

中国特色自由贸易港研究



论海南自由贸易港法规的开放属性

童光政, 赵诗敏

(海南大学 法学院, 海南 海口 570228)

[摘要]《中华人民共和国海南自由贸易港法》授予海南省人民代表大会及其常务委员会制定“海南自由贸易港法规”的权力。明确海南自由贸易港法规的基本属性直接关系到建设什么样的海南自由贸易港法律体系这一问题,具有重大的理论与实践意义。海南自由贸易港法规的价值取向及立法目的决定了“开放”是海南自由贸易港法规的基本属性,制定海南自由贸易港法规必须始终紧扣其“开放”的基本属性:即在宏观层面上,海南自贸港法规坚持法律移植与本土化改造相结合的立法思路;在中观层面上坚持立法原则的开放,即坚持立法原则的普遍性借鉴与本土化变通并举;在微观层面上坚持规范创制的开放,即在进行规范创制时坚持借鉴国际化经验并对其作出契合海南自贸港现实的适应性调整。

[关键词]海南自由贸易港法规;开放属性;法律移植;本土化改造

[中图分类号] D927

[文献标志码] A

[文章编号] 1004-1710(2023)01-0048-10

[DOI] 10.15886/j.cnki.hmus.202211.0465

一、问题的提出

建设海南自由贸易港(以下简称海南自贸港)是党中央在新的时代背景下作出的伟大决策,是推动形成更高层次改革开放新格局、建立开放型经济新体制的一次全新尝试。为了保障海南自贸港建设的顺利进行,2021年6月10日《中华人民共和国海南自由贸易港法》(以下简称《海南自贸港法》)公布并施行。《海南自贸港法》通过授权立法的方式赋予海南省人民代表大会及其常委会制定海南自由贸易港法规(以下简称海南自贸港法规)的权力,确立了一种新的地方立法权限:“海南自贸港法规立法权”^①,不同于同样由海南省人大及其常委会制定的省级地方性法规与经济特区法规,海南自贸港法规具有变通法律、行政法规的权力,其立法内容还可以涉及法律绝对保留事项,具有相当大的立法变通权。因此,海南省人大及其常委会在制定海南自贸港法规时必须慎之又慎。这就要求理论界开展针对海南自贸港法规基本属性的研究,基本属性不同的法律会对行为采取不同的规范模式,最终会产生不同的法律效果。如,“管理法”必定对行为采取限制和约束的态度,社会秩序就会控制在一定范围内,社会就会相对稳定,但“管理法”若给行为人带来过多束缚必然会限制经济社会活力,客观上并不利于改革开放。不同于“管理法”,“促进法”的具体条文必然对发展行为采取鼓励的态度,因而有利于调动行为人敢闯敢干的积极性,促进经济社会发展。“开放法”则秉持开放的价值取向,其立法目的和制度设计都明确指向深化经济社会的开放。因此,必须明确海南自贸港法规的基本属性,为海南自贸港法规的立法活动确定“基调”,以期达到理想的法律效果,助力海南自贸港的最终建成。

海南自贸港法规的基本属性研究具有重大的理论与实践意义,但理论界现有研究对海南自贸港法规的

[收稿日期] 2022-11-30

[基金项目] 海南省马克思主义理论研究和建设工程专项课题重点项目(2021HNMGC02)

[作者简介] 童光政(1964-),男,广西灌阳人,海南大学法学院教授,博士生导师,主要从事中国法制史和法学基本理论研究。

① 参见《海南自由贸易港法》第10条:“海南省人民代表大会及其常务委员会可以根据本法,结合海南自由贸易港建设的具体情况和实际需要,遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则,就贸易、投资及相关管理活动制定法规(以下称海南自由贸易港法规),在海南自由贸易港范围内实施。”

基本属性问题关注较少,它们大多从立法学视角切入,将研究目光集中于以下几个角度:一是海南自贸港法规立法权的定位问题,这里包括海南自贸港法规立法权的横向定位(即海南自贸港法规立法权同经济特区立法权和省级地方立法权的比较)及纵向定位(即央地事权的划分);二是围绕海南自贸港法规立法权属于授权立法进行研究,主要包括对海南自贸港的授权立法模式及其风险防控机制的研究。一言以蔽之,已有的研究成果极少直接论及海南自贸港法规的基本属性问题,唯一直接相关的论述是《海南自贸港法规的规范属性、基本功能与制度发展——以〈宪法〉和〈立法法〉为分析视角》一文,学者在此文中将“变通性”认定为海南自贸港法规的基本属性^①;另外,迟福林院长曾提出《海南自贸港法》应当为高水平开放法,自贸港的本质是高度开放,海南自贸港的立法应当服务于将海南打造成为引领我国新时代对外开放的鲜明旗帜和中国重要开放门户的战略目标^②,但迟院长并未明确指出开放性是海南自贸港法规的基本属性。从上述分析可以看出,目前学术界对海南自贸港法规的基本属性问题关注尚少,进而并未就该问题达成统一意见。因此:究竟何为海南自贸港法规的基本属性?在其基本属性的指导下如何开展海南自贸港法规的立法工作?这些是我们在进行海南自贸港法规的立法活动之前所必须解决的理论问题。

二、海南自由贸易港法规开放属性的确立

海南岛孤悬于我国领土南端,临近东南亚、面朝南海、向北隔琼州海峡与内陆遥遥相望,是北上内陆,南下南海,西至东南亚的交通要塞,是一个相对独立的地理单元;海南岛的地理位置决定了其十分适宜作为我国建立开放型经济新体制的压力测试仪和试验场。

中共中央建设海南自贸港的谋划并非一夕之成算,早在2018年4月11日,中共中央、国务院便发布了《关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》(以下简称12号文件)^①,首次提出要将海南岛建设成为中国特色的自由贸易港,并明确了海南肩负着新时代扩大对外开放的重大历史使命。随后,党中央、国务院又印发了《海南自由贸易港建设总体方案》(以下简称《总体方案》)^②,它是海南自贸港建设的纲领性文件,开启了海南自贸港建设的新时代。无论是《总体方案》提出的战略目标、原则要求还是政策制度体系,都聚焦“开放”一词,“开放”一词在《总体方案》中出现了45次,是当之无愧的高频词汇,其重要性可见一斑,“开放”将成为海南自贸港建设过程中的主旋律。

通过对12号文件及《总体方案》的梳理可以发现,党中央、国务院在谋划建设海南自贸港之初就将“深化开放”作为海南自贸港的价值取向。《海南自贸港法》更是将这一价值取向落实到立法中,使其成为《海南自贸港法》的立法价值取向,并在第1条中明确了《海南自贸港法》的立法目的是建立开放型经济新体制^③,《海南自贸港法》的立法目的和内容设计就是要推动形成更高层次改革开放新格局、建立开放型经济新体制。由此可见,《海南自由贸易港法》具有开放法的属性。与此相适应,《海南自贸港法》设立的海南自贸港法规立法权的价值取向也应当是开放,“开放”应当成为海南自贸港法规的基本属性,海南自贸港法规的立法目的也是推动形成更高层次改革开放新格局、建立开放型经济新体制。

基于海南自贸港法规的开放属性,海南自贸港法规的立法活动应当秉持“开放”的价值取向,其立法思路及规范设计都应当有利于实现建立开放型经济新体制的立法目的。弄清“开放型经济新体制”的目标是实现海南自贸港法规立法目的之前提。《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》中指出:建设更高水平开放型经济新体制,实施更大范围、更宽领域、更深层次的全面开放^④。从这一文件的表述可以看出,“开放型经济新体制”的目标包括以下三个层面:

一是要坚持实施更大范围的全面开放。更大范围的全面开放是建立开放型经济新体制的应有之义。自改革开放以来,中国的开放政策已经实施了四十多年,中国已经融入了世界开放型经济体系,但这一体

① 《中共中央 国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》,中发(2018)12号,2018年4月11日发布。

② 参见中共中央、国务院下发的《海南自由贸易港建设总体方案》,中发(2020)8号,2020年6月1日。

③ 参见《海南自由贸易港法》第1条:“为了建设高水平的中国特色海南自由贸易港,推动形成更高层次改革开放新格局,建立开放型经济新体制,促进社会主义市场经济平稳健康可持续发展,制定本法。”

④ 参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》,2019年10月31日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过。

系实质上是由西方发达国家主导的,无论是从供给端还是需求端来看,它都更侧重于面向发达国家的开放;而海南自贸港法规要实现其建立开放型经济新体制的立法目的,就应当从现有的开放体系中挣脱出来,坚持对发达国家开放的同时也要注重对发展中国家和新兴市场经济体的开放,实现贸易、投资对象的多元化,扩大海南自贸港的影响力。

二是坚持实施更宽领域的全面开放。坚持实施更宽领域的全面开放是针对开放的产业领域提出的。以往的世界开放体系由发达国家所主导,发展中国家没有选择权,只能作为发达国家产业转移的承接地。因此,“发展中国家在承接产业和产品生产环节国际梯度转移过程中,究竟在何种产业领域或产品生产环节上进行专业化分工,不仅取决于自身拥有什么样的要素禀赋条件,决定自己能够做什么,而且还取决于发达国家跨国公司产业链价值链的全球布局,从而决定给你做什么。”^[1]由此,在上一轮的改革开放之中,中国开放领域主要集中于制造业,要想打造开放型经济新体制,就势必要将开放的产业领域扩宽至制造业之外。海南自贸港作为中国的开放新高地,实质上是中国打造“开放型经济新体制”的试点地,在建设海南自贸港的过程中既要坚持制造业领域开放,又要严格按照12号文件和《海南自贸港法》之部署,重点发展旅游业、现代服务业、高新技术产业、热带特色高效农业四大产业,实现更宽领域的开放。

三是坚持实施更深层次的全面开放。如果说更大范围和更宽领域的全面开放分别指向开放的“朋友圈”和产业领域的扩展,那么更深层次的全面开放则是涉及开放规则的升级,集中于对开放制度的深化即制度型的开放。二战结束之后,经济全球化不断向纵深发展,这主要得益于以关税壁垒不断削减为表现的贸易自由化制度和以生产要素自由跨境流动为表现的投资自由化制度,但随着经济全球化的深入,生产要素成本已经不再是阻挡全球经贸交往的主要因素,由于各国家、地区相关经贸规则不兼容带来的制度成本的上升成为阻碍贸易、投资自由化便利化的主要因素,故而,以往侧重于边境开放的贸易、投资自由化规则不足以应对经济全球化和全球价值链分工演进的新要求,这就意味着我们不能拘泥于通过边境开放来推动贸易、投资自由化便利化,更要通过推动边境内开放即制度型开放来构建开放型经济新体制。作为中国开放的新高地,海南也意识到制度型开放的重要性,《中共海南省委关于提升治理体系和治理能力现代化水平加快推进海南自由贸易港建设的决定》指出:海南自贸港要体现世界最高水平的开放形态就要顺应国际先进经贸规则重构新趋势,更加注重规则等制度型开放^①。由此,制度型的开放是自贸港法规开放属性的应有之义,海南自贸港法规的制定应当在其“开放”属性的指导下,为贸易、投资的自由化、便利化提供制度供给。

综上所述,开放是海南自由贸易法规的基本属性,更为重要的是,海南自贸港法规的开放属性并不是旧格局的开放,其目标是建立开放型经济新体制,实现更大范围、更宽领域、更深层次的开放,具体而言包括开放对象的扩大、开放产业领域的扩展和开放层次的深化。海南自贸港法规的开放属性对其创制至少提出了以下几方面要求:

首先,海南自贸港法规应当有利于扩大海南自贸港的“朋友圈”,实现贸易、投资对象的多元化。

其次,海南自贸港法规应当有助于扩展海南自贸港的产业开放领域,并着力将旅游业、现代服务业、高新技术产业、热带特色高效农业发展成为海南自贸港的主导产业。

最后,海南自贸港法规应当为贸易自由化便利化、投资自由化便利化提供制度供给,助力海南自贸港实现由实体型开放到制度型开放的转折,这是海南自贸港法规开放属性得以展现的关键环节,也是建立开放型经济新体制的关键一招。

三、海南自由贸易港法规开放属性的运用策略

海南自贸港法规“开放”这一基本属性的确立为海南自贸港法规的立法工作定了调,围绕这一基本属性展开海南自贸港法规的立法工作才不至与其立法目的背道而驰,才能最终实现海南自贸港的建设目标及其历史使命。海南自贸港法规的开放属性决定了行使海南自贸港法规立法权时要做到三点:一是在宏

^① 参见《中共海南省委关于提升治理体系和治理能力现代化水平加快推进海南自由贸易港建设的决定》,2019年11月30日中国共产党海南省第七届委员会第七次全体会议通过。

观层面上坚持立法思路的开放,即坚持法律移植及本土化转化并重的立法思路;二是在中观层面上坚持立法原则的开放,即坚持立法原则的普遍性借鉴与本土化变通并举;三是微观层面上坚持规范创制的开放,即在进行规范创制时,坚持借鉴国际化经验并对其作出适应海南自贸港现实状况的调整。在宏观、中观、微观三个维度三措并举,制定出有利于实现更大范围、更宽领域、更深层次开放的海南自贸港法规,最终实现建立开放型经济新体制的立法目的。

(一)宏观层面:坚持法律移植及本土化改造并重的立法思路

海南自贸港法规的开放属性在宏观层面上表现为坚持法律移植及本土化改造并重的立法思路。这是基于法律普遍性与特殊性之间的张力作出的立法选择。

第一,法律的普遍性是法律移植的根本原因。国内许多学者对法律移植持肯定态度,如张文显教授认为法律移植的必要性有四:一是社会发展和法律发展的不平衡性决定了必须进行法律移植;二是市场经济的客观规律和根本特征决定了法律移植的必要性;三是法律移植是对外开放的应有之义;四是法律移植是法制现代化的必然要求^[4]。公丕祥教授则从人类文化交流的角度肯定了法律移植的作用,认为法律移植一定程度上推动了法律的国际化进程^[5]。国外也有学者看到了法律移植的作用,如法国法学家勒内·罗迪埃提出:“各种法律制度可以表明,法律形式从表面上看是不相同的,但其中却蕴藏着一种法律制度的真实的共同体。”^[6]从上述论断来看,肯定法律移植的学者们认为:“人类文明虽然处于不同时空条件之下而创造和累积而成,但由于不同民族的人们会遇到共同性的问题,特别是市场机制成为世界经济的主要机制之后决定了一国建构本国市场经济法律体系过程中尽可能吸收和采纳市场经济发达国家的立法经验的必要性。”^[7]总而言之,法律的普遍性是法律移植的根本原因,是法律发展的必然规律。具体到海南自贸港法规的立法活动,海南自由贸易港建设与其他知名自贸港的建设是具备共通性的,海南自贸港建设与其他国家、地区的自贸港建设会面临一些共同性问题,如:如何构建法治化、国际化、便利化的营商环境和公平统一高效的市场环境。在面临这些共同性问题时,海南自贸港法规必须汲取世界知名自由贸易港的相关立法经验,进行大量的法律移植活动。

第二,法律的特殊性决定了法律本土化的必要性。如果说法律的普遍性为法律移植提供了可能,那么法律的本土化就是为移植的法律提供在特定的语境下存在的基础。正如孟德斯鸠所说:“为某一国人民而制定的法律,应该是非常适合于该国的人民的;所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”^[8]孟德斯鸠的话揭示了法律的特殊性,即单纯进行移植就能完美融入另一个语境的法律是罕见的,法律移植常常会出现“水土不服”的现象。因而,立法者在行使海南自贸港法规立法权的过程中不能只关注法律的普遍性而忽略其特殊性。海南自贸港是第一个社会主义的自由贸易港,海南建设自贸港的自然和人文条件都有着不同于其他自由贸易港或自由贸易区的特殊性,因此,在进行海南自贸港法规的立法工作时,除了大量引进法律规则与制度之外,还要结合我国和海南自贸港的现实情况对引进的立法原则及具体制度进行本土化的变通和适应性调整。

(二)中观层面:立法原则的普遍性借鉴与本土化变通

立法原则是立法工作的起始点。“立法原则实际上就是立法中的法理,是立法主体据以进行立法活动的重要准绳,是立法指导思想在立法实践中的重要体现,是国家立法意识和立法制度的重要反映。”^[9]^[29]有鉴于此,海南自贸港法规的立法活动必须遵循依法立法、科学立法、互利共赢三个立法原则。

1. 依法立法:坚持遵循国内法与引进国际经贸规则并行

依法立法原则是立法工作中普遍存在的原则。立法者所进行的所有工作都应当被纳入法治轨道。“只有立法者自身服从法治的条件下,立法才能托付给立法者。”^[10]在传统的定义中,一般认为依法立法原则的内涵有三:立法权的来源及行使有法可依;规范立法制度和立法活动充分反映人民意愿、保障民众权利;违反依法立法原则的立法行动和行为都要依法受到法律追究^[9]^[20]。但是,笔者认为,基于海南自贸港法规的“开放”属性,对于依法立法原则可以作出更为广义的理解,将“法”理解为包括国内法与国际先进经贸规则在内的广义上的“法”。即海南自贸港法规的创立不仅需要遵循国内法的规定还需要引进、吸收先进的国

际经贸规则,以期实现对接国际先进经贸规则的目标。据此,依法立法原则对海南自贸港法规的立法活动提出了以下几项基本要求:

第一,遵循国内法立法的一般规律。首先,海南自贸港法规立法需依据宪法立法,立法权的行使和立法程序的运行要遵循宪法,以此保证宪法确立的制度和原则得以落实。其次,海南自贸港法规的创立不得违背法律体系的规律,应当维护国家法制统一。出于便利海南自贸港建设的考虑,《海南自贸港法》给予了海南自贸港法规对中央立法进行广泛变通的权力,但同时也带来了破坏国家法制统一的隐患;因而,立法者应当从国家整体利益出发,维护国家法制统一,保持法律体系内部的和谐一致,提高立法质量。最后,海南自贸港法规的诞生需要依据法定立法权限、程序进行,立法机关要在法律权限内、按照法定程序进行立法活动。

第二,引进先进国际经贸规则。要实现《海南自贸港法》建立开放型经济新体制的立法目的,就不能单纯地将海南自贸港法规视为国内法,而应当将其看作国际法框架下的国内法创造。正如学者指出的:“虽然自由贸易港制度源于一国内部的法律创造,但在相应的法律设计过程中,为了保障具体规则能够满足本国商人和外国商人的切实需求,提升国际吸引力,制度设计者必然会重点考量、借鉴和引用国际通行规则和国际先进制度,国际化的法律创新是自由贸易港制度构建的核心。”^[11]故,立法者在行使海南自贸港法规立法权时,要树立国际合规意识,引进、借鉴、吸收先进的国际经贸规则,提升自贸港法规的“国际合规性”。

2. 科学立法:遵循自贸港立法的普遍经验与切合海南自贸港的本土特色并重

科学立法的内涵及立法的科学性标准在理论界虽尚存争议,但是学者们普遍认可立法活动需要在尊重客观规律的前提下进行,普遍承认规律性应当成为科学立法的主要内涵之一^①。习近平总书记也强调:“科学立法的核心在于尊重和体现客观规律。”^[12]进一步认可了科学立法应当具备规律性内涵。

科学立法原则的规律性内涵决定了在进行立法之前必须考察特定立法事项背后存在的客观规律,在遵循客观规律的前提下进行立法才能真正实现科学立法。就海南自贸港法规而言,要切合科学立法原则的规律性内涵就要考察自贸港立法背后的客观规律,笔者认为,海南自贸港法规需要遵循的规律包括世界自由贸易港立法的普遍性规律及海南自贸港立法的本土化规律。

第一,海南自贸港法规应当符合世界自贸港立法的普遍经验。海南并非自贸港建设的先驱,在此之前,新加坡、迪拜、中国香港等地都拥有世界知名的自由贸易港,作为自贸港立法的先行者,它们的经验值得借鉴。纵观世界知名自贸港的既往立法,不难发现,自由最大化是它们获得成功的共通经验,这对海南自贸港的建设具有重要的借鉴意义。自由贸易港的核心要素在于“自由”,“自由”的现实表现是自贸港贸易、投资、跨境资金流动、人员进出、运输来往的高度自由便利,这需要通过自贸港法规以法律形式保证市场发挥主要作用,摈弃父爱主义,理顺政府与市场的关系,减少政府对自由竞争的限制。

第二,海南自贸港法规的立法内容应当体现海南自贸港的本土特色。自贸港建设的普遍经验固然要遵循,但是海南自贸港的建设也有其特殊之处,在行使海南自贸港法规立法权时要将海南自贸港的本土特色纳入考量之中。党中央选择海南作为自贸港的建设之地、对外开放的压力测试之地,是因为海南有其独特的区位优势及地域特色。海南自贸港法规所进行的制度创新必须紧紧围绕国家赋予海南“四区一中心”的战略定位来谋篇布局,充分发挥海南自贸港的区位优势,并通过海南自贸港法规以立法形式将制度创新的成果固定下来,为海南自贸港建设创造开放的制度环境。

3. 互利共赢:以人类命运共同体理念指导立法

习近平总书记指出:“中国坚持对外开放的基本国策,坚定奉行互利共赢的开放战略,不断以中国新发展为世界提供新机遇,推动建设开放型世界经济,更好惠及各国人民。”^[13]海南自贸港并非海南地方的“试验田”,它是中国建设开放型经济新体制的重要平台,也是世界最高开放水平的生动示例。建设海南自贸港并非仅仅关乎海南一域的发展繁荣,其影响力也不应当仅限于中国,海南自贸港发展将为世界提供新机遇,海南自贸港建设的成果将惠及世界各国人民。因此,海南自贸港法规的立法不应该将目光拘泥于一家

① 多位学者认可尊重客观规律是科学立法的重要内涵。参见刘松山. 科学立法的八个标准[J]. 中共杭州市委党校学报, 2015(05): 80-89; 崔英楠. 从立法科学化到科学立法[J]. 新视野, 2010(02): 61-63; 冯玉军, 王柏荣. 科学立法的科学性标准探析[J]. 中国人民大学学报, 2014, 28(01): 92-98; 裴洪辉. 合规性与合目的性: 科学立法原则的法理基础[J]. 政治与法律, 2018(10): 57-70等。

一户之得失,立法者要在互利共赢原则的指导下,秉持人类命运共同体理念行使海南自贸港法规立法权,平等地为各国商事主体提供发展机遇。

(三)微观层面:规范创制的国际化经验与适应性调整

正如前文所言,海南自贸港法规的“开放属性”意味着要建立开放型经济新体制,其目标是实现更大范围、更宽领域、更深层次的全面开放。海南自贸港法规要体现其“开放属性”就必须做到规范内容有利于海南自贸港的开放对象的增多,有利于海南自贸港开放的产业领域的扩宽,有利于海南自贸港推进边境内开放、实现制度型开放。实现上述三个有利于就要求海南自贸港法规在创立时必须借鉴、引进国际先进经贸规则和世界知名自贸港建设的成功经验。然而,他山之石纵然可以攻玉,但海南自贸港的建设基础、战略定位、建设目标有其自身的特殊性,立法者在借鉴先进的国际经贸规则实现更大范围、更宽领域、更深层次的全面开放的同时,还要基于海南自贸港自身的现实状况考虑对引进的经贸规则进行本土化的调整。

1. 贸易规则创制的国际经验与海南自贸港法规的适应性调整

第一,降低贸易自由化门槛,实现更大范围的全面开放。

首先,“零关税”是海南自贸港货物贸易自由化的抓手及起点。《总体方案》指出:“对货物贸易,实行以‘零关税’为基本特征的自由化便利化制度安排。”^①为了实现货物贸易的自由化,高水平的经贸协定都采取了大幅削减关税的做法。如针对货物贸易的关税问题,RCEP与CPTPP都采取了“零关税+负面清单”的模式,承诺在一定年限内实现绝大部分商品零关税,只是CPTPP的免税规模更大,但二者的免税规模都达到了90%以上^②。除了上述高标准的国际经贸协定,世界上许多知名自由贸易港也采取“零关税+负面清单”的模式促进货物贸易自由化的实现。如香港就规定除少数特定商品外,对其余货物均实行零关税政策^③;新加坡也采取类似做法,除特定的进出口商品外,其余商品一律免征关税^④。

由此可知,“零关税+负面清单”的关税安排有利于降低货物贸易自由化的门槛,实现更大范围的全面开放已经成为一条成熟的国际经验,海南自贸港法规在进行货物贸易规范内容立法时应当加以借鉴。事实上,《海南自贸港法》的确引进了这条先进的国际经验,但是鉴于海南自贸港现有的发展水平和战略定位,选择了以渐进式的方式实现“零关税”的目标,规定在自贸港封关运作前对部分商品实行免征关税;封关后则按照普遍的先进的国际规则实行“零关税+负面清单”的管理模式^⑤。《海南自贸港法》对海南自贸港的关税制度作出了大框架的安排,并指明了最终应当实现的“零关税”目标。海南自贸港法规应当在《海南自贸港法》现有立法的基础上,在实现“零关税”目标的指引下,结合国家税制改革方向,建立更为具体的、符合需要的海南自由贸易港税制体系。

另外,不同于货物贸易规则,降低服务贸易自由化的门槛、实现更大范围开放的关键在于服务贸易对外开放模式的选择。常规的服务贸易对外开放模式包括正面清单模式与负面清单模式两种模式,其中,相较于正面清单,采取负面清单模式是国际社会普遍认可的未来发展方向。在服务贸易对外开放模式的选择上,高水平的经贸协定大都采用了负面清单模式,如CPTPP协议成员国全部采用负面清单模式,而RCEP协议则受制于各成员国之间发展水平的差异采取了正面清单与负面清单结合的模式,部分成员国采取正面清单模式、部分采取负面清单模式^⑥;世界其他知名自由贸易港,如香港、迪拜以及新加坡都采取了负面清单模式来降低服务贸易自由化的门槛。

立法确立跨境服务贸易负面清单的对外开放模式有利于促进服务贸易自由化的实现是国际服务贸易立法的先进经验,海南自贸港法规吸收了这一普遍经验。在《海南自贸港法》中就明确了要制定跨境服务贸易负面清单来对跨境服务贸易进行管理^⑦。《海南自由贸易港优化营商环境条例》进一步规定要落实海南

① 参见中共中央、国务院下发的《海南自由贸易港建设总体方案》,中发〔2020〕8号,2020年6月1日。

② RCEP最终实现零关税的货物税目比例为90%左右,而CPTPP的比例则将高达95%以上。

③ 参见《海南自贸港法》第28条、第29条。

④ 由于各国发展水平的差异,RCEP成员国中,澳大利亚、韩国、日本、文莱、印度尼西亚、马来西亚和新加坡7个国家采用了负面清单模式;中国、泰国、越南、缅甸、老挝、新西兰、柬埔寨、菲律宾则采用正面清单模式,并承诺将在协定生效后6年内转为负面清单模式(其中柬埔寨、老挝和缅甸承诺15年后转为负面清单模式)。

⑤ 参见《海南自贸港法》第17条第1款:“海南自由贸易港对跨境服务贸易实行负面清单管理制度,并实施相配套的资金支付和转移制度。对清单之外的跨境服务贸易,按照内外一致的原则管理。”

自由贸易港跨境服务贸易负面清单管理制度,对清单外事项按照境内外一致原则实施管理^①。《海南自由贸易港公平竞争条例》规定海南自贸港跨境服务贸易负面清单以外的领域,境内外服务提供者依法平等参与市场竞争^②。跨境服务贸易负面清单模式有利于促进服务贸易自由化的实现,有利于构建良好的营商环境和市场环境,让更多跨境服务贸易提供者参与到海南自贸港的建设中来,最终实现更大范围的开放。

第二,破除贸易便利化壁垒,达成更深层次的全面开放。

首先,破除货物贸易便利化壁垒的核心在于建立一个高效的海关报关、通关体系。总览国际先进经贸规则,基本都对海关管理流程作出了细致的规定。如CPTPP协定规定:“货物采用或设立快速海关程序,同时保持适当海关监管和选择。”^③RCEP协议则规定:“海关应当以简化海关程序便利贸易为目的,审查其海关程序。”^④除了高水平的经贸协定外,世界其他知名自由港建设海关报关、通关体系的经验也值得我们参考。中国香港就拥有十分简便的进出口报关手续。“除豁免报关的商品外,承运人只需于货物输入或输出后14日内向海关详细呈报进口或出口商品的所有付运资料和进/出口报关单。”^⑤以新加坡港为例,作为全球第二大集装箱港,新加坡港的海关报关业务十分繁忙,但是新加坡港有着高效的通关服务。新加坡自由贸易区政策规定:除了药品等需要出具许可证的商品,进出口货物在入关时只需填写和核验相关单证即可。此外,新加坡港国内和国际信息共享的全面信息化管理,使得调度和通关时间被控制在数十秒乃至十秒内,大大提升了报关效率^⑥。

由此可见,建立一个高效的海关报关、通关体系是破除货物贸易便利化壁垒的核心环节。海南自贸港的建设也吸收、借鉴了这一经验,并作出了符合本土特色的适应性调整。《海南自由贸易港优化营商环境条例》第8条明确自贸港落实通关便利化政策,精简通关证件简化通关手续,这与自贸港建设的普遍经验十分吻合;除此之外,海南自贸港法规基于自身特色,创造性地提出建设国际贸易“单一窗口”,大大提升了通关效率。可以说海南自贸港的通关便利制度安排已经达到了国际先进水平,笔者认为,在有关通关程序的立法中,海南自贸港法规可以进一步作出细化规定,如提出加强海关的信息化管理,进一步提升通关效率。

另外,破除服务贸易便利化壁垒的关键在于“准营”即边境内的规则安排。不同于规制对象主要是边境措施的货物贸易规则,服务贸易规制对象主要是边境内措施,主要内涵包括国民待遇及透明度。国民待遇是指给予境外服务提供者不低于本国同类服务提供者的待遇,国民待遇的根本要求就是保证境内外的服务提供者得到同等待遇、一视同仁,这也意味着监管一致性需要得到保证。而透明度则是指无论企业的资本性质如何,在不影响安全的前提下,只要是出于市场经济活动的需要,与服务贸易有关的法制、政策、制度和规则应当全部公开透明。国民待遇及透明度是服务贸易规则的重要内容,在世界主要的双边和区域贸易协定中都有所涉及,如RCEP和CPTPP协定中有关服务贸易的章节都有关于国民待遇^⑦及透明度的规定^⑧,此外,CPTPP协定也在第25章中对监管一致性作出了专章规定,但是RCEP协定对此并无规定。

当前高水平的国际经贸协定都将国民待遇及透明度作为促进服务贸易便利化的重要内容,可见其重要性。海南自贸港的立法者也注意到了这一点,早在《总体方案》中就明确了给予境外服务提供者国民待遇……在告知、资格要求、技术标准、透明度、监管一致性等方面进一步规范影响服务贸易自由便利的国内规制^⑨。这是一个较为粗略的规定,截至目前,后续推出的海南自贸港法规中并未对上述规定加以细化,笔者认为,海南自贸港法规应加快服务贸易实行的检验检疫、技术标准等与国际化标准、技术标准的对接,并对信息的透明程度等作出符合国际标准的规定,以消除不必要的贸易壁垒,减少标准的区域化差异,提升透明度。

① 参见《海南自由贸易港优化营商环境条例》第7条第2款:“政府及有关部门应当落实海南自由贸易港跨境服务贸易负面清单管理制度,对清单外事项按照境内外一致原则实施管理,并推进扩大跨境服务贸易对外开放领域。”

② 参见《海南自由贸易港公平竞争条例》第15条第2款:“海南自由贸易港实行跨境服务贸易负面清单管理制度。负面清单以外的领域,境内外服务提供者依法平等参与市场竞争。”

③ 参见CPTPP协议第5.7条第1款。

④ 参见RCEP协议第四章第7条。

⑤ 参见RCEP协议第八章第3条及CPTPP协议第10.3条第1款。

⑥ 参见RCEP协议第八章第10条及CPTPP协议第10.11条。

⑦ 参见《总体方案》二、制度设计(一)贸易自由便利2.推进服务贸易自由便利。

除了边境内的制度安排之外,实施与跨境服务贸易配套的资金支付与转移制度也是消除服务贸易壁垒的重要内容。例如中国香港就实行完全自由的汇兑制度。香港的货币市场和资本市场高度开放,外汇、黄金和钻石在香港自由进出,各种货币在香港自由交易和交换。此外,新加坡也拥有十分自由的金融环境,所有支付形式或资金转移不受外汇监管手续和审批的约束。

通过中国香港、新加坡的经验不难得知自由的货币兑换及资金流通对于跨境服务贸易的便利化起着举足轻重的作用。《海南自贸港法》明确了海南自贸港实现金融业开放的目标,规定海南自贸港要建立适应高水平贸易投资自由化便利化需要的跨境资金流动管理制度,但也明确指出实现海南自贸港与境外资金的自由便利流动并非一日之功、必须循序渐进^①。海南自贸港法规目前尚未对如何实施与跨境服务贸易配套的资金支付与转移制度作出进一步规定。笔者认为,海南自贸港法规应当积极探索更加灵活的金融政策体系、监管模式、管理体制,但是基于海南自贸港目前抗击金融风险的能力考虑,不宜照搬中国香港、新加坡完全开放的金融规则,这种制度探索只能在坚持不发生系统性金融风险的前提下进行。

2. 投资规则创制的国际经验与海南自贸港法规的适应性调整

第一,降低投资自由化门槛,实现更大范围的全面开放。

市场准入限制和外商投资准入限制是阻碍投资自由化实现的门槛。在市场准入制度方面,不同的自贸港采取不同的做法,如中国香港地区就实施了完全自由的市场准入政策,对港内外投资者一视同仁。外商投资准入方面,高水平的经贸协定如RCEP、CPTPP、CETA都采用了准入前国民待遇+负面清单的自由化模式。所谓准入前国民待遇+负面清单模式是指除了负面清单中列出的禁止外国投资的部门外,给予投资者在设立、取得、经营、出售或其他处置方面全过程的国民待遇。新加坡、迪拜等地都对外商投资准入都采取了准入前国民待遇+负面清单的自由化模式。

由此可见,只有降低市场准入和外商投资准入门槛才是扩大投资主体范围、实施更大范围的全面开放的“康庄大道”。海南自贸港要提高开放水平,就要吸取这一国际经验并将其应用在海南自贸港法规中。《海南自贸港法》规定海南自贸港实行市场准入承诺即入制,对外商投资则实行准入前国民待遇加负面清单管理制度^②;《海南自由贸易港优化营商环境条例》进一步明确要落实海南自由贸易港外商投资准入负面清单、海南自由贸易港放宽市场准入特别清单管理制度,全面推行极简审批投资制度,推行市场准入承诺即入制,提升市场主体准入准营便利度^③。为了落实《海南自贸港法》和《海南自由贸易港优化营商环境条例》的制度安排,国务院发改委和商务部制定了《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》,海南省政府则制定了《海南自由贸易港实施市场准入承诺即入制管理规定》,从上述制度安排来看,我国投资市场准入制度和外商投资准入待遇已经达到一个较高的水平,特别是市场承诺即入制的制度设计充分展现了海南自贸港的制度优越性。但是海南自贸港外商投资准入负面清单的制定水平尚不理想。虽然相较于《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2021年版)》和《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2021年版)》,《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》在采矿业等领域没有关于外资投资准入的禁止性规定、在教育等领域外商投资的限制也相对较少,但其版本陈旧,未能及时更新,不能充分显示出海南自贸港的特殊性和海南自贸港的制度优越性。因此,国务院有关部门应当尽快会同海南省制定新的特别适用于海南自由贸易港的外商投资准入负面清单,减少海南自贸港对外商投资准入之限制。

第二,破除投资便利化壁垒,达成更深层次的全面开放。

如果说投资自由化条款破除了国际投资中的市场准入门槛等硬壁垒,投资促进与便利化条款则是为了破除国际投资中的软壁垒,打造公开、透明、可预期的投资环境所设置。国际先进经贸规则中投资促进与便利条款主要包括营造必要的投资环境、简化投资申请及审批程序、促进投资信息的传播、为投资者提

① 参见《海南自贸港法》第50条:“海南自由贸易港坚持金融服务实体经济,推进金融改革创新,率先落实金融业开放政策”;第51条:“海南自由贸易港建立适应高水平贸易投资自由化便利化需要的跨境资金流动管理制度,分阶段开放资本项目,逐步推进非金融企业外债项下完全可兑换,推动跨境贸易结算便利化,有序推进海南自由贸易港与境外资金自由便利流动。”

② 参见《海南自贸港法》第18条、第19条、第20条。

③ 参见《海南自由贸易港优化营商环境条例》第9条。

供高效的公共服务^①。简化投资申请及审批程序是投资促进及便利化的核心环节。传统的做法往往是通过简化投资设立的申请和审批程序来实现投资便利化。如新加坡和迪拜自贸区的企业注册全部手续只需跑一次,对企业注册资本要求较为宽松;中国香港企业注册手续可全部在线上进行处理,甚至对企业注册资本金没有限制^②。

由此可见,要破除投资便利化壁垒,实现更深层次的全面开放就必须简化投资申请及审批程序。故而《总体方案》规定建立以电子证照为主的设立便利^③。《海南自由贸易港优化营商环境条例》在《总体方案》的基础上做出了细化规定,明确政府及有关部门应当高标准建设国际投资“单一窗口”,为投资设立提供全流程服务^④。在借鉴贸易便利化国际经验的同时,海南自贸港依据自身建设现状,将简化投资申请及审批程序扩展到了经营、注销等全部环节。使得程序优化遍及投资领域从“生到死”的整个过程,激发投资主体活力破除投资便利化壁垒,达成更深层次的全面开放。

3. 加强自贸港法规重点领域立法,实现更宽领域的全面开放

正如前文所述,所谓更宽领域的全面开放是指开放的产业领域的扩宽。纵观世界知名自贸港的建设经验,自贸港依据自身建设基础及战略定位扩宽、升级开放的产业领域是成功建设自贸港的一条有效路径。以中国香港地区为例,1841年,英国占领香港后,宣布香港为自由港,经过一百多年的发展,香港已经从一个单一的转口贸易港发展成为综合性、多样化的自由贸易港^④。在香港自由港开放产业转型升级的过程中,立法发挥了重要作用。香港通过立法设立了自由的贸易、企业、人口流动和金融制度,解除了香港发展现代服务业、高新技术产业的限制,为香港建成综合性自贸港铺平了道路。

国际知名自由贸易港的实践经验显示:要实现自贸港开放产业领域的扩宽与升级,从而在激烈的国际竞争中获得优势,就必须先解除束缚产业领域发展的缰绳。具体到海南自贸港,中央12号文件指出:“海南自由贸易港建设……不以转口贸易和加工制造为重点,而以发展旅游业、现代服务业和高新技术产业为主导。”《海南自贸港法》指出旅游业、现代服务业、高新技术产业以及热带特色高效农业等是海南自贸港的重点发展产业^④。可见,旅游业、现代服务业和高新技术产业以及热带特色高效农业是海南自贸港重点发展的产业,而它们的发展状况都与人员往来和资金流动的自由化便利化程度、知识产权的保护力度成正比,因此,海南自贸港法规应当加强促进人员往来、资金流通自由便利和知识产权保护领域的立法。截至目前,海南自贸港已经出台了《海南自由贸易港优化营商环境条例》《海南自由贸易港安居房建设和管理若干规定》《海南自由贸易港知识产权保护条例》《海南自由贸易港科技开放创新若干规定》等海南自贸港法规,建立了一套既与国际接轨又体现中国特色,符合海南定位的人才的引进、认定、使用、出入境、停居留和待遇保障机制以及知识产权保护机制。在后续的海南省自贸港法规的立法活动中,要进一步加强重点领域立法,促使海南自贸港开放的产业领域不断扩宽、升级,实现更宽领域的开放。

四、结 语

海南自由贸易港法规的立法目的和价值取向决定了海南自贸港法规是开放法,开放是海南自由贸易港法规的基本属性。在开放属性的指导下,从宏观层面立法思路的开放、中观层面立法原则的开放、微观层面具体规范内容的开放三个维度展开海南自贸港法规的立法活动,使得海南自贸港法规做到有利于海南自贸港实现更大范围、更宽领域、更深层次的全面开放,最终实现确立开放型经济新体制的立法目的。

参考文献:

[1] 王建学,张明.海南自贸港法规的规范属性、基本功能与制度发展——以《宪法》和《立法法》为分析视角[J].经贸法律评论,2021(04):1-15.

① 参见RCEP协议第十章第17条。

② 参见《总体方案》二、制度设计(二)投资自由便利6.创立完善投资自由制度。

③ 参见《海南自由贸易港优化营商环境条例》第10条:“政府及有关部门应当高标准建设国际投资‘单一窗口’,对投资咨询、代办服务、设立公司、外汇登记、银行开户、项目建设及其他事项办理等投资全链条,提供全流程服务。”

④ 参见《海南自贸港法》第38条:“国家支持海南自由贸易港建设开放型生态服务型产业体系,积极发展旅游业、现代服务业、高新技术产业以及热带特色高效农业等重点产业。”

- [2] 迟福林. 强化创新意识 推动海南自贸港立法[N/OL]. 经济参考报,(2020-08-17)[2022-12-14].http://www.jjckb.cn/2020-08/17/c_139295460.htm.
- [3] 张二震,戴翔. 更高水平开放的内涵、逻辑及路径[J]. 开放导报,2021(01):7-14.
- [4] 张文显. 继承·移植·改革:法律发展的必由之路[J]. 社会科学战线,1995(02):9-17.
- [5] 公丕祥. 国际化与本土化:法制现代化的时代挑战[J]. 法学研究,1997(01):87-100.
- [6] 罗迪埃. 比较法导论[M]. 徐百康,译. 上海:上海译文出版社,1989:55.
- [7] 王桂艳. 法律移植与本土资源关系的理性思考[J]. 现代财经(天津财经大学学报),2005(12):66-69.
- [8] 孟德斯鸠. 论法的精神:上[M]. 张雁深,译. 北京:商务印书馆,1961:6.
- [9] 张文显. 法理学:第5版[M]. 北京:北京大学出版社,1989.
- [10] 拉德布鲁赫. 法律智慧警句集[M]. 舒国滢,译. 北京:中国法制出版社,2001:50.
- [11] 范健,徐璟航. 论自由贸易港制度的法律属性——兼论“中国海南自由贸易港法”创制的本土化与国际化[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2019,56(06):43-52+158-159.
- [12] 习近平. 关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明[N]. 人民日报,2014-10-29(2).
- [13] 习近平. 高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[J]. 中华人民共和国国务院公报,2022(30):4-27.
- [14] 胡方. 国际典型自由贸易港的建设与发展经验梳理——以中国香港、新加坡、迪拜为例[J]. 人民论坛·学术前沿,2019(22):30-37.
- [15] 商务部国际贸易经济合作研究院课题组,邢厚媛. 中国(上海)自由贸易试验区与中国香港、新加坡自由港政策比较及借鉴研究[J]. 科学发展,2014(09):5-17.
- [16] 吴士存. 海南自由贸易港未来及全球定位[M]. 广州:广东人民出版社,2021:58.

[责任编辑:王 怡]

On the Attribute of Opening-Up of Laws and Regulations of Hainan Free Trade Port

TONG Guang-zheng, ZHAO Shi-min
(Law School, Hainan University, Haikou 570228, China)

Abstract: The *Hainan Free Trade Port Law of the People's Republic of China* confers on the Hainan Provincial People's Congress and Its Standing Committee the power to formulate the "Hainan Free Trade Port regulations (HFTP regulations)". It is of great theoretical and practical significance to clarify the basic attribute of HFTP regulations, which is directly related to the construction of the HFTP legal system. The value orientation and legislative purpose of HFTP determines that "opening-up" is the basic attribute of HFTP regulations, and their formulation must always adhere to the basic "opening-up" demand. At the macro level, HFTP regulations should adhere to the legislative thought that combines the legal transplantation and its localization. At the meso-level, the opening-up of legislative principles should be followed, namely the simultaneous undertaking of the general reference to legislative principles and their localized flexibilities. At the micro level, the opening-up of creation of legislative norms should be kept, drawing on the international experience and making adaptable amendments that match the actual needs of Hainan Free Trade Port in the creation of norms.

Key words: HFTP regulations; attribute of opening up; legal transplantation; localization