

上海自贸区“负面清单”模式 是我国深化改革的突破口

□复旦大学法学院教授 龚柏华

中国(上海)自由贸易试验区(以下简称上海自贸区)的建设是我国全面深化改革和扩大开放的重要举措。探索建立投资“准入前国民待遇”和“负面清单”管理模式更是这次上海自贸区建设的亮点和难点。十八届三中全会《决定》指出,“探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式。”李克强总理在政府工作报告中把“设立中国上海自由贸易试验区、探索准入前国民待遇加负面清单的管理模式”作为推动开放向深度拓展的重要举措。根据新近制定的《中国(上海)自由贸易试验区条例》的规定,自贸试验区实行外商投资准入前国民待遇加负面清单管理模式。负面清单列明国家规定的对外商投资采取的准入特别管理措施。负面清单之外的领域,外商投资企业设立和变更实行备案管理;外商投资项目实行备案制,但国务院规定对投资项目保留核准的除外。负面清单之内的领域,外商投资企业设立和变更实行审批管理;外商投资项目实行核准制,但国务院规定对投资项目实行备案的除外。

“负面清单”模式是高标准国际贸易和投资协定的谈判模式

“准入前国民待遇”是国内学者对



位于上海自由贸易区的保税商品展示交易中心

英文 pre-establishment 的意译。联合国贸易和发展会议文件根据外资国民待遇适用的不同阶段,将国民待遇分为“设立前(pre-establishment)国民待遇”和“设立后(post-establishment)国民待遇”。一般将“设立前国民待遇”等同于“准入前国民待遇”。严格地说,应该称为“设立”或“准入”国民待遇。

“负面清单”是英文 Negative listings 的直译,也可翻译为“否定清单”、“负面列表”、“否定列表”。就国际贸易或投资协定背景而言,“负面清单”是个俗称,在投资协定中通常是“不符措施”的代称,即在外资市场准入(设立)阶段不适用国民待遇原则的特别管理措施规定的总汇。

在国际贸易或投资协定中,目前有两种义务承诺模式:第一种为肯定清单模式;第二种为否定清单模式。第一种肯定模式以《与服务贸易有关的总协定》(GATS)为代表。在这种模式下当事方的义务是按“正面清单”作出承诺,即对市场准入的范围作出肯定性承诺。在“正面清单”的承诺方式下,某一服务部门开放与否的选择权归 WTO 各成员,未列入清单的服务部门是各成员的保留范围。第二种模式是以《北美自由贸易协定》(NAFTA)为代表。NAFTA 创设了“准入前国民待遇+否定清单(不符措施)”的投资规则模式。NAFTA 的不符措施是一系列对国民待遇、最惠国待遇以及其他义务的例外措施。这些例外措施按规定需要按照固定格式列表,其法律地位是协定的一部分。

“负面清单”模式需要与高标准的透明度要求相配合。“负面清单”方式要求对不符措施进行充分的信息披露,当事国不仅需要一般披露政府有关投资的法律法规,而且要披露包含在法律法规中的投资限制性措施的性质、范围、水平等。

上海自贸区的“负面清单”模式实际上是中美双边投资协定(BIT)中“负面清单”谈判的先试先行。美国奥巴马政府于2012年4月20日公布了修订后的BIT范本,即2012年BIT范本,提出了被俗称为“负面清单”和“准入前国民待遇”的两大前提条件,即在投资的市场准入阶段(如设立或并购时)东道国就必须给予外国投资者国民待遇。2013年7月10至11日,中美双方举行了第五次战略与经济对话,我国同意开始与美国进行投资协定的实质性谈判,该投资协定将对包括准入环节投资的各个阶段提供国民待遇,并以“负面清单”模式为谈判基础。由于目前我国在外资投资管理上是采取“正面清单”的准入后国民待遇,并配有例外规定。因此,如果按照目前中美已经达成的谈判模式,我国现有的外资准入限制体制将面临重大调整。“负面清单”模式对中国政府谈判来说增加了难度,不仅需要仔细梳理现行的不符措施,而且还要前瞻性想象未来施政空间。在谈判过程中还要拿出经过细致措词的清单,考虑前后呼应的体系性例外架构。上海自贸区的“负面清单”模式则是将来这种模式调整的自主性的“先试先行”。

上海自贸区“负面清单”模式是我国外资管理模式的改革

2013年9月18日,国务院批准《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》。方案中提到要“探索建立负面清单管理模式”。这种“负面清单”模式实际上就是上述提到的与市场准入(设立)阶段国民待遇(俗称“准入前国民待遇”)不符措施的清单。2013年9月22日,上海市人民政府通过了《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》。该办法第11条标题为“负面清单管理模式”,规

定:“自贸试验区实行外商投资准入前国民待遇,实施外商投资准入特别管理措施(负面清单)管理模式。对外商投资准入特别管理措施(负面清单)之外的领域,按照内外资一致的原则,将外商投资项目由核准制改为备案制,但国务院规定对国内投资项目保留核准的除外。”

2013年10月1日,上海市人民政府公布了《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)(2013年)》。从内容上看,上海自贸区的“负面清单”是按照《国民经济行业分类及代码》(2011年版)分类编制的,包括18个行业门类。S(公共管理、社会保障和社会组织)和T(国际组织)这2个行业门类不适用负面清单。“负面清单”共涉及18个门类,89个大类,419个中类,1069个小类,共190条管理措施。相对于1069个产业小类来讲,大概有17.8%,有特别的管理措施。其中使用禁止字样的有38条、限制字样的为74条(限制项有152个)。

上海自贸区的“负面清单”实践上还有一个“兜底条款”,即除列明的外商投资准入特别管理措施,禁止(限制)外商投资国家以及中国缔结或者参加的国际条约规定禁止(限制)的产业,禁止外商投资危害国家和社会安全的项目,禁止从事损害社会公共利益的经营。此外,自贸试验区内的外资并购、外国投资者对上市公司的战略投资、境外投资者以其持有的中国境内企业股权出资,应当符合相关规定要求;涉及国家安全审查、反垄断审查的,按照相关规定办理。至于“港、澳、台”投资者在上海自贸区内参照“负面清单”执行,即其地位视同外资。但在有特殊安排(如CEPA、ECFA)下,如果相关内容能在上海自贸区内适用的,又可享受这种优惠,即它们又不同于一般的外资地位。这一规定本身也应该属于“负面清单”

内容,否则很难解释其符合市场准入的国民待遇。

如果细读上海自贸区的“负面清单”,比较现行《外商投资产业指导目录(2011年修订)》发现,其内容并无实质性突破,更多地是从分类、编排上做了调整。《外商投资产业指导目录(2011年修订)》是经国务院批准、自2012年1月30日起施行的,是按鼓励类、限制类和禁止类来规范外商投资市场准入的。长期以来,对《外商投资产业指导目录》是“正面清单”模式还是“负面清单”模式,一直争论不休。由于三类同时列举,无法确认“鼓励类”是原则,还是“禁止类”是原则。何况其中又夹杂着难以归类的“限制类”。在实践中,我国对外资采取逐案审批的制度。这在一定程度上夹带着不透明和低效率的弊病。这次上海自贸区“负面清单”是将“禁止类”和“限制类”合并。从而,明确了该清单的“负面”性质,即除非“清单”中提到的禁止或限制,否则就不存在禁止或限制(当然还有不在此清单中的“兜底性”规定,如国家安全)。“负面清单”分类下的内容写得越具体,其禁止或限制的内容就越少,其透明度和操作性就越强。另外,还公布了经选择的金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务以及社会服务六大领域扩大开放的“正面清单”,暂停或取消了投资者资质要求、股比限制、经营范围限制等准入限制措施(银行业机构、信息通信服务除外)。这六大领域的扩大开放有23项措施,涉及18个行业。目前22项措施已经落地,还有1项措施(有限牌照银行)正在推进之中,不久也会落地。

上海市商务委员会正会同上海市发展改革委员会、自贸试验区管委会等单位研究修订上海自贸区负面清单,尽快推出“2014版的负面清单”。据悉,“2014版的负面清单”修订工作遵循以下三个原则进行:第一是着眼于开放

性经济建设,率先推动自贸试验区服务业领域开放。2013版的负面清单选择了六大服务业领域的开放,即以“正面清单”模式作为“负面清单”模式的补充,明确开放的措施。2014版的负面清单将继续扩大服务贸易开放的“正面清单”范围。第二是参照国际通行规则,通过负面清单修订,提升政府管理的透明度和开放度。2013版“负面清单”的一个主要缺陷是没有区分“禁止”与“限制”,有20多条没有写清楚“限制”措施的范围。另外,“2014版的负面清单”可能将个别在2013年负面清单中遗漏的“禁止”或“限制”措施补上,以形成“完整”的负面清单。如果按照国际贸易投资协定的规则,“负面清单”内容是不能倒退的,即不能增加“负面”内容。由于上海自贸区的“负面清单”还不是国际协定,因此不存在这种不允许倒转的“齿轮”规则。但今后不宜再采取这种“补遗拾漏”的做法,特别是上海自贸区的负面清单模式想成为中美双边投资协定谈判的先试先行,更不能让人留下“负面”印象。第三是充分考虑自贸试验区现有产业基础和未来经济定位。负面清单需要为未来可能出现的新兴行业与新兴业态预留空间。上海自贸区负面清单是按照现有《国民经济行业分类及代码》编制的,而物联网、云计算、动漫设计、电子支付等新兴行业在《国民经济行业分类》国家标准中找不到对应类别,因此未出现在负面清单上。将来的负面清单需要明确保留对新兴行业与新兴业态制定不符措施的权利,以视情对其加以限制或扶持。

市场准入的“负面清单”将推向限制权力的“负面清单”

上海自贸区“负面清单”是其外资管理模式重大转变的标志。推出负面清单和备案制之后,上海自贸区形

成了备案为主的外资准入管理。目前试验区里的外商投资93.5%都是在负面清单以外,按照备案制的方式来设立的。由于上海自贸区“负面清单”是在短时期内推出的项目,因此,它仍然需要进一步完善。我们不应该局限于关注“负面清单”的内容,而要放眼看到,上海自贸区“负面清单”给我国带来的行政管理理念的革命将是深远的,是将政府权力关进规则的笼子里的先试先行。“负面清单”实际上是原则的例外,体现的是“法无禁止即可为”的法律理念,遵循的是“除非法律禁止的,否则就是法律允许的”解释逻辑。这种思想如果在上海自贸区法治实践中得以贯彻,通过“推广、复制”,可影响我国进一步的法治改革,推出“权力清单”的行政模式。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出,在制定负面清单基础上,各类市场主体可依法平等进入清单之外领域。其实质是要把负面清单管理方式推广到我国国内市场,将禁止或限制企业从事的项目明确列出且平等适用于国有和非国有、内资与外资企业,这不仅是市场准入方式的改革,更是政府管理经济方式的一次重大变革。李克强总理在博鳌亚洲论坛2014年年会上明确表示,“我们将继续加大简政放权力度,建立政府权力清单制度,探索实行负面清单管理模式,通过中国(上海)自由贸易试验区等建设,形成有益经验,并复制与推广到其他地区。”

上海自贸区的负面清单模式有利于放宽市场准入,创造更好的营商环境,鼓励公平竞争,建设法治经济,从而更多释放改革红利,激发社会创造活力。由此,我们可以说,上海自贸区“负面清单”模式是我国深化改革的突破口。□

责任编辑 张蕊