



Distr.: Limited
2 August 2012
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第二工作组（仲裁和调解）
第五十七届会议
2012年10月1日至5日，维也纳

解决商事争议：拟订投资人与国家间基于条约的
仲裁的透明度法律标准

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 导言	1-5	2
二. 投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度规则草案	6-28	3
A. 投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度规则草案内容	6-28	3
第1条 适用范围	6-23	3
第2条 在仲裁程序启动时公布信息	24-28	7



一. 引言

1. 关于今后在解决商业争议领域开展的工作，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的仲裁的透明度问题。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就确保投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度的重要性所表示的承诺。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此种条约，这个问题具有重大的现实意义。³
3. 委员会第四十五届会议（2012年6月25日至7月6日，纽约）重申其2008年第四十一届会议和2011年第四十四届会议所表示的确保投资人与国家间基于条约仲裁的透明度的重要性，⁴并请工作组继续努力，以便完成透明度规则工作，供委员会最好是在下届会议上审议。⁵
4. 工作组第五十三届会议（2010年10月4日至8日，维也纳）和第五十四届会议（2011年2月7日至11日，纽约）审议了投资人与国家间基于条约仲裁的透明度法律标准的形式、可适用性和内容等事项。⁶在第五十五届会议（2011年10月3日至7日，纽约），工作组完成了（A/CN.9/WG.II/WP.166号文件及其增编所载）投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度规则草案一读。⁷工作组第五十六届会议（2012年2月6日至10日，纽约）开始对（载于A/CN.9/WG.II/WP.169号文件及其增编的）透明度规则草案进行二读。⁸
5. 根据工作组第五十六届会议的决定，⁹本说明第二部分载有透明度规则修订草案第1条和第2条的修订草案。透明度规则草案第1至第8条在A/CN.9/WG.II/WP.169号文件中论及，关于建立已公布信息存储处（“登记处”）的第9条在A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1号文件中论及。从各仲裁机构收到的关于透明度规则与各机构仲裁规则相互关系的评论载于A/CN.9/WG.II/WP.173。A/CN.9/

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205段。

⁴ 同上，《第六十三届会议，补编第17号》和更正（A/63/17和Corr.1），第314段；同上，《第六十六届会议，补编第17号》（A/66/17），第200段。

⁵ 委员会第四十五届会议工作报告（编写中）。

⁶ 工作组第五十三届会议（A/CN.9/712）和第五十四届会议（A/CN.9/717）报告。

⁷ 工作组第五十五届会议（A/CN.9/736）报告。

⁸ 工作组第五十六届会议（A/CN.9/741）报告。

⁹ 同上。

WG.II/WP.174 号文件转载各国政府就透明度规则草案第 1 条第(1)款提出的建议。

二. 投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度规则草案

A. 投资人与国家间基于条约的仲裁的透明度规则草案内容

第 1 条 适用范围

6. 第 1 条草案——适用范围

第(1)款——透明度法律标准的适用性

“1. 为投资或投资人提供保护的条约（“条约”）*的缔约方[或者仲裁当事各方（“争议当事各方”）]约定适用本《规则》的，本《规则》应适用于根据该条约提起的投资人与国家间的仲裁。一项条约在[《透明度规则》生效之日]后订立的，在该条约中提及《贸易法委员会仲裁规则》，即应推定纳入了《透明度规则》，除非该条约的缔约方以某种方式另有约定，例如，提及了[未提及《透明度规则》的]《贸易法委员会仲裁规则》的某一版本。

第(2)款——争议当事各方适用透明度规则

“2. 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][该仲裁当事各方（“争议当事各方”）]不得以协议或其他方式减损本《规则》，除非该条约允许这样做；

(b) 在适用《透明度规则》时，除本《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本《规则》的透明度目标所必需的。

第(3)款——透明度规则与所适用的仲裁规则之间的关系

“3. 适用《透明度规则》的，《透明度规则》应补充所适用的任何仲裁规则。《透明度规则》与所适用的仲裁规则有冲突的，应以《透明度规则》为准。

第(4)款——透明度规则与所适用的法律之间的关系

“4. 本《规则》任一条款与仲裁所适用的某项法律规定相抵触，且各方当事人又不得减损该法律规定的，以该法律规定为准。

第(5)款——仲裁庭的裁量权

“5. 本《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：(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、高效解决其争议的利益。”

第 1 条第 1 款脚注：

“*就本《规则》而言，“为投资或投资人提供保护的条约”应广义理解为涵盖国家之间或者区域一体化组织之间订立的载有关于保护投资或投资人以及投资人诉诸投资人与国家间仲裁的规定的任何协定，其中包括自由贸易协定、经济一体化协定、贸易和投资框架或合作协定以及双边和多边投资条约。”

评注

第(1)款——透明度法律标准的适用性

7. 在第五十六届会议上，工作组责成秘书处拟订第 1 条第(1)款的修订案文（A/CN.9/741，第 54 和 57 段）。工作组在该届会议上审议了关于透明度规则适用性的两个备选案文。根据备选案文 1，也就是不选择而适用办法，透明度规则将被纳入《贸易法委员会仲裁规则》（2010 年修订本）（2010 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》），并将在规定按《贸易法委员会仲裁规则》进行仲裁的投资条约之下，作为《贸易法委员会仲裁规则》的延伸予以适用，除非该投资条约规定透明度规则不予适用（A/CN.9/741，第 14 段）。关于此种办法，曾经讨论过透明度规则是否还将在“动态提及”的基础上适用于根据现行条约进行的仲裁，在工作组的讨论中，此种“动态提及”又被称为“动态解释”，其含义是，自通过透明度规则之日起，在一项投资条约（包括现行投资条约）中对《贸易法委员会仲裁规则》的任何提及，也将纳入透明度规则（A/CN.9/741，第 20 和 42 段）。根据备选案文 2，也就是选择而适用办法，透明度规则只在投资条约的缔约方明确同意该规则时才适用（A/CN.9/741，第 14 段）。

8. 在该届会议上，就下述两点表示了不同看法：(一)选择而适用办法还是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。对两种办法都表示了赞同意见，赞成第一种办法的意见占多数（A/CN.9/741，第 55 段）。

9. 根据工作组的指示，即应当根据工作组第五十六届会议的审议情况重拟第 1 条第(1)款（A/CN.9/741，第 54 和 57 段），第 1 款草案的第一句申明了国际公法的一般原则，即缔约方只在其已表示同意的情况下才受条约以外的一套规则的约束。为了明确说明对投资条约的任何动态解释都不能使透明度规则适用于此种现行条约，该款要求必须有同意表示才能适用透明度规则。第 1 款草案的第二句提及透明度规则生效之日后订立的条约。这相当于确立了赞同透明度规则适用性的推定。至于那些难以同意此种办法的代表团（A/CN.9/741，第 59 段），请它们相互协调，将这方面的起草建议发给秘书处供工作组审议（见 A/CN.9/WG.II/WP.174）。

10. 工作组似应考虑是否应在第 1 条第(1)款中提及“争议当事各方”，以便明确规定允许争议当事各方适用透明度规则。

透明度规则作为自成一体的规则和作为附录对于 2010 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》和现行条约的影响

11. 在工作组第五十六届会议上，工作组请秘书处提供一份分析，说明以《贸易法委员会仲裁规则》附录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。如果透明度规则成为《贸易法委员会仲裁规则》的附录，就会有三套《贸易法委员会仲裁规则》：1976 年《贸易法委员会仲裁规则》、2010 年《贸易法委员会仲裁规则》和 2013 年获 2014 年《贸易法委员会仲裁规则》（“新的《贸易法委员会仲裁规则》”）。

a. 《贸易法委员会仲裁规则》

12. 假如透明度规则成为 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》的附录，透明度规则就将构成对《规则》的修订，从而产生一套新的《贸易法委员会仲裁规则》（见上文第 11 段）。举例来说，2010 年《贸易法委员会仲裁规则》第 1 条第(2)款需作修改才能澄清透明度规则与《贸易法委员会仲裁规则》之间的关系。2010 年《贸易法委员会仲裁规则》中会受影响的其他条款是第 3、4、17(1)、28(3)、34(5)条，也就是说，这些条款都将因适用透明度规则而加以修改或补充（另见 A/CN.9/WG.II/WP.169，第 25-34 段）。

13. 工作组似应进一步考虑，将透明度规则列入 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》的附录将修改该《规则》的普遍适用性，因为对 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》的这一修改实际上将构成投资人与国家间基于条约的仲裁的一套特定仲裁工作。如果对 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》作这样的修改，由此产生的问题是，是否应将其他特定类别的投资规定列入这套新的规则。1976 年《贸易法委员会仲裁规则》和 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》作为普遍适用的规则和新的《贸易法委员会仲裁规则》这两者之间就有可能出现混乱。

14. 在就透明度规则的形式作出决定时，工作组似应考虑的另一因素是，如果此种规则列入 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》的附录，可能不利于鼓励各仲裁机构促进透明度规则的适用。在这种情况下，为了适用透明度规则，各仲裁机构将不得不首先使用一套不同于本机构规则的仲裁规则。这就有可能与尽可能最广泛地实现透明度规则的适用这一目标相悖。

15. 如果透明度规则成为自成一体的规则，就可以将其适用于其他任何仲裁规则，从而实现透明度规则更广泛的适用。将透明度规则适用于其他任何仲裁规则是有可能做到的，因为当事各方可以不受限制地协议修改所适用的仲裁规则（另见 A/CN.9/WG.II/WP.173）。只要当事各方有约定，各仲裁机构已经在仲裁程序中适用了更高的透明度标准（见 A/CN.9/736 号文件，第 28 段）。工作组似应注意的是，在其第五十六届会议上，A/CN.9/170 及 Add.1 号文件中提到的各仲裁机构在评论中指出，透明度规则采用自成一体的法规的形式是可以与各机

构自身的规则一起适用的（A/CN.9/741，第 29 段；另见 A/CN.9/WG.II/WP.173 号文件）。

16. 假如透明度规则采用自成一体规则的形式或者附录的形式，那么透明度规则第 1 条第(1)款中载明的关于适用透明度规则的推定也将以同样程度适用。

b. 现行条约

17. 在工作组第五十六届会议上曾表示了这样的担心，即如果作为《贸易法委员会仲裁规则》附录的形式提出透明度规则，动态解释恐怕是难以排除的，而且也曾试图这样做了（A/CN.9/741，第 57 段）。在工作组的审议中，当一项投资条约允许适用最新版本《贸易法委员会仲裁规则》时，提到了“动态解释”（A/CN.9/741，第 42 段）。如果透明度规则成为 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》的附录，并因此而作为投资仲裁的一套特定规则增订此种透明度规则（见上文第 13 段），则依据最新版本《贸易法委员会仲裁规则》通过动态解释而对现行条约适用这些规则，可能是很难避免的。如果透明度规则采用自成一体规则的形式，动态解释的可能性将比较有限。

18. 关于拟由工作组审议的以何种文书形式使透明度规则适用于现有投资条约的问题（A/CN.9/736，第 134-135 段，A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1，第 10-23 段），透明度规则无论采取自成一体规则的形式还是附录形式，结果都没有什么不一样。这些文书形式包括：(一)提出一项建议，促请各国让规则可适用于解决投资人与国家间在条约下发生的争议，(二)制定一项公约，从而各国可表示同意将透明度规则适用于在其现有投资条约下进行的仲裁，(三)依照《维也纳条约法公约》（《维也纳公约》）第 31 条第(3)款(a)项发表联合解释声明，或者，(四)依照《维也纳公约》第 39 条至第 41 条对现行投资条约作出修正或修改。

第(2)款——争议当事各方适用透明度规则

19. 第 6 段所载第 1 条第(2)款反映了工作组第五十六届会议上认为可以接受的修改意见（A/CN.9/741，第 74、78 和 81 段）。第 1 条第(2)款反映了这样的原则，即除非条约允许，否则争议当事各方不能减损透明度规则。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；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（A/CN.9/741，第 61 段）。根据工作组第五十六届会议作出的决定，第 1 条第(2)款还在不允许减损透明度规则的情况下规定了仲裁庭为确保仲裁程序效率而调整透明度规则的可能性（A/CN.9/741，第 73、74、78 和 81）。工作组似应审议哪些情形可以允许此种调整（A/CN.9/741，第 73 段）。关于措辞问题，工作组似应注意，如果第 1 款中保留提及争议当事各方的内容，就应删除第 1 条第(2)款(a)项中的争议当事各方的定义。

第(3)款——透明度规则与所适用的仲裁规则之间的关系

20. 在工作组第五十六届会议上，占多数的意见赞同在透明度规则中列入一则关于透明度规则与所适用的仲裁规则之间的关系的条文。工作组似应注意，第 1 条第(3)款目前所载关于透明度规则与所适用的仲裁规则之间的关系的条文只提及了所适用的“仲裁规则”，因为它指的是《贸易法委员会仲裁规则》的适用版本和其他任何仲裁规则。

第(4)款——透明度规则与所适用的法律之间的关系

21. 工作组在第五十六届会议上责成秘书处根据 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》第 1 条第(3)款所载规定拟订一则关于透明度规则与所适用的法律之间的关系的条文，从而使关于透明度规则与所适用的仲裁规则之间的关系的条文更完整 (A/CN.9/741, 第 97 段)。工作组似应审议上文第 6 段所载第 1 条第(4)款，该款贴近《贸易法委员会仲裁规则》第 1 条第(3)款的措词。工作组似应注意存在着当事各方减损透明度规则的可能性，但这取决于与条约法和透明度相关的所适用的国内法。

第(5)款——仲裁庭的裁量权

22. 工作组在第五十六届会议上通过了关于仲裁庭裁量权的该款的实质内容 (A/CN.9/741, 第 85 段)，其中规定仲裁庭应在透明度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、高效解决其争议的利益。

第 1 条第(1)款的脚注

23. 工作组似应审议第 1 条第(1)款的脚注，其中界定了透明度规则中“为投资或投资人提供保护的条约”一语的含义，该定义反映了工作组第五十六届会议上提出的起草意见。脚注的目的是明确说明下述理解，即对适用透明度规则的投资条约应作广义理解 (A/CN.9/741, 第 101-102 段)。工作组在该届会议上通过了该脚注，但要求删除“一体化”一词之后的“政府间”一词，而且“为投资或投资人提供保护”一语的使用要前后一致。

第 2 条 在仲裁程序启动时公布信息

24. 第 2 条草案——在仲裁程序启动时公布信息

“一俟被申请人收到仲裁通知，争议当事各方均应迅速将仲裁通知副本发送给第 9 条所述及的存储处。存储处收到双方当事人的仲裁通知时，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有关申请所依据的条约的信息。”

评注

25. 工作组在第五十六届会议上通过了第 2 条草案，按照所采纳的备选案文，将在第 3 条也就是组成仲裁庭之后处理仲裁通知（及对其答复）的公布问题（A/CN.9/741，第 109 段）。

26. 第 2 条草案包含了工作组所商定的措辞上的修改意见（A/CN.9/741，第 109 段），这些修改意见是要明确一点，即争议当事各方都有义务将仲裁通知发送给存储处。存储处收到双方当事人的仲裁通知时也应迅速公布有关信息。

27. 工作组似应审议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（A/CN.9/741，第 107 段）。工作组似应进一步审议，启首语“一俟被申请人收到仲裁通知”是否足以处理这一问题。工作组还似应考虑到在这方面为存储处履行行政职能所涉及的种种困难。

28. 在工作组第五十六届会议上，建议对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”。工作组还请秘书处研究在提及公布时使用不同用语是否意图表达不同的意思，并进一步研究如何取得一致。工作组似应注意，在《透明度规则》现草案中，“公布”（“publish”）一词只出现在第 9 条草案的标题“已公布信息存储处”中（第 1-2 条草案载于 A/CN.9/WG.II/WP.172 号文件，第 3-9 条草案载于 A/CN.9/WG.II/WP.169 和 Add.1 号文件）。规则草案使用“公布”的名词形式（“publication”）和“向公众提供”（“make available to the public”）一语，并无其他用意。