

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

楊筑羽

摘要

2011 年日本核災事變發生後，德國政府為因應國內反核運動，於 2011 年 7 月 31 日公佈第 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。德國三大電力供應商之一的瑞典能源公司 Vattenfall 主張其權益因該修正案受損，故先以該修正案違反能源憲章條例 (The Energy Charter Treaty, ECT) 為由，向國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 提起爭端程序。後，又與另外兩大德籍能源公司 E.ON 和 RWE 聯手，主張該修正案加速逐步淘汰核能且設定核電廠關廠期間，卻未予以核電公司補償且未設有緩衝時間，違反德國基本法第 14 條對財產權之保障，並提起憲法訴願。德國憲法法庭判決於 2016 年 12 月 6 日公佈，認定新修正案損及訴願者之財產權，以及違反德國基本法第 14 條財產權之內容和限制。尤其新修正案並未訂立過渡期之條款，且撤銷第 11 次修正案延長使用核電廠之規範，皆違反訴願者之合理期待。雖然，ICSID 下之 Vattenfall II 案之系爭法律與前案略有不同，且仍處於審查階段，惟 ECT 給予投資者較高之保障，且德國憲法判決亦認為 Vattenfall 公司具有正當合理期待，若 ECT 下之仲裁小組認同德國憲法判決中有關合理期待的認定，因此 Vattenfall II 案中投資人應有勝訴可能。

2011 年 3 月日本發生的福島核災，引起德國政府及各界高度關注。德國政府進而於 2011 年 7 月 31 日以保護環境與人類生命健康安全為目的，公布第 13 次核能源法修正案 (Atomgesetz, Atomic Energy Act, 以下簡稱新修正案)，要求加速關閉德國境內所有核電廠。由於此舉將影響德國境內能源公司之權利，因此引起德國籍公司 E.ON、RWE、EnBW 與瑞典國有企業 Vattenfall 之不滿¹。Vatterfall

¹ *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> (last visited Jun. 10, 2017).

公司於 2012 年 5 月 31 日先以新修正案違反能源憲章條例 (The Energy Charter Treaty, ECT) 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第 14 條所保障之財產權為由，向德國憲法法庭提起訴願²。

由於 ICSID 與德國憲法法庭下所進行之訴訟，兩造攻防均以「合理期待之保障 (the protection of legitimate expectation)」為核心。因此本文將聚焦在合理期待原則，首先介紹合理期待原則之起源與發展，接著討論德國憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) 判決對此爭點之分析，再結合憲法法院之判決與過往投資仲裁庭對合理期待之解釋，試析 ICSID 下 Vatterfall II 案之合理期待原則，最後做一結論。

壹、合理期待原則

合理期待原則起源自德國與英國國內行政法，近年許多國際投資仲裁庭常於審查地主國有無違反「公平公正待遇 (Fair and Equitable Treatment, FET)³」時援引此項原則，惟各裁決目前尚未確立明確的審查方式，多半為個案式審查。以下依序先介紹合理期待原則之起源，接著由國際投資判例法中整理出合理期待原則與公平公正待遇間之關係，並分析投資者之合理期待可正當化的依據與限制。

一、合理期待原則之起源

傳統上，英國行政法之合理期待原則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)⁴。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，本案提到，若外國人曾取得英國簽證，則在簽證期間具有居住在英國之正當期待，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。本家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

² *Id.*

³ 公平公正待遇為國際投資待遇條款中「最低標準待遇」原則之子原則，但由於「公平公正」本身屬於相當不確定、抽象的法律概念，所以在適用上很容易產生爭議。一般認為，公平公正待遇包含「合理期待」的保障權利，如果地主國用專斷且不合理的方式對待投資人或其投資，就可能因為侵害到投資人的正當合理期待，進而違反了公平公正待遇原則。參考：中華民國經濟部，「國際投資協定-應用篇」，頁 58 (2013 年)。

⁴ 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).

說明，若行政機關不替當事人舉辦聽證會，便剝奪其合理期待之行為是不公正的⁵。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，此時當事人存在合理期待，在簽證到期前都可以在英國境內居留，行政機關應基於當事人具有合理期待需給予其闡述的機會⁶。在該案件後，合理期待原則逐漸發展為英國行政法上的一般法律原則，合理期待原則係指當事人對政府部門之行為產生的特定期待⁷。

德國憲法上「Vertrauensschutz」一詞亦體現了相同概念，確保當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，並以法律作為其執行手段，使其在公共利益與個人期待間取得平衡⁸。本原則指出，在缺乏極為重大的公共利益（overriding public interest）之情形下，行政機關之行為原則上不可違反個人之合理期待，且需要仔細地權衡個人權利與本原則⁹。

由歐盟法院（The Court of Justice of European Union, CJEU）早期的判決亦可發現，法院認為合理期待原則為歐洲法律原則之一，並且提供歐盟公民主觀公權利（subjective right）¹⁰，得請求其基於行政機關作為產生之合理期待獲得實現。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時，亦須同時保護個人之期待¹¹。除此之外，合理期待原則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¹²。

合理期待原則也逐漸受美國聯邦法院採用。如 1978 年 Penn Central v. City of

⁵ Schmidt and Another v. Secretary of State for Home Affairs, [1968] 2 Ch 339, 349(Lord Denning MR).

⁶ *Id.*

⁷ 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).

⁸ ROBERT THOMAS, LEGITIMATE EXPECTATION AND PROPORTIONALITY IN ADMINISTRATION LAW 42 (1st ed., 2000).

⁹ 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, <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/> (last visited May 26, 2017).

¹⁰ 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（最後瀏覽日：2017年6月10日）。

¹¹ *Id.*

¹² Artemis Malliaropoulou, *supra* note 9.

New York 案中¹³，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。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)。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¹⁴。雖本案宣告 Penn 公司敗訴，但判決中亦承認合理期待之存在。

二、由投資爭端的仲裁案件看合理期待原則與公平公正待遇間之關係

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 (Most-favoured Nation) 或國民待遇原則 (National Treatment) 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、公平公正待遇(FET)¹⁵。其中，FET 是許多雙邊投資協議 (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¹⁶，然其概念仍相當不確定與抽象。近年來，國際投資仲裁常以合理期待原則作為解釋 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¹⁷。以下本文選取兩則投資仲裁案件，介紹合理期待原則與 FET 間的關係。

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

¹³ Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104, 136 (1978).

¹⁴ 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).

¹⁵ 中華民國經濟部，前揭註 3，頁 56-59; 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).

¹⁶ 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 May 24, 2017); Zeinab Asqari, *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).

¹⁷ 中華民國經濟部，前揭註 3，頁 59。

取得營運許可證，該許可證每年得更新一次¹⁸。1998 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¹⁹。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」，向 ICSID 提起仲裁²⁰。本案仲裁庭表示，依國際法上「誠信原則 (good faith principle)²¹」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²²。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²³。

2006 年，LG&E v. Argentine 案中，亦透過合理期待原則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.²⁴。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²⁵。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²⁶。本案仲裁庭認為投資者的合理期待原則具有四項特徵，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

¹⁸ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award of the Tribunal, ¶¶ 35-38 (May 15, 2002), 6 ICSID Rep. 310 (2004) [hereinafter *Tecmed v. Mexico Award*].

¹⁹ *Id.* ¶ 39.

²⁰ *Id.* ¶ 41.

²¹ 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).

²² *Tecmed v. Mexico Award*, *supra* note 18, ¶ 154.

²³ *Id.*

²⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award of the Tribunal, ¶ 35 (July 25, 2007).

²⁵ *Id.* ¶ 49.

²⁶ *Id.* ¶¶ 54-75.

者之合理期待時，負有補償責任²⁷。

除上述案件，後續也有仲裁案件認為 FET 之標準與合理期待原則具有緊密關聯²⁸。由目前國際仲裁之案例中，可發現合理期待原則已大量應用在 FET 之相關解釋。有學者整理並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²⁹。

三、投資者合理期待原則之依據

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原則逐漸發展出認定要件與限制³⁰。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原則之依據包括：(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³¹。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³²，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³³。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

²⁷ *Id.* ¶ 130.

²⁸ 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 標準的重要內涵之一；*See Saluka v. Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL Arb*, 65 (NL.-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).

²⁹ IOANA TUDOR, *THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN THE INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT* 166-168 (1st ed., 2008).

³⁰ Michele Potestà, *supra* note 15, at 100.

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *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³⁴。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³⁵。

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³⁶。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³⁷。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³⁸。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)³⁹，而後美國 Duke 能源公司投資並收購厄瓜多 Electroquil 能源公司⁴⁰。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」之 FET 標準⁴¹。仲裁庭認為厄瓜多政府對 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，而非受該 BIT 規範保障⁴²。

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的一般國際法原則，即國家違反與外國人所訂立之契約時並不當然

³⁴ *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).

³⁵ *Id.* ¶¶ 114-115.

³⁶ Michele Potestà, *supra* note 15, at 101.

³⁷ *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).

³⁸ *Id.* ¶ 11.

³⁹ *Id.* ¶¶ 12, 16.

⁴⁰ *Id.* ¶ 44.

⁴¹ *Id.* ¶¶ 407-408.

⁴² *Id.* ¶ 358.

違反國際法⁴³。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⁴⁴。

(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⁴⁵。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⁴⁶。由以往的仲裁庭判例可發現，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⁴⁷。

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⁴⁸。惟該公司開始建廠時，有毒廢料掩埋場之場址所在地 Guadalupe 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⁴⁹。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⁵⁰。

(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。

⁴³ Michele Potestà, *supra* note 15, at 102.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.* at 103.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* at 105.

⁴⁸ 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).

⁴⁹ *Id.* ¶¶ 37-48.

⁵⁰ *Id.* ¶ 89.

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⁵¹。

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」下之 FET 標準⁵²。仲裁庭認為該 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⁵³，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⁵⁴，也違反 CMS 公司之合理期待⁵⁵。

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⁵⁶。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⁵⁷。

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

⁵¹ Michele Potestà, *supra* note 15, at 110.

⁵² 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].

⁵³ *Id.* ¶ 274.

⁵⁴ *Id.* ¶¶ 266-284, 275.

⁵⁵ *Id.* ¶¶ 277-281; Zeinab Asqaril, *supra* note 16.

⁵⁶ Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of the Tribunal, ¶¶ 37-38 (Sept. 5, 2008).

⁵⁷ *Id.* ¶ 258.

情況下的期待逐漸受到限制⁵⁸。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⁵⁹。

四、投資者合理期待之限制

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為違反投資者之合理期待與 FET 標準⁶⁰。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⁶¹。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⁶²，且市政府在協議中同意承擔政治風險⁶³，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⁶⁴。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⁶⁵，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⁶⁶。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⁶⁷。

⁵⁸ Michele Potestà, *supra* note 15, at 113.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, ¶ 273 (Mar. 28, 2011).

⁶¹ Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of the Tribunal, ¶ 332 (Sept. 11, 2007).

⁶² *Id.* ¶¶ 51-52, 81-84.

⁶³ *Id.* ¶ 71.

⁶⁴ *Id.* ¶¶ 363-364.

⁶⁵ *Id.* ¶¶ 335-336.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.* ¶ 332.

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維護公共利益之需求⁶⁸。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。由此可見，受 FET 標準保障之合理期待並非漫無邊際，而具有一定的限制。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⁶⁹。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⁷⁰。

五、小結

合理期待原則首先體現於各國國內行政法，遂後移植至國際投資法中，意指當地主國國際投資政策突然改變時，外國投資者得援引合理期待原則以保護其權利。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。

此外，在判斷合理期待之依據時，必須考量不同要件，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

⁶⁸ 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 (last visited June 10, 2017).

⁶⁹ *Id.* at 77.

⁷⁰ *Id.* at 78.

國發展程度，與投資涉及之部門等所有可能之情形。

另，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。本節討論為目前國際投資法上對合理期待原則之討論，接著分析德國憲法法院對合理期待原則之解釋。

貳、德國聯邦憲法法院第 13 次核能法修正案之爭議介紹

為了評析 Vattenfall II 案未來於國際投資仲裁之可能發展，本節將先依照時間序介紹近年來德國核能政策之沿革，以釐清本案之事實背景。接著概述德國憲法法院針對本案之相關意見，並聚焦在與合理期待相關之爭點進行探討。

一、案件背景介紹

1998 年德國大選由社民黨 (Social Democratic Party, SPD) 取得多數席次且與綠黨 (Green Party) 組合成聯合政府，德國政府遂開始逐步推動廢核政策。2000 年，德國政府與 4 家主要核電公司 (分別為 E.ON、RWE、EnBW 與 Vattenfall) 達成協議⁷¹，並將之納入 2002 年通過之核能法 (Atomic Energy Act) 之修正案—「逐步廢核法案 (The Phase-Out Amendment Act)」中⁷²。逐步廢除法案之目的是以漸進式方式結束商業之核能發電，並確保核電廠在退役前得以安全之方式持續運作。為終止境內核能發電，政府不再核發新核電廠之建造、經營或處理核廢料的許可證。惟，核電廠經營者因舊法所享有的權利並不會立即或是在短期間內被廢除，而是賦予經營者在適當的過渡期內盡可能地回收其投資及取得適當的利潤⁷³。本法另規定現行核電廠所產出的電量若達附錄三之規定，則終止該營運許可證，而基於附件三規定之輸出電量標準，平均核電廠之總營運時間為 32 年，即現存核電廠之平均剩餘可營運時間為 12 年，並且為防止剩餘營運期間內標準僵化，本法也規定移轉電量之方案。換言之，核電廠可根據經濟效益合法地將一部分或全部電量移轉到他廠，意即剩餘電量分配⁷⁴。

⁷¹ 該協議中德國政府與四家廠商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；See ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT [OECD], NUCLEAR LAW BULLETIN No.66 28-29 (2000), available at <http://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb66.pdf> (last visited June 11, 2017).

⁷² Axel Vorwerk, *The 2002 Amendment to the German Atomic Energy Act Concerning the Phase-out of Nuclear Power*, 33(50) NUCLEAR LAW BULLETIN 7, 14 (2002).

⁷³ *Id.* at 8-9.

⁷⁴ *Id.* at 10.

2009 年德國大選，由基督教民主聯盟 (Christian Democratic Union, CDU) 與自由民主黨 (Free Democratic Party, FDP) 組成聯合政府，並決定恢復使用核能⁷⁵。其於 2010 年採納之能源概念 (Energy Concept) 中指出，核能發電有助達成保護環境、經濟效率與確保供給等三項能源政策目標⁷⁶。在轉換至再生能源發電的過渡期中，核能發電亦可扮演重要角色，此使得德國政府決定延長核電廠營運時間，並取消逐步廢核政策⁷⁷。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，第 11 次核能法修正案延長德國境內 17 座核電廠之平均營運期間至 12 年，此外，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⁷⁸。

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 日公布新修正案，主要修改核能法第 7 條第 1 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，意即至 2022 年為止關閉德國境內所有核能發電廠 (共 17 座)，新修正案同時撤銷 2010 年第 11 次核能法修正案中延長核電廠運作期間之規定⁷⁹。

德國政府上述之能源政策改變，對境內所有能源企業都造成影響，其中四家主要能源公司分為德國本地之 E.ON、RWE 與 EnBW，以及瑞典能源公司 Vattenfall。雖然這些電力公司尊重廢除核能的政策，且 EnBW 公司並未對閉廠決策提出任何異議，但其他三家公司認為新法案徵收其核電廠，違反德國基本法第 14 條針對財產權之規定，因此，Vattenfall 公司於 2012 年 7 月 12 日加入 E.ON 與 RWE 公司的行列向德國憲法法院提出憲法訴願，向政府求償⁸⁰。

⁷⁵ 梁天瑞，「掀開德國廢核真相」，國政研究報告，網址：http://www.npf.org.tw/2/12387#_ftn9 (最後瀏覽日：2017 年 6 月 10 日)。

⁷⁶ FEDERAL MINISTRY OF ECONOMICS AND TECHNOLOGY [BMWi], ENERGY CONCEPT FOR AN ENVIRONMENTALLY SOUND, RELIABLE AND AFFORDABLE ENERGY SUPPLY 15 (2010).

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ NUCLEAR LEGISLATION IN OECD & NEA COUNTRIES: GERMANY, REGULATORY & INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR NUCLEAR ACTIVITIES 6 (2011), available at <https://www.oecd-nea.org/law/legislation/germany.pdf> (last visited June 10, 2017).

⁷⁹ 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，本文引註自英文摘錄版本。See BVerfG, 1 BvR 2821/11, Dec. 6, 2016, translation at http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/12/rs20161206_1bvr282111en.html.

⁸⁰ 關於本案背景之詳細介紹請參考：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，44 卷 3 期，頁 305，306-312 頁 (2014 年)；Staff Writers, *Vattenfall says suing Germany over nuclear exit*, CIVIL NUCLEAR DAILY, July 12, 2012, http://www.nuclearpowerdaily.com/reports/Vattenfall_says_suing_Germany_over_nuclear_exit_999.html (last visited June 10, 2017).

二、涉及合理期待原則之判決內容

四家能源公司主張第 13 次核能法修正案第 7 條第 1 項 (下稱為系爭條文) 原子爐設施許可部分違反德國基本法第 14 條之規定, 訴諸德國憲法法庭⁸¹。憲法訴願判決於 2016 年 12 月 6 日公佈, 本案判決結果可歸納為四點⁸², 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。由於本文欲討論之合理期待原則與判決之第二及第四部分較有關聯, 因此以下逐一討論。

(一) 系爭條文損及訴願者之財產權

德國基本法第 14 條第 1 項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⁸³。對於基本法所保障之財產權, 立法機關應先確立該財產權之內容與限制, 始產生財產權之保護範圍。若該立法機關之權限越廣泛, 其財產涉及之社會層面更多。此允許立法者有權力能針對核能擁有較廣的立法空間, 在不完全剝奪其保護的情況下限制其財產權⁸⁴。

針對新修正案課予訴願者之負擔, 可能進而違反德國基本法第 14 條第 1 句針對財產權之保護⁸⁵, 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, 如系爭條文首次規定核電廠閉廠時間, 使訴願者承擔比 2002 年逐步廢核法案更高之負擔⁸⁶, 其指出, 系爭條文要求所有核電廠必須在 2022 年退役之規定, 將使 2 家業者無法再生產其在逐步廢核法案中所被允許的發電量, 也使第 11 次修正案所延長之核電廠營運期限受到影響⁸⁷。由於新修正案將大幅影響上述 2 家業者對其核電廠之使用收益, 故法院認為已有違投資當時之合理期待, 亦有害既存之法律狀態⁸⁸。

德國基本法第 14 條第一項對財產權保護包含私法下之所有權、持有以及使用之可能性⁸⁹。訴願者行使核電廠所有權, 且基於核能法之許可使用電廠具有特

⁸¹ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *supra* note 1.

⁸² *Id.*

⁸³ GRUNDGESETZ [GG] [BASIC LAW], art. 14, (providing that: “(1) Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws.”).

⁸⁴ BVerfG, *supra* note 79, at 216-219.

⁸⁵ *Id.* at 220.

⁸⁶ *Id.* at 221-227.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.* at 228.

定性，係源自於德國基本法對其之保護⁹⁰。但系爭條文中，聯邦政府對核電廠的建造與經營之許可或發電之許可，並不受到德國基本法財產權之保護，因設定閉廠日期並未剝奪訴願者任何獨立財產權⁹¹。2002 年分配的剩餘電量也未被獨立保護，但德國基本法第 14 條對於使用被授權之核電廠提供財產權保護，而從該財產權保護所產生之利益則受獨立保護⁹²。因此，鑑於 2010 年年底第 11 次修正案開放使用核電廠可能性，其額外輸出津貼包含財產相關之保護。

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。然，該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於下一個爭點繼續延伸討論。

(二) 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：「所有權負有義務，其行使應同時追求公眾福祉。」，因此，在定義財產權之範圍與限制時，立法者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⁹³。故，公共利益不僅是立法者須考量的因素，更是用以限制財產權之立法理由。若立法者必須透過修法限制或定義財產權時，其必須符合比例原則、合理期待與平等性⁹⁴。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，立法者必須尊重企業依法投資所得之資產，意即保障投資者依現行法所產生之合理期待原則⁹⁵。

新修正案中立法機關加速核電廠逐步淘汰之合理管制目標，係為了保護人類生命健康等公共利益，且認為核能屬於高風險技術，因此設定關閉核電廠日期和撤銷 2010 年分配之剩餘電量。判決認為撤銷 2010 年分配之剩餘電量符合比例原則、合理期待原則與平等原則之要件，為達成公共利益恰當且必須之手段。但設定核電廠停止營運日期卻違反基本法第 14 條 1 項，除了各電廠在消耗 2002 年分配之剩餘電量的程度不同，新修正案之規定亦未規定如何處理 2010 年額外輸出

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.* at 231.

⁹² *Id.* at 233-237.

⁹³ GRUNDGESETZ [GG] [BASIC LAW], art. 14, (providing that: "... (2) Property entails obligations. Its use shall also serve the public good...").

⁹⁴ BVerfG, *supra* note 79, at 268.

⁹⁵ *Id.* at 270.

津貼之投資損失⁹⁶。

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 項第 2 句。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，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⁹⁷。

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的補償，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，立法機構承認該修正案係基於政治動機（即能源概念），換言之，該津貼係受到政府政策之影響，而非核能公司之行為。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，而無法立即轉向遵守新修正案之規定⁹⁸，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。

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，另，相較於 E.ON 公司與 EnBW 公司，可於其核電廠營運期內完全耗盡其剩餘電量，處於不利地位，導致系爭二訴願者之不公平待遇，因此，雖明定閉廠日期係基於公共利益，但其因此妨礙訴願者財產權屬不合理⁹⁹。

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

⁹⁶ *Id.* at 281.

⁹⁷ *Id.* at 294.

⁹⁸ *Id.* at 292-302.

⁹⁹ *Id.* at 310-311.

合比例原則¹⁰⁰。

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¹⁰¹。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理期待原則的適用¹⁰²。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¹⁰³。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¹⁰⁴。

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 (frustrate investment)」之解決條款¹⁰⁵。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¹⁰⁶。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¹⁰⁷，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。

三、小結

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 日日本福島核災事變，為了保護公共安全與環境，加強 2002 年逐步廢核法案之規定，第一次明文規定 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

¹⁰⁰ *Id.* at 335-344.

¹⁰¹ *Id.* at 369.

¹⁰² *Id.* at 372.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.* at 374.

¹⁰⁶ *Id.* at 376.

¹⁰⁷ *Id.* at 378.

延長核電廠運作期間之規定。

E.ON、RWE 與 Vattenfall 公司相繼向德國憲法法庭提憲法訴訟，判決指出新修正案系爭條文違反德國基本法第 14 條對於財產權之保障，新修正案中設定關閉電廠期限，違反訴願者基於第 11 次修正案延長電廠營運期間之合理期待，並且新修正案中加速淘汰核能規定，但未如逐步淘汰法案中訂立過渡期之條款，亦違反訴願者依第 11 次修正案延長使用核電廠之合理期待。

Vattenfall 公司亦因新修正案對其核電廠造成損害，故向 ICSID 提出國際仲裁之請求，於投資仲裁案件中將如何分析投資人之合理期待原則，下一章將進一步介紹。

參、ICSID 下 Vattenfall II 一案涉及合理期待之可能解釋

有別於上一章論述之 E.ON、RWE 與 Vattenfall 公司向德國憲法法庭提起憲法訴願控訴新修正案，本案之系爭當事人僅為瑞典公司 Vattenfall 與德國政府，系爭措施與憲法訴願相同亦為新修正案，但本案適用法源為 ECT。以下將先介紹兩個案件之背景，以及 ICSID 下當事雙方對於合理期待原則之主張，最後分析本案可能的走向。

一、兩案背景比較

德國政府提出新修正案後，所採取之措施為立即停止境內八座營運期間較久的核電廠¹⁰⁸，以及分階段於 2022 年前關閉其餘九座，使瑞典公司 Vattenfall 在德國境內 Krummel 與 Brunsbuttel 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¹⁰⁹。

依 ECT 第 26 條針對投資者與地主國之爭端解決的規定¹¹⁰，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

¹⁰⁸ 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 Brunsbuttel 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 79, at 166.

¹⁰⁹ 李貴英，前揭註 80，頁 310。

¹¹⁰ 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¹¹¹。本案 Vattenfall 公司於 2012 年 5 月向 ICSID 提出國際仲裁之請求，主張德國政府之新修正案違反 ECT 對投資之保障。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¹¹²。由前述可知，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違反己身權利因而訴諸救濟。

針對適用法律之部分，由前述德國憲法法院判決中可知，在該案中援引德國基本法第 14 條之規定，作為保障因法律安定性產生之合理期待，且訴願者將該合理期待作為投資財產或使用財產之依據。至於 Vattenfall II 案，Vattenfall 公司援引 ECT 之規定，原則上，ECT 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，ECT 賦予外國投資者更多之保護¹¹³，本案涉及 ECT 第 10 條第一項 FET 條款¹¹⁴，由本文第壹部分可知，目前多數仲裁庭認為合理期待原則為判斷 FET 標準之因素，Vattenfall 公司亦以合理期待原則作為起訴主張，認為德國政府公佈之新修正案違反其合理期待，進而違反 FET 標準。

Vattenfall II 案與德國訴願案當事方皆有 Vattenfall 公司與德國政府，並且係

¹¹¹ 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").

¹¹² 李貴英，前揭註 80，頁 309-310。

¹¹³ 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 (last visited May 9, 2017).

¹¹⁴ 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. 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.").

爭措施皆為德國新修正案，雖適用法律有異，但皆是針對當事方財產權之保障，並且在二適用條文中皆有保障合理期待原則，因此筆者認為二案在分析合理期待原則上可能具有某種程度的相似性。

二、ICSID 下當事人針對合理期待原則之主張

2016 年 10 月 10 日當事雙方於華盛頓舉行公開聽證會，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¹¹⁵。

德國政府則主張 FET 下合理期待原則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，因此並無合理期待原則之適用¹¹⁶。

三、分析 Vattenfall II 之合理期待原則

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原則，而且 ECT 下 FET 標準也是對投資人財產權之保障，因此筆者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，合理期待原則之適用應具某種程度上之類似。

筆者傾向認同 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¹¹⁷，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，Vattenfall 公司無法事先預期德國政府之行事方式。

¹¹⁵ 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>.

¹¹⁶ 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>.

¹¹⁷ *Tecmed v. Mexico Award*, *supra* note 18.

本案之 Vattenfall 公司主張第 13 次修正案大幅更改第 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)，屬於本文第壹部分第三節中之第三分類。又，ECT 第 10 條第一項以 FET 為核心，建立地主國之責任，並以法律安定性及透明性為條件，防止地主國以武斷之措施阻礙投資，依 CMS 案仲裁庭認為投資當下之法律與商業環境改變，須以法律之安定性與可預測作為判斷，決定是否符合 FET 之規定¹¹⁸，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，均可能違反 Vattenfall 公司之合理期待，進而可推論新修正案違反 FET 之規定。

另，根據第壹部分第二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¹¹⁹，筆者試析此四要件，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，筆者認為該系爭措施可能違反投資者之合理期待。

除了前述提及德國主張 FET 原則僅適用於投資行為、以及投資者無合理期待原則之適用，德國政府也可能主張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，於本文第壹部分第四節中所提，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，故若德國政府在舉證上能提出有力證明，或許也可以正當化新修正案屬於合理期待之例外。

¹¹⁸ CMS v. Argentina Award, *supra* note 52.

¹¹⁹ Ioana Tudor, *supra* note 29, at 166-168.

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)先創造出設廠公司(投資者)得產生合理期待空間，使設廠公司(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，導致設廠公司(投資者)之財產權受損時，設廠公司(投資者)得援引合理期待原則以保護己身權利¹²⁰。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，關於合理期待原則可能如何判定的參考。

肆、結論

目前大多數投資仲裁案件認為合理期待原則是判斷 FET 標準之要件。在分析合理期待原則時，需先判斷該合理期待原則係基於何種情形，且需要符合各情形之要件。Vattenfall 公司針對第 13 次核能法修正案向 ICSID 與德國憲法法庭提起訴訟，筆者認為 Vattenfall II 案中，所涉及之法源 ECT 屬於對投資者的保障程度相當高之協議，且依循前文可推導出 Vattenfall 公司的合理期待係源自於基於德國核能法法律架構改變，故需要先權衡該公司所依據之法律具穩定性且可預測性，再評估相關德國特性、發展程度與投資涉及部門之要件。另外，由德國憲法判決觀之，當立法者為追求公共利益而必須透過修法限制或定義財產權時，其修法必須符合比例原則、合理期待與平等性，意即保障投資者依現行法所產生之合理期待原則，由此可知合理期待原則於德國國內審查時亦佔有舉足輕重之地位，且分析合理期待原則之方式也與國際投資法相像。因此，德國憲法法院判決認定新修正案設定關閉電廠期限，違反訴願者(投資者)基於第 11 次修正案延長電廠營運期間之合理期待，且新修正案未訂立過渡期之條款，亦違反訴願者(投資者)依第 11 次修正案延長使用核電廠之合理期待。綜合上訴，筆者認為 Vattenfall 公司可能如同德國憲法判決，於投資者合理期待之爭點上有取得勝訴的機會。

¹²⁰ Nikos Lavranos, *The German Constitutional Court Judgment in the Vattenfall Case: Lessons for the ECT Vattenfall Arbitral Tribunal*, KLUWER ARBITRATION BLOG, Dec. 29, 2016, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/12/29/german-constitutional-court-judgment-vattenfall-case-lessons-ect-vattenfall-arbitral-tribunal/> (last visited May 10, 2017).