

# 《中欧全面投资协定》： 我国商签经贸条约的新范式

石静霞 陈晓霞\*

**摘要：**2020年12月30日完成谈判的《中欧全面投资协定》(CAI)是继1985年《中欧贸易与经济合作协定》以来中欧经贸关系中最重要 的双边法律文件。与传统投资协定不同，CAI除涵盖投资自由化内容外，还包括大量的服务贸易自由化以及关于公平竞争、国有企业和补贴透明度等监管框架和规则的设计，并通过连接贸易与劳工、环境、气候变化和企业社会责任等问题实现对可持续投资的追求与整体性规制。CAI规则具有全面性和先进性等特点，在诸多方面代表了我国现阶段高水平开放承诺和商签经贸条约的新范式。尽管CAI的生效目前受中欧关系影响而前景未明，但这项史无前例的谈判的如期完成及其所含规则的先进性，足以表明CAI具有重要意义。CAI的后续谈判和批准生效需中欧双方以高度的政治智慧和务实态度予以推进，从而裨益于双方经贸关系的稳定与发展。

**关键词：**中欧全面投资协定 CAI 投资自由化 涵盖实体 可持续发展

《中欧全面投资协定》(China-EU Comprehensive Agreement on Investment, 以下简称CAI或协定)谈判自2013年正式启动，历经35轮谈判后于2020年12月30日完成。这是2009年《里斯本条约》将外国直接投资纳入欧盟“共同商业政策”专属权能后，<sup>①</sup>欧盟对外缔结的第一个投资协定，也是继1985年《中欧贸易与经济合作协定》以来中欧经贸关系中最重要 的双边法律文件。尽管目前CAI的批准生效因受中欧关系影响而面临不确定因素，但在规则层面上，CAI与我国2020年11月15日签署的《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, 以下简称RCEP)共同构成我国近年来构建国际经贸条约版图的两个里程碑。与我国之前已签订的100多份双边投资协定(Bilateral Investment Treaties, 以下简称BITs)<sup>②</sup>和19份

\* 石静霞，中国人民大学法学院教授、博士生导师；陈晓霞，对外经济贸易大学法学院国际法专业博士研究生。本文为石静霞教授担任首席专家的国家社科基金重大课题“一带一路倡议与国际经济法律制度的创新”(项目批准号：17ZDA144)的阶段性研究成果。

① Treaty of Lisbon-Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, 2007/C306/01, effective as of December 1, 2009, Article 188 A, Article 188 C. 欧盟共同商业政策(common commercial policy)建立在关税同盟与商业关系上，是欧盟以超国家的专属权能代表成员国统一对外谈判和制订国际经贸规则的依据。

② 截至2021年8月31日，我国共签订145个BITs，目前生效的有108个，UNCTAD, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china> (last visited 31 August 2021)。

自由贸易协定 (Free Trade Agreements, 以下简称 FTAs)<sup>①</sup> 中的投资章节相比, CAI 规则具有明显的全面性和先进性, 代表了我国现阶段商签经贸条约的新范式。

《中欧全面投资协定》的“全面”一词贯穿着对整个协定的框架解读和文本内容的具体理解。虽名为投资协定, 但 CAI 不仅涵盖投资自由化内容, 而且包括大量的服务贸易自由化以及关于国有企业纪律、补贴透明度和公平竞争规则等监管框架的设计, 并通过连接贸易与劳工、环境、气候变化和企业社会责任等问题实现对可持续投资的追求与整体性规制。<sup>②</sup> CAI 现行文本中的主要内容体现为投资自由化、监管框架和可持续发展三大支柱。与此同时, 从投资协定角度看现阶段的 CAI 文本不够全面, 中欧双方尚未完成关于投资保护和投资者与国家间争端解决 (investor and state dispute settlement, 以下简称 ISDS) 机制两方面内容的谈判。

CAI 的谈判及其如期完成引起了国内外学界的广泛关注, 已有不少中英文文献发表。但因 CAI 文本及附件仍在完成法律审核和校对过程中, 且只有欧盟公布的英文版, 已发表的论文主要涉及 CAI 谈判过程、<sup>③</sup> 时事评论、<sup>④</sup> 经济影响和意义<sup>⑤</sup>或对其其中某一问题的分析,<sup>⑥</sup> 目前对 CAI 文本进行系统性深度分析的法学学术文章尚付诸阙如。在此背景下, 本文第一部分至第四部分分别围绕 CAI 的三大支柱及其中的涵盖实体规制纪律条款, 通过比较我国之前签订的投资条约和晚近国际上有代表性的经贸协定,<sup>⑦</sup> 提炼协定在投资自由化、监管框架、国企规制及可持续发展等方

- ① 截至 2021 年 8 月 31 日, 我国签订的 19 个 FTAs 涉及 26 个国家和地区, 详见商务部中国自由贸易区服务网: <http://fta.mofcom.gov.cn>, 最后访问时间: 2021 年 8 月 31 日。
- ② 本文研究的 CAI 文本及附件基于欧盟根据透明度要求在其网站上公布的版本, 详见 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237> (last visited 1 May 2021)。根据相关说明, 该文本在双方完成国内批准程序和协定生效前, 仍需经文字用语、条文编号或顺序调整等技术层面的修改。
- ③ 参见魏伟等:《中欧投资协定的缘起、意义和未来展望》, 载《边界与海洋研究》2021 年第 1 期; 董一凡:《中欧双边投资协定的谈判进展、难点及前景》, 载《国际研究参考》2020 年第 9 期; Saren Abgaryan, “EU-China Comprehensive Agreement on Investment in the Context of Chinese Bilateral Investment Treaty Program with the EU Countries”, (2018) 58 *Indian Journal of International Law* 171, pp. 171–203。
- ④ 参见邵宇:《中欧投资协定将开启中国服务业开放大时代》, 载《清华金融评论》2021 年第 4 期; 刘馨蔚:《中欧投资协定为投资保护筑法律基石》, 载《中国对外贸易》2021 年第 3 期; Liming Wang & Yuan Li, “The Negotiation of EU-China Comprehensive Agreement on Investment and Its Potential Impact in the Post-pandemic Era”, (2020) 18 (4) *Journal of Chinese Economic and Business Studies* 365, pp. 365–372。
- ⑤ 参见王俊等:《中欧全面投资协定赋能双循环新发展格局》, 载《长安大学学报 (社会科学版)》2021 年第 4 期; 赵丽:《中欧投资协定谱写中欧深度合作的新篇章》, 载《欧洲法律评论》(第五卷), 中国社会科学出版社 2021 年版; 邹磊、王优西:《中欧投资协定: 规则、影响与挑战》, 载《国际贸易》2021 年第 4 期; Michael D. Sampson, *The Downstream Implications of the EU-China Investment Agreement: Lesson from Trade*, Balsillie Papers, Vol. 3, Issue 5, 1 March 2021。
- ⑥ 参见陈寰琦、何宇航:《中欧全面投资协定数字金融核心规则解析》, 载《长安大学学报 (社会科学版)》2021 年第 4 期; 张正怡:《中欧全面投资协定中“投资”定义的空缺及应对》, 载《国际贸易》2021 年第 5 期; 荆鸣:《中欧全面投资协定竞争规则初探——“结合面制度 2.0”在投资协定中的应用》, 载《上海金融》2021 年第 5 期; 殷格非:《中欧全面投资协定的可持续发展思考》, 载《可持续发展经济导刊》2021 年第 3 期; 李白永:《中欧全面投资协定相关文本涉信息通信行业内容梳理分析》, 载《中国电信业》2021 年第 3 期; Lorenzo Cotula, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment: An Appraisal of Its Sustainable Development Section* (Cambridge University Press, 2021), <https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/euchina-comprehensive-agreement-on-investment-an-appraisal-of-its-sustainable-development-section/779C8B03EDACF99ACC9D4A93E3F923CD> (last visited 26 July 2021)。
- ⑦ 晚近一些大型经贸协定题目中也常包含“全面”一词 (Comprehensive, 缩写为 C)。除 RCEP 外, 典型的还有《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership, 以下简称 CPTPP)、《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》(EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, 以下简称 CETA) 等。

面所蕴含的我国商签经贸条约的新范式，并关注其对我国统筹推进国内法治与涉外法治的制度性影响。第五部分根据最新发展，对CAI的意义、价值及批准生效问题进行分析。结语强调双方应以高度的政治智慧推动CAI早日落地实施，从而使得中欧经贸关系在国际法治框架下得以长足发展。

## 一 投资自由化：适用范围及对服务业的侧重

与早期国际投资协定侧重于投资促进和保护相比，晚近投资协定发展的一个主要特点在于促进投资自由化和便利化，即投资市场准入和相适应的监管框架。这种趋势与各国对投资协定促进外国直接投资流向的作用相关。<sup>①</sup>我国传统上签署的BITs重在投资保护，但随着我国自贸区/港的建设和《外商投资法》的颁布实施，准入前国民待遇加负面清单模式的开放模式实质性地扩大了外资在我国的市场准入水平，为我国商签经贸条约中的投资自由化奠定了基础。在欧盟层面，随着《里斯本条约》的生效，外国投资在欧盟对外关系中的作用日益得到重视。与成员国之前对外签署的BITs不同，欧盟近年来在FTAs投资章节中将投资自由化作为主要目标之一。<sup>②</sup>顺应上述趋势，在规定了序言、目标和基本定义后，CAI第二部分集中于投资自由化，包括7个条款，涉及以负面清单（或不符措施）方式承诺的市场准入、履行要求、对外资的非歧视待遇以及为从事商业活动的自然人临时停留等内容。<sup>③</sup>结合中欧双方的具体承诺附件看，CAI在投资自由化领域一方面固化了我国近年来在国内法和自贸区/港进行的外资准入变革和承诺，另一方面也有不少创新性规则。本部分讨论两个问题，一是CAI的适用范围，二是CAI对服务业投资自由化的重点关注。

### （一）适用范围：以企业设立和运营为中心

国际投资协定的适用范围与协定对投资的界定密切相关。投资定义一般建立在财产或企业基础上，分别称为基于财产（assets-based）的投资定义<sup>④</sup>和基于企业（enterprise-based）的投资定义。<sup>⑤</sup>前者范围广泛，包括直接投资和间接投资在内，而后者通常仅包括直接投资。<sup>⑥</sup>近年来投

① See Inose Takamichi, "The Evolution of Investment Liberalization under the Recent Investment Treaties", (2020) 16 (5) *Public Policy Review* 1, pp. 3 - 12.

② See Angelos Dimopoulos, "Shifting the Emphasis from Investment Protection to Liberalization and Development: The EU as a New Global Factor in the Field of Foreign Investment", (2010) 11 (1) *Journal of World Investment and Trade* 7, pp. 7 - 27.

③ CAI, Section II (Investment Liberalization).

④ 基于财产的定义模式较多被采用，如2020年11月10日《中国—土耳其关于相互促进和保护投资协定》第1条中的“投资”定义。这种模式通常将“投资”定义为一方投资者在另一方领土内所投入的“各种财产”，并以“包括但不限于”的方式尽可能列举出所涉及的财产类型，如动产、不动产及抵押、优先受偿权、用益物权、保证或质押等类似权利；公司股份、债券、股票或其他形式的参股；金钱请求权或任何与投资相关的具有经济价值的履行请求权；知识产权及类似权利等。See e.g., UNCTAD, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements-Scope and Definition* (United Nations, New York and Geneva, 1999), pp. 18 - 22.

⑤ 基于“企业”的投资定义通常将“投资”界定为包括以下内容：(a) 企业；(b) 企业股票；(c) 企业债券；(d) 对企业的贷款；(e) 使所有人能分享企业收益的企业股权等。UNCTAD, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements-Scope and Definition*, pp. 31 - 32.

⑥ See WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment, *Scope and Definition - "Investment" and "Investor"*, WT/WGTL/W/108 (21 March 2002).

资协定呈现出投资定义扩大化的趋势，且在投资所含内容上逐渐趋同，体现了投资协定规制国际投资的基本价值和主要功能。<sup>①</sup> 尽管基于财产的投资定义模式被采用较多，但基于企业的投资定义亦有优势，尤其从东道国对外资准入的监管角度而言。有些协定（如 CPTPP 等）采取两种模式的混合，在投资定义中将“企业”作为“投资”的一种类型。<sup>②</sup> 此外还有基于交易（transaction-based）的投资定义，主要以资金跨境流动为基础。

CAI 投资自由化义务适用于缔约方采取或维持的、影响另一缔约方投资者在其境内的企业设立或涵盖企业运营的措施或待遇。履行要求则适用于采取或维持措施或待遇的缔约方境内所有企业的设立或运营。<sup>③</sup> 从该适用范围可以看出：第一，CAI 未直接界定何谓“投资”，但采取了基于企业的定义模式，投资自由化适用对象仅包括直接投资在内，排除了证券投资等形式；第二，投资自由化义务既适用于企业设立后的运营环节，也包括企业的准入和设立阶段。我国所签的经贸协定多采取基于财产的投资定义，如 RCEP，<sup>④</sup> 但也有采用基于企业的投资定义，如《中国—加拿大双边投资协定》，<sup>⑤</sup> 或混合定义的情况。欧盟签订的其他协定也有类似做法，即不界定投资但通过协定的适用范围将其限于直接投资，如 2018 年《欧盟—越南自由贸易协定》（EU-Vietnam Free Trade Agreement）、<sup>⑥</sup> 2008 年《欧盟—加勒比论坛国经济伙伴关系协定》（EU-Cariforum Economic Partnership Agreement）等。<sup>⑦</sup>

与适用范围相适应，CAI 在投资自由化部分所包括的重要纪律，如市场准入承诺、履行要求、非歧视待遇及高管及董事会人员任命等方面，均针对投资者、企业设立或涵盖企业的运营而规定。为配合围绕企业设立和运营而确立的投资自由化纪律，CAI 界定了“企业”“缔约方企业”“涵盖企业”“设立”“运营”等关键术语，但未包括“投资”和“涵盖投资”等投资协定中常见的定义。<sup>⑧</sup> 另外，为避免协定利益被非缔约方企业通过条约挑选之类的安排不当利用，<sup>⑨</sup> 与投资协定一般通过利益否定（denial of interest）条款达到此类目的的做法不同，CAI 通过界定“缔约方企业”，<sup>⑩</sup> 并要求控制标准和对东道国的积极贡献来避免协定的利益外溢于非缔约方企业。

我国之前签订的 BITs 未涉及投资准入阶段的自由化。CAI 的适用范围看似较窄，但因将缔

① 参见朱文龙：《国际投资领域投资定义的发展及对中国的启示》，载《东方法学》2018 年第 3 期。

② CPTPP, Article 9.1 (Definitions).

③ CAI, Section II, Article 1 (Scope of Application).

④ RCEP, Article 10.1 (Definitions), (a) (Covered Investment) and (c) (Investment). 基于资产的定义，未提“企业”。

⑤ 《中国—加拿大双边投资协定》的投资定义与 2004 年加拿大投资协定范本中的规定一致。该定义以企业为基础，采取封闭清单的模式，并排除了某些类型的交易。

⑥ EU-Vietnam Free Trade Agreement, Article 8.2 (Definitions) & Article 8.3 (Scope).

⑦ EU-Cariforum Economic Partnership, Article 65 (Definitions), Article 123 (Capital Movements) (1).

⑧ CAI, Section I, Article 2 (Definitions).

⑨ 条约挑选（treaty shopping）也称国籍筹划、条约滥用等，指企业通过改变国籍等方式享有更优惠的投资条约利益。See Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law* (Oxford University Press, 2016), pp. 7–11.

⑩ CAI 将“缔约方企业”界定为根据该法律组成或设立，并在其境内从事实质性商业运营（substantive business operations）的企业或被该方自然人或企业直接或间接拥有或控制的企业。“实质性商业运营”这一概念来源于世界贸易组织（以下简称 WTO）《服务贸易总协定》（以下简称 GATS）第 5 条第 6 款。对于欧盟而言，这一术语等同于欧共同体法中的“与成员国经济间存在有效和持续联系”（effective and continuous link）。E-008187/2015: *Answer given by Ms Malmström on behalf of the Commission*, 14 September 2015, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-008187-ASW\\_EN.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-008187-ASW_EN.html?redirect) (last visited 17 June 2021).

约方义务扩及于投资准入阶段而更为全面。投资者通过其投资进行企业的新设、并购或运营, CAI 通过对缔约方施加针对企业的各项义务来实现投资自由化的目的。同时, CAI 采取准入前国民待遇加负面清单的承诺模式, 而企业设立涉及到投资准入, 企业运营则更涉及东道国对投资的其他监管或行政行为。因此对投资者而言, CAI 基于企业对缔约方施加的自由化义务使投资者在其利益受到侵害时不仅可以自己名义提出诉求, 也可以企业名义主张利益。

## (二) 投资自由化的典型侧重: 服务业

WTO 框架下的 GATS 所界定的第三种服务提供模式“商业存在”, 其实质即为服务业投资。CAI 全面性的一个重要体现在于其虽为投资协定, 但所适用的行业包含了许多关键的服务业投资, 并确立了服务市场进一步开放的纪律规制。这既是由欧盟对我国直接投资状况所决定的谈判重点,<sup>①</sup> 也反映了欧盟近年来所签协定中将贸易和投资规则加以融合的特点。<sup>②</sup> 借助投资与服务贸易之间的密切联系, CAI 是我国迄今为止签订的投资协定中涵盖服务自由化承诺和纪律最多的经贸条约。鉴于我国目前与世界上主要发达经济体所签的 FTAs 数量较为有限, CAI 所包含的服务贸易自由化是我国对外商签投资条约新范式的体现。

CAI 的全面性还体现于其所适用的行业承诺方式, 即不符措施列表形式, 或称“负面清单”。作为列表方式而言, 采用正面清单和负面清单并不直接或当然体现开放水平的高低, 甚至可以达到事实上相同的开放效果。<sup>③</sup> 之所以通常认为负面清单方式体现的开放度比正面清单方式高, 除了这两种列表方式本身的含义和要求外, 一个重要因素在于负面清单方式体现了对市场准入的根本性监管改革。近年来我国在属于自主自由化开放措施的国内自贸区/港建设中对负面清单方式的作用已高度重视, 但国内清单在内容、形式、公众参与等方面与经贸协定中的不符措施列表有不少区别。<sup>④</sup> 此外, 负面清单对谈判方的列表能力有很高要求, 对现存不符措施和未来不符措施的列表要求谈判者对各行业发展现状和未来趋势及本国利益的动态发展有熟练掌握或预测。<sup>⑤</sup> 这也是我国在经贸条约中通过负面清单方式进行承诺所面临的挑战。

从目前欧盟公布的 CAI 文本看, 中欧双方附件各包括四方面内容, 在形式上虽不完全一致, 但无实质性区别。其中附件一和附件二分别为现存不符措施和未来不符措施, 所涉义务包

① 例如, 2019 年欧盟在华投资金额前五位的行业分别为制造业、租赁和商务服务业、批发和零售、科研和技术服务业以及金融业。这五个行业新设企业数占比 80.5%, 实际投资外资金额占比 91.4%。参见商务部:《中国外资统计公报(2020)》, 第 15 页, <http://images.mofcom.gov.cn/wzs/202011/20201111182920243.pdf>, 最后访问时间: 2021 年 6 月 18 日。

② See, e. g., Amokura Kawharu, “Punctuated Equilibrium: The Potential Role of FTA Trade Commissions in the Evolution of International Investment Law”, (2017) 20 (3) *Journal of International Economic Law* 87, p. 87.

③ See Rudolf Adlung & Hamid Mamdouh, “How to Design Trade Agreements in Services: Top Down or Bottom Up?”, (2014) 48 (2) *Journal of World Trade* 191, pp. 191 – 218.

④ See Jie (Jeanne) Huang, “Nationwide Regulatory Reform Starting from China’s Free Trade Zones: The Case of the Negative List of Non-Conforming Measures”, in Julien Chaisse (ed.), *China’s International Investment Strategy-Bilateral, Regional, and Global Law and Policy* (Oxford University Press, 2018), pp. 93 – 98.

⑤ See Rodrigo Monardes V., “Challenges for Countries in Trade in Services’ Negotiations with the NAFTA Approach: The Experience of Chile in the Free Trade Agreement with the United States”, (2016) 5 (1) *British Journal of American Legal Studies* 371, pp. 390 – 392.

括国民待遇、最惠国待遇、履行要求和高管人员及董事会四方面。附件三是关于市场准入的特定承诺及限制，即与投资自由化义务不一致的措施。该附件包含了产业分类信息，主要涉及服务业。<sup>①</sup> 附件四则是有关公司内部人员调动和商务访客的入境及临时居留方面的保留或限制措施。<sup>②</sup>

我国在附件一中列入 36 个条目 (entries)，绝大部分条目中的义务仅涉及国民待遇。附件二列入 17 个条目，所涉义务除国民待遇外也包括其他类别。我国在 CAI 附件中所作的全面具体的开放承诺回应了欧盟企业进入我国市场的大部分关切，包括欧盟投资较为集中的服务领域的大幅开放，如金融、电信、医疗、环境服务等。与 GATS 承诺表相比，我国在这些领域大幅放宽了准入限制，包括云计算等新型服务业。CAI 是目前我国对外签订的所有经贸条约中唯一对服务业投资采取负面清单方式的协定，<sup>③</sup> 将为我国未来更多采取这种列表方式积累经验。欧盟列表中包含欧盟层面措施和各成员国措施，在附件一列入 15 项保留 (reservations)，附件二列入 22 项保留。这些保留绝大部分涉及服务业，多数保留所涉义务不止一项。<sup>④</sup>

CAI 投资自由化的排除范围对服务业也有特别关注。除了 GATS 对政府服务、航空运输及附属服务等事项的排除外，CAI 首先排除的是视听服务业。<sup>⑤</sup> 视听服务是数字化时代服务业的重要组成部分。基于传统上对文化多样性的保护，欧盟在其签订的经贸协定中一贯排除视听服务方面的义务。<sup>⑥</sup> CAI 亦不例外，不但在协定目标中专门提及促进和保护文化多样性，且在投资自由化义务部分明确排除视听服务。对我国而言，视听服务在现阶段涉及到网络文化产业发展、文化产品内容审查等诸多敏感问题。CAI 对视听服务的排除应该说契合了双方在该领域行使规制权的需要。

### (三) CAI 投资自由化的核心纪律

#### 1. 非歧视待遇

CAI 在投资自由化部分规定的非歧视待遇由国民待遇和最惠国待遇构成，二者的比较对象均为相似情形 (like situations) 下缔约方给予另一缔约方的投资者就涵盖企业设立和运营的待遇。相似情形的判断和认定需要进行基于事实的逐案分析。<sup>⑦</sup> 在新一代欧式协定中，对非歧视待遇中

① 目前，这些措施的来源为商务部发布的《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（2019 年版）。谈判者特别注明在 CAI 正式签署前，我国将更新并援引最新版清单。China-EU Investment Agreement Negotiation-Schedules of China, Negotiator's Note, p. 5. 附件三的列举依据为 CAI 第二部分第 2 条（市场准入）。

② CAI-Schedules of China.

③ 在 RCEP 项下，我国目前对投资领域的承诺采用负面清单模式，但排除了服务业投资，因此服务业具体承诺表仍采取正面清单模式。RCEP, Annex II, Schedule of Specific Commitments for Services-China.

④ CAI-Schedules of European Union.

⑤ CAI, Section II, Article 1 (Scope of Application).

⑥ See Antonios Vlassis, "European Commission, Trade Agreements and Diversity of Cultural Expressions: Between Autonomy and Influence", (2016) 31 (4) *European Journal of Communication* 446, pp. 456 - 461; Lucia Bellucci, "The Notion of 'Cultural Diversity' in the EU Trade Agreements and Negotiations: New Challenges and Perspectives", (2016) 2 (2) *Italian Law Journal* 433, pp. 433 - 444.

⑦ CAI, Session II, footnote 12. 在投资仲裁实践中，对“相似情形”的判断借鉴了 WTO 法的相关法理和分析步骤。See Aphiwan Natasha King, "National Treatment in International Economic Law: The Case for Consistent Interpretation in New Generation EU Free Trade Agreements", (2018) 49 *Georgetown Journal of International Law* 929, pp. 941 - 946.

的相似情形认定是否还需要考虑所涉措施的监管目的值得关注。<sup>①</sup> CAI 非歧视待遇包括了给予企业在设立阶段的待遇, 结合负面清单的承诺方式, 和我国《外商投资法》采用的准入前国民待遇加负面清单模式实现了对接。此外, CAI 在一些程序性问题上也纳入了非歧视要求, 如第三部分在监管透明度方面的国民待遇。这些要求对我国法律的对接提出了进一步完善的方向。

在最惠国待遇条款方面, CAI 的基本条文规定与传统上该条款的含义和要素并无实质性差异。但由于全球投资条约的高度碎片化, 任何投资协定纳入最惠国待遇条款均会产生复杂的问题, 这在诸多投资仲裁案件中有不少例证。<sup>②</sup> 其中一个争议较大的问题在于缔约方与第三国所签的协定中的权利是否可以直接到输入到本协定中, 或者说借助本协定的最惠国待遇条款直接成为约束另一缔约方的义务。<sup>③</sup> CAI 最惠国待遇条款通过排除等方式对此进行了回应, 与中欧关于该问题的态度基本一致,<sup>④</sup> 但也留下了需进一步解释的问题。首先, 在程序性问题上, CAI 规定缔约方与第三国订立的协定中涉及争端解决的程序不适用于最惠国待遇, 并特别提及不适用于投资者与国家间争端解决机制。<sup>⑤</sup> 实体性问题是否能够借助最惠国待遇条款而直接引入的情形更为复杂。<sup>⑥</sup> 对此, 尽管 CAI 规定一缔约方与第三国的其他协定中的实体性规定本身并不构成本条项下的“待遇”,<sup>⑦</sup> 但这里的“实体性规定”和“本身”等用语在实践中如何解释可能会产生歧义, 或需进一步澄清。

## 2. 履行要求

履行要求 (performance requirements) 或称业绩要求, 指东道国针对投资者及其企业所施加的某些措施或要求, 因其扭曲国际贸易和投资, 从而导致对公平贸易和竞争秩序的破坏。<sup>⑧</sup> 与国际经贸规则逐渐纳入投资自由化内容相适应, 与市场开放密切联系的履行要求逐渐成为国际经贸规则的调整对象。越来越多的经贸协定纳入履行要求条款, 旨在禁止或限制缔约方采取此类措施。<sup>⑨</sup>

CAI 在延续欧盟近年所签协定的基础上, 规定了详细的履行要求条款, 包括 10 项强制性履

① See generally Catherine Barnard, “Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is the State Interest Really Protected?”, in Catherine Barnard & Okeoghene Odudu (ed.), *The Outer Limits of European Union Law* (Hart Publishing, 2009); Christian Tietje & Kevin Crow, “The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP and Other Recent EU-FTAs: Convincing?”, in Stephan Griller et al. (ed.), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA: New Orientations for EU External Economic Relations* (Oxford University Press, 2017), pp. 87 – 110.

② See Yannick Radi, “The Application of Most-Favored-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the ‘Trojan Horse’”, (2007) 18 (4) *European Journal of International Law* 757, pp. 771 – 774.

③ See e. g., *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 5 ICSID (W. Bank) 396 (2000). 更多分析参见 Scott Vesel, “Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence, Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties”, (2007) 32 *Yale Journal of International Law* 125, pp. 125 – 128; 徐崇利: 《从实体到程序: 最惠国待遇适用范围之争》, 载《法商研究》2007年第2期, 第41—50页, 王彦志: 《从程序到实体: 国际投资协定最惠国待遇适用范围的新争议》, 载《清华法学》2020年第5期, 第182—188页。

④ See e. g., Julia Magntorn, *Most-Favored-Nation Clauses in EU Trade Agreements: One More Hurdle for UK Negotiators*, UK Trade Policy Observatory, Briefing Paper 25, November 2018, pp. 5 – 7.

⑤ CAI, Section II, Article 5 (Most Favored Nation Treatment), para. 3.

⑥ See Facundo Pérez-Aznar, “The Use of Most-Favored-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements”, (2018) 20 (4) *Journal of International Economic Law* 777, pp. 777 – 805.

⑦ CAI, Section II, Article 5 (Most Favored Nation Treatment), para. 2.

⑧ See e. g., Suzy H. Nikiéma, *Performance Requirements in Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development, December 2014, pp. 5 – 13.

⑨ 参见韩立余: 《国际经贸投资规则对履行要求的规制》, 载《法学家》2017年第6期, 第116—128页。

行要求和6项优惠性履行要求。<sup>①</sup> 这些要求广泛涉及国内成分、当地采购、进口数量/价值与出口数量/价值的挂钩、限制在一缔约方境内销售企业生产或提供的货物或服务、将企业的销售与出口产品的数量、价值或外汇收入挂钩、使用一方当事人或企业拥有或被授权许可的技术等内容。CAI履行要求条款同时规定了若干例外情形，如出口数量/比例要求和国内成分要求不适用于进口缔约方为符合优惠关税或配额条件而必需的货物成分要求等。CAI履行要求条款明确提及须尊重缔约方所承担的WTO义务。<sup>②</sup>

CAI履行要求条款中涉及强制技术转让的问题值得注意。美欧日等国家和经济体多年来多次指责我国要求在华运营的外国公司进行强制性技术转让或许可。这一问题在客观上有深刻根源和矛盾焦点，涉及包括我国在内的发展中国家早期以市场换技术等政策工具的性质及其引发的争端。<sup>③</sup> 继2020年1月15日《中美第一阶段经贸协定》（以下简称《中美协定》）后，CAI在履行要求条款中亦明确纳入了禁止强制性技术许可或转让要求，试图回应中欧在该问题上的争议。<sup>④</sup> CAI对强制性技术转让要求的规制有两方面：首先，不得强制向当地自然人或法人转让技术，不得以技术转让作为获得利益、经营或进入市场的条件，不得强迫或干涉技术转让或技术许可合同的签订等。其次，CAI要求技术转让或许可应基于市场条件，并符合双方自愿性和相互同意原则。同时，CAI履行要求条款有两项例外，包括缔约方法院、仲裁庭或竞争主管机关所实施的防止扭曲竞争措施和WTO《与贸易有关的知识产权协定》所允许的例外。<sup>⑤</sup> 从CAI关于强制性技术转让的规定可以看出《中美协定》的外溢效应，<sup>⑥</sup> 但与《中美协定》相比，CAI对禁止强制性技术转让义务保留了较为有限的例外空间。

## 二 以透明度为中心的监管框架

CAI全面性的另一体现在于协定第三部分为确保投资自由化实际效果所设定的以透明度为中心的监管框架和纪律要求，主要包括国内规制、透明度和金融服务规制等内容。加之投资自由化部分的相关规定，CAI透明度义务的广度和深度也体现了我国商签经贸条约的新发展。

### （一）以全面系统的透明度义务为中心

在国际投资法上，完整意义的透明度体现为三个层面：第一，规范制定中的透明度，即在投

- 
- ① 前者指不得针对缔约方境内所有企业的设立和运营所施加或执行的措施或要求，后者则指就缔约方境内的所有企业为了接受或继续获得某些好处而必须采取或执行的措施。CAI, Section II, Article 3 (Performance Requirements), paras. 1-2.
- ② CAI, Section II, Article 3 (Performance Requirements), paras. 4, 6, 7, 8.
- ③ 参见 Julia Ya Qin, *Forced Technology Transfer and the US-China Trade War: Implications for International Economic Law*, Wayne State University Law School Working Paper No. 2019-61, updated January 2020; 何艳：《技术转让履行要求禁止研究——由中美技术转让法律争端引发的思考》，载《法律科学》2019年第1期，第144—153页。
- ④ WTO, *China-Certain Measures on the Transfer of Technology - Request for Consultations by the European Union*, WT/DS549/1 (6 June 2018); Jyh-An Lee, “Forced Technology Transfer in the Case of China”, (2020) 26 *Boston University Journal of Science and Technology Law* 324, pp. 326-328.
- ⑤ CAI, Section II, Article 3 (Performance Requirements), para. 3 & sub-paragraphs 1 (f), 2 (f).
- ⑥ See Carrie Shu Shang & Wei Shen, “Beyond Trade War: Reevaluating Intellectual Property Bilateralism in the US-China Context”, (2021) 24 (1) *Journal of International Economic Law* 53, pp. 63-66.

资条约拟定过程中，公众可获得相关信息且利益攸关方有合适渠道参与；第二，实体义务中的透明度，即外国投资者有权就东道国违反透明度的行为提起争端解决程序；第三，争端解决中的透明度，即公众可获悉投资争端解决的相关信息和文件。<sup>①</sup> 随着服务业投资近年来的迅速增加，良好的监管框架对实现缔约方的权利和义务至关重要，特别是监管透明度要求。传统 BITs 对此关注不足，<sup>②</sup> 我国之前与欧盟成员国签订的 BITs 鲜有涉及服务业的透明度纪律。

作为全面性和先进性的投资协定，透明度是 CAI 的中心词，也是贯穿于 CAI 文本的关键脉络线。<sup>③</sup> CAI 还将补贴和投资壁垒等敏感问题与透明度要求联系起来，通过专门的附件清单列明受透明度义务约束的服务业纪律。就规范制定中的透明度而言，CAI 允许利益相关方参与相关措施或方案的制定和实施，如投资者可参与半导体、信息通讯技术（ICT）等行业标准制定等。在争端解决的透明度方面，CAI 融入法庭之友（*amicus curiae*）等创新性的制度设计。这些以透明度为中心的监管纪律与我国近年来不断强调且日益深化的高水平制度型开放相吻合，并有助于实现我国倡导的全面依法治国和法治政府建设目标。

## （二）以实现市场公平竞争为目标

尽管传统 BITs 中一般未包括专门的竞争条款，但近年来经贸条约，如 RCEP、CPTPP、《美国—墨西哥—加拿大协定》（以下简称 USMCA）等，中的竞争规则较为普遍，且常以专门条款甚至专章规定。之前欧盟在对外签订经贸协定时，多以欧盟竞争法为基础，注重缔约方之间的竞争政策合作。<sup>④</sup> CAI 则保持中欧双方各自对其竞争法的执行，通过将公平竞争理念融入具体规则而确保公平竞争目标的实现。

首先，CAI 在序言中将构建缔约方的公平竞争环境作为重要目标。其次，CAI 包含诸多条款服务于公平竞争目标的实现，如涵盖实体规则、补贴透明度、技术转让、标准制定、金融监管等与企业设立和运营密切相关的内容。在补贴透明度方面，CAI 将补贴纪律从货物拓展到服务领域，构建了两个阶段的磋商机制，以利于收集必要信息并评估补贴影响。这与欧盟在 WTO 框架下推动的改革主张一致。在竞争执法的公正性方面，CAI 强调监管机构的独立性，要求缔约方确保其监管机构在同等情况下针对涵盖实体和其他企业的执法活动应具有一致性和非歧视性，并建立针对竞争执法的司法、准司法等审查机制以纠正执法错误。<sup>⑤</sup> 在执法透明度方面，CAI 要求缔约方在适用竞争规则时，其主管机构应将决定所依据的事实和法律书面通知当事人，当事人有提出书面异议和诉讼的权利。主管机构在做出正式决定后才能实施禁止、处罚或任何其他措施，且应公布非机密性的决定文本。<sup>⑥</sup> 第三，与以往多数 FTAs 中竞争执法透明度等义务通常不适用争

① See Esmé Shirlow, “Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures”, (2017) 8 (1) *Goettingen Journal of International Law* 73, pp. 75–89.

② UNCTAD, *World Investment Report 2004: The Shift Towards Services* (New York; Geneva: United Nations Publications, 2004), pp. 147–180, 208–212; Kaul P. Sauvart, “The Regulatory Framework and Investment: Where are We Headed?”, in Marin Marinov & Svetla Marinova (ed.), *Internationalization of Emerging Economies and Firms* (Palgrave Macmillan, 2012), pp. 15–16.

③ CAI 文本中“透明度”一词出现频率很高，transparency 和 transparent 两词共出现 26 次。

④ See e.g., Friedl Weiss, “Quest for A Sustainable International Investment Regime: Leveling Up Through Competition (Policy) Rules?”, in Katia Fach Gómez et al. (ed.), *International Investment Law and Competition Law, European Yearbook of International Economic Law* (Springer, 2020), pp. 1–24.

⑤ CAI, Section II, Article 3.3, Article 6.1.

⑥ CAI, Section II, Article 5.4.

端解决机制不同，CAI 规定缔约方的这些义务统一适用协定的争端解决机制。这符合晚近经贸条约为贸易、投资和竞争等事项设立一体化争端解决机制的发展趋势，有利于在公平竞争的市场环境中确保相关规则得以有效执行。<sup>①</sup>

### （三）金融服务的监管框架

CAI 在“监管框架”第三节专门规定了“金融服务”，涉及范围及定义、审慎例外、高效和透明监管、信息转移和处理、新金融服务、特定例外、自律组织及清算和支付系统等条款。作为投资协定，CAI 对金融服务监管框架的规定既是协定在体例和内容上的创新，也凸显缔约方对金融市场开放的特别关注，其内容反映了中欧在金融服务监管方面的新趋势。

第一，市场开放和东道国监管权的并重。在市场开放方面，CAI 涵盖的金融部门包括保险、与保险相关的服务以及银行和其他金融服务。相较 GATS，我国在 CAI 中的金融开放承诺部门增加，例如在银行和其他金融服务项下包括了担保和承诺、货币经纪、资产管理、金融资产的结算和清算服务等。<sup>②</sup> CAI 在开放金融市场的同时注重东道国的规制权，通过审慎例外、金融服务例外及有效和透明监管等条款，对保证本国金融系统的安全和稳定留下监管空间。

第二，市场开放和公平竞争的统一。鉴于中欧近年来已不断取消各类金融服务壁垒，CAI 对金融服务监管框架的重点转向双方的监管规则协调，在金融服务提供的许可、资质要求、交易机会和资格授予以及对新金融服务的监管等方面，均要求给予同等待遇。有些金融交易只有会员才有资格从事，如中国银行间市场交易商协会等。CAI 要求对此类会员的资格授予应一视同仁，并鼓励缔约方适用金融监管方面公认的国际标准。

第三，兼顾金融创新与风险防范。CAI 对金融创新的关注体现于新金融服务和对金融科技监管沙盒（regulatory sandbox）的约束。<sup>③</sup> 例如，在定义支付服务时，CAI 除了明确列举外，增加“任何其他新的支付方式”表述，以回应支付方式不断发展的现实需要。为促进对新金融服务的包容和审慎监管，CAI 要求缔约方对金融服务提供者尽力努力给予同等待遇，包括自贸试验区和自贸港先试先行时应符合非歧视要求，但继续保留审慎监管例外。这表明 CAI 试图回应中欧双方实施金融科技监管沙盒的现状，并对此类监管施加了非歧视要求。

第四，关于金融信息的转移和处理。这是 CAI 关于金融服务的另一突破性规定，涉及到数据跨境流动问题。金融业是最体现数据密集型特点的现代服务业之一，涉及大量的客户敏感数据及隐私。在数据跨境流动中对金融信息是否需要给予特殊待遇存在争议。<sup>④</sup> CAI 明确要求缔约方在

① See Thomas Cottier, “Competition and Investment: The Case for 21st Century WTO Law”, in Katia Fach Gómez *et al.* (ed.), *International Investment Law and Competition Law, European Yearbook of International Economic Law* (Springer, 2020), pp. 261–286.

② 这些国际公认标准包括但不限于 G20、金融稳定委员会、巴塞尔银行监管委员会、国际保险监管者协会、国际证监会组织、反洗钱金融特别行动工作组以及税收透明度和信息交换全球论坛等组织采纳的标准。

③ 2016 年英国启动金融科技监管沙盒计划，旨在金融科技创新和有效管控风险中找到平衡。参见 Guilio Cornelli *et al.*, *Inside the Regulatory Sandbox: Effects on Fintech Funding*, BIS Working Paper, No. 901, November 2020; 陈佩、孙祁祥：《多元共治：创新与监管的平衡——基于“监管沙盒”理论依据与国际实践的思考》，载《保险研究》2019 年第 3 期，第 27—35 页。目前包括我国在内的约 40 多个国家和地区实施了金融创新监管沙盒。中国人民银行于 2019 年 2 月启动金融科技监管的创新试点工作，已覆盖北京、上海等地区。

④ See Nigel Cory & Robert D. Atkinson, *Financial Data does not Need or Deserve Special Treatment in Trade Agreements*, Information Technology and Innovation Foundation (ITIF), April 2016. 该报告认为，CPTPP 中对金融服务数据跨境处理的特殊规定传递了危险信号，即为监管需要可以对金融服务数据施加当地存储要求，这将引发越来越多的数字保护主义政策。

不违反东道国基于审慎原因的监管要求前提下，原则上不得阻止其领土内的金融服务提供者就日常营运所需要的信息处理和转移。继 RCEP 第 12 章“电子商务”章节后，CAI 有关金融信息的转移和处理条款是我国第二次在经贸条约中原则上允许数据的跨境流动。虽然该条款仅限于金融信息，但我国这方面的进展值得密切关注，国内法须进行相关的调整。

总体上看，CAI 关于监管框架和纪律要求与我国深化改革的方向一致，符合我国对新发展理念的贯彻和新发展格局的构建，并有助于全面提升市场化、法治化和现代化的营商环境。CAI 确立的监管框架也为 WTO 服务贸易规则的改革和现代化有推动作用，包括 63 个成员正在进行的《服务业国内规制》诸边谈判等。<sup>①</sup>这也是中欧在 WTO 改革领域应继续合作的内容。

### 三 国有企业规制：涵盖实体规则及补贴透明度

CAI 的先进性和全面性还体现在适时反映了中欧双方的经济现实和重点关切，特别是对国有企业投资纪律的规制。CAI 文本未采用国有企业的用语，而是通过第二部分投资自由化中的涵盖实体（covered entities）条款和第三部分监管框架中的补贴透明度要求等对国有企业进行规制。涵盖实体条款位于 CAI 投资自由化部分的第 3 条之二。在理解该条款时，应注意与第 3 条（履行要求）和第 3 条之三（Article 3ter，监管机构的中立性和公正性）的上下文关系及内在联系。

#### （一）CAI 对涵盖实体的界定

与《欧盟—新加坡自由贸易协定》《欧盟—越南自由贸易协定》以及 CPTPP 等协定不同，CAI 未采用国有企业、公共实体或国家企业等用语，而是创造性地使用了涵盖实体一词，在一定程度上消减了该问题的敏感性。CAI 对涵盖实体的界定包括国企、政府控制企业及指定垄断企业等。对于具有垄断或者寡头垄断地位的实体，无论是公共还是私营，均包括在内。涵盖实体还包括与政府有紧密关系的实体，如有少数国家股份的企业、政府基于法律可以指示行动的企业等。<sup>②</sup>从该界定可以看出：第一，构成涵盖实体不需要企业本身从事商业活动。这与 CPTPP 和 USMCA 等规定“主要从事商业活动”的企业是其所规制的国有企业有所不同；第二，CAI 适用实际控制原则，如果缔约方政府对企业的管理层任命有实际影响，则该企业属于涵盖实体范围。

据此，CAI 涵盖实体的范围实质上比国有企业一词更广，可将更多类型的国有、国家参股以及在立法上具有特定政府权限的企业均涵盖在内。对欧盟而言，该术语的调整对象更为宽泛和灵活，且避免了界定公共机构等困难问题。对我国而言，涵盖实体条款可初步确保我国国有企业进

① “服务业国内规制谈判”是目前 WTO 框架下正在进行的五个基于联合声明倡议（Joint Statement Initiatives, JSI）的诸边谈判之一。谈判在 2017 年 12 月举行的第 11 届部长会议上发起，谈判目标为 2021 年 11 月举行的第 12 届 WTO 部长会议上达成实质性结果。我国和欧盟均是该谈判的发起成员。See WTO, *Joint Ministerial Statement on Services Domestic Regulation*, WT/MIN (17)/61 (13 December 2017). 谈判方目前对 WTO 成员达成的贸易协定中有关服务业国内规制方面的规定给予特别关注，包括 RCEP、CAI 等。See IISD, “WTO Member Group Negotiating Disciplines on Domestic Regulation in Services Examines Lessons from Trade Deals”, 29 March 2021, <https://sdg.iisd.org/news/wto-member-group-negotiating-disciplines-on-domestic-regulation-in-services-examines-lessons-from-trade-deals/> (last visited 20 August 2021).

② CAI, Section II, Article 3bis (Covered Entities), para. 1.

入欧盟市场并投资，避免过往投资争端案件中关于合格投资者和合格投资之争。此外，欧盟成员国中也有不少国有企业，涵盖实体规则强调不影响缔约方设立涵盖实体的权力。

## （二）涵盖实体规则的核心纪律

从条文上看，CAI 文本采纳晚近美欧新一代协定（包括 CPTPP、CETA、《美国—澳大利亚自由贸易协定》《美国—新加坡自由贸易协定》等）中较为成熟的国企条款，包括宽泛定义、非歧视和商业考虑、透明度、非商业援助条款，并包含了动态的权利和义务组合。

### 1. 商业考虑与非歧视原则

在具体规定上，CAI 要求缔约方确保其涵盖实体在从事商业活动时应基于商业考虑，非歧视地进行货物和服务的买卖。<sup>①</sup> 商业考虑原则最早由美国提出，其适用范围经历了从国营贸易到反补贴再到国有企业反补贴等阶段的演变，但在内涵上与澳大利亚提出的竞争中立政策基本一致。在推动新一代国有企业规则制定中，美国一方面继续在文本表述中采用“基于商业考虑”的话语系统，体现其对规则制定的主导权，另一方面也援引竞争中立概念针对国有企业的 unfair competition 优势进行规制。<sup>②</sup> 欧盟重在规制政府对企业进行补贴而产生的不公平竞争。CAI 涵盖实体规则将商业考虑和非歧视作为并列原则，与 CPTPP、CETA 和《欧盟—日本经济伙伴关系协定》等对国有企业规制采取了实质上相同的做法，体现了美欧澳日等发达经济体在国有企业规制逻辑上的内在一致性。

### 2. 规制连接点的变化：从企业所有权到行为

涵盖实体的用语相对中性化，不以强调国有或国家企业概念等方式界定受规制主体的范围，在一定程度上体现了所有权非歧视导向。CAI 对涵盖实体的规制基于企业行为，强调对特定类型企业的特定行为进行规制。有学者指出，基于行为的规制方法可为有关国有企业规制的国际规则提供新的接合面机制（interface mechanism）。<sup>③</sup> 非基于企业所有权的涵盖实体规则更好地秉承了公平竞争理念，致力于消除效果层面上的不公平竞争优势，与我国提出的所有权中立主张一致。对于涵盖实体行为在多大程度上可被归因为政府所为的问题，CAI 未采纳所谓的强推定或不受抗辩的推定，即国有企业行为皆可归因于政府的做法。

杰克逊教授曾在二十世纪七八十年代提出接合面理论（interface theory），主张通过聚焦贸易自由化和文本技术来实现不同制度模式的国家之间的经贸合作，为多边贸易体制接纳包括我国在内的转型经济体作出重要的理论贡献。<sup>④</sup> CAI 涵盖实体规则体现了中欧双方在所有权非歧视基础上构建国有企业规制纪律的尝试，反映了国企规制的新思路和规制逻辑的新变化，对于实现不同制度和模式的国家之间的经贸合作有重要启示作用，可被视为接合面理论在新时期的运用，有可能为未来多边规则中规制国有企业提供借鉴。

① 这里的商业活动不包括从事货物贸易或除了通过涵盖投资设立企业或运营之外的服务提供行为。CAI, Section II, Article 3bis (Covered Entities), paragraph 3; footnote 8.

② 参见张斌：《国有企业商业考虑原则：规则演变与实践》，载《上海对外经贸大学学报》2020年第4期。

③ 参见 Ru Ding, “Interface 2.0 in Rules on State-Owned Enterprises: A Comparative Institutional Approach”, (2020) 23 (3) *Journal of International Economic Law* 637, pp. 637–663 (以公共机构和国有企业新纪律为例)。

④ See John Jackson et al., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic* (West Group, 3rd edn, 1995), pp. 668–672, 1140–1142.

### 3. 与涵盖实体相关的透明度要求

CAI 涵盖实体规则中另一核心纪律即透明度，包括条款本身内嵌的透明度要求和监管框架中的补贴透明度规则。根据其内嵌的透明度要求，如果欧盟认为我国涵盖实体的商业行为对其利益产生不利影响，则有权要求披露相关信息。该款要求的信息披露范围广泛，包括缔约方持有涵盖实体的股份、投票权比例、企业的所有权及投票权结构等。如果缔约方持有的股份或投票权与普通股份不同，则须披露其特别股份或投票权状况、企业的组织结构、对企业行使控制的董事会或类似机构的人员组成、交叉持股或其他法律安排、企业的年度收入、总资产、根据缔约方法律享有的任何豁免、特权或类似安排、在企业中行使缔约方政府所有权职能的主管机构及相关信息等。这意味着如欧盟提出要求，我国则须披露政府部门（如国资委等）在涵盖企业中的累计持股量，相关机构在企业高管任用、解职、薪酬等方面的信息等。该要求涉及我国政府近年来针对国企治理采取的一些重要措施。此外，透明度要求还包括提供涵盖实体关键信息、遵守有关公司监管的良好国际实践等内容，间接将世界银行、经济合作与发展组织（OECD）等关于国有企业和公司治理的动态指南引入条约义务中，有助于改善我国的竞争环境并进一步推动国有企业改革。<sup>①</sup>

国有企业规制与补贴问题密切相关。CAI 未直接涉及涵盖实体应遵循的补贴规则，但在第三部分监管框架下规定的补贴透明度条款纳入了 WTO 《补贴与反补贴措施协定》的一些规定，如补贴定义、专项性要求等，并将缔约方义务扩及到服务补贴。与之前欧盟和美国签订的经贸协定中的非商业援助条款虽有相似，但 CAI 的补贴透明度规定比较宽泛、约束要求似有所弱化，只要求缔约方公布补贴的目的、法律基础、形式、预算数额、被补贴对象，而未明确提及补贴的主体、对象、行为与结果之间的因果关系等。但该宽泛规定涵盖非商业援助条款的内容，如对国企的无担保贷款，支持大而不破的僵尸企业等，有可能落入该纪律范畴。

CAI 涵盖实体规则具有标志性作用，是我国首次在经贸协定中采用这一相对中性的术语，既表明我国愿意将国有企业置于协定规制下，支持竞争中立为目标的国有企业改革，更是我国商签经贸条约中关于国企规则的新发展。该规则与我国针对国有企业的改革方向基本一致，包括国企的分类改革、公司治理、产业政策和补贴法治化等。<sup>②</sup> 与此同时，应注意到 CAI 补贴透明度条款具有很强的开放性和灵活性，并不影响双方在 WTO 中关于补贴的立场以及未来出现的新规则。这为欧盟继续采取单边自主措施，发展更严格的补贴规则留下空间。事实上，继公布《针对外国政府补贴的促进公平竞争白皮书》后，<sup>③</sup> 欧盟委员会已提出补贴新措施提案，<sup>④</sup> 试图解决外国补贴对欧盟内部市场造成的扭曲，对此我国须密切关注并研究应对策略。

① See Alicia Gracia-Herrero & Gary Ng, *China's State-Owned Enterprises and Competitive Neutrality*, Bruegel Policy Contribution, Issue No. 05/21, February 2021.

② 参见韩立余：《国际法视野下的中国国有企业改革》，载《中国法学》2019年第6期；徐程锦、顾宾：《WTO 法视野下的国有企业法律定性问题——兼评美国政府相关立场》，载《上海对外经贸大学学报》2016年第3期。

③ 2020年6月17日，欧盟委员会发布了《针对外国政府补贴的促进公平竞争白皮书》，提出了针对非欧盟国家政府补贴的审查制度框架。European Commission, *White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies*, Brussels, June 17, 2020, COM (2020) 253 Final.

④ 2021年5月5日，欧盟委员会提议制定关于解决因非欧盟成员国实施的扭曲欧盟统一市场的补贴新措施。本提案通过后将以法规（regulation）的形式颁布，直接适用于欧盟成员国。European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, Brussels, 5.5.2021, COM (2021) 223 final.

## 四 投资与可持续发展的价值追求

在经贸条约中关注可持续发展符合国际法发展的人本化需求，不仅可以更好保障人类的生存权和发展权，也可从长远利益视角丰富国际法的人本化内涵。<sup>①</sup> 可持续发展是欧盟晚近签署经贸条约中的必备内容，体现了欧盟在价值层面的追求。<sup>②</sup> 《欧盟—韩国自由贸易协定》（以下简称《欧韩协定》）是欧盟在其签订的经贸协定中首次纳入贸易与可持续发展（Trade and Sustainable Development）章节，其后欧盟在与加拿大、日本、新加坡、越南等国所签的自贸协定中均包含该内容。CAI 对可持续发展的重要关注除序言外，强调可持续发展是缔约方承诺追求的目标，其第四部分内容在兼顾投资自由化和缔约方规制权的同时，体现对多样化社会政策目标的重视。CAI 是我国目前所签条约中对可持续投资问题最为关注的条约，其中关于劳工、环境、气候变化及公司社会责任等规定均值得关注。

### （一）投资与环境保护和气候变化

环境与经贸问题的联系日趋密切，环境保护条款在经贸协定中的法律约束力不断增强，并在保护范围上向气候变化等方面发展，成为国际经贸规则变革的新特征。投资和气候变化问题已成为欧式协定的代表性内容。CAI 纳入了我国目前所谈判的经贸协定中最为新颖的环境章节。从条文上看，CAI 不仅强调可持续发展理念，而且通过具体规则落实这一理念，包括企业在投资中的环境责任和公众参与及磋商、执行审查、监测和评估流程与机制方面的要求和东道国政府的环境规制权等。在规则创新方面，CAI 重点关注气候变化和多边合作，要求缔约方有效落实《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》。此外，CAI 鼓励气候友好型投资，并以倡议形式引导气候变化的投资规则化。

CAI 环境条款折射出的可持续发展、更和谐、绿色和平衡的理念符合中欧长远发展目标。我国近年来在签订经贸条约中开始重视环境问题，已有 17 个 BITs 纳入与环境相关条款，签署的大部分 FTAs 中也包括了环境条款。但 CAI 从可持续发展角度对环境规则的构建在很大程度上超越了我国之前签订的条约内容，投资规则的绿色化可能对我国在欧投资产生一定限制或约束。相较于欧盟对环境事项的一贯关切、相对成熟的非政府组织和公民的环保意识等因素，我国在立法传统、社会参与以及争端解决等方面仍有明显差距，未来在进一步的规则细化和争端解决实践方面还面临不少挑战。应逐步采用有利于部署气候友好技术的投资政策框架，并加大我国企业对于碳中和和气候行动的参与。对于气候变化领域面临的一些投资风险，在欧盟市场投资的我国企业亦须给予特别关注。

### （二）投资与劳工权利保护<sup>③</sup>

在经贸协定中纳入劳工标准是近 20 年来的重要趋势。在保护水平上，CAI 强调缔约方应尽可能努力使其法律和政策规定并鼓励采用最高的劳动保护标准，并持续增强此类保护标准在法律

① See e. g., Matthew Stephenson *et al.*, “More and better investment now! How unlocking sustainable and digital investment flows can help achieve the SDGs”, (2021) 4 (1) *Journal of International Business Policy* 152, pp. 152 – 165.

② 在谈判启动前，欧洲议会将可持续发展设定为中欧投资协定的谈判目标之一。See European Parliament, *Resolution on the EU-China Negotiation for a Bilateral Investment Agreement*, 2013/2674 (RSP), 9 October 2013, paras. 33 – 39.

③ CAI, Section IV, Sub-Section 3 (Investment and Labor).

上的有效实施。缔约方不应以吸引或鼓励外资为目的而降低劳工保护标准或未能有效实施其劳工法。CAI 承认缔约方对于劳工问题的国内监管权，但缔约方不能将劳工保护标准作为伪装的投资限制措施，在投资和投资者之间造成不当歧视。CAI 鼓励缔约方就与投资和劳工权利相关的问题进行对话与合作，作为对现存的双边或多边机制的补充。与多数经贸协定中的劳工条款相比，CAI 还进一步致力于促进“体面劳动议程”（Decent Work Agenda）。根据缔约方有关增强投资对可持续发展目标贡献的承诺，双方同意根据国际劳工组织 2008 年《关于争取公平全球化的社会正义宣言》、<sup>①</sup> 2019 年《关于劳动世界的未来百年宣言》，<sup>②</sup> 在投资政策层面促进以人为本、充足的最低工资保障以及劳动社会保障、安全和健康等体面劳动议程所设定的目标。

CAI 劳工条款的一大特点在于其本身并未创设新的劳工权利，而是依托国际劳工组织制订的劳工公约对缔约方设定三项义务：承诺有效实施其已批准的劳工公约、致力于批准国际劳工组织《强迫劳动公约》（第 29 号）<sup>③</sup> 和《废除强迫劳动公约》（第 105 号）、<sup>④</sup> 考虑批准被国际劳工组织列为“现代化的”（up to date）的劳工公约。从这些义务设定看，CAI 与国际劳工组织公约的实施和监督机制建立了紧密联系，不仅体现在依托其公约体系为中欧双方设定劳工权利保护方面的义务中，而且体现在与国际劳工组织工作机制的联系中，例如确定“现代化的”劳工公约的标准审议机制等。

尽管 CAI 规定的上述义务并无具体的承诺安排或阶段性目标，性质上看似属于促进性的劳工条款，但我国在履行这些义务方面仍面临一定挑战。首先，在国际劳工组织制定的公约中，CAI 将其中 8 个确定为基本（fundamental）或核心公约。我国已批准其中 4 个，尚未批准的 4 个公约中即包括《强迫劳动公约》和《废除强迫劳动公约》。CAI 特别提及缔约方应通过主动持续的努力争取批准这两项基本公约。其次，国际劳工组织目前已制定 190 个劳工公约，我国批准了其中 26 个。CAI 要求我国应有效实施这 26 项已批准的劳工公约，但以何种标准判断是否符合有效实施尚未明确。再次，国际劳工组织目前界定了 80 个现代化的劳工公约，我国只批准了其中 20 个。<sup>⑤</sup>

根据 CAI 要求，我国不仅须加强对国际劳工组织体系内已加入公约的履行、加快批准涉及强迫劳动的两项基本公约和其他被界定为现代化的劳工公约的进程，而且在劳工领域不为吸引投资而降低保护标准，支持本国企业承担企业社会责任等。我国之前所商签的经贸条约中尚未对劳工

① 该宣言由国际劳动大会第 97 届会议于 2008 年 6 月 10 日在日内瓦通过。这份里程碑式的宣言表达了国际劳工组织对在全球化时代其权责的当代认识，有力重申了国际劳工组织的价值理念。中文文本参见：[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-beijing/documents/publication/wcms\\_220284.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-beijing/documents/publication/wcms_220284.pdf)，最后访问时间：2021 年 6 月 25 日。

② 该宣言由国际劳动大会第 108 届会议于 2019 年 6 月 21 日在日内瓦通过。该宣言旨在创造一个公平、包容和安全的劳动世界的未来，使劳动者享有充分、生产性和自由选择的就业和体面劳动。为此，必须进一步采取以人为本构建劳动世界未来的方法等。中文文本参见：[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_714054.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_714054.pdf)，最后访问时间：2021 年 6 月 25 日。

③ 该公约由国际劳工大会第 13 届会议于 1930 年 6 月 28 日在日内瓦通过，于 1932 年 5 月 1 日生效，目前有 177 个批准国。2014 年 6 月 11 日，于日内瓦举行的第 103 届国际劳工大会通过《1930 年强迫劳动公约的 2014 年附加议定书》，对 1930 年公约做出修正，以便更有效消除一切形式的强迫或强制劳动，标志着全球在打击和根除强制劳动方面向前迈出了重要一步，因此具有里程碑意义。

④ 该公约由国际劳工大会第 40 届会议于 1957 年 6 月 5 日 28 日在日内瓦通过，于 1959 年 1 月 17 日生效，目前有 176 个批准国。

⑤ 数据来源于国际劳工组织网站，<https://www.ilo.org/global/lang-en/index.htm>，最后访问时间：2021 年 6 月 28 日。

权益保护做过如此清晰明确的承诺。<sup>①</sup> 因此, CAI 对我国劳动立法及后续条约谈判将产生重要影响。未来修改《劳动法》及《劳动合同法》等相关法律时, 应考虑加入禁止强制劳动等内容。

### (三) 有关可持续发展问题的分歧处理机制<sup>②</sup>

虽然 CAI 在可持续发展部分的措辞上较多采用类似于“尽最大努力”之类的表述, 表面看似约束力不强, 但该部分详细规定了分歧处理机制。分歧处理机制独立于 CAI 第五部分规定的国家间争端解决机制, 是专门针对可持续发展的争端处理的机制。这里用“分歧”而非“争端”一词, 或有区别这两个程序之意。从文本内容分析, 分歧处理机制将看似空泛的 CAI 关于可持续发展层面的价值追求落实为明确的法律规则, 并具有可操作性。

首先, 在程序设计上, 分歧处理机制借鉴了 WTO 争端解决程序, 包括磋商程序和专家组程序, 且将磋商设为专家组程序的前置程序。从技术层面看, 磋商程序和专家组程序均具有很强的操作性。磋商程序具体规定了磋商的启动、时限要求、步骤、磋商的保密性等问题。专家组程序则明确了程序启动、专家组设立和组成规则、职权范围、议事规则及中期报告、最终报告及报告作出后的磋商及执行等。这表明 CAI 分歧处理机制具有明显的制度化特点。

其次, 磋商、专家组设立及组成等程序具有一定强制性, 与 CAI 规定的国家间争端解决机制并无实质性差异。因此, 尽管 CAI 可持续发展章节的一些规定可能缺乏确定性、可预见性及可执行性, 但在未来有可能通过分歧处理机制对相关条款进行解释, 从而对缔约方产生法律义务的确定性和约束力。值得注意的是, 2021 年 1 月 20 日, 根据《欧韩协定》第 13.4 条组成的专家组作出报告, 裁定韩国违反其在协定项下的劳工承诺, 需调整其国内的劳动法及相关实践, 并以不断和持续性的努力加快批准国际劳工组织四项基本公约的进程。专家组报告表明韩国在协定项下的劳工承诺具有约束力, 无论其对贸易的影响如何, 均须得以执行。<sup>③</sup> 这是欧盟成功援引自贸协定保护劳工权益的第一案。尽管与美式协定比, 欧式协定在贸易与可持续发展专家组报告的强制执行力度方面措辞较弱, 但欧盟近年来加大了对协定中可持续发展章节的执行力度, 共针对贸易伙伴提起四个案件。除欧韩劳工争端案件外, 还于 2020 年 12 月就乌克兰违反《欧盟—乌克兰联合协定》中的环境条款取得胜诉。<sup>④</sup>

再次, CAI 分歧处理机制中的专家组程序允许提交法庭之友意见书或陈述。这与欧盟自《欧韩协定》以来所签条约中的相关规定一致, 体现出欧盟所主张的条约参与主体应具有多样性和包容性的态度。欧盟及成员国裁判机关传统上对法庭之友文件的提交和作用较为友好。<sup>⑤</sup> 在上述

① 相关分析参见李西霞:《自由贸易协定中劳工标准的发展态势》, 载《环球法律评论》2015 年第 1 期。

② CAI, Section IV, Sub-Section 4 (Mechanism to Address Differences).

③ See *Panel of Experts Proceeding Constituted Under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement*, Report of Panel of Experts, January 20, 2021, pp. 78 - 79.

④ European Commission, *Disputes under Bilateral Trade Agreements*, <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/bilateral-disputes/> (last visited 26 June 2021); *Restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union*, Final Report of the Arbitration Panel established pursuant to Article 307 of the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc\\_159181.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159181.pdf) (last visited 26 June 2021).

⑤ See “Amicus Curiae: An Overview of EU and National Case Law, Concurrences-Antitrust Publications and Events”, 15 November 2018, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/amicus-curiae/amicus-curiae-an-overview-of-eu-and-national-case-law-en> (subscription required, last visited 26 June 2021).

基于《欧韩协定》的劳工权利争端案中，相关机构和个人共提交 28 份法庭之友意见书或评论。从该案专家组报告看，这些意见书或评论对专家组的结论有一定的参考价值。<sup>①</sup>

CAI 分歧处理机制对投资中的劳工权利、环境保护以及企业社会责任等方面有重要保障作用，是缔约方对可持续投资价值追求在规则层面的落实。CAI 虽名为投资条约，但在促进可持续投资上与欧盟在自贸协定中的态度一脉相承。可持续发展条款对缔约方施加了具有约束力的义务。因此，CAI 分歧处理机制本身及欧盟在执行方面的新进展值得密切关注。

## 五 CAI 的意义、价值及批准生效

CAI 对中欧双方和疫后全球经济的恢复而言，均是一项非常重要且值得密切关注的经贸协定。目前即使因中欧在政治层面的分歧影响到 CAI 的批准和生效，但双方仍应相向而行，采取合作态度尽早使这份来之不易的协定发挥作用。

### （一）CAI 对中欧双方及全球经贸发展的意义与价值

尽管近年来我国在外资监管的自主自由化方面已取得诸多重大进展，但 CAI 以国际条约的形式巩固了这些开放承诺，使欧盟企业在我国的市场准入和国民待遇承诺能够得到有效执行。这对于保证欧盟投资者在我国市场的经济成果和持续经营有重要保障作用。CAI 对欧盟开放了许多新领域，在市场准入方面覆盖服务和非服务部门，尤其是在欧盟关注的金融市场和电动汽车等制造业领域，大幅提高了欧盟企业对我国市场的准入水平。因此，欧盟将 CAI 视为再平衡中欧经济的重要工具，谈判和批准 CAI 符合欧盟的开放式战略自主（open strategic autonomy）政策。

我国在 CAI 中就涵盖企业、补贴等有关公平竞争规则和可持续发展所作出的承诺史无前例，与欧盟价值观相向而行，且符合欧盟在中美贸易紧张局势下的战略自主政策。从更广泛的中欧关系看，欧洲议会决议表明其推动以价值观为导向的欧洲贸易政策的决心，但 CAI 提供了检验欧盟如何在以价值观为导向和由经济驱动的贸易政策之间保持平衡的机会。经济利益是否会促使欧盟与我国达成务实解决方案以缓和双方局势，在很大程度上取决于欧洲经济复苏的速度和程度。<sup>②</sup> 尽管由于欧盟政治格局的变化以及现阶段美欧关系的复苏，CAI 的前景仍不明朗，但欧盟仍有最终批准 CAI 的动机。<sup>③</sup>

对中欧双方而言，CAI 是稳定和推进中欧经贸合作的重要法律文件。2020 年，即使受新冠疫情影响，我国与欧洲国家的货物和服务贸易总额仍接近 1 万亿美元，双向投资累计超过 2500 亿美元。我国亦首次超过美国成为欧盟最大的货物贸易伙伴。CAI 谈判的达成有利于中欧投资关系与原本强劲的贸易关系共同发挥作用，促进双方的经贸合作更加行稳致远，并可为未来中欧自贸

① See Panel of Experts Proceeding Constituted Under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, Report of Panel of Experts, January 20, 2021, pp. 80 - 81.

② See Uri Dadush & Andre Sapir, *Is China-EU Comprehensive Agreement on Investment Underrated?*, Policy Contribution 09/2021, Bruegel, April 2021.

③ See e. g., Yen Nee Lee, "China-EU Investment Deal is Still Possible-But not Before 2023 - Analysts Say", June 15, 2021, <https://www.cnbc.com/2021/06/15/eu-china-investment-deal-still-possible-but-not-before-2023-analyst.html> (last visited 26 July 2021).

协定的谈判奠定良好基础。<sup>①</sup> CAI 作为中欧双方谈判达成的正式国际条约，与作为行政性协议的《中美协定》性质不同，在内容上更多体现了双方的平等和互惠地位。<sup>②</sup> 同时，鉴于欧盟具有的“所有制中立”传统，<sup>③</sup> CAI 体现了中欧双方在探寻国际规则统一性和包容性平衡方面所作出的共同贡献，因此对构建包容开放的全球经贸体制具有深远影响和历史性意义。

CAI 作为中欧经贸合作的里程碑成果，亦有利于全球经贸稳定和疫后经济复苏。我国和欧盟分别为世界第二大和第三大经济体，共同占有全球 GDP 的 45%，中欧关系对全球具有系统重要性。<sup>④</sup> 从经贸协定角度看，CAI 体现了双方对国际投资条约改革设计方面的考虑，既包含实体内容的改革，也涉及程序问题的改造，对全球投资法制的变革产生影响。此外，中欧在抗疫合作、经济复苏、维护多边贸易体制和应对全球气候变化等诸多领域拥有共同利益和相似立场，CAI 亦体现出双方对诸多全球性经贸法律问题的思考，包括 WTO 改革和气候变化等方面。

## （二）CAI 的批准生效及相关建议

对于 CAI 这一重要协定，中欧在文本谈判完成后本应尽快完成批准程序，并就未决的投资保护和 ISDS 机制进行后续谈判，但遗憾的是，目前 CAI 的生效面临较大的不确定性因素，其中既有法律问题，也受到双方政治关系的影响。但不管 CAI 生效与否，均不应影响我国进一步的深化改革和高水平制度型开放。

### 1. CAI 的批准生效所面临的不确定性

法律问题主要涉及欧盟的对外缔约权能。对于国际条约，如果是仅涉单一事项的协定，通常只需欧盟理事会批准和欧洲议会同意即可。如果条约涉及欧盟和成员国的共享缔约权能，则另需成员国议会批准。<sup>⑤</sup> 《里斯本条约》赋予欧盟在外国直接投资领域内的专属权能，即欧盟取代成员国就直接投资进行对外谈判和缔约。但未决问题是经贸协定中的投资往往不仅包括外国直接投资，还包含大量间接投资，如证券投资、知识产权等。<sup>⑥</sup> 因欧盟与新加坡自贸协定而产生的欧盟法院第 2/15 号意见表明，间接投资、ISDS、透明度、调解机制、缔约方争端解决等事项属于共享权能。<sup>⑦</sup>

① See e. g., Center for European Policy Studies (CEPS), *Tomorrow's Silk Road: Assessing an EU-China Free Trade Agreement*, Executive Summary, April 2016, <https://www.amfori.org/sites/default/files/CEPS%20-%20EU-China%20agreement%20-%20Summary.pdf> (last visited 28 June 2021). 习近平主席在《关于深化互利共赢的中欧全面战略伙伴关系的联合声明》中，提出中欧双方应在条件成熟时签订全面深入的自由贸易协定。

② See Thilo Hanemann & Mikko Huotari, *EU-China FDI: Working Towards Reciprocity in Investment Relations*, Merics Paper on China, No. 3, May 2018.

③ Article 345, Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of European Union, Official Journal of European Union, Oct. 26, 2012, C 326/47.

④ See Kerry Brown, “The EU and China in 2021: Separate Discourses, Similar or Different Aims”, The Asian Forum, February 2, 2021, <https://theasianforum.org/the-eu-and-china-in-2021-separate-discourses-similar-or-different-aims/> (last visited 30 June 2021).

⑤ Article 3, Article 4, Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of European Union, Official Journal of European Union, Oct. 26, 2012, C 326/47. 关于欧盟缔结的经贸协定属于混合型还是单一型及批准权能问题，参见 Paola Conconi et al., “EU Trade Agreements: To Mix or Not to Mix, That Is the Question”, (2021) 55 (2) *Journal of World Trade* 231, pp. 231–260.

⑥ See Ondrej Svoboda, “The Common Commercial Policy after Opinion 2/15: No Simple Way to Make Life Easier for Free Trade Agreements in the EU”, (2019) 15 (1) *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 189, pp. 189–214.

⑦ See Guillaume Van der Loo, *The Court's Opinion on the EU-Singapore FTA: Throwing off the Shackles of Mixity?*, CEPS Policy Insights, No. 2017/17, May 2017.

欧盟委员会承认对两者清楚界定非常困难,因此在实践中可能由欧盟就全部投资内容进行对外谈判并缔约,之后再由成员国分别批准协定中关于非直接投资的内容。如前提及,CAI目前仅适用于直接投资,现阶段文本也缺乏投资保护和ISDS内容,似可被认为属于单一协定。但CAI所包含的附件产业清单、透明度和缔约方国家间争端解决等内容,是否仍将被解释为属于欧盟和成员国共享权能则并不明确。

在政治层面,进入2021年以来,中欧关系因新疆棉等争议相互采取制裁措施。2021年5月20日,欧洲议会通过一项暂停关于CAI的讨论并冻结其批准程序的决议。<sup>①</sup>尽管现阶段CAI的批准程序实际上尚未开始,欧盟委员会仍在对CAI文本进行法律审核和翻译等技术准备工作,该份欧洲议会决议对CAI尚不具有实质性的法律效力,但中欧双方的彼此制裁导致了双方之间的消极政治环境,欧洲议会决议使得CAI在欧盟层面的批准陷入困境。此外,CAI的批准生效涉及复杂敏感的政治和国际关系问题,包括欧盟的开放式战略自主、价值观外交及美欧跨大西洋关系的发展趋向等方面。应提及的是,欧洲议会决议并不代表欧盟议会是否批准CAI的最终立场,因此不应被过度解读为CAI的终结。鉴于CAI对中欧和全球经济发展所具有的重要意义和价值,双方应继续合作尽快完成批准生效程序。

## 2. CAI与我国的深化改革和高水平开放

作为我国第一个包含服务业投资自由化的协定,CAI有其创新性和系统性的意义。随着我国改革开放的深化,特别是要素市场化配置机制的完善,基于竞争中立和所有制中立的规则体系基本满足我国对于“一带一路”建设和包容性国际治理体系的需求。在可持续发展等社会治理领域,我国能够适应的标准也在日益提高。我国在CAI中首次承诺了严格具体的国企监管纪律、营造法治化的公平竞争环境以及可持续发展义务,均践行了以创新为核心的新发展理念和以人民为中心的新发展思想,也为我国和其他国家的经贸体制性谈判奠定了良好基础。即使CAI的生效出现波折,也不影响我国既定的改革开放措施。

CAI对标国际高水平经贸规则,在全面平衡的基础上立足于制度性开放及透明监管体系和公平竞争规则构建,在诸多方面体现了我国商签经贸条约的新范式和新发展。与我国签订的传统投资条约相比,CAI将为我国投资者进入欧盟市场和运营获得更多法律上的确定性。从制度型高水平开放角度看,国企改革市场化方向的再次明确、中立透明的监管体系以及劳工与环境保护标准的不断提高,有利于解决我国与西方国家在经济全球化方面的焦点矛盾。CAI规则具有的全面性和先进性亦正是我国以改革促开放战略的关键部分。因此,即使CAI的生效延缓,这些重大突破仍具有不可否认的历史意义。

坚持统筹推进国内法治和涉外法治作为习近平法治思想的重要内容,是在维护国家主权与根本利益的基础上积极参与全球治理的重要举措。我国目前正在构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局,需要持续扩大高水平对外开放并优化公平竞争的营商环境。在逆全球化抬头甚至盛行之际,CAI向全球展现了我国的制度型开放承诺和创新社会治理的良好形象。这为

<sup>①</sup> European Parliament, “MEPs refuse any agreement with China whilst sanctions are in place”, 20 May 2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210517IPR04123/meps-refuse-any-agreement-with-china-whilst-sanctions-are-in-place> (last visited 30 June 2021). 在该决议中,欧洲议会要求中国撤销对欧盟的反制裁措施。此前在2021年3月22日中国宣布反制裁措施后,欧洲议会已取消本应于3月24日举行的关于CAI的前期讨论会,基本确定了CAI在欧洲议会面临的不利局面。

未来中欧谈判自贸协定和我国申请加入 CPTPP 进行了法律上的关键储备。因此，对于 CAI 中涉及我国深化改革开放的内容，即使协定未生效，我国仍应积极考虑推动实施，获得规则适用上的主动性。

在百年未有之大变局和世纪未有之大疫情下，全球化和多边经贸体制面临更为艰巨的挑战。但和平与发展仍是当今时代主题。习近平主席指出，要从战略高度把握中欧关系的大方向和主基调，坚定不移推动中欧全面战略伙伴关系健康稳定发展。<sup>①</sup> 中欧间并不存在明显的地缘政治冲突，因政治层面的影响而冷却 CAI 这一重要谈判成果并不符合双方利益。CAI 的达成殊为不易，中欧应在既有成果基础上对未来双边关系进行客观评估和理性判断，在求同存异基础上积极预防更大的负外部性发生，使来之不易的谈判成果发挥条约作用，方能裨益于双方长足的经贸发展和共同利益。

## The Paradigm Shift in China's Negotiating Investment Treaty: A Commentary on the China-EU Comprehensive Agreement on Investment

*Shi Jingxia and Chen Xiaoxia*

**Abstract:** China-EU Comprehensive Agreement on Investment (CAI), concluded on December 30, 2020, is the most bilateral legal instrument between China and European Union since 1985 China-EC Trade and Cooperation Agreement. Unlike traditional investment agreements, CAI not only covers investment liberalization with an emphasis service sectors, but also regulatory framework aiming to laying a more level playing field through fair competition, covered entities, subsidy transparency, etc. Furthermore, CAI secures commitments on sustainable investment by linking investment with labor, environment, climate change, corporate social responsibility. Overall, CAI represents the progressiveness and comprehensiveness of investment commitments China has made thus far and indicates a paradigm shift of China's negotiation and conclusion of international economic and trade treaties. The high-standard commitments in many sectors China has committed in the CAI deserve more attention. The tit-for-tat sanctions between China and EU since early 2021 undoubtedly cast shadow over the CAI's ratification. However, the completion of CAI negotiation in time and the progressiveness of CAI rules fully exhibit its unprecedented significance in promoting China-EU economic and trade. The continuous negotiation and ratification of CAI largely relies on the impetus duly given by both sides with their conventional political wisdom. It is advisable that both China and EU take practical attitudes in carrying CAI forward to its ratification for a better future of bilateral economic cooperation.

**Keywords:** China-EU Comprehensive Investment Agreement, CAI, Investment Liberalization, Covered Entities, Sustainable Development

(责任编辑：谭观福)

① 中央广电总台时政新闻眼：《中法德领导人再次举行视频峰会，释放哪些重要信息？》，2021年7月5日，<http://news.cri.cn/20210706/738a5a8f-7a13-c225-9fc1-323219f42a0d.html>，最后访问时间：2021年7月10日。