

海南自由贸易港外商投资准入承诺制简析

张建宇

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年10月25日; 录用日期: 2023年11月22日; 发布日期: 2023年11月30日

摘要

2018年4月13日, 党中央在庆祝海南建省办经济特区30周年大会上发表重要讲话时宣布支持海南全岛建设自由贸易试验区的决定, 由此掀开了海南发展的崭新篇章。作为我国最大的经济特区与最具特色的自由贸易港, 海南是我国全面推进对外开放重要的一环。目前, 在外商投资领域, 海南自由贸易区积极探索, 在《海南自由贸易港法》中明确了准入承诺即入制。然而, 准入承诺即入在实践中仍存在着诸如准入承诺即入负面清单不合理、尚未充分发挥自由贸易港立法权、与高度自由化经济目标相冲突等一系列问题。本文在浅析准入承诺即入制存在的问题后认为, 海南自由贸易港可以通过再优化负面清单、释明立法权限、优化承诺即入制等方式对该制度进行改革。

关键词

海南自由贸易港, 市场准入承诺即入制, 外商投资

A Brief Analysis of the Commitment System for Foreign Investment Access in Hainan Free Trade Port

Jianyu Zhang

International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 25th, 2023; accepted: Nov. 22nd, 2023; published: Nov. 30th, 2023

Abstract

On April 13, 2018, The CPC Central Committee announced the decision to support the construction of a pilot free trade zone on the whole island of Hainan in an important speech at the conference celebrating the 30th anniversary of Hainan's establishment of a special economic zone, thus opening a brand-new chapter in Hainan's development. As China's largest special economic zone

and the most distinctive free trade port, Hainan is an important part of China's comprehensive promotion of opening up to the outside world. Currently, in the field of foreign investment, the Hainan Free Trade Zone is actively exploring the implementation of the "Hainan Free Trade Port Law". This law clearly defines a commitment to an entry system. However, in practice, there are still issues, such as the unreasonableness of the negative list linked to this access commitment. These issues have prevented the full realization of the Free Trade Port legislation's objectives, which aim for a high degree of economic liberalization, leading to a series of conflicts and problems. After analyzing the problems of the access commitment system, this paper argues that the Hainan Free Trade Port can reform the system by re-optimizing the negative list, clarifying the legislative authority, and optimizing the commitment system.

Keywords

Hainan Free Trade Port, Market Access Commitments for Ready-to-Enter, Foreign Investment

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2018年4月13日,党中央在庆祝海南建省办经济特区30周年大会上郑重宣布:决定支持海南全岛建设自由贸易试验区¹。由此,拉开了海南建设自由贸易港的崭新篇章。2020年6月1日,国务院印发的《海南自由贸易港建设总体方案》指出,海南自由贸易港建设分三个阶段,2025年前重点是围绕贸易投资自由化便利化,在有效监管基础上,有序推进开放进程,推动各类要素便捷高效流动,形成早期收获,适时启动全岛封关运作;2035年之前,完成市场准入承诺即入制改革;直至本世纪中叶,全面建成具有较强国际影响力的高水平自由贸易港²。2020年8月23日,海口市市场监督管理局就《海口市市场准入承诺即入制管理办法(征求意见稿)》(以下简称《海口规定》)公开征求意见。这亦是海南省首份市场准入承诺即入制法案草案。2021年6月10日公布生效的海南自由贸易港法第二十条第二款亦规定,海南自由贸易港实行以过程监管为重点的投资便利措施,逐步实施市场准入承诺即入制。具体办法由海南省会同国务院有关部门制定³。2021年8月6日,海南省市场监督管理局公开征求《海南自由贸易港市场准入承诺即入制管理规定(征求意见稿)》(以下简称《海南规定》)意见;2022年6月1日,海南省人民政府办公厅关于印发《海南自由贸易港进一步优化营商环境行动方案(2022~2025年)》的通知。目前,海南自由贸易港法律制度建设并无太多经验可循,海南自由贸易港相较于国内其他自贸区有其显著特征,不能照搬国内其他自贸区现成的制度,更不可完全嫁接外国自贸区的相关法律制度[1]。

从对承诺即入制的研究现状看,较少学者聚焦准入承诺制的系统研究。针对这一制度的研究散见于外商投资制度研究[2][3]、负面清单制度研究[4][5]、自贸港法律研究[6]等研究领域,多数学者均在其研究中以简述方式对其进行介绍。此外,由于海南自由贸易港并无太多具有创新性的法规出台,因缺乏相关立法材料,各类研究亦较为滞后。但事实上,准入承诺制是自贸港法中极为核心的制度,发挥着前置

¹ 参见央广网:习近平在庆祝海南建省办经济特区30周年大会上发表重要讲话,

http://news.cnr.cn/native/gd/20180413/t20180413_524198389.shtml, 2023年9月9日访问。

² 参见中华人民共和国中央人民政府网:中共中央国务院印发海南自由贸易港建设总体方案,

http://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm, 2023年9月9日访问。

³ 《海南自由贸易港法》第二十条第二款。

性功能,也将之间关系到自贸港能否建成。因此,对于这一制度的研究具有较大的理论与现实意义。准确把握外商投资市场准入承诺即入制,对于全面推进建设海南自由贸易港、完善海南自由贸易港法律制度有着重要意义。本文将从负面清单制度、自由贸易港立法权及自由贸易港宗旨等角度分析承诺即入制。

2. 外商投资准入承诺制的内涵

2.1. 外商投资的内涵

我国《外商投资法》第二条采取概括加列举式的方式,对外商投资的概念进行了一定的明确。该法第二条第二款指出,外商投资,是指外国的自然人、企业或者其他组织(以下称外国投资者)直接或者间接在中国境内进行的投资活动。同时,第二款亦具体列举了三类典型外商投资模式,在第四项中以兜底条款的方式规定其他类型的外商投资模式。同样的,学理上亦对外商投资的范畴进行了一定的明确,其范围大致与法条规定相符合。《外商投资法》的出台改变了以往我国《外资企业法》《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》三法并立,对于不同类型投资适用不同模式管理的局面,更好的贴合了我国进一步推动对外开放的理念与需求。

2.2. 市场准入承诺即入制的内涵

《海南规定》第三条⁴对市场准入承诺即入制进行了定义,从该条中不难看出,实施市场准入承诺即入制的主要目的为简化国内行政程序。市场准入制在国内法上的典型表现,即为行政程序的简化。市场准入承诺即入制旨在投资准营阶段提升市场的自由化便利化水平,与“证照分离”制度本质上并无差别,但前者的开放程度更高[7]。为了更好地厘清市场准入承诺即入制的内涵,首先需要明确证照分离制度的内涵。根据《国务院关于深化“证照分离”改革进一步激发市场主体发展活力的通知(国发[2021]7号)》(以下简称《通知》)的相关规定,证照分离制度指许可证与营业执照的分离,经营者无需先获得许可证而可直接申请营业执照从事一般性经营活动,其目的在于削减市场准入阶段的负担。《通知》的附件一采取正面清单的模式,规定了523项中央层面涉及企业经营许可改革的清单。而《海南规定》第三条亦明确了可以实施准入承诺即入制的三个条件,即:1)该领域不为涉及国家安全、社会稳定、生态环境安全、重大公共利益等不适用准入承诺即入制的领域;2)属具有保障人身健康和生命财产安全以及满足经济社会管理基本需要的技术要求的相关领域;3)国家在这些领域存在适用的强制性标准且按该标准管理。不难看出,与《通知》相比,《海南规定》采取负面清单与正面清单相结合的模式明确实施准入承诺即入制的领域,所确定的范围明显更为宽泛。自贸区实施负面清单制度更有利于进一步扩大对外开放,对标高水平自由贸易区。同时,《海口规定》第二条⁵亦对市场准入承诺即入制作出了定义,第五条⁶与第六条⁷则分别规定了特别管理清单与承诺事项清单。与《海口规定》相比,《海南规定》显然更为成熟。

此外,从《海南规定》第二十七条⁸与《海口规定》第五条不难看出,外商投资市场准入承诺即入

⁴《规定》第三条:本规定所称的承诺即入,是指除涉及国家安全、社会稳定、生态环境安全、重大公共利益等国家实行准入管理的领域外,对具有保障人身健康和生命财产安全以及满足经济社会管理基本需要的技术要求相关领域,实行强制性标准管理,原则上取消许可和审批,建立健全备案制度,商事主体承诺符合相关要求并提交相关材料进行备案,即可开展投资经营活动的行政管理方式。

⁵《海口规定》第二条:本办法所称的承诺即入,是指对具有强制性标准行业领域的市场准入,申请人承诺其符合法律法规、规章及强制性标准规定并提交相关材料申请备案的,行政审批服务部门应当予以备案,申请人取得备案后即可开展投资经营活动。

⁶《海口规定》第五条:涉及国家安全、社会稳定、生态保护红线、重大公共利益等国家实行准入管理领域的行政许可事项实行特别清单管理。

⁷《海口规定》第六条:各行政机关应当梳理提出实行承诺即入的事项清单,经市人民政府审核后,按法定程序报经全国人大及其常委会或国务院统一授权后,取消许可,实行备案制,并向社会公布实施。

⁸《海南规定》第二十七条:外商投资的市场准入可以参照适用本办法,实施市场准入前国民待遇加负面清单管理制度。

制的适用范围，与负面清单密切相关。从逻辑上分析，只有不在负面清单上的产业，才会涉及准入承诺即入制，因负面清单是市场准入的一种潜质。商务部、国家发改委联合发布的《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》(以下简称《负面清单》)中，一共列出27项有特别管理要求的产业，这27项特别管理显然被排除在适用准入承诺即入制的范畴。但如前所述，不在负面清单上的产业并非均能适用准入承诺即入制，仍需满足现行法上的三个要件，故此，本文将以《海南规定》第三条所指出的三个具体条件，结合地方变通立法权，分析海南自由贸易港市场准入承诺即入制存在的弊端。

最后，2021年9月16日海南省政府印发的《海南省人民政府关于印发〈海南自由贸易港深化“证照分离”改革进一步激发市场主体发展活力实施方案〉的通知》中，附件二为《中央层面设定的涉企经营许可事项改革清单(2021年海南自由贸易港版)》、附件三《为海南省地方层面设定的涉企经营许可事项改革清单(2021年海南自由贸易港版)》，其中，附件二中一共涵盖了七十项适用准入承诺即入制的产业，涉及农林牧渔业、食品加工、重工业、制造业、传媒出版等行业，而附件三仅有集体林木流转审批一项适用该制度。由此可见，《海南自由贸易港法》所赋予地方的自由贸易港特别立法权在实践中几乎没有发挥作用。

3. 外商投资承诺即入制现存的问题

3.1. 准入阶段负面清单范围不合理

首先，虽《负面清单》仅列27项特别管理措施产业，与《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》中的33项与《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》中的30项相比，明显限制更少。但关于《负面清单》是否合理，学界有不同观点。如：2020年版海南自由贸易港负面清单仍将医疗机构限于合资企业。相比较而言，海南自由贸易港的开放落后于《中欧全面投资协定》(CAI)中明确的在中国关键城市允许设立外商独资医院的承诺^[8]。上文亦分析到，《负面清单》中所列产业应直接被排除在可以适用市场准入承诺即入制的范围。故此，作为前置程序，《负面清单》的规定需进一步贴合建设高水平自贸区的需求。随着我国与他国或地区自由贸易谈判的进一步深化，势必会有越来越多的自贸条约对我国发生效力。以CAI为例，由于CAI尚未生效，故而我国目前尚不受该条约之约束。但假定CAI等自由贸易协定生效而《负面清单》尚未修订，海南自由区将如何应对CAI等国际条约与国内法的冲突？目前，我国并无一部系统的《条约适用法》规范条约在我国司法实践中的适用问题，我国司法实践中亦很少直接援引条约进行判决，尤其在条约与国内法冲突的情形下，若无国内法的明确规定，法院几乎不会援引条约的规定进行判决。不仅如此，在司法实践中，即便法官在判决中援引条约，亦存在错误援引的情形，这将很难提供坚实完善的纠纷解决机制作为自贸港建设的保障。

此外，中央政府对于海南自由贸易港的定位为“开放型经济新高地”、“具有较强国际影响力的高水平自由贸易港”。为对标世界最高开放水平、实行高水平的对外开放，自贸港本身的法律制度应当适度体现引领性与前瞻性。而《负面清单》不仅未体现引领性与前瞻性，甚至在一定程度上带有浓厚的保守主义色彩。在海南自由贸易港管理制度建设中，如何以投资自由化为导向。合理安排负面清单制度，将成为投资开放是否落到实处的制度保障。此外，采取负面清单模式对于激发市场主体的活力、扩大市场主体的准入自由、减少政府管制，具有重要的现实意义。负面清单管理模式既是私法自治理念的充分体现，又是传统的私法自治的落实和保障^[9]。同时，负面清单模式亦是我国政府管制改革的突破口。

3.2. 地方法规创新性适用不显著

如前指出，2021年9月16日海南省政府印发的《海南省人民政府关于印发〈海南自由贸易港深化

“证照分离”改革进一步激发市场主体发展活力实施方案》的通知》附件三中，地方几乎对中央的规则没有进行任何修改。这与《海南自由贸易港法》中对地方立法授权范围不明确的现状密切相关。《海南自由贸易港法》第十条⁹对海南地方立法权做了三个层次的规定。第一，就贸易、投资及相关管理活动制定法规并报全国人大常委会或国务院备案；第二，对法律与行政法规做变通规定的，应当说明理由；第三，属法律保留事项，则应报全国人大及其常委会或国务院批准生效。

根据《中共中央国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》(中发[2018] 12号)的有关规定，海南自贸港将聚焦“内外贸、投融资、财政税务、金融创新、出入境”等方面，而此类事项却恰好落入《立法法》第八条“基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度”等法律保留事项的范围。由此可见，二者之间存在激烈的冲突。在《海南自由贸易港法》草案阶段，就有学者提出，对《草案》进行审视，应首当其冲以市场的开放和自由为维度[10]。同时《海南自由贸易港法》赋予的三个不同层次的地方立法权之中亦存在冲突。一方面，法律规定制定涉及投资、贸易及相关管理活动的地方法规采取备案制，而另一方面，有明确属法律保留事项则采取批准生效制。因此，批准生效制很大程度上挤占了备案制的适用空间。与投资有关的法规极可能落入《立法法》第八条涉及金融法律保留的范围，且自贸港与贸易有关的法规极可能落入该条有关外贸法律保留的范围。也因此导致了地方性法规几乎难以完全自主的对涉及自贸港的事项做出规定。海南自由贸易港要扩大开放，需要在政府数据、金融、外汇等领域有所突破，前提是需要国家层面将事权充分下放至海南[11]。在《自贸港法》规范极度保守的情况下，地方很难根据自贸港发展的进程做出创新性与及时性的调整。也正因如此，地方法规几乎未对中央所规定的承诺即入制适用范围做出更大调整。市场准入承诺即入制作为一项扩大开放的重要制度，而地方受到法律的制约难以做出有创新性的规制，很可能阻碍自贸港的建设。

最后，海南自由贸易区与内陆现存自由贸易区之间存在巨大不同，主要表现在海南自由贸易区在金融领域的高度开放与自由。目前，与海南自由贸易区相比，内地现有的所有自由贸易区在外商投资金融领域仍存在一定限制。而想要打造金融自由贸易港，则必须对金融领域法规进行高度变通。而目前仅以暂停实施法律及行政法规这一临时性措施支持金融领域的开放，显然是不足的。又由于《立法法》第八条将涉及金融立法规定为法律保留事项，从而极大限制了赋予海南地方的立法权的行使。打造金融自由贸易港，扩大金融领域地方自主权显得尤为必要。

3.3. 与高度自由化经济模式存在冲突

在我国加入世界贸易组织(WTO)以来，我国政府逐步削减了大量的市场准入许可。诚然，我国目前许可制改革已获较大成效，但仍然存在诸如行政审批事项不透明，审批要件繁琐复杂，行政效率低下，权力寻租严重等问题。虽然行政许可制度企图跨越政府规制与市场竞争的矛盾，但政府规制与市场竞争终究是互相排斥的，行政许可制度的两面性必然存在，只是呈阶段性的此消彼长[12]。从比较法角度看，目前世界各国在行政许可制度上的立法趋势表现为逐步削减许可的事项，并进行备案制改革，以进一步实现经济自由化。如美国自上世纪70年代以来大幅削减行政许可的事项[13]；日本，英国，德国亦在上世纪逐步减少政府对市场的介入[14]，充分发挥市场在资源配置中的基础性作用。目前，我国虽已进行了多轮行政许可审批制度改革，但与高度自由化之间仍然存在冲突。

外商承诺准入即入制与行政审批制相比，其自由化程度显然更高，但仍未达到高度自由化的标准。

⁹《海南自由贸易港法》第十条：海南省人民代表大会及其常务委员会可以根据本法，结合海南自由贸易港建设的具体情况和实际需要，遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则，就贸易、投资及相关管理活动制定法规(以下称海南自由贸易港法规)，在海南自由贸易港范围内实施。海南自由贸易港法规应当报送全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；对法律或者行政法规的规定作变通规定的，应当说明变通的情况和理由。海南自由贸易港法规涉及依法应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律或者由国务院制定行政法规事项的，应当分别报全国人民代表大会常务委员会或者国务院批准后生效。

海南自由贸易港所对标的是世界高水平开放区，而想要在数以千计的自贸区中脱颖而出，必须有其独特的一面。采取外商承诺准入即入制在自由化方面显然不如目前世界上较为知名的自贸区。为实现高度自由化经济模式，外商承诺准入即入制是否可以作为一项可以长期存在且适用的制度值得思考。外商承诺准入即入在实质上仍存在一定限制，而高度自由化经济目标则要求尽可能减少不必要限制。以现行规则为例，现存适用承诺准入即入制的事项是否可以在海南自由贸易港通过地方立法、变通执行中央法律法规或暂停实行中央法律法规的行使进行进一步改革，以达到取消限制的最终结果，值得考量。

4. 外商承诺准入即入制设计优化

4.1. 负面清单的再优化

如前所述，《负面清单》存在较大的保守性，在很大程度上不足以满足自由贸易港的建设需求。且负面清单作为适用承诺准入的一项前置程序，负面清单事项将直接被排除适用准入承诺制。《负面清单》一共对十一大类事项进行了规定，而在十一大类中，笔者认为，租赁和商务服务业(第七类)、卫生和社会工作(第十类)、文化、体育和娱乐业(第十一类)这三类负面清单存在较大的进一步优化空间。当然，除了针对外国投资的负面清单本身与国际最高标准对接的调整之外，还需要关注到自贸区外商投资负面清单在适用过程中与国内其他相关政策的协调和解释问题。

首先，关于租赁与商业服务业，在法律服务行业，根据《司法部关于执行〈外国律师事务所驻华代表机构管理条例〉的规定》第三十二条¹⁰的规定，外国律师在中国就中国法适用问题提出意见是不被允许的。我国目前亦有上海自由贸易区开始试点探索进一步开放法律市场¹¹。在可以预见的未来，海南自由贸易区所涉及的法律纠纷中必然会存在大量涉外纠纷，此条规则在一定程度上亦会影响外方当事人协议选择适用中国法或在中国仲裁的意愿。在欧美部分国家，亦允许外国人参加当地法律职业资格考试后在当地从业。在这一模式下，律师将可以精通至少两个法域的法律，亦能够更好的为自贸港建设提供法律支持。同时，以新加坡早些年规范为例：新加坡不允许外国律师同新加坡律师合伙开业，但允许外国律师雇佣新加坡律师，也允许外国律师同新加坡律师合作承办某一具体案件[15]。我国亦可以考虑参照新加坡模式，允许外方律师与本国律师合作办案，再逐步考虑是否采取欧美模式，进一步在法律市场扩大对外开放程度。

其次，在卫生和社会工作领域，《中欧 CAI》协定的规范明显超前于《负面清单》。在这一领域，我国可以适当考虑，在修改《负面清单》时参照 CAI 的相关规范，进一步开放卫生事业。目前，海南医疗卫生事业较内地仍然较为落后¹²，医疗卫生事业的落后难以满足进一步对外开放的需求。在卫生领域进一步扩大开放，不仅有利于进一步推动自由贸易港建设，亦有利于提高海南整体医疗卫生水平，提高人民福祉。

最后，关于文化、体育和娱乐业。文娱产业在现代社会生活中扮演着越来越重要的作用，文娱产业更会在一定程度上塑造人的世界观、人生观与价值观，故而文娱产业的开放需要更加谨慎。《负面清单》对文娱产业进行了较大的限制，如禁止投资电影制作公司、发行公司、院线公司以及电影引进业务；禁止投资广播电视节目制作经营(含引进业务)公司；禁止投资图书、报纸、期刊、音像制品和电子出版物的

¹⁰《司法部关于执行〈外国律师事务所驻华代表机构管理条例〉的规定》第三十二条：下列行为，应当认定为《条例》第十五条规定的“中国法律事务”：(一)以律师身份在中国境内参与诉讼活动；(二)就合同、协议、章程或其他书面文件中适用中国法律的具体问题提供意见和证明；(三)就适用中国法律的行为或事件提供意见和证明；(四)在仲裁活动中，以代理人身份对中国法律的适用以及涉及到中国法律的事实发表代表意见或评论；(五)代表委托人向中国政府机关或其他法律法规授权的具有行政管理职能的组织办理登记、变更、申请、备案手续以及其他手续。

¹¹参见《关于在中国(上海)自由贸易试验区探索密切中外律师事务所业务合作方式和机制试点工作方案》

¹²参见海南省卫生健康委员会网站：海南省三甲医院目录，

http://wst.hainan.gov.cn/swjw/xxgk/0200/0202/202103/20210324_2953334.html，2023年9月9日访问。

编辑、出版、制作业务等¹³，上述三项均为笔者建议可以适当开放的领域。而由于文娱产业对精神的影响较为重大，故此，笔者亦建议可以采取双重审查机制加外商出资比例限制制度。所谓双重审查机制，即内审加外审，对文化产品投入市场前的审查不仅需要出版商自行审查，更需要相关机构进一步审查。在这一机制下，不仅可以更好的利用外资，同时亦可保障我国意识形态安全。关于外商出资比例限制，则可以区分不同产业，将外商出资比例分别限制在 33%、49%或 66%，从而达到限制外商在企业内部的重大事项或较大事项上享有或行使一票否决权及一票通过权的目的。

4.2. 地方立法权限释明

由于海南自由贸易区所拥有的地方立法权主要有三种：一般地方立法权、经济特区立法权与自由贸易港立法权[16]。在一般地方立法权或经济特区立法权可以涵盖的范围内，不宜行使自由贸易港立法权进行规制。但由于《海南自由贸易港法》关于自由贸易港立法权的规范并不明确，海南自由贸易港立法权的运用亦出现了较大问题。故此，必须进一步明晰《海南自由贸易港法》需经中央批准生效的规范范围，为自由贸易港立法权留足充分的空间。

回归《海南自由贸易港法》第十条的规定，结合《宪法》¹⁴与《立法法》¹⁵中关于一般地方立法权与经济特区立法权的规定，可以看到自由贸易港立法权最为特殊的部分在于贸易、投资事项的立法权与变通权。这也就意味着关于自由贸易港立法权最特殊之处即为其可以突破《立法法》第八条法律保留事项规范的限制。若无法突破《立法法》第八条的限制，作为对标最高开放标准和对外开放高地的自由贸易港的建设就无法展现足够的创新优势[17]。而海南自贸港的建设过程中，其目的不仅是面向国内的试错和示范，更是面向国际打造高水平、法治化和国际化的自由贸易港。对于海关、金融、外贸等事项的立法考虑更是推动海南自贸港建设中的应有之义[18]。同时，正如孟德斯鸠在《论法的精神》一书中谈到的：所谓法的精神，指法律应当从政治、经济、文化、宗教、道德、自然气候等各方面相适应，法律和法律之间也有关系，法律和它们的渊源，和立法者的目的，以及和作为法律建立的基础的事物的秩序也有关系。应该从所有这些观点去考察法律。从上述所有角度对法律进行考量，即所谓的“法的精神”。如若无法突破《立法法》第八条的限制，显然没有综合考量到影响法律的各个因素，地方亦将很难综合自贸区发展的最新动态具体考量如何修改现行法律之规定，从而导致相关法律法规落后，难以满足自贸港发展需求。

首先，可以采取直接修改《海南自由贸易港法》或制定司法解释明确自由贸易港立法权的范围。而在这一过程中，必须充分考虑到海南自由贸易港的特殊性，尽可能多的将相关事项解释为无需中央批准即可生效的事项，充分保障地方的自主性与自治性。其次，可以对法规生效方式进行修改，从批准生效制改变为备案生效加事后审查制度。而此种方式所面临的问题是，可能因地方立法水平不高导致法律错误而被撤销或修改，投资者信赖利益受损，因此应当谨慎适用。最后，也可以在程序上明确中央批准时限与责任制。目前，亦有不少需要报批的地方法规均未获中央批准¹⁶，中央平均批准的时间较长。明确中央批准期限，亦有利于督促审核机关审查规范，在规定的合理时限内未予答复视为审核机关同意，如后续施行过程中出现的问题由审核机关承担责任。此外，审核机关的审核范围亦可以被限制在地方立法文件是否重大违法等问题上。在自由贸易港建设初期，各方经验均不足的情况下，批准时限较长这一问

¹³ 《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》第十一类。

¹⁴ 《宪法》第一百条：省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案。设区的市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以依照法律规定制定地方性法规，报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行。

¹⁵ 《立法法》第四章。

¹⁶ 海南省法规数据库，https://www.hainan.gov.cn/hainan/dfxfg/flfg2021_mwh.shtml，2023年9月9日访问。

题的存在有着一定合理性,但在自由贸易港建设中后期,经济形式快速变化的情况下,如部分规范长期难以获得批准生效的现状仍得不到改变,将极大阻碍自由贸易港的建设。明确审批时限,还可以保障自由贸易港政府根据自由贸易港经济发展的最新动态,及时的调整适用市场准入承诺即入制的产业范围,进一步推动投资与贸易自由化发展。

4.3. 市场准入承诺制即入制的优化

在《中央设定的海南自由贸易港版》中的清单中,仍然存在不少可以进行优化的事项。《海南规定》第三条所要求的实施范围首先需涉及国家安全、社会稳定、生态环境安全、重大公共利益等重大国家利益。而在清单中,文娱类产业是否可以进一步优化存在一定可以探讨的空间¹⁷。如清单中对歌舞厅的设立采取承诺即入制,而此类产业是否将涉及重大公共利益存在一定可以探讨的空间。此外在全国清单中,采取优化审批的事项是否可以在海南采取市场承诺准入即入制亦存在一定讨论的空间¹⁸。

同时,由于我国存在非法经营罪这一口袋罪,且其兜底条款是非法经营罪的“阿喀琉斯之踵”[19],在这一角度上,对市场准入承诺即入制的优化必须与非法经营罪做出明确区分。《刑法》作为最为严厉法法律,不可轻易动用,在外国经营者承诺后却在市场经营过程中出现违背承诺导致违反我国法律强制性规定的行为,则应当充分发挥刑法的谦抑性,不可动辄以《刑法》进行打击。我国刑法学界也有学者认为,非法经营罪作为口袋罪存在的现状在一定程度上影响了市场经济的发展,更遑论高度自由化经济。

在海南自由贸易更进一步发展的过程中,亦应当考虑逐步将部分准入承诺即入制适用的产业划归入备案制或取消审批制度的行列。在本质上,市场准入承诺即入制仍然属于对投资的一种限制措施。故而在进一步贸易自由化的过程中,随着科技的进步,对于部分产业的限制可以进一步放开,从而达到更进一步对标高度自由化贸易区的目标。

5. 总结

作为我国当前进一步改革开放的桥头堡和我国最大的经济特区与自由贸易区,海南自由贸易区不仅承载着深化改革开放的使命,更承载着推动中华民族伟大复兴的历史责任。市场准入即入制作为我国自贸区改革一项新颖而独特的制度,明晰此项制度的逻辑内涵,完善市场准入承诺即入制的相应规范,对于推动建设海南自由贸易区有着极为重要的作用。

参考文献

- [1] 韩逸畴. 海南自由贸易港建设对接高标准国际规则——重点、难点问题与解决路径[J]. 经贸法律评论, 2021(4): 16-29.
- [2] 许明月. 国家政治安全前提下法律服务市场开放的重心转移[J]. 比较法研究, 2019(6): 121-129.
- [3] 陶立峰. 对标国际最高标准的自贸区负面清单实现路径——兼评2018年版自贸区负面清单的改进[J]. 法学论坛, 2018, 33(5): 145-152.
- [4] 陈兵. 简政放权下政府管制改革的法治进路——以实行负面清单模式为突破口[J]. 法学, 2016(2): 28-41.
- [5] 唐晶晶. 负面清单管理模式: 行政审批制度改革的新方向[J]. 理论与改革, 2016(6): 114-118.
- [6] 路遥. 海南自由贸易港投资法律体制建构研究[J]. 上海政法学院学报, 2020(4): 40-45.
- [7] 郑蕴. 中国海南自由贸易港投资自由便利制度——兼论《海南自由贸易港法》[J]. 经贸法律评论, 2021(4): 30-44.
- [8] 贺小勇. 《海南自由贸易港法(草案)》修改的七大建议[J]. 经贸法律评论, 2021, 28(2): 5-16, 32.
- [9] 王利明. 负面清单管理模式与私法自治[J]. 中国法学, 2014(5): 26-40.
- [10] 韩龙, 戚红梅. 《海南自由贸易港法(草案)》的三维透视与修改建议[J]. 海南大学学报人文社会科学版, 2021,

¹⁷参见《中央层面设定的涉企经营许可事项改革(2021年海南自由贸易港版)》。

¹⁸参见《中央层面设定的涉企经营许可事项改革(2021年全国版)》。

39(2): 38-45.

- [11] 陈利强, 刘羿瑶. 海南自由贸易港数据跨境流动法律规制研究[J]. 海关与经贸研究, 2021, 42(3): 1-14.
- [12] 汪燕. 行政许可制度对国家治理现代化的回应[J]. 法学评论, 2020, 38(4): 51-58.
- [13] 李云林, 胡天侠, 黄军华, 王云斌, 谢垚, 郑松传. 美国行政许可: 形式、设定及实施[J]. 中国行政管理, 2013(2): 84-88.
- [14] 张弘, 于洋. 行政许可转化为行政登记研究[J]. 江西社会科学, 2014(2): 84-88.
- [15] 杜国兴. 新加坡对外国律师活动管理情况简介[J]. 国外法学, 1986(4): 48-49.
- [16] 熊勇先. 论海南自由贸易港地方法规体系的建设[J]. 河南财经政法大学学报, 2019, 34(6): 78-84.
- [17] 王崇敏, 曹晓路. 海南自由贸易港一流营商环境的法治基础[J]. 河南财经政法大学学报, 2021, 36(2): 34-40.
- [18] 王建学, 张明. 海南自贸港法规的规范属性、基本功能与制度发展——以《宪法》和《立法法》为分析视角[J]. 经贸法律评论, 2021(4): 3-8.
- [19] 陈兴良. 非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察[J]. 法学家, 2021(2): 56-71.