

上海自贸区跨境服务贸易负面清单制定的法律问题

黄琳琳

摘要：上海自贸区跨境服务贸易负面清单的制定是落实《全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》，顺应国际服务贸易规则重构的重要举措之一。国民待遇的例外、市场准入的例外以及当地存在的要求是跨境服务贸易负面清单的涵盖范围；市场准入的例外不仅包括形式上的管理措施，还包括效果上的管理措施；当地存在与商业存在既有联系又有区别；跨境货物贸易与跨境服务贸易之间的界限值得厘清；兜底条款可纳入清单但适用应当谨慎。

关键词：负面清单；跨境服务贸易；上海自贸区

中图分类号：DF996

文献标识码：A

文章编号：1006-1894（2018）01-0086-11

2016年《国务院关于同意开展服务贸易创新发展试点的批复》（国函〔2016〕40号）指出要充分发挥地方在发展服务贸易中的积极性和创造性，推进服务贸易领域供给侧结构性改革，健全服务贸易促进体系，探索适应服务贸易创新发展的体制机制和政策措施，着力构建法治化、国际化和便利化营商环境，打造服务贸易制度创新高地。2017年3月30日，《全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》提出要创新跨境服务贸易管理模式，在合适领域分层次逐步取消或放宽对跨境交付、自然人移动等模式的服务贸易限制措施。因此，上海自贸区跨境服务贸易负面清单的制定成为创新跨境服务贸易管理模式措施之一。由于该清单是首次编制，因而在编制过程中会面临着众多的法律问题，例如上海自贸区跨境服务贸易负面清单涵盖的范围问题、跨境服务贸易市场准入的例外问题、当地存在与商业存在的区别与联系问题、货物贸易与服务贸易的差别问题以及兜底条款的适用问题等。本文拟借鉴国际上已存在的跨境服务贸易负面清单，对以上问题进行探讨。

一、上海自贸区跨境服务贸易负面清单涵盖的范围问题

上海自贸区跨境服务贸易负面清单涵盖的范围问题是清单制定所要解决的首要问题，主要为跨境服务贸易的含义、负面清单所涉义务的例外以及负面清单的排除适用。

作者简介：黄琳琳，华东政法大学博士生，研究方向：国际贸易法。

基金项目：国家哲社基金规划项目“TPP对服务贸易规则的重构与中国对策研究”（项目编号：16CFX98）。

（一）跨境服务贸易的含义

随着全球贸易投资规则及治理体系的加速重构，国际经贸关系深刻调整，全球经济竞争的重点从制造业转向服务业，WTO 框架下将服务贸易的提供方式划分为跨境交付、境外消费、商业存在和自然人流动 4 种模式。制定上海自贸区跨境服务贸易负面清单，有观点认为跨境服务贸易仅涉及服务内容的跨境交付，商业存在属于外商投资，而自然人流动与商业存在紧密结合，应当在外商投资负面清单中体现。

国际上的服务贸易协定主要分为两种形式，即 GATS 文本类型和 NAFTA 文本类型，其中 NAFTA 文本类型的协定将服务贸易区分为跨境服务贸易和投资两种类型，《跨太平洋伙伴关系协定》（Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP）虽因美国的退出而暂时搁置，但其文本内容的价值还依然存在，依然代表着当下国际经贸规则的最高标准。TPP 文本继承了 NAFTA 的主要内容，在对“跨境服务贸易”的定义方面也异曲同工，即（1）自一缔约方境内向另一缔约方境内提供服务；（2）在一缔约方境内向另一缔约方的人提供服务；或（3）一缔约方的国民在另一缔约方境内提供服务；但不包括在一缔约方境内通过涵盖投资提供服务。^① TPP 同 GATS 一样，本身并没有对“跨境服务贸易”进行定义，而是列出了跨境服务贸易的提供方式，相当于 GATS 下服务提供的 4 种模式中的跨境交付、境外消费和自然人流动。2012 年生效的反映美式高标准甚至是亚太地区自由贸易协定范本的《美韩自由贸易协定》也采取了此种定义的方式。

上海自贸区跨境服务贸易负面清单的制定是我国自主实行的负面清单制度，适用于在上海自贸区内进行的跨境服务贸易，为体现自贸区先行先试、对标国际高标准理念，本文认为上海自贸区跨境服务贸易负面清单中的跨境服务贸易是指：（1）服务提供者自一国（地区）境内向他国（地区）提供服务；（2）服务提供者在一国（地区）境内向来自他国（地区）的人提供服务；（3）一国（地区）的自然人至他国（地区）境内提供服务；但不包括通过涵盖投资（即商业存在）提供服务，即相当于 GATS 中的模式 1、模式 2 和模式 4。

（二）跨境服务贸易负面清单所涉义务的例外

国际上负面清单的内容是同时依据投资和跨境服务贸易两个章节所制定的，绝大多数负面清单以附件的形式存在，一个完整的清单通常包括不符措施所对应的义务、限制性行业及其分类、描述措施、法律依据、政府层级和过渡期，其中所对应的义务包括最惠国待遇、国民待遇、市场准入、当地存在、高级管理人员和董事会及业绩要求等。由于投资负面清单和跨境服务贸易负面清单都体现在同一附件中，

^① TPP 中对跨境服务贸易（cross-border trade in services）的规定如下：cross-border trade in services or cross-border supply of services means the supply of a service:(a) from the territory of a Party into the territory of another Party;(b) in the territory of a Party to a person of another Party; or(c) by a national of a Party in the territory of another Party, but does not include the supply of a service in the territory of a Party by a covered investment.

因而在上海自贸区跨境服务贸易负面清单的制定过程中,有观点认为所涉义务的例外应当包括以上所对应的所有义务的例外,也有观点认为仅涉及国民待遇的例外。

跨境服务贸易负面清单所涉义务的例外,根据 TPP 第 10 章(跨境服务贸易)第 10.7 条(不符措施)^①的规定:“第 10.3 条(国民待遇)、第 10.4 条(最惠国待遇)、第 10.5 条(市场准入)和第 10.6 条(当地存在)不得适用于……”,包括国民待遇的例外、最惠国待遇的例外、市场准入的例外以及当地存在的要求。而根据 TPP 第 9 章(投资)第 9.12 条(不符措施)^②的规定:“第 9.4 条(国民待遇)、第 9.5 条(最惠国待遇)、第 9.10 条(业绩要求)、第 9.11 条(高级管理人员和董事会)不适用于……”由此可见,业绩要求、高级管理人员和董事会的不符措施则为投资领域所涉义务的例外。

因此,本文认为,上海自贸区跨境服务贸易负面清单应当包括国民待遇的例外,如对于境外电视节目,根据《广播电视管理条例》第 39 条^③的规定,审查主体是国务院广播电视行政部门或者其授权的机构;而对于境内电视节目,根据《广播电视管理条例》第 33 条,^④审查主体是广播电台、电视台。市场准入的例外,如《外国机构在中国境内提供金融信息服务管理规定》第 4 条第 2 款规定:“外国机构在中国境内提供金融信息服务,必须经国务院新闻办公室批准。未经国务院新闻办公室批准的外国机构,不得在中国境内提供金融信息服务。”当地存在的要求,如《农药管理条例》第 29 条:“境外企业不得直接在中国销售农药。境外企业在中国销售农药的,应当依法在中国设立销售机构或者委托符合条件的中国代理机构销售。”国民待遇的例外、市场准入的例外和当地存在的要求都是上海自贸区跨境服务贸易负面清单的应有之义。最惠国待遇适用于一缔约国与另一缔约国之间的待遇不得低于在相似情况下给予第三国的待遇,而上海自贸区跨境服务贸易负面清单涉及的是一国自主改革的措施,不涉及国际条约义务,因而上海自贸区跨境服务贸易负面清单所涉措施的例外不包括最惠国待遇的例外。

(三) 跨境服务贸易负面清单的排除适用

对于境内服务提供者提供的跨境服务是否属于上海自贸区跨境服务贸易负面清单的范围存在争议,如根据《印刷业管理条例》第 20 条^⑤的规定,印刷企业接受委

① Article 10.7: Non-Conforming Measures: 1. Article 10.3 (National Treatment), Article 10.4 (Most-Favoured-Nation Treatment), Article 10.5 (Market Access) and Article 10.6 (Local Presence) shall not apply to……

② Article 9.12: Non-Conforming Measures: 1. Article 9.4 (National Treatment), Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment), Article 9.10 (Performance Requirements) and Article 9.11 (Senior Management and Boards of Directors) shall not apply to……

③ 《广播电视管理条例》第 39 条:用于广播电台、电视台播放的境外电影、电视剧,必须经国务院广播电视行政部门审查批准。用于广播电台、电视台播放的境外其他广播电视节目,必须经国务院广播电视行政部门或者其授权的机构审查批准。

④ 《广播电视管理条例》第 33 条:广播电台、电视台对其播放的广播电视节目内容,应当依照本条例第 32 条的规定进行播前审查,重播重审。

⑤ 《印刷业管理条例》第 20 条:印刷企业接受委托印刷境外的出版物的,必须持有有关著作权的合法证明文件,经省、自治区、直辖市人民政府出版行政部门批准;印刷的境外出版物必须全部运输出境,不得在境内发行、散发。

托印刷境外的出版物的,须经省、自治区和直辖市人民政府出版行政部门批准;而对于印刷企业接受印刷境内出版物的,根据《印刷业管理条例》第18条^①的规定,仅须向出版行政部门备案。因而,对于相同的服务提供者,由于提供服务对象的不同,审查的标准也就不同,即根据服务对象的不同,实施了与国民待遇不一致的管理措施。但TPP规定对跨境服务贸易下的“国民待遇”^②、“当地存在”^③和“市场准入”是“各缔约方应给予另一缔约方的服务和(或)服务提供者的待遇……”,即针对的是他国的服务提供者和服务,并不适用于本国服务提供者提供的跨境服务。因此,本文认为对于境内服务提供者提供的跨境服务不属于上海自贸区跨境服务贸易负面清单的范围。

外国人来华就业是否纳入到上海自贸区跨境服务贸易负面清单,有观点认为应该纳入,这是因为根据WTO对“自然人流动”的定义,是指一成员方的服务提供者以自然人的身份进入另一成员方境内提供服务,并且GATS《关于本协定项下提供服务的自然人流动的附件》明确指出两种方式的服务属于自然人流动,一种是一成员方的自然人就是服务提供者,即由服务消费者直接支付报酬的个体服务提供者,另一种是被一成员方的服务提供者雇佣的自然人而进入另一成员方境内提供服务;并且对于如菲佣来华提供家政服务的情况,如果不在负面清单中予以明确限制,则可能造成大规模境外劳动力的涌入。但也有观点认为不应将外国人来华就业纳入到负面清单中。

GATS《关于本协定项下提供服务的自然人流动的附件》第2条第2款规定:“本协定不得适用于影响寻求进入一成员就业市场的自然人的措施,也不得适用于在永久基础上有关公民身份、居住或就业的措施。”并且,《服务贸易具体承诺减让表》也规定:“自然人移动的水平承诺部分仅涉及跨国公司内部人员流动、安装维修和销售人员、境外合同服务提供者以及商务访问者,并不涵盖来华工作的外国人或无国籍人。”GATS将对进入一国就业市场寻求工作的外国自然人措施列为豁免,不受服务贸易领域相关国际协定等政策的约束。

外国人来华工作许可制度是一项对于实质性进入我国就业市场,与中国公民就业产生竞争的外国公民或无国籍人的许可审批制度,对维护国内本国公民就业市场平稳有重要作用。我国目前签定的自由贸易协定,如中澳、中韩自由贸易协定等,

① 《印刷业管理条例》第18条规定:印刷企业接受出版单位委托印刷图书、期刊的,必须验证并收存出版单位盖章的印刷委托书,并在印刷前报出版单位所在地省、自治区、直辖市人民政府出版行政部门备案;印刷企业接受所在地省、自治区、直辖市以外的出版单位的委托印刷图书、期刊的,印刷委托书还必须事先报印刷企业所在地省、自治区、直辖市人民政府出版行政部门备案。

② Article 10.3: National Treatment: 1. Each Party shall accord to services and service suppliers of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own services and service suppliers.

③ Article 10.6: Local Presence: No Party shall require a service supplier of another Party to establish or maintain a representative office or any form of enterprise, or to be resident, in its territory as a condition for the cross-border supply of a service.

其中自然人移动或单独为一个章节,或在服务贸易章节,均主要是在参照我国入世时做出的自然人移动水平承诺基础上和范围内做出一定的调整,并未对我国内工作许可制度做出实质性的约束性影响。

因此,本文认为对外国人来华就业的限制性措施不属于上海自贸区跨境服务贸易负面清单中“自然人流动”领域的特别管理措施。可借鉴国际条约中的规定,在负面清单的编制说明中加入一条:“在境外自然人寻求进入境内就业市场或在境内获得永久就业方面,本清单不对该自然人施加任何义务,也不对境外自然人在进入就业市场或获得就业方面赋予任何权利。”上海自贸区跨境服务贸易负面清单不适用于外国人来华就业的情况,但并非否定国内法律法规对其进行的限制性措施,如《外国人在中国就业管理规定》第8条规定:“在中国就业的外国人应持Z字签证入境(有互免签证协议的,按协议办理),入境后取得《外国人就业证》和外国人居留证件,方可在中国境内就业。”

二、跨境服务贸易市场准入的例外问题

GATS第16.2条特别规定,任何一个成员方,对做出承诺开放义务的服务部门或分部门,不得维持或采取以下6种市场准入的限制措施,除非在市场准入栏中明确列出这些限制措施:(1)无论是以数量配额、垄断、专营服务提供者的形式,还是以经济需求测试要求的形式,限制服务提供者的数量;(2)以数量配额或经济需求测试要求的形式,限制服务交易或资产的总值;(3)以数量配额或经济需求测试要求的形式,限制服务网点总数或服务产出总量;(4)以数量配额或经济需求测试要求的形式,限定特定服务部门或服务提供者可雇佣的、提供具体服务所必须且直接有关的自然人总数;(5)限制或要求服务提供者的法律实体,如规定外国服务提供者必须通过特定法人实体或合营企业在东道国提供服务;(6)限制外国资本参与比例,如对外国资本限定其最高股份额,或对单项的或累计的外国资本投资额进行限制。TPP第10.5条(市场准入)^①对市场准入采取了与GATS相同的规定,只是将(6)纳入到投资章节中。对于将上述(1)~(5)中所列的限制性措施作为市场准入的例外不存在任何争议,而对于这5种措施外的限制性措施,如禁止性规定是否纳入到上海自贸区跨境服务贸易负面清单中则存在争议,如《中华人民共和国计算机信息

^① Article 10.5: Market Access: No Party shall adopt or maintain, either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, measures that: (a) impose limitations on: (i) the number of service suppliers, whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirement of an economic needs test; (ii) the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; (iii) the total number of service operations or the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test; or (iv) the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; or (b) restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service.

网络国际联网管理暂行规定》第10条规定：“个人、法人和其他组织（以下统称用户）使用的计算机或者计算机信息网络，需要进行国际联网的，必须通过接入网络进行国际联网。”再如《邮政普遍服务监督管理办法》第21条第1款规定：“外商和境外邮政不得在中华人民共和国境内提供邮政服务。”有观点认为其不属于上述5种限制措施之一，因而不属于负面清单的范畴；但也有观点认为只要达到了上述5种措施相同的效果，就应当纳入到负面清单中。

WTO美国与安提瓜赌博服务案中，争端双方对于美国禁止网络赌博服务是否属于GATS第16.2条规定的市场准入限制形式产生争议。美国认为，其联邦与州法律禁止通过网络方式提供远程赌博活动，是对赌博服务提供的行为管制，而不是对数量进行的管制，因而不属于第16.2条的范围；安提瓜则认为，美国对于网络跨境提供的赌博服务完全禁止，相当于以“零配额”的方式对服务和服务提供者进行管制，属于第16.2条的范围。^①专家组和上诉机构认为以“以数量配额形式”不仅包括数字含义本身，还包括具有数字特征的限制性措施。对于一种、几种或所有跨境提供方式的禁止性措施，相当于“零配额”。^②因此，专家组和上诉机构将“效果上”具有数量限制的措施解释为第16.2条所指的“数量配额的形式”。^③

因此，本文认为对于跨境服务贸易的禁止性规定因在“效果”上具有数量限制的意义，属于市场准入的例外措施，应当纳入到上海自贸区跨境服务贸易负面清单中。并且这种做法在《美韩自由贸易协定》中也存在，如韩国在其不符措施附件I中列出“禁止网上销售烟草”为跨境服务贸易的不符措施。^④

三、当地存在与商业存在的区别与联系问题

制定上海自贸区跨境服务贸易负面清单，对于何为当地存在以及当地存在与商业存在的区别与联系存在一定的争议。如《原油市场管理办法》第6条规定：“申请原油销售资格的企业，应当具备下列条件：（一）申请主体应具有中国企业法人资格，注册资本不低于1亿元人民币……”根据中国《服务贸易具体承诺减让表》和《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》的规定，外国律师事务所只能以代表处的形式提供法律服务，且只能从事不包括中国法律事务的下列活动：（一）向当事人提供该外国律师事务所律师已获准从事律师执业业务的国家法律的咨询，以及有关国际条约、国际惯例的咨询；（二）接受当事人或者中国律师事务所的委托，办理在

① Panel Report, United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS/285/R, para.6.256.

② Panel Report, United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS/285/R, para.6.236.

③ 曹建明，贺小勇：世界贸易组织（第三版）[M]。北京：法律出版社，2011：268.

④ See the official website of office of the United States Trade Representative, available at :<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text>. (2017-11-13).

该外国律师事务所律师已获准从事律师执业业务的国家的法律事务；（三）代表外国当事人，委托中国律师事务所办理中国法律事务；（四）通过订立合同与中国律师事务所保持长期的委托关系办理法律事务；（五）提供有关中国法律环境影响的信息……有观点认为企业法人或者代表处资格的要求属于商业存在的范畴，应当纳入外商投资准入负面清单中；也有观点认为不仅企业法人或者代表处资格的要求属于当地存在的范畴，当地存在还包括对企业法人的形式、注册资本、高级管理人员和董事会、业绩和业务范围的要求；还有观点认为只有企业法人或者代表处资格的要求属于当地存在的范畴。

当地存在（local presence）要求是跨境服务贸易领域仅次于国民待遇例外而存在的不符措施义务，最早出现在 NAFTA 第 1205 条，即东道国不得要求另一方的服务提供者在其领土内设立或维持办事处或任何形式的企业或成为居民，作为跨境提供服务的条件。^①但第 1206 条允许各成员方提前将不符合当地存在的措施列出。此后，NAFTA 类型的服务贸易协定都将当地存在作为不符措施的义务之一。《美韩自由贸易协定》中韩国不符措施附件 I 共包含 40 个服务贸易行业，其中有 31 个涉及当地存在要求，当地存在的限制措施越多，说明东道国政府对跨境服务贸易提供者的直接限制性措施就越多，这是因为当地存在与东道国的属地管辖权相联系，东道国的国内限制规范可直接适用于跨境服务贸易提供者。

当地存在不同于商业存在，国际上的负面清单将“当地存在”要求作为跨境服务贸易领域的不符措施之一，而商业存在要求则是服务贸易的提供方式之一，TPP 将商业存在划归到“投资”章节。国际上并没有专门对当地存在与商业存在进行区分，但从 NAFTA、TPP 和《美韩自由贸易协定》等对“当地存在”的定义看，即仅要求跨境服务贸易提供者在东道国设立代表处（representative office）、任何形式的企业（any form of enterprise）或成为居民（resident），并没有对企业或代表处的具体形式、业务范围和资本要求等进行明确的规定，如《美韩自由贸易协定》中，韩国不符措施附件 I 规定：“提供国际速递服务必须在韩国设立代表处”，“只有依据韩国法律成立的法人才能在韩国提供安全服务”。TPP 新加坡不符措施附件 I 中也规定：“仅允许拥有当地存在的服务提供者在新加坡设立职业介绍所和安置外国劳工”。而对代表处、企业的具体形式、业务范围及股比要求的规定则视为商业存在的要求，将其纳入到投资领域的负面清单，如 TPP 加拿大不符措施附件 I 中规定：“加拿大航空，非居民持有的有投票权的股份合计不得超过 25%；Nordion 国际有限公司，非居民持有的有投票权的股份合计不得超过 25%；Theratronics 国际有限公司，非居民持有的有投票权的股份合计不得超过 49%，其中非居民包括不是加拿大公民和

^① See article 1205 of NAFTA: No Party may require a service provider of another Party to establish or maintain a representative office or any form of enterprise, or to be resident, in its territory as a condition for the cross-border provision of a service.

常驻居民的自然人，在加拿大境外以并购、新设或其他形式组建的公司等。”

因此，本文认为仅仅要求设立代表处（representative office）、任何形式的企业（any form of enterprise）或成为居民（resident）是上海自贸区跨境服务贸易负面清单中“当地存在”的要求，如《原油市场管理办法》第6条的规定，对于“申请主体具有企业法人的资格”属于“当地存在”的要求，而对于“注册资本不低于1亿元人民币”的要求则属于“商业存在”的要求。《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》第15条对“业务范围”的规定也属于“商业存在”的要求。但根据我国现行法律，可能存在“当地存在”中要求设立法人，而在商业存在中却禁止外商进入该领域的情况，如“互联网新闻信息服务”，根据《互联网新闻信息服务管理规定》第6条^①的规定，申请互联网新闻信息服务许可，须为中国境内法人；而《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2017年版）》规定：“42. 禁止投资互联网新闻信息服务”。其实，两者并不矛盾，因为“中国境内法人”解决是否可以跨境服务贸易，而“法人资格的取得”则解决如何获得“境内法人”资格，前者是对“当地存在”的要求，而后者则是满足“当地存在”要求的条件，即商业存在，只有两者同时满足，才能进行跨境服务贸易。

四、服务贸易与货物贸易的区分问题

跨境服务贸易从字面上看仅涉及服务贸易，但实践中对服务贸易和货物贸易的管理措施却难以分清，尤其在批发零售领域。GATS、TPP等并没有对“服务”一词做出明确的定义，仅仅列出了服务贸易（跨境服务贸易）提供的方式，并没有说明“服务”的真正内涵。在当前的国际贸易中，既存在诸如法律咨询、网站维护等不涉及实体货物的服务，也存在如电子出版物交付以及电子商务等与实体货物相联系的服务。对于前者的管理措施，纳入到上海自贸区跨境服务贸易负面清单毋庸置疑，而对于后者，主要是批发零售领域以及对于数字产品的国际贸易规则是否归入到上海自贸区跨境服务贸易负面清单中存在争议。批发零售领域的国际贸易措施可以分为完全针对货物（包括有形货物和无形货物）的管理措施，针对贸易出口者的管理措施以及贸易进口者的管理措施。有观点认为以上均为货物贸易的管理措施，不应当纳入到上海自贸区跨境服务贸易负面清单中，但也有观点认为以上属于“分销服务”，应当全部纳入到上海自贸区跨境服务贸易负面清单中。

^① 《互联网新闻信息服务管理规定》第6条规定：申请互联网新闻信息服务许可，应当具备下列条件：（一）在中华人民共和国境内依法设立的法人；（二）主要负责人、总编辑是中国公民；（三）有与服务相适应的专职新闻编辑人员、内容审核人员和技术保障人员；（四）有健全的互联网新闻信息服务管理制度；（五）有健全的信息安全管理制度和安全可控的技术保障措施；（六）有与服务相适应的场所、设施和资金。申请互联网新闻信息采编发布服务许可的，应当是新闻单位（含其控股的单位）或新闻宣传部门主管的单位。符合条件的互联网新闻信息服务提供者实行特殊管理股制度，具体实施办法由国家互联网信息办公室另行制定。提供互联网新闻信息服务，还应当依法向电信主管部门办理互联网信息服务许可或备案手续。

（一）完全针对货物的管理措施

完全针对货物的管理措施，如《进出境粮食检验检疫监督管理办法》第8条规定：“国家质检总局对进境粮食实施检疫准入制度。”国际上对于食品安全、动植物检疫的规定在《实施卫生与植物卫生措施协定》（SPS协定）中，并非存在于服务贸易协定中，其他如《化肥进口关税配额管理暂行办法》第21条第1款规定：“国家可以安排一定数量的关税配额，由非国营贸易企业进口经营。”此类专门针对货物的进出口关税管理措施在国际上属于货物贸易的领域，并非服务贸易。因此，本文认为，完全针对货物的管理措施可以不列入上海自贸区跨境服务贸易负面清单。

（二）针对贸易出口商和贸易进口商的管理措施

进出口货物或者服务的贸易，除了完全针对货物或服务的管理措施，还包括对贸易出口商和贸易进口商的管理措施，如《进出境粮食检验检疫监督管理办法》第7条第1款规定：“向我国出口粮食的境外生产加工企业应当获得输出国家或者地区主管部门的认可，具备过筛清杂、烘干、检测、防疫等质量安全控制设施及质量管理体系，禁止添加杂质。”《出版管理条例》第46条第1款规定：“出版物进口经营单位应当在进口出版物前将拟进口的出版物目录报省级以上人民政府出版行政主管部门备案。”这些管理措施由于并非完全针对于货物，而是为实现货物进出口对进出口商的管理措施，从而引起争议。TPP美国不符措施附件I中纳入对商业服务（出口经营者）的国民待遇例外措施，即“出口行为需获得审核证书，只有美国居民、根据任一州或美国法律设立并存续的合伙、州或地方政府实体、根据任一州或美国法律设立并存续的营利性或非营利性公司、或这些人通过合同或其他安排组成的任何联合体或结合。外国国民或企业可通过成为合格申请者的“成员”获得审核证书提供的保护。”该不符措施则是针对出口行为者的管理措施。《美韩自由贸易协定》韩国不符措施附件I“批发和零售服务”中要求：“药品、医疗产品和功能性食品的批发贸易服务必须在韩国设立代表处并获得进口许可证”。可见，国际上并没有将对贸易进出口商的管理措施置于跨境服务贸易负面清单之外，因此，本文认为对于贸易出口者和贸易进口者的管理措施应当纳入上海自贸区跨境服务贸易负面清单。

（三）针对数字产品的管理措施

WTO中美出版物案引起了当下对数字产品^①的“服务与货物之争”以及对进出口分销权的质疑。TPP将对数字产品的管理措施单独列入第14章（电子商务），并认为“数字产品的定义不得被理解为缔约方表达对通过电子传输进行的数字产品贸

^① TPP将“数字产品”定义为：“电脑程序、文本、视频、图像、声音记录，以及其他以数字进行编码和制作用于商业销售或分销，且可通过电子方式进行传输的产品。”

易应被归类为服务贸易或货物贸易的观点。”^①因此,根据 TPP 的解释,对于数字产品的管理措施应当单独适用,不属于跨境服务贸易的范畴。但对于数字产品, WTO 中美出版物案中,专家组认为中国服务贸易承诺表中的“audiovisual product”既包括有形的音像制品,也包括电子的无形的音乐作品的经销服务。“product”既指货物又指服务。^②本文认为,在我国《电子商务法》尚未出台之际,应当将数字产品(即电子产品)的管理措施纳入到上海自贸区跨境服务贸易负面清单,如我国《音像制品管理条例》第 38 条规定进口电子出版物须经国家新闻出版广电总局批准。^③

五、上海自贸区跨境服务贸易负面清单兜底条款的适用问题

国际条约通常包含冻结条款(standstill clause)或棘轮条款(ratchet clause)以防止缔约国在缔结条约之后所实行的单方自由化政策与先前承诺的开放程度不符,有观点认为上海自贸区跨境服务贸易负面清单应当纳入兜底条款以明确不适用冻结条款或棘轮条款的部门;但也有观点认为不应当纳入兜底条款。

冻结条款是指要求对任何部门实施的新的自由化措施,不得降低其与在条约生效时既有措施的相符程度。如《欧韩自由贸易协定》第 7.7 条规定:“除该附件 7-A(承诺表)所列的保留措施外,双方不得实施新的、或更为歧视的国民待遇不符措施。”^④棘轮条款则是在冻结条款的基础上更加强调将自由化转为约束义务,即要求一旦取消或降低对原有任何部门的开放程度,便不得恢复。如《美韩自由贸易协定》第 12.6 条第 1 款(c)项规定:“双方对不符措施的修正,不得降低修正前对国民待遇、最惠国待遇、市场准入及当地存在要求的开放程度。”^⑤但是,负面清单在“自由化”方面的作用之一是任何部门如果没有事先做出保留,均将自动实现自由化。^⑥为此,东道国为保留在特定部门拥有较大的政策变化空间,在适用冻结条款或棘轮条款的同时,单独列出不适用该类条款的部门,如《欧韩自由贸易协定》的附件 7-A(承诺表)、《美韩自由贸易协定》附件 II。

① The definition of digital product should not be understood to reflect a Party's view on whether trade in digital products through electronic transmission should be categorised as trade in services or trade in goods.

② See China—Trading Rights and Distribution, WT/DS363/R, p.358–361.

③ 《音像制品管理条例》第 38 条:进口电子出版物成品,须由新闻出版总署批准;进口电子出版物进口经营单位提出申请;所在地省、自治区、直辖市新闻出版行政部门审核同意后,报新闻出版总署审批。

④ Article 7.7 Lists of commitments 1. The sectors liberalised by each Party pursuant to this Section and, by means of reservations, the market access and national treatment limitations applicable to services and service suppliers of the other Party in those sectors are set out in the lists of commitments included in Annex 7-A.2. Neither Party may adopt new, or more, discriminatory measures with regard to services or service suppliers of the other Party in comparison with treatment accorded pursuant to the specific commitments undertaken in conformity with paragraph 1.

⑤ Article 12.6 (c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Article 12.2, 12.3, 12.4, or 12.5.

⑥ Pierre Latrille and Juneyoung Lee, Services Rules in regional trade agreements: How diverse and how creative as compared to the GATS multilateral rules? [J]. WTO Staff Working Paper, 2012, 10:22.

本文认为,上海自贸区跨境服务贸易负面清单应当纳入兜底条款,以列出不适用冻结条款或棘轮条款的部门,这是因为国际上的负面清单分为附件 I、附件 II 和附件 III,其中附件 II 为不适用棘轮原则的不符措施,上海自贸区跨境服务贸易负面清单仅为一张清单,为应对可能发生的政策变化,以及未来随着国际社会经济、科技的迅速发展,更多新兴行业如智能化管理、标准化单元装卸、立体仓库等出现而无相应的法律法规予以适用,纳入兜底条款能够妥善地应对以上变化。然而,在引入兜底条款的同时,也应当谨慎适用该条款,如对于与国家安全、公共秩序、公共文化相关的领域,应缩小解释,较少适用。

总之,上海自贸区跨境服务贸易负面清单的制定一方面是顺应全球服务贸易发展趋势,对照高标准,为推动进一步对外开放进行充分的压力测试;另一方面是加快上海自贸区深化改革进程,支持上海四个中心和全球科创中心建设,提升上海全球竞争力的水平。但在编制的过程中,既要对接国际高标准,又要保障自主改革的权力。国际上的负面清单只能由一国的中央政府制定,地方政府无权参与,并且一旦签署便为一国的国内义务,条约必须遵守,缔约方不得随意更改或撤销;而一国自主实行的负面清单制度本质上是一国国内的单方立法行为,中央和地方均可作为制定主体,并且可以根据经济发展的需要制定、更改或撤销,但为加快深化改革的进程,营造国际化、法治化和便利化的营商环境,上海自贸区跨境服务贸易负面清单的制定应当全面考虑,不宜随意更改或撤销。

Legal Issues on the Enactment of Negative List of Cross-border Trade in Services in Shanghai Pilot Free Trade Zone

HUANG Lin-lin

Abstract: The enactment of negative list of cross-border trade in services in Shanghai Pilot Free Trade Zone is aiming to achieve the goal of comprehensively deepening the reform and opening up program of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone and being one of the important measures in conforming to the rules of international trade in services. The scope of the negative list includes exception of national treatment, exception of market access and the requirement of local presence. The exception of market access not only includes the measures in pro forma, but also the measures in effect. There are both connections and differences between the requirement of local presence and commercial presence. It is necessary to clarify the boundary between cross-border trade in goods and cross-border trade in services. Miscellaneous provisions could be included in the list, but it should be cautious to apply it.

Key words: negative list; cross-border trade in services; Shanghai Pilot Free Trade Zone

(责任编辑:金孝柏)