

析《美墨加协定》之ISDS机制的改革

——以东道国规制权为视角

张庆麟, 钟俐

(上海对外经贸大学法学院, 上海, 201620; 武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 2018年11月30日, 美国、加拿大、墨西哥三国首脑在G20峰会上签署此前达成的《美墨加协定》以替代《北美自由贸易协定》(NAFTA)。新的协定对投资章节作出了修改, 包括对NAFTA项下ISDS机制的改革。各国从本国规制权的利益考量出发, 针对三国相互之间的投资争端解决方式, 采取了à la carte方式, 以两种截然不同的路径对东道国规制权这一问题作出回应: 其一是用东道国当地救济替代传统的ISDS机制; 其二是对传统的ISDS机制进行改革以适应维护规制权的需要。这种立法技术上的创新使得《美墨加协定》能够有效地兼顾各方需求, 因时度势, 而并不是一味牺牲东道国规制权以换取对投资者利益不受限的保护。

关键词: 《美墨加协定》; ISDS机制; 东道国规制权

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)04-0041-10

2017年5月18日, 美国政府启动与加拿大、墨西哥关于更新《北美自由贸易协定》(下称NAFTA)的谈判, 于2018年8月27日先行达成《美墨原则性框架协议》(Preliminary Agreement in Principle); 其后, 美国与加拿大也转战双边谈判并于2018年9月30日达成一致。至此, 美国、墨西哥和加拿大就更新NAFTA达成《美国-墨西哥-加拿大协定》(USMCA, 下称《美墨加协定》); 11月30日, 三国首脑在G20峰会上签署该份协议以全面替代实施了24年的NAFTA。作为NAFTA 2.0, 《美墨加协定》对各项规则作出重大调整, 包括对投资者-国家争端解决机制(ISDS)的变革。

ISDS机制诞生的背景使其天然带有保护私人投资者利益、限制东道国权力的单一价值取向特点, 其创立初衷在于通过赋予投资者在国际仲裁庭起诉东道国的权利, 以凸显对前者利益的保护。由于ISDS机制被广泛运用, 这种单向利益架构逐渐构成对东道国规制权(the right to regulate)的一大限制。随着投资仲裁实践的发展, 国际社会普遍呼吁应在ISDS机制中加强对东道国规制权的认可与维护。《美墨加协定》的谈判各方也意识到ISDS机制对东道国规制权的牵制,

因而其借鉴联合国贸易与发展会议(UNCTAD)的改革路线图, 对ISDS机制进行改革, 增加了对东道国规制权的考量。由于美国、墨西哥、加拿大三方利益不同, 博弈的结果是协定中三国相互之间的ISDS机制安排有所差异, 相较于NAFTA产生了较大变化。

一、《美墨加协定》ISDS机制较之NAFTA的变化

有别于NAFTA在三方缔约国之间适用统一的投资争端解决程序之做法, 《美墨加协定》所采路径更为灵活。美国、墨西哥、加拿大三国就更新NAFTA历经近十轮谈判, 期间因多次出现分歧而无法达成一致; 尤其是在第七轮谈判中, 美方关于ISDS机制的提议成为打破谈判僵局的关键^①。加拿大因深受美国投资者频繁利用ISDS机制之便挑战其规制权的困扰, 故一直主张新协定应将其剔除。美国国内对该机制的反对声音也此起彼伏, 如美国全国州议会会议(NCSL)就曾在2016年明确指出“NCSL不会支持任何包含投资者-国家投资争端解决机制的协定”; 美国检察官协会

收稿日期: 2019-04-12; 修回日期: 2019-05-23

基金项目: 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)

作者简介: 张庆麟(1963—), 男, 湖北武汉人, 法学博士, 应用经济学博士后, 上海对外经贸大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 国际经济法、国际投资法、国际货币金融法, 联系邮箱: qinglin@suibe.edu.cn; 钟俐(1995—), 女, 四川富顺人, 武汉大学法学院硕士研究生, 主要研究方向: 国际投资法

(National Association of Attorney General) 也认为“NAFTA 第 11 章之 ISDS 机制对中央政府和各州保护环境及民众福祉的权力造成了潜在负面影响”^②。美国首席谈判官莱特希泽(Robert Lighthizer)更是坚定地反对 ISDS 机制被纳入 NAFTA 2.0, 并得到了来自 50 个州 300 多位立法者的支持^③。然而, 墨西哥作为后起之秀, 主张 ISDS 机制是打造良性投资政策、营造良好投资环境以吸引外资的有利之举, 因此拒绝接受新协定完全删除 ISDS 机制的做法。最后, 在对待 ISDS 机制的态度上, 相对于 NAFTA “一刀切”的模式, 《美墨加协定》选择了 à la carte 的方法^④, 也即, 各缔约国两两之间就投资者-国家间投资争端解决方式达成一致。这种立法技术上的创新使得新协定能够有效地兼顾各方需求, 因时度势, 而并不是一味地牺牲东道国规制权以换取对投资者利益不受限的保护。

(一) 加拿大与美国、墨西哥间的 ISDS 机制

NAFTA 第 11 章曾专设 B 部分(Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party)来规定各缔约方与其他缔约方国民之间的投资争端(下文所称“投资争端”均指东道国政府与外国私人投资者之间因投资而产生的争端)解决程序, 而《美墨加协定》则是通过分别达成的附件协议来解决该问题。就已公布的协定文本看, 其删除了 NAFTA 第 11 章 B 部分, 并由附件 14-D 对美国、墨西哥间投资争端解决程序作出规定。根据《美墨加协定》第 14.2 条第 4 款, “投资者仅可将附件 14-C、附件 14-D 或附件 14-E 项下的主张提请仲裁”。附件 14-C 指投资者根据 NAFTA 所能主张的权利, 附件 14-D(墨西哥-美国投资争端)与 14-E(与涵盖政府合同有关的墨西哥-美国投资争端)则指适用于美国与墨西哥间的投资争端解决程序, 投资者仅在这三个附件规定的情形下才能将投资争端提请国际仲裁。据此可知, 在 NAFTA 2.0 框架下, 协定没有为加、美之间作出投资争端的安排, 即加拿大与美国在对方境内的私人投资者无权依据《美墨加协定》就投资争端启动国际仲裁程序进行国际求偿^⑤。此外, 对于加拿大与墨西哥之间的投资争端, 协定相关附件同样保持了缄默, 也未曾对此作出规定。

(二) 美国与墨西哥间的 ISDS 机制

诚如前述, 《美墨加协定》附件 14-D 与 14-E 规定了墨西哥与美国之间的投资争端解决程序。首先, 附件 14-D 第 3 段列举了可提交国际仲裁的争端类型, “若争议一方认为一项适格的投资争端无法通过协商方式解决, (a)申请人可以自己名义将下列主张提请仲裁: (i)(声称)被申请人违反了第 14.4 条(国民待遇)或第 14.5 条(最惠国待遇), 但有关投资设立或取得的事项

除外; 或被申请人违反了第 14.8 条(征收补偿), 间接征收除外; 并且(ii)申请人因此遭受了损失”。因此, 墨西哥境内的美国投资者以及美国境内的墨西哥投资者可将投资争端提请国际仲裁, 只是提交仲裁的争端类型将仅限于国民待遇、最惠国待遇以及直接征收主张。应当注意的是, 附件 14-E 部分在这三种穷尽式主张外设定了例外情形。根据附件 14-E 第 2 段, “……(a)申请人可依据附件 14-D 以自己名义将其主张提请仲裁, 当: (i)被申请人违反本章节项下的任何义务若: (A)申请人为‘涵盖政府合同’(covered government contract)的缔约方……”。也即, 投资者若为附件所规定的“涵盖政府合同”缔约方, 那么其可就任何东道国违反义务的情形申请国际仲裁, 而不仅限于上述三项主张。随后第 6 段进一步明确了附件 14-E 提及的“涵盖政府合同”类型, “所涵盖的部门(covered sectors)包括: (i)与受缔约一方政府控制的石油、天然气资源相关的活动, 如开采、提炼、运输、分配或销售; (ii)代表缔约一方政府向公众提供的能源生产服务; (iii)代表缔约一方政府向公众提供的通讯服务; (iv)代表缔约一方政府向公众提供的交通服务; 或(v)公用基础设施的所有或管理, 如公路、铁路、桥梁、隧道、大坝等非政府专用的设施……”。因此, 在石油、天然气、能源生产、通讯、公共交通、基础设施领域, ISDS 机制仍然适用于所有类型的投资争端。其次, 附件 14-D 第 5 条还明确, “任何请求将不能提交仲裁, 除非: (a)申请人或企业已首先就第 3 条规定的违反合同的措施, 在被申请人内国有管辖权的法院或行政仲裁庭提起诉讼; (b)申请人或企业已在被申请人国内终审法院获得最终裁决或在(a)段规定之程序启动 30 个月期满后; ……”。可以看到, 即使投资者可就协定所限定的主张申请仲裁, 但在程序上, 投资者也只能在已寻求东道国当地救济且获得最终判决或启动国内救济程序 30 个月期满后, 才可启动国际仲裁。

然而, 《美墨加协定》并非断然地终结了 NAFTA 中 ISDS 机制的适用。附件 14-C 第 1 段及第 3 段为新协定设定了过渡期, 各缔约方同意 ISDS 机制在 NAFTA 效力终止之后的未来三年内仍然适用, 投资者依旧有权将 NAFTA 框架下的任何投资主张提请国际仲裁。此外, 即使《美墨加协定》开始生效, 正在进行中的投资仲裁程序将不会受到影响, 仲裁庭管辖权也不会因此而受到损害。NAFTA 2.0 虽然没有对加拿大与墨西哥之间的投资争端作出规定, 但两国同时都为《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)缔约国, 加拿大和墨西哥境内的对方投资者可通过援引 CPTPP 进入国际投资仲裁程序。虽则《美墨加协定》

最终选择 *à la carte* 方式, 并通过两种不同路径来对美、墨、加各自间的 ISDS 机制作出相应改革, 但这两种路径都遵循着一个共同出发点——保证东道国对外资的规制权。

二、《美墨加协定》ISDS 机制改革路径之一: 限制投资者诉权

NAFTA 项下传统的 ISDS 机制赋予了外国投资者更优的救济渠道, 允许投资者将任何东道国违反第 11 章 A 部分的行为交付仲裁^⑥。然而, 这种几乎不受限的条约仲裁机制很可能造成私人投资者滥诉, 例如有的投资者随意地提起没有法律依据的仲裁, 以诱使或威胁东道国改变其做法, 同时使当事国不得不将许多公共资源投入仲裁上, 从而加重国内纳税人的负担^[1]。美国国内有观点认为, 尽管迄今为止在 NAFTA 投资仲裁案中, 美国尚未有败诉记录, 但这仅仅只是时间问题, 只要 ISDS 机制继续适用, 美国仍然面临被诉甚至败诉的风险。因而美方在第五轮谈判中提出“opt-out”条款, 意图摆脱条约中 ISDS 机制对美国的约束, 转而由美国投资者在与墨西哥、加拿大签订的投资合同中约定某些争端(如能源、基础设施等领域)可提交 ISDS 仲裁。由此, 美国便可实现从 ISDS 机制中抽身的同时保证美国国民依旧享受 NAFTA 项下对投资者的保护。而墨西哥则主张 ISDS 机制对于吸引外资意义重大, 并且其显然也不愿接受显失公平的“opt-out”条款。最终, 《美墨加协定》在正文部分删除了 NAFTA 第 11 章 B 部分, 三方各自妥协, 形成前文介绍的以附件 14-C、14-D、14-E 构成的较有特色的 ISDS 机制。其中, 附件 14-D 部分规定了改革后的 ISDS 机制, 并从限制争议事项范围、纳入“用尽当地救济原则”两方面来强化东道国规制权。只是附件 14-D 的安排仅适用于美国与墨西哥之间。

(一) 限制可仲裁之争端类型

如前所引, 附件 14-D 第 3 段对 ISDS 机制适用的争议事项范围进行了限制以平衡各方利益。“若争议一方认为一项适格的投资争端无法通过协商程序解决, (a) 申请人可将下列事项提请仲裁: (i) 被申请人违反了第 14.4 条(国民待遇)或第 14.5 条(最惠国待遇), 但有关投资设立或取得的事项除外; 或被申请人违反了第 14.8 条(征收补偿), 间接征收除外; 并且(ii) 申请人因此遭受了损失。”故而, 墨西哥和美国境内的对方投资者依旧有权将投资争端提请国际仲裁, 只是提交仲裁的争端类型将仅限于国民待遇、最惠国待遇以

及直接征收主张。附件 14-E 第 2 段在这三种穷尽式主张外设定了例外情形, “……(a) 申请人可依据附件 14-D 提请仲裁, 当: (i) 被申请人违反本章节项下的任何义务若: (A) 申请人为‘涵盖政府合同’(covered government contract)的缔约方……”。也即, 如果投资者为附件规定的“涵盖政府合同”缔约方, 那么其可就任何东道国违反义务的情形申请国际仲裁, 而不仅限于上述三项主张。随后第 6 段进一步明确了“涵盖政府合同”的类型, “所涵盖的部门(covered sector)包括: (i) 与石油、天然气资源相关的业务; (ii) 代表缔约一方政府向公众提供的能源生产服务; (iii) 代表缔约一方政府向公众提供的通讯服务; (iv) 代表缔约一方政府向公众提供的交通服务; 或(v) 公用基础设施的所有或管理行为……”。故在涉及政府介入性较强的石油、天然气、公共交通、通讯服务、基础设施、能源生产等方面的投资时, ISDS 机制适用于所有类型的投资争端。这种限缩可仲裁之争端类型的做法意味着, 投资者此后将无法以间接征收、较为模糊的最小待遇标准等为由来启动投资仲裁程序。

这一改革路径着眼于限制可仲裁之争端范围, 然而却保留了“国民待遇条款”(NT 条款)及“最惠国待遇条款”(MFN 条款)作为可仲裁事项^⑦, 这种做法是否有损东道国规制权? 传统 ISDS 机制下, 国民待遇与最惠国待遇往往相互为用、相互补充以共同保证外国人在东道国境内不受肆意、专横的歧视待遇^[2]。根据该原则, 只要对外国人没有明显歧视或其他不公平的措施, 与本国国民或第三国国民待遇相同, 东道国便不承担任何国际责任。《美墨加协定》延续了 NAFTA 项下 NT 条款及 MFN 条款主张的可仲裁性, 表面看来似乎与限制投资诉权的改革路径背道而驰。然而应当明确的是, 首先, 东道国为公共利益目的采取的措施往往具备“一般性”, 并同等地对待本国人和外国人及本国境内的所有外国投资者。投资者能将国民待遇或最惠国待遇提交仲裁的情形, 必定是给予外国投资者更低待遇的情况, 而这是违背基本的人人平等及自由思想的, 也与人类社会发 展背道而驰^[3], 外国投资者就此提请仲裁并不会造成滥诉。其次, 缔约国对 BITs 中的 NT 条款及 MFN 条款往往设定有例外情形, 即便投资者以该两项条款为依据请求国际仲裁, 协定中的例外情形依旧可以保证东道国对关涉国家利益事项的规制权。故, 保留投资者对 NT 条款及 MFN 条款提起仲裁的权利不会损及东道国规制权, 也并非与限制投资者诉权的改革南辕北辙, 因限制投资者诉权的最终目的在于实现东道国与投资者权益的动态平衡。

该做法在防止投资者滥诉的同时确保了东道国规制权,因而《美墨加协定》将其承继下来是符合理论与现实考量的。

与之相反,新协定对“最低标准待遇”(MST)则展现出强硬反对态度。如前所述,对于一般类型的投资(石油、天然气、公共交通、通讯服务、基础设施、能源生产等除外),《美墨加协定》将可仲裁之投资争端事由限缩为国民待遇、最惠国待遇及直接征收主张,这意味着新协定排除了 MST 主张。导致该情形出现主要是由于 NAFTA 第 1105 条规定的“最低待遇标准”实际上包括“公平公正待遇”“充分的安全和保护”等。该解释得到了 NAFTA 自由贸易委员会(FTC)的认可^⑤,仲裁庭释法也倾向于从这两个方面审查东道国行为。但“公平公正待遇”作为习惯国际法,本身很抽象,又缺乏统一有效的规范基础,仲裁庭的不同造法导致其适用混乱,仲裁结果缺乏可预见性,致使该条款成为投资者向东道国索赔的利器^[4],极易引发“规制寒颤”(regulatory chill)^⑥。“充分的安全与保护”也存在同样的问题。在 NAFTA 投资仲裁案中,90%的投资者都是以东道国违反了 MST 而对东道国提起仲裁的。在这种情况下,即便仲裁庭无法强制东道国修改内国法,其仍然有权要求东道国政府向投资者支付经济赔偿^⑦。纵观美国被诉的 21 起 NAFTA 投资仲裁案,以 MST 为主张的案件多达 19 起^⑧,间接打击了东道国政府对公共利益事项进行监管的能动性。为应对这种“规制寒颤”,《美墨加协定》开始限缩申请人用以启动仲裁程序的争端类型,使得投资者无法滥用 MST 主张。东道国政府也得以自主规制外资活动,无需担心因违反 MST 而面临巨额经济索赔。

至于征收主张,《美墨加协定》排除了间接征收,只允许对直接征收行为提起仲裁。进入 21 世纪后,东道国一般不情愿通过严厉的措施公开征收外国人财产而使本国投资环境陷入险境。目前直接征收已很少^[5],取而代之的是为公共利益目的而颁布实施相关法律法规。这时投资者便转向间接征收主张。如 NAFTA 时代,美国被诉的案件(总数为 21 起)中有 14 起都主张东道国行为构成征收(尤其是间接征收)而要求赔偿^⑨。与这些间接征收相关的一般是东道国政府的法律、法规措施,被诉议题主要包括投资者挑战东道国公共健康、环境保护等法律的权力。长此以往,导致国家在制定政策时担心被诉而裹足不前。虽然晚近的国际投资协定对间接征收规则不断予以完善,但多是通过例外条款,并且这种例外条款列举的方式无法穷尽所有情况,单个仲裁庭仍然享有最终决定权^[6]。《美墨加协

定》也在附件 14-B 部分明确了间接征收的考量因素及不构成间接征收的例外情形,这种方式同样无法穷尽所有为公共利益而实施管制措施的情形。因而,为与实体规范相配合,《美墨加协定》在附件 ISDS 机制部分进一步将间接征收主张排除在可仲裁争端类型之外。鉴于间接征收是当代“征收类诉求”的主要构成部分,限制投资者以间接征收为由提起仲裁的做法间接减少了东道国被诉之可能,使得东道国为环境、公共健康等事项颁布政策法律的权力不因 ISDS 机制而受到威胁。因而,排除间接征收作为可仲裁事项的实践同样可谓对抗“规制寒颤”以强化东道国规制权的有利之举。然则,协定并未完全排斥对投资者的保护,能源等领域的例外情形规定在维护东道国规制权的同时,也有效抑制了其行事的恣意性。

(二) 引入“用尽当地救济原则”

除限制投资者诉权之外,《美墨加协定》还通过设定前置程序来提高仲裁门槛,确保东道国不被轻易卷入国际仲裁程序,以间接强化其规制能动性。NAFTA 虽然设定了交付仲裁的前置条件(conditions precedent to submission of a claim to arbitration),却并未提及投资者在仲裁前应寻求东道国当地救济,而仅仅代之以“岔路口条款”^⑩。《美墨加协定》在附件 14-D 第 5 条则明确规定,“任何请求将不能提交仲裁,除非:(a)申请人已首先在被申请人内国有管辖权的法院或行政法庭提起诉讼;(b)申请人已在被申请人国内终审法院获得最终裁决或在(a)段规定之程序启动 30 个月期满之后……”。可见,该协定重申了为传统国际法所默认为“用尽当地救济原则”。即便投资者诉权未被完全剥夺,其在程序上仍然只能在已寻求东道国当地救济且获得最终判决或启动当地救济程序 30 个月期满之后,才能进入国际仲裁机制。

“用尽当地救济”作为一项重要的习惯国际法原则,是传统国家责任法律的一部分,得到各国实践、国际判例以及国际组织的一致肯定^⑪。拉丁美洲国家更是对该原则给予了强烈支持,使其构成“卡尔沃条款”的重要组成部分^{⑫[7]}。该原则为东道国行为提供了补救机会,并能在一定程度上减少国际性争端^[8]。但 20 世纪 80 年代特别是进入 90 年代后,这项原则的作用似乎有所下降;《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)实践更将“用尽当地救济原则”的适用规则由“放弃需明示”转变为“要求需明示”。这种规定在许多情况下造成当地救济无法适用,将导致东道国在“稍有疏忽”的情况下即构成“默示同意”放弃用尽当地救济的要求^[9]。受此影

响,NAFTA 也将“用尽当地救济”原则排除在协定之外,使得投资者可以不受阻碍地将任何东道国违反 NAFTA 投资章节的行为直接交由仲裁庭审查。

而《美墨加协定》则明确纳入“用尽当地救济原则”。作为维护国家规制权的前置程序,其一,该原则充当“过滤机制”,减少了争端被提交国际仲裁的可能性,在一定程度上维护了东道国的规制权。其二,“用尽当地救济”原则为东道国提供了在先审理投资争端的契机,在符合用尽当地救济条件的情况下启动仲裁,就不再构成对东道国国家主权的僭越。《美墨加协定》在有限允许仲裁的同时纳入更为严格的东道国当地救济要求,以“用尽当地救济”为媒介提高 ISDS 机制的启动门槛,进而减少投资者启动国际仲裁程序的机会,不仅能避免仲裁庭直接审查东道国的政策法律,更确保了东道国政府对本国境内外资活动的管制权。

其实,《美墨加协定》之美国-墨西哥模式的实践并非是强化东道国规制权改革 ISDS 机制的“急先锋”,它只是 ISDS 机制改革主张的先期实验者。在此之前,各国际组织(机构)就已开始从不同角度提出应对 ISDS 机制弊端的措施,也有提及将“用尽当地救济”作为提起国际仲裁的前提条件的。由于 BITs 最初在价值取向上倾向于保护投资者利益及限缩东道国权力,故 ISDS 机制被纳入其中。但随着 ISDS 机制被广泛应用,东道国被诉之案件数量大幅上升。2017 年至少新提出了 65 起基于条约的投资争端案件,使案件总数达到 855 起;截至 2017 年年底,已决案中投资者获胜的案件达到约 60%^⑧。在这些投资者挑战东道国政策法律并胜诉的案件中,东道国往往需要支付巨额赔偿;相反,东道国即使胜诉也得不到任何赔偿,且还要为此支付诉讼费用,可谓竹篮打水一场空。在这种情况下,为避免 ISDS 机制对规制权的负面影响,“用尽当地救济”原则在 IIAs 实践中呈现不同程度的复苏,针对 ISDS 机制的“反向运动”也陆续出现。有鉴于此,2015 年 UNCTAD 在其发布的《世界投资报告》中,提出了应对 ISDS 机制“正当性危机”及东道国“规制寒颤”的两类措施:一类是完全摒弃 ISDS 机制并代之以新类型的争端解决机制,如欧盟投资法庭制度(ICS);另一类则是在保留现有 ISDS 的基础上对其进行改革。第二类改革方案又包含六项改革特征,即提高仲裁程序的透明度,限制投资者对仲裁程序的启动,过滤机制,将东道国当地救济作为前置条件,替代性争端解决以及引入上诉机制等^⑨。这份 UNCTAD 改革路线图旨在为世界范围内的 ISDS 机制改革提供指引,

改革措施覆盖面广,对规制权给予了全方位关注。美国-墨西哥模式作为地区实践,虽是局部践行 UNCTAD 第二项方案,步伐较为温和,但协定所采纳的均是对规制权有直观影响的措施,直接达到了限制投资者国际出诉权的目的。

三、《美墨加协定》ISDS 机制改革路径之二:争端解决机制留白

相比路径之一,《美墨加协定》改革方式之二对规制权的关注可谓不那么温和,因其最终选择对加拿大与美国、墨西哥间的投资争端保持沉默。NAFTA 项下的 ISDS 机制在美、墨、加三国之间是统一适用的;而在 NAFTA 2.0 时代,根据《美墨加协定》第 14.2 条第 4 款,“投资者仅可将附件 14-C、14-D 或 14-E 项下的主张提请仲裁”。附件 14-C 指协定生效后前 NAFTA 项下的遗留投资争端,附件 14-D 与 14-E 指适用于美国与墨西哥间的投资争端解决程序,投资者只在该三个附件规定的情形下才可能直接以《美墨加协定》为依据将投资争端交由国际仲裁。因此不同于美国-墨西哥模式,协定没有对加拿大与美国、加拿大与墨西哥间的投资争端作出规定。如此安排导致的结果便是,根据投资合同的具体规定,在加拿大和美国、墨西哥间存在不同的争端解决方式。

(一) 特定投资合同仲裁,逐案适用 ICSID 机制

虽然在加拿大同其他两国的关系上,《美墨加协定》删除了有关 ISDS 机制的规定,但三国依旧是《华盛顿公约》缔约国,投资者仍然能够适用解决投资争端国际中心(下称 ICSID)仲裁或者调解机制。然而,根据《华盛顿公约》的规定,仅仅批准公约尚不足以构成对 ICSID 管辖权的同意;加入公约也并不意味着对缔约国施加了必须将争端交由 ICSID 管辖的义务^[10]。为 ICSID 管辖权的目的,争端双方均应当作出“同意”的书面意思表示(consent in writing)。实践中,这种“书面同意”的方式有三种,即东道国在投资保护协定或国内立法中单方面同意争端交由 ICSID 管辖,此后再由投资者作出接受这种同意的意思表示;除此之外,同意 ICSID 管辖权的合意还可直接在东道国与投资者签订的投资合同中作出规定。

就《美墨加协定》项下的 ICSID 仲裁机制而言,首先,美国与加拿大及墨西哥与加拿大间的双边谈判已一致同意在协定中对 ISDS 机制“留白”,这就排除了在投资保护协定中给予这种同意的可能性。其次,在东道国国内立法中同意 ICSID 管辖权的做法一般被发展中国家所采取以吸引外资^[11],世界范围内仅有约

20个国家选择在国内立法中同意ICSID管辖权^[12]。

《华盛顿公约》于2018年8月26日对墨西哥生效,但其尚未在国内外资法中给予这种单方面同意^⑤。而美国与加拿大在国内法中单方面同意ICSID管辖权的可能性也较小。因此就加拿大同美国、墨西哥的投资争端而言,投资者只能通过特定投资合同中的“仲裁条款”同意ICSID管辖权,或者在争端产生后取得所涉国家之同意,进而适用ICSID仲裁机制。NAFTA在协定中给予了概括性的同意ICSID机制仲裁的意思表示,是一种“普遍性同意”。到了《美墨加协定》时代,在特定投资合同中同意或者争端当事国专门同意ICSID机制是一种“逐案同意”的做法,仅针对个案,且东道国还可在投资合同或专门同意中限定可提交仲裁的争端类型。相比之下,东道国自主性得到强化,将投资争端提交国际仲裁的情形将大大减少,间接避免了ISDS机制对东道国国家主权和规制权的减损。

(二) 回归东道国当地救济

对于加拿大-墨西哥投资争端,两国同时都为CPTPP缔约国,该协定于2018年12月30日对两国生效^⑥。因此,即便投资合同没有约定ISDS机制,两国境内的对方投资者还可借助其他协定、通过援引CPTPP进入国际投资仲裁程序^⑦,尽管墨西哥对同意仲裁的事项作了相应保留^⑧。反观美国-加拿大投资争端,投资者如未能在与东道国政府签订的投资合同中约定适用ISDS机制,且美国和加拿大之间尚无其他协定对此作出安排的情况下,若一缔约方的国民在对方境内的投资受到侵害,便只能将争端诉诸东道国内国司法或行政救济。

一般而言,投资争端发生在东道国领土范围内并围绕东道国法律而产生。这种以“东道国当地救济”替代ISDS机制的模式,区别于传统ISDS机制将投资争端管辖权赋予国际仲裁庭的做法,一定意义上抑制了国际仲裁庭的介入对东道国司法主权的减损,是对东道国规制权的保护。

一直以来,加拿大国内民众与政府官员就对非当地解决国际投资争端的仲裁机制怀有疑虑。批评者甚至认为ISDS机制会威胁到民主与主权,会剥夺一国在经济、健康及环境方面进行立法的主权权利^[13]。因为ISDS机制赋予私人投资者的国际申诉权使得其有机会与东道国政府对簿公堂并挑战东道国的政策法律。美方首席谈判代表莱特希泽也明确表示反对ISDS机制,他认为ISDS机制以绕过国内司法程序、直接将争端交由国际仲裁庭审理的方式侵害了美国国家主权^⑨。此外,2014年美国最高法院首席大法官罗伯特

(John Robert)在其对BG Group PLC v. Republic of Argentina案的反对意见中也曾指出,通过允许一个超国内司法程序的国际仲裁庭“……审查其公共政策并在事实上撤销立法、行政、司法机关的法案……缔约一方赋予并非完全由主权国家所选择的私裁判者一种仅保留给内国法院的权力——一种凌驾于国内法院裁判之上的权力”^⑩。而当地救济方式则首先从根本上消除了投资者的国际申诉权,使各类投资争端被置于东道国司法管辖之下。

其次,当地救济方式将争端裁决权赋予东道国,某种程度上有利于摆脱“规制寒颤”困境。因为取得了对跨国投资争端的管辖权,同时也就享有了对有关国际投资法实体性规范的解释权^[14]。传统的国际投资仲裁庭或出于管辖权目的、或出于保护投资者目的,往往从严解释涉及规制权的例外条款,作出东道国败诉的裁决,并要求其向投资者支付巨额赔偿。由于担心败诉带来的经济负担,久而久之,东道国政府的监管能动性受到打击,形成“规制寒颤”。NAFTA中的ISDS机制虽是为应对墨西哥法制不健全、司法系统不公而设,但最终加拿大成为该机制的最大“受害者”。加拿大政策替代方案中心(Canadian Centre for Policy Alternatives, CCPA)发布报告指出,截至2018年1月1日,已知的85件NAFTA投资仲裁案中,48%都是外国投资者(美国投资者尤甚)针对加拿大政府提起的,并且这种情况近年有进一步加剧的趋势。2005年以来,外国私人投资者诉加拿大的案件数量急剧上升,从2005年的12件上升至现在的41件;已决案中,加拿大政府胜诉的案例有8起,败诉案为9起^⑪。自NAFTA实施以来,加拿大政府共为ISDS机制下的抗辩支出9500万美元,并已在争端解决程序中向私人投资者支付了2.19亿美元的损害赔偿费用^⑫,且这些仲裁案都是由美国投资者启动的^⑬。除此之外,纵观加拿大败诉的投资争端案,几乎都与重要的公共政策及管制措施相关。加拿大政府因此认为ISDS机制不仅导致东道国讼累,给东道国带来巨大经济风险,更阻碍了政府规制权的正常行使。而“当地救济”由国内机构审查东道国政策法律及解释条约,其对本国政策的了解往往较国际仲裁庭成员深入,不会一味偏袒投资者利益。内国司法机构通常会综合考虑公共福祉以判定所涉法律政策是否构成对条约义务的违反,避免了仲裁庭的预设价值取向,东道国的管制措施也得以不因几个私人仲裁员的裁断而被迫撤销。由此,当地救济模式下的东道国败诉可能性将减小,其对公共事项的规制权也不会因担心受国际仲裁庭审查而受到限制。早在2017年8月,加拿大外长弗里兰(Christina

Freeland)就表示, 加拿大在更新 NAFTA 谈判中的核心目标(core objectives)之一是促进 ISDS 机制改革以保证东道国政府在关涉公共利益的事项上享有足够规制权^②。最终, 加拿大政府拒绝直接在《美墨加协定》中赋予外国投资者国际出诉权。

事实上,《美墨加协定》生效后, 美国与加拿大之间的投资争端通过特定投资协议约定 ISDS 机制解决的占比将较小, 以当地救济方式解决之可能性更大, 否则该协定不会选择对 ISDS 机制保持缄默。《美墨加协定》这种近乎整体上回归当地救济的做法并非摒弃 ISDS 机制之首例。早在针对 ISDS 机制的反向运动出现之初, 就已有国家选择摒弃协定中的 ISDS 条款。如 2011 年澳大利亚吉拉德政府宣布将不再在双边和地区贸易协定中使用 ISDS 机制, 印度尼西亚则计划在目前包含 ISDS 条款的协议到期续约时, 删除这些条款^[15]。可以看到, ISDS 机制因其对规制权的侵蚀正遭受着来自各方的质疑。

国际社会自关注国际投资领域的东道国规制权议题以来, 就一直在酝酿 ISDS 机制改良方案。1995 年经济合作与发展组织(OECD)主导下的多边投资协定(MAI)以及欧盟 ISDS 机制改良尝试均遭遇滑铁卢^③, 欧盟便开始了全新的投资争端解决机制的探索之路。2015 年 9 月, 欧盟委员会发布《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP)投资章节草案, 提出建立一个包含上诉机制的常设性 ICS 以替代 ISDS 机制^④。虽然 TTIP 谈判止步不前, 但 2016 年的《欧盟-越南自由贸易协定》(EUVFTA)^⑤以及检视后的《加拿大-欧盟综合性经济与贸易协议》(CETA)均在正式文本中延续了 TTIP 的欧盟实践, 明确将 ICS 纳入投资章节。ICS 模式通过败诉方支付原则、上诉机制、法庭成员守则等来确保判决的公正及中立, 从而保护东道国的公共利益和规制权。欧盟与《美墨加协定》都在协定正式文本中较大幅度地改革了传统的 ISDS 机制, 前者以 ICS 模式替代传统的 ISDS 机制, 后者则更多地回归当地救济。ICS 模式概括地将投资争端管辖权赋予一个国际性的机构, 而《美墨加协定》所采路径之二虽未完全排斥国际仲裁庭对投资争端的管辖权, 但这种路径下的 ISDS 机制毕竟只针对个案适用, 相比 ICS, 其对规制权的维护更为坚定。

总而言之, 美国、加拿大都认为 NAFTA 投资章节的 ISDS 机制阻碍了东道国政府为维护环境、公共健康而行使规制权的主权利。这是因为, 一方面, NAFTA 项下的投资争端案件多为美国投资者诉加拿大政府且大多为投资者胜诉案件, 加拿大政府认为本国规制权受其荼毒, 因而极力主张在新协定中参照

CPTPP 或 CETA 重塑投资争端解决机制^⑥。另一方面, 虽然美国投资者频繁运用 ISDS 机制对抗东道国且都取得了良好效果, 美国政府同样认为 ISDS 机制破坏美国国家主权(尤其是司法主权)的完整性。与加拿大要求以 ICS 代替 ISDS 机制的诉求不同, 美方一直对 ICS 机制持反对态度。如前所述, 为寻求投资争端解决机制的一致, 美国甚至提出 opt-out 条款, 但招致墨西哥和加拿大的反对^⑦。在此之后, 加拿大同其他两国未再就如何改革 ISDS 机制达成一致, 最终,《美墨加协定》在加拿大同美国、墨西哥间投资争端的解决上未规定 ISDS 机制。然而,《美墨加协定》也并非武断地终结了 NAFTA 的 ISDS 机制。附件 14-C 第 1 段及第 3 段为新协定设定了过渡期, 各缔约方同意 ISDS 机制在 NAFTA 效力终止之后的未来三年内仍然适用, 投资者仍可将 NAFTA 框架下的投资争端主张提请国际仲裁。此外, 即使《美墨加协定》开始生效, 正在进行中的投资仲裁程序将不会受到影响, 仲裁庭管辖权也不会因此受到损害^⑧。

四、结论

无论是《美墨加协定》中对 ISDS 机制的两种截然不同的路径, 还是各国针对 ISDS 机制的“反向运动”及 UNCTAD 和欧盟的改革实践, 都反映出国际投资协定在程序机制上对东道国规制权的重新审视。

不仅如此, 在实体规范上, IIAs 也开始越来越多地触及东道国规制权。早期 IIAs(主要是双边投资协定, BITs)多规定东道国对投资者所负之义务, 对东道国规制权较少提及。1959 年德国与巴基斯坦签订的世界上第一份 BIT, 其第 2 条虽有对东道国规制权的宣言性规定^⑨, 但措辞依旧笼统, 无法从本质上解决规制权困境。自 2000 年起, 部分国家开始从实体规范层面着手重构 BITs, 在北美表现为加拿大 2004 年 BIT 范本、美国 2004 年 BIT 范本, 在欧洲则体现为挪威 2007 年 BIT 范本草案。这些条约的措辞无一不显示出对东道国立法空间的关切: 修订后的美国 2004 年 BIT 范本旨在消除前美国 BIT 中限制东道国的因素, 而其 2012 年 BIT 范本将“公平与公正待遇”“充分的安全及保护”与最低标准待遇相连以及将征收例外条款、环境和劳工条款纳入在内的做法更进一步反映出扩大东道国立法空间的要求^⑩。同样, 加拿大 2004 年 BIT 范本也纳入了对规制自由的保护。多边层面, 欧洲议会在 2011 年对欧盟未来投资政策的展望中也表达了对“平衡投资保护与维护(规制权)”问题的关切并呼

吁欧盟委员会在此后所有投资条约中纳入规制权条款^⑧。

可见,无论是实体规范,还是争端解决程序机制,各类投资保护协定的天平都开始向东道国规制权一端倾斜,以谋求投资者和主权国家之间利益的平衡。自2012年以来,已有150多个国家采取措施,制订新一代IIA,同时还对现有的老一代协定进行现代化改造^⑨。中国是BIT实践大国,迄今为止已签订128个BITs^⑩,仅次于德国。我国于1990年签署《华盛顿公约》,并于1993年正式批准。在批准文件中,中国指出“仅考虑把征收和国有化产生的有关补偿的争议提交中心管辖”^⑪。然而,以20世纪90年代为分水岭,我国此后签订的BITs就规定东道国与外国投资者之间的任何投资争端均可提请仲裁解决。随着我国吸收外资量的不断攀升,这种普遍性赋予外国投资者在ICSID挑战东道国主权的做法,是否会对我国的外资规制权产生负面效应,在改革浪潮下,我国对ISDS机制持何种态度以实现维护本国规制权与保护外国投资者间的动态平衡,美国、墨西哥、加拿大在《美墨加协定》中的实践在一定程度上为我国提供了可借鉴的路径。

《美墨加协定》采取了两种模式:其一是用东道国当地救济替代传统的ISDS机制;其二是对传统的ISDS机制进行改革以适应维护规制权的需要。然而,直接否定ISDS机制甚至IIAs的激进措施,既解决不了现实冲突,也不利于保护本国投资者和发展对外投资。对于处于重要转型期的国际投资法律体系进行渐进式改革,实现投资者与东道国利益间的平衡才是21世纪的发展趋势^[16]。ISDS机制虽已招致“反向运动”,但目前仍有153个国家批准《华盛顿公约》,同意将其与其他缔约国国民间的投资争端提请中心仲裁。此外,在全球3000多项国际投资协定中,大多数都纳入了ISDS机制,占据着国际投资争端解决机制的主流。从中国政府角度而言,中方目前作为被申请人参与投资争端的案件仅为3起^⑫,ISDS机制对我国的负面效应尚不明显。我国不宜全盘否定ISDS机制,保留该机制以营造良好投资环境对我国而言意义重大。但若ISDS机制过度倾斜于投资者利益,又会招致负面影响,为维护东道国监管空间之目的,采改革路径,加强ISDS机制对东道国规制权的关切,防患于未然也不失为明智之举。如缩小提交仲裁的争议事项范围以限制投资者诉权、嵌入“用尽当地救济”以提高仲裁程序启动门槛、增强仲裁程序透明度以增

强公共利益事项中的公众参与度等,纠正传统ISDS机制弊端,才能从根本上减少阻碍规制权行使的因素并充分发挥ISDS机制吸引外资的作用。

注释:

- ① Public Citizen's Global Trade Watch, Mexico City NAFTA Renegotiation Round: If No Progress on Major U.S. NAFTA Reform Proposals, What is Path Forward? published on 23 Feb. 2018.
- ② Public Citizen's Global Trade Watch, Selected Statements and Actions Against Investor-State Dispute Settlement (ISDS), published on 20 Apr. 2018.
- ③ See More Than 300 State Legislators From All 50 States Sign Letter to USTR Lighthizer Urging the End of ISDS in NAFTA, 12 Sep. 2018.
- ④ A la carte approach: if you eat à la carte, you choose each dish from a separate list instead of eating a fixed combination of dishes at a fixed price. That is, you get more choice. (Cambridge Advanced Learner's Dictionary 51, Cambridge University Press).
- ⑤ 美国与加拿大均是《华盛顿公约》的成员国,两国投资者可以根据其他方式的同意,如投资合同,将争议提交ICSID解决。
- ⑥ 参见NAFTA, Art.1116, Art.1117.
- ⑦ United States-Mexico-Canada Agreement, Annex 14-D, para. 3.
- ⑧ 自由贸易委员会于2001年7月31日发布的解释称:“(1)国际法中的最低待遇标准:第1105(1)条规定缔约一方给予缔约另一方投资者之投资的最低待遇为习惯国际法给予外国投资的最低标准。(2)‘公平公正待遇’和‘充分的安全和保护’条款并不产生习惯国际法中外国投资者最低待遇标准之外或之上的待遇……”
- ⑨ 规制寒颤,在中文中有多种译法。这里的意思主要是指由于投资者通过投资仲裁利用国际投资协定的规定挑战东道国的规制措施,使得东道国付出巨额的赔付而导致东道国在实施新的规制措施时会心有余悸。
- ⑩ Canadian Center for Policy Alternative, Canada's Track Record Under NAFTA Chapter 11, Jan. 2018, p. 3.
- ⑪ See Canadian Center for Policy Alternative, Canada's Track Record Under NAFTA Chapter 11, Jan. 2018, p. 31-38.
- ⑫ Id.
- ⑬ North America Free Trade Agreement, Art.1121.
- ⑭ 在国际投资协定实践中的“用尽当地救济”与国家责任实践中的“用尽当地救济”在适用条件、后果等方面是有所差异的,但是二者在国际法的原理上是类似的。本文是从原理的角度予以类比。
- ⑮ 石静遐:《用尽当地救济规则与国际投资争议的解决》,《国际经济法论丛》第2卷,第309页。需要注意的是,当今国际投资条约实践中的“用尽当地救济”与“卡尔沃主义”中的“用尽当地救济”在理论上是不同的:“卡尔沃条款”中的“用尽当地救济”是反对国际仲裁的,并且与外交保护相联系;而当今国际投资协定中的“用尽当地救济”只是作为提起国际仲裁的前置条件。参见姚梅镇著:《国际投资法》,武汉大学出版社2011年第3版,第293-295页。
- ⑯ UNCTAD, World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies-Key Messages and Overview 11, published on 06 Jun. 2018, available at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_overview_en.pdf, visited on 26 Dec. 2018.

- ①⑦ UNCTAD, World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance 147-154, published on 25 Jun. 2015, available at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, visited on 26 Dec. 2018.
- ①⑧ UNCTAD-Investment Policy Hub-Investment Laws, available at <https://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/M#il-to-p>, visited on 22 Dec. 2018.
- ①⑨ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Art.3: This Agreement shall enter into force 60 days after the date on which at least six or at least 50 per cent of the number of signatories to this Agreement, whichever is smaller, have notified the Depositary in writing of the completion of their applicable legal procedures.目前批准 CPTPP 的缔约国: 加拿大、墨西哥、新加坡、新西兰、日本、澳大利亚, 其中, 墨西哥于 2018 年 8 月批准, 加拿大于 2018 年 10 月 29 日批准, 澳大利亚于 2018 年 10 月 31 日批准, 是第六个批准 CPTPP 的国家; 自此 60 天之后, CPTPP 于 2018 年 12 月 30 日对上述六国生效。
- ②⑩ See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Section B.
- ②⑪ See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership Annex 9-L Investment Agreements-C. Limitation of Mexico's consent to arbitration, 墨西哥对“同意”仲裁的保留体现为, 若将某项投资争端提请国际仲裁, 将与墨西哥国内《碳氢化合物法》第 20 及 21 条、《公共工程及相关服务法》第 98 条第 2 段、《公司伙伴关系法案》第 139 条第 3 段、《道路、桥梁及联邦运输法》第 80 条、《港口法》第 3 条第 2 段、《机场法》第 3 条第 2 段、《铁路服务规制法》第 4 条第 2 段、《商业及航海海事法》第 264 条第 2 段、《民用航空法》第 3 条第 2 段、《墨西哥合众国政治组织法》第 28 条第 20 段以及《联邦电信广播法》第 312 条的规定相违背, 则该争端不得提请国际仲裁。
- ②⑫ See USTR Lighthizer to House Ways and Means Committee members in response to Rep. Lloyd Doggett's (D-Texas) question on whether ISDS is necessary, 22 Jun. 2017, available at <https://waysandmeans.house.gov/event/hearing-u-s-trade-policy-agenda/>, visited on 26 Dec. 2018.
- ②⑬ BG Group PLC v. Republic of Argentina, UNCITRAL, Dissenting Opinion of Chief Justice Roberts and Justice Kennedy, 05 Mar. 2014, p. 9-10.
- ②⑭ Canadian Center for Policy Alternative, Canada's Track Record Under NAFTA Chapter 11, Jan. 2018, p. 3-4.
- ②⑮ Id. at 5.
- ②⑯ Canadian Global Affairs Institute, NAFTA: A Primer for the Montreal Round, Jun. 2018, p. 10.
- ②⑰ Address by Foreign Affairs Minister on the modernization of the North America Free Trade Agreement (NAFTA), available at https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/08/address_by_foreignaffairsministeronthemodernizationofthenorthame.html, visited on 5 Nov. 2018.
- ②⑱ 2014 年初步达成的 CETA 纳入了欧盟之前设想的对 ISDS 的改革措施, 包括仲裁程序透明度要求、仲裁员行为准则、败诉方支付原则、国家在条约解释上的控制权等, 制定了更为复杂先进的程序规则; 之后的欧盟-新加坡投资协定(EUSIPA)亦引入类似的改良版 ISDS 机制。然而, 改良后的 ISDS 机制仍然遭到了欧盟内部的抵制。
- ②⑲ Transatlantic Trade and Investment Partnership (European Union's proposal), Chapter II Section 3, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf, visited on 26 Dec. 2018.
- ③⑩ EU-Vietnam Trade and Investment Agreements, Art.3.38.
- ③⑪ Address by Foreign Affairs Minister on the modernisation of the North America Free Trade Agreement, supra note 36.
- ③⑫ Josh Wingrove & Eric Martin, "U.S. Proposes Cutting NAFTA Legal Dispute Tribunals" Bloomberg Markets, 14 Oct. 2017, available at <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-10-14/u-s-is-said-to-propose-gutting-nafta-legal-dispute-tribunals>, visited on 30 Nov. 2018.
- ③⑬ United States-Mexico-Canada Agreement, Annex 14-C, para. 5.
- ③⑭ Aikaterini Titi, The Right to Regulate in International Investment Law 53(Baden-Baden, Germany: Nomos, 2014).
- ③⑮ Aikaterini Titi, supra note 40, at 60.
- ③⑯ Aikaterini Titi, supra note 40, at 63.
- ③⑰ UNCTAD, World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies-Key Messages and Overview, supra note 18, at 18.
- ③⑱ See ICSID-Database of Bilateral Investment Treaties, available at <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx#a33>, visited on 20 May 2019.
- ③⑲ ICSID, CONTRACTING STATES AND MEASURES TAKEN BY THEM FOR THE PURPOSE OF THE CONVENTION-ICSID/8-D, NOTIFICATIONS CONCERNING CLASSES OF DISPUTES CONSIDERED SUITABLE OR UNSUITABLE FOR SUBMISSION TO THE CENTRE, p.1, updated in Feb. 2019.
- ④⑩ Available at <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>, visited on 12 Nov. 2018.

参考文献:

- [1] 余劲松. 国际投资法[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 356.
- [2] 姚梅镇. 国际投资法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1985: 302.
- [3] 张庆麟. 国际投资法问题专论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2007: 1-6.
- [4] 徐崇利. 公平公正待遇标准: 国际投资法中的“帝王条款”? [J]. 现代法学, 2008(5): 123-134.
- [5] 鲁道夫·多尔查, 克里斯托弗·朔伊尔. 国际投资法原则[M]. 祁欢, 施进, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 102.
- [6] 张庆麟. 论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场[J]. 政法论丛, 2017(6): 68-77.
- [7] 石静遐. 用尽当地救济规则与国际投资争议的解决[J]. 国际经济法学论丛, 1999(2): 309-328.
- [8] MALCOLM N S. International law[M]. New York: Cambridge University Press, 2008: 840.
- [9] 王海浪. ICSID 体制内用尽当地救济原则的三大挑战及对策[J]. 国际经济法学刊, 2006(3): 238-267.
- [10] CHRISTOPH H S. The ICSID convention: A commentary[M]. New York: Cambridge University Press, 2009: 190.
- [11] HIRSCH M. The arbitration mechanism of the international

- center for the settlement of investment disputes[M]. Netherland: Springer, 1993: 53.
- [12] IBRAHIM F I S. The world bank in a changing world[M]. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995: 735.
- [13] ZACHARY M. Eastman. "NAFTA's Chapter 11: For Whose Benefit?" [J]. Journal of International Arbitration, 1999, 16(3): 105-118.
- [14] 李万强. 晚近美国对国际投资争端仲裁机制态度的转变——以 NAFTA 为例[J]. 国际经济法学刊, 2006(1): 235-243.
- [15] AIKATERINI T. The right to regulate in international investment law[M]. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2014: 40-63.
- [16] 王彦志. 中国在国际投资法上的身份转换与立场地位[J]. 当代法学, 2013(4): 131-138.

Analysis of reform of the ISDS mechanism in USMCA: From the perspective of host states' regulating rights

ZHANG Qinglin, ZHONG Li

(School of Law, Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 201620, China;
School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: On November 11, 2018, the heads of the United States, Canada, and Mexico signed the *United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA) at the G20 Summit to replace NAFTA, which has modified the investment chapter of NAFTA, including the reform of ISDS mechanism. The United States and Canada have always recognized that traditional ISDS mechanism hinders the host country's regulatory power, so they proposed to delete it. Mexico, on the contrary, wants to keep it because it attracts foreign investment. Each country, starting from the speculation of its own regulatory rights and aiming at the method of resolving investment disputes of the three states, chose the à-la-carte approach and responded to the issue of host states' regulatory power by taking two totally distinct paths: one is to replace the traditional ISDS mechanism with local remedies, while the other insists on reforming traditional ISDS mechanism so as to adjust to the need for maintaining regulating rights. Such technical innovation in legislation allows USMCA to effectively balance the needs of all parties and to weigh over both changed time and conditions rather than exchange for unlimited protection for investors' benefits at the cost of regulatory rights of the host-states.

Key Words: USMCA; ISDS mechanism; right to regulate of host states

[编辑: 苏慧]