

## 《美墨加协定》投资者—国家争端解决机制 及其启示与应对

殷 敏

**内容提要:**基于加拿大对《美墨加协定》中投资者—国家争端解决机制的保留,该机制仅适用于美国与墨西哥之间。《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制体现了“美国优先”、卡尔沃主义复苏、有限制地用尽当地救济及对非市场经济国家及其投资者的负面影响等价值取向和发展趋势。在当前的《中日韩自贸协定》谈判中,中国应尊重投资者对于争端解决方式和仲裁机构的选择,设置磋商这一前置程序,并注意与《中日韩投资协定》的衔接。在未来与美国、墨西哥、加拿大的自贸协定谈判中,关于投资者—国家争端解决机制,中国可以不设置当地救济条款或者设置不同的当地救济条款;在启动投资者—国家争端解决机制之前,可以为投资者和东道国设置为期6个月的磋商程序;在内容上,对于某些特殊领域的争端,可以在相应章节以附件形式予以规定。此外,还需处理好自贸协定与《解决国家与他国国民间投资争端公约》下投资者—国家争端解决机制的关系。

**关键词:**《美墨加协定》 《中日韩投资协定》 《中日韩自贸协定》 投资者—国家争端解决机制

殷敏,上海对外经贸大学法学院副教授。

### 一 问题的提出

2018年11月30日,随着加拿大在议定时间内最后一刻妥协,美国、墨西哥、加拿大三国正式签署《美国—墨西哥—加拿大协定》(United States-Mexico-Canada Agreement,以下简称《美墨加协定》),<sup>[1]</sup>作为此前《北美自由贸易协定》(North American Free Trade

[1] 《美墨加协定》文本见美国贸易代表办公室网站, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>,最近访问时间[2019-08-01]。

Agreement,以下简称《北美自贸协定》)的升级版。《美墨加协定》借鉴了《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement)和《全面进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership Agreement)的有关内容,并在《北美自贸协定》原有框架内,结合国际贸易投资最新发展趋势有所完善和革新。墨西哥已于2019年6月率先批准《美墨加协定》,目前该协定尚待美国和加拿大履行各自国内批准程序。除延续讨论国际贸易投资领域的劳工、环境、知识产权等传统议题外,该协定还聚焦数字贸易、反腐败、宏观经济政策与汇率事项等新兴议题。

《美墨加协定》保留了《北美自贸协定》的大部分内容,但在四个方面有所变化:(1)引入了与汽车行业相关的汽车零部件需要大部分源自北美这一原产地要求和提升汽车工人工资待遇的要求;(2)加拿大对美国在农业领域让步;(3)在投资者—国家争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement)方面,加拿大对该机制的适用作出了保留;(4)引入了日落条款,即美国、墨西哥、加拿大必须每16年对《美墨加协定》进行一次续签。<sup>[2]</sup>

在很大程度上,《美墨加协定》体现了自《北美自贸协定》以来自由贸易协定(以下简称“自贸协定”)的发展成果,代表着当下自贸协定的最新动向。特别是,该协定中对投资者—国家争端解决机制的相关保留和限制,对于中国如何在同为三方参与的《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府自由贸易协定》(以下简称《中日韩自贸协定》)谈判中构建更加合理完备的投资者—国家争端解决机制,具有重要的启示意义。与此同时,深入研究《美墨加协定》投资者—国家争端解决机制,对于中国在未来与美国、加拿大、墨西哥等国谈判自贸协定时构建更加合理可行的投资者—国家争端解决机制,也具有重要的借鉴意义。

## 二 《美墨加协定》对投资者—国家争端解决机制的变革与发展

### (一)加拿大与美国、墨西哥之间的投资者—国家争端解决机制

#### 1. 加拿大对《美墨加协定》中投资者—国家争端解决机制的保留

在《北美自贸协定》再谈判亦即《美墨加协定》谈判中,《北美自贸协定》第11章中的投资者—国家争端解决机制是加拿大重点关注的条款。与美国一度想要完全取消该机制不同,加拿大希望保留该机制,但提议根据《加拿大—欧盟全面经济贸易协定》(Comprehensive Economic and Trade Agreement),增设上诉程序和常设投资法庭,认为其是更“进步的”投资者—国家争端解决机制,能够回应公众关于仲裁裁决合法性和可预测性的质疑。<sup>[3]</sup>

《北美自贸协定》投资者—国家争端解决机制的设计初衷是让美国投资者得以对墨

[2] 参见[美]杰弗里·弗兰克尔(Jeffrey Frankel):《美墨加协定的四点变化》,《中国经济报告》2018年第11期,第108-109页。

[3] 参见廖凡:《从〈美墨加协定〉看美式单边主义及其应对》,《拉丁美洲研究》2019年第1期,第47页。

西哥享有和行使追索权,但实际上美国投资者更热衷于向加拿大索赔。2018 年 1 月,加拿大政策选择中心公布的数据显示:“自《北美自贸协定》的投资者—国家争端解决机制实施以来,加拿大与墨西哥、美国相比,更易遭到投资者索赔。2010 年以来,加拿大被起诉的次数是墨西哥和美国的 2 倍,而这一趋势仍在恶化。加拿大在这一机制下已经损失了 3.14 亿美元。”<sup>[4]</sup>有鉴于此,加拿大在《北美自贸协定》的再谈判中积极推进投资者—国家争端解决机制改革,意图避免成为投资者攻击的主要目标,加强对本国公共利益的保护。加拿大的主要关切是,在既有投资者—国家争端解决机制下,外国投资者不仅可以挑战东道国主权,若胜诉更是可以改变东道国通过国内民主决策机制形成的法律法规,而东道国本国企业却无权提起这样的投资仲裁。换言之,加拿大反对外国投资者享有比本国投资者更高的待遇。由于《美墨加协定》下的投资者—国家争端解决机制仍然不如加拿大所愿,因此加拿大对该机制的适用作出保留,从而使其仅适用于美国和墨西哥之间。<sup>[5]</sup>

## 2. 沿用《北美自贸协定》中投资者—国家争端解决机制处理争端的两种情形

由于加拿大提出的保留,《美墨加协定》生效后,在美国、墨西哥的加拿大投资者和在加拿大的美国、墨西哥投资者都将无法依据《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制对相关缔约国提请仲裁。但以下两种情况可以继续适用《北美自贸协定》中的投资者—国家争端解决机制。

第一,根据第 14 章(“投资”)附件 14 - C 第 3 条,加拿大投资者关于“遗留投资”(legacy investment)<sup>[6]</sup>的索赔在《北美自贸协定》终止后 3 年内继续有效。换言之,《北美自贸协定》终止前在美国或墨西哥投资的加拿大投资者,将有权在该协定终止后 3 年内寻求《北美自贸协定》中投资者—国家争端解决机制的保护。

第二,根据附件 14 - C 第 5 条,允许在《北美自贸协定》仍然有效的期间内,按已经启动的仲裁程序继续进行。具言之,《美墨加协定》正式生效前,美国、墨西哥和加拿大之间若未订立关于《美墨加协定》争端解决程序的补充协定,则仍可在满足上述两种例外条件之一时继续沿用《北美自贸协定》中投资者—国家争端解决机制处理相关争端;《美墨加协定》生效后,美国、墨西哥和加拿大之间若仍未订立关于《美墨加协定》争端解决程序的补充协定,则美国、墨西哥和加拿大之间不能再适用《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制。

## 3. 《美墨加协定》生效后加拿大与美国、墨西哥之间投资者—国家争端解决机制的适用

除《美墨加协定》中的投资者—国家争端解决机制外,美国、加拿大、墨西哥三国均为《解决国家与他国国民投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,以下简称《解决投资争端公约》)缔约国。

[4] Dan Healing, NAFTA's Chapter 11 Dispute Mechanism Too Costly for Canada at \$314M, Says Report, January 16, 2018, <https://www.nationalobserver.com/2018/01/16/news/naftas-chapter-11-dispute-mechanism-too-costly-canada-314m-says-report>,最近访问时间[2019-08-01]。

[5] 参见崔凡:《评美墨加协定》,微信公众号“国际贸易救济法律评论”,[https://mp.weixin.qq.com/s/K0MxEe3lh\\_CJgA9ImhWJQJ](https://mp.weixin.qq.com/s/K0MxEe3lh_CJgA9ImhWJQJ),最近访问时间[2019-08-01]。

[6] 根据附件 14 - C 第 6(a) 条,所谓“遗留投资”是指“一缔约方投资者自《北美自贸协定》生效之日(1994 年 1 月 1 日)起至该协定终止之日止,在另一缔约方领土内的投资。”

《解决投资争端公约》第25条明确规定,缔约国和另一缔约国国民可以经双方书面同意后,将双方因投资产生的争端提交国际解决投资争端中心(International Center for the Settlement of Investment Disputes)处理。<sup>[7]</sup> 据此,在《美墨加协定》生效后,加拿大投资者经美国或墨西哥书面同意,仍然可以将双方因投资产生的争端提交国际解决投资争端中心进行处理和裁断。

此外,2018年12月30日,日本、加拿大、澳大利亚、智利、新西兰、新加坡、文莱、马来西亚、越南、墨西哥和秘鲁等11国签署的《全面进步跨太平洋伙伴关系协定》正式生效,其中的投资者—国家争端解决机制亦可适用于加拿大与墨西哥之间。

## (二) 美国和墨西哥之间的投资者—国家争端解决机制

根据《美墨加协定》,当美国或墨西哥中任何一方的投资者与另一方发生争端时,争端当事方需适用《美墨加协定》第14章附件中规定的投资者—国家争端解决机制;该机制将作为私主体的投资者与作为主权者的缔约方置于平等地位,允许投资者(包括个人和企业)直接对缔约方提起仲裁。作为一种单向机制,投资者—国家争端解决机制只能由投资者启动,亦即只能由投资者将缔约方提请仲裁。由此,投资者—国家争端解决机制构成对东道国主权权益的一大限制,也是投资者母国借以保护本国海外投资者利益的一大“利器”。<sup>[8]</sup>

《美墨加协定》在附件14-D中详细规定了美国与墨西哥之间的投资者—国家争端解决机制,主要涉及磋商程序、调解程序、仲裁程序启动、仲裁员选任、仲裁报告、仲裁透明度等方面。与上述加拿大与美国、墨西哥之间的投资者—国家争端解决机制一样,墨西哥和美国投资者可在《北美自贸协定》终止3年内提起与遗留投资有关的仲裁,此外在《北美自贸协定》仍然有效的期间内已经启动的仲裁程序也仍可继续。根据《美墨加协定》附件14-C、14-D和14-E的规定,在墨西哥的美国投资者和在墨西哥的墨西哥投资者可以就其合格投资在《美墨加协定》生效后对投资所在国提请仲裁。

在保留投资者—国家争端解决机制的同时,美国和墨西哥就其具体适用作出了如下限制:

### 1. 美国和墨西哥投资者—国家争端解决机制启动方的适用范围

《美墨加协定》在附件14-D、附件14-E中将投资者—国家争端解决机制启动方分为附件一方(即美国或墨西哥)投资者和“涵盖政府合同”<sup>[9]</sup>的投资者两类。

#### (1) 投资者—国家争端解决机制启动方为附件一方投资者

《美墨加协定》将适用该投资者—国家争端解决机制的合格投资争端(qualifying investment dispute)的范围以列举式的方式加以规定,仅限于东道国的相关措施违反《美墨

[7] 《解决投资争端公约》文本见国际解决投资争端中心网站, <http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSID/Static-Files/basicdoc/partA-chap02.htm>, 最近访问时间[2019-08-01]。

[8] 参见廖凡:《投资者—国家争端解决机制的新发展》,《江西社会科学》2017年第10期,第200页。

[9] 《美墨加协定》附件14-E第6(a)条。所谓“涵盖政府合同”是指附件一方的国家当局与附件另一方的涵盖投资者或涵盖投资之间签订的书面协定,授予该涵盖投资或投资者在某个涵盖产业领域内的权利;该涵盖投资或涵盖投资者凭此设立或收购某项涵盖投资。

加协定》第 14.4 条(国民待遇)、第 14.5 条(最惠国待遇)及第 14.8 条(征收和补偿)的情形。但根据《美墨加协定》附件 14 - D 第 14. D. 3 条,该方式不适用于新设投资、并购以及间接征收所引起的投资争端,亦即允许提交仲裁的投资争端仅限于违反准入后国民待遇和最惠国待遇以及直接征收所导致的争端。

(2) 投资者—国家争端解决机制启动方为涵盖政府合同的投资者

适用该投资者—国家争端解决机制的合格投资争端的范围更广,《美墨加协定》以“列举 + 概括”的方式予以规定。具言之,涵盖政府合同的投资者除可因东道国措施违反《美墨加协定》所规定的国民待遇、最惠国待遇、征收和补偿等提请仲裁之外,根据附件 14 - E 第 2(a)(i) 条之规定,还可因东道国“违反本章规定的任何义务”而启动投资者—国家争端解决机制。换言之,涵盖政府合同的投资者还可以东道国措施违反《美墨加协定》第 14.6 条(最低待遇标准)等为由提请仲裁。

不过,涵盖政府合同的投资者适用该更广泛的争议事项范围的权利受到两方面限制:第一,被申请仲裁的附件一方需要是另一国际贸易或投资协定的缔约方,而该协定允许投资者启动争端解决程序以解决与政府之间的投资争端;第二,涵盖政府合同应符合《美墨加协定》附件 14 - E 第 6(a) 条之定义,且仅限于附件 14 - E 第 6(b) 条所规定之产业领域,如石油、天然气的勘探、开采、精炼、运输、分销或销售,供电服务,电信服务等。

2. 美国与墨西哥投资者—国家争端解决机制的启动程序

在程序性权利方面,附件一方投资者和涵盖政府合同投资者也有不同的提请仲裁的途径。

(1) 投资者—国家争端解决机制启动方为附件一方投资者

根据《美墨加协定》附件 14 - D 第 14. D. 5 条,投资者—国家争端解决机制启动方为附件一方投资者的,必须先在本国主管法院或者行政法院以被申请人作为被告提起投资索赔诉讼;只有在申请人或企业已从被申请人的终审法院获得最终判决或者自申请人或企业起诉之日起已过 30 个月的情况下,申请人方可启动《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制。此外,第 14. D. 5 条还规定了附件一方投资者索赔的 4 年时效,即从知道或者应当知道东道国采取了违反《美墨加协定》第 14.4 条(国民待遇)、第 14.5 条(最惠国待遇)或第 14.8 条(征收和补偿)的措施,对其造成损失或损害之日起 4 年内。换言之,投资者应当在知道或者应当知道其损失或损害之日起 4 年内,迅速向东道国法院提起诉讼,以便在获得最终判决后或者起诉之日起 30 个月后启动《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制。

(2) 投资者—国家争端解决机制启动方为涵盖政府合同的投资者

根据《美墨加协定》第 14 - E 第 4 条,涵盖政府合同的投资者无需经过上述仲裁前置程序,可以在争端发生 6 个月(冷静期)后直接启动《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制。同时,该条还规定了涵盖政府合同投资者索赔的 3 年时效,即从知道或应当知道东道国采取了违反《美墨加协定》第 14 章规定的任何义务的措施、对其造成损失或损害之日起 3 年内。换言之,涵盖政府合同的投资者必须在知道或者应当知道其损失或损害之日起 3 年内,在争端发生 6 个月(冷静期)后启动《美墨加协定》的投资者—国家争端解

决机制。

与其他自贸协定相比,《美墨加协定》允许加拿大对投资者—国家争端解决机制提出保留,创造性地设立了仅适用于美国与墨西哥的投资者—国家争端解决机制。在《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制中,启动方分为附件一方的投资者和涵盖政府合同的投资者,并设置了不同的适用条件和程序。相较而言,涵盖政府合同的投资者启动《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制诉因更广,程序也更加简单。除此之外,《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制还为附件一方的投资者设置了仲裁前置程序,亦即有条件地要求用尽当地救济。而在《北美自贸协定》中,根据第 1121 条的规定,投资者既可以选择东道国主管法院或者行政法院的救济,也可以直接启动《北美自贸协定》的投资者—国家争端解决机制,<sup>[10]</sup>两者之间为并行而非先后关系。

### 三 《美墨加协定》投资者—国家争端解决机制体现的价值取向和发展趋势

#### (一)“美国优先”理念

“美国优先”这一理念最早来源于美国 20 世纪 30 年代的民族主义和保护主义思潮。<sup>[11]</sup>美国总统特朗普在 2017 年 1 月 20 日的就职演说中又正式提出该理念,使得“美国优先”再次回归大众视野。特朗普在演说中指出,“美国优先”(America First)这一愿景将会统治美国,即美国政府在贸易、税收、移民和外交事务上所做的每一个决定,都将有利于美国工人和美国家庭;但此种“美国优先”理念并不是美国霸权和孤立主义的体现,美国将继续与世界各国和睦修好,而和睦修好的前提则是所有国家均有权以自己本国利益为先这一共识;在贸易、投资领域,“美国优先”体现为两条原则——买美国货、雇美国人,亦即由美国人来生产产品、进行投资、创造新的就业机会。<sup>[12]</sup>特朗普上任后,在“美国优先”这一基本理念指导下,进行了一系列改革,例如在多边贸易领域退出《跨太平洋伙伴关系协定》,同时积极推进《美墨加协定》谈判,争取调整乃至剔除一切在他看来不利于美国的协定条款。

2017 年 3 月 18 日,特朗普正式开启《北美自贸协定》再谈判的历程。2017 年 7 月 17 日,美国贸易代表办公室、美国总统行政办公室联合发布的《〈北美自贸协定〉再谈判目标综述》指出,《北美自贸协定》实施 3 年以来,通过贸易,美国、加拿大、墨西哥的联系更加紧密,一些美国人通过协定获得新的市场准入机会,协定也给美国农民和农场主提供了更多的市场准入机会;但是,协定同时也给美国工人带来了许多问题,例如随着贸易逆差的扩大,成

[10] 《北美自贸协定》文本见美国贸易代表办公室网站, <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25>,最近访问时间[2019-08-01]。

[11] 参见沈雅梅:《特朗普“美国优先”的诉求与制约》,《国际问题研究》2018 年第 2 期,第 97 页。

[12] 参见特朗普就职演说,全文载美国政府信息公开办公室网站, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-201700058/pdf/DCPD-201700058.pdf>,最近访问时间[2019-08-01]。

千上万的工厂关闭,数百万美国工人随之陷入困境,此前学习的技能失去用武之地。<sup>[13]</sup> 据此,特朗普政府谈判的目标及相应举措为:寻求涵盖最广泛的商品和服务的最高标准来确保真正公平的贸易,使美国和美国的贸易伙伴和人民都能从中获益;新《北美自贸协定》必须打破美国出口的障碍,包括取消不公平补贴、限制国有企业扭曲市场以及对知识产权的宽泛限制;以 21 世纪的市场标准对《北美自贸协定》进行现代化改革,解决美国在北美持续存在的贸易不平衡问题,使美国获得更加开放、公平、安全和互惠的市场准入,使新《北美自贸协定》在美国两个最大的出口市场得到有效实施与执行。<sup>[14]</sup>

具体到投资者—国家争端解决机制方面,与加拿大的热烈关切相比,《北美自贸协定》第 11 章中的投资者—国家争端解决机制并不是美国的关注重点。实际上,美国起初希望取消《北美自贸协定》第 11 章中的投资者—国家争端解决机制,使之仅在各国政府决定适用时才适用,从而剥夺在墨西哥或加拿大投资的美国人的追索权,促使其将投资资金留在美国。美国的这一立场遵循了特朗普的“美国优先”理念,并意在捍卫美国国家主权。<sup>[15]</sup> 在《〈北美自贸协定〉再谈判目标综述》中,美国转而建议在缔约方之间建立一个有效、及时的争端解决机制,专家组所作出的裁决必须基于协定规定以及各方以合理的方式提供的文件。此外,美国还提出建立包括调解等在内的多元化纠纷解决机制,明确列举增加透明度的措施,并建议在协定中规定鼓励缔约方承担义务的措施。但该文件并没有针对投资者—国家争端解决机制改革的具体规定,仅在投资章节部分提出外国投资者不得享有比美国国内投资者更高的权利。<sup>[16]</sup>

## (二) 卡尔沃主义的复苏

“卡尔沃主义”(Calvo Doctrine)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,并借此使其国民获得高于他国国民的待遇。单文华曾在《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》一文中指出,虽然卡尔沃主义不会恢复到初始状态,但在可预见的未来,卡尔沃主义复苏的潮流将会继续,以一种修正后的模式复苏,最终达到投资者与东道国之间的利益与权利的平衡;他认为,卡尔沃主义在争端解决机制方面主要体现为排他的国内管辖,以及内外国民享有相同待遇。<sup>[17]</sup> 韩秀丽在《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》一文中重新厘清了卡尔沃主义的含义。她认为,卡尔沃主义只是国

[13] Office of the United States Trade Representative, Executive office of the President, Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>, p. 2, 最近访问时间[2019-08-01]。

[14] Office of the United States Trade Representative, Executive office of the President, Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation, p. 3.

[15] Lawrence L. Herman, Canada-US Investment Disputes: An Update, February 21, 2018, <http://hermancorp.net/wp-content/uploads/2018/02/NAFTA-Investment-Disputes-Update-Feb-2018.docx-2.pdf>, 最近访问时间[2019-08-01]。

[16] Office of the United States Trade Representative, Executive office of the President, Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation, pp. 9, 17.

[17] 参见单文华:《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》,《西安交通大学学报(社会科学版)》2008年第4期,第11页。

民待遇原则的附带原则,其核心是非干涉和拒绝外交保护;卡尔沃主义主张用尽当地救济,以此避免投资者母国滥用外交保护,排除强国利用外交保护任意干涉;卡尔沃主义拒绝将投资争端交由母国司法机构或国际争端解决机构审理,也拒绝受母国法或国际法的支配。<sup>[18]</sup>

卡尔沃主义在现今的国际贸易投资争端解决领域被一些国家所青睐,这些国家不仅包括欠发达的拉美国家,还包括美国、加拿大等发达国家。这被视为卡尔沃主义的复苏。近年来,加拿大在平衡私人投资者和东道国利益方面,从最初的对私人投资者提供更高水平的保护转向更加注重维护本国权益,防止私人投资者以不法诉求对加拿大的法律、政策产生误导性影响,反对私人投资者享有高于本国投资者的待遇。如上所述,加拿大在订立《美墨加协定》时对其中的投资者—国家争端解决机制作出保留,使得该机制仅适用于美国与墨西哥之间。这与其近年来签订自贸协定时的做法相符,即严格控制私人投资者诉诸直接针对东道国政府的投资者—国家争端解决机制。

### (三) 用尽当地救济的限制

为了维护本国利益,许多国家在订立投资贸易协定时,会在某些条款中体现卡尔沃主义的价值取向,典型表现就是在投资者—国家争端解决机制条款中要求投资者用尽东道国当地救济。例如,印度 2015 年双边投资条约范本就强化了东道国对于外国投资的规制权,尤其是在投资者—国家争端解决机制中设置了多项程序以限制投资者的诉权,包括纳入用尽当地救济规则。<sup>[19]</sup>具体来说,国际习惯法中“用尽”一词的本意,主要包括如下几层含义:第一,投资者在纠纷发生后,应当用尽东道国所有可适用的实质性救济手段;第二,投资者在适用东道国救济手段时,在程序上应当符合东道国所有关于救济程序的规定;第三,在适用投资者—国家争端解决机制时,投资者仅能就其在东道国国内提出的论点进行申诉。<sup>[20]</sup>

具体到《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制,该机制对墨西哥、美国一方的投资者有用尽当地救济的要求,为其设置了仲裁前置程序。例如,协定附件 14 - D 第 14. D. 5 条要求附件一方的投资者必须在东道国主管法院或者行政法院以被申请人诉被告提起投资索赔诉讼,只有在申请人或企业已从被申请人的终审法院获得最终判决或者自申请人或企业起诉之日起已过 30 个月的情况下,申请人方可启动《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制。同时,该索赔还受 4 年诉讼时效的限制,即投资者知道或者应当知道其损失或损害之日起 4 年。

但从上述《美墨加协定》中投资者—国家争端解决机制要求用尽当地救济的条款来看,该机制并不满足国际法传统意义上用尽当地救济的要求。首先,该机制将争端投资者分为美国、墨西哥一方的投资者和涵盖政府合同一方的投资者,仅对前者有用尽当地救济

[18] 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 122 页。

[19] 参见倪小璐:《投资者—东道国争端解决机制中用尽当地救济规则的“衰亡”与“复活”——兼评印度 2015 年 BIT 范本》,《国际经贸探索》2018 年第 1 期,第 86 页。

[20] 参见殷敏:《用尽当地救济原则在区域贸易协定中的适用》,《上海对外经贸大学学报》2016 年第 1 期,第 51 页。



的要求。其次,该机制仅要求投资者用尽东道国的司法程序,对其他救济程序则不作用尽要求,且只要申请人或企业已从被申请人的终审法院获得最终判决或者自申请人或企业起诉之日起已过 30 个月,投资者即可启动《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制。最后,该机制仅要求美国、墨西哥一方的投资者以“投资索赔”为诉因用尽东道国的司法程序,但根据《美墨加协定》附件 14 - D 第 14. D. 3 条之规定,投资者适用该机制时所主张的理由可能更广。因此,美国、墨西哥的上述安排实际上是对用尽当地救济作出了一定限制,突破了传统国际习惯法上用尽当地救济的内涵。

#### (四)对“非市场经济国家”的歧视性规定

##### 1. 限制缔约方与“非市场经济国家”签订自贸协定

《美墨加协定》在第 32. 10 条中明确限制美墨加三方与所谓“非市场经济国家”订立自贸协定的自由。该条规定,若缔约方与非市场经济国家谈判自贸协定,不仅应在启动谈判前提前 3 个月通知其他缔约方,还应尽早将缔约目标告知其他缔约方;需要在签署前至少 30 天将拟签署文本提交给其他缔约方审查,以评估该文本对《美墨加协定》的影响;其他缔约方经提前 6 个月通知,可以终止《美墨加协定》,并对其进行必要修改,作为它们之间的双边协定。此即所谓“毒丸条款”。

“毒丸条款”有违自由贸易精神和国际法原则。首先,“毒丸条款”给予美国、墨西哥、加拿大三国依据国内法并通过国内程序认定一国为非市场经济国家的权利,其判断依据具有较强的任意性。实践中,美国就常以国内法律代替多边经贸协定,惩罚从事“不公平”贸易的国家。<sup>[21]</sup> 2017 年 10 月,美国商务部在美国商务部对中国铝箔出口做出反倾销调查决定时就曾发布《中国非市场经济报告》,从 6 个方面界定了中国为非市场经济国家。<sup>[22]</sup> 在《美墨加协定》生效后,美国即可依据此报告限制加拿大和墨西哥与中国签订自贸协定。其次,通过《美墨加协定》对墨西哥和加拿大与非市场经济国家订立自贸协定进行限制,是“美国优先”理念、单边主义和贸易保护主义的体现,是对他国自由开展国际投资和贸易、自主决定与第三国订立自贸协定的干涉。最后,“毒丸条款”为缔约方与非缔约方之间设置了贸易壁垒,不符合《关税与贸易总协定》第 24 条关于关税同盟或自由贸易区不得增加贸易壁垒以及《服务贸易总协定》第 19 条关于各成员应逐步实现更高自由化水平的规定。<sup>[23]</sup>

##### 2. 剥夺非市场经济国家投资者适用投资者—国家争端解决机制的权利

“毒丸条款”对非市场经济国家投资者适用投资者—国家争端解决机制的潜在影响主要体现在,附件 14 - D 第 14. D. 1 条对美国与墨西哥之间投资者—国家争端解决机制

[21] 参见孙南翔:《美国经贸单边主义:形式、动因与法律应对》,《环球法律评论》2019 年第 1 期,第 182 页。

[22] Trade Enforcement: U. S. Department of Commerce Defers the Issuance of the Preliminary Antidumping Duty Determination on Aluminum Foil from the People's Republic of China, 美国商务部网站, <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2017/10/us-department-commerce-defers-issuance-preliminary-antidumping-duty>, 最近访问时间[2019-08-01]。

[23] 参见孙南翔:《〈美墨加协定〉对非市场经济国的约束及其合法性研判》,《拉丁美洲研究》2019 年第 1 期,第 68 - 69 页。

当事方进行了界定,明确了如果美墨一方认为争端另一方的投资者被美墨以外的第三方实际拥有或者控制,而该第三方被美墨一方认为是非市场经济国家,那么这一投资者就不能作为申诉方向美墨一方提起投资仲裁。具言之,非市场经济国家企业在墨西哥拥有或控制的企业在美国投资,当与美国政府发生争端时,该企业有可能不能作为投资者、根据《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制对美国提起投资仲裁;同时,非市场经济国家企业在美国拥有或控制的企业在墨西哥投资,当与墨西哥政府发生争端时,该企业亦有可能不能作为投资者、根据《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制对墨西哥提起投资仲裁。

## 四 《美墨加协定》中投资者—国家争端解决机制 对中国签订自贸协定的启示

(一)《美墨加协定》对构建《中日韩自贸协定》下投资者—国家争端解决机制的启示

中国、日本、韩国于2012年5月13日在北京签署《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》(以下简称《中日韩投资协定》),<sup>[24]</sup>为《中日韩自贸协定》奠定了初步基础。2018年12月6日,中日韩三国在北京举行了《中日韩自贸协定》第14轮谈判;中日韩三方共同参加的《区域全面经济伙伴关系协定》也取得了重大进展,这些都为谈判和缔结《中日韩自贸协定》奠定了进一步的基础。中日韩三方将在《区域全面经济伙伴关系协定》基础上签署《中日韩自贸协定》,进一步提高贸易投资自由化水平。<sup>[25]</sup>

### 1. 《中日韩投资协定》中投资者—国家争端解决机制与《美墨加协定》的差异

与《美墨加协定》相比,《中日韩投资协定》所规定的投资者—国家争端解决机制更为简单,不存在一方提出保留的做法,三方均统一适用该投资者—国家争端解决机制。《中日韩投资协定》和《美墨加协定》均认可投资者可将东道国提请仲裁,但后者仅适用于美国与墨西哥两国之间。

《中日韩投资协定》在投资者提请仲裁前需经过4个月的磋商期,且在投资者书面请求缔约方进行磋商后,缔约方可要求投资者完成该缔约方法律法规规定的当地行政复议程序。投资者可以在磋商期间内向缔约方有关部门申请行政复议,复议程序期间为提交复议申请之日起4个月;如行政复议程序未能在4个月内完成,则应被视为已经完成。同时,该行政复议程序的决定不能成为投资者申请仲裁的阻碍理由。<sup>[26]</sup>

[24] 《中日韩投资协定》文本见中国商务部网站, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/h/at/201405/20140500584816.shtml>, 最近访问时间[2019-08-01]。

[25] 参见商务部新闻办公室:《中日韩自贸区第十四轮谈判在北京举行》,中国自由贸易区服务网, [http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/201812/39537\\_1.html](http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/201812/39537_1.html), 最近访问时间[2019-08-01]。

[26] 《中日韩投资协定》第15.3、15.7条。

《中日韩投资协定》的投资者—国家争端解决机制并未设置一套单独的程序来解决投资者与缔约一方之间的投资争端,而是规定在磋商不成之后,应投资者申请,将投资争端提交缔约方的管辖法院或国际仲裁机构,这种选择应当是终局的。在提交国际仲裁机构仲裁之前,《中日韩投资协定》还有两项限制:一是需经 4 个月磋商,二是不得违反 15.7 条规定的关于本国行政复议程序(如适用)的要求。同时,在提交国际仲裁机构仲裁的情形下投资者还需遵守 3 年的时效要求,即自投资者知道或者应当知道其因缔约方违反相应义务而遭受损失或损害之日起 3 年。

在仲裁规则选择方面,《美墨加协定》概括式地规定遵循争端当事方的选择,而《中日韩投资协定》则列举式地提供了多种选择:(1)依据《解决投资争端公约》进行的仲裁;(2)根据国际投资争端解决中心附加便利规则进行的仲裁;(3)根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则进行的仲裁;(4)经缔约方同意,依据其他仲裁规则进行的任何仲裁。

## 2. 《美墨加协定》对构建《中日韩自贸协定》下投资者—国家争端解决机制的启示

目前中国、日本和韩国尚未公布《中日韩自贸协定》的谈判文本,但可以预见的是,《中日韩自贸协定》将会在《中日韩投资协定》的基础上,吸收《全面进步跨太平洋伙伴关系协定》《美墨加协定》《区域全面经济伙伴关系协定》等自贸协定最新进展,结合三国实际,订立一份符合三国贸易、投资实际的自贸协定。其中特别具有借鉴意义的当属《美墨加协定》,不仅因为同属三方缔约国这种形式,还因为《美墨加协定》总结了现今国际贸易、投资领域的诸多做法,属于较为完善和成熟的自贸协定文本。

纵观《北美自贸协定》的发展历史,美国、墨西哥、加拿大并不是一开始就开启了三方谈判进程。1988 年 1 月,美国与加拿大签署《美加自由贸易协定》;1990 年 7 月,美国与墨西哥签署《美墨贸易与投资协定》。在此基础上,三方才于 1991 年 2 月正式开启《北美自贸协定》的谈判进程。1992 年 12 月 17 日,三国正式签署《北美自贸协定》;1993 年 8 月,关于劳工与环境的附加协定开始谈判;1994 年 1 月 1 日,《北美自贸协定》正式生效。在《北美自贸协定》约定的 2008 年 12 月 31 日修约期之后,美国国内呼吁重新谈判《北美自贸协定》的呼声日益高涨。<sup>[27]</sup> 之后在《北美自贸协定》再谈判亦即《美墨加协定》的谈判过程中,美国也是先与墨西哥达成一致意见,然后与加拿大进行多次谈判,加拿大最后一刻予以妥协,才订立了《美墨加协定》。但是,《美墨加协定》的谈判过程和最终文本都体现出强烈的“美国优先”意识形态,对此墨西哥予以配合,而加拿大选择妥协,墨、加两国实际上对于某些条款都并非十分满意。

作为借鉴,在《中日韩自贸协定》的谈判过程中应体现自由、平等的理念,可以两两之间分别谈判,充分听取各方意见,加强对话协商,加快目前进行的谈判进程,争取让每一条款均得到缔约方最大化的理解与支持;然后将三方一致同意的条款列入《中日韩自贸协定》,并允许对个别条款提出保留,对某些事项可以订立补充协定或者另行订立相关协定予以处理。

[27] 参见王学东:《从〈北美自由贸易协定〉到〈美墨加协定〉:缘起、发展、争论与替代》,《拉丁美洲研究》2019 年第 1 期,第 5-7 页。

具体到《中日韩自贸协定》的投资者—国家争端解决机制。首先,三国可以在《中日韩自贸协定》中订立关于投资者—国家争端解决机制的一般条款,若有其他特殊约定可以规定于附件中,或者另行订立补充协定。其次,要尊重投资者对于争端解决方式的选择,除像《美墨加协定》那样默认投资者可以作为申诉方提请仲裁外,还可以如《中日韩投资协定》之规定,允许投资者向缔约方的管辖法院提起诉讼请求救济。再次,《中日韩自贸协定》的投资者—国家争端解决机制可以效法《美墨加协定》,完全尊重争端当事方选择仲裁机构的自由,即争端当事方可以任意选择仲裁机构并适用相应仲裁规则,《中日韩自贸协定》本身对此不作引导性的指示。最后,由于中日韩三国已经签署《中日韩投资协定》,故此需要注意其与未来签订的《中日韩自贸协定》之间的衔接关系。在这方面,可以仿效《美墨加协定》的做法,即若投资争端是在《中日韩投资协定》终止、《中日韩自贸协定》生效后3年内提起,且相关投资属于《中日韩投资协定》规定的合格投资,则可适用《中日韩自贸协定》的投资者—国家争端解决机制。

此外,在《中日韩自贸协定》投资者—国家争端解决机制中应否设置前置程序也是一个值得考虑的问题。在这方面,《美墨加协定》对投资者—国家争端解决机制的仲裁事项作了限制,要求投资者应当符合一定的条件方可提请仲裁,并将一般投资的申请人与政府合同当事方的申请人予以区别对待。《中日韩投资协定》规定了4个月的协商期,且在投资者向缔约方提出协商请求后,缔约方可以要求投资者在提请仲裁之前,完成该缔约方法律法规规定的为期至多4个月的当地行政复议程序。在投资者—国家争端解决机制中设置前置程序,其意义在于防止投资者滥用该机制,给缔约方造成不必要的干扰。这也是卡尔沃主义的一种体现。故此,在《中日韩自贸协定》的投资者—国家争端解决机制中设置一定的前置程序,应当说是必要的。

(二)《美墨加协定》对构建中国与美国、加拿大、墨西哥自贸协定中投资者—国家争端解决机制的启示

#### 1. 中国与加拿大现有的投资者—国家争端解决机制

1973年10月13日,中国与加拿大签署《中华人民共和国政府和加拿大政府贸易协定》。之后历经18年共22轮正式谈判和数轮非正式磋商,2012年9月9日,时任中国商务部部长陈德铭与时任加拿大国际贸易部部长埃德·法斯特(Ed Fast)在俄罗斯符拉迪沃斯托克正式签署《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《中加投资协定》)。《中加投资协定》包括35个条款和6个附加条款,囊括了国际投资协定通常包含的所有重要内容,是中国迄今为止缔结的内容最为广泛的双边投资协定。<sup>[28]</sup>

《中加投资协定》在第三部分规定了投资者—国家争端解决机制。根据其规定,下列两种情况中的任何一种均可适用该投资者—国家争端解决机制:第一,缔约方违反了《中加投资协定》第2条至第7条第2款、第9条、第10条至第13条、第14条第4款或者

[28] 参见商务部新闻办公室:《商务部条约法律司负责人解读中加(拿大)双边投资保护协定》, <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/ae/ai/201209/20120908328835.html>, 最近访问时间[2019-08-01]。

第 16 条所规定的义务,如果该违反与投资者或投资者的涵盖投资<sup>[29]</sup>相关,且第二种情况不适用于争端投资者或投资者的涵盖投资。第二,缔约方违反了《中加投资协定》第 10 条或第 12 条规定的义务,如果该违反与在另一缔约方领土内金融机构中的缔约一方投资者相关,或与该投资者在另一缔约方领土内的金融机构中的涵盖投资相关。此外,还要求缔约方的违反行为与投资者或投资者的涵盖投资所受损失或损害之间存在因果关系。

除规定一般适用情形外,《中加投资协定》还在第 20 条第 2 款中规定了涉及金融审慎例外的特殊投资者—国家争端解决机制适用情形。在投资者—国家争端解决机制启动前,由金融服务主管部门介入先行处理,即行政前置程序;金融服务主管部门作出的决定对仲裁庭及争端当事方均具有约束力。可见,《中加投资协定》对投资者启动投资者—国家争端解决机制有用尽当地救济的要求,不仅有一般情形中的行政复议前置程序(中国)或用尽争端解决方式(加拿大)的要求,还有涉及金融审慎例外特殊情形中行政程序前置的要求。

虽然加拿大与美国、墨西哥签订了《美墨加协定》,其中的“毒丸条款”对于加拿大和中国订立自贸协定会有造成限制,但《美墨加协定》至今仍未生效,《中加自贸协定》投资者—国家争端解决机制仍有不受干涉的自主性。从中国和加拿大目前的态度来看,《中加自贸协定》的投资者—国家争端解决机制延续《中加投资协定》的相关规定并作必要变革,可能性颇高。

### 2. 中国与墨西哥现有的投资者—国家争端解决机制

2008 年 7 月 11 日,中国和墨西哥在北京签署《中华人民共和国政府和墨西哥合众国政府关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《中墨投资协定》),<sup>[30]</sup>并在第三章第一节规定了投资者—国家争端解决机制。

《中墨投资协定》第 11 条明确了该投资者—国家争端解决机制适用的范围为缔约一方与缔约另一方的投资者之间由于声称违反本协定第二章规定之义务且造成损失或损害而产生的争端;在启动该投资者—国家争端解决机制前,争端投资者应至少在提交仲裁前 6 个月向争端缔约方递交书面的拟将诉求提交仲裁的意向通知书。

### 3. 中国与美国现有的投资者—国家争端解决机制

中国、美国现今尚未签订自贸协定,也未签订相关的促进和相互保护投资的协定。但是,中国和美国均为《解决投资争端公约》缔约国,该公约第 25 条明确规定,缔约国和另一缔约国国民可以经双方书面同意后,将双方因投资产生的争端提交国际解决投资争端中心处理。据此,至少在理论上,美国、中国和中国国民、美国国民可以经双方书面同意,将双方因投资产生的争端提交给国际解决投资争端中心处理。

[29] 根据《中加投资协定》第 1 条第 4 项,“涵盖投资”是指该协定生效时缔约另一方投资者在该缔约方境内已存在的投资,或者投资者在此后根据其法律法规获准的投资。该投资包括资本或其他资源的投入、收益或利润的预期或者风险的承担。协定文本见中华人民共和国条约数据库网站,<http://treaty.mfa.gov.cn/tykfiles/20180718/1531877002117.pdf>,最近访问时间[2019-08-01]。

[30] 《中墨投资协定》文本见中国商务部网站,<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/b/g/200809/20080905760296.html>,最近访问时间[2019-08-01]。

#### 4. 对《美墨加协定》投资者—国家争端解决机制潜在影响的应对思路

##### (1) 探索创新国际合作机制

目前,中国与美国、加拿大、墨西哥均未签订自贸协定,《中加自贸协定》的谈判也因《美墨加协定》签署而被搁置。如上文所述,《美墨加协定》明确限制美墨加三国与非市场经济国家订立自贸协定。由此,自《美墨加协定》生效后,中国若想与美国、加拿大、墨西哥签订自贸协定,美国、加拿大、墨西哥都可能需要经过《美墨加协定》第 32.10 条的程序后才能缔结。此外,《美墨加协定》的投资者—国家争端解决机制通过限制非市场经济国家投资者将美国、墨西哥诉请仲裁,体现了“美国优先”的价值取向以及美国经贸单边主义和贸易保护主义的主张。这种通过缔结自贸协定,以国内法认定他国为非市场经济国家,限制非市场经济国家投资者寻求投资者—国家争端解决机制保护的行为,严重违反国际法。从实际应对的角度看,若美国基于“毒丸条款”限制加拿大、墨西哥与中国进行自贸协定谈判,那么在尚未有效解决分歧的前提下,中国还可通过签署合作备忘录、行动计划等方法探索创新国际合作机制。<sup>[31]</sup>

##### (2) 与缔约方理智议定用尽当地救济条款的设置

《中加投资协定》和《美墨加协定》均在启动投资者—国家争端解决机制之前设置了用尽当地救济条款,《中墨投资协定》则为投资者提供了当地救济或直接启动投资者—国家争端解决机制的选择。相较而言,《中墨投资协定》更符合现今国际投资仲裁的发展趋势,体现了投资自由主义的价值取向。中国在与美国、加拿大、墨西哥签订自贸协定时,可以根据双方的经济合作以及争端解决的现实需求,不设置当地救济条款或者设置不同的当地救济条款。

##### (3) 在投资者—国家争端解决机制中设置为期 6 个月的磋商程序及特殊程序

在启动投资者—国家争端解决机制之前,中国在与美国、加拿大、墨西哥的自贸协定中,可以像《中加投资协定》《中墨投资协定》一样,为投资者和缔约方设置为期 6 个月的磋商程序,以实现和平解决争端的目标。对于某些特殊领域的争端,如《中加投资协定》中涉及金融审慎例外措施的争端,以及未来可能出现的跨境电子商务、互联网金融等领域的争端,中国在与美国、加拿大、墨西哥的自贸协定中,可以在相应章节以附件形式予以规定,使得投资者—国家争端解决机制兼具一般程序和特殊程序,能够全方位地解决相关争端。

##### (4) 处理好自贸协定的投资者—国家争端解决机制与《解决投资争端公约》下投资者—国家争端解决机制的关系

中国、美国、加拿大、墨西哥均为《解决投资争端公约》的缔约国。即便中国与加拿大、墨西哥已经在相应的促进和相互保护投资的协定中约定了投资者—国家争端解决机制,中国与美国、加拿大、墨西哥之间也仍然可以适用《解决投资争端公约》的投资者—国家争端解决机制。《解决投资争端公约》第 26 条规定,该公约中的仲裁与其他救济方式

[31] 参见孙南翔:《〈美墨加协定〉对非市场经济国的约束及其合法性研判》,《拉丁美洲研究》2019 年第 1 期,第 75 页。

是排他关系,即除另有约定外,选择《解决投资争端公约》的仲裁则视为同意排除其他救济方式。但是,缔约国可以要求以用尽该国行政或司法救济作为其同意提请解决国家和他国国民间投资争端中心仲裁的条件。

《美墨加协定》和《中加投资协定》均规定,投资者适用《解决投资争端公约》仲裁规则提请仲裁的前提是要用尽当地救济。因此,未来中国与美国、加拿大、墨西哥在谈判和缔结自贸协定时,需要处理好自贸协定的投资者—国家争端解决机制与《解决投资争端公约》的投资者—国家争端解决机制之间的关系。具体来说,根据现实情况和谈判需要,可以在自贸协定的投资者—国家争端解决机制中将用尽当地救济作为投资者适用《解决投资争端公约》仲裁规则提请仲裁的前提,也可以不作此要求。

---

---

[ **Abstract** ] The Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism in the United States-Mexico-Canada Agreement applies only between the United States and Mexico because of Canada's reservation to the ISDS mechanism. The ISDS mechanism in the United States-Mexico-Canada Agreement maps the value orientation of "US priority", the recovery of Calvo Doctrine, the limited exhaustion of local remedies, and the negative impact on non-market economy countries and their investors. In the China-Japan-South Korea Investment Treaty negotiations, China should respect investors' choices of dispute settlement methods and arbitration institutions, at least set up the pre-procedure of consultations, and pay attention to the connection between the Treaty and the China-Japan-South Korea Free Trade Agreement (FTA). In future negotiations on FTA with the United States, Mexico and Canada, China may choose not to set up local relief clauses or to set up different local relief clauses regarding the ISDS mechanism. A six-month consultation process for investors and host countries should be set up before the ISDS mechanism is launched. In terms of content, disputes in certain special areas may be specified in the attachments of corresponding chapters. In addition, the relationship between the FTA and the ISDS mechanism in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States must be addressed.

---

---

(责任编辑:廖 凡)