



大会

Distr.: General
16 February 2012
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十五届会议
2012年6月25日至7月6日，纽约

第二工作组（仲裁和调解）第五十六届会议
（2012年2月6日至10日，纽约）工作报告

目录

	段次	页次
一. 导言	1-3	2
二. 会议安排	4-10	2
三. 审议情况和决定	11	3
四. 拟订投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度法律标准	12-116	4
A. 投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度规则草案	13-116	4
1. 第 1(1)条——透明度规则的适用性	13-59	4
2. 第 1(2)条——争议当事各方适用透明度规则	60-81	11
3. 第 1(3)条——仲裁庭的裁量权	82-85	14
4. 第 1(4)条——透明度规则与投资条约中任何透明度条文之间的关系	86-94	14
5. 第 1(5)条——透明度规则与所适用的仲裁规则之间的关系	95-97	15
6. 第 1 条的脚注	98-102	16
7. 第 2 条——在仲裁程序启动时公布信息	103-110	16
8. 第 3 条——文件的公布	111-116	17



一. 导言

1. 关于今后在争议解决领域开展的工作，委员会在其第四十三届会议（2010年6月21日至7月9日，纽约）上回顾其第四十一届会议（2008年6月16日至7月3日，纽约）作出的决定，¹即应当在完成对《贸易法委员会仲裁规则》的修订后立即作为一个优先事项处理投资人与国家间基于条约仲裁的透明度问题。委员会责成第二工作组制订关于这个问题的法律标准。²
2. 委员会第四十四届会议（2011年6月27日至7月8日，维也纳）重申了其第四十一届会议表示的关于必须确保投资人与国家间基于条约仲裁的透明度的承诺。委员会确认，透明度法律标准对现有投资条约的适用性问题是工作组任务授权的组成部分，鉴于已经缔结了大量条约，这个问题具有重大的现实意义。³此外，委员会商定，投资条约非争议方缔约国可能介入仲裁的问题应视为属于工作组的任务授权范围。透明度法律标准是否应当述及这一介入权，如果应当，那么如何确定这种介入的范围和方式，这些问题应当留待工作组进一步审议。⁴
3. 委员会对工作组工作情况所作审议的相关历史参考资料最新汇编见 A/CN.9/WG.II/WP.168 号文件第 5-12 段。

二. 会议安排

4. 工作组由委员会的所有成员国组成，于 2012 年 2 月 6 日至 10 日在纽约举行了第五十六届会议。工作组下列成员国出席了会议：阿尔及利亚、阿根廷、澳大利亚、奥地利、巴西、保加利亚、喀麦隆、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、捷克共和国、埃及、萨尔瓦多、法国、德国、希腊、洪都拉斯、印度、伊朗伊斯兰共和国、以色列、意大利、日本、肯尼亚、马来西亚、毛里求斯、墨西哥、尼日利亚、挪威、巴基斯坦、菲律宾、波兰、大韩民国、俄罗斯联邦、塞内加尔、新加坡、南非、西班牙、泰国、土耳其、乌干达、乌克兰、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国和委内瑞拉玻利瓦尔共和国。
5. 下列国家的观察员出席了会议：孟加拉国、白俄罗斯、比利时、克罗地亚、古巴、刚果民主共和国、厄瓜多尔、芬兰、印度尼西亚、伊拉克、科威特、卢森堡、莫桑比克、缅甸、荷兰、尼加拉瓜、巴拿马、秘鲁、罗马尼亚、斯洛伐克、瑞典和瑞士。
6. 巴勒斯坦和欧洲联盟的观察员也出席了会议。
7. 出席会议的还有下列国际组织的观察员：

¹ 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 17 号》和更正（A/63/17 和 Corr.1），第 314 段。

² 同上，《第六十五届会议，补编第 17 号》（A/65/17），第 190 段。

³ 同上，《第六十六届会议，补编第 17 号》（A/66/17），第 200 段。

⁴ 同上，第 202 段。

(a) 联合国系统：解决投资争端国际中心（解决投资争端中心）、联合国贸易和发展会议（贸发会议）；

(b) 政府间组织：能源宪章秘书处、经济合作与发展组织（经合组织）、常设仲裁法院；

(c) 受邀请的非政府组织：维斯国际商事模拟仲裁辩论赛赛友会、美国仲裁协会、美国律师协会、阿拉伯国际仲裁协会、斯德哥尔摩商会仲裁院、法律与地中海协会（Jurimed）、纽约市律师协会、巴黎律师协会、比利时仲裁和调解中心、国际环境法中心、国际法律研究中心、特许仲裁员协会、建筑行业仲裁理事会、公司律师国际仲裁集团、欧洲法律学生协会、国际调解和仲裁论坛、国际商法研究所、美洲律师协会、美洲商事仲裁委员会、国际仲裁学会、国际律师协会、国际商事仲裁理事会、国际仲裁法院、商事仲裁机构国际联合会、国际破产协会、可持续发展问题国际研究所、伦敦国际仲裁院、马德里仲裁法院、迈阿密国际仲裁学会、米兰仲裁员俱乐部、纽约州律师协会、巴基斯坦商业理事会、伦敦大学玛丽王后学院国际仲裁学院、瑞典仲裁协会、德黑兰区域仲裁中心、欧洲律师联盟。

8. 工作组选出了下列主席团成员：

主席： Salim Moollan 先生（毛里求斯）

报告员： Shotaro Hamamoto 先生（日本）

9. 工作组收到了下列文件：(a)临时议程（A/CN.9/WG.II/WP.168）；(b)秘书处关于拟订投资人与国家间基于条约仲裁的透明度法律标准的说明（A/CN.9/WG.II/WP.169 及其增编）；(c)秘书处转载各仲裁机构关于建立已公布信息存储处（“登记处”）的意见的一份说明（A/CN.9/WG.II/WP.170 及其增编）。

10. 工作组通过了下述议程：

1. 会议开幕。
2. 选举主席团成员。
3. 通过议程。
4. 拟订投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度法律标准。
5. 今后工作安排。
6. 其他事项。
7. 通过报告。

三. 审议情况和决定

11. 工作组以秘书处编写的说明（A/CN.9/WG.II/WP.169 及其增编；以及 A/CN.9/WG.II/WP.170）为基础，继续就议程项目 4 开展工作。工作组关于这一项目的审议情况和决定载于第四章。

四. 拟订投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度法律标准

12. 工作组回顾上文（第 1 段）所述委员会第四十三届会议赋予的任务，并重申确保投资人与国家间基于条约仲裁透明度的重要性。工作组以 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件及其增编为基础，继续就拟订投资人与国家间基于条约仲裁透明度法律标准及该文件所载的拟议透明度规则草案进行讨论。

A. 投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度规则草案

1. 第 1(1)条——透明度规则的适用性

13. 工作组审议了载于 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 8 段的第 1(1)条。

A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 8 段所载第 1(1)条

14. 第 1(1)条载有两个备选案文及变式。备选案文 1 是选择不适用办法，按照这种办法，透明度规则将作为规定按《贸易法委员会仲裁规则》进行仲裁的投资条约所指的《贸易法委员会仲裁规则》的延伸予以适用，除非投资条约规定透明度规则不予适用。该备选案文有两个变式。变式 1 规定透明度规则适用于规则通过日期之后订立的条约（称之为“今后投资条约”）。变式 2 规定透明度规则既适用于今后条约，在某些情况下也适用于规则通过日期之前订立的条约（称之为“现行投资条约”）。备选案文 2 是选择适用办法，按照这种办法，透明度规则在投资条约的缔约方明确同意该规则时适用。备选案文 2 有两个变式。变式 1 规定不论适用什么仲裁规则，透明度规则均适用于仲裁。变式 2 将透明度规则的适用范围限于根据《贸易法委员会仲裁规则》进行的仲裁。

15. 指出备选案文 1 和 2 确立不同的政策。备选案文 1 规定透明度规则原则上适用，除非投资条约缔约方另行商定，从而将排除适用透明度规则的谈判归责于主张排除适用透明度规则的缔约方。相反，备选案文 2 规定透明度规则仅在投资条约缔约方明确同意时适用，从而将适用透明度规则的谈判归责于主张适用透明度规则的一方。

16. 普遍认为鉴于委员会赋予工作组的任务，第 1(1)条的起草应允许透明度规则尽可能广泛地适用。认为透明度规则的使用必须与国际法原则一致，即除非国家同意否则不受约束。对如何表示同意的方式表示了不同看法。

选择不适用办法，今后条约（备选案文 1，变式 1）

17. 有与会者赞成备选案文 1 变式 1。解释说，表明同意适用透明度规则的方法将是当事方在今后投资条约中列入一段措词，提及《贸易法委员会仲裁规则》，并注意到《贸易法委员会仲裁规则》包括透明度规则（A/CN.9/736，第 20 段）。据说这种办法是履行委员会赋予工作组任务即增进投资人与国家间基于条约仲裁透明度的最佳方式。还指出虽然透明度规则将与《贸易法委员会仲裁规

则》一起适用，但不论适用什么仲裁规则，都不妨碍投资条约缔约方广泛适用透明度规则。

18. 解释说，备选案文 1 变式 1 无意使透明度规则适用于透明度规则通过日期之前缔结的投资条约。为了澄清备选案文 1 变式 1 不适用于现行投资条约，建议将方括号内的措词“[适用版本]”改成 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》。

选择不适用办法，今后和某些现行条约（备选案文 1，变式 2）

19. 有与会者担心，备选案文 1 变式 1 不包含关于透明度规则是否适用于现行投资条约的规则。指出备选案文 1 变式 2 增加一句话，规定“透明度规则还应适用于（……），条件是該条约规定适用仲裁启动之日业已生效的《贸易法委员会仲裁规则》的版本。”强调现行投资条约非常重要的人指出，迄今已有大约三千部投资条约生效，今后投资人与国家间的仲裁大多将因这些条约而产生。指出变式 2 实现了使透明度规则得以更广泛适用的目标，与委员会赋予工作组的任务相一致。还指出，由于透明度规则仅在现行投资条约允许适用的情况下适用，因此备选案文 1 变式 2 不具有追溯效力。

20. 指出投资条约中提及《贸易法委员会仲裁规则》而不进一步指明《规则》的版本可解释为一种“动态提及”，包括《规则》可能的进一步演变。指出只有很少的投资条约含有备选案文 1 变式 2 提到的措词。因此，作为起草问题，为确保透明度规则更广泛地适用于现行条约下的仲裁，建议在备选案文 1 变式 2 中规定，透明度规则将在投资条约没有明文提及 1976 年版《贸易法委员会仲裁规则》的情况下适用。

21. 不过，有与会者对备选案文 1 变式 2 提出保留。指出 1976 年版《贸易法委员会仲裁规则》中没有关于其可能的演变的条文。在这方面，指出经 2010 年修订的《贸易法委员会仲裁规则》第 1(2)条规定一项推定，即 2010 年《规则》将适用于 2010 年 8 月 15 日之后订立的仲裁协议，但在 2010 年 8 月 15 日之后通过接受该日之前所作要约而订立仲裁协议的，此推定不适用。

22. 此外，指出为确保透明度规则适用于现行投资条约，可能有必要在《贸易法委员会仲裁规则》中提及透明度规则。不确定仲裁庭是否会适用透明度规则，尤其是在有些情况下现行条约提及“1976 年《贸易法委员会仲裁规则》”，因为仲裁庭可能认为 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》不同于诸如 2013 年经修正以包括透明度规则的 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》。

23. 因此，关于现行投资条约，建议进一步审议诸如 A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 号文件第 15 至 23 段所述的解决办法。

选择适用的办法

24. 有与会者表示赞成备选案文 2，理由是这种办法将确保各国有意识地就适用规则做出决定。回顾说，最初赞成以准则形式拟订法律标准者同意以规则作为

审议的基础的是基于下述理解，即透明度规则的适用仅限于有明确和具体提及该规则的情形（选择适用办法）（见 A/CN.9/717，第 26 和 58 段）。

25. 还指出，选择适用办法与国际公法和惯例相符。指出缔结投资条约导致国家承担义务，而承担义务又须通过必要的国内程序获得授权。这些义务不能在事后通过简单地为《贸易法委员会仲裁规则》增加一项附录来修改。

选择适用办法不论所选定的仲裁规则均予适用（备选案文 2，变式 1）

26. 支持备选案文 2 变式 1 者指出，透明度规则不论所选定的仲裁规则均予适用将促使规则更广泛的适用，因此，是完成赋予工作组的增进投资人与国家间基于条约仲裁透明度的任务的最好办法。

选择适用办法，适用性限于《贸易法委员会仲裁规则》（备选案文 2，变式 2）

27. 有代表团表示赞成备选案文 2 变式 2，理由是，透明度规则的起草应当与国际公法的基本原则一致，即除非投资条约缔约国在投资条约中明确表示同意否则不受约束。在这些代表团看来，备选案文 2 变式 2 也将提供一致性和可预测性。

建议

28. 经过讨论，工作组指出，在本届会议上备选案文 1 得到的支持比在第五十五届会议上得到的支持更多（A/CN.9/736，第 30 段），备选案文 2 也得到支持。为了调和这两种办法提出不同意见。

29. 建议为《贸易法委员会仲裁规则》拟订一个附录并拟订一个自成一体的透明度案文。此种办法的支持者说，这将促进透明度规则的广泛适用。澄清说，关于透明度法律标准可以采取的形式，包括是否采取《贸易法委员会仲裁规则》附件的形式，委员会已经赋予了工作组广泛的酌处权。⁵支持采用自成一体案文的形式与会者进一步指出，A/CN.9/WG.II/WP.170 和 Add.1 号文件中提及的各仲裁机构均在评论中指出，透明度规则以其现有的形式是可以与各机构自身的规则一起适用的。询问是否有必要拟订两种单独的文书，因为无论是在自成一体的规则中还是在《贸易法委员会仲裁规则》中规定透明度制度，当事方总是可以不受限制地选择适用透明制度。

30. 建议在透明度规则中列入一条规定，鼓励各仲裁庭以透明度规则作为进行程序的准则。对是否有必要写入这样一条规定提出各种问题。

31. 另一项建议是按下述写法将两个备选案文合并进来：“为投资或投资人提供保护的条约的缔约方在最初订立条约时或通过修改条约明确同意适用《透明度规则》的，或者该条约的缔约方在该条约缔约方的对等声明中明确同意适用

⁵ 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 17 号》（A/63/17），第 314 段。

《透明度规则》的，或者该条约的缔约方以其他方式同意适用《透明度规则》的，在须受缔约方可能商定或已商定的修改的限制的情况下，《透明度规则》应适用于为投资或投资人提供保护的条约。如果根据《贸易法委员会仲裁规则》进行仲裁，且缔约方同意适用 2010 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，这应被视为也纳入《透明度规则》。”

32. 经过讨论，形成了下列方针。第 1(1)条可以载有一条规定，首先强调适用透明度规则的合意性，规定在投资条约缔约方同意的情况下或者在争议当事各方同意的情况下适用透明度规则。此外，关于今后订立的投资条约，如果此种条约提及《贸易法委员会仲裁规则》，则除非该条约缔约方另有约定，否则将适用透明度规则。还有一项进一步理解是，明确提及《贸易法委员会仲裁规则》1976 年版本或 2010 年版本，并不能由此推定适用透明度规则。关于现行投资条约，在投资条约允许适用最新版本的《贸易法委员会仲裁规则》的情况下，对于第 1(1)条是否应继续载有提及适用透明度规则的文字，或者对于第 1(1)条是否应在这一事项上保持沉默，与会者有很大分歧。

第 1(1)条修订草案（“修订提案”）

33. 为了反映工作组的讨论情况，就第 1(1)条提出了下述修订草案：“在不违反关于条约解释的有关国际法律规则的情况下：(1)本《规则》应在下述情况下适用于根据为投资或投资人提供保护的条约（“条约”）提起的投资人与国家间的仲裁：(a)条约缔约方已同意适用本《规则》；或者(b)争议当事各方已同意适用本《规则》。(2)尤其是，条约是在[《透明度规则》通过之日]后订立的，在该条约中提及《贸易法委员会仲裁规则》应被推定为包括《透明度规则》，除非该条约缔约方以其他方式另有约定，例如，提及了不包括《透明度规则》的《贸易法委员会仲裁规则》的某一版本。”

34. 工作组审议了上文第 33 段所载提案（称之为“修订提案”）的实质内容。

修订提案第(1)款——投资条约缔约方或者争议当事各方的同意

35. 修订提案第(1)款规定，投资条约缔约方或者争议当事各方同意适用透明度规则的，透明度规则适用。该款允许对仲裁广泛适用透明度规则，因为该款没有将透明度规则的适用限于根据《贸易法委员会仲裁规则》进行的仲裁。

36. 提议对修订提案第 1 款(a)项作出修改，提及投资条约缔约方的明确同意，而不只是同意，以便就缔约方如何表示同意提供一条明确无误的规则。就此表示了下述看法：修订提案的启首语“在不违反关于条约解释的有关国际法律规则的情况下：”并不可取，因为它有可能为仲裁庭把投资条约缔约方未表示同意解释为缔约方已经给予同意提供依据。提议删除这段启首语。

37. 修订提案第 1 款(b)项旨在允许争议当事各方在其同意时适用透明度规则，会上提出删除该项，因为它有可能在透明度规则的适用范围上造成混乱。另外还询问当投资条约缔约方尚未同意适用透明度规则时争议当事各方是否可以决定适用透明度规则。

38. 还指出，修订提案第(1)款没有包括任何时间框架，并且还对该条规定可能对现有投资条约的影响提出问题（见下文第 47-53 段）。

修订提案第(2)款——对今后投资条约的适用

39. 修订提案第(2)款规定，就今后订立的投资条约而言，在此种条约中提及《贸易法委员会仲裁规则》将被理解为包括提及透明度规则。澄清说，如果当事人提及的是《贸易法委员会仲裁规则》2010 年版本，透明度规则不适用。

40. 会上指出，第(2)款中的推定对透明度规则将采用的形式提出了问题，该推定是，当投资条约载有提及《贸易法委员会仲裁规则》的内容时，透明度规则适用。指出这样的推定意味着将对《贸易法委员会仲裁规则》作出修正，以包括透明度规则。对于工作组的任务授权是否包括修正《贸易法委员会仲裁规则》提出了疑问。就此澄清说，委员会在同意今后开展工作处理透明度问题时曾指出，此种文书的拟订可以包括拟订《贸易法委员会仲裁规则》附件。⁶

41. 会上提议首先作为一个单独问题审议透明度规则将采用的形式问题——即作为自成一体规则还是作为《贸易法委员会仲裁规则》的附录，然后再进行以透明度规则被纳入《贸易法委员会仲裁规则》作为前提的工作。对此，认为该问题与第 1 条第(1)款所处理的一般问题有着内在联系。

第 1(1)条中对现行投资条约的提及

42. 工作组随后将注意力转向下述问题：第 1(1)条是否应处理透明度规则适用于现行投资条约的问题。回顾说，关于现行投资条约，对于在投资条约允许适用最新版本《贸易法委员会仲裁规则》的情况下第 1(1)条是否应继续载有提及及适用透明度规则的文字（本讨论中称之为“投资条约的动态解释”），或者对于第 1(1)条是否应在这一事项上保持沉默，会上曾有很大分歧（见上文第 20 段）。会上表达的不同意见可以分为三类：一种意见赞成列入一条其大意是不能以对现行投资条约的动态解释而使透明度规则适用于现行条约的条文；另一种意见倾向于在投资条约的动态解释允许适用的情况下允许对现行投资条约适用透明度规则；最后一种意见支持不就这一事项提供任何规则的意见。

— 仅对今后投资条约适用

43. 对透明度规则的适用范围仅限于今后投资条约表示了赞成意见。回顾说，工作组已同意就现行投资条约问题探索若干解决办法，包括拟订建议或公约；透明度规则不应适用于现行投资条约，除非条约缔约方就此表明同意。赞成选择适用办法的人指出，他们同意考虑修订提案第(2)款，是以透明度规则的适用范围限于今后投资条约为基础的。

⁶ 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 17 号》（A/63/17），第 313-314 段。

44. 支持透明度规则的适用限于今后投资条约的人指出，不能将国家置于一种为了表明透明度规则是否适用而不得不就其订立的每一项现行投资条约的解释重开谈判或发表声明的境地。

45. 为此，认为务必在透明度规则的适用范围中指明这些规则将如何适用。会上指出，在透明度规则与《贸易法委员会仲裁规则》一起适用的情况下，《贸易法委员会仲裁规则》（2010年修订本）第1(2)条将适用。提议在透明度规则中也列入一条类似于第1(2)条的条款，以避免出现两个案文就适用时限制订不同规则的情形。假如透明度规则采用自成一体规则的形式，有可能限制透明度规则适用于现行投资条约的可能性。但又指出，即使规则采用自成一体的案文的形式，仲裁庭也有可能将其视为贸易法委员会最新仲裁体系的一部分，因而适用这些规则。

46. 为了避免在没有当事人明确同意的情况下对现行投资条约适用透明度规则，提议作出这样的规定：透明度规则不适用，除非当事人在透明度规则生效日之后明确同意适用透明度规则。

– 今后条约和现行投资条约

47. 相反意见认为，考虑到已经订立的投资条约的数量，透明度规则应当在现行投资条约允许适用透明度规则的情况下适用于此等条约。

48. 关于修订提案，认为第(1)款并没有排除在现行投资条约中对提及《贸易法委员会仲裁规则》作动态解释，因为该款只是提及缔约方/当事各方同意适用透明度规则。但又指出，修订提案第(2)款可能会被视为排除了此种动态解释，因为在提及《贸易法委员会仲裁规则》某一版本而该版本不包括透明度规则的情况下，排除了适用透明度规则的可能性。还指出，国际公法完全承认动态解释这种做法，举出的例子是国际法院关于北海大陆架的判决。进一步指出，允许此种动态解释是一种政策决定，否则将会十分遗憾，不能最有效地增进工作组的任务授权。

49. 针对会上提出的关切，指出国际公法承认默示同意，举出的例子是管辖权方面的默示同意（forum prorogatum）以及《维也纳条约法公约》（1969年）第20条⁷。对此指出，这些例子与工作组现在讨论的问题无关。

– 不就现行投资条约作出任何具体规定

50. 会上告诫工作组不要就透明度规则对于现行投资条约的适用范围的解释制订任何规则。指出这一事项最好是以 A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 号文件第15至23段中述及的那些方式加以处理。指出透明度规则中任何关于该规则适用于现行投资条约的规定都将失去法律效力，因为这是一个条约解释问题，而条约的解释又取决于每项条约的具体条款。

⁷ 联合国，《条约汇编》，第1155卷，第331页。

51. 建议把透明度规则案文的着眼点只放在今后投资条约上，但案文中的任何规定都不应被解释为即使这些条约的缔约方同意适用透明度规则也排除对现行投资条约适用透明度规则。因此，进一步建议不要在透明度规则中处理这一事项。

52. 对此指出，工作组的任何授权就是规定明确的适用范围，以避免任何不确定性造成解释上的争议。在确定透明度规则的适用范围时不应留有任何不明确之处，并解释说，工作组所作的努力旨在确定最为广泛接受的适用规则，同时考虑到透明度规则对现行投资条约适当影响问题上的意见分歧。

53. 会上指出，最好避免使用那种暗示国家不采取行动选择不适用某项规则就会受该规则约束的用语，因为这会引起国家一方不必要的担心并使辩论两极分化。

第 1(1)条总结

54. 经过讨论，注意到许多代表团本着寻找解决办法的精神已经在原有立场上有所松动，并表明愿意致力于找出一种折中办法。鉴于此，请工作组考虑下述办法。关于透明度规则生效日之后订立的投资条约（今后条约），提及《贸易法委员会仲裁规则》将包括提及透明度规则，除非缔约国另有约定，为此缔约国可以选择《贸易法委员会仲裁规则》早先的版本（即《2010 年规则》）。至于现行投资条约，透明度规则只在当事各方明确同意适用的情况下适用，但所使用的措词必须明确指出不能对现行投资条约作出动态解释从而使之适用透明度规则。

55. 各代表团进一步仔细审议了上文第 54 段中载列的建议，认为这反映了多数意见。会上指出，本届会议期间就透明度规则适用范围这一具有重要政策影响的复杂事项充分表达了意见。注意到在这一事项上的立场在以下两点上趋于两极化：(一)选择而适用办法还是选择不选择而适用办法更可取，(二)对现行条约是否有进行动态解释的可能性。现在各方的立场趋于折中，那些对多数意见持强烈相反意见的代表团愿意作出让步，以换取在其它问题上支持他们所主张的办法。这就是上文第 54 段所载建议的基础。

56. 对一些有分歧的意见重申如下：一方面，第 1(1)款应当允许透明度规则适用于现行投资条约的法律上的可能性，或者不应在透明度规则中作出任何禁止此种适用的规定；另一方面，选择而适用办法更可取，为此透明度规则将采用自成一体案文的形式。

57. 工作组委托秘书处拟订第 1(1)条的单一修订案文，其中将纳入第 54 段所载建议。对于那些难以接受该建议的代表团，将邀请它们在工作组下届会议之前提前就其是否可以接受这一折中办法发表看法。还指出，有些代表团表示担心的是，如果作为《贸易法委员会仲裁规则》附件的形式提出透明度规则，则有可能难以排除任何动态解释的可能性（曾试图这样做）。因此，请秘书处提供一份分析，说明以《贸易法委员会仲裁规则》附件的形式提出透明度规则或者作为自成一体案文提出透明度规则所产生的影响。

58. 几个代表团仍然反对把透明度规则并入《贸易法委员会仲裁规则》，坚持认为唯有自成一体规则才可提供保障，确保取得缔约方对透明度规则的自觉和明确的同意。这些代表团认为，这将避免在未得到条约缔约方明确同意的情况下通过动态解释的方式对现行投资条约适用透明度规则。几个代表团则重申，动态解释在法律上是说得通的，如果投资条约中的条文设想缔约方可以在根据此等条约进行的仲裁中受益于《贸易法委员会仲裁规则》的最新规定（此处所指的就是透明度规则），这些代表团不准备接受一种将排除有效执行此种条文的“完全禁止性规定”。

59. 澄清说，那些认为难以接受上文第 54 段所说明的建议并且仍然希望提出另一种办法（或是赞成选择而适用，或是赞成动态解释）的代表团，仍然可以在工作组下届会议上以 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件所载建议为基础提出各自的解决办法。注意到有些代表团表示说，或许有可能找出某种措词，既能使那些希望排除对本国的条约作出动态解释的可能性的国家在这方面得到确定性，同时又能为其他国家保持作出此种动态解释的可能性。会上请这些代表团相互协调，将这方面的起草建议发给秘书处供工作组审议。

2. 第 1(2)条——争议当事各方适用透明度规则

60. 工作组审议了 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 8 段所载第 1 条第(2)款，该款限制争议当事各方在透明度规则已为投资条约缔约方通过时选择不适用透明度规则或偏离透明度规则（A/CN.9/736，第 32-36 段）。提醒工作组注意，在投资人与国家间基于条约的仲裁中有两层法律关系：第一层关系涉及缔约方与投资条约的法律关系，第二层关系涉及当事各方即投资人与国家间的法律关系。

A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 8 段所载第 1(2)条

61. 解释说，第(2)款的目的是禁止争议当事各方偏离关于进行有透明度的仲裁的提议，这方面的政策考虑是，争议当事各方推翻一项由投资条约缔约方就此事项作出的决定是不妥当的。另外，透明度规则并非只是为了使投资人和所在国受益，而且还是为了使普通公众受益，由此产生的后果是，不能由争议当事各方来决定不适用由投资条约缔约方通过的透明度规定。

62. 与会者就第(2)款与条约条款和《贸易法委员会仲裁规则》的相互关系发表了意见。

63. 有与会者建议删除第(2)款，理由是该款显得多余，因为它所处理的问题通常已为投资条约涵盖。对此，指出若透明度规则与《贸易法委员会仲裁规则》一起适用，则该《仲裁规则》第 1(1)条将适用，它允许当事各方修改任何条款。因此，有必要指出争议当事各方不得修改透明度规则，因为透明度规则意在考虑保护公共利益的必要性。

64. 另一项建议是在第(2)款列入“除非条约另有规定”的措词，以澄清在发生冲突时投资条约条款优先，条约条款可以推翻第(2)款所载的规则。有与会者对是否需要添加这样的措词提出疑问。

65. 有与会者询问透明度规则如何与《贸易法委员会仲裁规则》(2010 年修订本)第 1(3)条一起适用,后者规定适用法的强制性条款优先。还询问如透明度规则与适用法相悖,如何迫使争议当事各方遵守透明度规则。指出一种可能的后果是当事各方选择强制性立法不支持透明度的法域作为仲裁地。

66. 作为起草问题,指出第(2)款涉及争议当事各方,但并未提及仲裁庭。提请注意 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》第 17(1)条,其中规定仲裁庭可以其认为适当的方式进行仲裁。建议澄清如果透明度规则与《贸易法委员会仲裁规则》一起适用,是否以及在多大程度上允许仲裁庭偏离透明度规则或减弱透明度规则的效力。

67. 还指出,第(2)款包含一定程度的不灵活性,就需要确保仲裁程序的效率而言,这一点似乎不可取。在这方面,建议授权仲裁庭变通关于实际问题的规则,如调整时限。关于以何种方式授权仲裁庭作此变通,建议要么在第(2)款列入此项规则,要么对规则每项条款作相应调整。有与会者建议在第(2)款结尾处添加下一句话:“应[争议当事各方][争议当事一方]请求,仲裁庭可行使裁量权,若认定严格适用将导致相对于争议金额费用过高,或者将干扰仲裁程序或给仲裁程序带来不当负担,或者将不公平地损害任一争议当事方,可决定不适用《透明度规则》的某些条款或经修改后适用《透明度规则》的某些条款。”

68. 有与会者认为,可能为其他原因而需要偏离透明度规则,如公共政策。因此,不应当对仲裁庭偏离透明度规则的能力加以限制。对此,并为了避免采取这种宽松办法可能导致对透明度规则的侵蚀,建议采取另一种做法,即查明哪些事项不允许偏离规则。有与会者询问详尽无遗地查明不允许偏离规则的所有事项是否可行。

69. 另一项建议是保留第(2)款,在透明度规则第 1(3)条下处理偏离规则的问题,该款就仲裁庭如何行使裁量权提供指导。对此,指出偏离透明度规则与只是在规则允许时行使裁量权不同,所要求的门槛更高。第 1(3)款的目的是确定仲裁庭如何行使规则明文规定的裁量权,认为这一点与界定偏离规则的条件的问题有所不同。

70. 另一项建议是允许争议当事各方而非仲裁庭偏离规则,条件是争议所有当事方已有约定。在这方面,认为仲裁庭的作用是在当事各方之间有争议时做出裁断。既然如此,如果当事各方无争议,例如,当事各方已约定更改或偏离透明度规则,仲裁庭的作用就无从谈起了。根据该建议,第 2 款可以删除。

71. 建议不应规定仲裁庭偏离透明度规则的裁量权,而应赋予仲裁庭根据特定案件的需要对规则加以调整的裁量权。

72. 认为旨在允许偏离透明度规则的建议在提供偏离规则的机会的同时也带来侵蚀规则的风险。指出可取的做法也许是赋予仲裁庭诸如必要时调整时限的权力,笼统地赋予仲裁庭修改规则的充分裁量权将不利于透明度。

73. 经过讨论,形成了以下方针。第 1(2)条应予保留,可以以下述原则为基础设计某种灵活性,即条款不允许减损规则,但允许仲裁庭对规则加以调整,具体情形还需工作组进一步审议。

第 1(2)条修订提案草案

74. 鉴于此，建议对第 1(2)条修订如下：“在根据一项条约或者该条约缔约方的协议适用《透明度规则》的任何仲裁中，(a)争议当事各方不得以协议或以其他方式减损本《规则》，除非该条约允许这样做；(b)除《透明度规则》某些条款赋予仲裁庭的裁量权之外，仲裁庭还应有权力调整本《规则》任何特定条款的要求，使之适合案件特殊情况，但必须是以务实方式实现《规则》的透明度目标所必需的。”工作组审议了第 1(2)条的修订提案草案。

启首语

75. 对于第 1(2)条的修订提案草案启首语所载“根据一项条约或者该条约缔约方的协议”是否有必要提出问题，针对这一问题解释说，适用规则的情形有可能是投资人与国家间基于条约的仲裁，也有可能是商事仲裁，因此认为有必要澄清一点，即争议当事各方无权减损规则的情形，仅限于投资人与国家间基于条约的仲裁。

76. 指出启首语中根据“[该]条约缔约方的协议”适用透明度规则的说法是多余的，应当删除。对此解释说，列入这段词语是为了反映投资条约缔约方后来达成协议以便对条约下产生的争议适用透明度规则的情形。另外，针对有人认为此种后来达成的协议将构成对条约的修改，成为条约的一部分，因此没有必要列入这段词语，指出《维也纳条约法公约》第 31(3)(a)条区分条约本身和后来就条约的解释达成的协议。因此建议保留这段启首语。

(a)项

77. 指出第 1(2)条的修订提案草案(a)项允许偏离透明度规则，唯一条件是投资条约允许这样做。为了与(b)项保持一致起见，建议在(a)项结尾处添加以下词语：“或者仲裁庭批准这样做”。指出即使(a)项不列入这些词语也应在(b)项中明确指出，如果仲裁庭允许，争议当事各方才有权偏离透明度规则。针对这一关切建议在(b)项中规定，仲裁庭应有权力自行或应当事人的请求调整规则。

(b)项

78. 关于第 1(2)条的修订提案草案(b)项，建议澄清一点，即仲裁庭有责任确保透明度规则的适用。为此建议在(b)项开头处添加措词，写法如下：“仲裁庭应确保《透明度规则》的适用。为此，”。这一建议得到广泛支持。作为起草问题，建议在(b)项中提及规则所体现的透明度目标。这项起草方面的建议得到支持。

79. 另一项建议是列入类似于透明度规则第 1(3)条所载措词的词语，以表明仲裁庭应行使其裁量权调整规则，以确保争议的公平、高效解决。这项建议没有得到支持。

80. 几个代表团不赞成列入关于透明度规则强制性质的条款，建议删除第(2)款，其依据是，透明度规则是程序性规则，因此，根据公认的仲裁原则，理应允许当事人偏离这些规则而无需仲裁庭批准。一个代表团说，不列入下述假设将适得其反：争议当事双方可能请求仲裁庭调整透明度规则，仲裁庭不能拒绝争议当事各方的请求。

81. 经过讨论，在作出上文第 78 段所提议的修改后，第 74 段中的建议被认为是可以接受的，只有一些代表团坚持其删除第(2)款的立场，或者在就透明度规则所有实质事项进行讨论之前保留其立场。

3. 第 1(3)条——仲裁庭的裁量权

82. 工作组审议了 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 8 段所载第 1(3)条，其中规定仲裁庭应在规则允许的情况下行使裁量权，同时考虑到对下述两方面加以平衡的必要性：(a)对于投资人与国家间基于条约的仲裁和特定仲裁程序的透明度的公共利益，(b)争议当事各方对于公平、有效解决其争议的利益（A/CN.9/736，第 38-40 段）。

83. 关于在(a)项下具体提及知情权的建议没有得到支持。

84. 与会者提出几项起草方面的建议。建议删除“裁量权”之后的逗号。就使用下述几个语句之一替代第(3)款的起句提出了各种建议：“《透明度规则》规定仲裁庭行使裁量权的，此种裁量权的行使应考虑到”；“《透明度规则》规定仲裁庭行使裁量权的，仲裁庭在行使此种裁量权时应考虑到”；或“本《规则》准予行使裁量权的，仲裁庭应考虑到”。

85. 经过讨论，工作组同意通过第(3)款的实质内容，并请秘书处考虑到上述建议拟订第(3)款的修订草案。

4. 第 1(4)条——透明度规则与投资条约中任何透明度条文之间的关系

86. A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 8 段所载第 1(4)条明确规定，透明度规则不会取代相关投资条约中实际要求更高透明度的条文（A/CN.9/736，第 31 段）。

87. 有与会者询问，在第(4)款下，如何对透明程度进行评估，以确定适用条约条文还是透明度规则。建议第(4)款不要规定对透明程度进行评估，而应处理条约条文在与透明度规则发生冲突时优先的问题。赞成该建议者指出，2010 年《贸易法委员会仲裁规则》第 1(3)条（或 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》第 1(2)条）采取类似的办法。解释说按照该建议，即使投资条约规定的透明度制度不如透明度规则有利，条约条文仍然优先。

88. 为此提出了各种起草方面的建议。有与会者建议列入大意如下的条文：“如条约条文与本《规则》发生冲突，条约条文优先”。另一项建议大意是：“实质事项由条约规范的，条约优先。”按照相同的思路，还有与会者建议第 1(4)条采用如下措词：“条约所载的透明度条文如与其他条文冲突，条约所载的透明度条文优先。”

89. 经过讨论，占上风的意见认为，不管透明程度如何，若透明度规则与涉及相同主题事项的条约条文发生冲突，则条约条文优先。不过，以下问题仍然存在，即是否需要在透明度规则中列入一个条文处理这个问题，因为这个问题属于条约解释事项，不一定是应在规则中处理的事项。就该问题发表了不同意见。

90. 支持列入大意如第 88 段所提建议的条文，以便仲裁庭和当事各方都能够明了相关规定。还认为此事不是条约解释的问题，而是适用哪项程序的问题。

91. 不过，有与会者指出，透明度规则第 1(4)条意在提供一项解释规则，提请工作组注意处理此事的难度。指出与《贸易法委员会仲裁规则》（2010 年修订本）第 1(3)条进行类比是有问题的，因为第 1(3)条处理《规则》与强制性适用法冲突的问题，而透明度规则第 1(4)条处理的是某一条约中提及的规则与该条约中的其他条文的关系。这种关系是《维也纳条约法公约》（1969 年）所规范的解释事项。条约条文和透明度规则需要由适用这些条文和规则的仲裁庭来解释。

92. 就一方面由缔约国起草的条约条文与另一方面将以提及方式纳入条约的透明度规则是否将以同样的方式解释发表了不同意见。一种看法是，如果认为透明度规则将以提及方式被纳入一项条约，那是不准确的。还就这些问题属于政策问题还是法律与条约解释的技术问题发表了不同意见。

93. 指出对于条约解释有不同做法，不宜寻求在透明度规则中规定一项解释规则。

94. 经过讨论，工作组商定删除第 1(4)条。

5. 第 1(5)条——透明度规则与所适用的仲裁规则之间的关系

95. 工作组审议了 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 8 段所载第 1(5)条，该款涉及透明度规则与仲裁规则之间的关系。

96. 建议在第(5)款结尾处加上一则条文，类似于 2010 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 1(3)条，以便明确规定，在透明度规则中的任何规则与仲裁所适用的法律发生冲突而当事人无法减损该法律的情况下，该规定优先。这一建议得到支持。

97. 经过讨论，注意到绝大多数人赞成 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 8 段所载第 1(5)款，同时按照 2010 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 1(3)条所载条款加入一则条文作为补充（见上文第 96 段）。几个代表团保留其对第(5)款的立场，认为应根据透明度规则的适用范围对第(5)款作进一步审议。

6. 第 1 条的脚注

– “投资人与国家间的仲裁”

98. 工作组审议了第 1 条中的第一项脚注（译注：中文本中为第 2 项脚注），其目的是澄清透明度规则仅适用于解决投资条约下产生的投资人与该条约缔约方之间的争议，不适用于解决该条约缔约方之间的争议（A/CN.9/736，第 37 段）。

99. 指出脚注中的“一个或多个缔约方”这样的提法非同寻常。对此澄清说，这段词语着眼于处理多边条约情形，应当保留。

100. 提议删除第 1 项脚注，因为从第 1 条的规定中可以清楚地看出投资人与国家间的仲裁是“根据条约”启动的，而条约本身已在第 2 项脚注下作了界定。这项建议为工作组采纳。

– “为投资或投资人提供保护的条约”

101. 第 1 条的第 2 项脚注（译注：中文本中为第 1 项脚注）旨在明确下述理解，即适用透明度规则的投资条约应作广义理解。

102. 关于措词，建议删除“一体化”之后的“政府间”一词。还建议在该项脚注中以一致方式提及“为投资人和投资人提供保护”。工作组按提议作出修改后通过了第 2 项脚注。

7. 第 2 条——在仲裁程序启动时公布信息

103. 工作组审议了 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 25 段所载的第 2 条，其中述及了在仲裁程序早期阶段、在组成仲裁庭之前公布信息的问题。第 2 条包含两种备选案文。按照备选案文 1，将向公众提供一般信息，而仲裁通知（以及对仲裁通知的答复）的公布则将在组成仲裁庭之后按照第 3 条进行。备选案文 2 规定了在组成仲裁庭之前公布仲裁通知和对仲裁通知的答复的程序。

104. 工作组还收到了修订备选案文 2 的提案，内容如下：“1. 一俟被申请人收到仲裁通知，争议当事各方即应迅速将仲裁通知副本发送给第 9 条所述及的存储处。存储处从任何争议当事方收到仲裁通知后，即应迅速向公众提供关于争议当事各方名称、所涉经济部门以及提出申请所依据的条约的信息。2. 在被申请人收到仲裁通知[45]日内，每一争议当事方均应向第 9 条所述及的存储处指明其认为仲裁通知中构成第 8 条第 2 款所界定的[机密或敏感][受保护]信息的任何部分。[第 9 条所述及的存储处随后应及时向公众提供仲裁通知中未被任何争议当事方根据前句指明的那些部分。]3. 在申请人收到对仲裁通知的答复[45]日内，每一争议当事方均应向第 9 条所述及的存储处指明其认为对仲裁通知的答复中构成第 8 条第 2 款所界定的[机密或敏感][受保护]信息的任何部分。[第 9 条所述及的存储处随后应及时向公众提供对仲裁通知的答复中未被任何争议当事方根据前句指明的那些部分。][或以下述写法替代第(2)款和第(3)款括号内的最后一

句：第 9 条所述及的存储处应同时向公众提供仲裁通知和对仲裁通知的答复中未被任何争议当事方指明为含有第 8 条第 2 款所界定的[机密或敏感][受保护]信息的部分。]4. 仲裁庭组成时，凡有争议涉及根据第 2 款和第 3 款不向公众提供信息的范围，仲裁庭应作出裁定。如果仲裁庭裁定任何此种材料不是第 8 条第 2 款所界定的[机密或敏感][受保护]信息，仲裁庭应将此种材料发送给第 9 条所述及的存储处，存储处应及时向公众提供此种材料。”

105. 第 104 段中的提案得到了支持，因为其中明确说明，仲裁庭将处理在公布仲裁通知及对仲裁通知的答复方面的任何争议，而且规定了当事各方检禁信息的程序。有与会者建议在该备选案文中明确说明，应当同时公布仲裁通知及对仲裁通知的答复。此外还有与会者说，该提案第(4)款为履行登记处职能的机构提供了适当的法律保护。

106. 但会上也对备选案文 2 表达了各种关切。有与会者说，为公布仲裁通知及对仲裁通知的答复所规定的期限过短。据指出，在程序早期阶段进行这种公布可能会阻碍争议的解决。针对这一关切，有与会者说，在投资条约中有类似的规定，并未造成任何困难。

107. 有与会者问，如何处理在仲裁程序开始之前（也就是在被申请人收到仲裁通知之前）申请人将仲裁通知发给存储处的情形。工作组同意进一步审议这一问题。

108. 多数意见倾向于备选案文 1，其将公布仲裁通知及对通知所作答复的问题留待仲裁庭组成之后解决。

109. 经讨论后，长期倾向于备选案文 2 的代表团本着折中精神，同意了备选案文 1。工作组通过了备选案文 1，并对措词作了以下修改。应在备选案文 1 中明确规定，所有争议当事方均应有义务将仲裁通知送交登记处。登记处从任何当事方收到仲裁通知后，应立即公布有关信息。登记处应当公布争议当事方的名称，以及关于所涉经济部门和提出申请所依据的条约的信息。

110. 有与会者在措词作总体评论时，建议将规则中使用的关于公布信息或文件的措词加以统一，例如，有几处使用的是“公布”，有几处使用的是“向公众提供”。工作组请秘书处研究在提及公布时使用不同术语是否意图表达不同的意思，并进一步研究如何取得一致。

8. 第 3 条——文件的公布

111. 工作组审议了 A/CN.9/WG.II/WP.169 号文件第 29 段所载的第 3 条，其中反映了在第五十五届会议上提出的一项建议，即关于公布文件的条文应当规定：(一)向公众提供的文件的清单；(二)仲裁庭对下令公布补充文件的裁量权；(三)第三人请求查阅补充文件的权利（A/CN.9/736，第 54-66 段）。据认为，在需公布的文件和仲裁庭行使裁量权管理程序这两方面，此种条文确立了良好的平衡（A/CN.9/736，第 58 段）。

112. 有与会者建议从所列的应向公众提供的文件中删去“证物”和“所有证物的清单”，因为公布证物可能涉及大量工作，而另一种写法要求当事人拟出所有文件的清单又会增加不必要的负担。对删除这两项内容表示了支持，认为公布证物以及可能要求拟订证物清单是过重的负担。尽管承认会增加一些负担，但表示最好保留第 3 条第(1)款中提及证物的内容，因为作此公布有利于实现透明度。

113. 有与会者指出，第 3 条第(1)至(3)款开头的文字提及第 8 条所列的例外情形，而第 8 条第(1)款又阐明其适用于第 2-7 条。据指出，这种重复是多余的，建议删去这些条款中提及第 8 条的内容。有与会者说，尽管重复，但提及第 8 条比较好，因为这样表达很清楚。

114. 另有与会者建议规定同时公布仲裁通知和对仲裁通知的答复。

115. 还有与会者建议，对公布第 3 条所列文件应当作更为灵活的规定，因为第 3 条第(1)款要求自动公布，而第 3 条第(2)款允许仲裁庭自行决定或者根据争议当事一方的请求作出决定，下令公布任何其他文件。鉴于此，建议删去第 3 条第(1)款中提及“任何进一步书面陈述或书面材料”、“证物”和“仲裁庭的命令和决定”的内容。

116. 由于时间不够，工作组无法完成对第 3 条的审议，会上商定，工作组下一届会议继续讨论第 3 条。
