



# 中欧双边投资协定谈判 相关法律问题研究

第八届中国欧洲学会欧洲法律研究会年会论文集

林燕萍 张 皎 / 主编

ZHONG-OU SHUANGBIAN TOUZI XIEDING TANPAN  
XIANGGUAN FALV WENTI YANJIU

DIBAJIE ZHONGGUO OUZHOU XUEHUI  
OUZHOU FALV YANJIUHUI NIANHUI LUNWENJI



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

ALGERIA

本书为“上海市哲学社会科学规划课题”“上海高校高峰高原学科建设项目”

# 中欧双边投资协定谈判 相关法律问题研究

第八届中国欧洲学会欧洲法律研究会年会论文集

林燕萍 张 皎 / 主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

中欧双边投资协定谈判相关法律问题研究:第八届  
中国欧洲学会欧洲法律研究会年会论文集 / 林燕萍, 张  
皎主编. —北京: 法律出版社, 2016. 8  
ISBN 978-7-5118-9819-7

I. ①中… II. ①林…②张… III. ①国际投资法学  
—文集 IV. ①D996.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 186565 号

## 中欧双边投资协定谈判相关法律问题研究

主 编: 林燕萍 张 皎

责任编辑: 何 敏

装帧设计: 汪奇峰

责任印制: 张建伟

---

出 版	法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073) <a href="http://www.lawpress.com.cn/">http://www.lawpress.com.cn/</a>
编辑统筹	法律职业教育出版分社
经 销	新华书店
总 发 行	中国法律图书有限公司 <a href="http://www.chinalawbook.com/">http://www.chinalawbook.com/</a> 第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843) 重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636) 北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995)
销售专线	010-63939806/9830
数据支持	法律门 <a href="http://www.falvmen.com.cn/">http://www.falvmen.com.cn/</a>
开 本	720毫米×960毫米 1/16
印 张	22.25
字 数	310千
版 本	2016年9月第1版
印 次	2016年9月第1次印刷
印 刷	北京京华虎彩印刷有限公司
书 号	ISBN 978-7-5118-9819-7
定 价	52.00元

---

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。  
如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

## 编者序

在我国法学界,对欧盟法的研究分散在各个部门法中,很少有以欧盟法为研究对象的教学体系和统编教材,自然也挤不进高等法律院校的法学核心课程体系。但令人欣慰的是,法学界对欧盟法的研究始终没有中断过。

早在10年前,在武汉大学曾令良教授和中国社会科学院欧洲研究所程卫东研究员等有识之士的推动下,中国成立了一个独特的研究会——中国欧洲学会欧洲法律研究会,把一批分散在各个学科中对欧盟法感兴趣的法律学者聚集在一起,形成了一支跨学科、跨部门法的欧盟法研究队伍。这个年轻的学会每年召开一次年会,大家把各自的研究成果展现出来,进行跨学科的学术交流与思想碰撞,这使中国欧盟法的研究生机盎然。

从20世纪末开始,国内法学界开始关注并介绍欧洲法律。先是从翻译欧盟的法律法规入手,以后又着重于各部门法的比较研究。从公开出版物来看,目前对欧盟法的研究成果主要集中在国际刑法、国际私法、国际组织法方面,尤以竞争法、知识产权法、金融法及环境法这几方面内容最为深入。这从一个侧面反映了国内对欧盟法研究的基本情况。近年来,一些年轻的、从欧洲留学回来的学者

倾心于对当代欧盟法创新与发展的研究。他们从各自的学科领域研究了欧盟法的方方面面,如欧盟宪法、欧盟国际私法、欧盟税法、欧盟金融市场一体化、欧盟劳动法、欧盟投资法、欧盟知识产权法及欧盟竞争法等。这些研究丰富和推进了中国的欧盟法研究。

中国与欧盟在经济贸易领域的合作发展迅速,对欧盟法律和欧盟政治经济的互动关系进行研究是十分必要的。欧洲法律研究会致力于推动这项工作,并每年召开主题性年会,推出一批高质量的研究成果。2014年底华东政法大学欧盟法研究中心有幸承办了研究会的第八届年会,主题是中欧双边投资协定谈判相关法律问题。这次年会邀请到来自中国社会科学院、武汉大学、北京大学、西南政法大学、中南财经政法大学、西安交通大学、复旦大学、上海交通大学、同济大学、上海国际问题研究院等智库、高校学者以及实务界专家一百余人,提交论文六十余篇。本书就是这次年会的论文结集。

感谢提交论文的学者和研究生,他们的敏锐思维和前瞻性观点给中国欧盟法的研究带来新的气象。我们希望本书的出版有助于推动中国法学界对欧盟法的深入研究,并进而探索蕴藏在欧盟法背后的欧洲法律文化和欧盟法的精神。

# 目 录

## 第一部分 欧盟投资政策及中欧投资法律问题

中欧 BIT 谈判:协定条款与中国新外资法的制定

张智勇 / 3

“一带一路”倡议背景下的中欧经济合作的法律

政策路径 杨丽艳 / 31

欧盟共同投资政策的发展及其对《中欧双边投资  
协定》谈判的影响

——以欧盟对外关系法为视角 张 皎 / 40

以中欧 BIT 谈判为契机构建新一代中式 BIT 徐闪闪 / 62

## 第二部分 欧盟市场法律问题及中欧贸易法律问题

中欧原材料贸易纠纷的解决之道 蒋小红 / 81

欧盟《国际贸易规则执行条例》及其对中国构建

贸易报复机制的启示 胡建国 / 97

欧洲金融市场一体化新进程

——以欧盟证券市场立法与监管为研究视角

千云峰 / 120

欧盟并购控制中的破产抗辩制度研究 阙 琳 / 131

标准必要专利中的利益平衡原则

——评佐审官对“华为诉中兴(德国)”案的

法律意见 姜卫阳 / 143

我国政府采购未来发展的战略重点及其相应对策 杨蔚林 杨诗媛 / 155

### 第三部分 欧洲一体化新发展与欧盟私法问题

法国国际私法强制性规则适用制度探析 王立武 / 169

欧盟个人雇佣合同法律适用的一体化及对我国的启示 凡启兵 / 189

比例原则在欧盟著作权司法实践中的适用分析 刘海虹 / 204

欧洲“反避税”风暴中的法律思考

——在避税地推行税收情报交换制度 曹 枫 / 217

《欧洲统一买卖法》对当事人权利义务的影响

——基于 CISG 到 CESL 制度发展 王 琢 李建星 / 232

荷兰的公证改革对我国的启示 陈 勇 / 262

### 第四部分 欧盟法与国际法律制度若干问题

欧盟关于《联合国海洋法公约》的早期实践(1998~2006年)

刘 衡 / 279

论卡尔沃主义的缘起及其对欧美外交保护权利的限制 张 磊 / 295

法国破产管理人和债权人代表行会简介 种 林 / 306

论欧盟法对法的国际化进程的贡献 夏 草 / 314

欧盟妇女就业权利保护制度研究 郝鲁怡 / 335

**第一部分**  
**欧盟投资政策及中欧投资法律问题**





# 中欧 BIT 谈判：协定条款与中国 新外资法的制定

张智勇\*

【摘要】2013年11月21日,在第16次中欧领导人会晤期间,中欧双边投资协定(BIT)谈判正式宣布启动,并于2014年1月进行了第1轮谈判。<sup>①</sup> 尽管我国与欧盟成员国之间已经存在BIT,<sup>②</sup> 但中欧BIT是欧盟作为一方与我国谈判,而且BIT谈判将涉及投资的市场准入,这是与我国和欧盟成员国之间现行BIT的不同之处。中欧BIT谈判与以准入前国民待遇和负面清单模式为基础的中美BIT谈判也是类似的。<sup>③</sup> 与此同时,我国新外资法的制定也提上了议事日程。2015年1月19日,商

---

\* 北京大学法学院副教授。

① 商务部新闻办公室：“第2轮中欧投资协定谈判在布鲁塞尔举行”，载商务部网站：<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/m/201403/20140300527278.shtml>, 2014年10月9日访问。

② 除爱尔兰之外,我国与欧盟其他27个成员国均签订了BIT,与比利时和卢森堡的BIT是在一个协定之中。

③ 2013年7月11日,在第五轮中美战略与经济对话过程中,我国宣布以准入前国民待遇和负面清单为基础与美方进行投资协定的实质性谈判。参见商务部新闻办公室：“第11轮中美投资协定谈判在上海举行”，载商务部网站：<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201401/20140100459143.shtml>, 2014年8月11日访问。

务部发布了《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》。该草案也采取了准入前国民待遇和负面清单的外资管理方式。因此,本文拟从中欧 BIT 谈判的视角,探讨相关协定条款的法律问题,并就 BIT 谈判和我国新外资法的关系提出初步的看法。

**【关键词】** 中欧投资协定 外国投资法 准入前国民待遇 负面清单

## 一、背景

自改革开放伊始,吸引外国直接投资(FDI)一直是我国的既定战略。在改革开放的头十年,我国相继制定了《中外合资经营企业法》(1979年)、《外资企业法》(1986年)和《中外合作经营企业法》(1988年)。这三部法律(也称为外资三法)构成了我国外资法的基本框架。与此同时,我国自1982年起也开始与相关国家签订双边投资协定(BIT)。<sup>④</sup> 迄今为止,我国现行有效的 BIT 为 103 个。<sup>⑤</sup>

我国现行 BIT 有一个共同的特点,即不涉及投资的市场准入问题。在给予外国投资者及其投资以国民待遇的相关 BIT 中,也是给予准入

---

<sup>④</sup> 1982年3月29日,我国和瑞典签署了关于相互保护投资的协定,这是我国签订的第一个 BIT。

<sup>⑤</sup> 这 103 个 BIT 中,我国与相关国家(比如德国)重新签订的 BIT 取代了旧的 BIT,因此仍按照一个统计。另外,我国和日本、韩国关于促进、便利及保护投资的协定的缔约方是三个。我国和比利时—卢森堡经济联盟关于相互促进和保护投资的协定实际上涉及我国、比利时和卢森堡三国,但在协定文本中,比利时王国政府以它自己的名义以及卢森堡大公国政府和瓦隆大区政府、弗拉芒大区政府和布鲁塞尔首都大区政府的名义,作为缔约另一方。(载 <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2014年10月9日访问。)需要指出的是,联合国贸发会(UNCTAD)网站中的统计口径与商务部不同。UNCTAD 将我国签订的所有双边 BIT(包括业已废止的和已签订但尚未生效的)也包括在内,共 145 个。(载 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iaInnerMenu>, 2014年10月9日访问。)因此,UNCTAD 下的 BIT 包括了我国和比利时—卢森堡经济联盟之间的 BIT,但不包括中、日、韩三国的 BIT。中、日、韩 BIT 以及包含投资内容的 FTA 在 UNCTAD 网站中被归入“其他投资协定”的类别。

后的国民待遇,而不包括准入阶段。

不过,2013年7月11日,在第五轮中美战略与经济对话过程中,我国宣布以“准入前国民待遇和负面清单”为基础与美方进行投资协定的实质性谈判。准入前国民待遇是指一国除给予外资准入后的国民待遇外,在准入阶段也给予外资国民待遇。负面清单属于 BIT 的附件,是国民待遇的例外,即列入清单之列的行业或事项不享有国民待遇。<sup>⑥</sup>因此,准入前国民待遇和负面清单的准入实际意味着涉及所有投资阶段和行业的国民待遇,<sup>⑦</sup>但负面清单列出的行业或事项除外。

在中美宣布以“准入前国民待遇和负面清单”为基础谈判 BIT 后,我国和欧盟也启动了 BIT 谈判。与中美 BIT 谈判类似,中欧 BIT 也涉及投资市场准入和负面清单。

就中欧 BIT 而言,其与中美 BIT 谈判的不同在于,我国和美国并没有 BIT,<sup>⑧</sup>而我国和欧盟成员国之间已存在 BIT,而中欧 BIT 是欧盟作为一方与我国进行谈判。在欧盟方面,其法律依据在于《里斯本条约》生效之后,欧盟享有专属权能(exclusive competence)的共同商业政策(common commercial policy)的范围得以扩展,服务贸易、知识产权、外国直接投资等都属于共同商业政策的范畴,欧盟也享有就这些事项与第三国缔结国际协定的专有权限。<sup>⑨</sup>为此,欧盟专门制定了第 1219/

<sup>⑥</sup> UNCTAD, National Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), p. 22.

<sup>⑦</sup> 比如,美国财政部网站中的表述为“China and the U. S. announced their intention to negotiate a US - China BIT that would cover all stages of investment and all sectors”。参见 US Department of the Treasury, U. S. and China Breakthrough Announcement on the Bilateral Investment Treaty Negotiations, 15 July 2013, 载美国财政部网站: <http://www.treasury.gov/connect/blog/Pages/U.S.-and-China-Breakthrough-Announcement.aspx>, 2014年7月25日访问。

<sup>⑧</sup> 1980年10月30日,我国和美国签订了《关于投资保险和投资保证的鼓励投资协议和换文》,但该协议和换文是关于投资保险(特别是美国海外私人投资公司的承保)的,并非 BIT。就双边投资协定来讲,有观点将其划分为美国式的“投资保证协议”和德国式的“促进与保护投资协定”(参见余劲松主编:《国际投资法》(第4版),法律出版社2014年版,第220~222页)。本文中的 BIT 指“促进投资和保护协定”。

<sup>⑨</sup> 参见《欧洲联盟运行条约》第3条、第206条和第207条。

2012 号条例,<sup>⑩</sup>明确了欧盟成员国与第三国之间的现行 BIT 的法律地位依然有效。不过,欧盟与该第三国签订的 BIT 生效后,将取代成员国与第三国的 BIT。<sup>⑪</sup>因此,中欧 BIT 谈判成功并生效后,我国与欧盟成员国之间的 BIT 将被中欧 BIT 所取代。

欧盟之所以要和我国谈判 BIT,除了《里斯本条约》赋予了欧盟专有限权外,一个重要的原因在于:随着我国经济实力的强大,欧盟日益重视对华经贸关系。欧盟委员会在 2010 年 3 月的关于欧洲 2020 战略的文件中提出要  
与新兴经济体(如中国和印度)建立战略关系( strategic relationships)。<sup>⑫</sup> 欧盟委员会于 2010 年 7 月发布的关于欧盟投资条约政策的文件中则将中国作为谈判投资条约的潜在伙伴。<sup>⑬</sup>

尽管我国是欧盟的第二大贸易伙伴,但欧盟在华投资的存量仅为欧盟全部海外投资的 2% ~ 3%。<sup>⑭</sup> 在欧盟看来,欧盟成员国现行 BIT 存在的不足和我国对外资的限制是影响欧盟对华投资的法律方面的主要原因。欧盟将其成员国与我国的 BIT 分为两类,即 1998 年之前的和 1998 年之后的。这些 BIT 在投资保护和投资待遇方面并不一致。1998 年之前的 BIT 缺少保护外国投资的重要实体和程序条款。1998 年之后的 BIT 尽管在投资保护方面有所加强,<sup>⑮</sup>但仍缺少一些关键性的条款。比如,在国民待遇方面,只有中国和塞浦路斯的 BIT 给予了无条件的国民待遇。尽管所有 BIT 都包含最惠国待遇条款,但没有任何限制的最惠国待遇只存在于 8 个 BIT 中。再如,现行 BIT 也缺乏环境

---

<sup>⑩</sup> 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.*

<sup>⑪</sup> 参见第 1219/2012 号规则第 3 条。

<sup>⑫</sup> COM(2010)2020 final, Europe 2020: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth.

<sup>⑬</sup> COM(2010)343 final, Towards a comprehensive European International Investment Policy.

<sup>⑭</sup> European Commission, Countries and Regions: China, 载 <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/china/>, 2014 年 10 月 30 日访问。

<sup>⑮</sup> 比如增加了投资的公正和公平待遇条款,投资者——东道国争端解决机制可适用于 BIT 下的所有条款。

和劳工条款,没有提及企业社会责任,也没有涉及国有企业、补贴、强制技术转让等履行要求等问题。此外,所有现行 BIT 对投资的保护都限于投资准入之后,不涉及市场准入问题。<sup>①⑥</sup> 欧盟委员会委托 Covington & Burling LLP 所做的调研报告也列举了欧方认为我国存在的对外国投资进行限制的一系列措施和实践。<sup>①⑦</sup>

因此,欧盟与我国谈判 BIT 的目标是:减少中国的投资壁垒,提高双边投资流量;提高双边投资保护水平;提高欧盟投资者在中国投资待遇的法律确定性;提高欧盟投资在中国的市场准入,特别是欧盟投资者面临的强制合资要求。<sup>①⑧</sup>

就我国来讲,中欧经贸关系同样重要。自改革开放以来,我国一直是吸引 FDI 的大国。近年来,我国的海外投资也日益扩大。就我国和欧盟成员国之间的 BIT 而言,欧盟认为存在的一些问题实际上是双向的,也同样制约着我国对欧盟的投资。在这一背景下,通过与欧盟谈判 BIT 为我国的海外投资提供高水平的准入和保护,也符合我国的战略需要。

## 二、中欧 BIT 的协定条款

中欧 BIT 正在谈判之中,双方作为谈判基础的文本也未公布,目前难以进行有针对性的研究。不过,从国际背景来看,美式 BIT 或以北美自由贸易协定 (NAFTA) 为代表的包含投资规则的自由贸易协定 (FTA) 在全球范围的影响力也日益增加,<sup>①⑨</sup> 成为中国、日本、新加坡、韩

---

<sup>①⑥</sup> SWD(2013)185 final, Impact Assessment Report on the EU - China Investment Relations.

<sup>①⑦</sup> Covington & Burling LLP, Measures and Practices Restraining Foreign Investment in China, Prepared for the European Commission Directorate - General for Trade.

<sup>①⑧</sup> SWD(2013)185 final, Impact Assessment Report on the EU - China Investment Relations.

<sup>①⑨</sup> NAFTA 第 11 章为“投资”,与美国的 BIT 范本的内容基本一样。

国、印度和澳大利亚谈判 BIT 或包含投资规则的 FTA 的范例。我国和加拿大的 BIT 以及中美 BIT 谈判也以美国的 BIT 范本为基础。在欧盟方面,欧盟与加拿大的《综合性经济贸易协定》(CETA),与新加坡、印度和日本谈判的 FTA 也参照了 NAFTA。<sup>②</sup> 在此,笔者拟就如下几个问题进行初步的探讨。

### (一) 缔约主体

根据《欧洲联盟运行条约》第 207 条,外国直接投资(foreign direct investment)为欧盟的专属权能。不过,对于何为“外国直接投资”,《欧洲联盟运行条约》并没有进一步的界定。事实上,中欧 BIT 可能会涉及成员国的权限。比如,如果中欧 BIT 所适用的投资(covered investment)包括了证券投资,而外国直接投资又不包含证券投资时。再如,BIT 下的例外措施(如安全例外)可能由成员国来行使。欧盟也承认,它与其他国家谈判和签订任何自由贸易协定或投资保护协定,都必须经过所有成员国的批准。<sup>③</sup>

如果中欧 BIT 下设立了投资者和东道国投资争端的国际仲裁机制,我国投资者要适用这一程序,也需要选择欧盟还是欧盟成员国作为被诉方。

欧盟和加拿大的 CETA 是这样规定的:投资者要启动仲裁程序时,应向欧盟给出通知来要求确定被诉方,并在通知中提出投资者拟提交仲裁的争议措施。欧盟将通知投资者是欧盟还是成员国作为被诉方。如果投资者提出通知后 50 天内没有得到欧盟的通知,当争议措施属于成员国的专有权限时,成员国作为被诉方;当争议措施包含欧盟的措施时,欧盟作为被诉方。欧盟和成员国不得以根据前述规定确立的被诉方有误为理由而拒绝仲裁、主张仲裁庭缺乏管辖权,以及反对投资者的求偿和仲裁裁决。仲裁庭也应基于根据前述规定所确定的被诉方进行

---

<sup>②</sup> Nikos Lavranos, The New EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA Model as the New Plurilateral Model BIT Text, 载 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2241455](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241455), 2014 年 10 月 30 日访问。

<sup>③</sup> 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。

仲裁。<sup>②</sup> CETA 的相关条款也可供中欧 BIT 所借鉴。

根据 CETA 的上述条款,当欧盟或其成员国作为被诉方而被仲裁庭裁决败诉时,也会涉及由谁承担赔偿责任的问题。2014 年 7 月,欧盟通过了《关于投资者—东道国争端解决机制下财政责任分配的第 912/2014 号条例》。<sup>③</sup> 根据该规则的规定,赔偿责任的基本原则是:欧盟承担因欧盟机构的措施违反 BIT 而导致的赔偿责任;成员国承担其措施违反 BIT 而导致的赔偿责任,但成员国的措施是应欧盟法要求而作出时,由欧盟承担赔偿责任。<sup>④</sup> 因此,第 912/2014 号规则为投资者寻求赔偿提供了法律依据,不论选择欧盟还是其成员国作为被诉方。

此外,尽管第 912/2014 号条例为欧盟作为被诉方并承担赔偿责任提供了法律基础,但我国在与其谈判 BIT 还应注意《华盛顿公约》下的国际投资争端解决中心(ICSID)的管辖问题。《华盛顿公约》机制下的被诉方为国家,而欧盟并非国家。因此,中欧 BIT 如果写入投资者—东道国仲裁条款,还需要提供 ICSID 之外的仲裁机制。

## (二) 投资待遇

最惠国待遇、国民待遇和公平公正待遇是当今 BIT 和包含投资的 FTA 中的标准条款。我国和欧盟的 BIT 无疑也将包含这方面的内容。不过,协定中相关条款具体如何表述,仍是需要谈判来解决。以公平和公正待遇为例,尽管我国的 BIT 一般均规定了给予投资以公平与公正待遇,但早期的 BIT 没有将该待遇与国际法相联系,而近年的发展动向是将公平公正待遇与国际法规则相联系,即依据普遍接受的国际法规则给予投资以公平公正待遇。<sup>⑤</sup> 比如,我国和加拿大的 BIT 第 4 条规定:任一缔约方应按照国际法,赋予涵盖投资公平和公正的待遇并提供

<sup>②</sup> Consolidated CETA Text, 2014 年 9 月 26 日公布,载 [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf), 2014 年 10 月 20 日访问。

<sup>③</sup> Regulation(EU)No 912/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals.

<sup>④</sup> 参见第 912/2014 号条例第 3 条。

<sup>⑤</sup> 余劲松:《改革开放 30 年与我国国际投资法制的发展与完善》,载《理论前沿》2008 年第 21 期。



全面的保护和安全。“公平公正待遇”和“全面的保护和安全”的概念并不要求给予由被接受为法律的一般国家实践所确立之国际法要求给予外国人的最低待遇标准之外或额外的待遇。一项对本协定的其他条款或其他国际协定条款的违反,不能认定对本条款的违反。

在欧盟方面,欧盟和加拿大的 CETA 则是以列举的方式来阐述公平与公正待遇的含义,比如缔约方拒绝司法、违反正当法律程序等措施。当仲裁庭适用公平与公正待遇条款仲裁时,应考虑缔约方是否对投资者作出特别陈述并为投资者设立了合理期待,而投资者据此进行了投资,但缔约方使得投资者的期待落空。

此外,与我国和欧盟成员国之间的现行 BIT 不同的是,中欧 BIT 将涉及市场准入。在最惠国待遇方面,也将包括投资开业(establishment)阶段。如果在国民待遇方面也涉及准入阶段的话,最惠国待遇和国民待遇的关系、中欧 BIT 与既往 BIT 之间的关系是值得关注的。<sup>②</sup>

中美和中欧 BIT 都以“准入前国民待遇+负面清单”为模式,但两个谈成后的 BIT 在负面清单方面肯定不会完全相同。这就需要对最惠国待遇在协定中作出例外规定。比如,欧盟和加拿大的 CETA 关于最惠国待遇的规定不适用于缔约方与第三方关于服务认证等方面的待遇,也不包括投资者和东道国的争端解决机制。

我国也有类似的实践。比如,我国和东盟的投资协议第 5 条(最惠国待遇)规定,一缔约方依据任何其为成员的将来的协定或安排,给予另一缔约方或第三国投资者及其投资更优惠的待遇,没有义务将此待遇给予另一缔约方的投资者及其投资。最惠国待遇也不包括:在任何现存与非缔约方的双边、地区及国际协定或任何形式的经济或区域合

---

<sup>②</sup> CETA 也有关于投资章节的专门的市场准入条款,国民待遇和最惠国待遇条款也包含了准入阶段(establishment)。我国的相关 BIT 和 FTA 在最惠国待遇方面也涉及准入阶段。比如,我国和东盟的投资协议第 5 条规定:“各缔约方在准入、设立、获得、扩大、管理、经营、运营、维护、使用、清算、出售或对投资其他形式的处置方面,应当给予另一缔约方投资者及其相关投资,不低于其在同等条件下给予任何其他缔约方或第三国投资者及/或其投资的待遇”。不过,该协议在国民待遇方面限于投资准入之后,即“各方在其境内,应当给予另一方投资者及其投资,在管理、经营、运营、维护、使用、销售、清算或此类投资其他形式的处置方面,不低于其在同等条件下给予其本国投资者及其投资的待遇”。