

外资准入前国民待遇 加负面清单的法律解读

张国平

内容提要 《外国投资法》(征求意见稿)勾画了我国外资准入前国民待遇加否定清单的管理模式,业界往往将此模式等同于或类同于外资准入前的国民待遇。其实,否定清单模式与其说是对外资准入前国民待遇的肯定,不如说是对外资准入前国民待遇的否定。外资准入前的国民待遇在法理上缺乏依据,在国际投资实践中也难觅其踪。外资经营阶段的国民待遇仍然是我国今后相当长时期外资管理的主基调。

关键词 国民待遇 否定清单 外资管理

张国平,南京师范大学法学院教授 210046

一、国民待遇的缘起和沿革

国民待遇指一个国家或地区给予外国(地区)的自然人、法人以本国(地区)自然人、法人在民事和经济方面同等的待遇。国民待遇在12世纪的汉萨条约中初露端倪^[1],它是欧洲地中海一带的封建领主给予商团的一种待遇。17世纪时,有国家通过双边条约给予对方特定客体国民待遇^[2]。1688年丹麦和荷兰的初步协议,是最早有关国民待遇的双边协议。1804年《法国民法典》第11条规定,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。随后意大利、葡萄牙、西班牙、荷兰、奥地利、挪威、瑞典等国的民法均规定了国民待遇原则,国民待遇渐成为公认的准则。

将国民待遇原则从民事领域扩展到经济领域的是《关贸总协定》第2章第3条“国内税和国内规章的国民待遇”,它将双边条约中的国民待遇提升为多边贸易关系准则。服务贸易中的国民待遇则是在乌拉圭回合后得以确立。《服务贸易总协议》(GATS)把服务贸易分为跨国提供、国外消费、商业存在、自然人流动四种形式,而商业存在就是发生在服务贸易领域里的外国直接投资,如外国服务提供

[1][美]皮特·维特伦、冯·特马特:《变化中的国际经济法结构》,转引自[美]约翰·H·杰克逊:《世界贸易体制——国际经济关系的法律和政策》,张乃根译,[上海]复旦大学出版社2001年版,第237页。

[2][John H. Jackson: The World Trading System—Law and Policy of International Economic Relations, 2nd edition, MIT Press 1997, Chp. 8.

商在东道国境内建立银行、电信公司、会计师事务所等。此定义使得《服务贸易总协定》蕴含了国际投资法的内容,通过商业存在条款将市场准入与投资待遇联系在一起。GATS要求成员国在市场准入中须撤销6方面的限制,给予其他成员国的服务和服务提供者国民待遇。这六个被禁止的市场准入限制是:(1)以配额、垄断、专营等方式限制服务提供者数量;(2)以数量或配额限制服务贸易或资产总值;(3)以数量或配额限制服务业务总数或总量;(4)以数量或配额限定雇佣人员数;(5)限制服务提供商必须通过特定实体提供服务;(6)限制外国股权百分比或投资总额。《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)规定了知识产权保护的国民待遇原则。TRIPS第3条规定,每一成员向其他成员的国民就知识产权保护提供的待遇不得低于其给予本国国民的待遇。这一规定将《关贸总协定》适用于产品的国民待遇扩大到包括商标权、专利权和版权等内容的知识产权领域。《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMS)第一次将国民待遇引入国际投资的多边条约,要求缔约方在协议规定的过渡期内取消外资法中与国民待遇不相符的与贸易有关的投资措施,并以“附件列示清单”规定了五项应当取消的投资措施,即当地成分要求、贸易平衡要求、东道国产品指令要求、外汇管制要求和本地销售要求。如上所述,国民待遇是从民事领域发展到经济领域的;在经济领域,国民待遇也经历了从产品贸易到技术贸易、服务贸易再到投资领域的过程。

联合国贸易发展委员会将外资国民待遇分为准入前的国民待遇和准入后的国民待遇^[1]。外国投资准入前国民待遇(准入阶段的国民待遇),是指缔约国投资者进入东道国时,在设立、收购、扩大等投资行为中应具有不低于其本国投资者的法律地位,在享受权利和承担义务方面应与本国投资者完全一致。准入后国民待遇(经营阶段的国民待遇),则是在外资设立的企业在运营、管理、维持、使用、享有、出售或处分方面不低于本国投资者及投资的待遇^[2]。

发达国家为了追求其战略利益,积极推行外国投资准入前的国民待遇。世界银行《外国直接投资待遇指南》将开放投资准入作为其立法目标。《能源宪章条约》也有成员国应该给予外资准入自由的规定。经济合作发展组织的《多边投资协议》也有投资准入自由化的内容。美国双边投资条约1994年范本第2条规定,每一缔约方应尽力为其境内的另一缔约方国民或公司提供较优惠的投资环境,这些投资的设立和运作的条件,应不低于给予其本国国民和公司在相同情况下的待遇,或给予任何第三国的国民和公司在相同情况下的待遇,以其中更优惠的待遇为准。美国2004年双边投资条约范本第3条规定,对于在其中缔约一方境内的有关于设立、并购、转让等投资处置方面,另一缔约方应给予不低于同等情况下本国国民所享有的待遇。上述待遇不仅包括本国给予其国民的待遇,同样也包括该国家地方政府在同等条件下给予其居民和企业投资的权利。在美国2012年双边投资协定范本中,准入前的国民待遇仍然是其核心条款。美国著名的国际投资法学者范德菲尔教授曾指出,美式双边投资协定(BIT)的目的不仅在于为美国投资者提供更强有力的保护,还希望通过美式BIT的广泛实践支持和巩固美国倡导的关于国际投资保护的国际化标准^[3]。尽管如此,双边投资协定中纳入准入前国民待遇条款的并不多见;相对而言,区域经济协定中的投资自由化程度更高。如韩国至2010年共签订了93个双边投资协定,其中只有2002年与日本的双边投资协定包含准入前国民待遇条款。而在韩国已经签订的8个自由贸易协定中,除了与欧盟的协定因为没有涉及投资,其余都有准入前国民待遇条款。但是,所谓准入前的国民待遇都是附有否定清单的。否定清单不同于肯定清单。首先,就缔约方所承担的义务,否定清单高于肯定清单。前者除非缔约国在条约中列明的例

[1]See UNCTAD, International Investment Agreement: Flexibility for development pp.94-103, UNCTAD/ITE/IIT/18 NU, New York & Geneva, 2000.

[2]温先涛:《中国投资保护协定范本》,〔北京〕《国际经济法学刊》2012年第4期。

[3]Kenneth J. van de Velde. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. Cornell International Law Journal, 1998, 21: 210.

外,国民待遇义务将无条件适用于所有部门;而肯定清单中的国民待遇并非一个普遍义务,缔约方仅在条约列明的事项给予外资国民待遇,这种选择性义务可为缔约国预留更多的时间和空间来应对投资自由化带来的各种风险。其次,就设置的难易程度,否定清单大于肯定清单。在肯定清单模式下,缔约国只需要考察本国的优势产业并将其列入清单当中即可;而在否定清单模式下,缔约国不仅需要考察其本国现行的不符措施,而且还需从前瞻性的视角为其未来的施政保留必要且合理的空间。最后,就透明度而言,否定清单高于肯定清单。否定清单模式只有在清单中列出的不符措施,缔约国才有权采取或实施,可为投资者提供一个稳定和可预见的法律环境;而肯定清单模式保留的不符措施范围十分宽泛,投资者很难获得准确的信息,对投资者缺乏必要的透明度。

二、否定清单不是准入前的国民待遇

《北美自由贸易协定》(NAFTA)是世界上最先采用准入前国民待遇和否定清单相结合模式的。这些表达否定清单的不符措施分别列入两个附件:一是现有不符措施的保留清单。该附件包括所有在协定生效后东道国希望保留的现有不符措施;二是未来可以实行的新的不符措施的部门和活动领域。NAFTA第11章规定,国民待遇适用于投资准入阶段,禁止成员国在投资设立阶段设立履行要求。其第301条的附件是负面清单,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,包括通讯与运输服务、(协定生效十年内)禁止或限制旧货商品进口的管制;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^[1]。NAFTA“准入前国民待遇加否定清单”的模式,为许多国家特别是南美和东南亚的国家所效仿。截至2009年,亚太地区已有26个自贸区协定采用准入前国民待遇加否定清单模式,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、印度尼西亚、菲律宾、文莱、越南、墨西哥、智利、秘鲁等发展中国家。至2011年2月,日本共签订了12个经济伙伴协定,其中10个包含投资规则的协定都承诺准入前国民待遇。而日本10个含有投资条款的协定中有9个采用了否定清单方式,唯一的例外是其与泰国的协定采用了肯定清单方式。日本的否定清单有以下特点:(1)不符措施集中于服务业。现有的22项不符措施中服务业有16项,占全部不符措施的72%,制造业3项占14%,农林渔业2项占9%;矿业1项,另外还有1项涉及所有部门。(2)不符措施以要求履行行政程序为主。要求履行行政程序的13项占52%,禁止准入9项占36%,股权限制1项,有条件许可2项,其他1项。(3)未来不符措施简明扼要。日本未来不符措施包括10项,涉及航天工业、武器及爆炸物制造业、渔业、能源产业、广播业、公共执法等6产业,对于这6项产业日本保留采取有关措施的权力,包括禁止外国人参与国有资产处置的权力、采取与补贴有关的措施的权力等。

所以,发达国家在多边条约和双边条约中规定的准入前国民待遇加否定清单的模式,在法理上并不属于准入前的国民待遇。否定清单与其说是对准入前国民待遇的肯定,不如说是对准入前国民待遇的否定,或者说是原则肯定,具体否定。在国际投资法领域,国民待遇通常是指准入后的国民待遇。准入前的国民待遇要求外资在设立权方面和东道国国民完全一致,这种国民待遇实际上是不存在的。首先,外资准入前的国民待遇有违法理。从法理上说,主权国家给予本国国民的待遇应该是最高的,国家只有在对本国国民负责的情况下,才对外国人负责^[2]。外资准入前的国民待遇在本质上是和国家经济主权的内涵相悖的。

其次,在发达国家的外资立法中,外资准入前的国民待遇也难觅其踪。2004年5月,德国政府对

[1]North American Free Trade Agreement, Article 301 (National Treatment), Annex 301. 3, Section A-C.

[2]丁伟:《冲突法论》,[北京]法律出版社1996年版,第143页。

其1961年《对外贸易和支付法实施条例》第52条进行修订,规定对影响德国重大安全利益的特定产业的外资股份和资产收购进行审查^[1]。2005年7月,加拿大政府提出了《加拿大投资法》的修正议案(Bill C-59),增设了对可能影响加拿大国家安全的所有外国投资的“政治性”审查机制^[2]。2005年12月,法国通过第1739号法令对其《外资法》做出修订,在区分“欧盟投资者”和“非欧盟投资者”的基础上加强了对“战略性产业”的国家安全审查^[3]。美国对外国投资的准入管制可以追溯到一战时期的《与敌国贸易法》。由于德国在美国投资增加,美国国会1917年就通过了《与敌国贸易法》,授权总统基于国家安全阻止或征收敌对国的投资。1975年,福特总统时期成立了外国投资委员会,外国投资委员会根据《美国第11858号行政法》成立,目的是评估和监督外国投资对美国的影响^[4]。1988年前,美国主要靠1974年《外国投资研究法》、1976年《国际投资普查法》对外资进行非审批性程序管理,并不对外国投资构成实质性的阻碍。但1988年“埃克森—弗罗里奥”修正案(Exon-Florio Amendment)规定,美国总统在下列情形下,有权阻止外国公司对美国公司的并购:一是有足够证据显示该外国公司有可能作对美国国家安全造成威胁的行为;二是《国际紧急经济权力法》无法保护美国国家安全。从此,美国正式建立了外资安全审查制度。“911”事件之后,美国对国家安全的敏感度进一步提升。2007年美国颁布《外国投资与国家安全法》,对“埃克森—弗罗里奥”条款进行了修改。2008年美国财政部发布《外国人合并、收购、接管条例》。该条例是《外国投资与国家安全法》的实施细则,也是对1991年《外国人合并、收购、接管条例》的更新。2007年《外国投资与国家安全法》和2008年《外国人合并、收购、接管条例》对美国外资并购国家安全审查制度作了重大修改,涉及到审查机构、审查对象、审查标准、审查程序等各个方面。2008年与《外国人合并、收购、接管条例》同时公布的还有《关于外国投资委员会实施的国家安全审查的指南》。该指南列举了一系列外国投资委员会审查过并且存在国家安全担忧的并购交易,供并购交易当事方参考。除了国家安全审查,美国还有许多产业准入的限制。根据1958年《联邦航空运输法》,外国公司对美国航空公司的收购不得超过25%的股份,航空公司的董事会成员中美国籍的董事比例不得低于三分之二。外国公司对美国航空公司的收购由交通部审批,所有航空承运人必须获得许可证而且只能向美国公民颁发许可证。根据1958年《联邦航空运输法》,在美国沿海和内河航运的公司,外国个人、公司或政府在该美国公司的股份不得超过25%,否则就取消沿海、内河航运权。美国公司如果未经联邦运输部长批准将在美国注册的船舶出售给外国公司,属于违法行为,将受到美国法律的追究。根据1934年修订的《联邦通讯法》的规定,美国仅向美国公民颁发经营无线电广播及电视行业的特许证,禁止为外国人所有或控制的公司取得经营通讯事业的一切设备的特许权,不允许外国公民在电视行业的公司中或卫星通讯公司中所占股权超过20%。根据美国1978年《联邦国际银行法》和各州法律,外国公司通过并购方式进入该领域会受到严格限制。根据《原子能法》规定,禁止对外国人或为外国人所有或控制的公司发给从事原子能利用设施或生产设施等活动的许可证。根据《1976年联邦土地政策和管理法》,公共土地的转让仅限于美

[1]Regulation Implementing the Foreign Trade and Payments Act: Section 7 Protection of Security and External Interests, Available at http://www.bafa.de/bafa/en/export_control/legislation/export_control_awg_en.pdf, visited on November 7, 2008.

[2]See Andrew Kitching: BILL C-59: AN ACT TO AMEND THE INVESTMENT CANADA ACT, available at http://www.parl.gc.ca/common/bills_ls.asp?Parl=38&Ses=1&ls=c59, visited on November 7, 2008. 该议案由于超过立法程序期限而暂未生效,但加拿大工业部长于2007年底曾宣布再次提出对ICA的国家安全修订议案。See Report of Competition Policy Review Panel, July 2008, prepared by Aird & Berlis LLP, available at <http://www.airdberlis.ca/Templates/Newsletters/newsletterFiles/91/CompAct%20July%202008.pdf>, visited on November 7, 2008.

[3]Decree No 2005-1739 dated December 30, 2005 regulating foreign financial relationships and implementing Article L.151-3 of the French Monetary and Financial Code.

[4]摘引自:Executive Order 11858.

国公民之间。

另外,我国企业从未享受过这种准入前的国民待遇,尤其是在竭力推行外资准入前国民待遇的美国。美国2012年双边投资协定范本中涉及国家安全的第十八条是一个“自裁定”条款:缔约方有权采取其认为必要的措施来维护和平和安全利益,什么样的措施是必要的则由采取措施一方自己决定。在宽泛的国家安全定义的外延下,美国政府可以随心所欲的让外国投资无法取得准入前的国民待遇。2005年中国海洋石油有限公司(中海油)收购优尼科公司(UNOCAL),虽然中海油拟斥资185亿美元以现金收购优尼科全部流通股,超出雪佛龙公司对优尼科公司的竞价6亿美元,但最终失败^[1]。2008年,华为公司拟和美国当地私募股权基金贝恩资本联合收购美国网络设备制造商3COM公司,贝恩资本将收购3COM公司83.5%的股份,华为公司仅收购剩余的16.5%的股份,但并购计划依然受到美国外国投资委员会(CFIUS)的质疑。CFIUS认为,3COM公司是美国国防部入侵检测技术的供应商,华为参与收购3COM公司会威胁美国国家安全。2010年,华为公司拟斥资200万美元收购美国计算机服务器技术公司3LEAF公司时,再次受到CFIUS的非难,被迫放弃该并购计划^[2]。中国西色国际投资有限公司与美国优金公司于2009年达成收购协议,该项目总投资2650万美元,其中950万美元用于认购1.47亿股已授权但未发行的股份,占发行实施后在外股份的51%。如果这桩收购交易成功,西色国际将获得美国内华达州4个矿区43万平方公里的采矿权、146个勘区证和探明储量不少于6.4万盎司的黄金资源。CFIUS向奥巴马总统提议否决西色国际的并购交易。CFIUS认为,优金公司在内华达州有四项资产靠近法伦海军航空站以及一些不便透露的涉及敏感、安全机密的资产和军事资产^[3]。鞍山钢铁公司于2010年5月宣布拟收购美国钢铁发展公司时,有50个参议员于2010年7月2日联名致函美国财政部长盖特纳,要求CFIUS全面调查鞍山钢铁公司的并购计划,认为该并购计划有可能威胁到美国的国家安全,因为鞍钢在并购成功后有可能获取涉及美国国家安全的基础设施项目的新型生产技术与信息。

三、准入后的国民待遇仍是我国外资管理的主基调

截至2013年6月,我国已签订双边投资协定128个,其中103个已经生效,签约数量仅次于德国,居世界第二位^[4]。同时,我国也签署了12个自由贸易协定,与更多国家和地区的自贸协定正在谈判过程中^[5]。根据商务部网站公布的资料,我国有37个双边投资协定中包含了国民待遇条款^[6]。其中20世纪80年代包含国民待遇条款的协定只有两个,即1986年中英协定以及1988年中日协定。2000年以来,我国缔结了30项双边投资协定或议定书,其中包含国民待遇条款的协定25项。但我国签订的所有双边投资协定的国民待遇条款仅适用于经营阶段,即便2012年中国和加拿大签署的双边投资协定也是如此。早在1986年,美国就提议中美双边投资协定的谈判,但由于种种原因未推进。直至2008年6月在美国马里兰州安纳波利斯举行的中美战略经济对话中,双方确定启动两国双边投资谈判,经历九轮谈判,2013年夏天举行的第五次中美战略经济对话取得了突破性进展。在《第五轮中美战略与经济对话框下经济对话联合成果情况说明》中,中美双方同意在准入前国民待遇和负面清单的基础上开展双边投资谈判^[7]。2013年9月29日,上海自由贸易试验区公布了《中国(上海)自由贸易

[1]中海油宣布撤回并购优尼科报价,新华网www.XINHUANET.com,2012年2月1日访问。

[2]见《华为的国际化怪圈如何破解》,[广州]《21世纪经济报道》2011年3月25日。

[3]见《美外资委漏风,西色国际购金矿遭否决》,[广州]《21世纪经济报道》2009年12月22日。

[4]Bilateral Investment Treaties signed by China, http://unctad.org/Sections/dite_pccb/docs/bits_china.pdf.

[5]中国对外商谈自由贸易协定总体情况, <http://fta.mofcom.gov.cn/>.

[6]我国对外签订双边投资协定一览表, <http://fts.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtm>.

[7]周武英:《美国多头推进贸易投资谈判》,[北京]《经济参考报》2013年7月15日第A04版。

试验区外商投资准入特别管理措施(否定清单)(2013年)》,列明上海自由贸易试验区内对设立外商投资企业采取的与国民待遇等不符的准入措施。这预示着我国即将以否定清单处理外商投资的国民待遇。2015年初,商务部发布了《外国投资法(征求意见稿)》,明确规定外国投资者在中国境内投资享有国民待遇,但外国投资特别管理措施目录另有规定的除外。我国的外资管理法制确实将发生重大变化。《外国投资法》将取代已经实行了30多年的《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外商独资企业法》,始于2002年的《外商投资产业指导目录》中肯定清单(鼓励和允许准入的产业)和否定清单(禁止和限制准入的产业)合二为一的做法将改变,我国对外资的准入审批将限于列入否定清单的项目,我国将来签订的双边投资协定和自由贸易区协定中将较多承认外资准入阶段的国民待遇并辅以否定清单。这些变化是完全适应我国由外资净输入国变成外资净输出国的背景的。同时,不能否认,这一重大变化也是由于正在进行的中美双边投资协定的谈判中美方的压力。

据此,业界普遍认为,上述变化意味着我国对外资将实行准入阶段的国民待遇。如商务部关于《外国投资法(征求意见稿)》的说明明确表明,我国的外资管理将实行准入前国民待遇加否定清单的管理模式。有学者认为,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^[1]。有学者认为,出于国家利益的均衡考量,准入前国民待遇应该是现阶段双边投资协定的最佳选择^[2]。笔者对此不能苟同。我国并没有给予外资准入前国民待遇的国际法义务。如前所述,尽管发达国家竭力在多边立法中推行准入前国民待遇的立法,但至今没有具有普遍约束力的国际法规则将此规定为国家义务。《与贸易有关的投资措施协议》禁止的履行要求都是属于经营阶段的,不属于准入阶段的。《服务贸易总协定》虽然涉及准入阶段的国民待遇,但此项义务不是普遍义务,而是有承诺构成的具体义务。我国的服务贸易承诺减让表对众多部门行业的外资的商业存在的市场准入的做了限制。限制包括律师、会计审计簿记师、税务服务、建筑工程设计、医疗、计算机、房地产、广告、管理咨询、测试检验、农林渔业服务、科技咨询、近海石油勘探、摄影服务、包装、大型会议服务、翻译、设备维修租赁、速递服务、增值电信、基础电信、移动话音和数据服务、视听服务、建筑工程、商业销售(代理、批发、零售和特许经营)、教育、环保、保险业、银行业、证券业、旅游业(饭店服务和旅行社服务)、海运、海运代理、内水运输、民用航空维修及订票服务、铁路、公路运输等38个部门和分部门。据此,我国即将实行外资准入前国民待遇加否定清单的模式,仍然属于外资经营阶段的国民待遇的范畴,不属于准入前的国民待遇。外资准入前国民待遇加否定清单的模式是一种对准入前国民待遇的原则肯定、具体否定的策略。既然发达国家指鹿为马的称之为准入前的国民待遇,我们不妨可以逢场作戏的予以认可,但在法理上我们应当保持清醒:准入后的国民待遇仍然是我国外资管理的主基调。

首先,尽管准入前国民待遇加否定清单的条款将会出现在我国和其他国家的双边投资协定和自由贸易区协定中,但这些协定作为一种国家契约,准入前国民待遇加否定清单的条款产生的义务是以互惠为前提的合同义务,不是国际法上的义务。根据《外国投资法(征求意见稿)》,我国将可以根据我国已经签订的多边条约、自由贸易区协定、双边投资协定以及相关法律、法规制定特别管理措施目录。也就是说,无论是我国在加入WTO时的加入议定书中对外资的准入限制,还是在多、双边协定中对外资的准入限制,以及我国现行已有法律、法规中对外资的准入限制,都可以反映在将来的特别管理措施目录中。而且,否定清单不仅可以保留现有不符措施,同时可以对未来可能实行限制措施的部门和领域预保留,为未来的监管措施提供灵活性。虽然一般来说,否定清单对东道国而言会产生更多的义务,但这也并非绝对,通过精细的否定清单设计,我国仍然可以确保城门不失。如根据美

[1]胡加祥:《国际投资准入前国民待遇法律问题探讨》,《上海交通大学学报》2014年第1期。

[2]刘菁:《BITs中的准入前国民待遇》,〔石家庄〕《河北法学》2014年第11期。

韩自由贸易区协定的不符措施清单,韩国可以保留采取与投资准入相关的任何措施的权利,只要韩国及时向美国发出书面通知,而且这些措施的实施应满足以下要求:①符合韩国外国投资促进法、外国投资促进法实施条例及其他法律的要求;②只在投资对社会重大利益构成真实的、足够严重威胁时采用;③不以武断或不公正的方式采用;④不对投资实行隐蔽限制;⑤与寻求的目标相当。我们应当根据我国《国民经济行业分类》制定出合理的否定清单,构建体系化的例外安排。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”两个门类未列入否定清单。与现行的《外商投资产业指导目录》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。我国在制定否定清单时千万不能遵循准入前国民待遇的思维定式,以防止世贸组织中美国欧盟诉中国原材料出口案重演。中国在入世议定书中承诺除了在议定书附件六列明的84种产品以外,其他产品出口不征收出口关税。这实际上就是一个否定清单。近年来我国经济结构的变化使得资源密集型产品的出口显得过多,但由于上述的承诺,世贸组织裁判中国不应在上述产品清单以外征收出口税。相比出口零关税承诺而言,投资开放承诺的涉及面更为广泛,在美国BIT范本非常宽泛的投资定义下,随时可能出现新产业以及新的投资和金融创新如果事先没有列入否定清单,很有可能出现监管漏洞。

另外,因为国民待遇是以互惠为前提的,不同国家可以有不同的否定清单。如日本与墨西哥、智利、瑞士和印度尼西亚缔结的协定和其他协定不同,日本没有将植物繁殖权利作为国民待遇和最惠国待遇的例外,也就是说,在这些协议中外国人并没有被剥夺繁殖植物的权利。日本与墨西哥和智利缔结协定中,日本没有将外国银行(总部设在日本之外)在日本吸收的存款排除在储蓄保险法的覆盖范围,而与东南亚各国的协定都规定了这样的条款^[1]。据此,我国可以在以后签订双边投资协定和自由贸易区协定时,根据不同国家的外资政策,制定不同的否定清单,以此争取我国企业在海外投资中享受国民待遇的权利,合理承担我国给予外资国民待遇的义务。

[责任编辑:钱继秋]

A Legal Interpretation of Pre-establishment National Treatment plus Negative List

Zhang Guoping

Abstract: PRC Foreign Investment Law (Draft for Comments) outlines China's administrative mode of pre-establishment national treatment plus negative list, which tends to be equal or analogous to pre-establishment national treatment. As a matter of fact, negative list more denies than affirms pre-establishment national treatment, which is not only jurisprudentially ungrounded but also missing from international investment. National treatment in foreign-funded business is still the keynote of China's foreign investment administration for quite a long time in future,

Keywords: national treatment; negative list; foreign investment administration

[1]赵玉敏:《国际投资体系中的准入前国民待遇》,〔北京〕《国际贸易》2012年第2期。