

# 从 NAFTA 到 USMCA：投资争端解决机制的变化、成因及启示<sup>\*</sup>

伍穗龙 陈子雷

**【内容摘要】** 2020年7月生效的《美国—墨西哥—加拿大协定》在投资争端解决机制上一改《北美自由贸易协定》下偏重对投资者权利保护的“新自由主义”精神，回归对国家规制权能的重视。在适用对象、适用争议、适用程序上作出变化与革新。全球价值链收缩及“慢球化”、投资争端解决机制的内在合法性危机以及对东道国规制权力的削弱，是国际投资争端解决机制发生变化的深层次经济、法律与政治动因。《美国—墨西哥—加拿大协定》投资争端解决机制的变化与革新将进一步推动“卡尔沃主义”的回归以及加剧国际投资法体制内部的碎片化趋势。中国应积极支持及推进投资争端解决机制改革，使其发挥正面作用，同时辩证吸收“卡尔沃主义”的合理因素，积极探索诸如前置协商、投诉与帮助以及调解等解决投资者与东道国之间投资争议的多元渠道。

**【关键词】** 《北美自由贸易协定》 《美墨加协定》 投资者—国家争端解决 全球价值链

**【作者简介】** 伍穗龙，上海 WTO 事务咨询中心助理研究员（上海 邮编：200336）；陈子雷，上海对外经贸大学国际经贸学院教授（上海 邮编：201620）

**【中图分类号】** F757.14 D815 **【文献标识码】** A

**【文章编号】** 1006-1568-(2021)03-0058-18

**【DOI 编号】** 10.13851/j.cnki.gjzw.202103004

---

<sup>\*</sup> 本文系教育部哲学社会科学研究重大课题“境外投资立法重大问题研究”（20JZD018）和国家社会科学基金重大项目“推进双向投资布局的开放体制——创新与内外战略协同研究”（15ZDC018）的阶段性成果。

基于政府对待外国投资者财产权利差异而引发的冲突已持续数个世纪。随着 17 世纪现代国家诞生及重商主义竞争理念萌芽，这一冲突被激化。<sup>①</sup> 如果说美国在《杰伊条约》（Treaty of Amity, Commerce and Navigation, United States-Great Britain）及其后的《友好通商航海条约》（Treaties of Friendship, Commerce and Navigation）<sup>②</sup> 中确立了通过国家对国家的争端解决机制来保护一国投资者的法律建制，<sup>③</sup> 那么《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement, NAFTA）是在诸边<sup>④</sup> 层面首次全面引入投资者—国家争端解决机制<sup>⑤</sup> 来保护一国投资者的重要突破。但是，2010 年以来，以价值链收缩为特征的“慢球化”<sup>⑥</sup>（slowbalization）趋势愈演愈烈，批判投资争端解决机制的呼声高涨，质疑争端解决机制在解决投资者—国家投资纠纷中的作用的声浪也很多，《美国—墨西哥—加拿大协定》（United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA，简称《美墨加协定》）在此背景下应运而生。

2018 年 9 月，美国、墨西哥与加拿大就 NAFTA 重新谈判达成一致。2020 年 7 月，USMCA 正式生效，以取代 1994 年生效的 NAFTA。作为贯彻“美国优先”理念的第一个重新谈判的自由贸易协定，USMCA 在理念、目标与具体章节内容上均较 NAFTA 有重大变化。<sup>⑦</sup> 其中，USMCA 第 14 章下的投

---

① Kate Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 19-70; and Kenneth Vandeveld, “Sustainable Liberalism and the International Investment Regime,” *Michigan Journal of International Law*, Vol. 19, No. 2, 1998, pp. 375-378.

② Treaties of Friendship, Commerce, and Navigation, January 21, 1956. 在 1946—1948 年间，美国缔结了超过 20 个友好通商航海条约，参见 Herman Walker, Jr., “Modern Treaties of Friendship, Commerce, and Navigation,” *Minnesota Law Review*, Vol. 42, No. 1, 1958, p. 805.

③ Harman Walker, Jr., “Modern Treaties of Friendship, Commerce, and Navigation,” p. 805; and John F. Coyle, “The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era,” *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 51, No. 3, 2013, pp. 302-308.

④ 在涉及国际贸易机制安排的谈判中，在双边谈判和大范围的多边谈判之间，对于参与国家多于双边但是局限于较小范围的，当前已习惯称为“诸边”。

⑤ 如无特别说明，下文的投资争端解决机制均指投资者—国家争端解决机制（Investor-State Dispute Settlement）。

⑥ “慢球化”（slowbalization）是对应“全球化”（globalization）的概念，用以描述全球价值链收缩引起的全球化发展放缓趋势。参见“Slowbalisation, A New Pattern of World Commerce is Becoming Clearer-As Are Its Costs,” *Economist*, January 26, 2019, p. 11.

⑦ 张生：《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》，《中南大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 51 页。

投资争端解决机制一改 NAFTA 偏重对投资者权利保护的“新自由主义”<sup>①</sup>精神，回归对条约下国家规制权能的重视。其通过投资争端解决机制菜单式（à la carte）<sup>②</sup>的国别适用以及争端解决范围的限制适用，一定程度上反映了“卡尔沃主义”<sup>③</sup>（Calvo Doctrine）的回归。

当前，国内各界对 USMCA 投资争端解决机制的探讨不多，仅有的若干研究多聚焦于 USMCA 投资争端解决机制的文本解析，<sup>④</sup>对机制变化的制度性成因及变化趋势缺少深层次分析。本文拟在上述研究的基础上，进一步分析其变化机理及影响。本文先对 USMCA 与 NAFTA 投资争端解决机制发生变化的内容进行梳理，再分析引起这一变化的经济、政治及社会动因，最后探讨这种变化所代表的投资争端解决机制发展趋势以及对中国的启示。

## 一、从 NAFTA 到 USMCA——投资争端解决机制变化革新

NAFTA 是第一个在自由贸易协定中全面纳入投资争端解决机制内容的诸边协定。其第 11 章 B 节题为“一国与另一国投资者的争端解决”，对投资争端解决机制的具体内容作了明确规定。USMCA 在投资争端解决机制遭遇强烈质疑、改革呼声较高的背景下继承了这一制度，但删减了 NAFTA 第

---

① 新自由主义，又称为新保守主义，新古典综合主义等，区分为多个理论流派，在 20 世纪 70 年代末 80 年代初得到充分发展。其核心为主张贸易自由化、价格市场化和私有化。参见 Taylor C. Boas and Jordan Gans-Morse, “Neoliberalism: From New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan,” *Studies in Comparative International Development*, Vol. 44, No. 2, 2009, pp. 137-161; 李其庆：《全球化背景下的新自由主义》，《马克思主义与现实》2003 年第 5 期，第 4—18 页。

② 菜单式（à la carte）方法，原意是指按菜单点菜，后引申为根据具体情况制定适合自身的方案与计划。

③ 卡尔沃主义系由阿根廷国际法学家卡洛斯·卡尔沃（Carlos Calvo）提出，其核心在于反对一国凭借其国力干涉他国内政，并借此使其国民享受高于他国国民的待遇。参见韩秀丽：《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》，《现代法学》2014 年第 1 期，第 121—135 页。

④ 参见白洁、苏庆义：《〈美墨加协定〉：特征、影响及中国应对》，《国际经济评论》2020 年第 6 期，第 123—138 页；殷敏：《〈美墨加协定〉投资者—国家争端解决机制及其启示与应对》，《环球法律评论》2019 年第 5 期，第 160—174 页；张庆麟，钟俐：《析〈美墨加协定〉之 ISDS 机制的改革》，《中南大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 41—50 页；池漫郊：《〈美墨加协定〉投资争端解决之“三国四制”：表象、成因与启示》，《经贸法律评论》2019 年第 4 期，第 14—26 页。

11 章 B 节相关内容，代之以“遗留投资及正在进行的争端”“墨西哥与美国的投资争端”以及“墨西哥和美国与涵盖的政府合同相关的投资争端”<sup>①</sup> 三个独立附件，在投资争端解决机制的适用对象、适用争议以及适用程序方面较 NAFTA 发生了变化、进行了革新。

（一）投资争端解决机制适用主体范围的改变——灵活的菜单式选择

NAFTA 投资争端解决机制对缔约三国同等适用，但 USMCA 对此进行了重大改变。其引入了灵活的菜单式适用方案，使投资争端解决机制产生了对三个国家区别对待的效果。

一方面，加拿大将退出投资争端解决机制。USMCA 生效后，加拿大投资者与美国或墨西哥之间的投资争端，以及美国或墨西哥投资者与加拿大之间的投资争端，不能再通过 USMCA 下的投资争端解决机制予以解决。至于后续应通过何种途径解决它们之间的争端，USMCA 并未确定。考虑到美国、加拿大及墨西哥现有的投资条约实践以及加拿大国内法的规定，在排除特殊安排情况下，涉及加拿大的上述争端只能通过加拿大法院、国家间仲裁或者加拿大与当事国既有的或今后将签订的其他投资协定所规定的方式处理。<sup>②</sup> 例如，墨西哥与加拿大两国均为《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）缔约国，且协定允许通过投资争端仲裁解决投资争议，<sup>③</sup> 故而其中一方投资者与另一缔约国因投资而引发的条约性争端，仍可诉诸投资争端解决机制。

另一方面，美国与墨西哥之间基于条约而发生的“墨西哥与美国的投资争端”以及美国与墨西哥之间基于合同而引起“美国与墨西哥之间有关协定涵盖的政府合同之争议”，分别通过 USMCA 第 14 章附件 14-D 以及附件

---

① United States-Mexico-Canada Agreement, Chapter 14, Annex 14-C: Legacy Investment Claims and Pending Claims; Annex 14-D: Mexico-United States Investment Disputes; Annex 14-E: Mexico-United States Investment Disputes Related to Covered Government Contracts.

② Julie Bedard, David Herlihy, and Timothy G. Nelson, “The United States-Mexico-Canada Agreement Significantly Curtails Foreign Investment Protection,” Skadden, October 2, 2018. <https://www.skadden.com/insights/publications/2018/10/the-united-states-mexico-canada-agreement>. 转引自池漫郊：《〈美墨加协定〉投资争端解决之“三国四制”：表象、成因及启示》，第 16 页。

③ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Chapter 9, Section B: Investor-State Dispute Settlement.

14-E 的具体规定对美国与墨西哥适用。

需要注意的是，由于当前在 NAFTA 下尚有“遗留投资及正在进行的争端”未完成，为保证 NAFTA 与 USMCA 两个条约的顺利衔接，USMCA 第 14 章附件 14-C 通过对“遗留投资及正在进行的争端”作出相应安排，解决 NAFTA 失效后 USMCA 与 NAFTA 的过渡问题。一方面，USMCA 第 14 章附件 14-C “过渡条款”明确规定，就任一缔约方的投资者在 1994 年 1 月 1 日 NAFTA 生效至失效之间做出的、并且在 USMCA 生效后仍然存续在另一缔约国的“遗留投资”<sup>①</sup>，美国、加拿大和墨西哥三方仍然可以通过 NAFTA 下的投资争端解决机制处理。但如果通过 NAFTA 下的投资争端解决机制处理争端，投资仲裁申请必须在 NAFTA 失效后三年内提出。一旦提出，仲裁庭对相应争端的管辖时效可不受 NAFTA 失效后三年的时间限制，仲裁庭可以根据 NAFTA 第 11 章 B 节的相关规定对案件进行审理，直至案件审结。另一方面，对于 NAFTA 生效期间已经根据其第 11 章 B 节提起的投资仲裁，不受 NAFTA 失效或 USMCA 生效的影响，相关仲裁继续进行直至仲裁庭做出仲裁结果。

## （二）投资争端解决机制适用争议的改变——降低缔约国规制风险

在 NAFTA 下，除极少数情况之外，东道国几乎所有违反 NAFTA 第 11 章 A 节义务的行为均可以被投资者提起仲裁。其中就包括该节中明确列出的“最惠国待遇”“国民待遇”及“公平公正待遇”等核心实体待遇。相比较而言，USMCA 第 14 章附件 14-D 所规定的美国与墨西哥之间基于条约而引发的投资争端解决适用范围却显得极为狭窄。

USMCA 第 14 章附件 14-D 第 14.D.3 款通过正面列举方式规定了申请人的仲裁范围仅限于两种情况，一是违反 USMCA 第 14 章国民待遇或者最惠国待遇条款而引发的争端，但投资设立与取得方违反上述待遇而引发的争端不在其列；二是违反 USMCA 第 14 章下征收与补偿条款的争端，但不包括间接投资。至于对违反被誉为国际投资法帝王条款的“公平公正待遇”<sup>②</sup>的

<sup>①</sup> USMCA, Chapter 14, Annex 14-C: Legacy Investments Claims and Pending Claims.

<sup>②</sup> 徐崇利：《公平与公正待遇标准：国际投资法中的“帝王条款”？》，《现代法学》2008 年第 5 期，第 123—134 页。

行为，USMCA 第 14 章附件 14-D 则语焉不详。有观点认为，按照《维也纳条约法公约》（Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT）第 31 条关于条约解释的规则，此项安排应被解读为对上述条款的违反也不得提交仲裁。<sup>①</sup> 这就意味着《美国 2012 双边投资协定范本》（2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty）制定以来所确立的在“投资全生命周期”<sup>②</sup> 任何阶段均可对国民待遇和最惠国待遇提起仲裁的立法范式被打破。同时，因为“公平公正待遇”以及“间接征收”而引起的投资争端也被 USMCA 争端解决机制拒之门外。

### （三）投资争端解决机制适用程序的改变——穷尽国内救济

除提交仲裁的投资争端范围大幅度收窄外，投资争端解决程序上的变化也比较大。在 NAFTA 之下，投资者在投资争端解决程序上享有极大自由度。为保障投资者的投资权益并给予其充分选择权，NAFTA 的投资争端解决程序采用“岔路口”模式，投资者可以在不以用尽当地救济为前提的条件下，直接将东道国涉嫌违法的行为诉诸投资争端解决机制，请求国际投资争端解决中心（International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID）或其他国际仲裁机构作为第三方对争端予以裁判。这充分践行了 NAFTA 第 11 章 B 节第 1115 条所述及的投资争端解决机制设立目的，即按照国际对等原则及中立仲裁下正当程序要求，保证缔约方投资者得到平等对待。<sup>③</sup> 与 NAFTA 相比，USMCA 却显得保守。

USMCA 第 14 章附件 14-D 第 14.D.5 款明确，若要将诉请提交仲裁，申请人或申请企业必须：（1）就东道国根据第 14 章下所谓的违法行为，首先在东道国（被申请人）的国内法庭或行政法庭开展诉讼程序；（2）申请人或申请企业收悉东道国内的终裁机构的最终决定或在东道国的国内法庭或行政法庭开展诉讼程序已超过 30 个月。这意味着投资者作为仲裁申请人，必须先用尽东道国国内救济并得到最终裁决或是启动国内救济超过 30 个月，方可提起投资争端解决仲裁申请。综合 USMCA 现有的程序性规定，仲

<sup>①</sup> See, for example, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, “USMCA Curbs How Much Investors Can Sue Countries,” IISD, October 2, 2018, <https://www.iisd.org/articles/usmca-investors>.

<sup>②</sup> 包括投资的设立、取得、管理、运营、扩建与处置。

<sup>③</sup> NAFTA., Chapter 11, Article 1115: Purpose.

裁申请必须在投资者知道或应当知道权利遭到损害 4 年内提出，减去 30 个月的国内救济途径优先规定，实际上对投资者而言，只有 18 个月时间可以提出投资争端解决仲裁申请，而 NAFTA 第 11 章中所规定的申请时限则为 3 年。因此，这一规定大大增加了投资者启动投资争端解决机制的前置程序成本，进一步降低了投资者利用该机制维护投资权益的意愿和动机。

值得注意的是，上述投资争端解决机制适用的范围及提起程序的实质性变化仅针对美国与墨西哥之间基于 USMCA 而引发的争端。根据 USMCA 第 14 章附件 14-E 的规定，就美国与墨西哥关于“特定经济部门的政府合同”的投资争端而言，USMCA 第 14 章附件 14-E 对上述要求做出了例外性规定，使得 USMCA 第 14 章附件 14-E 在适用投资争端解决机制上与 NAFTA 的适用基本无差别。而所谓的“特定经济部门”则是指能源和自然资源部门，具体包括天然气与石油、电力、电信服务、交通服务及基础设施五大部门。<sup>①</sup>

## 二、投资争端解决机制变化的原因

无论是加拿大退出投资争端解决机制，还是投资争端解决机制缩小适用范围及收紧前置程序，USMCA 的上述变化均围绕加强国家规制权力在投资争端解决中的影响这个目标展开。USMCA 这一“顺应”国际投资争端解决机制改革变化<sup>②</sup>的举措有着深层次的经济、法律与政治动因。

（一）投资争端解决机制变化的根本原因：全球价值链收缩与“慢球化”

投资争端解决机制是自由主义经济的产物，其适应于自由主义经济背景下以发达经济体为主的全球贸易与投资的扩张及一体化。投资争端解决机制服务于自 20 世纪 60 年代萌芽的发达经济体跨国企业对发展中经济体的全球大规模投资，并在美国的推动下通过 NAFTA 的缔结而进入全盛时期。但是，

---

<sup>①</sup> USMCA, Chapter 14, Annex 14-E: Mexico-United States Investment Disputes Related to Covered Government Contracts.

<sup>②</sup> 当前，对投资争端解决机制的存废和改革的辩论非常激烈。以联合国国际贸易法委员会第三工作组牵头的投资争端解决机制改革工作组，正就投资争端解决机制的改革制定方案。包括中国在内的 20 多个国家已经向工作组递交改革立场性文件及方案，详细内容及历史沿革具体可参见 [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)。

当前全球贸易投资扩张这一基础显然发生了部分改变，寻求廉价劳动力和更大资本收益的全球化正在走向停滞，全球价值链已开始呈现区域化趋势，投资也在逐渐下行。

世界银行对全球外商直接投资占国内生产总值（GDP）比重的测算结果就颇能说明这一趋势。虽然自 20 世纪 90 年代起，全球价值链变化带来跨境贸易和投资的高速增长，全球投资净流入量和流出量占 GDP 的比重都有较大幅度上升，但在 2008 年国际金融危机后，这一趋势逐步放缓，全球投资净流入量和流出量在 GDP 中的比重从 2010 年的 2.7% 和 2.6% 下降至 2018 年的 1.4% 和 1.0%，<sup>①</sup> 全球投资呈现下降状态。

2019 年年初，《经济学人》有关“慢球化”的文章更是明确指出，随着贸易态势的逐渐紧张，过去十年，跨国投资、贸易、银行贷款和供应链都在萎缩或已停滞。寻求廉价劳动力和更大资本收益的全球化正在走向饱和，供应链的区域化已经开始呈现，全球化进程已经让位于一个缓慢发展的新时代——“慢球化”。<sup>②</sup> 2019 年 4 月，麦肯锡全球研究院发布的分析报告进一步印证了这一点。该报告认为，从 20 世纪 90 年代以来，价值链正在变得越来越区域性而非全球性；2007 年后，贸易强度从 28.1% 下降至 22.5%，其中尤以计算机和电子产品、电动机械、汽车、化工产品、运输设备以及纺织和服装等交易量最大和价值链最复杂的行业最为显著。<sup>③</sup> “慢球化”最突出的例证，是特朗普政府时期竭力推动的以“制造业回流”“跨国企业回流”“投资回流”“购买美国货”等为核心的“美国优先”政策和行动。“慢球化”下跨国投资萎缩或停滞，加之以资本回流与本土化为根本战略重心的投资、贸易政策竞相出台，客观上导致发达国家逐步降低对投资争端解决机制

---

① 根据世界银行数据库的测算整理所得，具体可参见 <https://data.worldbank.org/indicator/BM.KLT.DINV.WD.GD.ZS>。

② “Slowbalisation, A New Pattern of World Commerce is Becoming Clearer-As Are Its Costs,” p. 11.

③ 麦肯锡全球研究院：《变革中的全球化：贸易及价值链的未来图景》，2019 年 4 月，第 5—6 页，<https://www.mckinsey.com.cn/wp-content/uploads/2019/04/%E5%8F%98%E9%9D%A9%E4%B8%AD%E7%9A%84%E5%85%A8%E7%90%83%E5%8C%96%EF%BC%9A%E8%B4%B8%E6%98%93%E5%8F%8A%E4%BB%B7%E5%80%BC%E9%93%BE%E7%9A%84%E6%9C%AA%E6%9D%A5%E5%9B%BE%E6%99%AF-%E4%B8%AD%E6%96%87%E6%91%98%E8%A6%81.pdf>。

的依赖。正如一些学者所言，“在 USMCA 谈判中，投资争端解决机制并非美国关注的重点。事实是，美国在 USMCA 重谈之初就希望取消 NAFTA 第 11 章中的投资争端解决机制，使其仅在各国政府认为需要适用时方可适用，从而剥夺在加拿大或墨西哥投资的美国投资者的追索权，促使其将资金留在美国国内。”<sup>①</sup>

（二）投资争端解决机制变化的直接原因：对东道国规制权力的削弱

作为国际投资争端去政治化的产物，投资争端解决机制与生俱来就带有保护国际私人投资的倾向。随着投资争端解决案件数量在 20 世纪 90 年代后的井喷式增长，投资争端解决机制对东道国规制权力的侵蚀问题愈发突出，NAFTA 是其中的典型。截至 2021 年 4 月，基于 NAFTA 提起的投资仲裁案件总数多达 72 件，其中大部分争议关乎东道国的规制权力。<sup>②</sup>

众多的投资争端解决实践挑战了东道国的规制权力，使 NAFTA 三方特别是加拿大与美国在投资争端解决机制的存留问题上增添了不确定因素。例如，加拿大认为 NAFTA 下的投资争端解决实践对其国内规制权力造成重大挑战，并远超其于 1994 年签订 NAFTA 时的预期。诚然，自 20 世纪 90 年代遭遇第一起投资争端以来，加拿大已经在 27 个案件中被提起仲裁申请，<sup>③</sup>而且争议大多与其所施行的环境保护、劳工措施、公共健康措施等公共政策相关。经历 NAFTA 投资争端解决机制近 25 年的实践，加拿大确信该机制倾向于保护投资者利益，已经对加拿大的国内政策规制造成了重大影响，违背了该机制防范墨西哥国有化美加两国在墨投资的初衷。加拿大谈判代表在 USMCA 谈判中一直强调，“如果认为美国与墨西哥在 NAFTA 重谈中最大的分歧与利益博弈在于关税与非关税壁垒，那么在美国与加拿大之间最大的困难就是双方在争端解决机制特别是投资争端解决机制问题上的重大分

---

① Lawrence L. Herman, “Canada-US Investment Dispute: An Update,” Herman and Associates-Trade Law Memo, February 2018, <http://hermancorp.net/2018/02/21/canada-us-investment-disputes-an-update>.

② 根据 Investment Arbitration Reporter 数据库统计所得，数据库参见 [https://www.iareporter.com/arbitration-cases/?fwp\\_treaty=nafta](https://www.iareporter.com/arbitration-cases/?fwp_treaty=nafta)。

③ 池漫郊：《〈美墨加协定〉投资争端解决之“三国四制”：表象、成因与启示》，第 16 页。

歧。”<sup>①</sup> 加拿大时任外交部长克里斯蒂娜·弗里兰（Chrystia Freeland）甚至将退出 USMCA 投资争端解决机制看作是加拿大政府参与 USMCA 谈判的一个重要成果。<sup>②</sup>

与加拿大相比，美国的情况也同样令人担忧。类似的仲裁实践同样令美国对 NAFTA 投资争端解决机制逐渐失去信心。例如，2003 年洛温集团有限公司（Loewen Group, Inc.）及雷蒙德·洛温（Raymond L. Loewen）诉美国案，<sup>③</sup> 就反映了仲裁庭倾向于对缔约国国内法进行审查。该案仲裁庭尝试通过审查美国密西西比州最高法院的最终判决，从而判断影响投资者措施的合法性。此举为 NAFTA 仲裁庭审查包括州法院以及联邦法院在内的美国国内法院打开了方便之门。2017 年，时任美国贸易代表（USTR）莱特希泽（Robert Emmet Lighthizer）在国会作证时就曾对此表示担忧，“尽管目前美国在 NAFTA 下未输过一个案件，但其投资仲裁已经使美国逐渐意识到，该机制迟早会破坏美国的国内宪政体制。”<sup>④</sup> 从根本上减少东道国因投资争端解决而引发的“规制寒战”<sup>⑤</sup>（chilling regulation），进一步提升东道国对国内规制的话语权，已经逐渐成为东道国对投资争端解决机制的重大诉求。

### （三）投资争端解决机制变化的间接原因：合法性危机

全球经贸治理下机制的合法性日渐成为国际社会关注的焦点，<sup>⑥</sup> 投资领域的相关机制也不例外。自投资争端解决机制创设以来，投资协定实体条款的“建设性模糊”<sup>⑦</sup> 与投资争端解决机制合法性的缺失，对投资争端解决机

---

① John Baker, Jr. and Lindsey Keiser, “NAFTA/USMCA Dispute Settlement Mechanisms and the Constitution,” *University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 50, No. 1, 2019, p. 2.

② 张生：《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》，第 57 页。

③ The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3.

④ Committee on Ways and Means, U.S. House of Representatives, *Hearing on U.S. Trade Policy Agenda*, June 22, 2017, <https://gop-waysandmeans.house.gov/wp-content/uploads/2017/09/20170622FC-Transcript.pdf>.

⑤ See Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science,” in Chester Brown and Kate Miles ed., *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 606.

⑥ See Benedict Kingsbury, Nico Krisch and Richard Stewart, “The Emergence of Global Administrative Law,” *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, No. 15, 2005, pp. 48-51.

⑦ See Pierpaolo Battigalli and Giovanni Maggi, “Rigidity, Discretion, and the Costs of Writing Contracts,” *American Economic Review*, Vol. 92, No. 4, 2002, pp. 798-817.

制的公信力与中立性造成极大负面影响。由于合法性缺失，该机制下仲裁庭可以在仲裁实践中通过随意扩大管辖权限、任意解释投资保护实体与程序条款以及侵害缔约国条约权利的方式，在案件管辖权及实体裁决阶段作出有利于投资者的相应裁决。自 NAFTA 缔结以来，投资争端解决案件数量的井喷式增长更是将该问题尖锐化、直接化与政治化。作为近 20 年投资者据以提起投资仲裁最多的诸边投资协定，<sup>①</sup> NAFTA 自然成为 USMCA 谈判中亟须解决的首要问题。这一缺失造成的影响主要表现在三个方面。

第一，在管辖权阶段，NAFTA 仲裁庭通过扩大管辖权限纳入了本不应受理的案件，对东道国的法律造成负面影响。例如，在奥贝泰克控股公司（Apotex Holdings Inc.）及奥贝泰克有限公司（Apotex Inc.）诉美国<sup>②</sup>一案中，仲裁庭通过对 NAFTA 第 11 章第 1101 条中“与投资或投资者相关”及“待遇”措辞的自由解读，混淆贸易与投资的界限，扩大了仲裁庭对该案的管辖权。根据 NAFTA 第 11 章第 1101 条的规定，NAFTA 仲裁庭仅对“一方采取或维持”且与投资者或其投资之间具有“重要法律联系”的措施具有管辖权。<sup>③</sup>具体在本案中，仲裁庭将美国食品药品监督管理局（Food and Drug Administration, FDA）采取的影响奥贝泰克控股公司位于加拿大的两个工厂产品出口的相关措施，宽泛地理解为对该公司在美国的投资、即奥贝泰克美国公司（Apotex-U.S.）的业务产生影响，从而影响该企业在美国的投资。但事实是 FDA 的措施与奥贝泰克控股公司在美国的投资并不必然具有“重要的法律联系”。仲裁庭的这一裁决混淆了贸易与投资的界限，使该协定第 11 章的适用范围比当初签订该协定时更为广泛，扩大了仲裁庭对投资问题的管辖权。正如一些学者所言，根据该案仲裁庭的观点，若 NAFTA 缔约国意在援引该协定第 11 章对其出口产品提供保护，一个简单的方法就是在其他缔约国中设立一个分销该产品的投资项目，但这显然与 NAFTA 第 11 章的宗旨

---

① 张生：《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》，第 52 页。

② Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1. 该案涉及美国食品药品监督管理局（FDA）在 2009 年针对仲裁申请人 Apotex Inc 公司所生产的出口至美国药品的“红色警告”而引发的投资争端。

③ NAFTA, Chapter 11, Article 1101: Scope and Coverage.

南辕北辙。

第二，在实体审理阶段，仲裁庭通过对 NAFTA 所指实体规范的随意解释，持续损害缔约国的条约权利。在奥贝泰克控股公司及奥贝泰克有限公司诉美国<sup>①</sup>案中，仲裁申请人与被申请人在能否通过 NAFTA 的最惠国条款援引其他协定<sup>②</sup>中关于“公正公平待遇”条款的规定以改变 NAFTA 第 11 章 1105 条项下的相关待遇方面产生分歧。<sup>③</sup>美国认为，早在 2001 年，NAFTA 缔约方就已经通过 NAFTA 下的自由贸易委员会（Free Trade Commission, FTC）发布了对 NAFTA “公平公正待遇”条款的解释，该解释澄清了“公平公正待遇”条款反映的是当下国际习惯法中的最低待遇标准，其并不包含要求对投资者给予高于该标准的任何意思，即 NAFTA 的最惠国条款不应被援引以达到通过援引其他协定条款以改变该协定第 11 章 1105 条中的实体规定的目的。加拿大及墨西哥对此均表示赞同。但该案仲裁庭并未接受上述 NAFTA 缔约方关于条约的权威及当然解释。在并未就该问题对双方的立场及其法律重要性展开分析，而且也没有对双方争议问题进一步分析的情况下，仲裁庭最终认为，“就 NAFTA 缔约方就最惠国条款能否扮演上述角色的判断而言，其正确与否需留待日后 NAFTA 仲裁庭判断”<sup>④</sup>。

第三，在监督阶段，由于设立时以国际商事仲裁为基本特征，且受制于此而缺乏相应的监督手段，投资争端解决机制的裁决对东道国规制权力的制约被进一步放大。仲裁员及仲裁庭成立的临时性使得其裁决中立性饱受争议，仲裁裁决的非连贯性也使得东道国无法对其裁决作出合理预判。专门委员会仅对程序问题而不对实体问题作出审查的缺位，加剧了其与上诉机制之间的矛盾与冲突，同时也缺乏足够的上诉机制对 NAFTA 仲裁庭作出的裁决予以有效纠偏。

---

<sup>①</sup> Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1.

<sup>②</sup> 在该案中为《牙买加—美国双边投资协定》（Jamaica-United States of America Bilateral Investment Treaty）。

<sup>③</sup> 《牙买加—美国双边投资协定》关于“公平公正待遇”条款并未明确指出该条款受最低待遇条款内涵约束。

<sup>④</sup> Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1.

### 三、投资争端解决机制变化对国际投资法发展的影响

USMCA 是时任美国总统特朗普执政后基于“美国优先”战略重新谈判的第一个诸边贸易协定。一般而言，基于美国在全球的政治、经济与军事地位，美国所缔结的条约的范式与理念通常会在全球范围内形成“模仿效应”，并由此可能对国际投资法的发展产生较为深远的影响。<sup>①</sup>

#### （一）“卡尔沃主义”进一步回归

20 世纪 60 年代出现的“卡尔沃主义”是发展中国家和最不发达国家回应投资保护自由化的重大举措。其核心在于反对投资者在东道国享受超国民待遇，主张对外国投资者与国内投资者一视同仁。<sup>②</sup> 当外国投资者与东道国政府产生投资争端，外国投资者应与东道国投资者一样，通过将争端提交东道国国内司法机构予以解决。<sup>③</sup> 其目的在于通过强调投资东道国的国内规制权限，限制在投资自由化名义下对投资者的过度保护。

从 20 世纪 80 年代起，随着国际经贸关系的调整，提出“卡尔沃主义”的拉美国家为扩大外商对本国的投资，积极签订包含投资争端解决机制的双边投资协定，“卡尔沃主义”一度“销声匿迹”。但进入 21 世纪，随着投资争端解决仲裁庭的裁决对东道国规制权力影响力度的加大，对投资争端解决机制合法性问题的讨论日渐深化，“卡尔沃主义”又获得了重生与发展的有利条件，并体现出有别于 20 世纪 60 年代仅在发展中国家盛行的局面，出现了从发展中国家向发达国家扩散的趋势。

一方面，发展中国家陆续重拾“卡尔沃主义”，并以不同方式对“卡尔沃主义”的核心予以改进。过去十多年，诸如厄瓜多尔、印度尼西亚、委内瑞拉及南非等国家已在其缔结的双边投资协定中停止适用投资争端解决机

---

<sup>①</sup> 例如美国最早于 1982 年推出第一版《双边投资协定范本》。

<sup>②</sup> Rodrigo Polanco, *The Return of the Home State to Investor-State Dispute: Bring Back Diplomatic Protection?* Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 14.

<sup>③</sup> Shan Wenhua, “Is Calvo Dead?” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 55. No. 1, 2007, pp. 123-163.

制；<sup>①</sup> 南美洲的阿根廷、萨瓦尔多、尼加拉瓜三国甚至威胁直接退出《解决国家与他国国民间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 习惯称为《华盛顿公约》)。印度在新版《印度双边投资协定范本》(Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty)中,对诉诸投资争端解决机制施加前置程序性要求,规定“虽然允许投资争端解决机制在印度缔结的双边投资协定中适用,但是投资者必须先根据印度国内司法进行救济”<sup>②</sup>。2015年,巴西出台《巴西投资合作与促进协定》(Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investment),主张通过调解以及必要情况下的国家间争端解决机制以解决投资者与东道国间的投资纠纷。<sup>③</sup>

另一方面,发达国家也积极加入“卡尔沃主义”阵营。澳大利亚早在参与CPTPP时就已退出投资争端解决机制。欧盟于2018年通过捷克诉阿赫迈亚有限公司(Achmea BV)案,<sup>④</sup>反映了对欧盟成员签订的投资协定中的投资争端解决机制在欧盟内部不适用的态度。而挪威、新西兰也在签订的投资协定中对投资争端解决机制的适用进行了限制。加拿大在USMCA中退出投资争端解决机制,USMCA投资争端解决机制缩小适用范围及收紧前置程序。上述这些都印证了“卡尔沃主义”的回归。

## (二) 进一步加剧变革背景下国际投资法体制内部的碎片化趋势

国际法碎片化带来的冲突已广泛存在于国际法的各个分支中,国际投资法亦是如此。2006年,联合国国际法委员会(ILC)特别报告小组的研究表明,国际法碎片化所引起的冲突主要表现在两个方面,一是当一个国家同时为两个条约的缔约国时,其会因为履行此条约义务而违反彼条约义务;二是

---

<sup>①</sup> Ingacio Vincentelli, “The Uncertain Future of ICSID in Latin America,” *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 16, No.3, pp. 409-456.

<sup>②</sup> Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, 2016, Article 15: Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration.

<sup>③</sup> Brazil Agreement Cooperation and Facilitation Investment 2015, See also Fabio Morosini and Michelle Ratton, Schez Badin, “Reconceptualizing International Investment Law from the Global South,” in Fabio Morosini and Michelle Ratton Schez Badin, eds., *Reconceptualizing Investment Law from the Global South*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. xi-xiv.

<sup>④</sup> Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV, Case C-284/16, Judgment of March 6, 2018.

即使此条约并不存在与彼条约严格不符的条款，但此条约仍然在实际落实中减损彼条约的条约宗旨。<sup>①</sup> 对于当前缺乏统一的国际投资法律体系的现实情况而言，第二种碎片化后果则因诸如 USMCA 对 NAFTA 争端解决机制的改变而值得格外注意。

通过投资争端解决机制的菜单式适用模式以解决不同缔约方对投资争端解决机制的需求，是此次 USMCA 投资争端解决机制的亮点。这在一定程度上表明，美国曾将其奉为圭臬并极力推崇的“代表国际先进生产关系”的投资争端解决模式的理念已不复存在。未来，USMCA 关于投资争端解决机制中菜单式的适用将可能在局部范围内急速扩展。不同国家基于不同贸易伙伴的经济、贸易、政治及其他利益诉求的不同，可能在未来的实践中更多采取灵活的缔约模式以维护自身利益，而不再一味强调对投资者的保护。随着 USMCA 的实施，国际投资法领域投资争端解决机制碎片化的状况将日渐增多，国际投资保护的统一化进程将更加漫长。

#### 四、结论与启示

从 1994 年的 NAFTA 到 2020 年的 USMCA，NAFTA 已经存续了 26 年。在此期间，由于投资争端解决机制的非平衡性以及投资者的无条件保护而逐渐遭到各方批评，取而代之的是对东道国国内规制权力回归的关注。USMCA 的投资争端解决机制通过在适用主体范围上采用灵活的菜单式选择机制，在适用争议上降低缔约国规制风险，以及在适用程序上强化“用尽当地救济”等前置性要求，体现了当前国际社会对东道国国内规制权力的重视，反映了“卡尔沃主义”的回归，凸显了投资者利益与国家利益的再平衡考量。这一趋势表明，一方面，当前需要继续保护外国投资者权益，避免投资者与东道国之间的经济纠纷升级为国家间的政治矛盾；另一方面，也要充分尊重东道国在投资领域的监管权力，同时避免以仲裁庭为代表的第三方进一步

---

<sup>①</sup> Martti Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law,” International Law Commission Fifty-eight Session, April 13, 2006, [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_1682.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf).

“蚕食”东道国的相关权力。

党的十九大报告已经明确指出，要“推动形成全面开放新格局，要以‘一带一路’建设为重点，坚持引进来和走出去并重……创新对外投资方式，促进国际产能合作，形成面向全球的贸易、投融资、生产、服务网络”<sup>①</sup>。中国正处于投资“走出去”与“引进来”并重的重要阶段，这使中国同时兼具资本输出国与引进国的双重身份。一方面，需要中国更好地通过投资争端解决机制积极维护走出去企业海外投资的合法权益；另一方面，需要在通过进一步优化营商环境、对标高标准国际经贸规则以吸引外资的同时，作为东道国避免自身的国内规制权受到所谓投资者保护理念的干扰和误导。习近平主席在 2013 年的二十国集团领导人峰会上就提出要“探讨完善全球投资规则，引导全球发展资本合理流动”。2016 年 9 月的二十国集团领导人杭州峰会又达成了“争端解决程序应公平、开放、透明，有适当的保障机制防止滥用权力”的共识。上述精神与指引，为推进投资争端解决机制改革进程指明了方向。为此，中国应从 NAFTA 到 USMCA 投资争端解决机制发展变化的维度出发，结合自身经济发展水平与对外开放程度，针对不同谈判对手灵活制定不同的投资争端解决机制。

第一，支持及推进投资争端解决机制改革，着力发挥投资争端解决机制的积极作用。投资争端解决机制并非仅为投资者服务，其也考虑到缔约国乃至国际社会对于避免国际冲突的“公共利益”。<sup>②</sup> 中国已于 1990 年签订《解决国家与他国国民间投资争端公约》，并于 1993 年完成该公约的国内批准程序，成为正式缔约国。自 2000 年以来，中国对待双边投资协定的态度已经逐步实现从谨慎向开放的转变。目前中国已经与一百多个国家签订了双边投资协定。在已经生效的双边投资协定中，明确接受 ICSID 管辖的国家占比将近一半。同时，在 2000 年后与相关国家签订的双边投资协定中，中国更倾向于将相关投资争议事项提交 ICSID 管辖。2020 年中国分别完成了《区

---

① 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年版，第 34—35 页。

② Christoph. Schreuer, “Investment Protection and International Relations,” in August. Reinisch and Ursula. Kriebaum, eds., *The Law of International Relations*, Utrecht: Eleven International Publishing, 2007, p. 357.

域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)的签署以及《中欧全面投资协定》(CAI)的谈判,两个协定均为投资争端解决机制的谈判预留了充足的政策空间,进一步表明了中国积极支持投资争端解决机制改革的立场,支持其发挥积极作用。这也与中国于2019年7月向联合国国际贸易法委员会第三工作组提交的《投资者与国家间争端解决制度可能的改革 中国政府提交的意见书》的精神一脉相承。<sup>①</sup>考虑到中国当前正着力推动“一带一路”建设,而“一带一路”沿线国家由于政治、法律、历史、文化等方面存在差异,相关国家对投资争端解决机制各有不同的法律与政治期待,通过适当、高效且符合中国与“一带一路”沿线国家具体国情的投资争端解决机制来处理相关投资争议,对各当事国都将十分有益。

第二,辩证吸收“卡尔沃主义”合理因素,积极探索与投资争端解决机制相关的改革实践。USMCA投资争端解决机制变化的趋势表明,应更多地吸收“卡尔沃主义”的合理因素,强化东道国对投资争端解决机制的适当控制,维护东道国权利,避免纠纷激化与政治化。从本质上来看,“卡尔沃主义”的回归与当前国际经贸治理理论中所形成的“强化缔约国对条约控制理论”密切相关,USMCA投资争端解决机制的相应变化也与联合国国际贸易法委员会推动的投资争端解决机制改革的部分内容相近。限制投资争端解决机制的适用范围、强调缔约方的条约权威性解释、允许非争端缔约方和法庭之友介入仲裁程序以及构建国家间仲裁程序,是其中最为突出的四类典型做法。<sup>②</sup>有关理论与实践也成为投资争端解决机制改革的可能方向。例如,欧盟已经积极主张设立基于国际条约的常设上诉机制,以改革现有的投资争端解决机制。《中加双边投资协定》在投资争端解决机制以外嵌入并行的国家间仲裁机制,以解决被申请人以争议措施是金融审慎措施为由而对申请人诉请所提出的抗辩问题。《中国—澳大利亚自由贸易协定》将投资争端解决机

---

<sup>①</sup> 《投资者与国家间争端解决制度可能的改革 中国政府提交的意见书》,联合国国际贸易法委员会网站,2019年10月, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf>。该文件指出,“投资者—国家争端解决机制的改革,既要维护东道国的合法监管权,又要保护投资者权益,增强争端当事方对投资者与国家间争端解决机制的信心”。

<sup>②</sup> Rodrigo Polanco, *The Return of the Home State to Investor-State Dispute: Bring Back Diplomatic Protection?* pp. 89-212.

制适用范围缩小至除国家安全、金融审慎等领域之外。而 2010 年公布的《中国双边投资保护协定范本》（草案）已经尽可能细化设置“用尽当地救济”这一前置条件。

第三，积极探索解决投资东道国投资争端的多元渠道。以“一带一路”建设为契机，在通过投资争端解决机制解决投资者与东道国投资争议的同时，应进一步探索诸如前置协商、投诉与帮助以及调解等替代性渠道解决投资争议。一方面，可在所签订的投资协定或自由贸易协定投资章中纳入仲裁前磋商程序，明确磋商主体为投资者和东道国的中央政府，并将磋商规定为双方的强制性义务。另一方面，可在所签订的投资协定或自由贸易协定投资章中采用替代性争端解决措施，这将更有利于维护投资者与东道国政府的长期合作关系，有助于东道国通过适当的措施保护外国投资，从而起到解决纠纷、避免矛盾激化的作用。2019 年 8 月，包括中国在内的 46 个国家与地区已经率先签署了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation，习惯称为《新加坡调解公约》）。2020 年 11 月签署的 RCEP 中又通过第 17 条“投资便利化”条款，规定相应的投诉与帮助制度，为促进缔约方之间的投资以及为缔约方之间按照具有“亚洲特色”的协商机制解决潜在的投资争端提供了“亚洲特色”的方案。

[责任编辑：樊文光]