

论国际投资仲裁中法庭之友的参与

刘璐

摘要：投资仲裁透明度是近年来被持续讨论的重要议题，其要求的“公众参与”经由法庭之友制度得以实现。投资仲裁保留了商事仲裁对程序私密性的要求，但其裁决结果的影响远超私人利益，易引发国际社会对投资仲裁的质疑。法庭之友的参与打破了绝对的仲裁私密性，缓解了“私法程序解决公法问题”的制度矛盾，在一定程度上明确了投资仲裁的理论基础。辅助功能的作用程度、与案件的利害关系、案件是否关涉公共利益等是法庭之友能否参与仲裁程序的判断标准。允许参与到仲裁案件中的法庭之友，其权利通常仅包括提交一轮书面意见，无法进行口头辩论。法庭之友参与投资仲裁的理论意义大于实践意义，但其潜力和发挥的隐性作用不容忽视。从我国立场来说，在投资仲裁案件中法庭之友既可以是“对手”也可以是“朋友”，应当积极了解和利用投资仲裁中的法庭之友制度。

关键词：法庭之友；投资仲裁；透明度

〔中图分类号〕D997.4 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180(2021)03-0086-17

引言

在国际投资仲裁（下称投资仲裁）^{〔1〕}进入公众视野的二十余年间，国际社会对投资仲裁的关注始终伴随着对其程序设计和裁决结果的批判性思考。^{〔2〕}投资仲裁程序脱胎于国际商事仲裁，但其裁决结果产生的影响却远超私人利益^{〔3〕}，且当投资者获胜时，常给人以“牺牲公共利益、偏袒

〔作者简介〕刘璐，法学博士，中华女子学院法学院讲师。

〔基金项目〕中华女子学院校级科研课题“中国外商投资法与中外投资协定关系研究”（项目批准号：KY2020-0303）。

〔1〕 本文所称国际投资仲裁（International Investment Arbitration），仅包括投资者—国家间争议的仲裁，不包括投资者之间的国际商事仲裁以及由于投资条约的解释和适用等争议所导致的国家间仲裁。

〔2〕 2003年前后，国际上开始出现“国际投资仲裁正当性危机”的提法，用以概括投资仲裁受到用户和公众批评、仲裁程序与裁决结果受到广泛质疑的现象。See Brower, Charles H. II, *Structure Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter*, 36 *Vanderbilt Journal Transnational Law* 37, 96 (2003); Ari Afilalo, *Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis*, 17 *Georgetown International Environmental Law Review* 51, 96(2004); Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham Law Review* 1521, 1626 (2005).

〔3〕 例如，在2020年ICSID新登记的案件中，50%的争议涉及油气、采矿、电力及其他能源部门纠纷，且该争议均涉及基础性公共服务行业。See ICSID, *2020 Annual Report*, ICSID (1 November 2020), <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-annual-report>. 根据2015—2017年联合国贸易和发展会议（UNCTAD）报告的统计，大多数投资仲裁纠纷的争议焦点涉及一国政府在某一行业的政策性措施或改革措施，或涉及重大项目合同、证照的批准或许可。See UNCTAD, *World Investment Report*, UNCTAD (1 November 2020), <https://worldinvestmentreport.unctad.org/>.

投资者”的直观印象。质疑投资仲裁的观点主要集中在仲裁裁决不一致、程序设计不公（漠视东道国公共利益）、缺乏透明度等方面。其中，透明度主要涉及投资仲裁公开和公众参与两层内涵，后者主要通过法庭之友（*amicus curiae*）^{〔4〕}实现。

“法庭之友”原为英美法系国内法上的概念^{〔5〕}，我国国内法学者和比较法学者对法庭之友制度已有较多研究，对“法庭之友”制度的历史发展、理论逻辑、运行机理、价值体现等有较为全面的论述。^{〔6〕}在国际法领域，学界对在世界贸易组织（WTO）法、国际海洋法、国际刑法领域的争端解决机制中出现的法庭之友有相关研究。^{〔7〕}自2008年以来，国内学者开始关注到：不同于法庭之友在WTO中的待遇，越来越多的投资仲裁庭逐渐允许法庭之友参与到案件中。伴随着投资仲裁透明度问题的热议和投资仲裁中法庭之友第一案——“Methanex案”（*Methanex Corporation v. United States of America*）的出现，开始有专门针对投资仲裁中法庭之友的研究成果，有标志性文献对法庭之友在投资仲裁中参与的基本背景、参与主体和形式、参与强度等问题进行了规则分析，对法庭之友参与投资仲裁案例中的事实、仲裁庭对法庭之友的态度进行了介绍和分析。^{〔8〕}

在各国学者、非政府组织（non-governmental organizations, NGO）和部分国家的推动下，透明度已经从学界的探讨、个别投资条约的实践逐渐成为全球性的改革成果。联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）和国际投资争端解决中心（ICSID）均在制度层面提出了增强投资仲裁透明度的修改意见。UNCITRAL组织各国审议通过了《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》（下称《透明度规则》）与《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》（下称《毛里求斯公约》或《透明度公约》）。目前，ICSID仍在推动其规则的全面修改，在2020年2月公布

〔4〕 法庭之友在国际投资仲裁中又被称为“非争议方”（non-disputing party）或“第三人”（third person）。在《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》和国际投资条约中，法庭之友被表述为“非争议第三方”（non-disputing third party）或“第三人”；而《ICSID仲裁规则》和2003年北美自由贸易区（NAFTA）《自由贸易委员会就非争议当事人参与（投资仲裁）的声明》中均使用了“non-disputing party”的表述。在本文中，为了论述的方便，将统一采用“法庭之友”的表述。

〔5〕 刘京莲：《法庭之友参与国际投资仲裁体制研究》，载《太平洋学报》2008年第5期，第6页。

〔6〕 陈桂明、吴如巧：《“法庭之友”制度及其借鉴》，载《河北法学》2009年第2期，第93-97页；唐玉富：《法庭之友：发现真实的扩展与限制》，载《西南政法大学学报》2011年第2期，第53-62页；肖永平、李韶华：《美国法庭之友制度的价值纬度与实证研究》，载《东方法学》2011年第4期，第121-131页；季金华：《“法庭之友”制度的基础与运行机制——以吴英案为中心的分析》，载《北方法学》2013年第2期，第5-15页；项焱、王佳红：《民意表达与程序“输入”——中国法中心视角下美国公益诉讼中“法庭之友”制度之审视》，载《浙江社会科学》2016年第4期，第64-70页；项焱、海静：《“法庭之友”：一种诉讼信息披露机制》，载《法制与社会发展》2017年第2期，第145-164页。

〔7〕 张磊：《WTO司法程序创新中的正当程序偏离——以法庭之友意见书为核心》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2007年第6期，第87-91页；王燕：《WTO体制下法庭之友意见书制度评析》，载《国际经贸探索》2010年第3期，第53-58页；张晏瑜：《论法庭之友意见对中华南海仲裁案的影响》，载《亚太安全与海洋研究》，2018年第3期，第53-58页。

〔8〕 相关文献可以参考张庆麟：《国际投资仲裁第三方参与问题探究》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2014年第11期，第70-82页；高波：《投资者—国家仲裁中“法庭之友”的参与》，载《安徽农业大学学报（社会科学版）》2010年第3期，第68-73页；陈剑玲：《国际投资仲裁中的“法庭之友”参与问题研究》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2012年第7期，第27-32页；赵骏、刘芸：《国际投资仲裁透明度改革及我国的应对》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2014年第3期，第150-163页；周园：《国际投资仲裁中法庭之友制度的新发展》，载《东方法学》2015年第4期，第90-98页。

的有关 ICSID 系列规则修改的《工作报告（四）》中，明确 ICSID 提议修改的《ICSID 仲裁规则》专设第十章，详细规定了仲裁程序的透明度问题。⁽⁹⁾ 透明度概念的引入与改革成果的实施，在很大程度上推动了投资仲裁与国际商事仲裁的“分轨”。透明度是投资仲裁公益性的必然要求，透明度的程序公开、公众参与内涵与商事仲裁的私密性（privacy）完全相反，这种程序设计进一步明晰了投资仲裁的公益属性，缓解了“私法程序解决公法问题”的制度矛盾，明确了投资仲裁的理论基础。

学界的探讨、研究以及《透明度规则》等文件的出台为进一步研究法庭之友制度提供了分析框架，但目前学界对法庭之友的系统性研究仍然较少，特别是对关于法庭之友参与的积极条件与消极条件及其适用问题缺乏细致分析。为推进投资仲裁的透明度改革，回应主权国家的关切，继续发挥该机制对于解决国际投资争端的制度功能，笔者将系统地分析法庭之友参与的理论前提，法庭之友的角色定位，考察法庭之友参与投资仲裁程序的标准及适用，阐明法庭之友的权利内容及参与效果，并对中国及中国投资者如何运用法庭之友建言。

一、投资仲裁中法庭之友参与的理论前提与角色定位

投资仲裁程序脱胎于商事仲裁，而商事仲裁具有私密性传统，天然排除案外人的参与。⁽¹⁰⁾ 那么，法庭之友能够在投资仲裁中出现，其理论基础是什么？这需从法庭之友的参与价值、规则依据、角色定位三个方面予以分析。

（一）投资仲裁的公益性与法庭之友的参与价值

投资仲裁牵涉公共利益是法庭之友参与投资仲裁的重要前提。尽管投资仲裁在程序设计方面以国际商事仲裁为蓝本，但是，公共利益的凸显使投资仲裁与商事仲裁渐行渐远。以格斯·范·哈顿（Gus Van Harten）和本尼迪克特·金斯伯里（Benedict Kingsbury）等为代表的国际法学者认为，投资争端实则是东道国政府在管理外资的过程中产生的“管理型”争端（regulatory dispute）。⁽¹¹⁾ 这种争端的类型与国际商事仲裁所处理的私人纠纷性质不同，也与国家之间的国际公法纠纷不同，而是更像国内宪法、行政法的司法审查程序中处理的纠纷。⁽¹²⁾ 相应地，投资仲裁亦发展出了自身对于正当程序的不同要求。

“参与原则适用于各种制度。”⁽¹³⁾ 随着民主制度的发展，公民对于关乎自身利益的政府决策的平等参与权渐渐成为一国法治的核心内容。西方学者认为，在“民主社会”，“所有的公民都应有

(9) ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules*, ICSID (1 November 2020), https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP_4_Vol_1_En.pdf.

(10) 例如，1976年《UNCITRAL 仲裁规则》第25条第4款规定：“除非当事人另有约定，仲裁庭审应当秘密进行。”

(11) Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, p.240.

(12) Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, p.240.

(13) [美] 罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第217页。

平等的权利来参与制定公民将要服从的法律的立宪过程和决定其结果”。⁽¹⁴⁾相应地，在司法制度中，不论在国内法还是在国际法上，案外人参与庭审的制度也在不断发展，主要体现为法庭之友参与制度。

在普通法系国家，学者将“提高司法民主”作为法庭之友的主要价值之一。⁽¹⁵⁾其原因可能在于，普通法系国家的法律渊源主要为判例法，参与到案件的审理，并影响法官决策的法庭之友，在某种程度上体现了公民对立法过程的参与，从而体现了民主。也正因如此，在投资仲裁中，有些案件的仲裁庭曾因拒绝接纳法庭之友的参与而受到社会舆论的强烈攻击，纽约时报曾将投资仲裁庭称为“秘密法院”⁽¹⁶⁾，NGO 则评价拒绝法庭之友参与的仲裁程序“极不民主”“不可宽恕”“是投资者权力过大的极端体现”。⁽¹⁷⁾

在投资仲裁中，法庭之友参与仲裁程序的确能在一定程度上彰显司法民主，这也是投资仲裁区别于商事仲裁的一大显著特征。法庭之友体现司法民主的背后逻辑在于，受到案件结果影响的非当事人群体，经由法庭之友的身份参与到案件审理的过程，可以使裁判者在考虑法庭之友利益的基础上对当事人之间的纠纷作出裁决。

（二）法庭之友参与投资仲裁的规则依据

法庭之友何以出现在了投资仲裁中？从法庭之友发展历程来看，最初接纳法庭之友的“Methanex 案”仲裁庭，是利用《UNCITRAL 仲裁规则》第 15 条第 1 款中规定的广泛自由裁量权，允许了法庭之友递交书面意见的请求。该款规定：“在不违反本规则的情况下，仲裁庭可以通过其认为适当的方式进行仲裁，但须平等对待各方当事人，并在仲裁程序适当阶段给予每一方当事人陈述案情的合理机会。”同时，由于前述《UNCITRAL 仲裁规则》第 25 条第 4 款的明确规定，仲裁庭没有许可法庭之友的其他要求。

该案仲裁庭的论理与此后的仲裁实践逻辑基本一致。接纳法庭之友的仲裁庭并未突破仲裁法的意思自治理论，而是由《UNCITRAL 仲裁规则》第 15 条出发，肯定了自身对法庭之友问题进行决定的权限，并在权限范围内平衡了法庭之友所代表的公共利益和仲裁程序的保密性之间的关系。

（三）法庭之友在投资仲裁中的角色定位

长远来看，法庭之友固然可能对投资仲裁的合法性、一致性发挥不容小觑的作用，但从制度

〔14〕〔美〕罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 220 页。

〔15〕法庭之友制度被认为是诉讼对抗制的矫正工具和司法民主化的体现，参见邱星美：《制度的借鉴与创制——“法庭之友”与专家法律意见》，载《河北法学》2009 年第 8 期，第 153 页。

〔16〕See New York Times Archives, *The Secret Trade Courts*, The New York Times (18 December 2017), <http://www.nytimes.com/2004/09/27/opinion/the-secret-trade-courts.html>.

〔17〕See Earth Justice, *Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water*, Earthjustice (18 December 2017), <http://earthjustice.org/news/press/2003/secretive-world-banktribunal-bans-public-and-media-participation-in-bechtel-lawsuit-over-access-to-water>; Dias Simões & Fernando, *Public Interests in Water Concession Disputes*, University of Glasgow (18 December 2017), <http://theses.gla.ac.uk/7638/1/2016DiasSimoesLLM.pdf>.

层面探讨法庭之友的角色，其最基本的功能在于辅助仲裁庭，且其身份必须是案件裁决的利益相关者。

首先，在法庭之友产生之初，即为辅助作为行政官员的审判者完成法律的专业化和职业化而创设。⁽¹⁸⁾ 他们以中立的身份出现，对案件中的事实问题或法律问题提供意见，帮助法官克服认知局限、促成公正判决⁽¹⁹⁾，这种“辅助者”角色在投资仲裁中亦然。在投资仲裁中，法庭之友不是案件的参与者，而是因其不同于当事人的立场和身份而能为仲裁庭提供帮助的人。因此，法庭之友并没有独立的诉讼权利，其在投资仲裁案件中的权利内容与辅助功能的实现息息相关。

其次，法庭之友必须是案件裁决的利益相关者，对案件争议有重大利益。在投资仲裁案件中（特别是在法庭之友制度发展的最初阶段），部分法庭之友以公共利益的代表人自居，以案件涉及公共利益为由提出申请。如此一来，允许法庭之友参与仲裁程序即意味着案件是在考虑过公众意见之后作出裁判的，方能彰显司法民主。而不以公共利益自居、参与仲裁程序的法庭之友则是出于对案件争议的“重大利害关系”（significant interest）而提出申请。这些不具备当事人资格，但又对案件结果有利害关系的群体作为法庭之友参与仲裁程序，亦能体现投资仲裁裁判过程的“兼听”和民主性。

可见，法庭之友的参与是一种单向的意见提供，在程序上与任何一方当事人均无对抗性，法庭之友权利的内容紧紧围绕对法庭之友发表意见的保障而设计，且这种意见的提供不能够“喧宾夺主”，即不得给案件造成不合理的负担。

二、法庭之友参与投资仲裁的条件

投资仲裁的公益性和法庭之友的参与价值为其参与仲裁程序提供了理论前提，仲裁庭对程序自由裁量权的解释提供了法庭之友参与的规则通道，那么，何种类型的主体可以成为法庭之友？法庭之友参与仲裁程序需要满足哪些积极条件和消极条件？

（一）成为法庭之友的主体类型

从法庭之友的主体类型来看，个人、营利性组织、非营利性组织、国家均可以申请成为法庭之友。⁽²⁰⁾ 当然，仲裁庭应当遵守对法庭之友主体要求的规定，如《自由贸易委员会就非争议当事人参与（投资仲裁）的声明》（下称《自由贸易委员会声明》）规定，申请作为法庭之友的主体应当“属于某缔约国”或其在某缔约国内有“重要存在”（significant presence）。⁽²¹⁾ 不过，

(18) 唐玉富：《法庭之友：发现真实的扩展与限制》，载《西南政法大学学报》2011年第2期，第54页。

(19) 邱星美：《制度的借鉴与创制——“法庭之友”与专家法律意见》，载《河北法学》2009年第8期，第153页。

(20) 国家以法庭之友的身份参与案件的情况比较特殊，在根据投资条约提起仲裁案件中，非当事一方的缔约国，也即投资者的母国，可以以“非争议方”的身份，就案件中涉及的条约解释的问题发表意见；经仲裁庭同意，缔约国也可以像其他法庭之友一样就案件出现的其他问题发表意见。非争端缔约国对于仲裁案件的参与由来已久，由于非争端缔约国参与投资仲裁案件与透明度并无直接关系，下文将重点讨论缔约国之外的主体参与投资仲裁的情况。

(21) See Article B.1 of Statement of the Free Trade Commission on Non-disputing Party Participation.

从投资条约文本来看,条约中大多取消了对法庭之友作为缔约国国民(或在缔约国内有重要存在)的条件限制。⁽²²⁾

实践中究竟有哪些主体作为法庭之友参与了仲裁案件? NGO 是最早以法庭之友身份参与投资仲裁案件的一类主体,也是最常出现的一类法庭之友主体。在最早的 7 个法庭之友参与的案件中,有 6 个案件是 NGO 作为法庭之友参与的。NGO 通常是为了特定公益目的而成立的非营利组织,出于对人类的环境权、健康权等人权或其他公共利益的考虑,向决策的制定者和重大案件的裁判者建言。它们与案件争议之间的利害关系与其组织目的、活动宗旨息息相关。有些 NGO 在国际上产生巨大影响,不仅广泛参与其所在国政府的政策制定,甚至对国际规则的形成发挥重要作用。例如,《透明度规则》的起草历史表明,正是在国际环境法中心(Center for International Environmental Law, CIEL)、国际可持续发展研究院(International Institute for Sustainable Development, IISD)的极力推动下,UNCITRAL 工作组才最终将《透明度规则》的制定作为正式工作议题,并同意将透明度作为优先问题在仲裁规则的修改中加以推进。⁽²³⁾

除 NGO 外,法庭之友的类型逐渐多样化。实践中最终以法庭之友身份参与案件的主体主要包括以下几类:第一,东道国当地居民。例如,在“Glamis Gold 案”中,两个非 NGO 组织提出了申请,分别代表了受案件影响的矿业组织和土著居民。⁽²⁴⁾ 东道国可能因为种种原因未能在抗辩中反映东道国居民的利益,此时它们可以作为独立于东道国的第三方主体,以法庭之友的身份向仲裁庭表达意见,比如东道国未能履行对于本地居民的人权义务的情形。⁽²⁵⁾ 第二,行业协会或商会组织,例如,在“Eli Lilly 案”(Eli Lilly and Company v. The Government of Canada)中,加拿大商会(Canadian Chamber of Commerce)、美国制造业协会(National Association of Manufacturers)、加拿大制药公司协会(Innovative Medicines Canada)等均提出了法庭之友申请。它们往往主张,仲裁庭的决定可能对本协会或者商会成员以及所在的行业产生重大影响。第三,政府间国际组织,如“菲利普莫里斯诉乌拉圭案”(Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay)中的世界卫生组织。第四,学者或研究机构。第五,欧盟委员会。⁽²⁶⁾

(22) 包括 USMCA (2018), Canada - EU CETA (2016), Australia-Chile FTA (2008) 等。

(23) UNCITRAL, *Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Fiftieth Session (New York, 9–13 February 2009)*, eSubscription to United Nations Documents (24 November 2017), <https://undocs.org/en/A/CN.9/669>.

(24) See ITALAW, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ItaLaw (1 October 2017), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>.

(25) Vivian Kube & E.U. Petersmann, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, 11 Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy 65, 76 (2016).

(26) AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22; Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19; Eureko B.V. v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008–13.

（二）投资仲裁中法庭之友参与的条件

从文本角度考察，归纳国际投资条约中对法庭之友参与条件的要求，主要包括下述五点。⁽²⁷⁾ 第一，法庭之友的辅助作用，即申请者是否因其不同于当事人的视角、知识、观点而对于仲裁庭判断某一事实或法律争议起到辅助作用。第二，申请者在拟提交的法庭之友意见中阐述的问题是否在争议范围内。第三，案件是否攸关申请者的利益，即要求案件争议和法庭之友的申请者之间存在利害关系。第四，仲裁案件的争议标的是否涉及公共利益。第五，法庭之友的参与不得影响仲裁程序的正常进行，不得“不正当地加重一方责任或不公平地偏向任一方”。如果法庭之友不能满足前述四个积极条件，如不能为仲裁庭提供辅助作用，或者其提交的书面意见不在争议范围内，都可能被视为影响仲裁程序的正常进行或加重了当事人的负担。

2006年《ICSID 仲裁规则》第37条中的规定与前述投资条约中的总结基本一致，但删除了对案件标的涉及公共利益的要求。新加坡国际仲裁中心（SIAC）《投资仲裁规则》第29条、中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）《国际投资争端仲裁规则（试行）》第44条、斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）《仲裁规则》附录三对法庭之友的参与条件的规定亦与其基本相同。《透明度规则》第4条亦点明了辅助作用、问题是否在争议范围内、利害关系以及不得妨碍程序或加重当事人负担的条件，并在《透明度规则》第1条中提出了仲裁庭应当衡量公共利益与公平解决纠纷的原则性要求。

三、法庭之友参与条件在投资仲裁中的适用

综合前文对国际投资条约、仲裁规则对法庭之友的规定，法庭之友参与的判断标准可总结为三个积极条件与一个消极条件，分别是：法庭之友对仲裁庭的辅助作用，法庭之友与仲裁程序有（重大）利益关联，法庭之友提交的意见在案件的争议范围之内以及法庭之友的参与不得对仲裁程序造成额外负担。除上述考量因素外，仲裁庭在作出决定时还可以考虑案件的其他情形。在绝大多数投资条约中提及的上述标准并非强制性的，而仅为仲裁庭是否接纳法庭之友意见提供参考。下文将结合仲裁案件，逐一考察前述条件在投资仲裁实践中的具体适用，以进一步分析法庭之友参与仲裁程序的门槛问题。

（一）法庭之友对仲裁庭的辅助作用

法庭之友是否因其不同于当事人的视角、知识领域、观点而对于某一事实或法律争议的决定起到辅助仲裁庭的作用，是仲裁庭判断法庭之友申请时的首要考量因素。例如在“Bear Creek Mining 案”中，仲裁庭认为，法庭之友对于仲裁庭是否具备辅助作用是最为重要的考量标准。⁽²⁸⁾

⁽²⁷⁾ 包括USMCA (2018), CETA (2016), EU-Vietnam FTA (2019), Canada FIPA (2004), Australia-Chile FTA (2008), US Model BIT (2004), US Model BIT (2012), US-CAFTA-DR (Dominican Republic-Central America FTA) (2004), US-Korea FTA (2012), Canada-Peru BIT (2006), United States-Uruguay BIT (2005)等。

⁽²⁸⁾ See Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Procedural No.5 (21 July 2016), para. 36.

从仲裁实践来看，仲裁庭在认定申请者是否具备辅助作用时并不存在一个普遍的适用标准。有些案件的仲裁庭对“辅助”作用的要求较高，认为只有法庭之友的视角和洞见“实质性地”（*materially*）不同于争议当事人时才可满足此标准；有些案件的仲裁庭并未加此限定，认为可以提供法律或事实上的不同视角和洞见即可满足。仲裁庭考察申请者是否具备辅助作用，既需要考虑法庭之友本身的性质、组织规模、影响力和专业程度等方面的因素，又需要结合法庭之友提交的意见与案件中涉及的法律或者事实的关联。

在“Apotex 案”中，仲裁庭对于辅助作用采取了严格标准。⁽²⁹⁾ 在该案中，一家从事资产管理咨询的公司，即 Study Center for Sustainable Finance of the Business Neatness Magnanimity（下称 BNM 或 BNM 公司）申请作为法庭之友参与仲裁程序。BNM 公司的研发部门由法律、金融等领域的学者和专家组成，为公共主体和私人提供有关投资公共产品的咨询服务。仲裁庭认为，法庭之友应当为案件中的事实或法律问题提供实质性的不同视角或洞见（*materially different perspective or insight*），而 BNM 没有任何有关美国食品与药品法或美国法律系统的经验或知识，无法为仲裁庭提供帮助。

大多数仲裁庭并未对参与条件增加“实质性的不同视角”的限定。在“菲利普莫里斯诉乌拉圭案”中，仲裁庭允许法庭之友世界卫生组织（WHO）和《烟草控制框架公约》（FCTC）秘书处的法庭之友身份，认为 WHO 提供的辅助作用包括其“作为世界卫生工作的指导协调组织”提供的有关全球控烟措施的信息。⁽³⁰⁾

在“Eli Lilly 案”中，申请作为法庭之友的主体既包括行业协会，也包括学者和研究机构等主体。其中，美国制造业协会（NAM）得到允准，七名知识产权法方面的教授也被允许作为法庭之友提交书面意见，但同样作为行业协会的加拿大创新制药协会（IMC）和某生物科技协会（BTC）均因“不能带来不同于双方当事人的视角、知识或者洞见，不能辅助仲裁庭判断事实或者法律问题”而被拒绝。被拒绝的 IMC 与 BTC 在申请书中说明，它们对仲裁庭的辅助作用包括，协助仲裁庭判断加拿大对于专利法的变更是否使其违反了国际贸易义务，以及是否对创新性制药企业造成了不恰当的影响等。⁽³¹⁾ 相比之下，被允许作为法庭之友的李氏（NAM）在其申请书中给出的理由是：“美国制造业协会将为仲裁庭提供有关保护知识产权的习惯和惯例，以及说明北美自由贸易区（NAFTA）提供的投资者保护措施是如何影响制造商的”“将说明单个 NAFTA 缔约方对于知识产权标准的提高会扭曲国际贸易和投资自由流动”。⁽³²⁾ 七位知识产权法教授认为，他们将提供的辅

(29) (1) Apotex Holdings Inc. (2) Apotex Inc. v. the United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/12/1, Procedural Order on the Participation of the Applicant, BNM, as a Non-Disputing Party (4 May 2013).

(30) Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Procedural Order No.3 (17 February 2015), paras. 24–25.

(31) Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, Case No.UNCT/14/2, Procedural Order No.4 (23 February 2016), p. 3–4.

(32) Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, Case No.UNCT/14/2, Amicus Curiae Submission of National Association of Manufacturers (23 February 2016), paras. 6–9.

助作用是说明工业实用性的全球标准，并说明加拿大的做法与全球范围内的实践相背离，损害了专利保护的目標和功能。“Eli Lilly 案”仲裁庭并未对拒绝或允准的理由给出具体的分析。分析前述主体的法庭之友申请理由和申请结果，可以看出，仲裁庭判断法庭之友是否具有辅助作用或与申请者的性质和其就某问题发表意见的权威性、专业度、可信度和影响力等有关，而与其观点是否具备倾向性无关。

此外，在大多数的案件中，相较于提供纯粹的法律观点的法庭之友，提供事实方面的新视角和观点的法庭之友更容易得到仲裁庭的青睐。在“Apotex 案”中，国际律师阿普尔顿（Mr. Appleton）提出了法庭之友申请。仲裁庭认为，尽管阿普尔顿在投资仲裁领域有着丰富的执业经验和专业知识，但是仲裁庭不认为由其提供的知识和观点可以超越或等同于当事人的律师团队，因此并未认定其辅助作用。^{〔33〕}在“Resolute Forest 案”中，仲裁庭援引 Apotex 案的观点，否定了一位法学教授（律师）的申请。^{〔34〕}而在“Bear Creek Mining 案”中，同样作为法学学者，洛佩斯博士（Dr. Carlos López）法庭之友申请获得允准，不过该案中仲裁庭对于洛佩斯的宽容态度并非由于本案仲裁庭采取了宽松的认定标准，而是由于该案中其与秘鲁普诺人权与环保协会（DHUMA）共同提交申请所致，其中，DHUMA 为本案提供了事实方面的协助信息，仲裁庭认为洛佩斯博士的法律专业知识和 DHUMA 在事实方面的本土知识的“组合”（combination）会为仲裁庭带来不同于当事人的视角，认为其满足辅助作用的标准。

（二）法庭之友与案件的利害关系

法庭之友最初被作为一种促进透明度和增强公共参与的制度设计，其植根于投资仲裁中所涉及的公共利益，即受到投资仲裁影响的公众应具备某种程度参与的权利。据此，只有受到仲裁案件影响的群体才是适格的法庭之友参与主体。因此，国际投资条约、仲裁规则普遍将法庭之友与仲裁案件之间的利害关系或者“重大利害关系”作为仲裁庭考量的标准之一。

在部分投资仲裁案件中，仲裁庭对于利害关系的认定十分宽松。这种利害关系既可以是争议对于法庭之友所在行业的普遍影响，也可以是法庭之友对法律变动的关切，还可以是其他关乎法庭之友所代表群体的政治权利和公民权利。

“Eli Lilly 案”中涉及了加拿大法院对于专利权的保护标准问题，行业协会、商会、学者、公益组织和研究机构等均认为自身对本案存在利害关系。行业协会认为，该案中仲裁庭对于加拿大法院专利认定标准的判断会对制药业乃至制造业产生广泛影响，故对本案有重要利害关系。知识产权法的法学教授认为其对本案的利益在于“确保专利法以及适用专利法的先例不会损害专利权，或减损专利产品特别是药品的创新性”。公益组织认为，它们长期关注专利法，宗旨是为公共利益而发声，它们认为自己的核心职责是对极为重要的公共政策事项进行干预。对于前述主体提出的

〔33〕 (1) Apotex Holdings Inc. (2) Apotex Inc. v. the United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/12/1, Procedural Order on the Participation of Applicant Mr. Barry Appleton as a Non-Disputing Party (4 May 2013), paras. 30–34.

〔34〕 Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada, PCA Case No. 2016–13, Procedural Order No. 6 (29 June 2017), para. 3.1.

利益关系的主张，仲裁庭均未表示反对。

在“菲利普莫里斯诉乌拉圭案”中，WHO 和《烟草控制框架公约》秘书处认为其对于烟草公司和乌拉圭之间的纠纷有重大利害关系，认为该争议涉及了对乌拉圭基于公共健康的国家规制权，而 WHO《烟草控制框架公约》及其指导准则均规定了有关烟草平装的措施，因此该案的结果可能对于《烟草控制框架公约》的 180 个成员国实施该公约产生重大影响。最终，WHO 和《烟草控制框架公约》秘书处的法庭之友申请均获得允准。

部分仲裁庭对于法庭之友的利害关系标准采严格解释。在“Apotex 案”中，仲裁庭认为，法庭之友标准之一的“重大利害关系”意味着，其必须超出普遍的一般性的利害关系（general interest），申请者必须能够说明，该案件的结果可能会对其代表或捍卫的权利、原则产生直接或间接的影响。该案中，资产管理咨询公司 BNM 认为自己对于案件的利害关系是：便于其提供新型的金融服务，为全球制药市场建立更符合道德观念的法律框架（a more ethical legal framework）。仲裁庭认为，本案对 NAFTA 的解释将限缩制药商的知识产权保护范围，这对 BNM 具备一般性的利害关系，但是 BNM 并未说明其与本案结果的重大利害关系，即其代表或者捍卫的权利或原则将如何受到仲裁结果的影响。同理，本案中另一位法庭之友申请者，一位国际律师的申请同样被驳回，仲裁庭认为该申请者对于案件的利害关系实质上是为律师代理的其他案件提供有利依据。仲裁庭认为，以这种理由主张存在重大利害关系并参与案件是非常荒唐的，这违背了法庭之友制度的设计初衷。“Resolute Forest 案”亦采纳了“Apotex 案”的重大利害关系标准。

在“Bernhard 案”中，国际组织“欧洲宪法权利与人权中心”（European Center for Constitutional and Human Rights, ECCHR）认为其对仲裁程序的重大利益是由其组织宗旨决定的，本案可能涉及公司滥用权力侵害人权，而在司法程序中促使公司承担人权方面的责任是其职能之一。仲裁庭似乎认为，ECCHR 十分关注侵害人权的企业的社会责任问题，但由于申请人反复强调其并未侵害人权，本案并不会讨论企业社会责任的问题，因此 ECCHR 的宗旨和经验并无用武之地，也就不能满足“重大利害关系”的要求。⁽³⁵⁾

（三）其他考量因素

第一，法庭之友的独立性和中立性（independence and neutrality）。法庭之友并非“当事人的朋友”，尽管法庭之友的立场可能与当事人一致，但其出发点与案件的当事人均不相同。⁽³⁶⁾也就是说，法庭之友的独立性和中立性未必意味着观点的绝对中立，法庭之友对于案件的争议本身有着自身的利益诉求，这种诉求既可以与当事人一致也可以不一致。事实上，大多数投资仲裁案件

⁽³⁵⁾ Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Procedural Order No.2 (26 June 2012), paras. 20–24.

⁽³⁶⁾ Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Procedural Order No.2 (26 June 2012), paras. 20–24. 在该案中，仲裁庭认为，对于法庭之友的独立性要求，是 ICSID 第 37 条（2）（1）项中的应有之义，该项规定，法庭之友应当具备不同于双方当事人的知识或洞见。

中的法庭之友往往与其中一方争议当事人的立场相契合。此外，法庭之友与当事人之间存在利害关系并不会必然排除其参与资格，但法庭之友的申请需要披露其与争议当事人的关系，包括其受到的资助或其他形式的协助。

考察仲裁实践可以发现，法庭之友与争议当事人之间存在关联关系的情况并不少见。在“Eli Lilly 案”中，申请人 Eli Lilly 公司是美国的一家大型制药公司，也是美国制造业协会、加拿大创新制药协会和某生物科技协会的会员。该案中，前述三家协会均曾向仲裁庭申请成为法庭之友，而 Eli Lilly 公司的副总裁是美国制造业协会的董事、Eli Lilly Canada Inc. (“Lilly Canada”) 的总裁和总经理是加拿大创新制药协会的董事。被申请人加拿大政府表达了对前述主体独立性的质疑，但仲裁庭仍然允许了美国制造业协会的法庭之友资格，而加拿大创新制药协会和前述生物科技协会虽然最终并未被同意作为法庭之友参与仲裁程序，被拒绝的理由却并非基于独立性的缺失。⁽³⁷⁾

在“菲利普莫里斯诉乌拉圭案”中，WHO 和《烟草控制框架公约》秘书处也并非处于中立地位。乌拉圭是《烟草控制框架公约》的缔约国，WHO 和《烟草控制框架公约》秘书处在法庭之友意见中提出了支持乌拉圭控烟政策的意见，而仲裁庭不仅认可了 WHO 等主体的法庭之友资格，还采纳了法庭之友对乌拉圭的支持意见，并体现在仲裁裁决中。

但是，有仲裁庭认为，明显缺乏独立性或中立性直接构成驳回法庭之友申请的充分理由。在“Bernhard 案”中，国际组织 ECCHR 和土著居民的法庭之友申请因明显缺乏独立性而被驳回。促使本案仲裁庭作出此种判断的关键事实是，法庭之友曾在准备申请书时接受某第三方（Nyahode Union Learning Centre, NULC）⁽³⁸⁾ 的支持，该第三方与一位萨科先生（Mr. Sacco）关系紧密，而萨科先生正与申请人处于纠纷之中。⁽³⁹⁾ 仲裁庭认为这些情形足以对申请者的中立性或独立性产生正当怀疑，这是仲裁庭拒绝的首要原因。仲裁庭也考虑了法庭之友对于本案的利害关系、辅助作用等参与条件，但认为明显缺乏独立性已经构成了法庭之友不能参与案件事实的理由。

第二，案件是否涉及公共利益。尽管大多数仲裁规则并未将案件公共利益作为一个参与条件予以明文规定，但事实上，在仲裁实践中，仲裁庭会在考虑案件所涉及公共利益的基础上判断法庭之友的申请。其间原因在于，允许 NGO 等案外人对仲裁程序发表意见，回应了关于投资仲裁秘密进行的批评之声，平息了对投资仲裁程序的部分质疑。例如，在“梅赛尼斯案”中，仲裁庭在接纳法庭之友意见时论道：“毫无疑问，本案涉及公共利益，本案中所讨论的实体问题远远超出了商事主体之间在国际仲裁中处理的问题的影响，而这不仅仅因为其中一方争议当事人是国家……”该案中的法庭之友指出，本案的争议标的决定了其公益性，仲裁庭接纳法庭之友的意见

(37) Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, Case No. UNCT/14/2, Procedural Order No. 4 (23 February 2016) .

(38) NULC 是萨科所创，而萨科是 NULC 发起本案中涉及的土地运动的核心人物。

(39) See Bernhard Von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Procedural Order No. 2 (26 June 2012), para. 33. 该案中涉及法庭之友独立性的事实还包括，当地土著居民的首领可以依据津巴布韦的国内法委任和撤销，申请人认为，依据津巴布韦国家的法律，首领们的职能事实上是津巴布韦政府的职能，而他们的行为应当被视为津巴布韦的国家行为，仲裁庭并不认为申请人的这一主张成立。

将对仲裁程序带来正面影响，获得仲裁程序公开、透明的正面评价，反之，拒绝法庭之友的申请可能会对整个程序造成负面的损害。在“菲利普莫里斯诉乌拉圭案”中，仲裁庭同样考虑了该案争议涉及的公共利益，认为如果接受法庭之友的请求将促进程序的透明度，并提升公众对于仲裁结果的接受程度。

普遍来说，在投资仲裁涉及公共利益的情况下，法庭之友的申请更易获得允准。但公共利益不仅是法庭之友进入仲裁程序的一项“催化剂”，在某些案件中，仲裁庭将“是否代表公共利益”作为判断特定主体是否符合法庭之友资格的一项标准。在“Resolute Forest 案”中，仲裁庭将该项标准解读为“法庭之友的申请与促进公共利益之间存在联系”（link between their application and furtherance of the public interests）。也就是说，当公共利益被当作一项参与条件来加以判断时，提交申请的法庭之友需要说明其申请将促进或反映某种公共利益方能满足此项要求。“Apotex 案”仲裁庭亦采纳了此种观点。在处理 BNM 和国际律师的申请时，仲裁庭认为该案涉及公共利益，其裁决结果所产生的影响将超越争议当事人本身，但仲裁庭无法确认 BNM 和律师的申请指向了何种公共利益，其认为律师所主张的“公共利益”仅仅是一种影响其自身的专业利益，因而认定法庭之友的申请者未能满足该项标准。

四、投资仲裁中法庭之友的权利

法庭之友参与投资仲裁案件的具体形式和权利内容，由仲裁庭在个案中依照适用的仲裁规则、投资条约以及当事人的特别约定加以判断。

仲裁庭允准法庭之友申请就意味着允许其提交书面意见，这是法庭之友的基本权利。但实践中，法庭之友提交书面意见的形式和篇幅往往受到严格的限制。法庭之友通常仅被允许提交一次书面意见，双方当事人可以予以回应，但不会继续就法庭之友提交的书面意见展开辩论。法庭之友也不能对于当事人发表的后续观点提交二轮意见。2017 年《SCC 仲裁规则》对法庭之友采取了更加友好的态度，其附录三规定，仲裁庭可以经当事人请求或主动允许法庭之友对其提交的书面意见进行补充性说明。但从目前的实践来看，允许法庭之友作进一步补充说明的情形十分罕见。

法庭之友参与庭审并进行口头辩论的请求极难得到认可，其间原因在于仲裁规则对庭审程序私密性的明确规定，仲裁庭的权力因此受到限制。仲裁庭不能违反仲裁规则径行打破仲裁的私密性。因为根据仲裁法的基本理论，违反当事人意思自治作出的仲裁裁决构成程序瑕疵，当事人可以以此为由请求仲裁地法院撤销仲裁裁决，或请求执行地法院拒绝承认和执行，而当事人选定的仲裁规则正是当事人合意的载体。但是，2017 年的《SCC 仲裁规则》对此进行了突破，附录三规定，仲裁庭可以经当事人请求或主动允许法庭之友口头阐述其书面意见或进行答辩。参与庭审、进行口头答辩将是法庭之友权利的重大突破，这使《SCC 仲裁规则》成为在法庭之友制度方面最先进的一套仲裁规则。

不同于法庭之友在美国法院较为广泛的口头答辩权，迄今为止，笔者尚未发现仲裁庭许可法

庭之友参与庭审现场、进行口头答辩的实例。不过，尽管法庭之友无法在现场进行口头辩论，但通过投资仲裁公开的机制，法庭之友可以与其他社会公众一同“旁听”庭审过程。例如，在“梅赛尼斯案”中，仲裁庭虽然否定其参与庭审的请求，但最终法庭之友得以在邻近房间中观看庭审电视直播；在“Eli Lilly 案”中，仲裁庭明确指出：法庭之友与其他公众一样不得参与庭审程序，但是他们可以在世界银行的旁听室观看庭审程序。

对于法庭之友获取案件材料的权利，仲裁实践普遍驳回了这一申请，认为法庭之友对于案件材料的知情权与一般公众并无区别，这也反映了投资条约的规定。^{〔40〕}在“菲利普莫里斯诉乌拉圭案”中，仲裁庭论述道：基于 2006 年《ICSID 仲裁规则》第 37 条的规定，法庭之友的权利内容不包括其获得案件材料的权利。但是事实上，尽管这一请求被仲裁庭驳回，法庭之友往往可以通过其他渠道获得仲裁文件。^{〔41〕}允许法庭之友参与的案件中透明度的水平往往较高，法庭之友可以通过投资仲裁公开制度获得所需的仲裁文件。即便没有仲裁程序公开的安排，亦有仲裁庭通过其他方式，默许当事人将相关文件披露给法庭之友的做法。

当法庭之友无法通过仲裁案件的信息公开机制及时获取仲裁案件的相关文件时，个别案件中的仲裁庭为了使法庭之友有效准备其书面意见，允许其获得相关的书面文件，仲裁庭同时规定，法庭之友获取文件只能用作准备书状使用，无权披露给第三人。但值得一提的是，2017 年《SCC 仲裁规则》明确规定了法庭之友申请获取文件的权利。附录三第 3 条第 6 段规定，为准备其书面意见，法庭之友可以向仲裁庭请求获得书面文件，仲裁庭应当在咨询当事人意见后对这一问题作出决定，同时应当考虑保障有关信息的保密性。

就法庭之友参与案件的程序，以《自由贸易委员会声明》为例，申请作为法庭之友的主体应当向仲裁庭同时提交申请许可（application for leave）和书面意见（amicus briefs）。在申请许可中，除了基本信息之外^{〔42〕}，申请作为法庭之友的个人或组织应当披露：（1）申请者与争议当事人的直接或间接从属关系（affiliation）。（2）在准备申请书的过程中提供协助的任何政府、个人或组织，包括物质帮助和其他帮助。申请许可中还应当陈明申请者与本案有何种利害关系、书面意见中论及了哪些法律或事实问题、仲裁庭接受申请者意见的理由为何。而法庭之友书面意见中的陈述应当准确、简洁，长度不应超过 20 页（包括附录），只能针对争议范围内的问题发表意见。^{〔43〕}

〔40〕 例如，2003 年《自由贸易委员会意见》中明确规定，法庭之友对案件的知情权与一般公众并无区别，“法庭之友申请获取案件的请求应当依照 2001 年《自由贸易委员会声明》处理”。

〔41〕 例如，Lone Pine Resources Inc. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2; Mobil Investments Canada Inc. v. Canada, ICSID Case No. ARB/15/6; Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, Case No. UNCT/14/2; Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/12/1 等案。

〔42〕 申请者被要求提供的基本信息：（1）地址和联系方式。（2）申请者所属的组织名称和法律性质。当申请的法庭之友是法人时，还应当提供其组织目的、主要（经营）活动的性质以及任何直接或间接控制该法人的实体。

〔43〕 在美国国内诉讼制度中对于法庭之友亦有类似要求，被学者称为“司法经济原则”，例如，美国《联邦上诉法院程序规则》第 29 条第 4 款第 13 项规定，法庭之友的陈述最长不得超过当事人提交的文书长度的一半。转引自张小燕、齐树洁：《“法庭之友”制度及其借鉴意义》，载《厦门大学法律评论》2006 年第 1 期，第 57 页。

法庭之友的申请许可和书面意见应当同时发送给仲裁庭和争议当事人，当事人可在一定期间内，就其申请许可发表意见，而后交由仲裁庭裁定。由于法庭之友在提交申请之时已经将其书面意见一并提交，因此得到准予的法庭之友无须再次提交其意见。仲裁庭允准的指令作出后，当事人可以书面形式回应法庭之友的意见，同时，非争端缔约国也可以对法庭之友意见中所涉及的条约解释问题发表意见，但鉴于仲裁实践中极少有仲裁庭准予法庭之友提交补充意见或者参加出庭辩论，法庭之友对仲裁程序的参与往往到此为止。

五、法庭之友的参与对投资仲裁的影响

法庭之友被允许参与投资仲裁程序后，除了形式上的“参与”，是否在实质上对仲裁案件的裁决产生了影响？评估法庭之友对仲裁案件的影响，固然要考虑其观点是否在裁决中有所反映等直接影响，也要考虑法庭之友在过程中发挥的隐性作用。

仅从目前的仲裁案件来看，法庭之友的参与频率逐年增加，但总体来看法庭之友的影响力不显著。由于仲裁规则和投资条约中并未明确要求仲裁庭考虑和采纳法庭之友意见，大多数仲裁庭往往仅在裁决书程序历史部分（procedural history）提及法庭之友的申请和材料提交的要点，却极少在裁决的论理部分引用法庭之友的观点和提供的材料。当法庭之友提出不同于当事人的主张或法律问题时，仲裁庭普遍采取“选择性忽视”的态度，并不直接回应，而是择取其他的切入角度进行分析，以此回避掉法庭之友所提出的涉及国际人权法等相关问题。这一做法不难理解，一来投资仲裁中的仲裁员不总是国际公法的专家，二来，仲裁庭的职能始终紧紧围绕解决当事人的纠纷，保守的仲裁庭并不认为在特定争议中讨论这些问题有必要。因此，有学者认为仲裁庭对于法庭之友的参与“口惠而不实”。⁽⁴⁴⁾

在少数仲裁裁决中，法庭之友的意见最终被仲裁庭间接采纳或认可。例如，在“梅赛尼斯案”中，仲裁庭在裁决中简要地提及了法庭之友的观点，尽管并未直接回应法庭之友的意见，但事实上，从裁决中可以看出，仲裁庭在分析 NAFTA 第 1102 条是否与《关税及贸易总协定》（GATT）第 3 条具有可比性时采纳了法庭之友的观点。⁽⁴⁵⁾ “Biwater 案”（Biwater Gauff (Tanzania) Ltd., v. United Republic of Tanzania）仲裁庭采取了一种有趣的处理方法：仲裁庭在裁决中详细地总结了法庭之友的书面意见，并明确表示该意见对仲裁庭审理案件起到了辅助作用，但事实上，仲裁庭并未真正考虑法庭之友提出的可持续发展问题和清洁水权的问题。⁽⁴⁶⁾ 在“菲利普莫里斯诉乌拉圭案”中，法庭之友的意见在仲裁庭裁决中被采纳和论述，对于仲裁庭作出裁决产生了一定影响；在“Piero Foresti 案”中，仲裁庭有意表现出对法庭之友意见的重视，预设一节分析和评价法庭之友

(44) Tomoko Ishikawa, *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, 2 The International and Comparative Law Quarterly 373, 412(2010).

(45) Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (3 August 2005).

(46) 黄世席：《国际投资争端中投资规则与人权规则适用的冲突与挑战》，载《当代法学》2018年第4期，第119页。

的角色。^{〔47〕}

与法庭之友在美国司法案件中的影响力相比,投资仲裁中的法庭之友显得束手束脚,因此有学者认为法庭之友参与的理论意义大于实践意义。^{〔48〕}投资仲裁公私杂糅的尴尬定位、仲裁庭职能的局限性,使法庭之友和仲裁庭面临较多束缚,且按照仲裁法的程序自治理论,在双方当事人一致拒绝法庭之友参与时,仲裁庭不可接受法庭之友的申请。

即便如此,投资仲裁中的法庭之友也建构了一种信息表达的渠道,法庭之友的意见不受制于管辖权、“主张”范围、证据规则、禁反言、既判力等规则的限制,其意见书的影响力直接与法庭之友本身的专业程度、所提意见的价值直接相关。仲裁庭允许案外人参与仲裁程序^{〔49〕},打破了仲裁程序封闭性的制度安排,宣示着投资仲裁的透明化倾向,这种形式的出现本身具有重大意义。在仲裁规则和投资条约均未明文规定法庭之友制度的情况下,法庭之友在投资仲裁中的出现,说明一个雄心勃勃的仲裁庭和论理充分的法庭之友意见,对于国际投资法的影响力是不容忽视的。

六、对中国政府与投资者运用法庭之友的建议

目前实践中已经存在大量法庭之友参与投资仲裁案件的情形,法庭之友的参与条件亦有趋同。就法庭之友的应对方面,中国政府与投资者可考虑如何在操作层面将法庭之友制度为我所借鉴。

首先应当明确,在投资仲裁案件中,法庭之友可以是“对手”也可以是“朋友”。法庭之友固然不能是“当事人的朋友”,其对于案件的争议本身有着自身的利益诉求,但法庭之友的观点却未必是中立的,事实上,大多数投资仲裁案件中的法庭之友往往与其中一方争议当事人的立场相契合。那么相应的,中国对待法庭之友的态度自然不应一概而论,而应根据案件进展和仲裁策略的需要、法庭之友的立场、仲裁程序的效率等综合考虑。

从主动出击、充分利用法庭之友制度维护公共利益的角度来说,首先应打破“法庭之友仅包括 NGO”的旧有认识。不论从规则层面还是实际案件中,在主体形式方面法庭之友几乎不存在限制,任何个人、营利组织、非营利组织均可以申请成为法庭之友。实践中,最终以法庭之友身份参与案件的主体既可以是东道国当地居民团体,也可以是行业协会、商会组织,学者、学者团体和研究机构也是频繁提出法庭之友申请的群体。英美国家在国内层面对法庭之友的概念、功能已经有了相当成熟的了解,所以将参与的平台搬到国际上也驾轻就熟,而相比之下,中国欠缺民间干预司法的土壤环境。因此,当发生中国政府被诉的案件时,可通过适当方式,使对案件有利害关系的公众知悉有关事实,更重要的是,普及公众对“法庭之友”制度的认识,并经由社会团体、学术机构等非官方组织对接参与投资仲裁程序的操作细节。当然,NGO 仍然是法庭之友的重要申请主体,在国际上具备一定影响力的 NGO 总部大多来自发达国家,但从仲裁实践中 NGO 的主张

〔47〕 Piero Foresti etl. v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB (AF)/07/01, Award (4 August 2010), p. 9.

〔48〕 张庆麟:《国际投资仲裁第三方参与问题探究》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第11期,第75页。

〔49〕 参见《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(2006年修订版)第19条。

来看,许多 NGO 对于投资者的人权义务、东道国居民的人权和健康的关切并不因东道国是发展中国家还是发达国家而区别对待,对于这些 NGO,中国可持开放和欢迎态度。

从应对与己方立场相反(或立场中立)的法庭之友申请的角度来说,可以考虑从如下几个方面提出反对法庭之友的申请:第一,调查法庭之友的独立性。尽管法庭之友与当事人之间存在利害关系并不会必然排除其参与资格,但法庭之友的申请者需要披露其与争议当事人的关系,包括其受到的资助或其他形式的协助。实践中,明显缺乏独立性或中立性可直接构成驳回法庭之友申请的理由(如法庭之友在准备申请书的过程中受到申请人任何形式的资助)。第二,主张法庭之友的视角和洞见的“实质性”不同于争议当事人时才可满足法庭之友的“辅助作用”标准,特别是,如果与我方立场不同的法庭之友仅提供纯粹的“法律”观点而非事实方面的观点,以往的仲裁实践显示,其申请很可能被驳回。第三,在程序方面限制法庭之友的参与权利,主张法庭之友的程序权利仅限于提交书面意见,具体可参考上文对法庭之友参与权利的梳理。第四,法庭之友与仲裁案件之间的利害关系或者“重大利害关系”,通常仲裁庭对利害关系的认定比较宽松,需将此标准与其他标准结合适用。

七、结语

法庭之友在投资仲裁中参与的正当性,建立在投资仲裁争议牵涉公共利益的理论基础之上。投资仲裁所不同于国际商事仲裁的公益属性,使其能够兼容公开透明、民主参与的规则要求。法庭之友的参与回应了公众对投资仲裁的批评,在一定程度上彰显了司法民主,增强了投资仲裁的透明度和合法性。

从法庭之友的主体类型来看,个人、营利性组织、非营利性组织、国家均可以申请成为法庭之友。法庭之友的角色定位与其“辅助仲裁庭”的功能密切相关,其应是一种不同于当事人的立场和身份、能为仲裁庭提供帮助的人。同时,由于法庭之友的制度设计在于体现“参与”,因此要求法庭之友必须是案件裁决的利益相关者,对案件争议有重大利益。从仲裁实践来看,仲裁庭在认定申请者是否具备辅助作用时并不存在一个普遍的适用标准,但在大多数的案件中,相较于提供纯粹的法律观点的法庭之友,提供事实方面的新视角和观点的法庭之友更容易得到仲裁庭的青睐。仲裁庭对于利害关系的认定标准不一,利害关系既可以是争议对于法庭之友所在行业的普遍影响,也可以是法庭之友对法律变动的关切,还可以是其他关乎法庭之友所代表群体的政治权利和公民权利。部分仲裁庭对于法庭之友的利害关系标准采严格解释,认为法庭之友必须超出普遍的一般性的利害关系而须具有重大利害关系。除上述考量因素外,仲裁庭在作出决定时还可以考虑案件的其他情形,如法庭之友的独立性和中立性,案件是否涉及公共利益。允许参与仲裁案件的法庭之友,其权利通常仅包括提交一轮书面意见,无法出庭进行口头辩论。而对于文件获取的权利,尽管并无明文规定,法庭之友往往可以通过当事人的提供、投资仲裁的公开这两种渠道最终获取提交意见所需的资料。

法庭之友参与投资仲裁的理论意义大于实践意义,但其潜力和发挥的隐性作用不容忽视。法

庭之友可以是“朋友”也可以是“对手”，应打破“法庭之友仅包括 NGO”的固有认识，主动出击、充分利用法庭之友制度维护公共利益，并从法庭之友的独立性、与案件有无利害关系的角度，应对与己方立场相反（或立场中立）的法庭之友申请。

The Participation of *Amicus Curiae* in Investment Arbitration

LIU Lu

Abstract: Transparency in investment arbitration has been an important issue that has been discussed continuously in recent years, and the “public participation” required by it has been achieved through the participation of *amicus curiae*. Investment arbitration retains the requirement of the privacy of commercial arbitration, but the effect of its award is far greater than that of private interests, which arouses the international community’s doubts about investment arbitration. The participation of *amicus curiae* broke the absolute privacy of arbitration, alleviated the institutional contradiction of “private law procedures to solve public law problems”, and to a certain extent straightened out the theoretical basis of investment arbitration. The standard determining the application of amici curiae mainly includes the assistance to the arbitral tribunal, whether the amici brief discussed issues within the scope of the dispute, whether the *amicus curiae* have significant interest in the dispute, whether the subject matter of the arbitration case involves public interest. Those who are allowed to participate into the procedure as amici curiae are entitled to submit written submissions but not to plead orally. The theoretical significance of *amicus curiae*’s participation in investment arbitration is greater than the practical significance, but its potential cannot be ignored. *Amicus curiae* in an investment arbitration can be neither an “opponent” nor a “friend” for China and Chinese investors, we should understand and utilize the *amicus curiae* system in investment arbitration.

Keywords: *Amicus Curiae*; Investment Arbitration; Transparency

（责任编辑：丁 丁 汪友年）