



哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 211 2017 年 10 月 23 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

执行编辑: Matthew Schroth (mas2443@columbia.edu)

北美自由贸易协定 2.0: 投资章节的前进之路*

Mélida Hodgson**

随着有关北美自由贸易协定 (NAFTA) 的谈判不稳定地朝前推进, 议题很明显并非围绕着投资保护展开——或者更具体地说, 并非围绕着投资者-国家间争端解决机制 (ISDS) 展开。然而, 美国贸易代表办公室 (USTR) 在第四轮磋商谈判中仍未有任何提案¹, 而其在 8 月下旬提出的“选择性加入”模式为 ISDS 造成了一定的恐慌²。可以说, 美国提出这个提案是为了改善其在有关特朗普政府问题上的谈判立场, 即修改汽车原产地规则, 并更有利于农业、供应链、数字商业和糖的供给。

美国商界对这一提案反应迅速, 威胁要在国会前停止对这一协议的支持³。另一方面, 两党中均有人支持删除 NAFTA 中有关投资的章节。

理论上, 特朗普政府不会否认 ISDS 在商界的作用, 通过对投资章节进行现代化修正, 还有弥补差距的余地。以下是有关如何实现这一目标的一些构思。这些构思与美国在现代化谈判开始之前为投资章节所设定的一个总体目标相一致, 即: 对外国投资者来说“没有更大的实质性权利”——这是自布什政府的自由贸易协定谈判以来的指导原则。本质上, 该提案是跨太平洋伙伴关系 (TPP) 的增强版⁴。对 NAFTA 和 TPP 中的投资章节的任何比较都会得出如下结论: 后者比前者从政府的角度进行了更为显著的改善, 至少对投资者而言更加清晰。

因此, USTR 可以用 TPP 的文本来替换 NAFTA 的文本, 并且其中应包括如下改进:

- 现代的征用条款限制了公共卫生安全和环境条例中间接征收的调查结果；
- 不符合投资者期望的最低标准条款/公平待遇条款；
- “在同样情况下”的概念违反了国民待遇和最惠国待遇的有关规定；
- 与补贴相关的 MST 和征收索赔的限制；
- 尽快在早期阶段处理琐碎索赔的程序；
- 与政府法律和自由贸易委员会解释有关的规定；
- 保留金融和审慎监管空间的例外情况，包括某些特定的（例如：债务重组）索赔的限制；以及
- 重要的透明度规定（例如，非争议方和“法庭之友”提交、出版诉状和裁决、公开听证会）⁵。

但民间团体认为，TPP 没有充分保护国家的主权利益。那么 NAFTA 的投资章节怎么样才能成为一个增强版的 TPP 呢？

让我们从想象一个进行宏伟的基础设施建设的行政部门开始。我们想要避免所有与补贴有关的索赔，而不仅仅是最低标准条款和征收索赔。此外，虽然该行政当局普遍反对环境法规，但是这个行政当局可能希望在保健和公共福利政策以及环境方面保持主权。能够实现该目标的一个举措是通过排除 ISDS 的监管要求来加强监管的酌情处理权，或要求任何此类索赔都受到基于税收措施的索赔的相同限制⁶。可以安抚怀疑论者的其他规定包括：

- 禁止通过最惠国待遇条款实施其他协议的实质性和程序性义务⁷；
- 有权对国家提出索赔；
- 要求对赔偿索赔进行划分；
- 采用适用于仲裁员和律师的 ISDS 行为守则（这并不新颖——NAFTA 中已经有其他类型的仲裁程序的行为准则）；
- 完成 NAFTA 所预见的仲裁员名册（第 1124.4 条）；
- 对仲裁员的质疑应当由管理机构决定，而不需要中止诉讼程序；
- 要求披露第三方资金的安排；以及
- 要求对上诉机制进行谈判。

当然，这些进一步的修改也不会满足那些反对任何投资保护措施或 ISDS 的人。但这可以说是对国家利益的一个更为公平的再平衡。因为，虽然 NAFTA 的现代化“不关乎”投资章节，但“选择性加入”的提案显示了投资章节的脆弱性。

（南开大学国经所赵泽堃翻译）

* 《哥伦比亚国际直接投资展望》是一个公开辩论的论坛。作者表达的观点不代表 CCSI 或哥伦比亚大学或我们的合作伙伴及支持者的意见。《哥伦比亚国际直接投资展望》(ISSN 2158-3579) 是同行评议刊物。

** Mérida Hodgson (mhodgson@foleyhoag.com) 是 Foley Hoag 律师事务所在纽约的国际诉讼和仲裁部的合伙人，也是 USTR 的前兼职总法律顾问，2001 年参与解读 NAFTA，并作为律师负责修订了 2004 年美国双边投资条约和美国自由贸易协定投资条例以及 2001—2005 年的各种谈判。作者感谢同行评议员 James Mendenhall, Hugo Perezcano Diaz 和 Todd Weiler 的宝贵意见。作者还

要感谢 Elizabeth Baltzan 的有用意见。

¹ 据传，在 2017 年 9 月中旬的第三轮磋商谈判中，加拿大提交了“欧盟—加拿大综合经济贸易协定（CTAA）”的投资章节，但细节很少。

² 这并不像有些人认为的那样激进：澳大利亚自由贸易协定没有 ISDS（2005 年）。但这是一个新的协议。见 <https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia>。

³ 来自全国制造商协会、商业圆桌会议和美国商会的信，2017 年 8 月 23 日，见 www.nam.org（协会首席执行官就 NAFTA 中的 ISDS 一事的公开信）。

⁴ TPP 的投资条款对加拿大、墨西哥和美国商界都是可以接受的。虽然反对投资保护（特别是 ISDS）的人们基本上不能接受这一点，但在特朗普政府可以就重新谈判的问题获得让步的情况下，反对者可能不得不接受 ISDS。

⁵ 见 <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>（第九章）。

⁶ 见，例如，韩美自由贸易协定，第 23 条第 3 款，（例外—税收），<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text>。

⁷ 与 CETA 第 8 条第 7 款第 4 点相类似。

转载请注明：“Mélida Hodgson, ‘北美自由贸易协定 2.0: 投资章节的前进之路,’ No. 211, 2017 年 10 月 23 日。”转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心授权。转载副本需发送到哥伦比亚中心的 ccsi@law.columbia.edu。

如需详细信息请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Matthew Schroth, mas2443@columbia.edu。

哥伦比亚可持续投资中心（CCSI），是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心，也是致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。为扩大国际投资对可持续发展的影响，CCSI 通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发，承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息，请访问：<http://www.ccsi.columbia.edu>。

最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 210, Karl P. Sauvant, “The importance of negotiating good contracts,” October 9, 2017.
- No. 209, Catharine Titi, “A stronger role for the European Parliament in the design of the EU’s investment policy as a legitimacy safeguard,” September 25, 2017.
- No. 208, Lisa Sachs, Jeffrey Sachs and Nathan Lobel, “Corporations need to look beyond profits,” September 11, 2017.
- No. 207, Lilac Nachum, “How much social responsibility should firms assume and of which kind? Firms, Governments and NGOs as Alternative Providers of Social Services,” August 28, 2017.
- No. 206, Victor Steenbergen and Ritwika Sen, “Increasing vertical spillovers from FDI: ideas from Rwanda,” August 14, 2017.

所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：
<http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>。