

从《北美自由贸易协定》到《美墨加协定》： 国际投资法制的新发展与中国的因应

张生

(西安交通大学法学院, 陕西西安, 710049)

摘要: 作为美国历史上第一个重新谈判的自由贸易协定,《美墨加协定》体现出缔约方对于国际投资机制的调整。相比较《北美自由贸易协定》,《美墨加协定》投资章节的设计体现出更加精细化和均衡化,也更具效率性和针对性。它在投资争端解决机制方面的规定表明“卡尔沃主义”正在回归和“美国化”,而协定针对美国、墨西哥和加拿大作出的不同安排也会使目前的机制更加“碎片化”。此外,投资章节中有关“非市场经济”的规定除了会对中国的投资产生影响外,也包含着明显的政治意图。对此,我国应当继续推动贸易协定谈判,拥护多边主义和自由贸易,同时也积极探索多元化的争端解决方式。

关键词: 投资保护; 争端解决; 《美墨加协定》; 多元化

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)04-0051-11

2018年9月30日,美国、墨西哥和加拿大就《北美自由贸易协定》(*North American Free Trade Agreement*, NAFTA)的重新谈判达成一致,并将新的协定命名为《美国-墨西哥-加拿大协定》(*United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA), 又称《美墨加协定》)。作为美国第一个进行重新谈判的自由贸易协定, USMCA 在协理念、目标和具体内容方面,都体现出与 NAFTA 很大的不同,也反映了美国总统特朗普一直主张的“美国优先”的理念。在投资章节设计上, USMCA 对投资保护和投资争端解决作出大幅的调整。在国际投资法制正面临大变革的背景下,这样的改变增加了国际投资仲裁制度改革的不确定性。虽然 USMCA 只约束美国、墨西哥和加拿大,但其中关于“非市场经济体”的规定也会涉及中国,因此 USMCA 在投资章节上的变化值得我们关注。

本文重点关注 USMCA 投资章节的具体内容,在分析了 USMCA 的谈判背景后,考察与 NAFTA 相比, USMCA 在投资保护和投资争端解决机制方面作出的改变。在此基础上探讨它对国际投资法制发展的影响,并结合我国的国际投资条约实践讨论中国的因应措施。

一、USMCA 投资章节的谈判背景

NAFTA 在 1989 年生效的《美国-加拿大自由贸易协定》基础上发展而来,于 1994 年 1 月 1 日生效。在 NAFTA 的影响下,美国、墨西哥和加拿大之间形成了世界上最大的自由贸易区。在 1993 年至 2017 年的二十多年间, NAFTA 促进了三国间的经济增长和就业,使三国的贸易额翻了两番,达到 1.17 万亿美元^[1]。不过,在美国总统特朗普看来, NAFTA 是美国历史上最差的贸易协定,它使得很多企业选择去劳动力更便宜的墨西哥投资,从而导致美国大量制造业岗位的流失。特朗普当选总统后,重谈 NAFTA 也成为他在贸易政策方面的重要议题。谈判自 2017 年 4 月份启动,然而进展并不顺利,为了推动墨西哥和加拿大尽快达成协议,特朗普采取惯用的“以进为退”策略,也即通过威胁退出 NAFTA 的方式迫使双方重新回到谈判桌,最终推动 USMCA 于 2018 年 10 月获得签署。

收稿日期: 2019-04-12; 修回日期: 2019-05-18

基金项目: 2017 年国家社科基金青年项目“欧盟投资者-国家争端解决机制的革新及中国应对研究”(17CFX083); 中国博士后基金第 11 批特别资助项目“国际投资争端解决机制改革与中国方案”(2018T111029); 中国博士后科学基金第 62 批面上资助项目“欧盟投资法庭体系与中欧 BIT 谈判”(2017M620443); 2014 年国家社科基金青年项目“TPP 投资协议中的争端解决机制研究”(14CFX052)

作者简介: 张生(1984—),男,山东济南人,法学博士,西安交通大学法学院副教授、博士生导师,主要研究方向:国际经济法、欧盟法、比较法,联系邮箱: sheng-zhang@xjtu.edu.cn

(一) NAFTA 下缔约方的投资仲裁实践

NAFTA 签署后,在比较长的一段时间里,它都是双边投资协定外投资者据以提起投资仲裁最多的国际投资协定,直到 2014 年被《能源宪章条约》取代^[2]。

截至 2018 年 10 月,依据 NAFTA 提起的投资仲裁案件一共有 62 起,其中以加拿大为被告的案件有 26 起,以墨西哥为被告的案件为 19 起,以美国为被告的案件为 17 起。多数案件都是由美国投资者(43 起)和加拿大投资者(18 起)提起的,墨西哥提起的投资仲裁案件仅有 1 起。

在已经审结的投资仲裁案件中,美国的胜诉率为 100%(13 起审结案件全部胜诉),加拿大的胜诉率为 66.7%(12 起审结案件胜诉 8 起),墨西哥的胜诉率为 61.5%(13 起审结案件胜诉 8 起)。由此可见,多数仲裁案件的最终结果都是有利于东道国政府的。

(二) 美国就 NAFTA 投资章节进行重新谈判的目标

2017 年 7 月,美国贸易代表(USTR)办公室公布了美国就 NAFTA 进行重新谈判的政策目标。关于投资章节,USTR 指出美国的目标是确保美国投资者在其他成员国投资时能拥有与美国法律原则和实践一致的权利,同时,确保外国投资者不能获得比本国投资者更优的权利。此外,美国也要确立能减少或降低美国投资者在其他 NAFTA 成员国投资障碍的规则^[3]。随着谈判的开展,USTR 根据美国提供的谈判文本进一步调整了目标,并于 2017 年 11 月公开了更新后的目标文本,其中一个重要变化,就是扩大了投资章节的内容。新的文件丰富了投资章节在减少或降低美国投资者在加拿大和墨西哥的投资障碍的具体规则,包括国民待遇,最惠国待遇,禁止对与投资有关的资本转移的限制,禁止强制技术转让和技术本地化等业绩要求,征收应给予符合美国法律原则和实践的充分、及时和有效的补偿以及和美国法律原则和实践相符的习惯国际法下的最低待遇标准。目标也重点突出了投资争端解决方面的努力,包括提供有意义的程序来解决投资争议,同时确保维护美国主权和强大的美国国内产业;改进解决投资争议的程序,包括确保仲裁员公正和独立行事,允许仲裁员迅速审查和驳回恶意诉讼,并确保投资规则解释的一致性和准确性;确保争端解决听证会向公众开放,并确保所有关键文件以及与诉讼程序有关的问题立即公之于众,同时要建立允许企业、工会、非政府组织和公众能在争议解决程序中提交法

庭之友意见的机制^[4]。

从 USTR 公布的谈判目标可以看出,在投资章节设计方面,美国吸收了以往参与 NAFTA 仲裁案件的实践经验。在投资争端解决方面,美国主要尝试提升争端解决程序的效率性,同时也要进一步提升程序的透明度。

(三) 特朗普政府对待国际投资仲裁的态度

尽管特朗普一贯反对全球化,主张“美国优先”,但他的早期政策表明美国对于国际投资仲裁制度持比较支持的态度,美国更多主张该制度需要在效率和透明度等问题上进行完善,而不是废除该制度^[5]。毕竟在美国作为被告的仲裁实践中,外国投资者尚未在任何一起案件中胜诉。不过在启动 NAFTA 的重新谈判后,美国的态度逐渐发生了转变。2018 年 3 月,美国贸易代表罗伯特·莱特希泽在参加众议院筹款委员会的一次听证会中,就公开表达了他对于国际投资仲裁机制的质疑。他指出在某些仲裁案件中,美国都是“险胜”,而且政府对于投资争端解决机制的恐惧,使得不少符合美国两党和公众利益的法规都未能实施,据此他认为该机制会对国家主权产生不当影响。他进而指出,在谈判中,针对投资争端解决机制,美国将建议引入一种选择加入(opt-in)或选择退出(opt-out)机制,而美国则倾向于选择退出(opt-out)的方式^[6]。

相比较之下,特朗普本人对待国际投资仲裁的态度要“简单粗暴”些。加拿大横加公司因为与美国政府在石油管道建设项目上的分歧,于 2016 年 1 月依据 NAFTA 提起了针对美国政府的国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁,并索赔 150 亿美元^③。特朗普则通过其经济顾问威胁横加公司撤诉,否则美国政府不会授予相关许可。最终,横加公司撤回了仲裁请求,而特朗普于 2017 年 3 月授予其一项总统许可证,允许其在美国实施输油管线建设项目^[7]。

二、USMCA 投资章节的内容变化

与 NAFTA、美国 2012 年投资协定范本和美国曾参与谈判的《跨太平洋合作伙伴协定》(TPP)相比,USMCA 的投资章节在投资保护、企业社会责任和争端解决方面都作出了不少改变。

(一) 投资保护

在投资定义方面,USMCA 沿袭了美国 2012 年投

资协定范本和 TPP，规定投资涵盖投资者直接或间接拥有或控制的各种财产，同时投资需具有资本或其他资源投入、收益或利润的期待以及风险的承担等特征。不同的是，USCMA 明确排除将司法或行政行为中作出的决定或判决看作是投资。在目前的仲裁实践中，仲裁庭在认定司法或行政行为中作出的决定或判决，特别是仲裁裁决，是否构成投资并不一致。ATA 诉约旦一案仲裁庭认为，裁决是仲裁庭决定是否存在符合相关条约规定的投资的整个过程的一个方面，同时提起仲裁的权利因其具有与投资有关的财务价值，也构成一项独特的投资^④。但是，在 GEA Group 诉乌克兰一案中，德国公司 GEA Group 执行国际商会一项仲裁裁决的申请遭到了乌克兰当地法院的拒绝，GEA Group 据此提起了投资仲裁。仲裁庭认为，尽管仲裁裁决针对产生于投资的权利和义务作出了认定，但不能据此将仲裁裁决等同于投资本身。仲裁庭进而认为仲裁裁决和投资有着不同，而且仲裁裁决本身并没有对乌克兰内部的经济活动作出贡献，也就使得它无法满足投资协定和《ICSID 公约》第 25 条中关于投资的定义^⑤。

关于国民待遇和最惠国待遇，USMCA 也参考了 TPP，规定在认定政府是否在“同类情形”下授予待遇时，需要考虑整个情形，包括相关待遇是否基于合法的公共福利目标在投资者之间或投资之间进行区分。此外，USMCA 对于这两种待遇的具体适用还作出进一步规定，特别是对于非中央层面的政府而言，判断是否存在歧视待遇要考察同一政府针对不同投资者所采取的措施^⑥。

关于公平与公正待遇，与美国 2012 年投资协定范本相同，USMCA 同样指出公平与公正待遇以及完全的保护和安全不要求额外的或超过最低待遇标准的待遇，也不创设额外的实体权利。特别值得注意的是，USMCA 还进一步指出不能仅依照缔约一方采取或未采取与投资者期待不一致的行为，就认定该缔约方违反了公平与公正待遇，即使政府作为或不作为的结果造成了投资者的损失。在有的仲裁实践中，仲裁庭往往将投资者的期待看作是公平与公正待遇的关键因素^⑧，Saluka 诉捷克一案的仲裁庭甚至认定投资者的合法期待是主导因素^⑨。

需要指出的是，尽管投资者的合法期待在认定公平与公正待遇方面不起主要作用，却与征收有着密切联系。USMCA 针对征收的附件 14-B 规定，在逐案认

定间接征收是否存在时，需要重点考虑政府行为干预投资者明显的和合理的投资期待的程度。

(二) 企业社会责任

与 NAFTA 相比，USMCA 引入了企业社会责任条款^⑩，要求缔约方鼓励其境内或受其管辖的企业自愿将缔约方认可或支持的有关企业社会责任的国际公认的标准、指南和原则纳入企业内部政策。这样的规定与 TPP 基本相同^⑪，不同的是，USMCA 进一步明确相关国际公认的标准包括《经合组织跨国公司指南》等。这些标准、指南和原则能够就企业在劳工、环境、性别平等、人权、原住民权利和腐败等方面的行为提供指引。不难看出，USMCA 进一步具体化了相关的企业社会责任标准，可以为企业实现相关目标提供更明确的引导。

(三) 投资争端解决

USMCA 在投资争端解决方面的文本表明，美国并未像莱特希泽所主张的那样选择退出这一机制。实际上，莱特希泽的立场一直遭到美国政界和商界的反对。如美国参议院财政委员会主席欧林·哈奇和众议院筹款委员会主席凯文·布拉迪坚持要求美国政府在 USMCA 中继续引入与现有的 NAFTA 第 11 章一样强有力的国际投资仲裁机制，否则新的协定就得不到议会的支持^⑫。与此同时，美国商界也积极展开游说，希望美国能够在谈判中继续保有投资争端解决机制，因为它对于保护美国商界的对外投资，特别是在墨西哥的投资，至关重要^⑬。于是我们可以看到，在 USMCA 中，美国和墨西哥之间保留了投资仲裁机制，以保护美国在墨西哥近 2 000 亿美元的投资^⑭。反倒是一直主张改革投资仲裁制度以确保政府拥有无懈可击的保护公共利益的权力和引入投资法院制度的加拿大^⑮，在作出小范围的保留(遗留投资和未决诉请)外，选择退出了投资争端解决制度。

1. 遗留投资(legacy investment)和未决诉请(pending claims)

针对遗留投资提起的投资仲裁和未决诉请对美国、墨西哥和加拿大都适用。USMCA 将遗留投资界定为缔约一方投资者在 1994 年 1 月 1 日和 NAFTA 终止日之间设立或获得的，并且在 USMCA 生效之日前一直存在的投资。因此类投资产生的争议，投资者可以依据 NAFTA 第 11 章等条款的相关规定提起投资仲裁^⑯。缔约方对于此类争议提交仲裁的同意期限是 3 年。针对遗留投资在 3 年期满前已经提起的仲裁，仲

裁庭对案件的管辖权不受此3年期限的影响,仲裁庭可以继续审理直至案件终结。

对于NAFTA生效期间依据NAFTA第11章B节提起的且正在进行的未决诉请,其程序可以继续,仲裁庭对于诉请的管辖权也不受NAFTA终止的影响^⑩。

2. 美国-墨西哥投资争议

USMCA虽规定了美国和墨西哥之间的投资争议可以提交仲裁,但仍有不少限制条件:投资者在提起投资仲裁前应当首先努力通过磋商和谈判的方式与东道国解决相关争议^⑪。在提起投资仲裁时,投资者只能主张东道国违反了准入后的国民待遇或最惠国待遇,以及直接征收的相关规定,而且投资者因东道国的此类违反行为遭受了损失^⑫。限制最惠国待遇条款的适用。投资者不能依据最惠国待遇条款直接援引东道国所签署的其他的国际贸易或投资协定中的争端解决程序或实体义务,而只能参照东道国政府所实际采取或维持的措施,其中包括东道国为了履行其他国际贸易或投资协定中的实体义务而采取或维持的措施^⑬。提起仲裁请求前,投资者应当首先将争议提交东道国有管辖权的法院或行政仲裁庭,并获得法院的最终判决,或者从提起诉讼请求之日起已经过去了30个月,而且外国投资者应当在知道或者应当知道缔约方违反条约且因此遭受损失之日4年之内提出仲裁请求。

仲裁员方面,USMCA缩短了指定仲裁员需要等待的期限。它规定,如果自请求提交仲裁之日起75天(NAFTA 90天)内仲裁庭还没有组成,应争端当事方请求,ICSID秘书长有权指定尚未指定的仲裁员。USMCA要求仲裁员遵守《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》的规定,以确保仲裁员能够公正独立仲裁,同时明确规定仲裁员不得在其他未决USMCA仲裁案件中担任顾问或者当事人指定的专家或证人^⑭。

在具体的仲裁程序上,USMCA规定仲裁庭应当允许第三方提交法庭之友意见,争端双方可以对此作出回应;确立了针对管辖权异议和明显没有法律依据的抗辩的快速审理程序;要求仲裁庭和争端双方应当尽力快速和有效地推动仲裁程序;同时要求最终裁决作出前,如果争端一方提出请求,仲裁庭应当将拟作裁决发送争端双方征询意见^⑮。

USMCA在提升仲裁程序的透明度方面也作出了不少努力,除了规定公开与仲裁有关材料,也规定仲裁庭庭审应当公开^⑯。

在仲裁地的选择上,与NAFTA要求仲裁地应在NAFTA的缔约方境内不同,USMCA规定,如果当事方没有达成合意,仲裁地可以选择在《纽约公约》的任一缔约方境内^⑰。这主要是考虑到在USMCA协定下,加拿大退出了投资争端解决机制,因此在仲裁地选择上难以在美国和墨西哥两国之间找到一个中立的地点。

(四) 美国与墨西哥之间有关协定涵盖的政府合同的争议

除了规定一般的投资争议解决程序外,美国和墨西哥之间专门就涵盖政府合同有关的争议解决作出了特别规定。这样的设计主要是为美国投资者在墨西哥的投资,特别是在油气行业的投资,提供额外的保护^[13]。美国的一些能源巨头曾因为墨西哥新总统提出的能源独立的主张而担心它们的投资会受到影响^[14]。USMCA的规定消除了这些企业的顾虑,有评论甚至认为美国的能源企业是USMCA的最主要受益者^[15]。

USMCA规定的“涵盖政府合同”指缔约方的国内当局与另一缔约方投资者之间达成的授予其或其投资在涵盖部门相关权利的书面协议,且协定涵盖的投资或投资者据此设立或获取涵盖投资。而“涵盖部门”指石油、天然气、发电服务、通讯服务、交通服务以及铁路、公路、桥梁和河道等的拥有和管理等^⑱。

对于因涵盖政府合同而产生的投资争议,USMCA规定投资者在提起仲裁请求时的依据没有限制,既可以主张东道国违反了国民待遇和最惠国待遇,也可以主张东道国的行为违反了公平与公正待遇或者构成了间接征收^⑲。但它同时要求,引发仲裁请求的事件发生之日起6个月内投资者不能提出仲裁请求,投资者需要在首次知道或者应当知道东道国政府违反协定后3年内提出请求^⑳。

三、USMCA投资章节的特点

相比较NAFTA和目前的国际投资协定,USMCA的投资章节体现出以下几个特点。

(一) 精细化

早期的投资协定沿袭“欧式”协定,在内容规定上较为简单,随着时间的流逝,协定内容开始变得精细和复杂^[16]。在具体内容设计上,USMCA的投资章节更加精细化。ICSID裁决撤销制度的实践也表明,

内容概括的投资协定更容易导致争端当事人、缔约方和仲裁庭在条约解释方面的分歧。ICSID 的受案量统计显示,截至 2018 年 12 月 31 日,ICSID 依照《ICSID 公约》和《ICSID 附加便利规则》登记的仲裁请求有 706 个,依照《ICSID 公约》登记的裁决撤销请求有 92 个,但是撤销请求获得部分或全部支持的案件只有 17 个^[17]。在这 17 个案件中,除了 Amco 诉印度尼西亚、Klöckner 诉喀麦隆、MINE 诉几内亚和 Baymina Enerji Anonim Şirketi 诉 Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi 等 4 个案件是根据投资合同提起的仲裁外,其余都是根据双边投资条约或自由贸易协定提起的。其中,只有 TECO 诉危地马拉一案所依据的 2005 年《中美洲自由贸易协定》在形式和内容上借鉴了《北美自由贸易协定》和美国 2004 年投资条约范本,在实体和程序规定方面较为完善。其余案件所涉及的 10 个投资条约在内容上都十分简单^②,给仲裁庭留下了较大的自由裁量权。USMCA 投资章节的内容不管是在实体规定还是在程序设计方面都有很大的完善:实体方面,要求投资具有“投资的特征”,进一步澄清公平与公正待遇和间接征收;程序方面,在仲裁员选任方面作出更加明确的要求。这样的设计能够为仲裁庭提供更加详细明确的指引,也能在很大程度上保证仲裁庭裁决的公正性。从更宏观的角度看,它也与目前国际投资条约在内容方面的发展态势相吻合^[18]。

(二) 均衡化

传统的投资协定更多规定的是投资者的权利,较少涉及可持续发展议题,这就导致条约设计体现出一种明显的不均衡,保护投资者的利益却忽视了东道国的权力空间^[19]。有的仲裁裁决也体现出明显的保护投资者利益的倾向。如在 SGS 诉菲律宾一案中,仲裁庭在解释菲律宾和瑞士双边协定第 10 条第 2 款所规定的“保护伞条款”时指出:“条约的目的和宗旨支持对第 10 条第 2 款进行有效解释。投资条约是促进和相互保护投资的条约。根据条约序言的规定,条约旨在‘为缔约一方的投资者在缔约另一方境内的投资创造和维持有利条件’。因此在解释条约时遇到不确定时,作出有利于保护外资的解释是合法的。”^③此外,目前的投资仲裁机制在很大程度上借鉴了国际商事仲裁制度,不少参与投资仲裁的仲裁员也只具有商事仲裁的背景^[20],在审理案件时,国际商事仲裁常常被当作处理投资仲裁案件的“默认模板”,并将商事仲裁中的原则应用于投资仲裁中^[21]。有学者曾尖锐地批评了国

际投资争端解决中心仲裁员明显的商业倾向性,认为他们“关注合同神圣要多于对国际共同体的关注,通过表现对商业笃信及对跨国企业的忠诚以确保能再次获得任命”^[22]。然而,国际投资仲裁在很多方面都与商事仲裁制度有着不同之处,商事仲裁庭解决争端的权力来源于争端双方共同达成的协定,仲裁事项通常不会涉及第三人的利益,也很少会对国家利益产生影响。但在国际投资仲裁语境下,一国对于投资仲裁的同意除了可以通过投资合同作出外,也可以通过国内法和双边投资条约作出。这使得投资仲裁的“触角”可以深及国内的劳动法、环境保护法、财产法和司法管理活动等多个领域^[23],多数情况下,外国投资者所针对的也都是东道国采取的保护健康和环境等的规制措施,投资者-东道国争端解决不可避免地具有公法属性。因此,投资协定除了考虑赋予外国投资者在实体和程序方面的权利外,也要考虑给予东道国政府合理的政策空间。USMCA 的投资章节很好地贯彻了这一均衡化的理念:在界定国民待遇与最惠国待遇时,考虑东道国的合法的公共福利目标;澄清投资者合法期待与公平与公正待遇的关系;规定企业社会责任条款;限定投资者提起投资仲裁的范围;要求相关文件和信息公开,使其更加透明;允许第三方参与仲裁程序和提交法庭之友意见,使其更加民主;在选任仲裁员方面,着重避免利益冲突等。

(三) 效率性

不管是对东道国政府,还是对外国投资者而言,冗长和花费巨大的投资仲裁都是一种沉重的负担^[24]。有统计表明,目前一个投资仲裁案件平均耗时 3 年零 8 个月^[25]。提升仲裁的效率性一直是国际商事仲裁领域的重点话题,但是在投资仲裁领域,这一话题并未获得较多的关注^[26]。USMCA 在这方面作出了不少尝试,它明确要求仲裁庭和争议双方应努力以迅速和有效的方式推进仲裁程序^④。具体而言,它将指定仲裁员需要等待的期限由 NAFTA 规定的 90 天缩短至 75 天。如果被申请人提出异议,认为依法不能得出有利于申请人的裁决或申请人的请求明显没有法律依据,USMCA 规定仲裁庭可以将其作为先决问题进行审理。如果被申请人在仲裁庭组成后 45 天内提出此类请求,仲裁庭应当以快速方式审理此类异议。在争议提交仲裁以后,如果争议双方在诉讼程序中未按要求采取措施的时间超过 150 天,或者超过当事人约定且经仲裁庭同意的期限,仲裁庭可以通知争议方;若在接

到通知 30 天内当事人仍未采取任何措施,那么仲裁庭可将其视作当事人停止仲裁程序,并将此类情形写入最终的决定。倘若发生此类事项时仲裁庭尚未组成,ICSID 秘书长应当承担此类职责^[26]。

(四) 针对性

USMCA 投资章节也反映出缔约方充分借鉴了已有的投资仲裁经验,特别是 NAFTA 体制下的经验。针对一般的投资争议,美国和墨西哥限制了外国投资者可以提交投资仲裁的争议范围,将东道国政府违反公平与公正待遇排除在外。这主要考虑到公平与公正待遇与投资仲裁有着最高程度的实际相关性。在实践中,多数投资者请求获得支持的案件都认定东道国违反了公平与公正待遇^[27]。在公平与公正待遇的设计上,USMCA 采用了 NAFTA 自由贸易委员会于 2011 年作出的解释^[28],避免仲裁庭对公平与公正待遇作出扩大解释,它也进一步澄清不能单纯依照东道国的行为违反了投资者的合法期待,就认定东道国违反了公平与公正待遇。这样的规定也反映出美国、加拿大和墨西哥在 NAFTA 仲裁实践中的共同立场^[29]。如美国在针对 *Spence v. Costa Rica* 一案提交的第三方书面意见中,明确表示善意原则和合理期待都不是习惯国际法下公平与公正待遇的组成部分。在认定政府违反最低待遇标准方面,除了政府行为干预投资者期待外,仍需要考虑其他的因素^[30]。

另外,考虑到最惠国待遇是否适用于程序性事项是目前国际投资仲裁实践中一个具有争议的问题,USMCA 也特别规定最惠国待遇中的待遇排除适用于其他包含国际争端解决程序或规定了实体义务的国际贸易或投资协定条款。同时将待遇进一步规定为仅包含附件缔约方采取或维持的措施,可包括缔约方为履行其他国际贸易或投资协定中的实体义务而采取的措施。也就是在认定东道国违反最惠国待遇时,不能仅凭借其他贸易或投资协定中包含更加优惠的条款,而是要考察在事实上确实存在东道国政府基于国籍对外国投资者采取了歧视性对待的行为。这样的规定也反映了最近的一些仲裁实践。比如在 *Çalkale* 诉土库曼斯坦一案中,外国投资者想依据《土耳其-土库曼斯坦双边投资协定》中的最惠国待遇条款,主张它可以享受土库曼斯坦所签署的其他投资协定中的公平与公正待遇和“保护伞条款”的保护,土库曼斯坦却指出投资者需证明事实上确实存在一个第三方投资者的投资享受了更加优惠的待遇。这样的主张也得到了仲裁庭

的支持,仲裁庭认为最惠国待遇条款的适用需要比较不同国家的投资者在实际情况下所享受的待遇,而不是单纯对不同协定中的条款进行比较^[31]。这样的认定也改变了仲裁庭在最惠国待遇条款的解释与适用方面的传统实践^[30]。

四、USMCA 对国际投资法制发展的影响

美国的缔约实践对国际投资法的发展一直有着较为深远的影响。虽然投资协定发端于欧洲,但在 NAFTA 生效后,国际投资协议的发展在很大程度上体现出一种“美国化”的倾向^[31]。USMCA 签署后,美国的高级官员曾表示它将是特朗普政府未来进行贸易协定谈判的范本^[32]。可以预见,USMCA 的投资章节也会对国际投资法制产生重要影响。

(一) “卡尔沃主义”的回归和“美国化”

“卡尔沃主义”的核心是反对外国投资者享受超国民待遇,并主张当外国投资者与东道国政府产生争议后,其应当也和东道国本国投资者一样将争议提交国内法院审理^[33]。“卡尔沃主义”甫一提出,就受到了发展中国家的欢迎。20 世纪 70 年代建立国际经济新秩序运动达到顶峰时,“卡尔沃主义”的一些原则还一度被写入联合国大会通过的《各国经济权利和义务宪章》等系列决议中^[34]。随着拉美发展中国家通过积极缔结自由化的且包含国际投资仲裁机制的双边投资协定以吸引外国投资,“卡尔沃主义”一度被认为已经消亡。但是如今的一些缔约实践,包括拉美国家退出《ICSID 公约》和终止它们签署的投资协定^[35],表明“卡尔沃主义”正在回归。如出于对缔约国国内司法制度的信心,1982 年《澳大利亚-新西兰自由贸易协定》和 2004 年《美国-澳大利亚自由贸易协定》就没有包含国际投资仲裁机制^[35]。在最近的《全面与进步跨太平洋合作伙伴协定》中,澳大利亚也退出了国际投资仲裁机制^[36]。USMCA 也体现出明显的“卡尔沃主义”的色彩:第一,加拿大选择退出国际投资仲裁机制。第二,美国虽然一直是国际投资仲裁的拥趸和“卡尔沃主义”的坚决反对者,但 USTR 的谈判目标清楚地表明美国要求外国投资者不能获得比美国国民更优惠的权利。实际上,这样的目标在 2002 年美国国会的授权谈判中已经出现,有学者将这一做法看作是“卡尔沃主义”的“美国化”^[37]。第三,即使国际投资仲裁制度存在于美国和墨西哥之间,USMCA 也要求外国

投资者在提起国际投资仲裁之前将争议提交东道国国内法院审理。这样的规定在一定程度上也可以看作是“卡尔沃主义”的间接体现。第四,如前所述,虽然附件 14-E 保留了针对涵盖政府合同的仲裁,但是缔约双方可以一致同意修改或者消除这一机制的规定意味着将来这一机制也有可能被取消。

USMCA 所体现出的美国和加拿大在对待国际投资仲裁上的态度,意味着不管是对发展中国家,还是对发达国家而言,对国际投资仲裁制度已经不再持完全的自由化的支持态度。“卡尔沃主义”的回归,不仅存在于发展中国家的缔约实践中,在发达国家所缔结的自由贸易协定或投资协定中也有清楚的体现。可以预见,它也会对以后的投资协定产生持续的影响。

(二) 加剧投资争端解决机制改革方案的“碎片化”

虽然改革国际投资制度已经成为各国的共识,但是各国在具体方案上却鲜见有一致的意见。有学者曾试图将各国立场分为改革派、改良派、忠诚派和立场不定派等 4 个类别^[38],但是这样的区分也无法反映有关立场的全部。实际上,一国可能在不同的贸易或投资协定中采取不同的立场。以加拿大为例,它在《中国-加拿大双边投资协定》中接受了投资仲裁机制,在《加拿大-欧盟全面经贸协定》中接受了欧盟提出的投资法庭制度^[39],并积极与欧盟共同推动建立多边投资法庭^[40],但它却在 USMCA 中选择退出了投资仲裁制度。这可能是考虑到加拿大是目前在 NAFTA 仲裁机制下被诉次数最多的国家,而且不少案件都与加拿大政府所作出的环境或贸易限制措施有关。加拿大外交部长克里斯蒂娅·弗里兰甚至将这一排除看作是加拿大政府参与 USMCA 谈判的一个重要成果^[41]。此外,美国虽然接受了投资仲裁机制,但是与其 2012 年投资协定范本规定的全面仲裁不同,USMCA 对于投资仲裁设置了诸多限制。这反映出不少国家更愿意根据自己的不同需求,针对投资仲裁机制在双边或者区域层面进行“个性化的定制”,这就使得原本不成体系的国际投资法制的“碎片化”进一步加剧。

五、中国的因应

USMCA 除了带有特朗普政府的“美国优先”的色彩外,也在很大程度上体现出贸易协定的“政治化”。

其中,最为明显的便是 USMCA 第 32 章第 10 条规定缔约方若与“非市场经济”国家签署自由贸易协定,则其他缔约方可以考虑终止该缔约方在 USMCA 项下的权利,并代之以新的协定。第 32 章第 10 条同时规定对于“非市场经济”国家的认定主要由缔约方根据本国的贸易救济法律制度确定,这就赋予缔约方在认定方面很大的随意性。美国也毫不掩饰针对中国设计这一条款的意图^[42]。

USMCA 第 14 章中也包含了关于“非市场经济”的条款。附件 14-D 第 1 条规定,如果附件缔约一方投资者由非缔约方的人拥有或控制,而且该非缔约方被附件缔约另一方视为“非市场经济”国家,那么该投资者就不能提起投资仲裁。这一条规定不同于第 14 章第 14 条规定的“拒绝受惠”条款。通常“拒绝受惠”条款适用的前提是非缔约方投资者所拥有或控制的投资在缔约一方境内无实质经营活动,但是附件 14-D 的规定并不考虑这一因素。换言之,如果一墨西哥投资者由中国投资者拥有或控制,而美国将中国视为“非市场经济”国家,那么不管该墨西哥投资者在墨西哥境内有无实质经营活动,当该墨西哥投资者因为在美投资与美国政府产生争议后,它也不能针对美国提起投资仲裁。不难看出,特朗普政府要求各国站队的做法会加剧国际经贸协定的“政治化”,也会对中国自由贸易协定战略产生影响。有鉴于此,中国可以从以下两方面加以回应:

一方面,在战略上继续推动已有的贸易和投资条约谈判。改革开放 40 多年来,我国在经贸领域不断开拓新局面。截至 2018 年 10 月,我国已经与 25 个国家和地区达成了 17 个自由贸易协定,目前还正在与 27 个国家进行 12 个自贸协定谈判或者升级谈判^[43],其中就包括现有的《区域全面经贸合作伙伴协定》(RCEP)谈判。自 2012 年开始谈判以来,RCEP 已经进行了 20 多轮谈判,中国也在积极推动谈判各方在 2019 年达成协议,它对于构建亚太地区区域贸易协定会产生重要的影响。在自贸协定上的积极态度反映出我国积极维护多边主义和自由贸易的立场^[44]。此外,我国还在积极推动与欧盟的双边投资条约谈判,双方也同意将该谈判作为最优先的事项,并在此基础上探讨中欧自贸区的问题^[45]。在全球化背景下,中国与世界各国的依存度不断提高,自由贸易和投资协定谈判会进一步加强我国与其他国家的经贸联系,这就使得美国通过“非市场经济”孤立中国的做法在实践中很难取得效果,即便是加拿大和墨西哥,也都表示 USMCA 的规定不

会影响它们与中国的贸易协定谈判^[46]。

RCEP 谈判与中欧投资条约谈判也能削减中美投资条约谈判被搁置所造成的负面影响,进一步提升我国在国际投资条约立法方面的话语权。2013 年我国表态愿在准入前国民待遇加负面清单的基础上与美国展开谈判。2015 年 3 月,在经过 19 轮谈判后,中美完成了文本谈判,进入负面清单谈判环节。2016 年底,双方已完成了 31 轮磋商,并交换了第三次负面清单改进出价。但特朗普上台后,中美投资条约谈判被搁置。实际上,我国一直对重启中美投资条约谈判持开放态度。我国商务部也明确表示,虽然特朗普政府可能不会立刻重启中美投资条约的谈判,但中美双方都认为一个高标准的中美双边投资条约能够消除直接投资壁垒,促进两国的经济发展^②。

另一方面,在技术上探索投资争议的多元化解决模式。USMCA 的投资章节体现了国际投资仲裁在解决投资争议方面的地位正在逐渐下降,这也是美、墨、加三方对于国际投资仲裁存在问题的回应。我国应当在缔结贸易和投资协定时积极探索多元化的投资争议解决模式,减少对国际投资仲裁的依赖。多元化的争端解决方式,特别是替代性争端解决方式,可以避免外国投资者与东道国政府在国际投资仲裁下的“针锋相对”。已有研究表明,几乎所有国际投资仲裁都会严重影响投资者与东道国政府之间的关系^[47]。实际上,我国正在作出这样的尝试,比如在《中国-加拿大双边投资协定》中规定涉及金融审慎例外的抗辩应当交由国家间仲裁庭解决^③。2018 年 1 月,中共中央全面深化改革领导小组通过了《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》,强调建立诉讼、调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制,依法妥善化解“一带一路”商贸和投资争端^[48]。通过不久的《外商投资法》也要求建立外国投资投诉协调处理机制,负责外国投资者、外国投资企业与行政机关之间投资争议的协调和处理。此外,作为第二届“一带一路”国际合作高峰论坛的成果之一,中国国际贸易促进委员会和中国国际商会与欧盟、新加坡、墨西哥等 30 多个国家和地区的商协会以及法律服务机构共同发起成立国际商事争端预防与解决组织^[49]。

六、结论

作为美国历史上第一个通过重新谈判方式达成的协定,USMCA 的投资章节体现出缔约方在国际投资

条约体制上作出的调整,这样的调整既涵盖了实体待遇,也涉及投资争端解决。它除了贯彻特朗普政府提倡的“美国优先”理念外,在不少细节方面都针对国际投资仲裁的实践作出了针对性的调整,反映出美国、墨西哥和加拿大对于投资争端解决机制改革的不同态度。此外,USMCA 带有明显的“政治化”色彩,在投资仲裁设计上意图孤立中国。对此,我国应当继续维护多边主义和自由贸易,并在技术上探索多元化的争端解决模式。

注释:

- ① Government of Canada, The North American Free Trade Agreement (NAFTA) - Chapter 11 - Investment, <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta.aspx?lang=eng>. [2019-04-12].
- ② Trans Canada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. United States of America, ICSID Case No. ARB/16/21.
- ③ ATA Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/08/2, Award, 18 May 2010, para.117.
- ④ GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine, ICSID Case No ARB/08/16, Award, 31 March 2011, para.162.
- ⑤ Article 14.3 of USMCA.
- ⑥ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para.302.
- ⑦ Article 14.17 of USMCA.
- ⑧ Article 9.17 of TPP.
- ⑨ USMCA 同时规定,如果美国和墨西哥之间的有关投资争议可以依据附件 14-E “墨西哥-美国间涉及涵盖政府合同的投资争议”解决,那么该条规定将不适用。
- ⑩ Paragraph 5 of Annex 14-C of USMCA.
- ⑪ Article 2 of Annex 14-D of USMCA.
- ⑫ Article 3 of Annex 14-D of USMCA.
- ⑬ Footnote 22 of Annex 14-D of USMCA.
- ⑭ Article 6 of Annex 14-D.
- ⑮ Article 7 of Annex 14-D.
- ⑯ Article 8 of Annex 14-D.
- ⑰ Article 7(1) of Annex 14-D.
- ⑱ Paragraph 6 of Annex 14-E.
- ⑲ Paragraph 6 of Annex 14-E.
- ⑳ Paragraph 4 of Annex 14-E.
- ㉑ 这 10 个投资条约包括:1981 年《马来西亚-英国投资条约》、1984 年《刚果民主共和国-美国投资条约》、1991 年《阿根廷-法国投资条约》、1991 年《阿根廷-美国投资条约》、1991 年《阿根廷-西班牙投资条约》、1991 年《智利-西班牙投资条约》、1993 年《厄瓜多尔-美国投资条约》、1997 年《德国-菲律宾投资条约》、1999 年《丹麦-埃及投资条约》和 2005 年《黑山-塞浦路斯投资条约》。
- ㉒ SGS v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 29, 2004, para.118.
- ㉓ Article 7(10), Annex 14-D of USMCA.
- ㉔ Article 7, Annex 14-D of USMCA.

- ②⑤ Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2, Submission of the United States of America, 17 April 2015, pp.6-7.
- ②⑥ İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016, paras.328-9.
- ②⑦ 如厄瓜多尔于2009年7月6日向ICSID秘书处提交了其欲退出《ICSID 公约》的书面请求。近年来,厄瓜多尔也先后终止了它与中国、委内瑞拉、巴拉圭、荷兰、瑞士和加拿大的双边投资协定。
- ②⑧ 商务历史,中美、中欧 BIT 谈判, <http://history.mofcom.gov.cn/?newchina=%E4%B8%AD%E7%BE%8E%E3%80%81%E4%B8%AD%E6%AC%A7bit%E8%B0%88%E5%88%A4-2>. [2019-05-18].
- ②⑨ 《中加投资协定》第20条第2款。

参考文献:

- [1] AMADEO K. Six advantages of NAFTA[EB/OL]. (2018-10-09) [2019-04-12]. <https://www.thebalance.com/advantages-of-nafta-3306271>.
- [2] UNCTAD. World investment report 2015: Reforming international investment governance [R]. United Nations: New York and Geneva, 2015: 114.
- [3] Office of the USTR. Summary of objectives for the NAFTA renegotiation [EB/OL]. (2017-07-17) [2019-04-12]. [https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTA Objective s. pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTA%20Objective%20Update.pdf).
- [4] Office of the USTR. Summary of objectives for the NAFTA renegotiation[EB/OL]. (2017-11-08) [2019-04-12]. [https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/Nov%20 Objectives% 20Update.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/Nov%20%20Objectives%20Update.pdf).
- [5] EARNEST D. The trump administration's current policy on investor state dispute settlement, investment Claims[EB/OL]. (2017-04-24) [2019-04-12]. [http://oxia.ouplaw.com/ page/trump ISDS/the trump administrations current policy on investor state dispute settlement](http://oxia.ouplaw.com/page/trump-isd/the-trump-administrations-current-policy-on-investor-state-dispute-settlement).
- [6] PETERSON L E. Trump administration's top trade official goes on record about ISDS skepticism - confirms that US is looking to opt out of NAFTA Chapter 11[EB/OL]. (2018-03-21) [2019-04-12]. [https:// www. iareporter. com/ articles/ trump administrations top trade official goes on record about isds skepticism confirms that us is looking to opt out of nafta chapter11 arbitration and blames isds mechanism for chilling regulatio](https://www.iareporter.com/articles/trump-administrations-top-trade-official-goes-on-record-about-isds-skepticism-confirms-that-us-is-looking-to-opt-out-of-nafta-chapter11-arbitration-and-blames-isds-mechanism-for-chilling-regulation).
- [7] PALETTA D, MUFSON S. Trump says he told aide to threaten Keystone XL pipeline company over arbitration case [N/OL]. (2017-03-22) [2019-04-12]. [https://www.Washingtonp ost.com/ news/wonk/wp/2017/03/22/trump-says-he-told-aide-to-threaten-keystone-xl-pipeline-company-over-arbitration-case/?utm_term=](https://www.Washingtonpost.com/news/wonk/wp/2017/03/22/trump-says-he-told-aide-to-threaten-keystone-xl-pipeline-company-over-arbitration-case/?utm_term=.453139b1de80)
- .453139b1de80.
- [8] NEWCOMBE A, PARADELL L. Law and practice of investment treaties: Standards of treatment. Kluwer law international[M]. Hague: Kluwer International. 2009: 279.
- [9] LEONARD J. Hatch, brady warn lighthizer that his ISDS approach in NAFTA will risk congressional passage. inside trade [N/OL]. (2018-03-14) [2019-04-12]. [https://insidetrade.com/ daily news/hatch brady warn lighthizer his isds approach nafta will risk congressional passage](https://insidetrade.com/daily-news/hatch-brady-warn-lighthizer-his-isds-approach-nafta-will-risk-congressional-passage).
- [10] DAVIS B. U.S. bid to exit NAFTA arbitration panels draws ire from business [N/OL]. (2017-8-22) [2019-04-12]. [https:// www. foxbusiness. com/ features/ usbid to exit nafta arbitration panels draws ire from businesses](https://www.foxbusiness.com/features/usbid-to-exit-nafta-arbitration-panels-draws-ire-from-businesses).
- [11] ALVARADO C. 200 billion reasons for keeping NAFTA [EB/OL]. (2017-04-26)[2019-04-12]. [http://arbitrationblog. kluwerarbitration.com/2017/04/26/200 billion reasons for keeping nafta](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/04/26/200-billion-reasons-for-keeping-nafta).
- [12] HOWSE R. Canada's NAFTA renegotiation objectives-including reform of the investor-state dispute settlement process [EB/OL]. (2017-8-14) [2019-04-12]. [https:// worldtradelaw. typepad. com/ ielpblog/ 2017/ 08/ canadas nafta renegotiation objectives including reform of the investor state dispute settlement pro.html](https://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/08/canadas-nafta-renegotiation-objectives-including-reform-of-the-investor-state-dispute-settlement-pro.html).
- [13] RACHAEL D, MORRIS K D, FORREST S. NAFTA 2.0: Investment protection and dispute settlement under chapter 14 of the United States-Mexico-Canada Agreement [EB/OL]. (2018-10-09) [2019-04-12]. [https://www.wilmerhale.com/en/insights/ client alert 20181009 nafta 20 investment protection and dispute settlement under chapter 14 of the United States Mexico Canada Agreement](https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alert/20181009-nafta-20-investment-protection-and-dispute-settlement-under-chapter-14-of-the-united-states-mexico-canada-agreement).
- [14] NIKOLEWSKI R. New NAFTA deal looks good for U.S. energy companies in Mexico, policy analyst says [N/OL]. (2018-10-1) [2019-04-12]. [https://www.sandiegouniontribune. com/business/ energy green/sd fi new nafta 20181001 story.html](https://www.sandiegouniontribune.com/business/energy-green/sd-fi-new-nafta-20181001-story.html).
- [15] GRANDONI D. Big oil and gas companies are winners in trump's new trade deal [N/OL]. (2018-10-3) [2019-04-12]. [https://www.latimes.com/business/la fi oil gas nafta usmca 20181003-story.html](https://www.latimes.com/business/la-fi-oil-gas-nafta-usmca-20181003-story.html).
- [16] UNCTAD. International investment agreements: Trends and emerging issues [R]. United Nations: New York and Geneva, 2006.
- [17] ICSID. The ICSID caseload-statistics (issue 2019-1) [EB/OL]. (2019-2) [2019-04-12]. [https://icsid.worldbank.org/en/Documen ts/ resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf).
- [18] SHAN W, ZHANG S. Market access provisions in the potential EU model BIT: Toward a 'Global Model BIT 2.0' ? [J]. Journal of World Investment and Trade, 2014, 15(3): 422-453.

- [19] COSBEY A. International investment agreements and sustainable development: Achieving the millennium development goals [M]. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2005: 3.
- [20] ROBERTS A. Power and persuasion in investment treaty interpretation: The dual role of states [J]. *American Journal of International Law*, 2010, 104(2): 179–225.
- [21] LEGUM B. Investment treaty arbitration's contribution to international commercial arbitration [J]. *Dispute Resolution Journal*, 2005, 60(3): 70–74, 73.
- [22] SORNARAJAH M. The clash of globalizations and the international law on foreign investment [J]. *The Simon Reisman Lecture in International Trade Policy. Canadian Foreign Policy Journal*, 2003, 10(2): 2–10.
- [23] 张生. 国际投资仲裁中条约解释方面的问题及其完善对策[J]. *国际经济法学刊*, 2014, 21(1): 130–166+147.
- [24] UNICITRAL. Possible reform of investor-state dispute settlement (ISDS)—Cost and duration [EB/OL]. (2018-08-31) [2019-04-12]. <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/057/51/PDF/V1805751.pdf?OpenElement>.
- [25] HODGSON M, CAMPBELL A. Investment treaty arbitration: Cost, duration and size of claims all show steady increase [EB/OL]. (2017-12-14) [2019-04-12]. [http://www.allenoverly.com/publications/en_gb/Pages/Investment Treaty Arbitration cost duration and size of claims all show steady increase.aspx](http://www.allenoverly.com/publications/en_gb/Pages/Investment%20Treaty%20Arbitration%20cost%20duration%20and%20size%20of%20claims%20all%20show%20steady%20increase.aspx).
- [26] MARKERT L. Efficiency and investment arbitration - new developments and the need for a multi-dimensional approach [J]. *Transnational Dispute Management*, 2018, 15(4): 1–36.
- [27] DOLZER R, SCHREUER C. Principles of international investment law [M]. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012: 130.
- [28] NAFTA. Notes of interpretation of certain chapter 11 provisions [EB/OL]. (2001-07-31) [2019-04-12]. http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp.
- [29] JOHNSON L, PETERSON L E. As Canada straddles CETA and NAFTA, an effort is made in a new pleading to define legitimate expectations [EB/OL]. (2015-05-26) [2019-04-12]. <https://www.iareporter.com/articles/as-canada-straddles-ceta-and-nafta-an-effort-is-made-in-a-new-pleading-to-define-legitimate-expectations>.
- [30] BATIFORT S, HEATH J B. The new debate on the interpretation of MFN clauses in investment treaties: putting the brakes on multilateralization [J]. *American Journal of International Law*, 2017, 111(4): 873–913.
- [31] ALSCHNER W. Americanization of the BIT universe: The influence of friendship, commerce and navigation (FCN) treaties on modern investment treaty law [J]. *Goettingen Journal of International Law*, 2013, 5(2): 455–486.
- [32] CAPORAL J, REINSCH W A. From NAFTA to USMCA: What's new and what's next? [EB/OL]. (2018-10-03) [2019-04-12]. <https://www.csis.org/analysis/nafta-usmca-whats-new-and-whats-next>.
- [33] SHAN W. Is Calvo dead? [J]. *American Journal of Comparative Law*, 2007, 55(1): 123–163.
- [34] 单文华. 从“南北矛盾”到“公私冲突”: 卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野[J]. *西安交通大学学报(社会科学版)*, 2008, 28(4): 1–15, 2.
- [35] KWAN E. Australia's conflicting approach to ISDS: where to from here? [EB/OL]. (2015-06-04) [2019-04-12]. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/06/04/australias-conflicting-approach-to-isds-where-to-from-here>.
- [36] 张生. CPTPP 投资争端解决机制的演进与中国的对策[J]. *国际经贸探索*, 2018, 34(12): 95–106.
- [37] BOND M J. The Americanization of carlos calvo [J]. *Mealey's International Arbitration Report*, 2007, 22(8): 19–20.
- [38] ROBERTS A. The shifting landscape of investor-state arbitration: Loyalists, reformists, revolutionaries and undecideds [EB/OL]. (2017-06-15) [2019-04-12]. <https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds>.
- [39] 张庆麟. 欧盟投资者—国家争端解决机制改革实践评析[J]. *法商研究*, 2016(3): 143–155.
- [40] THOMSON D. EU and Canada host talks on multilateral investment court [EB/OL]. (2016-10-14) [2019-04-12]. <https://globalarbitrationreview.com/article/1078929/eu-and-canada-host-talks-on-multilateral-investment-court>.
- [41] MACCHARLES T. Canada cheers the end of corporate NAFTA challenges in new deal [N/OL]. (2018-10-02) [2019-04-12]. <https://www.thestar.com/politics/federal/2018/10/02/canada-cheers-the-end-of-corporate-nafta-challenges-in-new-deal.html>.
- [42] HIGGINS S. US-Mexico-Canada deal targets China with 'poison pill' provision [N/OL]. (2018-10-07) [2019-04-12]. <https://www.washingtonexaminer.com/policy/economy/us-mexico-canada-deal-targets-china-with-poison-pill-provision>.
- [43] 李应齐. 中国自贸“朋友圈”稳步扩容 17 个协定已达成 [N/OL]. (2018-10-07) [2019-04-12]. http://www.sohu.com/a/258029533_301529.
- [44] 中国政府网. 李克强新加坡之行: 以自贸区升级维护多边主义和自由贸易 [N/OL]. (2018-11-18) [2019-04-12]. http://www.gov.cn/premier/2018-11/18/content_5341393.htm.
- [45] 中国政府网. 李克强: 中欧投资协定谈判进入新阶段 [N/OL]. (2018-07-16) [2019-04-12]. http://www.gov.cn/guowuyuan/2018-07/16/content_5306878.htm.
- [46] PAKINSON D. Prime minister Trudeau to seek trade ties with China despite USMCA [N/OL]. (2018-10-2) [2019-04-12]. <https://www.csis.org/analysis/nafta-usmca-whats-new-and-whats-next>.

- //www.theglobeandmail.com/business/article_prime_minister_trudeau_to_seek_trade_ties_with_china_despite_usmca.
- [47] UNCTAD. Investor-state disputes: Prevention and alternatives to arbitration [R]. United Nations: New York and Geneva, 2010: 19.
- [48] 人民日报. 深改小组通过《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》[N]. 人民日报, 2018-01-24(01).
- [49] 新华网. 第二届“一带一路”国际合作高峰论坛成果清单(全文) [N/OL]. (2019-04-28) [2019-05-18]. http://www.xinhuanet.com/world/2019-04/28/c_1124425293.htm

From NAFTA to USMCA: The developments of international investment regime and China's countermeasures

ZHANG Sheng

(School of Law, Xi'an Jiaotong University, Xi'an 710049, China)

Abstract: As the first re-negotiation of free trade agreements in American history, *the US-Mexico-Canada Agreement* (USMCA) reflects the adjustment of international investment mechanisms by the parties involved. Compared with *the North American Free Trade Agreement*, the design of the investment chapter of *the US-Mexico-Canada Agreement* is more refined, balanced, efficient and targeted. Its provisions on investment dispute resolution mechanisms indicate the return and “Americanization” of the “Calvo Doctrine”. The different dispute settlement mechanism among the United States, Mexico and Canada will also make the current mechanism more “fragmented”. In addition, the provisions of the investment section on “non-market economy” not only affect Chinese investment, but also contain obvious political intentions. In this regard, China should continue to promote trade agreement negotiations, support multilateralism and free trade, and actively explore diversified dispute resolution methods.

Key Words: investment protection; dispute settlement; USMCA; diversification

[编辑：苏慧]