



大会

Distr.: Limited
5 August 2010
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第二工作组（仲裁和调解）
第五十三届会议
2010年10月4日至8日，维也纳

解决商事争议：拟订以条约为基础解决投资人与国家间争议透明度 统一法规则

秘书处的说明

目录

	段次	页次
二. 投资人与国家之间以条约为基础的争议解决的透明度（续）	1-8	3
C. 国际商事仲裁立法	1-4	3
1. 贸易法委员会国际商事仲裁示范法	2	3
2. 支持隐私和保密的立法	3	3
3. 支持程序透明的立法	4	3
D. 仲裁庭涉及程序透明的裁定	5-8	3
1. 程序文件和仲裁裁决	6-7	4
2. 审理	8	5
三. 结论意见和工作组可能审议的问题	9-31	6
A. 透明度方面的政策考虑	9-10	6
B. 在透明度方面可能审议的事项	11-21	6
1. 一般性评论	11-12	6



2.	相关人员或机构.....	13-14	7
3.	信息公示.....	15-17	7
4.	信息接受方.....	18	7
5.	公开审理.....	19	8
6.	第三方陈述.....	20-21	8
C.	透明度工作的可能形式.....	22-31	8
1.	在国际投资协定的争议解决条文中纳入示范条款.....	23-24	8
2.	特定仲裁规则.....	25-30	9
3.	准则.....	31	10

二. 投资人与国家之间以条约为基础的争议解决的透明度（续）

C. 国际商事仲裁立法

1. 除选定的仲裁规则之外，还将遵照仲裁地关于国际商事仲裁的法律进行仲裁程序。私人当事双方之间的仲裁是国际商事仲裁立法的主要侧重点，因此处理程序透明度问题的方式未必满足投资人与国家之间仲裁的具体需要。

1. 贸易法委员会国际商事仲裁示范法

2. 《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》未载有关于保密或披露的条文，因此没有就该事项提供统一的解决办法。

2. 支持隐私和保密的立法

3. 在国内法述及国际商事仲裁保密问题时，对于视为机密信息的保密义务范围、义务承担者或关于披露和发送信息禁令所允许的例外情况，并无一种单独的方法。关于须保密的材料或信息，一些条文载有与争议或仲裁程序相关的事实或其他信息的一般性描述。其他条文则对须加以保密的信息作出了更为具体的描述，并载有应给予不同对待的各类信息。例如，这些类别包括：进行仲裁这一事实；仲裁员的身份；书面和口头论点；当事方或证人出具的证据；进行仲裁之前或仲裁期间，当事各方间或其顾问间的来往信函；本身属于机密的信息，诸如商业秘密和商业机密信息；以及裁决书内容。保密义务的承担者涵盖一系列人员，诸如仲裁员；仲裁机构工作人员（如属机构仲裁）；当事各方及其代理人；证人，包括专家；以及律师和顾问。

3. 支持程序透明的立法

4. 立法涵盖的仲裁程序中准许披露相关信息的一些情形包括：当事各方同意进行披露；信息可公之于众；法律或监管机构要求披露；有保护当事一方合法利益的合理需求；以及为了司法或公共利益。一些条款还述及了进行披露的特别条件。这些条件可能会因披露时间的不同而有差异。例如，如果在仲裁期间披露信息，一种做法是要求向仲裁庭和另一当事方发出披露通知。在仲裁结束之后披露的，只通知另一当事方即可。

D. 仲裁庭涉及程序透明的裁定

5. 仲裁庭涉及程序透明的裁定一般表明在国际投资协定、适用的仲裁规则或适用立法没有一致准则情况下仲裁庭就该事项所采取的临时做法。

1. 程序文件和仲裁裁决

6. 在依据投资争端解决中心附加服务规则审理的案件中，¹仲裁庭认定：“《北美自由贸易协定》和投资争端解决中心（附加服务）规则都未对当事方的自由问题作出任何明确限制[……]。虽然通常会说诉诸仲裁的原因之一是为了避免公示，但各方可自由公开谈论仲裁，除非当事各方之间的协定载入了这一限制[……]。仲裁庭依然认为，如果双方在程序进行期间都尽量限制公开讨论案件，只有外部强加了可能对各方都具有法律约束的任何披露义务的情形除外，则有助于仲裁程序的有序开展，并有利于维持当事各方之间的工作关系。²在根据投资争端解决中心附加服务规则审理的另一起案件中，³申请人（投资人）对被申请人（国家）单方面披露仲裁庭第一次会议议事录和程序命令的行为提出投诉，因为被申请人将这些文件刊登在互联网上。申请人请求仲裁庭下令在程序中确保这些文件及其他文件的机密性。⁴仲裁庭认定，投资争端解决中心仲裁程序中不存在任何保密的一般义务，也不存在任何关于透明度的一般性规则。因此，仲裁庭认为每个仲裁庭都有责任在文件的保密与程序透明之间取得适当的平衡。⁵仲裁庭认定，由于媒体对此案件进行了大量报道，因此争议面临进一步恶化的巨大风险。因此，仲裁庭裁定，双方应避免披露审理议事录或记录、各方在披露程序中提交的文件、书状和通信。但为平衡其裁定，仲裁庭认定，各方可自由参与公开对此案件展开的一般性讨论，但前提是“任何公开讨论都须限于必要范围之内，也不得成为使当事各方敌对，加剧分歧，给任何一方造成过重压力，或导致争议可能更难解决，或规避该程序命令条款的一种手段。”⁶

7. 在根据 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》审理的案件中，⁷《北美自由贸易协定》仲裁庭在透明度方面认定：“[……]不论就商业当事方之间的私人合意仲裁持何立场，尚未证实仲裁中存在任何关于保密的一般性原则，诸如本庭目前所受理的仲裁。”⁸在第一项命令中，仲裁庭下令根据 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》可将仲裁通知及申请书和答辩书等一些文件公之于众。在另一项临时命令中，仲裁庭下令对所有审理笔录和其他记录进行保密，并且只有在符合“受保护文件”所需的各项条件时才能披露。在根据 1976 年《贸易法委员会仲

¹ *Metalclad* 公司诉墨西哥，第 ARB/(AF)/97/号案件，裁决，2000 年 8 月 30 日，16 ICSID Review 168 (2001)；40 ILM 36 (2001)，2010 年 7 月 29 日裁决书刊登在 <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>。

² 同上，第 13 段。

³ *Biwater GAUFF*（坦桑尼亚）有限公司诉坦桑尼亚联合共和国，投资争端解决中心第 ARB/05/22 号案件，裁决，2008 年 7 月 24 日，2010 年 7 月 29 日裁决书刊登在 <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>。

⁴ 同上，第 45-51 段。

⁵ 同上。

⁶ 同上。

⁷ *S.D. Myers* 公司诉加拿大政府，2010 年 7 月 29 日刊登在 http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm。另见 A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1 号文件所载的加拿大评议。

⁸ 同上。

裁规则》审理的另一起案件中，⁹一些第三方请求仲裁庭允许其作为法庭之友介入，并在申请中要求获得仲裁中提交的所有文件的副本。仲裁庭认定，如关于披露和保密的命令所述，披露或保密待征得争端当事方的同意后确定。根据该命令，“各方均可自由向公众披露主要书状、仲裁庭命令和裁决（但须删除商业秘密信息）”。¹⁰在另一起案件中，¹¹第三方请求仲裁庭除其他外披露申请书和答辩书、诉状、反诉状、审前备忘录、证人陈述和专家报告，包括附录和关于这些陈述的物证，以及向仲裁庭提出的任何申请和动议，¹²仲裁庭认定根据《北美自由贸易协定》第 11 章及 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》，可以向争端当事对方、《北美自由贸易协定》其他缔约方、仲裁庭和秘书处提供申诉、文件和证据，而不能向其他人提供此方面的信息。该事项还须遵照当事各方之间的任何约定或保密命令进行。仲裁庭认为，透明度原则可能支持公布一些文件，但这并不属于一般裁决的主题事项。可通过任何约定或可能下达的保密命令，或其他合法方式将一些文件公之于众。¹³

2. 审理

8. 在根据 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》审理的一起仲裁案件中，¹⁴各组织向仲裁庭提出申请，请求除其他外允许以观察员地位参与口头审理。仲裁作出的裁决是，因为 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》规定审理须采取不公开的方式，因此不能授予申请人参与仲裁口头审理的权利。仲裁庭认定，“不公开”一词显然意在不允许公众参与，即申请人等非当事方第三人。¹⁵但在程序的稍后阶段，当事各方同意进行公开审理，并现场直播了审理过程。此外，还公布了关于案情的审理笔录和最后裁决。本着同样的思路，在另一起案件中，¹⁶仲裁庭对《北美自由贸易协定》第 11 章和 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》进行了审查，同时审议了上述规则是否允许公开审理的问题。仲裁庭指出，1976 年

⁹ *Methanex* 公司诉加拿大政府，仲裁庭关于第三方申请作为法庭之友介入的裁定，2001 年 1 月 15 日。申请及与该案件相关的所有文件 2010 年 7 月 29 日刊登在 <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>。另见 A/CN.9/159/Add.3 号文件所载的美利坚合众国评议。

¹⁰ 同上，第 46 段。

¹¹ 美国联合包裹快递公司诉加拿大政府，仲裁庭关于申请作为法庭之友介入和参与的裁定，2001 年 10 月 17 日，2010 年 7 月 29 日刊登在 http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf。另见 A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1 号文件所载的加拿大评议。

¹² 同上，第 1 段。

¹³ 同上，第 68 段。

¹⁴ *Methanex* 公司诉加拿大政府，仲裁庭关于第三方申请作为法庭之友介入的裁定，2001 年 1 月 15 日，2010 年 7 月 29 日刊登在 <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>。另见 A/CN.9/159/Add.3 号文件所载的美利坚合众国评议。

¹⁵ 同上，第 41 段。

¹⁶ 美国联合包裹快递公司诉加拿大政府，仲裁庭关于请求作为法庭之友介入和参与的裁定，2001 年 10 月 17 日，2010 年 7 月 29 日刊登在 http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf。

《贸易法委员会仲裁规则》第 25(4)条规定除非当事各方另有协议，审理须采取不公开的方式，因此该条款禁止第三方或其代表在未获得当事双方同意的情况下参与审理。¹⁷当事各方同意进行公开审理，并现场直播了审理过程。此外，还公布了最后裁决和不同意见。同样，在根据《北美自由贸易协定》第 11 章和 1976 年《贸易法委员会仲裁规则》审理的另一起案件中，当事各方都同意进行公开审理。应当事各方和仲裁庭请求，投资争端解决中心同意主持审理。现场直播了审理过程，并公布了审理记录。¹⁸

三. 结论意见和工作组可能审议的问题

A. 透明度方面的政策考虑

9. 须透明进行投资人与国家之间以条约为基础的仲裁的原因是仲裁牵涉国家、争议的主题事项通常会引起公共政策问题、涉及公共利益及可能承担多少责任。透明度被视为对国家提出的善政要求的一个重要方面，还被私人当事方视作公司社会责任的一项重要特征。透明度所履行的基本职能和保护的价值观念也适用于各种解决争议的做法。但保密性被普遍视为仲裁的一个重要特点。正如需避免程序给当事各方或仲裁庭造成任何外部压力，似乎在很大程度上承认需要保护商业或政府秘密。保密被认为至少可在仲裁程序进行期间有助于避免投资争议出现政治化现象。

10. 考虑到可将透明度和保密都视为投资人与国家之间以条约为基础的仲裁的合法利益，工作组似宜审议是否应在保护这两项利益方面取得适当的平衡，以及这是否将有益于拟定关于投资人与国家之间以条约为基础的仲裁透明度所依据的原则方面的政策。

B. 在透明度方面可能审议的事项

1. 一般性评论

11. 国际投资协定、仲裁规则、关于投资人与国家之间以条约为基础仲裁透明度问题判例法中的实例及本说明第二部分所载的实例阐述了针对以下一般性问题可能采取的对策，即如何在兼顾公共利益和保护机密的必要性的同时，实现透明。

12. 似应提醒注意的是在委员会第四十一届会议上，一个代表团建议透明度方面的工作应争取实现五个目标：(1)使公众得知投资人与国家之间的仲裁已经开

¹⁷ 同上，第 67 段。

¹⁸ 投资争端解决中心新闻稿，“Canfor 公司诉美利坚合众国《北美自由贸易协定》/《贸易法委员会仲裁规则》程序”（2004 年 12 月 2 日），2010 年 7 月 29 日刊登在：http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Newsprleases&pageName=Archive_%20Annoucement13。

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；(3)允许公开审理；(4)将仲裁庭的裁定和裁决公之于众；以及(5)维护仲裁庭酌情允许进行不公开仲裁和限制获得某些文件或其部分内容的现有权力，在必要时保护商业机密信息和（或）特许信息及根据争端当事国国内法律不得加以披露的其他信息（见 A/CN.9/662 号文件，第 17 段）。工作组似宜就程序透明度方面的工作范围审议以下问题。

2. 相关人员或机构

13. 工作组似宜审议关于透明度问题的条文应如何确定仲裁程序所涉每个人的权利和义务，即国际投资协定的国家当事方、争端当事各方及其代表、任何仲裁机构，以及仲裁庭。下文第 20 段和第 21 段讨论了第三方的权利和义务问题。

14. 特别应澄清争端当事各方、仲裁庭还是负责向公众提供信息的机构更为适当。可能还需澄清当事各方可在多大程度上参与公开对案件开展的一般性讨论，或进行披露，以及相关授权的时间。工作组还似宜决定公布事宜应自动进行、由当事各方酌情决定，还是考虑到当事各方的意愿，须事先征得仲裁庭的许可，或应采用任何其他方式开展。

3. 信息公示

15. 工作组似宜审议是否应出台关于程序文件和仲裁裁决公开的一般规则，或应在多大程度上由当事各方或仲裁庭就上述事项作出各项决定。工作组还似宜审议是否应论及成本要素问题，如果述及，则应采取何种方式。

16. 可能审议的另一个事项是应以一般性声明的形式起草关于程序文件公开的条文，还是应载列一份将公开提供的程序文件清单。如果是后者，工作组似宜决定将公开的文件应包括以下部分文件还是全部：仲裁通知及就此作出的答复、审理议事录或记录；当事各方在仲裁程序中提交的任何文件，不论是否符合披露做法；任何申诉或书面诉状（以及任何所附证人陈述或专家报告）；当事各方间和（或）仲裁庭间有关仲裁程序的来往通信，仲裁庭的裁定、命令或指示；以及裁决。

17. 如果工作组认为关于透明度问题的条文应载有程序文件公布事宜，工作组则似宜审议是否应以及应在多大程度上禁止向公众披露载有商业秘密或其他机密信息的文件，并审议是否应提供更多指导。

4. 信息接受方

18. 工作组似宜审议确定披露信息接受方的各种可能的做法，可将接受方仅限于非争端国政府，或扩大一般公众。

5. 公开审理

19. 工作组似宜审议是否应允许进行公开审理，如果允许，考虑到可能需依照要求保护机密信息，则审议是否应就公开审理的开展向仲裁庭提供指导。

6. 第三方陈述

20. 一些国际投资协定的争议解决条款允许非争端当事个人或组织就仲裁的相关事项发表各自的意见。一些立法和判例法已制定了关于仲裁庭接受此类法庭之友书面陈述的规则，并规定仲裁庭可对提议陈述的相关性进行评估。因第三方陈述可适当解决争议范围之内的事项，所以第三方陈述与程序文件的公开密切相关。工作组似宜决定是否应在审议透明度问题时处理该事项。

21. 如果工作组决定应处理该事项，则似宜考虑拟定适用于第三方介入的具体规则和准则，用于除其他外述及接受第三方陈述的可能的标准，诸如评估第三方的合法利益，并确保它们负责、独立，未得到任何争端当事方的支持。可能需要确定它们可介入的程度：例如，关于该事项的现行规则允许第三方提交法庭之友书状，但不必传唤证人，或可以修改主张，或只对程序产生影响。可能还需要确定第三方陈述的格式和内容（页数限制、将述及的问题（事实和（或）法律））。工作组似宜审议是否应要求仲裁庭提供驳回第三方陈述及其所载论点的理由。还将审议的一个问题是允许公开法庭之友陈述的条件。

C. 透明度工作的可能形式

22. 工作组似宜审议在投资人与国家之间以条约为基础的仲裁透明度方面可能选择的工作方式。

1. 在国际投资协定的争议解决条文中纳入示范条款

23. 工作组似宜审议编制示范条款以纳入国际投资协定中的争议解决条文的做法是否有助于鼓励并促进透明度。工作组似宜注意到，国际投资协定中的争议解决条文通常是以商事仲裁模式为前提，并且在多数情况下未涉及披露程序开展、披露任何程序文件以及公开庭审或非仲裁当事方介入等问题。编制这一示范条款的目的是统一各国在此领域的做法，并与贸易法委员会的任务授权保持一致。¹⁹各国将通过在国际投资协定中采用这一条款，展示其促进仲裁透明度的意愿。

¹⁹ 大会第 2205 (XXI)号决议[1968-1977 年年鉴，第一部分，第二章，E 节]。似应提醒注意任务授权的依据是考虑到“各国间之国际贸易合作为增进友好关系因而亦为维持和平及安全之重要因素”，“为所有人民尤其发展中国家人民之利益起见，务须改善利于国际贸易广大发展之环境”，以及“各国关于国际贸易事项之法律，其中抵触分歧之处在所不免，足以构成发展世界贸易障碍之一。”

24. 如果选择提供供国际投资协定采用的示范条款，工作组似宜注意到，如贸易法委员会的报告所强调，新一代的国际投资协定倾向于事先述及与仲裁程序相关的一系列具体事项，诸如向当地法院提交同一争议、仲裁地、专家任命和可采用的补救办法，包括临时措施。²⁰在该选择办法下，工作组似宜决定其工作应仅限于提供关于透明度问题的示范条款，还是应包括各国为起草其国际投资条约中的争议解决条文而可能希望获得指导的其他事项。

2. 特定仲裁规则

25. 工作组似宜审议选择何种方式起草关于投资人与国家之间以条约为基础的仲裁透明度的特定仲裁规则，即要么以独立仲裁规则的形式要么作为《贸易法委员会仲裁规则》的附件起草。无论哪种情况，出台一套特定的仅适用于投资仲裁的不同规则都可能会在（这些规则所涵盖的）投资仲裁的定义而非（这些具体规则不适用的）其他仲裁类型方面引起种种棘手的问题。

工作组先前的讨论

26. 在工作组第四十六届会议（2007年2月5日至9日，纽约）上，与会者建议在《贸易法委员会仲裁规则》中列入特定的条文，以确保涉及国家的仲裁程序的透明度。²¹工作组决定采取力求确定适用于各类仲裁的共同标准而不论争议的事由的一般性做法，认为这种做法胜于按具体情况分别处理的做法。²²在该届会议上，工作组还进一步审议了是否应列入关于仲裁程序保密性或仲裁庭收到的材料（包括申诉）的保密性的一般性条文。²³经讨论后，工作组认为不应列入关于程序保密性的条文。²⁴

27. 工作组似宜回顾其第四十八届会议（2008年2月4日至8日，纽约）就投资人与国家之间的仲裁透明度问题所开展的讨论，并似宜注意到该届会议工作报告的附件二和附件三载有代表团就该事项所作的发言。²⁵

²⁰ 见“国际投资协定：趋势及新出现的问题”，《贸易法委员会国际发展投资政策丛刊》，第二部分。新一代国际投资协中的关键问题，J.投资人与国家之间的争议解决（纽约和日内瓦 2006 年），第 49-50 页；于 2010 年 7 月 29 日刊登在 http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200511_en.pdf。

²¹ 仲裁和调解工作组第四十六届会议工作报告，A/CN.9/619，第 61 段。

²² 同上，第 62 段。

²³ 同上，第 127 段。

²⁴ 同上，第 128-133 段。支持列入关于保密性的条文的观点提及了一些现行的国际仲裁规则，诸如《国际仲裁伦敦法院仲裁规则》和知识产权组织规则，这些规则都载有关于保密性的特定条文。反对列入的观点认为，列入这种一般性条文与提高国际诉讼程度透明度的时代潮流背道而驰。还有一种观点认为，修订《规则》的基本目的是提供灵活性，以便照顾到正在发展中的法律和实务。有与会者就此指出在保密性方面法律和实务仍在发展之中。

²⁵ 仲裁和调解工作组第四十八届会议工作报告，A/CN.9/646，第 54-69 段。

独立的投资仲裁规则

28. 如果工作组决定在投资人与国家之间以条约为基础的仲裁方面采用独立的透明度规则，则工作组似宜审议该方法将会在多大程度上保持《贸易法委员会仲裁规则》的普遍适用性。此外，考虑到预计投资仲裁规则将述及其他事项，工作组还似宜审议只针对透明度问题起草新的投资仲裁规则是否适当。

《贸易法委员会仲裁规则》附件

29. 如果工作组决定应在《贸易法委员会仲裁规则》中附上供投资人与国家之间的仲裁情形采用的程序透明度的附件，该附件可载有关于透明度的具体规则，或旨在向仲裁庭提供指导的各项建议。

30. 在该选择办法下，可能需审议这一附件将对当事各方具有多大约束力（考虑到仲裁的合意性质）。

3. 准则

31. 处理投资人与国家之间以条约为基础的仲裁透明度问题的另一项可能选择办法是起草各项规则，以为各国缔结国际投资条约、仲裁庭裁定此类问题、仲裁当事各方，以及与仲裁结果有合法利益关系的其他当事方提供指导。