

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2021.02.001

《海南自由贸易港法（草案）》修改的 七大建议^{*}

贺小勇

（华东政法大学国际金融法律学院，上海 200042）

摘要：制定海南自由贸易港法在我国立法史上是全新的创举，彰显了中国坚定不移对外开放的决心和信心。草案赋予了海南省人大及其常委会就贸易、投资及相关管理活动制定法规的权力，这是创新性的授权立法。草案需要增加对自由贸易港的定义，以法律明确海南自由贸易港是最高开放形态的定位。在框架结构上需借鉴通行国际经贸规则，调整数字贸易条款和金融服务条款的内容。在管理职权、清单制定的主动权等方面，要遵循充分赋予海南改革自主权原则，通过法律方式将行政许可权下放给海南。在税费征收问题上，明确税费的底线与上限，给市场主体以明确的预期。同时增加评估条款，将行之有效的对海南自由贸易港建设进行评估的做法予以制度固化。通过对草案的这些修改，以期未来通过的海南自由贸易港法更为完善。

关键词：自由贸易港法；草案；修改；海南；自贸港

中图分类号：D901

文献标识码：A

文章编号：2095 — 8072(2021)02 — 0005 — 13

制定海南自由贸易港法，是贯彻落实党中央稳步推进海南自由贸易港建设的重要举措，是以高质量立法引领推动高质量发展的生动实践。2019年4月，制定海南自由贸易港法就列入了十三届全国人大常委会年度立法工作计划。2021年1月3日，《海南自由贸易港法（草案）》（以下简称“草案”）在中国人大网公布并征求意见。这是我国第一部以国家名义制定的自由贸易港法，进一步彰显了我国对外开放、推动经济全球化的决心。正因为立法意义和作用如此重大，社会各界对海南自由贸易港寄予了很大的期望。尽管草案有许多亮点，但从党中央、国务院提出的赋予海南更大改革自主权以及建设海南自由贸易港的责任配置角度看，从对标高标准的国际经贸通行规则的角度看，草案中有些关键条款还有进一步研究和修改的空间，本文提出相关建议，旨在引发学界关注与讨论，以期为国家立法提供参考。

一、制定海南自由贸易港法的重要意义

（一）制定海南自由贸易港法，是贯彻落实党中央稳步推进海南自由贸易港制度建设的重要举措

习近平总书记在2018年4月13日的重要讲话中，向全世界宣布，党中央决定支持

^{*} 基金项目：本文受2020年度国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”（项目编号：20&ZD205）的资助。

海南全岛建设自由贸易试验区，逐步探索、稳步推进中国特色自由贸易港建设。2018年4月中共中央、国务院发布的《关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》（以下简称《指导意见》）要求海南自由贸易港“在内外贸、投融资、财政税务、金融创新、出入境等方面探索更加灵活的政策体系、监管模式和管理体制”。^①2020年6月党中央、国务院发布的《海南自由贸易港建设总体方案》（以下简称《总体方案》）指出：“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，是习近平总书记亲自谋划、亲自部署、亲自推动的改革开放重大举措……制定实施海南自由贸易港法。以法律形式明确自由贸易港各项制度安排，为自由贸易港建设提供原则性、基础性的法治保障”。^②制定海南自由贸易港法，是将党中央重大决策以法律的方式加以制度化，使得海南自由贸易港各项政策更具有稳定性和可预期性，更有利于海南自由贸易港建设行稳致远。

（二）制定海南自由贸易港法，是重大改革于法有据与法治引领改革的重要体现

海南自由贸易港建设是实施全面深化改革和试验最高水平开放形态的重要实践，需要全方位、大力度地推进改革。推进各项改革事项落地实施，肯定会遇到与现有体制机制的不适应和约束，甚至与现行的法律产生一定的抵触。海南自由贸易港的建设不仅涉及原有法律法规的调整，还涉及相关新制度的创建，很难通过原有法律体系的调整来解决。设立自由贸易港是党中央国务院的重大战略决策，重大改革于法有据是依法治国的根本要求，如何辩证统一看待改革创新与重大改革于法有据之间的关系是推进海南自由贸易港进一步发展的重大战略问题，也是迫切需要解决的现实问题。十八届四中全会发布的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对于这一战略问题提出了明确的指引，即“实现立法与改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要”（习近平，2014）。这就必然要求制定海南自由贸易港法，对新的管理机制进行规定，对新的管理权限进行重新配置，对立法权限进行新的授权与配置，做到“重大改革于法有据”与“高质量立法推进高质量发展”的有机统一。从国际经验看，一些国家和地区设立自由贸易园区，都有相应的国家层面的立法。比如为建设迪拜金融自由区，阿联酋联邦通过立法出台了《2004年联邦第8号法律》（即《金融自由区法》）；为设立新加坡自由贸易区，新加坡通过了《自由贸易区法案》。

（三）制定海南自由贸易港法，是海南自由贸易港特殊开放地位的重要保障

海南自由贸易港作为最高水平的开放形态需要由法律加以固化和昭示。法治是最

① 《关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》[EB/OL]. http://www.gov.cn/zhengce/2018-04/14/content_5282456.htm.

② 《中共中央、国务院印发海南自由贸易港建设总体方案》[EB/OL]. http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm.

好的营商环境,这是因为“法治是迄今为止人类所能找的治国理政的最好方式”。法治所蕴含的规则之治、良法之治、程序之治、理性之治等所带来的效果,使人们足以相信在改革过程中的法治先行,可以在一定程度上减少社会转型所带来的风险。相比自贸试验区,自由贸易港被赋予了更多的开放功能、更高的目标定位。自贸试验区的制度创新主要强调可复制、可推广,^①而自由贸易港的制度创新核心往往不可复制、不可推广。从战略高度看,党中央做出在海南建设自由贸易港的决策,并为实现这一战略决策,匹配政策支持和资源支持。而这些支持政策,比如“零关税、低税率、简税制”的政策是“海南独享”的,其主要特征是不可复制、不可推广,是属于海南自由贸易港所独有的政策。这就需要以基本法的形式,把一些给予海南的特殊支持政策、优惠政策固定下来,向世界昭示海南自由贸易港在国内国际双循环的新发展格局中的独特地位与作用。

二、《海南自由贸易港法(草案)》所蕴含的法治理念

草案共56条,涉及总则、贸易自由便利、投资自由便利、财政税收制度、生态环境保护、产业发展与人才支撑、综合措施和附则等八章。作为我国第一部自由贸易港法,体现了高质量立法引领推动高质量发展、高水平开放的法治理念。

(一) 凸显了海南自由贸易港实施最高水平开放的主基调

“改革”与“开放”这两个词,人们往往连在一起使用,构成“改革开放”。其实,从中国改革开放40年的历史实践看,实际上是“开放”推动和促进了“改革”,开放是因,改革是果。习近平总书记在2018年4月海南博鳌亚洲论坛开幕式上指出:“实践证明,过去40年中国经济发展是在开放条件下取得的,未来中国经济实现高质量发展也必须在更加开放条件下进行。这是中国基于发展需要作出的战略抉择,同时也是在以实际行动推动经济全球化造福世界各国人民”。^②在2018年4月13日的重要讲话中,习近平总书记对海南省提出了六项重要任务,其中第一项就是“海南要坚持开放为先,实行更加积极主动的开放战略,加快建立开放型经济新体制,推动形成全面开放新格局”。^③草案的第二章贸易自由便利和第三章投资自由便利,凸显海南自由贸易港从当前的商品和要素流动型开放,向规则、标准、管理、规制等制度型开放转变。例如,草案明确要求制定海南自由贸易港外商投资负面清单、制定跨境服务贸易负面清单、货物贸易自由进出一线,不仅免征关税,而且免征增值税和消费税;不仅实施离岛免税政策,而且岛内居民也可享受免税商品的购买权。

① 如《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)、《中国(福建)自由贸易试验区总体方案》(国发〔2015〕20号)、《中国(天津)自由贸易试验区总体方案》(国发〔2015〕19号)、《中国(山东)自由贸易试验区总体方案》(国发〔2019〕16号)等均提出这些自贸试验区的制度创新需要形成“可复制、可推广”的制度经验,发挥示范引领作用。

② 开放共创繁荣,创新引领未来——习近平主席在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上的主旨演讲[EB/OL]. http://www.xinhuanet.com/2018-04/10/c_1122659873.htm.

③ 习近平出席庆祝海南建省办经济特区30周年大会并发表重要讲话[EB/OL]. http://www.gov.cn/xinwen/2018-04/13/content_5282295.htm.

（二）创设了新的授权立法模式

草案第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指定法规（以下称海南自由贸易港法规），在海南自由贸易港范围内实施”。授权制定海南自由贸易港法规，这是一个新的提法。按照《中华人民共和国立法法(2015修正)》（下称《立法法》）第8条的规定，贸易和投资等基本制度立法权属于全国人大及其常委会，尽管此前海南省作为经济特区，享有经济特区立法权，但经济特区立法权也只有变通的权利，而不能制定或创设涉及中央事权的法律。根据草案第10条，海南省人大及其常委会拥有对贸易、投资及相关管理活动的自由贸易港法规制定权，尽管这涉及国家层面法律保留的事项和应当由国务院制定行政法规的事项。由此，根据草案第10条以及《立法法》的相关规定，海南省人大及其常委会为自由贸易港制定地方法规的立法权可以分三个层次：一是地方性法规制定权，即根据《立法法》第72条、第73条规定，为执行法律、行政法规的规定或针对地方性事务，制定地方性法规。二是经济特区法规制定权，根据第七届全国人大第一次会议通过关于建设海南经济特区的决议和《立法法》第74条、第90条规定，可以根据海南经济特区的具体情况和实际需要，遵循国家有关法律、全国人大及其常委会有关决定和国务院有关行政法规的原则制定法规，在海南经济特区实施，并报全国人大常委会和国务院备案。三是对贸易、投资及相关管理活动的自由贸易港法规制定权，但涉及国家法律或国务院行政法规事项的，应当分别报全国人大常委会或国务院批准后生效。

（三）坚持借鉴国际经验、体现中国特色和符合海南定位的相互衔接

草案在借鉴国际自由贸易港的先进制度安排的同时，又立足于我国当前的发展阶段和构建全面开放新格局的实际需要。同时注意符合海南定位，紧紧围绕国家赋予海南建设全面改革开放试验区、国家生态文明试验区、国际旅游消费中心和国家重大战略服务保障区的战略定位。比如，草案第四章有关“财政税收制度”，借鉴国际自由贸易港通行税收优惠趋势，做出了有国际竞争力的税收优惠安排；借鉴国际通行FTA原产地规则的规定，创新性提出了“海南自由贸易港增值免税规则”；第五章“生态环境保护”规定了实施最严格的生态保护标准；第六章“产业发展与人才支撑”规定了国际旅游消费中心与人才战略等内容。

三、《海南自由贸易港法（草案）》的修改建议

（一）关于框架结构

1. 建议将数据流动条款移至“贸易自由便利”章

草案中的数据流动条款位于第六章“产业发展与人才支撑”之中，即第42条：海南自由贸易港建立安全有序便利的数据流动管理制度，依法保护公民、组织与数据有

关的权益,有序扩大通信资源和业务开发,扩大数据领域开放,促进以数据为关键要素的数字经济发展。国家支持海南自由贸易港探索加入区域性国际数据跨境流动制度安排。

建议将该条款内容移至第二章“贸易自由便利”之中,理由是:

第一,从国际经贸规则看,数据流动都是规定在“电子商务”或“数字贸易”章节中,属于贸易的一种形态。如果说WTO时代主要是货物贸易,那么,当代的贸易开始转向数字贸易。各种FTA中,数字贸易条款基本属于必备条款,WTO亦开始进行电子商务的谈判。在新近签署的《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)中,各缔约方在电子商务章节中明确承诺,允许以电子方式跨境传输商业信息。^①若将数据流动条款移至“贸易自由便利”章节中,更能体现与国际经贸新规则的衔接。

第二,从《总体方案》来看,海南自由贸易港的产业发展指的是旅游、现代服务和高新技术产业,数据流动或者数字贸易不属于单独的产业门类。因此,草案将有关数据流动的内容放在“产业发展与人才支撑”章节,易导致内容与章节名称不完全相符。

2. 建议增加“金融服务”章节

草案中有关金融服务的内容放在第七章“综合措施”中,分别为第49条、第51条以及第54条第4款。

建议将这些条款与补充的金融服务条款整合为单独一章,作为“金融服务”,放在“贸易自由便利”“投资自由便利”之后。理由是:

第一,金融服务对海南自由贸易港建设具有独特的意义。海南自由贸易港金融服务不同于上海,海南金融发展不是着眼于把海南建设成为金融中心,而是强化金融业服务于海南自由贸易港的三大主导产业,即服务于旅游业、现代服务业和高科技产业的发展,服务于贸易投资自由便利,是打造形成海南自由贸易港的金融体系。因此,将金融服务放在“综合措施”中不足以体现金融服务对海南自由贸易港建设的重要性与独特价值。

第二,从国际经贸规则发展趋势来看,金融服务基本上都独立成章,与货物贸易、投资、服务贸易、电子商务(数字贸易)并列,以凸显金融服务在现代经贸规则中的重要地位。例如,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)第11章、《美墨加协定》(USMCA)第17章、《欧加全面经济贸易协定》(CETA)第13章、《欧日经济伙伴关系协定》(EPA)第8章E节等都专门就金融服务作出了规定。2020年11月20日,中国国家主席习近平在APEC领导人非正式会议上表示,中方将积极考虑加入CPTPP。^②因此,《海南自由贸易港法》作为与国际高标准经贸规则相衔接的基本法,宜专章对金融服务作出规定。

第三,除了草案中现有金融服务内容外,建议增加如下内容:(1)金融对新兴贸易业态的支持,特别是对海南自由贸易港开展离岸转手贸易的资金流动便利化安

① 《区域全面经济伙伴关系协定》第12.15条。

② 习近平在亚太经合组织第二十七次领导人非正式会议上的讲话[EB/OL]. http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-11/20/c_1126767392.htm.

排；（2）对人民币跨境使用及回流作出进一步开放的制度性安排；（3）对未来海南自由贸易港个人跨境交易的用汇作出前瞻性的安排；（4）在维护国家金融安全、防范金融风险的前提下，对科技金融如数字货币的发行与研究留下未来制度创新空间。

（二）增加对“自由贸易港”的定义

草案第2条规定：“国家在海南岛全岛设立海南自由贸易港”，但没有对“自由贸易港”进行界定。

建议第2条增加一款：“本法所称自由贸易港，是指国内最高水平的开放形态，是货物、资金、人员进出自由便利，绝大多数商品免征关税的特定区域”。增加的理由是：

对“自由贸易港”进行界定，是以法律方式明确海南自由贸易港的定位，有利于社会各界特别是行政管理部门对海南自由贸易港有完整、准确的理解，有利于向世界昭示建设海南自由贸易港的开放信心和决心。习近平总书记在“4·13”重要讲话中指出：“自由贸易港是当今世界最高水平的开放形态”。^①时任国务院副总理汪洋2017年11月在人民日报上发文指出，自由贸易港是“货物资金人员进出自由便利、绝大多数商品免征关税的特定区域”（汪洋，2017）。

正如龚柏华教授（2019）所指出的“自由贸易港目前没有明确的法律界定”，亦如中国自由贸易试验区中的“自由贸易”一词不局限于“贸易”一样，自由贸易港中的“贸易”也不限于“贸易”。因此，若《海南自由贸易港法》对自由贸易港进行定义，概括出其内涵外延，将在世界有关自由贸易区域性立法中具有开创性的地位和影响。

（三）增加协调时效的规定

草案第6条分三款规定了自由贸易港的领导与管理机制：“国家建立海南自由贸易港建设领导机制，统筹协调海南自由贸易港建设重大政策和重大事项”。“国家建立与海南自由贸易港建设相适应的行政管理体制，创新贸易、投资以及相关的金融、海关、海事、税务等方面的监管模式。国务院投资主管、财政、商务主管、金融监管、海关等部门按照职责分工，指导推动海南自由贸易港建设相关工作”。“海南省人民政府应当切实履行职责，加强组织领导，全力推进海南自由贸易港建设各项工作”。

建议增加协调时效机制作为第4款：“海南省人民政府提出的推进海南自由贸易港建设的工作事项，涉及国务院部委权限的，国务院相关部委原则上在30天内予以答复；逾期未予答复的，视为同意或通过”。增加的理由是：

在实践中，自由贸易港改革事项点多面广，海南省人民政府逐一报请国务院相关部门协调，存在周期长、难度大等问题。2019年11月9日，韩正副总理在推进海南全面深化改革开放领导小组全体会议上强调：“要建立健全工作推进机制，提高工作效率，有力有序有效推进海南自由贸易港建设”。^②因此，推进海南自由贸易港建设工

① 习近平出席庆祝海南建省办经济特区30周年大会并发表重要讲话[EB/OL]. http://www.gov.cn/xinwen/2018-04/13/content_5282295.htm.

② 韩正在推进海南全面深化改革开放领导小组全体会议上强调：对标世界最高水平的开放形态加快推进海南自由贸易港建设[EB/OL]. http://www.xinhuanet.com/mrdx/2019-11/10/c_138543261.htm.

作离不开一个快速高效的协调机制。而规定国务院相关部委的协调时限,有利于提高国务院相关部委指导、推动海南自由贸易港建设的工作效率,有利于加强对海南自由贸易港建设的领导和统筹协调。

(四) 增加下放建设自由贸易港的管理职权

草案第7条规定,“国务院及其有关部门根据海南自由贸易港建设实际需要,依法授权或者委托海南省人民政府及其有关部门行使相关管理职权”。

建议修改为:“在全岛封关前,国务院及其有关部门根据海南自由贸易港建设实际需要,依法及时授权或者委托海南省人民政府及其有关部门行使相关管理职权”。

并增加第2款规定:“在全岛封关后,在海南自由贸易港范围内,除涉及国防、外交、国家安全和金融行业或领域外,其他行业或领域的管理职权,国务院及其有关部门均授权或委托海南省人民政府及其有关部门行使”。

修改的理由是:

第一,草案的规定不符合海南自由贸易港法属于“授权立法”的性质。事实上,对海南自由贸易港单独立法的初衷就是“授权立法”,即将现行法律模式下的管理职权,通过海南自由贸易港进行授权或者委托下放。若仍如草案中所规定的“依法”,那就意味着海南自由贸易港法将这个问题又转至其他现有法律的规定。但是,若其他法律已经有了授权或者委托下放的规定,只要遵照执行就是,何必要特别起草海南自由贸易港法?草案中规定“国务院及其有关部门根据海南自由贸易港建设实际需要,依法授权或者委托海南省人民政府及其有关部门行使相关管理职权”,据此主动权完全由国务院部委掌握。什么叫做实际需要?如何依法?是否有相应的法律规定?何时授权或者委托?全部都是未知数。

第二,建设海南自由贸易港的责任主体是海南省政府,但相应的权力主体属于国务院及相关部委,草案未能很好体现党中央、国务院提出的要赋予海南更大改革自主权的要求。草案的规定基本上是对现有建设模式的反应,而现有模式恰恰不能满足海南自由贸易港的建设需要,因此党中央、国务院明确提出自由贸易港行政管理要实行突破性的改革。党中央、国务院发布的《海南自由贸易港建设总体方案》对行政管理体制改革提出明确要求:强化改革创新意识,赋予海南更大改革自主权,支持海南全方位、大力度推进改革创新,积极探索建立适应自由贸易港建设的更加灵活高效的法律法规、监管模式和管理体制,下大力气破除阻碍生产要素流动的体制机制障碍。^①党中央、国务院发布的《关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》明确要求:中央有关部门根据海南省建设自由贸易港政策需要,及时向海南省下放相关管理权限,给予充分的改革自主权。^②《指导意见》明确提出下放相关管理权限要“及时”。韩正副总理在推进海南全面深化改革开放领导小组全体会议上要求:建设海南自由贸易

① 《中共中央、国务院印发海南自由贸易港建设总体方案》[EB/OL]. http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm.

② 《中共中央、国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》[EB/OL]. http://www.gov.cn/zhengce/2018-04/14/content_5282456.htm.

港是重大国家战略，要赋予海南更大改革自主权，打破体制机制束缚和障碍，对接国际经贸新规则，加快建立开放型经济新体制，推动形成全面开放新格局。^①也就是说，海南建设自由贸易港后，其行政许可应该和国内其他地方有所不同，应更简化、更便捷。

第三，草案现有规定不适应海南自由贸易港建设实践的迫切需要。笔者在调研中发现，现有行政管理体制与自由贸易港建设不相适应的情形主要表现为：行政管理体制层级多、审批事项多、办事效率不高；行政审批授权不充分。海南的同志反映，对于自由贸易港建设，党中央高度重视，海南省干劲十足，但是相关授权进展十分缓慢，有的部门虽然出台了支持政策，但真正放权的“干货”不多或者实施细则、配套政策不到位，导致实践中难以操作。国务院相关部门反映，在部门职责没有调整的情况下，对于主动突破现有制度下放有关行政审批权限或给予特殊政策确实存在顾虑。海南自由贸易港建设涉及现代服务业、旅游业的开放与发展，这些行业大部分涉及许可。比如，笔者在调研中发现，离岛免税店的设立、增值电信审批、保健食品和热带水果种子进口等均需要国家层面的审批，市场主体的获得感比较低。若将这些许可权下放到海南省，显然更有利于推动自由贸易港建设。

第四，修改后的条文，既体现了要“及时向海南省下放相关管理权限”，又体现了分步骤、分阶段建立自由贸易港政策和制度体系的要求。即在全岛封关前，国家部委视需要及时授权或委托海南行使行政管理权；全岛封关后，除涉及不能授权或委托的外，其他管理权限均授权或委托给海南省政府及其有关部门行使。

（五）修改各类清单制定的主体

草案第12条第3款规定：“海南自由贸易港禁止、限制进出口货物、物品清单，由国务院商务主管部门会同国务院有关部门和海南省制定”。

草案第17条第2款规定：“海南自由贸易港跨境服务贸易负面清单由国务院商务主管部门会同国务院有关部门和海南省制定”。

草案第19条规定：“海南自由贸易港外商投资准入负面清单由国务院有关部门会同海南省制定报国务院批准后发布”。

草案第20条第1款规定：“海南自由贸易港放宽市场准入特别清单由国务院有关部门会同海南省制定报国务院批准后发布”。

草案第20条第2款规定：“海南自由贸易港实行以过程监管为重点的投资便利措施，逐步实施市场准入承诺即入制，具体办法由海南省会同国务院有关部门制定”。

修改建议：草案第12条第3款、第17条第2款、第19条、第20条第1款所规定的清单以及第20条第2款规定的具体办法的制定主体均修改为海南省人民政府，但同时要求海南省制定的清单和具体办法在报经国务院批准后方可发布。

^① 韩正在推进海南全面深化改革开放领导小组全体会议上强调：对标世界最高水平的开放形态加快推进海南自由贸易港建设[EB/OL]. http://www.xinhuanet.com/mrdx/2019-11/10/c_138543261.htm.

修改的理由是：

第一，从开放的权责配置上看，海南自由贸易港建设需要有比较灵活的清单制定权。这是因为，禁止、限制进出口货物、物品清单，外商投资准入负面清单，市场准入负面清单，都已经有了全国版，有的还有自贸试验区版。海南自由贸易港的开放度不仅要高于全国水平，还要高于自贸试验区水平，应能代表中国最高的开放水平。根据我国实际情况，目前对外开放的权力配置存在三种情况：第一种情况是由全国人大及其常委会制定的法律进行具体规定。例如《文物保护法》第55条规定：“禁止设立中外合资、中外合作和外商独资的文物商店或者经营文物拍卖的拍卖企业”。第二种情况是由全国人大及其常委会制定的法律进行抽象性的规定，授权国务院制定条例。如《教育法》第85条：“境外的组织和个人在中国境内办学和合作办学的办法，由国务院规定”。国务院据此颁布《中外合作办学条例》、教育部发布《中外合作办学实施办法》。第三种情况是尚未制定相关法律的，由国务院相应条例授权的主管部门进行具体规定，例如2011年3月19日国务院修订的《出版管理条例》第72条明确提出：“接受境外机构或者个人赠送出版物的管理办法、订户订购境外出版物的管理办法、网络出版审批和管理办法，由国务院出版行政主管部门根据本条例的原则另行制定”。据此，国家新闻出版广电总局、工业和信息化部于2016年发布的《网络出版服务管理规定》第10条规定：“中外合资经营、中外合作经营和外资经营的单位不得从事网络出版服务”。后两种情形实际上是将对外开放的权力配置给了国务院的部委等行政主管机关。某个领域是否开放、如何开放、开放的审批，都由部委决定，地方基本上没有主动作为的制度空间。若国家部委对于海南自由贸易港作为最高开放形态的定位理解和认识不到位、不深刻，就容易导致上下难以形成开放的合力。因此，海南有必要在全国版清单的基础上，根据自由贸易港建设的需要拥有制定相关清单的主动权。

第二，各类清单制定的主动权若由海南掌握，则海南完全可以根据自由贸易港建设的实际需要灵活制定。2020年12月31日，经国务院批准，国家发展改革委、商务部发布的《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）》，与2020年版自贸试验区外商投资准入负面清单的30条相比，2020年版海南自由贸易港负面清单共27条内容，缩减了3条。^①尽管缩减的3条已反映了海南自由贸易港领先于自贸试验区开放的水平，但3条的差别恐怕很难体现海南自由贸易港是最高开放形态的要求。例如，在调研中，对于能否在海南博鳌乐成国际医疗旅游先行区设立外商独资医院，社会有较强的期待。但是，2020年版海南自由贸易港负面清单还是延续全国版和自贸试验区版负面清单的规定，医疗机构仅限于合资。而2020年12月30日达成的《中欧全面投资协定》（CAI）中已经明确，在中国关键城市允许设立外商独资医院。^②相比较而言，海南自由贸易港的开放落后于中欧CAI的承诺。其实，相较于国务院部委而言，海南省人民政府更加贴近自由贸易港建设的最前沿，最能感

① 《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)》（中华人民共和国国家发展和改革委员会、中华人民共和国商务部令39号）。

② Key Elements of the EU-China Comprehensive Agreement on Investment. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2542.

受市场跳动的脉搏，由海南省主导各类清单的制定权，会增加市场主体的获得感。

第三，国家发展改革委与商务部制定的外商投资负面清单与国际通行规则有一定的差距。尽管从2013年上海设立第一个自由贸易试验区开始，外商投资领域就尝试实行负面清单的管理模式，迄今发布了七版自贸试验区的外商投资负面清单和一版自由贸易港的外商投资负面清单。^①外商投资负面清单限制措施由当初的190多项下降到27项，重点领域比如金融服务、汽车制造等基本全部对外开放，体现了中国对外开放的使命与担当。但是与国际通行的投资领域的负面清单相比，还存在一定的差距。国际通行的投资领域的负面清单，是国民待遇例外的清单；但我国目前的外商投资准入的负面清单仅仅是股权比例、高管限制的负面清单，限制范围比国民待遇例外要窄；除股权比例、高管限制以外的，内外资不一致的管理措施就没有包括在目前的负面清单范围内。例如，外商投资认证机构，除满足内资条件的外，还有股东资格的要求、业务经历的要求等，^②这些内外不一致的措施，按照国际通行的国民待遇例外应该列入投资负面清单，但在我国现行的外商投资准入负面清单中，却并未将其列入。由此可见，虽然都是负面清单，但内容差距比较大，容易引起不必要的争议。《总体方案》明确要求：“（建设海南自由贸易港）借鉴国际经验。坚持高起点谋划、高标准建设，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”。^③海南自由贸易港外商投资负面清单应该是外商投资的国民待遇的例外清单，而不能仅仅是股权比例限制、高管限制等的例外清单。

第四，若赋予海南省制定相应清单的权力，是否意味着海南自由贸易港建设的风险会加大呢？首先，对海南岛建设自由贸易港的风险需要客观看待。海南是个地理意义上的岛，在改革开放方面我们可以进一步加大开放程度，即使有风险，也比较容易把控。其次，由于清单和具体办法均应报经国务院批准后发布，实际上国务院有关部门是可以把控风险的。

（六）增加明确税费上限的规定

1. 关于收费

草案第26条规定：“海南自由贸易港可以根据发展需要，自主减征、免征、缓征

① 分别是：1.《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》（中华人民共和国国家发展和改革委员会、中华人民共和国商务部令第33号）；2.《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》（中华人民共和国国家发展和改革委员会、中华人民共和国商务部令第26号）；3.《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2018年版)》（中华人民共和国国家发展和改革委员会、中华人民共和国商务部令第19号）；4.《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2017年版）》（国办发〔2017〕51号）；5.《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（国办发〔2015〕23号）；6.《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2014年修订）》（上海市人民政府公告2014年第1号）；7.《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2013年）》（沪府发〔2013〕75号）；8.《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)》（中华人民共和国国家发展和改革委员会、中华人民共和国商务部令第39号）。

② 《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020年版）》（发展改革委 商务部令2020年第32号）。

③ 《中共中央、国务院印发海南自由贸易港建设总体方案》[EB/OL]. http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm.

除具有生态补偿性质外的政府性基金，自主设立涉企行政事业性收费项目。对中央级行政事业性收费，按照中央统一规定执行”。

建议增加第2款：“海南自由贸易港年收费项目总额不得高于法律、行政法规或国务院批准的适用于全国其他地区的涉企行政事业性收费总额。海南自由贸易港加快推进地方涉企行政事业性收费零收费”。理由是：

我国对涉企行政事业性收费有着严格的实体和程序规定，主要是为了切实减轻企业和社会负担。比如，《国务院办公厅关于进一步加强涉企收费管理，减轻企业负担的通知》（国办发〔2014〕30号）规定，自本通知印发之日起，新设立涉企行政事业性收费和政府性基金项目，必须依据有关法律、行政法规的规定。对没有法律、行政法规依据但按照国际惯例或对等原则确需设立的，由财政部会同有关部门审核后报国务院批准。^①草案该条规定海南省人民政府有自主设立涉企行政事业性收费项目的权力，本意是为进一步简政放权、进一步减少企业特别是中小企业负担、营造一流营商环境而赋予海南省自主权。但是，若仅仅规定赋予海南省人民政府自主设立涉企行政事业性收费项目的权力，而没有相应的限制，可能会引发市场主体的担忧，即虽然海南自由贸易港实施了税收优惠政策，但是政府会不会在税收优惠的同时，又从涉企行政事业性收费中予以弥补呢？为免除市场主体这种不必要的担心，应从立法层面对海南涉企行政事业性收费总体水平予以限定和明确，以法律的形式昭示海南自由贸易港的涉企收费在全国是最低的。同时，以法律的形式明确提出改革的目标，即海南自由贸易港加快推进地方涉企行政事业性收费实现零收费。^②

2. 关于税的优惠

草案第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”。

建议修改为：“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，所得税率不超过15%；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，个人所得税率不超过15%”。理由是：

根据《总体方案》的规定，在2025年前，从本方案发布之日起，对注册在海南自由贸易港并实质运营的鼓励类企业，减按15%征收企业所得税。对在海南自由贸易港工作的高端人才和紧缺人才，其个人所得税实际税负超过15%的部分，予以免征。2035年前，对注册在海南自由贸易港并实质运营的企业（负面清单行业除外），减按15%征收企业所得税。符合条件的个人按照3%、10%、15%三档超额累进税率征收个人所得税。由此可见，党中央、国务院对海南自由贸易港的税率有着明确的规定，若草案中仅仅规定对企业和个人实行所得税优惠，而不规定明确的税率，将会导致《总体方案》中有着鲜明特色与明确规定的税率不能很好地转化为法律制度，可能引起外

① 《国务院办公厅关于进一步加强涉企收费管理减轻企业负担的通知》（国办发〔2014〕30号），第2条。

② 2019年4月17日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于促进中小企业健康发展的指导意见》规定：“四、完善财税支持政策 减轻中小企业税费负担。清理规范涉企收费，加快推进地方涉企行政事业性收费零收费”。

界对税率的稳定性与安全性的不必要担忧。鉴于此，建议以人大立法的方式规定海南自由贸易港企业和个人所得税的明确税率，这样既有利于稳定市场预期，又有利于贯彻税收法定的原则。

（七）增加对海南自由贸易港建设进行评估的规定

建议在草案中增加一条：“国家建立对海南自由贸易港建设进行定期评估的机制”。

该条在草案中的位置有两种选择：其一是放在总则部分的第6条，作为第4款；其二是放在附则中。理由是：

《总体方案》规定，国务院发展研究中心组织对海南自由贸易港建设开展全过程评估，牵头设立专家咨询委员会，为海南自由贸易港建设建言献策。从海南自由贸易港建设半年评估实践情况看，成立高层次的评估机构，对于总结经验、巩固成果、推进建设、沟通央地情况、建言献策等方面都具有十分重要的作用，是一项体现中国特色的机制。

参考文献

- [1] 陈金钊. 法治与改革的关系及改革顶层设计[J]. 法学, 2014(8):3-16.
- [2] 丁伟. 中国(上海)自由贸易试验区法制保障的探索与实践[J]. 法学, 2013(11):107-115.
- [3] 龚柏华. 中国自贸试验区到自由贸易港法治理念的转变[J]. 政法论丛, 2019(3):109-120.
- [4] 贺小勇. TPP视野下上海自贸区的法治思维与问题[J]. 国际商务研究, 2014(4):28-37.
- [5] 胡加祥. 我国自由贸易港建设的法治创新及其意义[J]. 东方法学, 2018(4):13-22.
- [6] 江必新. 辩证司法观及其应用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014.
- [7] 石静霞. 国际服务贸易规则的重构与我国服务贸易的发展[J]. 中国法律评论, 2018(5):46-57.
- [8] 汪燕. 行政许可制度对国家治理现代化的回应[J]. 法学评论, 2020(4):51-58.
- [9] 汪洋. 推动形成全面开放新格局[N]. 人民日报, 2017-11-10(004).
- [10] 习近平. 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定[N]. 人民日报, 2014-10-29(001).
- [11] 肖永平. 全面依法治国的新阶段: 统筹推进国内法治与国际法治建设[J]. 武大国际法评论, 2018(1):1-19.
- [12] 曾令良. 国际法治与中国法治建设[J]. 中国社会科学, 2015(10):135-146.
- [13] Reynolds, M., “Examining the Foundation for a Free Trade Zone in the Americas”, *Journal of International Law and Practice*, 1994(3): 521.
- [14] Ciuriak, D., and M. Ptashkina, “The Digital Transformation and the Transformation of International Trade”, RTA Exchange. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and the Inter-American Development Bank (IDB), 2018.

【作者简介】贺小勇：华东政法大学国际金融法律学院院长，教授，博士生导师；海南自由贸易港建设专家咨询委员会委员，海南自由贸易港立法咨询委员会委员。
研究方向：国际经济法。

（下转第32页）