

自贸试验区外商投资管理制度的国际接轨

● 文/毛晓飞

引入准入前国民待遇加负面清单模式成为自贸试验区外商投资管理制度的最大亮点。在国内法层面，它践行了依法治国的理念，将我国的外资管理从“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。在国际法层面，它实现了局部的国际接轨，为我国全面适应和参与新的国际贸易与投资规则做好了先期准备。尽管历经三次修改，负面清单中特别管理措施的准确性与透明度都有极大的提高，但措施涉及的行业与数量仍有缩减的空间，且在综合性及前瞻性等方面尚待改进。

自 2013年9月上海自贸试验区设立三年以来，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”战略相衔接。

在投资方面，最可圈可点的就是自贸试验区对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。从国内法的视角来看，它改变了既有的政府外商投资管理模式，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，这一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。

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的描述相当于一份“负面清单”，构成了“正面清单+负面清单”的混合模式。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。

此外，我国签订的双边投资协定（BIT）也普遍适用准入后的国民待遇原则。譬如，2003年《中德双边投资协定》的第3条第2款规定“缔约一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者及与投资有关活动的待遇”。

然而，从当前区域和双边投资贸易



协定的发展以及未来趋势来看,准入前国民待遇加负面清单模式将成为一种重要的国际规则。它最早出现在《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协定侧重投资保护,对投资准入并不强调,但在欧盟与加拿大签订的《全面经济贸易协定》(CETA)的投资章节也使用了负面清单。实践中,是否对外国投资和外国投资者给予准入前国民待遇已经成为考量一个国家对外资开放度的重要标杆,而负面清单也成为外资准入的主流模式。

我国在2013年7月举行的第五轮中美战略与经济对话中,首次承诺以准入前国民待遇加负面清单模式与美国进行BIT谈判。无独有偶,在同年11月启动的中国与欧盟BIT谈判中,欧盟也表示希望以此为基础,就投资保护和市场准入两个方面与我国谈判。此外,进行中的中日韩自由贸易协定(中日韩FTA)和中国2013年9月起参加的《国际服务贸易协定》(TISA)也均以负面清单模式为谈判基础。

自贸试验区对准入前国民待遇和负面清单的“先行先试”无疑将有益于双边和多边的贸易与投资协定的谈判,提早实现与国际规则的对接。国务院在2013年9月发布的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》中也明确提出要“探索建立负面清单管理模式,对外商投资试行准入前国民待遇”。

上海自贸试验区成立不久便推出了第一份“负面清单”。尽管当时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139项。2015年的负面清单(又称“统一清单”)继续缩减为122项,限制性措施85条,

禁止性措施37条。另外,负面清单对特别管理措施的表述不断完善。早期负面清单中的特殊管理措施针对的基本上都是国民待遇义务,仅包含1项高管和董事会要求。现在统一负面清单中的特殊管理措施尽管仍主要针对国民待遇义务,但增加了业绩要求、高管和董事会的要求。再者,负面清单的透明度也不断提升。2013年版负面清单中原有55条无具体限制条件的特别管理措施,2014年版缩减为25条,2015年版进一步缩减为8条。尽管有人认为,负面清单中特别管制措施的数量在呈总体下降之势,但有少数行业的管制措施有所增加。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。但实际上,这并不是负面清单扩大了限制的范围,而是更加细化了特别管理措施的描述,列明原来没有说明的条件。与负面清单管理相配套的是,除少数保留外,外商投资项目清单外项目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近90%,均无需审批。

对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理模式,是我国扩大开放、促进改革的重要举措,也是适应经济全球化新形势和国际投资规则变化的制度改革。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,将之放到国际社会成为国际规则的一个选项。因此,自贸试验区负面清单试点的标准若低于国际谈判的标准,就失去先行先试

的意义。

完善自贸试验区负面清单可以考虑从进一步减少外商投资的限制、扩充负面清单的范围、规范特殊管制措施的内容、提高透明度等多个方面予以改进,将改革的步伐迈得更大一些。

1. 就负面清单的内容而言,还有缩减的空间。一般而言,清单所列的限制措施越少、清单越短,表明开放度越高。当前我国的经济形势严峻,尤其在外贸出口方面一直呈下滑态势,这就需要我们能够主动打开国门、减少投资和贸易壁垒,表明开放之积极态度,以获得外方更多的自由化承诺。以制造业为例:统一清单中尚存诸多特殊管理措施,但制造业被视为是在中美BIT谈判中难度很高的行业,因为在美国以往签订的双边协定的负面清单中,只有少数项目涉及这个行业的不符措施。数量很少所以谈判难度会很大。我国已是公认的“制造大国”,在船舶制造、通信设备制造和交通设备制造等领域都已拥有相当的实力和国际竞争力。因此,在自贸区试点中进一步开放相关领域应当说是值得尝试的,且可为双边和多边的投资贸易谈判做好预先的行业压力测试和竞争力测试。

2. 目前自贸试验区的统一负面清单还只是针对直接投资,并且仅涵盖准入前阶段。而从国际通行做法来看,负面清单可以包括直接投资与间接投资,涵盖准入前和准入后阶段,涉及投资设立、取得和扩大的全生命周期。因此,建议负面清单可以加强其综合性,为日后制定外商投资法的负面清单提供更全面的样本。

3. 不论负面清单是长还是短,内容是多还是少,都必须清晰和准确,向投资者传递可预期的信号。然而,统一清单中某些特别管理措施的描述尚不完善。例如,负面清单列明了对外商提供法律服务的特别管理措施,然而,我国《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。这说明，自贸区的负面清单与现存涉及外商投资的有关规定之间还存在衔接问题。此外，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。

4. 负面清单应当列明特别管理措施所依据的相关法律、法规、部委规章、地方性法规、地方政府规章以及其他规范性文件。公开也就意味着透明。行政管理的透明是保障国民待遇义务切实履行的重要前提。当国内法律法规或规章有新的变化以前，也应当参照负面清单的内容进行调整，避免出现冲突。当然，这样做就要对现存的大量中央和地方外资法律、法规以及规章等强制性法律文件进行清理，涉及面广，工作难度也可以想见，然而，如果不统一整理和清理特别管理措施涉及的法律文件，那么势必将会影响到负面清单的透明度，而且，这项工作可能是将来完成BIT和FTA谈判所无法避免的。

5. 目前的自贸区统一负面清单不包含所谓的“未来不符措施”，即政府将来可能采取的投资禁止或限制的行业与措施，以便为日后的管理预留政策空间。当然，统一负面清单目前产生的仅是国内法的效力，而非国际法义务，属于单边开放措施，可进可退。但是，从我国的BIT和FTA谈判来看，采纳包含“未来不符措施”的负面清单样式不可避免，因为美国签订的BIT基本都包含未来不服措施的附件。因此，可以考虑在国内的先行先试中加以明确，作为实施准入前国民待遇的“安全阀”和“防火墙”，从而为本国产业发展和政府管理措施保留一定程度的自由裁量权，防范对外资开放后可能对本国产业发展乃至整体经济安全产生的不利影响。

6. 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格外重要。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。此外，2011年2月国务院《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》以及同年8月商务部制定的《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》共同构成了外资并购境内企业的国家安全审查机制的具体内容。但是，对外资并购的国家安全审查制度自2011年正式建立以来，尚无案例公布。事实上，在自贸试验区范围内进行安全审查制度的试点可以在小范围内取得审查的实践经验，以完善国内立法。2015年国务院在发布统一清单之时也出台了《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》，确立了监管的范围、内容等基本框架，但就具体政策和手段等尚未完善，监管的可操作性依然有待加强。例如，该办法提出国家发改委、商务部与自贸试验区管理机构要在信息共享、实时监测等方面形成联动机制，但具体机制尚未落实。

总体而言，自贸区的外商投资管理制度改革肩负着对内和对外的双重使命：一方面是推动国内的体制改革，另一方面是助力双边和多边投资协定的谈判，主要以中美BIT、中欧BIT、中日韩FTA等为契机。就本国制度改革而言，负面清单管理模式确立了公开透明、法治规范、有限管理的治理理念，其实质功能是提高管理质量和效率，降低经济运行成本，保证有效竞争和社会公正。现在自贸区的改革已经在“倒逼”整体外商投资管理制度的变革。2016年9月，全国人大常委会已表决通过修订涉外商企业对外投资的四部法律，其核心内容就是把外商投资企业设立审批制改为备

案制。也就是说，外商投资企业在负面清单之外的行业进行投资无需审批，备案即可。事实上，负面清单管理模式不仅触及外商投资领域，其溢出效应还将渗入更广泛的行政管理体制和经济制度的改革。

在国际层面，自贸区的外商投资管理制度改革试验助推了我国参与的双边或多边投资贸易协定的缔结。在中美BIT谈判中，双方已于2015年初基本完成了协定文本核心问题和主要条款的谈判。接下来的重点就集中于负面清单的谈判。2015年6月，中美双方首次交换负面清单出价，开启了负面清单谈判。之后，双方针对各自的负面清单进行了数轮密集谈判，并在此基础上分别于2015年9月、2016年6月和9月三次交换负面清单改进出价。负面清单设计的核心是产业政策的调整：究竟哪些产业应当予以保留，哪些行业需要开放，引入外来竞争者。这里就需要通过自贸区的局部试验检测相关行业的抗压能力和国际竞争力。此外，还需要理清哪些行业真正有国家安全和经济安全等方面的需要，而不是眉毛胡子一把抓。可以说，自贸试验区的先行先试为国际谈判提供了重要经验和技术支持，有利于及早发现现行外资管理体制的问题，尤其是与谈判者预期之间的差距，从而对外来挑战予以积极回应。

中国只有积极适应并超越国际高标准的规则，才可能在新一轮的国际竞争中立于不败之地。自贸试验区正是在这样的背景下，为回应国际上更高水平的开放要求而作出的努力。当前，大国之间的竞争不仅仅是商品与技术的竞争，更重要的是规则的博弈与竞争。因此，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。

（作者系中国社会科学院国际法所助理研究员，最高人民法院“一带一路”司法研究基地助理研究员）