

自由贸易区法律问题研究

ZIYOUMAOYIQU FALU WENTI YANJIU

李璐玲 张娜 主编



中国政法大学出版社

自由贸易区法律问题研究

ZIYOUMAOYIQU FALU WENTI YANJIU

李璐玲 张娜 主编



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

自由贸易区法律问题研究/李璐玲，张娜主编. —北京：中国政法大学出版社，2014. 6
ISBN 978-7-5620-5476-4

I. ①自… II. ①李… ②张… III. ①自由贸易区—贸易法—研究 IV. D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第132072号



- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpres.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 16
- 字 数 260千字
- 版 次 2014年6月第1版
- 印 次 2014年6月第1次印刷
- 定 价 32.00元



在中国大陆地区，自由贸易区还是一个新生事物。自2013年8月国务院正式批准设立中国（上海）自由贸易试验区以来，自由贸易区已经引起了普遍的关注。为了从法律的层面上回应自由贸易区建设的需要，首都经济贸易大学法学院组织相关专业的教师、博士后研究人员和研究生进行了广泛的讨论与专题性的研究。这本论文集，就是这次专题研究的产物和结晶。

在这本专题性研究作品问世之际，我想说明两点：第一，这部作品从不同的角度初步回答了自由贸易区所涉及的法律问题，希望对我国刚刚起步的自由贸易区建设有所裨益；第二，这部作品的主编、作者都很年轻，中国的自由贸易区也很年轻，希望年轻的作者们与年轻的中国自由贸易区一起成长，一起走向成熟。

是为序。

喻中

2014年3月

于首都经济贸易大学法学院

目 录



序	1
---------	---

第一部分 自由贸易区管理体制法律问题研究

论自由贸易区立法的基本原则/陈云俊	3
我国自由贸易区管理体制问题研究/孟 泽	13
上海自由贸易区中政府角色定位研究/吕春燕	25
自由贸易区法律制度的比较研究——以美国、日本、中国台湾 为例/赵 冬	36

第二部分 自由贸易区市场准入与经营主体法律问题研究

上海自由贸易区外资准入前国民待遇初探/张 娜	55
上海自由贸易区负面清单管理模式的法律思考/钟沈亚	63
中外合作企业审批制改革中的过渡性法律机制研究——以上海 自由贸易区“变法”为视角/黄诗怡	74
“自由贸易区”公司年报制度与公司年检制度比较分析/董 军	88
上海自由贸易区电信业外商投资市场准入制度研究/于燕燕	100

第三部分 自由贸易区争议解决法律问题研究

上海自由贸易区建立商事法院的可行性研究/刘欣悦	113
论上海自由贸易区仲裁制度的完善/王紫婷	123
论上海自由贸易区纠纷解决机制的挑战与调整/张义祥	135
论上海自由贸易区争议解决机制的完善/陈 硕	147

第四部分 自由贸易区其他法律问题的研究

上海自由贸易区金融创新领域法律问题研究/韩加新	157
上海自由贸易区离岸金融业务相关法律问题研究/程志远	167
关于自由贸易区人民币资本项目可兑换法律问题研究/黄建生	183
上海自由贸易区知识产权制度面临的新挑战及对策研究/邓 俊	195
上海自由贸易区国际法律服务问题研究/牟秉芸	210
上海自由贸易区内旅行社法律问题研究/闫 格	224
上海自由贸易区内会计准则的新趋势/段 柳	237

第一部分

自由贸易区管理体制法律问题研究

论自由贸易区立法的基本原则

陈云俊 *

一、概述

中国（上海）自由贸易试验区已正式成立。据闻，粤港澳自由贸易区、天津自由贸易区也将相继设立。自由贸易区的设立在很大程度上是中央政府将更多事权下放地方政府的一种信号，同时也是政府管理市场经济由政府主导型转变为市场主导型的有力探索。

在自由贸易区内暂停实施一些法律，必然要重新制定一些适应自由贸易区新环境的基本法律、行政法规、地方法规和规范性文件等。通过相关研究，笔者希望探讨出适合当代中国国情、具有普遍意义的自由贸易区立法所应遵循的基本原则。自由贸易区立法的基本原则应贯穿于自由贸易区立法的全部过程，并一脉相承。希望笔者的研究能为未来的自由贸易区法律、行政法规及其他规范性文件的立法过程提供一定的参考。

据初步研究，笔者认为，自由贸易区的立法活动应遵循以下基本原则：

二、经济自由原则

经济自由是近代宪法确认的三大自由即人身自由、精神自由和经济自由

* 陈云俊，首都经济贸易大学经济法专业硕士研究生。

之一。经济自由是公民实现其他权利的物质上的保障,也是现代市场经济发展的内在需求。^{〔1〕}自由资本主义者认为,经济自由强调市场是可以自我调适的最优的社会结构,如果不受外力的阻碍,市场会最大限度地满足市场主体绝大部分的经济需要,有效使用有限的社会资源,并自动为真正希望自由竞争的经济人提供充分的机会。

从目前掌握到的信息来看,上海自由贸易区探索的负面清单管理模式即负面清单之外的投资领域按内外资一致的原则,对外商投资项目由事前的核准制改为事后的备案制,体现了经济自由原则。上海自由贸易区总体方案设计的负面清单管理模式就是“法无禁止即合法”,仅仅规定自由贸易区内的企业不能从事什么,与过去限定企业只能从事什么的管理模式相比,无疑会让自由贸易区内的企业有更广阔的发展空间。可以预见的是,以上海自由贸易区为代表,未来自由贸易区内的市场主体的经营活动空间将更为宽广,经济行为将更为自由。后续的经济自由措施,我们拭目以待。

关于企业和政府,谁是自由贸易区的主角?哈耶克认为,企业才是市场的主角,应逐渐淡化行政层级,强化市场的商业特征。未来,自由贸易区的立法中应少一些强制性规范,多一些任意性规范,尊重市场主体——尤其是企业的意思自治,充分发挥市场配置资源的决定性作用,除“国家规定实施准入特别管理措施之外”,任何市场主体都有权基于自己的自由意志选择在相关法律法规的指引下,自由地进入或退出自由贸易区的市场,“法无禁止即可为”,保障自由竞争、自由交易以提高效率来促进市场主体的利益。

垄断、污染、欺诈、资源浪费和市场中其他的不幸副产品,在传统上都被看作市场自我管理机制的失灵。因而,过度的经济自由是异化的自由,会损害经济效益、经济公平和经济秩序。根据科斯定理,如果交易成本为零,那么只要初始产权界定清晰,无论将初始产权配置给哪一方,当事人之间可以通过平等协商谈判的后续调整,进而都会达到相同的市场资源配置结果,因而国家的强制干预不是必要的。但是,如果交易成本不为零,那么初始产权的界定就很重要,因为它会影响经济效率和市场资源的合理配置。^{〔2〕}因

〔1〕 陈景庆:“国家干预主义与经济自由主义:理论、实践及其影响”,载《辽宁行政学院学报》2011年第3期。

〔2〕 冯玉军主编:《法经济学》,中国人民大学出版社2013年版,第219页。

此,需要国家对经济自由进行干预。但值得我们注意的是,法律经济学家认为,特别强硬的法律管制会对私有市场产生太小的规范效应。当立法机关颁布的管理措施过于严厉时,就会出现这种异乎寻常的后果,以致管理者将根本不发布法规,或者拒绝实施立法机关颁布的任何法规。这一点在我国尤为明显。政府对自由贸易区内市场主体的干预应是有效的、适当的,每一项制度的设计都应有利于更好地调整市场主体的市场行为,减少交易成本,激励市场主体进行自我调整。

在上海自由贸易区的最初方案中,对负面清单之外的外商投资拟暂停实施《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》、《外资企业法》等三部法律。但全国人大常委会最终审议时,改为“在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《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》、《外资企业法》规定的有关行政审批”。从“负面清单之外”改成“对国家规定实施准入特别管理措施之外”,预示着政府仍对一些需要保护的特定行业,限制外商投资的准入。政府的这种限制是否合法、合理?

笔者认为,在自由贸易区内,政府对经济自由的限制应该综合考虑以下几个方面:第一,国家对经济自由的限制应出于公共目的。为保证经济自由的实现,政府的干预必须基于纯粹的善意,其目的是维护社会公共利益或国家利益,而不能考虑其他不相关的因素。第二,国家对经济自由的限制应基于宪法依据。国家对经济自由的限制须有宪法上的明文依据。第三,国家对经济自由的限制应具有可操作性。政府及其工作人员应谙熟经济发展的内在规律,具有高度的理性,对于干预经济自由的可能后果能够做出准确的判断。^[1]

此外,全国人大常委会并未同意《文物保护法》在上海自由贸易区内的暂缓实施,笔者相信,更多是出于公共利益的考量。经济自由从来都不是绝对的,但随着我国自由贸易区内市场经济的日益成熟以及政府服务管理模式的更加自信,未来自由贸易区内外商投资的领域会越来越扩大。

总而言之,未来自由贸易区内各项制度设计的首要初衷应是经济自由。自由贸易区立法的经济自由价值是构建自由贸易区法律体系的指导思想和根本准则,在整个自由贸易区法律体系中应居于统帅地位。无论是转变政府管理模式还是扩大外商投资领域,上海自由贸易区都做出了比较有益的试验,这

[1] 林来梵:“论私人财产权的宪法保障”,载《法学》1999年第3期。

对未来自由贸易区的立法遵循经济自由原则提供了可靠的借鉴。

三、有效竞争原则

美国经济学家 J. M. 克拉克提出的有效竞争模式已成为当前最具全球影响力的竞争规则模式。克拉克主张将规模经济和市场竞争活力两者有效地协调起来,进而使市场竞争长期处于一种均衡状态。经过诸多经济学大师们的努力,该理论日趋完善。根据该理论,有效竞争的行为标准包括:企业不从事欺诈经营行为;不设置价格歧视;不窃取竞争对手的商业秘密;不互相勾结;不使用掠夺性的、排外性的经营手段等。结构标准包括:企业的数量符合市场规模经济的要求;企业和消费者对上市产品的质量差异存在价格敏感性;市场上不存在对资源进入和流动的限制等。绩效标准包括:每个企业的生产是高效的;产品质量和产量因消费者需求的变化而变化;企业的利润水平刚好满足投资报酬、创新和效率;企业竭力推进产品和技术创新;能最好地满足消费者需求的企业获得最多的报酬等。目前,有效竞争规则已成为多数国家主导性的市场竞争政策的指针。

有效竞争理论对我国自由贸易区内市场竞争秩序的构建具有很好的借鉴意义。市场经济实质上是对稀缺性市场资源进行合理分配的一种社会存在模式,其本质就是竞争,不仅是市场主体的竞争,也包含市场主体与相关环境的竞争。笔者认为,在自由贸易区立法的基本价值序列中,有效竞争价值应优于市场公平,这是由自由贸易区所作用的市场领域和功能定位所决定的。自由贸易区的定位应是自由贸易最优,区内各项新制度设计的首要初衷必须是经济自由前提下的有效竞争最大化,辅之才是社会公平。有效竞争作为一种良性的竞争状态,可以合理、高效地配置市场资源,理应成为政府规制自由贸易区内市场主体竞争行为的基本原则。

上海自由贸易区提出要创新实施“一线放开”、“二线安全高效管住”的监管服务模式,推进生产要素在关内的快速流动,以创造更多的社会财富。

在遵循有效竞争原则的前提下,如何将自由贸易区内的有限资源进一步最有效率的利用?笔者认为,未来自由贸易区法律制度的设计应综合考虑以下因素:第一,以追求自利最大化为己任的市场主体必然高度重视性命攸关的竞争,可能会发生违背现行法律的立法精神的不当行为或违法行为,这些

行为破坏了既有市场机制的运作，必须避免此种行为的发生。第二，由于市场主体的欲望是无穷的而市场资源是相对有限的，现代国家也大都在实现最广大民众的福祉的前提下满足市场主体的最大需求，因此，自由贸易区的法律应该相应地被设计成减少社会资源的浪费、追求经济效率以协助市场主体实现其合法的最大利益的工具。第三，追求最大化私利的市场主体在市场交往中，当法律处于一种“真空”的状态下时，彼此会自由协商，追求一种最有效率的交易方式，以期达到双方都获得最大利益的结果，进而符合效率的要求。因此，对于规范市场关系的自由贸易区法律设计应充分考虑市场主体的此种需求。第四，“理性经济人”会依据追求最大化自利的原则对外界的“诱因”做出反应，相应地，自由贸易区法律作为一种工具自然可依此加以设计。^{〔1〕}

我国自由贸易区内的竞争规则应当是有效竞争规则，有效竞争应成为一种长期的激励机制，进而成为实现整体经济目标和社会公共利益的手段。身处市场经济这个大背景下的自由贸易区立法，如果由此确立有效竞争的立法原则，将会对发展市场经济、促进科技进步起到锦上添花的效果。

四、经济平等原则

自由贸易区的立法如果要成为良法，应当考虑的一个基本原则便是经济平等原则。自由贸易区由于其特殊的功能定位和国际性，更应如此。自由贸易区的立法在很大程度上是一个革故鼎新的变法过程。变法在使一部分人受益的同时，也会使另一部分人的利益受损。绝大多数的成本可能由后者承担，甚至前者的受益是基于变法对后者的剥削基础上。政府的变法应对利益受损者做出长期的、有效的补偿保证，并能够和守法者就“平均分摊”变法成本达成协议时，才会得到社会成员的真正拥护。如果变法纯属于单方面的掠夺，那么，该政权极可能出现“信任危机”。^{〔2〕}总之，一项新法律或政策的施行既会给一部分带来福利改进，同时也会造成另一部分人的福利损失。所有人都从法律制度变迁中获益的“帕累托最优”是理想中的虚构状态。

〔1〕 例如当国家降低自由贸易区内的企业所得税税率，自由贸易区外的企业会因为税率的降低而做出积极反应，如在自由贸易区内设新厂。

〔2〕 冯玉军主编：《法经济学》，中国人民大学出版社2013年版，第161页。

因此,自由贸易区的立法应切实保障市场主体的平等地位。自由贸易区的立法应从理想世界回到现实社会,从而使法律具有更强的社会可接受性。横向上保障关内、关外市场主体在自由贸易区内的平等地位;纵向上保障政府机关及其设立或委托的机关单位、公司在自由贸易区内参与市场经济活动时与其他的市场主体具有同等的市场地位。

此外,经济平等应包含以下含义:首先,除“国家规定实施准入特别管理措施之外”,自由贸易区内的任何市场主体都有权依自己的自由意志选择在相关的法律法规的指引下,平等地进入或退出自由贸易区的市场,不能因各市场主体之间的资本性质、组织结构、市场地位等因素而有针对性地设置进入门槛或退出屏障;其次,自由贸易区的立法既不能给予某些市场主体特殊的、额外的优惠,也不能使某些主体承受非公正的限制或歧视;最后,市场主体在自由贸易区内的竞争过程中所适用的行为标准和法律规定应是统一的,这必然要求在自由贸易区内暂缓实施一些法律。目前,上海自由贸易区内的“事先的国民待遇”做法契合了经济平等原则的内涵。

值得我们注意的是,经济平等的提供或供给,并不是无限的,会受到相关社会资源的限制。自由贸易区的立法应该考虑到这种限制,并注意以下两点:第一,市场经济并不是越平等越好,如果实现经济平等的必要前提是花费太多的社会资源,并导致法律所追求的其他价值目标遭受重大损害,则这种经济平等的合理性就值得反思和怀疑;第二,理想中的经济平等状态在现实社会中并非时时处处都会存在。^{〔1〕}

如何进一步有效保障自由贸易区内市场主体的经济平等地位以及如何合理限制经济平等需要未来自由贸易区立法创建一系列新制度来构建。只有将经济平等原则确立为自由贸易区立法的基本原则之一,才能为持续几个季度低迷的中国经济注入一针长效活力剂。

五、平衡协调原则

市场经济在社会资源分配的过程中,时时处处存在着利益冲突。对市场经济关系进行平衡协调是必要的。为营造一个平衡和谐的自由贸易区经济环

〔1〕 冯玉军主编:《法经济学》,中国人民大学出版社2013年版,第259页。

境,企业、市场和政府应将有限的经济利益和社会资源进行合理分配。

平衡协调原则是指未来自由贸易区的法律既要与现行国内法律相互协调,又要与国际法、国际商事惯例相互协调,同时还应平衡协调好自由贸易区立法过程中出现的各种利益关系,如负面清单划定范围的权限冲突,中央政府与地方政府的管理权限冲突等,尤其要平衡协调好政府规制与市场经济自由的冲突关系。应充分认识到自由贸易区立法面临的国际性,尽量与国际立法相协调。自由贸易区立法在一定意义上是区域性立法,但如果过分强调自由贸易区立法的特殊国情和国家权力性则会阻碍自由贸易区的长远发展。另外,如果只有政府和国企在市场中扮演主角而缺乏市场经营主体的广泛参与,就不会有自由贸易区市场经济的健康发展。自由贸易区立法也应平衡协调好市场主体经济自由和政府宏观调控之间的利益关系,使得市场主体获得不低于世界其他贸易区域的保护水平。

以海淘为例。随着互联网购物的兴起和全球商品信息的加速流动和透明,同一经营者经营部分同类商品在国内外市场会出现价格差和质量差。越来越多的国人加入海淘购物的浪潮。其中部分海淘人通过携带少批量物品入关,将国外一些价格优惠而国内急需的商品带入国内,从而赚取一定的价格差。

支付宝的统计数据显示,2012年~2013年国内海淘的总体规模增长率为117%,远高于同期国内网络购物规模64%的增长率。海淘市场的高速发展和光明前景,引起了国内各大电商的重视,纷纷试水布局海淘业务。目前,国内的较多海淘业务同国家税收政策存在打擦边球的风险。^{〔1〕}因此,国内电商的行动相对低调。

海淘作为一种新型的电商模式,在我国仍处于监管灰色的野蛮增长期,也同国家的税收政策相左。面对巨大的税收流失和庞大的海外消费潜力,政府及有关部门需要重新定义自己在海淘市场中的位置。

跨境电子商务服务平台——“跨境通”将在上海电子口岸搭建,试点实施跨境贸易电子商务服务,从而为国内消费者提供一条便利、快捷、阳光的跨境网购新通道。“跨境通”采取提前海关报备的运作模式,同时将关税由原来的40%以上降至10%到20%。但消费者必须提供身份证、实名、电子邮

〔1〕前不久发生的“空姐代购入刑案”引起了极大的社会争议。目前在国内,个人从事海淘业务会面临很大的法律风险。

件、电话、信用卡卡号、地址等六项信息进行实名制认证,且一年内的海淘额度不得超过2万元人民币。^{〔1〕}

在很多海淘商户看来,通过自由贸易区开展海淘业务,既可以节省海外仓储的运输成本和物流时间,也可增强消费者对海淘商户提供商品的信心。但对消费者认购限额的规定,同时也打击了海淘商户的积极性。对于将来是否“入区”,很多海淘商户还在观望,等待后续政策的出台。

“跨境通”作为官方搭建的电商平台和物流平台,必将有助于海淘这个新兴行业从灰色领域走向正规透明,进而促进该行业的繁荣。不过,海淘商户入驻自由贸易区后可能会影响他们的现有定价模式和利润,而且原来的自由空间会被束缚。政府在制定自由贸易区内的电子商务相关政策、规范时,必须平衡协调好政府税收监管与海淘商户、消费者间的利益关系。货物如何进关,如何计税,如何征税,是否实名认证,是否规定认购限额等一系列问题都需要设计相应的制度来完善海淘这个新兴的朝阳产业。

以平衡协调原则指导自由贸易区立法,不仅会对自由贸易区市场和市场经济产生积极的推动作用,而且还会对所在区域,乃至整个国家的法律观念产生潜在的影响。

六、保护投资者权益原则

非常欣喜地看到,上海自由贸易区在总体方案中提出有效完善投资者权益的保障机制,保障各类投资主体的公平竞争,允许符合条件的外商投资者自由转移其投资收益,并建立知识产权纠纷调解、援助等解决机制。利益保护原则是现代法律所具有的一般性的、共同性的原则,自由贸易区的立法亦应如此。此外,财产权作为一种与市场经济必然相伴的重要法律现象,它与契约自由共同构成了现代市场经济的两大制度支柱。上海自由贸易区总体方案写上了对投资者权益的保护条款,也是一条值得借鉴的自由贸易区立法基本原则。

笔者认为,自由贸易区的法律、规范性文件等应符合市场经济发展的客观规律,并且如果市场主体对自由贸易区未来可能创制的法律、规范性文件

〔1〕 徐淑芝:“海淘野蛮生长:自贸区或成行业透明化出口”,<http://www.pe841.com/article/20131117-20706.html>,访问时间2013年11月17日。

具有一定理性的预期性，应从中获得“法律利益”。“法律利益”应具有两层含义：其一，未来自由贸易区的立法应减少不确定性，避免信息污染、虚假陈述、信息不对称等现象，维持法律的稳定性，^{〔1〕}进而自由贸易区内的市场主体可以通过遵守法律从事经营活动获得合法的经营收入，这是当下的“利益”；其二，自由贸易区内的市场主体通过对市场经济发展规律的理性判断，进而对国家的未来立法活动有一定的理性认识，且国家的未来立法确实符合客观的经济规律。自由贸易区内的市场主体通过这种理性判断的过程，可以及时调整经营策略，从而适应未来的法律要求，规避法律波动造成的不必要的损失，这是未来的“利益”。

自由贸易区内的市场主体遵守未来新法的重要前提之一就是市场主体可以通过守法获得合法的利益，即自由贸易区的立法应为市场主体创造利益，且获得这种利益的机会是公开的、均等的。

上海自由贸易区总体方案明确强调对投资者权益的保护，但必须指出，这仅仅只是一个开始。要真正实现对投资者权益的全面有效的保护，还有待于这项原则在所有的自由贸易区立法中得到有效贯彻，从而促成国家立法也向这个方面发展。

七、企业社会责任原则

社会是由时而相互依存、时而相互对立的利益共同体和发展共同体构成的。企业作为市场的主体和社区的成员，具有社会性，时时刻刻处在与别的社会主体的交往之中，并产生相互的利益影响。这些利益影响有的能够通过事先的平等协商做出一定的妥善安排，有的则很难通过事先的平等协商做出妥善的安排。经济学将前者称之为“市场”，将后者称之为“外部效应”。

通常，企业有正、负两种“外部效应”。企业的正外部效应是指企业的行为能给外部主体带来好处，负外部效应则指企业的行为给外部主体带来损害。对于企业来说，其行为给外部主体带来的损害是一种外部成本，即由自己的行为产生的但却由外部主体承担的成本。

企业以效益优先为价值目标，无可厚非，但不能以牺牲人权、牺牲环境、

〔1〕 冯玉军主编：《法经济学》，中国人民大学出版社2013年版，第129页。