

# 论中国外资准入负面清单制度的 发展与完善

王婵媛

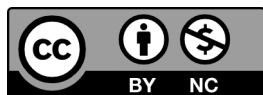
中南财经政法大学法律硕士教育中心，武汉

**摘要** | 自 2013 年上海自贸区建立以来，外资准入负面清单制度作为推动投资开发方的重要举措之一，受到广泛关注。这一制度也充分体现准入前国民待遇的理念，能够维护国家经济安全，促进多主体之间的相互作用，促进市场蓬勃发展。在肯定负面清单制度积极效益的同时，我们也需要认识到，当前负面清单制度存在系列问题。针对上述问题，本文结合国内发展状况及他国实践经验，提出相关完善建议。

**关键词** | 负面清单；外商投资法；外资准入；行政审批

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



## 1 引言

在外资进入东道国之前，东道国行使经济主权对外资进行的层层审批的过程，便是外资准入的过程。从某种意义上说，负面清单是为了简化外资准入而产生的<sup>[1]</sup>。

基金项目：该论文为“中南财经政法大学研究生创新教育计划研究生科研创新平台项目”结项成果，项目编号 2020011712。

作者简介：王婵媛，中南财经政法大学法律硕士教育中心，硕士研究生。

文章引用：王婵媛. 论中国外资准入负面清单制度的发展与完善 [J]. 社会科学进展, 2021, 3 (3): 253-262.

<https://doi.org/10.35534/pss.0303017>

自2013年上海自由贸易试验区正式成立之后,负面清单制度作为实行投资开放和贸易便利化的重大举措,受到广泛关注。2019年最新颁布的《外商投资法》从全国人民代表大会立法层面进一步确立这一制度,而在2019年3月的博鳌亚洲论坛会议中,中国再次强调要落实负面清单制度,限缩限制投资领域的范围。目前,中国在取得初步成效的同时,仍然需要完善这一制度,尤其是在行政审批与具体落地的过程中,均需要加快与其他法律法规及行业政策的协调。

## 2 外资准入负面清单制度的基础理论

### 2.1 基本概念

负面清单,最早源于美国在二战后钦定的《友好通商航海条约》。在国际投资领域,主要体现在外资准入阶段以负面清单的形式列出一国禁止或限制外资进入的领域,这实际上是一种高水平的外资准入模式,因而世界上高水平的投资自由化协议大部分以负面清单和准入前国民待遇为基础。

在学者看来负面清单概念各有不同。商舒(2014)认为负面清单只是俗称,是针对准入阶段不适于国民待遇原则事项而采取得系列措施的综合,是被发达国家广泛采纳的一种管理方法;王利明(2014)从私法层面分析,认为负面清单的设置体现了私法自治的精神,在法定范围内私主体享有充分的行为自由,从正面清单到负面清单的转换过程是真正落实私法自治基本要求的体现<sup>[2]</sup>;何曼青(2018)通过负面清单与正面清单在法律基础、开放原则、开放理念、监管理念、制度倾向市场机制等方面进行比较,总结负面清单在以上方面的特征。而中国《外商投资法》对此概念作出明确规定,将负面清单定义为国家针对外商投资者在特定领域实行的特别管理措施。

### 2.2 法理基础

负面清单背后的人文思想体现了平等价值,也蕴含自由思想。一方面,人们在国际间的经济交往活动中应当人人平等,在相同条件下享有平等对待的权利。另一方面,人基于自身自由发展而迁徙,并随着社会经济发展自由投资,

也就是说,保障人的自由发展是人类社会长期共存的需要,各国国民也才能在更加公平、开放的环境中开展更深入的合作。

此外,负面清单也是私法自治精神的体现。国际投资本质上是不同国家私人主体的资本跨国流动,在法定范围内私人主体享有充分的行为自由。外资准入作为其中的重要一环,需要保障私法自治,防止公法对私法的过度干预<sup>[3]</sup>。

## 2.3 价值分析

就经济价值而言,其一,这一制度体现了市场在资源配置中的决定性作用,有利于激发市场活力,促进经济转型和发展。处理好政府与市场的关系是当前经济体制改革的关键,同时,促进东道国市场参与者和外国投资者充分竞争,从而最大限度地发挥市场活力。其二,制度提高了政府的监管效率,大大减少外资准入阶段的额外审批程序,降低审批的复杂程度,有利于政府提高办事效率,助力外国投资者抓住机遇。其三,有助于融入国际贸易新格局。近几年的 BIT、FTA 和 FTZ 中的投资规则大多采用了负面清单管理模式,逐渐成为覆盖全球经济发达地区 and 经济发展潜力较大地区的国际贸易新规则。中国已被包围其中,应尽快融入新的世界贸易规则。

而在法治价值的体现上,一方面,负面清单制度框架下,对于未列入清单的部分,外国投资者享有国民同等待遇,使其投资行为有了更高的可预测性,也就降低了地方政府通常存在的权力寻租等权力滥用现象,这也是政府简政放权以达到良法善治的有效途径。另一方面,可以助力中国全面改革开放和全面依法治国的相互促进。当前中国改革开放迈入深水区,经济增速逐渐放缓,负面清单制度写进法律正是改革与法治相互促进的真实迎战,有助于通过立法、执法进一步推动改革开放。

# 3 中国外资准入负面清单制度的现状分析

## 3.1 实践现状

从中国的中外合资经营企业法开始,关于外商投资的法律从无到有,在实

践中不断出台并更新相关配套政策。孔庆江（2019）结合我国最新出台的外商投资法内容，指出负面清单通过最高立法的形式确立后将不同于之前版本，同时要处理好与其他法律的关系；孙元欣、刘志勇（2018）根据其对上海浦东新区市场明确信和便利度的问卷调查，论证在市场准入方面，企业对准入的限制以及限制或禁止措施缺乏了解，企业获得相关信息并不畅通；管金平（2017）结合我国颁布三个版本清单的具体内容，指出我国特别管理措施整体不断减少，但在文化类、金融类产业市场准入机制要进一步改革和完善，民营资本和外资法律制度要联动改革，在立法上制定统一的外资企业法。

### 3.1.1 负面清单内容

负面清单条款的内容分类大同小异，一般分为完全禁止清单和限制清单。从每一限制措施的构成来看，限制措施要素一般由措施对应的行业、类型及具体描述等内容组成，其所涉及的行业相对集中。当前，负面清单趋势是内容更加简化、限制措施数量逐渐减少、投资自由化程度越来越高。《负面清单（2020年版）》中按照只减不增的原则，进一步缩减，其中全国外商投资准入负面清单由40条减至33条。

### 3.1.2 制度主管机构

当前中国负面清单的外资准入主管机关是商务部和国家发展改革委员会，在制定和发布上也有更加严格的要求，要求由国务院制定和发布。在实现了外资准入负面清单法律制度后，其主管机关可以由商务部和国家发改委共同设立外商投资促进监督委员会。在主体上，负面清单制度强调政府－社会－市场多元主体之间的互动性，强化政府服务，推动政府职能的转变。

### 3.1.3 审批监管模式

就中国此前传统的正面清单侧重事前审批，流程繁琐且耗费资源。而当前的负面清单侧重于事中监管和事后监管，特殊行业可能需要由行业主管部门批准，但非特殊行业则只需备案，备案制简化了外商投资备案的程序，为外资企业提供便利，也有利于转变政府传统的监管理念，构建透明高效的监管机制。此外，当前中国的《外商投资法》用两个章节提出了一系列促进和鼓励投资的措施，为负面清单制度的适用提供了保障。

## 3.2 存在问题

由外资准入负面清单法律制度的实践可知中国外资准入负面清单法律制度存在以下主要问题:

### 3.2.1 负面清单的标准不合理

其一,负面清单的分类标准缺乏统一。一方面,负面清单的分类标准与现行法律中关于国民经济的行业分类尚不统一,容易造成投资者在识别负面清单内容时错乱;另一方面,中国国民经济行业分类标准与国际通行标准不一致,对外国投资者而言可能过于繁复,不利于实现负面清单的投资便利化目标。

其二,负面清单措施缺乏合理分类。当前,中国的负面清单采用前置说明加清单列表的形式,这一形式也是当前多数负面清单国家采用的。但是中国的列表中将所有不符措施混合,外国投资者无法直接知悉领域中禁止和限制的区分<sup>[4]</sup>。

其三,负面清单修订缺乏合理说明。当前,中国的负面清单历经多次修订,但是在修订过程中没有披露修订标准及原因,缺乏统一的清单修订相关规定及程序,容易造成中国外资准入负面清单制度透明度达不到国际要求,而被外国投资者诟病。

### 3.2.2 负面清单的监管存在漏洞

其一,《外商投资法》生效后,旧法将同时废止。但是,目前许多具体问题尚待后续出台配套措施及修正意见,对于外商投资的备案及审批说明、解释及规定目前尚无具体文件<sup>[5]</sup>。一方面,对于未被列入负面清单的投资领域,以往是进行备案制,但这一备案制的依据是旧法,一直沿用以前的备案管理办法已经不具有时效性和科学性。另一方面,对于负面清单中的限制类投资领域,也存在类似问题,不能明确投资审批的法律依据,不利于外商投资在实践中的开展。

其二,目前制度存在通过间接投资规避负面清单管理的风险。国际间接投资往往以金融资本转移为显著特征,一般指以被投资国的证券为对象的一种投资活动,不直接对企业进行经营运作。外商投资法中没有对间接投资做进一步

解释,而实践中,中国之前有限制间接投资的规定,新规是否意味着对间接投资的完全放开,又或者是否有必要明确将间接投资限制到哪一层级<sup>[6]</sup>,需进一步明确,以免出现外商投资者通过间接投资规避负面清单,破坏对外资领域的监管。

### 3.2.3 负面清单中部分管理措施较为模糊

根据此前学者在2017年进行的浦东新区问卷调查,目前企业对市场准入负面清单模式的基本政策了解不够,在市场准入限制措施和禁止措施的含义、法律制度、审批信息渠道等方面缺乏宣传渠道。

其一,特别管理措施缺乏对设定及实施依据的披露。中国负面清单中缺少必要的解释和实施细则,降低了其自身的明确性。例如过往名单中“稀有和特有的珍贵优良品种”并没有列明产品,且目录也不对外公布,在实践操作中,外资企业对负面清单内的部分产业信息缺乏有效及时的渠道。

其二,部分条款的表述比较模糊。负面清单管理措施存在大量留白,对行业领域的模糊描述会导致在政策适用上难以准备把握<sup>[7]</sup>,对外资企业进一步了解相关规定形成了一定的阻碍。

其三,负面清单投资争端解决方式较为单一。虽然中国已经建立自贸区法庭或者自贸区法院,但是全国其他地区并没有建立专门司法机关<sup>[8]</sup>。在当前基于负面清单产生的争端逐年上升的趋势下,争端解决方式显得单一,且相关纠纷在多元化纠纷解决的应用方面也明显不足。

## 4 中国外资准入负面清单制度的完善建议

### 4.1 外资准入负面清单制度的他国经验

考虑到中国负面清单制度以国内的立法及相关政策作为依据,而非国际条约层面的协议。因此选择专门针对外商投资立法并规定负面清单制度或通过行业政策等体现负面清单实质的国家进行经验学习。

#### 4.1.1 负面清单纳入外商投资立法的典型国家

印度尼西亚与2007年制定新的投资法,并紧接着出现负面清单和外商投资



法。其主要特点在于：第一，负面清单文本标书简明清晰，列明制定目标、制定依据、效力范围和有效期限，便于查看和阅读；第二，注重与其他法律法规之间的协调；第三，设立一站式服务机构 BPKM 来促进外商投资，作为修订、审查、监督清单部门的投资协调委员会，整合各行业部门的审批权限，节约行政手续时间，有利于负面清单在实践中的可操作性。

#### 4.1.2 行业政策层面体现负面清单的典型国家

日本对于不同行业采取的是事前或事后报告制度，根据直接投资命令规定的格式向主管部门提交；对于事前申报的行业进行了严格的规定，这些行业不仅只看投资对象章程中的企业目的来进行判断，而是根据实际所从事的经营活动判断，也就相当于负面清单制度。各级政府应当按照既定的格式要求进行信息披露，如具体的法律依据、所列措施与协议冲突的义务等，同时也规定披露的期限，在出台新的措施或进行变更时，一方对有关内容有疑问，另一方有义务与其进行措施，并进行回答和解释<sup>[9]</sup>。

#### 4.1.3 国外实践总结

其一，统一外商投资法立法较早的国家，一般是在《外商投资法》出台之后结合相关的规定制定负面清单，尊重既有的上位法规定，同时以其修订适时做出调整。在具体实践操作中，可以设置特殊的管理机构，综合各部门意见，为外资企业提供全方位的服务，注重负面清单与其他法律法规之间的一致性，从而进一步增强其可操作性。

其二，重视负面清单中管理措施的明确性，对其设定及事实依据进行充分描述和细化，避免出现模糊性用语。负面清单中的限制条件也应当具体明确。

### 4.2 中国外资准入负面清单制度的完善建议

#### 4.2.1 清晰界定负面清单标准

其一，考察中国的行业发展状况，结合中国产业特点，制定中国产业发展状况白皮书，借助专家论证分析报告，将中国产业进行合理分类，进而进行负面清单重点保护，缩减中国的负面清单范围。

其二，采用国际通行的行业分类标准，减少可能由于行业名称不同导致的

误解和效率低下问题,有利于中国今后与其他国家进行负面清单谈判时掌握谈判主动权。

其三,按照禁止类和限制类控制措施分列两个清单。重点对限制类特别管理措施条目进行细化规定。

其四,明确负面清单的修订标准。一方面,通过外商投资法对负面清单进行原则性规定,另一方面,国务院对其修订进行具体性规定,明确修订标准和程序。

#### 4.2.2 完善负面清单监管制度规定

传统法律制定的备案和审批办法不再具有时效性,需要抓紧时间针对负面清单领域的投资制定新的管理办法。同时,需对间接投资进一步明确规定,包括间接投资可以投资到那一层?中国是否会采取“实际控制”标准?中国需要在实践中抓紧时间做出这些细化规定。

此外,需要抓紧时间整理有冲突或有重叠的法律法规等,尤其是地方机构出台的不同行业规定<sup>[10]</sup>。对于限制条件在不同规定中不协调的问题,在实践中,建议对相关具体法律规定进行充分披露,并设置一站式服务机构,集中部分权力为投资者提供服务。

#### 4.2.3 提高负面清单管理措施明确性

一方面,充分披露负面清单中限制措施的制定及实施依据,强调采取措施所对应的法律法规、部门名称以增强投资便利化。同时对披露期限进行规定;另一方面,避免模糊用语并进行必要的定义和解释,实现中国对于外商投资的管理要求,同时提高投资的可预期性。

## 5 结语

外资准入负面清单制度,一方面促进了国际投资和贸易便利化,另一方面也为东道国保护其国内重要产业、维护国家经济安全提供有效的管理方式<sup>[11]</sup>。中国负面清单从试点到如今的全国推广,存在规定之间的冲突,和实践层面的措施明确性低等问题,在日后发展中需要不断改进。



## 参考文献

- [1] 刘志云, 温长庆. 新一轮对外开放背景下外商投资立法的革新[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2020(3).
- [2] 王利明. 负面清单管理模式与私法自治[J]. 中国法学, 2014(5).
- [3] 申海平. 上海自贸区负面清单的法律地位及其调整[J]. 东方法学, 2014(5).
- [4] 朱最新, 王丹. 法治视野下负面清单管理模式研究及广东的路径选择[J]. 岭南学刊, 2014(3).
- [5] 任清. 负面清单: 国际投资规则新趋势[J]. 中国中小企业, 2013(12).
- [6] 田素华, 王璇, 李筱妍. 行业鼓励政策对中国外商直接投资进入的促进作用——基于《外商投资产业指导目录》和微观企业数据分析[J]. 复旦学报(社会科学版), 2020, 62(1).
- [7] 田昕清. 负面清单模式下我国外资安全审查制度的升级路径[J]. 中国产经, 2018(3): 65-69.
- [8] 张红显. 负面清单管理模式的法治之维[J]. 法学评论, 2015, 33(2).
- [9] 李思奇, 牛倩. 投资负面清单制度的国际比较及其启示[J]. 亚太经济, 2019(4).
- [10] 陈咏梅, 何圳申. 中国外商投资法的变革及其与国际协定的协调[J]. 国际商务研究, 2019, 40(6).
- [11] 余劲松. 国际投资法[M]. 北京: 法律出版社, 2014.

# On the Development and Perfection of the Negative List system for Foreign Investment Admittance in China

Wang Chanyuan

*Zhongnan University of Economics and Law, Juris Master Center, Wuhan*

**Abstract:** Since the establishment of the Shanghai Free Trade Zone in 2013, the negative list system for foreign investment access has attracted wide attention as one of the important measures to promote investment and development. This system also fully embodies the concept of pre-establishment national treatment, can safeguard national economic security, promote the interaction between multiple subjects, and promote the vigorous development of the market. While affirming the positive benefits of the negative list system, we also need to recognize that the current negative list system has a series of problems. In view of the above problems, this paper combined with the domestic development situation and the practical experience of other countries, put forward relevant suggestions for improvement.

**Key words:** Negative list; Foreign investment law; Foreign investment access; Administrative examination and approval