

## 应加快自贸试验区改革步伐

中国社会科学院国际法所 毛晓飞

自2013年9月上海自贸试验区设立以来已历时三年。这期间,自贸试验区内的制度改革不断深化,形成了有关投资、贸易、金融便利化以及事中与事后监管的诸多新政。2015年自贸试验区推及广东、天津、福建三地。在不久的将来,全国7个省也将设立自贸试验区,以实现改革试点“可复制、可推广”的目标,并与国家的海洋战略、长江经济带以及“一带一路”建设相衔接。

从国内法的视角来看,自贸试验区的制度创新改变了既有的政府经济管理模式,将“法无授权即禁止”的义务推定逐步转向“法无禁止即可为”的权利推定,践行了依法治国的理念。在国际法层面,这些制度改革使国内规则局部地实现了国际接轨,为我国全面适应和参与国际规则做好了先期准备。在这方面最可圈可点就是外商投资管理制度的改革,引入了准入前国民待遇加负面清单模式。

长期以来,我国对外商投资适用的是准入后的国民待遇标准,即在外资合法进入本国市场后承诺对外国投资和外国投资者不低于其给予本国投资和本国投资者的待遇。在准入阶段则实施严格的事先审批制,也就是说,外商投资国内的某一特定产业需要根据相关法律规定进行申报核准后方可进入。在实践中,作为审批重要法律依据的《外商投资产业指导目录》对行业进行了鼓励类、限制类和禁止类的分类规定。事实上,对鼓励投资类产业的描述就相当于一份“正面清单”,而限制投资类和禁止投资类产业相当于一份“负面清单”,构成了“正面清单+负面清单”的混合模式。此外,对未列入目录的产业也并不遵循“法无禁止即可为”的原则,而由主管部门另行解释。

这与国际投资规则中的准入前国民待遇加负面清单相比,显得程序繁琐、透明度低。该规则最早出现在《北美自由贸易协定》(NAFTA)中。近年来得到了美国、加拿大、日本、韩国等国的普遍采纳;发展中国家也有不少在投资协定中使用了这一规则。尽管传统的欧式投资保护协定侧重投资保护,对投资准入并不强调,但在2013年欧盟与加拿大结束谈判的《全面经济贸易协定》(CETA)的投资章节也使用了负面清单。

上海自贸试验区成立不久便推出了第一份“负面清单”。尽管清单上罗列的特别管理措施基本照搬了《外商投资产业指导目录》的规定,但从管理模式上来说实属重大转变。2014年和2015年的负面清单对管制行业与措施进行大幅度地“瘦身”,特别管理措施从190项缩减为122项,为外资企业进入自贸区带来了便利。与之相配套的是,外商投资项目除少数保留外都由核准制改为备案制。日前进入上海自贸区的所有投资项目中,负面清单以外的项目占比已近90%,均无需审批。

在第五轮中美战略与经济对话中,我国已同意与美国以准入前国民待遇和负面清单为基础进行中美投资协定的实质性谈判。2013年10月,欧盟也正式提出以负面清单方式和准入前国民待遇为基础,就投资保护和市场准入两方面与我国展开双边投资谈判。无疑,自贸试验区的“先行先试”将有益于我国参与双边和多边的贸易与投资协定谈判,提早实现了与国际规则的对接,积累了本国经验。

不过,目前的制度变革还只是让中国有能力成为国际规则的“适应者”,而非“引领者”。自改革开放以来,我们在国际法的舞台上一直扮演着这一角色,不论是在国际贸易还是投资领域。如果是这样,那么自贸试验区的制度改革还不能真正称得上是“制度创新”,因为它还停留在照

搬国际规则的阶段。真正的制度创新应当是在国内改革中取得成功的本土经验，超越并更新现有的规范，将之放到国际社会中成为国际规则的一个选项。

这就需要进一步加大自贸试验区的改革步伐。譬如，就负面清单本身而言，还有缩短的空间，以扩大引入外资力度。其次，负面清单的透明度需加强，尤其是例外情形，除了特定行业部门例外和一般性的“兜底条款”以外，清单没有提及知识产权例外、政府采购及补贴例外、税收例外等情形。这很可能导致在国民待遇义务的涵盖领域上国内法与国际条约之间的差异。此外，负面清单应当将《国民经济行业分类》中的 S 公共管理、社会保障和社会组织和 T 国际组织两个行业门类也纳入其中，提高综合性。在总体降低外资准入门槛的情势下，强化事中与事后监管成为政府监管的关键，尤其对外资的安全审查显得尤为重要。我国已于 2015 年通过了《国家安全法》，对外商投资产生的国家安全问题规定了审查机制。此前，国务院和商务部也出台过有关外资并购安全审查的通知与规定，但就审查的实体法规定依然语焉不详。事实上，可以考虑在自贸试验区的范围内进行安全审查制度的试点，以取得审查的实践经验，完善国内立法，并为安全审查的国际规则提供范本。

总之，自贸试验区的制度创新应当不仅局限于本土和当下，更要着眼于国际和未来，不单是为本国的经济发展提供机遇，同时也包含对治理模式与规则的国际认同。