投資規制變更下合理期待之探討
—以西班牙再生能源電能躉購爭議仲裁爲例

陳世杰*

摘要

規制的穩定性對於國際投資人，往往是其決定是否投資時非常重要的考慮因素。規制嗣後變更而使其可得或期待利益減少或落空，地主國是否應給與投資人賠償，這是地主國政府在吸引投資時必須納入考量的問題。本文以西班牙再生能源躉購電價爭議仲裁案件爲例，探討地主國投資規制變更所導致廠商損失的責任歸屬，綜合仲裁庭判解，可供我國參考者包括：（一）除有穩定條款或類似的明確保證，而予投資人有合理期待，認爲規制未來不會變更之外，地主國具有變更法律的權能，不受投資生命週期的限制；（二）地主國應遵守誠信原則，即國家不能引誘持合理期待而前來投資的投資人，之後又忽視該期待所賴以產生的承諾；（三）國家變更規制的作法應符合比例原則，即變更應具有可預測性、不出於恣意、有其必要性、以及不得澈底改變投資人仰賴作成長期投資之規制的主要特性。

關鍵字

仲裁、規制改變、合理期待、再生能源電能、躉購電價

arbitration, regulatory changes, legitimate expectations, renewable electricity, feed-in tariff

壹、前言

希臘古哲赫拉克利特（Heraclitus of Ephesus, c. 535 – c. 475 B.C.）曾謂「唯變化爲永恆」（There is nothing permanent except change.），吾人也常感歎計畫趕不上變化！政府爲因應變動的環境而修正規範制度，極爲平常。但

*陳世杰：東吳大學法碩士、淡江大學歐洲研究所社會科學博士、英國愛丁堡大學法學院訪問學者、比利時天主教魯汶大學環境暨能源法研究中心博士後研究；中華民國仲裁協會副秘書長。

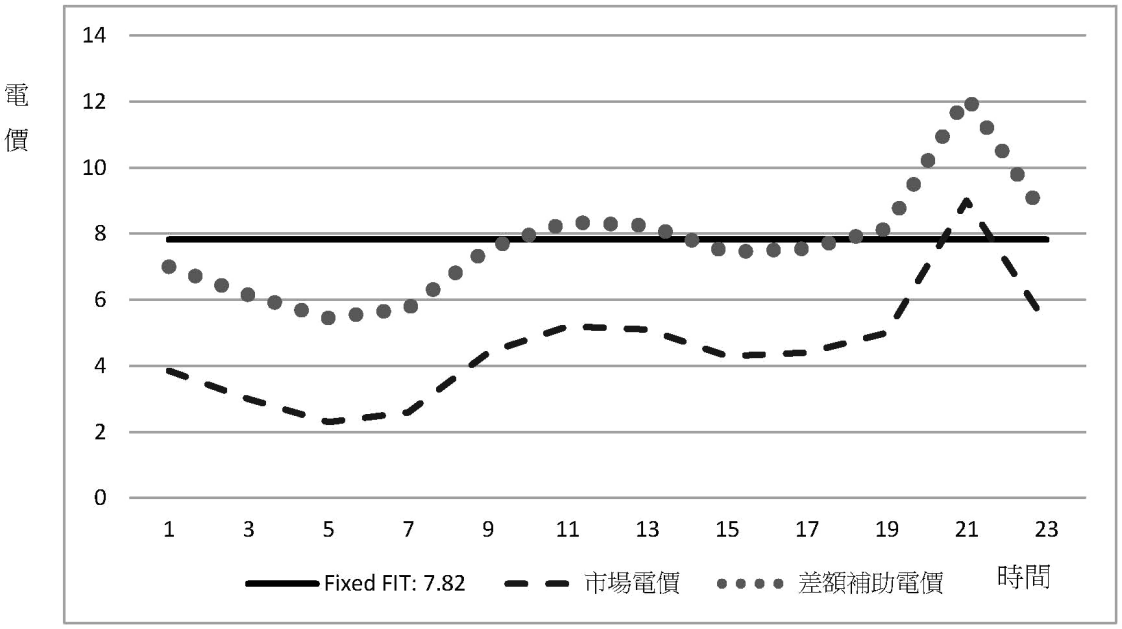
規制變更（regulatory changes）若損及被規制者的利益時，政府是否應該負起賠償責任？以投資規制而言，規制的穩定性對於投資人，往往是其決定是否投資時非常重要的考慮因素，規制嗣後變更而使其可得或期待利益減少或落空，地主國是否應給與投資人賠償？這是地主國政府在吸引投資時必須納入考量的問題。

爲減少污染物（含溫室氣體）排放、降低對環境影響、提升能源安全、永續發展等政策目標，提升再生能源發電在電力配比中的比例，已是各國減緩措施中的重要選項。相較於傳統火力發電，再生能源發電成本較高，但爲吸引投資，各國乃紛紛採取再生能源躉購電價（feed-in tariff, FIT）制度（註一），以鼓勵業者投入開發。再生能源電能FIT依管理區分，有價格與數量管理制度之分，政府在推動上須投入的經費及其顯現的效果也有不同。其中數量管理由政府透過立法，強制規範電業或能源業應使用再生能源電能的比例，如果業者未達標則予以裁罰，該制度因此又稱爲再生能源配比義務（renewable portfolio standard, RPS）（註二），在該制度下，超標部分的電能透過競標（tendering）方式在市場銷售，藉由市場競爭機制，降低政府收購的價格，以減少補貼支出。

價格管理則由政府按不同再生能源電能審定固定的收購價格，這種電能躉購制度可分兩種類型：其一爲政府於一定期間，依固定的躉購費率收購（fixed FIT），此屬較爲單純且爲一般熟知的類型；其二則是電價差額補貼（feed-in premium, FIP），即政府先定收購電價，業者產出電能經由市場標售後，再就得標價與實際市價之間的差額由政府予以補貼。後者與前者的主要區別，在於是否必須在市場銷售再予補貼？其又可分成三種不同的次類型：1.類似fixed FIT提供固定的收購價格，在保障售電者固定收益的前提下，補貼的價格隨市場電價浮動；2.設定售電價格的上限（cap）與下限（floor），以降低售電收益風險、減少過度補貼；3.不管電價的變化，一律提供固定的補貼價格。以價格進行管理的FIT或FIP類型如圖一、二所示。

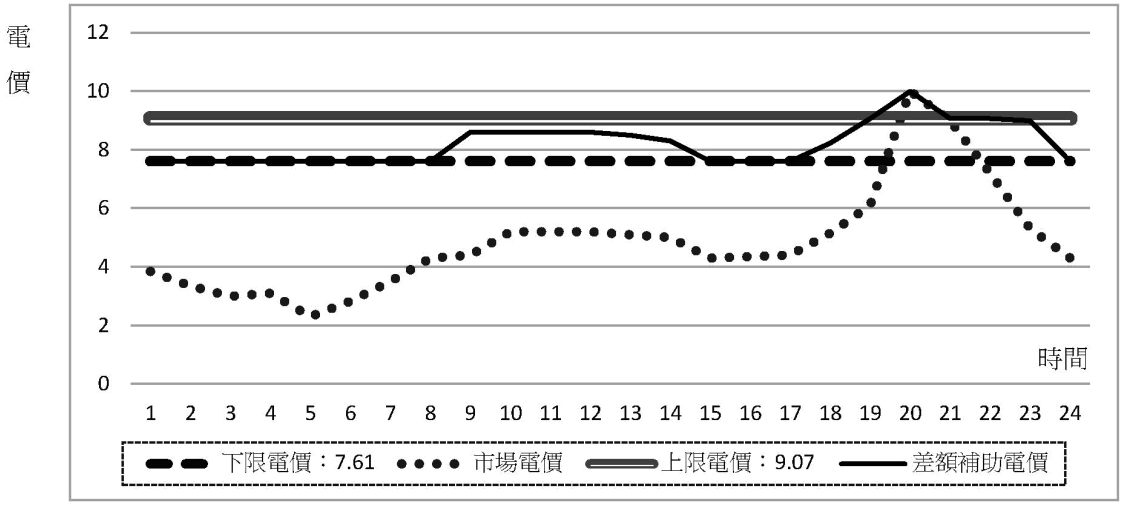
註一：另稱饋網電價、固定電價收購制度等。

註二：也有稱再生能源強制配比、再生能源電力標準。



圖一：Fixed FIT 及無設定售電價格上下限之 FIP

資料來源：作者繪製



圖二：設定售電價格上下限之 FIP

資料來源：作者繪製

RPS藉由強制手段改變發電結構，以逐步提升再生能源使用比例，其性質偏向於政府的管制措施。FIT較側重投資促進，政府透過長期保證收購費率，讓投資人有穩定的投資環境、利於進行投資規劃，若能藉此政策工具大量引進投資，有助於落實政策目標，但這種長期收購的保證一旦變動或取消，未如投資人原先所期待的，即可能產生投資風險，因此一風險所生的責任歸屬，是本文所要探討的議題。

推廣FIT，需要政府注入大量的補貼，例如我國自2009年起推動FIT電價補貼，資金來源爲電業所繳交的再生能源發展基金（註三）；爲推動離岸風電國產化，政府更提供較爲優厚的躉購電價費率。此一綠電保證收購價格、乃至補貼制度，不排除未來有可能因政策、價格、財政、功能等因素縮減補貼範圍、甚至取消。當初基於政府鼓勵措施而投入開發的廠商，若因此受有損失，即有可能向政府求償。筆者鑒於實施躉購電價制度早我幾年的西班牙已陸續發生類似情況，乃以該國再生能源FIT爭議仲裁案件爲例（註四），探討政府投資規制變更所導致廠商損失的責任歸屬，對我國應有一定的參考價值。在內容編排上，本文聚焦於規制變更有關責任歸屬所涉實體問題的探討，仲裁程序、管轄問題、以及其他實體問題均不討論。第貳部分說明西班牙再生能源FIT政策措施的演進，介紹政策及相關法規措施；由於規制變更不符投資廠商的合理期待與預期利益，紛紛訴諸國際仲裁求償；第參部分進而就目前已結案件，說明國際仲裁庭對該一實體問題的判斷；第肆部分評析已結案件仲裁判斷；第伍部分結語。

貳、西班牙再生能源FIT政策措施演進

2007年至2016年，由太陽光電及風力發電所驅動的西班牙再生能源電能發展，可謂歷經飛躍的10年。2016年西班牙再生能源發電裝置容量達到47,921

註三：再生能源發展條例第7條第1項參照。

註四：不惟西班牙，義大利、捷克、保加利亞也有因躉購電價爭議而依據能源憲章條約（Energy Charter Treaty）提起仲裁。資料來源：Charles A Patrizia, *et al.*（2015）, Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry under the Energy Charter Treaty, the Guide to Energy Arbitrations - Second Edition, p 2.

MW（百萬瓦），占全部發電總裝置容量45%，較2007年成長約70%；2016年再生能源電能占比，則由2007年的20.3%增加到近39%，幾乎成長一倍。由於再生能源有效地取代使用化石燃料，2016年電力部門的二氧化碳排放，也較2007年減少43.1%（註五）。

西班牙再生能源發電能夠如此突飛猛進、乃至成爲再生能源大國（註六），主要受益於再生能源電能價格管理制度方面的推廣。藉由一連串補貼政策與制度，吸引了國內外廠商紛紛投資開發再生能源電能。不過電價補貼制度終究還是帶給西班牙政府過高的財政壓力，特別是2008世界金融危機發生、以及之後經濟萎縮，導致用電量下降，補貼赤字的攀升使該國政府不得不改弦更張，陸續修正再生能源躉購電價相關法規，因此也讓合理期待落空或預期投資利益受損的國外廠商向該國政府求償。本部分，茲先說明西班牙政府再生能源FIT政策措施演變：

一、1994-2003：制度奠基期

西班牙自1994年初步引入FIT制度推廣再生能源，當年12月頒行的第40/1994號電力法（the Electricity Law 40/1994）訂有再生能源條款，並納入躉購制度，包括至少5年以上效期之購電契約（註七）。同年發布的第2366/1994號王室頒令（註八），進一步就六種再生能源技術發電訂定不同費

註五：Red Eléctrica de España, http://www.ree.es/en/press-office/press-release/2017/07/red-electrica-publishes-report-entitled-renewable-energy-spanish-electricity-system-2016（last visited February 13, 2018）.

註六：2017年西班牙再生能源電力約占總電力41%，2016年風力發電、裝置容量（23GW）分居世界第二位及第四位，太陽光電裝置（5GW）居世界第八位，太陽熱發電裝置容量（2.5GW）居世界第一位。資料來源：https://conexioenergy.com/en/renewable-energy/renewable-energy-in-spain/（最近瀏覽日期：2018年4月9日）。

註七：Miguel Mendonça （2007）, *Feed-in Tariffs: Accelerating the Deployment of Renewable Energy,* London: Earthscan, p 48.

註八： Royal Decree No. 2366/1994 on Generation of Electricity through Hydraulic Installations, Cogeneration and other from Renewable Energy Sources。王室頒令爲西班牙內國法類別之一，爲國會透過基本法（Basic Law or Ley de Bases）或一般法（Ordinary Law or Ley）授權政府訂定。

率，並強制公用事業採購再生能源全部電能（註九）。1997年第54/1997號電力法（the Electric Power Act 54/1997），將該國2010年前，達到再生能源使用占全部初級能源12%的目標入法（註一〇），並建立鼓勵再生能源發電的制度，以有別於適用火力發電的制度（註一一）；該法主要授權第2818/1998號王室頒令（註一二），明定電廠在特殊機制（special regime）下享有FIT費率，在該特殊機制下保證電廠併聯電網，同時以終端用戶所支付平均電價之八成至九成，補貼其電價差額（premium）（註一三），該國躉購電價機制初步成形；2000年，該法令所定各種不同再生能源FIT躉購電價費率再作調整，調整範圍介於每千瓦小時（每度）0.03歐元（第二代生質材） 至 0.39歐元（小於5KW光電）之間（註一四）。

二、2004-2009：擴大實施期

2004年頒行第436/2004號王室頒令（註一五），進一步修正前述第2818/1998號王室頒令，除將第54/1997號電力法鼓勵再生能源電能的現行一般架構納入之外，對再生能源發電新裝置提供兩種誘因之一，以提高再升能源電能在市場的占有比例：（一）對售予配電業的發電廠商，提供依規定費率

註九：International Energy Agency （IEA）, available at: https://www.iea.org/policiesandmeasures/pams/spain/name-21699-en.php （last visited March 7, 2018）.

註一〇：*Ibid.*

註一一：Carmen Otero García-Castrillón （2017）, Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion, *Second Thoughts: Investment-State Arbitration between Developed Democracies,* Waterloo, Canada: Centre for International Governance Innovation （CIGI）, p 286.

註一二：Royal Decree No. 2818/1998 on the Production of Electricity in Facilities Supplied by Renewable Energy Sources, Waste and Cogeneration.

註一三：IEA, *supra* note 9.

註一四：IEA, https://www.iea.org/policiesandmeasures/pams/spain/name-21692-en.php （last visited April 10, 2018）.

註一五：Royal Decree No. 436/2004 Establishing the Methodology for the Updating and Systematisation of the Legal and Economic Regime for Electric Power Production in the Special Regime.

一定比例的固定費率，該比例並依發電技術不同而定；（二）對直接售電到市場的發電廠商，提供協商的市場價格，作爲鼓勵；若符合法定要件，另有差價補貼。各種再生能源電能FIT或FIP情況如下：

（一）太陽光電：容量小於100KW（千瓦）之裝置，給與規定費率之575%的躉購費率 （每度0.40歐元），超過100KW之裝置，則提供規定費率300%（每度0.21歐元），躉購費率於首25年內維持不變，逾25年則將費率分別調降爲460%、240%。

（二）太陽熱能發電：對首200MW提供更大誘因，有兩種選項：1.開始發電後第一個 25年提供參考電價（每度0.21歐元）300%之固定費率，滿25年後提供參考電價（0.17歐元）240%之固定費率；2.直接售電於自由市場者提供差價補貼，第一個 25年爲參考電價250%，滿25年後爲200%，另有10%之鼓勵補貼。

（三）風力發電：維持1999年以來躉購費率的水準，即提供發電業者每度0.06歐元（參考電價九成）之固定費率，或依市場每小時平均電價再加上每度0.03歐元之差價補貼。

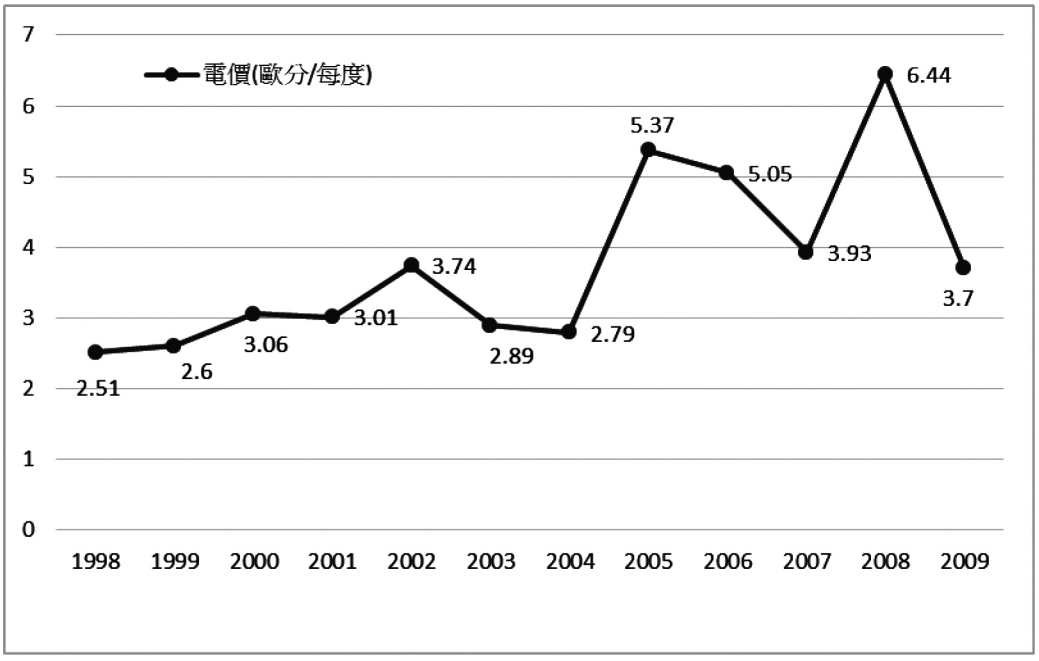
（四）其它再生能源發電：水力、生質能、地熱等發電照參考電價的八成至九成之躉購費率，或依據市場每小時平均電價再加上差價補貼。

第436/2004號王室頒令施行後，2005年及2006年市場電能價格迅速翻升（請參閱圖三）造成政府大量補貼，而選擇以FIP明顯比固定FIT有更好的收益（註一六）。2005年8月，政府爲配合落實歐盟推廣再生能源電能目標之2001/77指令（註一七），通過該國「2005-2010再生能源計畫」（The 2005-2010 Renewable Energy Plan）。西班牙政府在思考如何進一步落實歐盟第

註一六：Julieta Schallenberg-Rodriguez, Reinhard Haas, Fixed feed-in tariff versus premium: A review of the current Spanish system, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 16（2012） 293-305, p 295.

註一七：Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market.依據該指令附件，西班牙2010年再生能源電力占總電力比例之指標目標值爲29.4%。

2001/77/CE指令、使其2010年國家再生能源電能推動達標的同時，爲減少國庫對FIP的大量補貼， 2007年5月再頒行第661/2007號王室頒令，（註一八）取代第436/2004號王室頒令，而就特殊機制所適用的每一種再生能源發電設施，再訂定新的躉購費率及差價補貼辦法。其中一項重要修正，即是引入售電價格的上限與下限，藉此強化FIP躉購制度的穩定性，於市場電價處於低位時，降低業者的風險；於市場電價高揚時，減少業者的暴利（windfall profit）（註一九）。



圖三：1998-2009年西班牙電價浮動情況

資料來源：Julieta Schallenberg-Rodriguez, Reinhard Haas, Fixed feed-in tariff versus premium: A review of the current Spanish system, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 16（2012） 293-305, p 296.

新躉購方案，適用於具有特定技術與容量限制之全部再生能源發電技術，並包括固定FIT及FIP，另具高效的發電設施也可獲得額外的補貼。特殊

註一八：Royal Decree No. 661/2007 on the Regulation of the Electricity Production under the Special Regime.

註一九：Julieta Schallenberg-Rodriguez, Reinhard Haas, *supra* note 16, p 295.

機制所涵蓋發電裝置容量以不超過100MW爲限（水力設施以50 MW爲限），在不超過該限制容量情況下，營運廠商得選擇FIT價格，或以市場電價上限爲基礎的FIP，其中FIT以發電系統運營整個時期支付，例如光電、海洋及水力爲25年、風力與地熱20年、生質材15年。超過50MW而未逾100MW者，營運廠商就其發電部分享有額外補貼，但不適於太陽熱發電，該類只能依固定FIT躉購費率補貼。2008年9月頒行第1578/2008號王室頒令（註二〇），太陽光電部分提供新費率及新上限，只要在該年9月29日前登記的系統，依其系統大小而享有每度約0.23至0.44歐元的FIT。而在該日以後登記的裝置，僅能選擇最多達到25年期的固定FIT。此一機制對外國投資人甚爲優惠，並帶動西班牙主要的投資。自2009年起，光電裝置上限由371MW上調到500MW，地面型及屋頂型系統的FIT分別降到每度0.32及0.34歐元。

三、2010年起：縮減補貼期

經過擴大實施期，西國政府對再生能源電能、特別是提供風力及太陽能開發廠商的大方補貼，結果帶來遠超過該國原所預期更大規模的巨額投資，政府每年的補貼金額因而節節升高。例如2005年約12億歐元，至2012年則已達84億歐元（註二一）。如前所述，西班牙在經濟危機及用電量減少情況下，再生能源電能補貼激勵措施使躉購電價赤字（tariff deficit，即政府補貼發電廠商與實際售電收入間的額外支出）更形惡化，至2013年累積赤字約300億歐元、占國內生產毛額3%的水準，使其居歐盟躉購電價赤字最高的會員國，並成該國經濟政策關注的議題（註二二）。

爲解決躉購電價赤字問題，西國政府決定採取漸進性措施，縮減補貼。

註二〇：Royal Decree No. 1578/2008 on the Payment for Electricity Generated by Photovoltaic Plants that were Registered after the Deadline for Eligibility for Payment under Royal Decree No. 661/2007 of 25 May.

註二一：Asa Johannesson Linden, Fotios Kalantzis, Emmanuelle Maincent and Jerzy Pienkowski, Electricity Tariff Deficit: Temporary or Permanent Problem in the EU? *European Commission Economic Papers* 534 | October 2014, p 28.

註二二：*Ibid.,* p 27.

2009年4月，政府緊急發布施行第6/2009號王室頒行法（Royal Decree-Law 6/2009）（註二三），指出躉購特殊機制所造成的躉購電價赤字正帶來嚴重的問題，危害到電力公司的財務及整體電業部門的永續發展，嚴重惡化投資財務保證。爲先釐清問題及尋求解決之道，該法令授權設立一爲補貼撥付進行預先分配的登錄平台，以提供有關計畫性投資裝置在法律要件上的容許性、容量及其對電能躉購與程期的影響等資訊；並成立電價赤字攤還基金（Fondo de Amortización del Déficit Eléctrico, FADE），收購電力公司電價赤字債權，再透過發行由國家擔保的債券，以在市場取得資金的方式，進行挹注。次年，第1003/2010號王室頒令並訂定程序方面的規定（註二四），以確保發電裝置擇用補貼措施前經過適當的認證，該法令並取消第661/2007號王室頒令規定所提供的額外補貼，且自2008年9月29日起，新發電裝置不再適有躉購電價特殊機制。

2010年，該國進而頒行第1614/2010號王室頒令（註二五）、第14/2010號王室頒行法（註二六），進一步縮減補貼制度，兩項法令旨在限制太陽能（含光能與熱能）、風力發電裝置運作時數的額外補貼，後一法令並課予廠商應繳付使用電網的費用，每百萬瓦0.5歐元。由於上列縮減措施也未能有效消除赤字，2012年被迫再施行第1/2012號王室頒行法（註二七），削減該特殊機制下適用裝置的補貼制度，並中止尚未登錄裝置有關補貼撥付預先分配的

註二三：Royal Decree-Law No. 6/2009 Adopting Certain Measures in the Energy Sector and Approving the Social Allowance.西班牙憲法第86.1條規定，在特別緊急情況下，政府得施行具暫時性、以頒行法（decree-laws）形式的法律條款。此種頒行法仍須由國會進行事後審查。

註二四：Royal Decree No. 1003/2010 on the Liquidation of the Equivalent Premium to the Facilities Reducing Electricity from Photovoltaic Technology under the Special Regime.

註二五：Royal Decree No. 1614/2010 on the Regulation and Modification of Certain Aspects of the Production of Electricity from Solar Thermoelectric and Wind Technologies.

註二六：Royal Decree-Law No. 14/2010 on Establishment of Urgent Measures to Amend the Tariff Deficit in the Electricity Sector.

註二七：Royal Decree-Law No. 1/2012 on the Suspension of the Pre-allocation Payment Procedures and the Abolition of the Economic Incentives for New Electricity Production Facilities from Cogeneration, Renewable Energies and Waste.

程序。

因經濟危機及躉購電價制度導致用電減少，電費收入不符預期，躉購電價赤字情況依舊惡化，另一方面在經濟危機期間，提高電價亦不可行；爲減少獎勵支付，2013年2月乃發布施行第2/2013號王室頒行法（註二八），基於特別緊急需要而立即廢止FIP的補貼，意味第436/2004號王室頒令予廠商得就FIP或FIT擇一補貼的激勵作法，溯及性地取消，同年12月公布施行的第24/2013號電力部門法並予確認（註二九）。

儘管西國推出上列諸多措施，躉購電價赤字至2013年5月仍然累積到260億6千2百萬歐元之多，爲此，同年7月再發布施行第9/2013號王室頒行法（註三〇），授權政府建立針對再生能源發電裝置補貼的新機制，對象爲市場參與的發電廠商，且以其收入不敷投資成本的部分方可獲得補償，且就成本的補償，須以有效與良好管理廠商的管理標準（即以假設成本而非實際成本）而無法自市場獲得損益平衡者爲限。其概念類似FIP，再加上保證合理獲利的額外補貼，該特定補貼的計算則以標準裝置、市場售電所得收入、支出及最初的投資價值爲基礎。上述新機制的補貼考量金額，係依假設性的合理獲利概念而定，可謂已明示廢止第661/2007號王室頒令及其修正內容所建立的補貼機制。新機制隨後並透過第413/2014號王室頒令及第IET/1045/2014號部令落實（註三一）。

爲利於瞭解西國躉購電價機制的法規整體演變大概情況，茲將上述說明製成簡表如下：

註二八：Royal Decree-Law No. 2/2013 on Urgent Measures for the National Electricity and Financial Systems.

註二九：Law 24/2013 of the Electricity Sector.

註三〇：Royal Decree-Law No. 9/2013 on the Adoption of Urgent Measures to Guarantee the Financial Stability of the Electricity System.

註三一：Royal Decree No. 413/2014 on Electrical Generation by Means of Renewable, Cogeneration and Waste Facilities & Ministerial Order IET/1045/2014, 16 June, Adopting the Remuneration Parameters for the Facility Type Applicable to Certain Energy Production Facilities from Renewable Energies, Cogeneration and Waste.

表一：西班牙躉購電價規制演變概要

公布月份	法規簡稱	有關躉購電價制度之規制重點
1994年12月	Law 40/1994	納入再生能源條款及躉購電價制度
1994年12月	Royal Decree 2366/1994	首次就6種再生能源發電訂定不同費率標準
1997年11月	the Electric Power Act 54/1997	建立鼓勵再生能源發電特殊機制，以別於適用火力發電的制度。
1998年12月	Royal Decree 2818/1998	明定電廠在特殊機制下享有FIT費率、保證電廠併聯電網、實施FIP制度
2004年3月	Royal Decree 436/2004	修正Royal Decree 2818/1998，再生能源發電新裝置得適用FIT或FIP。
2007年5月	Royal Decree 661/2007	取代Royal Decree 436/2004而訂定新的FIT及FIP辦法，引入售電價格上限與下限，強化FIP制度穩定性。
2008年9月	Royal Decree 1578/2008	提供太陽光電更優惠的新費率及新上限
2009年4月	Royal Decree-Law 6/2009	設立補貼撥付分配登錄平台，成立電價赤字攤還基金。
2010年8月	Royal Decree 1003/2010	取消Royal Decree 661/2007所頒行的額外補貼；自2008年9月29日起，新發電裝置不再適用躉購電價特殊機制。

公布月份	法規簡稱	有關躉購電價制度之規制重點
2010年12月	Royal Decree 1614/2010 Royal Decree-Law 14/2010	進一步縮減補貼，限制太陽能、風力發電裝置運作時數的額外補貼；廠商應繳付使用電網的費用。
2012年3月	Royal Decree-Law 1/2012	削減特殊機制下的補貼制度，中止未登錄裝置有關補貼撥付預先分配的程序。
2013年2月	Royal Decree-Law 2/2013	立即廢止FIP補貼作法，溯及取消Royal Decree 436/2004予廠商就FIP或FIT擇一補貼的激勵作法。
2013年7月 2014年6月 2014年6月	Royal Decree-Law 9/2013 Royal Decree 413/2014 Ministerial Order IET/1045/2014	建立再生能源發電裝置補貼新機制，補貼的基礎以假設而非實際支出計算合理獲利，Royal Decree 661/2007及其修正內容所建立的補貼機制形同廢止。

資料來源：作者整理

參、西班牙再生能源電能躉購爭議案件

因再生能源電能躉購優惠制度而前往西班牙投資設廠的國際投資人，包括荷蘭、盧森堡、加拿大、英國、德國、法國、日本、葡萄牙、瑞士、瑞典等，認爲西班牙變更躉購制度，導致其損失，乃以西國爲能源憲章條約（Energy Charter Treaty, ECT）締約國，並依該條約的爭議解決機制，紛向國際投資爭端解決中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）、斯德哥爾摩商會仲裁院（Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, SCC）聲請仲裁，或選用聯合國國際貿易法委員會仲裁規則（UNCITRAL Arbitration Rules）由專案仲裁庭（*ad hoc*

arbitration tribunal）進行審理（註三二）。

在35件受理案件中（如表二所示），截至2018年9月底，已結案4件。其中Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Kingdom of Spain 案，雖由仲裁庭作成有利西班牙的判斷（註三三），惟未公開英文完整內容，且爭議性質與本部分後續討論的Construction Investments, et al. v. Kingdom of Spain （簡稱*Charanne*案）雷同；另作成有利聲請人的Eiser Infrastructure Ltd. and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain（簡稱*Eiser*案）及Novenergia II– Energy & Environment （SCA）（Luxembourg）, SICAR v. The Kingdom of Spain（簡稱*Novenergia*案），因*Novenergia*案援用*Eiser*案仲裁庭有關比例原則的見解。是以，以下就具代表性的*Charanne*案及*Eiser*案，分別依事實、當事人在公平與公正待遇標準上的主張、以及仲裁庭在該方面的判斷內容加以說明：

表二：西班牙再生能源躉購電價爭議案件

當事人	案號	進行情況
Itochu Corporation v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/18/25	審理中
DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG and others v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/17/41	審理中
Portigon AG v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/17/15	審理中
Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/16/27	審理中
Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/16/18	審理中

註三二：ECT Article 26 (4).

註三三：italaw, available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf（last visited September 20, 2018）.

當事人	案號	進行情況
Sun-Flower Olmeda GmbH & Co KG and others v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/16/17	審理中
Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/16/4	審理中
Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain	ICSIC Case No. Arb/15/45	審理中
Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain	ICSIC Case No. Arb/15/44	審理中
Hydro Energy 1 S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain	ICSIC Case No. Arb/15/42	審理中
SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain	ICSIC Case No. Arb/15/38	審理中
OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain	ICSIC Case No. Arb/15/36	審理中
E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH and E.ON Iberia Holding GmbH v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/35	審理中
Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/34	審理中
JGC Corp. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/27	審理中
KS Invest GmbH and TLS Invest GmbH v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/25	審理中
Matthias Kruck, et al. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/23	審理中
Cube Infrastructure Fund SICAV, et al. v. Spain	ICSID Case No. ARB/15/20;	審理中

當事人	案號	進行情況
BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/16	審理中
9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/15	審理中
STEAG GmbH v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/4	審理中
Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, et al. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/15/1	審理中
RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/14/34	審理中
RENERGY S.à.r.l. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/14/18	審理中
InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited, et al. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/14/12	審理中
NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/14/11	審理中
Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/14/1	審理中
Eiser Infrastructure Ltd. and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/13/36	2017年5月4日作成判斷，撤銷仲裁之訴審理中。

當事人	案號	進行情況
Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. ARB/13/31	審理中
RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Kingdom of Spain	ICSID Case No. 13/30	審理中
Novenergia II–Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain	SCC Case No. 063/2015	2018年2月15日作成判斷，撤銷仲裁之訴審理中。
Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Kingdom of Spain	SCC Case No. V2013/153	2016年7月17日作成判斷
CSP Equity Investment S.à.r.l. v. Kingdom of Spain	SCC Case No. 094/2013	審理中
Charanne and Construction Investments, et al. v. Kingdom of Spain	SCC Case No. V 062/2012	2016年1月21日作成判斷
PV Investors v. Kingdom of Spain	PCA Case No. 2012-14	審理中

資料來源：ICSID ,https://icsid.worldbank.org/en/Pages/ICSIDSearch.aspx?k=spain#k=spain;italaw, https://www.italaw.com/cases/2303, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf;

UNCTAD, http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/435.（last visited September 20, 2018）

一、*Charanne*案

（一）事實與請求

分屬荷蘭、盧森堡籍之聲請人Charanne B.V. 及 Construction Investment

S.A.R.L，透過買賣、合併、股權移轉等方式，分別於2009年2月及12月，取得西班牙一擁有34座太陽光電廠之Grupo T-Solar Global, S.A. 公司（簡稱T-Solar）部分所有權（註三四）；T-Solar全部發電裝置，受西班牙政府主管機構爲推動光電所訂特殊機制規管（註三五）。聲請人指出，分別於2010年11月19日、12月23日生效的第1565/2010號王室頒令，及第14/2010號王室頒行法，對其所擁有的電廠裝置，以下列方式對其投資造成不利的影響：1.舊有規範有關光電裝置分類的鼓勵補貼，並無設定終止補貼的時程；而第1565/2010號王室頒令規定，自光電裝置運轉第26年起，取消全部的補貼，並新增規定要求電廠必須裝設電網電壓下降時，保護電力系統的反應機制；2. 第14/2010號王室頒行法，爲減少躉購費用赤字而規定的緊急措施，限制光電裝置的運轉時數，以及規定業主必須支付使用輸配電系統費用等（註三六）。聲請人乃依據能源憲章條約（Energy Charter Treaty, ECT）第26條，經與相對人西班牙政府協商三個月不成後，於2012年5月7日以該國政府違反ECT規定爲由，依SCC仲裁規則第2條規定聲請仲裁，請求西班牙政府賠償投資損失。

（二）當事人在公平與公正待遇標準上的主張

1.聲請人

聲請人認爲，西國對其投資未給與公平與公正的待遇，因特殊機制架構的演變脈絡不穩定，且缺乏明確性，違反ECT第10(1)條規定（註三七）。該國的作法使其有合理的期待，認爲規制架構不會變更，認爲與該國簽訂的契約中也不必表達該一情況（註三八），特別是，西班牙爲吸引投資曾透過廣

註三四：Charanne B.V. & Construction Investment S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, Arbitration No.: 062/2012, Final Award, paras. 4-9 （ Translation by Mena Chambers）, available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf（last visited October 16, 2018）.

註三五：*Ibid*., paras. 96, 115, 121-122.

註三六：*Ibid.,* paras.148-168, 232, 269-276.

註三七：*Ibid.,* paras. 479-480.

註三八：*Ibid.,* para. 296.

泛的宣導活動，形容投資光電裝置將有高度的獲利（註三九）；另該國施行第661/2007號、第1578/2008號王室頒令，特別承諾要維持躉購費率與規制，而該兩項法令係針對特定且有限的投資人，並規定應於一定時程內完成必備的要件才能取得補貼（註四〇）。

2.相對人

就聲請人上述實體主張，相對人認爲其措施具合理性且有可預測性，並未侵害聲請人的合理期待，也未溯及性生效（註四一）。其主要論點：

（1）在公平與公正待遇的適用標準上：在國家規制其法秩序的法益與外國投資人的投資利益之間，應作平衡性的評價；

（2）儘管公平與公正待遇的標準認可，應予投資一個穩定的規制架構，然而這並不表示法制體系應被凍結；因爲公平與公正待遇的義務，不等同於穩定條款（stable clause），且國家得持續立法以回應變動的情況。其所禁止的是，國家的立法行爲以不公正及不合理的方式進行。

（3）爲調整與適應變動中的經濟情況，並解決躉購赤字問題，該國對法制架構的調整合法、一致且合理。

（4）該國並未向聲請人明確承諾，將保證凍結第 661/2007號及第1578/2008號王室頒令所規定的償付計畫。

（5）投資人的期待必須是客觀、合理及正當的；決定合理期待的範圍，也必須考量投資人對相關國家的規制架構已知或應知的情況。

（6）任何被合理告知的投資人，應知悉西班牙政府可能修正再生能源的規制架構；合理獲利原則，係指投資人合理期待的獲利。只要遵循該原則，特殊機制予發電廠商的利益並非不能變動，也非永久不變。

（7）聲請人對西班牙法制架構，未善盡注意的義務，僅於投資後提出電廠技

註三九：*bid.,* paras. 298-301.

註四〇：*Ibid.,* para. 297.

註四一：*Ibid.,* paras. 347-368.

術報告及諮詢報告；該國國務委員會（The Council of State ）的備忘錄指出，第 1565/2010號及第14/2010號王室頒行法，未牴觸法律，聲請人曾引用以支持其立場。

（8）聲請人在規制費率機制或未來激勵措施的取得方面，均無既得權利（acquired right）。另第1565/2010號王室頒令及第14/2010號王室頒行法的修正，爲未來的變更，不會影響廠商已售電能，因此不能認其有國際法或西班牙法禁止規定下的溯及性效力。

（三）仲裁庭的判斷

有關投資人在合理期待方面主張，仲裁庭認爲：1.對合理期待的分析應以客觀的標準（以實際情況爲基礎），而不僅是投資人的主觀想法；2.合理期待須依相關的情況加以檢視。即依作成投資時的主要情況；3.合理期待須是適當的（註四二）。爲確定是否因投資作成時所施行的制度架構而產生合理期待問題，仲裁庭指出：

1.爲回應變動的情況及公共利益，國家有權保持合理程度的規範彈性（註四三）；

2.公平與公正待遇的保護標準，並不意味投資作成當時的法律即被凍結或永不改變；

3.在國家對投資人，未明確承諾現行規範永久不變，以及不會爲適應市場需求及公共利益而修改情況下，投資人不能有合理的期待（註四四）。

基於上述，仲裁庭認爲，西班牙並未侵犯聲請人的合理期待；因該國未對聲請人有明確的承諾（註四五）。2010年以前的法規及政府散發鼓勵投資的文宣，都不能視爲是明確的承諾（註四六）；即便法規僅針對某部分人而

註四二：*Ibid.,* paras.494-495.

註四三：*Ibid.,* para. 500.

註四四：*Ibid.,* paras. 499, 510.

註四五：*Ibid.,* para. 490.

註四六：*Ibid.,* paras. 492, 496-497.

侷限一定範圍，但這並不足以延伸解爲國家有明確承諾的狀況（註四七）。對聲請人有明確承諾的例子，也許可能在法規中以穩定條款形式呈現，或基於有利於投資人而作出法規架構不會修正的宣示（註四八）。

仲裁庭指出，爲確定修正投資時原已存在的規定是否違反公平與公正待遇的標準，投資人須證明規定修正不合理、悖於公共政策、或不符合比例原則（註四九）。仲裁庭進而表示，2010年兩項法令，或許損害到發電廠商的利益，但係基於客觀的標準制定，因此不能認爲不合理或出於恣意。其立法宗旨，在減少躉購赤字、控制消費者愈來愈高的用電支出、以及執行有關電網電壓方面的安全措施；因此不能認爲該兩項法令不合公共利益（註五〇）。該庭以多數作成判斷認爲，聲請人無法證明，西班牙違反應予公平與公正待遇的義務。

本案不同意見指出，合理的期待，不能僅限於產生於有特定承諾的存在，而應包括投資時所存在的規制架構。特別規制架構的存在，加上西班牙政府所作的宣示，使該案聲請人作出在西班牙投資太陽光電的決定。儘管國家有規制的權限，但規制權限的行使如果影響到投資人的合理期待時，國家應賠償投資人因此所造成的損失（註五一）。

二、*Eiser*案

（一）事實與請求

2007年至2011年，以倫敦爲總部之私募股權基金Eiser Infrastructure Ltd.

註四七：*Ibid.,* para. 493.

註四八：*Ibid.,* para. 490.

註四九：*Ibid.,* para. 514.

註五〇：*Ibid.,* paras. 517, 535.

註五一：Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain, Arbitration No. 062/2012, Dissenting Opinion of Professor Guido Santiago Tawil, paras. 5, 11, 12, available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7097_0.pdf（last visited October 16, 2018）.

及其以盧森堡爲註冊地之Energia Solar Luxembourg S.à.r.l.子公司，初步投資約1.26億英鎊，用於興建並經營西班牙ASTE專案、三座總裝置容量達149.7 MW之集中型太陽能發電廠（註五二）。投資人之所以作成該項投資決定的可行性評估，及銀行之提供融資，係仰賴第661/2007號王室頒令所提供的特殊機制（註五三）。儘管投資人自承，該一規制機制可能因政府更迭而變更（註五四），但西班牙政府自2008年起所採取各種減少躉購赤字的措施，致其收入減少到不敷支付融資及營運成本，或使投資獲利、投資累計虧損達到1.25億歐元（註五五）。2013年12月9日，Eiser Infrastructure Ltd.及其子公司Energia Solar Luxembourg S.à.r.l.，遂以西班牙違反ECT第10條及第13條規定，向ICSID聲請仲裁，請求西班牙賠償其投資全部損失，並附帶支付其仲裁費用，以及仲裁庭認爲適當之其他救濟（註五六）。

（二）當事人在公平與公正待遇標準上的主張

1.聲請人

ECT規範下的公平與公正的待遇，係一自律標準（autonomous standard），而相對人的行爲明顯不公平與不公正。給與公平公正待遇的義務，須依據ECT的宗旨目的進行解釋，而該義務則在確保投資所需要的穩定與透明環境。對資本密集的能源部門而言，穩定特別需要。聲請人所以在西班牙投資，係因規劃用以吸引投資的第661/2007號王室頒令特殊機制，該頒令第44(3)條含有穩定條款，且該條款是其決定投資的關鍵（註五七）。

相對人所爲規制的澈底變更，使聲請人依第661/2007號王室頒令特殊機制

註五二：Eiser Infrastructure Ltd. and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, paras. 114, 121, available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf（last visited October 17, 2018）.

註五三：*Ibid.,* para. 119.

註五四：*Ibid.*

註五五：*Ibid.,* paras. 153, 154.

註五六：*Ibid.,* paras. 155.

註五七：*Ibid.,* para. 357.

有關穩定、承諾性質與獲利的合理期待無法實現。基於多方面的理由，此等期待合理，投資人的合理期待，因國家的法制架構而得以預料，而變更該一架構得擔負責任。西班牙推廣該國太陽能投資的巡迴路演（road shows）、通過再生能源發電廠商與政府簽署、落實2010年7月協議的第1614/2010號王室頒令、以及其他行銷再生能源投資的努力，都可確認聲請人的期待合理。2011年的決議、以及確認發電廠商將獲得由第661/2007號王室頒令所建立優惠機制的其他官方行爲，均係如此（註五八）。

2.相對人

聲請人的期待不合理，且不受ECT所保障。聲請人不得合理期待其所主張的第661/2007號王室頒令特殊機制，40年維持凍結或不能修正。相對人在這方面未作約定或承諾，且西班牙法律未有穩定條款的凍結規制機制。以過去的判斷及原則以法制架構爲基礎而認已受有承諾，仍未具有充足的理由，Tecmed v. Mexico等仲裁案件仲裁庭的嚴格觀點，已被近期更多承認有需要因情事變更而修正法制的法理所調整與更正（註五九）。

如能善盡注意義務，聲請人應能知悉第661/2007號王室頒令爲一份能被變更的執行性法規，甚至聲請人律師具有瑕疵性的善盡注意義務報告也注意到，先前類似的措施曾被修正過。事實上，聲請人及其共同投資人承認，即使開發案件繼續進行，規制仍有變更的可能性。聲請人及其融資人與合夥人不能有合理期待認爲特殊機制不得修正。聲請人引用某些2011年決議的部分內容當作承諾的證據，純粹是資訊性的事實陳述，當時確屬眞實，但非屬拘束性的承諾（註六〇）。聲請人因此僅能享有新機制所提供的合理利潤，取得法制上所決定的合理利潤，只要電廠設計適當並取得融資，西班牙的規制措施業已提供業者合理的利潤（註六一）。

註五八：*Ibid.,* para. 358.

註五九：*Ibid.,* para. 359.

註六〇：*Ibid.,* para. 360.

註六一：*Ibid.,* para. 361.

（三）仲裁庭的判斷

仲裁庭判定，相對人依據ECT規範，應提供投資人公平公正待遇的義務，的確保障投資人有免於就規制機制，以未考量其係仰賴先前機制決定現行投資條件之處理方式，作根本性的變更。ECT並未禁止西班牙就第661/2007號王室頒令所訂特殊機制作適當的變更，因此，仲裁庭不接受聲請人主張，第661/2007號王室頒令已予其不可改變的經濟權利、不得藉由規制機制變動而加以改變。然而，ECT確有保障聲請人有權防止其在本案所經歷面對的全面及不合理的變更（註六二）。因此，仲裁庭以相對人未給與聲請人公平與公正待遇，而認違反ECT第10(1)條，並應賠償聲請人1.28億歐元之損失（註六三）。其作成此一判斷的主要理由如下：

1.仲裁庭不質疑西班牙主管機關採取合理的措施，處理躉購電價赤字此一公共政策問題。惟於措施採行時，西班牙必須遵照其在ECT應擔負的義務方式爲之，包括有義務給與投資人公平與公正的待遇（註六四）。

2.依據ECT之宗旨，仲裁庭認爲該條約第10(1)條規定，給與公平公正待遇之義務，需包括就投資人所仰賴據以作成長期投資之法律機制的主要特性，提供基本穩定的義務。這並不表示規制機制不能修正，它們當然得予修正，任何投資人的合理期待也必須包括主管機構在其法律權限內就法制架構進行合理變更與修正的實際可能性。然而第10(1)條給與公平公正待遇之義務意謂，規制機制不得對適用之現行投資，以剝奪仰賴該等機制作成投資之投資人的投資價值方式，作澈底的變更（註六五）。

3.聲請人不能合理期待第661/2007號王室頒令所定機制內容逾30年或40年期間不會變更，如同任何規制的投資，部分的變更因時間消逝勢必預料得到。然而，ECT第10(1)條賦與聲請人有權期待西班牙不會用摧毀投資價值的方式，澈底且突然地修正其投資所仰賴的機制；然而這卻是第9/2013號

註六二：*Ibid.,* para. 363.

註六三：*Ibid.,* para. 486.

註六四：*Ibid.,* para. 371.

註六五：*Ibid.,* para. 382.

王室頒行法、第24/2013號法律、第413/2014號王室頒令及執行新機制之第IET/1045/2014號部令所造成的結果（註六六）。

4.相對人於2013年及2014年以遠更澈底的方式變更其規制機制，採取並執行一種全新的規制方法，以流失聲請人投資的融資基礎方式，適用於現行的投資上。此一新的機制導致聲請人所投資ASTE 1-A電廠預計減少的營收，若與先前機制下的估算比較，將達66%，此一營收的減少已對該投資造成嚴重的後果（註六七）。

5.相對人以一全新迥異的規制機制替換，以相對人規制機構所知或應知該新機制的特性，已對聲請人的投資造成摧毀性（devastating）的後果。聲請人在作成其主要投資決定時，西班牙主管機構預料得到集中型太陽能電廠會涉及大量的前端資本投資，而且會是高度財務槓桿的（註六八）。

6.Eiser及合夥人投資專案自外部放款人貸得相當大之金額，其內部資訊顯示，用於營運的貸款超過6.4億歐元。聲請人所投資的營運公司能夠取得該一金額水準的無追索權融資，係因第661/2007號王室頒令所提供、可預期因電廠售電（包括部分氣電）的補貼價格、以及保證優先併聯電網。這些特性使聲請人與共同投資人及放款人能合理預料會有長期收入，用以支付營運與資本支出及提供投資人能夠接受的穩定收益，因而設計及融資電廠（註六九）。

7.由第IET/1045/2014部令啓動、自2014年生效的新制度，實質剝奪聲請人投資的全部價值，用以決定聲請人現行電廠報酬的新訂假設性標準電廠，並未考慮電廠的實際特性。之前爲設計高效發電能力電廠的決定資訊顯示，該等電廠過去的資本支出，比新機制認爲「有效能」之準值超出約40%，其操作與維護支出則較假設性標準電廠高出13-18%（註七〇）。營運公司2014年的財務報告（能供仲裁庭參考之最近年度）顯示在新機制下的營

註六六：*Ibid.,* para. 387.

註六七：*Ibid.,* para. 389.

註六八：*Ibid.,* para. 409.

註六九：*Ibid.,* para. 412.

註七〇：*Ibid.,* para. 413.

收，遠更低於能夠承擔電廠實際的財務與營運支出，更不用提會有投資報酬（註七一）。

8.相對人廢止第661/2007號王室頒令及決定適用全新方法來減少聲請人現行電廠的報酬，已實質剝奪聲請人投資的全數價值，這樣的做法違反其應給與聲請人公平與公正待遇的義務（註七二）。

肆、案件判斷評析

1998年4月16日生效的能源憲章條約，其締約宗旨已從整合前蘇聯盛產能源部門進到至歐洲市場的初衷，轉變成提供國際能源合作的一個法制架構（註七三）。在其第三部分有關能源投資促進與保護方面，訂有相當完整的條款，其中第10(1)條內容：每一締約方應遵照該條約的規定，創造穩定、公平、優惠且透明的條件，鼓勵其他締約方的投資人在其區域進行投資。此等條件應包括承諾始終對其他締約方的投資人所進行的投資給與公平與公正的待遇在內。此等投資也應一直享有保護和保障措施，任何締約方都不能採取任何形式的不合理或歧視性措施，損害投資項目的管理、維護、使用、享有或處理。在任何情況下，此等投資都不應有低於國際法，包括條約義務中所要求的待遇。每一締約方在與另一締約方的投資人或投資之間負有義務時，應予履行。

不惟ECT有上述「公平與公正的待遇」（fair and equitable treatment, FET）內容，國際上其他多邊或雙邊投資條約也訂有相同或類似的條款，例如「北美自由貿易協定」（NAFTA）第1105條及「跨太平洋夥伴全面進步協定」（CPTPP） 第 9.6條之最低待遇標準（minimum standard of treatment），明訂締約方應給與其他締約方投資人的投資，依據國際法（原則）之待遇，包括公平與公正的待遇，給與全部保護與保障；東協綜合投資協定（ASEAN Comprehensive Investment Agreement）第11.1條也規定，每一會員國應就他會

註七一：*Ibid.,* para. 416.

註七二：*Ibid.,* para. 418.

註七三：Charles A Patrizia, *et al., supra* note 4, p 1.

員國投資人的投資，給與公平與公正待遇及全部保護與保障。另ICSID統計已施行的5,797份雙邊投資協定（BITs）（註七四）， FET是協定內容的典型條款，我國對外所簽署近30份的BITs也不例外。然而如此普遍的典型條文，國際上對公平與公正的待遇標準仍舊缺乏一致的界定，個案若涉及此類的爭議，只能由審理者視相關情況加以決定。

FET的標準一般包括下列要件：一、地主國須以透明的態度行事；二、地主國應本於誠信（*bona fide*）行事；三、地主國的行爲不得出於恣意、顯不公平、不公正、怪異獨特、歧視或缺乏正當程序；四、地主國須遵守程序的適當性及正當性（註七五）。即便如此，要在個案中適用這些原則要件，仍有相當的疑問。合理期待的保護作爲FET的內涵之一（註七六），對它的深入分析，在確認地主國是否違反其在國際投資條約下FET的保護義務上，是重要的判斷因素（註七七）。然而投資人的合理期待究於何種情況下才符合FET要件而受到保護，目前也無國際普遍接受的標準。

從實體角度來說，合理期待係投資人自信地主國將來不會變更投資時的條件，或至少是地主國將來對規制架構的改變，不會有不合理情形或不符合比例原則。依此可推論出兩種對合理期待的釋義法（dogmatic approach），第一種是明顯偏向投資人的解釋立場，認爲投資作成時的條件應於投資的生命週期內維持不變，任何有關投資規制架構的變更，均構成違反合理期待的保護；第二種則是較有彈性的觀點，認爲除了受某些限定的要件（例如國家的意思表示、整體的規制環境、規制措施的合法性）所拘束外，地主國有相當的空間變更投資人所適用的法制架構而不至於侵害到應予保護的合理期待

註七四：ICSID, available at: https://icsIbid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx （last visited October 17, 2018）.

註七五：Charles A Patrizia, *et al., supra* note 4, p 5.

註七六：Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States, ICSID CASE No. ARB （AF）/00/2, Award, para. 154.

註七七：Tomás Restrepo, Modification of Renewable Energy Support Schemes under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change, *Goettingen Journal of International Law* 8 （2017） 1, 115.

（註七八）。很明顯的，聲請人在這類爭議上的主張通常會仰賴第一種釋義法，相對人則會傾向選擇第二種釋義法，仲裁庭則在雙方攻防中進行判斷。表三扼要說明當事人就合理期待保護採取不同釋義法下的假設情境，隨後再以假設情境爲基礎，評析二案仲裁庭的判斷。

表三：當事人就合理期待保護採取不同釋義法下的假設情境

	第一種釋義法	第二種釋義法
傾向主張者	聲請人（投資人）	相對人（地主國）
立場	投資作成時的條件應於投資的生命週期內維持不變，任何有關投資規制架構的變更，均構成違反合理期待之保護。	除受某些限定的要件（例如國家的意思表示、整體的規制環境、規制措施的合法性）所拘束外，地主國有相當的空間變更投資人所適用的法制架構。
成就條件	只要確認規制的變更是否對投資人的利益造成損害，合理期待的評價即已完成。	先決條件： 因國家就變動的情況有規制及調整權，須再確定如何決定投資人合理期待的內容。 衍生的條件： 1.是否來自政府的意思表示引發投資人合理期待而認爲於投資的生命週期內，規制架構將維持不會變動。 （1）該合理期待僅能產生於政府明確的承諾，此種承諾有穩定的條款、契約或其它類似陳述而得到背書。 （2）對意思表示的解讀不可憑空想像，須有在主客觀的基礎上能產生的合理期待才算數。因此，投資人應盡其注意義務（due diligence），衡量規制的穩定性及投資地主國的產業脈絡。 2.依照投資人所預想的，規制的變更是否合法。 3.應一併考量誠信、規制措施的公共利益性質、變更的需要性、比例原則。

作者整理，參考資料：Tomás Restrepo, Modification of Renewable Energy Support Schemes under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change, *Goettingen Journal of International Law* 8（2017）1, pp. 115-119.

註七八：*Ibid.*

一、無論是*Charanne*案或*Eiser*案，其仲裁庭都不採第一種釋義法。對於是否投資時施行的規制架構會否產生國際法所保護且不得修正的合理期待，*Charanne*案仲裁庭已給予明確的答案，主要是認爲凍結規制架構將等同於限制國家調整架構以因應環境變動的權能。而*Eiser*案仲裁庭則直指，儘管並無穩定條款或其他明確的保證而產生規制架構保持穩定的合理期待，但投資人本應預想到規制可能會發生變更。本文認爲，既然規制架構的變更，不必然構成違反合理期待的保護，則該一釋義法的成就條件即失之過苛，無法充分說明合理期待評價完成的全部情況。何況依據仲裁庭的觀點，成就條件仍須就地主國規制的變更是否符合合理期待的標準，進一步考量其他因素，才能就地主國所造成的損害，決定其是否應負賠償之責。

二、兩案仲裁庭明顯傾向採取第二種釋義法，地主國得就變動的環境，有相當的空間變更投資人所適用的規制架構，不過如有明確的承諾而予投資人產生合理期待的堅實基礎，地主國即須對合理期待給與更高的保護責任，一旦打破明確承諾而變更規制架構，地主國對此種變更所造成投資人的損失，即應予以賠償。若來自契約安排、地主國意思表示、以及投資時法制架構等可能產生之承諾非屬明確，以及是否可能因此產生合理期待，即有如何認定的問題。以下就仲裁庭對承諾的認定標準，以及其依第二種釋義法部分先決及衍生條件相關要件的觀點分別評析：

（一）承諾的認定標準

兩案仲裁庭並不認爲相對人有明確的承諾存在，使聲請人據以產生合理的期待。其對地主國意思表示是否具有明確承諾之眞意，均傾向作狹義的解讀，即所謂的明確承諾應以有穩定條款或任何對投資人有類似的明確保證爲限。其中*Charanne*案仲裁庭多數意見斷然拒絕規制本身予投資人有合理期待法律未來不會變更的情形，若有該情形，將等同限制國家就所處環境調整其規制架構的權能（註七九）；*Eiser*案仲裁庭則略過該問題認爲，在沒有穩

註七九：Charanne B.V. & Construction Investment S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, *supra* note 34, paras. 498-502.

定條款或任何類似承諾情況下，投資人應可預見規制未來可能變更（註八〇）。

*Charanne*案不同意見則反對狹義解讀地主國的意思表示，認爲投資當時所適用的法律即能產生合理期待，但並不因此剝奪地主國的規制權，若規制變更而使投資人的合理期待受挫，地主國應就其所受損失給予賠償。此一不同意見引出一個問題，Charanne案仲裁庭的多數意見認爲，爲避免限制國家就其所處環境調整其法制架構的權能，規制本身不會有導致合理期待法律未來不會修正的情形。若照該觀點，因穩定條款而認爲國家有不會變更規制的明確承諾，是否同樣也會阻礙國家變更法律的權能？如是，則穩定條款作爲產生合理期待的依據效力，即有可能被質疑，此一問題突顯仲裁庭看法仍有其矛盾之處（註八一）。

（二）地主國意思表示與誠信原則

*Charanne*案仲裁庭在分析2010年兩項法規是否牴觸ECT第10(1)條時表示，投資人合理期待的存在是一相關的因素，該庭與其他仲裁庭基於國際法誠信原則所持的看法持相同立場，即國家不能引誘因有合理期待而前來投資的投資人，之後又忽視該期待所賴以產生的承諾（註八二）。實務上，規制的施行，可能使投資人相信，該規制將於一段期間內維持不變因而決定前往投資，或投資人經過對規制的評估，加上考量地主國作法及當事人間的關係情況，而認法制架構將維持不變。如果仲裁庭一方面認爲有誠信原則的適用，另一方面又未能將該一原則適用於可能的全部情況，其觀點似有前後不能一貫的問題。

註八〇：Eiser Infrastructure Ltd. and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, *supra* note 52, para. 362.

註八一：Tomás Restrepo, *supra* note 77, p 124.

註八二：Charanne B.V. & Construction Investment S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, *supra* note 34, para. 486.

（三）比例原則的適用

比例原則，在二案的判斷結果居重要的決定因素，不過相異仲裁庭以該原則審查不同的法規，卻導致截然不同的結果。其中*Charanne*案仲裁庭認爲，只要規制的變更未突然及不可預測地廢除現行規制架構的重要特性，且非出於恣意或非無必要，即已達到符合比例原則的要求（註八三），而2010年變更後的規制，並未廢除之前施行規制的原來特性（註八四）；*Eiser*案仲裁庭同意*Charanne*案就比例原則所持的見解，但指出，ECT第10(1)條，賦與聲請人有權期待，西班牙不會用摧毀投資價值的方式，澈底且突然地修正其投資所仰賴的機制；因此，其歸責於第9/2013號王室頒行法、第24/2013號法律、第413/2014號王室頒令，及執行新機制之第IET/1045/2014號部令所造成的結果。顯見後者係以前者對比例原則的分析爲基礎而加以補充，使比例原則的適用推理更爲深入。

檢視二案仲裁庭的判斷，變更規制要達到符合比例原則的要件有三：變更的可預測性、變更不出於恣意或具有必要性、以及應保留現行規制架構的重要特性。*Charanne*案判斷認，投資人爲能源市場專家，以其「注意等級」（a level of care）應包括預見規制的變更在內（註八五）。若依此推論，則專家等級之投資人，均應能預測規制的任何變更，此一論述是否課予投資人在合理期待上過苛的責任？可預測性的評估，除了投資人本身的專業條件，也必須納入地主國的意思表示、產業脈絡與動態、投資人所能取得資訊等，因此將「注意等級」改爲「合理可得預測之變更」（reasonably foreseeable change）（註八六），是否

註八三：*Ibid.,* para. 517.

註八四：*Ibid.,* para. 519.

註八五：*Ibid.,* para. 507.

註八六：Tomás Restrepo*, supra* note 77, p 126.

較爲公允？在規制的變更不出於恣意或具有必要性方面，二案的判斷均未表達用以決定恣意或必要性的測試標準，*Charanne*案僅謂，政府所採措施合於理性，並基於客觀標準而不出於恣意（註八七），*Eiser*案則只強調，規制變更係爲處理躉購赤字此一有需要解決的實際問題 （註八八），兩案仲裁庭在這方面仍有需補充說明之處。

依據上述的分析，二案仲裁庭所作成判斷結果儘管不同，一有利於相對人，一有利於聲請人，但就合理期待相關問題的認定上幾乎一致（請參閱表四）；因此仲裁庭的觀點，對於就西班牙再生能源躉購電價規制變更所生爭議，而提起仲裁解決之其他案件的審理，將有一定的參考作用，值得續予觀察。

表四：*Charanne*及*Eiser*案仲裁庭就合理期待相關問題之立場

合理期待相關問題		*Charanne*案	*Eiser*案
投資生命週期內規制是否能予變更？		是	是
明確承諾是否僅指穩定條款或類似明確保證？		是	是
規制能否予投資人有合理期待法律未來不會變更？		不能	（未表達看法）
仲裁案有無穩定條款或明確保證？		無	無
誠信原則的適用		是	是
規制變更與比例原則	規制變更是否具可預測性？	是	是
	規制變更是否不出於恣意？	是	是
	規制變更是否具有必要性？	是	是
	投資人仰賴作成長期投資之規制機制主要特性是否予以保留？	是	否

資料來源：作者整理

註八七：Charanne B.V. & Construction Investment S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, *supra* note 34, para. 534.

註八八：Eiser Infrastructure Ltd. and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, *supra* note 52, para. 371.

伍、結語

一、歸因於發電成本較高，以及執行上的不可預測性，再生能源鼓勵措施與傳統能源比較，本身即具有脆弱性（註八九）。此一脆弱性極易產生爭議，在歐陸國家所走過的再生能源爭議仲裁路徑上已顯露痕跡，該類仲裁案件目前已居能源仲裁案件中的主流，各國中尤以西班牙案件大爆量的情況可稱典型。我國發展再生能源發電，藉由開發離岸風電系統，已由初始階段正逐漸邁向全面推動的階段，在此過程中，執行面及價格面都有可能發生紛爭，因此政府有必要早日就紛爭的避免與解決，預作綢繆。

二、綜合仲裁庭就本文所探討議題所作成判斷，其中可供我國躉購電價制度參考者包括：（一）除有穩定條款或類似的明確保證，而予投資人有合理期待，認爲規制未來不會變更之外，地主國具有變更法律的權能，不受投資生命週期的限制；（二）地主國應遵守誠信原則，即國家不能引誘因有合理期待而前來投資的投資人，之後又忽視該期待所賴以產生的承諾；（三）國家變更規制的作法，應符合比例原則，即：變更應具有可預測性、不出於恣意、有其必要性、以及不得澈底改變投資人仰賴作成長期投資之規制的主要特性。

三、從案件仲裁庭的推理過程大量引用過去國際能源仲裁案件的判解可知（註九〇），各案判斷所依據的國際投資法規雖未必完全相同，案件之間也互不具有拘束力，但因爭議屬性相當，仲裁庭所提出有關投資人合理期待的觀點，仍可作爲分析其他待決案件的參考。顯示國際投資仲裁案仲裁庭相互沿襲而有其認應遵循的法則，違反此等法則而導致投資人的損失，地主國仍應擔負賠償責任。因此除了本文討論案例的判解，我

註八九：Tomás Restrepo, *supra* note 77, p 102.

註九〇：以*Eiser*案仲裁庭爲例，其在公平與公正待遇標準或合理期待之保護議題參考引用的案例包括：Charanne BV v. Spain, ADC v. Hungary, Plama v. Bulgaria, Occidental v. Ecuador, Total S.A. v. Argentina, Micula v. Romania, El Paso v. Argentina, CMS v. Argentina, LGE Energy Corp v. Argentina, BG Group Plc. v. Argentina, Parkerings v. Lithuania, AES v. Hungary。

國政府更有需要針對其他國際能源仲裁案件作有系統的蒐集，一方面藉以避免因規制變更而誤觸雷區，另一方面亦可用於未來可能發生的仲裁或訴訟案之攻防參考。