

统筹视角下的《海南跨境服务贸易负面清单》： 问题及完善

石静霞 丁伯韬

(中国人民大学, 北京 100872)

摘要：《海南跨境服务贸易负面清单》的制定和实施是贯彻和落实习近平总书记关于统筹国内法治与涉外法治论述的重要体现。在统筹视角下，该清单既呈现对标国际高标准经贸规则的开放性，又反映海南自由贸易港先行先试高水平开放我国跨境服务市场的试验性。在此意义上，现有文本注重开放和安全两个维度，但仍存在诸多可以改进的空间：一方面，该清单在形式上与国际经贸协定负面清单的格式编排不同，服务分类也不同于通用标准；另一方面，该清单“说明”部分的兜底条款存在过多不确定性，且模式四规制范围不清，可能削弱清单实际内容的可预见性，从而引起跨境服务提供者的关切并影响该清单的实际效果。在改进该清单文本和据此完善其他区域及全国版跨境服务贸易负面清单的过程中，宜在留有防范风险必要空间的基础上，对现有清单的格式、分类标准及兜底条款进行重新设计和安排，充分实现国内法治和涉外法治的统筹协调，并为我国加入 CPTPP 奠定服务市场高水平开放的良好基础。

关键词：跨境服务贸易；海南自由贸易港；服务市场开放；不符措施；负面清单

中图分类号：D996

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2024) 05-0099-12

统筹国内法治和涉外法治是习近平法治思想的重要组成部分，为我国跨境服务市场的开放提供了基本思路 and 方向。在统筹视角下，2020 年 6 月，中共中央、国务院发布的《海南自由贸易港建设总体方案》（以下简称《总体方案》）指出，在 2025 年前，海南自由贸易港建设的重点任务包括减少跨境服务贸易限制，制定海南自由贸易港跨境服务贸易负面清单，给予境外服务提供者国民待遇。与这一政策目标相一致，2021 年 7 月，商务部发布了《海南自由贸易港跨境服务贸易特别管理措施（负面清单）（2021 年版）》（以下简称《海南跨境服务贸易负面清单》）。

2024 年 3 月 22 日，商务部又发布了《跨境服务贸易特别管理措施（负面清单）（2024 年版）》（以下简称《全国清单》）和《自由贸易试验区跨境服务贸易特别管理措施（负面清单）（2024 年版）》（以下简称《自贸区清单》），标志着我国“跨境服务贸易梯度开放体系”的形成。^①在这一开放体系中，《海南跨境服务贸易

作者简介：石静霞，中国人民大学法学院教授，博士生导师，研究方向：国际经济法；丁伯韬，中国人民大学法学院博士研究生，研究方向：国际经济法。

① 新华社.全国版跨境服务贸易负面清单首次发布[EB/OL].2024,中华人民共和国中央人民政府网站.https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202403/content_6940989.htm. [2024-03-22] [2024-05-26].

易负面清单》的制定与实施显然起到先行先试的基础作用。然而，要对接国际高标准经贸规则，尤其是我国已正式申请加入的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP），除具体的开放行业和内容外，《海南跨境服务贸易负面清单》在格式编排和条款设计等方面仍存在不少可以改进的空间。这些不足之处将直接、系统性地影响海南自由贸易港封关后跨境服务贸易管理的实效，并与优化全国版及自由贸易试验区版负面清单以及今后国际经贸规则缔约、履约工作息息相关。因此，在探讨如何具体实施该负面清单前，应首先关注清单在设计合理性方面出现的问题。部分文献从经济学、管理学等视角论证如何进一步对接国际高标准经贸规则（周念利等，2022；王方宏和李振，2022；胡玫等，2022）。本文拟立足统筹视角，结合过去10年来自由贸易试验区的管理实践，从法律层面分析如何进一步完善《海南跨境服务贸易负面清单》。

一、基于统筹视角理解跨境服务贸易负面清单

自2013年上海发布我国首份外商投资准入负面清单以来，随着自贸区数量的增加以及《中华人民共和国外商投资法》的实施，负面清单制度在我国适用的地域范围不断扩大。不仅如此，负面清单的调整对象已经从早前的外商投资拓展至跨境服务贸易。2018年，《中国（上海）自由贸易试验区跨境服务贸易特别管理措施（负面清单）》（以下简称《上海清单》）就模式一（跨境提供）、模式二（境外消费）和模式四（自然人移动）下的跨境服务贸易作出负面清单式承诺。《海南跨境服务贸易负面清单》同样就模式三以外的3类跨境服务贸易的特别管理措施作出规定。^①

《海南跨境服务贸易负面清单》与《上海清单》都是我国单方面采取的跨境服务贸易自主开放措施。该等国内负面清单与作为条约一部分的负面清单式承诺表存在不同之处：前者属于我国主权范围内的事务，可在不违反国际法义务的前提下适时调整；后者则是若干缔约方之间达成的对彼此产生约束力的国际法，任一缔约方应履行相应的义务，且负面清单通常受限于“冻结条款（standstill clause）”和“棘轮机制（ratchet mechanism）”。^②

尽管二者具有共性，但是与《上海清单》相比，《海南跨境服务贸易负面清单》至少在以下方面存在差异。第一，前者覆盖13个服务门类，共159项特别管理措施；后者覆盖11个服务门类，共70项特别管理措施，从数量来看均有缩减。^③第二，前者由上海市人民政府制定，是地方层面的开放措施；后者则采用商务部令的形式，

^① 模式三下的特别管理措施被纳入《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020年版）》。

^② 指缔约方承诺该类措施在未来不再加严的义务，并锁定未来的任何自由化措施。CPTPP即规定了冻结条款和棘轮机制。

^③ 需注意的是，此处仅从清单长度进行比较，并不意味着《海南跨境服务贸易负面清单》在各服务门类中都比《上海清单》实现了更大程度的开放。例如在“建筑业”项下，上海版清单仅就“外国监理公司承揽水运工程施工监理”设定了准入限制，其他建筑业服务理论上不受限制；而海南版清单禁止了所有建筑业服务的准入。

是我国首张中央层面制定的跨境服务贸易负面清单。第三，后者的制定目标和指导思想较前者发生了重大变化：一方面，《总体方案》明确提出海南的定位包含“聚焦发展旅游业、现代服务业”，这不同于2017年《全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》对上海自贸区的定位；另一方面，通过对比可以发现，除增减少数特别管理措施及调整个别比例要求外，《全国清单》《自贸区清单》与《海南跨境服务贸易负面清单》相差无几。这彰显了《海南跨境服务贸易负面清单》对制定其他区域及全国版负面清单的先行先试作用。

除了上述区别外，《海南跨境服务贸易负面清单》还有一个显著的特征，即对我国缔约、履约具有重要意义。正如有学者指出，与此前自由贸易区相比，海南自由贸易港建设的独特性体现在与国际高标准经贸规则的接轨上（彭岳，2022）。作为《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）缔约方，自该条约生效之日起，我国在该条约项下的跨境服务贸易承诺表需要在3年内由正面清单转变为负面清单，并作为“不符措施建议承诺表”提交审议。^①鉴于RCEP自2022年1月1日起对我国生效，我国应在2025年1月1日前向RCEP服务和投资委员会提交不符措施建议承诺表。这一紧迫的时间线凸显了《海南跨境服务贸易负面清单》作为我国跨境服务贸易开放试验性措施的重要性。另外，我国已提交加入CPTPP的申请，而负面清单承诺表是这一加入进程中的核心谈判内容之一。在此层面上，《海南跨境服务贸易负面清单》也具有重要的试验作用。

从上文可以看出，《海南跨境服务贸易负面清单》既包括了国内法治、涉外法治和国际法治的面向，也包括开放与安全的面向。处理这些不同面向间的关系，关键在于“统筹”。从统筹国内法治、涉外法治和国际法治来看，核心在于理解“涉外法治”的概念。建设涉外法治的紧迫需求来自“百年未有之大变局”下面临的机遇与挑战。就机遇而言，我国需要进一步提升处理涉外事务的法治程度，以更好地融入国际法治，借助全球化中的规则体系实现高质量发展；就挑战而言，我国需要根据外部环境及时调整国内法治，以法律手段应对已经发生或可能发生的风险，进而维护国家利益。因此，涉外法治是一种介于国内法治与国际法治的法治形态：一方面涉及“参与和推动国际法治改革的立场、倡议和方案等”，另一方面涉及国内“法律对外产生的安全边界、域外效力以及正当性等问题”（张龔，2022）。在《海南跨境服务贸易负面清单》语境下，统筹前述三者要求该清单回应我国缔结、履行国际条约的现实需求。同时，该清单也应推动对我国现有处理涉外事务的贸易规制法律体系进行调整。这意味着既要以《海南跨境服务贸易负面清单》为基础对现有规范进行梳理和完善，也要从整体视角出发，为优化其他区域及全国版负面清单提供参考。

^① RCEP, Article 8.12.

涉外法治建设还必须考虑统筹“开放”与“安全”两个面向。安全是发展的前提，发展是安全的保障，安全和发展要同步推进。作为发展的路径之一，“开放”同样应当与安全保持同步推进的关系。《海南跨境服务贸易负面清单》中的“开放”体现为对接国际高标准经贸规则并实现服务业更高程度的自由化；“安全”则体现为负面清单在提升开放水平的同时，要保障国内产业、社会秩序、国家利益不受外来风险冲击，以免造成重大损失。

《海南跨境服务贸易负面清单》文本也体现了“开放”与“安全”两个面向。尽管负面清单与正面清单相比并非必然意味着开放水平的提升，但是，鉴于二者适用前提和逻辑起点的不同，负面清单通常用于高水平自由化协定（石静霞，2023）。《海南跨境服务贸易负面清单》彰显我国在跨境服务贸易领域深化开放的意图。另外，同《上海清单》一样，《海南跨境服务贸易负面清单》在“说明”中采用了兜底条款，将部分服务产业的规制措施排除在负面清单承诺之外，从而保留政策自主权，体现了对安全的维护。

然而，综合上述考虑并结合国际经贸实践中的负面清单可以发现，无论是从统筹国内法治、涉外法治和国际法治的角度，还是从统筹开放与安全的角度，《海南跨境服务贸易负面清单》仍有诸多优化空间。首先，《海南跨境服务贸易负面清单》与国际高标准经贸规则所附负面清单的格式差异较大。这一形式上的不同会削弱清单的实质效果，并有可能影响我国未来的负面清单缔约实践。其次，《海南跨境服务贸易负面清单》在分类标准上的选择与通用标准不一致，也导致清单的阅读和理解便利性减损。最后，清单预留的裁量空间过大，跨境服务提供者不易判断哪些服务部门实际上受到限制或受到何种限制。下文将围绕这3个问题进行讨论，并提出相应改进建议。

二、负面清单的列表格式

（一）国际经贸协定中的负面清单列表

前文提到，《海南跨境服务贸易负面清单》要对标国际高标准经贸规则，那么，何为“国际高标准经贸规则”？有学者认为，高标准经贸规则应当是比世界贸易组织（WTO）规则标准更高，或者较WTO规则涵盖更多的新规则（崔凡，2022）。笔者认为，除参照WTO规则外，还可以纳入国别考量。根据联合国贸易与发展会议发布的最新年度统计数据，除我国外，美国、欧盟、英国、日本、新加坡从服务贸易出口额和进口额来看都是排名前列的经济体。^①这些经济体推动跨境服务贸易自由

^① International Trade in Service 2022[EB/OL].2023,United Nations Conference on Trade and Development.https://unctad.org/system/files/official-document/statinf2023d3_en.pdf. [2023-08-02] [2024-05-26].

化的缔约实践反映了国际服务贸易规则的前沿动向，可作为确定高标准经贸规则范围的参考要素。据此，国际高标准经贸规则至少包括 CPTPP、RCEP、《美墨加协定》（USMCA）等区域贸易协定以及《欧盟—加拿大经济伙伴关系协定》《欧盟—日本全面经济贸易协定》等双边贸易协定。

这些国际高标准经贸规则中的跨境服务贸易不符措施承诺表（即负面清单）的格式基本一致。^①以《美国—新加坡自由贸易协定》附件八为例，负面清单中的每项不符措施均包含下列内容：“条目适用部门（sector）”“不符措施涉及的协定义务（obligations concerned）”“采取或实施措施的政府层级（level of government）”“不符措施涉及的法律依据（measures）”“关于措施的说明（description）”等。其中，“不符措施涉及的协定义务”包括市场准入、国民待遇、禁止当地存在要求等。尽管不同条约对具体义务的表述不尽相同，但这些义务被类型化后所产生的概念在学理上已具备相对固定的内涵。因此，在甄别和讨论具体不符措施时，可利用这些概念反向帮助理解措施的内容。

（二）《海南跨境服务贸易负面清单》格式与国际标准的差异

与上述国际经贸规则负面清单列表格式不同，《海南跨境服务贸易负面清单》只包括了一级服务门类和关于措施的说明。换言之，《海南跨境服务贸易负面清单》在格式上体现为“法条”形式，而 CPTPP 等国际经贸协定中的负面清单则是“列表”的呈现（王方宏和李振，2022）。

《海南跨境服务贸易负面清单》的简单法条列举模式带来一些问题。首先，清单中措施的法律依据未能得到反映，因此透明度不足。国际经贸规则附件中对措施法律依据的列举是为了提升透明度，进而提升清单的法治水平。例如，新加坡在 RCEP 附件三中对教育服务相关特别措施予以保留时注明了措施的国内法依据。^②虽然《海南跨境服务贸易负面清单》属于我国单方面制定的贸易管理工具，但是透明度对应的法治要求仍然存在，故省略法律依据将会影响《海南跨境服务贸易负面清单》的法治水平。

其次，所涉限制措施的类型无法直接呈现，在清单的阅读便利性方面存在问题。以加拿大的负面清单为例，在阅读至“航空运输”时，“不符措施涉及的协定义务”一栏所标识的“国民待遇（national treatment）”和“当地存在要求（local presence）”可以帮助读者快速把握该服务部门下特殊措施的内容。^③《海南跨境服务贸易负面清单》缺乏该等指引无疑将阻碍清单使用者高效把握清单内容。

① 样本包含的区域贸易协定为 CPTPP、RCEP、USMCA；包含的双边贸易协定为截至完稿时美国同 20 个国家签署并生效的双边自由贸易协定、《欧盟—加拿大经济伙伴关系协定》《欧盟—日本全面经济贸易协定》《英日全面经济伙伴关系协定》。

② RCEP, Annex III-Singapore, 19.

③ CPTPP, Annex I-Canada, 24.

最后，该清单只体现了服务的门类归属，未进一步区分服务分部门等，从而造成清单中特别管理措施排序上的混乱。^①例如在“四、交通运输、仓储和邮政业”下，列举水上运输（第5~8项）和航空运输（第9~12项）相关措施后，再次出现水上运输（第13~14项）相关措施。另外，归属同一服务分部门的措施有时也被不必要地分割为若干项特别措施。

（三）对海南负面清单列表格式的完善

结合CPTPP等国际经贸协定中的负面清单列表，本文建议后续对《海南跨境服务贸易负面清单》按照有关要素进行呈现，特别是以下两点。

首先，在清单中加入“不符措施涉及的法律依据”一栏。《海南跨境服务贸易负面清单》应当是现有限制跨境服务贸易以致“内外不一”的法律规范的反映，因此将措施背后的法律依据予以阐明能够更好体现国内清单的法治水平。添加该项依据的前提是对适用于海南自贸港跨境服务贸易的所有相关立法进行全面系统的梳理。鉴于服务部门和分部门的广泛性以及措施的多样性，做好相关梳理工作并不容易，需要各个部门、行业多方面配合，但这项工作对于拟定更合理有效的其他区域及全国版负面清单和对外经贸谈判非常必要。其次，即使国内版清单并不直接涉及相应的国际义务，但仍建议在清单中增加“不符措施涉及的义务”，包括市场准入、国民待遇、最惠国待遇、当地存在要求等，从而为服务提供者提供更为明确的预期，亦为将来的国际经贸协定谈判奠定良好基础。此外，基于服务分类和措施的性质，还需对措施的实施层级及其他必要内容进行相关说明，并对现行清单下的特别管理措施进行拆分整合，有序呈现相关联的措施。

三、负面清单列表中的服务分类

（一）关于服务部门或分部门的分类标准

对于投资和跨境服务贸易市场的开放，无论采取正面清单或负面清单模式，均需基于一定的产业分类。产业分类的方式并非唯一，很多国家和国际组织基于不同需求制定了若干标准，例如我国国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会联合发布的《国民经济行业分类》（GB/T 4754-2017）、联合国经济和社会事务部统计署制订的《中心产品分类目录》（CPC）等。在《服务贸易总协定》（GATS）项下，WTO各成员所依据的《服务部门分类目录》（W/120）则参照CPC制定。^②

尽管服务部门或分部门的分类在国际上并未统一，但承诺表的统一形式和表

^① 当然，仅以门类为基础作出承诺可以为调整限制措施预留更大的空间，例如，USMCA的承诺表即取消了更为具体的二级分类，但USMCA承诺表的总体格式仍然与其他高标准经贸规则保持一致。

^② W/120是建立在1989年公布的“临时CPC”基础之上。在“临时CPC”之后，联合国经济和社会事务部统计署又先后发布了1.0、1.1、2.0和2.1等4个版本。

格中术语的标准化对于确保承诺的可比性和明确性是必要的,^①因此大部分成员在GATS 承诺表中根据 W/120 对服务部门或分部门采取 CPC 分类方法。^②在其他国际经贸协定中,也有选择其他分类标准的做法,例如墨西哥在 CPTPP 的附件一和附件二中使用了《墨西哥行业及产品分类》。

(二)《海南跨境服务贸易负面清单》中的服务分类

《海南跨境服务贸易负面清单》对服务部门或分部门进行分类的依据是我国《国民经济行业分类》。与 W/120 相比,该分类可能在实践中产生一些问题。例如,《国民经济行业分类》下“商务服务业”为“L 租赁和商务服务业”这一服务门类^③下的大类,包含组织管理服务、综合管理服务、法律服务、咨询与调查、广告业、人力资源服务、安全保护服务、会议展览及相关服务、其他商务服务等中类。但在 W/120 下,“商务服务”是第一级的服务门类,^④向下划分为专业服务、计算机及相关服务、研发服务、不动产服务、光租服务、其他服务等大类。可见,依据不同分类标准,“商务服务业”下的承诺范围是不同的,如计算机及相关服务在 W/120 下是“商务服务”,而在《国民经济行业分类》下则不是。不仅如此,《国民经济行业分类》的附录中有与《所有经济活动的国际标准行业分类》的对照表格,但并没有与 CPC 编码对应的参照表。对于在海南从事跨境服务贸易的境外个人或企业而言,相比于国内版本的产业分类标准,国际通用分类标准更为这些主体所熟悉。在此意义上,使用《国民经济行业分类》有可能减损服务提供者对清单所涉服务部门或分部门的理解。

(三)负面清单中的保留措施问题

国际经贸协定负面清单除了有关于具体服务部门或分部门的措施外,往往还有涵盖所有服务部门的措施,或称水平型(horizontal)管理措施。例如,加拿大在 CPTPP 附件中依据该国《进出口许可法》,就涉及任何部门的管制物项进出口许可申请服务,施加本地存在的要求。^⑤我国跨境服务贸易负面清单也出现过水平型管理措施,例如《上海清单》在表格的最后罗列了 5 项适用于“所有服务部门”的特别管理措施。由于不涉及具体部门,水平型管理措施与分类标准的选择并无直接关系。

《海南跨境服务贸易负面清单》的 70 项特别管理措施未包含水平型管理措施。笔者注意到《海南跨境服务贸易负面清单》“说明”第四点提及:“未列出的与国家

① The Council for Trade in Services. The Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the GATS[EB/OL]. 2001, World Trade Organization. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=20354,17121,876,45089,12298,42072,4627,200,3270,1228&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. [2001-03-28] (2024-05-26).

② Zhang, R. Covered or Not Covered: That Is the Question—Services Classification and Its Implications for Specific Commitments under the GATS[EB/OL]. 2015, World Trade Organization. https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201511_e.pdf. [2015-12-07] (2024-05-26).

③ 《国民经济行业分类》下各服务部门被划分为 4 个层级:门类、大类、中类、小类。

④ W/120 下各服务部门被划分为 3 个层级:门类、大类、小类。

⑤ CPTPP, Annex I—Canada, 10.

安全、公共秩序、金融审慎、社会服务、人类遗传资源、人文社科研发、文化新业态、航空业务权、移民和就业措施以及政府行使职能等相关措施，按照现行规定执行。”其中，关于“国家安全”“公共秩序”以及“移民和就业”的部分措施有可能涉及所有服务部门。适用于所有服务部门的水平型措施作为特别管理措施的一种类型，宜在清单中明确列举。

（四）对清单分类的调整与改进

应首先在分类标准选择上改进现有的清单分类方法。选择本国制定的分类标准可以充分反映本国产业结构，但出于负面清单功能的考虑，建议采取国际经贸协定对服务部门或分部门的分类标准。这样做一方面有助于跨境服务提供者更好寻找对应的限制措施，另一方面也为我国在国际经贸谈判中采取负面清单列表做好相应的准备。尤其是现有 CPTPP 及 RCEP 缔约方广泛采用 CPC 标准的情况下，我国亦采用该等标准将有利于我国参照他国负面清单草拟表述，直观比较与其他缔约方的开放程度差距，以及通过其他缔约方承诺表内容检验我国负面清单的缺漏。

若不更换现有标准，可以考虑在现有分类基础上标注对应的 CPC 编码以提供索引。对于无法在现有分类标准中找到合适编码的新兴服务部门或分部门，可在清单中单独注明。此外，清单还应注意水平型管理措施的列举，通过对现有法律的梳理，将具有普遍性的管理措施列于该类中。CPTPP 和 RCEP 部分缔约方附件所列举的措施以及《上海清单》的相关内容可为此提供一定参考，例如关于网络接入的限制、文化产品的内容审查等。

当然，清单分类的调整必然会整体性地改变现有清单的结构，但可以将这一改进同全方位梳理各服务部门限制措施结合，系统性地提升清单同国际高标准经贸规则的可对接性。

四、负面清单中的兜底条款

（一）《海南跨境服务贸易负面清单》中兜底条款的设置

基于一些特别重要的价值考虑，如国家安全、网络安全等，国际经贸协定的成员国通过负面清单排除一些敏感的服务部门或分部门。国家在缔约时也须考虑“情势变更”时的行为空间（Pelc，2016）。因此，设置保留清单以及例外条款构成平衡政策自主权的重要模式。^①在我国单边制定的负面清单下，这种平衡政策自主权的需求依然存在，只是形式发生了改变：保留清单脱离条约文本，成为专门设定的特别管理措施清单；例外条款转变为清单“说明”部分中的兜底条款。尽管特别管理措施清单和兜底条款共同服务于保留一国监管自主权的需要，但二者功能存在区别。

^① 有研究将特惠贸易协议中维持政策自主权的方法类型化为在条约文本中列入保留清单、签署补充协议、设置例外条款、在争端解决中解释协议（Park and Lee，2022）。

前者是将现行有效的法律中的限制措施予以列明,后者则是在保留现有关切领域措施的同时为未来适时调整法律的“空白区域”留下空间。

《海南跨境服务贸易负面清单》兜底条款所列情形大致分为3类。第一类与我国签署的多边经贸协定所规定的例外一致,例如“国家安全”对应GATS第十四条之二的特殊例外,“公共秩序”对应GATS第十四条(a)项的一般例外,“金融审慎”对应GATS《金融服务附件》第二条第一款的金融审慎例外。第二类虽不构成多边经贸协定下的例外,但体现了我国现行法对特定服务产业的保护或对公共秩序的维护,包括“社会服务”“人类遗传资源”“航空业务权”“移民和就业措施”“政府行使职能等相关措施”。第三类是对未来可能采取的措施的保留,例如“文化新业态”。

(二) 兜底条款带来的不确定性

1. 清单内容的穷尽性问题

在国家安全等例外情形下,仍然存在模糊边界的必要性和必然性。但是,对于现有规则中已然明晰的禁止性或限制性规定,当前的负面清单应当一一反映,以向清单的读者提供相对确定的指导。此乃负面清单“穷尽”的应有之义。然而,《海南跨境服务贸易负面清单》在这方面显露出缺漏。

清单第八服务门类“科学研究和技术服务业”下,有4项特别管理措施。兜底条款提到的“人文社科研发”和“人类遗传资源”相关服务不在此列。但以《中华人民共和国考古涉外工作管理办法》第三条为例,该条款明确对外国组织在我国境内开展考古活动的形式作了“内外不一”的要求。另外,《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》第二十一条也要求外国组织及外国组织、个人设立或者实际控制的机构需要利用我国人类遗传资源开展科学研究活动的,应当与我国科研机构、高等学校、医疗机构、企业合作。该条例第二十二条还规定,利用我国人类遗传资源开展国际合作科学研究的,应当符合一系列条件,并由合作双方共同提出申请,经国务院科学技术行政部门批准。前述限制措施存在且现行有效,应被置入特别管理措施表格中。如果只在兜底条款中概括性地加以规定,则可能削弱负面清单本身的功能性,因为跨境服务贸易提供者不再能只凭借清单本身判断限制措施。

实际上,清单穷尽性并非《海南跨境服务贸易负面清单》独有的问题。2013年上海市人民政府公布的《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)(2013年)》亦存在清单外项目是否默认许可准入的问题(龚柏华,2013)。后来《上海清单》的“说明”部分再次引发关于清单穷尽性的疑问(龚柏华,2019)。

2. 模式四的管理方式问题

兜底条款还提及“移民和就业措施”,这同模式四下的服务密切相关。实际上,“人员进出自由便利”是《总体方案》制度设计的一个重要方面。《海南自由贸易港法》第四十六条也规定,海南自贸港对外国人工作许可实行负面清单管理。调整对象包

含模式四的《海南跨境服务贸易负面清单》显然应当是《总体方案》制度设计和《海南自由贸易港法》规定的具体落实。但在该负面清单出台后，2021年11月，海南省人社厅发布《海南自由贸易港外国人工作许可特别管理措施（负面清单）（征求意见稿）》（以下简称《海南工作许可负面清单（草案）》）和《海南自由贸易港外国人工作许可负面清单管理办法（试行）（征求意见稿）》。^①该清单列举了禁止或限制准入措施共37项，部分与《海南跨境服务贸易负面清单》重合。尽管《海南工作许可负面清单（草案）》目前尚未转化为具有法律效力的规范，但这一举措表明《海南跨境服务贸易负面清单》未能完成前述政策及法律要求，以致于需要专门的负面清单对此进行管理。

此外，因涉及敏感的移民就业等问题，目前各国在国际经贸协定中对模式四的开放较为谨慎，一般以正面清单方式承诺特定人员的停留最长期限及工作许可条件。例如，CPTPP各成员在第十二章（商务人员的临时进入）下作出正面清单式承诺；RCEP各成员通过附件四单独就第九章项下的自然人临时移动以正面清单形式作出承诺等。

就我国而言，《入世议定书》在模式四下所作的承诺只针对特定人群的停留最长期限及工作许可条件。与加入WTO承诺表相比，RCEP附件四中我国所作承诺则主要是在人员广度方面有所拓展，但仍然采用了正面清单形式。^②反观《海南跨境服务贸易负面清单》，它只规定了工作许可条件，未提及停留期限。这是否意味着境外自然人作为服务提供者在我国境内的停留期限享有国民待遇？明确自然人的停留期限显然是《海南跨境服务贸易负面清单》下模式四规制应考虑的因素之一。

（三）对兜底条款的调整与改进

前文提及目前《海南跨境服务贸易负面清单》所列情形包括3种，对这3类情形宜采用不同方法调整，以使监管自主权被合理保留或运用。

就第一类情形而言，可不在兜底条款中具体规定，而采用引致条约的方法。国际经贸协定下的例外情形不止国家安全、公共秩序和金融审慎这几类，是否应该等同看待并一一罗列？如此设计可能导致冗长的兜底条款。对此，可以在“说明”中加入引致条款，如“本负面清单不影响有关部门在GATS及其附件所列例外情形下采取相关措施的权力”，从而起到有效的兜底作用。

就第二类情形而言，所有现行有效的限制措施均应被置于特别管理措施清单内。在调整模式四时，首先应将《海南工作许可负面清单（草案）》中的限制措施融入《海

^① 关于公开征求《海南自由贸易港外国人工作许可特别管理措施（负面清单）（征求意见稿）》和《海南自由贸易港外国人工作许可负面清单管理办法（试行）（征求意见稿）》意见的公告[EB/OL].2021,海南省人力资源和社会保障厅网站.<http://hrss.hainan.gov.cn/u/solicitation/DF518E22485C0486CE2B416AD075AAA0>. [2021-11-24] (2024-05-26).

^② 人员广度体现为增加公司内部流动人员（此前仅瑞士公司的经理、高级管理人员和专家等高级雇员享有市场准入承诺）、提供会计服务的合同服务提供者、经理与高级管理人员的随行配偶及家属的市场准入承诺。

南跨境服务贸易负面清单》，提升后者的完整性，并将“移民和就业措施”兜底情形删去，改为在“说明”部分注明“本清单仅适用于外国人工作许可的管理，其他涉及自然人移动的措施按照现行规定执行。”此外，应考虑将关于暂时停留期限的承诺以正面清单的形式附于《海南跨境服务贸易负面清单》之后，进而在我国现有经贸协定承诺基础上放宽特定服务提供者来华停留期限。^①出于清单长度的考虑，《海南跨境服务贸易负面清单》也可就模式四采取其他更简明的规制路径。如澳大利亚在 CPTPP 附件二中就涉及自然人存在的服务保留维持或采取任何措施的权利，只要这些措施不违反 CPTPP 第十二章及 GATS 第十六条下的义务。^②《海南跨境服务贸易负面清单》亦可做出类似保留，只是如此一来该清单在模式四开放方面会缺乏建树。

就第三类情形而言，可做相关梳理，但无需置入兜底条款中。《海南跨境服务贸易负面清单》“说明”提到的“文化新业态”实际上可视为未来可能采取不符措施的领域。例如，加拿大在 CPTPP 附件二中对文化产业相关措施的维持和新设做了保留，并列举了“文化产业”的外延，^③但采取不符措施的范围实际上可能超出“文化新业态”。以《美韩自由贸易协定》为例，韩国在附件二中预留了涉及数十种服务的规制权，包括与弱势群体相关的服务、广播服务等。CPTPP 缔约方在附件二中保留维持、新设措施权利的服务部门与前述也有一定的相似性。例如，秘鲁对维护“少数民族”权益相关措施做了保留，其中“少数民族”既包括土著族群，也包括农村群体。^④我国相关服务部门未来也可能需要受到一定限制。另外，还有一些服务部门的开放较为敏感，例如博彩业。我国亦可以借鉴新加坡等国将该等产业的规制权于条约附件中予以保留，进而明确对某些服务部门的官方立场。^⑤但是，若将之全部置于负面清单文件中，则同样会引发清单冗长的问题。对此，建议在总结《海南跨境服务贸易负面清单》运行效果的基础上，一方面就目前存在漏洞之处及时立法予以填补，另一方面应就可能采取限制措施的领域另行制定清单以备履约和缔约之用。尤其是在未来加入 CPTPP 的谈判中，关于附件二的谈判须建立在对本国服务业发展及监管政策全面分析的基础上，《海南跨境服务贸易负面清单》的探索可为此提供借鉴和经验。

五、结语

在统筹国内法治与涉外法治视野下，海南自由贸易港跨境服务贸易的负面清单管理应注重协调国内法治、涉外法治和国际法治的关系，平衡开放和安全两个面向。尤其是在我国已申请加入 CPTPP 且 RCEP 已生效的前提下，《海南跨境服务贸易负

① 这将使得清单最后呈现混合式列表模式的特点。

② CPTPP, Annex II-Australia, 2.

③ CPTPP, Annex II-Canada, 16-17.

④ CPTPP, Annex II-Peru, 4.

⑤ CPTPP, Annex II-Singapore, 14.

面清单》在我国跨境服务贸易开放方面应进一步凸显其先行先试价值，为完善《全国清单》和《自贸区清单》提供有益参考。其中，负面清单的形式与我国所作的实质承诺和开放水平密切相关，因此应重视清单格式的设计和服务分类安排。兜底条款的内容直接影响清单内容的确定性和可预测性，故应在参考国际经验基础上，谨慎设置符合我国需要的例外情形。在全面梳理的基础上，尽可能将现有管理措施列于清单内，给予外国服务提供者更强的稳定性和合理预期，为我国服务业打造更好的宜商环境。

参考文献：

- [1] 崔凡. 国际高标准经贸规则的发展趋势与对接内容 [J]. 学术前沿, 2022, (1).
- [2] 龚柏华. “法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”模式 [J]. 东方法学, 2013, (6).
- [3] 龚柏华. 中国自贸试验区到自由贸易港法治理念的转变 [J]. 政法论丛, 2019, (3).
- [4] 胡玫等. 中国跨境服务贸易负面清单推进路径分析 [J]. 国际经济评论, 2022, (6).
- [5] 彭岳. 统筹推进国内法治和涉外法治的制度创新——中国自由贸易区建设的经验与启示 [J]. 国际法研究, 2022, (3).
- [6] 石静霞. 中国加入 CPTPP 谈判中的服务贸易重点问题 [J]. 中外法学, 2023, (4).
- [7] 王方宏, 李振. 我国金融服务开放负面清单的实践与海南探索 [J]. 南海学刊, 2022, (4).
- [8] 张龔. 涉外法治的概念与体系 [J]. 中国法学, 2022, (2).
- [9] 周念利等. 服务贸易开放“承诺方式由正转负”压力下海南自贸港制度创新研究 [J]. 南海学刊, 2022, (2).
- [10] Park, T. J., Lee, K. W. Modalities of Securing Policy Autonomy in Preferential Trade Agreements [J]. Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy, 2022, (2).
- [11] Pelc, K. J. Making and Bending International Rules: The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

A Commentary on the Negative List of Cross-border Trade in Services in Hainan FTP: From a Perspective of Coordinated Approach

SHI Jingxia DING Botao

Abstract: The negative list on cross-border trade in services in Hainan constitutes a key step towards adopting a coordinated approach in furthering opening up services market. From this perspective, the List not only represents the high-level openness of service industry in Hainan Free Trade Port, but also exhibits its experimental value for China's negotiating international economic and trade treaties. Despite a breakthrough, the List also leaves some room for improvement: on the one hand, the format of the List and the classification of sectors are distinct and incompatible with international treaties including the CPTPP, RCEP; on the other hand, the uncertainty of the catch-all clause and the blurred regulation for Mode 4 (the presence of natural persons) weaken the predictability of the List, which may harm the confidence of foreign service providers. In order to improve the current List and offer more practical first-hand experience for formulating national version of negative list for cross-border trade in services and facilitating the negotiation of international treaties, it is advisable to redesign and rearrange the format, classification standards and miscellaneous provisions.

Keywords: cross-border trade in services; Hainan Free Trade Port; service market opening; non-conforming measures; negative list

(责任编辑：金孝柏)