

第十九屆國際經貿法學發展學術研討會

第二場 「國際投資保障協定『適法性條款』之適用與效力

——以 *Fraport v. Philippines* 為核心」 會議紀要

江昱瑩

第十九屆國際經貿法學發展學術研討會的第二場論文發表，係由東吳大學法律學系李貴英教授擔任主持人，東吳大學法律學系張愷致兼任助理教授、中華民國仲裁協會法律專員羅傑擔任報告人，及中華經濟研究院 WTO 及 RTA 中心顏慧欣副研究員擔任評論人，共同就「國際投資保障協定『適法性條款』之適用與效力——以 *Fraport v. Philippines* 為核心」一文進行探討。該篇文章以 *Fraport v. Philippines* 一案之仲裁判斷出發，探討當前國際投資保障協定中「適法性條款 (conformity clause)」之解釋及適用問題，並給予我國未來在簽訂相關協定時，應注意事項之建議。

壹、報告人發表內容

一、國際投資保障協定及 ISDS 機制與地主國的規制權互動

國際投資協定中常見的「投資人對地主國爭端解決 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS)」機制，緣起於降低外國投資人的投資風險。該機制允許私人直接對投資地主國提起仲裁爭訟，而在許多國家，仲裁判斷可以透過《解決國家與他國國民間投資爭端公約》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) 或《承認及執行外國仲裁判斷公約》(Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards) 執行，使投資人獲得有效保障。不過，ISDS 機制亦使得地主國的規制權受到限縮，且因其皆為個案判斷，會出現法律解讀不一致的問題，因此國際間不斷出現改革 ISDS 機制之聲浪。為制衡 ISDS 機制過度侵害地主國規制權之問題，部分國家會在雙邊投資保護協定納入適法性條款，以限縮特定投資進入 ISDS 機制的機會。

二、*Fraport v. Philippines* 與「適法性條款」之適用

在著名的 *Fraport v. Philippines* 案中，適法性條款即為爭議核心。本案肇因於馬尼拉機場的第三航廈興建計畫，德國公司 Fraport 透過股權控制協議，取得建造與特許經營機場的 PIATCO 公司之經營權，因而違反菲律賓憲法與反傀儡

法。菲律賓政府據此徵收第三航廈，而 Fraport 認為其受補償之金額遠少於投入之資金，因此提起仲裁。本案經歷兩次仲裁，第一次仲裁判斷因程序不完備而遭撤銷，但兩次仲裁判斷皆認定仲裁庭對本案沒有管轄權。第一次仲裁庭認為《德國—菲律賓雙邊投資保障協定》(Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments) 中的仲裁係指「符合締約國法律而被接受的投資」；第二次仲裁庭則認為條文中的「accepted」是「令人滿意」之意，因此對於非法投資沒有保護必要。即便投資保障協定中沒有適法性條款，地主國亦可以援引污手原則，使投資人無法尋求保護。此外，兩次仲裁庭皆認定，投資前的違法是屬於程序問題，投資後的違法則屬於實體爭議，故本案投資前的違法乃程序問題，仲裁庭沒有管轄權。

三、報告人對案件之評析

報告人不同意 *Fraport v. Philippines* 案仲裁庭之見解。其認為，在條文文義不清的情況下，應依《維也納條約法公約》(Vienna Convention on the Law of Treaties) 第 32 條之規定，從立法歷史及規範目的尋求最適解釋。適法性條款的目的是在於賦予地主國接受特定投資的權力，以保留規制權。因此，報告人認為仲裁庭的解釋超出文義，而有司法造法之嫌。

除了條約解釋外，從政策上考量，也不應在管轄權階段排除本案審理。蓋在此階段排除會導致對投資人的保護不夠充分，且會因為需要在程序審理階段即確認地主國投資是否受法律保護，造成程序冗長。最後，以違法發生之時點連結管轄權並無實益，亦不合理。綜上所述，本案應在實體階段審理適法性條款為當。

投資的違法性不同於刑法，並非有或無的問題，而應視其嚴重性。縱有其他仲裁庭以投資違法的程度，判斷投資人得否受投資保護協定保護，然而對於投資違法性須達何種程度，方產生失權效，沒有統一見解。而適法性條款與污手原則之效果相同，皆可排除違法投資人尋求協定保護。不過，污手原則對於地主國也有拘束力，當地主國亦有違法行為時，則其援引地主國適法性條款之權利亦會遭到排除。

四、對我國政策之建議

報告人認為，適法性條款爭議的解決方式，或許為締結大型多邊國際投資協定，以釐清適法性條款內涵，然目前國際間並無此計劃。報告人亦認為可由當事國在協定中明確規範，或在簽署協定後，以換文與簽署補充協定的方式釐清相關內容及意涵。

呼應我國新南向政策，台灣可能將與東南亞國家協會 (Association of

Southeast Asian Nations，以下簡稱東協) 中的多個國家簽訂投資保障協定。而東協各國在投保協定中幾乎都會納入適法性條款。適法性條款若不明確，將使台灣投資人在東協國家的投資保護難獲確，因此應審慎考慮我國未來簽署之投資保障協定，是否應加入適法性條款。倘簽署之協定欲納入此條款，為明確化地主國規制權和落實投資人保護，至少應建立最低違法性要求，同時強化投資人法令遵循意識，及對雙邊投資條約的認識。

貳、評論人發表內容

顏慧欣副研究員認為本文章節間前後欠缺連貫性，並提出四點疑問：

一、報告人是否認為適法性條款會被地主國濫用，因此適法性條款並非如文中第壹部分所載，不適合 ISDS 機制的改革方案？

二、關於適法性條款解釋不合理的部分，是僅針對 *Fraport v. Philippines* 一案，或是對適法性條款的通案性適用探討？評論人亦建議報告人於文章中納入適法性條款的制定目的，並分析未納入適法性條款的投資保障協定，會導致法律更明確或是更不明確，及其效果差異。

三、評論人認為報告人的結論似乎傾向於，除非臺灣所簽訂的雙邊投資協定有配套方案，否則不宜納入適法性條款。評論人也解釋《駐菲律賓臺北經濟文化辦事處與馬尼拉經濟文化辦事處投資保障及促進協定》(Agreement between the Taipei Economic and Cultural Office in the Philippines and the Manila Economic and Cultural Office in Taiwan for the Protection and Promotion of Investments) 第 10 條第 3 項拒絕授與利益規定，是菲律賓為避免第三國投資人以搭便車方式享有優惠而定。該規定要求公用事業不得由外國公司控股，然當投資人違反其他條文時，是否受到此規定涵蓋則有疑問。評論人認為第 10 條第 3 項並不涵蓋所有違法事項，當投資人違反其他法律時，則不能依此作為仲裁管轄權准駁依據。評論人建議作者可針對此部分進行延伸討論。

四、適法性條款應為程序性議題或實體性問題是否為關鍵？抑或應以比例原則對適法性條款進行審理？

顏副研究員亦表示，適法性條款通常適用於進入後 (post-entry) 階段的投資。若投資協定包含投資自由化概念，外國人在申請投資階段即可享有比照投資協定待遇之權利的話，協定就不會使用「已按照國內法允許進入的投資」這般文字；反之，有類似條款的投資協定則無投資自由化概念，此類投資協定應是強調涵蓋投資限於依法已核准之投資。評論人建議報告人之研究，應不只限於適法性條款於程序上或實體上的意義，除接續討論文中違法性的時點外，亦可討論違法性的比例原則與違法性的嚴重性程度。

參、其他與會人員之觀點與分享

主持人李貴英教授分享，外國投資是否遵循地主國法律，固然為投資是否得進入該國之重要判斷指標，然過去曾有案例明確表示「依照地主國法律或法令規定的投資」僅表示進入地主國內的條件，不一定涉及投資是否受到投資協定保護。教授認為，有沒有管轄權與是不是要實體審查，恐怕不是 *Fraport v. Philippines* 仲裁庭可以決定的。按照仲裁機構之規則，提出異議本就是當事人之權利，在當事人已提出主張的情況下，仲裁庭難以到實體階段時才審理適法性條款。

李教授亦表示，文章中「違法性」的使用恐怕不是很精確。污手原則與違法投資不應同一而論，投資進入地主國的准駁與否與污手原則之適用亦同，除非在投資准駁階段發生如行賄的違法事實，否則在討論違法性時，應定義違法之意涵。

