

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.02.001

“一带一路”背景下上海自由贸易港构建的法治思维

龚柏华

(复旦大学法学院, 复旦大学“一带一路”及全球治理研究院, 上海 200438)

摘要: 上海自由贸易港的设计应在服务“一带一路”倡议的大背景下进行。上海自由贸易港的建设需要用法治思维厘清相关疑难问题。上海自由贸易港“特区”地位要有专门授权法律明确;“境内关外”的法律地位要明确,“关外”主要指关税法的适用豁免,而非整个海关法的不适用;货物、资金、人员流动自由和商品免于关税也要有具体的法制保障,可用“负面清单”模式处理,以增加可预见性和透明度。

关键词: 自由贸易港; 自由区; 境内关外; 离岸贸易; 上海

中图分类号: F745

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2018)02—0005—11

自中共十九大报告中提出要探索建设自由贸易港以来,上海按照中央统一部署,积极探索建设自由贸易港。上海自由贸易港的设计应在服务“一带一路”倡议的大背景下进行,是推进贸易强国战略、培育贸易新业态新模式的重要组成部分。上海自由贸易港的建设需要用法治思维厘清相关疑难问题。

一、上海自由贸易港“特区”地位要由法律确认

自由贸易港的雏形早在几百年前已形成。当时在地中海沿岸一些地区为扩大对外贸易往来,开始允许外国商人和商品自由进出。一般认为,1547年意大利热那亚湾的雷格亨港(Leghohy)被辟为自由贸易港,是历史上首次“自由港”的命名。如今全球自由港已达130多个。

中国最早考虑建设自由贸易港始于1983年。时任福建省委书记提出要在厦门探索建设以“货物自由进出、人员自由往来、货币自由兑换”的自由港。后来国务院同意在厦门“逐步实行自由港的某些政策”,但由于受当时各方面条件的限制,探索自由港建设的“厦门方案”并没有得到落实。上海也较早提出过类似概念——自由工业区。2002年,上海市科技发展软科学重点项目《关于设立洋山自贸港的研究》就有了自贸港的初步设想。

2017年10月19日,习近平总书记所作《决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》的中共十九大报告中提出,要“探索建设自由贸易港”。但什么是“自由贸易港”目前还没有法律法规加以明确规定,学界也无统一界定。世界海关组织前身海关合作理事会通过并于1974年生效的《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》(简称《京都公约》),在其附约中涉及到自由区的规定:“系指缩

约方境内的一部分，进入这一部分的任何货物，就进口税费而言，通常视为在关境之外。”^①世界贸易组织出版的《贸易政策术语词典》没有专门的“自由贸易港”词条，仅有“自由贸易区”（free-trade zones）词条。^②可见，学术和实践中并未将自由贸易港与一般的自由贸易区、对外贸易区、出口加工区做严格的区分。

2017年11月10日，国务院副总理汪洋在《人民日报》第四版上发表题为“推动形成全面开放新格局”文章中提到，“自由港是设在一国（地区）境内关外、货物资金人员进出自由、绝大多数商品免征关税的特定区域，是目前全球开放水平最高的特殊经济功能区。香港、新加坡、鹿特丹、迪拜都是比较典型的自由港。我国海岸线长，离岛资源丰富。探索建设中国特色的自由贸易港，打造开放层次更高、营商环境更优、辐射作用更强的开放新高地，对于促进开放型经济创新发展具有重要意义。”^③这是目前比较权威并带有官方色彩的定义。

从上述各定义中可以看到，自由区、自由港与自由贸易港是既有区别又有联系的概念。广义自由区可以涵盖自由港，自由港是设在港口的自由区。自由港可以涵盖自由贸易港，自由贸易港是侧重贸易政策的自由港。中国准备探索建设的又是具有中国特色的自由贸易港，即一方面将高度参考中国香港、新加坡、鹿特丹、迪拜的自由港；另一方面又可以与已经存在的这些自由港有所不同，要尝试促进中国开放型经济创新发展的新政策。我国目前拟建构的是依托港口的自由贸易港，而非广义的自由区。自由贸易港的选址应该是有自贸试验区经验、在海岸线上的港口。自由贸易港中的“港”不限于海港，还可包括空港。自由贸易港按所处区位可分为海港型和空港型两大类。自由贸易港主要设置在海港区域或国际航线上的重要枢纽港口。由于自由港本身空间有限，可以配有毗连区域为自由港服务的特殊功能自由区，即狭义的自由区。

上海具有优先建设自由贸易港的基础。上海自2013年9月在全国率先设立中国（上海）自由贸易试验区以来，已经积累了一定的自贸试验区的实践经验。2017年4月公布的《全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》（简称《全改方案》），明确提出了要“在洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区等海关特殊监管区域内，设立自由贸易港区。”^④这是因为上海自贸试验区承担的深化改革、扩大开放的试验任务在不断地深化，上海需要主动“对照国际最高标准、最好水平”，为国家战略开辟试验田。在已经成为上海自贸试验区一部分的洋山自贸港区和浦东机场综合保税区内建设自由贸易港，将更有利于先行达到“百尺竿头更进一尺”的排头兵的示范效应。

上海自由贸易港建设的意义要放在服务国家“一带一路”建设、成为推动市场主体走出去桥头堡背景下来综合考虑。“一带一路”建设是我国扩大对外开放的重大战

① A “free zone” is defined as “a part of the territory of a Contracting Party where any goods introduced are generally regarded, insofar as import duties and taxes are concerned, as being outside the Customs territory”.

② Walter Goode, *Dictionary of Trade Policy Terms*, Fourth Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2003: 146.

③ 汪洋. 推动形成全面开放新格局[N]. 人民日报, 2017-11-10(4). 人民网[2018-01-08]. <http://cpc.people.com.cn/n1/2017/1110/c64094-29637658.html>.

④ 《全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》国发〔2017〕23号，第16段。

略举措,也是今后一段时期对外开放的工作重点。“一带一路”建设的重要任务之一是提高贸易和投资自由化便利化水平,与相关国家商谈优惠贸易安排和投资保护协定,全面加强海关、检验检疫、运输物流、电子商务等领域合作,从而在“共商、共建、共享”的“三共”原则上建立人类命运共同体。^①这就需要上海自贸试验区及进一步上海自由贸易港进行“先试先行”。不论是上海自贸试验区还是上海自由贸易港,应与“一带一路”倡议有机结合起来,成为我国改革开放大战略的有机组成部分。2017年10月,上海市政府批准并发布了《上海服务国家“一带一路”建设发挥桥头堡作用行动方案》,提出了贸易投资便利化等六大专项行动。^②“一带一路”建设与上海自由贸易港建设可以相得益彰,“一带一路”可以借力上海自由贸易港平台深入推进,自由贸易港也可以借势“一带一路”建设更加开放。

上海已经向国务院提交了上海自由贸易港的建设方案。根据方案总体精神,上海自由贸易港将在口岸风险有效防控的前提下,依托信息化监管手段,取消或最大程度简化入区货物的贸易管制措施,最大程度简化一线申报手续。探索实施符合国际通行做法的金融、外汇、投资和出入境管理制度,建立和完善风险防控体系。

上海自由贸易港的构建可能需要突破现有的法律规定,如海关法、出入境检验检疫法;有关国际贸易、国际投资、国际金融等方面的法律。上海自贸试验区在构建前期是争取全国人大常委会通过“授权决定”形式,授权国务院在上海自贸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的部分条款。当时对这种“授权决定”的合法性存有较大争议。^③上海自贸试验区率先尝试的“因地调整”法律适用的模式得到了立法肯定。2015年3月15日,十二届全国人大三次会议修改的《立法法》第13条规定“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要,决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内,在部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定”。该条将上海自贸试验区的法治实践所开创的在特定区域内对法律法规进行局部的、临时性的调整,即法律“因地调整”的模式正式入法,为自贸试验区下一步在更广阔领域(如上海自由贸易港)争取国家立法授权提供了制度保障。

上海自由贸易试验区在使用“因地调整”模式在实践中仍然存在上下脱节的时差问题,实践中在具体问题上仍然采取一事一议、自下而上请示、自上而下批复的模式。上海自由贸易港建设有必要打破这种模式,否则很难在上海自贸试验区的框架中升华。上海自贸试验区建设早期就有一些学者提出了要设“法律特区”或赋予地方立法权的设想。^④上海自由贸易港构建可以在回顾和吸取上海自贸试验区经验及不足的基础上,考虑进行“特区立法”。“法律特区”与“特区法律”应该是不同概念。前

① 龚柏华.“三共”原则是构建人类命运共同体的国际法基石[J].东方法学,2018(1).

② 上海服务国家“一带一路”建设发挥桥头堡作用行动方案[EB/OL].上海市政府官网[2017-11-19]. <http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2319/nw12344/u26aw53799.html>.

③ 丁伟.上海自贸试验区法治创新的轨迹[M].上海:上海人民出版社,2016:14.

④ 沈国明.法治创新:建设上海自贸区的基础要求.东方法学[J].2013(6);季卫东.金融改革与“法律特区”——关于上海自贸区研究的一点刍议[J].东方法学,2014(1).

者是对现存法律的不适用,后者是对新设特区的法律定制。上海自由贸易港性质属于自由港类的“特殊经济功能区”,简言之就是一种经济功能的“特区”。这就需要法律上配以符合其特殊区域功能的规定,这可以是“消极”地规定某些法律在上海自由贸易港不适用的“特别授权”,也可以是“积极”地规定某些法律仅可在上海自由贸易港适用的新法制定。如下面要探讨的“境内关外”地位中的海关法的部分不适用;自由贸易港内开展离岸贸易的税收优惠法律仅在自由贸易港适用等。新加坡1966年专门制定有《自由贸易区法案》(2014年修订);迪拜也为其“自由区”制定了一系列法规。上海自由贸易港(及其它自由贸易港)应有国家层面的充分授权,赋予自由贸易港内更大的自主权,允许自由贸易港的管理机构自主设立港内规则。上海自由贸易港的立法授权模式可以为改法促进改革、“地方立法有先行先试权力”提供范例。^①

上海自由贸易港与上海自贸试验区的一个重大区别应该是上海自由贸易港不再主要担任“可复制、可推广”的角色,而是在推动我国新时代全面开放新格局中树立高标准的“聚宝盆”,起到间接“可辐射”作用。

当然,在设计上海自由贸易港“特区”法律时,也要注意与我国加入世界贸易组织(WTO)议定书第2条的贸易制度实施承诺义务保持一致。《WTO协定》和中国入世议定书的规定适用于中国的全部关税领土,包括“在关税、国内税和法规方面已建立特殊制度的地区”。中国应在60天内将特殊经济区的任何增加或改变通知WTO,包括与此有关的法律、法规及其他措施。WTO关于非歧视和国民待遇的规定应得到全面遵守。^②

二、上海自由贸易港“境内关外”法律厘清

按目前比较官方的定义,自由港是设在一国(地区)“境内关外”的特殊经济功能区。但如何理解“境内关外”,又直接涉及自由贸易港的地理边界和自由贸易港制度适用的空间。

“境内关外”中的“境”是指国境。国境通常被定义为国家的边境;边境被定义为“靠近边界的地方”;边界被定义为地区和地区之间的界线(多指国界……)。^③从国际法角度看,国境是指一个国家行使主权的领域空间,是国家边界之内的范围。边界又称国界,是划分国家领土范围的界线。国家领土实际上是个立体的概念,既包括传统的领陆部分,也包括领水、领陆和领海之下的底土以及领陆和领水之上的领空。^④国家边界可以分为陆地边界、水域边界、海上边界、空中边界以及地下边界等。国境与边境有联系但又有区别。边境是国家边界线两边的一定区域。

我国《刑法》有5处使用了“国(边)境”的用语,^⑤如第321条规定了运送他人偷越国(边)境罪。刑法并未界定什么是“国境”。2012年《中华人民共和国出境入境

① 刘作翔.论重大改革于法有据:改革与法治的良性互动[J].东方法学,2018(1).

② 中国加入世界贸易组织法律文件[M].北京:法律出版社,2002:3.

③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编.现代汉语词典[M].北京:商务印书馆,2005:79,521.

④ 《国际公法学》编写组.国际公法学[M].北京:高等教育出版社,2016:283.

⑤ 关于“国(边)境”概念如何理解,可参阅:孙建保.刑法罪名中“国(边)境”的表述理解及司法适用探析[J].法律适用,2011(5).

管理法》未直接对“国境”做定义,仅对“出境”、“入境”做了定义。该法第89条规定:“出境,是指由中国内地前往其他国家或者地区,由中国内地前往香港特别行政区、澳门特别行政区,由中国大陆前往台湾地区。”“入境,是指由其他国家或者地区进入中国内地,由香港特别行政区、澳门特别行政区进入中国内地,由台湾地区进入中国大陆。”根据《中华人民共和国国境卫生检疫法》第2条的规定,“在中华人民共和国国际通航的港口、机场以及陆地边境和国界江河的口岸(以下简称国境口岸),设立国境卫生检疫机关,依照本法规定实施传染病检疫、监测和卫生监督。”这儿“国境口岸”的概念与国家领土范围的“国境”不完全相同。由于涉及到执法的成本和便利性,海上货物入境执法未必在我国的领海线或毗连区界线上,而是在便于执法的港口“口岸”处。

“境内关外”中“关”应该是“关境”。关境(Customs Territory)亦称税境、海关领土或关税领土。^①目前权威性定义来自世界海关组织(其前身为海关合作理事会)编写的《国际海关术语汇编》中的定义:“关境一词系指一个国家的海关法得以全部实施的区域。”(The term Customs Territory means the territory in which customs laws of a state applies in full.)关境的范围是一个国家的海关法适用的空间。美国《联邦法规汇编》第19卷第146.1条规定:“关境一词系指美国一般关税法律所适用的美国领土,仅包括各州、哥伦比亚特区和波多黎各。”(Customs territory is the territory of the U.S. in which the general tariff laws of the U.S. apply. It includes only the States, the District of Columbia, and Puerto Rico.)海关法适用的范围通常应与国家主权行使的范围即国家领土相一致,即关境等于国境。如果自由港处于国境线与关境线重叠处,则不可能成为地理意义上的境内“关外”。此时的“境内关外”应理解为国(边)境制度仍然按常规的制度执行,而关境制度可“虚化”处理。

“境内关外”还要与“单独关税区”的概念区分开来。从世界贸易组织(WTO)及其前身关贸总协定(GATT)的规定看,^②由于一些国家的特殊政治情况,其领土的一部分可以按“单独关税区”加入WTO,如中国的台湾地区、香港和澳门,都是以单独关税区的名义加入WTO的。此时是另一种意义上的“境内关外”的含义。另外,我国香港特别行政区全境为自由港,其全境与关境为一体,不能推断其为“境内关外”。如果理解香港自贸港的“关外”是在海关管辖之外,则香港就不存在海关了,而事实上,香港仍然存在着报关制度。因此,此时的“关外”是指海关法特定内容的不适用。

通常情况下关境小于国境,这才有可能存在“境内关外”的空间。上海自由贸易港的“关外”应是一种比喻,确切的用语应是“视为关境之外”,其适用对象应有一定的限制,如就允许输入该区的物品免于缴纳关税而言的“关外”。这不等于说上海

① 何晓兵. 关于关境的再认识[J]. 对外经济贸易大学学报, 1999(3).

② 关贸总协定第24条第2款中的定义:“本协定所称关境应理解为任何与其它区域之间的大部分贸易保持着单独的税则或其它贸易规章的区域”。

自由贸易港中不存在海关管理制度。对从上海自由贸易港进出“二线”内陆的货物仍然要受到海关监管。“关外”实际上是关税法的不适用而不是说海关法的不存在。

我国过去在各地设立的保税区、出口加工区、保税物流园区、跨境工业区、保税港区、综合保税区等，一般都被认定为是在“海关特殊监管区”，本质上仍是“境内关内”的管理模式。上海自贸试验区试图突破“境内关内”的属性，采取了诸如“先进区后报关”等改革措施，但其本质上仍然是“境内关内”。

从全球已经设立的自贸港来看，进出该港的国际货物可以免受海关监管，免征关税。对这种海关法适用例外的做法一般要有立法安排。学界一般认为美国“对外贸易区”（foreign trade zone）属于“境内关外”。美国2012年双边投资协定模板中在界定投资“领土”（territory）一词时，把美国一般的关税区与“对外贸易区”并列归属于其“领土”内。^①这也佐证美国的“对外贸易区”是在美国关税区之外。但在“关税区”之外，不等于说就在海关法适用之外。美国“对外贸易法”的“关外”是指“关税法”（tariff laws）适用之外，而非“海关法”（customs laws）适用之外。确切地说，美国“对外贸易区”是“出于缴纳关税目的而被视为海关关境之外的实施特殊监管的区域。”^②如果从WTO多边贸易规则角度看，并没有确认“自由贸易区或自由港”可与成员其他区域采用不同贸易政策，不过由于自由贸易区或自由港政策涉及众多成员，而且无成员提交到WTO争端解决，此问题就“视而不见”了。^③2009年WTO争端解决机构就巴拿马告哥伦比亚对其来自Colon自由区的货物采取特别通过措施是违反WTO规则的，可以反证WTO没有对自由港另眼相看。^④

上海自由贸易港将以“境内关外”为定位，其目的是以最小的关税成本来换取促进地方和国家经贸发展。“境内关外”是正常海关监管模式的例外。“境内关外”更确切地说是一种比喻，是海关监管的隐形化、远程化、区内化。

上海自由贸易港被定性为“境内关外”后，就需要设计好“一线”和“两线”的监管制度。上海自贸试验区设计时就提出了所谓“一线放开”，但从2013年上海自贸试验区保税区域货物监管制度创新改革的实践看，离“一线放开、二线高效管住”的目标尚存在着距离。^⑤上海自由贸易港构建应继续追求一线高标准便利化意义上的放开。“一线放开”是上海自由贸易港贸易自由化、便利化的直接体现。此处讲的“放开”是免于惯常的海关监管，实现货物进出关境“一线”的自由、便捷。上海自由贸易港的“一线放开”仍然要采取“负面清单”管理模式，除列入负面清单的国际贸易管制类项目（包括禁止类、限制类），负面清单之外的货物、物品进出“一线”实施关税及进出口环节税豁免政策。《京都公约》专项附约四第二章的建议条款6明

① “territory” means:(a) with respect to the United States,(i) the customs territory of the United States, which includes the 50 states, the District of Columbia, and Puerto Rico;(ii) the foreign trade zones located in the United States and Puerto Rico.

② 周阳：美国对外贸易区法律问题研究[M]。北京：法律出版社，2015：16。

③ Sherzod Shadikhodjaev, “International Regulation of Free Zones: An Analysis of Multilateral Customs and Trade Rules”, *World T.R.*, 2011, 10(2): 189-216.

④ Colombia – Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry – Status Report by Colombia, WT/DS366/15, 9 April 2010.

⑤ 沈玉良，彭羽：上海自由贸易试验区建设自由贸易港区路径分析[J]。上海经济，2017(4)。

确指出“禁止或限制”进入自由区的情况包括：公共道德或秩序、公共安全、公共卫生或健康或动植物检疫的需要，或保护专利、商标和版权。在转化为国内法律或法规时，国内法律法规不能简单地照抄这些“定性”的语言，而需要对之内容具体化，这样才可能达到有预见性、有一致性、有稳定性的“法治化营商环境”的要求。我国需要遵守对我国生效的相关国际条约的义务。如我国1989年批准参加的联合国《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第18条规定：“自由贸易区和自由港 1、缔约国应采取的措施，制止在自由贸易区和自由港非法贩运麻醉药品、精神药物及表一和表二所列物质的活动，这些措施的严厉程度不应低于在其领土其他部分采取的措施。2、缔约国应努力：（a）监测货物及人员在自由贸易区和自由港的流动情况，并应为此目的，授权主管当局搜查货物和进出船只，包括游艇和渔船以及飞机和车辆，适当时还可搜查乘务人员、旅客及其行李；（b）建立并实施一套侦测系统，以侦测进出自由贸易区和自由港的涉嫌含有麻醉药品、精神药物及表一和表二所列物质的货运；（c）在自由贸易区和自由港的港口和码头区以及机场和边境检查站设立并实施监视系统。”

为了适应自由贸易港海关监管模式的变化，我国有必要探索提前申报舱单数据来提前识别货物，作为实现进港便利化的手段。我国也可考虑签署《京都公约》附约自由区条款，使得我国自由贸易港海关监管制度与国际通行规则接轨。^①目前的上海自贸试验区的区内海关备案制度还有很大的改革提升空间。^②

就关境意义上的“一线放开”而言，技术上并不存在太大的障碍，仅需要海关法规做一定的修改或特定的解释。但就国境（口岸）意义上的“一线放开”会涉及到进出口检疫、边境检控协调执法。就这两者而言，上海自由贸易港可在确保安全的前提下，进行最高程度的便利化。就边检而言相对容易做到，电脑比对信息可以即时放行，即使有问题，仍然在区内可以管控。进口检疫会有后期后果问题。目前中国外来入侵物种已达620余种，共造成逾2000亿损失，生物入侵者也搭乘着国际贸易的“便车”“登堂入室”。^③一方面需要尽可能高效率地（如提速）实现进口检疫把关，另一方面也可考虑采取预防性提前检验，推行“自检报告”和“前置检验”制度，^④以便与海关等其他部门的便利化措施协同起来，产生同步便利化效应。

所谓上海自由贸易港“二线安全高效管住”，是指货物、物品进出“二线”实行进出口申报管理，可以依靠高标准的国际贸易“单一窗口”安全高效管住。当前，国际贸易“单一窗口”标准版已完成货物申报、舱单申报、运输工具申报、许可证件申领、原产地证书申领、企业资质办理和查询统计等9大基本功能建设，上海自由贸易港可在此基础上对“单一窗口”做进一步改进提升，达到国际先进水平。

上海自由贸易港“二线”外也可有为之配套的小型“自由区”，可以与上海自贸试

① 胡蓉, 干春晖, 李华东. 上海自由贸易港海关监管制度构建初探——基于舱单视角[J]. 海关与经贸研究, 2017(11).

② 李璐玲. 我国综合保税区海关监管制度的完善与创新[J]. 中国海洋大学学报(社科版), 2016(6).

③ “生物入侵酿逾2000亿损失 专家称控制源头是关键” [EB/OL]. 中国新闻网[2018-01-08]. <http://www.chinanews.com/sh/2017/11-20/8381370.shtml>.

④ 杜玉琼, 郑晓雨. 中国自贸试验区动植物检验检疫便利化措施探析[J]. 法制博览, 2017(11).

验区政策叠加，服务好上海自由贸易港的运作。如果上海自由贸易港通过促进货物资金人员的自由进出，吸引物流、资金流与信息流的集聚，吸引运营商与贸易商等多种服务业态集聚，那么，其本身基于“海关特殊监管区”的地域范围可能难以容纳，因而需要在自由贸易港周边建设过渡区或配套区。这又会涉及自由贸易港与配套区之间联系活动的监管制度设计。上海自由贸易港和现有自贸试验区制度可以共生互补。香港、新加坡等自贸港都在码头区和港区以外设有保税仓库。港区保税仓库主要是短期储存，做临时堆放之用；港区外仓库适合较长期储存或者需进行加工装配的货物。在港区保税仓库进出的货物不需交纳任何税费，港区外仓库则需交纳商业税。因此，上海自由贸易港设立后，自贸试验区仍将存在，并继续发挥作用。上海有望受益于自贸试验区和自由贸易港的双轮驱动，推动上海国际贸易中心、上海国际航运中心的提升。

三、上海自由贸易港“四大自由”法制保障要健全

上海自由贸易港方案中关键词应为“自由”（free）。如何理解该“自由”的内涵和外延是问题的关键。前述自由港定义中提及“货物资金人员进出自由、绝大多数商品免征关税”。概言之，可以分为货物进出自由、资金流动自由、人员进出自由、商品免征关税的“四大自由”。上海自由贸易港建设也将对标该“四大自由”。上海自由贸易港是具有中国特色的“自由港”，因此未必一下子就能达到这种最高水平的“四大自由”。由于中国地域辽阔，各地发展水平不一，不可能也不必要全面推行具有“四大自由”特征的自由贸易港，因此可以在客观条件具备的地方选择设立自由贸易港，起到示范和集聚的功效。

1. 货物进出自由

上海自由贸易港建设的核心应该是贸易自由，可在贸易业态、模式和技术方面实现创新。货物进出自由是贸易自由最直观的表现。上海自由贸易港建设目标并非限于其本身，而在于带动上海国际贸易中心建设和国际航运（含空运）中心建设，从而为国家长江经济带发展战略起到画龙点睛的功效。货物进出自由会带来物流集聚，从而进一步带来资金流和信息流在上海自由贸易港内外的集聚，带动上海的国际贸易结算中心、国际贸易订单处理中心和全球贸易决策中心的兴起。

上海自由贸易港货物进出自由可以进一步推动转口贸易的发展。传统的转口贸易是供货方发货至中间商指定的上海自由贸易港内仓库，在上海自由贸易港内实现物权的流转。由于转口贸易的运输是经过转口贸易商所在的上海自由贸易港的，因此其在海关统计范围内。转口贸易与过境贸易不同，过境贸易是运输经过上海自由贸易港，但是所有权不在上海自由贸易港发生转移，所以不在海关统计的进出口范围内。转口贸易能够兴起需要有周边腹地经济的支撑，并进而带动周边区域的发展。上海自由贸易港有着这种得天独厚的区位优势。

上海自由贸易港货物贸易进出自由可深化推动货物“虚拟”进出自由，即离岸货

物贸易发展。早有学者提议在上海自贸试验区开展离岸贸易。^①也有学者对现行上海自贸试验区已开展的离岸贸易情况和瓶颈问题做了实证的分析。^②离岸贸易是货物不经第三国或第三方,直接由供货方发货至购货方所在地,物权凭证为海运提单。贸易中间商分别与两个境外上下游供销客户签订供货和购货合同,通过低买高卖间接获取差价利润。离岸贸易通常采用提单转卖方法,即货物境外直接转卖不入境。由于离岸贸易的物流没有经过离岸贸易商所在地(上海自由贸易港),因此海关不统计,但其资金流经,所以在国际收支中应有统计。自由化水平高的自由贸易港一般离岸贸易规模庞大。

上海自由贸易港要推行离岸贸易就要求我国现行外汇管理制度“网开一面”。离岸贸易的资金流、订单流和货物流往往是分离的,中间商无法提供外汇核销单、报关单等用于结汇的传统依据。目前企业做离岸贸易外汇结汇需要经相关银行审核贸易进出口交易单证的真实性。银行承担着代位监管职责及其与贸易外汇收支的一致性进行合理审查。如果上海自由贸易港推行离岸贸易政策,就可能要承认那些专门做中间商的离岸转口贸易“空壳公司”的合法性。如何掌握交易的真实性将是监管的一大难题。此外,上海自由贸易港推动离岸贸易政策后,还要防止关联交易,避免境内外企业相勾结,联合虚构贸易背景套取银行外汇资金。

2. 资金流动自由

资金流动自由主要涉及人民币与可自由使用货币自由兑换问题。我国目前已经实施经常项目下的外汇自由兑换,因此上海自由贸易港中经常项目下的外汇自由兑换不存在大的法律障碍。问题是如何防止和监管虚假贸易背景的套汇、逃汇行为。

上海自由贸易港如果涉及外商投资行为,其合法的投资资本和利润应该享受自由转移。早在国务院批准的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》中就提出,上海自贸试验区要“允许符合条件的外国投资者自由转移其投资收益。”投资收益自由转移在双边投资协定中也有所规定,主要目的是保证投资者在东道国合法取得的收益或款项能够转移到东道国境外。投资收益转移通常需要按可自由兑换的外汇进行,因此,东道国的外汇管理是否能让投资收益顺利转移是投资者重点关心的问题。如果外汇不能顺利转移,势必将影响投资者的利益,因此东道国是否存在外汇管制是评价投资环境的重要因素之一。^③上海自由贸易港在外资投资收益自由转移问题上是否能够按国际高标准进行“先试先行”,这直接关系到上海自由贸易港的试验效果。上海自由贸易港在推行投资收益自由转移时也可采取“负面清单”模式,让外商投资者真正能有预见性地享受“自由”。上海自贸试验区已经采用了自由贸易(FT)账户。这种自由贸易账户不分本外币、不分经常项目和资本项目,企业可以向境外融资也可向境外投资,兑换时不需要审批。上海自由贸易港可在自由贸易账户基础上,进一步放宽外汇使用的自由和便利相关手续。在目前全国范围内尚难以全面迅速推进相关改革的

① 张军旗. 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[J]. 法学, 2013(12).

② 陈希, 彭羽, 沈玉良. 外汇管制政策调整对离岸贸易的影响——基于上海自贸区企业层面数据的实证分析[J]. 华东经济管理, 2017(2).

③ Andrew Newcomb, Lluís Paradell, *Law and Practice of International Investment Treaties Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009: 399.

情况下,如果出于对宏观经济风险底线的把控,在上海自由贸易港推进高标准的资本项目自由化和高水准的人民币国际化改革,这可能是一个不错的途径。这既可以做到有效防控风险,又能够为今后全国进一步改革积累经验。

目前,上海自贸试验区的自由贸易账户还不是离岸帐户(O SA帐户)。如果要开设离岸帐户等更多金融创新方式,国家需要同时健全监管制度,提升管理能力。

3. 人员出入自由

这里所指的人员出入自由与欧盟法主张的非国籍歧视的“人员流动自由”应有所区别。这里的人员也仅限于自然人流动,不包括法人的商业存在的问题,后者主要由外商投资特别管理措施的“负面清单”管理。

人员出入上海自由贸易港自由主要是指凭有效证件入“关境”就业自由,而非入“国境”自由。外国人进入中华人民共和国国境首先必须按我国相关出入境法律法规办理相关手续。当然,国家可对进入上海自由贸易港的外籍人士在入境手续上提供进一步的便利条件,或在获得相关永久居留资格方面给与特惠。上海自贸试验区等地已经在这方面做了尝试,并得到公安部的复制、推广。如授权自贸区管委会等单位推荐外籍人才及家属直接申请在华永久居留,以工资和税收为标准建立人才申请永久居留的市场化渠道。^①

人员出入自由还可与人才执业资格认证问题联系起来,即外籍人才所拥有的专业服务资格证书在上海自由贸易港中得到承认,从而外籍人员能“自由”地提供相关服务和从事就业。传统管理上,外籍人士的资格认证需要国与国之间的互惠确认,这对上海自由贸易港急需人才的进入可能带来不便。中国在加入WTO时服务贸易自由化中对自然人流动的开放承诺是非常有限的。实践中,自然人流动过程中面临经济需求测试、签证制度、执业资格认证等三大壁垒。^②上海自贸试验区在这方面突破有限。现代服务业进一步对外开放是我国改革开放内外部都期待的。党的十九大报告也提出要“加快发展现代服务业,瞄准国际标准提高水平。”因此,上海自由贸易港可凭其“特区”地位选择性地单方面非互惠地承认外籍人才的资格证书允许其从事相关服务或就业。这也可在一定范围内试验相关现代服务贸易业开放的政策,吸引高水准人才的流入乃至留住,将为上海建成科技创新中心做好人才支撑。上海自由贸易港因功能、地域所限,应规定一般不得在港区内居住。

4. 商品免征关税

上海自贸试验区设立当初就存在是否要有税收优惠政策之争,最终以“制度创新高地”盖过了“税收政策洼地”的主张。目前各自贸试验区采用的税收优惠政策主要是原来所辖区域(如保税区)“自带”的政策,如深圳前海有国务院批准的15%的税

^① 公安部推出7项出入境政策措施全面支持国家有关自贸区等区域创新发展,2017年3月9日[EB/OL].中华人民共和国公安部网站[2018-01-08]. <http://www.mps.gov.cn/n2253534/n2253535/n2253537/c5657109/content.html>.

^② 吴文芳.上海自贸试验区的人员自由流动管理制度[J].法学,2014(3).

收政策。当然，在自贸试验区实践中要求税收优惠的呼声仍然是此消彼长，如启运港退税试点政策在个别自贸试验区进行着试点。

上海自由贸易港的关税优惠政策是其立港之本，也是不便在自贸试验区大范围实行税收优惠的最佳优选地。这也是前述“境内关外”的要义。上海自由贸易港仍然应以关税豁免或优惠为主攻方向。货物在上海自由贸易港范围（也可含配套自由区）内储存、贸易、加工制造，应不予征收进口环节的关税和增值税；上海自由贸易港范围内企业进口其生产所需要的机器、设备和必需品免征关税。

上海自由贸易港的关税豁免及税收优惠政策可能局部影响国家的税收。但从国家区域发展的大战略看，该政策又能从产业链、价值链带来企业和商品增长带来税基的总量扩大。

上海自贸试验区《全改方案》第（二十二）段已经提出要“探索具有国际竞争力的离岸税制安排”、“在不导致税基侵蚀和利润转移的前提下，基于真实贸易和服务背景，结合服务贸易创新试点工作，研究探索服务贸易创新试点扩围的税收政策安排。”上海自由贸易港如果要推进离岸贸易就需要谨慎设计离岸业务税收监管制度，包括税种、税率、双重征税规避等；实施有效的防范侵蚀税基及利润转移的监管。另外，为了使上海自由贸易港（包括空港地区）具有“特区”吸引力，可以考虑在上海自由贸易港范围内允许免税商品的区内消费（通常为办公用品，燃料，食品，饮料等），让上海自由贸易港也成为老百姓能够直接感受的改革开放新的“自由”天地。

【作者简介】 龚柏华：复旦大学法学院教授，博士生导师；复旦大学“一带一路”及全球治理国际法律研究所所长；复旦大学上海自贸试验区法治研究中心主任；上海市法学会国际法研究会会长。研究方向：国际法，国际经济法，中美经贸法律关系。

Legal Consideration of the Construction of Shanghai Free Trade Port with the Background of the Belt and Road Initiative

GONG Bai-hua

(Law School of Fudan University, Shanghai 200436, China)

Abstract: The design of Shanghai Free Trade Port (SFTP) should be considered with the background of the Belt and the Road Initiative. The construction of SFTP needs the legal thought to manage some difficult issues. The special legal status of SFTP should be confirmed by the legislation. The so called “within the territory but outside the customs zone” should be interpreted by the statutes. The “outside the customs zone” should be understood as the immunity from the tariff regulations but not the whole customs law. The free movement of goods, capital and personal should be assured by the detailed regulations as well as the goods free from the customs duty. The “negative list” model could be used in the SFTP freedom system so that it could enhance the transparency.

Keywords: free trade port; free zone; within the territory but outside the customs zone; off-shore trade; Shanghai

（责任编辑：山草）