

浙江省法学会国际经济法学研究会
2019 年年会论文集

目 录

关于浙江自由贸易试验区油气产业发展法律风险防控的调研报告.....	1
自贸试验区营商环境的司法保障研究—以世行“办理破产”“执行合同”指标为视角.....	14
中国自由贸易试验区知识产权执法特殊性研究.....	20
国际数字贸易规则的制定与主要议题.....	41
WTO 视阈下的中国文化“走出去”税收优惠措施研究.....	55
《贸易便利化协定》在中国的实施研究.....	68
“一带一路”背景下我国境外经贸合作区法律支持的完善.....	81
美国出口管制制度与中国企业应对.....	89
ICSID 仲裁庭排他性管辖权实证研究.....	103
论个人信息保护中同意原则的规范—以欧盟《通用数据保护条例》为例.....	116
中国自贸试验区海关税收征管制度创新难题研究.....	126
破解自贸试验区“地方需求 vs. 垂直领导”的制度悖论——以舟山保税燃料油供应为视角.....	141
中国（浙江）自由贸易试验区航运制度创新探析.....	152
公平竞争审查助力长三角一体化高质量发展—构建外商投资法规政策公平竞争审查的分析.....	162
浙江自贸试验区构建国际一流营商环境评估模式的路径研究.....	174

关于浙江自由贸易试验区油气产业发展 法律风险防控的调研报告

舟山市中级人民法院课题组^①

摘要：浙江自由贸易试验区以油气产业发展为战略定位，防控油气产业发展过程中的法律风险，不仅关系到浙江自贸试验区特色产业的健康发展，也是影响区内法治营商环境的重要问题。本文第一部分从油气产业法律风险概述角度入手，从油气贸易的环节和油气的基本属性分析油气产业特点，从而解析油气产业固有风险及油气国际贸易法律风险的主要内容；第二部分介绍浙江自贸试验区建设及油气特色产业发展情况，突出以“一中心三基地一示范区”建设为抓手，推动油品全产业链发展的具体业务及面临的问题；第三部分分别从浙江自贸试验区政策解读、油气全产业链安全生产及环境监管角度以及法院受理涉浙江自贸试验区案件分析三个角度梳理出浙江自贸试验区油气产业发展特有的法律风险；第四部分从落实油气特色产业政策，完善浙江自贸试验区法律规章；保障油气安全生产，探索油品全产业链联合执法监管；建立油气企业环境侵害应急预案，强化环境风险防控制度；防范交易法律风险，转变油品企业风险控制意识等四个维度，对浙江自贸试验区油气产业发展从企业和政府管理两个层面提出法律风险的防控的对策建议。

关键词：油气产业 风险 法律风险 风险防控 对策建议

建设自由贸易试验区是以习近平同志为核心的党中央在新时代推进改革开放的一项战略举措，在我国改革开放进程中具有里程碑意义。浙江自贸试验区总体方案定位将自贸试验区建设成为东部地区重要海上开放门户示范区、国际大宗商品贸易自由化先导区和具有国际影响力的资源配置基地。2017年9月，浙江自贸试验区启动实施油品全产业链“一中心三基地一示范区”建设三年行动计划，突出油品储备、加工、交易和人民币国际化结算试点，加快提升国际资源配置和大宗商品贸易领域市场话语权。如何防控油气产业发展过程中的法律风险，不仅关系到浙江自贸试验区特色产业的健康发展，也成为影响浙江自由贸易试验区法

^① 课题组成员：课题主持人：孙公幸，舟山市中级人民法院党组书记、院长；课题参与人员：杨海涛，舟山市中级人民法院党组成员、副院长；何劲松，舟山市中级人民法院党组书记、审委会专职委员；曹敏，舟山市中级人民法院知识产权庭庭长；课题执笔人：柯艳娇，舟山市中级人民法院研究室员额法官。

治营商环境的重要问题。

一、油气产业法律风险概述

（一）油气贸易环节决定油气产业特点

过去的 20 多年，国际石油贸易市场已成为世界上最大的商品市场，而石油贸易本身也最具复杂性。液化天然气(Liquefied Natural Gas, 简称 LNG)，主要成分是甲烷，被公认是地球上最干净的化石能源，其制造过程是先将气田生产的天然气净化处理，经一连串超低温液化后，利用液化天然气船运送。因此，油气贸易市场的特点主要来自油气的液体属性，液态的石油、天然气需要专门的运输、加工方式和储运设施。

1.船舶和管道运输是油气运输的主要方式。油气的液体属性导致其运输方式不同于其他普通商品，船舶和管道运输是油气运输的主要方式，LNG 甚至需要专用的液化天然气船运输。由于依赖船运，受船舶大小、装货港、卸货码头的港口条件、航程长度及航运成本等影响，油气贸易运输量通常非常巨大，以此降低物流费用，与此同时，运输方式也常常决定油气贸易的主要条款；而采用管道运输的方式通常也决定了油气贸易主体的相对固定性和贸易的长期性。

2.原油和天然气无法直接使用决定了油气加工的必然性。通常情况下，原油必须通过炼厂进行炼制，以使其变成如汽油、柴油或燃料油等具有市场价值的成品油；而开采出来的天然气也必须经过液化加工才能被运输、交易。因此，油气贸易过程中通常存在两次买卖，第一次作为炼制加工的原料，第二次作为成品。

3.油气的液体属性决定其产业任何环节都需要专门的仓储设施。由于油气是一种液体，其产业链中的每一个环节都需要建设专门的仓储设施，同时每一个环节的库存水平也决定了油气的市场价格。由于石油产品的生产是周期性的，而市场需求不断，因此也需要通过仓储来弥合供需不平衡的现象。

（二）油气产业固有风险分析

所谓风险，其基本核心含义是指“未来结果的不确定性或损失”，因此，风险具有客观性，一般不以人的意志为转移；风险发生时间具有不确定性；风险具有一定的偶然性，即风险发生与否难以预测；风险在很多情况下，也意味着机会与收益，这在金融领域特别明显；如果不采取主动的措施，风险还具有传导性，可能被放大；风险虽然具有不确定性，但也并非不可预测，可以通过一定的规律进行预测和防范。

油气贸易因其产业特点,不可避免的存在因生产周期和运输储运期间较长而造成的价格风险;油气市场期现货并存的特殊交易方式和市场性质决定的信用风险;较长交易周期和油气定价方式决定的汇率风险;因石油大宗商品属性决定的多种盈利模式而可能引发的交易风险;贸易合同执行过程中,因船运可能产生的物流及运输风险;以及国际油气贸易可能面临的合约类及规章类法律风险。

(三) 油气产业及油气贸易所涉法律风险

油气产业及油气贸易所涉法律问题,可以概括为合约类及规章类两大类。

合约类法律风险包括油气贸易合同订立、交易方式、规范和约束交易主体及其行为的各类公约及惯例,例如《国际贸易术语解释通则》规定的贸易术语及其应用;《联合国国际货物销售合同公约》约定的国际货物销售基本原则及对公约和合同的解释;资金收付相关法律问题,包括汇票、信用证等的开立及汇兑;海运相关法律问题,包括《海牙—维斯比规则》(《统一提单的若干法律规则的国际公约》)明确的提单适用规则、《汉堡规则》(《联合国海上货物运输公约》)规定的海运基本原则以及《国际油污损害赔偿基金公约》约定的船舶油污责任规则等。合约类法律风险,一般产生于合同订立的过程中,与双方的风险防控意识及对交易的主动权密切相关。

规章类法律风险主要指各国因贸易、投资政策差别,对油气产业安全监管方面的规定不同以及其他可能影响贸易自由化、投资便利化的政策规章等,具体包括各国的贸易政策,如税收、关税、进出口惯例制度等;各国发展油气产业的投资政策,如企业注册便利程度、税收、油气产业发展优惠政策、服务油气产业便利措施、资金汇兑优势等;油气产业相关的反不正当竞争或反托拉斯法律规定;油气运输环节的海运特别法律规定;油气贸易合同执行环节的商业法律法规,如企业退出市场的便利化程度等;银行业法律规范,如支持企业发展的贷款、汇兑政策等。

二、浙江自贸试验区建设及油气特色产业发展情况

浙江自贸区围绕以油品为核心的大宗商品投资贸易便利化,积极探索制度创新,营商环境全面优化,产业发展迅速。^①

(一) 以持续优化营商环境为目标,不断探索制度创新

挂牌以来,浙江自贸区以油品全产业链建设为特色,在深化“最多跑一次”

^① 参见《浙江自贸试验区正成为连接世界的“桥头堡”》,载《今日浙江》2018年11月12日。

改革中持续优化营商环境。实行外商投资准入前国民待遇加负面清单管理制度，在全省率先实现外资备案无差异跨区域就近就便办理。梳理确定 98 个审批事项在全省率先全面启动实施“证照分离”改革试点。企业投资更加便利：实施企业投资“标准地+承诺制”改革试点，审批时间缩短近 20 个工作日；在全国首创“同心圆联合审批模式”，审批时间由原来 200 多个工作日压缩到 42 个工作日；企业开办实现常态化 4 小时办结，企业平均办税时间提速 20%以上；大力推进降菜价、肉价、水电气价、物流等降成本行动，降低城市生产生活成本。创新口岸通关监管：创新开展船舶“一单四报”全流程应用、船舶进出境无纸化通关、口岸港航通关服务“4+1”模式，通关时间从 16 小时缩减到 2 小时，舟山成为全国首个进出境船舶全流程无纸化通关口岸，并在全国推广。创新保税燃油加注“一口受理”、进境固体大宗散货“无人机+水尺计重”、锚地外轮物资供应、船舶联合登临检查、“空检地放”等监管模式。

累计探索形成 83 项制度创新成果，其中全国首创 34 项，10 项被国务院复制推广，4 个案例入选第三批“最佳实践案例”，位居第三批自贸试验区首位。积极复制推广国务院五批次 171 项改革试点经验和实践案例，结合浙江自贸试验区已复制推广 165 项，实际落地 156 项。

（二）以“一中心三基地一示范区”建设为抓手，推动油品全产业链发展

1.加快国际油气交易中心建设。《浙江自贸试验区国际油气交易中心建设实施方案》正式获批；与上海期货交易所等单位签署了《共建长三角期现一体化油气交易市场战略合作协议》，并开出首张保税燃料油免税增值税发票；浙江石油化工交易中心更名为浙江国际油气交易中心，完成 37%股权回购，积极争取上期所、蚂蚁金服、浙商银行等机构入股。阿格斯、普氏能源先后发布舟山船用燃料油价格指数和估价，初步形成了保税船用燃料油的“舟山价格”。今年 1-9 月，浙江自贸试验区新设油品企业 2238 家，注册资本 748 亿元，同比分别增长 60.9%、52.2%；实现油品贸易额 2211.5 亿元，同比增长 37.2%。10 月 18 日，第三届世界油商大会在浙江舟山举行。会议期间举行了重大项目签约仪式，共签约油气产业合作项目 21 个，协议涉及总金额 567.6 亿元(人民币，下同)。其中，产业项目 16 个，合作项目 1 个，协议涉及总金额 336.6 亿元；采购贸易项目 4 个，协议采购贸易金额 231 亿元。

2.加快国际海事服务基地建设。中石化长江燃料船供油中心正式落户，基础

设施等硬件问题加速破解，全国首艘 5000 吨级专业供油船正式开建，在国内港口中率先全面实行质量流量计交割。1-9 月，船用燃料油直供量 276.9 万吨，同比增长 10.9%；船用燃料油结算量 425.6 万吨，增长 4.5%。外轮供应货值 14 亿美元。外轮修理总产值 32.9 亿元，增长 12.2%。船用燃料油供应的持续增长成为舟山市外贸进出口持续增长的一大亮点。

3.加快国际油气储运基地建设。完成黄泽山项目一期主体工程，开展项目验收。浙石化鱼山成品油罐区、马目配套油库等加快推进。全市油品储存能力达到 2600 万吨（2879 万方）。协调解决跨海大桥 LNG 槽车临时应急通行问题，累计外运量达到 33.6 万吨。加快推进新奥 LNG 二期项目和海底管道工程。积极规划打造海上 LNG 登陆中心，4 个码头已列入交通部规划。

4.加快国际石化基地建设。基地累计完成投资超 1000 亿元，炼化一体化项目一期开始出油投产。原油接卸转输全线打通，鱼山大桥通车试运行。项目二期及新增乙烯项目正在申报，三期正开展前期准备及谋划。

5.加快人民币国际化示范区建设。积极开展人民币资金池、NRA 账户不落地结汇等业务。1-9 月，跨境人民币结算金额 849.8 亿元，同比增长 53.1%；人民币回流资金 608.4 亿元，增长 95%。

三、浙江自贸试验区油气产业法律风险分析

（一）从浙江自贸试验区政策解读梳理的法律风险

自贸试验区作为国家提升对外开放层次的战略举措，不再是政策优惠洼地，而应成为制度创新的高地。浙江自贸试验区 2017 年 4 月 1 日挂牌以来，国家部委、省级各部门及浙江自贸试验区管委会纷纷出台支持及推进自贸试验区建设的各项政策，前两批自贸试验区已经试验成型并通过法律规范形式固定的制度创新措施，按照自贸试验区经验可复制推广的政策也将在浙江自贸试验区全面推行。

除自贸试验区共同面临的投资管理、贸易便利化、金融创新、行政管理体制创新等方面的问题外，浙江自贸试验区因其显著的油气产业特色，还存在产业发展政策创新方面的法律风险，主要包括：

1.油气特色产业发展过程中包含的创新油品储备模式、简化成品油批发资质条件等涉及中央事权的改革项目，在政策层面争取国家部委支持的同时，还需要面对可能突破现行法律规定的创新行为如何接受司法审查的问题，政府管理层面需要考虑如何平衡凡属重大改革必须于法有据及自贸试验区特色产业试点创新

发展的问题；法院司法层面也需要考虑如何从促进依法行政和维护产业发展制度创新的角度予以监督和引导。

2.油品仓储产业发展领域，如何进一步盘活民间闲置的油品储备库资源是浙江自贸试验区改革重点内容之一。但目前也因民营企业主体资格、油品产业仓储、经营特殊许可等问题影响项目推进，如何消除法律实施层面对企业主体资格的限制，进一步完善民营企业退出市场机制及工作效率，也成为影响民间闲置油品储备库资源作用发挥的重要因素之一。

3.大宗商品线上交易可能带动相关金融体制创新，包括制定保税燃料油上线交易方案，推进保税燃料油“90天订单交易”模式创新，推动浙江国际油气交易中心和上海期货交易所开展仓单转换、仓单服务、仓单质押融资等业务。这些体制机制的创新既涉及大宗商品交易市场先行先试，又涉及油品金融衍生市场创新举措，如何使创新举措在现有法律规定框架范围内争取到最大程序的创新优势，是自贸试验区管理方面必须面对的法律风险问题。

4.浙江自贸试验区开展不同税号保税燃料油、保税柴油混兑调和业务以来，受国际市场价格波动和舟山市场需求等多方影响，尚未形成规模；下一步将扩大保税油混兑调和业务，推动舟山牌照企业全面跨港区供油。这是油品保税贸易与保税加工混同的法律行为，对该类交易行为的合法性评价，不仅要适用国际贸易法律规范、产品质量法律规范，还需要适用海关保税政策规范。

（二）从浙江自贸试验区油气全产业链安全生产及环境监管角度梳理的法律风险

油气产业发展在生产、运输、仓储、交易等各环节都存在安全及环境监管的法律风险，且因油品安全生产事故及涉油品环境污染一旦发生，都可能对环境和人身财产造成难以挽回的后果，因此安全及环境监管责任重大。

1.油气生产环节，因油气属于重点监管的危险物质，也属于易燃易爆的化学物品，在生产环节，较其他普通货物更容易出现泄漏、火灾、爆炸等事故；另因油气的高价值属性，容易引发第三方侵权而造成安全及环境事故，例如盗油、盗气，或因违章占压或施工破坏油气管道等。一旦发生事故，对生命财产及环境都将造成严重损害。

2.油气储运环节，特别涉及管道运输，因法律规定的安全监管主体有三个层次，作为直接责任主体即管道企业与地方政府的安全监管责任主体，在管道建设、

管道运行过程中的安全监管责任划分及认定方面，有不同的要求和规定，需要给予特别的关注和协调。^①

3.油气产业基础设施建设环节，发展自贸试验区油气产业，需要开展大规模的港航、管线等基础设施建设，需要建造适用于保税燃料油运输和供给、江海联运等业务的特定船型，与此相关的建设工程合同纠纷、船舶运输合同纠纷以及修造船合同纠纷等，也是油气全产业链发展过程中需要认真识别和防范的法律风险之一。

4.油气全产业链监管执法方面，《中国（浙江）自由贸易试验区总体方案》特别强调要“建立自贸试验区油品安全管理制度”，加强油气全产业链监管执法是浙江自贸试验区油品特色产业发展的关键环节，但长期以来涉油气安全监管执法权分散在安监、港航、市场监管、环保、交通运输、海事、检验检疫、边防等各部门，监管权的分散容易影响监管执法的效率和效力。

（三）从法院受理涉浙江自贸试验区案件梳理的法律风险

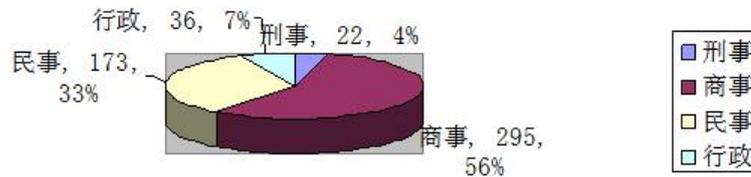
浙江自贸试验区产业发展的上述特征，导致涉区内法律服务的需求集中在项目管理及合同履行等法律风险防控类非诉讼业务上，即合理运用政策法规制定各类法律文件规避政治、法律风险；对合同进行合规性审查；见证、咨询、跟进合同的实际履行等。而一旦产生纠纷，一般合同双方都能根据合同的约定理性评估法律风险和实际损失，在谈判基础上进行协商，根据合同条款申请仲裁或行业调解，很少形成诉讼。以保税燃料油交易为例，目前浙江自贸试验区涉保税燃料油交易最大的纠纷类型即为燃料油短量纠纷，但绝大部分的该类纠纷，都通过行政调解，或中国海事仲裁委员会（浙江）自由贸易试验区仲裁中心、中国海事仲裁委员会计量争议仲裁中心解决，截止 2019 年 9 月，尚未反映到诉讼层面的油品短量纠纷。另一方面，虽然自贸试验区新增油品企业数及油品交易额均节节攀升，但油品买卖合同纠纷所涉的标的额，占同期油品贸易额的比例微乎其微。^②

自浙江自贸试验区挂牌以来，舟山两级法院立足审判职能，主动服务新时代改革开放，围绕自贸区各项中心工作的开展，妥善审理涉自贸区各类案件，2018

^① 《中华人民共和国石油天然气管道保护法》第二十五条 管道企业发现管道存在安全隐患，应当及时排除。对管道存在的外部安全隐患，管道企业自身排除确有困难的，应当向县级以上地方人民政府主管管道保护工作的部门报告。接到报告的主管道保护工作的部门应当及时协调排除或者报请人民政府及时组织排除安全隐患。这里就涉及管道企业自身无法排除，并向主管部门或人民政府报告的安全隐患，如最终导致相关安全事故，具体由哪个责任主体承担责任，或者责任比例如何划分的具体问题。

^② 2018 年 1 月-2019 年 9 月油品合同纠纷案件涉标的额 35.6 亿元，占同期油品贸易额的 1.61%。

年1月至2019年9月，两级法院共受理各类涉自贸区一审案件526件，其中中院受理的涉自贸区一审商事案件110件，刑事案件9件；从案件类型看，涉及刑事案件22件，商事案件295件，民事案件173件，行政案件36件。



从油品贸易纠纷的涉诉案件特点分析，基本可以总结出“四多四少”的特征：

1. 买卖合同纠纷中实物交易多，平台交易少。现有案件大部分为买卖合同纠纷，合同标的物涉及乙二醇、混合芳烃、汽油等大宗石化产品。除一笔交易通过长江国际网上仓储平台CA交割外，其余均系需方到指定油库自提的传统实物交割方式，自贸试验区已有油品交易平台在撮合交易、货物交割方面使用率较低，且未发挥促进油品金融衍生市场交易的作用。

2. 纠纷化解方式上选择诉讼解决多，多元化解少。油品买卖合同因交易金额较大，考虑到交易风险，大多买卖合同都会事先明确争议解决方式，但从目前涉诉案件看，多数买卖合同径直选择诉讼解决而少有选择非诉解纷渠道化解。当事人通常选择合同签订地、供方所在地或原告所在地法院进行诉讼，故现阶段该类案件均未经过行业调解前置，而直接由舟山中院自由贸易试验区法庭集中管辖。

3. 财产保全申请中冻结银行账户多，查封实物少。为避免买卖合同纠纷判决结果无法得到自动履行，多数案件原告在起诉同时就提交了财产保全申请，申请人多以保险公司、融资担保公司的保函作为担保，保全标的物均为银行账户而鲜有申请查封实物资产。因诉讼标的金额较大，一旦被诉企业银行账户被冻结，其银行授信、其他经营活动均可能受不利影响。

4. 合同纠纷原因中主张支付货款多，质量争议少。目前油品合同纠纷中，多数案件所涉交货条款已基本履行完毕，原告起诉主要以部分未按约履行主张违约责任。而违约的主要类型中，目前尚无货物质量问题引起的纠纷，主要违约情况包括逾期未付款未提货、提货后未支付剩余货款、结算后逾期未开具发票、迟延交付增加费用、逾期交付被拒收等，且当事人多约定合同总价款15%以上的违约金金额。

四、加强浙江自贸试验区油气产业法律风险防控的对策建议

对于风险，如果采取适当的措施降低破坏和损失的出现概率，或者基于理性的认知和判断，识别风险，从而采取及时有效的防范措施，那么风险也可以转变成机遇。基于上述油品产业发展法律风险的分析，从市场主体和市场管理者角度，对进一步加强浙江自贸试验区油气产业法律风险防控提出如下对策建议。

（一）落实油气特色产业政策，完善浙江自贸试验区法律规章

1.保障法律体系公开透明。如果与国际接轨的法律体系的完善是自贸试验区法治化营商环境的基础，那么保障法律体系公开透明则是对法治化营商环境的巩固。自贸试验区的法律规范须公开透明，且能为区内外企业便捷地查询，才对区内企业投资权益的保障有实质意义。

因此，自贸试验区有必要建立公共的法律服务网站，供区内企业查询相关法律法规内容，既保障法律体系的公开透明，又为投资方提供便捷。另外，我国《涉外民事关系法律适用法》规定，我国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定；外国法律的适用将损害我国社会公共利益的，适用我国法律。法律服务网站也应一并提供排除外国法适用的相关强制性规定以及对社会公共利益的界定。

2.及时固定油气特色产业政策创新成果。国家要求自贸试验区体制机制改革措施可复制、可推广，既是对重大改革于法有据的实践，也是要求通过法律规范的形式将改革探索的成功经验固化。而浙江自贸试验区战略定位为东部地区重要海上开放门户示范区、国际大宗商品贸易自由化先导区和具有国际影响力的资源配置基地，意味着在浙江自贸试验区的诸多重大改革措施上，并无现成经验可供参考。对于已经试点成熟的相关产业政策创新成果，应该及时通过自贸试验区可复制推广经验、自贸试验区“最佳实践案例”等形式予以固定，以便通过更大范围的复制推广形成法律规范。

3.进一步规范自贸试验区相关法律法规规范的制定与审查。在自贸试验区相关产业发展运行过程中，对于来不及形成法律制度规范的优惠政策、行政管理规则以及办事程序等内容，还需要通过自贸区管委会或舟山市政府的规范性文件或地方法律规范予以发布，但上述规范性文件的制定可能影响自贸试验区法治营商环境，规制规范性文件的制定程序，并赋予相关部门对规范性文件的审查权是保障法治营商环境的关键内容。

区内企业是上述规范性文件的受众，其权利直接受到规范性文件的影响，从保障其投资安全的角度出发，应赋予其相应的知情权及救济权。具体来说，在相关规范性文件制定过程中，除涉及危害公共利益的紧急情况外，应广泛征求区内企业及相关公众的意见，并在文件公布的过程中对征求到的意见予以反馈；对于已经公布实施的文件，区内企业应有权提请相关部门（可以是权力机关）对文件内容进行审查。

（二）保障油气安全生产，探索油品全产业链联合执法监管

油气产业安全监管执法方面也像其他执法监管一样，存在一些普遍性问题，例如：权力边界不清，导致多头执法、重复执法，会给企业增加负担，还会引发部门之间相互推诿扯皮，形成监管真空和执法空白；执法监管部门缺少协调配合，可能受编制、经费等制约造成执法力量不足、分布不合理，无法满足监管实际需要。

实行综合行政执法有利于制约部门利益，减少职能交叉、多头执法的矛盾以及执法责任不清等问题，从整体上提高行政执法的能力，规范执法行为，维护经济社会秩序，为公众提供良好的法治环境；有利于实现合理设置行政管理机构，降低行政执法成本，促进管理程序科学化，增强管理活动有效性等，提高行政效能；有利于解决行政权重叠，行政机构臃肿等行政管理体制问题，深化行政管理体制改革。

但油品产业因产业链较长，涉及的安全监管事项及权力分布在不同政府部门及其他垂直管理部门中，不管是从技术上、体制上还是相关的法律规定方面，均难以试行油品产业安全生产监督综合执法。当前，舟山市为加强鱼山绿色石化项目施工安全监管，在项目指挥部和绿色石化基地管委会的牵头下，海事、港航、安监、住建、消防、交通、市场、“三防”等相关监管单位都在鱼山岛派驻了监管人员，并组建了安全生产监管小组，如水上组、交通组、爆破围垦组、综合安全组等。是环保局还直接在鱼山岛设立了分局，绿色石化基地管委会也内设了安监局。此外，还成立了“安全生产服务中心”和“环保服务中心”，并聘请杜邦公司作为安全咨询第三方。

考虑到产业发展情况，可以探索以鱼山岛国际绿色石化基地为试点，探索安全生产联合执法监管，进一步明确安全监管牵头单位和组织形式，确定特定的组织作为协调机构，以联席会议形式共同处理需要跨部门协调解决的问题，并由相

关的咨询机构为全权生产的执法监管提供专家意见。在执法方式和日常管理方面，则由特定的牵头单位组织驻鱼山的相关监管部门执法人员开展联合执法。

（三）建立油气企业环境侵害应急预案，强化环境风险防控制度

油气企业环境侵害法律风险防控不仅是企业利益最大化的机制保障，也是企业顺应社会发展趋势，适应国际经济环境变化，增强企业竞争力的重要举措，更是完善企业法律管理，提高企业法律风险防御能力，降低环境侵害法律风险对企业的影响，实现油气企业可持续发展的必然要求。

1.强化绿色发展理念，建立常态化风险防控机制。油气企业要转变经营理念，既要为社会创造财富，又要为子孙后代保护环境。遵守各项环境保护法律法规，合法建设、安全生产，将可能发生的环境风险控制在最小程度内。经常性开展环保重点、特点、敏感案例和事件研究，关注相关立法、法律的进展与变化，做实法律风险识别和预警，建立常态化环境法律风险防控机制。

2.建立健全油气企业环境侵害应急管理机制。油气企业应开展环境侵害法律风险分析，排查治理环境安全隐患。监管部门应指导油气企业重点结合企业生产经营实际情况、企业周边环境状况、企业环境保护目标等信息，对发生风险的危险源、风险的发生概率、最大可能发生危险的情景、可能造成的风险事故类型、风险可能危害的对象以及危害的后果等内容进行识别分析。并在风险识别的基础上，制定和完善环境侵害应急预案，明确处理重大环境侵害事故的原则、责任主体、责任人员、处理流程等基本内容，加强应急力量和技术配备。

3.参加环境责任保险，建立企业风险转移机制。油气企业应积极主动参与环境责任保险，以此分散油气企业面临的风险，将环境侵害所造成的损失完全或部分转嫁给潜在的环境侵害责任人乃至社会整体，借助环境责任保险的形式实现对受害人的及时救济和对生态环境的有效恢复，避免油气企业因赔偿负担过重而破产，从而保持企业的可持续发展。

（四）防范交易法律风险，转变油品企业风险控制意识

1.转变风险控制方法，将事后弥补改为事前防范。目前浙江自贸试验区多数企业还是比较注重纠纷发生后的化解工作，但是等纠纷发生才进行法律咨询，往往损失已经造成。最好的法律风险防控应当在交易之前即开始，包括审查交易对象，评估己方履约能力，审慎完整订立合同条款到后期纠纷解决，都离不开专业的法律知识支撑，有条件的企业可以聘请专职法律顾问，做好风险防控。

2.加强对交易对象资信和履行能力的审查。受公司登记制度改革，尤其是自贸试验区政策红利影响，企业设立手续简化，注册资本从“实缴制”转变为“认缴制”，注册地址多为集中办公地址，但这些便利举措也带来了公司履行能力不足的潜在风险。在选择交易对象时，需仔细审查对方商业信誉和履约能力。可通过国家企业信用信息公示系统、“天眼查”等查看企业基本信息，也可通过信用舟山网站、中国裁判文书网、全国法院被执行人信息查询系统等查询对方信用。此外，还应注意审查代表交易对象签约的个人，确认其是否得到企业授权、授权期限、范围，是否能够代表企业进行相关交易。

3.提升合同内容的严密性和条款的规范性。合同是纠纷发生时最直接的证据，合同条款直接关系到法律责任的承担。以油气买卖合同为例，规范的交易条款至少应当包括：（1）规范的标的物名称、规格型号；（2）标的物数量、计量方式、单位、合理的磅差或尾差等；（3）合同价款、付款方式、账户信息等；（4）标的物封样、验收、质量技术指标、质量异议期间等；（5）交割方式，包括油气储运地点、交割时间、地点；（6）违约责任；（7）争议解决方式，等等。

4.严守己方履约节点。做好交易风险防控，不仅需要评估交易对方情况，也要审慎判断己方履约能力，合理确定交易时间、方式，约定适当的违约责任。合同生效后，必须按照约定，全面、按时履行合同项下义务，否则需承担相应的违约责任。

5.强化证据意识，注重保存交易凭证。“打官司就是打证据”，充分有效的证据直接关系到事实的查明与认定，更关系到诉讼请求、抗辩理由能否得到法院支持。因此，交易过程中要重视保存往来记录、相关凭据等，可以通过公证等方式保全可能灭失的证据，也可以在诉讼时向法院申请调取因客观原因无法取得的证据。采用电子合同签约的，应注重电子证据的保存，避免因证据形式缺陷导致举证不能。

6.明确争议管辖地。事先约定管辖，可以减少因诉中管辖权异议导致程序拖延。在不违反法律规定的情况下，可事先做出有利己方的经济性选择，在合同中约定选择原告住所地、被告住所地、合同履行地、合同签订地、标的物所在地等人民法院管辖，但需注意约定管辖必须有明确指向的法院，且必须与争议有实际联系的地点的法院。

7.明确寄送地址。企业工商注册地址多数情况下并非实际经营地，按工商登

记地址送达文书可能无法送达或耗费过长时间，企业可以事先在合同中约定纠纷产生后法律文书寄送地址，方便诉讼送达，从而节约企业诉讼的经济成本和时间成本。

8.注重准据法选择。在与外国企业进行国际贸易时，要尽量争取以中华人民共和国法律作为解决纠纷的准据法。如果对方非要选择某外国法作为准据法的，企业应知晓该外国法的相关规定，以便对自身的权利义务有准确的预期，并尽量将外国法作为合同附件，避免在国际贸易纠纷发生后就法律文本和内容引发争议。

9.合理采取保全措施，方便诉讼执行。财产保全是为保障将来发生法律效力判决能够得到执行，对争议标的物或对方名下财产采取限制处分的临时性法律保护措施。企业在准备起诉或诉讼过程中都可以未雨绸缪，申请财产保全，既能增强协商解决争议的可能性，又能防止对方转移财产而导致将来的生效判决无财产可供执行。

10.审慎选择纠纷解决机制，节约维权成本。争议解决方式有仲裁、诉讼、调解等，各有利弊。仲裁实行一裁终局制，裁决一旦作出即对争议双方具有约束力，相比调解更专业，相比诉讼更易于在域外被承认与执行。油气交易具有较强的专业性，企业要综合自身条件、能力，选择合适的争议解决方式。如约定仲裁，应明确具体的仲裁机构名称，避免因约定不明造成仲裁条款无效。

结语

油气贸易本身是一种非常复杂的经营活动，涉及诸如价格风险、信用风险、财务风险、决策风险、法律风险、操作风险、政治风险、自然风险等多种风险。浙江自贸试验区发展油气特色产业，也面临安全生产及环境侵权方面的监管风险等。但从风险防控理论角度，风险可以被识别、防范、转移甚至分散，因此，有效识别浙江自贸试验区油气产业发展法律风险，并为自贸试验区管理部门及区内油气企业提供合理的风险控制方法，是为本课题调研之宗旨。

自贸试验区营商环境的司法保障研究 ——以世行“办理破产”“执行合同”指标 为视角

赵晖 徐忠豪^①

摘要：营商环境是衡量自贸试验区建设的重要指标，世界银行营商环境评价体系是反映自贸区建设水平的重要标准。营商环境评价体系 11 项指标中与法院密切相关的有办理破产、执行合同两项重要指标，该评价在全球范围内被广泛认可，这是法院助力打造一流法治营商环境的抓手。法院应通过改革创新，完善制度机制，优化司法服务，努力打造国际化、法治化、便利化的营商环境。

关键词：营商环境 法治 办理破产 执行合同

习近平总书记强调：“法治是最好的营商环境。”根据世界银行发布的《2020 年营商环境报告》，我国营商环境世界排名首次进入全球前 40，在 190 个经济体中排名第 31 位。涉及法院的“办理破产”和“执行合同”两项指标大幅提升，其中反映民商事司法制度与法院工作质效的“执行合同”指标位列全球第 5 位，获得满分 18 分的 16.5 分高分；反映市场救治退出机制与质效的“办理破产”指标上升 10 位，位居全球第 51 位。司法已成为营商环境的重要推动力，成绩的取得是四级法院持续改革创新、优化司法服务的结果。营商环境没有最好，只有更好。处在改革开放最前沿的自贸试验区，法院要发挥先行先试的创新优势，不断深化改革，持续优化办理破产、执行合同两项重要指标，让一流的法治营商环境成为舟山自贸试验区核心竞争力。

一、特色举措：司法助力营商环境的定海经验

（一）提升破产审判实效的探索

世界银行认为，良好的破产制度应当具备以下特征：（1）帮助债权人实现资产价值最大化；（2）允许有救助可能的企业进行重组，并有效关闭失败的企业；（3）提高市场的确定性，促进经济的稳定与增长；（4）鼓励贷款人提供高风险贷款；（5）保障更多员工从事原有工作；（6）有助于保护供应商及客户网。¹法

^① 赵晖，舟山市定海区人民法院院长，三级高级法官；徐忠豪，舟山市定海区人民法院办公室主任，法官助理。

院的破产审判努力去实现该制度目标。2014年-2019年9月，定海法院受理破产案件49件，审结29件，促使1家企业破产和解继续经营、12家企业有序退出市场、20家企业重组获得新生，有效发挥了破产审判的制度功能。

1.首推“资产出售式”，平稳转移破产企业核心资产。全面分析破产企业名下所有资产价值变动、抵押情况、实际可变现能力等，对资产均被抵押、无产可破，但核心资产价值较高的企业，在省内率先探索“资产出售式”破产重整模式，将企业名下具有良好区域品牌和营运价值的资产作为整体打包出售，招募重整投资人，成功后统一纳入投资人名下企业继续经营。既避免无产可破背景下企业债权人面临零清偿风险，又完整保存了企业优质资产，实现多方共赢。该模式已在原舟山市最大民营海运企业——德勤集团股份有限公司破产重整案中成功应用，重整投资人以4.535亿报价整体承接德勤名下19艘船舶，约44.54万载重吨运力，统一纳入名下新建航运企业，2018年成立首年即实现总营业额2亿元。

2.首创“或有负债”平移，消除两链风险企业重组障碍。即对企业间债权债务构成复杂、相互担保关系密切、两链风险高企的问题企业，在国内首创“或有负债”平移模式，在企业、金融机构、司法帮扶小组达成合作共识的基础上，将企业名下核心子公司所有“或有负债”平移至其他子公司名下，再以核心子公司名义引入战略重整资本，实施破产和解，通过一家子公司焕新重生实现全盘两链风险圆满化解，维护地方经济稳定。该模式已成功应用于舟山中院审理的两链风险高达350亿元的天禄集团破产和解案中，通过平移43.14亿元“或有负债”，成功以54亿元对价引进战略合作资本，实现企业涅槃重生。目前，天禄及债权关联企业已先后偿还16家金融机构3.3亿元欠息，大部分不良贷款调整为正常贷款，压降全市贷款不良率3.5个百分点以上。该案例获省人民法院“十大”破产审判典型案例，并得到最高人民法院充分肯定。

3.探索司法背书式融资，打通濒危企业挽损自救通道。在破产房企融资问题上，在全国创新性地提出比照资产证券化方式，探索引入民间资本参与企业破产融资。在中恒置业破产清算案中，法院会同破产管理人、浙江金融资产交易中心达成了类资产证券化的融资方案，即由特殊目的载体（Special Purpose Vehicle，简称SPV）与破产管理人签订借款协议，由SPV作为发行人、以该案中未来可售的破产财产作为基础资产、破产管理人作为资产托管人的方式通过浙江金融资产交易中心向其会员发行可交易转让的价值5000万元的证券产品。该5000万元

新融资，在债权人会议上通过表决，设定为共益债务，以保障投资人利益，该笔融资成功盘活了“烂尾楼盘”。针对破产企业不符合银行融资准入条件难以挽损自救难题，在省内率先探索以司法背书为前提的院银融资模式，创新开展破产企业融资业务。即根据《破产法》降低企业融资门槛并重新拟定专门合同文本，破产企业可灵活采取保证、抵押或者组合担保的方式申请融资贷款维持正常经营；破产企业管理人向法院提交融资可行性分析报告，法院经审查认为企业未来收益良好、风险可控的，向银行出具推荐函，银行根据法院推荐函和融资可行性报告调查决定是否发放贷款；发放的贷款经法院裁定为共益债务，确保银行优先受偿。破产管理人每月需向法院和银行提供资金使用证明，确保贷款全部用于破产企业挽损自救。目前，一家房产公司破产清算案管理人获得银行首笔破产企业贷款2800万元，实现烂尾楼盘续建竣工并入市销售。

（二）提升合同质效的创新举措

执行合同指标反映解决商业纠纷的时间和成本，与当前的“最多跑一次”改革、矛盾纠纷多元化解、切实解决执行难紧密相关。

1.落实诉讼便利举措。深化司法领域“最多跑一次”改革，为企业提供优质司法服务。推进诉讼服务中心标准化、智能化建设，大力推广网上立案、跨域立案等便捷立案方式，充分发挥“移动微法院”“在线矛盾纠纷多元化解平台”作用，让数据多跑路、让企业少跑腿，目前定海法院网上立案率50%以上，当场立案率99%以上。为更好地满足民营企业纠纷多元化解、快速化解和有效化解的需求，会同工商联建立涉企纠纷多元化解机制，注重运用司法调解、案外协调、和解等方式快速化解纠纷；定位高端专业调解，聘请商会、行业协会中的社会贤达、行业翘楚担任特约调解员，有效发挥特约调解员资源整合优势和专业特长优势，实现了“行内人管行内事,商人纠纷商人解”。在企业集中的中国螺杆小镇设立“舟山市金塘塑机螺杆行业协会巡回法庭”，引导涉企纠纷化解在萌芽状态。

2.依法保障企业生存发展。坚持因企施策，在办理涉企案件时辩证处理好依法办案与企业正常经营的关系，慎用强制保全措施，能够“活封”“活扣”放水养鱼的，尽量不“死封”“死扣”雪上加霜，不轻易中断企业的指挥系统，不轻易中断企业的资金往来，不扩大对企业声誉的影响，不扩大对企业正常生产经营的负面影响。对确有市场潜力的困难企业，积极促成双方和解，采取分期付款、股权质押等方式帮助企业渡过难关，避免“办了一个案件，搞垮一家企业”。创

新金融审判，处理好支持市场主体多渠道融资与防范金融风险的关系，严格执行法定利率标准，调节不合理的变相收取高息行为，降低企业融资成本。

3.加大涉企案件执行力度。以打赢基本解决执行难这场硬仗为目标，加大涉企案件执行力度，坚决破除实现公平正义的最后一道藩篱。强化执行措施，实现执行指挥中心实体化运行，借助执行指挥系统建立起统一管理、统一协调、统一指挥的执行管理体制。深化执行协作联动，健全“总对总”“点对点”查控机制，对被执行人银行存款、房地产等主要财产“一网打尽”。强化失信联合惩戒，落实限制招投标、乘坐飞机高铁等措施，让失信被执行人“一处失信，处处受限”。与此同时，建立自动履行正向激励和信用修复机制，对已经履行完毕或申请人滥用失信被执行人名单的，及时恢复企业家信用；对经营失败无偿债能力但无故意规避执行的，也及时从失信被执行人名单中撤销，营造鼓励创新、宽容失败的社会氛围。解决执行难大大提高了生效法律文书兑现效率，使当事人尤其是民营企业、中小企业实现胜诉权益的成本大幅降低，有力促进了我国法治化营商环境改善。

二、现实挑战：营商环境面对不利因素影响

一是宏观经济形势影响。今年我省 GDP 增速虽然呈现出“好于预期，高于全国，领跑东部”的稳健态势。但是中美经贸摩擦的负面影响逐步显现，一些外向型企业和实体经济发展较为困难，特别对修造船、远洋渔业等传统产业和抗风险能力差的中小企业影响十分大。今年已受理舟山招宝船舶修造、舟山海望远洋渔业、浙江正龙食品、浙江爱迪亚等 8 家中小企业申请破产清算案件，危困企业挽救和市场出清均面临很大挑战。

二是社会信用体系不完善。虽然信用体系和信用惩戒日益完善，但是社会诚信仍缺失。一些市场主体和民营企业不诚信经营，虚假宣传、生产假冒伪劣产品，交易时拖欠款项、甚至合同欺诈。发生纠纷后“跑路”，让企业无处索债，诉讼后让法院无法进行有效送达。法院判决后，仍不履行债务，甚至转移财产，让企业胜诉权益不能兑现，让诚信经营的企业受损，也挑战司法公信和司法权威。

三是融资难融资贵仍存在。金融在为实体经济服务方面存在资金脱实向虚。民营企业，特别是中小微企业融资难、融资成本仍旧较高。一些民营企业因资质等问题无法从银行融资，只能向利息更高的小额贷款公司、担保公司、典当公司等借款，企业民间借贷的深度介入，导致“两链”风险集聚。在扫黑除恶专项斗

争中，发现有企业和企业主成为“套路贷”的受害者。能向银行贷款的，也存在审批时间长、担保要求高，甚至强制以咨询费、服务费、捆绑销售保险等名目附加收费。同时在企业融资过程中，企业家个人普遍需要为商业银行向民营企业发放的贷款承担连带担保责任，加重企业家负担，甚至还要求将民营企业家配偶、子女甚至亲朋好友等一同拉进连带担保责任圈，纠纷发生集中，协调处理难。

四是司法服务水平待优化。司法的程序性、严谨性特征要求办案耗费一定时间，而企业家追求效率的价值取向，对纠纷快捷、高效解决提出实际需求，对法院办案效率抱有新期待。关于法院办案中采取的财产保全措施，部分企业家提出冻结企业账号会影响到企业正常运转。关于解决执行难问题，申请执行的企业要求法院不断加大执行力度，全面执行到位，而被执行的企业提出法院惩戒措施太过严苛，查封、冻结、限制乘坐飞机高铁影响经营，对法院利益平衡提出新挑战。

三、路径探索：自贸试验区营商环境的司法保障研究

营商环境没有最好，只有更好。围绕世行“办理破产”“执行合同”两项指标，法院在营造稳定公平、透明、可预期的法治化营商环境，助力经济高质量增长方面仍有提升空间。作为自贸试验区法院要继续有益探索、不断创新，当然也离不开立法和司法政策顶层设计，更要与政府优化营商环境的改革举措同拍共振。

一是完善破产配套制度，打造府院联动升级版。当前，法院与政府普遍建立了“府院破产工作统一协调机制”，成立了领导小组、建立了联席会议制度、设立了破产基金，取得了很大成效。但是实践中，政府的前期帮扶与破产受理后的法院审判衔接不够紧密，政府责任的履行应当延伸至破产审判阶段，重大问题应以书面会议纪要形式锁定，而不能甩包式丢给法院。此外，法院在履行破产司法职能之外还担负着大量破产事务管理与协调职责，特别是税收减免、土地变性、工商登记变更、重整企业信用记录修复等事项须要法院对接协调，而这些是政府应承担的公共服务和社会管理职能。提升破产审判质效，必须要实现个案协调向制度化对接转变。因此，破产配套制度改革的重点是将与破产审判之外的公共服务和社会管理职能从法院完全剥离，让法院专注审判。随着加快完善市场主体退出制度改革，建议政府借鉴域外经验，设立破产事务管理部门，切实履行好公共服务和管理职能。

二是提升破产审判效率，缩减破产时间成本。推进破产简易审理机制，深化繁简分流。对无产可破案件，压缩在受理审查、债权申报、第一次债权人会议召

开等环节时限。对不涉及重整和无财产可破适用简易程序审理的案件时限压缩至6个月内。推动司法网拍在破产程序中的应用，提升资产处置效率，以网拍“零佣金”降低破产成本。大力推进信息化应用，通过全国破产重整案件信息平台、移动微法院等多种互联网平台为债权人申报债权、参加网络债权人会议提供便捷服务。2019年6月定海法院在全市首次启用全国企业破产重整案件信息网以网络会议的形式召开债权人会议，高票通过了豪舟破产重整计划草案，该破产重整项目也成为甬舟一体化推进会上现场签约的8个重大产业项目之一，打响甬舟一体化产业合作“第一枪”。

三是源头治理标本兼治，切实解决执行难。执行难产生的原因是复杂的、综合性的，在基本解决执行难过程中，法院从自身出发，完善了执行机制、提升了执行规范。社会所关注的“执行不能”问题恰恰更能反映营商环境，解决“执行不能”可从三方面入手：完善社会信用体系，特别是企业信用机制，加大失信惩戒力度，规范引导诚信经营，从源头上降低执行不能产生的几率。完善“执转破”衔接工作机制，强化案件执行与破产审判协同配合，让“执转破”成为解决执行难的重要途径和盘活社会资源、完善企业退出机制的重要措施。建立自然人破产制度，重点解决企业破产产生的自然人连带责任担保债务问题，逐步推进建立自然人符合条件的消费负债可依法合理免责，最终建立全面的个人破产制度。事实上温州、台州法院已先行探索在破产案件办理中探索个人债务清理，破解了执行案件中同时存在多个自然人被执行人而导致执行案件难以终结的难题。

四是发挥金融审判职能，净化金融市场环境。我省部分企业资金链一头连着银行，一头连着民间借贷。以舟山破产案件审理情况来看，谛航集团破产和解一案，确认债权总额为62.54亿元，其中金融债权为61.64亿元，占比达到98.6%。德勤集团破产重整案中，债权总额27亿元，金融债权22亿元。中恒置业有限责任公司破产案，申报债权的总额为4亿余元，其中民间借贷及其相关债权占比达到了99.7%。法院坚持专业的破产审判庭（破产法院）和金融审判庭（金融法院）“双庭驱动”，提升金融审判专业化水平。审慎处理各类金融纠纷，推动建立覆盖金融全行业的系。

中国自由贸易试验区知识产权 执法特殊性研究

韦俞村 李志 王雅芬^①

摘要：自贸区的“境内关外”划分出了知识产权执法的“境内关外”，但无论是自贸区还是知识产权执法，其“境内关外”的本质都只是豁免了关税，而非豁免海关的监管。海关的监管虽未豁免，单基于知识产权的客体非物质性，其侵权行为较难发现，而自贸区对货物的流通实行了更开放自由的政策，这在一定程度上增加了知识产权货物的侵权风险，为此海关的监管、执法应基于此种特殊性而进行相应的变通。海关监管、执法的变通方案可依据货物不同的流通过程来具体设计不同的执法方案。

关键词：自贸区 知识产权 执法

随着自贸区数量的不断增加，各种制度的不断“落户”，在自贸区内形成了更加便利、自由的营商环境，知识产权保护问题也纷至沓来，其中知识产权的执法问题甚是突出。因自贸区相关政策、制度等的特殊性，从而导致了自贸区知识产权执法的特殊性，这一特殊性使得海关等行政机关的执法遇到了困境，当前我国的法律制度也尚未出台统一的明确规定来解决执法机关的困境。鉴于此，确立较为合理的自贸区知识产权执法方案已经迫在眉睫，探索建立自贸区知识产权统一执法体制和机制势在必行。

一、自贸区知识产权执法特殊性研究概述

（一）自贸区的概念

“自贸区”，全称“自贸试验区”，对应的英文是 Free Trade Zone（简称 FTZ），其并非我国首创，最早对该词进行界定的是 1973 年的《关于简化和协调海关制度的国际公约》（《京都公约》），用的是“自由区”的称谓。根据该公约的规定，“自由区”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，

^① 韦俞村，浙江工商大学法学院、知识产权学院，主要从事知识产权法学研究；李志，浙江工商大学法学院、知识产权学院，主要从事知识产权法学研究；王雅芬，浙江工商大学法学院、知识产权学院教授，主要从事知识产权法学研究。

基金项目：本文获浙江省政法委法学研究重点课题（编号 2017NA03）、中国法学会部级法学研究课题（编号 CLS（2017）D146）和浙江工商大学高等教育研究重点课题（课题编号 Xgy17058）资助。

通常视为关境之外。^①在 FTZ 的发展过程中,还出现了一个像其“双胞胎姐妹”的概念——自由贸易区 (Free Trade Area,简称 FTA),两者看起来十分相似,容易令人混淆,商务部和海关总署为了明晰这两个词的概念,还专门发了一份函^②,根据该函的规定^③,对其进行分析可知,FTZ 是一国根据其国内的政策及相关的法律法规在其领土范围内自主设立的一个特殊区域,而 FTA 则是国与国之间根据双边或多边条约在各个缔约国内设立的特定区域。换句话说,“前者是一国自主设立的一种贸易制度安排,后者则是国与国之间的一种贸易制度安排”。^④

综上所述,我国自贸区的概念应当是与 FTZ 吻合,其是指在我国领土范围内,划出部分的区域,在该区域内实行更为优惠的经济贸易政策和更为便利的海关制度的一种贸易安排。

(二) 我国自贸区的特殊性

自贸区自其在我国诞生之日起,就带着一层神秘的“面纱”——“境内关外”,然而有的人只看到了“面纱”,没有透过“面纱”去看清自贸区的本原。这部分的人认为,因自贸区处于境内关外,遂处于法域之外,在该区域海关法、知识产权法等法律制度不予适用。这是对自贸区性质的一种误解,而起因在于将“境内关外”的“关”理解为“关境”,这就会得出自贸区处于关境之外的谬论。而关境是一国海关法适用的地域,自贸区处于关境之外,则“顺理成章”地推理出自贸区不受海关监管的结论。由此带来的后果是,自贸区成了假冒、盗版等侵权行为的“庇护港”。

上述的推理过程,虽然推导方式是正确的,但是前提是有误的,犯了偷换概念的逻辑错误,因此得出的结论也必定是错误的。根据《京都公约》(修订)的相关规定可知,“境内关外”的“关”并非是指“关境”,而是指“关税”,因此自贸区仍处在我国的关境之内,海关法、知识产权法等法律制度依旧适用,只是豁免了关税,而没有豁免海关的监管,这就是自贸区的特殊性所在。总而言之自贸区的这层“面纱”只是就关税而言,我们要揭开面纱,看清本原——自贸区是

^① 海关总署国际合作司编译:《关于简化与协调海关制度的国际公约(京都公约)总附约和专项附约指南》,中国海关出版社 2003 年版,第 522 页。

^② 商务部国际司.商务部 海关总署关于规范“自由贸易区”表述的函[EB/OL].

<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/b/e/200805/20080505531434.html>.2018 年 10 月 3 日。

^③ 该函指出所谓“自由贸易区”,是指两个以上的主权国家或单独关税区通过签署协定,在世贸组织最惠国待遇基础上,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。

^④ 徐春明、朱令:《中国(上海)自由贸易试验区知识产权保护研究》,载《科技与法律》2014 年第 5 期。

“境内关内”。^①

（三）自贸区与海关特殊监管区域

在自贸区成立之前，我国早已存在海关特殊监管区域，《海关法》中也明晰了其法律地位^②。理论上讲，自贸区与海关特殊监管区域是两种不同的贸易制度安排，其应当实施不同的政策，海关也应当实行不同的监管模式。但是，根据对各个自贸区方案及条例中有关海关监管的内容进行分析可知，事实并非如此。例如根据第一批次成立的上海自贸区的条例^③中的规定，海关采取特殊监管模式的区域是自贸区。但是在其后公布的进一步改革方案^④中，类似的内容在表述上却发生了改变，海关采取特殊监管模式的区域不再是整个自贸区，而只是自贸区中的海关特殊监管区。此后无论是第二批次的广东^⑤等自贸区，还是第三批次的浙江^⑥等自贸区，以及海南自贸区^⑦，它们的总体方案中对于监管模式的规定均与上海自贸区进一步改革方案中的规定类似。

概括而言，海关并不是在自贸区的所有区域范围内均实行“一线放开，二线高效管住”的特殊监管模式，特殊监管模式仅仅适用于自贸区中的海关特殊监管区。虽然笔者对此有不同的见解，但从实际出发，下文中讨论的自贸区的知识产权执法问题，也只是就自贸区海关特殊监管区的知识产权执法问题进行讨论与分析。为此，下文中的“自贸区”除了特别指明的情况外，均指自贸区的海关特殊监管区。

① “境内关内”的“境”指“国境”，“关”指“关境”。

② 《海关法》第三十四条规定：经国务院批准在中华人民共和国境内设立的保税区等海关特殊监管区域，由海关按照国家有关规定实施监管。

③ 《中国(上海)自由贸易试验区条例》第18条规定：自贸试验区与境外之间的管理为“一线”管理，自贸试验区与境内区外之间的管理为“二线”管理，按照“一线放开、二线安全高效管住、区内流转自由”的原则，在自贸试验区建立与国际贸易等业务发展需求相适应的监管模式。

④ 《进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》第二部分主要任务和措施下的积极推进贸易监管制度创新的第17条规定：在自贸试验区内的海关特殊监管区域深化“一线放开”、“二线安全高效管住”贸易便利化改革。

⑤ 《中国(广东)自由贸易试验区总体方案》第四部分监管服务和税收政策下的监管服务模式中的第1条规定：实行“一线放开”、“二线安全高效管住”的通关监管服务模式；非海关特殊监管区域，按照现行通关模式实施监管，不新增一线、二线分线管理方式。

⑥ 《中国(浙江)自由贸易试验区总体方案》第三部分主要任务和措施下的推进贸易转型升级中的第5条规定：自贸试验区内的海关特殊监管区域实施“一线放开”、“二线安全高效管住”的通关监管服务模式。

⑦ 《中国(海南)自由贸易试验区总体方案》第三部分加快构建开放型经济新体制下的第七项提升贸易便利化水平中的相关规定：自贸试验区的实施范围为海南岛全岛，但也只对进出海南洋浦保税港区(海关特殊监管区)的货物试行“一线放开、二线高效管住”的货物进出境管理制度。

二、自贸区知识产权执法的现状和困境

(一) 海关等行政机关的执法权模糊

1. 海关的执法权模糊

(1) “进出境货物”与“进出口货物”概念辨析

海关的执法权模糊是自贸区知识产权执法的最大障碍。海关知识产权执法的依据主要是《海关法》和《知识产权海关保护条例》，但是从法条的相关规定来看，两者的保护范围不一致。《海关法》^①对与进出境货物有关的知识产权实施保护，而《知识产权海关保护条例》^②对与进出口货物有关的知识产权实施保护。

对于以上的相关规定进行分析，不难得出以下几种不同的结论：

第一，通读《海关法》全文可知，《海关法》中区别了“进出境货物”与一般的“进出口货物”，而且“进出境货物”的范围广于“进出口货物”，由此，根据体系解释的方法，可推知条例中的“进出口货物”应仅指一般的“进出口货物”。基于这一前提，并结合自贸区知识产权执法的特殊性——即在一线环节，并未涉及货物的进出口，可以得出海关在一线环节无执法权，不能进行知识产权执法。

第二，《海关法》是上位法^③，而《知识产权海关保护条例》是下位法，当两者发生冲突时，根据“上位法优于下位法”的原则，应适用《海关法》，因此得出海关在一线环节有执法权的结论。但是，这一结论并没有真正地解决海关“无法可依”的窘境，因为《海关法》中并没有关于知识产权执法的具体规定。

第三，运用扩大解释的方法，将一线环节的知识产权执法解释为条例中的“与进出口货物有关”的执法，从而赋予海关在一线环节的执法权。这一解释貌似很合理，但是从实践上看，境外进入自贸区内的很多货物并不必然会进入我国市场，即不会进口，其只是从我国过境，那么此时又何谈“与进出口货物有关”呢？如果海关也将此种情况视为“与进出口货物有关”，则其用的不是扩大解释的方法，而是类推解释的方法，这有违背“法无授权不可为”原则的嫌疑。

(2) 海关的“监管权”与“执法权”

结合《海关法》第23条^④、第36条^⑤以及《海关监管区管理暂行办法》第2

① 《海关法》第44条规定：海关依照法律、行政法规的规定，对与进出境货物有关的知识产权实施保护。

② 《知识产权海关保护条例》第2条规定：本条例所称知识产权海关保护，是指海关对与进出口货物有关并受中华人民共和国法律、行政法规保护的商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权（以下统称知识产权）实施的保护。

③ 2017年11月4日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议，《海关法》进行了第五次修正。

④ 《海关法》第23条规定：进口货物自进境起到办结海关手续止，出口货物自向海关申报起到出境止，过境、

条^①的规定，可得出这样的结论：首先，海关可以对海关特殊监管区域进行监管，可以对过境、转运和通运货物进行监管，但是查验以及之后要采取的执法措施要在“进口意义上的申报”之后才能进行，即海关的执法权在进行申报后才启动。那么，这些规定是否可以成为海关在自贸区进行知识产权执法的依据呢？

本文认为上述的规定并不能成为海关执法的依据。首先，海关的“监管权”与海关的“执法权”性质不同。监管权只是海关的一种“预备”的执法权，其实质上只是一种“监控”权，即海关可以监控进入自贸区的货物，但不能实施开箱查验以及后续的执法措施，形象地说，海关“只能用眼睛看，不能用手去摸”。其次，有人认为，自贸区采取“备案制”与“报关制”相结合的申报制度^②，而海关的执法权始于申报，则进入自贸区的货物进行“报关”后，海关就可以进行执法。笔者认为，“报关制”的申报不同于进口的申报，其只要求提交进境货物备案清单，这只是一种“形式报关”，不同于进口申报的“实质报关”，“实质报关”才能启动执法权。

2. 其他行政机关的执法权模糊

除了海关在自贸区的执法权模糊外，其他行政机关在自贸区的执法权也不明晰。例如在《中国（上海）自由贸易试验区条例》^③中虽然规定了其他行政机关有协同管理和执法配合的义务，但是具体如何“协同”，如何进行“执法配合”，其他行政机关的执法边界在哪里等，这些问题都没有解决，相关权限都尚未明晰。

结合上述的分析可知，穷尽各种解释方法，都无法明晰海关等行政机关在自贸区的知识产权执法权限，这使其在面对自贸区的知识产权问题时变得无所适从，处于一种“想执法但又无法可依”与“不执法就放任侵权”的困境之中。如果海关等行政机关长期处于这种困境之下，不仅是“鱼和熊掌不可兼得”，更是“鱼和熊掌都不可得”。

转运和通运货物自进境起到出境止,应当接受海关监管。

⑤ 《海关法》第 36 条规定：过境、转运和通运货物，运输工具负责人应当向进境地海关如实申报，并应当在规定期限内运输出境。海关认为必要时，可以查验过境、转运和通运货物。

① 《海关监管区管理暂行办法》第 2 条规定：本办法所称海关监管区，是指《中华人民共和国海关法》第一百条所规定的海关对进出境运输工具、货物、物品实施监督管理的场所和地点，包括海关特殊监管区域、保税监管场所、海关监管作业场所、免税商店以及其他有海关监管业务的场所和地点。

② 企业凭进口舱单将货物直接入区，再凭进境货物备案清单向主管海关办理申报手续。

③ 《中国（上海）自由贸易试验区条例》第 51 条的第 2 款规定：本市有关部门应当和国家有关部门加强协作，实行知识产权进出境保护和境内保护的协同管理和执法配合，探索建立自贸试验区知识产权统一管理和执法的体制、机制。

（二）执法时限短促，执法程序单一

根据《知识产权海关保护条例》第20条^①的规定可知，海关对被扣留的侵权嫌疑货物进行调查认定的时间只有30个工作日。众所周知，处理知识产权案件需要较大的专业性，尤其是专利案件，即使是一个常年从事知识产权审判工作的法官，在30个工作日内也很难作出判决。而海关执法人员大多数并非知识产权领域的专业人才，为此要求海关在如此短暂的时间内作出侵权认定，在实际操作具有不合理性。鉴于此，实践中海关有两种做法。其一，海关为了保证执法的效率，只能根据双方当事人提交的有关文件和证据材料进行一定程度的审查，这实际上只是一种更为深入的“形式审查”，与立法所希望达到的“实质审查”还有一定的距离。这导致海关所作出的决定容易与国内其他程序的结果相悖，海关的决定存在着不稳定性、不严肃性的可能。^②其二，海关也经常采取一种较为“保险”的做法，即作出“不能认定侵权”的结论，然后交给司法机关处理。这样做无疑是减轻了海关的责任，但是如果海关经常这样做，不仅有损海关的权威，也加重了法院的诉累。

追本溯源，导致海关处于这样一种两难境地的根本原因是制度本身设置的不合理。但是，在自贸区追求更便利的通关环境的目标下，通过延长执法时限来追求实体的公正也是不合理的。这就需要结合理论和实践，探寻一种既兼顾效率，又体现公平的执法方案。

此外，海关在执法时有两种模式可以选择：依职权或者依申请。依职权的执法模式，其程序相对依申请繁杂。因为依职权执法时，其必定经过的一个程序是侵权的调查认定程序，所有案件都是如此，没有任何例外。分析近几年海关总署发布的《中国海关知识产权保护状况》的相关数据^③可知，99%甚至99%以上的案件都是由海关依职权执法，则这些案件都要经过侵权调查认定程序。这极大地影响了货物的通关效率，也影响了维权的效率，与自贸区便利货物流通的大背景不相符合。

^① 《知识产权海关保护条例》第20条：海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑并通知知识产权权利人后，知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，海关应当自扣留之日起30个工作日内对被扣留的侵权嫌疑货物是否侵犯知识产权进行调查、认定；不能认定的，应当立即书面通知知识产权权利人。

^② 朱秋沅：《我国专利权边境保护的现存问题及其制度重构——兼论自贸区专利权边境保护问题》，载《上海对外经贸大学学报》2014年第3期。

^③ 《中国海关知识产权保护状况》的相关数据：2015年海关依职权主动查扣的侵权嫌疑货物批次约占全年扣留批次总数的99%；2016年海关依职权主动查扣的侵权嫌疑货物批次约占全年扣留批次总数的99%；2017年海关依职权主动查扣的侵权嫌疑货物批次约占全年扣留批次总数的99.78%。

（三）海关与其他部门缺乏高效的执法协作机制

《知识产权海关保护条例》^①规定了海关在遇到执法障碍时可以请求知识产权主管部门进行协助，但是从目前公布的相关信息来看，有关协助执法的实例还较少，也许是由于海关与知识产权主管部门分属两个不同的权力体制，相互协作起来有一定的难度。而且目前也尚无具体的规定来规范各部门协作的一些程序和实体要求，这就影响了实际的可操作性，进而也会影响到货物的通关效率。

三、自贸区知识产权执法的必要性与正当性分析

由上述的分析可知，因海关等行政机关在自贸区的知识产权边境执法权目前还不明晰，则未来在立法、修法层面上，将会有两种选择：一是明确规定海关等行政机关在自贸区的执法权；二是不赋予海关等行政机关在自贸区的执法权。从当前的各种实际出发，以及综合考虑当前的各种因素，最明智的选择应当是明确赋予海关等行政机关在自贸区的执法权，这样做既是必要的，也是正当的。

（一）外有跟随世界发展潮流之必要性

建设自贸区是“在新形势下全面深化改革和扩大开放的战略举措”，是要“对照国际最高标准、最好水平的自由贸易区，全面深化自贸试验区改革开放，加快构建开放型经济新体制”。^②即我国建设自贸区的初衷是要与世界发展的新形势相对接，防止在“新一轮的全球化进程中被边缘化”^③。因此我们要时刻掌握世界发展的新形势、新动向，而在自贸区知识产权的执法问题上，世界的发展趋势经历了较大变迁。

1994年签订的TRIPS协议^④只明确规定了缔约国对假冒商标的商品或盗版商品的进口采取执法措施；2010年签订的ACTA^⑤在此基础上则增加了对出口方向也可采取执法措施的规定，且缔约方对转运货物等有实施边境措施的选择义务；而2005年/2018年签订的TPP/CPTPP^⑥则规定了对假冒商标和盗版货物以及带有令人混淆的近似标志货物的进出口、复出口、国际与国内转运、转装等，海关几

① 《知识产权海关保护条例》第21条第1款规定：海关对被扣留的侵权嫌疑货物进行调查，请求知识产权主管部门提供协助的，有关知识产权主管部门应当予以协助。

② 详见《全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》，

http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-03/31/content_5182392.htm，最后访问日期：2018年10月22日。

③ 姜铭、颜晨.自贸试验区内知识产权海关保护制度的思考[J].国际贸易论坛,2016（1）:57-61.

④ TRIPS协议（即《与贸易有关的知识产权协议》）第51条，

<http://www.ipr.gov.cn/zhuanti/law/conventions/wto/trips.html>，最后访问日期：2018年10月22日。

⑤ 朱秋沅译、周阳校：《反假冒贸易协定》，载《上海海关学院报》2011年第1期。

⑥ 朱秋沅：《中国视角下TPP/CPTPP知识产权边境保护条款的考量及相应建议》，载《电子知识产权》2018年第3期。

乎在所有环节都可执法。由这些条约的相关规定可看出，在知识产权边境执法上，执法的趋势是越来越严格的，采取严格的知识产权保护已是世界发展的大潮流。我们应当顺势而为，要紧跟世界的潮流，顺流而下才能更好、更快地实现我们的目标，逆流而上则会承担更多的风险和更大的阻力。因此，尽快明确海关等行政机关在自贸区对于知识产权的执法权十分必要。

此外，在《中韩自由贸易协定》^①中，我们已经承诺了对韩国的执法义务，则根据最惠国待遇原则，未来在与其他国家相互之间建立自由贸易区（FTA）的过程中，也会承诺给其他国家该种义务。虽然我国与其他国家之间所建立的自由贸易区不同于我们现在讨论的自贸区，但是当未来我国与越来越多的国家签订此种协定时，其必定会影响到我国的国内立法，这些协定也可能会内化为国内法。则为了适应未来的这种趋势，我们应当提前做好准备，尽早明确海关等行政机关在自贸区的执法权。

（二）内有维护国家主权与国际形象之正当性

1. 维护我国国家主权之正当性

自贸区是我国领土的组成部分，在我国主权的管控范围之内。而海关等行政机关是主权衍生出来的事物，是维护国家主权的重要“工具”，既然自贸区在主权的管控范围，那也应当在海关等行政机关的掌控之下。如果海关等行政机关对自贸区没有执法权，则国家在这块区域之内就失去了掌控它的“爪牙”，那么大量的假冒、盗版等侵权行为势必会疯狂滋生。而目前除了自贸区的海关特殊监管区设置了物理围网外，其他区域都没有与国内的其他普通区域有明显的隔离即自贸区与境内还是紧密相连的，一旦自贸区沦为侵权的“避风港”，犯罪的“天堂”，唇亡齿寒，这也必将对国内市场的权利人以及消费者造成重大损害，国家也将因此失去对它的掌控。而随着我国自贸区数量的不断增多，如果每个自贸区最终都异化到这种境地，那么我国主权的稳定，我国的国家安全将会岌岌可危。

2. 维护我国国际形象之正当性

根据世界海关组织在其官网^②上公布的2008年-2011年的《海关与知识产权

^① 《中韩自由贸易协定》第15章第10节第15.26条规定：对假冒商标货物、盗版货物以及侵犯专利、植物多样性、已注册的外观设计或者地理标志权利的货物在进口、出口、转运以及包括自由贸易区在内的保税区环节采取执法措施。

^② 世界海关组织：World Customs Organization（WCO），关于《海关与知识产权报告》目前在其官网上只查到了2008年至2011年的，<http://www.wcoomd.org/>，最后访问日期：2018年10月23日。

报告》^①来看，发现在全球查获的知识产权侵权货物中，离境国是中国的侵权货物每年都位列全球之首，而且还表现出逐年递增的情况，这已经对我国的国际形象造成了不利的影响。而在自贸区追求更深层次的开放目标下，如果不明晰海关等行政机关在自贸区的执法权，则势必会有大量的侵权货物从我国过境流向各国，这将会对我国的国际形象造成更加不利的影响。为此，为了维护我国的国际形象，明确授予海关在自贸区的执法权刻不容缓。

四、其他国家或地区的经验与启示

海关等行政机关的执法权属于行政权，因而通过分析海关等行政机关在自贸区执法的必要性与正当性而赋予其合法性之后，还要考虑其合理性。执法的“合理性”涉及到具体的执法方案的设计。但是，根据笔者在中国裁判文书网、无讼网以及自贸区、海关等的官网上进行查找、搜索，发现在自贸区设立之前，海关等行政机关并无对海关特殊监管区进行知识产权保护的先例。在自贸区设立后，除了在上海自贸区发生的“首起自贸区进境货物侵权案”^②外，鲜有真正意义上的自贸区知识产权执法案件发生。^③而国外及其他地区的自贸区建设已经有很长的历史，执法案例较多，执法经验较成熟，鉴于此，可以分析研究他们的执法方案，进而为我国执法方案的设计提供一些启示与经验。

（一）美国对外贸易区

1.概述

美国的自贸区也称为对外贸易区^④（Foreign trade zones），对外贸易区分为综合性的总区和特殊用途的分区。对外贸易区的主要目的是通过取消关税来鼓励和加快对外贸易，直到外国商品进口到美国关税区才收取关税。

① 2008年离境国是中国的侵权货物的比例（占全球）是47%，排名第一；2009年离境国是中国的侵权货物的比例（占全球）是53%，排名第一；2010年离境国是中国的侵权货物的比例（占全球）是58%，排名第一；2011年离境国是中国的侵权货物的比例（占全球）超过50%，排名第一。

② 2015年1月21日，侵权货物运抵上海洋山港，但迟迟不向海关报关，为此海关对该批货物加强了监控力度，海关除在常规的进口环节继续予以监控外，同时对进境自贸区的环节也加强了实时监控，2015年3月6日，在不法分子向海关申报将集装箱提离洋山港区时，海关果断实施开箱查验，翻开堆放在箱门口做为伪装的无标识货物后，关员在箱内查获了大量侵权耐克运动鞋。<http://shanghai.customs.gov.cn/publish/portal27/tab61724/info737737.htm>，最后访问日期：2018年10月22日。

③ 朱秋沅：《中美自贸区知识产权边境侵权行为规制比较研究——以美国对外贸易区相关案例为视角》，载《国际经济法学刊》2015年第3期。

④ 关于对外贸易区的区域概念，对外贸易区法案的发起人将该区域描述为“位于入境口岸或其附近的，有物理隔离的、封闭的、被监管的区域。在该区域内没有常住人口。设立该区域的是为船舶提供燃料和储存货物，以及为通过陆运和水运进行的重新装运配备有必要的装卸设施。货物可以在没有海关官员干预的情况下在这些区域内着陆，此后可以对货物进行储存、制造、重新包装和重新装载。”

2. 典型案例分析

关于美国对外贸易区的性质，法院也经历了一个“误解”到“正解”的转变过程，该过程主要通过以下两个案例来呈现。

1979年 *A. T. Cross Co. v. Sunil Trading Corp* 案^①，在该案中法院认为对外贸易区属于“域外”（即“境内关外”），但是法院享有域外管辖权，遂享有对对外贸易区的管辖权。而海关认为对外贸易区的整个运作都在美国海关的密切监督之下。为此，一旦货物进入对外贸易区，海关就可以控制货物，并监督在该区域内发生的所有重新包装、重新贴标签和重新组合的行为。更重要的是，海关有权在货物进入对外贸易区时检查货物。

2001年 *BMW Mfg. Corp. v. United States* 案^②，在此案中法院对对外贸易区的管辖权的认定由“域外管辖权”转向“域内管辖权”，即其认为对外贸易区属于“域内”（即“境内关内”）享有优惠待遇的区域，这一“优惠待遇”只是“关税”的豁免，其他的制度包括海关法律制度等依旧适用。而执法的实践是美国海关法律的所有“行政和执法条款”均适用于对外贸易区，海关可以采取一切执法措施。

由这两个案例可知，美国法院已经明晰了，对外贸易区本质上属于“境内关内”，只是在关税方面享有优惠待遇，对于海关法的其他制度等都适用于该区域。法院和海关等对该区域均有管辖权，且是“域内管辖权”。

3. 经验与启示

美国的对外贸易区仍然处于关境之内，其只是在关税支付等方面享有优惠和便利措施，但是在海关法律制度、知识产权法律制度等依旧适用于对外贸易区，则海关自然就享有在此区域的执法权。对于美国关于对外贸易区性质属于关境之

① 主要案情：原告 Cross 公司是美国一家具有百年历史的制造 Cross 书写工具的公司，被告是一家出口一般商品的纽约公司，其在台湾地区订购了 3500 打伪造的 Cross 钢笔并运至纽约，存储于纽约的对外贸易区中。这些钢笔在对外贸易区内重新贴标、重新包装，然后出口至加纳利群岛。原告以商标侵权、不正当竞争等理由起诉被告，被告对法院的管辖权提出异议。被告辩称，由于有争议的货物完全留在对外贸易区并且从未被引入到美国市场，根据《兰哈姆法》的规定，它们不是“商业”货物，则不能适用该法。因此，被告的结论是，国会在建立对外贸易区时，打算在美国境内开辟一个联邦法院无法主张管辖权的地区。
<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/467/47/1376875/>

② 宝马制造公司诉美国案主要案情：原告宝马公司是一家在特拉华州注册成立的美国公司，其在南卡罗来纳州的斯巴达堡（美国的一个对外贸易区的分区）设有工厂，生产汽车并接收海外生产的汽车。被告美国海关对原告宝马公司从境外输入到分区内的商品车征收了港口维护税（Harbor Maintenance Tax，以下简称“HMT”），原告宝马公司认为进入该区域的外国货物，无论是完整的机动车辆还是汽车部件，都有权获得有益的自由贸易区处理。而允许进入自由贸易区的益处之一可以得到美国海关法的豁免，遂提起诉讼，要求不得对其进入到斯巴达堡工厂的商品征收 HMT。此外，宝马公司还辩称，由于进入对外贸易区的货物尚未正式进入美国关税区，对外贸易区不包括在“美国”的定义中，因此不能将其视为“进口商”，不能让其承担 HMT 责任。法院指出，进入对外贸易区的商品不包括在特定法案规定的特别豁免 HMT 的港口用途清单中，于是法院支持了海关的做法，<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/241/241.F3d.1357.00-1135.html>，最后访问日期：2018 年 10 月 23 日。

内的明晰值得我们借鉴。但是从海关执法实践的内容中可看出，无论法院对于对外贸易区的界定是“域内”还是“域外”，海关都享有对该区域的执法权。由此可看出，美国采取的是一种十分严格的执法模式，这种严格的模式会在一定程度上阻碍货物的自由流转，与自贸区加速货物流转的目的相冲突。基于此，对于美国的模式我们要谨慎借鉴。

（二）欧盟自由区

1. 概述

欧盟的自贸区称为“自由区”。欧盟委员会根据其海关政策将自由区定义为欧盟关税区内的特殊封闭区域。当货物从欧盟以外的地区（“非共同体货物”）进入到该区域时（此时它们成为“联盟货物”），将暂停收取增值税和消费税，直到货物从自由区进入到欧盟或者在自由区区域内消耗掉（例如生产）时，才收取相应的税费。^①

2. 欧盟知识产权海关执法条例的变化

《欧盟知识产权海关执法条例》（以下简称《欧盟条例》）是欧盟自由区的主要执法依据。欧盟曾先后于1986年、1994年、2003年、2013年出台四部知识产权海关执法条例。这四部条例的变化，体现了欧盟自由区知识产权执法制度的演进过程。条例的变化过程如表1所示：

表1 《欧盟条例》执法变迁

执法因素	1986年《欧盟条例》 ^②	1994年《欧盟条例》 ^③	2003年《欧盟条例》 ^④	2013年《欧盟条例》 ^⑤
执法对象	假冒货物	假冒和盗版货物	侵犯知识产权货物	假冒货物+盗版货物+涉嫌侵犯知识产权的货物
执法保护客体	商标权	商标权、版权	商标权、版权、专利权、植物多	商标权、版权、专利权、植物

① https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/customs-procedures/what-is-importation/free-zones_en，最后访问日期：2018年10月23日。

② <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31986R3842>

③ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1540908029654&uri=CELEX:31994R3295>

④ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1540908178075&uri=CELEX:32003R1383>

⑤ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32013R0608>

			样性权利、地理标志和原产地标记	多样性权利、地理标志和原产地标记、商号、集成电路布图设计、实用新型
执法环节	进口	出口、再出口和保税进口	如果有合理的侵权怀疑，海关可以对任何海关状态的货物进行知识产权执法检查	只要货物在欧盟领土上，应当处在海关的监管之下，并且授权海关随时可以执法
执法模式	依申请	依申请+海关发现侵权货物并通知权利人是否发起申请	依申请+依职权	依申请+依职权

从以上表格的内容可知，《欧盟条例》主要有四个方面的变化：执法对象复杂化，执法保护客体扩张化，执法环节明晰化，执法模式合理化。

3. “制造假定理论”向“进入市场可能理论”演进

(1) “制造假定理论”

“制造假定理论”是欧盟各国早期对转运货物进行知识产权执法的理论基础，其认为，海关在认定转运货物是否侵犯知识产权时，假定该货物是在成员内生产制造的，则就可使用该国法律来认定侵权与否，而不考虑货物的状态，也不考虑货物在来源国和目的国的知识产权状态。

这一理论的“萌芽”是在 *Polo / Lauren v. Dwidua* 案。^①在该案中地区法院和国家法院有不同的看法。地区法院认为 1994 年的《欧盟条例》仅涵盖有充分理

^① 主要案情：*Polo / Lauren* 是一家根据纽约法律注册的公司，其在奥地利注册了商标。*Dwidua* 是一家根据印尼法律注册的从事国际货运代理的公司。在 *Dwidua* 公司将带有 *Polo / Lauren* 公司商标的货物通过奥地利自由区运往波兰时，被奥地利海关暂时扣留在海关仓库。*Polo / Lauren* 公司向地区法院申请禁止 *Dwidua* 公司销售带有其商标的商品，并授权其以 *Dwidua* 公司的名义销毁海关当局扣留的 T 恤。
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45218&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1942927>，最后访问日期：2018 年 10 月 23 日。

由认为货物可能进入欧盟市场或至少能够对该市场产生影响的情况。但是国家法院持相反的态度，其认为只要是假冒或盗版货物，都会对欧盟市场产生影响，转运中的假冒或盗版货物其与在欧盟境内假冒或货物一样，海关当局都有权对其进行执法。

进一步强化这一理论的典型案例是 **Philips v. Postech** 案。^①在该案中，荷兰法院经过审理后认定：转运货物不能免除侵犯欧盟知识产权的嫌疑。可以假定货物在欧盟境内生产制造，继而适用欧盟的法律来认定货物侵权与否。最后法院依据这一理论认定 **Postech** 公司侵犯了飞利浦公司的专利权。此后，较长一段时间内，欧盟各国纷纷效仿此种做法，海关依据这一理论扣押了大量的货物，法院也依据这一理论作出了大量侵权判决。

（2）“进入市场可能理论”

欧盟成员国的海关基于“制造假定理论”而对转运货物进行执法的实践持续了近十年的时间，这一理论的弊端也日益凸显。其最大的问题是违背了地域性原则，阻碍了自由贸易的发展，无形之中形成了另一种形式的“贸易壁垒”，为此广受诟病。为了改变这种不利的现状，一种更为合理的理论应运而生，即“进入市场可能理论”。根据这一理论，只有当海关有合理的理由怀疑涉嫌侵犯知识产权的货物可能进入欧盟市场时，才能采取相应地执法措施。致使法院由“制造假定理论”转向适用“进入市场可能理论”的首要案例是“诺基亚/飞利浦案”^②。这两个案子后来均提交欧盟法院进行裁决，法院的裁决内容主要包括这几个方面

① 主要案情：2004年，荷兰海关中止放行了一批由我国台湾地区销往瑞士的光盘，这批光盘有侵犯飞利浦公司专利权的嫌疑，于是通知飞利浦公司。飞利浦公司认定该批货物侵犯其专利权，申请海关扣押。但 **Postech** 公司辩称，该批货物只是纯粹的转运货物，不会进入欧盟市场，要求海关予以放行。飞利浦公司提出异议，并随后以侵犯专利权为由起诉了 **Postech** 公司。

Geert Theuw, ECJ TO DECIDE ON ‘ MANUFACTURING FICTION ’ UNDER COUNTERFEIT GOODS REGULATION, <http://www.eplawpatentblog.com/>, 最后访问日期：2018年10月23日。

② 诺基亚案主要案情：2008年7月，英国海关在伦敦希思罗国际机场发现一批从香港运至哥伦比亚的货物上标有“NOKIA”字样的商标，于是中止放行该批货物。随后通知诺基亚公司，诺基亚公司于是请求英国海关扣押该批货物，但其没有提出充分证据。英国海关认为，因为没有证据证明这批货物会投入欧盟市场，所以难以对其进行侵权认定，于是停止搜寻和扣押集装箱中涉及侵犯知识产权的货物并予以放行。诺基亚不服海关的做法，于是起诉英国海关。初审法院认为因无证据证明涉嫌侵权货物会进入欧盟市场，则海关无义务扣押转运中的货物。诺基亚公司不服，上诉至英国上诉法院，上诉法院提请欧洲法院作出裁决。飞利浦案主要案情：比利时海关在安特卫普港口（保税仓库区）查验货物时，发现了一批来自中国的外形与飞利浦公司剃须刀相类似的剃须刀，于是海关对该批货物中止放行，并通知飞利浦公司。飞利浦公司申请比利时海关扣押该批货物，海关进行了扣押，飞利浦公司随后起诉该批货物的相关权利人。原告飞利浦公司在法庭上主要以“制造假定理论”为其主张的支撑点，而被告则认为在没有证据证明货物将进入欧盟市场的情况下，海关无权扣押货物并对其进行侵权认定，该案后来也提请欧洲法院进行裁决。

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115783&doclang=en>, 最后访问日期：2018年10月23日。

的内容：第一，海关对纯粹的转运货物^①不能执法。第二，对于可能进入欧盟市场的货物，海关可以采取执法措施。第三，针对上述第二种情况，海关采取执法措施不是随意的，必须有充分的证据或者合理的怀疑^②。这一理论在很大程度上实现了自由贸易与打击侵权的平衡，值得我们学习和借鉴。

4. 经验与启示

经过上述的分析，欧盟自贸区的知识产权执法经历了“不合理”向“较合理”的演进过程，尤其是2013年的知《欧盟条例》修订以后，执法体系越来越完善。需要我国重点学习和借鉴的方面有：首先，对于转运货物的执法，我国可以借鉴欧盟的“进入市场可能理论”，只有当海关有合理的理由或者充足的证据表明货物可能进入我国市场时，海关才可以采取相应地执法措施。其次，为了顺应当前世界的潮流，可以参照欧盟的规定适当扩张执法保护的客体。

（三）中国香港

1. 概述

中国香港整个港都是“自由港”，其未“另辟”出特殊的区域来实行特殊的政策和制度，而是力推港城一体化发展。^③香港在整个港城推行自由贸易政策，不设置贸易壁垒，进出口程序简便。这些政策使其发展成为重要的国际贸易及商业中心，被誉为世界“第一自由港”。人人皆知“购物天堂”在香港，但在成为“购物天堂”之前其也曾沦为“盗版中心”，后得力于香港政府积极改进和完善知识产权保护工作，尤其是知识产权执法工作，才扭转了这一局面。

2. 严厉打击侵权的进出口货物与转运货物

根据香港法例第362章《商品说明条例》第12条第1款和第2款^④的规定，对于侵犯知识产权货物的进出口采取严格的知识产权保护，一律规定为犯罪，而没有民事责任、行政责任的过渡。但是该条的第3款规定：本条不适用于任何过境货品。即对于过境货物，海关不对其进行执法，采取“放任自流”的态度，任由其自由流转。

① 纯粹的转运货物是指是纯粹的通过欧盟自由区或者纯粹的从一个海关当局转运到另一个海关当局，但不会进入欧盟市场的货物。

② 合理的怀疑可以包括但不限于以下情形：转运货物的目的国信息不明确；货物的生产制造方、发货方的信息不明确、不真实；运输工具人拒绝与海关合作；有其他文件或者证据表明货物将会进入欧盟市场等。但是，在实践中仍然要根据案件的具体情况进行具体分析。

③ 杨建锋、张磊：《中国自由贸易试验区知识产权制度创新》，上海人民出版社2016年版，第28页。

④ 香港法例第362章《商品说明条例》第12条第1款规定：任何人不得将任何应用虚假商品说明或伪造商标的货品进口或出口。第2款规定：任何人违反第1款而将任何货品进口或出口，即属犯罪。

3.高效的执法合作体系

为加强打击侵权和盗版活动，香港海关联同知识产权业界成立了“保护知识产权大联盟”，^①以此作为一个相互沟通的平台，进一步加强香港海关与知识产权业界的合作。目前业界正为海关提供各种支援，包括提供有关侵犯知识产权活动的线索，验证审查物品以鉴定知识产权，提供证人出庭作证以及为海关人员提供训练，提高他们辨别假货的技能。海关亦积极与业界、本港和海外执法机构、学者保持密切联系，从多角度探讨海关执法的成效，重新审视保护知识产权的事宜并交流经验。^②

4.经验与启示

香港实行的是比自贸区更为开放的自由港制度，其将过境货物排除在海关的执法范围之外，这与其历史背景、发展规划等有关。而且香港作为整个自由港，只有直接过境而无间接过境，而间接过境的风险远大于直接过境。如果中国大陆的自贸区也借鉴香港将所有的过境货物排除在执法范围之外，那么侵权的风险可能会大为增加，为此不能照搬香港的模式。但是值得借鉴的是其高效的执法合作机制，这会大大地提升海关的执法效率，也会改善海关的执法质量。

五、自贸区知识产权执法方案的顶层设计

自贸区^③的知识产权问题与其他区域内的知识产权问题，“内核”还是一样的，适用的法律、遵循的原则等都没有发生改变，只是因自贸区套上了“一线放开、二线高效管住，区内自由流通”这一特殊“光圈”后，使得知识产权的执法变得多元化、复杂化，执法的主要因素也发生了相应地变化。为了应对这些变化，需要设计出一套适合于自贸区的执法方案。

（一）自贸区定义及性质法定化

1. 在《海关法》中明晰自贸区的概念

自贸区在我国还算是一种新生事物，仍然有不少人将自由贸易试验区（FTZ）与自由贸易园区（FTA）相混淆，因此建议在《海关法》中明晰自贸区的概念。具体的操作是，可在海关法第 100 条中的对“海关监管区”的定义中加入“自贸

^① https://www.customs.gov.hk/sc/enforcement/ipr_protection/partnership/index.html，最后访问日期：2018 年 11 月 10 日。

^② 详见《2016 年香港海关年刊》第 6 部分“保护知识产权”的内容，https://www.customs.gov.hk/filemanager/common/pdf/pdf_publications/Departmental_Review_2016_c.pdf，最后访问日期：2018 年 11 月 10 日。

^③ 下文所说的自贸区都是指广义上的自贸区，既包括海关特殊监管区，也包括非海关特殊监管区。

区”，并对“自贸区”进行释义。

2.在《海关法》中明确揭示自贸区的性质

《海关法》在对自贸区进行释义时，要对自贸区的性质作出明文规定。即自贸区只是在关税制度方面实行优惠政策，海关法律制度、知识产权法律制度等依旧适用，其本质上还是属于“境内关内”。自贸区性质的正确界定对于海关执法有极大的影响，是自贸区海关执法的风向标，误解了自贸区的性质，就会使海关执法偏离正确的轨道。

（二）自贸区特殊监管模式扩张

根据前文的分析可知，在当前的实际中，海关并不是对自贸区的所有区域采取特殊监管模式，该模式只针对自贸区的海关特殊监管区，非海关特殊监管区当做普通境内对待。笔者认为，应当将海关特殊监管模式扩大到自贸区的所有范围，不然将会出现同一性质的区域，却实行两套不同的制度的不公平的局面。

（三）自贸区知识产权执法权合法化

上文的论述中已经多次明确指出，自贸区知识产权执法的最大障碍就是法律没有明文授予海关在边境的执法权，海关的执法处于一种“真空状态”。为此，必须在法律中明确赋予海关在边境的执法权。具体的操作是，对《知识产权海关保护条例》的第二条进行修订，将该条中的“进出口”换成“进出境”，使其与《海关法》保持一致。

但是，值得注意的是，行政权是一种公权力，公权力如果不加以限制就会无限的膨胀与扩张，进而损害到私权利。因此，在赋予海关以执法权的同时，还有对其作出一些约束，这些约束可以通过细化执法的具体方案来实现，为此在《知识产权海关保护条例》中还要详细地规定海关具体的执法细则。关于执法的具体方案，在下文中进行详细论述。

（四）执法主体分工合作，互相配合

在自贸区的知识产权执法体系中，海关是最主要的执法机关，但是并不是唯一的执法机关。因货物凭借进境舱单进入自贸区后，需拿备案清单报海关备案，因此在进出境环节，海关能都掌握企业的较为详细的信息，这使得其在进出境环节具有执法的天然优势。但是，在自贸区内，货物不仅仅是仓储，还可能会生产、流通以及消耗，海关对于这些关乎企业的经营管理方面，并没有执法的经验，因此，对于这些海关执法的“弱势”方面，可以交由自贸区管委会的综合执法机构

或者市场监督管理局等具有较为丰富执法经验的行政机关去执法。海关在这些方面可以协助它们，为它们提供所获取的信息及相关的线索。在这种分工合作、互相配合的监管模式下，既提升了执法效率，又保证了执法质量。

（五）执法客体与时俱进，合理扩张

当前，世界正处于高新技术产业兴旺发达的时期，3D打印、人工智能、大数据、区块链等与知识产权相关的新产品、新技术不断出现，不论是在进出口还是在进出境，知识产权侵权的类型也在不断地突破当前海关保护体系中的“商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权以及奥林匹克标志专有权^①、世界博览会标志专有权^②”等五种客体。关于侵犯与地理标志、商业秘密、植物新品种、集成电路布图设计等有关的权利的行为也在不断地增加，而海关具有从源头遏制住侵权行为的作用，为此有必要扩张执法的客体。

此外，在我国与12个国家及我国和东盟签订的自由贸易协定中，涉及到知识产权执法的，几乎都囊括了以上的客体。如果不对执法的客体加以扩张，则外国人根据自由贸易协定可在我国得到对所有客体的保护，而本国人基于当前的海关保护体系，只能得到原先的五种客体的保护，这会形成一种超国民待遇的现象，这对于本国国民是不公平的。因此要扩张执法客体，但是因知识产权是绝对权，则这种扩张不能是任意的，而应是合理的。除了现有的五种客体外，国际国内公认的客体还包括地理标志、商业秘密、植物新品种、集成电路布图设计，为此，应当只扩张到这四种。所以海关执法客体应包括侵犯“商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权、奥林匹克标志专有权、世界博览会标志专有权，以及与地理标志、商业秘密、植物新品种、集成电路布图设计有关的权利”的行为。

（六）自贸区知识产权执法的实体方案

因自贸区“一线放开，二线管住”的特殊监管模式，使得执法的环节变得相对复杂，为此执法的具体方案主要通过每一个执法环节的具体设计来构建。在大方向上，执法的环节主要分为入区环节、出区环节以及区内环节，而入区环节又可细分为境外入区和境内入区两个小环节，出区环节也可分为自贸区输出境外和自贸区输入境内两个小环节。这些环节的不同组合，又构成了货物流通的几条路

^① 《奥林匹克标志保护条例》第14条规定：进出口货物涉嫌侵犯奥林匹克标志专有权的，由海关参照《中华人民共和国海关法》和《中华人民共和国知识产权海关保护条例》规定的权限和程序查处。

^② 《世界博览会标志保护条例》第12条规定：侵犯世界博览会标志专有权的货物禁止进出口。世界博览会标志专有权海关保护的程序适用《中华人民共和国知识产权海关保护条例》的规定。

线：境外入区后再输出境外，境外入区后再输入境内，境内输出自贸区后再输出境外，境内输出自贸区后再输入境内，以及自贸区内的生产、销售及消耗。为此主要从货物流通的几条路线来设计执法的具体方案。

1.境外输入自贸区后再输出境外

这一流通路线即是典型的货物转运，对于货物转运应按照货物转运的不同类别而采取不同的执法模式。对于直接过境^①且无进入我国市场可能的，只进行一定程度的监控，如果发现存在侵犯目的国权利的嫌疑，可通知目的国；对于间接过境^②且无进入我国市场可能的，对其进行比直接过境更为严密的监控，如果发现存在侵犯目的国权利的嫌疑，可通知目的国；而无论是直接过境还是间接过境，只要有进入我国市场的可能，从货物入区就对其进行严密地监控，并可依职权或者依申请采取执法措施。（在依职权执法时，必须要有“合理的怀疑”；依申请执法时，权利人必须提出充分有效的证据。）

2.境外输入自贸区后再输入境内（不在区内流通）

在这一流通路线，要经过三个小环节，“舱单入区”、“备案申报”以及“进口申报”。因在进口申报环节海关肯定会采取较为严格的执法标准，为此，为了防止重复执法，在前面两个环节不采取执法措施，只对其进行监控。

在进口环节，海关主要考虑来源国和所在国的权利许可状况情况。主要分为四种情形：第一，得到来源国和所在国权利人的“双许可”，则海关当然不能采取执法措施。第二，在来源国和所在国都没有得到权利人许可，毫无疑问海关肯定要采取执法措施。第三，在来源国得到权利人许可，在所在国未得到权利人许可，即平行进口问题。对于平行进口建议采取原则上允许，例外禁止的态度，即原则上不执法，只有在出现造成相关公众混淆、商品来源不合法、商品存在实质性差异以及损害进口国权利人的商誉等例外情形时才执法。第四，在来源国未得到权利人许可，但在所在国得到权利人许可，海关不执法。

3.境内输出自贸区后再输出境外（不在区内流通）

因境内输出自贸区肯定要经过出口环节，在出口环节海关采取的是与进口环节那样严格的执法标准，经过这一环节已经可以较为有效地阻碍侵权货物的出口，所以这一流通路线重点在于境内输出自贸区这一环节，此后的再从自贸区输出境

① 直接过境是指不存储在自贸区中，快速地通过我国境内。

② 间接过境是指，货物入区后先在自贸区中存储一段时间，然后再输出自贸区。

外环节，海关只进行监控，不执法。

在境内输出自贸区环节，主要考虑的是所在国和目的国的权利许可情况，这也可以分成四种情形进行讨论：第一，得到目的国和所在国权利人的“双许可”，则海关当然不能采取执法措施。第二，在目的国和所在国都没有得到权利人许可，毫无疑问海关肯定要采取执法措施。第三，在目的国得到权利人许可，在所在国未得到权利人许可，即定牌加工问题。基于此类问题的复杂化、多样化，则海关的执法就不能采取单一的模式，而是要构建分类执法的模式，即根据定牌加工的案件类型和司法相对应的态度来采取不同的执法模式，以期到司法与执法的衔接。第四，在目的国未得到权利人许可，但在所在国得到权利人许可，为了防止侵权货物从自贸区输出他国，海关可不采取执法措施，但应当将货物的侵权情况及时通报目的国海关，以便目的国海关采取执法措施。

4.境内输出自贸区后再输入境内

在这一流通路线里，行为人这么做的目的昭然若揭，即想将假冒侵权货物在自贸区中“洗白”，或者在自贸区中造假，然后再输入境内。曾经发生过很多这样的案例：很多国内生产的奶粉，到保税区“走一圈”，即在保税区内通过重新贴牌、重新包装等来假冒国外的奶粉，然后再从保税区输入境内，这样就变成了“进口奶粉”，保税区成为了假货“洗白”的地方，这就背离了保税区设立的初衷。自贸区是在保税区等的基础上建立起来的，这种“洗白”的情形想必也会滋生，为避免自贸区成为假货“洗白地”，必须要严厉地打击这种恶劣的侵权行为。

在这样的流通路线里，都是属于“二线环节”，因此海关都应当进行执法，且为了打击这种“洗白”的假冒行为，海关应采取严格的执法标准。其实，对于这种“洗白”的现象，最有效的打击手段是在制造、加工等环节就对其严厉打击，即在自贸区内的执法，笔者将在下文论述。

5.自贸区内流通

在自贸区内流通的货物，主要涉及到货物的生产、加工、销售以及消耗等环节。对这些环节进行执法，其实就是对企业的经营管理行为进行执法。海关并不具有管控企业生产经营的优势及经验，为此，自贸区内的执法应当主要交给自贸区管委会的综合执法机构或者市场监督管理局等行政部门来执法，他们对于企业行为的执法具有丰富的经验以及较为完备的体系。但是海关仍然可以对区内的货物进行监控，并将所获取的信息和相关的线索提供给其他执法部门。

（七）自贸区知识产权执法的程序方案

当前，海关进行执法所启动的程序只有两种，依申请执法和依职权执法，此外再无其他变通机制。在依职权执法的程序中，必定要经过侵权调查认定这一环节，这往往需要花费较长的时间来进行认定，对于某些特殊情况，这种无法变通的机制可能会对当事人的利益以及海关执法的效率产生较大的不利影响。

欧盟知识产权海关保护制度创设了一种简化程序，即当海关对涉嫌侵权的货物予以中止放行后的数日内，只要货方应权利人要求提交或主动提交了放弃涉嫌侵权货物的书面同意，海关就可据此不再认定货物是否侵权而直接将货物清除出流通渠道。^①为此，基于通关效率等各方面的考虑，我国也可以考虑可在依申请执法和依职权执法这两种普通程序之外，借鉴欧盟的经验，设立一种简易程序^②。具体的操作是：在一般情况下，海关的执法适用依申请或者依职权的普通程序，但是在特殊情况下海关可以适用简易程序。

这里所说的“特殊情况”即是简易程序的适用范围，包括：微量侵权案件（对于“微量”的范围还需在实践中进一步的调研、考量）；当事人要求或主动提交了放弃涉嫌侵权货物的书面同意；双方当事人同意适用简易程序；以及其他适用简易程序不会对双方当事人造成严重损害的案件。但是，如果海关在适用简易程序的过程中如果发现案件较为复杂或者一方当事人反对并提出正当理由等，应由简易程序转入普通程序。

（八）“国内执法网络”与“国际执法网络”双管齐下

在自贸区的环境下，为了加速货物流转，海关还要提升通关效率，这就要求海关执法要具有精准性和高效性，即既要提升执法效率，还要保证执法质量。而对这一问题最好的解决方法是分工合作，即加强海关与其他行政部门的合作，建立执法联动机制，共建执法信息共享平台。此外，建议在自贸区内专门设立一个知识产权服务机构，该机构主要对较为疑难的知识产权案件进行侵权认定，比如发明专利案件等技术性较强案件的以及争议较大的案件等，该机构对此类案件进行处理，然后出具书面的意见，该意见可以成为海关等行政机关处理案件的依据。在自贸区建立以海关为中心，其他行政部门以及服务机构并行的分工合作、互相配合的执法网络，可以做到执法效率与执法质量并驾齐驱，齐头并进。

^① 崔效国：《欧盟海关简易执法程序对提升我国海关知识产权执法效能的启示》，载《上海海关学院学报》2012年第3期。

^② 简易程序即是不用经过侵权调查认定程序，海关即可直接对涉嫌的侵权货物进行处理。

自贸区是更进一步的开放，所以除了要构建好“国内执法网络”，“国际执法网络”的建设也同等重要。在自贸区中，大多数的侵权行为都是对货物进行重新包装，重新贴附标签等，这就改变了货物的来源等各方面的真实信息，因此也改变了海关的风险分析数据，使得海关难以查获侵权货物，从而使侵权货物流行各国。为此建议加强国际间的合作，构筑“国际执法网络”，建立国际执法合作平台，在该平台上共享有关的知识产权数据以及所了解掌握的侵权货物信息等，从而提升各国的通关速率，加速货物流转，促进贸易自由。

六、结语

自贸区的建立促进了国内市场的更进一步的开放，并与国际市场的更深层次的交流，具有里程碑式的意义。但是成就与挑战是并举的，在推动自贸区一些列贸易便利化措施下，知识产权侵权问题也逐渐凸显。由于当前海关在自贸区进行知识产权执法的法律制度尚处于“真空状态”，使得知识产权侵权问题将不断异化，从国际上的经验来看，异化的最终结果是自贸区沦为侵权的“港湾”。在这样严峻的背景下，从自贸区的概念和性质为切入点，在揭示自贸区“境内关内”本质的基础上，建议从源头上赋予海关以执法权，并借鉴其他国家或地区的相关经验，以及结合相关实例，以执法主体、执法客体、执法内容（包括实体内容和程序内容）以及国内外的执法合作来构建属于“中国模式”的自贸区知识产权执法方案。希望能为我国自贸区知识产权执法体系的构建提供一些借鉴，进而有效地解决自贸区内知识产权的执法难题。

国际数字贸易规则的制定与主要议题

马光^①

摘要:随着国际数字贸易的快速发展,现有规则已经很难满足其进一步发展,因此,需要出台相应的国际规则。而在此方面,美国为了维持和发展她们在数字贸易领域所处的领先地位作出了积极的努力。而在数字贸易中对个人隐私的保护也越来越多的受到关注,欧盟则是较为典型的个人数据保护倡导者。如何对数字贸易发展和个人数据保护进行协调就成为了非常值得研究的议题。

关键词: 电子商务 数字贸易 个人信息 个人数据 个人隐私保护

一、引言

2013年“棱镜门”事件发生后,对个人数据的保护迅速成为国际热门话题。在2013年的联合国大会上通过了《数字时代的隐私权》决议,欧盟法院则在2015年以美国情报部门有可能侵犯欧盟市民的个人数据保护为由,将从2000年开始实施的欧美《安全港协议》予以无效化。接着在2016年7月14日,美国联邦上诉巡回法院判决美国法律执行当局不能强制要求微软公司将其存储在爱尔兰数据中心的顾客邮件交出来。此案被评价为在法律执行的正当利益和个人隐私权之间谋求较好的均衡。联合国信息安全政府专家组(以下简称为UNGGE)和上合组织的《2015年国际行动纲领草案》也确认国家对信息通信技术的利用要尊重人权和基本自由。对数字隐私^②的保护在以联合国为中心的多边体制和欧盟、美国等贸易主体的双边体制中都得到确认。

互联网等网络空间对贸易和经济发展起到了至关重要的作用,而我们将此类经济称为“数字经济”(digital economy),将此类贸易则称为“数字贸易”(digital trade)。《关贸总协定》和《服务贸易总协定》分别为促进货物贸易和服务贸易而制定,那么,为了发展和调整数字贸易,是否需要出台新的国际规则呢?答案是肯定的,因为现有的国际规则已经无法满足数字贸易的快速发展。而在此方面,美国为了维持和发展她们在数字经济(包括数字贸易)领域所处的领先地位作出

^① 马光(1975-),男,吉林龙井人,浙江大学光华法学院副教授。研究方向为国际法。

本文系浙江大学“人工智能与法学专项课题”和“国际合作区域拓展计划-一带一路国家合作项目经费”研究成果。

^② 美国通常在假设只有私人信息可以得到保护的前提下使用“数据隐私”一词。相比之下,欧洲使用更广泛的术语“数据保护”,它可以扩展到公共领域的信息。USITC, Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Part 1, USITC Publication 4415(July 2013), p.5-8 note 41.

了积极的努力。这些努力主要表现在以《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership, 以下简称为 CPTPP）和《美墨加协定》（Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, 以下简称为 USMCA）等自由贸易协定（Free Trade Agreement, 以下简称为 FTA）为中心^①的国际条约上。其中，CPTPP 已于 2018 年 12 月 30 日正式生效，而 USMCA 则尚需完成缔约国的国内批准程序。

另一方面，在数字贸易中对个人数据的保护也越来越多的受到关注，欧盟则是较为典型的个人数据保护倡导者，这主要表现在以其《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, 以下简称为 GDPR）为中心的立法上。

本文将从 CPTPP、USMCA 对数字贸易的相关规定入手，再结合 GDPR 和《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》（Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 以下简称为《108 号公约》）对跨境流动个人数据的保护规定，探讨这些规定的内涵，并在此基础上对国际数字贸易规则的制定提出相关建议。

二、相关定义和 CPTPP、USMCA 的适用范围

首先，我们要明确若干相关概念，这些包括：电子商务和数字贸易，个人信息、个人数据和个人隐私，数字产品等。

目前世界上尚无普遍得到认可的数字贸易定义。尽管如此，美国国际贸易委员会的报告将其定义为：通过固定线路或无线数字网络交付产品和服务。此定义包括美国的国内商业活动以及国际贸易，但不包括大多数实物商品的贸易，例如在线订购的商品和具有数字对应物的实物商品（例如以 CD 或 DVD 出售的书籍和软件，音乐和电影）。^②

而从美国所发起或签订的 FTA 来看，USMCA 之前的 FTA 均采用了电子商务（Electronic Commerce）的概念，而在 USMCA 中，电子商务章节则更名为数字贸易。从此，也可以看出这两个概念正处于逐渐混用。

美国签订的 FTA 中，只有美国-摩洛哥 FTA 对电子商务下了定义，其第 14.4 条规定，“电子商务”指通过电子方式生产、分销、营销、销售或交付产品或服

^① 其实，美国和约旦、澳大利亚、巴林、智利、哥伦比亚、韩国、摩洛哥、阿曼、巴拿马、秘鲁、新加坡等国签订的 FTA 和中美洲 FTA 均具有电子商务相关章节，但因 CPTPP 和 USMCA 的内容更为典型和全面，故在本文中仅对这两个 FTA 进行研究。

^② USITC, Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Part 1, USITC Publication 4415(July 2013), p.xii

务。而这些 FTA 均没有对数字贸易下定义,尽管如此,我们从在 CPTPP 和 USMCA 这两个 FTA 中电子商务和数字贸易处于对应关系这一点分析,可以得出其概念与早期美国国际贸易委员会的上述定义还是有较大差异。与未对数字贸易下定义不同,包括 CPTPP 和 USMCA 在内的多数 FTA 都对数字产品做出如下定义:“数字产品”是指经过数字编码、生产,用于商业销售或分销,并可以电子方式传输的计算机程序、文本、视频、图像、录音或其他产品,数字产品不包括货币在内金融工具数字化表示。^①

通过比较分析不难看出美国所主导的 FTA 中所用到的个人信息 (Personal Information) 和欧盟在 GDPR 中用到的个人数据 (Personal Data) 概念其实没有本质区别。而从《经济合作组织对关于隐私保护与个人资料跨境流动的指针做出的建议》(OECD Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data) 来看,虽然并未对隐私 (Privacy) 做出明确定义,但其将“保护隐私的法律”定义为“指其执行具有保护个人数据作用的国家法律或法规”,从而不难看出其实是将个人隐私与个人数据等同起来,即,从这一点来看,个人数据、个人信息和个人隐私其实都被予以混用,本文也将不对这三个概念进行区分,但是,在援引相关条约和法律的具体条款时,则采用与条约中的用法相一致的概念。

而且, GDPR 对个人数据的定义和 CPTPP 和 USMCA 对个人信息的定义也基本相同。GDPR 和《108 号公约》均对个人数据做出了如下定义:“个人数据”是指与已识别或可识别的自然人(“数据主体”)有关的任何信息;^②“可识别的自然人”是指可以直接或间接识别的自然人,特别是可以参考诸如姓名、识别号、位置数据、在线标识符之类的标识符,或者可以参考特定于身体、生理、该自然人的遗传、心理、经济、文化或社会身份。^③而 CPTPP 和 USMCA 对“个人信息”的定义是,指包括数据在内,能够被识别的有关自然人的信息。^④

关于数据的国际法地位,包括数字隐私角度上的个人信息和数字贸易角度上的个人信息。相同的,数据在国际法上武装冲突领域也得到较为深入的探讨。例如,在《网络行动国际法塔林手册》(以下简称为《手册》)的编写过程中对数据

① CPTPP 14.1 条, USMCA 19.1 条。

② GDPR 4(1)条,《108 号公约》第 2 条。

③ GDPR 4(1)条。

④ CPTPP 14.1 条, USMCA 19.1 条。

可否成为在国际人道法上受到网络攻击的物体予以探讨。即，如果数据能够被认定为不构成网络攻击对象的民用物体，破坏或变更数据的网络行动就能构成适用国际人道法的攻击，而对民用数据和其它受保护数据采取的网络行动则是非法的。当然，对数据的攻击导致人员的伤亡或物体的损伤，将被认定为攻击。相同的，使得设施等功能丧失的数据破坏或变更也被理解为攻击。

但是，对于在不发生人员伤亡或物体损伤等物理结果或功能丧失的情况下对数据本身的网络行动可否构成能够适用国际人道法的攻击这一问题，《手册》编写组的多数专家持否定意见。他们认为红十字国际委员会对《1949年日内瓦第一议定书》（以下简称为《第一议定书》）中“民用物体的一般保护”的相关评注所提到的“可见的且有形的”某物这一解释具有说服力。国际专家组多数意见认为，数据是无形的，也是不可见的，因此不属于受国际人道法保护的物体。他们认为，数据无法被感觉器官所感知，因而物体的含义不应包括数据。尽管如此，少数专家的意见是应将特定数据当作物体。他们主张，对没有被认定为军事目标的数据应禁止网络行动。因为，如果不对数据的网络行动予以禁止，对很有价值和重要的民用数据的删除将能规避武装冲突法的规制范围。这样，就将会与《第一议定书》第48条所规定的平民居民应从敌对行为的效果得到保护的武装冲突法目的相抵触。但是，多数专家还是认为这种立场并非实在法，而仅仅是应然法，所以对此予以否决。^①

至少现在数据因不可见和无形，无法被认定为受到国际人道法保护的民用物体，但因为数据灭失的效果有可能比伴随传统攻击产生的效果更佳有害，也许这种法律立场无法持续很长时间。例如，以毁损国家经济体制信赖的方式变更金融体制的数据，比对一家银行进行的传统攻击，对平民居民来说可能更为致命。在依赖于网络的世界里，对有形物体产生的损害和对数据产生的损害来说，规范的区别将逐渐变得困难。^②

2013年12月18日，联合国大会在第68届会期中通过了《数字时代的隐私权》决议。该决议是基于国际社会对2013年6月发生的“棱镜门”事件的强烈反响，由巴西和德国主导。该决议重申《联合国宪章》的宗旨和原则，也重申了《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会及文化权利

^① 《手册》规则100第5-7段。

^② Michael N. Schmitt, Rewired warfare: rethinking the law of cyber attack, *International Review of the Red Cross*, Volume 96 Issue 893(2014), p. 204.

国际公约》在内的相关人权条约中铭记的人权和基本自由。并且，该决议确认包括隐私权在内，人在网下所具有的相同权利在网上也应得到保护。从此，在人权理事会 2012 年《互联网上推动、保护及享有人权》决议所特别明示的网上言论自由外，还特别明示了线上的隐私权保护。

2014 年 6 月 30 日，联合国人权高专办向联合国大会提交《数字时代的隐私权》报告。该报告阐明世界上公开和非公开的数字监控例子在扩散，政府的大量监控已经不再是例外措施，而是成为一种危险的习惯。而且，该报告确认国际人权法对包括国内外监控，对数字通信监听和个人信息搜集在内，对隐私权的促进和保护提供明确和普遍的装置。该报告建议通过开发能够有效防止滥用的保护装置，使得监视政策或行为能够符合包括隐私权在内的国际人权法，并为此将各自的国内法、政策和行为进行审查，同时关注到受害者对有效救济措施的权利，要求保障有效、独立的监督体制和行为。

在 UNGGE 看来，网上的人权保护对美国在内的西方国家和包括中国和俄罗斯在内的非西方国家来说都是敏感的事项。

在第四届 UNGGE 报告的自发性规则部分，各国提到为了保障信息通信技术的安全利用，要保障包括表达自由权利在内的人权，并为此应尊重联合国大会的《数字时代的隐私权》和人权理事会的《互联网上推动、保护及享有人权》决议。虽然线上人权保障包含在自发性规则这一点来看，其强制力上是有问题的，但是，不能排除其发展成为国际规范的可能性。

CPTPP 和 USMCA 能够支持武装冲突法的这种新解释可能性。在商品和服务的基础上，对数据的贸易以国际规范的方式得到认可和保护，意味着数据与商品和服务一样成为能够所有和使用的对象，并从而具有了经济价值。如果 CPTPP 和 USMCA 对数字贸易的国际规范能够被其它 FTA 和世界贸易组织（以下简称为 WTO）诸边协定所吸收，那么数据将与受到国际人道法一般保护的人和传统物体一样，能够成为新的受保护的物体。因为，在经济贸易关系中被认定为重要的数据在国际人道法上也应被认定为从网络攻击受到保护的重要民用物体。数据作为国际网络法的基本要素，也成为连接构成国际网络法具体领域的要素。

CPTPP 第 14 章（电子商务）和 USMCA 第 19 章（数字贸易）中包含对信息的规定，而该信息涵盖了个人信息。这两章均适用于缔约方采取或维持的以电

子方式影响贸易的措施。^①因为是影响贸易的措施，所以，其适用范围广于适用于贸易或调整贸易的措施。而这里的措施包括任何法律、法规、程序、要求或实践，因此，其实际适用范围应在具体情况下予以分析。

CPTPP 第 14 章和 USMCA 第 19 章不适用于：（1）政府采购；（2）由缔约方或代表缔约方持有或处理的信息，或与此类信息有关的措施，包括与其收集有关的措施。^②因此，由政府或代表政府收集或处理信息的行为不适用该章，例如，国内法要求将政府持有的公民健康信息仅在国内予以保存和处理，这种规定则不受 CPTPP 和 USMCA 的约束，即，此时无需考虑这些 FTA 对数据本地化的禁止。而 CPTPP 和 USMCA 把个人信息保护的范围限定在电子商务或数字贸易用户。^③这一点是可以理解的，因为其放在电子商务或数字贸易章节中。另外，CPTPP 第 14 章和 USMCA 第 19 章的规定还适用 WTO《服务贸易总协定》14 条下的一般例外及类似于 14 条之二所规定的安全例外。^④即，在符合这些例外的情况下，是可以对数据跨境流动进行限制，尽管这些限制因受到相关条件的约束而变得非常困难。USMCA 则附加公开的政府数据适用该章。而对公开的政府数据则规定在 19.18 条中。其规定：缔约方认识到，便利公众获取和使用政府信息可以促进经济和社会发展、竞争力和创新。在某一缔约方选择向公众提供政府信息（包括数据）的范围内，应努力确保该信息采用机器可读和开放的格式，并且可以被搜索、检索、使用、反复使用和重新分发。缔约方应努力合作，以查明缔约方可以扩大对已公开的政府信息（包括数据）的访问和使用的方式，以期增加和创造商机，特别是为中小企业创造商机。从政府信息的整体排除到部分排除，反映了美国缔结 FTA 时的一种新倾向。

三、对数据自由跨境流动的要求和本地化的限制

CPTPP 规定各缔约方可以对通过电子手段传输信息提出自己的监管要求，^⑤而类似条款在 USMCA 则没有出现。尽管该条款在其它条款的限制下并未赋予缔约方实质性的规制权，但因其在第一款就以类似于总则的形式赋予缔约方权利，所以在 USMCA 中将该款予以删除，还是可以理解为对数据跨境移动的规制产生了较大影响。尽管如此，当该活动涉及涵盖人的经营活动时，各方应允许通过电

① CPTPP 14.2.2 条， USMCA 19.2.2 条。

② CPTPP 14.2.3 条， USMCA 19.2.3 条。

③ CPTPP 14.8 条， USMCA 19.8 条。

④ CPTPP 29.1.3 条和 29.2 条， USMCA 32.1.2 条和 32.2 条。

⑤ CPTPP 14.11.1 条。

子手段跨境流动包括个人信息在内的各种信息。^①而“涵盖人”则包括：涵盖投资、缔约方的投资者（金融机构投资者除外）、缔约方的服务提供者。^②因此，缔约方要保障包括个人信息在内信息的跨境流动，也就是说，数据跨境流动自由得以保障。

但这种保障也是有例外的，即缔约方为了实现合法的公共政策目标，可以采取或维持对信息跨境流动的限制措施，而这种措施要符合：（1）不构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制；（2）对信息传输施加的限制不超过实现目标所需限度。^③换言之，要符合这种例外，应满足如下四个条件：（1）实现合法公共政策目标所需；（2）不构成任意或不合理的歧视；（3）不构成变相的贸易限制；（4）不超过实现合法公共政策目标所需限度。只要不符合上述四个条件之一，就会构成对该条款的违反。

这里所规定的“合法公共政策目标”应包含隐私保护。因此，可以主张为了隐私保护而对信息的跨境流动进行限制是正当的。但实际上这种例外能够符合上述所有条件并非易事。尽管如此，能够将包括个人信息在内的信息之电子手段跨境流动规定为一种义务还是具有很大意义。将信息或数据看作商品、服务、资本和人之外新的生产要素，允许信息的跨境流动符合时代要求，并能通过信息流动进一步扩大商品和服务的自由贸易。只不过考虑到个人信息所具有的隐私等有关人权的特性来看，原则上不限制个人信息跨境流动应与个人信息或隐私保护的另—法益相均衡。尽管在 CPTPP 和 USMCA 中包含了个人信息保护相关规定，但其并不要求各缔约方对保护个人信息的规范进行统一，而是允许各缔约方维持各自的相关法律体系。

2013 年“棱镜门”事件和 2015 年欧盟法院将欧美《安全港协议》予以无效化等表明各国都普遍认为个人信息存储在美国服务器时并不能很好的得到美国政府的保护。而基于此种担忧，各国要求特定种类的信息存储于本国的服务器里，而美国则对此批评为是数字保护主义。CPTPP 和 USMCA 则普遍禁止此类本地化要求。尽管如此，这种禁止还是有严格限制的例外。首先，CPTPP 规定各缔约方可以对计算设施提出包括寻求确保通信安全和机密性的监管要求，^④尽管这

① CPTPP 14.11.2 条，USMCA 19.11.2 条。

② CPTPP 14.1 条，USMCA 19.1 条。

③ CPTPP 14.11.3 条，USMCA 19.11.3 条。

④ CPTPP 14.13.1 条。

一规定在 USMCA 里并未得以延续。例如，为了保护个人数据，各缔约方可以规定相关要求，从而自行规制计算设备的利用。而这里的“计算设备”是指用于处理或存储商业信息的计算机服务器和存储设备。^①但是，各缔约方均不得要求涵盖人在该缔约方领土内使用或放置计算设施，以此作为在该领土内开展业务的条件。^②即，缔约方不能对在该领土内开展业务的企业要求必须使用位于该国境内的服务器。

尽管如此，与对数据跨境流动的限制类似，数据本地化限制也存在相应的例外。CPTPP 规定，缔约方为了实现合法的公共政策目标，可以采取或维持本地化措施，而这种措施又要符合：（1）不构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制；（2）限制措施不超过实现目标所需限度。^③而这一内容并未在 USMCA 里得以延续，表明后者对数据本地化的限制变得更加严格。

四、个人信息保护

CPTPP 14.8 条和 USMCA 19.8 条是关于个人信息保护的规定，缔约方认识到保护电子商务(或数字贸易)用户个人信息的经济和社会效益，以及这对提高消费者对电子商务(或数字贸易)信心所做的贡献。^④为此，各缔约方应制定或维持一个法律框架，规定保护电子商务(或数字贸易)用户的个人信息。^⑤个人信息保护法律体系的要求仅适用于电子商务利用者。^⑥因此，如果公共部门的个人信息和电子商务不关联，则此类个人信息的保护就不包含在内。换句话说，CPTPP 和 USMCA 的个人信息保护并非具有一般性。从这一点来看，因其 FTA 的性质，这些 FTA 中对个人信息的保护还是与 GDPR 具有很大区别。缔约方可以通过综合性个人信息保护法、包含隐私的部门特定法、通过隐私相关企业的自发承诺进行执行的立法等方式满足这一要求。^⑦因此，CPTPP 和 USMCA 缔约方提供此类法律体系的方式应是相当自由，进而各缔约方的个人信息保护法律体系将是多种内容和形式。在这一点上，已经具有个人信息保护法律体系的缔约方可以将此类相关法律予以维持。例如，美国可以不制定《个人信息保护法》，而继续通过企

① CPTPP 14.1 条，USMCA 19.1 条。

② CPTPP 14.13.2，USMCA 19.12 条。

③ CPTPP 14.13.3 条。

④ CPTPP 14.8.1 条，USMCA 19.8.1 条。

⑤ CPTPP 14.8.2 条，USMCA 19.8.2 条。因该条款使用了 shall 这个单词，所以此项规定并非具有法律拘束力。

⑥ 李墨丝：《超大型自由贸易协定中数字贸易规则及谈判的新趋势》，《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2017 年第 1 期，第 102 页。

⑦ CPTPP 14.8.2 条注释 6。

业等的自行承诺达到这一要求。

在制定保护个人信息的法律框架时，各缔约方应考虑到有关国际机构的原则和准则。^①但是，具体有哪些国际组织或相关原则，CPTPP 并未明确列举。因此，各缔约方在选择自己的个人信息保护法律体系时具有相当大的自由，同时对法律体系中所反映的个人信息保护原则也会有相当大的自由。而 USMCA 则列举了如亚太经合组织（以下简称为 APEC）《隐私框架》和 OECD《对关于隐私保护与个人资料跨境流动的指针做出的建议》等。进而 USMCA 规定，关键原则包括：限制收集；选择；数据质量；目的规范；使用限制；安全保障措施；透明度；个人参与和问责制。缔约方还认识到确保遵守保护个人信息的措施以及确保对个人信息的跨境流动进行任何限制并与所承担的风险成比例的重要性。^②

另外，在承认各缔约方可以采用不同的个人信息保护规定的同时，CPTPP 和 USMCA 建议缔约方查找能够促进这些不同法律体系共存的机制。此类机制可以采用自律的或通过相互约定，甚至可以通过广泛的国际体制完成，而关注的是规制的效果。^③APEC 的《跨境隐私规则》（Cross Border Privacy Rules）或者欧盟适当性地位的自律认定也是这种机制。各缔约方之间将这种机制相关信息予以交换，并试图探索能够对此具有促进效果的其它更佳方案。这种体制说明 CPTPP 和 USMCA 作为 FTA 在缔约方之间追求市场规则的统一，而在个人信息保护方面目前还难以追求此类统一。

各缔约方应努力采取非歧视性做法，保护电子商务用户免受其管辖范围内发生的个人信息保护违规行为的侵害。^④虽然 CPTPP 和 USMCA 对不歧视并未定义，但考虑到一般在贸易中不歧视的含义，应理解为某一缔约方应按照国民待遇将本国国民和另一缔约方的国民在个人信息保护中同等对待，也应将不同缔约方的国民同等对待。只不过此项内容并不是强制性的，而是一种建议。

各缔约方应公布其为电子商务用户提供的个人信息保护信息，包括：（1）个人如何寻求救济；和（2）企业如何遵守任何法律要求。^⑤因此，各缔约方要尽量公开自己的个人信息保护法律体系如何运作即可，此项要求其实并无多大的现实意义。

① CPTPP 14.8.2 条， USMCA 19.8.2 条。

② USMCA 19.8.3 条。

③ CPTPP 14.8.5 条， USMCA 19.8.6 条。

④ CPTPP 14.8.3 条， USMCA 19.8.4 条。

⑤ CPTPP 14.8.4 条， USMCA 19.8.5 条。

欧盟将对人权的保护置于数据自由流动之上。^①GDPR 第五章对将个人数据转移到第三国或国际组织做出相应规定，其规定，对于正在处理或计划进行处理的个人数据，将其转移到第三国或国际组织，包括将个人数据从第三国或国际组织转移到另一第三国或另一国际组织，控制者和处理者必须满足相应规定，而这些规定包括：基于认定具有充足保护的转移，符合转移所需要的适当安全保障，有约束力的公司规则，未经欧盟法授权的转移或披露，特殊情形下的转移等。^②

五、垃圾信息的禁止和源代码的保护

广告性邮件或垃圾信息等未经请求的商业电子信息可能传输恶意软件、间谍软件或相关网络威胁，将会侵害到网络安全和个人数据，最终也会损毁用户对电子商务的信赖。基于此，CPTPP 和 USMCA 要求各缔约方采取或维持有关未经请求的商业电子信息的措施。而“未经请求的商业电子信息”是指未经收件人同意或尽管收件人明确拒绝，通过互联网接入服务供应商或各缔约方法律和法规规定范围内的其它电信服务，以商业或营销目的发送到电子地址的电子信息。^③

CPTPP 规定，各缔约方应采取或维持有关未经请求的商业电子信息的如下措施：（1）要求未经请求的商业电子信息的供应商提供协助接受者阻止持续接收这些信息；（2）要求按照各缔约方法律和法规的规定取得接受者同意接收商业电子信息；或（3）另外规定尽量减少未经请求的商业电子信息。^④而具体采取何种措施，则由缔约方自行决定。相比之下，USMCA 则将上述（c）单独作为一项义务，并将（a）和（b）作为两个选项。^⑤

针对不遵守上述要求的未经请求的商业电子信息供应商，各缔约方应提供追索手段。^⑥缔约方应努力在关于管制未经请求商业电子信息的共同关注的适当案件中进行合作。^⑦

CPTPP 对源代码专门作出规定，任何缔约方均不得要求传输或获取另一缔约方国民所拥有软件的源代码，并将其作为在该缔约方领土内进口、分销、销售

① 赵骏、向丽：《跨境电子商务建设视角下个人信息跨境流动的隐私权保护研究》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2019年第2期，第61页。

② GDPR 44条-49条。

③ CPTPP 14.1条，USMCA 19.1条。

④ CPTPP 14.14.1条。

⑤ USMCA 19.13.1条，USMCA 19.13.2条和USMCA 19.13.3条。

⑥ CPTPP 14.14.2条，USMCA 19.13.4条。

⑦ CPTPP 14.14.3条，USMCA 19.13.5条。

或使用此类软件或含有此类软件产品的条件。^①而这里的软件仅限于大众市场软件或包含此类软件的产品，不包含用于关键基础设施的软件。^②因此，一缔约方的软件供应商在进入另一缔约方市场时无需将自己具有经济价值的软件源代码与其它缔约方或竞争者共享。

六、网络安全国际合作

CPTPP 和 USMCA 不仅包含电子商务中个人信息的保护，还包含网络安全领域的合作。即，缔约方认识到以下重要性：（1）建立负责计算机安全事件响应的国家实体的能力；（2）利用现有的合作机制进行合作，以识别和减少恶意入侵或传播影响缔约方电子网络的恶意代码，并利用这些机制迅速解决网络安全事件，以及共享信息以提高意识和达到最佳做法。^③“现有的合作机制”是指缔约方国内计算机事件响应小组之间的合作机制。在此基础上，USMCA 进一步要求，鉴于网络安全威胁的性质在不断发展，各缔约方认识到，在应对这些威胁方面，基于风险的方法可能比规定性法规更为有效。因此，每一缔约方应努力雇用并鼓励其管辖范围内的企业使用基于风险的方法，这些方法依靠基于共识的标准和风险管理最佳实践来识别和防范网络安全风险，检测、响应网络安全事件，并从此得以恢复。^④

除此之外，USMCA 还规定，认识到数字贸易的全球性，缔约方应努力：（1）交流信息并分享有关数字贸易的法规、政策、执行和合规方面的经验，包括：（i）个人信息保护，特别是为了在执行保护隐私的法律方面加强现有的国际合作机制，（ii）电子通讯的安全性，（iii）身份验证，以及（iv）政府使用数字工具和技术来实现更好的政府绩效；（2）就促进和发展包括 APEC《跨境隐私规则》在内的机制而进行合作并保持对话，以进一步提高隐私制度的全球互操作性；（3）积极参加区域和多边论坛，以促进数字贸易的发展；（4）鼓励私营部门发展促进数字贸易的自我调节方法，包括行为守则、示范合同、准则和执行机制；（5）促进残疾人获得信息和通信技术的机会；和（6）通过国际跨界合作举措促进发展机制，以协助用户提交有关个人信息保护的跨界投诉。缔约方应考虑建立一个论坛，以

① CPTPP 14.17.1 条。

② CPTPP 14.17.2 条。

③ CPTPP 14.16 条，USMCA 19.15.1 条。

④ USMCA 19.15.2 条。

解决上述任何问题或与执行有关的任何其他事项。^①

在联合国层面也对网络安全国际合作进行了一系列探讨和规定，例如，2015年6月通过的第四届 UNGGE 报告包含了网络安全所需的多项互信措施，包括：

(1) 加强各国网络安全负责机构之间的合作机制，开发包括事故应对领域人员交流在内的技术机制；(2) 成立国家计算机危机应对小组或网络安全应对小组，或者正式成立能够完成上述功能的机构，并且支持和促进此类小组和其它授权机构之间的合作；(3) 在计算机危机应对小组和网络安全事故应对小组之间的合作中支持达成旨在减少攻击的适当行为。^②

七、结语

CPTPP 和 USMCA 被评价为是在数字贸易和个人信息保护等有关数据方面规定较为详细的两个重要多边 FTA。尽管之前 APEC 也曾在 2004 年达成《隐私保护框架》(Privacy Framework) 等有关个人信息保护的文件，但因其不具有法律拘束力，相比之下，作为条约的这些 FTA 则具有重要意义。

CPTPP 和 USMCA 的个人信息保护规定对个人信息的保护水平并不是很高，其只是在包括个人信息在内的跨境信息流动中对数据出口限制和数据本地化规定了原则性的禁止。而且，在个人信息保护方面允许采用各种形式，其中包括美国式民间主导的自律规制形式，即，其并非意图在各缔约方之间要统一个人信息保护水平。如此宽松的个人信息保护规定被评价为仅仅是一种形式上的保护，其真正目的则是实现数据的进出口自由。即，这些 FTA 中的个人信息保护规定是为了补充数据贸易这一主要规定而附属存在。

尽管如此，CPTPP 和 USMCA 就包括个人信息在内的信息或数据的国际规则来讲还是具有几点重要意义：首先，CPTPP 和 USMCA 作为 FTA 包含了个人信息在内的信息相关规定，从而证明了包括个人信息在内的信息保护和利用在 21 世纪的数字经济时代成为更为重要和新的经济要素。特别是通过 FTA 将数据的进出口作为国际规范得以保护和认可，这一点对国际贸易关系甚至是国际关系和其规范的发展来说具有重大意义。第二，CPTPP 和 USMCA 中关于信息的规定对现在进行谈判的《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership) 和《国际服务贸易协定》(Trade in Services Agreement)

^① USMCA 19.14 条。

^② UN General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, 22 July 2015, UN Doc.No. A/70/174.

中信息相关规定也会起到重要影响。第三，1980年OECD的《关于保护隐私与个人数据跨境流动的指南》（Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data）和1981年欧洲理事会（Council of Europe）的《108号公约》通过后，国际上在个人信息的自由流动和个人信息保护之间形成了牵制和均衡。但是，CPTPP和USMCA似乎打破了这种现状，在某种意义上其单方面强调了包括个人信息在内的信息的自由流动和利用。这可以说明在FTA中对个人信息做出规定时的局限性，因为其毕竟是将商品和服务的自由贸易放在优先地位。第四，CPTPP和USMCA的有关数据贸易的规定得到个人信息保护相关规定和网络安全相关规定的补充。作为数据贸易对象的信息中包含了个人信息，因此，CPTPP和USMCA中包含了有关个人信息的规定，数据贸易则通过网络空间进行，因此，为了数据贸易在网络空间不受到其它侵害，规定了网络安全合作规定。这样，将数据贸易、个人信息保护和网络安全的规定捆绑在一起的模式，也向我们提示了有关网络空间利用的国际规范之方向。第五，世界上的主要各国都在积极推进的数字贸易以及成为其核心的数据相关国际规范包含在CPTPP和USMCA中的现象可以看作是有关数据贸易的国际规范正式出台。以后在FTA等有关贸易的协定中将会有更多的与个人信息等信息跨境流动有关的内容，从而使得数据贸易成为继商品和服务自由贸易之后又一新的重要领域。

①

① 马光：《论国际上网络安全的定义和相关国际规则的制定》，《中国政法大学学报》2019年第3期，第74页。

参考文献：

[1] 陈咏梅、张姣：《跨境数据流动国际规制新发展：困境与前路》，《上海对外经贸大学学报》2017年第6期。

[2] 何其生：《美国自由贸易协定中数字产品贸易的规制研究》，《河南财经政法大学学报》2012年第5期。

[3] 李墨丝：《超大型自由贸易协定中数字贸易规则及谈判的新趋势》，《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期。

[4] 马光：《论国际法上网络安全的定义和相关国际规则的制定》，《中国政法大学学报》2019年第3期。

[5] 许多奇：《个人数据跨境流动规制的国际格局及中国应对》，《法学论坛》2018年第3期。

[6] 赵骏、向丽：《跨境电子商务建设视角下个人信息跨境流动的隐私权保护研究》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2019年第2期。

[7] Michael N. Schmitt, Rewired warfare: rethinking the law of cyber attack, *International Review of the Red Cross*, Volume 96 Issue 893 (2014).

WTO 视阈下的中国文化“走出去” 税收优惠措施研究

张 蹇^①

摘要：包括税收优惠在内的各项政府补贴措施对促进我国文化企业和文化产品“走出去”，增强其市场竞争力必定会有很强的积极意义，但同时也应看到，当前的一些税收优惠等补贴措施存在着与 SCM 协定等 WTO 规则不一致的地方，有引起不必要贸易争端的风险。随着对我国实施反倾销措施中的“替代国”条款有效期限日渐临近，其他 WTO 成员方对我国实施反倾销措施的优势也将丧失，转而寻求反补贴措施的可能性加大，同时，当中国文化产品竞争力进一步增强后，海外市场对中国产品的反补贴措施需求会随之增加，因而，中国未来遭受他国或地区反补贴措施的压力会进一步增强，应对之策在于改进我国的税收优惠政策和规则，提升税收优惠制度的法律位阶，使之更加完善，增强其抵抗反补贴诉讼的风险。

关键词：文化产业 文化产品贸易 税收优惠 SCM 协定

一、引言

自 20 世纪 90 年代党和国家提出文化产业发展战略以来，学界关于文化产业、文化产品贸易和文化“走出去”的研究逐渐增多。如，胡惠林教授在“关于我国文化产业发展战略研究的思考”^②一文中对我国文化产业发展战略提出了系统的看法；杨京钟等学者则对中国文化产业发展的税收激励制度进行了深入的探讨^③；很多学者研究了 WTO 补贴与反补贴制度、该制度与我国相关制度的关系等，如胡晓红教授等详细地研究了补贴与反补贴制度对我国产品出口的影响^④，但鲜有学者研究文化产业中的补贴制度与 WTO 补贴反补贴制度的关系。本文选取这个角度，阐释两者之间的一致性问题的。

① 作者简介：张蹇、男、南京大学博士后、浙江财经大学副教授、法学博士、硕士生导师，研究方向：经济法、国际经济法。

基金项目：中国博士后科学基金资助项目（2013M531303）。

② 胡惠林：《关于我国文化产业发展战略研究的思考》，《东岳论丛》2009 年 2 月。

③ 杨京钟、吕庆华：《基于中国文化产业发展的税收政策取向研究》，《江南大学学报》2010 年 8 月。

④ 胡晓红：《国外对华产品实施反补贴的法律反思》，《法学家》，2007 年第 4 期；朱榄叶编著：《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》，法律出版社 2000 年版；赵学清、杨旭：《公平贸易中的补贴、反补贴与竞争》，《河北法学》2005 年 5 月等等。

2014年年初，国务院接连颁布了几项与促进文化产品“走出去”有关的规范性文件意见，其中，3月17日国务院印发的《关于加快发展对外文化贸易的意见》（以下简称《意见》）对加快发展对外文化产品贸易、推动文化商品和服务出口做出了全面部署^①。

在税收政策方面，明确了对国家重点鼓励的文化服务出口实行营业税免税。结合营业税改征增值税改革试点，逐步将文化服务行业纳入“营改增”试点范围，对纳入增值税征收范围的文化服务出口实行增值税零税率或免税。享受税收优惠政策的国家重点鼓励的文化产品和服务的具体范围由财政部、税务总局会同有关部门确定。在国务院批准的服务外包示范城市从事服务外包业务的文化企业，符合现行税收优惠政策规定的技术先进型服务企业相关条件的，经认定可享受减按15%的税率征收企业所得税和职工教育经费不超过工资薪金总额8%的部分税前扣除政策。

《意见》只是落实党的十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》，进行文化体制改革政策和措施之一。可以预见的是，政府将会更加重视文化产业和文化产品贸易的发展，并以此为契机，出台越来越多的包括税收措施在内的激励措施。例如，国务院2014年4月16日发布的《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》和《进一步支持文化企业发展的规定》（以下简称《规定》）保留了原有各项优惠政策，并延续到2018年，以确保支持文化改革发展力度不减^②。

政府采取税收减免等激励措施促进文化产业和文化产品贸易的发展有其合理性和必要性。但同时我们也注意到，在已出台的包括《意见》在内的鼓励和促进文化行业发展的众多政策和法规中，常常出现“国家重点鼓励的”、“国务院批准的”等带有很强偏向性的措辞。这不由得使得我们联想到WTO规则中有关补贴与反补贴的一些规定。减免某些产业的税收是一种典型的政府补贴行为^③，如果受到这些补贴的产品出口到国外，是否会被国外的市场主体以这些产品获得了违反WTO补贴与反补贴规则的补贴为由，而被起诉？

① 如国务院印发的《国务院关于推进文化创意和设计服务与相关产业融合发展的若干意见》（国发〔2014〕10号）和《国务院关于加快发展对外文化贸易的意见》（国发〔2014〕13号）等。

② 国务院办公厅《关于印发文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业和进一步支持文化企业发展的两个规定的通知》（国办发〔2014〕15号）。

③ WTO《补贴与反补贴协议》第1条规定了一些构成补贴的具体行为，其中就有“（政府或任何公共机构）放弃或未征收在其他情况下应征收的政府税收（如税收抵免之类的财政鼓励）”。

二、中国文化企业和文化产品“走出去”的税收优惠措施现状

由于文化产业和文化产品有低成本、高附加值等特点，现在正成为国际贸易中的新增长点。20世纪90年代，党和政府提出要建立健全文化经济政策和规范，为推动我国文化产业的繁荣和发展提供支持和保障。1996年国务院颁布《关于进一步完善文化经济政策的若干规定》，从财政、税收、金融、社保、贸易等多方面建立了文化经济政策的框架。

税收优惠一直是鼓励和促进文化企业和文化产品“走出去”的文化经济政策组成部分。其中主要的有：

2005年《财政部、海关总署、国家税务总局关于文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的若干税收问题的通知》（财税〔2005〕1号）规定：文化产品出口按照国家现行税法规定享受出口退（免）税政策；对在境外提供文化劳务取得的境外收入不征营业税，免征企业所得税；对生产重点文化产品进口所需要的自用设备及配套件、备件等，按现行税收政策的有关规定，免征进口关税和进口环节增值税。

根据《财政部 海关总署 国家税务总局关于文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的若干税收政策问题的通知》（财税〔2005〕1号）；《财政部 海关总署 国家税务总局关于文化体制改革试点中支持文化产业发展若干税收政策问题的通知》（财税〔2005〕2号）从2004年1月1日至2008年12月31日，经营性文化事业单位转制为企业和政府鼓励的新办文化企业，在境外提供文化劳务取得的境外收入免征企业所得税。到期后，这项政策没有被延续。

2009年《财政部 海关总署 国家税务总局关于支持文化企业发展若干税收政策问题的通知》（财税〔2009〕31号）的规定，文化企业发生的以下两类进出口业务可以享受税收优惠，一是出口图书、报纸、期刊、音像制品、电子出版物、电影和电视完成片按规定享受增值税出口退税政策，二是为生产重点文化产品而进口国内不能生产的自用设备及配套件、备件等，按现行税收政策有关规定，免征进口关税。此外，文化企业在境外演出从境外取得的收入还可以免征营业税。

2013年8月1日起交通运输业和部分现代服务业“营改增”试点在全国范围内开展，属于现代服务业范畴的文化创意服务和广播影视服务都适用6%的增值税税率。《财政部 国家税务总局关于在全国开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点税收政策的通知》（财税〔2013〕37号）规定中华人民共和国

境内（以下称境内）单位和个人向境外单位提供的设计服务（不包括对境内不动产提供的设计服务）适用增值税零税率；会议展览地点在境外的会议展览服务，在境外提供的广播影视节目(作品)的发行、播映服务，以及境内单位和个人向境外单位提供的商标著作权转让服务、知识产权服务、广播影视节目(作品)制作服务、广告投放地在境外的广告服务均免征增值税^①。

从已经颁布实施的促进文化产品走向海外市场的税收优惠措施看，其涉及的范围广，基本上涵盖了进出口税、所得税、增值税、营业税等各税种；惠及文化产品的生产、运输和销售等各环节；其中既有文化商品贸易，也有文化服务的出口。而且，这些税收激励措施有不断加强和扩围的趋势。

三、WTO 视阈下的中国文化“走出去”税收优惠措施

我国加入 WTO 后，国内颁布实施的国际贸易政策和法律都与 WTO 规则产生了紧密的联系，作为 WTO 成员方，遵守 WTO 规则和我国的入世承诺是一项国际法义务，因此，当下我国颁布实施的一系列促进对外文化产品贸易的政策和法规也需要在 WTO 规则的视角下加以检视。

（一）部分文化“走出去”税收减免措施构成 SCM 协定中界定的补贴行为

1、SCM 协定中的补贴行为

SCM 协定第 1 条第 1 款规定了构成补贴的主体要件和行为要件。在补贴的主体方面，凡是政府或行使某种政府职能的任何公共机构，甚至受政府委托或指示的私营机构都可能成为补贴的实施者。补贴行为也很宽泛^②，主要有涉及资金转移、税收抵免、政府提供或采购等的财政资助、收入或价格支持等利益授予等。至于何谓“利益授予”，SCM 协定条文没有明确规定，但在 DSB 关于补贴案的争端解决报告中做出了解释，“当一项措施给予接收者的条件比市场上可获得的更优惠，进而使接收者处于更有利的地位时，即构成利益授予。”^③

文化“走出去”税收减免措施满足了 SCM 协定中补贴的构成要件，一方面

^① 限于文章篇幅，本文没有穷尽所有的相关规则，其他的可参阅国家税务总局、财政部、商务部和海关等网站的相关内容。

^② 不仅 SCM 协定条文非常宽泛，而且 DSB 在涉及补贴争议的解决报告中，对第 1 条第 1 款（a）项界定的补贴进一步作了扩大解释，即资金的直接或潜在转移无需实际发生，只要存在可能导致未来转移的做法即符合该项的界定。

^③ Panel Report on Canada—Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (WT/DS70/R), para. 9. 120, Appellate. Body Report on Canada—Measures Affecting the Export of civilian Aircraft (WT/DS70/AB/R), paras. 153—157. 参见朱榄叶编著：《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》，法律出版社 2000 年版，页 328～329。刘瑛：《SCM 协定与我国增值税退税措施的关系——从中国被诉的两起 WTO 成案谈起》，《法学》，2008 年 6 月，第 12-18 页。

税收减免是政府行为，海关和其他税务机关对满足一定条件的文化企业和文化项目以及文化产品出口给予增值税、营业税和其他税收方面的减免，则必然会让这些企业获得了非市场优惠，显然是被授予了利益。具体而言，文化“走出去”税收减免措施属于 SCM 协定第 1.1 (a) (ii) 条“(政府或其他公共机构)豁免纳税人的应纳税费(如税费减免等财政税收鼓励措施)”^①。

如何理解“在其他情况下应征收(otherwise due)”的含义，DSB 专家组和上诉机构的解读是：“在其他情况下应征收(otherwise due)”是指受诉措施条件下的征税与其他条件下的征税之间的比较。并且，这个比较的应该建立在受诉成员方国内税法的基础之上。自主决定征税与不征税的对象是 WTO 成员方的税收主权，但同时也应该遵守 WTO 的义务，因此，应根据受诉成员方自主建立的税法体制所确定的征税基准来判断“在其他情况下应征收(otherwise due)”^②。为了便于理解，该条文还特地在括号里举例注明了何谓“在其他情况下应征收(otherwise due)”，亦即“税收抵免之类的财政鼓励”。

《意见》及两项《规定》中明确的增值税免征或实行零税率等税收减免措施属于在中国现有的增值税和营业税等税收征收标准上，放弃了“在其他情况下应征收”的部分税收，因而构成了 SCM 协定中的补贴。

2、关于“税收抵免之类的财政鼓励”的例外

SCM 协定第 1.1 (a) (ii) 条有个脚注，标明了税收抵免之类的财政鼓励不构成补贴行为的情形。^③

根据 GATT 1994 第 16 条(第 16 条的注释)和本协定附件 1 至附件 3 的规定，有两种情况不构成 SCM 协定中补贴：一是免除原本供国内消费的出口产品所应缴纳的关税或国内税；二是减免此类出口产品的关税或国内税数额不超过该产品实际所负关税和国内税税额。

该注释解决了在产品的出口环节税收减免行为的定性问题，亦即对出口产品的关税和国内税的减免不属于 SCM 协定所管辖的补贴行为。这些规定为国际中

^① SCM 协定第 1.1 (a) (ii) 条。

^② Japan - Taxes on Alcoholic Beverages ("Japan - Alcoholic Beverages"), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, p. 16, and Chile - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, adopted 12 January 2000, paras. 59 and 60. Appellate Body Report on United States—Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (WT/DS108/AB/R), para. 90.

^③ 该脚注的英文为：In accordance with the provisions of Article XVI of GATT 1994 (Note to Article XVI) and the provisions of Annexes I through III of this Agreement, the exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.

普遍存在的出口退（免）税提供了 WTO 法律依据。^①

从现已出台的支持文化企业发展,加快发展对外文化产品贸易的各项税收优惠措施来看,涉及到文化产业的方方面面,既有在国内的增值税和营业税等,也有在出口环节对出口产品的国内税免征等。如上文所分析,SCM 协定明确规定了税收抵免之类的财政措施是补贴行为之一,唯一例外是在产品出口环节免征其原来已经缴纳的增值税、营业税等国内税。所以,对于那些免征国内生产消费等环节产生的增值税、营业税等国内税,构成了 SCM 协定界定的补贴行为,在满足 SCM 协定反补贴条件时,存在被其他 WTO 其他成员方诉诸 WTO 争端解决机构的可能性。2004 年 3 月 18 日,美国诉中国集成电路的增值税退税措施案^②和 2007 年 2 月 2 日,美国诉中国中国减免和返还税收及其它支付的措施案^③都是前车之鉴。

（二）部分文化“走出去”税收减免措施构成 SCM 协定中的禁止性补贴

根据 SCM 协定,补贴的类型分为禁止性补贴、可诉性补贴和不可诉性补贴,并具体列举了多达 12 种的补贴行为。禁止性补贴有两种具体的行为:一是法律规定或者实践中,以出口实绩为受到补贴的前提条件,一般简称“出口补贴”;二是仅仅给予国内商品使用者的补贴,一般简称“进口替代补贴”;^④不可诉性补贴具体有:一是非专向性补贴;二是专门针对科研、落后地区和适应环境要求的专向性补贴。^⑤又根据该协议第 31 条的规定,后因各方没有达成延续不可诉性补贴条款的共识,不可诉补贴条款现在已经失效。

1、出口补贴

在禁止性的出口补贴中,存在着“法律上”和“事实上”的区分。根据 DSB 案例中的解释,所谓“法律上”指的是在相关的国内法律法规等规范性文件中有没有涉及“出口”的条文表述,并且,只要是能够从法律表述和实际适用的措施能够推断出获得补贴需要出口实绩为条件或条件之一就构成“法律上”的要求,无需法律有这方面的明文规定。^⑥

① 胡晓红:《国外对华产品实施反补贴的法律反思》,《法学家》2007 年第 4 期,第 18 页。

② China—Value—Added Tax on Integrated Circuits. WT/DS309/1.

③ China-certain measures granting refunds, reductions or exemptions from taxes and other payments, WT/DS358/1, G/SCM/D74/1, G/TRIMS/D/25, G/L/813.

④ SCM 协定第 3 条。

⑤ SCM 协定第 8 条。

⑥ Appellate Body Report on Canada—Certain Measures Affecting the Automotive Industry (WT/DS139/AB/R), pams. 100,104. Marc Benitah, The Law of Subsidies Under the GATT/WTO System, Kluwer Law International,

《文化产品和服务出口指导目录》^①等规范中规定了受资助的对象因具备一定的条件，其中有些企业明确规定了的有具体的产品出口额度要求，或者是“具有一定国际市场开发和营销能力”等表述，这些措辞很容易给外界造成获得政府的资助，税收优惠等补贴需要以出口实绩为条件之一的印象。

SCM 协定第 3 条中“法律”是广义上的，包括法律、行政法规和其他规范性文件。但需要指出的是，GATT/WTO 规则把成员方国内法做了“强制性规范（mandatory action）”和“指导性规范（discretionary legislation）”区分。在 GATT/WTO 争端解决实践中，专家组一般认为，只有成员方内的强制性规范违反了 GATT/WTO 规则才可能被认为是在法律上违反了其 GATT/WTO 义务，如果只是国内行政机构的执法活动，那么该指导性规范本身并不违反了 GATT/WTO 规则。^② 换句话说，在出口补贴案中，当出口补贴是根据成员方国内强制性规范获得的，那么受影响的其他 GATT/WTO 成员方可以就该强制性规范直接向 DSB 提起申诉；如果是根据授权政府机构自由裁量的任意性规范获得出口补贴，这该任意性规范本身不违反 GATT/WTO 规则，需要根据实施该任意性规范的政府机构的具体行政行为是否违反 SCM 协定来决定是否申诉。

现行的文化“走出去”税收优惠措施既有出自营业税法、增值税条例等法律法规，也有国务院及财政部、税务总局、商务部、人民银行和海关等国务院部委单独或联合颁布的行政法规和政府规章等。涉及税收措施文件的名称有“通知”、“管理办法”、“意见”、“指导意见”、“规定”等。《立法法》第七十一条规定：“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命

2001, pp. 194—196.

① 《文化产品和服务出口指导目录》（商务部、中宣部、外交部、财政部、文化部、海关总署、税务总局、原广电总局、原新闻出版总署、国务院新闻办公室 2012 年第 3 号）。

② Panel Report, United States — Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco, BISD 41S/131 (1996), adopted 22 April 1998, para. 118; report of the panel on United States - Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, adopted on 17 June 1987, BISD 34S/136, 160; report of the panel on EEC - Regulation on Import of Parts and Components, adopted on 16 May 1990, BISD 37S/132, 198-199; report of the panel on Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarette, adopted on 7 November 1990, BISD 37S/200, 227-228; report of the panel on United States - Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, adopted on 19 June 1992, BISD 39S/206, 281-282, 289-290; report of the panel on United States - Denial of MFN Treatment as to Non-Rubber Footwear from Brazil, adopted on 19 June 1992, BISD 39S/128, 152. Report of the panel on Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, adopted on 7 November 1990, BISD 37S/200, 227-228; Report of the panel on United States - Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, adopted on 19 June 1992, BISD 39S/206, 281-282, 289-290; Report of the panel on United States - Denial of MFN Treatment as to Non-Rubber Footwear from Brazil, adopted on 19 June 1992, BISD 39S/128, 152.

令的事项。”可见，这些文化“走出去”税收优惠措施属于法律规范确定无疑。并且，中国《加入工作组报告书》第149段也明确规定了《加入议定书》第15条d款中“国内法”一词应理解为不仅涵盖法律，而且涵盖法令、法规及行政规章。因此，上述部委规章均可构成第3条意义上的“法律”。问题是这些规范是强制性规范还是任意性规范尚无统一的规定和权威的解释。一般认为，强制性规范（mandatory rules）是指当事人无法通过合同准据法或程序性制度来选择法律规范。^①所以，要判断这些“意见”、“规定”之类规范的强制力需要综合其内容、文字表述和违反后果等因素。

判断是否存在“事实上”的出口实绩要求一般考虑受补贴方所受到的补贴和其出口业绩之间有无关联关系。^②正如澳大利亚汽车皮革案中的专家组所言：确定一项补贴是否事实上依赖出口实绩需要审查涉诉补贴的授予或维持有关的所有事实，例如补贴的性质、结构和运作以及提供补贴的其他情形。^③

2、进口替代补贴

至于第二类禁止性补贴——进口替代补贴，在该款中没有提及是否需要“事实上”的进口替代要求，在“加拿大汽车案”中专家组认为SCM协定第3.1(b)条只适用于法律上的出口替代补贴要求，但该案的DSB上诉机构推翻了其观点，认为，从法律的整体性来讲，进口替代补贴条款的适用需做广义的理解。原因主要有：

第一，SCM协定第3.1(b)条没有区分法律上和事实上的出口替代要求，语焉不详，所以不能据此断定SCM协定第3.1(b)条不包括事实上的要求；需要从其他有关的WTO规则来解释，GATT第3条第4款与SCM协定第3.1(b)条一样都是涉及进口替代补贴的规范，该条明确包括了法律上和事实上的要求。因此，针对同样的规范对象，应该保持法律规范的一致性。

第二，在欧共体香蕉案中也出现过类似的情形，该案中对GATS第2条是否包括构成事实上的歧视，专家组参照了GATS第17条规定来推定GATS第2条

^① Pierre Mayer, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, *Arbitration International*, 1986, p274, 275.

^② Panel Report on Canada—Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (WT/DS70/R), para. 9. 332 & 9. 337—9. 339 & 7. 339—340; Appellate Body Report on Canada—Measures Affecting the Export of Civil Aircraft (WT/DS70/AB/R), para. 169—174; Panel Report on Australia—Subsidies Provide to Producers and Exporters of Automotive Leather (WT/DS126/R), paras. 9. 56—9. 57 & para.9.70.

^③ Panel report on Australia-Automotive Leather II, WTO/DS126/R, paras.9.56-9.57.

应该包括构成法律上或事实上的歧视。^① 在解决 SCM 协定第 3.1(b) 条的“事实上”要件问题方面可以借鉴此方法。

第三，如果说 SCM 协定第 3.1(b) 条不包括事实上的要求，会违背 SCM 协定的立法目的，因为这样的话，WTO 成员方很容易就能规避其 WTO 规则下的义务。^②

由此可见，即使法律规范没有进口替代的意思表述，但如果在对文化“走出去”税收优惠的实际操作中构成了实际上的进口替代要求，则也有可能违反 SCM 协定的规定，成为禁止性补贴。

（三）部分文化“走出去”税收减免措施构成 SCM 协定中的可诉性补贴

与禁止性补贴本身违反 WTO 规则不同，可诉性补贴本身并不违法，只有当某补贴具有专向性（不可诉性补贴除外），并且对其他 WTO 成员方的利益造成严重影响的才可以作为可诉性补贴，^③ 因此，构成可诉性补贴应具备两个条件，一是具有专向性（至于禁止性补贴，都被认为是具有专向性的补贴^④）；二是需要给其他 WTO 成员方造成了严重损害。按照 SCM 协定第 2.1 (b) 条及其注释 2 的规定，如授予机关或其运作所根据的立法制定适用于获得补贴资格和补贴数量的客观标准或条件，只要该资格为自动的，且此类标准和条件得到严格遵守。则不存在专向性。同时该注释也指出：“此处使用的客观标准或条件指中立的标准或条件，不仅仅优惠某些企业，且属经济性质，并水平适用，如雇员的数量或企业的大小。”

文化“走出去”税收减免措施属于产业专向性，如果使用的标准客观、中立的话，应不算可诉性补贴，但在国务院颁发的相关意见、规定中大多有“对国家重点鼓励的文化产品出口实行增值税零税率”、“享受税收优惠政策的国家重点鼓励的文化产品和服务的具体范围由财政部、税务总局会同有关部门确定。”等具有很强专向性的表述，并且，根据《文化产品和服务出口指导目录》等规范享有税收优惠大都是根据企业的大小，业绩等。又比如，财政部、国家税务总局等出台的优惠措施都对受到税收优惠的对象性质做了划分。这种根据不同的对象授予

① European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas ("European Communities - Bananas"), Appellate Body Report, WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997, para. 233.

② Appellate Body Report, Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopted 19 June 2000, paras. 139-143.

③ SCM 协定第 5、6 条。

④ SCM 协定第 2.3 条。

税收优惠的措施不可避免的会引起外界的猜疑,进而引发对此类措施的反补贴之诉。

四、中国文化“走出去”税收优惠措施的反思及完善

毋庸置疑,国务院及其部委出台的各项税收优惠措施政策对促进我国文化企业和文化产品“走出去”,增强其在国际市场上的竞争力起到了非常大的积极作用。但同时也应该看到,维护本国贸易利益,充分利用贸易救济措施也是各国常用的手段,反倾销、保障措施这些重在反制商事主体的不正当贸易行为或对意外情况的救济,反补贴措施则侧重于规范政府或/和公共机构对经济和贸易的补贴行为,以防止这些补贴行为对国际贸易造成扭曲。从中国已经遭受的反补贴 WTO 诉讼中可以看出,美国、欧盟等国家和地区不仅对中国政府实施的进出口优惠措施提出了反补贴之诉,而且还对纯属国内政府支持的政策和法规指手画脚。^①

另外,中国在《加入世界贸易组织议定书》^②第 10 条中承诺“中国应自加入时起取消属《SCM 协定》第 3 条范围内的所有补贴”;第 7 条第 3 款也规定:在非关税措施上不以“任何类型的实绩要求”作为条件。同时,《中国入世工作组报告》第 167 段和 168 段做了相关陈述。中国作为 WTO 的正式成员方,除了要遵守 WTO 规则,信守加入时的承诺,也是中国应承担的 WTO 义务,因此,从法理上讲,其他 WTO 成员方都可以根据 SCM 协定和其他 WTO 规则以及我国的入世议定书和工作组报告等内容对来自我国的文化产品提起反补贴调查和申诉。这样,扩大了我国文化行业中的各项税收优惠措施受到检视的规范范围;增加了这些税收优惠措施与 SCM 协定等 WTO 规则冲突的可能性。

如前文分析,我国政府出台的促进文化企业和文化产品“走出去”各项税收优惠政策和规范中还存在违反 SCM 协定等 WTO 规则和我国入世承诺的地方,这需要引起相关部门的注意,梳理和核查相关的措施和规范,可以很好地防范一些不必要贸易纠纷。

对于国际贸易中的补贴与反补贴问题,长期存在不同的观点和争议,有人赞同对受补贴的进口产品征收反补贴税;^③也有人认为不应该征收反补贴。^④大多数人

① 如下列案件中,美国的指控不仅包括了国内生产消费环节的税收减免,也包括了进口环节的退税。China—Value—Added Tax on Integrated Circuits. WT/DS309/1. 和 China-certain measures granting refunds, reductions or exemptions from taxes and other payments, WT/DS358/1, G/SCM/D74/1, G/TRIMS/D/25, G/L/813.

② 《中华人民共和国加入议定书》, http://www.gov.cn/gongbao/content/2002/content_74608.htm.

③ 赵维田:《世界贸易组织的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 321 页。

④ 赵学清:《公平贸易中的补贴、反补贴与竞争》,《河北法学》2005 年第 5 期,第 37 页。

认为,“补贴作为一种客观的经济现象在国际贸易中产生着重要的作用和影响,既有积极的,又有消极的”。^①

在 SCM 协定以及其他 WTO 相关规则也没有反对所有的补贴行为,而是区分了不同的情况,对“其他成员的利益造成不同影响”^②的补贴制定了反补贴制度。因此,我国为促进文化企业 and 文化产品“走出去”而实施的包括税收优惠在内各种政府补贴措施具有国际法依据。只是从履行作为 WTO 成员方的义务而言,应把我国的补贴政策和规范与 WTO 相关规则保持一致。

具体来说,主要有以下一些主要的方面:

(一) 使得促进文化企业 and 文化产品“走出去”的税收优惠措施与 WTO 规则保持一致

按照 SCM 协定及其他 WTO 规则 and 中国的入世承诺,废除 and 修改那些与 WTO 规则不一致的税收优惠政策 and 规则。

如前所分析,有些促进文化企业 and 文化产品“走出去”的税收优惠措施构成了 SCM 协定规定的禁止性补贴。这就需要核查现有的相关规则,当然,考虑到规则的连续性,应分阶段废除那些明显带有以出口实绩 and 进口替代为目的的享受税收优惠的条件。

(二) 避免税收优惠措施的专向性

根据 SCM 协定的规定,除了禁止性补贴外,其他的补贴措施只要没构成专向性,是不能对其采取反补贴措施的。^③据此,我国的促进文化企业 and 文化产品“走出去”的税收优惠政策 and 规范,不能将获得这些税收优惠的对象明确限于某些企业,政策和规则的制定部门应制定获得补贴的门槛 and 资格,且该资格是自动获取的;应在法律、法规或其他官方文件中明确公布,并得到严格遵守 and 执行。^④而我国的税收优惠措施是审批制,而不是登记制。文化企业 or 文化产品如需要活动税收优惠,需要提交申请,并经过相关部门的审批。^⑤同时,有些规定也明确规定了税收优惠是“对国家重点鼓励的文化产品和服务出口实行的”。这较容易授人以柄,被认为是我国政府的税收优惠措施具有专向性。

① 吕明瑜:《竞争法教程》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 427 页。

② SCM 协定第 5 条。

③ SCM 协定第 1.2 和 2.3 条。

④ SCM 协定第 2.1(b)条及其注释。

⑤ “关于请组织申报 2013-2014 年度国家文化出口重点企业和重点项目的通知”,来源: 商务部服务贸易 and 商贸服务业司,时间: 2013-03-21 15:11,访问时间: 2014-11-12,
<http://fms.mofcom.gov.cn/article/jingjidingtai/201303/20130300062822.shtml>.

（三）提升我国文化企业和文化产品的有税收优惠立法层次

现有的文化企业和文化产品优惠政策和规范绝大多数是国务院的行政法规及其部委的规章，因此税收优惠制度整体法律位阶不高，而且还有违反税收法定原则的嫌疑。根据我国《立法法》第8条第8款的规定，税收的基本制度只能制定法律，同时，该法第9条也规定：全国人大及其常委会可以作出决定，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，但被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。^①但现行的大量税收优惠政策和规范都是有国家税务总局、财政部等国务院部委颁发的。这虽然保持了税收优惠政策的及时性和灵活性，但同时也会产生一定的随意性和不稳定性。其合法性基础也不牢固。

建议按照立法法规定和税收法定的原则，由立法机关规定税收优惠的给予主体、受惠对象、优惠条件、优惠税种等税法要素，然后由国务院或其他有关部门执行和微调。同时由国务院来统一协调税收优惠的政策和规范，以防止部门规章不一致的现象，以维护税收优惠政策和法规的统一性和权威性。

随着对我国实施反倾销措施中的“替代国”条款有效期限日渐临近，其他WTO成员方对我国实施反倾销措施的优势也将丧失，转而寻求反补贴措施的可能性加大，同时，当中国的文化产品竞争力进一步增强后，海外市场对中国产品的反补贴措施需求会随之增加，因而，中国未来遭受他国或地区反补贴措施的压力会进一步增强，练好基本功，增强反补贴之诉的免疫力值得我们深入地关注和探讨。

^① 《中华人民共和国立法法》第10条。

Are the Tax Incentives for the China Cultural Industries Against SCM Agreement?

Jian zhang

(Law school of ZUFE, Hangzhou Zhejiang 310018)

Abstract: Recently, China governments issued many subsidies measures including tax incentives to push the development of cultural industry and the export of cultural products. Undoubtedly, these policies and rules will improve the market competitiveness of the supported entities; however, as a member of the WTO, China should undertake her member's obligations. I.e, Chinese cultural subsidies policies and rules should be consistent with WTO rules including SCM Agreement. There are some China cultural subsidy policies and rules are inconsistent with SCM Agreement and other WTO rules which maybe bring the suits in WTO by other influenced members. There some improvement suggestions to reduce the potential suits.

Keywords:cultural subsidy; tax incentives; SCM Agreement; China

《贸易便利化协定》在中国的实施研究

李嘉 王芳^①

2017年2月22日,《贸易便利化协定》核准成员数达到112个,超过WTO成员总数三分之二,正式生效,目前已有146个WTO成员方批准,占WTO成员的89%,到2019年WTO成员的执行承诺率达到63.1%,^②该协定以去除进出口贸易的繁文缛节为主,力求提高国际合作,打造便捷、高效的通关环境。作为最大的发展中国家,我国积极参与了该协定的谈判与制定,并于2014年6月30日向世界贸易组织通报了A类措施的条款,于2015年9月4日提交了批准书。A类措施将在《贸易便利化协定》生效时就适用WTO的争端解决机制,而我国通报的A类措施中仅排除了《贸易便利化协定》四个方面:确定和公布平均放行时间(第7条第6款)、“单一窗口”(第10条第4款)、“货物暂进口与入境及出境加工”(第10条第9款)、“海关合作”(第12条)。这意味着,经过多年的准备和改进,我国贸易便利化制度大体上符合《贸易便利化协定》要求,但是在具体细节和以上四个方面还存在差距。因此为了营造更好贸易环境,加速我国通关一体化进程,《贸易便利化协定》在我国的实施问题尤其值得重视。

一、《贸易便利化协定》内容及意义

(一)《贸易便利化协定》主要内容

作为目前世界上唯一一部专门规定贸易便利化问题的国际多边条约,《贸易便利化协定》意在“期望澄清和改善GATT 1994第5、8和10条的相关方面,以期进一步加快货物、包括过境货物的流动、放行和结关;认识到发展中特别是最不发达国家成员的特殊需要及期望增强在此领域能力建设方面的援助和支持;认识到成员间需要在贸易便利和海关守法问题上的有效合作”^③。协定通篇分为三部分,第一部分贸易便利化措施条款(第1至12条),针对GATT 1994第5、8、10条作出了进一步细致但具有“弹性化”和“灵活化”的义务规定;第二部分不仅划分了可自由选择的A、B、C三类具有不同宽限期的措施供各成员选择,将《贸易便利化协定》的可能贸易争端“碎片化”分类解决,而且针对发展水平

^① 作者单位:浙江工业大学法学院。

^② 《贸易便利化协定》数据, See: <https://www.tfadatabase.org/implementation>, 访问时间2019年10月5日。

^③ 《贸易便利化协定》序言, [012fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/940.pdf](https://www.wto.org/Trade_Easy/012fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/940.pdf), 访问时间:2019年5月20日。

较低、建设能力基础薄弱的成员设置了能力建设援助机制，鼓励成员对发展中国家和最不发达国家成员提供援助。

（二）《贸易便利化协定》的政策波及效应和现实意义

《贸易便利化协定》谈判，从 1996 年“新加坡议题”开始至 2013 年“巴厘部长级会议”落幕，虽过程坎坷但最终实现了“零的突破”，得到各国高度赞扬。首先，对于 WTO 协议及后续的规则制定而言，《贸易便利化协定》的“约束性规定+尽最大努力条例”的弹性创新形式，不仅增强了各国之间在理解的基础上协调合作，将政策承诺和贸易援助相联系，而且突破了 WTO 成员的异质性，达到了普遍适用的效果，是 WTO 后续规则制定的典范。再者，对于区域贸易协定而言，《贸易便利化协定》不但在处理援助、协调性等特殊贸易问题上几乎涵盖了所有贸易类型，为未来区域贸易协定定下基调，而且一定程度上平衡了发展问题、经济效益和监管政策，以承诺和技术联动的方式树立了技术协议的标杆；最后，对于国内政策而言，《贸易便利化协定》的直接受益方、参与贸易援助机制的各利益相关方以及 WTO 的执行机制和专家评估等各个力量都会对接受并实施《贸易便利化协定》的一国政府形成倒逼机制，迫使政府按照《贸易便利化协定》要求简化贸易流程、提高通关效率、降低贸易成本以促进贸易自由化并带动经济增长。

根据国际机构测算和 WTO 发布的《2015 年世界贸易报告》，《贸易便利化协定》的生效和实施将降低全球贸易成本 14.3%，带动全球出口增长 7500 亿美元至 1 万亿美元，到 2030 年时可为全球贸易增长贡献 2.7 个百分点，为全球国内生产总值增长贡献 0.5 个百分点以上，同时增加 2000 多万个就业岗位。对我国而言，不仅贸易成本据估计有望降低 13.2%^①，而且有利于创造高效友好的通关环境，推动我国进出口贸易蓬勃发展。

^① Estimating the benefits of the Trade Facilitation Agreement, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/wtr15-2d_e.pdf, 访问时间：2019 年 5 月 29 日。

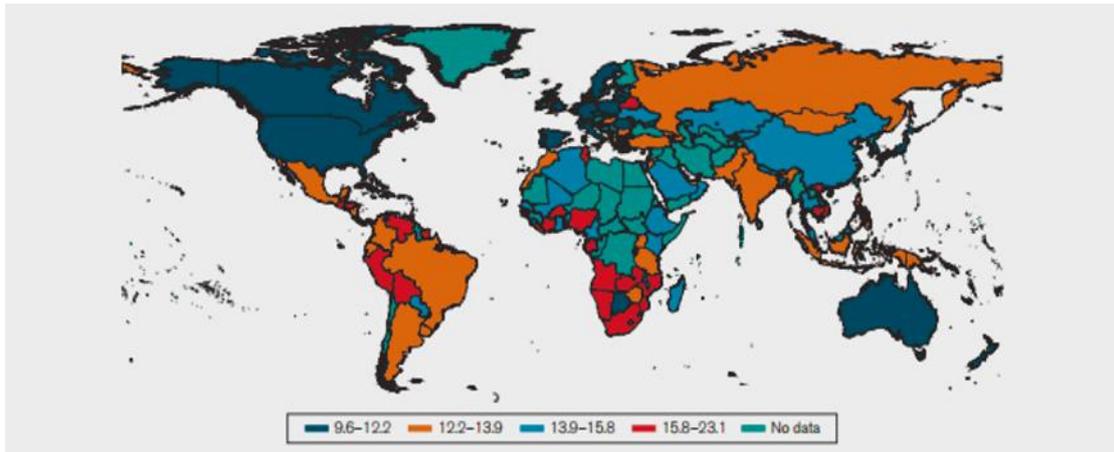


图 1 各国预估可降低贸易成本

二、我国贸易便利化实施进程及问题

总体而言，我国对于实施《贸易便利化协定》的情况良好，尤其在“通关一体化”的政策引导下，不仅借鉴经验，稳步实施改革措施，更是开辟各个自贸区建设，孜孜不倦的追求符合我国国情的制度创新。但是在某些方面，尤其是透明度、单一窗口建设、国际合作等方面我国的贸易便利化水平与《贸易便利化协》要求的还存在较明显差距。本节将对此着重进行阐述。

（一）透明度义务要求的履行进程及问题

1. 《贸易便利化协定》透明度义务要求

透明度，顾名思义即政府的决策、政策、法律等各种相关信息要公开透明，能够使得各个利益相关方及时知晓和监督实施，并有机会提出建议乃至参与其制订、修改。具体到进出口贸易和通关而言，由于各国国情、制度、发展程度各不相同，很容易导致贸易参与方难以及时了解政策而增大巨额贸易成本，因此透明度原则一直是贸易便利化的立足点之一。《贸易便利化协定》第一部分有 5 条直接涉及透明度原则，其余 7 条也或部分或间接涉及，足以见其重要程度。5 条直接涉及透明度原则的条文具体内容如下表所示：

《贸易便利化协定》的透明度义务	措施分类		义务性质
信息的公布与可获得性（第1条）	信息公布范围	法律法规	约束性义务
		进出口和过境程序及单证要求	
		对进出口及过境征收的规费和费用	
		与原产地规则相关的普遍使用的法律法规及行政裁决	
		违反进出口或过境手续的惩罚规定	
		申诉程序	
	与关税配额管理有关的程序		
公布途径	互联网（可行范围内）	弹性的约束性义务	
	设立咨询点(可获得资源内)	约束性义务	
	贸易便利化委员会通知		
评论机会、生效前信息及磋商（第2条）	信息生效前评议机制	生效前尽早公布相关的法律法规信息	弹性的约束性义务
		在可行范围内给予利益相关方机会和适当时限进行评论	
	磋商	边境机构与贸易商或其他利益相关方定期磋商	
预裁定机制（第3条）	预裁定范围	货物的税则归类、货物的原产地	约束性义务
		确定完税价格、关税减免要求、配额要求及适合作出预裁定的其他事项	鼓励性措施
	程序性事项	预裁定的申请、拒绝、撤销修改、废止、信息公开等	约束性义务
非歧视的上诉或审查程序（第4条）	行政申诉和司法复查	国家机关在规定时限内做出、说明作出理由	约束性义务
	其他救济	保障行政相对人进一步上诉或申诉的权利	
增强公正性、非歧视性及透明度的其他措施（第5条）	增强监管和检查的通知	可根据风险评估发布通知和指南、及时声明有所改变的通知和指南	约束性义务
	扣留	迅速通知承运商或进口商	
	检验程序	二次检验的提供	

2.我国透明度义务履行进程与问题

我国早在《贸易便利化协定》通过之前，就极其重视海关和贸易政策透明度对进出口贸易的影响，颁布实施了一系列的法律法规和便利化措施。法律法规例如2007年颁布的《中华人民共和国关务公开办法》，使得海关信息公开的申请条

件和程序、权利救济等能够具体细化，确实保障各参与方知情权、参与权和监督权。另外还有《中华人民共和国海关法》、《中华人民共和国政府信息公开条例》、《中华人民共和国进出口货物原产地条例》、《中华人民共和国进出口货物商品归类管理规定》等都对透明度相关义务有所规定。至于便利化措施也是不胜枚举，例如海关总署推出工作方式“双随机”以提高海关执法透明度：查单随机，审查员随机，均由计算机模拟系统进行分类匹配。再比如通过实地办公大厅、政府官网及各种网络自媒体、“12360”中国海关全天候统一服务热线等多渠道设置咨询点。比照上述表格可以发现，总体而言，我国在透明度义务履行方面情况尚可，尤其是信息公开和咨询点这方面表现突出，但是涉及预裁定事项仍然较为薄弱。具体表现为上述法律规定虽然对于预裁定制度都有针对关税分类和原产地的部分规定，但是具有程序繁琐、时限长久、申请地固定等诸多不便之处；另外对于确定完税价格、减免要求和配额上在实际操作环节仍然缺乏制度配套，法律效力不明，贸易商或多或少也因此使用积极性较低。

（二）电子通关制度与单一窗口实施进程与问题

1. 电子通关制度

电子通关制度是一种基于较高信息技术水平基础上，将各种通关单证和文件以电子信息的方式进行递交、保存和审批的制度。电子通关制度的运用可以极大减少纸质材料的交接，使得各个参与方可以异地完成通关手续，避免数据重复录入，不但节省时间成本也可以因为计算机系统的运用而降低人力、财政资源的消耗。《贸易便利化协定》对电子通关制度规定不少具体如下表：

与透明度义务履行类似，我国海关系统对于电子信息的利用也是相对较早的。于1998年，电脑仍旧作为新生事物的时候，我国已高瞻远瞩地规划建设电子口岸执法系统。到目前为止，电子口岸建设在取得丰硕成果之下仍在持续改进和完善，主要包括两个层级：一是国家层级电子口岸建设，未来将实现国务院各部委与进出口外贸相关的数据共享和联网核查；二是地方层面电子口岸建设，为企业提供本地的通关执法及相关物流商务服务。^①在国家政策引导下，我国电子口岸信息共享，互通有无程度显著提高，不仅涉及包括发改委、税务、商务部、质检在内的12个政府部门，而且联通了35个包括上海、深圳在内的地方口岸，将“大

^① 国办发〔2006〕36号：〈国务院办公厅关于加强电子口岸建设的通知〉，
http://www.gov.cn/gongbao/content/2006/content_327798.htm，访问日期：2019年5月8日。

通关”进行到底。目前已经近百万家企业紧跟潮流，通过电子口岸来处理进出口申报、税务审批等一系列业务，实现了高效、高质量的通关。

《贸易便利化协定》条款	具体要求
7.1.2 抵达前业务办理	成员国应在预到货程序中适当地适用 <u>电子的方式</u> 提前提交文件
7.2 电子支付	成员国应在适当地情况在接受进出口、过境手续中所需证明文件的纸质或 <u>电子副本</u>
10.2.1、10.2.2 副本的接受	每一成员应酌情努力接受进口、出口或过境手续所要求的证明单证的纸质或 <u>电子副本</u> 如一成员的政府机构已持有此单证的正本，则该成员的任何其他机构应接受来自持有单证正本部门的纸质或 <u>电子副本</u> 以替代正本
7.2 统一单证要求	(d) 使用 <u>电子方式</u> 提交或办理业务
12.4.1 请求	提出请求的成员应向被请求成员以纸质或 <u>电子形式</u> 以共同议定的WTO工作语文或其他语文提出书面请求
12.6.1 信息的提供	(a) 通过纸质或 <u>电子形式</u> 予以书面答复 如提出请求…无论纸质或 <u>电子形式</u> ，并附要求提出请求成员给予的保护和保密性等级的描述

2. “单一窗口”制度

“单一窗口”制度又称“国际贸易数据系统”，是指参与国际贸易和运输的各方，通过单一的平台提交满足全部进口、出口和转运相关监管规定的标准化信息和单证的一项措施^①。这种一个窗口审查，一次性文件提交便能完成全部通关手续的一站式通关模式，极大地缩短了通关时间，降低了通关的行政管理成本。

“单一窗口”制度的建设不仅需要口岸信息化建设作为基础，更是需要口岸基础设施的完善和政府口岸管理职能部门整合协作的基础上才能建立起来。近年来，我国各地方口岸经济发展仍存在差距，基础设施建设和制度保障水平也参差不齐。另外，我国海关政府部门，包括边检、检验检疫、税务、质检等部门业务重叠、各管己事现象仍然较为普遍。虽然上文说到已建立电子信息共享系统，但信息深入程度不够，标准缺乏统一，在此基础上一时难以大范围实现单一窗口对外。当然也有一小部分自贸区试验田有了“单一窗口”的成功尝试，我国上海国际贸易单一窗口秉持“一个平台、一次提交、结果反馈、数据共享”理念已经成功对接中央到地方的22个部门，服务15万家企业，绝大多数货物与船舶申报均已通过单一窗口完成。因此虽然《贸易便利化协定》将“单一窗口”突破性的设

^① 周乐清：《贸易便利化协议》法律问题研究，《湖南师范大学硕士论文》，2016年。

定为具有灵活性的约束性义务“各成员应努力建立或保持一个窗口，使交易商通过单一入口点向参与的部门或机构提交要求的货物进出口转运的文件或数据。参与部门和机构审查通过的文件或数据的结果应通过单一窗口及时通知申请人。”^①我国仍将其作为 B 类措施进行通报。这也是为了我国能有个缓冲期，在经过能力建设之后更好的与国际标准衔接。

（三）货物通关监管机构的合作

1. 边境机构合作

根据《贸易便利化协定》规定，“每一成员应保证其负责边境管制和货物进口、出口及过境程序的主观机关和机构相互合作并协调行动，以便利贸易。每一成员应在可能和可行的范围内，与拥有共同边界的其他成员根据共同议定的条款进行合作，以期协调跨境程序，从而便利跨境贸易。此类合作和协调可包括（a）工作时间和工作时间；（b）程序和手续；（c）公用设施的建设与共享；（d）联合监管；（e）一站式边境监管站的设立。”^②可以看出以上条款第一款是强制性义务规定，第二款是鼓励性规定。目前我国借助“通关一体化”改革进程，不断的理清和规范边境机构各自职责，简政放权的同时建立信息共享的协调互助机制，打破了边境机构之间联系微弱、业务重叠、多头对外的情况。但是由于各边境管理部门的职权划分定会涉及到各部门既得权力和义务，因此改革挑战仍然存在。

2. 海关国际合作

关于海关合作，《贸易便利化协定》以 12 条项下共 12 款规定分别从促进守法和措施、信息提供披露与交换、核实和请求、保护和机密性、双边区域协定等方面多层次多角度的对其进行了较为详细的规定，鼓励成员分享最佳做法。同样的，合作共赢是我国参加世界经济以来一直秉持的理念，我国在海关国际合作方面的工作也是早已开展。其中表现突出的是《国务院关于印发落实“三互”推进大通关建设改革方案的通知》，“三互”即党的第十八届三中全会提出的“信息互换、监管互认、执法互助”。该方案旨在深入推进口岸大通关建设，推进口岸治理体系和治理能力现代化，指明了发展方向。目前我国与很多国家和地区都建立了不同程度的“三互”合作。例如与美国签订有中美集装箱安全倡议（CSI），与欧盟有“中欧安全智能贸易航线试点计划”，与亚洲有《中日韩海关合作行动

^① 《贸易便利化协定》第 10 条第 4 款。

^② 参见《贸易便利化协定》第 8 条。

计划》、《中国—东盟政府间海关合作谅解备忘录》等等长期合作项目。但是尽管国际双边、多边项目进行的如火如荼,但是我国对其在国内的实施方面缺乏统筹,管理相对分散,很多地区的海关壁垒依然坚挺,执法结果仍然不能互认。

三、国际及国内自贸试验区改革经验借鉴

在贸易便利化制度上,美国、日本和新加坡值得借鉴,美国对于贸易安全防控这方面具有超前的借鉴意义。日本借助电子技术达到高水平的贸易便利化,这对于我国如何协调各地区边境机构,尤其是人力、财政资源短缺地区如何运用信息管理系统达到精简管理、高度自动化参考价值重大。新加坡作为世界最开放市场,进出口贸易系统高度发达,贸易便利化各方面都达到最佳水准。

(一) 美国的贸易便利化制度及启示

自从 2001 年的“9·11”事件,保护国家安全便成了美国一切活动的前提和基础,这一点也体现在在贸易制度上,即追求贸易安全重于追求便利化,例如开创性的集装箱安全协议(CSI)和具有显著“扩张性”的海关——商界伙伴反恐计划(C—TPAT)都是以实现货物最高等级安全和反恐为目的的贸易改革措施。其中为了保持 C—TPAT 项目与世界海关组织的 AEO 项目的一致性,美国海关不但积极接轨“运用科技手段支持反恐法案(SAFETY ACT)”,以安全衔接国内供应链;而且推出“预先卸货许可航线”(A.Q.U.A Lane),吸引海运承运人获得 C-TPAT 资格。但是在其贸易安全的落脚点下,美国仍能实现 2016 年 WTO 全球贸易促进报告(The Enabling Trade Index, 简称 ETI)评估体系中排名 22 的较高水平^①,很多制度的辅助功不可没。首先是美国海关实行提货和纳税分离的“两段式”^②通关便利制度,先提货后纳税,节省通关时间;另外美国自动化电子技术应用普及到各个通商口岸;国内法治程度和企业信用水平均处于较高水平,这些都为通关环境高效便利打下了坚实基础。再者,美国海关于 2000 年又建立了“自动化商业环境”(ACE)系统,并将其与国际贸易数据系统(ITDS)相结合,将 80 多个行政机构梳理归类,全部归为一个窗口对外,实时共享通关信息。ACE 系统主要负责对通关信息的监察与控制,其对通关货物设置了多部门多方式的信息采集途径,并可在此基础上一站式分析和处理信息。

^① 2016 年 WTO 全球贸易促进报告美国数据,访问时间 2019 年 5 月 20 日。

<http://reports.weforum.org/global-enabling-trade-report-2016/economy-profiles/#economy=USA>.

^② 两段式”通关流程:船舶到港—到货后 5 日内提货申报—货物放行—提货后 10 日内纳税申报—1 年内关税。

目前我国海关虽提倡监管与服务，但是均是站在企业的对立面，并没有将其视为共同伙伴，充分发挥企业主观能动性。此情况下，美国的 C-TPAT 制度，尤其是其中如何维系与企业的友好协商、互助共进，值得我们借鉴。另外，科技创新才是保证执法便利和风险控制的依托，我国电子口岸仍需要新技术的运用及先进的监管装备的技术支撑，建立专业审单制度，最大限度达到执法统一。

（二）日本的贸易便利化制度及启示

日本人力、财政资源有限而贸易额日益增长，针对这一特点，日本将风险管理引进到通关程序中，并设计了特例通关制度，将满足条件的企业进行分门别类，并给予信誉度和守法程度较高的企业更便利、更优惠的通关待遇。同时，日本也充分利用电子技术，建立了 NACCS（Nippon Automated Cargo and port Consolidated System）进出口港口信息处理系统，以海运、空运分开独立运行，构建了电子通关的核心。贸易商可以利用网络按格式和要求异地填写申请，一次性输入信息即可获得相关单证电子稿本。除此之外，日本还有预先审查制度、延期纳税制度、进口许可前纳税制度与风险管理制度、电子通关制度相配套，在一定程度上助力了日本“货物放行与纳税分离”通关模式的实现，贸易安全得以保障的同时提高了通关效率，推动了日本贸易便利化改革进程。

（三）新加坡贸易便利化制度及启示

新加坡因地理位置优势及其产业结构，非常注重通关效率，因此其不管是基础设施建设，还是电子信息技术的运用，其贸易便利化水平多年来一直占据 ETI 和 Doing Business 评估综合排名首位。新加坡于 1989 年启用了基于电子数据交换（EDI）的“贸易网”（TradeNet）自动化边境管理系统，使多部门协调处理通关信息，采用统一的格式描述海关等监管机构需要的全部信息，使得监管机构与贸易商之间的全天候电子信息数据交换得以实现。同时，该综合性单证处理系统可以将一个本需 2-7 天才能被批准的申请降低到只需平均 10 分钟便可完成，税费缴纳也联网银行实现自动化，使得海关执法统一性、可预见性和透明度得以增强。

（四）国内自贸区创新措施

自 2013 年 9 月国务院批复成立上海首个自贸试验区至今，2015 年 4 月、2017 年 3 月又相继批复了两批自贸实验区的成立，他们分别是第二批广东、天津、福建三个自贸试验区，第三批辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川、陕西共七个

自贸试验区。上海自贸区是该领域制度创新的鼻祖，秉持国务院“大胆闯、大胆试、自主改”要求，不断结合自身优势在负面清单、贸易便利化、政府监管等各方面做出积极探索。第二批自贸区各自战略定位分工明确：广东重点推进粤港澳深度合作，天津发挥京津冀协同发展平台作用、福建重在深化两岸经济合作，打造 21 世纪海上丝绸之路核心区。同样的，第三批自由贸易区也根据各自的地理和发展优势，有着各自的战略发展目标和创新制度。以上自贸实验区的在开展制度创新时均秉持着“可复制、可推广”的理念，对于我国其他地区的贸易现代化、便利化改革具有极其中重要的借鉴意义。下表为上海自贸区和第二批广东、天津、福建自贸区的通关创新措施：

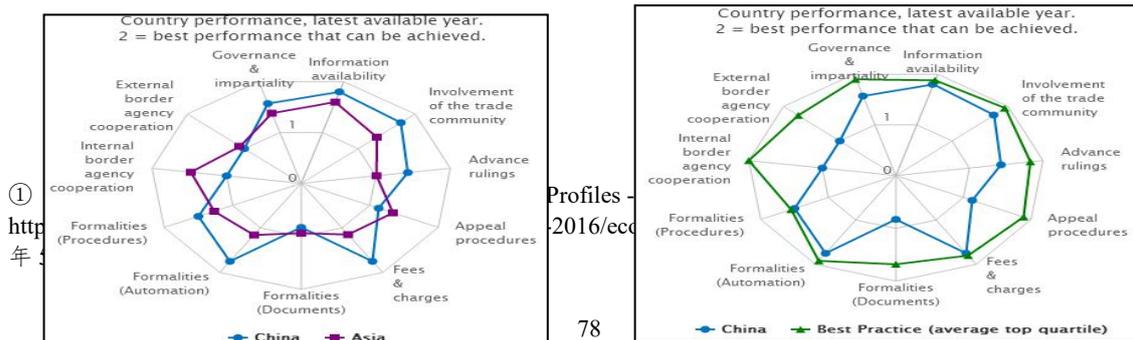
自贸试验区	批次	创新措施
上海自贸试验区	第一批	一线进境货物“先进区，后报关”“区内物流流转自行运输制度”“批次进出，集中申报”和“智能化卡口验放”等措施
	第二批	全球维修产业检验检疫监管（与融资租赁有机结合）、检验检疫通关无纸化电子通关、境外第三方检验结果采信、进口货物分类预检验、分线（一线和二线）监督管理制度和动植物及产品检验检疫负面清单管理等
	第三批	加快区域通关一体化“单一窗口”建设；全面推广关检合作三个“一”，即“一次申报、一次查验、一次放行”；试点按照货物状态分类监管、电子口岸网络建设和凭进口舱单先行提货再办理进境备案手续等创新措施
	第四批	“一站式申报查验作业制度、“一区注册、四区经营”制度、美术品便利通关制度、归类行政裁定全国适用制度和商品易归类服务制度
天津自贸试验区	第一批	涉及到加工贸易与融资租赁货物海关新型监管模式、京津冀区域通关和检验检疫一体化改革、创新“无水港”运营模式、建立与“一带一路”沿线海关合作机制和发挥自贸试验区对京津冀的辐射及联动作用
	第二批	包括京津冀地区保税展示交易、融资租赁大型设备海关异地监管、扩大期货保税交割品种和区域范围、租赁飞机联动监管、创新自贸试验区电子商务货物进口模式，以及进口机动车第三方检验结果采信，出入境邮轮检疫和国际航行船舶食品供应等措施
	第三批	为创新“自主核销”新型加工贸易核销方式，并实行自贸试验区范围内税收总担保制度。措施实施逐步取消审批权限、增加企业订单和提升金融服务水平

福建自贸试验区	简化 CEPA 以及 ECFA 下货物进口原产地证书提交需求”、“放宽 ECFA 项下海运集装箱货物直接运输判定标准”、“整车进口利用射频识别信息技术 (RFID)”、“台车入闽一体化快速通关模式”、保税料件交易、进出境邮件“移动式”通关模式和建立一体化监管制度促进飞机及零部件维修业务的发展等措施
	被海关总署要求其他自贸实验区复制推广。对台湾地区输入自贸实验区内的农产品、食品等试行快速检验检疫模式，对台水产品入境申报免交检疫证书，推动对台货物贸易自由化，培育平潭开放开发新优势。
广东自贸试验区	试行三地通关合作、相关检测业务互认和跨境电商业务互动发展，开始实施“一次认证、一次检测、三地通行”，适度放开港澳认证机构进入自贸试验区开展认证检测业务，加快推进跨境贸易电子商务配套平台建设，提高“单一窗口”与口岸“一站式”验放系统智能通关水平。打造前海蛇口片区内海关特殊监管区域货物经陆路口岸进出香港的物流直通通道，建设深港检验检疫合作示范区，支持创新前海湾保税港区货物国际中转配送监管模式

四、我国目前贸易便利化水平及完善建议

(一) 我国目前贸易便利化水平

根据 2016 年 WTO 全球贸易促进报告排名，中国总体 ETI 指数仅位列第 61 位，与第二大贸易大国的形象十分不符。细化到贸易便利化方面，报告表明我国表现总体相当不错，但遵守贸易手续的总体成本，尤其是进口成本依然很高（约为每个集装箱 950 美元）^①。另外根据 OECD 的最新贸易便利化指标（Trade Facilitation Indicators, 简称 TFI）分析，我国除了上诉程序、文件简化和协调以及内部边界机构合作外，在其他所有贸易便利化领域均符合或超越了所属的中等收入国平均水平。而对比各国各方面最佳实践水平，可得出除上述各方面外，我国在外部边境机构合作、预裁决、政府治理公正性三方面仍然相差较多，而在清关程序、信息可获得性、清关费用方面与各国先进实践水平较为接近。但其中值得注意的是，虽然我国在手续与程序方面与先进实践水平（我国 1.5，先进实践水平 1.55）相差甚小，但是与可预期最佳水平仍存在距离，这也意味着世界各国在这一方面都有较大进步空间。下图分别是我国贸易便利化水平与亚洲各国平均水平及世界各国最先进水平对比图：



针对贸易便利化，2018年，我国进一步推进国际贸易“单一窗口”标准版建设，2018年实施“海关预裁定制度”，出台《提升我国跨进贸易便利化水平措施》、《优化口岸营商环境促进跨进贸易便利化工作方案》等措施，2019年海关总署围绕推动口岸营商环境改善，进一步简化了监管证件和随附单证，进出口环节核验的监管证件数量从86种减少到46种，其中42种实现联网核查自动比对，37种实现了网上申报、网上办理。其次，进一步降低进出口环节费用；其三，进一步压缩货物整体通关时间，优化监管，加快推进AEO国际互认合作；第四是提升口岸通关信息化水平，实现国际航行船舶进出境申报“一单多报”，推动海运换提货单无纸化。^①据海关总署统计，2018年我国进出口整体通关时间分别压缩56%和61%，根据世界银行发布《2019年营商环境报告》，中国跨境贸易得分从去年的69.91分提高到82.59分，排名从去年第97位跃升至今年第65位，上升32位，是营商环境改善最为显著的经济体之一。^②

（二）完善和推进《贸易便利化协定》实施进程

随着全球价值链深入发展，贸易便利化水平成为影响全球贸易和国际竞争力的突出因素，对进一步扩大对外开放、推动开放型经济高质量发展意义重大。对标先进，也要看到我国贸易便利化程度和尚存差距，尚跟不上从贸易大国向贸易强国跨越的发展步伐，我国尚需要在以下方面加大贸易便利化实施力度，完善和推进《贸易便利化协定》实施进程。

1. 注重框架性制度设计，与国际标准接轨

无论是透明度原则还是电子通关制度和单一窗口，任何便利化措施都离不开制度设计和法律保障。尤其是目前海关流程改革由“串联式”往“并联式”发展，其中的风险控制、申报方式、电子数据审核等都将发生根本性变化，改革变化期间如何保障贸易商既有权利的实现和救济，协调政府各部门职责与利益，保持边境国际项目深入合作，顺利接轨国际标准，发展通关一体化，将全部需要制度与法律从顶层角度进行全局考虑、合理设计。而我国目前海关法规体系分散杂乱、内容界定模糊，亟需加以整合梳理与细化。具体方面比如对于电子单据的法律地位、效力层级由高阶法律进行精确界定和规范，统一各地对于电子数据的传输、管理和保存；进一步完善海关估价规定，对商品归类因素如商品名称、随附单证

^① 《新闻办就2019年上半年进出口情况举办发布会》载中国网，http://www.gov.cn/xinwen/2019-07/12/content_5408746.htm，2019年10月8日访问。

^② 参见《世界银行2019营商环境报告》。

等做出明确规定；扩大预裁定范围并细化其手续、条件等相关规定；规定详细原产地索引，加强政策透明度等等。

2.加强企业伙伴式合作，完善风险防控措施

为了充分发挥企业的主观能动性，积极参与贸易便利化，海关与企业之间的关系重心势必将从监管与被监管转移到合作式伙伴关系。这种转移的顺利完成需要政府在改革进程中，无论是立法还是执法，努力保持与企业的优质沟通，并将企业的利益诉求纳入考量范围，尽力协调各方利益。另外，虽然是向伙伴关系转移，但是海关仍需做好企业的风险防控工作，及时掌握其经营状况，设置风险参数，跟进和关注政策落实情况，谨防政策漏洞或执法不利导致公私财产损失。

3.完善基础设施建设，增加电子技术开发与应用

清关程序，包括通关申报、风险防控、货物放行、税务缴纳、执法监督等各个方面都直接涉及到电子技术的运用。尤其是“单一窗口”建设和无纸化作业，除了实体部门之间的权责整合与明确，更需要一个强大的信息处理系统能够在有序分拣信息的基础上在各个地区的边境机构内达到信息共享，互通有无。因此，不但基础设施达到硬性标准，信息处理系统的开发也至关重要。

4.推广自贸区经验，加速通关一体化

2019年，中国自贸区再次扩容，数量增至18个，各自贸区应结合各自特点，加快贸易便利化改革速度，加大贸易便利化测试力度，深化国际贸易“单一窗口”建设，实现从口岸通关领域向国际贸易管理全链条延伸，加快与民航、港口、铁路等行业机构的对接。推进自贸区海关与其他国家海关口岸的双边交流与合作，推动自贸区海关的多边及区域合作，为贸易便利化第12条顺利实施奠定基础。

各自贸区还应在通关便利化建设基础上，借鉴国际经验，以《贸易便利化协定》为基础，推进区内通关便利化的营商环境建设，比如，2019年新获批的自贸区总体方案在将贸易便利化作为改革重点之外，均涉及到金融领域开放创新，金融服务和支撑功能也成为提升贸易便利化的重要组成，这迫切需要自贸区建立科学和完备的便利化制度体制，优化事中事后监管机制，在贸易外部环境面临重大不确定背景下，应加大贸易便利化试点力度，并积极将成功经验在全国推广，推动我国从贸易大国到贸易强国转变。

“一带一路”背景下我国境外经贸合作区法律支持的完善

黄伟锋

摘要：“一带一路”倡议中，贸易畅通是重点内容，也是初期建设的重点领域，而资金融通则是重要支撑，其战略突破口就在于双边、多边经贸合作区建设。我国通过与沿线国家合作共建经贸合作区，解决投资贸易便利化问题，消除投资和贸易壁垒，构建区域内和各国良好的营商环境。当前，我国境外经贸合作区发展势头良好，但也存在不少境外经贸合作区法律支持不足的问题，为此，论文通过典型境外经贸合作区的实证分析，提出完善我国境外经贸合作区法律支持的建议，以期进一步推动境外经贸合作区的发展，为实现“一带一路”倡议的终极目标出谋划策。

关键词：“一带一路” 境外经贸合作区 法律支持 贸易畅通

自2013年习近平主席提出“一带一路”倡议以来，为推动贸易畅通、资金融通，我国与“一带一路”沿线国家沟通磋商，合作共建了为数不少的境外经贸合作区。贸易畅通是“一带一路”建设的重点内容，也是初期建设的重点领域，而其战略突破口就在于双边、多边经贸合作区建设。资金融通是“一带一路”建设的重要支撑，其目标是打通原本隔离的国家间金融市场，建立沟通、协作和跨国的融资机制，为参与国的设施联通、贸易畅通、投资活动提供支持。通过与沿线国家合作共建经贸合作区，解决投资贸易便利化问题，消除投资和贸易壁垒，构建区域内和各国良好的营商环境。中国积极落实境外经贸合作区战略，推进对外关税谈判，扩大市场开放，把投资和贸易有机结合起来，以投资带动贸易发展，激发释放贸易投资合作潜力，做大做强合作“蛋糕”，是推动贸易畅通、资金融通，实现“一带一路”倡议的重要保障。

一、“一带一路”沿线我国境外经贸合作区建设概况

境外经贸合作区是指在中国与东道国或地区通过沟通磋商达成合作意愿，在境外设立中资控股的独立法人机构，或与东道国企业共同投资建设基础设施完善、主导产业明确、公共服务功能健全、具有集聚和辐射效应的产业园区，包括工业园区、科技产业园区、加工区等各类经济贸易合作区域。其特征表现为在中国政

府的指导下，以企业为主体，以商业运作为基础，以促进互利共赢为目的，投资主体根据市场情况、东道国投资环境和引资政策等多方面因素进行决策。其运作机制由投资主体通过建设合作区，吸引更多的企业到东道国投资建厂，增加东道国就业和税收，扩大出口创汇，提升技术水平，推动双边和多边投资合作，促进当地经济发展。境外经贸合作区是我国企业“抱团出海”、降低海外投资风险的一种模式创新，呈现了快速发展的态势。

为推动“一带一路”倡议落到实处，2015年3月28日，国家发展和改革委员会、外交部、商务部共同发布《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。此后，我国境外经贸合作区如雨后春笋纷纷破土而出，截至2018年9月，纳入商务部统计的合作区项目一共113个，分布在46个国家，目前园区的累计投资达到366亿美元，实现了总产值超过1000亿美元，上缴东道国的税费超过30亿美元，创造的就业近30万个。^①

综合这些境外经贸合作区，从投资区域来看，大多位于东南亚、中东欧、中亚等国家，分布于“一带一路”的沿线；从投资行业来看，企业经营范围主要为传统的能源、农业、轻工、冶炼等符合东道国经济发展需求的行业；从投资企业来看，主导企业大多是国内经济实力较强，并具有一定跨国经营能力的国营企业或大中型企业。我国境外经贸合作区大致形成港产城模式、产城结合模式、产商住结合模式三种开发模式，一般由“走出去”企业自行自主开发，大部分园区都坐落在东道国城乡结合部，基础设施极差，企业要自行投入大量资金搞基础建设，投资成本巨大，短期内很难盈利，尚未完全市场化运作，大部分还没有进入投资回报阶段。

总体来看，大部分境外经贸合作区特别是受财政部和商务部支持的园区，目前仍以相对低端和资源依赖的工业园、农业园、产业园或产业方面的合作为主，未来市场导向的自由贸易协定型和协同发展导向的城市共建型园区还不是很多，中国境外经贸合作区面临着较大的转型升级压力。在众多阻碍升级压力之中，首当其冲不能忽视的便是法律政策对合作区未来发展的影响。

二、我国境外经贸合作区国际法与东道国法律支持的现状

我国境外经贸合作区发展快速，据学者调研称，若包括在建或意向达成的大小园区，总数可能有几百个之多。然而，多数境外经贸合作区所在的东道国投资

^① 《合作区是干出来的》，中国贸易报，2018年11月29日。

环境不稳定，政策多变，法律适用不清晰，有时真让企业无法适应，无可奈何。我国企业习惯园区管委会的管理体制，管委会一般是政企合一的，承担一定的政府职能，但这种模式在许多国家根本行不通。企业要适应东道国的管理体制非常不容易，与东道国协调起来也困难，尤其是某些让人难以理解的法律法规，实践中让我国企业深感头痛。

境外投资的法律属性较强，经贸活动往往同时要受到东道国及投资母国国内法，相关国际条约、双边条约以及境外投资者与东道国政府或者与东道国当地企业等签订的大量合同的调整和支配，法律因素对合作区的制约与影响与境内投资相比更显复杂与多变。

（一）WTO 体制对境外经贸合作区的法律支持

WTO 对区域经济合作是持积极态度的，非歧视原则中的最惠国待遇体现了 WTO 积极推动世界经济贸易合作发展的立场，其基本含义是一成员国给予另一成员国产品或贸易往来的优惠待遇，应当无条件的立即给予所有其他成员国。但 WTO 也允许例外情况下某一成员国给予另一个或另一些成员国的优惠待遇不必给予所有其他成员国，在 WTO 的语境下，这种例外情况是指关于区域经济贸易安排时，可以给予一部分成员国更为优惠的待遇。当然，WTO 对最惠国待遇例外设置了严格的条件限制，主要规定在《关税与贸易总协定》第 24 条；《服务贸易总协定》（GATS）第 5 条；1979 年“东京回合”的授权条款。WTO 还特别颁布《关于解释 1994 年关税与贸易总协定第 24 条的谅解》，充分表明了其推动区域经济合作的态度，这也是我国设立境外经贸合作区的国际法基础。

对境外经贸合作区建设产生直接或间接影响最为显著的便是各类 WTO 协定，其中最重要的协议有《与贸易有关的投资措施协定》（TRIMs 协定）、《服务贸易总协定》（GATS）、《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPs 协定）及《补贴与反补贴措施协定》（SCM 协定）等。

TRIMs 协定使得各国引导和管辖外资的权利开始受到多边纪律的约束。WTO 成员方不得违背 GATT 对于国民待遇、一般取消数量限制等的相关规定，采取扭曲贸易投资的措施，尤其不得维持对外国投资和投资者的当地成分要求、外汇平衡要求、贸易平衡要求、不得以当地销售为条件限制企业出口以及以出口为条件限制企业进口。TRIMs 协定首次直接将国际投资纳入多边贸易体制的范畴进行调节，它虽未否定东道国制定各种投资措施的权力，但却要求这些投资措

施不得妨碍国际贸易的自由进行，体现出了国际投资法性质。

GATS 规定了以商业存在的方式提供服务必须遵守的多边纪律，首次将服务贸易纳入了多边管理体制。协定要求各国必须尽可能开放本国的服务市场，以具体承诺的方式列明外国投资者可以享受市场准入的领域与服务提供方式，并对此领域的投资者以国民待遇。GATS 丰富了国际贸易的形式与范围，促进了国际投资的进一步发展。

同时，由于国际投资日益深入知识产权领域，知识产权的国际保护对于推动国际投资的发展，尤其是技术密集型国际投资的发展具有极其重要的意义，TRIPs 协定的出现标志着对知识产权保护的国际标准已经正式确立，确立了广泛的保护范围，几乎涉及到当今知识产权的各个领域，确定了更高的保护水平，有利于维护国际投资主体的私有利益。

当然，除 WTO 协定外，区域贸易协定在国际投资领域也发挥着重要作用，为各国多领域的投资合作奠定了基础。可见，当前国际法视域下的国际投资法律框架已较为完善，能渗透于投资的方方面面，但其并不能对境外经贸合作区的发展提供完全的帮助。笔者认为，合作区作为一个在境外投资经营的集群，一旦与东道国企业或政府发生纠纷，很难靠企业的力量在国际法层面获得相应的救济，若想利用国际法解决纠纷，必将上升到两个国家层面，对企业来说是一个不小的挑战。因此，国际法视域下的国际投资法律更像是能起到一个宣示与指导的作用，而东道国的法律规定相比之下对境外经营的影响更为直接，也更为重要。

（二）东道国的法律支持现状

1. 国内投资法律体系

各国的投资法律体系并不完全一致，但总体而言有以下几个方面的现状。

税收制度：企业在东道国容易受到税收歧视或不公平待遇，主要由于东道国受经济发展水平的限制，税收征管体系并不完善，征管水平较为滞后，使得税收的服务意识欠缺，增大了征管的成本，降低了征税的效率，因此发生涉税争议时得不到有效及时的解决。

知识产权制度：境外经贸合作区所在的东道国基于发展的缓慢与滞后，并没有完善的知识产权制度，使得侵犯产品知识产权的现象时有发生，我国企业每年都有数以百计的商标遭国外企业抢注而失去商标经营的自主权，我国投资者的利益受到较大的损害。

反不正当竞争制度：境外经贸合作区要受到东道国的市场规制，主要体现在申报、审查标准及豁免制度等几个方面。由于境外经贸合作区是在我国政府的支持和引导下设立的，往往会获得来自政府的诸多优惠政策，使得在他国竞争时享有巨大优势。因此东道国对我国企业保持较高的警惕，进行限制竞争审查，推行竞争中立规制，确保公平的市场竞争环境。

外资管理制度：市场不成熟以及经济较为封闭使得东道国出于妥善解决吸引外资和保护本国经济的需要，鼓励外国投资者进入有利于国民经济发展和基础设施建设的行业，其他行业均受到一定的严格限制，在外资立法中境外资本准入的行业规定了一定的比例上限。此外，东道国常把数量限制、当地成分要求、外汇平衡要求、当地股权要求、经营权换取国有化等作为准入条件，对于资本和利润的转出也限定了一定的条件。

2. 国际投资规则签订情况

我国与东道国签订的投资协定大部分已有一定的历史，整体水平较低，没有进行重新相应的更新，因此在相关国家的投资权益维护较为困难。此外，投资协定的缔约内容主要限定于准入后的情况，对于准入前和准入时的经贸活动没有相应的法律保障，无法获得相应的国民待遇。而且协定中规定征收征用制度较为常见，东道国可以依据本国的法律程序，依据公共利益对投资者的投资财产进行征收，此举无疑加大了境外投资的风险。关于争端的解决，协定主要规定了当地司法程序和国际仲裁程序，由于境外经贸合作区的投资东道国大多为发展中国家，司法程序的解决能力有限，而国际仲裁对投资者的利益维护也具有多方面因素的影响，并不一定是最佳选择。目前，全球投资政策协定的特点呈现出双边区域自贸协定的排他性越来越强，从原产地规则到投资规则，限制越来越多。在这种情况下，境外经贸合作区建设必须要有应对的措施。

3. 投资法律环境的评价

笔者选取几处境外经贸合作区分布最广的地区，对其整体的投资法律环境进行分别评价。

东南亚国家：整体的法律体系并不健全，制度也并不完善。投资经济发展水平不高，与之配套的法律、政策与措施的适用价值较低，无法满足现实的需求，部分国家的法律缺乏公平性和确定性。执法力度低，加之政府官员贪污较为严重，外来投资者的合法权益受到危险，对投资利益的可预见性低。

中东欧国家：由于中东欧国家大部分隶属于欧盟，其对外的投资协定遵循欧盟的相关规定，总体上较为良好。但仍存在不足，投资自由化、便利化程度较低，各国关于投资的国内法各不相同，较为繁琐。

非洲国家：近年非洲的投资法律环境发生了巨大变化，各国纷纷制定和修改相关的投资立法，规定了不同的投资激励政策，或设立了一站式投资法律服务中心，总体上创造了较为宽松的投资法律环境。但为了应对各种投资争议，禁止外国投资者提交国际仲裁机构解决争议，使得投资解决争议区域化。

三、我国境外经贸合作区法律支持存在的问题

（一）法律体系多样，外资限制门槛较高

境外经贸合作区的建设遍布范围广，沿及一带一路周边国家及非洲等地，各国的法律体系各不相同，复杂多样。由于不同的法律文化与历史沿革，在法律的概念、表现形式及执行方式上差异较大。而在投资规则领域，涉及的法律条文众多、规则设定繁重，框架体系性不强，增加了投资者进行投资前的法律尽职调查成本。此外，国内与国际双轨并行的规则模式，使得境外的投资待遇、投资保护到投资救济均与境内有一定的差距，因此，从本国利益出发，安全审查之下的过分投资保护主义让投资维权愈发困难。

（二）司法环境欠佳，执法具有不确定性

虽然各国为了吸引投资在立法上下了不少功夫，但基于立法基础的欠缺与国家机关人员的腐败程度较高，一度使得投资法律环境变得浑浊与不利，以至于出现执法者的意念代替法律的行使现象，有关部门保证的优惠政策也变得摇摆不定，投资者难以有十足的法律政策保障而降低了投资信心。如何增强法律政策的可预期性，创造稳定和谐的投资环境，提高投资者的投资信心会对境外经贸合作区的可持续发展带来直接的影响。

（三）争端解决途径单调，权利救济保障缺乏

正如前文所述，在双边投资协定中主要提到的争端解决无外乎当地司法程序和国际仲裁程序，而两者的关系在一些国家内具有强制性规定，必须先经过当地司法程序的救济后才能选择国际仲裁程序，亦或是像非洲国家直接立法禁止国际仲裁机构的解决，这无疑限制了投资者对争端解决的选择。而选择当地司法程序救济往往不能妥善解决投资纠纷，其在于东道国作为发展中国家，通过司法程序的解决能力较弱，效率较低，加大了解决纠纷成本。而且，国家的单方保护主义

时有存在，对于境外经营的企业并不会得到最公平的解决，企业的合法权益就此碰壁，无法诉诸其他方式。

四、强化我国境外经贸合作区法律支持的若干建议

（一）积极促进建立合规管理机构，为合作区的发展保驾护航

不是一部法典的存在就可以将有关投资的法律全部包括，因为投资必定受到多方面的因素影响，因而目前以多部法律法规的形式构成投资法律体系，这也决定了法律的结构分散与复杂，对投资者而言掌握所有的东道国投资法律显然是不现实的，因此可以在各个境外经贸合作区设立一个针对合规风险的合规管理机构，统筹法律风险方面的管理，为中国企业在境外经营提供统一的帮助。合规管理机构的工作人员应该熟悉业务所涉国家的经营环境，了解其合规监管的重点问题，以便有效识别各类合规风险。具体而言，机构内部应有常年法律顾问了解所在国政治经济和法律环境的变化，及时采取应对措施，保证合作区内的企业始终处于合规运营的良性轨道；借鉴区内企业失败或成功的共性之处，以此作为经验教训对其他企业进行相应的指导，关注业务所在国合规监管的特殊要求；深入研习我国及业务所涉国家法律法规、缔结或者加入的有关国际条约等，对合规管理现状进行梳理，确认合规管理存在的风险，为合作区的发展保驾护航。

（二）稳步推进政府间协商机制的构建，发挥上层建筑的指导作用

目前，我国的境外经贸合作区均是在国家政府的指导与帮助下在他国建立与发展，没有两国间的发展投资意向，国家间的投资项目往来可能并不会像如今高速发展。可见政府间的交流往来对合作区的持续发展有着重要的意义，考虑到目前境外经贸合作区的发展仍处于初期阶段，政府的一定指导与帮助不可缺少，因此推进政府间协商机制的构建实属必要。而法律支持环境的改善就可以依托于此机制的运行，因为两国间的交流能够促进问题的发现与问题的解决，一旦东道国能够意识到境外经贸合作区对本国的经济与社会影响，相信就会做出一定的举措，而这些均得益于政府间的协商机制，发挥上层建筑的宏观影响。

（三）主动改善本国司法环境，创造吸引外资的健康投资法律环境

境外经贸合作区的建设本是以合作共赢为目的，企业为追求自己的利益在东道国对相关项目进行投资的同时也为东道国带来了经济的活跃发展，增加了当地的就业和税收，提高了相应的技术发展水平，从而达到了双赢的局面。鉴于此，双方为了谋取更大的利益共享，应当彼此间相互努力克服不足之处，目前面对阻

碍境外经贸合作区发展的法律支持环境，东道国应该有所作为，在保护本国公共利益的前提下，改善投资法律环境。具体而言，各国可以相互借鉴，根据本国国情适当引进一些相关立法规则，借鉴反贪反污的立法经验和监督体系，从而提高执法效率，提高执法者的法律素养，改善国内的司法环境。同时，针对纠纷的救济途径，应当高效完善，解决投资者维权困境重重地境况，从而强化境外经贸合作区的可持续发展。

结语

“一带一路”倡议的提出，推动了境外经贸合作区的飞速发展，使更多企业看到了境外投资的机会，而境外企业在东道国的发展又促进了“一带一路”倡议的落实与深入。我们应该看到境外经贸合作区的发展潜能，肯定它目前取得的卓越成就，但同时，也要承认其正处于发展的升级压力中。全球投资充满着不确定性，加上地缘政治风险，贸易保护主义、投资保护主义盛行等，国际投资框架逐渐呈现出不同的特点，作为境外经营的基础与保障，国际法、东道国法视域下的法律支持环境应该得到我们的重视，只有改善了基础的法律环境，境外企业的发展才会有更多精力考虑升级转型，进而才会有阶梯式发展。

美国出口管制制度与中国企业应对

沈文文^① 周眉^②

摘要：美国商务部工业和安全局主要从交易物品、交易目的地、最终用户和最终用途四个方面进行出口管制。实体清单就是工业和安全局列出的最终用户出口限制清单。中国企业在与被列入实体清单的企业进行交易时，需要对交易相对方和交易物品等进行合规性审查，并且可以通过变更物品运输途径、变更物品生产方式、变更价值比例等多种方式与被列入实体清单的企业进行合法合规的交易。

关键词：出口管制 实体清单 合规审查

1997年6月30日，因中国工程物理研究院研制出了原子弹和氢弹，美国商务部将其列入出口管制实体清单。中国工程物理研究院成为第一家被列入实体清单的中国机构。截至2019年10月9日，共有两百多个中国企业、组织和个人被列入美国的实体清单^③，其中包括近期被列入的华为、海康威视、大华科技、科大讯飞、新疆维吾尔自治区人民政府公安局等中国企业和机构。

随着越来越多的中国实体被列入实体清单，实体清单的牵涉面不断扩大，不仅是被列入实体清单的企业需要注意出口管制相关限制条件，与这些企业有着交易往来的中国企业也需要对此进行格外关注。因该问题被越来越多的中国企业特别是高科技企业所密切关注，笔者针对这一问题展开本文的论述，望能为相关企业提供一定的帮助。

一、出口管制制度概述

实体清单是美国《出口管制条例》(Export Administration Regulations)中的一个最终用户出口限制清单。了解实体清单对企业的相应限制条件之前，就需要了解美国的出口管制制度。

根据出口管制的对象的不同，美国出口管制制度可以分为针对军事防务产品的出口管制制度和针对军事民用两用途物品的出口管制制度。军事防务产品主要有《国际武器贸易条例》(International Traffic in Arms Regulations, ITAR)进行具体的约束；军事民用两用途物品主要由《出口管制改革法案》(Export Control

^① 沈文文，北京德恒（杭州）律师事务所合伙人律师。

^② 周眉，北京德恒（杭州）律师事务所实习律师。

^③ 实体清单的具体名单可在EAR第744条附件四表格中查询，该表格明确了每个实体的许可物项范围和许可审查政策。

Reform Act, ECAR)和《对外贸易条例》(The Foreign Trade Regulations, FTR)以及《出口管理条例》(Export Administration Regulations, EAR)进行约束。因实体清单主要由美国商务部工业和安全局(Department of Commerce, Bureau of Industry and Security)监管,本文主要探讨工业和安全局监管下的出口管制制度。

工业和安全局监管下的出口管制制度由EAR进行了全面系统的规定,对管制对象、管制范围以及许可申请程序等都进行了规定。其他主体向位于实体清单的实体出售美国商品、技术和软件均需要受到EAR的一系列限制。

(一) EAR 管制的物品

EAR规定受其管制的物品包括纯民用物品、具有民用和军事双重用途的物品、恐怖主义和潜在的与大规模杀伤性有关的武器、以及仅用于军事用途但是不受《国际武器贸易条例》管辖的物品^①。

由于该范围概念较为粗略,不便于公众进行判断,EAR对如何确定受管制的物品进行了29个步骤的说明。这29个步骤在EAR中规定的十分详细,根据对应的步骤描述情形可以一步步进行判断,从而最终确定是否适用EAR。比如,步骤一是检验物品如受其他联邦机构专属管辖,则该物品不受EAR的限制;步骤二是检验如技术或软件是公开可用的,并且你是美国人但是不适用针对美国人扩散活动的一般禁令七,则你的技术或软件可以出口或转出口。因29个步骤均需根据具体情况进行对应的选择,因此在此不具体展开,详见EAR第732.2条至第732.5条。

简单来说,根据EAR第734.3条的规定,受EAR约束的物品有:(1)美国境内的所有物品,包括在美国对外贸易区或从美国过境从一个外国转移到另一个国家的所有物品;(2)美国原产的物品;(3)合并了受EAR管制的美国商品的外国制造商品,“捆绑”了受EAR管制的美国软件的外国制造商品,混合了受EAR管制的美国软件的外国制造软件以及与混合了受EAR管制的美国技术的外国制造技术(满足734.4条规定的比例限度);(4)使用源自美国的技术或软件直接生产的外国产品;(5)通过位于美国国外的工厂或工厂的主要组成部分生产的产品,但该工厂或其主要组成部分是利用美国发明的技术或软件直接生产出来的。

上述第三项受EAR约束的混合商品、软件或技术需要满足的比例限度条件^②

^① EAR第730.3条。

^② EAR第734.4条。

分为三类情况。第一类是无论美国成分所占比例如何，均需受 EAR 管制，主要有符合特定条件的计算机、加密技术、特定的美国起源技术、军事商品、9x515 和 600 “系列” 商品，海外资产控制办公室（the Office of Foreign Assets Control, OFAC）规定的禁运产品。第二类是受 EAR 管制的美国商品或与美国软件“捆绑”在一起的外国制造商品、软件的转出口，美国成分价值高于外国制造商品总价值的 25% 时，整体商品向全世界转出口均受 EAR 的管制。第三类是受 EAR 管制的美国商品或与美国软件、美国技术“捆绑”在一起的外国制造商品、软件、技术的转出口，美国成分价值高于外国制造商品总价值的 10% 低于 25%^① 时，整体商品向古巴、伊朗、朝鲜、苏丹、叙利亚转出口均受 EAR 的管制。

不受 EAR 约束的物品有^②：由国务院、财政部外国资产控制办公室、美国核监管委员会、能源部、专利商标局、国防部和州外国军事销售计划管理的物品；预先录制的留声机记录；部分或全部复制印刷书籍、小册子和其他出版物的内容，日历、地图、地球仪等商品；日历和日历块，纸张；地图，水文图表，地图集，地名词典，地球仪封面和地球仪；已发布的技术或软件的进一步传播，如不受限制的订阅、向公众开放并可供公众获取的有形或无形文件的图书馆或其他公共图书馆；会议、研讨会等向有兴趣的公众无限制的分发；以任何形式进行的公开传播（即非公开发行），包括在互联网上向公众提供的网站上发布信息；向国内外的期刊，杂志，报纸或行业出版物的合著者，编辑或审稿人、基础研究的研究人员、公开会议的组织者提交书面作品，手稿，演示文稿，计算机可读数据集，公式，图像，算法或某些其他知识的表示，用于公开发表；归类于《商业管制清单》中出口管制分类号（ECCN）为 5D002 的可公开获得的加密目标代码软件，并且相应的源代码符合 EAR 的 742.15（b）中指定的标准；在基础研究（对科学、工程、数学的研究，并且研究成果通常会在界内广泛发布并共享）中产生并且打算发表的技术或软件；学术机构的目录课程或教学实验室发布的技术或软件；公开专利申请中披露的技术或软件等。

（二）受 EAR 管制的行为

受 EAR 管制的行为主要有出口（Exports）、转出口（Reexport）、披露（Release）

^① 当事人必须根据 EAR 第 762 部分中的记录保存要求，记录确定外国软件或技术中美国内容百分比的方法，并将其保留在记录中。记录应表明在计算中使用的值是实际的独立交易市场价格还是可比较交易衍生的价格或生产成本，间接费用和利润。

^② EAR 第 734.3（b）条。

和他国转移 (Transfer (in-country))。

具体来看，出口、转出口、披露和他国转移都是美国出口管制约束的行为。“出口”指以任何方式从美国实际装运或运输，包括向美国境外发送物品或携带物品到美国境外；向外国人发布或以其他方式转让技术或源代码；转移航天器的登记、控制或所有权。“转出口”指将受 EAR 管制的物品或者技术以任何方式从一个外国装运或运输到另一个外国，或者在美国境外再次转移航天器的登记、控制或所有权。“披露”指因外国人进行外观检查或其他检查，向外国人展示受 EAR 管制的技术或源代码；与外国人在美国或国外进行技术或源代码的口头或书面交流。“他国转移”则指在来源于美国的产品或技术出口至某国后，在该国进行产品或技术的最终用途或最终用户的变化。

（三）受 EAR 管制的主体^①

受 EAR 管制的美国人包括：美国公民、拥有美国永久居留权的人、受美国法典定义保护的個人；在美国法律下设立的或其他受美国管制的法人，外国的分支机构；任何在美国的人。

EAR 还管制美国人外的其他人。任何人遵守了其他国家的法律和法规，并不免除其遵守美国法律和法规的义务，其中包括遵守 EAR 规定的义务。

（四）EAR 的禁令^②

在通过上述标准确定商品或行为受 EAR 约束后，需要再根据十个一般禁令的规定进行审查。一般禁令一至三适用于《商业管制清单》和《商业国家列表》的物品，一般禁令四至十禁止未经工业和安全局授权的特定行为，适用于所有受 EAR 约束的物品。

一般禁令一是指在没有许可证或不适用许可例外的情形下，不得出口或转出口受 EAR 管制的物品。

一般禁令二是指在没有许可证或不适用许可例外的情形下，不得出口或转出口混合了美国商品、技术、软件且美国成分高于比例限制条件的外国商品、技术、软件。

一般禁令三是指在没有许可证或不适用许可例外的情形下，不得出口或转出口在国外利用美国技术和软件直接制造的外国物品；该禁令具体是指向 D1、E1、

^① EAR 第 744.6 条。

^② EAR 第 736 条。

E2 国家出口或转出口以及将中出口管制分类号 (ECCN) 为 0A919 物品或 9x515 物品或 600 系列物品出口或转出口至 D1、D3、D4、D5、E1 或 E2 国家。

一般禁令四是指不得违背 ERA 的行政执法程序，不得向被取消出口特权的主体出口物品，并且一般禁令四不适用许可例外情形。

一般禁令五是指不得向禁止的最终用户出口或转出口，或出口或转出口用于禁止的最终用途，并且一般禁令五不适用许可例外情形。

一般禁令六是指不得向禁运的地点出口或转出口受 EAR 管制的物品，一般禁令六只适用 746 部分的许可例外，不适用其他许可例外情形。

一般禁令七是指美国人未经许可，不得明知具体的融资、合同、服务、支持、运输、雇佣将会为 EAR 禁止的扩散活动提供帮助，而操作该帮助行为。

一般禁令八是指船舶或者飞机在运输途中，未经许可，不得在特定过境国卸货。特定过境国有亚美尼亚，阿塞拜疆，白俄罗斯，柬埔寨，古巴，格鲁吉亚，哈萨克斯坦，吉尔吉斯斯坦，老挝，蒙古，朝鲜，俄罗斯，塔吉克斯坦，土库曼斯坦，乌克兰，乌兹别克斯坦，越南。

一般禁令九是指不能违反根据 EAR 发布的许可的条款、条件或者许可例外的条件，也不得违反成为 EAR 一部分的任何命令。

一般禁令十是指不能在知道已经发生或者将要发生违反 EAR 规定的情形下继续进行交易。不能明知违反 EAR 或《出口管制法案》或许可、许可例外的情形下，销售、转让、出口、转出口、融资、订购、购买、移除、隐瞒、存储、使用、贷款、处置、运输或采用其他方式出口 EAR 管辖的物品。

(五) 被列入“实体清单”的情形

如果工业和安全局认为实体侵害了美国的国家安全或者是国家外交政策利益的，则可以将实体列入“实体清单”。EAR 中举例了五种侵害美国国家安全或外交政策利益的情形：1、支持实施恐怖主义行动的人；2、向被美国国务卿认定一直支持国际恐怖主义的政府提供加强军事能力或实力的行为；3、违反美国国家安全或外交政策利益运输、开发、服务、维修或生产常规性武器；或为前述活动提供零件、部件、技术或资金；4、阻止工业和安全局或美国国防贸易控制委员会的最终用途审查，比如拒绝检查、提供虚假或误导性信息、进行拖延或回避行为等有效地阻止了检查的发生或导致检查不正确；5、最终用户审查委员会有理由相信主体参与有可能违反 EAR 的行为。

（六）被列入实体清单的后果^①

除了《商业管制清单》中对于物品的许可证要求之外，公众还不得在没有许可证的情况下，向“实体清单”中的实体以出口、转出口、他国转移等方式出口商品。具体的每个“实体清单”的实体对应的许可证要求需要参见“实体清单”中的描述。

而经查看被列入“实体清单”的中国机构、组织和个人对应的许可证审查政策，大部分是“推定拒绝”（Presumption of denial）政策，即推定拒绝许可证申请。只有部分出口管制分类号编号项下物品采用“个案审查”政策（Case-by-case review）。

（七）违反 EAR 的后果^②

EAR 将违法违规行为分为以下几类：1、违反《出口管理法案》（Export Administration Act, EAA）、EAR 的规定或违反根据《出口管理法案》和 EAR 作出的命令、许可或授权的；2、导致、协助、教唆他人作出第一类违法违规行为的；3、尝试作出第一类违法违规行为的；4、谋划或合谋作出第一类违法违规行为的；5、为预期违法违规行为提供帮助的；6、持有意图非法出口财产的；7、接受调查时虚假陈述和隐瞒事实的；8、规避 EAR 相关规定的；9、不遵守报告、记录保存要求的；10、擅自更改根据 EAR 发出的许可证、授权、出口控制文件；11、违反拒绝令行事。

上述违法违规行为将要面临一系列制裁，包括民事罚款、禁止出口、排除实践、刑事罚款及监禁。

民事罚款的每次罚款不能超过《出口管理法案》规定的金额。如果 IEEPA 或其他有权机构进行处罚的，最高的罚款金额由该处罚机构规定。具体人员在受到处罚后一年内支付民事罚款的，相关许可证的授予、恢复有效、许可例外情形等都能继续施行。

禁止出口是指工业和安全局可能会发布命令，限制具体人员出口或转出口 EAR 管制物品，或者限制具体人员获得 EAR 管制物品。禁止出口的命令还会导致与具体人员相关的未完成的许可证被暂停或撤销。

排除实践是指工业和安全局明确排除具体人员作为律师、会计师、顾问、货

^① EAR 第 744.16 条。

^② EAR 第 764 条。

运代理人或其他代表身份进行许可申请或参与其他与工业和安全局有关的活动。

刑事处罚有刑事罚款、监禁、扣押没收等。刑事处罚有以下几种情形：1、违反或试图违反《出口管理法案》、EAR 的规定或违反根据《出口管理法案》和 EAR 作出的命令、许可或授权的，处以不超过出口或转出口商品价值五倍的罚款，或 5 万美金（以金额较大者为准），或者监禁不超过五年。罚款和有期徒刑可以并用。

2、任何人在明知出口国是处于外交政策目的管制的国家的情况下，故意违反或密谋企图违反《出口管理法案》、EAR 的规定或违反根据《出口管理法案》和 EAR 作出的命令、许可或授权的，对不是自然人的主体，处以不超过出口或转出口商品价值五倍的罚款，或 100 万美金（以金额较大者为准），对自然人应处以不超过 25 万元的罚款或监禁不超过 10 年。罚款和监禁可以并用。

3、获得了出口许可证的人，在明知出口或转出口将会被管制国家用于军事或情报收集的情况下，故意不向国防部长报告这种情况的，对不是自然人的主体，处以不超过出口或转出口商品价值五倍的罚款，或 100 万美金（以金额较大者为准），对自然人应处以不超过 25 万元的罚款或监禁不超过 10 年。罚款和监禁可以并用。

除上述责任外，还可能被扣押船只、车辆和飞机，没收相关物品。并且也可能在被工业和安全局处罚后，被其他机构重复处罚。比如国防部可以基于违反出口管制的规定，中止特定人与美国政府签约的权利；国务院可以根据《武器出口管制法》的规定，拒绝向违反出口管制的人颁发出口国防物品和国防服务的许可证。

二、中国企业的合规审查

随着被列入实体清单的中国企业、机构及个人的范围扩大，中国企业不可避免地会遭遇到交易相对方被列入实体清单的情形。在此情形下，中国企业需要对交易进行合规性审查，避免因违反 EAR 相关规定而遭受到美国商务部的罚款或被列入实体清单、禁止获取 EAR 管制物品。

（一）交易地位审查

如果中国企业是交易的采购方，采购被列入实体清单的实体的相关产品，则中国企业并不会违反 EAR 的相关规定。

美国商务部工业和安全局管制向实体清单内的实体出口相关物品的行为，但

并不限制进口被列入实体清单中的实体的商品,更不限制非美国企业向实体清单中的实体采购商品、软件的行为。

因此,如中国企业经审查发现自身企业并未向被列入实体清单的实体出售商品、软件的,则中国企业在对方被列入实体清单后,仍可继续交易。

(二) 交易相对方以及交易标的审查

因美国政府主要从物品、目的地、最终用户和最终用途四个方面进行出口管制。中国企业首先需要审核美国政府对交易相对方所处国家的限制以及对交易物品的限制。这里需要注意的是,中国企业不仅需要审查交易相对方,还需要审查明知后续交易中的购买方。因为,企业需要对事先知晓或者应当知晓的违反禁用最终用途或禁用最终客户的后续交易负责。

中国企业查看《商业国家列表》可以直接了解工业和安全局对相关国家的限制。审核对应国家的限制后,还需要审核交易标的是否受 EAR 管辖的物品。

根据 EAR 的条款规定,受 EAR 约束的物品有美国境内的物品,包括在美国对外贸易区或从美国过境从一个外国转移到另一个国家的所有物品;美国原产的物品;美国成分高于 25%或 10%的混合商品、软件或技术;使用源自美国的技术或软件直接生产的外国产品;通过位于美国国外的工厂或工厂的主要组成部分生产的产品,但该工厂或其主要组成部分是利用美国发明的技术或软件直接生产出来的。

因此,中国企业在向被列入实体清单中的实体出售物品时,需要针对物品进行审查。首先,需要审查该物品是否为不受 EAR 管制的特定物品(参见本文第一条第一款内容及 EAR 第 734.3 (b) 条)或者该物品是否为美国原产、使用美国的技术或软件直接生产或者在美国国外的工厂生产;其次,需要审查该物品是否从美国过境或在美国对外贸易区;最后,需要审查物品中受 EAR 管制的美国成分价值是否超过物品价值的 25%(向古巴、伊朗、朝鲜、苏丹、叙利亚转出口则不得超过 10%)。

前两项审查需要对物品的生产过程、运输路径进行审查。第三项审查需要对美国成分价值进行计算。美国成分价值所占物品价值比例的计算需要按照 EAR 第 734 条附件二的标准进行计算。

根据 EAR 的规定,在计算美国成分所占比例时,有以下几个步骤。第一步,应识别美国成分所对应的 ECCN 编号,然后确定其中需要获得工业和安全局许

可的部分。第二步，在确定美国成分对应的价值时，应当按生产外国产品的外国市场中该美国成分对应的公平市场价格为其价值。如果美国供应商与外国生产者有关联而导致价格低于正常市场价格的，应按照与非关联客户的交易价格来进行计算。如果是在无法获得该美国成分所对应的公平市场价格，则需要用其他可靠的估值方法来进行计算。EAR 不要求按照会计系统或美国会计标准进行计算，但是，计算的方法必须与业界惯例一致。第三步，确定外国商品的价值。确定外国商品的价值时，也需要按照第二步的方法计算出公平市场价格。如果是外国软件的，则估算该外国软件的未来销售量。外国软件的实际价值包括外国软件的目前实际销售价格和该软件未来销售价格的预估值。第四步，将美国成分的价值除以外国商品的价值，计算可得美国成分所占的价值比例。

$$\text{计算公式：价值比例} = \frac{\text{受美国管制的美国成分的价值}}{\text{商品的总价值}} * 100\%$$

（三）其他风险审查

除了实体清单外，美国政府的出口管制清单还包括被拒人员名单（Denied Persons List）、未经核实机构名单（Unverified List）、特别指定人员名单（Specially Designated Nationals List）、禁止名单（Debarred List）、规避制裁外国人清单（Foreign Sanctions Evaders List）、特别指定国民清单（Specially Designated Nationals And Blocked Persons List）等。

因此，中国企业除了需要按照实体清单的标准对交易相对方以及交易标的进行合规性审查之外，还需要按照美国政府列出的其他最终用户限制名单等出口管制相关文件对交易过程进行审查。

三、应对措施

中国企业在对交易地位和交易标的进行审查后，发现自身属于销售商品、软件或技术给被列入实体清单的实体，或者交易标的属于 EAR 管制的范畴，有以下几种措施可供参考应对。

（一）变更物品运输路径

在交易物品因为在美国过境，或者处于美国对外贸易区而导致交易物品受 EAR 管制的情形下，中国企业可以考虑重新架构物品运输路径，从第三国运输到中国时，不从美国转运或过境，从而避免被纳入 EAR 管制范畴。

（二）变更物品生产方式

交易物品在国外的美国工厂生产，或工厂的主要设备、组成成分来自于美国的，会导致交易物品受 EAR 管辖。中国企业可以考虑寻找替代的生产工厂进行生产。

交易物品使用美国的技术或软件直接生产，从而导致交易物品受 EAR 管辖的，中国企业可以考虑寻找替代的技术或软件进行生产。比如物品的核心部分或者软件的核心部分，使用替代的他国技术或软件。

（三）更改美国成分价值比例并向工业和安全局报告

如果交易物品中受工业和安全局管制的美国成分价值小于物品整体价值比例的 25%，则中国企业需要向工业和安全局报告，得到工业和安全局的默许后，方能向被列入实体清单的企业出售物品。

中国企业在出售物品前，需要以电子邮件、传真或者邮寄的方式，向工业和安全局提交报告，报告中需要描述外国成分的范围和性质，描述外国成分的公平市场价值的计算依据，载明工业和安全局根据报告可能需要联系的人的相关联系方式。如果在提交报告后 30 天内未收到工业和安全局的回复的话，中国企业可以依据报告中的计算方法按照低于最低比例的情形，直接向实体清单的企业出售物品^①。

如果交易物品中受工业和安全局管制的美国成分价值高于物品整体价值比例的 25%，中国企业可以考虑将物品中不重要的美国成分剔除或予以替代，从而提高非美国成分的比例；或者中国企业可以考虑提升整体物品的价值，从而降低美国成分所占物品的价值比例。比如此前的交易物品只包含了一个零件或者部件，则中国企业可以与被列入实体清单的实体协商，交易物品扩张并变更为一个整体商品。但这种方法可能会被工业和安全局认定为规避行为，建议在专业律师指导下操作。

（四）向工业和安全局申请许可^②

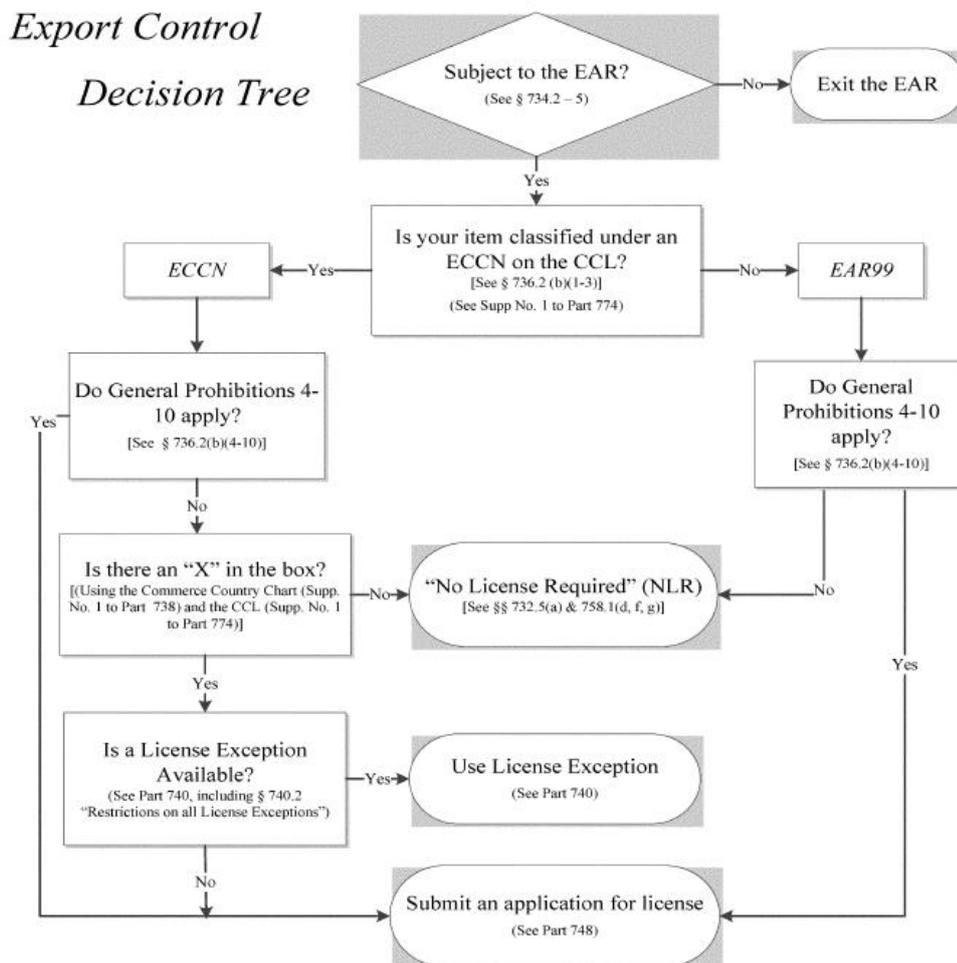
如果交易物品无法更改运输路径、生产方式或者物品成分的，或者交易物品本身属于军事或安全领域物品的，中国企业可以考虑向工业和安全局申请许可证。但是，许可证的适用是有特定情形的。在确定相关交易是否适用许可证申请时，

^① EAR 第 734.4 条。

^② EAR 第 750 条。

判断步骤流程可参看下图。

SUPPLEMENT NO. 1 TO PART 732 – EXPORT CONTROL DECISION TREE



[82 FR 61155, Dec, 27, 2017]

如果相关商品属于 EAR 管制的商品，则中国企业应当在《商业管制清单》中查看商品对应的出口管制分类号（ECCN）（如果未被列入《商业管制清单》，则商品的出口管制分类号为 EAR99）确定该商品是否受到一般禁令四至一般禁令十的限制。如果受限制的话，则需要提交许可证申请，如果不受上述限制并且《商业管制清单》和《商业国家列表》中均未被打上对应的“x”，则无需申请许可证。

根据上述步骤，确认相关交易需要提交许可证申请的，还需要参看实体清单中交易相对方所对应的许可证审查政策，以确定是否可以提交许可证申请，还是直接被“推定拒绝”。实体清单中会列明对实体的许可证审查政策。一些实体的

许可证审查政策是“推定拒绝”（Presumption of denial），则意味着即使提交许可证申请，也是会被推定拒绝。如果实体的许可证审查政策是“个案审查”

（Case-by-case review），并且交易物品属于个案审查政策列明的商品的出口管制分类号（ECCN）范畴内，则中国企业可以请美国出口商向工业和安全局递交许可申请。

向美国工业和安全局提交许可证申请有主体、内容和程序等多方面要求。首先，只有美国境内的人才能申请从美国出口物品的许可证，申请人必须是出口商。拥有书面授权的美国代理人可以为美国利益相关方或外国利益相关方提交申请。

许可申请的提交可以通过工业和安全局的网站进行注册提交，网址是 <https://snapr.bis.doc.gov/registration>。申请人必须保留提交给工业和安全局的许可证申请的相关文件的正本或副本。

此外，美国工业和安全局要求以下商品申请许可证时，需要提供中国最终用户的声明：发往中国的《商业管制清单》中出口管制分类号（ECCN）6A003 的价值超过 5000 美元的照相机；发往中国的计算机；在《商业管制清单》上的商品总价值超过 5 万美元。

另外需要注意的是，如果出口商在未披露重要事实的情况下获得了许可证，则获得的许可证将会被视为无效。并且，出口商在提交许可证申请时对所有项目的回答将被视为对现有事实或情况的连续表示，如果后续发生了重大或实质性变化的，出口商需要及时向工业和安全局报告。

一般而言，工业和安全局在审查特定的许可证申请时，会对提交的申请文件和支持文件进行完整的分析，除了审查项目和最终用途外，工业和安全局还将考虑交易各方的可靠性并审查任何可用的情报信息。如有需要，工业和安全局还会就许可申请与其他美国部门和机构进行协商，美国国防部、能源部、国务院和司法部可能会审查相关许可证申请。

最后，所有许可证申请将会自申请之日起 90 天内解决或转交给总统。如果工业和安全局拒绝了许可证申请，将会以书面形式进行通知，通知包含拒绝决定的意图、法律法规依据、具体拒绝的理由（在符合美国国家安全和外交政策的情形下）、许可申请的修改建议、上诉程序。在收到拒绝通知后，申请人可以在 20 天内作出回复，工业和安全局将在收到回复后通知是否更改了拒绝许可的决定。如果申请人在拒绝通知发出后 45 天内未收到拒绝许可被修改的决定，则拒绝决

定是终局的。

如果许可证申请被通过，则工业和安全局会通过电子方式或者纸质方式签发许可证。许可证内物品若未进行实质性变更，则不需要换发许可证。

（五）适用许可证例外^①

如果交易商品被列入《商业管制清单》，且其不受一般禁令四至一般禁令十限制，且交易相对方所处的国家在《商业国家列表》中被打上对应的“x”，则中国企业可以审查该笔交易是否符合许可证例外的适用情形。

适用许可证例外的商品需要在相应的电子出口信息（Electronic Export Information）中输入对应的三个字母符号，用于出口清关。

许可证例外的情形主要有向特定国家出口价值不超过特定值的物品（Shipments of limited value, LVS）、向《商业国家列表》中 B 组国家出口商品（Shipments to Country Group B countries, GBS）、向《商业国家列表》中的国家出于国家安全目的运输《商业控制列表》商品（Civil end-users, CIV）、向《商业国家列表》中 B 组国家出口技术和软件（Technology and software under restriction, TSR）、出口 ECCN 4A003 项下的计算机、电子组件（Computers, APP）、临时进口、出口、转出口及他国转移（Temporary imports, exports, reexports, and transfers (in-country), TMP）、维修和更换零件、组件、配件和设备（License Exception Servicing and replacement of parts and equipment, RPL）、各国政府、国际组织、国际空间站和《化学武器公约》进行的国际检查（GOV）、捐赠及人道主义捐款（GFT）、美国大学向其善意的全日制雇员出口、销售、修复操作系统或软件（TSU）、个人携带行李（BAG）、在美国短暂停留的外国飞机、飞往国外短暂停留的美国飞机、用于基础研究的航空器和部件的出口以及在船舶或飞机上永久使用的设备和备件等（AVS）、额外的允许再出口（Additional permissive reexports, APR）、加密的商品、软件和技术（ENC）、农产品（Agricultural commodities, AGR）、消费者通信设备（CCD）、战略贸易授权（STA）、改善古巴人民生活条件的出口（Support for the Cuban People, SCP）。

上述每一许可证例外情形对应的具体条件在 EAR 中均有对应的具体描述，中国企业可以对照自身交易情况进行判断。如可使用许可证例外制度，则在交易前无需申请特定的许可。

^① EAR 第 740 条。

（六）其他措施

如果中国企业的主要业务就是销售含有美国成分的高科技产品或其他受EAR管辖的物品，则中国企业也可以考虑一种更为直接的方式，即向工业和安全局申请被授权为确认合法终端用户（the Validated End-User, VEU）。确认合法终端用户一般是愿意建立并执行出口管制的内部合规制度，并且具有美国出口管制法律法规的相关合规经验的企业。

通过VEU资格审核的中国企业无需个别申请美国出口许可证,即可快速获准进口相关受限商品。并且因为该类中国企业有着相应的美国出口管制合规培训及保存相应合规记录,也可帮助企业降低因疏忽而违反美国出口管制法规并遭受重罚的风险。

四、结语

美国商务部出于政治及经济等多方面因素，不断将中国企业、机构列入实体清单中。作为中国企业，在开展企业经营活动时，为控制风险，避免遭受美国商务部或其他政府机构的经济制裁和处罚，需要对交易进行事先审查。如交易相对方被列入实体清单，中国企业需要对交易过程和交易标的进行合规性审查。如在审查后发现交易物品或交易行为属于EAR管制的范畴，可以考虑从变更物品运输途径、变更物品生产方式、更改美国成分价值比例、适用许可证例外政策或向美国商务部工业和安全局申请许可等多种方式，保障交易的合法合规进行。

ICSID 仲裁庭排他性管辖权实证研究

张川方^①

摘要：在 ICSID 仲裁庭的管辖权与主权国家的自治权之间存在着一种紧张关系。ICSID 仲裁庭可以根据《ICSID 公约》第 47 条采取临时措施中止国内平行诉讼程序，从而维护其根据《ICSID 公约》第 26 条享有的排他性管辖权。从 ICSID 仲裁庭和国内法院的反应来看，严格遵守《ICSID 公约》的排他性管辖权规则，对于《ICSID 公约》公开宣称的目的以及当事方选择 ICSID 仲裁的既定意图而言都是合适的，而且在现实中也十分必要。然而，国内平行诉讼程序并不必然与《ICSID 公约》第 26 条的规定相互矛盾，只要平行诉讼中涉及的诉讼请求与 ICSID 仲裁中讨论的问题没有关联即可。ICSID 仲裁庭最合适的做法就是同时聚焦平行程序的主题以及此种程序对当事方权利及最终裁决带来的影响。

关键词：ICSID 仲裁 排他性管辖权 临时措施

引言

在中国持续推动“一带一路”倡议实施的背景下，无论是中国政府还是中国企业，都可能面临越来越多的国际投资争端。^②在 ICSID 仲裁中，仲裁庭享有广泛的权力，排他性管辖权就是其中重要的一种。为了更好地应对国际投资争端，充分了解 ICSID 仲裁中的排他性管辖权制度具有重要的现实及理论意义。

在 ICSID 仲裁中，当对于仲裁程序至关重要的证据、资产或者标的位于争端国家当事方以外的某个国家，或者可以对 ICSID 仲裁案件产生影响的程序可能正在第三国的国内法院进行时，当事方可能出于便利性考虑直接向 ICSID 仲裁庭之外的法院或法庭寻求救济。此外，投资者与东道国之间经常发生多重相互诉讼。例如，外国投资者以东道国违反了双边投资条约义务为由提起 ICSID 仲裁，而投资者的子公司依然受到其与东道国之间合同（该合同尚未终止且必须履

^① 作者简介：张川方（1986- ），男，温州大学法学院讲师，法学博士，研究方向为国际经济法。

^② 2017 年 6 月 21 日，德国企业 Hela Schwartz GmbH 向国际投资争端解决中心（International Center for the Settlement of Investment Disputes, ICSID）提起了针对中国政府的投资仲裁，这是中国政府第三次在 ICSID 成为被申请人。中国政府作为被申请人的前两起案件分别是：Ekran Berhad v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/11/15; Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25。近年来，中国大陆企业提起了三起国际投资仲裁案，包括：Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29; China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, UNCITRAL, PCA; Beijing Urban Construction Group Co.ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30。其中两起是 ICSID 仲裁案。

行)的约束。于是,东道国与投资者子公司之间会发生不同性质的相互诉讼,而ICSID 仲裁仍在进行。由于仲裁庭没有在争端当事方之外作出裁定的权限,当事方关于第三方的权利可能无法获得充分保护。此时,当事方可能进一步选择向ICSID 仲裁庭之外的法院或法庭寻求救济。

在出现上述两种情形时,ICSID 仲裁庭可以根据《ICSID 公约》第 47 条^①采取临时措施中止国内平行诉讼程序,从而维护其根据《ICSID 公约》第 26 条^②享有的排他性管辖权。这里提到的国内平行诉讼程序包括当事方向国内法院提起的临时救济。^③在实践中,ICSID 仲裁庭对于当事方向国内法院请求临时救济持何种态度?国内法院对ICSID 仲裁庭的排他性管辖权又持何种态度?ICSID 仲裁庭判定中止平行诉讼程序的标准是什么?本文试图结合 ICSID 仲裁的相关案例对这些问题作出回答。

一、ICSID 仲裁庭对国内平行诉讼的态度

权威的国际法学家,包括非常熟悉 ICSID 事项的专家都强调国内法院不能在 ICSID 仲裁争端解决中发挥作用。例如,ICSID 第一任秘书长阿伦·布罗奇斯(Aron Broches)博士认为:“原告不可以选择国内法院程序代替 ICSID 仲裁,被告也不可以通过国内法院程序对抗原告告诉诸 ICSID 仲裁的权利。”[1]8 世界银行前法律总顾问易布拉欣·希哈塔(Ibrahim Shihata)博士指出 ICSID 机制的一个“基本特征”就是其可以“免受国内法院的控制。”希哈塔进一步指出:“根据《ICSID 公约》,同意 ICSID 仲裁就排除了其它任何救济,缔约国的国内法院应当戒绝干预 ICSID 仲裁程序的开展。”[2]66

ICSID 前高级法律顾问乔治·德劳姆(Georges Delaume)指出:“在《ICSID 公约》的背景下,国内法院必须戒绝采取任何行动干扰 ICSID 仲裁的自治性和排他性。换言之,如果某一缔约国的法院发现其受理的诉求可能需要 ICSID 进行裁判,该法院就应当中止其程序并等待 ICSID 对该问题作出妥善的解决。”

[3]784 德劳姆重申当事方将争端提交至 ICSID 进行仲裁,目的是将争端排除在

① 《ICSID 公约》第 47 条规定:“在当事方没有相反约定的情况下,仲裁庭认为情形必要时,可以建议采取临时措施以保护当事方的各自权利。”

② 《ICSID 公约》第 26 条规定:“除非另有规定,当事方同意根据本公约交付仲裁,应视为同意排除任何其他救济方法而交付上述仲裁。缔约国可以要求以用尽该国行政或司法救济作为其同意根据本公约交付仲裁的条件。”

③ 1984 年《ICSID 仲裁规则》第 39 (5) 条规定:“本仲裁规则不应阻止当事方在仲裁程序开启之前或进行期间请求任何司法机构或其它当局裁定临时措施以保护其各自权益,前提是当事方在同意仲裁的协议中作出了如此规定。”鉴于《ICSID 公约》第 26 条的规定,该款可被解读为阻止当事方向司法机构请求临时措施,除非仲裁协议中有相反的约定。

国内法院控制之外：“通过将争端提交至 ICSID 仲裁，当事方可以因此确保在非 ICSID 平台例如国内法院中不会发生针对它们的诉讼，而且 ICSID 仲裁可以免受缔约国国内法院任何形式的干扰或控制。” [3]565

当事方同意 ICSID 仲裁，就意味着接受 ICSID 仲裁庭的排他性管辖权。若非当事方另有约定，不得向其它法域寻求救济。一项诉求，无论是 ICSID 程序正在审理的还是 ICSID 最终将受理，国内法院面对此种诉求都不能做出判决，而要等待 ICSID 仲裁庭作出没有管辖权的裁定或最终作出裁决交付执行。否则，申请国内救济的当事方就会同时违反《ICSID 公约》及依据《ICSID 公约》签署的仲裁协议。若国内法院所在国为《ICSID 公约》签约国，该国还要根据《ICSID 公约》第 64 条面临国际诉讼。

ICSID 仲裁庭的管辖权只限于投资争端，但是主权国家并不想让 ICSID 仲裁庭享有广泛的权力干预其国内政策或法院司法。ICSID 判例法的演进很好地证明了 ICSID 与国内法院之间关于管辖权的紧张关系。ICSID 受理的第一起案件

“Holiday Inns 案”就涉及中止平行诉讼程序的问题。起初，ICSID 仲裁庭对于此类临时措施的态度是相对谨慎和模糊的。之后，仲裁庭的态度便逐渐地发生了一些变化。如果当事方向国内法院寻求临时救济时明显违反了 ICSID 仲裁庭的排他性管辖权，ICSID 仲裁庭的反应往往会很激烈，在有可能损害其作出最终裁决的能力时尤其如此。本文接下来将回顾几个典型案件，试图捕捉 ICSID 仲裁庭对中止国内平行诉讼的态度变化。

（一）“Holiday Inns 案”

在“Holiday Inns 案” [4]123 中，Holiday Inns 依据《ICSID 公约》第 26 条、第 47 条以及一般国际法律原则向 ICSID 申请了临时措施以停止摩洛哥政府向其国内法院寻求的救济活动，并将事态有效恢复至请求仲裁之前的状况。ICSID 仲裁庭裁定其可以建议临时措施，表明其对国际法中这一有争议的问题采取了明确的立场。[5]259 然而，仲裁庭此项裁定偏于保守，“对向当事方提出禁止性要求表现出了犹豫，这些禁止性要求会被当事方或法院视为干预了国内法院的管辖权。” [6]340 “Holiday Inns 案”仲裁庭采取的行动反映了《ICSID 公约》起草史上各种各样的谨慎性干预，例如出于“必不得已的原因”、[7]270 在足够“特殊”的情形[7]523 或者“绝对必要”的情形[7]523 下才能向争端的国家当事方（尤其是该国国内法院）建议临时措施。在临时措施不存在危险的情况下，甚至在据称

出现共同管辖权的情况下，该案仲裁庭都没有犹豫警告摩洛哥法院戒绝就应由 ICSID 仲裁庭解决的问题作出判决并且要尊循 ICSID 仲裁庭作出的裁定。

“Holiday Inns 案”是 ICSID 仲裁第一案，仲裁庭的谨慎是可以理解的，但谨慎却不是它的义务。

（二）“Atlantic Triton 案”

在“Atlantic Triton 案”中，几内亚援引《ICSID 公约》第 26 条，请求 ICSID 仲裁庭裁定 Atlantic Triton 公司（以下简称“Triton 公司”）同意解除对船舶的扣押（船舶扣押令是经 Triton 公司申请由法国坎佩尔法院作出的）。几内亚同时上诉至法国雷恩上诉法院，上诉后不久该法院就解除了扣押。ICSID 仲裁庭可以利用这次机会重新确认《ICSID 公约》第 26 条的排他性管辖权规则，但选择不在附带法律意见中这样做。几内亚还请求仲裁庭作出一般性的建议禁止双方向国内法院寻求行动，该请求遭到了拒绝。ICSID 仲裁庭拒绝了禁止双方诉诸其它法域寻求救济，因为几内亚的请求是建立在《ICSID 公约》第 44 条^①基础上的，而该条只是关于仲裁程序的。《ICSID 公约》第 26 条才是几内亚整个申请的原始基础和适当理由。该条与《ICSID 公约》第 47 条一起是几内亚寻求临时措施建议的唯一充足理由。

（三）“MINE 案”

在“MINE 案”中，MINE 公司启动了 ICSID 仲裁程序。之后不久，MINE 公司又向比利时和瑞士法院申请执行之前在美国仲裁协会（American Arbitration Association, AAA）获得的裁决以保护其在 ICSID 针对几内亚的诉求，并成功获得了在比利时和瑞士的扣押令。几内亚诉诸 ICSID 仲裁庭，请求建议 MINE 公司停止其在比利时和瑞士国内法院的行动。1985 年 12 月 4 日，仲裁庭批准了几内亚的请求：“（1）建议 MINE 公司撤回并终止向国内法院开启的一切司法程序，并戒绝进一步开启与本争端有关的任何程序。从本临时措施的目的出发，以 AAA 裁决为基础的司法程序与当前的争端是有关联的。（2）MINE 公司撤回其它全部向国内法域申请的临时措施（包括对几内亚财产的扣押，无论其司法头衔或扣押方法如何）；MINE 公司要禁止向任何国内法域寻求额外的临时措施。” [6]346

^① 《ICSID 公约》第 44 条：“任何仲裁程序应依照本节规定，以及除双方另有协议外，依照双方同意提交仲裁之日有效的仲裁规则进行。如发生任何本节或仲裁规则或双方同意的任何规则未作规定的程序问题，则该问题应由仲裁庭决定。”其中的“本节”是指第四章“仲裁”的第三节“仲裁庭的权力和职能”。

ICSID 仲裁庭根据《ICSID 公约》第 26 条和第 47 条剥夺了当事方向国内法院寻求临时救济的权利。这表明，当向国内法院请求的司法救济与 ICSID 仲裁存在不可否认的联系时，该请求就违反了《ICSID 公约》，无论该司法救济的形式如何。

（四）小结

从上述案例的裁决基本可以梳理出 ICSID 在禁止当事方向国内法院寻求临时救济方面的法理推演。ICSID 仲裁庭根据《ICSID 公约》第 47 条和第 26 条采取针对国内救济采取临时措施的权力是被一致认可的，但是“Holiday Inns 案”和“Atlantic Triton 案”的仲裁庭都不愿意冒险建议可能被违背的措施，于是小心地行使了自身采取临时措施的权力，目的是不会惹恼当事方或国内法院。然而，“MINE 案”仲裁庭没有受到此类限制，该案仲裁庭采取了与前两个仲裁庭不同的策略。

ICSID 仲裁是一个自足系统。《ICSID 公约》的排他性管辖权规则反映了东道国和外国投资者的共同需求，目的是推动受潜在政治影响的投资争端在没有任何一方国内法院干扰的情况下得到裁判。排他性原则不是一个专断性的障碍，其目的不是突出 ICSID 仲裁的重要性。如果 ICSID 体制想正常运转，排他性原则就必须得到尊重。

二、国内法院对 ICSID 仲裁庭排他性管辖权的态度

在 ICSID 仲裁当事方向国内法院寻求救济时，国内法院对“司法克制”条款的遵守情况如何呢？下面拟对摩洛哥、法国、比利时、瑞士和美国国内法院的实践进行考察。

（一）摩洛哥

在“Holiday Inns 案”中，摩洛哥法院采取了摩洛哥政府请求的全部保全措施，尽管存在正在进行的 ICSID 仲裁程序。这些临时措施令表明摩洛哥国内法院对 ICSID 仲裁庭的排他性管辖权采取了无视的态度。不过应当指出的是外国投资者并未出现在摩洛哥法院争辩 ICSID 仲裁庭的排他性管辖权规则。

（二）法国

在“Atlantic Triton 案”中，坎贝尔（Quimper）低层法院开始时忽视了当事方对 ICSID 排他性管辖的同意并且后来果然开启了 ICSID 仲裁程序，因此采取了有利于外国投资者的扣押令以保护投资者对几内亚政府的诉求。雷恩上诉法院

在 1984 年 10 月 26 日的判决中取消了下层法院的扣押令，理由是无论是对案件实体的审判，还是采取临时救济，ICSID 仲裁庭都具有排他性管辖权，因此法国法院没有管辖权。

《ICSID 公约》的目的是建立一种用于调解和仲裁的广为接受的机制，缔约方及其它缔约方的国民可以将私人国际投资争端提交该机制，而不是提交给缔约国当地进行管辖。该规则将《ICSID 公约》的目的表述得很清楚，仲裁庭有一般性的排他权力对案件实体进行裁决并采取临时措施。“救济”一词将适用范围的模糊性排除了。如果当地法域有权受理临时措施请求，这将限制仲裁庭的权限并引发其裁决被接受的严重风险，这会使仲裁员的任务复杂化，仲裁员必须作出一项公平的裁决。根据国际法，当事方不得采取任何措施影响国际法庭未来裁决的执行，不得进行任何活动以恶化或扩大争端范围。从争端伊始，《ICSID 公约》关于同意 ICSID 仲裁的条款（第 26 条）就是有效的，当事方只能诉诸仲裁。

（三）比利时

法国雷恩上诉法院在“Atlantic Triton 案”中的裁决被安特卫普一审法院在“MINE 案”中明确遵循了。1985 年 6 月 17 日，也即 MINE 公司向 ICSID 提起仲裁之后的一个月，MINE 公司从比利时一家法院获得了扣押令以保护其在 ICSID 对几内亚的诉求。对此，几内亚在安特卫普法院提起了诉讼，请求取消扣押并寻求损害赔偿。1985 年 7 月 3 日，ICSID 仲裁庭宣布有权裁决 MINE 公司的诉求，MINE 公司因此自愿解除了扣押。

虽然扣押问题已因 MINE 公司自愿解除扣押的行为变得无意义（只剩下了后续的赔偿问题，也被安特卫普法院驳回了诉讼请求），安特卫普法院还是作出了一项措辞强硬的裁决承认了 ICSID 救济的排他性，并认为鉴于当事方根据《ICSID 公约》签订了仲裁协议，比利时采取的扣押令是错误的。安特卫普法院在其 1985 年 9 月 27 日的判决中指出由于双方当事人同意其争端由 ICSID 解决，国内法院没有管辖权审理任何一方提出的任何诉讼。^①安特卫普法院在“MINE 案”及雷恩上诉法院在“Atlantic Triton 案”中的判决一起确立了稳固的国内法院法理推演支持 ICSID 对临时措施救济的排他性管辖权。

（四）瑞士

^① 24 International Law Materials 1639 (1985).

MINE 公司在比利时进行诉讼的同时，也在日内瓦一审法院提起了诉讼并获得了扣押令扣押了几内亚在日内瓦开立的三个银行账户。之后，几内亚上诉至日内瓦联邦法院，主张扣押行为侵犯了几内亚的主权豁免权。日内瓦联邦法院在 1985 年 12 月 4 日的判决^①中拒绝了几内亚的上诉，理由是：在相似情形下，本院会遵循雷恩上诉法院在“Atlantic Triton 案”以及安特卫普法院在“MINE 案”中作出的裁决，但是本院认为 MINE 公司在此申请的扣押令并不从属于 ICSID 程序。这三项扣押是为了执行 MINE 公司之前在 AAA 获得的裁决。

1986 年 3 月 13 日，日内瓦一审法院拒绝了 MINE 公司执行 AAA 裁决的许可令（*exequatur*）请求。日内瓦法院明确采纳了“MINE 案”ICSID 仲裁庭的结论：AAA 裁决与 ICSID 程序是密切相连的，MINE 公司应当戒绝在国内法域采取行动。MINE 公司对裁决执行许可令的申请属于违反《ICSID 公约》第 26 条的外来救济（援引了安特卫普法院在“MINE 案”中的判决）。瑞士法院的策略是不批准执行 AAA 裁决的许可令，但是却作出了便于该裁决执行的扣押令。通过上述判决，瑞士也加入了法国和比利时的行列，其法院会执行《ICSID 公约》第 26 条，拒绝对 ICSID 仲裁当事方采取临时救济。

（五）美国

“MINE 案”的当事方也向美国法院寻求了临时救济。1978 年，MINE 公司无视其与几内亚根据《ICSID 公约》签订的仲裁协议，在美国哥伦比亚地区的地区法院提出了请求，迫使仲裁在 AAA 进行。几内亚主张地区法院最初迫使 AAA 仲裁的命令是错误的，因为当事方之间存在 ICSID 仲裁协议。地区法院驳回了几内亚的挑战，并确认了裁决。

地区法院的判决之后又被哥伦比亚地区上诉法院推翻了，上诉法院认为地区法院迫使仲裁在 AAA 进行不符合美国法。地区法院应该审视《ICSID 公约》条款，并考虑当事方之间的 ICSID 仲裁协议是否适用。如果适用，地区法院有义务将当事方指引至 ICSID 救济，直至 ICSID 裁决其没有管辖权。

本案最多也就能表明在涉及 ICSID 仲裁条款的案件中向国内法院请求临时救济，国内法院会遇到许多困难。不幸的是，上诉法院最终也只是依赖国内法有关管辖权及主权豁免的考虑对地区法院的判决作了评论，却没有澄清在何种情况下，ICSID 仲裁协议不会禁止向美国法院提起执行前诉讼活动。

^① 1 International Arbitration Reports 257 (1986).

（六）小结

法国、比利时和瑞士的法院大体而言尊重了《ICSID 公约》第 26 条的规定，认为 ICSID 仲裁的当事方只能向 ICSID 仲裁庭寻求包括临时救济在内的所有救济。美国的法院对此没有澄清其态度，而摩洛哥则完全违背了《ICSID 公约》第 26 条的规定。在分析了国内法院对 ICSID 仲裁庭排他性管辖权的态度之后，本文认为 ICSID 仲裁庭完全不必像其在“Holiday Inns 案”中一样表现得如此谨慎。第三国国内法院对于临时措施建议可能作出的反应在很大程度上依赖于案件的具体情况以及提出的具体诉求。然而，国内法院不应当随便地驳回对 ICSID 仲裁庭排他性管辖权的援引。在临时措施建议可能产生的法律后果的范围内，所有缔约国都具有一项基本义务，也即要善意地确保《ICSID 公约》的目的和意图不会受挫。《ICSID 公约》第 26 条的基础假设是国内法院有可能是非公正的，允许诉诸国内救济就是在纵容昂贵且注意力分散的平行诉讼，ICSID 仲裁庭需要维护仲裁程序的完整性。在 ICSID 不能提供紧急救济时，善意地向中立的法院提起救济是可以的，《ICSID 公约》中有这样的条款可以授权当事方签订协议允许向国内法院寻求救济。然而，国内法院与国际仲裁存在一定的竞争关系，在 ICSID 仲裁经常受到政治因素干扰的背景下，非常需要中立且享有排他权力的国际司法机构。

三、违反 ICSID 仲裁庭排他性管辖权的判定标准

在当事方、主题以及诉由都与 ICSID 仲裁相同的案件中，ICSID 的管辖权应当优于其它任何未决诉讼的管辖权。^{[8]381} 含有这些共同要素的争端正是《ICSID 公约》第 26 条所禁止的平行诉讼。然而，当平行诉讼的三种要素中有两种相同时，ICSID 仲裁庭是否具备行使排他性管辖权的前提条件仍然需要认定。例如，当主题和诉由相同时，即使争端的当事方是不同的（也即国家或国家实体诉股东或其子公司或者反向起诉），非 ICSID 诉讼程序也可能影响到 ICSID 仲裁庭管辖权的排他性。本文将对 ICSID 仲裁庭受理的关于中止平行诉讼程序的临时措施案件进行归纳，并试图总结出平行诉讼程序是否违反 ICSID 仲裁庭排他性管辖权的判定标准。

（一）中止平行诉讼程序的案件分析

在“Tokios 案”中，上述认定平行诉讼程序的原则得到了很好的体现。即使平行诉讼程序的当事方与 ICSID 仲裁的当事方不同，只要此种平行程序与 ICSID

仲裁庭要决定的问题有关，它们都有可能影响 ICSID 仲裁庭的管辖权，甚至恶化争端。本案仲裁庭适用《ICSID 公约》第 26 条认为双方当事人都应克制任何国内诉讼，包括司法性质的或“与 Tokios 或其在乌克兰投资有关的其它诉讼活动，这些国内诉讼可能妨害最终裁决的作出或执行，甚至会恶化既有争端”。^①仲裁庭进一步解释了第 26 条的意义和范围，指出这意味着两种不同的义务。一是 ICSID 具有管辖权的争端当事方必须抑制任何能够妨害最终裁决作出或执行的措施，还要抑制任何有可能恶化或扩大争端或使争端的解决变得困难的行为。二是，当事方必须撤回或者暂停在国内法域开启的全部司法程序并戒绝进一步开启任何与 ICSID 仲裁有关的此类诉讼活动。^②

在“CSOB 案”中，仲裁庭也采取了类似的立场。ICSID 仲裁庭经原告请求采取了临时措施，裁定中止向斯洛伐克法院提起的破产程序，理由是此种程序可能涉及 ICSID 仲裁要处理的问题，也即斯洛伐克是否必须承担由当地公司招致的损失。尤其是，仲裁庭解释道 *Ceskoslovenska Obchodni Banka* 请求中止国内程序是正当的，理由是此种程序可能包括对下列问题的判断：“投资者子公司能否像仲裁中的合并协议所规定的那样成立一起案件，来主张其从斯洛伐克共和国获得资金从而弥补其损失的权利。”^③

在“Millicom 案”中，经原告请求，ICSID 仲裁庭邀请东道国与原告一起申请中止在国内提起的诉讼程序，直到仲裁庭作出管辖权裁定为止。ICSID 仲裁庭发现国内程序会干扰 ICSID 仲裁，因为“两套程序都涉及同一套事实，也即受移动电话特许协议约束的当事方其地位的变化情况。”^④ICSID 仲裁庭认为两套程序的本质都涉及颁发给投资者的特许协议是否有效的问题。两套程序中的当事方是不同的（投资者是 ICSID 仲裁的当事方，投资者子公司是国内法院诉讼程序的当事方），这一事实没有影响到仲裁庭作出上述临时措施裁定。

① *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Procedural Order No.1, Claimant's Request for Provisional Measures, 1 July 2003 (*Tokios v. Ukraine*), para.1. 仲裁庭指出：“在成为《ICSID 公约》的缔约方时，乌克兰就使自身承担了遵守 ICSID 程序排他性原则的义务……这一原则构成了 ICSID 机构及机制的核心。根据这一原则，当事方一旦同意 ICSID 仲裁，它们就必须戒绝在任何其它平台就 ICSID 争端的主题事项发起程序。”

② *Tokios v. Ukraine*, para.2.

③ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4 (*COSB v. Slovak*), Procedural Order No. 4, January 11, 1999; *COSB v. Slovak*, Procedural Order No. 5, 1 March 2000.

④ *Millicom International Operations BV and Sentel GSM SA v Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on the Application for Provisional Measures, 9 December 2009, para. 45.

此外，即使在 ICSID 仲裁发起之前就存在与之具有相同主题的平行诉讼，上述认定平行诉讼程序的原则依然适用。在“ICRS 案”中，东道国援引了“未决诉讼原则”并请求 ICSID 仲裁庭抑制 ICSID 仲裁且支持在国际商会最先发起的仲裁，这两套仲裁程序拥有相同的主题而且寻求的救济也相同。ICSID 仲裁庭坚决地拒绝了被告东道国的请求，理由是仲裁庭有权决定自己的管辖权。由于当事方书面同意了 ICSID 仲裁，且仲裁请求已在秘书处妥善登记，这意味着争端并没有明显地在 ICSID 管辖范围之外，这两个因素都引发了《ICSID 公约》第 26 条的全面生效。“现在本仲裁庭有权决定其与争端有关的权限及管辖权，当事方不得寻求任何其它救济直到本仲裁庭拒绝管辖为止。”^①之前发起的 ICC 程序不会构成 ICSID 仲裁庭根据《ICSID 公约》建立自身管辖权的障碍。相反，《ICSID 公约》为争端当事方设定了一项不得寻求其它任何救济的义务。ICSID 仲裁一经发起，之前发起的非 ICSID 仲裁都应当暂停或终止。

从上述案例可知，ICSID 仲裁庭最合适的做法就是同时聚焦平行争端的主题以及此种程序对当事方权利及最终裁决带来的影响。如果其它诉讼程序中认定的问题可能损害仲裁庭就争端作出裁判的能力或影响 ICSID 未来裁决的有效性，排他性管辖权规则就很有可能适用。

（二）未中止平行诉讼程序的案件分析

任何一方当事人在另一法域寻求救济，都可能使 ICSID 仲裁庭的排他性管辖权受到危及，因为另一法域可能干预 ICSID 仲裁庭的事实发现及法律判断。从 ICSID 仲裁的法理推演可以得到的符合逻辑的结论是：如果不侵犯 ICSID 仲裁庭的管辖权，就可以向国内法院或其它任何法庭有效提起平行诉讼，这样就没有了恶化 ICSID 争端的风险。下面将举例说明。

在“Caratube 案”中，原告请求东道国排除对其员工、董事及所有者发起刑事指控，这一请求被 ICSID 仲裁庭拒绝了。仲裁庭认为“在 ICSID 仲裁庭能够建议关于东道国发起刑事指控的临时措施之前，必须达到尤其高的标准。”^②在仲裁过程中，仲裁庭确实没有发现原告的权利受到了东道国发起的刑事指控的威胁。

^① International Company for Railway Systems v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/09/13, Procedural Order No. 2, 9 July 2010, para. 29.

^② Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12, Decision Regarding Claimant's Application for Provisional Measures, July 31, 2009 (Caratube v. Kazakhstan), para 137.

“原告也未能证明其继续进行 ICSID 仲裁的程序性权利因东道国发起的刑事指控受到了妨碍。”^①

在“Quiborax 案”中，ICSID 仲裁庭得出了相同的结论。在判断刑事指控是否威胁到了 ICSID 仲裁庭的排他性管辖权时，ICSID 仲裁庭发现虽然在两套诉讼程序之间存在清晰的关联，“但是刑事指控本身并没有威胁到《ICSID 公约》第 26 条规定的 ICSID 仲裁庭的排他性管辖权。”^② ICSID 仲裁庭提供的理由是非常具有说服力的：“刑事诉讼处理的是刑事责任，而不是投资争端，从定义来看既不在 ICSID 的管辖范围之内，也不在本仲裁庭的权限范围之内。”^③ 因此，不同性质的诉讼不会对仲裁庭的判断产生干预。仲裁庭进一步解释道《ICSID 公约》并不包括禁止东道国行使其刑事管辖权的规则，“仅仅因为是投资者并不能使犯罪嫌疑人免于刑事指控。”^④

上述案例表明平行诉讼程序并不必然与《ICSID 公约》第 26 条的规定相互矛盾，只要平行诉讼中涉及的诉讼请求与 ICSID 争端中讨论的问题没有关联即可。根据《ICSID 仲裁规则》第 40（1）条的规定，平行诉讼的诉求必须因 ICSID 争端的主题直接产生，申请人才能向 ICSID 仲裁庭申请中止平行诉讼程序的临时措施。诉求能否由不同的法域审理需要逐案确定，但是下列诉求都在《ICSID 公约》第 26 条的范围之外：在与 ICSID 仲裁庭讨论的事实无关的情况下，针对投资者（或其子公司）的诉求，针对国家（或国家实体）的诉求，或者针对与当事方有关联的第三人（例如前雇员）的诉求；与仲裁涉及的主题不同的诉求；乃至基于不同诉由产生的独立诉求。

此外，在只有合同诉求的情况下，除非投资合同中包含当事方之间签订的 ICSID 仲裁排他协议，或者至少援引了“保护伞条款”，^⑤ ICSID 仲裁庭基于条约诉求与合同诉求之间的区别可能没有管辖权对合同诉求作出审理。[9]492 在上述情形下，投资者在 ICSID 仲裁中提出的条约诉求可能被视为与其子公司的合同诉求相互独立，只要合同诉求不干预 ICSID 争端即可。

① Caratube v. Kazakhstan, para.139.

② Quiborax S.A. et al. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, February 26, 2010 (Quiborax v. Bolivia), para.128.

③ Quiborax v. Bolivia, para.129.

④ Quiborax v. Bolivia, para.129.

⑤ Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, September 23, 2003, paras.200–8.

结语

在 ICSID 仲裁庭的管辖权与主权国家的自治权之间存在着一种紧张关系。ICSID 仲裁当事方向国内法院提起平行诉讼程序时，ICSID 仲裁庭可以根据《ICSID 公约》第 47 条采取临时措施中止这些程序，从而维护其根据《ICSID 公约》第 26 条享有的排他性管辖权。一项诉求，无论是 ICSID 程序正在审理的还是 ICSID 最终将受理，国内法院面对此种诉求都不能作出判决，而要等待 ICSID 仲裁庭作出没有管辖权的裁定或作出最终裁决交付执行。

在 ICSID 仲裁当事方向国内法院申请临时救济时，国内法院对“司法克制”条款的遵守情况是不同的，它们大体尊重《ICSID 公约》第 26 条的规定。从 ICSID 仲裁庭和国内法院的反应来看，严格遵守《ICSID 公约》的排他性管辖权规则，对于《ICSID 公约》公开宣称的目的以及当事方选择 ICSID 仲裁的既定意图而言都是合适的，而且在现实中也非常有必要。

然而，平行诉讼程序并不必然与《ICSID 公约》第 26 条的规定相互矛盾，只要平行诉讼中涉及的诉讼请求与 ICSID 仲裁中讨论的问题没有关联即可。ICSID 仲裁庭最合适的做法就是同时聚焦平行争端的主题以及此种程序对当事方权利及最终裁决带来的影响。如果其它诉讼程序中认定的问题可能损害仲裁庭就争端作出裁判的能力或影响 ICSID 未来裁决的有效性，排他性管辖权规则就很有可能适用。

参考文献:

- [1] BROCHES A, A Guide for Users of the ICSID Convention [J]. News from ICSID, Vol.10 (1991), No.1, p.8.
- [2] SHIHATA I, International Trade and Investment Arbitration, with Particular Reference to ICSID Arbitration-An Overview, L'Egypte Contemporaine (Nov. 1989), p.66.
- [3] DELAUME G, ICSID Arbitration and the Courts [J]. American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p.565, 784.
- [4] LALIVE P, The First "World Bank" Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems [J]. The British Yearbook of International Law, Vol. 51 (1981), No.1, p.123.
- [5] Mendelson H, Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction [J]. The British Yearbook of International Law, Vol.46, 1972, p.259.
- [6] FRIEDLAND P, Provisional Measures and ICSID Arbitration [J]. Arbitration International, Volume 2, No.4, 1 October 1986, p.340,346.
- [7] History of the Convention, Volume II (English), Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention (1968) (History), p.270,523,523.
- [8] CUNIBERTI G, Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement [J]. ICSID Review, Vol.21, 2006, p.381.
- [9] TAWIL G, The Distinction between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview. Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration 2006: Back to Basics? [M]. Kluwer Law International, Vol.13 (2007), p.492.

论个人信息保护中同意原则的规范 ——以欧盟《通用数据保护条例》为例

郑舒菲

摘要：我国现行立法框架下将同意原则作为收集、使用个人信息的主要原则，因此对同意原则进行完善是当前立法的重点。欧盟《通用数据保护条例》的出台对我国未来的《个人信息保护法》有着重要的借鉴意义。立法上应该通过完善同意原则的基本范围、形式和例外原则来避免对绝对贯彻同意原则而对信息主体造成的负担以及保护信息主体的个人权利。

关键词：个人信息保护 同意原则 通用数据保护条例 例外

引言

近日浙江理工大学特聘副教授郭兵将杭州野生动物世界告上了法庭，成为国内消费者起诉商家的“人脸识别第一案”。起诉状中称，2019年4月27日郭兵购买了杭州野生动物世界年卡，并支付了相应的年费。办理年卡时，杭州野生动物世界承诺在该卡有效期一年内通过同时验证年卡及指纹入园，可在该年度内不限次数畅游。但在2019年10月17日，杭州野生动物世界在未通知郭兵并获得其同意的情况下，通过短信的方式告知其“园区年卡系统已升级为人脸识别入园，原指纹识别已取消，未注册人脸识别的用户将无法入园”。在与园区协商未果的情况下，郭兵于2018年10月28日向杭州市富阳区人民法院提起了诉讼，认为园区若进行人脸识别将收集个人的面部特征，园区应根据《消费者权益保护法》第29条规定获得其同意。

尽管此案尚在审理当中，但也突显出一个问题，随着科学技术日益发展，人脸识别、基于 cookie 技术的网络广告推广等技术也被广泛的运用在公民日常生活中。同意原则作为我国现行法律下同意企业采集、存储和使用个人信息的主要原则，如何把握和适用该原则成为了实践中的一个难题。一方面强调绝对贯彻，那么将缺乏灵活性；另一方面，如果只强调某些形式，那么可能企业会获取公民的同意而流于形式。本文旨在分析现行立法和司法框架，通过借鉴欧盟《通用数据保护条例》（下称“GDPR”）来完善当前立法的不足。

一、同意原则的基本范围

首次明确同意原则的范围是在 2012 年 12 月 28 日由人大常委会出台的《关于加强网络信息保护的决定》(以下简称《决定》)中。该《决定》规定“网络服务提供者和其他企业事业单位在业务活动中收集、使用公民个人电子信息,应当遵循合法、正当、必要的原则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围,并经被收集者同意,不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息”。这部具有开创意义的《决定》首次明确了公民有自决权来决定信息的收集和使用,同时也明确了同意原则的内容,即收集和处理的目的是、方式和范围。

随后由国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会发布的《信息安全技术、公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》(下称《指南》)于 2013 年生效。该《指南》旨在为除政府机关等行使公共管理职责的机构以外的各类组织和机构提供指导,并且确立了八大基本原则,其中包括了个人同意原则。在此基础上又将同意分为两类“明示同意”和“默许同意”,“收集个人一般信息时,可认为个人信息主体默许同意,如果个人信息主体明确反对,要停止收集或删除个人信息;收集个人敏感信息时,要得到个人信息主体的明示同意”,并且将处置个人信息的行为定义为“包括收集、加工、转移、删除”。同时也具体细化了同意的范围,其中包括目的、收集方式和手段、收集的具体内容和留存时限、使用范围、保护措施、个人信息管理者的基本信息、个人信息主体提供个人信息后可能存在的风险、个人信息主体不提供个人信息可能出现的后果和个人信息主体的投诉渠道。在 2016 年通过的《网络安全法》中,对《决定》中明确的同意范围做了再次确认。

2019 年国家互联网信息办公室研究起草了《数据安全管理办法(征求意见稿)》(下称《管理办法》)中进一步细化了收集相关数据时同意原则的范围,其中规定了在收集使用规则中网络营运者应将收集使用个人信息的目的、种类、数量、频度、方式、范围等及个人信息主体撤销同意,以及查询、更正、删除个人信息的途径和方式提供给用户。《管理办法》对同意原则的范围进行了扩大,增加了种类、数量和频度的要求。

尽管基于现行中国的立法框架下,同意原则的范围涵盖了“目的”这一要求,但关于目的的要求尚不明确。于 2014 年实施的《互联网企业个人信息保护测评标准》(下称《测评标准》)中提出了目的明确原则,明确了互联网企业处理个人

信息应具有合法、正当、明确的目的。但在司法实践中，对于何种同意的目的是合法、正当、明确的，尚未明确。对于这一点可以从 2018 年何卓律（下称“原告”）与上海合合信息科技发展有限公司（下称“被告”）网络侵权责任纠纷一案中窥探一二。^①

原告为尾号 3844 机主，曾下载注册过“扫描全能王”APP，被告作为“扫描全能王”APP 的开发者收集了原告的收集号码信息。同时被告也为“早稻”APP 的开发者，原告于 2018 年 2 月 8 日收到了尾号为 1235 的内容为“【早稻】何卓律，前同事评价你‘专业靠谱’并向你推荐 107 个人脉，还有 19 个好友在等你”的消息。后原告随即回复 TD，此后未收到该号码的消息。原告认为，原告并未在被告经营的“早稻网”注册或使用过“早稻网”或者其 APP，因此根据《网络安全法》第四十一条和《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十九条等规定，要求被告承担原告为此支出的维权开支和向原告赔礼道歉。一审法院认为，被告通过原告在其开发的“扫描全能王”APP 注册的信息，获取了原告的手机信息，在未征得原告同意的情况下，即通过短信方式向原告推送了商业性信息，违反了相关规定。但在原告明确表示拒绝后，被告未再向原告发送商业性信息，并没有给原告造成损害。因此一审法院驳回了原告的诉讼请求。在二审中，四川省成都市中级人民法院认为，被告从原告使用公司产品注册时主动提供而获得原告的个人信息，获取方式没有违法性，不应对获取其个人信息承担侵权责任。被告辩解可能是其他用户触发后由系统自动发送短信有合理性。因此二审法院驳回了上诉，维持原判。

在该案中，被告作为开发者开发了多款 APP，那么是否能将从 X 应用获取的信息用于向用户推广 Y 应用或者个性化广告推送呢？用户在注册 Y 应用时是否知悉并且同意了这一目的呢？一审二审法院均认为被告获取的方式是合法的，即使原告并不知悉自己的信息会被用作商业广告推送，即原告并未知晓被告收集信息的明确目的，在此情况下点击“同意”而注册，那么该“同意”是有效的。而 2019 年法国国家数据保护委员会（下称“CNIL”）却在这一点上得出了相反的结论。^②

2018 年 5 月，CNIL 收到了来自于“None of Your Business”和“La Quadrature

^① 四川省成都市双流区人民法院（2018）川 0116 民初 3003 号民事判决书。

^② Deliberation of the Restricted Committee SAN-2019-001 of 21 January 2019 pronouncing a financial sanction against GOOGLE LLC. ,20 October 2019, <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/san-2019-001.pdf>.

Du Net”协会的团体投诉。在这两起投诉中，协会谴责 Google 对其服务用户的个人数据没有合法的法律依据，尤其是出于广告个性化目的。CNIL 的限制委员会处罚的原因之一是谷歌在收集用户信息和数据时，告知用户的目的过于模糊和笼统。

CNIL 的限制委员会注意到谷歌在收集数据时是基于各种来源，例如有从谷歌手机，谷歌公司服务（例如 Gmail 邮箱或 YouTube 视频播放平台），也通过用户在第三方网站使用谷歌服务（包括谷歌在这类网站上的分析 Cookie）的活动来收集数据。谷歌的“隐私条款”显示数据处理涉及了至少二十项谷歌公司的服务，例如网站浏览历史、应用程序使用历史、存储在设备中的数据（例如通讯录），设备的地理位置等。因此有大量的数据在使用过程中被收集。

根据 CNIL 的调查，谷歌公司收集的数据主要是三大类：

第一类：用户自身的数据（例如其名字、密码、电话号码、邮箱地址、支付方式等）；

第二类：由用户活动生成的数据（例如 IP 地址、独一无二的用户标识、收集信息数据、与蓝牙设备和无线网络相关的数据、执行动作的时间戳、定位数据、浏览过的视频，浏览的网页记录、购买和使用过的应用等）；

第三类：从用户或其活动相关的数据中得出或推断出的数据。“隐私条款”对于这类数据列出了许多目的，这类目的只能通过从其他两类数据中生成数据来实现。因此，谷歌执行的个性化广告需要从用户的活动中推断出用户的兴趣，以便将用户推送给广告商。同样的，广告的内容，研究和个性化推荐需要基于用户自身的数据，陈述和用户活动。

正基于这些数据的特性，收集的数据可能会在揭示人们生活中许多私密的方面提高准确性，例如生活方式、品味、社交范围、见解等。将这些数据组合成为一个整体得到的结果相较于单一的数据而言，在公民生活方面会有更强的适用性和侵入性。而谷歌公司提供的信息不允许用户充分了解处理数据对他们产生的特殊后果。

谷歌在隐私条款中对目的的描述“在内容和广告方面提供个性化服务，确保产品和服务的安全性，提供和开发服务等”，CNIL 认为考虑到处理的范围及其后果，这类对于目的的描述太过笼统。同时谷歌告知用户“我们收集的信息用于改善服务。我们收集的信息以及如何使用取决于您如何使用我们的服务以及如何管

理您的隐私设置”，这类告知也过于模糊。因此限制委员会认为，对于目的的描述不允许要求用户去衡量处理的程度和对个人生活的侵犯程度，此类信息没有以清晰的方式提供给用户。谷歌要求用户必须完全同意隐私政策中的服务条款和数据条款，而非区分各种不同目的（如个性化广告或语音识别等）来同意各项条款。此点不符合 GDPR 第 5 条下第 1(b) 款目的限制原则规定：个人数据的处理必须出于特定、明确、合法的目的收集个人数据，进一步处理不得有悖于前述目的，除非符合公共利益、科学、历史研究或统计目的。

但在大数据时代，在商业领域告知信息的收集和使用的目的几乎不太可能。^①数据的价值正源于大数据分析，例如通过数据融合将不同方面的数据整合到一起后呈现一个新的事实。通过这种方式，企业能识别个体的身份，追踪其活动和偏好。^②正是基于信息和数据的特性，一些分析并不需要确定因果关系，例如在 X 地的用户对于 A 和 B 产品更偏好购买 A 产品，那么则可以对 X 地区的用户精准投放 A 产品的相关广告。那么在获取信息和数据分析之前，企业和分析师们大多数也不知道数据使用的目的，只有在获取一定量的信息和数据后，才能找出不同事物的相关性。^③因此在这种情况下，要求企业在收集和使用数据之前在相关隐私条款中说明收集和使用的目的，未免有些强人所难了。因此在将“个人数据信息自决权”作为一项独立的特别人格权的德国，也只能要求“告知数据主体以数据分析的具体目的，但是可以是框架性合方向性的，而不必穷尽所有的细节”。^④

笔者认为在现行立法框架下，有效的同意应符合信息主体的合理期待，从而留出适当的弹性空间。正如 CNIL 对谷歌的处罚理由一样，要求用户去衡量信息控制者处理信息的程度和对个人生活的侵犯程度是不允许的。若信息的收集和处理不符合信息主体的合理期待时，信息的控制者应就其收集和使用的信息征得信息主体的同意。司法实践中可以通过分析隐私条款等具体的收集和使用的语境来判断这种同意是否有效。信息主体在使用信息控制者的服务时，根据信息控制者提供的相关条款或声明来知悉收集的目的，对具体的使用目的能达到合理期待。这将保障信息主体对其个人信息控制权。^⑤

① 林涸民.个人信息保护中知情原则的困境与出路[J].北京航空航天大学学报(社会科学版)2018(03);13-21.

② 前引②①:13-21,第3页。

③ Maurice E.Stucke, Allen P.Grunes 著,兰磊译.大数据与竞争政策.北京:法律出版社,2019:373-376.

④ 前引②:13-21,第3页。

⑤ 姜盼盼.欧盟个人信息保护法中当事人同意的立法经验与启示[J].图书馆建设2018(11);11-22.

二、同意原则的形式

同意的主要形式分为两种：明示同意和默示同意。根据我国民法理论，明示是指一方以口头、书面或者其他可为对方了解的方式作出意思表示。而默示沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。

在 2016 年通过的《网络安全法》中明确了同意原则的形式，即收集和使用个人信息必须满足明示的要求获得被收集者的同意，但在转让个人信息时若经过处理无法识别特定个人且不能复原的，则不需要征得被收集者的同意。但在个人信息转让方面却放松了相关要求，但整体上还是以同意原则为获取数据的正当性基础。

APP 治理工作组于 2019 年 10 月 24 日发布的最新版《信息安全技术 个人信息安全规范》（征求意见稿）（下称《征求意见稿》）。该《征求意见稿》中将授权同意分为两类：明示同意和消极不作为。授权同意是指：个人信息主体对其个人信息进行特定处理作出明确授权的行为，包括通过积极的行为作出授权（即明示同意），或者通过消极的不作为而作出授权（例如信息采集区域内的个人信息主体在被告知信息收集行为后没有离开该区域）。个人信息控制者在开展个人信息活动应向个人信息主体明示个人信息处理目的、方式、范围、规则等，征求其授权同意。《征求意见稿》要求在收集个人信息时，获得信息主体的授权同意即可，但收集个人敏感信息前应征得个人信息主体的明示同意，例如主动勾选、主动点击“同意”“注册”“发送”“拨打”、主动填写或提供等。

规范与法律上的不同也在司法实践中导致了不同的结果。早在 2015 年在周盛春（下称“原告”）诉阿里巴巴一案中，法院认同了信息控制者的“使用即同意”的这一做法。^①原告认为阿里巴巴在《手机淘宝软件许可使用协议》中“协议终止后，阿里巴巴有权继续保留您的信息，但阿里巴巴没有义务以任何形式向您提供该等信息”这一款未明示信息收集的范围。另一款“对于使用许可软件时提供的资料及数据信息，您授予阿里巴巴及其关联公司独家的、全球通用的、永久的、免费的许可使用权利”侵犯了用户通信和隐私权。最终法院认为上述条款是双方真实意思表示，内容不违反法律行政法规的强制性规定，合法有效，驳回

^① 浙江省杭州市西湖区人民法院（2015）杭西知民初字第 667 号判决书。

了原告诉求。相信此案若发生在现在，法院则会考虑《网络安全法》等相关规定。

在另外一案中，2015年由南京市中级人民法院判决的朱烨（下称“原告”）与北京百度网讯科技有限公司（下称“被告”）隐私权纠纷一案就确认了利用 Cookie 进行的个性化推荐服务，网络服务提供者以明示的形式告知用户，如果用户仍使用该服务，则视为用户选择默示同意。此案也被称为“我国 Cookie 第一案”。^①

该案中原告在家中和单位的网络上浏览相关网站过程中，发现利用百度搜索相关关键词后，会在特定的网站上出现与关键词有关的广告。在百度网站中有《使用百度前必读》的链接，其中告知了用户其使用 Cookie 技术会向用户提供个性化服务，如果拒绝 Cookie 则会无法登录或使用依赖于 Cookie 的百度服务或功能。一审法院认为，《使用百度前必读》字体明显较小，无法起到规范的说明和提醒作用，不足以让原告了解存在“选择同意”的权利。用户可能在使用过程中并不知道自己的个人信息会被收集和利用，更无法表示同意。因此一审法院认为百度在使用 Cookie 并未经过原告的同意。但在二审中法院认为百度在《使用百度前必读》实际上已经明确告知用户可以使用包括禁用 Cookie 等方式组织个性化推荐内容的展现，尊重了用户的选择权。Cookie 信息是将匿名信息作为触发相关个性化推荐信息的算法之一，因此对于这类个性化服务依法明示告知即可。原告在百度已经告知上述事情的情况下仍然继续使用百度，应视为“默示同意”。

笔者认为尽管 Cookie 技术是一种互联网公司普遍采用的技术，但即使在互联网技术飞速发展的今天，用户对这种技术是如何运用的，需要收集怎样的个人信息是不清楚的。而互联网企业也是该种技术的获益者，通过个性化推送广告等方式获得相应的收益。基于此，互联网企业在使用这种技术获益时，应负有更多的义务提示用户。对于 Cookie 的使用，如何才是获得用户的明示同意，欧盟法院于 2019 年作出了一项判决，认为欧盟数据控制者和数据处理者不能通过“预选”的方式来有效地获得数据主体的同意，而更强调的是数据主体的积极同意和实质同意。^②

① 江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第 5028 号判决书。

② Judgment of the Court (Grand Chamber) of 1 October 2019. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV v Planet49 GmbH, 10 October 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CJ0673&from=EN>.

该案起源于德国消费者组织联合会（The German Federation of Consumer Organisations）在德国法院起诉了一家名为“Planet49”的德国公司，这家公司试图通过预先选中的复选框来存储用户的 Cookie，并通过 Cookie 收集信息并推广在线游戏。Planet 49 组织了彩票活动，如果用户希望获得彩票，则必须按照提示提示输入邮编、姓名和地址，然后会出现要求用户同意在其设备上安装 Cookie，此选项已经被预选，只有同意此选项，用户才能获得彩票。

本案中，“预先勾选”是否构成数据控制者在用户设备上存储 cookie 的“有效同意”？对于这一点，欧盟法院认为，数据控制者必须通过某种积极行为获得用户的同意，预选不构成数据主体的有效同意。欧盟法院判决的理由是基于欧盟于 2002 年 7 月 12 日颁布的第 2002/58/EC 号指令《关于在电子交换中处理个人资料和保护隐私（关于在隐私和电子交换的指令）》（下称“e-privacy 指令”），该指令于 2009 年 11 月 25 日被第 2009/136/EC 号指令（下称“欧盟 Cookie 指令”）以及第 95/46/EC 号指令《保护个人在数据处理和自由迁移中权利的指令》（下称“欧盟隐私权指令”）修订。同时法院也对适用的法律进行了判断，由于该案的主要审理程序与欧盟《通用数据保护条例》的生效时间 2018 年 5 月 25 日较为接近，所以欧盟《通用数据保护条例》也应被适用。

根据 e-privacy 指令的第 5（3）条，成员国应确保只有在向用户提供了明确且全面的信息并已经取得其同意的情况下，才允许其在终端设备中存储或获取已存储的信息。尽管该条没有说明用户应以何种方式“同意”，但该条于 2009 年 11 月 25 日被欧盟隐私权指令修订为“给与他或她的同意”在他或她的设备上存储和获取 cookie。结合 e-privacy 指令中序言的第 17 条，根据该指令的目的，可以采取任何适当的方式让用户给出同意以表现出基于自由、明确且知情的用户意愿。

法庭顾问在其意见中表示，数据主体表达意愿的“指示”需要时积极的主动行为，而不是被动行为。在选项中以预先勾选的形式给出的同意并不是用户的积极行为。因此法院认为在实践中无法客观地判断用户是否已经通过不取消预先勾选的方式来表达对数据处理的同意，也无法判断用户是否知晓数据被处理。用户在访问网站之时也可能不会阅读已经勾选信息。因此法院认为如果数据处理以预先勾选的方式存储或获取已存储在用户终端设备中的信息，不能构成有效同意。

对于“沉默”只有在法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时才可以视为意思的真实表示。^①由于“同意”的确立实际上基于的是一种人们对个人信息保护的直观认知：如果个体“同意”企业对于信息的收集、使用和转让，那么就不存在违法侵犯个人信息。但实际上大多数企业及数据使用者将这种同意设置为一种“默示同意”，大多数的个体并不清楚自己的这种“默示同意”已经构成了“同意”。由于现代网络的普及，个体每日要使用许多的网络服务，例如阅读、支付等各种服务，但实际上鲜有个人在使用网站及 APP 时阅读相关的隐私条款，或由于隐私条款及退出选项需要多次点击才能出现，个体并不能明显地发现相关收集目的和相应的权利。而个体又缺少相关的专业知识，不能很好的判断其个人信息在何时、何地以及如何被使用。同时，作为个体如果不接受网站或网络服务提供者的相关条款，不同意向其提供个人信息，则无法使用该网站或网络服务提供者提供的服务。^②若这种隐私条款中存在霸王条款，“默示同意”的存在对信息主体将会造成消极后果。站在保护信息主体的角度上，应借鉴欧盟相关数据保护条例的规定，明确在某些领域的信息收集、使用中，限制这种“默示同意”（预勾选对话框等）的使用。

三、同意原则的例外

尽管在《网络安全法》中并未直接提及同意原则的例外，但在《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》中明确了互联网信息服务者不得收集用户个人信息，也不得将用户个人信息提供给他人，但是法律、行政法规另有规定的除外。在 2014 年出台的《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（下称《审理网络侵权案件司法解释》）中写到了公开自然人信息的几种例外情况：为促进社会公共利益且在必要范围内、学术研究或者统计目的且经过自然人同意并且不足以识别特定自然的、已经公开的、以合法渠道获取的、法律或者行政法规另有规定的。《审理网络侵权案件司法解释》明确了网络服务者和其他企事业单位在提供服务或日常业务收收集、适用个人信息的例外。另外在《个人信息安全规范》中也明确了相应的例外。

一般理论认为个人利益应当让渡于公共利益，但个人利益与公共利益充裕时，

① 陆青.个人信息保护中“同意”规则的规范构造[J].武汉大学学报(哲学社会科学版)2019(05);119-129.

② 王文祥,知情同意作为个人信息处理正当性基础的局限与出路[J].东南大学学报(哲学社会科学版)2018(20);143-144.

公共利益不必然在冲突选择上占据上风。^①因此尽管欧盟 GDPR 将在其第 6 条中还规定了同意之外的其他个人信息收集、处理的合法原则，例如合同、法定义务、公共利益等均可作为收集、使用个人信息的依据，但这些都必须经过“必要性”的测试。如今信息化技术日益渗透到人们生活当中，也在公共领域也经常会涉及到个人信息的收集和使用。出于维护治安的要求，政府机关也要求公民在日常生活中提供个人信息，例如在 2012 年实施的《居民身份证法》中就要求公民在领取身份证时登记指纹信息，政府也在上网、乘车等方面要求公民出示身份证。若要求在收集、使用个人信息前要求信息主体“同意”，则未免会给信息主体和信息控制者带来负担。笔者认为，同时也应控制公共利益的界限，否则将会对个人利益造成侵害。因此若能在立法中确定相关规定，明确在某些情况下的个人信息收集和使用无需以同意为前提，相信将在公共领域对个人信息的合理利用起到促进作用，同时也能缓解因“同意”而给相关主体带来的负担。^②

四、结语

个人信息在当代如同公民的身份证及个性化标签，如何保护公民的这项基本权益，又能保障公共利益实属当代个人信息保护的一个难题。欧盟《通用数据保护条例》的诞生让我们看到了欧盟所做出的价值判断：严格保障公民对其个人信息享有的权利，同时对信息控制者带上“枷锁”。在 CNIL 对谷歌的处罚中，我们可以窥见欧盟是如何在司法领域严格执行 GDPR 的相关规定，决心将信息控制者对个人信息的滥用降到最低。

尽管时代发展飞速，我们也无法知道个人信息在日后的某一日会对公民，整个社会乃至世界造成什么样的影响，但《个人信息保护法》的制定已经提上日程。有必要立足我国国情，结合当前 GDPR 的相关规定，为我国个人信息保护相关立法提供一些思路。

① 齐茵.个人信息权利与公共利益的博弈——从公共利益视角探讨个人信息权利的边界[J].哈尔滨师范大学社会科学学报 2015(04);41-44.

② 翟相娟.个人信息保护立法中“同意规则”之检视[J].科技与法律 2019(03);58-65.

中国自贸试验区海关税收征管 制度创新难题研究

陈利强^① 陈琳

摘要：如何在提升贸易便利化水平的同时保证税收征管安全是海关监管重要的价值诉求。中国自贸试验区在海关税收征管制度创新方面积极作为，但是迫于征税的财政压力以及改革配套措施不完善，海关税收征管制度在落实以及进一步深化改革层面遭遇难题。主要成因包括部门间权责交叉，多元化治税体系不成熟；法律法规不完善，制度创新缺乏法治保障；数据共享机制不健全，智能化风险防控水平有待提升等方面。我国自贸试验区应当借鉴国际国内相关经验，从事权法治技术三个层面破解这些难题，以有效解决贸易便利化与税收征管安全之间的矛盾。

关键词：自贸试验区 税收征管制度 贸易便利化 事权法治技术

一、问题的提出

如何在提升贸易便利化水平的同时保证税收征管安全是海关监管重要的价值诉求。便利化是自贸试验区营商环境的一个重要方面，海关是贸易便利化中最重要的部分。^②与此同时，海关也肩负着征税的重要职能。国务院在于 2018 年印发的《优化口岸营商环境促进跨境贸易便利化工作方案》中就已提及创新海关税收征管模式。海关税制属流转税制，主要包括进出口环节的关税、增值税和消费税。与国内增值税和消费税征收相比，其在税率方面实行复杂的复式税则，征收

^① 陈利强，法学博士、公共管理学博士后，现任浙江工业大学法学院教授，浙江工业大学经济学院“国际法律与经济”学位点负责人，硕士生导师，兼任浙江省法学会自由贸易园（港）区法治研究中心主任、中国（浙江）自由贸易试验区建设领导小组办公室成员；陈琳，浙江工业大学法学院硕士研究生。

基金项目：本文系 2019 年度浙江省哲学社会科学规划课题重点课题《“一带一路”统领下赋予浙江自贸试验区“更大改革自主权”的法治保障研究》（项目编号：19NDJC022Z）；中国法学会课题；2018 年度浙江省哲学社会科学规划一般课题《中国自由贸易试验区知识产权特殊保护制度研究》（项目编号：18NDJC206YB）；2015 年教育部人文社会科学青年基金项目《自由贸易园（港）区国际航运法律制度研究及对浙江的借鉴》（项目编号：15YJC820066）；2014 年教育部人文社会科学青年基金项目《上海自贸区金融消费纠纷多元解决机制的构建》（项目编号：14YJC820035）的阶段性成果。

^② Wilson,J.S.,Mann,C.L.and Otsuki,T. Trade Facilitation and Economic Development: A New Approach to Measuring the Impact,World Bank Economic Review,2003.

对象种类繁多，在产品原产地的认定以及完税价格的确认方面都存在较多难题。海关税收征管主要包括申报、审单、验估、开税单、征税、查验、放行等一系列作业程序。^①全国通关一体化改革以后，审单环节并入税管中心。贸易便利化程度直接受制于海关税收征管的方式及程序。较长时间内，货物入关需以完成税款缴纳为前提条件。全国通关一体化以及自贸试验区海关税收征管制度创新皆聚焦于改革这一通关模式。

自贸试验区作为改革先行区，其“先进区、后报关”“集中汇总征税”“新型税收担保”“四自一简”等海关税收征管制度创新，使得通关与征税适度脱钩的新型征管体制基本形成，新型征纳关系初步构建。尤其在便捷通关、贸易便利化方面，其成就明显，成绩斐然。与上海关区通关时间平均水平相比，上海自贸试验区进出境时间分别缩短 78.5%和 31.7%；与 2017 年相比，2018 年广东自贸试验区海关平均通关率提升 50%以上。^②近些年，我国自贸试验区海关税收征管制度创新的实质是秉持“通得快，管得住”的基本原则，尽可能破除其他要素对货物便捷通关之桎梏。税、单、货三者间某种程度的脱钩是改革的必然结果，但海关税收征管风险也因此大为增加。此外，近些年国际贸易保护主义抬头，出口梗阻，企业统筹运用国际国内市场之诉求日趋显著。以跨境电商为代表的新型贸易业态的发展需进一步规范。上述问题的解决皆有待于创新税收征管制度。《海关全面深化业务改革 2020 框架方案》所指明的改革内容大致可归为税收风险防控的协同配合有待提高、税收征管改革配套制度有待健全、智能化风险防控水平有待提升等事权法治技术三个层面的难题。因此，创新海关税收征管制度，落实改革的顶层设计，需要从这三个层面切入，逐一破解改革所遭遇的难题。

二、自贸试验区海关税收征管制度创新存在的事权法治技术难题

全国海关扎实推进税收征管领域改革，制度创新成就明显。新型征纳关系初步构建、部门协调配合度增强；在关税领域，“一中心一制度”落地见效、有序运行；科学技术有效运用，税收风险集约化、专业化、智能化防控效能不断提升。但是，距离《海关全面深化业务改革 2020 框架方案》提出的：“建立高效便捷的申报制度、协同优化的风险管理制度、衔接有序的监管作业制度、统一规范的通

^① 钟昌元：《我国海关税收征管方式改革探析》，《税收经济研究》2016 年第 3 期。

^② 李善民：《中国自由贸易试验区发展蓝皮书（2017-2018）》，中山大学出版社 2018 年版。

关制度、自由便利的特定区域海关监管制度，形成符合新职能需要的监管制度体系”仍存在一定差距。归根结底需解决事权层面、法治层面、技术层面的难题，即部门间权责交叉，多元化治税体系不成熟；法律法规不完善，制度创新缺乏法治保障；数据共享机制不健全，智能化风险防控水平有待提升。

（一）部门间权责交叉，多元化治税体系不成熟

边境机构间的合作协调，可提高海关监管的效率。^①海关税收征管制度创新对海关与其他政府部门间、海关内部各机构部门间的协调配合以及海关与企业和社会层面的合作提出了更高要求。但是自贸试验区在事权层面存在两个难题：一是部门权责交叉，执法协同机制不完善。二是新型征纳关系未完全构建，中介机构效能未充分实现。

1.部门权责交叉，执法协同机制不完善

海关税收征管制度创新涉及诸多部门，有效整合海关与其他各部门的资源，加强海关内部各机构部门的协调与合作是综合治税水平得以提升的重要保障。如表 1 所示，一般纳税人资格试点、新型税收担保方式和税收征管无纸化等海关税收征管制度创新的落地见效需多个部门通力合作，但是海关与其他政府部门未能形成管理层面的有效协同。此外，就海关内部而言，如图 1 所示，全国通关一体化改革以后，海关税收征管流程转变为由中心下达相应指令，隶属海关执行的模式，直属海关的事权被部分剥离。但是三者之间的权责界定不清晰，分工配合机制不完善，直属海关与税管局在职责层面存在交叉重叠，直属海关仍存有“大包大揽”或“事不关己”两类错误态度，^②税管中心和隶属海关的作用未能有效发挥，三者未能实现有效协同。从横向组织架构来看，我国海关以职能作为划分部门的依据，与征税有较大关系的部门主要包括监管、稽查、关税等。在此基础上，海关又根据工作流程进一步细化这些基本职能，每一项职能都设置相应的机构。这就意味着海关税收征管权限不是集中于一个部门，税收征管活动需多个机构及部门协调配合。各机构及部门各自管理一个环节且各环节衔接并不顺畅导致部门工作协调困难。

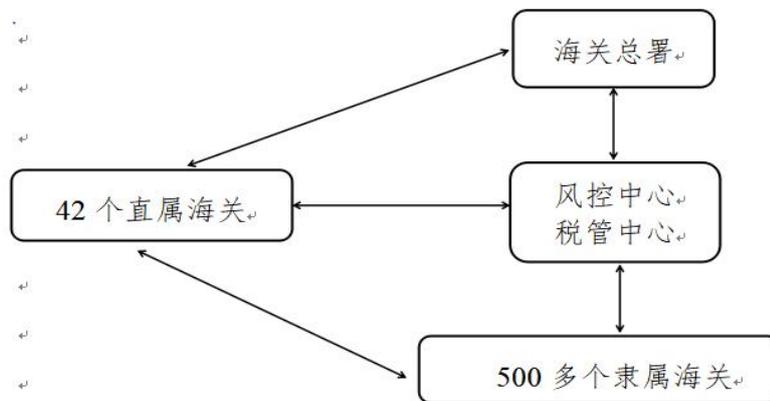
① 崔鑫生：《中国省域贸易便利化调查报告 2016》，对外经济贸易大学出版社 2016 年版。

② 林利忠、林臻、黄翀：《全国海关通关一体化形势下直属海关加强税收风险防控探讨》，《海关与经贸研究》2018 年第 1 期。

表 1 海关税收征管制度创新及主要责任部门^①

措施项目	具体内容	主要责任部门
集中汇总征税	基于有效担保，企业可先提取货物，事后再集中缴付税款。	海关总署
企业纳税自报自缴	企业自行申报办理系列纳税手续，海关仅受理不审定。	海关总署
税收要素审核后置	货物放行后，海关再抽查审核企业申报的各项税收征管要素，特殊情况例外。	海关总署
内销选择性征税	企业内销时，可自主选择按料件或按成品纳税。	海关总署
一般纳税人资格试点	赋予区内企业一般纳税人资格，建立试点退出机制。	税务总局；财政部门；海关总署
新型税收担保制度	实施企业集团财务公司、融资担保公司担保改革试点、保证保险制度。	海关总署；银保监会；财政部；人民银行；税务总局；保险公司
税收征管无纸化改革	海关税费电子支付，试点推进财关库银联网模式，实现单证电子化。	海关总署；财政部门

图 1 全国通关一体化改革以后海关组织架构^②



2. 新型征纳关系未完全建构，中介机构效能未充分实现

在上海和重庆自贸试验区率先实施的“四自一简”制度（自主备案、自定核销周期、自主核报、自主补税、简化业务标准手续），被列为自贸试验区第四批

① 数据来源：根据海关总署官方网站相关资料整理所得。

② 王树文、刘玲、王辉：《中国海关四十年组织变革及未来战略选择探析——基于海关与国家安全视角》，《海关与经贸研究》2019年第3期。

改革试点经验，于 2018 年推广至全国。在此基础上，新型征纳关系初步构建。新型征纳关系应当包括企业自主遵从纳税、社会信用体系健全、海关重点防控等内容。^①但是由于自贸试验区未构建健全的企业信用体系，属地纳税人管理制度未完全落实和信息技术建设步伐迟滞，不少企业利用制度和监管漏洞偷税漏税。此外，各种税收违规现象和非主观漏税事情也时有发生，进而导致海关与企业信任度不够，海关在由审核纳税单证向全过程重点防控征税风险改革中态度较为保守。要实现海关税收征管制度创新预设目标，还需通过借助中介机构等社会力量，完善多元化治理模式。自 2016 起全国自贸试验区复制推广中介机构制度，引入会计、审计事务所负责或者辅助海关税收征管的相关工作。^②例如，浙江自贸试验区在 2017 年 11 月引入浙江普华会计师事务所有限公司。但是重庆等自贸试验区尚未复制推广该制度，即使已复制推广该项制度的自贸试验区也未能充分实现中介机构应有的功效。例如，在税收稽查方面，会计、审计事务所等中介机构所采用的程序、方法与海关自身的征税稽查方式有所差别，海关并不能完全信任由中介机构出具的报告。因而海关重新复核的情况普遍存在，这不仅增加了税收征管成本还阻碍了贸易便利化水平的提升。另外，由于海关保税核查、核销和稽查具有较强的专业性，与中介机构普通的审计等业务有一定区别，中介机构可能无法完全胜任此项工作。因此，构建海关与中介机构之间的合作模式，使两者在相关工作方面形成合力显得尤为重要。

（二）法律法规不完善，制度创新缺乏法治保障

海关参与国际贸易竞争，制度竞争力是其竞争力的核心。^③海关税收征管制度创新的落地见效以及进一步深化改革需要相应的制度予以保障。但是目前自贸试验区在法治层面存在两个方面的难题：一是征管制度地方化碎片化，法律法规位阶过低。二是征管制度滞后，新模式、新业态发展受制。

1. 征管制度地方化碎片化，法律法规位阶过低

国家层面尚未出台统一的自贸试验区基本法，而是通过“逐项授权暂停”的

① 郭永泉：《自由贸易试验区的税收制度：建设进程、创新成效和深化改革》，《税收经济研究》2019 年第 2 期。

② 《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，2016 年 11 月 10 日。

③ 李魁文：《探索建立具有国际竞争力的先进海关监管机制研究》，《科学发展》2016 年第 7 期。

方式由地方先行先试。当前，海关税收征管制度改革主要是针对某一具体的项目或者为了解决某个具体的问题而由地方政府、海关总署等部门出台相关举措，各制度间缺乏关联，地方化碎片化现象明显。自贸试验区之间以及自贸试验区各片区之间的海关税收优惠政策不一致，税收征管方式改革内容和程度也存在差异，不利于自贸试验区整体贸易便利化水平的提升。就免税而言，广东自贸试验区改革的步伐迈的最大。广东省常务副省长徐少华曾表示将用一年的时间探索，以实现对外资均采用负面清单管理模式。福建自由贸易试验区最优惠，平潭片区实施对一部分因生产需要而进口的货物给予免税待遇的政策。就自贸试验区自身各片区而言，税收优惠政策依据不一致，也会导致各片区税收政策存在差别。例如，广东自贸试验区内的深圳前海和横琴片区的免税优惠政策非源自自贸试验区本身而是承袭旧有政策红利，故不适用于其他片区。自贸试验区海关税收征管的主要依据是国务院出台的总体规划、海关总署制定的部门规章和碎片化的政策措施及地方人大和政府出台的政策法规。一方面这些法律法规层次不高，另一方面总体规划以及海关总署和地方政府部门出台的政策措施并不属于行政法规，也就意味着海关税收征管制度的创新和落实无必要的法治保障。国家层面高位阶的法律法规的缺失，容易出现各自贸试验区在税收征管政策制定、通关监管模式选择、信息化建设方式等方面存在随意性，^①不利于自贸试验区的可持续性发展。另外，由于目前有关制度规定较为笼统，未能明确具体执行方式，海关税收征管制度创新在实践层面难以落实。执法部门凭经验贯彻落实相关政策，不仅执法风险增加，且与征税法治化、透明化原则不符。

2. 征管制度滞后，新模式、新业态发展受制

除了在出口退税政策方面有所差别外，其它海关特殊监管区的税收征管制度与保税区基本一致。但是，保税区主要的税收征管制度出台于1997年，年代久远。随着国内外经济环境及贸易形式的深刻变化，相关制度明显具有滞后性。目前自贸试验区实施的海关税收征管政策使得企业无法有效统筹国际国内两个市场，特别是不利于企业向国内市场发展。海关税收征管制度在来料加工与进料加工方面的差异，使得与外销相比，企业将加工制成品销往国内时其赋税程度往往更高。针对这一问题，海关总署出台系列文件复制推广内销选择性征税制度，但

^① 钟昌元、毛道根：《我国海关特殊监管区域的税收问题研究》，《上海海关学院学报》2013年第4期。

该项制度落地成效并不理想存在诸多问题。增值税是间接税制，通过进项税额相抵扣避免重复征税。一般纳税人开具的增值税发票可适用抵扣政策。我国自贸试验区处在境内关外，国内一些税收政策暂停适用，故区内企业不具备该资格，无法适用这一政策。因此，如果料件的退税率低于成品退税率，当企业内销时，其进口税率高于退税率，所要缴纳的增值税就会增多。^①针对这一问题，国家推出一般纳税人资格试点，2018年进入试点扩大阶段并设立了试点退出机制。^②截至2019年2月，重庆自贸试验区共有8家企业获得试点资格，但是福建、辽宁等自贸试验区更多停留于政策层面未取得明显成效。此外，跨境电子商务迅速发展，上海、福建和浙江等自贸试验区的建设实施方案都明确规定了发展跨境电子商务的重要任务。但是其税收征管要素与传统货物贸易相比有其特殊性。例如交易主体、交易对象的种类、数量、价格的真实性难以判别。其海量化、化碎片的特点也使得海关税收征管风险进一步增大。另外电子资料容易修改也会对海关估价稽查带来较大难度。如何构建与跨境电子商务发展相适应的海关税收征管制度是海关亟待解决的问题。

（三）数据共享机制不健全，智能化风险防控水平有待提升

海关监管制度改革的要点是借助信息技术，通过某种方式有效整合自身资源。其最终目的是确保既“通得快”又“管得住”。^③但是，自贸试验区在技术层面仍需解决两个方面的难题：一是跨部门信息共享机制不健全，各类资源信息未能有效整合。二是数据信息化程度不高，智能化技术应用有待推进。

1.跨部门信息共享机制不健全，各类资源信息未能有效整合

海关与其他政府部门以及海关内部各机构部门间信息共享机制不健全，使得海关无法有效整合所需信息，难以有效应对因海关税收征管制度创新落地而产生的税收征管风险，从而导致海关税收征管制度改革遭遇障碍。国际贸易“单一窗口”是跨部门信息共享机制的代表。^④我国自贸试验区“单一窗口”建设进度不统一，分为1.0、2.0、3.0三个版本。辽宁、浙江、河南、重庆等自贸试验区主

① 朱昱成：《海关特殊监管区域一般纳税人资格试点政策评析》，《海关与经贸研究》2017年第5期。

② 国家税务总局、财政部、海关总署《关于扩大赋予海关特殊监管区域企业增值税一般纳税人资格试点的公告》，国家税务总局[2018]年5号，2018年2月12日。

③ 石良平、周阳：《试论中国（上海）自由贸易试验区海关监管制度的改革》，《上海海关学院报》，2013年第11期。

④ 匡增杰、孙浩，《上海自贸试验区国际贸易“单一窗口”建设研究》，《经济体制改革》2018年第9期。

要处在 1.0 版，广东、福建等自贸试验区主要处在 2.0 版。存在构建的申报标准与口岸执法部门监管需求存有偏差，数据信息系统稳定性、安全性不高，部门间信息共享机制不畅通，系统作业不能独立完成需人工予以辅助等诸多问题。即使代表我国最高水平的 3.0 版本的上海自贸试验区“单一窗口”的信息共享程度与国际水准相比也存在一定差距。海关税收征管制度创新及企业信用体系的构建、AEO 制度的落实，需掌握企业的日常经营状况、贸易往来、自主报税纳税等基本信息。但是，这些数据通常储存在其他政府部门的信息系统中，海关不易提取。

2. 数据信息化程度不高，智能化技术应用有待推进

随着互联网技术的迅速发展，国际贸易所涉及的一系列数据的形式发生了深刻的变化，由传统的纸质形式逐渐转为以电子数据方式呈现。海关税收征管所需抽查、核验的凭证也更多地以电子数据方式体现，这就要求海关实现相应的技术变革。^①提高海关税收征管各环节所涉及资料的信息化程度是实现海关贸易便利化水平与征税安全良性耦合的技术保障。自贸试验区之间的税收征管参数设置不一致，企业申报数据不规范，以致通关前后的税收征管风险无法有效分析和把控。在无纸化改革程度方面，人工作业占比较大甚至高于智能作业。在查验、验估环节，在线服务水平较低，有关问题需企业现场处置。海关税收征管审核单证环节的作业方式仍处于依靠人工抽查的传统模式，人工抽查方式本身效率较为低下且不够精确，再加上单证数量较大，这就导致海关无法统筹考察各个业务环节，限制了海关发现问题的能力，不仅效率低下且征税风险也未能得到有效控制。利用表格进行数据筛选对比仍是海关统计分析税收征管风险各项要素的主要方式，这种方式主要依赖工作经验进行评估，大数据分析未能得到很好运用。

三、自贸试验区海关税收征管制度创新经验的国内比较与国际借鉴

为破解自贸试验区海关税收征管制度创新遭遇的三个层面的实践难题，借鉴国际经验，对标国际标准显得尤为重要。另外，作为第一批自贸试验区，上海自贸试验区在许多领域已走在全国前列，在海关税收征管制度改革方面也取得了重要成就，形成了一批可复制可推广的经验。自贸试验区在海关税收征管制度创新难题方面存在共性。因此，各自贸试验区在破解制度创新难题时，有必要借鉴上海自贸试验区的相关经验。

^① 郭永泉：《税立方：新时代的海关税制选择和改革》，《税收经济研究》2018 年第 2 期。

表 2 国际国内海关税收征管制度考察^①

自贸试验区海关税收征管制度难题	国际自贸区经验借鉴	上海自贸试验区经验借鉴
事权层面：部门间未能有效配合，征税以海关单向度管理为主。	韩国制定相关制度以清晰厘定职能部门权责；日本借助报关协会，以加强海关税收征管社会化管理。	海关主导型征管模式转为企业主动纳税征管模式；引进银行、保险、税务等中介机构。
法治层面：相关法律法规缺失，法治保障不完善。	新加坡制定《自由贸易区法》，统一税收优惠政策；美国修订《海关现代化法》，满足贸易安全便利。	制定《自贸试验区海关监管制度创新基本规范》。
技术层面：数据信息化、共享化程度不高。	新加坡建设“一站式”电子通关系统和以贸易网（Trade Net）为依托的国际贸易“单一窗口”；美国建立 ACE 系统（自动化贸易环境管理作业系统）。	对标国际最高水准，深化 3.0 版国际贸易“单一窗口”建设；建设智能优惠关税系统（Smart FTAX）；管委会建立自贸试验区监管信息共享机制和平台。

通过比较分析国际自贸区和上海自贸试验区的相关经验，不难发现，与我国自贸试验区相比，上述自贸试验区更善于借助社会力量辅助海关开展征税业务，税收征管制度创新方面也有完善的法律制度保障，相关技术设备先进，海关作业智能化水平高。

（一）部门间有效协同，海关征税多元化治理

就海关税收征管制度的国际国内经验来看，大多数国家都通过建立统一的机构或者颁布有关文件以明确各相关职能部门的权限，加强各部门的分工协作，以提高综合治税水平。例如，韩国自贸区通过制定《海关法》和《对外贸易法》等法律法规，对各职能部门的职责进行明确界定，从而提高各部门的协调配合程度。日本注重发挥报关协会的作用，通过报关协会与企业进行磋商。上海自贸试验区引入中介机构辅助海关开展税收征管业务，并且尊重企业的主体地位。多元化治理的最大意义在于可以使海关借助社会多方力量来弥补自身信息的不足，与其他部门、中介机构、行业协会、企业等共同组建一个互利共赢的税收治理体系，以充分有效发挥海关的监管资源，更好应对海关业务量剧增的情况。我国自贸试验区应当借鉴相关经验，以法律明确各部门职责，提高综合治税水平；借助社会力

^① 数据来源：刘恩专：《世界自由贸易港区发展经验与政策体系》，《格致出版社》2018 年版和上海自贸试验区官网。

量，实现海关税收征管的多元化治理。

（二）税收法定原则坚定贯彻，海关征税法治化、透明化

“先立法后执法”是税收法定原则的基本内涵，英国最早践行这一原则。税收法定原则的基本要求是海关税收征管活动要有明确的法律依据，包括税率、税种以及征管方式等方面。^①基于这一基本原则，国外自贸区大多遵循先立法后建区的模式。1999年《京都公约》（修订）也要求构建完善的法律法规制度以规范海关税收征管行为，保障便捷通关。新加坡通过制定《自由贸易区法》统一税收法律法规。美国《海关现代化法》对海关与企业各自的权责、税收征管方式、免税、违法处理等都有明确规定。^②上海自贸试验区制定相关法律文件规范海关监管制度创新，是对税收法定原则的贯彻落实，体现了以法治引领改革的战略思维，其意义非常重大。综合国际国内经验，我国自贸试验区应当根据自身的功能和产业特点，完善相关法律法规制度，为海关税收征管制度创新提供制度保障。

（三）数据共享机制健全，数据共享化、信息化程度高

综合国际国内海关税收征管经验，可以总结出提高海关信息化水平，建设包括“单一窗口”在内的部门间信息互通、交换、共享的机制和平台是提高海关税收征管效率、防控税收征管风险的有效途径。新加坡海关构建的“一站式”电子通关系统和高标准的国际贸易“单一窗口”，使其在便捷通关、管理成效方面成就显著。“新加坡模式”成为节约成本和提高效率“双丰收”的成功典范。^③美国在对入关货物进行监管时主要运用ACE系统，该系统具备多样化的信息搜集方式以及跟踪、控制功能，还可以自动处理一些事务。美国海关通过运用该系统，规范和储存货物因通关而涉及的各种信息数据包括单证流、资金流等，在此基础上实现数据共享。上海建设的智能优惠关税系统涵盖五套FTA优惠关税，企业可以通过该系统查询关税税率、原产地规则、商品税则等信息。我国自贸试验区应在现有基础上，进一步加强信息技术建设。

① 陈国文、孙伯龙：《税收法定原则：英国19世纪的演进及启示》，《兰州大学学报(社会科学版)》2015年第11期。

② 黄胜强：《美国关税法》，中国社会科学出版社2001年版。

③ 《以制度创新为核心促进海南贸易和投资自由化便利化》，<http://aoc.ouc.edu.cn/92/8b/c9821a2341/page.htm>, 2019年9月16日访问。

四、破解自贸试验区税收征管制度创新难题的建议

面对税收征管制度创新存在的系列难题,自贸试验区在事权层面应当理清部门权责,优化多元化治理模式;在法治层面应当完善法治保障,改革税收征管制度;在技术层面应当健全数据共享机制,加强技术保障。实现在进一步实现便捷通关、提升贸易便利化的同时,仍能有效管控征税风险,确保税收征管安全。

(一) 理清部门权责边界,优化多元化治理模式

《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)重点提到完善部门合作机制。海关除了实现在管理层面与其他部门有效协同外,应改变单向度的管理模式,引入中介机构,加强与企业的沟通合作,从而更好的利用自身的监管资源,有效化解贸易便利化与税收征管安全之间的矛盾。

1.完善部门合作机制,提高综合治税水平

海关的组织结构以及税收征管权限在机构部门间的分配对海关税收征管水平的提升具有重要意义。^①海关税收征管涉及多个部门,是一项复杂的系统工程。海关应破除包揽一切的落后管理理念,形成和提高综合治税意识。首先要加强海关与其他政府部门的协调配合,建立相应的合作机制。可以制定流程完整、切实可行的合作章程,明确各部门在海关税收征管制度创新方面的具体分工及合作方式。其次要清晰界定海关上下级组织部门以及横向各业务部门之间的权责。《海关全面深化业务改革 2020 框架方案》明确提出加强风险协同防控,风险管理部門负责风险分析、发布布控指令和风险预警,直属海关和隶属海关加强风险信息收集,畅通布控需求渠道,强化布控指令执行,完善执行反馈机制。通关与征税适当分离以后,海关税收征管风险主要体现为通关前的风险分析以及通关后的风险防控,这就要求关税部门必须加强与其它部门特别是稽查部门之间的合作。此外,应当调整海关各职能部门的权限,以解决当前各部门分工过细,统筹难度较大的问题。

2.构建互利共赢的关企关系,保障中介机构实现应有作用

海关与商界伙伴关系是海关贸易便利化制度的运行基础。^②深化海关监管制度改革应当遵循从以海关为主导的单向度管理模式转为借助社会力量,实现多元

^① 李海莲:《论我国海关税收征管效率的现状及其应对措施》,《求实》2011年第11期。

^② 周阳:《美国经验视角下我国海关贸易便利化制度的完善》,《国际商务研究》2010年第12期。

化治理模式的路径。^①为实现报关便利化以及提升通关效率，海关应当完善落实属地纳税人管理制度，实行属地纳税人差异化管理，为关企相互信任提供制度保障。在各部门共同建立保准、统一的大数据库基础上，构建标准的企业风险评估制度，进而对企业进行税收征管风险的等级划分，根据不同等级采取不同的监管措施。此外，海关与企业间应建立有效的沟通机制，以确保信息的对称性和有效性，使得海关的改革能够真正适应企业的需求。海关在开展单证审核、税收稽查等业务时，应当充分借助会计、审计等中介机构的力量，实现海关征税多元化治理，以有效解决业务量增长导致海关现有监管资源不足的问题。海关应当与中介机构加强沟通、必要时制定相关法律制度，明确两者之间的任务分工和合作方式，以解决当前中介机构与海关无法有效配合的问题。

（二）完善法治保障，改革税收征管制度

科学合理的监管是以良好完善的法律制度为基础的。^②自贸试验区应当以法治引领海关税收征管制度改革，但是当前自贸试验区税收征管部分制度创新仅有制度规定，缺乏相应的法治保障。自贸试验区应结合自身的产业状况、经济特点，逐步完善相关法律制度，实现海关征税法治化、透明化。

1.以多层次联动立法为路径，完善税收征管法治保障

自贸试验区的税收征管制度创新要兼顾自身特点。遵循“国家授权、部委规章、地方立法多层次联动推动”路径，^③逐步完善和统一税收征管法律制度。有效解决税收征管制度地方化碎片化，体系不完善，一些征管方式无明确法律依据等问题。自贸试验区应当在中央授权的模式下，根据自身的特点和功能，“先行先试”积极探索符合自贸试验区自身特点的海关税收征管制度。在此基础上逐步统一相关征税制度，包括来料加工与进料加工的退税政策，内销产品完税价格的计算方法以及进一步规范出口退税行为，应当足额退税的必须足额退税。另外，要正确处理好改革与立法的关系，形成重大改革于法有据，立法引领改革的新路径。^④应当为海关税收征管制度改革配套相关的法律制度，为贯彻税收法定原则奠定制度基础，实现税收征管法治化、透明化，降低执法风险，以制度保障海关

① 刘剑文：《法治财税视野下的上海自贸区改革之开展》，《法学论坛》2014年第3期。

② 赵晓雷：《中国（上海）自由贸易试验区的监管法律制度设计》，《法学》2013年第11期。

③ 陈利强：《中国自由贸易试验区法治建构论》，《国际贸易问题》2017年第1期。

④ 贺小勇：《上海自贸试验区法治深化亟需解决的法律问题》，《东方法学》2017年第1期。

税收征管制度创新的落地见效。对于制约新模式、新业态发展的制度，要尽快修法。此外，应注意把握地方立法的受制性与立法引领性、前瞻性之间的关系。^①

2.坚持立改废释方法论，促进和保障新模式新业态发展

一是有效贯彻“一般纳税人资格试点”和“内销选择性征税”制度，以便区内企业更好地参与国内市场竞争。有一般纳税人资格试点经验的自贸试验区应当借鉴相关经验，与企业积极开展合作试点，帮助企业了解该项制度在不同情形时的具体规定。不同主体间的贸易行为，在能否适用进项税额抵扣制度方面存在差异。自贸试验区应探索建立“试点退出机制”的具体实施方式，减轻企业顾虑，提高企业参与度。此外，海关应建立企业反馈机制，以企业需求为导向，注重政策实施效果。内销选择性征税利于加工贸易企业更好的利用国内市场，可以适当扩大该项制度的适用领域，给予纳税人更多自主选择权。其次，在执行该项制度时，必须明确其适用的标准及程序，限制执法行为的随意性。

二是依据跨境电子商务的特点，配套相关的税收征管制度措施。自贸试验区海关应把握跨境电子商务征税对象、适用税率难以确定，电子资料易修改以及海量、碎片化的特点，结合自身状况，借鉴国内外相关经验，进行制度创新。例如，借鉴河南自贸试验区在构建跨境电子商务事前、事中、事后正面监管模式方面的经验。精准掌握跨境电子商务涉及的各项税收征管要素，有效防控价格虚报导致的税收征管风险。其次，逐步完善对征税范围、计税尺度和起征点等要素的规定。探索建立政策评价标准，对已实施的措施，要综合评估其效果，及时调整或者废止。特别是“对网购保税”和“行邮税”在试点的同时要保持审慎的态度。此外，将跨境电商置于全国通关一体化改革范围内，针对其海量、碎片化的特点构建货物渠道和寄递渠道两种通关模式。

（三）健全数据共享机制，加强技术保障

信息化建设是海关现代化建设的重要部分。美国将在2019年举行的“二十一世纪海关框架”公共会议的议题就包括智能执法、前沿技术、数据访问和共享以及“单一窗口”功能更新。自贸试验区应当完善部门信息共享机制，提高智能化风险防控水平。

^① 丁伟：《上海自贸区立法经验及启示》，《人民政坛》2015年第9期。

1.完善包括“单一窗口”系统在内的部门信息共享机制

国际贸易“单一窗口”的建设应分阶段、分时期逐步推进。^①自贸试验区应借鉴国际国内建设经验，加大资金投入，完善包括税务、海关在内的功能模块，构建标准化的数据体系，提高信息共享水平。另外，可以将海关与其他政府部门、金融机构等单位的数据接口连接起来，在“云计算”技术的辅助下，将各部门信息有效整合，打破部门间信息系统独立且互不开放的局面，为海关进行税收风险分析及税收风险防控奠定基础。

2.构建全面、标准、统一的数据信息库

在提升贸易便利化水平的同时，保证税收征管安全，有赖于构建全面、标准、统一的数据信息库。数据信息库应包含企业、商品、法规和模型等内容。^②其中企业信息库应涵盖企业的基本信息、进出口业务、税收的缴纳情况以及纳税人的诚信记录等。商品信息库应包括价格信息、原产地信息、商品生产流通等信息系统等。法规信息库主要包括经海关分析整理后建立的完善的税则体系，政府针对自贸试验区出台的一系列税收征管制度创新也应当及时更新，并且具备根据企业输入的信息就能自动识别所适用的法律政策，帮助企业估算税款的功能。模型信息库应当具备在其他数据信息基础上，为海关预测和分析税收征管风险提供不同计算模型的功能。其次，数据库的构建及相关的参数设置要遵循一定的标准，建议由海关总署出台相关文件予以明确。

3.探索将区块链技术应用用于税收征管

于2017年召开的20国集团会议中，Julie Maupin表明各国应当在征税等重点领域运用实施区块链技术，以实现相关政策目标。^③电子数据易于造假篡改，海关不能全面有效掌握真实的相关纳税信息，即海关与纳税主体之间的信息差是税收征管风险的重要来源。区块链技术以分布式方式存储数据，各区块间紧密联

① 尹红、陈利强：《破解中国自贸试验区国际贸易“单一窗口”制度难题研究》，《海关与经贸研究》2019年第1期。

② 张建国：《新经济背景下海关税收治理转型的目标与途径：协同智税与数据赋能》，《海关与经贸研究》2018年第1期。

③ Julie Maupin, The G20 Countries Should Engage with Blockchain Technologies to Build an Inclusive, Transparent, and Accountable Digital Economy for All. [Online] Available at: <http://www.g20-insights.org/wp-content/uploads/2017/03/g20-countries-engage-blockchain-technologies-buildinclusive-transparent-accountable-digital-economy.pdf>.

系，利用共识算法等技术保障信息不被篡改性和透明可靠性。以海关、税务、金融等部门以及物流公司、外贸企业等社会主体为节点，共同组成区块链网络，突破地域和部门限制，实现信息的公开化、透明化、共享化。在此基础上构建“税务遵从—纳税评估—纳税信用评级—税收征管”的制度体系。^①利用区块链技术信息具有可验证、可追溯的特点提高税收稽查稽查的精准度和准确性。

Research on Solving the Innovation Problems of Customs Tax Collection System in China FTZ

Abstract : How to improve the level of trade facilitation while ensuring the safety of tax collection is an important value demand of customs supervision. China's FTZ has played an active role in the innovation of the customs collection system. However, due to the financial pressure of taxation and the imperfect reform measures, the customs tax collection system has encountered difficulties in the implementation and further deepening of the reform. The main causes behind the difficulties include the intersection of powers and responsibilities among departments, the imperfect multiple management mode of customs tax collection, the imperfection of laws and regulations, the lack of legal protection for system innovation, the imperfection of data sharing mechanisms, and the level of intelligent risk prevention and control to be improved. In order to effectively solve the contradiction between trade facilitation and tax collection security, China's FTZ should draw lessons from relevant international and domestic experience and solve these problems from three aspects of power, rule of law and technology.

Keyword: FTZ; Customs Tax Collection System; Trade Facilitation; Institutional Problems

^① 汤晓冬、周河山：《基于区块链技术的税收治理框架构建》，《税务研究》2018年第11期。

破解自贸试验区“地方需求 vs. 垂直领导”的制度悖论——以舟山保税燃料油供应为视角

陈豪^①

摘要：自贸试验区建设离不开诸多垂直领导部门的参与和配合。但现实中，“垂直领导”的性质却导致自贸试验区内的垂直领导部门不但难以积极回应自贸试验区建设的地方需求，有时反而还会阻碍自贸试验区建设，形成“地方需求 vs. 垂直领导”的制度悖论。浙江自贸试验区的保税燃料油供应的相关制度建设即为其中的典型实例。该制度悖论的根本成因在于“地方需求”与“垂直领导”之间缺乏高效、稳定的协作机制。对此应采取“事权法治制度一体化”的方略，促进“中央——地方联动”，逐步建立此类机制。

关键词：自贸试验区 地方需求 垂直领导

建设自贸试验区是我国重要的国家战略。习近平总书记曾指出：建设自由贸易试验区是党中央在新时代推进改革开放的一项战略举措，在我国改革开放过程中具有里程碑意义，要不断提高自由贸易试验区发展水平，把自由贸易试验区建设成为新时代改革开放新高地。^②从2013年至今我国已经设立了11个自由贸易试验区。2019年6月28日，习近平总书记在二十国集团领导人峰会上，就世界经济形势和贸易问题发言时再次指出将再新设6个自贸试验区。^③

自由贸易试验区建设已成为我国新一轮改革开放的标志性举措，而自贸试验区建设离不开各垂直领导部门的积极参与和配合。如何促进垂直领导部门服务自贸试验区建设的地方需求，实现垂直领导部门与自贸试验区地方政府的良性互动，是自贸试验区建设中需要各方共同积极应对的课题。

^① 陈豪，浙江工业大学法学院讲师，法律博士，浙江省法学会自由贸易园（港）区法治研究中心主任助理，舟山市法学会自由贸易港区法治研究会副秘书长，联系电话 18768472666。

^② 新华网：《习近平：把自由贸易试验区建设成为新时代改革开放新高地》，http://www.xinhuanet.com/politics/2018-10/24/c_1123608494.htm，访问于2019年8月18日。

^③ 人民网：《携手共进，合力打造高质量世界经济》，<http://jhsjk.people.cn/article/31203035>，访问于2019年8月18日。

一、垂直领导部门在自贸试验区建设中扮演重要角色

我国各自贸试验区的建设，均与诸多垂直领导部门息息相关。如各自贸试验区的《总体方案》中均包括海关特殊监管区域“一线放开”“二线（安全高效）管住”等要求，就必须有垂直领导的海关积极参与和作为方可实现。除此之外，各自贸试验区在发展本区特色经济或特色产业时，与区内垂直领导部门的联系可能会更加密切。如中国（浙江）自由贸易试验区（以下简称“浙江自贸试验区”）以油品全产业链投资便利化与贸易自由化为主要建设任务，其中又以保税燃料油供应为抓手，建成国际海事服务基地和东北亚保税燃料油供应中心。而保税燃料油供应流程关系最直接和密切的三个部门均为垂直领导部门：海关、海事、边检。

鉴于自贸试验区建设与垂直领导部门之间的紧密联系，自2013年我国开始设立自由贸易试验区以来，多个自贸试验区条例都对区内各主要垂直领导部门与自贸试验区建设之间的关系做出了规定。一类是规定区内各垂直领导部门应当支持配合自贸试验区建设。另一类是规定自贸试验区应当积极与区内各垂直领导部门进行沟通以获取其支持。

前者如天津、福建、浙江自贸试验区。《中国（天津）自由贸易试验区条例》第十四条第一款规定：“海关、检验检疫、海事、边检、金融……等部门驻自贸试验区的工作机构，依法履行相关行政管理职责，落实有关自贸试验区的政策措施，支持自贸试验区改革创新工作。”《中国（福建）自由贸易试验区条例》第十一条第二款规定：“海关、检验检疫、边检、海事、税务等部门在片区设立的工作机构，应当推进自贸试验区改革创新工作。”《中国（浙江）自由贸易试验区条例》第九条规定：“海关、检验检疫、海事、边检、海警、金融监管、国家税务总局等部门驻自贸试验区的工作机构（以下统称驻区工作机构），依法履行相关行政管理职责，落实有关自贸试验区的政策措施，支持自贸试验区改革创新工作。”

后者如广东自贸试验区。《中国（广东）自由贸易试验区条例》第十条规定“（第一款）自贸试验区应当健全与海关、检验检疫、海事、海警、边防、港务、金融监管等中央驻粤单位的沟通协调机制，主动研究提出推进投资开放、贸易便利和金融创新等方面的改革创新措施，争取国家有关部门支持在自贸试验区先行先试。（第二款）自贸试验区应当为中央驻粤单位履行职责和落实国家支持自贸试验区先行先试政策提供便利和协助，并创造条件使自贸试验区成为中央驻粤单位推进

改革试验的重要平台。”

二、自贸试验区“地方需求 vs. 垂直领导”的制度悖论

尽管各自贸试验区都充分意识到了垂直领导部门的重要角色意义，并且都设法在地方立法中规定了垂直领导部门与自贸试验区建设之间的良性互动关系，但实际情况却远未达到期待的目标。很多时候情形是事与愿违，垂直领导部门因其垂直领导的属性，难以及时回应地方需求，形成了“地方需求 vs. 垂直领导”的制度悖论。

（一）“地方需求 vs. 垂直领导”制度悖论的基本情形

自贸试验区建设中，垂直领导部门与地方需求的关系难以像条例中规定的那样和谐，二者的关系也难以如各《总体方案》和条例中所描绘的那样美好。自贸试验区的政策落地时常收到垂直领导部门的阻碍，而垂直领导部门的地方分支往往也因“垂直领导”的性质本身，对回应自贸试验区的地方需求感到力不从心。“政策落地不同步”（政策明文规定的内容，却在政策发文后很久才真正落地）甚至“政策空转”（政策明文规定的内容始终不能落地，甚至数次发文亦无济于事）的情形均比较普遍。

（二）“地方需求 vs. 垂直领导”制度悖论在浙江自贸试验区保税燃料油供应中的典型体现

上述情形在浙江自贸试验区的保税燃料油供应业务中体现尤为明显。在舟山建成东北亚保税燃料油加注中心，是浙江自贸试验区建设油品全产业链投资便利化和贸易自由化建设的重要内容。通过大力发展保税燃料油供应业务，可以吸引来往船舶尽可能在舟山停泊加油，由此可以促进舟山的人流、物流、资金流增长，并进而推动油品产业链投资便利化贸易自由化，实现舟山的全面繁荣。

浙江自贸试验区的保税燃料油供应在国际加油港的竞争中最大的劣势在于两点：一是燃料油价格过高；二是燃料油加注的效率过低。这两点的改善均涉及到海关、海事、边检这三个垂直领导的监管部门。其中海关主要负责货物（保税燃料油）管理，保税燃料油进出库的监督检查等。边检负责人员管理，供油船出港入港的人员审查。海事负责对加油外锚地建设的审批以及不同海事状况下的安全监督。

整个保税燃料油供应流程中，地方政府对此的作用空间比较有限。除了为供

油企业提供一些补贴外，地方政府几乎完全无能为力。与此同时，浙江自贸试验区内的海关、海事、边检又因其“垂直领导”的本质，必须接受上级同类部门的垂直领导，无权擅自回应浙江自贸试验区的地区需求，这就导致保税燃料油供应的相关问题解决起来进展相对缓慢。

例如不同税号保税油的混兑调和业务，因为海关部门规章的“法治笼子”，导致在《中国（浙江）自由贸易试验区总体方案》（国发〔2017〕16号，以下简称《总体方案》）对保税油混兑调和进行明确授权后一年多，方才得以落地。又如保税油跨关区直供问题，也是因海关总署的文件规定所限，导致在《总体方案》明确授权后一年多才艰难地逐步实现。还有海关工作时间安排导致加油船的船期延误、边检对供油船的许可证管理过严导致“一船多供”难以实现等。上述实例将在下文阐述该制度悖论具体成因时再行详述。

三、“地方需求 vs. 垂直领导”制度悖论的成因

“地方需求 vs. 垂直领导”制度悖论的基本成因是地方需求与垂直领导之间缺乏稳定、高效的协作机制。我国现行的协作机制下，垂直领导部门难以及时高效地回应地方需求。每当地方需求需要垂直领导加以配合时，解决办法仍然是“一事一议”式的沟通协调。由地方干部层层上报中央层面请求解决，再由垂直领导部门的中央层面下发文件到垂直领导部门的地方分支，耗时费力。很多时候，明明已有中央发文授权之事，仍然需要继续找相关垂直领导部门“一事一议”，大量时间精力被用于此类“内部润滑”，造成行政资源的虚耗。^①

而前述稳定高效协作机制缺失的成因，具体大致可以分为中央层面和地方层面两大类。其中除此之外，以上各类原因之间还可能出现重叠作用和互相转化的情形。

（一）中央层面的原因

“地方需求 vs. 垂直领导”制度悖论在中央层面的原因，主要表现为垂直领导部门的中央层面与其他部委（包括垂直领导和非垂直领导）之间缺乏高效的协作机制，导致中央或其他部委的政策难以落地。这其中最典型的例子就是前文提到的保税燃料油的混兑调和。该政策本由国务院的正式发文明确授权，但是却

^① 笔者于2018年7月、2019年7月于舟山市政府各部门进行实地调研时，各部门干部对诸如此类的“内部沟通成本太高”反应非常强烈，均表示此类工作耗费过多精力，系自贸试验区各项工作进展缓慢的关键因素之一。

因海关总署的部门规章的限制性规定，“政策空转”一年多之后方才得以落地。

对保税燃料油进行混兑调和，能够以较低成本生产出来往船舶所需的廉价燃料油（缺陷是保质期短）。如果能够在浙江自贸试验区开展不同税号保税油混兑调和业务，能有效降低浙江自贸试验区保税燃料油的价格，大大增强舟山作为加油港的竞争力。为此《中国（浙江）自由贸易试验区总体方案》（国发〔2017〕16号）特地明确表态，“在符合监管条件的前提下，允许注册在自贸试验区内的企业开展不同税号下保税油品混兑调和。”但是海关总署的部门规章《中华人民共和国海关对保税仓库及所存货物的管理规定》第二十条第一款规定“保税仓储货物可以进行包装、分级分类、加刷唛码、分拆、拼装等简单加工，不得进行实质性加工。”而不同税号下保税油品混兑调和恰恰属于该规章所禁止的“实质性加工”。

舟山海关属于垂直领导部门，无权违反海关总署的部门规章，亦无义务服从浙江省人民政府。因此，尽管有了国务院下发的《总体方案》中的明确授权，浙江自贸试验区仍然长期无法开展保税油混兑调和业务。各方进行了大量的反复沟通。直到2018年7月4日，商务部经过与海关总署的协商，得到海关总署同意后，正式发文《商务部办公厅关于中国（浙江）自由贸易试验区开展保税燃料油混兑调和加工贸易业务的复函》（商办贸函〔2018〕223号），重申允许区内企业“以物理混兑调和方式开展保税燃料油混兑调和加工贸易业务”。后又经海关总署向下级海关发文要求协助，才在浙江自贸试验区正式实现了保税油混兑调和。

一个由国务院正式发文许可的政策，却因与中央层面的垂直领导部门缺乏高效的协作机制，导致发文后“政策空转”一年多后，又经商务部与海关总署再行协调，由商务部和海关总署“重叠反复授权”，才实现落地。

（二）地方层面的原因

地方层面的原因主要是指中央部委层面未有直接的限制，但因地方层面本身缺乏高效协作机制，从而导致垂直领导部门未能为自贸试验区的建设发展提供有效协助，甚至反而产生阻碍。具体而言又可以分为垂直领导部门地方分支自身之间的协作机制问题，以及垂直领导部门地方分支与地方政府部门之间的协作机制问题。

1.垂直领导部门地方分支自身之间缺乏高效协作机制

这方面的代表性实例是浙江自贸试验区的保税燃料油的跨关区直供问题。根据《中华人民共和国海关保税油跨关区直供业务监管操作规程》第十七条的定义，所谓“保税油跨关区直供”，是指供油企业将保税油跨关区直接供应国际航行船舶的业务。

根据原有的管理机制，供油企业在不同关区开展保税燃料油供应业务，应当取得不同关区的许可证，而每个关区的许可证都有各自独立的审批条件。如果实现保税油的跨关区直供，则同一条供油船可以灵活前往不同关区、不同锚地为船舶加油，从而为供油企业提高效率。此外，如果实现了跨关区供油，供油企业就不需要在不同的关区单独设立保税油仓库，也节省了成本。^①

和保税油的混兑调和一样，《总体方案》早就明确授权“允许开展保税燃料油跨关区直供业务。”然而，尽管有国务院的明确授权，仅仅在浙江省范围内实现该政策的落地，就在《总体方案》之后持续耗费了很长时间。具体原因即在于浙江省内各地海关之间因缺乏高效协作机制而不得不花很长时间进行沟通协调。

保税油的跨关区直供基本上得依赖靠所跨关区的供油地海关和受油地海关之间进行单向协调解决。如2017年7月海口湛江两地海关签订了跨关区供油联系配合办法，实现了两地之间的跨关区供油。^②而这之间涉及不同属地海关的联合监管和协作配合，需要开展大量的联系沟通工作。如2013年中石化为了在舟山实现从舟山岛宁波的跨关区供油，从5月份向舟山海关申请开展跨关区直供业务以来，“一直保持与海关的密切联系，多次同海关举行专题业务洽谈会，商讨具体业务操作方案，力求完善每一个细节。在该公司的极力推动下，杭州、舟山、宁波等地海关专门进行了2次跨关区供油业务研讨会，细化供油操作流程，最终形成了联系配合办法，建立了各海关之间的协作机制，为跨关区供油打通了海关监管流程。”直到整整一年多以后的2014年8月，首单在宁波的跨关区供油才落地实现。^③

① 王云：《福州、厦门海关启动保税油跨关区直供》，《港口经济》2015年10期。

② 环球网：《海口湛江两地海关签订跨关区供油联系配合办法》，<https://m.huanqiu.com/article/9CaKrnK44rp>，访问于2019年8月17日。

③ 中国石化新闻网：《燃料油公司完成华东地区首单跨关区供油》，<http://xianhuo.hexun.com/2014-08-01/167183872.html>，访问于2019年8月17日。

该情况直到海关总署正式发文才得以改善。2017年8月8日，海关总署颁布《中华人民共和国海关保税油跨关区直供业务监管操作规程》，对浙江自贸试验区范围内跨关区直供业务的操作流程进行了规范。同年10月9日，海关总署发布《关于明确保税油跨关区直供业务有关事项的公告》（海关总署公告[2017]第47号），对跨关区直供业务相关细节做了进一步的明确规定。此后不久，保税油跨关区直供业务在浙江省内的问题基本解决。但是在浙江省外，跨省跨关区供油的业务推进仍然非常缓慢。^①

《总体方案》明确授权的保税油跨关区直供政策，因垂直领导部门地方分支之间缺乏高效协作机制，导致该政策在《总体方案》生效半年多以后方才落地。但和前文所述的保税燃料油混兑调和的一年以上相比，都已经可以算是落地较快的了。

2.垂直领导部门地方分支与地方政府直接协作机制的缺失

地方层面原因的第二种情形是垂直领导部门的地方分支，因其自身管理习惯与自贸试验区建设的地方需求存在落差，但又因垂直领导部门地方分支与地方政府之间缺乏高效协作机制，导致该垂直领导部门地方分支的某些管理习惯长期阻碍自贸试验区建设发展。仍以浙江自贸试验区的保税燃料油供应为视角，海关、边检等部门的管理习惯均曾长期妨碍保税燃料油供应效率的提升。

例如海关的工作时间就可能直接影响保税燃料油的供应效率。在舟山的港外锚地进行的保税燃料油加注作业完成后，供油船和加油船需要向海关的系统进行加油量的电子申报，之后加油船才能离开。舟山海关的管理习惯一般来说是早上8点上班，下午5点下班。从理论上说，舟山海关的电子申报系统可以在海关无人值班的情况下继续接受申报信息。但事实上，海关的电子系统可能出故障，导致海关未能收到供油船和加油船发出的申报。因此，如果在下午5点后完成加油作业的供油船和加油船，往往不得不选择在锚地空等一夜。待次日8点海关上班后，再通过电话等方式人工确认信息已经被接收后，加油船才敢离开。这期间的等待时间完全是在耽误船期，毫无必要地延长了加油船的滞留时间，降低了供油作业的效率。^②

^① 2019年7月10日笔者于舟山市港航和口岸管理局调研时获悉。

^② 笔者2017年11月26日于舟山某船代公司的访谈调研时获悉。

又如边检系统曾对港外锚地供油长期执行以下管理习惯：一是加油船到达外锚地后供油船才能从港内出发前往供油；二是边检发给供油船的出港许可只有当天有效。前者导致每条加油船必须在锚地空等数小时以待供油船前来。后者导致供油船的加注作业一旦超过凌晨零点，则无论供油船上还剩多少油，也无论供油船还可以供应多少加油船，供油船都必须回港内重新办理出港许可，然后再回到外锚地继续供油作业。^①边检部门的这些管理习惯，曾一度成为浙江自贸试验区发展“一船多供”业务的阻碍。该情形经过浙江自贸试验区当地政府与当地边检部门多次沟通协调，直到2018年秋季以后方得到改善。^②

（三）中央层面和地方层面原因的重叠与转化

中央层面的原因和地方层面的原因并非泾渭分明，亦非固定不变。很多时候，它们会互相产生影响，导致原因互相叠加甚至互相转化。

典型实例如浙江自贸试验区打击走私的体制机制变化。浙江自贸试验区对保税燃料油供应的大力支持，以及浙江自贸试验区保税油供应量的迅速增长，给某些不法分子将燃料油从保税仓内提出再非法走私入境提供了机会。于是打击油品走私成为浙江自贸试验区乃至整个浙江沿海缉私工作的重要内容。

2018年6月海警整体移交武警序列后，舟山附近的海上缉私工作陷入了一定的困境。一是因为武警属于中央军委管辖的国家武装力量，未得中央命令不得擅自行动，导致缉私行动的主动性被迫削弱。二是海警转属武警后，即按照武警系统的建制管辖，与原先的海警系统杂糅，导致了一定的紊乱。如在舟山抓到的走私犯罪嫌疑人，按当前体制却必须羁押在宁波。这使得舟山市的检察院、法院等机构的工作人员每次进行讯问都必须前往宁波，往返上百公里，极为不便。^③

以上两点原因中，第一点属于中央层面的原因导致的难题。而第二点则是继中央层面的原因发生之后，与地方层面各复杂因素重叠，并转化表现为地方分支之间的协调问题。可见中央层面和地方层面的原因并非孤立起作用，而是存在互相影响、重叠、转化的可能。

① 笔者2017年11月26日于舟山某船代公司的访谈调研时获悉。

② 笔者2018年7月在舟山实地调研时得悉情形尚未有进展，2019年7月再在舟山实地调研时得悉问题终于解决。

③ 笔者2019年7月11日于舟山市委政法委调研时获悉。

四、“地方需求 vs. 垂直领导”制度悖论的破解路径：“事权法治制度一体化”方略下的“中央——地方联动”机制

“地方需求 vs. 垂直领导”制度悖论的基本成因在于垂直领导与地方需求之间缺乏高效的协作机制,其破解的关键即在于综合运用“事权法治制度一体化”的方略,促进“中央——地方联动”,逐步建立此类机制。

(一) 自贸试验区地方政府:依据“事项清单”梳理并上报“事权清单”和“修法清单”

首先,自贸试验区所在地政府,应依据《总体方案》中的各项任务及所赋权力,罗列自身所需完成工作的“事项清单”,并分派给各个部门完成。这部分工作相对容易完成。如浙江自贸试验区的《中国(浙江)自由贸易试验区建设实施方案》(浙政发〔2017〕29号,以下简称《实施方案》)已经将其完成。

其次,由所分派到的各个部门,对自身所分配到的事项进行深入调查研究,以期发现:(1)该事项可能涉及到哪些垂直领导部门;(2)可能需要这些垂直领导部门的地方分支做哪些配合工作;(3)这些配合工作将需要这些垂直领导部门的地方分支对其当前的哪些管理习惯或管理规定做出调整变动;(4)前述调整变动都需要垂直领导部门的中央层面下放何种事权。随后,各部门详细罗列前述各垂直领导部门与调整变动事项(附相关说理),再由自贸试验区所在地政府进行汇总,形成“事权清单”和“修法清单”。

该“事权清单”即说明垂直领导部门的当地分支可以在何种范围内自主决定配合地方需求。如前所述,为配合浙江自贸试验区保税燃料油供应工作,海关总署单独发文授权舟山海关就保税油混兑调和事项配合浙江自贸试验区,即为“事权清单”路径之实例(但此项实例还只是“碎片化”的单项事权下放,尚未到达体系化的“事权清单”的程度)。而“修法清单”则是垂直领导部门为配合地方需求,须对其自身的哪些部门规章或其他规范性文件进行“立改废释”,或在特定的自贸试验区内暂停实施。同前所述保税油混兑调和的实例,海关总署亦可选择修订或在舟山暂停实施《中华人民共和国海关对保税仓库及所存货物的管理规定》,即成为“修法清单”之路径。

最后,由自贸试验区所在地政府向中央政府统一提交“事权清单”和“修法清单”(均附相关说理),向中央政府申请相关事权下放或法规修订。此外,亦可

由自贸试验区所在地政府向垂直领导部门的中央层面各部委分别提交涉及该部委的“事权清单”和“修法清单”（均附相关说理），由该部委就其本身权限范围内，单独进行事权下放或法规修订。但无论上述哪一种路径，均可实现变“一事一议”的“碎片化赋权”为“体系性赋权”，在一定程度上实现稳定、高效的垂直领导配合地方需求协作机制。

（二）垂直领导部门中央层面：对自贸试验区所在地的地方分支进行统一赋权，辅以“改革备案制”和容错机制

如前所述，垂直领导部门因其垂直领导的性质，其地方分支首先需要遵守本部门的部门规章和上级相应部门的指令，无权擅自回应自贸试验区的地方需求。但既然建设自贸试验区为“改革开放的新高地”是中央的战略部署，而且《总体方案》亦为国务院签署发文的，因此各垂直领导部门的地方分支，依据《总体方案》配合自贸试验区地方需求进行自贸试验区建设，也是题中之意。

有鉴于此，为避免“垂直领导”妨碍《总体方案》实施，就中央层面而言，可以考虑在《总体方案》范围内对垂直领导部门的地方分支进行统一赋权。如由各垂直领导部门对其在自贸试验区的地方分支发文，明确在《总体方案》罗列事项之内，鼓励地方分支自行配合自贸试验区所在地的地方需求，对某些部门规章变通实施或在自贸试验区范围内暂停实施，并报垂直领导部门的中央层面备案。同时在发文中明确对上述变通调整行为实施容错机制，为配合自贸试验区建设地方需求而采取的行为减免责任。

**Solving the Legal Paradox of “Local Demand vs. Vertical Leadership” in
FTZ—from the Perspective of Bonded fuel Supply in Zhoushan**

Abstract: The construction of FTZ is closely related to vertical-leading departments. However, in practice, “Vertical Leadership” frequently leads to the result that vertical-leading departments may not be able to cooperate with the local demand, and even do harm to the FTZ construction, which is the Legal Paradox of “Local Demand vs. Vertical Leadership”. The supply of bonded fuel in Zhejiang FTZ is a typical example of such situation. The basic reason which leads to such paradox is the lack of effective and steady cooperation system between local demand and vertical leadership. To solve such problem, the strategy of “power-rule of law-system-incorporation” should be adopted to improve “Central-Local-Reaction”, which will eventually establish the said system.

Key words: FTZ; Local demand; Vertical Leadership

中国（浙江）自由贸易试验区 航运制度创新探析

许昌^{①②}

摘要：航运制度创新是建设浙江自贸试验区的重要内容，尤其是建设舟山国际海事服务基地的重要支撑。然而，舟山现有航运基础比较薄弱，难以有效适应浙江自贸试验区的建设和发展需求。浙江自贸试验区应当立足于自身独特的战略定位，进行精准有效的制度创新，加快构建现代航运体系，着力营造公正、透明的航运法治环境，探索形成有助于促进油品等大宗商品贸易的航运发展制度和运作模式，为创建舟山自由贸易港夯实基础。

关键词：浙江自贸试验区；航运；制度创新；法治环境

党的十九大报告明确提出“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”，中央政治局常委、国务院副总理汪洋再次强调，“赋予自贸试验区更大改革自主权……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。”^②在现有自由贸易试验区（以下简称“自贸试验区”）的基础上探索建设自由贸易港是我国创建自由贸易港的基本路径。浙江自贸试验区的发展目标是“初步建成自由贸易港区先行区”，浙江正是沿着“先自贸试验区、后自由贸易港”这一基本路径积极探索实践。因而，如何着力提升浙江自贸试验区建设质量，加快形成更多制度创新成果，为建设舟山自由贸易港夯实基础已经成为亟待研究的重大现实问题。本文在总结提炼香港和新加坡航运兴港的成功经验并结合上海等四地自贸试验区改革实践的基础上，针对浙江自贸试验区航运发展障碍，提出相应优化路径，以期对浙江自贸试验区航运制度创新提供若干指引。

一、浙江自贸试验区航运制度创新的战略需求

自贸试验区建设是中国积极适应经济全球化新趋势，全面深化改革，推动形成全面开放新格局的重大战略举措。2017年4月1日，浙江省等7个自贸试验

^① 许昌，浙江工业大学法学院讲师，法学博士，浙江省法学会自由贸易园（港）区法治研究中心副秘书长。

^② 汪洋.推动形成全面开放新格局[N].人民日报，2017.11.10（04）.

区正式挂牌成立。由此，横贯东西、联通南北的自贸试验区国家战略布局初步形成，全面深化改革和开放的试点建设进入新阶段。^①

中国自贸试验区建设的共同使命是制度创新，但各自贸试验区之间具有明显的差异化定位。浙江自贸试验区以“探索建设舟山自由贸易港区”为战略定位，积极推动油品全产业链投资便利化和贸易自由化，有效提升我国油品、铁矿石等大宗商品全球资源配置能力。浙江省政府对此高度重视，决心举全省之力支持浙江自贸试验区建设。^②

浙江自贸试验区设立在舟山，这与其优越的地理区位和港口资源密不可分。舟山位于我国南北海运大通道和长江入海口的交汇地带，国际海运航线发达，是我国“一带一路”和长江经济带建设等国家战略的重要支点，尤其对推动长江经济带发展起着画龙点睛的战略支撑作用。充分发挥舟山独特优势，紧密对接“两带一路”国家战略，积极推进浙江自贸试验区制度创新，对提升我国大宗商品全球配置能力，维护国家经济安全具有极为重要的战略意义。而高效便捷的现代航运体系和优良的航运法治环境则是浙江自贸试验区建设国际海事服务基地和东北亚保税燃料油加注中心的必要条件。目前，舟山的航运基础比较薄弱，亟需通过制度创新有效适应浙江自贸试验区的建设和发展需求。

二、航运兴港的域外经验解读

香港和新加坡是全球知名的国际航运中心，其先进的航运制度与成功经验是其他港口城市发展的典范。以香港和新加坡航运兴港为例，通过解读其区位因素、制度供给和营商环境，为浙江自贸试验区加快推进航运制度创新，全力构建现代航运体系和航运法治环境提供有益借鉴。

（一）香港

香港位于中国南大门，地处繁忙的远东贸易航线要冲，与内地经济联系紧密，这使其不仅是中国内地的主要转口港，而且成为亚太地区的重要枢纽港。优越的地理位置加之世界级天然深水港优势，客观上为香港成为国际航运中心和金融中心奠定了良好的物质基础。

^① 截至目前，我国前后分四个批次，共设立了 12 个自贸试验区，其中上海属于第一批次，天津、广东、福建属于第二批次，辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川、陕西属于第三批次，海南属于第四批次。

^② 《举全省之力高水平建设舟山自贸港区》，浙江在线，

http://zjnews.zjol.com.cn/zjnews/zsnews/201609/t20160910_1907032.shtml，2018 年 2 月 9 日访问。

香港是全球公认的最自由开放的自由港之一，长期奉行自由港政策。一是贸易自由，对普通进出口贸易没有管制和配额，只对军需物资等战略物品的进出口实行严格管制，对一般性进口货物均不征收关税，也不设置关税限额或附加税。^①二是人员出入境自由，香港实施十分宽松的签证政策，现今约有 170 个国家和地区国民可免签在香港短期停留。三是投资自由，行业准入限制少，企业注册便利高效，税制简单，税率低，主要征收利得税、薪俸税和物业税，没有增值税和销售税，并设有免税制度。^②

香港实行非常具有吸引力的船舶登记制度，对其国际航运中心的形成发挥了重要作用。香港船舶注册登记高效，费用低廉，对船员国籍不作限制，提供专业技术指导以及其他相关配套服务。作为国际金融中心，香港拥有良好的金融环境，实施高效安全的金融监管，航运企业船舶融资租赁、航运保险、船舶抵押等航运业务的开展十分便利。此外，香港海事仲裁发达，众多国际海事律师事务所在港设立办事处，尤其是香港国际仲裁中心公正、权威的仲裁服务深得国际航运界的青睐。总体而言，香港航运服务体系完整，船舶登记便利，船舶融资和海事法律服务等高端航运服务功能健全，航运营商环境优良。

（二）新加坡

新加坡紧邻马六甲海峡，拥有得天独厚的地理区位优势。新加坡充分利用天然优势，全力发展国际航运业，成为享誉全球的国际航运中心，多次荣获全球营商环境最佳国家、世界最具竞争力国家等殊荣。

与香港相同，新加坡也是全球最开放的自由港之一，同样实施自由港政策。而新加坡的独特之处在于，它是世界一流的船舶燃料油供应港和全球第三大石油炼制中心，其在油品全产业链方面的优势非常显著。新加坡国际油品贸易自由，市场竞争充分，对原油企业资质和进出口数量没有限制与配额。其国际油品投资便利，内外资公平对待，企业合法收益可以自由汇出。其税制简单，绝大多数货物可以自由进出，并且免征关税。此外，新加坡还着力发展船舶保税燃料油供应业务，及时提供更新海图、船员轮换等高效优质的国际海事配套服务。可以说，新加坡打造出了一条投资便利、贸易自由、税收优惠、政府监管到位的油品全产

^① 上海财经大学自由贸易区研究院，上海发展研究院.全球 100 个自由贸易区概览：下[M].上海：上海财经大学出版社，2013：834.

^② 真虹，茅伯科，金嘉晨，等.国际航运中心形成与发展[M].上海：上海交通大学出版社，2012：71-72.

业链。

（三）经验及启示

香港和新加坡的共同特征是面积较小，经济成就显著，两者皆为全球重要的国际航运中心和国际金融中心。两地经济之所以能够取得如此成功，正是因为其充分利用优越的港口区位优势，长期实行自由港政策，形成高度发达的航运业，从而推动经济腾飞。因此，航运业的发展对于港口城市的繁荣而言尤为关键。香港和新加坡的航运商务环境完善，企业注册便利，资金流通自由，税制简单优惠，它们还都建立了船舶经纪、船舶融资、航运保险等一应俱全的现代航运服务体系，并且可以随时提供符合国际水准的航运仲裁与法律服务。优良的航运商务环境、完整的现代航运服务体系以及健全的航运法治环境在其国际航运中心的形成过程中发挥了至关重要的作用，这对浙江自贸试验区航运制度创新颇具借鉴意义。

三、中国四地自贸试验区航运制度创新的实践考察

自贸试验区建设启动以来，上海、天津、广东和福建四地自贸试验区本着“大胆试、大胆闯、自主改”的新时代改革创新精神，在航运服务、贸易自由、法治保障等诸多方面先行先试，探索形成了一大批可复制、可推广的改革经验，是浙江自贸试验区制度创新的重要来源。

（一）中国四地自贸试验区航运制度创新的主要成果

航运制度创新是四地自贸试验区改革创新的重要内容，其基本实现路径是“地方探索+中央支持”的央地联动推进模式，即自贸试验区所在省市作为建设主体全力推进改革创新，国家相关部门则通过授权立法、出台相关支持性政策，为自贸试验区航运制度创新提供必要的法治保障。

从相关航运政策和具体改革实践来看，四地自贸试验区航运制度创新主要体现在三个方面。一是降低航运服务业外资准入条件，逐步放宽自贸试验区内设立的从事国际船舶运输和国际船舶代理业务企业中的外资占股比例，允许外商独资企业经营国际海运集装箱站等业务。二是创新国际船舶登记制度，实行以自贸试验区所在地港口为船籍港的国际船舶登记制度，简化国际船舶进出自贸试验区港口手续，形成高效率的船籍登记制度。三是试点外贸进出口集装箱沿海捎带业务，支持国际中转集拼业务，提升港口的国际中转量。

其中，降低航运服务业外资准入条件和创新国际船舶登记制度备受关注。降

低航运服务业外资准入条件需要突破《中华人民共和国国际海运条例》、《外商投资国际海运业管理规定》和《外商投资产业指导目录》等法规政策的相关规定，这对创新法治保障模式提出了更高要求。创新国际船舶登记制度则可以有效减缓我国船籍严重外移问题，对我国实施海洋强国战略，保障国防安全具有重要影响，因而也成为航运制度创新的焦点之一。

（二）降低航运服务业外资准入条件

降低航运服务业外资准入条件，主要涉及三种类型的国际船舶业务，分别是国际船舶代理业务、国际船舶管理业务和国际船舶运输业务。从管制的宽严程度来看，对国际船舶代理业务的管制最为严格，其次是国际船舶运输业务，国际船舶管理业务则最为宽松。

就政策变化程度而言，国际船舶运输业务最为明显。2013年，交通运输部和上海市人民政府联合发文，首次放宽了自贸试验区内外商投资国际船舶运输企业的股比限制，允许外放持股比例超过49%。^①2014年，交通运输部发布公告取消了国际船舶运输企业高级管理人员的特别任命要求，^②次年规定对外商投资国际船舶运输企业的股比不作限制。^③2017年，国务院允许所有自贸试验区内设立外商独资企业经营国际船舶运输业务。^④

国际船舶代理业务和国际船舶管理业务的政策变化相对稳定。2014年，国务院允许外商以中外合资、合作形式经营公共国际船舶代理业务，外商占股比例从原来的不超过49%放宽至51%，这就意味着允许外商控股，可谓是质的突破。^⑤2015年，交通运输部发布公告再次予以明确。^⑥对于国际船舶管理业务，我国允许在自贸试验区设立的企业以外商独资的形式经营，并且将外资经营国际船舶管理业务的许可权限下放给了地方，相关企业只需经自贸试验区所在地省级交通

① 《交通运输部、上海市人民政府关于落实〈中国（上海）自由贸易试验区总体方案〉加快推进上海国际航运中心建设的实施意见》（交水发〔2013〕584号）。

② 《交通运输部关于中国（上海）自由贸易试验区试行扩大国际船舶运输和国际船舶管理业务外商投资比例实施办法的公告》（交通运输部公告2014年第2号）。

③ 《交通运输部关于在国家自由贸易试验区试点若干海运政策的公告》（交通运输部公告2015年第24号）。

④ 《国务院关于在自由贸易试验区暂时调整有关行政法规、国务院文件和经国务院批准的部门规章规定的决定》（国发〔2017〕57号）。

⑤ 《国务院关于在中国（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）。

⑥ 《交通运输部关于在国家自由贸易试验区试点若干海运政策的公告》（交通运输部公告2015年第24号）。

运输主管部门批准，并向国务院交通运输主管部门备案即可。^①

（三）创新国际船舶登记制度

交通运输部于 2013 年 5 月批复天津关于东疆保税港区实施国际船舶登记制度的试点方案，天津成为我国第一个试行国际船舶登记制度的船籍港。^②国际船舶登记制度，通常是指一国在其本土设立的针对本国国际航运船舶的船舶登记处，并且也对国外的船舶公司开放的一套新的船舶登记制度，与本国原有的传统船舶登记制度并行。^③国际船舶登记制度既具有开放登记制度的灵活性，又保留了船旗国对于国轮的必要控制权，是对两种传统船舶登记制度的一种扬弃。^④因此，世界上许多国家希望在保持适度监管的前提下，利用该制度吸引悬挂方便旗的本国船舶回国登记。挪威率先引入国际船舶登记制度，德国、荷兰和日本等航运大国也纷纷采用。

2013 年 9 月发布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》首次规定，“在试验区实行已在天津试点的国际船舶登记政策。”这是在自贸试验区范畴内第一次提及国际船舶登记制度，紧接着作为航运领域的重要改革创新内容而推广至其他自贸试验区。次年，《中国（上海）自由贸易试验区国际船舶登记制度试点方案》正式获批，标志着国际船舶登记制度在上海自贸试验区开始试行。上海自贸试验区国际船舶登记制度的主要目标和任务是吸引中资方便旗船舶回国登记，积聚航运资源要素，壮大五星旗国际商船队，^⑤其主要创新举措集中体现在以下五个方面。一是允许登记船舶所属法人注册资本中的外资比例突破 50%；二是允许在现行船龄标准基础之上放宽两年船龄限制；三是调整了外籍船员雇佣的批准方式，由原来的审批制改为备案制，且将审批权下放至上海海事局；四是设置了两个享受国际船舶登记制度政策便利的船籍港；五是增加了船舶融资租赁登记，并可以适当增设必要的登记种类。^⑥

四地自贸试验区通过“地方探索+中央支持”的央地联动推进模式，在航运领域取得多项改革创新经验。浙江作为第三批自贸试验区应当充分发挥后发优势，

① 《交通运输部关于在国家自由贸易试验区试点若干海运政策的公告》(交通运输部公告 2015 年第 24 号)。

② 《交通运输部关于东疆保税港区国际船舶登记制度创新试点方案的复函》(交函海〔2013〕161 号)。

③ 袁雪，孙谊，郝静.我国实行第二船籍制度的思考[J].对外经贸实务，2012（5）：29-30.

④ 杨海涛，黄靖辉.国际船舶登记制度对航运经济的正效应论析[J].中国商贸，2012（35）：174.

⑤ 刘晓红，贺小勇.中国（上海）自由贸易试验区法治建设蓝皮书[M].北京：北京大学出版社，2016：183.

⑥ 廖凡，等.上海自贸试验区建设推进与制度创新[M].北京：中国社会科学出版社，2017：138-139.

在直接复制推广这些宝贵经验的同时，立足自身实际情况全力探索形成更多的制度创新经验，特别注重提升创新经验的质量与价值。

四、浙江自贸试验区航运制度创新实践与障碍

（一）浙江自贸试验区航运改革创新的主要实践

可复制性和可推广性是我国自贸试验区制度创新的基本要求，浙江自贸试验区在航运领域复制推广的前两批自贸试验区的改革经验主要有三个方面。第一，在航运服务业外资准入条件方面，放宽浙江自贸试验区内设立的从事国际船舶代理业务企业中的外资占股比例，外商独资企业可以经营国际海运货物装卸等业务。^①第二，在船舶登记方面，浙江自贸试验区同时实行国际船舶登记制度和中资“方便旗”船回国登记税收优惠政策，船籍港分别为“浙江舟山”和“中国宁波舟山港”。^②第三，在航运业务方面，允许符合条件的海运企业经营以宁波舟山港为国际中转港的外贸进出口集装箱在国内对外开放港口与宁波舟山港之间的捎带业务，支持开展国际中转集拼业务。^③

自贸试验区建设不仅仅是复制推广现成的改革经验，更为紧要的是根据自身独特的战略定位与发展目标进行差异化创新，形成符合开放型经济特点的体制，彰显全面深化改革开放的试验田作用。浙江自贸试验区航运制度创新的重要使命是探索形成有助于促进油品等大宗商品贸易的航运发展制度和运作模式，因而须以保税燃料油加注为切入点，加快建设国际海事服务基地。

为此，浙江省相关部门和机构各自发挥职能优势，积极推出多种创新举措。浙江出入境检验检疫局发布 26 条检验检疫便利举措，对赴舟山加注保税燃料油的国际航行船舶实行“事前报备、风险评估、联防联控、闭环管理”的监管模式，试行“申报无疫放行”模式，争取最大程度便利船舶通关放行。^④浙江省交通运输厅支持在船厂和码头等区域加注保税燃料油，支持争取秀山东锚地开通保税燃料油加注绿色通道，并且免征船舶吨税。^⑤杭州海关先后推出两批通关便利创新

① 《浙江省人民政府关于印发中国（浙江）自由贸易试验区建设实施方案的通知》（浙政发〔2017〕29号）。

② 《中国（浙江）自由贸易试验区条例》第三十二条。

③ 《中国（浙江）自由贸易试验区条例》第三十四条。

④ 《浙江出入境检验检疫局支持自贸区“26条”》，中国（浙江）自由贸易试验区官网，<http://www.china-zsftz.gov.cn/article/8233>，2018年2月20日访问。

⑤ 《浙江省交通运输厅关于支持中国（浙江）自由贸易试验区建设的实施意见》（浙交〔2017〕65号）。

举措，允许国际航行船舶保税燃料油开展“跨地区直供”、“一船多供”、“先供后报”、“港外锚地供油”等业务，船舶供油效率提高显著。宁波海事法院出台 20 条司法服务保障意见，聚焦浙江自贸试验区改革发展需求，充分发挥海事审判职能，精准服务航运制度创新，提前预判保税燃料油供应涉诉风险，依法服务国际船舶登记制度创新，为国际海事服务基地建设提供充足的司法保障。^①

（二）浙江自贸试验区航运制度创新的主要障碍

近一年来，浙江自贸试验区航运业虽然取得了诸多改革创新成果，但发展障碍依然存在。一是航运基础设施建设较为薄弱，舟山码头、锚地以及交通等建设有待加强，集疏运体系不够健全。二是航运服务体系现代化水平不高。舟山航道和港口服务效率偏低，手续较繁琐，收费不够透明。航运服务类型和发展程度有所欠缺，基础航运服务发展不充分，高端航运服务发展不健全现象比较明显。三是航运法治环境欠佳。舟山航运立法与司法保障尚显不足，海事仲裁机构设置滞后，海商事多元纠纷解决机制有待完善，尤其是涉外法律服务无法适应自贸试验区的建设发展。四是航运人才短缺现象较为严重。舟山本地航运人才培养水平不高，高层次和专业人才引进力度较弱，航运人才奖励激励措施有待加强。

简言之，只有通过精准有效的制度创新，破除航运发展障碍，才能打造出一张高效便捷的“航运网”，为舟山切实履行国家战略使命，更高水平建设浙江自贸试验区提供必要支撑。

五、浙江自贸试验区航运制度创新的优化路径

（一）全力完善航运基础设施建设

功能健全的基础设施是舟山航运业快速发展的物质基础，也是浙江自贸试验区航运制度创新的重要保障。首先，充分发挥航运规划的作用，建议舟山市交通管理部门会同相关部门及时编制浙江自贸试验区航运发展规划，科学规划航运基础设施的建设水平与规模。其次，合理布局舟山保税燃料油加注、油品储运等功能区域，全力完善油库、管线等与油品全产业链发展紧密相关的基础设施建设。再次，优化舟山的集疏运网络，统筹其疏港铁路、公路、水路等运输方式发展，加快推动甬舟铁路和杭绍甬高速公路复线、六横公路大桥等重点项目建设。最后，

^① 《宁波海事法院关于为中国（浙江）自由贸易试验区建设提供海事司法服务和保障的意见》（甬海法发〔2017〕31号）。

全面统筹浙江自贸试验区航运建设与舟山江海联运服务中心建设对航运基础设施的配套需求，力求相互促进、有序发展。

（二）加速构建现代航运服务体系

现代航运服务业是衡量国际航运中心发展水平的主要指标。^①充分借鉴国内外成功经验，积极构建现代航运服务体系，对浙江自贸试验区航运制度创新的重要性自不待言。一是积极争取并实施航运业开放政策，不断夯实舟山航运基础产业，大力发展船舶修造服务业等特色航运产业，做大舟山的航运市场规模，加速吸引更多国内外大型航运企业赴浙江自贸试验区开展航运业务。二是完善浙江自贸试验区航运发展环境，加快发展航运交易、海事保险等高端航运服务业，形成航运服务集聚区，打造现代国际航运服务平台。三是舟山市航运相关管理部门应当及时建立并公布航运管理的权力清单和责任清单，依法履行航运监管职责，完善航运市场行为规范，建立港口服务收费目录清单制度。四是加快建设国际海事服务基地，改革引航机制，尽快开通保税燃料油加注绿色通道，简化其通关手续，最大幅度提升保税燃料油的供应能力。

（三）着力营造公正、透明的航运法治环境

任何实质性的制度创新都需要突破现行法律、行政法规的相关规定，^②同时也需要通过新的法律政策巩固改革创新成果。营造公正、透明的航运法治环境正是为浙江自贸试验区的航运制度创新提供法治保障。首先，建议舟山针对实际改革需求，积极向国家争取航运领域相关法律法规暂停适用的授权决定，保障浙江自贸试验区航运制度创新的顺利开展。其次，加强航运领域的地方性立法，建议舟山市人大制定《中国（浙江）自由贸易试验区国际航运条例》，从设置国际航运改革创新协调工作机制、完善航运基础设施建设、构建现代航运服务体系、营造航运营商环境等多角度为浙江自贸试验区航运制度创新提供全方位的法治保障。再次，完善海事诉讼案件审理机制，不断提升宁波海事法院自由贸易试验区海事法庭的专业化审判水平与能力，加大对海事案件的执行力度。最后，建议舟山全力争取设立中国海事仲裁委员会舟山分会，完善海事仲裁规则，提高舟山本地海事仲裁的专业水平和国际化程度。

① 於世成.上海国际航运中心建设政策与法律专题研究[M].上海：上海浦江教育出版社，2013：40.

② 丁伟.上海自贸试验区法治创新的轨迹：理论思辨与实践探索[M].上海：上海人民出版社，2016：11.

(四) 积极优化航运人才环境

充足的人才储备是舟山航运业快速发展的重要因素。目前，舟山的航运人才短缺现象比较严重，人才的数量与质量都无法匹配浙江自贸试验区航运制度创新需求。舟山必须加快落实人才引育措施，注重引进和培育并举，着力优化航运人才环境。第一，加大舟山航运人才的引进力度，着重引进高层次人才和专业急需人才，同时采取灵活多样的人才柔性流动政策。对于境外高层次人才，简化出入境手续，实施人才签证制度。第二，建立航运人才培育机制，促进与浙江工业大学、浙江海洋大学等相关高等院校的交流合作，设立航运教育培训基地，特别注重培养实用性人才。第三，鼓励航运人才创新，加大人才税收激励力度，奖励作出重大贡献的航运人才。

Research on Shipping System Innovation of China(Zhejiang) Pilot Free Trade Zone

Abstract: Shipping System Innovation is an important part of the establishment of China(Zhejiang) Pilot Free Trade Zone (Zhejiang FTZ), especially a major support of the establishment of Zhoushan international maritime service base. However, the present shipping basis of Zhoushan is relatively weak and hard to meet the need of the establishment and development of Zhejiang FTZ. With its unique strategic positioning, Zhejiang FTZ is expected to make accurate and effective system innovation, accelerate modernized shipping system, create justice and transparent legal environment and explore shipping development system and operation mode helpful to bulk commodity like oil so as to lay a solid foundation to construct Zhoushan Free Trade Port.

Key words: China(Zhejiang) Pilot Free Trade Zone; shipping; system innovation; legal environment

公平竞争审查助力长三角一体化高质量发展——构建外商投资法规政策公平竞争审查的分析

刘天姿^①

摘要：公平竞争审查制度是实现竞争中性的重要进路，有助于促进长三角区域一体化程度的加深，推动区域的对外开放和经济增长。在推动长三角一体化战略的过程中有必要运用该制度审查各类法规政策。为了实现长三角内外资企业的公平竞争，应当重视外商投资法规政策并进而建立针对该类特殊法律法规政策的公平竞争审查机制：包括校准外商投资法规政策的审查机制，明确审查对象、审查重点与审查目标，并根据比例原则来判断具体的法规政策例外。

关键词：外商投资法律政策 公平竞争审查 竞争中性 竞争友好 比例原则

一、长三角高质量一体化发展与公平竞争审查

（一）长三角高质量一体化发展的现实需求

长江三角洲是世界第六大城市群，该地区是我国经济最为发达、对外开放程度最高、创新能力与发展活力最强的区域之一。长三角连接着是“一带一路”与长江经济带，因而有条件在国内率先实现创新驱动和转型升级。2018年11月，上海、浙江、江苏和安徽三省一市的人大常委会会议均表决通过各自省份的《关于支持和保障长三角地区更高质量一体化发展的决定》，该决定深入贯彻落实习近平总书记关于实施长三角区域一体化发展国家战略、推动长三角更高质量一体化发展的重要指示精神，更好地支持和保障长三角更高质量一体化发展。2019年5月13日，中共中央总书记习近平主持召开中共中央政治局会议，会议审议了《长江三角洲区域一体化发展规划纲要》，明确了长三角“一极三区一高地”的战略定位，使得长三角成为全国经济发展强劲活跃的增长极，成为全国经济高质量发展的样板区，率先基本实现现代化的引领区和区域一体化发展的示范区，

^① 刘天姿，女，浙江绍兴人，法学博士，浙江工业大学法学院讲师，主要研究方向为国际经济法、外商投资法研究。

成为新时代改革开放的新高地。^①

2018年11月18日《中共中央国务院关于建立更加有效的区域协调发展新机制的意见》中规定的五项基本原则，其中提到“坚持区别对待与公平竞争相结合，要求进一步细化区域政策尺度，针对不同地区实际制定差别化政策，同时更加注重区域一体化发展，维护全国统一市场的公平竞争，防止出现制造政策洼地、地方保护主义等问题。”可以说，长三角一体化强调共性与个性的相得益彰，也在意合作与竞争辩证统一。我国近年来得到强调与重视竞争政策或许可以起到兼顾这些目标的独特作用，从而助推长三角国家战略的顺利实现。

（二）竞争中性原则的提出和强调

竞争中性在全球化、市场化背景下出现，作为一项原则与制度，最早发端于澳大利亚的国内竞争法改革。为了应对国内市场竞争不足，而国有企业和政府性实体享有高于私营企业竞争优势的状况，1996年澳大利亚联邦政府发布的《联邦竞争中性政策声明》（Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement），并在之后发展出实体规则和程序机制兼备的竞争中性制度。随后几年，联合国贸易发展委员会（United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD）和经济合作与发展组织（Organization for Economic Cooperation and Development, OECD）发布一系列工作报告、文件和指南用以推广竞争中性制度，^②其报告将竞争中性定义为“在经济市场上任何实体都不应有不当的竞争优势或劣势”。^③竞争中性原则和制度在国际化发展过程之中出现了新进展，美国为了应对新形势下国有企业参与国际竞争的局面，特别是中国企业在国际市场上迅速崛起，便不断指责中国的国有企业发展有悖于竞争中性政策；最终在其主导的国际贸易协定中为国有企业章节创设全面、系统的竞争中性规则。总体而言，国际社会的竞争中性侧重于规制国有企业不当竞争优势以及国有企业与私营企业不公平竞争的问

① 《〈长江三角洲区域一体化发展规划纲要〉正式印发》，中国产业经济信息网，2019-07-04，<http://www.cinic.org.cn/xw/zcdt/562528.html>

② 包括《竞争评估工具》（2007）、《竞争评估指南》（2010）、《竞争评估原则》（2010）、《竞争评估步骤》（2010）等文件，阐明了竞争评估范围、方法、流程等制度要素，为各国制度构建和实施提供参考，还有《澳大利亚的竞争中立与国有企业：实务及其他相关的评论》、《竞争中立维持公有企业与私有企业之间竞争水平》等。

③ See OECD, *Competitive Neutrality :Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business*, OECD Publishing 2012, p.15.

题，这对中国和参与国际竞争的国有企业提出了挑战。这一发展现状使得竞争中性政策开始进入中国，成为政府部分和理论界共同关注的经济和法律议题。

中国官方有过多“内外资一视同仁”、“国企、外企和民企一视同仁”的表述，这些表述与“竞争中性”原则在精神上是一致的。2018年11月1日，习近平总书记在民企座谈会上提到的为民企“营造公平竞争环境”。2018年10月，央行行长易纲在G30国际银行业研讨会上也表示，为了解决中国经济中存在的结构性问题，加快国内改革和对外开放有必要考虑以竞争中性原则来对待国有企业。^①2019年政府工作报告也提及竞争中性原则，故此有学者根据政府工作报告的表述，认为我国的竞争中性原则是指为不同所有制市场主体营造公平竞争的市场环境，要求在要素获取、准入许可、经营运行、政府采购和招投标等方面，对包括民营企业、外资企业在内的各类所有制企业平等对待。^②并由此可见，中国政府已有意按照竞争中性原则来平等对待各类市场主体，为形成更好的营商环境而不断努力。但是目前国际上对于竞争中立的理解过于偏重限制国企，甚至存在一些国家专门有针对性地限制中国国企的现象。我国更强调无论是国有企业、民营企业还是外商投资企业平等对待，为不同所有制市场主体营造公平竞争的市场环境，基本上等同于“公平竞争”。国内还有学者认为公平竞争，旨在确保外资企业与非外资企业、国有企业与非国有企业、本地企业与非本地企业等各类企业之间的公平竞争。^③

（三）长三角一体化高质量发展中实现竞争中性的重要进路

竞争中性不仅仅是制度目标，也应有具体的制度安排和实现路径。国内理论与实务界普遍认为，我国《反垄断法》对行政规定的竞争性审查为事先防范，以行政行为对市场体制效率的影响为正当性评判标准，是积极推行竞争中性原则的重要制度。^④甚至有学者提出应该必须回归《反垄断法》与宪法的联系，以提

① 在中央企业2018年前三季度经济运行情况发布会上，国务院国有资产监督管理委员会副秘书长、新闻发言人彭华岗也强调了竞争中性。

② 孟雁北：《我国强化竞争政策基础性地位的多元化路径》，中国市场监管报，2019年6月11日第7版。

③ 张占江：《〈中国（上海）自由贸易试验区条例〉竞争中立制度解释》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2015年第2期，第62页。

④ 参见徐士英：《竞争政策视野下行政性垄断行为规制路径新探》，《华东政法大学学报（哲学社会科学版）》，2015年第4期。

高权威性。^①除此之外，公平竞争审查制度也是实现竞争中性的有力制度保障。建立统一、开放、竞争、有序的现代市场，既是推进公平竞争的过程，也是对影响公平竞争的各类制度（包括公共政策和相关立法）不断清理和排除的过程。^②

2016年6月，国务院印发《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》。随后，国家发展改革委员会率先发布《关于贯彻落实〈关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见〉委内工作程序的通知》，江苏省出台《江苏省政府关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的实施意见》，全国各地陆续出台实施意见，我国的公平竞争审查制度建立。2017年10月，国家发展改革委、财政部、商务部、国家工商行政管理总局、国务院法制办会同有关部门联合印发《公平竞争审查制度实施细则（暂行）（发改价监〔2017〕1849号）》（以下简称“实施细则”）对相关规定进行了细化与完善。三年的时间，公平竞争审查工作取得了积极成效。

《中共中央国务院关于建立更加有效的区域协调发展新机制的意见》提出“健全市场一体化发展机制”，强调“促进城乡区域间要素自由流动。实施全国统一的市场准入负面清单制度，消除歧视性、隐蔽性的区域市场准入限制。深入实施公平竞争审查制度，消除区域市场壁垒，打破行政性垄断，清理和废除妨碍统一市场和公平竞争的各种规定和做法，进一步优化营商环境，激发市场活力。”在实施长三角一体化发展国家战略中需要解决区域内公平竞争的问题，这些公平竞争存在于区域之间，也存在于不同类型的企业之间。一直以来，长三角是中国吸引外资最多的地区，在此领域具有较强优势。在2017至2018年全球直接投资下降20%左右的情况下，长三角地区吸引外资仍然有所增长。国家战略实施以后将通过进一步优化长三角地区外资结构，推动三省一市优势产业深度整合与融合，促进内外资高度联动，使长三角一体化实现高质量发展。而在吸引外资、扩大开放的过程中，如果在长三角区域促进外商投资企业与内资企业的公平竞争，该问题关系重大，值得关注。

二、长三角外商投资法规政策完善的重要举措：公平竞争审查

2019年3月15日，十三届全国人大二次会议表决通过了《中华人民共和国

^① 参见张占江：《政府行为竞争中立制度的构造——以反垄断法框架为基础》，《法学》，2018年第6期。

^② 张守文：《公平竞争审查制度的经济法解析》，《政治与法律》，2017年第11期，第5页。

外商投资法》(以下简称《外商投资法》)。该法将于 2020 年 1 月 1 日起施行, 改革开放早期制定的《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》和《中华人民共和国外资企业法》(以下简称外资三法) 因为已经难以适应全面深化改革和进一步扩大开放的需要, 将在五年过渡期之后推出历史舞台。新《外商投资法》条文多为原则性规定; 旧有的法规政策有待清理, 其配套法规以及扩大开放的其他政策需要加速出台, 才能适应现实发展需要。而外商投资法律法规政策涉及外资准入、项目核准、设立审批、工商登记、外资并购、反垄断审查、安全审查、外汇管理、税收优惠等方面。在确立新时代我国利用外资的新制度框架之时, 已经不能再如改革开放之初那样给予外商投资以“超国民待遇”。在中国对外开放的历史高点, 构建开放型经济新体制的当下, 如何制定外商投资法律法规政策, 从而给予外商投资企业以公平竞争的市场环境, 促进和保护包括国有企业、民营企业和外商投资企业等市场主体公平竞争, 是值得思考的问题。在制定与完善新的外商投资法规政策之时, 利用公平竞争审查制度最大限度减少政府对经济的不当干预, 即进行外商投资法规政策公平安全审查可能是一个有力抓手, 能够决定我国外商投资法律法规政策的发展方向。

(一) 《外商投资法》涉及竞争中性原则的条款与解读

新的《外商投资法》全文一共四十二条, 分为六章。其为适应中国构建开放型经济新体制的需要, 为中国主动扩大开放积极有效利用外资, 提供更有力的法律保障。既强调扩大开放, 也强调一视同仁、平等对待。该法将进一步保障国内外企业公平竞争, 促使国内企业加快转型升级, 完善外商投资整体环境。通过梳理发现, 涉及竞争中性原则的条款出现在第一章“总则”、第二章“投资促进”、第三章“投资保护”、第四章“投资管理”中; 虽然未见直接使用“竞争中性”表述, 但条文制定背后的原理还是在于促进竞争中性的实现; 形成一定的数量与规模, 表明竞争中性原则在《外商投资法》中已经得到了肯定与运用。

在这些条款中, 比较典型的条款为第一章“总则”第三条第二款规定: “国家实行高水平投资自由化便利化政策, 建立和完善外商投资促进机制, 营造稳定、透明、可预期和公平竞争的市场环境。” 该条款直言要实现投资自由化、营造公平竞争的市场环境, 是《外商投资法》中对于竞争中性的原则性表述。第二章“投资促进”第九条规定“外商投资企业依法平等适用国家支持企业发展的各项政策。”

第三章“投资保护”第二十四条规定“各级人民政府及其有关部门制定涉及外商投资的规范性文件，应当符合法律法规的规定；没有法律、行政法规依据的，不得减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务，不得设置市场准入和退出条件，不得干预外商投资企业的正常生产经营活动。”提及不得随意设置市场准入和退出条件。第四章“投资管理”两次运用了“内外资一致”的表达方法，具体而言第二十八条第三款规定：“外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。”第三十条第二款规定“有关主管部门应当按照与内资一致的条件和程序，审核外国投资者的许可申请，法律、行政法规另有规定的除外。”第三十一条规定：“外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则，适用《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定。”除此之外，还有一些条款也涉及竞争中性原则。^①

如上所述，OECD 根据竞争法的基本原理，对各国进行调查后发布了报告，^②从对比国有企业和非国有企业角度指明了企业应当享有的八项公平待遇，作为竞争中性原则的基石。^③参照该标准，新《外商投资法》对其中四项公平待遇进行了规定。具体来说，《外商投资法》第九条、第十五条、第二十八条和第三十条涉及“监管中立”（Regulatory neutrality），即对各类企业的监管适用一致的法律规则，包括产业政策中立、注册程序平等、审批程序透明等。第十六条涉及到了“政府采购中立”（Public procurement）；第十七条有关“债务中立”（Debt neutrality and outright subsidies），即各类企业为债务进行融资难易程度应当平等一致。第三十一条涉及“主体资格上的平等待遇”（政府商业活动模式要求，Streamlining the operational form of government business）^④，规定外商投资企业的

① 《外商投资法》第十五条“国家保障外商投资企业依法平等参与标准制定工作，强化标准制定的信息公开和社会监督。国家制定的强制性标准平等适用于外商投资企业。”以及第十六条“国家保障外商投资企业依法通过公平竞争参与政府采购活动。政府采购依法对外商投资企业在中国境内生产的产品、提供的服务平等对待。”，还有第十七条“外商投资企业可以依法通过公开发行股票、公司债券等证券和其他方式进行融资。”

② OECD , *Competitive Neutrality: A Compendium of OECD Recommendation , Guidelines and Best Practices* , 2012 , <http://www.oecd.org/daf/ca/50250955.pdf>.

③ 参见张占江：《〈中国（上海）自由贸易试验区条例〉竞争中立制度解释》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2015年第2期，第64-65页。

④ 根据 OECD 报告，政府商业活动模式要求强调国有企业必须采取规范的经营模式，本文不讨论国有企业，而对于外商投资企业而言所谓的竞争中性就是和国内企业适用同样的公司法、合伙企业法等法律规定。

组织形式、组织机构及其活动准则，与国内企业一样适用公司法、合伙企业法等法律规定。除此之外，还有成本上的平等待遇（成本识别要求，Identifying the direct costs of any given function）、商业回报率上的平等待遇^①（实现商业回报，Achieving a commercial rate of return）、公共服务补贴上的平等待遇（公共服务补偿要求，Accounting for public service obligations）、税收中立（Tax neutrality）四项内容在《外商投资法》中未有明确规定。考虑到《外商投资法》四十二条主要进行了原则性规定，目前涉及到的条款基本上符合我国今后倡导“竞争中性原则”的需要，特别是第四章“投资管理”第二十八条、第三十条两次运用了“内外资一致”的表达方法。之后将有更为详细的配套规定出台，且从法律解释体系解释的角度，有些内容虽然没有直接规定在《外商投资法》之上，根据我国现有法律法规，例如“税收中立”等公平待遇也已经在其他法律规则进行了规定。

（二）外商投资法规政策公平竞争审查的必要性

公平竞争审查工作在近些年来不断发展，成效显著，但也存在着一些突出问题亟待解决。如何进一步改革完善公平竞争审查制度和监督机制，进行第三方评估、构建投诉机制等成为了研讨会和学术论文的主题。^②通过系统梳理可以发现，理论界在公平竞争审查的理论基础、框架设计到具体制度构建等方面均展开讨论，但就如何解决现实中的难题，即如何部署清理妨碍公平竞争、有违内外资一视同仁的政策措施还未进行足够的思考。而公平竞争的题中应有之义即为，国内各类市场主体能够平等地使用各种生产要素，公平地参与市场内部竞争，同等地受到法律的保护，包括内资企业与外资企业之间公平竞争。运用公平竞争审查制度及其原理对外商投资法律法规政策进行审查，有助于在我国新一轮对外开放之时形成新的外商投资法规政策体系，有助于建立公平竞争的市场、最大限度减少政府对经济的不当干预，有助于把握我国外商投资法律法规政策的发展方向，是实现

^① 根据 OECD 报告，该要求强调国有企业商业活动的商业回报率与市场一致，澳大利亚、匈牙利和土耳其国内甚至制定了具体的回报率指南。而对于本文讨论的外商投资企业可理解为正常的商业回报率即可。

^② 参见王贵：《论我国公平竞争审查制度构建的基准与进路》，《政治与法律》，2017年第11期；向立力：《中国公平竞争审查制度的理论梳理、制度基础与机制完善》，《法治研究》2017年第3期；黄勇、吴白丁、张占江：《竞争政策视野下公平竞争审查制度的实施》，《价格理论与实践》2016年第4期；孙晋、袁野：《共享经济的政府监管路径选择——以公平竞争审查为分析视角》，《法律适用》，2018年第7期；袁日新：《论公平竞争审查制度的逻辑意蕴》，《政法论丛》，2018年第5期；王健：《我国公平竞争审查制度的特点及优化建议》，《竞争法律与政策评论》，2016年刊；叶高芬、张广亚：《论国家竞争政策视角下我国的公平竞争审查制度》，《经济法论丛》，2019年第1期，等等。

经济理性与法学逻辑融会贯通的结果。另外，运用我国现有的制度框架——公平竞争审查制度审查外商投资法律法规政策，实现竞争中立，也有优于直接使用国际上有关竞争中性的理解与标准，方能显示我国新形势下扩大对外开放的观点与主张。

三、长三角外商投资法规政策公平竞争审查的审查机制

（一）公平竞争审查制度有关审查主体的规定

国家发展改革委员会办公厅发布的《关于贯彻落实〈关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见〉委内工作程序的通知》规定“按照“谁起草、谁审查”的原则，各司局分别负责本司局拟出台政策措施的公平竞争审查工作，在起草过程中严格对照《意见》明确的审查对象、标准和要求进行自我审查，形成书面审查结论，随相关文件材料一并上报委领导。”《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》的第二章“审查机制和程序”中第五条规定“政策制定机关应当建立健全自我审查机制，明确责任机构和审查程序。自我审查可以由政策制定机关的具体业务机构负责，或者由政策制定机关指定特定机构统一负责，也可以采取其他方式实施。”2016年12月22日，国务院办公厅通过《关于同意建立公平竞争审查工作部际联席会议制度的函（国办函[2016]109号）》，建立由发改委牵头的公平竞争审查工作部际联席会议制度，会议由发改委、工信部、科技部等28个部门和单位组成。《实施细则》第十条也规定：“政策制定机关开展公平竞争审查时，对存在较大争议或者部门意见难以协调一致的问题，可以提请同级公平竞争审查联席会议协调。联席会议认为确有必要的，可以根据相关工作规则召开会议进行协调。仍无法协调一致的，由政策制定机关提交上级机关决定。”联席会议制度的实施一定程度上弥补了自我审查存在的不足，实际上形成了必要时候的执法合作。^①

（二）外商投资法规政策公平竞争审查的自我审查与竞争执法合作

我国外商投资法规政策的公平竞争审查在一段时期内也应该是以政策制定机关的自我审查为主。外商投资法规政策制定机关对于政策的背景、目标和措施比较了解。而且由于外商投资法规政策往往涉及到具体的产业，而制定机关才会对具体产业有更好的了解和把握。由制定机关自行对法规政策进行审查可以节约

^① 孟雁北：《产业政策公平竞争审查论》，《法学家》，2018年第2期，第125页。

成本、提高效率，制定机关是最为可能在保护市场竞争、保护国内产业和实现外资开放三个价值目标之间形成平衡的，而这本身也应是其在制定外商投资法规政策时主要的职责和义务。因此，广大外商投资法规政策制定机关也要加强对政策制定和审核人员的培训，在公平竞争审查意识提高、专业知识技能加强等方面不断努力，才能在现实中承担起自我审查的工作。当然，我国现有的制度设计也提到了可以在需要的时候征求专家、顾问或者专业机构的意见，或者向反垄断执法机构进行咨询，^①从而解决政策制定机关自我审查能力不足的问题。而具体到外商投资法规政策公平安全审查工作，除了发改部门、商务部门需要不断提高公平竞争审查的意识和能力，作为审查主体按照《实施意见》结合外商投资法规政策的特点，完善审查工作流程；同时，也可以积极寻求外商投资法、产业发展等领域专家的建议。

现实中，由于政策制定机关本身职权与定位的关系，其很有可能会出现审查动力不足、审查效果达不到预期目标的问题。^②联席会议制度的出现算是引入了外部审查主体，这种执法合作机制使得外商投资法规政策的公平竞争审查不会太多受到政府体制的影响。当然现有的联席会议制度不可能解决工作量巨大的公平竞争审查工作，联席会议也只能偶尔召开，这样的合作执法机制只能用于应对特定或者复杂的法规政策，为其提供咨询意见，对政策的合理性进行评估，进行协调，帮助制定部门完成工作。

（三）外商投资法规政策公平竞争审查的审查监督

根据《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》的规定，目前的公平竞争审查监督包括了内部监督和社会监督。除了需要每年对开展公平竞争审查情况报送联席会议办公室；并且政策制定机关也要对自身进行定期评估，两者共同构成了内部监督机制。^③第十三条还规定：“鼓励各地区、各部门委托第三方专业机构，协

^① 《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》第八条：“政策制定机关开展公平竞争审查，可以征求专家学者、法律顾问、专业机构的意见。征求上述方面意见的，应当在书面审查结论中说明有关情况。”第九条：“政策制定机关可就公平竞争审查中遇到的具体问题，向履行相应职责的反垄断执法机构提出咨询。反垄断执法机构基于政策制定机关提供的材料，提出咨询意见。”

^② 张叶妹、耿启幸：《我国公平竞争审查模式的构建与启示》，《价格理论与实践》2017年7月，第34页。

^③ 《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》第十一条：“政策制定机关应当每年对开展公平竞争审查情况进行总结，于次年1月31日前将书面总结报告报送同级公平竞争审查联席会议办公室。”

第十二条：“对经公平竞争审查后出台的政策措施，政策制定机关应当对其影响全国统一市场和公平竞争的情况进行定期评估。经评估认为妨碍全国统一市场和公平竞争的，应当及时废止或者修改完善。”

助对政策措施进行公平竞争审查和定期评估。”第三方专业机构协助评估，可以在一定程度上监督政策制定机关自我审查工作的作用，在此可以考虑对外商投资法律法规政策有较深入研究的高校或律师团队，定期对相关法规政策进行梳理与评价。

除此之外，第二十一条还规定“政策制定机关涉嫌未进行公平竞争审查或者违反审查标准出台政策措施的，任何单位和个人可以向政策制定机关反映，政策制定机关应当核实有关情况。”这一块内容为公众监督，为社会公众提供了监督公平竞争审查工作的渠道，但也存在规定不够详细的问题。事实上，《外商投资法》第二十六条第一款规定了“国家建立外商投资企业投诉工作机制，及时处理外商投资企业或者其投资者反映的问题，协调完善相关政策措施。”^①如何细化外商投资企业投诉工作机制规则是之后的重要工作，考虑到外商投资企业对于涉及自身利益的法规政策较为熟悉，有可能就其中对其不公平的规定提出意见，可以考虑结合两者的规定，将外商投资法规政府公平竞争审查的社会监督机制进行进一步完善。

四、长三角外商投资法规政策公平竞争审查的审查对象与审查重点

（一）外商投资法规政策公平竞争审查的对象

审查对象以“增量政策措施”为主，“存量政策措施”为辅。随着我国新《外商投资法》的颁布和生效，将会有更多配套行政法规、部门规章出台，地方上也会围绕外商投资制定新的地方性法规和地方规章，短期之内会出现外商投资法规政策的井喷式增长。根据我国公平竞争审查制度的规定，有必要对这些新制定出台的法律法规政策进行审查。尽管下位法一定程度上围绕上位法展开，但考虑到《外商投资法》的许多规定原则性较强，内容指向不具体的现实，还是有必要对增量政策措施进行仔细的审查。

当前我国正在进行新一轮扩大开放，2019年8月19日，中共中央、国务院发布《关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》；8月20日，中国（上海）自由贸易试验区临港新片区揭牌；8月26日，国务院印发《中国（山

^① 《外商投资法》第二十六条第二、三款还规定：“外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的，可以通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决。

外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的，除依照前款规定通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决外，还可以依法申请行政复议、提起行政诉讼。”

东)、(江苏)、(广西)、(河北)、(云南)、(黑龙江)自由贸易试验区总体方案》。这些区域有可能结合《外商投资法》进行开放外商投资的新尝试,制定开放程度更高的法规政策。为了确保提供形成内资企业与外资企业之间公平竞争的环境,有必要运用公平竞争审查机制严格把关。

与此同时,秉持“全面审查与新旧兼顾”的原则,也需要对原有的一些“存量政策措施”进行整理与清除。特别是一些级别较低的政策措施,应该推出历史舞台。

(二) 外商投资法规政策公平竞争审查的审查重点

外商投资法律法规政策涉及外资准入、项目核准、设立审批、工商登记、外资并购、反垄断审查、安全审查、外汇管理、税收优惠等方面内容。不同类型的法规政策,可能在公平竞争审查时的重点是有所不同的。对于外商投资法规政策来说,外资准入方面的法律法规政策应该是审查的重点。我国实行外商投资准入前国民待遇加负面清单管理制度,为了积极有效利用外资推动经济高质量发展,我国正不断地减少外资准入限制。国家发改委、商务部会同相关部门进一步对接国际规则,不断修改外商投资负面清单。除了在金融、汽车和船舶等领域加大开放,还将在资源、能源、基础设施、交通运输和专业服务等领域取消或者放宽外资限制。这些具体产业的开放措施,有必要进行公平竞争审查,确保内外资待遇一致。此外,有研究调查研究表明,目前被审查的法规政策违反公平竞争审查标准的多为“市场准入和退出标准”,^①即便不涉及外商投资准入,市场准入问题仍然是违反公平竞争的重灾区。

同时,落实准入阶段的国民待遇需要在《外商投资准入特别管理措施(2019年版)(发展改革委 商务部令2019年第25号)》或者《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)》之外,对外资设置限制。自2013年在上海自贸试验区试点准入前国民待遇加负面清单管理制度以来,有些外国投资者反映仍会受到没有列在负面清单以内的、专门针对外资的限制。这个问题形成的原因包括部门规章、规范性文件修改不及时,以及工作人员理解不正确、执行不到位。因此,在落实准入阶段的国民待遇的时候,进行公平竞争审查也将有

^① 国家发改委公布了59个公平竞争审查制度案例,这其中38个政策措施违反“市场准入和退出标准”。见朱静洁:《公平竞争审查制度实施情况的实证研究——以国家发改委公布的59个审查案例为样本》,《竞争政策研究》,2018年第4期,第125页。

利于完善现有负面清单。负面清单并不是越短越好，将明明存在的限制措施进行科学描述，^①清楚地列在清单上，反而有利于外商及时了解投资过程中将遇到的问题。当然，对于可以去除的限制措施，应当敦促有关部门进行清理，真正实现投资自由化。

另外，由于外商投资法规政策涉及具体产业，而政府补贴是我国产业政策经常采用的措施，且对市场竞争的影响是比较直接的，^②因此在进行公平竞争审查是政府补贴措施也应当是一个审查重点和突破口。而外商投资法规政策中的设立审批、工商登记等规定，基于我国正在进行的“放管服”改革优化营商环境工作，业已在审批登记方面较大程度完成了公平待遇的设置，可以在进行公平竞争审查时对此类法规政策进行忽略，将其作为次重点。总之，在进行外商投资法规政策的公平竞争审查时，对于不同内容的法规政策进行排序，抓住重点内容进行审查，比较有利于高效率地打造公平竞争的环境。

五、长三角外商投资法规政策公平竞争审查的审查目标与例外规定

（一）外商投资法规政策公平竞争审查的审查目标

我国市场经济的运行与我国的制度密切相关，根据我国宪法的规定“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。”这也决定了我国的外商投资法规政策有自己的独特性，尽管当前国家不断加大对外开放，但仍有一些领域不可能实现国有企业、民营企业与外商投资企业的绝对公平竞争。外商投资法规政策公平审查的目标应该是实现竞争友好，所谓的竞争友好是指要尽量避免以政府的判断和选择代替市场机制来维护市场竞争，通过重视市场竞争进而保证政策应当尽可能少地对竞争产生不必要的损害或不合理的影响。^③所谓的竞争友好也是指，在无法取消政策的情况下，如何科学设计和合理

① 国内不少学者指出我国负面清单中对于限制措施的描述尚需科学的归类于总结。例如参见徐涛：《论我国市场准入负面清单的完善——基于草案文本限制条款的考察》，《甘肃政法学院学报》2018年第3期。

② 孟雁北：《产业政策公平竞争审查论》，《法学家》，2018年第2期，第127页。

③ 孟雁北：《产业政策公平竞争审查论》，《法学家》，2018年第2期，第122页。

有效实行政策。^①以上文提到的负面清单为例，考虑到国家安全或者市场机制本身的缺陷，有些行业或者产业不能对外资完全开放，也即不能完全由市场来进行资源配置，那么允许在准入方面设置限制。按照竞争友好的目标，应该要做到在负面清单那种明确哪些行业或者产业暂时不允许自由进入，从而使得外商有预期，在这之前政府需要决定是否有必要采取限制，并且也应该在多种限制手段之中选择对市场竞争最小的。^②同时对于限制措施的明确梳理，也可以减少政府来用权力的可能性。

（二）外商投资法规政策公平竞争审查的例外规定

《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》第十八条规定：“政策制定机关对政策措施进行公平竞争审查时，认为虽然具有一定限制竞争的效果，但属于《意见》规定的为维护国家经济安全、文化安全、涉及国防建设，为实现扶贫开发、救灾救助等社会保障目的，为实现节约能源资源、保护生态环境等社会公共利益以及法律、行政法规规定的例外情形，在同时符合以下条件的情况下可以实施：（一）对实现政策目的不可或缺，即为实现相关目标必须实施此项政策措施；（二）不会严重排除和限制市场竞争；（三）明确实施期限。”目前还没有对例外规定进行更为详细的规定，但作为公平竞争审查工作的关键环节，其规则设计须引起足够重视。

在对例外规定进行设计的时候，应该以行政法上的比例原则作为判断的重要工具。比例原则包含了几项子原则，包括目的正当性原则、妥当性原则，以及最小损害性。对公平竞争审查中的例外情况根据比例原则进行建构与设计。^③同时，在对具体的外商投资法规政策进行审查的时候也运用比例原则来判断，在政策的目标和采取的具体手段之间反复衡量，来判断外商投资法规政策是否对公平竞争产生了影响，影响是否超过了必要、合理的限度。

浙江自贸试验区构建国际一流营商环境评

^① See Aghion P, Cai J, Dewatripont M, Du L, Harrison A, Legros P (2015) Industrial policy and competition. *Am Econ J Macroecon* 7(4):1-32.

^② 徐涛：《论我国市场准入负面清单的完善——基于草案文本限制条款的考察》，《甘肃政法学院学报》2018年第3期，第97页。

^③ 参见邹新凯：《公平竞争审查例外规定实施的规范分析与完善方向——以比例原则为分析工具》，《经济法论丛》，2018年第2期。

估模式的路径研究

汪 珍

摘要：“优化营商环境就是解放生产力”。其中，法治是最好的营商环境，是核心竞争力的重要标志。浙江自贸试验区在对标国际知名自贸港，精准定位舟山与国际知名自贸港的关键差距的基础上，为逐步探索、稳步推进“三化”营商环境（即营造稳定、公平、透明、可预期的营商环境）的建设确立了比较明确的方向。如何进一步构建对接国际的“营商环境评估机制、指标体系和行动计划三位一体的评估模式”，并始终以此作为优化营商环境工作的总抓手，始终坚持“事权法治制度一体化”的改革方略，始终以制度创新为核心，始终以政策和制度体系为目标，倒推舟山高层次发展和高水平开放，以打造自贸港区优化营商环境政策和制度体系的“舟山模式”则成为自贸试验区未来建设的一大重要命题。

关键词：营商环境 评估机制 指标体系 评估模式 法治

按照党中央、国务院优化中国自贸区（港）营商环境的战略布局、工作部署和建设方向，现今各省市对照中央要求，结合本地实情，纷纷出台了优化自贸区（港）营商环境，即营造“三化”营商环境（稳定、公平、透明、可预期的营商环境）的行动计划或方案，其经验做法值得浙江学习借鉴。当前，中国自贸区（港）营造“三化”营商环境或稳定、公平、透明、可预期的营商环境，与世行标准的精髓和理念（即“基于法治的规则体系”）是对接相通的。在兄弟省市均在加快优化营商环境的大背景下，我们浙江省亦对标世界银行的标准，出台了若干优化营商环境的行动方案，对打造最佳营商环境提出了多方面的要求。由此，作为新时代对外开放的新高地，以及浙江推动高水平开放和深层次改革的重要试验田，浙江自贸试验区优化营商环境不仅迫在眉睫，而且要赶超领先。

浙江自贸试验区应当如何进一步构建“营商环境评估机制、指标体系和行动计划三位一体的评估模式”，并始终以此作为优化营商环境工作的总抓手，始终坚持“事权法治制度一体化”的改革方略，始终以制度创新为核心，倒推舟山高层次发展和高水平开放，以打造自贸试验区优化营商环境政策和制度体系的“舟山模式”，力争赶超兄弟省市，走在全国开放前列，即回答“浙江自贸试验区优化营商环境

怎么做”的重大命题，就成为了本研究的重要目标或落脚点。

一、浙江自贸试验区构建营商环境评估机制及指标体系的总体思路

构建舟山自贸港区营商环境评估机制及指标体系的总体思路为：“对标国际标准、对照中央要求、对比兄弟省市、对应企业诉求”，在总体上既借鉴国际标准，又立足舟山特色。在这一总体思路的指导下，为了更科学、合理、全面地反映舟山开发开放的战略需求，通过调研和分析，笔者认为构建浙江自贸试验区营商环境指标体系可以做总论和分论的层次设计。其中，指标体系总论的设定主要是对标以世行为代表的国际标准，并对照中央建设国际一流的“三化”营商环境的总体改革要求；指标体系分论的选择则主要是对比兄弟省市的做法，并在调研基础上充分对应企业的制度诉求。

（一）指标体系总论：对标世行国际标准，对照中央改革要求

1.对标世行国际标准

就营商环境的国际标准而言，世界银行《营商环境报告》的意义最为重大。从2003年开始，世界银行对全球100多个经济体的营商环境进行排序，并最终形成《营商环境报告》，该报告对各国吸引投资、乃至经济和社会的改革和发展，均产生了极其广泛的影响。在没有其他机构做出更全面、更权威的评估报告之前，世界银行的排名无疑具有风向标的意义^①。以2018年为例，在全球190个经济体的排名中，我国排在第78位，远低于新西兰（第1名）、新加坡（第2名）、美国（第5名）等市场经济发达国家。世界银行《营商环境报告》，将我国纳入了营商环境评估的全球视野，而其中评估的量化排序则对我国提出了如何对标国际先进经验，努力提升世界排名，构建国际一流“三化”营商环境的重大命题。

为了破解这一重大命题，从中央到地方，在营造“三化”营商环境的总体部署之下，坚持“摸着石头过河”与中央授权及法治保障顶层设计相结合，坚持问题导向和目标导向相统一，坚持试点先行和全面推进相促进，不断持续和加强改革探索，加快构建和完善体制机制，优化营商环境的工作取得了重大突破。在最新公布的世界银行《2019年营商环境报告》中，我国的营商环境排名达到了第46位，相比上一年的78位，实现了大幅度的跃升。这一表现既是对我国致力于

^① 罗培新：“迎接世行营商环境评估，务必重视法律技术能力”，《上海法学研究》2018年第2期。

各项改革结果的最佳注解，也是对优化营商环境必须对标国际标准的最好回应。究其原因，主要有以下几方面值得思考：

一是必须精准理解世界银行评估机制和指标体系的精髓。世界银行《营商环境报告》将营商环境操作化定义为，影响国内中小型企业在本国内设立、选址、融资、日常经营的10个方面，具体为开办企业、办理施工许可证、获得电力供应、登记财产、获得信贷、保护少数投资者、纳税、进行跨国界贸易、执行合同、办理破产。以此为基础，世行报告在对全球经济体的营商环境进行评估之时，相对应地设定了开办企业、办理施工许可证、获得电力供应、登记财产、获得信贷、保护少数投资者、纳税、进行跨国界贸易、执行合同、办理破产等10个指标，同时对每一指标做出不同的细分，并赋予不同的权重。

一个经济体的整体营商环境取决于诸多要素。其中，透明、可获得并可有效执行的监管措施，对于经济增长及创造就业非常重要。在创造监管环境方面，政府在明晰产权、最小化争议解决成本、提高经济活动的可预期性、针对权力滥用行为提供关键的保护措施等方面，发挥着重要作用。而这些，是法律发挥重要作用的场域^①。世界银行的评估极其重视各经济体政策和法律体系的完整性、改革的多样性和有效性等内容。其评估的基本理念是，领导更替频繁，做法也会因人而变，只有规则才是相对稳定的，因而才是可靠的。有基于此，在改善营商环境时，必须精准理解世界银行评估理念，加强对法律与政策的重视。在回答世界银行评估问题的同时，列明作为支撑的法律或规范性文件、具体条文、实践做法与典型案例等要素，以使世界银行得专家在核验问卷时能够对中国答案一目了然。

二是必须高度重视与市场之间基于法律和政策的理解沟通技能。营商环境是好是坏，最直接的感知者在于市场人士，即中小企业、律师事务所、会计师事务所、建筑师事务所、报关公司等。推进营商环境工作时，政府与市场的沟通非常重要，即政府必须习惯于从市场的角度考虑问题。营商环境的改善，不可能是政府自导自演的“独角戏”。政府采取的改善营商环境措施，如果没有营商人士感知到，会是徒劳无功，在营商环境排名中仍然无法得分。因而，对于每个经济体而言，改善营商环境的种种举措，必须以通俗易懂的方式为营商人士所知。企业

^① 薛峰、罗培训：“关于世界银行全球营商环境评估的几个问题”，《中国工商报》2018年5月10日第8版。

和营商人士的感受度，直接决定了营商环境的排名。

世行评估横跨企业全生命周期，评估体系极其庞杂而精细，包括“开办企业、办理施工许可证、获得电力、登记财产、获得信贷、保护中小投资者、纳税、跨境贸易、执行合同和办理破产”等十个领域的数百个指标，英文问卷厚达数百页。其中尤以涉法指标为难度之最甚。因而，为提升营商环境的感知度，维护这项公共产品的应有品质，相关技术辅导必不可少。让更多的规则为营商人士了解和使用，这也是世行评估所要达致的效果。

三是必须力求避免对世界银行评估中的涉法问题的误答错答^①。世界银行评估中的涉法问题，完全采取客观评价法，提问方式为“法律有没有规定”、“能不能起诉”等，有就是有，没有就是没有。法律的正确解读只有一种。然而，从历年问卷答问情况看，被误答与错答的情形比比皆是。究其原因，与受访者对我国政策和法律体系的理解偏差或误解不无关系。而这直接阻碍了世界银行专家对相应指标的准确评价，进而对我国相关领域的排名产生重大影响。因而，在改革并完善自身法律体系的同时，全面吃透世界银行指标体系和评估方法，系统精准解读世行标准问题，进而根据我国法律法规做出针对性回应，对于加强世界银行专家对我国法律和政策的理解，进而提高相应指标的打分至关重要。

通过分析可知，世界银行《营商环境报告》的评估机制和指标体系，运用的是一套“以规则为基础的评估体系”^②，其本质在于“产业无差别和国别无差别”，“基于法治的政策和制度体系”。因此，对标世行标准，改善营商环境，必须高度重视法律和政策。

作为第三批自贸区制度创新和改革的领头羊，浙江自贸试验区在对标国际知名自贸港以精准定位自身差距之后，如何进一步在评估中对标世界银行《营商环境报告》这一风向标，实现与世界的接轨，无疑是其缩小与世界先进自贸港之间的差距并实现赶超的重要抓手。对标世行标准，对浙江自贸试验区而言，可有以下几方面的价值：

一是对政府而言，世界银行通过微观法治环境的评估，向政府、提供了营商环境的精细视角。政府可以通过评估结果，迅速找到制度改革的着手点，并对照

^① 罗培新：“迎接世行营商环境评估，务必重视法律技术能力”，《上海法学研究》2018年第2期。

^② 罗培新：“世行营商环境评估，如何挽回我国的每一个冤枉失分点”，《上观新闻》2018年5月2日。

世界银行所提供的标杆案例，制定可行方案，从而有利于部门对标先进，营造地区间良性竞争格局，同时为完善具有中国特色的营商环境评价指标体系并在全国范围逐步推行，积累实践经验。

二是对企业而言，世界银行将评估聚焦于当地企业在经营过程中的效率问题，侧重于对影响企业运行效率与质量的立法、执法与司法环节进行精细化评估^①。世界银行的评估通过形成一套系统的微观制度指标，且仅聚焦于中小企业经营的相关法律法规和监管情况，不仅更全面、更有针对性地展示了企业对政府行政、司法行为的要求和期待，以提高政府改革的品质和成效；而且也有利于向企业提供政策和制度体系的监测与预测，从而为企业运行、投资等行为提供指引，进一步激发市场主体活力和社会创造力。

三是对律所等中介机构而言，营商环境就是法治环境，优化营商环境就意味着更稳定、更透明的法治环境，就意味着更多元、更全面的争议解决机制，而这与世界银行对于营商环境的理解不谋而合。因此，对标世行标准，有利于舟山培养更成熟的中介机构市场，有利于建立更畅通的企业（尤其是外商）与政府间的沟通机制，有利于舟山实现更高端的国际接轨。

2.对照中央改革要求

按照党中央、国务院总体部署，顺应社会各界期盼，近年来各地区、各部门持续推进“放管服”等改革，改善营商环境取得积极成效。对此，李克强总理在2018年11月28日主持召开的国务院常务会议提出，“要把进一步优化营商环境作为促进高质量发展、应对复杂形势的重要举措，瞄准市场主体反映的突出问题，加力推改革、促开放，放宽市场准入，加强公正监管，制止乱收费乱检查等，避免对企业自主经营的不当干扰，不断缩小与国际一流营商环境的差距，使市场主体活力和社会创造力持续迸发”；“建立企业参与营商环境政策制定的工作机制，支持开展第三方评估，打造市场化、法治化、国际化营商环境”。就具体工作而言，会议还决定，要按照国际可比、对标世行、中国特色原则，围绕与市场主体密切相关的开办企业、办理建筑许可、获得信贷、纳税、办理破产等方面和知识产权保护等，开展中国营商环境评价，逐步在全国推开，推动出台更多优化营商环境的硬举措，让企业有切身感受，使中国继续成为中外投资发展的热土。

^① 张志铭、王美舒：“中国语境下的营商环境评估”，《中国应用法学》2018年第5期。

与此同时，作为党中央在新时代推进改革开放的一项战略举措，自贸试验区建设5年来，坚持大胆试、大胆闯、自主改，一大批制度创新成果推广至全国，发挥了全面深化改革的试验田作用。自贸试验区建设不仅承担着全面深化改革与实施新一轮高水平对外开放的责任，而且承担着推动高质量发展，打造动力更强、结构更优、质量更高的增长极的责任。在中央持续优化营商环境的总体部署下，自贸试验区应坚持制度创新的核心任务，持续深化打造对标国际水平的“三化”营商环境的制度体系探索，以进一步发挥改革开放实验田作用。其中，评估机制和指标体系是改善营商环境的“指南针”，探索出适合中国国情的地方营商环境评估模式，“以评促改”，进一步优化营商环境，是未来中央和地方工作的一项重心。因此，响应中央改革要求，建立既接轨国际、又适合本地发展需求的营商环境评估模式，构建“舟山模式”，引领全国体制机制改革创新，是浙江自贸试验区承载国家改革开放新高地历史使命的应有之义。

（二）指标体系分论：对比兄弟省市做法，对应企业制度诉求

1.对比兄弟省市做法

根据党中央、国务院关于营造国际一流的“三化”营商环境的战略布局和工作部署，各省市对标国际先进水平，结合本地实情，为了加快打造“三化”营商环境，在投资、市场、法治等领域纷纷出台各项改革措施，并随之开展营商环境评估，旨在实现以评估推动改革、以改革提升评估的目标。

一是以上海为例。世界银行对我国营商环境的排名以北京、上海为样本，上海的权重为55%，北京为45%。如何进一步提升上海的营商环境水平意义重大。面对世行的评估，在坚持问题导向，聚焦减时间、减环节、减费用，对标世界银行营商环境指标，推动一系列大力度的营商环境专项改革，大幅提高了市场主体的营商便利度。与此同时，上海精准定位“法治环境”的重要性，指出世行营商环境的评估运用的是一套“以规则为基础的评估体系”，对此进行广泛的社会动员，建立世行营商环境评估法律研究协同机制，组织本市知名律师、专家学者，全面研判世行评估体系中的涉法问题，根据世行测评体系和评估结果，向国家提出修法建议，并根据我国实际情况，向世行提出完善营商环境评估标准的建议，贡献了世行全球营商环境评估的“上海智慧”^①。

^① 罗培新：“迎接世行营商环境评估，务必重视法律技术能力”，《上海法学研究》2018年第2期。

二是以海南为例。在 2018 年海南“4·13”讲话中，习近平总书记指出：“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，分步骤、分阶段建立自由贸易港政策和制度体系。”同时指出，“海南全岛建设自由贸易试验区，要以制度创新为核心，赋予更大改革自主权，支持海南大胆试、大胆闯、自主改，加快形成法治化、国际化、便利化的营商环境和公平开放统一高效的市场环境”，“自由贸易港是当今世界最高水平的开放形态。海南建设自由贸易港要体现中国特色，符合中国国情，符合海南发展定位，学习借鉴国际自由贸易港的先进经营方式、管理方法”。作为回应，《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》提出，为打造国际一流营商环境，借鉴国际先进经验，开展营商环境评价，将世界银行的营商环境十个指标全面纳入评价体系。海南由此成为首个将对接世行标准、开展优化营商环境指标体系及评估的目标纳入总体方案的自贸试验区。

在这一大趋势下，浙江自贸试验区在对照中央“三化”营商环境的战略要求下，在实现对标国际知名自贸港、准确定位自身差距的同时，必须牢牢紧跟上海、海南等兄弟省市的步伐，努力解决自身存在的营商环境的硬伤，努力实现赶超并走在全国前列，为自贸试验区进一步开发开放创造更有利的制度条件和营商环境。

2. 对应企业制度诉求

“营商环境”从最为宽泛的层面讲，是影响企业整个生命周期活动效率、质量的要素综合，是与企业营利活动有关的一切要素综合而成的动态体系，涵盖了影响企业活动的经济、政治、文化、社会乃至环境质量等各方面要素，等同于一国的竞争力^①。广义“营商环境”是企业经营的全要素环境，既包括宏观经济学传统关注的自然禀赋、劳动力和资本积累，也包括产业经济学所关注的人力资本、技术进步、激励机制，还包括政治经济学所关心的政治体制、司法制度、社会治安。而狭义营商环境根据其所包含的要素种类，可以分为营商“硬”环境与营商“软”环境。其中，营商“硬”环境主要关注市场主体经营过程中所需要的自然禀赋、基础设施情况等有形要素，而营商“软”环境主要聚焦于市场主体经济过程中所处的宏观经济状况、人口受教育程度、税率、司法效率，乃至政治体制等无形要素。以上无论何种定义，市场主体作为主要对象，其各类需求及影响因素

^① 张志铭、王美舒：“中国语境下的营商环境评估”，《中国应用法学》2018年第5期。

都是营商环境不可或缺的组成部分。

概言之，世界银行评估的营商环境是一种以市场主体需求为中心的微观法治环境^①。与此相对应，世界银行营商环境评估的指标体系，在突出开放性的同时，更突出动态性。即世界银行营商环境的评估及其指标体系，基本出发点在于一国企业运行的政治、社会、法治成本的评价，整体上因覆盖了从开办企业到破产解决全生命周期，而重点着眼于从动态角度对企业服务提出高标准的要求。这一定位，与当前形势下中央提出深化“放管服”改革的目标与要求是不谋而合的，即无论是以简政放权放出活力和动力，还是以创新监管管出公平和秩序，亦是以优化服务服出便利和品质，都是聚焦于改善企业发展环境，强化为企业服务的意识，创新为企业服务的方式，切实从企业和群众的角度，进一步增强改革的针对性和有效性。

在当前形势下，通过优化营商环境激活企业创新和提高经济发展质量具有重要现实意义。开展营商环境评价的宏观目标，是建立简单易行、指向明确的营商环境评价指标体系。概括地说，就是要提供助推改革深化的“好抓手”、促进合理竞争的“指挥棒”、服务引导企业的“风向标”。因此，浙江自贸试验区在借鉴以世行为主的国际经验的基础上，立足本地特色，对应企业制度创新诉求，构建一个科学、合理的营商环境专项性制度创新评估和指标体系显得十分紧迫。

综上分析，浙江自贸试验区营商环境专项性制度创新指标体系在设计过程中：

一是在样本的选择和数据的收集上，立足企业站位，选择舟山本地企业为主样本群，以专业人士—包括律师、会计师等为辅助样本群，对世行的调查问卷进行了设计和改造，在对接世行标准的同时力求真实反映舟山企业的获得感和对政府服务的满足度。

二是在具体指标的设计上，无论是对标世行国际标准，还是对应中央改革要求，都必须坚持一个基本的面向，即必须高度聚焦舟山本地特色，精准锁定企业在经营过程中遭遇的微观法治难题，并以此为基点，努力解决舟山自贸港区优化营商环境的关键问题。

通过深入实地调研，精准定位舟山的发展目标和改革潜力，结合自贸试验区

^① 罗培新：“世界银行营商环境评估价值体系与方法论——以‘开办企业’为例”，《中国市场监管报》2019年3月5日第3版。

当前及未来发展的重点领域和关键环节，专项制度创新指标体系的设计可以考虑以下五个重要分支领域，即：贸易便利化专项指标体系、投资便利化专项指标体系、政府职能转变专项指标体系、公平竞争有序高效的市场环境指标体系和法治环境专项指标体系。各专项指标的设计，均是充分考虑了舟山重点关注的特色产业发展的内容，如油品全产业链、航空产业园、航运、知识产权、融资租赁等，将各特色产业的创新发展需求与专项指标体系进行高度融合，重点关注企业发展制度诉求及政府有效制度供给的不足，力求通过具体指标的评估，较为全面地反映了当前舟山产业发展与市场环境的“痛点”、“堵点”，更科学、更客观地反映浙江自贸试验区未来营商环境建设与发展的目标与任务。

二、浙江自贸试验区构建营商环境评估机制及指标体系的方法论和主要难题

为了构建本文第一部分提出的总论和分论双层次的评估机制和指标体系，并进一步为浙江自贸试验区优化营商环境的具体工作提供方向指引，准确把握并运用方法论，至关重要。对此，全面分析世行营商环境评估方法论，并在此基础上立足舟山本地特色，创立评估机制和指标体系的“舟山模式”的方法论，是极其必要的基础工作和重要参照。

（一）总论指标体系方法论：以世行标准评估机制和指标体系的一般方法论为参照

一个经济体的营商环境的改善体现在诸多方面，集中表现为环节减少、流程简化、时间减少和费用降低四个方面。而所有的这一切，均要以可反复适用与可普遍适用的制度规则作为保障。因而，透明、可获得并可有效执行的规制措施，构成了世行营商环境评估的基础性内容。工欲善其事，必先利其器^①。提升我国营商环境排名的一切工作，均要从了解世行营商环境评估制度规则入手。其中最为基础、也是最为重要的切入点，就是世行评估的方法论，其发挥着构建世行营商环境评估制度规则、在规则产生歧义时解释规则、在规则存在空白时进行漏洞填补的基础功能。

1. 世行标准评估机制和指标体系的一般方法论

通过分析世行《营商环境报告》可知，世界银行希望借由对世界各国的营商环境展开评估，以帮助各国政府实现改革目标，推动中小企业经营为主的私营部

^① 《论语·卫灵公》。

门经济发展。在这一理念下，世界银行《营商环境报告》形成了如下鲜明特色：

一是在标准化的宏观经济指标之外，形成一套系统的微观制度指标，从微观方面对营商环境进行评估。

二是仅关注与企业经营相关，特别是中小企业经营相关的法律法规和监管情况。

三是不进行主观评价，仅依据法规范文本和行政手续的实际流程进行客观评价。

围绕这三个特点，世界银行在评估方法上也形成了其固有特色^①：

一是在问卷调查中，运用标准情景案例（standardized case scenarios）。

二是将样本聚焦于各国大型商业城市（2013年人口达到1亿的商业城市）。

三是聚焦于国内正式领域，对非正规经济领域的情况不进行评估。

四是数据来源依赖于相关领域的专业人士回应，即律师、法官、公证员、会计、建筑师等专业从业人员对问卷的回答。

对此，可通过以下表格综合展示^②：

特点	优势	劣势
1. 聚焦于法律法规的文本信息	指标能够指向具体法规范，是政策制定者有能力进行改革、完善的内容	法律的系统适用、实施没有关注；法律法规变化并不能达到理想效果
2. 运用标准情景案例	数据可比、方法透明	数据范围减少、监管领域的改革仅在测算领域内得到持续跟踪
3. 聚焦于大型商业城市	数据收集可操作、数据可比	如果被测量经济体内各地有明显不同，数据代表性相应降低
4. 聚焦于国内正式领域	法律法规与这一领域密切相关，这一领域的企业也最具生产力	对非正式领域或对跨国企业有不同限制条件的情况，无法考虑
5. 依赖于专业人士对问卷的回答	估算了对交易领域知识最为熟知的群体	无法反映企业中相关知识拥有量的多样性

① 王美舒：“世界银行《营商环境报告》述评”，《师大学报》2018年第1期。

② 王美舒：“世界银行《营商环境报告》述评”，《师大学报》2018年第1期。

2.世行营商环境评估机制和指标体系方法论对浙江自贸试验区营商环境总论指标体系的重要启示

正如前文所述，世行所确立的营商环境评估机制和指标体系，其核心聚焦的是企业，特别是广大中小企业，它从一个企业的视角和需求出发来观测和衡量：从开办到破产这一生命周期中最重要也最具普遍性的10个环节，其所处的办事环节、时限、成本等影响其运行的环境。可以说，世行的营商环境评估机制和指标体系反映了一整套普适而清晰的评估理念、精细而庞杂的指标设计和专业复杂的评测方法，具体而言：一是在评估理念上，立足企业为基本导向，通过精准定位企业的需求，特别是企业运行和发展过程中的痛点和难点，推动政府积极回应并加以改革，进而采取有效的监管为中小企业提供成长和创新的平台。二是在评估指标上，聚焦企业办事“便利度”，通过对一般区域、一般企业客观的办事环节、时限、成本和绩效的标准化测量，建立了不同经济体之间共通的观测标尺，从而抽象出具有普适性又兼具可比性的指标。三是在评估内容上，本质上是对一国和地区营商法律规则的制定和执行情况的评估，重点关注经济体的法治化营商环境，即是否有明晰的规则可依据、连贯的政策可预期、优质高效的政务服务可获得，以及公正透明的执法和司法可保障的法治体系。

综上分析，世行营商环境评估机制和指标体系的方法论是普适的、有针对性的且可操作的。在现今中央推动优化营商环境改革的总体部署下，指标体系与评价机制是改善营商环境的“指南针”。在此环境下，浙江自贸试验区对标国际先进经验，参照世行营商环境的评估方法论构建一套既接轨国际又融合舟山本地发展特色的指标体系，“以评促改”，引领国内改革创新步伐，是具有十分重要的意义的。具体而言，浙江自贸试验区营商环境总论体系在设计过程中，可以在以下两个方面借鉴世行标准：一是在评估指标内容上，着眼于企业生命周期，重点关注促进中小企业发展和营商环境优化的具体法律规范和实际监管流程，设置开办企业、办理施工许可证、获得电力、登记财产、获得信贷、保护少数投资者、纳税、跨境贸易、执行合同、办理破产10个一级指标；同时立足舟山特色和重点产业发展，以及企业制度创新诉求中的痛点和堵点，适度添加特色指标。二是在评估方法选择上，借鉴世行通过客观问题为主要内容的问卷调查方法，进行主观测量，从而获得法律运行的实际情况。

（二）分论指标体系方法论：以舟山企业的制度诉求和改革的痛点、堵点为基本出发

借鉴国际各类营商环境评估报告的有益经验，以及主流评估机构对营商环境创立的各类指标体系范本，尤其是世行这些年对世界各国营商环境评价与改革方面的研究成果，浙江自贸试验区优化营商环境专项性制度创新指标体系设计应遵循三大根本要求，体现三大基本特征，并遵循三大重要依据。

1. 专项性制度创新指标体系设计的根本要求

《总体方案》指出，建立中国（浙江）自由贸易试验区是新形势下全面深化改革、扩大开放和提升我国资源配置全球竞争力的重大举措。其中指明，设立中国（浙江）自由贸易试验区的总体要求，即进一步解放思想、先行先试，以开放促改革、促发展，为新形势下推动大宗商品贸易自由化发挥示范引领作用，努力营造“三化”营商环境，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验，发挥示范带动、服务全国的积极作用。按照《总体方案》的战略定位、发展目标以及《建设实施方案》的基本要求，舟山市委亦提出打好“五大会战”、建设“四个舟山”，努力开创新区经济发展新局面的重点工作。其中要求：一要对标高水平开放抓国家战略，深入谋划融入长三角区域一体化发展战略，高质量建设浙江自贸试验区，加快建设舟山江海联运服务中心、国际农产品贸易中心。二要对标高质量发展抓动能转换，加强产业顶层谋划，加快项目招引建设，全力发展实体经济。三要对标高效率运行抓营商环境，全面深化“最多跑一次”改革，全力推进政府数字化转型。由此，浙江自贸试验区构建营商环境专项性制度创新指标体系，必须按照以下三大要求进行：

一是突出开放性。促进国际贸易环境优化应成为关注的重点，而对外开放情况亦必须成为评估舟山城市竞争力的重要指标。

二是突出动态性。优化营商环境最终的评价者是企业和群众，浙江自贸试验区营商环境的优化必须要突出以企业发声为主的站位，企业生命运行周期各环节的制度创新诉求应当成为评估舟山企业发展环境的基本指标。

三是突出关联性。舟山以油品全产业链制度创新为核心抓手，以保税燃料油供应为突破口，以实现投资贸易便利、高端产业集聚、法治环境规范、金融服务完善、监管高效便捷、辐射带动作用突出，进而带动舟山自贸港区经济的全面转

型升级，以及对接国际标准建设自贸港区为发展目标，决定了以油品全产业链发展带动舟山金融、航运、旅游等产业全方位、多元化发展至关重要。产业链关联性涉及到对产业聚焦、产业成本以及产业升级转型便利性方面的综合评价，油品全产业链及其关涉产业的发展目标及制度创新要求应成为舟山自贸港区营商环境考核的重点指标。

2.专项性制度创新指标体系设计的基本特征

根据前文分析指出的，营商环境评估机制和指标体系“对标世行国际标准、对照中央改革要求、对比兄弟省市做法、对应企业制度诉求”的总体设计思路，舟山应在保留和丰富国际同行的评价指标基础上，融入浙江自贸试验区持续深化改革和对外经济开放时代要求和地方特色，以衡量企业生命周期、反映城市投资吸引力、体现城市高质量发展水平三个维度，以贸易便利化、投资便利化、政府职能转变、市场环境、法治环境五大板块，构建立体的舟山自贸港区专项性制度创新指标体系。具体而言，该指标体系的设计应体现以下三大特征：

一是对接世行、国际可比。在评价指标的选择上，对标融合世行要求，评价指标的细化落实到可量化可比较的程序、时间、费用上；在评估方法上，适当借鉴世行标准化模拟案例的做法，并对应采用国际通用的前沿距离得分法，按等权重方法进行计算。

二是立足本地、彰显特色。以深入分析大调研结果所获取的舟山自贸港区优化营商环境的“痛点”、“堵点”为基本，结合国际知名自贸港，就舟山自贸港区产业发展的最紧迫需求为特色，以完整反映舟山本地企业从开办到注销的生命周期全链条、综合评估贸易投资便利度和市场长期投资吸引力、客观衡量舟山政府高质量行政行为水平为要求，选择符合舟山具体地情的评价指标。

三是客观真实、科学管用。评估对象的选择和评估数据的收集上，应该在沿用世行评估方法及兄弟省市评价经验的基础上加以改进，必须以舟山本地企业、政府组织、中介机构为落脚点；并根据浙江自贸试验区改革创新实践和成果，以及第三方机构所开展的实地调研、座谈及由此形成的分析报告和材料，考虑建立《浙江自贸试验区创新情报数据库》，以更好实现评估数据的真实全面。在数据获取方面，应采用实际填报与模拟填报相结合、交叉验证与第三方核验相印证，强调数据取得的客观科学。

3.专项性制度创新指标体系的具体指标选取的主要依据

针对五大领域专项性制度创新指标体系的设计，在选取具体指标的过程中，总体上可以遵循以下三大依据分别展开：

一是根据浙江自贸试验区的《总体方案》和《建设实施方案》，旨在明确舟山制度创新的重要领域和重点任务。如舟山油品全产业链的发展，以及大宗商品贸易的自由化和与此相关的金融开放。

二是参考世行《营商环境报告》及其他有关国际组织对于营商环境、高标准投资与贸易规则的评价指标，旨在考虑指标选取的国际标准。如世行标准中的10大指标所反映的企业经营的便利度、国际贸易的开放度，金融税收的高效度、市场环境的公平度等。

三是立足浙江自贸试验区改革创新的成效与深化改革的“痛点”、“堵点”，特别是自贸试验区产业发展的特色、难题，旨在反映指标对于舟山改革与发展的引领性与指导意义。如在保税燃料油供应方面，浙江自贸试验区虽已取得不少标志性成果，但长三角一体化（宁波舟山港）程度低、事权因素、法治与制度因素、与国际接轨不足、“有效供给”不足等因素仍对保税油供应的全面提升产生了不容忽视的制约。

（三）浙江自贸试验区构建营商环境评估机制及指标体系的主要难题和破解思路

1.浙江自贸试验区构建营商环境评估机制及指标体系的主要难题

在对标世行国际标准、对照中央改革要求、对比兄弟省市做法、对照企业制度诉求的总体思路指导下，浙江自贸试验区构建营商环境评估机制及指标体系在理论上意义重大且基本可行，但就具体操作层面而言，还存在以下两个方面的难题：

一是浙江自贸试验区尚无法通过获得更大改革自主权完全建立基本制度框架和监管模式，其政策和制度体系尚不能适应世行标准的国际化评估。结合舟山开发开放的三大阶段，目前舟山优化营商环境正处于第二阶段，即争取中央赋予更大改革自主权，打造国际海事服务基地，探索石油储备模式创新和油品贸易交易一体化发展，还未最终建成与国际接轨的、具有中国特色的自由贸易港核心制度框架和监管模式。

通过开展实证大调研，深入挖掘舟山开发开放的制约因素，并在此基础上对标国际知名自贸港法治和制度建设的先进经验，浙江自贸试验区在地方政府持续深化改革、重点产业引领关联发展、制度创新推动对外开放等方面仍存在不少“堵点”和“痛点”，如制度创新缺乏统一授权、“有效供给”不足严重制约政府职能转变、以部门规章为代表的“法治笼子”制约油品全产业链的发展、金融开放不足影响保税油供应，以及高端专业人才与复合型干部比较缺乏等。如前文所分析的，世行的评估机制和指标体系，是一套普遍适用于实现高度市场化、法治化、国际化发展的经济体的法治规则体系。对标之下，浙江自贸试验区目前碎片化的政策和制度创新远不能支撑世行成熟的深度评估标准。

二是舟山的政府部门、干部队伍、中介机构、市场主体等基础要素远不能肩负起世行的高标准评估要求。世行的评估机制与指标体系，是一套基于评估企业全生命周期运行效率、并以法律改革适应企业发展需求，立足微观法治因素的国际通行规则体系。舟山作为一个地级市，无论是在政府部门的工作能力和行政水平方面，还是组织干部的法​​治思维导向方面，亦或是中介机构和基本市场主体的成熟程度方面，都还不具备足够的基础或条件对接这一套国际规则体系，进而在回应世行标准的评估之时也会显得有些力不从心。

2.浙江自贸试验区构建营商环境评估机制及指标体系的破解思路

通过对舟山开发开放难题的深入挖掘，结合近年的研究成果，针对浙江自贸试验区构建营商环境评估机制及指标体系过程中的基本难题，可遵循以下两大思路进行破解：

一是立足浙江自贸试验区建设的特色和需求，对应舟山开发开放发展三阶段的要求，分阶段、分步骤构建专项指标体系，渐进式地对接世行高标准​​的普适评估。这一设计不仅是推动浙江自贸试验区基本政策和制度体系不断完善的重要抓手，而且是浙江自贸试验区营商环境评估模式与国际标准逐步实现无缝对接的可行路径之一。

二是加紧政府职能转变，尤其是要注重提升舟山各级政府部门的行政能力和服务水平，培养高站位、大格局、高素养的干部人才，提升中介机构专业化、国际化服务能力，培养增强市场主体的开放竞争能力等。这对舟山对标世行标准，实现接轨国际的营商环境评估至关重要及紧迫。

三、浙江自贸试验区营商环境指标体系的具体设计及说理

(一) 浙江自贸试验区营商环境指标体系总论

1. 指标体系表

关于浙江自贸试验区营商环境指标体系总论，按照上述思路及方法论，可以考虑做出以下设计：

舟山自贸港区营商环境指标体系总论	一级指标	二级指标	三级指标	
	开办企业	办理企业	办理手续	
办理时间				
办理（费用）成本				
成立有限责任公司所需最低实缴资本				
办理施工许可		房屋建筑开工前所有手续办理程序		
		房屋建筑开工前所有手续办理时间		
		房屋建筑开工前所有手续办理费用		
		建筑质量控制和安全指数	建筑法规质量指数	
			施工前质量控制指数	
			施工中质量控制指数	
			施工后质量控制指数	
			责任和保险制度指数	
专业认证指数				
获得电力	办理接入电网手续所需程序			
	办理接入电网手续所需时间			
	办理接入电网手续所需费用			
	供电稳定性和收费透明度指数	系统平均中断时长指数		
		系统平均中断频率指数		
登记财产	财产转移登记所需程序			
	财产转移登记所需时间			
	财产转移登记所需费用			
	土地管理质量指数	设施可靠性指数		
		信息透明度指数		
		地理覆盖指数		

			土地争议解决指数
			平等获得财产权指数
		获得知识产权	知识产权公共服务
			知识产权保护
	获得信贷	合法权利力度指数	
		信用信息系统指数	
	保护少数投资者	纠纷调解指数	信息披露程度指数 (关联方交易的透明度)
			董事责任程度指数
			股东诉讼便利指数
		股东治理指数	股东权利指数
			所有权和管理控制指数
			公司透明度指数
	纳税	公司缴税次数	
		公司纳税所需时间	
		税及派款总额	
		报税后程序指标	增值税退税 合规时间
			获得增值税 退税时间
			企业所得税 审计合规时间
			企业所得税 审计完成时间
	跨境贸易	单证合规指标	出口报关单审查时间
			出口报关单审查费用
			进口报关单审查时间
			进口报关单审查费用
		边界合规指标	出口通关时间
			出口通关费用
			进口通关时间
			进口通关费用
国内运输 (仓库到海港或边境)		时间	
		成本	
知识产权边境保护			
执行合同	特殊合同	油品企业获得执照 时间	
	解决商业纠纷的效率	成本	
	司法程序的质量指数	法院结构和诉讼程序指数	
		案件管理指数	
		法院自动化指数	
替代性纠纷解决指数			

	办理破产	破产程序时间		
		办理（费用）成本		
		破产程序结果		
		回收率		
		破产法律框架的力度指数	启动程序指数	
			管理债务人资产指数	
			重整程序指数	
			债权人参与指数	

2.主要说理

该总论的设计总体上遵循“对标世行国际标准、对照中央改革要求”的基本思路：

一是借鉴世行《营商环境报告》，设定开办企业、办理施工许可证、获得电力供应、登记财产、获得信贷、保护少数投资者、纳税、进行跨国界贸易、执行合同、办理破产等 10 个一级指标，并根据需要在相应指标项下做出三级指标的细分。

二是对应中央“三化”营商环境的总体要求，以及舟山战略定位和特色产业的发展需求，在总论一般性指标的设计上，既考虑了政治稳定性和安全性、法律和监管环境、对外国参与者的开放度、国际贸易规则的开放度等要素，又考虑了国内市场的融资环境、人才可得性、劳动力成本、知识产权等要素。如在开办企业、登记财产、保护少数投资者、纳税、执行合同、办理破产这 6 个方面，都对企业经营过程所涉及的法治环境进行了详细测量。除此之外，针对舟山油品全产业链发展核心的特色，在世行标准的基础上，还增加了一些新的特色指标，如在执行合同项下，设计了特殊合同的二级指标，如油品企业获得执照等方面的评估；在登记财产项下，也增加了获得知识产权的二级指标，着眼于知识产权公共服务、知识产权保护等领域的评估。

（二）浙江自贸区营商环境指标体系分论：以公平竞争有序高效的市场环境专项指标体系为例

1.指标体系表

具体指标设计可做如下表格所示考虑：

公平 竞争	一级指标	二级指标	三级指标
	政府与市场关系	政府规模	
		政府配置市场资源	规范性
			效率性

有序高效的 市场环境 专项指标 体系	企业集聚活力	企业注册数		
		企业注销数		
		就业人数		
		企业税收		
		企业投资指数	外资引入指数	
			本地企业对外投资指数	
		企业融资指数		
	区域产业集群发展指数			
	信用体系	信用平台建设指数		
		信用市场管理指数	信用规范指数	
			信用满意度指数	
	要素市场发育	资源要素供给指数	成本	
		资源要素整合指数		
	城市发展	科技创新发展环境指数	技术研发投入指数	
			科技成果转化指数	
			创新创业规模指数	
		人才发展环境指数	人才培养指数	
			人才认定指数	
			人才资源流动指数	
			人才虹吸效率	
国际影响力指数		城市综合吸引力		
		国际总部企业集聚度		
		国际大型会展中心数		
		国际会议交流频率		

2.设计说理

该指标体系设置了政府与市场关系、企业集聚活力、要素市场、城市发展四个一级指标，并分别下设若干二级指标，其中：

一是政府与市场关系指标。根据《总体方案》和《建设实施方案》，深化行政体制改革，建设规范行政体系和公平竞争市场机制，是转变政府职能的主要任务之一。在此目标的指导下，进一步深化政府机构改革，为政府瘦身，提高政府服务质量和竞争力，推进政府配置资源的市场化改革，创新资源配置方式，提升资源配置效率，构建科学配置资源的规范体系，从而实现政府与市场关系进一步优化，就成为打造一流市场化营商环境的必然要求。由此，设置政府规模、政府配置市场资源两大二级指标。

二是企业集聚活力指标。市场的主体是企业，企业集聚活力是判断市场公平性与竞争性的重要因素。其中企业的注册数、注销数和就业人员数是反映一个地区企业集聚度的重要标准，企业投资、融资量是判断市场吸引力的主要指标，而区域产业集聚则是实现市场高竞争力的必然要求。在调研中，本课题组发现，舟山自贸港区在成立一年以来，企业注册数虽然不少，但落地资金量，或者真正展开运营的却不多，更多的是僵尸企业、空头企业，严重影响舟山自贸港区特色产业的集聚和市场化营商环境的形成。由此，设置了企业集聚活力这个一级指标，并在其下分设了企业注册数等若干二级指标。

三是信用体系指标。根据《总体方案》和《建设实施方案》，完善社会信用体系是建设公平、竞争、有序、高效的市场体系的主要任务之一。本课题组在对标国际知名自由贸易港的过程中亦发现，社会征信体系的完备与否对良好市场监管秩序的形成至关重要。由此，该专项指标体系设置了信用体系一项作为一级指标，并在其下分了信用平台建设和信用市场管理相关内容作为二级指标。

四是要素市场指标。充分的要素资源供给，高度的要素资源整合，是实现市场公平、竞争的重要前提。根据课题组的调研，舟山大桥、水、电等要素有效供给的不足、割裂问题，已严重限制舟山开发开放战略的实施，由此，设置要素市场指标是十分必要的。

五是城市发展指标。建设公平、竞争、有序、高效的市场环境的最终载体是城市的发展，而科技创新发展程度与人才发展状况是决定城市能否高质量发展的两大关键要素。是否与国际接轨，能够获得国际社会的认可，则是实现城市发展高品质的重要目标之一。由此，作为市场化营商环境构建的重要载体之一，城市发展指标也被纳入一级指标之中。

四、加快制定《浙江自贸试验区优化营商环境行动计划》的建议

在对标世行国际标准，并立足舟山产业特色为指导的基础上，借鉴世行 10 大指标，设计专项领域指标，为构建浙江自贸试验区优化营商环境评估机制及指标体系奠定了基础，实现了打造营商环境评估的“舟山模式”的初步框架。然而，这一套评估机制及指标体系的真正落地还存在着政策和制度体系不完善、市场发展不成熟、干部思维的滞后等一系列问题。因此，回应中央对自贸区（港）改革创新战略布局，对比兄弟省市的做法，以“营商环境评估机制、指标体系和行

动计划三位一体的评估模式”创新倒推舟山自贸港区基本制度框架和监管模式的打造，快速明确各相关部门的工作方向，实现改革的分工有序，权责统一，即加快制定《浙江自贸试验区优化营商环境行动计划》，迫在眉睫。

通过对现今各省市已发布的优化营商环境行动计划的分析，可知，当前各省市制定的行动计划，大致分为两大模式：一是以世行营商环境评估 10 大指标为基本框架，在每一指标下再行具体细化，此模式以《海南省优化营商环境行动计划（2018-2019 年）》以及我省最近发布的优化营商环境十大行动方案为典型。二是以构建对外开放型经济新体制的基本要求为总指导，分别设置营造便利的政务环境、营造开放的贸易投资环境、营造高效的市场环境、营造公平的诚信法治环境等基本框架，在每一板块下细化具体任务，此模式以《北京市进一步优化营商环境行动计划（2018 年-2020 年）》为代表。基于这两大模式都存在一定的缺陷，立足浙江自贸试验区优化营商环境评估机制及指标体系的基本方法论及难点、痛点，本研究认为，制定《浙江自贸试验区优化营商环境行动计划》应着眼于以下两个方面的考量：一是在总体框架上应该全面结合两种模式，既要考虑与世行标准的对接，又要立足舟山未来建设自贸港乃至构建开放型经济新体制的发展的总体目标；二是在具体内容上要结合舟山开发开放的三大阶段，着重强化问题导向，尤其是聚焦舟山基本制度和政策体系创新过程中的“痛点”和“堵点”，进一步找准问题症结，最终形成优化营商环境行动计划的舟山特色。