

四大自贸区“负面清单”与中美 BIT 谈判的“负面清单”有何不同？

2015年4月20日，国务院发布了《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（以下简称《自贸试验区负面清单》），这标志着广东、天津、福建三个新设自贸试验区将与上海自贸试验区适用统一的“负面清单”。在2014年7月举行中美战略与经济对话中，中美双方承诺在2015年早期以各自的“负面清单”出价为基础启动负面清单谈判。在现阶段，负面清单已成为中美双边投资协定（BIT）谈判的核心问题。那么，新发布的《自贸试验区负面清单》与中美 BIT 正在谈判的“负面清单”有哪些不同之处呢？下文予以简要分析。

一、《自贸试验区负面清单》

1. 《自贸试验区负面清单》的主要内容

国务院近日发布的《自贸试验区负面清单》²，依据现行有关法律法规规定，列明了在上海、广东、天津、福建四个自由贸易试验区内不符合国民待遇等原则的外商投资准入特别管理措施。

《自贸试验区负面清单》采用了此前上海自贸区分别于2013年10月和2014年6月发布的《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》相同的框架，即“保留行业+特殊管理措施”。

在内容方面，《自贸试验区负面清单》依据《国民经济行业分类》（GB/T4754—2011）划分为15个门类、50个条目、122项特别管理措施。其中特别管理措施包括具体行业措施和适用于所有行业的水平措施。与此前上海自贸区发布的两

¹ 作者为中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资室副研究员。

² 详细规定见中国政府网：http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-04/20/content_9627.htm，2015年4月26日最新访问。

版“负面清单”相较,《自贸试验区负面清单》在内容上进一步瘦身。2013版上海自贸区“负面清单”的特别管理措施有190项,2014版减少到139项,而《自贸试验区负面清单》中只有122项特别管理措施,充分体现了《自贸试验区负面清单》建设开放高地的创新特点。

此外,《自贸试验区负面清单》在“说明”中指出,《自贸试验区负面清单》中未列出的与国家安全、公共秩序、公共文化、金融审慎、政府采购、补贴、特殊手续和税收相关的特别管理措施,按照现行规定执行。自贸试验区内的外商投资涉及国家安全的,须按照《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》进行安全审查。

2. 《自贸试验区负面清单》的重要意义

《自贸试验区负面清单》明确规定四大自贸试验区采用统一的“负面清单”,有利于四大自贸区成为推进改革和提高开放型经济水平的“试验田”,形成可复制、可推广的经验,也有利于进一步扩大开放、激发市场活力,还有利于促进我国外商投资管理机制与国际投资规则发展新动向、新趋势接轨,进一步提升与优化我国的投资环境。

此外,《自贸试验区负面清单》还可以为未来编制国家版负面清单奠定基础。2014年7月国务院发布的《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》(国发〔2014〕20号)明确指出:“制定市场准入负面清单,国务院以清单方式明确列出禁止和限制投资经营的行业、领域、业务等,清单以外的,各类市场主体皆可依法平等进入;地方政府需进行个别调整的,由省级政府报经国务院批准。”通过自贸试验区对“负面清单”制度的试验,有助于我国在深化对外开放的同时,有效防控风险,从而最终促进我国构建统一、透明、规范和成熟的市场经济体系。

二、中美BIT谈判的“负面清单”

1. 美国2012年BIT范本中的负面清单规定

根据美国2012年BIT范本第十四条“不符措施”规定,在缔约方达成协议的前提下,可针对协定中的国民待遇、最惠国待遇、业绩要求和高级管理人员和董事会四项义务进行“不符措施”谈判。如果缔约方对以上四项条款有保留,可以通过谈判将所有不适用于这些条款或不符合这些条款义务的个别措施逐一列明到协定的附件中,即“负面清单”。

“负面清单”作为协定的一部分,需要按照特定的格式列出特殊措施。根据以往的缔约实践,“负面清单”一般包括三个附件。第一个附件,是已经实施的法律法规和其他措施当中,有不符合协定中前述四项义务的措施,用清单方式列出来,即中央政府层面和地方政府层面的任何现行“不符措施”清单。凡列入附件1的不符措施,修订时需要受制于“棘轮”机制的规定,即附件1不得出现倒退。例如,如果一国政府开放一行业,其开放程度不允许降低,不允许倒退。第二个附件,对于将来要求保留采取不符措施权力的部门和领域,也要列出一张清单,即附件2。第三个附件,专门列出金融部门的不符措施,也分为已实施的不符措施和保留采取不符措施权力的部门和领域两个清单,合起来称为附件3。³

³王新奎:《中国(上海)自贸试验区改革的重点:对外商投资准入实施“负面清单”管理》,载《上海对外经贸大学学报》2014年第1期,第9页。

专栏 1 美国 2012 年 BIT 范本中可以保留“不符措施”条款规定⁴

第 3 条国民待遇

1. 缔约一方给予缔约另一方投资者在其领土内设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他投资处置方面的待遇，不得低于在相同情势下给予本国投资者的待遇。

2. 缔约一方给予合格投资在其领土内设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他投资处置方面的待遇，不得低于在相同情势下给予本国投资者的投资的待遇。

3. 对于地方政府而言，缔约一方依照前两款规定所给予的待遇系指，不得低于在相同情势下该地方政府给予居住在该缔约方其他地方政府所在地区的自然人，或依照该缔约方其他地方政府所在地的法律所组建的企业，以及上述自然人及企业的投资的待遇。

第 4 条最惠国待遇

1. 缔约一方就其领土内的投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置所给予缔约另一方的投资者的待遇，不得低于在相同情势下给予任何非缔约方投资者待遇。

2. 缔约一方就投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或投资的其他处置所给予合格投资的待遇，不得低于在相同情势下给予任何非缔约方投资者在其领土内的投资的待遇。

第 8 条业绩要求

1. 缔约方对于在其领土内的缔约另一方或非缔约方的投资者的投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置方面，不得强加或执行以下任何要求或强制执行以下任何承诺或保证【注 1】：

(a) 出口特定水平或比例的货物或服务；

(b) 达到特定水平或比例的国内含量；

(c) 购买、使用其境内生产的货物或对其境内生产的货物给予优惠，或从其境内的企业或自然人处购买货物；

(d) 以任何方式将进口的数量或价值与出口的数量或价值或与此投资有关的外汇流入额相联系；

(e) 限制此投资生产的货物或提供的服务在其领土内的销售，通过将此销售以任何方式与其出口数量或价值或者外汇收入相联系；

(f) 向其领土内的企业或自然人转让特殊技术、生产工艺或其他专有知识；

(g) 向特定区域市场或世界市场提供仅从该缔约方领土内投资生产的货物或提供的服务；或

(h) (i) 在其领土内购买、使用或优先考虑该缔约方或该缔约方的企业或自然人的技术；【注 2】或

(ii) 在其领土内阻止购买、使用或优先考虑特定技术，

从而基于国籍为本国投资者或者投资或者缔约方的技术或者缔约方企业或自然人的技术提供保护。

2. 缔约方在有关其领土内的缔约一方或非缔约方的投资者的投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置方面，不得以遵守下列要求作为获得或持续获得优势的条件：

(a) 达到特定水平或比例的国内含量；

(b) 购买、使用其领土内生产的货物或优先考虑其领土内生产的货物，或从其境

⁴以下条款根据美国 2012 年 BIT 范本翻译，<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>。

内的企业或自然人处购买货物；

(c) 以任何方式将进口的数量或价值与或出口的数量或价值或与此投资有关的外汇流入额相联系；

(d) 限制此投资生产的货物或提供的服务在其领土内的销售，通过将此销售以任何方式与其出口数量或价值或者外汇收入相联系。

3. (a) 第 2 款不得被解释为阻止缔约一方在其领土内以遵守生产地点、提供服务、培训或雇佣员工、建设或扩大特定设施或进行研究与发展等方面的要求作为缔约一方或非缔约方投资者在其领土内的投资获得或持续获得优惠的条件；

(b) 第 1 款 (f) 和 (h) 项规定不适用于：

(i) 缔约一方根据《与贸易有关的知识产权协定》第 31 条规定授权使用一项知识产权，或者将其用于《与贸易有关的知识产权协定》第 39 条范围内且符合第 39 条规定的要求披露私人信息的措施；或是

(ii) 法院、行政法庭或者竞争机构苛加的要求或强制执行的承诺或保证，为救济依照该缔约方的竞争法经司法或行政程序认定的反竞争行为；【注 3】

(c) 如果这些措施并未以任意或不合理的方式适用，并且如果这些措施不构成对国际贸易或投资的变相限制，第 1 款 (b) (c) (f) 与 (h) 项以及第 2 款 (a) 与 (b) 项规定不得被解释为阻止缔约一方采取或维持以下措施，包括环境措施：

(i) 为确保遵守与本协定不一致的法律法规所必要；

(ii) 为保护人类、动物或植物的生命或健康所必要；或

(iii) 与保护生物或非生物的可用竭自然资源有关。

(d) 第 1 款 (a)、(b) 和 (c) 项与第 2 款 (a) 和 (b) 项规定不适用于促进出口和外国援助项目的相关货物或服务的资格要求。

(e) 第 1 款 (b)、(c)、(f)、(g) 和 (h) 项与第 2 款 (a) 和 (b) 项规定不适用于政府采购。

(f) 第 2 款 (a) 和 (b) 项规定不适用于进口方为有资格获得优惠关税或配额优惠所必需而施加的关于货物成分的要求。

4. 为进一步明确，第 1 款和第 2 款规定不适用于上述条款列出的规定以外的承诺、义务或要求。

5. 如果缔约方未强加或要求承诺、保证或要求，本条规定不阻止私人之间达成的承诺、保证或要求的强制执行。

【注 1】为进一步明确，第 2 款中所指的获得或持续获得优惠条件并不构成第 1 款中的“承诺或保证”。

【注 2】本条中，“缔约一方或缔约一方的自然人或企业的技术”包括该缔约方所有或该缔约方的自然人或企业所有的技术，以及该缔约方或该缔约方自然人或企业拥有排他许可权的技术。

【注 3】缔约双方认识到专利并不必然获得市场势力。

第 9 条 高层管理人员与董事会

1. 任何缔约方不得要求缔约一方合格投资的企业任命任何特定国籍的自然人为高层管理人员。

2. 缔约一方可以要求该方合格投资的企业的大多数董事会或其委员会成员为特定国籍或在其领土内居住，如果此要求不会实质性损害投资者控制其投资的能力。

此外，依照第十四条“不符措施”规定，“国民待遇”和“最惠国待遇”

不适用于《与贸易有关的知识产权协定》第三条或第四条中关于义务例外或减损的任何措施,这些例外或减损规定在《与贸易有关的知识产权协定》中的第三条、第四条和第五条。并且,“国民待遇”、“最惠国待遇”和“高级管理和董事会”规定不适用于政府采购或缔约一方提供的补贴或补助,包括政府支持的贷款、担保和保险。⁵

2. 美国 BIT 负面清单的实践

在实践中,负面清单模式下可以发现两种清单保留方法。一种是详尽列举法,采取这种方法的清单需要详细说明缔约方有意保留或在将来适用的“不符措施”的性质和范围;另一种清单保留方法是一些国际投资协定仅要求列明希望在哪些领域保留“不符措施”,而无需详细阐述。这两种保留方法均可见于美国已缔结的 BIT 的负面清单中。除《美国-卢旺达双边投资协定》外,大多数美国已缔结的 BIT 并未采用详尽列举法。例如,《美国-玻利维亚双边投资协定》在附件中规定:“美利坚合众国政府在对以下领域或与以下事项相关的合格投资给予国民待遇时,可采取或维持例外规定:原子能、报关代理、广播许可、公用运输、航空电台;通讯卫星;补贴或补助,包括政府支持的贷款、担保和保险;州和地方政府依照《北美自由贸易协定》第 1102 条和第 1108 条所取得的措施豁免;以及海底电缆铺设。”从该规定可以看出,它仅说明了保留国民待遇义务例外的领域,并没有具体描述“不符措施”、政府层级等内容。

相较而言,《美国-卢旺达双边投资协定》采用了详尽列举法,按照这一方法,一项不符措施条目列入负面清单需要说明例外安排针对哪一部门、所涉义务、政府层级、引用的措施、描述以及任何相关过渡安排。例如该协定附件中列出的一项不符措施:

领域: 原子能

有关条款: 国民待遇(第三条)

政府层面: 中央

措施: 1954年原子能法,《美国法典》第42编第2011条及下文。

说明: 在美国从事州际贸易的任何人出于商业或工业需要,进行任何核能“利用或生产设施”的传送或接收、制造、生产、转让、使用、进口或出口时,须向美国核能管理委员会申领许可证。此许可证不得颁发给已知或详细知道的、受外国人雇佣、控制或支配的任何实体、外国公司或外国政府(《美国法典》第42编第2133条(d)款)。将核能“利用或生产设施”用于药物治疗,或用于研究和开发活动时,也须向美国核能管理委员会申领许可证。此许可证不得颁发给已知或详细知道的、受外国人雇佣、控制或支配的任何实体、外国公司或外国政府(《美国法典》第42编第2134条(d)款)。⁶

从美国 BIT 中列出的不符措施规定看,主要事项范围包括原子能、采矿、外资保险、空运、报关服务、证券登记、无线电通信、有线电视、卫星通信、海事服务和金融服务等。

三、《自贸试验区负面清单》与中美 BIT “负面清单”的区别

⁵ 参见《美国 2012 年 BIT 范本》第十四条, <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>。

⁶ 参见《美国-卢旺达双边投资协定》附件 1, 美国国务院, <http://www.state.gov/e/eb/ifa/bit/117402.htm>, 2015 年 1 月 25 日访问。

《自贸试验区负面清单》与中美 BIT “负面清单”的区别主要表现在以下六个方面：

一是法律效力不同。《自贸试验区负面清单》仅具有国内法效力。而中美双边投资协定“负面清单”一旦达成，其将具有国际法效力。

二是适用范围不同。《自贸试验区负面清单》适用于上海、广东、天津、福建四个自由贸易试验区。而中美 BIT 谈判达成的“负面清单”作为国际法将对中国各地区均适用。

三是修订要求不同。《自贸试验区负面清单》在“说明”部分指出，其可以根据实践发展需要适时调整。而按照美国 2012 年 BIT 范本规定，中美 BIT 谈判中的“负面清单”的首个有效期是 10 年，再度修订时需要缔约国进行正式谈判。并且，自终止之日起的 10 年，除去涉及合格投资的设立或取得的适用条款，所有其他条款将继续适用于在终止之日前设立或取得的合格投资。

四是内容不同。《自贸试验区负面清单》仅列明了不符合国民待遇等原则的外商投资准入特别管理措施。而按照美国 2012 年 BIT 范本规定，中美 BIT 谈判中的“负面清单”将包括对国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高级管理人员和董事会等条款义务的保留。值得指出的是，根据联合国贸发会的研究，双、多边投资协定中对国民待遇条款的限制是最普遍的保留措施。⁷

五是透明度不同。《自贸试验区负面清单》中仅列出了保留的领域与特别管理措施内容。而中美 BIT 谈判中列入“负面清单”的不符措施条目，需要说明例外安排针对哪一部门、所涉义务、政府层级、引用的措施、描述以及任何相关过渡安排。因此，后者在透明度方面要求更高。

六是争端解决机制不同。投资者就《自贸试验区负面清单》发生争议时，需依照国内司法程序寻求救济。而按照美国 2012 年 BIT 范本规定，投资者因东道国违反中美 BIT 中的义务、投资授权或投资协定而遭受损害时，可按照协定中“投资者与国家间投资争端解决机制”直接向国际仲裁机构提起仲裁。

四、结语

综上分析可知，《自贸试验区负面清单》与中美 BIT 谈判中的“负面清单”仍存在诸多不同之处。尽管如此，《自贸试验区负面清单》的出台，不仅可以为未来国家版“负面清单”出台奠定基础，而且可以为中国编制中美双边投资协定“负面清单”提供重要参考。

IIS 简介：国际投资研究系列 (International Investment Studies) 是中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资研究室的研究成果。该室的主要研究领域包括跨境直接投资、跨境间接投资、外汇储备投资、国家风险、国际收支平衡表与国际投资头寸表等。国际投资室的成员为张明、王永中、张金杰、李国学、潘圆圆、韩冰与王碧珺，定期参加国际投资室学术讨论和报告写作的成员还包括姚枝仲、高蓓、陈博、刘洁、黄瑞云与赵奇锋。我们的主要产品包括：中国跨境资本流动季度报告、中国对外投资季度报告、国家风险报告、工作论文与财经评论等。

责任条款：本报告非成熟稿件，仅供内部讨论。报告版权为中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资研究室所有。未经许可，不得以任何形式翻版、复制、上网和刊登。本报告仅代表研究人员的个人看法，并不代表作者所在单位的观点。

⁷ 参见UNCTAD (2006), Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, 2006, Sales No. E.06.II.D.14, p. 55.