

哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 141 2015 年 2 月 16 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

执行编辑: Adrian P. Torres (adrian.p.torres@gmail.com)

“透明度”的另一面

Sophie Nappert*

Lise Johnson 在其发表于 *Perspective* 的文章中，强烈支持《联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）投资者与国家间基于条约仲裁透明度规则》（以下简称《规则》）。¹ 《规则》适用于 UNCITRAL 仲裁程序，并可能在未来的投资条约下被非 UNCITRAL 仲裁程序所采纳。自 2014 年 4 月生效后，《规则》即被视为破天荒的发展而广受欢迎。

对于希望采纳透明度规则的国家，联合国大会于 2014 年 12 月 10 日通过的《毛里求斯透明度公约》（下称《公约》），提供了在现行投资条约下实行透明度规则的机制。

本文质疑的是：在实践层面上，国家对于投资者-国家仲裁程序中更高的透明度要求是否充分了解并且充分准备。这些方面包括，对于案件舆情以及媒体反应的管理及解决措施、丢面子问题以及仲裁庭无权考虑舆论的问题。

那些长期将透明度视为条约之核心的国家，早已纳入能够承受公众监督的条款。一些其他国家，则出于战略定位及国际投资信誉的考虑，视该规则为重要的政策工具。除非法学发展至能够指导仲裁庭适用该规则，并“确保透明度之目标得以实现”²，否则，采纳该规则的实际影响，以及国家应多大程度上采纳并维持该规则将无从得知。

UNCITRAL 资深成员表示，该规则也许是 UNCITRAL 历史上最具政治风险的议题。在以非政府组织为主且投资者代表不足の場合，透明度被视为以国家利益为主（不利于投资者）的“大趋势”，没有国家可以随意反对。

尽管如此，一些对透明度持怀疑态度的国家在《规则》上留下其印记：

- 第 1 条限制了《规则》对基于新 BITs 而产生的争端的适用。有充足的论据支持该方法，缔约国依据现行条约采取不公开审讯程序，不得被视为自动同意

该规则，因该规则很可能产生反效果。然而，政治层面上，第 1 条是有利于怀疑阵营的。普遍共识是，如果透明度支持者不接受第 1 条，该议题很可能以失败告终。

- 第 7（5）条允许基于基本安全利益考虑的透明度例外。鉴于第 1（3）（a）条禁止争议各方减损《规则》，第 7（5）条可以说是透明度支持者的极大让步。
- 批准通过后，《公约》第 3 条仍提供了宽泛的保留范围：提出保留的国家为争议方的特定投资条约或程序，可被排除。
- 由于怀疑论者的坚持，授权 UNCITRAL 仲裁与调解工作组起草《公约》的条件为：该《公约》不产生“其他国家将使用《公约》所提供之机制的预期”。

3

《规则》全体一致通过，而其在当下的适用范围则很大程度上只能猜想。2014 年 6 月 3 日签署的瑞士-格鲁吉亚 BIT 是首个提及该《规则》的 BIT。于 2014 年 9 月 26 日原则上同意但仍待批准的《加拿大-欧盟全面经济与贸易协定》（CETA）同样提及该《规则》。⁴

对于透明度，下一个考验是计划于 2015 年 3 月进行的《公约》签署。《公约》将于第三份批准书交存后生效。⁵ 在欧盟对投资者-国家仲裁机制进行合法性审查的背景下，《公约》与《规则》的通过无疑具有标志意义。它们的适用与影响也许能够变革投资者-国家仲裁机制。而这，主要取决于仲裁庭。展望未来，根据缔约《规则》时所获得的支持，仲裁庭有望通过给透明度的实际应用以现实的而非激励性的考虑，平衡投资者以及国家的利益，从而公正地评判《规则》。

(南开大学国经所万淑贞翻译)

* Sophie Nappert (snappert@3vb.com), 系一名在伦敦独立执业的仲裁员, UNCITRAL 仲裁与调解工作组成员。作者感谢 Howard Mann, Srilal M. Perera, Sergey Ripinski 和一位匿名评审员的同行评审。本文作者观点不代表哥伦比亚大学及其合作者和支持者的观点, *Columbia FDI Perspectives* (ISSN 2158-3579)是同行评审刊物。

¹ Lise Johnson, “The Transparency Rules and Transparency Convention: A good start and model for broader reform in investor-state arbitration,” *Columbia FDI Perspectives*, No. 126, July 21, 2014.

² 《规则》第 1（6）条。

³ UNCITRAL, “Draft report, Forty-seventh session, July 7-18, 2014,” United Nations document A/CN.9/XLVII/CRP.1/Add.1, para 2.

⁴ CETA, Article X.33.

⁵ Article 9 of the Convention.

转载请注明：“Sophie Nappert, ‘“透明度”的另一面’ 哥伦比亚国际直接投资展望, No. 141, 2015 年 2 月 16 日。” 转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心授权。转载副本须发送到哥伦比亚中心的 ccsi@law.columbia.edu。

如需详细信息请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Adrian Torres, adrian.p.torres@gmail.com 或者 adrian.torres@law.columbia.edu。

哥伦比亚可持续投资中心（CCSI），是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心，也是致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。为扩大国际投资对可持续发展的影响，CCSI 通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发，承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息，请访问：<http://www.ccsi.columbia.edu>。

最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 140, Axel Berger and Lauge N. Skovgaard Poulsen, “The Transatlantic Trade and Investment Partnership, investor-state dispute settlement and China,” February 2, 2015.
- No. 139, Ralf Krüger and Ilan Strauss, “Africa rising out of itself: The growth of intra-African FDI,” January 19, 2015.
- No. 138, Steven Globerman, “Host governments should not treat state-owned enterprises differently than other foreign investors,” January 5, 2015.
- No. 137, Dylan G. Rassier, “Locating production and income within MNEs: An alternative approach based on formulary apportionment,” December 22, 2014.
- No. 136, Gus Van Harten, “Canada’s non-reciprocal BIT with China: Would the US or Europe do the same?” December 8, 2014.

所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：

<http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>.