
从中美 BIT 谈判看自由贸易试验区 负面清单管理制度的完善

李墨丝 沈玉良¹

（上海对外经贸大学 200336；

上海社会科学院 200020）

【摘要】：自由贸易试验区采用负面清单管理模式，意在推进中美 BIT “准入前国民待遇和负面清单”试点。与中美 BIT 谈判的负面清单及格式文本相比，自由贸易试验区负面清单在不少方面还存在差异。本文提出完善自由贸易试验区负面清单，需要从进一步减少投资限制、扩充负面清单的架构、规范不符措施的内容、提高负面清单透明度多个方面落实。

【关键词】：BIT 负面清单 外资管理

一、引言

中美双边投资协定（BIT）谈判以双方经济规模之大，谈判本身范围之广和难度之高，堪称国际投资领域的“世纪谈判”、中国的第二次“入世”。中美 BIT 谈判是适应我国对外开放进入新阶段的需要，有利于促进我国投资领域的改革进程，有利于推进我国自由贸易区战略，有利于掌握国际投资规则制订的话语权。

2013 年 7 月，在第五轮中美战略与经济对话上，我方同意以准入前国民待遇和负面清单为基础与美国开展投资协定实质性谈判。2015 年 7 月，在第七轮中美战略与经济对话上，中美双方认为，在第 19 轮谈判中交换负面清单是谈判的重要里程碑事件。双方承诺将加大谈判力度，于 2015 年 9 月早期交换各自的改进出价。可见，投资准入特别是负面清单将是未来中美双方谈判的焦点，是决定中美双方能否达成一个互利、共赢、高水平的 BIT 的关键。

长期以来，我国的外商投资管理制度存在两大突出问题，一是行政审批制度十分复杂。我国以行政审批来管理外商投资，各类行政审批项目涉及的法律法规多、实施机关多，管理流程不同、审批时间不同，导致审批时效甚至程序常常出现冲突。而且外资的审批制度在长期执行过程中，因中央政府与地方政府的角力、部委间不同利益偏好的冲突，导致外资管理体制叠床架屋，管理目标在很大程度上脱离项目审批的实际意义（梁勇、东艳，2014）。

二是内外资待遇差别较大。我国在投资条件方面对外资准入设置了若干限制性投资措施，并且投资准入在不同所有制、不

¹**作者简介：**李墨丝，上海对外经贸大学国际经贸研究所副研究员；沈玉良，上海社会科学院世界经济研究所研究员。本文获得上海对外经贸大学国家开放与发展研究院、国家自然科学基金项目“政策干预对我国不同组织模式贸易出口复杂度的影响”（项目编号：71373156）和上海市政府决策咨询研究重点课题“中美 BIT 谈判负面清单格式文本及中国（上海）自由贸易试验区负面清单透明度研究”（项目编号：2015-A-53-B）的资助。

同项目、不同地区都存在差别待遇。这样的外商投资管理体制显然已经无法适应我国对外开放的新形势以及国际贸易投资的新发展。同时，现有外商投资制度与信息通讯技术带来的产业技术和商业模式的变化之间的矛盾也越来越突出。

相对我国以往的正面清单管理模式，负面清单管理模式将深刻影响外商投资管理的理念、措施以及手段，对我国的外商投资管理制度带来很大挑战，亟需通过试点来降低改革风险，获取改革经验。我国的自由贸易试验区正是在这种背景下建立的。

自由贸易试验区采用负面清单管理模式，意在推进中美 BIT “准入前国民待遇和负面清单” 试点，为推动外商投资管理体制改革发挥先行先试作用。国家要求建设自由贸易试验区必须牢牢把握国际通行规则，加快形成与国际贸易投资通行规则相衔接的基本制度体系和监管模式。因此，完善自由贸易试验区负面清单，必须牢牢把握中美 BIT 谈判，与国际通行规则相衔接。

二、中美 BIT 谈判的负面清单及格式文本

中美 BIT 谈判的主要文本基础是美国 2012BIT 范本。美国 2012BIT 范本不仅包含一般投资协定都有的国民待遇、最惠国待遇、征收、转移等实体规则以及争端解决等程序规则，而且在透明度、环境保护、劳工标准、国有企业等方面增加了新的规定（Akhtar 和 Weiss, 2013），不仅为美国对外投资提供充分的保障和高标准的保护，也旨在消除影响投资自由流动的人为障碍或贸易措施（单文华、张生，2013）。

美国 2012 年 BIT 范本代表世界最高水平，强调营造公平、透明的投资环境，被广泛应用于美国与其他国家投资协定的谈判。如果以美国 2012BIT 范本为基础达成中美双边投资协定，将对中国今后外资管理的灵活性造成极大约束（崔凡，2013）。而从美国以往的投资协定谈判实践来看，大多以其 BIT 范本为谈判的基础，且态度较坚决，不大会对其范本条款做大的修改，最终的结果也基本上是与其范本差不多相同的内容（张骞，2013）。

国际投资新规则是美国发起、主导的新一轮全球经济规则调整的核心内容（姚枝仲，2013）。美国 2012BIT 范本包含所有美国试图推出的新规则，反映出美国大力推动投资自由化的高标准规则的动向。负面清单模式的广泛采用就是典型例证。采用负面清单已经成为国际贸易投资新规则的主流模式和发展趋势。

美国主导的新一轮规则重构尤其重视负面清单模式的推广和应用。究其原因，尽管从理论来看，正面清单模式和负面清单模式会产生相同的投资自由化结果，但是在实践层面，负面清单模式不仅自由化范围更大，而且透明度更高，可预见性更强（OECD, 2008）。

负面清单有多种开列方式，美式 BIT 常用的方式是在协定中专门规定不符措施条款，并用附件形式列出负面清单，保留相关行业和事项。对于承诺表列出的保留措施，负面清单类型的协定通常对现有的不符措施（附件一），以及未来的不符措施（附件二）加以区分，并且专门列出金融部门的不符措施（附件三）（表 1）。其中，附件二为成员方保留了较大的自主权，附件三专门针对金融部门，使其对金融部门更加有效。在基本要素中，部门、子部门是指该条目涉及的部门和子部门；涉及义务是指不适用于法律、法规或其他措施的不一致方面的条款；政府级别是指维持列明的不符措施的政府级别；措施是指该条目涉及的法律、法规或其他措施；描述规定了有关措施的大致的、无约束力的描述。

表 1 美国 BIT 不符措施条款有关的附件内容

	附件一保留项	附件二保留项	附件三保留项
涉及义务	国民待遇、最惠国待遇、业绩要	国民待遇、最惠国待遇、业绩要	国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、

	求、高管和董事会	求、高管和董事会	高管和董事会
基本要素	部门、相关义务、政府级别、措施、描述	部门、相关义务、描述、现有措施（较少）	部门、子部门、相关义务、政府级别、措施、描述
主要内容	与核心义务不一致的现有措施	与核心义务不一致的、可采取或维持限制措施的部门、子部门或活动	与核心义务不一致的现有措施

资料来源：根据相关协定整理。

自 1982 年 BIT 范本公布以来，美国一共签署了 47 个 BITs。2012 年 BIT 范本公布后，美国对外没有签署新的协定。美国最近签署的两个 BITs 分别是美国-卢旺达 BIT（2008 年）和美国-乌拉圭 BIT（2005 年）。这两个 BITs 都是在 2004 年范本推出后签署的，在内容上完全照搬了 2004 年范本。以下以美国-乌拉圭 BIT 为例说明美式 BIT 负面清单的基本范式。在美国-乌拉圭 BIT 附件中，美国共有 29 项不符措施，乌拉圭共有 21 项不符措施（表 2）。

表 2 美国-乌拉圭 BIT 不符措施的统计

	附件一		附件二		附件三	
	美国	乌拉圭	美国	乌拉圭	美国	乌拉圭
涉及中央层面（项）	8	7	一	一	13	4
涉及地方层面（项）	1	0	一	一	1	0
涉及国民待遇（项）	9	6	4	6	10	4
总数（项）	9	7	6	10	14	4

资料来源：根据美国-乌拉圭 BIT 负面清单整理。

从部门看，美国 BIT 负面清单的不符措施有两类，一类适用于所有部门，另一类适用于单个部门。在适用于单个部门的不符措施当中，有些甚至是按具体业务开列的，这样更加便于列明限制措施并具体描述；从涉及义务看，美国 BIT 负面清单的不符措施主要针对国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高管和董事会四项内容，其中有些条目针对上述全部内容，有些仅针对部分内容；从政府级别看，美国 BIT 负面清单的不符措施分为中央和地方两种，但是这仅对实行联邦制的缔约方有意义，而在实行单一制的缔约方的负面清单中，这一栏一律显示为“中央”，或者不列这一栏。

美国在与其他国家签订的多个 BIT 中都采用了负面清单模式。美国的负面清单中不允许外资进入的行业极少，主要包括核

能、海关报关、国内航空运输、信用社、储蓄银行和储蓄机构等。大多数限制是针对外国投资者进入相关行业的准入条件或进行特定活动的限制。另外，美国很少限制外资所有权比例。需要注意的是,美国的负面清单中有七项基于互惠原则的限制，即只要美国公司被允许在 BIT 缔约伙伴国的这些经济领域中投资，那么美国相应的领域也会向伙伴国投资者开放。最后，美国政府对于六个投资领域在 BIT 生效后，依然保留限制权或者施加进一步限制的权利。其中的三项是基于美国公司在 BIT 缔约伙伴国经济中所享有的对等待遇（美中贸易全国委员会，2014）。

自由贸易协定（FTA）涵盖投资内容是全球化发展的基本趋势，美国的 FTA 也包含了投资自由化的内容。韩美 FTA 是一套高标准的自由贸易规则，美国将其作为在亚太地区推行国际新规则的范本。因此，美国 FTA 的负面清单对中美 BIT 谈判的负面清单也有参考价值。以下以韩美 FTA 为例说明美国 FTA 负面清单的基本范式。在韩美 FTA 附件中，美国共有 35 项不符措施，韩国共有 109 项不符措施（表 3）。

表 3 韩美 FTA 不符措施的统计

	附件一		附件二		附件三	
	美国	韩国	美国	韩国	美国	韩国
涉及中央层面（项）	11	一	一	一	16	18
涉及地方层面（项）	1	一	一	一	3	0
涉及国民待遇（项）	12	17	3	38	11	7
涉及市场准入（项）	0	24	1	3	10	7
总数（项）	12	47	5	44	18	18

资料来源：根据韩美 FTA 负面清单整理。

总的来看，美式负面清单透明度高，清楚地表述了外商投资的所有限制条件，外国投资者据此可以明确知晓，哪些是禁止进入的领域，哪些是限制进入的领域以及有哪些限制条件，除此之外，外商投资和本国投资在其他所有行业都将享受同等对待，真正做到了“法无禁止即可为”。

负面清单是中美 BIT 谈判投资准入议题的焦点。中美 BIT 谈判的负面清单格式文本很可能会参照最新签署的美国-卢旺达 BIT、美国-乌拉圭 BIT 的负面清单，即用三个附件分别列出现有的不符措施、未来的不符措施以及金融部门的不符措施，负面清单包括部门、相关义务、政府级别、措施和描述五项基本要素。其中，部门可能是具体部门，也可能是具体业务；相关义务可能不仅限于国民待遇，还可能包括最惠国待遇、业绩要求、高管和董事会；政府级别可能是中央政府。需要指出的是，因为我国是单一制国家，地方政府应当不能例外；措施可能要细化到某部法律法规的具体条文；描述可能是对所有限制条件的穷尽式列举。

三、自由贸易试验区负面清单与中美 BIT 谈判负面清单格式文本的差距

2015 年国务院已经发布《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，也称 2015 版负面清单），适用于上海、广东、天津、福建四个自由贸易试验区（以下统称自贸试验区）。此前，中国（上海）自由贸易试验区（以下简称上海自贸试验区）制订发布 2013 年和 2014 年两个版本的负面清单，并且在负面清单基础上改革外商投资管理模式，体现了国际高标准投资规则对外商投资管理制度的基本要求，为形成与国际接轨的外商投资管理制度提供了可复制可推广的经验。

与原有的上海自贸试验区负面清单相比，最新发布的自贸试验区负面清单调整幅度相对较大，主要有三个方面的变化：一是开放度不断提高。2013 版负面清单有 190 项特别管理措施，2014 版减少至 139 项，2015 版进一步减少至 122 项。二是透明度不断增加。2013 年版负面清单中原有 55 条无具体限制条件的管理措施，2014 年版缩减为 25 条，2015 年版进一步缩减为 8 条。三是与国际通行规则进一步衔接。（1）表述方式不断完善。2015 版虽然继续采用《国民经济行业分类》作为分类标准，但是不再区分门类、大类和种类，而是直接表述为“领域”，更加清晰直观。（2）不符措施内容扩展。上海自贸试验区负面清单的不符措施针对的内容基本上是国民待遇，仅包含 1 项高管和董事会要求；自贸试验区负面清单的不符措施针对的内容仍以国民待遇为主，但是增加了业绩要求、高管和董事会要求（表 4）。（3）描述更加细化明确。例如文化、体育和娱乐业，从 2014 版的 8 条特别管理措施，增加到 2015 版的 24 条特别管理措施。金融业也是如此。这并不是自贸试验区负面清单扩大了限制的范围，而是更加细化了对特别管理措施的描述，进一步列明原来没有列出的条件。

表 4 自贸试验区负面清单特别管理措施统计（2013 版、2014 版和 2015 版）

内容 年份	限制	其中												禁止	合计
		合资合作	合资合作（附加条件）	中方控股	中方控股（附加条件）	有条件中方控股	互惠条款	业绩要求	高管要求	须经批准（许可）	水平措施	其它条件	无具体限制措施		
2013	153	40	5	38	5	4	9	0	1	0	0	8	55	37	190
2014	110	29	7	26	3	2	6	0	1	0	0	11	25	29	139
2015	86	6	2	22	2	1	0	3	4	18	3	17	8	36	122

注：在中方控股中，有条件中方控股是指某些情况下的投资才需要中方控股，如城市人口 50 万以上的城市燃气、热力和供排水管网的建设、经营属于限制类，须由中方控股；附加条件是指除了中方控股（或合资合作）要求外，还有注册资本等要求。

但是，不论是上海自贸试验区负面清单，还是自贸试验区负面清单，都没有摆脱《外商投资产业指导目录》产业政策式的思路，因而在基本框架上与中美 BIT 谈判负面清单的格式文本相比还存在一些差异：一是涵盖范围的差异。美式 BIT 负面清单中投资定义和范围包括直接投资和间接投资，同时涵盖准入前和准入后阶段，包括投资设立、取得和扩大的全生命周期；上海自贸试验区和自贸试验区负面清单的投资都只针对直接投资，并且仅涵盖准入前阶段。二是禁止反转机制的差异。美式 BIT 负面清单包含禁止反转机制，不得倒退。就附件一和三而言，美国还承诺如果美国法律做出修改，BIT 生效后亦可对外资提供额外的自由化。就附件二而言，所列部门一旦对外资开放，BIT 生效后不得关闭；上海自贸试验区和自贸试验区负面清单都是单边开放措施，不受约束，可进可退。三是清单开列方式的差异。美式 BIT 负面清单通常包括部门、相关义务、政府级别、措施和描

述五项基本要素，并且用三个附件分别列出现有的不符措施、未来的不符措施以及金融部门的不符措施；上海自贸试验区和自贸试验区负面清单都只有一个附件，而且架构比较简单，缺少政府级别、相关义务和措施三项要素，而且对特别管理措施的描述还不充分（表 5）。

表 5 自贸试验区负面清单与美国 BIT 负面清单的主要差异

	美国 BIT 负面清单	上海自贸试验区负面清单	自贸试验区负面清单
投资定义	直接投资和间接投资	直接投资	直接投资
涵盖范围	准入前和准入后阶段	准入前阶段	准入前阶段
不符措施内容	针对国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高管和董事会	主要针对国民待遇	主要针对国民待遇，也有业绩要求、高管和董事会
现状承诺条款	有	无	无
禁止反转机制	有	无	无
现有和未来不符措施的区分	分别列出	未区分	未区分
金融部门附件	有	无	无

资料来源：根据相关资料整理。

从负面清单本身的内容看，自贸试验区负面清单仍然存在以下几个方面的问题：第一，负面清单相对较长，外商投资限制较多。最新发布的自贸试验区负面清单保留了 122 项特别管理措施，而国际高标准的负面清单基本都是短清单模式。此外，自贸试验区的特别管理措施仍以股权限制为主，2013 版涉及股权限制的有 92 项，占总数的 48.42%；2014 版有 67 项，占总数的 48.20%；2015 版有 33 项，占总数的 27.05%。而国际通行的负面清单往往倾向于采用其他限制措施，如高管和董事会等。特别是服务业涉及到知识产权、商业秘密等问题，一般不会采用合资、合作等形式。

第二，无具体限制条件的特别管理措施仍然存在。例如“卫星电视广播地面接收设施及关键件生产属于限制类”，“大型主题公园的建设、经营属于限制类”，这些措施到底限制什么、用什么方法限制，没有具体明确。2013 版负面清单无具体限制条件的特别管理措施为 55 条，占总数的 28.95%；2014 版为 25 条，占总数的 17.99%；2015 版尽管数目大幅缩减为 8 条，但是仍然存在，占总数的 6.56%。

第三，特别管理措施缺少措施这一基本要素。负面清单中的措施主要对应相应的规则，这是制定负面清单的依据。韩美 FTA “分销服务——烟草酒类的批发和零售”的负面清单列明了 2 部法律及其 3 部实施细则的 12 条规定，以及一部通知，具有很强的操作性（表 6）。自贸试验区负面清单的架构相对比较简单，其中最大的差别是不包含措施这一要素，即没有列明与相关义务不符的管理措施，导致外国投资者无从了解哪些法律法规的哪些规定属于不符措施。

表 6 韩美 FTA 负面清单与自贸试验区负面清单（批发和零售）的比较

	韩美 FTA 负面清单：韩国附件一	自贸试验区负面清单
部门	分销服务——烟草酒类的批发和零售	五、批发和零售业（十七）专营及特许经营
相关义务	市场准入（第 12.4 条）当地存在（第 12.5 条）	无
措施	烟草商业法（2007 年 4 月 11 日第 8365 号法案）第 12、13、16 条烟草商业法执行令（2004 年 6 月 29 日第 18445 号总统令）第 4、5 条烟草商业法实施条例（2006 年 7 月 5 日第 512 号金融经济部条例）第 5、6-2、7 条 酒类法（2005 年 12 月 31 日第 7841 号法案）第 8 至 10 条 酒类法执行令（2006 年 2 月 9 日第 19336 号总统令）第 9 条国税服务通知 2005-5、2005-8（2005 年 1 月 21 日）	无
描述	跨境服务 提供烟草批发（包括进口）或零售分销的人必须要在韩国设立办公场所。 只有指定的烟草零售商才能将烟草销售给消费者。 禁止通过邮寄或电子商务进行烟草零售。 烟草零售商的选址两两相隔至少 50 米。 提供酒类批发服务的人必须在韩国设立办公场所，并要从相关税务部门负责人处获得许可，这受制于经济需求测试。 禁止通过电话或者电子商务进行酒类销售。	对烟草实行专营制度。烟草专卖品（指卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟叶、烟叶、卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束、烟草专用机械）的生产、销售、进出口实行专卖管理，并实行烟草专卖许可证制度。禁止投资烟叶、卷烟、复烤烟叶及其他烟草制品的批发、零售。

第四，有些特别管理措施的限制条件的描述不充分。例如，对于法律服务，除了自贸试验区负面清单列明的条件，《司法部关于执行〈外国律师事务所驻华代表机构管理条例〉的规定》还要求在中国设立代表机构的外国律师事务所通过一项经济需求测试，且仅能每隔三年取得一次新设代表处的权利。再如，对于外商投资设立电影院，除了自贸试验区负面清单列明“电影院的建设、经营由中方控股”之外，《外商投资电影院暂行规定》及补充规定还要求注册资本不少于 600 万元人民币。

第五，有些特别管理措施涉及的行业范围较大。我国在中美 BIT 谈判中可以采用自己的产业分类标准，不必与国际通行的 WTO《服务部门分类表》、联合国《国际标准产业分类》等分类标准完全一致。三个版本的负面清单都是按照《国民经济行业分类及代码》（2011 年版）分类编制的，但主要是分类目录中的中类。而美式负面清单是根据实际需求灵活运用，有的覆盖所有部门，有的则具体到某项业务。

此外，从负面清单的制定和执行的程序看，三个版本的负面清单公布前都没有公开征求意见和提供公众评论的机会，也没有明确设立咨询点提供相关信息，这与美国 2012BIT 范本的透明度要求存在差距。虽然事先公布立法草案、给予公众评论的机会、及时提供影响协定实施的信息的要求超出了我国的 WTO 承诺，并且与《立法法》、《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》等涉及立法的法律法规存在一些出入，但这是我国参与国际贸易投资新规则谈判的现实需要，也是我国转变政府职能的必然要求。

四、自由贸易试验区负面清单管理模式的变革方向

负面清单的核心是透明度，负面清单管理模式的最大特点是透明度高（吴频、吴伟华，2014）。透明度是实施负面清单的必要条件，如果没有透明度，就很难了解负面清单的内容是什么，负面清单的实施是否适当。特别是在受到国内法规很大影响的服务贸易和投资领域，透明度问题就更加重要。当前，实施负面清单管理模式的最大难度不是外资准入权问题，而是管理措施的透明度问题。提高政策法规透明度将在很长时间内成为转变政府职能、依法公开行政的关键问题，对营造稳定、透明、可预期的法治环境是至关重要的（陈利强、屠新泉，2015）。我国外商投资管理制度的透明度一直广受诟病（美中贸易全国委员会，2013；中国美国商会，2013）。即便是在已经实施负面清单管理模式的自贸试验区，外国投资者仍然认为，对于负面清单之内和之外的行业的投资要求，难以形成一个完整的认识。因此，完善自贸试验区负面清单管理模式必须以提高透明度为方向。提高自贸试验区负面清单的透明度，则要以中美 BIT 谈判为参照。如果自贸试验区负面清单试点的标准低于谈判的标准，就失去了先行先试的意义。因此，完善自贸试验区负面清单，需要从进一步减少外商投资的限制、扩充负面清单的架构、规范不符措施的内容、提高负面清单透明度多个方面落实。

第一，进一步减少投资限制。建议自贸试验区负面清单减少禁止、限制外商投资产业的数量，并减少要求外资企业必须与本地合作方成立合营企业才能进行投资的产业的数量。对此，应当明确界定敏感行业和一般行业，并且确定敏感行业的依据（表 7）。在限制方式上，可以采用国际高标准贸易投资协定采用的措施，一般为禁止外资进入的投资领域、对外资所有权有所限制的领域以及基于互惠条款的限制措施。

表 7 欧美国家对外资禁止与限制的行业

国家	禁止行业	限制行业
英国	无	运输、能源、国防
法国	无	博彩、私人安全等 11 个行业*
德国	核电站、核垃圾处理	无
美国	航运、核能	运输业、通讯、银行业、自然资源和能源、国防、农业

*11 个行业是指博彩,私人安全,禁止非法使用生物药剂或有毒药剂,窃听设备,信息技术行业系统评估和鉴定,信息系统安全相关产品和服务,双重用途产品和技术,数字应用加密和解密系统,涉及国防安全的业务,武器、装备以及用于军事的炸药和战争装备的业务,合同规定向国防部提供研究或供应设备的业务。

资料来源：根据欧美国家政府资料整理。

第二，扩充负面清单的架构。美式负面清单基本采用附件一、附件二和附件三的格式。由于自贸试验区是自主开放，现状承诺和禁止反转条款无需考虑，因此不必单列附件二，主要是从以下几个方面改进（表 8）：（1）涵盖范围，从准入前阶段向准入前和准入后阶段延伸。只有准入前和准入后的要求都十分明确，才能提高企业对政策的预期。（2）不符措施针对的内容，除了国民待遇外，要根据不同行业、业务的特点，分别采取最惠国待遇、业绩要求、高管和董事会等限制，特别是对敏感业务应当采取高管和董事会限制。（3）试点金融领域的负面清单管理制度。专门针对金融部门的特殊部门规范将更为有效。建议全面梳理金融领域涉及外资准入的限制措施，区分对我国利益有重大影响的关键领域和可以考虑放开的领域，在此基础上设计更加细化的金融领域负面清单的框架。建议借鉴韩美 FTA 附件三的模式，即区分 A 章和 B 章，A 章列明整个金融部门的现有不符措施，B 章列明对金融领域特定部门、分部门或特定活动采取新的或更多限制性的不符措施，这有利于针对金融领域内特别敏感或竞争力弱的子部门，保留采取新的不符措施的权利，降低特定金融子行业开放的风险（表 9）。

表 8 进一步完善自贸试验区负面清单的建议

	美国 BIT 负面清单	自贸试验区负面清单
投资定义	直接投资和间接投资	直接投资
涵盖范围	准入前和准入后阶段	准入前和准入后阶段
不符措施内容	针对国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高管和董事会	针对国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高管和董事会
现状承诺条款	有	无需试点
禁止反转机制	有	无需试点
现有和未来不符措施的区分	分别列出	现有措施
金融部门附件	有	有

表 9 韩美 FTA 负面清单：韩国附件三

部门	金融服务
分部门	银行和其他金融服务（不包括保险）
相关义务	国民待遇（第 13-2 条）
政府层级	中央

措施	《银行法》第 15、16-2 条（第 7428 号法案，2005 年 3 月 31 日） 《银行法执行令》第 5 条和附件（第 19422 号总统令，2006 年 3 月 29 日） 《金融控股公司法》第 8、8-2 条（第 7529 号法案，2005 年 3 月 31 日） 《金融控股公司法执行令》第 6-3 条（第 19422 号总统令，2006 年 3 月 29 日）
描述	只有当依据其他国家法律设立的金融机构是国际认可的金融机构时，才可以持有韩国商业银行或银行控股公司超过 10% 的股份。 基于透明度的考虑： （a）对于第一款提及的国际认可的金融机构的所有权与本协定不符的情形，金融监督委员会会发布额外的许可标准。 （b）根据韩国的法律，自然人不能持有商业银行或银行控股公司超过 10% 的股权。 （c）根据韩国的法律，主营业务不是金融服务的非金融机构的企业实体，可以持有商业银行或银行控股公司不超过 4% 的股权，如果该企业实体放弃行使其有关股份 4% 以上投票权时，其被允许持股的比例可以增加至 10%。

第三，规范不符措施的内容。（1）特别管理措施的分类可以细化到具体业务。自贸试验区负面清单可以采用我国的产业分类方法，未必需要与国际通行的分类方法保持一致。但是分类要以准确、可操作为标准，可以细化到具体业务，不能千篇一律地采用中类作为唯一的分类方法。特别是对于服务业的新业务、新业态，可以用比较谨慎的方法制订特别管理措施，这样更需要细化到具体业务。（2）特别管理措施要列明与相关义务不符的具体管理措施。措施和描述应当分别列明，措施是相关法律法规，描述是根据相关法律法规对措施的详细说明。虽然列明具体管理措施需要对大量的中央和地方外资法律法规进行清理，牵涉面广，难度很大，但是如果如果不统一整理和清理特别管理措施涉及的法律法规和其他措施，透明度必然大打折扣。加之我国的法律体系十分复杂，除了法律、法规和规章之外，还有大量的规范性文件，因此要提高自贸试验区负面清单的透明度，必须增加措施这一要素。（3）特别管理措施的描述要清晰、可操作。描述不是外商投资产业政策或导向，而是对具体管理措施的进一步细化，要做到让投资者一目了然。

第四，提高负面清单透明度。依据国际高标准，逐步建立透明度长效机制。（1）在准备制订负面清单时，要明确制订负面清单的程序以及相应的法律依据。（2）负面清单制订过程中应当允许各种不同利益主体参与，并提供充分发表意见的时间和途径。（3）负面清单制订以后，要在相应的官方刊物或官方网站公布，并提供公众评论的机会。（4）相关部门要设立咨询点，就负面清单及其实施的具体情况，及时提供信息并且答复相关问题。

参考文献：

- 1 陈利强、屠新泉，（2015）“中国涉外经贸法治建构论——以中国入世与上海自贸区为视角”，《国际贸易问题》第 3 期。
- 2 崔凡，（2013）“美国 2102 年双边投资协定范本与中美双边投资协定谈判”，《国际贸易问题》第 2 期。
- 3 梁勇、东艳，（2014）“中国应对中美双边投资协定谈判”，《国际经济评论》第 6 期。

-
- 4 美中贸易全国委员会, (2014)《美国双边投资协定负面清单内容概述》。
- 5 美中贸易全国委员会, (2013)《2013 年中国商业环境调查结果》。
- 6 单文华、张生, (2013)“美国投资条约新范本及其可接受性问题研究”,《现代法学》第 9 期。
- 7 吴频、吴伟华, (2014)“我国探索负面清单管理模式宜关注五个问题”,《国际贸易》第 8 期。
- 8 姚枝仲, (2013)“如何应对中美双边投资协定的实质性谈判”,《国际经济评论》第 6 期。
- 9 张骞, (2013)“美国 BIT 的最新进展及对我国完善双边投资协定的启示”,《武大国际法评论》第 16 期。
- 10 中国美国商会, (2013)《中国投资环境的机遇与挑战》。
- 11 Akhtar, S. I. & M. A. Weiss. (2013) U. S. International Investment Agreements: Issues for Congress[R]. CRS Report for Congress. April 29.
- 12 OECD. (2008) International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations[R]. ISBN 978-92-64-04202-5.