



上海自贸试验区 法治创新的轨迹

理论思辨与实践探索

The Path of Innovation
in Rule of Law
for Shanghai Pilot Free Trade Zone

Innovation in Theory
and Exploration in Practice

| 丁 伟 著 |

 上海人民出版社



上海自贸试验区 法治创新的轨迹

理论思辨与实践探索

The Path of Innovation
in Rule of Law
for Shanghai Pilot Free Trade Zone

Innovation in Theory
and Exploration in Practice

| 丁 伟 著 |

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

上海自贸试验区法治创新的轨迹:理论思辨与实践探索/丁伟著.—上海:上海人民出版社,2016
ISBN 978-7-208-13667-0

I. ①上… II. ①丁… III. ①自由贸易区-法治-研究-上海市 IV. ①D927.510.229.94

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 043503 号

责任编辑 龙 敏

封面装帧 诸润其

上海自贸试验区法治创新的轨迹

——理论思辨与实践探索

丁 伟 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 16 插页 2 字数 286,000

2016 年 4 月第 1 版 2016 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13667-0/D·2831

定价 45.00 元

2014年度国家社会科学基金重大项目“法治引领推动自贸试验区建设的难点与路径研究”（项目编号：14ZDC016）中期成果。

“竹外桃花三两枝，春江水暖鸭先知”。2013年初春，一场深刻的变革正在中华大地孕育迸发。党中央、国务院高瞻远瞩、审时度势，决定将中国（上海）自由贸易试验区的先行先试作为全面深化改革的重要突破口。由此，位于上海市浦东新区合计总面积28.78平方公里的外高桥保税区、外高桥保税物流园区、洋山保税港区和浦东机场综合保税区等4个海关特殊监管区域已成为中国3.0版改革开放的新地标，成为撬动中国新一轮改革开放的支点。上海又一次肩负我国“改革开放排头兵、创新发展先行者”的艰巨使命。

在中共中央、全国人大常委会、国务院的亲切关怀和直接领导下，在国务院各有关部门的大力支持和精心指导下，上海市不辱使命，奋楫争先，在法治的轨道上积极推进国家战略的实施。回溯上海自贸区的建设历程，一步一个脚印，清晰地展示了法治引领改革开放、改革决策与立法决策协调同步的轨迹：

2013年3月5日，习近平总书记参加全国人大上海代表团的审议活动，在听取上海市关于设立自由贸易试验区的设想时明确表示，支持上海积极探索、大胆试验，要求上海进一步深入研究、科学论证、完善方案。^①

2013年3月底，李克强总理在上海考察期间鼓励在上海综合保税区基础上先行先试自由贸易园区。^②上海市委、市政府把推进自贸试验区作为上海当前和长远发展的头等大事，与商务部组成了联合工作小组，配合国家各部委做好相关工作，并组织了30多个相关部门及中央在沪单位组成了13个专题组，对试验区的总体目标、具体内涵、开放领域、管理制度、法制保障等重大问题进行深化研究，形成了试验区总体方案草案报国务院。

2013年7月3日，李克强总理主持召开的国务院常务会议原则通过了《中

① 参见《两会授权发布：习近平在参加上海代表团审议时强调 坚定不移深化改革开放 加大创新驱动发展力度》，新华网，http://www.cq.xinhuanet.com/2013-03/06/c_114904519.htm，访问时间：2015年11月5日。

② 参见《以扩大开放释放改革红利》，《人民日报》2013年3月31日。

国(上海)自由贸易试验区总体方案》。

2013年8月17日,国务院正式批复上海市人民政府、商务部有关设立中国(上海)自由贸易试验区的请示,同意设立中国(上海)自由贸易试验区。

2013年8月27日,习近平总书记在中央政治局会议听取中国(上海)自由贸易试验区筹备工作汇报时作了重要讲话,指出建立中国(上海)自由贸易试验区,是党中央从国内外发展大势出发,统筹国内国际两个大局,在新形势下推进改革开放的重大举措,对加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化,为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验,具有重要意义。要求上海市要承担起试验区的主体责任,做好全国人大常委会对相关法律暂停实施的授权工作,国务院要加强领导,国家各部门都要全力支持。上海市要精心组织实施,要以如履薄冰、如临深渊的态度去做好各项工作,重大事项及时向中央请示、汇报。^①

2013年8月30日,十二届全国人大常委会第四次会议通过《关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区内暂时调整实施有关法律规定的行政审批的决定》,授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区内,对国家规定实施准入特别管理措施之外的外商投资,暂时调整三资企业法规定的有关行政审批。

2013年9月26日,上海市人大常委会通过《关于在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》。

2013年9月27日,国务院印发《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》。

2013年9月29日,中国(上海)自由贸易试验区正式挂牌。同日,市人民政府公布了《中国(上海)自由贸易试验区管理暂行办法》及自贸区首批改革政策细则。

2013年12月21日,国务院印发《关于在中国(上海)自由贸易试验区内暂时调整有关行政法规和国务院文件规定的行政审批或者准入特别管理措施的决定》(国发〔2013〕51号)。

2014年7月25日,上海市人大常委会通过《中国(上海)自由贸易试验区条例》。

2014年9月4日,国务院印发《关于在中国(上海)自由贸易试验区内暂时调整实施有关行政法规和经国务院批准的部门规章规定的准入特别管理措施的决定》(国发〔2014〕38号)。

2014年12月21日,国务院印发《关于推广中国(上海)自由贸易试验区可

^① 参见《政治局会议听取中国(上海)自由贸易试验区筹备工作汇报》,网易网,<http://ent.163.com/13/0828/09/97BUIVQI00032DGD.html>,访问时间:2015年11月5日。

复制改革试点经验的通知》(国发〔2014〕65号)。

2014年12月28日,全国人大常委会作出《关于授权国务院在中国(广东)、中国(天津)、中国(福建)自由贸易试验区以及中国(上海)自由贸易试验区扩展区域暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》。

2015年4月8日,国务院印发《进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》。

2015年12月16日,国务院常务会议审议通过了《关于上海市开展证照分离改革试点总体方案》,中央决定在上海市浦东新区推进“证照分离”改革试点。上海自贸试验区建立和扩区以来率先开展的市场准入领域的“先照后证”改革试点扩展到了整个浦东新区。

中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“上海自贸试验区”)一路走来,始终遵循着“先立后破”、“立法先行”、重大改革“于法有据”的要求,其建设发展的法治路径已成功地被中国(天津)自由贸易试验区、中国(福建)自由贸易试验区所移植和复制,并为中国(广东)自由贸易试验区所借鉴,成为上海自贸试验区可复制、可推广经验的重要组成部分。上海自贸试验区法治路径的探索也折射出全面深化改革新时期以立法引领和推动改革发展亟须澄清的立法学理论层面的问题以及立法实践层面亟须破解的难题。作为上海自贸试验区法治发展的见证者以及参与上海地方层面法治路径设计、组织和推动工作的立法工作者,笔者不揣浅陋,以实证的笔触对上海自贸试验区法治创新的轨迹进行描绘,再现上海立法工作者披坚执锐、攻坚克难,积极探索上海自贸试验区法治路径的艰难历程。

目 录

引子

/ 1

第一篇 路径探寻

第一章 蓄势待发:上海自贸试验区制度创新呼唤法治创新	/ 3
第一节 自由贸易区及相关制度的法律辨析	/ 3
第二节 上海自贸试验区肩负新时期改革开放的特殊使命	/ 7
第三节 上海自贸试验区肩负法治创新的艰巨使命	/ 11
第二章 破冰之途:全国人大常委会《授权决定》引发“合法性”之争	/ 14
第一节 《授权决定》凸显新时期立法工作面临的严峻挑战	/ 14
第二节 《授权决定》“合法性”问题的理论思辨	/ 17
第三节 全国人大常委会《授权决定》的解析	/ 22
第四节 授权立法的常态化、制度化发展	/ 25
第三章 独辟蹊径:上海市人大常委会设立“防火墙”折射立法智慧	/ 31
第一节 地方立法层面立法引领改革开放的创新之举	/ 31
第二节 《上海授权决定》的解读与评析	/ 33
第三节 《上海授权决定》的复制、推广	/ 40
第四节 自贸试验区授权决定的理性思考与法理分析	/ 42
第四章 正道坦途:“1+X”规则群确保先行先试平稳起步	/ 44
第一节 “1+X”规则群的立法模式	/ 44
第二节 《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》概览	/ 57
第三节 上海自贸试验区系列备案管理办法概览	/ 62
第四节 上海自贸试验区负面清单概览	/ 64
第五节 上海自贸试验区行政法制改革制度建设概览	/ 69
第六节 上海自贸试验区事中事后监管制度概览	/ 73

第五章 曲径探幽:《中国(上海)自由贸易试验区条例》立法始末	/ 79
第一节 《上海自贸试验区条例》的立法依据	/ 79
第二节 《上海自贸试验区条例》的立法时机	/ 83
第三节 《上海自贸试验区条例》的立法定位与立法特点	/ 85
第四节 《上海自贸试验区条例》的立法难点	/ 87
第五节 《上海自贸试验区条例》的立法思路与核心制度	/ 93
第六章 任重道远:上海自贸试验区后续法治需求与实现路径	/ 98
第一节 法治引领先行先试的效应逐渐释放	/ 98
第二节 影响自贸试验区法治保障未来走向的种种因素	/ 105
第三节 上海自贸试验区近、中期法治保障的需求	/ 115
第四节 上海自贸试验区近、中期法治保障需求的实现路径	/ 127

第二篇 法规解读:《中国(上海)自由贸易试验区条例》释义

中国(上海)自由贸易试验区条例	/ 139
第一章 总则	/ 139
第二章 管理体制	/ 144
第三章 投资开放	/ 150
第四章 贸易便利	/ 157
第五章 金融服务	/ 164
第六章 税收管理	/ 174
第七章 综合监管	/ 176
第八章 法治环境	/ 185
第九章 附则	/ 193

第三篇 立法例精粹

全国人大常委会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	/ 197
全国人大常委会关于授权国务院在中国(广东)、中国(天津)、中国(福建)自由贸易试验区以及中国(上海)自由贸易试验区扩展区域暂时调整有关法律规定的行政审批的决定	/ 200
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(国发〔2013〕38号)	/ 205
附 中国(上海)自由贸易试验区总体方案	/ 206

上海市人民代表大会常务委员会关于在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定	/ 214
附一 关于《关于在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定(草案)》的说明	/ 215
附二 上海市人大法制委员会关于《关于在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定(草案)》审议结果的报告	/ 217
中国(上海)自由贸易试验区条例	/ 219
附一 上海市人民代表大会法制委员会关于《中国(上海)自由贸易试验区条例(草案)》审议结果的报告	/ 230
附二 上海市人民代表大会法制委员会关于《中国(上海)自由贸易试验区条例(草案)》(修改稿)修改情况的报告	/ 239
后记	/ 243

第一篇 路径探寻

第一章 蓄势待发:上海自贸试验区 制度创新呼唤法治创新

当前,全球经济波诡云谲,在 WTO 多哈回合谈判久拖未决的情况下,美国为首的部分发达国家改弦易辙,积极主导和力推“跨太平洋伙伴关系协议”(Trans-Pacific Partnership Agreement,简称 TPP)、“跨大西洋贸易与投资伙伴关系”(Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement,简称 TTIP)、“国际服务贸易协定”(Trade in Service Agreement,简称 TISA)的谈判,并意图借助该“3T 协议”的谈判对中国形成战略包围。与此同时,以准入前国民待遇加负面清单为核心制度的中美 BIT 谈判、中欧 BIT 谈判也在紧锣密鼓地进行。为有效应对多边、双边谈判的严峻挑战,增强我国在国际经贸规则制定过程中的话语权,主动顺应国际经贸规则发展的新趋势,并与国内正在积极推进的简政放权、加快政府职能转变的改革举措相契合,中央决策层因势利导、乘势而为,布下了设立上海自贸试验区这盘大棋。

第一节 自由贸易区及相关制度的法律辨析

一、自由贸易区的法律模式、特征与功能

(一) 自由贸易区的法律模式

在国际经济法上,所谓自由贸易区有两种法律模式:

模式一:单边的自由贸易区(Free Trade Zone,简称 FTZ),是指划定在一国关境以外,免于实施惯常的海关监管制度,以贸易为主的多功能经济性特区。通常有两个特点:一是单向性,即由一国或一地区政府单独决定设立,只解决进口商品的关税豁免问题,不解决出口商品享有同等的进口关税问题;二是不特定性,即向非特定的所有国家或地区的商品开放。

模式二:双边或多边自由贸易区(Free Trade Area,简称 FTA),指两个或两个以上的国家,通过缔结双边或多边协定作出地区性贸易安排,实现相互之间贸

易自由化。这种自由贸易区也有两个特点:一是双向或多向性,即在两个或两个以上关税领土之间建立;二是特定性,即只在两个或两个以上特定成员之间相互取消关税或其他贸易限制。从泛全球化的 GAT、WTO、TPP、TIPP 到国家之间的双边、多边协定,都归属于此类。如 2010 年 1 月 1 日全面启动的中国—东盟自由贸易区(China-ASEAN Free Trade Area,缩写 CAFTA),涵盖 11 个国家、19 亿人口、GDP 达 6 万亿美元,是目前世界人口最多的自贸区,也是发展中国家间最大的自贸区。^①在双边领域,中韩自贸区(China-Korea Free Trade Area)谈判于 2012 年 5 月正式启动,2015 年 6 月 1 日正式签署协议,标志着中韩自贸区建设正式完成制度设计,2015 年 12 月 20 日,《中韩自贸协定》正式生效,并进入实施阶段。^②

为避免两者混淆,商务部等部门 2008 年专门提出将 FTZ 和 FTA 分别译为“自由贸易园区”和“自由贸易区”,以示区分。

上海自贸试验区及后续设立的中国(广东)自由贸易试验区、中国(天津)自由贸易试验区、中国(福建)自由贸易试验区均属于单边的自由贸易区,无论是 GATT 还是 WTO 规则,对此类自由贸易区的设立均无限制,只要成员方在设立这种自由贸易区时遵守 WTO 的基本原则。《中国入世议定书》第 2 条(B)关于“特殊经济区”的规定,可视为建立单边自由贸易区的法律依据和条件。

(二) 自由贸易区的特征与种类

从国外单边自由贸易区的运行来看,大体上呈现出以下特征:

一是隔离封闭:在所在国领土上用围栏与该国其他区域隔离封闭。

二是境内关外:自由贸易区位于设区国的边境之内,关境之外。所谓“关境”是指一国海关法可以全面实施的领域。所谓“关外”指海关对货物进出国境不征收关税,不实施惯常的监管制度。

三是充分自由:区内的企业、个人享有多方面的自由。例如,贸易自由,对进出口贸易及转口贸易没有限制,但一般不得经营零售业务;运输自由,免办海关手续、非强制领航、船员可自由登岸、卫生检疫及出入境手续从简等;投资自由,通常没有行业限制;金融自由,结算币种可自由选择、外币可自由兑换、资金可自由进出等。

四是政策优惠:设区国政府通常给予自由贸易园区内的企业一些政策上的优惠,如减免所得税、放宽信贷政策、提供投资匹配、加速资本折旧、保障投资安全、以优惠价提供土地及水、电等。

① 参见《中国—东盟自由贸易区》,http://news.xinhuanet.com,新华网,访问时间:2015 年 11 月 7 日。

② 参见《中韩自由贸易区》,http://baike.baidu.com,百度百科网,访问时间:2016 年 3 月 5 日。

五是港区结合:自由贸易园区大多设在吞吐量较大的海港等具有地理优势的地方,如德国的汉堡港、美国的纽约港、荷兰的鹿特丹港等。特殊情况下也可设在内河港、航空港等地方。

自由贸易园区的功能设定是根据其区位条件和进出口贸易流量而确定的,按照其不同的功能,可以分为以下几类:

1. 转口集散型。这类自由贸易区利用优越的自然地理环境从事货物转口、储存、拆散、分级、分类、重新包装、重新标签、简单的商业性加工等。在转口集散方面,较为突出的是巴拿马的科隆自由贸易区,阿联酋的迪拜港自由港区。

2. 出口加工型。这类自由贸易区以从事加工为主,以转口贸易、国际贸易、仓储运输服务为辅。允许免税进口原料、元件和辅料,并在指定的加工作业区加工制造。

3. 保税仓储型。这类自由贸易区主要以保税为主,免除外国货物进出口手续,较长时间处于保税状态。

近年来,自由贸易园区的功能逐渐趋向综合化,世界上多数自由贸易园区通常都具有进出口贸易、转口贸易、仓储、加工、商品展示、金融等多种功能。自由贸易园区功能的集聚带来了经济发展上的扩散效应,自由贸易园区往往成为辐射周边地区,带动所在国经济增长的中心。

二、我国各类海关特殊监管区域的比较

中国在推进改革开放的实践中,参考国外设立自由贸易园区的经验,在国内选取部分地域,实施特殊的开放政策。应该说,这些区域在一定程度上具有自由贸易园区的特点,但在开放的广度和深度上,与世界上开放程度较高的自由贸易园区相比还有一定的差距。

(一) 我国现有的海关特殊监管区域

据统计,我国现有的海关特殊监管区域约有 110 个,主要有保税区、出口加工区、保税物流园区、跨境工业园区、保税港区、综合保税区六类。

保税区是指允许外国货物不办理进出口手续即可连续长期储存的特殊区域,可以享受免税、保税、出口退税等优惠政策。放在区内的货物从贸易上讲相当于没有进口。上海外高桥保税区是 1990 年我国批准的第一个保税区,是我国国内经济规模最大的海关特殊监管区域。

出口加工区是保税状态下的加工区,指为发展出口导向工业,以制造、加工或装配出口商品为主的特殊区域,出口加工区区内相当于关外,加工和出口不收关税。

保税物流园区也是保税区的模式之一,指专门发展现代国际物流业的特殊区域。上海外高桥保税物流园区是 2003 年我国批准的第一个保税物流园区,与

上海外高桥港区连成一体,距离上海外高桥保税区仅有3公里。

保税港区是中国自己创造的具有中国特色的名词,指设立在国家对外开放的口岸港区和与之相连的特定区域内的特殊区域。洋山保税港区是2005年我国批准的第一个保税港区,在税收、进出口指标等方面均在全国15家保税港区中排名第一。

跨境工业园区是指设在边境地区的特殊区域,跨境工业园区可能要涉及不同国家、地区之间的特殊贸易安排(FTA)。如珠澳跨境工业区设在珠海拱北与澳门的青洲之间,分为珠海、澳门两个园区,由广东省珠海市和澳门特别行政区分别通过填海造地形成,两个园区之间由一条约15米宽的水道作为隔离,开设专门口岸通道连接。

综合保税区则叠加了保税区、出口加工区、保税物流园区、保税港区相关的税收和外汇管理政策,除自由贸易试验区外,综合保税区是我国开放层次最高、政策最优惠、功能最齐全、手续最简化的特殊开放区域之一,也是国家对外开放的试验区和先行区。2009年,国家批准成立的上海综合保税区努力探索在全国率先实现重点功能的创新突破,为建立上海自由贸易试验区奠定了坚实的基础。

(二) 自由贸易区与保税区的区别

我国现有的各类海关特殊监管区域虽然都采用特殊监管方式,但与国外的自由贸易区采用“境内关外”方式有别的是,管理方式实际上属“境内关内”。我国现有的各类海关特殊监管区域大都具有保税区的功能。目前,关于自由贸易区,没有一个确切的法律定义,理解上有差异,海关认为保税区就是自由贸易区,其实是有差异的,保税区主要着眼于关税问题,自由贸易区主要是实行贸易自由化,管理便利化。两者在海关监管、税收政策等方面也存在差别,自由贸易试验区可以说是保税区的“升级版”。

具体来说,两者存在以下区别:

其一,自由贸易区属于“境内关外”,通行的是海关监管上的“一线放开、二线管住”的管理体制。“一线放开”,是指境外的货物进入自由贸易区、自由贸易区的货物运往境外,不受海关监管。“二线管住”,是指自由贸易区内和非自由贸易区之间的货物进出,视为进出口,海关依法行使海关税收、查验、统计以及知识产权保护 and 贸易安全等职能。而保税区属于“境内关内”,无法实现“一线放开”,国家海关总署对保税区实际上是当作放大了的保税仓库区来监管的,区内仓库与卡口同时监管,没有真正地放开一线,造成了监管手续烦琐。

其二,保税区内的货物是“暂不征税”,对货物采用账册管理方式,关税是处于滞纳状态而不是豁免;货物在区内流动所受管理环节比较多、限制也比较多,监管手续烦琐。而自由贸易区是在海关辖区以外的、无贸易限制的关税豁免地

区。在自由贸易区,除免征关税,并赋予其他税收优惠,还简化海关监管手续,一概免除繁杂的常规手续,运作手续更为简化,交易成本更低。

其三,保税区的货物存储有时间限定,一般为2—5年;而在自由贸易区内,货物存储期限不受限制。

其四,保税区主要适用于货物贸易,自由贸易区除了适用于货物贸易外,扩大延伸至投资领域、服务贸易等领域。

从我国现有的15个保税区来看,其规模参差不齐,功能也不尽相同,总体上讲功能有限,都偏重于贸易和加工。而上海自由贸易试验区承担了扩大贸易和投资开放试点的任务,在总体目标和功能定位上以综合保税区为基础,但开放程度有了大幅度的提升。中央明确提出,上海自由贸易试验区重在制度创新,不是给予政策优惠,不搞“政策洼地”,而是打造“制度创新池”。上海承担了先行者先行先试的艰巨任务,既没有先例可循,又无法照搬、移植国外的经验。因为我国实行单一制国家结构形式,中央与地方的事权有严格的界限,自贸试验区的试验事项大多为中央事权,只能在中央政府认可、批准的范围内做压力测试,上海可以自由挥洒的空间很小。

第二节 上海自贸试验区肩负新时期改革开放的特殊使命

一、上海自贸试验区建设的总体目标和功能定位

按照国务院批准的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》(以下简称《总体方案》),上海自由贸易试验区建设的总体目标是:经过两至三年的改革试验,建设具有国际水准的功能创新领先、服务贸易发展充分、贸易投资便利、货币兑换自由、离岸业务发达、监管高效便捷、营运总部积聚、法制环境规范、行政效率和透明度良好的自由贸易试验区。上海自由贸易试验区的功能定位是:形成国际投资新规则的试验区、服务贸易创新的引领区、离岸型产业体系的集聚区、对外投资服务的先导区和政府管理创新的示范区。

建立上海自贸试验区是一项重要的国家战略,中央赋予上海自贸试验区先行先试的艰巨使命,其目的在于将上海自贸试验区作为推进改革和提高开放型经济水平的“试验田”,经过压力测试形成可复制、可推广的经验,发挥示范带动、服务全国的积极作用,以培育我国面向全球的竞争新优势,构建与各国合作发展的新平台,拓展经济增长的新空间,打造中国经济“升级版”。

中央决定在上海先行先试,主要基于上海具有得天独厚的条件:一是上海有较好的基础。上海开放型经济规模大,内外经济联系面广,国际化企业集聚度高,可以在一个比较高的起点上进行试点,承受风险的能力也相对较强。上海自