

自由贸易法治评论

2014

第一辑

郑少华 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

自由贸易法治评论

第一辑

《自由贸易法治评论》编辑委员会

主 任：郑少华

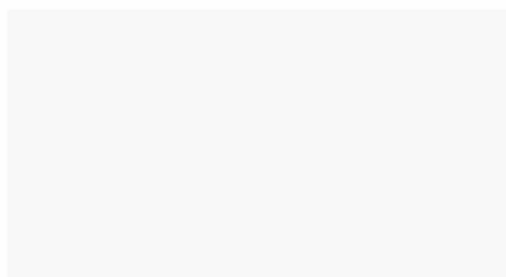
副主任：周杰普 刘言浩

委 员：马 洪 杨 峰 葛伟军 胡 凌

主 编：郑少华

副主编：周杰普 刘言浩

编 辑：葛伟军 胡 凌



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

自由贸易法治评论. 第1辑 / 郑少华主编. —北京:
法律出版社, 2014. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6835 - 0

I. ①自… II. ①郑… III. ①自由贸易区—贸易法—
文集 IV. ①D996.1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 208196 号

自由贸易法治评论(第一辑)	郑少华 主编	责任编辑 刘文科 装帧设计 李 瞻
© 法律出版社·中国		
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16	印张 13.75	字数 357 千
版本 2014 年 9 月第 1 版	印次 2014 年 9 月第 1 次印刷	
出版 法律出版社	编辑统筹 学术·对外出版分社	
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店	
印刷 固安华明印业有限公司	责任印制 陶 松	
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	销售热线/010 - 63939792/9779	
电子邮件/info@lawpress. com. cn	咨询电话/010 - 63939796	
网址/www. lawpress. com. cn		
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)		
全国各地中法图分、子公司电话:		
第一法律书店/010 - 63939781/9782	西安分公司/029 - 85388843	
重庆公司/023 - 65382816/2908	上海公司/021 - 62071010/1636	
北京分公司/010 - 62534456	深圳公司/0755 - 83072995	
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6835 - 0	定价:48.00 元	
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)		

序

公元9~11世纪,地中海沿岸商业复兴,成就罗马法的发现与传播,遂使自由贸易与法治完成了人类历史上第一次完美联姻。后虽经近世的民族国家兴起,法律成为一国的最高律令,自由贸易与法治似成若即若离的“冤家对头”。但自由贸易凭借强大的全球化,再次冲击国家与民族的樊篱,演变为不同国家,不同民族,不同种族的人们交往的汹涌洪流,不同国家与地区的法令,亦汇入此洪流中,形成自由贸易法治规则的重生与变革,并迫使后起国家面临这滔天洪流,反思、回应与更新本国体制。

一百多年前,列强凭借坚船利炮,将西方文明所主导的自由贸易推进了中华帝国的大地,先贤为了回应这股洪流,遂行变法自救,改行西洋之法,形成了自由贸易与法治在我国历史上的第一次结合,而后,虽经新中国成立以来的前三十年对抗式的锁国政策,但于20世纪70年代来,启动了改革开放,遂使自由贸易与法治重新汇聚,并于本世纪初,借“入世”之机,深度汇入人类自由贸易法治的大潮中去。2013年9月,为了全面深化改革,又建立了中国(上海)自由贸易试验区,进一步推动自由贸易与法治的结合。

2013年4月,上海财经大学法学院为因应此趋势,成立了上海财经大学自由贸易(自贸区)法治研究中心。追踪、反思自由贸易与法治;为自贸区法治提供智力支持;为中国的自由贸易时代培养高层次法律人才。在多方努力下,于2014年6月,上海市法学会成立上海市法学会自贸区法治研究会,并将秘书处设在上海财大法学院。自中心成立以来,中心成员从各学科角度撰写学术论文,探讨中国(上海)自贸试验区法治,并举办了多届自由贸易法治论坛及其他自贸区法治研讨会,着力推动自贸区法治的形成,今特推出《自由贸易法治评论》,作为探讨自由贸易法治之平台,供同人探讨交流自贸区法治的心得与体会,审视、检讨自贸区法治建设之得失!

是为序。

上海市法学会自贸区法治研究会会长
上海财经大学法学院院长
上海财经大学自贸区法治研究中心主任

郑少华
2014年7月

自由贸易法治评论(第一辑)

总论

- 3 论中国(上海)自由贸易试验区的法治新议题
郑少华
- 12 中国(上海)自由贸易试验区的监管法律制度设计
刘水林
- 20 中国(上海)自由贸易试验区的司法试验
郑少华

外资准入与负面清单

- 29 中国(上海)自由贸易试验区的外资安全审查机制
宋晓燕
- 38 负面清单管理模式的法治精神解读
张淑芳
- 46 中国(上海)自由贸易试验区外资准入的负面清单
商 舒

投资、贸易与金融

- 59 上海自贸区金融改革对宏观审慎监管的挑战
宋晓燕
- 66 中国(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
- 74 论上海自贸区金融创新的法制保障困境
赵 泽

83 上海自贸区内个人投资者境外投资的法律思考:以证券投资为中心
樊 健

93 涉自贸区保险合同纠纷司法管辖权规则探析
冯张美

社会组织与劳动保障

105 我国自贸区社会组织建设的制度创新初探
王全兴 王凤岩

114 上海自贸试验区的人员自由流动管理制度
吴文芳

122 国际劳动标准对我国自贸区规则的冲击与应对
吴文芳

工商税务

133 上海自贸试验区商事登记制度的改革与完善
杨 峰

143 上海自贸试验区全行业“营改增”试点的可行性
严锡忠

154 境外自由贸易区税收制度对上海自由贸易试验区的启示
胡 苑 沈 瑾

学位论文

163 论中国(上海)自贸试验区反垄断审查制度的创新
朱 玲

总论

论中国(上海)自由贸易试验区的法治新议题

郑少华*

【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?

* 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)的阶段性成果。

(二)负面清单管理模式涉及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等。

(三)负面清单管理模式与“法无明文即自由”的法理的关系。

(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?

(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

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

贸易试验区管理办法》第15条、第16条之规定,还涉及下述法治议题:

(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?

^② 陈韶旭:“国际能源交易中心落户自贸区”,载《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”,载《华北金融》2013年第3期。

(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9~11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地提高全人类的福祉,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

^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”,载《中国证券报》2013年10月25日。

^⑤ 郑少华:“社会经济法散论”,载《法商研究》2001年第4期。

^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,也涉及零售,即涉及消费领域。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”,载《中国对外贸易》2013年第9期。

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但哪些项目应当核准?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?政府权力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?

^⑧ 余劲松、陈正健:“中国境外投资标准制度改革刍议”,载《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。

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? 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^⑩, 等等

(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

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:

^⑩ 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”, 载《国际经济合作》2013 年第 9 期。

(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,^⑩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?^⑪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 Warehouse Zone);第二类,自由区(Free Zone);第三类,对外贸易区(Foreign Trade Zone);第四类,出口加工区(Export 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20世纪90年代,世界上已有各种类型的自由贸易区九百多个,其中2/3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)创缔缔约国之一的美国,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。^⑫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:

^⑩ 张乃根:“试论国际经济法律秩序的演变与中国的应对”,载《中国法学》2013年第2期。

^⑪ 何力:“国际经济新秩序的理念和现实”,载《东方法学》2013年第2期。

^⑫ 夏善晨:“中国(上海)自由贸易区:理念和功能定位”,载《国际经济合作》2013年第7期。

(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,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:

(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 12 项法治议题可能是每个研究者或多或少将会涉及的课题。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。

(论文原载《东方法学》2013 年第 6 期)

^⑭ 朱宁:“上海自由贸易区试验改革风险”,载《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”,载《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”,载《苏州大学学报》2013 年第 3 期。