

中欧双边投资协定谈判展望*

叶 斌

【内容提要】 中欧双边投资协定谈判是当前中国全面深化改革和推动转型发展的重要组成部分。现有的投资协定已不能满足中国资本走出去的需要，中国迫切需要通过新一代的高水平保护和更开放的投资协定，为对外投资提供完善的法律保护，为中国资本拓展更加开放与透明的市场，同时也为外资提供更公平和透明的竞争环境。本文以欧盟—加拿大经贸协定投资章节为参照，探讨中欧投资协定谈判的重点与难点。鉴于在执行和范围上可能实现灵活安排，从长远来看，中欧投资协定谈判可能涉及的竞争条款、劳工条款、环境条款、知识产权保护等规则对于降低国有企业垄断、提高劳动者保护、加强环境保护和保障创新能力具有积极作用。

【关键词】 中欧双边投资协定 国际投资政策 中欧关系 投资保护 市场开放

【作者简介】 叶斌，中国社会科学院欧洲研究所欧盟法研究室副研究员，国际法学博士

【中图分类号】 F832.6

【文献标识码】 A

【文章编号】 1006-1568-(2015)06-0117-19

【DOI 编号】 10.13851/j.cnki.gjzw.201506008

* 本文系外交部中欧关系研究“指南针计划”基金资助项目“欧盟贸易政策及决策程序”的阶段性成果之一，同时得到欧洲大学学院（EUI）罗伯特·舒曼研究中心让·莫内博士后研究项目“中欧自贸协定：管理中欧贸易关系新的法律框架”的支持。感谢《国际展望》匿名评审专家及编辑部的宝贵建议，文中错漏由笔者负责。

继 2011 年中美决定启动双边投资协定谈判后,中国与欧盟领导人在 2012 年 4 月中欧峰会上决定研究促进双边投资事宜,同年夏天双方启动中欧投资联合工作小组,首次提到双边投资协定(BIT)谈判。2013 年 11 月,中欧峰会正式宣布将启动中欧双边投资协定谈判。自 2014 年 1 月 21 日中欧正式开启首轮投资协定谈判到 2015 年 6 月底,已进行了六轮谈判,目前已进入文本交换阶段。双方期待在 2015 年底前取得实质性进展。^① 党的十八届三中全会提出“构建开放型经济新体制”,要求“加快同有关国家和地区商签投资协定”。^② 中欧双边投资协定谈判正是在这一背景下开展的,它是实现以改革促开放的重要手段。^③ 欧盟是全球第一大投资输出国和投资目的地,也是我国重要的投资来源地和目的地,中欧投资协定谈判对国际投资规则、中国投资监管体制以及中欧关系都具有重要影响。本文将从中欧双边投资协定谈判的必要性、欧盟国际投资政策的发展和中欧双边投资协定谈判的重点或难点等角度对这一谈判及其前景加以考察。

一、中欧双边投资协定谈判的必要性

中欧双边投资协定谈判既是中国以改革促开放战略的重要组成部分,也符合欧洲的发展需求。目前,欧盟是中国第一大贸易伙伴,中国将很快超过美国成为欧盟的第一大贸易伙伴。与中欧贸易关系互为倚重不同,中欧相互投资远低于中欧贸易规模。欧盟 2012 年对华直接投资增量约占中国吸引外资的 1/5,排名长期稳居前五,次于中国台湾、中国香港、美国和日本。相比之下,中国同一年对欧盟直接投资增量仅占欧盟吸引外资的 2.6%。^④ 需要指出的是,中国对欧洲投资很大程度上是随着中国“走出去”战略的实施而实现从无到有和迅猛增长的,其增速高居中国对发达经济体投资之首。在 2005—

^① 《中欧投资协定谈判稳步推进》,商务部网站,2015 年 6 月 4 日, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201506/20150601002768.shtml>。

^② 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议 2013 年 11 月 12 日通过。

^③ 参见江清云:《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,第 81-82 页。

^④ Roberto Bendini, “Trade and Economic Relations with China 2014,” European Parliament, DG EXPO/B/PolDep/Note/2014_101, May 2014, p. 19.

2011 年期间，欧盟远超其他国家或地区，成为中国第一大投资目的地。尽管受金融危机影响，中欧相互投资出现波动，但到 2014 年，中国对欧投资增量增至 121 亿欧元，超过欧盟对华投资增量（91 亿欧元），成为欧盟净投资来源地。^① 直接投资正在成为中欧经贸关系中的一根支柱。^② 鉴于中欧的庞大经济规模，双方在投资领域具有巨大的潜力。^③

从 1982 年起，中国已与除爱尔兰之外的其他 27 个欧盟成员国均签订了双边投资协定。^④ 进入 21 世纪后特别是 2008 年全球金融危机爆发以来，双方关系新的发展对中欧双边投资协定提出了新的要求。首先，由于 2009 年 12 月生效的《里斯本条约》将外国直接投资（FDI）的权能赋予欧盟，欧盟致力于发展统一的国际投资政策，使得这些双边投资协定的法律效力处于不稳定状态。

其次，更为重要的是，这些协定签订于不同的经济发展阶段。特别是在中国与各欧盟成员国签订双边投资协定的初期，中国还是投资净目的地，这些协定实际上是单方面保护外资，将中国作为东道国的法律义务维持在较低的程度，较少或未考虑中国对外投资的情形。因此，现有的中国与欧盟成员国双边投资协定难以满足中资“走出去”的需求。

再次，中国与欧盟不同成员国的双边投资协定在内容上存在重大差异，导致了较为严重的政策不一致问题。在中国与中东欧国家签订的双边投资协定中，规定投资者与东道国的争议主要以外交协商方式解决，提请国际仲裁的事项仅限于征收补偿问题。而在中国与西欧国家的双边投资协定中，则同意将全部投资者与东道国的争议提交国际仲裁，但在补偿问题上只同意给予“合理的补偿”，不承认“及时、有效的补偿”。1993 年，中国加入《解决国家与他国国民间投资争端公约》（ICSID Convention）后，与巴巴多斯的双边投资协定（1998 年）首次采用提交“国际投资争端解决中心”（ICSID）的

^① “EU Trade with China Significantly up in 2014 for Both Goods and Services,” EUROSTAT News Release, 116/2015, June 26, 2015.

^② *Roadmap: EU-China Investment Relations*, 3rd version, DG Trade Unit B2, European Union, March 2012.

^③ “Impact Assessment Report on the EU-China Investment Relations,” SWD(2013) 185 Final, Commission Staff Working Document, Brussels, May 23, 2013.

^④ 《我国对外签订双边投资协定一览表》，商务部条法司，2011 年 11 月 8 日，<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>。

仲裁条款。在2001年至2007年期间，中国与荷兰、比利时、卢森堡、德国、法国等国更新了原有的双边投资协定，这些新的协定都承认“及时、有效的补偿”，并采纳了ICSID的仲裁条款。

第四，中国正逐渐从净投资目的国转变为双向投资地，这一身份转型也为中欧双边投资协定提出新的要求。现有中国对外双边投资协定将保护境外对华投资的政治承诺转变为具有法律约束力的国际条约，给予外资以国际法保障，这符合改革开放初期的迫切需要。在范围和内容方面，这些协定只涉及投资待遇、损失补偿、征收、资金转移和争端解决等事项，更为重要的市场准入与市场规制问题则完全依据东道国国内法处理。此外，现有投资协定给予投资保护的程度也相对有限。在投资准入方面，只给予投资准入后的国民待遇或最惠国待遇，投资准入前则易受到歧视性措施的影响。缺乏对公平公正待遇的定义，在实践中产生了不少歧义，某些双边协定仅允许就征收补偿问题提交国际仲裁，实际上未给予更为广泛的投资争议以有效的救济途径。这些协定曾有力地保护着中国作为净投资东道国的利益，特别是在免于被投资者提请仲裁方面起到了非常重要的作用。但当中国逐渐成为对外投资国之后，这些协定就无法充分保护中国投资者在海外的利益了。

为适应中国成为对外投资国的现实需要，未来的中国投资协定将向着更开放和更高水平的投资保护标准推进。在中欧启动双边保护协定之初，中国方面已经释放出开放市场与提供更高程度投资保护的信号。继中美提出将“准入前国民待遇”和“负面清单”作为谈判基调之后，中欧双边投资协定谈判也将这两点作为谈判的出发点。承诺准入前国民待遇，即放弃原来对外资与内资投资准入进行区分的管理方式。负面清单包括措施清单和行业清单，列举国民待遇与市场准入的所有例外情形，凡未列入负面清单的行业均允许外资进入。列举负面清单措施，使东道国的限制措施具有透明度。与正面清单开放有限的行业相比，负面清单意味着一揽子地放开，而仅对有限的行业实施限制。因为这种限制必须以清单方式列出，从而促使东道国在投资管理机制上更透明且更具预测性。

未来中欧双边投资协定的达成，将极大促进中国国内的改革，同时也将极大地促进中欧双边投资关系，缓解中欧贸易与投资关系的不平衡问题，并

为中国投资者向欧盟投资提供便利。具体而言，主要包括以下几个方面。

第一，中欧双边投资协定谈判具有“倒逼”国内改革的积极作用。在中美、中欧 BIT 谈判的同时，中国商务部也启动了对《中外合资经营企业法》《外资企业法》《中外合作经营企业法》的修改工作，并形成了《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》。中国商务部已就修订《境外投资管理办法》^①以及《中华人民共和国外国投资法（草案）》公开征求意见。此次对投资法律的全面修订以及上海自贸试验区建设，是为了适应构建开放型经济新体制和实施高水平对外开放的要求，以统一内外资法律法规和创新外国投资法律制度为目标，实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式，确立“有限许可加全面报告”的管理制度，完善外资国家安全审查制度，加强事中事后监管，加强投资和促进保护，为外国投资者来华投资创造稳定、透明和可预期的法律环境。^②

第二，中欧双边投资协定谈判将促进中欧双方市场在更高水平上相互开放。就中国和欧盟相互开放市场而言，欧盟一直反对中国限制对汽车、化工、钢铁等关键产业的投资，并且希望进入中国的电信和金融服务市场；中国则希望对欧投资获取高新技术的使用权，通过对欧投资促进产业升级，以及参加欧盟基础设施建设（如高铁）等。中欧双边投资协定一旦达成，将为双方提供更为开放、更加透明的市场准入，并为实现上述期待创造有利条件。

第三，对中国投资者对欧投资而言，未来中欧双边投资协定的达成将为其提供更大和更透明的市场准入，在国民待遇、最惠国待遇、禁止业绩要求以及争端解决机制方面，也能获得比以往更高程度和更为一致的投资保护。^③由于采取负面清单，欧盟层面、各成员国以及地方政府的产业限制将在清单中列明，有助于提升欧盟内部投资规则的透明度，可大幅度减少中国对欧投资的法律障碍。

^① 《商务部关于〈境外投资管理办法（修订）（征求意见稿）〉公开征求意见》，商务部条法司，2014年4月16日，<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201404/20140400551680.shtml>。

^② 《商务部就〈中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）〉公开征求意见》，商务部条法司，2015年2月19日，<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml>。

^③ Wenhua Shan and Sheng Zhang, “Market Access Provisions in the Potential EU Model MIT: Towards a ‘Global BIT 2.0’?” *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, 2014, p. 446.

二、欧盟国际投资政策权能及其发展

随着《里斯本条约》的生效，欧盟取得了对外国直接投资领域的专属权能。目前，欧盟的国际投资政策正处于形成过程中。2010年6月，欧盟委员会发布首个欧盟国际投资政策文件——《面向全面的欧洲国际投资政策》^①，计划启动欧盟层面的双边投资协定或在自贸协定(FTA)谈判中纳入投资章节，以取代成员国与其他国家签订的诸多双边投资协定。此后，欧盟陆续启动《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》(CETA)投资章节、《欧盟与新加坡自由贸易协定》投资章节、《欧美跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP)以及《中欧双边投资协定》谈判。由于欧盟是全球第一大投资输出国和投资目的地，也是中国重要的投资来源地与目的地，且欧盟在输出贸易与投资规则方面具有强大的能力和意愿，欧盟国际投资政策的逐步推进对国际投资规则的发展及当前中欧双边投资协定的谈判均具有重要影响。

欧盟早在《里斯本条约》生效前就开始涉及投资事务，并在多边与双层面初步形成了一些关于国际投资的政策。在很大程度上，欧盟在投资领域的权限源于其对多边机构贸易谈判的参与。由于投资与贸易的客观界线并不明确，且投资措施对贸易有重要影响，新贸易保护主义又多涉及投资政策，为了在多边贸易谈判中实现“以一个声音说话”的目标，欧盟机构逐渐获得了投资议题方面的共享权能。但与国际贸易法不同，国际投资一直缺乏广泛的多边投资条约。在乌拉圭回合初期，欧共体试图将投资纳入贸易谈判中，但该回合最终仅达成《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMs)。《服务贸易总协定》(GATS)中的模式三规定以商业形式来提供服务，这通常也被视为一种关于直接投资的规则。有学者认为，欧盟以成员方身份加入的《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty)是欧盟就投资保护作出的具体承诺。^②

^① Communication from European Commission, “Towards a Comprehensive European International Investment Policy,” COM(2010)343 Final, Brussels, July 7, 2010.

^② Frank Hoffmeister and Günes Ünüvar, “From BITs and Pieces towards European Investment Agreements,” in Marc Bungenber, August Reinisch, and Christian Tietje, eds., *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Nomos and Hart, 2013, p. 59.

在双边或区域层面,《里斯本条约》生效前的欧盟国际投资政策主要体现在《欧盟自由贸易协定投资最低纲领》(EU Minimum Platform on Investment, MPoI)^①及欧盟缔结的双边或区域自贸协定中,如2002年的《欧盟—智利自贸协定》、2008年的《欧盟—加勒比论坛经济伙伴关系协定》(EU-CARIFORUM)和2010年的《欧盟—韩国自贸协定》。欧委会在2006年的投资政策文件中承认,既有的欧盟贸易协定范围狭窄,内容有限,已经落后于《北美自由贸易协定》(NAFTA),使欧洲投资者处于受歧视的局面。^②同年10月,欧委会在“全球欧洲”的贸易政策文件中指出,要在新的自由贸易协定中纳入投资议题,以最大程度地推动贸易、服务与投资的自由化。欧委会表示,要在成员国的密切合作下,发展出新的、更有雄心的欧盟模式的投资协定。^③随后,欧盟通过《欧盟自由贸易协定投资最低纲领》,为新的自贸区谈判提供投资保护的标准文本,并应用于与加勒比论坛和韩国的自贸协定中。根据该纲领,欧盟寻求超出GATS第19条之外的新的投资准入,并在这些领域取得国民待遇与最惠国待遇。^④该纲领还包括不降低国内环境、劳工和安全标准等条款。

但在《里斯本条约》通过前,投资事务仍属于成员国事务,欧盟并未得到实质性授权。除爱尔兰外,欧盟成员国相互间及与世界各国缔结的双边投资协定总量多达1200部,约占全球双边投资协定总数的一半。的确,欧洲是双边投资协定的诞生地,德国是世界上首个采用双边投资协定的国家。^⑤在1950年国际贸易组织(ITO)建立多边投资规则的努力失败之后,资本输出国和引进国开始采用双边或地区协定来保护其利益。双边投资协定大致分为两类:一是1962年经济合作与发展组织(OECD)部长级会议通过的“欧洲范本”,二是上世纪80年代出现的“北美范本”。这两个范本的区别在于,前

^① 欧盟官方并未公布该纲领正式文本,但可从其他网站获得。

^② Communication from European Commission, “Issues Paper: Upgrading the EU Investment Policy,” Note for the Attention of the 133 Committee, Brussels, May 30, 2006.

^③ Communication from European Commission, “Global Europe: Competing in the world – A Contribution to the EU’s Growth and Jobs Strategy,” COM(2006) 567 Final, October 4, 2006.

^④ Frank. Hoffmeister and Günes Ünüvar, “From BITs and Pieces towards European Investment Agreements,” p. 62.

^⑤ 1959年德国与巴基斯坦签署了世界上最早的双边投资协定,见 Communication from European Commission, “Towards a Comprehensive European International Investment Policy,” COM(2010)343 Final, Brussels, p. 4.

者主要适用于准入后阶段，后者则覆盖准入前阶段。目前，“北美范本”正逐渐取得主导地位。

欧盟成员国现有的双边投资协定均为投资保护协定，只涉及投资保护承诺，基本不包括市场开放承诺与投资促进。除芬兰等少数国家之外，绝大多数协定只涉及投资准入后阶段。在投资保护的承诺方面，通常包括非歧视原则、“公平公正待遇”、“及时、充分和有效的征收补偿”等，几乎涵盖所有投资形式，且大多数协定包括“投资者诉国家”争端解决机制（ISDS）。^①

由于投资范围不同、投资保护程度不一，欧盟成员国签署的大量双边投资协定不可避免地存在相互冲突的情况，^② 给对欧投资者带来不少法律障碍。同时，上述协定也与欧盟法存在冲突之处。更为重要的是，单纯的投资保护协定无法满足欧盟开拓投资市场和国际投资者进入欧盟市场的要求。因此，在实现对投资事务的管理权能后，欧盟将取代成员国的双边投资谈判权能作为新的目标。^③ 这正是《里斯本条约》将投资权能赋予欧盟的重要原因。

根据《欧洲联盟运行条约》第 207 条第 1 款的规定，外国直接投资被纳入到欧盟共同商业政策（CCP）之下，以逐渐消除对外国直接投资的限制。由于共同商业政策属于欧盟的专属权能，此次修订被视为《里斯本条约》对欧盟权能最为重大的扩张之一。^④ 《里斯本条约》还修订了共同商业政策领域的决策程序。《欧洲联盟运行条约》第 207 条第 2 款规定，共同商业政策领域适用普通立法程序，由此欧洲议会取得对国际投资政策的决策权。另外，根据《欧洲联盟运行条约》第 218 条，涉及适用普通立法程序领域的事项的国际协议，须经欧洲议会同意。由此，《里斯本条约》同时改变了欧盟投资政策的决策主体和决策程序：在决策主体上，欧盟将在很大程度上取代成员国成为主要管理者；在决策程序上，欧委会的投资立法措施与国际协定须受到代表成员国的欧盟理事会与代表多种利益的欧洲议会的双重制约。

^① Piet Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2011, p. 63.

^② 可参见肖芳：《〈里斯本条约〉与欧盟成员国国际投资保护协定的欧洲化》，载《欧洲研究》2011年第3期，第93-110页。

^③ Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries, *OJ L* 351, 20.12.2012, pp. 40-46.

^④ Piet Eeckhout, *EU External Relations Law*, p. 62.

三、欧盟国际投资协定规则与潜在范本

与美国拥有双边投资协定范本和采取明确的负面清单不同，欧委会声称目前没有必要形成适用于所有谈判的双边投资协定范本。^① 有学者认为，欧盟的双边投资协定范本是隐形存在的。^② 由于欧盟拒绝公布相关文本，目前可通过欧盟投资政策文件、投资最低纲要及《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》^③ 的投资章节和相关规则来推测欧盟投资协定范本。2011年9月11日，欧盟理事会公布与加拿大、印度和新加坡谈判自贸协定的授权指令，表现出沿用欧式简洁版本的倾向。^④ 尽管如此，仍有成员国担心，欧盟双边投资协定会受到《北美自由贸易协定》的侵蚀。^⑤ 从《欧加经贸协定》投资章节来看，欧盟双边投资协定确实在很大程度上吸收了美国范本的要素，同时也有欧洲自身的特色，对当前的中欧双边投资协定谈判具有重要的参考作用。

第一，关于“投资”与“投资者”的定义。在2010年欧盟投资政策文件中，欧委会并未对协定是否包括直接投资与间接投资给出明确说明。欧委会建议借鉴欧洲法院的解释，外国直接投资包括任何为实施特定经济行为而与特定企业建立持续和直接联系的外国投资。如果投资采取持股形式，表明持股人试图有效参与公司管理或对其加以有效控制。与此相对，如果外国投资无意对公司管理或控制施加影响，此类投资通常是短期的或者是投机性的，一般视为间接投资。这一解释总体上是以国际货币基金组织（IMF）和 OECD 的定义为基础的。

《欧加经贸协定》投资章节第 X.3 条关于“投资”的定义借鉴了 ICSID

^① European Commission Communication, “Towards a Comprehensive European International Investment Policy,” COM(2010)343 Final, July 7, 2010.

^② August Reinisch, “Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT?” *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, Nos. 3-4, 2014, p. 680.

^③ European Union, *Consolidated CETA Text*, September 26, 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf. 如非特别注明，下文有关《欧加经贸协定》的内容的讨论，均出自该文件。

^④ August Reinisch, “Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT?” p. 682.

^⑤ Luke E. Peterson, “EU Member-States Approve Negotiating Guidelines for India, Singapore and Canada Investment Protection Talks; Some European Governments Fear ‘NAFTA-Contamination’,” *Investment Arbitration Reporter*, September 23, 2011.

裁决的所谓萨利尼 (Salini) 四要件^①，以确保只仲裁真正的投资争议而排除普通商业纠纷。《欧加经贸协定》有关投资的定义明确包括直接投资与间接投资。该协定还以清单的方式详细列举了投资的九种形式：企业、股份、债券、贷款、企业其他利益、合同承诺的利益（包括东道国承诺）、知识产权、任何有形或无形的动产以及不动产、合同项下金钱求偿权或履行权。欧洲议会曾建议不应保护投机性投资，但该协定定义并未对此加以排除，因为在实践中尚难以区分一项投资是投机性的或是非投机性的。

对于“投资者”的定义，《欧加经贸协定》规定，投资者指在对方领土上寻求或正在投资的自然人或企业。这一定义包括自然人，将设立企业的个人也纳入协定保护范围。对于企业，协定要求须有实质性的商业活动，从而排除对空壳或邮箱公司的保护。

第二，市场准入。欧洲传统双边投资协定只关注投资保护，不要求东道国承诺对外资开放市场，市场准入及相关待遇留由各国国内法调整。这一方式被联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 称为“投资管理模式”。^② 美国和加拿大的双边投资协定率先将国民待遇扩展到投资前或开业前，在产业开放与措施方面采用负面清单方式。在《里斯本条约》生效之前，欧盟采取的是正面市场准入清单方式，即在具体领域做出正面承诺。

欧委会政策文件并未明确，市场准入待遇到底是在准入条款中规定独立的待遇还是概括性地将国民待遇扩大到准入前阶段。《欧加经贸协定》主要采取了将国民待遇扩大到准入前阶段的方式，其投资章节第 X.6 条规定国民待遇适用于投资行为的开业、兼并或扩大阶段。

《欧加经贸协定》投资章节规定了市场准入条款（第 X.4 条）、禁止业绩条款（第 X.5 条）和高管条款（第 X.8 条）。市场准入条款也采取负面清单方式，规定禁止限制投资的措施：一是禁止某些限制企业运营形式或方式的措施，包括以数量配额、专营、专供或以经济需求为由的方式限制企业的数量，

^① 萨利尼原为五要件，指投资的时间长短、盈利期、风险承担、实质承诺以及对东道国发展的实质贡献，参见 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001。ICSID 后续仲裁裁决摒弃了对东道国发展的实质贡献这一要件。

^② *Wenhua Shan and Sheng Zhang*, “Market Access Provisions in the Potential EU Model BIT: Towards a ‘Global BIT 2.0’?” p. 439.

对投资总额的限制，对营业额或产值的限制，外资参股限制，用工人数限制；二是禁止要求或者限制外资采取法律实体或合资的类型，即不能要求外资企业采取合作或全资形式。值得注意的是，该条列举了上述禁止条款的例外情形，包括允许限制土地的使用和开发、公平竞争、保护自然环境和特定职业要求等，这些例外情形是对投资保护与东道国规制权的平衡。在禁止业绩要求条款中，《欧加经贸协定》禁止对投资的运营业绩施加如下限制：出口比例要求、本国产品成份要求、优先购买本地产品或服务要求、对进出口总量或价值的要求、对外汇流入量的要求、转移技术要求、仅向特定地区或世界市场销售的要求。在高管条款中，协定禁止缔结方对企业高管或董事的国籍提出任何要求。

《欧加经贸协定》的行业负面清单内容冗长，欧盟、成员国政府、成员国地方政府及加拿大联邦与各省都就国民待遇、市场准入或业绩要求提出了不同程度的保留。在《欧加经贸协定》正文中，欧盟与加拿大明确将直接航运服务业排除在外，欧盟单方面排除开放视听产品，加拿大排除开放文化产业。在《欧加经贸协定》附录部分中，加拿大附加了长达 460 页的保留条款，排除的行业包括石油和天然气行业、铀矿开采、农业以及会计、审计、报关等。尽管加拿大对欧盟开放金融业，但对金融业提出的保留内容长达 94 页。欧盟及其成员国就当前措施和未来措施提出的保留分别有 296 页和 137 页。例如，欧盟就研发服务、医疗和教育服务业、会计、邮政、水陆空运输业给予国民待遇以及在农业领域在禁止业绩要求的规则方面提出保留，奥地利就保险业给予国民待遇以及比利时就采矿的市场准入提出保留，等等。

在产业开放方面，欧盟承诺开放采矿业、能源服务、环境保护及某些专业服务。对关键与敏感领域或产业，缔约方未来仍可就其附件二中保留的产业引入歧视性措施或数量限制。这种灵活性的规定同样适用于公共服务业，如教育、卫生、社会服务和供水等。对这些产业，协定不要求私有化，并明确允许政府在未来收回已经私有化的产业。加拿大承诺立即开放邮政、电信、海运等关键产业。对于《投资加拿大法案》中的并购审查门槛，加拿大承诺将从原来的 3.54 亿加元提高到 15 亿加元，这一承诺适用于非国有企业之外的所有欧盟投资者。

《欧加经贸协定》将金融服务放在投资条款之外单独加以规定。该条对国民待遇、最惠国待遇、市场准入和高管条款规定了两点例外，即不适用于政府目的或非商业目的的金融采购、补贴或政府对服务贸易的扶持。加拿大承诺维护对跨境保险、再保险、金融机构中介费用以及证券管理服务的现有框架，不施加更多的限制。

第三，实质待遇。欧盟成员国双边投资协定中规定的实质待遇通常包括公平公正待遇、充分保护与安全、非歧视待遇（包括国民待遇和最惠国待遇）、征收补偿条款、资金转移自由等内容，部分协定还包括保护伞条款。《欧加经贸协定》汲取仲裁实践经验，更加明确和清晰地限定了这些实质待遇。

关于什么样的行为构成“征收”（expropriation），《欧加经贸协定》在正文中沿用了传统双边投资协定的方法，同时采用《北美自由贸易协定》方式在附件中进行解释。协定正文第 X.11 条规定，缔约方不得以具有国有化或征收效果的直接或间接方式国有化或者征收所涉投资，除非（a）为了公共目的，（b）经过正当的法律程序，（c）以非歧视的方式，（d）给予及时、充分和有效的补偿。对于征收补偿金，协定要求应按征收前的公平市场价值计算。协定还规定，以符合《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）规则的方式对知识产权的强制许可及对知识产权的撤销、限制和创建采取措施，不得视为征收。^① 附件 X.11 规定，在判断缔约方政府的措施是否构成间接征收时应基于以下因素逐案分析：措施的经济影响、措施的持续时间、措施在多大程度上影响投资的合理期待、措施的性质尤其是其目的、语境和目标。该条最后重申，因环境保护、公共安全和健康等公共利益而善意实施的合理措施不构成征收。《欧加经贸协定》关于征收的定义，很大程度上回应了欧洲议会希望平衡投资者保护与政府规制权力的关切。^②

关于“公平公正待遇”，《北美自由贸易协定》仲裁庭在实践中通常采用“国际最低标准”。国际最低标准被认为是对模糊且宽泛的国际惯例的限定，但这种限制存在降低投资者保护水平、增加东道国规制权自由裁量空间

^① 该条借鉴《美国 2012 年 BIT 范本》第 6 条（征收和补偿）第 5 款，“本条规定不适用于符合《TRIPS 协定》规定的知识产权强制许可，或与《TRIPS 协定》相一致的知识产权的废止、限制或设立”。

^② August Reinisch, “Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT?” p. 691.

的风险。^① 《欧加经贸协定》并未采取这一方式，而是在投资章节第 X.9 条中直接限定公平公正待遇的内容，规定如下行为构成对公平公正待遇的违反：无法通过刑事、民事或行政诉讼获得司法救济；根本违反正当程序，包括在司法或行政诉讼中根本性地违反透明度要求；明显的武断；以性别、种族或宗教信仰等明显错误的理由有针对性地歧视；滥用投资者待遇，诸如实施强制、胁迫或侵扰；违反缔约方审查该定义时认定的其他要素。这一定义汲取了以往的仲裁经验，通过明确的规则限制仲裁庭对公平公正待遇作过于宽泛或自由的解释。不过，对于仲裁实践中通常考虑的“稳定的、可预见的法律与商业环境”要素，该定义未加采纳。有学者认为，这是为了避免该要素对投资者过于友好。^② 该定义的另一特点，即协定允许缔约方对公平公正待遇的内容进行审查，这将有助于该定义在仲裁实践中得到一致解释，并可据未来实践扩展其内容。

关于“充分的保护与安全”，加拿大在谈判中提出借鉴《北美自由贸易协定》的作法以援引习惯国际法最低标准对其加以限定，但未被欧盟接受。^③

《欧加经贸协定》将“公平公正待遇”与“充分的保护与安全”放在同一条款之下，以十分明确的措辞将“充分的保护与安全”限定为实体安全（physical security）。在投资仲裁实践中，有些仲裁庭认为充分保护与安全条款并不意味着涵盖所有类型的投资损害，它只是特定地保护投资者人身安全和投资的实体安全。其他仲裁庭则认为该条款应不限于实体安全，而包括法律安全（legal security），如无形财产难以确定其实体安全，又如某些措施可能使一项投资失去充分保护与安全，但又不影响该投资的实质占有或合法运作。后一解释的保护范围过于宽泛，有被滥用之虞，《欧加经贸协定》未予采纳。

关于非歧视标准，《欧加经贸协定》借鉴美加方式，改变了欧盟传统双边投资协定中的国民待遇和最惠国待遇的适用范围。协定规定，国民待遇适用于与本国投资者的相似情形，并将国民待遇扩大到投资开业和兼并阶段。

^① August Reinisch, “The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and Other Investment Agreements,” *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 12, 2013, p. 130.

^② August Reinisch, “Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT?” p. 692.

^③ Catharine Titi, “Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment, and the Invisible EU Model BIT,” *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, Nos. 3-4, 2014, p. 542.

对于最惠国待遇，协定同时将其扩大到投资准入前阶段，并且明确指出不适用于争端解决机制。在实践中，仲裁庭可能通过认定最惠国待遇也适用于争议解决机制从而取得对争议的仲裁管辖权，协定明确禁止这种扩大解释。

对于保护缔约方对投资者的合同承诺的保护伞条款，欧盟在《欧加经贸协定》谈判中曾要求纳入，但加拿大的投资协定通常不包括这种条款，最终协定文本未予采纳。对于常见的资金自由转移条款（transfers），《欧加经贸协定》规定了几项豁免事项，包括对破产清算、股票交易、刑事犯罪、财务报告或记账以及为执行司法判决而实施的资金转移限制。

第四，投资者诉国家争端解决机制。这是投资保护协定的关键性条款，投资者可以利用该条款直接取得救济，而不必借助于传统的外交保护方式，避免投资争议受到政治因素的影响。

《欧加经贸协定》借鉴美加协定和仲裁实践，对传统 ISDS 机制做了相当大的改良，以提高仲裁的透明度，加强争端和解释的一致性与可预测性，以及制定更加合理的仲裁规则。其一，首次纳入具有约束力的仲裁员行为准则，如果仲裁员违反国际律师协会（IBA）道德准则，ICSID 秘书长有权将其更换；协定要求须由欧盟和加拿大事前确定仲裁员名录；提升仲裁透明度，要求争端解决机制所有文书都应公开，所有听审都对公众开放。其二，ISDS 仅适用于非歧视待遇与投资保护条款，不适用于市场准入与禁止业绩条款，避免 ISDS 直接损害政府的规制权。其三，禁止平行诉讼，投资者不得既在国内法院或者国际法庭寻求救济，同时又提起 ISDS 仲裁，以避免双重赔偿和不一致裁决。其四，预防虚假之诉，如排除仅为提起仲裁而实施的虚假投资或商业重组；引入快速程序以便在数周内驳回明显缺乏法律根据的仲裁请求。其五，明确限定 ISDS 裁决的效力，裁决不得推翻欧盟、成员国或加拿大议会通过的法律措施；ISDS 只能就实际遭受的损失进行补偿，不得做出惩罚性的罚款。其六，引入三年的法定仲裁时效，时间长于通常国内法院的诉讼时效。其七，鉴于实践中政府即使胜诉也须承担抗辩费用，协议首次明确规定由败诉方承担仲裁费用。其八，纳入调解条款以鼓励友好仲裁，有助于中小企业降低争端解决成本。此外，协定还规定欧盟和加拿大有权采取有约束力的解释，向仲裁庭提交意见，使缔约方政府可对协定施加控制与影响。协定还考虑将来建立

上诉机制，而目前仅美国的双边投资协定中包含上诉机制。

欧盟各机构在讨论国际投资政策初期，对于纳入 ISDS 机制莫衷一是。欧委会在相当长的时间里对此保持沉默，直到最后态度才转为积极。欧委会认为，ISDS 是成员国双边投资保护标准的重要成果，应予以继承。欧盟理事会也强调欧盟投资协定需要有效的 ISDS 机制。欧洲议会受到非政府组织的游说压力，极为怀疑 ISDS 机制，担心它将损害政府的规制权。这促使 2014 年 1 月欧委会专门就美欧 TTIP 中的投资与 ISDS 机制公开咨询欧洲公众。^①

欧洲公众对当前 ISDS 机制的疑虑主要包括：相关定义不清晰会留有太大的解释空间并导致被滥用，机制缺乏透明度，缺乏对仲裁裁决的上诉机制，仲裁庭可能偏向于投资者，投资者权利过大可能造成东道国规制权的寒蝉效应（chilling effect）。^②但也有国际投资法学者指出，当年美国媒体对《北美自由贸易协定》的 ISDS 就有相同质疑，认为这些观点存在混淆、非理性以及胡乱推测的特征。^③

对于公众咨询结果，欧委会作出回应，提出要将改革传统的 ISDS 作为其首要工作。新任欧盟贸易委员安娜·塞西莉亚·马尔姆斯特伦（Anna Cecilia Malmström）认为，传统的 ISDS 已不适合当代要求，不能为了保护投资者而以失去政府规制权力为代价。她表示，将推动多边投资仲裁法院作为其工作的中期目标。^④

第五，与公共利益有关的非经济条款。在保护外国投资与保护本国社会和公共利益之间取得平衡，是国际投资协定体系面临的重要挑战。^⑤传统投资协定的重心在于保护投资者权益，纳入对公共利益的考量是相对较新的发展，新条款包括一般例外条款、环境保护条款、劳工条款和社会责任条款等。

^① European Commission Press Release, “Commission to Consult European Public on Provisions in EU-US Trade Deal on Investment and Investor-State Dispute Settlement,” January 21, 2014.

^② “Report Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP),” SWD(2015) 3 Final, Commission Staff Working Document, Brussels, January 13, 2015.

^③ August Reinisch, “Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT?” p. 701.

^④ Cecilia Malmström, “Investments in TTIP and Beyond - Towards an International Investment Court,” European Commission, May 5, 2015, http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/investments-ttip-and-beyond-towards-international-investment-court_en.

^⑤ 张庆麟主编：《公共利益视野下的国际投资协定新发展》，中国社会科学出版社 2014 年版，第 2 页。

《欧加经贸协定》没有在投资章节中具体规定上述公共利益条款，而是以专门章节规定一般例外、贸易与环境、贸易与劳工等。在适用于整个经贸协定的一般例外条款中，协定援引《关税与贸易总协定》（GATT）第20条一般例外和仿照GATS第14条一般例外条款，允许缔约国为保护公共安全与公共道德、保护人类、动植物生命和健康及为避免合同欺诈、个人隐私和安全而采取必要措施。协定一般例外章节下还包括税收例外、国家安全例外等。

在贸易与劳工章节和贸易与环境章节^①，《欧加经贸协定》明确引入多边劳工标准和协定及多边环境公约，要求缔约方遵守双方在这些条约下的义务。协定还规定“维护保护水平”（Upholding levels of protection）条款，要求缔约方的内部措施不得为了鼓励投资而降低对劳工和环境的保护。在劳工章节，协定规定双方应保障结社自由，有效承认集体谈判权，消除所有形式的强迫劳动，废除童工，消除职业与用工歧视。协定对双方国内劳动法的实施提出要求，要求政府履行国际义务并在国内法上提供有效的司法或行政救济渠道。在环境章节，协定承认缔约方对环境的规制权，缔约方有权修订相关法律与政策，只要符合其加入的多边环境条约即可。协定要求缔约方确保其法律和政策提供并鼓励高水平的环境保护。协定也对环境诉讼提出了要求，要求在国内外环境法上提供有效的救济渠道。

由于协定谈判过程保密，《欧加经贸协定》成为目前观察中欧投资协定谈判的主要窗口。此外，先于中欧双边投资协定谈判进行的中美双边投资协定谈判也具有参照意义。就投资规则而言，欧盟投资规则明显受到美国双边投资协定范本的影响，投资规则呈现向美国范本靠拢的趋势。欧盟和美国在与中国的谈判中势必相互观望，特别是在具体的投资准入开放度方面，由此先行开展的中美双边投资协定谈判进展及其成果也会影响到中欧谈判。不过，欧盟在推动国际规则方面向来注重保持自身的特色，欧盟在投资保护与市场开放方面与美国的需求并不完全一致，这意味着中欧双边投资协定谈判并非中美双边投资协定谈判的简单复制。

^① 其中部分条款也适用于投资。

四、中欧双边投资协定谈判的难点与挑战

2013年12月，中欧双方领导人在签订《中欧合作2020战略规划》过程中首次提出：“中欧商谈并完成这一涵盖投资保护和市场准入的全面投资协定，将传递双方致力于加强合作并实现更远大雄心的愿景，包括从长远看，在条件成熟时签订全面深入的自贸协定”。^① 根据欧盟披露的文件，欧盟对中欧双边投资协定有12项诉求，其中核心诉求包括扩大市场准入，增加投资监管透明度和可预测性，提高知识产权保护水平，确保国有企业竞争中立，确保政府实施公共目标而对投资采取必要措施的监管权力，提供高水平的环境与劳工保护以及有效的争端解决机制。^② 这些诉求既是双方谈判的重点，也是难点。

市场准入无疑将是中欧双边投资协定谈判中的重中之重。尽管负面清单更加透明和直接，但它也给中欧谈判带来了很大挑战：一方面，中国和欧盟成员国过去都采用正面清单方式，缺乏采用负面清单的经验；另一方面，列举负面清单需要大量的行业知识，这在客观上为能否设定明确、简洁的行业负面清单带来困难。最为重要的是，尽管投资开放有助于提升中国国内市场的活力，但中国仍有必要对幼稚、民生和敏感产业提供保护，哪些行业可以

^① 《中欧合作2020战略规划》，新华网，2013年11月23日，http://news.xinhuanet.com/3gnews/2013-11/23/c_125751496.htm。

^② 欧盟对中欧投资协定的诉求为：（1）更大的市场准入和有效的准入前与准入后非歧视待遇；（2）中国有关国家利益的定义模糊，与国家安全考量相比过于宽泛，应增加投资监管和审查中的透明度和可预测性；（3）向欧盟对华投资者提供最大可能的、标准一致的法律保护和确定性；（4）投资保护标准应包括严格的知识产权保护；（5）对中国投资者提供统一的欧洲保护标准，以提升中国对欧投资的吸引力；（6）增加透明度，如确保在引入影响投资的法规之前咨询利益相关方，公布相关规则，透明地管理、实施和适用相关法规；（7）就协定的实施，建立咨询点和一站式的信息分享；（8）提高欧盟在华企业的竞争力，提供更加公平的竞争环境，以抵消中国国有企业所享有的及有关贷款和补贴带来的歧视性的竞争优势；考虑给予中国国有企业对欧投资以公平的竞争环境；（9）确保双方有权力在其认为适当的保护水平基础上为了合理的公共政策目标（如环境、社会、劳工和人权等）而采取必要的措施，只要这类措施不构成不当歧视或者变相限制；（10）确保双方国内法律和政策提供高水平的环境与劳工标准，双方不得为鼓励外国直接投资而降低环境与劳工立法和标准，不得为了保护 and 促进文化多样性而降低核心劳工标准和法律；（11）引入有关企业社会责任的投资者义务；（12）完善和有效的争端解决机制，当事人可选择在法院诉讼之外的仲裁机制。See “Impact Assessment Report on the EU-China Investment Relations”, SWD(2013) 185 Final, Commission Staff Working Document, Brussels, May 23, 2013, pp. 20-21.

开放以及如何开放可能是最大的难点之一。上海自由贸易试验区负面行业清单的实践为此积累了宝贵经验，也得到外界一定程度的认可。但欧方仍对中方当前提供的市场开放抱有很大的疑虑，欧方试图就金融、电信等行业和相关措施向中方寻求更大的开放。

知识产权保护、国有企业竞争中立、环境保护条款、劳工保护条款也将是中欧双方谈判的难点。《欧盟—韩国自贸协定》中规定了超出 TRIPS 之外的知识产权保持范围和明确的民事、刑事和行政实施规则，欧方很可能以类似规则向中方施压，要求中国扩大知识产权保护的范围，采取更严格的知识产权执行措施。

欧美一直批评中国国有企业在竞争政策、贷款和补贴方面享有优势地位，试图引入竞争中立规则以平衡其在华企业的竞争力，这与前述准入前国民待遇与负面清单一起，对中国国有企业当前的运作模式和地位造成很大的冲击。尽管如此，对形成更加健全的市场经济而言，引入更加公平的自由竞争规则，对国有企业的强势运行方式进行必要约束，破除国有企业不必要或过强的垄断，将给中国内部市场带来更多活力，使中国企业在国内市场和国际市场上释放更大的竞争力，这与党的十八大提出的“让市场在资源配置中发挥决定性作用”的理念是一致的。不仅如此，更加公平的竞争规则与更加开放的市场准入对中国本土中小型企业、私营企业和民间资本同样具有积极作用。一方面，国内中小企业可以获得更大的投资空间，获得更加公平公正的投资待遇；另一方面，中国间接资本也可因投资选择的增多而得以流向更有前景的目的地。

与现阶段的《中韩自由贸易协定》环境保护条款和劳工保护条款的软法特征相比，欧盟的环境保护条款和劳工保护条款具有很强的执行力，特别是通过引入多边条约和标准，要求缔约方从国内法层面落实国际承诺。劳工保护条款因引入多边劳工条约而间接地适用条约中的政治权力条款，这可能对中方接受欧盟劳工条款造成障碍。

由于中方在谈判之初就已作出投资准入前待遇和负面清单两大承诺，这意味着中欧双边投资协定将成为高水平 and 更开放的投资协定。随着“走出去”战略的实施，中国与欧盟在投资保护和投资开放方面的诉求具有越来越多的

共同点。在投资保护方面，中方也需要在投资者保护与政府规制权力之间寻求平衡，在资本引入与资本输出的利益之间寻求平衡。^① 相对于前述谈判难点而言，中欧双方对于非歧视待遇、政府规制权、监管透明度以及争端解决机制方面可能有较多的共识。

结 束 语

由于中国正迅速从净投资目的地转变为双向投资地，中欧双边投资协定给中国带来的挑战和机遇是显而易见的。第一，目前侧重于保护东道国的中国双边投资协定已不能满足中国资本走出去的需要，中国迫切需要通过新一代的高水平保护和更开放的投资协定，为对外投资提供完善的法律保护，为中国资本拓展更加开放、透明的市场，同时也为外资提供更公平和透明的竞争环境。第二，高水平的中欧双边投资协定是当前中国深化改革和推动转型发展的重要组成部分，它将推动中国投资监管体制从事先审批向事后监管发展，这对中央以及地方政府的监管能力和行政方式提出了更高要求。第三，对于中欧投资协定谈判可能涉及的竞争中立条款、劳工条款、环境条款、知识产权保护等，鉴于在执行和范围上有可能做出灵活性的安排，这些规则对降低国有企业垄断、提高劳动者保护、加强环境保护和保障创新能力等方面具有长期积极作用。最后，中欧双边投资协定的谈判成功，为未来能否启动中欧自由贸易协定谈判奠定重要基础，同时也可缓解中国面对美国新一轮贸易与投资规则制定方面的竞争压力，向世界展示中国进一步开放市场和深化改革的坚定意愿。

[收稿日期：2015-09-21]

[修回日期：2015-10-21]

[责任编辑：樊文光]

^① See Yongjie Li, “Factors to be Considered for China’s Future Investment Treaties,” in Wenhua Shan and Jinyuan Su, eds., *China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership*, Leiden and Boston: Brill Nijhoff, 2014, pp. 173-179.