

第三届自由贸易法治论坛暨
中国（上海）自贸试验区立法与司法研讨会

会议论文集

I

上海财经大学法学院

《政治与法律》编辑部

中国（上海）自贸试验区协同创新中心

2013年12月7日

中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心简介

为落实“高等学校创新能力提升计划”的要求，上海财经大学、对外经济贸易大学、华东政法大学、上海对外经贸大学以及中国（上海）自贸试验区管委会等实务部门于2013年10月26日联合组建了中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心。

中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心的组建是四校面向国家和上海市重大战略需求的一次深度牵手，将有利于优势互补，更好地开展研究创新，更好地服务于中国（上海）自由贸易试验区的建设。协同创新中心将采取平等协作、轮值负责、资源共享、优势互补的运行模式，并将积极探索体制机制改革，真正做到协同创新，为中国（上海）自由贸易试验区的建设，提供积极的、至关重要的智力和人才支撑。协同创新中心将紧紧围绕试验区建设的国家重大需求，以探索自由贸易试验区的相关理论体系、实践过程、法制建设、风险预警、行政职能转变等重大问题为牵引，以理论创新、制度创新、人才培养模式创新、体制机制创新、学科提升为核心，为中国经济发展提供智力和人才支持，成为助力中国经济升级的思想库、人才库、信息库。

协同创新中心将构建协作创新任务体系，除建立人才培养协作中心、自贸区研究信息中心、行政服务中心外，将重点研究“四大问题”：贸易投资自由化与金融创新研究、政府职能转变研究、法律保障研究、风险监测与政策效应评估研究。同时，将以中国（上海）自由贸易试验区的开放与建设的国家重大需求为牵引，在理论体系构建、高端人才培养、学术队伍建设、学术交流深入、国际影响扩大等方面积极开展工作：一是构建中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的理论体系，提供中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的前瞻思想支持，建设具有国际一流水平的相关学科。二是开展自贸区领域相关学科和专业课程建设，开展本科生、研究生自贸区相关课程的开发，授课教师互聘、学生课程互选等人才交叉培养工作，培养符合中国（上海）自由贸易试验区建设和发展的跨学科拔尖人才。三是积极培养中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的交叉学术团队，开展深度合作，进行自贸区相关重大课题的合作攻关研究。四是充分利用国际研究能力，开展多维度、多国界、多学科的顶尖学术研究，开拓自贸区研究的国际学术交流与合作。五是定期合作举办中国（上海）自由贸易试验区学术研讨会、高水平论坛，扩大中国（上海）自由贸易试验区的世界影响力。

上海财经大学自贸区法治研究中心简介

2013年4月，上海财经大学法学院成立自贸区法治研究中心。10月12日，上海财经大学整合自贸区法治研究中心、自贸区研究中心、现代服务业研究院，成立上海财经大学自贸区研究院、上海发展研究院。10月26日，上海财经大学牵头，协同对外经贸大学、华东政法大学、上海对外经贸大学、中国（上海）自贸试验区管委会等成立中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心。

上海财经大学自贸区法治研究中心自成立以来，先后承接了《上海自贸区法治保障研究》（上海财大协同创新项目）、《自贸试验区首轮条例规定论证及立法研究》（2013年度上海市咨询课题）、《促进中国（上海）自贸试验区发展的相关保障体制与政策体系》（国家自然科学基金2013年第5期应急研究项目）等课题，团队成员先后在《东方法学》《法学》等刊物上发表多篇论文，提供的决策咨询成果专报受到上海市有关部门与领导的高度重视，多份成果获领导重要批示。举办第一届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区法治保障研讨会（2013年10月27日，与《法学》编辑部共同举办；第二届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区立法与司法研讨会（2013年12月1日，与《华东政法大学学报》编辑部共同举办）；第三届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区行政法治研讨会（2013年12月7日，与《政治与法律》编辑部共同举办）。启动了《自由贸易法治译丛》的首批五本著作的翻译工作；启动了《自由贸易法治评论》（1卷/年）与《自贸区法治发展年度报告》的撰写工作；发布了《自贸区法治专项研究生创新项目》十项；启动了“自贸区高级法律人才培养项目”，为该项目提供《自贸区法治专题研究》（中文）、《国际投资法》（英文）、《国际贸易法》（英文）、《国际金融法》（英文）等四门研究生课程，合计12个学分。

上海财经大学自贸区法治研究中心将长期承担下述任务：

一、从事自由贸易法治的研究任务，通过承接各类课题、发表论文、提供咨询等方式，推进中国自贸区法治建设、国际经贸新秩序的建构，以及中国经贸法律制度变革。

二、培养自贸区法治的高级人才以及培训通晓国际规则、熟悉自贸区规则的业界精英。

三、举办自贸区法治系列论坛、会议。

四、撰写出版《自由贸易法治论丛》、《自由贸易法治译丛》、《自由贸易法治评论》（定期连续出版物）、《自贸区法治发展年度报告》等。

目 录

1. 论中国（上海）自由贸易试验区的法治新议题 郑少华·····	1
2. 论中国（上海）自由贸易试验区的司法试验 郑少华·····	11
3. 自贸时代法律人才培养挑战及回应 郑少华·····	19
4. 负面清单管理模式的精神解读 张淑芳·····	23
5. 中国(上海)自由贸易试验区监管的法律问题研究 刘水林·····	35
6. “实验创新型政府”与行政法治——从中国（上海）自由贸易实验区引发的思考 徐继强·····	43
7. 上海自贸区管理体制法律问题研究 张占江·····	45
8. 自贸实验区外资安全审查之法律保障 宋晓燕·····	52
9. 上海自贸区全行业“营改增”试点可行性探索 严锡忠·····	62
10. 并不“自由”的负面清单——上海自贸区外资准入问题法律研究 商舒·····	72
11. 上海自由贸易试验区发展离岸贸易的法律及政策保障 张军旗·····	83
12. 人员流动自由与上海自贸实验区的制度创新 吴文芳·····	91

论中国（上海）自由贸易试验区的法治新议题

郑少华*

（论文原载于《东方法学》第6期）

内容摘要：中国（上海）自由贸易试验区的成立是基于中国进一步深化开放与改革需要的国家战略，从法治的视角来看，自由贸易试验区为中国法治建设开启了新的议题。本文试在开放与改革两个向度上，进一步将法治的新议题展开为投资便利化、贸易自由化、金融国际化、贸易与社会法、“企业走出去”、区内社会管理、区内行政管理、立法与司法、可复制可推广、参与国际经贸新秩序建构、比较法、自由贸易法哲学等十二个方面，为法学学者阐释了有待未来研究的新领域。

关键词：自由贸易试验区 法治议题

中图分类号：

中国（上海）自由贸易试验区于2013年9月29日挂牌成立。甫一成立，即引起各方热议。各方基本上都认同：上海自贸区的成立，是新中国改革开放过程中，继深圳经济特区以及中国加入WTO以后的又一里程碑。从法治的视角来考察，中国（上海）自由贸易试验区的成立，带来了一系列的新议题，值得人们继续观察研究。由于上海自贸区成立是基于中国进一步开发与进一步改革的需要的国家战略，因此，这些法治新议题的观察与研究，还必须在开放与改革两个向度上进行。所以，笔者将中国（上海）自由贸易试验区成立带来的法治新议题在上述两个向度上进行进一步的展开。

一、 投资便利化的法治议题

投资便利化，或者投资自由化，系指一个国家或者地区放开投资管制，使外资可以在资金进入与项目设立时享受本国国民待遇，一改过去的审批制，而实行备案制。在项目（企业）进入方面，采用负面清单管理模式。这种变革带来一系列法治新课题：

（一）准入前的国民待遇，具体的法律涵义是什么？准入前企业（项目）涉及到进入权与设立权，因此，准入前国民待遇是否包括进入权与设立权的平等性？而且进入权的国民待遇包括哪些具体内容？设立权的国民待遇包括哪些具体内容？

（二）负面清单管理模式涉及到负面清单的制定机关的职责，制定负面清单的法理依据是什么？制定负面清单的程序包括哪些？负面清单的时效以及负面清单拟定中的公众参与

*郑少华，上海财经大学法学院教授，法学博士。本文系2013年度上海市政府咨询研究课题——《试验区首轮条例规定的论证和立法研究》（课题编号2013-YJ-H03）的阶段成果。

等等。

(三) 负面清单管理模式与“法无明文即自由”的法理上的关系。

(四) 备案制中的备案机关是谁？其法律性质与法律地位如何确定？

(五) 项目在准入前是否还需要环境影响评价、社会影响评价等？若需要，环评或社评与审批制和备案制是什么关系？

(六) 在审批制与备案制两种模式下，政府的职责有何区别？两种模式对政府职能的转换有何影响，其法理依据在哪里？

(七) 企业所得税制与个人所得税制如何设计？税法结构与投资便利化的关系如何界定？

(八) 贸易的增值税税制如何设计？税制结构与贸易自由化的法制条件如何衔接？

(九) 负面清单管理模式与正面清单管理模式在法理与法律制度设计上有何区别？

(十) 按照国际惯例，外资准入的“负面清单”一旦制定，东道国对于清单内容的延续和修订应保持透明，并履行相关的通知和磋商义务^①。那么在法律机制上如何保障这种透明性，如何设计通知与磋商义务？

上述课题的及时提出与回应，有助于构筑投资便利化的法律保障机制。否则，投资便利化在现实的运作中将失去法律依据与制度保障。

二、 贸易自由化的法治议题

贸易自由化，包括商品贸易的自由化和服务的自由化。前者是指海关、检疫机关等尽可能提供简便措施，消除贸易壁垒，使商品贸易高效与便捷。后者则包括服务业的进一步开放以及专业服务领域摒弃管制，专业人员与员工能在就业、居住等方面享受国民待遇。贸易自由化对法治提出了一系列新课题：

(一) 在贸易自由化项下海关的监管权限包括哪些？其法理依据在哪里？海关的监管责任如何厘定？其监管措施的变化，会引起哪些法律后果？

(二) 在贸易自由化项下检验与检疫机关的监管权限包括哪些？其法理依据在哪里？检验与检疫机关的监管责任如何厘定？其监管措施的变化，会引起哪些法律后果？

(三) 员工的自由流动会对我国相关户籍管理规定与外国人管理制度造成哪些冲击？在自贸区如何构筑合理的人员管理制度，既保持人员的高效流动又有必要的管理？

(四) 专业服务领域的开放对我国现行的专业人员资格认定制度会造成哪些冲击？外国专业人士资格认定制度与我国相关制度如何实现有效衔接？

^①崔艳新，张琼：《以改革促外资准入模式转变》，《中国外资》2013年第9期。

(五) 专业人员的自由执业会对我国现行相关法律制度造成哪些冲击, 自由执业的行业包括哪些? 自由执业的法理依据在哪里? 在目前的情况下自贸区是否仅开放律师、注册会计师与医生的自由执业?

(六) 贸易的增值税税制如何设计? 税制结构与贸易自由化的法治条件如何衔接?

根据《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》的主要任务和措施(三)以及《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第15条、第16条之规定, 还涉及到下述法治议题:

(一) 进出口贸易、转口贸易、离岸贸易的法制条件如何设计?

(二) 国际贸易结算, 国际大宗商品交易、融资租赁、期货保税交割、跨境电子商务的法律问题有哪些? 如何克服?

(三) 有竞争力的国际船舶登记制度如何设计?

(四) 自贸试验区企业将“中国洋山港”作为船籍港进行船舶登记, 会涉及到哪些法律问题?

(五) 开展航运运价指数衍生品交易业务的法律问题有哪些?

(六) 随着国际能源交易中心落户自贸区^②, 国际大宗商品交易和资源配置平台的成立, 会遭遇哪些法律问题? 如何解决?

自贸区的制度设计, 就在于以自由贸易为核心, 带动其他制度完善。因此, 贸易自由化的法治议题的研究, 显系自贸区法治议题解决的核心问题。

三、 金融国际化的法治议题

在我国, 由于金融市场长期受管制, 与国际金融市场并不接轨。因此, 所谓金融国际化, 是试图在自贸区中实行国际金融市场的基本规则, 然后, 逐渐放开国家金融市场。而在市场机制比较成熟的国家中, 并不存在金融国际化的议题, 而是金融自由化的议题。所以, 我们在探讨金融国际化议题时, 也包含了金融自由化的议题。

金融国际化与金融自由化, 带来一系列法治新课题:

(一) 资本项目开放的法律问题。在我国, 由于资本项目长期受管制, 因此, 资本项目开放, 首先是要促进资本项目便利化与提高监管有效性^③。如何进一步梳理与简化资本项目的行政审批? 如何建立高效畅通的外汇政策倡导机制? 如何建立违规信息披露机制? 如何建立资本项目外汇业务非现场检查工作机制? 以及在自贸区中如何定位外汇监管机关的法

^② 陈韶旭:《国际能源交易中心落户自贸区》,《文汇报》2013年11月13日第5期。

^③ 郑俊涛:《促进资本项目便利化与提高监管有效性的思考》,《华北金融》2013年第3期。

律地位等，都成为资本项目开放所要解决的迫在眉睫的法律问题。

(二) 人民币可自由兑换的法律问题。在我国，长期实行结汇、售汇制度，人民币的兑换受到高度管制。而人民币自由兑换，则涉及到这种自由兑换会对现行外汇管理制度造成哪些挑战、外汇管理机关的法律地位与职责的重新定位、可自由兑换时代的企业权利与义务的重新定位等问题。

(三) 利率市场化的法律问题。人民币的利率，本应反映市场的供求关系，也就是说无论是存款利率，还是贷款利率，在资金市场上应该受供求关系的影响。而在我国，国家基于产业导向等原因的考虑，对人民币利率实行管制。因此，利率市场化一旦实行，则会产生如何界定货币政策当局的法律地位、银企的权利与义务如何厘定、货币监管当局的职责如何划分等法律问题。

(四) 人民币跨境使用的法律问题有哪些？

(五) 信托、融资租赁等非银行金融的法律问题。在区内，信托、融资租赁等业务与国际接轨会产生哪些法律问题？其在新业务拓展过程中权益会发生哪些变化？监管机关的法律地位如何界定？期货市场规模如何确定？另外，村镇银行、小额贷款公司在区内是否可以采用有别于境内的模式？其政策与法律条件是什么？金融衍生品的法制条件如何设计？如何监管？

(六) 区内外金融联动机制的法律问题。首先，区内与境外如何建立金融联动机制？离岸金融的法制条件如何建立？国际金融风险如何在法制上设置“防火墙”？国际金融跨界监管如何实现？其次，在“境内关外”的自贸区管理模式下，区内与境内的金融联动机制如何实现？在区内企业设置“特别账户”^④的情况下，企业的权义会发生怎样的变化？这种“特别账户”通往境内企业的通道如何设计？又如何监管？

(七) 随着金融管制的渐次放开，反洗钱制度如何建立？

在研究上述金融国际化或金融自由化的法治议题，必须考虑到这个背景：在我国，由于金融的高度管制而产生的金融法治议题，远比其他国家自贸区的金融法治议题复杂。

四、 贸易与社会法的议题

当代国际贸易，历经劳工运动、消费者运动、环保运动等社会运动，已远非发轫于公元九至十一世纪的古典自由贸易^⑤。虽仍为自由贸易，却嵌进了许多社会法议题：

(一) 贸易与环境法问题。传统的环境行政管理模式与自由贸易模式是不兼容的。而日益高涨的环保运动又是各国决然难以放弃传统的环境行政管理模式。但随着传统环境行政管理模式弊端的显现以及自由贸易在环保运动压力下的自我修正开始出现，于是产生了贸易与

^④夏斌：《上海自贸区最大挑战来自金融改革 建议设立特别账户制度》，《中国证券报》2013年10月25日。

^⑤郑少华：《社会经济法散论》，《法商研究》2001年第4期。

环境法议题：绿色贸易壁垒如何克服？在自由贸易条件下，环境保护问题如何解决？环境保护合作机制如何建立？企业的环境责任如何厘定？

（二）贸易与劳动法问题。随着自由贸易成为全球性浪潮，劳工运动，亦以自由贸易为敌，强调反自由贸易，保护劳工的诉求，因此，自由贸易机制开始修正：嵌入大量的劳工保护与社会保障的内容。所以，在贸易中，如何反就业歧视、如何拒绝违反人道主义产品进出口、如何提高劳工的社会福利水平等等成了贸易与劳动法新议题。

（三）贸易与消费者权益保护问题。自由贸易之所以成为全球浪潮，其主要功能在于能最大限度提高全人类的福祉，因此，消费者权益保护自然成为自由贸易的议题^⑥：在自由贸易下消费者权利如何得到有效保护？企业与消费者的权义如何界定？消费纠纷如何有效与高效处理等？

贸易与社会法的议题的有效处置，会使自由贸易与社会的兼容度增加，更有利于发挥自由贸易提升全人类福祉的功能。

五、“企业走出去”的法治议题

随着中国成为全球第二大经济体，中国企业走向国际市场，便成为一个涉及国家战略的重要问题。利用自贸区作为中国企业走出的“桥头堡”，则成为自贸区建设的题中之义^⑦。而“企业走出去”的第一步，则是按照自贸区规则以及国际通行规则，在自贸区设立海外并购主体；第二步，则应开始熟悉海外市场规则和法律环境。因此，“企业走出去”便带来下述法治课题：

（一）如何按照自贸区规则及国际通行规则，构建海外并购主体？特别是国有企业，如何绕过欧美发达国家对国企的种种限制？

（二）海外市场的法律环境是什么？有哪些法律制度与我国相关制度具有重大区别？如何去适应？这些不同的法律制度会引发哪些法律后果？企业会因此而产生哪些法律责任等？

（三）区内海外并购主体与境内母公司的关系如何构筑，其适用的法律是否存在冲突？如何解决？不同规则所造成的法律风险采取哪些措施加以防范？

（四）中国目前的境外投资核准制度实际上确立了一种公共利益优先于企业的境外投资权利的预设，但是，对这种以维护公共利益为目的的政府规制，也必须予以限制，设有限制

^⑥允许在自由贸易区内开展零售活动是智利自由贸易区区别于其他自由贸易区的一大特色。而在上海自贸区，因为浦东国际机场的存在，因此，也涉及到零售，即涉及到消费领域。即使自贸区商品流动中只限于生产和流通领域，仍然会涉及消费者权益保护问题。再者，服务业亦涉及消费者权益问题。

^⑦上海交通大学现代金融研究中心主任潘英丽认为，中国高达 3.5 万亿美元的外汇储备，以及很多行业普遍存在的产能过剩现实，都意味着“走出去”是一个大方向。根据潘英丽的研究，未来五年是中国资本输出的最佳时机。因为如果美国量化宽松政策退出，美元会有一段升值期，中国可以在美元比较值钱的时候把一部分外汇储备花出去。引自何欣荣、姚玉洁：《企业的三大畅想：贸易便利化 投资自由化 金融国际化》，《中国对外贸易》2013 年第 9 期。

的政府干预会损害私人利益，也会最终损害公共利益^⑧。因此，自贸区的境外投资核准制度如何设计？尽管规定了实行以备案制为主的管理方式，对境外投资一般项目实行备案制^⑨。但那些项目应当核准？如何核准？

六、区内社会管理的法治议题

随着自贸区的简政放权，转换政府职能的展开，社会管理问题开始凸显，带来一系列法治议题：

（一）各类商会或企业协会的自我管理的边界在哪里？哪些原属政府所有的权利应下放给企业？而哪些应给商会（或企业协会）？商会在政府、企业间如何构筑制度化的沟通机制？

（二）企业的各种利益诉求的表达机制如何建立？各种利益冲突如何平衡？有哪些制度的平衡机制？

（三）劳工、雇主、消费者等区内不同利益主体的利益平衡机制如何建立？

（四）是否进一步放开推特、脸谱等互联网？若放开，在开放的环境下如何监管互联网？监管的正当性与合法性在哪？若不放开，则网络企业的进一步法治的环境可能会受到打击，而无法促进新型网络产业的发展，其合法性与正当性又是什么？进而，可能还会涉及到服务业无法进一步开放，并影响到创新型企业的发展。

七、区内行政管理的法治议题

简政放权，彻底转换政府职能是自贸区建设的应有之义。因此，这就带来行政管理方面的法治议题：

（一）政府权力的边界在哪里？政府权利运作必须遵守哪些法治原则？

（二）自贸区能为“有限政府，责任政府，服务政府”提供哪些样板？

（三）政府职能如何转换？政府职责如何重新定位？

（四）政府行为合法性如何审查？是否建立司法审查制度？以及如何建立？

（五）自贸区的管委会的法律地位是什么？其法律性质如何界定？其职能赋予的依据在哪里？是否有权自行制定和颁布实施自贸区的各种单项行政法令、条例、办法等规范性文件？

（六）外资安全审查制度如何建立？安全审查机构如何组建？安全审查程序是什么？

^⑧余劲松，陈正健：《中国境外投资标准制度改革刍议》，《法学家》2013年第2期。

^⑨《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（市政府令7号）第12条。

安全审查的法理依据在哪里？

（七）自贸区作为一个单独的关税区，是否有权独立自主地与国际资本、国际市场建立各种联络和合作关系、审批投资申请，派遣人员出国考察，设立驻外机构等^⑧？

（八）劳工保护与社会保障的监管、环保监管、食品安全监管等社会性监管的政府权限边界在哪里？

八、立法与司法议题

中国（上海）自贸试验区成立，其立法准备应该说不充足的。其立法依据主要有二：国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》；上海市政府的《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》。从法理上说，两者都难以成为司法依据。因此，研究自贸区立法与司法问题，便成为目前自贸区研究中的重中之重的法治议题：

（一）《中国自贸区法》，《中国（上海）自贸试验区条例》如何拟定？由哪个机关拟定？公布《中国自贸区法》，《中国（上海）自贸试验区条例》的时间表以及路线图如何设计？《中国自贸区法》与《中国（上海）自贸试验区条例》的法理依据是什么？

（二）在《中国自贸区法》与《中国（上海）自贸试验区条例》草拟过程中，如何克服中国社会长期以来的“部门立法、政府监管、企业受制”的怪圈？

（三）其他国家的立法，如美国国会于1934年通过的《对外贸易区法》是否值得我国借鉴？哪些内容值得借鉴？

（四）是否应该成立中国（上海）自由贸易试验区法院，而非自贸区法庭作为专门的司法机构？其法理依据是什么？自贸区法院受案范围是什么？司法原则有哪些？

（五）对于政府的规章，司法机关是否能审查？审查的依据有哪些？

（六）司法机关是否应该借鉴国际社会中的遵循先例原则以及更加尊重商业判断规则等？

（七）如何构筑包括调解、仲裁、司法的争端纠纷解决机制？调解、仲裁、司法的边界在哪？如何形成有效联通机制？

（八）区内外当事人发生纠纷后，法律适用如何确定？特别是区内当事人与境内当事人发生纠纷，是否适用冲突法的一般规则？

九、可复制、可推广的法治议题

^⑧夏善晨：《自贸区发展战略和法律规制的借鉴—关于中国自由贸易区发展的思考》，《国际经济合作》2013年第9期。

中国（上海）自由贸易试验区的成立，其主要目的之一在于：经过一段时间的试验将一些成熟的新规，经评估后，向全国范围或全国若干地方进行复制与推广，进而为打造“升级版”的中国经济提供开放型的法律制度体系，促进中国经济与社会的进一步开放与变革。因此，自贸区规则的可复制与可推广，会带来一系列法治新议题：

（一）可复制与可推广的新规如何评估？评估的主体是谁？评估的程序如何设计？评估的范围如何厘定？评估是否作为可复制与可推广的新规的必要程序？

（二）可复制与可推广的新规是在全国范围内，还是在若干地区？在全国或若干地区进行复制与推广的选择标准如何确定？复制与推广的程序如何设计？

（三）法制作为一个系统工程，当吸纳一部分新规时，整个系统会发生怎样的变化？而这种变化又会对社会造成什么影响？

十、参与国际经贸新秩序建构的法治议题

中国（上海）自由贸易试验区的成立，其另一个主要目的在于：经试验运行一段时间的一些自贸区新规，将成为我国与国际社会谈判和沟通的依据，成为我国参与国际经贸新秩序建构的依据，例如在决定是否加入环太平洋战略经济伙伴协定谈判以及在中美投资协定谈判如何处理一些规则问题等，都会充分考虑新规则在自贸区运转的情况。因此，利用自贸区新规、参与国际经贸新秩序建构，必然带来以下新议题：

（一）哪些自贸区新规可以成为参与国际经贸新秩序建构的依据？如何进行评估？评估的条件是什么？评估的程序如何设计？评估的主体如何确定？

（二）哪些现有国际经贸新规可以拿到自贸区进行试验？这些国际经贸规则如何转化成国内规则，在自贸区运行后是否会对国内其他地方的经贸秩序构成冲击，如何解决这种冲突？

（三）在 WTO 决策机制从 IMF 的治理结构改革中¹¹，自贸区的一些成熟新规能否有助于我国的参与？

（四）建立国际经济新秩序是一种理念还是一种策略？¹²是否值得在自贸区时代重新定位？

十一、自贸区的比较法议题

据德国汉堡经济学家罗伯特·崔迈(Norbert Zimmert)的研究成果,世界上各类开发区和特殊经济区可归纳为七大类:第一类、保税仓库区(Bonded Ware-house Zone);第二类、自由区(FreeZone);第三类、对外贸易区(For-eign Trade Zone);第四类、出口加工区(Export

¹¹ 张乃根：《试论国际经济法律秩序的演变与中国的应对》，《中国法学》，2013年第2期。

¹² 何力：《国际经济新秩序的理念和现实》，《东方法学》，2013年第2期。

Processing Zone); 第五类、经济特区 (Special Economic Zone); 第六类、企业区 (Enterprise zone); 第七类、银行自由区 (Bank Free Zone)。目前, 学者们在国际上用自贸区这个概念囊括了各类开发区和特殊经济区, 也有人将自由港、自由贸易区和出口加工区统称为自由港区或自由贸易区。到了 90 年代, 世界上已有各种类型的自由贸易区九百多个, 其中三分之二分布在发达国家。尤其引人注目的是, 作为多边的关贸总协定 (GATT) 创世缔约国之一的美国, 奉行自由贸易政策, 具有发达的市场经济机制, 但其仍然重视自由贸易区所发挥的作用, 它所创办的贸易区 (Foreign Trade Zone) 截至 1994 年底, 对外贸易区已达 199 个, 再加上分区 (Subzone) 285 个, 总数已达 484 个¹³。因此, 针对不同类型的自贸区, 从比较法的角度来看, 就有必要探讨下述比较法新议题:

(一) 不同类型的自贸区, 其法律制度有异同, 而造成这种异同的原因是什么? 其法治运作的机理是什么?

(二) 不同类型的自贸区, 其有哪些法律制度是值得中国 (上海) 自由贸易试验区借鉴的? 这些可借鉴的制度的风险如何评估?

中国改革开放三十余年, 自深圳特区成立以来, 也相继成立了上百个国家层面的各类开发区和特殊经济区, 如经济特区、科技园区、开发区、保税区, 出口加工区, 金融综合改革试验区等, 因此在研究中国 (上海) 自贸试验区法治时, 必须探讨下述比较法议题:

(一) 中国各类开发区与经济特区的法律制度的异同? 其背后的形成机理是什么?

(二) 中国各类开发区与经济特区的成果或失败的法律制度有哪些? 是什么原因造成的?

(三) 中国这些地区的差异化制度, 有哪些是可供上海自贸区发展借鉴的?

作为全球化浪潮的自由贸易, 在 WTO 的继续谈判议题受挫后, 双边或多边自由贸易协定谈判已成为新趋势。因此, 就 WTO 法与因自由贸易协定而形成的跨国自贸区法制的比较, 便成为上海自贸区法治研究的基础, 从比较法的角度来看, 便涉及到下述议题:

(一) WTO 与各类自由贸易协定 (跨国自由贸易区法制) 的异同有哪些? 这些异同背后所隐藏的哲理基础有何区别? 这些差异对国际经贸秩序的构成有何影响?

(二) WTO、各类跨国自由贸易区法制对上海自贸区法治建议是否有借鉴意义? 哪些制度可以借鉴? 借鉴的效果如何评估?

在一国之内, 设立自贸区, 是否意味着区内的法制与区外境内的法制有重大差异, 而这种差异影响评估与研究, 必须借助比较法的视角来进行:

¹³ 夏善晨:《中国 (上海) 自由贸易区: 理念和功能定位》,《国际经济合作》2013 年第 7 期。

- (一) 区内与区外境内的制度有哪些区别？制度如何有效连接？
- (二) “彻底放开一线，有效管住二线”的比较法基础是什么？
- (三) 区内与区外法律冲突如何解决？是否能适用冲突法的一般规则？

十二、自由贸易法哲学及其他法治议题

自由贸易作为一种人类社会的合作与互利方式，源远流长，跨地区性的自由贸易，可以上溯至公元 9-11 世纪地中海沿岸商业复兴，而身处现代社会，浪潮汹涌的全球化，就是由自由贸易带动的。因此，自由贸易法哲学、自由贸易法理学、自由贸易法史学等则构成自贸区的其他法治议题，当然，也是重要的法治议题：

(一) 自由贸易的法哲学依据是什么？自由贸易与法治的关系如何界定？自由贸易是如何调整，甚至是重构人类社会秩序的？自由贸易、自由竞争以及公平竞争的法哲学有何区别？立法机关暂停某些法律实施的哲学基础是什么？

(二) 自由贸易的法理学是什么？自由贸易与政府管制的法理有何区别？自由贸易的法治内涵与外延如何界定？自由贸易的大陆法传统与英美法传统有何区别？何者更适合自由贸易？当代主要法律体系能否兼容自由贸易？全球法律的趋同化与自由贸易的关联度如何？自贸区的制度建设是否能遵循“顶层设计与摸着石头过河结合”？

(三) 自贸区的改革风险¹⁴如何评估？评估的主题、程序以及内容如何确定？

(四) 法制化、国际化、市场化之间的关系如何界定？

(五) 法律的变迁与自由贸易的关系是什么？不同时代的法制是否都能反映自由贸易的变化与发展？

(六) 自由贸易区的类型¹⁵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¹⁶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，上述十一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。

¹⁴ 朱宁：《上海自由贸易区试验改革风险》，《股市动态分析》2013年第34期。

¹⁵ 夏善晨：《自贸区发展战略和法律规制的借鉴——关于中国自由贸易区发展的思考》，《国际经济合作》2013年第9期。

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》，2013年第3期。

论中国（上海）自由贸易试验区的司法试验

郑少华*

（论文原载于《法学》第12期）

在新时期，中国司法已经历三轮司法改革，但在如何满足社会与公众的司法需求，以及进而在国家政治框架寻求一合理位置，为国家与社会的长治久安，满足各方期待，始终未能有一准确定位。在中国司法业已启动新一轮司法改革之际，恰逢人称堪与深圳特区改革意义相比的中国（上海）自由贸易试验区揭牌成立¹；能否将中国（上海）自由贸易试验区的司法试验作为新一轮司法改革的“试验田”与“风向标”？根据国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》，中国（上海）自由贸易试验区的目的有二²：一曰改革。也就是说在自由贸易试验区内实行新规，经过若干时间实施，将在全国范围内或全国若干地区实施之。一曰开放。自贸区成熟的新规，将在我国与包括美国在内的其他国家的投资、贸易协定谈判中，转化成国际社会经贸新规则，从而参与国际经贸新秩序的建构。在这两个角度上，司法必然有其参与担当。或者说，司法是必须参与自贸区新规的建构以及推动自贸区上述两个功能的实现的。于是，司法试验构成了中国（上海）自贸区的试验的重要部分。

一、专门的自贸区审判机关是司法试验的机构保障

中国（上海）自由贸易试验区成立后，会涉及到大量的商事纠纷，商事争端解决机制便提上了议事日程。考虑国外那些比较成熟的自贸区运转情况，我们就发现基本上都成立专门的法院来处理这些商事纠纷。因此，应该成立中国（上海）自由贸易试验区法院，且作为中级法院建制的专门法院。理由有：

（一）有利于解决目前法院案多人少的矛盾。现在中国东南沿海法院处于“诉讼爆炸”的时代，特别是在上海，基层法院年人均平案近300件³，一线法官穷于应对案件。在这种情况下，若不成立专门的自贸区法院，增加一线法官的机构与编制，让本来就疲于奔命的浦东新区法院的法官们再承接自贸区与日俱增的案件，很难提高自贸区案件审理的质量，不利于自贸区案件裁决的精品化。

（二）有利于新型案件的及时裁决与及时总结，有利于立法机关及时汲取司法中的经验。在自贸区实行新规，会出现大量新型案件，而这些案件的及时裁决，有助于自贸区的良性运

* 工作单位：上海财经大学法学院、中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心

¹ 张利红：《中国(上海)自由贸易试验区9月29日正式挂牌》，新华网，2013年11月
http://news.xinhuanet.com/local/2013-09/29/c_125466984.htm

² 见国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》的总体要求。

³ 席建声：《上海市普陀区人民法院工作报告》，上海普陀人大网，2013年11月
http://rd.shpt.gov.cn/details/208_8161.html

行。而我国属于成文法国家，司法案件的及时总结，便于立法机关在制定法律过程中及时汲取其中的经验。

（三）有利于新型案件的专门审理。在自贸区，由于实行新规，从目前所开放的领域以及负面清单管理来看，案件的类型主要有：投资、贸易、金融、海商、税收争议、行政以及普通商事等七大类型。而且这些类型案件相较于国内其他地方而言，都有其特殊性。因此，在自贸区设立法院，再按案件类型实行分庭管理，显得十分必要。分庭审理，使新型案件审理专门化，有助于提升案件审理质量与提高司法效率，也有助于将来自贸区新规在全国其他地方进行复制与推广，并为为这种复制与推广，提供司法经验与成案指引。

（四）作为中级法院建制的专门法院，有利于减少法院层级，便于自贸区法院及时向立法机关与最高法院提供立法建议与司法建议。

二、整合 ADR 机制：司法的边界

在中国（上海）自贸试验区内，已成立上海国际经贸仲裁院，可以根据当事人双方的仲裁协议或仲裁条款进行裁决，加之中国国际经贸仲裁委员会，中国海事仲裁委员会以及上海仲裁委员会等，可以说自贸实验区内企业可以选择的中国仲裁机构有多家。加之当事人双方还可以约定境外的仲裁机构进行仲裁，因此，自贸实验区内企业并不缺乏仲裁机构的选择。但是，包括仲裁在内的非诉讼多元纠纷解决机制（ADR）如何整合，这涉及到司法权的边界问题：

（一）仲裁的优势

商事交易的发展，由于商人们对交易事项的理解基于行为习惯、信息不对称性以及不确定性的把握等原因，出现纠纷是难以避免的。为了促进上市交易的迅捷与交易安全的保护，纠纷的解决首先是仰赖于双方的和解与第三方商人的调解。其次，寻求中立的第三方商人的仲裁，在这种解决纠纷的路径中隐含着下列的内在逻辑：其一，对于商事纠纷的解决，商人共同体具有自我裁决力。不仅裁决人（或调解人）熟悉商事交易规则，也符合一般人性的特征——首先认为熟人更具安全感和信任感。其二，商事纠纷的解决，是经商的一种技艺。而这种技艺，构成商人共同体的共同经验与规则，属于商人共同体间共同分享的经验与传统。因此，根据商人共同体发展出的调解与仲裁，即形成今天通行于国际经贸领域的现代商事仲裁，具有现代司法所不曾具有的独特优势：第一，秘密性。仲裁庭向来以不公开审理为原则，因此，仲裁便具备秘密性，而这种秘密性减少了商事交易秘密泄露的可能性，这就是仲裁成为许多商人首选的解决纠纷的方式的原因所在。第二，自愿性。现代仲裁必须建立在双方约定的仲裁条款或仲裁协议的基础上。而这种自愿性则体现了商人自治的特性，有利于商人自我治理与自我保护。第三，终局性。一审终局提高了解决纠纷的效率。所以，在构筑一个国家或地区的多元纠纷解决机制中，首先就要有机整合 ADR 机制，特别是发挥仲裁机制的作用，让仲裁充分体现秘密性与自愿性。是以，在中国（上海）自贸试验区中是否允许介入境外仲裁机构，便成为一个需要讨

论的议题。境外仲裁机构特别是香港仲裁机构的率先引进，在整合 ADR 机制中可以发挥良好的功效：一则可以更好地发挥仲裁的优势，促进商人自治与自我裁决传统的发展；一则可以促进境内仲裁机构间的有效竞争，完善境内仲裁机构的各项规则。

仲裁的秘密性与资源性的优势，形成与司法机构的有效竞争，使司法机构的裁决更加透明、更加中立、更有效率，并使司法权的边界得以清晰化。

（二）不可裁决的争议事项内容的确定化

国际仲裁协议下争议事项的不可仲裁性专指一国法律禁止以仲裁解决一些争议或索赔，争议不具有可仲裁性，即仲裁失去管辖权⁴。因此，为协调仲裁的自愿性与国家司法主权的强制性间的关系，各国法律通常都会规定不可仲裁性事项，即规定属于公共政策范围内的争议事项，应由法院管辖。

在我国，《仲裁法》采取了概括方式列举了不可仲裁事项⁵。我国《民事诉讼法》第二百六十六条规定，因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。《民事诉讼法》第二百三十七条规定，人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。《民事诉讼法》的上述两条规定，是否意味着：中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同具有不可仲裁性？抑或只能由境内仲裁机构仲裁？违背社会公共利益的争议事项具有不可仲裁性？从法律解释学的角度来看，应该说，并不存在上述问题。但是，由于自贸实验区对企业的核准制度改为备案制，且实行负面清单管理模式，因此，对于不可仲裁争议事项仅由《仲裁法》第三条规定之，似过于简陋。所以，应进一步明确规定公共政策范围事项的不可仲裁性，且采取列举式的方式，从而划定司法权的边界。

只有在充分整合 ADR 机制的基础上，在多元纠纷解决机制中，司法作为定纷止争的主要方式，才能在竞争中，凸显其公开性、公正性与效率，从而保障当事人的权利。

三、法官负责制

《中国共产党十八届三中全会全面深化改革决定》再次重申了我国八二宪法的规定，确保依法独立公正行使审判权检察权。并进一步明确：改革审判委员会制度，完善主审法官、合议庭办案责任制，让审理者裁判，由裁判者负责。最高人民法院所开启的新一轮司法改革，必然以此为归依，深化司法改革。那么，在自贸区试验中，司法试验亦可以此为指针，推行法官负责制，强化司法独立。

⁴ 杨良宜：《仲裁法》法律出版社 2006 年版，第 513 页，第 557 页。

⁵ 《仲裁法》第三条规定，下列纠纷不得仲裁：（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。

所谓的法官负责制，是指法官独立进行裁判，并承担责任。在自贸试验区，除非应成为先例的案件⁶，否则，案件皆不通过审委会讨论直接由法官独立作出裁判。

在自贸试验区，实行法官负责制，一则可以使司法处于独立与透明的地位，增加司法的公正性与权威性；一则可以使司法赢得当事人，特别是外商的信任。并且，还可减少司法流程，提高司法效率。

另外，实行法官负责制，还应该辅之以调裁分离制度，即法官应区分调解官与裁判官两个群体，负责调解的法官，不应该成为该案的裁决法官。否则，会出现以裁判作为调解的威慑力，迫使当事人就范的弊端。甚至可以考虑由法院聘请通晓商事规则、熟悉调解技巧的社会人士充任调解官。

四、尊重商业判断规则

商业判断规则是由英美法院在长期的司法实践中逐渐发展起来的一项重要司法规则⁷，该规则以保护董事、经理人和控制股东，使其不至陷入因商业判断而动辄得咎的困境为基础，进而发展成为避免法院再为事后判断以保护董事基于诚信而为商业判断的一种制度。在国外此项规定被广泛运用于公司收购、股利分配、公司资本减少等方面⁸。美国特拉华州以其“最佳”服务⁹，成为美国许多大公司注册的首选¹⁰。就与其法院系统尊重商业判断规则具有很大的关系。

特拉华州的最高法院在 *Aronson v. Lewis* 一案中，对商业判断规则进行了阐述。这一表述已经成为公司法上经典的表述，并被频繁引用¹¹。它讲商业判断规则作为一种推定，即“推定公司的董事在决策过程中是在信息充分的基础上，善意而为，并且诚实地相信其所做所为是为了公司利益的最大化。如果董事没有滥用决策权，那么其所进行的判断就将为法院所尊重。而如果要让董事承担责任，就必须提出证据推翻该判断”。特拉华州最高法院认为，董事“应当运用一般谨慎和理智的人在同一条件下所运用的全部注意”。所谓“推定”，即推定董事的决策过程中不违反董事注意义务。因此，如果要让董事承担责任，原告就必须提出证据推翻该决定¹²。

美国法律研究院在《公司法治理原则——分析与建议》中对商业判断规则做了详细规定：“(a) 一名高级主管或董事在履行其高级主管或董事的职能是对公司负有诚信义务的。其方

⁶ 该问题在本文后述“遵循先例”部分中论述。

⁷ See Douglas M Branson, *The Role That Isn't a Rule – The Business Judgment Rule*, 36 *Valparaiso University Law Review*, 631 (2002)

⁸ See Douglas R. Moll, *Shareholder Oppression and Dividend Policy in the Close Corporation*, 60 *Washington and Lee Law Review*, 862 (2003), 转引自常健、张强：《商业判断规则：发展趋势、适用限制制度及完善——以有限责任公司股份分配为视角》，载《法商研究》2013年第3期。

⁹ 施天涛：《公司法》法律出版社2006年版，第85页。

¹⁰、¹¹、¹² 王凌红、郭小梅：《美国公司法中商业判断规则研究》，载《长江论坛》2012年第5期。

式是代表他或她合理地相信是为了公司的最佳利益，并且是以一个普通审慎的人在相同的地位、相似的情况下，合理相信所应当给予的。在（c）款（即商业判断规则）的规定可以适用的情况下，本（a）条款的内容从其规定。（c）款规定，高级主管或董事在作出了一项商业判断是符合下述条件的，即履行了本节中规定的诚信义务：（1）与该商业判断的有关事项没有利益关系；（2）所知悉的有关商业判断有关的事项的范围是高级主管或董事在当时情况下合理相信是恰当的；（3）理性地相信该商业判断是为公司最佳利益所作出的¹³。

尊重商业判断规则，应该成为自贸试验区法院的一项重要司法规则，其主要理由有：其一，法院对公司治理领域的介入，以程序性审查为主，而非以实质的司法判断来取代商业判断。如此，可以吸引资本的投入，使自贸试验区成为吸引外资的“乐土”。其二，相对商人来说，法官所作出的司法判断，并不具备足够的信息优势，而尊重商业判断，更有助于企业的经营。其三，尊重商业判断，有助于商人自治体的繁荣与发展，从而促使企业经营的创新，进而推动商业领域的革新。

五、遵循先例原则

遵循先例原则，为英美法系的司法传统。在判例法国家中，若无遵循先例原则，判例法无从发展起来。但随着全球经贸一体化的进展，特别是“二战”以后，大陆法系国家，如德国、日本等，也开始发展判例，甚至将判例直接视为法源。在我国，最高人民法院也开始颁布指导性案例。尽管对指导性案例的性质认定，各学者间有着不同的理解¹⁴，但无论是将指导性案例视为判例，作为法源直接引用，还是认为指导性案例只能“参照”，皆涉及到遵循先例的司法思维。

“英美法学家认为判例法区别于法典法的特征在于，法典法是呈现在世人面前的高度抽象化，系统化和规范化的条文，从中难以窥见现实生活中法律现象的原貌，而且许多法律规范本身就是依据理性的预见假定而创制的。法典法在很大程度上是一个脱离生活现实的形而上学体系，不仅难以把握，而且其真实可靠性也令人怀疑。相反，判例法不是逻辑推理的产物，而是人类‘完备理性’的自然表述，是共同经验的反应，是以人们共同的生活西习惯为基础的。判例法产生于司法判决，是对以往案例的真实记录，是活生生的法律，看得见，摸得着”¹⁵。因此，在判例积累过程中，遵循先例成为一个恒定的法则。

¹³ 美国法律研究院著，楼建波、陈炜恒等译《公司法治理原则—分析与建议》（上卷），法律出版社2006年版，第159-160页。

¹⁴ 参见陈兴良：《案例指导制度的法理考察》，《法治与社会发展》2012年第1期；陈兴良：《我国案例指导制度功能之考察》，《法商研究》2012年第2期；刘作翔，徐景和：《案例指导制度的理性基础》，《法学研究》2006年第3期；王立明：《我国案例指导制度若干问题研究》，《法学》2012年第1期。

¹⁵ 封丽霞：《法典法、判例法抑或“混合法”：一个认识论的立场》，《环球法律评论》2003年秋季号

“每一个判例都是具体的、针对个案的处理方法，以后的法官审理案件时，需要在大量的先前判例中寻找适用与本案的特定判例，对这些判例法作出归纳分析，确定其所确立的法律原则和规则，并适用于本案，这样，该特定判例便构成本案的先例。”¹⁶确定先例的一系列方法和活动，被称为“区别技术”，通过区别技术，法官在审理案件时往往有几种可能性：一个是遵从有约束力的判例；另一个是推翻前例；再一个是拒不适用某一前例。换句话说，既不遵从也不推翻，而是对该前例和现在的案件加以区别，认为包含该前例的案件和现在案件之间在实质性事实和法律方面有着重大差别，因而不援引这一前例¹⁷。

在自贸区试验法院中，引进“遵循先例”原则，是必要的：首先，在自贸试验区，各类经贸规则在试验过程中，很难规范化，因此，只能采取“边干边学”的哲学态度。而交由司法来裁决的，也只能要求法官采取经验论为哲学理念，这正与判例法的经验论哲学基础是相吻合的。其次，自贸试验区在三年内，必然缺乏成文法（法典法）的支撑，而各类商事纠纷要得到比较圆满的解决，最适当的方法乃是发展判例（或指导性案例），借以弥补成文法的不足。最后，判例法在大陆法系的发展，或者我国发展指导性案例，其中功能之一就在于克服成文法的滞后性，而在自贸试验区中，法治与经贸的同步发展，是形成“法治化、国际化、市场化”营商环境的重要保证。而发展判例或指导性案例，则离不开遵循先例的司法原则。

当然，在自贸试验区，引进“遵循先例”原则，必须设置下列制度条件：首先，自贸区法院必须有判例或指导性案例。凡通过审委会讨论的案件，可以直接成为自贸区法院的判例或指导性案例，作为后来案件的“先例”。其次，上级法院可以通过二审或再审，发展自贸区的判例或指导性案例。最后，遴选或培养一批通晓国际经贸规制，熟谙英美法传统的法官。

六 商事惯例直接成为法源

商事习惯，分为商事惯例与一般交易习惯两类。前者是指在商业活动中经长期的反复实践而形成的，并为从事相关商业领域的当事人广泛知悉并经常遵守的商业做法。交易习惯是指在交易行为当地或者某一领域，某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；或者指当事人双方经常使用的习惯做法¹⁸。对于商事惯例，我国法律仅规定了国际商事习惯或国际惯例的法源效力¹⁹。若在自贸区法治建设过程中，欲将商事习惯作为法源，必须解决下述两个问题：

¹⁶ 钱弘道：《英美法讲座》清华大学出版社 2004 年版，第 10 页。

¹⁷ 陆洲、李华围：《通过法律论证的司法正义——两大法系比较及其启示》，《西北大学学报》（哲学社会科学版），2013 年第 1 期。

¹⁸ 参见最高人民法院关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）第七条之规定，《中华人民共和国合同法》规定了“交易习惯”的法条共九条，即第二十二条、第二十六条、第六十条、第九十二条、第六十一条、第一百二十五条、第一百三十六条、第二百九十三条、第三百六十八条。

¹⁹ 《民法通则》、《海商法》、《票据法》、《民用航空法》、《归侨侨眷权益保护法》等。

（一）商事惯例与国际惯例的关系。我国现有的规定国际惯例的法律，基本上指向国际商事惯例。而国际商事惯例是商事惯例的重要组成部分。按现有法律规定，国际商事惯例具有法源效力，应该不存在法律上的障碍。但国内商事惯例呢？在自贸试验区内，法律的适用具有一体化的特点²⁰，因此，并不该区分国内商事惯例与国际商事惯例。另外，可以通过最高法院颁布司法解释的方式，规定自贸区的商事惯例与国际商事惯例密不可分，构成国际惯例的重要组成部分，从而具有法源效力。商事惯例认定的实质条件有二：其一，广泛知悉；其二，经常遵守。

（二）一般交易习惯的效力。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第七条之规定，交易习惯需满足下述主客观要件，并经提出主张的一方当事人举证后，方能适用。主观要件，即“为交易对方订立合同时所知道或者应当知道”；客观要件，即“在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用”。因此，一般交易习惯并不具有法源效力，而是具有契约效力。正因为如此，自贸区法院在审查一般交易习惯效力时，更应当尊重合同自治原则，除非违反法律强制规定，否则，一般交易习惯则具有合同的同等效力，予以适用。

七、法律是一体适用

按照现行的法律规定，我国的内外贸法律体系是两套系统，即调整内贸（内资）与调整外贸（外资）的法律系统是区隔的。在自贸试验区中，首先就必须打破这种区隔，即实施内外贸规则一体化。因此，作为调整内外贸的两套法律系统必须一体化。对自贸试验区法院来说，就面临着法律的一体适用问题，也即无论内贸（内资），还是外贸（外资）都适用相同的法律问题。

对于自贸区司法而言，法律的一体适用，首先，适用外贸（外资）法律系统。也就是说，当两套法律系统针对一种行为模式有两套处理模式时，优先选择适用外贸（外资）法律系统。因为自贸试验区肩负建立高标准国际经贸规则的使命。其次，只有涉及到冲突法规范时，内贸（内资）与外贸（外资）才有区别。因为，外贸（外资）还得适用冲突法规范。最后，法院必须进一步核理、清理内外贸（资）两套法律系统中所有冲突的法律规范并报送有关立法机关或上级法院，通过立法或司法解释的方式废止或修订这些法律。

八、结论

（一）自贸试验区法院的设立、有机整合 ADR 机制、法官负责制、尊重商业判断、遵循先例原则、商事惯例成为法院、法律的一体适用等构成了自贸试验区司法试验系统。而这个系统要发挥充分优势，则无法舍弃其中任何一部分。

²⁰ 本文在后文中将论及。

（二）只有经过自贸区司法试验而成熟的做法，才能成为可复制、可推广的司法经验与规则的一个组成部分。

自贸时代法律人才培养挑战及回应

郑少华

一、自贸时代的法律需求

二、自贸时代对法律人才培养模式的挑战

三、自贸时代法律人才培养模式的变革

四、上海财经大学法学院的应对措施

一、自贸时代的法律需求

2013年9月29日，中国（上海）自贸试验区挂牌，意味着自由贸易进入寻常百姓家。开启了中国自贸时代。自贸时代的法律需求是全方位的：

- （一）法治建设同步于经济建设、甚至先于经济建设
- （二）法律从定纷止争变为预防规划、定纷止争并重
- （三）法治的多样性演变为寻求共治、兼具多样性
- （四）国家治理主线让位于全球共同治理主线

3

二、自贸时代对法律人才培养模式的挑战

- （一）国内法律人才培养的一元论
 - 1. 认识论：国家论和工具论
 - 2. 培养模式的一元化：公检法
- （二）知识结构的单一化与固化
 - 1. 中文成为唯一的语言
 - 2. 中国法律成为唯一的内容
 - 3. 以建构论作为唯一目的
- （三）司法考试的僵化
- （四）职业训练的不足
 - 实验教学与实践教学的缺乏

4

三、自贸时代法律人才培养模式的变革

（一）国内法律人才培养的多元论

1. 认识论的变革
2. 培养模式的多元化

（二）知识结构的复合化

1. 至少英文应成为又一语言
2. 比较法作为主要内容
3. 解释论应作为基本的教义方法
4. 优化经、管、政等复合知识结构

（三）司法考试改革

（四）强化职业训练

5

四、上海财经大学法学院的应对措施

（一）课程改革：以解释论与比较法为导向

（二）比较法的训练：英美法证书班

（三）英文成为学习的又一基本语言

1. 英美法证书班（全英文，本科），8门课程，共计22个学分
2. 全英文LLM项目（国际学生、硕士），13门课程，共计30个学分
3. “国际金融法”方向法硕项目（国内学生，50%全英文课程）
4. 全英文法律与金融博士项目
5. “自贸区”高级法律人才培养项目（国内学生，75%全英文课程）
6. 留外留学与游学

（四）强化实验教学与实践教学

6

四、上海财经大学法学院的应对措施

（五）强化自贸区法治研究

1. 论文：《法学研究》、《东方法学》、《法学》自贸区5篇论文
2. “专家建议”七份受到领导与部门批示，其中三份被推荐送国家层面
3. 课题：财大协同创新项目22项，上海市政府咨询课题——《试验区首轮条例规定论证及立法研究》、《国家自然科学基金应急项目》——《促进中国（上海）自贸试验区发展相关体制与政策体系研究》
4. 会议、论坛：三届自由贸易法治论坛、与莫纳什大学的“比较商法论坛”和“比较税法研讨会”，两岸自贸区法治论坛（与东吴大学）、“自贸区法律适用研讨会”（与高院）
5. 强化与自贸区管委会、市法制办、市人大法工委、上海三级法院的密切合作
6. 自由贸易法治译丛、评论、年度发展报告的撰写与翻译
7. 自由贸易法治大讲堂

7

四、上海财经大学法学院的应对措施

（六）强化自贸区法律人才培养

1. “法学院自贸区创新项目”5项
2. “自贸区法律适用调研项目”（法律硕士）15项（与市一中院）
3. 暑期学校
 - A. 自贸法治专场——全国财经法律前沿问题（国内、含港澳台）
 - B. 上海自贸区法治暑期学校（3个英文项目、留学生）

8

负面清单管理模式的精神解读

张淑芳*

【内容提要】 “负面清单”是上海自贸区对外商投资管理模式的一种探索与创新，它要求清单公布主体唯一化、清单内容确定化、清单效力正式化。这一管理模式体现了市场主体平等、市场准入自由和市场监管过程化、市场运作责任化。由此，我们认为，不能仅仅将视野限定在投资领域去理解它的精神实质，而应当将其作为一种自贸区管理的制度创新模式，即将自贸区作为一个管理整体的角度而论之。

【关键词】 负面清单 管理模式 合理价值

上海自贸区的管理模式是自贸区设立以后理论界和实务部门关注的一个热点问题。《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（以下简称《自贸区管理办法》）在管理模式上做了非常好的探索和创新，在管理机构、投资管理、贸易发展和便利化、金融创新与风险防范、综合管理和服务等方面都形成了新的管理体制和运行机制。这些复杂的管理体制和运行机制使自贸区管理的模式已经初步形成。那么，如何从微观和宏观的结合上来解读自贸区的管理模式，可以有诸多的思考方式和径路。本文试从投资管理中的负面清单管理模式对上海自贸区管理的创新精神和新的权利运行方式作以解读，以使我们能够对自贸区管理的制度设计和制度创新有更加深入的认识。

一、负面清单管理模式的含义

负面清单管理模式是指在自贸区的投资管理中采取通过负面清单的形式，让相关的投资主体在市场活动中具有较大的自由权的一种新的管理模式¹。从《自贸区管理办法》的规定可以看出，负面清单管理模式存在于自贸区的投资管理中。我们知道，在市场体系中，投资及其投资管理既是市场的重要内容，又是市场管理的基本构成部分，它决定了市场主体在市场活动中究竟能够从事什么样的行为和不能够从事什么样的行为²，依此而论，负面清单的管理模式既调控和规范市场主体的资格问题，又调整和规范有关的市场行为问题。在有关主体和行为是否能够进入市场的问题上，可以说有两种可以选择的机制：一个机制是只有经法律和有关规范性文件许可的相关主体才可以从事相应的行为，另一个机制是只要法律和相关的规范性文件没有明确的禁止，那么市场主体就可以为相应的行为³。负面清单的管理模式所选择的是后者而不是前者，可以肯定的讲，在法律和政策没有禁止相关主体就可以从事相

*上海财经大学教授，博士生导师。

¹负面清单是一种国际通行的外商投资管理办法，是一个国家禁止外资进入或限定外资比例的行业清单。相当于投资领域的“黑名单”，其中要列明针对外资的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施，或业绩要求、高管要求等方面的管理限制措施。负面清单是国际上重要的投资准入制度，目前国际上有70多个国家采用“准入前国民待遇和负面清单”管理模式。参见MBA智库百科“负面清单”：

<http://wiki.mbalib.com/wiki/%E8%B4%9F%E9%9D%A2%E6%B8%85%E5%8D%95>

²市场准入是市场管理的基本环节，但是在市场准入的决定机制上，不同的国家可以有不同的机制，如可以选择用法律机制决定市场的准入，也可以选择用行政机制决定市场的准入。大凡市场经济成熟的国家都会选择前者。

³法律治理是以法律为特征的治理，和以行政高权为特征的治理的区别就在于在法律治理的情况下，没有被明确禁止的市场主体就可以实施一定的行为，而在以行政高权为特征的体制下，相关市场主体的行为常常都需要通过许可而为之。

应市场行为的状况下，投资主体享有非常大的自由权，反之，相关市场主体进入市场的权利和机会则要小得多，这是我们认识负面清单管理模式必须把握的第一个关键点。在市场体系中，相关主体及其行为是否能够进入市场，或者被市场所认可，常常有两种决定机制，一个是法律上的决定机制，另一个则是行政上的决定机制。所谓法律上的决定机制，是指某个主体是否能成为市场主体，某种行为是否在市场体系中予以存在，要通过法律典则和法律规范进行规定。所谓行政上的决定机制，是指相关主体是否具有市场主体资格，而相关的行为能否成为市场所接受的行为，则需要通过行政权的作用进行确定⁴。负面清单管理模式在上列两种决定机制中，所选择的是前者而不是后者，即是在负面清单制度的格局下，法律是唯一能够确定市场行为的依据，这一点非常关键，这是我们理解负面清单管理模式的第二个关键点。在市场体系中，究竟什么样的主体及其行为能够被市场所吸纳，什么样的主体及其行为不能够被市场所吸纳，从理论上讲，有两种可以选择的制度倾向，一个制度选项是严格化的制度倾向，另一个制度倾向则是松弛化的制度倾向。在严格制度倾向的选择中，诸多的主体和行为常常被排除在市场之外，相反，在松弛化的制度倾向中，相关主体进入市场的机会是相对较多的，与之相适应，市场对主体的行为也常常抱着相对宽容的态度⁵。负面清单管理模式在上列两种选择中所选择的是后者而不是前者，这是负面清单管理模式的第三个关键点。由上列若干方面切入，我们可以对负面清单管理模式的含义作下列进一步揭示。

第一，它是一种管理模式。《自贸区管理办法》第11条第1款规定，“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”。该规定实质上是对负面清单这一管理方式的一个定位，从这个定位来看，负面清单是一种管理模式，就目前的规定来看，负面清单作为一种管理模式存在于自贸区的投资管理领域，是有关市场投资管理中的一种新的模式。这个定位既是对负面清单管理模式性质的确定，也是对负面清单管理模式适用范围确定。然而，自贸区的管理是一个非常复杂的管理体系，在这个复杂的管理体系中，包含着诸多管理的范畴和内容，投资管理只是这种复杂管理体系中的一个方面的管理，也许这个方面的管理对于自贸区的市场体系而言是非常关键和核心的，但它绝对不是自贸区管理体系的全部。正如上面我们已经指出的，自贸区的管理中，还包括管理机构、贸易管理、金融管理等管理内容⁶。上海设立自贸区从本质上讲就是要在一定区域内形成一个新的市场经济体系，形成一个新的对外贸易的机制和运行方式，寻求一种新的使中国的市场与国际的市场能够接轨的市场机制。正如《自贸区管理办法》第3条所规定的：“自贸试验区推进服务业扩大开放和投资管理体制变革，推动贸易转型升级，深化金融领域开放，创新监管服务模式，探索建立与国际投资和贸易规则体系相适应的行政管理体系，培育国际化、法治化的营商环境，发挥示范带动、服务全国的积极作用”。由此可见，自贸区的管理

⁴ 笔者此处所讲的行政上的决定既包括政府行政系统通过行政立法行为而为之的决定，也包括政府行政系统通过具体行政行为而为之的决定。

⁵ 市场管理中的上列两种制度选择，说到底与一国的经济体制有着密切的关联性，甚至可以说它是由不同的经济体制所决定的。如果说经济体制分为计划经济体制和市场经济体制的话，那么，前者则强调的是严格化的制度倾向，后者则强调的是松弛化的制度倾向。当然，即便是实行市场经济的国家，也存在着松弛与严格的程度上的差别。

⁶ 自贸区的管理如果用时下的说法，应当是一种全方位的社会治理，除了《自贸区管理办法》所规定的这些管理事项之外，还应当包括其他方面的管理。最近上海市人民政府办公厅就转发了《中国上海自由贸易试验区外商独资医疗机构管理暂行办法》、《中国上海自由贸易试验区中外合作经营性培训管理暂行办法》等。

模式是一个管理过程中的复杂机制和体系,在这个复杂机制和体系中,整个管理与我国自贸区以外的市场管理和社会管理是有严格区别的。从这个角度讲,负面清单管理模式不能仅仅将视野放在投资领域去理解它的精神实质,即是说,我们认为负面清单是一种自贸区管理的制度创新模式,而该模式是就自贸区作为一个管理的整体而论证的。如果我们仅仅将它限定为一种市场投资中的管理模式,则大大降低了它的价值。

第二,它是一种特别措施。《自贸区管理办法》第11条第2款规定:“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;将外商投资企业合同章程审批备案管理。”该规定明确指出负面清单是对外商投资准入采取的一个特别措施,自贸区的本质在于市场和对外贸易的相对自由化⁷,一国的市场体系以及与该市场体系相适应的投资体制是一个非常关键的问题,通常情况下,一国对于本国的市场主体常常会采取相对宽松的政策导向,而对于国外的投资主体,则会有诸多的限制⁸。而这样的限制几乎是世界各国的通例,但是应当说明的是,在不同的市场体系之下,投资限制的严格程度是有所不同的。由于我国的市场经济体系有着非常明显的中国特色,有着非常明显的相对初级化的特征,因此,我们在传统的投资准入中,往往对国内外的市场主体采取了完全不同的市场标准,毫无疑问,这对外商的投资而言,是带来一定的障碍的。负面清单作为一种特别措施,使负面清单以外的领域按照内外资一致的原则予以进行,即是说在负面清单以外的投资领域,外资投入主体和国内的投资者采取的是统一的政策,而且,在这个特别措施中,强调了由原来的“核准制”到现在的“备案制”,这个改变尽管只有两个字的差别,但它意味着市场主体及其市场行为在投资中的国际化倾向。当然,为了强调国内投资主体与国外投资主体的公平性,负面清单作为一种管理措施也强调如果国务院规定对国内投资项目保留核准权的话,那么对外商投资主体也要做出相同的处理。

第三,它是由特定主体颁布的。负面清单作为一种特别管理措施,究竟应当由哪个主体来决定和实施,就是一个不能够回避和忽视的问题。一方面,负面清单所规定的事项应当是非常明确的,即是说,负面清单应当具有清单的属性⁹,另一方面负面清单一旦予以公布,它实质上所起的作用,就是法律上的作用,进而言之,负面清单对于投资者而言,它实质上就是一个法律典则和法律规范。从上列两个方面的内容来分析,我们认为负面清单应当是一个立法行为,应当由立法机关通过法律的形式予以规定。之所以这样说,是因为负面清单所列举的事项,是一国在投资领域中的禁止事项,是一国在投资领域中所作的类似于法律保留的情形。¹⁰然而,《自贸区管理办法》第11条第3款规定:“自贸试验区外商投资准入特别管

⁷ 至于究竟如何理解自贸区管理或者治理中的自由化,则是一个需要探讨的问题。至少在强调自贸区管理自由化的格局下,政府行政系统对自贸区的干预则相对较少,这是自贸区管理与国内其他市场管理的本质区别。

⁸ 国民待遇的概念如果放在市场机制中来考察,就等于将本国的市场投资主体与国外的市场投资主体作了区分,这样的区分既是一个国际惯例,也有着非常充分的法理依据。

⁹ 负面清单顾名思义是以清单的形式将外商投资中的禁止事项作了列举的,这样列举的目的是非常清楚的,就是让禁止投资的事项既清晰又不能作扩大解释。

¹⁰ 我国《立法法》第8条规定了法律保留原则,依该原则有些立法权是专属的,即除了全国人民代表大会及其常务委员会之外任何主体都不能够就所保留的事项制定规则。负面清单虽然是由政府行政系统公布的,但负面清单只能由特定的主体公布,而且负面清单中的事项必须是确定的。从这个角度讲,负面清单与法律保留原则是非常相似的。

理措施（负面清单），由市政府公布。外商投资项目和外商投资企业备案办法，由市政府制定”。可见在我国负面清单是由行政系统制定的，当然它是由特定的行政系统制定的，即由上海市人民政府制定的。换句话说，上海市人民政府之外的行政主体，是无权颁布负面清单的。我们认为，《自贸区管理办法》的这个规定是相对科学的，我们这样说是充分有理由的。因为，中国上海自贸区尽管冠以中国的名义，但它是设立于上海市的，它是上海市市场经济和对外贸易的构成内容。所以，相关的负面清单的确定权交由上海地方来决定是切合实际的。同时，市场管理和对外贸易管理中最主要的管理主体是政府行政系统，而不是相关的立法机关，政府行政系统的权力行使，也要比立法机关的权力行使灵活的多，正因为如此，负面清单由上海市人民政府颁布是可行的。除了负面清单颁布主体的特定性之外，有关外商的投资项目和外商投资企业的投资办法也要由市政府制定。

第四，它发生在外商投资领域。上面我们指出负面清单是一种新的管理模式，也是管理过程中的一种特别措施，当我们这样揭示负面清单的内涵时，我们已经将它的内涵作了拓展，而就负面清单最原始的意义来看，它发生在投资领域¹¹，当然这个投资领域不是通常市场意义下的投资领域，而是上海自贸区的投资领域。这个投资领域应当说是相对宽泛的，正如《自贸区管理办法》第10条所规定的：“自贸试验区根据《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》，在金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务和社会服务等领域扩大开放，暂停或者取消投资者资质要求、股比限制、经营范围限制等准入限制措施。”。从这个规定我们可以看出，自贸区的投资领域包括金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务、社会服务等非常广延的领域，在这些领域中，相关的投资主体都应当享有投资者的资格，同时我们还要强调，负面清单中的投资主体是就外商的投资主体而言的，正如上述，在一国的市场体系中，国内的市场主体和国外的市场主体是有资格上的区别的，这是无需论证的。上海设立自贸区就是要在一定区域内对国内的市场主体和国外的市场主体作市场身份的对等处理，通过负面清单，让外商投资主体在负面清单以外的领域，享有非常广泛的投资权限。我们知道，在法律上主体资格是一个极其重要的问题，某个主体如果在法律上取得了相应的主体资格，它能够享有相关的权利，当然也可能会履行相关的义务。反之，某一主体如果不具备某方面的法律主体资格，它就不能够从事相关的法律行为。由此可见，法律主体资格是一个在什么情况下都不可以忽视的问题。负面清单实质上通过一定的法律措施赋予了外商投资主体在自贸区投资中与中国投资者同等法律主体资格。

二、负面清单管理模式的内容

就一个管理模式而论，应当由管理主体、管理对象、管理的行为方式、管理的行为后果等若干要素构成，“不论怎样掩饰，管理总是带有政治性的。这部分地是由于维持组织的正常运行要求对内部关系进行管理，需要合法性，需要有忠诚感”¹²。具体的讲，作为一种管理模式，至少涉及到下列方面的关系形式：一是管理主体与法治的关系。在这个问题上，可以有如下诸种情形，一种是管理者与法律并没有必然联系，即管理主体是一个事物，而法律

¹¹自贸试验区改革的一项重要措施，就是借鉴国际通行规则，对自贸试验区内的外商投资实行准入前国民待遇，实施负面清单管理模式，是自贸试验区内一项典型的制度创新，它体现了在投资领域“非禁即入”的原则，即除了清单上规定不能干的，其他都可以干，且不再需要政府事前审批。参见光明网：http://www.gmw.cn/xueshu/2013-09/29/content_9049338_3.htm

¹² [英] 亚当·库伯，杰西卡·库伯主编：《社会科学百科全书》，马加乐等译，上海译文出版社1989年版，第6页。

是另一个事务，二者并没有通过某种制度或者规则建立起一种逻辑上的关系形式。第二种是管理者本身就是一个造法主体，即是说当管理主体在履行管理职能时，它除了实施具体的管理行为之外，还具有造法的功能。可以说，在我国计划经济年代下，政府行政系统作为管理者在一定意义上讲是万能的，它们不仅仅能够实施具体行政行为，而且还能够在一定范围内制定法律规范。第三种是管理者即是由法律典则所构造的，同时也必须在法律典则和法律规范的严格规范下来行使职权¹³。我国自1999年提出建设法治国家的政府治理理念以来，行政系统已经不仅仅是一种纯粹的管理主体，而是一个行政执法主体，换言之，我们已经在一定范围内赋予了政府行政系统法律主体资格，我们同时也用法律典则和法律规范来约束政府的权力。但是就我国政府行政系统在市场化的进程中来看，它与法治的关系还是一个若趋若离的关系，即是说，在有些情况下，政府行政系统在市场管理中是一种法律主体，而在另一些情形下政府行政系统则没有与法律发生必然的联系。负面清单在一定意义上讲便是要处理管理主体与法治的关系，就是将管理主体变成真正意义上的法律主体。二是管理主体与被管理者的关系。管理者与被管理者是一对矛盾着的事物，二者在有些情况下具有同一性，因为他们处在一个矛盾的统一体之中，互为前提和条件，没有被管理者也就没有管理者。反过来说，没有管理者也没有被管理者。二者在绝大多数情况下又是相互对立的，即是说，管理者的追求和被管理者的追求往往存在着巨大的反差，存在着相互的对立和冲突，作为管理关系而论，主要是要处理好二者在相互冲突和对立情况下的关系形式。在行政权高度集中和相对强势的情况下，管理者可以通过自己的行为使被管理者就范。而在法治社会中，管理者与被管理者之间不应当仅仅是一种管理与服从的关系，不应当仅仅是一种一方将自己的意志强加于另一方的关系形式，而应当通过法律规范将二者予以有机的连结，“我们将手中握有行政权力对社会事务进行行政管理的组织叫做行政主体。它是一个范畴概念……在行政权的作用下便产生了与行政主体相对应的其他社会主体，这些社会主体的表现形式非常多，我国现行法律规范将这些主体概括为公民、法人和其他组织。……行政主体的行政权能是在和上列主体的相互联系过程中表现出来的。行政法的第一个属性就是将行政主体与其他社会主体连结起来，行政法就像是一个纽带，一头牵着行政主体，另一头牵着其他社会主体”¹⁴，使双方都成为法律关系中的权利义务主体。其中某一方如果是权利主体，那么另一方就是义务主体，反之亦然。在这种情况下，双方在享受法律权利和承担法律义务中，机会是均等的¹⁵。负面清单作为一种管理模式，一定意义上讲就是要将管理者和被管理者之间的关系用法律典则和法律规范连接起来。三是管理主体与管理方式的关系。我们都非常清楚，在市场管理中，有一个非常经典的说法，那就是“管得少的政府是管得好的政府”¹⁶。这实际上是对政府管理方式和管理手段的一个定位，这个定位对于现代市场经济是至关重要的。西方有学者曾将社会形态分为“理智指导的社会”和“爱好指导的社会”¹⁷。前者是指政府常常对经济持续、乃至对市场持续进行有计划的设计，这种设计是理智的，但常常是无效的，甚至是阻滞社会发展的。后者则是指让社会主体尤其市场主体自己决定自己的事情，自己决定自己的行为方式。

¹³ 参见[英]亚当·库伯，杰西卡·库伯主编：《社会科学百科全书》，马加乐等译，上海译文出版社1989年版，第6页。

¹⁴ 关保英著：《行政法教科书之总论行政法》，中国政法大学出版社2009年版，第86页。

¹⁵ 参见谢瑞智编：《法律百科全书（一般法学）》，三民书局2008年版，第400页。

¹⁶ 参见[美]路易斯·亨金等著：《宪政与权利》，郑戈译，三联书店1996年版，第5页。

¹⁷ 参见[美]莫里斯·博恩斯坦编：《东西方的经济计划》，朱泱等译，商务印书馆1995年版，第38页。

也许这是非理性的，但它却是有效率的。可以说，实行计划经济体制的国家都是前一种模式，而实行市场经济的国家都是后一种模式。负面清单从管理哲学的角度来讲，它选择的是后者。上列三个方面均表明负面清单作为一种管理模式有着非常深厚的哲学上的背景。由这些哲学背景出发，我们认为负面清单管理模式具有下列内容。

第一，清单公布主体唯一化。市场经济是一种经济形态，它的运行存在于社会系统之中，因此，我们不能用纯粹经济的眼光和视野来分析和考察市场经济，而必须用社会学以及其他较为宽广的视野来分析和考察市场经济，很多情况下，“商品价格也包括行政管理，社会服务和国债利息以及国防等方面开支的税款。从其经济职能来看，利润率与间接税之间的区别很不明确，或多或少都是个‘负担’。两者的区别在于，在股东名义管理条件下，分红、设施或盈利性投资的经费支出，决定权在董事会手中，而在选民名义管理条件下，税费的经费支出则在市政当局和政府部门手中。”¹⁸说到底，市场经济具有多元性，与市场经济这种多元性相适应的便是市场管理主体的多元性，例如就一国行政系统而论，能够管理市场的就有诸多的政府职能部门，如工商、税务、物价、质量监督、食品管理等部门都能够对市场行使管理权，同时我国各级人民政府也是市场管理的当然主体。可以说在我国国内的市场运行中，上列主体都行使着一定范围内的管理权，他们都可通过行政许可和其他手段监管国内市场。正是由于监管主体的多元性，使得市场在运行过程中会出现过度管制的格局¹⁹。这种过度管制的本质在于“依据一定的规则对构成特定社会的个人和构成特定经济的经济主体的活动进行限制的行为”²⁰。也许过度管制是市场经济在发展过程中的必经阶段，而不争的事实是过度管制对于市场的良性运行必然是有害的。正因为如此，西方发达国家在上个世纪70年代就出现过放松管制的运动，诸多国家都制定了有关放松管制的法律典则²¹。我国在上海设立自贸区，虽然不仅仅是为了应对市场的过度管制，但是正如上述，自贸区是对管理模式的一种改革，而这样的改革一定程度上也意味着放松管制，或者对管理权的相对集中。负面清单就是要通过一个具有法律形式的规则将投资领域中的禁止事项确立下来，对于投资管理而言，它的变革是非常大的，它下意识的要求在投资管理中相关的权利要相对集中，《自贸区管理办法》明文规定负面清单以及与负面清单相关的规则必须由市政府统一颁布，这就确立了负面清单公布主体的唯一性。这种唯一性仅从形式看，似乎只是一个非常局部的问题，但从深层次讲，他则是对自贸区管理权的调整。

第二，清单内容确定化。负面清单单从其字面意思就可以看出它是一个具有强烈机制内容的、属于行政许可范畴的东西，同时，它又发生在市场投资的领域之中。在行政许可制度中，凡是属于资源稀缺的事项，或者其他需要由政府许可的事项，就必须由市场主体进行申请才能够取得相应的权益²²。行政许可与政府管制是有机的联系在一起，即是说，正是由

¹⁸ [英] 罗宾逊著：《经济哲学》，安佳译，商务印书馆2011年版，第143-144页。

¹⁹ 如《广州市野生动物保护管理条例》第19条规定：“因科学研究、驯养繁殖、展览或者其他特殊情况，需要收购、出售、允许、携带、邮寄、加工、利用，属省重点保护野生动物及其产品的，必须报省级野生动物行政主管部门或其授权的单位批准；属于三有保护野生动物及其产品的，必须报县级以上林业行政主管部门批准。”

²⁰ 宋世明：《美国行政改革研究》，国家行政学院出版社1999年版，第57页。

²¹ 例如美国1976年制订了《管制改革法》，1978年制订了《航空客运业放松控制法》，1980年制订了《放松存款金融机关管制、通货管制法》等等。参见宋世明：《美国行政改革研究》，国家行政学院出版社1999年版，第72-77页。

²² 例如《行政许可法》第12条第二项规定：“有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利

于政府管制的存在，才催生了行政许可制度的存在，而行政许可则是对政府管制在市场机制中的延续。然而，正如上述，从各国经济和社会发展的趋势来看，政府管制的事项随着社会的发展将越来越少，诸国行政程序法在一定意义上就是要解决政府行政权行使中政府与社会的关系问题。诸国通过行政程序法典让政府管理社会、管理市场的行为规范化、有限化、有序化等。一些国家甚至在行政程序法中直接规定了行政许可制度，而且非常有自身的特色。如《美国联邦行政程序法》中的行政许可“在 20 世纪 60 年代以前，公民的利益被分为权利和特权两种，权利受正当法律程序的保护，特权则除非创造此项特权的法律特别规定受正当法律程序保护才受正当法律程序保护，否则，政府可以不经正当法律程序而随意取消。执照和特许等许可证一直被认为属于特权领域不受正当法律程序的保护，政府可以任意撤消，不受正当法律程序的限制。法院则将个人领有的职业执照分为二类，对于受社会尊重而又需要专门学问的职业如律师、医师、建筑师等执照认为是个人权利，受正当法律程序的保护；而其他许多职业执照如出售烈性酒、啤酒、经营弹子房和舞厅等执照属于个人的特权，不受正当法律程序的保护。20 世纪 60 年代以来，随着政府角色由消极管理者向社会福利提供者转化，特权理论越来越受到批评，许可证和社会福利津贴等被称为‘新财产’（New Property），属于权利，应受正当法律程序的保护。”²³我国在 2003 年制定了行政许可法，通过该法对政府介入社会和介入市场的行为做了严格限制，使行政主体通过规范而有序的行政权力对社会和市场进行干预。我们注意到，该法的基本目的就是给市场主体更多的权利，使行政主体在对社会和市场的管理中承担更多的义务，正如该法第 1 条和第 13 条所规定的：“为了规范行政许可的设定和实施，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护公共利益和社会秩序，保障和监督行政机关有效实施行政管理，根据宪法，制定本法。”“当本法第 12 条所列事项，通过下列方式能够予以规范的，可以不设行政许可：（一）公民、法人或者其他组织能够自主决定的；（二）市场竞争机制能够有效调节的；（三）行业组织或者中介机构能够自律管理的；（四）行政机关才用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。”《行政许可法》是一个在我国境内普遍适用的行政法典则，它在对行政许可的规制中，必然要考虑我国行政权行使的传统，必然要考虑我国行政管理和行政执法中的本土因素，这样的考虑从立法技术上来讲是必须的。但是，它与市场经济的国际化并不是完全契合的，也就是说，行政许可法所规定的管理手段和管理技术在上海自贸区的适用是有条件的，负面清单所列举的内容以及负面清单本身是对行政许可法的补充，该补充的目的并不是要强化政府的行政审批权限，而是要相对弱化政府的审批权限。基于此，通过负面清单将外商投资中的禁止事项作严格化的规定，这就要求负面清单的内容必须是确定的，即是说，行政系统在自贸区管理中不能够在负面清单之外增加相应的市场决定条件。从这个角度讲，负面清单所涉及事项的确定化是其非常重要的内容构成。

第三，清单效力正式化。负面清单既具有法律典则的属性，也具有行政行为的属性。说它具有法律典则的属性，是说负面清单及其所规范的内容和法律规范非常相似，它既具有正式的文本，也具有明确的内容，同时还有非常严格的确定性，这些属性都符合法律规范的基

益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项”，第五项规定：“企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项。”

²³ 应松年主编：《行政程序立法研究》，中国法制出版社 2001 年版，第 404 页。

本要求²⁴。说它具有行政行为的属性，是说负面清单本身就是由政府行政系统所颁布的，应当说它符合抽象行政行为的一般构成要件。当然就政府行政系统颁布负面清单的具体行为过程而论，又与具体行政行为非常接近。总而言之，负面清单及其性质是相当复杂的，但它的有效性和正式性却是不能够怀疑的。我们暂且认为负面清单就是政府行为，那么作为一种行政行为，它也应当具有法律上的效力。我们知道，在行政法学理论乃至行政实务中，行政行为的效力被概括为下列方面：一是公定力，所谓公定力就是指行政行为公定了一种状态，而这种状态是相关主体都必须予以认可的。二是确定力，所谓确定力是指行政行为的内容应当是确定的，不能因外在条件的变化而发生变化。三是执行力，所谓执行力，是指行政行为所规定的权利和义务相关的主体都应当予以遵循，都应当按照行政行为所确定的行政权利和义务来从事相应的行为。四是拘束力，所谓拘束力是指行政行为中的权利和义务对相关的主体都能够起到约束的作用，若在相关主体不以行政行为的内容而为之的话，就应当采用相关的国家强力保障该行政行为的实施²⁵。当然，这样的国家强力只能由相应的国家机关来实施。负面清单既然是行政行为的一种，那么它就应当与其他行政行为一样，具有上列四个行为的效力。由于负面清单的内容是由行政主体决定的，同时它又是在投资管理过程中所实施的，所以受到负面清单约束的主体并不是单一的，一方面作为市场的投资主体，尤其外商投资主体应当受负面清单内容的约束，即负面清单所规定的事项外商投资者是不可以进行投资的。另一方面，政府行政系统尤其对市场行使行政管理权的行政主体也要受到负面清单的约束。它不能够在负面清单之外对投资主体行使许可权或者其他权力，除此之外，其他社会主体一旦与自贸区的市场活动有关，也应当受负面清单所规定内容的约束。

三、负面清单管理模式的合理价值

“中国经济在前三十年的高速发展广泛受惠于开放红利——无论是从1984年14个沿海港口城市开放，还是1992年小平南巡提出的深化改革开放的国策，再到2001年末中国加入WTO，无一不是以开放促改革，以外需拉动经济增长。当前国际需求疲软，劳动力成本升高导致产业转移，依赖出口的增长方式已难以为继。在这样的当口，以建设自贸区为发端，无疑是中国经济走出增长困境的现实选择。”²⁶因此，“以自贸区为试验田，试行国际投资、贸易的一些新规则，是一个较好的选择。它既为改革实验留下了容忍区域——倘若失败，因为范围限定，实际影响也较为有限，而一旦成功，则可以扩大推广并对接整个中国经济。”²⁷由此可见，自贸区的管理制度和管理模式还是一个探索中的问题。毫无疑问，负面清单管理模式是这种探索中的一个尝试。那么，如何将负面清单管理模式树立起来，则是学界应当予以关注的。负面清单的管理方式至少是对下列两个方面的否定，一是对传统模式的否定。我们所说的传统模式，是指我国在市场领域和对外贸易领域长期以来所采用的管理手段和管理措施。我国的计划经济持续时间相对较长，所以我们在长期的管理过程中形成了自己的传统，至于怎么样对我国的管理传统进行定性，则是一个需要探索的问题，其也不是本文关注的重点。但我们要说明的是，负面清单的管理手段是对传统管理模式的一个否定，这是一个不争

²⁴ 毫无疑问，负面清单有着非常明显的约束力，它不仅仅要约束境外的投资者，更为重要的是它对相关行政主体行使许可权和其它管理权也具有明显的约束力。

²⁵ 参见张家洋著：《行政法》，三民书局1998年版，第637页。

²⁶ 参见财新网：<http://www.wumii.com/item/6FLySSDc>

²⁷ 参见财新网：<http://www.wumii.com/item/6FLySSDc>

的事实。二是对行政模式的否定。我国的市场管理主体都存在于行政系统内部，包括诸多行政管理职能部门，虽然各行政管理职能部门行使的权力范畴和权力内容有所不同，但他们在对市场进行管理时，所形成的模式却具有极大的一致性，笔者将这种模式概括为行政模式。所谓行政模式，就是通过行政主体单方面对行政权的行使而表现出来的管理状态。在这种管理状态中，行政主体能够为行政相对人设定义务，能够单方面形成某种管理关系，更为重要的是能够通过行政行为而为市场主体设定相关的市场秩序，“管理活动的‘执行’是指执行法律和其他法令。管理机关的执行活动常常同时是指挥的，因为它以该机关颁布单方权力性命令，包括适用国家强制措施的命令为前提。”²⁸负面清单的管理模式必然要对以行政权为重心的管理模式提出挑战并作出相应的改变，它大大减少了政府行政系统在市场管理中的万能性。即是说，它要非常明确的将政府行为的界限与市场行为的界限予以区分。上列两个方面是从总体上就负面清单对我国市场管理方式所作的改变作出的一个判断。如果从深层次来分析负面清单管理模式应当有下列合理价值。

第一，市场主体平等化的价值。市场经济是通过竞争机制来进行调节的经济模式²⁹，正如美国著名经济学家萨缪尔森所指出的：“竞争制度是一架精巧的机器，通过一系列的价格和市场，发生无意识的协调作用。它也是一具传达信息的机器，把千百万不同个人的知识和行动汇合在一起。虽然不具有统一的智力，它却解决着一种可以想象到的牵涉到数以千计未知数和关系的最复杂的问题。没有人去设计它，它总在变动。但是，它承受了任何社会组织的最基本的考验——它可以生存。”这与计划经济形成了巨大的反差，或者说与计划经济存在质的区别。在计划经济体制下，基本上没有给竞争留下相应的空间，整个经济的运行也都是在政府的主导下为之的，无论市场经济还是计划经济，都必须有相应的市场主体。在计划经济体制之下，市场主体是通过一个行政上的机制进行分配的，这样的分配是通过看得见的手来进行的，而且在整个市场主体身份的确定中，政府有着明显的行为趋向，这很难保证各市场主体之间的平等关系。与之相比，纯粹的市场经济则是主体之间相对平等的一种状态。之所以这样说，是因为在市场经济下，竞争是基本的经济调节模式和手段，如果主体之间没有和平等和对等的地位，则不可能形成真正意义上的竞争。进一步讲，市场经济是不允许任何一个主体在市场过程中享有特权的。然而，我国自推行市场经济以来，市场主体之间的平等关系就一直是人们关注的焦点问题。人们之所以会关注该问题，就是因为我国的市场主体之间真正意义上的平等关系并没有建立起来，这在国内市场是如此，在对外贸易中更是如此，上海自贸区的设立，就是要给市场主体一个平等竞争的机会，使各市场主体具有平等的关系形式，负面清单所列举的事项，是对外商投资主体的限制，但是在负面清单之外，外商投资主体与我国的市场主体具有平等的关系形式。从这个角度讲，负面清单管理模式的首要价值就在于使市场主体平等化的价值。

第二，市场准入自由化的价值。人们向来将市场经济和经济自由紧紧地联系在一起，视乎只要是市场经济就必然是经济上的自由化。反过来说，经济上的自由化也必然存在于市场经济之中。这种认识，从经济哲学的角度来讲是成立的，是一个非常正当的命题。但是，市场经济是一个具体的事物，是一个与一国经济体制、文化背景、社会过程等联系在一起的事

²⁸ [前苏联] И.Т.瓦西林科夫主编：《苏维埃行政法总论》，姜明安等译，北京大学出版社 1985 年版，第 39 页。

²⁹ [美] 萨缪尔森：《经济学》（上册），高鸿业译，商务印书馆 1979 年版，第 61 页。

物。正因为如此，市场经济并不是什么都能够予以包容的经济形态，换句话说，市场经济也是受相应的条件制约的，即凡是符合一定条件的才有可能进入市场，而不符合相应条件的则不可以进入市场，这就自然而然的引来了市场准入的问题。就市场的投入来说，各国都有一个投资管理问题，就是通过投资管理，将不能够进入市场的予以限制，而将能够进入市场的则予以许可。应当说，市场准入与市场的深刻程度和完善程度是成正比例的，即是说，能够进入市场的元素越多，市场经济的深刻化程度也就越大，反之对于进入市场的限制性因素越多，市场经济的深刻化程度也就越低。由于我国的市场经济是在计划经济的基础上形成的，这个过程本身就是非常微妙的。以市场和政府行政系统的权力关系而论，在西方实行完全市场经济的国家，可以说市场是首先发展起来的，然后才有行政系统的形成和发展，即市场是先于政府行政权而发展的。与之相反，我国的市场是在政府行政权力定型以后才形成的，即政府行政体系以及政府行政权的运行先于市场而形成。我国的这种模式，必然使政府行政系统的权力与市场机制紧紧地交织在一起，这样的交织，便为市场的运行带来了诸多问题，而且这些问题不可能在一夜之间得到解决，尤其在有关市场准入方面，我国长期以来有着严格的限制，即是说市场准入更多是通过一种行政许可机制，而不是通过一种自由化的机制而进行的。负面清单管理模式则改变了这种格局，除了负面清单所列举的事项之外，基本上保障了市场准入的自由化。当然，无论市场经济发展的程度多么深刻，市场准入的自由化终究是一个相对意义上的概念。

第三，市场监管过程化的价值。政府的行政许可行为与政府的监管行为向来就被认为是两种不同的权力行使模式，在强化政府许可行为的情况下，政府的管理行为是被前置化的，这种前置化管理的实质在于行政系统通过严格的审批方式对市场主体的资格进行审查和限制。我国长期以来在市场管理中所强调的便是一种事前的管理，这种事前管理对于行政主体履行行政管理职能而论，是非常方便的，也是低成本的。然而，对于市场主体而论，这种前置化的管理则在很大程度上剥夺了他们进入市场的机会。我国在对外贸易方面的管理也有这种前置化的倾向，尤其对外商投资主体的市场投资行为设置了严格的前置条件，这种前置化的管理在我国制定行政许可法时就已经引起了注意。我们从行政许可法第 10 条的规定可以得到佐证：“县级以上人民政府应当建立健全对行政机关实施行政许可的监督制度，加强对行政机关实施行政许可的监督检查。行政机关应当对公民、法人或者其他组织从事行政许可事项的活动实施有效监督。”该条非常清楚的强调了政府行政系统除了通过行政许可进行前置化的管理之外，还要求相关行政主体能够对行政相对人的行为进行事后监督和事中监督。这种事中和事后的监督从管理的时间顺序上讲，仅仅是一种管理的后移或者后置，但从市场管理的本质来讲，则是由主体资格的审查到市场行为监控的转化。这样的转化对于提高市场管理的实效性有着非常重要的意义。负面清单的管理模式所侧重的是对市场主体行为的一种后续化的监管，正如《自贸区管理办法》所规定的，在管理的前期采取备案的方式，而相关的市场主体备案以后，其市场行为就纳入了行政主体的管理之下。当然，这种管理既是一种监督，又是一种对相关非法行为的矫正。

第四，市场运作责任化的价值。《自贸区管理办法》第 13 条规定：“自贸试验区实行注册资本认缴登记制，公司股东（发起人）对其认缴出资额、出资方式、出资期限等自主约定并记载于公司章程，但法律、行政法规对特定企业注册资本登记另有规定的除外。公司股东

（发起人）对缴纳出资情况的真实性、合法性负责，并以其认缴的出资额或者认购的股份为限对公司承担责任。”该条是对负面清单管理模式的一个延伸，它确立了相关主体在市场经济中的法律责任和其他社会责任。在计划经济体制下，相关的经济实体是通过国家或者政府的计划行为而从事市场活动的，所以相关主体在计划经济中的市场行为也是非常有限的，这便决定了在形式上有关经济实体有着强烈的社会责任和法律责任，因为他们是在政府行政系统对其市场角色确认以后而为市场行为的。与这种形式上的责任相比，在市场经济的情况下，似乎各个主体的行为方式都是自由的，不受约束的。但是，在笔者看来，市场经济下经济实体和相关的市场主体应当具有更加强烈的市场责任，这种责任一方面表现为这些主体对社会的责任，一个市场主体如果在市场行为中没有对社会负责，它就很可能在激烈的竞争中被淘汰。以此而论，市场主体承担社会责任是自然而然的，是受经济规律和道德准则所驱动的。更为重要的是，这种责任是以法律上的责任所表现出来的，上面已经指出，政府对市场的管理主要侧重于对相关主体在市场运作中的行为的管理，而政府可以采取惩戒手段或者惩罚机制对违反市场规则的主体进行制裁。从这个角度讲，负面清单管理模式虽然放宽了市场主体的市场准入资格，但它却强化了市场主体的责任意识，而且常常能够通过法律机制来追究市场主体不当行为的法律责任。

结语

负面清单管理模式是自贸区管理中的一种制度创新，这个制度创新使自贸区的管理有了自己的特色，有了自己质的规定性，笔者可以将这种创新概括为下列五个方面：

一是由政府管理到社会治理的创新。负面清单将清单的公布权限定在市政府，也就是说，除了市政府以外，其他任何主体都不能在自贸区的准入资格上设置门槛，这就使得政府系统在自贸区的管理中，在诸多领域不再行使行政权力，不再进行行政化的治理，而由进入自贸区的自贸主体以自己的运行准则调整自己的行为，这样的调节体现的是一种社会治理，这恰恰与最近中央所提出的社会治理的概念一脉相承。

二是由政府高权到法律主治的创新。负面清单的公布主体具有较高的行政主体资格，从表面上看它似乎还是在行政系统进行的，但是负面清单一旦予以公布，他就对较低层次的行政主体有着强烈的约束力，即是说其他行政主体不能在违反负面清单的情况下行使市场监管的权力，这便使自贸区市场的运行更多的受到了法律规则的制约，而不是行政行为的制约。深而论之，进入自贸区的各个市场主体，应当说都具有法律主体资格，都能够按照法律规定承担义务并享受权利，使得自贸区由传统的行政高权治理转化为法律自治。

三是由全面干预到自主调节的创新。政府管制和全面干预是一个事物的两个方面，我国在进入市场经济之前，行政系统对市场的全面干预是政府对经济和市场管理的基本手段。推行市场经济以后，我国虽然意识到这种全面干预的治理方式是非常滞后的，而且我们也采取了诸多的手段限制政府对市场的全面介入，但不争的事实是，诸多政府行政系统在对市场的管理过程中还有全面干预的印痕。上海设立自贸区就是要将政府的干预行为缩减到最小限度，负面清单的管理模式将干预的权限集中在市政府，而且要求必须严格按照清单所列举的事项进行管理，即是说，在自贸区的管理中，尽可能由市场主体进行自主调节，这是负面清单管理模式的又一个在治理技术上的创新。

四是由政策统筹到市场配置的创新。市场经济的调节机制或者调节过程中的相关依据可以分为法律上的依据和政策上的依据，这两个依据在我国目前的市场管理中是并用的，因为从严格意义上讲，我国的市场经济法治体系并没有完全形成，在诸多方面我们的法律是缺位的，这就导致了在有关市场和对外贸易管理中，政策统筹所起的作用是非常大的，无可否认，政策统筹所体现的仍然是行政权对市场的作用，负面清单则将政策统筹做了严格的限制，让市场的运作通过市场来进行配置，即让市场主体根据市场的需求来决定自己的投资行为和其他行为方式，这个转化也是负面清单在治理方式上的一个创新。

通讯地址：上海市国定路 777 号 上海财经大学法学院
邮编：200433

中国(上海)自由贸易试验区监管的法律问题研究

刘水林

(论文原载于《法学》第11期)

经济的全球化和一体化发展,使经济主体间,以及经济主体对社会经济的依赖性愈益增强的同时,也使经济主体活动的外部性增强。在现代发达的经济体系中,任何单个主体经济行为的负外部性即使有害性不大,但众多个体负外部性的合成和积累都会给整个经济体系的运行带来灾难,市场经济发展中产生的“市场失灵”导致的经济危机就说明了此。因此,对具有负外部性的经济行为(规制)监管,成为现代政府的主要经济职能,监管是否科学合理,成为一国或一定区域内经济能否良好运行的关键。由此可见,自贸区要良好地运行和发展,关键在于科学合理的监管。

经验证明,在现今法治社会条件下,科学合理的监管是以良好完善的法律制度为基础的。而良好的法律制度的建立,不仅需要了解该法律所要解决的社会问题,也需要相关的法律理论为支撑。基于此,本文首先通过对自由贸易区的功能类型分析,对上海自由贸易区的功能予以定位。在此基础上,通过对世界不同自由贸易区监管的法律研究,总结提炼出一些可资借鉴的理论。最后,就自贸区监管法律制度提出一些建议。

一、自由贸易区的类型与中国(上海)自由贸易试验区的功能定位

法学“其目的便不外乎解决人类的社会问题。”^①只有扎根于我们所处的社会,才能较准确地确立社会所需法律的价值目标,建立相应的制度规则。因而,要对中国(上海)自由贸易区监管的法律制度提出合理的建议,必须了解世界各种类型自由贸易区的功能,结合中国自由贸易区发展的历程和背景,给中国(上海)自由贸易试验区的功能和目标予以定位。

(一) 自由贸易区的功能类型

目前,就不同国家所设立的自由贸易区来看,其不外乎是指划在所在国地区的海关管辖关卡之外,以贸易为主的多功能经济特区。一般多以主要的港口为依托,在港口周围区域设定一定区域的封闭地带,实行区别于国内其他地区的贸易和投资便利化政策,推动港区经济向外向型、国际化发展。因此常常被称为自由贸易港区,其实际上是自由港功能的扩张与发展。就目前世界各国既有的自由贸易区的功能^②来讲,主要有以下五种类型:

1. 自由港型。主要从事装卸、储存、包装、买卖、加工制造业务活动,对在自由港区范围内的外国商品无论是供当地消费或转口输出原则上不征关税。以中国香港、新加坡、直布罗陀等为代表。

^① [日]南博方:“初版序——写给学习行政法的人们”,载[日]南博方:《行政法》(第六版)杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第1页。

^②按功能是指部分对整体存在与发展的意义这一基本含义,这里的“功能”不同于《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(2013年9月29日上海市人民政府令第7号公布)第三条的“区域功能”,即“自贸试验区推进服务业扩大开放和投资管理体制,推动贸易转型升级,深化金融领域开放,创新监管服务模式,探索建立与国际投资和贸易规则体系相适应的行政管理体系,培育国际化、法治化的营商环境,发挥示范带动、服务全国的积极作用。”其是从自由区对国家的意义角度上说的,而这里的功能则是从区内经营活动对自由区的意义来说的。

2. 出口加工型。从事以出口加工为主，辅之以国际贸易、储运服务业务活动。以东南亚国家和地区，如以菲律宾、马来西亚、韩国、中国台湾地区、印尼、印度等为代表。^③

3. 转口集散型。主要从事港口装卸、货物储运、货物商业性加工和货物转运业务。以德国的汉堡自由港、西班牙的巴塞罗那自由港为代表。

4. 贸工型。主要业务既有国际贸易，又有简单的加工制造，即集加工贸易与转口贸易于一身。以土耳其伊斯坦布尔自由贸易区为代表。

5. 保税仓库性。在仓内允许再包装、分级、挑选、抽样、混合处理。主要起保税作用，允许外国货物不办理进口手续就可以连续长时间处于保税状态。以意大利的巴里免税仓库、罗马免税仓库，以及西班牙的阿利坎特免税仓库为代表。

从自由贸易区发展的来看，自由贸易区的功能因各国经济的发展程度不同而有所不同，同时，各国不同时期经济发展状况所决定的经济发展略的不同，其设立的自由贸易区的功能也有所不同。但就自由贸易区的功能的历史变迁看，存在着从较单一功能向多功能混合发展的趋势。

（二）中国（上海）自由贸易试验区的功能与目标定位

从我国自由贸易区发展的历史看，经历了三个阶段：第一阶段是 20 世纪 90 年代（1990～1998 年）的初步探索，以设立保税区为主。在这一阶段，我国设立了以上海外高桥为首共 15 个保税区。^④第二阶段是 21 世纪前 5 年的多元发展，主要形式为设立加工区和推行港区联动试点。在这一阶段中，2000 年 6 月国务院正式批准了 15 个城市建立首批出口加工区；2003 年 12 月上海外高桥保税区和外高桥港区作为第一个区港联动试点，2004 年批准的青岛、大连、宁波、张家港、澳门象屿、深圳盐田和天津保税区与其邻近港区为第二批港区联动试点。第三阶段从 2006 年开始，主要形式是建立保税港区。2006 年 6 月设立了上海洋山保税港区，8 月设立的天津东疆和大连大窑保税港区，2007 年 9 月设立了海南洋浦保税港区。

就国务院有关设立自由贸易港区目的看，^⑤就是“借鉴国际做法，在天津东疆港区设立保税港区，重点发展国际中转、国际配送、国际采购、国际转口贸易和出口加工等业务，积极探索海关特殊监管区与管理制度的创新，以点带面，推进区域整合”。这虽是对天津滨海新区开发开放有关问题的意见，但反映着国家对自由贸易港区的发展方向和功能定位的转向。另外，2007 年《中华人民共和国海关保税港区管理暂行办法》规定：“保税港区是指经国务院批准，设立在国家对外开放口岸港区和与之相连的特定区域内，具有口岸、物流、加工等功能的海关特殊监管区域”。

中国自由贸易区发展的历史及相关政策、法规的规定，以及近年来国内、国际经济发展的形势，决定了中国（上海）自由贸易实验区的功能目标，就是不仅仅是受海关监管的特殊

^③ 菲律宾 15 个、马来西亚 10 个、韩国 2 个、中国台湾地区 3 个、印度 2 个、印度尼西亚 2 个。

^④ 继 1990 年上海外高桥设立第一个保税区起，1992 年开始，国务院又相继批准了大连、天津港、广州、深圳福田、沙头角、盐田、海口、张家界、福州、宁波、青岛、厦门象屿、汕头、珠海共 15 个保税区。

^⑤ 体现在 2006 年 5 月 26 日，国务院发布的《关于推进天津滨海新区开发开放有关问题的意见》（国发[2006]20 号）。

经济区域，而是，逐步建成符合国际惯例的，具有“境内关外”特性，可以在区内从事国际中转、国际配送、国际采购、国际转口贸易和出口加工等业务的多功能综合性自由贸易区。

二、世界成功自由贸易区监管的经验

（一）一般监管的根据与目标

1. 依规监管

科学技术在生产中的广泛应用，不仅使经济愈益专业化、社会化和复杂化，且使经济行为的社会有益性和风险的社会性并存。为了防止风险（包括技术风险和系统风险）引发的巨大社会经济损害，对具有风险性的经济活动监管成为必要。

为了使监管科学合理，一般都依法设立了专门的监管机关，并制定了相关监管的法规、规则、指南、办法等，对监管者及市场主体的行为作了较具体详细的规范，这些通常被称为“规制”。^⑥因而，“规制”既成为从事经济活动的市场主体的行为准绳，已成为监管者判断行为者是否合规的根据。正是在此意义上，现代的监管是“依据规制”的监管，简称“依规监管”，是法治在监管中的体现。

2. 合理监管

从监管发展的历程看，监管的目标从以合法化为重心转向以合理化为重心。现代的监管，作为监管机关的抽象行为，合法化只是最低要求，或者说是法治社会的基本要求，是不言而喻的，因而，不能作为监管的目标。从 20 世纪 80 年代以来的监管改革看，现代监管的目标可以说是科学合理性，即手段的合目的性，具体讲就是通过合理监管（手段），促进经济效率（目的）、竞争或环境改善。

这一目的的实现的根本在于“规制”的合理性。据经合组织“规制”改革的经验，规制合理性的实现需要以下制度保障：

第一，实现规制透明度的制度。透明度作为一项原则在揭示规制决策及其实施的基础以及可能涉及的全部成本和收益方面起着重要作用。程序的公开透明有助于制定出好的规制，有助于更好地遵从规制，最终获得更大的政制合法性。^⑦对此，在发达国家的规制实践中，相关法律作了规定。以美国最为发达，美国的规定主要有三点：（1）通过规制活动的事前计划的透明性，即对作为规定政府监管和取消监管的政策说明已经，规制计划美男出版一次，包括计划需要的说明、已考虑的备选方法说明以及关于风险大小和风险减少期望的说明。（2）

^⑥ “规制”一词是从 regulation 或者 regulatory 翻译而来。对此既有翻译成“监管”、“管制”，也有译为“规制”的。但从变化趋势看，早期译为“监管”、“管制”的为多，近年来则多译为“规制”。除这种翻译中词语使用的不同外。对“规制”的含义，也因对该词的词性使用不同而不尽相同。作为名词的“规制”(regulation 或者 regulatory)，其含义一般都是指某类法律规则。如在 WTO 协议中用许多术语来描述规制，泛指一切“立法措施”、“附属措施”和“行政决策”。《韦氏第三版新国际词典》的相关解释是指：由政府部门（行政机构）根据宪法或者法律授权而发布的具有法律效力的规则或者命令；作为动词的规制(regulate)，一般是从行为方式或过程的意义使用的。《新帕尔格雷夫经济学大辞典》把规制解释为，政府为控制企业的价格、销售和生产决策而采取的各种行动，政府公开宣布这些行动是要努力制止不充分重视“社会利益”的私人决策。植草益则提出，规制是指以法律、规章、政策、制度来约束和规范经济主体的行为，或者说有规定的管理或者有法律规范的制约。（[日]植草益：《微观规制经济学》，朱绍文译，中国发展出版社，1992 年版，第 2 页），本文是在名次意义上使用“规制”一词，而动词意义上则使用监管。

^⑦参见施本植 张荐华 蔡春林等编译：《国外经济规制改革的实践及经验》，上海财经大学出版社 2006 年版，第 107 页。

规制制定中的透明性。主要体现在规制制定的程序制度上，要求规制的制定须经“公告与评论”程序，同时要求规制机构对相关评论必须予以考虑，而且，评论本身要予以公布。(3) 规制采纳后的发布。即规制要想生效，必须在相关刊物发布也提供网上在线发布。^⑧

第二，实现参与协商的制定规制的制度。主要表现在以谈判磋商的方式制定规制，这样在制定规制时就把利益相关方的意见考虑在内。这样有利于利用被规制方的专业知识提高规制的技术质量；培养被规制者对结果负责的精神，提高其对规制的认可度和自愿遵守程度。

第三，对规制的评估分析制度。这一制度是“法治比较发达国家政府决策和立法程序中的一个重要环节。其主要目的，就是对拟定的或者已经发布实施的法律、法规、规章、政策、措施等具有普遍约束力的决策或立法项目可能带来的效益、成本和效果进行分析、评估和衡量，已决定是否有必要制定或出台某项政策或立法，如何才能使制度设计更加科学合理”。^⑨目前，对规制影响分析除经济分析外，还有环境分析和竞争分析。

第四，灵活的应变制度。主要体现在“落日条款”，即一般规制都规定实施期限，且时间较短（约3至5年），以便据实施状况予以修改或废止。

（二）自贸区监管的原则与惯例

1. 监管的原则

世界上成功的自由贸易区监管的基本原则可概括为：“一线放开，二线管住，区内自由”。所谓“一线”，是指自由贸易区与境外的通道口或连接线。“一线放开”就是指境外的货物可以不受海关监管自由地进入自由贸易区，自由贸易区内的货物也可以不受海关监管自由地运出境外。所谓“二线”是指自由贸易区与境内通道口或的连接线。“二线管住”就是指货物从自由贸易区进入国内非自由贸易区、或货物从国内非自由贸易区进入自由贸易区时，必须依据本国海关法的相关规定接受海关监管，并征收相应的关税。“区内自由”，即区内不干预，指在区内的货物可以进行任何形式的储存、展览、组装、制造和加工，自由流动和买卖，这些活动无需海关批准，只需备案。

2. 监管的惯例

（1）“一线”监管的国际惯例

“一线”原则上自由，并非完全不受海关监管，但海关监管受以下限制：第一，从境外运入自由贸易区的货物如有必要向海关交验单证时，仅限于出示载明货物主要项目的商业或官方单证。以及确认单证与货物一致性和合法性。^⑩第二，海关对运入自由贸易区的货物，不应要求出具担保。第三，海关禁止或限制从境外运入自由贸易区的货物理由必须限于以下情况。即维护公共道德或治安需要；公共保健或卫生需要；实行动植物检疫对象；保护专利、商标权和版权需要。也就是说，除这几种情况外，海关不得以禁止或限制为由拒绝货物运入自由贸易区。

（2）“二线”监管的国际惯例

^⑧ 参见王林生等著：《发达国家规制改革与绩效》，上海财经大学出版社2006年版，第15~16页。

^⑨ 曹康泰：“《国外规制影响分析制度》序”，载吴浩、李向东编写：《国外规制影响分析制度》，中国法制出版社2009年版，第1页。

^⑩ 参见《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》，第5、6、10、12、22条的规定。

“二线”通常被视为进出口线，实行与其它关境进出口相同的海关法律、法规政策。为便于监管，“二线”通常设置隔离设施，如铁丝网或隔离墙，并设立出入关卡，每天有海关人员巡逻检查。

（3）区内监管的国际惯例

区内监管的国际惯例，主要是指区内的业务活动无需海关批准，以充分相信入区企业均有自律能力，执法守法为假设，对入区货物只需备案。但海关可进行适度监管。如自由贸易港区可按国内法规定，由海关或其他机构经营管理；自由贸易港区的建筑和布局及海关监管的安排等规定，应当由海关制定；海关可以要求进入自由贸易港区的人建立帐册，以便监管其货物流通。

（三）自贸区监管的对象与重点

1. 监管的对象

简单讲就是从传统的以货物为监管对象转换为以企业为监管对象。主要就是以企业为监管单元、利用风险管理方式，在信用分级的基础上，据信誉实行松紧有别的监管。¹¹

2. 监管的重点

自由贸易区监管的重点放在企业仓库，以免影响其装运业务或生产作业。

（四）自贸区监管的措施与手段

监管的主要措施与手段有：

1. 外松内紧、违规重罚。由于贸易区的“境内关外”特性，因而，监管的重点在“二线”，即货物进入国内市场的口上，外松内紧。但对违法经营者处罚相当严厉，一旦发现利用自由贸易区进行违法活动，则吊销营业执照，并处以巨额罚款。

2. 利用风险管理方式，实施分级监管。在从传统的以货物为监管对象转为以企业为监管对象的基础上。利用风险管理方式、据企业以往通关记录，对企业进行信誉分级，实施分级监管和以对账目的监管代替对实物的监管。如香港自由贸易区，据货主以往记录来决定对进出口货物是否放行或抽检。荷兰的鹿特丹港，对的企业实行定期检查，且信誉越好，检查的间隔越长，检查越少。且主要以对仓储文件的监管来代替对货物实物的监管，只有必要时才进行实物盘查。

3. 利用现代信息技术，实行全程网络监管。世界主要自由贸易港区，如美国的对外贸易区、我国香港地区的自由港、荷兰的鹿特丹港，都拥有起完善的基损及管理系统，其监管作业的各个环节均已实现全程联网是控制。其计算机网络已经构成了一个完整的信息平台，不仅拥有货物信息（数量、品质、类型），同时也包括企业以往的记录和信息。海关无论是出入放行、关税征收与减免、区内企业风险管理、帐目审查、货物抽查都实现了计算机控制，且各个平台信息共享，即大体提高了作业效率，促进了贸易便利化。

4. 手续简化，集中一次性报关。如美国自由贸易区，可以集中一整批货物，进行一周一次报关。德国汉堡港也采取类似的集中报关制度。

¹¹ 如香港自由贸易区为提高通关效率，利用风险管理的方式，据企业以往的通关记录来决定对其进出口的货物是全部放行还是部分抽查。

5. 全天候、多样化提供便利服务。如美国的自由贸易区、德国的汉堡港、荷兰的鹿特丹港、我国香港地区的自由港，新加坡的自由贸易区都无一例外地提供 24 小时运营。新加坡自由贸易区还定期举办与货物通关有关的课程，使贸易商充分了解通关实务，通关文件需求及许可文件申请程序等。

三、对上海自由贸易试验区监管的建议

据国外经验，结合国内外经济形势和上海自由贸易试验区建设的目标，以及参照《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（简称自贸试验区管理办法），对未来中国（上海）自由贸易试验区在监管提以下建议。

（一）监管指导思想

1. 理想状态

就理想看，完善的自贸区监管应遵循以下 4 点指导方针及相应的性规定：（1）考虑国情，与国际惯例接轨，充分体现经济全球化形势下贸易便利化的最新发展和最有效做法。（2）贯彻“一线放开、二线管住、区内自由”的监管理念。一线不办理进出境手续，二线按一般进出口货物办理海关手续，实行“一次申报、一次检查、一次放行”；区内货物的存储、流动、买卖等活动通过电子数据备案，可自由流转。（3）利于自由贸易区内的自由连通机制的形成。（4）加强自由贸易区与区外的联动互动机制。

2. 现实的不足

但从目前《自贸试验区管理办法》的规定来看，前两点，特别是第 2 点中“区内货物的存储、流动、买卖等活动通过电子数据备案，可自由流转。”体现的还不充分。第 3、4 点几乎没有涉及，即自由贸易区内的自由连通机制，以及自由贸易区与区外的联动互动机制在《自贸试验区管理办法》还没有体现，因而，如何建立这两方面的联动机制，是自贸区规制完善的重点之一。

（二）监管机构的设立

1. 理想状态

按当今监管法理论，监管的成功与否，与监管机构的权威性有关。一个具有准立法权、准司法权与准行政权的权威性、独立性的、委员会制的监管机关是监管成功的关键。因而，在中央层面，中央政府应充分授权，成立“中国（上海）自由贸易试验区管理委员会”作为统一的自由贸易区协调管理机构，负责制定管理自由贸易港区的法律、法规，制定自由贸易区管理办法和实施细则；受理自由贸易区的设立申请、审批和注销；在宏观上指导监督各自由贸易区的建设和发展；对各自由贸易区的运营、管理进行评估。

考虑到我国现实体制，以及自由贸易区的业务涉及海关、交通、贸易、税收、外汇等方面，因而，这一机构应对应于海关总署、国家发改委、财政部、工商总局、税务总局、外汇管理局建立相应的业务部门。

2. 现实的不足

目前机构设置的法律、法规只有《自贸试验区管理办法》，属于地方政府的行政法规，其第四条的规定，中国（上海）自由贸易管理委员会（简称“管委会”）只是上海市政府的

派出机构，这样其权威性就大打折扣。

这种机构地位，决定了其不可能具有准立法、准司法权，其行政权也受到很大限制。因而，能否接近现代规制机构应具有权威性、独立性，以及与之相匹配的权责是须思考的根本问题。

（三）具体监管的法律建议

1. 一线逐步放开

（1）实行舱单预申报管理方式。对于入境货物，海关根据舱单数据放行，在一定时间（14天）内要求区内企业向海关进行详细申报。探索实施货物的分类管理，待条件成熟时，逐步简化直至取消备案清单。

（2）实行“进境检疫、进口检验”管理方式。进境货物从入境口岸直通进区，除需在区内销售、使用或企业主动申请预检验外，检验检疫部门仅对相关货物实施动植物检疫、卫生检疫、环保检验和放射性检验等。对于法定检验的进口货物，区内企业可选择在进区后、报关进口前的任何时候向检验检疫机构报检。

2. 二线高效管住

（1）实现区内企业出区货物直接申报。推动区内企业电子账册信息、联网监管信息与口岸监管系统对接，实施手续简化，“多单一审”集报关作业模式，最终实现区内企业出区货物直接申报。

（2）实现自由贸易区与国内海关特殊监管区域间便捷流转。通过电子信息联网，对跨区域流转的保税货物进行联动监管。加强卡口管理，完善现场查验和事后核销模式，逐步简化流转程序和途中监管手续，实现结转便利。

（3）实行“集中监管，方便进出”监管模式。区内设立集中查验场站，受理查验预约，货到即查，查毕即放。对申请预检验商品提前施检，货物分批出区采取核查货证、快速放行等措施。对保税展示、保税租赁货物，实行“一次检验，多次进出”（即对保税展示货物采取登记监管方式，允许多次出区展示；对保税租赁货物在首次出租完毕返回区内后，再次租赁出区的，凭承租人责任承诺放行出区。）

3. 区内货物流动自由

（1）统一自由贸易区的关区代码。统一自由贸易区关区代码，企业代码不变，便利区内企业经营。探索统一监管政策，建立一体化监管模式。

（2）连通不同自由贸易港区，实现各自由贸易港区、以及区内货物移动。对各自由贸易港区货物移动视作同一区内运作，以诚信企业开展试点，以电子账册管理为手段，对进转出存货物实施全过程监管，实现区内流动自由。

（3）扩大保税延展货物运作。将保税延展货物入区纳入海关监管，在试验区内选择高资信企业开展试点，加强账册管理和卡口物控，完善优化监管办法。

（4）实现区内口岸货、保税货同步运作常态化。探索放宽同步运作中保税货物比例要求，支持跨国物流集成商开展多种业务形态运作。

（5）支持消费品保税展示。依托信息化系统，以分送集报形式和临时出区方式在特定

场所开展保税展示业务。

4. 保障措施

(1) 建立试验区“大通关”信息平台。依托地方电子口岸，逐步整合区内海关、检验检疫、工商、税务、外管等部门管理信息，推动企业综合资信库、物流信息平台与联网核查等“大通关”应用项目不断完善和统一，最终实现货物申报、受理、审批、监管的“单一窗口”模式。

(2) 试点试验区统一电子围网管理。以账册管理为基础，结合智能卡口控制，物联网监控，逐步建立快速响应的智能化监管平台，试点自由贸易试验区电子围网管理。

(3) 调整和完善特殊监管区域口岸查验单位现有管理体制，整合组建各自相对统一的口岸监管机构。优化配置海关、检验检疫、海事等现有监管资源，理顺统一的监管作业模式，最大程度简化区域间的通关手续，形成四区政策统一、联动发展的规模效应。

(4) 加快专项立法研究，为试验区规范运作提供法制保障。由国家层面（或授权上海层面）立法，规定自由贸易试验区的性质、定位、功能和作用，分析调整不适合区域发展的现有法规和规章，保障试验区有法可依，细化操作规程。

5. 功能拓展与政策突破

(1) 大力推进中转集拼业务发展。进一步简化监管手续，在实验区内扩大试点规模，发挥区港联动效应，完善相关中转集拼信息化支撑平台，推进空运普货国际中转和快件中转集拼常态化运作。

(2) 实施“企业自主选择应税货物状态”政策。对试验区保税加工货物销往内地，试行按其对应进口料件或按实际报验状态征收关税的政策。

(3) 支持加快发展实体性总部经济。培育和吸引国内外跨国投资企业，探索适应企业在境内外投资过程中订单流、资金流与物流不一致的新型监管方式。

(4) 继续深入推进文化贸易、服务外包、融资租赁、期货保税交割、保税船舶登记、维修检测等创新型功能业态发展。

“实验创新型政府”与行政法治（提纲）

——从中国（上海）自由贸易实验区引发的思考

上海财经大学法学院教授 徐继强

一、作为中国独特实践的“实验创新型政府”

从任务主义的角度，可以把现代政府的类型分为夜警国家的管制型政府，福利国家的服务型政府，风险社会的规制型政府。不同的政府对应的法治模式并不完全相同。管制型政府法治模式的基本问题是依法行政。政府管制社会的强制性权力必须得到法律的控制，政府行为必须严格以法律为依据，合法性原则是行政法的基本原则。服务型政府法治模式的基本问题是行政裁量权问题。政府广泛地涉足各种商业和社会活动，为了实现法律的目的，政府行动的裁量不可避免，“比例性原则”在行政法基本原则中得地位日益凸显。规制型政府法治的基本模式是风险分配，政府既是风险的制造者，也是风险的规制者。所以各种风险规制的参与性原则和民主性原则得以突出。

但是，上述理论的划分和法治模式并不能完全解释中国政府的任务和政府的法治模式。其实中国政府一直有一种“实验创新型政府”的面相。从改革开放初期的经济特区政府的“先行先试”到今天中国（上海）自由贸易实验区政府的政府职能创新转变都是如此。

这里我们可以通过分析《国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》（下称《通知》）明显看出。通知第一条“积极探索管理模式创新”，第二条“要探索……模式”“使之成为推进改革和提高开放型经济水平的试验田，形成可复制、可推广的经验……”《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（下称《方案》）也明确指出“进一步解放思想、坚持先行先试，……”“改革创新政府管理方式，按照……积极探索建立与国际高标准和贸易规则体系相适应的行政管理体系”等等。所以，“中国（上海）自由贸易试验区”的政府法治是实验性的、创新性的。

这里我们看出，在当今政府法治模式里，有一种极具中国特色的“实验创新型政府的法治模式”。这种模式既不同于西方现代行政法理论上得的“从夜警国家”到“福利国家”甚至到风险规制国家的政府法治模式，也不同于我国理论界概括的“从（计划）管制型法治模式”到“服务型政府法治模式”。

这种“实验创新型政府”具有一些自己鲜明的特点。

二、“实验创新型政府”的法治难题

这种“实验创新型政府”引发的法治难题，无法用传统的“合法性原则”、“行政裁量权控制”、“比例原则”等加以解决。而且这个难题一直伴随在中国法治政府建设的历史进程之中。只是在中国（上海）自由贸易试验区的面前更加突出而显现，主要有：

第一，自贸试验区是中国法治政府第一次真正面临国际化规则创制的挑战。自由贸易试验区的背景是，美国推动的《跨太平洋战略经济伙伴协定》（简称 TPP）、《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（简称 TTIP）和《服务贸易协定》（简称 TI-SA）谈判等，旨在回避和绕

开 WTO 框架，为全球治理重新建章立制，引领和建立国际经济新秩序，而这些安排又不把中国包括在内。如果我们不能适应这种变化，就会被边缘化，甚至面临着“二次入世”的危险。中国要取得突破，就要参与新框架的建立和新规则的制定，而要加入谈判，又遇到国内体制不适应的问题。中国（上海）自由贸易区就是在这种形势下诞生的。

第二，自贸试验区实在中国社会主义法律体系建成以后的创新，或者说是政府在体制僵化和既得利益难以打破的另辟蹊径。这就既不同于改革开放初期无法可依的条件。现在要创新，要试验，就要突破已有的法律。这就形成一种悖论，要探索政府法治的路径，就要突破法治的框架，或在现有法律框架里设置例外。《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国（上海）自由贸易实验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》。这里引发的问题还不够，还有实体法律的甄别和程序法律的变通。因此这里合法性原则和自由裁量权的规则都不能适用。

第三，政府创新与市场创新的关系。自由贸易的精髓应该是贸易自由化精神的，是市场决定作用的。但是从《通知》和《方案》来看，有很强的政府主导倾向。关键体现在负面清单和行政审批权的范围和限度。

第四，中国是单一制国家，中国地立法体制是中央统一的立法体制。自贸试验区是全国性的政策，又由上海承担主要责任。而且要成为可复制和推广的经验。而且自贸区划定了四个特定的领域。但是自贸区的规则和政府法治的模式不能进要推向全国，而且是世界性的。例如，其中的金融体制不可能限定在固定的区域。所以，但从国内的立法体制来说，自贸区的探索将影响中国地立法体制，会引起中国立法体制的变革。

第五，局部的实验创新与顶层设计的关系。十八届三中全会指出“要把摸石头过河与顶层设计结合起来”，自贸试验区到顶层设计具有内在联系。但是这种联系是复杂的，动态的。因为是实验，有成功，也有失败。实验也可能来自顶层的压力，实验创新也可能推动顶层设计的进一步调整。

三、“实验创新型政府”法治模式与现代行政法理论的创新

如果不仅仅是中国（上海）自由贸易实验区，“实验创新型政府”是确实能够作为一种政府任务的类型，而不仅是局部问题。那么他给现代行政法理论的创新提出了哪些问题。我国行政法理论虽然不断回应中国法治政府的实践，但是，总体上是对策性的，也可以说是摸石头过河。或者是对西方政府任务和西方行政法法治的模仿。无论是过去的平衡论、控权论、服务论和政府法治论，都没有完全回应政府在中国法治进程中的一个任务，这就是“实验创新”。所以是否有必要基于“实验创新型政府模式”的维度，对行政法的一些基本理念和原则进行反思。

对中国（上海）自由贸易实验区的观察，也许可以启发我们对现代行政法基本理论的持续思考。

上海自贸区管理体制法律问题研究

张占江

自贸区政府管理体制是指，政府对自由贸易区行使管理职能的组织形式和管理权限，包括管理机构的设置、机构之间的职权划分及相互关系等内容。既包括中央政府对自贸区的管理，也包括自由贸易区内部的管理（即地方政府的派出机构对自贸区的管理）。自贸区能否取得成功，很大程度上取决于体制与政策的突破，取决于管理体制、方式的合理化。

本文在总结先进法域的自贸区管理机制设计基本原则、管理机构设置及权限配置的基础上，提出我国自贸区管理机构设置遵循的基本原则、机构设置、权限配置的设想。进而，在上述机构设置、权限配置的基础身上，根据实现自贸区设置的目标的需要，提出有关管理机构运行机制、政府承诺机制的设计的初步设想。

一、管理机制设计的基本原则

各法域的自贸区在管理模式上存在诸多差异，但是作为一类特殊经济区域，它们在政府管理的原则方面一般遵循以下原则。这些原则可以作为我国自贸区管理机制设计的参考。

（一）政府最低干预原则

政府最低干预原则是自贸区政府管理的最重要原则。自贸区实质是一个奉行特殊政策的特殊经济区域，它是一个进行特定经济活动的专门场所，政府管理职能主要是针对区内展开的经济活动。因此，自贸区的政府管理不像其他区域的政府管理活动那样涉及大量的社会职能。政府管理的范围限于由区内经济活动所带来的经济管理事务和必要的行政管理事务。相对于其它地域的政府管理而言，自贸区内的经济活动算是自由程度最高的，也是政府介入市场深度最少的区域。

（二）政府管理权威性原则

国外自贸区的政府管理十分强调政府管理的权威性。国外自贸区的筹建批准的权力一般都掌握在中央政府手中，因此，自贸区的设立一般都被看作是中央政府的行为。这有利于政府对全国范围内自贸区发展的指导和协调，也有利于特定国家自贸区的长远发展。

自贸区政府管理的权威性还在于一般都是由一个专门成立的或指定的部门来行使自贸区的最高管理权，从而避免了政出多门，政策掣肘所带来的弊端。自贸区的特殊性所决定的政府管理的有限性更加强化了自贸区管理中政府管理权威性的重要性。因为，政府职能范围越狭窄越是说明了这些职能对保证自贸区正常、健康运作以及达到设区基本目的的不可或缺性。

（三）政府管理高效性原则

自贸区的优越性之一，就是为涉外经济活动提供方便和优质服务，减少繁琐的海关和行政手续，促使自贸区内各种经济活动的进程加快，周期缩短，失误减少。其管理机构的设置、权限配置必须以效率为核心。政府管理的高效本身就是自贸区的竞争优势重要组成部分。自贸区管理的高效率一方面体现为，区内管理机构的精简化，尽量减少区内机构设置，与自贸区运行相关性不大的机构尽量避免入区；另一方面还表现在，区内管理活动以及海关监管活动等一般都制定一些特殊的程序，尽可能的简化管理流程。

(四) 政府管理的规范性原则

自贸区政府管理尤其强调规范性。世界上运转成熟的自贸区在管理方面特别强调管理的规范化、法治化。大多数的国家制定了自贸区法，对自贸区的性质、定位以及区内优惠原则法律化。对自贸区管理机构的设置、职权的划分、职能范围的界定一般都以法律的形式得以确认，特别是管理活动中政府对开发公司的授权也遵循法律的程序，通过授权合同确定双方的权责关系。管理法治化确保了管理行为的规范化、可预期性。

管理的规范性原则还是指管理活动的公正性，这也是自贸区的特征所要求的，自贸区对外开放，一切优惠措施、管理规定对区内经济活动主体一律同等适用，不因区内公司、企业的国别、规模、所有制性质等而差别对待。

(五) 小结

在全球经济一体化以及市场经济规则趋同化的前提下，我国自贸区管理机制理应在遵循上述原则的基础上建立。除此之外，也必须考虑到我国市场经济体制还未完全建立、经济（政治）体制改革有待深化的现实。为此，需要按照最低干预（或称高度开放、充分授权）、高效、权威、规范化的原则，建立与国际接轨的进一步促进服务业开放、贸易与投资自由化的管理机制。

在目前全国人大常委会和国务院进行系统立法条件尚不成熟的情况下，建议全国人大常委会对涉及试验区先行先试事项授权上海市人大参照《立法法》第 65 条、第 81 条规定进行专门立法，可以对法律、行政法规作变通规定，仅在试验区适用，以确保自贸区管理的法治化。

二、管理机构设置及权限配置

设立自贸区是国家行为，但自贸区所产生的利益又主要为其所在的区域享有，地方政府是其最主要的利益主体。基于此，自贸区管理体制至少包含两个层面：中央决策层面的管理体制和地方操作层面的管理体制。前者属于宏观层面，指国家对自贸区进行宏观决策、监督、协调的管理机制，涉及最高管理权限的归属、法律法规的制定权等内容。后者属于微观层面，指对自贸区的具体经济活动进行组织、领导、协调和监督等日常经营管理活动的组织形式。这两个层次的管理并不是截然分开的，两者之间相互联系、相互配合，共同维护保税区的正常运营秩序。

(一) 自贸区的中央管理体制设计

自贸区的中央管理体制是中央政府为实施对自贸区的管理而形成的组织结构形式。目前国际上越来越倾向于在中央层面由一个专门的机构代表国家对自贸区行使宏观管理职能。这种管理方式可进一步细分为专管型和代管型。

1. 专管型体制

在实行自贸区专管体制的国家里，自贸区的所在国的中央政府成立了专门从事自贸区事务管理的独立机构。该机构负责有关自贸区的宏观决策、宏观调控，同时也是对自贸区的发展进行监督和协调的最高行政机构。美国在中央管理层面就是实行的专管体制。

美国的对外贸易管理委员会就是美国全国对外贸易区的管理机构，该委员会由三位主要

成员组成委员会领导机构，委员会主席和执行长官由商务部部长担任，另两位成员为财政部部长和陆军部长。委员会下设一个执行秘书，担任日常工作主管，一般由商务部委派；三位部长委员各任命一名代理人，组成代理委员会，负责处理、拟订需要提交部长委员会讨论的相关问题、事务。执行秘书下还下设由执行秘书任命的检查员、地方海关专员及工程技术人员等组成的检查委员会，负责对提出的设区申请等进行检查、调研，并向部长委员会提交调查报告。

2. 代管型体制

代管体制是，政府将对自贸区的管理权委托给一个特定政府职能部门来执行管理权的。例如，我国台湾地区的出口加工区的中央管理权就交由经济部的出口加工区管理处。

代管体制的管理形式在新兴国家和发展中国家较为常见，原因可能在于这些国家的自贸区形成的历史较晚，而且，往往是国家推进外向型经济发展战略的重要组成部分，所以，它们就大多被就近划归掌管经济发展或对外贸易的部门进行管理。这在很大程度上也可以避免机构设置的膨胀。也有观点认为，代管体制与专管体制相比可能在管理的权威性及协调的有效性上存在一些不足，因为自贸区的事务可能涉及多个职能部门利益。

3. 相关建议

中央管理机构的设置，既能解决宏观管理缺位的问题，又能兼顾各方利益，同时还能遵循机构设置的精简原则。为了解决中央部门间的协调难题，也是为了地方政府的支持和参与，笔者建议成立统一的自贸区中央管理委员会。委员会负责有关自由贸易试验区的宏观决策、宏观调控，负责协商、起草自贸区的立法草案，全国性的自贸区的其它法规的起草和政策的制定，全国性的自贸区的管理和协调等。中央管理委员会中央管理委员会可设常设机关处理日常事务，遇有事关全国自贸区发展的相关事宜时则由委员会全体代表出席会议共同决定。

委员会成员由各相关的中央职能部门和自贸区所在地方政府派出的代表共同组成。自贸区的提出和建设源于地方政府的行为，地方政府在自贸区发展中具有重要地位，是重要的利益相关者。

(二) 自由贸易试验区内管理机构的设置

政府除了从宏观上对自贸区进行必要的管理和协调外，它还得依靠自贸区内的管理机构完成必要的行政管理和经济管理活动。以区内管理机构的性质、权限及管理方式为标准，可以将自贸区内的管理体制类型化为以下三种模式。

1. 地方政府主导型模式

该模式下的自贸区区内管理机构一般由地方政府（或其派出机构）、所在地区的海关部门或港务局直接承担，它们全权负责区内的一切事务。它们不仅履行必要的行政管理、监督、检查等职能，而且直接参与和承担区内经济建设和开发的职能。

虽然，在实践中这些自贸区在政府管理机构之下也设置开发公司之类的经济业务部门，但在实际上开发公司在人员配备上与行政部门是一致的。在这种管理体制下，管理机构的职责具有双重性，不仅行使行政审批、土地规划、协调等行政职权，同时还负责资金筹措、开发建设等具体经营事务，开发公司基本上没有自我决策权。

这种管理体制的优点在于具备较强的权威性，能够调动大量资源进行自贸区的开发和建设，在一定程度上也可以通过其相对简化的机构的优势来提高办事效率，改善区内的投资环

境。韩国的马山出口加工区以及我国台湾地区的高雄出口加工区就采用过这种管理模式。

2. 企业主导型模式

企业主导型模式，也称公司主导型模式，在自贸区内不设立专门政府管理机构，而是由政府通过法律途径“授权一家专业管理公司，专门从事区内的开发建设和经营管理工作，同时也代行部分行政管理职能，并提供投资服务。”这种管理公司可能是私营，也可能是国营或者合营的，但它不属于政府行政机构，它是具有法人地位与权利的经济实体。它们在形式上一般是由一个董事会或理事会及其领导下的由一些职业经理人或专业人士组成的执行或办事机构组成。它们在区内进行公司化管理、市场化运作，并对授权政府负责。

这种管理模式的优点在于可以充分利用社会资源，节约政府管理成本，较为灵活、高效。这种管理模式较适用于市场化运作较为成熟，或者“范围较小、功能和产业相对单一”，且相关产业的“贸易壁垒较轻的”自贸区。西欧和美国的一些自贸区就采取这种类型的管理模式。

3. 合型模式

混合型模式实际上是一种介于政府主导型和企业主导型之间的模式。区内管理机构既有政府职能部门，也包括企业化的管理公司，但二者之间是相对独立的。这种独立不仅意味着二者之间管理职能上的分工，也意味着人事、权限等方面的相对分离。

在职责分工方面，当涉及重要决策、规划及审批等事项以及必要的监管等则适用行政管理程序和海关监管程序；而当涉及的事项为纯粹的经济业务经营活动的则适用公司化的管理方式，由开发公司等来处理。在人事、权限方面，两者是互不隶属的机构，政府有政府的人事构成和职权范围，开发公司有开发公司的人事构成和管理、开发权限。开发公司在职权范围内进行公司化运营和相应管理活动，不受行政机构任意干涉，二者依靠法律授权合同确立权责关系。美国和欧洲的部分自贸区都施行这种管理模式。

4. 相关建议

就目前而言，为了增加权威性、推进自贸区的开发和建设，笔者建议建立地方政府主导型的区内管理体制。这有利于充分调动地方政府的积极性。众所周知，地方政府在区域经济发展中一直起着举足轻重的作用。同时，自贸区享有很的自治性，为了增加机关的民主性、改善区内的投资环境，确保管制行为的可执行力，需要适当引入分权治理机构设置原则。具体而言，建议自由贸易试验区内管理机构可作如下设置：

设置争议诉求协调委员会。委员会由区域行政管理部门代表、区域内投资主体代表、自贸区专家等组成，以区域内投资主体代表为主，建立代表推选和议事制度。受理按负面清单管理、竞争中立、权益保障等方面争议诉求，分析研究诉求事项并提出改革建议方案，供国务院部署研究、改革。

设置特别立法建议委员会。委员会由国务院相关部门代表、管委会行政管理部门代表、区域内投资主体代表按一定比例组成。从需求导向、问题导向出发，在争议诉求的基础上，按照自由贸易投资、透明高效原则，提出特别立法建议，供国务院研究决策并提交人大立法，或根据立法授权，由上海市立法。

设置争议诉求协调委员会。委员会由管委会行政管理部门联合组成，按照授权统一受理区域内行为许可、市场准入、技术标准等行政审批事项，协调处理经济领域审批、管理、服

务等事项。

我国目前的法治化程度还不高，市场机制也不健全，在这种情况下，赋予一个公司过多的行政管理职能还不太具有可操作性。但在未来的建设发展中，管委会应充分利用好下设的开发公司这样一种机制，积极适时地推动区内的政企分开，政府要将主要精力逐渐集中到行政事务和区内的总体管理和协调上来，经济开发和部分经济管理事务逐渐要开发公司来负责。同时，也要逐渐加强开发公司的市场化建设，使其真正成为具有独立法人地位的公司主体，时机成熟时也可适当吸引私营或外资公司等参与到区内的经济开发和经济管理中来。

三、管理机构运行机制的设计

自贸区将实施“一线逐步彻底放开、二线安全高效管住、区内货物自由流动”的创新监管模式。在“一线放开”方面，创新监管模式提出要将一线监管集中在对人的监管，口岸单位(包括海关、边防、检验检疫等)只做必要的检验检疫等工作；特别是海关方面将不再采用批次监管的模式，而采用集中、分类、电子化监管模式。“二线管住”，就是要对进出园区内外的货物的监管。通过“一线放开，二线管住”这种模式，达到自由贸易区内人与货物的高效快捷流动。总之，就是简化手续，降低成本，在自由贸易区实现“境内关外”。

在理念上，从货物管理转变为企业管理。总体上遵循政府干预最消化原则，充分发挥市场竞争机制的作用，建立“宽进严管”、与准入前国民待遇和负面清单管理等国际通行规则相衔接的市场准入制度，建立健全“单一窗口”的综合审批服务模式和集中统一的市场监管执法体系。

(一) 审批监管

在市场准入审批方面，建立与扩大开放相适应的市场准入制度。将“先证后照”改为“先照后证”，试行“商事主体资格和许可经营资格”相分离的商事登记制度。改革现行的公司注册资本实缴登记制度，试行注册资本认缴登记制。改革住所登记制度，进一步释放场地资源。

在行政审批运行机制方面，建立一口受理、综合审批和高效运作服务模式。按照“以法规授权为主，以行政委托为补充”的原则，结合自由贸易试验区立法保障工作，采用“一揽子”的法规授权方式，重点选择经济和城市管理两大领域内的准入类、行为许可类和技术核准类事项，充分授权自由贸易试验区实施国家级、市级和区级的有关行政审批职能。以“区内事区内结”为目标，通过物理平台和网络平台相结合的方式，建立“单一窗口”的综合审批服务模式。按照“管办分离”的改革原则，授权自由贸易试验区的审批职能集中由自由贸易试验区服务中心实施，统一办理，实行“一个窗口受理、一站式审批、一条龙服务、一个窗口收费”的综合审批服务运行模式。同时，借鉴法域经验，建立完善的信息网络平台，使自由贸易试验区的不同部门、不同物理办事窗口能够对外实现“多个机构、一个政府”的协同机制。

(二) 市场运行监管

在市场运行监管机制方面，建立集中统一的市场监管综合执法体系，切实体现“宽进严管”。逐步设立统一的市场监管服务综合执法机构，在工商、税务、质检、食药安全、知识

产权、进出口等经济管理领域，依据授权统一执法，实现集中统一高效的监管。建立经济领域专属管辖制度，“区内注册、区外经营”的市场主体在区外涉嫌违反经营法律法规的，统一由自由贸易试验区监管部门管辖。建立利益相关方申诉处罚制度、社会举报奖励制度和处罚违规结果信息社会共享机制，建立市场监管的信息共享及公示平台、部门协同机制，积极鼓励社会力量参与市场监管服务机制。

(三) 投资安全保障监管

在投资开放安全保障机制方面，引入多方监督机制，建立安全审查机制和风险防控体系。一是行政管理机构公开透明运行。依法设定办事条件，明确办事流程，深化政府信息公开，引入社会监督、舆论监督，保证权力公开透明运行和有效制约监督。二是防范政府承诺被恶意滥用。完善与政府承诺相关的保留规则，包括一般例外、临时保障措施和以否定列表形式保留的不符措施。分步分阶段推行政府承诺的具体措施，对外资准入阶段和营运阶段作相应区分。三是建立安全审查机制和风险防控体系。成立由相关部门共同组成的试验区安全审查委员会，试点建立对外国投资的安全审查制度，明确申请人的救济权利和救济渠道。

(四) 财政监管

在财力管理和分配机制上，参照临港的“双特机制”，赋予准一级财政权限。建立相对宽松、独立和稳定的试验区财力分配制度。如：参照临港新城的“双特机制”，建立与事权相匹配的区域财力分配制度，特别是在公共性设施建设及养护方面给予充分保障；建立试验区专项资金，用于功能开发推进、重大项目引进、区域基础设施建设和环境改造；比照张江高科技园区的办法，由市、区各共同出资建立试验区专项资金，用于功能开发推进、重大投资项目引进、区域基础设施建设和环境改造等事业。

四、政府承诺机制的设计

自贸区内政府承诺的核心是确保竞争中立。所谓竞争中立就是，**市场中没有经济主体不当享有竞争优势或处于竞争劣势的状态**。自贸区管理将致力于营造更加公平公正的市场经济运行环境，为开放的经济领域不同类型企业在区内开展业务享有同样的外部环境、实现公平竞争。国有企业从政治体制中得到额外的公权庇护并不会带来好的结果。由于感受不到市场竞争压力，受到优待的企业的发展反而受到制约。为了确保自贸区的竞争中立，自贸区内的政府的监管至少需要确保如下几个方面：

(一) 监管中立

在最大可行限度内，确保国有企业与私营企业处于相同的监管环境。监管的目的是促进竞争，执行非歧视和透明的监管政策。如果政府的监管必须要对国有企业和其他企业进行区分，这种区分必须做到清晰、透明。例如，明确国有企业享有何种法律或监管义务的豁免、何种特权，以便其他企业与其进行商业行为。

(二) 税收中立

在最大可行限度内，确保国有企业承担与他私营竞争者相似的税收负担。优惠的税收待遇相当于补贴。这一原则适用一系列直接或间接的税收制度，包括公司所得税、增值税、财产税和注册税。税收中立至少应做到如下几点：在区内外交易中，在相似情形下实施相似交

易的企业应当被课以相似水平的增值税；在税收规则不能平等适用时，应当透明化；对外国企业提出特定行政管理要求的区内外贸易中，征收增值税不得导致企业负担不合比例。此外，政府也不应当从自己关联企业购买商品接受服务来避税。

（三）债务中立

在最大可行限度内，确保国有企业（包括作为贷款人的国有企业和国有银行以及作为借款人的国有银行）与其他非国有企业以同样的条款获得贷款，避免国有企业享有优惠性融资。必须避免，通过便利的融资渠道、优惠的信贷条件、直接补贴或者显性（隐性）担保，使得国有企业享有明显的成本节约，从而比其他竞争者更容易地扩展经营业务。

（四）公共采购中立

采购政策和程序应当是竞争性的，非歧视的和具有较高的透明度。国有企业应当适用那些适用与其他企业一致的采购规则。采购的政策与程序应当透明；在事前设定明确的筛选条件；确保选择供应商时的公平公正对待。任何不公平的障碍都被应予以取消以保证筛选程序的公平与非歧视。当存在歧视性的偏好时，这种偏好应当明确地反映在事前制定的筛选条件中，以保证潜在的投标人能够获知。

（五）商业回报率

竞争中立意味着，政府商业活动的回报率应与市场保持一致。如果没有商业回报率的要求，那么国有企业可以通过有力的政府支持，通过降低利润率的方式压低价格，在市场上获得竞争优势。商业回报率要求的主要目的是防止交叉补贴，国有企业像其他私营企业一样，出于长期战略需要改变短期利润率的行为是被允许的。

结语

总之，自贸区将按照高度开放、充分授权、高效透明的原则，探索建立进一步促进服务业开放、贸易与投资自由化、与国际接轨的管理体制，试点设立精简高效、机制灵活的试验区管理机构。

自贸实验区外资安全审查之法律保障

宋晓燕*

内容摘要: 自贸区对外资准入的管理由审批制改为备案制,并不意味着政府放弃对外资准入的安全审查,如何在终结外资审批制的同时建立起良性的国家安全审查制度就是当下非常现实的一个考量。自贸区可以对外资安全审查制度从细节上进行缜密设定和完善,这不仅是对自贸试验区,同样对于我国长期坚持的外资开放政策而言,无疑具有重大的战略意义。文章对我国外资安全审查的范围、标准、机构和程序中的若干重要问题进行了讨论,并提出了完善建议。

关键词: 控制 国家安全 风险缓和

上海自贸区的重要改革方向就是终结审批制,逐步建立“以准入后监督为主,准入前负面清单方式许可管理为辅”的投资准入管理体制。很明显,“负面清单”管理模式是要简化相关手续,在“负面清单”之外的领域,在外资准入之前就给予国民待遇。但是有一个需要明确的问题就是:对外资准入的管理由审批制改为备案制,这是自贸区制度改革的重要一环,但这并不意味着政府放弃对外资准入的安全审查。《自贸区管理办法》第30条授权管委会建立安全审查相关机制,¹如何在终结外资审批制的同时建立起良性的国家安全审查制度就是当下非常现实的一个考量。对于这高度概括的一条,我们至少要回应这么几个方面:为什么要对外资进行安全审查?即安全审查的正当性、必要性和度的问题;哪些外资项目应该要进行安全审查?即安全审查的范围问题;什么是国家安全?即安全审查的标准问题;谁来进行审查?即安全审查的机构和人员组成问题;怎样进行审查?即安全审查的程序问题。

2011年2月之前,我国关于外资并购的国家安全审查具体制度相关的规定仅有为数不多的几个条款,如《反垄断法》第31条和商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》)第12条。²而当时的法律法规均未对国家安全审查的具体审查机构、标准、程序、期限等做出规定。国务院办公厅于2011年2月3日发布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(以下简称《通知》),并于3月3日正式开始实施,标志着我国正式建立起了外资并购的国家安全审查机制。该机制是以《中华人民共和国反垄断法》第31条规定为依据,其中规定了并购安全审查范围、内容、程序以及工作机制这些问题。然而该《通知》中的内容是否可供自贸试验区参考适用,其是否能回应前述所提出的问题,可

*作者单位:上海财经大学法学院、中国(上海)自由贸易试验区协同创新中心。本论文为2011年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目《国际金融中心法制环境研究》(项目号:11JZD009)阶段性研究成果,2012年教育部新世纪优秀人才项目(项目号:NCET-12-0904)阶段性研究成果。

¹ 《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(市政府令第七号)第三十条(安全审查和反垄断审查):自贸试验区建立安全审查和反垄断审查的相关工作机制。投资项目或者企业属于安全审查、反垄断审查范围的,管委会应当及时提请开展安全审查、反垄断审查。

² 《反垄断法》第31条规定:“对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照本法规定进行经营者集中审查外,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。”《并购规定》第12条赋予商务部对涉及“经济安全因素”的外资并购进行实质性审查的广泛权力。

能还不能得出一个肯定的结论，因为《通知》本身仍存在不少尚需完善和改进之处。自贸区可以对外资安全审查制度从细节上进行缜密设定和完善，这不仅是对自贸试验区，同样对于我国长期坚持的外资开放政策而言，无疑具有重大的战略意义。以下将针对上述问题逐一进行讨论。

一、外资安全审查的价值取向：外资开放与国家安全的平衡

（一）确定外资并购国家安全审查制度的价值取向

各国对外资并购本国企业进行规范和监管的程度取决于该国在外资并购问题上的价值取向，此价值取向通常根据本国经济和社会情况的特殊性以及不同时期的不同侧重而有所变化。尽管各国具体做法有所差异，但总的趋势是都承认与允许跨国并购，在鼓励和支持外资并购国内企业的同时，为维护本国的经济主权的独立性，防止本国经济对外资的过度依赖，对外资并购采取谨慎的态度，对外资进入的行业加以一定限制。

在确定我国有关外资并购的立法价值取向时，既要借鉴国外立法经验，又要考虑我国的实际经济状况以及外资并购的特殊影响。事实上，无论是发达国家还是发展中国家在对待外资的态度上大致都存在着怀疑与肯定两种观点。³美国是世界上第一个对外资安全审查建立了完整详细的法律框架的国家，但其历来都存在着不同的观点和立场，这种冲突长期存在于立法的过程之中，并有助于美国外资并购安全审查法律及其实施中形成了开放投资与国家安全之间的平衡。自贸区作为试验区，允许和鼓励外资并购我国企业的基调不能改变和淡化，在此基础上以寻求外资准入和国家安全的平衡为导向，探索我国的外资准入安全审查制度。

（二）制定刚柔相济的外资安全审查制度

外资安全审查本身是一个强硬的制度，在审查范围、标准问题上应该体现极强的国家安全保护立场；但正因如此，在程序设计上，要多一些柔性的安排，以缓冲安全审查的强硬给外资带来的影响。如后面所建议的预沟通制度、风险缓和制度等。

二、外资安全审查的范围和标准

对我们目前而言，首先要进一步完善《负面清单》，如果内容覆盖过宽，则无法发挥《负面清单》这种模式的优势，此外需要同时进行的是，根据我国经济发展需要对《指导目录》进行相应修改，为下一步早做准备，为涉及国家安全的战略行业以及重点企业提供具体指引，避免行政裁量权的不当行使而对外资开放政策造成冲击。考虑到确定《指导目录》中具体哪些行业属于涉及国家安全的战略行业，通常是从我国经济发展水平和国家发展战略出发，涉及政策、政治、经济、法律、科技等诸多方面，本文对此不加论述，仅从法律角度就外资国家安全审查中涉及的重要因素加以探讨。

外资安全审查法的主旨在于确定外国人通过新建或收购而对本国人的控制是否影响本国的国家安全，因此哪些外资项目应该进行安全审查，自然会涉及到对于“外国人”、“本国人”、“并购”、“国家安全”等一系列重要概念的界定。

（一）对“外资”“外国人”的界定

³美国在 20 世纪 80 年代，怀疑论者主要担心的问题是，外资进入后会损害本国经济与政治主权。这些问题具体包括国家安全、劳工关系、微观经济与宏观经济后果、垄断后果、以及外国势力的政治控制等方面的问题。支持外国投资的肯定论者的观点主要是：美国一直以来对外资奉行开放的政策、古典经济学理论支持开放的投资政策、现行法律已经对可能出现的问题提供了应对措施、没有必要进行国籍歧视、解决问题需要找准原因，最后，经济全球化之下，各国经济相互依赖性显著增强，经济政策的制定也会相互影响。

界定外资并购国家安全审查的对象，最关键的是对外资的界定。各国普遍以投资者国籍为标准来区分，包括设立地标准、资本来源地标准、实际控制主义标准。《并购规定》对外国投资者作了广义的界定，包括外国投资者和外商投资企业，对外国投资者的认定主要采取设立地标准，辅以实际控制原则。在《通知》中则完全没有对外国投资者的界定。

这样一来就产生了几问题，若某一在外国注册并运营的企业，如果其最终为我国国民控制，则该企业是否要被视作外国人？如果该企业的决策受到所在国的外国政府的干预，则该企业又是否应被视为外国人？另外，若某一企业在中国注册与经营，如果其最终由外国国民控制，则是否应被视为外国人？

作为世界上第一个对外资安全审查建立了完整详细的法律框架的国家，美国的安全审查制度对很多国家都产生了重大的影响，其发展、变迁对我国自贸区外资安全审查制度的建立无疑有重大的借鉴意义。在《埃克森—弗洛里奥修正案》⁴的《1991 条例》的第二部分有关定义的规定中对外国人、美国人、并购、控制等这些概念做出了界定。这四个概念是确定某项外资并购交易是否属于美国外资并购安全审查法管辖范围的基础，并体现于后面有关管辖交易类型的规定之中。其中外国人是指外国国民以及由外国利益方控制的实体，而外国利益方是指包括外国政府在内的任何外国人。而FINCA⁵《2008条例》对“外国人”及“控制”一词也给出了详细的定义。外国人是指：(1)任何外国国民、外国政府或外国实体；或(2)任何受或可受外国国民、外国政府或外国实体控制的实体。

这一概念实质上是将外国人界定为指任何外国的自然人以及企业。对外国国民的判断方法较为简单，即国籍标准。条例对外国企业的界定方法上，不是一般的注册地或经营地标准，而是采用控制人国籍为主要标准，并结合其他相关标准。也就是说在美国外资并购安全审查法之下，即使某一在外国注册并运营的企业，如果其最终为美国国民控制，则该企业不视为外国人。但是如果该企业的决策受到所在国的外国政府的干预，则该企业又会被视为外国人。另外一方面，即使某一企业在美国注册与经营，如果其最终由外国国民控制，则仍然是为外国人。

因此，即便没有外国国籍，不是外国实体，与外国政府没有直接关联，但只要可以受到外国人、外国实体、外国政府的控制，就能被认定为“外国人”，这无疑是一种扩大化的定义。

问题是这种扩大化的解释是否是必须的。如果放在维护国家安全的角度应该不难理解：既然要进行的是国家安全审查，有些属于原则性的内容就是需要在立法中予以坚持。前述谈到国家安全审查本质上是一个非常强硬的制度，因此如何既维护国家立场，又不伤害外资积

⁴进入1980年代，外资并购替代新建投资成为外国直接投资的主要形式，日本成为美国针对外资的关注重点。1986年日本富士通(Fujitsu)收购美国仙童公司(Fairchild)以及英国戈德史密斯公司(Sir James Goldsmith)收购固特异公司(Goodyear)这两案一般被认为是催生一系列限制外资并购的立法提案的直接导火索。政府也最终接受了国会以埃克森与弗洛里奥两议案为基础进行修改后的修正案，同意将其作为《综合贸易与竞争力法案》的一部分，这就是著名的《埃克森—弗洛里奥修正案》，在其中规定了审查程序、审查范围、审查标准等重要问题。

⁵中海油竞购案重新点燃了美国国会中的保护主义情绪，不少国会议员据此提出议案，要求对外资并购审查制度进行修改。最终以《2007 年外国投资与国家安全法》(FINSA)为名通过了对《埃克森—弗洛里奥修正案》的修改。FINSA是在《埃克森—弗洛里奥修正案》、《伯德修正案》、《1991 条例》等的基础上对美国外资并购安全审查法进行了修改与完善。与最早的法律文本相比，总条数只是由8增加至14条，但是文本内容已经作了大幅的扩充。FINSA仍然作为美国《1950年国防生产法》的721节，但是通过程序及实体方面的调整，美国外资并购安全审查法律制度的独立性进一步增强。

极性，整体设计上要把握好刚柔相济的原则。对外国人的界定直接关系到安全审查的范围，直接影响到国家安全是否得以保护，因此，为了更好地区分内外资，建议我国对投资者国籍的判断采取以设立地为主，但兼顾实际控制及资本来源地的标准，在操作中将该标准细化，要考虑到前面分析的各种情况，以更准确，更全面地涵盖“外国人”，达到国家安全保护的目标。

最后，要特别指出，《通知》在最后规定“香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的投资者进行并购，参照本通知的规定执行。”这条是否妥当，笔者的建议是可以删除。

（二）明确何谓“控制”

《并购规定》对外资并购进行安全审查的第一个标准就是并购企业实际取得被并购企业的控制权，但《并购规定》中未对控制权的具体标准做出规定。在实践中往往参照公司法的规定，采取51%以上的绝对控股与不及51%的相对控股加以判断。

“控制”不仅是一个重要的概念而且还是一个非常复杂的概念。这种对控制权的解释过于笼统简单，存在明显缺陷：对控制的理解其关键应在于是否通过某种安排（或者股权、或者其他方式），取得了直接或间接决定公司重要事项的权力。对于多数股权下的控制较容易认定，而对于少数股权或其他对被并购方的经营存在一定影响的情形，能否认定为构成控制，则不是那么容易。如果是本国绝对控股，是否就不存在外国人少数股东取得支配地位的情况？是否就不存在其通过代理投票、合同安排或其他方式，获得了直接或间接决定公司重要事项的权力？对“控制”定义中应该要能够看出，只要可能决定公司重要事项，均应被视为“控制”，除了少数几项明确列出的“少数股东保护”，其余情况，只要触及到目的公司的高管、敏感技术、公司章程、业务选择等都有可能被视为“控制”。所以，如果对“控制”的考虑和规定不细致、不周延，同样不能达到国家安全保护的自的。

美国FINSA在定义部分列出“控制”这一术语，并明确授权CFIUS在实施条例中予以界定。根据FINCA《2008条例》，控制是指以各种方式获得的直接或间接决定有关公司的重要事项的权力。⁶该法规规定得很细致。条例在界定控制的标准上倾向功能属性，即判断是否构成控制不以绝对客观的股权等为唯一标准，而以外资是否能够通过各种具体措施实现对美国人的影响为标准。

关于《并购规定》中的另外一个问题，对相对控股什么情况下应该被认定为“控制”，是否有一个可量化、易操作的比例呢？10%这一比例通常是国际投资法中划分直接投资与间接投资的分界线。在现实中很多在美国发生的外资并购交易都控制在10%以内，以避免形成美国外资并购安全审查法下的“控制”，从而规避CFIUS的安全审查。《1991条例》在其第302条(d)款(1)项下，首次规定10%及其以下比例的投资问题。该款规定原则上必须是仅以投资为目的(solely for the purpose of investment)，《2008条例》则将其调整为

⁶ 31 C.F.R. § 800. 204(a). (2008). 根据条例，重要事项包括：对企业主要资产的处分、对企业形式的变更、企业运作、重要人员任免等能影响到企业经营状况的事项。包括：出卖、出租、抵押、质押或以其他方式转让企业主要有形或无形资产（无论是否通过正常的商业途径）；企业的重组、并购或解散；企业的关闭、迁址、转产；主要开销或投资、发行股票和债券、支付红利、批准预算；选择新的行业或业务；订立、终止或不履行重要合同；有关处理非公共技术、金融或其他专有信息的政策或程序；高级管理人员的任用和解雇；接触敏感技术或美国政府机密信息雇员的任用和解雇；公司章程、成分协议或其他组织文件的修改。同时也排除了几种对少数股东保护的情况。

“仅以消极投资为目的” (solely for the purpose of passive investment)。⁷从相关规定可以看出实际持股比例并不是最为重要的问题，是否间接投资也不是最为重要的问题，最为重要的还是对是否构成仅以消极投资为目的的认定上。而判断是否构成消极投资的关键还是看是否形成控制，这样最终是否构成控制的自由裁量权仍然在安全审查机构——CFIUS 手中。

在《通知》中对何谓“控制”的规定有了较大的进步，强调“实际控制权”，并列举了相应的情况，包括绝对控股和相对控股，而且对相对控股也并没有给出一个比例，也是在强调它的控制性。⁸这说明《通知》已注意借鉴在界定控制的标准上所倾向的功能属性，即判断是否构成控制不以绝对客观的股权等为唯一标准，而以外资是否能够通过各种具体措施实现对本国人的影响为标准。不过对于哪些属于“其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形”，哪些属于公司的重要事项，仍未做出细致的界定。这样在实践中就有可能仍然是以股权的标准来进行操作，而忽视了更多非股权控制的方式。这方面可加以进一步细化。

（三）关于“国家安全”

之前《并购规定》赋予商务部对涉及“经济安全因素”的外资并购进行实质性审查的广泛权力。在《通知》中，国家安全的外延被限定为四项：对国防安全，包括对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响；对国家经济稳定运行的影响；对社会基本生活秩序的影响；对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。即中国对外资并购的国家安全审查是针对国防安全和经济安全两者的审查。⁹

问题在于这些规定过于原则了，在如何理解“对国家经济稳定运行的影响”、“对社会基本生活秩序的影响”、“对涉及国家安全关键技术研发能力的影响”包括对“国防安全”可能会存在非常大的差异，最终会导致该标准不具有可操作性。例如，要了解“国家经济稳定运行”、“社会基本生活秩序”这些经济安全的标准，首先就要先界定清楚哪些属于一国的关键产业、重要资源、关键基础设施，否则就无法理解为何会影响经济安全；再比如，依照目前“国防安全”的外延，如果涉及到将武器、技术卖到支持恐怖主义的国家，这是否是影响到我国的国家安全呢？不得而知。因此如果“国家安全”这个标准都存在着模糊，将直接导致整个安全审查制度的形同虚设。

《埃克森—弗洛里奥修正案》通过的时候仍然处于冷战时期，美国对外政策的关注点仍然是国家，即在现实主义视角下的国家安全观注重国防安全、注重国家因素，非国家行为体在国际关系中的地位无足轻重。但2001年发生的9·11 恐怖主义事件彻底改变了美国的国家安全观，全球化恰恰可以被用来破坏国际秩序本身。CFIUS 审查机制的重点也更多地转向非国家行为体，CFIUS 的成员于 2003年增列国家安全部即体现了这一倾向。国土安全部由

⁷ 31 C.F.R. § 800. 302(b). (2008).

⁸ 《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》第一部分第三条。（三）外国投资者取得实际控制权，是指外国投资者通过并购成为境内企业的控股股东或实际控制人。包括下列情形：1、外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在50%以上；2、数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在50%以上；3、外国投资者在并购后所持有的股份总额不足50%，但依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响；4、其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形。

⁹ 《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》第二部分。

22个安全保卫职能部门整合而成，加入CFIUS后遂成为其活跃分子，主要负责关键基础设施和国防技术基础领域的审查工作。通过一系列指令，国土安全部已经将18个经济部门纳入关键产业或重要资源之内，¹⁰表明国会及公众中大部分人士在国家安全的认识上发生了变化，即认为经济活动是国家安全中应当予以单独分析的因素，甚至成为其重要的组成部分。美国国家安全的概念在实践中已经扩展至军事活动这一范围之外。

《埃克森-弗洛里奥修正案》文本中未对国家安全作出界定，但法案中给出一份清单，列出了在确认时可考量的某些要素，这些要素是：交易对美国包括主要能源资产在内的关键基础设施的潜在影响；对美国关键技术的潜在影响；交易是否是外国政府所控制的交易¹¹。

FINSA仍然没有对国家安全做出界定，但进一步扩大了以上的清单，虽然最终没有接受纳入经济性审查标准的主张，但是为国家安全继续增加一些经济性考虑因素，¹²“关键基础设施”则界定为：根据FINSA相关规则，对美国至关重要的任何实体或虚拟的系统及资产，若其不能正常运转或遭到损害将影响国家安全。《2008条例》对关键基础设施又作了进一步澄清，指出认定外资对关键基础设施的控制应当基于交易涉及的具体系统或资产，而不是宽泛意义上某一类的资产。¹³

这其中有很多值得我们借鉴之处，用列举的方式对国家安全的标准加以明确，从而提高国家安全审查制度的透明性，同时辅以弹性条款，以便对国家安全方面的问题予以更周延的保护。具体而言，我国外资并购国家安全审查的标准可以设定国防安全和经济安全审查时相应的指标，在学习美国经验的基础上，根据我国的具体国情、经济状况，重点界定清楚哪些应是我国的关键基础设施，同时在国防安全的指标中要补充关于外国政府控制的交易，进而细化出我国外资并购国家安全审查的可操作的具体标准。

三、外资安全审查的机构和人员组成

在《通知》第三部分，规定了外资并购安全审查工作机制，其内容包括：（一）建立外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议（以下简称联席会议）制度，具体承担并购安全审查工作；（二）联席会议在国务院领导下，由发展改革委、商务部牵头，根据外资并购所涉及的行业和领域，会同相关部门开展并购安全审查；（三）联席会议的主要职责是：分析外国投资者并购境内企业对国家安全的影响；研究、协调外国投资者并购境内企业安全审查工作中的重大问题；对需要进行安全审查的外国投资者并购境内企业交易进行安全审查并做出决定。这其中规定了外资安全审查的机构——部际联席会议，牵头部门——发展改革

¹⁰ CRS Report for Congress, Foreign Investment, CFIUS, and Homeland Security: An Overview, April 17, 2008p.5.具体包括：农业与食品；国防工业基础；能源；公众健康与卫生保健；国家遗迹与象征；银行与金融机构；饮用水与水处理系统；化学工业；商业设施；水坝；急救服务；商业性核反应堆及其原料与废弃物；信息技术；通讯；邮政与运输；运输系统；政府设施；关系基础设施等。

¹¹如果交易涉及外国政府的控制，那么，委员会还必须审查：（1）该外国政府是否加入了有关的防扩散的控制条约和组织；（2）该外国在反恐努力中的表现；（3）将有军事用途的技术转运或进一步转让的可能性；（4）美国对能源和其他关键资源和原料需求的长期预测；（5）总统和委员会认为合适的其他因素。

¹²根据FINCA，总统及其指派者在界定“国家安全”时，需考虑以下因素：预期国防需要的国内生产；国内工业满足国防需要的能力，包括人力资源、产品、技术、物资以及其他供应和设备；外国公民对国内工业和商业行为的控制，能影响美国满足国家安全需求的产量和能力；关于买卖军事物品、器材或技术到支持恐怖主义的国家、导弹扩散的国家、生物化学武器扩散的国家、对美国利益有潜在的地区性军事威胁的国家或不扩散核武器专门国家列表或其接任者的交易所可能造成的影响；对美国国际技术领导地位有潜在影响从而影响美国国家安全的交易；潜在影响美国关键基础设施，包括主要能源设施的交易所可能造成的影响；对美国关键基础设施，包括主要能源设施的交易所可能造成的影响；对美国关键技术有潜在国家安全相应影响的交易所可能造成的影响；外国政府控制的交易所可能造成的影响。

¹³ 50 App. U.S.C.A. § 2170 (a)(5) (6) . (2007).

委、商务部，以及其具体的职责，包括进行安全审查并做出决定的实质性权力。

在自贸区管理办法中，授权管委会及时提请、开展相关的安全审查。如果并购只涉及在一线区域中，问题就是管委会如何行使这个职责，因为即使是在一线内，这也是涉及国家安全的问题，必然需要相应各部委的意见，管委会如何去协调各部委来讨论这个问题？相关的人员该如何组成？如果涉及到从一线进入二线，问题就会包括：联席会议是一个常设性的机构还是松散的形式？什么人参加这个部际联席会议，是必须各部负责人，还是可以指派代表？由谁来决定哪些“相关部门”会同参与安全审查？“相关部门”包括哪些？¹⁴第一个问题关系到如何对安全审查进行问责：如果联席会议是一个松散的形式，不是一个常设性机构，在履行安全审查职责时如果没有尽责，该如何问责呢？向谁问责？如果没有问责机制，又如何保证联席会议制度能够认真履行相应的职责？第二个问题关系到如果都是指派人参加，很显然这个联席会议制度又是一项虚设，因为层级低的人参加这个安全审查，只能起到一定的沟通和协调作用，这和各部负责人直接参加、直接沟通其效果完全不同；第三个问题关系到选择规则，商务部和发改委同时既承担鼓励外资的任务、又承担维护国家安全进行审查的职责，这本身就是存在利益冲突的，在这种状况下由其来选择“相关部门”，如何保证其都能克服了利益冲突，客观地选择“相关部门”？因此这个规则是有问题的。

美国于1974年出台第一部针对外资进行调查的法律，即《1974年外国投资研究法》(Foreign Investment Study Act of 1974)。¹⁵ 1975年欧佩克宣布对美国实施石油禁运后，福特总统即颁布 11858号行政命令成立美国外国投资委员会(The Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS)，¹⁶以监测外国投资给美国带来的影响并协调外资政策的实施。《埃克森—弗洛里奥修正案》通过之后不久，里根总统通过12661号行政命令正式将审查权委托给 CFIUS，同时调整了其成员结构，将成员构成调整为相关机构的负责人，并增列总检察长及管理预算办公室主任。后来经历了1993年12860号行政命令修改，CFIUS 成员增列科学技术政策办公室主任、总统国家安全事务助理、总统经济政策助理。2003年13286号行政命令，增列国家安全部。代表职务级别的提高显示了CFIUS 地位的提高，而成员的屡次调整则一定程度反映了总统安全政策的调整。CFIUS不断调整的过程反映了美国对其法定化、权力与责任的对等性、人员结构的科学性等问题的思考和完善。

由于外资并购国家安全审查是十分复杂的过程，涉及的范围广泛，不论是军用工业、国防设施、基础建设，还是民用事业、企业设施、科学技术等诸多产业，各种因素都可能对国家安全产生影响。因此管委会需要和联席会议制度联系起来，依靠联席会议制度来履行国家安全审查的职责。在联席会议国家安全的审查过程中，每个组成部门能否就该外资并购对其管辖行业或领域安全的影响做出准确判断尤为重要。因此，可以由专门的牵头部门——发展改革委、商务部将各部委的评判结果汇总，通过调查、综合评估、听取多方(包括各部委、

¹⁴ 《通知》对国家安全的审查机关规定为“联席会议”，并“会同相关部门”，但没有明确“相关部门”具体是哪些单位，这使得国家安全的审查机关存在不确定性。

¹⁵ Sara L. Gordon & Francis A. Lees, *Foreign Multinational Investment in the United States* Quorum Books, 1986, pp.230-231.

¹⁶ Executive Order 11858, May 7, 1975, 40 F.R. 20263. 具体而言，CFIUS 的职责包括：1、分析在美外国投资的趋势与重大发展；2、为与外国政府就其在美投资进行磋商提供指南；3、审查对美国国家利益具有重大影响的外国投资；4、根据需要拟定新的外国投资法案。该指令内容上较为简单。所设立的 CFIUS 虽然由若干部门组成，但是成员的级别较低，只能起到部门之间的某种程度上的沟通与协调作用，不具有较强的独立性。

并购涉及行业的行业协会、并购当事方等)意见的方式,最终做出判断并向国务院提交评估报告。

需要进一步完善的建议包括:1、联席会议制度应过渡为一个常设的国家安全审查委员会,承担具体的安全审查并可对其进行问责;2、人员的构成上应要求各部委的负责人;3、牵头机构可以由多个组成,但是否固定可以再斟酌,我们认为应结合具体个案所涉行业和风险再定可能更为妥当;4、“相关单位”建议通过完善《通知》,规定出有共性的重要国家部门,如国防部、国家安全部、财政部、商务部、科学技术部、国务院国有资产监督管理委员会、司法部等,并将其法定化,以增加透明度,便于监督;5、同时规定补充所需部门的程序,比如可授权国务院另行增加相关成员,国务院既可以通过一揽子指定,也可以通过在个案中具体指定的方式进行。特别要指出的是,相关部门的选定直接关系到利益冲突的解决是否有一个机制保障,在“相关部门”的确定上,首先就要考虑到必须要让代表不同利益和立场的部门都能参加进来,鼓励外资和维护国家安全的矛盾要在利益的博弈和相互制约中才可以达到动态的平衡。

四、外资安全审查的程序

在《通知》第四部分规定了安全审查的相应程序,包括:可以提起安全审查的主体——投资者或者机构;一般审查和特别审查的程序;联席会议的处置权力,等内容。总体而言,目前算是有了一个尚可以操作的程序框架,这无疑是一个较大的进步。但仍存在两方面比较显著的问题。

第一个方面是程序考虑的不够严谨细致。根据《通知》第四部分第三条¹⁷，“如有部门认为并购交易能对国家安全造成影响”，是指只要有一个部门提出这个意见，就必须发起特别审查制度，还是指必须至少几个部门？“意见基本一致的，由联席会议提出审查意见；存在重大分歧的，由联席会议报请国务院决定”，什么情况是基本一致？是简单多数还是绝对多数原则？一个部明确反对是否算是存在重大分歧？这些都不甚明了。再比如，第四条“在并购安全审查过程中，申请人可向商务部申请修改交易方案或撤销并购交易”，申请修改交易方案后又如何呢？是不再继续进行安全审查了，还是针对新的交易方案重新启动新的程序？什么样的情况下可以停止安全审查，什么情况下需要继续，仍然无从得知。然而作为程序设计，内容一定要严谨细致，具有可操作性，前述这些都是必须考虑到的情况。否则在操作过程中就会流于随意性。

第二个方面就是缺乏任何柔性设计。前文已强调过，国家安全审查本身是极为强硬的制度，如何同时又要保护外资的积极性，这就需要在程序设计上多下功夫，增加一些柔性的内容。我们认为有两个方面的内容可以补充进去。

首先建议补充通知前非正式沟通机制。非正式的接触可以让联席会议工作人员在正式进入审查程序之前就能对相关国家安全问题予以识别。对于安全审查机构来说，非正式沟通为其审查提供了充分的时间，而无须受到正式审查时限的约束，通过非正式沟通，工作人员

¹⁷ 《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》第四部分第三条。“如有部门认为并购交易可能对国家安全造成影响，联席会议应在收到书面意见后5个工作日内启动特别审查程序。启动特别审查程序后，联席会议组织对并购交易的安全评估，并结合评估意见对并购交易进行审查，意见基本一致的，由联席会议提出审查意见；存在重大分歧的，由联席会议报请国务院决定。联席会议自启动特别审查程序之日起60个工作日内完成特别审查，或报请国务院决定。审查意见由联席会议书面通知商务部。”

可以有更多的时间来与交易方进行协商,对交易内容进行调整或设置一些适当的条件以消除安全方面的担忧。

而对于外资并购交易方来说,也通常乐意在不为外界所知的情况下与安全审查相关成员进行事先非正式协商,既为正式审查创造良好基础,也可以避免并购进入调查程序甚至最终被阻止从而被贴上有损国家安全的标签。在有些情况,若外资并购交易方受到安全机构的安全审查,可能会波及其股价甚至其他业务。例如,2000年日本NTT公司并购美国 Verion 公司一案,在 CFIUS对该交易进行国家安全审查的消息传出之后,由于市场担忧审查的不确定性,Verion公司的股价随即遭遇下跌。¹⁸

其次建议补充国家安全风险缓和措施。美国外资并购安全审查法在实践中形成了各种缓和风险的措施,CFIUS 及其相关安全机构采取各种措施防范外资并购可能导致的安全风险,而不是完全阻止外资并购,从而创造一种对外资相对有利的环境¹⁹,这个思路和做法是值得借鉴的。

从历史来看,美国国防部执行国防工业计划对涉及外资股权的国防合同方颁布的安全许可证,实际上对 CFIUS 安全审查中的缓和措施起到了示范与借鉴作用。CFIUS 实践中逐渐形成了各种缓和风险的措施,电信业外资并购安全审查中相关安全机构所采取的网络安全协议即为风险缓和制度的典型方法之一。²⁰因此,在国家安全审查中,CFIUS 常常采取一定的措施做到既不否定其并购,同时又能通过缓和措施将国家安全风险纳入可承受或可控制范围内。风险缓和措施的灵活性就是体现在 CFIUS 可以针对可能出现的国家安全风险通过一些措施予以减轻,甚至消除,而不是动辄建议总统禁止交易。²¹

这个做法对我国外资安全审查制度而言无疑是一种重要的缓和。建议应尽早补充国家安全审查风险缓和制度,其内容可以包括:1、联席会议或牵头机构,可以与交易当事方签订缓和协议或向交易方施加一定条件,以缓和相关法律措施没有充分解决的国家安全风险。2、在联席会议或相关部门与机构实施风险缓和措施之前,该部门或机构得向联席会议提交一份书面报告。这份报告首先要指出交易所形成的包括威胁、脆弱性、潜在后果等在内的国家安全风险;在此基础上阐明其认为合理的风险缓和措施。如果联席会议认可并批准缓和措施,牵头机构得与交易当事方就这一措施进行具体协商。3、除非在特别情况下,风险缓和措施一般不要强制要求交易当事方承认或表明必须履约。²²4、牵头机构得确保具有充分的资源以负责监督风险缓和措施的实施。前述已分析,我们认为不适合将牵头机构固定化,可以依具体个例情况来定。

¹⁸ CRS Report for Congress, The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), Updated April 8,2008, p.6.

¹⁹ U.S. Policy Towards Foreign Direct Investment Post-September 11: Exon-Florio in the Age of Transnational Security, p.213.

²⁰事实上在反垄断审查方面,美国主管机构也常常采取类似措施来处理个案。反垄断审查中,如果并购方采取一定的措施可以减少对竞争的损害,主管机构往往会附条件批准并购。

²¹ 50 App. U.S.C.A. § 2170 (b)(4). (2007).

²² 尽管本身是一种柔性的设计,但同样要考虑到不能勉强交易方接受。

结语：自贸试验区的在外资安全审查制度方面探索的意义显然是不会局限于试验区的，对我国而言，鼓励外资和维护国家安全必然且已经成为需要长期考量的战略安排。安全审查的度、标准、范围、及机构和人员组成，以及安全审查的程序这些都直接关系到我国外资安全审查的价值取向和战略目标是否能够得以实现。如何构建出符合我国国情的制度还需要在实践中不断的探索。

上海自贸区全行业“营改增”试点可行性探索

严锡忠*

【内容摘要】上海自贸区应敢于“先行先试”，提早进行全行业“营改增”，可使服务及货物内含服务价格与现行增值税退税政策接轨，促进自贸区税收政策国际化，且有利于推进国内“营改增”进程。对于区外企业“区内经营”的退税问题，可采“区内标准”优先原则，辅以自贸区增值税纳税人备案制度解决；对于区内企业“区外经营”的抵扣问题，可采“境内标准”优先原则，辅以选择性的征收措施予以解决。

【关键词】自贸区、营改增、免抵退

2013年9月18日，国务院发布《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（国发【2013】38号），上海成为国内首个自由贸易区（简称“上海自贸区”）。2013年9月29日，中国（上海）自由贸易试验区举行挂牌仪式，同日，《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》予以公布，并自2013年10月1日起施行。

相较于保税区模式，上海自贸区的功能不仅仅在于促进货物贸易，更重要的在于促进投资便利化、扩大服务业开放。这其中必然涉及货币结算的便利化、税收政策的国际化、货物中转的简易化等几个方面。根据《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（国发【2013】38号）之要求，在“符合税制改革方向和国际惯例”的前提下，积极“探索与试验区相配套的税收政策”成为应有之义^①。

一、自贸区税收特点及比较

（一）全球自贸区的税收特点

国际自由贸易区海关管理指导思想源于1973年的《京都公约》第F1节：“在这部分领土内运入任何货物，就进口税和其他各税而言，被认为在关境之外”。^②即自贸区内不仅是关税（进口税），还包括其他各税，均视同关境之外。“关境之外”则意味着自贸区内无论是货物还是服务，均不应存在流转环节的税收。因为，任何一国货物或服务进入“关境之外”，即意味着出口，而国际间为避免重复征税，各国对出口货物或服务一般均实行出口零税率或免税辅以退税制度。因而，流转税的减免为自贸区税收政策国际化的重要内涵。

欧盟国家普遍实行流转环节的增值税制度，增值税征收范围不仅包括货物，还包括服务。例如，法国增值税涉及工业、农业、商业、交通、服务等所有产业的各个部门，它的影响范围从原材料及设备购进、半成品投入等生产环节，一直延伸到产成品的批发和零售各环节。因此，可以称法国的增值税为一种“全面的增值税”。法国对出口环节增值税实行彻底的免税。此类出口商品任何环节缴纳的增值税均可以扣除，而且本环节不缴纳增值税。增值税也

* 作者单位：上海财经大学，上海左券律师事务所。

① 参见《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（国发【2013】38号）第三部分“营造相应的监管和税收制度环境”。

② 参见李友华：《我国保税区管理体制改革目标模式分析——兼及我国保税区与国外自由贸易区比较》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2006年第1期

是德国间接税中征收最广泛的一个税种，征收范围涉及商品生产、流通领域、进口环节和服务领域。对于非发生在德国境内的货物及劳务提供，不属于增值税征税范围。^③因而，自贸区流转税的减免，对绝大多数实行增值税制度的国家而言，就意味着增值税的减免。增值税的减免不仅是货物增值税的减免，还包括服务增值税的减免。

世界各国及地区内的自由贸易区一般具有如下税收特点：（1）税收优惠政策侧重于流转税；（2）流转税主要为增值税，增值税覆盖范围具有“全行业”的特点；（3）对增值税实行零税率或免税、退税政策。

（二）上海自贸区的税收特点及问题

上海自贸区由原外高桥保税区、外高桥保税物流园区、洋山保税港区、浦东机场综合保税区组成。其税收政策，除《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（国发【2013】38号）新赋予的部分具体税收政策外，基本沿袭了原保税区税收政策（详见附表）。自贸区作为联系国内与国际市场的纽带，处于“一线”与“二线”之间，因而其税收特点兼具国内、国际两个市场的特点。

1、就货物贸易而言，上海自贸区内的产品不内涵销售环节的内国税收

上海自贸区区内的货物，有三个来源渠道：国际市场、国内（区外境内）市场、区内加工或生产。国内市场（区外境内）的货物进入自贸区，其税收关系比照出口处理，一般享受“免、抵、退”等增值税优惠政策；自贸区区内生产或加工的货物，免征增值税和消费税（区内贸易）；国际市场（区外境外）的货物进入自贸区，免征关税和进口环节税（包括增值税）。

以上税收特点表明，我国自贸区在销售环节，未对境内产品、区内产品、境外产品课征销售环节的税收，因而，对来自境内、区内、境外的同一类型产品而言，其价格高低、竞争优劣，仅就税收构成要素而言，取决于该产品所内涵的采购或生产环节的内国税赋成本。

由于我国对货物和服务分别施行增值税与营业税并存的征税制度，导致一个产品的价格构成，既内涵物料、能源等采购、生产环节的增值税，也同样内涵服务、无形资产等采购、生产环节的营业税。我国现行的出口退税政策，一般限于增值税出口退税。而服务、无形资产、不动产等，除少部分已经改征增值税外，绝大多数仍然属于营业税的征税对象，营业税又不属于大范围出口退税的范畴，因而，境内产品进入自贸区，尽管实行增值税“免、抵、退”政策，但该产品所内涵的服务价格构成，却无法实现营业税环节的“免、抵、退”，即进入自贸区的境内产品仍然被附加了内国税收（营业税），产品的价格不是国际市场上的真正“裸价”。即使是区内生产、加工的产品，只要其原材料来自境内，或与境内发生联系，境内原材料等环节附加的内国税收（营业税）又会转嫁于区内产品，导致区内产品也被附加了内国税收。

反观境外产品进入自贸区的情形，由于多数国家对货物与服务均课征增值税，为“全面的增值税”国家，其对出口环节实行零增值税或增值税退、免制度，导致其产品进入国际市场，并不内涵内国税收。这样，在自贸区内，无论是境内（区外）产品还是区内产品，与境外同类产品竞争时，将处于不利地位。现行税收制度制约了我国产品的国际竞争力。

综上，在货物贸易环节，尽管上海自贸区现行税收政策大致具备税收政策国际化的特点，

^③ 参加陈柏华、张慕颜：《国内外增值税比较研究(I)——典型国家或地区增值税》，《化学工业》2010年第4期

但却受制于国内并存的增值税、营业税制度，因而并不完全具备税收政策国际化的内涵。

2、就服务贸易而言，上海自贸区内的服务内涵营业环节的内国税收

对自贸区而言，凡发生于自贸区内的服务，如果服务接受方为境内（区外）企业或区内企业，无论服务方来源于境内（区外）、区内或境外，均对服务环节无差别地课以内国税收（主要为营业税）。

尽管国家税务总局已经开始尝试服务出口免税政策（服务外包或跨境服务），^④但适用对象一般限于我国企业与境外单位之间发生的服务行为，服务接受方为境外单位，而不包括注册于自贸区的区内企业。因而，不仅境内企业在海关特殊监管区域内为境内企业、区内企业提供的服务不能免税，即使是区内企业为区内企业提供服务也不能免税。^⑤

上述税收政策，不利于通过上海自贸区促进国内服务贸易。就上海自贸区区内企业而言，如果采购境内服务，不仅要承担境内服务在销售环节的国内税收，还要承担境内服务形成过程中本身累积的重复性税赋（这一点，在未实行差额征税的营业税中尤为严重）；相较于采购境外服务，虽然境外服务提供者承担的销售环节的接受国税收同样会转嫁于区内企业，但区内企业却不需要承担境外服务形成过程中在他国本身累积的流转税收（因为多数国家对服务征收增值税，并在出口环节免税或退税，因而其自身累积的他国税收在进入国际市场时已经被完全剥离）。在选择同类服务提供者时，仅从税收的角度而言，区内企业当然更愿意选择境外服务提供者，不仅境内（区外）企业，甚至区内注册的服务提供者，都处于竞争劣势。换一个角度而言，上海自贸区区内企业自身作为服务提供者，如果存在选择采购者的可能，一般也会更偏爱境外采购单位，因为与境外单位发生的服务贸易可以享受免税、退税政策，而与境内或区内采购者发生的服务贸易却不能享受免税、退税。因此，在服务贸易环节，这种“离岸”特点的税收政策，隔绝了自贸区与国内服务提供商的联系，不利于国内服务提供商在自贸区形成集聚效应。

第二次世界大战以后，发展中国家为了吸引外资和增加出口，商业导向的自由贸易区被制造导向的自由贸易区所取代。^⑥无论是原保税园区，还是现在的上海自贸区，除商业导向外，同样派生了制造导向。这与自贸区的国际趋势是一致的。但服务贸易存在的障碍，客观上也会限制区内制造业的广度与深度。尽管上海自贸区对区内生产产品免征增值税，但却停留于一个非常狭小的层面，而无法扩展至产品的整个价格构成链条中的服务构成环节，这就导致制造功能易停留于初级、简单的制造环节，很难具有辐射内陆的综合效应。

原保税区在功能定位上，也设定了相关金融服务，外高桥保税区与浦东机场综保区还设

^④ 参见 2010 年 7 月 28 日三部门发布的《财政部、国家税务总局、商务部关于示范城市离岸服务外包业务免征营业税的通知》（财税〔2010〕64 号），2013 年 9 月 13 日国家税务总局发布的《营业税改征增值税跨境应税服务增值税免税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2013 年第 52 号）。

^⑤ 服务外包免营业税不适用于特殊监管区，可参见《财政部、国家税务总局、商务部关于示范城市离岸服务外包业务免征营业税的通知》（财税〔2010〕64 号）第二条“从事离岸服务外包业务取得的收入，是指本通知第一条规定的企业根据境外单位与其签订的委托合同，由本企业或其直接转包的企业为境外提供本通知附件规定的信息技术外包服务（ITO）、技术性业务流程外包服务（BPO）或技术性知识流程外包服务（KPO），从上述境外单位取得的收入”之规定，该条表明，服务外包免税限于从“境外单位”取得的收入，而不是境内单位（包括特殊监管区内注册的企业）；跨境服务免增值税不适用于特殊监管区，可参见《营业税改征增值税跨境应税服务增值税免税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2013 年第 52 号）第三条“纳税人向国内海关特殊监管区域内的单位或者个人提供的应税服务，不属于跨境服务，应照章征收增值税”之规定。

^⑥ 雷仲鸣：《上海浦东建设国际自由贸易港区的探讨》，《科学发展》2010 年第 3 期

定了商品展示交易服务，但这些服务贸易因受制于国内营业税制度，均不享有免税或零税率待遇。而自贸区国际税收化的内涵之一，就包括服务贸易的流转税免除。因而，在我国自贸区内，因营业税的存在，导致服务贸易难以真正自由流动。而自贸区相较于保税区而言，其具有真正自由性、全面性、综合性的特征，即超越传统的货物贸易自由范畴进而包括了服务和知识产权等的贸易自由。而营业税的存在，即使是区内的服务贸易也因此被遏制。

综上，在服务贸易环节，上海自贸区几乎不具备税收政策国际化的特点及内涵。如果不去除服务环节的内国税收障碍，主要是营业税障碍，上海原保税园区很难真正进化至自贸区。

附表：上海自贸区流转税税收政策历史比较^⑦

			外高桥保税区 ^⑧	洋山保税港区 ^⑨	浦东机场综保区 ^⑩	上海自贸区 ¹¹	
功能定位	货物		进出口、转口贸易	国际中转、转口贸易，国际采购	国际中转、转口贸易，国际快件转运	推进服务业扩大开放和投融资管理体制改革，推动贸易转型升级，深化金融领域开放，培育国际化、法治化的营商环境，发挥示范带动、服务全国的积极作用	
			加工贸易	出口加工业务	出口加工		
	服务	营改增范围	货物储存、货物运输	国际配送、运输装卸	国际配送、仓储物流		
		营改增尚未试点范围	商品展示、商品交易		商品展示交易		
	金融		与航运配套的金融、保险、代理、理赔、检测等	融资租赁，配套的金融保险、维修检测、代理等			
货物税收政策	境内货物	进入保税区	经保税区出口：退税	进入保税区视同出口：退税	进入综保区视同出口：退税	对区内生产企业和生产性服务业企业进口所需的机器、设备等货物予以免税	
	境外货物	境外运入区内	免征关税和进口环节税	免征关税和进口环节税	保税；或者免征关税和进口环节税		同左
		区内运往境外	免征关税		免征出口关税		

⑦根据国务院办公厅《关于同意上海外高桥保税区与外高桥港区联动试点的复函》（国办函〔2003〕81号）之规定，外高桥保税物流园区的面积记入已批准的外高桥保税区总面积内，不占用新的土地。物流园区享受保税区相关政策。可以认为，外高桥保税物流园区尚不属于独立意义上的保税区，而隶属于外高桥保税区。对上海已有保税区的税收特点进行分析时，暂可将外高桥保税物流园区归并于外高桥保税区，而不单独列表。

⑧ 参见 1996 年 12 月 19 日上海市第十届人民代表大会常务委员会第三十二次会议通过的《上海外高桥保税区条例》。

⑨ 参见 2006 年 10 月 24 日上海市人民政府令第 63 号公布的《洋山保税港区管理办法》，另有注释除外。

⑩ 参见 2010 年 5 月 28 日上海市人民政府令第 44 号公布的《上海浦东机场综合保税区管理办法》。

11 参见 2013 年 9 月 18 日国务院发布的《关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》（国发〔2013〕38 号）、2013 年 9 月 22 日上海市人民政府第 24 次常务会议通过的《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》。

		区内运往非保税区（国内）	征收关税和进口环节税	按进口办理，并按货物实际状态征税	按进口办理，并按货物实际状态征税	征收进口环节增值税、消费税，按其对应进口料件或实际报验状态征收关税
	区内产品	区内销售或运往境外	免生产环节税	免征相应的增值税和消费税	免征增值税和消费税	同左
		销往国内非保税区	征收生产环节税，按比例征收关税、进口环节税	按进口办理，并按货物实际状态征税	按进口办理，并按货物实际状态征税	征收进口环节增值税、消费税，按其对应进口料件或实际报验状态征收关税
服务 税 收 政 策	注册区内	营改增试点范围		增值税即征即退（货物运输服务、仓储服务和装卸搬运服务） ¹²		完善启运港退税试点政策，适时研究扩大启运地、承运企业和运输工具等试点范围
		营改增尚未试点范围				1、融资租赁：出口退税； 2、租赁公司：增值税优惠； 3、研究完善适应境外股权投资和离岸业务发展的税收政策
	注册区外		（无）	（无）	（无）	（无）
税 收 监 管	保税区与境外		免于常规监管：备案、稽核	洋山保税港区管理委员会会同有关部门建立监管协调机制	（未明确）	对通过自贸试验区口岸进出口或国际中转的货物，按照口岸货物状态监管
	保税区与本市其他特殊监管区				分批送货、集中报关	对自贸试验区内的保税仓储、加工等货物，按照保税货物状态监管
	保税区与非保税区		常规监管			对进入自贸试验区内特定的国内贸易货物，按照非保税货物状态监管

二、上海自贸区税制改革路径分析

（一）上海自贸区税收政策国际化的路径比较

如何去除服务环节的营业税障碍，有多条路径可以选择。

一是，由国家赋予上海自贸区特殊的税收优惠政策，比照增值税“免、抵、退”办法，在自贸区实行营业税“免、抵、退”。这一举措可以避免大的税种变动，立法部门也有类似

¹² 参见《财政部、国家税务总局关于在上海市开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点的通知》（财税〔2011〕111号）附件3“交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点过渡政策的规定”。

尝试,如《财政部、国家税务总局、商务部关于示范城市离岸服务外包业务免征营业税的通知》(财税〔2010〕64号)。但在国务院发布的《营业税暂行条例》不修改的前提下,各部门受制于立法层级的限制,赋予自贸区营业税免税或退税只能是局部的或单个单项的,这容易导致自贸区税收政策“碎片化”,¹³因而缺乏系统性,导致可预期性不强。从国内“营改增”的趋势而言,营业税陆续被增值税取代,如果继续在营业税的基础上衍生、扩张自贸区税收政策,该政策也将应增值税扩围而被变更或废止,因而这一举措具有短期性。从税制科学的角度而言,商事交易中的“经营收入”并非清晰地对应为“营业税收入”或“增值税收入”,在一些特定情形下,需要人为地进行划分,而营业税是价内税,增值税是价外税,因计量基础不同,导致分别核算困难;同时,由于税种的存在,必须对不同应税行为进行营业税或增值税归类,一个完整的商事行为因征税的需要,而不得不人为地切割成不同的应税行为,在税种交错中,又容易造成纳税人税种识别困扰。

二是,采用补贴政策,对区内产品内涵的国内营业税税收,通过政府补贴的形式返还企业。这一做法的好处在于,无需对税制做任何改动,同时,地方政府可视财政状况相对灵活、自主地调整补贴幅度、对象等。但问题在于,政府介入市场一般只能限于非常有限的范围,否则,可能涉嫌违反WTO义务。这说明,补贴政策不可能成为与自贸区相配套的基础税收政策的一部分。

三是,上海自贸区提前进行全行业的“营改增”试点改革,对所有营业税征税对象改征增值税,自然衔接现行增值税“免、抵、退”政策。该方案操作难度大,牵扯面广,但可以避免在直接税(所得税)上通过“政策”做文章,反而在遵循国际税收流转环节免税、退税惯例的基础上,同样可以促进自贸区货物贸易与服务贸易的自由流动。就趋势而言,“十二五”规划明确指出,“扩大增值税征收范围,相应调减营业税等税收”。¹⁴因而,全国、全行业“营改增”,不是改不改的问题,而是早改、晚改的问题。营业税与增值税并存久为学界所诟病,其容易导致正常产业的抵扣链条被割断,产业发展和结构升级被制约,产品国际竞争力被降低,税收规范制度亦被削弱。¹⁵这意味着营业税已不符合现代市场经济的发展,处于缩减之中,营业税改增值税必为势之所驱。自贸区若提前进行全行业“营改增”,可以为国内“营改增”积累经验,并加速全国“营改增”进程。尽管,在局部区域进行全行业“营改增”必定要承担区域不平衡导致抵扣链条断裂的痛苦,但在自贸区内,只有实行全行业“营改增”,才能将增值税制度全面覆盖服务业,增值税免税、退税制度才能无差异地贯穿产业的每一个环节,从而通过改革破除服务贸易自由化的障碍,同时提升、促进制造功能。

在权衡利弊的基础上,上海自贸区应当优先考虑全行业“营改增”路径。

(二) 上海自贸区具备提前进行全行业“营改增”的必要条件

1、自贸区全行业“营改增”的税收政策基础

我国现行的增值税“免、抵、退”政策以及“营改增”政策的逐步扩展,使自贸区变革流转税具备了现实基础。

13 参见2013年10月15日财政部、海关总署、国家税务总局发布的《财政部 海关总署 国家税务总局关于中国(上海)自由贸易试验区有关进口税收政策的通知》(财关税〔2013〕75号)。

14 参见《中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》第四十七章第三节“改革和完善税收制度”

15 李永刚:《增值税“扩围”改革的原因及对策》,《理论学刊》2012年9月

（1）出口退税制度

我国货物贸易出口环节实施免税、退税政策，可以追溯至 1984 年 9 月 18 日国务院发布的《中华人民共和国增值税条例（草案）》、《中华人民共和国产品税条例（草案）》，即使是 1993 年 12 月 13 日国务院发布的《中华人民共和国增值税条例》，以及 2008 年 11 月 10 日修订通过的《中华人民共和国增值税条例》，依然延续了出口免税、退税政策。这说明，我国出口免税、退税政策稳定、持续，符合改革开放这一长期国策。而根据国家税务总局 2000 年 10 月 26 日发布的《出口加工区税收管理暂行办法》（国税发【2000】155 号）之规定，对出口加工区外企业运入出口加工区（出口加工区是指经国务院批准、由海关监管的特殊封闭区域）的货物视同出口，由海关办理出口报关手续，签发出口货物报关单，以便于出口退税。即出口退税政策已实际迁延至各类形式的海关特殊监管区域，包括保税区及新近的上海自贸区。因而，对于自贸区而言，出口免税、退税并不是凭空想象的概念产物，而是具有立法支撑的现实制度。

（2）“营改增”政策

我国流转税体系，自 1994 年税制改革以来，一直处于增值税与营业税并存状态。其税制特点为，对不动产、服务环节适用营业税，对动产加工或修理以及货物环节适用增值税。随着改革开放的进行，我国经济生活日趋复杂与多样化，动产与不动产出现你中有我、我中有你的情形，税种隔离日益困难，而强行隔离增值税与营业税，又容易造成抵扣链条断裂的情形，导致纳税人实际税负加重；同时，由于营业税计税基础的限制，又现实存在大量的重复征税情形，阻碍了经济要素的自由流动。为建立健全有利于科学发展的税收制度，促进经济结构调整，2011 年 11 月 16 日，财政部、国家税务总局根据《中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》确定的税制改革目标，发布了《营业税改征增值税试点方案》（财税【2011】110 号），并首选上海作为试点区域，自 2012 年 1 月 1 日开始试点。其后，在上海的带动下，北京、天津等省市陆续开启“营改增”试点。¹⁶ 2013 年 8 月 1 日，根据财政部、国家税务总局《关于在全国开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点税收政策的通知》（财税【2013】37 号）之规定，“营改增”试点已扩展至全国范围。尽管“营改增”范围仅限于交通运输业和部分现代服务业，但根据《营业税改征增值税试点方案》（财税【2011】110 号）第二条第（一）项第 2 点“试点地区先在交通运输业、部分现代服务业等生产性服务业开展试点，逐步推广至其他行业”之规定，增值税扩围已成为必然趋势。这为自贸区提前进行全行业“营改增”指明了方向。

2、自贸区全行业“营改增”的区域政策基础

尽管自贸区具备了出口免税、退税，以及全行业“营改增”的税收政策基础，但为什么要选择自贸区进行全行业“营改增”而不是其他区域呢？除自贸区税收征收政策国际化的内在需求外，事实上，上海自贸区已经具备了提早进行“营改增”的区域政策基础。

上海自贸区位于上海市浦东新区。1990 年 4 月，党中央、国务院作出了开发开放浦东的重要决策。党的十四大报告确立了“以上海浦东开发开放为龙头，进一步开放长江沿岸城

¹⁶ 北京于 2012 年 9 月 1 日开始“营改增”试点，江苏、安徽于 2012 年 10 月 1 日开始“营改增”试点，福建、广东于 2012 年 11 月 1 日开始“营改增”试点，天津、浙江、湖北于 2012 年 12 月 1 日开始“营改增”试点，参见《财政部 国家税务总局关于在北京等 8 省市开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点的通知》（财税[2012]71 号）。

市，尽快把上海建成国际经济、金融、贸易中心之一，带动长江三角洲和整个长江流域地区经济的新飞跃”的发展目标。上海市委、市政府提出“开发浦东，振兴上海，服务全国，走向世界”的方针，浦东按照上海市委、市政府“先行一步”的要求，担当了上海市综合改革的“试验田”。党的十六大再次提出了“鼓励经济特区和上海浦东新区在制度创新和扩大开放等方面走在前列”的新要求。2005年6月21日，浦东新区被国务院批准为综合配套改革试点区域。从浦东的大环境而言，国家允许浦东“先行先试”。即使从自贸区本身而言，《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（国发〔2013〕38号）亦赋予自贸区“为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验的重要使命”，是“国家战略需要”，要求上海自贸区“坚持先行先试”，“努力形成促进投资和创新的政策支持体系”等，这充分表明，在上海自贸区率先进行全行业“营改增”试点，具备区域试点的政策基础。

三、上海自贸区全行业“营改增”试点面临的问题及对策

（一）疑难问题及对策

进行全行业“营改增”的自贸区，既要与国际市场接轨，又要向国内市场发挥辐射效应。这样就会形成难点：区外企业（境内）如何按增值税纳税人在“区内经营”？区内企业按增值税纳税人又如何在“区外经营”？

1、区外企业如何“区内经营”？

（1）应采用属地原则确定增值税免税、退税适用对象

我国在自贸区实行全行业“营改增”，一定意义上而言，是一项自主性的制度创新，没有可资借鉴的参考做法。因为，其他国家的类似“营改增”之路，大都是一次性、全行业、全国境的改征增值税。但我国却采取了分区域、分行业、分步骤的“营改增”之路。

因而，上海自贸区如果实行全行业“营改增”，必将处于一个极度复杂的税制环境之中。因为，区外服务主体既有增值税纳税义务人，也有营业税纳税义务人，他们为区内企业提供服务，既可能在区内提供服务，又可能在区外提供服务。

解决上述问题，一般采取的办法是按属地原则（区域标准）或属人原则（身份标准）进行识别。

属地原则意味着，无论来自区外的企业还是区内的企业，只要服务发生于自贸区内，该服务即适用增值税制度。即根据行为发生的区域确定增值税的适用对象。属地原则的好处在于，区外的企业为区内企业提供服务，也能无差异地享有增值税免税、退税制度，自贸区的发展一定程度上可以带动区外企业的发展，从而发挥辐射效应。属地原则的缺点在于，区外企业可能并不是增值税一般纳税人，如果实行增值税免税制度，其无法进行增值税申报，即使申报，其上一环节可能无法取得增值税进项税票，而不能进项抵扣或退税。

属人原则意味着，只有注册于区内的企业才实行全行业“营改增”。属人原则的好处在于管理简单，与现有增值税制度、营业税制度的冲突因自贸区而被隔离了。其缺点在于，只有注册于自贸区的企业提供服务才能免税或退税，排斥了区外企业的平等竞争，自贸区因逐渐变为一个封闭的自足的体系而萎缩。

从自贸区的定位而言，上海自贸区应“发挥示范带动、服务全国的积极作用，促进各地区共同发展”，为保护区外、区内企业平等竞争，增值税免税、退税适用对象应按属地原则

确定（如发生于自贸区内行为均可免税、退税等）。

区外企业可能不是增值税纳税人，如果实行增值税退税制度，其可能无法进行进项抵扣或退税。

如何解决这一问题？可以由区外企业直接向自贸区进行增值税纳税人备案，其与出口相关的增值税进项可按退税处理。

（2）应采用“区内标准优先”原则识别区外企业的服务区域

服务贸易具有无形的特点，传统的关境管理存在困难。在采纳属地原则的情形下，服务区域识别则会成为难点。对此，可以参照国内流转税“境内标准”原则，¹⁷以此形成自贸区的“区内标准”原则：只要服务提供方或服务接受方中任何一方位于自贸区内，即可视为“服务发生于自贸区内”。

一般而言，应以“境内标准”为优先原则，但区外企业作为服务提供方，在“境内标准”与“区内标准”相冲突时，则采用“区内标准”优先原则。这便于区外企业通过自贸区与国际市场接轨，提升价格竞争力。

2、区内企业如何“区外经营”？

（1）采用“选择性征收方式”解决区内企业区外经营的抵扣问题

区内企业因实行增值税免税、退税政策，容易导致其增值税进项抵扣环节缺失，而参与国内（区外）经营时，又无法免除增值税销项税额，导致税负过大，反而阻碍了区内企业向国内辐射。

解决这一问题，可以借鉴现行的“营改增”政策中创造的“选择性措施”。¹⁸即对于注册于自贸区内的企业而言，可以实行简易征收率与标准税率自行选择的增值税政策，这有利于市场主体自行作出判断。如，国内采购量较大的区内企业，其进项是可以抵扣的，通常会选择标准税率；而国内采购量较小的区内企业，可以选择简易征收率，因而其进项也无需抵扣。

通过设定简易税率与标准税率自行选择的增值税征管模式，可以利用增值税环环抵扣的特点，由市场主体自行识别区外贸易还是区内贸易，省却了繁琐的行政管理程序。

（2）采用“境内标准优先原则”原则识别区内企业的服务区域

区内企业同样存在服务区域识别问题。针对区内企业，仍应以“区内标准”为原则，但为避免区内企业处于特殊政策区，当“境内标准”与“区内标准”相冲突时，则应采用“境内标准”优先原则。

（二）前瞻性问题和一般性分析

全行业“营改增”虽然试点区域有限，但涉及的问题面却很广，仍有众多遗留问题亟待研究。

1、税制结构问题

税种变动，不仅仅是营业税的更替问题，增值税作为扩围税种，也会因扩围导致自身税

¹⁷ 参见 2008 年 12 月 15 日发布的《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》（财政部、国家税务总局第 52 号令）第四条“条例第一条所称在中华人民共和国境内（以下简称境内）提供条例规定的劳务、转让无形资产或者销售不动产，是指：（一）提供或者接受条例规定劳务的单位或者个人在境内；（二）所转让的无形资产（不含土地使用权）的接受单位或者个人在境内；（三）所转让或者出租土地使用权的土地在境内；（四）所销售或者出租的不动产在境内”之规定。

¹⁸ 参见《财政部、国家税务总局关于部分货物适用增值税低税率和简易办法征收增值税政策的通知》（财税〔2009〕9号）。

制结构发生变化。

（1）应税要素问题

税目的选择。如果实行全行业“营改增”，是继续沿用原有的“营业税税目”，还是对税目重新梳理，重构增值税制度下的税目结构，将会是牵涉面及其广泛的复杂问题。为避免原有营业税制体系下过于庞杂的税目结构，应该对增值税重新进行分类研究。一般而言，因应现代税制的发展，应当摒弃行业细分的方法，研究重点应注重于个别特殊行业的分类，如金融、不动产等需要从众多行业中细分出来。行业特点与税收之间的关系问题，将直接影响税目的设定。

税率的选择。实行增值税制的国家，在税率选择上一般适用标准税率与优惠税率，税率结构相对简单。但我国现行增值税税率却过于复杂，既有从行业分类出现的6%的税率（部分现代服务业）、11%的税率（交通运输业），也有从征收方式的分类上出现的17%的标准税率和6%的简易征收率，还有从身份的分类上出现的小规模纳税人3%的征收率等。这种分类相互交错的局面，就使得“销项”与“进项”经常处于不同税率的状态下，导致一部分纳税人取得的进项过大，而另一部分纳税人销项又过大，在纳税人之间出现了税负不平衡的现象。因而，简化税率结构，有助于自贸区快速与国内接轨。

（2）应税性质问题

应税性质首要解决的问题就是“可税性”与“非可税性”问题。就2008年1月1日实施的《中华人民共和国企业所得税法》而言，已经提出“非征税收入”的概念，而在财政部、国家税务总局《关于在全国开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点税收政策的通知》（财税【2013】37号）中，也提出了“非营业收入”的概念。这说明，我国的税法实践已经开始充分关注“可税性”与“非可税性”问题。如果自贸区全行业进行“营改增”，需要准确界定非应税行为，既要鼓励公益，又要打击避税。

应税性质其次需要解决的是“有偿”行为的认定。在我国现行税法规定中，“有偿”行为是流转税征税的起点，其对应的概念是“无偿”行为。但在征管实践中，“无偿”行为却又经常被混淆为“视同”行为予以征税，任意扩大了征税范围。因而，准确界定“有偿”行为，可以避免自贸区出现过多的税企纠纷。

2、税制衔接问题

在局部区域进行全行业“营改增”，必然会产生大量的税制衔接问题，其中几个问题必须予以关注，避免出现立法真空。如，区内企业与区外企业之间的衔接问题；区内企业与境外企业之间的衔接问题；区外企业透过自贸区与境外企业之间的衔接问题；区内、区外企业“营改增”前后涉及的期间衔接问题、政策衔接问题、第三方关系问题等。

3、财政平衡问题

“营改增”无疑具有减税效应。如果在自贸区实行全行业“营改增”，应当考虑两个方面的问题：对区外企业注册所在地、对上海可能造成的减税效应分析；因减税导致经济结构调整、经济总量上升可能引发的税收增量效应分析。在以上分析的基础上，模拟可能的税收平衡模型，以此评估“营改增”进程，及是否适宜一次性进行全行业“营改增”。

并不“自由”的负面清单 ——上海自贸区外资准入问题法律研究

商舒¹

内容摘要：上海自由贸易试验区最近出台的《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)》在亮相之后即受到了各界广泛关注。“准入前国民待遇”和“负面清单”是上海自由贸易试验区最热门的词汇，也是改革亮点。本文从国际投资法以及国民待遇模式等角度对自贸区外资准入立法进行分析，并提出了目前的自贸区外资立法面临的国内外艰巨挑战以及部分可行的改进措施，以期自由贸易的法治保障试验确实可在区内进行试点，并能够在2-3年探索出可向全国各地推广的新道路。

关键词：国民待遇负面清单自由贸易试验区双边投资协定

引言

上海自由贸易试验区最近出台的《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”)在亮相之后即受到了各界广泛关注。“准入前国民待遇”和“负面清单”是上海自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)外资立法最受外界瞩目的词汇，也是改革亮点。自贸区在外资准入立法方面由正面清单向负面清单的管理模式巨变能否释放足够经济改革能量，也是学界讨论的重要话题。然而，通过对《负面清单》进行更深层次的分析，我们不难发现，自贸区的外资准入立法仍然存在着限制范围过大、服务业开放不足、与国际社会标准接轨不够等突出特点。本文从国际投资法以及国民待遇模式等角度对自贸区外资准入立法进行分析，并提出了目前的自贸区外资立法面临的国内外艰巨挑战以及部分可行的改进措施，以期自由贸易的法治保障试验确实可在区内进行试点，并能够在2-3年探索出可向全国各地推广的新道路。

一、上海自由贸易区外资准入立法特点

2013年9月29日10时，面积为28.78平方公里的上海自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)正式挂牌，这也是目前中国大陆境内的第一个自由贸易区，并将在今后的三年内在全国范围内进行自贸区设立的进一步的试点和扩展。在自贸区的立法保障模式探索中，国务院率先在外资立法方面废除了原《三资企业法》等法律在自由贸易区内的施行，改外资“审批制”为“备案制”。很快，上海市于2013年9月30日公布了共18大类的负面清单，意味着外资准入立法成为了自贸区新型法律体系探索的第一棒。上海自贸区外资准入方面的立法遵循和涵盖两个极为重要的概念，“准入前国民待遇”和“负面清单”，其各自的特点如下：

¹作者单位，上海财经大学法学院、中国(上海)自由贸易试验区协同创新中心。本文为上海财经大学自贸区法治保障项目阶段性成果

（一） 外资准入前国民待遇

国民待遇是针对国际投资，特别是针对国际直接投资(Foreign Direct Investment 或者“FDI”)中的重要原则。它源于曾经盛行于拉美国家的加尔文主义，它的基础是平等，意思是外国人与当地居民有同等的待遇。²。国民待遇既可以是一个国内法上的概念，也可以是一个协议法上的概念。在国内法下，根据国民待遇，如果一个国家将特定的权利、利益或特权授予自己的公民，它也必须将这些优惠给予处在该国的他国公民；而在国际协议、特别是国际投资协议的背景下，根据国民待遇，一国必须向其他缔约国的公民提供平等的待遇。促进缔约国之间互相给予国民待遇是许多世界多边投资贸易协议，包括经济与合作发展组织(OECD)，世界贸易组织(WTO)和北美自由贸易组织(NAFTA)等的重要目标和议题。

根据 OECD 协议，外资在进入过程中主要可以在三个阶段享有国民待遇：1) 准入阶段；2) 设立经营阶段；以及 3) 法律救济阶段。³除了法律救济阶段是在外资进入之后，准入阶段和设立经营阶段都和外资的进入过程有直接关系。“准入阶段”是指外资进入东道国的阶段；“设立和经营阶段”是指外资在东道国设立和经营商业存在的权利，如独资或合作经营。因此，从我国以往的外资法律法规来看，立法者更多关注的是外资准入的实质阶段 - 即设立与经营阶段，而对于中国承诺给予国民待遇的方面，这种国民待遇只适用于已经进入我国市场的产品、服务或知识产权项目。而在自贸区的立法当中，“准入前国民待遇”其实更相当于一种“设立时国民待遇”，即在外资的设立过程中不再进行外资和本国投资者的区分。因此，像一些专家学者呼吁的那样，将“准入前国民待遇”翻译成“设立时国民待遇”可能更加贴切。⁴

虽然国际法不要求任何国家主动给予外资国民待遇，即使是像美国这样一直对外资持开放态度的世界最大经济体，也不可能在外资进入的各个阶段给予国民待遇。但是在设立阶段给予外资国民待遇的法律却屡见不鲜。一向对外资持欢迎态度的美国等发达国家要已不在商业实体设立时区分投资方的国籍，从这一层面上将国民待遇普遍化。此外，美国还一早已经将国民待遇引入其双边贸易投资条约的范本中，要求双方均在外资进入的各个阶段给予相应的国民态度，有国家对外资准入祖父条款进行保留的情况下除外。⁵同时，美国在与加拿大、墨西哥缔结北美自由贸易区(以下简称“NAFTA”)的时候，也将国民待遇这一概念引入了 NAFTA 的立法中，这是国民待遇从双边投资协定到多边投资秩序的一个飞跃。虽然在当时，这样的高度开放要求给尚未能完全打开大门的墨西哥造成了一定的困扰，但长期来看，却是北美经贸一体化的重要步骤。⁶

²经济合作与发展组织(OECD), FOREIGN DIRECT INVESTMENT AND ECONOMIC DEVELOPMENT 37-41(1998).

³同上注。

⁴龚柏华：《中国（上海）自由贸易试验区外资准入“负面清单”模式法律分析》，《世界贸易组织研究与动态》2013年第6期，<http://blog.sina.com.cn/gongbaihua>, 2013年11月14日访问。

⁵参见陈安主编：《国际投资法学》，北京大学出版社1999年版，第423页。

⁶Joanna Smith, Amending the Philippines' Law Governing Foreign Property Ownership: The Extent to Which Mexican Law Can Serve as A Workable Template? Georgia Journal of International and Comparative Law, 35,

另一方面，发展中国家传统上长期怠于给予外资国民待遇，中国也并非例外。这一立法的理论和政治基础是因为发展中国家普遍担心过于强大的外资势力会给本地市场带来严重冲击，甚至摧毁本地产业的发展。为了保护民族工业，有一些发展中国家甚至会在国民待遇中设立保留条款，即要求根据本国政府和企业的需要决定是否在特殊状况下取消国民待遇。⁷长期以来，来自发达地区的外资与发展中东道国在国民待遇上的争论从未停止。

目前，我国虽然在双边投资协定的谈判中十分积极，面对欧盟、美国等发达国家也掌握了一定主动权，但是在之前与各发达国家的条约签订中，都是以最惠国待遇为基础，只是在经营时实行准入后的国民待遇。而我国在外资政策上则属于“鼓励与限制并存”，外资进入中国前仍需满足《外商投资产业指导目录》（2011年修订）（以下简称“指导目录”）等规定。因此，从这个层面上说，在上海自贸区的外资准入立法中，引入准入前国民待遇概念，并以此作为立法的总体方向之一，表明了立法者对立志进一步对外资开放市场的态度，是有一定积极意义的。

（二）负面清单

另外一方面，所谓的负面清单，即是指凡是针对外资的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施，或业绩要求、高管要求等方面的管理措施，均以清单方式列明，这样的清单即为“负面清单”。就国际贸易和国际投资法而言，“负面清单”是个俗称，在双边投资协定中，“负面清单”通常是“不符措施”的代称，即在外资市场准入（设立）阶段不适用国民待遇原则的特别管理措施规定的总汇。很难考证究竟哪个国家哪位先驱最先提出了这一词汇，但从其应用范围可见，负面清单是海外、尤其是发达国家一种常见的管理方法。“负面清单”实际上是原则的例外，遵循的是“除非法律禁止的，否则就是法律允许的”解释逻辑；体现的是“法无禁止即自由”的法律理念。⁸

《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)》，以外商投资法律法规、《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》、《外商投资产业指导目录(2011年修订)》等为依据，列明自贸区内对外商投资项目和设立外商投资企业采取的与国民待遇等不符的准入措施。负面清单按照《国民经济行业分类及代码》(2011年版)分类编制，包括18个行业门类，特别措施共190项，其中禁止类38项，限制类152项。⁹在负面清单里的禁止项目涵盖文化产业、互联网、金融、文物、房地产等各个行业：包括禁止投资文物拍卖；禁止投资文物商店；禁止盐的批发；禁止投资经营因特网数据中心业务；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等。《指导目录》中S公共管理、社会保障和社会组织、T国际组织2个行业门类

613-643.

⁷参见上注5,第26-39页。

⁸参见上注4。

⁹上海市人民政府文件沪府发[2013]75号。

不适用负面清单。对负面清单之外的领域，外商投资项目将由目前的核准制改为备案制(国务院规定对国内投资项目保留核准的除外)；外商投资企业公司章程的审批将改为备案管理。

除列明的外商投资准入特别管理措施之外，办法还禁止(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。其中，国家安全、社会安全、公共利益等词语等并无法律上的明确定义。

在国际上，负面清单作为一种国际投资的常用模式，还是比较常见的。在很多发展中国家改革改善外资立法的过程中，也曾采取颁布负面清单并逐步缩小的方式。例如，菲律宾由 1987 年颁布《外商投资法案》(The Omnibus Code of 1987) 时改革外资法，每年起以总统令的方式颁布外资负面清单，作为其外资法的修正案部分，根据宪法、菲律宾法律、公共健康和社会风俗等要素对清单内列举的行业对外资进行限制¹⁰；在 1991 年乌兹别克斯坦外国投资法的规定中，外国投资者可以从事该法未予禁止的任何形式的投资活动¹¹，而在负面清单上的外国投资者和外资参与企业则只有在特别批准的情况下才可以参与这些活动。南亚区域合作联盟 (South Asian Free Trade Zone 或者 SAFTA) 各国也在用负面清单或者敏感清单的方式对区域内的外资进行开放¹²。WTO 学者也一向非常支持负面清单作为管理模式。在以往的 WTO 各论贸易会谈中，来自各国的会员也曾经就正面清单和负面清单管理市场准入做了非常多的商讨，虽然未能达成更多共识¹³。而 NAFTA 学者在这一层面上更进一步，大力主张取消美、加、墨三国负面清单上的服务行业限制，加快区域贸易一体化进程。¹⁴

由此可见，负面清单管理模式的确是投资进一步自由化的一个符号式象征，然而，却不能仅仅从这种管理模式上判断市场对于外资的开放力度。

二、 上海自由贸易区外资准入立法分析

上文结合国际投资法基本原则简要介绍了上海自贸区目前外资立法的两个重要举措，“准入前国民待遇”以及“负面清单”，可见在外资管理方式上引入这样的条款对进一步开放市场、与国际投资标准相符是具有创新性和开拓性的。这也是中国在 WTO 乌拉圭会谈之后第一次根据 TRIMS 原则中的国民待遇公开立法。然而，对于此次颁布的外资准入方面的立法，政府职能部门、学者和民众则产生了截然不同的观点。

据中华人民共和国商务部发言人沈丹阳，此次“负面清单开放程度之高前所未有，涉及国民

¹⁰Ven M. Meijia, The Modern Foreign Investment Laws of the Philippines, Temple International and Comparative Law Journal, Fall, 2003, 484-485.

¹¹参见上注 5，第 72 页。

¹²参见 South Asian Free Trade Zone Sensitive List, <http://commerce.nic.in/trade/safta.pdf>, Article 7(3).

¹³参见 Kevin Kennedy, A WTO Agreement: A Solution in Search of A Problem? University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Spring 2003.

¹⁴见上注。

经济行业分类的大多数领域对外商投资准入是充分开放的。”¹⁵然而，外商则认为，此次出台的负面清单颇令人感到失望。美国商会中华区主席 Gregory Gilligan 曾直言，“沿用外商投资目录制定的负面清单使得上海自贸区难以体现其“自由贸易”的内容。我们在过去几年一直在建议缩减清单。和外商投资目录几乎相同的负面清单会使上海自贸区的优势减少。”¹⁶商务部研究院马宇研究员也不止一次在公开场合表示：“自贸区的试验应该在两个方面，一个方面是在市场准入扩大上，还有一个是在逐步取消政府管制上。但很遗憾的是，现在已经出台的这些细则里，在市场准入的扩大方面，力度是远远不够的。”¹⁷笔者认为，就目前看来，这份外资准入清单还存在着以下几个重要问题。

（一）负面清单以 2011 年指导目录为依据，涵盖行业范围过大

此次颁布的负面清单共包括 18 项 1000 多条门类，其中禁止项 12 项。通读清单，我们不难发现，此次自贸区颁布的负面清单实际上是以 2011 年的行业指导目录为依据，并没有为原本的目录减负，且清单里的限制产业和管制措施甚至比目录有过之而无不及。例如，经过对比分析，发现指导目录所有的禁止/限制投资产业都体现在了清单里，而清单里的禁止、限制投资产业以及管制措施甚至更多。例如，目录中的限制类 35 项，鼓励类中股权限制措施 12 项，基本全部出现在了负面清单中。其中，有些针对采矿、通信、航空、湿地等传统国家控制行业的禁止有章可循，然而，另有一些没有在目录中出现的某些产业和管制措施，却赫然出现在了负面清单中。比如“禁止投资因特网数据中心业务”“禁止投资文物拍卖”“禁止投资盐的批发”“禁止直接或间接从事和参与游戏运营服务”等。而大家最为关注的金融业开放，在负面清单中更是看不出端倪，针对投资银行、信托公司、保险公司、证券公司、期货公司等重要金融机构形式的限制仍在。可见，此次负面清单在扩大开放行业门类上并没有在 2011 年的指导目录基础上进行突破。

针对批评，国资委相关专家指出，颁布负面清单是我国在外资准入上革命性的管理模式上的改变，只是开放的第一步，今后三年内清单会逐步减负。固然要承认，开放市场并没有一步到位的方法，各个国家在逐步删减负面清单的内容时，都曾经在法律上遇到过困境。其中，最大的问题之一在于过频繁的修改清单容易引发外商对于投资的不确定性。例如，菲律宾的外资负面清单每一到两年都会进行一次大规模修订，直到 2012 年第 9 版的负面清单中，有 23 大类行业在列，其中 10 项为禁止项。然而，这对于外商长期投资计划的指定是非常不利的，因为这样的更新太过频繁，令外商深感在菲律宾的投资并无持续性的保障。因此，更多法学家都认为负面清单的设定最好一步到位，而不是在短期内进行大规模的多次修订。又如，印度尼西亚也由印尼投资协调委员会 (BKPM) 每年根据总统令颁布的负面投资名单 (DaftarNegatifInvestasi) 中，规定了在印尼哪些领域对外资开放以及允许的外资所有权比例。然而，在逐年削减负面清单的过程中，由于信息的滞后，一个突出问题就是清单的减负程度

¹⁵ 《上海自贸区负面清单开放程度前所未有》，http://news.xinhuanet.com/local/2013-10/18/c_125558791.htm。

¹⁶ 《中国美国商会：上海自贸区负面清单应缩减》，<http://news.sina.com.cn/c/2013-10-25/024428525358.shtml>。

¹⁷ 《商务部研究院外资研究部主任马宇答记者问》，<http://news.sina.com.cn/c/2013-10-25/024428525358.shtml>。

和其他政府职能部门的审批肩负程度不配套。¹⁸换句话说，外商不能够预测在走出负面清单之后会否在政府的行政审批许可过程中遭遇其他麻烦。这些不确定因素都减低了外资对菲律宾、印度尼西亚等国家的兴趣，另负面清单不能发挥其应有的作用。

由此可见，在自贸区内逐年消减负面清单绝非是一件轻而易举的事情。长期以来，我国对外资的控制一向比较严格，对自贸区外的市场准入本来就有相当严格的限制和投资审批。与此同时，一定时期以来，政府管理的多项投资审批并没有强有力的法律依据，既不透明也不规范，长期为外资诟病。因此，如果负面清单涵盖领域过大，在自贸区内的审批制到备案制试点的管理模式改革就难以起到预想的试验作用，这种管理模式的区外推行就将更加遥遥无期。

（二） 自贸区内服务业开放明显不足，难以满足市场预期

在 2001 年中国加入 WTO 第三次经济改革朝到来之前，中国对服务业的开放程度是非常有限的。入世后中国的市场逐步向世界开放，也带来了中国经济发展的黄金十年。然而，WTO 多哈谈判进入僵局之后，入世给中国带来的改革红利也逐渐用尽。然而，今时今日，中国对外资的开放至今仍然是以 WTO 指引为依据的，特别是在服务业的开放方面，中国一直根据综合关税总协定(GATT)和综合贸易服务总协定(GATS)提出的要求逐步对其开放，很少主动做出积极的探索和尝试。因此，在主动开放服务业方面，自贸区的外资准入立法被寄予厚望。目前，迫使自贸区进一步开放服务业的主要压力有：

第一， **来自发达国家规范供应链安全立法的压力。** 欧盟和美国已经加紧立法，对来自发展中国家制造的产品在生产制造环节中出现的劳工权益和环境问题做出了针对性预防，以便制造业可以更快回流欧美，促进国内就业。例如，美国加利福尼亚州就于 2012 年 1 月开始执行《2010 年加利福尼亚州供应链透明化法案》(The 2010 California Transparency in Supply Chains Act)，要求销售商对其进口的在生产过程中劳动者权益未达标的产品交付进行公众通报，以期望在公众压力下减少消费者对此类产品的购买。¹⁹美国国土安全部部长纳波利塔诺也表示，对全球供应链的威胁超越国界。²⁰而美国和欧盟也正加紧合作，希望在其之间建立一条供应链安全防线。²¹虽然中国的制造业在不断升级，但是部分企业在追求利润的同时还不能自愿考虑安全因素，因此在制造过程中产生的诸多人权、环境安全问题无法在短时间之内满足发达国家需要。因而，这种压力必然迫使我国继续开放服务业，以促进经济长期稳定发展。

第二， **来自上海人均 GDP 突破一万美金的压力。** 经过三十年的改革开放，上海的产业能级和

¹⁸ 参见上注 8。

¹⁹ 参见 The 2010 California Transparency in Supply Chain Act, http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/fla_ctisca.pdf, 2013 年 11 月 14 日最后访问。

²⁰ 《欧美合作确保全球供应链安全》，<http://iipdigital.usembassy.gov/st/chinese/article/2011/06/20110628132223x0.2352673.html>, 2013 年 11 月 14 日最后访问。

²¹ 参见上注。

国际化水平已经达到新的高度,人均 GDP 已突破 1 万美金,标志着上海已进入中等偏上收入城市行列,而上海土地资源日益稀缺,产业结构的优化和经济发展的转型已刻不容缓。上海地区的制造业在外商眼中并就基本没有优势,而自贸区面积有限,大规模发展制造业并无可能。另一方面,上海却是中国甚至是世界人才的重要聚集地之一,劳动力人口的平均教育程度和职业技能远超中国的其他大中型城市,其从事金融、法律、会计、咨询、保险等服务行业的人口潜力大。并且,上海的人均收入高,而高端的服务性消费供给明显不足,外商在上海的服务也投资仍主要集中于商贸餐饮等传统行业,对周边的辐射作用比较弱。因此,自贸区应该利用其自身政策优势探索上海地区服务业开放的新思路。

第三, **来自我国政府进一步将上海建立成世界性金融、航运中心的压力。**上海若想赶超或者取代香港,进一步向着亚洲金融中心的身份迈进,自贸区内的金融必须充分开放,其中,开放的领域应包括资本项目的自由兑换、利率市场化等,才可能有国际竞争力。而在金融严格管制的条件下,想搞成国际金融中心无异于痴人说梦。于此同时,管制服务业,新型服务性法制保障体系也难以探索。长此以往,将上海建立成世界级金融中心的战略宏图很有可能只是停留在口号上。

然而,目前这份自贸区的负面清单对于服务业的开放是非常有限的,特别是在通信网络、文化产业方面,仍然禁止外商进入。而在金融服务方面虽然有相关条款,但国民待遇在金融领域的突破仍然很少,对大部分服务行业的开放仍然停留在 WTO 水平。难以预见这样的试验能进一步促进上海地区的市场开放,以及新型服务保障法律体系的建立。

(三) 自贸区内的有限国民待遇不符合 TPP 等国际新型投资秩序的要求

2013 年 7 月,主持第五轮中美战略与经济对话的国务院副总理汪洋访美,中美加速签订双边贸易协定的可能性再一次高调进入人们视野。作为这次对话的一大成果,中美双方已经同意以“准入前国民待遇”和“负面清单”模式为基础,推动双边投资协定进入实质性谈判。因此,在自贸区外资准入立法细则出台之前,不少专家都指出自贸区外资准入立法将是我国政府积极迎合中美双边贸易会谈、泛太平洋伙伴关系协定(TPP)等国际新型单边、多边投资贸易秩序要求的重要步骤,并且有助于为中国企业提供开放的信心和后盾,另中国企业在更大规模的“走出去”过程中勇于承担甚至主导国际投资的新型秩序。然而,目前自贸区出台的负面清单的确令人失望,远远不能满足后 WTO 时代国际新型投资秩序对中国进一步开放市场的要求。

一方面,中美双边谈判之所以一直悬而未决,主要在于中美两国对市场开放的分歧过大。美国“高度自由化”的双边投资协定范本对“投资”做出了极宽泛的定义,并涵括了准入前国民待遇标准、负面清单、资金自由转移等投资的方方面面,而上文也说道,在中国以往签订的双边投资协议中,只承诺对准入后的外资给予国民待遇。虽然中美这两个全球最大经济体互相依存,密不可分,而中美两国的双边谈判也绝不应该以中国的单方妥协为基础,然而,

从目前两国的实际需求来看,自贸区可以提供的负面清单样本不可能达到美国政府的原本期望,可能阻滞中美双边协定进入实质性谈判的步伐。退一步说,抛开中美双边谈判不谈,这样的本质分歧也极有可能在中国与其他国家探索有效双边投资协定的过程中凸显出来。例如,中国目前正与南非磋商自由贸易协定,而南非是一个已经与美国、欧盟等签订了高标准协议的国家。如果中国不能在短期内探索出可以被美国等发达国家认可的准入前国民待遇标准和负面清单,中国与其他国家展开的双边贸易会谈也可能会因此停步。

另一方面,不能忽视的是,美国也在加紧 TPP 甚至是泛大西洋伙伴关系协定(TTIP)的会谈,以期尽快建立一个以美国、欧盟等发达国家为主导的后 WTO 时代的新型国际投资秩序。假设中国被 TPP 排除在外,但中国与 TPP 国家都在不同程度上存在着双边贸易关系,而 TPP 谈判意在制定高标准的 21 世纪贸易协定,这一协定远比过去亚洲国家之间的任何贸易协定都更加全面和具有法律约束力。²²这对中国与泛太平洋国家的现存双边贸易伙伴关系的冲击将是巨大的。换句话说,如果中国目前不能利用自贸区的利好政策对外资准入进行更加积极、宽泛的尝试,今后中国在国际新型投资秩序下将遇到的压力可能远远超出我们的预期。

三、 上海自由贸易区外资准入法改进方向和应对策略

以上,笔者从几个方面对目前上海自贸区外资立法进行了分析。值得肯定的是,自贸区立法者引入了世界先进的外资管理模式,然而,目前发布的负面清单还存在着范围过大、服务业开放不足、与新型国际投资体系匹配度不高等突出问题。笔者认为,由于自贸区是一个“试验区”,因此,立法者应该明确,自贸区的法律政策应该区别于区外。因为区内的试验,既是一个开放外资的试验,又应该是在扩大开放的同时增强法律保障建设的试验。因此,下文针对目前的自贸区准入立法提出一些改进建议,希望自贸区外资立法能够改善现存问题,为新一轮的经济改革开放积累经验。

(一) 上海自贸区外资准入法规和负面清单应直接由国家立法

各国的外资准入立法是主导国际关系的基石元素之一,也是对各国经济开放程度和跨国经营行为影响深远的法律。在改革开放之后,我国的外资立法经历了至少 4 个重要阶段:1979-1982 年的起步期,1983-1989 年的快速增长期,1989-2000 年的控制转监管期,以及 2001 年加入 WTO 之后的逐步开放期。²³在其中的每一个阶段,都有国家性的政策法规引导着中国市场逐步向外资开放。而纵观世界各国的负面清单立法,也都是由国家一级政府进行实施的,例如上文提到的菲律宾负面清单就是以总统令的形式签署,而印度尼西亚的负面清单是由国家投资协调委员会指定的。然而,中国目前并没有出台国家层面的针对海外直接投资的统一法律法规,所有的外资管理类法律都以部门法的方式出现。而针对自贸区,国务院

²²Jeffrey Schott,《区域贸易协定与中美双边贸易关系》,《新金融评论》2013 年第三期。

²³参见 Henry Gao, An Examination of the Conflict Between Trade Liberalization and Domestic Cultural Policy with Special Regard to the Recent Dispute between the United States and China on Restrictions on Certain Cultural Products, Asian Journal of WTO and International Health Law & Policy, 2 ASJWTO 313, 1997.

出台的规定也只暂停了外资三法在区内的施行,更具战略意义的负面清单则由上海市人民政府颁布,属于地方法规。由地方政府进行外资准入立法,虽然在进行小规模地区经济试验的时候并无不可,但对于探索出能推广到全国的经验,则其在法理上和政策上都缺乏合适的权利基础和依据。更进一步说,地方出台外资管理法规,会有非常多难以解决的利益制衡,影响其做出全面有效的探索。因此,若将自贸区的外资立法停留在一个地方政府法规的层面上,无论自贸区管理者希望做出多大的努力,都很难真正在开放外资上做出任何实质性的努力和尝试。笔者认为至少在外资准入立法和颁布负面清单方面,自贸区的立法都应该由国家统一做出。

(二) 进一步根据自身需要和其他国家经验缩减负面清单

负面清单出台以来,虽然国务院发展研究中心相关专家进一步强调上海自贸区挂牌只是一个好的开始,负面清单刚刚满月,即将缩短。但上文也谈到,在实际操作上,修改外资负面清单并不是一件简单的事情,而对于缩减负面清单的具体方式,多数国家也没有现成经验可循,只能逐步探索。其次,立法者在缩减负面清单时可能还会再次遇到地方性法规和国家法规之间冲突的关系。因此,在逐步根据自身需要缩减负面清单的问题上,立法者还应该尽快进行更深层次的研究,争取更早出台可行性高的方案。

(三) 坚持一线放开二线管住的指导思想,加强自贸区内反垄断、国家安全、知识产权保障等方面的立法

在自贸区内探索扩大开放的同时,建立一个更强有力的法制保障体系也格外重要。笔者认为,结合国际形势和中国经济发展,在外资立法上,传统的防御外资的思维应该逐步转变成合作共赢的思维方式。在削减负面清单的同时,应加强区内反垄断、国家安全、知识产权以及环境保护方面的立法。这包括:

第一, **针对外资主导的跨国并购,加强自贸区内反垄断和国家安全审查方面的立法。**随着国家行政管理总局的反垄断管理办法的出台,对于外资主导的并购、特别是那些容易造成垄断或寡头经营的行业,要加强反垄断管理,杜绝在区内进行的妨碍货物自由流动的行为。在国家安全审查方面,可惜适当学习美国经验,在终结外资审批制的同时建立起良性的国家安全审查制度,加强部门联合协作、采取元首责任制、加入非正式沟通机制、强化人大监督、减少司法干预。

第二, **在自贸区内针对外资加强对外商知识产权方面的认定和保护。**在知识产权方面,自贸区应当遵循《与贸易有关的知识产权(包括假冒商品贸易)协议(草案)》(TRIPS协议)的基本原则和最低要求,同时出台地方性法规,根据上海自贸区自身的发展需要,适时的给予外资在外国获得的知识产权更高层面上的认可和保护,同时建立自贸区知识产权部门,提高本地的知识产权执法能力。结合我国以往在保税区实体货物的商标、专利等方面的保护经验,在自贸区内,进一步探索研究如何将这样的保护推广到无形的知识产权产品当中。

第三，在自贸区内出台特殊的环境法律法规，加强对环境破坏行为的监管。由于在自贸区内用提高环境税的方式监管外资并不现实，那么，适当的提高在区内对环境污染的监督和处罚门槛就刻不容缓。一旦发现自贸区内出现相关环境违法行为，有关部门应立刻吊销其营业执照并处以巨额罚款，为进入自贸区的国内外企业创造良好的自然经营环境。

综上所述，针对自贸区内二线监管的法律可能更多的会具有地方性法规的相关特征和更高的“试验性”性质。因此，在国家层面立法扩大外资准入的同时，适当加强具有地方性投资贸易保障立法在自贸区法治试验中具有同等的积极意义。

（四）尝试在自贸区内引入更多元化和透明的投资争议解决方式

与国家经济主权弱化和国际经济组织影响力增强这一趋势相伴，多边规则的实施机制日益强化，法律规则正在逐渐成为解决国际经贸争端的一个主要手段，在自贸区内尤其如此。

外资在进入发展中国家的时候，普遍将东道国透明有效的争议解决方式作为考虑的重要因素之一。为研究国际投资法的学者所熟知，华盛顿条约体系下的国际投资争端解决中心(ICSID)投资仲裁仍然是解决国际投资争端的主流机制。然而，我国在签订华盛顿条约时曾做出重要保留，只在外资进入后的征收和清算环节中给予 ICSID 仲裁庭管辖权，事实上，我国政府也只有在 2011 年的 *EkranBerhad v. China* 一案中成为被申诉人，而成功在 ICSID 仲裁庭向中国要求仲裁的并无先例。²⁴既然目前外资很难在 ICSID 解决与中国各级政府之间的纠纷，那么在自贸区的立法中就应该有的放矢地对这一问题进行弥补，减轻外资猜疑。例如加纳在自由贸易区法中就直接提出了禁止在区内采取国有化和征收，以国内法的形式对外资做出了担保和承诺。²⁵

同时，自贸区的特殊争议解决机制也亟待建立，尤其是成立地方性的法院或者引入 ADR 等争端解决机制。郑少华教授建议，上海可以利用自身较全国其他地区法律人才较丰富的特点，在法官中积极选拔精通外语、法律基本功扎实的优秀法官，在适时的时候建立自贸区法庭或者上海浦东法院自贸区分院，解决在自贸区不断涌现的法律问题。²⁶尤其是面对执法机关的问题时，可以适当的利用行政庭解决境外投资者在开放过程中对政府管理技能的某些问题，促进正义的解决。

四、 结语

²⁴ICSID case database, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=CasesHome>.

²⁵参见 Ghana The Free Zone Act 1995, Section 31(1), Investment Guarantees.

²⁶参见郑少华：《中国（上海）自贸试验区的开启的法治意义》，上海财经大学、《法学》编辑部第一届自由贸易法制论坛论文集内部交流稿。

综上所述，自贸区管理这在改进外资管理模式上的确做了许多积极有益的尝试。于此同时，虽然区内外资准入立法引入了国际双边投资协定中流行的“国民待遇”、“负面清单”等法律原则，在具体实施过程中，仍然存在着不少控制领域过多、服务业开放层面太小、无配套法律和争端解决机制的问题，自由贸易区的负面清单还并不“自由”。笔者认为，作为自贸区法治先行的重头改革领域之一，自贸区的外资立法须在今后三年内不断完善自己，由国家机关统一进行立法，由地方政府在外资进入之后的法制保障领域大胆尝试，并同时建立透明良好的区内争议解决机制，才能尽快积累出在全国范围内可以推广外资开放和法制保障建设的经验。如今，中国的改革开放已经进入了深水区，进入了攻坚阶段，习近平总书记也再次在党的十三届三中全会也提出了“改革就是要杀出一条血路来”的实际构想。现阶段，不管是在市场准入上，在经济体制改革上，还是在法律保障建设上，尚未解决的都是一些最困难、最复杂的问题，这个时候就更需要一些国家战略来刺激经济发展和制度的完善。而上海自贸区引入的负面清单管理模式，只有在充分开放的基础和平台上，才能进一步刺激整个国家的市场开放，甚至下一步的经济体制改革。我国的立法者在这一过程中可以，也应当，扮演更为积极和重要的角色。如果不是这样，上海自贸区就只能演变成商务人士眼中的一个新兴投资热点概念而已。

上海自由贸易试验区发展离岸贸易的法律及政策保障

张军旗*

(论文原载于《法学》第12期)

【内容摘要】 离岸贸易是国际贸易的高级方式。发展离岸贸易对于上海“四个中心”建设具有重要意义。虽然离岸贸易在上海的对外贸易中已有一定的实践，但由于政策条件的限制，远未得到充分发展。上海自贸区为离岸贸易的发展提供了前所未有的契机，应打破现有在外汇管制、税收、贸易便利性方面的障碍，为离岸贸易的开展提供良好的法律和政策环境。

【关键词】 上海自由贸易试验区 离岸贸易 法律和政策保障

离岸贸易是近二三十年来出现的一种新的国际贸易方式，其所具有的在全球范围内优化资源配置、最大限度降低交易成本的内在特质决定了其具有极强的生命力。这种贸易方式的影响力已经在香港、新加坡等著名的国际贸易中心得到了突出体现。

在上海推动建立国际贸易中心的过程中，离岸贸易也成为受到关注的内容之一。由上海市第十三届人民代表大会常务委员会通过、自2013年1月1日起施行的《上海市推进国际贸易中心建设条例》(以下简称《条例》)第7条明确规定：“市人民政府及其有关部门应当采取措施，鼓励企业优化货物进出口贸易结构，促进加工贸易企业转型升级，增强上海口岸的集散作用，推动转口贸易和离岸贸易发展，……。”2013年9月设立的中国(上海)自由贸易试验区(以下简称自贸试验区)则为离岸贸易的发展提供了前所未有的契机。《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》(以下简称《总体方案》)明确规定：“支持试验区内企业发展离岸业务。”发展离岸贸易，不仅有助于上海国际经济、金融、航运、贸易四个中心的建设，而且通过“先行先试”积累的经验也将为整个国家国际贸易水平的提高提供借鉴。

离岸贸易在上海的对外贸易中虽已有一定的实践，但主要是在保税区范围内，且由于政策条件的限制，远未得到充分的发展，也远未成为上海对外贸易的重要形式。由于自贸试验区高度开放的特征，其将为离岸贸易的发展提供最佳的平台。基于此，本文主要讨论在自贸试验区中发展离岸贸易的思路，以及特别是如何通过法律促进和保障离岸贸易的发展。

一、离岸贸易的特点和性质

(一) 离岸贸易的特点

离岸贸易是指贸易商(或称贸易中间商)从海外组织货源并直接销售给海外进口商，即贸易商分别与出口商和进口商签订买卖合同，但经营的货物由出口商所在地直接付运到进口商所在地，而不经贸易商所在地。因此，其基本特征是货物流与资金流、订单流的分离，贸易商所在地往往是资金流、订单流和货物流的控制管理中心。

离岸贸易具有三种业务模式：标准离岸交易方式、准离岸交易方式和区内交易方式。标

* 作者单位：上海财经大学法学院。

准离岸交易指贸易商与出口商、进口商位于不同国家，即贸易商是在海外组织货源，并销售给海外客户。其中出口商和进口商可能处于不同国家，也可能处于同一国家。这均属于典型的离岸交易。学者们有时也就仅仅从这个方面来定义离岸贸易。由于极少有贸易商只从事标准的离岸交易，他们往往同时也从事境内出口商与境外的进口商之间的国际贸易。贸易商分别与境内出口商和境外进口商订立买卖合同，货物则由境内出口商所在地直接发运至境外进口商所在地。这种情形符合离岸贸易的一般特征，但又不属于典型的离岸贸易，因此有学者将之称为“准离岸交易方式”。¹区内交易方式则属于准离岸交易方式的一种延伸方式。即贸易商从海外进口货物后，在保税区或自贸区之类的区域内将货物转卖给其他公司（其他公司也可能将货物向境内公司再转卖），而货物则从海外出口商直接运交给最后受买的公司。²

这三种交易方式均符合离岸贸易的上述基本特征，只是在三种交易方式中，贸易商、出口商和进口商所处的国别和位置不同而已。当然，如果贸易商、进口商和出口商同处一国境内，则不属于离岸贸易的范畴。

（二）离岸贸易的性质：货物贸易还是服务贸易

有学者认为，“离岸贸易作为一种新型的贸易方式，属于服务贸易的范畴。”³并以 2010 年之前的《香港服务贸易统计》报告为例证。该报告称，离岸贸易涵盖在香港经营业务的机构（不包括其在香港境外的有联系公司）所提供的“商贸服务”及“与离岸交易有关的商品服务”。据香港特区政府统计处的解释，前者指“从境外卖家买入并直接卖给香港以外买家的货物买卖服务，有关货物并没有进出香港。”后者指贸易商以代理人或经纪人的身份“按香港以外买家/卖家要求，安排购买/销售货物的服务（包括寻找货源、市场推广、商讨合约及价格、搜集货物样本及足够的货量、装运、验货及安排订购事宜），所涉及的货物是由境外卖家透过在香港经营业务的机构安排售予另一境外买家，有关货物并没有进出香港。”⁴

离岸贸易的性质牵涉到贸易统计的合理性和准确性。笔者认为，离岸贸易并不能简单地归并到服务贸易的范畴中。货物贸易与服务贸易的区别在于交易的对象不同，前者是买入或者卖出货物，后者是购买或者提供服务。以代理人身份代为其他公司买卖，从代理人的角度来说，其是提供服务以获取佣金，这当然可归入服务贸易的范畴。但是，这种情形并非真正意义上的离岸贸易。该报告中所界定的“商贸服务”才是真正的离岸贸易。就此而言，贸易中间商分别与出口商和进口商订立的均属买卖货物的合同，只是在具体交货的方式上做了简化，使得货物直接由出口商所在地发运进口商所在地而已。这种交货方式上的变化并不能影响货物买卖合同的性质。

2013 年 2 月发布的《2011 年香港服务贸易统计》中上述分类方法已经发生了明显变化。离岸贸易（即统计报告中所说的“转手商贸活动”⁵）从服务输出统计中被删除，而被归入

¹ 黄新祥：《外高桥保税区离岸贸易的发展现状、问题与对策》，《特区经济》2012 年 3 月。

² 同前注①。

³ 彭羽、沈克华：《香港离岸贸易对珠三角地区产业发展的影响研究》，《国际经贸探索》2013 年第 2 期。

⁴ 参见香港特别行政区政府统计处 2007 年《香港服务贸易统计》报告，

<http://www.info.gov.hk/gia/general/200902/05/P200902050144.htm>，2013 年 10 月 30 日访问。

⁵ 参见香港特别行政区政府统计处官方网站对服务贸易的概念及 2011 年服务贸易统计方法的说明，

http://www.censtatd.gov.hk/gb/?param=b5uniS&url=http://www.censtatd.gov.hk/hkstat/sub/sc240_tc.jsp，2013 年 10 月 30 日访问。

了货物贸易类别。按照该统计报告及香港政府统计处的解释,“从服务输出中撇除‘转手商贸活动’所赚取的毛利,这是根据采用新的标准(即所有权转移原则)记录外地加工货品和转手商贸活动。”⁶“由于该些交易的货品涉及实际的出售活动(即涉及所有权转移),新统计标准订明,有关加工货品的销售价值应记录在货品贸易内。”⁷

盖因香港政府统计处起初基于货物未进出香港而将离岸贸易归于服务贸易中,而最新的调整方才体现了货物贸易的本质。

二、上海发展离岸贸易的重要性和优势

(一) 上海发展离岸贸易的意义

“因各国(地区)资源禀赋的差别和劳动力成本、税收、物流成本都不尽相同,在全球配置资源,通过供应链管理实现比较利益最大化,是发展离岸贸易的原动力。”⁸因此,从企业经营的角度看,离岸贸易能够最大限度地降低交易成本,提高资源配置的效率,尤其是对于跨国公司及“走出去”的中国企业而言,离岸贸易可使其在全球范围内配置资源。从一国经济乃至世界经济整体来看,个体企业交易成本的降低可以有效提高整体经济发展的效率。

对于城市(包括上海)而言,离岸贸易具有“全球(区域)贸易营运与控制功能,贸易核心资源的聚集功能,对离岸金融及高端金融服务产品的创新促进功能,高端服务业的带动引领功能。”⁹发展离岸贸易,对于上海四个中心的建设都具有重要意义。

首先,发展离岸贸易将推动上海国际贸易中心的跨越式发展,是上海由本国进出口贸易向全球贸易营运和控制中心转变的关键,具有重要的战略价值。目前上海基本上仍是传统意义上的口岸进出口中心,即属于货物流的进出中心,甚至有人戏称之为“搬运中心”,而其全球贸易运营功能尚未得到充分发挥,因此还不是真正意义上的国际贸易中心。离岸贸易的发展将使上海不仅从事货物的进出口,而且经营其他国家和地区之间的进出口业务,从而极大地提升其全球贸易运营功能。

其次,由于离岸贸易的发展需要良好、开放的金融环境,两者相互促进,因此,发展离岸贸易,“必然促进以离岸金融为核心的高端金融服务的发展,必将催生相关的金融创新,丰富金融市场产品和工具,拓展金融市场广度,为早日实现人民币国际计算货币的地位奠定坚实的基础,从而加快上海迈向国际金融中心的步伐”。¹⁰

再次,由于离岸贸易的展开需要良好的服务体系,因此,离岸贸易的发展将极大带动上海现代服务业的发展。诸如物流、融资、保险、法律服务、仲裁、管理咨询、电子商务、产品认证等服务业领域,必将在离岸贸易的带动下获得发展或提升。服务业的专业化、多元化、高端化也正是上海产业结构调整的重要内容,因此必然有助于国际经济中心的建设。

最后,以准离岸交易方式和区内离岸交易方式进行的离岸贸易也将提高货物的境内与境

⁶ 香港特别行政区政府统计处《2011年香港服务贸易统计》报告第5页。

⁷ 同前注⑥。

⁸ 刘昌荣:《兰生发力离岸贸易》,《上海国资》2011年9月。

⁹ 孙玉敏:《离岸贸易的上海实践——专访英力士管理(上海)有限公司总经理王雷》,《上海国资》2013年7月18日。

¹⁰ 汤世强:《上海发展离岸贸易问题研究》,《科学发展》2010年第12期。

外之间的贸易进出口量，从而促进国际航运中心的建设。

（二）上海发展离岸贸易的优势

上海发展离岸贸易具有以下若干优势：（1）上海的地区总部经济发达。跨国公司在中国设立的地区总部，80%都位于上海。截止2013年8月底，外商累计在上海建立地区总部432家、投资性公司277家、研发中心361家。¹¹这为离岸贸易的发展提供了主体方面的条件。

（2）上海的港口、道路交通等基础设施和硬件设施优良，与其他国际贸易中心如香港、新加坡、纽约等相比差别不大。甚至有业界人士认为在这方面上海的条件不亚于其他国际贸易中心城市。（3）上海是中国的经济文化中心，高端人才储备丰富。特别是近年来上海努力构筑人才高地，至少与国内很多地区相比，人才优势非常明显。（4）经济腹地广阔。上海周边的华东、华中地区各省市不仅资源丰富，为经济发展水平较高的地区，近邻的长三角地区整体经济发展更是非常活跃，这为准离岸贸易的开展准备了良好的资源条件。这方面的优势也比香港和新加坡更为优越。因为贸易商往往并不单纯发展离岸贸易，往往同时采用多种贸易方式发展业务，这样经济腹地广阔就成为重要的影响因素之一。（5）社会环境的稳定性、政府服务的规范性、依法行政的水平都比较高，是上海软实力方面的重要体现，这些构成吸引跨国公司及中国“走出去”企业在上海设立贸易控制、结算中心的重要因素。

三、现行法律政策环境和服务环境对离岸贸易发展的制约

尽管上海具有以上方面的优势，可是现行法律政策环境和服务环境对离岸贸易的发展仍存在诸多制约，软肋主要在税收和贸易便利化方面，具体说明如下。

（一）税制方面的障碍

我国的地方税税权高度集中在中央政府，有关税收的管理权限也基本集中在中央。因此在中国各地方，税种、税率基本上是统一的。与其他国际贸易中心相比，中国大陆（自然包括上海）的税收水平明显偏高。

如在企业所得税方面，香港为16.5%，新加坡平均水平为17%，获得“全球贸易商计划”的企业还可享受低至10%-5%的企业所得税率。香港对离岸贸易则不征企业所得税。而中国大陆对居民企业不论在岸或离岸贸易都征收25%的所得税。在个人所得税方面，香港是四级超额累进制，最低为2%，最高为17%；新加坡最高为20%。而在中国大陆，薪金所得税制是九级超额累进制，最低为5%，最高达到45%。从这方面看，上海居于明显劣势。

《总体方案》虽然在税收方面也规定了某些优惠，但限于极为有限的情形，并未在企业所得税和个人所得税税率方面做出调整。虽然上海自贸区建立过程中的一个基本理念是着重于制度创新而不依赖税收方面的政策洼地，但对于离岸贸易这样的特殊情形，须做特别考虑。从离岸贸易的本质上来说，它首先是贸易商（特别是跨国公司）为降低交易成本的现实选择。如果上海不提供良好条件吸引贸易商在上海展开离岸贸易，离岸贸易业务则会流向香港、新加坡等其他国家和地区，导致上海不仅对于离岸贸易不能获得税收，而且影响到离岸贸易其他功能在上海的发挥。况且，倘若是仅对于离岸贸易降低税收，这本身也可以成为可复制、可推广的经验之一。《总体方案》实际上也并未完全排除对于离岸贸易作出特殊安排的可能性。

¹¹ 杨群：《沪上跨国公司地区总部432家》，《解放日报》2013年9月19日第1版。

（二）外汇管理导致的外汇结算问题

长期以来，我国外汇管理法规规定以贸易商的货物流与资金流、订单流保持一致为基础进行外汇收付。因此，收汇和付汇往往要求提供报关单和核销单。根据中国外汇管理局现行《结汇、售汇及付汇管理规定》第6条，“出口或者先支后收转口货物及其他交易行为收入的外汇。其中用跟单信用证/保函和跟单托收方式结算的贸易出口外汇可以凭有效商业单据结汇，用汇款方式结算的贸易出口外汇持出口收汇核销单结汇”。按照《结汇、售汇及付汇管理规定》第13条，对于进口用汇，核销时必须凭正本进口货物报关单办理。

根据离岸贸易的特征，货物流与资金流分离，无法提供相应的报关单及外汇核销单，这意味着从事离岸贸易企业的外汇收入不能结汇，使得离岸贸易事实上无法开展。其次，根据《境内机构经常项目外汇账户管理实施细则》，对于经常项目外汇账户的开立进行了规定，而对有关离岸贸易账户的开立尚没有规定，实际上限制了离岸贸易相关账户的开立，限制了离岸贸易的开展。¹²

2007年《保税监管区域外汇管理办法》的实施虽未明确规定离岸贸易，但在外高桥保税区从事离岸贸易的企业按照此办法运作，一定程度上满足了贸易商的结算要求，但在具体执行时流程复杂，例如需要提供涉及贸易全流程的各种商业单据，严格的监管造成企业运行成本上升。

2010年10月，国家外汇管理局批准外高桥保税区进行国际贸易结算中心试点，允许试点企业设立离岸贸易结算专户，对离岸贸易业务外汇收支封闭运行，专款专用。可是仍然不是很便利，如“每单业务外汇必须实行先收后支、收大于支，收支须是相同币种”，都构成了对外汇使用的限制。¹³另外，离岸贸易专用账户缺乏融资和理财功能，占用了企业流动资金，降低了资金运作效率，增加了企业运行成本。¹⁴

2013年6月1日开始施行的《海关特殊监管区域外汇管理办法》第6条规定：“区内机构采取货物流与资金流不对应的交易方式时，外汇收支应当具有真实、合法的交易基础。银行应当按规定对交易单证的真实性及其与外汇收支的一致性进行合理审查。”《海关特殊监管区域外汇管理办法》的进步之处在于明文规定了离岸贸易的情形，但对其他提交的单证及银行的具体审查方式缺乏明确规定。

相比之下，香港、新加坡等地，外汇可以自由进出，因而不需要对离岸贸易的结算制定特别的政策，从而凸显了上海在这方面的差距。

（三）其他贸易便利化方面的障碍

1. 配套服务体系尚且不够完善。如前所述，离岸贸易的发展需要完善的现代服务体系。即便上海的服务业在国内处于很高的水平，但仍然存在不足之处。比如，离岸贸易需要离岸金融的支持，可是上海的离岸金融尚不发达。虽然国家外汇管理局通过1998年生效的《离岸银行业务管理办法》及其实施细则已经开始离岸银行义务的试点，但迄今只有深圳发展银

¹²同前注①。

¹³同前注②。

¹⁴ 参见彭羽、沈克华、张娟：《中国企业大规模“走出去”趋势下离岸贸易发展的政策环境研究》，《华人企业走向国际化对外贸易、直接投资和国际化经营——第十二届“上发中心—上外贸”上海贸易中心建设论坛论文集》2012年6月29日。

行、招商银行、浦发银行、交通银行、宁波国际银行、厦门国际银行等数量有限的银行可以从事离岸银行业务。这也在一定程度上制约了上海离岸贸易的发展。又如，中东地区国家要求转运的货物重新签发认证，这就需要有第三方认证机构提供服务。目前，在中国大陆关境之内，企业可以找中国国际贸易促进委员会（以下简称“贸促会”）来办理，但保税区位于关外，企业要获得贸促会的认证很不方便。相比之下，香港有6家政府推荐机构，包括工业总商会、中华总商会等，帮助企业完成认证。再如，原产地证书的签发。关境之内的普通货物贸易一般由贸促会签发原产地证书，但是离岸贸易货物不是从中国出口，贸促会以此为由不能签发证书。所以，这种情况下通常在香港签发。¹⁵

2. 转运贸易环节作不必要的商检。贸易转运本来不属于离岸贸易的典型特征，但也不排除在有些情况下货物在由出口商发运进口商的过程中需要转口。若是经上海转运，法定商检的产品在综合保税区中转时，货物可能只是在港口卸下来转船后又离境，即实际不进入境内，但根据海关监管的现有规定，这些集装箱在上海港仍必须经过海关、商检等多道检查手续。事实上这种产品跟中国没有任何关系，对中国也不会产生什么影响。企业被迫办理进境备案清单和出境备案清单，耗时耗资，中转效率低下，有些企业被迫将很多中转业务放到香港和新加坡。¹⁶

以上这些方面的问题和障碍，导致不少跨国公司的地区总部虽然实际在上海保税区内操作离岸贸易，甚至于订单中心、投资中心设在上海，但贸易中心和结算中心却放在香港或者新加坡。这样，贸易量和税收等也就被归于注册在国外的公司。这也造成了这些在上海的地区总部并未真正发挥地区总部的作用。

四、上海自贸区发展离岸贸易的法律和政策保障：若干思路

贸易结算中心具有“轻资产”的特征，从理论上说，只要基础设施条件和服务环境良好，它可以设在全球任何城市。如前所述，上海发展离岸贸易具有一定优势，有些条件比其他国际贸易中心城市更为优越。只要克服现存的一些障碍，不断优化政策和服务环境，完全有可能有效吸引国内外企业在中国自贸区中从事离岸贸易。虽然在本文有限的篇幅内，很难对上海与其他国际贸易中心发展离岸贸易的优势和劣势做一个全面、具体的比较，但克服在税收和贸易便利化这两个方面的突出障碍，无疑将有利于上海积累发展离岸贸易的优势，对于吸引跨国公司及其“走出去”企业在自贸区开展离岸贸易、设立结算中心就显得非常重要。具体来说，可以考虑在以下方面提供法律和政策上的保障。

（一）建立与自由贸易试验区相适应的外汇管理体制

《总体方案》规定：“在风险可控前提下，可在试验区内对人民币资本项目可兑换、金融市场利率市场化、人民币跨境使用等方面创造条件进行先行先试。在试验区内实现金融机构资产方价格实行市场化定价。探索面向国际的外汇管理改革试点，建立与自由贸易试验区相适应的外汇管理体制，全面实现贸易投资便利化。”这一规定意味着，虽然目前尚未具体措施出台，但已经为外汇管理体制的改革指明了方向。在具体的制度设计上，可以考虑以下做法。

¹⁵ 曹炜：《完善政策环境加快发展离岸贸易》，《上海企业》，2013年7月。

¹⁶ 参阅刘昌荣：《兰生发力离岸贸易》，《上海国资》，2011年9月；及前注¹⁵。

1. 不断扩大可设立离岸贸易专用账户的企业范围。现有的设立银行专用账户的方式进行离岸贸易结算,基本可以解决早期出现的收汇难的问题。未来应不断降低试点企业注册资本的准入门槛,扩大适用范围,让更多企业包括中小型企业也可以参与进去。另外,从提高企业资金运作效率、降低运营成本的角度看,应逐步赋予试点企业离岸贸易专用账户的融资和理财功能。¹⁷

2. 在对离岸贸易的监管方面,可以借鉴新加坡的经验,建立认证制度,包括离岸贸易公司的认定、离岸贸易种类的认定、离岸贸易收入的认定、离岸贸易金额的认定等。建议由上海商务委员会作为认证主体来甄别离岸贸易,作为结汇的基础。根据离岸公司提供的合乎贸易惯例的凭证,对离岸贸易的真实性予以核查。可查验交易合同和支付凭证等项目,以确认贸易合规性(贸易过程和货物交付均发生在离岸法域之外);记录贸易概况,如实际贸易商品、数量和金额等。根据上海商务委员会对离岸贸易的登记文件以及贸易的收入金额予以结汇。¹⁸其中不应再要求企业提供报关单和核销单之类的单据,因为从事离岸贸易的企业根本无法提供这样的单据。

3. 在离岸账户内,凡是转口贸易、发生在境外的服务贸易以及发生在境外出资、分红、利息用汇等,资金自由进出,不需任何用汇申请和核销,但执行事后备案和第三方审计制度;在岸账户则仍然执行国家和上海市的相关规定。¹⁹

虽然即便采取了以上措施,仍然不能达到香港和新加坡那样外汇自由进出的程度,但基本上可以满足自贸区企业发展离岸贸易过程中收付汇方面的要求,至少不会对企业从事离岸贸易造成明显的障碍。

(二) 适当调整现行税制,对离岸贸易提供一定的税收优惠

要吸引跨国公司在上海设立地区总部或离岸贸易公司并开展离岸贸易业务,税收优惠是一个重要手段。这也是世界各国所采取的通行政策。如前所述,目前上海在离岸贸易企业所得税和个人所得税方面与香港、新加坡等地相比,具有明显劣势。因此,应对企业所得税和营业税遵循增量不征税或低税的政策,即凡是发生在中国境内的交易不征税或低税,至少要明显缩小与香港、新加坡及其他国际贸易中心在税收方面的差距。这对我国现有税基和税率的平衡也不会造成破坏。²⁰当然,具体的方式和程度可以进一步研究,例如公司所得税、印花税、营业税、利息税、资本利得税和股息预扣税,及各种准备金的缴纳等方面都可以考虑给予优惠。对于跨国公司从事离岸贸易结算的高管的个人所得税,可以参照陆家嘴金融区对于金融类高管的个人所得税补贴政策。

在这一点上前海的经验也可借鉴。2012年6月,国务院下发《关于支持深圳前海深港现代服务业合作区开发开放有关政策的批复》,其中主要涉及两项税收政策,其中之一就是在制定产业准入目录及优惠目录的基础上,对前海符合条件的企业减按15%的税率征收企业所得税。因此类似的优惠政策也可以考虑在上海自贸区适用。

(三) 建设离岸金融市场,为离岸贸易提供良好的金融服务条件

¹⁷ 同前注¹⁴。

¹⁸ 同前注¹⁰。

¹⁹ 袁欣:《开展国际离岸贸易结算制度创新》,《上海人大》2011年第8期。

²⁰ 同前注¹⁹。

离岸银行的特点是吸收非居民的存款，并为非居民提供金融服务。它是离岸金融的高端形式。在开展离岸贸易的过程中，非居民企业（如离岸贸易中的进口商）就可能需要融资服务。多样化的金融服务必然会为离岸贸易的开展提供良好的金融服务。我国离岸金融服务刚刚起步，还停留在较低水平上。未来可以进一步在规定一定条件的基础上扩大可提供离岸金融服务的银行的范围，特别是我国各大国有商业银行，也可以逐渐扩展离岸金融服务。可借鉴伦敦、香港、新加坡和纽约的经验，发展“离岸金融交易市场”。这不仅将直接支持离岸贸易的发展，而且将极大地促进上海金融服务的专业化、高端化和国际化。

（四）其他方面的促进措施

1. 积极培育相关的服务机构，建立完善的服务体系。成熟的配套服务对于离岸贸易的开展是不可或缺的。政府应积极培育物流、融资、保险、法律服务、仲裁、管理咨询、电子商务、产品认证等服务业领域的企业，建立完善的服务体系。例如，前述中东国家要求的再次认证问题，原产地证书的签发问题，可以考虑由贸促会在上海自贸区内开设分会或派出机构，或者另行设立专门机构以满足这些方面的要求。又如，开展离岸贸易的重要前提是对信息的掌握，可以促进培植提供商务信息的专门机构，以向跨国公司提供有关的贸易信息。在服务机构的培植方面，政府要尽量给予相关的鼓励和便利。

2. 上海可以借鉴新加坡和香港的做法，发挥政府对离岸贸易的服务功能。可设立离岸贸易促进的专门机构，并在世界各地设立分支机构，促进离岸贸易公司设立和营运的便利化。上海市商委或之下设立的机构可以承担这样的职责。

3. 在自贸区，对于那些仅属转口、不进入我国关境的商品，可以规定无须经过海关、商检环节。这不仅可降低企业运营成本，也可以提高政府的工作效率。

人员流动自由与上海自贸实验区的制度创新

吴文芳*

【内容摘要】人员流动自由度是自贸区整体开放程度的反映，对自贸实验区的金融、投资及贸易等事项有直接影响，应当成为自贸实验区制度创新的重要内容。我国在 GATS 中承诺的人员流动在市场准入或国民待遇两个方面的门槛较高，所保留的限制措施商业约束性较严。在内国法及其实践中，又通过贸易壁垒手段限制了人员流动。与一些国际组织及自由贸易协定、自由港的做法相比，我国人员流动自由度明显较弱。自贸区特别立法应当遵循市场准入和国民待遇的原则，精简不必要的繁琐程序，制定适宜本区的人员流动管理制度。

【关键词】人员流动 自由度 服务贸易 贸易壁垒

7月3日，国务院通过批准建设中国（上海）自由贸易试验区。此前，我国已经建立了与自贸区类似的六类特殊经济园区，包括保税区、保税物流区、保税港区等，但上海自贸区是第一个真正意义上的自由贸易区，商品、服务和资本、技术、人员等生产要素的自由流动是自贸区的重要特征。全国人大常委会2013年8月30日公布了《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》，根据该决定，在试验区内，暂时调整《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》规定的有关行政审批。随后，9月27日国务院批准《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》，紧接着上海市政府9月30日公布了《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》。现有的决定、总体方案与细则都未涉及人员流动管理事项。由于人员流动的便捷程度不仅将直接影响自贸区内的金融、投资、商贸等领域，也是自贸区对世界产生吸引力的重要因素。我们认为，在将来的《自贸区管理细则》等特别立法中，涉及人员流动管理事项，应当有真正的制度创新，实现自贸区与外部人员流动的简便、安全与高效。

一、 我国在《服务贸易总协定》（GATS）中承诺的人员流动自由度

（一）人员流动的界定

按照 GATS，服务贸易的提供方式有：跨境交付、境外消费、商业存在和自然人流动四种。除了跨境交付，其余三种服务贸易行为都会发生人员流动。境外消费主要表现为境外旅游或求学，与自贸区关联度较低，因此自贸区人员流动应主要关注商业存在与自然人流动两类服务贸易方式。

商业存在是以在另一成员国境内建立商业机构为服务消费者提供服务，因而商业机构的设立、运转都可能产生人员流动。服务提供者（个人、企业或经济实体）到国外开业，投资设立合资、合作或独资的服务性企业，在 GATS 的框架下是市场准入与国民待遇的重要内容，如个人到国外开业属于禁止准入领域，则不可能以商业存在的形式实现人员流动。设立在国外的服务性企业，如果需要聘用外国人，将通过自然人流动方式解决。因此，商业存在的人

* 作者单位：上海财经大学法学院。

员流动，只包括个人到国外投资设立服务性企业一种情况。自然人流动，是指一成员的自然人到任何其他成员境内提供服务，以获取报酬。中国在 WTO 服务贸易协议中指的服务贸易定义的自然入，一般为：商务访问者和销售人员；公司内部的调动人员；独立的职业人员；合同服务提供者。自然人流动是最主要的人员流动方式。本文所谈的自贸区人员流动，主要指自然人流动，但不排除有可能涉及商业存在。

从过去 10 年的世界贸易发展来看，自然人流动的自由化状况并不乐观，其开发程度及创造价值都远不及其他三种贸易方式。实际上，自然人流动目前是 GATS 中规模最小的服务提供方式，占整个服务贸易额的比例不到 2%，在所有贸易部门中有 90% 以上的市场入口将这种方式排除在外，且与自然人流动相关的协定中有 90% 只限于技术类自然人的流动。正如加入世界贸易组织进一步激发了中国经济的活力，自贸试验区建设也将促进包括服务业在内的市场经济大发展。如果能够充分发挥自然人流动所带来的服务贸易促进作用，将在相当程度上提升自贸区的贸易总量和水平。

（二）我国在 GATS 中对人员流动自由度的承诺水平

1、水平承诺（Horizontal Commitments）

水平承诺是相对于部门承诺而言的，是指其中列明的内容适用于减让表中所列的所有服务部门和分部门。需要注意的是，如果对于某种提供方式在水平承诺中列明了限制措施，即使在部门承诺中没有限制，后者也被视为受到限制。我国在服务贸易具体承诺减让表中，对于自然人的入境和临时居留有关的措施进行的水平承诺，具体包括

（1）允许在中国领土内已设立代表处、分公司或子公司的成员的公司的经理、高级管理人员和专家等高级雇员通过公司内部流动入境，其入境首期可停留 3 年；

（2）在中国领土内的外商投资企业雇佣从事商业活动的成员的公司的经理、高级管理人员和专家等高级雇员，按有关合同条款规定给予居留许可，或首期居留 3 年，以时间短者为准；

（3）服务销售人员，即不在中华人民共和国领土内长驻、不从在中国境内的来源获得报酬、从事与代表一服务提供者有关的活动，以就销售该提供者的服务进行谈判的人员，如

（a）此类销售不向公众直接进行，且（b）该销售人员的人境期限为 90 天。该水平承诺中，准入的三类自然人中有两类是高级人才，允许他们停留的期限相对较长，而且与商业存在有关。这反映了我国对自然人流入的基本态度尽量减少自然人的流入，只部分地允许高级人才的进入。^①

（2）部门承诺

从我国对服务业具体部门的市场准入和国民待遇的具体承诺来看，对各个部门的商业存在和自然人流动都作了有保留或不作承诺的限制，没有一个没有限制的承诺。下列表 1 和表 2 是根据《中国加入世界贸易组织法律文件》附件 9 计算的商业存在和自然人流动在市场准入和国民待遇限制状况中所占的百分比。

表 1: 中国对服务业具体部门市场准入的限制状况（商业存在和自然人流动在每类中所占百分比）

	商	通讯	建筑	分销	教育	环境	金	健康	旅游	娱乐	运输
--	---	----	----	----	----	----	---	----	----	----	----

^①李先波，李琴《后 WTO 时代中国的自然人流动》，载于《中国法学》2005 年第 6 期。

		务						融				
没有限制	商业存在	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	自然人流动	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
有保留	商业存在	46	100	100	76	50	23	33	0	0	100	100
	自然人流动	50	67	100	100	100	100	76	0	50	0	29
不作出承诺	商业存在	67	100	100	0	0	50	0	100	24	50	77
	自然人流动	50	33	0	0	0	0	24	100	50	100	71

表2 中国对服务业具体部门国民待遇的限制状况(商业存在和自然人流动在每类中所占百分比)

		商务	通讯	建筑	分销	教育	环境	金融	健康	旅游	娱乐	运输
没有限制	商业存在	35	58	0	60	0	100	18	0	25	0	13
	自然人流动	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
有保留	商业存在	15	8	100	40	100	0	59	0	25	0	10
	自然人流动	50	67	100	100	100	100	76	0	50	0	29
不作出承诺	商业存在	50	33	100	0	0	0	24	1000	50	100	77
	自然人流动	50	33	0	0	0	0	24	100	50	100	71

(三) 小结

由于商业存在和自然人流动的严格限制是市场准入的核心壁垒,中国对自然人流动和商业存在的限制较为严厉,有一半多的部门受到约束限制,另外一些部门不作承诺。主要的国民待遇限制是补贴提供仅限于本国企业和资格要求,特别是在对服务贸易具有深远影响的商业存在的承诺方面,比其他成员(包括发展中国家)有明显的差距^②。这纵然与我国服务业和服务贸易发展不成熟有关,也反映出我国在市场准入或国民待遇这两个方面的门槛较高,所保留的对市场准入和国民待遇限制措施的商业约束性较严厉。因此我国在GATS下达成的减让表只是中国服务贸易自由化的一小步。未来上海的自贸区制度创新,必然在这方面需要有所突破。

二、我国目前对人员流动的实际管理水平

目前,我国对自贸实验区人员流动管理主要依据的是中国落实GATS承诺的内国法,因此要全面了解我国的人员流动自由度,还必须考察我国特别是上海在实践中的做法和问题。现有的法律法规涉及人员流动的主要有(1)签证制度,依据的主要是《中华人民共和国外国人入境出境管理法》及《实施细则》以及其他法律法规;(2)就业许可制度。依据的主要是《外国人在中国就业管理规定》及其《实施细则》。以就业为目的到中国的外国人,就必须先依据《就业管理规定》获得就业许可,才能得到相应的签证及居留许可。而自然人流动过程中所面临的经济需求测试、签证制度、执业资格认证三大壁垒,在我国同样现实存在并且还较为严厉。不可否认,这些贸易壁垒中,有些是必要的,但有些仅仅是增加了人员流动的难度,损伤了经济体的开放及活跃程度,自由贸易实验区,在多大范围内能够去除人员流动壁垒,是将来制度创新中应当重视的问题。

(一)对自然人流动的市场准入限制

我国目前对入境的外国自然人规定了教育、培训和资历等准入资格,主要表现在:(1)资格认证。主要包括自然人必须具备大学本科毕业证;必须在中国境内有明确的用人单位,并且个体经济组织与私人均不能作为用人单位,这明显比《劳动合同法》对本国用人单位的界定要严格。(2)与国外教育体制、资格认证制度的差异。目前在我国申请就业证必须具有大学本科及以上学历。但是各国的教育体制、资格认证制度存在巨大差异,有些国家的职业培训制度使得不具有大学学历的人员更适合某些种类的工作,但是这些差异使外国服务提供人员入境时受到限制,被我国的就业许可制度拒之门外。

(二)签证制度的限制

为了保护国内劳动力市场,我国利用签证实行有目的地阻挡自然人流动,但同时,签证制度的缺陷也导致了无谓的贸易壁垒或经济上的损害。具体表现在:(1)有些签证手续繁琐且不必要。依据现行法律规定,持其他签证入境的外国人,如果之后在中国找到工作,不能立即申请工作签证,而是必须回到其母国,在母国申请工作签证。又如持商务签证进入中国的自然人,再次申请商务签证只能少于6个月,并且只能申请一次,不能再次申请。这往往给自然人造成很多麻烦,当这些人员不得不流动时,繁琐的手续并没有阻碍自然人的流动,只是徒增了本国公司用人的成本。(2)签证制度对自然人流动重视不够,我国目前法律只规定了七类签证,与自然人流动直接有关的仅两类,以至于在实践中,有些合理的自然人流

^② Hoekman and Kosteci(1995):The Political Economy of the W-orld Trading System-From GATT to WTO.Oxford University Press.

动找不到对应的签证类型，例如实习生的管理等。这种粗线条的分类不利于对入境外国人身份的识别和管理，因为签证的类别划分得越详细科学就越便于行政官员操作管理。此外，对于口岸签证，《外国人入境出境管理法实施细则》规定了可以予以办理的十种情形，规定十分严格，不利于自然人流动。

（三）歧视性待遇与限制

（1）居住期限的限制。我国签发的的工作许可证受期限的限制，延长或续签的程序相当麻烦、昂贵且严格，因而通常会打击境内公司雇佣外国人员的积极性。《就业管理规定》第18条规定，外国人在华就业劳动合同期限最长为5年。实践中，《外国人就业证》的期限通常比5年更短。例如，上海市外国人就业证期限有效期一般不超过一年，北京为两年^③。

（2）就业的年龄限制。由于我国现有的退休年龄大幅度低于欧美国家，导致其他国家远未达到退休年龄的劳动者，在中国由于年龄限制，无法申请就业许可证，在中国就业。

（3）提供无犯罪记录的苛刻要求。目前有些地方法规要求外国人提交自18周岁始无犯罪记录的证明，但是在程序上设置不合理，变成了每申请一次就要提交一次。而公安部门等其他相关部门在对外国人申办居留许可或入境手续时，也会对其是否有犯罪记录进行审核，其专业性更强，对信息真实性的鉴别手段更丰富。就业申请人办理无犯罪记录证明文件面临耗时长、花费大、程序繁琐等问题，欧美等国家普遍需历时三到四个月才能获得相关证明文件，这给用人单位以及就业申请人带来了极大的不便。上海在该事项上的管理目前较为科学，但其他地区仍存在这一做法，当自贸区经验向全国推广时，有必要强调这一事项。

（4）居住的异地限制。目前有地方法规限制外国人在境内的异地居住，然而，外国人异地居住难以避免，特别是雇佣外国人公司在中国有若干分支机构时，出于工作需要，异地居住显然是合理的。自贸区在28平方公里以内签发的签证，是否能够允许外国人在国内的自由流动，必须充分考虑这一问题。

三、国际组织或协约中人员流动约束度的大体情况

上文所论述的我国在GATS中的承诺以及内国法的实践，正是上海自贸实验区在人员流动事项上的现实基础。然而，有吸引力的自贸区制度结构，必然是在世界范围内的竞争与比较。因此，自贸区人员流动自由度需不需要进一步放开，有必要比较国际上自贸组织、自贸协约以及自贸港等的通行做法。

（一）欧盟与欧洲经济区

欧盟是世界上最大也是最自由的经济区。除了受少数例外情形限制外，《欧盟条约》第18条赋予每个欧盟公民在任何成员方领土内有自由移动和定居的权利。主要包括了劳动者进入其他成员国就业、与家庭成员一起定居在其他成员国、在工作条件和就业等方面享受与本国国民平等待遇，享有自主开业和自由提供服务的权利。欧洲自由贸易联盟与欧盟组成的欧洲经济区也在协定（EEA Agreement）中规定，成员国不得在就业、报酬和其他工作条件等方面基于国籍对其实施歧视待遇，但公共服务如政府权力行使等领域除外。短期服务提供者可以不受限制地享受国民待遇，当然政府权力的行使以及运输、金融和电讯方面的服务

^③根据两地劳动行政部门规定，只有用人单位实际到位的注册资金在300万美金以上或者外国跨国公司在上海设立地区总部的外国人，其就业证期限最长为5年。

所要求的特别条件下的例外不包括在内。^④

2004年欧盟再一次扩大之后，老成员国根据自身的情况分别对新加入的成员国劳动力的流入作出了不同安排。如英国、爱尔兰和瑞典对新加入成员国进入其劳动力市场没有设定限制，而很多国家都针对新加入的8个成员国的劳动力流入采取不同期限的过渡性措施。欧盟在自然人流动方面做出的努力体现了这一发展趋势。^⑤欧盟各成员国均承诺允许来自于其他成员国的劳动者以寻找就业为目的在欧盟和欧洲自由贸易协会成员国间自由流动和停留，在获得工作后长期居住在这些国家境内。此外，欧盟通过《欧洲共同体条约》、《阿姆斯特丹条约》、《申根协定》和《马斯特里赫特条约》等一系列条约和欧洲议会的指令，使得欧盟国家国民跨国流动的自由化程度在区域性组织中是最高的。随着申根版图的再一次扩大，拥有“申根签证”的成员国国民和第三国国民可以不须其他手续而在24个申根国家之间自由流动。

（二）其他区域性合作组织

一些国际上的联盟组织不仅仅超越了GATS下成员方作出的高技术人员流动的承诺，而且还为一般劳动力的流动或者特定类型人员流动的完全自由化提供了便利，从而加强成员国在服务贸易领域内的合作，提高竞争力以应对服务贸易自由化对发展中成员国的冲击。

1、东盟

《东盟服务贸易框架协定》根据区域经济一体化的要求已经确定将空中运输、商务服务、建筑服务、金融服务、海运、电讯和旅游作为其自由化的7个优先部门。2007年成员国又在菲律宾达成《物流服务部门一体化协议》，将物流也作为服务业发展的一个优先部门。而且，AFAS自1995年缔结后实施十多年来，各成员国已经先后达成了诸多协议，相比GATS而言，各成员国自然人流动方面的承诺或多或少有所扩大。例如，缅甸在GATS下仅仅只在一个部门做出了关于自然人流动的承诺，而在东盟内部对自然人流动开放的部门扩大到20个，成为东盟在AFAS下承诺幅度变化最大的成员国。^⑥

为了促进专业服务人员的自由流动，早日实现服务一体化，东盟成员国从2005年至2009年间共达成了关于相互承认工程师、护士、建筑服务、测量职业资格认证、医疗卫生行业实习生、牙科实习生和会计服务等七项《相互承认协定》。尽管这七项协定在细节上存在一定的差别，但它们共同的内容都是：在其中一个签字国经过注册或取得相关职业资格证明的专业服务提供者可以在其他的签字国得到平等承认。当然认证程序的具体实施和有关标准、规范的制定仍然由各个成员国自主决定。这种安排免除了认证程序，扫除了服务提供者流动的重大障碍，并为这些种类的服务提供者在全球范围内的自由化流动提供了可资借鉴的重要经验，代表了将来国际社会对专业人员流动进行规制的法律走向^⑦。

2、北美及加拿大

各国为保护本国劳动力市场，对自然人流动的态度在GATS生效的初期比较保守，在双

^④参见《欧洲经济区协定》第三部分第一章，<http://www.efta.int/eea/eea-agreement> 2013年8月2日访问。

^⑤李先波：《自然人流动规制的晚近发展及其对中国的启示》，载于《法学研究》2010年第1期。

^⑥ ASEAN Framework Agreement on Services, <http://www.aseansec.org/29087.htm> 2013年8月4日访问

^⑦李先波：《自然人流动规制的晚近发展及其对中国的启示》，载于《法学研究》2010年第1期。

边和区域性协定中也少见关于自然人流动的灵活措施。这种局面也在近几年发生了根本性的转变。一些区域性贸易协定和双边协定对自然人流动做出了新的规定。这些规定以互惠为原则，允许成员方相互为服务提供者的流动提供某些便利的措施。这些措施具有使用劳动种类多、审核手续简单、审批周期短以及在劳动国居住期长等特点，因此，比GATS更易灵活操作。《北美自由贸易协定》^⑧的第16章规定了商务人士流动的便利条款，《加拿大——智利自由贸易协定》的相应部分也使用了类似的模式。两个协定都限定在短期进入而且仅适用于成员方的公民。其规定的市场准入基本上限于四类较高技术的人员：投资者、公司内部调任者、商务访问者和专业人员，协定还对其进行了界定。但是，这些类别并不限于服务行业的人员，还包括了与农业或制造业有关活动的人员。劳动力证明或劳动力市场测试不适用于这四类人员，投资者、公司内部调任者和专业人员需要工作许可，但商务访问者可以免除。美国向加拿大和墨西哥提供的签证，有效期为一年且可以更新。加拿大公民可以基于其美国雇主所作出的信件陈述在进入地点自动获得签证，但是墨西哥公民则必须由其雇主递交一份劳工岗位申请，然后再在美国驻墨西哥大使馆申请该签证。《加拿大——智利自由贸易区协定》没有便利进入的条款，但智利商务人士可以申请就业许可，针对四类高技术人员的劳动力市场测试予以取消，双方均不得实施或保持对任何除了这些较为有影响的区域性贸易协定作出的与自然人流动相关的自由化安排。还有一些区域性组织如亚太经济合作组织和东南部非洲共同体等对自然人流动也作出了灵活的规定^⑨，如前者在各成员方间实施商务旅行卡（Business Travel Card）计划可以使持卡人凭有效护照和旅行卡在三年内无须办理入境签证，自由往来于已批准入境的各方之间，并在主要机场出入境时享有使用此商务旅行卡专用通道的便利。这一措施大大便利了商务人员的自由流动，为亚太经合组织成员国之间的高层商务沟通创造了较为便利的条件。

（三）香港的实践

香港被公认为全球最自由开放的经济体和最具发展活力的地区之一，作为自由港，具有重要的国际金融、贸易、航运中心地位。香港财经媒体指出，上海自贸区满怀建设“小香港”的期待。上海自贸区着力发展金融与服务业，与香港支柱产业雷同，一旦露出峥嵘，便是香港的有力竞争对手。^⑩然而，香港运行市场经济多年，其间积累的经验 and 成绩并非其他地区能够轻易赶上。上海自贸区有必要参照香港的经验 and 做法，根据自身的特点进行制度创新。香港在人员流动方面的自由度大大高于上海，主要体现为两点：一是香港在WTO协议框架下，对服务业具体部门的市场准入和国民待遇的限制仅限于金融业¹¹，二是香港作为自由港，对于服务贸易的四种类型在市场准入方面，对跨境交付和境外消费都无限制，只有对于商业存在，保留了一些服务必须是有香港执业执照的注册会计师或律师，或独资或合伙制事务所，在自然人流动类型上，香港仅对公司总经理、高级经理等高级人员流动做了一定的限制。对

^⑧ [http://tcc.export.gov/Trade Agreements/Exporters Guides/List All Guides/NAFTA chapter16 guide.asp](http://tcc.export.gov/Trade%20Agreements/Exporters%20Guides/List%20All%20Guides/NAFTA%20chapter16%20guide.asp)

2013年8月4日

^⑨ 李先波，谢文斌：《南部非洲发展共同体自然人流动法律规制研究》，载于《湘潭大学学报》2013年第3期。

^⑩ 《上海自贸区破冰 香港能否安枕》<http://stock.sohu.com/20130903/n386378000.shtml> 2013年9月20日访问

¹¹ GATS/EL/39

于国民待遇原则，香港采取了比大陆宽松的多的承诺。¹²

四、我国已有的探索及上海自贸区的选择

在上海及我国其他开放的沿海城市，针对人员流动中的问题，已经有些创新的做法¹³，主要包括为海外高层次人才提供出入境以及就业许可证的便利条件，但是这种做法仅针对高层次人才，没有形成常规制度，因而尚不具有制度创新的意义。应当认识到，在多边贸易体制下，人员流动不仅受到多边贸易体制规则的制约，而且区域和双边贸易协定以及各国和地区的相关立法也对此具有重要影响。我们认为，加强自贸区人员流动自由度，制度建设应当从以下几个方面着手：

1、积极完善对未列入负面清单项目的配套改革

外商投资准入特别管理措施（负面清单）圈定在这些开放领域清单上，有关市场准入和国民待遇问题的限制。对于未列入清单的外商投资一般项目，则将按照内外资一致的原则，这大大增进了人员流动的领域。但是，“负面清单”的管理模式应当与消除隐形壁垒的措施同步推进，例如在项目核准、行政管理、公共财政、金融支持等方面的配套改革需及时跟进，才能使这些领域的人员真正“流动”得起来。

2、适度松动签证制度

应当改革现有签证制度中繁琐且不必要的规定，如外国人就业必须持工作签证入境，可以利用自贸区“境内关外”的特点予以变更，规定履行一定手续可以直接在境内就业。对于现有签证制度中没有覆盖到的类型，例如外国实习生等，可通过政策予以明确。对于商务签证入境，应制定灵活的可转化为工作居留签证制度，为人才流动提供便利。

3、简化就业许可手续

放宽就业许可证的期限规定，对一般外国就业人员，可以考虑将就业许可证期限放宽到3年或劳动合同期。适度放宽就业的年龄限制，可以考虑放宽到63或65周岁。尽量简化就业许可手续，对限制领域的自然人流动，不再需要主管部门批准，一律经劳动行政部门报批，避免多层、多头管理，拖延时间。对于特殊专业技术岗位，可以允许无本科学位人才申请。放宽居住异地限制。梳理现行就业许可制度与劳动合同法之间的关系，通过相应政策化解两者之间的冲突。

尽管中国在GATS下对于服务贸易有具体的承诺，但作为在一国之内的自由贸易实验区，完全可以摆脱区域及双边协定的影响，遵循市场准入和国民待遇的原则，精简不必要的繁琐程序，制定适宜本区的人员流动管理制度，积极为自贸区的制度创新提供新的发展思路和亮点，以简单、高效而又安全的人员流动制度保障自贸区的发展建设。

¹² APPENDIX 1 TO ANNEX X LIST OF COMMITMENTS ON MOVEMENT OF NATURAL PERSONS OF HONG KONG, CHINA

https://www.tid.gov.hk/english/trade_relations/hkefta/files/list_commitments_movement.pdf 2013年10月2日访问

¹³ 参加《临港地区建立特别机制和实行特殊政策的三十条实施政策》（上海市临港地区开发建设管理委员会 2013年至2015年执行），《天津滨海新区吸引、培育和使用人才的指导意见》（天津滨海新区区政府2008年起执行），《上海市推进国际贸易中心建设条例》（上海市第十三届人民代表大会常务委员会2013年1月1日起实行），《天津市公安局服务滨海新区开发开放出入境新举措》（2007年）。