

The Legal Analysis on the Negative List System of Foreign Investment in Free Trade Zone

Qiao Wang

School of Humanities and Law, Northeastern University, Shenyang Liaoning
Email: 765870806@qq.com

Received: May 3rd, 2017; accepted: May 17th, 2017; published: May 23rd, 2017

Abstract

In the field of international investment, the negative list is getting more and more popular. Chinese FTA negative list also came into being in 2013, compared with the traditional management model, the negative list reflects the great progress. However, from the beginning of 2013, the application of negative list has emerged some problems. This paper starts with the concept of the negative list, pre-establishment national treatment and legal basis of negative list; Then gives a brief analysis of the change and present situation of negative list in FTA; Next illustrates the problem of negative list in FTA. Finally, based on the current situation proposed some available suggestions to propel negative list system and promote the foreign investment admission system construction.

Keywords

The Free Trade Zone (FTA), Foreign Investment Admission System, Negative List

自贸区外商投资负面清单制度的法律探析

王 乔

东北大学文法学院, 辽宁 沈阳
Email: 765870806@qq.com

收稿日期: 2017年5月3日; 录用日期: 2017年5月17日; 发布日期: 2017年5月23日

摘 要

在国际投资领域, 负面清单越来越受到青睐, 中国自贸区的负面清单也因此于2013年应运而生, 与传统

的管理模式相比较,负面清单体现出巨大的进步性。但是,从2013年开始负面清单的适用过程中陆续浮现一些问题。本文通过介绍负面清单、准入前国民待遇的概念以及负面清单的法理依据,简述了自贸区内负面清单实施的现状,进而剖析了自贸区负面清单目前所面临的问题,最后提出了完善措施,力求促进自贸区负面清单管理体制的运行,推动我国外商投资准入体制的改革。

关键词

自贸区, 外商准入体制, 负面清单

Copyright © 2017 by author and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 自贸区负面清单的概述

1.1. 负面清单的概念

在我国,负面清单正式出现于2013年9月30号上海市人民政府颁布的《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》这一规范性法律文件中。根据该文件我们可以将其界定为自贸区内对外商投资项目和设立外商投资企业采取的与国民待遇不符的准入措施。即负面清单相当于“禁止清单”或者“黑色清单”与“正面清单”或者“白色清单”相对,预先对禁止从事的投资项目划定范围,范围内的投资项目禁止外商投资,而范围之外的外商投资项目允许自由投资并给予外商国民待遇。负面清单所涉及的范围越小,该主权国家的开放性越高;所涉及的范围越大,开放性越小。

1.2. 准入前国民待遇的含义

国民待遇,依照外商投资阶段的不同,可以分为准入前的国民待遇和准入后的国民待遇。¹准入前的国民待遇是指在投资设立前外国投资者就享有与本国投资者相同的投资待遇,其核心是给予外商准入权,体现了主权国家对外商投资的开放性。与此相对,准入后的国民待遇就是指外商在运作经营阶段所享有的与本国投资者相同的投资待遇。根据国际投资实践,负面清单与准入前国民待遇有着密切联系,主权国家设立自贸区吸引外商时,会公布一个负面清单,让外商了解哪些产业可以投资,哪些产业是有限制或者禁止投资的。而准入后的国民待遇是公布在外商投资产业指导目录范围内,由国内法或者双边、多边投资协定进行规定,并不涉及负面清单[1]。

1.3. 负面清单的法理依据

“法无禁止即自由”这一法律用语最早起源于古希腊,即法律的主要目的是用于保护私权利,限制公权力。然而公权力拥有并支配着国家强制力,为了不让公民的私权利受到公权力的过度侵害,就此规定若法律没有禁止的事项,公民享有决定从事或者不从事的权利;同时,政府不得从事法律没有授权的行为。在国际法范围内,也存在着“国际法不禁止即为允许”法律论断,即一个主权国家的行为是否合法,取决于有无国际法的禁止性规定,如果有禁止性规定则该主权国家的行为违法,如果没有相关的国际法对该行为进行规定,那么该国的行为就是合法的。例如,在2010年“科索沃宣告独立”咨询意见案

¹国民待遇是主权国家根据国内法以及其签署的多边或双边协定给予外国的自然人、法人以本国自然人、法人在经济和民事方面所享有的同等待遇。

中，国际法院认为：一般国际法和联合国安理会 1244(1999)号决议都没有禁止科索沃宣布独立，即国际法不禁止，因此科索沃单方面宣告独立的行为本身并不违反国际法。[2]负面清单的管理模式正是出自于这一法理。外商投资者可以在负面清单所列事项之外自由投资；同时对于负面清单所禁止投资的产业外商投资者不可擅自从事。

2. 自贸区负面清单的实施

2.1. 负面清单的发展

2013年，上海自由贸易试验区成立并颁布了《(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》，正式实行负面清单管理模式。到目前为止，共由三个版本的负面清单，内容不断更新完善。这三版分别是2013年9月30日，上海市人民政府颁布的2013年版负面清单，2014年6月30日，上海市人民政府颁布的2014年版负面清单，以及2015年4月国务院办公厅颁布的2015年版负面清单。其中，前两个版本仅适用于上海自贸区，后一版本，也就是2015年版负面清单共同适用于上海、广州、福建以及天津四大自贸区，开启了四区使用统一的负面清单的格局。

此外，2016年9月，全国人大表决通过了《关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》，《决定》对《中华人民共和国外商投资法》、《中华人民共和国合资经营法》、《中华人民共和国合作经营法》以及《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》相关行政审批条款做出了修改，将审批制改为备案制，至此有了法律的强力支持，不仅保障了法律体系的统一性，同时也为外商投资负面清单的管理模式保驾护航[3]。

2.2. 负面清单的实施效果

2.2.1. 投资规模扩大

负面清单实施近四年来，取得了令人瞩目的效果。依照统计，2015年度的前5个月，除去广州、福建以及天津自贸区不谈，单是上海自贸区引进的外资项目新增至1262个，同比增长49%，其中合同外资235亿美元，同比增长500%。2015年在国务院颁布新的负面清单后，短短两个月内，新增外商投资项目526个，注册资本达到106.51亿美元。而第一版负面清单，2013年版负面清单自2013年9月适用至此之后的两个月内，新增加的外商投资项目也仅有39个[4]。此外，2016年，上海、广东、天津、福建四大自由贸易试验区共实现税收收入4090.55亿元，远高于全国同口径税收增速[5]。

2.2.2. 市场效率提高

2013年版的负面清单自实行时就将负面清单以外的外商投资项目由核准制改为备案制，将外商投资企业合同改为备案合同。变核准制为备案制，一方面弱化了政府对外商投资领域干涉，使之能以市场资源配置的良好方式运转，另一方面大大的减少了外商进入我国投资领域的时间成本，加速了外商走进自贸区市场的脚步。此外，负面清单以清单方式明确规定了哪些项目不允许外商投资，外资企业就可以根据负面清单自行调整投资计划，无需苦苦等待对外经贸主管部门的批准，外商准入程序的大幅精简，使得外商投资更加简单、便捷、易操作。

2.2.3. 政府职能转变

政府在外商投资领域起着监管者和保护者的核心作用。传统的政府执法模式对市场投资领域进行了较多干预，负面清单模式倒逼政府职能转换，从管理型转向服务型。对于负面清单之内的内容，政府进行合规合法性审查和监督，保护良好的市场秩序；对于清单之外的内容，外商可以进行投资的项目，政府要对执法活动重新定位，要以为市场主体提供便利、提供良好的公共服务为其主要目的和出发点。这

就要求行政机关对其职责有着准确的定位，知道什么可为什么不可为，同时还需让市场主体明晰什么可为，什么不可为，从而建立起良性的政府 - 市场结构。

3. 自贸区负面清单的问题

3.1. 负面清单的透明度较低

负面清单作为外商投资的准入限制，其规定必须具有相当的明确性和可操作性，这样行政机关和外商投资者才能更好的实施。然而，目前我国自贸区的负面清单尚有个别条款多余，措辞含糊。以 2015 年国务院颁布的负面清单为例，其中第四十四项规定：医疗机构属于限制类，限于合资、合作。其中对于合资比例并没有明确的规定，如果仅仅根据字面意思将合资理解为医疗机构内既有外商资本又有中国资本，而不对合资的比例进行限制，若出现极端的情况外商资本占股权 99.9%，内资仅占股权的 00.1%，在这个情境中，行政机关是允许还是禁止这一医疗机构进入自贸区？此类条款就使得负面清单的操作性降低，加重行政执法以及外商投资的成本，不利于负面清单的实施。

3.2. 负面清单的开放性有限

我国负面清单的规定过于冗长，涉及部门和产业过多。虽然 2015 年版负面清单已经经过两次缩减，但是由于条文基数大，目前仍有 122 条特别管理措施，其中 85 条属于限制性管理措施，37 条属于禁止性管理措施，文本内容十分庞杂，可见被限制准入的行业占了大部分，都是需要满足一定的投资条件，增加了外商投资的隐性壁垒。再与国际标准相比较，美国 - 韩国 FTA 中美国负面清单中总共包括三个附件，不符措施总共才不到 40 条，我国的负面清单要想得到世界的普遍承认，仍有相当大的提升空间 [6]。

3.3. 负面清单的配套法律不完善

虽然负面清单的外商准入管理模式现在仅仅存在于四个自贸区，以及即将挂牌上市的第三批七大自贸区，但是我们可以发现负面清单所涵盖的不仅仅是外商投资准入机制，其功能的发挥仍需要相关法律制度予以配套和完善。比如：对“外商”如何界定，我国是以企业的注册地为标准对外商予以认定，而世界上绝大多数国家或地区是采取住所地主义，这种矛盾和冲突就阻碍了负面清单的良性运行，需要通过相关国内法对诸如此类的问题进行阐述和解决。

其次，2013 和 2014 年版负面清单是由上海市人民政府颁布的，2015 年版的负面清单由国务院颁布，因此我们可以将负面清单定性为政府规章。但是，其修改权以及解释权又该由谁行驶呢？目前法律尚未规定。同时，不同的语言文化背景，不同的利益代表都容易是投资处于国际争端中，纠纷解决机制的存在就显得尤为必要。

4. 自贸区负面清单的完善

4.1. 提高负面清单质量，增加透明度

透明度原则是 WTO 对各成员国设置的国际法义务，其重要性不言而喻。[7]负面清单的制定过程中用词要精准，保证其可操作性，尤其是对限制外商投资的产业要对其限制的对象，条件做出准确的界定，避免可能存在的歧义和不确定性。同时，在我国自贸区负面清单的实施经验尚缺的情况下，建议国务院在前五年内对负面清单实行每年更新制，根据最新情况进行调整。待我国负面清单管理模式相对完善时，再予以稳定，保证其确定性。

4.2. 缩减负面清单条文，扩大开放度

1) 缩短负面清单。自贸区的负面清单诞生于多年的审批制和正面清单的背景下，15年版的负面清单虽然已经经过两次瘦身，仍有152个限制产业，存在着大量投资隐性壁垒。应大幅削减限制投资行业，增加外商投资的吸引力。但同时考虑到我国的基本国情，目前确实有一些产业涉及到国家经济和社会的稳定发展，在削减负面清单时也要考虑到本土行业竞争力的问题，毕竟负面清单不是越短越好。具体来说，可以将具有一定程度竞争力的本土企业从负面清单中除去，当然这些企业还必须对国民经济和社会的影响不大；可以将不便在自贸区开展外商投资的产业去除，例如农林牧渔业^[8]。

2) 我国负面清单的行业分类表要逐渐向国际标准靠拢。从而增加对外商的吸引力，形成以自贸区为中心将国际标准辐射至周边各省乃至全国，促进国内各行业共同进步与发展的局面。

4.3. 加速负面清单立法，保证合法性

应加快通过外国投资法，使得负面清单的实行有法律依据。2015年，商务部启动了《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》的修改工作，形成了《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》。草案具有数个亮点，第一，草案规定了公开透明原则，外商在中国境内的投资活动，应遵循公开、透明原则。²第二，对外资进行了界定，原则上以注册地为标准，同时将境内受外资控制的企业所进行的投资也界定为外商投资。³第三，完善了外资国家安全审查制度，加强了事中事后的监督。此外，应通过制定专门法律，将负面清单的解释权、修改权赋予特定主体，并将纠纷解决机制予以确定。

应加强行政监管立法，目前的负面清单给予外国投资者准入前国民待遇，使得外商在自贸区投资的进入门槛降低，但是在外商进入自贸区后应该如何进行监督，目前的行政立法尚不完善。行政机关应制定相应的监督规范，对有关监督的方方面面进行规定，从而为行政执法和行政监督提供法律保障。

应完善国内法律体系。目前负面清单的模式仅实行在自贸区，然而自贸区内的行业多种多样，每一行业内的每一产品都很有可能存在国内单行法进行规范。因此，负面清单和国内法是纠缠在一起的，这就需要在新的负面清单制定后对国内法进行梳理，将与负面清单相背的条文删除，将过时的条文及时废止，并且调整相应的法律，从而保障立法体系的统一性，建立自贸区良好的法制环境。

5. 结论

负面清单在自贸区的实施对外商投资乃至国内投资业的影响是巨大的，体现了政府管理观念的变化，外商投资从政府主导型逐步转向为政府服务型、市场自由化的模式。自贸区负面清单的管理体制也必将影响国内的市场投资模式，加速国内投资理念的变化，有利于推动我国经济的发展。面对自贸区负面清单制度下，文本质量不高、概念界定模糊，自贸区外商投资开放性较低，以及配套法律不完善的问题，我们可以推定政府的职能并没有完全实现。应该通过提高负面清单质量，增加透明度；缩减负面清单条文，扩大开放度；以及加速负面清单立法，保证合法性等措施，实现自贸区负面清单外商投资管理模式的利益最大化、弊端最小化。

参考文献 (References)

[1] 胡加祥. 国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单[J]. 上海交通大学学报: 哲学社

² 《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》第八条：国家对外国投资者在中国境内投资的管理，应遵循公开、透明的原则。

³ 《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》第十一条：本法所称的外国投资者，是指在中国境内投资的以下主体：(一)不具有中国国籍的自然人；(二)依据其他国家或者地区法律设立的企业；(三)其他国家或者地区政府及其所属部门或机构；(四)国际组织。受前款规定的主体控制的境内企业，视同外国投资者。

会科学版, 2014, 22(1): 65-73.

- [2] 龚柏华. “法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”模式[J]. 东方法学, 2013(6): 137-141.
- [3] 全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国外资企业法》等四部法律的决定[EB/OL]. http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-09/03/content_1996747.htm, 2016-09-03.
- [4] 方辉. 中国自贸区负面清单管理模式研究[D]: [硕士学位论文]. 广州: 广东财经大学, 2016.
- [5] 包兴安. 四大自贸区去年税收破 4000 亿元[N]. 证券日报, 2017-03-04(A01).
- [6] 谢进. 浅析我国自贸区负面清单管理模式[J]. 企业导报, 2015(22): 30, 32.
- [7] 陶立峰. 国际投资规则视阈下的负面清单法律定位[J]. 上海对外经贸大学学报, 2015, 22(3): 57-65.
- [8] 浦婷婷. 我国外资准入模式转变的法律问题——以上海自贸区负面清单为视角[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2015.

期刊投稿者将享受如下服务:

1. 投稿前咨询服务 (QQ、微信、邮箱皆可)
2. 为您匹配最合适的期刊
3. 24 小时以内解答您的所有疑问
4. 友好的在线投稿界面
5. 专业的同行评审
6. 知网检索
7. 全网络覆盖式推广您的研究

投稿请点击: <http://www.hanspub.org/Submission.aspx>

期刊邮箱: ass@hanspub.org