

美国双边投资协议与自由贸易协议负面清单的 关联性与差异性分析

陆建明 吴立鹏 梁思焱

摘要：本文深入考察了美国 BIT 和 FTA 负面清单的发展和演变过程，分析了两类协议负面清单的关联性和差异性。经过 30 多年的演变，美国的负面清单日益简洁和明确，新一代负面清单的政策透明度大大提高。美国 BIT 和 FTA 负面清单形式和内容的演进具有很强的关联性。目前，两类协议负面清单最主要的差异在于 FTA 增加了针对服务贸易的限制，包括在负面清单中增加涉及服务贸易的不符措施和在同一不符措施中增加涉及服务贸易的条款。在上述分析的基础上，本文从立法模式、立法内容和制度体系 3 个方面总结了美国负面清单管理制度可供中国借鉴的经验。

关键词：负面清单；不符措施；区域经济一体化

中图分类号：F742

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2017) 02-0077-10

一、引言

天津、广东和福建 3 个自由贸易试验区成立后，与中国（上海）自由贸易试验区采用了统一的负面清单。2015 年 10 月，国务院印发了《国务院关于实行市场准入负面清单制度的意见》，指出将从 2018 年起正式实行全国统一的市场准入负面清单制度。与此同时，中美双边投资协议（简称 BIT）谈判也进入了互换负面清单的关键阶段，这将成为中国第一个采用负面清单模式 BIT。中国自由贸易试验区负面清单与中美 BIT 的中方负面清单之间具有紧密的联动性（黄鹏和梅盛军，2014），但前者是中国主动开放的政策文件，而后者是缔约方之间的国际条约，二者在法律性质上存在重大差异（孙元欣等，2014）。从这个意义上讲，自由贸易试验区负面清单的实施经验并不足以未来中国在国际贸易、投资协议中实施负面清单模式提供全面参考。因此，有必要深入考察其他国家贸易、投资协议中负面清单的设置特征，为中国建立和完善外商投资负面清单管理制度提供更有价值的参考。

从 1992 年签署的北美自由贸易区（简称 NAFTA）协议开始，美国自由贸易协

作者简介：陆建明，天津财经大学经济学院副教授，研究方向：国际经贸；吴立鹏，天津财经大学国际经济与贸易系研究生，研究方向：国际经贸；梁思焱，天津财经大学国际经济与贸易系研究生，研究方向：国际经贸。

基金项目：教育部人文社会科学研究项目“负面清单行业限制范围和限制强度的决定机制研究”（项目编号：16YJA790035）、国家社科基金重大项目“全球治理机制与统筹国际国内规则战略研究”（项目编号：15ZDA062）、天津财经大学科研资助计划“负面清单对国际投资的影响研究：基于美国行业 FDI 数据的分析”（项目编号：2016TCS04）。

议（简称 FTA）也几乎全部采用了负面清单模式。经历了 30 余年的演变，美国的负面清单已经相当成熟，而中国的相关经验却极为缺乏。因此，深入研究美国 BIT 和 FTA 负面清单的内容及其演进过程，分析其可供中国借鉴的经验，对中国负面清单管理制度建设和正在进行的中美 BIT 谈判都有重要意义。

近年来，国内对美国负面清单的研究日益深入。聂平香和戴丽华（2014）总结了美国负面清单不同附件在构成要素和约束力方面的差异，同时指出了其对透明度的较高要求。马强（2014）从实施模式、行政层级、义务强度和内容等方面对不符措施进行了分类和介绍。陆建明等（2015，2016）对美国所有 BIT 中列入负面清单的行业进行了全面归纳和分类，并统计了各行业被列入 BIT 负面清单的频率；并与中国自由贸易试验区统一负面清单进行了全面对比，分析了中美 BIT 负面清单谈判的难度。高维和等（2015）从行业选择、涉及原则和限制措施等方面研究了美国 and 乌拉圭、卢旺达两国签署的最新 BIT 和美韩 FTA 中的负面清单，并探讨了其对中美 BIT 谈判的借鉴意义。

上述文献为研究美国负面清单提供了非常重要的参考。但 BIT 和 FTA 具有不同的内容和使命，对于两类协议中负面清单存在怎样的差异，以及这种差异产生的原因等问题，现有研究并未进行系统性分析，有待深入。

二、美国 BIT 与 FTA 签约对象的分布及其差异性

截至 2015 年 1 月，美国共签署了 47 个 BIT 和 14 个 FTA。上述 BIT 和 FTA 共涉及 67 个签约对象（其中 FTA 涉及 20 个签约对象），签约对象的经济发展水平和地域分布在两类协议中呈现出较大差异，如表 1 所示。

由表 1 可见，美国 BIT 的签约对象多为发展中国家，且经济规模都相对较小；其地域分布集中在东欧、中亚和东南亚、非洲以及拉丁美洲；其中东欧国家又大多为转型国家。上述国家海外投资的政治风险普遍较高。相比而言，美国 FTA 的签约对象经济发展水平明显更高；从地域分布上看，美洲国家有 12 个，占其 FTA 签约对方总数的 60%；另外，亚洲的签约对象中，大多又是美国的盟国或与美国有良好的政治关系（如韩国、澳大利亚等）。

美国 BIT 和 FTA 签约对象的上述差异说明，美国签署两类协议具有明显不同的利益诉求。签署 BIT 的主要目的在于保护本国企业的海外投资利益；而签署 FTA 则具有更广泛的经济利益和政治利益诉求。在与美国签署 FTA 的国家中，大多数国家都未曾与美国签署 BIT，对美国企业而言，这些国家基本上都具有良好的投资环境。只有巴拿马、洪都拉斯、尼加拉瓜、巴林和摩洛哥 5 个国家在签署 FTA 之前与美国签订了 BIT。没有任何国家在与美国签署 FTA 之后又签订 BIT，其原因在于，从一体化程度角度看，FTA 比 BIT 的级别更高，涉及的领域更广泛。通常而言，FTA 中会包含投资章，这使得在 FTA 签订之后已无必要再签署 BIT。

表 1 美国 BIT 和 FTA 签约对象的比较

分类		BIT		FTA	
		签约数	签约方	签约数	签约方
发展程度	发达国家	9	捷克、斯洛伐克、罗马尼亚、保加利亚、爱沙尼亚、拉脱维亚、克罗地亚、立陶宛、波兰	3	加拿大、以色列、澳大利亚
	发展中国家	28	巴拿马、海地、格林纳达、阿根廷、厄瓜多尔、特立尼达和多巴哥、洪都拉斯、尼加拉瓜、玻利维亚、萨尔瓦多、乌拉圭、土耳其、孟加拉国、埃及、斯里兰卡、哈萨克斯坦、蒙古、约旦、巴林、塞内加尔、刚果共和国、摩洛哥、喀麦隆、刚果、突尼斯、牙买加、莫桑比克、卢旺达	17	巴拿马、哥斯达黎加、多米尼加、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜、哥伦比亚、墨西哥、秘鲁、智利、巴林岛、韩国、新加坡、约旦、阿曼、摩洛哥
	转型国家	10	亚美尼亚、格鲁吉亚、吉尔吉斯斯坦、摩尔多瓦、白俄罗斯、乌克兰、乌兹别克斯坦、阿尔巴尼亚、阿塞拜疆、俄罗斯	0	
地区分布	美洲	11	巴拿马、海地、格林纳达、阿根廷、厄瓜多尔、特立尼达和多巴哥、洪都拉斯、尼加拉瓜、玻利维亚、萨尔瓦多、乌拉圭	12	巴拿马、哥斯达黎加、多米尼加、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜、哥伦比亚、墨西哥、加拿大、秘鲁、智利
	亚洲	10	土耳其、孟加拉国、斯里兰卡、哈萨克斯坦、亚美尼亚、格鲁吉亚、蒙古、约旦、巴林、吉尔吉斯斯坦	7	巴林、新加坡、以色列、约旦、澳大利亚、韩国、阿曼
	欧洲	16	捷克、斯洛伐克、罗马尼亚、俄罗斯、保加利亚、波兰、摩尔多瓦、白俄罗斯、乌克兰、爱沙尼亚、乌兹别克斯坦、拉脱维亚、阿尔巴尼亚、克罗地亚、阿塞拜疆、立陶宛	0	
	非洲	10	塞内加尔、刚果共和国、摩洛哥、喀麦隆、刚果、突尼斯、牙买加、莫桑比克、卢旺达、埃及	1	摩洛哥

数据来源：联合国贸易发展大会国际投资协定数据库（UNCTAD-IIA database）、世界贸易组织区域贸易协定数据库（WTO-TRA database）和美国贸易谈判代表办公室官方网站。

三、美国 BIT 与 FTA 签约时间的分布及其负面清单形式演进的关联性

由表 2 可见，美国 BIT 的签约时间主要集中在 2000 年以前，而 FTA 的签约时间则主要集中在 2000 年以后。基于前文的分析，两类协议的签约目标有很大不同。因此，其签约时间分布的差异体现了美国对外经济战略的变化。在 2000 年之前，美国集中签署 BIT 反映了其对外经济战略的重点在于海外投资利益的保护；而在 2000 年之后，其集中签署 FTA 则反映了其对外经济战略的重心开始转向更广泛的经济利益和政治利益诉求。

（一）美国 BIT 负面清单形式的演进

美国 BIT 负面清单的形式变化大体可划分为 4 个阶段：第一阶段是在 1990 年以前，第二阶段是 1990~1993 年，第三阶段是 1994~1999 年，第四阶段是 2004 年以

表 2 美国 BIT 和 FTA 不同时期的签约数量

阶段划分	BIT 签约数	BIT 签约方	FTA 签约数	FTA 签约方
1982~ 1990 年	13	巴拿马、塞内加尔、海地、刚果共和国、摩洛哥、土耳其、喀麦隆、孟加拉国、埃及、格林纳达、刚果、波兰、突尼斯	1	以色列
1991~ 1993 年	12	斯里兰卡、捷克、斯洛伐克、阿根廷、哈萨克斯坦、罗马尼亚、俄罗斯、保加利亚、亚美尼亚、吉尔吉斯斯坦、摩尔多瓦、厄瓜多尔	1	NAFTA（加拿大、墨西哥）
1994~ 1999 年	20	白俄罗斯、牙买加、乌克兰、格鲁吉亚、爱沙尼亚、特立尼达和多巴哥、蒙古、乌兹别克斯坦、拉脱维亚、阿尔巴尼亚、洪都拉斯、尼加拉瓜、克罗地亚、约旦、阿塞拜疆、立陶宛、玻利维亚、莫桑比克、萨尔瓦多、巴林	0	
2000~ 2003 年	0		3	约旦（2000）
				智利、新加坡（2003）
2004~ 2015 年	2	乌拉圭、卢旺达	9	CAFTA-DR（多米尼加共和国、哥斯达黎加、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜）、澳大利亚、摩洛哥、巴林、阿曼、秘鲁、哥伦比亚、巴拿马、韩国

后（2000~2004 年，美国没有签署任何 BIT）。

在 1990 年以前签署的多数 BIT 中，负面清单列出的行业同时不适用国民待遇和最惠国待遇条款（以下简称 NT 和 MFN）。从 1990 年的部分 BIT 开始至 1993 年，负面清单的形式调整为分别列出 NT 条款和 MFN 条款的例外行业。从 1994 年的部分 BIT 开始至 1999 年，BIT 的负面清单开始不断调整：一方面，其形式逐步调整为首先列出 NT 条款和 MFN 条款共同的例外行业，再单列 MFN 条款的例外行业；另一方面，负面清单的项目开始缩减、调整和整合。2004 年后，美国出台了新的 BIT 范本，并先后与乌拉圭和卢旺达两国签署了 BIT。其负面清单采用了全新的表述形式，由之前的行业列表转变为不符措施列表。这两个 BIT 用 3 个附件列出了与协议正文中 NT、MFN、经营要求（以下简称 PR）以及高级管理人员和董事（以下简称 SMB）4 个条款（分别为协议的第 3、4、8、9 条）不符的措施，其中附件 1 和附件 3 列出现存的不符措施（附件 3 专门针对金融服务行业），附件 2 列出的是保留未来采取不符措施权利的领域（以下简称“保留性措施”）。

（二）美国 FTA 负面清单形式的演进

美国 FTA 负面清单形式的变化过程相对简单，大体上可以分为两个阶段：第一阶段是 2000 年以前，美国签署了美国—以色列 FTA、NAFTA 和美国—约旦 FTA，其中只有 NAFTA 采用了负面清单模式；第二阶段是 2003 年以后，美国共和 16 个国家签署了 10 个 FTA，全部都采用了负面清单模式。

在第一阶段,1992年签署的NAFTA是美国第一个采用负面清单模式的FTA。该协议首次提出不符措施的概念,并在负面清单中采用了不符措施列表形式。NAFTA的负面清单非常复杂,一共有7个附件。在第二阶段,各协议负面清单中均包括3个不符措施附件。各附件中,不符措施的排序有较强的一致性,表述也基本一致。总体而言,NAFTA后续FTA负面清单形式的变化主要有两个方面:

第一,附件数量减少。后续FTA的负面清单改为只有3个附件。附件1和附件3为现存的不符措施。其中附件3专门针对金融服务领域,与NAFTA的附件7内容相近;附件1则与NAFTA的附件1内容相近。附件2为保留性措施,与NAFTA的附件2内容相近。NAFTA的附件3被取消;附件4作为一项被纳入后续FTA的附件2中;附件5涉及的内容则有的被并入后续FTA的附件1和附件2中,有的被取消;附件6因为只是对NAFTA成员国的具体承诺,所以没有出现在后续FTA的附件中。

第二,负面清单的表述更加简洁。从负面清单的具体表述形式上看,后续FTA与NAFTA的最大区别有两点:其一是NAFTA负面清单的每一项不符措施对涉及行业的描述更加具体,列出了行业、子行业和相应的行业代码;而在后续FTA中,大多数不符措施仅列出涉及的行业,不再进一步列出子行业和相应的行业代码。其二是NAFTA负面清单的每一项不符措施都区分了其影响的是“投资”还是“跨境服务”活动,而后续FTA不再加以区分,只是将其表现在不符措施针对的协议条款上。

在美国BIT和FTA负面清单形式的演变过程中,NAFTA的签署和实施具有重大的影响,而2004年美国BIT范本的出台则进一步使BIT和FTA负面清单的形式和内容趋于规范和统一。在NAFTA实施以后,虽然美国未立刻在后续BIT中采用不符措施列表形式的负面清单,但对BIT负面清单的内容做出了重大调整,这为在BIT和FTA中全面实施不符措施列表形式的负面清单做出了充分准备。2000年以后,美国BIT的签署几乎停滞,在出台2004年BIT范本之前,美国也仅与约旦签署了一个未采用负面清单模式的FTA。2004年BIT范本出台标志着美国新一代负面清单的完善与成熟。此后,美国才重新加快签署BIT和FTA的节奏,几乎所有采用新一代负面清单的BIT和FTA都是在这一阶段签署的。两类协议负面清单的形式在这一阶段也实现了规范和统一。

四、美国BIT与FTA负面清单内容的演进及其关联性与差异性

(一) 美国BIT负面清单内容的演进

如前文所述,从形式上看,BIT负面清单经历了4个阶段。但从BIT负面清单内容上看,较重大的变化有两次:第一次发生在1994年NAFTA生效之后;第二次发生在2004年美国出台新的BIT范本之后。从1994年3月与格鲁吉亚的BIT开始,

美国 BIT 负面清单的项目开始大幅度缩减、调整和整合。具体情况如表 3 所示。

表 3 1994 年以后美国 BIT 负面清单项目的变化

负面清单 涉及领域	保留的 项目	削减的项目	新增的项目	整合的项目	
				整合前	整合后
资源领域			渔业	土地和自然资源使用； 在公有土地上采矿	政府土地上的矿产 资源和管道通行权 租赁
能源领域	核能	能源和电力生产			
运输领域	报关代 理人			航空运输；远洋及沿 海航运；海运服务及 海运相关服务	空运、海运及相关 服务
通讯领域		电话电报公共营 运服务提供	基于单向卫星传送 的 DTH 和 DBS 服 务	广播电视及电台公共 营运人的所有权及运 营权；通讯卫星企业 的股权和所有权；海 底电缆服务提供	广播、公共营运人 或航空无线电台的 许可；海底电缆的 铺设；通讯卫星
金融领域		不动产所有权；政 府债券主经销权		银行业；保险业	银行、证券、保险 和其他金融服务
水平型限制			依据 NAFTA 第 1108 条，政府和地方性 措施对该协议第 1102 条的豁免	政府补助；政府保险 和贷款项目	补贴或补助，包括 但不限于政府支持 的贷款、担保和保 险

2004 年出台新的 BIT 范本以后，美国先后与乌拉圭和卢旺达两国签署了 BIT。这两个 BIT 负面清单的 3 个附件共有 29 项不符措施，其中附件 1 有 9 项，附件 2 有 6 项，附件 3 有 14 项。其内容与第三阶段 BIT 负面清单的对应关系如表 4 所示。

表 4 美国第三阶段 BIT 与两个最新 BIT 负面清单项目的对应关系

领域	最新 BIT 不符措施编号	对应的第三阶段 BIT 负面清单项目
资源领域	1-2	政府土地上的矿产资源和管道通行权租赁
	2-5；2-6	渔业
能源领域	1-1	核能
运输领域	1-4 和 1-5（航空）；2-5（海运）	空运、海运及相关服务
	1-6	报关代理人
通讯领域	1-8	广播、公共营运人或航空无线电台的许可
	2-1	COMSAT；基于单向卫星传送的电视和数字音频直接 到户和直播服务
	2-2	海底电缆的铺设
金融领域	整个附件 3	银行、证券、保险和其他金融服务
水平型限制	1-3；1-7	补贴或补助，包括但不限于政府支持的贷款、担保和 保险
	2-6	依据 NAFTA 第 1108 条，政府和地方性措施对该协议 第 1102 条的豁免

如表 4 所示，在上述不符措施中，除附件 2 中的第 3 项和第 4 项涉及少数民族事务和社会服务的不符措施以及附件 1 第 9 项和附件 3 第 14 项解释适用领土范围的不符措施之外，其他都与 1994 年以后 BIT 负面清单中的项目有对应关系。这说明美国已经开始逐渐调整负面清单项目，为全面实施新一代负面清单做出准备。

（二）美国 FTA 负面清单内容的演进

除形式发生了较大变化外，在内容上，美国第二阶段 FTA 的负面清单也与 NAFTA 有较大不同。两个阶段 FTA 负面清单具体的变化如表 5 所示。

表 5 NAFTA 与后续 FTA 负面清单项目的对应关系

NAFTA 不符措施编号	与后续 FTA 不符措施的对应关系
附件 1	1-1 (1-1); 1-2 (1-2); 1-3 (1-3); 1-4 (1-10); 1-5 (无); 1-6 (1-4); 1-7 (1-11); 1-8 (1-5); 1-9 (无); 1-10 (1-6); 1-11 (1-7); 1-12 (无); 1-12 (1-8); 1-13 (1-9)
附件 2	2-1 (无); 2-2 (2-2); 2-3 (2-1); 2-4 (2-3); 2-5 (2-4); 2-6 (无); 2-7 (无); 2-8 (2-5);
附件 3	只有墨西哥在该附件中列出相应限制措施，美国和加拿大都并未列出该类限制措施
附件 4	对应后续 BIT 不符措施的 2-7
附件 5	5-1 (2-1; 2-2); 5-2 (无); 5-3 (无); 5-4 (无)
附件 6	6-1 (无); 6-2 (无)
附件 7	7-1 (3-1); 7-2 (3-7, 3-8, 3-9); 7-3 (3-2); 7-4 (3-4); 7-5 (3-6); 7-6 (3-11); 7-7 (3-10); 7-8 (3-12); 7-9 (无); 7-10 (3-15); 7-11 (3-5)

在 NAFTA 负面清单的不符措施中，共有 12 项不符措施未在后续的 FTA 中出现。其中，在附件 1 中被取消的项目包括：针对农业化学品生产行业的第 5 项，针对美国航空器境外维修服务领域的第 9 项和针对公路运输领域的第 12 项。在附件 2 中被取消的项目包括：针对沿岸土地投资领域的第 1 项，针对墨西哥公民从事法律咨询服务第 6 项和针对纸质和音像媒体发行领域的第 7 项；在附件 5 中被取消的项目包括：针对建设、扩建、取得和使用天然气运输设施的第 2 项，针对邮递业务的第 3 项和针对在美国国家公园经营娱乐活动的第 4 项。附件 6 中的两项分别是针对电视节目转播和律师从业方面的具体承诺，在后续 FTA 的负面清单中未再列出这类承诺。在附件 7 中，第 9 项针对洋葱期货交易的限制措施也未出现在后续 FTA 中。

在 NAFTA 后续 FTA 的负面清单中，也出现了一些 NAFTA 未提及的项目。这些项目主要集中在水平型限制领域和金融服务领域，其中水平限制领域包括对 FTA 与 GATS 协议关系的规定（不符措施 2-6 和 3-17）和对于不符措施涉及行政区域的规定（不符措施 3-14 和 3-18）；金融服务领域包括对储蓄银行（不符措施 3-3）、政府发起企业待遇（不符措施 3-13）和船只保险的规定（不符措施 3-16）。

（三）美国当前 BIT 与 FTA 负面清单内容的关联性与差异性

由上述分析可见，美国 BIT 和 FTA 负面清单的内容都经历了较大幅度的调整。相比而言，最能够体现美国当前负面清单特点的 BIT 是其与乌拉圭和卢旺达签署的两个最新 BIT，而最能够体现美国当前负面清单特点的 FTA 则是 NAFTA 以后签署的各项 FTA。美国与乌拉圭和卢旺达的 BIT 分别签署于 2005 年和 2008 年，两个 BIT 的美方负面清单完全一致。在 2004 年以后美国签署的 FTA 中，美方负面清单也几乎完全一致。基于上述情况，本文选取了美国—卢旺达 BIT 和美国—阿曼 FTA

的负面清单作为比较对象,对上述 BIT 和 FTA 3 个附件的不符措施分别进行简要描述与对比。通过对比可以发现,美国 BIT 和 FTA 负面清单内容的关联性主要有:

第一,两类协议不符措施项目的表述基本一致。BIT 和 FTA 对不符措施的界定是完全一致的。负面清单中列出的不符措施都是指现存或未来保留实施权利的“法律、规定、程序、要求和惯例”。在这样的定义下,不论 FTA 还是 BIT,其现存不符措施依据的都是美国当前的法律体系,这就使两类协议中同一不符措施项目的表述必然具有高度一致性。

第二,FTA 负面清单覆盖了 BIT 负面清单的所有项目。FTA 中包含投资章,因此 FTA 在内涵上是可以涵盖 BIT 协议的。正是基于两类协议内涵上的这种关系,其负面清单在形式和内容上也都体现了较强的一致性和涵盖关系。两类协议的负面清单除形式基本一致外,在 BIT 负面清单任何一个附件中出现的任何一项不符措施都可以在 FTA 的相应附件中找到对应的项目,且涉及行业、协议条款、行政级别、法律依据和措施描述几项内容大体上都是一致的。

另一方面,美国 BIT 和 FTA 负面清单内容的差异性则主要体现为以下两点:

第一,不符措施项目的差异。虽然两类协议负面清单体现出很强的一致性,但在每个附件中,FTA 负面清单都有一些项目与 BIT 负面清单不同。最大的不同体现在附件 1 上。在附件 1 中,FTA 有 3 项不符措施未在 BIT 中出现,其中两项针对商业服务(不符措施 1-2 和 1-3),一项涉及专业服务(不符措施 1-11)。在附件 2 中,只有一项 FTA 的不符措施未在 BIT 中列出,该项不符措施指出美国保留对违背其在 GATS 协议中承诺的事项采取任何措施的权利。虽然这项不符措施未在 BIT 负面清单中列出,但在 BIT 协议正文第十四章中也明确做出了相应的规定。在附件 3 中,FTA 不符措施的数量虽然达到 18 项,比 BIT 多出 4 项,但实质上却不存在超越 BIT 负面清单的内容。附件 3 的主要差异体现在 3 个方面:其一是 FTA 附件 3 的第 7、8、9 项不符措施分别规定了对外资银行在新建、并购分支机构和开设办事处 3 个方面的限制,而 BIT 则将对这 3 种扩张行为的限制合并在一项措施中列出(不符措施 3-7);其二是在对不符措施适用范围的规定方面,FTA 分别针对银行业和保险业列出了表述完全相同的两项措施(不符措施 3-14 和 3-18),而 BIT 则只列出一项(不符措施 3-14),但同时适用两个行业;其三是在处理本协议与 GATS 的关系方面,FTA 将其作为一项不符措施列入附件 3(不符措施 3-17),而 BIT 则将其规定在协议正文中,这与附件 2 中的情况类似。

第二,不符措施涉及协议条款的差异。BIT 的不符措施只涉及 4 个协议条款,分别为 NT、MFN、PR 和 SMB,而 FTA 不符措施涉及的条款则增加了 3 个,分别为本地存在(简称 LP)、跨境服务(简称 CT)和市场准入(简称 MA)。在两类协议负面清单中,BIT 不符措施涉及的协议条款基本上也都作为相应 FTA 不符措施涉及的协议条款。但在附件 1 和附件 2 中,FTA 有 9 项不符措施还增加了针对 LP 条

款的限制（涉及商业服务、专业服务、航空业、运输业、运输服务业、少数民族事务、社会服务和所有行业）。在附件3中，FTA也有9项不符措施增加了针对MA条款的限制；涉及保险业的两项不符措施还增加了针对CT条款的限制。

综上所述，由于BIT和FTA对不符措施的定义和其依据的法律体系都是一致的，所以二者之间存在高度的一致性。但FTA的使命除了协调国际投资问题之外，还包括协调服务贸易问题。因此，其负面清单与BIT负面清单的主要差异也相应地集中在与服务贸易相关的领域。从技术上讲，涉及服务贸易的大多数经济行为无法涵盖在BIT协议对“投资”内涵的界定范围内，故BIT无法对这一领域做出规定。但服务贸易是FTA的一项重要内容，其负面清单的3个附件是针对整个协议的，而非仅针对投资章。因此，FTA的负面清单必然会广泛涉及针对服务贸易的规定。

五、政策建议

基于上述分析，对中国投资负面清单管理模式改革而言，美国BIT和FTA负面清单的发展和演变有如下几方面借鉴意义。

第一，立法模式方面。从美国BIT和FTA负面清单的法律依据可以看出，美国并没有专门的外商投资管理法，其负面清单中各项不符措施的法律依据分散于各领域的专门法案中。这些法案与其中涉及外商投资的个别条款共同构成了支撑美国负面清单管理制度的法律体系。这与中国有很大不同。中国一直尝试用一项或几项专门立法（或行政规定）来为负面清单管理制度提供法律依据。在全国范围内实施的“外商投资指导目录”和在自由贸易试验区实施的“负面清单”，都体现了这种立法思路与模式。相比而言，美国模式虽然使负面清单的法律依据显得过于分散，但其每一项不符措施都有一个完整的法案作为支撑。不论是在司法解释上还是司法程序的处理上，这都会使负面清单管理制度在实施层面获得更有力的支持。在短期内，中国可能没有足够时间去修订、完善所有负面清单涉及部门的相关法律、法规。但从长期看，采用美国的分散式立法模式可能更加有助于为中国投资负面清单管理制度提供一个更完备、更有深度和更具可操作性的法律依据体系。

第二，立法内容方面。在成熟和完备的法律体系支撑下，未来中国的负面清单也应具有规范性和统一性。在形式规范上，美国负面清单的附件结构、内容要素以及对普遍性问题的处理方式都可供中国借鉴。但对于负面清单中的各项不符措施，中国则需要基于自身的经济一体化战略，对其具体内容做出创新性设计。比如，可以缩减现存不符措施项目（附件1和附件3），增加保留性不符措施项目（附件2），从而降低签约双方的制度建设门槛。也可以针对发展中国家的普遍特征，增设处理涉及产业政策和国有企业特殊待遇的项目。另外，由于有完善的投资审查制度作为防火墙，美国并未在负面清单中列出针对国防、教育和医疗等领域的不符措施。中国的负面清单可以在处理这些领域方面提出有特色和借鉴意义的规范性处理方式。

第三, 制度体系方面。美国外国投资委员会(简称CFIUS)有权对每一项外国投资进行审查, 因此是外资准入限制的强力“防火墙”, 但CFIUS并不直接参与负面清单的实施和管理。考察美国BIT和FTA中各项不符措施的详细描述可以发现, 美国通常以“许可证”方式实施外资准入限制, 而许可证的发放则通常由投资所属行业的专门管理机构负责。专门机构在审查本行业的外资准入案件时, 必然比同时处理所有行业的专设外资准入审查部门具有更强的专业性。目前, 中国自由贸易试验区负面清单各项特别管理措施并未明确指出负责外资准入审查的具体部门。依据惯例, 对各行业非备案制外资准入的审查, 目前仍然应该由自由贸易试验区相关行政管理部门统一负责。但从长期看, 中国也应该借鉴美国“行业专门机构+外国投资委员会”式的负面清单管理制度体系, 在增强相关管理部门专业化程度的同时, 确保有强力的“防火墙”机制作为最后屏障。

参考文献:

- [1] 高维和, 孙元欣, 王佳圆. 美国FTA、BIT中的外资准入负面清单: 细则与启示[J]. 外国经济与管理, 2015, (3).
- [2] 黄鹏, 梅盛军. 上海自贸试验区负面清单制定与中美BIT谈判联动性研究[J]. 国际商务研究, 2014, (3).
- [3] 陆建明, 杨宇娇, 于丹. 中国自由贸易试验区统一负面清单与美国BIT签约双方负面清单的比较研究[J]. 上海经济研究, 2015, (10).
- [4] 陆建明, 杨宇娇, 梁思焱. 美国双边投资协议中签约双方负面清单的比较研究[J]. 外国经济与管理, 2016, (2).
- [5] 马强. 美国BIT中不符措施条款的实践经验与借鉴[J]. 中国经贸导刊, 2014, (1).
- [6] 聂平香, 戴丽华. 美国负面清单管理模式探析及对我国的借鉴[J]. 国际贸易, 2014, (4).
- [7] 孙元欣, 徐晨, 李津津. 上海自贸试验区负面清单(2014版)的评估与思考[J]. 上海经济研究, 2014, (10).

The Relevances and Differences between the Negative Lists of U.S. BITs and FTAs

LU Jian-ming WU Li-peng LIANG Si-yan

Abstract: This paper studies the changing and evolution process of the negative lists in U.S. BITs and FTAs, and investigates the relevances and differences of the negative lists of the two kinds of agreements. After more than 30 years of development, the U.S. negative lists are getting more and more concrete and concise. The policy transparency of the new generation of negative lists is also highly improved. The negative lists of BITs and FTAs are highly consistent both in forms and in contents, but the most important difference is the negative lists of FTAs have extra restrictions on services trade. The negative lists of FTAs have a few extra non-conforming measures on services trade and some extra clauses on the non-conforming measures concerning services trade. Based on the above analysis, this paper summarizes the experiences from the U.S. negative list regime, and some policy implications on legislation mode, legislation content and institutional system building for China's negative list mode reform.

Key words: negative list; non-conforming measures; regional economic integration

(责任编辑: 金孝柏)