

雙邊投資協定徵收條款之研究

- 以臺灣、韓國比較研究為中心 -

朴栽亨*

網 要

壹、緒 論	肆、韓與各國間之雙邊投資協定徵收條款 比較研究
貳、雙邊投資協定概論	一、概說
一、雙邊投資協定之概念	二、徵收定義之比較
二、雙邊投資協定之形式	三、徵收合法性條件之比較
三、雙邊投資協定之現況	四、徵收補償方法之比較
四、雙邊投資協定之主要內容	伍、結 論
參、徵 收	一、臺、韓間未來簽訂 BIT 徵收條款之建議
一、徵收之意義	二、結語
二、徵收之變遷	
三、徵收方式	

壹、緒 論

今日海外直接投資在經濟成長及經濟開發上扮演了重要的角色，對開發

* 韓國國立濟州大學法律學系、國立臺灣政治大學法律學系碩士

中國家來說，亦成為引進外國資本的主要根據。在 1970 年代及 1980 年代，亞洲國家大規模的引進外國資本，發展了令人驚訝的經濟。進入 1990 年代，世界銀行或國際貨幣基金對開發中國家以貸款援助為條件實施結構調整政策，開發中國家只好採用自由經濟政策。此時，開發中國家因第三世界之對外負債危機而減少對外國的商業性貸款，而且因為國內儲蓄不足，使開發中國家深切感到引進外國資本的必要性，因而促進了資本自由化政策。(註一)

臺灣和韓國也順應這樣的世界自由經濟政策之潮流，兩國作為亞洲代表性的經濟開發中國家，從經濟方面來看，克服有限的資源和狹小的地理條件，而且為了促進本國經濟，透過 WTO 來推進貿易自由化政策，其間為了有效引進外國資本，更通過與各國簽訂國際投資協定來推進資本自由化政策。

2002 年 1 月臺灣加入多邊貿易協定的 WTO 之後，臺灣與韓國都成為 WTO 會員國。不過，迄今兩國間還沒簽訂雙邊投資協定。從 1992 年以來，因兩國間微妙的外交關係和類似的投資環境，造成兩國間消極性的投資交流，而這種消極性態度可能會影響兩國簽訂雙邊投資協定。不過，最近韓國之某企業向臺灣實施投資，顯示狀況已逐漸在改變，日後韓國投資者進入臺灣內投資可能會逐漸增加，而臺灣投資者將來有可能進入韓國投資。因此為了更加促進這樣的兩國間投資，以及為了保護兩國投資者所需要的國際性制度性機制。雙邊投資協定成為保護兩國投資者之投資財產「最有效制度性機制」，且本文認為臺灣和韓國之間的雙邊投資協定對兩國間的投資交流會將會有重要作用。

一般來說，建立投資規範之目的在於投資輸出國與投資輸入國之間，為促進與保護國際投資，不過由於這樣的投資規範具有國際性，若逕予適用各

註一：Kenenth J. Valdevelde. 1998. "Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties," *Columbia Journal of Transnational law* 36(3): 502. 參見 Kim chai-hyung, 雙邊投資協定的發展與國際習慣法的形成可能性，*國際地域研究 (GIAS)*, Vol. 8 No.3, 1999, 29p

國的國內法，將發生各種問題，例如侵犯國家主權。因此具有國際性的投資規範出現了，其中代表性的投資規範是「雙邊投資協定」(Bilateral Investment Treaty; BIT)與「多邊投資協定」(Multilateral Agreement on Investment; MAI)。不過於1998年12月3日「經濟合作暨發展組織」(Organization for Economic Cooperation and Development; OECD)的「多邊投資協定」制定失敗以後(註二)，在控制海外投資的多邊投資規範還沒確立的現況下，各國家多以「雙邊投資協定」作為解決與本國間有關之國際投資問題有效控制之方法。

在這樣的雙邊投資協定，理論解釋上引起爭論的領域中，其一便是「徵收條款」(Expropriation Clause)。關於徵收條款，傳統國際習慣法上已開發國家與開發中國家間，針對徵收(或國有化)之見解往往相左，如對外國人財產國有化的補償問題。由於多數雙邊投資協定之簽訂對象係已開發國家與開發中國家，以至於雙邊投資協定的內容存在各種解釋上的問題，尤其在雙邊投資協定的徵收條款產生之問題是(a)徵收標準(例如，「間接徵收(indirect expropriation)」、「相當於徵收效果的措施(measures tantamount to expropriation)」)，(b)徵收補償標準，(c)徵收補償之評價方法。投資協定上，對這三個問題尚無具體統一的標準。基於這樣的背景，我想要研究雙邊投資協定的一般概念與徵收的相關具體內容。在論文下半部分，則先觀察最近韓國、臺灣與各國所簽訂的雙邊投資協定之現況，其次則想要比較分析該協定的徵收條款。

註二：多邊投資協定(MAI)談判失敗的原因有以下幾方面：第一，歐美各國的非政府組織(NGO)認為，MAI推動投資自由化的結果將有可能引起開發中國家為引進投資降低環境和勞務標準，並強烈反對投資自由化；第二，關於地主國有義務利用仲裁程序(投資者可選擇的一個程序)來解決投資爭議的規定，包括已開發國家在內的部分談判方採取了反對的立場；第三，MAI試圖設定較高水準的有關保護投資與投資自由化的規則，對此參加談判的開發中國家和原社會主義國家則採取了反對態度。中川淳司、清水章雄、平覺、間宮勇，《日》國際經濟法，白巴根譯，北京大學出版社，2007.11，241頁

貳、雙邊投資協定概論

一、雙邊投資協定之概念

所謂「雙邊投資協定」(Bilateral Investment Treaty; BIT)係指，為了保護或控制外國人投資，資本輸出國和投資輸入國(地主國)之間所簽訂之投資協定。該協定係為了給予外國投資者地主國之國民同等待遇及放寬各類法律規制，並以保障雙邊協定簽訂國家間之自由投資為目的。(註三)該投資協定被稱為「投資保護協定(條約)」(Investment Protection Agreement/Treaty)，「促進與保護投資協定(條約)」(Agreement/Treaty for/on the Encouragement[Promotion] and Reciprocal Protection of Investments)，「投資保障協定(條約)」(Investment Guarantee Agreement/Treaty)，「投資獎勵協定」(Investment Incentive Agreement)等多樣類型。(註四)因此，兩國間之國際規範中採用協定或條約之形式，其內容包含投資待遇以及保護之規範，通稱「雙邊投資協定」。

雙邊投資協定一般為投資輸出國「已開發國家」和地主國「開發中國家」之間所簽訂。簽訂這種協定時，兩國對該協定之立場往往各不相同。投資輸出國「已開發國家」的立場是以本國之投資及投資者保護為目的，不過地主國「開發中國家」的立場則是以引進海外投資為目的。

雙邊投資協定能否滿足已開發國家和開發中國家間不同的目的，並不可知；且其雙邊投資協定中一些模糊的文字，實際上常難以適用，而且兩國透

註三：韓國國際經濟法學會，國際經濟法，博英社，2006.12，504-505 頁

註四：崔昇煥，國際經濟法，第 3 版，法英社，2006，806-807 頁；考慮雙邊投資協定形態之多樣性，可知國際習慣法上尚無統一的國際投資協定有關國際慣例。張勝和，雙邊投資協定研究，法務部，2001，6 頁

過協定所附屬的「議定書」或「換文」，對協定的規定納入許多的例外，以致於這樣的規定事實上幾乎多沒有具體的功能。從法律方面來看，雙邊投資協定有相當多的缺點，然而雙邊投資協定係修改地主國之本國法，來保護協定對手國的投資者，所以投資輸出國仍積極謀求簽訂協定。(註五)

二、雙邊投資協定之形式

一般來說，保護外國投資或外國投資者之雙邊投資協定大致分為兩種類型，一是主要兩國間之經濟、通商關係所規定之「友好通商航海條約」，其二是主要兩國間之投資關係所規定之「雙邊投資協定」。通常「友好通商航海條約」被稱為雙邊投資協定之前身，是因為從外國人投資保護的方面來看，「友好通商航海條約」對雙邊投資協定影響很大。其雙邊投資協定再可分為美國型「投資保障協定」和德國型「促進與保護投資協定」。該兩種雙邊投資協定是代表性的雙邊投資協定，所以在多數雙邊投資協定均以於該兩種投資協定為基礎各國引用該協定內容。此外，除該兩種雙邊投資協定外，還有其他國家雙邊投資類型。例如、英國、法國等雙邊投資協定。

1.友好通商航海條約

歷史上，美國引進「友好通商航海條約」(註六)(Treaty of Friendship, Commerce and Navigation; 以下稱為「FCN」)最早，以1778年美國和法國間之條約為起源。一般以第二次世界大戰作為標準，來區分說明能將FCN。

第二次世界大戰以前之FCN於18世紀後半期，大部分歐洲強國之間所締結之條約，主要係調整兩國間之友好通商關係。雖然在該FCN包含外國

註五：Kim Kwan-ho，投資保護相關國際規範，對外經濟政策研究院，1996.12，11頁

註六：主要是為消除不利於國際商品或資本流通的國家限制措施或歧視性的待遇，而資本主義國家與半殖民地國家之間所簽訂的此類條約則往往是主權不平等條約。易建明，國際投資法，翰蘆圖書出版，2002.3，155頁；韓國於1948年與美國簽訂了「韓美友好航海通商條約」。

商人、外國產業以及投資保護有關條款，不過該 FCN 的主要內容不是對外國法人之保護而是對外國商人之保護。(註七) 換言之，第二次世界大戰以前之 FCN 因為在兩國間之通商關係只容許外國商人之貿易活動，不包括法人(公司)之直接投資問題。從而在該 FCN 中有關外國人待遇之重點為外國人之保護。嗣後，從 1911 年起，美國於 FCN 條約上新制定一項專門條款(特別規定將海外私人投資企業、公司等社團列為受保護對象)。(註八)

第二次世界大戰之後，美國成為世界上主要資本輸出國之一，海外直接投資形式上也占國際經濟交易主要的位置。美國為了保護本國人之外國財產而與各國家開始締結新 FCN 條約，該 FCN 包括了不僅貿易、海運、投資，個人出入境自由、非經正當程序不得逮捕之自由，起訴權有關個人權利保護等之。雖然新 FCN 與第二次世界大戰以前之 FCN 條約在外國投資有關條款不同，但是新 FCN 基本上也將重點放在貿易活動(註九)。

1960 年代後半期，打算公認自由國際經濟體制之市場經濟，已開發國家雖然仍有決定性的影響力，但從國家數目而言，於國際舞臺上變成少數國家。社會主義國家和第三世界之開發中國家為了擴張它們的政治影響力和促進經濟開發，要求重組國際經濟秩序。隨著這樣國際社會變化，美國很難與開發中國家簽定新的 FCN。(註十) 1970 年代末期，國際社會於國際投資領域關於國有化、徵收補償問題之立場各有不同。已開發國家主張「國家實行徵收時，必須迅速、充分、有效補償」，但社會主義國家認為沒有足夠的補償因素，與外國協議補償因徵收措施而受害的外國投資者。開發中國家主

註七：M.sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press : 1994, 229-230p

註八：餘顯松，*國際投資法*(第 2 版)，法律文化社，2003.8，212 頁- 1911 年以後美國開始在條約中列出專門條款，把海外私人投資經營的企業、公司等社團規定為受條約獨立保護的對象。

註九：Rudolf Dolzer and Margrete Steven. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers: 1995, 10p

註十：Kim chai-hyung, 同前揭文，31 頁

張「補償計算因素多樣」，拒絕「迅速、充分、有效的補償標準」。(註十一)已開發國家透過以兩國間之貿易為中心而構成的 FCN，並無法成為保護外國投資的合理手段。因此，美國政府改變原有態度，自 1960 年代起，美國為了保護本國之海外投資，開始引進雙邊投資協定。(註十二)

2. 美國型「投資保障協定」

(North American Model-Investment Guarantee Agreement)

「投資保障協定」(Investment Guarantee Agreement)，主要是美國、加拿大與其他外國所締結的協定，屬於不必經國會批准或同意的「行政協定」。因為對海外投資者之非商業性風險 (Non-commercial Risk ; 如政治風險)，投資者本國政府保障其投資者之損害，與現行雙邊投資協定的形式不一樣。投資保障協定被稱為「美國型投資保障協定」，此類協定通常採用換文的方式。(註十三)

第二次世界大戰之後，隨著美國對外投資的不斷擴大，特別為了配合「馬歇爾計劃」(歐洲復興計劃 ; Marshal Plan)(註十四)實施，美國開始實行「海外投資保險制度」，並以國家間訂有雙邊投資保障協定為實施其「海外投資保險制度」的前提。

註十一： Kenneth J. Vandeveld. "Sustain Liberalism and the International Investment Regime." Michigan Journal of International Law.(2): 1998, 381-386p

註十二： FCN 和 BIT 於兩部分有區別；第一，FCN 相對於投資問題，主要規定兩國間之貿易關係、海商關係、領事關係等；第二，BIT 主要被已開發國家和開發中國家之間所締結，但 FCN 主要被多數開發中國家之間所締結。UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, 1998, 8p

註十三： S. Zamora and R. Brand(eds.), supra note 46, pp. 669~672(Model OPIC Investment Incentive Agreement) 參見 崔昇煥，同前揭文，807 頁

註十四： 馬歇爾計劃 (The Marshall Plan)，官方名稱為歐洲復興計劃 (European Recovery Program)，是二戰後美國對被戰爭破壞的西歐各國進行經濟援助、協助重建的計劃，對歐洲國家的發展和世界政治格局產生了深遠的影響。仔細內容參考：<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E9%A9%AC%E6%AD%87%E5%B0%94%E8%AE%A1%E5%88%92>

根據美國「海外投資保險制度」，資本輸出國保障美國人之非商業性風險，例如，地主國之徵收措施或外匯移轉限制措施等。美國為了很容易地實行該保險制度所保障之政治風險，積極締結投資保障協定。

資本輸出國和地主國之間所締結的投資保障協定以兩個方式預防徵收措施有關問題；(a) 因為保障被地主國所承認之投資，減少徵收措施之可能性；(b) 在發生徵收措施時，投資者從其本國保險機關迅速受到補償，承受投資者權利之該保險機關，按保障協定實行爭端解決程序。因此，投資保障協定必然包含投資之「事後處理程序」(如投保投資保險、代位償還、依仲裁來爭端解決) 有關內容。

3. 德國型「促進與保護投資協定」

促進與保護投資協定是歐洲部分先進國家與開發中國家簽訂的投資保障協定，其中以聯邦德國最為典型，因而又稱為德國型的「促進與保護投資協定」(European Model-Agreement for Promotion and Protection of Investment)。(註十五)

德國採用「促進與保護投資協定」的理由，是以歷史上背景為起因。與以西歐為對象之美國進攻性的海外投資活動不同。從第二次世界大戰後起，由於世界上以開發中國家為中心從殖民地獨立的國家和社會主義國家之出現，投資財產的國有化或徵收等之「非商業性風險」也逐步開始增加。(註十六) 第二次世界大戰以前，以本國的殖民地為中心進行投資活動之英國、德國、法國、比利時等西歐國家之投資財產面臨於國有化或徵收之風險，它們為了預防非商業性風險，需要具體的國際投資規範。

在這樣背景下，第二次世界大戰後許多從殖民地獨立的國家中心，對德

註十五：易建明，同前揭文，168 頁

註十六：伊朗在 1951 年對與英國合作公司「伊朗石油公司」實行了國有化，埃及也對在 1956 年與英國合作開發的「蘇伊士運河」實行了國有化。

- Han chan-sik 外 2 人，KIET(韓國產業研究院)，韓日投資協定解說，2003.7，10 頁

國在開發中國家之投資財產實行國有化，德國為了保護海外之本國財產，與開發中國家簽訂了「促進與保護投資協定」。(註十七)

此類協定與美國型的雙邊投資保障協定比較起來，更注意對實體問題的規定，其規定更為詳細、具體，如規定投資者的待遇標準、國有化或徵收的條件、政治風險的保證等，協定對程序問題也都有明確地規範。(註十八) 值得注意的是，美國自 1977 年以後也開始採用促進與保護投資條約來保護投資。(註十九) 從而，自 1977 年至 1981 年，美國為了談判時所需要的模範法準備了 4 年，1982 年美國與巴拿馬首次簽署了「促進與保護投資雙邊條約」，向德國制度靠攏。

三、雙邊投資協定之現況

1990 年代以後雙邊投資協定數量急劇增加，根據「聯合國貿易和發展會議」(簡稱 UNCTAD) 的統計，截止 2008 年底，國際上雙邊投資協定的數量為 2,676 個。1960 年代初期為簽訂多數雙邊投資協定之趨勢，歐洲已開發國家與非洲國家之間簽訂了雙邊投資協定。根據聯合國貿發會統計，1970 年代至 2009 年 6 月，主要歐洲已開發國家締結雙邊投資協定之國家數量為瑞士為 105 個、英國為 103 個、法國為 100 個、荷蘭為 96 個、意大利為 95 個、奧地利為 63 個。(註二十)

自 20 世紀中期起，美國的 FCN 日益衰退下去，歐洲國家之雙邊投資協

註十七：美國型「投資保障協定」，係為了支持美國活躍的海外直接投資具有進攻性的性質，與初期的德國型「促進與保護投資協定」，從徵收或國有化等非商業性風險為了保護(已向殖民地進入的德國、英國等)西方國家所有之直接投資財產具有防禦性的性質不同。可是從 1990 年代以來，「促進與保護投資協定」包含「投資自由化」，該協定也變成進攻性的性質，尤其美國也把「促進與保護投資協定」引進開發中國家，以作為市場開放投資自由化之手段。— 同前揭文，10 頁

註十八：易建明，同前揭文，168-169 頁

註十九：餘頸松，同前揭文，214 頁

註二十：UNCTAD, Total number of Bilateral Investment Treaties concluded, 1 June 2009

定則取得很大的成果，美國因受到歐洲國家投資協定成功的刺激，於 1977 年 8 月，開始簽訂雙邊投資協定，可是因為雙邊投資協定內容於國內協商耽誤，故自 1981 年 12 月起美國才與開發中國家開始簽訂雙邊投資協定。(註二十一) 美國自 1980 年初至 2009 年已與 46 個國家簽訂了雙邊投資協定。(註二十二)

在亞洲，2009 年中國大陸與最多國家簽訂了雙邊投資協定(123 個國家)，其他亞洲國家中積極簽訂雙邊投資協定之國家如下；韓國(92 個國家)、馬來西亞(66 個)、印尼(62 個)、越南(52 個)、新加坡(35 個)等。自 1994 年印度與英國簽訂雙邊投資協定起，迄 2009 年，印度與 75 個國家簽訂了雙邊投資協定。日本就投資與貿易比起來，更注重貿易，所以比其他已開發國家所簽訂的雙邊投資協定數量還少(15 個國家)。臺灣 2009 年已與 21 個國家簽訂雙邊投資協定，有效的雙邊投資協定有 15 個。

拉丁美洲國家自 1990 年初起積極參加了雙邊投資協定之協商，拉丁美洲國家與歐洲、亞洲等其他國家比起，簽訂雙邊投資協定之時期比較落後。因為拉丁美洲國家早期反對外國投資有關國際規則。1896 年阿根廷之著名國際法學家「卡勒斯 卡爾沃」(Carlos Calvo)主張，各國主權平等和內外國人待遇平等。各國主權平等，一國不得干涉他國內政；內外國人待遇平等，外國人的請求就不得成為國際請求，外國人的待遇只能是國民待遇而不能是國際標準待遇。多數拉丁美洲國家進入 20 世紀之後也支持了「卡爾沃主義」(Calvo doctrine)，這樣的立場明顯反映於 1969 年依據「卡塔赫納」協定(Cartagena agreement)之「安第斯外國投資法」(Andean Foreign Investment Code)。(註二十三)

註二十一：Kenneth J. Vandevlede "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal." in the Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties. American Society of International Law Proceeding: 1992, 536.

註二十二：UNCTAD, Total number of Bilateral Investment Treaties concluded, 1 June 2009

註二十三：同法(Code)第 27 條規定，締約國採用外國投資待遇相關共同制度，按照該規定，安第斯委員會(Andean Commission)在 1970 年 12 月 30 日採用「Decision 24」⁵ Decision

2009 年，簽訂雙邊投資協定之主要拉丁美洲國家如下；阿根廷（58 個國家）、智利（51 個）、秘魯（32 個）、烏拉圭（28 個）、玻利維亞（22 個）、厄瓜多爾（19 個）。

傳統上，東歐國家採用社會主義不喜歡外國人投資，不過自 1980 年代起，在東歐引進西方市場經濟，東歐國家之經濟情況就改變了。羅馬尼亞和南斯拉夫自引進市場經濟以前開始簽訂了雙邊投資協定，東歐經濟體制轉換市場經濟之後，其他東歐國家也開始簽訂了雙邊投資協定；例如，羅馬尼亞（92 個國家）、捷克（78 個）、保加利亞（67 個）、波蘭（62 個）、匈牙利（58 個）。（註二十四）

四、雙邊投資協定之主要內容

如上所述，雙邊投資協定（BIT）與友好通商航海條約（FCN）之內容不同，只以投資有關內容為主之兩國間所簽訂的投資協定。在協定內容上各國家有所不同，不過協定基本架構上，大多數雙邊投資協定之架構則類似。雙邊投資協定之架構大分為：（a）用語定義等協定之適用範圍；（b）國民待遇、最惠國待遇、徵收、補償及移轉等實體性權利規定；（c）代位權、爭端解決程序等程序性權利規定；（d）協定生效有關事項等其他規定。（註二十五）

1. 協定前文

在協定前文宣布，雙邊投資協定之一般目的。各國之協定前文句上有所不同，但協定前文之內容大致類似。

24」之基本內容如下，（1）不得比內國民投資者給予外國投資者優惠待遇（2）使會員國不制定外國投資者在資本輸入國之管轄權外可解決爭端的立法。不過嗣後這樣的「Decision」幾次修改了，對外國投資之限制被放寬，而且幾個國家立法以引進外國投資為目的有關法律。Kim chai-hyung，同前揭文，37 頁

註二十四：UNCTAD，Total number of Bilateral Investment Treaties concluded，1 June 2009

註二十五：Han chan-sik 外 2 人，同前揭文，13 頁

根據 2004 美國雙邊投資協定模範法 (註二十六)，前文簡介如下：(a) 在另一方締約國之領土就一方締約國之國民或企業之投資，欲促進雙方締約國間之更多的經濟合作；(b) 投資待遇有關協商促進雙方締約國間私人資本 (private capital) 流動以及經濟發展；(c) 對投資之穩定的架構使經濟資源之有效利用最大化、提高生活水準；(d) 經濟以及事業有關義務之發展改善對國際上承認的勞動者權利之尊重，在與健康、安全、環境保護一致的措施，欲達到其目的。

協定前文儘管原則上不具有法律拘束力，但在「維也納條約法公約 (Vienna Convention on the Law of Treaties)」第 31 條 (註二十七) 之「解釋之一般規定 (General rule of interpretation)」出現了以協定前文對協約本文之法律釋義為根據。

註二十六：The Government of the United States of America and the Government of [Country] (hereinafter the “Parties”); *Desiring* to promote greater economic cooperation between them with respect to investment by nationals and enterprises of one Party in the territory of the other Party; *Recognizing* that agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties; *Agreeing* that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards; *Recognizing* the importance of providing effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment under national law as well as through international arbitration; *Desiring* to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights; *Having* resolved to conclude a Treaty concerning the encouragement and reciprocal protection of investment; Have agreed as follows:[...]

2004 Model BIT-<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>

註二十七：**Vienna Convention on the Law of Treaties Article 31 General rule of interpretation**

1.A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2.The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

2. 雙邊投資協定之適用範圍

協定之適用範圍可大為物質的適用範圍（投資）、人的適用範圍（投資者）、空間性適用範圍（領土）、時間性適用範圍（生效條款），依用語定義而改變協定之適用範圍。

(1) 投資 (Investment)

在雙邊投資協定，法律上沒有公認投資的標準。傳統上，以投資保護為目的雙邊投資協定之「投資」定義範圍比較寬泛，這樣的投資定義採用邊境間資本移轉（狹義之投資）（註二十八）和實質上於締約國領土內投資者之所有的有形、無形之資產（廣義之投資）。

各國雙邊投資協定之投資定義有區別，例如歐洲型投資協定和美國型投資協定間之投資定義上即不相同。由於歐洲型投資協定普遍以投資保護為目的，因此以準入後（post-establishment）投資為中心適用廣義之投資；例如，基於資產的定義（asset-based definition of investment），不過在美國型投資協定之投資定義一般適用狹義投資。

美國型投資協定原來採用廣義投資方式之開放式投資定義，不過 1994 年北美自由貿易協定（NAFTA）採用「例舉清單投資定義方式」（closed-list definition of investment）之後，因全球投資自由化，與徵收國經濟主權發生了衝突問題。於是，2004 美國 BIT 模範法開始採用開放式投資定義與例舉清單投資混合方式的「混合式或循環式投資定義」（tautological or circular definition of investment）。關於各投資定義概念，具體說明如下：

「基於資產」投資定義（Asset-based definition）普遍使用於歐洲型雙邊投資協定，在多數雙邊投資協定持續採用廣泛的「基於資產」投資定義。「基

註二十八：Given that different kinds of investment may have different economic implications and a different impact on development, the parties to a BIT may not wish to promote and protect all investment flows in the same manner. *Thus, many BITs have narrowed the definition of "investment" in various ways.* UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 Trends in Investment Rulemaking*, 7p

於資產」投資定義之主要目的是盡可能保障多種類型之投資保護。「基於資產」投資定義係指「各種資產」(every kind of asset 或 any kind of asset) (註二十九)

美國的雙邊投資協定模範法對投資列舉得更多一些，除上述幾項外，還包括「依法頒發的許可及類似的權利」(licenses and permits issued pursuant to law...)，以及「由法律或契約賦予的任何權利」(any right conferred by law or contract...)，即依法地主國取得的「公法權利」(Public Law Rights)。在條約中對此作出規定，其效果是使這些公法權利一旦給予就不得撤回。這種做法有利於保護投資，但卻限制了地主國的主權。(註三十)

「基於企業」的投資定義 (Enterprise-based definition) 是將投資定義為企業。換而言，為了一國之實體企業持續提高收益，在另一國家內建立的實體企業。前面的實體企業係指「投資者」，後面的實體企業係指「直接投資企業」。「持續收益」係指，投資者和每個投資企業間之存在的長期性關係，投資者對投資企業具有一定的影響力。「基於企業」的投資定義限於直接投資，直接投資有利於地主國引進緊急所需的資金和技術。(註三十一) 「基於企業」的投資定義採用「美國-加拿大自由貿易協定」(U.S.-Canada Free Trade Agreement) (註三十二) 和 1998 年「東南亞聯盟之關於投資區的框架協定」

註二十九：M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. Cambridge University Press, 2004, 221-222p; (a) 動產(movable)、不動產 (immovable property) 和任何其他財產權利; (b) 公司的股份 (shares)、股票 (stock) 和債券 (debentures) 或該公司財產中的權益(other interest); (c) 對金錢的請求權 (claim to money) 或通過契約具有財政價值 (a financial value) 的行為請求權 (any performance); (d) 著作權 (intellectual property rights)、商譽 (goodwill) (e) 經營特許權 (business concession), 包括自然資源有關的特許權 (concession relating to natural resources)。

註三十：M. Sornarajah, *ibid*, 222p

註三十一：金汝善，國際投資法上投資定義有關法的爭論之考察，濟州大學，2007，4 頁

註三十二：Article 1116 Investment means: a) the establishment of a new business enterprise, or b) the acquisition of a business enterprise; and includes: c) as carried on, the new business enterprise so established or the business enterprise so acquired, and controlled by the investor who has made the investment; and d) the share or other investment interest in such business enterprise owned by the investor provided that such business enterprise

(Framework Agreement on the ASEAN Investment Area)(註三十三)。(註三十四)

「混合式」投資定義(Tautological element in the definition of investment)最初出現於 1998 年「經濟合作暨發展組織」(Organisation for Economic Co-operation and Development ; OECD)之「多邊投資協定」(Multilateral Agreement on Investment ; MAI)，從 2004 年以來，美國繼承了「混合式」投資定義方式。(註三十五)

「列舉清單」的投資定義(Closed-list definition of investment)旨在避免對「投資」作出過於寬泛的定義，與寬泛的「基於資產」的投資定義不同，它沒有包含定義「投資」的一般性概念，而是由該協定涵蓋的有形、無形財產的例舉清單構成。不過有形、無形財產之清單限於協定上。此類投資定義方式原先是設計為美國-加拿大自由貿易協定(美-加 FTA)本文採用的「基於企業」的投資定義，嗣後發展 NAFTA 第 1139 條採用的定義，近幾年的雙邊投資協定也開始採用該方式，如 2004 加拿大 BIT 模範法。(註三十六)

(2) 投資者

所謂「投資者」，一般是指具有締約國國籍的自然人和法人，問題在於，特定投資者需要與締約方具有何種關係以證明其應受特定雙邊投資協定的保護。這通常取決於該投資者是「自然人」還是「法人」。因此，雙邊投

continues to be by such investor.

註三十三： **ARTICLE 2 Coverage** This Agreement shall cover all direct investments other than; (a) portfolio investments; and (b) matters relating to investments covered by other ASEAN Agreements, such as the ASEAN Framework Agreement on Services.

註三十四： 餘顯松，同前揭文，220 頁

註三十五： Paul E. comeaux, N. Stephan Kinsella, *Protecting Foreign Investment under International Law, Legal Aspects of Political Risk*, Oceana Publication Inc., 1997, 105p; OECD Secretariat, *supra note*^⑦, 5p; 變革期雙邊投資條約實踐述評，曾華群，國際經濟法學刊，第 14 卷 第 3 期 (2007)，北京大學出版社，10 頁

註三十六： *ibid*，10p

資協定對兩類投資者分別作出規定。

對自然人 (Natural Person) 來說，絕對多數雙邊投資協定保護具有締約一方國籍的人。因此，締約一方國民的典型定義是指由締約一方國內法承認國民或公民的自然人。(註三十七)

對法人 (Legal entities) 來說，「公司」的定義不同於國際法中的傳統概念 (一般採用「設立地 (incorporation)」或「總公司所在地 (principle seat, seat of management 和 siege social)」之標準) (註三十八)。國際法院 (ICJ) 在「巴塞羅那機車案」(Barcelona Traction Case) 中，表明了對在海外投資的公司實行外交保護的「設立地規則」(...in which it is incorporated,)。不過雙邊投資協定對公司國籍決定問題未作出明顯的標準。例如、日本和斯里蘭卡間之雙邊投資協定上在公司國籍決定問題採用以控制和重大影響為標準 (註三十九)，而且一些國家英美法系統之「公司設立地理論」(theory of the place of incorporation of constitution) (註四十) 和大陸法系統之「總公司所在地地理論」(siege sociale theory) 適用於各個雙邊投資協定上。例如，新加坡和英國間之雙邊投資協定規定「以設立於英國之公司為英國公司」，不過新加坡和德國間之雙邊投資協定規定「以總公司置於德國之公司為德國公司」。英美法系統的英國也對公司國籍之決定沒有一致性，英國和菲律賓間之雙邊投資協定規定選擇了大陸法系統之「總公司所在地」理論。(註四十一)

(3) 空間性適用範圍

雙邊投資協定之空間性適用範圍(Geographical application)，由「領土」之定義所決定。將此類的用語作出定義之目的，並不是劃定各締約國之領土

註三十七：UNCTAD，Bilateral Investment Treaties 1995-2006 Trends in Investment Rulemaking，13p

註三十八：金大淳，國際法論，第 15 版，三英社，2010，726 頁

註三十九：Agreement Concerning the Promotion and Protection of Investment. Mar. 1, 1982. Japan-Sri Lanka Agreement. Article 12(2).

註四十：BIT between Sierra Leone and the United Kingdom (2000)

註四十一：Kim chai-hyung，同前揭文，43 頁

界限，僅係於國內法上一般使用了此類用語。(註四十二)

一般的「領土」之定義，依國際法各締約國於「領土」內包含行使主權和管轄權之海區 (maritime area)，(註四十三) 而且「領土」一般包括「大陸棚」(the continental shelf) 和「專屬經濟區」(the exclusive economic zone)。最近多數雙邊投資協定包含「領土」之定義條款，而各締約國簽訂的雙邊投資協定上規定，「對海區之主權或管轄權行使明確地參照於國際法」。(註四十四)

無論海區之主權或管轄權具有重要的意義，最近絕對多數雙邊投資協定不討論該事宜，一些雙邊投資協定包含「領土」之定義，而無明確相關標準，僅僅參考各國之管轄權行使。(註四十五) 可是最近一些雙邊投資協定對「領土」的適用範圍更加具體作出定義。如 2004 加拿大 BIT 模範法第 1 項。(註四十六)

(4) 時間性適用範圍

在雙邊投資協定談判中，涉及適用期間 (Application in time) 主要有兩個問題：(a) 特定雙邊投資協定是否適用於該協定生效之前所作的投資；(b) 該協定適用期限的確定，即其存續期間和終止。(註四十七)

依「維也納條約法公約」(Vienna Convention on the law of Treaties)，雙

註四十二：UNCTAD，1999a；UNCTAD，Ibid，13p

註四十三：North Sea Continental Shelf Cases(Federal Republic of Germany/Denmark)，ICJ Reports(1969)，para. 96；Aegean Sea Continental Shelf Case(Greece v. Turkey)(Jurisdiction)，ICJ Reports(1978)，para. 86；Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain(Qatar v. Bahrain)，ICJ Reports(2001)，para. 185.；Case concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea(Nicaragua v. Honduras)，Judgment of 8 October 2007，para. 113；金大淳，國際法論，第 14 版，三英社，2009.3，840 頁

註四十四：BIT between Australia and India (1999)

註四十五：BIT between Egypt and Thailand (2000)

註四十六：參照 2004 加拿大 BIT 模範法第 1 項。

註四十七：UNCTAD，Bilateral Investment Treaties 1995~2006 Trends in Investment Rulemaking，19p

邊投資協定像其它國家協定一樣一般沒有溯及效力，因此在雙邊投資協定之權利、義務只是適用於協定生效之後或未來會發生的事實行為。(註四十八)不過這樣的話，在簽訂雙邊投資協定當時如何適用於現有的投資會有疑問。

最近雙邊投資協定的趨向是對特定雙邊投資協定生效之前和生效之後的投資均予以保護，同時也規定，不適用於該雙邊投資協定生效前已產生或已解決的投資爭端或權利請求。(註四十九)不過所有的雙邊投資協定效力不涉及到現有的投資(事前投資)，有些雙邊投資協定明確規定可適用於特定日期之後實施的投資。

關於雙邊投資協定適用期限的確定，與其他國際條約不同，雙邊投資協定通常規定一個最低限度的固定期限。其合理性在於，為締約雙方的投資提供適用於其投資高度穩定性和可預見性的國際法制，由此公認有利於其商務經營的穩定環境。(註五十)最近雙邊投資協定之期限趨向是，規定雙邊投資協定的最初期限為 10 年或 15 年。(註五十一)也有一些雙邊投資協定規定協定持續有效，直至締約一方通知締約對方其終止該協定的意願。(註五十二)

3.-投資之準入和設立條款(Admission and establishment of investment)

在雙邊投資協定中所謂「投資準入」(Admission of investment)，是指締約雙方允許對方投資進入本國境內的一般規定，通常表明了地主國政府對外來投資的態度或立場。所有雙邊投資協定都作了有關投資準入的規定。一些雙邊投資協定，包括美國簽訂的所有雙邊投資協定，要求在投資準入階段實行有條件的國民待遇，即保留某些部門，如民用航空、電訊的金融機構作為

註四十八：Ibid，19p

註四十九：Ibid，19p

註五十：Ibid，20p

註五十一：BIT between Argentina and NewZealand (1999)、BIT between Finland and the Philippines (1998)

註五十二：BIT between the Democratic People's Republic of Korea and Thailand (2002)

例外，其他領域對外資自由開放。為包含在投資準入階段實行國民待遇的雙邊投資協定通常規定，締約法規允許締約對方的投資依前揭法律、法規和規章進入前者境內。(註五十三)

在最近雙邊投資協定實踐中，由締約雙方決定外國投資者的「準入和設立」(admission and establishment)仍居主流地位。此類雙邊投資協定規定，締約對方投資者的投資只有在符合地主國立法的情況下，才能被批准。這就是所謂的「準入條款」(admission clause)。它允許地主國實施對外國投資的準入和審查機制，由此確定外國投資準入的條件。(註五十四)「準入條款」的另一種表現方式是，除非雙邊投資協定另有規定，無論地主國是否建立外國投資的準入和審查機制，對地主國而言，不存在「禁止有關影響外國投資設立的歧視性立法」之義務。(註五十五)

在雙邊投資協定中含有「設立權(right of establish)」規定者越來越多。所謂「設立權」是在投資設立階段和設立後，給予外國投資者以國民待遇和最惠國待遇。投資者在對方境內將享有不低於地主國本國投資者和其他任何第三國投資者的待遇。(註五十六)

4.對外國人投資之一般的待遇

在雙邊投資協定中，外國投資的待遇標準(General standards of treatment)一般可分為兩大類：一是絕對待遇標準，指締約方根據國際法公正與公平地對待來自締約對方的投資，無論其對來自本國國民和第三國國民的投資待遇如何，即「公正與公平待遇」標準；二是相對待遇標準，指締約方給予來自締約對方的投資與基本國國民和第三國國民同等的待遇標準，即「國民待遇」

註五十三：曾華群，同前揭文，12-13頁

註五十四：BIT between Ethiopia and the Russian Federation (2000)

註五十五：UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995~2006 Trends in Investment Rulemaking, 21-22p

註五十六：ibid, 23p; BIT between Canada and Costa Rica(1998)

和「最惠國待遇」標準。

(1) 絕對標準 (公正與公平待遇)

雙邊投資協定為了明確投資待遇一般有一個或幾個原則如下，如判斷共同或個別予以投資之待遇是否滿意，解釋特別條款如何適用於特定情況。(註五十七) 由於「公正與公平待遇」內容比較抽象，在國際法上較不受關注，不過在雙邊投資協定之爭端解決時，往往成了仲裁判斷標準，開始被國際社會矚目。(註五十八)

這樣的「公正與公平待遇」與「國民待遇」、「最惠國待遇」不同，是從地主國之本國法分開的 (非依地主國主觀意思決定) 基礎性之標準。不過在國際投資協定上對「公正與公平待遇」仍然沒有明確標準。

最近雙邊投資協定實務中，絕大多數包含了「公正與公平待遇」標準的規定。一些雙邊投資協定還將該標準結合「充分保護與保障」(full protection and security) 原則和「國際最低標準」(international minimum standards)。雙邊投資協定採用不同的解釋方法，例如，稱「公正與公平待遇」標準並不意味著高於國際習慣法規範，或稱該標準為國際法的「參考」(reference)，或將該標準與不歧視待遇聯繫。

於 1994 年美國雙邊投資協定模範法第 2 條第 3 項規定，締約一方應給予來自締約對方的投資「公正與公平待遇和充分保護與保障，且應在任何情況下給予不低於國際法所要求的待遇」。這規定意味著，依據國際法已有要

註五十七：UNCTAD 1998；“公平與公正待遇”條款獨立於最惠國待遇條款和國民待遇條款的原因是，即使在未規定不歧視待遇條款情況下，也明確表明適用於外國投資待遇的最低國際行為標準。關於國際投資協定中公平與公正待遇的系統論述，參見陳輝萍，黃玉梅：《國際投資協定中公正與公平待遇標準的新發展》，載於《國際經濟法學刊》第 13 卷第 3 期，北京大學出版社，2006 年，第 1-29 頁；曾華群，同前揭文，18 頁

註五十八：仲裁の場で、投資家がホスト国の公正待遇義務違反を主張し、仲裁廷が広く認めただからである。小寺彰，投資における「公正かつ衡平な待遇」，RIETI Discussion Paper Series 08-J-026, 2008.3, 1 頁

求，即使不存在雙邊投資協定，也要以「國際最低標準」待遇約束締約各方。（註五十九）NAFTA 第 1105 條規定了「公正與公平待遇」，即每一締約方得依據國際法給予締約他方投資者以待遇，包含公平和公正待遇以及全面的保護和安全。這一表述與美國以及它的雙邊投資條約範本的規定稍有些不同。在 NAFTA 早期的案例中，有關投資者基於各種理由指控有關政府違反「公正與公平待遇」的規定，而仲裁庭也傾向於對公正和公平待遇作廣泛的解釋。（註六十）

此外，NAFTA 以外的仲裁裁決中，尤其是對於「國際投資爭端解決中心」（ICSID），這項標準被解釋為表達了「誠實信用原則」（Good Faith Principle）和「信賴保護原則」。（註六十一）最近的 ICSID 裁決認為，在採取積極行動的時候，各國有義務遵守「公平待遇」的原則，同時禁止地主國政府利用其從屬機構的行為來為自己開脫責任。違反「公平待遇」原則將引起複雜的金錢上的索賠。在新的投資爭端仲裁實務中的明顯的趨勢是，在有關對投資利潤侵害的賠償訴訟中並不以徵收為理由（常常是很難成立），而是以法律保護的誠信原則也即「公平待遇」被損害為由。

(2) 相對標準

A. 國民待遇

所謂「國民待遇（National Treatment；NT）」係指在締約國一方領域內，對締約國另一方國民及貨品，與本國人及本國貨品享有同等的權利，也被稱為「內外國民平等待遇」。（註六十二）在友好通商航海條約（FCN）、FTA

註五十九：Paul E. Comeaux, N. Stephan Kinsella, *supra* note 1, 106p

註六十：餘頭松，同前揭文，224 頁；小寺彰，投資における「公正かつ衡平な待遇」，RIETI Discussion Paper Series 08-J-026，2008.3，6-8 頁

註六十一：TECMED 案，Matthias Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2007 (江清云等譯，上海人民出版社) 279 頁；小寺彰，投資における「公正かつ衡平な待遇」，RIETI Discussion Paper Series 08-J-026，2008.3，10~14 頁

註六十二：崔昇煥，同前揭文，178 頁

或 GATT 以及 WTO 協定 (註六十三) 有關貿易協定中，一般均已加「國民待遇條款」(National Treatment Clause)。

在雙邊投資協定上「國民待遇」典型的規定是，地主國給予外國投資者不低於地主國給予其本國投資者的待遇。(註六十四) 亦即，國民待遇要求一國以對待本國國民之同樣方式對待外國人，使外國人與本國人享有同等的待遇。由於它有確切的標準可循，因此成為國際上關於外國人待遇的最重要的制度之一。

傳統上，在有關外國人損害的國家責任問題上，分歧甚大。許多拉丁美洲國家和資本輸入國主張適用「外國人待遇的內國標準」(the national standard of treatment of aliens)。《各國經濟權利和義務憲章》第 2 條第 2 款第 c 項 (註六十五) 也支持國民待遇原則。然而，在一些國家，鑒於國民待遇低於「國際最低標準」(an International Minimum Standard)，資本輸出國向來主張，應給予外國人國際最標準。由於各國給予其國民特權與國民分配對參加國家的特定經濟部分，享有國民待遇也有其利益，給予外國人國民待遇意味著外國人有權享有與內國國民同等的待遇。因此已開發國家傾向於支持「國民待

註六十三：在 GATT 以及 WTO 協定上國民待遇是以基本原則適用於商品貿易 (1994 GATT 第 3 條)、服務貿易 (GATS 第 17 條)、智慧財產權保護 (TRIPs 第 3 條)、與貿易有關的投資措施協定 (TRIMs 第 2 條)。1994 GATT (關稅暨貿易總協定) 第 3 條規範了內地稅及法規之國民待遇的問題，其第項規定為：「各締約成員咸認，內地稅捐、其他內地規費 (internal taxes and charges) 及影響產品在內地銷售、要約、購買、運輸、配銷與使用之法律 (laws)、規則 (regulations) 或其他規定 (requirements)，以及對於產品之混合、加工或使用所訂應使用特定數量或比例之內地規定 (internal quantitative regulations)，在對進口產品或外國產品適用時，不得對本國生產有保護的效果」。黃立、李貴英、林彩瑜，WTO 國際貿易法論，元照出版公司，2002.3，66 頁

註六十四：UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 Trends in Investment Rulemaking*, 33p

註六十五：《各國經濟權利和義務憲章》第 2 條第 2 款第 c 項：將外國財產的所有權收歸國有、徵收或轉移，在收歸國有、徵收或轉移時，應有採取此種措施的國家給予適當的賠償，要考慮到它的有關法律和規章以及該國認為有關的一切情況。因賠償問題引起的任何爭論均應由實行國有化國家的法院依照其國內法加以解決，除非有關各國自由和互相同意根據各國主權平等並依照自由選擇方法的原則尋求其他和平解決辦法。

遇標準」，主張地主國如未能給予外國投資者國民待遇就產生了歧視，由此需要承擔國際責任。(註六十六)

對大多數資本輸出國或已開發國家來說，國民待遇是一個重要原則，因此，除某些與社會主義國家訂立的條約外，絕對多數雙邊投資協定都訂有「國民待遇條款」。(註六十七) 可是由於某些開發中國家和社會主義國家對國民待遇採取保留態度，在於這些國家訂立的雙邊投資協定中，對國民待遇條款往往有某些限制。除傳統的為維護公共秩序或保護國家安全所必需的限制外，某些條款明確地表達了地主國對國內投資給予特別鼓勵的可能性，或僅在外國投資者和國內投資者處於相似情勢下，才適用國民待遇。

B.最惠國待遇

所謂「最惠國待遇 (Most-Favored-Nation Treatment ; MFN)」係指，根據條約，締約國一方有義務使締約國另一方國民享受該國給予第三國國民的同等權利，也就是說，無論何時，締約國一方給予第三國更優惠的條件，則締約他方有權享有這種新的更優惠的條件。(註六十八)

在多數雙邊投資協定規定最惠國待遇條款，意味著「地主國對來自締約對方的投資者和投資給予不低於任何其他國家(any other third country)的投資者和投資所享有的待遇」。其後果是允許外國投資者享有地主國作為締約方的雙方投資協定所規定的最高待遇標準。(註六十九)

5.戰爭與內亂

註六十六：M.Sornarajah，Ibid，1994，250p

註六十七：法國則並不總是認為國民待遇條款是必不可少的，不過其簽訂的大部分條約仍包含有這一條款。瑞典在其協定中沒有包括國民待遇條款，而專門依賴於最惠國待遇條款。比利時也認為對外國投資者來說，最惠國待遇比國民待遇更重要。餘頌松，同前揭文，231頁

註六十八：崔昇煥，同前揭文，175頁；餘頌松，同前揭文，236頁

註六十九：曾華群，同前揭文，17頁；Jeswald W. Salacuse, Nicholas P. Sullivan, supra note⑥，85p; Kim chai-hyung，同前揭文，45頁

傳統上，在多數雙邊投資協定中因戰爭（War）或內戰（civil strife）而外國人投資者之財產受到損害的情形，包括保障外國投資者之非歧視條款（國民待遇和最惠國待遇），在雙邊投資協定包含「戰爭和內亂條款（War and Civil disturbance Clause）」，是由於戰爭和內亂往往被保險契約之補償範圍排除在外，而且現行國際習慣法將國家緊急狀態（state of national emergency）看成例外情況，此類國家非常事態再區別為「因武裝衝突之財產破壞」（destruction of property due to military action）和「在普通情況之徵收」（expropriation in ordinary circumstances）。國際習慣法上，對於外國投資者之財產實行徵收的情形，一般使徵收國履行補償義務，不過因軍事目的上之必要所破壞的投資者財產沒有任何的補償義務。（註七十）

6. 轉移

所有的外國投資之主要目標是獲取利潤並匯回其母國，若地主國阻止外國投資者之利潤轉移，該投資者不會達到投資目的。（註七十一）因此為了保護外國投資者之轉移權利，將轉移（Transfer of funds）條款置於多數雙邊投資協定上。

雙邊投資協定一般規定，締約一方應保證締約另一方的投資者自由轉移其投資原本、收益以及與投資有關的款項。2004 美國 BIT 模範法第 7 條第 1 項，「締約各方應允許所有有關涵蓋投資的轉移自由地和不得遲延地進出其領土」，並第 2 項允許投資者「以自由的可用貨幣按轉移當日通行的市場匯率」兌換其貨幣。

(1) 轉移條款之適用範圍

依據 UNCTAD 報告，關於雙邊投資協定的轉移條款之適用範圍，在一

註七十： UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 Trends in Investment Rulemaking*, 52p

註七十一： M. Sornarajah, *ibid*, 238p

定的限度內能夠大分為三個類型，規定也各不相同（註七十二），例如：（a）是轉移權利之適用範圍的，即是否涵蓋資金的「匯出」（outbound）和「匯入」（inbound），（b）任何種類的轉移均予以保護或限於明示列舉者，（c）該轉移權利是否需要根據國內法行使等方面。（註七十三）

（2）轉移保護標準

轉移保護標準（Standards of protection）一般可大為三的類型（註七十四）：

- （a）「通貨類型」（Type of currency）：多數雙邊投資協定保障依「自由兌換貨幣（any freely convertible currency）」之轉移。不過有些雙邊投資協定有保障轉移之限制。（註七十五）這些投資協定只容許兩國事前協議兌換的貨幣。
- （b）「匯率」（Exchange rate）：多數雙邊投資協定提出的重要因素是特定匯率（specific exchange rate）適用於國內通貨之兌換，因為地主國之公式匯率與依特定國際標準之匯率或其他國際市場匯率可能並不相同。
- （c）「轉移計時」（Timing of transfer）：多數雙邊投資協定使地主國包括「無不合理的遲延（without unreasonable delay）」之轉移義務。而且關於「不合理的遲延（unreasonable delay）」之用語，可能會按各事例（case-by-case）的根據來決定。

7. 代位權

所謂「代位權」（Subrogation）係指，投資者之母國或制定機關因為投資之非商業性因素（如投資徵收、兌換停止等），投資者於地主國所損失的情形，該母國或制定機關代替投資者對該損失實行損害賠償（補償）或依保

註七十二：UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 Trends in Investment Rulemaking*, 57-59 p

註七十三：Ibid, 59p

註七十四：The BIT between Greece and Mexico (2000) Article 7

註七十五：The BIT between Brunei Darussalam and China (2000) Article 6

險契約支付保險金時，他們繼承於地主國內投資者之所有的權利或請求權。
(註七十六)

「代位權條款」(Subrogation Clause) 是為了保護投資輸出國所規定的，這項條款之基本宗旨活化投資輸出國之投資保證制度，大力促進海外投資。各資本輸出國普遍實行了國內投資保險或保證制度，在雙邊投資協定中規定代位權也已為各國所接受。相較而言，德國型雙邊投資保護協定對代位權的規定較為簡單，而美國式的投資保證協定則將代位權作為重要內容，尤其美國除了雙邊投資協定以外，還與對方國家簽訂「投資保障協定」，此類的投資保障協定規定的代位權有關內容很詳細。代位權的權益限度，不能超過原投資者所享有的權益，代位權的行使須受地主國法律制約，若地主國法律禁止承保者取得某些財產，則須服從地主國法律的規定，並作出相應的安排。
(註七十七)

8. 爭端解決

雙邊投資規定在中立的仲裁機構仲裁，作為解決外國投資爭端的方式，這方面有顯著的進展。(註七十八) 關於此類爭端的仲裁解決條款，有多種類型，產生了不同的責任。在最低層面上，有關條款只是指示締約各方將仲裁作為此類爭端方式，此類規定僅僅表述仲裁作為此類爭端的解決方式，對締約各方未產生強制性的提交仲裁的責任。在高層面上，一些雙邊投資規定，外國投資者可向「國際投資爭端解決中心」(ICSID) 提交仲裁申請。此類條款賦予外國投資者直接訴諸中立的國際仲裁庭的權利以解決其與地主國之間的投資爭端。(註七十九) 投資有關爭端以當事人為標準可分為三的

註七十六：崔昇煥，同前揭文，817 頁

註七十七：餘顯松，同前揭文，242 頁

註七十八：Wolfgang Peter, 'Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties', 1991, 22 NYIL 91

註七十九：M. Sornarajah, *Ibid*, 249-251p

類型如下：

(a) 私人間之爭端、(b) 投資者與地主國間之投資爭端 (Investor-State dispute settlement)、(c) 締約國雙方的爭端 (State-State dispute resolution)。
(註八十)

其中，至於資本輸出國與資本輸入國之間因保護外國私人投資所發生的爭端，不屬於投資爭端，私人間之爭議因私人不是投資協定的直接當事人，故無法基於投資協定解決爭端。但，私人之間之投資契約，有違反契約情形時，一般根據具有管轄權的國內法院或第三國家之仲裁法庭來解決。因此，雙邊投資協定區分締約國雙方關於雙邊投資協定的解釋，和適用問題的爭端，及以和外國投資者與地主國的投資爭端，分別規定適用不同的爭端解決機制。

(1) 投資者與地主國間之投資爭端

自 1962 年起，世界銀行率先倡議制定一套國際投資爭端仲裁制度，俾能解決外國投資者與地主國間之投資爭議 (Investor-State dispute settlement ; ISD)。旋至 1965 年 3 月 18 日，各國齊聚於華盛頓特區，共同簽署「解決國家與他國國民間投資爭端之公約」 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States，以下簡稱「華盛頓公約」)。該公約於 1966 年生效後，隨即根據公約第 1 條之規定，正式成立「國際投資爭端解決中心」 (The International Center For Settlement of Investment Dispute ; ICSID)。(註八十一)

多數雙邊投資協定引進依這樣的 ICSID 之投資者對國家間之爭端解決規定，投資者對國家間之爭端解決條款是多數投資協定之一般特徵。這樣的投資者對國家間之爭端解決於雙邊投資協定上提供投資者不依靠投資者本國

註八十： UNCTAD，Bilateral Investment Treaties 1995~2006 Trends in Investment Rulemaking，99-100p

註八十一：李貴英，國際投資法專論，元照出版公司，2004，19 頁

之外交保護，投資者能直接防禦自己權利之方法。對於投資者與地主國間之投資爭端，首先通過友好協商解決，如果在確定時間內不能解決，可以訴諸當地行政或司法程序。

雙邊投資協定一般規定，「將案件提交仲裁裁判時，必須得到地主國之『事前同意』」。(註八十二) 因為爭端解決條款規定「一旦地主國同意就無法撤銷，在仲裁庭單獨判斷其爭端案件」。不過有關徵收、補償等一部規定之爭端案件，沒有地主國之同意，可以將案件提交仲裁裁判。在締約國兩方發生投資爭端的情形，向國際仲裁庭託付爭端解決之前，關於是否「用盡當地救濟」(Exhaustion of local remedies) 投資協定規定各不相同。(註八十三) 在多數投資協定明文規定當地救濟程序和國際仲裁程序間關係。(註八十四) 依 UNCTAD 報告，1995 年以後多數雙邊協定，包含外國投資者向國際仲裁庭請求爭端解決時，地主國不要求外國投資者「用盡當地救濟程序」之義務規定。(註八十五) 可是少數雙邊投資協定則規定，向國際仲裁庭託付爭端解決之前，必須「用盡行政救濟(Exhaustion of administrative remedies)程序」。(註八十六)

雙邊投資協定規定，投資者對國家間之爭端解決，在正式提交仲裁程序之前，通過「協商」或「調解」(consultation or conciliation) 解決爭端。雙邊投資協定協商期限一般規定為 6 個月內，但是在有限期間內若不能解決爭端的時候，投資者可以訴諸當地行政、司法程序或國際仲裁庭。

仲裁機關一般選定「國際投資爭端解決中心」(ICSID)。不過一些投資協定選定「國際商會」(International Chamber of Commerce ; ICC) 之仲裁庭或

註八十二：UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 Trends in Investment Rulemaking*, 105p

註八十三：ibid, 108p

註八十四：M. Sornarajah, ibid, 253-255p

註八十五：UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 Trends in Investment Rulemaking*, 108p

註八十六：The BIT between China and Cote d'Ivoire (2002) Article 9

「斯德哥爾摩商會之國際仲裁院」(Arbitration Institute of the Chamber of commerce of Stockholm)。另一些投資協定以備提交「特設仲裁庭」(ad hoc arbitration) 的可能性，利用依 UNCITRAL 仲裁規則之爭端程序。

(2) 締約國雙方的爭端

締約國雙方間之爭端解決係在 (具有國家間之貿易爭端所處理的多邊貿易系統「Dispute Settlement Understanding ; DSU」之) WTO 或地域貿易協定高度發展的領域中之一。不過迄今雙邊投資協定之締約國雙方間爭端解決系統仍然持續將一項條款專用之傳統方法。(註八十七) 對於締約國雙方關於協定的解釋和適用的爭端與投資者對國家之間相同，可區分為兩個階段：

- (a) 通過締約國雙方間之「外交途徑」(diplomatic channels) 的爭端解決，即締約國雙方間採取「協商」或「調解」(state to state consultation or conciliation) 的階段 (註八十八)，例如多數雙邊投資協定與 2001 年柬埔寨和古巴間之雙邊投資協定規定相同「事前協商程序」(註八十九)，而且締約國雙方間之爭端解決條款與投資者對國家一樣規定協商期限。雙邊投資協定協商期限一般規定為 6 個月內，不過一些雙邊投資協定 (如德國、英國、美國等) 則未規定協商期限。(註九十)
- (b) 若依協商未能解決，根據締約國任何一方的請求，將爭端提交「特設國際仲裁庭」解決，即締約國雙方間採取仲裁 (state to state arbitration) 的階段。

仲裁有關條款先規定仲裁庭之組成。在雙邊投資協定所包含的仲裁庭之

註八十七：UNCTAD，Bilateral Investment Treaties 1995~2006 Trends in Investment Rulemaking，126p

註八十八：Ibid，126p

註八十九：The BIT between Cambodia and Cuba (2001) Article 9

註九十：This is the case of United States' BITs, for instance the BIT with Uruguay (2005). This approach has already been used in BITs negotiated earlier in this period, such as in the BITs between the United States and Azerbaijan (1997)，Bahrain (1999)，Jordan (1997) and Mozambique (1998)。UNCTAD，126p

一般組成規定，各締約國雙方任命一位「仲裁裁判官」(one member of the tribunal)，再由受任命的仲裁裁判官於各締約國雙方同意下，在第三國之國民中選任一位「仲裁裁判長」(Chairperson of the tribunal)。若在限定期間內不能由仲裁人員組成仲裁庭的情形，締約國一方向外界人士可以要求所需要的仲裁人員。這樣的外界人士一般指定「國際法院」(ICJ)之院長或副院長，偶爾指定 ICSID 之院長或者「國際商會」(ICC)之會長。仲裁庭之裁決適用「多數決議」(majority of decision)。(註九十一) 仲裁裁決既具最終性又拘束締約國雙方，各締約國雙方分擔本國裁判官之費用和在仲裁程序上本國代表的費用，對於裁判長之費用和剩餘費用則由各締約國雙方均攤。

參、徵 收

由於對外國人投資財產的徵收或國有化是在本國領域內對於天然資源和經濟活動永久主權的行使，不是侵權行為而是國際法上主權國家的固有權利。這就是領域主權當然的結果。今日，在本國內對天然資源和外國投資資產之本國所實行的徵收及國有化權利於國際法上也是被公認的原則。不過基於永久主權之徵收及國有化權利並不是毫無限制，國際法上有一定的限制。(註九十二) 在國際法上，徵收和國有化為合法一般須遵守公共利益原則 (public purpose)、不歧視性原則 (Non-discrimination) 及補償原則 (Compensation)。

今日幾乎所有的雙邊投資條約也都規定徵收(或國有化 ; nationalization) 措施必須遵守 4 個條件，例如、公共利益原則、不歧視性原則、補償原則和

註九十一：“Article 37: State-State Dispute Settlement [...] 4. Articles 28(3)[amicus curiae], 29, [Transparency of Arbitral Proceedings] 30(1) [Governing Law]and 31[Interpretation of Annexes] shall apply mutatis mutandis to arbitrations under this Article.”

註九十二：李漢基，國際法講義，博英社，1997，432 頁

司法審查 (due process of law)(註九十三)。因此，原則上，將以個人利益為目的，對內·外國人與本國人之歧視待遇、只以特定外國人的財產為對象，或以無補償所為的徵收及國有化當作侵害既得權 (vested rights) 的國際非法行為，與其行為有關國家所應承擔之國家責任。

隨著這樣徵收規定的潮流，多數國際投資協定也規定徵收和國有化條款，不過現行投資協定與國際、國內法律不同，也規定「間接徵收」或「相當於(同等於)徵收或國有化效果的措施 (measure 『having effect equivalent』 or tantamount to nationalization or expropriation)」等，試圖對徵收作多樣解釋。

一、徵收之意義

傳統上，在雙邊投資協定的徵收條款中，一般都採用「徵收」、「國有化」和「相當於徵收或國有化效果的措施 (measures tantamount to nationalization or expropriation)」的用語，意指地主國政府在「未從法律上取得外國投資者所有權」的情況下，採取阻礙或影響外國投資者對其資產行使有效控制權、使用權或處分權的行為，諸如強制國產化、強製股權轉讓、強製轉讓經營權、不適當地大幅提高稅率等。一般來說，所謂「徵收 (expropriation)」係指對他人所有財產之「強制性剝奪 (compulsory takings)」，通常從國家機關或國家授權的民間機關剝奪他人所有的財產。「國有化 (Nationalization)」(註九十四) 作為社會、經濟體制轉型一環，是以單方面手段將私有財產轉換為國家或公共資產。(註九十五) 徵收與國有化之間的概念一般沒有本質的區

註九十三：R.Dolzer & Christoph Schreuer, “Principles of International Investment Law” , Oxford University Press , 2008 , 90p

註九十四：國際法學會 (Institut de Droit International) 1952 年的會議採取了如下定義：「國有化是通過立法行為和為了公共利益，將某種財產或私有權力轉移給國家，目的在於有國家利用或控制它們，或由國家將它們用於新的目的。」- 餘顯松，同前揭文，286 頁

註九十五：崔昇煥，同前揭文，839 頁

別，兩者常混用在一起。(註九十六) 對外國人財產實行徵收，是由國家依社會性、經濟性動機所採取的徵收措施，為了一定的公共目的，直接剝奪外國人的財產以及財產權，或者將其財產以及財產權置於國家及公共機關的管制下為目的。(註九十七)

對外國人財產實行徵收，有時有明顯的事例，而有時也有不明顯的事例。一般來說，由於財產法上之所有權對特定財產包含所有權、使用權、管理權、處分權等，故除私有財產的剝奪或沒收，而且對財產權的干涉或侵害也可包括於「一定程度」之徵收範疇。(註九十八)

二、徵收之變遷

歷史上，外國人資產之徵收和國有化，與保護私人財產權的理論和實務是密切相關的。私人財產不得侵犯是私有制社會的基石。於 17、18 世紀，隨著國際交往的頻繁，外國人地位被認定，也給予外國人保護，不過僅限制於私法上之保護，不給予他們公法上保護，而且私法上保護也相當加以限制。有了減讓協定和友好通商航海條約後，才首次給予外國人與財產有關的權利。自此之後，國家不能自由處理外國人所有的財產，漸漸成為國際潮流。(註九十九) 於 19 世紀，對外國人財產保護有了進一步的發展。1818 年，當時美國國務卿主張了為保護外國人財產沒有確定的國際法原則。嗣後，將

註九十六：國有化是在其範圍和程度上，而不是在法律性質上，與其他類型的徵收不同；B.A. Wortley, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press, 36p (1959), 所謂「國有化」係指，基於國家所有機關之立法或行政措施，對於財產或伴隨財產的所有權利，將私人所有轉讓公共所有之過程；G.White, *Nationalization of Foreign Property*. London: Steven & Sons, 1961, 42p, 所謂「國有化」係指，基於經濟活動，將私有財產強制轉讓國家；I. Foighel, *Nationalization: A Study in the Protection of Alien Property in International Law*, London and Copenhagen: 1987, 19p

註九十七：R.Dolzer, "Expropriation and Nationalization," *Encyclopedia of International Law*, V.6 (Elsevier Science Publisher, 1985), 217p

註九十八：崔昇煥，同前揭文，840 頁

註九十九：崔昇煥，同前揭文，841 頁

給予外國人與本國人同等的財產權之一般原則（即國民待遇原則）條文化之多數條約，加強對外國人財產的保護。在國內法上這樣的國民待遇基準，提供了對外國人財產的相當保護水準。1917年之前，普遍承認了「依國際法，保護外國人財產，並依據國內法上有關規定，決定具體保護內容以及範圍」。於20世紀，國際社會發生了許多重要的變化，其中有兩個重要的變化對國有化問題具有重要影響。首先是1917年俄國十月革命，社會主義國家誕生了，俄國廢除了財產私有制，實行生產財公有制，徹底否定了資產階級所謂保護既得權的原則，對私有財產，包括外國人財產實行大規模的無補償的國有化。1938年，墨西哥也實行土地改革與外國石油資產的徵收。（註一百）其次是1960年代至1970年代的非殖民地化運動的影響。戰後，殖民地國家紛紛獨立，這些新獨立的國家登上國際舞臺後，利用集體力量，猛烈地衝擊舊的國際秩序，同時，為了取得經濟獨立或為了實現國家的經濟目標，許多新獨立的國家或開發中國家對外國人財產實行了國有化，以結束對外國的經濟依賴，維護本國的經濟獨立和經濟發展。（註一百零一）現在，一國對其領域內的私有財產和外國財產實行國有化的權利，在國際社會裡得到了普遍的承認。對外國人財產實行徵收的國際規定例示如下：

(a)1962年通過的《關於天然資源之永久主權宣言》(Declaration on the permanent sovereignty over natural resources) (註一百零二)；(b)1973年通過的《關於天然資源之永久主權決議》(Permanent sovereignty over natural resources) (註一百零三)；(c)1974年通過的《各國經濟權利義務憲章》

註一百： 在1938年，墨西哥徵收美國石油產業當時，赫爾（Hull）美國國務卿主張了國家實行對外國人財產徵收時國家法上必須實施「迅速、充分、有效補償」，但是墨西哥政府拒絕了他的要求。

崔昇煥，同前揭文，842頁

註一百零一： M. Sornarajah, *The Pursuit of Nationalized Property* (1986), Martinus Nijhoff Publishers, 2-55p

註一百零二： A/RES/1803 第四項; <http://www.un.org/chinese/aboutun/prinorgs/ga/17/17all1.htm>

註一百零三： A/RES/3171 第三項; <http://www.un.org/chinese/aboutun/prinorgs/ga/28/28all2.htm>

(Charter of Economic Rights and Duties of States)(註一百零四) 等。它們都對國家的國有化、徵收權利予以充分肯定。不過，反對這樣聯合國 (United Nations ; UN) 大會決議的國家們，只對永久主權具體內容、範圍以及國際法上之限制提起異議，未必否定永久主權的原則本身的宗旨。因此，在 UN 體制內對於得到有力支持的《關於天然資源永久主權決議》與《各國經濟權利義務憲章》之具體範圍和內容，資本輸出國與資本輸入國之間有不同的見解，並且關於具體適用於這樣原則之外國人投資有關規制範圍、徵收及國有化有關賠償範圍，國際法上是否有確定的標準，可爭議的地方很多。這就是基本上起因於資本輸出國與資本輸入國之間立場相反的理解關係。(註一百零五)

三、徵收方式

1. 直接徵收 (Direct expropriation)

一般來說，直接徵收 (Direct expropriation) 可定義如下：(1) 被侵害的權利很清楚 (有形財產的所有權等) 及 (2) 因政府的行為也是侵害行為，對是否徵收毫無議論。(註一百零六) 例如，為了建設飛機場，對土地徵收支付補償，沒有提出不同意見的餘地。這就是以政府行為完全沒收土地為內容。並且若政府取得煤礦或工廠的所有權剝奪投資者的所有或控制等所有的利益、權利，而發生直接徵收。(註一百零七)

2. 間接徵收 (Indirect expropriation)

註一百零四： A/RES/3281 第二章第二條 (c) ; <http://www.un.org/depts/dhl/resguide/resins.htm>

註一百零五： 崔昇煥，同前揭文，843 頁；G. Abi-Saab, "Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities," in M. Bedjaoui(ed), *International Law : Achievements and Prospects* (1991), Martinus Nijhoff Publishers, 600-604p

註一百零六： M. Sornarajah, *Ibid*, 349p

註一百零七： *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, Dec 16, 2002

所謂「間接徵收 (Indirect expropriation)」係指偽裝統治行為剝奪所有者財產權的行為。(註一百零八)換言之，與直接徵收不同，直接不採取財產所有權，而係使財產的經濟價值下降。這樣的間接徵收採取多樣的形式，實質上因為作用與直接徵收類似的效果，肯定會使外國投資者相當吃虧，因此間接徵收隨著政治情形和財產概念變化，出現了徵收的多樣形式。此類措施行亦稱為事實上徵收 (de facto expropriation)、逐步徵收 (creeping expropriation) 或本地化 (indigenization or localization)。間接徵收仍然欠缺統一而確定的定義，可是間接徵收具有幾個特色：(a) 依國家不會占有財產，對財產所有權沒有影響。(註一百零九) (b) 在使用財產或享有其利益存在國家干涉或侵害。(註一百一十) (c) 其效果與直接徵收相同。(d) 雖然國家明示地表示不剝奪財產的意圖，但實際上依國家行為或措施而發生剝奪財產的效果。(註一百一十一)

(1) 「事實上 (de facto)」徵收

所謂「事實上徵收 (De facto expropriation)」係指，該徵收不是明白的徵收或國有化措施，而是徵收國使外國投資者的財產優惠無效化的一種措施。有時它與明白的徵收或國有化措施區別稱為「正式措施 (formal measure)」。「歐洲人權法院」(the European court of Human Rights) 把「轉讓財產」看做為「正式措施」，將剝奪所有權者對財產之使用、租賃、銷售權利之措施表示為「事實上徵收」。(註一百一十二) Tecmed 案之仲裁庭對事實上徵收認為是：「徵收意味著政府通過以徵收為目的之行政或立法措施強

註一百零八： B.A. Wortley, *Expropriation in International Law*, London : Cambridge University Press, 1959, Chapter 3

註一百零九： OECD, "Indirect Expropriation" and "the Right to Regulate" in International law : Working Papers on International Investment, no.4 (2004), 3-4p

註一百一十： *Ibid*, 4p

註一百一十一： *Tecmed, S. A. v. United Mexican States*, ICSID Case no. ARB.(AF)/2002/2, para.114

註一百一十二： *Mellacher and Other v. Austria*, ECHR, 1989.12.15, para.44

制剝奪私人所有的有形或無形財產，還包括稱為『事實上徵收』的其他情況」。仲裁判斷提到「『事實上徵收』係指『透過措施或法律把投資財產轉讓給不是徵收國的第三者，或縱然不把投資財產轉讓第三者或徵收國家，卻剝奪所有人投資財產所有權的情形』」。 (註一百一十三)

(2) 「逐步 (Creeping) 」徵收

「逐步徵收 (Creeping expropriation) 」仍然沒有明確的定義。所謂「逐步徵收」係指，對所有者之所有權沒有任何直接的影響，由於國家干涉和措施，所以長期間無意之中逐步蠶食投資價值。(註一百一十四) 「櫻井雅夫」主張，所謂「逐步徵收」係指與立即國有化不同，而是地主國政府一個或一個以上的強制行為，如、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規制、外國人雇傭限制以及本國人強制雇傭、課稅歧視以及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受到相當程度限制、強制性事業擱置 (forced abandonment) 、往國外撤資者或投資公司等。(註一百一十五)

Tecmed 案仲裁庭提到了「creeping」詞指逐步或暗中實行的徵收，並且 Tecmed 案仲裁庭規定了「事實上徵收和逐步徵收兩個都屬於間接徵收的範圍，不過實質上兩者的概念有著明顯的區別」，因此逐步徵收意味著逐步所發生的徵收，不過間接徵收不一定意味著只通過多次措施逐步實行的行為，因為依據一次的措施、在短期內或同時多次的措施也可以發生逐步徵收。(註一百一十六)

註一百一十三： Tecmed , para.114.

註一百一十四： Hong ki-bin , Investor- state claim (FTA 之地球政治經濟學) ，綠色評論社，2006.10，77 頁

註一百一十五：櫻井雅夫，國際經濟法 (國際投資) ，成文堂，1997.11，313 頁

註一百一十六： Tecmed , para.114.

(3) 「相當於徵收效果的措施」

在雙邊投資協定上，「相當於徵收效果的措施 (measures tantamount to expropriation)」用語存在著多樣的類型，例如「有類似效果的措施 (measures having similar effect)」(註一百一十七)、「國有化效果相同的措施 (any measure having effect equivalent to nationalization)」(註一百一十八)、「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)」(註一百一十九)等。根據北美自由貿易協定 (NAFTA) 第 1110 條第 1 項 (註一百二十)，禁止任一締約國以直接或間接的方式國有化或徵收其他締約國投資者所為之投資，並禁止任一締約國對其他締約投資者所為之投資採取任何「相當於國有化或徵收之措施 (measure tantamount to a nationalization or expropriation)」。

不過關於「相當於國有化或徵收之措施」的要素，北美自由貿易協定並無規定。在 *Pope & Talbot v. Government of Canada* 案中，仲裁庭對「相當於國有化或徵收之措施」的解釋實際上與間接徵收相同，而在 *Metalclad Corporation v. United Mexican State* 案中，美國政府認為「相當於國有化或徵收之措施」一詞並非意圖創造一種新型的徵收；在國際法上，「相當於國有化或徵收之措施」與間接徵收的意義相同。(註一百二十一) *Middle Eastern Shipping and Handling Co. v. Egypt* 案中，仲裁庭也主張了「逐步或間接徵收屬於雙邊投資協定上『徵收相同效果的措施』」，而且 *Tecmed* 仲裁庭提到了「與投資協定不同的國際條

註一百一十七： The BIT between China and Japan (1988) Article 5

註一百一十八： The BIT between Taiwan and India (2002) Article 4；The BIT between Korea and Costa Rica (2002) Article 5

註一百一十九： The BIT between the United States and Argentina (1991) Article 4-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。

註一百二十： Article 1110: Expropriation and Compensation 1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except: [...]

註一百二十一： ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, paragraph 29 參見 李貴英，同前揭文，259-260 頁

約規定的『徵收相同措施』和『相當於徵收措施』是指逐步徵收和事實上徵收」。(註一百二十二)

最近已開發國家的雙邊投資協定模範法對「間接徵收」的含義及其認定標準作出專門規定。根據在 2004 美國雙邊投資協定模範法 (2004 U.S. BIT Model law), 與現行投資協定上區分「直接徵收」、「間接徵收」和「徵收相同效果的措施」不同, 通過「直接徵收、實行國有化或國有化相同的措施」(註一百二十三), 規定間接不可徵收或國有化。(註一百二十四) 因此現行美國模範法上只規定「直接徵收」和「徵收相同的間接徵收」等兩種。認為這規定意味著可以避免以前的「間接徵收」與「徵收相同的措施」之間不明確的區別。另外, 2004 加拿大雙邊投資協定模範法 (2004 Canada BIT Model Law) 第 13 條 1 項 (註一百二十五) 是地主國採取的具有相當於直接徵收後果的未正式轉移外國投資者所有權或未完全沒收外國投資的一種或一系列措施, 產生了間接徵收。在此, 何謂「具有相當於直接徵收後果」並不明確, 留下了相當大的解釋空間。(註一百二十六) 因此, 迄今為止, 無論任何協定或仲裁判決都對「徵收相同效果的措施」的用語找不到明確的定義和具體內容。因為這樣模糊的用語, 而導致投資的「資產價值」損失的所有地主國政府措施都可能將見解釋為「徵收」。尤其是, 由投資保護協定或自由貿易協定, 對於以人權保護或環境保護為目的規制行為, 基於「徵收相同的措施」

註一百二十二： Tecmed, para.114.

註一百二十三： The BIT between China and Jordan (2001)、The BIT between Chile and Tunisia (1998)

註一百二十四： Article 6 : Expropriation and Compensation 1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:[...]

註一百二十五： Expropriation The Parties confirm their shared understanding that: a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;[...]

註一百二十六： 曾華群，同前揭文，21-22 頁

規定和兩案的判決 (Pope&Talbot v. Government of Canada、Metalclad Corporation v. United Mexican State) 強烈批判了投資保護條約的「徵收」規定。(註一百二十七) 基之此, 若只因政府行為而有經濟損失即認定屬「徵收」標準, 除非存在人權或環境保護目的, 政府所有的行為符合於「徵收」標準, 必須遵守補償義務。(註一百二十八)

(4) 規制性徵收或不予補償的徵收

在國際社會, 國家干涉私有財產很頻繁, 這是必然現象。干涉私有財產所有的國家措施未必屬於國際法上「徵收」。原來國家實行徵收時必須提供補償, 不過因為在國家的「警察力(Police power)」內所包括的「善意的(bona fide) 規制」而導致經濟的侵害時, 沒有國家責任。這就是一般承認的國際法原則。因此, 對政府的「規制」措施發生問題如下: (a) 屬於是否正當非補償規制或者 (b) 屬於徵收是否要求補償。這時, 屬於徵收要求補償的規制稱為「規制性徵收 (regulatory expropriation)」。(註一百二十九) 亦即「規制性徵收」的概念係指, 雖然政府採取或不物理侵害私有財產, 若因政府規制而所有權者不行使特定的所有權的話, 國家政府對所有權者相當損失的金額必須給以補償。(註一百三十) 所謂「規制性徵收」的用語沒有規定於投資協定上, 不過在雙邊投資協定上規定不僅直接徵收而且「徵收效果相同的措施」或「徵收相同的措施」意味著「規制性徵收」也屬於要求補償的政府措施。

註一百二十七: UNCTAD, Taking of Property, 2000, 23p

註一百二十八: Gary. H. Sampliner, 'Arbitration of Expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties- A Threat to Democracy or the dog That Didn't Bark?' 2003, 18 ICSID Rev. 1, 2n.1

註一百二十九: Thomas Waelde and Abba Kolo, "Environment Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law", International and Comparative Quarterly, vol. 50, 2001.10, 821p

註一百三十: Hong ki-bin, 同前揭文, 71-72 頁

3. 國際法上徵收之合法性條件

今日，雖然像與以前徵收行為相似，至今還存在以人種問題或統治集團的貪心為動機，實行徵收的舊法痕跡，但在現代法律，國家按合法程序實行徵收。(註一百三十一) 可是，作為主權國家的經濟權利之徵收以及國有化權利行使並非無上限，國際法上予以一定限制，被稱為國際法上徵收之合法性條件 (Conditions for Lawful Expropriation)。

1990 年代以來，已開發國家在雙邊投資協定實務中，一般列舉四項徵收的前提條件 (註一百三十二)，即：(a) 公共目的；(b) 基於不歧視；(c) 根據正當的法律程序；(d) 支付迅速、充分、有效的賠償，有些僅列舉兩項條件，另一些則列舉五至六項條件。(註一百三十三)

(1) 公共目的 (Public purpose)

許多雙邊投資協定中均有關於公共利益的規定，儘管有時使用不同的術語，如「國家利益」、「社會利益」、「公共目的」等。有的國家規定「為法律認可的任何目的」(註一百三十四) 在這章提到的公共目的的概念到底是什麼？在本國對投資者財產實行徵收時，若本國國內法上徵收或國有化不符合於「公共目的」條件，國際法上會認為本國實行的徵收或國有化違反了公共利益原則。例如、獨裁者或特定政治人為「個人用途」而實行徵收、對人類之犯罪、殺害集團、種族歧視有關徵收也違反公共利益原則。可是這個問題應該留給有關國家去判斷，基本上國家對於什麼是公共利益問題有著無限制的自由裁量權，因此雖然列出上述的條件，是否可以限制主權國家國有化權利之判斷，並無實益。因此，合法性徵收條件是否仍須包括公共利益，不無

註一百三十一：M. Sornarajah, *Ibid*, 239-240p

註一百三十二：BIT between Belarus and Croatia (2001)

註一百三十三：Paul Peters, *supra* note ②, 56-67p 參見 曾華群，同前揭文，23 頁；(a) 賠償；(b) 公共目的 (公共利益)；(c) 不歧視；(d) 正當法律程序；(e) 不違反具體承諾；(f) 全部適用 (catch-all)；(g) 透明度；(h) 公平待遇。

註一百三十四：餘頸松，同前揭文，239 頁

疑問。例如、在 *Libyan American Oil Company(LIAMCO) v.The Libyan Arab Republic* 案規定了「公共利益原則不是國有化合法性的必要條件，是在國際理論上一般見解」。(註一百三十五) 1962 年聯大通過的《關於天然資源之永久主權宣言》規定要以「公共事業、安全或國家利益等理由為根據」，可是採用已開發中國家見解的 1974 年《各國經濟權利義務憲章》沒提起了公共利益的必要條件。(註一百三十六)

如此看來，上列國際慣例，公共利益原則為合法性國有化必要條件，還沒有公認被普遍承認。(註一百三十七) 而對公共利益的學說也不一致。

(2)不歧視性 (Non-discriminatory)

在多數雙邊投資協定中「不歧視原則」與國際法上合法性徵收條件的「公共目的」一樣，也只有規定一個名詞，沒有規定「不歧視原則」之相關具體內容和適用範圍。因此國際法上合法性徵收條件中之「不歧視原則」怎麼規定，說明如下。一般來說，所謂「歧視」係指「不當或不合理」的歧視對待。換言之，因為國際法上所承認「適當的歧視」或「合理的歧視」，係針對特定外國人財產所實行的所有徵收措施，未必屬於國際法上之非法徵收。(註一百三十八) 例如，徵收專門針對國家安全或經濟政策上從事特定產業之外國企業，若遵守「公共目的原則」和「補償原則」，基於合理歧視，這樣的徵收屬於國際法上正當徵收。因此，在徵收國之經濟政策上，缺少「合理的正當性 (reasonable justification)」或「客觀的正當性 (objective justification)」的歧視可認為違反「不歧視原則」的徵收。例如，對外國投資者的本國之復

註一百三十五：“It is the general opinion in international theory that the public utility principle is not a necessary requisite for the legality of a nationalization” S.Ripinsky with K Williams, *Damages in International Investment Law* (BIICL, 2008)

註一百三十六：像美國憲法修正案第 5 條（非經正常法律手續不得剝奪任何人的生命、自由或財產，凡私有財產，非有適當補償、不得收為公用）和韓國憲法第 23 條等一樣，多數國家的憲法規定，禁止違反公共利益實行私有財產的徵收。

註一百三十七：金大淳，同前揭文，738 頁

註一百三十八：崔昇煥，同前揭文，845 頁

仇措施，為了達到對外政策上之目的，而實行徵收是缺乏「客觀的正當性」的情形。可是作為對相對國家的國際侵權行為之「對抗措施」，所實行之徵收合法性問題是按國際法上報復的合法性條件而可以正當化。（註一百三十九）現行國際法上，仍然將本國人和外國人之間或者外國人互相之間的「不歧視」看作為合法性徵收條件之一。1962年《關於天然資源之永久主權宣言》1974年《各國經濟權利義務憲章》沒提到這樣的條件，在LIAMCO案強力主張，國有化歧視是違法行為。（註一百四十）可是在該案件仲裁庭主張，對石油公司利比亞的有些行為係為了保護利比亞本國之石油所有權而實行的行為，所以利比亞的行為不是歧視性的行為。對石油公司而言，利比亞的有些行為係為了保護利比亞本國之石油所有權而所實行的行為，所以這行為不是歧視性的行為。對仲裁人來說，政治性動機（political motive）本身不是國有化主要動機，因此不構成對歧視措施之充分證據。

(3) 正當法律程序（due process of law）

國際投資協定上，「正當法律程序」往往也是國有化或徵收的合法性條件，否則該行為就是「專橫的」，也涉及國家責任。有人認為，徵收在程序上可能產生拒絕司法，例如在本國國民和外國人間地不合理歧視並損害外國人的程序，以及嚴重的程序上缺陷等。（註一百四十一）美國、荷蘭、日本、加拿大簽訂的雙邊投資協定或地域協定均規定，徵收或國有化須符合正當法律程序。（註一百四十二）有些國家簽訂的雙邊投資條約，還把正當法律與司法審查結合起來，例如，聯邦德國的標準條約規定，任何徵收、國有化或類似措施的合法性和賠償的數額，須經正當法律程序審查。聯邦德國簽訂的

註一百三十九：李漢基，同前揭文，39-40頁

註一百四十：金大淳，同前揭文，738頁

註一百四十一：F.A. Garcia-Amador, Recent Codification of the Law of state Responsibility for Injuries to Aliens(1974), 50-51p 參見 餘頸松，同前揭文，289頁

註一百四十二：(1) BIT between the Russian Federation and Thailand (2002)、(2) BIT between Canada and Trinidad and Tobago (1995), UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995~2006 Trends in Investment Rulemaking, 48p

所有條約均含有這一規定。這樣正當法律程序往往作為為評估補償的機制，根據對合法性徵收判斷的影響法律來實現，因此不僅裁判機構，按其他規制性行政程序亦可進行正當法律程序。可是由於正當法律程序是國際習慣法上要求的「最低標準 (the minimum standard)」和「公平公正待遇 (fair and equitable)」之表現，在徵收規定上，正當法律程序是否判別合法性徵收的必要條件，並不明確。(註一百四十三) 總而言之，關於國際法上的「正當法律程序」用語解釋，至今仍有部分不明確。(註一百四十四)

(4)補償 (Compensation)

西方已開發國家及其學者還把是否支付「公正」補償作為判定國有化是否合法的一個基準。例如，國際法協會美國分會 1957 年在回答國際委員會的問題時說：「沒有違反由條約或契約產生的權利的徵收，除非伴隨『迅速、充分、有效 (prompt, adequate and effective)』的補償，否則，仍是非法的。」(註一百四十五) 墨西哥政府通過 1927 年土地改革 (Agrarian Reform)，對不僅墨西哥人的土地連美國人的土地也實行國有化。嗣後 1938 年 3 月 18 日墨西哥政府對美、英、荷蘭合資石油公司實行國有化，美國國務卿 Cordell Hull 於 1938 年 8 月 22 日給墨西哥政府的照會正宣稱，國家徵收的權利「必須與支付充分、有效和及時的補償相結合，並以此為條件，徵收的合法性事實上由遵守這一條來決定」。(註一百四十六) G.H. Hackworth 主張，若補償義務於條約上沒有規定，在一般國際法上，對外國人財產沒有補償義務。不過鑒于多數判例和國際慣例，可以確認補償義務。(註一百四十七) 在有些資

註一百四十三： R.Dolzer & Christoph Schreuer, "Principles of International Investment Law", Oxford University Press, 2008, 91p

註一百四十四： UNCTAD, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Takings of Property, 2000, 16-17p

註一百四十五： Report of the committee on Nationalization of property, Proceedings and committee Report of the American Branch of the International law Association, 1957-1958.

註一百四十六： G.H. Hackworth, Digest of International Law (1942), vol. 5, p662

註一百四十七： 在 OECD 已討論的多邊投資協定 (Multilateral Agreement on Investment ; MAI)

本輸入國之外國人投資相關法上，明示規定補償義務，國際習慣法上，對徵收或國有化補償，是承認的原則。

4. 雙邊投資協定上之補償標準

(1) 已開發國家之補償標準

關於徵收國實行徵收時支付補償金額，資本輸出國（已開發國家）與資本輸入國（開發中國家）之間見解不一致，例如補償金額評估標準、補償之法的性質和補償支付方法等。開發中國家主張，根據本國國內法，必須解決補償問題，不過已開發國家，要求充分補償支付之補償標準。已開發國家所主張的補償標準規定為「迅速、充分、有效（prompt、adequate and effective）補償」的「赫爾規則」（Hull Formula）。今日多數雙邊投資協定及雙邊投資模範法均採用「赫爾規則」。(註一百四十八) 已開發國家所主張的「赫爾規則」之意思如下：

(a) 「迅速（prompt）補償」係指無延遲補償或及時補償（without undue delay），(註一百四十九) (b) 「充分（adequate）補償」係指有關補償金額決定之標準，一般來說，「充分（adequate）補償」意味著「在財產剝奪發生之

草案，徵收、國有化或與此類似的效果所為的措施只要隨著 i) 公共利益，ii) 不歧視性，iii) 伴隨迅速、充分或有效的補償（prompt、adequate and effective compensation），iv) 正當法律程序（due process of law）才許可。而且必須無拖延地支付補償，補償須相應於徵收前之“公正的市場價值（fair market value）”，須是可充分變成現金並可自由轉移的。(OECD, "Main Features of the MAI"(Symposium on the Multilateral Agreement on Investment, Seoul, Korea 3-4 April 1997)；"selected Extracts from the Draft Consolidated Text of the MAI"(Symposium on the Multiateral Agreement on Investment, Seoul, Korea 3-4 April 1997)；崔昇煥，同前揭文，846 頁

註一百四十八：美國-立陶宛 BIT(2001)、美國-烏拉圭 BIT(2006)、UK-安哥拉 BIT(2000)、2004 美國 BIT 模範法第 6 條(c)、2004 加拿大 BIT 模範法第 13 條第 1 款、2005 UK BIT 模範法第 5 條第 1 項、2006 法國 BIT 模範法第 5 條第 2 項等

註一百四十九：R.Dolzer & Christoph Schreuer, "Principles of International Investment Law"，Oxford University Press，2008，92p

前或者財產剝奪之判定成為正式化之前決定的時候，依據『公平市場價格』（fair market value）給予充分補償」。(註一百五十)(c)「有效(effective)補償」係指根據「充分兌現(fully realizable)」、「支付兌換通貨(convertible currency)」、「自由移轉(freely transferable)」給予補償。

儘管「赫爾規則」是已開發國家之一般補償標準，不過在一些已開發國家中直接排除了「赫爾規則」，規定「平等(equivalent)補償」、「公正(just)補償」，例如、德國(註一百五十一)、荷蘭(註一百五十二)等。不過一些國家最近通過修改的BIT模範法，雙邊投資協定上直接引進「赫爾規則」。拿法國來說，修改之前與其他國家簽訂的雙邊投資協定時，以公正(just)補償為補償標準。一百五十三

如上所述，各雙邊投資協定有補償標準之用語上的差異。例如「平等(equivalent)補償」、「正當(just)補償」、「完全(full)補償」、「公正及平等(just and equitable)補償」等。不過「迅速、充分、有效(prompt, adequate and effective)補償」只是「『公正』及『平等』補償」之一般表現，各用語的意思相同。一百五十四

(2)開發中國家之補償標準

已開發國家以補償標準而一般所主張的「赫爾規則」，不僅已開發國家，連開發中國家中之新興工業國之間，或中等開發中國家間之雙邊投資協定也採用「赫爾規則」。(註一百五十五)原來開發中國家(如第三世界國家、社會國家)在國際舞臺上(如聯合國大會)共同支持以「適當(appropriate)

註一百五十： World Bank Guidelines on the treatment of Foreign Directive Investment IV-3

註一百五十一： 2008 德國 BIT 模範法第 4 條第 2 項「Such compensation must be equivalent to the value of the expropriated investment...；補償必須與被徵收的投資平等…」

註一百五十二： 荷蘭-匈牙利 BIT (1987)、荷蘭-烏拉圭 BIT (1988) 等

註一百五十三： 法國-敘利亞 BIT (1980)、法國-巴拉圭 BIT (1981)

註一百五十四： Rudolf Dolzer and Magrete Stevens, supra note 88, p.109

註一百五十五： 埃及-泰國 BIT 第 5 條 (2000)、文萊-韓國 BIT 第 5 條 (2000)、韓國-危地馬拉 BIT 第 5 條 (2002)、臺灣-哥斯達黎加 BIT 第 5 條 (2004)

補償」為補償標準，不過開發中國家與已開發國家簽訂的多數雙邊投資協定的補償標準均採用「赫爾規則」。開發中國家採取兩面態度，雖然開發中國家在國際水準以「適當補償」為普遍共同的補償標準且意見一致，不過它們在高度期待引進投資時，與已開發國家簽訂雙邊投資協定，也願意給予已開發國家之投資者高水準的保護。(註一百五十六) 在開發中國家間之雙邊投資協定採用「赫爾規則」，不僅開發中國家想要通過在其他開發中國家領域內設立的本國之跨國公司引進投資，而且為了保護其在其他開發中國家實行投資的本國國民和公司，採用「赫爾規則」。(註一百五十七)

由此可見，雖然開發中國家共同支持以「適當補償」為補償標準；開發中國家與其他國家簽訂雙邊投資協定時，卻常採用「赫爾規則」的情況，意味著今日關於徵收條款之補償標準，還沒有一貫的補償標準。因此開發中國家的立場，僅能透過投資協定把本國的特定個別利益加以明文規定。(註一百五十八)

肆、韓與各國間之雙邊投資協定徵收條款 比較研究

一、概說

外國投資者在實施海外投資時，最擔心的是投資財產地主國之徵收可能

註一百五十六：M. Sornarajah, *Ibid*, 244p

註一百五十七：新加坡與越南間之雙邊投資協定上，為了保護對越南進行投資之新加坡國民或公司，而且為了滿足新加坡領域內進行投資的跨國公司所要求的條件，在投資協定上規定「赫爾規則」。M. Sornarajah, *Ibid*, 244p

註一百五十八：Rudolf Dolzer, *New Foundation of the Law of Expropriation of Alien Property*, A. J. I. L. Vol.78(Washington D. C.: The American Society of International Law, 1984), 177p

性。在國際投資協定中加入徵收條款目的在於，於投資決定過程中進行對投資風險之預測和評估，然而依據地主國之政治、社會不穩定性和政策變化，對投資風險之預測和評估可能會改變，並且這樣不可預測的變化可能導致外國投資者向地主國投資的萎縮。地主國為了引進海外投資，也需要有風險的安全裝置。

根據雙邊投資協定，在地主國對外國投資者之投資財產實行徵收的情形，外國投資者按正當法律程序得到補償，而且若因地主國政府不履行補償而使兩國間投資爭端升級時，得由投資者本國政府代替本國投資者向投資徵收國政府請求補償，或直接經過國際仲裁得到救濟。可是由於在雙邊投資協定之徵收條款上，就各類規定（如徵收之判斷標準、補償標準、補償金額計算方式等）一般而言並沒有具體的基準，投資輸出國和投資輸入國之間對這不明顯基準的看法有很大的差異。例如，若因徵收引起投資爭端的情形，根據仲裁庭之自由裁量權，來判斷徵收條款之不明確基準，但是由於大部分的仲裁判斷標準，不是考慮地主國之公共目的、本國現行法律及政策之必要性，而是以對外國投資者利益侵害之事實與否為焦點，因而地主國之立場並不一定有利。

因此，徵收條款不明顯的基準，提供外國投資者的投資財產更好的保護，地主國反而可能受到不可預測的損害，亦即，從地主國來看，依本國的公共目的所實行的徵收，主張合乎徵收合法性條件；從外國投資者來看，主張因地主國的徵收措施受到不利益，仲裁庭可能會判斷該措施為不法徵收，故此地主國敗訴於仲裁判決的情形，應向外國投資者支付龐大補償金額或賠償。上述情形在臺灣和韓國均有簽訂雙邊投資協定的情形，兩國都可能會面臨這樣的徵收爭議。

基於前述之徵收條款問題，在臺灣和韓國之間目前尚未簽訂雙邊投資協定，故本章將透過分別與臺灣及韓國共同簽訂雙邊投資協定之國家，進行徵收條款之比較研究，本章首先將觀察各徵收條款之內容，其次則彙整徵收條

款之問題，最後則嘗試對未來臺灣和韓國簽訂雙邊投資協定之徵收提出建議條款。

根據「聯合國貿易及發展會議」(UNCTAD)(註一百五十九)，2009 年 1 月，臺灣與 21 個國家簽訂雙邊投資協定(已生效者為 15 個國家)，韓國與 87 個國家簽訂雙邊投資協定(已生效者為 75 個國家)。其中分別與臺灣及韓國同時簽訂了雙邊投資協定的國家共有 15 個國家，分別為：亞洲 6 個國家，中南美洲 7 個國家，非洲 2 個國家。本文將以上開 15 個國家當中之 8 個國家，即以印度、馬來西亞、泰國、越南、哥斯達黎加、薩爾瓦多、瓜地馬拉、奈及利亞為中心，來進行雙邊投資協定之徵收條款比較分析。(註一百六十)

二、徵收定義之比較

最近徵收之方式與地主國家所實行的傳統直接徵收和國有化措施不同，像間接徵收、國有化或徵收相同效果的措施等其方式變成多樣，有關間接徵收的國際投資爭端頻頻發生。可是最近多數雙邊投資協定之徵收條款上，一般不規定關於引起爭論的間接徵收、直接徵收、國有化和國有化或徵收相同效果的措施之具體基準和判斷標準。(註一百六十一)

兩國間徵收條款中之徵收定義，多數韓國雙邊投資協定之徵收定義規定

註一百五十九：Country List of BITs；

<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>

註一百六十：在第四章臺、韓與各國簽訂 BIT 的 15 個國家中之 7 個國家被除外討論之原因，係因為本章之比較條款以兩個條件為中心：1、以國家間之協定為中心。臺灣和菲律賓 BIT 是市政府(臺北市-馬尼拉市)間之投資協定。2、協定語言版本以英文版本為中心。巴拿馬、尼加拉瓜、多明尼加共和國、宏都拉斯(中文、西班牙版本)、塞內加爾(中文、法文版本)之協定版本均非英文版本。

參見臺灣經濟部投資事務處，http://www.dois.moea.gov.tw/asp/relation1_1_2.asp

註一百六十一：UNCTAD，Bilateral Investment Treaties 1995~2006 Trends in Investment Rulemaking，44p

為「國有化、徵收，或受限於與國有化或徵收有相同效果之措施 (be nationalized, expropriated or subjected to measures having effects equivalent to nationalization or expropriation)」，而臺灣雙邊投資協定則就徵收定義規定了多種不同類型。不過在前述的一些徵收條款中，臺灣-馬來西亞 BIT 第 5 條 (1993)，臺灣-越南 BIT 第 4 條 (1993) 所規定的「任何徵收措施(any measure of expropriation)」與其他徵收條款比較，相當抽象，在這條款中甚至連直接、間接徵收也沒有提及。「任何徵收措施(any measure of expropriation)」的適用範圍是什麼？在保護外國投資者所投資財產之雙邊投資協定目的上，而且最近雙邊投資協定趨勢上，這條款也應該解釋「『任何徵收措施(any measure of expropriation)』包括『國有化、徵收，國有化或徵收相同效果之措施』」。由此可見，前述所有條款只是類型上有所差異，但在條款文字上的含義仍然相同。

可是，在臺灣、韓國與各國簽訂的雙邊投資協定中，均沒有提及徵收條款的具體基準、判斷標準和適用範圍是什麼，關於「國有化」、「直接、間接徵收」或「國有化或徵收相同效果之措施」也沒有任何說明。由於徵收條款之判斷標準和適用範圍不明，或許將造成很多有關徵收之判斷標準和適用範圍解釋的爭議問題。例如，外國投資者不管投資財產之損害程度，在地主國領域內判斷投資者受到損害時，外國投資者很可能以該協定徵收之適用範圍之廣泛解釋為理由，進而引起兩國間之投資爭端。

三、徵收合法性條件之比較

在國際習慣法上，多數資本輸出國主張「地主國對外國投資者之投資財產實行徵收的情形，若合乎於四個條件 (公共目的、不歧視性、正當法律程序、迅速、充分、有效補償)，承認合法性之徵收。」，因此幾乎所有的雙邊投資協定，對於徵收或國有化措施須遵守某些條件。不過隨著多數開發中國

家否認已開發國家之合法性條件，已開發國家為了對應開發中國家之不法徵收，試圖改變現有的多數雙邊投資協定。(註一百六十二)

1./公共目的之比較

西方國家及學者認為，動機和目的是徵收的必要組成因素，徵收須是為了公共目的，這是徵收權利的法律根據，否則就會涉及國家責任。(註一百六十三)不過，迄今為止在國際慣例和判例上，關於公共目的是否屬於合法性徵收必要組成條件的意見仍然分歧，(註一百六十四)尤其投資輸出國主張，向對方國家報復的方法，就是把對方投資者之財產以違反公共目的的實行徵收。不過由於判斷是否屬於公共目的是地主國的權利，所以理論上不能限制主權國家之徵收權利。雖然現實上存在這樣的矛盾情況，絕大多數的雙邊投資協定仍然把公共目的合法性徵收規定為必要組成條件。

臺灣和韓國與各國家所簽訂的投資協定上有關公共目的之相關條款，雖然在文字用語上有所不同(例如、公共目的、公共利益、社會利益、公共必要性等)，然而前述所有的雙邊投資協定均把公共目的定為合法性徵收之條件，不過與其他的雙邊投資協定一樣，有關公共目的的具體適用範圍或標準並未規定於條款上。

在前開的投資協定中，有一些雙邊投資協定之徵收條款對於公共目的之空間性範圍，明顯地加以限制；例如、臺灣-越南 BIT 第 4 條(1993)「...，徵收措施應符合有關地區之法律目的... (...the measures shall be taken for a lawful purpose of the relevant place,...)」和韓國-泰國 BIT 第 5 條第 1 項(1989)、韓國-奈及利亞 BIT 第 5 條第 1 項(1999)「...except for public

註一百六十二：UNCTAD, *Ibid*, 47p

註一百六十三：餘頸松，同前揭文，289 頁

註一百六十四：常設仲裁庭 1922 年「挪威求償案」中解釋徵收時，明確地限制，行使這一權利須為「公共目的」或「普遍福利」。1962 年「關於天然資源之永久主權宣言」也規定以「公共事業、安全或國家利益等屬有為根據」。餘頸松，同前揭文，289 頁

purpose related to the internal needs of that Party (締約當事國內的要求有關公共目的) ...」, 而且根據一些徵收條款規定, 除非地主國之公共利益, 否則對外國投資財產不得實行國有化或徵收。若實行徵收時, 應遵守補償或正當法律程序。(如韓國-馬來西亞 BIT 第 5 條 (1989)、韓國-薩爾瓦多 BIT 第 4 條 第 3 項 (2002)、韓國-瓜地馬拉 BIT 第 5 條第 1 項 (2002))

2. 不歧視性之比較

徵收合法性條件規定不歧視性, 是為了對外國投資企業以國籍為依據不得實施歧視性徵收, 即不歧視性, 從外國投資者來看, 能預防其所投資之財產無法律根據而被歧視性地徵收。國民待遇和最惠國待遇一般禁止歧視性措施, 徵收條款旨在地主國實行徵收措施時, 對其他領域 (如公共目的、正當法律程序、補償) 也不得採取歧視措施。

在臺灣和韓國與各國簽訂的雙邊投資協定都規定「不歧視性」。雖然各徵收條款「不歧視性」之文字表現也各有不同, 但徵收措施應實行在「不歧視性」之基礎上, 這樣的「不歧視性」適用範圍可以全面的適用於徵收條款 (例如公共目的、補償、正當法律程序) 之解釋。

3. 正當法律程序之比較

在雙邊投資協定上, 合法性徵收之第三條件是「正當法律程序」。「正當法律程序」意味著依據徵收國之法律程序以及國際法程序而合法地實行徵收, 一般包括外國投資者就徵收之合法性、補償有關事項等能向徵收國之司法機關或者其他獨立當局請求審查之權利, 此係為了防止地主國政府之任意徵收, 因此, 與地主國之本國法程序不符合的徵收, 在雙邊投資協定上均屬禁止的徵收。今日, 多數雙邊投資協定之徵收條款, 在徵收國實行徵收措施的情形, 多從尊重外國投資者出發來規定「正當法律程序」的基準。(註

一百六十五)

透過兩國徵收條款就正當法律程序之比較，可知各徵收條款首先對合法性徵收條款提出正當法律程序，其次再就徵收條款下之正當法律程序內容為具體規定。例如、根據臺灣-瓜地馬拉 BIT 第 4 條第 2 項 (2001) 規定，「受影響指投資人應有權依據徵收之締約一方之法律，請求徵收之締約一方之司法或其他獨立機關就該案件及其投資之估價，依照本項所定之原則迅速審查」。這規定意味著雙邊投資協定上即使有投資者和國家間爭端解決程序規定，但不得禁止經過司法或其他獨立機關，利用司法或行政性所提出的異議程序，即這規定說明正當法律程序之具體內容。(註一百六十六)

4. 迅速、充分、有效的補償之比較

在雙邊投資協定上，合法性徵收之第四條件是補償。徵收之補償條件可謂為徵收條款之核心。臺、韓與各國所簽訂的多數雙邊投資協定依「赫爾規則」(Hull Formula)，規定「迅速、充分、有效」。「迅速 (prompt) 補償」係指無延遲補償或及時補償 (without undue delay)。(註一百六十七)「充分 (adequate) 補償」係指有關補償金額決定之標準，一般來說，「充分 (adequate) 補償」意味著「在財產剝奪發生之前或者財產剝奪之判定成為正式化之前決定的時候，依據『公平市場價格』(fair market value) 給予充分補償」。(註一百六十八)「有效 (effective) 補償」係指根據「充分兌現 (fully realizable)」、
「兌換通貨 (convertible currency)」、
「自由移轉 (freely transferable)」必須給予補償。

臺灣-哥斯達黎加 BIT 第 5 條第 1 項 (2004)、臺灣-瓜地馬拉 BIT 第 4 條第 2 項 (2001)、韓國-馬來西亞 BIT 第 5 條第 1 項 (1989)、韓國-越南 BIT

註一百六十五： UNCTAD，Ibid，47p

註一百六十六： Han chan-sik 外 2 人，同前揭文，199 頁

註一百六十七： R.Dolzer & Christoph Schreuer，“Principles of International Investment Law”，Oxford University Press，2008，92p

註一百六十八： World Bank Guidelines on the treatment of Foreign Directive Investment IV-3

第 5 條第 1 項 (1993) 是今日多數雙邊投資協定所採用的補償標準 (赫爾規則) 之一般類型 (註一百六十九) 不過, 臺灣-印度 BIT 第 4 條第 1 項 (2002) 就合法性徵收之補償標準規定「公平和衡平補償 (fair and equitable compensation)」, 臺灣-泰國 BIT 第 6 條第 1 項 (1996) 規定「Such compensation shall be adequate, effectively realizable」, 臺灣-馬來西亞 BIT 第 5 條 (1993) 補償標準則有點模糊。

至於臺灣-印度 BIT 第 4 條第 1 項 (2002)、臺灣-泰國 BIT 第 6 條第 1 項 (1996)、臺灣-馬來西亞 BIT 第 5 條 (1993) 類型之補償標準怎麼適用呢? 在國際投資協定上, 關於徵收補償標準, 與「赫爾規則」不同, 也利用其他文字表現, 例如, 「公平」 (fair)、 「公正」 (just)、 「充分」 (full)、 「適當」 (reasonable) 等, 不過這樣的用語都把握與「赫爾規則」相同的意思。 (註一百七十) 雖然「公平和平等補償 (fair and equitable compensation)」之表現看起來比「赫爾規則」還委婉, 不過由於「迅速、充分、有效 (prompt, adequate and effective)」補償標準也是「公平」及「平等」補償標準之一般表現, 所以各用語的意思相同。 (註一百七十一) 臺灣-泰國 BIT 第 6 條第 1 項 (1996) 類型也可以屬於「赫爾規則」進行解釋。 (註一百七十二)

臺灣-馬來西亞 BIT 第 5 條 (1993) 就補償標準規定如下, 「... compensation which shall be freely transferable in freely usable currencies without unreasonable delay.」, 首先「不合理之延遲 (without unreasonable delay)」意味著「迅速」 (prompt) 補償, 其次「該補償應以可自由流通貨幣為之, 且具自由移轉性 (shall be freely transferable in freely usable currencies)」意味著「有效」 (effective) 補償, 因此雖然該協定上規定不是正確的「迅速、充分、有

註一百六十九: UNCTAD, *ibid*, 48-49p

註一百七十: 玉田大, 投資協定仲裁における補償賠償判断の類型—収用事例と非収用事例の再類型化の試み—, RIETI Discussion Paper Series 08-J-013, 7 頁

註一百七十一: Rudolf Dolzer and Magrete Stevens, *supra* note 88, p.109

註一百七十二: M. Sornarajah, *ibid*, 243p

效」補償文字，但該條款也可以與「赫爾規則」相同意思進行解釋。

四、徵收補償方法之比較

地主國合法性徵收的最後條件即是補償。對外國人財產實行徵收時，已開發國家和開發中國家都同意補償支付之意見，不過關於徵收金額之估價標準或補償支付方法等看法卻有很大的距離。已開發國家傳統主張「迅速、充分、有效」(prompt, adequate and effective)即，充分補償(full compensation)為補償標準，不過有些開發中國家(如拉丁美洲國家)主張，依據現行本國之國內法，必須適用於適當補償(appropriate compensation)標準來解決補償問題。其他多數雙邊投資協定採用各種之補償標準，例如平等補償(equitable compensation)、公平補償(fair compensation)、公正和平等補償(just and equitable compensation)。(註一百七十三)

雖然投資輸出國和投資輸入國間之區分很清楚，但今日國際慣例上，這樣的國際慣例上補償標準之區分很模模糊糊。例如、根據 1992 年「世界銀行之外國直接投資待遇指南」(World Bank Guidelines on the treatment of Foreign Directive Investment)第 4 條第 1-2 項(註一百七十四)，把「適當補償」看作「迅速、充分、有效」的補償，依據第 3 項規定，補償以被徵收的財產之「公平市場價格(fair market value)」為根據，在財產被徵收之發生前或者即將被徵收而尚未為公眾所周知前，把補償看作「充分(adequate)」

註一百七十三： 崔昇煥，同前揭文，846-848 頁

註一百七十四： 1. A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation.

2. Compensation for a specific investment taken by the State will, according to the details provided below, be deemed "appropriate" if it is adequate, effective and prompt.

(註一百七十五)、(註一百七十六)

最近投資有關協定 (或條約) 也就補償標準、補償方法之一般規定，依已開發國家所主張的補償方式加以規定，例如 1994 年「能源憲章條約」(Energy Charter Treaty ; ECT) 第 13 條第 1 項 (d) (註一百七十七) 即規定「地主國家對投資者的投資財產實行徵收時必須給予『迅速、充分和有效的補償』，該補償必須與被徵收的投資財產之公平市場價格一致」。因此「ECT」也採用「充分 (adequate)」補償，並且今日多數國際投資有關協定採用「充分 (adequate)」補償，例如 NAFTA(第 1110 條)、2004 美國 BIT 模範法 (第 6 條第 2 項 (b)，第 3 項)、2004 加拿大 BIT 模範法 (第 13 條第 2 項) 等。(註一百七十八)

本文將透過雙邊投資協定上徵收條款中有關補償評價之規定，比較臺灣和韓國與各國家所簽訂之雙邊投資協定，對於補償方法適用之情形。

1. 可適用的補償價格之比較

如前所述，根據「世界銀行之外國直接投資待遇指南 (World Bank

註一百七十五： 3. Compensation will be deemed "adequate" if it is based on the fair market value of the taken asset as such value is determined immediately before the time at which the taking occurred or the decision to take the asset became publicly known.

註一百七十六： 根據世界銀行指南，因為把「徵收補償條件」看作「合理 (appropriate) 補償」=「赫爾規則 (Hull Formula)」，把「充分 (adequate) 補償」看作「公平市場價格 (fair market value; FMV)」，所以透過該指南補償條款，可以推倒「Hull Formula + FMV」公式。玉田大，同前揭文，7 頁

註一百七十七： (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Valuation Date"). Such fair market value shall at the request of the Investor be expressed in a Freely Convertible Currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of Expropriation until the date of payment.

註一百七十八： 玉田大，同前揭文，7 頁

Guidelines on the treatment of Foreign Direct Investment)」第 4 條第 3 項規定，補償以被徵收的財產之「公平市場價格 (fair market value)」為根據，在財產被徵收之發生前或者即將被徵收而尚未為公眾所周知前，把補償看作「充分 (adequate)」(註一百七十九)。最近多數雙邊投資協定也採用公平市場價格。不過，有一些雙邊投資協定除了公平市場價格以外，也規定「the genuine value」、「the full and genuine value」、「the real value」、「the market value」等 (註一百八十)，而這樣的用語又應該要如何適用呢？

在現代投資協定上所採用的各種價格，將「真正價格 (the genuine value)」、「充分和真正價格 (the full and genuine value)」、「現實價格 (the real value)」、「市場價格 (the market value)」、「商業價格 (commercial value)」、「實際價格 (actual value)」等之用語意思都看做「公平市場價格」(註一百八十一)，是由於會計學將「現行市場價格 (current market value)」、「公平市場價格 (fair market value)」、「現行價格 (current value)」、「公平價格 (fair value)」、「市場價格 (market value , mark-to-market)」看作同樣的意思 (註一百八十二)，而且實際仲裁判例上，因為多數雙邊投資協定採用「赫爾規則和公平市場價格」，雖然用語有點區別，但各用語也可以解釋為同樣的意思。(註一百八十三)

註一百七十九：在徵收條款插入「即將被徵收而尚未為公眾所周知前」之文句，因為大眾得悉徵收事實，所以該財產之市場價值可能會貶值，因此為了避免以貶值的財產為補償標準規定了這樣的文句。

註一百八十：Giorgio Sacerdoti “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, R.C.A.D.I., tome 269 (1997) at 399.

註一百八十一：UNCTC, *Bilateral Investment Treaties* (New York: United Nations Publication, 1988), 56p

註一百八十二：高寺貞男・草野真樹「公正価値概念の拡大—その狙いと弱み—」大阪経大論集 55 卷 2 号 (2004 年), 251 頁

註一百八十三：Both, the relevant provision of the BIT and the general rules of international law, led the Tribunal to conclude that the Respondent had to compensate for the **Fair market value** of CME’s investment (despite the absence of the “Fair market value” wording in the BIT). The Tribunal’s thus equated the “fair market value” standard with the treaty formula of “just compensation [representing] the genuine value of

這種公平市場價格 (FMV) 被各種價格計算方法所估價，估價方式按具體個案或事實關係不同而改變。「世界銀行之外國直接投資待遇指南」第 4 條第 4-6 項即規定了徵收財產之價格估價方式，其內容簡述如下：

(a) 「公平市場價格」(Fair Market value) 係將指未來期待利益反映到資產估價之估價方式，市場價格包含 (接受企業之) 買方將受到的「持續經營價格」(going concern) (註一百八十四) 如此，企業考慮持續經營價格(going concern) 有收益的情形，基於「現金流折估值法」(Discounted cash-flow method ; DCF) (註一百八十五) 來計算。現金流折估值法係指將通貨之時間價格 (time value of money)、預期通貨膨脹 (expected inflation) 及現金流轉 (cash flow) 有關風險反映到年度純現金流轉貼現後，以企業之預期未來收益減去未來收益有關現金支出的純現金收益為標準。不過 (b) 收益性不夠的不實企業的情形，能適用「清算價格方式」(liquidation value ; 係指將企

the investment affected”. The Tribunal viewed these “concordant” concepts, scattered around more than 2200 BITs as “variations on an agreed essential theme, namely, that when a State took foreign property, *full compensation* must be paid.” CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic (UNCITRAL), Final Award of 14 March 2003, para.493, 497; S Ripinsky with K Williams, Damages in International Investment Law (BIICL, 2008)

註一百八十四：a “*going concern*” means an enterprise consisting of income-producing assets which has been in operation for a sufficient period of time to generate the data required for the calculation of future income and which could have been expected with reasonable certainty, if the taking had not occurred, to continue producing legitimate income over the course of its economic life in the general circumstances following the taking by the State; World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment IV.6

註一百八十五：“*discounted cash flow value*” means the cash receipts realistically expected from the enterprise in each future year of its economic life as reasonably projected minus that year's expected cash expenditure, after discounting this net cash flow for each year by a factor which reflects the time value of money, expected inflation, and the risk associated with such cash flow under realistic circumstances. Such discount rate may be measured by examining the rate of return available in the same market on alternative investments of comparable risk on the basis of their present value; *ibid*, IV.6

業須對付之一些負債給「自願的買方」(willing buyer) 在清算條件下能賣出之企業之個別資產或全部資產總額。)(註一百八十六)。(c) 評估企業之持續經營價格，投資期間很短的情形，透過「資產替換價格」(replacement value of assets) (註一百八十七)或「帳面價格」(book value) (註一百八十八)而來評估。(註一百八十九)

通過臺灣和韓國與各國家簽訂的雙邊投資協定徵收條款中有關補償價格之約定，可知「可適用補償價格」除了公平市場價格以外，也有各種的用語(如市場價格(the market value)、真正價格(the genuine value)、公平價格(the fair price)、其價格(the value))。如上所述，雖然補償價格之文字表現有所不同，然而因為會計學和仲裁判例上一般以「赫爾規則和公平市場價格」為根據來適用補償方法，所以前述的兩國與各國簽訂的雙邊投資協定之補償價格之各種標準(a) 臺灣-薩爾瓦多 BIT 第 8 條 第 2 項(1997)「市場價格(the market value)」、(b) 臺灣-印度 BIT 第 4 條第 1 項(2002)「真正價格(the genuine value)」、(c) 臺灣-哥斯達黎加 BIT 第 5 條第 2 項(2004)「公平價格(the fair price)」也應解釋為與「公平市場價格」相同的意思。值得注意的是，臺灣-薩爾瓦多 BIT 第 8 條 第 2 項(1997)約定與其他協定不同，該約定使地主國得採用「市場價格」以外之其他補償價格，這樣規定

註一百八十六："*liquidation value*" means the amounts at which individual assets comprising the enterprise or the entire assets of the enterprise could be sold under conditions of liquidation to a willing buyer less any liabilities which the enterprise has to meet ;
Ibid , IV.6

註一百八十七："*replacement value*" means the cash amount required to replace the individual assets of the enterprise in their actual state as of the date of the taking ; and I bid ,
IV.6

註一百八十八："*book value*" means the difference between the enterprise's assets and liabilities as recorded on its financial statements or the amount at which the taken tangible assets appear on the balance sheet of the enterprise, representing their cost after deducting accumulated depreciation in accordance with generally accepted accounting principles. I bid , IV.6

註一百八十九：UNCTAD , Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s , 70p

的目的是為了實行迅速、有效的補償。

2. 可適用的利息之比較

雖然多數雙邊投資協定規定必須給予「迅速 (prompt)」或「無延遲 (without due delay)」的補償，然而外國投資者對投資財產所被徵收之時期和徵收國支付補償之時期兩者間往往有時間差產生(time lag between the date the investor is dispossessed from its investment and the date of payment.)。(註一百九十)

根據有些 UNCTAD 報告，最近雙邊投資協定對於上述時間差之利息支付問題，可區分說明如下 (註一百九十一)：(a) 在多數雙邊投資協定上完全不規定支付利息之問題、(b) 某些雙邊投資協定規定，若徵收措施和支付補償時期之間有時間差，支付之補償必須包括利息、(c) 利息之計算應該適用國內行市(applicable domestic rates)或者應該參考國內法規定計算之、(d) 某些雙邊投資協定規定，徵收時期和補償支付時期之間應該支付利息。

由於前述之支付補償時差利息係最近雙邊投資協定之趨向，在臺灣、韓國與各國家所分別簽訂的雙邊投資協定之徵收條款中有關利息之規定，說明如下：

臺灣-馬來西亞 BIT 第 5 條 (1993)、臺灣-泰國 BIT 第 6 條 (1996)、臺灣-越南 BIT 第 4 條 (1993)、臺灣-薩爾瓦多 BIT 第 8 條 (1997)、韓國-泰國 BIT 第 5 條 (1989) 均未將利息支付的規定置於徵收條款中。

臺灣-奈及利亞 BIT 第 5 條第 1 項 (1994) 和韓國-奈及利亞 BIT 第 5 條第 2 項 (1999) 規定「...,shall include interest at a prevalent commercial rate until the date of payment,...(應包括迄至清償日依一般商業利率計算之利息)」。「until the date of payment (迄至清償日)」意味著利息支付必須到完全

註一百九十： UNCTAD, *ibid*, 48p

註一百九十一： UNCTAD, *ibid*, 48p

補償加以進行。這樣的規定也見於 2008 德國 BIT 模範法徵收條款 (第 4 條第 2 項)(註一百九十二) 中。

臺灣-瓜地馬拉 BIT 第 4 條第 2 項 (2001)、臺灣-哥斯達黎加 BIT 第 5 條第 2 項 (2004) 規定「interest from the date of expropriation until the date of payment(自執行徵收之日止之利息)」、韓國-印度 BIT 第 5 條第 2 項(1996) 「interest at a fair and equitable commercial rate (公平合理之商業利率之利息)」、韓國-哥斯達黎加 BIT 第 5 條第 2 項 (2002) 「interest based on the applicable commercial rate(基於可適用的商業利率之利息)」、韓國-薩爾瓦多 BIT 第 4 條第 3 項 (2002) 「可適用的商業銀行利率之利息 (interest at the applicable commercial banking rate)」, 這是為了避免不明確的利息支付時期, 而明確地規定利息計算所需要的具體時點 (the specific moment)。這樣的規定 2004 美國 BIT 模範法第 4 條(b)(註一百九十三)和 2004 加拿大 BIT 第 13 條第 3 項 (註一百九十四) 也有規定。

3. 可支付的補償通貨之比較

關於可支付的補償通貨, 常常出現的問題與現行「自由兌換通貨 (freely convertible currency)」(註一百九十五) 不同「自由使用通貨 (freely usable

註一百九十二： 2008 Germany BIT Article 4(2)「... shall carry the usual bank interest until the time of payment;...」

註一百九十三： 2004 U.S BIT Agreement Article 6 4-(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

註一百九十四： 2004 Canada BIT Agreement Article 13 「3. ...and shall include interest at a commercially reasonable rate for that currency from the date of expropriation until date of payment.」

註一百九十五： 當一種貨幣的持有人能把該種貨幣兌換為任何其他國家貨幣而不受限制, 則這種貨幣就被稱為可自由兌換貨幣。根據《國際貨幣基金協定》的規定, 所謂自由兌換, 係指: 對國際經常往來的付款和資金轉移不得施加限制。即這種貨幣在國際經常性往來中, 隨時可以無條件地作為支付手段使用, 對方也應無條件接受並承認其法定價值。不實行歧視性貨幣政策措施或多種貨幣匯率。在另一成員國要求下, 隨時有義務換回對方在經常性往來中所結存的本土國貨幣。即參

currency)」有關支付方式(註一百九十六)。過去10年間,雙邊投資協定採用了各種不同的基準。(註一百九十七)

根據2004年加拿大BIT模範法第13條第3項明顯規定,「補償通過可自由兌換通貨而必須可支付之(Compensation shall be payable in a freely convertible currency)」,根據2004美國BIT模範法第6條第3項和第4項規定,「在補償金額計算時,按照公平市場價格是否『可自由使用通貨』表示,利息支付額也不一樣」,可知美國BIT模範法於支付補償時採用可自由使用通貨。不過根據2008德國BIT模範法第4條第2項規定,「補償必須有效可兌現,也可自由移轉」(..., it must be effectively realizable and freely transferable)」,沒有關於「自由兌換通貨」和「自由使用通貨」的直接規定。

今日,多數雙邊投資協定規定,必須通過「自由兌換通貨」來支付補償。不過在一些雙邊投資協定於支付補償時,對於是否可使用通貨並不清楚,在這樣情況下,締約當事國依照該協定條款之「適當(appropriate)」通貨自由可以支付補償。(註一百九十八)

關於可支付的補償通貨,在兩國與各國家分別簽訂的雙邊投資協定徵收條款可大分為三種類型。臺灣-泰國BIT第6條第1項(1996)、臺灣-越南BIT第4條(1993)、臺灣-哥斯達黎加BIT第5條第2項(2004)顯然規定以可支付的補償通貨為「自由兌換通貨」;臺灣-印度BIT第4條第1項

加該協定的成員國具有無條件承兌本幣的義務。自由兌換通貨之包括的概念比自由使用通貨寬泛。

<http://www.ucan100.com/CoursesDetail3.aspx?ArticleId=870>

註一百九十六: The Deutsch mark, the French franc, the Japanese yen, the pound sterling, the United States dollar and any other currency which has been designated from time to time by a competent international monetary organization as being in fact widely used to make payments for international transactions and widely traded in the principal exchange markets.

http://www.websters-online-dictionary.org/fr/freely_usable_currency.html

註一百九十七: UNCTAD, *ibid*, 50p

註一百九十八: Germany-Sri Lanka(2000)、South Africa-Turkey(2000); UNCTAD, *ibid*, 50p

(2002)、韓國-印度 BIT 第 5 條第 2 項 (1996)、韓國-馬來西亞 BIT 第 5 條第 1 項 (1989)、韓國-越南 BIT 第 5 條 (1993)、韓國-哥斯達黎加 BIT 第 5 條第 2 項 (2002)、韓國-危地馬拉 BIT 第 5 條第 2 項 (2002)、韓國-奈及利亞 BIT 第 5 條第 2 項 (1999) 之規定則為「有效兌現 (effectively realizable)」，像臺灣-馬來西亞 BIT 第 5 條 (1993) 一樣的其他類型，補償通貨有關之任何規定並未定於協定上。韓國與各國家簽訂的多數雙邊投資協定一般採用「...shall be made without undue delay, be effectively realizable, and be freely transferable. (... , 且應立即支付不得無故遲延，並可有效兌現(有效兌換)及自由移轉)」。不過在臺灣韓國條款上所規定的「有效兌現(effectively realizable)」意思是什麼？「effectively realizable」的表現來自雙邊投資協定前身的「友好通商航海條約」(FCN)。在友好通商航海條約上，「effectively realizable」的意思一般意味著「包括兌換和轉移的基準」(註一百九十九)，而且根據中國大陸和特立尼達和多巴哥 BIT 第 6 條第 2 項 (2002) (註二百)，把「effectively realizable」的意思翻譯為「有效兌換」。由此可見，關於「支付的補償通貨」，雖然前述的雙邊投資條款之文字表現各有不同，但在所有的徵收條款可支付補償通貨均採用「自由兌換通貨」。

伍、結 論

一、臺、韓間未來簽訂 BIT 徵收條款之建議

1. 引進徵收條款之附件 (Annex)

註一百九十九： Ko Gwan Sik, M.C.W. Pinto, J. J. G. Syatauw, 「Asian Yearbook of International Law Vol 5 1995」, Martinus Nijhoff Publishers, 90p

註二百： China-Trinidad and Tobago BIT (2002)

最近國際投資法上，就徵收所引起之最爭論部分即為間接徵收之判斷標準和適用範圍。在第四章第二節透過各條款之徵收形態比較，可知該等徵收條款中都沒有規定國有化、直接徵收、間接徵收之具體判斷標準和適用範圍，尤其近來因間接徵收所產生之國際投資爭端很頻繁，國際法學界也認為間接徵收存在很多的問題，但在間接徵收之判斷標準及適用範圍均不確定之現況下，因徵收所發生之國際投資爭端，對間接徵收之判斷只能全部都委由仲裁庭之自由裁量權來作判斷。當這樣的情況繼續重複發生的時候，因為向外國投資者之投資財產保護作出較寬大判斷的仲裁結果，可能導致地主國敗訴的可能性很高，因而地主國通常會站在較不利益的立場。因此為了減少地主國不可預測的損害，在雙邊投資協定上應就間接徵收之規定加以明文化。

在 2004 美國 BIT 模範法第 6 條和 2004 加拿大 BIT 模範法第 13 條 1 項 (註二百零一)，則就徵收條款之附件 (Annex) 另外明文規定「間接徵收」之判斷標準和適用範圍。不過因為上述兩國的附件所規定的間接徵收相關

註二百零一： Annex B.13(1) Expropriation The Parties confirm their shared understanding that:

- a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;
- b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations; and iii) the character of the measure or series of measures;
- c) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.

內容都很類似，所以本文以美國模範法之附件 B 之規定說明如下：

根據 2004 美國 BIT 模範法附件 B 第 4 項 (註二百零二) , 「間接徵收，指締約方採取一個或一系列行動，其效果等同於直接徵收，儘管沒有通過形式上的權利轉移或直接奪取。

- (1) 對於在特定事實情形下締約一方採取的一項或一系列行為是否構成間接徵收的認定，應考慮以下以及其他因素，根據案情採取逐案分析的方法：
 - (a) 該政府行為的經濟影響，雖然僅憑締約一方採取的一項或一系列行為對投資經濟價值所產生的負面影響，並不足以斷定徵收已經發生；
 - (b) 該政府行為對支持投資的清晰的、合理的期待的干預程度；以及
 - (c) 該政府行為的性質。
- (2) 除非極少的情況下，旨在保護合法公共福利，如保護公共健康、安全及環境的非歧視的管制措施不構成間接徵收。」

前述美國 BIT 模範法之徵收附件將合法公共福利 (如公共健康、安全及環境) 以外的措施看作國家之規制行為，且不構成間接徵收的三個條件 (如政府行為的經濟影響、政府行為投資期待的干預程度、政府行

註二百零二： 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.

為的性質)應考慮根據案情採取逐案分析的方法。若在雙邊投資協定上準備附件明文規定間接徵收之判斷標準和適用範圍之情形,可預測以下的情況:

- (a) 地主國政府實施規制政策時可能會減輕相當的負擔,因為附件已明文規定公共利益之範圍,在該範圍內,容許政府規制政策可以進行解釋。
- (b) 在投資爭端發生時,對間接徵收可以限制仲裁庭之自由裁量權,即仲裁庭之裁判和解釋將可以限縮於締約國所認定之範圍內。

可是,徵收附件也有模糊而不明顯的文字表現(如「極少的情況」(in rare circumstances)、模糊的「公共福利」(public welfare)、對規制性徵收之判斷標準等),所以類此定義模糊之文字尚須經由雙方之協議加以修改、補充,以臻明確。

綜上所述,未來臺灣、韓國簽訂雙邊投資協定時,亦應考慮引進徵收附件。

2.關於徵收補償標準之建議

本章所列舉的雙邊投資協定,因考慮臺灣和韓國簽訂雙邊投資協定的可能性,故原則上係針對情況較為對等的國家間(或開發中國家)之雙邊投資協定。惟姑不論開發中國家間之雙邊投資協定,連支持共同立場(適當補償; appropriate compensation)之開發中國家也於多數協定引進已開發國家所主張的補償標準。這樣趨勢的原因是,一方面,想要引進外資之開發中國家(或中等已開發國家)為了與已開發國家簽訂雙邊投資協定因而引進已開發國家之補償標準;另一方面,與其他開發中國家簽訂協定,為保護本國投資而引進已開發國家之補償標準。因此,迄今在國際社會,連支持共同立場之開發中國家都考慮本國現實和國際狀況,逐步引進像赫爾規則一樣的已開發國家之補償標準。未來,倘若臺灣和韓國也簽訂雙邊投資協定,由於兩國都能成為投資者和地主國的立場,所以兩國間對本國投資者為了善盡保護,

很適合引進已開發國家所採用之「赫爾規則」補償標準。

在引進赫爾規則情形，補償方法一般以充分補償為基礎的公平市場價格將補償估價之計算標準。不過現行國際投資法上，估價補償的價格計算標準還沒統一化，而且按徵收目的、具體情況以及締約當事國間之理解關係，補償價格計算方式也可能會有不同的變化，尤其因為補償價格估價標準與補償額決定之間有連帶關係，根據補償價格標準，對補償額程度影響很大，所以參酌兩國之投資環境，兩國需要準備互相適合的具體補償價格計算標準。

二、結語

不論簽訂雙邊投資協定是否為全球的經濟趨勢，臺灣和韓國間目前確實還未簽訂雙邊投資協定。近年來，由於受到全球性的金融風暴影響，臺灣和韓國均無法避免地受到經濟上的打擊，因而更深切地感受到海外投資之必要性。在這樣的情況下，雖然一般認為以往臺灣和韓國相互間之經濟投資活動很消極，但最近兩國間逐漸出現投資活動之動態頗值得關注，所以未來兩國間簽訂雙邊投資協定之可能性也隨之提高。本文之研究對於臺灣和韓國未來簽訂雙邊投資協定時，能提供兩國間多少投資交流幫助雖無法預測，但兩國可能會將該協定之訂定作為促進兩國間投資交流的跳板，因此兩國政府需要對簽訂這樣的雙邊投資協定預為準備，本文亦係基於這樣的原因而進行研究。