

# 《中欧全面投资协定》与监管权： 战略机遇及外部风险

叶 斌\*

**摘 要：**中国与欧盟原则上达成《中欧全面投资协定》（CAI），是在当前“逆全球化”横行以及国际形势“不确定性”背景之下中欧合作推进国际经贸治理的重大战略成果。CAI 不仅表明中国有意愿接受新一代国际经贸规则，进一步开放市场并约束监管权，而且有能力在协定谈判中为本国发展保留适当的政策空间与监管余地。在市场开放、公平竞争和可持续发展条款方面，CAI 接近甚至超过《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》和《欧盟—日本经济伙伴关系协定》。如果 CAI 正式签署并生效，它将开启中国自加入 WTO 以来新一轮的国际规则接轨与高水平对外开放，为深化国有企业改革、完善国家补贴制度、提高劳工权益与环境保护、提升企业社会责任以及可持续发展带来新的契机。但是，欧盟近期推行单边立法动议，尤其是《外国补贴条例草案》，针对中国经济发展特征引入新的规则，旨在限制由国家驱动的对欧投资，使中国对欧投资仍面临不少外部风险。

**关键词：**中欧全面投资协定 CAI 监管权 竞争中性 国有企业 可持续发展

中国与欧盟于 2020 年 12 月 30 日原则上达成《中欧全面投资协定》（以下简称 CAI），<sup>①</sup> 这是迄今为止中国与主要贸易伙伴达成的开放程度最高、监管更加全面和平衡的国际投资协定。就接受更高水平投资规则而言，CAI 在不少方面接近甚至超过《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（以下简称 CPTPP）和《欧盟—日本经济伙伴关系协定》（以下简称《欧日 EPA》）。如果 CAI 正式签署并生效，这将意味着中国自加入世界贸易组织（以下简称 WTO）以来新一轮的国际规则接轨与高水平对外开放，为深化国有企业改革、完善国家补贴制度、提高劳工权益与环境保护、提升企业社会责任以及可持续发展带来新的契机。

对中欧关系而言，CAI 将为中欧关系建立新的双边法律基础，将加强中欧之间双向投资的法律确定性，为中欧之间的服务贸易与直接投资带来新的合作与发展机遇，中欧经贸关系的合作性将进一步增强。对中国与欧盟投资者而言，CAI 将使得市场开放度更高和更明确，政府监管的法治程度更高和更透明，市场环境更趋公平，商务人员往来也更加便利。对于中国市场，

\* 中国社会科学院欧洲研究所欧盟法研究室主任，副研究员，国际法学博士。本文系国家社科基金年度一般项目“欧盟投资法院制度及中国应对研究”（批准号为 17BFX147）的阶段性成果。

① 《中欧全面投资协定》谈判进展及英文文本，参见“EU-China Comprehensive Agreement on Investment”，last update: 25 January 2021，<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-china-agreement> (last visited 23 September 2021)。

新的欧盟资本将进入中国市场，为中国消费者带来更多选择，而且有益的市场竞争和更公平的市场规则将促进市场结构优化，促进高质量发展和产业链提升，助力中国新发展格局的形成。

但是，欧盟与中国在经济发展模式与治理方式上存在制度性差异，机遇与挑战并存。继WTO规则之后，CAI进一步重塑市场规则，其核心之一是如何平衡政府监管权（right to regulate）——约束监管权与明确监管权空间。一方面，缔约方作出约束政府权力的承诺，不仅将减少政府对市场准入与企业运营业绩的干预，引入竞争中性（competitive neutrality）原则使国有企业回归市场角色，将工业补贴的透明度要求扩大到服务业，而且要求政府决策和监管程序更加法治化。除了中国内部市场面临更多的竞争之外，这些新规则将倒逼我国体制机制改革，对各级政府的行政方式和行政能力提出新要求。另一方面，CAI又为政府监管权提供更明确的空间，允许缔约方为了合法政策目标引入新的监管工具。鉴于中欧经贸关系的竞争性加强，欧盟及其成员国近年来不断出台经贸立法，针对中国经济特征打造全新法律工具以加强其市场保护，例如《欧盟外资安全审查条例》<sup>①</sup>《欧盟外国补贴条例草案》<sup>②</sup>《德国企业供应链尽责义务法》<sup>③</sup>等。这些新的单边经贸立法措施将给中国资本和产品进入欧洲市场带来法律上的风险。

中欧投资协定谈判一开始就受到学界广泛关注。有学者关注欧盟投资条约的范本问题，<sup>④</sup>并提出中欧双边投资协定（BIT）2.0版的著名观点。<sup>⑤</sup>另有不少研究跟踪和分析欧盟与中国的谈判诉求、路径与规则取向，<sup>⑥</sup>其中投资自由化<sup>⑦</sup>、企业公平竞争<sup>⑧</sup>、投资者诉国家争端解决机制（以下简称ISDS机制）<sup>⑨</sup>得到不同程度关注。自CAI原则达成后，相关研究重点从对谈判提出建议

① Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, *OJ L 79*, 21 March 2019, pp. 1 - 14.

② European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, 2021/0114 (COD), COM (2021) 223 final, Brussels, 5 May 2021.

③ Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2959) .

④ See, e. g., Wenhua Shan and Sheng Zhang, “Market Access Provisions in the Potential EU Model MIT: Towards a ‘Global BIT 2.0’?”, (2014) 15 (3 - 4) *The Journal of World Investment & Trade* 422, pp. 422 - 453; August Reinisch, “Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT?”, (2014) 15 (3 - 4) *The Journal of World Investment & Trade* 679, pp. 679 - 704.

⑤ Wenhua Shan and Lu Wang, “The China-EU BIT and the emerging ‘Global BIT 2.0’”, (2015) 30 (1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 260, pp. 260 - 267.

⑥ 可参见 Wenhua Shan and Sheng Zhang, “The Potential EU-China BIT: Issues and Implications”, in Marc Bungenberg, August Reinisch and Christian Tietje (eds.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges* (Hart and Nomos, 2012), pp. 87 - 120; 姚铃：《欧盟在中欧投资协定谈判中的诉求简析及对策建议》，载《国际贸易》2014年第10期；江清云：《中欧双边投资协定谈判的现状、问题与应对》，载《德国研究》2014年第4期；刘春宝：《欧盟国际投资协定政策的革新及其对中欧BIT谈判的影响》，载《国际经济法学刊》2015年第2期；叶斌：《中欧投资协定展望》，载《国际展望》2015年第6期；卢进勇、李思静、张晨焯：《中欧BIT谈判重点、难点及策略》，载《国际经济合作》2020年第3期。

⑦ 屠新泉、曹鸿宇：《中欧BIT谈判投资自由化问题研究》，载《国际贸易》2019年第9期。

⑧ 刘向东：《中欧双边投资协定谈判中涉及中资企业公平竞争问题及应对建议》，载《全球化》2018年第2期。

⑨ 可参见黄世席：《欧盟投资协定中的投资者—国家争端解决机制——兼论中欧双边投资协定中的相关问题》，载《环球法律评论》2015年第5期；邓婷婷：《中欧双边投资条约中的投资者—国家争端解决机制——以欧盟投资法庭制度为视角》，载《政治与法律》2017年第4期；陶立峰：《中欧BIT谈判中投资者与国家争端解决的模式选择》，载《法学》2017年第10期；汪梅清、吴岚：《欧盟主导的投资法庭上诉机制及其对中欧投资争端解决机制的借鉴意义》，载《国际商务研究》2019年第6期；张皎、李传龙、郑淑琴：《中欧投资协定投资者与国家争端解决条款设计——基于条款价值的考量》，载《欧洲研究》2020年第2期。

转向条约的影响评估与规则研究，其中涉及 CAI 的经济影响，<sup>①</sup> 对 WTO 投资议题的范式作用，<sup>②</sup> 以及对中国经济贸易条约的范式意义。<sup>③</sup>

本文将研究视角放在 CAI 对监管权的约束与保留空间，以及欧盟近期经贸立法引入新的监管权这个整体背景之下，旨在展现 CAI 在大变局背景下助力构建新发展格局的战略意义，同时提醒可能存在的风险与挑战。本文第一部分背景性地介绍在中美欧三方博弈之下中方与欧方的谈判诉求；第二部分重点分析 CAI 核心承诺对政府监管权的影响，通过对不同协定的比较与分析，讨论 CAI 的开放程度、规制程度以及为中国投资保留的发展空间；第三部分探讨该双边规则与单边立法的互动关系，旨在提醒欧盟单边措施可能导致中方对条约的部分诉求落空，脱钩风险仍然存在；第四部分总结 CAI 在战略与经济上的双重机遇与挑战。

## 一 大变局下的《中欧全面投资协定》

自加入 WTO 以来，中国从市场开放与市场机制中获益，经济持续快速增长。随着中国经济实力提升与“走出去”政策和“一带一路”倡议的推进，中欧投资关系在 2012 年前后发生实质变化，中国从单向投资目的国转变为双向投资国。2016 年中国已成为全球第二大对外投资国，<sup>④</sup> 2020 年成为全球最大的投资目的国。<sup>⑤</sup> 就中国对欧投资而言，传统双边投资协定的保护不足问题逐渐显现，中国在欧投资迫切需要统一和更加平衡的投资保护协定。由于中国的经济增长高度依赖全球化，随着在全球价值链中位次提升，中国需要更开放、更完善和更可持续的市场机制，以避免逆全球化或被动脱钩的不利影响，并促进国内经济的高质量发展。

从 2013 年中国与欧盟启动投资协定谈判，到 2020 年底原则上达成 CAI，这期间国际格局发生巨大变化。CAI 谈判在双方贸易谈判议程中的重要性明显上升，中国与欧盟对协定谈判的战略考量与诉求也随之有所调整。

### （一）中美欧三方博弈

在中美贸易战之前，CAI 在中国与欧盟各自的贸易谈判议程中都居于次重要地位。无论是谈判重要性，还是规则设定，在中美双边投资协定谈判和《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(TTIP) 谈判中，中欧双方都将其与美国的经贸谈判放在最优先位次。例如，中国关于准入前国民待遇和负面清单管理机制的承诺就是在对美谈判中首先作出的。

但自美国特朗普政府上台之后，中美双边投资协定谈判事实上被搁置。特朗普政府采取“美国优先”政策，不仅发动中美贸易战，而且对欧盟部分产品加征关税，阻挠 WTO 上诉机构成员遴选，导致中美关系和欧美关系都严重受挫。中美欧三方关系的变化，以及美国不

① 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。

② Jürgen Kurtz and Baihua Gong, “The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: A Model for Investment Coverage in the World Trade Organization?”, RSC Working Paper 2021/58, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, June 2021.

③ 石静霞、陈晓霞：《〈中欧全面投资协定〉：我国商签经贸条约的新范式》，载《国际法研究》2021 年第 5 期。

④ UNCTAD, World Investment Report 2017, UNCTAD/WIR/2017, p. 14.

⑤ UNCTAD, World Investment Report 2021, UNCTAD/WIR/2021, p. 5.

断“退群”导致全球领导力真空，使CAI谈判的战略意义上升，成为中美欧三方博弈的杠杆。

## （二）中方诉求：构建新发展格局与防止被动脱钩

CAI的核心承诺是开放市场、完善公平竞争环境与纳入可持续发展目标。对中方而言，这些承诺意味着高水平的制度性开放与改革，其本质是重塑政府与市场的关系，其重心是对政府权力施加进一步约束，引入更公平、更透明、更法治化的市场运行规则。要解释为什么中方在市场开放、国有企业、补贴和可持续发展等重大议题上作出承诺，关键在于理解CAI与构建新发展格局的关系——准确把握新发展阶段，深入贯彻新发展理念，加快构建新发展格局。

习近平主席指出，“构建新发展格局，实行高水平对外开放，既要持续深化商品、服务、资金、人才等要素流动型开放，又要稳步拓展规则、规制、管理、标准等制度型开放。”<sup>①</sup>中国与欧盟达成CAI正反映了中国政府在推进“高水平对外开放”和拓展“制度型开放”上的决心和雄心。深化改革，加大吸引外资的力度，将有助于提高对外开放的水平，增强外资在华投资的信心。<sup>②</sup>CAI不仅深化经济要素的自由流动，进一步完善市场规则，而且提升政府监管能力与水平，将助力我国构建新发展格局。

在拜登新政府上台之前，中国与欧盟原则上达成CAI，是在中美欧三方博弈之下中国与欧盟取得的重要战略成果。在逆全球化与“脱钩”声浪此起彼伏的背景下，CAI以开放、开明和改革的姿态突破美西方反华势力围堵，打开了中欧合作的新局面，为全球投资自由化和可持续发展注入新活力。

## （三）欧方诉求：开拓市场、维持竞争优势与战略自主

2019年3月，欧盟发表《欧中关系展望》，把中国定位为与欧盟具有紧密一致目标的合作伙伴、欧盟需要寻找利益平衡的谈判伙伴、在追求技术领导力上的经济竞争者以及在推动治理模式上的制度性对手。<sup>③</sup>中欧原则上达成CAI，表明尽管中欧在经济发展上的竞争性增强，在制度上存在根本差异，但是中欧仍具有巨大的合作空间。与中欧之间的庞大贸易量相比，中欧之间的投资比重相对较低。欧盟开拓中国市场，有助于欧盟内部经济增长与就业，而CAI可以解决中欧贸易关系与投资关系之间的不平衡。<sup>④</sup>

有欧盟文件指出，中国未提供对等的市场准入以及缺乏公平竞争环境对近年来的中欧投资关系构成主要挑战，CAI谈判是解决这一问题的关键。<sup>⑤</sup>根据2013年欧盟委员会《中欧投资关系影响评估报告》，欧盟对CAI的核心目标是逐渐废除对外国直接投资的限制，促进经济增长，创造

① 习近平：《把握新发展阶段，贯彻新发展理念，构建新发展格局》，载《求是》2021年第9期。

② 陈新：《大变局下中欧全面投资协定的多重意义》，载《人民论坛》2021年第20期。

③ European Commission and HR/VP, Joint Communication: EU-China - A Strategic Outlook, 12 March 2019.

④ Commission Staff Working Document, Executive Summary of the Impact Assessment Report on the EU-China Investment Relations, SWD (2013) 184 final, Brussels, 23 May 2013.

⑤ Gisela Grieger, “Briefing-EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Levelling the Playing Field with China”, European Parliamentary Research Service, PE 679.103, March 2021.

就业和福利，并且维持欧盟的竞争力。为此，欧盟对 CAI 提出 12 点具体诉求，主要涉及准入前非歧视待遇、监管透明度、知识产权保护、国有企业、补贴、环境与劳工等。<sup>①</sup> 自 2015 年欧盟贸易政策文件之后，欧盟的具体目标又加入了支持可持续发展。

从目前公布的文本看，欧盟对 CAI 的核心诉求是扩大市场准入、建立公平竞争环境和可持续发展。尤其是在建立公平竞争环境方面，CAI 纳入禁止业绩要求（performance requirements）条款以减少政府对企业的干预，融入竞争中性原则以对国有企业施加约束，并且承诺服务业补贴的透明度。究其本质，是通过开拓中国市场，降低投资壁垒，维持欧盟在全球价值链中的竞争优势。

CAI 为欧洲企业早于美国企业进入中国市场赢得战略先机，而且向世界展示了欧盟战略自主的一面，即欧盟在经贸领域有自身考量和战略利益，并不全然追随美国或者对中美关系选边站。当然，欧盟能否如期批准 CAI 将考验欧盟的战略自主。

## 二 《中欧全面投资协定》核心承诺与监管权

CAI 的核心承诺在于提供高水平的市场开放，提升公平竞争环境，并且融入可持续发展目标。在市场开放方面，CAI 不仅作出开放大部分服务业和制造业的承诺，而且对与市场准入有关的政府权力施加严格约束。在公平竞争方面，CAI 引入竞争中性原则的某些因素，在国有企业待遇、政府补贴、投资监管机制的透明度等方面作出承诺。在可持续发展方面，CAI 纳入劳工、环境保护和企业社会责任等条款，将价值观嵌入缔约方投资监管体制，要求缔约方通过加入和批准相关公约来承担更多国际义务。CAI 暂未纳入投资保护条款和 ISDS 机制，双方约定在未来两年内完成最终谈判。CAI 的核心承诺为完善市场机制带来新的机遇，但是不可避免地涉及监管权问题，对政府如何规范权力运行，以及相关企业如何参与市场竞争带来新的课题。

### （一）市场开放

CAI 作出了开放大部分行业 and 解除大量限制性措施的承诺。一方面，CAI 将中国与欧盟各自原先已经作出的单方面承诺转化为双边法律义务，例如 2020 年生效的《中国外商投资法》所引入的准入前国民待遇和负面清单模式，中国为改革外资监管制度而做的一系列举措，以及《欧洲联盟运行条约》奉为圭臬的资本自由流动原则，欧盟法和成员国法原先承诺开放的行业等。另一方面，中欧双方在现行单方面开放的基础上作出新的互惠承诺，例如取消某些数量限制、合资形式要求、业绩要求、高管要求以及对国有企业施加非歧视待遇与商业考虑（commercial considerations）要求等。此外，中国在服务业方面作出了比《服务贸易总协定》（以下简称 GATS）项下更高层次的承诺，这些服务业的开放承诺不仅有利于欧盟投资者，而且因 WTO 最惠国待遇原则而惠及其他成员。

#### 1. 行业开放：正面清单与负面清单

在市场准入方面，CAI 采取负面清单加正面清单的混合方式列举行业和措施。CAI 首先明确

<sup>①</sup> Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report on the EU-China Investment Relations, SWD (2013) 185 final, Brussels, 23 May 2013, pp. 20 – 21.

将视听服务、涉及航权的航运服务<sup>①</sup>以及在行使政府权力中提供的服务这三类明确排除在协定适用范围之外（第2.1条），然后规定允许的不符措施与例外（第2.7条），即在附件中以负面清单（附件一和附件二）和正面清单（附件三）列举中国与欧盟各自保留的行业和措施。在非服务业开放方面，中国向欧盟几乎全面开放制造业，包括电动汽车、化工、电信设备以及医疗设备。在服务业开放方面，中国承诺开放云服务、金融服务、私人医疗、环保服务、国际海运和空运相关服务。

与其他经贸协定相比，在投资自由化方面，中国在CAI中对欧盟的开放承诺不仅高于其在GATS项下的承诺，而且远高于在《区域全面经济伙伴关系协定》（以下简称RCEP）和《中美第一阶段经贸协定》项下对外作出的承诺。与GATS仅适用于与贸易有关的服务相比，CAI适用于服务与服务之外的行业，适用范围更广。虽然在RCEP和《中美第一阶段经贸协定》之下中国也承诺开放金融业，但是在CAI之下承诺开放的行业数量更多，施加的限制更少。总体而言，对于制造业、汽车、医疗、电信与云服务、计算机服务、航空运输相关服务，中国在CAI下的开放度都高于RCEP。不仅如此，欧洲企业还将在CAI之下获得额外的市场准入，包括电动汽车、一线城市的私营医院、云服务、航空计算机预订系统等。

表1 中国在《中欧全面投资协定》与其他协定的市场开放度比较<sup>②</sup>

	《服务贸易总协定》 (GATS)	《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)	《中美第一阶段经贸协定》	欧洲企业是否获得 额外市场准入(CAI)
制造业	不涵盖	低于CAI	-	否
汽车/电动汽车	不涵盖	低于CAI	-	是,电动汽车
金融服务	低于CAI	与CAI一样	与CAI一样	否
医疗	低于CAI	低于CAI	-	是,一线城市私营医院
电信/云服务	低于CAI	低于CAI	-	是,云服务
计算机服务	低于CAI	低于CAI	-	否
国际海运	低于CAI	与CAI一样	-	否
航空运输相关服务	低于CAI (不负有义务 unbound)	低于CAI	-	是,计算机预订系统
研发(生物资源研发)	不作承诺 (Not committed)	不作承诺 (Not committed)	-	否,对未来自由化有约束力

## 2. 禁止市场准入的数量限制：开放与平衡

欧盟常常抱怨中国不仅在行业开放上不对等，而且在允许外资进入的某些行业也存在诸多限制，例如限制企业的数量、产值，要求合资经营等。<sup>③</sup> CAI第2.2条对市场准入的限制性措施作出承诺，要求不得以配额或经济需求测试要求等形式对另一缔约方投资者的企业经营施加四种数量限制，也不得要求企业采取特定的法律类型或者要求合资，除非附件减让表另有规定。

① CAI第2.1条明确将航空器维修与维护服务、航空运输服务的销售与市场推广、计算机分销系统(CRS)服务以及地面服务纳入适用范围。

② 来源：DG Trade of European Commission, “EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI): Memo”, 21 January 2021, p. 16, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/march/tradoc\\_159480.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/march/tradoc_159480.pdf) (last visited 23 September 2021)。

③ Commission Staff Working Document, Executive Summary of the Impact Assessment Report on the EU-China Investment Relations, SWD (2013) 184 final, Brussels, 23 May 2013, p. 3.

对于禁止采取的数量限制措施，CAI 特别列入了四种，即对企业数量的限制、对交易或财产总额的限制、对企业产值的总额限制以及雇员人数的限制。《中国和加拿大关于促进和相互保护投资的协定》以及 RCEP 均未作出这类市场准入的承诺。就此而言，这意味着与加拿大和 RCEP 缔约方投资者相比，欧盟投资者面临的准入限制更少。

值得一提的是，GATS 第 16 条禁止采取的市场准入数量限制措施为五种，除了上述四项措施之外，还包括限制外国持股的最高比例或外国投资总额的措施。《欧盟—韩国自由贸易协定》（以下简称《欧韩 FTA》）第 7.11 条、《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》（以下简称 CETA）第 8.4 条、《欧盟—越南自由贸易协定》（以下简称《欧越 FTA》）第 8.4 条以及《欧日 EPA》第 8.7 条也有措辞几乎一致的规定。因为 CAI 第 2.2 条采用正式清单方式，所以缔约方仍有权对 GATS 适用范围之外的投资领域采取或维持该条未明确禁止的其他限制。由此，尽管 CAI 的中国减让表“有关市场准入的具体承诺和限制的附件三”对清单中的行业很少施加持股最高限制，但是 CAI 正文本身并没有放弃这种限制。这表明 CAI 谈判者对于是否应该全面禁止持股限制或总额限制这个问题存在不同看法，中方谈判代表试图兼顾市场开放与外资监管限制之间的平衡。

CAI 在市场准入上既作出大量开放承诺，同时也兼顾平衡。开放主要表现在 CAI 将开放大多数行业，并且禁止某些限制性措施。平衡则主要表现在缔约方在行业开放、非歧视待遇以及限制性措施上作出不同程度的保留。在附件一中，CAI 允许缔约方保留一定的现行措施。在附件二中，CAI 允许缔约方保留在未来采取限制性措施的政策空间，即使当前并未采取准入限制。

中方作出开放市场和减少限制的重要承诺，同时也考虑到必要的平衡，对某些行业开放施加一定限制。例如，就保险业开放而言，国内保险公司的持股比例不得低于 75%。就金融业开放而言，投资信贷公司的外国投资者必须为外国金融机构；投资金融租赁公司的外国投资者必须为外国金融机构或金融租赁公司，外国投资者如果是金融机构，其财产总额不得低于 10 亿美元，如果是金融租赁公司，则不得低于 100 亿人民币。

中欧双方同时也作出不少重要的保留。譬如，欧盟在负面清单中明确作出有关国民待遇的保留，对于根据欧盟法或成员国法成立并且在欧盟境内设有注册办公地、中心管理地或主要营业地的内国法人在《欧洲联盟运行条约》（TFEU）下享受的待遇，既不给予在欧盟境外设立的法人，也不给予其分支机构或代表处，例如中国法人在欧盟境内的分支机构或代表处。<sup>①</sup>

### 3. 禁止的业绩要求

所谓业绩要求，通常指投资东道国对投资者提出的满足特定经营目标的要求。东道国对投资提出业绩要求或条件，是行使监管权的一种方式。业绩要求不仅被发展中国家使用，也常被不少发达国家用于实现经济与非经济的广泛目标，包括加强工业基础和提升本国附加值，推动本国专业技术发展，建立上下游产业的经济联系，确保技术转让，取得更好的环境或社会收益，减少失业，维护关键产业中本国企业的分量，或者保障产业安全等。但是，业绩要求对经济要素施加特定要求或条件，例如出口比例要求、本国成分要求、本地采购要求、强制转让技术等。业绩要求被认为对国际贸易与投资具有扭曲效应。<sup>②</sup>

① 参见 CAI 欧盟减让表第 1 项。

② 参见 UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/7, p. 2; 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。

CAI 禁止的业绩要求多达 10 种情形,在当前各投资协定中的规制严格程度仅次于《欧日 EPA》。《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》(以下简称 CETA)和《欧盟—越南自由贸易协定》(以下简称《欧越 FTA》)禁止的业绩要求为 7 种,常见于新一代投资协定中。这 7 种业绩要求也被全部纳入 CAI 第 I.3 条第 1 款,即(a)出口比例要求,(b)本国成分要求,(c)境内采购要求,(d)将进口额与出口额或外汇流入量相挂钩的要求,(e)为出口创汇而限制对境内销售的要求,(f)技术转让要求以及(g)向特定区域或世界市场专供的要求。除了这 7 种常见的业绩要求,CAI 额外增加了 3 种禁止的业绩要求:(h)境内设立地区或全球总部要求,(i)境内研发比例要求,(j)偏好本国技术要求。

对于禁止强制技术转让,CAI 不仅在第 I.3 条第 1 款(f)项禁止“缔约方要求其境内所有企业向其境内自然人或企业转让技术、生产工艺或其他专有知识”,而且还额外增加独有的第 3 款,要求“缔约方不得直接或间接地采取要求、强制、施压等方式干预一缔约方的自然人和企业与另一缔约方自然人和企业之间的技术转让或许可。这种技术转让或许可必须建立在市场条件下,基于自愿并且反映双方合意”。新增的这一款与前面(f)项存在一定的重合,显然意在更加明确地禁止缔约方之间的强制技术转让。

《欧日 EPA》第 8.11 条禁止的业绩要求有 12 种之多,但不禁止偏好本国技术要求,而是额外地禁止:(f)限制出口销售要求,(i)本国雇员比例要求,(l)压低特许权使用费或限制许可合同同时限要求。CPTPP 第 9.10 条和《美国—墨西哥—加拿大协定》(以下简称 USMCA)第 14.10 条禁止的业绩要求相同,都为 9 种,不禁止总部要求和境内研发比例要求,而是禁止压低特许权使用费或限制许可合同同时限要求,并且在禁止偏好本国技术之下增加禁止妨碍在其境内使用某技术的要求。

比较这些协定可以发现,CAI 一方面扩大禁止的业绩要求,将设立总部要求、研发比例要求和偏好本国技术要求纳入禁止的范围,以限制缔约方监管权的使用,而另一方面也保留一定的政策空间,出口销售限制、雇员本地化和压低特许权使用费或限制许可合同同时限这 3 种业绩要求并不在禁止之列。

需要指出的是,CAI 与上述协定一样,禁止业绩要求条款适用于缔约方境内“所有”企业,即包括缔约方本身、另一缔约方和非缔约方在其境内投资的企业。但是,RCEP 的禁止业绩要求条款仅适用于其境内任何其他缔约方的投资者,也就是说,不适用于非缔约方投资者,也不适用于本国投资者。在禁止业绩要求方面,CAI 不仅给予非缔约方投资者非歧视待遇,而且排除超国民待遇现象。在这个意义上,CAI 不仅减少外资监管的壁垒,而且有利于市场主体公平竞争。

此外,在禁止高管国籍要求方面,CAI 比美式投资协定更为严格,不仅禁止对企业高管的国籍要求,也禁止对董事会成员施加国籍要求。CPTPP、USMCA、RCEP 以及《2012 年美国双边投资协定范本》则区别对待高管与董事会成员,仅禁止对高管施加国籍要求,但允许缔约方要求董事会多数人员具有特定国籍或拥有本国居所,条件是这种要求不实质性损害投资者控制其投资的能力。与 CETA(第 8.8 条)和《欧日 EPA》(第 8.10 条)措辞接近,CAI 承诺“缔约方不得对另一缔约方涵盖企业的高级管理人员或者董事会成员要求任何特定国籍”。《欧越 FTA》则没有直接纳入禁止高管国籍要求。

## (二) 公平竞争环境

为了建立公平竞争环境,CAI 在国有企业、政府监管机制和补贴透明度这 3 个方面作出承



诺。首先，CAI 在投资自由化章节的涵盖实体条款之下对国有企业施加约束，规则接近《欧日 EPA》，在整体上接受竞争中性原则，但是在商业考虑的空间适用上借鉴 CETA，为中国国有企业走出去保留必要空间。其次，CAI 设立监管框架章节，不仅对政府的监管机制施加约束，而且要求对政府补贴的透明度作出承诺。从整体上看，CAI 一方面引入竞争中性原则，约束政府权力，限制国有企业行为，提升补贴的透明度，另一方面在规则上为中国国有企业争取发展空间。

## 1. 涵盖实体：竞争中性

### (1) 范围：最广泛的国有企业条款（涵盖实体）

对于国有企业条款，CAI 将欧式协定和美式协定所定义的相关企业形式都囊括在内，在“涵盖实体”（covered entities）这个措辞之下，形成当前投资协定中范围最广泛的国有企业条款。<sup>①</sup> CAI 的“涵盖实体”包括 7 种形式的企业，不仅包括《欧日 EPA》定义的 4 种国有企业，以及指定垄断和特权经营企业，而且以更宽泛的定义涵盖 CPTPP 中由主权财富基金对企业实施控制的企业类型。与这些协定一样，CAI 涵盖实体条款适用于年营业收入 2 亿特别提款权（当前约合 18.4 亿人民币）以上的企业。

与新近欧盟投资协定、美国投资协定不同，CAI 既没有使用“国有企业”术语，也没有采取“国有企业、特权经营企业和指定垄断”<sup>②</sup> 这类混合的表述，而是借用 CETA 第 18.1 条中的“涵盖实体”这个含糊的、不具有实质意义的名称。<sup>③</sup> CAI 在“涵盖实体”名义之下以清单方式列明由国家以所有权利益行使控制的企业（4 种），以及受政府法律指导或控制的企业、指定垄断和特权经营企业（3 种）。

CAI 涵盖实体条款第一款 a 项实际上是以国家行使“所有权利益”的方式来定义国有企业，其中包括 4 种形式，不仅囊括中国语境下的国有全资企业、国有控股企业和国有实际控制企业，<sup>④</sup> 而且涵盖凭借其他所有权利益发挥控制的企业，例如凭借主权财富基金（SWF）、黄金股（golden shares，或称特权优先股）施加控制的企业。这 4 种由国家凭借“所有权利益”行使控制的企业形式分别是：（1）缔约方直接或间接拥有其 50% 以上股份，（2）由缔约方凭借所有权利益对其 50% 以上投票权的行使施加直接或间接控制，（3）缔约方有权直接或间接任命其董事会多数成员或者任何其他同等管理机构，（4）缔约方凭借任何其他所有权利益，包括少数所有权在内，有权直接或间接控制企业的决定。前 3 种企业在《欧越 FTA》《欧日 EPA》以及 CPTPP 中均明确地作为国有企业。第四种企业比较特殊，《欧越 FTA》和《欧日 EPA》都未明确涵盖，而仅部分地出现在 CPTPP 中。CPTPP 在国有企业条款中纳入与主权财富基金有关的企业类型，即缔约方通过主权财富基金的所有权利益对企业实施控制。<sup>⑤</sup> CAI 将国家凭借“所有权利益”施加控制的企业都纳入在内，包括少数所有权利益在内，只要国家有权直接或间接控制该企业的决定。这意味着将国家通过主权财富基金或黄金股权施加控制的企业都涵盖在内，所以 CAI 在这方

① 由于 CAI 没有采用国有企业（state-owned enterprises）术语，而《欧越 FTA》与《欧日 EPA》对国有企业的定义不统一，为避免混淆，除非特指，本文在一般意义上使用国有企业一词。

② 英文为 state-owned enterprises, enterprises granted special rights or privileges, and designated monopolies, 参见《欧日 EPA》第 13 章、《欧越 FTA》第 11 章。

③ 但 CETA 第 18.1 条只列举了 4 种形式：垄断（monopoly）、专供、特权企业和国家企业（state enterprise），并且没有对垄断和国家企业进行定义。

④ 参见 2016 年国务院国有资产监督管理委员会和财政部《企业国有资产交易监督管理办法》第 4 条。

⑤ 参见 CPTPP 第 17 章对主权财富基金的定义。

面的适用范围最广，也更为明确。

CAI 涵盖实体条款第一款 b、c、d 项分别囊括了 3 种形式的企业，即受国家法律上指导 (direct) 或控制的企业、指定垄断和特权经营企业。<sup>①</sup> 其中最值得关注的是 b 项，即“缔约方有权根据法律法规在法律上指导 (legally direct) 其行动或者以其他方式对其行使同等水平的控制的企业”。<sup>②</sup> 这种企业在《欧日 EPA》中作为国有企业的一类，其措辞与 CAI 几乎完全一样。《欧越 FTA》也将这种类型作为国有企业的一种，但是采用极为模糊的措辞，即“缔约方可以对企业的战略决定行使直接或间接控制”。与《欧越 FTA》的定义相比，CAI 一方面明确国家对企业的“法律上指导”，强调这种指导来自法律授权，似乎旨在排除政策性指导，或者排除企业自愿接受指导；但另一方面又规定“以其他方式对其行使同等水平的控制”，这又使国家政策性指导达到控制程度的企业落入其中。可见该条款仍然非常宽泛，其重点在于如何解释“法律上指导”以及“控制”的含义。

总体而言，与《欧越 FTA》《欧日 EPA》、USMCA、CPTPP 等协定中的国有企业条款相比，CAI “涵盖实体”内容更广泛，不仅囊括一般意义上的国有企业、指定垄断、专营或专卖企业，明确纳入国家通过各种形式的所有权利益施加控制的企业，而且将在法律上受国家指导或相当程度控制的企业纳入其中。尤其是纳入后一类企业，近乎兜底。当然，CAI 并不绝对妨碍国家对企业的控制，而是要求企业行为出于市场力量的逻辑，这就意味着需要约束政府对企业的干预。

## (2) 企业行为中性：商业考虑与非歧视待遇

对于“涵盖实体”或者国有企业等受国家控制的企业，CAI 接受竞争中性原则，纳入核心规则——企业行为中性、企业透明度以及政府监管中性。在对国有企业的规制程度上，CAI 与《欧日 EPA》接近。在企业行为中性的适用范围上，CAI 为中国国有企业“走出去”保留国际空间。

就企业行为中性而言，CAI 与 CETA 一样，要求缔约方确保涵盖实体“在本国境内”根据“商业考虑”从事商业行为，并且在销售和购买产品或服务中给予“另一缔约方”投资者和涵盖企业的产品或服务以不更低 (no less favourable) 的“非歧视待遇”。对于商业考虑因素，除了包括价格、质量、可获性、适销性、运输和其他购买或销售条款和条件之外，CPTPP 还将其定义为私有企业通常考虑的其他因素，《欧日 EPA》和《欧越 FTA》在 CPTPP 定义基础上又增加限定条件——根据“市场经济原则” (market economy principles) 运营的私有企业通常考虑的因素。但是，对于何为市场经济原则，不同的市场经济体对其有不同的理解。CAI 将其更明确地限定为“基于利润并且受市场力量约束” (profit-bases, and disciplined by market forces)，这个术语强调企业决策以盈利为目的并且受市场力量支配，从而排除非盈利目的和受政府力量控制的情形。由此可见，CAI 对商业考虑的定义更为明确和清晰。

更重要的一点是，CAI 和 CETA 一样，仅将关于商业考虑的承诺限定于涵盖实体在本国境内的行为，<sup>③</sup> 该承诺并不适用于涵盖实体在对方境内以及非缔约方境内的行为。而《欧越 FTA》《欧日 EPA》和 CPTPP 并未提及该项承诺的地理适用空间，这意味着，这 3 个协定对涵盖企业的跨国行为也施加商业考虑的约束。由此，CAI 将为中国涵盖实体“走出去”争取空间，中国国有

① 授权专营企业和特权企业是《欧日 EPA》等协定通用的术语，CAI 未采用，为了简洁起见，本文沿用该术语。

② 该项的英文表述为“Enterprises in which a Party has the power to legally direct the actions or otherwise exercise an equivalent level of control in accordance with its laws and regulations”。

③ CAI 使用的措辞是“in the territory of the Party”，CETA 的措辞为“in its territory”。

企业在境外的投资行为仍可以基于商业考虑之外的其他因素。此外，对于涵盖企业给予其他企业的非歧视待遇，CAI 与 CETA、《欧越 FTA》《欧日 EPA》一样都只给予缔约方企业，并不像 CPTPP 那样要求惠及非缔约方企业。综合以上两点，CAI 对国有企业行为中性的承诺具有明确的地域性，是严格互惠的，并不惠及非缔约方企业。

### （3）涵盖实体的透明度

就涵盖实体的透明度而言，CAI 要求建立类似《欧日 EPA》的信息交换方式。<sup>①</sup> 如果一方认为另一缔约方涵盖实体的商业活动使其利益受损，可以对该缔约方要求该实体的运营信息，包括企业股份和投票权比例以及所有权和投票权结构、特殊股份或特别投票权的描述、企业组织架构、年度营收或总资产、从国家获得的任何豁免或同等措施，以及对负责行使政府所有权职能或监管职能的描述等。各缔约方还承诺试图确保其涵盖实体尊重企业治理和透明度的国际成熟经验。

除了包括信息交换，CPTPP 还要求缔约方公布国有企业名单，通报指定垄断的条件和范围，在国有企业规制方面进行技术合作，并且建立关于国有企业和指定垄断的专门委员会。与 CPTPP 对国有企业透明度的主动性和机制性相比，CAI 和《欧日 EPA》的信息交换是一种相对被动、非机制化的信息披露方式。在可披露的信息方面，CAI 没有提及年度财报或第三方审计报告。

### （4）政府监管中性

就政府监管中性而言，CAI 要求，缔约方应确保其任何监管机构对包括涵盖实体在内的所有企业都不偏不倚，在执法上确保采取一致和非歧视的方式，以及在法律上与被监管企业保持独立。与 CPTPP 相比，CAI 与《欧日 EPA》更进一步，强调监管机构与国有企业之间的相互独立性，排除监管机构与国有企业在治理结构上的双重身份，即，既当裁判员又当运动员的情形。

综上所述，就国有企业行为中性而言，与《欧日 EPA》和 CPTPP 中相比，CAI 涵盖实体的类型最多，适用范围最广，定义更为精确，囊括与国有企业或国家控制企业有关的各种形式。在对国有企业的规制上，CAI 全面融入竞争中性原则，要求国有企业行为中性、国有企业的透明度和监管机构中性，规制程度与《欧日 EPA》相当，略微低于 CPTPP。更为重要的是，CAI 吸收了 CETA 对国有企业行为中性的地域限制，不要求国有企业境外行为也必须出于商业考虑，这一微妙规则为中国国有企业走出去保留了国际空间。

## 2. 政府监管框架：合理原则和透明度

CAI 还设“监管框架”章节，不仅纳入《欧越 FTA》和《欧日 EPA》投资章节“国内监管”条款，<sup>②</sup> 而且整合新近贸易协定中常见的“透明度”章节，<sup>③</sup> 并设置有关“金融服务”的专门小节。在适用对象上，CAI “监管框架”章节适用于企业准入前的设立和准入后的运营，从而排除不采取设业方式的跨境提供服务。而《欧越 FTA》或《欧日 EPA》投资国内监管条款还适用于跨境提供服务。在适用的地理范围上，CAI 的监管框架是对等适用的，适用于涵盖企业在任一缔约方境内（in the territory of one of the Parties）的运营，这明显不同于前述涵盖实体商业考虑仅适用于本国境内行为的地域限制。

① 《欧日 EPA》在国有企业章节规定信息交换条款，CAI 则把相应条款放在涵盖实体的透明度规则之下，两条款的内容基本一致。

② 参见《欧越 FTA》第 8.18—8.20 条，《欧日 EPA》第 8.29—9.31 条。

③ 参见《欧越 FTA》第 14 章、《欧日 EPA》第 17 章、CPTPP 第 26 章。

### (1) 立法程序、行政程序、司法或准司法程序、标准制定

在第一节(国内监管)中,CAI对投资项目许可程序施加合理和透明度义务。在第二节(透明度)中,CAI不仅纳入有关法律公布、联络点和信息提供、行政诉讼、审查和上诉的条款,而且新增“标准制定”条款和“补贴的透明度”条款。CAI还设“一般透明度义务”条款,要求缔约方确保与条约涵盖事项有关的法律、规章、行政指南、程序以及一般适用的司法决定和行政裁决都应及时公布或使公众可以获取,使利益相关者和缔约方知晓。这些条款看上去纷繁复杂,其实质是将合理原则和透明度要求广泛适用于缔约方的立法程序、行政程序、司法或准司法程序、标准制定和补贴的透明度,几乎涵盖国家权力运行的各个方面。

### (2) 补贴的透明度

对于补贴,CAI的核心承诺是将WTO对补贴的透明度承诺从货物贸易扩大至服务与非服务部门,其一是承诺对附件清单中服务业补贴的公布义务,其二是建立关于补贴负面影响的磋商机制,承诺缔约方应尽力寻求解决方案,但解决方案不适用国家间争端解决机制。CAI适用的补贴门槛为3年内累计45万特别提款权,与《欧日EPA》一样,而《欧越FTA》的门槛为30万特别提款权。CAI特别排除农业和渔业补贴、视听服务业补贴以及中国减让表中的服务业补贴。

与CPTPP自主定义“非商业援助”(non-commercial assistance)不同,CAI直接援引《补贴与反补贴措施协定》第2款对补贴的定义。CPTPP的非商业援助只适用于国有企业获得的支持,而包括CAI在内的欧盟协定都不限补贴的对象,无论国有企业还是非国有企业。因此,CPTPP的非商业援助定义相对狭窄。

对于补贴的透明度,CAI无论在补贴的公布方式还是公布时间上,都比《欧日EPA》和《欧越FTA》的承诺水平更高。CAI承诺在提供补贴的当年就在公众可访问的网站上公布涵盖补贴的目的、法律依据、形式、金额或预算金额以及受援者。而《欧日EPA》仅承诺每两年向对方通报一次,《欧越FTA》则为每4年通报一次。可见,CAI实际上承诺更加及时地对外公告。

在对补贴的规制方面,CAI既没有像《欧日EPA》那样规定两种被禁止的补贴,或者像《欧越FTA》那样规定两种须施加条件的补贴,也没有像CPTPP那样对“非商业性援助”的不利影响和损害认定进行规制。因此,CAI从本质上并不限制服务业补贴,而只是承诺提供最大程度的透明度和有关服务业补贴的磋商机制。对于补贴的负面影响,CAI并不加以规制,而是交由缔约方在磋商机制下寻求解决方案。该磋商解决方案不适用国家间争端解决机制,因此可被视为一种友好解决方式。

### (三) 可持续发展条款

国际社会意识到,跨国投资活动对实现可持续发展目标至关重要,迫切需要应对跨国投资行为对可持续发展的挑战。<sup>①</sup>近年来,越来越多的发达国家和新兴经济体将可持续发展条款纳入新一代的国际投资条约。<sup>②</sup>CAI也纳入可持续发展章节,涵盖企业社会责任、环境保护和劳工保护,通过投资促进绿色发展和体面工作,其核心是通过援引包括气候变化在内的国际环境公约、国际

① Manjiao Chi, “Sustainable Development Provisions in Investment Treaties”, Prepared for ARTNeT, United Nations ESCAP, 2018, p. 13.

② UNCTAD, “Recent Developments in the International Investment Regime”, *IIA Issue Note*, Issue 1, 2018, p. 5. 也参见王彦志:《后危机时代的欧盟国际投资条约政策与实践——演进、创新与启示》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2016年第6期;黄琳琳:《论国际投资条约的可持续发展转变及其困境》,载《上海对外经贸大学学报》2019年第4期。

劳工组织（ILO）公约和跨国公司行为指南等国际文件，督促缔约方履行现行多边承诺，推进批准国际劳工组织基本公约，提升国内相关措施的透明度，承诺不得为了鼓励投资而降低环境和劳工保护的水平，就与投资有关的环境和劳工议题进行对话和合作，并且建立专门的争端解决机制，即磋商和专家组机制。

### 1. 保护的水平

对于环境和劳工保护的水平，CAI 要求缔约方致力于确保其法律和政策提供并鼓励高水平的劳工和环境保护，持续完善其法律和政策，以提高保护水平。缔约方承诺不得通过减损适用其环境法或劳动法来鼓励外国投资，不得通过以变相限制或不当歧视的方式适用其本国环境法或劳工法，不得将违反劳工基本权利作为合法的比较优势或者将劳工标准作为保护主义的工具。这些承诺的本质是要求缔约方的立法机构、行政机构和执法机构从不同层面落实多边承诺，包括制定新法、修订旧法和改进执法。

### 2. 关于劳工公约的批准

对于劳工权利，不同于《欧韩 FTA》《欧越 FTA》《欧日 EPA》和 CPTPP 列举国际劳工组织的四项基本原则，即结社自由和集体谈判权、消除各种形式的强制劳动、有效废除童工以及消除就业歧视，CAI 则提及根据其作为国际劳工组织成员国的义务和在《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言》之下的承诺，“将善意地尊重、促进和落实国际劳工组织基本原则”。

更重要的是，CAI 承诺有效执行已批准的国际劳工组织公约，<sup>①</sup> 尤其是第 29 号公约和第 105 号公约。而 CPTPP 并未对缔约方批准国际劳工组织基本公约施加要求。由此，CAI 以间接方式引入劳工权利保护，承诺善意尊重、促进和落实国际劳工标准，承诺主动批准有关强迫劳动的国际公约。

批准国际劳工组织基本公约的这类承诺，以往常常被认为是软性承诺，但是根据 2021 年 1 月《欧韩 FTA》争端解决专家组报告，这类条款取得硬性约束力，相关解释值得关注。对于韩国是否履行批准劳工组织基本公约的条约义务，专家组考虑了《欧韩 FTA》中“将继续和持续努力争取批准”（will make continued and sustained efforts towards ratifying）的含义，既反对对韩国有关简单维持现状或尽最小努力的观点，也未接受欧盟有关在任何时候都以类似方式和强度探讨和动员所有可用措施以便批准国际劳工组织核心公约的观点，而是认为这是一项具有法律约束力的义务，即为批准国际劳工组织核心公约而“继续和持续地努力”。专家组指出，这是“尽最大努力”的义务，衡量标准介于韩国观点与欧盟观点之间。专家组最终认定韩国未履行批准义务。由此推论，CAI 更明确地规定“应主动继续和持续努力”寻求批准两项基本公约，使该承诺更具约束力。但是，对于这两项公约以外的其他基本公约，也就是尚未批准的结社自由和集体谈判权公约，“争取”（work towards）一词的约束力明显低于“尽最大努力”，但是否等同于或接近于简单维持现状或尽最小努力，可能存在不同理解。

### 3. 磋商与专家组机制

与投资有关的环境与劳工保护，CAI 在国家间争端解决机制之外建立专门的争端解决机制，即磋商与专家组机制。CAI 为专家组机制规定了明确的组成架构、专家组名册、时间框架、资格

<sup>①</sup> 国际劳工组织公约的批准情况参见“Ratification by Convention”，<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12001>。

条件、管辖权范围、程序等事项，并且规定了专家组报告的透明度以及允许非政府组织可提交书面材料的法庭之友（*amicus curiae*）机制。

另外，CAI 还对与可持续发展有关的措施提出透明度要求，承诺在投资委员会就相关措施的适用或执行进行定期讨论和交流，同时承诺向非国家行为体的利益相关方征询意见。强调非政府组织的参与，实际上是对 CAI 的执行程序提出要求。由此，非政府组织可参与投资委员会交流机制以及专家组磋商程序，将对国内环境法和劳动法的实施带来间接影响。

由此可见，CAI 在将可持续发展纳入投资议题方面迈出了重要一步。不仅承诺提升环境和劳工保护的水平，而且承诺就环境和劳动议题开展对话，推进多边环境公约、劳工公约的落实或批准。此外，还设置专门的磋商与专家组机制，以加强相关承诺的约束力。在可持续发展议题的整体框架上，CAI 的承诺水平超过 CPTPP，与《欧韩 FTA》和《欧日 EPA》接近。但是就批准国际劳工组织基本公约的承诺范围和承诺程度而言，CAI 的承诺水平低于《欧日 EPA》《欧越 FTA》和《欧韩 FTA》，只明确承诺批准两部有关强迫劳动的公约，对涉及结社自由和集体谈判权的两部基本公约仅承诺“争取”批准。CAI 可持续发展章节在本质上对监管权提出更高要求，要求缔约方建立更强、更全面的规制框架，根据缔约方在劳工和环境领域的多边承诺，以立法、修法等方式实现对本国劳工和环境的高水平保护。

#### （四）小结：《中欧全面投资协定》保留的规制与监管空间

在分析和比较 CAI 的核心承诺之后，可以发现作为新一代的国际投资协定，CAI 在监管议题的广泛性、监管程度和规则明确性方面都与 CPTPP、《欧日 EPA》等协定持平，甚至在某些方面超过这些协定，例如广泛的涵盖实体或国有企业范围。这些核心承诺旨在重塑政府与市场的关系，增强监管的透明度与非政府组织的参与，既约束缔约方立法、行政、司法行为，也对国有企业运营提出限制，不可避免地给我国如何履行协定承诺和实现协定目标以及中国企业如何参与竞争带来新的课题。

在 CAI 之下，中方并非全盘接受欧盟提出的条款，而是在作出开放承诺的同时，在承诺的内容和细节上努力保留一定空间：

第一，对于市场开放，CAI 的市场开放承诺与中国国内改革开放的步调一致，在开放市场的同时也注重保护拥有核心利益和敏感的行业，并且在减让表中对某些领域的未来监管保留政策空间。

第二，对于禁止的业绩要求，出口销售限制、雇员本地化和压低特许权使用费或限制许可合同时这三种业绩要求并不在禁止之列。

第三，对于涵盖实体或国有企业条款，CAI 对企业商业考虑的承诺仅限于在其本国境内，从而为中国投资走出去保留了国际空间。对于涵盖实体给予其他企业的非歧视待遇，CAI 仅承诺给予缔约方企业，并不惠及非缔约方企业。

第四，对于服务业补贴，CAI 仅提出透明度要求和有关服务业补贴的磋商机制，并未承诺禁止或限制服务业补贴。

第五，在标准制定方面，CAI 将国民待遇扩大到由国家中央政府主持的标准制定，意味着中国国有企业也可以参与欧盟层面或成员国国家标准的制定。

第六，在国际劳工组织基本公约的批准问题上，CAI 走在 CPTPP 前列，承诺的重点在于努力批准两项禁止强迫劳动的公约。

第七，对于政府监管权，CAI 既施加某些约束，也肯定缔约方政府在公共事务方面的规制权力，尤其是在可持续发展方面。

### 三 欧盟新近单边监管立法：脱钩风险

国际投资协定的核心之一是约束监管权，但是监管权作为国家主权权利的一部分，投资协定必然要为其留下适当空间。正如 CAI 第一章第 1 条所称，为了实现合法政策目标，诸如保护公共健康、社会服务、公共教育、安全、环境（包括抗击气候变化）、公共道德、社会安全，或消费者保护、隐私和数据保护、促进和保护文化多样性，缔约方重申在其领土内的监管权。由此，对于 CAI 的评估，除考虑协定承诺本身，还需要进一步考察欧盟及其成员国新近引入的与外资有关的单边监管措施，是否以及在多大程度上限制中国对欧盟投资，进而影响中方对 CAI 的期待。

近年来中国对欧投资快速增长，不仅引发欧盟对中国资本大举收购其战略行业的安全疑虑，而且使得欧盟担心中国企业对欧战略投资与非商业行为扭曲欧盟内部市场。<sup>①</sup> 为此，欧盟加快对外资监管的立法进程，针对中国在欧投资和经营的特点，融合欧盟贸易政策、竞争政策和产业政策的多重目标，<sup>②</sup> 不仅引入外资安全审查机制，而且建立针对外国补贴对欧盟内部市场影响的全新工具。此外，欧盟还在讨论旨在拓展欧盟第三国公共采购市场的国际公共采购工具。欧盟及其成员国正在酝酿适用于所有行业的企业供应链尽责义务立法，将价值观融入到贸易工具中，通过寒蝉效应间接影响外资在欧经营。

#### （一）欧盟层面的安全审查工具：《欧盟外资安全审查条例》

《欧盟外资安全审查条例》于 2019 年 4 月 10 日生效，并于 2020 年 10 月 11 日实施，其立法目的是在欧盟层面建立以安全或公共秩序为由审查外资的新框架，赋予欧盟委员会对外资安全审查的咨询权力，并且协调成员国外资安全审查机制。<sup>③</sup> 《欧盟外资安全审查条例》特别授权成员国与欧盟委员会在审查时考虑外国直接投资对关键基础设施、关键技术、防务投入品、敏感信息和媒体多样性的可能影响，同时考虑外国投资者是否被外国政府直接或间接控制。这些考虑因素超出传统的安全概念，将经济安全与技术安全纳入其考虑因素。因为欧洲法院判例法对资本自由流动与投资领域的“安全”做严格解释，<sup>④</sup> 要求“只有存在对社会根本利益的真正和足够严重的威胁”时才可以使用公共政策和公共安全理由，而且这些减损适用不得被滥用，以至于事实上

① European Court of Audit, The EU's Response to China's State-Driven Investment Strategy, Review No 3/2020, Luxembourg, 2020, p. 5.

② European Commission, A New Industrial Strategy for Europe, COM (2020) 102 final, Brussels, 10 March 2020; European Commission, The European Economic and Financial System: Fostering Openness, Strength and Resilience, COM (2021) 32, Brussels, 19 January 2021.

③ Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, OJ L 79, 21 March 2019, pp. 1 - 14. 可参见石岩：《欧盟外资监管改革：动因、阻力及困局》，载《欧洲研究》2018 年第 1 期；叶斌：《欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性》，载《欧洲研究》2018 年第 5 期；廖凡：《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》，载《法商研究》2019 年第 4 期。

④ Case C - 54/99 *église de Scientologie v Prime Minister*, [2001] ECR 2000 I - 1335, para. 17.

用于纯粹的经济目的，所以，该欧盟条例对安全做扩大立法，与现行欧洲法院判例法存在矛盾。<sup>①</sup>此外，《欧盟—新加坡自由贸易协定》（以下简称《欧新 FTA》）在安全例外上采取与 GATS 以及前引欧洲法院判例法的相同表述，<sup>②</sup>《欧盟外资安全审查条例》的扩大考虑因素还存在与《欧新 FTA》不一致的潜在法律风险。

CAI 并未像《欧新 FTA》那样在国民待遇条款之下规定安全例外，也未规定“只有在对社会的某项根本利益构成真正和足够的严重威胁的情况下，才可援引该公共秩序例外”。而是在第 1.1 条中明确将安全作为缔约方行使监管权的合法政策目标之一。从双边法律义务的角度来看，该条款与《欧盟外资安全审查条例》在形式上一致。

与只有部分欧盟成员国设有外资安全审查机制相比，<sup>③</sup>《欧盟外资安全审查条例》引入全欧范围的外资安全审查机制，对 CAI 的市场开放与市场准入空间具有实质性的影响。《欧盟外资安全审查条例》允许广泛的安全考虑因素，存在被滥用或者作为贸易保护工具的可能性，使中国对欧投资面临法律监管上的风险。

## （二）新的竞争政策工具：《欧盟外国补贴条例草案》

2021 年 5 月 5 日，欧盟委员会公布《关于扭曲内部市场的外国补贴条例草案》，正式启动立法进程。<sup>④</sup>在此之前，欧盟曾发布《外国补贴白皮书》，就立法动议进行公开咨询。<sup>⑤</sup>该条例草案的适用对象不同于欧盟贸易防御工具仅针对货物贸易中的补贴问题，而是针对外国企业在欧经营中存在的外国政府补贴问题，以外国补贴扭曲欧盟内部市场为由，全方位地审查外国企业在欧经营、并购、参与政府采购等市场经营行为。被认定扭曲欧盟市场的在欧外国企业，将面临被拆分、限制经营、排除出公共采购市场等法律风险。

根据该草案，欧盟委员会将有权调查外国公共机构对欧盟境内企业的财政资助是否对欧盟内部市场造成扭曲。该草案建议引入 3 个工具，分别为企业集中调查工具、公共采购调查工具和一般调查工具。（1）企业集中调查工具以企业通报为基础，针对跨国并购中外国补贴对市场的扭曲问题，审查门槛为被收购的欧盟企业营业额超过 5 亿欧元，以及相关企业在报道前 3 年内收到的外国财政资助超过 5 千万欧元。（2）公共采购调查工具也以企业通报为基础，针对跨国政府采购程序中外国补贴对采购的扭曲问题，审查门槛为预计采购额超过 2.5 亿欧元。（3）一般调查工具针对所有市场情形，审查门槛为 3 年内收到的外国补贴超过 500 万欧元，欧盟委员会依职权主动调查，可以要求企业提供相关信息。如果欧盟委员会在调查后认定存在外国补贴并且构成扭

① 相关论证可参见叶斌：《〈欧盟外资安全审查条例〉与资本自由流动原则的不兼容性》，载《欧洲研究》2019 年第 5 期，第 75—78 页。

② 《欧新 FTA》投资章节第 2.3 条（a）在国民待遇之下规定安全例外，并在其脚注称：“只有在对社会的某项根本利益构成真正和足够的严重威胁的情况下，才可援引该公共秩序例外。”《欧新 FTA》的该脚注对公共秩序采取 GATS 第 14 条一般例外中的相同限定，但 GATS 第 14 条之二是安全例外。

③ See “List of Screening Mechanisms Notified by Member States”, last update: 14 July 2021, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc\\_157946.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf) (last visited 23 September 2021) .

④ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, 2021/0114 (COD), COM (2021) 223 final, Brussels, 5 May 2021.

⑤ European Commission, White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, COM (2020) 253 final, Brussels, 17 June 2020. 可参见叶斌：《〈欧盟外国补贴白皮书〉的投资保护问题刍议》，载《国际法研究》2020 年第 6 期。



曲，有权禁止并购交易或者授予公共采购合同，也可以要求采取矫正措施或者接受整改承诺，例如剥离某些资产或提供基础设施使用权。

《欧盟外国补贴条例草案》引入的3个工具以保护欧盟内部市场公平竞争环境为由，对外国投资在欧盟的经济行为实施竞争审查：既有事前审查，也有事后审查；既有投资前的准入审查，也有投资后的经济行为审查。与《欧盟并购条例》以及《欧盟外资安全审查条例》一起，《欧盟外国补贴条例草案》实际上计划打造一个全方位、立体的外资审查制度。

《欧盟外国补贴条例草案》系统性地指向中国在欧盟内的所有经济活动，针对中国对欧投资的国家驱动特征或中欧之间的制度性差异，进行有针对性的立法设计。《欧盟外国补贴条例草案》将增加中国投资进入欧盟内部市场的难度，将在事实上降低中国对欧投资的可能性，进而使CAI促进中国对欧投资的目的部分落空。

除了上述两部与外国投资直接相关的欧盟内部立法之外，欧盟还在酝酿国际公共采购工具（International Procurement Instrument）<sup>①</sup> 和公司尽责义务法（Due Diligence Act）<sup>②</sup> 等新的贸易保护工具，而德国已通过《企业供应链尽责义务法》。<sup>③</sup> 这些新的单边立法融入了欧盟价值观和新的产业政策目标，寻求市场对等开放，或者维持欧盟竞争优势。这些欧洲立法具有涉外性质或者产生域外效力，很大程度上针对中国市场，一方面可能导致政府采购或者相关供应链的实质脱钩风险，另一方面可能提高未来中欧自由贸易协定的谈判难度。

## 四 结论：战略与经济上的双重机遇与挑战

### （一）推动国际经贸治理：以国际法为基础的全球化与防止脱钩

中国与欧盟原则上达成CAI，是在当前国际形势“高度不确定”和新冠疫情导致国际直接投资流严重下滑的背景之下，<sup>④</sup> 中欧合作推进国际经贸治理的重大战略成果。CAI不仅表明中国有意愿接受新一代国际经贸规则，进一步约束政府监管权，而且有能力在协定谈判中为本国发展保留适当的政策空间与监管余地。在CAI之下，中国承诺开放投资市场并且接受高水平的现代国际投资规则，使国际经贸关系重新回到“以国际法为基础”的全球化轨道，而非“以实力为基础”的丛林世界。

CAI还进一步打开中国加入CPTPP等新一代经贸协定的大门，为中国的WTO改革方案提供

① European Commission, Amended Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Access of Third-Country Goods and Services to the Union's Internal Market in Public Procurement and Procedures Supporting Negotiations on Access of Union Goods and Services to the Public Procurement Markets of Third Countries, 2012/0060 (COD), COM (2016) 34 final, Brussels, 29 January 2016. 欧盟国际采购工具旨在通过价格调整机制促使中国等国对等开放政府采购市场，为欧盟提供国际谈判的杠杆。参见叶斌、张琨：《欧盟国际采购工具及对华潜在影响》，载吴白乙、周弘、陈新主编：《欧洲发展报告（2019—2020）》，社会科学文献出版社2020年版，第172—184页。

② 2021年3月，欧洲议会罕见地使用其立法动议权，建议欧盟委员会就公司尽责义务与公司责任进行立法，并提供其提案。European Parliament Resolution of 10 March 2021 with Recommendations to the Commission on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability, 2020/2129 (INL) .

③ Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2959) . 该法将于2023年和2024年分步实施。

④ UNCTAD, World Investment Report 2021, UNCTAD/WIR/2021, p. 2.

方向性的指引。CAI 就国有企业与可持续发展条款等难点议题达成一致，为中欧未来启动自由贸易协定谈判奠定了规则基础。

CAI 将防止中国被动脱钩，并使中国经济更深度地与世界相融合。但与此同时，欧盟新近经贸监管立法动议系统性地指向中国经济制度或经济发展模式，尤其是《欧盟外国补贴条例草案》实质上限制中国企业对欧投资的可能性，将导致 CAI 促进中国对欧投资的目的部分落空。

## （二）推动国际经贸规则向更公平、更绿色、更可持续的方向发展

就国际经贸规则的趋势而言，CAI 反映了中国在推动国际经贸规则向更公平、更绿色和可持续方向发展的坚强决心，即吸引外资以实现经济增长不以牺牲劳工和环境保护等可持续发展目标为代价。

中国在 CAI 中对推动包括气候变化公约在内的国际环境协定的实施作出承诺，体现了中国作为发展中国家的重大让步。中国在 CAI 承诺批准国际劳工组织基础条约，展现了中国在相关领域推动法治化的改革雄心。

## （三）新的“入世”：处理好改革与开放的关系

CAI 不仅作出了开放市场的承诺，而且承诺约束政府干涉市场或企业的权力，将竞争中性全面纳入国有企业与补贴议题，要求政府监管中性和透明度，这意味着中国与新一轮的国际规则接轨或者新的“入世”。如何履行 CAI 中的法律义务，其重点在于处理好制度性改革与新一轮开放的关系。就此而言，CAI 本身既带来机遇，也伴随风险。

如何利用新的机遇并化解可能的风险，根本在于如何理解我国进入新发展阶段，如何深入贯彻新发展理念，以及如何加快构建新发展格局。通过落实 CAI 相关承诺，欧盟资本及其技术更深入进入中国市场，使市场竞争环境更加有序、公平、透明，劳工权益与环境保护水平进一步提升，这将助力于我国经济和社会的全面高质量发展。

## （四）后续谈判与批准的法律与政治风险

CAI 的后续谈判以及批准生效仍存在法律和政治上的风险。很大程度上出于对欧盟在投资协定方面存在权能问题的考虑，目前中欧原则达成的 CAI 从原来计划的混合协定转变为“瘦身”后的单一协定，不仅将欧盟与成员国共享权能的间接投资剔除，而且暂时搁置同为共享权能的 ISDS 机制。单一协定无须欧盟成员国批准，使欧盟内部批准难度降低。但由于欧盟自身权能模糊以及条约内容的复杂性，欧盟内部批准程序的法律不确定性并非全然消除。

暂时搁置投资保护条款和投资者诉国家争端解决机制这两个重要部分，尤其是缺少违约赔偿机制削弱了 CAI 本身的法律价值。鉴于中欧在 ISDS 机制是否保留仲裁形式的问题上存在较大分歧，未来两年内能否完成谈判存在不确定性。另外，中国与欧盟成员国现行双边投资协定（以下简称 BITs）尚未被 CAI 完成替代，这些 BITs 之间投资保护程度不一的问题仍然存在，而 CAI 与这些 BITs 如何衔接尚需实践检验。

更大的风险来自于欧盟批准 CAI 程序中来自欧盟外部与内部的政治风险。CAI 是中欧合作的战略成果，并非美国所乐见，而且激起了欧洲内外反华势力的反弹。欧洲议会近期在涉港、涉疆等议题上频频通过反华决议并在政治上暂时冻结审议 CAI，给协定的通过带来阴影。某些

欧盟成员国在中美关系上选边站，也可能影响欧盟理事会内部决策。当前国际形势风起云涌，CAI 成为大国博弈中的重要一环。欧盟能否批准 CAI，正在考验欧盟在实现战略自主上的真正决心与能力。

## The China-EU Comprehensive Agreement on Investment and the Right to Regulate: Opportunities and Challenges

*Ye Bin*

**Abstract:** The Comprehensive Agreement on Investment (CAI) concluded in principle in December 2020 is a significant achievement for international economic governance underpinned by China and the EU in the era of uncertainty and in the climate of rising anti-globalization sentiment. The CAI demonstrates not only China's commitments to the new generation of international investment rules, which require to restrict the right to regulate and provide more market access, but also its ability to reserve appropriate policy space for its own development. In terms of investment liberalization, level playing field and sustainable development, the CAI approaches and even exceeds the high standards of the CPTPP or that of the EU-Japan EPA. If the CAI can be duly ratified and come into force, as for China, it will launch, with new opportunities and risks, a second round of international rules integration and high-level opening up after China's accession to the WTO, which entails to deepen the reforms for Chinese state-owned enterprises, to introduce greater transparency of public authority and subsidy, and to improve protection on labour rights and environments at a higher level. However, the EU's recent autonomous legislative initiatives, especially the proposed Regulation on Foreign Subsidy, being designed to address the so called foreign state-driven investments within the internal market, would make Chinese investments in the EU face external risks and uncertainties in the might-be era of post-CAI.

**Keywords:** China-EU Comprehensive Agreement on Investment, CAI, the Right to Regulate, Competitive Neutrality, State-owned Enterprise, Sustainable Development

(责任编辑：谭观福)