

文章编号:1005-0523(2015)04-0137-06

## 21世纪海上丝绸之路国民待遇“负面清单”研究

刘芳<sup>1,2</sup>

(1.华东交通大学经济管理学院,江西 南昌 330013;2.苏州大学王健法学院,江苏 苏州 215000)

**摘要:**我国和“海上丝绸之路”沿线东盟国家大多处于相似经济发展阶段,通过与东盟国家比较研究,我国签订的区域性协定中国民待遇一般都是投资准入后的国民待遇,而东盟及以东盟为中心的区域性协定大都通过“负面清单”的模式规定了投资准入前的国民待遇,目前我国上海、广东、福建、天津自由贸易园区正在制定和试点国民待遇的“负面清单”,但我国自由贸易园区国民待遇“负面清单”仍存在清单项目冗长、透明度有待提高、法律效力不明确等问题,需在实践中进一步的发展和完善,以有利于保护我国的国家利益并符合更高标准的区域贸易甚至多边贸易体制的发展,从而推动“海上丝绸之路”沿线地区经贸自由化进程。

**关键词:**21世纪海上丝绸之路;国民待遇原则;负面清单

**中图分类号:**D996

**文献标志码:**A

2013年10月,习近平总书记在印度尼西亚国会发表重要演讲时提出中国愿意通过扩大同东盟国家各领域务实合作,互通有无、优势互补、同东盟国家共享机遇、共迎挑战,实现共同发展、共同繁荣,共同建设21世纪“海上丝绸之路”的战略构想<sup>[1]</sup>。该战略构想着眼于深化中国与东盟战略伙伴的合作,并以东盟为依托、辐射带动周边及南亚地区,延伸至中东、东非和欧洲<sup>[2]</sup>。从法律属性上来说,21世纪“海上丝绸之路”既不是国际组织,也不是经济一体化的协议,而是中国与邻国之间的一种新的关系模式。该模式的重点在于经济合作,不涉及军事和安全领域,是在民心相通和政策沟通的基础上,实现贸易发展、基础设施、金融等领域的互联互通、互利共赢<sup>[3]</sup>。由于中国与“海上丝绸之路”沿线东盟国家经济合作的互联互通过程必然涉及到一国给予他国的国民待遇的问题,为了确保我国给予他国的国民待遇既保护我国的国家利益又符合更高标准的贸易、投资自由化的发展,中国开始在上海、广东、福建、天津设立自由贸易园区,试点国民待遇“负面清单”的制度建设,本文在这个的背景下比较研究东盟国家及中国自由贸易园区的国民待遇的相关规定,分析中国自由贸易园区国民待遇的“负面清单”的制度建设是否有利于推动21世纪“海上丝绸之路”多边的、双边的贸易、投资自由化进程。

### 1 国民待遇原则的理论基础及发展

近代社会的国民待遇是按照国家之间的主权平等原则制定的,1804年法国在其国内立法《法国民法典》中首次规定了以互惠为条件的国民待遇。1947年的《关税与贸易总协定》(GATT)第3条“国内税与国内规章的国民待遇”条款通过国际条约的方式以互惠为基础对货物贸易的国民待遇作了规定。1995年世界贸易组织成立后,在货物贸易领域,经过GATT几十年的调整,国民待遇已成为一项以互惠为基础的基本原则,但在其它贸易领域,由于大多数国家市场开放度低,国民待遇原则都是有条件的。这种附加的条件或采用“正面清单”的模式列明一国国民待遇承诺的开放范围,或者通过“负面清单”这种开放性的法律监管

收稿日期:2015-02-05

作者简介:刘芳(1972—),女,副教授,博士研究生,研究方向为国际经济法。

模式,列明外国国民禁止进入的领域。美国是最早采用负面清单的国家,“二战”后美国与相关国家订立的双边投资条约大都采用了国民待遇“负面清单”的模式<sup>[4]</sup>。近年来,伴随着国际经贸规则的重塑,采用“负面清单”规定国民待遇的国家也随之增加。

## 2 “海上丝绸之路”沿线东盟国家的国民待遇原则

东盟成员国包括马来西亚、印度尼西亚、新加坡、泰国、菲律宾、文莱、柬埔寨、越南、老挝和缅甸十国,地处海上丝绸之路的十字路口和必经之地,“海上丝绸之路”沿线东盟国家有关国民待遇的内国法规定各不相同<sup>[5]</sup>。对东盟国家经贸关系影响最大的还是东盟国家订立的多边、区域性、双边的国际经贸条约中有关国民待遇原则的规定。

### 2.1 多边国际经贸条约中的国民待遇

《世界贸易组织马拉喀什协议》及其一系列附件对“海上丝绸之路”沿线东盟国家影响最为深远,东盟成员国现均为世界贸易组织的成员国,世界贸易组织的国民待遇分别规定在《1994年关税与贸易总协定》、《服务贸易总协定》、《与贸易有关的知识产权协定》中,其涵义是指对其它成员方的产品、服务、服务的提供者、知识产权的所有者和持有者所提供的待遇不低于本国同类产品、服务、服务的提供者、知识产权的所有者和持有者的待遇。世界贸易组织的国民待遇不仅涵盖了贸易和知识产权的相关规定,还将投资纳入到世界贸易组织的范围内,《服务贸易总协定》中商业存在的服务提供模式规定了服务贸易的投资问题。但目前国际投资领域的国民待遇原则还存在诸多限制,《服务贸易总协定》规定成员国以国民待遇的“正面清单”模式承诺列明外国国民可以进入的领域,一般来说,承诺数目越高,开放领域越大,东盟中,泰国、马来西亚、新加坡、菲律宾具体服务的承诺数目从高到低约为80~50个具体的服务类别,是东盟成员国中服务贸易承诺水平相对较高的国家<sup>[6]</sup>。2013年4月底,23个占服务贸易总量70%的世界贸易组织成员参与《服务贸易协定》的谈判,该谈判在国民待遇采用的“负面清单”模式,并希望谈判结果最终纳入《服务贸易总协定》,一旦《服务贸易协定》谈判达成一致,将对世界服务贸易产生深远的影响,因而也受到东盟国家的广泛关注。

### 2.2 东盟区域经贸条约中的国民待遇

2012年3月29日生效的《东盟全面投资协议》取代了1998年10月东盟成员签署的《东盟投资区框架协议》。《东盟全面投资协议》采用了“负面清单”这种开放性的法律监管模式列明外国国民禁止进入的领域,但是东盟成员国投资自由化的相关法规不完善,投资也存在诸多的限制,因此,东盟成员国投资自由化具体实施滞后,东盟承诺到2015年实现区域内投资自由化,同时,规定各缔约方只有承担了消减国民待遇例外的回转义务后才能维持现存的国民待遇不符措施<sup>[7]</sup>。2011年,东盟国家提出通过《东盟地区全面经济伙伴关系框架》(RCEP)整合以东盟为中心的自由贸易区协定。

### 2.3 以东盟为中心的双边自由贸易协定的国民待遇

目前,以东盟为中心共有5个“10+1”的自由贸易协定,“10”指的是东盟的10个成员国,“1”特指与东盟达成双边投资协定的另一个国家,分别是东盟—澳大利亚、新西兰、东盟—印度、东盟—日本、东盟—韩国以及东盟—中国自由贸易协定。东盟—中国自由贸易协定之外的其余4个“10+1”自由贸易协定均采用了国民待遇“负面清单”来规定“不符措施”。《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协议》(以下简称《投资协议》)第6条“不符措施”规定:国民待遇不适用于:①任何在其境内现存的或新增的不符措施;②任何第①项所指不符措施的延续或修改<sup>[8]</sup>。因此,“不符措施”条款本应列明国民待遇“负面清单”,但《投资协议》第6条“不符措施”仅仅在条款的标题中使用了“不符措施”的表述,与国际上大多数双边或多边的条约使用“不符措施”用来表述“负面清单”实际限制的模式不一致,实质性减损了《投资协议》国民待遇的标准<sup>[9]</sup>。因此,中国—东盟自贸区的国民待遇实质上是有条件的准入后的国民待遇。

### 3 中国自由贸易园区国民待遇的“负面清单”

中国从2013年开始国内自由贸易园区的建设,目前正在试点的自贸园区有4个,分别是上海、福建、广东、天津自贸园区,这些自贸园区都处于中国的东南部沿海,是中国最发达的经济区域,与“海上丝绸之路”沿线国家和地区人文、经济纽带长期不断。国民待遇“负面清单”是自贸园区制度建设的重点问题。

#### 3.1 上海自由贸易园区

2013年,上海市政府通过的《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》规定自贸试验区实施外商投资准入特别管理措施(负面清单)管理模式。这项规章对中国的经济体制改革产生深远影响。2013年9月30日上海市政府颁布了《试验区外商投资管理措施(负面清单)(2013版)》,但是,上海自由贸易园区的市场准入“负面清单”2013版只是把散见于其他部门规章中对外资准入禁止或限制的内容并入,并对2012年的《外商投资产业指导目录》从分类、编排上作了调整,对外资投资的准入基本没有实质性的变化。2013年版负面清单编制特别管理措施共190项,其中,明确写明禁止措施38项、限制措施74项<sup>[10]</sup>。2014年6月上海市政府颁布了《试验区外商投资管理措施(负面清单)(2014年版)》将特别管理措施减少到139项,同时,明确列出110项限制性措施以及29项禁止性措施,按照三大产业划分,第一产业6项、第二产业66项(含制造业46项)、第三产业67项<sup>[11]</sup>。

#### 3.2 广东自由贸易园区

广东自由贸易园毗邻香港和澳门,区域服务贸易空间布局已发生了较大变化<sup>[12]</sup>,其起点相对较高。自《内地与香港(澳门)更紧密的经贸关系安排》(CEPA)实施以来,2004年10月到2013年8月共签署了十份补充协议,2013年CEPA第十份补充协议签署后,广东对香港、澳门服务业的优惠政策已有79项和68项,服务贸易开放措施涉及的部门已达到149个,占160个部门总数的93.1%<sup>[13]</sup>。2014年12月18日广东自由贸易园区成立之初,《内地与香港CEPA关于内地在广东与香港基本实现服务贸易自由化的协议》(以下简称香港协议)、《内地与澳门CEPA关于内地在广东与澳门基本实现服务贸易自由化的协议》(以下简称澳门协议)签署,《香港协议》和《澳门协议》的附件将国民待遇原则分别通过“正面清单”和“负面清单”来阐述,在153个承诺开放的服务部门中,完全实现国民待遇的服务部门58个,采用“负面清单”模式开放的134个服务部门中限制性措施132项,此外,跨境服务、电信领域、文化领域以“正面清单”的方式列明新增27项和24项开放措施<sup>[14]</sup>。通过这两项安排,2015年3月,广东和香港、澳门实现服务贸易的自由化。由于香港、澳门不仅是一国两制的地区,也是WTO框架下的单独关税区,因此,广东自由贸易园区在服务贸易的开放广度和深度上高于中国其它的自由贸易园区,也更有借鉴和研究的意义。

#### 3.3 福建自由贸易园区

2014年底成立的福建自由贸易园区整合福州、厦门、平潭相关片区,目标是建设服务我国改革创新、服务两岸关系大局、服务21世纪海上丝绸之路建设,更好地发挥辐射、示范作用。从2015年3月1日起的3年内,福建自由贸易园区的试点区域将调整实施《中华人民共和国外资企业法》等4部法律。福建自由贸易园区建设有利于逐步提升两岸四地《海峡两岸经济合作框架协议》有关国民待遇的规定,共同适应经济全球化新形势。福建是海上丝绸之路的发祥地之一,与东盟的经贸往来频繁<sup>[15]</sup>,尽管目前福建国民待遇“负面清单”尚未出台,但是福建自由贸易园区,更易发挥“侨”的纽带作用,将这些人文优势转化为加快经贸发展的重要动力。

#### 3.4 天津自由贸易园区

天津地处京津冀地区,面向东北亚、面向渤海、是北方重要的经济中心和航运中心,2014年底新建的天津自由贸易园区整合了天津港、机场片区和滨海新区等,在滨海新区开发开放和试验改革的基础上设立,通过“海上丝绸之路”南线可以与中韩自贸区对接。天津自由贸易园区市场准入的“负面清单”尚未出台,制造业、融资租赁是天津自由贸易园区范围内较有优势和特色的,它既是货物贸易,又涉及金融和类金融

企业,天津自由贸易园区国民待遇“负面清单”很可能更注重与融资租赁相关的产业以及金融业和港口的服务业等的试验。

#### 4 中国自由贸易园区与东盟国家国民待遇原则的比较分析

当一个国家的国民到另一个国家进行经贸往来时,就产生了一国给予他国国民的待遇问题,国民待遇在法律上的确立是各国发展经济联系的客观需要和必然趋势。目前,海上丝绸之路沿线东盟国家的国民待遇通过多边区以及域性国际条约等不同的层次表现出来。尽管世界贸易组织《服务贸易总协定》在国民待遇领域采用“正面清单”的模式,但是东盟国家在东盟区域经贸条约以及东盟—澳大利亚、新西兰、东盟—印度、东盟—日本、东盟—韩国自由贸易区协定都采用了国民待遇的“负面清单”模式,我国和东盟签订的《投资协议》第6条的标题对国民待遇原则采用了“不符措施”的文字表述,但是从内容上看,《投资协议》第6条不仅不是真正意义上的“负面清单”,而且还实质性减损了《投资协议》国民待遇的标准。直到2013年我国才开始国内自贸园区的建设,对国民待遇的例外试点“负面清单”。那么,为什么我国在经贸领域的国民待遇迟迟不采用“负面清单”的模式呢?主要的原因是贸易和投资领域中的国民待遇的承诺更多的涉及到一国国内法规的修改,而不仅仅是对外谈判的问题。此外,在“负面清单”模式下,国民待遇原则扩大到了贸易和投资准入前的阶段,扩大外国投资者和外国投资的国民待遇,而且通过“法不禁止即许可”的方式,在促进外国投资的便利和自由的同时,缩小了东道国的自由裁量权,增加了东道国掌控特定领域的外资准入和监管的难度。

#### 5 21世纪“海上丝绸之路”战略中国国民待遇“负面清单”的作用

我国国民待遇的“负面清单”的试点有利于“海上丝绸之路”的经贸往来中制度的互联互通。当前“海上丝绸之路”沿线事实上已经形成了《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)、《区域全面经济伙伴关系协议》(RCEP)并行的谈判格局。美国在亚太区域大力推进高标准的自由贸易区TPP的谈判中规定了准入前的国民待遇,东盟成员国中已有新加坡、文莱、越南和马来西亚先后正式加入TPP谈判。东盟在亚太合作格局变动的背景下,希望通过RCEP整合5个双边自由贸易协定并推动区域一体化的发展,但中国—东盟自由贸易协定是其中唯一没有采用“负面清单”的双边自由贸易协定,在一定程度上对RCEP的整合造成了障碍。<sup>[16]</sup>海上丝绸之路沿线的东盟国家在政治体制、经济水平、社会制度、文化传统等方面千差万别,但是在区域协定中大都采用了准入前的国民待遇,并通过不符措施来列明国民待遇的例外。而我国目前已经签署的双边投资协定和自由贸易协定(香港、澳门除外)中均未涉及准入前国民待遇和负面清单问题,那么这无疑会给海上丝绸之路的经贸往来造成障碍,降低中国在东盟的制度影响力。而通过自由贸易园区国民待遇制度的试验,我国可以与东盟在国民待遇的一定领域、一定程度上形成共识,有利于中国—东盟投资协议中国国民待遇规则的制定,并为在更大范围内的投资谈判提供样本,提供示范效应;因此,中国自由贸易园区的国民待遇对于中国参与和推动地区一体化进程、促进21世纪“海上丝绸之路”战略的制度建设至关重要。

#### 6 中国自由贸易园区国民待遇“负面清单”的进一步发展

中国自由贸易园区国民待遇原则的试验,在本质上是中国政府对国外贸易和投资者的法律承诺,是我国在海上丝绸之路合作中的友好开端。但是,由于“负面清单”仍在试验中,仍需在实践中进一步完善。

##### 6.1 删减冗长的“负面清单”项目

我国原本在是否给予外国贸易和投资者国民待遇的问题上并不持有开放的态度,中国商务部网站上所公布的全部100个双边投资协定中,实际上只有37个协定规定了准入后的国民待遇,其中绝大多数国民待遇都是近年来规定的。而国民待遇的“负面清单”则是2013年才开始在上海自由贸易园区试点,经过2014年的修订,2014版的特别管理措施从原来的190项减少到139项,减少了51项,但是仍有110项限制性

措施和29项禁止性措施。此外,《香港协议》、《澳门协议》关于广东服务业对香港和澳门开放的国民待遇有“正面清单”和“负面清单”两种模式,在采用“负面清单”的134个部门中,保留的限制性措施共132项。由于外资准入的不必要条件,并不一定能够实现投资东道国的期望目的,并且有可能鼓励外国投资者的避法与腐败行为<sup>[17]</sup>。因此,自贸园区上海自由贸易园区负面清单与《香港协议》、《澳门协议》关于“负面清单”准入前国民待遇的规定作为我国进一步发展国际经贸关系的制度建设,在确保国家利益的情况下,仍有进一步修改并扩大开放力度的必要。

## 6.2 增加“负面清单”的透明度

“负面清单”代表了国际经贸领域更高层次的开放,与“正面清单”相比较,“负面清单”透明度要求更高,目前,在上海自由贸易园区的试验中,2013版的“负面清单”实际上是将禁止类和限制类的外资准入行业纳入了负面清单中,2014版的“负面清单”只是做了项目上的删减。《香港协议》、《澳门协议》关于广东服务业对香港和澳门开放的国民待遇在形式方面是“正面清单”和“附件清单”的混合版,在内容方面,更多的是将原有的限制、禁止类措施改为不符措施,有关不符措施的限制性条件并不明确。因此,“负面清单”中已明确具体限制条件的措施,在文字上都不需要标注“限制”字样,如果未说明限制措施的,根据透明度的要求,必须明确有关限制措施及其法律依据,存在前置审批程序的,有关部门必须书面明确准入资质和经营资格条件<sup>[18]</sup>。

## 6.3 明确负面清单的法律效力

中国自由贸易园区采用准入前的国民待遇加“负面清单”的模式,外国投资者在自贸园区内对“负面清单”之外的领域进行投资,按照内外资一致的原则,无须审批核准,仅需备案。准入前的国民待遇虽然弱化我国采用行政手段对外国投资主体的预先管制,但对通过司法途径审视外国公司的主体身份以保障或促进外国投资提出了更高的要求。司法适用中有可能需要确认目前中国自由贸易园区的国民待遇“负面清单”是否具有法律渊源地位?目前自由贸易园区的国民待遇的具体规定仍在试验和制定中,上海自由贸易园区与广东、福建、天津自由贸易园区的负面清单根据很有可能因地区经济的发展和产业的特色不同而不一致,这种状况有利于不同的地区根据自身的发展条件来吸引外资,但是会导致“负面清单”在很长的时间内只在自由贸易区内适用,只有在条件成熟时,才能稳步有序的推广到全国,形成统一的规范。以上海市政府颁布的“负面清单”为例,其法律属性目前只能被界定为规范性文件,那么作为地方性规范文件的“负面清单”能否成为司法裁判的依据?为了建立健全与“负面清单”管理模式相适应的司法配套制度,有必要在条件成熟时通过国务院的授权立法的形式及时确认不同的自由贸易园区的“负面清单”法律效力。

## 7 结语

中国沿海上海、天津、广东、福建自由贸易园区的国民待遇“负面清单”试验有利于我国投资环境的进一步改善,但仍存在清单项目冗长、限制性条件不够透明、法律效力不明确等问题;因此,从制度层面上解决上述问题有利于“海上丝绸之路”的启动和贸易发展,有利于我国与“海上丝绸之路”沿线东盟国家的双边和区域的谈判的深入。

## 参考文献:

- [1] 新华网.习近平:中国愿同东盟国家共建21世纪“海上丝绸之路”[EB/OL].(2013-10-03)[2014-12-12][http://news.xinhuanet.com/world/2013-10/03/c\\_125482056.htm](http://news.xinhuanet.com/world/2013-10/03/c_125482056.htm).
- [2] 刘赐贵.发展海洋合作伙伴关系推进21世纪海上丝绸之路建设的若干思考[J].国际问题研究,2014(4):1-8.
- [3] 中华人民共和国商务部.中国和东盟经贸合作站上新起点——访中国商务部长高虎城[EB/OL].(2014-08-27)[2014-12-10].<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201408/20140800712416.shtml>.

- [4] 王克玉. "负面清单"模式下司法对外国公司的审视与评判——基于"自贸区"外国投资主体的维度[J]. 暨南学报:哲学社会科学版, 2014(5):10-17.
- [5] 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):72-85.
- [6] 世界贸易组织秘书处. 乌拉圭回合协议导读[M]. 1版. 索必成, 胡盈之, 译. 北京: 法律出版社, 2000:1-409.
- [7] 东南亚国家联盟. ASEAN Comprehensive Investment Agreement Reservation List[EB/OL]. (2014-02-01)[2015-02-05]. <http://www.asean.org/news/item/asean-comprehensive-investment-agreement-reservation-list>.
- [8] 中华人民共和国商务部. 中国—东盟自贸区《投资协议》[EB/OL]. (2009-08-15)[2014-12-20]. <http://images.mofcom.gov.cn/www/accessory/200908/1250309222313.pdf>
- [9] 周武英. 美国多头推进贸易投资谈判[N]. 经济参考报, 2013-7-15(4).
- [10] 于宏伟, 李静. 负面清单制度的发展与完善[J]. 中国发展观察, 2014(3):35-36.
- [11] 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):81-90.
- [12] 高秀丽, 孟飞荣. 广东省区域物流空间布局及演化特征研究[J]. 华东交通大学学报, 2014(3):121-126.
- [13] 亚太日报. 广东自贸区快跑超津闽 95%开放度再击上海[EB/OL]. (2014-12-19)[2015-01-02]. <http://www.apdnews.com/business/zimaoquan/2014/1219/143491.shtml>.
- [14] 中华人民共和国商务部. 2014年商务工作年终综述之十四:内地通过CEPA在广东与港澳率先基本实现服务贸易自由化[EB/OL]. (2015-01-22)[2015-02-02]. <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201501/20150100875490.shtml>.
- [15] 王金波. 国际贸易投资规则发展趋势与中国的应对. 国际问题研究[J]. 2014(2):120-132.
- [16] BRIAN Z, TAMANAHA. On the rule of law: history, politics, theory[M]. 1st edition. London: Cambridge University Press, 2004:91-113.
- [17] 李晶. 中国(上海)自贸区负面清单的法律性质及其制度完善[J]. 江西社会科学, 2015(1):154-159.

## Research on National Treatment with Negative List along Maritime Silk Road in the 21<sup>st</sup> Century

Liu Fang<sup>1,2</sup>

(1.School of Economics and Management, East China Jiaotong University, Nanchang 330013, China; 2.Wang Jian School of Law, Soochow University, Suzhou 215000, China)

**Abstract:** China and ASEAN located along the Maritime Silk Road enjoy similar stage of economic development. Compared with the ASEAN, this paper finds that national treatments in regional agreements of ASEAN are mostly derived by pre-establishment of negative list to foreign access while China does not. It analyzes the mode of national treatment with negative list adopted currently in free trade zones of Shanghai, Guangdong, Fujian, Tianjin, and then it points out the problems of lengthy list, insufficient transparency and indefinite legal effect of the negative list. Finally, it concludes that in order to help protect our national interest and meet higher standards for developing regional trade and multilateral trading system, it is necessary to improve the national treatment with negative list in free trade zones, thus promoting free trade process along the Maritime Silk Road.

**Key words:** the Maritime Silk Road in the 21st century; national treatment; negative list

(责任编辑 王建华 李萍)