

展?

(六)自由贸易区的类型<sup>[15]</sup>如何划分?其法理依据是什么?WTO、自由贸易、美式自由贸易协定<sup>[16]</sup>的法哲学有何区别?制度选择上差异性是什么?

作为自贸区的法学研究者,法治议题的提出十分重要。当然,对于不同的研究者来说,由于专业素养与思维习惯的不同,自贸区的法治会呈现不同的“脸谱”。但是,上述十二项法治议题可能是每个研究者或多或少将会涉及到的课题。而对自贸区的法治建设来说,上述法治议题的提出,只是漫长征途的第一步。而且是开启“边干边学”哲学的关键一步。

## “法无禁止即可为”的法理与上海自贸区 “负面清单”模式

龚柏华\*

**内容摘要:**中国(上海)自由贸易试验区(以下简称上海自贸区)探索建立外商投资“准入前国民待遇”和“负面清单”管理模式是这次上海自贸区建设的亮点和难点。从“法无禁止即可为”的法理出发,结合中美双边投资协定的谈判模式,分析上海自贸区外资准入“负面清单”的解释法理。“负面清单”实际上是原则的例外,体现的是“法无禁止即可为”的法律理念。在分析上海自贸区的“负面清单”时,有必要参考中美双边投资协定“负面清单”谈判模式。“法无禁止即可为”法理思想如果在上海自贸区“负面清单”法治实践中得以贯彻,并通过“可推广、可复制”,定会促进我国进一步的法治改革。

**关键词:**法无禁止即可为 上海自贸区 负面清单 准入前国民待遇

上海自贸区的建设是我国全面深化改革和扩大开放的重要举措。探索建立外商投资“准入前国民待遇”和“负面清单”管理模式更是这次上海自贸区建设的亮点和难点,这种模式也为党的十八届三中全会文件予以肯定。<sup>[1]</sup>笔者拟从“法无禁止即可为”的法理出发,结合中美双边投资协定的谈判模式,分析上海自贸区外资准入“负面清单”的解释法理。<sup>[2]</sup>

[15]前引[10],夏善晨文。

[16]殷敏:《新区域主义时代下美式自由贸易协定的战略选择——兼论对中国的启示》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版),2013年第3期。

\*复旦大学法学院、复旦大学上海自贸区法研究中心教授。

[1]2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中有关建立公平开放透明的市场规则段落中写道:“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。”

[2]“负面清单”是英文Negative listings的直译,也可翻译为“否定清单”、“负面列表”、“否定列表”。本文未做特别说明之处即将这些译文等同替代使用。

## 一、“法无禁止即可为”的法理分析

“法无禁止即可为”<sup>[3]</sup>是西方法学中的经典谚语,蕴含着私权自治的法律原则。“法无禁止即自由”是在古希腊的政治准则中最早得以表达的理念。一般认为,“法无禁止即自由”仅适用于私权范围而不能适用于公权范围,“法无授权即禁止”(除非法律允许的否则就是法律禁止的)是公权范围的重要法律原则。<sup>[4]</sup>对公民而言,只要法律没有禁止的公民都可为之;而对政府而言,凡是未经法律授权的均不得为之。

“法无禁止即可为”中“法”的范畴究竟有多大?这个范畴应该明确在一定范围之内,否则无限制扩大“法”的范畴将导致“法无禁止即可为”原则的落空。

在我国立法、司法实践中是遵循“法无禁止即可为”还是“法无授权即禁止”的法理,并没有明确的规定。例如,我国《商业银行法》第3条列举了14类可以经营的业务,那么没有列举到的是否就是禁止做的?<sup>[5]</sup>比较国外商业银行的业务,在法律上通常只规定什么业务不能经营而不规定什么业务可以经营。我国正好反过来,法律规定什么可以经营,不规定什么不能经营。两种不同的规定方法,体现出两种不同的监管思路:前者的思路是凡是法律没有规定禁止的就都是可以经营的;后者的思路是凡是法律没有规定可以经营的就都是不可以经营的。又如,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6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。”这似乎遵循的也是“法无授权即禁止”法理。

在国际司法实践中,“国际法不禁止即为允许”是最常援引的一个论断。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规定。例如,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。<sup>[6]</sup>

“负面清单”实际上是原则的例外,体现的是“法无禁止即可为”的法律理念,遵循的是“除非法律禁止的,否则就是法律允许的”解释逻辑。

在解释“法无禁止即可为”或“除非法律禁止的,否则就是法律允许的”时,需要解决“法无授权”和“法无禁止”之间的“空白地带”或“边缘领域”问题,即法律规定的“沉默”问题。“沉默”是指无所言语或书面表达。“沉默”是“是”还是“否”?法规(协定)没有规定是否就是“同意”或“否定”?在一般情况下,“沉默”不能视为意思表示。“沉默”不是有效的沟通方法。孤立地看,它没有特定的含义。“无中不能生有”。

“沉默”在不同的法律关系中可能具有不同的含义。法律通常对“沉默”(包括不行为或不表态)不规定责任。霍布斯主张:“在法律未加规定的一切行为中,人们有自由去做自己的理性认为最有利于自己的事情。”我们通常称之为“法律沉默下的自由”。立法部门不能通过“沉默”方式来立法。法规中的“沉默”表示它没有规定。根据英美普通法,如果存在说话的义务时,“沉默”本身可理解为是陈述。

[3]也有翻译为“法无禁止即自由”。

[4]英文的两组表述:All is permissible unless prohibited(法无禁止即可为);All is prohibited unless permissible(法无授权即禁止)。

[5]我国《商业银行法》第3条:商业银行可以经营下列部分或者全部业务:(一)吸收公众存款;(二)发放短期、中期和长期贷款;(三)办理国内外结算;(四)办理票据承兑与贴现;(五)发行金融债券;(六)代理发行、代理兑付、承销政府债券;(七)买卖政府债券、金融债券;(八)从事同业拆借;(九)买卖、代理买卖外汇;(十)从事银行卡业务;(十一)提供信用证服务及担保;(十二)代理收付款项及代理保险业务;(十三)提供保管箱服务;(十四)经国务院银行业监督管理机构批准的其他业务。

[6]International Court of Justice, Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion (22 July 2010), available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.Pdf>, 2013年10月24日。

此时“沉默”就有了正面的含义。但要将“沉默”视作为陈述,前提是要有上下文。在法律上、协议上有特别规定或有特别约定的情况下,“沉默”可以转化为不作为的默示,即可以视为意思表示。这种“沉默”可能是同意,也可能是否认。在我国立法中沉默属于同意的例子有:《民法通则》66条第1款规定:“本人知道他人以本人名义代理而不作否认的,视为同意。”《担保法解释》54条第2款规定:“共同共有人明知个别共有人擅自将共有财产抵押而未表示异议的,视为同意。”在我国立法中沉默属于拒绝的例子有:《合同法》47条第2款规定:“第三人催告后,限制行为能力人的法定代理人沉默的,视为拒绝。”《合同法》48条第2款规定:“第三人催告后,无权代理的被代理沉默的,视为拒绝。”我国同一部法律中也有将“沉默”既视为同意又视为否定的。如《继承法》25条规定:“继承开始后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。”即继承人沉默的,视为接受继承;而该条进而规定“受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月,作出接受或放弃遗赠的表示,到期没有表示的,视为放弃受遗赠。”即受遗赠人沉默的,视为拒绝接受遗赠。

根据合同法原理,合同由要约与承诺构成。要约和承诺通常是明确表示的,但在一些特殊情况下也可能沉默表示。如我国《合同法》第236条规定:“租赁期间届满,承租人继续使用租赁物,出租人没有提出异议的,原租赁合同继续有效。”这里的“承租人继续使用租赁物”,就是通过“沉默”来默示表示要约的。我国《合同法》第171条规定:“试用期间届满,买受人对是否购买标的物未作表示的,视为购买。”这是以沉默的方式表示承诺。沉默本身一般不构成承诺,但依法律的规定,或者依当事人之间的约定,或者依当事人之间确立的习惯作法或者依照惯例,“沉默”可以构成承诺。

## 二、国际贸易和投资协定中的“负面清单”模式

在国际贸易和投资协定谈判中,按“正面清单”模式还是按“负面清单”模式谈判,直接关系到市场准入和市场开放的程度。就承担义务的水平而言,负面清单高于正面清单。目前国际贸易和投资协定谈判中有两大协定代表着这两种模式。第一种“正面清单”模式以世界贸易组织(WTO)的《服务贸易总协定》(GATS)为代表。在这种模式下当事方的义务是按“正面清单”作出承诺,即对市场准入的范围作出肯定性承诺。在“正面清单”的承诺方式下,某一服务部门开放与否的选择权归WTO各成员,未列入清单的服务部门是各成员的保留范围。因此,GATS最惠国待遇只适用于各成员在清单中所明列的措施之外的措施。可见,GATS下的承诺模式是以“正面清单为主、负面清单为辅”。第二种模式“负面清单”模式以《北美自由贸易协定》(NAFTA)为代表。NAFTA创设了“准入前国民待遇+否定清单”的投资规则模式。在国际贸易或投资协定中通常用“不符措施”(non-conforming measures)条款来体现“负面清单”的内容。NAFTA的不符措施是一系列对国民待遇、最惠国待遇以及其他义务的例外措施。这些例外措施按规定需要按照固定格式列表,其法律地位是协定的一部分。不符措施的“负面清单”模式在NAFTA的服务贸易承诺中首用。除非NAFTA成员明确表示保留某些措施即不适用,否则该服务贸易就应非歧视地开放。

美国在其推行的双边投资协定中力推NAFTA的负面清单模式。上海自贸区的“负面清单”模式实际上是中美双边投资协定中“负面清单”谈判的先试先行。因此,在分析上海自贸区的“负面清单”之前,有必要分析中美双边投资协定的“负面清单”问题。

美国从1982年开始制定双边投资协定范本,之后于1994年、2004年和2012年分别推出了新的范本。奥巴马政府于2012年4月20日公布了修订后的BIT范本,即2012年BIT范本。<sup>[7]</sup>美国2012年版BIT范本提出了被俗称为“负面清单”和“准入前国民待遇”的两大前提条件。2013年7月10至11日,中美双方

[7]英文原文,参见<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>,2013年10月25日。

举行了第五次战略与经济对话,中国同意开始与美国进行投资协定的实质性谈判,该投资协定将对包括准入环节投资的各个阶段提供国民待遇,并以“负面清单”模式为谈判基础。

美国2012年BIT范本第3条“国民待遇”规定中,例举了“设立、收购、扩展、管理、经营、营运和销售,或其它处分方面”六大方面的国民待遇。这要求在投资的市场准入阶段(如设立或并购时)东道国就必须给予外国投资者国民待遇。为了让谈判双方有选择或利益保留的空间,美国2012年BIT范本设计了第14条“不符措施”,允许对国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高级管理人员和董事会组成条款提出保留和例外。

由于目前中国在外资投资管理上是采取“正面清单”的准入后国民待遇,并配有例外规定。因此,如果按照目前中美已经达成的谈判模式,中国现有的外资准入限制体制将面临重大调整。“负面清单”模式对中国政府谈判来说增加了难度,不仅需要仔细梳理现行的不符措施,并且要前瞻性想象未来施政空间。在谈判过程中还要拿出经过细致措词的清单,考虑前后呼应的体系性例外架构。因此,上海自贸区的“负面清单”模式试验可为将来这种模式谈判,提供经验。

### 三、上海自贸区外资准入“负面清单”模式法理分析

2013年9月18日,国务院公开批准《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》。方案中提到要“探索建立负面清单管理模式”。2013年9月22日,上海市人民政府通过了《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》。该办法第11条标题为“负面清单管理模式”,其规定:“自贸试验区实行外商投资准入前国民待遇,实施外商投资准入特别管理措施(负面清单)管理模式。对外商投资准入特别管理措施(负面清单)之外的领域,按照内外资一致的原则,将外商投资项目由核准制改为备案制,但国务院规定对国内投资项目保留核准的除外。”2013年10月1日,上海市人民政府公布了《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”)。

如果细读上海自贸区的“负面清单”,比较现行《外商投资产业指导目录(2011年修订)》就会发现,其内容并无实质性突破,更多地是从分类、编排上作了调整。我国现行《外商投资产业指导目录(2011年修订)》是经国务院批准、自2012年1月30日起施行的。《外商投资产业指导目录》是按鼓励类、限制类和禁止类来规范外商投资市场准入的。长期以来,对《外商投资产业指导目录》是“正面清单”模式,还是“负面清单”模式,学界中有争论。由于三类“鼓励类、限制类和禁止类”同时列举,无法确认“鼓励类”(即正面清单)是原则,还是“禁止类”(即负面清单)是原则。至于这三类没有提到的是什么性质?国务院在2002年2月公布的《指导外商投资方向规定》(第346号令)第4条规定:“外商投资项目分为鼓励、允许、限制和禁止四类。鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目,列入《外商投资产业指导目录》。不属于鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目,为允许类外商投资项目。允许类外商投资项目不列入《外商投资产业指导目录》。”从这一规定来看,这里遵循的解释逻辑是“沉默即为允许”的推理。

这次上海自贸区“负面清单”是将“禁止类”和“限制类”合并。从而明确了该清单的“负面”性质,即除非“清单”中提到的禁止或限制,否则就不存在禁止或限制。目前对“负面清单”之外是否就是当然允许的,存在理解分歧,即“法无禁止即可为”的法理是否可适用?笔者认为,首先要明确前提“法无禁止”,才能谈得上“自由”。负面清单模式(即法律禁止)在双边投资协定中,实际上有三类:第一类为一般例外,如国家安全、公共卫生、健康、环境保护等;第二类为特定主题例外,如政府采购、补贴等;第三类为特定产业例外,如石油、国防、文化、运输、金融、通信和商业服务等。前面两类是对双方适用的“负面清单”(即例外情况),第三类是一方单方面要求的,通过谈判得到对方同意的。在理解“负面清单”时要全面考虑前两类“负面清单”,某种意义上说,第一类“负面清单”是一种兜底条款。只有既

不在第三类的负面清单上,又不属于第一类负面清单的根本例外中,此时才可以说“法无禁止”,则相关部门的市场准入才属于“允许”。此时的举证责任倒置了,即东道国(上海自贸区管理委员会)要证明不在清单上的措施仍然受到基本安全例外的限制。上海自贸区的“负面清单”实践上就配有这种“兜底条款”,即除列明的外商投资准入特别管理措施,禁止(限制)外商投资国家以及中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安全和社会安全的项目,禁止从事损害社会公共利益的经营行为。此外,自贸试验区内的外资并购、外国投资者对上市公司的战略投资、境外投资者以其持有的中国境内企业股权出资,应当符合相关规定要求;涉及国家安全审查、反垄断审查的,按照相关规定办理。当然这种重大的“负面清单”例外,不是上海自贸区管委会单独能够胜任的。

这次上海自贸区的“负面清单”一方面是依据《外商投资产业指导目录(2011年修订)》,但另一方面又“超越”了该指导目录,把散见于其他部门规章中对外资准入禁止或限制的内容,加入到上海自贸区的“负面清单”中。例如,有些在《外商投资产业指导目录》中没有列入禁止类的,在负面清单里列为禁止项目,包括:禁止盐的批发;禁止投资文物拍卖;禁止投资文物商店;禁止直接或间接从事和参与网络游戏运营服务;禁止投资经营因特网数据中心业务;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。这并不是说,上海自贸区的“负面清单”反而比外商投资指导目录的内容更长,而是将已经存在的禁止或限制性规定,以更透明的方式将之列出来,这些分散的规定并非是“沉默”。一个值得思考的问题是:这次上海自贸区“负面清单”没有列举出来的措施或部门,是否可初步认定就是允许性的措施或部门?例如外资想投资与殡葬相关的服务业(不是殡葬火化本身,而是其延伸的服务业),是否属于上海自贸区“负面清单”之外的允许类?上海自贸区这次“负面清单”并没有将殡葬业列到“负面清单”中。一种解释认为,在上海自贸区中不可能有殡葬业存在的物理空间,但这不等于说相关的衍生产品或服务没有存在的物理空间。据称,尽管殡葬业不在上海自贸区的“负面清单”中,但我民政部实际是对这个行业有市场准入的限制的。“可以做”与“做不成”应该是两个层面的问题。上海自贸区的“负面清单”不是单纯的我国外商投资指导目录的翻版,而是经过思考后的调整。因此,不将殡葬业放入,应推定是“经过思考的含糊”。如果一方面不在“负面清单”上,另一方面又称在其他分散的“负面清单”中,本身是有违上海自贸区追求的透明度带来的预见性的“国际化和法治化”要求。类似殡葬业的其它行业的外资市场进入有同样的问题。因此这一类问题法律上是否能合理解释,很可能引发相关的行政诉讼。接下来,我国法院(包括上海自贸区法庭)在诉讼处理中必然面对“法无禁止即可为”法理在司法实践中落实的考验。

## 结 语

上海自贸区“负面清单”是其外资管理模式重大转变的标志。上海自贸区“负面清单”实际上是中美双边投资协定“负面清单”的先试先行。“负面清单”模式后面透视的是“法无禁止即可为”的法理思想。这种思想如果在上海自贸区法治实践中得以贯彻,通过“推广、复制”,可进一步推动我国的法治改革。