

國際投資保障協定「適法性條款」
之適用與效力——
以*Fraport v. Philippines*為核心

張愷致、羅傑

第19屆國際經貿法學發展學術研討會

2019年3月9日

國立政治大學國際經貿組織暨法律研究中心

報告大綱

- 一、國際投資協定(IIA)、ISDS機制簡介
- 二、IIA與地主國規制權衝突及ISDS改革發展
- 三、*Fraport v. Philippines*案事實及爭點分析
- 四、適法性條款適用探討
- 五、結論

投資一定有風險，有賺有賠

- 但不是所有風險都可透過說明書理解…
- 天災、國際情勢變遷、產業結構調整、景氣變化
- 地主國公權力產生的風險難以預測且難以節制

外國投資人投資風險

- 較難透過政治程序影響投資國政府
- 於投資國法院尋求救濟及保障相對困難
e.g.: 不理解當地法令、制度不完善、歧視外國人等問題
- 跨國投資難以移轉特性（沉沒成本問題）

過往處理跨國投資爭端方式

- 當地訴訟
- 外交保護/砲艦外交
- 友好通商航海條約 (Treaties of Friendship, Commerce and Navigation)
 - 時空背景下，對外國投資效益質疑
 - 缺乏有效爭端解決機制
- IIA/ISDS 機制

ISDS機制發展背景

- 對地主國法院不信任/認為有不便利性
- 武力使用有違反聯合國憲章問題
- 外交保護繫諸於投資人母國，求償不確定性高
 - 不一定提起
 - 提起不一定有效
 - 提起後投資人不一定取得賠償

ISDS機制特色

- IIA締約國預先承諾將投資爭端交由國際仲裁處理 (arbitration without privity)
- 允許私人直接對國家提起國際爭訟
- 仲裁規則、程序明確、速度較快、便宜(?)
- 仲裁判斷可透過ICSID公約或紐約公約獲得執行

強調：效率、有效性

ISDS 爭端解決的蓬勃發展

- 全球簽署超過3000個IIA
- 已知ISDS仲裁數超過900個
(案件量超越WTO/ICJ等其他國際爭端解決機制)
- 常見主張：
 - 地主國違反公平與公正待遇(fair and equitable treatment)
 - 地主國措施構成間接徵收(indirect expropriation)

IIA/ISDS機制對地主國之影響

- 限縮地主國規制權(right to regulate)
- 主權：對外代表國家、對內為國家最高權力->被挑戰
- 地主國行政、立法、司法權受到限制
- 對地主國國民反而形成歧視
- ISDS仲裁判斷個案式審理造成的判斷歧異、邏輯不一致問題

對ISDS機制改革：改善現有機制

	可能之具體做法	解決之對應缺失
改進仲裁程序	增進透明性與公眾參與空間	<ul style="list-style-type: none"> • 透明性、公眾參與不足
	確保仲裁人之專業性、獨立性	<ul style="list-style-type: none"> • 仲裁人之獨立性不足 • 仲裁判斷欠缺一貫性
	締約方得解釋條約或決定敏感議題	<ul style="list-style-type: none"> • 過度限縮地主國規制權利 • 仲裁判斷欠缺一貫性
	濫訴防免機制，如透過程序駁回、反訴或費用分配方式抑制濫訴	<ul style="list-style-type: none"> • 過度限縮地主國規制權利
限縮ISDS機制運用	限定僅特定產業、特定之投資待遇違反、或特定期間內得提起ISDS請求	<ul style="list-style-type: none"> • 過度限縮地主國規制權利
	拒絕授與利益或要求個案同意仲裁	<ul style="list-style-type: none"> • 過度限縮地主國規制權利
以締約方之爭端解決機制處理敏感議題		<ul style="list-style-type: none"> • 過度限縮地主國規制權利
引進用盡當地救濟原則		<ul style="list-style-type: none"> • 過度限縮地主國規制權利

對ISDS機制改革：引進新要素

可能作法	解決之對應缺失
替代爭端解決機制 (Alternative Dispute Resolution)	<ul style="list-style-type: none">• 視「替代性爭端解決機制」類型而定
建立常設上訴機制 (締約方提名所有法官)	<ul style="list-style-type: none">• 仲裁判斷欠缺一貫性• 過度限縮地主國規制權利

對ISDS機制改革：替代ISDS機制

可能作法	解決之對應缺失
常設投資法院 (締約方提名所有法官)	<ul style="list-style-type: none">• 仲裁人之獨立性不足• 仲裁判斷欠缺一貫性• 過度限縮地主國規制權利
以締約方間爭端解決機制取代	<ul style="list-style-type: none">• 過度限縮地主國規制權利
僅允許投資人在國內法院解決	<ul style="list-style-type: none">• 透明性、公眾參與不足• 過度限縮地主國規制權利

對ISDS機制改革：其他

- 實體法/程序法類限縮方式：
 - 明文釐清公平與公正待遇內涵
 - 明文釐清間接徵收適用範圍
 - 限縮IIA保障投資範圍
- 適法性條款即為限縮ISDS適用手段之一

適法性條款與
Fraport v. Philippines

什麼是適法性條款

舉例：Germany/Philippines BIT Article 1:

For the purpose of this Agreement:

1. the term “investment” shall mean *any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State*, and more particularly, though not exclusively: ...

什麼是適法性條款

舉例：臺非投資保障及促進協定第2條

為本協定之目的，用詞定義如下：

「涵蓋投資」，指協定生效時已存在於締約一方境內之締約他方所屬投資人之投資，或協定生效後依締約一方法律、命令及規則所建立、取得或擴大之投資。

本文的核心

- 透過*Fraport v. Philippines*案探討適法性條款適用爭議
- 思考我國簽署IIA/BIT中所含適法性條款問題

Fraport v. Philippines 案件事實

- 菲國馬尼拉艾奎諾機場第三航廈興建計畫
- 1997年菲律賓之PIATCO取得第三航廈興建標案，並簽署25年特許經營協議
- Fraport為德國公司，1999年成為PIATCO股東，並同時投資持有PIATCO股權之公司
- 1999年7月，Fraport與持有PIATCO股權之公司簽署股權控制協議，約定取得PIATCO之實質經營權

Fraport v. Philippines 案件事實

- 2001-2002年間，PIATCO與菲國政府間產生摩擦
- 2002年年底，菲國總統宣布司法部認定PIATCO與菲國25年特許協議無效（後為菲國最高法院所肯認，並認與此建設案有關協議與公共政策相違背而無效）
- 菲國憲法及反魁儡法(anti-dummy law)
 - 公用事業必須至少60%股份為本國人所有或控制
 - 禁止外國人取得相關事業控制權

Fraport v. Philippines 主要請求

- 2004年12月，菲國徵收第三航廈並取得航廈控制權
- 菲國徵收後初步給付PIATCO 6000萬美金
- Fraport認為除6000萬美金外，菲國政府更應支付其為此計畫之初的4億2500萬美金至5億美金之費用

Fraport v. Philippines 案件程序

- 2003年Fraport依《德國—菲律賓雙邊投資保障協定》向ICSID提出仲裁請求
- 2003年10月9日註冊成案
- 2007年8月16日仲裁庭以無管轄權駁回此案（*Fraport I*）
- 2008年4月14日臨時委員會認定原仲裁判斷應撤銷
- 2011年4月27日重新註冊案件
- 2014年12月10日新仲裁庭再次裁決以無管轄權駁回此案（*Fraport II*）

兩造主張

- 菲國政府

- Fraport違反菲國憲法及反魁儡法規定公用事業必須至少60%股份為本國人所有或控制，並禁止外國人取得相關事業控制權
- Fraport違反上述規範，投資不合法，故不得享有德菲BIT保障

- Fraport：

- 德菲BIT第1條第1項之目的，是為了重申地主國有選擇是否接受外國投資的權利
- 非限制已進行投資之外國人不得依投保協定尋求救濟
- 菲國自始都知悉PIATCO股權結構及Fraport在菲國投資態樣

Fraport v. Philippines 主要爭點

- 《德菲投保協定》第1條第1項：「『投資』一詞是指根據締約國的相關法律和法規接受的任何種類資產……。」
- 原文：“the term ‘investment’ shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting state...”

Fraport I 及撤銷仲裁判斷

- *Fraport I* :
 - 適用協定的投資限縮在「符合締約國法律或規範而被接受之（投資）」
 - 投資者違反地主國內國法也將連帶產生國際法上效果
 - 若投資完成前即已有違反地主國法律問題，可能造成仲裁庭欠缺事務管轄權
 - 若投資已經做成後方違反地主國法律，則屬實體層面爭議
- 撤銷程序：對部分爭議未保障Fraport聽審權，故撤銷原裁定

Fraport II 判斷

- 採和*Fraport I*相同結論，認為仲裁庭對本案無管轄權
 - 根據牛津字典的定義，條文中的「accepted」一詞，在字義上具有「令人滿意的（satisfactory）」、「可接受的（acceptable）」、以及「咸認正確或有效的（generally recognized as correct or valid）」的意思
 - 條文中「合乎法律及規範（in accordance with the respective laws and regulations）」要件，是投資被接受或被認為是正確或有效的前提
 - 因此，僅有合乎於地主國內國法者，才可能是地主國「可接受（accepted）」之投資，此條並非要求地主國接受外國投資的行為須合乎內國法規定。

Fraport II 判斷

- 認為在政策面上：
 - 非法投資本不得受到投資條約保護
 - 即令沒有適法性條款，依據污手原則等也不該讓該等投資受投資條約的保護
- 判斷時點問題：適法性條款效力僅及於投資作成時的非法情形
 - 投資是以違反地主國法令的方式作成，仲裁庭將無管轄權
 - 若違法情事發生於投資作成後，則屬於實體爭議而非管轄權爭議

分析重點

- 仲裁庭之適用是否符合文義
- 仲裁庭之適用是否符合BIT之政策目的
- 適法性條款究竟應為程序抗辯又或是實體抗辯？
- 違法行為應如何判定？
- 與其他國際法規則之適用與競合關係

適法性條款適用研析

- 《德菲投保協定》第1條第1項文義並不清楚：
the term ‘investment’ shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting state...
 - 強調投資本身應是已經「被接受（accepted，被動語法）」
 - 非著眼於投資本身是否具有違法性
 - 字義上是保留地主國嗣後採投資許可制度的空間
- 仲裁庭將適法性條款解釋為投資必須合乎內國法後始能受到保護，已超脫條文字義

適法性條款適用問題研析（續）

- 倘文義不清楚，應依維也納條約法公約第32條探求對條文最適解釋
 - 條文之立法歷史
 - 規範制定目的

適法性條款適用問題研析（續）

- 適法性條款的原意：
 - 保留地主國決定是否接受外國投資的裁量空間
 - 由地主國的法律制定是否接受投資的具體標準
 - 《德國—巴基斯坦雙邊投資條約》即明示此一意涵
- 仲裁庭不當連結「投資是否已被接受」以及「投資和內國法規的適法性」
 - 未能從條文之制定背景補充對條文文義的解釋
 - 對條文文字的解讀也已超出文義而有司法造法（judicial law-making）之嫌

適法性條款適用之政策考量

- 即便適法性條款有使投資定義與地主國法律合致性相連結意涵，在政策上：
 - 不適合將投資之適法性作為管轄權有無之衡量要素
 - 應儘可能保護仲裁協議的有效性以及仲裁庭之審理權限
 - 投資保障是否受保護，應在實體階段處理
- 否則
 - 定管轄權階段即須適用地主國的內國法律
 - 導致實體、程序認定難以分離
 - 審理時間拖延
 - 仲裁結果可預測性降低

違法事實發生時點與適法性條款適用問題

- 仲裁庭：以違法事由發生在投資進入地主國前或後加以區別
- 狀況一：
Fraport在投資之初，即行使與PIATCO股東之協議而取得對PIATCO控制權
- 狀況二：
Fraport與PIATCO股東訂定股東協議後，延後向PIATCO股東請求履行股東協議內容，並推遲取得PIATCO實質控制權之時點

-->產生相互矛盾的結論

投資違法性判斷問題

- 刑法三階理論下，違法性層次只考慮有無問題
- 但對投資法呢？
 - 投資違法性是「有、無」之問題？
 - 還是違法程度「高、低」問題？

投資違法性判斷問題（續）

舉例：

1. 若外國投資人申請投資過程少繳新台幣100元印花稅？
 2. 若外國投資人送紅包請求加速審查作業？
 3. 若外國投資人送紅包請求通過原不可能獲得許可的投資審查？
- 怎麼樣的違法會導致投資者失去IIA/BIT之保護？

投資違法性判斷問題（續）

- 其他仲裁判斷之見解：
 - 「已程度相當的侵害地主國的權利」 (*Vladislav Kim v. Uzbekistan*)
 - 「投資是否違反（法律的）根本原則」 (*Consortio Groupement v. Algeria*)
 - 「投資是否嚴重的違反法規」 (*Desert Line v. Yemen*)
 - 倘投資人僅輕微違反地主國之規範，不應逕排除投資人主張IIA保護之可能 (*Tokios Tokelés v. Ukraine/ Alpha Projektholding v. Ukraine*)

投資違法性程度判斷問題（續）

- 目前對於投資違法性須達何種程度方產生失權效沒有統一見解
- 從保護仲裁協議有效性的立場出發
 - 似不應該輕易因適法性條款而排除投資者依IIA尋求救濟之可能
 - 應建立一最低違法性標準，避免不成比例的剝奪受IIA保護之權利
 - 簽訂投資保護協定時，應明訂違法性之認定標準以及參酌要件要素

與污手原則之競合與適用

- 污手原則：
尋求救濟者對於損害或請求救濟事項之發生，應不得有所參與，以避免人因自己的不法行為而獲得利益
- 雙面刃式適用以衡平投資人與地主國關係：
 - 倘投資者違反地主國法令，應排除其援引投資保護協定尋求救濟之可能
 - 若地主國對於違法行為知悉，或對行為有所幫助，也不應允許地主國援引污手原則阻卻投資者尋求救濟

*Fraport*案之啟示

- 適法性條款對投資人是否受保護影響重大
 - 是否可援引IIA內容
 - 可否可循ISDS機制救濟
- 適法性條款解釋上具高度不確定性
 - 是程序或實體抗辯有爭議
 - 投資違法性判斷時點不明確
 - 是「有、無」問題，或需判斷「違法程度」尚待釐清
 - 與污手原則的適用關係尚待釐清

*Fraport*案之啟示(續)

- 解決方法：
 - 締結大型多邊IIA，釐清適法性條款內涵
 - 由當事國在協定中明確規範
 - 當事國在簽署協定後，以換文或簽署補充協定方式釐清相關內容及意涵
 - 累積更多仲裁判斷案例後形成統一見解(?)

對我國之政策建議

- 應審慎考慮我國簽署之IIA/BIT是否應加入適法性條款
 - 是否僅敘明地主國有權決定是否接受投資即足？
 - 依我國為投資者母國/地主國可能性決定？
 - 特別是與東協國家簽署之IIA/BIT

對我國之政策建議(續)

- 倘我國簽署之協定含有適法性條款
 - 在協定內敘明適法性之衡量要件，降低條款適用之模糊性
 - 透過換文等形式降低適法性條款之影響性
 - 制定對違法性之最低度要求(de minimis)
 - 強化我國投資者對地主國法規遵循之意識和能力
 - 強化我國投資者對適法性條款/IIA/BIT適用之認識

感謝聆聽

敬請提問指教