

DOI:10.16538/j.cnki.fem.2016.02.007

美国双边投资协议中签约双方负面清单的比较研究

陆建明,杨宇娇,梁思焱

(天津财经大学 经济学院,天津 300222)

摘要:本文基于美国已签署的47个双边投资协议,以美方负面清单涉及的六大领域为参照,把美国签约对方负面清单的项目划分为四大类:一是与美方表述完全一致的项目;二是表述略有差异但内涵相近的项目;三是在美方限制领域之内,但内涵超出美方内涵的项目;四是超出美方限制领域的项目。基于上述分类标准,本文全面梳理和归纳了这四类项目的行业分布和国别分布特征,然后分析了在中美双边投资协议谈判中,中国把不同行业列入负面清单的谈判难度。本文对中国在中美双边投资协议谈判中选择恰当的谈判策略具有参考意义。

关键词:双边投资协议;负面清单;不符措施;中美BIT谈判

中图分类号:F270 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-4950(2016)02-0088-13

一、引言

中美双边投资协议(bilateral investment treaty, BIT)谈判于2008年启动。在谈判的早期阶段,双方就已确定采用负面清单模式。中美BIT将成为中国第一个采用负面清单模式的国际经济协定。2015年3月,双方终于完成了协议文本互换,进入互换负面清单阶段。负面清单是谈判的重中之重。“经过7年长跑,历经19轮谈判,只是船到江心”^①是对中美BIT谈判的一个形象比喻。在中国(上海)自由贸易试验区成立后,2015年4月,天津、广东和福建三地的自由贸易试验区也同时揭牌成立。四个自由贸易试验区采用统一的负面清单。中国也在为外商投资的负面清单管理模式改革进行紧锣密鼓的准备。

对于正在进行中的中美BIT谈判,以及中国外商投资管理模式改革的长期战略来说,深入研究和借鉴美国负面清单管理制度都具有重要意义。近年来,负面清单相关问题引发了国

收稿日期:2015-10-07

基金项目:国家社会科学基金重点项目(15AGJ010);教育部哲学社会科学研究重大攻关项目(14JZD020)

作者简介:陆建明(1979—),男,天津财经大学经济学院副教授;

杨宇娇(1990—),女,天津财经大学经济学院硕士研究生;

梁思焱(1992—),女,天津财经大学经济学院硕士研究生。

① 引自中国经济网2015年6月24日文“叶檀:中美BIT谈判船到江心有妥协方能驶入自贸时代”。

内学者的广泛关注。国内学者从法学角度对负面清单的私法自治精神进行了阐释(王利明, 2014; 张淑芳, 2014), 并考察了实施负面清单的相关国际经验(王中美, 2014; 梅盛军, 2014; 申海平, 2014b; 顾晨, 2014)。针对中国(上海)自由贸易试验区的负面清单管理制度, 部分学者也分析了可能遇到的问题, 并提出了相应的建议(王新奎, 2014; 陈伟, 2014)。中国自由贸易试验区负面清单与中美 BIT 的中方负面清单在法律性质上存在差异(孙元欣等, 2014; 申海平, 2014a), 但二者之间存在紧密的联动关系(黄鹏和梅盛军, 2014)。要与国际规则对接, 应先完成自由贸易试验区负面清单向全国的推广(孙元欣和牛志勇, 2014)。

上述研究从不同视角分析了中国实施外商投资负面清单管理制度的相关问题, 但对美国负面清单的深入研究还相对缺乏。已有研究大多对美国负面清单的整体特征进行分析和评价(聂平香和戴丽华, 2014; 马强, 2014), 或仅对美方负面清单的具体项目进行分析(陆建明等, 2015a), 或以个别协定为样本分析和比较签约双方的负面清单(高维和等, 2015)。目前还未有研究全面整理和归纳美国 BIT 签约双方的负面清单, 并在此基础上进行深入分析和比较。在这样的背景下, 本文汇总和整理了美国已签署的 47 个 BIT 中签约对方负面清单的所有项目, 并根据其与美方负面清单的差异程度进行了分类对比, 在此基础上从行业维度和国别维度对签约双方负面清单的对称性进行了整体评价, 进而总结和归纳了本文对中美 BIT 谈判的参考价值以及相应的政策建议。

二、美国 BIT 中美方负面清单涉及的领域与项目

截至 2015 年 1 月, 美国共签署了 47 个 BIT, 其中与海地、俄罗斯、白俄罗斯、乌兹别克斯坦、尼加拉瓜和萨尔瓦多的 BIT 未实施, 与玻利维亚的 BIT 已终止, 故实际实施的 BIT 共 40 个。除与俄罗斯的 BIT 外, 美国所有 BIT 均采用了负面清单模式。出台 2004 年 BIT 范本后, 美国与乌拉圭和卢旺达两国签署了 BIT。在这两个最新 BIT 中, 美国负面清单的形式由行业列表改为不符措施列表, 其表述方式与早期 BIT 存在巨大差异。因此, 本文将对这两个最新 BIT 单独进行研究。如无特别说明, 在第二和第三部分, 本文所指的 BIT 是除美国与乌拉圭、卢旺达和俄罗斯 BIT 之外的其他 44 个 BIT。

美国 BIT 中美方负面清单涉及的行业可归纳为六个领域: 一是资源领域; 二是能源领域; 三是运输领域; 四是通信领域; 五是金融及地产领域; 六是水平型限制(即针对所有行业的限制)。虽然不同时期 BIT 负面清单项目的具体表述略有差异, 但上述六个领域均有项目涉及。这六大领域体现了美国投资保护的基本意向和目的。其中前五个领域都与国家安全紧密相关, 而第六个领域则为美国政府对本国产业和企业提供政策支持预留了空间。美国 BIT 美方负面清单列出的具体项目如表 1 所示。

表 1 美国 BIT 美方负面清单的基本情况

涉及领域	涉及项目
资源领域	土地和自然资源的使用; 在公有土地上采矿; 渔业; 政府土地上的矿产资源租赁; 政府土地上的矿产资源和管道通行权租赁
能源领域	能源和电力生产; 核能
运输领域	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; 报关代理人
通信领域	广播电视、电话电报服务、卫星通信、海底电缆服务; 广播电视及电台公共运营人的所有权及运营权、通信卫星企业的股权和所有权、电话电报的公共营运服务提供、海底电缆服务提供; 海底电缆的铺设、广播及公共运营人或航空无线电台的许可、通信卫星、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

续表

涉及领域	涉及项目
金融及地产领域	银行业、保险业；银行、证券、保险和其他金融服务；房地产所有权、不动产所有权；政府债券的主承销权
水平型限制	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
其他特殊项目 ^①	岸基海运设施；股权和其他有价证券的出售、供出售或收购，以及其他的相关服务和活动；政府采购；依据 NAFTA 协议第 1108 条，政府和地方性措施对 NAFTA 协议第 1102 条的豁免

资料来源：本文对美国 BIT 签约双方负面清单项目的整理均以联合国贸易与发展大会(UNCTAD)国际投资协定数据库(IIA Database)公布的 BIT 协议文本为基础，以下各表中不再一一标注。

上述项目出现在美国不同时期 BIT 的负面清单中。在同一领域，有些项目的内涵相近，只是在不同时期的表述方式不同。有些项目在某一时期 BIT 的负面清单中常常成组出现，而在随后的 BIT 中又被另一组所替代^②。

三、美国早期 BIT 签约双方负面清单的对比

美国 BIT 签约对方负面清单列出的所有项目可以分为以下两个大类：一类是包含在美方负面清单涉及六大领域之内的项目，这类项目又可以进一步划分为以下三种情况：一是表述与美方表述完全一致的项目(简称第一类项目)；二是表述不同但内涵在美方表述内涵之内的项目(简称第二类项目)；三是内涵在美方表述内涵之外的项目(简称第三类项目)。另一类是美方负面清单涉及六大领域之外的项目(简称第四类项目)。

(一)第一类项目的对比

在美国 BIT 负面清单涉及的六大领域，均有签约对方采用与美国表述完全一致的项目，如表 2 所示。

表 2 美国 BIT 签约对方第一类项目的基本情况

涉及领域	项目	涉及 BIT 签约方
资源领域	土地和自然资源的使用	格林纳达、埃及、爱沙尼亚
	在公有土地上采矿	罗马尼亚、亚美尼亚
	渔业	格鲁吉亚、尼加拉瓜、斯里兰卡、阿根廷、克罗地亚、拉脱维亚、阿塞拜疆、巴林
	政府土地上的矿产资源和管道通行权租赁	特立尼达和多巴哥、格鲁吉亚、乌兹别克斯坦、萨尔瓦多、莫桑比克、阿尔巴尼亚、洪都拉斯、尼加拉瓜、克罗地亚、约旦、巴林
能源领域	能源和电力生产	巴拿马、海地、刚果、波兰、斯里兰卡、保加利亚
	核能	孟加拉国、格鲁吉亚

^① 除了以上六大领域之外，还有一些特殊的项目出现在美国 BIT 的负面清单中。一类是针对个别国家的项目，包括针对刚果的“岸基海运设施”、针对波兰的“股权和其他有价证券的出售、供出售或收购，以及其他的相关服务和活动”和针对刚果共和国的“政府采购”；另一类针对特别事项，只有一项，即“依据 NAFTA 协议第 1108 条，政府和地方性措施对 NAFTA 协议第 1102 条的豁免”。

^② 陆建明等(2015a)对上述项目在美国不同时期 BIT 负面清单中的分布及其演变做了非常详细的分析，本文不再赘述。

续表

涉及领域	项 目	涉及 BIT 签约方
运输领域	航空运输	格林纳达、孟加拉国、喀麦隆、刚果、波兰、斯里兰卡、阿根廷、哈萨克斯坦、罗马尼亚、乌克兰、乌兹别克斯坦、约旦、阿塞拜疆、玻利维亚、巴林
	远洋及沿海航运	喀麦隆、波兰、斯里兰卡
	海运服务及海运相关服务	波兰、斯里兰卡、罗马尼亚
	空运、海运及相关服务	保加利亚、格鲁吉亚、克罗地亚
	报关代理人	巴拿马、波兰、斯里兰卡、保加利亚、罗马尼亚、亚美尼亚、牙买加、特立尼达和多巴哥、乌兹别克斯坦、白俄罗斯
通信领域	广播电视	海地、喀麦隆、刚果、乌兹别克斯坦
	广播电视及电台公共运营人的所有权及运营权	波兰、斯里兰卡、保加利亚、罗马尼亚、亚美尼亚、厄瓜多尔、乌克兰、克罗地亚、白俄罗斯
	电话电报服务	刚果、保加利亚
	电话电报的公共营运服务	喀麦隆、克罗地亚、白俄罗斯
	卫星通信	孟加拉国、格鲁吉亚
	海底电缆服务	喀麦隆、克罗地亚
	海底电缆的铺设	格鲁吉亚
金融及地产领域	银行业	巴拿马、海地、土耳其、埃及、波兰、斯里兰卡、保加利亚、罗马尼亚、牙买加、蒙古国、爱沙尼亚、拉脱维亚、阿尔巴尼亚
	保险业	巴拿马、海地、土耳其、孟加拉国、埃及、刚果、波兰、捷克、斯洛伐克、斯里兰卡、阿根廷、保加利亚、罗马尼亚
	银行、证券、保险和其他金融服务	格鲁吉亚、阿塞拜疆
	房地产所有权	海地、土耳其、格林纳达、孟加拉国、埃及、刚果、波兰、斯里兰卡、阿根廷、尼加拉瓜、哈萨克斯坦、保加利亚、罗马尼亚、牙买加、阿塞拜疆
	不动产所有权	捷克、斯洛伐克、斯里兰卡、爱沙尼亚、特立尼达和多巴哥、拉脱维亚、白俄罗斯
	政府债券的主经销权	波兰、斯里兰卡、保加利亚、罗马尼亚
水平型限制	政府补助	海地、摩洛哥、格林纳达、波兰、罗马尼亚、亚美尼亚、牙买加、爱沙尼亚
	政府保险和贷款项目	摩洛哥、格林纳达、刚果、波兰、斯里兰卡、保加利亚、罗马尼亚、亚美尼亚、爱沙尼亚
	补贴或补助,包括但不限于政府支持的贷款、担保和保险	特立尼达和多巴哥、格鲁吉亚、乌兹别克斯坦、克罗地亚、玻利维亚

由表 2 可见,“政府土地上的矿产资源和管道通行权租赁”、“航空运输”、“银行业”、“保险业”和“房地产所有权”几个项目均有 10 个以上的签约对方采用与美国完全相同的表述。这些项目的表述方式普遍具有具体、明确且涵盖范围相对适中的特点。相反,被签约对方采用较少的项目,要么表述过于宽泛(如“银行、证券、保险和其他金融服务”等),要么限制行业缺乏普遍性(如“卫星通信”、“核能”等,具备发展这类行业实力的国家相对较少)。

(二) 第二类项目的对比

在美国 BIT 负面清单涉及的六大领域,均有签约对方采用与美国表述不完全相同,但内涵基本一致的项目,具体情况如表 3 所示。

表 3 美国 BIT 签约对方第二类项目的基本情况

涉及领域	负面清单项目名称	对应的美方项目	涉及的 BIT 签约方	
资源领域	土壤和底土	土地和自然资源的使用	刚果民主共和国	
	土地所有权,以及土地的底土;水;植物和动物的生命;其他自然资源的所有权		哈萨克斯坦、阿塞拜疆	
	大片土地上的农业(不包括畜牧业)		约旦	
	森林开发		孟加拉国	
	狩猎		拉脱维亚	
	农地和林地租赁		保加利亚	
	供水		斯里兰卡	
	自然资源开发	在公有土地上采矿	巴拿马、波兰、罗马尼亚、亚美尼亚、斯里兰卡	
	自然资源开发与开采		白俄罗斯	
	矿产资源勘查和开采权		克罗地亚	
	自然资源和矿业开采		牙买加、海地	
	在境内 50 公里直接或间接收购和拥有土地或地下资源		玻利维亚	
	包含在大陆架上发现的资源在内的所有可再生和不可再生资源的恢复与回收		拉脱维亚	
	在珊瑚礁、岩石、浅滩、沙洲、岛屿,或位于陆地边界海岸线 40 公里范围内的任何资源		洪都拉斯	
	炼油和产品销售(合资企业除外)		孟加拉国	
	石油、天然气和油页岩开采		约旦	
	勘探或开采原油的初始私有化		巴林	
	开采并加工稀土和铀等放射性元素和盐开采		乌克兰	
	铀矿开采		阿根廷	
	土地、自然资源使用及采矿业		保加利亚	
	传统捕鱼和商业捕鱼	渔业	萨尔瓦多	
	传统渔业,但不包括鱼类加工和水产养殖		厄瓜多尔	
	深海拖网捕鱼及其商业贸易		孟加拉国	
用于运输碳氢化合物的管道施工 管道及相关活动	政府土地上的矿产资源 和管道通行权租赁	阿塞拜疆 乌兹别克斯坦		
能源领域	能源和水利项目(包括供水、发电、碳氢化合物的生产和使用)	能源和电力生产	刚果民主共和国	
	能源生产和传输		罗马尼亚	
	与“联合能源系统”连接的发电站 发电(不包括备用发电)和配电		白俄罗斯 孟加拉国	
	核能源中心	核能	阿根廷	
	核能发电和专门用于核电站的设备生产		乌克兰	
	生产、加工、销售和储存铀等裂变材料		乌兹别克斯坦	
运输领域	航空和机场	航空运输	刚果民主共和国	
	国内航空运输和机场		土耳其	
	国内航空		特立尼达和多巴哥	
	海上、沿海及内河航运	远洋及沿海航运;海运服务及海运相关服务	罗马尼亚	
	包括远洋和沿海运输的海上运输		乌克兰	
	港口及国内海运		土耳其	
	航运		牙买加	
	海事机构		埃及	
	港口管理		拉脱维亚	
	航道内部运输		玻利维亚	
	空运和海运		空运、海运及相关服务	埃及
	港口和机场运作			波兰
经认证的报关代理	报关代理人			
		刚果		

续表

涉及领域	负面清单项目名称	对应的美方项目	涉及的 BIT 签约方
通信领域	广播和电视节目的建立、运行和广播	广播电视	土耳其
	广播电台和电视台的所有权、经营权和编辑控制权		洪都拉斯
	电视和广播媒体所有权和控制权		哈萨克斯坦
	电视和广播媒体广播和其他形式的所有权或控制权		阿塞拜疆、巴林
	电信(公共营运服务)		海地、孟加拉国、罗马尼亚
	广播;公共营运或无线电台所有权	电话电报服务	格鲁吉亚
	公司从事电信系统的操作权,但不包括如维修、设备生产、设备及零配件的销售或其他电信相关服务	广播电视及电台公共营运人的所有权及运营权	约旦
金融及地产领域	银行和保险公司的所有权	银行、证券、保险和其他金融服务	约旦
	保险公司的所有权		白俄罗斯
	购买或持有股票		喀麦隆、巴林
	融资公司		斯里兰卡
	小型贷款		斯里兰卡
	股票代理		斯里兰卡
	社会保障和保险服务		刚果民主共和国
	银行建立与经营		刚果民主共和国
	购置和使用占股权凭证		摩尔多瓦共和国
	限制初始收购		爱沙尼亚
	组建合资银行	摩尔多瓦共和国	
	土地所有权	房地产所有权;不动产所有权	巴拿马、摩尔多瓦共和国、乌克兰、蒙古国、拉脱维亚、阿尔巴尼亚、立陶宛、巴林、约旦、白俄罗斯
	土地的所有权、使用权和交易		斯里兰卡
	农地所有权		约旦
由政府发行的准备股票和债券票据	政府债券的主承销权	哈萨克斯坦、阿塞拜疆	
白俄罗斯政府债券的承销权		白俄罗斯	
收购国债和无记名股票的股份公司		摩尔多瓦共和国	
水平型限制	政府贷款	补贴或补助,包括但不限于政府支持的贷款、担保和保险	埃及
	政府补贴		保加利亚、阿尔巴尼亚
	小型和中型的企业		塞内加尔
	总资本不超过 40 000 美元或等值的本国货币的小规模工商企业		洪都拉斯
	小型商业;小型工业;小型服务提供商		约旦、萨尔瓦多
	中小型企业政府补贴		尼加拉瓜

整体而言,采用第二类项目的国家可分为两种情况:一是内涵基本一致,只是表述方式不同;二是签约对方这类项目的表述比美国更加具体。由表 3 可见,美国负面清单的表述越宽泛,签约对方负面清单出现第二类项目的情况就越多。如土地与资源领域和金融、保险及地产领域等。

(三)第三类项目的对比

在美国 BIT 负面清单涉及的六个领域中,美国签约对方的负面清单中仅有运输领域、通信领域和水平型限制三个领域出现了超出美国负面清单内涵的项目。具体情况如表 4 所示。

表 4 美国 BIT 签约对方第三类项目的基本情况

涉及领域	负面清单项目名称	涉及的 BIT 签约方
运输领域	铁路	罗马尼亚、刚果民主共和国、土耳其
	铁路运输	刚果、保加利亚、乌兹别克斯坦、波兰
	陆路运输	埃及
	河流和道路运输	罗马尼亚
	空中、海上和陆地运输	海地
	交通基础设施[公路,港口,航道(海洋、河流、湖)]	刚果民主共和国
	石油和天然气的航运运输(除了通过生产合同/合资勘探)	孟加拉国
	公共交通运输	斯里兰卡
	公交运输公司的所有权	约旦
	国际客运和货运陆路运输公司中外资股权限制在最多 49%	玻利维亚
通信领域	广播;电视;邮政;电话和电信项目(使用超短频、短频和中频等各种频率)	刚果民主共和国
	电报系统;电报;汇票;邮票和邮政检查	刚果民主共和国
	邮政和电信,包括海底电缆服务	斯里兰卡
	行业邮政;电话;电报和电信服务	土耳其
	电子邮件、电信、电报服务等国家垄断的公共服务	埃及
	广播、电视及报纸和杂志的发行	埃及
	报纸、电视台、广播电台或新闻机构的控制权	拉脱维亚
	通信(包括邮政和电报服务,以及广播)	巴拿马、牙买加
提供邮政、电话、电报及其他通信服务	波兰	
水平型限制	公共事业	土耳其、孟加拉国、波兰、罗马尼亚
	私营公共事业公司	巴拿马
	国有企业	巴拿马
	公开市场	喀麦隆
	纺织服装出口配额分配	斯里兰卡
	非国有化和私有化过程中,对政府和市政财产的收购	白俄罗斯
	基于政府特别产业政策(CARICOM enterprise regime),对以下行业和事项特立尼达和多巴哥政府有权针对最惠国待遇条款维持和采取例外措施:1.国民待遇条款例外行业的许可证颁发;2.根据该计划对给予不同产业的财政激励的协调;3.对农业、旅游和林业的财政激励	特立尼达和多巴哥

在运输领域,由于美国 BIT 只对空运和海运做出了限制,因此对其他运输方式的限制都超出了美国的限制范围。在通信领域,超出美国负面清单内涵的项目基本集中在对邮政行业和新闻机构的限制上。在水平型限制领域内,超出美国负面清单内涵的项目则有两类:一是针对具体产业政策的限制;二是针对公共事业、国有企业和公开市场的限制。

(四)第四类项目的对比

美国 BIT 并未对制造业做出直接限制。同时,由于美国外国投资委员会(committee on foreign investment in the United States ,CFIUS)有权基于国家安全考虑对每一项外国投资进行审查,因此美国也并未将国防产业直接列入 BIT 的负面清单。对于金融服务以外的服务业和教育、文化与医疗行业,美国也未在 BIT 中做出限制^①。但在美国 BIT 签约对方的负面清单中,对上述领域却存在大量限制。详细情况如表 5 所示。

^① 由于金融服务以外的服务业和教育、文化与医疗行业更多地与服务贸易相关,处理上述领域的问题并非 BIT 的核心使命,所以美国并未在 BIT 中对上述领域做出限制。但在美国 FTA 协议的负面清单中,对上述领域的限制是非常普遍的。

表 5 美国 BIT 签约对方第四类项目的基本情况

涉及领域	负面清单项目名称	涉及 BIT 的签约方
国防产业	武器和火药、炸药	土耳其
	武器、弹药和盟军国防设备	孟加拉国
	生产和销售用于军事用途的武器装备、弹药、有毒物质和有毒物质	乌兹别克斯坦
	国防工业的控制	拉脱维亚
	制造和销售毒品、武器和炸药	拉脱维亚
服务业	零售业	巴拿马
	分销及销售的进口产品	巴拿马
	商业活动如分销、批发、零售、进出口业务	埃及
	基本商品的生产和分配	海地
	代购	孟加拉国
	非法人零售及服务业务	土耳其
	汽车租赁	牙买加
	旅行社	斯里兰卡、牙买加
	典当代理	斯里兰卡
	商事代理活动	埃及、波兰
	房地产代理	牙买加
	外企代表	巴拿马
	自由职业实践	巴拿马
	税务事宜的咨询	喀麦隆
	法律服务	罗马尼亚
	公证服务	萨尔瓦多
	侦探和安保服务	白俄罗斯
	博彩业	土耳其、波兰、斯里兰卡、罗马尼亚、摩尔多瓦共和国、立陶宛
	博彩和彩票	牙买加、特立尼达和多巴哥
	赌博	牙买加、拉脱维亚
	参与和一个或多个玻利维亚公司相关的公共部门招标的国外工程咨询公司	玻利维亚
	建筑承包公司所有权,但不包括提供建筑服务跨境	约旦
	种植与制造业	烟草
烈酒和酒精饮料		土耳其、波兰、罗马尼亚
种植、培育、加工、生产和销售含有麻醉物质作物		乌兹别克斯坦、立陶宛
造船		阿根廷
农工业和化学工业		海地
教育、文化与医疗	教育	斯里兰卡
	教育基础设施项目(一般教育设施的建设)	刚果民主共和国
	卫生设施(医院、卫生院)	刚果民主共和国
	由国家财政预算拨款的教育、体育、医疗和科研设施私有化	乌克兰
	出版印刷活动	波兰
	报纸和期刊出版	斯里兰卡
	在洪都拉斯出版的期刊和报纸的所有权、经营和编辑控制权	洪都拉斯
职业	海地	

表 5 将这类项目划分为四个大的领域:国防产业、除金融服务外的其他服务业(简称“服务业”)、种植与制造业,以及教育、文化与医疗产业。从表 5 可以看出,服务业中这类项目最多,主要涉及零售业、商业服务、博彩业和建筑业。把制造业列入负面清单的签约对方大多与种植业相关,且限制的都是烟草、酒和其他具有麻醉作用的产品。对普通制造业做出明确限制的只有阿根廷和海地。

四、美国两个最新 BIT 中签约双方负面清单的比较

(一)两个最新 BIT 负面清单的基本情况

2004 年出台新的 BIT 范本后,美国只与乌拉圭和卢旺达两国签署了 BIT。与早期 BIT 相比,这两个最新 BIT 负面清单有很大变化:其一是负面清单由行业列表转变为不符措施列表。早期 BIT 负面清单列出的是国民待遇条款和最惠国待遇条款的例外行业,而这两个 BIT 列出的是不适用于协议各条款的不符措施。其二是涉及的协议条款更加广泛。早期 BIT 负面清单只针对最惠国待遇条款或国民待遇条款,而两个最新 BIT 负面清单涉及的协议条款还增加了“经营要求”和“高级管理者与董事会”两个条款。其三是对限制性管理措施的描述更加具体、明确。在早期 BIT 中,负面清单中仅列出了限制性行业,而在两个最新 BIT 中,明确提供了每一项不符措施的针对行业、法律依据、具体限制办法、行政级别、涉及协议条款等信息,负面清单的政策透明度大幅度提高。其四是区分了现存不符措施和保留性不符措施。两个最新 BIT 的负面清单分列为三个附件,其中附件 II 是保留未来实施权利的不符措施,附件 III 和附件 I 分别为金融服务业和其他行业的现存不符措施。

在两个最新 BIT 中,美方负面清单基本一致。三个附件中共包含了 29 项不符措施,其中附件 I 有 9 项,附件 II 有 6 项,附件 III 有 14 项。这些不符措施基本涵盖了早期 BIT 涉及的六大领域,在此基础上还增加了“少数民族事务”和“社会服务”两个新的领域^①。乌拉圭和卢旺达两国负面清单的项目都比美国少。卢旺达的负面清单仅有 5 项不符措施,其中附件 I 有 2 项,附件 II 有 2 项,附件 III 只有 1 项;乌拉圭的负面清单共有 21 项不符措施,其中附件 I 有 7 项,附件 II 有 10 项,附件 III 有 4 项。

(二)两个最新 BIT 签约双方负面清单的对比

由于不同国家不符措施的法律依据不同,因此对特别行业进行限制的方式也有较大差异。但按照其行业表述与美国负面清单的差异程度,仍然可以按照早期 BIT 签约对方负面清单项目的分类方式,对乌拉圭和卢旺达负面清单的项目进行分类。表 6 显示了两个最新 BIT 负面清单中四类项目的基本情况。

表 6 两个最新 BIT 负面清单中各类项目的基本情况

类别	项目限制内容	乌拉圭不符措施编号 ^②	卢旺达不符措施编号	对应的美国负面清单项目编号或领域
第一类	少数民族及弱势群体事务	2-3	1-2;2-1	2-4
	社会服务	2-6		2-3
	与已签署 BIT 及未来 BIT 的关系	2-9	2-2	2-6

^① 陆建明等(2015b)详细介绍了这两个 BIT 美方负面清单各项内容、法律依据及其与美国早期 BIT 负面清单项目的沿承关系,本文不再赘述。

^② 表 6 中的不符措施编号指代的是第几个附件的第几项不符措施。如“1-1”表示第 1 个附件的第 1 项不符措施。

续表

类别	项目限制内容	乌拉圭不符措施编号 ^①	卢旺达不符措施编号	对应的美国负面清单项目编号或领域
第二类	渔业	1-1		2-5;2-6
	通信业——广播和电视	1-3		1-8
	海运服务	1-6		1-6;2-5
	航空服务	1-7		1-4;1-5
	金融服务	3-1		3-1
第三类	邮政及印刷媒体	1-2;2-5		通信领域
	铁矿或道路运输	1-4;1-5;2-1;2-8;2-10		运输领域
	供水与供气	2-2 ^②		资源领域
	金融服务	3-2;3-3;3-4 ^③	3-1 ^④	金融及地产领域
第四类	针对国有企业的限制	2-4		
	传统活动与节日	2-7		
	投资规模限制		1-1	

如表 6 所示,乌拉圭和卢旺达负面清单中与美国表述基本一致的项目(第一类项目)各有 3 项。只有乌拉圭的负面清单存在与美国负面清单项目表述不同但内涵基本一致的项目(第二类项目)。这类项目共 5 项,分别是针对渔业、广播电视、航空服务、海运服务以及金融机构管理人员的限制。限制领域相同但超出美国限制范围的项目(第三类项目)共 13 项,其中乌拉圭有 12 项,卢旺达有 1 项。乌拉圭的这类项目主要涉及供水供气、铁路和公路运输、印刷媒体与邮政以及金融服务领域。卢旺达的这类项目只有一个。超出美国负面清单涉及领域的项目共 3 项,其中乌拉圭有 2 项,卢旺达有 1 项。限于篇幅,本文中不再详细介绍这两个国家负面清单中各项目的内容。

五、美国 BIT 签约双方负面清单对称性的整体评价

(一)四类项目的行业分布

基于上述梳理和归纳,除 2 个最新 BIT 外,其他 BIT 各行业四类项目的分布情况如表 7 所示。

表 7 美国签约对方负面清单四类项目的行业分布

在美国负面清单涉及领域内的项目						
涉及领域	第一类项目		第二类项目		第三类项目	
	项目数	出现频数	项目数	出现频数	项目数	出现频数
资源领域	4	24	24	31	0	0
能源领域	2	8	6	7	0	0
运输领域	5	34	13	13	10	15
通信领域	7	23	7	10	9	10

① 表 6 中的不符措施编号指代的是第几个附件的第几项不符措施。如“1-1”表示第 1 个附件的第 1 项不符措施。

② 美国负面清单附件 1 的第 2 项不符措施针对自然资源使用做出了限制,其中包括对油气管道通行权的限制,但并不包括供水系统。

③ 在这一领域的三个项目分别涉及银行准备金币种限制、保险业务限制和存款业务限制,上述限制在美方负面清单中均不存在类似项目。

④ 其附件 3 中的第一项不符措施专门针对保险业,规定在卢旺达运营的保险公司必须有至少 30% 的股份为卢旺达政府持有。美国负面清单针对保险业的限制并不涉及股权比例,故该项属于第三类。

续表

在美国负面清单涉及领域内的项目						
金融及地产领域	6	54	15	28	0	0
水平型限制	3	22	6	8	6	10
超出美国负面清单涉及领域的第四类项目(第四类项目)						
涉及领域	项目数			出现频数		
国防产业	5			5		
服务业	21			31		
种植与制造业	5			8		
教育、文化与医疗	8			8		

在表7中,“项目数”按特定领域中负面清单的项目数进行统计。对“出现频数”的统计则依照:每个项目在每个国家的负面清单中出现1次,则计数1次;每个领域的出现频数为该领域所有项目出现频数的加总。例如,在能源领域,共出现过“能源和电力生产”、“核能”两个项目,故项目数计为2;其中“能源和电力生产”出现在巴拿马等6个国家的负面清单中,“核能”出现在孟加拉国和格鲁吉亚2个国家的负面清单中,故该领域出现频数计为8。由表3可知,在资源领域、能源领域以及金融及地产领域,美国BIT签约对方负面清单只采用了第一类和第二类项目。对这三个领域的限制并未超出美国负面清单的限制范围。美国BIT签约对方仅在运输领域、通信领域以及水平型限制领域涉及第三类项目。其中,在运输领域主要涉及陆路运输;在通信领域主要涉及邮政业;在水平型限制领域主要涉及国有企业、公共事业和特殊产业政策。对于第四类项目,涉及最多的是服务业,主要分布在零售、商业服务、博彩和建筑服务等行业。针对国防产业、种植与制造业和教育、文化与医疗领域的第四类项目则相对较少。

在美国的两个最新BIT中,签约对方负面清单中的第一类项目都在附件II中,即都是保留性措施;第二类项目主要在附件I中,即主要针对金融服务领域之外的其他行业;第三类项目除附件I中针对陆路运输、供水供气和邮政的项目外,主要针对金融服务业;第四类项目则主要涉及水平型限制领域。

(二)四类项目的国别分布

上述四类项目除在行业分布上存在差异外,也存在国别分布差异^①。美国BIT签约对方采用第一类项目的平均比率为50%,这一比率超过50%的国家有24个;采用第二类项目的平均比率为29.9%,这一比率超过50%的国家有12个;采用第三类项目的平均比率只有7.9%,这一比率超过20%的国家也只有6个;采用第四类项目的平均比率为12.1%,这一比率超过20%的国家有11个。有39个国家第一类和第二类项目之和超过负面清单项目总数的50%,占签约对方总数的88.6%^②;第三类项目和第四类项目之和超过负面清单项目总数50%的国家只有5个(乌拉圭、立陶宛、土耳其、巴拿马和刚果民主共和国)。

(三)不同时段四类项目的分布

美国不同时期BIT美方负面清单的项目表述方式存在一定差异,项目的内容也不断演变^③。陆建明等(2015a)按照美方负面清单表述方式的不同,将美国BIT签署进程大致划分为

^① 限于篇幅,关于美国BIT签约对方负面清单各类项目数量和比例的统计列表及国别分布图在此未能一并呈现,需要详细数据者可向作者索取。

^② 美国—俄罗斯BIT未采用负面清单模式,在美国—突尼斯和美国—吉尔吉斯斯坦两个BIT中,这两个国家都未对美方列出负面清单。这里对签约对方总数的统计没有包含上述3个BIT,故BIT总数为44个。

^③ 详细情况可参见陆建明等(2015a)。

4个阶段。依据这种划分方式,不同时期美国 BIT 签约对方及其负面清单中四类项目所占的比重如表 8 所示。

表 8 美国不同时段 BIT 签约对方负面清单四类项目的分布

签署时段	签约对方	各类项目比重			
		第一类	第二类	第三类	第四类
1980—1990 年	巴拿马、海地、塞内加尔、刚果民主共和国、摩洛哥、土耳其、喀麦隆、埃及、孟加拉国、格林纳达、刚果、波兰、突尼斯	43.4%	20.5%	17.2%	18.9%
1990—1994 年	斯里兰卡、捷克、斯洛伐克、阿根廷、哈萨克斯坦、罗马尼亚、保加利亚、亚美尼亚、吉尔吉斯斯坦、摩尔多瓦共和国、厄瓜多尔、白俄罗斯、牙买加、格鲁吉亚、乌克兰、爱沙尼亚、特立尼达和多巴哥、蒙古、乌兹别克斯坦	53.5%	26.5%	7.1%	12.9%
1994—1999 年	阿尔巴尼亚、拉脱维亚、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	40.3%	43.1%	4.2%	12.5%
2000 年以后	乌拉圭、卢旺达	23.1%	19.2%	46.2%	11.5%

由表 8 可见,第一类和第二类项目所占比重之和在前三个阶段呈现出递增的趋势:依次为 63.9%、80%和 83.3%。这两类项目都是未超出美方限制范围的项目。而且,在 1994—1999 年,第一类项目的比重下降了十多个百分点,而第二类项目的比重则上升了十多个百分点。这在很大程度上因为美国在签署北美自由贸易区协议后,对 BIT 负面清单也做出了较大调整,所列项目更加具体明确,这使得其他国家很难再采用与美国完全一致的表述。由于在第四个阶段美国只与两个国家签署了新范本下的 BIT,故该阶段统计结果尚缺乏普遍意义。

六、结论性评述与政策建议

本文对美国 BIT 签约双方的负面清单进行了全面比较。研究发现,在列入负面清单的项目中,大多数美国 BIT 签约对方都以不超出美方负面清单限制范围的项目为主体。这反映出两点重要事实:一是美国在 BIT 谈判中处于非常强势的地位,极力要求签约对方的投资限制领域与美国对等;二是美方负面清单对签约对方产生了越来越强大的示范效应,在所有签约对方中,其负面清单中有半数以上项目采用与美国相同表述的国家占二分之一以上,而且这种示范效应有逐渐加强的趋势。目前,中国与美国的 BIT 谈判正处于互换负面清单的关键阶段,也是最为艰难的环节。对此,本文的参考价值和政策建议如下:

第一,本文整理的数据可供中方谈判代表作为谈判依据。本文汇总整理了美国现有 BIT 签约对方在不同领域的负面清单项目及其分布情况,中国可以以此为依据,进一步补充和完善中方负面清单所涉及的行业。同时,也可以据此调整中国自由贸易试验区统一负面清单列出的项目,通过评估试行效果,进一步明确中方负面清单的谈判底线。如果某些行业有列入美国 BIT 签约对方负面清单的先例,中国也可据此力争。

第二,本文可以为判断负面清单中不同行业的谈判难度提供参考,有助于中国对此做出更充分的准备。通常而言,在美国 BIT 负面清单做出限制的领域,中国做出对等性限制是相对容易的。对于超出美国负面清单限制范围的领域,谈判会相对艰难。美国现有 BIT 签约对方中,很多国家对邮政业、陆路运输以及金融服务之外的其他服务业都做出了限制。因此,中国将上述领域列入负面清单的谈判难度会相对较小。但在国防产业、种植与制造业以及教育、文化和医疗领域,美国现有 BIT 签约对方只有较少国家在负面清单中列入了相关项目。因此,预计这些领域的谈判难度会更大。另外,在水平型限制领域,美国 BIT 签约对方有列入关于

国有企业和特别产业政策方面限制的先例,但数量很少。中国经济发展水平更高,国企竞争力更强,因此,在这些问题上,谈判难度会很大。

第三,在谈判艰难的领域,中国应力争更多地采用保留性措施。中美 BIT 谈判在美国最新 BIT 范本的基础上进行,因此其负面清单会采用与美国两个最新 BIT 一致的形式。在美国最新 BIT 的附件 II 中,所有不符措施针对的都是保留未来实施限制性措施权利的领域。与其他两个附件不同,这个附件不必列出不符措施的现有法律依据。从美国的经验看,不符措施所依据的法律、规章涉及范围非常广泛,对此进行全面汇总、整理和评估的工作量十分巨大。中美 BIT 谈判时间紧迫,中国已无足够时间全面做好这项工作。从跨太平洋伙伴关系(trans-pacific partnership,简称 TPP)协定对越南负面清单的处理方式看,对于法律体系并不十分完善的越南,TPP 协定并未要求其提供每一项不符措施的具体法律依据,但通过相关章节中的“负面清单棘轮机制(non-conforming measures ratchet mechanism)”附件,协议要求越南逐渐改善其负面清单^①。中国可以借鉴这种处理方式,在设定“负面清单棘轮机制”方面做出一定让步,同时提议建立一个附件 II 和附件 I 的转换过渡期,争取将更多目前法律、法规尚未完备的行业先列入附件 II,以便在未来做出更灵活的处理。待规制体系完善后,再将相关不符措施移至附件 I 或直接剔除。如果美国能够认同这种做法,这将为发展中国家进行 BIT 负面清单谈判提供一种新的灵活性处理模式。

除了两个最新 BIT 外,美国已签署的大多数 FTA 协定的负面清单也采用了措施列表形式。限于篇幅,本文并未涉及美国 FTA 协定中的负面清单。进一步梳理美国 FTA 协定签约双方的负面清单,将会对中美 BIT 谈判提供更多的参考。

主要参考文献

- [1]陈伟.上海自贸区推行“负面清单”的制度创新与面临的问题[J].对外经贸实务,2014,(6):21-24.
- [2]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):87-96.
- [3]顾晨.印度尼西亚“负面清单”改革之经验[J].法学,2014,(9):42-50.
- [4]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):27-37.
- [5]陆建明,杨宇娇,梁思焱.美国负面清单的内容、形式及其借鉴意义——基于 47 个美国 BIT 的研究[J].亚太经济,2015a,(2):55-61.
- [6]陆建明,梁思焱,杨宇娇.美国与乌拉圭、卢旺达 BIT 中的不符措施及其与早期 BIT 负面清单的沿承关系[A].中国自贸区与开放新阶段“高峰论坛(上海)会议论文[C].上海,2015b.
- [7]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):39-41.
- [8]梅盛军.《美韩自由贸易协定》投资章刍议[J].上海对外经贸大学学报,2014,(3):39-47.
- [9]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):33-36.
- [10]中海平.上海自贸区负面清单的法律地位及其调整[J].东方法学,2014a,(5):132-142.
- [11]中海平.菲律宾外国投资“负面清单”发展之启示[J].法学,2014b,(9):35-41.
- [12]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):81-88.
- [13]孙元欣,牛志勇.上海自贸试验区负面清单转化为全国负面清单的路径和措施[J].科学发展,2014,(6):51-54.
- [14]王利明.负面清单管理模式与私法自治[J].中国法学,2014,(5):26-40.
- [15]王新奎.中国(上海)自贸试验区改革的重点:对外商投资准入实施“负面清单”管理[J].上海对外经贸大学学报,2014,(1):5-11.
- [16]王中美.“负面清单”转型经验的国际比较及对中国的借鉴意义[J].国际经贸探索,2014,(9):72-84.
- [17]张淑芳.负面清单管理模式的法治精神解读[J].政治与法律,2014,(2):11-18.

(下转第 112 页)

^① TPP 协议的全部文本可从美国贸易代表办公室官方网站下载(<http://www.ustr.gov/>),协议主体部分已由商务部国际贸易经济合作研究院译成中文(<http://www.caitec.org.cn/article/gzdt/xshd/201512/1453.html>),读者可参考协议文本。

Reasonable Boundary of the Intervention of Criminal Law in Internet Financial Innovation of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone

Li Rui

(School of Law, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China)

Abstract: Although internet finance is a great opportunity for overtaking around the corner of financial innovation of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone, the absence of supervision has made its destructiveness increasingly clear and obvious. This paper first makes a typification analysis of main formats and endogenous criminal law risks of internet finance, reflects the boundary of the intervention of existing criminal law in internet finance of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone from the perspectives of legislative system of internet finance, the design logic of legal liability system, the orientation of criminal law regulation and victims' fault, and hereby proposes basic principles and system concept of reasonably regulating internet finance: adhering to prevention & control in advance and administrative supervision, giving priority to civil liabilities in dispute resolution, keeping to the modesty of criminal law, properly shrinking the extent and boundary of the intervention of criminal law, so as to provide legal protection for financial institutional innovation of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone.

Key words: internet finance; legal risk; financial regulation; criminal regulation

(责任编辑:雨 橙)

(上接第 100 页)

The Study on the Negative List Comparison between the Two Sides of the U.S. BITs

Lu Jianming, Yang Yujiao, Liang Siyan

(School of Economics, Tianjin University of Finance and Economics, Tianjin 300222, China)

Abstract: Based on the 47 U.S. BITs, and according to the six investment restriction domains in the U.S. negative lists, the items in the negative lists of the U.S. BIT counter-parties could be sorted into four categories: items are exactly the same as the U.S. items; items are different from but have the same implications with the U.S. items; items have different implication but within the domain of the U.S. negative lists; items exceed the domain of the U.S. negative lists. This paper gives a comprehensive study on the sector and country distribution characteristics of the four types of items in the negative lists of the U.S. BIT counter-parties, and then analyzes the negotiation difficulty in listing different industries in negative lists by China in China-U.S. BIT negotiations. It has reference significance for China to select proper strategy in the China-U.S. BIT negotiations.

Key words: bilateral investment treaty; negative list; non-conforming measure; China-U.S. BIT negotiation

(责任编辑:雨 橙)