

争议解决法律热点问题

最新生效的《透明度规则》对国际投资仲裁的影响

近年来，中国企业海外投资连年保持高速增长。根据商务部最新数据显示，2013年中国境内投资者共对全球156个国家和地区进行了直接投资，累计实现非金融类直接投资900多亿美元，同比增长16.8%。伴随着逐年拓展的对外投资，作为投资者的中国企业与投资东道国政府之间的投资争议也随之增加。如何维护自身合法权益、有效地解决争议已经成为中国投资者最为关心的问题之一。本文将简单回顾中国企业参与国际投资仲裁的法律依据以及仲裁规则的适用情况，同时对最新发布并生效的《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》（下称“《透明度规则》”）作简单的介绍。

一、 双边投资保护协定

由于海外投资存在较多不确定的风险，其中尤以政治风险最为突出，投资争议往往难以避免。政治风险是海外投资中最大、最不可预见的风险，一旦发生，企业将遭受巨大损失。政治风险也是影响企业海外投资成功与否的关键因素。中国企业在进行海外投资时，一旦与东道国政府发生争议，通常会寻求中国与东道国所签订的双边投资保护协定(Bilateral Investment Treaty, 下称“BIT”)的保护。作为国际投资法律体系中的重要组成部分，BIT一般是由两个国家之间签署，旨在鼓励和保护对方投资

者在本国国内的投资活动，吸引外来投资，促进本国经济发展，便利国际私人资本流动。截止到2012年底，中国已经与130多个国家签署了BIT。

我们以1992年中国政府与阿根廷政府所签订的BIT（下称“中阿协定”）为例。中阿协定规定了多条权利救济条款，赋予投资者可因东道国政府实行间接征收或其他违约行为等向东道国政府主张赔偿的权利。所谓“间接征收”，是指东道国政府的一系列行为累积起来构成对投资者投资价值的剥夺，也被称为“渐进式征收”。近年来东道国政府对海外投资采取间接征收已经成为了中国企业最为担心的投资困境之一。对此，中阿协定第四条规定，“除非符合一定条件，缔约任何一方不应应对缔约另一方投资者在其领土的投资采取国有化或征收的措施或任何其他具有类似效果的措施。”除此之外，中阿协定第三条还为投资者向阿政府索赔规定了其他的保障事由，例如“保护伞”条款，该条款要求阿根廷政府“恪守其对缔约另一方投资者在投资方面可能承担的义务”；“公正平等之待遇”条款，适用该条款的关键在于判断中国投资者根据阿根廷政府对投资所作承诺而形成的期待利益是否合理。此外中阿协定第三条还规定了“全面保护与确保安全”、“防止不合理及歧视性措施”、“最惠

国待遇”和“促进与协助投资”等条款，为投资者寻求救济提供法律依据。

二、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》

在 BIT 各条款中，争议解决条款通常是最为重要的条款之一。一般来说，除有一小部分 BIT 规定争议解决方式可为东道国国内诉讼外，绝大多数 BIT 均选择国际投资仲裁作为投资争议的解决方式。国际投资仲裁不同于一般的国际商事仲裁，其最主要的特征之一就是国际投资争议仲裁案件的双方当事人主体地位不平等，一方是主权国家，而另一方只是普通的民商事当事人。考虑到这种不平等性的存在，同时为了防止国家保护主义的干扰，联合国国际贸易法委员会（下称“UNCITRAL”）制定的《UNCITRAL 仲裁规则》通常在国际投资仲裁中得以广泛适用。《UNCITRAL 仲裁规则》由联合国第 31 次大会正式通过，被公认为是国际仲裁领域最成功、最具代表性的仲裁规则。

一般认为《UNCITRAL 仲裁规则》只适用于临时仲裁。所谓“临时仲裁”是指依据由双方当事人对将来或已发生的争议自行创设的仲裁程序而进行的仲裁，从根本上来说，它能够最大程度地体现当事人意思自治。为方便和效率起见，国际仲裁通行的做法是，当事人协商适用《UNCITRAL 规则》作为仲裁规则，并指定一个位于非争议双方所在国的中立的常设仲裁机构，由该机构担任“指定机构”，负责关于仲裁的行政管理工作。为了确保《UNCITRAL 仲裁规则》的有效适用，近年来，包括国际投资争端解决中心（下称“ICSID”）、国际商会、美国仲裁协会、新加坡国际仲裁中心在内的多个国际仲裁机构已经制定和颁布了相应的仲裁管理程序，为担任“指定机构”提供程序上的便利。

我们发现，在国际投资仲裁中，投资者和东道国政府往往更倾向选择 ICSID 作为“指定机构”，

适用《UNCITRAL 仲裁规则》进行仲裁。ICSID 是世界银行在 1966 年依据《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》（简称“《华盛顿公约》”）而建立的世界第一个专门解决东道国政府与外国投资者之间争端的机构，具有相当丰富的国际投资仲裁实务经验。由于 ICSID 具有独立自主和超国家性质的特点，近年来，越来越多的外国投资者开始寻求通过 ICSID 来解决与东道国政府之间的争端。根据联合国贸易和发展会议 2013 年 4 月 10 日发布的数据显示，2012 年，外国投资者向 ICSID 提交的仲裁申请达到创纪录的 62 个，涉及东道国政府更改法规、取消许可证、在公开招标过程中违规、撤回此前承诺的补贴和直接没收投资等多方面的争端。

尽管适用《UNCITRAL 仲裁规则》并在 ICSID 进行仲裁已经在很大程度上给予了投资者中立保护，但由于国际投资仲裁本身所固有的特征，即争议主体地位不平等，投资者在参与国际投资仲裁过程中仍旧常常显得比较被动，尤其当面对东道国政府基于自身国家利益等原因拒绝公布仲裁文件的情况下，投资者往往无法得到进一步的救济。除此之外，由于恪守仲裁制度传统的保密性原则，仲裁程序并不公开，海外投资者在拟进行海外投资时往往无法对日后可能出现的投资争议进行风险评估，也没有办法对仲裁结果做出提前预判。信息渠道的匮乏使得投资者无法对日后可能出现的投资争议进行预防。

三、《透明度规则》

为了提升国际投资仲裁程序的透明度，平衡东道国政府与投资者各方利益，并加强国际社会对仲裁程序和裁决的监督，UNCITRAL 于 2013 年 7 月 11 日通过了《透明度规则》，并已于 2014 年 4 月 1 日起生效。《透明度规则》全文共 8 条，提供了一套全面的程序规则，规定了投资人与国家间基于条

约仲裁的透明度和向公众开放的可能性。下面介绍《透明度规则》的主要内容，以及它将会给中国企业进行海外投资带来哪些积极的帮助。

（一）《透明度规则》主要内容

1、适用范围

根据《透明度规则》第1条规定，对于2014年4月1日之前缔结的条约（包括BIT）而引起的争议，如果相关条约的缔约方或争议当事方同意适用《透明度规则》，则《透明度规则》予以适用；对于2014年4月1日或之后缔结的条约（包括BIT）而引起的争议，如果投资人与国家间仲裁是根据《UNCITRAL 仲裁规则》启动的，则《透明度规则》予以适用，除非当事方另有协议。

2、在仲裁程序启动时需要公布信息

根据《透明度规则》第2条规定，一旦被申请人收到仲裁通知，争议各方即应迅速将仲裁通知副本发送给联合国秘书长或贸易法委员会指定的一个信息存储处。存储处从被申请人处收到仲裁通知，或者存储处收到仲裁通知及该通知已发给被申请人的记录，即应迅速向公众提供关于争议各方名称、所涉经济部门以及提出有关申请所依据的条约的信息。

3、仲裁程序中需要公布的文件

根据《透明度规则》第3条规定，除有例外规定（涉及机密信息或受保护信息），应向公众公布的文件包括：仲裁通知、对仲裁通知的答复、申请书、答辩书以及任何争议方提交的任何进一步书面陈述或书面材料；上述文件的所有证物以及专家报告和证人陈述的证物的清单；非争议方条约缔约方以及第三人提交的任何书面材料、审理笔录（如果有）以及仲裁庭的命令、决定和裁决。

4、审理的公开

根据《透明度规则》第6条规定，除有例外规定（涉及机密信息或受保护信息），为出示证据或进行口头辩论而进行的审理应公开举行。此外，仲裁庭还可酌情作出包括通过视频链接或其认为适当的其他手段安排列席，以便利公众列席审理。

从以上内容可以看出，《透明度规则》突破了国际商事仲裁在传统上一贯秉承的不公开审理原则与保守程序和实体秘密的原则，使得国际投资仲裁程序公开化，将之完整地暴露于国际社会尤其是国际投资者的监督之下。当然必须注意的是，《透明度规则》仅适用于一方东道国政府与另一方投资者之间的国际投资仲裁，它并不适用于一般的由双方平等主体之间产生的国际商事仲裁。究其根本，原因在于国际商事仲裁本质上是私法性质的仲裁，是对当事人可以自由处分的商事权利义务争议的仲裁；相反国际投资仲裁则需更多地考虑平衡东道国政府与投资者之间的优劣地位差异，防止任何一方借助不公开的信息渠道损害另一方的利益。

（二）《透明度规则》的积极影响

“正义应当以被人们看见的方式得以实现。”这句法律格言的内涵之一就是程序公开透明的法律价值。在国际投资仲裁中保持一定的透明度具有显著的积极意义。《透明度规则》是UNCITRAL 仲裁工作组突破性的工作结果，《透明度规则》的发布与生效将会给海外投资者带来便利，并将对国际投资仲裁市场带来积极影响。

首先，选择适用《透明度规则》将会给东道国政府施加巨大威慑力。

由于仲裁程序的公开，东道国政府不得不对其在国际社会尤其是投资市场的信用程度加以考量，地方保护主义也可能因此而避免。比如在实践中，

常常会出现东道国政府出于国家利益的保护，对海外投资者的投资进行间接征收，给投资者造成巨大经济损失。然而，受限于《透明度规则》的规定，当越来越多的已发生的国际投资仲裁案件信息得到国际社会监督之后，东道国政府将不得不重新审视其采取间接征收行为所可能带来的蝴蝶效应，谨慎处置可能出现的政府违约行为给其政府形象所造成的不良影响。

其次，国际投资仲裁程序的透明公开将使得海外投资风险的可预测性得到加强。

海外投资风险往往无法预见，国际投资仲裁对多数投资者也相对陌生，那么当投资争议真真切切的发生时，投资者的担忧与无助是很值得理解的。对此，《透明度规则》提供了前所未有的公共可访问性和争议解决透明度，不仅仅在个案中保障了当事人双方可以在公开透明的仲裁环境当中享有实体和程序权利的知情权，更为重要的是，投资者可

以通过公开渠道，甚至亲自参与旁听，获悉已发生的国际投资仲裁案件的相关信息，为日后出现类似投资争议提供可预见性的参考意见。

正是鉴于以上讨论，我们在此着重建议中国企业在进行海外投资时应积极争取适用《透明度规则》。同时，在考虑进行海外投资时也应当关注已公布的国际投资仲裁案例，为自己的投资决定做一个正确的风险预判。由于投资风险的普遍存在，中国企业在进行海外投资时务必应当谨慎对待，采取一切预防性措施。同时，当投资争议发生后，应该根据个案的具体情况，准确运用 BIT 提供的多个保护性条款，积极参与国际投资仲裁，维护自身的合法权益。

陈鲁明 合伙人 电话：86-021-2208 6396 邮箱地址：chenluming@junhe.com

崔文辉 律师 电话：86-021-2208 6374 邮箱地址：cuiwh@junhe.com

毕似恩 律师 电话：86-021-2208 6381 邮箱地址：bisien@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。