

论制定自贸港(区)法规的技术性原则

——以海南自由贸易港法规建设为中心的考察

姚建宗* 张誉龄**

内容摘要: 自贸港(区)的法治建设是我国法治现代化进程中的新样态和新范式,海南自贸港及其自贸港法规属于其中的典范。《立法法》《海南自贸港法》授权海南“自由贸易港法规”的立法权,这是海南自贸港建设和持续优化法治化、国际化、便利化营商环境和公平统一高效的市场环境的根本要求,有助于推进形成以贸易投资自由化、便利化为重点的高效完备的自贸港法规体系。基于立法的基本原理,从形成和维护具有内在统一性的海南自贸港法规体系考虑,制定海南自贸港法规,应当坚持并遵循自由化与有效必要规制相结合、充分便利与简约高效相结合、借鉴移植为主自主创新为辅的技术性原则。

关键词: 海南自贸港法规;立法技术性原则;自由化与必要规制;充分便利与简约高效;借鉴移植与自主创新

中图分类号: D921.8

文献标识码: A

文章编号: 2095-7076(2023)02-0001-16

DOI: 10.19563/j.cnki.sdfx.2023.02.001

一、引言

改革开放新时期以来,我国的自贸区(港)建设,成就斐然,方兴未艾。自贸区(港)的建设是我国社会主义现代化进程中深化改革、探索创新的重要举措,自贸区(港)的法治建设则是推进自贸区(港)建设的重要方式,也是推进中国式法治现代化的重要环节,是中国式法治现代化的新形态和新范式。2020年,中共中央、国务院印发的《海南自由贸易港建设总体方案》(以下简称《海南自贸港方案》)提出,“支持海南逐步探索、稳步推进中国特色自由贸易港建设,分步骤、分阶段建立自由贸易港政策和制度体系”。2021年,第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过《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》),其中第10条规定“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(以下简称“海南自由贸易港法规”),在海南自由贸易港范围内实施。”2022年,

* 海南大学法学院教授,博士生导师。

**海南大学法学院法学理论专业博士研究生。

本文受海南省优秀人才团队“海南自由贸易港法律创新团队”资助。

中国共产党第二十次全国代表大会报告指出“加快建设海南自由贸易港,实施自由贸易试验区提升战略,扩大面向全球的高标准自由贸易区网络。”2023年,第十四届全国人民代表大会第一次会议修订通过的《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第84条规定“海南省人民代表大会及其常务委员会根据法律规定,制定海南自由贸易港法规,在海南自由贸易港范围内实施。”这实际上是创造性地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”的特殊立法权。“海南自由贸易港法规”既不同于一般的“地方性法规”,也不同于“经济特区”的“法规”,亦不同于普通的“自由贸易试验区”的“法规”,它是我国法律体系中一种崭新而特殊的“法规”类型。^①“海南自由贸易港法规”涉及海南自由贸易港政策和制度体系的方方面面,尤其是贸易、投资、财政财税、跨境资金流动、生态环境保护、人员进出、运输来往等自贸港建设的重要领域。海南自由贸易港政策和制度体系的建设作为我国新时代全面深化改革背景下,“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”的重要创新举措,不仅要“符合海南定位”,而且要“体现中国特色”。海南自贸港的定位是“成为引领我国新时代对外开放的鲜明旗帜和重要开放门户”,这就意味着,海南自由贸易港的法治化建设对于其他自由贸易区以及以后其他自由贸易港的建设,具有重要的探索意义和示范价值。因此,本文试图主要以海南自由贸易港作为考察中心,辅之以其他相关自由贸易区的情况作为比较参照,为我国自贸港(区)法规的法治化建设提供立法技术性原则方面的一般性、原则性实践经验和理论指引。

我国法学界对海南自贸港法规的相关问题已进行了比较深入的研究,但这些探讨要么主要集中于比较宏观的体制或治理结构问题,要么集中于具体法规及其具体制度问题,鲜见对海南自贸港法规立法原则的探讨。然而,正是对立法原则的坚守才能保障海南自贸港法规及其体系具有内在的统一性。根据《海南自贸港方案》的要求和《海南自贸港法》的相关规定,根据立法的基本原理,参考我国各自由贸易试验区的立法情况,“海南自由贸易港法规”应当在实质内容上满足《海南自贸港方案》和《海南自贸港法》的要求。为此,“海南自由贸易港法规”的制定必须坚持相应的立法原则。制定“海南自由贸易港法规”必须坚持的立法原则可以分为三大类,即基本原则、技术性原则和底线原则。本文仅就制定海南自由贸易港法规所必须坚持的技术性原则,即“自由化与有效必要规制相结合”“充分便利与简约高效相结合”“借鉴移植为主自主创新为辅”这三大原则展开分析阐释。

二、自由化与有效必要规制相结合原则

深入推进商品和要素流动型开放,加快推动规则等制度型开放,以高水平开放带动改革全面深化,是自由贸易试验区和自由贸易港建设的重要目标。根据《海南自贸港法》的专门授权,海南制定的自贸港法规的目的在于,在吸收世界上自由贸易港(区)和国内各自由贸易试验区立法经验的基础上,通过立法逐步减少企业资质、配额、数量、许可等贸易管理措施,推进自贸港贸易自由化,落实外商投资准入、放宽市场准入,实现自贸港投资市场全面开放,不断优化“低干预、高效能”的监管规则,坚决破除“过度规制”现象,营造公平的市场竞争环境,实现市场要素流动自由化,释放市场主体活力。同时,海南自贸港法规也应当坚持风险防控底线思维,逐渐完善与贸易和投资活动相关的数据流动、生态和公共卫生、国门生物、食品、商品质量等方面的风险规制规则,建立健全风险防控配套措施,在保障市场安全底线的前提下,推进自贸港市场的全面开放。

(一) 制定自贸港法规应该充分体现自由化原则

海南省人大及其常委会制定海南自贸港法规的职权,由全国人大常委会通过制定《海南自贸港法》授予,与国内其他自由贸易试验区法规相比,海南自贸港法规是一种创新的地方立法变通形态,赋予了海南

^①参见王建学、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》,载《经贸法律评论》2021年第4期,第3-5页。

更大的改革自主权。^①海南省人大及其常委会在遵循《宪法》和《立法法》基本原则的前提下,制定的海南自贸港法规不仅能够暂时调整适用有关法律规定,而且也可以对《立法法》中有关贸易和投资方面的保留事项进行相应规定。^②同时,为确保海南自贸港法规具体内容的正确性,《海南自贸港法》又以专章形式分别对贸易自由便利以及投资自由便利进行了授权内容的系统规定,海南省人大及其常委会对海南自贸港相关法规的制定应当在授权范围内,对《海南自贸港法》“贸易、投资”方面的内容进行细化、落实,通过地方立法将促进港内贸易、投资领域自由开放的顶层制度设计转化为海南自贸港相关法规的具体内容,为深入推进自贸港商品和要素自由流动提供开放型法规体系保障。

《海南自贸港方案》对海南自贸港的定位是“成为引领我国新时代对外开放的鲜明旗帜和重要开放门户”,《海南自贸港方案》在“总体要求”和“制度设计”部分,多次使用“聚焦贸易投资自由化便利化”“初步建立以贸易自由便利和投资自由便利为重点的自由贸易港政策制度体系”和“以贸易投资自由化便利化为重点”等话语表述,可见,“海南自贸港的制度创制首先要加强市场的开放和自由”^③。国际自贸港(区)制度建设的共同经验之一就是在自贸港(区)实行与所在国其他区域相区别的商业和监管规则,通过出台特殊的国际贸易、投资、税收和金融等方面的具体制度,减少阻碍生产要素流动的制度束缚,提高资源的市场化配置,从而打造更加自由高效的营商环境。^④因此,海南自贸港法规应当根据《海南自贸港法》专门性授权的立法事项积极开展制度创新,通过制定放宽市场主体准入限制、扩大外商投资经营的领域、衔接落实海南自贸港外商投资准入负面清单管理和海南自贸港放宽市场准入特别清单管理以及公平竞争等制度,推动促进贸易投资自由化、便利化具体规范的设定,加快对标世界高水平开放规则,深化以“放管服”改革为重点的政府职能转变,推动政府与市场的良性互动,持续优化营商环境,焕发市场活力和创造力,推进市场主体自由自主创造财富,更好带动自贸港经济快速繁荣。^⑤

1. 既有海南自贸港法规自由化原则的体现

目前,海南自贸港已经出台的《海南自由贸易港优化营商环境条例》《海南自由贸易港博鳌乐城国际医疗旅游先行区条例》《海南自由贸易港科技开放创新若干规定》《海南自由贸易港海口江东新区条例》和《海南自由贸易港药品进口便利化若干规定》等法规,规定了自贸港贸易投资自由化便利化的相关具体措施。

在货物贸易方面,海南自贸港实行“一线放开,二线管住,岛内自由”的管理制度,为推动“一线”放开区域内货物、物品的自由流动,海南自贸港法规着重于放宽货物贸易部分货物、物品的进出限制以及实施低干预、高效能的海关监管等举措,主要表现为货物贸易高效通关、建立海南自贸港国际船舶登记制度和强化事中事后监管等制度安排。同时,为提高服务贸易的自由程度,深化开放科技创新条件和打造科技合作开放高地,将开放的新发展理念与创新驱动发展战略紧密结合,海南自贸港放宽了技术贸易进出口经营者的资格范围,取消了对对外贸易经营者备案登记。^⑥为推动海南自贸港博鳌乐城先行区聚集发展高水平医疗服务机构建设,放宽了对在先行区内设立的医疗机构的境外资本股比的限制,鼓励境内外资本在先行区投资兴办医疗机构。^⑦

在投资方面,首先,海南自贸港注重落实外商投资准入负面清单管理和放宽市场准入特别清单管理等制度,相较于2020年由国家发改委和商务部发布的《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面

①参见王建学《改革型地方立法变通机制的反思与重构》,载《法学研究》2022年第2期,第38-39页。

②参见王建学、张明《论海南自贸港法规的备案审查》,载《河北法学》2022年第10期,第61-62页。

③韩龙、戚红梅《海南自由贸易港法(草案)的三维透视与修改建议》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2021年第2期,第39页。

④Emmanuel Laryea, Dennis Ndonga, Bosire Nyamori, Kenya's Experience with Special Economic Zones: Legal and Policy Imperatives, African Journal of International and Comparative Law, Vol. 2, 2020, pp. 173-174.

⑤参见谭波《海南自由贸易港法规的体系定位与衔接分析》,载《重庆理工大学学报(社会科学)》2021年第5期,第142-144页。

⑥参见《海南自由贸易港科技开放创新若干规定》第12条第3款。

⑦参见《海南自由贸易港博鳌乐城国际医疗旅游先行区条例》第16条第1款。

清单) (2020 年版) 》的规定,《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) 》取消了采矿业领域外资准入限制、在线数据处理与交易处理业务外资准入限制,放宽了部分商务服务业领域准入限制;其次,海南自贸港放宽了境外资本投资方式限制,已在部分先行区实行放宽外商直接投资、跨境融资、个人跨境交易等方面限制的政策;^①再次,海南自贸港构建了与其实体经济发展相适应的金融服务体系,优化财政扶持产业发展方式,不断完善有利于中小微企业融资的服务管理模式;^②最后,海南自贸港放宽了人才进出条件的限制,赋予部分区域在人才引进方面更大的自主权,允许具有境外职业资格的境外人员依照规定认定后直接在区域内依法提供服务,并且可以针对引进境内外高层次人才和急需紧缺人才,结合实际适当放宽文凭、年龄、职称等条件限制;^③积极顺应国际科技开放创新合作的发展趋势,深度融入全球科技平台,同时也放宽了境外人员参与政府科研任务限制,^④建立市场导向的人才机制,实行开放的人才和停留政策,打造人才聚集高地。

2. 海南自贸港法规贯彻自由化原则存在的主要问题及其改善路径

海南自贸港在“贸易、投资及相关管理活动”的法规体系建设上,已经形成了基本的框架,但是具体规范和制度还有较大完善空间。从海南自贸港法规的立法现状来看,相较于其他自由贸易试验区,海南自贸港法规涉及促进贸易、投资自由开放的规范未能表现出明显的制度优势,也未能充分体现海南自贸港的特殊性,存在与其他自由贸易试验区法规区分不明显,对《海南自贸港方案》《海南自贸港法》以及其他行政法规的内容落实不充分的问题。

第一,现行海南自贸港相关具体法规在货物贸易活动中,对于企业资质、配额、数量、许可等方面仍然存在较多限制,应当在尽快出台海南自贸港禁止、限制进出口货物、物品清单的同时,推进境外与海南自贸港之间货物、物品自由进出的制度安排。

第二,现行海南自贸港法规缺少与跨境服务贸易负面清单管理制度相配套的资金支付、转移制度和关于市场主体登记确认制的具体规定。一方面,海南自贸港法规应当尽快落实与跨境服务贸易负面清单管理制度相配套的资金支付和转移制度,可以参考《深圳经济特区前海蛇口自由贸易试验片区条例》中关于促进跨境货物贸易、服务贸易和新型国际贸易外汇收支与结算自由化的制度经验,进行简化贸易外汇收支单证审核、取消贸易外汇收入账户核查和特殊退汇业务登记手续等方面的制度探索,促进人民币或外汇自由汇入、汇出。^⑤另一方面,海南自贸港法规可以参考《上海临港新片区条例》中市场主体登记确认制的经验,将登记机关对市场主体提交的登记材料实行形式审查,最大限度将经营自主权交还于市场与企业,强化市场主体责任,深化投资市场的制度开放。^⑥

第三,现行海南自贸港法规缺少关于深化海南自贸港与粤港澳大湾区联动的专项条例。海南自贸港法规可以借鉴《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》《横琴粤澳深度合作区发展促进条例》中关于前海深港合作区与粤港澳大湾区联动发展的制度经验,通过立法促进粤港澳大湾区多种要素自由便捷有序流动。《海南自贸港方案》提到,海南自贸港应当体现中国特色,加强与东南亚国家交流合作,促进与粤港澳大湾区联动发展。这就要求海南自贸港应该尽快制定、颁布关于深化海南自贸港与粤港澳大湾区联动的专项条例,实现港区自由互动,提升海南自贸港的开放水平。现阶段,前海合作区和横琴粤澳深度合作区为落实高标准推进合作区营商环境建设改革的总体要求,将部分事项通过法规的形式进行立法转化,进一步完善贸易投资开放制度。比如,粤港澳电子签名认证机构能够在前海合作区联合设立机构,

①参见《海南自由贸易港博鳌乐城国际医疗旅游先行区条例》第 27 条。

②参见《海南自由贸易港优化营商环境条例》第 13 条第 1 款。

③参见《海南自由贸易港海口江东新区条例》第 24 条、第 30 条。

④参见《海南自由贸易港科技开放创新若干规定》第 13 条。

⑤参见《深圳经济特区前海蛇口自由贸易试验片区条例》第 23 条。

⑥参见《上海临港新片区条例》第 9 条。

并且提供互认服务;^①横琴粤澳深度合作区实行在“一线”按照规定实行合作查验、一次放行通关模式,依法实施卫生检疫,“二线”对人员进出不作限制等制度安排。^②

第四,《海南自贸港法》要求海南自贸港尽快进行海关监管创新,在贸易领域实施低干预的监管,但现阶段的海南自贸港法规的监管规定并没有对“低干预、高效能”的要求进行有效回应。应尽快在相关法规中对监管方式予以明确,强化事中事后监管,以立法促进自贸港高水平改革开放,推动港内市场要素自由流动,释放微观的市场主体活力,用公平开放透明的市场规则打造法治化营商环境。

(二) 制定自贸港法规必须坚持有效必要规制原则

现阶段,国内自贸区已基本形成从“正面清单”向“负面清单”立法思维的转变,从“重审批轻监管”向“松进严管”过渡,通过建立健全公平竞争审查制度和反垄断工作机制等制度创新,切实减少了政府对市场资源的直接配置,推动了市场自由竞争的有效实现。在市场自由竞争中,权力与权利两者是此消彼长的关系,权力的无序扩张与责任的自然放任会成为权利实现的阻碍。^③因而,正确把握“自由”与“规制”的关系是制定海南自贸港法规的基本前提。从制定海南自贸港法规的角度考虑,其中“规制”性条文的制定应当在坚持法制统一的前提下,维护市场竞争秩序、国家整体利益和社会公共利益,根据相应法律和行政法规,厘清政府与市场的关系,通过权力负面清单、公平竞争审查和管理责任机制等,排除行政主体权力滥用,实现市场要素自由化流动;同时防范重点领域的市场失灵风险,构建完整、有效、坚实的风险防控法规体系,保障市场要素的安全集聚,带动区内经济和社会的发展。海南自贸港要建立更加开放自由的市场,制定海南自由贸易港法规就应当在吸收国内自贸区成功经验的基础上,科学合理配置市场主体权利和义务、政府权力与责任,建立与海南自贸港建设相适应的行政管理体制,创新监管模式,探索更加谦抑高效的管理制度,为市场保留更大的作用空间。

1. 明确海南自贸港法规规制的必要性

制定海南自贸港法规必须摒弃自由和规制非此即彼的极端观念与做法,要坚持“两点论”与“重点论”结合,即自由化与有效必要规制合理兼顾,同时在这“两点”之中,自由化原则是重点,有效必要规制原则是辅助与保障。

首先,海南自贸港法规要进一步明确行政规制存在、运用的法定条件。政府对市场的干预应当是“行政权力的缺位将导致严重偏离社会公共目的并且严重影响社会公平正义”的前提下产生,^④海南自贸港法规中的规制性规定其本身需要具有积极效益。另外,行政规制权作为行政机关依法享有的直接限制市场主体的权利或增加其义务的权力,行政规制权内容的合法性,直接涉及行政规制权的设立与取得的合法性与合理性。海南自贸港法规作为一项授权性立法,其必须在遵循宪法和法律、行政法规基本原则的前提下,在授权立法事项范围内进行规制内容的设定。^⑤如果需要运用变通立法权对法律、行政法规进行变通规定,那么则需要遵守立法变通权的合法程序,对于法律、行政法规的规定作变通规定的,应当在报送备案审查中指明变通规定的情况,并且必须说明变通的理由,最大限度防止立法变通权的滥用,确保行政规制存在、运用的合法性、合理性。

其次,海南自贸港法规应该厘清行政规制的边界。构建合理的权力边界可以减少行政规制成本并且

^①参见《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》第49条。

^②参见《横琴粤澳深度合作区发展促进条例》第51条。其中横琴粤澳深度合作区的“一线”是指横琴与澳门特别行政区之间,“二线”是指横琴与中华人民共和国关境内其他地区(以下简称内地)之间。

^③参见胡鞍钢、过勇《从垄断市场到竞争市场:深刻的社会变革》,载《改革》2002年第1期,第21-23页。

^④江必新《论行政规制基本理论问题》,载《法学》2012年第12期,第25页。

^⑤王建党、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》,载《经贸法律评论》2021年第4期,第7页。

增强规制效益。^①海南自贸港法规可以通过建立权力清单、主动公开立法草案和建立信息发布平台等方式增强行政规制的透明度,通过责任设定厘清行政规制的界限,排除行政主体权力滥用,减少行政权力对市场活动的直接干预,更好发挥政府的公共服务职能和市场配置资源的决定性作用,实现市场要素的自由化流动。

最后,海南自贸港法规应该设立有效的行政主体责任机制。海南自贸港法规可以通过设立约束和规范性内容,减少地方保护、区域分割等行政性垄断,同时对行政复议程序予以细化,为因行政机关怠于履行职务或滥用职权的行为而造成的市场主体权益受损,提供充分有效的救济途径。

海南省人大及其常委会遵循《海南自贸港方案》的要求,按照《海南自贸港法》的明确授权,在地方立法层面出台的《海南自由贸易港公平竞争条例》,以专章的形式分别对公平竞争制度、公平竞争审查制度、影响公平竞争的行为以及相应法律责任予以了细化,构建了海南自贸港公平竞争体系的大体框架。但与国内其他自贸区相关法律法规相比,海南自贸港在推进市场公平竞争制度的探索过程中仍存在不少问题。以公平竞争审查制度为例,《海南自由贸易港公平竞争条例》在制度刚性约束方面的条款很多都是原则性、概括性条款,缺少具体措施的衔接,这可能导致无法真正有效地防止地方政府出台排除、限制竞争的政策措施,因此需要尽快建立公平竞争政策与产业政策协调的保障机制。在这方面,可以借鉴上海自贸区临港新片区的公平竞争审查制度,^②完善公平竞争政策宏观评估和实施方式,强化公平竞争政策实施的针对性和科学性,切实保障政府在市场中的中立地位。

2. 提高海南自贸港法规规制的有效性

规制的能力决定了开放的能力,伴随海南自贸港自由开放程度不断扩大,建立有效的风险防控规制体系也就显得尤为重要。《海南自贸港法》第10条第1款对“海南自贸港法规”立法权的行使范围进行了专门授权,即限于“贸易、投资及相关管理活动”,但“相关管理活动”是一个不确定性概念,《海南自贸港法》第10条也没有对其进行相应的范围界定。从字面解释来看,“相关管理活动”应当是限于与贸易、投资相关的管理活动,但由于海南自贸港管理活动的实施主体以及管理方式具有多样性和复杂性,海南自贸港具体法规对“相关管理活动”内容的规定不应仅限于《海南自贸港法》中贸易、投资专章的规定,还应包括在其他相关章节中与贸易、投资相关的管理活动。^③为此,与贸易和投资活动相关的数据流动、生态环境和公共卫生、国门生物、食品商品质量等方面的风险规制,可以分别考虑以如下方式进一步予以完善。

第一,在数据流动领域,海南自贸港为提高以数据为关键要素的数字经济发展,进一步提升国际间大数据的开发与共享,有序扩大通信资源和业务开放,扩大数据应用与相关产业融合,面对数据流动过程中所产生的可能风险,需要建立安全有序的数据流动管理制度。海南已出台了《智慧海南总体方案(2020—2025年)》,试点建设开放透明、安全可控的跨境数据流动监管体系,加强跨境数据流动的政策研究和风险预判,提升跨境数据的安全防护能力。现阶段与数据流动相关的自贸港法规中,仅有《海南省大数据开发应用条例》,其中数据流动风险防控方面的应对举措未被提及,需要尽快出台《海南自贸港数据流动风险防控条例》,对涉及自贸港关键信息基础设施定位范围、区域性跨境数据流动规则、数据保护原则、数据流动风险和跨境数据流动监管等方面进行明确。^④同时,需要配套建立正面清单管理制度及云端一体化安全防护体系,提升关键信息基础设施网络与信息系统安全防护能力。

第二,在生态环境保护领域,《海南自贸港法》提出海南自贸港实行最严格的生态环境保护制度,海南已出台《海南省生态保护红线准入管理目录》和《海南省生态保护红线管理规定》,前者为海南省生态保护红线内自然保护地核心保护区准入提供了明确的正面清单,后者则对生态保护红线区的管控措施予以细化。同时,为促进生态系统的保护与可持续,通过设置生态保护补偿机制调节相关者利益关系,通过补偿

①参见雷晓康、贾明德《市场经济中的政府管制及其创新》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2003年第1期,第49—56页。

②参见《临港新片区条例》第50条、《上海市优化营商环境条例》第64条。

③熊勇先《论海南自由贸易港法规制定权及其行使》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022年第8期,第59—60页。

④刘云亮《中国特色自贸港法规体系构建论》,载《政法论丛》2021年第6期,第22页。

来调动生态保护积极性。但是,对于《海南自贸港生态保护条例》留下的“空白地带”,海南自贸港目前缺乏一个统一的生态保护规则,应当对生态保护底线规则、自然资源高效利用制度、国土空间规划体系以及自然资源特许经营权等方面内容予以进一步明确;有关海洋生态环境保护和管理的具体制度,也亟需建立健全陆海统筹的生态系统保护、修复和污染防治区域联动机制,以保障陆海生态可持续发展。同时,海南自贸港还需通过制定《海南自贸港进出境环境安全条例》,加强对境外货物进出检验检疫和医疗废物等危险废物处理处置的规制与监管,更好防范外来物种入侵,提升突发生态环境事件应急准备与响应能力,加强生态风险防控。

第三,在公共卫生、国门生物、食品商品质量等领域,海南自贸港实行“一线放开,二线管住,岛内自由”的贸易进出口管理制度,在海南自贸港与中华人民共和国关境外其他国家和地区之间设立“一线”,“一线”进(出)境环节需要强化安全准入(出)监管,加强口岸公共卫生安全、国门生物安全、食品安全、产品质量安全管控。为此,海南已制定了《海南省产品质量监督管理条例》,但在食品安全、公共卫生安全和国门生物安全等方面均缺少专门的法规予以具体规制。其一,在食品安全方面,目前,海南仅在地方规章层面出台了《海南省食品安全地方标准管理办法》,难以有效解决食品安全监管部门体系不健全、食品安全监管效能较低等问题。随着海南自贸港进一步自由开放,对食品安全方面的风险监管需求也会明显增高。因此,海南自贸港有必要制定《海南自由贸易港食品安全条例》,明确对食品实行宽出口和严进口的监管原则;建立自贸港食品安全专业机构,配备专业技术能力强的执法队伍,减少对食品的“量”的监管,加强对“质”的监管;建立与社会信用管理机制相衔接的自贸港食品企业的诚信平台;加强进口食品检测能力,鼓励第三方机构参与进口食品检测等。^①其二,在公共卫生安全方面,海南已对突发公共卫生事件的紧急预案、紧急处理方式和相关人员法律责任等制定了具体实施办法,但在出境卫生检疫疾病病种清单、公共卫生风险监测预警机制、促进公共卫生风险化解与防治机制以及重大疫情救治体系等方面缺少相应规定。^②可以考虑制定《海南自贸港公共卫生风险防控条例》,同时加强与《中华人民共和国国境卫生检疫法》关于公共卫生监管内容的衔接,提升海南自贸港口岸公共卫生的防护能力。其三,在国门生物安全方面,^③海南自贸港还没有进行专门立法。随着海南自贸港精简审批和降低货物抽检率等货物贸易便利化通关举措的实施,海南自贸港动植物疫情、重大新发突发传染病和外来物种入侵案件数量逐年攀升,这对我国国门生物安全造成了威胁,也给我国国门生物安全防控带来了较大挑战。^④应当尽快对《中华人民共和国生物安全法》中防控重大新发突发传染病、动植物疫情及防范外来物种入侵与保护生物多样性的内容,在自贸港法规层面予以具体转化,通过明确动植物产品风险识别规则、生产企业风险管理制度、生物安全监测技术和建立检验检疫信息化平台等制度安排,^⑤加快将国门生物安全法律保障制度纳入海南自贸港法规体系之中。

三、充分便利与简约高效相结合原则

国内其他自贸区法规通过“负面清单管理”“单一窗口管理”“极简审批”以及“审批事权下放”等制

①参见周青杰、徐菲菲《第三方检测与我国食品安全监管体制优化》,载《食品科技》2010年第2期;郝丽娟《上海自贸区:着力打造检验检测认证平台》,载《质量与认证》2014年第5期;唐军、颜才植、陈伦超《美日欧发达国家食品检测机构的特点及其对我国的启示》,载《食品科学》2015年第17期;于杨曜、迟翔宇《社会共治:培育第三方食品安全机构的法律思考》,载《食品工业》2016年第11期。现阶段,许多国内自由贸易试验区的进口食品检测环节已经引入第三方检测机制,比如2015年7月,美安康质量检测技术(上海)有限公司在上海自贸区金桥片区注册挂牌,通过国际化的食品检测标准,为国内食品安全保驾护航。

②参见谭波《海南自贸港社会治理、法治制度、风险防控体系的一体化设计》,载《今日海南》2020年第10期,第26页。

③国门生物安全是指一个国家(或地区)为保护本国(本地区)生物、人体生命健康,通过实施具体的风险管理措施对通过出入境口岸的生物进行管制。

④参见唐新萍、谢玮、李昕《自由贸易区国门生物安全防控体系建设研究》,载《口岸卫生控制》2020年第3期,第28-29页。

⑤参见黄冠胜、赵连增、周明华《论中国特色进出境动植物检验检疫》,载《植物检疫》2013年第6期,第27-29页。

度,为自贸区贸易投资活动提供了充分便利;而以负面清单为主的事中事后监管机制改革,则有效提高了监管效率。海南自贸港法规应当提供更为便利化的贸易投资准入规则,建立更为简约高效的制度。充分便利原则与简约高效原则所指向的主要是,海南自贸港党政职能部门亦即公权力的实际行使者所提供的公共服务,这种公共服务不仅应充分便利、简约高效,而且应是积极主动的。

(一) 制定自贸港法规应当体现充分便利原则

《海南自贸港方案》强调,海南自贸港聚焦贸易投资自由化、便利化,充分运用现行法律制度和政策资源,建立与高水平自由贸易港相适应的制度体系。总体而言,海南自贸港法规的主要内容应该是依据《海南自贸港法》《海南自贸港方案》中关于促进贸易投资便利化的规范内容而进行特色性的细则化,以促进自贸港市场要素的便利化流动,比如通过“单一窗口”管理、外资主体设立便利、外资主体注销便利、尽职履责为主的破产便利等制度安排来实现。海南自贸港法规中关于促进贸易、投资便利的制度安排充分体现了以效率为优先价值的社会资源配置。社会资源配置要求选择最高效、最公平的配置方式,市场配置和政府配置作为社会资源配置系统里的重要子系统,通常基于效率的考虑,将市场配置作为优先选择更能实现社会资源高效流动,^①而在制度层面,往往通过转变行政机关对社会领域的计划和封闭性思维,而采用适度干预与多市场竞争机制和社会选择为导向的配置理念,才能创造最大的经济效益,进而推动社会、经济的持续发展。^②自贸港法规应当通过贸易投资便利化政策的具体运用与落实,不断优化行政管理职能和流程,合理向市场让渡权力,加快高端资本要素的港内聚集,实现市场主体有效配置资源以及内外市场深度融合。目前,海南省已经通过制定具体的自贸港法规在贸易投资领域建立了与国内自贸试验区相关法律法规确立的一些制度相对应的制度体系。

1. 既有海南自贸港法规充分便利原则的体现

首先,在货物贸易方面,为回应海南自贸港建设更高便捷性货物贸易通关的要求,海南自贸港在实行口岸收费项目目录清单公示制度的基础上,推进“单一窗口”应用管理,简化货物流转流程和手续,为市场主体减少贸易成本,提升通关便利性。^③同时,监管机关可以通过运用国际贸易中信息全流程采集和信息互换功能,为货物贸易监管过程中的监管互认和执法互助提供有力保障,实现货物通关管理的充分便利化。为提高货物运输来往的便利程度,海南自贸港积极对接国际船舶通例做法,实施临时船舶登记制度,当船东无法向船舶登记机构提交船舶登记申请的材料原件或者存在申请材料不齐全的情况时,可以按照《海南自由贸易国际船舶条例》的办理条件和流程先申请办理船舶临时登记,^④切实减少船东的登记成本,吸引更多国际船舶到海南登记,加快将海南自贸港打造成更有影响力的国际船舶登记中心。

其次,在投资方面,海南自贸港法规主要通过实行促进外资主体设立便利、外资主体注销便利、尽职履责为主的破产便利措施,建立透明、公平的投资规则等,推进投资便利化。一方面为促进外资主体设立便利,海南省出台的《智慧海南总体方案(2020—2025年)》提出,建立健全电子证照系统,推动海南省内各业务系统对接国家电子证照系统,实现市场主体的信息共享,统筹建设身份认证、电子证照和信用服务等业务协同支撑系统,为外资主体的设立提供便利。另一方面为促进外资主体注销便利、破产便利,海南自贸港出台了《海南自由贸易港市场主体注销条例》《海南自由贸易港企业破产程序条例》,《海南自由贸易港市场主体注销条例》通过明确适用简易注销范围、扩大简易程序的适用范围、缩短注销公示期和简化注销的申请材料等方式,畅通市场主体的退出渠道。《海南自由贸易港企业破产程序条例》以《中华人民共和国企业破产法》的基本制度为遵循,以改革破产审判机制为重要内容,以提高破产案件办理效率与质量为目的,明确适用简易程序的范围,缩短审理期限,采用更简便的送达方式和更灵活的会议召开及表决方

①参见张守文《政府与市场关系的法律调整》,载《中国法学》2014年第5期,第61页。

②参见马庆钰《国家治理视角下社会资源配置的优化》,载《云南行政学院学报》2020年第5期,第62页。

③参见《海南自由贸易港优化营商环境条例》第8条。

④参见《海南自由贸易国际船舶条例》第19条。

式,对简易程序向普通程序的转换作了明确规定,为市场主体的退出提供便利,有效地推动了市场资源的快速流转配置,及时释放市场活力。再一方面,海南在制定公开、透明、可预期的投资规则和投资便利政策时,将其与《中华人民共和国外商投资法》相衔接,在制定、修改、废止与市场主体生产经营活动密切相关的法规、规章、行政规范性文件时,坚持市场主体需求导向,充分听取相关市场主体、行业协会商会的意见,为投资主体的经营活动提供较多便利。

最后,在跨境资金流动方面,海南自贸港通过构建高水平的跨境投融资体系、打造与境外金融市场深度联通的离岸金融市场、建立高水平的跨境资金进出便利化机制和建立健全高质量的金融服务体系等制度安排,实现自贸港跨境资金的高效流动。海南自贸港为鼓励科技创新企业入驻港内,海南金融机构积极创新关于低利率、多种产权形式质押贷款的金融产品,并且优先为科技创新企业提供融资和担保等金融服务,为相关企业提供便捷的投融资渠道。^①同时,海南自贸港在洋浦经济开发区建设海南自由贸易港新型离岸国际贸易先行区,探索跨境投融资改革措施,推动离岸金融市场稳步发展;^②洋浦经济开发区内的企业或金融机构可以在依法合规的前提下自主地将境外资金用于港内或境外的经营投资活动之中。^③海南自贸港通过不断完善政府投资基金、贷款风险补偿、融资担保等方式为重点企业的融资项目提供金融服务,并且积极推进金融综合服务平台的构建,提高为市场主体提供涉融资对接的金融服务能力。

2. 海南自贸港法规践行充分便利原则存在的主要问题及其完善途径

第一,关于贸易的海南自贸港法规,存在“单一窗口”应用的适用范围有局限性等问题。在货物贸易方面,海南自贸港法规关于跨境口岸便利制度的规定主要体现在《海南自由贸易港优化营商环境条例》第8条,与《深圳经济特区前海蛇口自由贸易试验片区条例》对比,海南自贸港对国际贸易“单一窗口”应用的规定适用范围有较大的局限性。尽管《海南自由贸易港优化营商环境条例》第8条对“单一窗口”应用的适用范围与国内其他诸多自贸区法规的规定相似,^④但它没能凸显海南自贸港海关高效便捷监管的特殊性,可以参考《深圳经济特区前海蛇口自由贸易试验片区条例》第21条的内容规定,^⑤推动自贸港的国际贸易“单一窗口”应用范围从货物贸易逐渐向服务贸易领域拓展。在服务贸易方面,现行海南自贸港法规尚未真正破除跨境服务贸易中的跨境交付、境外消费、自然人移动存在的许多壁垒。服务业是国家经济发展的重要部分,服务贸易已经成为当前国际贸易竞争中的坚实支撑。2020年商务部印发的《全面深化服务贸易创新发展试点总体方案》要求,试点地区应当全面探索提升便利水平,从技术流动、资金流动、人员流动、数字营商环境四个方面探索便利化制度,构建有利于服务贸易自由化、便利化的营商环境。海南作为试点地区,需要尽快进行制度创新与政策衔接。2021年商务部发布了《海南自由贸易港跨境服务贸易特别管理措施(负面清单)(2021年版)》。现阶段,一方面,海南自贸港法规应当将海南自贸港跨境服务贸易负面清单的配套制度进行细化落实,吸引优质资本流入,推动海南自贸港区域经济的发展 and 产业升级。^⑥另一方面,海南自贸港法规还需要继续深化技术、资金、人员流动便利和数字营商环境便利部分的开放制度规定,尽快建立健全技术进出口管理体制和关于创新技术的公共服务体系,推进人民币在服务贸易领域的跨境使用,探索与数字经济和数字贸易发展相适应的人员流动的便利制度,构建对标国际高标准、高水平的数字营商环境,破除跨境交付、境外消费、自然人移动等服务贸易存在的壁垒,推动海南自贸港服务业的高质量发展。

第二,涉及投资的海南自贸港法规存在与上位法衔接不充分和透明度不高等问题。促进海南自贸港

①参见《海口国家高新技术产业开发区条例》第15条。

②参见《海南自由贸易港洋浦经济开发区条例》第24条。

③参见《海南自由贸易港洋浦经济开发区条例》第25条。

④参见《中国(辽宁)自由贸易试验区条例》第19条第1款、《中国(山东)自由贸易试验区条例》第25条第1款。

⑤参见《深圳经济特区前海蛇口自由贸易试验片区条例》第21条第1款。

⑥参见龚柏华《中国自贸试验区到自由贸易港法治理念的转变》,载《政法论丛》2019年第3期,第109-120页。

投资便利化的制度安排应当与国家促进投资的政策和规范紧密相连,《中华人民共和国外商投资法》颁布后,海南自贸港法规仅对其制定的相关法规的部分内容进行了修订,在法规新旧交替上仍存在较大滞后性。比如,《海南经济特区外商投资条例》规定的许多投资方式就存在与海南自贸港的建设目标不相符合等问题。^①同时,由于海南省地方性法规缺少有关外商投资透明度方面的相关立法经验,使得海南自贸港具体法规仍然存在投资信息透明度不高等问题,这降低了外商投资的可预见性。对此,海南在制定相关自贸港法规时应当依据《外商投资法》,对与上位法不相符的现行法规进行修改、解释和废止,加强自贸港外商投资运行管理与上位法的衔接,同时对《外商投资法》中有关投资信息透明度的规范予以细化。

第三,海南自贸港应当立足于海南实际金融市场情况进行金融制度创新。目前,《海南自由贸易港地方金融条例》正处在立法调研环节,我们认为,一方面,海南自贸港可以参考国内金融市场发展较好的自由贸易试验区的制度经验,依托于海南自由贸易账户(FT账户)建立本外币合一的银行账户体系、推进构建跨境人民币业务、联通香港人民币离岸中心建立本外币合一资金池账户、搭建打造海南自贸港的投融资对接平台以及健全跨境理财通机制等金融制度,^②提升自贸港跨境贸易投资、投融资结算的便利程度。另一方面,由于海南金融业基础薄弱,海南自贸港跨境资金流动改革还是需要保持谨慎态度,其开放需要一个过程,应当在宏观审慎框架下稳步推进实施相应的改革措施。要重视因海南自贸港实行的金融新业态服务制度和放宽融资限制的政策所可能带来的金融风险,预防港内企业根据实际融资需求自主决定跨境融资方式、金额和时机可能造成企业对外举债而形成突出的偿债危机,以及投机行为而导致的区域金融风险,坚决守住区域性、系统性金融风险的底线。^③

(二) 制定自贸港法规应当体现简约高效原则

根据《海南自贸港方案》的要求,海南自贸港作为全面深化改革开放试验区,要探索建立适应自由贸易港建设的、更加灵活高效的监管模式和管理体制,海南自贸港相关法规在这方面应当充分体现简约高效原则,即通过确认、保护、创造有效的经济运行模式,构建促进贸易投资市场要素流动便利化、高效化的制度体系,通过简化通关手续和审批流程,实现海南自贸港市场要素的高效流动,同时,以信用监管为基础、实行高效通关规则、与负面清单管理方式相适应的过程监管模式,降低影响市场要素流动的监管干预,实现市场资源从低效能向高效能的转变。

1. 既有海南自由贸易港法规简约高效原则的体现

第一,通关方面,2021年,商务部、海关总署等六部门联合发布《关于在海南自由贸易港试点放宽部分进出口货物管理措施的通知》,对于符合海南自贸港进口条件、标准的药品,取消了对《进口药品通关单》的办理,取消了海关在办理报关验放手续环节对《进口药品通关单》的核查。海南省人大常委会遵循《中华人民共和国药品管理法》《中华人民共和国药品管理法实施条例》的基本原则,运用海南自贸港法规立法权,以“小切口”立法形式,制定了《海南自由贸易港药品进口便利若干规定》,通过取消《进口药品通关单》,将药品进口申请备案时间提前至进口药品启运环节以及强化进口药品安全风险防控等具体举措,使得药品进口企业申报进口药品备案和通关更加便捷,缩短药品进口时效,进一步提升海南自贸港药品进口便利化水平。

第二,审批方面,为促进海南自贸港高水平开放发展,进一步优化营商环境、提升服务监管效能,海南在服务贸易领域简化行政许可,提高服务贸易监管服务的效能。比如,在博鳌乐城国际医疗旅游先行区内创办医疗机构,实行了简化医疗机构设置审批措施,不再核发《设置医疗机构批准书》,仅核发《医疗机构

①参见牛文杰《海南自贸区(港)投资便利化制度探析》,载《对外经贸实务》2020年第2期,第94页。

②参见《中国(广东)自由贸易试验区条例》第40条、第43条,《深圳经济特区前海蛇口自由贸易试验片区条例》第33条、第34条、第36条,《上海市外商投资条例》第23条。

③参见曹晓路《海南自由贸易港金融创新的法律规制》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2020年第3期,第38-44页。

执业许可证》,并对先行区医疗机构设置申请和甲类大型医用设备配备申请,可以一并审批。^①在跨境投资领域,鉴于海南存在的市场主体薄弱、市场活力不足等问题,除涉及国家安全、社会稳定、生态保护红线、重大公共利益等国家实行准入管理的领域外,海南自贸港逐渐放开投资准入限制,落实“非禁即入”,实行市场准入承诺即入制;除实行强制性标准的领域外,外商投资者遵守相关市场规定进行承诺并提交相关材料进行备案后,即可在自贸港内自主地进行生产经营活动,市场准入承诺即入制是提升海南自贸港的外资主体设立便利化的重要举措。^②同时,海南自贸港全面推行极简审批投资制度,完善投资促进和投资保护制度,建立企业服务平台,在实施强制性标准领域实行“标准制+承诺制”的投资制度,创新管理服务方式,简化投资流程,提高海南自贸港投资项目的审批效率。^③

第三,监管方面,海南自贸港着力构建以信用为基础的新型高效监管机制,即以信用监管为基础、与负面清单管理方式相适应的过程监管体系,制定实施了《海南自由贸易港社会信用条例》,力图建立健全以信用为基础的监管机制和守信激励失信惩戒制度,对监管对象进行分级分类监管,真正做到市场主体“守信无事不扰、失信严加监管”,通过简化具体监管流程,达到高效监管的目的。其中,建立守信激励机制和失信惩戒制度,是指在行政管理和公共服务中,对那些信用状况良好的信用主体,给予优先办理、简化程序以及降低抽查比例等激励措施,将失信主体纳入严重失信主体名单进行管理,在行政管理和公共服务中,对严重失信主体不适用信用承诺制等便利措施。守信激励失信惩戒制度能够有效地减少检查频次,对贸易投资活动的传统监管步骤进行简化,有助于推进建设符合自贸港快速良性发展的高效监管机制。

2.按照简约高效原则完善海南自贸港监管制度方面的法规

我国多个自贸区所实施的都是聚焦于事中事后监管的制度,即包括安全审查制度、反垄断审查制度、社会信用体系、企业年度报告公示和经营异常名录制度、信息共享和综合执法制度以及建立社会力量参与市场监督制度。^④但是,目前国内各自贸区法规在事中事后监管实践中也都存在配套法律法规缺失、制度创新碎片化和社会诚信体系不健全等问题。^⑤海南自贸港法规在进行事中事后监管的制度创新时,也必须对上述问题进行回应并拿出具有海南特色的解决之道。首先,海南自贸港可以通过制定自贸港专门的监管条例,明确监管主体、监管程序和监管范围等重要事项来解决监管机关执法中的上位法缺失问题,通过设置具体的高效监管规则为自贸港的高效执法提供合法性依据;其次,海南自贸港应当重视人工智能、大数据等科技辅助手段与事中事后监管的结合,通过自贸港的智能监管提高监管效率;最后,海南自贸港法规可以借鉴上海自贸区、广东自贸区法规中的事中事后监管流程中的信用风险分类监管与动态风险监管的制度经验,根据不同的信用评价等级采取差异化的风险预案,实现高效执法资源调配。^⑥

实际上,《海南自贸港方案》已经特别地对海南自贸港的监管方式作出了“过程监管”的创新性规定,相较于国内其他自贸区的“事中事后监管”,“过程监管”更强调事前、事中、事后的全程监管。事中事后监管方式是对事前审批方式的改变,自贸区按照“宽进严管”的总要求,对以往我国以事前审批为主的事前监管的改革创新,对外资准入、跨境服务贸易等领域通过负面清单方式取代之前的正面清单方式或审核制,有效降低了监管成本,提高了监管效率。自贸港的监管创新更加倾向于强调效率,并不意味着放开风险防控的底线,在自贸区的监管实践中可以发现,事中监管的核心是对市场主体经营过程中的动态风险管理,事后监管则多强调对侵权行为的纠错、惩处作用,往往是以事后责任原则对侵权行为进行处罚,以防止

①《海南自由贸易港博鳌乐城国际医疗旅游先行区条例》第33条。

②参见《海南自由贸易港优化营商环境条例》第9条。

③参见《海口国家高新技术产业开发区条例》第27条。

④陈奇星《强化事中事后监管:上海自贸试验区的探索与思考》,载《中国行政管理》2015年第6期,第25-26页。

⑤曹晓路、王崇敏《中国特色自由贸易港事中事后监管创新研究》,载《行政管理改革》2019年第5期,第39-40页。

⑥参见《中国(上海)自由贸易试验区条例》第39条、《上海市优化营商环境条例》第55条、《上海市社会信用条例》第16条、《上海市推进国际贸易中心建设条例》第35条、第36条、《中国(广东)自由贸易试验区条例》第7章。

同类行为的再次发生。基于自贸港因开放而面临的复杂风险,针对部分侵害行为所造成的社会性损害通过事后追责的方式进行惩戒,难以发挥事后监管的作用,这类行为更应该通过事前事中监管将风险预防置于其进入市场之前。现阶段,国内自贸区的监管制度创新主要集中在事中事后监管上,许多自贸区的总体规划文件中都有进行“与负面清单管理方式相适应的事中事后监管”的规定,^①从多个自贸区法规中关于“综合监管”或“综合管理”章节的内容也能够发现,其对监管方式内容的规定主要集中在事中事后监管。^②同时,自贸区法规普遍存在将“事前审批”“负面清单管理”与事前监管相混同的问题,忽略了事前监管中的其他管理方式,比如适用标准、禁令等事前监管方式。《海南自贸港方案》虽然没有对“过程监管”做出具体说明,但能够看出它对国内其他自贸区“事中事后监管”所出现的问题已有所重视。海南自贸港相关法规应当在总结国内其他自贸区法规中监管制度的经验与不足的基础上,对《海南自贸港方案》中的“过程监管”规定予以明确与具体化,着重考虑事前监管,通过事前监管将非适格者排除在自贸港之外,以标准监管或禁令的方式将风险控制在合理的程度和范围之内,并以信息公开的方式助推消费者做出更好的选择,以降低风险致损的概率和程度,通过构建“以预防式监管为主的事前监管和以纠错式监管为主的事中事后监管的联合机制”,推进高效监管,同时紧紧守住风险防控底线。^③

四、借鉴移植为主自主创新为辅原则

自贸港(区)在世界上很多国家和地区设立已久,那些较为先进成功的自贸港比如中国香港、新加坡、迪拜等自贸港,在设立与发展过程中各有其独特之处,但也存在普遍的共同规律,那就是离不开高水平高质量的法律规则体系的有力支撑。这些规则体系主要集中于贸易便利、投资自由、金融开放和信息化监管等制度领域。自贸港对于中国而言却是地地道道的新事物,世界上其他国家和地区有着丰富的自贸港建设的成功经验,其中最为重要的一条就是借鉴移植其他国家和地区的自贸港建设经验,海南自贸港建设旨在推进高水平开放、建立开放型经济新体制,形成具有国际竞争力的开放政策和法律制度体系。因此,借鉴移植世界上其他国家和地区自贸港建设的先进经贸法律规则,辅之以自主创新,就成为海南自贸港法制建设的基本要求。

(一) 制定自贸港法规应当充分借鉴移植国际自贸港的相关法律

现代经济与技术的全球化发展,不断涌现出许多新的社会需求,国际社会各国法律法规彼此之间相互借鉴和有效对接乃是一种普遍的常态情形,尤其是当本国法律体系尚存不完善之处,并且立法很难满足其社会所需之时,借鉴、移植国外先进法律制度也就成为提升本国法律体系科学性的重要保障。^④法律借鉴即法律移植是法律演进与法律发展的重要途径,同样,也为中国特色社会主义法律体系的建构做出了巨大贡献。中国特色社会主义法律制度建设的法律移植实践,与中国特色社会主义现代化建设、法制现代化建设的时代背景有着密切关联。^⑤从我国加入世贸组织(WTO)到区域全面经济伙伴关系协定(RCEP)生

^①参见《中国(湖北)自由贸易试验区总体方案》第三部分主要任务和措施的规定“对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度,着力构建与负面清单管理方式相适应的事中事后监管制度。”《中国(辽宁)自由贸易试验区总体方案》第三部分主要任务和措施的规定“对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度,着力构建与负面清单管理方式相适应的事中事后监管制度。”《进一步深化中国(广西)自由贸易试验区改革开放方案》第二部分主要任务的规定“全面落实外商投资准入前国民待遇加负面清单管理制度,负面清单之外领域按照内外资一致原则实施管理,提高外商投资负面清单的透明度和市场准入的可预期性,建立与负面清单管理方式相适应的事中事后监管制度。”

^②参见《中国(湖北)自由贸易试验区条例》第52条《中国(辽宁)自由贸易试验区条例》第50条《中国(广东)自由贸易试验区条例》第63条。

^③参见刘水林、吉星《海南自由贸易港法的观念转化和制度创新——以监管为切入点》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2021年第2期,第50-51页。

^④参见何珊君《科学立法的总要求与具体路径》,载《江西社会科学》2015年第4期,第173-180页。

^⑤姚建宗《论法律移植》,载公丕祥主编《法制现代化研究》(第三卷),南京师范大学出版社1997年版,第407-427页。

效以来,自贸区战略与国家对外开放大局有着紧密的关系。^①《海南自贸港方案》强调,海南自贸港应当主动适应国际经贸规则重构新趋势,充分学习借鉴国际自由贸易港的先进经营方式、管理方法和制度安排,形成具有国际竞争力的开放政策和制度,加快建立开放型经济新体制,增强区域辐射带动作用,打造我国深度融入全球经济体系的前沿地带。由此可见,积极借鉴、移植国际先进自贸港建设的制度经验,主动对接国际经贸规则、管理方法和制度安排,关系到海南自贸港建设的成效和国家构建制度型开放的发展格局。^②海南自贸港法规应当在立足于中国国情和自身特殊地域情况的基础上,广泛借鉴、移植国际先进自贸港(区)的相关法律法规及国际经贸规则的具体内容。

1. 国际先进自由贸易港(区)建立相关法律制度体系的基本经验

第一,在贸易方面,中国香港实行报关便利政策,对报关手续提交的时间要求较为简便宽松,没有事先报关要求,进出口商品在输入或输出后十四天之内报关即可,并且运用以信用管理为核心的便捷通关管理模式,节省跨境贸易成本,压缩通关时间,实现货物的高效通关。^③新加坡建立了一站式口岸监管网络通关系统,除药品、化妆品和危险物品等应当出具进出口许可证的商品外,进出口货物的所有者仅需要通过填写和提交相关单证即可快速办理通关。^④同时新加坡采取了港口货物的全面信息化管理,通过国际港口与国内相关监管部门之间的信息共享,最大限度压缩通关时间,从而实现通关与报关的便利高效。^⑤另外,新加坡实行较为宽松的“零关税”税收政策,除进口酒、烟草制品、机动车和石油产品等四大类应税货物以外,其他非应税货物一律免征关税。并且,其还构建了较为完备的法律法规体系,制定颁布《海关法》《自由贸易区条例》《进出口商品管理法》等法律法规,将税收风险预防放在事前监管环节,为货物安全通关提供了底线保障,也为通关便利留出了空间。

第二,在投资方面,新加坡极力打造开放的投资环境,实行开放的投资市场准入制度,允许外资自由进入投资市场,除了国防和个别特殊行业外,取消了对外资进入的行业限制以及外国投资者的持股比例限制,对外资实行国民待遇,与国内市场主体平等享有投资优惠政策。^⑥阿拉伯联合酋长国的迪拜自贸港实行“单一窗口”管理服务模式,统一管理、统一办公,分工十分明确且流程高效,投资审批流程仅需七天,充分实现了投资便利化。^⑦

第三,在金融方面,中国香港实行资金汇兑自由和融通自由政策,取消存款利息税,聚集吸引了大量外国银行与跨国金融机构在港设立分支机构,并且香港设立了专门的金融服务机构为投资者提供多项融资和外汇结算业务。^⑧迪拜自贸港实行跨境货币流通自由政策,放开港内与境外之间的外汇管制,投资者能够自由地将利润转至境外。^⑨新加坡实行外汇自由政策,投资者的资金转移和支付方式没有审批和外汇监管约束,新加坡还不断发展本国的金融服务贸易,聚集吸引了大量国际投资和国际贸易,为增强其经济提供了坚实基础。^⑩

第四,在监管方面,新加坡着力构建高效的信息化监管体系,积极推进以信用监管为重点的制度创新。

①刘云亮、卢晋《中国特色自贸港对接 CPTPP 经贸规则的可行性基础及法律对策研究》,载《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2022 年第 6 期,第 53 页。

②参见刘云亮、卢晋《中国特色自贸港对接 CPTPP 经贸规则的可行性基础及法律对策研究》,载《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2022 年第 6 期,第 53 页。

③参见崔凡《全球三大自由贸易港的发展经验及其启示》,载《人民论坛·学术前沿》2019 年第 22 期,第 48-49 页。

④参见张建鹏、黄菁《新加坡经验对上海自贸区建设的启示》,载《新金融》2014 年第 3 期,第 39-40 页。

⑤参见胡方《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》,载《人民论坛·学术前沿》2019 年第 22 期,第 33-34 页。

⑥参见黄庆华、曹峥林《跨国经济合作模式与领域:例证新加坡》,载《改革》2016 年第 1 期,第 64-75 页。

⑦参见曹晓路、王崇敏《建设自由贸易港的国际经验与海南路径》,载《国际贸易》2020 年第 4 期,第 53 页。

⑧参见王应贵、彭海涛《转口贸易、离岸金融与香港经济结构演变》,载《国际经贸探索》2014 年第 9 期,第 62-65 页。

⑨参见马庆强《国外自贸区发展经验比较及上海、天津自贸区建设政策探讨》,载《上海经济》2016 年第 2 期,第 37 页。

⑩参见蓝庆新、韩萌、马蕊《从国际自由贸易港发展经验看我国自由贸易港建设》,载《管理现代化》2019 年第 2 期,第 36-37 页。

新加坡建立了口岸监管一站式网络通关系统,通过建立 TradeNet 和 PortNet 全球贸易管理电子平台,增强了监管机关与港口之间的全面信息共享,实现了监管部门对港口进出口货物的实时监控,为通关监管提供便捷;^①并且不断进行技术升级,建立 TradXchange 平台,使得服务贸易、投资主体和物流行业团体也参与到信息化管理中,大大提高了政府管理与服务的公开性与透明度,实现了港内的高效信息化监管。^②另外,为保障通关安全,新加坡搭建网络检验检疫系统,实现通关自由化与有效监管的统一。^③

2. 海南自贸港法规对国际自贸港(区)建设经验的可能借鉴与移植

第一,简化税制,加强税收监管。《海南自贸港方案》提出,海南自贸港在实现有效监管的前提下,建设全岛封关运作的海关监管特殊区域,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。这就要求海南自贸港应当在结合我国税制改革方向的基础上,不断探索推进简化税制,做好与贸易和投资相关的税制安排。一方面,在与贸易相关的税制方面,海南自贸港可以借鉴新加坡的全境基本实施零关税以及海关特殊监管区内实行低货劳税等制度经验,这些以极低、极简为特色的税收制度是自贸港吸引资源与人才的重要优势。^④《海南自贸港法》第 28 条第 1 款中规定“全岛封关运作、简并税制后,海南自由贸易港对进口征税商品实行目录管理,目录之外的货物进入海南自由贸易港,免征进口关税。”这一条提到的进口征税商品目录是零关税制度实施的关键。现阶段,由于海南的税基缺乏,需要在循序渐进培养税基的前提下,根据我国税制改革方向和海南税收的实际情况,对目录中的相关条款进行更新,以对标国际先进自贸港的“零关税、简税制”惯例,合理优化海南自贸港与贸易相关的税收制度。另一方面,在与投资相关的税制方面,海南自贸港实行以所得税、直接税为主,较低税负的流转税和商品税为辅的税收制度。借鉴国际经验,与投资相关的特殊税收制度主要集中在企业所得税和个人所得税两个方面。《海南自贸港方案》明确将在 2035 年把企业所得税税率统一降至与国际高水平自贸港税收水平相当的 15% 的低税率,以降低企业负担,吸引外资企业在港内聚集。同时《海南自贸港方案》还明确提出,要扩大海南地方税收管理权限,赋予海南自贸港自主决定权,为港内实现特殊税收政策保留灵活空间。与之相对应,《海南自贸港法》第 30 条规定“对注册在海南自由贸易港符合条件的企业,实行企业所得税优惠;对海南自由贸易港内符合条件的个人,实行个人所得税优惠。”这些规定在原则上明确了海南自贸港相关税制和改革方向。在税收监管方面,海南自贸港构建便利、高效、透明的征税管理制度,可以借鉴新加坡“互联网+”的纳税管理系统,加强大数据、区块链技术在征税中的应用,积极参与国际税收征管合作,促进国际税情信息共享,建立高效的网上纳税平台,同时针对逃税、避税行为加强风险预警和风险控制机制以及相应的责任追究制度。

第二,构建安全高效的数字化行政管理体系。海南自贸港以建设高水平中国特色自由贸易港为目标,这对其行政管理体系提出了更高的要求,高效的政府治理和精简的政务审批流程是创造自贸港制度空间的重要保障。中国香港通过简化报关资料和放宽报关时间的方式提高通关效率,并且设立统一的信用管理平台提高通关阶段的便捷化水平。新加坡通过设立口岸监管一站式网络通关系统,实现数字应用与行政管理有效结合,真正实现了安全与高效。由此可见,打造便利的信息化“单一窗口”已成为国际自贸港的通行做法,也能够有效提升港区机关提供集中统一高效的行政服务和监管。^⑤《海南自贸港方案》强调,海南自贸港将实行便捷高效的海关监管,建设高标准国际贸易“单一窗口”。在国际先进自贸港为提高港区贸易便利而逐渐强化口岸资源运转和海关监管电子化的大趋势之下,海南自贸港一方面需要借鉴和对

① 参见李猛《建设中国自由贸易港的思路——以发展离岸贸易、离岸金融业务为主要方向》,载《国际贸易》2018 年第 4 期,第 20-21 页。

② 参见胡方《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》,载《人民论坛·学术前沿》2019 年第 22 期,第 34 页。

③ 参见左连村、陈德宁、黄耀婷《中国内地自由贸易区的开放措施与 CEPA 开放措施的协调性研究》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》2014 年第 5 期,第 126-129 页。

④ 参见崔凡《全球三大自由贸易的发展经验及其启示》,载《人民论坛·学术前沿》2019 年第 22 期,第 53 页。

⑤ 参见朱京安、王海龙《海南自贸港通关便利化制度创新初探》,载《国际商务研究》2021 年第 2 期,第 24-26 页。

标国际“单一窗口”的先进经验,另一方面也要在依托现行中国(海南)国际贸易“单一窗口”的基础上,进行自贸港制度集成创新,健全口岸与港区内进出口货物、商品的流通管理的统一电子政务平台,畅通海关与港区外贸、外资和金融等部门间的联合管理的电子通道,并根据企业需求,提升电子政务平台中有关国际贸易融资、便捷通关服务、国际贸易融资、物流运输信息查询等方面的整合能力。通过不断完善以货物、商品进出港区和港内流通的重要链条的一站式电子政务服务平台,以信息化服务为重要助推力,加速港内企业贸易活动的供应与运营效率。海南自贸港应充分发挥“互联网+”、大数据和区块链等现代信息技术作用,提升政府治理效能和行政管理效率,通过推进贸易基础设施的数字化应用,加快数字自由港建设,通过海港和空港的运营智能化和数字化改造,推进港口信息化系统与国际贸易单一窗口系统的对接,实现货物通关全流程的即时信息贯通和连接。^①

第三,推进金融制度的开放创新。实行较为自由便利的资金进出政策,是中国香港、新加坡和迪拜等自贸港成功的重要条件之一,跨境资金流动管理也是海南自贸港的核心政策。《海南自贸港方案》明确提出,海南自贸港扩大金融业对内对外开放且先行先试,推进金融体制机制创新并与国际接轨,包括跨境直接投资交易、跨境融资、金融风险防控和要素市场流动等。海南自贸港的金融开放创新存在两个挑战:一是金融人才和金融机构资源匮乏。海南自贸港要发展离岸贸易等国际贸易,必然会涉及较多的国际金融规则的运用及其与国内法律法规具体规定的衔接,需要熟悉金融市场相关业务和能够推进海南金融创新政策落地实施的专业人才,也需要有更多能够提供高水平服务的金融机构。二是金融监管水平不足。自贸港金融监管与金融创新成果不匹配,存在监管真空、监管滞后和监管科技应用不足等问题,特别是海南自贸港未来将有计划、分阶段地逐渐开放金融领域,金融创新成果亦将不断更新,这也为自贸港金融创新风险防控增加了难度。因此,从金融监管和法律保障的角度出发,海南自贸港应在坚持金融秩序稳定的前提下,进行适度监管与创新监管,建立健全“反洗钱、反恐怖融资、反逃税”的监测、风险预警和处置机制,完善信息交流和共享的机制与具体渠道。海南自贸港需要在借鉴国际经验的基础上全面推进自贸港法规与金融机构、监管、投资、融资等各个领域相关规则的配套,注重系统推进、协调实施,避免自贸港法规制度创新的碎片化,以逐步建立适应金融业务对外开放的更加灵活高效的自贸港监管模式和管理体制。

(二) 制定自贸港法规应该坚持贯彻自主创新原则

从世界范围来看,无论是自由贸易区还是自由贸易港,尽管在相关制度层面确实具有很多共性,而且也正因为存在这些共性,它们才能真正营造国际化、法治化和市场化的营商环境,因此,世界上各个自贸区、自贸港之间在法律法规方面的相互借鉴和移植是通行且主要的制度变革之道。但是,因为各个国家和地区的历史传统与现实境况存在着明显差异,因此无论是在具体的制度体系维度还是在宏观的整体模式层面,确实也存在程度不一的差别,这也充分体现出了各个自贸区、自贸港的自主创新。就此而言,海南自贸港建设遵循这些既有经验与成例是较为有效且成本较低的方式。

但是,建设海南自贸港,无论是在具体制度层面还是在宏观整体模式维度,必然受到中国具体而复杂的国情影响,也必然受到海南自身特殊地理区位所导致的复杂区位因素的影响。海南80%的土地属于农村,人口构成中既有渔民也有众多农民,海南海洋资源丰富,农民在海南人口占比达到60%以上,全省GDP的40%多也来源于农业;^②海南是一个多民族聚居的省份。在这样的社会经济基础上建设海南自贸港、制定海南自贸港法规,必须充分考虑海南农业产业发展、农民民生福祉等问题。同时,海南自然资源、生态环境优越,因此国家要求把海南自贸港同时建设成为国家生态文明试验区和国际旅游消费中心,要求充分发挥海南自然资源丰富的优势,聚焦发展旅游业、现代服务业和高新技术产业,加快培育具有海南特色的合作竞争新优势。《海南自贸港法》第5条规定“海南自由贸易港实行最严格的生态环境保护制度,

^①参见曹晓路、王崇敏《建设自由贸易港的国际经验与海南路径》,载《国际贸易》2020年第4期,第53-54页。

^②参见海南省统计局网站 hainan.gov.cn, 2023年2月3日访问。

坚持生态优先、绿色发展,创新生态文明体制机制,建设国家生态文明试验区。”《海南自贸港法》还单独设置第五章,对生态环境保护作出原则性、方向性规定,这是海南自贸港与国内其他自贸区的重要区别,这也是一种创新性的立法规定,为今后海南自贸港制定生态环境保护方面的法规指明了立法方向。当然,强调海南自贸港法规制定要充分贯彻自主创新这一原则,也绝不是要求将这一原则仅仅体现在海南自贸港建设中涉及农业、农村、农民的问题以及生态环境保护问题的自贸港法规制定上,而是要在海南自贸港建设所涉及的所有领域的自贸港法规的制定上,都充分体现自主创新原则。

五、结论

自由贸易试验区和自由贸易港建设是新时代中国特色社会主义事业发展的新形式和中国式现代化建设的新样态,而海南自由贸易港建设又是且应当是其中的典范,具有示范与引领意义。党和国家通过《海南自由贸易港建设总体方案》和《海南自由贸易港法》,对海南自由贸易港及其为代表的我国自由贸易试验区建设提出了“对标国际高水平经贸规则”“打造法治化、国际化、便利化营商环境”“加快推动规则等制度型开放”“建立与国际接轨的监管标准和规范制度”等要求。因此,海南自贸港建设(当然包括我国其他自贸试验区建设)必须树立“法律先导”“法治先行”的原则,其最为基础的工作就是不断地努力提高海南自贸港法规的立法质量,努力形成内部协调、规则约束妥当、制度安排适宜、功能顺畅、实效显著且具有较高的规范化与系统化的海南自贸港法规体系。为此,我国法学理论界和法律实务界有必要认真总结和提炼制定海南自贸港法规的基本原则,以基本原则为统帅来规范、引领、统一海南自贸港法规的规则与制度体系,这是一项理论意义和实践价值兼具的基础性工作。海南自由贸易港法规的技术性原则,就是从立法角度,对海南自贸港具体法规的实质内容所应当共同体现并遵循的基本原则,所做的一种总结和归纳,它们既是对海南自贸港法规制定的立法实践的一种实证描述,又是对海南自贸港法规制定的一种规范性诉求。

Technical Principles for Formulating Regulations of Free Trade Port (Zone) : Investigation Centered on the Construction of Hainan Free Trade Port Regulations

Yao Jian-zong Zhang Yu-ling

Abstract: The Construction of the Free Trade Port (Zone) is a new model and paradigm in the process of modernising the rule of law in China. Hainan Free Trade Port and its regulations shall be seen as the model. The Legislation Law and the Hainan Free Trade Port Law authorise Hainan with the legislative power of “Free Trade Port Regulations”, which is the fundamental requirement for the Construction of Hainan’s Free Trade Port and the continuous optimisation of the rule of law, internationalisation and facilitation of the business environment and a fair, unified and efficient market environment. It will promote the formation of an efficient and complete system of Free Trade Port Regulations with a focus on trade and investment liberalisation and facilitation. Based on the basic principles of legislation, considering the formation and maintenance of the systematical inherent unity of Hainan Free Trade Port Regulations, the formulation of Hainan Free Trade Port Regulations should adhere to and follow the technical principles of combining liberalisation with effective and necessary regulations, combining full convenience with simplicity and efficiency, and focusing on reference and transplantation with independent innovation as the supplement.

Keywords: Hainan Free Trade Port Regulations; Legislative Technical Principles; Liberalisation and Necessary Regulation; Full Convenience and Simple Efficiency; Reference Transplantation and Independent Innovation

(责任编辑:张盼盼)