

论国际投资仲裁的公开

丁 丁 刘 璐*

摘 要：提升透明度作为国际投资仲裁改革的重要举措，旨在实现国际投资仲裁的公开。公共利益的介入侵蚀了仲裁的保密性，为国际投资仲裁公开制度的引入创造了前提条件。现阶段国际投资仲裁的公开仍存在任意性、不平衡性和公开水平不高等问题。为解决这些问题，应通过多双边投资条约、仲裁规则、统一国际公约三种路径，建立起具有约束力的公开保障机制。在国际投资仲裁改革的背景下，立足于我国对待国际投资仲裁公开的缔约实践和司法实践，我国应当顺势而行，及时回应国际投资仲裁的透明化趋势，从允许公开仲裁裁决开始，逐步接纳国际投资仲裁公开制度。

关键词：国际投资仲裁 透明度 公共利益

引 言

2003年前后，国际上开始出现“国际投资仲裁正当性危机”的提法，用以概括国际投资仲裁（以下简称投资仲裁）失去用户和公众支持、仲裁程序与裁决结果受到广泛质疑的现象。^①作为回应，在过去的十几年间，国际社会提出一系列改良方案，主要包括限制投资仲裁的适用范围、引入监督机制和透明度、建立常设投资争端解决机构。^②其中，透明度改革以实现投资仲裁公开为主要目的，在诸多提案中争议最小，可操作性最强，改革成效最为显著。投资仲裁的公开是指与投资仲裁案件有关的信息的披露，主要划分为四个层次：与仲裁程序的启动有关的信息公开，仲裁裁决（award）、决定（decision）、指令（order）的公开，与仲裁程序有关的其他文件

* 丁丁，对外经济贸易大学法学院教授，法学博士。刘璐，对外经济贸易大学法学院博士研究生，瑞典斯德哥尔摩大学硕士。

① See Browse Brower, Charles H. II, “Structure Legitimacy and NAFTA’s Investment Chapter”, (2003) 1 *Journal of Transnational Law* 37, p. 58; Ari Afilalo, “Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis”, (2004) 1 *Georgetown International Environmental Law Review* 51, p. 96; Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, (2005) 73 *Fordham Law Review* 1521, p. 1626.

② 例如，《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》对投资仲裁进行了重大改革，创设了一套由常设仲裁庭制度和上诉庭制度组成的投资法院制度；在实体规则层面限制了公平公正条款的范围，以防止滥诉现象，参见石静霞、孙英哲：《国际投资协定新发展及中国借鉴——基于 CETA 投资章节的分析》，载《国际法研究》2018年第2期，第21页。

的公开和庭审 (hearing) 的公开。^①

伯尔曼认为,公开是一种仪式性要求,具备超理性价值。^②在现代社会,公开是司法程序的基本原则,也是公权力行使中正当程序的要求;但是,投资仲裁程序以国际商事仲裁为蓝本,而商事仲裁信奉私法自治理念,在程序上具备私密性的特点,在投资仲裁中推行公开制度应当首先回应来自仲裁保密性和私密性理论的质疑。由此,本文将首先解决投资仲裁公开的前提问题,然后梳理投资仲裁公开的现状及问题,讨论解决问题的主要路径,最后分析中国对待投资仲裁公开的立场并提出建议。

一 公共利益对仲裁保密性的侵蚀

长久以来,保密性被视为仲裁区别于诉讼的重要特点,也是仲裁对商事主体具备吸引力的关键原因。^③在英国,仲裁的保密属性在判例法中得到确立。英国法院认为,“如果双方依据英国法订立合同并将他们的纠纷提交仲裁,那么他们有权假定至少庭审程序是秘密进行的,这种假定在伦敦已经毫无争议地践行了数百年,这代表了仲裁的优势”,“双方选择仲裁意味着他们认为私密的程序最能满足他们的利益,且双方应当承担保密的义务,但法院认为的例外情形除外”。^④

但是,大多数国家对仲裁保密性的态度与英国并不一致。各国普遍认可仲裁的“私密性”(privacy),但对于仲裁的“保密性”(confidentiality)持怀疑态度。私密性指庭审不对案外人公开,^⑤保密性则意味着仲裁程序全程保密,包括了庭审秘密进行以及与案件有关的文件保密等。^⑥当仲裁案件涉及公共利益时,仲裁的保密性将被打破,甚至连仲裁的私密性也将让步于公众的知情权。例如,在澳大利亚“埃索诉普劳曼案”(Esso Australia Resources Ltd v. Plowman)中,原告埃索公司和BHP公司与政府部门签订了有关天然气供应的协议,由于原告要求涨价,双方发生纠纷后提交仲裁。政府相关部门请求维多利亚州最高法院宣告(仲裁程序中)向政府部门披露的所有信息不受仲裁保密义务的约束,而埃索公司提出反诉,认为在仲裁程序中双方当事人承担默示的保密义务。法官认为,当事人订立仲裁协议并不意味着当事人须承担不披露仲裁案件中信息和文件的义务,仲裁的私密性并不能直接引申出仲裁的保密性。^⑦美国、瑞典法院亦认同此种观点。^⑧

① 《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》(以下简称《透明度规则》)将投资仲裁公开的信息分成三大类,即:仲裁程序启动时公布的信息、仲裁程序中出现的文件和庭审信息,但本文认为,有必要将仲裁庭的裁决、决定和指令与其他仲裁文件分离开来单独考察,故对投资仲裁公开有此四分。

② 参见〔美〕哈罗德·J.伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,商务印书馆2013年版,第23—24页。

③ See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Kluwer Law International: Oxford University Press, 6th edn, 2015), p. 30.

④ *Hassneh Insurance Co v. Stewart J. Mew*, [1993] 2 Lloyd's Rep 338; *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Torogir* [1998] 1 Lloyd's Rep 643.

⑤ 大多数国家和仲裁规则认可庭审的“私密性”,如,2010年《UNCITRAL仲裁规则》第28条规定:“非经当事人同意,庭审程序不得公开”。

⑥ See Joachim Delaney and Daniel Barstow Magraw, “Procedural Transparency”, in Muchlinski, F Ortino, C Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 1st edn, 2008), pp. 753 - 754

⑦ See *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman* (1995), 183 CLR 10.

⑧ See Joachim Delaney and Daniel Barstow Magraw, “Procedural Transparency”, in Muchlinski, F Ortino, C Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 1st edn, 2008), p. 751.

经典著作《雷德芬与亨特论国际仲裁》(Redfern and Hunter on International Arbitration)一书指出:“公共利益的介入和公众的‘知情权’侵蚀了仲裁的保密性原则。”^① 如果一桩仲裁案件涉及国家或公共利益,仲裁的保密光环甚至私密光环都可能消失,仲裁案件将进入公共区域,接受人们的审视。回到投资仲裁,近年来投资仲裁的公法属性逐渐成为学界共识。^② 根据2015—2017年联合国贸易和发展会议(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)报告的统计,大多数投资仲裁纠纷或涉及一国政府的政策性措施或改革措施,或涉及重大项目合同、证照的批准或许可。^③ 从产业角度来说,投资争端往往发生在一国公共服务和基础产业中。服务业在投资争端中占比最高,约占总争议的60%,涉及了供电、供气、通讯等行业。^④ 此外,以昂贵的仲裁费用和惊人标的额著称的投资仲裁直接构成一国财政的负担,而东道国赔偿款和仲裁费用最终须由纳税人承担。由于投资仲裁产生的费用构成一项不容忽视的财政支出,社会公众对于投资仲裁的程序和结果普遍具有利益关系。

总之,当保密性面对一方当事人是国家且几乎总是涉及公共利益的投资仲裁案件时,保密性将被极大地削弱甚至完全消失。打破仲裁与保密性之间的逻辑链条成为投资仲裁中透明度制度发生的一个前提条件。

二 投资仲裁的公开现状与主要问题

目前,我们总能或多或少地知晓某些投资仲裁案件的部分信息,有时是基本的立案信息,有时是最终的裁决书,有时甚至是仲裁程序中的整套法律文书和庭审视频。那么,公众获得的投资仲裁案件信息从何而来?我们是否应该满足于这样的公开现状?对此,笔者以UNCTAD收集的投资仲裁案件和条约文本为基础,综合多种信息收集渠道,^⑤ 梳理仲裁案件信息公开的现状并指出存在的主要问题。

(一) 信息的所有者与信息公开的任意性

仲裁案件中掌握信息的主体大致包括以下几类:案件当事人及其代理人、仲裁庭及辅助人员、仲裁机构。^⑥ 其中,仲裁员和仲裁机构均无权自行披露仲裁案件的实质信息。

首先,实践中,仲裁员在正式接受委任之时须签署书面声明,承诺对案件信息严格保密。因

① See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Kluwer Law International; Oxford University Press, 6th edn, 2015), p. 32.

② See Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 1st edn, 2010).

③ See UNCTAD, “World Investment Reports”, <http://unctad.org/en/pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR-Series.aspx> (last visited Oct. 12, 2017).

④ 2017年UNCTAD《世界投资报告》原文中指出,2016年反映出的行业占比与所有案件统计出的行业占比相当,故此处所指所有案件中的占比实则作为报告中统计的2016年投资争端案件的占比。See UNCTAD, “World Investment Report 2017”, <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1782> (last visited Sept. 30, 2017).

⑤ 这些渠道主要包括:海牙常设仲裁法庭案件数据库(<https://pca-cpa.org/en/cases/>)、Itlaw网站(<https://www.italaw.com>)和投资仲裁通讯(IA Reporter)网站(<https://www.iareporter.com>)。

⑥ 在临时仲裁(ad hoc arbitration)案件中,仲裁机构可以充当指定仲裁员的中间方(appointing authority),或应当事人请求提供与案件管理有关的服务。因此,在这些临时仲裁案件中,仲裁机构仍然可以获得部分或全部案件信息。

此, 握有全部案件材料的仲裁员不能违背声明披露任何其正在审理案件的实质信息;^① 而仲裁机构虽然也保存着完整的案件材料, 但实践中管理过投资仲裁案件的所有国际仲裁机构^②均采取“非经当事人许可不予公开案件实质信息”的统一做法。在国际投资争端解决中心 (International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 的仲裁案件中, 秘书处仅公开“ICSID 的运营信息”“裁决中仲裁庭适用的法律规则的节选”。^③ 所谓运营信息包括仲裁或调解请求的登记信息、登记时间、程序终止的方式和时间等。除前述两方面外, 庭审程序、完整的仲裁裁决和其他材料需经当事人同意方可公开。而其他管理过投资仲裁案件的机构, 如斯德哥尔摩商会仲裁院 (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, SCC)、国际商会仲裁院 (International Court of Arbitration, ICC)、伦敦国际仲裁院 (London Court of International Arbitration, LCIA) 甚至无法保障对案件的当事人、案件登记时间和程序进展、争议所涉行业等信息最低限度的公开。^④

有鉴于此, 当事人成为唯一能够披露投资仲裁案件信息的主体。实践中, 除少数依条约进行公开的案件外, 案件公开与否、公开程度如何几乎全然掌握在当事人手中, 投资仲裁的公开表现出极大的任意性。当然, 除当事人单方公开或合意公开外, 还有一些案件属于被动公开的情况, 也就是“信息泄露”的情况。以 SCC 管理的投资仲裁案件为例, 截至 2018 年 11 月 30 日, SCC 共管理 46 起投资仲裁案件, 结案案件 34 起。在 34 起结案的仲裁案件中, 公众能够获得仲裁裁决的案件大多曾在法院提起过撤销程序。^⑤ 经合理推断可知, 这些仲裁裁决的公开是由于当事人向瑞典法院提起仲裁司法审查程序所致。^⑥

总而言之, 不论是当事人出于自身考虑而主动公开, 还是由于法院的司法审查“被动”公开, 信息的公开呈现出随机性。当事人单方披露仲裁案件的动因十分多样: 或出于仲裁策略考虑, 或出于东道国信息披露的法律要求, 甚或只为宣传胜诉结果。由于投资仲裁的信息知情人十分有限且公开与否由当事人自主决定, 公众无法预知某一仲裁案件的透明程度, 而只能被动接受某一案件随意披露或泄露的信息。

① 例如, 2006 年版《ICSID 仲裁规则》第 6 条第 2 款规定, 在仲裁庭进行首次会议前, 每位仲裁员需要签字声明, 承诺对参与仲裁程序所获悉的所有信息以及仲裁庭的裁决保密。

② 主要包括国际投资争端解决中心 (ICSID)、海牙常设仲裁法庭 (PCA)、斯德哥尔摩商会仲裁院 (SCC)、国际商会仲裁院 (ICC)、伦敦国际仲裁院 (LCIA)。

③ 2003 年版《ICSID 仲裁规则》第 48 条第 4 款与 2006 年版《ICSID 仲裁规则》第 48 条第 4 款均规定: “非经当事人合意, ICSID 不得公开仲裁裁决, 但 ICSID 可以公开裁决中仲裁庭适用的法律规则的节选”; 2006 年 ICSID《管理与财务规定》第 22 条规定: “秘书长应适当公开 ICSID 的运营信息, 包括所有调解和仲裁请求的登记信息, 并及时公开每个案件的结束时间与结束方式。”

④ 例如, 在由 ICC 仲裁院管理的 14 个投资仲裁案件中, 除其中 1 个案件披露了有关仲裁费用的裁决之外, 仲裁机构未对案件的任何信息予以公开。See UNCTAD, “Arbitral rules and administering institution”, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution> (last visited June 18 2018) .

⑤ See UNCTAD, “Arbitral rules and administering institution”, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution> (last visited December 4 2018) .

⑥ *Ascom and others v. Kazakhstan* 案、*Quasar de Valores SICAV and others v. Russia* 案、*RosInvest v. Russia* 案、*Nagel v. Czech Republic* 案、*Petrobart v. Kyrgyz Republic* 案和 *Sedelmayer v. Russia* 案均涉及在瑞典法院的撤销程序, 而这些案件中的仲裁裁决最终都被公开。在 *Nagel v. Czech Republic* 案中, 网络中流传的裁决影印版本右上角出现了瑞典语 “bilaga” (意为“附录”) 字样, 与该案件在斯德哥尔摩提起撤销裁决之诉的事实相互印证, 公开的裁决书极有可能来源于司法审查程序中提交给瑞典法院的文件。

（二）投资仲裁公开的不平衡性

以 UNCTAD 的数据为基础，对已经披露的投资仲裁案件进行分析，可以发现不同投资仲裁案件公开的程度存在很大差异，区分出发达国家和发展中国家两大阵营。

在已经结案的投资仲裁案件中，以美国、加拿大为被申请人的投资仲裁案件透明度最高^①，公开的范围包括仲裁通知、申请书、答辩书等争议双方提供的书面材料，甚至包括庭审过程的视听资料，在公开的时间方面也做到了及时公开。除此之外，目前提起的绝大多数投资仲裁案件或仅披露了案件裁决，或因新闻报道曝光了主要事实，或除当事人信息、争议所涉行业外并无实质信息。前述公开程度的差异乃是国际投资条约或自由贸易协定^②中对投资仲裁公开的不同规定所致。《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement, NAFTA）和《多米尼加—中美洲—美国自由贸易协定》（Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement, CAFTA-DR）中有明确的投资仲裁公开条款，案件程序自然应当按照条约的规定加以公开；而其他的投资案件大多依据 2006 年前的国际投资条约提起，这些条约极少对投资仲裁公开进行规定，因此是否公开完全交由具体案件中的当事人决定，也就无法保障最终公开的程度。

从近年缔结的国际投资条约来看，发达国家与发展中国家对待投资仲裁公开的态度分化仍然存在。以 UNCTAD 投资中心（UNCTAD Investment Hub）网站公布的数据为准，笔者考察了自 2014 年 1 月 1 日至 2018 年 1 月 1 日的全部双边投资条约（bilateral investment treaty, BIT），发现（1）发达国家与发达国家之间缔结的国际投资条约大都纳入了投资仲裁公开条款；（2）发展中国家与发达国家之间缔结的国际投资条约有部分纳入了投资仲裁公开条款；（3）发展中国家与发展中国家缔结的国际投资条约极少纳入投资仲裁公开条款。^③ 这也就意味着，在未来可能发生的投资纠纷中，以发展中国家为被申请人的案件大多缺乏公开保障机制，而以发达国家为被申请人的案件能够实现较高的公开水平。

（三）仲裁裁决公开水平总体不高

裁决的公开是评估投资仲裁公开程度的核心标准，也是投资仲裁透明度的最低要求。根据挪威学者对 2014 年 9 月前三年已结案件的实证研究和笔者对 ICSID 2016—2017 财政年度^④已结案件的统计，总体而言，仲裁裁决的公开水平仍有较大提升空间。

挪威奥斯陆大学丹尼尔·本（Daniel Behn）的实证研究显示，2011 年 9 月至 2014 年 9 月已知的投资仲裁案件结案数量为 147 件，其中 98 起为 ICSID 仲裁案件（依据《ICSID 仲裁规则》

① 这些争议依据《北美自由贸易协定》和《中美洲自由贸易协定》提起。此外，双方合意适用 UNCITRAL《透明度规则》的案件也具有非常高的透明度，但此处仅讨论当事人未合意适用《透明度规则》的情况。

② 近年来，各国签订的自由贸易协定大多包括投资章节，因此，自由贸易协定也是考察投资仲裁制度的重要依据。为了论述的简洁，下文中使用的国际投资条约一词既包括多双边投资条约也包括自由贸易协定中的投资章节。

③ 未纳入投资仲裁公开条款的 BIT 包括《巴林—巴基斯坦 BIT》（2014）、《肯尼亚—土耳其 BIT》（2014）、《肯尼亚—卡塔尔 BIT》（2014）、《白俄罗斯—柬埔寨 BIT》（2014）、《韩国—缅甸 BIT》（2014）、《摩尔多瓦—黑山 BIT》（2014）、《埃及—毛里求斯 BIT》（2014）、《柬埔寨—土耳其 BIT》（2014）、《韩国—喀麦隆 BIT》（2013）、《肯尼亚—韩国 BIT》（2014）、《布基纳法索—新加坡 BIT》（2014）等。

④ 该财政年度的起止日期为 2016 年 7 月 1 日至 2017 年 6 月 30 日。

的有89起、依据《ICSID附加便利仲裁规则》的有9起),39起为依据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称《UNCITRAL仲裁规则》)提起的仲裁案件,其余10起案件是在国际商事仲裁机构提起的案件。在98起ICSID仲裁案件中,未公开仲裁裁决的案件比例为28%;在非ICSID仲裁案件中,未公开裁决的比例达63%。总体而言,投资仲裁裁决的公开比例仅达61%,有39%的案件裁决未能公开。^①

在ICSID 2016—2017财政年度中,仲裁案件的结案数量为44件,其中30件以裁决方式结案,其余14件通过和解或其他方式而结案。在30件以裁决方式结案的案件中,最终裁决得以公开的有22件(包括6件由负责审查裁决撤销申请的专门委员会作出的决定),裁决未能公开的案件有8件,占比20%。考虑到非ICSID仲裁案件(包括商事仲裁机构管理的仲裁案件与临时仲裁案件)缺乏ICSID促进仲裁裁决公开的措施,未公开裁决的比例极可能更高。也就是说,尽管总体来说ICSID裁决公开的比例有所提升,总体公开状况仍差强人意。

三 国际社会推动投资仲裁公开化的举措及成效

投资仲裁案件公开的任意性、不平衡性和公开水平不高的原因在于投资仲裁公开保障机制的缺失。推动投资仲裁向更加透明化的方向发展,需要借助国际投资条约、仲裁规则和国际公约,三者之间相互影响、相互补充。

(一) 投资仲裁公开条款在国际投资条约中的“扩散”

在国际投资条约中纳入投资仲裁公开条款是实现特定案件中程序公开的最直接做法,除非条约有特别规定,当事人不能排除国际投资条约对投资仲裁的公开安排。在过去的二十年间,“美加范式”与“欧盟范式”的投资仲裁公开条款借助发达国家的优势谈判地位得以“扩散”,在全球范围内产生了重要影响。

“美加范式”即美国、加拿大在国际投资条约(及其投资条约范本)中提出的投资仲裁公开条款。加拿大最早在2004年发布的《外国投资促进与保护协定》^②(以下简称FIPA)对投资仲裁公开进行了规定。该协定第38条规定:庭审应当公开进行,仲裁庭的裁决应当公开,仲裁庭发出的其他文件和当事人提交给仲裁庭的文件原则上应当公开,但当事人达成合意的除外。而以2004年《美国双边投资协定范本》为代表的美式范本公开的程度更高,其明确了投资仲裁程序以公开为原则、以保密为例外的基本理念,并未允许当事人合意排除公开的情况。具体而言,2004年《美国双边投资协定范本》将公开主体确定为仲裁案件中的被申请人——东道国,以条约义务的方式对被申请国施以程序公开的责任,同时不限制其他主体披露仲裁中的信息。公开内容覆盖了庭审公开、^③

^① See Daniel Behn, “Legitimacy, Evolution and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-the-Art”, (2015) 2 *Georgetown Journal of International Law* 46, p. 363.

^② 相当于加拿大版本的双边投资协定范本。

^③ 2004年《美国双边投资协定范本》规定仲裁庭“应当”公开进行仲裁程序,无需征得双方当事人的同意,只需咨询双方的意见即可由仲裁庭自行决定。

仲裁程序中相关文件公开^①和裁决公开；范本中所列的文件清单涵盖了仲裁程序从开始到结束的几乎所有文件，实现了充分、完全的公开。2018年11月30日签署的《美国—墨西哥—加拿大协定》（Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, USMCA）^②是“美加范式”的最新体现，该协定延续了美加对待投资仲裁公开问题的一贯立场。依据USMCA第14.D.8条的规定，在美国与墨西哥之间的投资争端解决程序中，庭审应当公开、被申请人应当及时公开仲裁裁决和案件中的其他文件；同时，投资仲裁公开存在若干例外，^③当事人可以指定某些信息为“受保护信息”，并向仲裁庭申请免于公开。

欧盟是推动投资仲裁公开的另一股力量，欧盟范式的代表条约有《欧盟与加拿大自由贸易协定》、《欧盟—越南自由贸易协定》及《欧盟—新加坡自由贸易协定》。与美加范式相比，欧盟范式对于投资仲裁的公开又进一层。欧盟范式进一步完善了对文件公开范围的规定，使公开范围更为周延。例如，仲裁程序开始之前的信息（如磋商请求）、专家报告和证据也可以公开。应当指出，欧盟注重恢复和重建仲裁庭的公信力，在公开范围中纳入了仲裁员的回避申请和决定，这对于建立仲裁庭威望、解决仲裁庭公信力缺失等问题能起到一定作用。

美加范式和欧盟范式对待投资仲裁公开的态度对于其他发达国家和地区产生了重大影响。以澳大利亚为例，澳大利亚是美国范本的忠诚实践者，《澳大利亚—智利自由贸易协定》（2009）、《澳大利亚—韩国自由贸易协定》（2014）不论在理念还是文本设计上，都高度借鉴了美国2004年和2012年BIT范本对投资仲裁透明度的规定，几乎是对美式范本的复述。这种影响又进一步波及到其他国家和地区签订的条约当中。例如，我国香港特别行政区与智利于2016年签订的双边投资协定就基本照搬了《澳大利亚—智利自由贸易协定》中的投资仲裁透明度的规定。

此外，发达国家借助其在谈判地位上的优势，向发展中国家推广其对于投资仲裁公开的立场。例如，在加拿大与其他国家签订的国际投资条约中，可以明显地看到这种“扩散”现象，如2014年《喀麦隆—加拿大BIT》第30条、2014年《加拿大—尼日利亚BIT》第31条、2014年《加拿大—塞尔维亚BIT》第31条、2014年《加拿大—塞纳加尔BIT》第31条、2014年《加拿大—马里BIT》第30条和2017年《加拿大—蒙古国BIT》第30条。

（二）仲裁规则对于公开不平衡性的弥补

尽管发达国家在条约中不遗余力地推行投资仲裁公开条款，但国际投资条约的签订或重新谈判需要诸多前提和契机，依靠条约推行投资仲裁公开进程十分缓慢。更重要的是，在对待公开的问题上，国际投资条约中形成了发展中国家与发达国家相互分离的阵营，投资仲裁公开的不平衡

① 2004年《美国双边投资协定范本》第29条第1款和第2款规定，被申请人“应当”在收到仲裁意向书、仲裁通知、诉状、备忘录及其他争议方提交仲裁庭的重要文件、按照第28条第2款（非争端缔约国的意见）、第3款（法庭之友意见）及第33条（合并仲裁）提交的书面文件、仲裁庭庭审笔录（如有）、仲裁庭的命令、决定和裁决后，及时发送给非争端缔约国，并向公众公开上述文件。

② See USTR, “Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada Text”, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (last visited Jan 6 2019) .

③ 根据USMCA第14.D.8条第2款和第3款，投资仲裁公开的例外包括第32.2条项下的根本安全（essential security）的例外、第32.5条项下的信息披露（disclosure of information）的例外以及受保护信息（protected information）的例外。

问题并没有得到完全解决。

在投资仲裁案件中，不论投资者依据何种条约提起仲裁，92%的争议均依据 ICSID 的仲裁规则^①或《UNCITRAL 仲裁规则》推进仲裁程序。^②这就意味着，一旦《UNCITRAL 仲裁规则》和 ICSID 纳入公开的要求，除非国际投资条约有相反规定或当事人在仲裁规则外达成特别约定，在绝大多数投资仲裁程序中都能实现公开，公开的不平衡问题在很大程度上能够解决。

1. 《UNCITRAL 仲裁规则》合并《透明度规则》

在仲裁规则方面，UNCITRAL 已经率先进行了改革。2013 年《UNCITRAL 仲裁规则》第 1 条第 4 款规定：“对于依照为投资或投资人提供保护的条约提起的投资人与国家间的仲裁，本规则包括《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》，但以前述规则第 1 条的规定为限。”也就是说，凡依据 2013 年《UNCITRAL 仲裁规则》提起的仲裁程序，在满足《透明度规则》第 1 条的情况下，将合并适用《透明度规则》。

《透明度规则》共八条，对于投资仲裁公开进行了十分详尽的规定。总的来看，《透明度规则》要求“及时”或“尽快”公开仲裁程序启动后的所有重要文件，一步到位地实现了高水平公开。在效力方面，《透明度规则》既优先于当事人的意思自治，又优先于与之并用的其他商事仲裁规则。^③当然，《透明度规则》的优先效力低于国际投资条约和强行法的规定，但又不同于完全让步于意思自治的商事仲裁规则，因而体现出“半强制性”的特点。

在公开的具体内容上，《透明度规则》将公开的信息划分为三类，包括仲裁程序本身存在与否的信息公开、仲裁中的文件公开和庭审的公开。^④首先，仲裁程序启动后，申请人和被申请人应迅速将仲裁通知（notice of arbitration）的副本发送给指定的信息存储处，存储处一经收到即应公开当事人名称、争议所涉行业、申请人所依据的条约三项基本信息。其次，仲裁庭成立后，对于其在仲裁程序中收到或者发出的文件，应对受保护信息进行处理后，尽早发送给信息存储处，从而公开这些文件。最后，庭审程序原则上应当公开，同时，仲裁庭可与争议各方协商，“决定在出于实际原因而变得有必要时不公开举行全部或部分审理”。对于未落入前三项的信息，各国可在《透明度规则》的基础上自行增加公开的文件类型，在条约中进行补充性规定，如 2012 年《美国双边投资协定范本》中加入了仲裁意向书（Notice of Intent）等需要公开的文件，《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》中加入了有关仲裁员回避程序的文件。

当然，投资仲裁的公开并非绝对，而是存在若干重要例外。公开制度的设计需要平衡公共利益与特定案件中当事人的私权，“当确切的实体权利优于一般性的公共利益时，后者应当让步于前者”。^⑤《透明度规则》中规定的例外主要包括两类，一类是由于信息的保密性而不予公开的情

① 包括《ICSID 仲裁规则》和《ICSID 附加便利规则》。

② 根据 UNCTAD 网站公布的数据统计得出。See UNCTAD, “Arbitral rules and administering institution”, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution> (last visited June 19 2018).

③ 《透明度规则》第 1 条规定，除非国际投资条约另有约定，争议当事人不得合意排除透明度规则的适用，当《透明度规则》与其他仲裁规则合并适用时，一旦发生冲突，应当优先适用《透明度规则》。

④ 分别体现在《透明度规则》第 2 条、第 3 条和第 4 条中。

⑤ Thierry P. Augsbrger, “Exceptions to transparency”, in Dimitrij Euler, Markus Gerhing, Maxi Scherer (ed.), *Transparency in International Investment Arbitration* (London: Cambridge University Press, 2015), pp. 249–306.

形,另一类是为保护“仲裁过程的完整性”而不予公开或暂不公开信息的情形,比如公开信息可能妨碍到证人作证的情形。但是,公开的例外是一种精准的“信息例外”,排除机密信息、受到保护的信息或可能影响到仲裁程序进行的信息后,某一个或某几个文件中的其它信息仍然应当公开。

2. 《ICSID 仲裁规则》^①

回顾 ICSID 中投资仲裁公开制度的发展历程,大致可以将其划分成三个阶段。第一阶段为 1968 年至 2003 年,仅对“仲裁存在”的有关信息进行公开。自 ICSID 成立后,根据其内部组织规则,ICSID 秘书处对所有仲裁或调解请求的登记信息、程序终止的方式和时间等信息进行公开,而对于仲裁裁决则明确规定“非经当事人同意,仲裁裁决不得公开”。第二阶段以 2003 年为界,自 2003 年以来 ICSID 开始公开仲裁庭适用的法律规则的节选。第三阶段为 2006 年至今,ICSID 延续此前对文件公开的做法,同时对庭审公开有所松动。1968 年、1984 年、2003 年版《ICSID 仲裁规则》均规定:仲裁口头程序的参与者仅限仲裁庭、争议双方及其代理人、律师、证人和专家。^②而 2006 年以后虽然并未实质性地改变庭审的私密性,但在措辞上显示出扩大庭审公开的倾向。2006 年版《ICSID 仲裁规则》第 32 条规定:“仲裁的口头程序应当由庭审的仲裁员、争议双方及其代理人、律师、证人和专家组成。除非任一方当事人反对,仲裁庭可以在咨询秘书长后,决定其他人员(非争议双方、代理人、律师、证人和专家)部分或全程参与庭审……仲裁庭应当对此类案件的程序进行安排,以保护专有信息或保密信息(proprietary or privileged information)”。

尽管目前在规则层面 ICSID 并未对投资仲裁公开有实质性的突破^③,但 ICSID 仍在努力推动仲裁的透明化。2016 年 10 月,ICSID 秘书处启动了仲裁规则的第四次修订程序,2018 年 8 月 2 日,ICSID 公布了《ICSID 规则修改提案——工作报告》(Proposals for Amendment of the ICSID Rules—Working Paper)(以下简称《修改提案》),对《ICSID 仲裁规则》《ICSID 附加便利仲裁规则》等提出重大修改意见。其中,《修改提案》建议在《ICSID 仲裁规则》中增设专章规定投资仲裁的透明度问题,拟修改的《ICSID 仲裁规则》第 44 条规定:如裁决发出后的 60 天内当事人未书面反对,即视为当事人同意公开,ICSID 将公开完整的仲裁裁决。^④囿于《华盛顿公约》第 48 条第 5 款的规定,ICSID 无法强制公开仲裁裁决和其他文件,但此次修改意见明显扩大了裁决公开的范围,是 ICSID 推动投资仲裁公开化迈出的重要一步。

(三) “《透明度公约》+《透明度规则》”倡导最高程度的公开

如前所述,《透明度规则》是目前投资仲裁领域公开水平最高的仲裁规则,但由于《透明度规则》主要适用于依据 2014 年 4 月 1 日后缔结的条约提起的案件,目前来看其适用范围十分有

① 由于《ICSID 附加便利仲裁规则》的发展与《ICSID 仲裁规则》的发展几乎同步进行,本部分对《ICSID 仲裁规则》的分析同样适用于《ICSID 附加便利仲裁规则》。

② 见 1968 年《ICSID 仲裁规则》第 31 条、1984 年《ICSID 仲裁规则》第 32 条、2003 年《ICSID 仲裁规则》第 32 条。

③ 其间原因在于,《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)第 48 条第 5 款明确规定:“非经当事人同意,仲裁裁决不得公开”,ICSID 主动公开的权力受到《华盛顿公约》的限制。

④ See ICISD, “Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Working Paper”, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/III.%20Amendments_Vol_Two-English_AR.pdf (last visited December 7, 2018)

限。针对这一问题,《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》(以下简称《透明度公约》)进一步扩大了《透明度规则》的适用范围:对于2014年4月1日之前订立的国际投资条约,凡加入《透明度公约》的缔约国,不论案件适用何种仲裁规则,都将以《透明度规则》作为程序准则,但缔约国保留的除外。

事实上,《透明度规则》与《透明度公约》的影响力已经远远超出了其法律适用范围。这种影响力具体体现在三个方面:第一,《透明度规则》树立了在投资仲裁中平衡公共利益和解决投资争议的典范,具有示范法的作用。在缔约国进行国际投资条约起草的过程中,《透明度规则》是极佳的参考范本。事实上,自《透明度规则》公布以来,已经出现了条约援引《透明度规则》的实例。例如,2014年《希腊—阿联酋 BIT》和2014年《格鲁吉亚—瑞士 BIT》均在投资争端条款中规定:“《透明度规则》适用于根据本条提起的国际仲裁程序”;再如,《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》直接规定适用《透明度规则》,并在《透明度规则》的基础上进一步扩大了信息公开的范围。第二,《透明度规则》可与《ICSID 仲裁规则》或其他仲裁规则合并适用。在ICSID 管理的“BSG 能源公司诉几内亚案”(BSG Resources Limited v. Republic of Guinea)中,仲裁庭在第二次程序性指令中指出:ICSID 案件与《透明度规则》具备兼容性,争议双方可以合意适用《透明度规则》,与《ICSID 仲裁规则》共同作为该案的程序性规则。^① 第三,《透明度规则》的制定和《透明度公约》的生效具备较强的国际号召力,ICSID 及其他仲裁机构均受此趋势影响,将程序的公开作为机构仲裁规则修改的重要内容,并在管理仲裁案件时鼓励、建议当事人达成合意,公开投资仲裁案件信息。

四 我国对待投资仲裁公开问题的立场:现状与建言

(一) 我国缔结的国际投资条约中的立场表达

在我国迄今为止签订的生效双边投资协定中,有两项投资协定纳入了有关投资仲裁公开的规定,分别是2008年《中华人民共和国政府和墨西哥合众国政府关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《中国—墨西哥 BIT》)和2012年《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《中国—加拿大 BIT》)。但是,同期中国与俄罗斯(2006)、哥伦比亚(2008)、马耳他(2009)、坦桑尼亚(2013)等国家签订的双边投资协定中并没有对公开问题进行规定,在此之前,中国也未曾在已签订的一百余国际投资条约中纳入投资仲裁公开条款。作为 NAFTA 成员国,墨西哥和加拿大自2001年起即开始在 NAFTA 投资仲裁案件中实现了较高的透明度,^② 可以推知,我国在与墨、加两国的投资协定中加入公开条款是我国在条约谈判中加以让步的结果,并不能说明我国对于投资仲裁公开的一贯立场。

^① BSG Resources Limited v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22, Procedural Order No. 2 (September 17, 2015), para. 9 - 10.

^② See NAFTA Claims, “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001”, http://www.naftaclaims.com/commissionfiles/NAFTA_Comm_1105_Transparency.pdf (last visited December 17, 2017).

在我国与墨西哥、加拿大签订的两项投资协定中，仅对于仲裁裁决公开作出了确切承诺，而并未采纳 NAFTA 中的全面公开标准。《中国—墨西哥 BIT》第 20 条第 4 款规定，“仲裁裁决应当公开，除非争端双方另有约定”；类似地，《中国—加拿大 BIT》第 28 条第 1 款规定，“依据本部分规定作出之所有仲裁裁定应在删除保密信息后向公众公开”。对于除仲裁裁决之外的其他文件，在《中国—加拿大 BIT》中出现了有条件公开的条款：“如果争端缔约方认为向公众公开提交至仲裁庭或由仲裁庭作出的所有其他文件系出于其公共利益，则在通知仲裁庭其关于公开的决定后，并在删除保密信息的情况下，该等其他文件亦应向公众公开。”^①

（二）我国在投资仲裁实践中的立场

截至 2018 年 11 月，我国被诉的投资仲裁案件共 3 起，其中 2 起案件公开的信息极少。第一起案件的申请人为马来西亚投资者伊佳兰公司（Ekran Berhad），争议源于其在我国内地的土地开发项目。^② 在该案中，双方均未披露案件情况，公众对于该案知之甚少。作为中国被诉的第一起 ICSID 案件，该案在国际上引起了广泛的关注，有国际媒体通过分析申请人财务报表的蛛丝马迹，试图推知案件的争议标的、争议所涉行业等信息。^③ 但由于该案在 ICSID 登记后不久双方即同意调解，最终曝光的消息甚少。^④

而我国被诉的第二起案件，也即广为人知的“安城案”（*Ansung Housing Co., Ltd v. China*），则显示出我国对待仲裁裁决的不同态度。^⑤ 在案件进行过程中，我国政府与申请人就仲裁庭的裁决、决定或命令的公开达成一致，但特别强调双方并未同意公开程序中提交的答辩状、庭审记录或其他文件。^⑥ 2017 年 3 月 9 日，仲裁庭作出关于管辖权的裁决；同日，该裁决公之于众。

2017 年 6 月 21 日，德国投资者海乐·西亚泽公司（Hela Schwarz）依据 2003 年中国与德国双边投资协定提起仲裁，这是我国被诉的第三起投资仲裁案件。根据 ICSID 网站上公开的程序性信息，该案仲裁庭于 2018 年 1 月组庭，并于 4 月 10 日就临时措施问题和原告修改仲裁请求的问题作出决定。^⑦ 但是，除 ICSID 的登记信息和投资仲裁通讯（IA Reporter）的报道外（需付费订阅），并无其他公开的信息。^⑧

① 《中国—加拿大 BIT》中还纳入了庭审公开条款，第 28 条第 2 款规定：“在与争端投资者磋商后，如果争端缔约方认为公开审理系出于其公共利益，则在通知仲裁庭其决定后，依据本部分进行的仲裁庭庭审应向公众开放。但出于保护保密信息包括商业机密信息的需要，仲裁庭可就部分庭审进行非公开审理。”

② *Ekran Berhad v. China* (ICSID Case No. ARB/11/15).

③ See IA Reporter, “China is sued for the first time in an ICSID Arbitration”, <https://www.iareporter.com/articles/china-is-sued-for-the-first-time-in-an-icsid-arbitration-malaysian-investor-ekran-had-rights-to-900-hectares-of-land-for-development-in-china/> (last visited June 19 2018).

④ See HSF, “China-related investment arbitrations: three recent developments”, <https://hsfnotes.com/arbitration/2017/07/17/china-related-investment-arbitrations-three-recent-developments/> (last visited June 7 2018).

⑤ *Ansung Housing v. China* (ICSID Case No. ARB/14/25).

⑥ *Ansung Housing Co., Ltd v. China*, ICSID Case No. ARB/14/25, Award (March 9, 2017), para. 22.

⑦ See ICSID, “Hela Schwarz GmbH v. People’s Republic of China-Case Details”, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/19> (last visited December 7, 2018).

⑧ 根据 IA Reporter 从申请人律师处获得的消息，本案申请人海乐·西亚泽公司是一家生产食品和调味品添加剂的德国公司，于 1996 年与济南一家从事肉类加工的中国公司合资经营。该合资公司于 1999 年转为外商独资公司。

结合中国缔结的双边投资条约与我国政府作为被申请人的案件中的实践,可以看出:我国总体而言对投资仲裁持保密态度,但对于仲裁裁决的公开留有余地。

(三) 对我国对待投资仲裁公开问题的建言

笔者认为,在投资仲裁改革背景下,及时回应投资仲裁的透明化趋势、逐步接受投资仲裁公开制度确有必要。

从国际层面来说,尽管各国在公开制度设计上存在差异和分歧,但是提升投资仲裁的透明度渐成共识,全球范围内的透明度改革已经取得重要成果,且步伐继续加快,势头不可阻挡。以保密的方式应对投资仲裁案件,更像国际政治与外交的手笔,不利于投资争端解决的标准化、法治化。提升透明度是完善投资仲裁制度的改良之举,不宜用南北矛盾的思路考虑发达国家的提案。《联合国贸易和发展会议透明度报告》指出,投资仲裁透明度将增强有关主体的可问责性(accountability),发展中国家在国际投资条约中纳入以国家的透明度义务为中心、兼顾投资者责任的透明度制度将促使投资环境更加开放,增进投资者与东道国之间的交流。^①此外,投资仲裁公开提供了法律文化输出的路径:被诉案件一经公开即引起国际法学界的普遍关注,投资仲裁案件成为触发国际法讨论的平台。

从国内层面来说,我国公开国际争端解决的相关信息可以反过来推动国内行政公开的发展。自2007年国务院发布《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《信息公开条例》)以来,行政公开逐渐成为我国各级政府依法行政的准则,公开透明的理念越发深入到公民社会的意识中。2017年6月6日,国务院公布了《信息公开条例(修订草案征求意见稿)》,针对2007年《信息公开条例》提出多出重要修正意见,尤其是明文确立了信息公开的原则,规定“除法律、行政法规另有规定外,政府信息应当公开”。^②在实践中,《信息公开条例》的落实仍然存在许多不容忽视的问题,例如行政审批信息公开不完整、不一致,提供信息不及时。^③投资仲裁的公开为解决政府信息公开不到位的问题提供了一条新思路,如能系统性地公开投资仲裁中的裁决甚至其他主要文件,不仅可以公开双方对国际投资条约的权利义务的法律论辩,一国政府在行政决策中的过程信息和结果信息极有可能随之公开,^④对这些信息的公开恰恰符合了《政府信息公开条例》实行以来我国政府的行政公开目标。

在具体制度设计上,考虑到以往我国对待投资仲裁公开的保守立场和公开裁决的个别先例,可以采取渐进式的做法,从接纳投资仲裁裁决公开条款开始,逐渐放开对于投资仲裁中其他文件和庭审程序的公开。与此同时,出于保护国家秘密和其他敏感信息的考虑,在条款设计上,应当

① See UNCTAD, “UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II-Transparency”, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/unctaddiaeia2011d6_en.pdf (last visited December 7, 2018)

② 《中华人民共和国政府信息公开条例(修订草案征求意见稿)》,法治政府网, <http://fzfzfyjy.cupl.edu.cn/info/1021/6961.htm>, 最后访问时间:2018年12月4日。

③ 参见吕艳滨:《政府信息公开制度实施状况——基于政府透明度测评的实证分析》,载《清华法学》2014年第3期,第51页。

④ 这些信息通常包括申请人提起诉讼的依据(项目审批文件、合同等)、政府的处罚通知和国内司法程序的细节等等。在安城案中,仲裁庭对于争议发生的全过程进行了详细的梳理,并因此公开了申请人所主张的江苏省射阳县政府对于申请人投资项目的承诺以及事后违反合同的一系列情形。此外,仲裁庭在裁决中引用了投资协议中的部分内容,因而得以公开。

根据我国国内法和有关保密政策，对投资仲裁公开中的例外情形加以规定。在新一轮《ICSID 仲裁规则》修改中，我国应当积极行使成员国权利，促成透明度条款的通过，彰显我国支持公开透明的司法理念和行政理念。

Publicity of International Investment Arbitration

Ding Ding and Liu Lu

Abstract: As one of the important reform measures of international investment arbitration, transparency mainly aims to promote publicity of investment arbitration. The involvement of public interest has eroded the confidentiality of arbitration and provided the preconditions for a disclosure regime in investment arbitration. At present, publicity of international investment arbitration still has problems such as arbitrariness, imbalance and low publicity. In order to solve these problems, a binding transparency regime should be established through multi-bilateral investment treaties, arbitration rules and international conventions. In the context of the reform of international investment arbitration and China's experience in treaty negotiations and judicial practice, China should respond to the transparency trend, nod to the disclosure of arbitral awards and gradually accept the transparency regime of investment arbitration.

Keywords: International Investment Arbitration, Transparency, Public Interest

(责任编辑: 李庆明)