

中国(上海)自由贸易试验区外资准入的负面清单

● 商 舒*

【内容摘要】 自贸试验区出台的《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)(2013年)》在亮相之后即受到各界的广泛关注。“准入前国民待遇”和“负面清单”是自贸试验区的改革亮点,但存在限制范围过大、服务业开放不足、与国际社会标准接轨不够等问题,亟待改进。

【关键词】 自贸试验区 国民待遇 负面清单 双边投资协定

《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)》(以下简称《负面清单》)一经推出即受到了广泛关注。“准入前国民待遇”和“负面清单”是中国(上海)自由贸易试验区(以下简称自贸试验区)外资立法中最受外界瞩目的词汇。自贸试验区在外资准入立法方面由“正面清单”向“负面清单”管理模式的转变能否释放出足够的经济改革能量,是学界讨论的重要话题。通过对《负面清单》进行更深层次的分析,我们不难发现,自贸试验区的外资准入立法仍然存在限制范围过大、服务业开放不足、与国际社会标准接轨不够等突出问题。有鉴于此,本文从国际投资法以及国民待遇模式等角度对自贸试验区外资准入立法进行分析,指出目前自贸试验区外资立法面临的国内外艰巨挑战以及部分可行的改进措施,以期自由贸易的法治保障试验确实可在区内进行试点,并能够在2年至3年探索出可向全国推广的新经验。

一、自贸试验区外资准入立法的新特点

在自贸试验区的立法保障模式探索中,国务院率先在外资立法方面废除了原三资企业法等法律在自贸试验区内的施行,改外资“审批制”为“备案制”。2013年9月30日上海市公布了共18大类的“负面清单”,意味着外资准入立法成为了自贸试验区新型法律体系探索的第一棒。自贸试验区外资准入方面的立法遵循和涵盖两个极为重要的概念,一是准入前国民待遇,二是负面清单。

(一) 准入前国民待遇

国民待遇是国际投资,特别是国际直接投资(FDI)中的一个重要原则。它的基础是平等,意思是外国人与当地居民有同等的待遇。^① 国民待遇既可以是一个国内法上的概念,也可以是一个协定法上的概念。在国内法下,根据国民待遇,如果一个国家将特定的权利、利益或特权授予自己的公民,它也必须将这些优惠给予处在该国的他国公民;而在国际协定、特别是国际投资协定的背景下,根据国民待遇,一

* 作者单位:上海财经大学法学院、中国(上海)自由贸易试验区协同创新中心。本文系国家自然科学基金2013年第5期应急研究项目《促进中国(上海)自贸试验区发展的相关保障体制与政策体系》、2013年度上海市政府咨询课题《自贸试验区首轮条例规定论证及立法研究》及上海财经大学自贸试验区法治保障项目的阶段性成果。

① See OECD, Foreign Direct Investment and Economic Development 37-41(1998).

国必须向其他缔约国的公民提供平等的待遇。促进缔约国之间互相给予国民待遇是许多世界多边投资贸易协定,包括经济与合作发展组织协定(OECD)、世界贸易组织协定(WTO)和北美自由贸易协定(NAFTA)等的重要目标和议题。

根据 OECD 协定,外资在进入过程中主要可以在三个阶段享有国民待遇:一是准入阶段;二是设立经营阶段;三是法律救济阶段。^②除了法律救济阶段是在外资进入之后,准入阶段和设立经营阶段都与外资的进入过程有着直接关系。准入阶段是指外资进入东道国的阶段;设立和经营阶段是指外资在东道国设立和经营商业存在的权利,如独资或合作经营。因此,从我国以往的外资法律法规来看,立法者更多关注的是外资准入的实质阶段,即设立与经营阶段,而对于中国承诺给予国民待遇的方面,这种国民待遇只适用于已经进入我国市场的产品、服务或知识产权项目。而在自贸试验区的立法当中,准入前国民待遇其实更相当于一种“设立时国民待遇”,即在外资的设立过程中不再进行外资和本国投资者的区分。因此,像一些专家学者呼吁的那样,将“准入前国民待遇”翻译成“设立时国民待遇”可能更加贴切。^③

虽然国际法不要求任何国家主动给予外资国民待遇,即使是像美国这样一直对外资持开放态度的世界最大经济体,也不可能在外资进入的各个阶段都给予国民待遇,但是在设立阶段给予外资国民待遇的法律却屡见不鲜,如一向对外资持欢迎态度的美国等发达国家已不在商业实体设立时区分投资方的国籍,从这一层面上将国民待遇普遍化。此外,美国也早已经将国民待遇引入其双边贸易投资条约的范本中,要求双方均在外资进入的各个阶段给予相应的国民待遇,有国家对外资准入祖父条款进行保留的情况下除外。^④同时,美国在与加拿大、墨西哥缔结 NAFTA 时,也将国民待遇这一概念引入了协定的立法中,这是国民待遇从双边投资协定到多边投资协定的一个飞跃。虽然在当时,这样高度的开放要求给尚未能完全打开大门的墨西哥造成了一定的困扰,但从长期看,却是北美经贸一体化的重要步骤。^⑤

与发达国家相比,发展中国家传统上长期怠于给予外资国民待遇,中国也不例外。这一立法的理论和政治基础是因为发展中国家普遍担心过于强大的外资势力会给本地市场带来严重冲击,甚至摧毁本地产业的发展。为了保护民族工业,有一些发展中国家甚至会在国民待遇中设立保留条款,即要求根据本国政府和企业的需要决定是否在特殊状况下取消国民待遇。^⑥长期以来,来自发达国家和地区的外资与发展中的东道国在国民待遇上的争论从未停止过。

目前,我国虽然在双边投资协定的谈判中态度十分积极,面对欧盟、美国等发达国家也掌握了一定的主动权,但是在之前与各发达国家签订的条约中,都是以最惠国待遇为基础,只是在经营时实行准入后的国民待遇。而我国在外资政策上则属于鼓励与限制并存,外资进入我国前仍需满足《外商投资产业指导目录(2011年修订)》(以下简称《指导目录》)等规定。因此,从此层面上说,在自贸试验区的外资准入立法中引入“准入前国民待遇”概念,并以此作为立法的总体方向之一,表明了立法者对进一步对外资开放市场的态度,是有一定积极意义的。

(二)负面清单

所谓的负面清单,是指凡是针对外资的与国民待遇、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,均以清单方式列明,这样的清单即为负面清单。就国际贸易和国际投资法而言,负面清单是一个俗称,在双边投资协定中,负面清单通常是“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。从其应用范围可见,负面清单是海外、

^② 同前注①。

^③ 参见莫柏华:《中国(上海)自由贸易试验区外资准入“负面清单”模式法律分析》,《世界贸易组织研究与动态》2013年第6期。

^④ 参见陈安主编:《国际投资法学》,北京大学出版社1999年版,第423页。

^⑤ See Joanna Smith, Amending the Philippines' Law Governing Foreign Property Ownership: The Extent to Which Mexican Law Can Serve as a Workable Template? Georgia Journal of International and Comparative Law, 35, 613-643.

^⑥ 同上注,第26-39页。

尤其是发达国家一种常见的管理方法。负面清单实际上是原则的例外,遵循的是“除非法律禁止的,否则就是法律允许”的解释逻辑,体现的是“法无禁止即自由”的法律理念。^⑦

《负面清单》以外商投资法律法规、《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》、《指导目录》等为依据,列明了自贸试验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等不符的准入措施。《负面清单》按照《国民经济行业分类及代码》(2011年版)分类编制,包括18个行业门类,特别措施共190项,其中禁止类38项,限制类152项。^⑧在《负面清单》里,禁止项目涵盖文化产业、互联网、金融、文物、房地产等各个行业,包括禁止投资文物拍卖,禁止投资文物商店,禁止盐的批发,禁止投资经营因特网数据中心业务,禁止直接或间接从事和参与网络游戏运营服务,禁止投资经营性学前教育、中等职业教育、普通高中教育、高等教育等教育机构等。《指导目录》中公共管理、社会保障和社会组织、国际组织两个行业门类不适用负面清单。对《负面清单》之外的领域,外商投资项目将由目前的核准制改为备案制(国务院规定对国内投资项目保留核准的除外);外商投资企业公司章程的审批将改为备案管理。除列明的外商投资准入特别管理措施外,还禁止(限制)外商投资国家以及我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行为,其中,国家安全、社会安全、公共利益等词语等并无法律上的明确定义。

在国际上,负面清单作为一种国际投资的模式比较常见。在很多发展中国家改革、改善外资立法的过程中,也曾采取颁布负面清单并逐步缩小的方式。例如,菲律宾1987年颁布《外商投资法案》(The Omnibus Code of 1987)时改革外资法,每年起以总统令的方式颁布外资负面清单作为其外资法的修正案部分,根据宪法、法律、公共健康和社会风俗等要素对清单内列举的行业对外资进行限制。^⑨在1991年乌兹别克斯坦外国投资法的规定中,外国投资者可以从事该法未予禁止的任何形式的投资活动,^⑩而在负面清单上的外国投资者和外资参与企业则只有在特别批准的情况下才可以参与这些活动。南亚区域合作联盟(SAFTA)各国也在用负面清单或者敏感清单的方式对区域内的外资进行开放。^⑪WTO学者也一向非常支持负面清单作为管理模式。在以往WTO的各轮贸易会谈中,虽未能达成更多共识,但来自各国的会员也曾就“正面清单”和“负面清单”管理市场准入做了很多的商讨。^⑫而在NAFTA的各国,学者在这一层面上更进一步,大力主张取消美国、加拿大和墨西哥三国负面清单上的服务行业限制,加快区域贸易一体化进程。^⑬

由此可见,负面清单管理模式的确是投资进一步自由化的一个符号式象征,当然,我们也不能仅仅从这种管理模式上来判断市场对于外资的开放力度。

二、自贸试验区外资准入立法的不足之处

作为自贸试验区外资立法的两个重要举措,准入前国民待遇和负面清单的引入在进一步开放市场、与国际投资标准相符上具有创新性和开拓性,这也是我国在WTO乌拉圭回合谈判之后第一次根据《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMS)中的国民待遇原则公开立法。然而,对于此次颁布的外资准入方面的立法,政府职能部门、学者和民众则产生了截然不同的观点。

中华人民共和国商务部发言人沈丹阳表示,此次“负面清单开放程度之高前所未有,涉及国民经济

^⑦ 同前注④,陈安主编书。

^⑧ 参见上海市人民政府文件沪府发[2013]75号。

^⑨ See Ven M. Meijia, *The Modern Foreign Investment Laws of the Philippines*, *Temple International and Comparative Law Journal*, Fall, 2003, 484-485.

^⑩ 同前注⑤,Joanna Smith文,第72页。

^⑪ See South Asian Free Trade Zone Sensitive List, <http://commerce.nic.in/trade/safta.pdf>, Article 7(3), last visit on.

^⑫ See Kevin Kennedy, *A WTO Agreement: A Solution in Search of a Problem?* *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Spring 2003.

^⑬ 同上注。

行业分类的大多数领域对外商投资准入是充分开放的”。^⑭对此,外商则认为,此次出台的负面清单颇令人感到失望。美国商会中华区主席葛国瑞(Gregory Gilligan)曾直言,“沿用外商投资目录制定的负面清单使得上海自贸试验区难以体现其‘自由贸易’的内容。我们在过去几年一直在建议缩减清单。和外商投资目录几乎相同的负面清单会使上海自贸试验区的优势减少。”^⑮有学者也不止一次在公开场合表示:“自贸试验区的试验应该在两个方面,一个方面是在市场准入扩大上,还有一个是在逐步取消政府管制上。但很遗憾的是,现在已经出台的这些细则里,在市场准入的扩大方面,力度是远远不够的。”^⑯笔者认为,就目前看来,这份外资准入清单还存在以下几个重要问题。

(一)《负面清单》以2011年《指导目录》为依据,涵盖行业范围过大

通读清单,我们不难发现,此次自贸试验区颁布的《负面清单》实际上是以2011年的行业指导目录为依据,并没有为原本的目录减负,且清单里的限制产业和管制措施甚至比目录有过之而无不及。比如,经过比对分析我们发现,指导目录所有的禁止、限制投资产业都体现在了清单里,而清单里的禁止、限制投资产业以及管制措施甚至更多。又如,目录中的限制类35项,鼓励类中股权限制措施12项,基本全部出现在了负面清单中。其中,有些针对采矿、通信、航空、湿地等传统国家控制行业的禁止有章可循,而另有一些没有在目录中出现的产业和管制措施,却赫然出现在了《负面清单》中,如禁止投资因特网数据中心业务,禁止投资文物拍卖,禁止投资盐的批发,禁止直接或间接从事和参与游戏运营服务等。而人们最为关注的金融业开放,在《负面清单》中更是看不出端倪,针对投资银行、信托公司、保险公司、证券公司、期货公司等重要金融机构形式的限制仍在。由此可见,此次《负面清单》在扩大开放行业门类上并没有在2011年的指导目录基础上进行突破。

针对批评,国资委相关专家指出,颁布《负面清单》是我国在外资准入上革命性的管理模式的改变,这只是开放的第一步,今后3年内清单会逐步减负。固然,开放市场并没有一步到位的方法,各个国家在逐步删减负面清单的内容时,都曾经在法律上遇到过困境。其中,最大的问题之一就在于过度频繁的修改清单容易引发外商对于投资不确定性的担忧。比如,菲律宾的外资负面清单每1~2年都会进行一次大规模修订,直到2012年第9版的负面清单中,还有23大类行业在列,其中10项为禁止项。这对于外商长期投资计划的制定是非常不利的,因为太过频繁的更新,令外商深感在菲律宾的投资并无持续性的保障。因此,更多法学家认为负面清单的设定最好一步到位,而不是在短期内进行大规模的多次修订。又如,印度尼西亚也在印尼投资协调委员会(BKPM)每年根据总统令颁布的负面投资名单(DaftarNegatifInvestasi)中,规定了在印尼哪些领域对外资开放以及允许的外资所有权比例。在逐年削减负面清单的过程中,由于信息的滞后,一个突出问题就是清单的减负程度和其他政府职能部门的审批减负程度不配套。^⑰换言之,外商不能够预测在走出负面清单之后是否会在政府的行政审批许可过程中遭遇到其他麻烦。这些不确定因素都减低了外资对菲律宾、印度尼西亚等国家的兴趣,令负面清单不能发挥其应有的作用。

由此可见,在自贸试验区内逐年消减负面清单绝非是一件轻而易举的事情。长期以来,我国对外资的控制一向比较严格,对自贸试验区外的市场准入本来就有相当严格的限制和投资审批。与此同时,一定时期以来,政府管理的多项投资审批并没有强有力的法律依据,既不透明也不规范,长期为外资所诟病。因此,如果负面清单涵盖的领域过大,那么在自贸试验区内的审批制到备案制试点的管理模式改革

^⑭ 《上海自贸试验区负面清单会适时调整 开放程度前所未有》,http://news.xinhuanet.com/local/2013-10/18/c_125558791.htm, 2013年10月18日访问。

^⑮ 《中国美国商会:上海自贸试验区负面清单应缩减》,http://news.sina.com.cn/c/2013-10-25/024428525358.shtml, 2013年10月25日访问。

^⑯ 《商务部研究员马宇:自贸区难当大任 中国需更深入的改革》,http://economy.caijing.com.cn/2013-10-31/113502703.html, 2013年11月1日访问。

^⑰ 同前注^⑯

就难以起到预想的试验作用,这种管理模式的区外推行就将变得遥遥无期。

(二) 自贸试验区内服务业开放明显不足,难以满足市场预期

在2001年我国加入WTO第三次经济改革潮到来之前,中国对服务业的开放程度是非常有限的。入世后我国的市场逐步向世界开放,也带来了经济发展的黄金十年。然而,WTO多哈谈判进入僵局之后,入世给我国带来的改革红利也逐渐用尽。然而,今时今日,我国对外资的开放仍然是以WTO指引为依据,特别是在服务业的开放方面,我国一直根据《关税及贸易总协定》(GATT)和《服务贸易总协定》(GATS)提出的要求逐步开放,很少主动做出积极的探索和尝试。因此,在主动开放服务业方面,自贸试验区的外资准入立法被寄予厚望。目前,迫使自贸试验区进一步开放服务业的主要压力有以下几个方面。

1. 来自发达国家规范供应链安全立法的压力。欧盟和美国已经加紧立法,对来自发展中国家制造的产品在生产制造环节中出现的劳工权益和环境问题做出了针对性预防,以便制造业可以更快回流欧美,以促进国内就业。例如,美国加利福尼亚州就于2012年1月开始执行《2010年加利福尼亚州供应链透明化法案》(The 2010 California Transparency in Supply Chains Act),要求销售商对其进口的在生产过程中劳动者权益未达标的产品交付进行公众通报,以期望在公众压力下减少消费者对此类产品的购买。^⑧ 美国国土安全部部长纳波利塔诺也表示,对全球供应链的威胁超越国界。^⑨ 而美国和欧盟也正在加紧合作,希望在两者之间建立一条供应链安全防线。^⑩ 虽然中国的制造业在不断升级,但是部分企业在追求利润的同时还不能自愿考虑安全因素,因此在制造过程中产生的诸如人权、环境安全问题无法在短时间内满足发达国家的需要。因而,这种压力必然迫使我国继续开放服务业。

2. 来自上海人均GDP突破1万美元的压力。经过三十多年的改革开放,上海的产业能级和国际化水平已经达到新的高度,人均GDP已突破1万美元,标志着上海已进入中等偏上收入城市行列,而上海面临的土地资源有效配置、产业结构优化和经济发展转型改革已刻不容缓。上海的制造业在外商眼中基本没有优势,而自贸试验区面积有限,大规模发展制造业并无可能。但是另一方面,上海却是中国甚至是世界人才的重要聚集地之一,劳动力人口的平均教育程度和职业技能远超中国的其他大中型城市,其从事金融、法律、会计、咨询、保险等服务行业的人口潜力大。同时,上海的人均收入高但高端服务性消费供给明显不足,目前外商在上海的服务业投资仍主要集中于商贸餐饮等传统行业,对周边的辐射作用较弱。因此,自贸试验区应该利用自身的政策优势来探索上海服务业开放的新思路。

3. 来自我国政府进一步将上海建成世界性金融、航运中心的压力。上海若想赶超或者取代香港特别行政区,进一步向亚洲金融中心的目标迈进,自贸试验区内的金融服务必须充分开放,其中,开放的领域应包括资本项目的自由兑换、利率市场化等,如此才可能有国际竞争力。而在金融严格管制的条件下,想搞成国际金融中心无异于痴人说梦。与此同时,新型服务保障法制体系也难以探索。长此以往,将上海建成世界级金融中心的战略宏图很可能只是停留在口号上。

目前的自贸试验区负面清单对于服务业的开放是非常有限的,特别是在通信网络、文化产业方面,仍然禁止外商进入。而在金融服务方面虽然有相关条款,但国民待遇在金融领域的突破仍然很少,对大部分服务行业的开放仍然停留在WTO要求的水平。难以预见,这样的试验能进一步促进上海的市场开放,以及新型服务保障法律体系的建立。

(三) 自贸试验区内的有限国民待遇不符合TPP等国际新型投资秩序的要求

2013年7月,主持第五轮中美战略与经济对话的国务院副总理汪洋访美,中美加速签订双边投资

^⑧ See The 2010 California Transparency in Supply Chain Act, http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/fla_ctisca.pdf, last visit on November 14, 2013.

^⑨ 参见《欧美合作确保全球供应链安全》, <http://iipdigital.usembassy.gov/st/chinese/article/2011/06/20110628132223x0.2352673.html>, 2013年11月14日访问。

^⑩ 同上注。

协定(BIT)的可能性再一次高调进入人们的视野。作为这次对话的一大成果,中美双方已经同意以“准入前国民待遇”和“负面清单”模式为基础,推动双边投资协定进入实质性谈判。因此,在自贸试验区外资准入立法细则出台之前,自贸试验区外资准入立法将是我国政府积极迎合中美 BIT 谈判、泛太平洋伙伴关系协定(TPP)等国际新型单边、多边投资贸易秩序要求的重要步骤,并且有助于为中国企业提升开放的信心和提供权利保障的后盾,令中国企业在更大规模的“走出去”过程中勇于承担甚至主导国际投资的新秩序。然而,目前自贸试验区出台的负面清单的确不尽如人意,远远不能满足后 WTO 时代国际新型投资秩序对我国进一步开放市场的要求。

一方面,中美 BIT 谈判之所以一直悬而未决,主要原因就在于中美两国对市场开放的分歧过大。美国高度自由化的双边投资协定范本对“投资”做出了极宽泛的定义,并涵括了准入前国民待遇、负面清单、资金自由转移等投资的各个方面,而前文也提及,在我国以往签订的双边投资协定中,只承诺对准入后的外资给予国民待遇。虽然中美这两个全球最大经济体互相依存,密不可分,而中美两国的 BIT 谈判也绝不应该以中国的单方妥协为基础,但是,从目前两国的实际需求看,自贸试验区可以提供的负面清单样本不可能达到美国政府的原本期望,可能会阻滞中美 BIT 进入实质性谈判的步伐。退一步说,抛开中美 BIT 谈判不谈,这样的本质分歧也极有可能在中国与其他国家探索有效双边投资协定的过程中凸显出来。例如,中国目前正与南非磋商自由贸易协定,而南非是一个已经与美国、欧盟等签订了高标准协议的国家,如果中国不能在短期内探索出可以被美国等发达国家认可的准入前国民待遇标准和负面清单,中国与其他国家展开的双边贸易谈判也可能会因此而停步。

另一方面,不容忽视的是,美国也在加紧 TPP 甚至是泛大西洋伙伴关系协定(TTIP)的谈判,以期尽快建立一个以美国、欧盟等为主导的后 WTO 时代的新型国际投资秩序。假设中国被 TPP 排除在外,但中国与 TPP 国家都在不同程度上存在双边贸易关系,而 TPP 谈判意在制定高标准的 21 世纪贸易协定,这一协定远比过去亚洲国家之间的任何贸易协定都更加全面和具有法律约束力。^④ 这对中国与泛太平洋国家的现存双边贸易伙伴关系的冲击将是巨大的。换句话说,如果中国目前不能利用自贸试验区的利好政策对外资准入进行更加积极、宽泛的尝试,今后中国在国际新型投资秩序下遇到的压力将可能远远超出我们的预期。

三、自贸试验区外资准入立法的改进建议

值得肯定的是,自贸试验区引入了世界先进的外资管理模式,然而,目前发布的负面清单还存在范围过大、服务业开放不足、与新型国际投资体系匹配度不高等问题。笔者认为,由于自贸试验区是一个“试验区”,因此,立法者应该明确自贸试验区的法律政策应该区别于区外。因为区内的试验,既是一个开放外资的试验,又是一个在扩大开放的同时增强法律保障建设的试验。有鉴于此,笔者试对自贸试验区准入立法提出一些改进建议,以期自贸试验区外资立法能够改善现存问题,为新一轮的经济改革开放积累经验。

(一) 自贸试验区的外资准入和负面清单应直接由国家立法

各国的外资准入立法是主导国际关系的基本元素之一,也是对各国经济开放程度和跨国经营行为影响深远的法律。在改革开放之后,我国的外资立法经历了至少四个重要阶段,即 1979 年至 1982 年的起步期,1983 年至 1989 年的快速增长期,1989 年至 2000 年的控制转监管期,以及 2001 年加入 WTO 之后的逐步开放期。^⑤ 在其中的每一个阶段,都有国家性的政策法规引导着中国市场逐步向外资开放。

^④ 参见 Jeffrey Schott:《区域贸易协定与中美双边贸易关系》,《新金融评论》2013 年第 3 期。

^⑤ See Henry Gao, An Examination of the Conflict Between Trade Liberalization and Domestic Cultural Policy with Special Regard to the Recent Dispute Between the United States and China on Restrictions on Certain Cultural Products, *Asian Journal of WTO and International Health Law & Policy*, 2 ASJWTO 313, 1997.

而纵观世界各国的负面清单立法,也都是由国家一级政府进行实施的,如上文提到的菲律宾的负面清单就是以总统令的形式签署的,而印度尼西亚的负面清单则是由国家投资协调委员会指定的。中国目前并没有出台国家层面的针对海外直接投资的统一法律法规,所有的外资管理类法律都以部门法的方式出现。而针对自贸试验区,国务院出台的规定也只暂停了外资三法在区内的施行,更具战略意义的负面清单则由上海市人民政府颁布,属于地方性法规。由地方政府进行外资准入立法,虽然在进行小规模的地地区经济试验时并无不可,但对于探索出能推广到全国的经验,则其在法理上和政策上都缺乏合适的权利基础和依据。更进一步说,地方出台外资管理法规,会有非常多难以解决的利益制衡,因而影响其做出全面有效的探索。因此,若将自贸试验区的外资立法停留在一个地方政府法规的层面上,无论自贸试验区管理者希望做出多大的努力,都很难真正在开放外资上做出任何实质性的努力和尝试。笔者认为,至少在外资准入立法和颁布负面清单方面,自贸试验区的立法都应该由国家统一做出。

(二)进一步根据自身需要和其他国家经验缩减负面清单

自《负面清单》出台以来,虽然国务院发展研究中心相关专家进一步强调自贸试验区挂牌只是一个好的开始,负面清单刚刚满月,即将缩短,但在实际操作上,修改外资准入负面清单并不是一件简单的事情,而对于缩减负面清单的具体方式,多数国家也没有现成的经验可资借鉴,只能逐步探索。而且,立法者在缩减负面清单时可能还会再次遇到地方性法规和国家法律之间冲突的问题。因此,在逐步根据自身需要缩减负面清单的问题上,立法者还应该尽快进行更深层次的研究,争取更早出台操作可行性高的方案。

(三)坚持“一线放开,二线管住”的指导思想,加强自贸试验区内反垄断、国家安全和知识产权保障等方面的立法

在自贸试验区探索扩大开放的同时,建立一个更强有力的法制保障体系也格外重要。笔者认为,结合国际形势和中国经济的发展,在外资立法上,传统的防御外资的思维应该逐步转变成合作共赢的思维方式。在削减负面清单的同时,应加强区内反垄断、国家安全、知识产权以及环境保护等方面的立法。具体包括:(1)针对外资主导的跨国并购,加强自贸试验区内反垄断和国家安全审查方面的立法。对于外资主导的并购,特别是那些容易造成垄断或寡头经营的行业,要加强反垄断管理,杜绝在区内进行妨碍货物自由流动的行为。在国家安全审查方面,可适当学习美国经验,在终结外资审批制的同时建立起良性的国家安全审查制度,加强部门联合协作,加入非正式沟通机制,强化人大监督及减少司法干预。(2)在自贸试验区内针对外资加强对外商知识产权方面的认定和保护。在知识产权方面,自贸试验区应当遵循《与贸易有关的知识产权(包括假冒商品贸易)协议(草案)》(TRIPS协议)的基本原则和最低要求,同时出台地方性法规,根据上海自贸试验区自身的发展需要,适时地给予外资在外国获得的知识产权更高层面上的认可和保护,同时提高区内的知识产权执法能力。结合我国以往在保税区实体货物的商标、专利等方面的保护经验,在自贸试验区内,可进一步探索研究如何将这样的保护推广到无形的知识产权产品当中。(3)在自贸试验区内出台特殊的环境法律法规,加强对环境破坏行为的监管。由于在自贸试验区内用提高环境税的方式监管外资并不现实,那么,适当地提高在区内对环境污染的监督和处罚门槛就刻不容缓。一旦发现自贸试验区内出现相关环境违法行为,有关部门应立刻吊销其营业执照并处巨额罚款,为进入自贸试验区的国内外企业创造良好的自然经营环境。

综上所述,针对自贸试验区内二线监管的法律可能更多会具有地方性法规的相关特征和更多的试验性质。因此,在国家层面立法扩大外资准入的同时,适当加强地方性投资贸易保障立法在自贸试验区法治试验中同样具有积极意义。

(四)尝试在自贸试验区内引入多元化的投资争议解决方式

与国家经济主权弱化和国际经济组织影响力增强这一趋势相伴,多边规则的实施机制正日益强化,法律规则正在逐渐成为解决国际经贸争端的一个主要手段,在自贸试验区内尤其如此。

外资在进入发展中国家的时候,普遍将东道国透明有效的争议解决方式作为考量的重要因素之一。

其中华盛顿条约体系下的国际投资争端解决中心(ICSID)的投资仲裁仍然是解决国际投资争端的主流机制。然而,我国在签订华盛顿条约时曾做出过重要保留,只在外资进入后的征收和清算环节中给予ICSID仲裁庭管辖权,事实上,我国政府也只在2011年的“EkranBerhad v. China案”中成为了被申请人,而成功在ICSID仲裁庭向中国要求仲裁的并无先例。^②既然目前外资很难在ICSID解决与中国各级政府之间的纠纷,那么在自贸试验区的立法中就应该有的放矢地对这一问题进行弥补,以减轻外资猜疑。例如,加纳在自由贸易区法中就直接提出了禁止在区内采取国有化和征收,以国内法的形式向外资做出了担保和承诺。^③

同时,自贸试验区内的特殊争议解决机制也亟待建立,尤其是成立地方性的法院或者引入ADR等争端解决机制。上海可以利用自身较全国其他地区法律人才丰富的特点,在法官中积极选拔精通外语、法律基本功扎实的优秀法官,在适当的时候建立自贸试验区法院来解决在自贸试验区不断涌现的法律纠纷。^④尤其是在面对执法机关的问题时,可以适当地利用行政庭来解决境外投资者在开放过程中因政府管理技能方面存在的某些问题而引发的纠纷。

四、结语

综上所述,自贸试验区在改进外资管理模式上的确做出了许多积极有益的尝试。与此同时,虽然区内外资准入立法引入了国际双边投资协定中流行的“国民待遇”、“负面清单”等法律原则,但是在具体实施过程中,仍存在不少控制领域过多、服务业开放层面太小、无配套法律和争端解决机制的问题,因此,自贸试验区的“负面清单”还并不“自由”。笔者认为,作为自贸试验区法治先行的重头改革领域之一,自贸试验区的外资立法须在今后3年内不断完善,由国家机关统一进行立法,由地方政府在外资进入之后的法制保障领域大胆尝试,同时建立起透明良好的区内争议解决机制,如此,才能尽快积累在全国范围内可以复制、推广的外资开放和法制保障建设的经验。

我国的改革开放已进入“深水区”,进入了攻坚阶段,现阶段,不管是在市场准入上、在经济体制改革上,还是在法律保障建设上,尚未解决的都是一些最困难、最复杂的问题,这个时候就更需要一些国家战略来刺激经济发展和制度的完善。因此,自贸试验区引入的“负面清单”管理模式,只有在充分开放的基础和平台上,才能进一步刺激整个国家的市场开放,甚至下一步的经济体制改革。立法者在这一过程中可以也应当扮演更为积极和重要的角色。如果不是这样,自贸试验区就只能演变成为商务人士眼中的一个新兴投资热点概念而已。

(责任编辑:谢青)

^② See ICSID Case Database, http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home, last visit on November 30, 2013.

^③ See Ghana The Free Zone Act 1995, Section 31(1), Investment Guarantees.

^④ 参见郑少华:《中国(上海)自由贸易试验区的司法试验》,《法学》2013年第12期。