

## 「國際投資協定上」 保護傘條款適用範圍之研究 以國際投資仲裁案例為中心

朴裁亨\*

### 摘要

自1990年中期起，無論投資合約（如特許合約）中是否存在爭端解決條款，外國投資者欲援引該投資者本國與地主國間簽訂BIT或者FTA投資專章中之「保護傘條款」，皆應按照該等協定的投資爭端解決之規定解決該爭議。而就「保護傘條款」文義解釋之爭論，在2003年SGS v. Pakistan案和2004年SGS v. Philippines案中，因各仲裁庭做出相反的裁決因而備受學界矚目。保護傘條款之定義、適用範圍以及法律效果，不僅在理論上沒有一致的共識，復以實務上各仲裁庭對之作出不一致的仲裁判斷，時至今日，保護傘條款仍是一重要卻亟待解決的議題，圍繞保護傘條款的國際投資爭議仍持續發生。本論文試圖以現行仲裁庭之案例及相關學說見解做為立論基礎，探討在BIT中保護傘條款之定義及其解釋問題；兼論以，由於臺灣和韓國都具有相似出口導向型產業結構（Export-Oriented Industrialization）受限於領土狹小、自然資源不足和國內市場相對較小等所形成的地理環境因素，因而筆者認為，就臺灣和韓國間簽署之BIT保護傘條款進行比較研究是迫切且需要的。本文並建議國際投資協定中宜設有「解釋指南」或者「附件」，使保護傘條款條文更清楚明白；同時，投資者本國與地主國均同意在國際投資協定中設有保護傘條款情形時，得考慮就保護傘條款適用之範圍加以限制，以免爭訟範圍之擴大，徒增加雙方當事人間訴訟成本。又如國際投資協定中並無保護傘條款之相關規定時，爭端解決條款應明文規定完全排除特許合約請求等，甚至限制最惠國待遇之適用範圍，以適法並合理之解釋方法解釋保護傘條款內容，希冀對於仲裁庭作出更有效益之裁決能有所助益。

### 關鍵字

保護傘條款、雙邊投資協定、國際投資爭端解決中心、投資者-地主國爭點解決機制、臺灣、韓國

\* 朴裁亨：國立政治大學法律研究所博士生。

## 壹、前言

外國投資者之直接投資是提高地主國（或投資輸入國）經濟成長率的必要條件，並對奠定該國經濟基礎之快速成長有巨大影響，其重要性可謂日益增加。尤其是諸如臺灣、韓國等自然資源缺乏的國家，爲了確保經濟領域內之持續發展，對外國人投資的依存度愈來愈高<sup>1</sup>。這樣的風潮不僅出現在少數國家間，且是一種全球性現象。而在這樣的趨勢下，自1990年代以來，世界各國間簽署雙邊投資協定（Bilateral Investment Treaty，以下簡稱「BIT」）或自由貿易協定（Free Trade Agreement，以下簡稱「FTA」）中投資專章（Investment Chapter）的情形大幅增加，國際投資仲裁的案件亦持續累積。就外國投資者的立場來看，保護外國境內自己投資之財產是非常重要的議題。爲了保護外國投資者的權利，大多數的BIT中均有納入相關投資者與國家間爭端解決（Investor-State Dispute Settlement；以下簡稱「ISDS」）之機制，如外國投資者（私人或法人）因地主國的違法行爲致其權利遭遇侵害時，外國投資者得據ISDS條款直接對地主國向國際投資爭端解決中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes；以下簡稱「ICSID」）提出訴訟。一般而言，ISDS機制是以解決涉及國際投資協定之爭議爲原則，如A國投資者因B國違反BIT義務，如最惠國待遇（Most-Favoured-Nation Treatment，簡稱「MFN」）、國民待遇（National Treatment，簡稱「NT」）、公正與公平待遇（Fair and Equitable Treatment，簡稱「FET」）和徵收（Expropriation）及補償（Compensation）措施等，渠等遭受利益損失時，方可對B國向ICSID提出仲裁。實際上，BIT性質係屬國家間所簽署的協定，基本上因爲私人不是BIT的直接當事方，並私人間所引發的合約爭議，原則上不屬於ICSID仲裁管轄權範疇。不過若將「保護傘條款（Umbrella Clause）」納入國際投資協定內，依其條款，因外國投資者與地主國之間，諸如特許合約（Concession

<sup>1</sup> 隨著最近全球新冠疫情蔓延，導致外國投資者赴台灣投資或台灣投資者赴國外投資較少，但若全球疫情逐漸緩和，未來外國投資者赴臺灣投資或台灣投資者赴國外投資都將會愈來愈增加。

agreement/contract)<sup>2</sup>般國家投資合約內容所引起之爭議，將亦屬於ICSID之對物管轄範圍內。更早期至1990年代初期，多數國際投資爭議均按照投資合約中，投資爭端解決之程序規定加以解決。惟自1990年中期起，無論在投資合約是否存在爭端解決條款，外國投資者欲援引該投資者本國與地主國間簽訂BIT或者FTA投資專章中之「保護傘條款」，皆按照該等協定的投資爭端解決之規定解決該爭議。就「保護傘條款」文義解釋之爭論，在2003年SGS v. Pakistan案和2004年SGS v. Philippines案，因各仲裁庭做出相反的裁決而備受學界矚目。保護傘條款是否適用於締約一方投資者與締約他方國家間之特許合約，區分實益在於，若依如同BIT般的國際投資協定組成國際投資仲裁庭，其管轄權除了包括違反協定外，還包括違反特許合約。基此，若涉及違反一般合約的爭議也可能變成國際投資爭端時，投資仲裁案件恐會大幅增加。保護傘條款之定義、適用範圍以及法律效果，不僅在理論上沒有一致的共識，復以實務上各仲裁庭對之作出不一致的仲裁判斷，直至今日，保護傘條款仍是一重要卻亟待解決的議題。本文試圖以現行仲裁庭之判斷案例及相關學說見解做為立論基礎，探討BIT中保護傘條款之定義及解釋問題，進而比較臺灣和韓國間已簽署之BIT保護傘條款原則內涵，尋找保護傘條款最適法及合理之解釋方法。

## 貳、保護傘條款之定義

### 一、保護傘條款之意義及演變

#### (一) 意義

所謂「保護傘條款」，又稱為傘狀條款，係指某一國家之行政機關或

<sup>2</sup> 特許合約，又稱國家契約、特許協議等，是外國投資者與地主國政府簽訂的一種投資合約。透過這類合約，地主國政府授予外國投資者原本屬於國家的特定權力，允許他們在地主國境內從事公用事業計劃建設和自然資源開發等投資活動。歷史上，通過特許合約，西方投資者曾從地主國廉價攫取了大量的經濟特權，投資開發當地的礦產資源等，從而嚴重損害了地主國對自然資源的永久主權。陳安主編，國際經濟法新論（第四版），高等教育出版社，頁398-399（2017）。

國營事業機關與外國投資者間所簽署的合約中，爲了確保地主國對外國投資者的合約履行義務，在國際投資協定中明文規定的合約義務履行條款。此類條款之規範目的，主要爲擴張投資保障範圍，在地主國與投資者另外訂有其他投資相關協定之情形，亦可能援引保護傘條款對地主國主張，提供投資者額外的保障<sup>3</sup>。簡單而言，「保護傘條款」係將合約義務置於投資協定的保護傘下<sup>4</sup>。保護傘條款也被稱爲「鏡像效應（mirror effect）條款」、「提升（elevator）條款」、「平行效應（parallel effect）條款」、「合約神聖（sanctity of contract）條款」、「尊重條款（respect clause）」、「約定必須遵守（pacta sunt servanda）條款」和「義務遵守條款（observance of undertakings Clauses）」等<sup>5</sup>，又保護傘條款之建制目的在於，如因一方締約國不履行其與外國投資者間所簽訂的國家投資合約，進而引起違約情形時，外國投資者得依國際投資協定所規定之國際仲裁解決程序加以解決。意即，如地主國違約時，外國投資者得利用ISDS機制解決投資爭端，令違反合約義務轉變爲違反投資協定義務<sup>6</sup>。換言之，根據保護傘條款，締約雙方在單純合約中所承擔的義務程度將提升爲違反投資協定所應承擔的義務。但此項條款只有地主國政府違反投資合約時才能獲得實益，蓋於發生合約爭議之情形，地主國政府之違法措施同時屬於違反投資合約以及違反投資協定義務（國民待遇、最惠國待遇、公正公平待遇和間接徵收及補償），此時外國投資者欲依BIT的ISDS條款解決爭議實不難想像。而須注意者，保護傘條款並非將所有的違反合約義務一概轉變爲違反投資協定義務，而應留待各仲裁庭按各種標準作出判斷<sup>7</sup>。足見，保護傘條款爲外國投資者提供除了投資協定所賦予的保護外，又提供了諸如地主國與外國投資者間簽訂投資合約般額外的保護裝

<sup>3</sup> 經濟部，國際投資協定-分析釋義，經濟部，頁111（2012）。

<sup>4</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, 166 (2nd ed. 2012).

<sup>5</sup> *Ibid.*, at 166; See OECD, INTERPRETATION OF THE UMBRELLA CLAUSE IN INVESTMENT AGREEMENTS, 102 (2008).

<sup>6</sup> 李貴英，國際投資條約之傘狀條款研究：對兩岸未來處理投資議題之啓示，時代法學，第7卷第6期，頁30-31（2009）。

<sup>7</sup> 법무부（法務部），한국의 투자협정 해설서（韓國的投資協定解說書），법무부，頁339-340（2010）。

置。可惜的是，在現今投資仲裁實務上，各仲裁庭對於保護傘條款議題作出的判斷仍不一致，學界對保護傘條款之解釋意涵見解依舊分歧。

### (二) 演變

在國際投資法領域中，保護傘條款最初於1952年「昂格魯-伊朗石油公司（Anglo-Iranian Oil Company，以下稱爲『AIOC』）」一案中被提出，1951年5月伊朗穆沙德（Mohammed Mossadeq）政府公布「石油產業之國有化法律」，並依據該法律對AIOC採取國有化措施，英國對伊朗政府之此項措施表示抗議，並向國際法庭（International Court of Justice，以下稱爲「ICJ」）提出控訴<sup>8</sup>。在本案審理過程中，英籍學者Elihu Lauterpacht建議將相當於「保護傘條款」之規定納入未來的國際協定範圍，以避免由國家單方面地破壞合約<sup>9</sup>。斯時他的倡議只不過是法律諮詢之性質，嗣1959年「Abs-Shawcross Draft Convention on Foreign Investment（以下簡稱『Abs-shawcross草案』）」中才被落實。根據該草案第2條規定，「Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party（締約之一方應時常保證遵守其對另一締約方國民所作的有關投資的任何承諾）」。雖然適用對象侷限於特定合約，並使用如同「undertakings」般的廣義意思，但內容上來看，與今日國際投資協定的保護傘條款相較之下，二者性質類似。又雖1959年Abs-Shawcross草案只是草案，但其內容對德國與巴基斯坦間BIT（Germany-Pakistan BIT）實有直接影響。根據德國與巴基斯坦間BIT（1959）第7條規定，「Each party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party（每一締約方應該遵守其對另一締約方國民或公司之投資所承諾的任何其他義務）」。與Abs-Shawcross草案不同之處在於，德國與巴基斯坦間BIT的保護傘條款，將「undertakings」一詞代替爲「obligations」之詞語。Abs-Shawcross草案對1967年經濟合作暨發

<sup>8</sup> Anglo Iranian Oil Co. United Kingdom v. Iran, ICJ Rep.93 (1952).

<sup>9</sup> A.C Sinclair, *The Origin of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, Vol. 20, No.4, ARBITR. INT., 411-434 (2004).

展組織（Organization for Economic Cooperation and Development，以下稱爲「OECD」）以及「保護外國財產公約草案（Draft Convention on the Protection of Foreign Property）」，以下簡稱『OECD草案』」影響極大。根據OECD草案第2條（Observance of Undertakings）規定「Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other party（每一締約方應時常保證遵守其對另一締約方國民之財產所承諾的任何義務）」。依OECD草案的制定宗旨，在這項條款中將「property」用語代替爲「investment」用語。據OECD評註（notes & Commentary）指出，該草案第2條描述，適用稱作「pacta sunt servanda（約定必須遵守）」的一般原則對另一締約方國民之財產更爲有利，且除非「承諾（Undertakings）」明確排除繼承，否則適用該一般原則對其國民之合法繼承者亦更爲有利。該「財產」包括但不限於投資，對外國人財產的適用範圍作廣義解釋<sup>10</sup>。此外，據同評註，第2條的「承諾」在特許合約或其他國際合約可以被體現，不過此處評註限制了第2條的適用範圍，該「承諾」必須是關乎系爭財產始得爲之<sup>11</sup>。雖然OECD草案未被批准，然OECD卻將OECD草案內容視作可以適用於國際投資領域內「普遍承認的國際法原則」，OECD並建議各會員國擬定BIT模範法時援引該草案。OECD草案對BIT的諸多影響中，部分臺灣BIT也受到了影響。OECD草案除了BIT以外，還影響到與投資有關的多邊協定，例如根據「能源憲章條約（Energy Charter Treaty），以下簡稱『ECT』」第10條第1款規定，「Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with an investor or an investment of an Investor of another Contracting Party（締約之一方應遵守與另一締約方投資者或其投資間所承諾的任何義務）」。此外，1998年OECD多邊投資協定草案（Draft Multilateral Agreement on

<sup>10</sup> Draft Convention on the Protection of Foreign Property Article 9 (c) : "Property" means all property, rights and interests, whether held directly or indirectly, including the interest which a member of a company is deemed to have in the property of the company. OECD, DRAFT CONVENTION ON THE PROTECTION OF FOREIGN PROPERTY TEXT WITH NOTES AND COMMENTS, OECD, 1963, p41.

<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf> (last visited : Oct.25, 2022)

<sup>11</sup> *Ibid.*, at 14-15.

Investment，以下簡稱「MAI草案」）也以「尊重條款（Respect Clause）」形式試圖納入保護傘條款。根據MAI草案中尊重條款之規定，「Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with regard to a specific investment of an investor of another Contracting Party（締約之一方應遵守與另一締約方投資者間就特定投資所承諾的任何義務）」<sup>12</sup>，惟MAI草案至今仍未被批准。

## 二、保護傘條款之學說

1960至1980年代學說之發展，以已開發國家國民為主的外國投資者，與開發中國家及未開發國家為主的地主國間之區分較為明顯。在大多數地主國對外國投資者的保護裝置仍缺乏的情況下，初期西方先進國際法學者們企圖將保護包括其本國投資者及外國投資者之國際投資協定為主題，主要針對地主國遵守所承擔的投資合約義務進行研究。學者們試圖就國家與投資者間之投資合約適用範圍作出廣義解釋。目前國際法學者們的立場也趨於對保護傘條款作出廣義解釋，不過隨著與同條款有關的仲裁案件增加，保護傘條款的適用條件相較以往益加具體<sup>13</sup>。Prosper Weil教授認為，投資協定中「保護傘條款」扮演了將國家與投資者間的合約義務轉變為國際法上條約義務之角色。例如，投資協定中之某項條款要求國家（地主國）尊重並履行本合約時，其投資協定可能將國家和投資者間之單純合約義務（mere contractual obligation）轉變為國際法上義務（international law obligation）<sup>14</sup>。Francis Mann教授認為，國際投資協定中「保護傘條款」能令單純之不履行合約義務轉變為不履行國際法義務。任何地主國之干涉無論是否違反合約、立法或行政行為（a mere breach of contract or a legislative or administrative act），或者相當於徵收的干涉（such interference amounts to expropriation），「保護傘條款」均能保護受地主國干涉的外國投資者所投資的合約上權利，於此，保護

<sup>12</sup> OECD（2008），*supra* note 5, at 104-106.

<sup>13</sup> 關於保護傘條款之學說，請參考OECD（2008），*supra* note 5, at 107-109.

<sup>14</sup> P. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier*, RECUEIL DES COURS III, 1969, at 132 ; See OECD（2008），*supra* note 5, at 108.

傘條款就是一項特別的重要條款（a provision of particular importance）。在國際投資協定上各種經由立法的契約條款或許可（The variation of the terms of a contract or license by legislative measures）；撤銷合約（the termination of the contract）或不履行任何合約條款（the failure to perform any of its terms）；不付款（nonpayment）；與投資者簽訂契約之當地公司經解散（the dissolution of the local company with which the investor may have contracted）以及（不論有否負債）轉讓為投資者的資產（the transfer of its assets）<sup>15</sup>。Emmanuel Gaillard教授指出，探究承諾遵守條款（observance of undertakings clauses，即鏡像效應條款；clauses with a mirror effect）之原意，國家對該條款談判後之起草，企圖允許將違反合約義務有效地視為地主國違反國際條約義務，「承諾遵守條款」的效果便是將諸如單純違反合約般的私法層面轉變為國際法層面<sup>16</sup>。Schreuer教授則認為，於BIT中納入「保護傘條款」，將合約承諾（contractual commitments）置於BIT的保護傘下，為外國投資者提供超越傳統習慣國際法標準的額外保護（additional protection to investors beyond the traditional international standards）。「保護傘條款」在BIT的實質標準（the BIT's substantive standards）增加了遵守投資合約（investment contracts）或地主國之其他承諾（other undertakings of the host State），因此，違反合約均構成違反BIT<sup>17</sup>。此外，James Crawford教授認為，「保護傘條款」的功能不是令合約爭議轉變為投資協定爭議，而係作為協定爭議發生時的根據，換言之，國際投資協定內「保護傘條款」之存在可能成為遵守投資合約的國際義務，但該條款不能令合約轉變為協定，或者亦不能變更為合約爭議時可資適用的準據法<sup>18</sup>。

<sup>15</sup> F.A. Mann, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, volume 52, BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, 241-246 (1981) ; See OECD (2008), *supra* note 5, at 108.

<sup>16</sup> E. Gaillard, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, REVUE DE L'ARBITRAGE, 868 (2003), note 43 ; See OECD (2008), *supra* note 5, at 109.

<sup>17</sup> Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route : of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road*, THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE, 231-256 (2004) .

<sup>18</sup> James Crawford, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, THE 22<sup>ND</sup> FRASHFIELDS LECTURE ON INTERNATIONAL ARBITRATION, 22 (2007) .



國際法學者對保護傘條款適用範圍之觀點相當其程度上的差別，大抵而言，學者們就相較於地主國係採取較偏於保護投資者的立場，該條款之適用範圍多採取廣義解釋的立場。關於保護傘條款之適用範圍、適用方式、適用標準以及效果，迄今在國際投資法領域內還沒建構具體的理論體系，現階段多仰賴諸如ICSID仲裁庭般國際投資仲裁庭就保護傘條款相關案型進行分析及解釋，以進行後續相關研究。

## 參、國際投資協定中保護傘條款之類型與解釋爭議

### 一、保護傘條款之類型

就合約遵守義務體現於投資協定的觀點來看，儘管可將這些條款均視作同種的保護傘條款，惟在全世界現有的約2800多個BITs的情況下，保護傘條款的表現方式在BIT中之態樣各有所不同<sup>19</sup>。保護傘條款之類型計可分為六大類，這六種類型雖不能包括現行BITs上所有的保護傘條款，但仲裁庭處理之有關案例幾乎均可包括在該等類型之中，分述如下<sup>20</sup>：

[https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty\\_and\\_Contract-2.pdf](https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty_and_Contract-2.pdf) (last visited : Dec.25, 2022).

<sup>19</sup> 據UNCTAD公布的統計，目前全世界已存在2829個BITs，當中2219個BITs已生效了。Investment Hub Policy Homepage；<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (last visited : Jun.09, 2023)。

雖然現行多數BITs中規定保護傘條款，然而除了多數開發中國家BITs和部分已開發國家BITs中，諸如法國、澳洲、日本和西班牙BIT以外，USMCA（美墨加協定）、加拿大BITs以及1994年以後的美國BIT模範法還不包括該條款。結果，多數BITs包括保護傘條款，不過無法斷定該項條款通常被納入BIT。

ANDREW NEWCOMBE、LLUIS PARADEL, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES, 443-444 (2009)。

<sup>20</sup> 與保護傘條款之類型有關的仲裁案例：（一）Eureko B.V. v. Republic of Poland, UNCITRAL, Partial award, August 19, 2005, Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, El

(一) 締約之一方應遵守其對另一締約方投資者的投資所承擔的任何義務 (Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party)<sup>21</sup> ;

(二) 締約任何一方應持續保證遵守其對另一締約方的投資所承擔的義務 (Either contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party)<sup>22</sup> ;

(三) 締約之一方應遵守其對另一締約方投資者在其境內投資所承擔的任何義務 (Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party)<sup>23</sup> ;

---

Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, UNCITRAL ; (二) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13 ; (三) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6 ; (四) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13 (last visited : Dec.07, 2022) .

<sup>21</sup> US-Argentina BIT (1991) Article 2.2 (c) ; Netherlands-Latvia BIT (1994) Article 3 (4)

UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/162/argentina---united-states-of-america-bit-1991-> ; <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/tips/2357/latvia---netherlands-bit-1994-> (last visited : Oct.15, 2022) .

<sup>22</sup> Switzerland-Paraguay BIT (1992) Article 11 ; Switzerland-Pakistan BIT (1995) Article 11  
UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2747/paraguay---switzerland-bit-1992-> ; <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2721/pakistan---switzerland-bit-1995-> (last visited : Oct.15, 2022) .

<sup>23</sup> Germany-Mexico BIT (1988) Article 8 (2) ; Switzerland-Philippines BIT (1997) Article 10 (2)

UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1718/germany---mexico-bit-1998-> ; <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2766/philippines---switzerland-bit-1997-> (last visited : Oct.15, 2022) .

(四) 締約之一方應在其領土內建立及維持法律體系，以便向投資者保證法律待遇的持續性，包括誠信地遵守對每個特定投資者承擔的所有承諾 (Each contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith of all undertakings assumed with regards to each specific investor)<sup>24</sup>；

(五) 締約之一方應遵守其對另一締約方投資者之特定投資中以書面形式所承擔之任何義務。因其義務產生的爭議應只有在各有關之合約條款和條件下方可解決 (Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into in writing with regard to a specific investment of an investor of the other Contracting Party. The disputes arising from such obligations shall be settled only under the terms and conditions of the respective contract)<sup>25</sup>；

(六) 締約之一方在其本國法管轄下，根據地主國法律和本協議條款所作之投資，應遵守其主管機關對另一締約方國民提供的任何書面上承諾 (A Contracting Party shall, subject to its law, adhere to any written undertakings given by a competent authority to a national of the other Contracting Party with regard to an investment in accordance with its law and the provisions of this Agreement)<sup>26</sup>。

## 二、保護傘條款之一般解釋爭議

如上所述，由於各國所簽署的BIT中保護傘條款的類型各有不同，仲裁庭

<sup>24</sup> Italy-Jordan BIT (1996) Article 2 (4) Promotion and Protection of Investments  
UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2082/italy---jordan-bit-1996-> (last visited : Oct.15, 2022) .

<sup>25</sup> Greece-Mexico BIT (2000) Article 19 Application of other Rules  
UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1808/greece---mexico-bit-2000-> (last visited : Oct.15, 2022) .

<sup>26</sup> Australia-Chile BIT (1996) Article 11 Undertakings given to investors  
UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/202/australia---chile-bit-1996-> (last visited : Nov.02, 2022) .

對保護傘條款的適用範圍作出不一致之判斷亦不難想像。爲了作出對現行保護傘條款內容之合理解釋，勢將透過對各種資料進行綜合分析研究，如特定BIT之具體文句、通常意義及內容、協定簽署目的、協定簽署程序、締約雙方之意圖等。在現行BITs中，表達保護傘條款的普遍方式是「commitment」、「any obligation」、「any other obligation」<sup>27</sup>。進一步言之，保護傘條款普遍是以「any obligation（所有/任何義務）」、「commitments（承諾）」和「all undertakings（所有承諾）」等爲適用對象。就文義解釋來看，保護傘條款的適用對象範圍可以採用廣義解釋，除了包括合約上義務以外，還包括非合約上義務。惟應注意者，若在作出廣義解釋時，保護傘條款的適用對象是否包括如地主國政府對外國投資者所採取之單方面立法措施及行政措施，此部分恐怕引起爭論。據Enron v. Argentina仲裁庭認爲，如與投資有關之情形，其適用對象除了包括合約上義務，還包括地主國立法及執行命令面上之義務，並據SGS v. Pakistan仲裁庭認爲，「commitments」的適用對象包括地主國地方政府的單方面行政措施<sup>28</sup>。按照「obligation（義務）」一詞後面的修飾文句，如「entered into（承擔）」、「assumed（承擔）」、「have（存在）」等，其所使用的修飾措詞，對保護傘條款適用範圍之解釋可能生有影響。在部分BIT保護傘條款中，諸如「contractual obligation」之用字，其義務適用對象限縮爲合約義務<sup>29</sup>；其次多數保護傘條款中「observe（遵守）」、「respect（尊重）」或「guarantee（保證）」等動詞則與助動詞「shall（應該）」結合在一起，這項條款顯示者即爲強行規範。義務類型可分爲兩種，一種是「直接義務表達方式」，另一種則是「間接義務表達方式」。「直接義務表達方式」

<sup>27</sup> OECD (2008), *supra* note 5, at 102.

<sup>28</sup> Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, ICSID ARB/01/3, Award, May 22, 2007, paras. 273-274; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Aug. 6, 2003, para. 166.

<sup>29</sup> Austria-Chile BIT (1997) Article 2. Promotion, admission and protection of investments  
(4) Each Contracting Party shall observe *any contractual obligation* it may have entered into towards an investor of the other Contracting Party with regard to investments approved by it in its territory.  
UNCTAD Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/234/austria---chile-bit-1997-> (last visited: Nov.09, 2022).

包括「shall observe（應遵守）」或「shall respect（應尊重）」等，主要對保護傘條款作出廣義解釋，而「間接義務表達方式」包括了「shall guarantee（應保證）」、「shall maintain（應保持）」、「shall not interfere with（不應干涉）」或「shall do all in its power to ensure（應盡力保障）」等，則對保護傘條款作出狹義解釋<sup>30</sup>。此外，如合約爭端仰賴合約協議規定來解決，在一些BIT中便擬定特別規定，試圖於合約爭議發生前，避免其向國際仲裁庭提出仲裁<sup>31</sup>。並且，捷克與新加坡間的BIT中亦增補了對私人間國際法層面上之紛爭，預先性地禁止國家可能干預的情況（如、締約之一方不應干涉國民或公司

<sup>30</sup> Australia-Poland BIT（1991）Article 10. Undertakings given to investors

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. UNCTAD Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/219/australia---poland-bit-1991->（last visited : Nov.10, 2022）.

Czech Republic-Singapore BIT（1995）Article 15. Other obligations

Each Contracting Party shall observe commitments, additional to those specified in this Agreement, it has entered into with respect to investments of the investors of the other Contracting Party. 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.

UNCTAD Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1226/czech-republic---singapore-bit-1995->（last visited : Nov.10, 2022）.

<sup>31</sup> Austria-Mexico BIT（1998）Article 9 Other Obligations

Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed in writing, with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party. *Disputes arising from such obligations shall be settled under the terms of the contracts underlying the obligations.*

UNCTAD Investment Policy Hub:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/260/austria---mexico-bit-1998->（last visited : Nov.10, 2022）.

Denmark-India BIT（1995）Article 2.4

Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party, *with disputes arising from such obligations being only redressed under the terms of the contracts underlying the obligations.*”

UNCTAD Investment Policy Hub:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1257/denmark---india-bit-1995->（last visited : Nov.10, 2022）.

與締約他方之國民或公司就其投資訂立的除本協定規定以外的任何承諾)<sup>32</sup>。

### 三、投資協定中保護傘條款位置之解釋爭議

雖然BIT中設有保護傘條款，但其在BIT條款中的位置不盡相同。於協定本文中，保護傘條款的位置大致得分為三種類型：

第一類型，通常將保護傘條款置於協定本文的前半部，即將該條款置於實體法上之保護條款中。

第二類型，則將保護傘條款置於協定本文的後半部，即置於實體法上保護條款外的其他條款內。

第三類型，則將保護傘條款置於爭議解決條款之前半部。

(一) 丹麥BIT模範法將保護傘條款置於BIT下之實體法保護詳細條文內 (Denmark BIT Model Law (2000) Article 3 Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals of the other Contracting Party) ；

(二) 瑞士BIT模範法將保護傘條款置於一項稱作「其他承諾」的條款中，並將該條款置於兩項爭端解決條款及代位權條款後半部，與實體法加以區分 (Switzerland BIT Model Law (1995) Article 10 Other Commitments (2) Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party) ；

(三) 第三類型是將保護傘條款自實體法條款獨立出來，但將其置於爭議解決條款之前半部 (The Germany BIT Model Law (2008) Article 7 Other

<sup>32</sup> Czech Republic-Singapore BIT (1995) Article 15. Other obligations

(2) Each Contracting Party shall observe commitments, additional to those specified in this Agreement, it has entered into with respect to investments of the investors of the other Contracting Party. *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.* UNCTAD Investment Policy Hub:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1226/czech-republic---singapore-bit-1995-> (last visited : Nov.10, 2022) .

provisions(2)Each Contracting State shall fulfil any other obligations it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State)<sup>33</sup>。

探究保護傘條款之適用範圍，就其內容是否包括違反「實體法上之保護規定（the substantive protections）」提出質疑時，將保護傘條款置於實體法上保護條款之位置，或是將該條款置於實體法上保護條款外，仲裁庭對保護傘條款是否做出不同判斷？啓人疑竇<sup>34</sup>。不過SGS v. Philippines案仲裁庭認為，僅因為同一種詞語之位置不同，致其條款有時合法有效、有時無效，實難以接受<sup>35</sup>；Eureko B.V. v. Poland案仲裁庭亦認為，保護傘條款之位置與該條款的功能毫無關聯<sup>36</sup>。由此可知，迄今就投資仲裁案例和學說而言，無論在投資協定中保護傘條款置於何處，對該條款之效力均不生影響。

### 肆、保護傘條款之適用範圍

由於保護傘條款之條文內容將決定遵守義務之承諾範圍，及決定是否將違反合約義務提升為違反協定義務，甚而有變更ICSID仲裁庭對物管轄權之可能性，因此對保護傘條款之適用範圍進行解析極其重要。保護傘條款於1998年Fedax v. Venezuela案仲裁庭中首次被提到，該案中相對人（委內瑞拉政府）未將相對人發行之期票票款支付給聲請人（Fedax公司為荷蘭籍法人），因而產生雙方間之爭議。本案仲裁庭對保護傘條款雖未進行深入研究，然根據保

<sup>33</sup> OECD (2008), *supra* note 5, at 113-114.

<sup>34</sup> SGS v. Pakistan, *supra* note 28, para. 170.

<sup>35</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case no. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, January 29, 2004, para. 124.

<sup>36</sup> Eureko B.V. v. Republic of Poland, ad hoc UNCITRAL, Partial Award, August 19, 2005, paras. 256, 259.

<sup>37</sup> Netherlands-Venezuela BIT (1991) Article 3 (4) Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to the treatment of investments of nationals of the other Contracting Party. If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by nationals of the other Contracting Party to a treatment more favourable

護傘條款中「通常意義 (plain meaning)」，即根據荷蘭與委內瑞拉間BIT第3條第38款規定認為，委內瑞拉政府應遵守該等投資條款之規定，並履行由相對人發行之期票上所附特定條件之支付義務<sup>38</sup>。

自瑞士SGS公司所涉的兩場仲裁庭中，對保護傘條款之解釋做出不同的判斷以來，學界掀起了激烈的爭論。現行國際投資仲裁實務上，仲裁庭對保護傘條款之解釋通常分為「狹義解釋 (Narrow Interpretation of Umbrella Clause，即違反合約義務不屬於違反投資協定義務)」和「廣義解釋 (Broad Interpretation of Umbrella Clause，即將違反合約義務視作違反投資協定義務，認有ICSID仲裁庭的管轄權)」<sup>39</sup>。

## 一、保護傘條款之實務見解

### (一) 採狹義解釋之裁決見解

SGS v. Pakistan案<sup>40</sup>仲裁庭駁回了聲請人 (SGS公司) 主張保護傘條款將違反合約 (breaches of contract) 義務提升為違反協定義務 (a breach of the treaty) 之說法。仲裁庭認為，於此解釋之下，瑞士與巴基斯坦間BIT第11條之適用範圍幾乎是無限制的擴張 (susceptible of almost indefinite expansion)，但瑞士與巴基斯坦間BIT第11條條文本身並非無自動地將外國投資者所主張的

than is provided for by the present Agreement, such regulation shall to the extent that it is more favourable prevail over the present Agreement.

UNCTAD Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2668/netherlands---venezuela-bolivarian-republic-of-bit-1991-> (last visited : Nov. 12, 2022) .

<sup>38</sup> Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Final award, March 9, 1998, para. 29 ; See KATIA YANNANCA-SMALL, ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES, 480 (2010) .

<sup>39</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 4, at 169-177 ; 조희문, 국제 투자조약상 포괄적 보호조항의 해석에 관한 연구, 仲裁研究, 第19卷第2號, 頁109-116 (2009) .

<sup>40</sup> 聲請人是瑞士籍法人Société Générale de Surveillance S.A. (以下簡稱「SGS公司」)，1994年9月29日該公司與巴基斯坦政府 (被聲請人) 簽訂了一項「裝運前檢驗服務合約 (Pre-Shipment Inspection Agreement, 以下簡稱『PSI合約』)」。其服務宗旨在於確認進口貨品應按用途分類，提高巴基斯坦對進口貨品徵收關稅之效率，合約之選擇條款約



違反合約行為提升為違反國際條約法層面（the level of breaches of international treaty law）的意圖<sup>41</sup>。仲裁庭並認為，聲請人對瑞巴BIT第11條所作解釋方法之法律後果（the legal consequences），可能造成該條款的適用範圍深廣之不同（so far-reaching in scope），運作上可能會造成其範圍漫無限制（so automatic and unqualified），並且對締約當事方可能造成沉重負擔之潛在負面影響（so burdensome in their potential impact）的後果。此時聲請人必須提出明顯的、有說服力的證據來證明BIT締約方具有該意圖（we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant），惟聲請人卻未能予以證明<sup>42</sup>。仲裁庭對聲請人所主張之BIT第11條解釋內容，詳列其後果如後：1、瑞士與巴基斯坦間BIT第11條也許會被無數的國家契約（unlimited number of State contracts）以及列出國家的承諾義務之其他州法律文書（other municipal law instruments setting out State commitments）援引並作為參考依據，州法律文書包括地主國對另一締約投資方承擔之單方承諾（義務），因此違反合約及法律文書均將被視為違反BIT；2、根據聲請人對BIT第11條之解釋，BIT第3條至第7條所示之實體法上義務條款將顯得多餘（substantially

---

定由巴基斯坦法院管轄。1996年12月12日，巴基斯坦政府通知SGS公司系爭PSI合約將於1997年3月11日終止，至1998年1月，SGS公司就巴基斯坦單方面終止PSI合約及未支付請求費用（non-payment of its invoice）向瑞士法院提出訴訟。瑞士下級法院駁回SGS公司之請求，業經2000年11月23日瑞士聯邦抗訴法院亦駁回SGS公司之請求在案。2000年9月，巴基斯坦政府對PSI合約爭議率先提交巴基斯坦仲裁委員會進行仲裁。SGS公司向巴基斯坦仲裁委員會提出前置程序抗辯（preliminary objection on jurisdiction），並以巴基斯坦政府違反PSI合約為由向仲裁委員會提出反請求（counter-claim）。2001年10月12日，SGS公司主張巴基斯坦違反瑞士與巴基斯坦間BIT，更依該BIT對巴基斯坦政府向ICSID提出仲裁。SGS公司援引瑞士與巴基斯坦之間BIT（Switzerland-Pakistan BIT）第11條之保護傘條款（Either Contracting Party shall constantly guarantee the observation of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party）主張該項合約請求權（contractual claims）具BIT仲裁管轄權（paras. 53-54）。未料被聲請人（巴基斯坦）援引Vivendi v. Argentina案撤銷程序特別委員會（ICSID ad hoc Annulment Committee）之裁決主張，該案應適用該合約本國爭端程序解決，排除BIT爭端解決程序之適用，本合約因而不具BIT仲裁管轄權（para. 44）。SGS v. Pakistan, *supra* note 28, paras. 1-9.

<sup>41</sup> *Ibid.*, para. 166.

<sup>42</sup> *Ibid.*, para. 167.

superfluous)。蓋違反合約、條例或規則（a simple breach of contract, or municipal statute or regulation）本身便足以構成違反BIT，並肇致該條約方的國際責任（international responsibility），實際上不必對違反BIT實體法上標準（a violation of those substantive treaty standards）加以證明；3、該後果可能造成投資之一方得任意撤銷雙方前於國家合約（契約）中自由約定而合意的爭端解決條款<sup>43</sup>。大抵而言，仲裁庭認為聲請人對BIT保護傘條款作出廣義解釋並不合理，毫無疑問地，應該對該條款作出更狹義的解釋<sup>44</sup>。

在Joy Mining Machinery Limited v. Egypt（2004）案中，仲裁庭認為合約上的商業因素（a commercial element of the Contract）不構成對英國與埃及間（United Kingdom-Egypt）BIT之違反，儘管該涉及商業交易合約的一方是國家機關（a State agency），仍改變不了其商業性質（its nature）<sup>45</sup>。仲裁庭並認為，依「保護傘條款」規定，將瑣細之商業爭議轉變為BIT仲裁對象顯不合理，不過若地主國明顯違反合約時，例外地得援引保護傘條款進而提出仲裁。換言之，僅有在地主國明顯違反BIT之權利及義務，或其程度足以威脅BIT上保護內涵時（the Treaty protection），依該BIT保護傘條款規定，方可能將合約上爭議轉變為BIT投資爭議，然本案並不屬於這種情況<sup>46</sup>。

在Salini v. Jordan（2004）案中，仲裁庭認為，本案與過去兩場SGS案相較之下，根據義大利與約旦間BIT第2條第4款<sup>47</sup>，如前述巴基斯坦案，締約之一方並未遵守其對另一締約方投資者之特定投資（it had previously assumed）前所承諾過的任何義務，並如巴基斯坦案所示，締約之一方並未保證遵守其對另一締約投資者所為投資所承擔之義務。本案締約之一方只承諾（only

<sup>43</sup> *Ibid.*, para. 168.

<sup>44</sup> *Ibid.*, paras. 166-169.

<sup>45</sup> *Ibid.*, paras. 78-79.

<sup>46</sup> *Ibid.*, para. 81.

<sup>47</sup> Italy and Jordan BIT（1996）Article 2(4) Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor. UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2082/italy---jordan-bit-1996->（last visited : Dec.10, 2022）.

committed) 了創建和保持 (create and maintain) 該法律框架 (a legal framework)，確保其就每位特定投資者前所承擔過之義務之履行。綜上所述，仲裁庭聲稱相對人 (約旦) 之唯一義務係「確保其所創建和保持之法律框架之履行」，因而駁回申請人之主張<sup>48</sup>。

在CMS v. Argentina (2005) 案中，仲裁庭認為，並非違反所有合約均違反BIT (not all contract breaches result in breaches of the Treaty)。在BIT層面上的保護標準 (The standard of protection of the treaty)，只有在地主國明顯違反BIT上權利及義務，或者明顯違反受BIT保護的合約權利時方可採用。在某些情況下，單純商業之合約恐無法受到BIT的保護，惟有在地主國政府或公務機關 (governments or public agencies) 對另一締約方投資者權利有重大干預時，投資者方受到BIT上之保護。CMS案仲裁庭認同被申請人 (阿根廷政府) 之主張，並非違反所有合約即等同違反投資協定，唯有地主國政府或公務機關嚴重干預投資者權利時，其合約責任方轉變為違反投資協定。另某些情況下，合約上之單純商業爭議，投資協定可能不予保護<sup>49</sup>。CMS案仲裁庭亦特地提到部分仲裁庭之其他先例 (例如，Lauder v. Czech Republic, Genin v. Estonia, Aguas del Aconquija v. Argentina, Azurix v. Argentina, SGS v. Pakistan, SGS v. Philippines and Joy Mining v. Egypt cases)，並對該仲裁案件中就商業合約之爭議，與因違反BIT層面上標準及各自訴訟事由 (their respective causes of action) 而引發之爭議作了區分<sup>50</sup>。

在CMS v. Argentina Annulment proceeding (2007) 案中，ICSID撤銷程序特別委員會 (ICSID annulment committees) 亦認為，就美國與阿根廷間BIT第2條第2款第c項「any obligation [each other] may have entered into with regard to investment [...]」而言，該條款與BIT中所獨立出來的與依地主國之國內法律或國際公法之「雙方合意義務 (consensual obligations)」有關，此項

<sup>48</sup> Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case no. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004, para. 126.

<sup>49</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, Case no. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 299.

<sup>50</sup> *Ibid.*, para. 300.

義務必須是關於投資之特定義務，且並不涵蓋由地主國法律規定的一般要求（general requirements）。美國與阿根廷間BIT第2條第2款第c項所述的地主國義務多與投資公司（投資者）間具有內在聯繫<sup>51</sup>。

在El Paso v. Argentina（2006）案<sup>52</sup>中，仲裁庭指出，必需將「國家作為商人（the State as a merchant）」與「國家作為主權者（the State as a sovereign）」加以區分，並在投資協定上定義該投資爭議係指「國家作為主權者」時所生違約而產生的所有爭議<sup>53</sup>。仲裁庭亦認為，若對「保護傘條款」作出廣義解釋，國內法秩序（national legal orders）與國際法秩序（international legal order）間之區別將變得模糊，投資者也許連瑣碎之合約爭議都將援引投資協定下保護傘條款進而提出投資仲裁<sup>54</sup>，本案仲裁庭對就保護傘條款作出廣義解釋者表示憂慮。

在Pan American v. Argentina（2006）案中，仲裁庭認為根據先前仲裁庭裁定之重要先例，美國與阿根廷間BIT上「保護傘條款」無法將所有合約請求（any contract claims）轉變為投資協定請求（a treaty claims）<sup>55</sup>。換言之，本案仲裁庭尚不承認保護傘條款得將違反合約上約定轉變為違反國際法（breaches of international law）。本案仲裁庭中，三名仲裁員之其中兩名就保護傘條款持相同看法，不支持對該條款作廣義解釋。

在Sempra Energy v. Argentina（2007）案中，仲裁庭將「違反普通商業合約（ordinary commercial breaches of a contract）」與「違反投資協定（treaty breaches）」二者間作了區分，表示只有「違反BIT」時方可屬於BIT保護傘條

<sup>51</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, Case no. ARB/01/8, Decision on the Ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 95

<sup>52</sup> El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID Case no. ARB/03/15 April 27, 2006 ; El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, Award, ICSID Case no. ARB/03/15, 30 October 2011 paras. 526-538.

<sup>53</sup> El Paso Energy v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, *supra* note 52, para. 81.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 82.

<sup>55</sup> Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13 and BP America Production Co. and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/8 ; Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, para. 110.

款之適用範圍，本案仲裁庭認同SGS v. Pakistan案仲裁庭之裁決，並其指出此種區分是不可或缺的，以避免保護傘條款之適用範圍泛無限制且不合理地擴大（an indefinite and unjustified extension of the umbrella clause）<sup>56</sup>。

在Continental Casualty v. Argentina（2008）案中，仲裁庭認為，合約之違反與因地主國法律而產生之一般義務（general obligations）有關，明顯地，當合約之違反涉及依地主國法律所規定的一般義務時，保護傘條款並沒有發揮作用。本案仲裁庭認同CMS v. Argentina撤銷案中ICSID撤銷程序特別委員會對該條款之解釋方法<sup>57</sup>，仲裁庭認為按照LG&E案仲裁庭仲裁判斷，因為阿根廷兌換及銀行制度之法律直接與阿根廷民眾或多數之銀行存款人有關，故阿根廷的法律措施不屬於保護傘條款之適用範圍。即阿根廷之金融兌換法（the Convertibility Law）條款及無體財產法（the Intangibility Law）條款不能成為聲請人投資公司（LG&E）向阿根廷政府要求承擔義務的依據（a source of obligation），此兩項法律條款不享有BIT保護傘條款之保護<sup>58</sup>。

在Toto v. Lebanon案（2009）中，仲裁庭認為，義大利與黎巴嫩間BIT第9條第2項<sup>59</sup>作為強制執行請求權之機制（as a mechanism for the enforcement of claims）可以被利用，惟根據同條款，不能將純粹的投資合約請求轉變為投資協定請求。投資合約請求應依投資合約條款進行，爭端解決程序亦在依投資合約的所規定的地主國法院（黎巴嫩法院）進行<sup>60</sup>。

在Gustav FW Hamester v. Ghana（2010）案中，仲裁庭贊同在Impregilo v. Pakistan案仲裁庭所採用的解釋方法，即投資者與（與巴基斯坦政府無關

<sup>56</sup> Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, award, September 28, 2007, para. 310

<sup>57</sup> Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008, para. 300.

<sup>58</sup> *Ibid.*, paras. 301-302.

<sup>59</sup> Lebanon and Italy BIT（1997）

Article 9(2) Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party. UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2090/italy---lebanon-bit-1997->（last visited : Dec.20, 2022）.

<sup>60</sup> Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009. para. 202.

的法人的) 巴基斯坦水電發展局 (the Pakistan Water and Power Development Authority) 簽訂的合約不屬於保護傘條款之適用範圍<sup>61</sup>。仲裁庭認為, 援引 CMS v. Argentina 撤銷案中撤銷程序特別委員會所採取的立場, 透過稱作「保護傘條款」的幻想 (by the magic of the so-called 「umbrella clause」), 不能將自國家獨立出來之公營單位法人 (a public entity distinct from the State) 與外國投資者間簽訂的合約義務轉變為地主國對投資者承擔的BIT義務。換言之, 保護傘條款的效力並不在於將合約義務轉換為其他義務<sup>62</sup>。

在 Bosh International v. Ukraine 案 (2012) 中, 仲裁庭認為, 美國與烏克蘭間BIT第2條第3項第c號<sup>63</sup>所規定的「當事人之一方 (the Party)」一詞指的是當事人作為國家行事的任何情形 (any situation where the Party is acting qua State), 即如地主國的特定機關所採取的行為可以歸屬於國家, 則特定機關也視為「當事人之一方」, 惟至於投資合約請求, 當事人應遵循依本投資合約所規定的爭端解決程序<sup>64</sup>。

在 Tulip v. Turkey 案 (2014) 中仲裁庭認為, 「保護傘條款」不能使所有的合約請求自動上升 (elevate) 為協定請求。BIT並不適用於純粹合約上糾紛 (purely contractual disputes)。亦即, 荷蘭與土耳其間的BIT第8條第1項<sup>65</sup>規定, 將「投資爭端 (investment dispute)」定義為「投資認可之解釋或適用 (the interpretation or application of any investment authorization) 和投資協定

<sup>61</sup> Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010, para. 343.

<sup>62</sup> *Ibid.*, para. 346.

<sup>63</sup> Ukraine and U.S. BIT (1994) Article 2.3(c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.  
UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3054/ukraine---united-states-of-america-bit-1994-> (last visited : Dec.20, 2022) .

<sup>64</sup> Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, October 25, 2012, paras. 246-247.

<sup>65</sup> Netherlands and Turkey BIT (1986)  
Article 8(1) For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving: (a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party's foreign investment authority to an investor of the other Contracting

中任何權利之違反（a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment）」，並第8條第3項<sup>66</sup>規定ICSID仲裁標的僅是投資爭端<sup>67</sup>。本案仲裁庭還認為，爲了構成協定請求，其行爲須包括公權力之行使（the invocation of puissance publique）的主權行爲（sovereign conduct），作爲普通合約當事人（an ordinary contractual party）的行爲無法成爲BIT之違反（a BIT violation）<sup>68</sup>。仲裁庭認為，由原告提及的Emlak（土耳其不動產投資企業）之行爲具有合約之性質，並不能構成協定上之爭議焦點。此外，仲裁庭認為，依據被申請人提交的證據，對於Emlak超越了作爲普通合約當事人來追求其商業最佳利益難以作出正確的判斷，對構成協定之違反並無判斷餘地<sup>69</sup>。

在Supervision y Control v. Costa Rica案（2017）案中，仲裁庭指出，簽署包含保護傘條款投資協定的國家無法直接主張將違反任何合約當作違反投資協定。本案仲裁庭援引El Paso v Argentina案的仲裁庭裁決，依據投資協定中的保護傘條款無法將所有合約請求（any contract claims）轉變爲投資協定請求（a claims under the treaty），並其認爲只有在特殊的情況下作爲主權實體的國家行爲（the State act as Sovereign entity）而不是私人合約當事人，方可適用保護傘條款<sup>70</sup>。

---

Party; or (b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.

UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2661/netherlands---turkey-bit-1986-> (last visited : Dec.21, 2022) .

<sup>66</sup> Netherlands and Turkey BIT (1986)

Article 8(3) (a) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to the [ICSID] for settlement by arbitration. UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2661/netherlands---turkey-bit-1986-> (last visited : Dec.21, 2022) .

<sup>67</sup> Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March, 2014, paras. 348-349.

<sup>68</sup> *Ibid*, para. 354.

<sup>69</sup> *Ibid*, paras. 358-361.

<sup>70</sup> Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/12/4, Final Award, 18 January 2017, para. 282.

## (二) 採廣義解釋之裁決見解

SGS v. Philippines案<sup>71</sup>中，仲裁庭對菲律賓所提出之異議作出決定認為，根據BIT中爭端解決規定以及保護傘條款對SGS公司依合約所為之請求，仲裁庭具備本案仲裁管轄權。仲裁庭認為，雖然瑞士與菲律賓間BIT中保護傘條款文句「Each Contracting Party shall observe any obligation …」，與瑞士與巴基斯坦間BIT條款「Either Contracting Party shall constantly guarantee the observation of the commitments …」相較之下，後者比前者更為含糊不清（vaguer），不過仲裁庭仍就SGS v. Pakistan案中該條款作出了高度限制性（a highly restrictive）之解釋<sup>72</sup>。本案仲裁庭更認為，雖然「違反地主國與另一方締約國投資者簽訂之合約並非違反國際法」此原則被Vivendi v. Argentina案撤銷程序特別委員會所確認，不過在Vivendi案中審議之法國與阿根廷（France-Argentina）間BIT並未載有諸如瑞士與巴基斯坦間BIT第11條內容之對應文句，因此該撤銷委員會不必考慮該要求地主國遵守特定國內承諾（義務）之BIT條款是否具國際法上效力<sup>73</sup>。另本案仲裁庭對SGS v. Pakistan案仲裁庭就對保護傘條款如採廣義解釋，恐會凌駕其他特定合約上爭端解決條款見解表示認同，惟仲裁庭並不認為些爭議係由瑞菲BIT第10條第2款中廣義解釋所推斷

<sup>71</sup> 聲請人是瑞士籍法人Société Générale de Surveillance S.A.（以下簡稱「SGS公司」），1991年8月23日，該公司與菲律賓政府（被聲請人）之間簽訂了一項「進口貨品裝運前檢驗服務之合約（Agreement of Comprehensive import Supervision services，以下簡稱『CISS合約』）」。依CISS合約，SGS公司同意爲了提高菲律賓之報關程序及管制程序效率提供特定服務，菲律賓政府則爲SGS公司提供進口貨品裝運前檢驗服務，該服務包括檢驗進口貨品之品質、數量及價格證明。由於菲律賓政府與SGS公司間之CISS合約因菲律賓政府未支付業務費用，進而引起雙方爭議。2002年4月26日SGS公司對菲律賓政府向ICSID提出仲裁，主張菲律賓政府未支付所欠款項構成違反瑞士與菲律賓間BIT，其根據條款之一則是瑞士與菲律賓間BIT（Switzerland-Philippines BIT, 1995）第10條第2款（保護傘條款）（Article 10（2）Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party）。菲律賓政府在2002年11月依CISS合約對仲裁庭之管轄權提出異議，主張依據CISS合約第12條規定，系爭合約在任何方面均應受菲律賓法律規制並應依菲律賓法律作出解釋，是涉及系爭合約當事人之一方義務爭議，必須向菲律賓境內Makati或Manila地方法院提出訴訟。SGS v. Philippines, *supra* note 35, paras. 1-11.

<sup>72</sup> *Ibid.*, paras. 119-120.

<sup>73</sup> *Ibid.*, para. 122.



出來<sup>74</sup>。仲裁庭還認為，瑞菲BIT第10條第2款應包含該地主國所簽訂之合約上所生義務，本案中地主國之基本義務（the basic obligation）是給付合約中之應付款項，亦即菲律賓對SGS公司之「特定投資」（依CISS合約所提供的服務履行業務）應給付其所承諾之義務<sup>75</sup>。

在Novel Ventures v. Romania（2005）案中，仲裁庭曾就合約上義務是否屬於依美國與羅馬尼亞間BIT保護傘條款下之國際義務表示看法，仲裁庭認為，考慮到美羅BIT第2條第2款第c項使用「應該（shall）」一詞，並該條款之一部分係由經締約雙方承諾的主要實體法上義務條款所構成，毫無疑問地，該條款旨在創設義務，並且該義務明顯地超出BIT本身之其他義務<sup>76</sup>。仲裁庭還指出，自BIT之目標及宗旨觀之：「其他解釋也許會剝奪美國與羅馬尼亞間BIT第2條第2款第c項的實質內容（practical content），並該解釋方式必須參以所謂『有效性原則（principle of effectiveness）』…」。在這點上，仲裁庭認為，該條條款應依據有效性原則使其易於被解釋，否則其實質上的適用性（practical applicability）恐怕會被剝奪，自然被理解為只要係因投資（an Investment）所簽訂之合約，通常也就及於保護與地主國簽訂合約之該投資者<sup>77</sup>。仲裁庭認為，為了達成BIT的目標及宗旨，締約國雙方在BIT可能納入一項條款，即地主國如違反其對締約另一方私人投資者承諾之合約義務，將可能轉變為負有國際責任，例如違反「國際化（internationalized）」的合約轉化為違反國際投資協定<sup>78</sup>。不過仲裁庭仍指出，就該BIT第2條第2款第c項進行解釋，儘管「任何義務（any obligation）」的表意十分廣泛，但鑑於BIT的性質和目的，理解上仍須受到相關限制<sup>79</sup>。

在Eureko v. Poland（2005）案中，仲裁庭則認為，保護傘條款下締約之一方應遵守其就另一締約投資者方投資之「所承諾的任何義務（shall observe any obligations it may have entered into）」該『通常意義（the ordinary

<sup>74</sup> *Ibid.*, para. 123.

<sup>75</sup> *Ibid.*, para. 127.

<sup>76</sup> Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, OCT 12, 2005, para. 51.

<sup>77</sup> *Ibid.*, para. 52.

<sup>78</sup> *Ibid.*, para. 54.

<sup>79</sup> *Ibid.*, para. 61.

meaning)』並不模糊，且該「應遵守 (shall observe)」之意義是命令性與絕對性的。「任何 (any)」義務意味著範圍廣泛，即保護傘條款的通常意義不僅意味著特定類型 (a certain type) 的義務，且意味著就另一締約方投資者之投資所承諾的「任何 (all、any)」義務<sup>80</sup>。因此，仲裁庭認為Eureko與波蘭間簽訂的合約協議 (contractual arrangements) 應具有本案仲裁庭的管轄權<sup>81</sup>。

在LG&E v. Argentina (2006) 案中，仲裁庭認為美國與阿根廷間BIT第2條第2款c項之「保護傘條款」為多數BIT中所納入的一般性條款，該條款創設了地主國就外國投資者間包括源於合約 (contract) 義務的必要條件，以便履行該條款規定之義務，因此這些義務即得依該BIT而獲得額外之保護 (extra protection)<sup>82</sup>。

在Enron v. Argentina (2007) 案中，仲裁庭回顧，美國與阿根廷間BIT第2條第2款c項之條文內容：「締約之一方應遵守其對投資可能承擔的任何義務 ([e]ach party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments)」，諸如維也納條約法公約第31條第1款所表明，條約應「依其用語按條文並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，誠信解釋之」<sup>83</sup>。仲裁庭認為，在「any obligation[···]with regard to investments」條文中「任何義務 (any obligation)」文句之通常意義是指，外國投資者的投資不僅包括合約上義務而且也包括國內法律及執行命令上之義務。亦即無論該義務性質為何，根據保護傘條款下「任何義務 (any obligations)」之通常意義，即是涵蓋付款 (payment) 等合約義務以及其他透過國內法律 (law) 或執行命令、條例規則 (regulation) 所承諾之義務，惟依「保護傘條款」之涵蓋「義務」仍受限於「關於投資 (with regard to investments)」之對象<sup>84</sup>。

在Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria (2008) 案中，仲裁庭亦認為，能源憲章條約 (ECT) 第10條第1款「任何義務」之通常意義，無論其

<sup>80</sup> Eureko B.V. v. Poland, *supra* note 37, para. 246.

<sup>81</sup> *Ibid.*, para. 250.

<sup>82</sup> LG&E Energy Corp., LG&E Capital Co., LG&E International Inc. v. the Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/02/1. Decision on Liability, October 3, 2006, paras. 169-170.

<sup>83</sup> Enron v. Argentina, *supra* note 28, para. 273.

<sup>84</sup> *Ibid.*, para. 274.

義務性質如何，均包括合約上義務或國內法令及條例上義務<sup>85</sup>。

在Duke v. Ecuador案（2008）中，仲裁庭認為，被申請人違反了根據兩個電力購買合約（PPA 95和PPA96）和如同「支付信託基金的逾期設立（the late establishment of the Payment Trusts）、執行不力（their poor implementation）、不正常罰款處分（the irregular imposition of fines）以及對於因「96清算協議」所產生的逾期付款不支付利息（the non-payment of interest for late payment arising under the 96 Liquidation Agreement）」一樣之厄瓜多爾法律，因此被申請人違反了根據美國與厄瓜多爾間BIT第2條第3項<sup>86</sup>（保護傘條款）所規定的義務<sup>87</sup>。

在BIVAC B.V v. Paraguay（2009）案中，仲裁庭則認為根據荷蘭與巴拉圭間BIT第3條第4款（保護傘條款）規定，締約之一方（巴拉圭政府）「應遵守其對另一締約方之投資所承擔的任何義務（shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of the other Contracting Party）」，且該「任何義務（any obligation）」文句應包含一切義務，即該義務不限於國際義務（international obligations）或非合約義務（non-contractual obligation），該義務似乎毫無限制地承擔了所有法律上承諾（commitments）之義務<sup>88</sup>。就任何義務的「通常意義」而言，毫無疑問地，該任何義務包括BIVAC與巴拉圭財政部所簽訂之合約，並巴拉圭財政部被指稱之違反行為係可歸因於國家<sup>89</sup>。

<sup>85</sup> Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No.ARB/03/24, Award, August 27, 2008, paras. 186-187.

<sup>86</sup> Ecuador and U.S BIT (1993) Article 2.3(c) Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments. UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1337/ecuador---united-states-of-america-bit-1993-> (last visited : Dec.23, 2022) .

<sup>87</sup> Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, August 18, 2008, para. 325.

<sup>88</sup> Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B. V. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9, Objections to Jurisdiction, May 29, 2009, para. 58 The dispute centered on a number of unpaid invoices stemming from a contract between a Dutch company and the Paraguayan Ministry of Finance. paras. 7, 9.

<sup>89</sup> *Ibid.*, para. 141.

在SGS v. Paraguay (2010) 案中，仲裁庭依合約之性質或依違約之性質因而駁回了對保護傘條款作出限制解釋之此種見解，即仲裁庭認為，瑞士與巴拉圭間BIT第11條<sup>90</sup>於條文的適用範圍內並不排除由地主國所簽訂的商業合約。同樣地，在瑞巴BIT第11條中並沒有列明，只有透過商業交易間相對人 (commercial counterparty) 無法採取的措施、濫用公權力 (abuse of state power) 或者地主國政府向外國投資者施加不正當影響 (exertions of undue government influence) 之情況下，方可違反這種持續保證遵守之承諾 (義務)<sup>91</sup>。此外，作為用語的通常意義，未能達到 (不履行) 合約上的某種義務即表示未能「遵守」 (違反) 某種承諾義務。瑞巴BIT第11條中並沒有明文 (表述) 或暗示，若政府有濫用主權 (it abuses its sovereign authority) 之行爲時，政府是否屬違反遵守承諾義務<sup>92</sup>。

在Khan Resources Inc. v. Mongolia (2011) 案中，仲裁庭認為，因為蒙古政府不履行依其本國法 (外國人投資法) 之規定，就可以構成對ECT第10條第1款「保護傘條款」的違反<sup>93</sup>：聲請人 (Khan) 則提出，ECT第10條第1款「任何義務 (any obligation)」一詞之意義包括地主國的法令義務 (the statutory obligations of the host state)，即依蒙古的外國人投資法的規定，蒙古政府應遵守對外國投資者所承諾的任何義務。鑒於「任何 (any)」一詞之通常意義，以相對人 (蒙古) 沒有提出任何相反爭執或抗辯主張 (any argument or

<sup>90</sup> Swiss-Paraguay BIT (1992) Article 11 Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the other investors of the Contracting Party.

UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2747/paraguay---switzerland-bit-1992-> (last visited : Nov.20, 2022) .

<sup>91</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, Feb 12, 2010, para. 168.

<sup>92</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Award, Feb 10, 2012, para. 91.

<sup>93</sup> ECT Article 10 (1) 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. ECT (Energy Charter Treaty) :

<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> (last visited : Nov.20, 2022) .

authorities to the contrary），仲裁庭遂接受聲請人對ECT第10條第1款之解釋。由此可見，蒙古於違反對外國人投資法上承諾之任何義務可能會構成對ECT第三章「投資促進及保護」條款之違反<sup>94</sup>。

在Nissan Motor v. India案（2019）中，在「印日CEPA（印度與日本間全面經濟夥伴協定）」第87條第2項的規定中<sup>95</sup>，沒有對「關於投資活動所簽訂的任何義務（[A]ny obligation [...] entered into with regard to investment activities）」作出定義，惟本案仲裁庭承認，「任何（any）」的通常意義是包含一切（all-encompassing）的。該措辭沒有按照傳達承諾的機制（the mechanism through which the commitment is conveyed）進行區分，並該措辭當然並不表示，國家契約（State contracts）意味著僅在特定的情況下才應被排除或涵蓋。事實上，「entered into」一詞似乎將合約設想為至少一種主要手段（at least one primary means），即締約國可以藉此對彼此的投資者承擔義務。這與保護傘條款的來源一致，即表明了保護傘條款之本旨，是為依國際協定與地主國簽訂的外國投資者提供保護<sup>96</sup>。

在ESPF v. Italian Republic案（2020）中，仲裁庭認為，根據通常意義，保護傘條款旨在保障地主國家遵守與投資者或其投資「…與簽訂的所有義務（any obligation entered into with）」，…，總體而言，這句話表明，在ECT下旨在引起潛在責任的義務不僅是一般義務，而且是與投資相關的義務。又，使用「entered into with」一詞表明，必須具有一定程度的特殊性（a certain degree of specificity），並且義務或承諾必須與投資者或其投資有關。國家與投資者或其投資之間的合約是根據保護傘條款所保護的義務，這一點

<sup>94</sup> Khan Resources Inc., Khan Resources B. V. and CAUC Holding Company Ltd. v. the Government of Mongolia and MonAtom Co., Ltd. (UNCITRAL, PCA Case No. 2011-09) Decision on Jurisdiction, Jul 25, 2012, para. 438.

<sup>95</sup> Comprehensive Economic Partnership Agreement between the Republic of India and Japan Article 87(2): [e]ach Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment activities in its Area of investors of the other Party. Ministry of Foreign Affairs of Japan（日本外務省）homepage：https://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/india/epa201102/index.html（last visited：Dec.28, 2022）。

<sup>96</sup> Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India, PCA Case No. 2017-37, Decision on Jurisdiction, 29 Apr. 2019, para. 277.

沒有爭議<sup>97</sup>。

在Strabag v Libya案（2020）中，仲裁庭注意到BIT的保護傘條款中沒有對「公權力的表現（puissance publique language）」，同時其指出，「無論如何，…，事實情況清楚地表明，[爭議中的合約]都是為利比亞的利益進行的重大基礎設施項目（public infrastructural projects）而被簽訂」，「為此類公共工程而所簽訂的合約事實上是典型國家職能，而不是在私法上（iure privatorum）進行的商業活動」，並「合約履行包括一系列國家機關行使政府權力所採取的措施。」<sup>98</sup>

### （三）小結

如上所述，保護傘條款應在地主國與外國投資者間所簽訂的投資合約下才可被適用，學界與之採相同之見解。惟至於投資合約的適用範圍，投資合約具有如何性質、其條款能否適用於包括商事交易的「所有」合約，地主國行為是否屬於作為主權者所採取的行為等，則採不同的見解<sup>99</sup>。就保護傘條款的適用範圍而言，一方面，僅將在投資合約中所規定的地主國的義務或承諾適用於保護傘條款，另一方面，保護傘條款除了包括投資合約上所規定的地主國的義務和承諾以外，還包括如同地主國的立法或行政一樣的具體承諾。

<sup>97</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14 September 2020, para. 752.

<sup>98</sup> Strabag SE v. Libya, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020, paras. 161-165.

<sup>99</sup> 據UNCTAD公布的報告，關於保護傘條款，各仲裁庭對三個關鍵論點採用了相反的決定：1、若基於投資合約規定了自己的爭端解決機制時，則依保護傘條款是否可以進行國際投資協定之請求程序（IIA claim）；2、相關地主國之行為（the relevant State conduct）應是否對主權權利（an exercise of sovereign powers；ius imperii）之行使；3、在國際投資仲裁案件中之當事者之一方，是否須作為與投資合約有關之當事方，例如：在國際投資協定仲裁之申請方，是否足以作為與另一方締約國簽訂投資合約協議上公司之大股東（a majority share holder）。仲裁庭做出之不同裁決，部分地可被解釋為適用於特定案件的特定國際投資協定之措詞上的差別，然而大部分之差別，係來自不同仲裁人之個人意見。在缺乏對國際投資協定解釋之統一性機制（uniformity of IIA interpretation）情況下，我們可以預料國際仲裁庭將繼續作出不同的裁決意見。

UNCTAD, IIA ISSUES NOTE: RECENT DEVELOPMENTS IN INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT(ISDS), 23 (2013) .

根據上述內容，保護傘條款的適用範圍如下：

一、就「保護傘條款可以將投資合約請求轉換為投資協定請求」立場來看，由於保護傘條款規定，地主國須遵守就投資與外國投資者承諾的所有義務，視為根據同條款可以將投資合約請求轉換為投資協定請求。一些實務及學界認為，由於投資協定旨在促進投資並保護外國投資者，保護傘條款被解釋為更積極保護與地主國簽訂投資合約之外國投資者很合理。因此，保護傘條款在投資合約和投資協定之間有密切關係。一些案例中的仲裁庭認為，作為主權者的地主國與投資者簽訂的投資合約，作為商人的地主國與其簽訂的投資合約都適用保護傘條款。因為仲裁庭將「作為主權者的地主國」與「作為商人的地主國」難以區分，如同可以將投資合約請求轉換為投資協定請求一樣，對保護傘條款的適用範圍作出廣泛的解釋。

二、就「保護傘條款不可以將投資合約請求轉換為投資協定請求」立場來看，一些仲裁庭認為，由於「根據保護傘條款，可以將投資合約請求轉換為投資協定請求」，使「國內法秩序」與「國際法秩序」間之境界變得模糊，可能會引起地主國的混亂並給地主國帶來重大負擔。因此其欲對保護傘條款作出狹義的解釋。只有地主國違反投資協定上的義務或侵犯依投資協定受保護的投資合約上的權利，方可適用保護傘條款。一些案例認為，僅對作為主權者的地主國與外國投資簽訂的投資合約適用保護傘條款，作為商人的地主國與外國投資者簽訂的投資合約不適用保護傘條款。將「作為主權者的地主國」與「作為商人的地主國」加以區分，僅對「作為主權者的地主國」與外國投資者合意的投資合約上的義務適用保護傘條款。由於投資合約是商業性合約，其不是投資協定的保護對象，投資者也許連瑣碎之合約爭議都將援引投資協定下保護傘條款進而提出投資仲裁就對作為商人的地主國與外國投資者簽訂的投資合約有限制保護傘條款之適用。

## 二、保護傘條款解釋之其他論點

### (一) 保護傘條款與合意管轄條款 (Forum Selection Clause/ Jurisdiction Clause) 間之關係

投資者與地主國間合約上通常納入「合意管轄條款」，依該條款規定，因合約履行行為而引起的合約當事方爭議，地主國本國法院對該爭議具有管

轄權<sup>100</sup>。不過無論投資者與地主國間之合約是否存在這項合意管轄條款，若地主國違反合約，外國投資者能否援引BIT保護傘條款向ICSID仲裁庭提付仲裁，Stephan W. Schill教授針對此問題提出兩種解決方法：一、基於「該法院作為合約規定之管轄法院（the competent forum）係由合約雙方當事者合意而生」之論據，「合約上之合意管轄條款（the contractual forum selection）」可以排除國際投資協定仲裁程序而優先適用，以解決合約雙方當事者間的合約爭議；二、如違反保護傘條款，可以優先考慮由投資協定法院（國際仲裁庭）來解決投資者與地主國間之合約爭議，並強調「就投資者與地主國間關係內容所規（制）定之實體法上義務（substantive obligations）」與「就執行及爭端解決（enforcement and dispute settlement）達成合意之合意管轄條款」間之可分割性（separability）<sup>101</sup>。惟在實務上，關於合約上合意管轄條款與在保護傘條款背景下，根據投資協定（向仲裁機構提付）仲裁（treaty-based arbitration）管轄權間之衝突提出了不同的解決方案。部分仲裁庭與評論者（commentator）之見解認為，依投資協定仲裁管轄權（the jurisdiction of treaty-based tribunals）之效力優先於依合約之合意管轄條款；另一部分仲裁庭和評論者則認為，合約上合意管轄條款應優先於根據BIT之爭端解決程序而為適用。如SGS v. Pakistan案<sup>102</sup>和SGS v. Philippines案<sup>103</sup>、BIVAC v. Paraguay案<sup>104</sup>和Toto v. Lebanon案<sup>105</sup>等，一些案例中仲裁庭之見解屬於前者，惟如SGS v. Philippines之不同意見（Dissenting Opinion）<sup>106</sup>、Eureko v. Poland案<sup>107</sup>、Noble venture v. Romania案<sup>108</sup>和SGS v. Paraguay案<sup>109</sup>等一些仲裁庭則

<sup>100</sup> Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *supra* note 4, at 275.

<sup>101</sup> Stephan W. Schill, *Enabling Private Ordering : Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, vol. 18, no.1, MINNESOTA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 63 (2009) .

<sup>102</sup> SGS v. Pakistan, *supra* note 28, para. 16.8

<sup>103</sup> SGS v. Philippines, *supra* note 35, para. 138.

<sup>104</sup> BIVAC v. Paraguay, *supra* note 88, para. 154.

<sup>105</sup> Toto Construzioni Genenrali S.p.A v. the Republic of Lebanon, *supra* note 60, para. 202.

<sup>106</sup> SGS v. Philippines, *supra* note 35, paras. 4-5 (Crivellaro, dissenting)

<sup>107</sup> Eureko v. Poland, *supra* note 36, paras. 92-114, 250.

<sup>108</sup> Noble venture v. Romania, *supra* note 76, para. 2.

<sup>109</sup> SGS v. Paraguay, *supra* note 92, para. 138.



採取後者之立場<sup>110</sup>。

多數仲裁庭認為，外國投資者援引保護傘條款之違反（a violation of the umbrella clause）係根據「因地主國不履行承諾義務而產生國際責任（International responsibility）」事由提出主張時，合約上之合意管轄條款不得優先於BIT之國際仲裁管轄權。支持此立場的理由如下：

（一）違反保護傘條款應被稱為違反國家與國家間之義務。其訴訟事由（cause of action）是以國際協定（或國際條約）為根據，而不是違反投資者與地主國間之合約。其係構成協定請求（treaty claim），而非構成合約請求（contract claim）：

（二）合約間請求標的（the subject matter so factio）及訴訟事由（the causes of action）在投資協定上之請求權有所不同。合約請求是指根據投資者與地主國間之合約上準據法，由地主國對外國人投資者負擔其法律責任（liability），而根據保護傘條款之協定請求權是指由地主國對外國人投資者之本國法義務違反時所承擔之國際責任<sup>111</sup>；

三、若根據BIT保護傘條款，因違反合約所提出之請求權與因違反BIT所提出之請求權競合時，若由單一法庭解決該爭端情形，不僅能有效解決該爭端，且能有效減少訴訟費用支出。由此可見，依BIT主張之國際仲裁程序是否應優先合約上之合意管轄條款而為適用，殊值考慮<sup>112</sup>。基於上述的考慮因素，筆者認為多數仲裁庭所支持之立場具有較強之說服力，換言之，儘管投資者與地主國間之簽訂合約上納有「合意管轄條款」，然根據BIT的「保護傘條款」的規定，外國投資者向ICSID仲裁庭提出仲裁，將比部分仲裁庭所支持之立場（即合約上之合意管轄條款應優先於BIT上之仲裁管轄權）更屬有效。

### （二）保護傘條款與穩定條款（Stabilization Clause）間之關係

對投資者而言，其始終關注的焦點是保證協定的穩定性。投資者母國與地主國間之適用協定，將會為其公民提供旨在保證或促進合約關係穩定之相

<sup>110</sup> Stephan W. Schill, *supra* note 101, at 64.

<sup>111</sup> *Ibid.*, at 66.

<sup>112</sup> *Ibid.*, at 68.

關規定（如保護傘條款）或公正公平待遇條款<sup>113</sup>。「穩定條款」是指，該條款作為投資協定及合約實體法上條款之一，地主國未獲得投資者的事前同意前，就涉及投資合約之全部或部分的地主國法律之修訂或廢止，對投資者之權利及義務沒有任何影響。該條款通常存在於長期的開發合約中，並且被用來避免簽訂合約政府之一方之武斷行為<sup>114</sup>。在投資者與地主國間合約關係，因為立於有利地位之地主國如單方面修正其本國法律，有可能致使外國投資者受到不可預測之不利益。為了要防止這些問題，在投資者與地主國間合約中納入「穩定條款」，將使投資者獲得如同「令地主國不變更法律」或者「雖地主國變更法律，惟投資者不受其拘束」般的安全確保。「穩定條款」與保護傘條款性質相似，兩項條款都是以對投資者權利保護為目的之條款，投資者與地主國間之合約關係須保持穩定，「穩定條款」與保護傘條款般是否屬於相同法律體系？還是屬於完全不同之法律體系，此些問題究應如何處理，即引起了激烈的爭論。「穩定條款」主要內容在於，投資者與地主國間簽訂投資合約之當時乃凍結地主國法律，免除將雙方簽訂合約之後新修訂或修改的，如同稅收規範或環境規範，地主國國內法律強加適用於外國投資者，其主要宗旨在於，排除雙方簽訂投資合約後如所採取地主國之嗣後立法或行政措施之變更，恐對投資合約帶來不利的影響，俾保護外國投資者的利益。是以，穩定條款是「國家」作為行使主權之主體下，在進行投資合約過程中達成合意之額外保護措施，其條款與為了保護投資者措施在投資協定中規定之保護傘條款有所不同。

### （三）保護傘條款與岔路條款（Fork in the road）間之關係

於同一爭議或者有密切相關的兩者爭議，具有作出互相抵觸的決定和裁

<sup>113</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 4, at 82.

投資者試圖在投資協定中協商達成穩定條款是正常的，尤其是要與那些政治體制法律體系在過去經常變化波動的地主國簽訂穩定條款。而這些地主國政府未來人吸引外資，也知道提供穩定環境是吸引外資的重要工具之一，因此也大多同意在投資協定中增加此條款。

<sup>114</sup> LETCO v. Liberia, Award 31 March 1986, 2 ICSID Reports 368 ; See CHRISTOPH H. SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, 590 (2nd ed., 2009) .

決之風險的不同之仲裁庭間（例如，在地主國國內法院及仲裁庭與國際仲裁庭之間）將會導致平行爭議程序（Parallel proceedings）<sup>115</sup>問題。換言之，針對爭議解決之事由，不同的投資協定爭議與投資合約爭議之間恐導致平行爭議程序問題。惟若BIT或合約中納入「岔路（Fork in the road）」條款，則該條款得以解決這些平行爭議程序問題。岔路條款是指在投資者與地主國間之爭議中，外國投資者於地主國國內法院程序（及地主國國內仲裁程序）或國際仲裁程序中應選擇某個法院（或仲裁庭）提出請求，一旦外國投資者於地主國國內法程序或國際仲裁程序中選擇其一追訴，即不得在其餘程序主張請求<sup>116</sup>。惟若BIT中納入保護傘條款，則由於依BIT主張和依合約主張間並無明顯的區隔，可能導致平行訴訟程序問題。據SGS v. Pakistan案裁決中，仲裁庭認為，對投資者而言，其隨時都可以無視地主國援引在合約規定的特定法院（Forum），除了由投資者選擇在BIT規定的ICSID仲裁外，並得聲請雙方合意之爭端解決程序<sup>117</sup>。換言之，投資者得依BIT規定或依合約規定自由地選擇行使在BIT上規定之國際仲裁程序，或在合約上規定之仲裁程序。但是除非有投資方之同意，締約國方能有效地排除合約上規定之仲裁程序。另據SGS v. Philippines案仲裁庭裁決認為，BIT本身是否是特定投資協定或特定合約？並沒有得出結論<sup>118</sup>，因此不能推定出BIT下一般條款（a general provision）具有凌駕於（has the effect of overriding）由投資者與地主國間自由合意締結之特定合約條款之效果。保護傘條款一方面為外國投資者提供額外的高度保護，另一方面卻又因BIT上納入該條款，而有導致平行爭議程序之可能。

### 伍、臺韓間雙邊投資協定上保護傘條款之比較分析

截至2000年代初期，學界或實務界就保護傘條款的解釋沒有特別關注。

<sup>115</sup> 平行訴訟（parallel proceedings）是指，相同當事人就同一爭議基於相同事實以及相同目的同時在兩個或兩個以上國家的法院進行訴訟的現象。有的國家稱之為「一案兩訴」或「訴訟競合（an Interpleader action）」。

<sup>116</sup> Christoph Schreuer, *supra* note 17, at 239-240.

<sup>117</sup> SGS v. Pakistan, *supra* note 28, para. 168.

<sup>118</sup> SGS v. Philippines, *supra* note 35, para. 141.

不過在2004年SGS v. Pakistan和SGS v. Philippines案件中，仲裁庭對保護傘條款作出相反之裁決後，各界就保護傘條款之解釋開始展開具體討論。迄今，在國際投資協定領域上，就保護傘條款之解釋還沒達成共識。在這些背景之下，目前臺灣與各國簽署BIT之條款中，即有就保護傘條款條文之內容進行仔細檢查及分析之必要。自1990年代初期起，臺灣對外直接投資額有明顯地增加<sup>119</sup>，呈現穩步增加的狀態，除積極推動與外國簽署如同BIT般的國際投資協定<sup>120</sup>，並積極參與如同FTA或TPP般區域性自由貿易協定（Regional Trade Agreement；簡稱「RTA」）的談判。目前部分臺灣BIT中亦設有保護傘條款，爲了深入分析保護傘條款，筆者想要將韓國BIT條款當成比較對象，蓋韓國與臺灣同爲亞洲國家，涉及經濟、社會、文化等多方面交流正與時俱增，尤其以投資領域方面來看，兩國一方面都是投資輸出國，同時另一方面都是投資輸入國，彼此之間具有類似的特徵。目前臺灣與各國簽署總共32個BITs，其中7個BITs設有保護傘條款<sup>121</sup>。韓國與各國則簽署總共87個BITs，其

<sup>119</sup> 據臺灣投審會之統計，近年台灣對海外地區投資之金額，2013年約爲49.3億美元、2014年約爲57.7億美元、2015年約爲48億美元、2016年約爲110.1億美元。2017年約爲75.1億美元、2018年約爲114.4億美元、2019年約爲112億美元、2020年約爲91.5億美元、2021年約爲74.8億美元。

臺灣投審會：[https://www.moeaic.gov.tw/Chinese/news\\_bsAn.jsp](https://www.moeaic.gov.tw/Chinese/news_bsAn.jsp)（最後瀏覽日：2022年11月8日）。

<sup>120</sup> 據韓國媒體《首爾經濟新聞》報道，韓國政府正式發布在2012年7月韓國與臺灣爲簽署投資保障協定（BIT）展開首次談判。首爾經濟新聞（서울경제신문）網站  
<http://www.sedaily.com/NewsView/1HRU6M17E5>。

<sup>121</sup> （一）臺灣與史瓦濟蘭間BIT第10條第2款（Taiwan-Swaziland BIT Article 10.2）（簽署日期：87.03.03）（生效日期：87.09.03）：第10條其他規則之適用（Application of other Rules）2. 本協定每一方當事人均應履行其他對他方當事人之投資人所爲投資應盡之任何義務（*Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Party*）；（二）臺灣與馬其頓間BIT第10條第2款（Taiwan-Macedonia BIT Article 10.2）（88.06.09）（88.06.09）：第10條其他規則之適用（Application of other Rules）2. 締約一方應遵守有關對締約他方投資人之投資所承諾之義務（*Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Party*）；（三）臺灣與賴比瑞亞間BIT第10條第2款（Taiwan-Liberia BIT Article 10.2）（88.06.17）（89.08.06）：第10條其他規則之適用（Application of other Rules）2. 締約一方應遵守有關對締約他方投資人之投資所承諾之義務（*Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Party*）；（四）臺灣與貝利斯間BIT第10條第2

中43個BITs設有保護傘條款<sup>122</sup>。就仲裁實務來看，兩國尚無存在因違反保護傘條款而引發的投資仲裁案件<sup>123</sup>。自2010年至2020年，仲裁庭幾乎每年都對

款 (Taiwan-Belize Article 10.2) (88.01.16) (88.01.16) : 第10條其他規則之適用 (Application of other Rules) 2. 本協定每一方當事人均應履行其他對他方當事人之投資人所為投資應盡之任何義務 (Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Party) ; (五) 臺灣與馬紹爾群島間 BIT第10條第2款 (Taiwan-Marshall Island BIT Article 10.2) (88.05.01) (88.05.01) : 第10條其他規則之適用 (Application of other Rules) 2. 本協定締約各方均履行其對他方之投資人所為投資應盡之任何義務 (Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Party) ; (六) 臺灣與甘比亞BIT第11條 (Taiwan-Gambia BIT Article 11) (99.06.08) (99.09.30) : 任一方締約國應保證遵守其他締約國他方投資人之投資所作之承諾 (Either Contracting Party shall guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to investments of investors of the other Contracting Party) ; (七) 臺灣與日本間BIA第5條第3款 (亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議, Taiwan-Japan Bilateral Investment Arrangement Article 5.3) (100.09.22) (101.01.20) , 任一方領域內之機關應遵守其就他方投資人之投資及投資活動所承諾之任何義務 (Any obligation which the authorities in the Area of either Side may have entered into with regard to investments and investment activities of investors of the other Side shall be observed) , 經濟部投資業務處網站 (Department of Investment Services, Ministry of Economic Affairs) : [http://www.dois.moea.gov.tw/asp/relation1\\_1\\_3.asp](http://www.dois.moea.gov.tw/asp/relation1_1_3.asp) (最後瀏覽日: 2022年10月17日) 。

<sup>122</sup> Investment Policy Hub (UNCTAD) : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/111> (last visited: Oct.19, 2022) 。

<sup>123</sup> 直至臺灣與ISDS案件有關事件有1件案件，並韓國共有17件案件（作為被聲請人有10件；作為聲請人有7件）。一、Surfeit Harvest Investment Holding Pte Ltd v. Republic of China (Taiwan), PCA, 2017 ;

一、LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea, ICSID Case No. ARB/12/37 ; 二、Hanocal and IPIC International v. Korea Hanocal Holding B.V. and IPIC International B.V. v. Republic of Korea, ICSID Case No. ARB/15/17 ; 三、Mohammad Reza Dayyani and others v. Republic of Korea, PCA Case No. 2015-38 ; 四、Jin Hae Seo v. Republic of Korea, HKIAC Case No. HKIAC/18117, Final Award, 27 Sep., 2019 ; 五、Schindler Holding AG v. Republic of Korea(PCA Case No. 2019-44) ; 六、Elliott Associates L.P. v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-51. ; 七、Mason Management LLC, Mason Capital L.P. v. Republic of Korea, UNCITRAL, Case No. 2018-55. ; 八、Fengzhen Min v. Republic of Korea(ICSID Case No. ARB/20/26) ; Mr. Hun Won (a/k/a Jason H. Won) v. The Republic of Korea ; 九、Mr. Hun Won (a/k/a Jason H. Won) v. The Republic of Korea(2021) ; 十、Mohammad Reza Dayyani and others v. Republic of Korea (II) (2021) ;

一、Lee John Beck and Central Asian Development Corporation v. Kyrgyz Republic ; 二、Shinhan Engineering & Construction Co. v. Libya ; 三、Ansung Housing Co., Ltd. v.

保護傘條款作出判斷<sup>124</sup>。在此情況下，兩國都需要對保護傘條款之解釋方法再次關注。

由本文第三章可知，在現行BITs中所規定的保護傘條款相較之下，從宏觀來看，保護傘條款內容與架構方面都具有類似的性質；從微觀來看，表達方式呈現微小的差異。從而，在對保護傘條款進行解釋時，需要檢討該條款之制定目的、適用範圍及其效果是否具有差異。到目前為止，因為仲裁庭的案例和學說通常根據個案的投資協定就保護傘條款作出解釋，保護傘條款的規定詞語本身必須按該協定之目的、適用範圍及效果作出相應的解釋<sup>125</sup>。在對保護傘條款進行解釋時，通常會衍生出幾個法律問題：

①保護傘條款的強制適用性之問題，換言之，多數保護傘條款中用「shall」一詞來表示該條款的強制性；

People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25；四、Samsung Engineering Co., Ltd. v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/15/30；五、Samsung Engineering Co., Ltd. v. Kingdom of Saudi Arabia, ICSID Case No. ARB/17/43；六、Shin Dong Baig v. Socialist Republic of Viet Nam, ICSID Case No. ARB(AF)/18/2；七、Korea Western Power Company Limited v. India (PCA Case No. 2020-06)

<http://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/111/korea-republic-of> (last visited: Feb.27, 2023) .

<sup>124</sup> 自2010年至2020年，國際投資仲裁庭對保護傘條款作出判斷如下： Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan, SCC Case No. V (064/2008), Final Award dated 8 June 2010；El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Award, 31 October 2011；EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/23), Award, 11 June 2012；Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/20), Final Award, 11 December 2013；Khan Resources v. Mongolia Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd. v. the Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd. (PCA Case No. 2011-09). Award on the Merits. 2 Mar 2015；Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7), Award, 8 July 2016；Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/11/20), Award, 19 December 2016；ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14 September 2020。但，上邊列舉的案件中包括能源投資仲裁案例。

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (last visited: Dec.11, 2022) .

<sup>125</sup> 조희문, *supra* note 39, 頁105。

②保護傘條款的義務範圍之問題，即保護傘條款的義務之範圍和性質<sup>126</sup>；

③保護傘條款所涵蓋的投資合約的範圍之問題，即依投資協定受保護之投資合約之種類，換言之，在BIT下，國家所欲負擔的義務是依投資者與國家間之投資合約承擔的義務，而不是依私人間之投資合約承擔的義務；④保護傘條款之適用條件，以爭端解決程序來看，最大問題在於採用保護傘條款時，對其適用條件及適用時點作出決定。依合約承擔的義務提升為依據BIT承擔的義務時，是否立即採用BIT的爭端解決程序，是否還是經過投資合約上的爭端解決程序之後，或者確認依投資合約的爭端解決程序不具有實效性之後，才會採用BIT的爭端解決程序<sup>127</sup>。

在此背景下，關於臺灣和韓國與個別國家所簽訂BITs中保護傘條款如何規定，按照(一)標題；(二)遵守義務；(三)義務範圍；(四)義務承擔；(五)承擔義務主體之順序，可以作出如下分析：

(一)以保護傘條款之標題觀之，臺灣與韓國就他國簽署之多數BITs保護傘條款之標題係使用「Application of other Rules (適用其他規則)」。「適用其他規則」得譯為BIT以外的規定。另外，諸如韓國與阿爾及利亞間BIT (Korea-Algeria BIT)、韓國與剛果間BIT (Korea-Congo BIT)、韓國與香港間BIT (Korea-Hong Kong BIT)、韓國與牙買加間BIT (Korea-Jamaica BIT)及韓國與越南間BIT (Korea-Vietnam BIT)，部分BITs保護傘條款標題係使用「Application of other rules and special commitments (適用其他規則暨特別承諾)」，或者，諸如臺灣與甘比亞間BIT (Taiwan-Gambia BIT)、韓國與玻利維亞間BIT (Korea-Bolivia BIT)和韓國與巴拉圭間BIT (Korea-Paraguay BIT)般，部分BITs中保護傘條款之標題係使用「Observance of Commitments (遵守承諾)」，與其他規定之保護傘條款間有明確區別。此外，在「亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議」第5條中保護傘條款則沒有設有任何標題。

<sup>126</sup> 保護傘條款之義務(承諾)範圍在BIT中具有多種不同之表達方式，如commitments、any obligation、any other obligation、specific commitments、all obligation、any obligation、an obligation、any written undertakings、a written undertaking、any contractual obligation、an investment agreement、existing rights and obligations、any duties等。*Ibid.*，頁106。

<sup>127</sup> *Ibid.*，頁105-107。

(二) 以遵守義務觀之，臺灣與韓國就他國簽署之多數BITs保護傘條款規定，係使用「shall observe（應遵守或應履行）」。如臺灣與甘比亞間BIT、韓國與玻利維亞間BIT、韓國與伊朗間BIT（Korea-Iran BIT）、韓國與巴拉圭間BIT，部分BITs保護傘條款規定「shall（constantly） guarantee the observance（應持續保證遵守）」，或韓國與莫里西斯共和國間之BIT（Korea-Mauritius BIT）保護傘條款則規定「shall honour（應尊重）」。由此可見，多數BITs保護傘條款皆增加「shall」一詞以表示其「強制性」。Eureko Case案仲裁庭認為，「shall observe」文句意味著「imperative and categorical（命令性的並絕對性的）」。此外，就「honour（尊重）」一詞來看，「honour（honor）」的動詞通常意味著「respect」、「regard」、「revere」及「salute」等<sup>128</sup>，即「honour」得譯為「尊重」。文義上，其與「observe」一詞相較之下較不嚴格。因此假設BIT保護傘條款之解釋，使得投資者與地主國之間發生投資爭議時，相對人（地主國）即得以主張，「honour」的意義則是不要求爭議雙方嚴格地遵守承諾，此時將不構成對保護傘條款之違反。換言之，「honour」一詞有可能給予相對人（地主國）留有回避投資爭議之餘地。

(三) 復以義務範圍觀之，臺灣與韓國就他國簽署之多數BITs中規定之「any（other） obligations（任何義務）」，如臺灣與甘比亞間BIT、韓國與玻利維亞間BIT、韓國與巴拉圭間BIT，部分BIT保護傘條款係規定「（the） commitments（承諾）」；韓國與中國大陸間BIT該條款則規定「any commitment（任何承諾）」。此外，韓國與比荷盧經濟聯盟間BIT（Korea-Belgium-Luxembourg Economic Union BIT）保護傘條款則納入「any other obligation written（任何書面義務）」文句，即對該條款之義務適用範圍加以限制。就「any obligations」為解釋，SGS v. Philippines案仲裁庭認為，美國與阿根廷間BIT保護傘條款中，最常見的保護傘條款適用範圍為「any obligations」，該適用範圍乍看下非常廣泛，不過這樣的義務則為「enter into with regard to investments」之文句特定並限制。首先，與投資（investment）

<sup>128</sup> Bryan A. Garner（editor），BLACK'S LAW DICTIONARY, 9<sup>th</sup> ed., West Group, 2009, p833, Legal Dictionary homepage：<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/honor>（last visited：Oct.13, 2022）。



無關之任何措施在其適用範圍即被排除，雖與投資有關，然按「entered into」的條件，爲了該投資屬於保護傘條款的適用範圍，雙方合意的具體義務事項應被侵害。若其侵害行爲不屬於具體義務事項時，地主國單方面所有行爲在義務適範圍被排除，「保護傘條款的適用範圍無限廣泛」的主張，沒有任何根據<sup>129</sup>。該仲裁庭還認爲，「any obligations」之適用範圍除了包括地主國本國法之義務外，還包括合約上之義務。是以「any obligations」一詞爲根據，文義解釋上，若其義務不包括地主家國內法義務，保護傘條款沒有存在意義，並因爲BIT之目的及宗旨在於對投資創設並維持有利條件，BIT應採用對投資者的投資保護作出有利之解釋<sup>130</sup>。Enron v. Argentina案、Khan v. Mongolia案仲裁庭亦認爲「(any) obligation」的適用範圍不僅包括雙方合約義務，還包括地主國本國法律、執行命令及地主國地方政府條例。另就「Commitments（承諾）」方面所爲解釋，SGS v. Pakistan案仲裁庭認爲，「Commitments」比「Contract」具有更廣泛的意義，其適用對象不侷限於地主國或其公務機關與外國投資者簽訂的合約，也可以無限地擴張（susceptible of almost indefinite expansion）。若違反合約上之「Commitments」轉變爲違反BIT時，因爲地主國採取之單方面任何措施亦轉變爲違反國際法，這些後果是仲裁庭不能承受的<sup>131</sup>。SGS v. Philippines案仲裁庭認爲，瑞士與巴基斯坦間BIT第11條之「the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments」文句與瑞士與菲律賓間BIT第10條第2款「any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory」文句相較之下，前者較後者顯不明確和不絕對（less clear and categorical）<sup>132</sup>。

（四）再以義務承擔方面觀之，臺灣與韓國就他國簽署之多數BITs中規定「entered into」。如韓國與文萊間BIT（Korea-Brunei Darussalam BIT）、韓國與黎巴嫩間BIT（Korea-Lebanon BIT）、韓國與葡萄牙間BIT（Korea-Portugal BIT），部分BITs保護傘條款係規定「assumed」。因爲「entered into」意味著

<sup>129</sup> SGS v. Philippines, *supra* note 35, para. 121.

<sup>130</sup> SGS v. Philippines, *supra* note 35, paras. 115-116.

<sup>131</sup> SGS v. Pakistan, *supra* note 28, para. 166.

<sup>132</sup> SGS v. Philippines, *supra* note 35, para. 119.

締約國間互相之合意，包括合約上的承諾（contractual commitments），而不包括締約一方之單方面承諾（unilateral commitments）。不過部分仲裁庭則認為，因為「entered into」是一種普遍的表達方式，已足以包括非合約上之承諾（義務）（non-contractual undertakings）<sup>133</sup>。

（五）末以承擔義務主體觀之，若地主國政府違反投資合約時，該政府即是負擔義務之主體。那承擔義務主體是否僅指中央政府，還是包括地方政府或國營企業？在BIT中「締約當事國」包括地方政府及國營企業時，它們也可能成為仲裁相對人。最近根據部分BIT及RTA規定，投資適用範圍指一方締約國之投資者、所涉投資以及締約國領土內進行的所有投資，當事國主體中央政府、地方政府、主管機關及國營事業部門，還有該政府所授權之「非政府機關」，因此，對地主國政府所承擔之義務範疇得解釋為，除了包括中央政府外，仍包括地方政府、主管機關、國營事業部門及非政府機構<sup>134</sup>。

## 陸、結論與建議

（一）假如臺灣或韓國企業想要赴海外進行投資，面臨了諸如地主國內發生武裝衝突或危急情況等政治風險，或地主國政府之突發徵收或限制資金轉移之非商業性風險時，兩國企業之投資利益恐將蒙受巨大的損失。與此相反，若兩國是地主國的情形下，依投資協定且該投資合約進行得相當順利時，尚不生任何投資合約問題。不過在當事者雙方間簽署投資合約後，若因

<sup>133</sup> ANDREW NEWCOMBE, LLUIS PARADEL, *supra* note 19, at 448.

<sup>134</sup> 2012美國BIT模範法第2條、CPTPP第9.2條、台星經濟夥伴協定第9.2條、韓美FTA第11章第1條。也可以參考台灣政府採購法第4條第1項：「法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，適用本法之規定，並應受該機關之監督。」

UNCTAD Investment Policy Hub：<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download>；跨太平洋夥伴全面進步協定（CPTPP）專網：<https://cptpp.trade.gov.tw/Information?Source=J1%20VVpTK0u%2FhojD9wYXADg%3D%3D>；經濟部國際貿易局 台灣ECT/FTA總入口網：台星經濟夥伴協定（ASTEP）：[https://fta.trade.gov.tw/fta\\_singapore.html](https://fta.trade.gov.tw/fta_singapore.html)；韓美FTA（Korea-U.S. FTA）專網：<https://www.fta.go.kr/us/doc/1/>；全國法規資料庫 <https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0030057>（最後瀏覽日：2022年12月13日）。

締約雙方間產生意見衝突等各種外因而致引發合約爭議時，卻造成締約雙方產生負面效應。因此，爲了應付與投資有關之不可預見的風險，國際投資協定中可以被提及的條款就是「保護傘條款」。如同BIT般多數的國際投資協定設有保護傘條款，此項條款的宗旨在於地主國與外國投資者間簽訂之投資合約中，令地主國負有忠實履行其承諾之任何義務。若地主國違反與外國投資者間所簽訂之合約義務，根據該地主國違反之保護傘條款，外國投資者得以向如同ICSID般的國際投資仲裁庭提出仲裁。即依保護傘條款，將單純之合約義務轉變爲投資協定義務。在2000年代初期，SGS v. Pakistan案和SGS v. Philippines案中各仲裁庭就保護傘條款之解釋作出相反之裁決後，該條款逐漸引起了學界注意。今日圍繞著保護傘條款之解釋方式仍存在有一些爭議，保護傘條款中所規定「承諾」之範圍的解釋問題、保護傘條款與合意管轄條款及穩定化條款間之解釋問題等，皆是亟待解決之問題。另實務上，迄今各仲裁庭對保護傘條款之狹義或廣義解釋仍然意見分歧。筆者認爲當事國雙方間簽署之包括保護傘條款BIT，意味著當事國雙方同意由地主國就外國投資者應遵守之合約義務，其程度與遵守BIT義務一般，因此認爲對保護傘條款作出廣義解釋將較作成狹義解釋更爲合理。台灣與世界上32個國家、韓國與世界104個國家簽署BIT，其中包括保護傘條款的BIT在整體BIT中各占有約22%和48%。在過去，兩國外國人投資比重皆較國內投資者赴國外投資之比重還高，不過自1990年代初期（臺灣）和1990年代末期（韓國）以來，兩國都積極引進外國人投資，同時也有相當規模的資金赴國外進行商貿<sup>135</sup>。現階段兩國都持以減輕投資進口國家負擔之立場，並最大限度地保障本國投資者權利之投

<sup>135</sup> 臺灣自1987年7月外匯管制大幅放寬以後，企業及個人可在500萬美元之限額內自由匯出外匯，致使直接投資金額從1986年的5690萬美元增加到1987年超過1億美元。1988年3月「對外投資及技術合作審核處理辦法」的修訂使得對欲赴海外投資之企業更具有激勵作用，至1989年對外直接投資額高達9.31億美元，是1986年的16倍。童振源，全球化時代臺灣在中國的投資：臺灣對中國投資對於臺灣經濟發展的影響之中程評估，WTO與中國：走經濟全球化發展之路，364-365（2001）；據韓國海外投資統計，在1990年代中期，韓國對外直接投資額開始激增，不過於1997年發生金融危機之後，韓國對外直接投資出現了暫時的萎縮。在2000年代初期韓國經濟開始復蘇，對外直接投資快速增加。韓國進出口銀行網站（The Export-Import Bank of Korea Homepage），<http://211.171.208.92/odisas.html>（最後瀏覽日：2022年10月22日）。

資出口國家之立場。臺灣與韓國間雖未簽署BIT，但因為兩國都已認定彼此互為重要的貿易及投資夥伴，今後幾年內兩國之間簽署BIT將不難想像。蓋現行國際投資法尚欠缺對保護傘條款的統一解釋方法論，未來臺灣與韓國BIT中如欲包括保護傘條款，則因建議方案不同，再面臨解釋論上之爭議。若該BIT應包括保護傘條款，需要考慮者即係就保護傘條款的適用範圍加以限制。殊值注意之處在於，一方投資者可能會經由BIT之最惠國條款來援引第三國的保護傘條款，兩國合意在BIT仲裁範圍中完全排除合約請求，相當於於最惠國待遇條款的適用範圍中，明文排除保護傘條款或合約請求於內<sup>136</sup>。以外國投資者的權利保護將優先於地主國的現行BIT之不對稱架構來看，不能排除未來持續發生類似案件的可能性，故而，筆者希望兩國BIT談判過程中，能仔細考慮保護傘條款之虛與實，彼此都得到滿意的結果。

(二) 如第五章所言，因對保護傘條款沒有正式的解釋方法論，各仲裁事件之仲裁庭恐按其情況選擇廣義或者狹義之解釋方式作出裁決。因此，若國際投資爭端案件中發生與保護傘條款有關之爭端，將來仲裁庭及雙方當事人間就保護傘條款之解釋，難免續而引起衝突。為了解決眼前種種問題，未來臺灣與韓國間簽署BIT之前，於雙方談判中必需考慮之保護傘條款部分有二：<sup>137</sup>(一)在BIT中設有保護傘條款時，在兩國同意在BIT中設有保護傘條款情形下，可以考慮兩個部分：①一方之締約國違反合約時，則該違約爭議將可能落入依據BIT所建立之仲裁庭之管轄範圍內，從而兩國都不願意輕易地興訟，蓋此爭訟範圍之擴大，將增加兩國間仲裁成本，因此尚需考慮就保護傘條款適用之範圍加以限制，例如、2012美國BIT模範法和部分BITs實體法規範，即美國BIT模範法對受協定保護之投資爭端範圍以及程序加以限制，諸如第24條第1款、第26條<sup>138</sup>、法國與墨西哥間BIT（1998）第10條第2款

<sup>136</sup> 至於保護傘條款之解釋方法，請參照陸、(二)。

<sup>137</sup> 兩國從2012年6月底第一次正式展開BIT談判以後，直至兩國非正式公開洽談。

<sup>138</sup> 根據2012美國BIT模範法「第24.1條（提交仲裁）」的規定，1、在爭端一方認為投資爭端無法透過諮商與談判解決時：(1)申請方可以以自己的名義，依本節規定提交仲裁聲請，但該請求須滿足以下條件：(a)被聲請人已違反了：(i)本協定第3條至第10條之義務；(ii)投資授權，或(iii)投資協定；以及(b)申請方遭受了因該違約，或產生於該項違約的損失或損害；同時(2)聲請方可以依本節規定以其在被聲請人直接或間接

139、希臘與墨西哥間BIT（2000）第19條<sup>140</sup>、冰島與墨西哥間BIT（2005）第8條<sup>141</sup>、印度與科威特（India-Kuwait）間BIT（2001）第4條<sup>142</sup>等；②在BIT中設有指南或附件，在投資協定中設有解釋指南（Guidelines）或者附

所有或控制之法人企業的名義提交仲裁申請，但該請求須滿足以下條件：（a）被聲請人已違反了（i）本協定第3條至第10條規定之義務，（ii）投資授權、（iii）投資協定；以及（b）該企業遭受了因該違約，或產生於該項違約的損失或損害，但是，只有在聲請的標的物及該聲請所索取之損害賠償與依據相關投資協議已經建立或取得之適格投資，或者依該協議在尋求建立或取得的適格投資直接相關時，聲請方依本款（1）項（a）（iii）或（2）項（a）（iii）方可提交基於違反投資協議的（仲裁）聲請。

根據「第26條（締約雙方同意之條件和限制）」的規定，1、自聲請方首次知悉時或應知悉時，根據本協定第24.1條以及聲請方（根據第24.1（a）條所提出之請求）或其代表之企業（根據第24.1（b）條所提出之請求）已遭受損失或損害之事實之日起超過三，則聲請方不得根據本節提請仲裁。2、聲請方只有在下列情形中方可同意進行仲裁：（a）聲請方根據本節規定之程序以書面方式許可仲裁；以及（b）按以下方式提交仲裁意願通知：（i）當根據第24.1（a）條提出仲裁聲請時，以聲請方書面棄權文件《附隨》；及（ii）當根據第24.1（b）條提出仲裁聲請時，以聲請方或其企業以書面棄權文件的形式《附隨》放棄就所主張的任何違反本協定第24條所指代的内容的措施向任一締約方國內法規定下的行政法庭及法院，或任何爭端解決程序，啓動或繼續訴訟程序的權利；3、儘管有本條第2款（b）項之規定，聲請方[根據第24條第1款（a）所提出之請求]及該聲請方及其企業[根據第24條第1款（b）所提出之請求]可以被聲請人的法庭或行政法庭啓動或繼續不涉及及支付損害賠償金的臨時性禁令救濟，但該行為僅以在仲裁審理期間中保全聲請方或其企業的利益為唯一目的（最後瀏覽日：2022年11月5日）。

<sup>139</sup> France and Mexico BIT（1998）Article 10.2 Special commitments：「Each Contracting Party shall comply with any other undertaking it has entered into in writing in respect of investments made in its territory by investors of the other Contracting Party. Disputes arising out of such commitments shall be settled in accordance with the terms of the contracts governing such commitments.（因這種承諾而產生的爭議應根據涉及這種承諾的合約條款做出解決）」,Investment Policy Hub（UNCTAD）homepage：  
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/International-investment-agreement/treaty-files/1253/download>（last visited：Nov.07, 2022）。

<sup>140</sup> Greece and Mexico BIT（2000）Article 19 Application of other Rules「Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into in writing with regard to a specific investment of an investor of the other Contracting Party. The disputes arising from such obligations shall be settled only under the terms and conditions of the respective contract（因這種義務而產生的爭議應只根據相關合約條款及條件做出解決）」  
Investment Policy Hub（UNCTAD）homepage：<http://investmentpolicyhub.unctad.org/International-investment-agreement/treaty-files/1471/download>（last visited：Nov.07, 2022）。

<sup>141</sup> Iceland-Mexico BIT（2005）Article 8 Application of other Rules「Each Contracting Party shall observe any other obligation it may has assumed in writing, with regard to investments

件（Annex），諸如USMCA前身NAFTA自由貿易委員會（FTC）的解釋文（Notes of Interpretation Certain Chapter 11 provision）<sup>143</sup>般，需要使保護傘條款條文更清楚明白。以及(二)在BIT中並無設有保護傘條款時，若兩國起草BIT過程中不設有保護傘條款，爭端解決條款應明文規定完全排除特許合約請求（Contract Claims）<sup>144</sup>。換言之，令國際仲裁庭不得行使對單純違約的管轄權<sup>145</sup>。臺灣投資者對韓國政府或韓國投資者對臺灣政府向國際仲裁庭提付仲裁時，各國投資者可以主張透過最惠國待遇來援引臺灣或韓國與第三國簽署的BITs中之保護傘條款。例如在MTD v. Chile案中，仲裁庭即承認，透過馬來西

in its territory by investors of the other Contracting Party. However, disputes arising from such obligations shall be settled only under the terms of the contracts underlying the obligations（締約之一方應遵守其領域內對另一締約方投資者之特定投資中以書面形式所承擔之任何義務。惟因這種義務而產生的爭議只能根據相關合約條款及條件做出解決）」  
Investment Policy Hub（UNCTAD）homepage：http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/International-investment-agreement/treaty-files/1562/download（last visited：Nov.07, 2022）。

<sup>142</sup> India and Kuwait BIT（2001）Article 4「Each Contracting State shall observe any obligation or undertaking it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State with disputes arising from such obligations being only redressed under the terms of the contracts underlying the obligations（締約一方應遵守其對締約另一方投資者所承擔的與其境內投資有關的任何其他義務，產生於這種義務的爭議只能在強調該義務的合約條款下得到（司法）救濟）」

Investment Policy Hub（UNCTAD）homepage：http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/International-investment-agreement/treaty-files/1569/download（last visited：Nov.07, 2022）。

<sup>143</sup> North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions NAFTA Free Trade Commission [...] A. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law 1. Article 1105（1）prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party. 2. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105（1）. [...] SICE the OAS Foreign Trade Information System homepage：http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding\_e.asp（last visited：Nov.07, 2022）。

<sup>144</sup> 김여선, 양자간 투자협정의 우산조항에 관한 연구, 국제거래법연구, 제18집제1호, 頁179（2009）。

<sup>145</sup> ANDREW NEWCOMBE, LLUIS PARADEL, *supra* note 19, at 443-444.

亞與智利間BIT上之最惠國待遇援引智利與第三國（丹麥）間BIT中之保護傘條款<sup>146</sup>。是以，若兩國都不願意發生這樣的情況，實可以考慮排除對保護傘條款或合約請求適用最惠國待遇，以限制最惠國待遇的適用範圍。

---

<sup>146</sup> MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004, para. 104.