

R
RESEARCH ON
NEGATIVE LIST OF FOREIGN INVESTMENT

外资准入 负面清单管理模式研究

方杰◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

R

RESEARCH ON

NEGATIVE LIST OF FOREIGN INVESTMENT

外资准入 负面清单管理模式研究

2016年教育部人文社会科学研究青年基金项目资助



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

外资准入负面清单管理模式研究 / 方杰著. — 北京: 中国法制出版社, 2017.12

ISBN 978-7-5093-5377-6

I. ①外… II. ①方… III. ①外商投资—管理模式—研究—中国
IV. ① F832.48

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 316533 号

责任编辑: 戴蕊 (dora6322@sina.com) 陆紫薇

封面设计: 李 宁

外资准入负面清单管理模式研究

WAIZI ZHUNRU FUMIAN QINGDAN GUANLI MOSHI YANJIU

著者 / 方杰

经销 / 新华书店

印刷 / 北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2018 年 1 月第 1 版

印张 / 17.5 字数 / 200 千

2018 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-5377-6

定价: 56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66065921

邮购部电话: 010-66033288

谨以此书献给我的援藏岁月

2016年12月—2017年12月

前 言

当今，中国仍然是全球投资的热土，据商务部统计，2010年至2015年我国外商直接投资从1057.4亿美元增至1262.7亿美元，外资利用保持平缓上升态势；2016年我国实际利用外资规模达1390亿美元，新设立外资企业2.7万多家^①。中国大陆前十位的外资来源地基本保持稳定，主要包括新加坡、韩国、日本、美国、德国、英国、法国等，这些外国投资占我国实际使用外资金额的比例在90%以上^②。2016年美国、德国、英国对我国实际投入外资规模分别增长了47.9%、73.7%、104.6%^③。从全球国际投资状况看，我国是外国投资的重要国家，此种情形之下研究和探讨我国外资准入负面清单管理模式具有十分重要的意义。

20世纪80年代，美国开始在双边投资条约中采用列表式负面清单。21世纪以来，大多数国家，包括发展中国家（智利、蒙古、刚果）和最不发达国家（卢旺达），在缔结双边投资协定和自由贸易协定中均已采用外资准入负面清单管理模式。我国在此方面起步较晚，2012年6月我国在跨境贸易人民币结算领域开始实施“负面清单”管理模式；2013年9月，上海市政府颁布《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）》，我国在外商投资管理方面正式开始试验和实施负面清单管理模式；2013年9月国务院在《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》中正式提出在我国探索建

① <http://finance.people.com.cn/n1/2017/0217/c1004-29087088.html>，2017年4月10日访问。

② <http://finance.people.com.cn/n1/2017/0217/c1004-29087088.html>，2017年4月10日访问。

③ <http://finance.people.com.cn/n1/2017/0217/c1004-29087088.html>，2017年4月10日访问。

立外资准入负面清单管理模式，借鉴国际通行经贸规则，对外商投资施行准入前国民待遇，研究制定试验区外商投资与国民待遇等不符的负面清单，改革外商投资行政管理模式。2013年11月召开的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提出：“实行统一的市场准入制度，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。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。”2015年我国国务院分别颁布统一适用于全国四个自贸区的负面清单；2017年国务院分别颁布统一适用于全国十一个自贸区的负面清单。目前，我国外资准入负面清单管理模式已初步形成。

外资准入负面清单管理模式对促进不同国家外资准入管理规则趋同和国家间资本正常流动有很大助益，目前发达国家和发展中国家都在积极探索和研究外资准入负面清单管理模式，谋求更为合理的负面清单管理模式。鉴于此，本成果将系统研究我国外资准入负面清单管理模式，梳理与负面清单制定有关的法律法规，研究负面清单核心理念、负面清单管理基本制度、清单列表基本范式、负面清单管理模式有关法律制度、负面清单修订程序和事中事后监督模式，以推动我国外资准入负面清单管理理论和管理模式的完善和发展。

目 录

第一章 外资准入负面清单综述	1
第一节 外资准入负面清单概述	3
一、负面清单概念和特征	3
二、负面清单形成历程	9
三、负面清单行业限制	13
第二节 外资准入负面清单基本价值	14
一、践行国际通行经贸规则，进一步深化开放格局	14
二、推动外资市场准入逐步自由化，提升外资利用规模	15
三、转变政府管理理念	16
四、丰富和完善我国国际投资法律体系	17
五、负面清单体现私法自治原则	18
第二章 负面清单基本制度研究	21
第一节 国家经济主权原则	23
一、国家经济主权原则起源	23
二、国家经济主权原则概念和内容	24
三、负面清单管理是国家经济主权原则的具体体现	26
第二节 准入前国民待遇制度	27
一、国民待遇概述	27

二、准入前国民待遇概念.....	28
三、准入前国民待遇历史发展.....	29
四、准入前国民待遇基本内容.....	30
五、准入前国民待遇制度价值.....	32
第三节 最惠国待遇制度.....	32
一、最惠国待遇制度起源.....	32
二、最惠国待遇原则内涵.....	33
三、最惠国待遇原则特征.....	34
四、最惠国待遇条款在投资领域的运用.....	35
五、最惠国待遇原则与负面清单管理模式.....	37
第四节 负面清单模式特殊制度.....	37
一、业绩要求.....	37
二、高管要求.....	38
三、比例要求.....	39
第三章 负面清单规范基础研究.....	41
第一节 我国外资准入管理历史进程.....	43
一、20世纪80年代改革开放阶段.....	43
二、20世纪90年代积极引导阶段.....	44
三、21世纪第一个十年外资准入调整探索阶段.....	45
四、2013年以来负面清单管理模式.....	45
第二节 我国负面清单管理模式国内法规范基础.....	47
一、中华人民共和国中外合作经营企业法（2017年修正）.....	47
二、中华人民共和国中外合资经营企业法（2016年修正）.....	48
三、中华人民共和国外资企业法（2016年修正）.....	49
四、外商投资产业指导目录（2017年修订）.....	49
五、中西部地区外商投资优势产业目录（2017年修订）.....	53
第三节 国际法规范基础.....	54

一、《与贸易有关的投资措施协议》(Agreement on Trade-Related Investment Measures).....	54
二、1985年《多边投资担保机构公约》.....	55
三、国家间双边投资协定.....	56
第四章 外资准入负面清单国际比较研究	61
第一节 欧美外资准入负面清单研究	63
一、美国负面清单管理实践.....	63
二、欧盟负面清单管理实践.....	68
三、日韩负面清单管理实践.....	72
第二节 发展中国家外资准入负面清单研究	75
一、菲律宾负面清单管理模式.....	75
二、墨西哥负面清单管理模式.....	78
三、印度和印度尼西亚负面清单管理模式.....	80
第三节 中美双边投资协定(BIT)	83
一、基本情况.....	83
二、发展中国家应对美国负面清单模式.....	84
三、中美BIT应注意事项.....	86
第五章 外资准入负面清单基本模式	89
第一节 负面清单一般事项概述	91
一、外国投资.....	91
二、行业分类.....	93
第二节 负面清单管理模式一般性要求	95
一、透明度要求.....	95
二、保持现状要求.....	97
三、外商投资备案制.....	98
第三节 外资准入负面清单基本模式	100

一、我国已废止的负面清单	101
二、我国 2015 年负面清单	103
三、我国 2017 年 6 月负面清单	113
第六章 国家安全审查机制	123
第一节 美国国家安全审查机制	125
一、美国国家安全审查起源和组成	125
二、美国国家安全审查机制法律依据	126
三、美国国家安全审查审查对象及程序	127
第二节 加拿大安全审查机制	128
一、加拿大安全审查机制起源及审查标准	128
二、加拿大安全审查机制法律依据	129
三、加拿大安全审查机制国家安全标准	130
四、加拿大安全审查机制除外条款	130
第三节 欧盟国家安全审查机制	131
一、欧盟国家安全审查机制总体法律框架	131
二、法国国家安全审查机制	132
三、德国国家安全审查机制	134
第四节 我国安全审查制度构建	135
一、我国建立国家安全审查法律依据	136
二、我国国家安全审查对象	137
三、我国国家安全审查考虑因素	138
四、我国国家安全审查启动程序	140
五、我国国家安全审查期限和审查实施措施	141
第七章 负面清单管理模式保障条款	143
第一节 负面清单保障条款设立必要性	146
一、国家安全理由	146

二、金融安全理由.....	148
三、负面清单管理模式原因：外资准入放宽，监管难度加大.....	149
第二节 负面清单保障条款法律依据和立法状况	151
一、负面清单保障条款法律依据.....	151
二、外国负面清单保障条款立法状况.....	152
第三节 我国负面清单管理模式保障条款模式	153
一、我国负面清单保障条款法律基础.....	153
二、负面清单保障条款立法模式.....	155
三、我国负面清单保障条款立法模式.....	160
第八章 负面清单修订程序和事中事后监管	161
第一节 负面清单修订程序	163
一、负面清单修订必要性.....	163
二、负面清单修订依据.....	164
三、负面清单修订程序.....	165
第二节 负面清单事中事后监督程序	167
一、负面清单事中事后监管是国家经济主权体现.....	167
二、事中事后监管的必要性.....	168
三、事中事后监管模式.....	170
四、事中事后监管原则.....	172
参考文献	173
附录：涉及负面清单管理模式的法律法规	183
一、中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）.....	185
二、中华人民共和国中外合作经营企业法（2017年修正）.....	209
三、中华人民共和国中外合资经营企业法（2016年修正）.....	213
四、中华人民共和国外资企业法（2016年修正）.....	216
五、外商投资产业指导目录（2017年修订）.....	219

六、中西部地区外商投资优势产业目录（2017年修订）.....	242
七、中国（上海）自由贸易试验区条例.....	244
八、与贸易有关的投资措施协定（TRIMs）.....	254
九、多边投资担保机构公约（节录）.....	258
十、自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法.....	261
十一、内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排.....	264

CHAPTER

1

第一章 外资准入负面清单综述

第一节 外资准入负面清单概述

一、负面清单概念和特征

(一) 负面清单内涵

作为通行国际经贸规则，“负面清单”（negative list）是一个国家禁止外资进入或限定外资比例的行业清单，是现代国际投资体制的自由模式。负面清单是与正面清单相对应外资准入管理模式，是一个针对外商投资的十分先进的管理理念。正面清单属于选择性开放模式，采用“法无授权即禁止”的法律理念^①，其监管模式是法律没有规定可以准入的领域就是不可以准入的领域。一般情况下由东道国承诺部分开放，东道国列明禁止、限制和允许投资的领域，并设事先严格审批程序，因而正面清单模式属于一种严格准入制度。而负面清单是在增加透明度和可预见性的基础上，减少东道国对外资准入的不当干预和肆意行为，推动外资准入自由化。相较于正面清单，负面清单体现的是“法无禁止即可为”的法学理念，起源于在国际司法实践中最常援引的

^① 最高人民法院《关于适用中华人民共和国涉外民事关系法律适用法若干问题的解释一》第六条规定：“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。”

一个论断——“国际法不禁止即为允许”^①。

所谓负面清单，或称消极清单、不符措施列表、否定清单或否定列表，是指一国在外资准入过程中以清单形式公开列明一个国家禁止外资进入或限定外资比例的行业清单。负面清单是不符措施的代称，即在外资市场准入阶段不适用国民待遇原则的特别管理措施的汇总^②。负面清单是在国际贸易投资协定或国家制定的负面清单中列明针对外资准入的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施，或有关当地存在、业绩和高管人员等要求的清单^③。负面清单实际上采用与正面清单相反的逆向思维方式，直接列明针对外资准入国民待遇或最惠国待遇不符的管理措施，指导外资投资主体的投资领域和投资比例，由投资主体依据市场变化作出判断，其不仅仅是一纸列表，更是一种“法无禁止即可为”的政府行权理念^④。负面清单本质上是域外投资准入领域的“黑名单”，即外国投资禁止投入的领域，凡是针对外资与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施，包括业绩要求、高管要求等，均以清单方式列明^⑤，负面清单遵循法律保留领域之外可以自由投资的规则，有利于推动国家间投资自由化。“非禁即可”是负面清单的核心理念和精神内涵，体现法治权利本位精神，是“法无禁止即自由”的原则与精神的体现，也是落实市场主体权利保障的重要措施^⑥。负面清单不符措施与双边投资协定例外附件中不符措施条款具有

① 龚柏华：《“法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”模式》，载《东方法学》2013年第6期。在国际交往实践中，国家主张其行为的合法性往往不是依据国际法的积极授权，而是依赖于国际法上不存在相反的规定。有关实践体现在2010年“科索沃宣告独立”咨询意见案中，国际法院认为：一般国际法和联合国安理会1244（1999）号决议都没有禁止（International Court of Justice, Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.Pdf>, 最后访问时间：2017年4月20日）。科索沃宣布独立，因此科索沃单方面宣告独立的行为本身并不违反国际法。

② 商舒：《中国（上海）自由贸易试验区外资准入的负面清单》，载《法学》2014年第1期。

③ 樊正兰、张宝明：《负面清单的国际比较及实证研究》，载《上海经济研究》2014年12期。

④ 龚柏华：《“法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”模式》，载《东方法学》2013年第6期。

⑤ 商舒：《中国上海自由贸易试验区外资准入的负面清单》，载《法学》2014年第1期。

⑥ 张红昱：《负面清单管理模式的法治之维》，《法学评论》2015年第2期，第71页。

高度一致性。

“负面清单”管理模式是政府管理体制一项重大变革，更是一项重大的社会治理创新。负面清单模式可以推动东道国放松外汇管制、逐渐开放国内市场、保障和促进公平竞争和吸引外资，任何国家在国际投资领域强化政府政策导向和细化负面清单产业条款都十分必要。负面清单可以促进国家间协同合作，并增加相互信任，最终会促进多边关系正常化和构建国家间的和谐政治经济秩序。目前，无论是发达国家，还是东欧、亚洲、拉美、非洲等地区的发展中国家，都在积极推行负面清单，外资准入负面清单已经成为“新一代投资规则（new generation of investment laws）”^①。

负面清单管理模式和负面清单的制定完全从属于国家主权原则，一个国家根据国家主权原则和国家经济主权原则自行决定本国负面清单中所列举措施的种类、数量和内容。任何国家可以基于国家安全、公民生命健康安全、国家经济安全、保护自然资源或幼稚产业等原则，在任何行业设定不符措施；同时也可以在一个特定行业中依据本地化要求、股比限制、投资总额限制和高管人员要求和限制等约束条件设定相应的管理措施。一般情况下，负面清单管理应维持两项普遍的约束：一是保持现状（stand-still），即对现有的不符措施，在相关协定生效后可延续、展期、也可变更和修改，只要这种修改没有增加之前的不符程度；二是保持透明，即对于现有负面清单内容，允许保持、延续和修改，并允许出台新的限制性措施，只要履行相关的通知和磋商义务，缔约双方可以根据自己的原则选择任意一个规定^②。

（二）负面清单特征

1. 从基本制度看，负面清单一般包含四项基本内容，也是负面清单对应的一般义务。践行透明度原则，负面清单管理模式重要特征之一就是采用透

^① OECD, *New Generation of Foreign Investment Laws: MENA-OECD Good Practice and the New Iraqi Investment Regime*, www.Oecd.Org/mena/investment.

^② 樊正兰、张宝明：《负面清单的国际比较及实证研究》，载《上海经济研究》2014年12期。