

投资条约仲裁中法庭之友的 局限性及其改进

杜焕芳, 郭诗雅

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

摘要:全球行政法理论要求投资条约仲裁应当具备问责、透明和公众参与、阐明理由及复审程序,其中法庭之友作为公众参与的主要方式影响有限,申请人是否适格、能否参与和表达、表达能否被接受完全属于仲裁庭的自由裁量范围。法庭之友的广泛参与、有效表达和及时反馈是全球行政法理论下投资条约仲裁的应有之义,完善法庭之友对于国际投资条约仲裁走出合法性危机具有重大意义。结合仲裁规则和最新投资协定相关规则,完善法庭之友规则应明确法庭之友的主要审查标准,降低身份、重大利益关系、程序负担等次要标准对法庭之友广泛参与的限制;形成以披露信息、申诉方和被申诉方意见,仲裁庭意见为主要内容的有效反馈模板;通过限定篇幅、允许联合声明、规定时限等方式加强程序控制。

关键词:投资仲裁;全球行政法;法庭之友;公众参与;有效反馈

中图分类号:DF75 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2021)06-0046-12

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2021.06.005

近20年来,外国投资者与东道国之间运用国际投资仲裁解决争端的案件数量急剧上升,这些案件绝大多数是根据投资条约中的争端解决条款提起的。^①投资条约赋予外国投资者申诉东道国相关措施违反投资条约义务的权利,据此仲裁庭不仅可对东道国行政机关颁布的特别法律文件予以审查,甚至可对东道国一般法律性文件进行审查,因而对东道国的规制权、立法权和司法权构成严峻挑战。仲裁裁决的不一致性和对社会价值的忽视也引发了国际社会的广泛批评,投资条约仲裁陷入合法性危机。

人们对该机制的批评主要集中在以下方面:其一,仲裁庭对投资者利益保护的倾斜有损东道国为公共福利进行管理的权利,甚至引发“管理冻结”效应;其二,投资条约仲裁缺乏先例制度且适用法呈

收稿日期:2020-09-14

基金项目:国家社会科学基金重大项目“中国特色社会主义对外关系法律体系构建研究”(19ZDA167)

作者简介:杜焕芳,男,中国人民大学法学院教授,博士生导师,法学博士,教育部“长江学者奖励计划”特聘教授,第九届“全国杰出青年法学家”,主要从事国际经济法、国际私法、国际商事仲裁等研究;郭诗雅,女,中国人民大学法学院博士研究生,主要从事国际投资法、国际私法等研究。

^①截至2020年7月30日,根据ICSID官方统计:1972—1996年间每年注册案件1~3件,1997—2001年每年注册案件增至10件以上,而2002年后平均每年注册案件30余件,其中2018年达到峰值56件。参见The ICSID Caseload-Statistics Issue 2020-2, at <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf> (Last visited on June 7, 2021)。

碎片化状态,导致裁决缺少一致性和连贯性;其三,投资争端与私人间的商事争端存在较大差异,但投资条约仲裁主要沿用商事仲裁程序,程序设置与实体争议不相匹配,例如缺乏透明度、仲裁员的公正性与独立性存疑等^[1]。

为寻求东道国与外国投资者之间的利益平衡,以美国和欧盟为代表的国家和区域组织开始从国内法和国际法不同层面对投资法的实体规则和仲裁程序规则进行改革,并在一系列投资条约中贯彻实施^[2]。北美自由贸易协定(NAFTA)最早以自由贸易委员会解释性声明的形式提出透明度对投资仲裁的重要性,后联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)于2014年通过《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》(又称《透明度规则》)明确透明度规则适用的程序和范围;欧盟则倡议设立并践行国际投资法院体系,对现有的国际投资仲裁机制进行有针对性的修正和改革^[3]。虽然关于国际投资条约仲裁的各种改革方案应运而生,但仍然缺乏统一的理论指导和制度支撑。

公法解释理论的出现特别是全球行政法理论的引入,提出了对投资条约仲裁的正当性、合法性要求。投资条约仲裁之所以面临合法性危机,根源在于其虽享有对东道国管理行为甚至立法行为审查之实,但此职能的实施缺乏与之相匹配的程序规则和合法性依据。与传统国际法关注问题的角度不同,全球行政法理论弥补了国际法在解释全球规制机构迅速扩张中出现的权力约束问题,尤其强调全球规制机构对国家、个人和其他组织实施管理行为这种纵向行为的可问责性。换言之,投资条约仲裁据以设立的商事仲裁理论无法解释其审查“管理性争端”的合法性和正当性,而全球行政法为投资仲裁从单一的投资争端解决机制(准司法性机构)向审查国际投资“管理性争端”的治理性机制转型提供了理论支撑。

美国纽约大学教授本尼迪克特·金斯伯里(Benedict Kingsbury)提出投资条约仲裁是为了规范国家政府行为而设立在国际层面的机制,应当将投资条约仲裁纳入全球行政法的范畴,其程序应当包含透明度、公众参与、理性决策和复审等^[4]。其中,公众参与即允许非争端方参与到争端解决的程序中,通过对案件中关涉自身重大利益的问题提出事实经验或法律见解,参与评价法律决定的适当性,为相关投资仲裁庭作出裁决提供参考,增加投资条约仲裁合法性和决策正当性。法庭之友(Amicus Curiae)是公民参与、表达的重要途径,明确法庭之友地位进而完善保障法庭之友知情权、参与权和表达权的制度规则,对投资条约仲裁向公法规制裁判甚至全球治理工具转型具有长远意义,对于以中国为代表的广大发展中国家来说,完善法庭之友更具有实际意义。

一、投资条约仲裁中法庭之友的规则梳理

2006年《国际投资争端解决中心仲裁规则》(以下简称ICSID《仲裁规则》)生效之前,该中心涉及法庭之友的案件仅有3例,法庭之友规则颁布后,非争端方申请提交材料的案件呈逐年递增趋势^[5]。2016年第四轮规则修订前法庭之友参与案件数量占ICSID法庭之友参与案件总量的45%,而2017年至2021年5月提交法庭之友意见的申请多达40余项,超过之前10年申请之和。据ICSID统计数据显示,2003年至2021年5月共计86个案件涉及非争端方参与,其中包括19份仲裁庭批准或拒绝裁定、8份法庭之友申请书(包括书面意见)、4份当事方意见、6份管辖权裁定书、9份最终裁决书,以及1份法律责任裁定等。^①在最终公布的仲裁裁决中,有6个案件仲裁庭直接援引法庭之友的相关意见,1个案件仲裁庭虽拒绝了法庭之友的申请但最终裁决与法庭之友意见存在相似之处^[6]。由于法庭之友通常代表东道国当地特定群体利益,其意见更倾向于为东道国实施的公共政策提供论据支

^①参见 ICSID. Decisions on Non-Disputing Party Participation, <https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/ndp> (Last visited on August 4, 2021)。

撑,7件直接或间接接受法庭之友意见的仲裁裁决中,有2件作出利于投资者的裁决,5件驳回投资者全部主张。从该数据不难看出,虽然越来越多的仲裁规则纳入法庭之友,但在实践中法庭之友对仲裁程序的推进和仲裁裁决的影响仍十分有限。

(一) 仲裁规则中法庭之友意见的评价标准

1994年生效的 NAFTA 中并未明确规定法庭之友规则,后续于2001年发生的两项争议^①提交了法庭之友申请,2003年 NAFTA 自由贸易委员会发布声明表示,NAFTA 不限制仲裁庭在决定是否接受法庭之友意见事项上的自由裁量权,^②但建议仲裁庭在决定是否接受第三人提交书面意见时需考虑以下四点:第一,提交的意见是否属于有别于当事人的、富有专业知识技能和洞察力的全新见解;第二,提交的意见属于争议事项的范围;第三,法庭之友与该仲裁具有重大利益关联;第四,该仲裁标的涉及公共利益。同时声明要求仲裁员在允许第三人提交书面意见时考虑是否会扰乱仲裁进行、是否会造成当事人不合理的负担或造成当事人不公正的后果。NAFTA 自由贸易委员会声明为后续法庭之友规则提供了样本,影响此后一系列自贸协定、投资条约和仲裁规则中类似规则的形成。^③

ICSID 仲裁庭相比 NAFTA 仲裁庭对法庭之友更为谨慎,在2002年的 *Aguas del Tunari* 案中,ICSID 仲裁庭拒绝接受法庭之友意见,并在裁决中阐明“根据 ICSID 公约、双边投资条约及仲裁的特点,是否接受第三方意见应当由争议当事方决定”,但该裁决受到了批评。此后 ICSID 仲裁庭在法庭之友意见问题上的态度发生转变,在2005年 *Vivendi* 案^④中,ICSID 仲裁庭首次接受了法庭之友意见,并最终导致 ICSID 仲裁规则第37条的修改。2006年 ICSID《仲裁规则》第37条和 ICSID《附加便利规则》第41条均增加法庭之友表述,明确授权仲裁庭决定是否接受法庭之友对“争议范围内事项”发表意见^[7]。ICSID《仲裁规则》修正案第37条规定仲裁庭在充分咨询争议各方的基础上可以允许非争端方提交意见,仲裁庭决定接受提交书面意见时应考虑以下因素:第一,非争端方意见能够在何种程度上为仲裁庭提供不同于当事方的特别知识和洞见,帮助仲裁庭认定与程序相关的事实或法律问题;第二,非争端方意见在何种程度上能够解释争议范围内的事项;第三,非争端方与程序有多大程度上的重大利益关联。同时仲裁庭须保证非争端方提交意见不会阻碍仲裁程序顺利进行、不会给当事方造成不必要的负担或不公正的偏见,任何一方都享有反对非争端方提交意见的权利。NAFTA 自由贸易委员会声明最早确立了仲裁庭在审查是否接受法庭之友意见时的标准,相比于 ICSID《仲裁规则》第37条多了“仲裁标的应涉及公共利益”的要求,ICSID《仲裁规则》虽未写入但实践中仍将公共利益作为一项审查标准。ICSID《仲裁规则》前后经历多次修订,目前正在进行第四次修订。^⑤2018年8月,第1份文件在2006年仲裁规则的基础上增加更多的披露要求,包括对非争端方身份、参与活动、组织、所有权归属,任何与非争端方存在直接或间接关联关系的当事方或其他非争端方,以及对非争端方书面意见提供资助或帮助的其

^①参见 *Methanex Corporation v. United States of America*, (2005) 44 I. L. M. 1345; *United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/01 (2007)。

^②参见 Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-en.pdf> (Last visited on August 4, 2021)。

^③一些国家在双边投资协定范本中列入法庭之友规则,例如加拿大外国投资促进和保护协议范本第39条、美国2012年双边投资协定范本第28条;另一些国家虽未在本国投资协定范本中明确规定法庭之友规则,但不排除在仲裁实践中根据仲裁规则或具体投资条约规定接受法庭之友意见,例如印度、中国、俄罗斯和新加坡等国。

^④参见 *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3)。

^⑤ICSID 仲裁规则自2006年生效后共经历4轮修订,目前正在进行的是自2016年10月开始征集意见的第4次修订。截至2021年8月,ICSID 仲裁规则第4次修订共发布5份工作文件,分别是2018年8月第1份工作文件,2019年3月第2份工作文件,2019年8月第3份工作文件,2020年2月第4份工作文件以及2021年7月第5份工作文件。

他个人或实体。^①进一步细化了对非争端方提交书面意见“不得扰乱诉讼程序或给当事方造成不当负担或不公正的损害”的规定,明确书面意见提交的形式、篇幅、范围、提交日期以及额外成本负担的规定。新增的披露要求回应了实践中对非争端方中立性与独立性的关切,细化的程序规则能在一定程度上避免非争端方参与仲裁程序可能对当事方造成的额外费用和负担。多数评论对非争端方承担额外费用的规定提出批评,认为此规则措辞不明可能导致非争端方不仅需要承担参与仲裁程序的费用,还可能承担其他费用,这与仲裁庭、普通法院以及其他国际法院和法庭的现行惯例相悖,此举甚至可能导致对非争端方的参与产生“寒蝉效应”,从而与增加程序透明度的初衷相违背。^②2019年3月第2份文件删除了非争端方负担额外费用的规定,并适当调整仲裁庭批准或拒绝申请的时限。后续三次修订文件仅对个别措辞作出调整,而未对实质内容进行明显修改。

2013年联合国国际贸易法委员会将第三人提交材料作为透明度的重要组成部分写入《透明度规则》,标志着法庭之友发展的重要转折。《透明度规则》第4条第3款规定仲裁庭在决定是否允许第三人提交材料时应考虑:第一,第三人是否在仲裁程序中有重大利益;第二,所提交材料将在何种程度上通过提出不同于争议各方的观点、特别知识或见解而有助于仲裁庭确定与仲裁程序相关的某一事实或法律问题。仲裁庭应确保任何提交材料不对仲裁程序造成干扰或不适当的负担,或对任何争议方不公正的损害,并给予争议各方就第三人提交的任何材料发表意见的合理机会。《透明度规则》第4条第3款与 ICSID 仲裁规则第37条第2款的措辞较为相似,均未提及“争议应涉及公共利益”;而第4条第5款中规定法庭之友不得阻碍或对“程序”顺利进行造成不适当的负担,与 ICSID《仲裁规则》和 NAFTA 自由贸易委员会声明中所述“不得对争议各方造成不适当的负担”略有不同。2017年生效的《毛里求斯公约》进一步将《透明度规则》的适用范围拓展至非基于《UNCITRAL 仲裁规则》提起的投资者—东道国仲裁,扩大了《透明度规则》的影响力。2017年斯德哥尔摩商会仲裁院公布的新仲裁规则特别包含投资条约争议附件并引入法庭之友规则,其中第3条第3款规定仲裁庭审查是否接受法庭之友意见时应考虑以下事项:第一,第三人在仲裁案件中利益的性质和意义;第二,其所提交的文件是否会以与争议双方截然不同或更为广泛的观点、特定知识或见解协助仲裁庭判断仲裁案件的重要事实或法律问题;第三,其他相关情况。值得注意的是,前述仲裁规则仅审查第三人是否与争议具有重大利益,而斯德哥尔摩商会仲裁院对利益关联的审查包括性质和意义两方面,但未明确规定需达到“重大”的程度。此外,斯德哥尔摩商会仲裁院要求法庭之友的书面意见应与争议双方截然不同或更加广泛,相比于前述规则仅要求法庭之友意见不同于争议方的观点、特别知识或见解,要求更加严格。

(二) 投资条约中法庭之友规则的发展及缺陷

2017年批准生效的加拿大欧盟《全面经济贸易协定》(CETA)在投资争端解决章节规定非争端方条款,该条款未明确规定非争端方参与投资仲裁的程序,但规定被申请人应当向非争端方移交的文件资料,包括争议各方向仲裁庭提交的请求、备忘录、陈述和其他书面意见,非争端方根据《透明度规则》第4条提交的书面意见,仲裁庭听证记录(如方便)以及仲裁庭命令、裁决和裁定等。^③换言之,仲裁庭对法庭之友书面意见的审查依照《透明度规则》的标准,但 CETA 对法庭之友可获得的资料范围及提交意见的方式另有规定。根据 CETA 第8.38条第2款,仲裁庭应接受或在与争议各方协商后邀请非争端

^①参见 AR48; AF(AR)57. ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper#1, at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP_updated_9.17.18.pdf (Last visited on August 2, 2021)。

^②参见 ICSID. Rule Amendment Project – Member State & Public Comments on Working Paper # 2, at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/State_Public_Comments_WP2.pdf (Last visited on August 2, 2021)。

^③参见 CETA 第8.38.1条。

方就本协议的解释提出口头或书面意见。相比于《透明度规则》，CETA 规定仲裁庭可主动邀请非争端方参与，参与方式包括口头或书面意见，潜在地增加了法庭之友参与投资仲裁的渠道。2018年年底正式生效的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)在投资章节第9.23条第3款规定法庭之友书面意见，条款概括地规定了法庭之友应与仲裁案件具有重大利益关系以及法庭之友应披露的内容，包括与争议方的关联关系、第三方资助或将来资助的情况。CPTPP 虽没有像 CETA 一样直接提及《透明度规则》，但其未规定仲裁庭接受法庭之友书面意见的标准，在实践中仲裁庭若允许法庭之友参与程序还需援引具体的仲裁规则予以判断。除此之外，与《透明度规则》仅规定非争端方可对“争议范围内事项”提交意见不同的是，CPTPP 明确法庭之友对争议范围内的“事实和法律”问题均可提交书面意见，不限于条约解释。2020年12月，中国与欧盟就《中欧投资协定》又称《中欧全面投资协定》主要内容达成一致，在争端解决章节附件1第13条明确规定法庭之友书面意见。与现有法庭之友规则相比，《中欧投资协定》增加了更多细节性规定：第一，规定法庭之友提交书面意见应在仲裁庭组成后10日之内；第二，明确限定法庭之友书面意见应在20页以内，包括以双倍行距打印的附件；第三，明确法庭之友可对与争议范围内直接相关的法律或事实问题提交书面意见；第四，书面意见应包括身份信息，自然人应写明国籍，法人应写明设立地点、活动性质、法律地位、设立目的、资金来源和任何控制实体；第五，书面意见中应表明法庭之友与争议之利益的性质。^①由前述比较分析可知，法庭之友规则具有较强的连贯性，从 NAFTA 自由贸易委员会声明到《透明度规则》，再到投资协定，法庭之友在主体范围、信息披露、审查标准、费用和负担等方面内容大体一致，措辞上略有不同。相较而言，仲裁规则对法庭之友的规定更加全面，不仅包括对法庭之友的主体、信息披露、费用和负担的规定，而且注重仲裁庭审查是否接受法庭之友意见时的标准。仲裁庭对法庭之友意见的审查标准一般不属于投资条约关注的重点，其更加注重对法庭之友主体资格、利益关系披露、参与方式以及提交意见的范围等。

法庭之友规则的确立和发展伴随着投资条约仲裁解释理论从商事仲裁理论向公法解释理论的变迁，仲裁庭对法庭之友的态度也从最初的拒绝转向逐渐接受，规则从模糊概括到具体明确。法庭之友规则被仲裁规则和投资条约广泛接受，标志着商事仲裁理论在投资条约仲裁中地位下降。为弥补投资条约仲裁解决管理性争端中的失灵必须引入全球行政法理论，下一阶段投资条约仲裁将朝着全球治理工具的方向改革。法庭之友虽已确立，但国际社会对该制度的关注不足，接受度仍然十分有限，主要原因有二：一是国际社会对投资条约仲裁是否应当引入法庭之友尚存一定顾虑，担忧法庭之友与商事仲裁理论之间存在矛盾，商事仲裁理论强调争端解决的非政治化和私人自治，第三方参与有违私人自治对私密性和灵活性的要求。二是全球行政法理论尚未形成，投资条约仲裁能否发展成全球治理工具存疑。全球行政法理论虽然尚未成型，但各国提出的改革方案实际已反映了全球行政法对投资条约仲裁的合法性要求，从全球行政法理论对投资条约仲裁的合法性要求着眼，现有投资条约仲裁中法庭之友仍存在以下问题。

第一，法庭之友主体审查标准不明确。无论是仲裁规则还是投资条约都鲜少直接规定法庭之友主体范围，一般仅规定不属于争议任何一方的自然人或法人。这一表述看似范围甚广，实际相当于将法庭之友主体审查标准完全归于仲裁庭自由裁量。实践中，仲裁庭在审查法庭之友的主体资格时提出“国籍标准”，这一标准也为《中欧投资协定》所采纳。国籍标准在审查自然人时具有确定性，但在审查法人和国际组织时仍然具有较大不确定性。一方面，法人国籍的确定本身就是一个非常复杂的问题，特别是在国际商事活动中跨国公司的广泛存在加剧了确定法人国籍的难度；另一方面，国籍标准在适用时存在诸多例外情况，很难将其作为审查主体资格的确定标准。

第二，法庭之友所代表的利益群体有限。全球行政法理论中最根本的问题在于确定最终决策向正

^①参见 EU-China Investment agreement in principle, Section V, Annex I, XIII。

确的“选民”负责,在涉及东道国公共利益的投资争端中,仲裁裁决应向受裁决影响的东道国公众群体负责,因此非争端方应当享有广泛的公众参与的机会和渠道。^①实践中,法庭之友主体的范围、数量、提交书面意见的内容都受到极大的限制,这符合商事仲裁理论中对效率和成本的要求,却与全球行政法理论中公众参与的要求相悖。

第三,法庭之友的利益诉求无法得到相应反馈。公众参与不仅要求为法庭之友提供参与仲裁程序的渠道和机会,还应当满足法庭之友必要的知情权和表达权,对书面意见中相应利益诉求的解释和反馈是有效表达的重要内容,实践中仲裁庭拒绝法庭之友意见仅需提供概括性理由,而无须在仲裁裁决中回应相关利益主张。

二、投资条约仲裁中法庭之友的公法价值

现有法庭之友相关内容主要规定在透明度规则中,例如2014年《透明度规则》第3条要求投资条约仲裁应对外公布的文件包括仲裁程序中的通知、申请书、答辩书和证据清单等任何书面材料,第5条规定非争端方提交材料的审查要求等。自《毛里求斯公约》2017年生效后,无论投资者是否根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则提起仲裁都不再影响《透明度规则》的适用。虽然公约为缔约国提供了作出保留的灵活性,但其使透明度不再限于特定仲裁规则,极大地扩大了透明度规则在投资条约仲裁中的适用范围,《透明度规则》和《毛里求斯公约》的生效标志着透明度规则在投资条约仲裁中的确立。

法庭之友作为重要的公众参与方式,并未受到等同于透明度的重视,现有规则反而对法庭之友规定很多限制。根据现有仲裁规则,法庭之友仅享受有限参与权,知情权和表达权都受到较大的限制。现有法庭之友规则多体现商事仲裁理论的合法性要求,例如相比于法庭之友主体的广泛性,更注重法庭之友的“身份”;相比于法庭之友的代表性,更注重法庭之友的中立性和独立性;相比于法庭之友的充分表达,现有规则更注重可能对程序造成的时间及经济成本。现有规则在一定程度上限制了法庭之友的知情权和表达权,这主要出于对仲裁程序中经济和效率的考虑,符合商事仲裁理论对仲裁程序的合法性要求,但与全球行政法理论中的合法性要求背道而驰。在投资仲裁中引入透明度及法庭之友,目的在于通过公开、透明及公众参与的程序要求修正在环境保护、公共健康、基础设施等公共外部性较强的案件中所存在的公共利益忽视问题。如果在相关规则的制定中过度强调商事仲裁理论保密性、效率性和经济性的要求,仍将陷入“合法性”危机的窠臼,因此应从全球行政法的角度对法庭之友的功能价值予以辨析。

(一) 法庭之友的补强功能

在全球行政法视野下,法庭之友是公民参与、表达的重要途径,投资仲裁庭应广泛听取公众意见并对受影响的利益群体阐明理由。投资条约仲裁中的法庭之友不同于其他仲裁机制中的法庭之友,它是全球治理中市民参与的重要方式。现有仲裁规则中法庭之友的重要性被大大低估,故而明确法庭之友的地位进而完善保障法庭之友知情权、参与权和表达权的制度规则,对投资条约仲裁向全球治理工具转型具有长远的功用和意义。

第一,法庭之友广泛地参与能够降低仲裁裁决的负外部性。涉及公共利益和公共政策审查的投资争端,其承认和执行不仅关涉投资者和东道国政府的利益,与市民社会的利益也直接相关。在 Micula

^①参见 AR48; AF(AR)57. ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper#1, at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP_updated_9.17.18.pdf (Last visited on August 2, 2021)。

案^①中,仲裁庭拒绝接受欧盟委员会有关裁决可执行性的意见,导致裁决在承认执行过程中陷入僵局。法庭之友的广泛参与能够将裁决执行时可能面临的执行阻碍和负面影响前置到裁决作出前考虑,提高裁决执行的合理性和可接受度。

第二,法庭之友能够补强东道国在仲裁程序中论据的全面性。与其他仲裁机制相比,投资条约仲裁裁决对东道国公共利益具有更强的外部性,争议各方中公共机构的精力主要集中在对自身违反国际法义务的抗辩,缺乏对公共利益可能受到的影响进行全面阐述,法庭之友虽然与东道国立场不同、利益诉求不同,但其的参与能够补强东道国在仲裁程序中论据的全面性。

第三,法庭之友能够弥补仲裁员承担公共政策审查时的资质缺陷。投资条约仲裁涉及对东道国公共政策的审查,与公众具有更为广泛的利害关系,忽视东道国利益的仲裁裁决一旦执行,无论是停止、撤销相关法律行为还是负担巨额赔偿,其后果都将由全体公民共同承担。与国内民事诉讼程序中的无独立请求权第三人相似,法庭之友的参与能够弥补仲裁员承担公共政策审查时的资质缺陷。

第四,法庭之友能够提升投资条约仲裁生成全球行政法规则的合理性。投资条约仲裁向全球治理工具转型,未来将成为全球行政法规则生成的一部分。全球行政法规则的合理性和合法性以全球民主为前提,在缺乏全球民主的情况下广泛的市民社会参与能够起到一定的替代作用^[8]。全球行政法基础概念指引投资条约仲裁改革,投资条约仲裁推进全球行政法规则的形成,两者相互作用、相互促进。

(二) 法庭之友的话语功能

有学者认为,发达国家的非政府组织(民间组织)较发展中国家起步更早、参与诉讼的能力更强,加之我国对民间组织除人员、活动场所、活动性质等一般要求外还有“业务主管单位”(即政府有关部门或政府授权部门)的要求,这可能导致我国民间组织的中立性在参与投资仲裁程序时存疑,因而得出第三方参与制度显然更利于发达国家^[9]。这一顾虑有一定合理性,但不应“因噎废食”。因非政府组织多发端于发达国家,而担心其中立性和独立性,与仅根据中国法律中“业务主管单位”的要求即质疑其中立性和独立性,两种论调实则出于一种逻辑。回应此种质疑,应从完善法庭之友主体范围、适格标准及关联关系的披露要求出发。对于以中国为代表的广大发展中国家来说,完善法庭之友具有提升本国民间组织能力建设、塑造并提升发展中国家话语表达的实际意义。

第一,法庭之友能进一步推进投资条约仲裁裁决的一致性、合法性。法庭之友的书面意见集中于人权、健康、公共卫生、劳工等共同利益和安全领域,政府间和非政府间国际组织主要依据国际标准、可持续发展的共同理念提出意见,当地非政府组织及当地其他团体代表更多从本国国情、当地群体利益出发提供参考。这种参与和表达符合可持续发展原则和特殊与差别待遇原则。

第二,法庭之友代表的是最广大公民社会的利益,表达的是与东道国公共利益直接相关的诉求。虽然部分发展中国家已经进入快速发展时期,但广大发展中国家仍然主要承担资本输入国角色或者同时承担资本输入和资本输出的双重角色^[10]。法庭之友意见能够补强东道国施行相关法律政策的事实资料,对体现发展中国家的利益诉求具有辅助效果。中国是发展中国家的代表,在国际舞台中是发展中国家利益的重要发声者,推动法庭之友的完善对提升发展中国家在争端解决机制方面的话语权具有重要意义^[11]。

第三,法庭之友不仅提供公众参与的途径,也是公众表达相关利益诉求的方式。目前法庭之友实践中,参与主体虽然在不断扩大,但仍以国际非政府组织和政府间组织为主。国际组织的参与当然能够为东道国人权、公共健康、公共卫生相关问题提供事实材料的支撑,但发展中国家公共机构、当地非政府组织、行业协会甚至公民群体更应该在涉及公共利益的争端中表达自身诉求。中国作为发展中大

^①参见 Micula (and others) v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/20)。

国,不仅应当完善公众参与的途径,更应当担负为发展中国家利益发声的表达之责。

三、投资条约仲裁中法庭之友的规则改进

当前学界对法庭之友能否影响投资仲裁及如何评价法庭之友的有效性众说纷纭,部分持“肯定说”的学者认为法庭之友对投资仲裁的影响主要体现在程序方面,为非争端方提供了提交书面意见进而影响仲裁审理结果的渠道^[12];持“否定说”的学者则认为,法庭之友对仲裁裁决的影响“微乎其微”,即使其提交书面意见的申请被批准也并不意味着其意见会被仲裁庭接受或认可^[13];还有学者认为,法庭之友对仲裁裁决的影响很大程度上取决于仲裁庭的自由裁量权,其影响存在较大不确定性^[6]。

然而,法庭之友能否直接影响投资仲裁结果与法庭之友是否有效并不全然等同。法庭之友的有效性应从程序性角度而非实体性角度去评价,法庭之友的有效性与参与的形式、主体范围以及参与仲裁程序的程序有关,是否选取了具有代表性的公众更是重要的评价标准。从现有仲裁实践来看,法庭之友的知情权即申请获取仲裁案件相关资料文件的范围和方式等因写入《透明度规则》而获得保障,而法庭之友的参与权和表达权仍受到诸多限制,表现为法庭之友的主体范围受限、书面意见难以得到有效反馈。为完善现有法庭之友规则,为其有效参与投资仲裁程序并充分表达意见提供保障,应从以下三个方面对其规则进行改进。

(一) 扩大法庭之友主体的广泛性和参与度

根据现有仲裁规则和投资条约中的法庭之友规则,仲裁庭决定是否接受法庭之友书面意见主要考察四方面因素:申请人身份;与案件是否具有重大利益关系;能否对案件的事实或法律问题提供不同于争议方的特别知识、见解和观点;申请人是否具有独立性和中立性。此四项标准非必须全部满足,ICSID 公布的非争端方申请被拒绝或驳回的6个案件^①中,有2个案件仲裁庭以法庭之友中立性和独立性存疑拒绝,^②还有2个案件以法庭之友未能提供有帮助的见解而拒绝,^③Aguas del Tunari 案仲裁庭以无权决定拒绝,Lion Mexico 诉墨西哥案法庭之友因未按要求披露身份和背景信息而被拒绝。相比于前两项标准,后两项标准在仲裁庭的审查中更具决定性,例如,Alicia Grace 案仲裁庭虽认可申请人与案件具有重大利益关系且案件符合涉及公共利益标准,但由于申请人无法就事实发现或法律解释提供不同于争议方的特别见解和观点,仲裁庭拒绝其参与;^④再如 Bernhard von Pezold 案仲裁庭未因欧洲宪政与人权中心(ECCHR)与当地居民的身份受质疑而拒绝其参与,而以 ECCHR 仅与 NAFTA 解释存在一般利益关系且未能提供不同于争议方的法律观点而拒绝。^⑤除此四项标准外,仲裁庭还可能以接受法庭之友“对仲裁程序造成干扰或不适当的负担,或对任何争议方造成不公正的损害”为由拒绝法庭之友的广泛参与。公众参与不应当是个别公共组织的权利,更应该是每个可能受裁决影响的个人、社

^①参见 Aguas del Tunari, S. A. v. Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3), Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/10/15), Border Timbers Ltd., Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/10/25), Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc. v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)12/1), Lion Mexico Consolidated L. P. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)15/2), Alicia Grace and others v. United Mexican States (UNCT/18/4)。

^②参见 Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Border Timbers Ltd., Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe。

^③参见 Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc. v. United States of America, Alicia Grace and others v. United Mexican States。

^④参见 Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc. v. United States of America [ICSID Case No. ARB(AF)12/1]。

^⑤参见 Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/10/15)。

团、组织都享有的权利。尤其在涉及较高社会敏感度的投资争端中,扩大法庭之友主体的范围,广泛吸收受影响群体的书面意见,能够大幅降低裁决公布后的负外部性。

从已有案例来看,法庭之友申请人涉及境外非政府组织、当地非政府组织、行业协会、民主联盟、当地部落以及政府组织和公共机构等非官方或官方组织、团体等,但在单个案件中仲裁庭可能出于程序效率性考虑拒绝多方主体。在商事仲裁理论下,仲裁程序的效率和经济成本是个案正义的重要组成部分,迟来的正非正义;在全球行政法理论下,实体正义相比仲裁程序的效率和成本更为重要,获得正确和具有正向外部性的仲裁裁决更为优先^[14]。根据全球行政法理论的合法性要求,法庭之友的参与权应具有广泛性,对法庭之友的审查宜以意见的独到性、专业性和申请人的中立性、独立性为主要标准,降低次要因素对决定的影响,包括身份、重大利益关系、对效率和成本的影响等,这些因素可通过程序控制性手段予以约束,而不宜将此作为拒绝法庭之友申请的理由。在 *Eli Lilly 诉加拿大案* 中,仲裁庭进行大胆尝试,向公众公开征集法庭之友意见,最终在9份来自25方不同组织和个人的申请中选择接受其中5份意见,申请主体涵盖行业群体到个人,这被视为市民社会利益纳入案件考量的可喜进步。^①仲裁庭拒绝的4份意见分别来自一个多国学者团队(包括美国、英国、南非、尼泊尔)、剑桥大学学者团队、加拿大新药和加拿大生物科技,美国制药研究生产商、墨西哥研究用制药产业联盟和生物科技创新组织。仲裁庭在审查申请人与案件是否存在重大利益关系时,指出除国籍因素外,仲裁庭还会重点考虑非争端参与方的专业素养以及是否与争端具有法律上的利益。在 *Bernhard von Pezold 案* 中仲裁庭允许 ECCHR 延长书面意见提交时间以便与当地居民和相关专家提交联合声明的申请^[15],因此,在具体案件中国籍等身份信息宜作为披露要求和重大利益关系的参考要素,仲裁庭可要求法庭之友在书面意见中披露国籍、设立地点、设立目的、活动性质、活动范围等信息以辅助确定法庭之友与争议范围内事项之间的利益关联。广泛的法庭之友参与对程序效率和成本的不利影响,应通过程序性控制手段予以降低或消除,例如发表联合声明、限制篇幅、限定时限等方式,而不宜作为拒绝法庭之友意见的标准。

(二) 明确法庭之友限度和仲裁裁决有效反馈

法庭之友提交意见的范围包括为争议所涉事实提供论据支撑,对相关法律问题进行解释。法庭之友尤其是非政府组织提交的书面材料,通常是争端所涉及的东道国公共政策提供数据或事实支持,仲裁庭愿意接受此类法庭之友意见,这有助于其均衡考量案件裁决对公众产生的潜在外部性。事实论据仅为裁决提供参考材料,而另一部分法庭之友意见因涉及具体法律条款的解释而被仲裁庭视为一种介入,最典型的例子是欧盟委员会在一系列案中对欧盟法中“国家援助”的解释。在 *Micula 案* 中,瑞典投资者认为罗马尼亚政府废除国内部分投资促进政策构成对公平公正待遇等条约义务的违反,欧盟委员会则指出罗马尼亚政府对瑞典投资者支付的赔偿将构成非法的国家援助,违反成员国欧盟法下的义务;在 *Electrabel 案*^② 中,比利时公司诉匈牙利政府修改本国电力定价机制并终止与其分公司的电力购买合同违反能源宪章条约下的义务,而欧盟委员会认为此类电力购买协议构成违反欧盟法的国家援助;*AES 案*^③ 与 *Electrabel 案* 类似。

欧盟委员会在案件中的参与是否构成一种“介入”?波兰华沙律师协会奥尔加·格里奇(Olga Gerlich)认为参与和介入之间最主要的区别在于非争端方通过提交法庭之友意见参与案件,其对案件争端并不存在受保护的合法利益,而第三方介入要求其争端结果具有法律上的利益^[16]。根据格里奇的观点,欧盟委员会在上述3个案件中提交法庭之友意见,是为了维护欧盟法院对成员国违反欧盟法的

①参见 *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada* (ICSID Case No. UNCT/14/2)。

②参见 *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19)。

③参见 *AES Summit Generation Ltd and others v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/22)。

案件所享有的排他性管辖权,由此欧盟委员会提交法庭之友意见并非参与而是一种介入。欧盟委员会的做法虽然被学者质疑是以法庭之友的身份“介入”仲裁程序,但事实上欧盟委员会的意见并未受到仲裁庭的拒绝,这在一定程度上扩大了法庭之友书面意见可能涵盖的内容。欧盟委员会的做法并非是不好的尝试,它甚至代表了法庭之友未来发展的另一种方向,即作为法庭之友分别“参与”和“介入”程序。

对最终未被采纳的法庭之友意见,仲裁庭只需在裁决中简单说明理由,通常基于法庭之友与案件争议无重大利益关联、未提供不同于争议各方的意见或见解、造成不必要的程序负担等概括性理由。在决定是否接受法庭之友申请阶段,仲裁庭选择拒绝法庭之友意见甚至无须在决定中说明理由。公众参与的有效性与法庭之友能否在仲裁程序中享有必要的知情权、参与权和表达权密不可分。晚近仲裁实践中,^①仲裁庭对法庭之友意见的反馈形成相对模板化的形式,仲裁庭接受法庭之友申请以程序命令和裁定作出,内容包括案情简介、审查标准、申请人各项请求及回复、申诉方和被申诉方观察意见、仲裁庭结论等;拒绝接受法庭之友以程序命令和公开信的方式作出,内容包括程序概况、申请人披露信息(身份、重大利益关系、法律意见等)、申诉方和被申诉方对法庭之友申请的观察意见、仲裁庭审查意见。公开信则较为简略地分别以仲裁庭无权、程序仍处于审查管辖阶段、未按要求披露信息等理由直接拒绝。模板内容根据援引仲裁规则和投资条约具体规定的不同而略有不同,基本涵盖仲裁庭审查法庭之友的基本标准,从仲裁庭的审查意见可以清晰看出各项标准对法庭之友申请能否获准的影响,形成有效反馈,此种模板可在仲裁规则予以明确。

(三) 增加程序控制与成本控制

无论是扩大法庭之友的主体范围还是增加仲裁裁决对法庭之友意见的有效反馈,两者都不可避免地会导致仲裁程序时间的延长和成本的增加。如若一味强调法庭之友修正投资仲裁公共职能缺失的功能,而忽略该机制作为投资争端解决所必需的效率性和经济性,将导致该投资仲裁从合法性危机的一个极端走向另一个极端。事实上,仲裁庭为确保程序的公平性和效率性对法庭之友做出诸多限制:其一,限制法庭之友的参与方式,几乎所有的仲裁庭都只允许法庭之友以提交书面意见的方式参与仲裁,例如在 *Aguas del Tunari* 案^②和 *Piero Foresti*^③案中,法庭之友要求以更广泛的方式参与仲裁程序包括出席听证会和提交口头意见,被仲裁庭拒绝;其二,加重对投资者的程序性保护, *Methanex* 案仲裁庭指出允许法庭之友提交书面意见可能对争议双方均产生额外的负担和成本,但法庭之友往往站在申诉方的对立面,书面意见多支持被申诉方,因此仲裁庭应尽可能地为申诉方减轻程序拖延和成本增加导致的额外负担。^④例如, *Resolute Forest* 案仲裁庭以法庭之友“将会为争议各方增加更多的工作、时间和费用而造成不必要的负担”为由拒绝其申请。^⑤通过限制法庭之友参与方式降低成本的方式是不可取的,仲裁庭在审查法庭之友的主体资格上已经享有较大的自由裁量空间,若再限制其参与方式将可能抑制法庭之友参与投资仲裁的热情,进而导致该程序失效。晚近签订的投资条约也体现了对法庭之友参与方式逐渐开放的态度,允许法庭之友以口头或书面的方式提交意见,仲裁庭也可主动邀请法庭之友对涉及重大公共利益的事项发表意见。因此,为避免法庭之友对程序效率性的减损以及从公

^①根据 ICSID 公开文件统计,6份拒绝或驳回法庭之友参与的决定中,有4份以程序命令的方式作出,内容符合模板,有2份以仲裁员的公开信方式公布,以仲裁庭无权决定和申请人未按要求披露信息为由拒绝。

^②参见 *Aguas del Tunari S. A. v. The Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3)。

^③参见 *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa* [ICSID Case No. ARB(AF)/07/01]。

^④参见 *Methanex Corporation v. United States of America* UNCITRAL, Decision (5Jan 2001)。

^⑤参见 *Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada* (PCA Case No. 2016-13)。

平角度出发,仲裁庭可采取程序性手段如限制书面意见的篇幅、提交时限等。现有绝大多数仲裁规则仅规定为避免法庭之友对程序造成阻碍或不当负担或不公平地歧视,仲裁庭可对书面意见的格式、篇幅、范围或时限进行限制,^①具体采取何种限制留待仲裁庭自行裁量。实际上,缔约国是仲裁程序的直接参与者,其在投资条约中可直接规定法庭之友书面意见的限制条件,如此可有效控制自身的风险成本,如《中欧投资协定》中直接规定较为详细的程序性控制,包括篇幅应限制在20页以内、时限应在仲裁庭组成后10日内等。

法庭之友申请是否会被接受、能否参与听证程序、能否获取仲裁程序中的信息和文件、书面意见是否会被采纳通常由仲裁庭征求当事方意见后自由裁量,即便法庭之友意见被引用也并非当然会得到与其期待一致的结论,但是如此并不能否定法庭之友存在的意义。法庭之友是公众参与的渠道,是公众在投资仲裁庭作出可能影响自身利益的“决策”程序中参与和表达的唯一途径。如果承认投资条约仲裁庭的公共职能,将其视为一项全球治理工具,那么公众参与是不可或缺的一环。相反地,法庭之友的有效性并不在于公众意见最终是否被接受,而是决策者是否广泛听取了公众意见,可能受决策影响的利益群体是否能够表达其利益诉求,从这个角度而言法庭之友确实需要增强参与广泛性,并建立仲裁裁决有效反馈机制。

四、结 语

在投资条约仲裁过去几十年的实践中,仲裁庭强调个案正义重于外部影响、强调效率重于公共正义、强调投资者个人利益重于东道国公共利益,这些商事仲裁理念与仲裁庭所承担的公共职能相悖。投资条约仲裁在审理涉及公共利益案件时,实际承担了对东道国公共政策的审查之职,为弥补仲裁庭在审查公共政策上的资质缺陷必须完善公众参与。在《毛里求斯公约》于2017年生效后,投资条约仲裁正式迈出了机制转型的第一步,但离成为合格的全球治理工具仍存在距离,完善法庭之友对投资条约仲裁的转型意义重大。目前国际社会对法庭之友的质疑主要来自对其可能增加仲裁程序成本、拖延仲裁程序效率、增大仲裁裁决难度三个方面,而这三项均是商事仲裁理论对投资仲裁的合法性要求。在全球行政法理论下,裁决的合法性、合理性及公众对裁决的可接受度是仲裁庭在裁决时必须考量的,即使这可能增加裁决的成本和难度。基于此,完善法庭之友主要从法庭之友的知情权、参与权和表达权入手,公开邀请并征集法庭之友意见以丰富公众参与的范围,明确审查的主要标准和次要标准以约束仲裁庭的自由裁量,形成模板式有效反馈提升法庭之友意见的接受度,细化程序性控制规则以降低对程序成本和效率的负面影响。

参考文献:

- [1]余劲松. 国际投资法[M]. 北京:法律出版社,2018:344-352.
- [2]刘笋. 国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评[J]. 法学研究,2008(6):141-154.
- [3]黄世席. 欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起与因应[J]. 法商研究,2016(4):162-172.
- [4]KINGSBURY B. The Concept of “Law” in Global Administrative Law[J]. *European Journal International Law*,2009,20(1):23-57.
- [5]周园. 国际投资仲裁中法庭之友制度的新发展[J]. 东方法学,2015(4):90-98.
- [6]BUTLER N. Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: Faux Amici? [J]. *Netherland International Law Review*,

^①参见 Proposals for Amendment to the ICSID Rules-Working Paper #5. at <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf> (Last visited on August 4, 2021)。

- 2019,66(1):143-178.
- [7] LAMB S, HARRISON D, HEN J. Recent Developments in the Law and Practice of amicus briefs in Investor-State Arbitration[J]. *Indian Journal of Arbitration Law*, 2017, 5(2):72-92.
- [8] 王建国, 刘小萌. 善治视域下公民参与的实践逻辑[J]. *河南师范大学学报(哲学社会科学版)*, 2019(2):22-29.
- [9] 曹兴国. 国际投资仲裁效率的追求、反思与平衡[J]. *江西社会科学*, 2021(4):194-203.
- [10] 李富有, 王运良. 对外援助、制度质量与我国对外直接投资[J]. *江西财经大学学报*, 2020(1):25-35.
- [11] 段明. 《新加坡调解公约》的冲击与中国商事调解的回应[J]. *商业研究*, 2020(8):129-137.
- [12] CHEN H P. The Role of Amicus Curiae in Implementing the Human Right to Water in the Context of International Investment Law[J]. *RECIEL*, 2020, 29(3):454-463.
- [13] 崔起凡. 论投资者——东道国仲裁中法庭之友陈述的采纳[J]. *仲裁研究*, 2019(42):106-116.
- [14] KNULL W, RUBINS N. Betting the Farm on International Arbitration: Is It Time to Offer an Appeal Option? [J]. *American Review of International Arbitration*, 2000, 11(4):531-576.
- [15] BENVENISTI E, NOLTE G. *Community Interests Across International Law* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2018:243.
- [16] GERLICH O. More than a Friend? The European Commission's Amicus Curiae Participation in Investor-State Arbitration [M]//ADINOLFI G, BAETENS F, CAIADO J. etc. *International Economic Law: Contemporary Issues* [M]. Cham: Springer International Publishing, 2017:253-269.

Limitations of Amicus Curiae in Investment Treaty Arbitration and Its Perfection

DU Huanfang, GUO Shiya

(*Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China*)

Abstract: According to the theory of global administrative law, accountability, transparency, public participation, justification and review procedure are indispensable elements of investment treaty arbitration. As a main way of public participation, amicus curiae, however, has limited influence on existing practices. Whether the applicant is qualified, whether he or she can participate and express, and whether the expression can be accepted completely are entirely at the discretion of the arbitral tribunals. In order to improve the legitimacy of investment treaty arbitration, the rules and procedure of amicus curiae need to be modified under the theory of global administrative law. In combination with the arbitration rules and the relevant rules of the latest investment agreement, to improve the amicus curiae rules, we should clarify the main review standards of amicus curiae and reduce the restrictions on the extensive participation of amicus curiae by secondary standards such as identity, major interest relationship and procedural burden; we should formulate an effective feedback template, i. e. introduction, information disclosure, observations of the complainant and the respondent, and conclusion; and we should use procedural control tools by limiting length, allowing joint statements, and setting the time limit, etc.

Key words: investment arbitration; global administrative law; amicus curiae; public participation; effective feedback



(责任编辑 张伟 郑英龙)