

统筹推进国内法治和涉外法治的制度创新

——中国自由贸易区建设的经验与启示

彭 岳*

摘 要：在改革开放和依法治国两个语境下，以经济特区、经济开发区、海关特殊监管区、自由贸易试验区和自由贸易港为代表的国内自由贸易区建设涉及中央和地方立法事权的纵向配置、涉外法律与国内法律的横向协调以及涉外法律与国际经贸规则的接轨等重大涉外法治问题。1978年以来，为处理好上述涉外法治问题，基于法律形式层面、实用层面和目的层面的立法理性，相关法律制度创新体现出将改革开放嵌入法治框架、涉外法治与国内法治协调发展的趋势，此类制度演进对于理解统筹推进国内法治和涉外法治具有重要的理论启示意义和实践指导价值。

关键词：国内法治 涉外法治 统筹推进 自由贸易区 制度创新

无论是国内法治还是涉外法治，亦或是二者关系，均应放置在改革开放和依法治国两个具体的语境下加以理解。改革与法治的关系先后经历了“先改革后立法”“边改革边立法”“凡属重大改革必须于法有据”三个阶段。在这一过程中，法治不断回应着改革的需要和挑战，发挥着“确认改革成果”“引领改革方向”和“规范改革进程”的功能。^①随着社会主义法律体系的初步形成以及改革开放事业的深入和扩大，涉外法治的重要性日益凸显。2014年10月，党的十八届四中全会审议通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，将全面推进依法治国的总目标确定为建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家，并明确提出要“加强涉外法律工作”。2019年10月，党的十九届四中全会提出要加强涉外法治工作。2020年11月，中央全面依法治国工作会议进一步提出，要坚持统筹推进国内法治和涉外法治。

就如何从学理上理解统筹推进国内法治和涉外法治，学界意见并不完全一致。越来越多的学者倾向于借助对外关系法框架和视角分析该问题。^②对外关系法的强国别性决定了，中国相关的法律体系、分析框架或研究领域很可能与美国或欧盟的对外关系法存在较大的差别。^③如果统筹

* 南京大学法学院教授，博士生导师。本文系国家社会科学基金项目“数字贸易规则变革及中国方案研究”（18BFX211）的阶段性研究成果。本文中所有网络资源最后访问时间均为2022年3月20日。

① 李树忠：《改革与宪法关系论》，载《比较法研究》2020年第5期，第128页、第131页。

② 相关文献如刘仁山：《论“依法治国”之“法”的中国对外关系法》，载《法商研究》2016年第3期；蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期；韩永红：《中国对外关系法论纲——以统筹推进国内法治与涉外法治为视角》，载《政治与法律》2021年第10期。

③ [美] 保罗·B. 斯蒂芬：《比较国际法、对外关系法与国际法碎片化：国际法能否应对？》，陈佳茵、韩秀丽译，载《现代法治研究》2020年第1期，第110页。

推进国内法治与涉外法治理念可对中国对外关系法学科的建立和发展有所助益的话，则研究的起点在于对中国法律实践的总结，而非抽象概念的强加。

改革开放以来，为更有效地利用国内外两种资源、两个市场，发挥比较优势，中国涉外经济区域的制度建构经历了经济特区、经济开发区、海关特殊监管区、自由贸易试验区和自由贸易港的叠加演变历程。在此过程中，改革与法治、涉外法治与国内法治之间的复杂关系一直备受关注，并具体表现为中央和地方立法事权的纵向配置、涉外法律制度与其他国内法律制度的横向协调、涉外法律制度与国际经贸规则的接轨三个方面。本文以涉外经济区域特别是国内自由贸易区的制度创新为研究对象，从立法理性化的角度，讨论相关制度演进所体现的改革嵌入法治框架、涉外法治和国内法治协调发展的趋势，以及此类制度创新之于统筹推进国内法治和涉外法治的理论启示和实践价值。

一 概念的澄清

对于自由贸易区的建设问题，国内学界早有关注。^①究其原因，有两个方面。一是国内层面，改革开放之初，分析和评判国外自由贸易区发展现状，并根据国内具体情况加以借鉴，为后起发展国家制度构造之常态。二是国际层面，1973年《京都公约》附约含有关于“自由区”的规定。虽然在1988年加入该公约时，中国未勾选该附约，但参照“自由区”标准建立中国自由贸易区是中国深度参与国际经贸合作绕不开的话题。^②

关于自由贸易区的术语问题，国内实务界和学界尚未达成共识。2008年5月，商务部、海关总署在《关于规范“自由贸易区”表述的函》中指出，“自由贸易区”对应的英文是 Free Trade Area (FTA)，指两个以上的主权国家或单独关税区通过签署协定，在WTO最惠国待遇基础上，相互进一步开放市场，分阶段取消绝大部分货物的关税和非关税壁垒，改善服务和投资的市场准入条件，从而形成的实现贸易和投资自由化的特定区域。而另一种“自由贸易区”的提法，其对应的英文为 Free Trade Zone (FTZ)，指在某一国家或地区境内设立的实行优惠税收和特殊监管政策的小块特定区域，类似于1973年《京都公约》中的“自由区”(Free Zone)，即“指缔约方境内的一部分，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，并免于实施通常的海关监管措施”。^③商务部和海关总署指出，中国的经济特区、保税区、出口加工区、保税港、经济技术开发区等特殊经济功能区都具有“自由贸易园区”(FTZ)的某些特征，

① 1976年，《国际贸易问题》第1期至第3期曾刊发由北京对外贸易学院三系（即后来的对外经济贸易大学国际经济贸易学院）三系进出口业务教研室专题编写小组所撰写的专题连载文章——“资本主义世界的自由贸易区和自由港”。刊发此列文章的原因是“在我国外贸业务工作也经常遇到自由贸易区和自由港的问题”，目的是“适应对外斗争的需要，加强调查研究，做到知己知彼”。参见三系进出口业务教研室专题编写小组：《资本主义世界的自由贸易区和自由港》，载《国际贸易问题研究》1976年第1期，第57页。

② 相关文献可参见陈俊：《中国保税区的法律制度建构》，载《国际经济合作》2004年第12期；李璐玲：《我国综合保税区海关监管制度的完善与创新》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2016年第6期；王淑敏、冯明成：《〈贸易便利化协定〉与〈京都公约〉（修订）比较及对中国自由贸易港的启示》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2019年第2期。

③ 1973年《京都公约》是海关合作理事会在简化和协调各国海关手续方面较为系统和全面的一个国际文件，由主约和附约两部分组成。附约有30个，供各国分别签署参加实施。

但目前尚无与“自由贸易园区”完全对应的区域。

在上述法律文件中,虽然商务部和海关总署未能明确“自由贸易园区”有哪些具体特征,但其认为应明确区分“自由贸易区”和“自由贸易园区”的观点引起了部分学者和实务界的关注,^①也引发自由贸易试验区和自由贸易港是否就是所谓的“自由贸易园区”的概念之争。

在法律实践中,由政府部门发布通知,规范执法用语并不罕见,但很少会为了防止概念混淆而专门出文规范某一术语的表述方式。就其实际效果而言,《关于规范“自由贸易区”表述的函》非但未能澄清概念,反而引发了新一轮的争议。根据该法律文件,经济特区、保税区、出口加工区、保税港、经济技术开发区等特殊经济功能区都具有“自由贸易园区”的某些特征,而后者又类似于《京都公约》中的“自由区”。然而,《京都公约》仅强调“自由区”的“境内关外”特征,对于其他方面,公约的态度并不明朗。^②商务部和海关总署将“自由贸易园区”与“自由区”等同视之,反而缩小了“自由贸易园区”的概念内涵和外延。

正是因为对“自由贸易园区”缺乏统一的认识和可操作的概念,学界和实务界即便采用“自由贸易园区”这一术语,也常常是众说纷纭、莫衷一是。为解决概念不确定所带来的困扰,在进行论述时,学者们采取了3类策略。

第一类策略是对“自由贸易园区”下一个较为明晰的定义,后按照该定义提出相应的政策主张。基于不同的认识,学者们的定义并不完全一致,如有观点将“自由贸易园区”界定为,“在一国境内设立的特殊区域,能够推行优惠税收政策以及海关监管政策,相对于其他区域而言在金融、贸易、服务等多个领域享有更大的自由”。^③另有观点采纳了商务部和海关总署的观点,认为“自由贸易园区”与《京都公约》下的“自由区”较为相似。^④

第二类策略是列举“自由贸易园区”的基本特征,然后以此特征为准,讨论相关问题。如有观点指出,“不同种类的自由贸易园区都享有一些共同属性:其往往具有一定的地域范围限制,并实施与一国区域外不同的商事立法及司法行政制度,特别是为促进贸易投资便利化而制定更为宽松自由的法律监管体制。”^⑤另有观点列出了更为详细的特征,即“便利的地理区位;以获取经济利益为目标;以物流、贸易等服务业为主的综合产业结构;在贸易、投资、金融等领域实行自由政策;实行境内关外的海关监管制度”。^⑥

① 如沈家文、刘中伟:《自由贸易园区的国际经验与启示》,载《全球化》2014年第5期,第80页;李志鹏:《中国建设自由贸易园区内涵和发展模式探索》,载《国际贸易》2013年第7期,第4页;陈立虎:《中国自由贸易园区立法的新思考》,载《法治研究》2016年第2期,第133页;叶鑫欣:《建立海南自由贸易区法律问题研究》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2009年第11期增刊,第99页。

② 在1999年修订《京都公约》时,原来关于“自由区”的“免于实施通常的海关监管措施”的提法也被删除。这至少反映出,就“自由区”海关监管问题,世界海关组织更倾向于“放权”。参见李璐玲:《我国综合保税区海关监管制度的完善与创新》,第98页。

③ 李静秋:《关于加快建立自由贸易园区的思考》,载《人民论坛》2014年第5期,第82页;类似的定义,参见上海市税务局课题组:《国内外自由贸易园区税收制度比较研究》,载《国际税收》2015年第10期,第50页;崔莹:《全球自由贸易园区发展及上海自由贸易试验区建设》,载《清华金融评论》2014年第9期,第29页。

④ 孙浩:《上海综合保税区转型为自由贸易园区建设研究》,载《国际商务研究》2014年第1期,第34页;陈立虎:《中国自由贸易园区立法的新思考》,第133页;高健、王成林、李世杰:《自由贸易区、自由贸易园区与“一带一路”国家战略》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2016年第4期,第42页;沈家文、刘中伟:《自由贸易园区的国际经验与启示》,第80页。

⑤ 杨梦莎:《自贸园区与自由贸易协定协同法律制度研究》,载《河北法学》2019年第2期,第101—102页。

⑥ 韩永红:《国外主要自由贸易园区及其法律规制:评析与启示》,载《政法学刊》2015年第4期,第35页。

第三类策略是跳过概念上的辨析阶段,直接使用“自由贸易园区”一词。如有观点认为,建设自由贸易试验区是“中国未来自由贸易园区组织实施的重点”。^①还有观点提出,随着中国产业结构的转型升级和国际贸易结构的转变,各类海关特殊监管区域转型的必要性和紧迫性凸显出来,应参照国际通行的自由贸易区规则和特点,结合各地产业特点和区域优势,建立中国特色的“自由贸易园区”。^②

学者们引入一个概念时,并不需要与现实一一对应。问题在于,学界和实务界是基于何种动机,为了何种目的言说着“自由贸易园区”。撇开具体的策略不谈,可以发现,上述对“自由贸易园区”的言说至少涉及3个层面的现实和法律约束:

第一层含义中的“自由贸易园区”存在特定对应物——《京都公约》中的“自由区”,它构成海关特殊监管区域的一种。引入此类概念的目的在于说明,当前国内海关特殊监管区域的相关政策尚未达到“自由区”的要求,有改进之必要。

第二层含义中的“自由贸易园区”存在类型对应物——各国现存的具有某些共同特征的自由贸易区。引入此类概念的目的在于说明,这些自由贸易区大多在贸易、投资、税收和监管等领域实施更为宽松自由的政策。^③与之相比,中国的自由贸易区建设尚有差距。

第三层含义中的“自由贸易园区”不存在现实的对应物,为一种值得追求的理想状态。建设此类自由贸易区是中国对内深化改革和对外扩大开放的必然要求,带有明显的制度原创性和中国特色。

在上述3层含义中,第一层含义最接近《关于规范“自由贸易区”表述的函》中的定义,但该层含义恰恰与当前自由贸易试验区和海南自由贸易港的建设目标相差最大。在改革开放早期,为提高通关便利化,对照《京都公约》“自由区”,推行“境内关外”有其制度创新意义,但随着海关特殊监管区域制度的逐渐成熟,国内关于自由贸易区的讨论早已超出海关监管,扩展到贸易、投资、金融和税收等领域。^④当前的贸易形态已经从早期的货物贸易逐步扩大到了服务贸易,并涉及投资和知识产权保护领域。在此情况下,围绕货物贸易而建构的海关特殊监管制度自然无法涵盖新的贸易形式。故有学者认为,虽然就货物贸易和海关特殊监管而言,自由贸易试验区的“境内关外”特征与海关特殊监管区无本质差别,但其不是以往保税区、出口加工区、保税物流园区、保税港区和综合保税区制度的简单升级,而是一种囊括内外贸、投融资、财政税收、出入境等方面制度创新的综合性自由贸易区。^⑤

综上所述,《关于规范“自由贸易区”表述的函》所提及的国际自由贸易区和国内自由贸易区分属国际法和国内法两个法律体系,即便学界均采用同一术语表述,也不会产生严重误解。有鉴于此,本文将采取广义的自由贸易区概念,其类型不仅包括《关于规范“自由贸易区”表述

① 沈家文:《中国自由贸易园区的发展现状及趋势研究》,载《全球化》2015年第10期,第29页。

② 包海兵、匡玲丽:《海关特殊监管区域向自由贸易园区转型的几点思考》,载《世界海运》2012年第10期,第1页。

③ 如世界银行将特殊经济区域(Special Trade Zone)定义为:在一个国家的国界内划定的地理区域,其商业规则与国家领土内的规则不同。这些差别规则主要涉及投资条件、国际贸易和海关、税收和监管环境。因此,特殊经济区域的经营环境,在政策上更自由,在行政上更有效。Thomas Farole & Gokhan Akinci (eds.), *Special Economic Zones: Progress, Emerging Challenges, and Future Directions* (The World Bank, 2011), <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2341/638440PUB0Ext00Box0361527B0PUBLIC0.pdf?sequence=1>.

④ 刘群:《中国保税区的运行状况及其发展构想》,载《税务与经济》1996年第3期,第46—47页。

⑤ 何力:《贸易含义的演进与中国(上海)自由贸易试验区性质探析》,载《海关与经贸研究》2014年第1期,第75页;李世杰、曹雪菲:《论自由贸易区、自由贸易试验区与自由贸易港——内涵辨析、发展沿革及内在关联》,载《南海学刊》2019年第3期,第34页。

的函》所提及的经济特区、保税区、出口加工区、保税港、经济技术开发区，还包括自由贸易试验区和海南自由贸易港等特殊经济区域。随着国内法项下境内关外型自由贸易区向着综合性自由贸易区的转型，国内自由贸易区制度与国际自由贸易区制度所涵盖之事项日趋对应和同步发展。正是这种对应性和同步性，彰显了统筹推进国内法治和涉外法治的必要性与重要性。

二 中央和地方立法事权的纵向配置

作为单一制国家，中国的立法事权配置向来以中央的意志为准。自1979年《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》将立法权授予省级人大开始，中国的地方立法权经历了下放、上收、再调整的过程。与此同时，中国改革开放多采取地方试点、全国推广的渐进主义模式，面对中央和地方立法事权的反复调试，改革与法治之间一直存在较为紧张的关系。就涉外经济区域建设而言，经济特区的授权立法和自由贸易试验区的授权调法均面临法律形式层面的合法性危机，^①最终，通过《立法法》的颁布和修改，上述危机得以化解，制度改革被嵌入法治框架之中。

（一）经济特区的授权立法

经济特区建设开始于1979年7月。是时，中共中央、国务院批转广东省委、福建省委关于对外经济活动实行特殊政策和灵活措施的两个报告，同意在深圳、珠海、汕头和厦门试办出口特区。^②1980年8月26日，第五届全国人大常委会第十五次会议批准国务院提出的《广东省经济特区条例》（以下简称《特区条例》），确定特区的目的是发展对外经济合作和技术交流，促进社会主义现代化建设。为吸引外资进入经济特区，《特区条例》在注册和经营、优惠办法和劳动管理等方面作出了变通规定。根据这些变通规定，广东省经济特区管理委员会负责直接处理特区企业的相关注册和经营事务，所涉生产要素的优惠办法也分别得到规定，特区企业还被赋予了劳动管理方面的用工自主权。

从法律位阶的角度而言，《特区条例》由广东省人民代表大会通过，并报全国人民代表大会常务委员会批准后施行，其效力等级低于1979年7月1日由全国人大通过的《中外合资经营企业法》。即便《特区条例》中的某些变通规定可被解释为对《中外合资经营企业法》的细化，符合当时《宪法》的规定，但就注册和经营、优惠办法、劳动管理等核心事项，《特区条例》显然已经突破了《中外合资经营企业法》的规定，与该法第15条——“本法修改权属于全国人民代表大会”——产生冲突。针对这一“破法改革”现象，有学者从行政效率和结果良好的角度论证《特区条例》的正当性。如有观点认为，

在对经济特区的组织管理方面，《条例》打破了常规，跳出了层次重叠的现行管理体制，以精简、高效的原则，建立了广东省经济特区管理委员会……实践证明，《条例》所赋

① 法律形式层面的合法性危机主要表现为相关立法从政治决定进入法治框架时，“必须能够和谐地融入既有的法律体系，与既有的法律体系相衔接，避免法律体系内部的明显矛盾和不融贯”。参见叶会成：《立法法理学的类型与意义——立法学学科性质的反省》，载《法制与社会发展》2021年第6期，第39页。

② 1988年4月13日在第七届全国人民代表大会上通过关于建立海南省经济特区的决议，建立了海南经济特区。

予组织起来的这种管理体制，对于引进外资、发展特区经济起了积极的作用。^①

在当代法治理念下，效率论可用于说明相关法律实践的实质正当性，^②但不足以证成其形式正当性。而从事后视角，将政策扶持包装为法治支持仍不足以消除经济特区授权立法存在的诸多弊端。比如在建设经济特区的过程中，全国人大常委会授予广东省、福建省相关立法权的同时，全国人大授予广东省深圳市、汕头市和珠海市，福建省厦门市类似权力。^③这一交叉授权引发的问题是，如果通过授权所立的法规、规章之间出现冲突，到底是按授权机关判断位阶，还是按被授权机关判断位阶。^④此外，相关授权立法过于笼统，对于授权的目的、范围，以及是否可以转授等缺乏明确规定，这均与法治的要求存在一定的距离。

随着1999年《宪法》修正案将“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”增列为第5条第1款，上述经济特区的“破法改革”很难再通过“良性违宪”加以证成。^⑤在此情况下，2000年《立法法》关于授予经济特区立法权的规定极为重要。相关研究认为，全国人民代表大会或其常务委员会授予经济特区立法权，可实现如下目的：（1）使经济特区需要调整的社会关系得到及时、有效的调整；（2）为全国人民代表大会及其常务委员会的立法积累经验、准备条件；（3）保证抽象法律、法规在特殊地区的贯彻实施。^⑥

按照授权立法理论，授权机关将自身的立法权授予被授权机关的，被授权机关享有授权机关的部分立法权。为防止后者滥用立法权，授权机关往往会严格限制被授权机关行使被授予的立法权的形式和适用范围。根据《立法法》第65条和第81条之规定，经济特区授权立法主体的立法权仅来源于全国人民代表大会，且仅能授予经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会，相关变通规定仅在经济特区范围内实施。这就在法律层面上解决了经济特区被授权立法的合法性困境。

总而言之，在1993年宪法修正案将第15条修改为“国家实行社会主义市场经济”之前的一段时间内，经济特区发挥着市场经济试验田的作用。在经济体制变革中，经济特区一开始就面临着如何协调好改革与法治之间关系的压力。2000年颁布的《立法法》在法律层面解决了上述难题，通过严格限制“授权立法+变通规定”的适用范围，地区层面的经济改革被纳入依法治国的框架之内。

（二）自由贸易试验区的授权调法

2013年9月27日发布的《国务院印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》明确指出，根据《全国人民代表大会常务委员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》（以下简称《授权决定》），相应暂时调整有关行政法规和国务院文件的部分规定。《授权决定》则授权国务院在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《外资企业法》《中外合资经营企业法》和《中

① 欧玉阳：《中国经济特区的法律地位》，载《法学评论》1985年第3期，第22页。

② 郑衍钧：《进一步把利用外资工作搞活——广东、福建两省经济特区的情况调查》，载《政治与法律》1984年第6期，第22—26页。

③ 姜朋：《经济特区立法权问题评析》，载《中国法律》2013年第2期，第32页。

④ 万其刚：《应尽快制定经济特区基本法》，载《法学杂志》1996年第5期，第37页。

⑤ 郝铁川：《论良性违宪》，载《法学研究》1996年第4期，第89页。

⑥ 宋方青：《论中国经济特区立法的新格局——兼评〈立法法〉有关经济特区立法的规定》，载《现代法学》2000年第6期，第126页。

外合作经营企业法》规定的有关行政审批。上述行政审批的调整在3年内试行，对实践证明可行的，应当修改完善有关法律；对实践证明不宜调整的，恢复施行有关法律规定。

对于全国人大常委会通过《授权决定》授权国务院暂时停止实施相关行政审批之行为本身，有学者从授权主体、被授权主体是否分别具有相应资格来质疑其合法性。具体表现为：一方面，全国人大常委会授权立法本身缺乏明确的法律依据，且全国人大常委会不具有针对被授权事项的立法权限；另一方面，针对《立法法》中“一般保留事项”，如已经制定了法律，国务院无权经由全国人大常委会的授权制定行政法规，更何况国务院的总体方案并没有采取行政法规的形式。^① 对此，有学者持不同观点，认为可以结合适用《宪法》第67条和第89条的最后一项，进行双重兜底，论证《授权决定》的合法性。申言之，根据第67条第21项，全国人大常委会可行使“全国人民代表大会授予的其他职权”，根据第89条第18项，国务院可行使“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权”。^② 姑且不论双重兜底理论是否具有说服力，^③ 实践中，全国人大常委会行使其概括职权很少获得全国人大的专门授权。^④ 对于上海自贸区的授权决定，同样如此。因此，上述反驳不足以消除全国人大常委会《授权决定》的合法性隐忧。

虽然通过《授权决定》暂停实施相关法律存在合法性问题，但人大常委会仍然采取类似方式，继续授权国务院在广东、天津、福建和上海的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。就此，有理论认为，这一举措旨在解决改革先行试点与法律普遍适用的关系。由于改革需要突破现有的法律规定，但改革存在风险，在确定新的立法之前，现有的法律制度仍需要维护。在此情况下，通过全国人大常委会的授权来中止相关法律法规的实施具有合理性。^⑤

为解决全国人大常委会的授权合法性问题，2015年3月15日，第十二届全国人民代表大会第三次会议通过了《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》。修改后的《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部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。”由此，关于全国人大常委会授权决定合法性的理论争议暂时告一段落。^⑥ 2015年《立法法》的修订不仅在形式上为自由贸易试验区的制度构造提供了法律依据，也提升了自由贸易试验区建设的法治化程度。

① 傅蔚冈、蒋红珍：《上海自贸区设立与变法模式思考——以“暂停法律实施”的授权合法性为焦点》，载《东方法学》2014年第1期，第99—101页；范进学：《授权与解释：中国（上海）自由贸易试验区变法模式之分析》，载《东方法学》2014年第2期，第127页。

② 周宇骏：《自贸区“暂停实施”决定授权性质研究》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2014年第5期，第5页。

③ 对双重兜底理论的批判，参见万千慧：《全国人大常委会授权决定的合宪性控制》，载《河北法学》2019年第8期，第149—150页；谭清值：《人大授权改革试点制度的运作图式》，载《南大法学》2021年第3期，第62—63页。

④ 有观点认为存在例外，如1992年7月1日第七届全国人大常委会第二十六次会议《关于授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》虽然是由全国人大常委会作出的，但是全国人大常委会是根据1989年全国人大授权决定（即1989年4月4日第七届全国人大第二次会议通过的《关于国务院提请审议授权深圳市制定深圳经济特区法规和规章的议案的决定》）而进行的。参见钱宁峰：《立法后中止实施：授权立法模式的新常态》，载《政治与法律》2015年第7期，第56—57页。

⑤ 钱宁峰：《立法后中止实施：授权立法模式的新常态》，第61页；沈国明：《法治创新：建设上海自贸区的基础要求》，载《东方法学》2013年第6期，第125页；靳文辉：《试验型规制制度的理论解释与规范适用》，载《现代法学》2021年第3期，第125页；曹舒：《人大授权暂停法律实施的合宪性检讨与控制》，载《苏州大学学报（法学版）》2018年第1期，第70—71页。

⑥ 焦洪昌、曹舒：《全国人大常委会授权暂停法律适用的合宪性分析》，载《人大研究》2020年第5期，第6页。

三 涉外法律与国内法律的横向协调

中国建立涉外经济区域的目的是吸引外资和先进技术,促进经济发展。为实现该目的,最为常用的手段是在生产要素(如人员、资本和土地)以及生产结果(如税收)方面提供优惠待遇。由于涉外法律与国内法律的规定之间存在较大规制利差,极易引起优惠措施的滥用,如20世纪90年代到21世纪初,各地曾出现以建设开发区为名大量圈地的现象。此外,中国行政管理体制存在条块分割之现象,一项优惠措施即使获得地方政府的首肯,也会因为相关实施机构受垂直管理体制之约束而无法贯彻,如因为行政体制不畅,自由贸易试验区的便利化措施难以做到“可复制、可推广”。这些问题说明,为处理好改革与法治之间的关系,必须认真对待涉外法律与国内法律的横向协调问题。在基于形式层面的合理性,将改革嵌入法治的框架之后,还需基于实用层面的合理性,协调涉外法治和国内法治之间的关系。

(一) 经济开发区的“圈地狂潮”

20世纪80年代以来,除经济特区之外,中国先后兴办了一批承担特殊经济功能的开发区。^①1991年3月6日,经国务院批准,《国家高新技术产业开发区税收政策的规定》和《国家高新技术产业开发区若干政策的暂行规定》同日公布。根据这两份规定,开发区企业可享受诸多优惠待遇。^②与此同时,为鼓励开发区建设,国家下放土地管理权限。^③

开发区优惠政策激发了地方政府的建设热情,但因缺乏相应的法律制度约束,也出现了各级政府利用建立开发区之名,大行圈地之实,致使耕地减少,农民切身利益受损的问题。^④为缓和涉外政策规定对国内法律制度的冲击,20世纪90年代初,国务院发布《关于严格制止乱占、滥用耕地的紧急通知》和《关于严格审批和认真清理各类开发区的通知》,收紧土地审批权。由于效果不彰,2003年7月,国务院办公厅发布《关于暂停审批各类开发区的紧急通知》和《关于清理整顿各类开发区加强建设用地管理的通知》,要求加强对开发区建设用地的集中统一管理。2003年11月,国务院发布《关于加大工作力度进一步治理整顿土地市场秩序的紧急通知》,要求严肃查处土地违法行为,并抓紧建立完善土地管理各项制度。经过上述“运动式”管理,因开发区建设引发的“圈地狂潮”方才有所缓解。

① 开发区通常指一国政府为实现特定经济目的,赋予其特殊经济政策的一种经济功能区。参见包克辛:《我国开发区的出口功能与政策到位》,载《宏观经济研究》1999年第10期,第34页。

② 如从被认定之日起,减按15%的税率征收所得税。对新办开发区企业,从投产年度起,二年内免征所得税;对新办的中外合资经营的开发区企业,可从开始获利年度起,头二年免征所得税。经海关批准,高新技术企业可以在高新技术产业开发区区内设立保税仓库、保税工厂,海关按照进料加工的有关规定,以实际加工出口数量,免征进口关税和进口环节产品税、增值税;高新技术企业生产的出口产品,除国家限制出口或者另有规定的产品以外,都免征出口关税等。

③ 出于鼓励外向型经济发展的目的,国家土地管理局在《关于加强沿海地区外向型企业建设用地管理的通知》(国土建字〔1988〕117号)规定,为与当地吸收外商直接投资的审批权限相适应,可适当放大沿海省、自治区、直辖市所辖市(地)人民政府审批外向型企业建设项目用地的权限。具体权限由省、自治区、直辖市人民政府在《土地管理法》规定的范围内自行决定。

④ 吴志良、丰月:《“耕地保护”的法际融合与制度互动——以税法与环境法的协同规制为中心》,载《南京工业大学学报(社会科学版)》2018年第4期,第7页。

问题是，在市场经济中，“边开发、边整顿”的就事论事治理模式会影响到营商环境的稳定性和可预期性，进而扰乱市场主体的经营预期。比如，1986年《土地管理法》第55条规定，中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业使用土地的管理办法，由国务院另行规定。而根据国务院《关于中外合营企业建设用地的暂行规定》，中外合营企业用地，不论新征用土地，还是利用原有企业的场地，都应计收场地使用费。1998年修订之后的《土地管理法》第85条则规定，“中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业使用土地的，适用本法；法律另有规定的，从其规定。”由此产生的争议是，国务院《关于中外合营企业建设用地的暂行规定》是否依然有效；还是说，应将场地使用权纳入到《土地管理法》的土地使用权概念之下，以实现上述清理整顿各类开发区，加强建设用地管理的目的。

上述问题折射出统筹推进涉外法律制度与国内配套法律制度的必要性。具体而言，1982年《宪法》和1986年《土地管理法》均禁止对土地的买卖、转让和出租等，在此制度下，外商投资法中采用“场地使用权”这一概念可有效规避违宪违法风险。1988年以后，中国逐渐建立起土地所有权与使用权分离、土地有偿使用的土地制度，“土地使用权”概念被赋予了全新的意义，它代表着一种可以自由流通转让的、具有物权性质的权利。^①与之不同，《中外合资经营企业法》一直沿用“场地使用权”的概念，“场地使用权”不能脱离原使用权人的出资合同而存在，且在合营企业使用期间不得将其用于转让、出租或抵押，因此场地使用权从本质上说仅仅是一种具有债权性质的租赁使用权。因为权利性质不同，故对于以缴纳场地使用费获得场地使用权的中外合资企业而言，无需受制于《土地管理法》的约束。^②从法律技术层面而言，这一解释为司法实践所认可。^③但是，从公司法角度而言，如果出资人的出资仅仅是土地的使用费，且由合资合同约定只能用于某种特定目的，合资企业未能因此而获得一项完整的物权，那么交易相对人的利益将可能会受到损害。^④因此有必要对场地使用权出资的规定进行改革，将原本在特定历史背景下的、专门针对中外合营企业的特殊规定纳入到国内一般法律体系之下。

20世纪末到21世纪初长达10多年的开发区土地管理乱象说明，在法律体系尚未完全形成，又没有有一个制度能够对各种规范性文件的合法性进行统一、高效审查的情况下，^⑤因缺乏有效的沟通和救济机制，涉外法律制度与国内法律制度一旦发生适用冲突，则唯有通过国家干预的方式

① 闫卫军：《中外合资经营企业土地使用制度若干法律问题研究》，载《河北法学》2004年第11期，第108页。

② 实践中，已有地方政府明确规定，中外合资经营的中方合营者可将国有土地、集体所有的土地的使用权作价入股，如《上海市外商投资企业土地使用管理办法》（上海市人民政府令〔1996〕29号）。在此情况下，因为涉及土地使用权，自然应受《土地管理法》的约束。

③ 司法实践中，法院也一直在适用《关于中外合营企业建设用地的暂行规定》解决外商投资企业土地使用权争议。相关判决可参见全中实业土木工程有限公司与青岛市东林置业有限公司等中外合作经营合同纠纷案，山东省青岛市中级人民法院（2002）青民四初字第212号民事判决书；北京都丽梦食品有限公司与北京农大新技术开发总公司等出资纠纷案，北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第4212号民事判决书；赖国铭与南京金大农工商总公司股东出资纠纷案，江苏省高级人民法院（2019）苏民终1229号民事判决书；广东吴川华越实业集团公司、杨伟胜建设用地使用权合同纠纷案，广东省湛江市中级人民法院（2019）粤08民终148号民事判决书；山西天泉煤炭有限公司、山西煤炭运销集团旧街煤业有限公司侵权责任纠纷案，山西省阳泉市中级人民法院（2021）晋03民终57号民事判决书；大连羽田钢管有限公司与大连保税区弘丰钢铁工贸有限公司、株式会社羽田钢管制造所、大连高新技术产业园区龙王塘街道办事处物权确认纠纷案，最高人民法院（2011）民提字第29号民事判决书。

④ 相关争议可参见山西天泉煤炭有限公司、山西煤炭运销集团旧街煤业有限公司侵权责任纠纷案，山西省阳泉市中级人民法院（2021）晋03民终57号民事判决书。

⑤ 何海波：《形式法治批判》，载罗豪才主编：《行政法论丛》第6卷，法律出版社2003年版，第46页、第50页。

方能化解。这种处理方式具有就事论事的权力导向特征，难以为市场主体提供稳定的制度预期，也有违1999年《宪法》修正案提出的“依法治国”原则。

（二）自由贸易试验区的“可复制、可推广”

《立法法》第13条为全国人大常委会作出暂停法律适用、立法授权和间接行政授权提供了直接的法律依据，有助于贯彻“重大改革于法有据”的法治原则。在这一独特的“暂停—授权”结构下，无论是授权主体还是被授权主体，均应在法律规定的权限内行使权力，处理好法治逻辑与改革逻辑之间的关系。^①然而，《立法法》第13条未能明确，根据改革发展之需要，国务院、地方人大及其常委会乃至地方政府等可否作出类似授权决定？就此，有观点认为，不应按照“谁制定或批准，谁授权”的错误逻辑推断，规范文件的制定主体均有权作出类似授权改革试点决定。《立法法》将授权改革试点决定的权限赋予全国人大及其常委会，目的之一是防止地方人大如法炮制，使得地方性法规效力悬置。^②对此，不同的观点认为，根据《立法法》第73条，地方性法规既有执行性立法也有自主性立法，对于前者，地方人大及其常委会需获得上位授权，才可以作出授权改革试点决定，对于后者，可以直接、自主作出授权决定。^③按此观点，则上述国务院和上海市人大常委会的暂时调整实施规定具有合法性。

虽然授权立法的层级和范围存在理论争议，实践中，随着授权改革试点制度的铺开和下沉，行政法规、地方性法规和规章的改革试点成为该制度的重要组成部分之一，并主要体现为两个方面：一是制定新的法规和规章；二是暂时调整或暂时停止适用旧的法规和规章的部分规定。以上海自贸区为例，相关立法有《中国（上海）自由贸易试验区条例》《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》；相关调整有《国务院关于在中国（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》《国务院关于在自由贸易试验区暂时调整实施有关行政法规规定的通知》《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》《上海市人民代表大会常务委员会关于开展“证照分离”改革试点在浦东新区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》等。

当前，通过各自贸试验区的“条例”和“管理办法”，相关自贸试验区的实施方案和具体措施已经体现在各地方性法规和政府规章之中，获得了合法外观。即便如此，在改革实践中，自贸试验区“先行先试”所构成的“试验系列”法律规定与非自贸试验区的“一般系列”法律规定仍会不可避免地相互交错，并特别体现在中央和地方涉自贸区法律规范的适用关系之上。^④如《中国（上海）自由贸易试验区条例》第14条规定，工商行政管理部门组织建立外商投资项目核准（备案）、企业设立和变更审批（备案）等行政事务的企业准入单一窗口工作机制。因工商部门垂直管理，《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》缺乏权限将上述第14条予以细化，而只能等待《商务部办公厅工商总局办公厅关于实行外商投资企业商务备案与工商登记“单一窗口、单一表格”受理有关工作的通知》的出台，上海自贸区的工商部门具体操作规程才算

① 李德旺：《基于暂停法律适用的立法授权研究》，载《现代法学》2021年第4期，第168页；谭清值：《人大授权改革试点制度的运作图式》，第57页、第61页。

② 庞凌：《地方人大无权暂时停止、悬置地方性法规的适用》，载《法学》2017年第6期，第6—11页。

③ 谭清值：《人大授权改革试点制度的运作图式》，第66页。

④ 杨欣：《改革试验中地方“先行先试权”的法律性质与走向分析》，载《河北法学》2020年第7期，第68页。

“有法可依”。而在此之前，上海自贸区所推进的单一窗口制度早已被《国务院关于推广中国（上海）自由贸易试验区可复制改革试点经验的通知》所认可。因此，全国性和地方性立法对自贸区改革制度予以认可是一回事，法律实施过程中，受垂直与水平管理体制交叉所限，相关制度能否具体落实和有效推广是另一回事。^① 在此情况下，以“可复制、可推广”为鹄的的自贸试验区立法本质上是一种有条件的“先行先试”法治实验，其最终成果仍需借助常规制度加以认可和推广，^② 才能获得普遍合法性。

综上所述，无论是经济开发区的“圈地狂潮”乱象，还是自由贸易试验区“可复制、可推广”遇阻，均折射出协调涉外法律制度和国内法律制度的必要性。因为涉外法律制度往往以特殊优惠为其特征，且具有明显的地域范围，故地方政府有动力利用优惠措施来追求常规法律制度下难以实现的目标。在此情况下，应对政府涉外法律行为施加相关国内法控制。不仅如此，涉外法律制度也以高效便利为特征。理论上，相关便利化措施并无地域限制，具有“可复制、可推广”的特征。问题在于，行政效率之提升受人员、技术、程序、制度、理念乃至文化等多重因素的影响，“可复制、可推广”与“能复制、能推广”之间存在隔阂。除非动用相关国内法律制度资源加以保障，否则脱离涉外法律制度语境的便利化措施很难在全国推行下去。

四 涉外法律与国际经贸规则的接轨

自改革开放以来，国家设立各类涉外经济区域的目的之一是吸引外资和先进技术，在区域内建立与国际经贸规则相接轨的制度。就如何接轨，存在3种具体模式。（1）双轨制，涉外法律制度相对独立于国内法律制度，承担与国际经贸规则接轨的重任，以海关特殊监管区域的建设最为典型。（2）通道制，涉外法律制度与国际经贸规则接轨，同时将成熟的经验在国内法律制度中推广和复制，自由贸易试验区采取这一方式。（3）单轨制，涉外法律制度对标国际高水平经贸规则，建立一套自成一体的政策制度体系，海南自由贸易港属于此类。虽然不同接轨模式表征着不同的目的理性考量，但每一种模式均不同程度地涉及到统筹推进国内法治和涉外法治问题。

（一）双轨制下海关特殊监管区域的自我演进

继设立经济特区、经济开发区之后，^③ 1990年起，国务院先后批准设立保税区、出口加工区、保税物流园区、跨境工业区、保税港区、综合保税区等海关特殊监管区域。^④ 此类特殊经济

① 叶洋恋：《央地关系视域下的中国自贸区制度法治化建设：困境、障碍和完善进路》，载《河北法学》2021年第4期，第119页、第123页。

② 国务院《关于支持自由贸易试验区深化改革创新若干措施的通知》（国发〔2018〕38号）要求各有关地区和部门要高度重视、密切协作，不断提高自贸试验区建设和管理水平。

③ 在法律概念上，经济特区、经济功能区和海关特殊监管区存在着部分重叠。在经济特区和经济功能区内，存在着海关监管区，但并非必然如此。如根据《中华人民共和国海关对出口加工区监管的暂行办法》（2000年4月27日国务院批准，2000年5月24日海关总署令81号公布）第2条规定，“为防止重复建设，在中华人民共和国境内设立出口加工区（以下简称‘加工区’），只能设在已经国务院批准的现有经济技术开发区内，并由省（自治区、直辖市）人民政府报国务院批准。”

④ 参见《国务院关于促进海关特殊监管区域科学发展的指导意见》（国发〔2012〕58号）。

区的特殊性在于,不仅世界各国设有类似区域,^①而且还存在一个与之相关的《京都公约》附约。因此,中国海关特殊监管区域类型演化表征着其与国际经贸规则的日益接轨。

1. 保税区

1990年6月,上海外高桥保税区设立,成为第一家获得国务院正式批准的保税区。如同经济特区和经济功能区,保税区的建设也未能做到先立法、后实施。在很长一段时期内,各保税区主要比照1990年9月国家海关总署发布的《海关对进出上海外高桥保税区货物运输、工具和个人携带物品的管理办法》,制定本保税区的实施细则。根据该管理办法,保税区仅具有部分“境内关外”的特征。

由于上海外高桥保税区并不享受“入区退税”政策,故很难认为该保税区完全建立了国际通行的“境内关外”制度。^②而各保税区所在地的政府规章和管理实施细则不完全一致,甚至相互矛盾,很有可能引发不必要的逐底竞争。有鉴于此,1997年8月,海关总署发布《保税区海关监管办法》,对保税区与境外之间进出货、保税区与非保税区之间进出货物的进出口管理程序和税收优惠待遇作出明确规定,并明确了“入区退税”政策。由此,各保税区真正建立了“境内关外”管理体制,从而实现了与国际经贸规则的初步接轨。

2. 出口加工区

与保税区先地方试点、后中央立法的做法不同,设立出口加工区的试点与立法并行。2000年4月27日,在回复海关总署请示的复函中,国务院办公厅强调,海关总署应按照有关法律法规进行监管。也就在当天,《中华人民共和国海关对出口加工区监管的暂行办法》得到了国务院的批准。考虑到《宪法》1999年修正案将“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”纳入第5条第1款这一背景,上述国务院办公厅强调合法监管的法治意义深远。

根据该暂行办法之界定,出口加工区是经国务院批准,由海关监管的,仅限于出口加工贸易的特殊封闭区域。其制度设计充分吸收了此前经济功能区和保税区建设的经验教训。^③如为防止类似于经济开发区的用地乱象,该暂行办法第2条明确规定,出口加工区只能设在已经国务院批准的现有经济技术开发区内,并由省(自治区、直辖市)人民政府报国务院批准。针对早期保税区既非“境内关外”又非“境内关内”引发的问题,在设立伊始,出口加工区就实行“境内关外”管理体制。

尽管该暂行办法就进出口管理、税收优惠等作出了较为详细的规定,但学界认为,海关总署的规章层级较低,涉及事项乃至地域有限,应早日制定一部统一的海关特殊监管区法或特殊经济区域法。^④其主要理据与学界呼吁制定经济特区基本法的观点有相似之处,即认为更高层级的法

① 如全球大约75%的国家设立了含有海关特殊监管功能的特殊经济区。See Tom W. Bell, “Special Economic Zones in the United States: From Colonial Charters, to Foreign-Trade Zones, Toward USSEZs”, (2016) 64 (5) *Buffalo Law Review* 959, p. 968.

② 所谓“境内关外”,其最主要的法律特征,就是在划定区域内,由海关监管,对从境外进口物资免征各项进口环节税,对境内其他区域运入该区域的物资视同出口予以退税;在区内加工销售免征增值税,区内物资出口,不征不退出口环节税(因为已不含税),区内物资进入境内其他区域视同进口按全值征收各项进口环节税。参见包克辛:《我国开发区的出口功能与政策到位》,第34页;董维忠:《对我国保税区和保税物流园区发展的认识与建议》,载《宏观经济研究》2005年第5期,第52页。

③ 黄国祥、原舒:《谈我国从保税区到出口加工区的发展》,载《国际贸易问题》2002年第10期,第19页。

④ 余波:《我国出口加工区发展存在的问题与对策》,载《经济纵横》2006年第8期,第15—16页。

律可提升法律的稳定性和可预见性。^①问题是,法律层级的提高也意味着立法成本的增加。出口加工区若干优惠政策极有可能构成对WTO《补贴与反补贴措施协定》(《SCM协定》)的违反。^②在国际法之要求与国内法之规定可能出现抵牾的情况下,过早立法反而会阻碍出口加工区制度与国际经贸规则的顺利接轨。

3. 保税物流园区

为吸引外资、增强企业国际竞争力、扩大外贸出口,自2003年至2004年,国务院办公厅同意海关总署启动和扩大上海外高桥保税区与外高桥港区联动试点工作,统筹利用保税区和港区土地进行封闭围网,作为保税区的物流园区,以充分发挥保税区政策优势和港口区位优势。根据2004年《关于同意扩大保税区与港区联动试点的复函》,园区享受保税区相关政策,但与出口加工区不同,保税物流园区专门发展仓储和物流产业,区内不得开展加工贸易业务。

2005年11月,海关总署公布《对保税物流园区的管理办法》,在部门规章层面,细化了上述复函的要求。该管理办法区分为“园区与境外之间”“园区与区外之间”“园区内”“园区与其他海关特殊监管区域、保税监管场所之间”以及“进出园区运输工具和人员携带货物、物品”等5类情形,分别规定了详细的监管办法,以实现“一线放开、二线管住、区内自由”的监管目标。从体例和内容上分析,这些分类和规定均借鉴了《保税区海关监管办法》和《中华人民共和国海关对出口加工区监管的暂行办法》的相关规定,也与国际通行的保税制度相一致。可以认为,中国海关特殊监管区域的法律制度已经相当成熟。

4. 保税港区

在设立保税区、出口加工区和保税物流园区的基础之上,为解决此类海关特殊监管区域间的制度配套问题,自2005年至2010年,国务院先后批准设立了上海洋山、天津东疆、海南洋浦等14个保税港。在其后关于设立保税港区的批复中,国务院均指出,新设保税港区的功能和有关税收、外汇政策,应按照《关于设立洋山保税港区的批复》的有关规定执行。

从法治的角度而言,个案批复很难为保税港区的运营创设一个具有稳定、透明和可预期的制度。直至2007年9月,海关总署方才公布《保税港区暂行管理办法》,明确了保税港区的监管规则。就具体监管措施,该暂行管理办法借鉴了此前海关特殊监管区域的规定,沿着“一线放开、二线管住、区内自由”的整体思路,将货物监管分为“保税港区与境外之间”“保税港区与区外之间”“保税港区内”“直接进出口货物以及保税港区运输工具和个人携带货物、物品”等4大类,施加不同的监管要求。与个案批复相比,该暂行管理办法有了更大的普遍适用性,但仍存在较大提升空间,^③如因缺乏综合性立法,“海关、国检、海事、边检、工商、税务、外汇、港政等管理部门在监管时会发生政策不协调甚至‘冲撞’的情况,缺乏衔接,引发矛盾,制约了保

① 如蒋兆康:《关于制定我国经济特区基本法的几个问题》,载《中国社会科学院研究生院学报》1991年第1期,第72页。

② 出口加工区自身的税收优惠政策,如免除进出口环节税、免除运往国外的成本的增值税、免除原材料的进口税、出口退税等均作为边境间接税,不构成补贴;其他便利贸易措施,如出口加工区之间或出口加工区与其他国家的货物进出口不需配额和许可证、灵活的外汇管理、高效的行政管理(如一次查验、简化手续、计算机联网等)也不构成补贴。但是,因为所有的出口加工区都建立在经济技术开发区之内,开发区内企业可就企业所得税享有优惠税率,有些开发区还提供出口贷款利息补贴、财产税减免、房租补贴、运输补贴等,这些行为均有可能构成《SCM协定》项下的补贴。参见罗伯特·赫伍德:《WTO规则下出口加工区的未来》,载《中国海关杂志》2002年第11期,第21页。

③ 卞彬:《我国保税港区发展及其功能创新和整合研究》,载《探索》2009年第2期,第101页。

税港区的进一步发展”。^①

5. 综合保税区

2012年10月,针对海关特殊监管区域发展中存在种类过多、功能单一、重申请设立轻建设发展等问题,国务院发布《关于促进海关特殊监管区域科学发展的指导意见》,提出要整合现有类型,逐步将现有出口加工区、保税物流园区、跨境工业区、保税港区及符合条件的保税区整合为综合保税区。由于缺乏更高层级的立法支撑,该运行模式与法治的要求尚存在较大差距,体现在如下3个方面:

第一,立法滞后较为严重,各类规范之间尚未形成严密的法律之网。当前,综合保税区法律制度主要由1部法律——《海关法》,5部行政规章——《保税区外汇管理办法》《保税区海关监管办法》《对出口加工区监管的暂行办法》《对保税物流园区的管理办法》《保税港区管理暂行办法》,以及众多地方性法规和规章组成。由于各规章之间未能构成有机统一体,相关优惠反而降低。^②

第二,越权立法问题较为突出,迟迟难以解决。综合保税区建设关涉中国对外开放政策的落实,对税收、海关、金融和外贸等制度多有变更。《立法法》规定,就基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度,^③只能制定法律。如果尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规。^④相关行政规章的规定有突破《立法法》强制性规定之嫌。

第三,立法相对粗疏,存在较大法律漏洞。综合保税区的行政规章多出于海关总署,囿于立法权限,总署很难通盘考虑和规范与综合保税区有关的业务行为。由此导致的后果有两个方面。一方面,某些常规业务由于保税区的特别规定,难以正常开展,或相关业务的合法性受到质疑。^⑤另一方面,某些利用保税区优惠待遇的业务游离在虚假贸易和真实贸易边缘,也会引发合法性争议。^⑥

立法滞后、越权立法以及立法疏漏一直是海关特殊监管区域法律制度建设中的顽疾,并被学者们诟病。如果将海关特殊监管区域制度演进放置在改革开放的大局下,不难发现,静态法治的形式

① 黄志勇:《我国保税港区管理体制机制创新研究》,载《宏观经济研究》2012年第4期,第72页。

② 比如,出口加工区外发加工没有时间限制,但转为综合保税区后,外发加工时限仅为半年,这反而限制了企业有关业务的开展。参见杨旭:《关于构建与全面开放新格局相适应的海关保税监管法律制度体系的思考》,载《海关法评论》第8卷,法律出版社2019年版,第246页。

③ 《立法法》2015年修正案将2000年《立法法》第8条第8项中的“财政、税收、海关、金融和外贸”修改为“财政、海关、金融和外贸”,并将税收法定单独列为第8条第6项——“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”。

④ 《立法法》第8条、第9条。

⑤ 中设国际贸易有限责任公司与中国航油集团上海石油有限公司一般买卖合同纠纷案,最高人民法院(2014)民二终字第00056号民事判决书,认可“走单、走票、不走货”的交易方式。中国民生银行股份有限公司沈阳分行与中国铁路物资哈尔滨有限公司等执行异议之诉纠纷再审申请案,最高人民法院(2016)最高法民申779号民事裁定书,认为虽然《中华人民共和国海关法》第37条规定,海关监管货物未经海关许可,不得提取、交付和转让,但该规定为管理性强制性规定,不属于效力性强制性规定。但是,在司法实践中,也有不同观点。《国家外汇管理局关于完善银行贸易融资业务外汇管理有关问题的通知》(汇发[2013]44号)要求“企业的贸易”(含转口贸易)收付款应当具有真实、合法的进出口或生产经营交易基础,不得虚构贸易背景利用银行信用办理跨境收支业务。具体讨论参见李繇、曹艳华:《海关特殊监管区域回购融资贸易中的法律问题》,载《海关法评论》第7卷,法律出版社2017年版,第90页、第93页;陆怡舟、巢雅琳:《对大宗商品贸易融资的风险分析——基于对青岛港融资铜骗贷事件的思考》,载《国际金融》2014年第8期,第56页。

⑥ 王腾:《从贸易融资到融资贸易》,载《中国外汇》2014年第13期,第48页。

供给与动态法治的实质需求之间差距恒常存在，只不过在涉外法治领域，相关表现更为明显而已。

申言之，国务院关于综合保税区的批复或海关总署相关行政规章构成《海关法》第34条项下的“国家有关规定”。但在授权立法的法治语境下，授权决定还应比照《立法法》第10条的要求，即“应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等”。^①由于海关特殊监管区域制度一直处于与国际经贸规则相接轨的动态演进状态之中，这就对相关授权决定提出了更高标准。

（二）通道制下自由贸易试验区的自我克制

在2013年《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》中，拟建的上海自贸区被赋予的使命包括：“要探索建立投资准入前国民待遇和负面清单管理模式……要扩大服务业开放、推进金融领域开放创新，建设具有国际水准的投资贸易便利、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区。”其后，在其他20家自由贸易试验区总体方案中，国务院均提出了与涉外法治有关的要求。

2015年4月22日，在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议上，国务院向全国人大常委会报告自由贸易试验区工作进展情况。报告指出，建设自贸试验区是参与和引领国际经贸规则制定的需要，建设自贸试验区的重要任务之一，就是面向世界，对标国际经贸规则和通行做法，探索“准入前国民待遇+负面清单”等新理念、新体制，为中国双边、区域自贸协定和投资协定谈判积累经验，为参与和引领国际规则制定奠定坚实基础。

2017年《国务院关于印发全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案的通知》提出，

到2020年，率先建立同国际投资和贸易通行规则相衔接的制度体系，把自贸试验区建设成为投资贸易自由、规则开放透明、监管公平高效、营商环境便利的国际高标准自由贸易园区……率先形成法治化、国际化、便利化的营商环境和公平、统一、高效的市场环境。

从上述各类法律文件和政府工作报告可以看出，国务院设立自贸试验区的初衷之一是与国际投资和贸易通行规则相衔接，但在“改革与法治”话语体系的遮蔽下，国内学界很少关注“开放与法治”所引发的争议。^②就涉外法治而言，与人大常委会授权决定相关的合法性问题是，如何理解《立法法》第8条第9项中的就“财政、海关、金融和外贸的基本制度”只能制定法律的要求。根据条文，投资是一种可以与“财政、海关、金融和外贸”相并列的事项，还是可以包括在这4类事项之中？另外，根据《立法法》第13条，对于已经制定法律的事项，全国人民

① 孟洪与哈尔滨市不动产登记交易事务中心、哈尔滨市住房和城乡建设局撤销行政行为案，黑龙江省哈尔滨市南岗区人民法院（2019）黑0103行初156号行政判决书认为，根据《立法法》第10条，法律规定和法律授权本身必须明确行政限制的范围、目的、内容。

② 有学者讨论了自贸试验区制度与自由贸易国际协定规定之间的冲突与协调问题。参见杨梦莎：《自贸园区与自由贸易协定协同法律制度研究》，第100页。另外，司法实践对该问题也有回应，例如可参见西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决纠纷案，上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民认（外仲）字第2号民事裁定书。

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。这是否意味着法律的任何“部分规定”均可暂时调整或暂时停止适用呢?如果相关法律的部分规定恰恰是被调整法律最为核心的部分呢?比如,对于“三资法”而言,最为核心的就是审批制度。将原来的市场准入审批制转化为市场准入的“国民待遇+负面清单”制相当于根本地改变了“三资法”的基本制度。^①实际上,2019年3月15日通过的《外商投资法》第4条、第15条和第28条所建构的投资准入管理制度最能清晰辨别出与此前“三资法”相关规定的不同。而此类投资准入管理制度恰恰与全国人大常委会授权国务院暂时调整的行政审批高度重合。^②

因此,即便《立法法》第13条在形式上解决了人大常委会授权决定的合法性问题,但因为相关授权决定涉及市场准入这一投资上最为基本的管理制度,也很难保证该授权符合《立法法》第8条第9项下的立法保留原则。实践中,国务院已经有意识地限制自贸试验区改革创新成果的“可复制、可推广”范围。如在投资管理领域,可在全国复制推广的事项限于外商投资广告企业项目备案制、^③负面清单以外领域外商投资企业设立及变更审批改革、^④工业产品生产许可证“一企一证”改革、^⑤企业名称自主申报制度等。^⑥可在自由贸易试验区复制推广的事项则包括外商投资准入特别管理措施(负面清单)、^⑦外商投资国家安全审查、^⑧“证照分离”改革^⑨等。但是,这种自我克制不能根本消除自贸试验区改进投资基本制度所引发的合法性危机。

(三) 单轨制下海南自由贸易港的自我革新

2020年6月1日,中共中央、国务院印发《海南自由贸易港总体方案》(以下简称《海南总体方案》)。在此之前,国内已有类似方案,提出要将现有的自由贸易试验区升级为自由贸易港,具体分为两种:一是将自由贸易试验区内的保税港区或综合保税区升级为国际通行的自由贸易港区;^⑩

- ① 宋晓燕:《中国外商投资制度改革:从外资“三法”到〈外商投资法〉》,载《上海对外经贸大学学报》2019年第4期,第5页。
- ② 廖凡:《〈外商投资法〉:背景、创新与展望》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2020年第3期,第142页。
- ③ 《国务院关于推广中国(上海)自由贸易试验区可复制改革试点经验的通知》(国发〔2014〕65号)。
- ④ 《国务院关于做好自由贸易试验区新一批改革试点经验复制推广工作的通知》(国发〔2016〕63号)。虽然该通知对于审批改革事项语焉不详,但鉴于暂停行政审批仅适用于自贸试验区,可在全国复制和推广的审批改革不会触及外商投资法的市场准入制度。
- ⑤ 《国务院关于做好自由贸易试验区第四批改革试点经验复制推广工作的通知》(国发〔2018〕12号)。
- ⑥ 《国务院关于做好自由贸易试验区第五批改革试点经验复制推广工作的通知》(国函〔2019〕38号)。
- ⑦ 《国务院办公厅关于印发自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)的通知》(国办发〔2015〕23号);《国务院办公厅关于印发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)的通知》(国办发〔2017〕51号)。
- ⑧ 《国务院办公厅关于印发自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法的通知》(国办发〔2015〕24号)。
- ⑨ 《国务院关于在自由贸易试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点的通知》(国发〔2019〕25号)。
- ⑩ 如在2017年3月《全面深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》中,国务院提出,为加强同国际通行规则相衔接,建立开放型经济体系的风险压力测试区,可设立自由贸易港区,即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,并对标国际最高水平,实施更高标准的“一线放开”“二线安全高效管住”贸易监管制度。参见《国务院关于印发全面深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》(国发〔2017〕23号)。时任国务院副总理汪洋2017年11月10日在《人民日报》上撰文指出,“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。”参见汪洋:《推动形成全面开放新格局》,载《人民日报》2017年11月10日,第4版。

二是在自由贸易试验区建设的基础上,推进中国特色的自由贸易港建设。^①

虽然学界对于海南自由贸易港性质的认识仍存在分歧,基本可以肯定的是,自由贸易港是自由贸易试验区的升级版,两者均以“制度创新”为核心,但具体侧重点不同:自由贸易试验区“创新先行”,旨在突破现行行政管理体制,在贸易便利化、投资自由化和金融国际化方面,创设新的市场准入机制,并复制推广到全国;自由贸易港“制度先行”,旨在通过自由化的制度对接高标准国际贸易和投资规则,以更为优惠的政策吸引世界各地经营者入驻自由贸易港,^②使之成为“实践中国特色社会主义的生动范例”和对外开放的新高地。^③在此意义上,海南自由贸易港建设具有独一无二性。根据《海南总体方案》的规划,这种独特性更多地体现在与国际高水平经贸规则的接轨之上,具体表现为国际化的自由贸易港营商环境以及高度变通的海南自由贸易港法规。

1. 国际化的自由贸易港营商环境

在中国自由贸易试验区的建设中,“法治化”“国际化”“市场化”和“便利化”等界定营商环境的关键词经历了一番调整后,从最初的“国际化、市场化、法治化”转变为“法治化、国际化、便利化”,并被2018年《中国(海南)自由贸易试验区总体方案》沿用。营商环境关键词及其排序的变化可在一定程度上反映出法律文件制定者的价值选择。故有学者认为,自贸试验区总体方案最终采用“法治化、国际化、便利化”的表述,意味着法治意识的提高,是对实践认识的反馈。^④

与其他自由贸易试验区方案相比,《海南总体方案》中“国际”一词的频率更高。对于如何在法治框架内实现国际化的目标,总体方案提供了两套思路:一是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;二是主动适应国际经贸规则重构新趋势,建立与国际接轨的监管标准和规范制度。同时,不同于自由贸易试验区的“短期试验”性,《海南总体方案》的规划更为长远:到2025年,初步建立以贸易自由便利和投资自由便利为重点的自由贸易港政策制度体系,“营商环境总体达到国内一流水平”;到2035年,自由贸易港制度体系和运作模式更加成熟,“营商环境更加优化”;到21世纪中叶,全面建成具有较强国际影响力的高水平自由贸易港。在如此长远的规划中,海南自由贸易港获得了足够的时间和空间来优化其营商环境。

值得注意的是,在2019年《优化营商环境条例》中,“国际化”指营商环境应“对标国际先进水平”。结合上述《海南总体方案》发展目标,可以认为,到2025年,海南自由贸易港的营商环境只需在对标国际先进水平方面达到“国内一流水平”即可。至少在这一阶段,可借助《优化营商环境条例》的相关规定来理解海南自由贸易港建设中的法治化与国际化之间的关系。

具体而言,根据《优化营商环境条例》第2条,营商环境“是指企业等市场主体在市场经济活动中所涉及的体制机制性因素和条件”。与世界银行的《营商环境报告》对营商环境的界定相比,该定义所涵盖的范围更宽。因此,所谓“对标国际先进水平”绝非限于世界银行《营商

① 2017年10月18日,习近平在《中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》提出,要“赋予自由贸易试验区更大改革自主权,探索建设自由贸易港”。2018年4月13日,在海南经济特区30周年庆祝会上,习近平宣布:“党中央决定支持海南全岛建设自由贸易试验区,支持海南逐步探索稳步推进中国特色自由贸易港建设。”2018年9月24日《国务院关于印发中国(海南)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发〔2018〕34号),提出“到2020年,自贸试验区建设取得重要进展……为逐步探索、稳步推进海南自由贸易港建设,分步骤、分阶段建立自由贸易港政策体系打好坚实基础”。

② 胡加祥:《我国自由贸易港建设的法治创新及其意义》,载《东方法学》2018年第4期,第20页。

③ 《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》(2018年4月11日)。

④ 龚柏华:《中国自贸试验区到自由贸易港法治理念的转变》,载《政法论丛》2019年第3期,第119页。

环境报告》所提及之10项指标。^① 根据《优化营商环境条例》第10条，“国家鼓励和支持各地区、各部门结合实际情况，在法治框架内积极探索原创性、差异化的优化营商环境具体措施”，这其中自然也包括在法治框架内对标国际标准。因此，即便《海南总体方案》提供了两套思路，该两套思路仍需借助国内法治得以实现。而在这一法治化与国际化相互促进的过程中，国内法治与涉外法治也能得以协调发展。

2. 高度变通的海南自由贸易港法规

在获得海南自由贸易港法规立法授权之前，作为地方一级组织，海南省已经有地方性法规、政府规章、自治条例和单行条例的立法权，并且作为经济特区，也获得全国人大相应授权，制定在经济特区范围内实施的法规。其中，通过制定经济特区法规、自治条例和单行条例，海南省地方立法可对法律、行政法规和地方性法规作出变通规定。问题是，面对中央立法滞后，即便是经济特区法规，也只能对于一般经济制度作出规定，而不能触及法律保留事项。^② 而海南自由贸易港法规体制为解决此类难题提供了地方立法渠道。

在法治理念层面，不同于改革开放初期经济特区的“破法改革”和自由贸易试验区的“守法改革”，自由贸易港的法治理念是“给法改革”。由此，长期困扰改革与法治关系的“先实践、后立法”改革模式转变为更为规范的“先立法、后实践”的改革模式。^③ 在立法模式层面，与自由贸易试验区不同，自由贸易港采取了国家立法、授权立法和地方立法并行的模式。全国人大常委会通过的《海南自由贸易港法》，为海南自由贸易港建设提供了必要的制度供给，同时该法授予海南更大的立法权限，由海南省人大及其常委会制定海南自由贸易港法规。在与国际高标准经贸规则对接层面，除了借鉴国际先进成熟自由贸易港的建设经验之外，自由贸易港建设更强调立足中国国情和海南实际，围绕国家赋予海南的战略定位，充分发挥海南优势。

根据《关于〈中华人民共和国海南自由贸易港法（草案）〉的说明》，

制定海南自由贸易港法，是从国家立法层面为海南自由贸易港实现制度创新、系统协调推进改革提供法律基础的实际需要……避免各级各类法律规范在适用中可能出现的冲突，使各项制度措施相互配合、相得益彰，提高制度的整体效益。^④

从这些表述可以看出，立法者已经充分意识到此前自由贸易区建设中存在的中央和地方立法事权纵向配置不清、涉外法律与国内法律横向协调不畅等问题，并试图通过更高层次的立法加以解决。

由于海南自由贸易港建设各方面工作还处于起步和探索阶段，为给改革发展预留空间，《海南自由贸易港法》仅重点围绕贸易投资自由化便利化这一中心任务，确定基本框架和关键制度。这

① See World Bank. 2020. *Doing Business 2020*, Washington, DC; World Bank. DOI:10.1596/978-1-4648-1440-2. “License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO”, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>.

② 林彦：《经济特区立法再审视》，载《中国法律评论》2019年第5期，第185页。

③ 龚柏华：《中国自贸试验区到自由贸易港法治理念的转变》，第111页。

④ 参见沈春耀：《关于〈中华人民共和国海南自由贸易港法（草案）〉的说明——2020年12月22日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议上》，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30384/>。

意味着众多制度建构仍需借助地方立法和授权立法进行。就此,《海南自由贸易港法》突破了此前建设自由贸易试验区所奉行的“调法调规”模式,将在“重大改革于法有据”下的授权立法理论和实践向前推进一步,设立专门的海南自由贸易港法规体制。^①

根据《海南自由港法》第10条,海南自贸港法规有其特殊含义,在如下4个方面与其他地方立法包括经济特区法规有显著不同。^②(1)立法主体方面,只有海南省人大及其常委会才可以制定海南自由贸易港法规。(2)规范依据方面,应依据《海南自由贸易港法》的专门授权,制定海南自由贸易港法规。(3)立法事项方面,应结合海南自由贸易港建设的具体情况和实际需要,遵守宪法规定和法律、行政法规基本原则,就贸易、投资及相关管理活动制定法规。(4)生效要素方面,分为3类情况:对于一般海南自贸港法规,需报送全国人大及其常委会备案;对于法律或行政法规的规定作变通规定的,应当说明变通的情况和理由;对于涉及依法应由全国人大及其常委会制定法律或国务院制定行政法规事项的,应分别报送全国人大常委会或国务院批准后生效。

《海南自由贸易港法》在赋予海南自由贸易港法规在贸易、投资管理方面必要变通权限的同时,也给国内法治提出了更高的要求,主要体现在如下3个方面。

一是海南自由贸易港法规所涉立法事项有待澄清。1988年建立海南经济特区的决定中,全国人大授权海南省人大及其常委会根据国家有关的法律、法令和政策规定,按照海南经济特区的具体情况和工作需要,制定特区的各项单行经济法规,并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。^③而海南自由贸易港法规涉及贸易、投资及相关管理活动,由此产生的问题是,如何区分经济特区的单行经济法规与海南自由贸易港法规,进而确定两者的法律位阶与实施不同的备案和说明手续?

二是海南自由贸易港法规所涉变通界限有待明确。根据《立法法》第8条第9项规定,就“基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度”,只能制定法律。由此引发的问题是,如果海南自由贸易港法规就相关法律规定作出变通,是仅需说明变通情况和理由就可以了,还是说要报全国人大常委会批准生效。^④如何消解其间的矛盾仍需观察。

三是海南自由贸易港法规的具体类型有待细化。根据生效要素的不同,海南自由贸易港法规可分为备案型、说明型和批准型。每一类型均对应着不同的立法事项。由此产生的问题是:由谁依据何种标准确定具体的法规属于贸易、投资及相关管理事项,对法律或者行政法规规定作出变通的事项,抑或法律保留或行政法规保留事项;如果相关法规属于应说明而未说明、应批准而未批准,应按何种程序予以补救;如果未启动相关补救程序,是否可以默认海南自由贸易港法规的类型归属。

在具体司法争议中,上述三个方面的问题均有可能被当事人拿来质疑海南自由贸易港相关法规的合法性。虽然根据以往司法实践,法院往往回避适用《立法法》,^⑤但海南自由贸易港法规

① 曹亚伟:《论我国自由贸易港专门立法的必要性》,载《人民法治》2019年第22期,第98页。

② 王建学、张明:《海南自贸港法规的规范属性、基本功能与制度发展——以〈宪法〉和〈立法法〉为分析视角》,载《经贸法律评论》2021年第4期,第3—5页。

③ 《第七届全国人民代表大会第一次会议关于建立海南经济特区的决议》(1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过)。

④ 《海南自由贸易港法》第二章规定了海关监管制度、第四章规定了财政税收制度、第七章规定了金融创新等综合措施。就海关监管和财政税收,《海南自由贸易港法》规定了国务院和海南省共商制定的原则;就金融创新,《海南自由贸易港法》未特别强调央地合作。

⑤ 但也有例外,如浙商金汇信托股份有限公司与浙江三联集团有限公司、三联控股集团有限公司、马某生、楼某珍、金华市华源置业有限公司金融借款合同纠纷再审案,最高人民法院(2018)最高法民再19号民事判决书。

的立法事项、变通界限和具体类型之不清会破坏市场主体的稳定性期待，最终会影响到海南自由贸易港建设的进程。

五 结论

自改革开放以来，中国就拉开了建设自由贸易区的序幕，并具体表现为经济特区、经济开发区、海关特殊监管区、自由贸易试验区和自由贸易港等具体法律制度的创设与完善。在此过程中，能否处理好中央和地方立法事权纵向配置、涉外法律与国内法律横向协调、涉外法律与国际经贸规则接轨等事项，决定着自由贸易区建设的成败，影响到涉外经济领域改革事业的进程。历史经验表明，法治保障对于中国自由贸易区的制度建设至关重要。在具体的改革实践中，借助局部试点、有序推广的策略，中国经济特区和经济开发区的建设成就斐然；通过内外有别、严格监管的手段，海关特殊监管区制度日趋完善；利用法律授权、制度开放的方式，自由贸易试验区和自由贸易港建设稳步推进。

在将改革开放嵌入法治框架的过程中，一个挥之不去的问题是，如何协调好改革开放与法治保障之间的关系。如果将法治（rule of law）仅仅视为依法而治（rule by law），则在当前特别立法或授权立法的体例下，国内自由贸易区的法治建设可谓成绩斐然。但是，如果在形式法治之外，还要追求程序法治和实质法治，则必须认真对待涉外经济法律制度，特别是自由贸易区建设的特殊性。中国自由贸易区建设的实践充分说明，自由贸易区建设既是中国经济对外开放的主阵地，也是相关管理制度改革的试验田。与改革和开放间的辩证关系相对应，法治建设也可区分为国内法治和涉外法治两个面向。改革与开放的相互交织和互为因果关系决定了，必须统筹推进国内法治和涉外法治。申言之，全能立法者不可能存在，即便立法者权能无限，也不可能预先设计出天衣无缝的自由贸易区法律制度。面对层出不穷的现实需求和变化多端的外部环境，利用形式法治所建构的封闭制度堡垒必然会一而再、再而三地坍塌。在此情况下，无论是求助于立法的政治学进路——立法是立法者无限意志的表达，亦或是立法的法律教义学进路——立法活动应接受合法性评判与约束，^①均不足以根本缓和涉外经济法律制度建构中改革开放与法治保障之间的冲突。

经济特区、经济开发区、海关监管区、自由贸易试验区和海南自由贸易港建设的实践表明，除坚持民主立法、科学立法和依法立法等原则进行理性立法之外，通过概括性授权，允许特定地方先行先试，确定具有可操作性的法律制度，仍是今后中国建设自由贸易区的主要路径。在此过程之中，统筹推进国内法治和涉外法治不仅仅是一种指导理念，还是中国自由贸易区建设所力图实现的制度目标之一。

值得注意的是，此前关于中国自由贸易区的法律争议更多集中在立法权限配置、区内区外法律协调、国内国际规则对接等制度完善层面。虽然政府可以在制度层面启动和建构自由贸易区，但其存续、发展和繁荣仍需依赖于各类市场主体的积极参与。当前，除了坚持自由贸易试验区和自由贸易港所设定的总体目标之外，有必要在现有形式法治基础上，基于程序法治和实质法治的

^① 叶会成：《立法法理学的类型与意义——立法学学科性质的反省》，第39页。

理念，逐步增强涉外经济领域市场主体权利的可预见性与可救济性，从而在实际操作层面为统筹推进国内法治和涉外法治作出实质性贡献。

The Institutional Innovation for Promoting the Domestic Rule of Law and Foreign-Related Rule of Law Coordinately: Experience and Implications from the Construction of China's Free Trade Zones

Peng Yue

Abstract: In the context of Reform and Opening -Up and Rule of Law, the construction of Free Trade Zones, e. g. Special Economic Zones, Special Economic Development Zones, Special Customs Surveillance Zone, Free Trade Pilot Zones and Free Trade Port, concerns major issues of foreign-related rule of law, such as the vertical legislative power allocation between central and local legislators, horizontal cooperation between foreign-related law and domestic law and foreign-related law's integration with international trade and investment rules. Since 1978, in order to deal with the above issues of foreign-related rule of law, based on the legislative rationality at the legal form, practical and objective levels, the innovation of relevant legal systems has reflected the trend of embedding Reform and Opening-Up into the legal framework, and the coordinated development of foreign-related and domestic legal systems. This kind of institutional evolution has important theoretical significance and practical guiding value for understanding how to promote the domestic rule of law and foreign-related rule of law coordinately.

Keywords: Domestic Rule of Law, Foreign-Related Rule of Law, Comprehensive Promotion, Free Trade Zone, Institutional Innovation

(责任编辑: 谭观福)