仲裁庭對是否違反間接徵收作出判斷時，未依比例標準進行分段審查，即未經適當性、必要性原則審查，僅依狹義比例原則標準進行審查對間接徵收作出判斷。另外，在*Occidental Petroleum v. Ecuador*案中仲裁庭提及政府的目的是和意圖等公共目的與投資者之利益間的比例標準，惟就實際適用而言，偏重於政府措施之效果和干預程度，未對為實現公共利益而政府採取的措施之合理性、意圖進行檢討。⁹⁹

就仲裁案例予以綜合的觀察，在適用比例

註96：Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico, *Ibid.*, para.176. (last visited: 1/21/2024)

註97：EDF（英國籍機場免稅店經營公司）於1991年與羅馬尼亞的兩家國營公司（AIBO和CASROM）簽署合資協議設立合資企業「ASRO」，在羅馬尼亞的機場和飛機上從事商品銷售經營。

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 Oct. 2009, paras.47-49. (last visited: 1/23/2024)

註98：*Ibid.*, para.293. (last visited: 1/23/2024)

註99：Occidental Petroleum Corp. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, 5 Oct. 2012, paras.431-6, 450 (last visited: 1/23/2024)

原則方面可以歸納出以下三種特徵：

1. 政府措施之性質。在適用比例原則標準時，仲裁庭先對政府措施之性質進行分析，再對政府管制措施的公共利益作出判斷，並同時考慮與政府措施之性質相關的目的及效果。此外，由於適當性審查在與政府措施性質有關的初步分析階段進行，必要性原則即就政府措施是否對私益採取侵害程度最小作出判斷似乎不進行獨立審查。
2. 關於投資者之利益侵害，透過綜合考慮進行投資當時社會、政治和經濟狀況來判斷「投資者是否對自己投資財產具有值得合理期待的理由，並政府管制措施在多大程度上對投資者之投資造成侵害或干涉」。
3. 透過對公共利益因素與私人利益因素之間尋找平衡，仲裁庭作出最終判斷。惟，這種仲裁判斷未經比例原則標準的嚴格分段進行，尤其是，在實務上，由於多數案例中的仲裁判斷傾向偏重於對投資者產生的效果，比例原則仍然沒有統一標準。不過，比例標準就「投資者的利益與地主國的公共利益之間尋找平衡點」而言，未來國際投資仲裁庭對是否違反間接徵收作

出判斷時，應屬於最佳之判斷標準。

伍、比例原則標準屬於間接徵收判斷標準之「合理性」

一、比例原則標準之必要性

由於在國際投資仲裁中適用比例原則作為確保地主國管制權之行使和投資者保護之標準間的均衡之判斷標準尚無統一標準，因此仍然存在著贊成與反對之立場差距。¹⁰⁰就對間接徵收作出判斷時支持比例原則的立場而言，比例原則標準審查是除了國內法和國際法體系都採取得普遍性的法律原理以外，還作為一般法原則也將它適用於對國際投資法規作出解釋。鑑於各國當前的政治、社會和經濟狀況，作為就投資者的私人利益與地主國追求的公共利益之間的利益衝突尋找平衡之手段，其判斷標準在每個仲裁案例中正在積極展開適用。如在國際仲裁判斷過程中反覆引入比例原則標準，則就對是否違反間接徵收作出判斷時，使爭議雙方可有效具備法律的穩定性和可預測性。¹⁰¹仲裁庭在國際投資實務中的主要職責之一是提出解決爭端的裁決結果和裁決理由。仲裁庭透過相關規範加以解釋來作出裁決，其裁決理由發展成國

註100：比例原則的優點在於，當行使國家權力時，依結構性的標準對衝突的利益進行權衡，並對案件作出判斷時以客觀方式適用之，限制如同法官或仲裁人一樣的判斷者之任意性判斷。Vadi, Valentina (2018), Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment law and Arbitration, Edward Elgar, 62-64. 惟比例原則本身是抽象的，含糊不清的。在進行仲裁判斷過程中，比例原則之法律根據或依比例原則對案件作出判斷概念之結構缺乏統一性，隨著比例原則及合理性原則並列使用，有時也會失去比例原則所代表的原本特性，因此也選擇不將比例原則適用於仲裁判斷中。Vadi, *Ibid.*, 106.

註101：Benedict Kingsbury & Stephan Schill, *supra* note. 72, 39-40.

際法下的法律原理。尤其是，在國際投資爭端解決機構對投資、司法和環境等的解釋功能，準確界定國際投資協定當事人和相關利害關係人之權利與義務的內涵和界限發揮重要的作用。如相關條款的內容含糊不清或沒有統一的標準時，則比例原則貢獻於仲裁庭對系爭的權利與利益之間的價值進行評估且尋找平衡，在細部內容進行綜合分析時，為對是否違反間接徵收作出判斷，提供可靠和連貫的法律邏輯。¹⁰²

二、比例原則標準之明確化

當對間接徵收作出判斷時，如果與間接徵收有關的投資規範在言文上的意思不明確，並就其規範內容與適用範圍沒有具體標準時，則可能會引入一貫的比例原則標準很不容易。此外，鑑於仲裁庭採取的間接徵收標準具有主觀屬性，需要制定系統性的比例原則之具體標準以防止喪失獨立性和平衡性之風險。¹⁰³比例原則標準審查旨在，當落實如同公共衛生、環境、人權等國家決策時，調整為實現公共利益而行使管制權的政府角色，並為對於遭遇地主國侵害的外國投資者予以法律保護而提供一種邏輯概念。因此，仲裁庭在適用比例原則時，需要更系統性的審查標準方式，即可以將案情的整體脈絡、目的等相關事項系統化。為克服比例原則的抽象性和模糊性，在國際投資爭端解決中心對比例原則三階段審查標準，制定具有法律約束力且詳細之指南，或者制定可以適用比

例原則的明確規定，同時，一併制定不具法律約束力的具體標準，以確保系統性的比例原則之適用。

三、比例原則標準對台灣公共政策的影響

間接徵收理論對是為了解決地主國政府為了實現公共利益而所採取的合法管制措施，與對外國投資者之私人利益之間的衝突問題，摸索解決方法所發展出來的。在國際投資法，間接徵收理論之內容自1990年代後半葉起，即透過NAFTA之投資糾紛案例來開始受到全球關注。尤其是，美國政府對間接徵收的認定標準很廣泛以積極保護外國投資者，這些美國政府的態度卻遭遇了美國國民和保守派人士的不滿。由於在美國國內甚至圍繞間接徵收的爭議越來越大，就美國政府在2002年制定「貿易促進授權（Trade Promotion Authority, TPA）」法案的過程中，於2004年11月修訂現有的BIT模範法，並引入2004年BIT模範法（2004 U.S. BIT model Law），從2003年以後簽署的FTA附件包括澄清間接徵收概念的條款。換言之，試圖在需要給予補償的間接徵收和不予補償的政府管制措施之間建立適當的界限。就各國的國際投資協定中的間接徵收而言，多數投資協定均通常規定認定間接徵收之主要考慮因素，如政府措施對投資者產生經濟層面的影響、投資者基於投資所生合理期待和政府措施的意圖、性質和目的等。此外，個別國家都採

註102：Caroline Henckels, *supra* note. 70, 254.

註103：Benedict Kingsbury & Stephan Schill, *supra* note. 72, 7, 22, 39.

取增訂特殊的例外情事之方式。¹⁰⁴

至今，就適用比例原則的國際投資仲裁案例分析後之觀察，本文認為，台灣法規¹⁰⁵或案例¹⁰⁶尚不需要對國際投資協定下的間接徵收過分擔心。這是因為在與管制性徵收有關的美國判例和國際仲裁案例中都出現的比例原則標準，已長久地在台灣憲法法院和最高法院案例所適用。¹⁰⁷

總之，作為間接徵收的認定標準，比例原則標準正在透過法院判決來適用於國內法的各個領域，例如憲法和行政法等。雖然各國在國際投資協定（如BIT、FTA）政策談判過程中，一些就引入間接徵收制度及投資者地

主國爭端解決（ISDS）機制表示憂慮，然實際上，就最近國際投資仲裁案例趨勢而言，仲裁庭強調，除了不會單方面支持投資者的立場，也對地主國的公共政策執行更加給予裁量權，尋求對於兩造當事人間的公益和私益之間平衡。

從多數投資仲裁判斷可以看出，儘管國家對公共部門作出的決策基於政策的目的與性質而採取合法性措施，但如其措施違背了外國投資者的合理且合理期待利益與可預測性，並侵犯其投資者的財產權程度超越社會制約水準時，則會發生投資糾紛。因此，地主國需要向外國投資者透明公開行使國家管

註104：以韓美FTA（條文內容請參照註腳57）為例，韓美FTA第11章附件11-B.3(b)作為「例外條款」之明文規定，締約之一方在特定境內為合法之公共福利等所採取與實施之非歧視性管制措施，不構成間接徵收。換言之，如公共衛生、安全及環境領域，在美國也將因其屬於政府合法管制措施之行使而被承認；又如不動產穩定價格政策，亦係因韓國政府為確保不動產政策之穩定性而確立。법제처（韓國法制處）（2007），〈한미FTA 투자부분 설명자료（韓美FTA投資部分說明資料）〉，第5-6頁。

https://world.moleg.go.kr/web/wli/rsrchReprtReadPage.do?1=1&AST_SEQ=316&CTS_SEQ=2288&ETC=（最後造訪日：2/22/2024）

註105：憲法第23條、行政程序法第7條、行政執行法第3條、集會游行法第26條、社會秩序維護法第19條第2項、警察職權行使法第3條第1項及土地法施行法第49條。全國法規資料庫

<https://law.moj.gov.tw>（最後造訪日：1/16/2024）

註106：例如、司法院釋字第364號、釋字第384號、釋字第392號、釋字第396號、釋字第409號、釋字第414號、釋字第436號、釋字第445號、釋字第471號、釋字第476號、釋字第491號、釋字第544號、釋字第551號、釋字第554號、釋字第603號、釋字第641號、釋字第644號、釋字第732號、釋字第733號、釋字第737號、最高行政法院101年度判字第953號、最高行政法院102年度判字第371號、最高行政法院102年度判字第570號等。憲法法院網站

<https://cons.judicial.gov.tw>；最高行政法院網站 <https://tpa.judicial.gov.tw>（最後造訪日：1/16/2024）

註107：大法官釋字第414號解釋首先在理由書中提及比例原則一詞，釋字第436號解釋，則是大法官首次在解文中直接明白指出「憲法第23條之比例原則」。至於比例原則內容的闡釋，大法官則是在釋字第471號才以最小侵害之要求以及目的、手段關聯性等來記憶描述。大法官釋字第732號解釋，「徵收人民土地除應該對土地所有權人依法給予合理及迅速之補償外，自應符合公用或其他公益目的之必要，始無違於憲法第二十三條之規定」。……「準此，其徵收除應為興辦該第三條所規定之事業外，其徵收土地之範圍，並應確為興辦該事業所必須」。胡博硯（2017），〈比例原則於土地徵收之適用——評大法官釋字第732號解釋〉，《東吳公法論叢》，第10卷，第502頁。

制權的決策過程，並持續告知投資者可能會影響到投資者的地主國政策。就外國投資者的角度而言，其投資者希望因地主國政府任意行使管制權而盡量其權益受到損害減少化；而如地主國政府依公共利益的需求變更或修訂公共政策時，必需在立法層面上建立政府政策的具體規劃，以保護投資者合理且合法性的期待利益。

陸、結論

最近，國際投資爭議由於地主國政府在公共衛生、環境、人權、能源和電信等各種領域為了實現公共利益所採取的管制措施侵犯外國投資者的經濟利益就產生的。由於上述的各種領域案情複雜，地主國行使管制權是否屬於需要予以補償之間接徵收，或即使地主國政府以善意為了公共目的而行使合法性的管制措施，然若其措施侵害外國投資者的私人利益時，則對其狀況是否屬於間接徵收作出判斷很不容易。在國際投資爭議過程中，對間接徵收作出判斷時尚無明確的統一標準，不過在這種情況下，2000年代以來，在國際投資仲裁庭對間接徵收作出判斷時，在現有標準（單一效果標準、目的標準）中補充引入比

例原則，以確保公平性、可預見性和法律穩定性。目前，地主國出於公共利益對外國投資者的投資所行使的管制權，造成外國投資者財產權的損害逾越社會可接受的限度，其行為構成間接徵收時，仲裁庭以兩造相互衝突的權利與利益之間的比例原則為標準來判斷合法利益之案件越來越多。比例原則適用於國際投資仲裁的問題就內容和標準而言尚存爭議，實際上，本文認為，在地主國行使管制權（公益）和保護外國投資者的私益之間作出判斷時，比例原則作為具有長期積累的公信力之法律原則，適用可能性將會持續增加。本文亦認為，雖國際投資爭議無法透過單一的法律原則之適用來解決，然透過依據政治、社會與經濟等諸般狀況來綜合評價、判斷的比例原則標準係以最有說服力的判準之一，對兩造當事人和其利害關係人均會產生廣泛的影響。若如同第一階段為適當性、第二階段為必要性和第三階段為狹義比例原則一樣，非是一律對間接徵收判斷標準進行階段化審查，而是制定出具體、系統性審查標準或類型化、多元的審查標準時，則在國際投資爭議中除提供上述之法律邏輯外，還進一步助於仲裁判斷的可預測性和法律見解穩定性。（完）

（投稿日期：2024年4月2日）