

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

胡加祥

(上海交通大学凯原法学院, 上海 200030)

摘要: 中国(上海)自由贸易试验区将实行“准入前国民待遇”加“负面清单”这样的开放模式。在负面清单所列的行业领域之外,包括外资在内的各类非公有制企业可以与国有企业一样,在准入阶段享受国民待遇。然而从法律角度分析,准入前国民待遇可以分为“完全的准入前国民待遇”和“有限的准入前国民待遇”,各个国家在众多自由贸易协议和双边投资协定中所列的负面清单内容也是千差万别。成立上海自贸区的目标之一是形成一套“可复制、可推广”的经验和制度。试验区试行阶段乃至中国下一步改革开放将采用何种形式的准入前国民待遇,给所有非公有制企业提供一份什么样的负面清单,这些不仅是上海自贸区目前迫切需要解决的任务,也是中国下一步改革开放之前需要认真思考的问题。

关键词: 上海自贸区; 准入前国民待遇; 负面清单

中图分类号: F202 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7095(2014)01-065-09

启动于2008年的中美双边投资协定谈判,经历九轮之后,终于在2013年夏天举行的第五次中美战略经济对话中取得了突破性进展。中方同意以准入前国民待遇和负面清单为基础与美方进行投资协定实质性谈判。^①此举意味着我国给予包括外资在内的各类非公有制企业的国民待遇将由现在的“准入后”提前至“准入前”。此前,李克强总理于2013年7月3日主持的国务院常务会议原则通过了《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》,其中的一项重要举措就是在自由贸易区内(以下简称“上海自贸区”),对外资的审批方式由现在依据“外商投资产业指导目录”改为依据“负面清单”审批。这项改革的意义堪比当年的入世,它对中国今后的经济体制改革乃至政治体制改革都将产生深远影响。

一、“准入前国民待遇”与“准入后国民待遇”

国民待遇原指一个国家和地区给予外国(地区)的自然人、法人以本国(地区)自然人、法人在经济和民事方面所享有的同等待遇,^②它始于19世纪初。1804年公布施行的《法国民法典》第11条

收稿日期:2013-10-18

基金项目:上海交通大学文理交叉课题“国际航运中心税收竞争模型构建与财税法之应对”(11JCY01)

作者简介:胡加祥,上海交通大学凯原法学院教授。

① 参见周武英:美国多头推进贸易投资谈判,《经济参考报》,2013年7月15日,第A04版。

② 自世界贸易组织成立后,不具有独立主权、但是在对外经济事务方面具有高度自治权的“单独关税区”(separate customs territory)已经具有国际法上的主体地位。本文所涉及的“东道国”和“外国”既包括主权国家,也包括单独关税区。

规定:“外国人,如其本国和法国订有条约允许法国人在其国内享有某些民事权利者,在法国也享有同样的民事权利”。自此以后,国民待遇逐渐被引入一些双边协定,成为国与国之间在贸易往来中彼此给予对方相应待遇的基本条款。

20 世纪 30 年代,美国与数十个国家签订了友好通商航海条约,^③国民待遇是其中的必备条款。^④ 这些双边协定为日后布雷顿森林体系的建立奠定了广泛的社会基础,国民待遇也成为影响至今的多边贸易体制的基石条款。随着经济全球化的推进,国民待遇由贸易领域延伸至投资领域,从晚近开始被广泛纳入双边投资保护协议之中,^⑤成为投资自由化规则的核心内容。

国际投资不仅涉及一国的经济发展,也关乎这个国家的政治安全。因此,各国都将外资管理视为主权范畴内的事项,即使像欧、美这样的发达国家,对外资进入也有严格的准入标准。^⑥ 也正因为如此,国际社会还没有形成像《WTO 协议》这样对各成员具有普遍约束力的国际投资法典,更没有像世界贸易组织这样的国际组织规制各成员管制国际投资的行为。允许外资进入本国哪一类企业,享受何种待遇,这主要依据各国的国内法以及双边和多边国际投资协定。

对于国际投资领域的国民待遇,学界有两种不同的定义模式:第一种观点认为,国民待遇是指东道国给予外国投资者的待遇应“不低于”(no less favorable than)其给予本国投资者的待遇,这里不排除给予外国投资者“超国民待遇”。^⑦ 我国在改革开放后的相当长时间里,实际给予外国投资者的是超国民待遇,尽管这种做法曾遭到部分学者的质疑。^⑧ 第二种观点认为,国民待遇是指东道国给予外国投资者的待遇应“等同于”(as the same favorable as)其给予本国投资者的待遇。这里所指的国民待遇不限于投资领域,也包括贸易等其他领域。^⑨ 上述两种观点的相同点是国民待遇授予的范围都涉及东道国开放的投资领域;不同点在于前者有可能出现“超国民待遇”(more favourable than),后者则强调相同的待遇(the same favourable)。这种差异源于有关国际投资协定关于国民待遇表述本身存在的差异,^⑩反映出不同国家对国民待遇原则基本精神的不同认识,体现了它们在吸引外资问题上各自的倾向性态度。^⑪

③ 当时的国际经济活动以国际贸易为主,国际投资不占主要地位,反映在双边条约中就是关于贸易的保护规定较多,而关于投资的保护规定则很少。

④ 20 世纪 20 年代的那场世界经济危机导致包括美国在内的世界各国纷纷采取贸易保护主义政策。1932 年上台的美国总统罗斯福说服国会通过了《1934 年互惠贸易协议法案》(Reciprocal Trade Agreements Act of 1934),推动了美国与其他国家签订双边协定,开放彼此的贸易市场。参见胡加祥:一个学理与实践中的难题——条约与协议在美国的直接适用与间接适用机理分析,《太平洋学报》,2012 年第 3 期。

⑤ 广义的投资协定包括双边投资协定(Bilateral Investment Agreement)和含有投资内容章节的自由贸易协议(Free Trade Agreement),本文采用后者的概念。

⑥ 中国的中兴、华为等企业兼并美国企业屡屡受挫就是这方面的例子。参见刘方远:国产厂商出海“困境”:中兴在美“突围战”,《21 世纪经济报道》,2013 年 10 月 12 日 07 版;2013 年 10 月 11 日中国新闻网:华为董事称华为至少五年内不会考虑重大收购。http://finance.chinanews.com/it/2013/10-11/5364115.shtml(访问日期:2013 年 10 月 13 日)

⑦ 如姚梅镇所著《国际投资法》中的定义:“国民待遇标准是指外国人同本国国民在享受权利和承担义务方面,有同等地位,即授予外国人所享有的权利,不得低于本国国民所享有的同等权利”。姚梅镇:《国际投资法》,修订版,武汉大学出版社 1987 年版,第 331 页。

⑧ 参见丁伟:“超国民待遇合理合法论”评析,《政法论坛》,2004 年第 2 期。

⑨ 如王铁崖在其主编的《国际法》一书中称,国民待遇是指一国给予外国人的待遇和给予本国人的待遇一样,即在同样条件下,二者所享受的权利和承担的义务相同。王铁崖:《国际法》,法律出版社 1995 版,第 369—370 页。

⑩ 例如,《保护工业产权巴黎公约》和《外国直接投资待遇指南》均将国民待遇表述为“等同”的意思,而 WTO 协议下的 GATT、GATS、TRIPS 以及 TRIMS 等协议关于国民待遇表述均为“不低于”。

⑪ 参见郭德香:《论国民待遇原则在国际投资领域中的适用问题》,《公民与法》,2009 年第 6 期。

从各国吸引外资的实践来看,国民待遇在外国投资领域主要体现在“准入”和“营运”两个阶段。^⑫ 准入阶段的国民待遇也称“准入前国民待遇”,指在企业设立、取得、扩大等阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇,即给予外资和内资包括“准入权”和“设业权”在内的国民待遇。这是将国民待遇提前至投资发生和建立前阶段,其核心是给予外资准入权。它相对于现在普遍被采用的投资领域国民待遇,是将国民待遇由“准入后”提前至“准入前”。当然,这种将国民待遇前置到准入阶段,并不意味着外资与内资在准入领域没有任何区别。任何一个国家都会在宣布给予准入前国民待遇的同时,公布一份限制外资准入的清单,^⑬ 只有在这份清单列举的领域之外,外资才与内资享有同等的准入权。因此,从这个意义上讲,世上没有“完全的准入前国民待遇”,只有“有限的准入前国民待遇”。

营运阶段的国民待遇就是通常所称的“准入后国民待遇”,它不涉及负面清单问题,一般都是规定在东道国制定的外资立法或者签订的双边投资保护协定中。准入后国民待遇是在公布的外商投资产业指导目录范围内,^⑭ 东道国给予外国投资国民待遇的一种做法。世界上大多数国家在这个阶段一般都给予外资以国民待遇,以使内外资有同等的经营机会。准入后国民待遇具体又可分为两种类型:一种是“有限的准入后国民待遇”,指东道国在准入后阶段给予外国投资者以国民待遇的同时,同时保留较大的自由裁量权,包括审批权、监管权等;另一种是“全面的准入后国民待遇”,它只是对国民经济极为重要的特定产业或幼稚产业明确列举予以例外保护外,在实体标准上采用“类似情况”和“不低于”这样的表述,其特点是适用法律上和事实上的国民待遇条款与其他待遇条款并存。^⑮

如果东道国给予的是营运阶段的国民待遇,那么无论是“超国民待遇”,还是“相同的国民待遇”,它们适用的都是有前提的,即仅限于东道国政府承诺对外资开放的领域。东道国没有开放的领域,就不存在适用国民待遇的问题。因此,准入后国民待遇确切地讲是一种“有条件的国民待遇”,这个“条件”就是国民待遇获得的前提条件是外资能够进入相关的投资领域。有条件的国民待遇对于外国投资者最大的不利就是信息不对称。外国投资者要想在某个国家投资,就像是摸着石子过河。他首先要了解该国哪些领域是对外资开放,哪些是不开放。即使是在开放的领域,不同规模的企业审批权限也不一样,这些信息本国投资者也不一定能够全面掌握,对于外国投资者而言,简直就像是一道道无形壁垒。与此同时,审批环节也容易导致“权力寻租”等腐败现象的滋生。

相比之下,“准入前国民待遇”的做法就比较透明,除了负面清单上明确禁止外资进入的领域外,其余所有领域都对外资开放。从各国实践看,负面清单上列举的一般都是涉及国计民生的重要行业,在许多国家都只允许国有企业或者由国有资本控股的企业进入,即使是东道国的非公有制企业也无法进入。因此,这是一种“无条件的国民待遇”,因为外资进不了的领域,本国民营资本也不允许进。本国民营资本能够进的领域,外资与内资享受的待遇没有区别,也不存在“超国民待遇”现象。因此,负面清单是东道国对外开放的重要标志。清单所列的内容越少,开放度就越高;清单列举的内容越多,则开放度越低,甚至与实施准入后国民待遇的效果没有太大的区别。

根据“法不禁止即允许”原则,“准入前国民待遇”与“准入后国民待遇”的一个重要区别就是举

^⑫ 参见 Joel P. Trachtman, “Toward Open Recognition? — Standardization and Regional Integration under Article XXIV of GATT”, *Journal of International Economic Law*, No. 2, 2003.

^⑬ 该清单的英文表述为“negative list”,中国学者及官方文件将此翻译为“否定式清单”(余劲松、郭德香)、“否定清单”(赵玉敏、李庆灵)、“负面清单”(上海市人民政府文件“沪府发(2013)75号”),意思相同。

^⑭ 我国目前执行的是2011年由国家发改委修订公布的《外商投资产业指导目录》。

^⑮ 参见王贵国:《区域安排法律问题研究》,北京大学出版社2004年版,第48页。

证责任倒置。在“准入后国民待遇”的情形下,东道国政府只是承诺给予外国投资国民待遇,至于这种待遇落实在哪些具体领域,这需要外国投资者自己去了解,因为开放的领域只是少数,更多的领域是不开放的。即使在开放的领域,还会有各种各样的限制条件,如出资规模、出资比例等,而东道国政府的规定又往往分布在不同部门制定的规章里。然而在“准入前国民待遇”的情形下,东道国需要明确列举哪些领域是限制或禁止包括外资在内的各类民营资本进入,除此之外,不存在其他限制条件。“限制”是指具备一定条件的资本才能进入,这里没有内资和外资的区别;“禁止”则是明确将民营资本排除在外,无论是内资,还是外资。

二、准入前国民待遇与负面清单

联合国贸易与发展委员会将世界各国对待外资准入的态度列为五种模式,即控制模式、选择性开放模式、区域工业化项目模式、相互国民待遇模式、国民待遇和最惠国待遇结合模式。在上述五种外资准入模式中,除控制模式是将外资准入完全置于本国法律、法规和行政权力的监管之下外,其余四种都不同程度地涉及给予外资在准入阶段的国民待遇问题。选择性开放模式是通过制定“正面清单”(类似我国的“外商投资产业指导目录”)向外资提供有限的准入权和开业权。外资只能在东道国指定的领域投资、开业。区域工业化项目模式是基于区域经济一体化(关税同盟、自由贸易区)协定中的国民待遇条款给予外资完全准入权模式,其中关税同盟内各国彼此给予的待遇相当于相互国民待遇模式,即对区域经济一体化组织中成员的所有自然人、法人在国民待遇的基础上提供完全的准入权(包括开业权和就业权)。国民待遇和最惠国待遇相结合的模式是基于国民待遇和最惠国待遇两者从优适用的原则,给予外资完全的准入权(准入前国民待遇),并通过制定明确的负面清单,保留禁止或限制开放的部门。^⑩

准入前国民待遇是准入后国民待遇的“升级版”,是“控制模式”和“选择性开放模式”向“国民待遇和最惠国待遇相结合模式”的转变,这是许多国家对外开放发展到一定阶段的必然选择。在实践中,准入前国民待遇还可以具体分为“渐进式的准入前国民待遇”和“激进式的准入前国民待遇”。渐进式的准入前国民待遇是将国民待遇扩大到准入后至准入前阶段,从而在一定程度上限制了东道国关于外资准入的自由裁量权,但是东道国对于自由化程度和步伐以及准入的条件仍保留着某种程度的控制权。例如,像世贸组织《服务贸易总协定》所采取的渐进方式,在承诺给予国民待遇的前提下,WTO 成员采用“选择准入”(opt-in)方式逐步开放服务贸易市场,即除非是该成员在承诺表中明确列举的这些服务贸易领域,否则在准入前阶段不适用国民待遇;或者像 APEC 文件《投资原则》所使用的“尽最大努力”(best endeavours)这样的原则表述,^⑪这种宽泛的表述可以使东道国在法律上不受准入阶段给予国民待遇具体承诺的约束,为其在向准入前国民待遇过度提供了一定的回旋余地。这种方式对那些希望以渐进的方式对外资准入实行自由化的国家比较合适。激进式的准入前国民待遇则通过制定“负面清单”明确列出东道国需要保护的产业,除此之外,在准入阶段给予国民待遇的承诺原则上扩及所有外国投资者,包括那些新兴的产业。这种方式缩小了东道国的自由裁量权,在相当程度上限制了东道国控制外资准入的传统权利。^⑫

准入前国民待遇的做法首先出现在美国的外资立法中。美国虽然于 1976 制定了《国际投资调查法》,1978 年制定了《关于农业外国投资申报法》,但是外国投资者只需承担一般性的申报义

^⑩ UNCTAD, *Global Investment Trends Monitor*, No. 5, 17 January 2011.

^⑪ 《投资原则》关于国民待遇的规定如下:除国内法律、规章和政策规定的例外以外,成员国在关于投资的设立、扩大、经营以及保护方面,将给予外国投资者在类似情况下所获得的待遇。转引自 UNCTAD, *International Investment Agreements: Flexibility for Development*, p. 101, UNCTAD/ITE/IIT/18, UN, New York & Geneva, 2000.

^⑫ 参见余劲松:《中国发展过程中的为外资准入阶段国民待遇问题》,《法学家》,2004 年第 6 期。

务,美国至今没有关于审查和甄别外国投资的法律规定。^① 外资在美国普遍享有准入前国民待遇,外资在美国既无优惠,也不受歧视。美国法律对外国投资一般也不按国别实行差别对待或予以特别限制。基于国家安全以及经济利益的需要,美国对某些关键部门中的外国投资给予一定的限制。例如,原子能、水力发电以及通讯等行业只能由美国公民、美国社团或在美国国内注册的公司经营。^② 此外,外国投资在银行、保险等行业中也受到一定的限制。在美国看来,对这些少数重要行业限制外国投资,这属于国民待遇的例外,大多数行业都是对外资开放的,而且开放得还比较彻底。

与准入前国民待遇相伴而生的是负面清单。“准入前国民待遇+负面清单”模式最早是在《北美自由贸易协定》(NAFTA)中提出的,其核心是负面清单的内容。负面清单是指凡是针对贸易、投资的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施,或业绩要求、高管要求等方面的管理措施均以清单方式明确列明。NAFTA第301条是针对货物贸易的国民待遇条款,要求加入协定的各方遵守GATT第三条规定。第301条的附件是各方实施国民待遇的负面清单,明确列举加拿大、墨西哥和美国各自不适用第301条和309条(进出口限制规定)的具体情形,其中涉及加拿大的有5款,包括加拿大对木材出口的管制措施、对鲜活鱼出口的管制措施、针对1985年关税法案第七编所列产品的进口管制措施以及对部分烈性酒的出口管制措施;涉及墨西哥的有4款,包括专属于墨西哥通讯和运输企业的通讯与运输服务不对外开放的规定、(协定生效十年内)墨西哥禁止或限制旧货商品进口的管制措施;涉及美国的有3款,包括对含有蒸馏酒精的进口香水征收关税等措施。^③

受NAFTA的影响,发达国家和部分发展中国家也开始在与别国签订的自由贸易协议中采用准入前国民待遇条款。根据赵玉敏研究员的统计,截至2009年,仅在亚太地区,就有26个自贸区协议包含了有关投资的准入前国民待遇条款,涉及的国家既有美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、日本等发达国家,也有韩国、新加坡、泰国、马来西亚、印度、印度尼西亚、菲律宾、文莱、越南、墨西哥、智利、秘鲁等新兴工业化国家和一般发展中国家。^④ 除了欧盟成员国之外,上述国家都是近年来外国直接投资流向比较集中的国家,其中亚洲是世界上最具投资吸引力的地区。^⑤

虽然上述国家都已经原则上接受准入前国民待遇的概念,但是在实际运用中,还是有很大的差异。有些国家实行得比较彻底,像美国这样的发达国家,除了少数限制外资进入的领域外,其余开放的领域都实行准入前国民待遇。另一些国家在这一问题上则显得比较谨慎。例如,印度只同意将准入前国民待遇条款纳入区域自由贸易协议,不同意在WTO框架下的多边贸易体制和一般双边投资协定中引进准入前国民待遇。在世贸组织讨论投资准入前国民待遇问题时,印度明确表示反对。印度认为:“与货物和服务贸易不同,投资本质上涉及资本运动,常以不同的方式从母国流向第三国,然后再流入东道国。鉴于资本流动和投资性质的复杂性,对准入前国民待遇承诺制定约束性规则既不可行,也没必要。发展中国家需要保留按照其国内利益的特点确立优先重点监管和引导外资的能力”。^⑥ 印度与美国进行的双边投资协定谈判,准入前国民待遇也是双方遇到的主要障碍。可见,准入前国民待遇在不少国家还有一个逐步认识和接受的过程。

^① 参见范丽娜:《国外关于外资国民待遇的规定及立法实践》,《经济论坛》,2006年第8期。

^② 与中兴和华为等中国企业前两年在进军美国市场受挫形成对比的是,双汇集团2013年顺利收购美国最大的猪肉生产商——史密斯菲尔德。参见2013年5月29日的腾讯财经:双汇收购史密斯菲尔德声明全文。<http://finance.qq.com/a/20130529/023078.htm>(访问日期:2013年5月13日)

^③ *North American Free Trade Agreement*, Article 301(National Treatment), Annex 301.3, Section A-C.

^④ 参见赵玉敏:《国际投资体系中的准入前国民待遇——从日韩投资国民待遇看国际投资规则的发展趋势》,《国际贸易》,2012年第3期。

^⑤ 参见于景浩:《机构报告显示2012年亚洲最具投资吸引力》,《人民日报》,2012年1月6日第3版。

^⑥ V. S. Seshadri, “Evolution in India’s Regional Trading Arrangements”, *Journal of World Trade*, No. 5, 2009; Shadan Farasat, “India’s Quest for Regional Trade Agreements: Challenges Ahead”, *Journal of World Trade*, No. 3, 2008.

目前,准入前国民待遇的概念已经逐渐成型,特别是激进式准入前国民待遇,大家对此理解不会有太大差异。然而与此密不可分的负面清单则没有一个统一标准。事实上,各国的经济水平和现实国情各不相同,很难制定一个统一的负面清单模板。然而负面清单直接关系到东道国的开放程度和对外资的吸引力。负面清单内容过长,这会让外国投资者感到东道国没有诚意,对东道国缺乏投资热情;负面清单过短,东道国则担心所面临的风险,因为负面清单一旦公布,东道国在实施相关措施时就会受到约束,即“开弓没有回头箭”。

因此,许多国家都是在本国经济发展到一定阶段,才开始承诺给予外资准入前国民待遇。日本虽然是世界上主要的发达国家和资本输出国,但是直到 2002 年,日本才在与韩国签订的双边投资协定中第一次采用准入前国民待遇。^⑤除了日韩双边投资协定外,日本还在其他十个经济协定中采用准入前国民待遇。^⑥截至 2010 年,韩国虽然已经与世界各国签订了 93 份双边投资协定,但也只是在 2002 年与日本签署的双边投资协定中才首次采用准入前国民待遇。^⑦目前,包括日韩双边投资协定在内,韩国只有在 8 个贸易和投资协定中采用准入前国民待遇。^⑧

我国自改革开放以来的数十年里,法律规定的国民待遇都是指准入后国民待遇,即在我国明确开放的领域,外资才可享受国民待遇。与此同时,相关法律还都规定了一个内容宽泛的限制和禁止条件。^⑨长期以来,学界对于准入前国民待遇大多也是持否定态度。^⑩因此,上海自贸区试行给予包括外资在内的所有非公有制企业准入前国民待遇,这不仅是我国对外开放法律制度的一次重要调整,^⑪也是我们对于国民待遇原则认识的一次重大转变,表明不同的市场主体在我国经济领域将获得更加公平的竞争环境。同时,成立上海自贸区标志着我国改革开放的进一步深入,与经济全球化的步伐更加一致。

事实上,给予所有非公有制企业准入前国民待遇,这并不意味着东道国丧失对其的监管权,因为所有国家承诺的准入前国民待遇都不是无条件的。那些已经普遍实行准入前国民待遇做法的国家大多都具有完善的监管体系。因此,对于中国而言,问题已经不在于是否要承诺给予包括外资在内的所有非公有制企业准入前国民待遇,而在于是否有能力监管在市场经济条件下所有主体依

^⑤ Carsten Fink & Martin Molinuevo, “East Asian Free Trade Agreements in Services: Key Architectural Elements”, *Journal of International Economic Law*, No. 2, 2008.

^⑥ 这十个协定是 2004 年至 2011 年,日本分别与墨西哥、马来西亚、菲律宾、新加坡、智利、泰国、文莱、印度尼西亚、瑞士、印度签订的。数据来源,前引注^⑤。

^⑦ Won-Mog Choi, “Aggressive Regionalism in Korea-U. S. FTA: The Present and Future of Korea’s FTA Policy”, *Journal of International Economic Law*, No. 3, 2009.

^⑧ 这其余 7 个贸易与投资协定是在 2003 年至 2009 年期间,韩国分别与智利、新加坡、欧洲自由贸易联盟、东盟、印度、美国、瑞士签订的。数据来源,前引注^⑤。

^⑨ 参见《外资企业法实施细则》第五条、《中外合资经营企业法实施条例》第四条、《中外合作经营企业法实施细则》第九条。

^⑩ 参见胡雪梅:《服务贸易总协定中的市场准入与国民待遇问题》,《政法论坛》,2001 年第 2 期;刘笋:《浅析投资准入阶段推行国民待遇的条约法的实践及影响》,《天津市政法管理干部学院学报》,2003 年第 1 期;马永梅:《论投资准入阶段国民待遇与中国的实践》,《改革研究》,2005 年第 9 期;李宏丽:《外资准入阶段适用国民待遇可行性研究》,《陕西师范大学学报》,2009 年 7 月,第 38 卷;郭德香:《论国民待遇原则在国际投资领域中的适用问题》,《公民与法》,2009 年第 6 期。

^⑪ 2013 年 8 月 30 日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第四次会议决定:授权国务院在上海外高桥保税区、上海外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区基础上设立的中国(上海)自由贸易试验区内,对国家规定实施准入特别管理措施之外的外商投资,暂时调整《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》规定的有关行政审批(目录附后)。上述行政审批的调整在三年内试行,对实践证明可行的,应当修改完善有关法律;对实践证明不宜调整的,恢复施行有关法律规定。

法经营。东道国的这种能力直接反映在负面清单的内容上,即监管体系越完善,负面清单的内容就越简单;反之则负面清单的内容越详细。因此,从这个意义讲,上海自贸区实行准入前国民待遇加负面清单的开放模式,其实质是在倒逼我国行政能力的提升。

三、上海自贸区负面清单分析

GATT 第二十四条第 8 款(b)项将自由贸易区定义为“由两个或多个关税区组成的一个集团,在该集团内,针对各成员之间绝大部分贸易征收的关税以及其他商业限制措施(第十一条、十二条、十三条、十四条、十五条和二十条所允许的某些情况除外)予以取消”。可见,国际法意义上的自由贸易区(Free Trade Area)是两个或两个以上国家和地区组成的更紧密的经济合作区。中国自加入世界贸易组织以来,国内的经济制度在许多方面已经与多边贸易体制保持一致。然而,目前国际上许多正在谈判的区域性合作协议,其包含的准入标准更高,对缔约方的影响也更深远。我们现在已经不能仅仅满足于遵守 WTO 规则,必须未雨绸缪,关注这些区域性合作协议。成立上海自贸区(Shanghai Free Trade Pilot Zone)正是基于这样的考虑。它的象征意义大于实质意义。上海自贸区的历史地位是中国改革开放的试验田,它的使命是为我国进一步融入世界经济一体化提供制度样板。它不具有单独与别的国家签订贸易或投资协定的国际法主体资格。正是由于这样独特的地位,上海自贸区制定的负面清单必定是一个粗线条的框架文件,其原因有三:

第一,这是我国第一个自贸区公布的负面清单。对外,它具有标志意义,表明中国的改革开放将向更深层次发展,即由原来的“准入后国民待遇”开放模式转变为“准入前国民待遇加负面清单”的开放模式;对内,它具有宣誓意义,预示着改革开放将迫使我们国内的经济体制乃至政治体制需要作重大调整,行政职能也将由原来的“重审批、轻监管”转变为“轻审批、重监管”,减少了行政机关的审批权力,增加了监管责任。

第二,负面清单的核心是哪些内容可以不列,而每一项放弃的内容在没有经过经济测试或实践检验之前,其风险谁也无法预料。成立上海自贸区是中国新一届政府的重大举措,从国务院常务会议原则通过(2013年7月3日)到自贸区正式挂牌(2013年9月28日),期间只间隔两个多月。它的准备过程与十六年的“复关”和“入世”进程相比,区别不言而喻。虽然上海自贸区如果办得不成功,中国政府可以单方面宣布关闭,并不需要就此承担任何国际法上的责任,但这毕竟与一个泱泱大国的形象不相符合,同时也会给我国的对外交往带来负面影响。

第三,负面清单往往是各国在自由贸易协议谈判中的筹码。谈判是一场博弈,各方都会坚持到最后才亮出自己的底牌。除了正在进行的中美双边投资协定谈判,我们需要有与对方周旋的余地外,还应该兼顾世贸组织这个多边贸易体制。虽然今后达成的双边或多边协定的内容可以比我们在世贸组织作出的承诺更加优惠,但是我们一旦在其他场合作出了,在双边贸易场合,我们就无法回避了。因此,现在在上海自贸区的负面清单中放弃越多,今后我们在各类双边和多边场合谈判中的回旋余地就越少。

我国目前国内经济行业共有 20 个门类,除了“社会组织”和“国际组织”这两个不属于经济组织外,共有 18 个行业门类。上海自贸区公布的负面清单列举了 16 个行业门类,包括(1)农、林、牧、渔业;(2)采矿业;(3)制造业;(4)电力、热力、燃气及水生产和供应业;(5)建筑业;(6)批发和零售业;(7)交通运输、仓储和邮政业;(8)信息传输、软件和信息技术服务业;(9)金融业;(10)房地产业;(11)租赁和商务服务业;(12)科学研究和技术服务业;(13)水利、环境和公共设施管理业;(14)教育;(15)卫生和社会工作;(16)文化、体育和娱乐业。只有“住宿与餐饮业”和“居民服务与其他服务业”两个门类未列入负面清单。虽然在列举的行业门类中,有不少具体行业没有被列入,即给予外资进入这些领域准入前国民待遇,但是从总体看,这份负面清单制定得还是比较谨慎的,因为未被列入负面清单的大多是技术含量不高、外资不占优势的产业,特别是像住宿餐饮业和居

民服务业,外资所占的比例本来就不高。

事实上,以上海所处的地理位置和现有的产业结构而言,负面清单所列的 16 个门类,有些与上海的关系并不大,或者说没有直接关系,如采矿业。但是,由于我国现行法律的某些规定,即使上海没有任何产业规模的行业,也能找到与自贸区相关的连接点。例如,我国《公司法》第十条规定:“公司以其主要办事机构所在地为住所”,即公司的住所是登记注册所在地,这也是为什么过去许多企业都选择在经济特区或上海的浦东新区登记注册,就是因为这些地区都享受了国家的税收优惠政策。虽然上海自贸区不会给本地企业税收上的优惠,^②但是自贸区便捷的审批手续和美好的发展前景还是会吸引一大批“吃螃蟹”的人。因此,负面清单开始制定得比较宽泛有其一定的原因。

与现行的《外商投资产业指导目录》(正面清单)相比,上海自贸区目前对外资开放的领域并没有实质性的增加。然而上海自贸区的定位是“试验区”,其出台的负面清单肯定不是一成不变的。可以预料,上海自贸区的发展过程就是一个负面清单内容不断减少的过程。^③当然,负面清单所列的行业门类哪些可以取消,哪些需要保留;哪些需要先取消,哪些可以等时机成熟时再取消,这些都是事关全局的问题。事实上,这也是自贸区成立以后决策层面临的头等大事。

从上海自贸区实施方案的总体目标看,自贸区要“积极推进服务业扩大开放和外商投资管理体制的改革,大力发展总部经济和新型贸易业态,加快探索资本项目可兑换和金融服务业全面开放,探索建立货物状态分类监管模式,努力形成促进投资和创新的政策支持体系,着力培育国际化和法治化的营商环境,力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区,为我国扩大开放和深化改革探索新思路和新途径,更好地为全国服务”。可见,上海自贸区今后试验的重点将放在金融、投资以及物流等方面。换言之,上海自贸区并没有承载中国下一步改革开放所有领域“先行先试”的任务。上海自贸区的成立并不排除国家还会适时在其他地方再成立若干个自贸区,侧重其他领域的机制改革的可能性。只有在汇集多个自贸区、大多数领域的改革方案后,中国经济下一步的全面升级才是稳妥和有保障的。

然而,即使是聚焦某几个领域,上海自贸区的改革也会“牵一发而动全身”。如果要进一步简化负面清单,除了对有关行业要作风险测试,确保放开后不会对我国带来过多冲击外,我们还需要通过修改相关法律,调整我国对市场主体原有的监管模式。如果修改公司法,将公司的住所地由现行的“注册地”改为“营运地”,那么像“采矿业”以及“林业”、“牧业”这样的产业门类和领域就没有必要再列入负面清单,因为根据上海的自然条件和资源特点,在上海发展这些行业并没有优势可言。总之,上海自贸区的“试验”绝不是上海市独家能够完成的,更不是试验区自己的事情,而是需要放在整个国家层面去考虑。只有这样,自贸区的试验才具有“可推广”和“可复制”的价值。

^② 财政部关税司司长王伟在接受媒体采访时表示,上海自由贸易(试验)区所制定的措施是“可复制、可推广”的,而企业所得税按照 15% 征收并不具备在全国复制、推广的可行性。参见胡欣欣、李纯:《上海自贸区负面清单出炉:禁止款少、限制款多》,《21 世纪经济报道》,2013 年 10 月 1 日第 2 版。

^③ 上海市人民政府副秘书长、自贸区管委会常务副主任戴海波对媒体表示,此次发布的负面清单是 2013 版,未来还会动态调整,“这是我们第一次使用负面清单管理模式对外资的准入进行管理,这当中我们可能会遇到很多新的问题,也可能遇到很多使用负面清单管理模式和传统模式有矛盾的地方,这为我们下一步的改革提供了空间”。同上。

A Preliminary Study of Pre-Access National Treatment
—Also On the Negative List of Shanghai Free Trade Zone

HU Jia-xiang

(Koguan Law School, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

Abstract: The newly-established Shanghai Free Trade Zone will adopt pre-access national treatment plus negative list as its opening policy to foreign investments. As for those industries not listed in the negative list, the free trade zone will provide foreign investment pre-access national treatment. Analyzing from the perspective of law, the pre-access national treatment can be divided into complete pre-access national treatment and limited pre-access national treatment. The contents of the negative list contained in different free trade agreements and bilateral investment agreements vary greatly. Therefore, what type of pre-access national treatment and what kind of negative list Shanghai Free Trade Zone will take and China will follow in the next stage of its reform are the issues deserving immediate attention and serious consideration.

Key words: Shanghai Free Trade Zone; pre-access national treatment; negative list