

目錄

第一章 摘要

第一節 研究動機與研究問題

第二節 文獻回顧與探討

第三節 研究方法與步驟

第二章 GATT 第 21 條之解釋與爭議

第一節 《俄羅斯-過境轉運案》之分析

第三章 多邊投資協定安全例外條款之內涵

第一節 多邊投資協定之介紹

第一項 國家基本安全利益及其相關措辭

第二節 自行判斷條款

第一項 相關類型

第二項 解釋與適用之爭議

第三項 主觀要件

第四項 客觀要件

第五項 善意原則

第四章 國際投資爭端解決相關案例

第一節 *CMS v. The Argentine Republic*

第二節 *Enron v. The Argentine Republic*

第三節 撤銷仲裁判斷

第一項 *CMS v. The Argentine Republic*

第二項 *Enron v. The Argentine Republic*

第五章 多邊投資協定之國安條款與 GATT 第 21 條之可比較法之基準？

第六章 參考文獻

第一章 摘要

現今國際間有眾多的多邊投資條約正如火如荼的進行協商，而於多邊投資協定中，存在與《關稅暨貿易總協定》第 21 條相仿的國家安全條款，此現象源自於國際法上「規範性碎裂化」的現象；以本文討論的多邊投資協定與 GATT 第 21 條視之，在多邊投資協定下的國家安全條款與 GATT 第 21 條文義相仿，但仍有不同之處，因此其與 WTO 國家安全條款涵蓋的範圍可能有所不同，而多邊投資協定中的國家安全條款在此情況下該如何解釋、適用條文，為本文研究之方向。而於 2019 年 4 月 5 日，世界貿易組織於「俄羅斯-過境轉運案」中，首次針對《關稅暨貿易總協定》第 21 條國家安全條約作出的個案生效裁決；而於兩種爭端解決機制的當事方主體不相同，國際司法機構間獨立作成判決，但機構間可能會參考彼此間之判例，作為其見解或解釋之依據，因此本文將討論之。

第一節 研究動機與研究問題

一、研究動機

(一) 多邊投資協定本身之宗旨與目的是以保護外國投資人之利益為出發，而國家安全條款在多邊仲裁協定中卻賦予地主國較彈性之裁量空間保障內國安全；因此如何在地主國的國家安全與投資人的利益間取得平衡，將是一大挑戰。本文的核心將聚焦於多邊投資條約中與 GATT 第 21 條相仿的國家安全條款，因多邊投資協定將 GATT 第 21 條相似之條款大規模的置入多邊投資條約中，多邊投資條約卻沒有明確規定於國家安全條款的解釋與適用，將產生法條解釋空間上的疑義。而在今年 4 月 5 日，世界貿易組織首次於《俄羅斯-過境轉運案》中針對「國家安全」作出個案裁決，專家小組對國家安全條款作出具有管轄權之裁判，而本案於投資仲裁體系中對於國家安全條款之判斷，抑或可成為可比較之法律標準，因此本文將其列入探討之範圍。

以下本文整理出近年來與 GATT 第 21 條¹相仿的多邊投資協定為參考：

	GATT 第 21 (a) 條	GATT 第 21 (b) 條	GATT 第 21 (c) 條	GATT 條款外新增的國安條款
《東南亞國家協會全面性投資協定》	本協定任何規定不應被解釋為：(a) 要求任一會員國提供其認為揭露將違反其基本安全利益之資訊。	(b) 阻止任一會員國採取其認為基於保護其基本安全利益之必要行動，包含但不限於： (i)關於可分裂物質或該等物質之衍生物	(c)阻止任何會員國根據其在聯合國憲章下維持國際和平安全之義務所採取之任何行動。	ACIA 安全例外條款對於基本安全利益另外規定有關保護「重要公共基礎建設」(critical public infrastructure)。 →(b)(iii)以保護重要公共基礎建設，包括通訊、電力、及供水基礎建設，使其免於故意之中斷或受到破壞。
《東南亞國家協會-中國投資協定》		(ii)關於武器、彈藥及戰爭物資之交易，及直接或間接基於提供軍事建制之目的所進行之其他產品與物資之交易； (iv)於戰爭或其他國內或國際關係緊張狀態採取之行動。		
《中國-日本-韓國三邊投資協定》	每一締約方得採取任何措施：(a)其認為基於保護其基本安全利益之必要措施：	(i)於戰爭或武裝衝突，該締約方或國際關係中其他緊張狀態 (ii)有關執行非擴散武器之國家政策或國際協定。	(b)根據其在聯合國憲章下維持國際和平安全之義務。	簡化國家安全例外條款之規定

從以上圖表可看出，《東南亞國家協會全面性投資協定》與《東南亞國家協會-中國投資協定》對於國家安全條款的內容規範相同，大致上與 GATT 第 21 條相仿，但卻新增對於基本安全利益另外規定有關保護「重要公共基礎建設」；而《中國-日本-韓國三邊投資協定》的內容明顯簡化 GATT 第 21 條之規範。

二、研究問題

(一) 在多邊投資協定下的國家安全條款與 GATT 第 21 條文義相仿，但仍有不同之處，因此其與 WTO 國家安全條款涵蓋的範圍可能有所不同，而多邊投資協定中的國家安全條款在此情況下如何解釋、適用與處理爭執為本文研究之方向。

¹ GATT 第 21 條規定：“本協定的任何規定不能解釋為：1、要求任何締約方提供為其根據國家根本安全利益認為不能公佈的資料。2、阻止任何締約方為保護國家根本安全利益對有下列事項採取其認為必須採取的任何行動：(a)裂變材料或提煉裂變材料的原料；(b)武器、彈藥和軍火的貿易或直接和間接供軍事機構用的其他物品或原料的貿易；(c)在戰時或國際係中的其他緊急情況。3、阻止任何締約方為根據《聯合國憲章》為維護國際和平與安全而採取行動。

(二) 國際貿易組織於「俄羅斯-過境轉運案」中清楚界定 GATT 第 21 條之範圍，而於多邊投資協定未來如產生國家安全條款之爭議時，可否參考此一判決，分析出因本案可能的「參考其他機構為事實證據」的國家安全準則？本文由分析上述之問題，平行比較二制度間之關係，進而探討多邊投資仲協定如果決定參考 WTO 之判決，其採取與 WTO 於「俄羅斯-過境轉運案」中相同之立場所帶來的正面或反面效果為何？而如其採取與 WTO 對於國家安全條款相反之見解，所帶來的影響可能為何？

第二節 文獻回顧與探討

一、投資協定下「國家安全條款」之重要性

在 2012 年，「歐盟與美國之國際投資共同原則聲明」(Statement of the EU and the US on Shared Principles for International Investment)第七點指出，「對國家安全之考量，應以狹義量身訂做方式檢視」(Narrowly-Tailored Reviews Of National Security Considerations)，若對外國投資進行涉及國家安全之審查，政府確保審查時僅關注真正具有國家安全風險之議題²。此一原則其所可能包含之範圍有兩項內涵：一係國家對於外人投資審查制度，基於國家安全或經安全考量等，對於外人投資審查案件實施審查之理由；另一係有制定或適用安全例外條款時，該平衡外國投資人與地主國之間的利益。歐美係世界上兩大「外國直接投資」(foreign direct investment, FDI) 之國家，並且雙方經貿係深遠而密切，故未來策略係將此一原則擴大推廣至其他之有關國家，並應共同遵守之原則，俾利促進國際投資及保障投資人權益，由此可知未來於國際投資協定對於安全例外條款之規範、適用以及解釋上具有高度之重視。

二、投資仲裁庭參考其他機構之判決為事實證據

投資仲裁庭亦曾參考 WTO 小組與上訴機構判決，作為事實證據。學者 Marceau 等人歸納³，投資仲裁庭參考 WTO 小組或上訴機構判決之案例，通常有以下兩特色：第一，在議題領域上，此現象多涉及國際經濟法領域；第二，由於 WTO 規範與投資條約之「規範性碎裂化」現象，當國家之相似措施，同時違反 WTO 內括協定與投資條約之相似規範時，投資仲裁庭為增加國際法一致性，可能參考 WTO 判決。

(一) 參考 GATT 第 20 條(b)款環境保護例外以解釋 NAFTA 第 1102 條「同類情況」

² 請參閱，http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/april/tradoc_149331.pdf (最後日期，2019 年 10 月 27 日)。

³ See Gabrielle Marceau, Arnau Iaguerri, Vladslav Lanovo, 'The WTOs Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation' (2013) 47 Journal of World Trade, pp 481-574.

在 Myers v. Canada 案中，仲裁庭考量 GATT 第 20 條(b)款等涉及環境保護之例外規定，以解釋加拿大與外國是否屬於 NAFTA 第 1102 條所稱之「同類情況」，此舉係為在國家規制權與 NAFTA 條款間，找到平衡點⁴。本案仲裁庭認為，解釋國民待遇時考量整體脈絡，因此，NAFTA 無明文規定環境保護可作為國民待遇之例外，但仍需遵守地主國的環保政策。儘管本案參考 GATT 公共價值之例外規定，來解釋「同類情況」，但未得具體結果，不過，本案仍可證明投資仲裁庭確有參考 WTO 判例。

以上對於 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否參考對方機構判決之討論，Allen & Soave 指出⁵，若判決之間具有「可比較之法律標準」(comparison of legal standards)，則國際性司法機構如 WTO 爭端解決機制或投資仲裁庭可參考外來判決。學者 Jaemin Lee 則稱此種 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭之互動為「交叉影響」⁶，亦即兩種機制對同一爭端表達意見，並相互影響各自判決與仲裁判斷。

三、南海爭端的投資發展與《東南亞國協-中國投資協定》之國家安全條款

中國在東協的投資項目近幾年正不斷擴大，投資項目主要為中⁷國於東協國家創建人工島以及南海的物流、建築及能源相關之運營。因此學者認為東協國將來可能根據 2010 年《東南亞國家協會-中國投資協定》(ASEAN-China Investment Agreement)第 17 條⁸安全例外規定，於南海的快速基設施建設和島嶼建設發展提起以國家安全為由的監管措施，反對中國資助的發展項目或中國企業的活動。但是，如果將來在世界上最快速的基礎設施和海上投資中心之一出現國安條款爭端；又有多邊投資條款強調保護外國投資人之利益，但就地主國而言，在多邊投資條款中的安全例外條款，賦予地主國保其自身安全之「安全閥」(safety valve)，以此條款以排除其在多邊投資條款下的相關義務。因此如何根據現行投資爭端解決機制解決此爭端，平衡地主國與外來投資人間之關係，國家安全條約之解釋，可能成為未來

⁴ See Weiss, Friedl. 2008. Trade and Investment In the Oxford Handbook of International Investment Law.

⁵ See Brooks E. Allen & Tommaso Soave, "Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration", 30 Arbitration International (2014).

⁶ See Complementing Each Other or Stoking Further Complexity: Interaction between International Investment Law and International Trade Law, in JOURNAL OF WORLD TRADE (Vol. 47, Issue 2, March 2013)

⁷ See The Reviewability of the Security Exception in GATT Article XXI in Russia Traffic in Transit: Implications for South China Sea Investment Disputes in GATT Article XXI-type Clauses in ASEAN Regional Investment Treaties.

⁸ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3272/asean-china-investment-agreement>.

爭端之核心。以下為多邊貿易投資體系爭端解決之通常機制與程序，本文整理成表格加以比較：

	ICSID 仲裁	ICSID 附加便利仲裁	UNCITRAL 仲裁規則
管轄權	<ol style="list-style-type: none"> 1. 當事人合意 2. 對事管轄/對人管轄 3. ICSID 第 25 條第 1 項:投資人母國與地主國均為 ICSID 締約國 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 當事人合意 2. 對事管轄/對人管轄 3. 附加便利規則第 2 條第 a 款:僅投資人母國或地主國單方為 ICSID 締約國 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 當事人合意 2. 對事管轄/對人管轄 3. 符合特定投保協定的投資人定義
仲裁庭之組成	<ol style="list-style-type: none"> 1. 原則:尊重當事人合意 2. 當事人無合意時 <ol style="list-style-type: none"> (1) 當事人各自選任一位仲裁人, 當事人合意選任主任仲裁人 (2) 案件登錄後 90 日內, 仲裁庭仍未組成, 由 ICSID 代為選任 3. 仲裁人迴避事由 <ol style="list-style-type: none"> (1) 仲裁人國籍/欠缺獨立性 4. 迴避裁決: 仲裁庭成員或 ICSID 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 原則:尊重當事人合意 2. 當事人無合意時 <ol style="list-style-type: none"> (1) 當事人各自選任一位仲裁人, 當事人合意選任主任仲裁人 (2) 案件登錄後 90 日內, 仲裁庭仍未組成, 由 ICSID 代為選任 3. 仲裁人迴避事由 <ol style="list-style-type: none"> (1) 仲裁人國籍/欠缺獨立性 4. 迴避裁決: 仲裁庭其餘成員或 ICSID 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 原則:尊重當事人合意 2. 當事人無合意時 <ol style="list-style-type: none"> (1) 當事人各自選任一位仲裁人, 二位仲裁人選任主任仲裁人 (2) 當事人未能選任仲裁人, 或主任仲裁人未能選任, 由選任機關代為選任 3. 仲裁人迴避事由 <ol style="list-style-type: none"> (1) 欠缺公正性/欠缺獨立性 4. 迴避之裁決: 選任機關作成
仲裁程序之進行	<ol style="list-style-type: none"> 1. 原則: 包含書面審理與言詞辯論程序; 例外: 當事人相反合意 2. 仲裁庭自行認定管轄權 3. 非爭議第三人提出書面意見 4. 例外情形得重開審理程序 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 原則: 包含書面審理與言詞辯論程序; 例外: 當事人相反合意 2. 仲裁庭自行認定管轄權 3. 非爭議第三人提出書面意見 4. 例外情形得重開審理程序 5. 仲裁庭認定仲裁地 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 原則: 仲裁庭決定書面審理或言詞辯論程序; 例外: 當事人要求聽審 2. 仲裁庭自行認定管轄權 3. 非爭議第三人提出書面意見 4. 仲裁資訊與程序透明化 5. 例外情形得重開審理程序 6. 仲裁庭認定仲裁地
仲裁之承認與執行	<ol style="list-style-type: none"> 1. 依據 ICSID 公約規定承認與執行 2. 無拒絕承認與執行事由 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 依據紐約公約規定承認與執行 2. 拒絕承認與執行事由 <ol style="list-style-type: none"> (1) 仲裁協議無效 (2) 當事人欠缺程序保障 (3) 仲裁庭越權判斷 (4) 仲裁程序違法或違反當事人約定 (5) 仲裁判斷尚未生效或經撤銷 (6) 仲裁判斷違反公序良俗 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 依據紐約公約規定承認與執行 2. 拒絕承認與執行事由 <ol style="list-style-type: none"> (1) 仲裁協議無效 (2) 當事人欠缺程序保障 (3) 仲裁庭越權判斷 (4) 仲裁程序違法或違反當事人約定 (5) 仲裁判斷尚未生效或經撤銷 (6) 仲裁判斷違反公序良俗

第三節、研究方法及步驟

一、文獻分析法

本研究首先將廣泛並且深入的剖析國外學者對於本文所提出之問題所作的評析及見解，主軸一將探討於多邊投資協定中，與 GATT 第 21 條相仿的國安條款，因於不同投資區域體系中所欲達成之目的不同，其與 WTO 國家安全條款涵蓋的範圍可能有所不同，又於投資爭端中，該如何認定仲裁庭之管轄，並探討多邊投資協定中的國家安全條款在此情況下如何解釋適用；本研究最後將上述實務爭端透過學者間的看法與建議，期能以此理出脈絡，提出個人見解。

二、實證研究法

本研究將先蒐集國際法實務有發生過上開有關本文所提及之問題作完整蒐集，透過實務判決了解可能的問題；於主軸二的部分以《俄羅斯-過境轉運案》為深入分析，平行比較本案是否可能建構投資法領域「參考其他機構為事實證據」的國家安全例外準則，再探討多邊投資仲裁條約如何透過現行國家安全條約之解釋及法理之適用解決實際運作上可能產生之問題，可能有值得我們加以參考之地方，亦有可能因為機構間判決上產生分歧。畢竟透過了解實務運作真正了解問題，才能從問題的基礎之上尋求解決的方向。

第二章、GATT 第 21 條⁹之解析與適用爭議

起草 GATT 之初，第 21 條安全例外條款即為各國關注之焦點，並引發若干國家之疑慮。而權衡基本安全利益之際，一方面不宜從嚴認定，否則礙於國家基於安全而須採取措施；另一方面亦不宜從寬認定，因可能造成各國基於商業貿易目的而以國家安全為藉口，以此免責。而此條規定因須於貿易與國家安全間取得平衡，因此在解釋與適用時留下解釋模糊空間，本文將在以下以最富爭議之 GATT 第 21 (b)條，以《俄羅斯-過境轉運案》之小組裁決進行介紹。

第一節《俄羅斯-過境轉運案》之分析

世界貿易組織(WTO)於 2019 年 4 月 5 日公布俄羅斯-過境轉運案的小組報告，而烏克蘭、俄羅斯雙方皆已同意不再上訴，因此本案爭執之關稅暨貿易總協定 (GATT) 第 21 條國家重大安全利益之措施，係屬 WTO 第一個對個案發生法律效力的國家安全條款裁決，本文將對此進行介紹，以下分述之：

⁹Article XXI of GATT:Nothing in this Agreement shall be construed:

(a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or

(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests

(i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;

(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;

(iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or

(c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

該條文譯為

本協定各項規定不應被解釋為

(a) 要求任何締約國提供其認為揭露將違反其基本安全利益之資訊；或

(b) 禁止任何締約國採取其認為基於保護其基本安全利益之必要措施

(i) 關於具有原子分裂性之物質或製造該物質之原料。

(ii) 關於販賣武器、彈藥或其他戰爭物質及關於販賣直接或間接供給軍用之其他物品。

(iii) 在戰爭或其他國際關係緊張時期所採行之措施。

(c) 禁止任何締約國為履行依聯合國憲章所負關於維持國際和平及安全之義務而採取之措施。

一、《俄羅斯-過境轉運案》事實背景

2014 年烏克蘭新政府組成後，烏俄兩國間關係惡化，雖然於本案例中，當事國避免提及烏克蘭政權移轉後續所發生之爭議，WTO 小組也論及其功能並非針對兩國間之衝突作出評判，但其認為將上述事件放入本案例中，進行脈絡之釐清，有其關連性與重要性存在¹⁰，故本文仍烏俄間之關係進行簡要之探討。

烏克蘭於 2011 年 10 月成為獨立國協自由貿易協定締約國之一，其他締約國則為俄羅斯、白俄羅斯、吉爾吉斯、塔吉克、馬爾地夫、哈薩克以及亞美尼亞。而後烏克蘭雖然參與歐亞經濟聯盟（Eurasian Economic Union, EaEU）的創始談判，但烏克蘭政府於境內發生烏克蘭親歐盟示威運動後，決定不加入 EaEU，轉向歐盟尋求經濟整合¹¹。2014 年 3 月，新的烏克蘭政府與歐盟簽署《烏克蘭-歐盟聯合協議》（EU-Ukraine Association Agreement），該協議旨在促進歐盟與烏克蘭間的政治與經濟整合。又，於 2014 年 6 月，歐盟與烏克蘭為使經濟進一步整合發展，建立「深度全面自由貿易區（Deep and Comprehensive Free Trade Area）」¹²。

2016 年 12 月，聯合國大會通過決議譴責俄羅斯暫時佔領烏克蘭部分領土，及俄羅斯聯邦的「克里米亞自治共和國和塞瓦斯托波爾市（Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol）」，並不承認將其併吞之行為¹³。

自 2014 年烏克蘭親歐事件後，美國、歐盟成員國、加拿大、澳洲等國對俄羅斯實施經濟制裁，俄羅斯於被實施制裁後，亦向對其實施制裁之國家實施特定農產品、原料之進口禁令¹⁴。此外，俄羅斯亦發布「2014 年白俄與俄羅斯間邊境運輸禁令之第 778 號決議」、「2016 年白俄羅斯過境要求」與「2016 年非零關稅商品與第 778 號決議所列貨品轉運禁令」對烏克蘭實施相關轉運之制裁，因此形成《俄羅斯-過境轉運案》的主要爭執背景；以下將對於俄羅斯實施之此三項禁令進行介紹。

二、本案系爭俄羅斯採取之限制轉運措施

案件起因於 2014 年克里米亞半島事件，引發俄羅斯與烏克蘭之間國際關係情勢緊張，隨後俄羅斯便開始採取相關的轉運措施之限制，係爭措施有：

（一）「2014 年白俄與俄羅斯間邊境運輸禁令之第 778 號決議」¹⁵

¹⁰ See Panel Report, Russia-Traffic in Transit, ¶ 7.5.

¹¹ A Timeline of the Euromaidan Revolution, EUROMAIDEM PRESS, <http://euromaidanpress.com/2016/02/19/a-timeline-of-the-euromaidan-revolution/>.

¹² See Panel Report, Russia-Traffic in Transit, ¶ 7.7.

¹³ Id. ¶ 7.8.

¹⁴ Id. ¶ 7.9.

¹⁵ Id. ¶ 7.106(c).

此轉運禁令全然禁止烏克蘭通過白俄羅斯的邊境關哨，從俄羅斯轉運受到動植物檢疫管制的貨品，與第 778 號決議下所列的進口禁令產品。

(二) 「2016 年白俄羅斯過境要求」¹⁶

此規範要求所有欲經俄羅斯之公路或鐵路，運往哈薩克和吉爾吉斯的烏克蘭國際貨物，須從白俄羅斯入境俄羅斯，並於白俄羅斯與俄羅斯、以及俄羅斯與哈薩克之邊境特定管制站遵守辨識封條和登記卡之相關規定。

(三) 「2016 年非零關稅商品與第 778 號決議所列貨品轉運禁令」¹⁷

此禁令禁止從烏克蘭經由俄羅斯的公路和鐵路，將 (1) 根據 EaEU 共同關稅採非零進口關稅的貨品 (2) 屬於第 778 號決議規定所列進口的進口禁令貨品，運輸到哈薩克或吉爾吉斯。

二、小組裁決

俄羅斯援引 GATT 第 21 條第 (b) 款第 (iii) 目國家安全條款，主張 WTO 爭端解決小組對於國家安全並無管轄權。爭端解決小組則認為其對於 GATT 第 21 條第 (b) 款第 (iii) 目具有管轄權，而認定俄羅斯採取限制烏克蘭轉運之措施，皆落入國家緊急情況期間，且俄羅斯舉證可證明其措施滿足 GATT 第 21 條第 (b) 款第 (iii) 目國家安全條款之要求，以下分析之：

(一) 依 GATT 第 21 條採取之國安措施，是否可受 WTO 司法審理？

1. 俄羅斯主張國家安全條款完全屬於「自行判斷」(self-judging) 事項，GATT 第 21 條不具備可受司法審查之性質；據此，WTO 爭端解決小組則檢視 GATT 第 21 條的條文結構，主張 GATT 第 21 (b) 條規定，在「會員國其認為為保護其基本安全利益之必要」下，不得阻止該國採取(i)裂變材料或提煉裂變材料的原料;(ii)武器、彈藥和軍火的貿易或直接和間接供軍事機構用的其他物品或原料的貿易;(iii)在戰時或國際關係中的其他緊急情況等三款措施，因此小組認定其須先檢視 GATT 第 21(b)條「其認為有必要」之前言，是否適用其後所列舉(i)至(iii)款之規定。

(二) 系爭措施是否符合 GATT 第 21 條第(b)款之前言

1. 小組須審查系爭措施是否符合 GATT 第 21 條第(b)款之前言。小組首先表示，「基本安全利益」是比安全利益更狹隘的概念，通常指的是與國家典型功能有關的利益，即保護其領土和人民免受外部威脅，並在內部維護法律和公共秩序。此類利益取決於國家的具體情況與

¹⁶ Id. ¶ 7.106(a)

¹⁷ Id. ¶ 7.106(b)

其認知，且可以預期會因變動中的狀況而有所不同，因此，何謂其認為基本安全利益者，一般來說應留待各會員國決定。雖然會員國具有認定何謂「基本安全利益」之裁量權，其裁量權仍須受到會員國基於善意原則適用並解釋 GATT 第 21 條第(b)款第(iii)目之義務的拘束，善意原則是為了防止會員國利用該例外條款規避其於 GATT 之義務，故就源自於國際關係之緊張情況所來的基本安全利益，援引國需提供充分的說明以證明其真實性。

本案中的國際關係緊急情況非常接近戰爭或衝突之核心，小組於本案中採取俄羅斯之主張，認為本中俄羅斯與烏克蘭兩國在 2014 年與 2016 年間國際情勢惡化甚至引起國際社會關注，且聯合國大會更界定其為一種持續性武裝衝突，故小組認烏俄兩國自 2014 年起發生的緊張事件，符合 GATT 第 21(b) (iii) 條下的「在戰爭或其他國際關係緊張時期所採行之措施。」，而上述「2014 年白俄與俄羅斯間邊境運輸禁令之第 778 號決議」、「2016 年白俄羅斯過境要求」與「2016 年非零關稅商品與第 778 號決議所列貨品轉運禁令」皆發生於 2014 至 2016 年國際關係緊急情況期間¹⁸。

2. 必要性

按當前之狀況，應由俄羅斯決定保護其重大安全利益的措施之必要性，此一結論係來自賦予「其認為」此一形容詞子句具法律效力的邏輯推論上的必要性。而必要性。

依據《維也納條約法公約》第 31 條之解釋方法，由於 GATT 第 21 條第(b)款明文規定締約方認為保護其重大安全利益所必要者，大部分學者認就其字面意思解釋，措施的有效性在一定程度上係交由援引國判斷，因此，所採取的措施是否為保護重大安全利益之必要者，並不留待客觀的審查，而是由援引國主觀判斷。儘管 WTO 小組或上訴機構可能無法裁決，援引國根據 GATT 第 21 條所採取之措施，是否為保護其重大安全利益所必要者，然而此並不意謂 WTO 小組不得對援引國採取措施進行任何審查，亦即小組或上訴機構遇到此類爭端，仍須檢視會員國所採取措施是否真的係為了保護重大安全利益所必要者，亦即是會員國仍須遵守善意原則。即使會員國對於措施是否為保護重大安全利益之必要者有一定的裁量空間，會員國依其認為而採取措施之必要性，仍須受到本項其他法律要件下一定程度的客觀司法審查，檢視會員國所做之解釋是否合理，以及該措施是否構成明顯濫用，以避免會員國濫用該條款。

3. 綜上，小組認為由 GATT 第 21 條第(b)款第(ii)目的通常文義、上下文、以及 GATT 與成立 WTO 協定之目的與宗旨進行解釋的結果，GATT 第 21 條第(b)款前言中之「其認為」並未賦予援引國完全主觀的自主裁量權，就落入該款的事由，小組必須進行客觀的審查已判定系爭措施是否符合三子項之其中之一項。從 21 條(b)上下文觀察，小組認為第(i)、

¹⁸ Id. ¶ 7.119.

(ii)、(iii)均關切「因該等事項所產生的特殊安全利益」，基本上均屬國防安全利益，或維持法律和公共秩序之利益，鑑於這些國際關係的緊急情況存在屬於客觀事項，則針對該情況採取措施之決定，應屬於客觀事實可受小組之客觀判斷。易言之，主張國家安全條款之國家仍須客觀證明其措施符合第 21(b)條(i)-(iii)款之構成要件¹⁹。

(三) 系爭措施是否落入 GATT 第 21 條第(b)款第(iii)目

1. 於本案例中，小組認為俄烏兩國間已相當接近戰爭或軍事武裝衝突之內容，儘管俄羅斯未明確說明其基本安全利益，但已舉證證明 2014 年俄烏邊境之緊急安全情況，並為聯合國認定為持續性武裝衝突，故俄羅斯之認定為基於善意原則之考量，而採取相關之禁運措施有其依據²⁰。

第三章 多邊投資協定安全例外條款之內涵

第一節 多邊投資協定之介紹

一、《東南亞國家協會全面性投資協定》(ASEAN Comprehensive Investment Agreement)

2009 年東南亞國協²¹簽署《東南亞國家協會全面性投資協定》(ASEAN Comprehensive Investment Agreement, ACIA)係取代原有之 1987 年《東南亞國家協會投資協定》(ASEAN Investment Guarantee, AIG)以及 1998 年《東南亞國家協會投資區架構協議》(Framework Agreement on the ASEAN Investment Area, AIA)²²。以往 AIG 主要適用於 ASEAN 會員國;而 AIA 擴大適用於來自 ASEAN 區域內與區域外之投資²³。

有鑑於東協區域投資規範整合的需要，東協規劃以東協全面投資協定 (ASEAN Comprehensive Investment Agreement, ACIA) 為核心，重整投資保障以及製造業投資自由化之規範基礎，架構東協之國際投資法制。在 ACIA 締結之前，東協內部之國際投資保障與自由化規範，係由多部協定交織而成。許多規範已不合乎當前的需求，彼此間的適用關係亦不甚明確。東協遂體認有必要對其內部國際投資規範重新審視並加以調整，其成果即為 2009 年 2 月 26 日，第 34 次東協經濟部長會議期間完成簽署的 ACIA。其後並於 2012 年 3 月經

¹⁹ Id. ¶ 7.64.

²⁰ Id. ¶ 7.111

²¹ 東南亞國家協會於 1967 年由 5 個東南亞國家所創立，包括印尼、馬來西亞、新加坡、泰國、以及菲律賓。而後另外 5 個東南亞地區之國家又陸續加入，包括汶萊、越南、緬甸、寮國、以及柬埔寨。

²² 請參閱，<http://www.aseanbriefing.com/news/2013/04/12/introduction-to-the-asean-comprehensive-investment-agreement.html>.

²³ 李貴英，東協首件國際投資仲裁 *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd. V. Government of the Union of Myanmar* 一案之評析，東吳大學法律學報，第 16 卷第 1 期，2004 年，頁 2-4。

全體會員完成國內批准程序後生效。ACIA 的規範可分為投資保障（Investment Protection）、投資自由化（Investment Liberalization）、投資便捷化（Investment Facilitation）、以及投資促進（Investment Promotion）四大部分。但 ACIA 依然承襲 AIA 與 AIG 的特色，在投資保障方面，其效力涵蓋各部門與類型之投資，而投資自由化義務僅及於製造業、農業、漁業、林業、礦業五個部門以及與上述部門相關之服務業²⁴。

二、《中國-日本-韓國三邊投資協定》(China-Japan-Korea trilateral investment agreement)

2012 年簽訂之《中國-日本-韓國三邊投資協定》，其係是中日韓三方之間的第一份國際經貿協定，因隨著直接全球投資行為日益活躍，中日韓希望進一步放寬對外國企業的管制，改善相互投資環境。而投資協定主要為規範如何處理投資者和國家之間的糾紛和保護智慧財產權等問題，其主要目的係為了中日韓三方後續推動洽簽 FTA 先做鋪路之動作；新簽署的三邊投資協定包括智慧財產權保護規定，發生糾紛時可提交國際組織解決。政府執行或變更法律方面存在不透明問題時，必須根據有關要求進行明確說明。另三邊投資協議亦對出資比率等規定放寬管制，有利於提高經營之靈活度²⁵。

三、《東南亞國家協會-中國投資協定》(ASEAN-China Investment Agreement)

中國在東協的投資項目近幾年正不斷擴大，投資項目主要為中國於東協國家創建人工島以及南海的物流、建築及能源相關之營運；因此東南亞國協與中國間 2010 年簽訂的《東南亞國家協會-中國投資協定》中重申各締約方在指定時限內建立中國-東南亞國協自由貿易區的承諾，而此投資協定亦認識到締約方之間發展的不同階段和步伐，多方考量當時新加入東南亞國協的柬埔寨、緬甸、寮國和越南需要特殊和差別待遇以及靈活性，允許各締約方靈活地處理投資規定的敏感領域，以實現可持續的經濟增長和發展目標平等互利的基礎，實現雙贏²⁶。

第一項、多邊投資協定中基本安全利益與國家安全

國際投資條款中，國家安全條款旨在保護東道國的利益，因此在多邊投資協定中，國家安全條款規定，東道國為保護國家的「基本安全利益」可採取相關措施，其「基本安全

²⁴ 請參閱，http://www.aseancenter.org.tw/ASEAN_Document_ACIA.aspx.

²⁵ 請參閱，中國大陸、日本與南韓即將簽署三邊投資協定 - 紡拓會產經資訊處(發布日期：100 年 2 月 10 日)。

²⁶ 請參閱，<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3272/asean-china-investment-agreement>.

利益」此一不明確之法律概念，於多邊投資條款中，未作出明確的定義，締約國透過此一方式保留給彈性以判斷本國的基本安全利益或公共秩序是否遭受到威脅，以下將針對多邊投資條款基本安全利益之相關措辭之特性，分析之：

一、基本安全利益之相關措辭之適用範圍

(一) 《東南亞國家全面性投資協定》

《東南亞國家全面性投資協定》(ACIA)第 18 條規定²⁷：「本協定任何規定不應被解釋為：(a)要求任一會員國提供其認為揭露將違反其基本安全利益之資訊；或(b)阻止任會員國採取其認為基於保護其基本安全利益(essential security interests)之必要行動，包含但不限於(including but not limited to)：(i)關於可分裂物質或該等物質之衍生物；(ii)關於武器、彈藥及戰爭物資之交易，以及直接或間接基於提供軍事建制之目的所進行之其他產品與物資之交易；(iii)於戰爭或其他國內或國際關係緊張狀態採取之行動；(iv)以保護重要公共基礎建設，包括通訊、電力、及供水基礎建設，使其免於故意之中斷或受到破壞；(c)阻止任何會員國根據其在聯合國憲章下維持國際和平安全之義務所採取之任何行動。」其對於何謂「基本安全利益」(essential security interests)有「例示」(illustrative)相關類型，因其於條約中特別指出「包含但不限於」(including but not limited to)，亦即除軍事貨物、物資、服務、以及技術、戰爭或其他國際關係緊張狀態、核武國家政策與國際條約、重要公共基礎建設相關規定外，所謂「基本安全利益」(essential security interests)還有其他相關類型。

而 ACIA 安全例外條款雖採取類似於 GATT 第 21 條之立法模式，但從其條文可知東南亞國協之投資協定對於基本安全利益，另外規定有關保護「重要公共基礎建設」(critical public infrastructure)之規定。有關重要公共基礎建設重要性係在於，如重要民生基礎建設的運轉作業中斷時，將會對公共活動、人類生命健康、甚至國家安全造成重大影響。

(二) 《中國-日本-韓國三邊投資協定》

《中國-日本-韓國三邊投資協定》第 18 條規定第 1 項規定：「除本協定第 12 條外之任何其他規定，每一締約方得採取任何措施：(a)其認為基於保護其基本安全利益之必要措施：(i)於戰爭或武裝衝突，該締約方或國際關係中其他緊張狀態；(ii)有關執行非擴散武器之國家政策或國際協定；(b)根據其在聯合國憲章下維持國際和平安全之義務。」另外，第 2 項規定：「凡締約方依據前項規定而採取不符合第 12 條以外之其他條款的任何措施，該締

²⁷ 同註 15。

約方不應使用此類措施作為逃避其義務之手段。」²⁸可知，此多邊協定與 WTO 安全例外條款相仿，而其不適用於該條約有關損失之補償(第 12 條)，另外，本諸善意原則，適用安全例外條款時不可以此為由，而規避其在《中國-日本-韓國三邊投資協定》下之相關義務。

(三) 《東南亞國家協會-中國投資協定》

《東南亞國家協會-中國投資協定》第 17 條²⁹規定：「本協定任何規定不應被解釋為：(a)要求任一會員國提供其認為揭露將違反其基本安全利益之資訊；或(b)阻止任何會員國採取其認為基於保護其基本安全利益(essential security interests)之必要行動，包含但不限於(including but not limited to)：(i)關於可分裂物質或該等物質之衍生物；(ii)關於武器、彈藥及戰爭物資之交易，以及直接或間接基於提供軍事建制之目的所進行之其他產品與物資之交易；(iii)於戰爭或其他國內或國際關係緊張狀態採取之行動；(iv)為保護重要的公共基礎建設所採取的行動，避免他國故意破壞或降低公共基礎設施之效能；(c)阻止任何會員國根據其在聯合國憲章下維持國際和平安全之義務所採取之任何行動。」其對於何謂「基本安全利益」(essential security interests)如《東南亞國家全面性投資協定》有「例示」相關類型，因其於條約中特別指出「包含但不限於」，亦即除軍事貨物、物資、服務、以及技術、戰爭或其他國際關係緊張狀態、核武國家政策與國際條約、重要公共基礎建設相關規定外，所謂「基本安全利益」還有其他相關類型。

而《東南亞國家協會-中國投資協定》安全例外條款雖採取類似於 GATT 第 21 條之立法模式，但從其條文可知東南亞國協與中國間投資協定對於基本安全利益，另外規定有關保護「重要公共基礎建設」之規定。有關重要公共基礎建設重要性係在於，如重要民生基礎建設的運轉作業中斷時，將會對公共活動、人類生命健康、甚至國家安全造成重大影響。

²⁸ 請參閱，<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2633>.

²⁹ 同註 17。

二、基本安全利益之相關措辭之類型

	基本安全利益相關措辭	國家安全例外條款之特性
《東南亞國協全面性投資協定》	<p>「擴張方式」</p> <p>→ 「例示」相關類型，因其於條約中特別指出「包含但不限於」，亦即除軍事貨物、物資、服務、以及技術、戰爭或其他國際關係緊張狀態、核武國家政策與國際條約、重要公共基礎建設相關規定外，所謂「基本安全利益」還有其他相關類型。</p>	<p>與 WTO 安全例外條款相仿，且規定有關以保護重要公共基礎建設，包括通訊、電力、及供水基礎建設，使其免於故意之中斷或受到破壞。</p>
《中-日-韓三邊投資協定》	<p>「限縮方式」</p> <p>→ 亦即有列舉相關類型限定其範圍。條文列出：戰爭或武裝衝突、執行非擴散武器之國家政策或國際協定與根據聯合國憲章下維持國際和平安全之義務。</p>	<p>與 WTO 安全例外條款相仿，且不適用於該條約有關損失之補償(第 12 條);另外，該締約方不應使用此類措施作為逃避其義務之方式。</p>
《東南亞國協-中國投資協定》	<p>「擴張方式」</p> <p>→ 「例示」相關類型，因其於條約中特別指出「包含但不限於」，亦即除軍事貨物、物資、服務、以及技術、戰爭或其他國際關係緊張狀態、核武國家政策與國際條約、重要公共基礎建設相關規定外，所謂「基本安全利益」還有其他相關類型。</p>	<p>與 WTO 安全例外條款相仿，且規定有關以保護重要公共基礎建設，避免他國故意破壞或降低公共基礎設施之效能。</p>

(資料來源:作者自行整理)

第二節 自行判斷條款

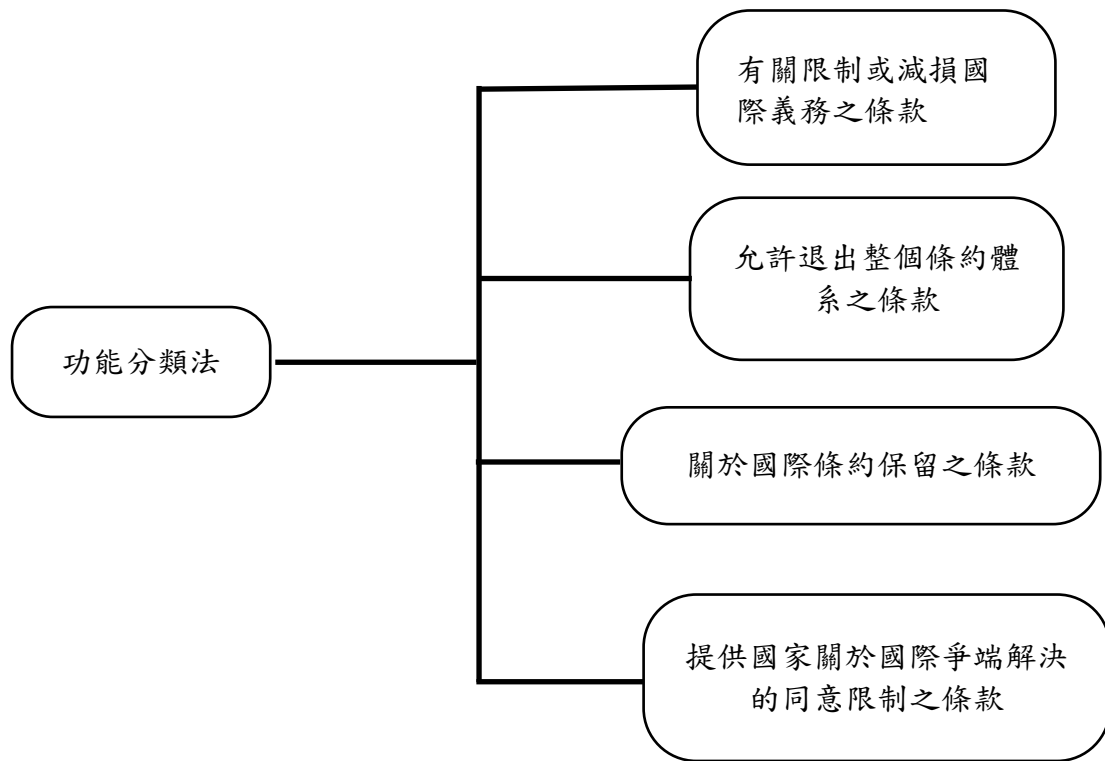
仲裁條款中之國家安全例外條款，「自行判斷」(self-judging)條款係採取「其認為」(it considers)或「其認定」(it determines)之措辭，援引安全例外條款之國家得自行認定其基本安全利益是否受到潛在危險或實際危險之威脅；而後者通常並無採取「其認為」之措辭，國家欲援引安全例外條款時，必須交付仲裁庭判斷其基本安全利益是否受到潛在或實際威脅³⁰；以下將分析自行判斷條款類型，及其重要性與爭議性為主軸。

第一項 自行判斷條款之類型

自行判斷條款賦予國家主觀標準判斷是否對於國家安全採取相關措施與行為，故其對於國家構成一重要之「安全閥」(safety valve)。而有關自行判斷條款之類型，Stephan Schill 與 Robyn Briese 兩位學者係採用「功能分類法」(functional taxonomy)將自行判斷條款分為四類，分別係「有關限制或減損國際義務之條款」(clauses concerning the restriction or derogation from international obligation)、*「允許退出整個條約體系之條款」*(clauses permitting exit from an entire treaty regime)、*「提供國家關於國際爭端解決的同意限制之條款」*(clauses providing for limitations to the consent of states to international dispute settlement)、以及「關於國際條約保留之條款」(clauses concerning reservations to international treaties)³¹，以下介紹之：

³⁰ William W. Burke-White & Andreas von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 48 Va. J. Int'l L. 307, 368-370 (2008).

³¹ Stephan Schill & Robyn Briese, *'If the State Considers': Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement*, 13 Max Planck Yearbook of United Nations Law 61, 81 (2009).



(本圖為撰寫人自繪)

第一款 有關限制或減損國際義務之條款

此類型之條約允許國家部分主題性或暫時性限制國際條約義務，即締約國原則上依然受到相關條約義務之拘束，惟涉及有關其主權負面影響之層面，於國際條約之義務上維持部分限制，係因國家不想在涉及對其主權有關之措施或行為受到限制。以 1958 年「紐約公約」(1958 New York Convention)為例，其第 5 條第 2 項：「規定被請求承認及執行國之主管機關，發現有左列情形之一者，亦得拒絕仲裁判斷之承認及執行：(b)承認或執行判斷將抵觸執行地國之公序良俗者(public policy)³²。」可知，此一條款係完全的「自行判斷」條款，由締約國自行認定相關仲裁判斷是否有違反其公序良俗。

此外，於此一類型之條款亦包含不完全之自行判斷條款，因其涵括客觀判斷標準。以《台薩宏自由貿易協定》為例，其在第 16 章規定例外專章，並於第 16.03 條規定例外條款，其規定：「本協定任何規定不應被解釋為：(a)要求任一締約方提供其認為揭露將違反其基本安全利益之資訊；或(b)阻止任一締約方採取其認為基於保護其基本安全利益之必要行

³² Article V: 2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

動:(i)關於武器、彈藥及戰爭物資之交易，以及直接或間接基於提供軍事或安全建制之目的所進行之其他產品、物資、服務、及技術之運送與交易;(ii)戰爭或其他國際關係緊張狀態採取之措施;(iii)有關執行核子武器或其它核子爆炸物非擴散之國家政策或國際協定;或(c)避免締約國採取其為履行聯合國憲章下維持國際和平及安全之義務之行動。」³³而《台巴自由貿易協定》、《台瓜自由貿易協定》及《台尼自由貿易協定》有關安全例外條款規定皆採用相同之措辭。而仔細分析第 16.03 條第(b)款之架構，似乎可由客觀標準判斷(i)、(ii)、及(iii)所規定之情況是否存在;並同時考慮締約國「其認為」之主觀立場，判斷相關行動或措施是否基於保護締約國之基本安全利益之必要行動³⁴。

第二款 允許退出整個條約體系之條款

此類型之自行判斷條款允許國家退出整個國際條約之義務，而在國際條約中屬於少數類型。如 1968 年 7 月英國、美國、蘇聯和其他 59 個國家締結簽署的簽訂之《不擴散核武器條約》(Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, NPT)，宗旨為防止核擴散、推動核裁軍和促進和平利用核能的國際合作，其中第 10 條第 1 項規定:「每個締約國如果斷定(it decides)與本條約主題有關的非常事件已危及其國家的最高利益，為行使其國家主權，應有權退出本條約。該國應在退出前三個月將此事通知所有其他締約國和聯合國安全理事會。這項通知應包括關於該國認為已危及其最高利益的非常事件的說明³⁵。」，本條約中採用「斷定」之用語，即締約國認定與條約相關之「非常事件」(extraordinary events)已危及國家之「最高利益」(supreme interests)，得自行認定是否繼續留在此一條約體系之中。

³³ARTICLE 16.03:Nothing in this Agreement shall be construed:(a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests;(b) to prevent a Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests:(i) relating to the traffic in arms, ammunitions and implements of war and to such traffic and transactions in other goods, materials, services and technology undertaking directly or indirectly for the purposes of supplying a military or other security establishment;(ii) taken in time of war or other emergency in international relations;or (iii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices;or (c) to prevent a Party from taking action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

請參閱，http://www.trade.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeID=939&pid=317430&dl_DateRange=all&txt_SD=&txt_ED=&txt_Keyword= &Pageid=0。(最後瀏覽日期:2020 年 3 月 25 日)。

³⁴請參閱，<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/honduras/22.aspx?lang=eng>.

³⁵ Article X: 1. Each Party shall in exercising its national sovereignty have the right to withdraw from the Treaty if it decides that extraordinary events, related to the subject matter of this Treaty, have jeopardized the supreme interests of its country. It shall give notice of such withdrawal to all other Parties to the Treaty and to the United Nations Security Council three months in advance. Such notice shall include a statement of the extraordinary events it regards as having jeopardized its supreme interests.

第三款 提供國家關於國際爭端解決的同意限制之條款

此類之自行判斷條款係國家接受國際法院管轄權，然對於相關事項提出各式保留，如 1946 年美國對國際法院規約第 36 條第 2 項有關「強制管轄權」(compulsory jurisdiction) 條款提出保留，有一項係「排除經美國決定係牽涉到本質上係屬美國國內管轄事項之各項爭端」(disputes with regard to matters which are essential within the domestic jurisdiction of the United States of America as determined by the United States of America)，亦即「康納利保留」(Connally reservation)。此即「自行判斷」(self-judging) 條款之雛型，然其效力為何尚無定論，因其大幅減損 ICJ 管轄之權限，有如給予相關締約國對於 ICJ 管轄之否決權³⁶。

第四款 關於國際條約保留之條款

此類型之自行判斷條款係國家於簽訂條約時作出保留 (reservation)，而保留條款旨在使條約中之某些條款不對該國發生法律效果，或更改條款對國家適用時的法律效果³⁷。如 1966 年公民政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 第 7 條規定：「任何人不得施以酷刑，或予以殘忍、不人道或侮辱之待遇或懲罰。非經本人自願同意，尤不得對任何人作醫學或科學試驗³⁸。」，而美國於簽署時提出 ICCPR 之保留，「美國認為 (the United States considers) 有關殘忍、不人道或侮辱之待遇或懲罰係指美國憲法第 5、第 8 和 (或) 第 14 修正案所禁止之殘忍和非正當待遇或懲罰³⁹」。

第二項 解釋與適用爭議

國家安全條款之自行判斷類型，所產生之爭執在於爭端是否得訴諸仲裁庭，目前約有三種學說之主張，一係基於主觀標準，主張仲裁庭不得審查因安全例外條款產生之爭端；二係基於客觀標準判斷，仲裁庭得審查因安全例外條款產生之爭端；最後係基於善意原則 (good faith) 理論，仲裁得審查因安全例外條款所生之爭端，以下分別就三種學說論述之：

第一款 仲裁庭不得審查與檢視因安全例外條款所生之爭端

從國家安全條款之文義觀之，其採取「其認為」(it considers) 之措辭，使此條款具有各國自行認定之性質，而評估國家採取某項措施之必要性屬於主觀標準，故從國家角度殊

³⁶ *Supra* note 30, at 87-89.

³⁷ 俞寬賜，國際法新論，初版，啟英，2007 年，頁 371。

³⁸ Article 7: No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

³⁹ Reservations: (2) That the United States considers itself bound by article 7 to the extent that cruel, inhuman or degrading treatment or punishment means the cruel and unusual treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States.

難想像將國家安全重要事項交付仲裁庭判斷⁴⁰。再者，由於國家安全條款性質上屬涉及政治與國家安全之議題，非投資爭端問題，故仲裁庭無法單獨判斷⁴¹，而實際上是否危及國家安全僅國家最清楚相關情況，因此國家最有能力判斷是否採取相關措施。

第二款 仲裁庭得審查與檢視因安全例外條款所生之爭端

縱國家得以主觀標準判斷國家安全條款，然基於制衡國家可能濫用國家安全條款之疑慮，相關客觀標準不宜排除在外，故國家採取相關措施或行動是否基於保護「基本安全利益」所「必要」者，或有無列舉基本安全利益相關類型限定其範圍⁴²。而於認定國家安全條款是否得被審查時，應先認定該爭端之本質，因援用安全例外條款之國家的片面主張未必與事實相互吻合，故應可就國家採取之措施是否基於安全考量予以審查與判斷，避免國家誤用或濫用此條款，造成外國投資人之負面影響⁴³。

第三款 基於善意原則（good faith）仲裁庭得審查與檢視因安全例外條款所生之爭端

此學說承認國家援引國家安全條款之優位性，唯仍應受到仲裁庭善意原則之審查⁴⁴。1969年維也納條約（Vienna Convention on the Law of Treaties，VCLT）於序言提及，鑒悉自由同意與「善意原則」以及條約必須遵守規則及舉世所承認⁴⁵。而善意履行條約之內涵係誠實與正直履行條約義務，其不僅係依據條約文本之規定，並且須依照條約精神履行條約義務；要求國家不以任何措施或行為違反條約之宗旨，並應不折不扣履行條約義務⁴⁶。無論在國際貿易或投資體系下目前對於安全例外條款之解釋與適用並無明確之答案，仲裁庭或爭端解決小組是否可能針安全例外條款予以判斷與裁定，從實務之角度切入觀察並不樂觀，因於攸關國家安全之問題上國家希望維護其國家主權至高性，而不希望相關爭議予以判斷與裁定。然而，無論採取哪一種學說皆有必要對其相關要件予以檢視，亦即主觀要件、客觀要件、以及「善意原則」（good faith），以探求安全例外條款之內涵。

⁴⁰ Raj Bhala, National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does, 19 U. PA. J. INT'L ECON. L. 263, 268-69 (1998).

⁴¹ Wesley A. Cann, Jr., Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism, 26 YALE J. INT'L L. 413, 430 (2001).

⁴² Dapo Akande & Sope Williams, International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?, 43 VA. J. INT'L L. 365, 399-400 (2003).

⁴³ *Supra* note 40, at 470.

⁴⁴ Roger P. Alford, The Self-Judging WTO Security Exception, Utah L. Rev. 697, 704 (2011).

⁴⁵ 請參閱，https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf,（最後瀏覽日期：2020年3月25日）。

⁴⁶ 李浩培，條約法概論，第二版，法律出版社，2003年，頁272。

第三項 主觀要件

我國之國家安全條款大致上分為兩類型，其一係有規定「其認為」(it considers)之措辭的安全例外條款；另一係無規定「其認為」(it considers)之措辭的安全例外條款。

第一款 我國雙邊投資協定 (BIT)

就我國而言，近年對外簽訂之 BIT 與 FTA 中，皆有安全例外條款在其中。例如 2011 年《台日投資協議》第 18 條第 1 項第 4 款規定：「雙方了解任一方得於其領域內採行下列措施，但不得構成對他方投資為人專斷或無理之歧視，或對他方投資人之投資的變相限制：為保護基本安全利益之必要措施：(a) 戰爭、武裝衝突或其他緊急狀態時採取之措施；(b) 為執行防止武器擴散相關之政策或國際協定。」⁴⁷，以及 2012 年《海峽兩岸投資保障和促進協議》(兩岸投保協議)，係「海峽兩岸經濟合作架構協議(ECFA)」後續協議中第一個簽署之協議，主要參考一般國際投資協定體例，並考量兩岸關係特殊性、雙方投資人之關切，以及協議的拘束力及執行力等因素進行規劃，其在第 2 條第 4 項規定：「一方可採取、維持或執行其認為必要的任何措施，以確保其重大的安全利益。」⁴⁸；此外，2002 年我國與印度簽定《台印投資協議》第 9 條第 2 項：「但承認投資之領域之有關當局，得為維護其基本安全利益或於極度緊急狀況下，依照其法律，按不歧視原則並以正當及合理方式採取任何措施。」⁴⁹除使用「基本安全利益」外，亦使用「極度緊急」(extreme emergency)之用語；又 2010 年我國與甘比亞簽訂《中華民國與甘比亞共和國投資促進及相互保護協定》第 15 條第 4 項：「本協定不應被詮釋為禁止締約國一方為保護基本安全利益，而採行、維持或執行其認為必要之任何措施。」⁵⁰，由上述可知，我國近年來之雙邊投資協定中部分已納入國家安全條款。

⁴⁷ ARRANGEMENT BETWEEN THE ASSOCIATION OF EAST ASIAN RELATIONS AND THE INTERCHANGE ASSOCIATION FOR THE MUTUAL COOPERATION ON THE LIBERALIZATION, PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENT Article 18 1.d : It is understood that the following measures may be adopted or enforced in the Area of either Side, to the extent that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against the investor of the other Side, or a disguised restriction on investments of the investor of the other Side; (d) measures considered to be necessary for the protection of the essential security interests:(i) taken in time of war,or armed conflict, or other emergency; or (ii) relating to the implementation of policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons.

⁴⁸ 請參閱，<http://www.ecfa.org.tw/investAgreement1.aspx?pid=6&cid=19> (最後瀏覽日期:2020 年 3 月 25 日)。

⁴⁹ ARTICLE IX:2. The authorities of the territory which has admitted investments are, however, not precluded from taking any action for the protection of its essential security interest or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non-discriminatory basis.

請參閱，http://www.dois.moea.gov.tw/content/pdf/印度投保協定_中文.pdf, (最後瀏覽日期:2020 年 3 月 25 日)。

⁵⁰ ARTICLE XVI:4. Nothing in this agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining or enforcing any measure that it considers necessary to protect its own essential security interests. 請參閱，<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=Y0050056> (最後瀏覽日期: 2020 年 3 月 25 日)。

第二款 我國自由貿易協定(FTA)

依照 UNCTAD 與我國經濟部投資業務處統計，我國對外洽簽之 FTA 除上述提及之《台薩宏自由貿易協定》、《台巴自由貿易協定》、《台瓜自由貿易協定》、以及《台尼自由貿易協定》外，我國與紐西蘭於 2013 年 7 月 10 日簽署《臺澎金馬個別關稅領域與紐西蘭經濟合作協定》(台紐經濟合作協定)於第 24 章例外專章之第 2 條規定：「就本協定而言，關稅暨貿易總協定第 21 條及其註解、服務貿易總協定第 14 條之 1 之規定，應納入本協定予以準用。」，我國與新加坡於 2013 年 11 月 7 日最新洽簽之《新加坡與臺澎金馬個別關稅領域經濟夥伴協定》(台新經濟夥伴協定)於第 16 章例外專章之第 16.3 條規定⁵¹：「本協定之任何條款不應被解釋為：(a)要求任何締約方提供或允許取得其認為揭露係違反其重要安全利益之資訊；(b)禁止締約方採取任何其認為屬履行其維護國際和平或安全之義務或保護其重要安全利益之必要措施。」⁵²，上述我國之 FTA 皆含有國家安全條款。

第三款 多邊投資協定

除上述有關 BIT 與 FTA 之投資專章有規定與涉及投資議題外，另外事實上亦有多邊性投資協定規範投資議題，如東南亞國家協會於 2009 年所簽訂之《東南亞國家協會全面性投資協定》(ACIA)、2012 年中國大陸、日本、及韓國簽訂之《中國-日本-韓國三邊投資協定》；此外，亦觀察 UNCTAD World Investment Report 提及有關「巨型區域協定」(Mega-regional agreements)之協定對於投資議題之有關影響，於巨型區域協定投資專章中，主要 IIA 之核心條款，包括制定投資及投資人之定義、待遇標準、徵收與補償、實績要求等。與此同時，巨型區域協定亦須處理其他可能對外商直接投資 (FDI) 產生重大影響的條款，包含安全例外條款。而在未來全球投資制度可能逐漸由巨型區域協定主導，其中以《區域全面經濟夥伴協定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)、《跨大西洋貿易暨投資夥伴協議》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)、以及跨太平洋夥伴全面進步協定(CPTPP)為主。例如：跨太平洋夥伴全面進步協定(CPTPP)第 1 條納入 TPP 協定第 29.2 條安全例外規定⁵³：「本協定之任何條文不得被解釋為：(a)要求締約一方提供或容許取

⁵¹ Singapore and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu ARTICLE 16.3 ESSENTIAL SECURITY : Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require a Party to furnish or allow to have access to any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or (b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

⁵² 請參閱，http://www.moea.gov.tw/Tse/main/content/ContentLink.aspx?menu_id=3606 (最後瀏覽日期，2020 年 3 月 25 日)。

⁵³ COMPREHENSIVE AND PROGRESSIVE AGREEMENT FOR TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP Article 1 : Incorporation of the Trans-Pacific Partnership Agreement 1. The Parties hereby agree that, under the terms of this

得其認為一旦揭露將違反其重要安全利益之資訊；或(b)禁止締約一方採取任何其認為屬履行其維護或恢復國際和平或安全之義務或保護其重要安全利益之必要措施。」。而 RCEP 協定預計涵蓋多少議題，訊息始終不一致，也顯示出 RCEP 談判資訊之不透明性，最終依據去年 11 月 4 日峰會聯合聲明表示，RCEP 協議共有 20 個章節，各章節文本內容基本上已完成協商，其中第 17 章對國家安全例外條款設有規定⁵⁴，而 TTIP 尚未完成談判，故對安全例外條款之規定目前無法得知。

第四項 客觀要件

有關投資協定中國家安全條款最重要且極具爭議性之規定，本條約任何規定不應被解釋為阻止締約國採取其認為保護其本國「基本安全利益」(essential security interests)「必要」(necessary)之措施；亦即「自行判斷」(self-judging)條款，國家所採取的相關措施與保護其「基本安全利益」之間係屬「必要」方屬合理，此乃客觀要件。而「必要」(necessary)之內涵為何，一般而言締約國採行任何措施之程度，必須不高於達到其政策目的之必要性，如有較低之要求即能達到其政策目的者，則不應訂定較高之要求，否則即可能成為投資障礙⁵⁵，即所謂「必要性測試」(necessity test)。然而，於國際投資法領域中「必要性」其並無一致性之解釋與適用，而在國際法中必要性可分為兩大類不同之概念，一係於國際習慣法下的「必要性」；另一係以條約為基礎的「必要性」⁵⁶。

(1) 國際習慣法下之「必要性」判准

國際習慣法下的必要性係依據《國家對國際不法行為的責任條款草案》(Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts)第 25 條有關「必要性」規定，第 1 項規定：「一國不得援引必要情況作為理由排除不遵守該國某項義務之行為不法性，除非(a)該行為係該國保護基本利益，對抗某項迫切危險之唯一方法 (the only way)；且 (b)該行為並不嚴重損害作為所負義務對項之一國或數國或整個國際社會之基本利益。」以及第 2 項規定：「一國不得在以下情況援引必要性作為排除其行為不法性之理由：(a)該危險

Agreement, the provisions of the Trans-Pacific Partnership Agreement, done at Auckland on 4 February 2016 (“the TPP”) are incorporated, by reference, into and made part of this Agreement mutatis mutandis. TPP Article 29.2: Security Exceptions: Nothing in this Agreement shall be construed to: (a) require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or (b) preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

⁵⁴ 中華經濟研究院 WTO 及 RTA 中心，RCEP 談判近況與展望評析，<https://web.wtcenter.org.tw/Page.aspx?pid=335042&nid=249>。(最後瀏覽日期，2020 年 3 月 25 日)。

⁵⁵ 顏慧欣，從關稅走向非關稅自由化之歐盟經貿策略：以歐韓 FTA 之服務貿易監管措施與技術性貿易障礙規範為例，歐美研究，第 43 卷第 2 期，2013 年，頁 362。

⁵⁶ Andrew D. Mitchell & Caroline Henckels, Variations on a Theme: Comparing the Concept of 'Necessity' in International Investment Law and WTO Law, 14 Chi. J. Int'l L. 93, 95-98 (2013).

經有關國際義務排除者；或(b)該國自促成該必要情況。」⁵⁷；在國際習慣法中，援引必要性的要件須滿足上述列舉之條件與限制，故「唯一方法」(the only way)在解釋與適用上係非常嚴格。

而投資協定的國家安全條款中，是否得援引國際習慣法下之必要性規定有待考慮，因為維護國家基本利益所遭受嚴重和立即危險之「唯一方法」，假設國家所採取之措施與行為雖係唯一，但成本過高或極度不便可能使該國處於更為不利之狀態，且相關措施與行為幾乎很難被證明係屬唯一；此外，此一必要性係源自於國際習慣法，但國家已於簽訂之 BIT 與 FTA 中規定安全例外條款，似無須援引國際習慣法中「必要性」(necessity)之內涵，除非所簽訂之 BIT 與 FTA 中並無規定國家安全條款。

(2) 以條約為基礎的「必要性」原則

以條約為基礎的「必要性」，條約中大多並無明文規定必要性之要件，故以相關判例之闡釋為主要內容，而以條約為基礎下的「必要性」主要係以 WTO 實務運作核心，其「必要性」之認定係透過 WTO 爭端解決機制逐步形成一套公式，例如：WTO 在「俄羅斯-過境轉運案」中對於 GATT 第 21 條第二項所規定禁止任何締約國採取為保護其重大安全利益之必要措施的「必要性」之解釋，WTO 小組認其得檢視會員國所採取之措施是否為保護重大安全利益之必要者，亦即會員國仍須遵守善意原則。會員國對於措施是否保護重大安全利益之必要者有裁量空間，而依其認為而採取措施之必要性，仍須受到本項其他法律要件下一定程度的客觀司法審查，檢視其所做之解釋是否合理，以及該措施是否構成明顯濫用，避免會員國濫用該條款⁵⁸。

第五項 善意原則

學者 Andrew Newcombe 與 Lluís Paradell 提出對於國家安全條款，即使仲裁庭認定國家自行認定是否攸關其基本安全利益，並基於此一理由採取其認為必要之措施，其應受限於條約中有關善意原則限制⁵⁹。此主張係源自 VCLT 第 26 條「條約必須遵守」(Pacta Sunt Servanda)規定：「凡有效之條約對其各當事國有拘束力，必須由各該國善意履行。」⁶⁰，即

⁵⁷ Article 25: 1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole. 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation of necessity.

⁵⁸ 政大商學院國際經貿組織暨法律研究中心，初探 WTO 爭端解決機構對國家安全例外之審查標準-以俄羅斯過境轉運案小組報告為核心，2019 年 6 月，頁 24。

⁵⁹ ANDREW NEWCOMBE & LLUIS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES, 483 (2008).

⁶⁰ Article 26: Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

國家表示同意承受某一條約拘束，成為該條約之締約國，於條約有效期間內當然受條約拘束，有善意履行該條約之義務，如有違反則引起相應國際義務⁶¹。

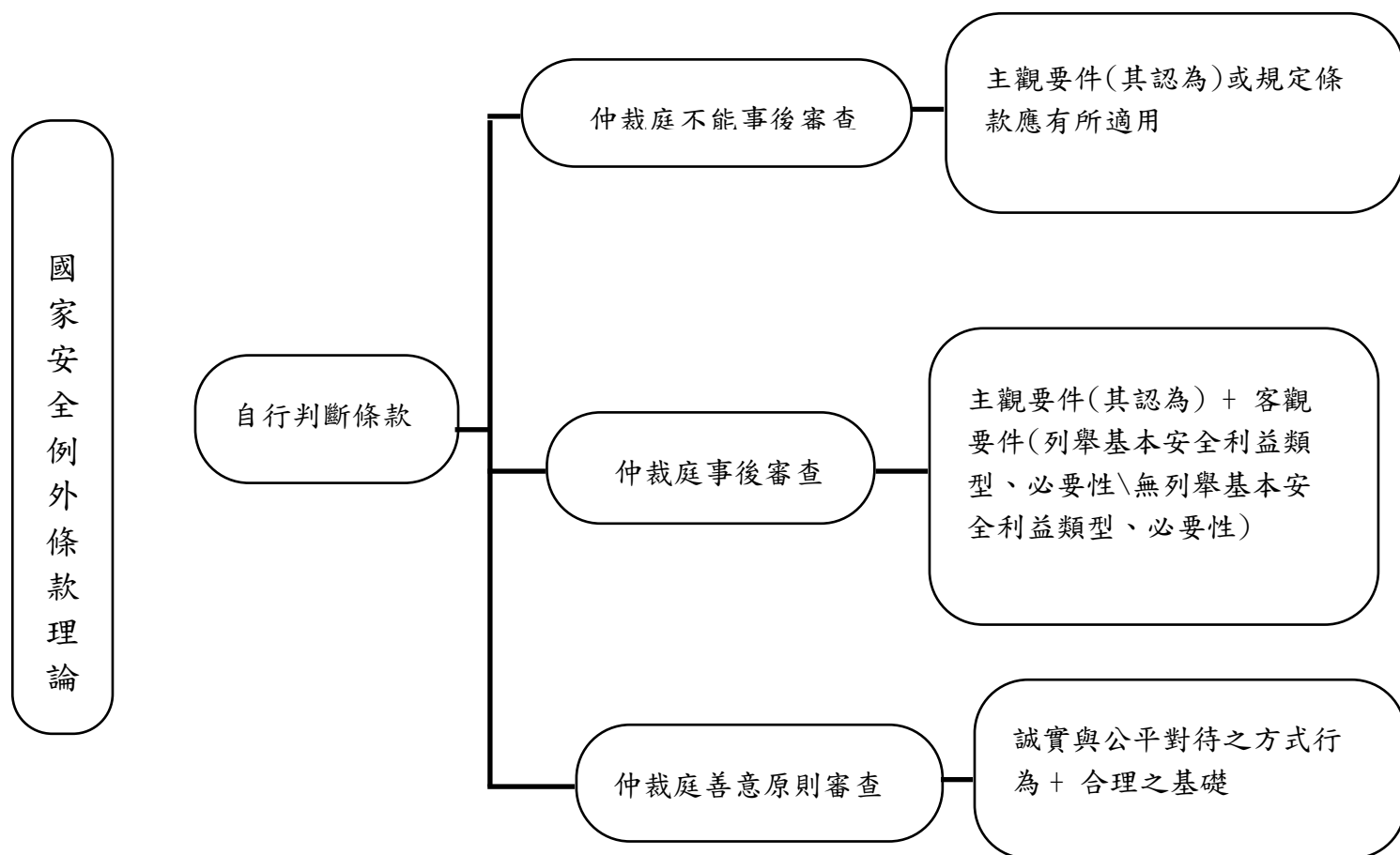
而「善意原則」(good faith)之內涵於條約中並無明確規範，William W. Burke-White 與 Andreas von Staden 兩位學者提出一套規則，有關善意原則包含兩項要素，其一係國家援引安全條款時有無基於「誠實與公平對待之行為」(honest and fair dealing); 另一係國家援引此條款時有無「合理之基礎」(rational basis)⁶²。仲裁庭決定一國援引國家安全條款是否符合「誠實與公平對待之行為」可基於國家一般行為(state's general conduct)、國家緊急狀況之宣告(declaration of a national emergency)、相關國內立法(relevant national legislation)、以及國家決策透明度(transparency of the state's decision making process)等，作為仲裁判斷依據；另，「合理之基礎」係指一理性國家，面臨相同情況是否會援引含有自行判斷條款性質之國家安全條款的「事後審查」(second-guess)基礎⁶³。基此，採善意原則檢視國家安全採取之措施相較於其他判准，其不具直接挑戰國家主權之意涵，並提供國家安全條款相關解釋方法，平衡國家與外國投資人間之權利義務。

⁶¹ 陳治世，條約法公約析論，初版，台北：台灣學生，1992年初版，1992年，頁127-129。

⁶² See Burke-White, *supra* note 29, at 379.

⁶³ See Burke-White, *supra* note 29, at 380.

適用國家安全條款理論示意圖



(本圖為撰寫人自繪)

第四章 國際投資爭端解決相關案例

第一節 *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*

第一項 案件背景事實

1992 年阿根廷通過《第 24.076 號法案》，稱作為天然氣法案。同年又通過《第 1738/92 號法令》，稱作天然氣法令，以補充規定天然氣運輸與銷售業民營化相關細則。根據此一新法案，阿根廷國營天然氣公司劃分為兩個天然氣運輸公司，即南方天然氣運輸公司 (Transportadora de Gas del Sur, TGS) 與北方天然氣運輸公司 (Transportadora de Gas del Norte, TGN)。而為使民營化更佳順利，阿根廷政府通過《第 2255/92 號法令》規定天然氣運輸許可證。而後《第 2457/92 號法令》授予 TGN 天然氣運輸特許經營權。而上述天然氣

民營化法案、法令、以及特許經營權規定 TGN 公司天然氣使用費以美元計價、消費者以披索支付費用，並每半年根據 U.S. PPI 調整天然氣使用費收之收費標準⁶⁴。

從 1995 年開始，美國 CMS 公司參與與 TGN 公司民營化過程，先後購入 TGN 公司股份，共支付 1.75 億美元⁶⁵。後於 1998 年阿根廷經濟開始衰退，又 1999 年底阿根廷與天然氣運輸公司代表舉行協商會議，其商議自 2000 年 1 月 1 日至 2000 年 6 月 30 日暫停根據 U.S. PPI 調整天然氣使用費收費標準。接著從 2000 年 7 月 17 日，阿根廷政府與天然氣運輸公司再次舉行會議，決定在 2 年內凍結天然氣運輸公司根據 U.S. PPI 調整天然氣使用費之收費標準制度⁶⁶。而隨著阿根廷經濟危機的擴大，阿根廷《第 25.561 號緊急法案》根據 U.S. PPI 調整天然氣使用費之收費標準制度，原先以美元計價之使用費收費改成以披索計價收取費用。CMS 公司之美國投資人因此遭受重大損害，而於 2001 年向 ICSID 提起仲裁。以下就仲裁庭對於安全例外條款之解釋予以檢視與探討⁶⁷。

第二項 仲裁庭之判斷

第一款 國家對國際不法行為的責任條款草案第 25 條

仲裁庭指出，必要性情況與緊急情況可排除一國不符合國際法行為之不法性。而阿根廷主張《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條之國家安全例外，應從嚴解釋，以避免被國家濫用。否則，國際法律秩序之穩定性和可預見性將蕩然無存⁶⁸。故仲裁庭將根據此一條款逐一審查阿根廷經濟危機期間所採取之行為與措施是否可以排除不法性。首先，有關基本利益，仲裁庭承認阿根廷面臨危機確實嚴重，但不能因此認應排除其行為與措施不法性，因其可採取相關措施與行為避免情勢進一步惡化及經濟全面崩潰。再者，是否係唯一方法，仲裁庭指出，阿根廷所採取之措施並非唯一可行之方法，仲裁庭亦引用《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條「必要性」(necessity)之註解，即只要存在其他措施可應付經濟危機，即使這些相關措施可能成本更高或實行較為不便，因此，其他措施之存在不能排除阿根廷行為之不法性。因此仲裁庭指出，阿根廷並無滿足本條規定，故無法援引該規定排除其行為與措施之不法性⁶⁹。

⁶⁴ See CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/01/08, Award, para. 53 (12 May 2005). [hereinafter CMS Award].

⁶⁵ See id. at 58.

⁶⁶ See id. at 61.

⁶⁷ See id. at 4.

⁶⁸ See id. at 317.

⁶⁹ See id. at 322.

第二款 美阿雙邊投資條約第 11 條

仲裁庭認為，依《美阿雙邊投資條約》第 11 條規定⁷⁰：「本條約不應排除締約國一方採取必要之措施，以維護公共秩序(public order)，履行所承擔維持和恢復國際和平或安全之義務，或為保護本國基本安全利益(essential security interests)。」，如果本案要適用安全例外條款，需解決以下問題，即條約之目的是否排除國家緊急情況、基本安全利益是否包含經濟危機，以及此條款是否係屬於自行判斷條款。

首先，條約之目的是否排除國家緊急情況，仲裁庭認為，條約目的旨在保護必要性情況中人民之利益。美國與阿根廷締結 BIT 旨在當地主國出現經濟危機或其他緊急情況，或發生不利於地主國或其他機構採取不利於外國投資人之投資措施時，保護外國投資人之利益；因此，此一 BIT 目的排除地主國於一般國家緊急情況下援引安全例外條款之權，僅於國家緊急情況達到使整個國家之經濟和社會完全崩潰程度時，地主國才能援引該條款之規定，而排除國家行為之不法性。但仲裁庭認為，儘管阿根廷經濟危機很嚴重，卻無令其經濟完全崩潰。其次，基本安全利益是否包含經濟危機。雖《美阿雙邊投資條約》中並無規定經濟危機，但是從國際習慣法與條約之目的來看無理由將經濟危機排除於本條款。仲裁庭認為，安全例外條款的确包含經濟危機，因經濟危機亦構成國家主要安全利益，問題在經濟危機程度是否達到使國家經濟與社會完全崩潰之程度⁷¹。

最後，安全例外條款是否係屬於自行判斷條款。仲裁庭認為，如果締約國有意圖為其創設自行認定是否存在國家緊急情況，並且採取相關措施與行為之權利，其會在條約中明確規定。例如 GATT 第 21 條採取「其認為」(it considers)之措辭，然而，仲裁庭認為《美阿雙邊投資條約》第 11 條僅規定採取之必要措施，並無規定採取「其認為」之必要措施，故其屬於非自行判斷條款。因此，仲裁庭認阿根廷沒有自行認定國家緊急情況是否之權⁷²。

第二節 *Enron v. The Argentine Republic*

第一項 案件背景事實

⁷⁰ ARTICLE XI: This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

⁷¹ Supra note 63.at 353-355.

⁷² See id. at 366-374 .

本案事實與前例 *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* 相同，隨著 1998 年阿根廷經濟危機之蔓延與擴大，阿根廷根據緊急法案調整天然氣使用費之收費標準制度。*Enron* 公司相關之天然氣行業外國投資者聲稱，阿根廷之緊急法規已導致其投資遭受重大損失，並違反阿根廷根據《美阿雙邊投資條約》承擔之條約義務，無公平合理地對待外國投資者，訴諸仲裁庭⁷³。

第二項 仲裁庭之判斷

第一款 國家對國際不法行為的責任條款草案第 25 條

首先，仲裁庭於認定阿根廷之基本利益為存在嚴重之經濟危機，惟仲裁庭不認為阿根廷經濟危機已威脅到阿根廷之獨立與存在，而仲裁庭亦認並無充分證據表示阿根廷面臨經濟危機之情況已達無法控制，故不構成嚴重且急迫危險⁷⁴。其次，有關是否係唯一方法，仲裁庭認為，依照其他國家應對經濟危機之經驗，阿根廷可採取許多方法處理經濟危機，故阿根廷依據《第 25.561 號緊急法案》採取之措施並非唯一方法。至於何種替代性措施係為可行，仲裁庭認其並非屬其職權範圍之事項。因此仲裁庭認阿根廷無法累積滿足《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條「必要性」中之條件，故無法援引該條規定排除其行為與措施之不法性⁷⁵。

第二款 美阿雙邊投資條約第 11 條

首先，有關基本安全利益之意義，仲裁庭認為，其與條約中維持國際和平與安全相同，並無界定該概念之內涵，故需要從別處去探求其具體含意以及適用之條件。就維持國際和平與安全而言，《美阿雙邊投資條約》議定書第 6 條有規定其內涵係於聯合國憲章之義務；然而，基本安全利益於《美阿雙邊投資條約》並無明確解釋。因而，仲裁庭認需依《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條之規定，予以認定經濟危機之情形是否滿足相關要件。此外，仲裁庭認為《美阿雙邊投資條約》與習慣國際法關係屬特別法性質。因此，仲裁庭應先就《美阿雙邊投資條約》作為主要考慮，再以《國家對國際不法行為的責任條款草案》作補充。但《美阿雙邊投資條約》並無對相關要件予以規定處理，故仲裁庭認為《美

⁷³ *Enron Corp. Ponderosa Asset, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. Arb/01/3, Award, para 324 (22 May 2007). [hereinafter *Enron Award*]; *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, ICSID Case No. Arb/02/16, Award, para 346 (28 September 2007). [hereinafter *Sempra Award*]; *Continental Casualty Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. Arb/03/9, Award, para 19 (5 September 2008).

⁷⁴ *See id.* at para. 306-307.

⁷⁵ *See id.* at para. 308-309.

阿雙邊投資條約》第 11 條與《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條必要性之規定並無有所區別⁷⁶。

另外，有關《美阿雙邊投資條約》第 11 條之安全例外條款是否係屬自行判斷條款。仲裁庭認為，締約國於簽訂安全例外條款如有此一意圖，會將自行判斷條款性質明確規定於條約中，如 GATT 第 21 條⁷⁷。故仲裁庭認為，《美阿雙邊投資條約》第 11 條之安全例外條款係屬於非自行判斷條款。最後，由於阿根廷並未符合《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條之規定，故無對《美阿雙邊投資條約》第 11 條予以檢視之必要⁷⁸。

第三節 撤銷仲裁判斷

有關 ICSID 對於相關阿根廷案件作出仲裁判斷，阿根廷認仲裁庭不考慮阿根廷經濟危機之嚴重與急迫性，錯誤適用法律，相關仲裁判斷過於偏袒外國投資人利益，使得阿根廷基本安全利益受到嚴重傷害，故其依 1965 年「解決國家與他國國民間投資爭端之公約」(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States)，即《華盛頓公約》提出撤銷仲裁判斷。依據《華盛頓公約》第 52 條第 1 項規定⁷⁹：「任一當事人得依據下列一個或幾個理由，向秘書長提出書面聲請，要求撤銷仲裁判斷：(a) 仲裁庭之組成不當；(b) 仲裁庭明顯逾越權限；(c) 仲裁人收受賄賂；(d) 嚴重背離基本程序規則；(e) 仲裁判斷未述明其所依據之理由。」⁸⁰。

第一項 *CMS Annulment Committee (CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic)*

專門委員會對於仲裁庭之仲裁判斷嚴厲指正，尤其係對於仲裁庭以國際習慣法取代條約之安全例外條款作為其判斷之法律基礎，有關《美阿雙邊投資條約》第 11 條規定係屬於國際條約，而《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條「必要性」係屬於國際習慣法，故仲裁庭應先適用國際條約，僅有於國際條約無明確規定情況方得適用國際習慣法，

⁷⁶ See id. at para. 333-334

⁷⁷ See id. at para. 335-336.

⁷⁸ See id. at para. 339.

⁷⁹ (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds :

(a) that the Tribunal was not properly constituted ;
(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers ;
(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal ;
(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure ; or
(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

⁸⁰ See CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb 01/08, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, para. 111-113 (25 September 2007). [hereinafter CMS Annulment Decision].

故仲裁庭法律之法律適用順序明顯錯誤⁸¹。專門委員會指出，仲裁庭對「明顯法律錯誤」(manifest errors of law)之適用將對整個仲裁判斷結果產生嚴重之不利影響，但儘管仲裁庭在法律推論存在明顯之錯誤，然而，專門委員會並非上訴法庭，依據《華盛頓公約》其僅有有限權限，故並無構成《華盛頓公約》第 52 條第 1 項第(b)款得撤銷仲裁判斷之理由⁸²。

第二項 *Enron Annulment Committee*⁸³ (*Enron v. The Argentine Republic*)

專門委員會肯定國家援引國際習慣法保護其國家基本安全利益，以仲裁庭未述明其所依據之理由與明顯逾越權限予以撤銷仲裁判斷，而其並未對於條約安全例外條款進一步分析。於本案中，專門委員會認為仲裁庭沒有適用《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條有關唯一方法之規定，因仲裁庭主要係依經濟學家之專家報告作出判斷，但委員認經濟學家並非法學家，其專家報告係從經濟學闡明存在其他應對措施，而無涉及國際習慣法之適用。仲裁庭應以《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條「必要性」規定解釋此一條款，並且具體情況分析以進行仲裁判斷。仲裁庭有關上述論述方式，使得《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條之規定沒有適用，構成《華盛頓公約》第 52 條第 1 項第(b)款並得撤銷仲裁判斷之理由⁸⁴。專門委員會認為仲裁判斷有關《美阿雙邊投資條約》第 11 條與《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條之規定相同或相似，由於專門委員會對於《國家對國際不法行為的責任條款草案》第 25 條的仲裁判斷已被撤銷，故有關《美阿雙邊投資條約》第 11 條之判斷亦應同時被撤銷⁸⁵。

第五章 結論

從有關涉及國家安全條款之仲裁判斷觀之，仲裁庭面對國家安全之抗辯時，大多僅係含糊不明處理相關爭議，可知國家安全其本身涉及龐雜之爭議，非仲裁庭得明確建立標準解決之問題。而迄今相關國家簽訂雙邊投資協定或多邊投資協定皆有明訂國家安全條款，因國家安全條款規定國家得維護其基本安全利益為由，排除其在投資協定中所應負之義務，故此條款之重要性未嘗稍減。而從《俄羅斯-過境轉運案》觀之，本案建立 WTO 小組對於國家安全之爭端具有固有管轄權之標準，而賦予會員國對於 GATT 第 21 條第(b)款具有一定之裁量

⁸¹ See id. at para.133-135.

⁸² See id. at para. 136

⁸³ Enron Corp. Ponderosa Asset, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No.Arb/01/3, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, para. 353 (30 July 2010). [hereinafter Enron Annulment Decision]

⁸⁴ See id. at para.361-378.

⁸⁵ See id at para.400-405.

權，決定是否滿足其認為必要之行動及其重大安全利益，整體而言，小組報告對於本次國家安全之見解採取之立場較為保守；而多邊投資協定的國家安全條款與 GATT 第 21 條之解釋判准，從本文觀之，WTO 於《俄羅斯-過境轉運案》建立一定的解釋判准，惟於仲裁判斷中，各個仲裁庭之仲裁判決則基於國家間之利益與政策考量，對於國家安全之解釋常視個案而定，並無一定之解釋標準，因此本文透過分析《俄羅斯-過境轉運案》中小組對於國家安全條款之解釋判準，試提供在多邊投資協定下與 GATT 第 21 條文義相仿之國家安全條款之解釋判准，惟其與 WTO 國家安全條款涵蓋的範圍可能有所不同，因此在解釋仲裁條款中之國家安全條款，通常視國與國間之具體協商內容而定，因此《俄羅斯-過境轉運案》與投資協定之國家安全條款有無成為可比較基準之處，留待吾人後續持續觀察。

第六章 參考文獻

一、中文文獻

(一) 書籍

1. 林彩瑜，《WTO 制度與實務：世界貿易組織 法律研究》，元照出版，(2013)。
2. 中國大陸、日本與南韓即將簽署三邊投資協定 - 紡拓會產經資訊處(2011)
3. 李貴英，《國際貿易與國家安全-GATT 第 XXI 條安全例外條款之研析》，台大法學論叢第三十四卷第四期，2005 年。
4. 李貴英，《國際投資法專論—國際投資爭端之解決》，元照出版，(2004)。
5. 李貴英，東協首件國際投資仲裁 *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd. V. Government of the Union of Myanmar* 一案之評析，東吳大學法律學報，第 16 卷第 1 期，(2004)。

二、英文文獻

1. Asif H. Qureshi (2010), A Necessity Paradigm of Necessity in International Economic Law, 41 Netherlands Yearbook of International Law. 2. August Reinisch (2010), Necessity in Investment Arbitration, 41 Netherlands 166 Year book of International Law.
3. Andrew D. Mitchell & Caroline Henckels, Variations on a Theme: Comparing the Concept of 'Necessity' in International Investment Law and WTO Law, 14 Chi. J. Int'l L. 93, 95-98 (2013).
4. Brooks E. Allen & Tommaso Soave, "Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration", 30 Arbitration International (2014).
5. Stephan Schill & Robyn Briese (2009), "If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, Max Planck Yearbook of United Nations Law.

6. Wesley A. Cann, Jr., *Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism*, 26 *YALE J. INT'L L.* 413, 430 (2001).
7. William W. Burke-White & Andreas von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 48 *Va. J. Int'l L.* 307, 368-370 (2008).
8. Report of the Panel, *Russia Measures Concerning Traffic in Transit*, DS512, April 2019.
9. ASEAN-China Investment Agreement <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3272/asean-china-investment-agreement>.
10. ASEAN Comprehensive Investment Agreement. <http://investasean.asean.org/index.php/page/view/asean-free-trade-area-agreements/view/757/newsid/871/asean-comprehensive-investment-agreement.html>.
11. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2633>.
12. EJIL: Talk! - Blog of the European Journal of International Law.
13. *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. Arb/01/08, Award, para. 53 (12 May 2005).
14. *Enron Corp. Ponderosa Asset, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. Arb/01/3, Award, para 324 (22 May 2007).