



联合国国际贸易法委员会

第四十一届会议

2008 年 6 月 16 日至 7 月 3 日，纽约

商事纠纷的解决

修订《贸易法委员会仲裁规则》

加拿大政府的评论意见

秘书处的说明*

一. 导言

1. 第二工作组（仲裁和调解）第四十八届会议（2008 年 2 月 4 日至 8 日，纽约）商定，征求委员会的指导意见，询问在工作组目前关于《规则》的工作完成之后，工作组是否还应当更深入地审议以条约为基础的仲裁的特殊性，如果应当审议，那么该项工作应当采取什么形式（A/CN.9/646，第 69 段）。预计委员会在其第四十一届会议上将提供这些指导意见。作为为委员会就这一专题展开讨论所作的准备，加拿大政府于 2008 年 6 月 13 日提交了评论意见。现将这些评论意见按秘书处收到时的原样作为本说明的附件转载于此。

* 本文件推迟提交是因为其中载有 2008 年 6 月 13 日收到的评论意见。



附件

加拿大政府的立场：有必要加强投资者—国家争端仲裁的透明度

一. 引言

1. 在收到仲裁和调解工作组（简称“工作组”）关于该工作组第四十五和第四十六次会议的工作报告之后，委员会注意到该报告提及“关于修订后的联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）仲裁规则如何纳入投资者—国家争端的解决或管理仲裁的问题，仍有待工作组在今后的会议上予以考虑。”¹根据这一使命，工作组在其第四十八次会议上开始讨论如何对 UNCITRAL 仲裁规则（简称“规则”）进行修订，以便解决投资者—国家争端仲裁的相关问题。工作组特别考虑到，鉴于投资者—国家争端的解决往往与公众利益息息相关，因此有必要依照规则加强此类争端仲裁的透明度。在此次会议结束时，工作组的大多数成员国显然认为，保持投资者—国家争端仲裁的公开性和透明度是十分重要的。

2. 工作组在其报告中提出：“在结束目前的规则制定工作之后，关于工作组是否应深入考虑基于条约的仲裁特性，以及以何种方式开展这一工作的问题，工作组将寻求委员会的指导意见。”²

二. 加强投资者—国家争端仲裁透明度的工作应该即刻开始

3. 工作组“将按照预期完成其工作，以便委员会最迟在 2009 年的第四十二次会议上最后审议并通过修订规则。”³加拿大提出，对规则进行修订以加强投资者—国家争端仲裁透明度的最佳时间不是上述工作“完成之后”，而是应作为该项工作的一部分。旨在提高投资者—国家争端仲裁透明度的必要强化条例相对来说很简单，并不复杂。可以通过对若干个别规则加以修改的方式纳入加强条例，也可将加强条例列入一个简短的附件。鉴于上述工作的简单性质，加拿大认为工作组有足够时间解决投资者—国家争端仲裁透明度的问题，而且依然可以在委员会的第四十二次会议之前完成其工作。

4. 但是，如果工作组不能达成共识，将上述修订作为其目前工作的一部分纳入其中，加拿大要求委员会赋予工作组一项清楚明确的使命，即把完成其目前的工作并尽快将工作成果上报委员会作为一个目标，并在工作完成之后立即制定旨在加强投资者—国家争端仲裁透明度的修订规则。如果不提出上述最起码的使命，将会向国际社会传达一个令人不安的信息。

¹ 联合国大会，联合国国际贸易法委员会第四十次会议工作报告，U.N. Doc. A/62/17（Part I），第 175 页（2007 年 7 月 23 日）（“UNCITRAL 第四十次会议报告”）。

² 联合国国际贸易法委员会仲裁和调解工作组第四十八次会议工作报告，U.N. Doc. A/CN.9/646，第 69 页（2008 年 2 月 29 日）（“第二工作组第四十八次会议报告”）。

³ UNCITRAL 第四十次会议报告，第 176 页。

5. 在过去的 30 年中，这些规则受到普遍欢迎和日益广泛的采用，部分原因在于联合国大会对规则予以官方认可，从而使上述规则在国际社会中备受重视。⁴ 这是一种举足轻重的权威。如果我们不能传达一个毫不含糊的信息，表明委员会支持对规则加以更新，以纳入增进投资者—国家争端仲裁透明度的规定，那么各国将认为我们实际上是在支持关起门来进行投资者—国家争端仲裁，不让公众参与仲裁程序并对之进行审查。委员会应该摒弃那种助长秘密气氛并拒绝承担公共责任的规则，我们至少应该要求工作组立即制定一套程序，使投资者—国家争端仲裁工作向公众开放。

三. 投资者—国家争端仲裁涉及公共利益，因此必须加强仲裁透明度

6. 上述规则经 UNCITRAL 通过，由联合国大会在 1976 年推荐采用，迄今已有 30 多年了。这些规则是特意为商务仲裁制定的。⁵ 为此，联合国大会在推荐采用上述规则的决议中承认“作为国际商务关系背景下所发生的争端的解决方法，仲裁具有重要价值。”⁶（强调标记是后加的）。

7. 自规则通过后的 30 多年里，其用途不断扩大，已经超出了拟定者的最初构想。特别是，这些规则已经成为至少是第二套最频繁使用的投资者—国家争端仲裁规则。⁷ 这种使用情况是规则拟定者始料未及的，同时也是有必要对规则进行修订的主要原因之一。⁸

8. 投资者—国家争端仲裁，特别是根据条约提出的仲裁所涉及的利益与商务仲裁大不相同。投资仲裁常常涉及公共利益和政府政策问题，而投资仲裁涉及这些问题的方式在商务仲裁中并不明显。特别是，投资条约是主权国家之间签订的公共国际法文件，因此如何解决条约下产生的争端与整个国际社会的利益息息相关。此类裁决具有重要的法律教育作用，它可以使投资者和国家深入了解某些规定的解释方式，进而为将来的交易提供指导。

9. 投资者—国家争端仲裁还涉及当事国公民和居民的利益。投资条约下产生的争端往往涉及具有公共政策含义的法规条例，例如税收法、环境法、卫生条例和自然资源法规等等。此外，任何索赔要求的辩护费和根据裁决作出的付款最终都将由公款支付。联合国秘书长关于人权问题以及跨国公司和其他企业问题的特别代表约翰·罗杰教授，在他最近向人权委员会提出的报告中讨论了投资

⁴ Paulsson, J. & Petrochilos, G., UNCITRAL 仲裁规则的修订报告，第 6 页，见 http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf（“Paulsson/Petrochilos 报告”）。

⁵ 第二工作组第四十八次会议报告，第 58 页。

⁶ 联合国大会，联合国国际贸易法委员会仲裁规则，U.N. Doc. A/Res/31/98（1976 年 12 月 15 日）。

⁷ 第二工作组第四十八次会议报告，第 58 页。

⁸ 见 Paulsson/Petrochilos 报告，第 4-6 页。

者—国家争端仲裁问题，他解释说：“就人权和其他公共利益而言，在不损害合理的商业机密性的情况下，透明度应成为一项指导原则。”⁹

四. 其他仲裁规则和投资条约已经纳入加强透明度的规定

10. 目前工作的目标是更新规则，以反映过去 30 年中在规则应用方面的演变情况，并确保这些规则在今后 30 年内能够经得住严格审查。如果不能对规则进行修订以增加投资者—国家争端仲裁的透明度，则上述规则将落伍于现代行为方式。尽管有些商务仲裁机构决定固守成规地保持机密性，投资者—国家争端仲裁方式正在向更加透明和公开的方向迈进。

11. 投资者—国家争端仲裁已不再是一个新生领域。国际投资争端解决中心（ICSID）公约于 1966 年 10 月 14 日生效，而早在 40 多年前，投资条约就已经包含以投资者—国家争端仲裁方式解决争端的规定。¹⁰过去 40 年来，投资条约的数量不断增加，1997 年达到 1,500 多项，2007 年更高达 2,500 多项。¹¹回顾现代争端解决方式，可以明显看到这一领域在许多方面，特别是在增加投资者—国家争端仲裁的透明度方面已经日趋成熟。

12. 国际投资争端解决中心（ICSID）仲裁规则一向要求 ICSID 秘书处就依照其仲裁规则或附加简易规则进行的投资者—国家争端仲裁发布公告。¹²上述规则也一向允许任一当事方主动公布仲裁判决。¹³2006 年，ICSID 对其规则进行了修改，以允许第三方以提交书面陈述的方式更多地参与仲裁，¹⁴并且假定仲裁庭可允许公开的口头听证，¹⁵此外，即使当事方拒绝主动公布仲裁判决，仲裁庭也可就其裁决理由提供更多的法律论证。¹⁶包括工作组绝大多数成员国在内的 143 个

⁹ 人权委员会，**保护、尊重和补救：商务和人权框架：预校订版**，联合国秘书长特别代表约翰·罗杰教授（John Ruggie）关于人权问题以及跨国公司和其他企业问题的报告，U.N. Doc. A/HRC/8/5，第 37 页（2008 年 4 月 7 日），见 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/8session/A-HRC-8-5.doc>。

¹⁰ 联合国贸易和发展会议，**投资者—国家争端的解决及其对投资规则制定的影响**，U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIA/2007/3，第 1 页（2007 年），http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf。

¹¹ 同上，第 3 页。

¹² 国际投资争端解决中心，**行政管理和金融条例**第 22 项规定（2006 年 4 月 10 日），见 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>（‘秘书长将以适当形式发布有关中心运作情况的信息，包括及时登记所有调解或仲裁请求的情况，并说明每一个调解仲裁程序的终结日期和方式。’）。

¹³ 国际投资争端解决中心，**仲裁程序规则**，R. 48(4)（2006 年 4 月 10 日），见 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>（仅限制该中心在未经当事双方同意的情况下发布仲裁判决的能力）（“ICSID 仲裁规则”）；Schreuer, C.: 关于 ICSID 惯例的评述，第 822 页（2001 年）（ICSID 惯例和仲裁规则‘不禁止当事方公布仲裁判决。’）

¹⁴ ICSID 仲裁规则，R. 37。

¹⁵ ICSID 仲裁规则，R. 32(2)。

¹⁶ ICSID 仲裁规则，R. 48(4)。

国家是 ICSID 公约的缔约国。因此，上述每个国家已经接受，在解决 ICSID 规则下引起的争端时，投资者—国家争端仲裁应具有透明度。

13. 同时，各国正着手在新投资条约以及某些现有的投资条约中建立透明原则，尽管 UNCITRAL 规则或其他规则中的有些规定与此背道而驰。例如，在 2001 年，北美自由贸易协定下的自由贸易委员会 ("NAFTA FTC") 发布了一项解释说明，确认北美自由贸易协定签约政府承诺在总体上遵循透明原则，并创立了向公众披露情况和公开的假定。¹⁷2003 年，NAFTA 自由贸易委员会发布一项声明，就仲裁庭接受第三方提出陈述的酌情决定权作出澄清。¹⁸另外，在 2004 年，NAFTA 自由贸易委员会再次确认 NAFTA 缔约国对增强透明度的承诺，并欢迎墨西哥对公开听证予以支持。¹⁹

14. 同样，加拿大目前的保护和促进外国投资协议范本规定仲裁程序和陈述书须向公众公开，仲裁庭可以接受第三方提交的陈述。²⁰美国在 2004 年美国双边投资条约范本²¹及其最近与智利、新加坡、中美多米尼加共和国和摩洛哥签订的自由贸易区协定中也采取了类似方式。此外，2007 年 5 月，东南非共同市场 (COMESA) 的 19 个东南非成员国签署了一项投资条约，规定投资者—国家争端仲裁必须完全透明。²²

15. 各国已经开始在条约中纳入具体规定，以此作为反制 UNCITRAL 规则中那些反透明规定的王牌；但是，如果委员会希望确保其规则继续适用于投资者—国家争端仲裁，上述反制措施并不是一个理想的解决方案。此外，就现存的数千个双边投资条约重开谈判是不现实的。这些条约往往给投资者留下两种选择：要么采用 ICSID 规则，要么就采用 UNCITRAL 规则。鉴于投资者—国家争端仲裁涉及重要的公共利益，委员会应该大力反对投资者拥有强行采取秘密仲裁方式的权力。

¹⁷ NAFTA 自由贸易委员会，对第 11 章若干规定条款的诠释说明（2001 年 7 月 31 日），见 <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interp.aspx?lang=en>。

¹⁸ NAFTA 自由贸易委员会，自由贸易委员会关于非当事方参与的声明（2003 年 10 月 7 日），见 <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/Nondisputing-en.pdf>。

¹⁹ NAFTA 自由贸易委员会，2004 年 NAFTA 委员会会议联合声明（2004 年 7 月 16 日），见 <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/JS-SanAntonio.aspx?lang=en>。

²⁰ 参阅加拿大保护和促进外国投资协议范本，第 38 条（2004 年），见 <http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/2004-FIPA-model-en.pdf>。

²¹ 美国双边投资条约范本（2004 年），第 29 条，见 http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf。

²² 东南非共同市场 (COMESA) 投资协定的共同投资领域，第 28 条(5)-(8)（2007 年 5 月 3 日），见 http://www.comesa.int/investment/regimes/investment_area/Folder.2007-11-06.4315/Multi-language_content.2007-11-07.1023/en。19 个成员国是：布隆迪、科摩罗、刚果民主共和国、吉布提、埃及、厄立特里亚、埃塞俄比亚、肯尼亚、利比亚、马达加斯加、马拉维、毛里求斯、卢旺达、塞舌尔、苏丹、斯威士兰、乌干达、赞比亚和津巴布韦。

五. 加强规则的透明度是一件直截了当的事情

16. 加拿大认为可以通过两种方法，在规则中创立投资者—国家争端仲裁应采取公开和透明方式的假定。一是直接对若干个个别规则加以修改，二是加入一个附件。上述修改对规则的结构、精神和起草风格影响甚微，而就依照合同进行的商务仲裁或私方之间的商务仲裁而言，这些修改对规则毫无影响。

17. 规则的附加条款方案应争取实现五个目标：(1)使公众得知投资者—国家争端仲裁已经开始；(2)允许第三方向仲裁庭提交陈述，但此类陈述应该对仲裁有所帮助，与仲裁事宜有关，而不应不恰当地耽搁、妨碍仲裁程序或增加仲裁费用；(3)允许公开听证；(4)将仲裁庭的决定和裁判公布于众；而且(5)维护仲裁庭酌情允许闭门仲裁和限制获得某些文件或这些文件的部分内容的现有权力，在必要时对保密的商业信息以及/或是当事国法律予以特权或其他保护而不得披露的信息予以保护。目前的仲裁实践证明，所有这些目标都可以同时实现。投资者—国家争端仲裁庭已经拥有在公开和透明的程序中保护保密和特许文件的大量经验。例如，NAFTA 仲裁团发布例行保密令，允许有关各方在发布文件之前对保密信息予以改编，并在必要时允许仲裁团关闭某些公共审理程序。

18. 尽管工作组内部仍在就必要的修改文字进行谈判，但值得注意的是，对这些条文只需进行适度的和非常简单的修改。有人担心修订文字会在某种程度上使司法管辖权受到挑战，或是担心由于庇护条款和追溯原则之类的问题，修订文字会造成不必要的复杂情况，但任何此类担心都不是不可克服的问题，而且都可以在工作组内加以处理和解决。此外，鉴于必要的修订所涉及的范围很窄，我们不应怀疑工作组将能够有效地解决此类问题。

六. 结论

19. 在过去的 30 年中，规则是行之有效的，但这并不能保证在今后的 30 年中仍然会取得成功。这些规则越是脱离现代实践，便越会举步维艰，其重要性也会变得越来越微不足道。委员会应该向工作组发出适当的指示，以确保不会发生上述情况。

20. 我们最起码应该赋予工作组一个明确的使命，即在工作组完成目前工作之后，其首要任务是立即制定必要的规则修订条款，以加强其适用于投资者—国家争端仲裁的透明度。归根结底，如果不能不失时机地尽早纳入加强透明度的规定，将会给人一种印象，即联合国认可投资者—国家争端仲裁缺少透明度的现状。这种对投资者—国家争端仲裁的秘密性的实际认可，与创立联合国的基本宗旨，即良好治理和维护人权的基本原则是背道而驰的。