

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.01.006

国际投资仲裁中东道国反请求 规则适用问题^{*}

孙南申

(复旦大学法学院, 上海 200438)

摘要: 近年来国际投资仲裁中出现的东道国反请求案件, 实际上反映了 ISDS 机制中存在偏向投资者与争议双方利益失衡问题。东道国在投资仲裁中的反请求权, 不仅体现了程序公平与利益平衡原则, 也起到制约投资者滥诉行为的作用。实践中, 仲裁庭对反请求管辖权及可受理性的判断认定过于严苛, 使东道国反请求难以得到支持。对反请求的管辖权与可受理性问题, 仲裁庭也面临反请求规则的适用标准如何确定以及 ICSID 公约与投资条约的适用关系如何处理的难题。同时, 合同反请求与条约本请求的关系与影响, 也是有待解决的理论问题。反请求规则适用问题是从公约标准、条约规定、东道国法三个层面展开论述分析, 以确定三者的适用关系。其中涉及的核心问题, 一是如何确定反请求管辖中的“双方同意”与“关联性”要求, 二是事实关联性与法律关联性的关系分析。在关联性要求方面, 反请求可能因不符法律关联性要求而被驳回, 除非东道国能证明其所依据国内法规定与投资条约内容有实质关联。投资合同义务与投资条约义务之间关系足以构成反请求的事实关联性, 而法律关联性应当结合事实关联性加以判断而非独立的必备条件。

关键词: 投资仲裁; 东道国反请求; 双方同意范围; 关联性要求; 合同请求; 条约请求

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2020)01—0059—15

近年来的国际直接投资的发展趋势依然强劲, 据联合国贸发会《世界投资报告 2018》统计, 截至2017年底全球国际投资协定总数就有3322个,^①截至2018年底, 全球国际投资协定总数已达3657个, 其中最具代表性的双边投资条约(BIT)为2958个。^②随着国际投资快速发展, 投资者与东道国间的投资纠纷也大幅增加。投资条约直接向投资者提供了投资仲裁平台, 解决其与东道国的投资争端。投资者据此可将争端提交“国际投资争端解决中心”(简称ICSID)解决, 或提交按“联合国国际贸易法仲裁规则”(UNCITRAL)设立的临时仲裁庭解决。截至2018年底, 全球“投资者与国家间争端解决”(Investor-State Dispute Settlement, 简称ISDS)的投资仲裁案件已达904个,^③其中ICSID受理的案件为718个,^④在投资仲裁中具有主导地位与影响力。无疑, 现行ISDS机制在促进国际投资发展和保护投资者权益方面发挥了重要

^{*} 基金项目: 本文受国家社科基金项目“国际投资争端解决程序的保障机制研究”(项目编号: 17BFX145)的资助。

① UNCTAD, World Investment Report, 2018: 88-90.

② UNCTAD网站[2019-08-09]. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA#>.

③ UNCTAD网站[2019-04-09]. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByApplicableIa>.

④ ICSID网站[2019-08-12]. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/searchcases.aspx#>.

作用，不仅避免了投资者与东道国的投资纠纷上升为国家之间的政治争端，事实上也有利于国际投资争端解决制度的形成与发展，总体上是一个应予肯定的机制。

但是，ISDS机制运行中存在的问题也面临着国际社会的批评与质疑。这些问题主要体现为：裁决缺乏统一标准、程序不够透明、前后裁决冲突、缺乏稳定与可预见性、存在越权与不公正、过度保护投资者、第三方资助的滥诉、缺少合适纠错机制等。截至2017年底，在ICSID处理裁决的案件中，投资者胜诉的比例高达60%以上，一定程度上反映了仲裁庭裁决中存在偏向投资者的问题。^①不少裁决忽视东道国的利益，致使其相关权益受损，形成东道国与投资者之间的利益失衡，主要涉及东道国投资管理权行使、环境资源保护、公共利益维护等方面。十年间，陆续有少数国家选择退出《华盛顿公约》（亦称ICSID公约），^②也从侧面反映出这些问题的负面影响。^③在此背景下，国家反请求问题开始出现，尝试通过ICSID公约中有关东道国对投资者反请求的规定来抵消投资者的本请求，以平衡与维护其本国利益。虽然在国际仲裁庭处理的ISDS案件总数中，其所受理的对投资者反请求的案件比例不到3%，支持东道国反请求的比例更是屈指可数，但东道国反请求适用问题已应运而生。

一、东道国反请求现状问题与作用意义

在处理投资者与东道国之间争端的投资仲裁中，反请求是指由被申请人（东道国）提出的，旨在抵消或否定申请人（投资者）本请求的对应请求。因此被申请人提出反请求并非是行使辩护权，而是行使提出对抗性请求的权利。

（一）反请求的案件现状

虽然根据ICSID公约第36条第1款的规定，^④东道国与投资者均可提起仲裁程序，但从国际投资仲裁实践看，目前ISDS仲裁案件基本上都是由投资者提出，可见由东道国所提仲裁程序应当是针对投资者本请求而提出的反请求。从ICSID受理的投资仲裁案件看，目前约有3%的案件涉及东道国的反请求问题，即在投资者向东道国行使本请求（principal claim）权后，作为东道国的被申请人（respondent）就本案相同或关联的行为对投资者提出反请求（counterclaim）。这些反请求案中的多数被认定有管辖权，但也有少数被裁定无管辖权，如*Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*案和*Gustav F. W. Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*案等。^⑤而认定有管辖权的多数案件往往因事实或实体问题被驳回，如*Inmaris Pere-stroika*

① UNCTAD, World Investment Report, 2018:5-10.

② 指1965年3月订立于华盛顿，1966年10月生效的《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》，英文全称“The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”。

③ 玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉三国先后于2007年、2009年、2012年退出ICSID公约。

④ 该款所规定内容为：“希望采取仲裁程序的任何缔约国或缔约国的任何国民，应就此向秘书长提出书面要求，由秘书长将该项请求的副本送交另一方”。

⑤ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No.ARB/81/1; *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No.ARB/07/24.

Sailing Maritime Services v. Ukraine 案,^①只有少数案件(不到5件)的反请求得到部分支持,如*Elsamex S.A. v. Republic of Honduras*案。^②这些案件虽然体现了仲裁庭对东道国提出反请求的权利认可并主张有权管辖,但仲裁庭对案件审查极其严格,东道国的反请求一般不易成立。

尽管ICSID公约预见并提供了东道国反请求规则,但实际上东道国的反请求行为并不多见,成功的更少。仲裁庭对反请求的管辖权和可受理性的判断与适用都非常严格。在目前投资协定普遍缺少投资者义务规定的情况下,仲裁庭也会参照东道国与投资者的投资协议与一般法律原则进行判断。^③在审查与处理东道国反请求的实践中,仲裁庭对管辖权与可受理性的判断认定往往过于严苛,使其反请求难以得到支持而面临困境。究其原因,一方面是从投资协定中难以明确投资者义务及其责任,另一方面是公约有关反请求原则适用中的标准难以确定,且面临ICSID公约与投资条约对此适用关系如何处理的难题。这些问题有待下文作进一步分析。

(二) 反请求的不同主张与待决问题

实践中仲裁庭倾向于对东道国反请求不予支持或加以限制的做法,实际上反映了普遍存在对东道国反请求持否定态度的观点。该观点认为,东道国的反请求不仅突破了仲裁合意的要求,也与投资仲裁“单方赋予投资者对不符国际法的国内法规行为进行准司法审查权利”的原则背道而驰。^④如东道国反请求与投资者本请求均基于同一投资协议为依据,则反请求因较易接受而成立。但如所提合同反请求针对的是作为本请求的条约请求,该反请求能否成立就会有较大争议。

虽然实践中的主流观点倾向于否定仲裁反请求,但也有学者主张不应对其否定,而应给予一定支持。这种对其持肯定的观点认为,如果拒绝反请求,将导致东道国寻求其国内法院的救济或者经双方同意的另一个仲裁机构处理,但这又会产生自相矛盾的判决。因此将本请求与反请求合并审理不仅对双方有利,而且能保证法律体系的整体性。^⑤

实践中对反请求程序表示肯定并产生一定影响的观点,主要体现于*Roussalis v. Romania*一案的少数不同意见中。该意见认为不宜过度以仲裁合意与管辖范围为由,限制或排除东道国反请求权利,主要理由有两点:第一,只要符合ICSID公约第46条规定,国家反请求就仍是ICSID管辖的案件,因为投资争端管辖权的最初依据来自公约规定,且BIT争端解决条款本身并未排除国家反请求;第二,从司法经济原则(procedure economy)角度,也不应排除国家反请求或仅限于特许协议(concession agreement)范围内,否则东道国仍会通过本国法院提出反诉,如果东

① *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/08/3.

② *Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras*, ICSID Case No.ARB/09/4.

③ Thomas Kendra, "State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?", *Arbitration International*, 2013, 29(5): 575–606.

④ Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration*, Oxford University Press, 2013: 130.

⑤ Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration*, Oxford University Press, 2013: 130–131.

道国法院的判决推翻了国际仲裁的裁决而不利于投资者，投资者随后势必又会对东道国提出另一项条约仲裁，从而形成重复程序并增加仲裁成本。^①

以上实践现状与不同观点表明，投资仲裁中的反请求程序面临着适用中的一系列有待明确与解决的问题，包括并涉及：（1）如何确定反请求规则适用中的标准；（2）公约要求与条约规定的适用关系；（3）如何确定反请求管辖权中的“双方同意”与“关联性”要求；（4）以东道国法为诉因提出的反请求能否成立；（5）“违反条约之诉的本请求”与“违反合同之诉的反请求”的关系与影响；（6）国家反请求与投资特许协议（国家合同）的关系。

（三）东道国反请求的实际意义

由于投资条约主要是为投资者提供权利而非施加义务，因此东道国在投资争议中应具有反请求权，这本身也体现了双方程序公平与利益平衡的原则。针对投资仲裁实践中存在的投资者通过第三方资助，而向东道国提出高达数十亿美元赔偿请求的现象，东道国更应有机会提出反诉要求，以解决程序与实体公正问题。可见东道国反请求权客观上也可起到制约或抵消投资者滥诉行为的作用。

从国际投资中利益平衡角度，投资者—国家争端解决机制在为投资者商业利益提供保障的同时，也会产生东道国国家利益与社会公共利益受到不利影响的问题。因此通过适用东道国反请求规则，可在一定程度上缓解两者的利益冲突，纠正不公正的处理结果。

从争端解决程序公正的角度，东道国反请求将会促使投资者履行其义务，确保双方之间程序与实体的公平，有助于纠正双方在投资仲裁关系中的不平衡。针对投资仲裁中的过度保护投资者与通过第三方资助滥诉的问题，东道国的反请求权也是可用来维护其权益的一种保障措施。正因如此，联合国贸发会的《世界投资报告》中也提议各国在国际投资协议中加入反请求规定。^②

二、东道国反请求的依据与条件

（一）ICSID 公约所规定要求（公约标准）

关于投资仲裁中的反请求规则，ICSID公约第46条对其作了特别规定，即：

“除非双方另有协议，如经一方请求，仲裁庭应对争端的主要问题直接引起的附带或附加的请求或反请求作出决定，但上述请求或反请求应在双方同意的范围内，并在中心的管辖范围内”。

以上内容表明，该规定实际包含了四项要件：（1）赋予东道国提出投资仲裁反请求权利；（2）反请求应当与原请求争端标的直接关联；（3）反请求应当在争端双方同意的范围内；（4）反请求应当符合中心（ICSID）的管辖权条件。同时，该规

^① *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Dissenting Opinion from Michael Reisman.

^② UNCTAD, *World Investment Report*, 2012: 150, 152.

定也对这四要件作了例外限制,即“除非双方另有协议”。简言之,该规定明确了反请求必须满足的三个条件:第一,反请求必须与原请求相互关联;第二,反请求应当在争端双方同意范围内;第三,反请求必须符合ICSID管辖权范围。

国内也有学者认为,投资仲裁中反请求规则的构成要件可分为以下四点:争端双方对于反请求的同意;仲裁请求与反请求之间的关联性;争端双方的主体资格;投资的合法性四项。^①但实际上,“主体资格”与“投资合法性”均属ICSID管辖权范围(前者为属人管辖,后者为属事管辖),因此可合并视为反请求应满足的上述第三个条件,即ICSID的管辖范围要求。具体内容可见之于公约第25条ICSID管辖权的一般规定,主要适用于投资者对东道国提出请求的管辖条件。

正因东道国反请求与投资者本请求应有直接关联性,公约第46条才要求反请求应同时符合本请求的管辖条件,以免扩大反请求管辖的适用范围。因此反请求实践中,仲裁庭对反请求能否成立的审查重点通常针对是否符合“双方同意”与“关联性”要求,当事人双方在管辖阶段的争议点也往往集中于这两方面。

关于投资者与东道国之间的投资争议,ICSID公约规定投资者有权在ICSID提起仲裁请求,前提是双方必须同意接受ICSID管辖。为此,公约第25条规定了ICSID管辖权必须同时满足的要求与条件,其内容可基本归纳为三个要点:第一,双方“同意”提交仲裁,这是投资管辖的合意基础。第二,法律争端直接因“投资”产生,此即“对事管辖”(ratione materiae)条件,以投资为依据。第三,申请人(投资者)是“另一缔约国国民”,如果具有争议一方缔约国(东道国)国籍的任何法人受另一缔约国(投资者母国)国民“外国控制”,该法人也应被视为“另一缔约国国民”。此为“对人管辖”(ratione personae)条件,以国籍为依据。

(二) 投资条约所规定模式(条约标准)

对于东道国反请求事项,目前多数投资条约并未加以直接规定,给予肯定性规定的更加少见,但也有不少投资条约对其间接作出排除或限制性规定。对于解决投资争端条款,现行投资条约中的规定大致分为以下三类模式:

第一类模式规定将所有投资争端均提交国际仲裁,这可理解为包括东道国提起的反请求争议。这类条款对投资争端范围的规定较宽泛,允许将所有投资争端提交仲裁,而不限定为基于条约要求的争端。例如,印度2015年双边投资协定范本中的此类条款规定。

第二类模式对可提交仲裁的投资争端范围加以限制,实际上间接排除了东道国的反请求。这类条款将争端管辖范围限定于投资条约请求,例如《法国—墨西哥投资保护协定》第9条中所规定的“对于授予有关本协定项下各项义务并因投资产生的争端的管辖权”。据此条款,仲裁庭对在条约义务中未能找到依据的特定请求无管辖权。

第三类模式将有权提出仲裁请求的一方限定为投资者,从而直接排除了东道国的

^① 刘瑛,张威加.国际投资争端解决机制中的东道国反请求规则研究[J].烟台大学学报(哲学社会科学版)2018(1):19-32.

反请求权。这类条款实际是对仲裁管辖中的属人管辖作出限制，仅提及投资者有权提起仲裁。如《能源宪章条约》（ECT）、《北美自由贸易协定》（NAFTA）的争端解决条款中均有此类规定。^①

上述第一类投资条约明确规定投资者与东道国均可提出请求，而第三类投资条约倾向于限制对投资者提起请求的权利。前者称为“广义的对事管辖”（broader subject matter jurisdiction），后者称为“狭义的管辖”（narrower jurisdiction）。广义管辖的表述方式是争端任何一方按其所同意的选择均可提起仲裁，如美国-爱沙尼亚BIT、美国-牙买加BIT、伊朗-秘鲁BIT范本、东盟投资协定（ASEAN）中均有类似的规定。但在ECT下，仅有投资者有权提出仲裁申请，NAFTA亦采取限制东道国诉权模式。虽然据此条约下东道国不能提起反请求，但仍可能通过非ICSID机制可适用的仲裁规则（例如UNCITRAL、ICC等）提起反请求。

上述第二类投资条约以德国与加纳的投资保护协定的规定为典型。在德国-加纳BIT中所采用的是“限制对事管辖”与“广义对人管辖”相结合的争端解决条款。据此条款，反请求仅限于条约请求，而投资者、投资企业、缔约方均有权提出仲裁。^②这种情况下，东道国虽然程序上享有诉权，但实体上仍难以得到支持，除非能证明投资者违反条约义务。

（三）公约标准与条约标准的适用关系

ICSID公约对投资仲裁反请求构成要件的规定较原则抽象，而投资条约对反请求的规定也不具体明确，因而在适用审查实践中缺乏统一尺度，导致认定与处理前后不一甚至冲突。公约第46条仅规定了投资仲裁反请求的一般原则，对于反请求和本请求之间是否密切关联，投资者是否同意东道国提出反请求，还需根据投资条约的具体条款来确定。因此公约原则与条约规定的适用关系，是仲裁庭审理东道国反请求案件中应首先考虑的问题。仲裁实践中，两者的适用关系尤其体现在对“双方同意”的认定标准上，即对“投资者是否同意东道国反请求”的认定。

实践适用中，不同仲裁庭对“双方同意”要求所作解释与判断的依据并不相同。有的以适用ICSID公约标准为主，有的以适用投资条约标准为主。但是，这两种适用方式均存在弊端。适用前者标准判断过于宽泛，可能导致扩大反请求管辖范围而越权；适用后者标准判断又过于严格，使东道国难以行使反请求权而有失公平。因此在适用关系上，正确的方法是将公约标准与条约标准结合起来适用，而非孤立适用其中一个标准。

实践中确实存在仲裁庭直接以ICSID公约为标准来判断同意反请求的做法。

在 *Goetz v. Burundi* 案中，仲裁庭认为同意ICSID仲裁的事实足以同意提出反请求，因为投资者在选择ICSID仲裁时就隐含同意反请求，而投资条约中无条款规定

^① Energy Charter Treaty, Article 26 (2).

^② German-Ghana BIT, Article 12.

仲裁庭有权审理反请求并不重要。^①可见这一观点的实质是基于反请求与本请求的关联性,认为东道国与投资者在同意ICSID仲裁庭对本请求进行管辖时,就自然涵盖了反请求的同意。

但提出仲裁本请求的本身并不足以构成同意反请求仲裁,只能视为投资者同意将争端提交仲裁。因为ICSID公约第46条规定的反请求条件之一是“在双方同意的范围内”,否则就无必要在公约第46条中专门作出双方同意反请求的规定。换言之,对公约标准也应将公约第46条与第25条结合起来理解,第46条中的“双方同意”主要针对反请求,而第25条中的“仲裁合意”主要针对本请求,且第25条的“仲裁合意”需要通过BIT来认定,因此对“双方同意”反请求的认定也需结合投资条约的规定加以判断。

“公约标准”中的第25条有关“仲裁合意”要求与第46条关于“双方同意”要求,一般都是通过投资条约争端解决条款来实现。因此,投资条约中所表述的请求应当包括本请求与反请求在内,如对反请求予以限制或排除,也是通过对请求的事项管辖范围或主体资格限制来体现,而不会直接点明针对反请求。从这一角度看,公约标准中实际上间接包含了条约标准,因此两者应结合并同时适用于反请求程序,并以前者为基础。如果投资条约限制甚至排除反请求,则应按“条约特别标准优先公约一般标准”的原则,适用投资条约的特别规定。

三、东道国反请求中双方同意的确定

按ICSID公约第46条规定,“反请求应在双方同意的范围内”,并作为反请求构成要件之一。但如何认定东道国的反请求已在双方同意的范围内,公约本身对此并未作出具体规定。由于反请求问题在公约中已作为本请求的附加要求特别予以规定,故在投资条约的争端解决条款中则不必对此作出特别规定。

如前所述,实践中存在仲裁庭直接以ICSID公约为标准认定同意反请求的观点。认为一旦缔约国在投资条约中同意接受ICSID管辖,就可认定双方已同意ICSID对反请求的管辖权。但是提出仲裁请求的本身并不能认定双方同意反请求仲裁,除非投资条约对投资争端范围未作限制,否则会与公约第46条规定的“反请求应在双方同意的范围内”的要求自相矛盾而难以成立。对于仲裁反请求而言,双方的同意是先决条件(condition precedent)。如果该先决条件没有满足,公约第46条的规定就难以产生强制效力。

(一) 同意反请求的条约依据

确定双方是否同意反请求,主要取决于投资条约规定,因为公约本身不能确定,本请求本身也不构成对反请求的同意。投资条约中的相关规定主要体现在两方面:一

^① *Antoine Goetz and Others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2.

是投资条约是否规定有投资者的义务，二是争端解决条款是否仅限于条约请求。如果投资条约规定了投资者义务，或者争端解决条款并未限定仅适用于条约请求，则可以认为投资者已同意反请求，否则就未满足公约所规定“双方同意”的要求。因为根据前者，东道国可以提起“违反条约之诉”，依据后者则可提起“违反合同之诉”。但BIT内容主要集中于投资者的权利，这也形成了东道国反请求的障碍。

1. 以争端解决条款作为依据

投资者接受仲裁的同意是否包括投资者的义务，取决于BIT争端解决条款规定的内容，即对争端定义的范围，包括是否解决反请求的争端范围。如比利时-卢森堡-布隆迪BIT第8条将有关投资的争议定义为：（a）对投资协定的解释与适用；（b）东道国作出投资许可的解释与适用；（c）违反投资协定的任何权利。^①以上条款内容可视为东道国和投资者在投资条约下接受ICSID管辖的义务，不仅针对东道国错误行为，也包括投资者的不当行为，但是否仅针对合同争议尚存争议。

东道国反请求是否在双方同意接受管辖的范围内，或者说双方同意接受的管辖是否包括东道国反请求在内？对此，投资者与东道国的回答完全相反：前者否定，后者肯定。如果仲裁协议中仅包括涉及东道国义务的争端，则肯定成为东道国反请求的障碍。究竟谁的主张有理，很大程度上取决于本请求所依据的BIT中争端解决条款的规定。因此，只有在东道国通过BIT同意接受管辖的范围内，投资者所同意的包括反请求在内的BIT仲裁条款才会存在。^②

实际判断中，这取决于投资条约中对投资争端的措辞。如果该条款对投资争议的表述是“本协定下有关另一缔约方义务的争端”，那么反请求将会被驳回，因为该表述将投资者请求的管辖权限定在有关东道国的义务范围内。^③例如德国-加纳投资条约第9条第（1）款将对物管辖限定于投资条约义务，并通过第9条第（3）款约定选择ICSID仲裁解决投资争端。只有反请求的依据为投资条约，才可确定是在双方已同意的范围内，问题是如何证明投资者违反投资条约义务。这是一个比较困难的问题，因为投资条约中义务性条款的施加对象主要是东道国而非投资者。

如果投资条约争端解决条款允许将所有争端提交国际仲裁，则可认为只要双方同意选择ICSID解决所发生争端，就已经默示同意东道国提出反请求。换言之，当投资者将投资争端提交ICSID仲裁时，不仅应视为其以承诺方式同意ICSID对本请求的管辖权，而且也表明其同意仲裁庭对东道国反请求的管辖权。既然投资条约对争端范围未加限制，所提交仲裁的投资争端当然可包括反请求在内。

总之，投资条约内容一般为东道国义务及投资者权利，几乎不包括投资者义务，所以东道国反请求只能是合同请求（违反合同之诉）而非条约请求（违反条约之诉），东道国因此就无法以投资者违反条约为诉因提出反请求。所以说，只有在投资

^① Belgium-Luxembourg-Burundi BIT, Article 8(1).

^② *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No.ARB/06/1.

^③ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No.ARB/06/1.

条约允许将所有争端提交国际仲裁情况下,东道国才有可能提出违反合同之诉的反请求,并符合“双方同意”的要求。

2. 以法律适用条款作为依据

如果投资条约特别规定所适用的准据法为投资条约本身,那么反请求将被排除在管辖范围之外,除非反请求以投资条约规定为依据。要将仲裁庭管辖权延伸到国家反请求(state counterclaim),投资条约争端解决条款就应包含在仲裁庭管辖范围内依国内法提出的反请求。^①因为这类条款表明双方同意将以国内法为诉因的争端提交仲裁,并可视作为投资者对此要约在先。可见,通过条约中法律适用条款也可判断东道国反请求是否在双方同意范围内。

实践中更多的情况是以法律适用条款作为否决国家反请求的依据,即以BIT本身是特别法为由而将反请求排除在仲裁管辖权范围之外。^②换言之,反请求是以公约为依据,由于本请求一般是条约仲裁,因而投资条约作为特别法优先适用。投资条约中多为狭义仲裁条款,所含法律适用条款仅指国际法渊源。^③这种对争端解决条款所作狭义解释只能在针对国家反请求方面起决定性作用,而在条约仲裁本请求中,国内法依然会得到适用。因为狭义争端解决条款可理解为双方事先未同意将以国内法为诉因的争端提交仲裁,尽管有些情况下投资条约并不会以类似规定排除国内法的适用。而在另一起案件中,ECT(能源宪章条约)下的狭义争端解决条款也构成对反请求的障碍,因为作出精神赔偿(moral damage)是一个困难问题,必需分析仲裁庭是否对此类请求具有管辖权。^④这也可视为双方未同意将以国内法为依据的争端提交仲裁。

(二) 同意反请求的表现形式

在东道国提出反请求情况下,公约第46条规定“在双方同意的范围内”要求的形式应是明示的,主要体现于投资条约的争端解决条款中。理论上,投资争端应包含反请求在内,实际上取决于争端解决条款对争端范围有无限制。换言之,本请求的仲裁合意通过要约与承诺完成,应当是明示的。反请求同样需要这两个步骤,但投资者的承诺除了明示外,也可以是默示的。仲裁实践中,以下三种情况均被仲裁庭认定为同意反请求的形式:(1)东道国提出反请求,如投资者未提出异议,即应视为同意将反请求提交仲裁。^⑤(2)通过协商函(cooling off letter)表示协商期过后将争端提交仲裁。^⑥(3)通过异议(contest)当地法院管辖而表示,法院应当终止管辖而将争端提交ICSID仲裁。^⑦

虽然以上第(2)、(3)两种情况均未直接点明为反请求而只是提交ICSID仲

① *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No.ARB/06/1.

② Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2013:138.

③ *Antoine Goetz and Others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No.ARB/01/2.

④ P. Dumberry, *How to Remediate Moral Damages Suffered by a State*. Kluwer Arbitration Blog[2009-12-03]. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/12/03/how-to-remediate-moral-damages-suffered-by-a-state/>.

⑤ *Alex Genin v. Republic of Estonia*, ICSID Case No.ARB/99/2.

⑥ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No.ARB/06/1.

⑦ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No.ARB/06/1.

裁,但如未将投资争端限定为条约请求,则可推定默示同意接受反请求仲裁程序。虽然公约第25条规定同意必须书面,但并未表明必须是明示,所以也可以是暗示的,如针对反请求提交答辩即可被认为是同意。

四、对东道国反请求中关联性要求的确定

按ICSID公约第46条规定的含义,反请求是由“争端主要问题直接引起的”,其中“争端主要问题”应指本请求标的,表明其与反请求的关联性。至于哪些联系因素能引起反请求,则需仲裁庭对东道国反请求所依据的内容审查后确定。可见关联性(connexity)问题是东道国反请求能否成立的重要条件。仲裁实践中,东道国提起的大多数反请求都因与本请求的关联性不够,或不符合投资者对反请求同意的要求,而被仲裁庭认定无管辖权或予以驳回。

(一) 关联性要求的含义

反请求的主张应与本请求的主张有事实或法律上的联系,即关联性。事实上的联系要求反请求所依据事实应与本请求所主张事实在逻辑上具有关联性。法律上的联系则要求反请求所主张的依据应与本请求所依据的理由来自同一法律制度(legal order),或两者所涉及权利义务产生于同一法律关系。此外,国际投资仲裁中受理本请求与反请求的必须为同一仲裁机构,而不能分别选择不同仲裁机构管辖,且反请求必须与本请求具有密切的关联,这种关联性主要指可受理性(admissibility)方面的问题而并非管辖权方面的问题。^①简言之,反请求与本请求的关联性主要体现为“事实关联性”与“法律关联性”两方面。

事实关联性(factual connexity)着眼于反请求与本请求的争议来自同一标的,即反请求标的与本请求标的直接相关,从司法经济角度可避免重复审查相同的证据。在ICSID仲裁中,如果确认存在这种关联性,反请求与原请求就应当合并审理。^②法律关联性(judicial connexity)主要指反请求与本请求产生于同一合同关系,以及双方的权利义务关系以同一法律制度为依据。此外,反请求的法律关联性问题还涉及所适用的准据法问题(applicable issues),有的反请求案件虽已为仲裁庭受理,却因缺乏法律依据而被否决(denied on the merits)。^③

(二) 法律关联性的问题与现状

法律关联性所涉问题要比事实关联性的复杂,如果投资者本请求涉及违反投资条约,东道国反请求的法律关联性就会产生较多问题。实践中涉及东道国反请求案例中,被仲裁庭驳回的主要有以下二种情况:第一种情况是因缺乏法律依据而被驳回

^① S. Rosenne, “The International Court of Justice: Revision of Articles 79 and 80 of the Rules of Court”, *J. Int’l L.* 2001, 14(77): 85.

^② Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2013:148.

^③ *Antoine Goetz and Others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No.ARB/01/2.

(dismiss on the merits)。第二种情况下,反请求属于合同请求而本请求为条约请求,有的仲裁庭以两者不应属同一仲裁庭管辖为由,从管辖权角度驳回反请求。^①

从法律关联性角度,仲裁庭驳回反请求的理由较牵强,因为“同一仲裁庭”的要求是指本请求与反请求应由同一个仲裁庭管辖审理,而非指同一仲裁庭不能合并审理违反条约之诉与违反合同之诉的不同类型案件,但本案仲裁庭显然没有考虑到“法律关联性”的要求。事实上,对于同类情况的处理,不同仲裁庭所依据的理由也不尽相同。

实践中,投资者提出的本请求一般为条约请求,而东道国提出的反请求通常为合同请求。前者诉因是违反条约,适用国际法,后者诉因是违反合同,适用国内法。虽然两者之间符合事实关联性要求,但后者可能因不符法律关联性要求而被驳回,除非东道国能证明其所依据国内法规定与投资条约内容有实质关联。由于投资者不是国际法主体,所以投资条约一般不会对其施加义务,但为其提供法律保护。

反请求中合同请求与条约请求的关系,是法律关联性方面的主要问题。仲裁实践中存在着以法律关联性限制国家反请求的倾向,主要观点为:鉴于违反条约与违反合同是不同性质问题,前者为本请求理由,后者为反请求原因,为了避免有冲突的裁决,无必要将两者合并审理,因为东道国可能违反条约而不违反合同,反之亦然。^②

一般而言,投资者与东道国之间存在合同关系是提起反请求的首要条件。如本请求为合同纠纷,则反请求一般能成立。如本请求为条约纠纷,则反请求的法律依据至关重要,应在投资条约范围内建立反请求的联系因素,否则反请求可能难以成立。例如,东道国(间接)征收行为不仅违反国家合同且违反投资条约,投资者以条约义务作为本请求诉因,如东道国以投资者违反东道国法律而终止投资协议作为反请求理由,则难以符合公约第46条关于“争议问题直接引起”和“双方同意”的反请求条件。为此,东道国需尽量证明投资者行为或反请求诉因系在投资条约调整范围之内。如本请求诉因以国家合同为依据,则反请求不受此限制。

对于实践中的以国内法作为反请求依据问题,因东道国反请求所依据理由通常是投资者未遵守东道国法律,而本请求所依据的往往是投资协定义务,从而导致反请求与本请求之间不具备充分的联系,或未针对同一标的(same subject matter),仲裁庭也会以此为由驳回东道国的反请求。在*Hamester v Ghana*案中仲裁庭认为,加纳政府的七项反请求均属其本国法院公法范畴的专属管辖范围,东道国以国内法为依据的反请求与投资者以投资条约为诉因的本请求之间缺乏关联性,因而驳回了加纳政府的反请求。^③

① *Saluka v Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004.

② *SGS v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/13.

③ *Hamester GmbH & Co KG v Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24.

（三）事实关联性与法律关联性的关系

投资者与东道国之间通过签订国家合同实施投资项目，是国际投资中普遍存在的投资协议方式。在投资仲裁中，合同请求与条约请求之间具有较密切的关系。两者在一定程度上，能反映国家反请求中的事实关联性与法律关联性之间的关系。实践中常见的情况是，在国家合同成立后因投资者违约而导致东道国终止投资协议，投资者因此以东道国征收措施为由提起国际仲裁，而东道国则以投资者违约提出反请求。如果投资条约并未对双方争议的范围予以限制，作为反请求诉因的违反合同之诉与作为本请求诉因的违反条约之诉，是否符合公约规定的关联性要求，并属于仲裁庭的可受理范围呢？根据本文以上内容的论述，答案是仲裁庭应当受理。一方面本案投资争议符合公约规定的属事管辖要求，更重要的是本案中的投资者违约与东道国反请求之间具有因果关系。换言之，本案中的合同义务与条约义务之间的关系足以构成事实上的关联性。

东道国反请求能否成立或得到支持，实际上取决于投资者本请求中行使诉权的性质。如反请求以违反条约为诉因，则难以成立，因为投资条约一般不对投资者施加义务。如以违反合同为诉因，则相对容易成立，虽难符合“投资者同意”要求，但由于与本请求有关联，可因符合关联性要求而得到相应支持。这类案件的请求内容及诉因都比较具体，也能证明投资者的违约事实及与合同义务的关系。^①

“关联性”要求反映在公约第46条中的表述是“主要问题直接引起的附带请求”。法律上的关联性应当被理解为提供仲裁庭考虑的因素而非必备条件（prerequisite），因为本请求与反请求的管辖依据的相同性并非是必不可少的（essential），只要对反请求具有管辖权就足够了。^②由于投资者在国家合同下承担了义务，所以可能形成东道国反请求的基础。^③

从国际投资仲裁实践及相关法律分析看，对反请求的“关联性”的判断需要同时考量事实与法律的因素，因此可分为“事实性关联”与“法律性关联”两方面。“事实性关联”针对反请求的事实依据，主要指争端双方行为的因果关系和诉因中的事实因素，需要结合案件具体情况进行判断。在“法律性关联”方面，反请求的法律依据并不要求必须与原请求的法律依据相同，但应具有关联性。例如，原请求的依据为投资条约义务，反请求的依据为国家合同义务，两者的关联性体现为：投资者的违约导致东道国终止合同，本请求的诉因是投资条约下“不得征收”的义务，反请求的诉因是“不得根本违约”的义务。在东道国的间接征收是因投资者违约引起情况下，两者之间就具有因果关联性。

因此，合同反请求无论是针对合同请求还是条约请求，均是可受理的。^④包括针

① *Elsamex S.A. v. Republic of Honduras*, ICSID Case No.ARB/09/4.

② Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2013:150.

③ J. Paulsson, “Arbitration Without Privity”, *ICSID Rev.-FILJ*, 1995, 10(2): 232.

④ *Klöckner v. Republic of Cameroon*, ICSID Case No.ARB/81/2:Decision on Annulment, ICSID Rep. 95, 98 (1994).

对合同请求或条约请求的侵权反请求,例如违反劳工或人权标准,或者投资者导致的环境污染。^①进而言之,如果投资者违反劳工标准的依据是东道国法而非劳动合同的规定,那么东道国提出的社会保障金和相关罚款的反请求,也会被仲裁庭否定或驳回。^②

由此可见,投资合同义务与投资条约义务之间足以构成反请求的事实关联性,而东道国法与投资条约之间通常被视为缺乏这种联系。这是投资者以东道国违反条约义务作为本请求诉因会得到支持,而东道国以投资者违反国内法作为反请求的理由却得不到支持的主要原因。

(四) 关联性要求中的可受理性问题

在前述的“Goetz诉布隆迪案”中,仲裁庭更倾向于将关联性要求作为可受理性问题。该案中,仲裁庭对反请求的管辖权与可受理性两个概念进行了区分,认为当事方的同意是确定反请求管辖权最重要的条件,而可受理性问题是在有管辖权的基础上,对反请求的权利要求与本请求的权利主张的关联性所进行的逻辑审查。^③

从公约第46条的规定看,其内容将管辖权(双方同意和管辖范围内)与可受理性(争议的主要问题直接引起的)两项均包含在内。可见两者密切关联,难以区分。虽然如此,“关联性”要求并不宜归类于国家反请求中的管辖权问题。即使ICSID对东道国反请求具有管辖权,也并不必然表明反请求一定能成立,还需针对案件争端事实对反请求的可受理性问题作出判断。可见投资仲裁中,如缺乏请求基础则属于可受理性问题,因为公约规定的管辖权要件并不包括请求诉因或可受理性。如因反请求是合同请求而非条约请求被驳回,即属典型的可受理性问题。

从程序先后看,可受理性应作为管辖权的后置程序。在“Saluka诉捷克案”中,仲裁庭虽将两者作为两个阶段审查,但同时又将其作为判断管辖权能否成立的相关因素。^④表明可受理性问题与管辖权成立应具有密切关系,而两者界限有时也难以区分。仲裁庭首先考虑的是所提反请求是否在投资条约请求范围内,然后再考虑反请求是否可受理的问题。虽然仲裁庭可因受理性问题而拒绝行使管辖权,但理论上可受理性问题涉及案件争议的具体诉因,与仲裁管辖权的构成要件无关。

在“阿姆科亚洲公司诉印度尼西亚案”中,印尼政府以税收欺诈(tax fraud)为由的反请求因不符“对事管辖”范围而被驳回。该案反请求的依据是东道国管辖下的投资者违反一般法,但仲裁庭认为反请求不符公约第25.1条中“因投资而产生的争议”的规定。^⑤实际上,仲裁庭是以不具管辖权为由而驳回印尼的反请求。许多情况下,以投资者违反东道国法为由的非合同反请求(non-contractual counterclaim)也会被驳回。但其理由并非涉及反请求与本请求之间的关联性要求(requirement of

① Alex Genin v. Republic of Estonia, ICSID Case No.ARB/99/2

② Saluka v Czech Republic, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004.

③ Antoine Goetz and Others v. Republic of Burundi, ICSID Case No.ARB/01/2.

④ Saluka v Czech Republic.

⑤ Amco Asia Corporation et al. v Indonesia, ICSID Case No.ARB/81/1.

connexity)，而更可能归结于缺乏管辖基础。但此类裁决意见也广受争议。近年来的反请求仲裁实践表明，仲裁庭已转向支持根据两者关联性的一般法律原则，来驳回非合同性的反请求，结论是被申请人的反请求与本请求的标的缺乏密切关联性。^①由此可见，反请求中的可受理性问题并不属于管辖权范畴，而是与关联性要求更为相关的问题。

ICSID仲裁庭已在相关判例中支持了这种建立联系的方法。作为反请求所依据的国内法应与本请求标的（问题）相关联，即与东道国的一般法（general law）相联系，或者反请求的依据被东道国法中的一般原则所覆盖。对关联性的判断也应更加灵活，主要体现在考虑法律上的关联性。^②

反请求中的可受理性问题主要针对反请求的法律依据要求。在“Nowa Huta 诉土耳其案”中，仲裁庭对以“滥用程序的一般原则”作为请求精神赔偿的法律基础存有疑问，因而驳回了被申请人的反请求。^③因为投资者诉诸救济程序只能视为行使法定诉权，是否属滥用程序尚无相应法律规定。东道国所提反请求如未能提供相应法律依据将会被仲裁庭否决，应属实体问题原因而非管辖程序问题，未得到仲裁庭支持。从案件可受理性角度，反请求的法律依据与本请求的法律基础应当具有法律上的关联性，除非东道国能证明两者间存在事实关联性的因果关系。

在“阿姆图诉乌克兰案”中，仲裁庭驳回反请求并非是管辖权或可受理性问题，而是实体问题（substance）的原因，因为被申请人未能提供支持“其声誉受到非物质损害”请求的法律依据，即反请求的内容缺乏法律基础。^④实践中因缺乏法律依据而被驳回请求或反请求，可以发生在管辖阶段或审理阶段，而并不影响仲裁庭行使管辖权。因此，缺乏法律依据或基础是可受理性问题而非管辖权问题，在投资仲裁中应归属于关联性要求，亦可视为实体问题。

五、结语

关联性要求包括事实关联与法律关联两方面。在判断反请求与原请求是否具有关联性时，应当是以事实性关联为主，法律性关联为辅。“事实性关联”主要针对反请求的事实依据，尤其是争端双方行为的因果关系，“法律性关联”应是仲裁庭考虑的因素而非必备条件。只要存在充分的事实联系，法律联系并不能必然构成对可受理性的障碍。

因此，东道国可以国内法为依据而对以国际法为依据的本请求提出反请求。在缺少法律联系的情况下，充分的事实联系可有利于反请求的可受理性。“可受理性问题”与“关联性要求”在性质上应当是重合的，但主要体现在“事实关联性”方面。在判断“可受理性”要求时，“事实上的关联性”是必不可少的。

① *Saluka v Czech Republic*.

② ICSID Secretariat, Note B(a) to Arbitration Rule 40 of 1968. Explanatory Report.

③ *Cementownia 'Nowa Huta' S.A. v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2.

④ *Limited Liability Company Amtov Ukraine*, SCC Case No. 080/200.

【作者简介】孙南申：复旦大学法学院教授，博士生导师，澳门科技大学特聘教授。研究方向：国际投资法、国际私法。

The Application of State Counterclaim Rules under International Investment Arbitration

SUN Nan-shen

(School of Law, Fudan University, Shanghai 200438, China)

Abstract: The state counterclaim cases appearing recent years in international investment arbitration actually reflect problems of partial to investors and benefit unbalance of disputing parties existing in the investor-state dispute settlement mechanism. The host state's rights of counterclaim in investment arbitration not only reflect principles of fair procedure and benefit balance, but also play the role of restricting acts of abusing claim right. In practice, the judgment and confirmation of arbitral tribunals on the jurisdiction and admissibility of counterclaims are so rigorous that state counterclaims could hardly be supported. As for these problems concerned, the arbitral tribunals are also faced with the challenging problems of how to decide applicable criterion of counterclaim rules, and how to deal with the relation of rules application between ICSID convention and investment treaties. Meanwhile, the relation between breach of contract counterclaim and breach of treaty principal claim and mutual influence of the two are also the theoretical problem ready to be resolved. The problems of application of counterclaim rules discussed in this article are expounded and analysed from three-tier aspects of convention standard, treaty provisions and domestic law of host state so as to ascertain the relation of rules application among the three. The related key issues refer to two aspects. The first is how to confirm requirements for the consent of disputing parties and the connexity under the jurisdiction of counterclaim, and the second is the relation between factual connexity and judicial connexity. Through the way of demonstration and inference, the substance of this article is to find out and reveal the reasonable and feasible principle and thought forming in the practice of state counterclaim under investment arbitration. As the requirement of connexity concerned, a counterclaim may be dismissed because of inconformity with judicial connexity requirement unless host state can demonstrate that there is actual connection between the based domestic law provisions and the contents of investment treaty. The obligation under investment agreement and that under investment treaty are too close to institute factual connexity of counterclaim. Whereas judicial connexity should be valued combining with factual connexity instead of independent and prerequisite requirement.

Keywords: investment arbitration; state counterclaim; scope of consent of parties; connexity requirement; contract claim; treaty claim

(责任编辑：黄志瑾)