



联合国国际贸易法委员会
第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）
第三十八届会议
2019年10月14日至18日，维也纳

投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的可能改革

南非政府提交的意见书

秘书处的说明

本说明转载第三工作组第三十八届会议筹备过程中于2019年7月17日收到的南非政府提交的意见书。现将这份材料按收到的原样转载于本说明附件。



附件

一. 引言

1. 贸易法委员会第三工作组确定了四大类关切，针对这些关切进行投资争端解决制度改革被认为是可取的：

- 与投资争端法庭仲裁裁定缺乏一致性、连贯性、可预测性和正确性有关的关切：实质性标准解释不同、关于管辖权和可受理性的解释不同、以及程序上的不一致性；缺少处理多重程序的框架；现行处理仲裁裁定不一致和不正确问题的机制存在局限性¹；
- 与仲裁员和裁定人有关的关切：缺乏或看似缺乏独立性和公正性；现行回避机制的局限性；裁定人缺乏多样性；裁定人的资格²；
- 与投资争端案件费用和延续时间有关的关切：冗长、昂贵的投资争端解决程序以及缺乏处理无根据或无价值案件的机制；投资争端解决程序的费用分配；与投资争端解决程序中提供费用担保有关的关切；与第三方出资有关的关切³；以及
- 与第三方出资有关的关切：缺乏透明度和监管，以及第三方出资对投资争端解决的不同方面产生的影响，例如增加无意义索赔的数量、投资争端解决程序费用和费用担保⁴。

2. 工作组在制定改革工具时还考虑到了讨论其他关切期间提出的诸多方面，以使所有相关利益攸关方均认可这些解决办法是合理正当的。这些方面包括：审议通过投资人与国家间争端仲裁以外的手段解决投资争端以及争端预防方法⁵；用尽当地补救办法⁶；受投资争端影响的当地社区除了作为第三方提交材料之外还能够参与程序，以确保相关问题得以提出并获得审议⁷；投资人义务和反索赔⁸；在讨论监管方面的寒蝉效应的背景下，探讨投资争端解决办法对各国监管政策的潜在影响⁹。

二. 确定和推进解决办法的商定进程

3. 工作组在 2019 年 4 月 1 日至 5 日于纽约举行的第三十七届会议上商定了以下步骤：

- 第一步：在 2019 年 7 月 15 日之前，各国和观察员组织应向贸易法委员会秘书

¹ 联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）《第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）第三十六届会议（2018 年 10 月 29 日至 11 月 2 日，维也纳）工作报告》，第 39、53 和 63 段。

² 同上，第 83、90、98 和 106 段。

³ 同上，第 122、123 和 133 段。

⁴ 贸易法委员会《第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）第三十七届会议（2019 年 4 月 1 日至 5 日，纽约）工作报告》（下称“《第三十七届会议报告》”），第 25 段。

⁵ 同上，第 29 段。

⁶ 同上，第 30 段。

⁷ 同上，第 31-33 段。

⁸ 同上，第 34-35 段。

⁹ 同上，第 36-37 段。

处提交材料，说明应制定哪些其他解决办法，以及何时可处理这些解决办法；

- 第二步：在 2019 年 10 月（暂定 2019 年 10 月 14 日至 18 日）召开的下一届会议上，第三工作组将根据能力和时间安排，确定讨论其中哪些解决办法以及何时讨论；
- 第三步：第三工作组应开始阐明和制定可能的解决办法，并提交至委员会。

4. 本意见书旨在提出南非对可能的改革方案的见解，同时考虑到投资争端背景及其相关问题，以及任何成功的改革建议均应依据的必要原则。

三. 投资争端背景

5. 国际经济机构将外国投资作为发展手段，予以大力倡导。在这一背景下，发展被理解为金融宽松、公共产品和服务私有化、放松管制、向外国投资开放、财政自律和治理最小化。因此，发展的含义包括通过自由市场、个人财产和资本自由流动实现经济增长这一概念。

6. 人们常说，实现发展的最佳途径是经济增长，而要做到这一点，需要保证自由市场和公平竞争。此外，为了实现发展，有必要尽最大可能保护私有财产和合同权利，并确保全球资本通过国际贸易、商业和外国直接投资自由流动。国家的作用被认为是建立和维护与这些做法相得益彰的体制框架。这种观点认为，国家负责保障产权，以便优化市场发展。一国的资源分配，包括医疗、住房、教育、水、卫生等资源，被认为最好由市场决定，而国家不应干预这种分配，因为其利益可能影响市场的中立性和公平竞争。

7. 根据这一观点，人权被视为昂贵的生产成本，生活在发展项目所在地区的人们被视为需要解决的法律风险的一部分。为了给投资项目腾出空间，当地社区正在被迁离世代生活的区域，却没有获得新的工作或机会，他们对故土的文化、社会和政治眷恋也很少或根本没有被顾及。在这种逻辑下，投资人的财产和合同权利凌驾于公共利益和公共需求之上。此外，投资人的权利受到国际投资协定和投资人与国家间合同等若干文书的保护。国家通过投资条约保障投资人的权利，其中一些条约提供了与国际人权法所载标准类似的保障，例如财产不被任意剥夺的权利和获得法律平等保护的權利。与此同时，这些投资人权利中有一部分可能影响到涉及公共利益的问题，例如健康、劳动条件、粮食安全、环境和获得安全饮用水的机会。

8. 投资争端解决制度使外国投资人可在国际仲裁法庭向东道国政府提起索赔，并让私人当事方有机会在超国家层面采取行动。这对在地方上运营的公司形成了歧视，并带来了系统性问题。然而，受到外国投资损害的人们和社区没有明确的机制可用于要求伸张正义和获得赔偿。他们的权利受制于一个纯粹由私人商业思维驱动的制度，这种制度鼓励以专注为投资人私人经济利益服务的方式裁决案件。

9. 公众无法参与投资条约谈判或条约相关争端，这一事实应足以作为要求在国际投资协定中充分和有效纳入人权法的理由。此外，现行的国际人权法框架仅规定国家有义务增进、保护和保障人民的权利，这事实上忽视了当前的全球经济秩序，在这种秩序中，企业对人们的生活拥有更大的影响力，而无需对自身行为负责，至少不是通过正式的方式承担责任。因此，各国面临着一个失衡的制度，其中跨国公司通过投资争端解决制度执行机制获得保护，而人权和环境只能通过无法强制执行的

“软性法律”获得保护。因此，投资争端解决制度把公共利益和人民权利带入了私法领域。

10. 外国投资远不仅仅是一个涉及投资人经济利益的专门私人问题。相反，它牵涉到人权和公共利益关切。因此，人权与国际投资法律之间的相互作用会引发根本性关切。然而，投资条约法律对必须如何解读和执行投资人权利给出了自己的解释，在重要方面不同于人权法。此外，执行这些保护投资人的保障措施可能又会累及对其他人人权的保障，而这些其他人士可能并未有代表参与此类程序。

11. 因此，现行的国际投资制度不利于公共预算、确保公共利益的法规、民主和法治。现行制度没有采取任何措施来保护受外国投资影响者的权利。没有规定跨国公司需在人权和劳工权利以及环境保护方面承担具有约束力的国际义务，而且受影响的个人和社区在跨国公司侵犯自身权利时，无法诉诸国际司法。作为私人盈利实体的跨国公司有必要在国内和国际两个层面均服从公共利益。

12. 各国需要评估国际投资条约的成本和收益，并思考其未来目标和战略。还有必要加入具体措辞，以便明文规定追求投资条约的投资保护和自由化目标不得以牺牲对健康、安全和环境的保护或对国际公认劳工权利的增进为代价。

13. 越来越多的国家正试图通过改变或退出国际投资机制来解决投资争端解决制度的不对称问题，并推动达成一项具有约束力的涉及人权问题的联合国跨国公司条约。这一条约应包括跨国公司需承担的约束性义务和执行机制，从而有助于结束跨国公司侵犯人权却有罪不罚的现象，并确保受跨国公司侵权行为影响的人们和社区有机会诉诸法律。不应容许存在授权跨国公司对满足社会经济需求的政府提起诉讼的协定。相反，政策空间应该得到保障，以便：

- 增进和保护人权和劳工权利、人民健康和环境；
- 使各国能够在不面临高昂的债务和责任风险的情况下进行转型；
- 确立人权和环境法高于牟利动机。

四. 改革方针

14. 对国际投资制度的任何改革都需要从该制度的宗旨入手。鉴于国际投资协定的起源，其主要目的过去是而且仍将是保护外国投资人，而近来也旨在为投资人的业务活动提供便利，寻求以这种方式鼓励更多的外国直接投资流动。然而，仅为这一目的已然不够，需要予以扩展。特别是，国际投资协定还需要认识到有必要促进可持续发展和为这一目标提供支持的外国直接投资流动。

15. 必须通过促进和便利投资以及确保负责任的投资活动来有意识地承认可持续发展原则。这也意味着改革的目标应是促进制定一种具有包容性的投资相关争端解决替代办法。

16. 此外，投资争端解决制度改革必须符合更广泛的可持续发展目标。随着第三工作组开始第三阶段的工作并针对已查明的关切寻求解决办法，各国的审议工作必须以其国际和国内义务为指导。第三阶段产生的任何解决办法都必须推进联合国最近阐明的《可持续发展目标》的各项具体目标。促进和吸引投资本身不应是目的，而是迈出的一步，以推动落实更广泛的《可持续发展目标》的各项具体目标和人权义

务，例如减少贫困与饥饿、增强土著人民权能、促进体面工作以及扭转环境退化和气候变化。

17. 投资争端解决制度改革讨论必须考虑涉面广泛的改革建议，并分配足够的时间予以讨论。改革讨论还必须旨在促进制定一种协调、全面和包容的投资相关争端解决替代办法，这种办法也会涉及投资争端解决制度的透明度、受投资争端解决程序影响的非争端方第三方的参与、或公益组织参与投资争端解决程序为具体全球利益代言。

18. 此外，还需要制定投资争端解决制度的替代办法，该替代办法应采用更现代和结构更完善的争端解决程序的形式，并能更好地适应涉及可持续发展、公共政策问题和一系列不同利益攸关方和利益的投资争端。

19. 任何关于投资争端解决制度的讨论都必须结合更广泛的背景和改革对话，需要包括对基本条约条款的改革，因为改革投资争端解决制度本身不足以解决该制度目前面临的问题。当前制度的许多问题只能通过改革实质性标准来解决。

20. 南非认为，我们不能将程序性关切与实质性关切分开，因为二者息息相关。鉴于贸易法委员会的程序是由政府主导，而且委员会在授予任务时商定，工作组履行其任务授权应拥有广泛裁量权，因此如果排除对实质性关切的讨论，工作组将不能充分履行其任务。

21. 只有进行系统性改革才能全面处理对投资争端解决制度的关切。零敲碎打的办法只会取得有限的效果，因为“旧的”国际投资协定仍然存在，投资人能够调整投资结构以便从这些条约中获益。

22. 可持续发展原则要求不把投资法视为发展的障碍，而是将其视为东道国实现本国发展目标的工具。与此同时，可持续发展原则还要求外国投资在国内和国际层面均得到有效监管，以避免造成环境和社会损害。

23. 因此，各国需要进行系统的、以可持续发展为导向的改革。为此，各国需要将国际投资协定置于更广泛的可持续发展背景下，各国需要调整国家和区域发展目标。在这种情况下，投资法和任何投资争端解决制度的作用必须包括促进国内外投资人参与以增长为导向的经济活动所需的政治稳定，同时不妨碍满足与之冲突的公众关切。

24. 因此，各国需要努力在以下方面达成一致：

- 能够促进投资以实现发展；
- 确保投资规则服务于经济增长；
- 确保可持续发展成为总体投资政策讨论的主流，并确保可持续发展也被纳入新一代投资条约；
- 确保包容性增长和可持续发展的目标成为国家和国际投资政策的核心；以及
- 确保建立旨在促进可持续发展的投资争端制度。

25. 各国需要促进和便利投资，以确保负责任的投资活动。国内企业和跨国公司必须在开展各自业务和投资活动时尊重法治和员工权利，调整各自的企业举措使其符合公共政策和各国的体面工作优先事项，从而为可持续发展和体面工作做出贡献。

26. 各国需要一个广泛、务实、平衡和全面的机制，该机制应考虑到跨国投资的复杂

性，并且足够灵活，能够处理各类涉及不同的和可能冲突的利益、权利和义务的争端。

27. 各国必须着眼于制定可提供充分保护并保留监管政策空间的解决办法。

28. 尽管投资争端解决制度改革的必要性获得了越来越多的共识，但改革的范围、模式和战略仍有争议。为使投资争端解决制度的系统性改革取得成功，至关重要的是要制定有效和合理应对已确定关切的改革建议和以全球认可的规范框架为基础的建议。所拟框架可用于制定一些具体建议，以促进投资法改革和实施可使各国能够确保投资争端解决制度以民主、尊重人权和符合法治的方式发展的机制。

五. 改革原则

保护基本权利和人权

29. 保护基本权利和人权是全球公认的宪法关切，可作为改革和重新制定投资争端解决制度的基准。各国必须考虑到人权在指导国际投资关系和任何投资争端解决制度改革方面的重要性。这要求任何争端解决机制作出的裁定必须顾及相互竞争的非投资关切，并且不会造成妨碍政府充分履行人权义务的障碍。

可进行监管的政策空间

30. 东道国应拥有为了公共利益进行监管的政策空间。

公平环境

31. 为促进发展，东道国和投资人必须拥有平衡的权利和义务。

包容性

32. 投资争端解决制度必须透明，并允许受投资争端解决程序影响的非争端方第三方参与其中。这应包括让公益组织参与，为投资争端解决程序可能涉及的具体全球利益代言。因此，改革应旨在促进制定一种具有包容性的投资相关争端解决替代办法。

尊重法治

33. 法治需要连贯性和可预测性，并要求以不限制诉诸司法机会的方式构建投资争端解决制度。

保护负责任的投资

34. 保护应限于没有违反任何法律、规则、法规和国际公认价值观或没有参与腐败活动的负责任投资人提起的索赔，并把针对公共利益立法的索赔排除在保护范围之外。

35. 为了开展实现贸易法委员会目标所需的高度系统性变革，投资争端解决制度的程序性改革可以并且应当伴随着对投资人保护规则的重大改变。这些改变包括限定投资和最惠国待遇的定义和范围，排除或严格限制最具争议性的用于质疑国家监管决定的机制，例如间接征用、公平和公正待遇以及超出习惯国际法标准的实体安保。还应加入相应的投资人责任义务。

六. 可能的改革解决办法

36. 当前的国际投资法界在使用适当方法解决国际投资争端问题上正处于十字路口。为了推进对投资争端解决制度优点的讨论，有必要考虑是否有其他花费更低的方法可更好地服务于投资争端解决制度的目标。因此，重点是找到一个平衡的、可接受的和可行的投资争端解决办法。

投资人与国家间争端解决制度的必要性—各国必须考虑是否真正需要投资争端解决机制

37. 问题是要首先确定投资争端解决机制是可取的还是必要的。各国绝不应急于认定投资争端解决政策必须成为其投资协定的一部分，而是必须牢记投资争端解决制度的由来。该制度从未被视为国内法律争端解决的替代办法，而是一项应对政府管理极端不当情况的权宜之计。

争端预防政策

38. 争端预防政策在投资人与国家间争端甚至冲突出现之前既已确立。此类政策有助于预防或有效处理潜在的投资争端，降低投资争端升级为国际仲裁的可能性。因此，争端预防政策力求防止争端。

39. 争端预防政策可被视为一项解决投资争端案件增多问题的可行方法。虽然仲裁等非诉讼争端解决程序仍然必须处理有待解决的现有争端，但在政府看来，完全没有争端出现的前景必然是更可取的选择。

非诉讼争议解决办法

40. 非诉讼争议解决办法是投资条约仲裁和诉诸国家法院的替代方案。非诉讼争议解决办法可以涉及调解或调停，但也可专注于事实调查工作，从而有可能缩小争端的实际范围。这一过程旨在解决争端。

41. 这些替代方法的优点在于提供了速度更快和费用更低的解决办法，如果在问题的早期阶段便着手解决并以避免升级为具体目标，上述优点更加明显。

国内行政审查程序—对投资人认为违反条约的法律或措施进行行政审查。

42. 防止争端升级的另一个努力方向是建立体制化机制，允许权益受侵害的投资人在东道国启动程序，以便对投资人认为违反条约的法律或措施进行行政审查。这种行政审查的优点是可以简便地解决问题。这种诉诸体制化或合意行政程序的做法可使相关政府和投资人均受益。

国内法院—在诉诸投资争端解决制度之前必须用尽当地补救办法。

43. 这将确保在案件进入投资争端解决程序之前，国内司法机构首先有机会处理政府行为。这也将使投资法与习惯国际法和国际人权法保持一致，并有助于防止投资法与国家法律和法规相抵触。

44. 投资争端解决制度会阻碍善治。通过诉诸国际仲裁，投资争端解决制度代替了国内法律机构的用途，从而会固化后者的弱点。在国际层面有投资争端解决制度可供使用减轻了各国改善国内政府机制和做法的外部压力。

45. 国内外企业在法律方面的不同之处在于，设有投资争端解决制度可供利用不仅带来程序性挑战，也带来实质性挑战。由于国内法院大多被绕过，仲裁庭便拥有了从商业而非公共政策的角度解释和适用国内法问题的权力，这往往会导致天平偏向私人利益而非公共利益。投资事项仲裁员通常是国际投资法方面的专家，并不一定熟悉复杂的国内法律体系。为了尊重国内各政治团体，应要求在涉及国内法律事项时听从国内当局的意见。

46. 即使在人权法领域，声称遭到侵权的人员必须首先向国内当局提出申诉，从而使国内当局有机会纠正可能发生的任何不公正问题。为什么外国投资人应拥有直接在国际层面提出申诉的权利，而不是被要求首先用尽国内补救办法？

监察员办公室—设立监察员办公室，作为处理申诉事宜的一站式机构

47. 对投资人来说，监察员办公室提供了一个在早期阶段解决问题的正式渠道。投资人可以通过这种方式尝试迅速、及早、可能以较低的费用和友好地解决与其投资相关的问题。对东道国来说，监察员办公室是处理外国投资人所遇问题的第一个联络机构或渠道。监察员办公室可以及早向当局提供信息，以供其评估问题。如有需要，该办公室也可为尽早采取行动提供便利，使当局能够在问题恶化之前予以纠正。

预防争端方面的国家间合作—国家间合作而不是对抗——相比于费用高昂和耗时较长的投资争端解决程序，快速和简便地处理申诉的益处可能更受青睐。

48. 目前有国家设立了国家间联合委员会，以便开展合作，而且宗旨是处理投资人的申诉，并将申诉转递至对口的政府机构供进一步审查。投资人可以与联合委员会在本国的代表接洽，之后代表将与东道国的对应方进行相应磋商，尝试及早解决新出现的争端。

仲裁机构

49. 仲裁机构也可以发挥作用，使诉诸替代办法在国际投资法领域成为更普遍的做法：

- 仲裁机构可以建议拟定有关非诉讼争议决办法的简化规则，或者提高调解、调停和事实调查规则的灵活性，从而使这些规则对希望在投资事项相关法律程序中使用这些规则的人更具吸引力；
- 仲裁机构还可以发展能力，或鼓励将非诉讼争议解决技巧方面的专家列入各自名单，从而为使用非诉讼争议解决程序提供便利；
- 仲裁机构还可进一步向希望使用非诉讼争议解决程序的各方提供支持，可包括后勤和秘书支助服务等支持。

国际组织—国际组织能够在培养国际投资界和各国的认识，使其了解投资条约仲裁替代办法可能带来的优势方面发挥重要作用。

50. 国际组织可以就制定、确立和执行适当的争端预防和避免政策提供咨询意见，包括提供任何必要的技术援助和能力建设。这将使各国能够加强本国预防投资争端的体制框架。

先例—先例是一致性和连贯的法律体系的基础，应当具有约束力

51. 仲裁员已然经常参考和引用先前的投资裁决，这构成了一种事实上的劝导性先

例，但并非所有仲裁员都遵循这一原则，所以仍然会出现不一致的裁定。

法律资格—受程序影响的每个人都具有资格。

52. 既允许投资人对国家提起索赔，又允许其他受影响的个人或社区向投资人提起索赔，这意味着允许拥有直接和现时利益的自然人或法人介入程序。此举是提高程序的公平性并使该程序成为保护所有人的权利（而不仅仅是跨国公司权利）的裁判所这一工作的必要组成部分。

53. 这有别于法庭之友书状。现行的法庭之友书状程序松散任意，适用方式并不连贯统一。缺失有关准许介入的具体约束性条款文本常常会导致资格不被承认。为了实现有意义的公众参与，必须拟定明确的文本规则，规定公众能够参与其中。

54. 为了确保多边投资法院符合公开透明程序的最佳做法，必须对第三方介入作出更加明确的规定。有必要确保介入是为了公共利益，而不是为了对投资争端各方造成不公平的影响。必须订立规则以确保多边投资法院受理的介入方可通过提供新的或独立的意见来协助法院针对问题作出裁定。

管辖权—将管辖权限定于由未违反任何法律、规则、法规和公认价值观的负责任投资人提起的索赔。

55. 遵循清白无过原则，驳回涉及任何违反法律、法规或国际义务行为的索赔。

公共利益例外规定—该条款将不接受对涉及公共利益的法律、法规和立法提出质疑。

56. 需要确保投资人不能质疑正当合理的公共利益法规。

57. 公共利益例外规定非常重要，因为投资争端解决制度最严重的不利因素之一是投资人利用该制度，威胁动用诉讼手段向社会经济政策和法规提出质疑。

至上条款—出台至上条款，明确规定投资保护不得优于国家的社会、环境和人权承诺。

58. 各国必须拥有履行其在国际层面的社会和环境承诺所需的政策空间。纳入至上条款将向投资仲裁员表明，国际环境、社会和人权协定产生的义务优先于国际投资协定产生的义务。如果这些规则彼此冲突，对投资人的保护将让位于公共社会和环境义务。

仲裁员行为守则—制定有关投资争端裁定人道德操守的行为准则，提供一套更明确的约束性规则，保证仲裁员的独立性和公正性，并在取消仲裁员资格方面采用更好的规则。

59. 人们担心投资争端法庭的仲裁员不以独立和公正的方式行事。由于所涉个人不仅可以担任仲裁员，也可以担任公司或政府的律师，因此人们对潜在的偏向或利益冲突表示关切。各国担心这一制度会造成利益冲突，因为仲裁员同时也是律师，可能期望将来从投资人那里获得业务。

60. 制定禁止法官在类似案件中从事法律顾问工作（即兼职）的行为准则，并确立需履行独立性和公正性义务。与任期限制和重新任命相关的问题也必须包括在内——须规定法官仅可任职一届。

费用—案件管理程序，监管仲裁员费用，设定仲裁员费用上限。

61. 精简流程和程序、规定时限和公开收费价目将有助于高效率和高成效地管理案

件，从而降低费用。

费用担保条款—根据费用担保条款，在规定期限内未支付担保费用的，法庭有权中止或终止程序。

62. 费用担保将确保各国能够执行对其有利的有关仲裁费用和法律费用的裁决。这是必要的，因为各国经常难以执行要求支付投资争端案件应诉费用的裁决。交保金应当相称并合理，并考虑到索赔额等一些因素。要求交付费用担保可阻止索赔人提出无意义、滥用性和无依据的索赔。在有第三方出资的案件中，费用担保应成为一项强制性要求。

监管方面的寒蝉效应—应引入投资争端解决制度除外条款/例外条款。

63. 投资人经常战略性地、公开地和反复地利用投资争端解决制度提起案件，来迫使政府同意对其投资有利的条件，而不是把求助于投资争端解决制度作为最后手段。尽管国际投资协定本身并不直接限制国家的立法权力或监管权力，但这些协定可能会导致政府在规划和制定法规时更加谨慎，因此从公共利益的角度来看可能不够作为。因此，由于投资仲裁的威胁及其带来的高额损害，政府可能不会为保障公共利益实施监管措施。

反索赔—应允许国家向违约的投资人提起反索赔。

64. 国家始终是被告方，不能向违背自身义务的投资人提出反索赔。这种制度是不对称的，应允许提起反索赔，以便解决现有投资争端解决机制中的不平衡问题。

投资保险—用投资保险取代投资争端解决制度

65. 一项建议是诉诸投资保险，而不是诉诸投资争端解决制度。可由私营和公共部门提供方提供政治风险保险，该保险可帮助保护投资人免受由法律不确定性、战争和內乱、征用、人身伤害、转账限制、违约等原因造成的损失。

统一有关实质性义务的措辞

66. 国际投资协定中实质性义务的措辞必须统一，以确保一致性。

第三方出资—应禁止第三方出资。如果不予禁止，则应披露第三方出资人的存在和身份，以避免利益冲突，还必须披露出资协议的内容，并且须对不披露协议实行制裁。在涉及第三方出资的情况下，必须设置费用担保。

67. 有切实的政策原因反对在国际投资协定索赔中使用第三方出资，例如第三方出资可能增加提起可疑索赔的数量。从被告方国家的角度来看，此类无意义索赔，即使其中大部分没有成功，也会占用大量资源，并且可能损害其声誉。

68. 鉴于大多数第三方出资人是逐利实体，对提交仲裁小组的实质性问题并不拥有利益。因此，他们更有可能投资于可获得高额赔偿的索赔。此外，严格来说，出资人不是投资仲裁的当事方，但通过出资获得了对索赔的控制权和经济权力，因此可以影响案件的管理，并最终影响投资人与被告方国家之间争端的结果。此外，始终是被告方的国家不能提出反索赔。这意味着第三方出资始终由被告东道国支付。实际上，在有第三方出资的投资仲裁中，东道国才是费用承担方。鉴于支付的钱款来自税收，这种现象很成问题。因此，第三方出资很有可能给东道国带来沉重负担并影响监管。

69. 此外，国际投资仲裁中的第三方出资仍有许多不明确之处，第三方出资也引发了重要问题。诉诸第三方出资是必要的，还是仅仅是一项公司财务决策？谁是真正要求第三方出资的一方，是小投资人还是大公司？有断言称，出资人在为一项索赔出资之前会接受尽职调查和筛查程序，所以第三方出资不会造成无意义索赔增多，这一论断似乎只部分反映了经济现实。第三方出资通常形成一个案例组合，使出资人能够采取更趋于投机的态度，并采取“风险分散战略”。国际投资仲裁案件数量极有可能增加，这可能对被告东道国，更具体地说，对发展中国家产生非常重大的负面影响。

投资人义务—投资人权利应以投资人承担义务为条件。若不实现这种平衡，投资法将是一边倒和不民主的。

70. 有多项投资人义务可以有益地添加到投资法中。最重要的是需维护最低水平的环境和劳工标准——这将需要直接在条约中规定投资人义务，从而有助于建立国际最低标准。

无意义索赔

71. 驳回无意义索赔。

信息披露和费用担保要求—关于投资人国籍、存在合格投资以及所声称损害的性质和程度的关键信息可使国家在证明早期驳回合理时确定案件缺陷。

72. 这使国家在证明早期驳回合理时能够确定案件缺陷。

损害赔偿—关于裁定损害赔偿的指导文书

73. 这可以减少裁决的不一致性和不可预测性。

不承认反射性损失规则—不承认反射性损失索赔

74. 应仅允许受到直接损害的公司追偿，而不应准许间接索赔——如果股东损失仅反映其持股的公司所受损失，则股东不得提起索赔。这可以确保股东仅能针对公司损失提起程序，而不能以个人身份声称其个人权利受到损害。这也可确保不发生双重追偿。很多间接索赔涉及滥用行为，例如挑选诉讼地和平行程序。

多重索赔—合并根据同一项条约提起的多重索赔。

75. 这样做的好处是节省时间和成本，还可以确保对具有相似事实的案件做出同一裁定。

时效

76. 限定提出索赔的时效。

多边投资法院和上诉机构

多边投资法院和上诉机制都可以通过引入一个额外的审级来确保投资争端解决制度中所作裁定的正确性，从而实践法治。

77. 然而，难以确定二者是否也能提高投资争端解决制度的连贯性并有助于形成判例。

78. 多边投资法院有可能建立一个独立和合理的投资条约争端解决制度，但只有以公平中立的方式建立法院才能实现这一点。与投资争端解决制度相比，多边投资法院可能带来体制上的改进。但这些改进并不能解决歧视和系统性问题。

79. 相较于常设投资法院，上诉机制的优势可能在于，设立该机制在政治上比设立多边投资法院更容易实现。此外，上诉机制可以与现行仲裁制度相结合，其中仲裁制度行使初审职能。这种制度可以借鉴世界贸易组织（世贸组织）争端解决机制的经验，在世贸组织机制中，针对每一项争端设立专家组，而世贸组织上诉机构对专家组体系予以监督。与法官终身任职的常设法院相比，这种制度可能更具成本效益，因为对终身任职法官的付酬不取决于实际案件的存在。

80. 欧盟提出的设立投资法院的建议并没有解决投资条约条款造成的任何实质性不平等和不平衡。因此，这一以金钱为回报的制度将继续激发投资人和律师事务所提起案件，而这些可能原本无从提起的案件得以提出是因为该制度依据了多项起草不当、措辞含糊并且可予以广泛解释的国际投资协定。

81. 法院能够在多大程度上提高裁定的一致性也取决于适用的法律。如果仍从双边条约中寻找适用法律，一致性将更难实现，从而造成法院可能以更永久性的方式进一步扩大投资人保障范围的风险。因此，对投资人和东道国政府双方来说，法院能否减少裁定的不确定性并提高可预测性和法律确定性，这一点难下定论。

82. 目前没有提出建议要求投资人在诉诸投资法院之前，首先需要用尽当地补救办法，或者证明国内法院无法处理特定案件。

83. 此外，没有提出保障措施防止拟议建立的法院对监管工作造成寒蝉效应。这些广泛的实质性权利带来了金融责任风险，从而会给决策者造成寒蝉效应。

84. 没有提及投资人的义务，也没有提到可以确立这种义务的法律文书。

85. 在投资人利用该制度方面也没有做出任何限制，因此即使是虐待工人或污染环境的投资人也能够提起案件。设立一所法院不会改变这一点，反而会固化现行的存在问题的投资争端解决制度。

86. 如果需要国家法院提供援助，多边投资法院将如何与国内法院相互协作？应要求多边投资法院在处理国内法律事务时，请东道国国内法院参与其中。这不仅将确保在如何理解国内法方面获得适当的指导，还将有助于规避协定被认为不符合国内法这一风险。

87. 上诉可使法院修改裁决结果。上诉的理由是什么？是适用法律错误还是事实错误——还会考虑哪些其他理由？上诉机构是否有权自行认定事实，还是所有事实问题都将发回初审法庭？在下达上诉裁定之前，上诉机构是否有权下令采取临时和中间救济措施以维持现状？它将由多少名法官组成？上诉机构需要自行制定工作程序，包括设定时限。上诉机构的裁决应予以公布，先前的裁决应被赋予对随后案件具有劝导性说服力的先例地位，从而建立可据以裁定提交该法院的争端的法律权力框架。

88. 设立投资法院也有其自身的问题。上诉机制和常设投资法院需要确立为能够独立于争端各方和适用的国际投资协定而监督投资争端案件的多边机构。要使这一制度发挥作用，在实践中有必要制定一项多边条约，建立投资法院并界定其管辖权限。

此外，建立投资法院要么需要修改目前同意实行仲裁的双边和区域条约，要么需要建立法院自己的机制供各国提交仲裁。这些重要的结构性问题将必须得到解决。

89. 引入多边法院制度也可能引发有关其自身合法性的问题。法官的甄选事项——由谁决定，由谁任命或进行甄选？这样一所法院的总部将设在哪里，该机构是否有相关的特权和豁免？鉴于担心负责宽泛释义工作的投资争端仲裁员可能重新出任多边投资法院法官，所以需要法庭成员的甄选过程进行严格审查，并且应由国家控制任命过程，而不是将控制权同时赋予投资人和国家。

90. 多边投资法院似乎提供了一种愿景，可从主要由特定争端当事方任命的法官裁决案件的模式转向自治司法机构。法官任命机制乃关键所在，最近关于世贸组织上诉机构任命政治化的争议表明，制定一种不能被一个或多个决意将其政治化的国家主导或操纵的任命程序是非常复杂的工作。

91. 可以预见，法官席位将会很少。这将导致各国不同利益集团相互角逐，而这一过程中政治权力将在控制法院方面发挥重要作用。需要通过明确和透明的规则来限定这种权力，以避免出现不平等问题和任用有偏见的法官。

92. 人们仍然对确保法院组成的多样性和处理法官回避事项的程序感到关切。应尽最大努力实现法庭成员的多样性——地域、男性/女性等方面的多样性。

93. 司法独立是国际法院和法庭公信力和合法性的重要先决条件。有必要仔细审查有关司法独立和公正的标准，以避免可能任职的多边投资法院法官存有任何偏见，并确保他们的独立性。

94. 司法公正和法治并不是简单地通过宣布成立一个新多边投资法院就足以实现的。鉴于执行工作对多边投资法院的整体成功至关重要，对支持设立多边投资法院的国家来说，此类法院将拥有哪些权力、其裁定是否具有约束力和可执行性都是重要的考虑因素。此外，多边投资法院所作裁决是否可根据《纽约公约》或《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》执行？

95. 多边投资法院采用的程序规则很重要。多边投资法院（初审和上诉法庭）将做出关于私人 and 公共权利和义务的重要裁定。多边投资法院必须具备一套透明和详尽的程序规则。对多边投资法院最低限度的要求是必须实现以下目标：中立、有效、争端解决制度所提供的保护及其执行工作在法律上具有可预测性和连贯性。不平衡的程序性条款将削弱人们对多边投资法院中立性的信心，并与正当程序、公平和正义背道而驰。

96. 导致提出多边投资法院相关建议的许多关切涉及透明度和公众参与的必要性。需要制定明确直接的条款来确保准许进行有意义的介入，确保争端各方进行有序和公平听证的权利不受损害。对多边投资法院独立性和公正性的信任取决于法官甄选过程的透明程度。法官的甄选应通过透明的程序进行，期间需要考虑相关利益攸关方的利益。为了让公众对多边投资法院抱有信心，必须提高透明度，并公开披露对投资法院成员提出的回避要求。必须确立公众获取信息的途径，以维持信心和独立性。

97. 现行投资仲裁制度持续存在的一个问题是，程序和裁决往往是保密的。例如，《贸易法委员会规则》要求在公开裁决或程序之前征得所有当事方的同意，而且国际投资争端解决中心的程序同样也是非公开的。不过，国际投资争端解决中心会在其网站上公布仲裁裁决，此外，当许多不是由国际投资争端解决中心做出的投资仲

裁裁决在任一方国内法院受到质疑时，或者当国家必须对仲裁裁决的费用事项作出说明时，相关裁决会对外公开。但仍存在的问题是投资仲裁程序是非公开的，尽管大多数投资争端实际上是公开争端。投资仲裁涉及国际公法——对一个主权国家的监管行为进行裁定，而针对一个国家作出的裁决也会影响该国公民。非公开的程序和专案裁决使公众对仲裁程序和裁决理据的了解受到限制。一个国家对其人民负责，而一个国家监管行动的合法性是公众关注的问题，不应保密。多边投资法院将必须向第三方公开其程序，并公布其裁决和理据。各国可以对争端引入《贸易法委员会透明度规则》，如果各国认为这些规则不够充分，可进一步予以加强。

98. 不应要求法院所有成员尝试使用多边投资法院制度。该法院应被用作国家间以及投资人与国家间争端解决的裁判所。利用多边投资法院解决争端应是出于自愿。

99. 拟议的多边投资法院有可能阻碍知识产权改革。美国制药公司礼来公司就是一个例子：继加拿大调整本国专利法以确保人们可更好地获得药品后，礼来公司提起投资争端仲裁，索赔5亿加元。礼来公司认为，加拿大的专利改革不符合世贸组织《与贸易有关的知识产权协定》。投资仲裁人对《与贸易有关的知识产权协定》的合规情况做出的解释和裁定可能改变解释工作的动态，因为投资人在政策方面的约束要小于国家的约束，而且将知识产权视为创新催化剂和将其视为资产是存在区别的。

100. 拟议的多边投资法院有可能削弱数据保护工作。外国投资人将能够利用多边投资法院来质疑为监管跨境数据流动而采取的数据保护执法措施。因此，多边投资法院有可能削弱对个人数据的保护。

101. 拟议的多边投资法院有可能阻碍为应对气候变化而采取的行动。为了应对气候变化，各国需要从高碳资产转向清洁能源。这将要求投资发生巨大变化，并采取公共政策来支持和激励正确的投资类型。投资争端解决制度可能会在与气候友好型预防、减缓和适应政策密切相关的领域削弱政府力量。公共资金应当用于支持向清洁能源转型，而不是在污染者未能及时和负责任地调整自身商业模式时，对其未来收入损失进行补偿。

102. 多边投资法院有别于国内法律制度，将向投资人提供索要赔偿的可能性。这将使政府改革成本高得令人望而却步，造成监管方面的寒蝉效应，从而妨碍为应对气候变化采取的关键措施。这会进一步削弱各国的改革能力和应对气候变化等危机的能力。

103. 考虑到可能出现的问题，有关多边投资法院的建议似乎旨在保持许多关键特征不变，实际上还是拘泥于投资争端解决制度。总的来说，有关多边投资法院的建议相当于表面上的改革，没有触及该制度的根本性问题。实际上，多边投资法院似乎维护并巩固了投资争端解决制度。因此，投资法院会加剧和固化这一不平衡和有害的制度。

104. 我们需要以建设性的方式讨论投资争端解决制度改革及其挑战，讨论不能仅围绕投资争端解决制度和法院制度展开，还应包括其他争端解决方案（即争端预防、国家与国家间方案，等等）。投资争端解决制度改革应辅之以处理由投资条约条款引起的更深层实质性关切的改革。

105. 关于投资争端解决制度改革的讨论可以参考具有约束力的联合国工商业和人

权相关条约等文书，从而促进以可持续发展为导向的政策连贯性。此外，还需要考虑投资条约所载的实质性投资标准。

106. 鉴于一些国家迫切希望探索各种替代办法，关于投资争端解决制度改革的讨论必须以充分知情的方式进行，并均衡考虑所有利益攸关方的利益。

七. 结论

107. 南非原则上支持就改革投资争端解决制度和建立解决投资相关争端新机制展开讨论。不开展改革讨论将带来严重的后果，因为现行制度无法应对当今全球国际投资协定体制引发的任何挑战，并将使各国继续面临传统形式的国际投资协定所带来的风险。

108. 南非同意有必要制定传统投资争端解决制度的替代办法，该替代办法应采用更现代和结构更完善的争端解决程序的形式，并能更好地适应涉及可持续发展、公共政策问题和一系列不同利益攸关方和利益的各种投资争端。

109. 各国必须以建设性的方式讨论投资争端解决制度改革及其挑战，讨论不能仅围绕投资争端解决制度展开，还应包括其他争端解决方案（争端预防、国家与国家间方案，等等），考虑到具有约束力的联合国工商业和人权相关条约等其他文书，以便促进以可持续发展为导向的政策连贯性。

110. 此外，关于争端解决的任何讨论也必须结合更广泛的背景和对话，并考虑对基本条约条款的改革。任何有关投资争端解决制度的讨论也必须旨在推动亟需制定的全面和具有包容性的投资相关争端解决替代办法。

111. 必须指出，投资争端解决制度改革本身不足以解决国际投资制度面临的所有问题。在较早期阶段已经确定的许多问题只能通过改革实质性标准来妥善解决。

112. 因此，投资争端解决制度改革应辅之以处理更深层实质性关切的改革，这些关切由投资争端解决制度旨在予以仲裁和执行的投资条约条款所引起。还需要考虑投资条约所载的实质性投资标准。

113. 同样，如果数以千计的国际投资协定中仍然很多项协定继续并存，那么将不可能彻底实现一致。为了取得更好的平衡、更大的一致性并达成普遍更合理正当的国际投资制度，改革投资条约的实质内容和重新考虑条约的缔结形式是同样必要的。

114. 一些国家迫切希望探索传统投资争端解决模式的各种替代方案。谈判缔结囊括投资争端解决制度的新条约，与一些国家为保护自身监管权利而改革或终止这些协定的决定背道而驰。因此，至关重要的一点是，关于投资争端解决制度改革的讨论应以充分知情的方式进行，并均衡考虑所有利益攸关方的利益。