

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2017.03.002

国际投资仲裁第三方参与问题研究*

刘晓红¹ 袁小璐²

(1. 上海政法学院, 上海 201701; 2. 华东政法大学, 上海 200042)

摘要: 国际投资仲裁起源于国际商事仲裁, 却又因为其往往涉及公共利益而得到更多的第三方关注。在第三方参与呼声日益高涨的同时, 国际上出现了比较丰富的实践案例。与此同时, 联合国大会在2013年和2014年相继通过《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》和《联合国投资人与国家间给予条约仲裁透明度公约》。虽然目前对第三方参与投资仲裁仍有非议, 但不可否认其是大势所趋, 值得我们梳理借鉴。

关键词: 法庭之友; ICSID 仲裁规则; 透明度规则

中图分类号: DF96

文献标识码: A

文章编号: 2095-8072(2017)03-0017-13

一、国际投资仲裁第三方参与问题由来

(一) 背景和数据

第二次世界大战以后, 广大亚非拉发展中国家逐渐摆脱殖民统治, 获得经济独立。为了进一步摆脱外国资产的控制, 支持民族企业发展, 一些国家开始对一些关乎民生的外资企业进行国有化, 由此产生了大量投资纠纷。这种纠纷的主体一方是投资者, 一方是东道国, 一旦解决不当会引起投资者东道国的外交保护和政治介入, 从而使纷争政治化, 最终由投资纠纷演变成两个国家之间的纠纷。因此, 投资争端的妥善解决就变得尤其重要, 不仅可以促进国际投资的健康发展、促进资本的国际流动, 对国际和平和稳定也起着不可小觑的作用。另一方面, 在过去的几十年间, 全球范围内外国直接投资额总体飞速增长, 从1982年的总值590亿美元, 增长到2016年的总值近18000亿美元。全球范围内的双边投资条约数量也由20世纪80年代的不到400个, 增长到2016年的3304个。^①伴随着国际投资的飞速发展, 国际投资争端案件的数量也在急剧增加。

为了和平有效地解决国际投资争端, 应对日益增多的投资争议案件, 1965年, 经过世界银行倡议, 美国、法国等一些发达国家与中非共和国等一些发展中国家共同缔结了《解决国家和他国国民之间投资争议公约》(以下简称《华盛顿公约》),

* 本文系2014年度国家社会科学基金重大项目“法治引领推动自贸试验区建设的难点与路径研究”(14ZDC016)、华东政法大学优秀博士学位论文培养项目、上海市085工程“华东政法大学博士生海外调研计划”阶段性成果。

① U.N. Conference on Trade and Development, World Investment Report 2016: Reforming International Investment Governance, UNCTAD/WIR/2016.

次年，解决投资争议国际中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，以下简称ICSID）成立，作为执行公约、解决东道国与投资者之间直接投资争端的机构。^①《华盛顿公约》于1966年10月14日正式生效，生效之时有20个国家批准加入。到2016年1月，公约的签署方达到160个，其中152个国家正式批准加入公约。^②我国也于1993年2月6日正式批准加入公约。根据《华盛顿公约》，当缔约国与其他缔约国投资者发生投资争议时，公约中包含了调解规则和仲裁规则，可以供当事人选择适用，以方便争端双方进行调解和仲裁。截至2015年底，ICSID共受理560个案件，其中仲裁案件多达551个。到2016年4月，受理案件总数上升至571，其中仲裁案件为562件。^③仅仅4个月的时间，ICSID即受理了11个案件。除了ICSID，其他仲裁机构也在解决国际投资争议方面发挥着作用。截至2015年底，在斯德哥尔摩商事仲裁院登记的案件有36件，在国际商事仲裁院登记的有6件，在常设仲裁院登记的案件有88件，在其他机构登记的案件有10件。下表1是联合国贸易和发展会议网站上公布的从1990年到2016年，每年发起的投资仲裁案件数量和每年发布的仲裁裁决数量。^④根据表1中数据，1987年到1996年整个10年发起的仲裁案件数量只有12件，但1997年到2006年整个10年发起的仲裁数量高达232件，比上一个10年增长近20倍。而2007年到2016年整个10年发起的仲裁案件数量高达495件，且近5年来每年发起的案件数量趋于稳定。由此可见，投资仲裁作为解决国际投资争议的方式之一，正在为越来越多的国家和投资者所接受。

表1 ICSID 仲裁案件及仲裁裁决统计表（1987~2016）

年份	发起仲裁 案件数	发布的仲裁 裁决数量	年份	发起仲裁 案件数	发布的仲裁 裁决数量
1987	1	0	2002	25	16
1988	0	0	2003	38	18
1989	0	0	2004	42	22
1990	0	1	2005	40	23
1991	0	0	2006	27	38
1992	0	0	2007	43	40
1993	1	0	2008	38	39
1994	2	1	2009	42	44
1995	2	1	2010	35	51
1996	6	1	2011	52	31
1997	7	3	2012	54	59
1998	10	5	2013	69	58
1999	14	6	2014	53	66
2000	13	16	2015	72	64
2001	16	15	2016	37	31

① 贺小勇. 国际经济法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2008: 44.

② ICSID Database of Member States. ICSID Website[2016-10-21]. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=CSO>.

③ ICSID Cases. ICSID Website[2016-04-30]. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?gE=s>.

④ Investment Dispute Settlement Navigator. UNCTAD Website[2016-12-31]. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.

20世纪80年代以后,欧洲经济一体化给美国带来挑战,日本等东亚国家的崛起也让美国感受到压力,在这种背景下,美国开始寻求与周边国家的合作。NAFTA由美国、加拿大、墨西哥三国签订于1992年8月12日,1994年1月1日正式生效,其第11章用于解决缔约国与另一缔约国投资者之间的争议。根据第11章第1120条,当东道国和投资者母国均是ICSID缔约国时,可以选择ICSID公约下的投资仲裁;当东道国和投资者母国有且仅有一方是ICSID缔约国时,可以选择ICSID的附加便利规则下的投资仲裁,也可以选择适用UNCITRAL作为仲裁规则。

国际投资仲裁起源于国际商事仲裁,在很大程度上依赖于国际商事仲裁的规则和程序。举例来说,根据北美自由贸易协定(North American Free Trade Agreement,以下简称NAFTA),争端双方可以选择的仲裁规则有三个:一是1965年华盛顿公约中的仲裁规则,二是1978年中心制定的附加便利规则,三是1976年联合国贸易法委员会仲裁规则,但是由于墨西哥并不是ICSID公约的签署方,而且加拿大也是在2013年10月1日才批准加入公约,因此NAFTA下的投资仲裁,最常用的是《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules,以下简称UNCITRAL仲裁规则)。UNCITRAL仲裁规则由联合国贸易法委员会于1976年12月15日通过,根据联合国大会于1976年12月15日31/98号决议,制定规则的初衷和目的是“建议使用联合国国际贸易法委员会仲裁规则解决国际商业关系中引起的争端,并特别在商业合同中提到贸易法委员会仲裁规则”。^①也就是说,此规则是为国际商事仲裁而不是为国际投资仲裁设计的。国际投资仲裁适用国际商事仲裁规则和程序带来的结果是双面的。一方面,国际投资仲裁的裁决可以像国际商事仲裁裁决一样,得到承认与执行方面的保障。1958年3月在联合国总部召开的国际商事仲裁会议上达成了《承认与执行外国仲裁裁决公约》(the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,以下简称《纽约公约》),确保依据有效的仲裁协议做出的仲裁裁决在任何缔约国境内得到承认与执行;另一方面,国际投资仲裁适用国际商事仲裁的规则和程序,也使得国际投资仲裁不可避免地具有了保密性。仲裁保密性的含义,首先是仲裁庭审过程不向第三方公开,如果没有争端双方的同意,第三方对庭审过程完全无法涉足。^②除此之外,保密性还包括不得披露仲裁相关文件,包括申请书、答辩书、相关证据材料和仲裁裁决等。国际商事仲裁的拥护者都将保密性作为仲裁的一项制度优势,然而当国际投资仲裁承袭这种保密性时,却得到国际社会的诟病,这是因为国际投资仲裁和国际商事仲裁在主体方面有着根本的区别,国际商事仲裁的主体双方均是私人,而国际投资仲裁的主体一方是投资者、另一方是东道国,其双方间的争议通常会涉及东道国的公共政策,处理结果极有可能给公共利益、公众健康或者环境保护带来影响。仲裁过程和相关文件的不公开,会降低

① 《大会正式记录,第三十一届会议 补编第17号》(A/31/17),第五章,C节[EB/OL]. 联合国国际贸易法委员会网站[2010-10-04]. <http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-c.pdf>.

② 郭玉军,梅秋玲.仲裁的保密性问题研究[J].法学评论,2004(2): 26.

大众对此争端解决机制的信赖，引发投资仲裁的正当性危机。

（二）概念和理论基础

在这种背景下，国际投资仲裁发生了重大改变，不再拘泥于传统仲裁的保密性，而是增强程序透明度、允许第三方参与。这里的“第三方”也被称为“非争端方”，是指独立于双方当事人之外的非政府组织、利益团体、个人等，而“第三方参与”是指独立于双方当事人之外的非政府组织、利益团体、个人等通过特定方式参与到仲裁的过程中，并试图对仲裁的过程和结果产生一定的影响。要强调的是，此处的“第三方”不同于当事人提供的证人等，他们是作为一方提供的“证据”出现在仲裁庭，而这里所说的第三方是不受当事方控制的独立一方。^①通常来说，第三方参与仲裁的方式主要有以下几种：一是进行启动仲裁程序的公告，这是第三方参与的前提；二是通过提交书面文件的方式，也就是“法庭之友”，“法庭之友”来源于拉丁文“*amicus curiae*”，根据布莱克法律词典（Black's Law Dictionary），法庭之友是指“某一案件的非当事方自愿向法庭提交陈述或在某一具体案件中有重大利害关系的人应法院要求向法院提交陈述”；三是通过参加听审过程，获得相关信息，发表口头意见；四是获知仲裁程序中的相关文件和仲裁裁决。投资仲裁的第三方参与和投资仲裁透明度是本文中频繁出现的两个概念，笔者认为这两个概念有一定的共通性，投资仲裁的第三方参与是增强投资仲裁透明度的方式，而投资仲裁透明度是投资仲裁第三方参与所要实现的目标和达成的结果。

第三方参与的理论基础之一是公众的知情权，知情权是最基本的人权，经济越发展，社会越进步，对公众的知情权就越重视；第三方参与的理论基础之二是公共利益与私人利益的逻辑关系，公共利益是私人利益的有机结合也是私人利益让渡的结果，如果没有对公共利益的保护，私人利益也将难以实现，不能为私人利益而损害公共利益，为了维护公共利益，私人利益的适当让渡是必要的。

第三方参与国际投资仲裁有一个很长的发展和接受过程。本文通过对NAFTA和ICSID投资仲裁多年实践过程中发生的典型案例研究，分析国际投资仲裁逐渐向第三方开放的过程。随后，本文将总结在投资中仲裁逐渐向第三方开放的过程中出现的一些争议和担忧的声音并进行讨论，提出自己的观点。最后总结国际投资仲裁透明度改革实践对中国的启示。

二、国际投资仲裁第三方参与实践

（一）NAFTA 仲裁中的第三方参与

对于国际投资仲裁透明度的广泛讨论始于NAFTA。20世纪90年代，一些非政府

^① 张庆麟. 国际投资仲裁的第三方参与问题研究[J]. 暨南学报, 2014(11): 71.

组织开始要求参与到以NAFTA为法律基础的投资仲裁程序中, 增强投资仲裁的透明度。这些投资仲裁案件通常和公共利益相关, 和环境保护、保护公共健康相关。是否同意这些非政府组织参与到投资仲裁中, 成为了仲裁庭重点要解决的问题, 也在国际社会引起了广泛的争议。为此, NAFTA第11章下的投资仲裁透明度问题成为一个重要议题。^①

1. *Methanex Corporation v. United States* 案

这是仲裁庭裁决其有权接受法庭之友书面意见的第一个国际投资仲裁案。此争议源于加利福尼亚州对于一种叫做MTBE的汽油添加剂的禁令。Methanex公司是加拿大一个大型的甲醇生产公司, 而甲醇是生产MTBE的主要元素。禁令发布后, Methanex公司以其违反NAFTA1110、1105、1102条为由, 提请仲裁, 仲裁适用UNCITRAL仲裁规则。在仲裁过程中, 国际可持续发展研究所(International Institute for Sustainable Development, 以下简称IISD)、美化环境联合会(Communities for a Better Environment, 以下简称CBE)和地球岛研究所(Earth Island Institute, 以下简称EII)提出如下申请:(1)口头、书面提交法庭之友意见;(2)作为法庭之友参与仲裁程序;(3)参加听审;(4)获得当事人提交的材料;(5)在听审过程中获得旁听身份。仲裁庭在2001年1月对此申请给予答复。^②仲裁庭在答复中提到, 无论是在UNCITRAL仲裁规则中或是在NAFTA第11章B部分中, 都没有明确表达仲裁庭有接受法庭之友意见的权利, 也没有明确否定这种权利。因此, 仲裁庭认为, 必须根据UNCITRAL仲裁规则的第15条(1)款来考虑第三方的请求, 根据《UNCITRAL仲裁规则》第15条(1)款, 在不违反UNCITRAL仲裁规定的前提下, 仲裁庭可以其认为适当的方式进行仲裁, 但是要确保双方当事人在仲裁程序中的平等权利。规则的第15条(1)款赋予仲裁庭很大的自由裁量权, 那么, 需要解决的第一个问题就是这个裁量权的范围。仲裁庭做出进一步解释, 只有在程序问题上, 仲裁庭可以行使自由裁量权, 仲裁庭认为, 接受法庭之友意见就是一个程序性问题, 因为接受法庭之友意见不意味着赋予第三方实质性的权利, 仲裁的法律性质也不会因第三方的参与而发生改变。^③之后, 仲裁庭引用WTO上诉机构接受法庭之友意见的实践并提到, 在这个仲裁案件中毫无疑问涉及到公共利益。^④因此, 在这个案件中, 仲裁庭做出了接受法庭之友提交的书面意见的决定。

然而, 这些非政府组织的其他申请全部被拒绝。首先, 仲裁庭认为其没有权利允许第三方参加口头听审, 因为根据UNCITRAL仲裁规则第25条(4)款, 开庭是不公

① J. Nakagawa, *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*. Routledge, 2013:3.

② *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of The Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, 2001.

③ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of The Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, para. 30.

④ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of The Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, para. 49.

开的，除非双方当事人同意，而在这个案件中，第三方并没有获得这种同意。其次，对于第三方获取当事方提交的相关材料的请求，仲裁庭拒绝的理由是，争端双方在仲裁程序开始时签订了保密协议。^①

在 *United Parcel Service v. Canada* 案中，仲裁庭同样拒绝了第三方的众多申请，只认定其有权接受法庭之友提交的书面意见，并进一步提到，这是仲裁庭的权利，而不是法庭之友的权利。

2. 北美自由贸易委员会发布的关于第三方参与的声明

2003年10月7日，在Methanex案进行过程中，NAFTA的自由贸易委员会（Free Trade Commission，以下简称FTC）发布了关于NAFTA第11章的一系列声明，其中有一个声明围绕第三方参与，由美国、加拿大发布。^②其在声明中明确承认第三方可以提交书面意见，并为仲裁庭接受这种书面意见制定出标准。FTC在声明中明确，仲裁庭有接受法庭之友书面意见的自由裁量权，但这种权利不是无限大的，NAFTA为其接受法庭之友书面意见设定了标准。除了一些格式上的标准外，还要申请人在申请中披露其与争议双方有没有直接或间接的附属关系等。

声明发布后，关于仲裁庭是否有权接受法庭之友书面意见的问题就不再具有争议性。双方也在声明中表示，将公开庭审过程作为积极寻求的目标。

（二）ICSID 仲裁中的第三方参与

NAFTA第11章投资仲裁第三方参与的进程，也推动了其他机构采取措施，增强透明度。这里将通过ICSID关键案件的梳理，理清ICSID从反对第三方参与，到修改ICSID仲裁规则来增强透明度的一个过程。

1. *Aguas del Tunari, SA v. The Republic of Bolivia* 案

争端起源于玻利维亚共和国对水和污水处理服务的私有化，并与SA公司签订了特许协议。申请人开始这项投资项目后，很快遭到玻利维亚居民的严重反对和抗议。后来，因为一系列的原因，玻利维亚政府撤销了特许协议，申请人不得不最终放弃这个项目。SA公司认为玻利维亚政府对特许协议的撤销违反《荷兰—玻利维亚双边投资协议》并提起仲裁，于2002年7月5日组成仲裁庭。仲裁庭组成后，在2002年8月，一些私人和非政府环保组织联合提交了如下申请：（1）获得当事人的身份参与仲裁过程；（2）如果不能获得当事人身份，请求赋予其参加庭审的权利；（3）提交法庭之友书面意见；（4）向公众披露本案相关材料。然而，仲裁庭拒绝了第三方全部的请求。仲裁庭一致认为，这些请求超出了仲裁庭可以授权的自由裁量权的范围。

仲裁庭认为，在争端双方没有同意的情况下，它没有权利允许第三方参加开庭过程或披露仲裁相关材料，这是显而易见的。因为根据ICSID仲裁规则第32条，如果没

^① *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of The Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, para. 46.

^② NAFTA, Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation, 2003.

有获得争议双方的同意，只有当事方及他们的代表、顾问、证人和仲裁庭的工作人员可以参加开庭。

至于法庭之友提交书面意见的请求，在此案件中，仲裁庭认为在现阶段没有传唤证人的需要，也没有寻求第三方书面意见帮助的需要。因此仲裁庭以当前阶段没有必要接受法庭之友书面意见为由，拒绝了第三方的请求。

2. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentine* 案

这是仲裁庭承认其有权接受法庭之友书面意见的第一个案例，此纠纷与公共服务领域的水供应的私有化有关。阿根廷政府为了应对国内的经济危机，采取了一系列措施，申请人认为这些措施损害了他们的投资利益。此案中有5个非政府组织，向仲裁庭提出如下要求：（1）参加开庭过程；（2）提交法庭之友意见；（3）无限制地获得案件相关材料。

2005年5月19日，仲裁庭做出决定，^①仲裁庭指出，根据公约第44条，如果ICSID仲裁规则或者当事人合意选定的规则没有对某个程序性问题做出规定，则仲裁庭有权对此问题做出决定。而各个仲裁规则都没有对法庭之友问题进行规定，因此仲裁庭认为，ICSID公约第44条赋予其接受法庭之友书面意见的权利，而且认为，接受法庭之友的书面意见，能从本质上增强投资仲裁的透明度，取得利于投资仲裁发展的额外理想效果。公众对于国际仲裁合法性的接受程度，是通过增加公众参与来实现的。在适当的案例中，通过适当的公民社会的代表参与仲裁，可以增强公众对ICSID投资仲裁过程的了解。但仲裁庭也同时提到，接受法庭之友意见是有条件的，并设立了3个标准：第一是要考虑案件的主题是否适合接受法庭之友的书面意见；第二是要考虑第三方在此案件中提交书面意见的适当性；第三是要考虑法庭之友书面意见做出的程序。^②仲裁庭还强调，接受法庭之友书面意见仅仅是一个程序问题，不会影响当事方的实体权利。最终，仲裁庭接受了其中一个法庭之友的书面意见。

对于第三方参加开庭的请求，仲裁庭予以拒绝，原因是根据ICSID仲裁规则第32条（2）款，第三方参加听证会要取得当事方的同意，但是本案中并没有取得当事方的同意。同时，仲裁庭也拒绝了第三方获得案件相关材料的请求。

3. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v. Argentina* 案

此案和上一案例的仲裁庭是由完全相同的仲裁员组成的，因此，此案在第三方参与问题上的解决思路与上述案件相一致。仲裁庭认为，本案涉及供水系统和污水处理系统，与公共利益有很大相关性，因此会涉及到国际法甚至人权法的问题。

^① *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae.

^② Ucheora Onwuamaegbu, "Introductory Note", *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, 2006, 21(1): 391–393.

对于第三方提交法庭之友书面意见的请求，仲裁庭认为，在ICSID公约和ICSID仲裁规则中，都没有条款对法庭之友问题做出专门的规定，既没有禁止仲裁庭接受法庭之友意见，也没有明确授权其接受法庭之友意见。而且，在2005年5月19日之前，并没有过仲裁庭赋予第三方法庭之友地位并接受其书面意见的实践。那么，仲裁庭有权接受和考虑法庭之友书面意见吗？如果有权，仲裁庭又该如何行使这个权利？仲裁庭指出，ICSID公约第44条赋予其对未作规定的程序问题进行决定的权利，那么接受法庭之友意见是否属于“程序问题”的范畴？答案是肯定的。至于接受法庭之友书面意见的标准，本案还是采上一案中的“三标准”方法。仲裁庭认为，在本案中，第三方提供的书面意见从内容上看，信息不够充足、理由不够充分。因此，仲裁庭拒绝了法庭之友的书面意见。仲裁庭称，当第三方可以提供令人信服的信息和理由时，他们的书面意见还可以被接受。

本案中，参加开庭和获得相关案件材料的请求也均以与上述案件相同的理由被仲裁庭拒绝。

4. ICSID 仲裁规则的修改

2006年，面对国际上增强投资仲裁透明度的呼声，ICSID对其仲裁规则进行了修改。修改的主要内容是ICSID仲裁规则的第37条和第32条。

修改前的第37条标题是“勘察与调查”，只规定了勘察与调查的相关问题。修改后的第37条的标题是“勘察与调查；非争端方提交的书面文件”，除了保留原有规定不变，又增加了以下内容：“在与争端双方协商后，仲裁庭可以接受非争端方提供的在争端事项范围内的法庭之友意见”，在明确仲裁庭有权接受法庭之友书面意见的同时，进一步明确了接受标准：当第三方可以带来一些和当事方不同的视角，而这些视角可以协助仲裁庭决定一些事实问题和法律问题；当第三方可以在争议范围内提出新问题时；当第三方在此仲裁中有重大利益时。增加的这部分内容，使得仲裁庭接受法庭之友书面意见的权利在ICSID仲裁规则中有了依据，在这之前，关于仲裁庭是否有权接受法庭之友意见，是根据ICSID公约第44条推定的。显而易见，修改后的ICSID使得仲裁庭的自由裁量权有了更明确具体的依据。

另外，修改前的第32条标题是“口头辩论”，规定仲裁庭取得争端双方同意后，可以允许争端双方、证人、仲裁工作人员以外的其他人参与庭审过程。修改后的第32条规定，ICSID仲裁庭可以允许第三方参加庭审，除非争端双方明确反对。与修改前的第32条相比，省略了当事人事先同意这个步骤，大大增加了第三方参加庭审的可能性，可以说是投资仲裁向公众开放的一个重大突破。这次修改着重在三方面增强ICSID仲裁程序的透明度：其一，在裁决书的披露上，将ICSID秘书处“可以”（may）公布裁决书中涉及法律推理的摘要改为“应该”（shall）且“立即”（promptly）公布裁决书中法律推理部分的摘要，使得ICSID在公布裁决书的法律推理摘要方面承担起立即公布的义务；其二，在口头辩论阶段，将允许第三方参与应“经过双方当事人同意”改为“除非一方当事人反对，否则，经过与ICSID秘书长协

商”，仲裁庭即可允许第三人参加审理。修改以后，第三方参与的障碍减小，参与的程序得到简化。其三，新增有关确认ICSID仲裁庭拥有接受第三方提交法庭之友书面意见的自由裁量权及接受书面意见的条件和程序，具体内容为：经过与双方当事人协商，仲裁庭即可准许法庭之友就争端范围内的事项提交书面意见。仲裁庭可以依据下列标准决定是否接受法庭之友的书面意见，仲裁庭应该考虑的问题包括但不限于：通过引入新的视角，尤其是引入和争端当事方不同的知识或见解，法庭之友提交的书面意见将有助于仲裁庭确定与仲裁程序有关的事实或法律问题；法庭之友提交的书面意见针对的是争端范围内的问题；非争端方就此仲裁拥有重要利益。在仲裁庭拥有接受法庭之友书面意见权利的同时，仲裁庭也有义务确保法庭之友的参与不会降低投资仲裁的效率，并且不会给双方当事人带来负担和不公平，允许当事双方就法庭之友书面材料发表其观点和意见。

5. *Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania* 案

此案发生在ICSID仲裁规则修改前后，争议起源于坦桑尼亚政府和申请人之间供水服务合同的取消，2006年3月，5个非政府组织，申请要求作为第三方参与到仲裁中，2007年，仲裁庭针对此申请发布了“5号决定”。毫无疑问的是，在决定中，仲裁庭接受了法庭之友书面意见，强调接受书面意见不意味着赋予第三方任何权利、地位和特权。

对于获得案件相关材料，申请人指出，将仲裁材料发布给公众已经是一种很普遍的做法，只要对商业机密信息进行编辑即可，建议仲裁庭也采取这种做法。仲裁庭再一次拒绝，不过在这个案件中，仲裁庭给出了更具体的理由。首先，仲裁庭担心申请人会将自己定位为争议双方律师的角色，偏向一方利益；其次，仲裁庭担心申请人将自己定位为有权决定当事人提交的事实和法律事项的角色，事实上这个权利是当事人单独授权给仲裁庭的。^①仲裁庭还将仲裁材料定义为6种：仲裁裁决、仲裁决定、仲裁庭的命令和指示、庭审的会议记录、答辩状或书面记录、当事人之间往来的材料。仲裁庭指出，其拒绝申请人获得的是后4种材料。^②对于参加开庭的请求，仲裁庭认为，根据新的ICSID仲裁规则，其有权决定向第三方公开口头审理，但此案中，因仲裁申请人明确拒绝该请求，仲裁庭决定不公开审理。

6. *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* 案

此案发生在2014年，同年9月15日，非政府组织Asociación Preservacionista de Flor y Fauna Silvestre（以下简称APREFLOFAS）依据ICSID仲裁规则第27条，向仲裁庭提出申请，要求作为非争端方参与到投资仲裁中，请求包括提交书面意见、获得案件基本材料、参加开庭过程。2016年6月，仲裁庭就此申请做出决定：其一，申请人可以获得仲裁当事双方的部分材料，但这些材料仅可被用来准备书面意见，不能

^① *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order Number 5, para. 64.

^② G. Marceau, M. Stilwell, "Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs before WTO Adjudicating Bodies", *Journal of International Economic Law*, 2001, 4(1): 158.

散布给其他方，也不能挪作他用；其二，包括脚注在内，APREFLOFAS提交的书面意见不得超过一万字；参加庭审过程的申请被驳回，因为仲裁申请人明确拒绝。^①

通过*Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania*案和*Infinite Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica*案，我们可以看出，ICSID仲裁规则修改后，实践中对三方参与的接受度有很大提升，相关争议也大大减少。

三、对于第三方参与国际投资仲裁的思考

（一）国际投资仲裁第三方参与的新发展

2013联合国大会决议通过《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》（以下简称《透明度规则》），《透明度规则》第1条第9款进一步规定，《透明度规则》可以在不是根据UNCITRAL仲裁规则而是根据其他规则提起的投资人与国家间的仲裁中适用，也可在临时程序中适用。规则第2条是“在仲裁程序启动时公布信息的规定”，一旦被申请人收到仲裁通知，争议各方应迅速将仲裁通知副本发送给存储处，存储处负责及时将启动仲裁程序的公告和当事方的相关信息，向公众公布，启动程序的公告是公众参与的第一步，具有非常重要的意义；规则第3条规定，除机密信息和受保护信息之外，其他仲裁文件均可公布，包括仲裁程序中所有文件比如仲裁申请书、答辩书、证人证言、仲裁决定、备忘录、法庭之友提交的书面陈述等，也包括仲裁庭做出的最终投资仲裁裁决。规则第4条规定允许第三方提交材料；规则第6条规定，除非另有规定，为出示证据或进行口头辩论而进行的审理应公开举行。当然，为了平衡利益，《透明度规则》也规定了例外条款，机密信息和受保护信息不可公开，并列明范围。从上述各规定可以看出，投资条约仲裁过程及其结果几近完全公开透明，公众知情权在该仲裁领域将得到贯彻落实。

为使《透明度规则》适用于现行国际投资条约，大会又于2014年通过了《联合国投资人与国家间基于条约透明度公约》（以下简称《透明度公约》）。但截至2017年3月，只有美国、比利时、加拿大、刚果、芬兰、法国、加蓬、德国、以色列、意大利、卢森堡、马达加斯加、毛里求斯、荷兰、瑞典、瑞士、阿拉伯叙利亚共和国、大不列颠及北爱尔兰联合王国共18个国家签字，且只有毛里求斯、加拿大正式批准加入。^②由于其存在时间较短，因此其影响有待进一步观察和研究。

（二）对于第三方参与国际投资仲裁的现有争议

要提高投资仲裁透明度、增强第三方参与的原因有很多。首先，当争议涉及的国家规则 and 措施与环境相关或者和公众健康相关时，对这些争议的解决就会对公共利益产生影响；其次，在投资仲裁案件中，仲裁发起方往往提出大额的经济索赔，以至于

^① *Infinite Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Procedural Order No. 2.

^② Status, United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. UNCITRAL Website[2017-03-31]. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html.

对东道国国民的利益也会造成影响；另外，公众的知情权和人权理论，也都是增强第三方参与的理论支撑。^①但不可否认的是，增强第三方参与也要付出一定的代价：

第一，增加开销和拖延时间。将信息向第三方公开的过程，会造成一些实质性的开销，而对于原本就要承受仲裁本身高昂费用的当事方来说，这无疑是额外的压力。事实上，ICSID也承认了这个问题，并在ICSID仲裁规则第37条（2）款中做出规定。根据ICSID 仲裁规则第37条（2）款，仲裁庭必须确保非争议方的参与不会扰乱仲裁程序或给当事方带来额外的负担。同时，接受第三方的书面意见并对其翻译或者分析，也需要一定的时间，从而造成仲裁的拖延。事实上，允许第三方参与是仲裁庭的权利，而不是赋予第三方任何权利，仲裁庭一旦决定允许第三方参与，就有义务将额外的开销减到最低并尽量提高效率。也就是说，这个问题是可以通过适当努力和安排解决的。

第二，影响当事人意思自治。有学者认为，第三方参与可能会影响仲裁方的战略安排和当事人的意思自治。^②如果上面提到的额外开销和时间问题是可以解决的，这个问题却值得我们更多的思考。当事人意思自治是传统商事仲裁最主要的原则，根据这个原则，当事方自主决定仲裁规则、适用的法律等。有些学者认为，虽然仲裁庭一再申明允许第三方参与是个程序性的问题、不涉及当事人的实质性权利，但这个程序问题却是由仲裁庭而不是当事人决定的，因此无疑是对当事人意思自治的践踏。^③此外，他们还认为，即便第三方参与只是一个程序性问题，也很可能给仲裁结果带来实质影响从而影响当事人的实质性权利。^④

笔者不同意这些观点。首先，当事方通常通过选择仲裁规则的方式决定仲裁的程序，而仲裁庭也是根据其选定的仲裁规则决定是否允许第三方参与，因此从根本上来讲，仲裁庭允许第三方参与的权利也是当事人的授权。修改后的ICSID仲裁规则（2006年仲裁规则）第37条规定：“在与争端双方协商后，仲裁庭可以接受非争端方提供的在争端事项范围内的法庭之友意见”。也就是说，仲裁庭在接受法庭之友意见的同时，是经过与当事方商议的，并不是自作主张或不顾当事方的反对。所谓的“由仲裁庭决定是否允许第三方参与”，是在获得当事人同意后，由仲裁庭来判断第三方是否合格。仲裁庭是否具有允许第三方参与的自由裁量权，是依据仲裁规则来判断的。而仲裁规则是当事方依意思自治原则自由选择的，因此说到底，仲裁庭允许第三方参与的权利也来自当事人的授权，也是符合意思自治原则的。其次，单凭第三方是不可能影响当事方实体权利的，第三方参与的这个行为本身也不会影响当事人的实体权利，会影响当事方实体权利的，是第三方提供的事实和法律依据以及与当事方不同

① J. Nakagawa, *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*. Routledge, 2013.

② T. Ishikawa, “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, 59(2): 391-393.

③ A. Boralessa, “The Limitations of Party Autonomy in ICSID Arbitration”, *The American Review of International Arbitration*, 2004, 15(2): 253.

④ G. Marceau, M. Stilwell, “Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs before WTO Adjudicating Bodies”, *Journal of International Economic Law*, 2001, 4(1): 158.

的视角。而这些事实和法律带来的正义不就正是我们的追求吗?

(三) 结语: 对中国的启示

首先, 转变观念。在2010年贸法会第二工作组发布的《投资人与国家之间以条约为基础的仲裁的透明度各国政府的评议汇编》中, 中国政府的评议是: “中国目前尚没有投资人与国家之间以条约为基础的仲裁的实践做法。鉴于仲裁所具有的保密性特点, 中国不同意对投资仲裁进行透明度改革, 也不同意在仲裁规则中增加透明度条款”。^①由此可见, 中国对国际投资仲裁的第三方参与问题持否定态度。2011年和2014年, 伊桂兰公司和韩国安城公司在ICSID分别对中国政府提起仲裁, 中国开始以投资东道国的身份出现在投资仲裁领域, 中国政府再次以“目前尚没有投资人与国家之间以条约为基础的仲裁的实践”为由否认第三方参与。根据联合国贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, 以下简称UNCITRAL)针对2014年4月1日以后订立的投资条约的不完全统计, 共有《韩国政府与澳大利亚政府间的自由贸易协议》、《日本与乌克兰间的促进和保护投资协议》、《加拿大与韩国间的自由贸易协议》等13个双边投资条约明确表明适用《透明度规则》或参照《透明度规则》制定的条款解决某些情形的投资人与国家间争议。^②目前, 中国也处于与美国和欧盟BIT谈判中, 在第三方参与投资仲裁成为大势所趋的今天, 具有资本输入国和资本输出国双重身份的中国也必须转变观念, 紧跟形势, 不再置身事外。当前的透明度改革主要是由发达国家牵头的, 如果我们继续沉默, 结果只能是任人宰割。只有积极地参与到投资仲裁透明度改革中、参与到规则的制定中, 才能制定出有利于我国利益的规则。

其次, 重视增强民间组织的力量。第三方参与中的“第三方”虽然包括一些非政府组织、利益团体和个人, 但是根据多年实践可以总结出, 非政府组织在国际投资仲裁的第三方参与中最为活跃、发挥着最重要的作用。然而, 参与投资仲裁的非政府组织多来自于发达国家, 通常与发达国家的投资者关系紧密, 容易被发达国家的投资者利用, 这在仲裁中对发展中国家很不利。而我国作为最大的发展中国家, 民间组织力量薄弱, 这也是中国不愿增强投资仲裁透明度的原因之一。因此中国应特别注重非政府组织的发展, 为其提供资金和政策支持, 使其更多地国际舞台上为我国利益发声, 提高国际影响力, 维护我国国家主权和公共利益。

再次, 在中美、中欧BIT谈判中谨慎对待透明度问题。目前中美BIT还在谈判中, 谈判的焦点集中在负面清单上。作为中美BIT谈判参考的2012年美国BIT范本也在第29条对第三方参与进行了详细规定。事实上, 仔细研究2012年美国BIT范本第29条可以发现, 其与TPP第9章B部分的规定极其相似。而中国和欧盟的双边投资协定

① 《投资人与国家之间以条约为基础的仲裁的透明度各国政府的评议汇编》[EB/OL]. 联合国国际贸易法委员会网站[2010-10-04]. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/555/88/PDF/V1055588.pdf?OpenElement>.

② Status, UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. UNCTAD Website[2016-12-31]. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

也于2016年结束了第九轮的谈判,取得了重大进展。欧盟在2014年与加拿大达成的《加拿大-欧盟全面经济贸易协议》中,也规定了完全的程序透明,包括:在联合国网站上公开所有的文件,包括当事人提交的文件、仲裁庭的决定等;开放所有的审理程序;非政府环保组织等相关利益方可以提交法庭之友意见。^①以上增强透明度的措施是硬性规定,即便争端双方也无权否定。由此可见,美国和欧盟是增强透明度的坚决拥护者且开放程度高,中国在未来中美BIT和中欧BIT谈判中也必须对这部分内容予以重视,注重程度的把握。既要透明度保持一种接受的态度,又要在谈判中做到十分谨慎,不至于落入发达国家的陷阱。

最后,顺应“一带一路”发展战略的需要。中国2013年开始推行“一带一路”发展战略,自此以来,中国的改革开放进入了一个新阶段。“一带一路”战略有利于“走出去”战略的推行,沿线的很多国家乐意接受中国投资,中国投资者的投资机会大大增加。但是不可否认的是,沿线许多国家的政治因素还不够稳定,向这些国家投资有可能面临较大的风险。也就是说“一带一路”战略在带来巨大投资机遇的同时,也会导致投资争端的增加,中国可能会越来越多地作为投资者母国出现在国际投资仲裁中。因此,中国更应该积极推动透明度改革,以保证对国家主权和公共利益的保护。

总而言之,对于具有资本输入国和资本输出国双重身份的中国,既不应该对国际投资仲裁的第三方参与和透明度问题持否定态度,同时又要对该领域的前沿问题进行研究并保持谨慎的态度,做到既履行国际义务,又维护国家利益。对于涉及中国政府或中国投资者的投资仲裁案件,我们需要很好地运用透明度的规则,寻求更有利于自身的仲裁策略,真正做到趋利避害。

【作者简介】刘晓红:法学博士,上海政法学院教授,博士生导师。研究方向:国际私法。

袁小璐:华东政法大学博士研究生,国际法研究中心助理研究员。

Third Participation in Investment Treaty Arbitration

LIU Xiao-hong¹ & YUAN Xiao-jun²

(1. Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai 201701, China; 2. East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The push for transparency in investor-state arbitration is gaining momentum. In July 2013 the United Nations Commission on International Trade Law adopted the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. In December 2014 the General Assembly adopted the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (Mauritius Convention on Transparency), providing a streamlined mechanism for States to adopt the Rules on Transparency. These developments are part of a welcomed trend towards transparency in investor-state.

Keywords: amicus curiae; ICSID Arbitration Rules; UNCITRAL Rules on Transparency

(责任编辑:黄志瑾)

^① Article 8.36 of CETA.