

上海自贸试验区负面清单制定与中美BIT谈判 联动性研究

黄 鹏 梅盛军

(上海WTO事务咨询中心, 上海 200336)

摘 要: 转变政府职能、推动管理模式创新和探索扩大开放新途径是上海自贸试验区建设的核心任务, 而对于外商投资采取负面清单管理模式管理是其中最大的挑战。当前中美正在紧锣密鼓进行的双边投资保护协定谈判的最大难点同样是负面清单的谈判。作为为国家对外开放探索新途径的试验区, 上海自贸试验区负面清单的制定必然要与中美BIT谈判中涉及到的负面清单谈判进行联动, 本文将对两者之间联动的必要性、负面清单模式的形成过程、核心内涵以及如何实现上海自贸试验区与中美BIT的联动等问题进行分析。

关键词: BIT; 负面清单; 不符措施; 市场准入

中图分类号: F74

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2014) 03-0027-11

中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“上海自贸试验区”^①)建设伊始, 其未来目标和任务就已经被纳入了中国投资管理体制向以美国为代表的双边/区域投资协定规则框架靠拢的大背景中。从研究的角度来讲, 国际投资规则的演变过程及未来趋势, 尤其是美国在全球力推高标准投资自由化的实质内涵, 负面清单管理模式的核心要素及要求, 上海自贸试验区的建设、改革开放的坐标系如何设立以及如何与中美双边投资保护协定(简称“BIT”)谈判进程相辅相成等是目前阶段亟需加以研究分析的重大问题。

一、上海自贸试验区与中美BIT谈判的内在联系

对于上海自贸试验区的建设和中美BIT谈判的实质性启动, 有以下3个标志性事件:

2013年7月10日至11日, 在第五轮中美战略与经济对话中, 中方表示同意采用负面清单的谈判方式展开后续谈判, 中美BIT谈判进入实质性谈判阶段。这标志着中

收稿日期: 2014-01-22。

作者简介: 黄鹏, 男, 经济学博士, 上海WTO事务咨询中心副研究员, 研究方向: 国际经贸; 梅盛军, 男, 上海WTO事务咨询中心助理研究员, 研究方向: 国际经贸。

^① 目前国内媒体和相关研究一般简称为“上海自贸区”, 但笔者认为“中国(上海)自由贸易试验区”这一提法其实有3个核心内容, 其中“中国”两字代表了“国家战略”的含义, “自由贸易”则代表了“市场开放或准入”的含义, 而“试验区”则代表了“对负面清单管理模式进行先试先行, 并可复制、可推广”的含义, 而简称“上海自贸区”则仅仅保留了市场准入的含义, 容易将这一国家战略降低为地方发展战略, 而且容易与FTA相混淆。因此, 笔者在此倾向于用“上海自贸试验区”, 既强调了上海是国家的试点, 又强调了市场准入中对负面清单管理模式的探索。

国原则上认可了美方的投资保护规则，并将在未来通过国内投资管理体制改革和扩大对外开放来逐步向美式标准靠拢。

2013年9月29日，在国务院下发《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（以下简称“总体方案”）后，上海自贸试验区正式挂牌，自此，中国（上海）自由贸易试验区正式迈入建设进程。

2014年1月15日，中美BIT第11轮谈判在上海举行，中美双方正式开始协定文本谈判，可以预见，今后1~2年内随着谈判的深入，“负面清单”和“准入前国民待遇”以及包括国有企业、竞争中性原则等问题都会逐步出现。

可以看出，上海自贸试验区与中美BIT谈判都是落实中美第五轮战略与经济对话成果中的核心步骤，而且两者之间有着密切的联系。在新华社2013年7月13日发布的《第五轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合成果情况说明》^①中，有两段话值得注意，分别是：“中美双方认识到制定一套包括开放、非歧视和透明度等高标准的双边投资协定对双方都是重要的，并高度评价此前谈判取得的进展。双方重申，将共同致力于提升开放程度，提供公正公平待遇，努力减少或消除歧视性做法和市场壁垒。经过9轮技术性讨论，中国同意与美国进行投资协定的实质性谈判。该投资协定将对包括准入环节的投资的各个阶段提供国民待遇，并以负面清单模式为谈判基础”和“中方重申在第四轮中美战略与经济对话中关于实施更加积极主动开放战略的承诺。中方正积极研究进一步主动扩大服务业开放的措施，包括建立中国（上海）自由贸易试验区，该试验区将试行新的外资管理模式，并营造各类国内外企业平等准入的市场环境。”其隐含的逻辑关系可以理解为：中国将以中美BIT谈判为契机，采取以负面清单和准入前国民待遇等为基础的高水平投资自由化措施，进而融入当前全球区域/多边国际投资规则制定的进程中；在此过程中，上海自贸试验区将是中国投资管理体制改革和对外开放的重要试验地，上海自贸试验区的成功经验所形成的新的投资管理体制及开放模式复制推广至全国后，形成国家新的投资管理体制和开放模式，进而起到推动中美双边BIT谈判以及未来与其他重要经济伙伴的双边或区域投资协定的谈判进程。

在2014年1月16日商务部召开的例行新闻发布会上，商务部发言人指出：“2014年商务部将会加速推进外资管理体制改革的各项工作，……按照三中全会《决定》的部署，认真总结上海自贸试验区等国内试点的经验，探索实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式，建立安全、高效、公开、透明与国际接轨的外资管理体制。”^②这进一步验证了上海自贸试验区与中美BIT之间的密切联系。其中上海

^① 参见：第五轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合成果情况说明[EB/OL].中央政府官网，http://www.gov.cn/jrzq/2013-07/13/content_2447005.htm. [2014-01-25]。

^② 商务部召开例行新闻发布会（2014年1月16日）[EB/OL].商务部官网<http://www.mofcom.gov.cn/article/difang/henan/201401/20140100462805.shtml>. [2014-01-25]。

自贸试验区所推行的负面清单,从国家战略层面看,是中美BIT谈判顺利开展的重要推力,而中美BIT谈判也将为上海自贸试验区负面清单的制定提供方向性坐标,两者的开展必然需要联动。

二、美式负面清单管理模式的核心内涵

外商投资管理的负面清单管理模式本质上是对外资的一种准入和保护方式,其载体目前主要是国际投资规则,其形成与发展可以追溯到历史早期有关保护外国人及其财产的原则和规范。

(一) 美式负面清单管理模式的形成与演变过程

当前,国际投资的保护机制主要体现在各国签署的双边投资协定(BIT)以及双边自由贸易协定(简称“FTA”)的投资章节之中。虽然国际社会一直以来都在致力于达成统一的全球投资协定,但利益博弈和各国政治意愿强弱不均决定了全球统一多边投资规则的制定将是漫漫长路。大体而言,当今国际投资规则的历史演进路线可以分为殖民时代、后殖民时代、全球化时代以及后多哈时代^①4个阶段。

1. 殖民时代 殖民时代是指二战之前的历史时期。总体而言,殖民时期国际投资规则的主要特点是:(1)投资规则主要体现在友好通商航海条约(FCNs)中,国家之间通常并不单独商签;(2)条约重点是确立贸易或商业关系,投资保护相对而言较为次要;(3)条约范围有限,提供的保护也较弱;(4)投资规则的诉求方主要是西方国家,武力和外交方式往往成为保护投资的主要方式。^②

2. 后殖民时代 后殖民时代是指二战后到苏联解体这一时期。随着国际形势的发展,发展中国家出于发展经济的需要,逐渐开始改变对外资的怀疑态度,一些国家开始积极招商引资。在这种形势下,全球投资规则发展的重要变化是资本输出国和资本输入国开始签订BIT。1959年,作为最早开始双边商签BIT的德国与巴基斯坦签署了第一个BIT。1982年,美国也开始推出了自己的第一个BIT范本,并在同一年与埃及签署了第一个BIT。总体而言,在后殖民时期,国际投资规则发展的主要特点是:(1)发展中国家的经济主权得到重申,并在其国内法和签订的国际条约中得到体现;(2)BIT发展迅速,且内容日渐全面;(3)国际投资规则的执行机制得到强化,争端的国际仲裁被普遍接受;(4)基于法律而非武力的保护方式基本确立。^③

^① 本文所说的全球化时代是个特定概念,并非指多哈回合后全球化进程已停滞或结束。尽管多哈回合还在继续,但从2002年启动开始,多哈回合就陷入了僵局,而且拖延时间远超当初的设定,即便是近期在巴厘岛达成的相关协议,只不过是就一些贸易便利化等边缘议题达成了一致,后续谈判仍困难重重,从当前国际关注的议题来看,多哈回合当初设定的议题仿佛已经滞后于各国现实的诉求,尤其是欧美国家的诉求。当前TPP、TTIP以及众多的区域自贸区的盛行,已经证明国际谈判平台已经转移到多哈回合之外,因此,笔者将此段时间定义为“后多哈时代”。

^② 参见: Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment. Third Edition. New York: Cambridge University Press, 2010: 19~21。

^③ 参见: Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment. Third Edition. New York: Cambridge University Press, 2010: 21~28。

3. 全球化时代 全球化时代是指冷战结束至2002年WTO多哈回合启动的这一时期, 这期间的国际形势发生了深刻变化: 首先是苏东剧变使得新自由主义在全球经贸领域占据了主导地位, 发展中国家普遍开始实行经济自由化政策; 其次是随着美国和加拿大作为东道国在NAFTA体制下被诉, 美国等发达国家开始强调对外国投资的当地管理和对国际仲裁的限制。这些变化对国际投资规则的发展产生了重要影响。总体而言, 全球化时代国际投资规则的主要特点是: (1) 国际投资规则强调进一步的自由化, 贸易与投资条款相互交织。在此期间签订的众多BIT也普遍放宽外资准入, 给予外资更全面的保护, 特别是世界贸易组织也把许多与投资相关的议题纳入了WTO多边体制。(2) 贸易投资进一步自由化带来的BIT数量的爆炸式增加, 除发达国家外, 许多发展中国家也从纯粹的资本输入国变为输入和输出并行的国家, 发展中国家之间也开始了大量签订BIT。(3) 包含与投资相关条款的双边和区域贸易协议迅速增加, 这不仅体现在发达国家间的自由贸易协定里, 也体现在发达国家与发展中国家间以及发展中国家间的贸易协定里。具有实质性国际投资保护内容的区域贸易协定代表是北美自由贸易协定。(4) 国际投资规则进一步纳入了环境、健康和劳工等一些新议题。当前, 超过3,164个国际投资协议(IITAs)^①的网络(包括BIT、含有投资条款的区域自贸协定、双重税收条约)构成了一个分散也重叠的全球投资规则网络的蜘蛛网。

4. 后多哈时代 后多哈时代是指WTO多哈回合启动至今的这一时期。由于多哈回合谈判议题受阻, 在多边框架达成综合性投资协定的努力屡遭挫折,^②发达国家开始转向通过双边或区域安排来推动其主导的投资规则。在全球投资规则的网络中, 双边投资保护协定(BIT)无疑是其主要载体和表现形式。在这个双边投资协定网络中, 虽然各国签订的BIT在结构和内容上不完全相同, 一些国家也推出了自己的BIT范本,^③但总体而言, 国际双边投资保护协定大致可以分为两大模式, 即德国模式和美国模式。德国模式的最新范本是其2008年范本, 美国模式的最新范本是其2012年范本。^④

德国范本和美国范本都立足于促进和保护投资, 两大范本的核心条款基本上是一致的。但是相对而言, 美国范本的规定更加全面和详细, 对投资的保护标准也更高。总体而言, 美国范本在全球范围内无疑是最高标准。近年来美国通过双边投资

① 参见World Investment Report 2012第84页。

② 早年建立的关贸总协定(GATT)开始就把投资议题排除在外, 此后虽然在WTO体制下达成了TRIMS、TRIPS和GATS, 但这些协定是有关投资具体问题的单项性协定, 不是综合性协定。经济合作组织(OECD)在1995年到1998年进行了一次缔结综合性多边投资条约(MAI)的尝试, 但由于各方意见分歧, 最终也告失败。在WTO体制下的多哈回合谈判中, 2003年坎昆部长会议放弃投资议题谈判, 使得达成有关投资多边协定的努力再次失败。

③ 如加拿大2004年BIT范本、法国2006年BIT范本、印度2003年BIT范本、哥伦比亚2007年BIT范本。

④ 具体参见German Model Treaty 2008和2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty。

协定谈判^①和自由贸易协定谈判^②两个渠道，一直力推其投资市场准入的负面清单及准入前国民待遇。如韩美自由贸易区协定第11章是专门的投资章节，在该章中，韩美双方明确规定了各自在投资市场准入方面的义务，并以负面清单的形式对各自豁免的领域做出了清晰的界定，除列入清单的领域外，其余部门均允许对方投资进入。同时，韩美自由贸易区协定明确规定，韩美双方应当对设立、获取、扩大、管理、经营、运营、出售或其他投资处置等各个环节提供国民待遇，即双方均承担向对方投资提供准入前国民待遇的义务。

近两年美国加快了美式高标准投资规则推广的步伐，并从双边层面开始向区域层面推进，TPP、TTIP以及TISA则是其最为核心的途径。尽管目前TPP谈判在许多领域的进展并不顺利，但有关投资章节的问题尤其是投资章节中涉及美国高标准的准入前国民待遇和投资准入的负面清单并不是各谈判参与方的主要分歧所在，这意味着美国有关投资规则的高标准已基本在TPP中得到了各方认可，而TPP的参与方不仅包括了加拿大、澳大利亚、新西兰等发达国家，也涵盖了墨西哥、越南、文莱、秘鲁等发展中国家。尤为重要的是，另一个采用德国模板的重要资本输出国日本也正式加入了TPP谈判，这意味着美国在投资规则方面的高标准正在被越来越多的国家所接受。

可以预见，一旦TPP、TTIP和TISA谈判成功，以美式高标准投资保护协定模板的区域性投资体制将横跨亚太和欧洲，在中国也与美国启动BIT实质性谈判的情况下，未来全球多边投资规则将更多地立足于美国负面清单模式的规则体系。

（二）美国范本中负面清单管理的核心内涵

美国自推出BIT项目以来，不断对其BIT范本进行修改完善，其最新的是2012年BIT范本。所谓的美国模式主要以该范本为代表，其内容^③分3部分，共37条，以及3个附件（不符措施清单）。而这里的不符措施清单就是我们所谓的负面清单，是指一国政府经谈判后可保留的对外资采取的与国内投资者及其投资不一致的措施。

1. 负面清单模式的核心要求 负面清单的主要载体是BIT，其目的是对双方投资者及其投资提供准入和保护，该模式的主要倡导者和推动者是美国，其核心要求体现在美国对外签订BIT的目标和宗旨之中。

① 目前美国按照高标准签署的BIT不仅包括了捷克、斯洛伐克、波兰、罗马尼亚、乌克兰等东欧国家，蒙古、柬埔寨、斯里兰卡、阿根廷、哥斯达黎加、刚果等数十个亚非拉国家也与美国签署了双边投资协定。

② 在自由贸易协定方面，最早的北美自由贸易区协定是这一方式的代表之一，而其最新成果则是2007年签署的韩美自由贸易区协定。

③ 具体内容包括定义、范围、国民待遇、最惠国待遇、最低标准待遇、征收与补偿、转移、实绩要求、高层管理和董事会、有关投资法律和决定的公布、透明度、投资与环境、投资与劳工、不符措施、特殊手续和信息要求、不可贬损、拒绝授予利益、根本安全、信息的披露、金融服务、税收、生效、期限和终止、磋商与谈判、提交仲裁请求、各缔约方对仲裁的同意、各方同意的条件和限制、仲裁员的选择、仲裁的进行、仲裁程序的透明度、准据法、附件的解释、专家报告、合并审理、裁决、附件和脚注、文书服务以及国家间争端解决等实体性和程序性规定。

美国对外BIT协定的三大基本目标为：保护美国海外投资者及其投资；鼓励东道国采用开放、透明和非歧视对待外资的市场导向政策；支持与前述目标一致的国际法标准的发展。其宗旨在于为美国投资者提供六大保障，即：确保美国投资者及其投资获得国民待遇和最惠国待遇，包括从设立、管理、经营、扩大到处置的投资全生命周期；为投资的征收设立界限，要求征收时提供即时、充分和有效补偿；确保投资相关资金的转移；限制东道国业绩要求；确保投资者人事管理权；确保投资者将投资争端提交国际仲裁的权利。^①

自1982年与埃及签署第一个BIT以来，到目前，美国已签署了45个BIT。^②从美国的具体实践来看，美国对负面清单模式的立场是一贯的。

在此，需要特别提出当前研究中经常提到的所谓“准入前国民待遇”。之所以出现这个概念，究其原因主要是：尽管中国此前对外签订的BIT涉及到了外资进入后的国民待遇，但美国等发达国家关注的是“包括从设立、管理、经营、扩大到处置的投资全生命周期”，准入前应该对应的是投资最初的各种“设立”阶段，其目的是增进透明度、可预见性以及非歧视的市场准入。这个问题很重要，但相对而言，中美BIT谈判最困难的仍是对外资准入和管理采取的负面清单模式。

2. 负面清单模式的构成要素 负面清单模式的构成要素是所谓的“例外”，主要体现为谈判达成的附件中的不符措施清单。在具体谈判中，双方通常就下述4项义务提出不符措施并进行谈判，分别是：（1）国民待遇，指各缔约方给予缔约另一方的投资者及投资的待遇不得低于其在类似情形下给予本国投资者及投资的待遇；^③（2）最惠国待遇，指各缔约方给予缔约另一方的投资者及投资的待遇不得低于其在类似情形下给予非缔约方投资者及投资的待遇；（3）业绩要求，一般是禁止政府实施特定的业绩要求（包括达到一定水平的当地含量的要求、购买或使用当地货物的要求、技术转让要求等）、禁止政府以特定的业绩要求作为获得优惠的前提条件；（4）高管及董事会，一般禁止政府要求外国投资者设立的本地企业任命特定国籍的人员担任高层管理员，政府可以要求外国投资者设立的本地企业董事会的多数成员具有特定国籍，但前提是该项要求不实质性损害投资者对其投资的控制能力。

上述4项中，就国民待遇、最惠国待遇和业绩要求所列出的不符措施同样应涵盖投资的所有阶段，包括“准入前”或市场准入环节。

（三）负面清单的展现形式

对于负面清单的确定，一项措施只有在违反相关双边投资条约义务时才需要

① 参见：美国USTR官网. <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties>. [2014-01-25]。

② 有6个尚未生效，参见：美国USTR官网. http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_002699.asp. [2014-01-25]。

③ 如国内投资者所享受的待遇有差别，这里的国民待遇应当是指国内投资者中最高待遇。

被列入附件，不违反条约义务的措施主要包括非歧视性的许可要求和非歧视性的法规。负面清单也不包括可被普遍适用的例外所涵盖的措施，如政府采购、补贴或赠款、与根本安全、金融服务或税收有关的例外不列入附件的不符措施。除上述措施以外的一方采取的不符措施均应以附件的形式列出。美国范本中负面清单通常由下述3个附件组成。

1. 附件一 附件一主要是罗列国民待遇、最惠国待遇等4项义务的不符措施例外，包括现行不符措施和现行不符措施的延续、更新和修订。同时还规定了所谓的“棘轮（ratchet）”机制，即不符措施的更新和修订必须是“不降低措施在修订即刻前”与双边投资条约有关义务的“一致性”的修订，而且在协定生效后单边自由化的措施不得再出现倒退。

附件一中不符措施的罗列形式包括相关部门、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等6个条目。以《美国—乌拉圭双边投资条约》中乌拉圭在附件一中所列的不符措施为例：

《美国—乌拉圭双边投资条约》，乌拉圭，附件一

部门： 公路运输服务

所涉义务： 国民待遇(第3条)

高级管理人员和董事会(第9条)

政府层级： 中央政府

措施： 228/991号令(第1.1和5.2条)

230/997号令(第5.1条)

.....

描述：

国际旅客和货物运输——只有其50%以上股本为乌拉圭国民所有且受乌拉圭国民有效控制的企业方可提供国际货物和旅客运输。

.....

2. 附件二 附件二是对一方需要为未来出台不符措施提供灵活性的领域、可能涵盖或不涵盖一些现行措施。其罗列形式包括相关部门、所涉义务、描述、说明性的非穷尽的现行措施清单等4个条目。以《美国—澳大利亚自由贸易协定》中澳大利亚在附件二中所列不符措施为例：

《美国—澳大利亚自由贸易协定》，澳大利亚，附件二

部门： 海事

所涉义务： 国民待遇（第11条第3款）

描述： 投资

澳大利亚保留采取或维持与在澳大利亚登记船舶有关的措施的权利。

3. 附件三 附件三类似于附件一，但专门用来列明金融服务部门的不符措施。其罗列形式包括：相关部门、所涉义务、政府层级、引用的措施、描述、任何相关过渡安排等6个条目。

三、上海自贸试验区与中美BIT谈判联动的关键衔接

中美BIT谈判其实早在1982年就启动，并分别于1982~1985年、2007~2009年以及2012年举行过多轮谈判。但真正启动实质性谈判还是2013年在第五轮中美战略与经济对话中，中方表示同意采用负面清单的方式展开后续谈判。这标志着中国原则上认可了美方的投资保护规则，并将在未来通过国内投资管理体制改革和扩大对外开放来逐步向美式标准靠拢，美国高标准的投资保护规则将成为作为试验田的上海自贸试验区各项举措的方向性坐标系。

（一）上海自贸试验区负面清单制定与中美BIT谈判的相互支撑关系

上海自贸试验区的建设与中美BIT谈判进程是一个相互支撑的关系。首先，从中美BIT谈判的角度来看，在结束文本谈判后，各方将进入出要价阶段。而其核心将是外资市场准入的国民待遇和负面清单。从美国在多边回合谈判以及区域/双边谈判的要价来看，其对服务业开放非常重视。这对中国的服务业开放将产生一个外部的压力。

对于上海自贸试验区的服务开放，目前看来上海市尚不具备自主开放的空间，必须要与中央服务相关主管部门进行沟通协调，而中美BIT谈判对中央政府层面形成的外部推动力将有利于增加上海自贸试验区在服务部门先行先试的可能性和可行性，从而加快上海自贸试验区的建设进程。

其次，上海自贸试验区在先行先试过程中形成的新的投资管理体系和服务业市场准入负面清单一旦可复制可推广，势必形成中方在中美BIT谈判中的出价，进而推动中美BIT谈判的有序进行。

最后，关于上海自贸试验区的开放进度与中美BIT谈判进展相协调的问题。目前有一种观点认为上海自贸试验区的建设进程不能过快，以免减少中国在中美BIT谈判中谈判筹码。其实，从中国目前对外资的市场准入和投资管理来看，且不讲完全符合美式标准，即便是向其靠拢也存在很大的困难。上海自贸试验区作为国内投资体制管理改革和外资市场准入的试验地，同样存在很大的困难。因此，上海自贸试验区的建设进程应当尽量加快，因为从管理体制改革的方案设计到实施、服务开放的行业选择到实际开放并评估、再到形成可复制、可推广的综合方案需要一个较长的过程。如能实现总体方案“两至三年”的时间要求，建设初见成效，届时中美BIT谈判也正处于出要价的交织阶段，对于谈判将产生较大的推动作用。

（二）负面清单管理模式带来的主要挑战

负面清单的制定无论是对上海自贸试验区这一层面，还是对于国家层面来讲都面临着极大的挑战。从美国负面清单的实践来看，其罗列出的不符措施是有限的，而且美国在每次谈判中都制定几乎相同的不符措施清单。这对中美BIT谈判来说，在进入负面清单谈判阶段后，美方所预期的中方负面清单显然不能太长，中方将面临非常大的挑战。这主要体现在两个方面：

1. 市场准入的程度 尤其是服务业领域外资的准入，涉及到竞争力问题，以正面清单的方式进行谈判对中国的困难较小，毕竟中国“入世”时在GATS中罗列的市场准入模式基本是正面清单方式，即列出可以开放的领域，而没有列出的则不作承诺。但如果以负面清单的方式罗列，尤其是对于未来可能出现的新型产业，一时没有列入负面清单的部门条目中，则将非常被动。

纵观此次上海自贸试验区出台的负面清单（2013版），对外资准入采取不符措施的行业部门涵盖面很广。从国民经济行业分类的第一层级“门类”来看，涉及到其中16个大的门类，再加上S、T这两个排除的门类（严格意义上讲仍在负面清单内），对外商采取不符措施的门类共18个，只有H（住宿和餐饮业）和O（居民服务、修理和其他服务业）两个门类不在负面清单内。从国民经济行业分类的第二层级“大类来看”，负面清单涉及的16个门类中共有89个行业大类，其中61个行业大类均存在对外资的不符措施。离真正开放的负面清单相比，行业涉及面仍过大。该清单只是形式上符合负面清单，或者用“当前中国外资市场准入正面清单的负面表述”来界定该清单更为合适。由此可见，即便是上海这一中国经济活力最大、规章制度和管理更加公开透明的地区，如果想按照中美BIT谈判的要求来衡量，拿出一个开放型的负面清单也是存在极大困难的。

2. 监管能力的强弱 负面清单另外一个核心要求是除所罗列的不符措施外，对于外商投资的全生命周期的各个阶段都要实施国民待遇，而且所有法律、法规“公布即实施、实施即公布”，对政策透明度要求极高，对政府的监管能力也提出了极大的挑战。这主要体现在以下几个方面：（1）如何调整现行外资法律法规并改革外资准入管理体制？（2）如何确保在负面清单模式下政府监管外资的政策空间？（3）如何设计并运用安全审查机制等其他保护性措施？（4）行政部门能否适应从重审批到真正有效监管的模式转变？等等。

（三）上海自贸试验区负面清单制定与中美BIT谈判的联动点

对于负面清单中不符措施的罗列，目前最为困难的是中国（包括上海在内）目前对外资的管理规定非常多，包括法律、法规、政策以及各种部门规章。需要细致到国民经济细分行业进行逐条梳理，判断哪些措施是可以作为不符措施加以保留，哪些是可以立即取消的，哪些是可以考虑逐步取消的。

对于上述3类措施,第一类和第二类不存在太大的困难。对于第三类措施则需要结合行业竞争力和政府监管能力进行评估,并进行尝试。而这正是上海自贸试验区负面清单制定与中美BIT谈判的关键联动点。即,对于可以考虑逐步取消的措施,可按其针对的行业部门,首先进行竞争力评估,从外资市场准入的角度来评估对国内同类产业的可能影响;其次,在此基础上,选择外资进入后对国内行业有正面影响或影响较小的行业,再进行政府监管能力的压力测试;再次,对选定的行业在上海自贸试验区内先行先试,并对先行先试效果进行评估,形成可复制、可推广的系统政策方案;最后,将经过实践检验的政策方案并入中美BIT谈判方案中,以实质性推动谈判的有序进行。

四、结 语

在上海自贸试验区正式挂牌成立和中美BIT谈判步入实质性谈判的背景下,如何建立以负面清单模式为基础的外商投资管理新模式是重中之重。负面清单管理模式核心是对外资的一种准入和保护方式。经过多年的发展,在美国的力推下,近年来以美式高标准投资保护协定模板的区域性投资体制已横跨亚太和欧洲。未来全球多边投资规则更多地将是立足于美国负面清单模式的规则体系。这为上海自贸试验区负面清单管理模式的构建提供了方向性坐标系。

上海自贸试验区是中国投资管理体制改革和对外开放的重要试验地,其成功经验所形成的投资管理体制及开放模式复制推广至全国后,可以形成国家新的投资管理体制和开放模式,进而起到推动中美双边BIT谈判以及未来与其他重要经济伙伴的双边或区域投资协定的谈判进程的作用。

从当前情况来看,负面清单的制定无论是对上海自贸试验区这一层面,还是对于国家层面来讲都面临着极大的挑战。从美国负面清单的实践来看,其罗列出的不符措施是有限的,而且美国在每次谈判中都制定几乎相同的不符措施清单。这对中美BIT谈判来说,在进入负面清单谈判阶段后,美方所预期的中方负面清单显然不能太长,中方将面临非常大的挑战。

因此,上海自贸试验区的负面清单模式制定与中美BIT谈判之间必须实现联动。从具体操作层面来看,关键联动路径应当是:将目前中国投资管理体制中可以考虑逐步取消的措施拿到上海先试先行,对具体措施所针对的行业部门,上海自贸试验区内先进行竞争力评估,从外资市场准入的角度来评估对国内同类产业的可能影响;在此基础上,选择外资进入后对国内行业有正面影响或影响较小的行业,再进行政府监管能力的压力测试;然后选定一些行业在上海自贸试验区内先行先试,并对先行先试效果进行评估,形成可复制、可推广的负面清单模式方案;最后,将经过实践检验的负面清单作为中美BIT谈判的筹码。

A Research on the Linkage of Negative List Making of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone and Sino-US BIT Negotiation

HUANG Peng MEI Sheng-jun

Abstract: Transformation of government functions, innovation of administrative management mode and exploration of new ways to open-up are core tasks of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone, and the biggest challenge is the adoption of negative-list based foreign investment administration. At present, the most difficult point in the Sino-US BIT negotiation is the negotiation of negative list. As a pilot zone, the negative list making of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone must relate with the negotiation of negative list of Sino-US BIT negotiation. This article tries to analyze the formation process and core meaning of negative list, the necessity of linkage of negative list making of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone and negative list negotiation of Sino-US BIT negotiation, and how to realize such linkage.

Key words: BIT; negative list; non-conforming measures; market access

(责任编辑: 金孝柏)

(上接第26页)

The FOB Prevalence Puzzle: Trade Costs and the Trade Terms Adoption of Heterogeneous Firms

LIU Qing LONG Xiao-juan

Abstract: As one of the eleven terms in the Incoterms rules, FOB has been used most widely even if it may increase the exporter's trade risk. By extending the trade model of the existing heterogeneous firms, the paper states the influencing mechanism that the trade costs exert on the firms' choice of trade terms. The model shows that the duality of economy, distortions in the factor market and the prevalence of processing exporter contribute to the prevalence of FOB. The diversification of trade terms can improve the social welfare by enhancing the firms' export opportunities. Adjusting the relative trade costs between domestic and foreign markets is of vital importance to reduce the exporter's risk and balance the domestic and foreign demands.

Key words: FOB; heterogeneous firms; trade costs

(责任编辑: 张建华)