

# 我国实施市场准入负面清单之挑战与应对

朱雅琼

(山东大学 法学院, 山东 青岛 266000)

**摘要:**我国《市场准入负面清单(2018年版)》的全面实施,意味着境内外的市场活动参与者在我国境内将享有同等的市场地位。这一变化将会对我国市场经济发展带来诸多影响,对政府职能和法律体系提出挑战。政府需要转变管理模式,加强事中事后监管;国家要加快相关法律体系的建设和完善,规范政府权力行使,提高法律在经济发展中的保障作用。

**关键词:**市场准入负面清单;管理模式;政府改革

中图分类号:F121

文献标识码:A

文章编号:1671-9891(2019)03-0024-03

## 0 引言

2015年,国务院印发的《施行市场准入负面清单的意见》规定,我国从2018年起在全国范围内正式实行全国统一的市场准入负面清单制度,全面放宽各行业的市场准入,涉及金融、能源等各领域,共推出22项重大开放措施,同时精简清单长度,相应地缩小外商投资审批范围。这一举措将使国资与民资、内资与外资站在同一条起跑线。同时,市场准入负面清单制度作为一个新生事物,对我国的依法治国提出了新的要求,对市场主体带来新的机遇和挑战。

### 1 市场准入负面清单基本内涵及其理解

#### 1.1 负面清单的产生与内涵

与负面清单紧密相关的是准入前国民待遇。准入前国民待遇的做法首先出现在美国的外资立法中,而准入前国民待遇加负面清单的模式始于《北美自由贸易协定》,其核心在于负面清单。<sup>[1]</sup>负面清单的出发点是用清单的管理方式来保护关系东道国国家利益和经济安全的产业,这已成为当前国与国之间投资保护的一种广泛使用的管理模式,世界上至少已经有77个国家采取了负面清单的管理模式。<sup>[2]</sup>与之相对应是“正面清单”的管理模式,两者的区别可以简单概括为“法无禁止即可为”与“法无明文规定不可为”。具体而言,在负面清单所列领域之外,内外资享有相同的市场准入权,而正面清单则是国民待遇仅适用于东道国政府承诺对外资开放的领域。我国长久以来都是以《外商投资产业指导目录》为基础适用的“正面清单”模式。<sup>[3]</sup>

#### 1.2 我国的市场准入负面清单

我国的负面清单是源于中美之间的贸易谈判。在2013年7月第五轮中美战略与经济对话会议的重要议题之一,是以该模式为基础进行双边自由贸易协定的谈判。具体到我国的具体适用当中,负面清单又可以分为两类:第一类是市场准入的负面清单,也就是笔者试图探讨的负面清单;第二类是适用于外商投资的负面清单。虽然这两类负面清单在本质上有异曲同工之处,但在实际运用中存在细微的差别。前者是对境内外市场主体统一使用的,后者的适用对象则仅限于外国投资者。而国际上的负面清单一般都是指后一种模式的负面清单,市场准入负面清单的模式是极具中国特色的做法。<sup>[4]</sup>

我国的市场准入负面清单是指政府以否定性列表的方式明确列出禁止和限制市场主体进入的行业和领域,而对这张清单之外的领域赋予了市场主体充分的自由,行政权力非经法律授权不得干涉其准入自由。我国通过先试点的方式,逐步推进负面清单的适用。2013年9月建立的上海自贸区是我国在负面清单领域

收稿日期:2018-06-12

作者简介:朱雅琼(1995—),女,湖南株洲人,山东大学法学院硕士生。

的初步尝试。2015年4月,广东、天津、福建自贸区成立;2017年3月,四川、重庆、陕西、辽宁、浙江、河南、湖北等七个自贸区成立,由此建成了我国开放的新格局;2018年5月,党中央又提出建设海南自由贸易港国家重大发展战略。在中美贸易战的大背景下,党和国家提出改革开放的新举措使市场准入制度日趋完善,对我国引进外资,扩大对外交流,具有深远意义。

## 2 实施市场准入负面清单的挑战

实施市场准入负面清单的管理模式,对我国社会主义市场经济的发展是一把双刃剑,如果不能合理有效地处理实施过程中的各种矛盾,将可能会打击市场主体的积极性,不利于我国优化外资的利用结构和当前全面深化改革开放的进程。

### 2.1 对政府职能转变的要求

实施这一管理模式首先必须直面政府的管理水平,这是决定这一模式是否能有效实施的关键一步。以前,我国政府一直着力对各类市场主体的事前监管,这是一种以审批制为中心的监管体系。这在一定程度上会促成政府“官老爷”的办事风格。<sup>[5]</sup>而实施负面清单的管理模式,首要的便是由事前监管变为事中、事后监管,只要不是属于清单之内的产业,市场主体可以“为所欲为”地开展经济活动。但如果市场这只“看不见的手”过度挥舞,又可能会对市场经济带来损害。因此,即便是负面清单的管理模式下,也需要充分发挥政府“看得见的手”的宏观调控作用。这些都对政府管理理念和方式的转变提出了新的要求。

### 2.2 对法律体系的挑战

目前,全面实施市场准入负面清单所涉及的法律法规还有待完善。自我国设立第一个自由贸易区起,在新闻报道中时常看到某某领域市场准入清单等的文件、规章,造成负面清单适用的混乱状态。从这近几年各地印发的负面清单内容来看,其本质还是紧握手中的权力不放松,延续了某些政府部门一贯的行事作风,并且某些部门和行业通过在清单上增添条目的方式以期解决本地区或本行业急需解决的问题。从表面上看,这些问题依旧是某些政府部门没有转变政府管理理念,通过“换汤不换药”的方式继续进行着“官老爷”的政府管理模式。从本质上看,这是该领域法律体系不健全带来的治理缺失,尽管这种管理方式没有发挥负面清单本该应有的作用,但从法治层面看,这并不违反法律法规的规定。这些事实从侧面反映出建立公正、公平、合理的契约精神的重要性,而这需要依靠完善的法律制度体系去维系。

根据欧美各国实施准入前国民待遇加负面清单管理模式的经验,这一模式能否有效运用与一国的经济发展水平和法治水平密切相关。改革开放至今,我国已制定了《中华人民共和国公司法》和“三资企业法”等一系列外商投资法律法规。此外,还有经济特区立法、新技术开发区法、保税区法等众多涉及外商投资的法律法规。法律法规众多在一定程度上容易造成外来投资者的困惑,也有可能投资过程中不经意地违反我国的制度规定,在这之中,还有各地政府、企事业单位等印发的红头文件。作为国家机关行使管理职能的一种工具,红头文件具有很高的权威性,也与老百姓的生活息息相关。然而,在现实生活中红头文件朝令夕改、相互打架、与法律相冲突等现象屡见不鲜,与依法治国、依法行政的大环境格格不入,大大降低了其执行效用,也影响了政府的公信力。因此,我国在全面推进实施市场准入负面清单的同时,应该更加重视相关法律法规的统一,给境内外市场主体一个清晰而明确的合法范围。

## 3 推进市场准入负面清单有效实施的策略

### 3.1 政府自身之变革

政府机构管理职能实现向事中事后监管转变后,更需要切实有效地运用自己手中的权力。在市场准入负面清单之下,政府部门要“放到位”和“管到位”,进行动态监管,确保监管效力落到实处,充分利用大数据、互联网检查、反馈落实效果。事中事后监管具体从以下几个方面考虑:第一,建立安全审查制度。借鉴美国外资审查的重大安全例外制度,在国内市场准入方面转化运用,在一些关系国计民生的行业要建立起“防火墙”。<sup>[6]</sup>第二,完善反垄断审查制度。市场主体自由运作极易产生巨头垄断。反垄断审查制度是推进实施市场准入负面清单的重要举措之一,能够给各类市场主体创造一个公平的环境,激发市场活力。第三,完善社会信用体系。要充分运用我国在互联网发展方面的优势地位,将民营经济所积累的各类信用信息同国家层面的个人与企业的信用信息统一评价适用,规范市场主体的行为,同时要依据各类市场主体的信用评价建立

“失信黑名单”,发挥社会各类主体的监督作用。第四,加强政府执法能力建设。政府执法能力的高低,将直接决定政府的事中事后监管是否具有威慑力和信用度,为此,需要加强政府执法队伍建设等。

### 3.2 法律体系之完善

与实施市场准入负面清单息息相关的另一个因素就是法律体系的完善。运用法律手段,以契约的形式确定国家与企业之间、企业所有者与经营者之间的权利义务关系,用法律维系中外投资关系远胜于政府的口头承诺,这也与发达国家所崇尚的契约精神相契合。笔者以为,既然市场准入负面清单的对象是境内外市场主体,可以参考美国的立法体制,用一部《公司法》统一管理境内外市场主体,逐步减少对外资企业的限制和优惠措施。此外,未来关于公司法律的改革,不能局限于仅从市场准入的角度考虑问题,而应该将其与外商投资和贸易结合起来考虑,必须认识到其可能对国际投资及其贸易产生的影响。在法律制定和修改的过程中,要认真听取来自相关行业从业者和相关领域专家学者的意见和建议,进行深入的讨论,达成广泛的共识。就现实中存在的大量红头文件,笔者以为可以从以下几个方面规范:第一,完善红头文件的制发程序,杜绝随意下发,明确红头文件责任人的责任;第二,增强红头文件制发的透明度,尤其是要有明确的上位法依据;第三,充分利用国家已有的纪律检查和监察制度,加强对红头文件的监督等。

### 4 结束语

全面推进实施市场准入负面清单与当前的全面深化改革开放密切相关,重中之重是对政府权力的限制。一直以来,我国延续着“强政府”的传统,实施市场准入负面清单对深化政府体制改革具有重要意义,清单是对政府权力的法律限制,从更深层次上讲则是法治思维和赋权思想的体现。在全面实施这一模式的过程中,要建立和完善政府权责清单和市场准入清单的动态管理体制,在统筹双向投资和推进贸易便利化的基础上,探索构建开放型经济新体制。

### 参考文献:

- [1]胡加祥.国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单[J].上海交通大学学报:哲学社会科学版,2014(1):4-6.
- [2]陈安.中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析[J].国际经济法学期刊:社会科学版,2006(1):28-30.
- [3]羌建新.准入前国民待遇+负面清单管理[J].党政论坛,2014(6):25.
- [4]郭冠男.重视市场准入负面清单制度的认识和实践问题[N].经济日报,2018-02-22(15).
- [5]张红显.负面清单管理模式的法治之维[J].法学评论,2015(2):2-6.
- [6]韩冰.准入前国民待遇与负面清单模式:中美 BIT 对中国外资管理体制的影响[J].国际经济评论,2014(6):9-11.

(责任编辑 范可旭)

## Challenges and Countermeasures of Implementing Negative List of Market Access in China

ZHU Ya-qiong

(School of Law, Shandong University, Qingdao 266000, China)

**Abstract:** The full implementation of *China's Negative List of Market Access (2018 Edition)* means that participants in market activities at home and abroad will be at the same market position in China. This change will have significant impacts on the development of China's market economy and pose challenges to government functions and legal systems. The government needs to convert the management model and strengthen post-event supervision. The country should speed up construction and improvement of relevant legal systems, regulate the exercise of official power, and ensure the role of law in economic development.

**Key words:** negative list of market access; management mode; government reform