

中国与国家投资仲裁 法律原则及仲裁实务



马恩国
许咏雯
林雅婷
詹羽洪



LexisNexis®

中国与国家投资仲裁： 法律原则与仲裁实务

马恩国

FCIArb FHKI Arb CIAB TEP

香港特别行政区高等法院执业大律师

澳大利亚最高法院大律师

中国法学会理事

香港特别行政区选举委员会委员 (法律界)

英国特许仲裁师协会资深会员

香港仲裁师协会资深会员

天津南开大学客座教授

华南(香港)国际仲裁院仲裁员

香港国际商业仲裁中心认可国际仲裁员

许咏雯

FHKI Arb

香港特别行政区高等法院执业律师

英格兰及威尔斯高级法院律师

中国(粤港澳大湾区)律师

许杜岑律师事务所有限法律责任合伙

(与北京盈科律师事务所战略合作联营) 创始合伙人

香港仲裁师协会资深会员

林雅婷

法学学士(深圳大学)

法学硕士(莱顿大学)

博士研究生(香港大学)

詹羽洪

法学学士(暨南大学)

法学硕士(伦敦国王学院)

博士研究生(中国社会科学院大学)

LexisNexis®

Hong Kong • Singapore • Malaysia • India

2025

目录

	Page
序言.....	vii
前言.....	ix
谢言.....	xi
缩略语列表.....	xxvii

第一部分
法律原则及仲裁实务

第一章
投资者-国家仲裁的性质

1. 历史起源.....	4
2. ICSID公约.....	8
2.1 仲裁地.....	10
2.2 ICSID的管理组织.....	11
2.3 附加便利规则.....	12
3. 适用法律.....	13
3.1 概述.....	13
3.2 投资协定适用的法律.....	14
3.3 国内法与国际法.....	16
3.3.1 国际法的优先性.....	16
3.3.2 国内法的事实背景.....	19
3.4 未应用适用法律的后果.....	21
3.5 公允及善良原则.....	23
3.6 程序事项的适用法律.....	26
4. 投资协定解释.....	27
4.1 协定定义的规则——《维也纳条约法公约》第 31 和 32 条.....	27
4.2 源于先例的解释规则.....	37
5. 先例原则.....	38
6. 趋势与发展.....	41
6.1 仲裁裁决挑战加剧.....	41
6.2 欧洲法院判决的影响.....	41
6.3 调解机制的兴起.....	42
6.4 案件数量不断增加.....	43
6.5 关注国家监管权力.....	43

6.6 投资者保护的弱化	44
6.7 人权和环境问题聚焦	45

第二章 管辖权

1. 投资协定仲裁的同意和条件	48
1.1 通过投资合同直接达成合意	51
1.2 通过双边和多边条约达成的仲裁合意	51
1.3 东道国国内立法中的仲裁合意	53
1.4 仲裁合意的不可撤销性	53
1.5 退出公约	54
1.6 协定终止	56
2. 适格投资者	56
2.1 自然人投资者	58
2.2 法人实体	62
2.2.1 公司国籍	62
2.2.2 当地子公司和外资控制	64
2.2.3 公司重组与“条约选购”	70
2.2.4 东道国下属机构或机构	74
2.2.5 关键日期	74
3. 利益拒绝条款	75
3.1 缔约国国民的控制权	77
3.2 缔约国境内的实质性商业活动	79
3.3 关键日期	82
3.4 权利行使	84
3.5 及时协商	88
3.6 管辖权问题与可受理性问题之争	89
3.7 溯及力与预期力	91
4. 合格投资	93
4.1 条约定义	93
4.1.1 ICSID公约	93
4.1.2 其他多边条约	94
4.1.3 双边协定定义	95
4.2 Salini标准	98
4.2.1 资金或具有经济价值资产的投入	100
4.2.2 一定期限	102
4.2.3 风险要素	107
4.2.4 对经济发展的显著贡献	112

4.3 持有本地公司股权	116
4.4 贷款、债券和配额	120
4.5 欺诈或腐败	123
4.6 程序滥用	124
4.7 预先批准要求	125
4.8 前期投资支出	126
4.9 资本来源	130
4.10 投资统一性	131
5. 程序性前提条件	132
5.1 书面通知	132
5.2 磋商期届满	134
6. 用尽当地救济原则	135
7. 专属管辖条款	140
8. 岔路口条款	141
8.1 当事人同一性	144
8.2 诉因同一性	146
8.3 争议标的的同一性	147
9. 不可仲裁事项	148

第三章 仲裁程序

1. 仲裁启动前准备	158
1.1 第三方资助	158
1.2 平行程序	161
1.2.1 用尽当地救济	161
1.2.2 既判力	162
1.2.3 岔路口条款	163
1.3 冷却期	163
1.4 诉讼时效	164
1.5 限制性管辖权条款	166
2. 仲裁启动	167
2.1 提起仲裁通知与答辩	167
2.1.1 争议书面通知	167
2.1.2 提起仲裁申请	168
2.1.3 书面答辩程序	169
2.2 仲裁员任命与异议	171
2.2.1 仲裁员任命	171
2.2.2 仲裁员异议	173

2.3 当事人追加与程序合并	177
2.3.1 当事人追加	177
2.3.2 多方仲裁申请合并	178
2.4 费用预付款	180
2.4.1 费用的支付	182
2.4.2 未支付费用	183
2.5 终局裁决中的禁令救济	186
3. 中间程序事项	187
3.1 明显缺乏法律依据异议	187
3.2 分阶段审理	193
3.2.1 强制分阶段审理	194
3.2.2 推定或裁量权	196
3.2.3 分阶段审理原则	198
3.2.4 金额分阶段审理	202
3.3 临时措施	203
3.3.1 授予临时措施的权力	204
3.3.2 临时措施的原则	205
3.3.3 紧急仲裁机制	210
3.3.4 反禁诉令	213
3.4 索赔担保	217
3.5 费用担保	220
3.5.1 授予费用担保的权力	221
3.6 法庭之友与非争议当事方	226
3.6.1 更好理解事实事项	227
3.6.2 文件获取	231
3.7 快速程序	233
4. 庭审	234
4.1 保密性与透明度	234
4.1.1 保密性	234
4.1.2 透明度	235
4.2 证据与证明	238
4.2.1 证据收集	238
4.2.2 非法取得的证据	239
4.2.3 披露或文件开示	242
4.2.4 可采性和证明价值	245
4.2.5 专家	247
4.2.6 举证责任与“混合”方法	249
4.2.7 不利推论	252
4.2.8 证人与交叉询问	256

5. 游击战术	260
5.1 常见游击战术	260
5.1.1 贿赂与欺诈	261
5.1.2 拖延战术	262
5.1.3 无依据异议	263
5.1.4 恐吓与骚扰	264
5.1.5 窃听与监视	264
5.1.6 当事人指定的仲裁员	265
5.2 极端游击战术	266
5.2.1 暴力、暴力威胁及其他严重行为	266
5.2.2 公然滥用国家权力	267
5.3 粗暴操作	267
5.3.1 扣留证据与过度文件请求	267
5.3.2 通过证人引入证据	268
5.3.3 粗暴操作的其他示例	269
5.4 仲裁庭遏制游击战术的制裁措施	270
5.4.1 预判与预防游击战术	270
5.4.2 制止游击战术	271
5.4.3 制裁游击战术	272

第四章

国家责任与保护标准

1. 可归因于国家的行为	274
2. 无补偿不征收	283
2.1 直接征收	284
2.2 间接征收	286
2.3 渐进式征收	293
2.4 部分征收	297
2.5 违约行为	298
2.6 管制措施	301
2.7 征收的后果	303
3. 公平公正待遇	303
3.1 公平公正待遇的性质	303
3.2 条款表述与条约渊源	307
3.3 适用与内容	309
3.3.1 概述	309
3.3.2 打破合法或合理期待	313
3.3.3 对投资者的明显任意性待遇	326

3.3.4 不一致性与不稳定性	328
3.3.5 缺乏透明度	335
3.3.6 胁迫、骚扰与恶意	343
3.3.7 歧视	346
3.3.8 拒绝司法、正当程序与有效救济	348
3.3.9 作为主权行为的违约	360
3.3.10 未能适用国内法	363
4. 充分保护与安全	365
5. 国民待遇与最惠国待遇	373
5.1 国民待遇标准的要素	375
5.1.1 待遇	375
5.1.2 类似情况——比较对象	376
5.1.3 同样优惠的待遇——比较	377
5.1.4 与合理政府政策的关联	379
5.2 最惠国待遇标准的要素	380
5.2.1 待遇	381
5.2.2 类似情况——比较对象	382
5.2.3 同样优惠的待遇——实体权利	383
5.2.4 同样优惠的待遇——程序权利	385
5.2.5 与合理政府政策的关联	388
6. 资金转移	389
6.1 货币主权	389
6.2 涵盖的转移类型	390
6.3 依据东道国法律进行的转移	395
7. 保护伞条款	395
7.1 合同义务	395
7.2 保护伞条款的解释	397
7.2.1 无提升方法	398
7.2.2 完全提升方法	399
7.2.3 主权行为限制方法	402
7.2.4 无转化管辖权方法	407
7.3 单方面承诺	407

第五章

国家的抗辩与反诉

1. 抗辩：投资者的行为	412
1.1 投资的放弃	412
1.2 清白原则	414

1.3 禁止反言	417
1.4 欺诈与非法性	419
1.4.1 管辖权问题还是实体问题?	419
1.4.2 举证责任与证明标准	424
2. 抗辩：不可控情况	426
2.1 不可抗力	427
2.2 危急情况	431
2.2.1 唯一途径且无其他手段	433
2.2.2 根本利益	436
2.2.3 严重且迫在眉睫的危险	438
2.2.4 对危急情况发生的促成	438
2.2.5 措施的持续时间	440
2.2.6 非排除措施条款	442
2.3 反措施	444
2.4 国际义务冲突	446
2.5 危难	448
2.6 腐败	450
3. 抗辩：合法的监管措施	451
3.1 监管权原则	452
3.2 根本安全利益	458
3.3 裁量余地	463
3.4 相称性	466
4. 抗辩：合法征收	471
4.1 公共目的	473
4.2 非歧视	476
4.3 法律的正当程序	478
4.4 补偿的支付	481
5. 国家反诉	485
5.1 反诉的管辖权	485
5.2 属物管辖权	487
5.3 属人管辖权	489
5.4 反诉与主要索赔之间的关联性	490
5.5 投资者的非法行为	490
5.5.1 违反特许合同	490
5.5.2 权利滥用	491
5.5.3 欺诈行为和腐败	493
5.5.4 环境损害	497

第六章
救济措施

1. 赔偿	502
1.1 霍茹夫工厂案原则	503
1.2 联合国赔偿标准	504
2. 恢复原状	505
3. 补偿	512
3.1 征收与补偿	513
3.2 因果关系与间接性	516
3.2.1 因果关系与管辖权	516
3.2.2 因果关系与赔偿金额	519
3.2.3 损害的间接性	526
3.3 减轻损失	527
3.4 损害赔偿的量化	532
3.4.1 公平市场价值	532
3.4.2 估值日期	533
3.4.3 损害赔偿的量化方法	540
3.5 无形损失赔偿	554
3.5.1 精神损害赔偿	554
3.5.2 声誉损害赔偿	559
3.6 机会损失损害赔偿	561
3.7 双重赔偿	563
3.8 减少损害赔偿的理由	566
4. 利息	568
4.1 概述	568
4.2 裁决利息的法律依据	569
4.2.1 投资条约	569
4.2.2 赔偿原则	570
4.2.3 国内立法	571
4.2.4 特许权合同	573
4.3 复利	573
4.4 利率	574
4.5 裁决前利息与裁决后利息	576
4.6 利息起算日	578
4.7 费用利息	580
5. 费用	581
5.1 概述	581
5.2 败诉方承担费用原则	583

5.3 第三方资助与胜诉酬金	586
5.4 程序行为	588
5.4.1 明显无依据的索赔	588
5.4.2 滥用投资仲裁程序	590
5.4.3 低劣的书面陈述与程序违规	590
5.4.4 恶劣的根本行为	591
6. 裁决的税务问题	593

第七章

裁决的无效宣告、中止与撤销

1. 宣告裁决无效	598
1.1 ICSID裁决	598
1.2 第52(1)(a)条：仲裁庭组成不当	603
1.2.1 任命、替换与取消资格	603
1.2.2 国籍	604
1.2.3 合同约定任命	606
1.2.4 仲裁员的偏见与未披露	606
1.3 第52(1)(b)条：明显越权	611
1.3.1 缺乏或超越管辖权	612
1.3.2 未适用法律	617
1.4 第52(1)(c)条：仲裁员腐败	622
1.5 第52(1)(d)条：严重偏离基本程序规则	622
1.6 第52(1)(e)条：未陈述理由	626
1.6.1 理由缺失	627
1.6.2 矛盾理由	631
1.6.3 理由不充分与理由不足	633
1.6.4 未处理问题或未考虑论点	634
1.7 非ICSID裁决	637
2. 执行中止	637
2.1 ICSID裁决	637
2.2 非ICSID裁决	640
3. 撤销非ICSID裁决	641
3.1 仲裁协议无效	645
3.2 程序进行中的违规行为	648
3.3 不可仲裁性	652
3.4 公共政策	654
3.5 越权	662

3.6 欺诈	666
3.7 违反正当程序或程序性权利	669
3.8 未陈述理由	670
3.9 审议排除	671
3.10 仲裁庭秘书撰写裁决书	672

第八章

裁决的承认、执行与执行后救济

1. 裁决的承认	680
1.1 ICSID 裁决	680
1.2 非ICSID 裁决：《纽约公约》	685
2. 裁决的执行许可与实际执行	688
2.1 裁决被撤销或中止	690
2.2 仲裁庭或仲裁员存在偏见	691
2.3 与执行地国的关联性	694
2.4 第三方或受让人申请执行	694
2.5 条约中的执行相关条款	695
2.6 具有独立法律人格的实体	696
2.7 超越管辖权	697
2.8 法院选择条款	698
2.9 欺诈、腐败或其他非法行为	699
2.10 国际制裁	701
2.11 管辖权与不方便法院原则	703
2.12 时效期限	703
2.13 未遵守正当程序	705
2.14 公共政策	706
2.15 国家豁免	709
2.15.1 管辖豁免	709
2.15.2 执行豁免	710
2.15.3 绝对豁免 vs 限制豁免	711
2.15.4 主权资产 vs 商业财产	713
2.16 仲裁庭组成	718
3. 案例研究	719
3.1 比利时	719
3.2 哥伦比亚	719
3.3 法国	720
3.4 中国香港	721

3.5 荷兰	721
3.6 瑞士	722
3.7 英国	723
3.8 美国	723
4. 裁决后救济	726
4.1 更正	727
4.2 补充决定	729
4.3 解释	731
4.4 修订	733

第二部分

中国

第九章

中国的投资条约与投资者-国家间争端解决机制概述

1. 中国在全球投资法格局中的地位	742
2. 中国的国际条约网络与四代国际投资条约分类	744
2.1 第一代国际投资条约：限制性特征	744
2.1.1 程序限制	745
2.1.2 实体限制	746
2.2 第二代国际投资条约	748
2.2.1 对投资者-国家仲裁的接纳	748
2.2.2 国民待遇标准	749
2.3 第三代国际投资条约	751
2.3.1 详尽的争端解决条款	751
2.3.2 详细的可仲裁性条款	752
2.3.3 将环境措施排除在间接征收条款之外	753
2.3.4 更精心设计的的条约起草策略	753
2.3.5 实体条约保护	754
2.4 第四代国际投资条约	757
2.5 投资者-国家仲裁参与	758
2.5.1 中国作为被申请人	758
2.5.2 中国投资者作为申请人	761
3. 在投资者-国家争端解决改革的立场与举措	771
3.1 向联合国国际贸易法委员会第三工作组的提交意见	771
3.2 仲裁机构改革	773

3.2.1 中国大陆主要仲裁机构.....	773
3.2.2 新兴仲裁机构.....	776
4. 中国对投资者国家间仲裁制度的考量.....	779
4.1 保护投资者及海外投资.....	779
4.2 提升全球影响力.....	782
4.3 对国家监管权的挑战.....	785
5. 当前投资者-国家仲裁中的争议问题.....	790
5.1 限制性投资者-国家争端解决条款：扩张 解释与限制性解释.....	790
5.2 投资者-国家仲裁前的用尽当地救济要求.....	797
5.3 最惠国待遇条款的限制性解释.....	803
5.4 国有企业作为适格投资者.....	807
5.5 中国投资者面临的环境与地缘政治风险.....	808
5.5.1 环境风险.....	808
5.5.2 地缘政治风险.....	810

第十章

外国投资保护与阻碍

1. 全国人大常委会与商务部.....	815
2. 国际条约的法律地位.....	815
3. 实体法保护.....	817
3.1 禁止征收与补偿标准.....	818
3.1.1 禁止征收.....	818
3.1.2 补偿标准.....	819
3.2 国民待遇.....	821
3.2.1 准入前国民待遇与负面清单.....	821
3.2.2 准入后国民待遇.....	825
3.2.3 知识产权保护.....	825
3.2.4 资金自由转移不受不当限制.....	827
4. 程序性保护：当地救济.....	828
4.1 行政复议.....	829
4.1.1 国际投资条约中的行政复议.....	829
4.1.2 行政复议范围.....	830
4.1.3 行政复议程序.....	831
4.2 行政诉讼.....	832
4.2.1 国际投资条约中的行政诉讼.....	832
4.2.2 行政诉讼范围.....	833
4.2.3 行政诉讼程序.....	834

4.3 谈判与调解.....	836
4.3.1 国际投资条约中的谈判与调解.....	837
4.3.2 国内争端解决机制中的谈判与调解.....	838
4.3.3 谈判与调解中的地方协作支持.....	840
4.4 外商投资投诉机制——FICM.....	842
4.4.1 起源.....	842
4.4.2 正式法规.....	843
4.4.3 成熟立法.....	844
4.4.4 国际投资条约中的外商投资投诉机制.....	846
4.4.5 新外商投资项下的外商投资投诉机制概览.....	846
4.4.6 投诉程序.....	849
4.4.7 外商投资投诉机制的优缺点.....	850
5. 投资仲裁裁决在华执行.....	852
5.1 ICSID公约裁决.....	852
5.2 《纽约公约》裁决.....	854
5.3 与中国仲裁法的兼容性问题.....	855
6. 结论.....	857
附录 1 Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement.....	859
附录 2 HKIAC Administered Arbitration Rules 2024.....	885
附录 3 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2024).....	935
附录 4 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020).....	957
附录 5 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.....	973
附录 6 ICSID Arbitration Rules.....	997
附录 7 ICSID Additional Facility Rules.....	1039
附录 8 ICSID Additional Facility Arbitration Rules.....	1043
附录 9 New York Convention.....	1085
附录 10 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts	1093
附录 11 Vienna Convention on The Law of Treaties	1111

第三章

仲裁程序

1. 仲裁启动前准备	158
1.1 第三方资助	158
1.2 平行程序	161
1.2.1 用尽当地救济	161
1.2.2 既判力	162
1.2.3 岔路口条款	163
1.3 冷却期	163
1.4 诉讼时效	164
1.5 限制性管辖权条款	166
2. 仲裁启动	167
2.1 提起仲裁通知与答辩	167
2.1.1 争议书面通知	167
2.1.2 提起仲裁申请	168
2.1.3 书面答辩程序	169
2.2 仲裁员任命与异议	171
2.2.1 仲裁员任命	171
2.2.2 仲裁员异议	173
2.3 当事人追加与程序合并	177
2.3.1 当事人追加	177
2.3.2 多方仲裁申请合并	178
2.4 费用预付款	180
2.4.1 费用的支付	182
2.4.2 未支付费用	183
2.5 终局裁决中的禁令救济	186
3. 中间程序事项	187
3.1 明显缺乏法律依据异议	187

3.2	分阶段审理	193
3.2.1	强制分阶段审理	194
3.2.2	推定或裁量权	196
3.2.3	分阶段审理原则	198
3.2.4	金额分阶段审理	202
3.3	临时措施	203
3.3.1	授予临时措施的权力	204
3.3.2	临时措施的原则	205
3.3.3	紧急仲裁机制	210
3.3.4	反禁诉令	213
3.4	索赔担保	217
3.5	费用担保	220
3.5.1	授予费用担保的权力	221
3.6	法庭之友与非争议当事方	226
3.6.1	更好理解事实事项	227
3.6.2	文件获取	231
3.7	快速程序	233
4	庭审	234
4.1	保密性与透明度	234
4.1.1	保密性	234
4.1.2	透明度	235
4.2	证据与证明	238
4.2.1	证据收集	238
4.2.2	非法取得的证据	239
4.2.3	披露或文件开示	242
4.2.4	可采性和证明价值	245
4.2.5	专家	247
4.2.6	举证责任与“混合”方法	249
4.2.7	不利推论	252
4.2.8	证人与交叉询问	256

5	游击战术	
5.1	常见游击战术	260
5.1.1	贿赂与欺诈	260
5.1.2	拖延战术	261
5.1.3	无依据异议	262
5.1.4	恐吓与骚扰	263
5.1.5	窃听与监视	264
5.1.6	当事人指定的仲裁员	265
5.2	极端游击战术	266
5.2.1	暴力、暴力威胁及其他严重行为	266
5.2.2	公然滥用国家权力	267
5.3	粗暴操作	267
5.3.1	扣留证据与过度文件请求	267
5.3.2	通过证人引入证据	268
5.3.3	粗暴操作的其他示例	269
5.4	仲裁庭遏制游击战术的制裁措施	270
5.4.1	预判与预防游击战术	270
5.4.2	制止游击战术	271
5.4.3	制裁游击战术	272

[3-1] 本章分为五部分：

- (1) 仲裁启动前准备；
- (2) 仲裁启动程序；
- (3) 中间程序事项；
- (4) 庭审程序；和
- (5) 恶意拖延战术应对。

[3-2] ICSID程序自成体系且去本地化，即独立于任何国内法（包括仲裁地法律）。国内法院无权干预。非ICSID仲裁受其他规则体系管辖。其他仲裁机构管理的程序适用各自机构规则。对于临时仲裁，当事人常选择《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》。非ICSID程序并非不受国内法影响。为便于阐述，本章聚焦ICSID程序。

1. 仲裁启动前准备

[3-3] 提起仲裁的外国投资者在启动投资仲裁前，需首先考量是否具备充足资金支持可能旷日持久的跨国诉讼。若提起仲裁的外国投资者已损失全部投资，可能无力承担律师团队、多名专家及仲裁员费用。此时第三方资金支持至关重要，而资金方可回收性是其核心关切。其次，提起仲裁的外国投资者应核查是否存在“用尽当地救济”条款，并准备遵守或应对东道国管辖权异议。同时，若提起仲裁的外国投资者已在国内法院或其他仲裁庭就同一争议提起诉讼，需预判已裁决事项对后续投资仲裁的既判力影响。第三，仲裁启动前需遵守条约规定的冷却期。最后，还需审查投资索赔是否受时效限制。

1.1 第三方资助

[3-4] 作为投资者-国家争端解决改革进程的一部分，明确规范第三方资助的规则引入引发广泛讨论。此类潜在监管面临的一项难题是第三方资助的定义，不同主体对此存在分歧，例如申请人律师提供的资助是否应归入此类。然而关于第三方资助最常见的争议涉及受资助方的披露义务，其根源可能在于对潜在利益冲突的担忧（即仲裁员因特定资助人或人员未披露的存在而产生非故意冲突）。

[3-5] 在仲裁规则正式规定第三方资助前，仲裁庭已意识到第三方资助披露的必要性。在穆罕默德·贾普与塞希尔建筑工业贸易有限公司诉土库曼斯坦案（*Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd Sti v Turkmenistan*）中，¹仲裁庭指出披露要求的两项理由：

- (1) 利益冲突：确保程序完整性及判定仲裁员是否因第三方资助存在而受影响的重要性；
- (2) 费用担保：若针对提起仲裁的外国投资者作出费用担保命令，其支付东道国费用的能力可能受第三方资助存在的影响。

[3-6] 许多现代仲裁规则现已规定第三方资助。《ICSID仲裁规则》（2022）第14条要求送达第三方资助通知：

¹ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd Sti v Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/12/6, Procedural Order No 3, 12 June 2015 at paras 9, 10.

第三方资助通知

- (1) 当事人应提交书面通知，披露直接或间接向其提供程序追索资金的任何非当事方的名称和地址，该资金通过捐赠或资助提供，或作为取决于程序结果的报酬提供（“第三方资助”）。若提供资助的非当事方为法人，通知应包含拥有和控制该法人的个人和实体名称。
- (2) 当事人应于仲裁请求登记时，或登记后达成第三方资助安排时立即向秘书长提交第（1）款所述通知。当事人应就通知信息的任何变更立即通知秘书长。
- (3) 秘书长应将第三方资助通知及该通知信息的任何变更通知发送给当事人及为完成《ICSID仲裁规则》第19（3）（b）条要求的仲裁员声明而被提议任命或已任命的任何仲裁员。
- (4) 仲裁庭可依《ICSID仲裁规则》第36（3）条命令披露资助协议及提供资助的非当事方的进一步信息。

[3-7] 类似地，《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》（2024）强制规定受资助方负有披露义务，需通过书面通知向所有其他当事人、仲裁庭及香港国际仲裁中心披露任何资助协议的存在及第三方资助者身份。²《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（2025）跟进规范第三方资助参与仲裁，引入强制第三方资助披露义务等规定，并明确仲裁庭对违反义务行为的处罚权。³

[3-8] 仲裁庭认定其依《ICSID仲裁规则》（2022）拥有裁量第三方资助信息披露的广泛权力，但仅限于披露确有必要时。

[3-9] 在本纳伯德拉赫曼诉卡塔尔案（*Benabderrahmane v State of Qatar*）中，⁴卡塔尔于2020年1月逮捕一名法国投资者，该投资者在被拘数月后于2020年10月返回法国。法国投资者针对卡塔尔提起ICSID仲裁，主张其违反《法国-卡塔尔双边投资协定》（1996）的最惠国待遇保护、征收及公平公正待遇标准。法国投资者遵守《ICSID仲裁规则》（2022）第14条，披露资助者名称地址并确认其为资金

² 《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》（2024）第44（1）条：“若达成资助协议，受资助方应向所有其他当事人、仲裁庭、紧急仲裁员及香港国际仲裁中心发送书面通知，载明：（a）已订立资助协议的事实；（b）第三方资助者的身份”。

³ 《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（2025）第38.1条：“当事人应在仲裁通知或答复中披露任何第三方资助协议的存在及第三方资助者的身份和联系信息，或在达成第三方资助协议后尽快披露”。

⁴ *Benabderrahmane v State of Qatar*, ICSID Case No ARB/22/23, Procedural Order No 4, 14 December 2023.

来源。此外，法国投资者还提交了与第三方资助的两份单页贷款协议。卡塔尔要求更广泛披露，包括：

- (1) 请求1：法国投资者对资金来源的知悉情况；
- (2) 请求2：投资者请求或提供的资金来源信息；
- (3) 请求3：已提取贷款本金金额；
- (4) 请求4：资助者同意贷款的总金额；
- (5) 请求5：还款时间表及条款；
- (6) 请求6：单页贷款协议是否为法国投资者所有贷款的全部文件；
- (7) 请求7：资助者是否承诺承担可能针对法国投资者的费用裁决责任，若是则提供相关文件；
- (8) 请求8：法国投资者是否为资助者贷款提供担保；
- (9) 请求9-11：法国投资者与资助者关系性质、资助原因及收益分成安排。

仲裁庭认定《ICSID仲裁规则》(2022)第14(4)条及第36(3)条赋予仲裁庭裁量权，可在必要时命令披露第三方资助安排的进一步信息；第三方资助文件请求应聚焦且符合所有相关情形下的必要性要求；规则第14(1)条以特定措辞界定书面披露通知内容，包括提供资金的非当事方身份(名称、地址)及资助方式(通过捐赠或资助，或基于程序结果的报酬)；这些条款明确显示所要求的披露在内容和目的上均有限；卡塔尔的请求属宽泛调查，无视聚焦性与必要性目标；故驳回所有请求，仅批准请求5及请求7的前半部分。⁵

[3-10] 第三方资助影响费用担保申请，因其可作为受资助方无力履行不利费用裁决的证据，可能触发东道国申请费用担保。

[3-11] 在埃尔南德斯·孔特雷拉斯诉哥斯达黎加案(第二号)(*Hernández Contreras v Republic of Costa Rica (II)*)中，⁷委内瑞拉公民埃尔南德斯·孔特雷拉斯通过其公司V-NET与哥

5 《ICSID仲裁规则》(2022)第36(3)条：“仲裁庭可在程序任何阶段要求当事人出示其认为必要的文件或其他证据。”

6 *Benabderrahmane v State of Qatar*, ICSID Case No ARB/22/23, Procedural Order No 4, 14 December 2023 at paras 6, 17, 18, 19, 21, 22.

7 *Hernández Contreras v Republic of Costa Rica (II)*, ICSID Case No ARB(AF)/22/5, Procedural Order No 2, 2 March 2024 (Spanish). For a case summary, see, Lisa Bohmer, '[Updated] Tribunal majority grants Costa Rica's request for security for costs, stressing that prior decisions are irrelevant to analysis under 2022 ICSID Additional Facility Rules' (*IA Reporter*, 11 July 2024).

斯达黎加电力监管机构签订2007年公法合同，授予V-NET在特定区域独家分销科尔比品牌电信产品的权利。哥斯达黎加采取系列措施意图将V-NET逐出当地电信市场并将其业务转移至本地公司，涉嫌违反《哥斯达黎加-委内瑞拉双边投资协定》(1997)。埃尔南德斯于2022年8月提起ICSID仲裁，索赔2500万美元损失。2024年2月26日，仲裁庭组成能力银行出具保函。埃尔南德斯反对该请求，主张其无依据且恶方资助，但未提供任何证明资助协议涵盖潜在不利费用裁决的细节。哥斯达黎加举证显示埃尔南德斯及其公司V-NET均已破产且无资产可履行不利费用裁决。仲裁庭认定，针对埃尔南德斯的破产程序，结合V-NET公司资产缺失及第三方资助的存在，足以认定其缺乏足够流动性支付潜在费用裁决；故命令提供120万美元费用担保。⁸

1.2 平行程序

1.2.1 用尽当地救济

[3-12] 部分双边投资协定条款要求将国内法院诉讼作为仲裁前置条件。⁹多数仲裁庭认定该要求属确立仲裁管辖权的先决条件。但亦认为，若国内法院诉讼显属徒劳，申请人无需遵守该前置条件。¹⁰一些仲裁庭认为这一先决条件是“无管辖权的”，不遵守这一条件并不影响仲裁员管辖权的有效性。¹¹

[3-13] 极少国家在投资协定索赔中主张行使用尽当地救济权。但部分投资协定采取折中方案，要求投资者在特定期限内诉诸当地救济，作为仲裁前置条件，无论该期限内是否作出实体裁决。¹²

[3-14] 经专业指导的申请人应尽力遵守仲裁前要求。若未遵守，需在管辖权阶段就其不作为提供合理解释。¹³

8 *Hernández Contreras v Republic of Costa Rica (II)*, ICSID Case No ARB(AF)/22/5, Procedural Order No 2, 2 March 2024 (Spanish) at paras 18, 25, 46, 50, 63, 66.

9 请参阅第二章，标题2.5：用尽当地救济措施。

10 *McLachlan*第3.33段。

11 Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (3rd edn, Wolters Kluwer 2021) at 509.

12 *McLachlan*第4.121段。

13 *McLachlan*第3.40段。

1.2.2 既判力

[3-15] 既判力原则禁止对同一案件进行二次裁判。若存在终局裁决，当事人不得就相同主张重新诉讼。该原则传统上在国内法院发展形成，亦是国际法的基本原则。¹⁴

[3-16] 在投资者-国家仲裁背景下，既判力的解释不同于国内法。国内法院作出的判决对后续组建的仲裁庭无约束力。事实上，若仲裁员必须遵守国内判决，而无论影响这些决定的正当程序问题，则包含防止程序滥用保护的公平公正待遇标准将失去意义。¹⁵卢凯蒂诉秘鲁案（*Lucchetti Peru, SA v Republic of Peru*）仲裁庭指出：¹⁶

特设委员会认为，必须明确区分国际层面与国内层面的既判力。国际层面的既判力裁决原则上构成重新审查同一事项的法律障碍，而国内层面的既判力仅在国内层面产生法律效力，在国际司法程序中仅作为事实要素存在。必须如此，因不能任由个别国家通过其既判力规则，为国际裁判设置障碍。

[3-17] 因此，既判力原则仅适用于另一投资仲裁庭就相同当事人间的相同主张作出终局决定的情形，不延伸至任何国内法院判决。¹⁷

[3-18] 同理，若同一仲裁庭已就相同主张作出终局决定，其不得重新审查已裁决事项。¹⁸既判力原则不仅限于管辖权或法律适用问题，而适用于所有认定事项。¹⁹

[3-19] 需区分仲裁庭“决定”与“裁决”。既判力仅适用于“裁决”而非“决定”，因仲裁庭的“决定”仅在程序进行中有有效，直至被纳入最终裁决。若决定在纳入最终裁决前即具既判力，则《ICSID公约》第48（3）条要求将决定纳入最终裁决的规定将形同虚设。²⁰

14 请参阅Derains第71页。

15 Derains第72页。

16 *Lucchetti Peru, SA v The Republic of Peru*, ICSID Case No ARB/03/4, Decision on Annulment, 5 September 2007 at para 87.

17 *McLachlan*第4.182段。

18 *RWE Innogy GmbH v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/34, Award, 18 December 2020 at para 82.

19 *RWE Innogy GmbH v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/34, Award, 18 December 2020 at para 86.

20 *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd v Tanzania Electric Supply Co Ltd (TANESCO)*, ICSID Case No ARB/10/20, Award, 12 September 2016 at paras 313, 314.

[3-20] 综上，同一仲裁庭先前决定中的认定对当事人具有约束力，但本身不构成既判力。这意味着此类决定不得随意推翻，因其仍约束当事人。²¹

1.2.3 岔路口条款

[3-21] 当前多数投资者-国家争端解决条约规定允许同时诉诸国内法院与国际仲裁，赋予当事人选择争议提交机构的权利。许多此类条款包含“岔路口条款”——一旦案件提交国内法院，投资者不得再启动国际仲裁程序，反之亦然。换言之，若仲裁庭本可依条约享有管辖权，当事人选择向国家法院（或其他主管机构）提交主张后，可能丧失利用该管辖权的资格。²²

[3-22] 当事人被禁止同时或后续诉诸其他潜在可用的争议解决机制。《ICSID公约》第26条规定此类条款：

除非另有约定，当事人同意依本公约提交仲裁，应视为同意排除任何其他救济。缔约国可要求用尽当地行政或司法救济，作为其同意依本公约仲裁的条件。

[3-23] 因此，若提起仲裁的外国投资者就相同条约违约行为，在启动投资仲裁前已提起国内诉讼，且两程序满足“当事人、诉因及争议标的”三重同一性，则其仲裁请求将被禁止。此即“三重同一性标准”。²³

1.3 冷却期

[3-24] 部分双边投资协定要求投资者在争议发生后等待特定期限（通常6个月）方可启动程序——此称为“冷却期”。部分仲裁庭认为冷却期属强制性要求，而非可豁免遵守的指导性程序规则。²⁴

21 *RWE Innogy GmbH v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/34, Award, 18 December 2020 at para 90（裁定认定管辖权及责任决定等先前认定对当事人有约束力但不具既判力，但这绝不意味着可随意推翻，其仍约束当事人）。

22 Derains第69页；*McLachlan*第3.21、3.67段。

23 Derains第69页。请参阅第二章，标题2.8 Fork-in-the-road clause.

24 *Murphy Exploration and Production Co International v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/4, Award on Jurisdiction, 5 December 2010 at para 132（仲裁庭认定双边投资协定第VI（3）条规定的6个月期限属强制性要求，投资者在其函件中亦承认此事实）；*Burlington Resources Inc v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010 at para 336（争议仅在主张条约违约时产生，6个月等待期自该时点起算。投资者在提交仲裁请求前未主张条约违约，故等待期未启动。其在提交仲裁请求时主张条约违约（此时争议产生），但未遵守应履行的6个月等待期，故请求不可受理）；*Goetz v Republic of Burundi (I)*, ICSID Case No

[3-25] 更多仲裁庭倾向于更灵活的立场，此举更为合理。在巴印迪尔建筑旅游贸易工业股份公司诉巴基斯坦伊斯兰共和国案（第一号）（*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan (I)*）中，²⁵巴基斯坦对管辖权的异议理由之一是巴印迪尔未发出任何索赔通知，故无权提交仲裁。其主张巴印迪尔违反《土耳其-巴基斯坦双边投资协定》（1995）冷却期条款，该条款要求投资者在启动仲裁前发出6个月争议通知，并诚信寻求争议和解。仲裁庭驳回巴基斯坦主张，认同先前多仲裁庭观点，即通知要求不构成管辖权前提：

仲裁庭认同通知要求不构成管辖权前提的观点。与巴基斯坦的主张相反，未履行该要求并非“对申请人案件的致命打击”。正如巴印迪尔所指，要求形式通知仅意味着巴印迪尔需重新提交仲裁请求并重启整个程序，这对任何一方均无益处。

1.4 诉讼时效

[3-26] ICSID仲裁是运作于超国家层面的自足程序。仲裁准据法为双边投资协定、《ICSID公约》（及《ICSID仲裁规则》）和国际公法原则。除非双边投资协定明示规定，²⁶缔约国国内法不适用于双边投资协定项下投资者与东道国的争议。这意味着，通常而言，国内法中的诉讼时效规定不适用于投资条约索赔，双边投资协定明确包含时效条款。国际仲裁庭普遍认可该理解。例如，在加瓦齐诉罗马尼亚案（*Gavazzi v Romania*）中，²⁷仲裁庭认定：

在国际法管辖的仲裁程序中，仅国际法——而非国内法——可设定时间限制。《ICSID公约》、双边投资协定或一般国际法均未规定

ARB/95/3, Award, 10 February 1999 (French) at para 93 (因未满足《比利时-卢森堡经济联盟与布隆迪双边投资协定》（1989）的3个月冷却期，投资者请求被认定不可受理）；请参阅McLachlan第3.23、3.24段。

25 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan (I)*, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

26 例见AFC Investment Solutions SL v Republic of Colombia, ICSID Case No ARB/20/16, Award (under r 41(5)), 24 February 2022 (Spanish), 《哥伦比亚-西班牙双边投资协定》（2005）规定：“若投资者知悉或应知悉本协定项下违约行为及所受损失或损害之日起已逾3年，投资者不得提出索赔”。

27 *Gavazzi v Romania*, ICSID Case No ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, 21 April 2015.

条约索赔的诉讼时效。无此明确法律规定时，任何时间限制均不得阻碍ICSID仲裁。²⁸

[3-27] 传统双边投资协定未必包含时效条款，但近年条约通常规定三年时效期，自提起仲裁的外国投资者首次知悉或应知悉违约行为及/或损失发生之日起算。但不同条约的措辞存在细微差异。例如，部分协定区分“知悉违约日”与“知悉损失日”，而其他条约为计算时效将二者合并。

[3-28] 在诺德祖克诉波兰案（*Nordzucker v Poland*）中，²⁹联合国国际贸易法委员会仲裁庭认定“国际法未规定精确时效规则，而是援引一项普遍原则，即申请人不得无理延迟行使其索赔权”。³⁰

[3-29] 在诺德祖克诉波兰案（*Nordzucker v Poland*）中，³¹欧洲第二大糖业公司德国诺德祖克于1998年波兰经济恶化后决定加速糖业改革时，对波兰投资。该公司收购波兰糖厂子公司股份，并告知波兰政府有意收购更多指定私有化的糖厂。波兰政府决定通过拍卖出售多家国有糖厂的多数股权，邀请意向买家投标。诺德祖克中标两家糖厂，但波兰政府签署买卖协议的批准一再推迟。经询进展，波兰当局保持沉默。事实上，诺德祖克于2001年8月1日知悉波兰通过停止出售的决议。其2003年9月1日向波兰部长会议主席发送协商解决争议的提议被拒绝。2004年4月，诺德祖克向波兰法院提起损害赔偿诉讼。2005年4月，其致函波兰政府提议和解，但2005年5月被拒。仲裁通知于2006年2月提交。波兰以时效届满为由质疑仲裁庭管辖权。仲裁庭认定，仲裁通知在最后一次和解提议后10个月内提交；在波兰法院和解尝试失败后18个月内提交；距所称违约发生不足五年；诺德祖克行使其索赔权无不合理延迟；故其索赔未超时效。³²

[3-30] 若东道国在仲裁程序极后期，申请修改答辩状以增加新抗辩，则许可可能被拒绝，除非该抗辩源于新发现的证据，且此前未向东道国提供。

28 *Gavazzi v Romania*, ICSID Case No ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, 21 April 2015 at para 147.

29 *Nordzucker v Poland*, UNCITRAL, Partial Award (Jurisdiction), 10 December 2008.

30 *Nordzucker v Poland*, UNCITRAL, Partial Award (Jurisdiction), 10 December 2008 at para 221.

31 *Nordzucker v Poland*, UNCITRAL.

32 *Nordzucker v Poland*, UNCITRAL, Partial Award (Jurisdiction), 10 December 2008 at paras 222, 223, section 9 (Decision).

[3-31] 在博德木材有限公司诉津巴布韦案 (*Border Timbers Ltd v Republic of Zimbabwe*) 中,³³土地争议核心蕴含深厚历史背景。20世纪殖民时期,津巴布韦(时称罗德西亚)由白人统治。1980年津巴布韦独立及罗伯特·穆加贝当选总统后,罗德西亚时代倾向白人少数群体的土地政策被废除,代之以扶持黑人原住民的土地政策。瑞士家族企业通过持股当地公司,在津巴布韦拥有多块土地。穆加贝执政后,政府推行土地改革计划强制征收土地,但该计划在全民公投中被否决。穆加贝支持者(主要为推翻前政府并扶持其上台的退伍军人),发起暴动并强占土地,包括瑞士家族企业的土地。尽管如此,津巴布韦政府未宣布紧急状态。瑞士家族企业及其公司依据《瑞士-津巴布韦双边投资协定》(1996),对津巴布韦提起ICSID仲裁,主张其无偿征收土地。津巴布韦辩称,2000年2月16日至2013年3月16日期间,津巴布韦全国爆发的群众性自发暴动属历史背景下的紧急状态或危机,超出国家日常运作范畴,故以“必要性”为抗辩理由。

[3-32] 津巴布韦于2013年10月左右(约第9号程序令前),即2013年10月28日至11月2日口头听证会前夕,申请新增“危难”和“不可抗力”两项抗辩。津巴布韦主张出现新证据,存在允许新增抗辩的特殊情形。仲裁庭认定,新证据系某证人在其他程序中的证言,涉及其对收到信函的解释与当前向仲裁庭所作证言不一致;但仲裁庭经客观审查证言后,已裁定该证人曲解信函内容;故仲裁庭裁定,仲裁过程中津巴布韦已获多次修改答辩状机会;允许津巴布韦提交新答辩状是不公平的,因为提起仲裁的外国投资者无法在听证会回应;故驳回津巴布韦超期修改答辩状的申请。³⁴

1.5 限制性管辖权条款

[3-33] 部分双边投资协定(包括俄罗斯和中国签署的许多协定)的争议解决条款,旨在将其适用范围限定为征收补偿金额争议的仲裁。³⁵

33 *Border Timbers Ltd v Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No ARB/10/25, Award, 28 July 2015.

34 *Border Timbers Ltd v Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No ARB/10/25, Award, 28 July 2015 at paras 54, 71, 423, 426, 427, 428, 429, 430.

35 请参阅第二章,标题2.9:“不可诉性”;第9.4.1节“限制性投资者-国家争端解决机制条款:广义解释 vs 限制性解释”。请参阅 *McLachlan* 第3.55段。

2. 仲裁启动

[3-34] 若提起仲裁的外国投资者拟启动ICSID投资仲裁,适用仲裁规则应为当事人同意仲裁之日生效的版本。³⁶东道国应已在投资协定生效时作出同意。

2.1 提起仲裁通知与答辩

2.1.1 争议书面通知

[3-35] 投资仲裁常以“争议书面通知”启动,通常称为“触发函”。该函是投资者向东道国发出的正式沟通文件,告知其存在相关投资协定项下的争议。触发函旨在正式通知东道国投资者的索赔主张,包括被指控违反的具体条约条款。这是仲裁程序的关键第一步,为潜在谈判或争议无法友好解决时的进一步法律行动奠定基础。

[3-36] 争议书面通知通常包含:³⁷

- (1) 明确援引的投资协定,证明投资者适格及投资合规的情况;
- (2) 指控违约细节及投资保护标准;
- (3) 投资者就违约行为已采取的任何救济措施;以及
- (4) 投资者寻求的救济,包括充分赔偿或公正补偿。

[3-37] 争议书面通知的内容与格式要求通常规定于适用国际条约。³⁸投资者须确保在启动仲裁前妥善签发并送达该触发函。东道国收到争议书面通知后,通常被给予特定期限作出回应或参与谈判。若争议在此期限后仍未解决,投资者可启动正式仲裁程序。争议书面通知是投资仲裁程序的基石,使投资者能审慎梳理其主张。妥善起草该通知对投资者在后续争议解决阶段取得成功至关重要。未发送此触发函不影响仲裁庭对索赔的管辖权,因东道国对投资仲裁的同意已于签署投资条约时作出。

36 《ICSID公约》第44条:“任何仲裁程序应依本节规定进行,除当事人另有约定外,依当事人同意仲裁之日有效的《仲裁规则》……”;请参阅 *Dolzer* 第399页。

37 For an example of a Written Notification of Dispute, see, *Huawei Technologies Co., Ltd v Kingdom of Sweden*, ICSID Case No ARB/22/2, Notice of Arbitration, 31 December 2020.

38 例见《中国-瑞典双边投资协定》(1982)(2004年修订)第6条之二:“若争议……自投资者通过书面通知提出之日起三个月内未能友好解决,各缔约方特此同意,由投资者选择将争议提交国际仲裁解决。”

2.1.2 提起仲裁申请

[3-38] 《ICSID公约》要求提交仲裁请求书，其他仲裁机构规则亦规定类似启动机制。³⁹仲裁请求书需提交至ICSID秘书长，⁴⁰且投资者恒为提起仲裁申请人。仲裁请求书须以ICSID官方语言（英语、法语或西班牙语）起草。⁴¹提交请求书时需缴纳2.5万美元不退提交费。ICSID中心在登记仲裁请求时收取5.2万美元行政费。⁴²

[3-39] ICSID中心接受电子申报和电子公告。应将包含所有证明文件的完整请求上传到ICSID的文件共享平台（‘Box’），并通过电子邮件发送给ICSID秘书处，不应向ICSID发送硬拷贝。⁴³

[3-40] 除非秘书长认定争议明显超出中心管辖范围，否则应登记该请求。⁴⁴登记前常需与双方沟通，ICSID可能要求进一步澄清。请求书一经登记，秘书长将书面通知当事人。

[3-41] 秘书长登记仲裁请求的决定不约束仲裁庭的管辖权认定。被申请人仍可提出管辖权异议，仲裁庭亦保有接受或拒绝管辖的自由。秘书长拒绝登记仲裁请求的决定具有终局性，且不受任何形式审查，但当事人可随时基于相同索赔提交新请求。新请求需重新履行相同程序，包括缴纳提交费。⁴⁵

[3-42] 仲裁请求书内容由《ICSID公约》第36（2）条规定：

39 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（2021）第3（1）条：“拟提起仲裁的一方或多方（下称‘申请人’）应向另一方或多方（下称‘被申请人’）发出仲裁通知”；《国际商会仲裁规则》（2021）第1条：“希望依据本规则提请仲裁的当事人应向秘书处任一指定办公室提交仲裁请求书（‘请求书’）。秘书处应将收到请求书的事实及收到日期通知申请人和被申请人”；《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》（2024）第4.1条：“启动仲裁的一方（‘申请人’）应向香港国际仲裁中心及另一方（‘被申请人’）送达仲裁通知”；《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（2025）第6.1条：“申请人应向登记处及被申请人递交仲裁通知。在遵守本规则第4条的前提下，申请人可通过新加坡国际仲裁中心网关在线向新加坡国际仲裁中心秘书处提交仲裁通知。”

40 《ICSID公约》第36（1）条。

41 《ICSID设立规则》第1条；《ICSID行政与财务条例》第32条：“规则与条例的语言：（1）中心的官方语言为英语、法语和西班牙语”。

42 《ICSID行政与财务条例》第18条；《ICSID费用表》（2023）。

43 ICSID, ‘How to file a Request for Arbitration - ICSID Convention Arbitration (2022 Rules)’. See also, Katia Gómez, ‘The Visible and Invisible Footprint of New Technologies in Investment Awards’ in Katia Gómez and Catharine Titi (eds), *The Award in International Investment Arbitration* (Oxford University Press 2024) 553 at 556.

44 《ICSID公约》第36（3）条。

45 Dolzer第401页。

36. ……（2）请求书应包含争议事项信息、当事人身份及其依《调解与仲裁程序规则》同意仲裁的声明。

[3-43] 《ICSID仲裁规则》不要求仲裁请求书列明申请人所依据的全部法律论点或具体诉因；仲裁请求书的遗漏、错误及其他缺陷不构成仲裁庭拒绝管辖权的独立依据。⁴⁶

[3-44] 在柬埔寨电力公司诉柬埔寨案中（*Cambodia Power Co v Kingdom of Cambodia*），⁴⁷投资者柬埔寨电力公司的索赔基于其控股公司与柬埔寨不同政府部门签署的三份协议：（1）购电协议；（2）实施协议；（3）担保契约。每份合同均含提交ICSID仲裁的条款。争议发生后，柬埔寨电力公司就三份协议项下独立争议提交单一仲裁请求，启动适用国际商会仲裁院规则的ICSID仲裁。但在仲裁请求书中，柬埔寨电力公司未列明或提及担保契约，其基于担保契约的索赔主张首次出现在实体问题答辩书中。柬埔寨以管辖权异议为由，主张仲裁庭管辖权仅限于购电协议和实施协议项下索赔，不涵盖担保契约。仲裁庭认定，仲裁请求书的缺陷不构成拒绝管辖权的独立依据；担保契约已在仲裁请求补充文件中提供；需基于投资与交易的整体性判断三份协议是否充分关联；仲裁请求书及补充文件已充分提及担保契约；故仲裁庭对担保契约索赔拥有管辖权。⁴⁸

[3-45] 任何第三方资助通知需与仲裁请求书一并提交。⁴⁹

2.1.3 书面答辩程序

[3-46] 《ICSID仲裁规则》（2022）第30条明确规定ICSID仲裁的书面程序

规则30书面提交材料

（1）当事人应提交下列书面材料：

- （a） 申请方提交的答辩书
- （b） 对方提交的反驳答辩书；
- （c） 除非当事人另有约定：

46 *Cambodia Power Co v Kingdom of Cambodia*, ICSID Case No ARB/09/18, Decision on jurisdiction, 22 March 2011 at paras 299, 300. See, ICSID Arbitration Rules 2022, art 2(1)(e).

47 *Cambodia Power Co v Kingdom of Cambodia*, ICSID Case No ARB/09/18, Decision on jurisdiction, 22 March 2011.

48 *Cambodia Power Co v Kingdom of Cambodia*, ICSID Case No ARB/09/18, Decision on jurisdiction, 22 March 2011 at paras 290, 291, 292, 299, 300, 304, 306, 307, 339(3).

49 《ICSID仲裁规则》（2022）第14（2）条。

- (d) 申请方提交的再答辩书；以及
- (e) 对方提交的二次反驳答辩书。

- (2) 答辩书应包含相关事实陈述、法律依据及论点，以及救济请求。反驳答辩书应包含相关事实陈述（包括对答辩书所述事实的承认或否认）及任何必要的补充事实、针对答辩书的法律回应、论点及救济请求。再答辩书与二次反驳答辩书应限于回应前一书面材料，并阐述提交时新出现或此前无法获知的任何相关事实。
- (3) 当事人仅可在获得仲裁庭许可后提交计划外的书面材料、意见书或佐证文件，除非《ICSID公约》或本规则规定可提交此类文件。仲裁庭经及时且具合理理由的申请，若认定该书面材料、意见书或佐证文件在所有相关情形下确属必要，可予批准。

[3-47] 上述书面程序虽未明确提及仲裁请求书，但其属必备文件。当事人的书面答辩材料称为答辩书、反驳答辩书和再答辩书。⁵⁰书面答辩程序始于申请人的答辩书，继而被申请人国家提交反驳答辩书。多数案件中，会有第二轮书面交换，称为再答辩书和二次反驳答辩书。答辩书必须包含事实陈述、法律依据陈述及当事人的主张。反驳答辩书亦须回应事实与法律论点并提出主张。此外，当事人常提交大量佐证文件。书面答辩应紧密关联对方前一答辩内容。⁵¹

[3-48] 缺乏诉请会导致不予赔偿。⁵²

[3-49] 在居里什工程建设股份公司诉利比亚案（*Güriş İnşaat ve Mühendislik AŞ v Libya*）中，⁵³提起仲裁的外国投资者依合同权利承建的黎波里公园。但因利比亚局势恶化，政府制裁曾占用公园规划用地的个人，导致项目暂停。该安全局势仅属项目完工的暂时障

⁵⁰ 《2022年ICSID仲裁规则》第31（3）条：“答辩书应包含：相关事实陈述；法律依据陈述；及主张。反驳答辩书、再答辩书或二次反驳答辩书应包含：对前一答辩书所述事实的承认或否认；任何必要的补充事实；针对前一答辩书法律依据的意见；对该法律依据的回应陈述；及主张”。

⁵¹ Dolzer第409页。

⁵² *Güriş İnşaat ve Mühendislik AŞ v Libya*, ICC Case No 22137/ZF/AYZ（未公开）；see, Damien Charlotin, ‘Uncovered: Despite finding of liability, Turkish builder is awarded no damages in treaty arbitration against Libya; but investor is free to try its chance again’ (IA Reporter, 24 January 2022).

⁵³ *Güriş İnşaat ve Mühendislik AŞ v Libya*, ICC Case No 22137/ZF/AYZ（未公开）；see, Damien Charlotin, ‘Uncovered: Despite finding of liability, Turkish builder is awarded no damages in treaty arbitration against Libya; but investor is free to try its chance again’ (IA Reporter, 24 January 2022).

碍，而局势缓和后，利比亚征收土地致公园无法完工。提起仲裁的外国投资者以征收为由对利比亚提起仲裁。但其未能充分主张其，其损失评估专家被指示计算2017年至裁决日期间假设项目完工的价值，而非计算仅能在不确定未来完工的项目价值。鉴于该缺陷，仲裁庭裁定无法给予居里什公司赔偿。

[3-50] 在东道国的答辩中，仅声明征收系出于公共目的而不详述公共利益实质内容。⁵⁴

2.2 仲裁员任命与异议

2.2.1 仲裁员任命

[3-51] 当事人可协议约定仲裁员任命方式。⁵⁵投资仲裁中仲裁员任命主要有四种常规方式：⁵⁶

- (1) 共同仲裁员任命。投资仲裁通常采用三人仲裁庭。各方任命一名仲裁员（称为“共同仲裁员”），随后由两名共同仲裁员负责任命第三名仲裁员，该仲裁员担任仲裁庭首席仲裁员。⁵⁷
- (2) 投票程序。仲裁机构提供候选人名单。各方独立且互不知情地表明是否同意任命各候选人。若双方恰就同一候选人达成一致，则该候选人被任命为仲裁员。若有多名候选人获双方同意，当事人可约定由机构在同意人选中裁量权。投票程序可能导致无人入选，此时需启动其他程序任命首席仲裁员。⁵⁸
- (3) 剔除-排序程序。剔除-排序程序要求方秘密向机构提交等额候选人名单；机构整合当事人提名人选及机

⁵⁴ *ADC Affiliate Ltd v The Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/03/16, Award, 2 October 2006 at para 432, 其中ICSID仲裁庭认定：“公共利益”需证明“公众的真实利益。若仅援引‘公共利益’即可凭空创设该利益以满足要求，则此要求将形同虚设，因仲裁庭无法想象何种情形下该要求会不满足”。

⁵⁵ *Accession Mezzanine Capital LP v Hungary*, ICSID Case No ARB/12/3, Decision on Jurisdiction, 8 August 2013 at paras 7–8. 请参阅Dolzer第401页。

⁵⁶ SRW第4.35段。

⁵⁷ SRW第4.36段。

⁵⁸ ICSID程序中当事人过去频繁使用投票程序，但近年使用减少，可能因其耗时较长且无法确保选出候选人。See, ‘Constituting Tribunals in Investment Arbitration: A Report on Timing and Methods’ (International Bar Association: IA Subcommittee, 2025) at para 19.

- 构提供的等额候选人；机构将整合名单发送各方；各方随后剔除若干候选人（确保剩余人数足以选出仲裁员，并对剩余候选人排序。排名最优者被任命为仲裁员；若多人排名相同，机构可裁量或抽签选定。特别约定任命方式。当事人可自创任命方式。
- (4) 例如，在阿克塞中央层资本公司诉匈牙利案中（*Accession Mezzanine Capital v Hungary*），当事人约定多层次程序：(i) 首先通过交换候选人名单协商首席仲裁员；(ii) 若失败，则共同仲裁员咨询当事人后任命；(iii) 作为最后手段，计划由指定机构采用改良名单程序，但最终由共同仲裁员完成任命。

[3-52] 在ICSID仲裁中，若当事人未能在仲裁请求登记后90天内或约定期限内任命仲裁员，任一方可请求ICSID行政理事会主席任命空缺仲裁员。⁵⁹ ICSID可先采用剔除-排序名单或投票程序，协助当事人选定共同认可的候选人。若当事人未就剔除-排序或投票程序达成一致，或投票程序未选出共同接受人选，主席将咨询当事人并从ICSID仲裁员名册中任命首席仲裁员。主席依默认条款作出的任命必须源自ICSID仲裁员名册，此规定旨在避免一方不合作导致的僵局。主席必须从ICSID保存的仲裁员名册中任命。⁶⁰

[3-53] 如此任命的仲裁员不得为争议当事国国民或投资者所属国国民。当事人任命的仲裁员同样排除本国国民。⁶¹ 但若仲裁庭各成员均经当事人协议任命，则此禁令不适用。该规则旨在保障仲裁员最大限度的客观性。无涉两造国籍的仲裁员无国籍限制。亦无要求仲裁员代表不同文明形态或法律体系。仲裁庭成员无需不同国籍。⁶²

⁵⁹ 《ICSID公约》第38条：“若仲裁庭未能在秘书长依第36(3)条发出请求登记通知后90日内组成（或当事人约定的其他期限），主席应一方请求并经尽可能咨询双方后，任命尚未选任的仲裁员。主席依本条任命的仲裁员不得为争议当事缔约国国民或争议当事人所属缔约国国民。”；请参阅SRW第4.36段。

⁶⁰ Dolzer第401页。

⁶¹ 此效力通过《ICSID公约》第39条实现：“多数仲裁员应为非争议当事缔约国及争议当事人所属缔约国的国民；但若独任仲裁员或仲裁庭各成员均经当事人协议任命，则不适用前述规定”；及《ICSID仲裁规则》（2022）第13(3)条：“未经对方同意，当事人不得任命争议当事国或当事人所属国国民为仲裁员”。

⁶² 部分仲裁庭经当事人协议由三名争议被申请人国籍仲裁员组成。请参阅*IBM World Trade Corp v República del Ecuador*, ICSID Case No ARB/02/10, Decision on Jurisdiction and Competence, 22 December 2003 at para 4（根据《ICSID公约》第三十九条，当事人共同任命厄瓜多尔籍仲裁员亚历杭德罗·庞塞·马丁内斯和莱昂·罗尔多斯·阿奎莱拉，并由厄瓜多尔籍的罗德里戈·吉洪·莱托尔担任首席仲裁员）。

[3-54] 类似地，在《ICSID附加便利仲裁规则》中，若当事人无法任命仲裁员，一方可请求行政理事会主席作出相应任命。此情形下主席可从ICSID仲裁员与调解员名册外任命。⁶³

2.2.2 仲裁员异议

[3-55] 若当事人无法达成一致且需ICSID主席提名候选人时，主席将给予当事人机会提出任何可能表明该人缺乏《ICSID公约》第14条要求资质的情形。

[3-56] 当事人对仲裁员提出异议必须证明存在合理理由质疑该仲裁员在特定案件中的公正性与独立性。⁶⁴ “合理怀疑”标准属客观标准，即异议方视角仅为异议背景因素，但非决定性。依此标准，若存在引起对仲裁员公正性或独立性合理怀疑的情形，可对该仲裁员提出异议。⁶⁵

[3-57] 异议无需证明实际偏见即可成立；确立依赖或偏袒的表象即为充分——此即“蓝岸银行案标准”。⁶⁶ 对仲裁员公正性或独立性的怀疑必须基于所有相关情形，从客观、理性且知情的第三方视角判断为合理。即，若理性人知晓相关事实和背景后，会认为仲裁员裁决时可能受案件实体争议外因素影响，则怀疑属合理。⁶⁷

[3-58] 在蓝岸国际信托（巴巴多斯）有限公司诉委内瑞拉案（*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*）中，⁶⁸ 贝克·麦坚时律师事务所马德里

⁶³ ‘Constituting Tribunals in Investment Arbitration: A Report on Timing and Methods’ (International Bar Association: IA Subcommittee, 2025) at paras 8, 9.

⁶⁴ 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（2021）第11条：“被接洽可能任命为仲裁员者，应披露可能引起对其公正性或独立性产生合理怀疑的任何情形。仲裁员自任命时起至整个仲裁程序期间，应无延迟向当事人及其他仲裁员披露此类情形，除非其已告知过该情形。仲裁员无义务披露不会引起对其公正性合理怀疑的任命”；《国际商会仲裁规则》第14条虽未明确使用“合理怀疑”术语，但其基于缺乏公正性或独立性的异议标准与国际实践一致。请参阅Derains第105页。

⁶⁵ 另请参阅第七章，标题1.2.4: Bias of and Non-Disclosure by Arbitrator.

⁶⁶ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB 12/20, Decision on the Parties’ Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 November 2013 at para 59（仲裁庭认定《ICSID公约》第57条及第14(1)条不要求证明实际依赖或偏见，确立表象即为充分）。请参阅Derains第106页。

⁶⁷ *Ukraine v Russia (Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen)*, UNCLOS Arbitration, PCA Case No 2019-28, Decision on Challenges, 6 March 2024 at paras 88, 90.

⁶⁸ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB 12/20.

[3-66] 仲裁庭无疑有权依《ICSID公约》第46条,⁸⁴裁决现有当事人间的额外索赔。但提起仲裁的外国投资者不得援引第46条在现有程序中追加新当事人,因该条仅允许追加新索赔。⁸⁵

2.3.2 多方仲裁申请合并

[3-67] 多方仲裁程序可源于当事人初始提交若干独立仲裁,后续通过合并与联结形成。初始状态下,双边投资协定及《ICSID公约》与《仲裁规则》既未规定亦未禁止多名投资者针对同一国家提出的关联仲裁申请合并。⁸⁶

[3-68] 在苏黎世机场股份公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案(*Flughafen Zürich AG v Bolivarian Republic of Venezuela*)中,⁸⁷委内瑞拉坚称投资者的仲裁申请不可合并为单一仲裁,因该国未同意该程序。委内瑞拉认为,《瑞士-委内瑞拉双边投资协定》与《智利-委内瑞拉双边投资协定》的实体保护条款不同,“混淆”这些保护措施可能侵犯委内瑞拉权利。仲裁庭指出,仲裁中的合并指将分别启动的两个及以上程序联结;本案未发生此情形;相反,本案仲裁涉及多名申请人共同针对单一被申请人启动的单一程序。仲裁庭进而将委内瑞拉异议解释为,受两项不同双边投资协定保护的两名申请人,因共同投资受东道国相同措施影响,可否共同发起单一ICSID仲裁。

[3-69] 《ICSID仲裁规则》(2008)修订前,合并决定以当事人同意为关键,但该同意可经当事人行为推断。

[3-70] 在柬埔寨电力公司诉柬埔寨案(*Cambodia Power Co v Kingdom of Cambodia*)中,⁸⁸投资者柬埔寨电力公司的索赔基于其

84 《ICSID公约》第46条:“除当事人另有约定外,仲裁庭应一方请求,可就争议标的直接产生的附带或额外索赔或反请求作出裁定,前提是该等请求在当事人同意范围内且属中心管辖”。

85 *Continental Casualty Co v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, Award, 5 September 2008 at para 97.

86 SRW第4.60段。

87 *Flughafen Zürich AG v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/19, Award (Spanish), 18 November 2014 at paras 309, 404, 405. 案例摘要请参阅 Fabricio Fortese, ‘Flughafen v. Venezuela: arbitrators consider effect of political risk on projected cash-flows – and jurisdiction over joint claims and (partly) state-owned investor’ (*IA Reporter*, 28 November 2014); Fabricio Fortese, ‘In-Depth: Venezuelan courts work properly to correct administrative decisions, but Supreme Court’s flawed actions trigger liability’ (*IA Reporter*, 28 November 2014).

88 *Cambodia Power Co v Kingdom of Cambodia*, ICSID Case No ARB/09/18, Decision on jurisdiction, 22 March 2011.

控股公司与柬埔寨不同国家部委及/或柬埔寨电力公司签署的三份独立协议:(i)购电协议;(ii)实施协议;(iii)担保契约。每份合同均含提交仲裁条款,其中购电协议约定国际商会仲裁院仲裁,而实施协议和担保契约约定ICSID仲裁。争议发生后,柬埔寨电力公司就三份协议项下独立争议提交单一仲裁请求,启动适用国际商会仲裁院规则的ICSID仲裁。柬埔寨电力公司未提交三份独立请求,而是提交单一请求书,列明其基于三份不同协议(即购电协议、实施协议和担保契约)对柬埔寨的索赔主张。柬埔寨对此提出异议,主张其未同意将这些程序合并为单一仲裁。柬埔寨指出,三份协议存在三个独立仲裁条款;购电协议仲裁条款仅规定国际商会仲裁院仲裁而实施协议和担保契约规定ICSID仲裁;且协议中无合并条款。仲裁庭认定,三份协议源于单一电力项目的同一投资;协议含多项交叉违约条款,脱离另两份协议考量单一协议项下权利义务不具可行性;仲裁条款初始草案明显不同,但当事人刻意协调统一使其具备高度相似的争议解决条款;故即使柬埔寨电力公司的多项仲裁条款需分别启动,基于各独立仲裁条款的分案程序可合并为单一程序,由单一仲裁庭通过一份裁决审理裁决——此称为“事实合并”;当事人必然已同意将与三份独立仲裁协议相关的争议提交同一仲裁庭合并审理。⁸⁹

[3-71] 自ICSID于2008年引入关于程序合并的专门规则以来,⁹⁰该规则采纳了同意要求,允许当事人通过协议将关联程序进行合并。现行《ICSID仲裁规则》(2022)第46条规定了仲裁申请合并:

第46条 仲裁的合并或协调

- (1) 由中心管理的两宗或以上待决仲裁程序的当事人,可同意将这些仲裁程序予以合并或协调。
- (2) 合并将拟合并仲裁的所有方面结合在一起,并最终形成一份裁决书。根据本条规则进行合并的仲裁,必须已根据《ICSID公约》登记,且必须涉及同一缔约国(或该缔约国的组成部分或机构)。
- (3) 协调是指调整两宗或以上待决仲裁的特定程序方面,但仲裁仍作为独立程序进行,并分别作出裁决。

89 *Cambodia Power Co v Kingdom of Cambodia*, ICSID Case No ARB/09/18, Decision on jurisdiction, 22 March 2011 at paras 97, 98, 101, 130(c), 136, 141, 149, 153, 154.

90 2018年ICSID秘书处提出的《ICSID仲裁规则》修正案建议包含了新规则第38条(自愿合并)和新规则第38条之二(强制合并)。该自愿合并建议现已采纳并体现在《ICSID仲裁规则》(2022)第46条。请参阅SRW第4.61段。

2.4.1 费用的支付

[3-77] 当事人提出的分期支付费用预付款的建议被ICSID中心接受。

[3-78] 在阿贝德·贾乌尼诉黎巴嫩共和国案 (*Abed El Jaouni v Lebanese Republic*) 中,⁹⁴一位在黎巴嫩民用航空领域投资的德国投资者指控黎巴嫩当局不公平地撤销了其当地子公司帝国喷气机公司获得的航空运营证书。依据《德国-黎巴嫩双边投资协定》(1997), 该德国投资者对黎巴嫩提起了ICSID仲裁。然而, 仲裁庭仅认定了一项单独的违约行为, 即黎巴嫩民航当局在2010年中期撤销航空运营证书的决定。在这一点上, 仲裁庭的认定与当地最高行政法院(国家咨议会)的裁决一致, 该法院最终作出了有利于帝国喷气机公司的判决。在赔偿裁决中, 仲裁庭最终裁定其获得约21.8万美元的损失赔偿金。该德国投资者于2021年5月寻求撤销该裁决。在撤销委员会于2021年7月组成后, 双方确认同意于2023年4月23日和24日举行撤销听证会。在当事人提交了撤销申请备忘录、撤销答辩备忘录以及撤销答辩回复后, ICSID中心于2022年11月要求该投资者支付第二笔费用预付款, 以覆盖直至听证会的费用。由于未收到第二笔费用预付款, ICSID中心于2023年1月20日通知双方该德国投资者违约, 并依据《ICSID行政与财务条例》第16条要求任何一方支付欠款。由于仍未收到德国投资者的付款, 秘书长于2023年2月中止了程序。2023年4月, 双方被告知, 若在2023年5月22日前仍未收到要求的付款, 程序将被终止。2023年5月22日, 该德国投资者请求分三期支付欠款, ICSID中心接受了该请求。在该德国投资者于2024年3月19日支付了第三笔费用后, 撤销程序得以继续并进行最终听证。⁹⁵

[3-79] 费用预付款应支付给仲裁机构, 该机构代表仲裁员接收款项。尽管对东道国的国际制裁影响了国际商会仲裁院费用预付款的支付, 但直接向仲裁员付款是不正常的。

[3-80] 在阿利亚建筑股份公司诉委内瑞拉国家石油公司案 (*Álya Construtora SA v PDVSA Petróleo, SA*) 中,⁹⁶巴西建

⁹⁴ *Abed El Jaouni v Lebanese Republic*, ICSID Case No ARB/15/3, Decision on Annulment, 5 December 2024.

⁹⁵ *Abed El Jaouni v Lebanese Republic*, ICSID Case No ARB/15/3, Decision on Annulment, 5 December 2024 at paras 8, 14, 23, 26, 28, 29, 31, 33, 37, 38, 39, 40.

⁹⁶ *Álya Construtora SA v PDVSA Petróleo, SA*, ICC Case No 24306/JPA/AJP, Final Award, 25 July 2023 (French). 案例摘要请参阅Erik Brouwer, 'Analysis of ICC tribunal in Álya Construtora v. PdVSA applies estoppel doctrine to rule on

公司阿利亚于2014至2017年间, 与委内瑞拉国有企业PDVSA石油公司签署合同, 承建委内瑞拉莫纳加斯州高压气体压缩厂的扩建与建设工程。合同后被双方多次修订。但修订后仍产生履行争议。2018年10月, PDVSA发布两项行政裁决单方终止合同。阿利亚于2019年3月启动仲裁地位于巴黎的国际商会仲裁院仲裁, 主张不当终止合同, 索赔超8000万美元损失因委内瑞拉受联合国制裁, 禁止与受制裁实体金融交易。初期费用预缴未交付国际商会仲裁院秘书处, 而是直接支付给仲裁员个人——仲裁员称此情形在国际仲裁中“绝对反常”。最终解决方案为, 国际商会仲裁院合作的某银行同意接收涉及受制裁委内瑞拉实体的仲裁付款, 但须满足两项条件: 付款由非受制裁实体完成, 且符合特定要求。⁹⁷

2.4.2 未支付费用

[3-81] 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》授权因未支付预付费用中止或终止程序。中止或终止决定取决于支付能力是否属暂时性。

[3-82] 在别拉温诉哈萨克斯坦案 (*Belavin v Republic of Kazakhstan*) 中,⁹⁸吉尔吉斯斯坦国民别拉温先生于2023年12月依《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(2021)启动仲裁, 主张哈萨克斯坦策划的骚扰行动致其投资损失。其依据《哈萨克斯坦-吉尔吉斯斯坦双边投资协定》(2024)及哈萨克斯坦《投资法》, 主张该国违反公平公正待遇条款并征收其投资, 索赔约340亿美元(含精神损害赔偿)。2025年1月, 仲裁庭指令各方向海牙常设仲裁法院存入6万欧元预付费用, 以支付仲裁庭及海牙常设仲裁法院的费用开支。哈萨克斯坦支付了应付金额, 但别拉温拒绝支付。别拉温请求仲裁庭中止程序90天, 理由是其遭哈萨克斯坦骚扰且刑事诉讼危及其正常活动。哈萨克斯坦反对中止, 主张拖延程序将损害其利益和声誉, 故要求继续或终止仲裁。别拉温反对终止请求, 要求仲裁庭选择(i)中止程序90天; 或(ii)减少预付费用并用海牙常设仲裁法院账户

contracts' termination, but awards limited compensation due to lack of evidence' (*IA Reporter*, 6 May 2024).

⁹⁷ *Álya Construtora SA v PDVSA Petróleo, SA*, ICC Case No 24306/JPA/AJP, Final Award, 25 July 2023 (French) at paras 16, 18.

⁹⁸ *Belavin v Republic of Kazakhstan*, PCA Case No 2024-06, Procedural Order No 1 (Suspension of the Proceedings), 28 March 2025. 案例摘要请参阅Giovanni Dall'Agnola, 'Kaufmann-Kohler chaired tribunal suspends contentious UNCITRAL arbitration against Kazakhstan' (*IA Reporter*, 1 April 2025).

- (3) 预示性制裁：另一提议工具为“预示性制裁”，即仲裁员持续记录拟对不当行为作出的费用评估，旨在无需立即处罚即可遏制持续滥用战术。

[3-337] 总之，仲裁中激进战术未必均需立即制止，但仲裁员须保持警惕，确保程序公正尊重。措施应量体裁衣，聚焦维护礼仪与仲裁程序完整性。程序工具与明确预期传达，可有效管理律师行为。

5.4.3 制裁游击战术

[3-338] 制裁是最后手段且效果有限，因其无法溯及既往消除对程序的损害。仲裁员在其他措施未能阻止游击战术时方采用正式制裁。首先，仲裁员应确认自身是否拥有制裁权。多数仲裁规则允许仲裁庭在费用分摊时考量当事人进入及管理程序的行为。³⁸⁰其次，仲裁员应在制裁前发出警告，以确保透明度并避免专断之嫌。但对刑事或严重违反职业伦理的行为可无需警告。再次，直接制裁律师。关于仲裁庭是否直接制裁违规律师（如取消资格或向执照机构举报）存在持续争议。此涉及权力与裁量权的复杂问题，尤其关乎当事人选择代理人的权利。最后，在终局裁决中批评。在终局裁决中明确批评律师行为可成为有效制裁。律师对国际仲裁中行为公开评价极为敏感，负面评论可能危及其职业生涯。³⁸¹

³⁷⁹ Horvath第99页。

³⁸⁰ 《ICSID仲裁规则》（2022）第52（1）（b）条；《国际仲裁规则》（2021）第38（5）条；《香港国际仲裁院机构仲裁规则》（2024）第34.4（c）条。另请参阅Ahuja第183-188页。

³⁸¹ Horvath第100-101页。

第四章

国家责任与保护标准

1. 可归因于国家的行为	274
2. 无补偿不征收	283
2.1 直接征收	284
2.2 间接征收	286
2.3 渐进式征收	293
2.4 部分征收	297
2.5 违约行为	298
2.6 管制措施	301
2.7 征收的后果	303
3. 公平公正待遇	303
3.1 公平公正待遇的性质	303
3.2 条款表述与条约渊源	307
3.3 适用与内容	309
3.3.1 概述	309
3.3.2 打破合法或合理期待	313
3.3.3 对投资者的明显任意性待遇	326
3.3.4 不一致性与不稳定性	328
3.3.5 缺乏透明度	335
3.3.6 胁迫、骚扰与恶意	343
3.3.7 歧视	346
3.3.8 拒绝司法、正当程序与有效救济	348
3.3.9 作为主权行为的违约	360
3.3.10 未能适用国内法	363
4. 充分保护与安全	365
5. 国民待遇与最惠国待遇	373
5.1 国民待遇标准的要素	375

5.1.1 待遇	375
5.1.2 类似情况——比较对象	376
5.1.3 同样优惠的待遇——比较	377
5.1.4 与合理政府政策的关联	379
5.2 最惠国待遇标准的要素	380
5.2.1 待遇	381
5.2.2 类似情况——比较对象	382
5.2.3 同样优惠的待遇——实体权利	383
5.2.4 同样优惠的待遇——程序权利	385
5.2.5 与合理政府政策的关联	388
6. 资金转移	389
6.1 货币主权	389
6.2 涵盖的转移类型	390
6.3 依据东道国法律进行的转移	395
7. 保护伞条款	395
7.1 合同义务	395
7.2 保护伞条款的解释	397
7.2.1 无提升方法	398
7.2.2 完全提升方法	399
7.2.3 主权行为限制方法	402
7.2.4 无转化管辖权方法	407
7.3 单方面承诺	407

1. 可归因于国家的行为

[4-1] 提出任何主张的外国投资者需证实相关行为可归因于被诉国。在许多情况下，这并不困难，因为征收通常是通过国家机关的立法行为或行政法令、许可证和授权的吊销来实现。国际法委员会起草了一份被广泛接受的关于国家责任的文件——《国家对国际不法行为的责任条款》（2001）¹——即

¹ 直到近期，国家责任法的理论都未曾得到良好发展。随着国际法委员会于2001年8月通过《国家对国际不法行为的责任条款》，情况现已改变。《国家对国际不法行为的责任条款》是编纂和逐渐

“《国际法委员会国家责任条款》”。²《国家对国际不法行为的责任条款》被接受为反映了关于国家责任事项的习惯国际法。因此，仲裁庭通常将其视为具有约束力。³

[4-2] 根据第二章（行为归于国家）中的各项条款，一国的行为可被视为该国的国际法行为。外国投资者在提出索赔时主要依据三个条款——第4条、第5条和第8条。这三条分别规定了基于结构、职能和控制基础的归因：⁴

(1) 结构归因：第4(1)条国家机关的行为——任何国家机关的行为，⁵无论该机关行使立法、行政、司法

发展（国际法）的结合。它们已被国际法院援引，且“被法院和评论家认为全部或大部分是对国家责任习惯国际法的准确编纂”。See, Oona A Hathaway, Maggie M Mills and Thomas M Poston, ‘War Reparations: The Case for Countermeasures’ (2024) 76(5) *Stanford Law Review* 971 at 1024. 另请参阅Dolzer第313页。

也称为“ARSIWA”（《国家对国际不法行为的责任条款》的英文首字母缩写）。²
³ *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v Republic of Ghana*, ICSID Case No ARB/07/24, Award, 18 June 2010 at para 171（仲裁庭必须在《国家对国际不法行为的责任条款》作为准则指导下，依据国际法决定归因问题）；*Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/11/28, Award, 10 March 2014 at para 281（仲裁庭认可《国家对国际不法行为的责任条款》就行为归因于国家的问题构成了习惯国际法的编纂）；*Almas v The Republic of Poland*, PCA Case No 2015-13, Award, 27 June 2016 at para 206（仲裁庭注意到双方一致认为《国家对国际不法行为的责任条款》“被投资仲裁庭广泛视为对习惯国际法的编纂”，为确定特定行为能否归因于东道国以确立该东道国违反国际法责任提供了法律上的相关标准）；*Gavrilovic v Republic of Croatia*, ICSID Case No ARB/12/39, Award, 26 July 2018 at para 779（仲裁庭认为《国家对国际不法行为的责任条款》是广泛被认为反映国际法的关于归因的相关规则）。

⁴ International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001* (United Nations). 请参阅Dolzer第315页。

⁵ 提到“国家机关”包括组成国家组织、代表国家行事的所有个人或集体实体。该条最后一句话明确指出，它包括国家内任何领土政府实体的机关，其基础与该国中央政府的机关相同。某些不具有国家机关地位的个人或实体的行为在国际法上可归因于国家，这些情况在本章后续条款中处理。但本条规定仍是一个出发点。它定义了归因的核心情形，也是处理其他情况的起点。例如，根据第8条，为使行为可归因于国家而由国家授权时，必须是由国家机关直接或间接授权的。请参阅International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001* (with commentaries) (Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, United Nations 2008) at 40.

职能还是任何其他职能，⁶无论其在国家组织中处于何种职，⁷无论其作为中央政府的机关还是国家的领土单位机关的特征如何，均应视为该国的国际法行为；

- (2) 职能归因：第5(1)条行使政府权力要素的个人或实体的行为。⁸由该国法律授权行使政府权力要素，但实施该行为的主体并非第4条所指的具有国家机关地位的个人或实体⁹的行为。在该个人或实体以此种资格行事的具体情况下，应视为该国的国际法行为；

6 此表述考虑到权力分立原则并未被任何国家以统一方式遵循，许多机关行使着某种组合的立法、行政或司法性质的公共权力。此外，“或任何其他职能”的用语表明这是一个扩展性术语。就归因而言，国家机关的行为可能被归类为“官制性术语”。当然，国家违反合同本身并不构成违反国际法，更多因素才能使国际法介入，例如在合同另一方提起诉讼时，国家法院拒绝司法。但就第4条而言，国家机关订立或违反合同的行为构成国家行为，并且在某些情况下可能构成国际不法行为。请参阅International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* 2001 (with commentaries) (Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, United Nations 2008) at 41.

7 只要他们是以官方身份行事，对“上级”和“下级”官员的行为不作区分。这一点在第4条“无论其在国家组织中处于何种职位”的措辞中体现。毫无疑问，下级官员的活动范围可能更受限制，他们可能无法最终决定。但只要他们是在以官方身份行事，其行为仍可依据第4条归于国家。同样，第4条的原则平等适用于中央政府的机关以及地方或领土单位的机关。为此目的，无论该领土单位是联邦制国家的组成部分还是一个特定的自治区，都无关紧要；同样地，无论该有关国家国内法是否赋予联邦议会权力以强制该组成部分遵守该国的国际义务，也都不相关。请参阅International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* 2001 (with commentaries) (Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, United Nations 2008) at 41.

8 本条旨在考虑准国家实体这一日益普遍的现象，这些实体代替国家机关行使政府权力要素，以及前国有公司已私有化但仍保留某些公共管理职能的情况。请参阅International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* 2001 (with commentaries) (Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, United Nations 2008) at 42.

9 通用术语“实体”反映了大量不同机构，尽管它们不是机关，但它们可能由国家法律授权行使政府权力要素。它们可能包括公营公司、半公共实体、各种公共机构，甚至在特殊情况下还包括私营公司，只要在每种情况下该实体被国家法律授权行使通常由国家机关行使的公共性质的职能，并且该实体的行为与所涉政府权力的行使相关。例如，在一些国家，私营保安公司可能被承包充当监狱看守，在此身份下它们可以根据司法判决或行政命令

- (3) 基于控制的归因：第8条由国家指挥或控制的行为¹⁰——根据国际法，如果一个人或一群人的行为实际上是按照一国的指示或在该国的指挥或控制下进行的，¹¹则该人或该群人的行为应被视为一国的行为。¹²

例行使拘留和惩戒等公共权力。私营或国有的航空公司可能被委托行使某些与移民管制或检疫有关的权力。为使某实体的行为被视为国家行为以达到国际责任的目的，该行为必须因此涉及政府活动，而非该实体可能从事的任何其他私人或商业活动。因此，例如，被授予某些警察权力的铁路公司的行为，如果涉及行使这些权力，将被视为国际法上的国家行为；但如果涉及其他活动（如售票或购买机车车辆）则不属此列。第5条并不涵盖，例如，国内法通过自助或自卫方式授权或认可某些行为的情形，即其赋予公民或居民普遍享有的权力或授权其行为的情形。所涉国内法必须明确授权该行为涉及公共权力的行使；仅仅允许作为社区事务一般管理一部分的活动是不够的。因此这是一个狭窄的类别。请参阅International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* 2001 (with commentaries) (Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, United Nations 2008) at 43.

10 作为一般原则，私人或实体的行为在国际法上不可归因于国家。然而，在特定情况下，如果实施该行为的个人或实体与国家之间存在具体的事实关系，则此类行为仍可归因于国家。第8条处理两种此类情形。第一种涉及私人根据国家的指示实施不法行为。第二种处理一种更普遍的情况，即私人行为是在国家的指挥或控制下进行的。请参阅International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* 2001 (with commentaries) (Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, United Nations 2008) at 47.

11 在确定行为是否“在（国家）指挥或控制下”进行时，会出现更复杂的问题。只有国家指挥或控制了具体行动，且所申诉的行为是该行动的组成部分时，该行为才可归因于国家。该原则不延伸至仅附带或轻微关联某项行动、且脱离了国家指挥或控制的行为。国家为使其行为可归因而必须行使的控制程度是“关于在尼加拉瓜境内及针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”（尼加拉瓜诉美利坚合众国）1986年6月27日判决中的关键问题。问题在于，反政府武装的行为是否可归因于美国，从而使美国对其违反国际人道主义法的行为承担一般责任。国际法院根据“控制”的概念对此进行了分析。一方面，法院认为美国应对其向尼加拉瓜人员提供的“策划、指挥和支持”负责。但它驳回了尼加拉瓜更广泛的指控，即反政府武装的所有行为都因其受美国控制而可归因于美国。请参阅International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* 2001 (with commentaries) (Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, United Nations 2008) at 47.

12 最常见的情况是，国家机关通过招募或唆使私人或团体作为“辅助人员”进行行为，以补充其自身行动，这些私人或团体仍处于国家正式结构之外。其中包括，例如，虽未受国家特别委任，也不是其警察或武装部队成员，但被用作辅助人员或作为“志愿者”派往邻国，或被指令在国外执行特定任务的个人或私人团体。请参阅International Law Commission, *Responsibility of States for*

[4-3] 第4(1)条反映了既定的规则：任何国家机关的行为均应被视为该国的行为，国家机关包括依据该国国内法具有该地位的任何人或实体。¹³仲裁庭已裁定多种国家机关的行为可归因于国家。¹⁴这些行为包括政府部长的行为、¹⁵武装部队和警察的行为、¹⁶国家财政部的行为、¹⁷中央银行的行为、¹⁸立法机关的行为、¹⁹

- Internationally Wrongful Acts 2001* (with commentaries) (Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, United Nations 2008) at 47.
- 13 *Eureko BV v Republic of Poland*, Partial Award, 19 August 2005 at para 127.
- 14 *Rusoro Mining Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016 at para 523 (仲裁庭认为条约中的公平公正待遇标准约束政府所有分支：(1)由政府或其机构采取的、直接针对投资者或其投资的行政措施，(2)由国家司法系统作出的、直接针对投资者或投资本身且构成拒绝司法的司法裁决，(3)由立法机关批准、或由政府通过的影响公民普遍(包括受保护投资者及其投资)的法律或法规)。
- 15 *Díaz v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/19/13, Award, 29 June 2022 (Spanish) at para 541(5) (仲裁庭认为哥斯达黎加卫生部长公开声明违反了该国依据双边投资协定提供公平公正待遇的义务)。
- 16 *Busta v The Czech Republic*, SCC Case No 2015/014, Final Award, 10 March 2017 at paras 400, 420 (国家的警察当局是该国的机关，捷克警察袖手旁观并允许捷克建筑当局移除投资者货物的行为可归因于该国)；*Siabli LLC v Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case no 2015-35, Award, 24 April 2019 at para 204 (仲裁庭认为准军事部队/人民民兵的行为根据《国家对国际不法行为的责任条款》第5条和第11条可归因于俄罗斯联邦)。
- 17 *Eureko BV v Republic of Poland*, ad hoc arbitration, Partial Award, 19 August 2005 at para 134 (仲裁庭认为波兰应为国家财政部的行为对投资者负责，且财政部的行为显然可归因于波兰)。
- 18 *United Agencies Ltd SA v People's Democratic Republic of Algeria (I)*, ICSID Case No ARB/20/1, Award, 25 July 2022 (French) (仲裁庭认为，尽管中央银行在法律上不符合国家机构资格(因阿尔及利亚法律规定其独立性和财政自主权)，但它在事实上构成国家机构。阿尔及利亚中央银行履行多项“基本政府职能”，其100%的国有属性，以及主要由国家任命人员组成的治理结构，使其构成《国家对国际不法行为的责任条款》第4条下的国家事实机构)。案例摘要请参见Damien Charlotin, 'ICSID tribunal dismisses illegality objection, declines jurisdiction over counterclaim, and finds that Algeria breached free transfer obligation' (IA Reporter, 15 August 2022)。
- 19 *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v The Republic of Latvia*, SCC, Award, 16 December 2003, s 4.2 (仲裁庭认为国家联合股份公司的行为可归因于拉脱维亚)；*Paushok v The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011 at paras 298-299 (仲裁庭认为立法议会的行为并非不在双边投资协定的规制范围，因为国家不能因其立法机构通过的法律而免除外国投资者基于其法律而提出的索赔主张，除非相关协定中有特定豁免条款)。

以及法院的行为。²⁰另一方面，仲裁庭拒绝认定私人的行为可归因于国家。²¹

[4-4] 国有企业可能在政府部门的直接指导和控制下运作，因此它们的行为可归因于国家。

- 20 在国际层面，司法机关作出的判决，作为源于国家机构的行为，与立法机关颁布的法律或行政机关作出的决定同等处理。请参阅Azinian v The United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/97/2, Award, 1 November 1999 at paras 97-103 (若国内判决明显违反国际法规则，或该判决是拒绝自然正义的结果，则该判决可在国际层面被否定)；*Loewen Group, Inc v United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/98/3, Decision on Jurisdiction, 5 January 2001 at para 69 (仲裁庭认为，国家因其据称违反国际法的司法行为所承担的责任，仅在国家司法系统作为一个整体作出最终行为时才会产生，因为司法机关是国家的一个机构，其违反国际法规则的行为可归因于国家。司法机关尽管独立于行政政府，但并非独立于国家)；*Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/07, Award, 30 June 2009 at paras 189, 190 (仲裁庭认为孟加拉国司法机关是国家的一部分，其行为根据《国家对国际不法行为的责任条款》第4条可直接归因于国家)；*RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation*, SCC Case No V079/2005, Final Award, 12 September 2010 at paras 602-603 (仲裁庭认为俄罗斯法院也是俄罗斯国家的机构，其行为可归因于该国)；*Gavrilovic v Republic of Croatia*, ICSID Case No ARB/12/39, Award, 26 July 2018 at para 803 (仲裁庭认为，根据《国家对国际不法行为的责任条款》第4条，破产法官和破产委员会的行为可归因于国家)；*Karkey Karadeniz Elektrik Uretim AS v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/13/1, Award, 22 August 2017 at para 645 (仲裁庭认为巴基斯坦最高法院宣布特许经营合同自始无效的判决是武断的，对仲裁庭而言，该判决仅是可归因于巴基斯坦国家行为的一个事实)。
- 21 *Tradex Hellas SA v Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/94/2, Award, 29 April 1999 at paras 136, 147, 165, 169, 175, 198 (仲裁庭未发现马利科拉伊村村民入侵投资者土地的行为是受国家行为煽动的证据，也无证据表明阿尔巴尼亚当局的行为实际鼓励了村民入侵土地)；*Tatneft v Ukraine*, PCA Case No 2008-8, Award on the Merit, 29 July 2014 at paras 514-516 (接管投资导致投资者损失的突袭者的行为不能归因于乌克兰，因为它们是乌克兰未予鼓励的私人当事方的行为)；*United Utilities (Tallinn) BV v Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/14/24, Award, 21 June 2019 at paras 315, 335, 916-918 (投资者获授含有利收费激励措施的水污水处理特许经营权。爱沙尼亚中央政府的关键人物，包括某些爱沙尼亚议员和爱沙尼亚业主协会，发起反对该特许经营权的宣传活动，最终导致收费大幅降低。投资者将这些行为归因于国家，但仲裁庭认为私营实体和个人(如爱沙尼亚业主协会及其成员——即便其成员本身是议员)的行为不可归因于爱沙尼亚国)。

[4-5] 在EDF服务有限公司诉罗马尼亚案 (EDF (Services) Ltd v Romania) 中,²²一家泽西岛的机场运营商于九十年代通过向一家罗马尼亚合资公司注资的方式在罗马尼亚投资, 其合资伙伴为一家国有企业A和C。该泽西岛外国投资者出资5.1万美元, 合资伙伴则以现有机场的商业空间及家具与设备的形式进行实物出资。该合资公司被许可在罗马尼亚机场经营免税店业务, 为期15年。后, 合资伙伴A退出了合资企业。当该合资公司寻求续展经营时, 合资伙伴A对此延期提出了异议。该异议被一家罗马尼亚法院支持, 因此合资公司需在租约到期时迁离其在机场的场地。2001年, 罗马尼亚政府通过了一项规范机场内免税业务的法律, 结果该合资公司的许可证被吊销, 其在罗马尼亚机场的免税业务随之关闭。罗马尼亚政府对该合资公司处以罚款, 其资产被扣押并宣告破产。依据《罗马尼亚-英国双边投资协定》(1995), 泽西岛投资者针对罗马尼亚提起了ICSID仲裁, 指称其违反条约义务。罗马尼亚辩称, 国有企业C旨在为其股东谋利, 且交通运输仅就C提供的公共服务行使其控制权; 在商业交易中, 该部仅作为股东行事; 因此, C并非国家机关。仲裁庭认定: “免税”法律颁布可归因于罗马尼亚; 在仔细审查证据后, C在履行合资合同过程中的行为是在国家的指挥和控制下进行的; C的行为属于《国家对国际不法行为的责任条款》第8条的含义范围; 因此, C的行为可归因于罗马尼亚。²⁴

[4-6] 某些国有企业被赋予自由决定权, 可自主处理本应属于其职权范围内的自身事务, 政府部门仅是要求被告告知结果。那么, 此类国有企业的行为便不可归因于国家。

[4-7] 在古斯塔夫·F·W·哈梅斯特有限责任公司诉加纳共和国案 (Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v Republic of Ghana) 中,²⁵一家德国投资者与加纳可可委员会成立了一家合资企业。加纳可可委员会是一个法定机构, 负责从加纳农民处购买可可豆并进行营销和出口。1992年, 这家德国投资者与加纳可可委员会启动了一项旨在使一家可可工厂现代化的合资企业。根据他们的合资协议, GCB承诺确保该可可工厂随时获得可可豆供应, 使其能够满负荷运转, 而该德国投

者则向加纳可可委员会提供了一笔贷款以及工程咨询服务。该合资协议的价格条款规定, 合资公司将与加纳可可委员会商定价格, 并且价格将“基于”一个当地的基准价格。这个模糊的价格条款引发了两个合资方之间的分歧。2000年, 政府更迭导致加纳可可委员会管理层变动。双方未能就可可豆的价格达成一致, 据称加纳可可委员会在2001年通过胁迫方式, 以中断供应相威胁 (这违反了其在合资协议下的义务), 将一份定价协议强加给合资公司。最终, 哈梅斯特对合资企业的管理权被终止。该德国投资者针对加纳提起了ICSID仲裁, 指控其构成间接征收。加纳主张是德国投资者拒绝履行协议并放弃了该企业。加纳提出的管辖权异议之一是关于归因问题——主张加纳可可委员会的行为不可归因于加纳。德国投资者辩称加纳可可委员会已完全融入加纳政府。加纳则主张, 根据《国家对国际不法行为的责任条款》第5条, 加纳可可委员会是一个公共实体, 并不直接受政府控制。仲裁庭认定: 政府只能向加纳可可委员会发出一般性指示, 而非具体指令; 因此, 根据《国家对国际不法行为的责任条款》第4条, 加纳可可委员会并非国家机关; 由于其行使政府权力要素, 加纳可可委员会属于《国家对国际不法行为的责任条款》第5条下的公共实体; 在2001年11月/12月与财政部的一些通信中, 政府并未干预2001年定价协议的谈判, 而仅要求被告告知其结果; 因此, 加纳可可委员会在谈判和最终确定2001年定价协议中的行为不可归因于加纳。²⁶

[4-8] 如果一个实体具有法律人格, 它通常不会被视作国家机关。一个实体能够拥有财产、起诉与被诉、并以自身名义进行交易的能力, 很难与国家机关的地位相协调。这样的实体将是独立的行为者, 而非国家行事的工具。²⁷相反, 政府部门若试图说服仲裁庭其拥有双重法律人格, 一种作为监管者, 另一种进行商业活动, 这种辩解并无多大分量。

[4-9] 在尤里科私人有限公司诉波兰共和国案 (Eureko BV v Republic of Poland) 中,²⁸一家荷兰投资者于1999年波兰国有

22 EDF (Services) Ltd v Romania, ICSID Case No ARB/05/13.
23 该双边投资协定通过1999年2月25日和3月22日的缔约国间的备忘录之展适用于马恩岛以及根西和泽西的属地公民, 于1999年3月22日生效。
24 EDF (Services) Ltd v Romania, ICSID Case No ARB/05/13, Award, 8 October 2009 at paras 164, 166, 209, 213.
25 Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v Republic of Ghana, ICSID Case No ARB/07/24.

26 Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v Republic of Ghana, ICSID Case No ARB/07/24, Award, 18 June 2010 at paras 22, 23, 28, 35, 40, 41, 58, 140, 148, 159, 168, 187, 188, 192, 249, 250.

27 In Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan (I), ICSID Case No ARB/03/29, Award, 27 August 2009 at para 119 (仲裁庭必须确定负责巴基斯坦公路规划、建设、运营和维护的公共法人——国家公路局——是否为归责目的上的国家机关。仲裁庭接受了巴基斯坦的论点, 即国家公路局的独立法律人格排除了其作为国家机关的可能性)。请参阅Dolzer第318页。

28 Eureko BV v Republic of Poland, Partial Award, 19 August 2005.

[4-292] 如果双边投资协定的争端解决条款排除了公平公正待遇或充分保护与安全主张，则仲裁庭无权处理违反公平公正待遇和充分保护与安全主张的行为。仲裁庭对公平公正待遇和充分保护与安全主张的管辖权不能通过保护伞条款“追溯引入”，否则这种解释将使争端的管辖权不能通过保护伞条款丧失意义。

[4-293] 在安格利亚汽车配件有限公司诉捷克共和国案 (Anglia Auto Accessories Ltd v Czech Republic) 中,⁵¹⁹ 一家英国公司于1997年12月获得一项针对其捷克共和国商业伙伴的仲裁裁决, 金额为480万捷克克朗。虽然该英国公司获得了其寻求的几项强制执行令, 但它声称捷克法院不当拖延签发这些命令, 且在此期间该商业伙伴破产。因此, 该英国公司认为其被法院剥夺了该仲裁裁决的价值。《捷克共和国-英国双边投资协定》(1990) 第2(2) 条包含了公平公正待遇和充分保护与安全标准作为保护, 但第8条的争端解决条款明确排除了基于第2(2) 条的主张。

[4-294] 依据《捷克共和国-英国双边投资协定》(1990), 该英国公司向斯德哥尔摩商会仲裁院提起针对捷克斯洛伐克的仲裁, 指控法院的行为构成(除其他事项外)违反双边投资协定第2(2)条中的公平公正待遇和充分保护与安全标准。捷克斯洛伐克共和国对管辖权提出异议, 否认违反双边投资协定, 并请求在实体上驳回其主张。该英国公司知晓第2(2)条下的公平公正待遇和充分保护与安全主张不在第8条争端解决条款的涵盖范围内, 因此在答辩中声称第2(3)条的保护伞条款⁵²⁰旨在为其公平公正待遇和充分保护与安全主张提供管辖权基础。仲裁庭认为: 鉴于第8条已明确将第2(2)条排除在其范围之外, 仲裁庭不能通过保护伞条款将第2(2)条的规定重新引入投资者-国家仲裁的管辖范围; 在原本不存在管辖权的情况下, 保护伞条款不能为第2(2)条项下的违约行为提供投资仲裁管辖权基础。⁵²¹

519 *Anglia Auto Accessories Ltd v Czech Republic*, SCC Case No V 2014/181.
520 《捷克共和国-英国双边投资协定》。

520 《捷克共和国-英国双边投资协定》(1990)第2(3)条规定:“每一缔约
521 方应就另一缔约方投资者的投资,遵守这些具体协议的规定以及本协定的
规定”。

521 *Anglia Auto Accessories Ltd v Czech Republic*, SCC Case No V 2014/181, Final Award, 10 March 2017 at paras 159, 201.

第五章

国家的抗辩与反诉

1.	抗辩：投资者的行为	412
1.1	投资的放弃	412
1.2	清白原则	414
1.3	禁止反言	417
1.4	欺诈与非法性	419
1.4.1	管辖权问题还是实体问题？	419
1.4.2	举证责任与证明标准	424
2.	抗辩：不可控情况	426
2.1	不可抗力	427
2.2	危急情况	431
2.2.1	唯一途径且无其他手段	433
2.2.2	根本利益	436
2.2.3	严重且迫在眉睫的危险	438
2.2.4	对危急情况发生的促成	438
2.2.5	措施的持续时间	440
2.2.6	非排除措施条款	442
2.3	反措施	444
2.4	国际义务冲突	446
2.5	危难	448
2.6	腐败	450
3.	抗辩：合法的监管措施	451
3.1	监管权原则	452
3.2	根本安全利益	458
3.3	裁量余地	463
3.4	相称性	466
4.	抗辩：合法征收	471
4.1	公共目的	473

4.2	非歧视	476
4.3	法律的正当程序	478
4.4	补偿的支付	481
5.	国家反诉	485
5.1	反诉的管辖权	485
5.2	属物管辖权	487
5.3	属人管辖权	489
5.4	反诉与主要索赔之间的关联性	490
5.5	投资者的非法行为	490
5.5.1	违反特许合同	490
5.5.2	权利滥用	491
5.5.3	欺诈行为和腐败	493
5.5.4	环境损害	497

[5-1] 国际投资仲裁保护机制的目的不能是保护违反东道国法律所作出的投资。在东道国违反法律或非善意¹作出的外国投资，或以其他方式通过虚假陈述、隐瞒或腐败获得，或构成对国际投资仲裁制度滥用的投资，不应受到保护。换言之，国际保护的目的在于保护合法且善意的投资。²

1. 抗辩：投资者的行为

1.1 投资的放弃

[5-2] 仲裁庭承认，一项投资变得一文不值显然不自动意味着一定发生了征收。投资总是伴随着风险。失望的外国投资者仅仅指出某些可能促成其厄运的政府作为或不作为也是不够充分的。再者，投资者在没有任何努力纠正该行政过失的情况下，仅仅抓住某一不当行为（无论相关政府当局的级别多低）而选择放弃投资；并因此声称存在国际不法行为，其依据的理论是发生了未补偿的征收，这种主张是不充分的。在此类情况下，国际仲裁庭可能会认为，未向国家当局寻求救济使该项国际诉求丧失资格，这并非因为有穷尽当地救济的要求，而

¹ 请参阅Derains第184-187页。

² *Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009 at para 100.

是因为在缺乏投资者做出合理努力（不一定是穷尽所有手段）去寻求纠正，因此其行为是否等同于征收本身是值得怀疑的。³

[5-3] 人们期望外国投资者，如果其诉求确属真实，会尝试通过当地司法机构解决该争端。该外国投资者在启动国际投资者-国家仲裁前，虽非必须穷尽当地救济，但应至少已善意尝试过首先在当地的司法体系内解决该争端。⁴否则，可能引发对投资者已经放弃该项投资的怀疑。

[5-4] 在乌克兰新时代公司诉乌克兰案（*Generation Ukraine, Inc v Ukraine*）中，⁵一名美国投资者在乌克兰设立了一家当地公司，据称是受1992年乌克兰政府鼓励在该国投资。该当地公司适时确定了一个具体项目并获得批准。该美国投资者声称，在随后的六年中，基辅市国家管理局拖延并最终拒绝了施工许可，致使该项目无法进行。据称，基辅地方当局阻碍并干扰该项目实现的方式，等同于征收。该美国投资者依据《乌克兰-美国双边投资协定》（1994），向ICSID对乌克兰提起仲裁。在仲裁中，该美国投资者无法提供项目支出的证据，其借口是2000年该美国投资者放弃其基辅办公室时，所有会计记录都被误解了指令的工人无意中毁坏了。仲裁庭认为，争议的核心是关于地方规划法解释的高度技术性问题；如果该美国投资者在试图补救该情况时，在本地法院被剥夺了正义，则该事项可能转变为违反一项国际条约；仲裁庭的任务并非履行行政审查机构的职能，以确保市政机构勤勉地、尽责地或高效地履行其任务，因为这仍属地方法院的管辖领域；该美国投资者未能质疑基辅地方当局的行动，因此证明其根据双边投资协定提出的诉求注定失败；因此，该美国投资者的征收诉求未能成立。⁶

[5-5] 在发现全球有限责任公司诉斯洛伐克共和国案（*Discovery Global LLC v Slovak Republic*）中，⁷斯洛伐克于2006年向一家英国石油和天然气公司授予了三份石油勘探许可证，允许其在斯洛伐克东北部的三个不同区域（S、KO和RP）进行勘探。该英国石油和天然气公司设立了一家斯洛伐克本地子公司以根据这些

³ *Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, ICSID Case No ARB/00/9, Award, 16 September 2003 at para 20.30.

⁴ *Feldman v United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002 at para 114（在该案中，仲裁庭驳回了作为提起仲裁的外国投资者关于征收的诉求，理由是作为提起仲裁的外国投资者本可在早期就利用墨西哥法律下可用的程序就该争端获得一项正式的、具有约束力的裁决，但显然选择不这样做）；*Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, ICSID Case No ARB/00/9, Award, 16 September 2003 at para 20.33.

⁵ *Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, ICSID Case No ARB/00/9.

⁶ *Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, ICSID Case No ARB/00/9, Award, 16 September 2003 at paras 24.4, 20.33, 20.38, 21.4.

⁷ *Discovery Global LLC v Slovak Republic*, ICSID Case No ARB/21/51, Award, 17 January 2025.

许可证实施勘探工作；2014年，一名美国投资者收购了该英国石油和天然气公司及其根据这些许可证享有的石油勘探权。收购后，该美国投资者启动了勘探，但勘探活动因在勘探点S的当地抗议而中止。对勘探可能带来的负面环境影响持怀疑态度的活动人士封锁了通往勘探点S的道路。当地警方认为通往勘探点S的道路属于公共道路，因此拒绝移除封锁该道路的活动人士或其车辆。为安抚抗议者，该子公司进行了一项初步环境影响评估，缓解了他们的担忧。该子公司自愿提交初步环评报告后，当地政府要求进行全面的环境影响评估。该子公司拒绝为所有勘探点进行全面的环评。该美国投资者就勘探点RP的全面环评决定提起上诉并成功，但未能就勘探点S和勘探点KO相关的全面环评决定提起上诉。最终，该美国投资者向ICSID对斯洛伐克提起仲裁。该美国投资者声称，其本地子公司对在斯洛伐克开展钻井作业拥有合法预期，而斯洛伐克阻止了该预期成为现实，因而挫败了其合法预期。仲裁庭认为，斯洛伐克并未破坏美国投资者在环境影响评估义务方面的合理预期；是美国投资者自行选择放弃了许可证，并最终放弃了其投资。⁸

1.2 清白原则

[5-6] “清白原则”最初是衡平法中的一项法谚，即“寻求衡平救济者，须自身清白”。寻求救济的一方，在当前提交法庭审理之诉讼标的所涉的交易中，必须未曾有不当行为。该不当行为指法律意义上的，而非道德意义上的。⁹这一私法原则是否构成国际公法的一部分或被其接受，一直存在争议。仲裁庭对此原则或接受¹⁰或拒绝接受¹¹

⁸ *Discovery Global LLC v Slovak Republic*, ICSID Case No ARB/21/51, Award 17 January 2025 at paras 273, 371, 378, 379, 605, 616, 674.

⁹ 请参阅L Ma, *Equity and Trusts Law in Hong Kong* (6th edn, LexisNexis 2024) 第11-17页。

¹⁰ *Rusoro Mining Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016 at para 492 (仲裁庭认为，投资者若系不洁之手，在投资仲裁中不具有诉权是无可争议的)；*Fraport AG v Republic of the Philippines (II)*, ICSID Case No ARB/11/12, Award, 10 December 2014 at para 328 (仲裁庭认为，投资条约案件确认，此类条约既不适用于非法投资提供保护)；*Littop Enterprises Ltd v Ukraine*, SCC Case No V 2015/092, Final Award, 4 February 2021 at para 485 (仲裁庭承认，在国际投资交易中，不洁之手的投资者不应受益于任何条约提供的保护；且该保护不适用于违反法律作出的投资或违反国际公共政策的投资，因为投资者会同意将涉及由非法和腐败行为造成、获得和/或管理的且违反国际公共政策标准的投资争端)。

¹¹ *Yukos Universal Ltd v Russian Federation*, PCA Case No AA 227, Final Award, 18 July 2014 at 1357-1363 (仲裁庭指出，法律的一般原则要求一定程度的

[5-7] 在南美白银有限公司诉玻利维亚案 (*South American Silver Ltd v Bolivia*) 中，¹²仲裁庭认为，玻利维亚未能证明“清白原则”是一项国际法一般原则或构成国际公共政策的一部分；并且虽然该国援引了国际法院一些法官的个别意见，但这些意见“似乎甚至未能体现法院的多数立场”。因此，仲裁庭得出结论认为，国际法中尚未确立“清白原则”，因而没有理由判定该投资者的诉求不可受理。¹³

[5-8] 一些国际仲裁庭发现，“不洁之手”是一项国际法原则，如果投资系通过贿赂或腐败获得、实施或以其他方式被玷污，该原则允许仲裁员基于公共政策理由驳回诉求。在利托普企业有限公司诉乌克兰案 (*Littop Enterprises Ltd v Ukraine*) 中，¹⁴仲裁庭表示：

被申请人主张，仲裁庭有“作为国际公共政策事项的责任”以及依据“国际法的一般原则”，应考虑关于非法性、贿赂和腐败的证据并据此作出裁决。被申请人进一步具体说明，仲裁庭应“基于非法性和/或不洁之手和/或在此背景下考虑的国际公共政策因素”拒绝对案件行使管辖权……申请人所主张的是正确的，即尤科斯案的仲裁庭指出，俄罗斯“未能援引一个国际法院或仲裁庭在国与国或投资者-国家争端中适用‘不洁之手’”“原则的多数裁决”并得出结论认为，“不洁之手”并非作为一项国际法一般原则而存在……然而（……），在若干案件中，仲裁庭已明确表示，一方当事人不能以不洁之手前来投资仲裁。在合同或一方当事人寻求主张的权利背后存在某种非法性的案件中，这一观点现已得到承认。该原则已被仲裁庭和一些学术权威机构承认为一般国际法的一项原则……此外，并且无论如何，仲裁庭拥有维护国际公共政策的权力和责任。如果一项投资系通过贿赂和/或腐败、非法行为或其他国际不可接受的行为获得、实施或以某种方式被玷污/渗透，这将允许并事实上可能要求仲裁庭拒绝对案件行使管辖权或驳回投资者的诉求……最后，公认的是，在国际投资交易中，不洁之手的投资者不应受益于任何条约提供的保护，尤其不应在《能源宪章条约》[下受益]。¹⁵

认可和共识，但对于国际法中是否存在不洁之手原则存在重大争议；并得出结论认为不洁之手原则并非作为一项可禁止投资者提出诉求的国际法一般原则而存在。请参阅McLachlan第6.112段。

¹² *South American Silver Ltd v Bolivia*, PCA Case No 2013-15.

¹³ *South American Silver Ltd v Bolivia*, PCA Case No 2013-15, Award, 22 November 2018 at paras 447, 453, 471.

¹⁴ *Littop Enterprises Ltd v Ukraine*, SCC Case No V 2015/092.

¹⁵ *Littop Enterprises Ltd v Ukraine*, SCC Case No V 2015/092 at 433, 438, 439, 442, 485.