

國立政治大學國際經營與貿易學系研究所

碩士學位論文

試析德國廢核政策於國際投資法之爭議

An analysis on German Nuclear Phase-Out under International  
Investment Arbitration

指導教授：薛景文 博士

研究生：楊筑羽 撰

中華民國 107 年 8 月

## 謝辭

終於來到這一天，這本論文可以誕生，首先要萬分感謝我的指導教授薛景文老師，感謝老師總是在各種時候伸出援手，能加入老師的景文動物醫院二號店是我莫大的榮幸，將永遠報恩。同時感恩口委張南薰老師、楊培侃老師鉅細靡遺地指出論文中的盲點與不足之處，也提出許多讓我受益良多的建議，十分感謝。

當初來到法組，彷彿開啟了一趟期待已久的旅程，沿途上，非常幸運的遇見行動 WTO 楊光華老師、環保鬥士施文真老師、法組最帥楊培侃老師，還有最可愛的薛景文老師，和許多敬愛的學長姐們，以及我親愛又強大的團員們，旺達、珮宜、俞慶、詩晴、明億、郁淳、芸昕，非常感謝出現在我生命中的你們，是我這趟旅途中最美好的收穫。

最後感謝的是我的家人們，國堂、蕾丁、阿 B、又任，我最堅強的後盾，謝謝你們一直以來對我的支持、鼓勵與陪伴，未來我也不會讓你們失望的!! 그리고 우리 한준이오빠 항상 내 옆에 있어줘서 고마워. 사랑해요.

## 摘要

2011年3月11日日本核災事變發生後，德國政府立即於2011年7月31日公布之第13次核能法修正案，致力於加速淘汰所有德國境內之核電廠，瑞典能源公司 Vattenfall 以新修正案損害其基於能源憲章條約之權利為由，向「國際投資爭端解決中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，ICSID）」提交仲裁案件。隨後，與其他兩家德籍能源公司 E.ON 和 RWE，以新修正案中違反德國基本法第14條對財產權之保障為由，提訴願至德國聯邦憲法法庭。

兩個案件皆涉及 Vattenfall 公司與德國政府間之間接徵收、合理期待爭議。由德國憲法法庭於2016年12月6日公布之判決中，可知第13次修正案未對訴願者之財產構成徵收，但違反訴願者基於第11次修正案而產生之合理期待。再者，因外國投資人與地主國簽訂核電投資契約係屬特許契約，於國際投資法下亦涉及傘狀條款。儘管 ICSID 之 Vattenfall II 案目前仍在審判中，但本文將基於德國憲法訴願判決，與過往 ICSID 仲裁庭之判斷，以及本案當事人雙方於公開聽證會之主張，試析 Vattenfall II 案。

**關鍵字：**能源憲章條約、間接徵收、合理期待、傘狀條款、廢核

## Abstract

On the 11<sup>th</sup> of March in 2011, Japan was struck by the nuclear disaster. Right after the tragedy, the German Government announced the 13<sup>th</sup> Amendment to the Atomic Energy Act, in an effort to accelerate the phase-out plan for all nuclear power plants within the country. Vattenfall, the Swedish energy company, argued that the new amendment prejudiced its rights under the Energy Charter Treaty, and submitted a request for arbitration to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). Subsequently, the other two Germany companies, E.ON and RWE, also filed an administrative appeal to the Federal Constitutional Court, stating that the new amendment violated the protection of property rights in Article 14 of the German Basic Law.

These two cases involve the issues in indirect expropriation and legitimate expectation between Vattenfall and the German Government. In the judgement pronounced by the Federal Constitutional Court on the 6<sup>th</sup> of December in 2016, it was determined that the 13<sup>th</sup> amendment did not constitute expropriation on the property of the appellant, but went against the appellant's legitimate expectation under the 11<sup>th</sup> amendment. Moreover, the nuclear power investment agreement between foreign investors and landlord country was concession agreement, and thus it involved umbrella clauses of the International Investment Law. While the case ICSID v. Vattenfall is still in proceedings, this thesis intends to analyze the Vattenfall II case, and make conclusion based on the Federal Constitutional Court appeal

judgement, the previous ICSID arbitrations and the arguments from the two parties in the public hearings.

Keywords : Energy Charter Treaty, indirect expropriation, legitimate expectation, umbrella clause, Nuclear Phase-Out



# 目錄

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機與目的 .....	1
第二節 研究架構 .....	2
第三節 研究方法及限制 .....	3
第二章 德國核電政策沿革與聯邦憲法法庭判決 .....	4
第一節 德國廢核化緣由 .....	4
第二節 核能政策沿革 .....	5
第三節 德國聯邦憲法法庭判決 .....	10
第三章 「能源憲章條約」之間接徵收、合理期待、傘狀條款的解釋適用 .....	25
第一節 能源憲章條約之簡介 .....	25
第二節 間接徵收 .....	29
第一目 間接徵收案例分析 .....	30
第二目 徵收補償之例外情形 .....	43
第三目 小結 .....	45
第三節 公平公正待遇下之合理期待 .....	45
第一目 合理期待之內涵 .....	49
第二目 投資者合理期待之依據 .....	51
第三目 合理期待之限制 .....	56
第四目 小結 .....	58
第四節 傘狀條款 .....	58
第一目 傘狀條款之用語 .....	60
第二目 傘狀條款之單方行為 .....	62
第三目 小結 .....	63
第四章 試析國際投資爭端 Vattenfall II 案之可能發展 .....	65
第一節 Vattenfall II 案之事實背景 .....	65
第二節 涉及國際投資法下間接徵收之爭議 .....	68
第一目 簡述能源憲章條約之間接徵收 .....	68
第二目 雙方當事人之主張 .....	69
第三目 本文試析 .....	70

<b>第三節 涉及國際投資法下合理期待之爭議.....</b>	<b>71</b>
第一目 簡述能源憲章條約之合理期待 .....	71
第二目 雙方當事人之主張 .....	72
第三目 本文試析 .....	73
<b>第四節 涉及國際投資法下傘狀條款之爭議.....</b>	<b>76</b>
第一目 簡述能源憲章條約之傘狀條款 .....	76
第二目 雙方當事人之主張 .....	77
第三目 本文試析 .....	77
<b>第五章 結論 .....</b>	<b>79</b>



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

311 日本福島核災迄今已邁入第七週年，關於核能之存廢議題，在台灣擁核、廢核雙方間也引起許多衝突，如反核團體也透過許多社會運動聲張核廢處置、能源轉型、核電廢止與除役等訴求<sup>1</sup>；擁核者則主張「以核養綠」，核能能避免空汙危害、減少二氧化碳排放量、及以「鈦燃料」作為核燃料之替代方案<sup>2</sup>。台灣「電業法」修正案於 2017 年 1 月 11 日三讀通過，為加速通過修法，優先開放綠電進場，以達到能源轉型之目的<sup>3</sup>，其中第 95 條規定 2025 年國內核電廠全面退役<sup>4</sup>。行政院長賴清德指出，2025 年核電廠除役後，除 80% 仍維持火力發電外，目標其餘 20% 全由再生能源發電<sup>5</sup>。

於福島核災爆發後，同樣追求能源轉型之德國，直接反映政府對核能使用之態度於第 13 次核能法修正案（Atomgesetz, Atomic Energy Act，以下簡稱新修正案），德國總理梅克爾以保護公共健康與環境為目的，立即進行修法並於 2011 年 8 月 8 日生效。新修正案主要變革包含首次確定 2022 年全境核電廠退役，以

<sup>1</sup> 葉佳華，「回應廢核遊行，經濟部：2025 年非核家園已納入電業法」，ETtoday 新聞雲，2018 年 3 月 11 日，網址：<https://www.ettoday.net/news/20180311/1128167.htm>。

<sup>2</sup> 「核能的正反思考（下）：擁核的三大理由」，The News Lens 關鍵評論，2016 年 3 月 27 日，網址：<https://www.thenewslens.com/article/38938>。

<sup>3</sup> 「電業法修正草案」全案條文，2017 年 1 月 11 日，網址：<https://zh.scribd.com/document/336281801/%E9%9B%BB%E6%A5%AD%E6%B3%95%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E8%8D%89%E6%A1%88-%E5%85%A8%E6%A1%88%E6%A2%9D%E6%96%87-2017-1-11>。

<sup>4</sup> 「電業法修正草案」第 95 條：「核能發電設備應於中華民國一百十四年以前，全部停止運轉。政府應訂定計畫，積極推動低放射性廢棄物最終處置相關作業，以處理蘭嶼地區現所儲存之低放射性廢棄物，相關推動計畫應依據低放射性廢棄物最終處置設施場址設置條例訂定。」。

<sup>5</sup> 「賴清德重申政府廢核決心 2025 年綠電完全取代核電」，自由時報，2018 年 4 月 30 日，網址：<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2411150>。



及取消延長核電廠於第 11 次修正案之延長營運期間。德國境內前四大能源公司包含德國籍 E.ON、RWE、EnBW 公司與瑞典籍 Vattenfall 公司，關於新修正案造成之損害，Vattenfall 公司分別提訴至「國際投資爭端解決中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）」，及與 E.ON 和 RWE 公司向德國憲法法庭提起訴願。因此，本文整理 2016 年 12 月 6 日出爐之憲法訴願判決，及分析可能涉及「能源憲章條約（The Energy Charter Treaty, ECT）」條款，試圖預測 ICSID 下，Vattenfall II 案之可能走向。

## 第二節 研究架構

因本文通篇以德國新修正案涉及之法律爭議為基礎，了解該爭議於憲法憲法法庭之見解，故將先於第二章介紹德國政府之廢核原因、核能政策沿革，同時也說明系爭憲法訴願案之判決內涵。接著本文將於第三章解釋 Vattenfall II 案於能源憲章條約之適用條款，包含間接徵收、合理期待與傘狀條款（下簡稱系爭三條款），並著重於能源憲章條約下此三條款之定義、保護標的與過往仲裁庭對此之見解，對 Vattenfall 公司而言，系爭三條款為國際投資仲裁爭端程序中重要之主張依據。因此，本文將於第四章簡介憲法訴願案與 Vattenfall II 案兩案案件事實之差異，以及簡述原被告雙方於公開聽證會提及之主張，並藉由第三章對於三條款之解釋適用試圖對 Vattenfall II 案進行分析。最後將於第五章作一結論。本文希望透過對於德國核電政策之通盤介紹、統整憲法訴願判決，以及對能源憲章條款下系爭三條款之了解，能試析 Vattenfall II 案之未來走向。

### 第三節 研究方法及限制

為了解德國整體核電政策、憲法訴願案件與能源憲章條約下系爭三條款，本文主要透過文獻回顧法整理相關文獻，以及透過比較法的方式分析憲法訴願案與 Vattenfall II 案之異同。關於德國國內核電政策的部分，本文歸納國內外新聞、期刊和研究機構之報告為主。另外，針對二訴訟案件，本文整理訴願案中原被告之主張、系爭基本法條款與法院判決之依據，以及過往仲裁判斷對於系爭三條款之解釋適用，試圖釐清 Vattenfall II 案中所涉及之法律爭議。本文所研究之內容，受限於 Vattenfall II 案之訴狀未公開，僅能透過 Youtube 上之公開聽證會所提及之資訊進行分析，在此合先敘明。



## 第二章 德國核電政策沿革與聯邦憲法法庭判決

### 第一節 德國廢核化緣由

2011年3月11日日本東北發生芮氏規模9級之大地震，隨後引發地震與海嘯嚴重損害福島縣第一核電廠，導致廠內三個反應爐熔毀，大量輻射物質外洩，福島核災事件被視為1986年車諾比事件後最嚴重的核災事件<sup>6</sup>。同一日，德國聯邦環境部（Federal Ministry for the Environment）設立一個危機處理單位，使德國人民能更深入理解福島核災事件及其影響<sup>7</sup>。

日本福島核災事件發生後，全世界對於未來核能發展的看法不一，其中德國聯邦政府則是以積極提倡廢核<sup>8</sup>。總理梅克爾（Angela Dorothea Merkel）迅速制訂2022年加速逐步廢核法案，並在聯邦議會中取得超過80%的議員投票贊成，決定至少暫時關閉舊式核電反應爐，且重新評估所有核電廠設施之安全性<sup>9</sup>。除此之外，廢核與否本身在德國並無爭議，一般社會大眾也強烈支持政府推動「能源轉型（Energiewende, energy transition）」<sup>10</sup>。針對能源轉型政策，德國政府設立兩項目標，分別是將國內的石化燃料能源生產盡可能轉為無碳能源部門，以及2022年以前逐步廢核<sup>11</sup>。其實德國的反核運動興盛，最早可回溯至1970年代，

<sup>6</sup> Fukushima on the Global, *The Nuclear Accident*, <http://fukushimaonthe globe.com/the-earthquake-and-the-nuclear-accident/whats-happened> (last visited Aug. 14, 2018).

<sup>7</sup> Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety, *Developments in Germany following the nuclear disaster in Japan*, <http://www.bmu.de/en/topics/nuclear-safety-radiological-protection/nuclear-safety/response-to-fukushima/overview/> (last visited Aug. 14, 2018).

<sup>8</sup> Science for Environment Policy DG Environment News Alert Service, *Fukushima's effects on nuclear policy in Germany and the UK*, EUROPEAN COMMISSION, Apr. 19, 2012, [http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/280na2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/280na2_en.pdf).

<sup>9</sup> *Id.*; Sören Amelang, *Looking back: Germany five years after Fukushima*, CLEAN ENERGY WIRE, Mar. 8, 2016, <https://www.cleanenergywire.org/news/looking-back-germany-five-years-after-fukushima>.

<sup>10</sup> Sören Amelang, *Id.*

<sup>11</sup> Kerstine Appunn, *The history behind Germany's nuclear phase-out*, CLEAN ENERGY WIRE, Jan. 2,

巴登符騰堡邦維爾鎮 (Wyhl) 居民成功透過抗議遏阻 3 座核電廠之建設規劃<sup>12</sup>。加上 1986 年車諾比核災也引起德國人民對核電的恐慌<sup>13</sup>，導致國內反核情緒上漲，於 1989 年以後德國境內並沒有再建造新的核電廠，自 1990 年代起大部分反核聲浪集中於核廢料運輸、處理核廢料與核廢料貯存點之爭議<sup>14</sup>。

## 第二節 核能政策沿革

由過去德國政治歷史觀之，不難發現國內支持核能政策與否和政治之關連性十分緊密。下文簡略依時間序分成五個階段：第一階段為 1955 年至 1986 年期間，由於核電決策完全是利益導向，核電之擁護支持者亦是掌握話語權的政策制定者，以致核能產業能不受任何反對政黨之拘束自由發展，並於 1960 年代開始順利地營運核電廠，直到 1975 年出現地方性與全國性反核運動<sup>15</sup>。1970 年代德國主要的反應爐已建設完畢或是持續建設中，時至 1998 年，德國核能除了已具備完善制度外，也具備巨大的經濟性與政治性利益<sup>16</sup>。以政治層面觀之，1956 年在聯邦研究及科技部轄下成立聯邦原子部 (the Ministry of Atomic Affairs)，並透過聯邦研究預算，主導核能研究，至 1986 年，聯邦研究部內核能部門移至新的「聯邦環境、自然保育及反應爐安全部 (Federal Ministry for Environment, Nature Protection and Reactor Safety, BMU)」，在德國環境政策中確立一個明確的親核部門<sup>17</sup>。

---

2018, <https://www.cleanenergywire.org/factsheets/history-behind-germanys-nuclear-phase-out>.

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> COLUMBIA, *Germany: The Birth of The Nuclear Dilemma*, Aug. 5, 2012, <https://klproject.columbia.edu/news/germany-birth-of-nuclear-dilemma>

<sup>14</sup> Kerstine Appunn, *supra* note 11.

<sup>15</sup> Ruumidig, Wolfgang, *Phasing out nuclear energy in Germany*, 9(3) GERMAN POLITICS 43, 89 (2000).

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> *Id.*

另外，就經濟層面而言，時至 1998 年德國境內共有 19 座核電反應爐，核能發電量佔德國總發電量的 30%，也因興建核電廠需高額成本支出，核電公司具有強大的經濟利益誘因，盡可能地確保旗下電廠之反應爐能夠長期使用<sup>18</sup>。1979 年 3 月 28 日美國賓州發生「三哩島 (Three Mile Island)」核災事件，也促使德國 20 萬人民走上漢諾威 (Hannover) 與波恩 (Bonn) 街頭，示威抗議核電之使用，在這個時空背景下，也是以環境保護為目標-綠黨 (Green Party) 建立的因素之一<sup>19</sup>。然而，為了對抗在野黨反核的聲浪，執政之聯合政府「社會民主黨 (Social Democrats, SPD)，下簡稱社民黨」與「自由民主黨 (Free Democratic Party, FDP)，下簡稱自民黨」在 1979 年達到一個政治妥協，即在德國各邦間取得共識，並鞏固長期使用核能的目標<sup>20</sup>。

第二階段介於 1986 年至 1998 年間，關於核能衝突主要可區分為兩個部分，一為核廢料運送及存放爭議，二為政府利用各種法律管道和行政手段走向非核家園<sup>21</sup>。其實，關於德國核廢料最終處置地，從 1980 年代開始便爭議不斷，反核運動人士抗議將德國核廢料運送送至法國與英國萃取出核廢料中的鉑和鈾，經處理後再送回至下薩克森邦 (Lower Saxony) 哥爾雷本 (Gorleben) 之核廢料再處理廠及阿豪斯 (Ahaus) 之核廢料中期貯存池，對此，反核人士經常進行示威遊行，與警方爆發衝突，然而，時至今日核廢料仍暫時貯存在該地<sup>22</sup>。此外，1986 年 4

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> Kerstine Appunn, *supra* note 11；林育立，「佔領是為了挽救失靈的國會：德國綠黨和太陽花」，新頭殼，2015 年 3 月 24 日，網址：<http://newtalk.tw/news/view/2015-03-24/58155>。

<sup>20</sup> Ruumidig, Wolfgang, *supra* note 15, at 50.

<sup>21</sup> *Id.*, at 51.

<sup>22</sup> *Id.*；王茂臻、盧沛樺、王光慈、蕭白雪、江睿智，「核廢處置燙手 各國都有難念經」，聯合報新聞網，2014 年 3 月 9 日，網址：[http://nuclear.udn.com/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=1061](http://nuclear.udn.com/storypage.jsp?f_ART_ID=1061)。



月車諾比核災事件後，讓德國社會開始反思核電安全問題，非核、廢核的民意也逐漸成為德國社會的主流<sup>23</sup>。

1990年代開始，各國開始重視氣候變遷議題，1998年社民黨與綠黨組成紅綠聯合政府（Red-Green Government），成為德國聯邦政治上首次有生態政黨參與之左派聯合政府<sup>24</sup>，並主導逐步推動廢核政策與終止在英法兩國境內設立德國核廢料處理廠<sup>25</sup>。2000年聯邦總理施若德（Gerhard Schroeder）與德國境內四家主要核電公司達到「核共識（the nuclear consensus）協議<sup>26</sup>」：限制核電廠的壽命不超過32年，除了分配每一個核電廠一定數額的電力，並確保關廠期限前能有一定的電量產出之外，尚要求核電廠在此期間內之營運須符合嚴格安全標準，理論上，最後一座核電廠須在2022年關閉<sup>27</sup>。

2002年第14屆德國聯邦議會立法會期之主要立法項目係將前述協議的逐步廢核內容納入核能法（Atomgesetz, Atomic Act, AtG），並於同年4月27日生效<sup>28</sup>。儘管在德國建設核電廠相較其他國家須滿足安全性的高標準，但根據該立法會期的決策，因核能連帶的高風險，倘若未來欲使用核能作為商業性產電，則核電廠僅受限於一段期間內營運<sup>29</sup>。在2005年的競選期間「基督教民主聯盟（Christian Democratic Union of Germany, CDU），下簡稱基民盟」、「基督教社會聯盟（German Social Union, DSU），下簡稱基社盟」與自民黨強調使用核電之優點，基民盟主席梅克爾也表態支持核能，及其對德國整體能源安全的重要性，

<sup>23</sup> Kerstine Appunn, *supra* note 11.

<sup>24</sup> 劉書彬，「311核災後德國核能政策之研究-兼論德國核能治理之公民參與」，台灣民主季刊，10卷3期，頁131，140（2013年）。

<sup>25</sup> Ruumidig, Wolfgang, *supra* note 15, at 51.

<sup>26</sup> see Nuclear Law Bulletin No.66, 此協議中德國政府與四家廠商（E.ON、RWE、EnBW、Vattenfall）同意限制未來核電廠之營運，但該協議僅是政治性協議，並無法律拘束力

<sup>27</sup> *Id.*; Axel Vorwerk, *The 2002 Amendment to the German Atomic Energy Act Concerning the Phase-out of Nuclear Power*, 8, <https://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-69/nlb69-vorwerk.pdf>

<sup>28</sup> Axel Vorwerk, *Id.*, at 7.

<sup>29</sup> *Id.*

且抨擊社民黨與綠黨的政策，選後由基民盟與社民黨組成連橫政府，雖彼此對於核電存廢仍有衝突，但為求政治穩定，暫時擱置此議題<sup>30</sup>，由 1998 年至此為德國核能政策之第三階段。

第四階段則是自 2009 年基民盟與自民黨組成黑黃聯合政府後開始，執政黨決定恢復使用核能，並對 2002 年通過之廢核法提出修正案，將核能做為一橋接技術（bridge technology），以協助轉換至再生能源的使用過程能順利完成，延長核電廠營運時間得減少碳排放之產生，並達到溫室氣體減量、再生能源發展與能源效率提升之目標<sup>31</sup>。因此，決定取消逐步廢核政策，德國國會於 2010 年 12 月 8 日批准第 11 次核能法修正案，並於同月 14 日生效，除了延長德國境內 17 座核電廠之平均營運期間至 12 年之外，為了達成能源政策之目標，本次修正案亦向核電廠授與額外電力輸出津貼<sup>32</sup>。

在 2011 年 3 月 11 日本福島核電廠災變後，德國總理梅克爾以保護公共健康與環境為目的，於同年 7 月 31 日公布第 13 次核能法修正案（Atomgesetz, Atomic Energy Act，以下簡稱新修正案），且於 8 月 8 日生效<sup>33</sup>。主要修改核能法第 7 條第一項第一句，修法的目的為加強 2002 年逐步廢核法案之規定，於新修正案中首次明文規定核電廠關閉時間為 2022 年 12 月 31 日，意即至 2022 為止關閉德國境內所有核能發電廠（共 17 座），且取消向核電廠補貼額外電力之決定；新

<sup>30</sup> 梁天瑞，「掀開德國廢核真相」，國政研究報告，2013 年 6 月 20 日，網址：<https://www.npf.org.tw/2/12387>。

<sup>31</sup> The Federal Government's energy concept of 2010 and the transformation of the energy system of 2011, Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety, Oct. 2011, at. 15.

<sup>32</sup> Germany Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities, Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries, OECD, 2011, at. 6, <https://www.oecd-nea.org/law/legislation/germany.pdf>.

<sup>33</sup> BVerfG, *Judgment of the First Senate of 06 December 2016*, ¶¶ 2-36, 1 BvR 2821/11 (Dec. 6, 2016). 德國憲法法院網站上有英文版的判決摘要，但僅為英文摘錄，並非將德文之判決內容逐字翻譯，因此本文引註自英文摘錄版本。

修正案同時撤銷 2010 年第 11 次核能源修正案中延長核電廠運作期間之規定<sup>34</sup>，迄今即為第五階段。

簡言之，根據 2002 年提出之逐步廢核法案，分配德國境內核電廠各廠之剩餘電量，即設備較舊之核電廠得將電量轉讓給較新的核電廠，且一旦剩餘電量被用罄，核電廠必須關廠。然而，至 2009 年政黨輪替後，在追求再生能源發展之過程中，政府決定繼續將核能作為其橋接技術，以致第 11 次核能源法修正案授與德國境內核電廠之額外剩餘電量的平均營運壽命為 12 年。再者，第 13 次核能法修正案直接反應德國政府對福島核災之態度，新修正案主要變革為有二，分別是首次確定境內核電廠退役時間，以及不延長核電廠於第 11 次修正案中取得之額外運行時間。

現階段德國推動廢核政策，在國際投資法層面將會面臨哪些問題呢？新修正案之改革損害德國境內四大能源公司之權利，並引起德國籍公司 E.ON、RWE、EnBW 與瑞典國有企業 Vattenfall 之不滿<sup>35</sup>。Vattenfall 公司於 2012 年 5 月 31 日先以新修正案違反「能源憲章條約（The Energy Charter Treaty, ECT）」為由，訴諸「國際投資爭端解決中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）」，再於同年七月與 E.ON 與 RWE 公司，以新修正案違反德國基本法所保障之財產權為由向德國憲法法庭提起訴願<sup>36</sup>。然，憲法法庭判決較 ICSID 早公布，因此下文將些整理憲法判決。

---

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> *The Thirteenth Amendment to the Atomic Energy Act Is for the Most Part Compatible with the Basic Law*, BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Press Release No. 88/2016, Dec. 6, 2016, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-088.html>

<sup>36</sup> *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, <https://www.italaw.com/cases/1654#sthash.Pk5MXK7Q.dpuf>.



### 第三節 德國聯邦憲法法庭判決

三家能源公司主張第 13 次核能法修正案<sup>37</sup>加速淘汰逐步和平使用核能。其措施為立即停止境內八座營運期間較久的核電廠<sup>38</sup>，以及分階段於 2022 年前關閉其餘九座。新修正案中德國議會憑藉立法，首次確定境內核電廠之閉廠日期，作為對 2002 年逐步廢核的法案之支持，同時也撤銷 2010 年秋季所發布第 11 次修正案-延長核電廠之平均營運時間<sup>39</sup>。2002 年逐步廢核法案並非此次四家能源公司訴諸德國憲法法庭之訴訟標的，而是新修正案之法律現況，因為根據核電廠所被分配之電量，只要用罄剩餘電量，核電廠之產電即結束，故原告主要爭執為，新修正案違反德國基本法第 14 條第 1 項之財產自由<sup>40</sup>。

#### 一、原告主要控訴

E.ON 公司旗下有 Unterweser, Isar1 和 Grafenrheinfeld 三座核電廠，依據新修正案第 7 條第 1 項持有核電許可證、附件三持有電量，且有權使用、消耗核燃料並營運核電廠<sup>41</sup>。E.ON 公司主張新修正案第 1 條第 1 項第 1 至 3 款和第 1 條第 3 項，主要違反德國基本法第 14 條第 1 項和第 3 條第 1 項<sup>42</sup>。

RWE 公司擁有 Biblis A 和 Biblis B 核電廠，並有權將剩餘電量分配至 Mulheim-Karlich 核電廠、Biblis B 核電廠內反應爐 A 與反應爐 B 之營運許可；

<sup>37</sup>37 BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *supra* note 35.

<sup>38</sup> 八座應立即關閉之核電廠須於 2011 年 8 月 6 日前停止運轉，分別為：RWE 公司所有之 Biblis A 與 Biblis B 電廠、由 Vattenfall 公司 67%與 E.ON 公司 33%所有權之 Brunsbüttel 電廠、EnBW 公司所有之 Necharwestheim 1 與 Philippsburg 電廠、E.ON 公司所有之 Isar 1 與 Unterweser 電廠以及 Vattenfall 公司所有之 Kummel 電廠；See BVerfG, *supra* note 33, at 166.

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> GRUNDGESETZ[GG][BASIC LAW], art. 14(1), (providing that: “Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws.”).

<sup>41</sup> BVerfG, *supra* note 33, at 38.

<sup>42</sup> *Id.*

並持有 Gundremmingen B 與 Gundremmingen C 核電廠 75% 股份，和 Emsland 核電廠 87.5% 之股份<sup>43</sup>。RWE 公司主張新修正案第 1 條第 1 項第 1 至 3 款和第 1 條第 3 項，主要違反德國基本法第 14 條第 1 項和第 3 項、第 3 條第 1 項、第 2 條第 1 項<sup>44</sup>。

Krümmel 公司營運 Krümme 核電廠並持有其許可證，以及核電廠建造地之租賃權<sup>45</sup>；Vattenfall 公司與 E.ON 公司各持有 Krümmel 公司 50% 之股份，其中 Vattenfall 公司亦為 Krümmel 公司之管理合夥人<sup>46</sup>。此二公司控訴新修正案第 1 條第 1 項第 1 至 3 款和第 1 條第 3 項，主要違反德國基本法第 14 條第 1 項和第 3 項和第 3 條第 1 項<sup>47</sup>。

為了準備口頭聽證程序，參議院向申訴者和聯邦政府提出關於 2002 年逐步廢核法案之疑問，質詢使用新修正案附件三第二欄位剩餘電量分配之可行性<sup>48</sup>。此明確指出那些已關閉之反應爐（如 Biblis A, Biblis B, Neckarwestheim 1 and Grafenrheinfeld）已用罄被分配的剩餘電量，不然，境內所有核電廠（包含已關廠卻仍有剩餘電量之核電廠）應當繼續營運<sup>49</sup>。

2015 年 10 月 31 日「聯邦輻射保護局（the Federal Office for Radiation Protection）」公告關於新修正案第 7 條第 1c 項電量之生產、移轉和剩餘的規範，

---

<sup>43</sup> *Id.*, at 78.

<sup>44</sup> *Id.*, at 79.

<sup>45</sup> *Id.*, at 102.

<sup>46</sup> *Id.*, at 103.

<sup>47</sup> *Id.*, at 104.

<sup>48</sup> *Id.*, at 162.

<sup>49</sup> *Id.*, at 163.

所須提供之資訊，已答覆前述之問題，包含剩餘電量之使用程度（截至 2015 年 1 月 31 日 1 被分配至各核電廠之剩餘電量已全數用罄），以及剩餘電量之移轉<sup>50</sup>。

## 二、本案判決要點

憲法訴願判決於 2016 年 12 月 6 日公布，本案判決結果可歸納為四項重點<sup>51</sup>，分別為：（1）瑞典公司 Vattenfall 之當事人適格；（2）新修正案損及訴願者之財產權；（3）新修正案未構成訴願者財產被徵收；（4）新修正案違反德國基本法第 14 條中財產權之內容和限制的要件。由於本判決中第一部份針對 Vattenfall 公司當事人適格問題並非本文論述主軸，因此不加以著墨。

由於新修正案撤銷第 11 次修正案中分配額外輸出的電量，且明定所有核電廠關閉日期，導致原告的基本權利直接受到影響，值得注意的是，系爭條文並不需要有行政轉置（transposition）<sup>52</sup>。

### （一）系爭條文損及訴願者之財產權

本案主要衡量新修正案之系爭條文與財產權，原告權利主要涉及財產法保護之標的，但未涉及徵收，由於新修正案的對原告之財產設限，此大部分的限制皆與憲法相牴觸<sup>53</sup>。財產為人民享有之基本權，在法治國家中此觀念尤其重要，保障財產權的目的為確保財產所有人在產權範圍內自由處置，不受國家措施影響<sup>54</sup>。當政府徵收係符合憲法規範的情況時，以保證資產價值為主，而非保護資產現狀（status quo），再由立法機關針對徵收給予補償；但，徵收並未改變基本法第

<sup>50</sup> *Id.*, at 164-166.

<sup>51</sup> BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *supra* note 35.

<sup>52</sup> BVerfG, *supra* note 33, at 207.

<sup>53</sup> *Id.*, at 214.

<sup>54</sup> *Id.*, at 216-217.

14 條財產權保護之優位原則，除了保護財產價值外，保護財產自由的功能亦同等重要<sup>55</sup>。

德國基本法第 14 條第 1 項第二句規定財產權及繼承權應予保障，其內容與限制由法律規定之<sup>56</sup>。然立法機關的權限並非毫無限制，須在個人自由與公共利益間取得平衡，若該立法機關之權限越廣泛，其財產涉及之社會層面更多，也更能顯示出財產權獨特的性質與功能<sup>57</sup>。

能源供應商（即訴願者）依據新修正案，其所建造核電廠，涉及之各種財產利益，故必須考量這些財產涉及之原因。基於 1959 年核能法，國家支持和平使用核能並促成多場私人投資；然而，在過去十幾年，社會大眾開始認為核能屬高風險技術，並存在極端危害之風險，且對核廢料最終處置地存在疑慮。因此賦予立法機構得在不完全剝奪財產權的情況下，立法限制核能<sup>58</sup>。

新修正案不僅課予訴願者較重之負擔，也可能違反德國基本法第 14 條第 1 項第一句中財產權之保護<sup>59</sup>。其中，針對核能的商業用途，耗盡特定核電廠之剩餘電量，早於 2000 年與 2002 年的逐步廢核政策中，確立其對訴願者財產權利益之影響，與接下來之發展情形，但新修正案中明訂閉廠時間及撤銷 2010 年之額外輸出津貼，仍對訴願者之財產產生四種不利影響<sup>60</sup>，接續分述：

其一，新修正案第 7 條第 1 項第 1 款第一句首次確立各核電廠之營運權到期日，相較於 2002 年逐步廢核法案，此將造成較大之影響，鑑於閉廠日期已確定，

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> GRUNDGESETZ[GG][BASIC LAW], art. 14(1), (providing that: "...Their content and limits shall be defined by the laws..").

<sup>57</sup> BVerfG, *supra* note 33, at 218.

<sup>58</sup> *Id.*, at 219.

<sup>59</sup> *Id.*, at 220.

<sup>60</sup> *Id.*, at 221.

除了核電廠可能屆期都無法用罄剩餘電量之外，即便隸屬於同一家公司，也無法轉讓電量給其他核電廠<sup>61</sup>；其二，新修正案撤銷剛於 2010 年 12 月 8 日通過之第 11 次修正案，立法機構取消各核電廠平均延長營運 12 年之規定<sup>62</sup>；其三，新修正案規範核電廠的退役日期，此種不具彈性的規定限制核電廠之潛在用途，同時也限制了核電公司靈活調度的權利，包含確定哪一個核電廠應繼續營運多久、適合的電力停產/減產之時間為何<sup>63</sup>；最後，基於訴願者對於法律不會有所變動之期待，新修正案設定核電廠退役時間與撤銷額外電力輸出津貼，將導致其投資無效<sup>64</sup>。

新修正案加速淘汰核能之狀況下，基於基本法對財產權之保障，立法機構必須保障核電廠及其使用、和 2002 年、2010 年剩餘電量中與核電廠所有權相關者，但不涉及營運、建造等許可證。另外，根據歐盟法，使用與消耗能燃料並不影響國家對財產權之保障<sup>65</sup>。

基本法第 14 條第 1 項第一句對財產權保護包含私法下之所有權、持有以及使用<sup>66</sup>。即訴願者行使財產所有權，包含使用核電廠之營運設施皆係源自於德國基本法對其之保護<sup>67</sup>，倘若系爭財產權生成時同時已有法律管制，針對財產權後續之干預或配置（configuration），原則上財產權保護受限於該管制範圍內<sup>68</sup>。

依核能法發布之核電廠建造、營運、產電許可證本身並不受基本法第 14 條財產權保護，是因為此類營運危險性核電廠之許可證係由國家發布，國家得採專

---

<sup>61</sup> *Id.*, at 222-223.

<sup>62</sup> *Id.*, at 224.

<sup>63</sup> *Id.*, at 225.

<sup>64</sup> *Id.*, at 226.

<sup>65</sup> *Id.*, at 227.

<sup>66</sup> *Id.* at 228.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Id.* at 229.



制性 (repressive) 或預防性禁令保留該許可。故許可證之核發與主觀公權力不可相提並論，主觀公權力是由憲法判例所保障之財產類型，然基於核能法發布之許可證並不具備此等特徵<sup>69</sup>。

至於分配剩餘電量至個別核電廠之措施，也不受基本法保護，但第 14 條允許使用取得許可之核能技術裝置財產，此舉確實也分攤基本法對於產權之保護<sup>70</sup>。雖剩餘電量缺乏獨立之財產利益特徵，但逐步廢核法案中剩餘電量分配至核電廠係屬基本法第 14 條第 1 項第一句之保護<sup>71</sup>；另一方面，依同項第二句，剩餘電量分配也顯示逐步廢核法案透過確立電廠退役時間，限制核電廠所有權，且對電力生產而言，分配剩餘電量至各核電廠發電且生成利潤，進而確立私人利益之價值<sup>72</sup>。新修正案第 7 條第 1 項第 2 款中，剩餘電量可能會在有限範圍內移轉至其他核電廠，但核電廠無法如其他財產利益般自由處置之，亦即剩餘電量之可移轉性自始便受到其他德國核電廠之限制<sup>73</sup>。

第 11 次修正案額外電力輸出津貼屬財產權之保護，概念等同於對 2002 年剩餘電量之保護，即保證核電廠對其財產之使用為財產權之保護<sup>74</sup>。剩餘電量涵蓋訴願者之所有財產利益，但新修正案加速終止核電廠營運，故損及訴願者之財產權<sup>75</sup>。

歐洲能原子能共同體 (European Atomic Energy Community, EAEC) 第 86 條規範核燃料之使用屬於共同體財產<sup>76</sup>，且第 87 條規定<sup>77</sup>，能源製造公司得無限制

<sup>69</sup> *Id.*, at 231.

<sup>70</sup> *Id.*, at 233.

<sup>71</sup> *Id.*, at 234.

<sup>72</sup> *Id.*, at 235.

<sup>73</sup> *Id.*, at 236.

<sup>74</sup> *Id.*, at 239.

<sup>75</sup> *Id.*, at 240.

<sup>76</sup> Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Atomic Energy Community 2012/C

使用、消耗這些燃料之權利<sup>78</sup>。再依據歐盟法規，關於使用核燃料之權利係屬於國內法之管轄範圍，前述 EAEC 第 86、87 條並未損及基本法第 14 條對核電廠所有權人和經營人之財產保護<sup>79</sup>。

簡言之，憲法法庭認為新修正案在幾個方面涉及訴願者之財產利益，德國基本法第 14 條第一項對財產權保護包含私法下財產所有權、持有以及使用<sup>80</sup>。德國基本法之保護，訴願者取得核電廠之所有權，且基於核能法合法使用電廠<sup>81</sup>。但針對核電廠的建造、經營之許可證或發電之許可證，並不受到德國基本法之保護，因設定閉廠日期並未剝奪任何訴願者之財產權<sup>82</sup>。基本上 2002 年分配的剩餘電量並未落入財產權保護範圍內，但值得注意的是，基本法第 14 條保障已取得授權之核電廠財產，因此由該財產所生之利益亦受保護<sup>83</sup>，故 2010 年年底第 11 次修正案之額外輸出津貼亦屬基本法保護範圍<sup>84</sup>。

德國憲法法庭將基本法之財產權分成多個面向討論，分別為建造與經營核電廠、發電許可證、以及 2002 年與 2010 年之剩餘電量。憲法法庭認為發電之許可證未受到基本法財產權之保護，其他面向皆落入基本法財產權保護之範疇。但新修正案是否對訴願者構成徵收，仍須進一步討論。

---

327/01[hereinafter EAEC], art. 86:” Special fissile materials shall be the property of the Community. The Community's right of ownership shall extend to all special fissile materials which are produced or imported by a Member State, a person or an undertaking and are subject to the safeguards provided for in Chapter 7.”

<sup>77</sup> ECEA, art. 87:” Member States, persons or undertakings shall have the unlimited right of use and consumption of special fissile materials which have properly come into their possession, subject to the obligations imposed on them by this Treaty, in particular those relating to safeguards, the right of option conferred on the Agency and health and safety.”

<sup>78</sup> BVerfG, *supra* note 33, at 241.

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> *Id.*, at 228.

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Id.*, at 231.

<sup>83</sup> *Id.*, at 233-237.

<sup>84</sup> *Id.*

## （二）系爭條文並未徵收訴願者之財產

基本法第 14 條第 3 項規範徵收前提要件為，透過所有權之改變剝奪財產以及收購財產（an acquisition of goods）<sup>85</sup>，相反地，同條第 1 項第二句則是在定義財產權範圍與限制時，限制財產使用、處置權。然而新修正案並未改變訴願財產之所有權，也未收購其財產<sup>86</sup>。

國家僅能因公共利益徵收個人財產<sup>87</sup>。依第 14 條第 3 項規定徵收之強制補償責任；反之，第 14 條第 1 項第二句規範財產之內容與限制，完全或部分剝奪財產利益並導致權利、資產受損失，一般不需負擔賠償責任。因此，限制財產所有權人使用、處置權並不能構成徵收，本案訴願者主張「定量部分徵收（quantitative partial expropriation）」之概念並非限制財產之使用，故不屬於徵收，除非新修正案導致訴願者之財產權全部或部分移轉<sup>88</sup>。

基本法第 14 條第 3 項進一步規範徵收之強制補償要件，徵收須由國家扣押財產權，並同時以公益為目的收購財產<sup>89</sup>。截至目前為止，針對徵收之要件是否僅需滿足「收購財產」，德國聯邦憲法法院過往判例尚未有統一標準。但可以確定的是，收購財產為徵收之構成要件之一<sup>90</sup>。總而言之，基本法賦予立法機構得

---

<sup>85</sup> GRUNDGESETZ[GG][BASIC LAW], art. 14(3), (providing that: "...Expropriation shall only be permissible for the public good. It may only be ordered by or pursuant to a law that determines the nature and extent of compensation. Such compensation shall be determined by establishing an equitable balance between the public interest and the interests of those affected. In case of dispute concerning the amount of compensation, recourse may be had to the ordinary courts.").

<sup>86</sup> BVerfG, *supra* note 33, at 243.

<sup>87</sup> *Id.*, at 244.

<sup>88</sup> *Id.*, at 245.

<sup>89</sup> *Id.*, at 246.

<sup>90</sup> *Id.*, at 248.



自由確立財產權內容、限制，但不包含徵收之權利，因徵收需具備二項嚴格之先決條件與法律後果（legal consequences）之拘束<sup>91</sup>。

若國家係基於公共利益而剝奪財產權，且實際涉及收購其財產，則構成徵收<sup>92</sup>。針對第 14 條第 1 項第二句財產權之範圍與限制，立法機關應在財產權人值得保障之權利與公共利益間取得公正的平衡，需符合比例原則<sup>93</sup>。在合理範圍內得基於比例原則限制財產權，但無須為此支付補償金；另一方面，財產所有權人基於法律保障，可拒絕不符合比例原則之干預<sup>94</sup>。

若將徵收之要件限縮於收購財產，則不能將此歸類為須賠償之徵收，倘若僅有特定之財產利益受國家剝奪，立法機構必須特別小心檢視，此種剝奪是否符合基本法第 14 條第 1 項第二句之限制規定，以及是否遵循比例原則<sup>95</sup>。

新修正案之系爭條款確實干預訴願者之財產，但由於未剝奪訴願者之任何財產，也未收購任何財產，故未構成徵收<sup>96</sup>。加上，基於財產權保護之範圍及限制須考量私人權利與公共利益之權衡，因此，法院針對核電廠所涉及之公共利益接續延伸討論。

### （三）系爭條文違反德國基本法第 14 條中財產權之內容和限制的要件

德國基本法第 14 條第 2 項規定：「行使所有權時，應同時追求公眾福祉之目的<sup>97</sup>。」，因此，於前項定義財產權之範圍與限制時，立法機構應在財產權人

<sup>91</sup> *Id.*, at 252.

<sup>92</sup> *Id.*, at 258.

<sup>93</sup> *Id.*, at 260.

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> *Id.*, at 261.

<sup>96</sup> *Id.*, at 262.

<sup>97</sup> GRUNDGESETZ[GG][BASIC LAW], art. 14(2), (providing that: “Property entails obligations. Its use shall also serve the public good.”).

值得保障之權利與公共利益間取得公正的平衡，並符合其他基本法條文<sup>98</sup>。首先，在立法同時，財產所有權人已握有所有權並享經濟自由，則落入基本法中財產權之保護；其二，立法機構針對財產權內容、限制之權限擴大，因為公共利益不僅是立法機構須考量的因素，更是用以限制財產權之立法理由，立法機構之裁量權尤其受到經濟、社會層面之影響。此外，依據基本法第 14 條第 1 項針對金融資產之規定，於保障財產範圍內，必須考量合理期待原則、比例原則，且根據第 3 條第 1 項，立法機關確定財產所有權人之權利義務時，亦須遵守平等原則<sup>99</sup>。一旦財產權之合法利益建立，依基本法並未規定其財產保護之內容永不改變，甚至允許在某些情況下，完全消除基於過去財產保障存有之合法利益<sup>100</sup>。但立法機關於此受到基本法之特殊限制，若欲干預現行法律所保障之權利的話，必須係基於公共利益，並加以考量比例原則，而以公共利益作為干預財產權之要件如此嚴謹，係因其優位於公民基於基本法第 14 條第 1 項第 1 款之合理期待，另外，干預之範圍須衡量公共利益，僅有在特殊情況下，得不經包含過渡期間，完全消除財產所有權人之合法利益<sup>101</sup>。

德國基本法第 14 條亦針對企業投資提供與其他財產權相同之保障，倘若立法機關欲透過改變現行法規規範公司財產之內容與限制的話，須符合比例、合理期待與平等原則，立法機構必須保障企業之資產以及其依法進行之投資<sup>102</sup>。

新修正案針對核電廠之財產內容與限制並未被證明為違憲，因此係屬於法律程序上之缺失，加上基本法並未規範調查案件事實之義務，此類義務係獨立於立

---

<sup>98</sup> *Id.*, at 267-268.

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> *Id.*, at 269.

<sup>101</sup> *Id.*

<sup>102</sup> *Id.*, at 270.

法程序的實質合憲性之要求，故訴願者主張因調查案件事實而受侵害並不存在<sup>103</sup>。

新修正案之系爭條款，大部分滿足基本法第 14 條第 1 項第二句之規定，為追求合法之目標，新修正案條文必須適當且必要。其中撤銷 2010 年額外電量分配之條文必須為適當且必要，且基於嚴格檢驗下符合比例原則、合理期待與平等原則。然而，設定核電廠退役時間被證實違違反基本法第 14 條 1 項，因各電廠在消耗 2002 年分配之剩餘電量的程度不同，導致某些核電廠無法完全耗盡 2002 年被分配之剩餘電量，此外，新修正案之規定亦未規定如何處理 2010 年額外輸出津貼之投資損失<sup>104</sup>。

新修正案旨在達到盡早達到全面廢核之目標，並在時間、範圍內盡量減少相關之殘餘風險，而立法機關加速廢核以追求公共利益之目標，是為了滿足國家基本法第 2 條第 2 項第一句中對人民生命、健康之保護<sup>105</sup>。

為了達成新修正案之目標，系爭條款是否適當且必要，憲法法院僅檢視新修正案所採取之手段，是否明顯或客觀地不適當<sup>106</sup>。循此判斷標準，明定核電廠退場日期與撤銷 2010 年額外輸出津貼，相較於舊法，無疑地加速終止使用核能。鄰國若持續營運核電廠，那麼德國仍會面臨核能風險，但並不會影響新修正案最大限度降低國內風險之目標，評估法律是否具合適性主要取決於國家境內目標的達成力<sup>107</sup>。

---

<sup>103</sup> *Id.*, at 272-273.

<sup>104</sup> *Id.*, at 281.

<sup>105</sup> *Id.*, at 283.

<sup>106</sup> *Id.*, at 284-285.

<sup>107</sup> *Id.*

同樣的，因德國能源供應安全而加速廢核，此產生之潛在影響與新修正案之立法目的無關，不像 2011 年包含整個配套之法案，新修正案旨在盡最大可能降低使用核能，及其可能會產生之風險，而非考量整個能源供應之安全性。故，若新修正案未達到同舊法之相同效力，且採取的限制手段也較少的話，則需確定財產權之限制實屬必要<sup>108</sup>。

判決首先回顧第 11 次修正案附錄 3 第 4 列分配給核電廠之額外電量，並認為其符合比例原則且符合德國基本法第 14 條第 1、2 項。然立法機關在新修正案中所設立的關廠期限，剝奪了第 11 次修正案附錄 3 第 4 列所分配給核電廠之額外電量，亦即是大約超過 1804 百萬兆瓦 (TWh) 之核電廠產電能力，相當於每個核電廠平均 12 年所產之電量，更遑論核電廠從 2002 年逐步淘汰法案分配到仍可使用之剩餘電量，較第 11 次修正案中所分配到的產電量多了兩倍，然新修正案卻完全剝奪前兩次法案所賦予之額外電量<sup>109</sup>。值得注意的是，基本法不僅保障財產價值，也保護財產利益，例如系爭核電廠依法被分配電量，及其持有之財產包含廠內設施、場地及實際產生之電量<sup>110</sup>。

有別於 2002 年分配剩餘電量，第 11 次修正案額外電力輸出津貼並非因限制訴願者之財產提出之補償，而是源自於德國聯邦政府與立法機關之能源、氣候與經濟決策，用以保護對核能之投資與支出，立法機構也承認該次修正案係基於政治動機（即能源概念），換言之，該津貼係由政府政策之支出，而非因損及核能公司所提供之補償<sup>111</sup>。此外，第 11 次與第 13 次修正案之間隔期間太短，以致於核電廠業者係已先投身至第 11 次修正案中平均運作 12 年之核電廠延長營運計畫，

---

<sup>108</sup> *Id.*, at 288-289.

<sup>109</sup> *Id.*, at 292-294.

<sup>110</sup> *Id.*, at 296.

<sup>111</sup> *Id.*, at 300.

而無法立即轉向遵守新修正案之規定，因此德國政府新修正案之決策違反訴願者基於第 11 次修正案而產生之合理期待<sup>112</sup>。

另，關於新修正案所界定的財產權之內容與限制，RWE 公司與 Vattenfall 公司（下簡稱系爭二訴願者）之電廠無法於法定營運期限內用罄 2002 年分配之剩餘電量（如核能法附錄三第二欄所示之電量），因此無法如規定在 2022 年關閉核電廠，相較之下，E.ON 公司與 EnBW 公司產電能力較強，可於其核電廠營運期內完全耗盡其剩餘電量，導致系爭二訴願者處於不利地位、受不公平待遇，因此，雖明定閉廠日期係基於公共利益，但也對於二訴願者財產權並非為合理之干預<sup>113</sup>。

一般而言，在特殊條件下立法機關得修改為了保護合理期待而採取之過渡性條款，2002 年所分配之剩餘電量即屬於一過渡性的安排，旨在提供因逐步淘汰法案而生之合理期待一特殊之保護，且因為該法案具電力輸出津貼概念，針對電廠剩餘之營運期間提供核電廠業者一個可持續信賴的基礎，核電廠之使用，在沒有「逐步淘汰修正法案」前毫無受限，剩餘電量係為了處理因此一法案導致核電廠無法繼續被使用所造成的損失，也是為了維持逐步淘汰核能之決定，因此符合比例原則<sup>114</sup>。

相較之下，第 13 次修正案並沒有提供任何過渡期補償條款，或其他處理因撤銷 2010 年分配之電力輸出津貼而令核電廠之投資貶值的條款<sup>115</sup>。德國基本法第 14 條第一項在一定條件下保護因對財產之合理期待而進行投資及使用，且針對法律架構之穩定性與可預測性提供信賴保護，由此可知，財產權之處分也有合

<sup>112</sup> *Id.*, at 302.

<sup>113</sup> *Id.*, at 310-311.

<sup>114</sup> *Id.*, at 335-344.

<sup>115</sup> *Id.*, at 369.



理期待的適用<sup>116</sup>。通常因經濟活動或其對市場機會之影響而改變其監管架構者，德國基本法並不予以保護，若當事人基於「法律情況不會改變」此一合理期待進而對該財產進行投資，但立法機關直接禁止或嚴格限制該財產權之使用，對此應如何解決需要依比例原則考量之<sup>117</sup>。因此，當立法機關在設計現存之法律情況、法律權利與法律關係間之過渡性時，有很大的裁量空間，特別是當改變法律體系或架構時，德國基本法並不要求立法機關豁免相關人之所有負擔、或是以過渡性條款課予特別負擔。但若立法機關已補償因其限制財產之使用，則不需要再對因該限制而貶值之投資進行補償，也就是基本法也不允許雙重補償<sup>118</sup>。

循前述之衡量標準，由於新修正案並未提供「挫敗的投資（frustrate investment）」任何解決方案故違憲<sup>119</sup>。但若基於依 2002 年剩餘電量進行投資者，因為該法案已提供合理的過渡期以及賠償，故不須提供挫敗的投資之解決辦法<sup>120</sup>。但依第 11 次修正案之合理期待而進行投資，則必須提供解決條款，因為第 11 次修正案中係以延長使用核能作為橋接技術，核電廠業者受鼓勵投資電廠，未預期在短期內立法機關又因能源政策大幅改變法律架構<sup>121</sup>。即便加速逐步淘汰核能與撤銷第 11 次修正案中之延長計畫是為了公共利益，仍無法正當化立法機關短期內進行兩次修正案對訴願者之衝擊<sup>122</sup>，因此，新修正案未為挫敗之投資提供任何解決方案，實屬違憲。

綜上，由 2002 年逐步淘汰法案與第 11 次核能法案修正案可知，德國核能政策係隨著執政黨輪替而改變，而開啟第 13 次修正案則是 2011 年 3 月 11 日日本

---

<sup>116</sup> *Id.*, at 372.

<sup>117</sup> *Id.*

<sup>118</sup> *Id.*

<sup>119</sup> *Id.*, at 373.

<sup>120</sup> *Id.*, at 374.

<sup>121</sup> *Id.*, at 376.

<sup>122</sup> *Id.*, at 378.

福島核災事變，為了保護公共安全與環境，強化 2002 年逐步廢核法案之規定，首次明文規定 2022 年關閉德國境內所有核電廠，並同時撤銷第 11 次核能源修正案中延長核電廠運作期間之規定。德國憲法訴願判決指出新修正案系爭第 7 條第 1 項第一句違反德國基本法第 14 條對於財產權之保障，並要求其立法機關必須在 2018 年 6 月 30 日前修正該條文，使其符合基本法之規定<sup>123</sup>。

2018 年 5 月 23 日德國內閣通過草案，針對 REW 與 Vattenfall 公司於 2010 年 10 月至 2011 年 3 月期間對核電廠挹注入之投資，進行充足之經濟補償，且內閣表示具體補償金額將於 2023 年統計，而聯邦環境部表示金額將會介於三百萬歐元至十億歐元間，但新修正案加速淘汰核電措施仍持續進行中，依規定 2022 年 12 月 31 日為所有核電廠之法定關閉日期<sup>124</sup>。

對此，Vattenfall 公司認為草案也未具體說明賠償金額，故認為德國政府未履行憲法訴願判決<sup>125</sup>。除此之外，Vattenfall 公司亦因新修正案對其核電廠造成損害，訴諸於 ICSID 之國際仲裁，該仲裁仍在審判程序中。

---

<sup>123</sup> *Id.*, at 399.

<sup>124</sup> *Germany to compensate utilities for nuclear phaseout losses*, WORLD NUCLEAR NEWS, May 24, 2018, <http://www.world-nuclear-news.org/NP-Germany-to-compensate-utilities-for-nuclear-phaseout-losses-24051801.html>.

<sup>125</sup> Caroline Simson, *German Law to Compensate Swedish Energy Co. Advances*, LAW360, May 23, 2018, <https://www.law360.com/articles/1046469?scroll=1>.

### 第三章 「能源憲章條約」之間接徵收、合理期待、傘狀條款的解釋適用

關於新修正案之爭議，除了上一章論述之 E.ON、RWE 與 Vattenfall 公司向德國憲法法庭提起憲法訴願外，本案之系爭當事人之一瑞典 Vattenfall 核能公司也依「能源憲章條約 (The Energy Charter Treaty, The ECT)」，向國際投資爭端解決中心公約 (The International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Convention)」提交仲裁訴訟。根據憲法訴願判決所分析，本文認為於國際投資法庭上，本案可能涉及之爭點有可能有「間接徵收(indirect expropriation)」、「合理期待 (legitimate expectation) 」，加上，本案 Vattenfall 公司核電廠因德國政策改變而權利受損，一般透過外國投資人於地主國建設基本設施產電係屬「特許契約 (concession agreement) 」之範疇<sup>126</sup>，故於國際仲裁上也可能包含「傘狀條款 (umbrella clause) 」之適用，因此，以下將先簡介能源憲章條約，再以間接徵收、合理期待以及傘狀條款三個面向切入。

#### 第一節 能源憲章條約之簡介

近年來，能源已成為國際間重要議題，能源效率、增加能源合作與穩健的能源市場被視為一國永續發展及經濟成長的重要因素，大部分國家之能源基礎設施係透過外國投資長期項目來發展，而「能源憲章條約」則是確保投資保護之框架與鼓勵能源部門投資之金流<sup>127</sup>。ECT 之建置可追溯至 1990 年代初期，由歐洲提

<sup>126</sup> 特許契約，係指地主國與外國投資者簽訂契約，投資且進行公用事業建設或自然資源開發等，如電力購買契約。See State Contracts-UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNITED NATIONS 3, [http://unctad.org/en/Docs/iteiit200411\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiit200411_en.pdf) (2004).

<sup>127</sup> Iacob, Iuliana-Gabriela; Cirlig, Ramona-Elisabeta, *The Energy Charter Treaty and Settlement of Disputes - Current Challenges*, 6(1) BUCHAREST 71, 72 (2016).



起的一項政治宣言，作為提供冷戰後歐洲大陸經濟整合的機會：前蘇聯及其周圍鄰國擁有豐富的能源資源，但須透過外國投資來確保其發展，同時，擁有強大經濟能力卻能源資源貧瘠之西歐國家基於戰略性考量，須尋求能源供給來源，以確保歐亞大陸間建立能源合作之共識，以及重建經濟與克服政治經濟之分歧，「能源憲章進程（Energy Charter Process）」遂然而生<sup>128</sup>。

1994年12月在里斯本召開之歐洲能源憲章會議中，目前共有53個國家簽署ECT與「能源效率及環境相關議定書（The Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects, PEEREA）」，其中包含歐洲共同體與歐洲原子能共同體（Euratom），並於1998年4月生效，此憲章是源自於「歐洲能源憲章（European Energy Charter）」，除了具法律拘束力之外，也是唯一以處理各政府間能源部門議題為主之多邊協議<sup>129</sup>。ECT亦將某些政府間組織列為觀察員，促使非成員國增加與會員國接觸的機會，並自發性遵守條約之規範<sup>130</sup>。本憲章主要目標係透過建立一個公平競爭（level playing field）的場域，強化所有簽署國家對於能源議題之法規範，並進而促使能源投資和貿易之風險最小化<sup>131</sup>。

ECT條款主要側重於五個領域，分別是：基於延長國民待遇或最惠國待遇，達到保護或促進外國能源投資；依據「世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）」之規定，進行能源材料、產品及其相關設備之自由貿易；透過管道或

<sup>128</sup> *Id.*; *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, 38(47) ENERGY CHARTER SECRETARIAT ECS 1, 13 (2004).

<sup>129</sup> *Id.*; Energy Charter Process Charter, INTERNATIONAL ENERGY CHARTER, Apr. 17, 2018, [https://energycharter.org/fileadmin/ImagesMedia/Country\\_Flags/20180427-Energy\\_Charter\\_Map\\_April.pdf](https://energycharter.org/fileadmin/ImagesMedia/Country_Flags/20180427-Energy_Charter_Map_April.pdf).

<sup>130</sup> James Chalker, Making The Investment Provisions of The Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly, 6(4) INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL AGREEMENTS: POLITICS, LAW AND ECONOMICS 435, 438 (2006).

<sup>131</sup> ENERGY CHARTER SECRETARIAT ECS, *supra* note 128, at 14.

電網線路，能源跨境運輸（transit）自由；藉由提升能源效率，減少能源對於環境產生之負面影響；以及設有締約國間、與投資者與地主國間之爭端解決機制<sup>132</sup>。值得注意的是，ECT 規範締約雙方當事人間之爭端解決機制，關於締約國間之爭議，第 27 條為總則性之規定，明定條約解釋或適用之仲裁程序，惟競爭和環境、貿易、跨境運輸之爭議，則在 ECT 中別有規定<sup>133</sup>。

另外，針對投資人與地主國間之投資爭議，一旦地主國違反 ECT 第三篇「促進與保護投資」的規定，雙方應以和平（amicably）方式解決<sup>134</sup>。若未能在三個月內解決系爭爭議，則依據第 26 條第二項規範，投資者得將爭端訴諸三種爭端解決機制，分別為地主國法院或行政法院、或當事方事先約定之爭端解決程序、或該條約所規定之國際仲裁程序或調解<sup>135</sup>。同條第三項明訂締約國必須無條件同意（unconditional consent）提交爭端至國際仲裁或諮商程序，惟針對締約國之無條件同意，存在岔路條款（Fork-in-the-road Clause）與傘狀條款（Umbrella Clause）此二款例外情形<sup>136</sup>。若投資人選擇將爭端訴諸於國際仲裁程序，則應提交書面同

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> Dispute Settlement, INTERNATIONAL ENERGY CHARTER, <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/overview/> (last visited Aug. 14, 2018).; The Energy Charter Treaty, art. 27.2, [hereinafter ECT] (providing that: "If a dispute has not been settled in accordance with paragraph (1) within a reasonable period of time, either party thereto may, except as otherwise provided in this Treaty or agreed in writing by the Contracting Parties, and except as concerns the application or interpretation of Article 6 or Article 19 or, for Contracting Parties listed in Annex IA, the last sentence of Article 10(1), upon written notice to the other party to the dispute submit the matter to an ad hoc tribunal under this Article.").

<sup>134</sup> INTERNATIONAL ENERGY CHARTER, *supra* note 133.; ECT, art. 26.1 (providing that: "Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.").

<sup>135</sup> ECT, art. 26.2, (providing that: "If such disputes cannot be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution: (a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party to the dispute; (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or (c) in accordance with the following paragraphs of this Article.").

<sup>136</sup> ECT, art. 26.3, (providing that: " (a) Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article. (b) (i) The Contracting Parties listed in Annex ID do not give such unconditional consent where the Investor has previously submitted the dispute under subparagraph (2)(a) or (b). (ii) For the sake of transparency, each Contracting Party that

意書，第 26 條第四項揭櫫三種國際仲裁程序：第一為「國際投資爭端解決中心公約」之仲裁機制，倘若投資人母國與地主國皆為 ICSID 之締約國，則可將爭端訴諸此機制。若有一方非 ICSID 締約國，投資人仍可選擇適用其附加機制 (Additional Facilities)；其二為投資人可依據「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則 (United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules, UNCITRAL)」特設仲裁庭或是獨任仲裁人；其三則是向「斯德哥爾摩商會仲裁機構 (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, SCC)」訴諸仲裁<sup>137</sup>。

能源憲章進程發展至今，已不再將其適用範圍侷限於歐洲地區，進而演進成為一全球性之能源治理框架，並於 2015 年 5 月推動「國際能源憲章宣言 (International Energy Charter, IEC)」作為能源憲章之更新文本<sup>138</sup>。IEC 致力於強化簽署國間彼此國際能源合作，雖然僅為政治性宣言，但除了政治層面、或是

---

is listed in Annex ID shall provide a written statement of its policies, practices and conditions in this regard to the Secretariat no later than the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval in accordance with Article 39 or the deposit of its instrument of accession in accordance with Article 41. (c) A Contracting Party listed in Annex IA does not give such unconditional consent with respect to a dispute arising under the last sentence of Article 10(1).”)

<sup>137</sup> ECT, art. 26.4, (providing that:” In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph (2)(c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to:

(a) (i) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington, 18 March 1965 (hereinafter referred to as the “ICSID Convention”), if the Contracting Party of the Investor and the Contracting Party party to the dispute are both parties to the ICSID Convention; or

(ii) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention referred to in subparagraph (a)(i), under the rules governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre (hereinafter referred to as the “Additional Facility Rules”), if the Contracting Party of the Investor or the Contracting Party party to the dispute, but not both, is a party to the ICSID Convention;

(b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”); or (c) an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.”)

<sup>138</sup> 「主要國際組織能源情勢發展-能源憲章組織 (ECT)」，APEC 能源國際合作資訊網，網址：<https://apecenergy.tier.org.tw/energy4/ect.php> (最後瀏覽日：2018 年 8 月 14 日)。

經濟層面之國際合作之外，更加重視能源安全、環境保護與經濟發展間之難題，以及強化能源貿易自由化、能源技術等議題<sup>139</sup>。

本文研究能源憲章條約下德國 Vattenfall 核電案所涉及之相關規範，故僅聚焦於該條約中間接徵收、合理期待與傘狀條款之規範。以下將依序闡明：

## 第二節 間接徵收

政府以極端的手段取得 (taking) 外國財產，不僅干涉外國投資人財產之使用，也損害地主國本身之投資環境、名譽、導致負面效應<sup>140</sup>。這也是間接徵收爭議日趨重要的原因，雖間接徵收並未影響投資人財產所有權之歸屬，但實質上已剝奪投資人運用該財產之可能性<sup>141</sup>。然目前實務上對於間接徵收之定義並未有明確之條文標準，但由歷年來以此為爭議之仲裁案件數量明顯可知，間接徵收為國際投資法下最重要的爭點之一<sup>142</sup>。

能源憲章條約條文不僅規範直接徵收，也體現了間接徵收之概念<sup>143</sup>，透過降低法的不確定性保護投資人，避免投資人因政府公權力受到事實上之損害<sup>144</sup>。「徵收」一詞規範於能源憲章條約第 13 條第 1 項，「締約國政府不得對其境內之另一締約國國民之投資，施加國有化、徵收或對其採取效果等同於徵收之措施，除

<sup>139</sup> *The International Energy Charter*, INTERNATIONAL ENERGY CHARTER, <https://energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/> (last visited: Aug. 14, 2018).

<sup>140</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 101 (2d ed. 2012).

<sup>141</sup> *Id.*; Suzy H. Nikièma, *Best Practices-Indirect Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, (Mar. 2012), [http://www.iisd.org/pdf/2012/best\\_practice\\_indirect\\_expropriation.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf).

<sup>142</sup> *Id.*

<sup>143</sup> See UNCTAD Series on issues in international investment agreements, *Taking of Property* 41 (2000); 藉由「與國有化或徵收有相同效果之措施(a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation)」之用字體現間接徵收。李貴英、鄭昀欣，「能源憲章條約下投資爭端解決機制之研究-以徵收問題為例」，貿易政策論叢，28 期，頁 191，210 (2017 年)。

<sup>144</sup> *Id.*



非係基於公共利益之目的，且該措施符合不歧視原則、正當法律程序，並立即、適當且有效的補償投資人<sup>145</sup>。」。綜上所述，間接徵收為外國投資人之財產權受實質損失，包含間接干涉投資人之經濟利益<sup>146</sup>。

另外，能源憲章條約第 13 條與「北美自由貿易協定（North American Free Trade Agreement, NAFTA）」第 1110 條規定十分類似，其亦涵蓋直接徵收、間接徵收以及將有與徵收相同效果之措施<sup>147</sup>。事實上，Pope v. Canada 案仲裁庭將 NAFTA 條文中「相當於徵收之措施」解釋為與間接徵收相同<sup>148</sup>，後續的案件亦有採此觀點之判斷。

## 第一目 間接徵收案例分析

時至今日，目前共有 117 件以能源憲章條約為適用法之投資爭端案件，其中涉及間接徵收且審判終結的案件有 9 件<sup>149</sup>。以下將依時序簡介 6 件投資仲裁案件事實，及其仲裁庭判斷之依據，分別是：Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia 案（下簡稱 Nykomb v. Latvia 案）、Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria

<sup>145</sup> ECT, art. 13.1, (providing that: “Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is:

(a) for a purpose which is in the public interest;

(b) not discriminatory;

(c) carried out under due process of law; and

(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.”).

<sup>146</sup> Christoph Schreuer, *The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties*, ¶ 12, [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper\\_3.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf) (last visited Aug. 14, 2018).; RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 140, at 101.

<sup>147</sup> North American Free Trade Agreement, art. 1110 [hereinafter NAFTA] (providing that:” 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:(a) for a public purpose;(b) on a non-discriminatory basis;(c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and(d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.).

<sup>148</sup> Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, (23) *Hastings International and Comparative Law Review*, 431(2000).

<sup>149</sup> *List of all Investment Dispute Settlement Cases*, INTERNATIONAL ENERGY CHARTER, <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/> (last visited Aug. 14, 2018).

案(下簡稱 Plama v. Bulgaria 案)、Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan 案(下簡稱 Petrobart v. Kyrgyzstan 案)、AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömu Kft. (UK) v. Republic of Hungary 案(下簡稱 AES Summit v. Hungary 案)、Mohammad Ammar Al-Bahloul (Austria) v. Tajikistan 案(下簡稱 Mohammad v. Tajikistan 案), 與 Anatolie and Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan 案(下簡稱 Anatolie v. Kazakhstan 案)。後續之 3 件投資仲裁案件於判斷間接徵收時, 皆援引類似之判斷見解作為依據<sup>150</sup>, 故本文不再贅述該案件背景。

#### 一、Nykomb v. Latvia 案

Nykomb v. Latvia 案之爭議在於, 拉脫維亞國內電力採購價格倍數之認定, 原告 Nykomb 子公司之 Windau 於 1997 年 3 月 24 日與拉脫維亞國營公司 Latvenergo 簽訂第 16/97 號契約, 約定 Windau 公司於 Bauska 鎮建造熱電廠並透過天然瓦斯發電發熱, 其中由 Latvenergo 公司購電並配送至全國<sup>151</sup>。被告 Latvenergo 所簽署之購電契約(即特許契約)中, 針對價格之組成包含兩個要件, 分別是監管機構制定之平均銷售每度電的電價, 以及拉脫維亞法規所規定之倍數, 然原被告對於價格之認定有異, 原告認為開始營運之前 8 年購電價格應為電價之兩倍, 被告則認為是 0.75 倍<sup>152</sup>。另外, 1998 年 10 月 6 日開始生效的「能源法(The

<sup>150</sup> 依序為 Anatolie and Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan 案、Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain 案、Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy 案、Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. (Greek) v. Albania 案。

<sup>151</sup> Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Arbitration Institute of the SCC Case No 118/2001, Dec. 16, 2003, at. 1,

<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-002a.pdf>

<sup>152</sup> *Id.*

Power Industry Law, the “Energy Law”）」中並未有購電價格為「兩倍電價」之規定<sup>153</sup>，加上原被告雙方協商未果，故於2001年12月11日提交仲裁至SCC<sup>154</sup>。

原告Nykomb公司認為被告拒絕以兩倍電價之價格支付電力，構成間接徵收或逐漸徵收，並造成其子公司Windau經濟上之損失<sup>155</sup>。仲裁庭認為本案拉脫維亞之政府法令改變等「規制性徵收（regulatory expropriation; regulatory taking）」行為可能構成徵收或相當於徵收，但仲裁庭也提出判斷是否為徵收之關鍵在於系爭措施對於系爭財產之所有權或控制權剝奪的程度<sup>156</sup>。本案仲裁庭認為拉脫維亞政府並未取得（taking）Windau公司或其財產之所有權、控制權，故不符合能源憲章條約第13條中效果相當或等同於徵收之措施（measures equivalent to expropriations or acts tantamount to expropriation）。

## 二、Plama v. Bulgaria案

Plama v. Bulgaria案中，Nova Plama公司原為保加利亞國營合股企業且持有煉油廠，1996年9月5日保加利亞政府將其私有化<sup>157</sup>，經過兩次轉售後及「私有化機構（the Privatization Agency）」批准後，1998年12月18日，由原告Plama公司取得Nova Plama公司之股份<sup>158</sup>。然而在股份移轉前，煉油廠早已因經營不善而破產，雖在收購後至1999年4月止仍有短暫經營4個月，但經原告、Nova Plame及其利害關係人（包含保加利亞政府）協商後，於1999年5月5日向普列文（Pleven）地方法院提交「復甦計畫（Recovery Plan）」，由法院接受該計畫並於7月8日終

<sup>153</sup> *Id.*, at 17.

<sup>154</sup> *Id.*, at 1.

<sup>155</sup> *Id.*, at 33.

<sup>156</sup> *Id.*

<sup>157</sup> *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Aug. 27, 2008, ¶ 56, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-003a.pdf>.

<sup>158</sup> *Id.*, ¶ 65.

止破產程序，惟煉油廠在1999年8月重啟營運，卻於同年底永久關廠，並於2005年7月開始破產清算程序<sup>159</sup>。該清算程序卻受保加利亞最高上訴法院（Bulgarian Supreme Cassation Court）以命令駁回，因此原告主張保加利亞政府、國內行政、司法機構與其他公家單位故意引發許多問題予Nova Plama公司，該等行為實質損害煉油廠之營運，並直接對原告Plama公司集團之名譽與市場價值造成負面影響<sup>160</sup>，故針對上述被告之國家行為雖無實際上剝奪原告財產權，但取而代之的是影響其投資之價值及其獲利，對此原告認為本案涉及間接徵收<sup>161</sup>。

本案仲裁庭注意到，實務上認為徵收係為國家對外國投資人之經濟使用、享受（enjoyment）、投資價值有負面影響，而非指實質上控制其投資、或取得其投資之所有權與否<sup>162</sup>。此論點來自於Starret Housing Corp. v. Iran案，該案仲裁判斷認為國際法承認若一國家行為實質影響投資人之財產權，以致該產權變得無法發揮實益的話，即便該國措施表面上未有徵收之名，財產所有權形式上未有變更，仍被視為徵收<sup>163</sup>。

嗣後，許多仲裁庭在判斷間接徵收時，也延續此觀點，Tecmed v. Mexico案仲裁判斷提及，一國家所採取之措施，無論其是否具監管目的，只要具不可逆轉性和永久性，且財產或權利會因而受影響（或以任何形式喪失權益）的話，即為事「事實上徵收（*de facto* expropriation）」。依據國際法，當財產所有權人對其之使用、享受，因國家行為受剝奪、或干預程度似剝奪之情況時，即使財產之所有權未受影響，只要該剝奪行為非暫時性，則該國家行為即事實上徵收。於此，

---

<sup>159</sup> *Id.*, ¶¶ 67-68, 71.

<sup>160</sup> *Id.*, ¶¶ 71-72.

<sup>161</sup> *Id.*, ¶ 190.

<sup>162</sup> *Id.*, ¶ 191.

<sup>163</sup> *Id.*; Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran, Case No. 24, Interlocutory Award No. ITL 32-24-1, 19 December 1983, 4 Iran-US CTR 122, at. 154.



相較於原本政府採取系爭措施之意圖，該行為是否對投資財產之所有人產生影響、或是否影響投資利益更為重要；另外，國家措施對投資人造成之實質影響亦為重要判讀的因素<sup>164</sup>。

綜上，本案仲裁庭認為評估地主國政府行為時，須一併評估以下三個關鍵要素，分別是：（一）是否實質上完全剝奪投資之經濟使用與享有投資之權利，或剝奪其中一部分（如幾乎完全損害該權利）；（二）系爭措施是否具不可逆轉性和永久性；（三）投資人之經濟價值因而受損害程度<sup>165</sup>。對於保加利亞國內環境法規之修正，原告無法提出其投資因此受損之證據，也無法證明其投資之權利、享受受限於該政府措施，故仲裁庭無法判斷被告是否違法能源憲條約徵收之規範<sup>166</sup>。

### 三、Petrobart v. Kyrgyzstan 案

Petrobart v. Kyrgyzstan 案中，原告直布羅陀 Petrobart 公司，且於 1998 年 2 月 23 日與吉爾吉斯國營合股公司 Kyrgyzgazmunaizat（下簡稱 KGM）簽訂第 1/98-PB 號貨品供應契約，並約定由供應商 Petrobart 公司提供 20 萬噸「貨品（即穩定凝析油，stable gas condensate）」，買方 KGM 公司則於接受貨品後依約支付價金<sup>167</sup>。Petrobart 公司依約定供應 5 次貨品並請求 KGM 公司支付價金，然而，KGM 公司僅支付前兩次，針對後續三次貨款，KGM 公司於 1998 年 7 月 14 日以信件向 Petrobart 公司道歉且聲明拖欠之貨款將延遲 10 至 15 日給付，另外，

<sup>164</sup> Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria, *supra* note 157, ¶ 192; Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, May 29, 2003, ¶ 116, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>

<sup>165</sup> Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria, *supra* note 157, ¶ 193.

<sup>166</sup> *Id.*, ¶¶ 227-228.

<sup>167</sup> Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan, Arbitration Institute of the SCC - Case No 126/2003, Mar. 29, 2005, at. 4, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-004a.pdf>

吉爾吉斯總統為解決 KGM 公司之債務問題，於同年 9 月 23 日發布第 282 號總統命令，要求移轉 KGM 公司資產再建立另一家新的國營公司 Kyrgyzgaz，且指示相關政府單位解決執行階段所將面臨之法律問題<sup>168</sup>。

據此，Petrobart 公司以 KGM 公司未清償債務為由，於 1998 年 11 月向 Bishkek 法院提起訴訟，隔月 Bishkek 法院應 Petrobart 公司之要求，扣押 KGM 公司之 Mercury 銀行帳戶、以及其動產和不動產，以便返還積欠 Petrobart 公司之債務<sup>169</sup>。然而，在 1999 年 2 月 11 日吉爾吉斯副總統與 Bishkek 法院院長之通信內容提到：「...院長應理解 KGM 公司目前之財務狀況，並應予以批准延後執行法院判決，...」，故法院因而准許延後三個月至 1999 年 5 月 18 日執行該判決，惟在這段期間內，KGM 公司在 3 月 4 日先召開一次特別股東大會，決議執行第 282 號總統命令，將部分 KGM 公司資產移轉至 Kyrgyzgaz 公司，以解決財務困難的問題；其次，根據 1999 年 3 月 9 日之第 141 號法令，吉爾吉斯政府委託國營 Munai 公司負責組織和執行與石油相關之國家政策，對此 KGM 公司亦與 Munai 公司簽訂為期 3 年的租賃契約，Munai 公司每月僅需支付 50 萬索姆（soms）即可使用 KGM 公司之大型資產（包含土地、建物、儲油設備、及其他財產）的權利，相較於 KGM 公司尚積欠之約 24 億索姆的負債總額而言，Munai 公司所支付之租金相當低廉<sup>170</sup>。嗣後 KGM 公司因無力償還債務，向 Bishkek 法院申請破產，故於 1999 年 4 月 15 日判決 KGM 公司破產並進入破產清算程序，而 Petrobart 公司則被列為第三順位之債務人<sup>171</sup>。

---

<sup>168</sup> *Id.*, at 5.

<sup>169</sup> *Id.*, at 6.

<sup>170</sup> *Id.*, at 8.

<sup>171</sup> *Id.*, at 8, 44.

依據前述 KGM 公司種種作為，包含第 282 號總統命令、副總理之要求等，原告 Petrobart 公司認為其在吉爾吉斯之投資已受到徵收或相當於徵收的對待，換句話說，本案吉爾吉斯之政府措施已構成能源憲章條約之徵收，吉爾吉斯政府卻以重組 KGM 公司作為其正當化「逐漸徵收 (creeping expropriation)」之理由，但此舉在國際法下仍屬非法行為，故違法能源憲章條約第 13 條第一項之規定<sup>172</sup>。本案仲裁庭認為該條文提及之徵收，有時也包含間接徵收（效果相當或等同於徵收之措施）、逐漸徵收，亦或是事實上徵收，後三者經常被視為與直接徵收具相同「法律後果 (legal consequences)」<sup>173</sup>。

由上述案件事實明顯可知，Petrobart 公司的投資並未收到直接徵收，而吉爾吉斯政府之行為雖然對原告產生負面影響，且也意圖將 Petrobart 公司之經濟價值移轉至本國，但仲裁庭認為，排除 Petrobart 公司作為投資人之合法利益，吉爾吉斯之政府行為仍未構成事實上徵收，故判斷被告未違反能源憲章條約第 13 條<sup>174</sup>。

#### 四、AES Summit v. Hungary 案

自 1995 年起，匈牙利政府開始推行現代化政策，其中一部分為能源部門私有化（包含本案系爭國營發電廠的私有化），隔年 7 月 4 日英國 AES Summit 公司和兩家匈牙利國營企業 APV 與 MVM 簽訂買賣契約（Purchase and Sale Agreement, PSA），並購入 Tiszai Erömu Részvénytársaság 公司大部分的股權（後更名為 AES Tisza 公司），其中 AES Tisza 公司資產包含 Tisza II 發電廠和 Borsod、

---

<sup>172</sup> *Id.*, at 29.

<sup>173</sup> *Id.*, at 77.

<sup>174</sup> *Id.*

Tiszapalkonya 兩座老式火力發電廠<sup>175</sup>。根據買賣契約 PSA 規定，匈牙利政府有義務修正其於 1995 年 10 月 10 日與 Tisza II 發電廠簽署之舊電力購買協定（Original Tisza II PPA），並且與 Borsod 發電廠簽訂新的長期電力購買協定（Borsod PPA），對此 AES Summit 公司同意投資約 1.3 億美金翻新 Tisza II 發電廠及興建新的 Borsod 發電廠<sup>176</sup>。

2000 年 10 月，AES 集團曾以匈牙利政府違反 PSA、能源憲章條約、以及英國匈牙利間雙邊投資協議為由提交仲裁要求<sup>177</sup>，但此次爭議已於 2001 年 12 月 19 日達成和解協定（2001 Settlement Agreement），本和解協定取代雙方過往所有協定（如 PSA）、曾有過之協商等，包含匈牙利政府主動放棄主權豁免權，並同意簽屬契約之行為係屬私權行為，而非公權行為<sup>178</sup>；同時，將修正後 Tisza II PPA（後稱為 2001 電力購買協定）規範於和解協定第 4.1 條，並規定新的定價機制，公用事業的電價適用於經濟部第 55/1996 號行政命令之定價，若中止該命令，則依據價格形塑機制定價<sup>179</sup>。

匈牙利自 2004 年加入歐盟後已不再適用行政命令定價，而是改採 2001 電力購買協定之價格形塑機制來計算需支付與 AES Tisza II 發電廠的價金，然而時至 2005 年，匈牙利政壇為抗議私營發電廠之高獲利，湧入一股反彈聲浪<sup>180</sup>。嗣後，匈牙利國會於 2006 年修改「2001 年電力法（the 2001 Electricity Act）」，重新導入政府定價機制，並接兩年發布定價命令（2006 Price Decree、2007 Price

<sup>175</sup> AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. (UK) v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Sept. 23, 2010, ¶¶ 4.2-4.3, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-019a.pdf>.

<sup>176</sup> *Id.*, ¶ 4.4.

<sup>177</sup> *Id.*, ¶¶ 4.5-4.6.

<sup>178</sup> *Id.*, ¶¶ 4.7-4.8.

<sup>179</sup> *Id.*, ¶¶ 4.10-4.11.

<sup>180</sup> *Id.*, ¶¶ 4.12-4.15.

Decree) ，針對個別發電商採固定價格，上述 2001 電力購買協定之定價機制已不復存在<sup>181</sup>。

據此，原告 AES 公司控訴匈牙利政府 2006 年與 2007 年之兩次定價命令，因相較於 2001 電力購買協定原告可收取之金額，2006 年價格命令使其電價收入下跌約 43%，而 2007 年價格命令則下降約 35%<sup>182</sup>。此兩次基於政治因素的定價命令損及其利益，因此 AES 公司於 2007 年 7 月 6 日向 ICSID 提交仲裁<sup>183</sup>。

原告認為匈牙利政府修改 2001 年電力法和發布定價命令之行為，已立即且恣意地對 AES Tisza 公司構成徵收，損及原告依 2001 電力購買協定獲取之實際收益，故主張被告行為構成「相當於國有化或徵收」<sup>184</sup>。原告也援引其他仲裁對於間接徵收之判斷，當國家剝奪投資人權利時，即便並非實際取得投資人之財產權，亦構成相當於徵收的行為<sup>185</sup>，原告更進一步主張，雖然匈牙利政府係基於政策因素，間接干涉其財產權之使用，且匈牙利政府亦未因此而獲有利益，但此行為仍然構成間接徵收<sup>186</sup>。

被告抗辯原告針對徵收之主張沒有法律依據，況且依據過往仲裁庭判斷徵收之要件，匈牙利政府之行為並未剝奪原告投資財產之使用權與控制權，且亦未有嚴重減損其投資價值之情況發生；另外，被告主張依據間接徵收之法理，AES 公司並未控訴其受徵收之間接損害，故不得將此法理擴及至其他任何可能暫時減損自己利益之行為<sup>187</sup>。

---

<sup>181</sup> *Id.*, ¶¶ 4.20-4.23.

<sup>182</sup> *Id.*, ¶ 4.24.

<sup>183</sup> *Id.*, ¶¶ 4.25-4.26.

<sup>184</sup> *Id.*, ¶ 14.1.1.

<sup>185</sup> *Id.*, ¶ 14.1.2.

<sup>186</sup> *Id.*, ¶¶ 14.1.3.-14.1.4.

<sup>187</sup> *Id.*, ¶ 14.2.



本案仲裁庭認為影響投資人最普遍的國家行為或措施樣態為修正國內現行法律，但此舉卻不必然構成徵收<sup>188</sup>。徵收是建立在投資人的財產或其財產價值受到整體或顯著的剝奪，或剝奪投資人對其財產的實質控制權，但本案中，修正2001年電力法和發布定價命令並未干預原告財產權之所有或使用，加上原告之投資價值也並未因定價命令而受到實質減損，故仲裁庭判斷匈牙利政府措施並不構成間接徵收<sup>189</sup>。

##### 五、Mohammad v. Tajikistan 案

Mohammad v. Tajikistan 案中，針對塔吉克境內 Kashkakum 地區和 Alimtay 地區石油與天然氣，Mohammad Ammar Al-Bahlou 先生於1998年與塔吉克政府簽訂開發協議，依據協議 Mohammad 先生需提供開發之設備與原料，並且得委派塔吉克境內外的其他公司，對此塔吉克總理亦核發兩張開發執照，其中東 Alimtay 地區之開發執照為期5年<sup>190</sup>。然而，因2000年初國際油價高漲，原被告雙方合意以合資事業來開發及生產石油、天然氣，且由原告持有合資企業之多數股權（controlling interest），雖於原告和 Vivalo 公司（該公司總經理為原告 Mohammad 先生）、塔吉克政府於3月簽屬之二協議，但事實上並沒有任何一家公司係基於該二協議登記為合資事業<sup>191</sup>。

時至2000年9月22日，塔吉克總統發布第397號命令准許原告與 Baldjuvon 公司建立為合資企業，其中塔吉克石油協會 Leninabadneftegas 持有40%股權，奧地利 Vivalo 公司則持有另外的60%；此合資企業主要功能為開發 Baldjuvon

<sup>188</sup> *Id.*

<sup>189</sup> *Id.*, ¶¶ 14.3.2.-14.3.4.

<sup>190</sup> Mohammad Ammar Al-Bahloul (Austria) v. Tajikistan, Arbitration Institute of the SCC - Case No. V (064/2008), partial award on jurisdiction and liability, Sept. 2, 2009, ¶¶ 58-62, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-020a.pdf>

<sup>191</sup> *Id.*, ¶ 64.



地區的石油與天然氣，以及建造煉油廠精煉來自 Khatlon 地區之原油，而依據總統命令，有關煉油廠設備之設計、製造和採購，與原料等支出皆由 Vivalo 公司負擔<sup>192</sup>。三個月後，原被告雙方又簽訂四項開發協定，包含允許原告得擴大開採範圍，不再侷限於 Kashkakum 地區與 Alimtay 地區<sup>193</sup>。此外，Baldjuvon 公司與 Petroleum SUGD 公司也於 2001 年依法登記為有限公司<sup>194</sup>。

自 2002 年起，由於原告接續面臨管理、技術層面問題，和未取得開發許可証，因而決定中止開採/開發<sup>195</sup>。隨後於 2002 年 12 月 12 日 Petroleum SUGD 公司股東會上，原告控訴塔吉克政府不核發許可証，而被告則是宣稱原告逾期未支付法定資本<sup>196</sup>。據此，原告認為塔吉克政府下列四項行為等同於徵收其投資，違反能源憲章條約第 13 條之規定，包含：塔吉克政府未根據 2000 年簽訂之四個協議核發開發許可証；未核發 Baldjuvon 合資企業必要許可証(necessary licenses)，且塔吉克最高法院後續更因財務部長之請求解散該合資企業；同樣未核發 Petroleum SUGD 必要許可証 (necessary licenses)，並強制減少 Petroleum SUGD 合資企業中 Vivalo 公司之股權；Vivalo 公司自從 2003 年 3 月 14 日股權被減少後，塔吉克政府並未支付有關產油和天然氣產品之股息<sup>197</sup>。

原告主張能源憲章條約第 13 條涵蓋間接徵收，前述塔吉克政府之四項行為本質上對 Baldjuvon、Petroleum SUGD 合資企業之投資構成徵收，本案仲裁庭援引 Tecmed v. Mexico 案對於間接徵收之判斷（已於前述 Petrobart v. Kyrgyzstan 案中詳述），且依據間接徵收之要件，仲裁庭需確認被告行為必須係為不可逆，

---

<sup>192</sup> *Id.*, ¶ 65.

<sup>193</sup> *Id.*, ¶ 67.

<sup>194</sup> *Id.*, ¶ 68.

<sup>195</sup> *Id.*, ¶ 72.

<sup>196</sup> *Id.*, ¶ 75.

<sup>197</sup> *Id.*, ¶ 99(h).

且永久性地取得或損害原告權利，而針對本案情況，塔吉克政府僅暫時未履行契約，故並不構成徵收；除非國家中止契約或明確拒絕履行系爭契約時，否則不會構成徵收，而本案證據顯示原被告雙方並未中止 2000 年簽訂之協議<sup>198</sup>。塔吉克政府未在合理期間內核發許可證之行為，明顯違反契約，並且可能對原告造成負面影響，但仲裁庭發現原告權利並未受永久性剝奪，換言之，被告行為並未損害原告權利，故未構成間接徵收<sup>199</sup>。

## 六、Anatolie v. Kazakhstan 案

碳氫化合物為哈薩克主要之天然能源，且於未來十年內哈薩克將成為前五大石油生產國，其中，Mangystau 地區之兩個主要油田 Borankol 和 Tolkyn，係由 TNG 和 KPM 兩家公司對 Mangystau 地區之發電廠提供 80% 之燃料。原告 Anatole Stati 於 1999 年至 2000 年間，購買 TNG 和 KPM 兩家哈薩克公司之控股股份，並取得 100% 持股權<sup>200</sup>。其中 TNG 為哈薩克公司於 1998 年與哈薩克投資局簽署第 210 和 302 號契約，並取得許可證，得針對 Tolkyn 礦床與 Tabyl 區進行開發和萃取碳氫化合物，且取得探勘區之底土使用權；KPM 公司亦於 1999 年與哈薩克投資局簽署第 305 號契約，並取得許可證得對 Borankol 礦床進行開發與萃取碳氫化合物及底土使用權<sup>201</sup>。

然，自 2008 年起，哈薩克政府開始調查原告公司，包含檢驗原告使否遵守出口稅法，2009 年 4 月金融警察以非法創業為由逮捕 KGM 總經理 Cornegruta

<sup>198</sup> *Id.*, ¶ 281.

<sup>199</sup> *Id.*, ¶ 282.

<sup>200</sup> Anatolie and Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan, SCC Case No. V (116/2010), Dec. 19, 2013, ¶¶ 223-229,

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>

<sup>201</sup> *Id.*, ¶¶ 202-212.

先生<sup>202</sup>，於5月金融警察突襲檢查KGM與TNG公司，並以同KMG總經理之罪行逮捕另外三名經理，且扣押二公司財產與銀行帳戶<sup>203</sup>。哈薩克政府於2010年7月21日終止原告兩家公司之底土使用權契約<sup>204</sup>。除了終止開發Tolkyn和Borankol油田之契約外，也透過恐嚇、騷擾的方式要求原告以低價出售KPM公司<sup>205</sup>。

原告主張哈薩克政府單方面通知終止底土使用權契約，屬非法徵收其投資，於2010年7月26日提交仲裁至斯德哥爾摩商會仲裁機構。原告主張，依過往仲裁庭仲裁，當投資所有權之權利或特性受實質性之剝奪即屬間接徵收<sup>206</sup>。金融警察對於未有石油、天然氣管道營運許可之KPM公司計算其非法利潤，但哈薩克法院刻意忽略系爭非法利潤實際上並非利潤，而是收入，則逕行逮捕KPM總經理，因此，哈薩克政府之惡意行為構成能源憲章條約下間接徵收<sup>207</sup>。

被告抗辯2008年至2009年間對原告公司之檢查，並未干涉KPM、TNG二公司之日常管理，且原告亦未舉證其業務因此而受到嚴重損害，此外，過往在聽證會上，原告並未抱怨哈薩克政府所施行之法律對其構成徵收<sup>208</sup>。本案仲裁庭認為，必須先確認被告是否違反能源憲章條約第10條第1項公平公正待遇之標準，進而才需審查第13條徵收之情況<sup>209</sup>。

---

<sup>202</sup> *Id.*, ¶¶ 429-430.

<sup>203</sup> *Id.*, ¶¶ 442-447.

<sup>204</sup> *Id.*, ¶ 611.

<sup>205</sup> *Id.*, ¶ 636.

<sup>206</sup> *Id.*, ¶¶ 1111-1112.

<sup>207</sup> *Id.*, ¶ 1113.

<sup>208</sup> *Id.*, ¶¶ 1157-1112.

<sup>209</sup> *Id.*, ¶¶ 1202-1205.

由前述實務案件及目前國際投資法現況而言，本文將間接徵收類型大致歸納出事實上徵收、逐漸徵收，以及效果相當或等同於徵收之措施等三種型態<sup>210</sup>。事實上徵收，指系爭政府措施實質剝奪原告之投資價值，並對原告造成永久且不可逆之權利損害；逐漸徵收則為一個逐漸累積之過程，基於一連串之政府行為，即便各行為本身並未構成徵收或被視為非法行為，但最終累積而成之效果損及投資人之投資價值<sup>211</sup>；關於效果相當或等同於徵收之措施判斷方式為，雖未改變外國投資人之財產所有權權利，實質上卻損及其控制權或經濟價值<sup>212</sup>。

## 第二目 徵收補償之例外情形

另一方面，能源憲章條約第13條條文中亦針對四項合法性徵收之要件，包含徵收係基於公共目的、禁止恣意和歧視性徵收、正當法律程序、和立即、適當及有效之補償。一般而言，地主國政府為維護其公共秩序所實施管制措施（regulatory measures），經常對外國投資人財產造成負面影響，但地主國當然不可能針對每一項措施進行補償，若為之，則將嚴重損害其國家主權；其中某些管制措施具合法之公共目的，則並未構成任何徵收，因此也未有任何補償之情事發生<sup>213</sup>。

<sup>210</sup> Christoph Schreuer, *supra* note 146, ¶ 13.

<sup>211</sup> Christoph Schreuer, *The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties*, May 20, 2005, ¶¶ 35-36, [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper\\_3.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf); *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. (Greek) v. Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, May 30, 2015, ¶ 509, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4228.pdf>; *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, ¶ 263, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1052.pdf>.

<sup>212</sup> *Anatolie v. Kazakhstan* 案中針對能源憲章條約亦是採與 NAFTA 判例之相同見解，認為「相當於徵收之措施」解釋上即為間接徵收。See *Anatolie and Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan*, *supra* note 201, ¶ 1156, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>

<sup>213</sup> Christoph Schreuer, *supra* note 211, ¶ 78.

對地主國而言，當系爭措施涉及公益、環保目的時，其享有規制權利或權力，亦即得免負補償義務，且投資人不應期待受有補償<sup>214</sup>。據此，地主國經常以系爭措施係屬國家規制權（right to regulate），為適當且必要之監管措施，作為間接徵收之防禦理由，如 LG&E v. Argentina 案仲裁庭認為國家規制權得作為間接徵收之例外，主張系爭投資人損失並不可歸因於國家措施，況且投資人仍對其投資握有控制權<sup>215</sup>。Anatolie v. Kazakhstan 案也提及，國際法權威學者認同合法的規制行為並不構成需補償之徵收，過往仲裁判斷也顯示有效的政府監管之情況下，卻附帶影響投資人之損失，是不需為此補償投資人<sup>216</sup>。在美國體系下，將規制權稱為警察權（police power），針對目的出自於「善意（bono fide）」之作為，如一般性課稅、形式沒收、或其他被視為國家警察權之措施，若地主國依據警察權而行使之措施，其對投資人造成之負面效過不至於過度沉重且不具歧視性，則地主國可援引警察權之例外，而無需補償因其產生之損害<sup>217</sup>。

過往仲裁庭在衡量地主國以國家規制權作為抗辯主張時，有兩個判別依據：其一，系爭措施是否出「善意」作為判斷標準，並認為不需進行補償之一般性法規範，除了必須具備非歧視之意圖外，也須遵守正當法律程序<sup>218</sup>；其二，以措施是否符合「比例原則」作為判斷依據，並檢視系徵措施是否達成原所預設之公共目的，以其系徵措施與欲保護之公益、投資人間是否為合理關係<sup>219</sup>。

<sup>214</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 140, at 120.

<sup>215</sup> 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, ¶ 198-200 (Oct. 3, 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>.

<sup>216</sup> *Id.*, ¶ 1162.

<sup>217</sup> American Law Institute, RESTATEMENT OF THE LAW THIRD, THE FOREIGN RELATIONS OF UNITED STATE, Vol. 1 Sec. 712, comment g. (1987).

<sup>218</sup> Methanex v. United States, Final Award, Part IV, Chap. D, ¶ 4.(2005).

<sup>219</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, *supra* note 164, ¶ 122.



### 第三目 小結

間接徵收係指投資人之投資財產權利受實質影響，實務上仲裁庭在採三要件進行分析判斷：投資人需自行舉證投資財產地主國措施，受負面經濟影響；投資人之投資是否基於合理期待；以及地主國系爭措施之特性，是否存在例外情形。倘若地主國之措施是基於公共利益，且符合善意原則，及遵守不歧視、正當程序和比例原則，得可視為合理正當之規制措施，不須賠償投資人之損失，作為投資補償之例外情形。由前述之投資案件可察覺，其實間接徵收很難於投資仲裁案件中成立。

#### 第三節 公平公正待遇下之合理期待

國際投資協定中，「最低標準待遇（Minimum Standard of Treatment）」為重要的條款之一。相較於最惠國待遇或國民待遇原則等比較性保障，最低標準待遇係為外國投資人保障的絕對標準，其核心內涵又可分為：不歧視原則、完整保障與安全與公平公正待遇（fair and equitable treatment, FET）<sup>220</sup>。其中，FET 是許多雙邊協議（Bilateral Investment Treaty, BIT）要求地主國提供投資者之重要保障原則，最基礎的 FET 係指關於當地法院和行政機關所適用之稅收及政府法規等，不得以國籍或來源地為歧視<sup>221</sup>，然其概念仍相當不確定與抽象。

<sup>220</sup> 中華民國經濟部，國際投資協定-分析釋義，頁 56-59，<https://www.dois.moea.gov.tw/file/pdf/publication.pdf>（最後瀏覽日：2018 年 7 月 14 日）；Michele Potestà, *Legitimate Expectation in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, ICSID REVIEW, Vol. 28, No. 1, 88, 89 (2013).

<sup>221</sup> Herdem Attorneys at Law, *Turkey: Bilateral Investment Treaties*, Aug. 21, 2015, <http://www.mondaq.com/turkey/x/422030/international+trade+investment/Bilateral+Investment+Treaties> (last visited Aug. 14, 2017); Zeinab Asqari1, *Investor's Legitimate Expectations and The Interests of The Host State in Foreign Investment*, ASIAN ECONOMIC AND FINANCIAL REVIEW, Vol. 4, No. 12, 1906, 1907 (2014).



近年來，國際投資仲裁常以合理期待作為解釋 FET 標準之依據，或進一步主張 FET 之認定應包含了不辜負投資人正當合理期待與避免政府專斷行為之義務等兩大內涵<sup>222</sup>。在能源憲章條約中，亦於第 10 條第 1 項納入 FET，各締約方應依據本公約之條款鼓勵並創造穩定、公平、有利及透明化條件，以利於他締約方投資者於該地區內進行投資；此等條件應包括經常性的賦予他締約方投資者之投資公正及公平待遇之承諾<sup>223</sup>。簡言之，投資者之合理期待係基於明確可預測之法律架構與地主國明示或暗示之承諾與表現，對於地主國行為產生信賴，若地主國違背合理期待將可能會構成公平公正待遇義務之違反。

除此之外，合理期待係源自於國內法，英國行政法之合理期待只側重於程序性保障，即當事人之合理期待受侵害時，行政機關須給予其額外的程序權利（如公聽會）<sup>224</sup>。此概念最早於 1969 年由英國法官丹寧勳爵在 *Schmidt v. Secretary of Home Affairs* 案提出，該案中若外國人曾取得英國簽證，則在簽證期間具有居留於英國之正當期待，因此若要撤銷該簽證時，應給予當事人向內政部大臣陳述意見的機會。該案中兩名美國學生在簽證屆滿時要求延長，但英國內政部大臣卻未附理由拒絕該要求，且未給予當事學生參加聽證會的機會。該案中上訴法院判決認為由於當事人權利並未受損，因此內政部大臣沒有給予當事者舉辦聽證會的必要。丹寧勳爵並補充說明，行政機關不替當事人舉辦聽證會，便剝奪其合理期待

<sup>222</sup> 中華民國經濟部，前揭註，頁 59。

<sup>223</sup> ECT, art. 10.1 (providing that: " Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. ...).

<sup>224</sup> Daphne Barak-Erez, *The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*, EUROPEAN PUBLIC LAW, Vol. 11, Issue 4, 583, 584 (2005).

之行為是不公正的<sup>225</sup>。換言之，本案中，若行政機關在當事人簽證期限屆至前，即拒絕其延長簽證之申請許可，此時當事人尚存在合理期待，並認為自己至簽證到期前都可在英國境內居留，故行政機關應基於當事人之合理期待，給予其闡述、申述的機會<sup>226</sup>。在該案件後，合理期待逐漸發展成為英國行政法上的一般法律原則，合理期待係指當事人對政府部門之行為產生的特定期待<sup>227</sup>。

德國憲法上「Vertrauensschutz」一詞亦體現等同合理期待之概念，於確保行政機關欲達其政策目標之同時，應盡可能地保護個人的期待，以法律作為其執行手段時，需在公共利益與個人期待間取得平衡<sup>228</sup>。該原則係指，除非涉及極為重大的公共利益（overriding public interest）情形，否則行政機關之行為原則上不可違反個人之合理期待；個人權利與合理期待兩者間需要仔細地權衡<sup>229</sup>。

由歐盟法院（The Court of Justice of European Union, CJEU）早期的判決亦可發現，法院認為合理期待為歐洲法律原則之一，並且提供歐盟公民主觀公權利（subjective right）<sup>230</sup>。基於行政機關作為所產生之合理期待，歐盟公民得請求該期待應獲實現。換言之，本原則提供一項保證，要求行政機關在達成政策目標

<sup>225</sup> Schmidt and Another v. Secretary of State for Home Affairs, [1968] 2 Ch 339, 349(Lord Denning MR).

<sup>226</sup> *Id.*

<sup>227</sup> Robert Thomas, *The Protection of Legitimate Expectations in UK Administrative Law*, in THE PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS IN ADMINISTRATIVE LAW: A COMPARATIVE STUDY 2 (A.K. Sperr & D. Zacharias ed., 2012).

<sup>228</sup> ROBERT THOMAS, LEGITIMATE EXPECTATION AND PROPORTIONALITY IN ADMINISTRATION LAW 42 (1st ed., 2000).

<sup>229</sup> Artemis Malliaropoulou, *Legitimate expectations in the TTIP proposal*, in CETA, in EU law and in international investment law: a paradigm of Heraclitean hidden harmony?, EFILA BLOG, Nov. 24, 2016,

<https://efilablog.org/2016/11/24/legitimate-expectations-in-the-ttip-proposal-in-ceta-in-eu-law-and-in-international-investment-law-a-paradigm-of-heraclitean-hidden-harmony/>.

<sup>230</sup> 主觀公權利（Das subjective öffentliche Recht）又稱為公法上之權利，是人民或特定人民在行政法律上的真正權利。質言之，該權利就是指人民或特定人民得依據憲法或行政法律之規定，直接主張的權能；而且，當此種權能受到行政主體之侵害，一定可以提起行政爭訟或其他替代性的爭訟。參考：陳朝建，「行政法教室：名詞解釋-主觀公權利與反射利益」，台灣法律網，[http://www.lawtw.com/article.php?template=article\\_content&area=free\\_browse&parent\\_path=,1,1648,&job\\_id=130365&article\\_category\\_id=1170&article\\_id=64629](http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,1648,&job_id=130365&article_category_id=1170&article_id=64629)（最後瀏覽日：2017年6月10日）。

時，亦須同時保護個人之期待<sup>231</sup>。除此之外，合理期待亦可用來解釋其他法律規則，或成為無效之法律基礎，或非締約國請求歐盟損害賠償責任之依據<sup>232</sup>。

合理期待也逐漸受美國聯邦法院採用。如 1978 年 Penn Central v. City of New York 案中，紐約地標保護委員會將紐約中央車站指定為地標，並以維護地標歷史景觀為由，拒絕 Penn 中央交通公司在車站上增建高於 50 層辦公大樓之計畫。Penn 公司因此上訴至美國聯邦最高法院，主張委員會此舉實屬管制性徵收，且未給予該公司合理之補償<sup>233</sup>。聯邦最高法院判決首先指出，委員會之決定並未構成管制性徵收，且法院亦無法自美國憲法第五修正案中的徵收條款判定本案因公共利益所造成之經濟損失該如何公正補償（just compensation）<sup>234</sup>。最高法院並指出，Penn 中央交通公司最初之期待為：在車站被指定為地標後，仍可持續使用該不動產之期待，且 Penn 公司也可自此期待中得到合理之投資報酬<sup>235</sup>。雖本案宣告 Penn 公司敗訴，但判決中首次承認合理期待之存在。由於能源憲章條約下之投資仲裁案件，仲裁庭分析時多援引其他以 NAFTA 或 BIT 為適用法之判斷<sup>236</sup>，故本文於後續之解釋適用時，將選取較具指標性之案件，而非侷限於以能源憲章條約為適用法之爭端案件。

---

<sup>231</sup> *Id.*

<sup>232</sup> Artemis Malliaropoulou, *Legitimate expectations in the TTIP proposal, in CETA, in EU law and in international investment law: a paradigm of Heraclitean hidden harmony?*, EFILA BLOG, Nov. 24, 2016,

<https://efilablog.org/2016/11/24/legitimate-expectations-in-the-ttip-proposal-in-ceta-in-eu-law-and-in-international-investment-law-a-paradigm-of-heraclitean-hidden-harmony/>.

<sup>233</sup> Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104, 136 (1978).

<sup>234</sup> *Id.*

<sup>235</sup> Thomas Ruppert, *Reasonable Investment-backed Expectations: Should Notice of Coastal Property Purchasers?*, COLLEGE OF LAW FLORIDA STATE UNIVERSITY, Vol. 26, No. 2, 240, 246 (2011).

<sup>236</sup> Plama v. Bulgaria, *supra* note 157, ¶ 176.; AES Summit v. Hungary, *supra* note 175, ¶ 9.3.9.; Mohammad v. Tajikistana, *supra* note 190., ¶ 184.

## 第一目 合理期待之內涵

本文以指標性二案作為介紹合理期待與 FET 間的關係<sup>237</sup>。2003 年 Tecmed v. Mexico 案中，國際仲裁庭首次明確提出投資法中 FET 標準之內涵包含合理期待。西班牙公司 Tecmed 在墨西哥設立子公司 Cytrar，並依墨西哥國內法律於該國 Sonora 洲 Hermosillo 市建造廢棄物掩埋場，且於 1996 年取得營運許可證，該許可證每年得更新一次<sup>238</sup>。199 年，墨西哥國家生態研究所（Waste and Activities Division of the National Ecology Institute of Mexico, INE）拒絕 Cytrar 之營運許可證延期申請，認為該廢棄物掩埋場有違規情事，因此要求該公司關閉廢棄物掩埋場<sup>239</sup>。Tecmed 公司認為 INE 之行為係基於 Hermosillo 市新政府上任之政策，而非基於法律考量，因此主張墨西哥政府對其投資構成間接徵收，並且違反西班牙—墨西哥 BIT（Mexico—Spain BIT），向 ICSID 提起仲裁<sup>240</sup>。本案仲裁庭表示，依國際法上「誠信原則（good faith principle）」<sup>241</sup>之要求，地主國提供投資者之投資待遇，不應影響投資者在進行投資時考量之基本期待<sup>242</sup>。投資者具有地主國在其投資前後皆採一致行動的期望，雙方關係須避免模糊及應完全透明，以便投資者可以事先知道所有地主國對投資所設立之規則與條例、相關政策的目標與行政慣例及指令，並在遵守這些規定的情形下規劃其投資<sup>243</sup>。

2006 年，LG&E v. Argentine 案中，亦透過合理期待論述地主國是否負損害賠償責任。1980 年代後期，阿根廷為因應國內經濟衰退與高通膨率之危機，決

<sup>237</sup> Zeinab Asqari1, *supra* note 221, at 1907.

<sup>238</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, *supra* note 164, ¶¶ 35-38.

<sup>239</sup> *Id.* ¶ 39.

<sup>240</sup> *Id.* ¶ 41.

<sup>241</sup> 誠信原則為國際法中的一般規定，為了使國際法律秩序被預見與遵守，學者對此原則進行研究和釐清，而司法機構則是依個案判斷，本原則通常體現在條約必須遵守原則、濫用權利與裁量權、禁反言原則與默許權，和以誠信原則進行協商。參考：Steven Reinhold, *Good Faith in International Law*, UCL JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE, Vol. 2, 40, 47 (2013).

<sup>242</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, *supra* note 164, ¶ 154.

<sup>243</sup> *Id.*



定將私有化國內國營事業，其中包含獨佔天然氣輸送與配銷服務的國營企業 Gas del Estado S.E.<sup>244</sup>。外國投資人購買該公司股份時，可獲阿根廷政府數項保證：天然氣配送之費率以美金計算、依美國生產者價格指數(Producer Price Index, PPI)定期調整其費率、且在未經投資人同意不得取消或修改此法案<sup>245</sup>。據此，美國能源公司 LG&E 投資阿根廷當地天然氣配送公司並取得許可證。然而，1990 年後期，阿根廷又再次爆發經濟危機，迫使阿根廷政府廢除當初之保證，並導致 LG&E 公司之投資受損。LG&E 公司遂主張阿根廷政府違反「美國－阿根廷 BIT」，向 ICSID 提起仲裁程序<sup>246</sup>。本案仲裁庭提到投資者的合理期待具有四項特徵，分別為：(1) 係基於地主國於投資時所提供之條件；(2) 非締約方之單邊期待；(3) 期待必須存在且具有法律效力；(4) 除了必要情勢外，若地主國損害投資者之合理期待時，負有補償責任<sup>247</sup>。

判例法中大多認為合理期待是 FET 之要件，但由於合理期待之判斷方式仍未有統一的標準，故隨大量投資案件牽涉該原則，更精確的判斷方式逐漸被仲裁庭提出<sup>248</sup>。雖國際投資仲裁案件均只有個案的拘束力，但仍可提供後續相關案件之可預測性。

除上述案件，後續也有仲裁案件認為 FET 之標準與合理期待具有緊密關聯<sup>249</sup>。由目前國際仲裁之案例中，可發現合理期待已大量應用在 FET 之相關解釋。並

<sup>244</sup> LG&E v. Argentine, *supra* note 215, ¶ 35 (July 25, 2007).

<sup>245</sup> *Id.* ¶ 49.

<sup>246</sup> *Id.* ¶¶ 54-75.

<sup>247</sup> *Id.* ¶ 130.

<sup>248</sup> P. Weil, *The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, 15 ICSID Rev.-F.I.L.J. 401, 2000, at 415.

<sup>249</sup> 如 2006 年 Saluka v. Czech Republic 案中，仲裁庭認為 FET 標準與合理期待概念緊密相關，且合理期待為 FET 標準之主要要件。2008 年，Rumeli Telekom AS v. Kazakhstan 案中，仲裁庭認為投資人享有 FET 原則，且此原則體現於國際習慣法及雙邊投資協議的最惠國待遇，並指出國家必須尊重投資者的合理期待且建立 FET 標準，即視合理期待為是 FET 中重要的一部份；2009 年 EDF v. Romania 案之仲裁庭也採納其他仲裁庭對投資者之合理期待的看法，認定其為 FET 標

有學者指出，投資人之合理期待具有三項要件：（1）產生投資者合理期待之行為，必須是地主國政府所為；（2）基於地主國政府行為與一般情形，投資者之期待係合理且正當；（3）地主國未遵從投資者之期待與投資者之損害須有因果關係<sup>250</sup>。

## 第二目 投資者合理期待之依據

承前所述，國際仲裁已將合理期待視為考量 FET 標準時之主要構成要件之一（或至少尚未有個案明確否決），因此投資仲裁庭針對合理期待逐漸發展出認定標準與限制<sup>251</sup>。當中，投資者的合理期待依據通常是投資仲裁案件中的關鍵爭議，依學者文獻可知合理期待之依據包括：（1）源自於地主國簽訂之契約；（2）地主國非正式承諾；（3）依地主國一般法律、管制架構，等三種不同情形<sup>252</sup>。其區別實益在於，不同之期待依據可推導出不同程度之投資人保障水準<sup>253</sup>，本文依序介紹如下：

### 一、由契約產生之合理期待

契約是所有法律制度中用來建構法律上安定性及可預測性的典型方式，因此基於契約之期待顯然具有較高程度之保護<sup>254</sup>。2004 年 MTD v. Republic of Chile 案，投資者與智利簽訂關於都市開發計畫之投資契約，之後投資者欲申請開發計

---

準的重要內涵之一；See Saluka v. Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL Arb, 65 (NI.-Cz. 2006); Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobile Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award of the Tribunal, ¶¶ 581-587 (July 29, 2008); EDF (Services) Limited and Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award of the Tribunal, ¶ 216 (Oct. 8, 2009).

<sup>250</sup> IOANA TUDOR, THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN THE INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT 166-168 (1st ed., 2008).

<sup>251</sup> Michele Potestà, *supra* note 220, at 100.

<sup>252</sup> *Id.*

<sup>253</sup> *Id.*

<sup>254</sup> *Id.*, at 101.



畫必要許可證，智利當局卻基於其都市發展與環境法規拒絕之<sup>255</sup>。外國投資人認為智利當局拒絕給予開發證有違 FET 標準，主張雙方契約以提供投資人開發得以進行之合理期待，因此向 ICSID 提起仲裁。本案仲裁庭認為地主國已與投資者簽訂投資契約，卻又拒絕核發許可，該行為不僅違反投資者之合理期待，亦為不公平且不公正的，意即地主國應提供國際投資者「不會影響外國投資人在進行投資時所考量的基本期待」的待遇<sup>256</sup>。

雖然基於契約所生之投資人期待受有較高程度之保障，然案例法亦指出，必須在個案中判斷投資人的期待係受到投資條約保護之合理期待或僅是單純契約期待<sup>257</sup>。在 2008 年 Duke Energy Electroquil v. Ecuador 案中，仲裁庭即針對上述爭議做出裁決。根據厄瓜多法令，其國有 INECEL 公司為境內唯一可發電與提供電力之公司<sup>258</sup>。然在 1992 年時，厄瓜多面臨嚴重的電力短缺問題，因此緊急通過立法，使 INECEL 公司得向外收購電力以解決當前危機<sup>259</sup>。因此厄瓜多境內首座私人電廠 Electroquil 能源公司因運而生，並與 INECEL 公司簽訂電力購買協議（power purchase agreement, PPA）<sup>260</sup>，而後美國 Duke 能源公司投資並收購厄瓜多 Electroquil 能源公司<sup>261</sup>。根據 PPA，Electroquil 公司必須依契約提供一定標準的電力，若未達成標準，INECEL 得依契約處罰該公司，並要求其繳納罰鍰，Duke 公司因此主張該罰鍰係屬不正當之徵收，並違反厄瓜多—美國 BIT（Ecuador—United States of America BIT）之 FET 標準<sup>262</sup>。仲裁庭認為厄瓜多政府對

<sup>255</sup> MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No ARB/01/7, Award of the Tribunal, ¶ 80 (May 25, 2004).

<sup>256</sup> *Id.*, ¶¶ 114-115.

<sup>257</sup> Michele Potestà, *supra* note 220, at 101.

<sup>258</sup> Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award of the Tribunal, ¶ 10 (Aug. 18, 2008).

<sup>259</sup> *Id.*, ¶ 11.

<sup>260</sup> *Id.*, ¶¶ 12, 16.

<sup>261</sup> *Id.*, ¶ 44.

<sup>262</sup> *Id.*, ¶¶ 407-408.

Electroquil 收取之罰金係依據 PPA 中違約金條款，且投資人亦可根據 PPA 預見若未履行契約將導致被課徵違約金之效果發生，INECEL 若對違約金之收取不恰當，而違反 PPA 之條款，係屬於企業間之私權行為，並無因地主國行使主權而造成投資人合理期待受損之情事發生，故本案中投資人主張之期待僅屬純粹地契約期待，而非受 BIT 規範保障<sup>263</sup>。

綜上可知，投資人基於契約之合理期待並非全然受到 FET 標準保障，而應須先區分該合理期待係源自於投資契約保護，或屬於單純私權契約。此見解源自於國家責任中一般國際法原則，即國家違反與外國人所訂立之契約時並不當然違反國際法<sup>264</sup>。仲裁庭在分析此要件時尚未有一致的標準，有論者認為在下述情況下才可能導致地主國違反條約義務：（1）違反行為需涉及其國家主權（或公權力）；（2）直接且不正當地拒絕履行契約內容；或（3）具有重大違約情事時<sup>265</sup>。

## 二、由地主國非正式表述產生之合理期待

國際投資仲裁時，常遇到投資人聲稱地主國於其決定投資時具有除契約外的非正式表述，這類表述有時是為強化契約所做出之非正式承諾，或是源自管制體系之相關保證，如承諾、擔保或安慰函（comfort letter）等<sup>266</sup>。因此，除了契約內容外，仲裁庭尚須判斷此類地主國單邊保證是否足以構成投資人之合理期待，若地主國違反此等承諾時，是否導致違反 FET 標準<sup>267</sup>。由以往的仲裁庭判例可

<sup>263</sup> *Id.*, ¶ 358.

<sup>264</sup> Michele Potestà, *supra* note 220, at 102.

<sup>265</sup> *Id.*

<sup>266</sup> *Id.*, at 103.

<sup>267</sup> *Id.*

發現，並非所有的陳述或擔保皆可使投資人產生合理期待，投資人所依據之表述須具有一定程度的明確性<sup>268</sup>。

2000年，Metalclad v. United Mexican States 案中，美國 Metaclad 公司為興建有毒廢料掩埋場而依墨西哥聯邦及 Saint Luis Potosi 州規定申請建照，雖然該公司尚未取得該市的取可，但卻獲聯邦官員反覆保證該公司已備齊所有相關文件<sup>269</sup>。惟該公司開始建廠時，有毒廢料掩埋場之場址所在地 Guadalcasar 市市政府以該公司未取得市政府之許可證為由，勒令該公司停工，並於嗣後頒布環保法規命令要求掩埋場停止運作<sup>270</sup>。仲裁庭認為投資者已取得聯邦與州級許可證，即便未取得市級許可證，投資者也因得到聯邦政府官員之保證產生合理期待，認為其有權繼續建設掩埋場，況且墨西哥法律對於投資者是否取得市政府許可並沒有明確規範，故判定墨西哥對投資人的投資未能確保一個可合理期待的架構，違反北美自由貿易協定（North America Free Trade Agreement, NAFTA）下的 FET 標準<sup>271</sup>。

### 三、依一般法律或管制架構而產生之合理期待

當投資者投資之合理期待，係基於其作出投資決定時之一般法律與管制架構時，若地主國嗣後變動這些架構而有違投資方之期待，則亦可能違反 FET 標準。本情形清楚有別於前述二種分類，意即投資者的期望是源自非特別針對部份投資者所訂立之法規與行政規定<sup>272</sup>。

<sup>268</sup> *Id.*, at 105.

<sup>269</sup> *Metaclad Corporation v. the United Mexico States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Award of the Tribunal, ¶¶ 28-36 (Aug. 30, 2000), 5 ICSID Rep. 212 (2002).

<sup>270</sup> *Id.*, ¶¶ 37-48.

<sup>271</sup> *Id.*, ¶ 89.

<sup>272</sup> Michele Potestà, *supra* note 220, at 110.

2005 年 CMS v. Argentine 案中，阿根廷政府為了因應金融危機，頒布一系列緊急措施（如：終止費率以美元計價和每半年依美國生產指物價指數調整費率等），影響美國 CMS 公司投資阿根廷國有天然氣運輸公司（Transportadora de Gas del Norte, TGN）之利益，CMS 公司並因此主張阿根廷之緊急措施違反阿根廷—美國 BIT（Argentina—US BIT）下之 FET 標準<sup>273</sup>。仲裁庭認為阿根廷—美國 BIT 的前言清楚地揭示，該條約下 FET 標準之基本要素為穩定的法律與商業環境<sup>274</sup>，然而阿根廷政府嗣後完全改變 CMS 決定投資時的法律與商業環境，且原有政策明顯地不再適用於 CMS 公司之商業活動，故阿根廷之緊急政策違反 FET 標準<sup>275</sup>，也違反 CMS 公司之合理期待<sup>276</sup>。

相反地，2008 年 Continental Casualty v. Argentine Republic 案中，美國公司 Continental Casualty 持有阿根廷保險公司 CNT ART 之所有權，並在阿根廷擁有以美金計價之資產，嗣後阿根廷政府通過新的法律以致美國公司 CNT ART 之資產嚴重受損，包含新法要求將美金存款轉為比索計價，以及限制投資轉出阿根廷。美國公司指出此舉違反美國-阿根廷 BIT 下以 FET 對待外國投資者之規定，阿根廷政府主張新法是為了緩解其社會與經濟狀況不佳之必要手段，新措施是為了維護國家公共利益，可落入 BIT 第 11 條之例外規定<sup>277</sup>。仲裁庭認為 BIT 前言中雖提及對投資之法律穩定性，但對締約方而言，不能視其為一個法律義務，也不能將之視為條約之目標。雖然提供法律穩定性可吸引大量外商投資是毫無疑問的，特別是長期商業計劃之投資，然而，要求地主國保證國內立法政策不會隨時間或

<sup>273</sup> CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of the Tribunal, ¶ 57 (May 12, 2005) [hereinafter CMS v. Argentina Award].

<sup>274</sup> *Id.*, ¶ 274.

<sup>275</sup> *Id.*, ¶¶ 266-284, 275.

<sup>276</sup> *Id.*, ¶¶ 277-281; Zeinab Asqari1, *supra* note 221.

<sup>277</sup> Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of the Tribunal, ¶¶ 37-38 (Sept. 5, 2008).

其他國內需求進行變化是相當不合理的，因此該美國-阿根廷 BIT 前言提及之法律安定性將會與條約解釋相抵觸，外國投資者基於此安定性作為合理期待之依據，將會是錯誤且不合理的<sup>278</sup>。

由前述兩個案件，可看出國際投資仲裁對於基於法律與規範所產生之合理期待的相關保障水準尚存有歧見，然從仲裁案例法之發展觀察，可發現投資人於此情況下的期待逐漸受到限制<sup>279</sup>。首先，BIT 前言所謂之「穩定架構」已不足以課予地主國附負擔之義務，投資者需有額外的保證才得以請求賠償，如明確的契約承諾或是國家有特別的單方聲明其架構並不會進行更改。其次，對於管制架構產生之合理期待之評估必須包含所有可能情形，如地主國之特性、該國發展程度，與投資涉及之部門<sup>280</sup>。

Plama v. Bulgaria 案中仲裁庭判斷合理期待時，雙方當事人同意在一定程度上 FET 標準涵蓋投資人合理期待之保護，以及穩定之法律架構<sup>281</sup>。該案仲裁庭提及穩定法律架構於國際法層次上，已被認定為新的 FET 標準，但地主國仍享有合法之規制權，只是當仲裁庭在評估 FET 標準時，需一併評估此要件；此亦援引 CMS v. Argentine 案之見解，FET 標準之基本要素為穩定的法律體系<sup>282</sup>。

### 第三目 合理期待之限制

地主國得依主權創設以公共利益為目標之法律，只要地主國政府以誠信的方式實施，即便該法律之改變會對外國投資者產生不利影響，此等行為仍不會被視

<sup>278</sup> *Id.*, ¶ 258.

<sup>279</sup> Michele Potestà, *supra* note 220, at 113.

<sup>280</sup> *Id.*

<sup>281</sup> Plama v. Bulgaria, *supra* note 157, ¶ 172.

<sup>282</sup> *Id.*, ¶ 177.



為違反投資者之合理期待與 FET 標準<sup>283</sup>。Parkerings-Compagniet v. Lithuania 案中判決特別指出，每一個國家都具有立法主權，得以自行決定頒布、修改或取消法律<sup>284</sup>。本案是有關挪威公司 Parkering 投資立陶宛子公司 Baltijos Parkerings (BP)，該公司主要業務活動包含停車設施的開發與營運，BP 與 Vilnius 市政府於 1999 年簽訂協議的內容主要為建設兩層汽車停車場和執行該市的停車法規，其執法權利包含收取行政規費及鎖車<sup>285</sup>，且市政府在協議中同意承擔政治風險<sup>286</sup>，但之後 Vilnius 市政府以控制交通和保護市內歷史悠久的老城區為理由，拒絕 BP 公司在 Gedimino 站興建停車場，導致 BP 公司之權利受損<sup>287</sup>。仲裁庭表示，立陶宛正處於自蘇聯成員計劃經濟轉型市場經濟之過渡期，其國內法律事實上極有可能產生無法預期之變遷。在這樣的投資環境下，投資人與該國政府達成之協議無法提供合理期待。據此，投資者必定具有法律情況可能改變之預期，而為了面對不穩定之商業風險與適應新的法律環境，投資者應在契約中設立相關條款保護自身的合理期待<sup>288</sup>，故否決投資者 FET 之主張，並認為立陶宛政府並沒有以明示或暗示的方式，向投資者承諾其國內法律架構將維持不變<sup>289</sup>。事實上所有的商人或投資者皆理解地主國之法律會隨時間而有所變動，惟，當地主國在行使其立法權時是不公平、不合理或是不平等，則此行為將會被禁止<sup>290</sup>。

綜上所述，仲裁庭中在判斷合理期待及地主國是否有違 FET 時，除須要考量地主國之實際管制、經濟、社會與政治背景外，亦須衡量投資者的期待與國家

<sup>283</sup> Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, ¶ 273 (Mar. 28, 2011).

<sup>284</sup> Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of the Tribunal, ¶ 332 (Sept. 11, 2007).

<sup>285</sup> *Id.*, ¶¶ 51-52, 81-84.

<sup>286</sup> *Id.*, ¶ 71.

<sup>287</sup> *Id.*, ¶¶ 363-364.

<sup>288</sup> *Id.*, ¶¶ 335-336.

<sup>289</sup> *Id.*

<sup>290</sup> *Id.*, ¶ 332.



維護公共利益之需求<sup>291</sup>。FET之內涵須同時考量投資者與地主國利益，並透過比例原則與部分補償的方式進行適當地權衡。

簡言之，本原則並非毫無限制，當地主國以公共利益或環境保護為考量時，可合理地改變其國內政策，此雖限制投資人之合理期待，但並不會因此被視為違反 FET 標準，此舉亦彰顯地主國主權能力。

#### 第四目 小結

判例法中大多認為合理期待原則是 FET 之要件，然而合理期待之判斷方式仍未有統一的標準，隨大量投資案件牽涉該原則，更精確的判斷方式逐漸被仲裁庭提出。雖國際投資仲裁案件均只有個案的拘束力，但仍可提供後續相關案件之可預測性。分析合理期待原則並非毫無限制，應先以前述的三種產生合理期待之情形作為分類，分別為：基於契約、地主國非正式陳述、以及地主國國內法律與監管架構，投資者須經由個案事實判斷，主張其合理期待原則係源自於何種情形。另，若地主國以公共利益或環境保護為考量時，則容許投資人之合理期待受限制，存在例外情形。

#### 第四節 傘狀條款

除了基於投資協議，地主國與投資人間須確保相互義務之遵守外，針對額外之契約或義務承諾，締約雙方亦須加以遵守，此類規範稱為「傘狀條款 (umbrella clause)」，有時亦被稱為「承諾條款之履行 (observance of undertakings clauses)」

---

<sup>291</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT-UNCTAD SERIES ON ISSUES IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS II, *available at* [http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf) (last visited Aug. 14, 2018).

<sup>292</sup>。本條款之主要規範目的為，擴張對投資人之保護且包含與地主國簽訂之投資協議，當地主國與投資人間另有其他額外的投資協議時，投資人亦可藉由援引傘狀條款對於地主國要求提供額外保障<sup>293</sup>。當地主國與外國投資人簽訂契約，於特定經濟領域內建立如開發自然資源商業關係等，此類投資契約稱為特許契約<sup>294</sup>，當爭端發生時，當事人亦會援引傘狀條款以保障其特許契約內容。

目前大多 BIT 皆有將此條款納入條約中，且最早可追溯至 1959 年德國與巴基斯坦間所簽訂之 BIT<sup>295</sup>，能源憲章條約亦是如此，傘狀條款規定於第 10 條第一項最後一句：「締約國應遵守該國對其他締約國之投資人及其投資所應負之任何義務<sup>296</sup>。」。若投資人欲援引能源憲章條約之傘狀條款，需先滿足兩項先決條件，其一，契約之違反必歸因於地主國；其二，契約之違反必等同於違反傘狀條款<sup>297</sup>。

值得注意的是，能源憲章條約附件 IA 所列之四國：澳洲、加拿大、匈牙利、挪威，不能援引傘狀條款將爭端提交至國際仲裁<sup>298</sup>。AES Summit v. Hungary 案中，即因匈牙利為附件 IA 所列之四國之一，故該案仲裁庭不審理此一爭點<sup>299</sup>。故若違反投資人與地主國間之契約，基於傘狀條款對該契約之保護，以及條約必

<sup>292</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 140, at 166.

<sup>293</sup> K Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment Number 2006/3, Oct. 2006, at 3, [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf)

<sup>294</sup> Sornarajah, M., *International Commercial Arbitration—The Problem of State Contracts*, 3(1990).

<sup>295</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 140, at 167.

<sup>296</sup> ECT, art. 10 (1), last sentence, (providing that: "... Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.").

<sup>297</sup> EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Oct. 8, 2009, ¶ 213, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>; Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Oct. 12, 2005, ¶ 68,

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>; Nykomb v. Latvia, *supra* note 151, at 9; Michael Feit, *Attribution and the Umbrella Clause – Is there a Way out of the Deadlock?*, 21(1) MINNESOTA JOURNAL OF INT'L LAW 21, 23(2012).

<sup>298</sup> ECT, Annex IA.

<sup>299</sup> AES Summit v. Hungary, *supra* note 175, at 54-55.

須遵守原則 (*pacta sunt servanda*)，投資人可向國際仲裁提出訴訟<sup>300</sup>。然目前針對傘狀條款各條約用語不同，由於解釋上對於投資人保護範圍、法律效果之皆具影響，本文以下將分析不同用語之含義與過往仲裁判斷合以敘明。

## 第一目 傘狀條款之用語

針對傘狀條款之用字遣詞，各投資協議之共同點為，皆使用強制性用詞「應 (shall) 遵守」<sup>301</sup>，另外，傘狀條款涉及的是地主國與投資人間之權利義務，而非私人間之權利義務<sup>302</sup>。但針對用字之差異爭議，各仲裁庭與學說皆以各自之標準加以解釋，據此，可整合為三項爭議點，分別為：傘狀條款於條約中之位置 (placement) 在解釋上是否會造成影響、傘狀條款所保護之義務或承諾為何、哪些投資人/投資可以藉由傘狀條款獲利<sup>303</sup>。

實務上，部分BIT (如荷蘭、英國、紐西蘭、日本等) 將傘狀條款編入賦予投資人實質保護之條文；而另一部分BIT (如瑞士)，則將傘狀條款編於「其他承諾 (other commitments)」之條款；亦有BIT (如德國) 將傘狀條款獨立別於實質性保護之條文<sup>304</sup>。也因傘狀條款於BIT之位置，仲裁庭依個案解釋上存在差異，如SGS v. Pakistan案中，瑞士-巴基斯坦BIT將傘狀條款列於協議末端，等同瑞士模範BIT，此表明締約雙方不負實質義務，仲裁庭認為締約雙方若企圖以傘狀條

<sup>300</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 140, at 168.

<sup>301</sup> The German Model BIT 1991(2), art. 8(2), (providing that: “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party.”) & The Australia -Poland BIT 1991, art. 10., (providing that: “A Contracting Party shall, subject to its law, do all in its power to ensure that a written undertaking given by a competent authority to a national of the other Contracting Party with regard to an investment is respected.”).

<sup>302</sup> The Czech Republic -Singapore BIT 1995, art. 15(2), (providing that: “...Each Contracting Party shall not interfere with any commitments, additional to those specified in this Agreement, entered into by nationals or companies with the nationals or companies of the other Contracting Party as regards their investments.”).

<sup>303</sup> K Yannaca-Small, *supra* note 錯誤! 尚未定義書籤。 , at 9.

<sup>304</sup> *Id.*, at 9-10.

款產生實質行義務的話，邏輯上應將該條款列於所謂「首要（first order）」義務前後<sup>305</sup>。

接續，關於傘狀條款所保護之承諾與義務，基於條文用字上的差異，包含承諾（commitments）、任何義務（any obligation）、任何其他義務（any other obligation）<sup>306</sup>，Eureko v. Poland 案之部分仲裁判斷（the Partial Award）表示「任何義務」涵蓋的範圍較廣，包含地主國的商業行為以及政府的違規行為，因「任何」義務其實就意味著「所有」義務<sup>307</sup>。能源憲章條約在條文的用字遣詞使用「任何義務（any obligation）」，涵蓋了締約雙方的所有義務，但仍受限於雙方所簽訂之協議<sup>308</sup>。此外，此規定亦保護外國投資人免受政治風險，特別是當政府透過立法或行政措施違反投資契約時<sup>309</sup>。當有任何違法行為發生時，能源憲章條約第 10 條提供投資人相當大的空間，得援引條約尋求保護<sup>310</sup>。

在某些情況下，針對違反契約承諾是否可歸因於地主國之爭點，仲裁庭的判斷似乎受到地主國簽訂契約之影響。但當締約雙方決定簽約時，若地主國的參與使投資人合理認為其意圖成為締約方，則地主國可被視為締約當事方。此等評估可基於表見授權（apparent authority）、默示同意（implied consent）或知情同意（deemed consent）等公認的原則進行<sup>311</sup>。

---

<sup>305</sup> *Id.*

<sup>306</sup> *Id.*

<sup>307</sup> *Eureko B.V. v Poland*, Partial Award, Aug. 19, 2005, ¶ 246,

[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf).

<sup>308</sup> Elnur Kərimov, Umbrella Clauses Within Energy Charter Treaty, *Baku State University Law Review* 4(1), at 84, <http://lr.bsulawss.org/files/archive/volume4/issue1/4BSULawRev15.pdf>

<sup>309</sup> Kaj Hober, The Energy Charter Treaty: An Overview, 8 *J. World Investment & Trade* 323, 325 (2007).

<sup>310</sup> *Id.*

<sup>311</sup> Michael Feit, *supra* note 297, at 41.

如 *Nykomb v. Latvia* 案中，仲裁庭發現本案原告係以 *Nykomb* 公司之名義自行提交仲裁，但系爭投資契約是由當地子公司 *Windau* 與拉脫維亞政府所簽訂，在投資契約締約方之認定上，倘若原告 *Nykomb* 公司以投資契約 (agreement) 受損害為由提交仲裁的話，則仲裁庭不依此進行審理，因 *Nykomb* 公司並非系爭契約之締約當事人，但 *Nykomb* 公司仍可依據能源憲章條約第 26 條將爭端提交仲裁，該條文規定僅允許當違反條約 (treaty) 之措施/行為情事發生時，始提交仲裁<sup>312</sup>。

*Plama v. Bulgaria* 案仲裁庭認為原被告雙方皆適用能源憲章條約之傘狀條款，無論是擴張或限縮其文義解釋，地主國皆必須負擔該義務<sup>313</sup>。*Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan* 案之仲裁庭則適用「維也納條約法 (the Vienna Convention on the Law of Treaties)」第 31 條之適當解釋規則，將「任何義務」一詞擴大解釋，涵蓋特別契約義務與一般承諾，如地主國國內投資法規。故吉爾吉斯不僅違反對 *Petrobart* 公司之契約義務，亦違反其外國投資法 (Foreign Investment Law)<sup>314</sup>。

## 第二目 傘狀條款之單方行為

提及傘狀條款時，地主國與投資人間之契約是最受矚目之處，地主國可能透過契約、單方聲明 (如立法與行政行為) 履行義務；由實務判例知悉，傘狀條款不但未受限於契約義務，尚能藉由單方立法、行政行為保護地主國之義務<sup>315</sup>。原則上，仲裁庭皆承認各國遵守關於投資之義務，傘狀條款包含單方承諾 (unilateral undertaking)<sup>316</sup>。

<sup>312</sup> *Nykomb v. Latvia*, *supra* note 151, at 9.

<sup>313</sup> *Plama v. Bulgaria*, *supra* note 157, ¶¶ 185-187.

<sup>314</sup> *Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan*, *supra* note 167, at 27-28.

<sup>315</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 140, at 177.

<sup>316</sup> *Id.*



然而，傘狀條款是否擴大解釋至一般地主國之單方承諾？Noble Ventures v. Romania 案之仲裁庭解釋系爭 BIT 中「基於投資產生之任何義務」之條文，但很難不將此條文視為關於投資契約之規範，然「產生（entered into）」一詞係指特定承諾，而非如立法行為之一般承諾<sup>317</sup>，亦即仲裁庭限縮傘狀條款，認為條文中既明文「特定投資（specific investments）」，則關於特定投資之義務，應排除由立法措施產生之一般法律義務，但本案仲裁判斷屬於少數之例外情形<sup>318</sup>。

另一特例 Mohammad v. Tajikistan 案，原告認為針對「任何義務」，根據一般文義解釋應包含法律義務與契約義務，然 ICSID 專門委員會（Ad Hoc Committee）撤銷 CMS v. Argentina 案判斷，限縮該觀點，委員會認為條文中「產生（entered into）」之義務應侷限於締約雙方合意的本質上。該案仲裁庭認為義務須與投資人或投資人之投資有關連性，故傘狀條款不適用於地主國基於法律而產生之一般義務<sup>319</sup>。

除此之外，關於地主國國內立法之變動，仲裁庭更常分析其是否落入 FET 之規範，判斷內國法律變動對於契約與投資的負面影響是否損及投資人之合理期待<sup>320</sup>。

### 第三目 小結

傘狀條款保障投資人免於承擔地主國違反契約之風險，能源憲章條約之傘狀條款規範，若地主國違反投資契約，則等同於違反傘狀條款，故投資人得據此提

<sup>317</sup> Noble Ventures v. Romania, *supra* note 297, ¶ 62.

<sup>318</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, the Decision on the Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, Jan. 29, 2004, ¶ 121, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/6>.

<sup>319</sup> Mohammad v. Tajikistan, *supra* note 190, ¶ 257.

<sup>320</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 140, at 146.

訴至國際仲裁法庭。關於傘狀條款是否包含單方承諾，本文認為應包含地主國之一般承諾，如立法、行政行為，更多時候，則是會分析其法律架構之變動是否落入 FET。



## 第四章 試析國際投資爭端 Vattenfall II 案之可能發展

### 第一節 Vattenfall II 案之事實背景

在 2011 年 3 月 11 日本福島核電廠災變後，德國總理梅克爾以保護公共健康與環境為目的，於同年 7 月 31 日公布第 13 次核能法修正案，且於 8 月 8 日生效。新修正案修法的目的為加強 2002 年逐步廢核法案之規定，首次明文規定核電廠關閉時間為 2022 年 12 月 31 日，先立即停止境內八座營運期間較久的核電廠，再分階段於 2022 年前關閉其餘九座，意即至 2022 為止關閉德國境內所有核能發電廠（共 17 座），且取消補貼核電廠額外電力之決定；同時也撤銷 2010 年第 11 次核能源修正案中延長核電廠運作期間之規定。

第 11 次修正案中係以延長使用核能作為橋接技術，核電廠業者受鼓勵投資電廠，未預期在短期內立法機關又因能源政策大幅改變法律架構，如此短期內德國國內大幅修改能源法，導致 Vattenfall 公司權利受損，瑞典公司 Vattenfall 在德國境內 Krümmel 與 Brunsbüttel 兩座核電廠因立即閉廠之規定無法繼續營運，並且總損失約 105 億瑞典克朗<sup>321</sup>。是故 Vattenfall 公司於 2012 年 5 月 31 日先以新修正案違反能源憲章條約為由，訴諸國際投資爭端解決中心（下簡稱為 Vattenfall II 案）。

依 ECT 第 26 條針對投資者與地主國之爭端解決的規定<sup>322</sup>，雙方應在三個月內先以和解方式解決，若和解未果，投資者得將爭端訴諸於地主國法院或行政法

<sup>321</sup> BVerfG, *supra* note 33, at 166.

<sup>322</sup> The Energy Charter Treaty, art. 26.1, (providing that: “Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.”) [hereinafter ECT].

院，或當事人事先約定之爭端解決程序，或該條約所規定之仲裁程序<sup>323</sup>。針對德國政府新的核能政策之影響，瑞典國有公司 Vattenfall，有別於德國籍能源公司 E.ON 與 RWE 僅能透過國內救濟管道質疑關閉核電廠之合法性與新修正案之合憲性，得同時向德國憲法法庭提起憲法訴願，以及根據國際仲裁程序尋求損害補償<sup>324</sup>。德國憲法法院之當事人為能源公司 E.ON、RWE 與 Vattenfall 公司，而 ICSID 下 Vattenfall II 案之當事方為 Vattenfall 公司與德國政府，此二案皆針對德國新修正案損害己身權利而訴諸救濟。

針對適用法律，Vattenfall II 案中，Vattenfall 公司援引能源憲章條約之規定，原則上，能源憲章條約之類的投保協議幾乎完全著重於投資者之利益，投資者與國家間之仲裁機制廣泛地被視為一保障投資者，使其免於因政治狀態而產生之風險中，因此相較於德國基本法，能源憲章條約賦予外國投資者更多之保護<sup>325</sup>，Vattenfall 公司主張本案涉及能源憲章條約，第 13 條第 1 項之間接徵收及第 10 條第 1 項「公平公正條款（fair and equitable treatment, FET）」、傘狀條款<sup>326</sup>，

<sup>323</sup> ECT, art. 26.2, (providing that: “If such disputes can not be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution: (a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute; (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or (c) in accordance with the following paragraphs of this Article”).

<sup>324</sup> 李貴英，「能源憲章條約、德國廢核爭端與國際投資仲裁：Vattenfall v. Germany 一案之探討」，歐美研究，第四十四卷第三期，民國 103 年 9 月，頁 309-310。

<sup>325</sup> INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT [IISD], THE GERMAN NUCLEAR PHASE-OUT PUT TO THE TEST IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION? 5 (2012), available at [http://www.iisd.org/pdf/2012/german\\_nuclear\\_phase\\_out.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf) (last visited Aug. 14, 2018).

<sup>326</sup> ECT, art. 13.1, (providing that: “Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is:

(a) for a purpose which is in the public interest;

(b) not discriminatory;

(c) carried out under due process of law; and

(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.”).

& ECT, art. 10.1, (providing that: “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no

其中，本文為對應第二章德國憲法訴願判決，因此將涉及法律爭議限縮至公平公正待遇下之合理期待，且由第三章可知，目前多數仲裁庭認為合理期待為判斷 FET 標準之因素，Vattenfall 公司亦以合理期待作為起訴主張，認為德國政府公布之新修正案違反其合理期待，進而違反 FET 標準。另外，Vattenfall 公司於德國境內建立核電廠產電，兩方需簽訂投資契約，因核能發電係屬需取得德國政府特許之業別，故該投資契約為特許契約，於國際投資爭端中，常會涉及傘狀條款，本文將於最後分析此要件。

由於 Vattenfall II 現階段無法取得足夠之一手資料，基於 Vattenfall II 案與德國訴願案之當事方皆有 Vattenfall 公司與德國政府，並且係爭措施皆為德國新修正案，雖適用法律有異，但針對案件事實認定的部分，本文認為對於當是方投資財產權之保障，在分析上可能具有某種程度的相似性。依憲法判決，新修正案目標在於盡早達到全面廢核之目標，並盡量減少相關風險之產生，且加速廢核之政策是為了達到公共利益，保護人民生命與健康。循此判斷標準，明定核電廠退場日期與撤銷 2010 年額外輸出津貼，相較於舊法，無疑地加速終止使用核能。

其中，2002 年剩餘電量分配顯示逐步廢核法案雖確立電廠退役時間限制核電廠所有權，但分配剩餘電量至各核電廠發電，且透過電力生產之利潤作為過渡性條款，確立投資人之私人利益仍得以維持。第 11 次修正案額外電力輸出津貼屬財產權之保護，概念等同於對 2002 年剩餘電量之保護，即保證核電廠對其財產之使用為財產權之保護。

---

Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.”).



但新修正案中所設立的關廠期限，剝奪了第 11 次修正案附錄 3 第 4 列所分配給核電廠之額外電量，大約為 1804 百萬兆瓦 (TWh) 之核電廠產電能力，相當於每個核電廠平均 12 年所產之電量；另一方面，核電廠從 2002 年逐步淘汰法案分配到仍可使用之剩餘電量，較第 11 次修正案中所分配到的產電量多了兩倍，然新修正案卻完全剝奪前兩次法案所賦予之額外電量。此外，第 11 次修正案額外津貼事實上為並非因限制訴願者之財產提出之補償，而是源自於德國聯邦政府與立法機關之能源、氣候與經濟決策，作為投資與支出核能之保護，屬於政治性動機，意即該津貼是依據政府政策之支出，而非因損及核能公司所提供之補償。

## 第二節 涉及國際投資法下間接徵收之爭議

### 第一目 簡述能源憲章條約之間接徵收

基本上能源憲章條約第 13 條不僅規範直接徵收，也體現間接徵收之概念。間接徵收係指外國投資人之財產權受實質上損失，當仲裁庭在判斷間接徵收時，通常會分析三要件，首先，針對係爭地主國行為，投資人需自行舉證投資財產受負面之經濟影響；其次，投資人之投資係基於合理期待；以及需判斷地主國系爭措施之特性，是否符合例外情形。

另外，關於間接徵收之樣態，依第二章仲裁案件則可區分為三種類型，「事實上徵收」為無論地主國所採取之措施是否具監管目的，只要該措施具不可逆轉性和永久性，並導致投資人財產或權利會因而受影響、或以任何形式喪失權益；「逐漸徵收」則是經過地主國一連串之行為，逐漸累積以致損及投資人之投資價

值；判斷「效果相當或等同於徵收」之關鍵在於雖未改變投資人所有權之名義，但系爭措施卻實質損及投資人之財產權。

對此，地主國則可以採取國家規制權作為間接徵收之抗辯，主張規制權之時機在於當系爭措施涉及公益、環保議題，地主國為達成該善意之目標，所採取之系爭措施與其目標符合比例原則，則地主國得免除補償義務，投資人也不應期待享有補償。

## 第二目 雙方當事人之主張

2016年10月10日當事雙方於華盛頓舉行公開聽證會上，Vattenfall公司主張新修正案強迫關閉其所有之兩座核電廠，使核電廠無法消耗被分配之剩餘電量，若核電廠無法產電，即喪失其價值<sup>327</sup>。並控訴德國政府新修正案未對無法耗盡之2002年、2010年被分配之剩餘電量，與取消Krummel核電廠之營運許可執照的損失立即補償，故構成能源憲章條約第13條第1項之間接徵收<sup>328</sup>。

德國政府反駁，新修正案並未對原告造成任何之不利的財務影響<sup>329</sup>，倘若新修正案有任何違反能源憲章條約之處，原告需負擔舉證責任，但Vattenfall公司並未為之<sup>330</sup>。另外，德國政府主張剩餘電量並非原告投入核電廠之投資，並非能源憲章條約所保護之財產，也不會涉及任何徵收議題。退一步言之，若本案確實存在間接徵收，原告亦未據證德國政府實質上如何剝奪其財產權<sup>331</sup>。綜上，

<sup>327</sup> 本段內容擷取自2016年10月10日舉行之公開聽證會，自46分35秒開始；MC ACADEMY FOR INTERNATIONAL LEGAL STUDIES, *Vattenfall v Germany - Public Hearing - Day One - 10 October 2016 - 2 of 4*, YOUTUBE (Oct. 11, 2016), <https://www.youtube.com/watch?v=fkgGUUyByq4&t=4393s>.

<sup>328</sup> *Id.*, 自53分20秒開始。

<sup>329</sup> 本段內容擷取自2016年10月10日舉行之公開聽證會，自15分00秒開始；MC ACADEMY FOR INTERNATIONAL LEGAL STUDIES, *Vattenfall v Germany - Public Hearing - Day One - 10 October 2016 - 3 of 4*, YOUTUBE (Oct. 11, 2016), <https://www.youtube.com/watch?v=aAILKfNRwYw>.

<sup>330</sup> *Id.*, 自1時02分42秒開始。

<sup>331</sup> 本段內容擷取自2016年10月10日舉行之公開聽證會，自8分35秒開始；MC ACADEMY FOR

Vattenfall 公司未負舉證責任，可視為新修正案未對原告之投資造成任何負面影響，未有財務剝奪，則未有徵收<sup>332</sup>。

### 第三目 本文試析

能源憲章條約第 13 條規範若地主國不得國有化、徵收、相當於國有化之徵收投資人財產，而未給予補償。只要投資人之財產因地主國措施受到不利影響，即便該財產所有權並未變動，則構成間接徵收。依據本節第一目之歸納，分析間接徵收時，需要分析投資人需自行舉證投資財產地主國措施，受負面經濟影響；投資人之投資是否基於合理期待；以及地主國系爭措施之特性，是否存在例外情形等三要件。

首先，由上述之聽證會可知，原告 Vattenfall 公司主張新修正案要求其所有之兩座核電廠，導致無法耗盡剩餘電量，但德國政府尚未立即補償其損失。針對新修正案要求第一階段核電廠立即關廠之舉，此是否導致 Vattenfall 公司喪失其投資價值？德國政府則是抗辯原告並未盡其舉證責任。

其次，因第 11 次修正案規範核電廠延長服役期間至 12 年，且授與核電廠額外電力輸出津貼，顯示出德國政府在此階段支持使用核能的態度，但卻在短短三個月內，基於福島大地震而修法加速逐步廢核，原告應無法事先預測德國核能政策會有如此大之變動，因此，原告基於第 11 次修正案擁核浪潮之合理期待進行投資，但德國政府聲稱系爭「剩餘電量」並非原告之投資，是由法律直接分配，

---

INTERNATIONAL LEGAL STUDIES, *Vattenfall v Germany - Public Hearing - Day One - 10 October 2016 - 4 of 4*, YOUTUBE (Oct. 11, 2016), <https://www.youtube.com/watch?v=ZThv3hizu70&t=517s>.

<sup>332</sup> *Id.*, 自 14 分 50 秒開始。

並非能源憲章條約下保障之投資標的。下文將對合理期待，進行更深一步之分析。

其三，新修正案涉及公共利益，如上一章所討論，此落入徵收補償之例外情況，國家規制權可作為間接徵收之例外，投資人不應期待將受有補償。此外，需檢驗新修正案是否符合善意、不歧視原則、正當法律程序，以及目的與系爭措施間是否符合比例原則。根據聽證會，雖德國政府目前先主張新修正案構成徵收，故未援引規制權，但未來德國政府可能仍基於公益、環保之善意目標，以規制權作為間接徵收之抗辯，並認定新修正案是為了加速廢核政策，達到保護國民健康與生命之目的，手段與目的間符合比例原則。

綜上，整理目前實務上仲裁庭對於間接徵收之判斷要件，過往仲裁庭在分析此爭點時普遍採較嚴格的審查，依聽證會內容，被告主張 Vattenfall 公司無法提出合理的舉證說明其投資價值受損程度，雖綜觀而言，原告投資之財產權確實受有損害，新修正案干預原告之經濟利益，加上現階段德國政府尚未以警察權作為徵收補償之抗辯，對此，本文仍傾向認為新修正案對 Vattenfall 公司造成之損害構成能源憲章條約下之間接徵收。

### 第三節 涉及國際投資法下合理期待之爭議

#### 第一目 簡述能源憲章條約之合理期待

過往仲裁判斷中大多認為合理期待是 FET 之要件，但由於合理期待之判斷方式仍未有統一的標準，故隨大量投資案件牽涉該原則，更精確的判斷方式逐漸被仲裁庭提出，如 LG&E v. Argentine 案案仲裁庭提到投資者的合理期待具有四項特徵，分別為：（1）係基於地主國於投資時所提供之條件；（2）非締約方之

單邊期待；(3) 期待必須存在且具有法律效力；(4) 除了必要情勢外，若地主國損害投資者之合理期待時，負有補償責任。

當仲裁庭在判斷合理期待之依據時，則必須考量系爭案件事實中不同之情形，如第一種情形需分析案件系爭契約屬於投資契約或是單純私權契約，僅有投資契約得作為投資者主張合理期待之依據；第二種情形中，若投資欲主張合理期待係源自管制體系之相關保證，如承諾、擔保或安慰函，則該非正式陳述需具一定程度之明確性；第三種情形，針對因法律或管制架構變動而產生合理期待，尚需評估地主國之特性、該國發展程度，與投資涉及之部門等所有可能之情形。

另一方面，受 FET 標準保障之合理期待並非漫無邊際，而是具有一定的限制。就投資者而言，其必須預期且接受法律架構與環境將會與時俱進，然基於 FET 標準投資者可預計地主國法律之改變將基於誠信原則，及非濫用的方式進行，更不會假藉公共利益之名施行其他專斷與歧視性措施。另外，若地主國已向投資者提出具體保證，若其嗣後改變法規即必須補償外國投資者之損失。相同地，若投資者進行投資後，地主國決定改變或撤銷規範外國投資者或投資之規定，投資者得要求地主國為其損害負責。若條約中包含一般例外，可正當化地主國限制投資者之行為時，該地主國可因而免責。對投資者而言，有義務於規劃投資時考量地主國之治理標準與管制程度，並使其投資得以遵守相關規定。

## 第二目 雙方當事人之主張

於 2016 年 10 月 10 日公開聽證會，Vattenfall 公司主張，ECT 下 FET 標準聚焦於法律上安定性，相較於第 11 次修正案強調安定性與長期計畫，新修正案完全相反，大幅度地改變前修正案之營運延長計畫。Vattenfall 公司認為地主國



違反先前允諾之特別承諾，有損投資者之合理期待，且認為系爭措施為一專斷行為，因德國本次修正核能法時，未詳細考量或搜集客觀檢驗之證據，故不符合 FET 義務下所有的標準<sup>333</sup>。

德國政府則主張 FET 下合理期待必須僅適用於投資行為，然而基於 2002 年核能逐步淘汰法案，投資人足以預期未來將會關閉核電廠之事實，再者，原告已承認其在第 11 次修正案實施後短期內時，並未針對其在德國境內之所有核電廠全面進行投資，所以原告並沒有所謂的投資行為，因此並無合理期待之適用<sup>334</sup>。

### 第三目 本文試析

由德國基本法可知，在財產權保障之條文中也保障合理期待，而且 ECT 下 FET 標準也是對投資人財產權之保障，因此本文認為對於德國新修正案之核電廠而言，不管是基於投資者或是受德國憲法保障者，合理期待之適用應具某種程度上之類似。

就德國核能政策面觀之，自 2009 年起黑黃聯合政府開始執政後，決定恢復使用核能，將核能做為一橋接技術，以協助轉換至再生能源，並認為延長核電廠營運時間得減少碳排放之產生，並有效控制溫室氣體減量、達到再生能源發展與能源效率提升之目標。因此，德國國會於 2010 年 12 月 8 日批准第 11 次核能法修正案取消逐步廢核政策，除了延長德國境內 17 座核電廠之平均營運期間至 12 年之外，為了達成能源政策之目標，亦向核電廠授與額外電力輸出津貼。不料，

<sup>333</sup> 本段內容擷取自 2016 年 10 月 10 日舉行之公開聽證會，自 1 時 9 分 35 秒開始；MC ACADEMY FOR INTERNATIONAL LEGAL STUDIES, *Vattenfall v Germany - Public Hearing - Day One - 10 October 2016 - 2 of 4*, YOUTUBE (Oct. 11, 2016), <https://www.youtube.com/watch?v=fkgGUUyByq4&t=4393s>.

<sup>334</sup> 本段內容擷取自 2016 年 10 月 10 日舉行之公開聽證會，自 1 時 4 分 20 秒開始；MC ACADEMY FOR INTERNATIONAL LEGAL STUDIES, *Vattenfall v Germany - Public Hearing - Day One - 10 October 2016 - 3 of 4*, YOUTUBE (Oct. 11, 2016), <https://www.youtube.com/watch?v=aAILKfNRwYw>.

2011年3月11日福島核災爆發後，梅克爾政權對使用核能之態度直接180度轉向，並實施新修正案加速廢核。

關於 Vattenfall 公司之主張，德國第 11 次修正案中明文規定與投資者間的具體法律關係，包含延長核電廠之營運期間以及輸出電力津貼等規定，由 Tecmed 案可知，地主國應以透明、一致且合理、可預測之方式行事，但第 11 次修正案公布後短時間內德國政府又大幅更改法規內容，Vattenfal 公司無法事先預期德國政府之行事方式。但 *Continental Casualty v. Argentine Republic* 案仲裁庭認為，特別是長期商業計劃之投資，提供法律穩定性可吸引大量外商投資是毫無疑問的，然而，要求地主國保證國內立法政策不會隨時間或其他國內需求進行變化是相當不合理的，若外國投資者基於此安定性作為合理期待之依據，將會是錯誤且不合理的。

本案之 Vattenfall 公司主張新修正案大幅更改第 11 次修正案之內容，故其合理期待之依據應係來自於既有的法律架構（第 11 次修正案），若投資人要求地主國須保證其國內法律不會因時間變動而調整，實屬不合理，加上日本福島核災發生後，對日本人民、環境造成莫大損害，德國政府因而調整國內核能法確實有其權衡之處。然而，第 11 與 13 次修正案間間隔非常短，短期間內法律、監管架構劇變，Vattenfall 公司根據對第 11 次修正案之合理期待進行投資，但新修正案規定核電廠閉廠時間以及撤銷延長營運計畫等，仍可能違反 Vattenfall 公司之合理期待，進而可推論新修正案違反 FET 之規定。

另，根據前一章第三節合理期待之四要件（1）合理期待係基於地主國於投資時所提供之條件；（2）期待不可由締約方單邊產生；（3）期待必須存在且有法為依據；（4）除了必要情事外，若地主國損害投資者之合理期待，負有補償

投資者損失之責任，本文試析此四要件，首先，Vattenfall 公司之合理期待係基於在德國境內電廠之投資時，第 11 次修正案之延長營運計畫以及 2002 年之剩餘電量分配；其次，Vattenfall 公司係基於對德國政府投資當下之措施的期待，合法、合理地對電廠進行投資，且該期待並非由締約方 Vattenfall 公司單邊產生；再者，由前章節論述可推論 Vattenfall 公司之期待確實存在，並且其依據為第 11 次修正案與 2002 年之剩餘電量分配；最後，新修正案未能履行第 11 次修正案中允諾之內容，以及令 Vattenfall 公司無法用罄 2002 年分配之剩餘電量，新修正案導致 Vattenfall 公司之合理期待受到損害，德國政府應對此負有補償投資者損失之責任，因此，綜上所述，本文認為該系爭措施可能違反投資者之合理期待。

反之，德國主張 FET 原則僅適用於投資行為，但 Vattenfall 公司並未在第 11 次修正案與新修正案間進行投資行為，加上基於 2002 年逐步廢核法案投資人應可預期未來 2022 年境內核電廠將會關閉，雖後續政黨輪替對於核能使用之看法有所轉變，但不難認定投資者無合理期待之適用。此外德國政府也可能如前一節間接徵收之主張，認為新修正案是基於公共利益之考量，而對核電廠之財產權進行限制，對此，本文第三章第三節中仲裁庭之判斷於分析地主國是否違反 FET 下之合理期待時，必須考量其實際管制、社經與政治背景，以及衡量雙方利益。由於 FET 標準對合理期待之保護有一定的限制，雖投資者必須預期且接受法律架構與環境將會與時俱進，但根據 FET 標準法律架構改變需基於誠信原則，且不得以濫用的方式實施，更不會以公共利益之名，偽裝成施行其他專斷與歧視性措施。

德國基本法與國際投資法中之合理期待針對財產權之保護具有高度相似性，且許多仲裁案件在處理此原則時，都是以相同步驟進行分析，即當事國(地主國)

先創造出核能公司（投資者）得產生合理期待空間，使核能公司（投資者）認為該國之行為是合理且嗣後可預期，若該國短時間內大幅度的改變其政策或法律架構，導致核能公司（投資者）之財產權受損時，核能公司（投資者）得援引合理期待以保護己身權利。因此，本文認為德國憲法訴願案件的判決，特別是其有關合理期待的解釋與認定，應可作為推論與分析 Vattenfall 公司於 ECT 下所提出之仲裁案件中，關於合理期待可能如何判定的參考。

#### 第四節 涉及國際投資法下傘狀條款之爭議

##### 第一目 簡述能源憲章條約之傘狀條款

傘狀條款之主要目的為加強對投資人之保護，並擴及之與地主國簽訂之投資協議，即投資人可藉由援引傘狀條款對於地主國要求提供額外保障。傘狀條款僅適用於地主國與投資人間之權利義務，而非私人間之權利義務。關於傘狀條款所保護之承諾與義務，基於條文用字上的差異，包含承諾、任何義務、任何其他義務，而能源憲章條約在條文的用字遣詞使用「任何義務」，雖限於雙方所簽訂之協議下，但涵蓋了締約雙方的所有義務。

依過往仲裁庭判斷，當締約雙方決定簽約時，若地主國的參與使投資人合理認為其意圖成為締約方，則地主國可被視為締約當事方，故此時地主國違反契約承諾，即違反傘狀條款。此外，原則上，仲裁庭皆承認各國應遵守關於投資之義務，其中傘狀條款應包含單方承諾，如地主國之一般承諾，如立法、行政行為。

## 第二目 雙方當事人之主張

原告 Vattenfall 公司主張德國違反傘狀條款，因福島核災爆發前，原告依第 11 次修正案認定核電廠之營運期間得延長 12 年，加上，德國政府曾對原告做出太多單方承諾，如同意原告持續使用 2002 年分配之剩餘電量、允許延長核電廠營運等，但新修正案違反這些承諾，相當於違法能源憲章條約下之傘狀條款<sup>335</sup>。再者，原告主張核共識協議（Atomkonsens, the nuclear consensus）並非僅是無拘束力之政治性宣言，該協議不僅依傘狀條款創設了獨立義務，也基於德國法創設義務，是故德國政府違反這些義務，即為違反傘狀條款<sup>336</sup>。

反之，德國政府則主張本案中不存在傘狀條款，並援引德國憲法法庭之判例中 Papier 教授之見解，認為核共識協議且無任何法律拘束力<sup>337</sup>。

## 第三目 本文試析

德國之「投資保護條約範本（model investment protection treaty）」中也涵蓋傘狀條款之概念，投資人可在投資人與地主國爭端解決機制中援引此條款，將投資契約或其他公法規範之義務提訴質國際投資法<sup>338</sup>。由聽證會內容可知，德國政府曾對原告 Vattenfall 公司做出許多承諾，如第 11 次核能源法修正案授與德國境內核電廠之額外剩餘電量的平均營運壽命為 12 年。但德國政府卻於福島核災後單方發布新修正案後，變動其國內法律結構，導致無法履行過去之承諾，加上，

<sup>335</sup> *supra* note 333, 自 53 分 56 秒開始。

<sup>336</sup> *Id.*, 自 57 分 54 秒開始。

<sup>337</sup> *supra* note 錯誤! 尚未定義書籤。., 自 53 分 56 秒開始。

<sup>338</sup> Nathalie Bernasconi-Osterwalder & Rhea Tamara Hoffmann, The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration?- Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II), IISD, Oct. 2013, at 3, [https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case\\_oct2013.pdf](https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case_oct2013.pdf).



德國與瑞典並非能源憲章條約附件 IA 中排除適用傘狀條款之國家，故本文認為新修正案可能違反傘狀條款對投資人之保護。



## 第五章 結論

2011年3月11日日本福島核災事件爆發後，促使原本呈擁核態度之德國政府，短期間內修正並公布第13次核能法修正案，加速逐步廢核政策，規定2022年境內核電廠需全數退役，第一階段即要求設備較老舊之8座電廠必須立即關閉，其中包含Vattenfall公司持有股份之Brunsbuttel電廠以及Kummel電廠。其中，新修正案對Vattenfall公司之投資、財產所致之損害，Vattenfall公司先向ICSID提出仲裁請求，隨後聯同其他二家能源公司提交訴願至德國憲法法庭，要求德國政府負擔損害賠償。

由先出爐之憲法判決觀之，德國憲法法庭認為訴願者依基本法第14條對產權之保護不僅擁有核電廠之所有權，亦基於核能法合法使用電廠。但因設定閉廠日期並未剝奪任何訴願者之財產權，故德國基本法不保障核電廠的建造、經營之許可證、或產電之許可證。基本上2002年與2010年分配之剩餘電量並不屬於財產權保護範圍，但基本法保障既有授權之核電廠財產，故由該財產所衍生之利益當然法有保護，依據本概念，第11次修正案之額外輸出津貼亦屬基本法保護範圍。其次，新修正案之系爭條款確實有干預訴願者財產之情形發生，但未剝奪訴願者之任何財產，也未收購任何財產，故未滿足基本法構成徵收之要件。

基本法賦予立法機關在符合比例原則、合理期待和平等原則的情況下，得藉由法律確認財產之內涵與限制，為了保障德國國民之生命健康，新修正案加速淘汰核能使用與明定核電廠退役時間是為了達到其政策目標。關於訴願者合理期待之爭議，第11次與第13次修正案間間隔過短，以致於核電廠業者無法立即改變

既有投資，因此德國政府新修正案違反訴願者基於第 11 次修正案而產生之合理期待。

另，關於新修正案所界定的財產權之內容與限制，使 RWE 公司與 Vattenfall 公司之電廠無法於 2022 年關閉核電廠前，用罄 2002 年分配之剩餘電量，相較於產電能力較強的另二家公司之下，處於不利地位、不公平之待遇，因此，雖明定閉廠日期係為達到公共利益之目標，但干預訴願者財產權並非合理。最後，關於過渡性條款之安排，僅 2002 年之逐步廢核法案有納入安排，第 13 次修正案並沒有提供任何過渡期補償條款，或其他處理因撤銷 2010 年分配之電力輸出津貼而令核電廠之投資貶值的條款。由於新修正案並未提供任何解決方案故此部分違憲。由此可知德國國內法面對爭端時，較偏重於公共利益之追求，且肯認新修正案中大部分條文之法效力，反之，能源憲章條約則是為了保障投資人與保護其投資而建立。

雖國際投資法下之 Vattenfall II 案之仲裁仍在進行中，但依據第三章對間接徵收、合理期待與傘狀條款之解釋，第四章結合公開聽證會之資訊，本文將試析 Vattenfall II 案。第一，新修正案沒有改變 Vattenfall 公司之財產所有權，卻仍對其造成負面經濟影響，且根據第 11 次修正案之合理期待而挹注其投資，加上本案被告尚未以警察權作為管制抗辯，對此本文傾向認為新修正案對原告構成間接徵收。

第二，雖依仲裁判斷投資者必須預期且接受法律架構與環境將會與時俱進，惟該法律架構改變需基於誠信原則，且不得以濫用的方式實施，更不會以公共利益之名，行專斷與歧視性措施之實。但針對新修正案是否違反投資人之合理期待，可能之推論為 Vattenfall 公司之投資係基於第 11 次修正案之條件，且該期待並非

由 Vattenfall 公司單邊產生，加上新修正案未能履行第 11 次修正案允諾條文，並導致 Vattenfall 公司無法用罄基於 2002 年分配之剩餘電量，故本文傾向新修正和損害投資人之合理期待。

最後，德國政府單方發布新修正案前，過往國內之核能政策曾對原告做出許多承諾，依循 2002 年逐步廢核法案，核能公司得自由分配德國境內核電廠各廠之剩餘電量，以及第 11 次修正案延長核電廠之營運期間，但因事後其國內法律結構變動，導致被告無法履行該承諾，故本文認同原告主張新修正案損害其權利，進而違反傘狀條款。



## 參考文獻

### 中文文獻

中華民國經濟部，國際投資協定-分析釋義，頁 56-59，

<https://www.dois.moea.gov.tw/file/pdf/publication.pdf>。

「主要國際組織能源情勢發展-能源憲章組織（ECT）」，APEC 能源國際合作資訊網，網址：<https://apecenergy.tier.org.tw/energy4/ect.php>（最後瀏覽日：2018 年 8 月 14 日）。

李貴英，「能源憲章條約、德國廢核爭端與國際投資仲裁：Vattenfall v. Germany 一案之探討」，歐美研究，第四十四卷第三期，民國 103 年 9 月，頁 309-310。

李貴英、鄭昀欣，「能源憲章條約下投資爭端解決機制之研究-以徵收問題為例」，貿易政策論叢，28 期，頁 191，210（2017 年）。

「核能的正反思考（下）：擁核的三大理由」，The News Lens 關鍵評論，2016 年 3 月 27 日，網址：<https://www.thenewslens.com/article/38938>。

梁天瑞，「掀開德國廢核真相」，國政研究報告，2013 年 6 月 20 日，網址：<https://www.npf.org.tw/2/12387>。

陳朝建，「行政法教室：名詞解釋-主觀公權利與反射利益」，台灣法律網，[http://www.lawtw.com/article.php?template=article\\_content&area=free\\_browse&parent\\_path=,1,1648,&job\\_id=130365&article\\_category\\_id=1170&article\\_id=64629](http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,1648,&job_id=130365&article_category_id=1170&article_id=64629)。



葉佳華，「回應廢核遊行，經濟部：2025 年非核家園已納入電業法」，ETtoday 新聞雲，2018 年 3 月 11 日，網址：

<https://www.ettoday.net/news/20180311/1128167.htm>。

楊筑羽，「論國際投資條約中合理期待之爭議—以德國憲法法院第 13 次核能法修正案判決對合理期待之解釋，試評國際投資爭端 Vattenfall II 案之可能發展」，第 215 期，頁 19-40。

「電業法修正草案」全案條文，2017 年 1 月 11 日，網址：

<https://zh.scribd.com/document/336281801/%E9%9B%BB%E6%A5%AD%E6%B3%95%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E8%8D%89%E6%A1%88-%E5%85%A8%E6%A1%88%E6%A2%9D%E6%96%87-2017-1-11>。

「電業法修正草案」第 95 條：「核能發電設備應於中華民國一百十四年以前，全部停止運轉。政府應訂定計畫，積極推動低放射性廢棄物最終處置相關作業，以處理蘭嶼地區現所儲存之低放射性廢棄物，相關推動計畫應依據低放射性廢棄物最終處置設施場址設置條例訂定。」。

劉書彬，「311 核災後德國核能政策之研究-兼論德國核能治理之公民參與」，台灣民主季刊，10 卷 3 期，頁 131，140（2013 年）。

「賴清德重申政府廢核決心 2025 年綠電完全取代核電」，自由時報，2018 年 4 月 30 日，網址：<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2411150>。

## 英文文獻

### 書籍

Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* 166-168 (1st ed., 2008).

Robert Thomas, *Legitimate Expectation and Proportionality in Administration Law* 42 (1st ed., 2000).

Robert Thomas, *The Protection of Legitimate Expectations in UK Administrative Law*, in *The Protection of Legitimate Expectations in Administrative Law: A Comparative Study 2* (A.K. Sperr & D. Zacharias ed., 2012).

Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* 101 (2d ed. 2012).

### 期刊

American Law Institute, *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United State*, Vol. 1 Sec. 712, comment g. (1987).

Daphne Barak-Erez, *The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*, *European Public Law*, Vol. 11, Issue 4, 583, 584 (2005).

Elnur Kərimov, *Umbrella Clauses Within Energy Charter Treaty*, *Baku State University Law Review* 4(1), at 84.

Iacob, Iuliana-Gabriela; Cirlig, Ramona-Elisabeta, *The Energy Charter Treaty and Settlement of Disputes - Current Challenges*, 6(1) Bucharest 71, 72 (2016).

James Chalker, Making The Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly, 6(4) International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 435, 438 (2006).

Kaj Hober, The Energy Charter Treaty: An Overview, 8 J. World Investment & Trade 323, 325.

Michael Feit, *Attribution and the Umbrella Clause – Is there a Way out of the Deadlock?*, 21(1) Minnesota Journal of Int'l Law 21, 23(2012).

Michele Potestà, *Legitimate Expectation in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, ICSID Review, Vol. 28, No. 1, 88, 89 (2013).

P. Weil, *The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, 15 Icsid Rev.–F.I.L.J. 401, 2000, at 415.

Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, (23) Hastings International and Comparative Law Review, 431(2000).

Ruumidig, Wolfgang, *Phasing out nuclear energy in Germany*, 9(3) German Politics 43, 49 (2000).

Steven Reinhold, *Good Faith in International Law*, UCL Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 2, 40, 47 (2013).

*The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, 38(47) Energy Charter Secretariat ECS 1, 13 (2004).

Thomas Ruppert, Reasonable Investment-backed Expectations: Should Notice of Coastal Property Purchasers?, COLLEGE OF LAW FLORIDA STATE UNIVERSITY, Vol. 26, No. 2, 240, 246 (2011).

Zeinab Asqari1, *Investor's Legitimate Expectations and The Interests of The Host State in Foreign Investment*, Asian Economic and Financial Review, Vol. 4, No. 12, 1906, 1907 (2014).

機構報告

Axel Vorwerk, *The 2002 Amendment to the German Atomic Energy Act Concerning the Phase-out of Nuclear Power*, 8,

<https://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-69/nlb69-vorwerk.pdf>.

*Dispute Settlement*, International Energy Charter,

<https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/overview/> (last visited Aug. 14, 2018).

Energy Charter Process Charter, International Energy Charter, Apr. 17, 2018,  
[https://energycharter.org/fileadmin/ImagesMedia/Country\\_Flags/20180427-Energy\\_Charter\\_Map\\_April.pdf](https://energycharter.org/fileadmin/ImagesMedia/Country_Flags/20180427-Energy_Charter_Map_April.pdf).

*Germany Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities*, Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries, OECD, 2011, at. 6,  
<https://www.oecd-nea.org/law/legislation/germany.pdf>.

International Institute for Sustainable Development [IISD], *The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration?* 5 (2012), available at [http://www.iisd.org/pdf/2012/german\\_nuclear\\_phase\\_out.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf) (last visited Aug. 14, 2018).

*State Contracts-UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, UNITED NATIONS 3, [http://unctad.org/en/Docs/iteiit200411\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiit200411_en.pdf) (2004).

Suzy H. Nikièma, *Best Practices-Indirect Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, (Mar. 2012),  
[http://www.iisd.org/pdf/2012/best\\_practice\\_indirect\\_expropriation.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf).

*The Federal Government's energy concept of 2010 and the transformation of the energy system of 2011*, Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety, Oct. 2011, at. 15.



*The International Energy Charter*, International Energy Charter,

<https://energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/> (last visited: Aug. 14, 2018).

## 判決文件

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft. (UK) v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Sept. 23, 2010.

Anatolie and Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan, SCC Case No. V (116/2010), Dec. 19, 2013.

BVerfG, Judgment of the First Senate of 06 December 2016, 1 BvR 2821/11 (Dec. 6, 2016).

CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of the Tribunal, May 12, 2005.

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of the Tribunal, Sept. 5, 2008.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award of the Tribunal, Aug. 18, 2008.

EDF (Services) Limited and Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award of the Tribunal, Oct. 8, 2009.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Oct. 8, 2009.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, Mar. 28, 2011.

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, Oct. 3, 2006.

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. (Greek) v. Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, May 30, 2015.

Metaclad Corporation v. the United Mexico States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Award of the Tribunal, ¶¶ 28-36 (Aug. 30, 2000), 5 ICSID Rep. 212 (2002).

Mohammad Ammar Al-Bahloul (Austria) v. Tajikistan, Arbitration Institute of the SCC - Case No. V (064/2008), partial award on jurisdiction and liability, Sept. 2, 2009.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No ARB/01/7, Award of the Tribunal, May 25, 2004.

Methanex v. United States, Final Award, Part IV, Chap. D(2005).

Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Arbitration Institute of the SCC Case No 118/2001, Dec. 16, 2003.

Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of the Tribunal, Sept. 11, 2007.

Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104, 136 (1978).

Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan, Arbitration Institute of the SCC - Case No 126/2003,  
Mar. 29, 2005.

Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Aug. 27, 2008.

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobile Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v.  
Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award of the Tribunal, July 29,  
2008.

Saluka v. Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL Arb, 65 (NL.-Cz. 2006)

Schmidt and Another v. Secretary of State for Home Affairs, [1968] 2 Ch 339,  
349(Lord Denning MR).

Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February  
2007.

Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran, Case No. 24, Interlocutory  
Award No. ITL 32-24-1, 19 December 1983,4 Iran-US CTR 122.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case  
No. ARB (AF)/00/2, May 29, 2003.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No.  
ARB/12/12, <https://www.italaw.com/cases/1654#sthash.Pk5MXK7Q.dpuf> .

網頁資料

Artemis Malliaropoulou, Legitimate expectations in the TTIP proposal, in CETA, in EU law and in international investment law: a paradigm of Heraclitean hidden harmony?, EFILA BLOG, Nov. 24, 2016, <https://efilablog.org/2016/11/24/legitimate-expectations-in-the-ttip-proposal-in-ceta-in-eu-law-and-in-international-investment-law-a-paradigm-of-heraclitean-hidden-harmony/>.

Caroline Simson, *German Law to Compensate Swedish Energy Co. Advances*, Law360, May 23, 2018, <https://www.law360.com/articles/1046469?scroll=1>.

Christoph Schreuer, The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties, ¶ 12, [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper\\_3.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf) (last visited Aug. 14, 2018).

Columbia, *Germany: The Birth of The Nuclear Dilemma*, Aug. 5, 2012, <https://k1project.columbia.edu/news/germany-birth-of-nuclear-dilemma>

*Dispute Settlement*, International Energy Charter, <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/overview/> (last visited Aug. 14, 2018).

Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety, *Developments in Germany following the nuclear disaster in Japan*, <http://www.bmu.de/en/topics/nuclear-safety-radiological-protection/nuclear-safety/response-to-fukushima/overview/> (last visited Aug. 14, 2018).

Fukushima on the Global, *The Nuclear Accident*,

<http://fukushimaonthe globe.com/the-earthquake-and-the-nuclear-accident/whats-happened> (last visited Aug. 14, 2018).

*Germany to compensate utilities for nuclear phaseout losses*, *World Nuclear News*, May 24, 2018,

<http://www.world-nuclear-news.org/NP-Germany-to-compensate-utilities-for-nuclear-phaseout-losses-24051801.html>.

Herdem Attorneys at Law, *Turkey: Bilateral Investment Treaties*, Aug. 21, 2015,

<http://www.mondaq.com/turkey/x/422030/international+trade+investment/Bilateral+Investment+Treaties> (last visited Aug. 14, 2017).

K Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment Number 2006/3, Oct. 2006, at 3, [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf).

Kerstine Appunn, *The history behind Germany's nuclear phase-out*, *Clean Energy Wire*, Jan. 2, 2018,

<https://www.cleanenergywire.org/factsheets/history-behind-germanys-nuclear-phase-out>.

List of all Investment Dispute Settlement Cases, International Energy Charter,

<https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>(last visited Aug. 14, 2018).



Science for Environment Policy DG Environment News Alert Service, *Fukushima's effects on nuclear policy in Germany and the UK*, European Commission, Apr. 19, 2012,

[http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/280na2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/280na2_en.pdf).

Sören Amelang, *Looking back: Germany five years after Fukushima*, Clean Energy Wire, Mar. 8, 2016,

<https://www.cleanenergywire.org/news/looking-back-germany-five-years-after-fukushima>.

Sornarajah, M., *International Commercial Arbitration—The Problem of State Contracts*, 3(1990).

*The Thirteenth Amendment to the Atomic Energy Act Is for the Most Part Compatible with the Basic Law*, Bundesverfassungsgericht, Press Release No. 88/2016, Dec. 6, 2016,

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-088.html>

*The International Energy Charter*, International Energy Charter,

<https://energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/> (last visited: Aug. 14, 2018).

United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable*

*Treatment-UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*,

available at [http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf) (last visited Aug. 14, 2018).

