

WTO 与中国经济 特区立法创新研究

陈 俊*

内容提要:随着入世,国内法与 WTO 规则的接轨在即。中国经济特区要发挥授权立法试验优势为全局立法导航。经济特区立法在国企改革和平等竞争、外资准入和国民待遇、服务贸易、知识产权、WTO 规则扩展议题之创新及法域冲突之协调创新等法学前沿的领航兼具必要性和可行性,有条件在中国入世的最前沿率先对接 WTO 规则,有能力通过示范、辐射全国打造出具有中国特色、中国风格、中国气派的前沿立法平台。

关键词:WTO 经济特区 立法创新

前 言

入世已近在咫尺。以社会主义市场经济为改革取向的中国已日益融入全球经济一体化,大势所趋下的入世之于中国机遇与挑战并存。“中国加入世贸组织,有利于与 135 个世贸组织成员,在市场经济的原则下进行国际贸易,开展各种形式的经贸合作与竞争,充分发挥国内、国际两个市场在配置资源方面的积极作用,将国内市场与巨大的世界市场融为一体,充分发挥市场对资源配置的基础性作用,这正是我们建立社会主义市场经济的目标。”^{〔1〕}入世是催化剂。入世提出了深化改革和制度创新要求,靠创新挖潜将成为时代主旋律。入世是国内法立、改、废革新的助推器。WTO 规则、国际惯例和市场经济的通行准则势必进一步受到重视、引为借鉴和合理移植。^{〔2〕}

按照发展经济学的观点,中国经济特区属于后发后起性市场经济地区,在走赶超发展之路时,具有后发制度创新优势:通过学习和借鉴他国市场经济的成功经验,大力引进先进技术和

* 北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 新华社发“世贸组织知识信箱”专栏文章:《入世与社会主义市场经济改革目标是一致的》,《光明日报》2000 年 1 月 4 日。

〔2〕 关贸总协定/世贸组织的所有基本原则及协议都建立在市场经济基础之上,其目的在于通过大幅度降低关税、非关税及其他阻碍贸易正常进行的壁垒,减少各成员方的国内立法和贸易政策措施对国际贸易的限制和干预,从而在更大范围内让市场配置各国资源,最优运用世界资源。

管理制度,能够少走弯路,缩短差距,加速发展。其中,“能够形成赶超的强烈的社会意识”,^[3]还是后发创新之动力和潜力所在。

制度经济学认为,制度是经济的变量之一,制度短缺或制度供给滞后将制约经济发展,而适宜的经济制度能提高经济效率,促进经济增长。“创新是经济特区的历史使命,其 20 年的创新成果,已长成社会主义市场经济新体制的参天大树……不只是深圳,几个经济特区及浦东新区都以敢闯敢试的精神大胆实践,大胆创新。海南‘小政府、大社会’的宏观管理体制的探索,厦门的计划体制、财税体制、金融体制改革的探索,珠海对基建和土地管理体制改革的探索等等,催生了特区经济社会的全新格局。”^[4]其间,可圈可点的是,几个经济特区充分运用授予的立法权,以立法创新巩固改革成果的试验是超越特区、示范全国的。作为中国入世全局立法接轨无可替代的先行试验区,经济特区前沿立法之意义是量放全球的。

WTO 规则允许和支持其成员发展各种类型的经济特区。事实上,处于开放前沿的各国经济特区都肩负率先与 WTO 规则、国际惯例接轨的国内使命,^[5]中国通过经济特区立法创新率先实现与 WTO 规则对接之战略寄望于特区独具对外开放先行、思想观念先行、经济体制改革先行、立法突破先行等国内创新的时间差优势。有理由相信,两者对接的亲合力必将大于眼下规则冲突的相斥力,特区立法能够再续对全国立法示范、辐射之巨大溢出效应。^[6]

一、WTO 的基本法律原则

WTO 协议是以权利与义务之综合平衡为原则的,通过各成员方互惠互利开放市场之承诺而构建。世贸组织日渐形成的共同行为规范准则,各成员方都有义务遵守,这是基本要求。“条约必须遵守”之原则,早已载入《维也纳条约法公约》,加入国享有条约赋予的权利与保证其国内立法与条约保持一致之义务是不可分的。^[7]“使国内法和国际法规定的义务相一致,这是一项一般义务”。^[8]

一般认为,WTO 的基本法律原则包括非歧视性贸易原则、公平贸易原则、关税减让原则、透明度原则等。它们既是建构 WTO 协议之基石,也是有序全球经济一体化之法律平台。

非歧视性贸易原则。“非歧视进行贸易是 WTO 的基石,是各国间实现平等贸易的重要保证,也是避免贸易歧视和摩擦的重要基础,它主要通过最惠国待遇和国民待遇原则加以体现。”^[9]其中最惠国待遇原则为:如果一成员给予另一成员某种优惠待遇,它就应该“立即、无条件地”将之扩展到所有成员。国民待遇原则又称平等原则,要求世贸组织成员方之间相互给

[3] Alexander Gerschenkron, *Economic Backwardness in Historic Perspective*, the Belknap Press of Harvard University Press, 1979, pp. 25 - 26.

[4] 李南玲、陈雅妮:《伟大的“支点”——经济特区对我国改革开放的历史贡献》,《人民日报》2000 年 11 月 14 日第 2 版。

[5] 事实在于,GATT/WTO 虽无明文强制规定成员方必须实行市场经济。但是,协议中的各项条款以及对申请加入成员的审议程序无不体现和蕴含着这一强调和要求。

[6] 这是因为,经济特区是我国区域经济发展水平最高、外向型经济比重最大、经济发展基础最好的地区。在资本、管理、营销、技术、人才等方面独具比较优势,加上经济特区授权立法的突出优势,无疑是我国融入经济全球化和实现立法接轨创新的最前沿。

[7] 《维也纳条约法公约》第 27 条明确规定:“各国不得援引国内法规定为理由而不履行条约”。

[8] Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, Third edition.

[9] 《什么是“乌拉圭回合”、“最惠国待遇”是什么》,《人民日报》[经济版]专栏未署名文章,2000 年 1 月 4 日。

予对方的自然人、法人、其他经济组织、产品、服务、投资、知识产权等与本国的自然人、法人、其他经济组织、产品、服务、投资、知识产权等以相同的待遇。典型的是《1994 年关贸总协定》的主要规定:一成员领土的产品输入到另一成员时,另一成员不得以任何直接或间接的方式对进口产品征收高于对本国相同产品所征收的国内税费。给予进口产品的有关国内销售、分销、购买、运输、分配或使用的法令、规章和条例等的待遇,不能低于给予国内相同产品的待遇。^[10]

公平贸易原则。该原则要求各成员方不得采取不公正的贸易手段扭曲国际贸易竞争,尤其不能采取倾销和补贴的方式在他国销售产品。否则,给进口方国内工业造成实质性损害或威胁时,该进口方可根据受损的国内工业之指控,采取相应的反倾销和反补贴措施。

一般禁止数量限制原则又称只允许关税保护原则,即只允许对贸易进行“关税”保护,但禁止其他非关税壁垒,特别是以配额和许可证为主要方式的“数量限制”。GATT 第 11 条、第 12 条、第 13 条、第 14 条、第 15 条、第 18 条、第 19 条对数量限制都作了规定。其中,第 11 条作为核心条款明确规定:“除关税或其他税费外,任何缔约方均不得对任何其他缔约方境内产品的进口,或者向任何其他缔约方出口或外销,设置或保持禁止或限制,不论其采取配额、进口许可证,还是其他措施。”此外,TRIMS 第 2 条也要求东道国所采取的与贸易有关的投资措施应当符合 GATT 有关禁止数量限制的规定。TRIMS 在附录中还具体列举了 3 种不符合禁止数量限制的投资措施:对外资企业进出口产品实行限制、以外汇平衡限制企业进口产品、限制外国投资企业出口其产品。

关税减让原则。该原则一直就是多边国际谈判的主要议题和关贸总协定最初协议的核心目的。该原则强调通过谈判削减关税和消除关税壁垒。对关税减让的双边谈判结果,其他成员方按照“最惠国待遇”原则可不再经谈判而同样适用。

透明度原则。它要求各成员方必须将有效实施的所有有关对外贸易的各项法律、法规、规章、司法判决、行政措施、政策命令以及双边多边协定、条约等迅速加以公布,以使其他成员方和贸易经营者能够知悉;各成员方还应在其境内统一、公正和合理地实施上述之规定。^[11]

针对“国营贸易企业”原则。GATT 第 17 条第 1 款把“国营贸易企业”认定为:“各成员方建立或维持的企业(不论其设于何处)或正式或事实上授予独占或特别权益的从事进出口贸易的企业。”对国营贸易企业的主要要求是:在进行进出口贸易时,应当只以商业上的考虑作为标准,管理私人贸易的政府措施需遵循不歧视待遇原则为其他成员方的企业提供参与这种购买或销售的充分竞争机会。^[12]

对发展中国家,关贸总协定在很多条款中给予了优惠待遇。比如,给予发展中国家成员更长更灵活的实施协议过渡期,允许其承诺较低水平的贸易自由化义务并可在履行时宽松援引相关条款来暂时中止一些义务。此外,在服务贸易等领域,还特别规定应保证发展中国家成员更多地参与。^[13]但是,此类暂时例外之操作空间将会日渐受限,最终要统一于 WTO 无差别约

[10] 此外,在《服务贸易总协定》、《与贸易有关的知识产权领域》及其他相关协议中,该原则也有详细规定。

[11] 该原则几乎涉及 WTO 的所有领域,反映在众多条款之中。比如 GATT 第 6、7、8、9、10、13、17、18、19、24 条,GATS 第 3、5、6、7、8、9、12、21 条,TRIMS 第 6 条和 TRIPS 第 63 条。典型的见 GATS 第 3 条前 3 款的规定。

[12] 在 GATT 第 17 条的基础上,为加强国营贸易企业活动的透明度,《1994 年关贸总协定关于解释第 17 条的谅解》对国营贸易企业作了补充界定,认为其定义应包括两方面内容:1. 国营贸易企业是被授予该国法定权利在内的专营权或特别权利的企业。2. 国营贸易企业的购买或销售活动可以影响进口水平和流向。

[13] 《服务贸易总协定》的序言开篇就提出“希望通过加强发展中国家国内服务的能力、效率和竞争力等手段,促进他们更多地参与服务贸易并扩大其服务出口。”

束之通行规则。这是不可逆的取向。发展中国家成员包括中国势必要变对“过渡期”等暂行优待的依赖为向贸易自由化之机制转轨而加速努力。而经济特区的授权立法就历史性地成为我国全局立法转轨努力中的排头兵。

二、经济特区的国企改革和公平竞争之立法创新

(一) 国企改革之立法创新

多年来,国有企业改革一直是我国经济体制改革之瓶颈。1993 年通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》第一次提出我国国企改革的目标是建立现代企业制度,但在全国的运作长期步履维艰。公司制是市场经济发达国家包括 WTO 成员大中型企业的主流组织形式,是在实践洗礼中长成的组织管理制度,这一共同文明成果是可以共享共用的。^[14]作为我国外向型市场经济最发达的区域,经济特区基于实践的立法是引领全国改革大势的。深圳的试验首开先河,成效显见。1986 年就颁布了《深圳经济特区国营企业股份化试点的暂行规定》。1994 年,市人大又通过《深圳经济特区股份有限公司条例》、《深圳经济特区有限责任公司条例》,大力推进公司化改造。相辅相成,深圳随后出台的五个关于董事会、经理层、监事会、党组织和工会的暂行规定,从体制上进一步构建了现代企业制度。以政企职责分开为突破口的国企改革有力奉献出了以资本为纽带的三个层次的国有资本运作体系:一是市国有资产管理委员会对市属和市级国有资产进行宏观管理、监督和决策。二是市国资委授权市级资产经营公司代表国家对授权范围内的国有资产直接行使出资者权利。三是国有全资、控股和参股企业作为拥有独立财产权的法人对国资承担保值增值责任。三个层次责、权、利关系明确、定位清楚,^[15]对全国的国企换貌和振兴作出了积极示范。^[16]

经济特区立法还先行介入了为体制创新、深化国企改革作后盾的社会保障领域。《深圳经济特区企业员工基本养老保险条例》、《海南经济特区城镇从业人员养老保险条例》及《实施细则》、《海南经济特区城镇从业人员医疗保险条例》及《实施细则》等都是诸多首先闪耀的亮点之一,先行行为全国性立法调整提供了价值菲浅的经验样板。^[17]

放眼 WTO,以上奠基于立法平台的体制创新所蕴含的道理既简单又深刻:“世贸组织涉及的不仅仅是单纯的产业问题,即讨论哪些产业受冲击及哪些产业受惠的问题,而是更多地涉及到经济体制的问题,即经济体制必须要充满活力,要具有国际竞争力……我国企业国际竞争力尚不强的主要原因是企业体制落后,企业体制缺乏活力。”^[18]不难预见,入世后的“十五”期间,国有企业特别是大中型企业要根据 WTO 既定的市场竞争规则运作,尽快形成相适应的企业制度和运行模式,有力走向世界市场。目前,我国外经贸企业大都是国有全资企业,由投资

[14] 需说明的是,公司制之共通并行就在于它使企业的所有者、经营者和生产者通过公司的权力机构(股东大会)、决策管理机构(董事会)和监督机构(监事会)构成相互独立、权责分明和互相制约的良性关系。

[15] 需要解释的是,三个层次的体系分别有效实现了政府社会经济管理职能与资产所有者职能的分离,国有资产管理与国有资产经营职能的分离,国家终极所有权与企业法人财产权的分离;强化了政企职责的分开。

[16] 事实在于,“据国家国有资产管理局统计,从 1995 年起,深圳市国有企业的总资产报酬率、净资产利润率、资本收益率、销售利润率、获利倍数等主要经济效益指标在全国一直名列前茅。”转引自李南玲:《深圳国有经济快速高效发展》,《人民政协报》1999 年 8 月 12 日。

[17] 迄今为止全国性规范社会保障的立法仍付诸阙如,只有少数继经济特区之后零散的地方性法规及文件。

[18] 魏杰:《中国加入世贸的战略思考》,《经济日报》2000 年 1 月 11 日。

主体单一和国有资产所有者缺位而致的权责不明、管盈不管亏的混饭体制急待转轨。对于外经贸行业来说,国有独资这种形式有必要实现投资主体的多元化,积极寻找激励机制等突破口,加快转换经营机制。这一道理之于整个国企都是一体量放的。“率先的制度变革会像率先采用先进的机器设备一样,获得超额的社会回报。”^[19]

“在新的历史条件下,要深化对劳动和劳动价值理论的认识。建立健全收入分配的激励机制和约束机制。对企业领导人和科技骨干实行年薪制和股权、期权试点。”^[20] 国企发展要超越传统的激励方式,建立起符合现代公司治理要求的激励机制。^[21] 现在市场经济发达国家的企业都注重股份期权等激励手段,吸引大批人才与公司荣辱与共。问题在于,我国现行《公司法》及相关法规对公司董事、经理的股份转让都有严格限制,不易实施。这样一来,就有必要突破类似《公司法》第 147 条规定的“公司董事、监事、经理应当向公司申报所持有的本公司的股份,并在任职期间内不得转让”之限制;也有必要突破现行法不允许上市公司设定股份期权的限制。再有,国外通行的股份回购激励手段即公司从二级市场上回购部分股份,出售给行使股份期权的员工也与《公司法》第 149 条冲突。这些合理不合法的具体制度突破非一般地方立法所能及,^[22] 而经济特区授权立法的实际创新则具备有利依托基础。^[23] 像与《关于进一步加快我市国有企业改革和发展的实施意见》配套出台的《深圳市公司内部员工持股规定》已经将员工持股的试行面以出资购股、奖励股权和技术折股三种方式普及到所有公司员工。^[24]

(二) 平等竞争之立法创新

世贸组织的“国营贸易企业”规则要求成员方对国营贸易企业应当只以商业上的考虑作为标准,遵循不歧视待遇原则为其他企业提供平等参与竞争的充分机会。以上经济特区授权立法及时跟进国企改革和机制转换的创新努力从内因上为国企适应入世和承受竞争建构了辐射全局的平台。同时,由特区立法创新发端,有序入世后国企与其他市场主体之良性共进,则在公平竞争外因上打造了示范全国的立法平台。^[25]

随着入世,在非歧视市场准入和公平贸易原则下,我国将逐渐建立和完善公平竞争的制度。允许和鼓励民营经济进入更多领域,以独资、合作、联营、参股、特许经营等方式进行投资和参与国有经济战略性调整;开放外贸经营权,允许非国有外贸机构更多参与等都是可预期的。对外资,也将逐步允许其进入国内商业领域。经济特区实践中的突破已取得了普遍成

[19] 李义平:《特区的意义:制度是伟大的》,《深圳特区报》2000年8月3日第7版。

[20] 转引自《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十个五年计划的建议》原文。

[21] 根据 1999 年中国社会科学院工业经济研究所《国企高层经理人员激励约束机制的调查》显示,对现行国有大中型企业经营者激励方式的评价,认为有效的仅为 29.3%,认为不大有效的占 47.9%,认为无效的占 29.65%。另据中国企业联合会和中国企业家协会 1999 年 8 月公布的“1999 年千家国有企业经营者问卷调查”显示,影响企业经营者发挥作用的最主要因素也是“激励不足,积极性没有真正发挥”。以上数据转引自钱胜:《经理股票期权:一把双刃剑》,《中国经济时报》2001 年 2 月 28 日。

[22] 参见拙文:《中关村科技园区授权立法问题研究》,《中国法学》2000 年第 6 期。

[23] 典型的像深圳市国有企业从 1994 年就开始实行年薪制,并促成 1997 年深圳市政府专门颁布《深圳市国有企业经营者年薪制暂行规定》。现国有企业实行经营者年薪制已覆盖市属大部分国有企业。

[24] 参见柳光敏:《深圳出台新规定——普及“员工持股”》,《深圳商报》2001 年 2 月 14 日。

[25] 比如,1995 年颁布的《深圳经济特区私营企业暂行规定》从经营范围、贷款、出入境、制止乱收费等方面为改变私营企业实际的不平等竞争地位作出了突破努力。

果。^[26] 可预见的导向是,民营企业对外经营权的限额审批制立法要逐步代之以规定条件的资格审议登记制,最终在 WTO 基本规则基础上,以统一的《商事登记法》取代与 WTO 有违的诸如《城乡个体工商户管理暂行条例》等现行法。利好条件在于,经济特区已在实践基础上率先进行了立法领航。^[27]

世贸规则在要求成员方履行义务的同时,也赋予其相应的权利。特别是发展中国家可以援用例外条款来保护国内产业和制定相应措施。对中国来说,利用世贸规则中的“保障条款”制定相应的法律法规维护国民经济安全是急需的。

“自 20 世纪 90 年代初以来,发达国家反倾销的重点转向包括中国在内的广大发展中国家。从 1979 年 6 月到 1999 年年底,据不完全统计,针对中国出口产品的反倾销案件总数已达 380 起,其中欧盟 85 起、美国 72 起,共占 41.3%。特别是近几年来,案件数量呈上升趋势,已对中国扩大出口构成了严重威胁。”^[28] 在补贴倾销问题上,我国同样可援引有利的世贸规则对国外产品向我国的倾销在立法上采取应对。^[29] 这一领域综合调整的立法空白有必要在经济特区率先开展。^[30] 同样,反垄断法的立法试验在特区先行也是必要的。譬如,《服务贸易总协定》第 8 条明确反对妨碍竞争的垄断企业的市场独占。无论是一家还是几家企业,只要形成市场瓜分或约定限价的控制就属于该国反垄断立法举措的应对范围。我国现有的《反不正当竞争法》还不能调整类似的问题,特区立法可以先予补白。

三、经济特区的外资准入和国民待遇之立法创新

WTO 的一系列协议无不明确要求各成员逐步推进贸易自由化和扩大市场准入以促进市场的合理竞争。譬如,《1994 年关贸总协定》第 2 条“减让表”和第 11 条“普遍取消数量限制”要求其成员降低关税和取消对进口的数量限制,允许外国商品进入本国市场与国产品进行竞争。我国业已作出的开放承诺具有约束性,要通过国民待遇等原则予以实施,否则,必须得到世贸

[26] 例如,1997 年我国首先在经济特区进行生产企业自营进出口权登记备案制试点,1998 年扩大到国家重点联系企业,1999 年再扩大到全国所有大型工业企业。现在,国内外贸经营主体已呈现多元化竞争态势。

[27] 譬如,《海南经济特区企业法人登记管理条例》第 3 条规定:“海南经济特区企业法人的设立实行依法直接登记制。”《深圳经济特区外贸企业进出口业务管理暂行规定》对年出口创汇分别超 100 万和 50 万美元的生产企业或高科技企业,具备条件的可批准自营自产产品、自用物资进出口业务;年出口创汇超 300 万美元的工商贸企业,可批准进出口贸易经营权。《深圳经济特区进出口配额商品额度招标试行办法》在国内首次实行出口商品配额公开招标;之后出台的《深圳经济特区半税进口商品额度实行有偿使用试行办法》和《关于简化国营大中型企业自用物资进口审批手续实施办法》都鼓励放宽企业进出口经营权审批。

[28] 李长久:《认真研究和应对反倾销问题》,《经济参考报》2001 年 2 月 26 日。

[29] 需要说明的是,按 WTO 规则的要求,上述欧盟和美国针对我国的反倾销案件大多数都是不能成立的,他们所依据的往往是其国内立法。而中国除了由外经贸部分别于 1994 年和 1997 年发布的《关于中国出口产品在国外发生的反倾销案件的应诉规定》和《关于加强出口产品反倾销应诉工作的通知》要求国内企业积极应诉的笼统规定外,缺乏有效保护本国产业和产品而又符合 WTO 规则的较系统的反倾销立法。

[30] 我国稀疏的几部反倾销、反补贴立法失之整体性和操作性。比如《对外贸易法》第 30 条和第 31 条规定,如果产品以低于正常价值的方式进口,直接或间接地接受出口国任何形式的补贴,并由此对国内相关产业造成实质损害或者威胁时,国家可以采取必要措施,消除或减轻这种损害或损害威胁或者阻碍。但什么是“必要措施”,并不明确。1997 年国务院公布的《中华人民共和国反倾销、反补贴条例》也只笼统提及征收反倾销税、反补贴税事项。《进出口关税条例》同样只出现并不明确的“可以征收特别关税”用语。

组织的准许。^[31]

全国人大 1995 年通过的《国民经济和社会发展九五规划和 2010 年远景规划纲要》就提出要“逐步统一内外资企业政策,实行国民待遇”。我国对外贸易的基本法《中华人民共和国对外贸易法》第 6 条亦肯定:“中华人民共和国在对外贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定,给予其他缔约方、参加方或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇。”不容乐观的是,我国现行法还大量存在有违上述规定和世贸规则之处。比如:涉及到进口数量限制的限额和许可证要求、贸易以及外汇平衡要求、当地成份要求、替代进口和优先购买国产品要求的法律条文,都有待修订;^[32] 特区授权立法要立足特区发展明显受益于外资的实际情况^[33] 在 WTO 通行规则下先行突破现行法不合理的具体限制,有力领航。

(一) 出口补贴的立法创新

世贸组织《补贴与反补贴措施协议》明确反对使资源分配扭曲的专向性补贴并限制被禁止的补贴。补贴专向性限制原则的要求是:政府和社会公共组织不得给予一组企业或产品、一部分地区或产业经济补贴。被禁止的补贴即红色补贴则是禁止专门用于影响贸易的补贴:一是禁止出口补贴,即国家根据企业出口实绩而给予补贴;二是禁止进口替代补贴,即国家根据企业使用国产品替代进口产品的情况给予补贴。协议只允许采用非专向性普遍补贴。

我国众多现行法、政策都存在《补贴与反补贴措施协议》首当其冲反对和禁止的出口补贴事项。例如对出口产品或企业特别是先进技术型和出口型企业所得税以及流转环节税的退抵减免、成本或费用补贴、贷款或购置土地优惠等等。外资企业如被政府认定为先进技术或出口型企业还享有更多的税收减免与返还优惠。典型的是,2000 年 2 月科技部、外经贸部、财政部、国家税务总局、海关总署联合发布《中国高新技术产品目录》,对 8 个领域 1900 项高新技术产品给予享受高新技术产品出口优惠的做法对照协议就值得研究和调整,经济特区立法要超越其上而采为协议所允许的普遍性非专向性补贴。^[34]

按照 WTO 国民待遇原则,目前我国对外商投资企业单独适用一套所得税法的超国民待遇立法优待往后是没必要的。我国内资企业要遵守国务院企业所得税暂行条例的规定适用 33% 的税率;而外资企业则依照外商投资企业和外国企业所得税法,在所得税的税率、税收减免、税收返还三方面分别享有分地区、有重点、多层次的税收优惠权利。对经济特区来说,设在

[31] 我国对降低关税的承诺是,关税的算术平均水平要从 1991 年的 42.5% 逐年降低到 1999 年的 16.73%。2000 年我国关税平均税率要降到 15%,到 2005 年,降为 10% 左右。

[32] 典型的见《外资企业法实施细则》第 3、4、5、56 条,《外商投资商业企业试点办法》第 4 条、第 6 条。

[33] 典型的像深圳特区。“1979~1998 年,深圳市累计批准外商投资项目 22050 个,协议利用外资 276 亿美元,实际利用外资 173 亿美元。外资在深圳市投资分布的行业广,投资量大,对我市经济增长贡献明显。据有关部门统计,外资工业占全市工业总产值的 77% 左右,进出口的 58% 左右,地方税收的 26.7% 来自外资投资企业,全市高新技术产值的 56% 是外资类高新技术企业所创造的。”数据转引自刘占军:《抓住入世机遇争取跨国公司投资》,《深圳商报》1999 年 11 月 29 日。

[34] 具体地说,WTO 规则许可全额退税,我国立法就此可以提高出口退税额。至于特区立法,不妨一步到位准允全额退税来加强特区出口产品在全球市场的竞争力。还有,我国目前出口退税的税种只有增值税和消费税(WTO 规则约束不了的两种国内税种),而依据 WTO 规则可退税的间接税还包括营业税、销售税、印花税等。在立法空间上,特区授权立法还可考虑把营业税和随同增值税、营业税征收的附加税(城市维护建设税、教育费附加)列入退税范围,先走一步。

特区的外商投资企业可享受减按15%的税率征收所得税的待遇。^[35]往后,可期的趋势是两套企业所得税制的并轨统一(包括统一税前扣除规定和资产税务处理规定),以免被其他成员方套上“政府针对几个特定部门进行补贴”和“放弃税收或变相不征税”的违规被动。有理由相信,经济特区立法先行并轨试验是值得导航的,着眼公平竞争的立法取向是与WTO国民待遇原则对接一致的。^[36]

(二)进口替代和当地成分的立法创新

我国对进口替代的倾斜在相关立法和政策中是不难发现的。比如1994年公布的“汽车产业政策”中的国产化要求、汽车进口量及类型的审批、视出口比率定夺贷款等都与WTO的规则有悖。还有,我国为鼓励企业采取进口替代还给出了较多优惠政策乃至立法优待,不仅在贷款、返还利润和税收、提高折旧率等方面给予倾斜,而且把采购国产设备或者配套的零部件也视作进口准许减免进口关税。例如,2000年1月财政部、国家税务总局发布了《关于外商投资企业和外国企业购买国产设备投资抵免企业所得税有关问题的通知》,鼓励在我国境内设立的外商投资企业在其投资总额内购买符合《外商投资产业指导目标》鼓励类、限制乙类投资项目的国产设备,规定其购买国产设备投资的40%可以从购置设备当年比前一年新增的企业所得税中抵免,而且抵免期可以延长至7年。这一规定显然违背WTO规则。

诸多对贸易保护效果的研究表明,进口替代战略有许多消极作用。所以,发展中国家的发展道路需要转向市场开放,把自身融入到世界经济中,通过开放的贸易来促进经济增长。^[37]

当地成分要求限制了投资企业在东道国需要的原材料和其他任何与当地生产有关的产品进口量。对照我国的进口许可相关立法规定,转轨并不轻松。经济特区立法的局部创新无论是既存的还是将行的都是重大利好的。

1991年颁布施行的《海南经济特区外商投资条例》第22条规定:“外商投资企业进口本企业建设和生产所必需的机器设备、原材料(包括建筑材料)、零配件、自用的办公用品、交通运输工具和其他物料,均免征关税、产品税或增值税。”1996年深圳市政府发布的《关于对在深外商投资企业和在深外籍人员逐步实行国民待遇的通知》开篇就明确:“我市将对在深外商投资企业和在深外籍人员逐步实行国民待遇。”第2条在“统一有关服务价格标准”标题下规定:进出机动车辆,不分境内外牌照,实行同一收费标准。对外商投资企业用电,统一按内资企业电价标准收费。外籍人员(包括港、澳、台同胞)、外资机构和企业深购买、租用办公楼、商业楼、住宅等物业的管理费收费标准,均与境内业主相同。

(三)调整外资产业政策的立法创新

随着WTO规范的健全,以往一些属于贸易政策与产业政策共用的措施如出口补贴、限制进口、超国民待遇或次国民待遇等都被排除出了贸易政策规范,促使产业政策日渐演变成维护

[35] 相较而言,现对内资企业的税收立法优惠主要侧重于劳动就业、社会福利、环境保护等方面,对外资企业则主要侧重于像经济特区这样的区域性优惠。

[36] 这一理由的实践基础是既存的。譬如深圳于1997年率先采取国民待遇改革,统一服务价格标准,减少对外商内销产品的限制;另外,在全国率先实现税制的五个“统一”,即统一特区企业所得税税率、所得税计税标准、税收优惠政策、特区流转税制和地方税制,为全国税制改革提供了宝贵样板。

[37] See Krueger, Anne O., *Trade policy and economic development: How We Learn*, in *The American Economic Review*, Vol. 87, No. 1, pp. 1—22.

公平竞争和自由贸易的“产业竞争政策”,以此实现改善商业环境、发挥企业正常功能的宗旨。^[38]随着经济全球化的助推,竞争政策的国际协调已成迫切要求。尽管没有明确界定,WTO 的不少条款都包含着这一要求。

总体而言,我国的产业政策离 WTO 的要求尚有距离,突出的表现就是其制定环节基本未超出强调综合平衡的计划经济之框,实施环节也主要依靠行政调控,地区、部门利益导向浓厚。加之整体上缺乏有序和公平市场竞争的立法,导致当前起主要作用的诸如外商投资的出口实绩要求、外汇平衡要求等产业政策与 WTO 规则和国际惯例一再相勃。

典型的体现是,1995 年由国家计委、国家经贸委、外经贸部联合颁布的《指导外商投资方向暂行规定》、1997 年经国务院批准修订发布的《外商投资产业指导目录》都将外商投资方向和产业指导目录划分为待遇不一的鼓励、限制、禁止类别。其中,对于鼓励及限制乙类的投资项目国家给予产业专向性补贴,对投资项目总额内的进口设备和物料免征进口环节税。这直接有违 WTO 补贴专向性限制等原则。类似这样的产业政策有必要通过经济特区的专项立法突破先作局部扭转,渐次促成整个产业政策导向的国际惯例化。

再有,目前外商投资企业与一般国内企业在有关法规政策的适用上,特别是在设立登记环节上,差别明显。在相关外商投资企业法规作出调整之前,经济特区立法创新已初见力度。如 1994 年 1 月 1 日起施行的《海南经济特区企业法人登记管理条例》就规定海南经济特区企业法人的设立实行依法直接登记制。类似这样的前瞻规定对按部就班体现我国计划主导产业政策的现行法的有益突破今后还可加大领航力度。

四、经济特区的服务贸易之立法创新

《服务贸易总协定》要求各成员在非歧视原则基础上逐步开放本国服务市场,减少服务贸易及投资的扭曲,促进服务及服务提供者间的竞争。协定建立于市场经济运行基础之上,有助于成员方打破国内服务业的垄断并帮助其克服封闭、落后和资源配置不合理、市场机制不完善等弊端,从而提高该国服务业的质量。

“由于我国加入 WTO 后还有 3—5 年的过渡期,在经济体制和产业结构上具有先发优势的经济特区,在最近的 2—3 年最有条件实现产业上的更大开放,特别是在高科技产业、电信业、旅游业、金融服务业和咨询服务业等行业率先全面开放。”^[39]事实上,任何一个国家服务贸易的对外开放,都是从制定和修改该国服务贸易的法律肇始的。当前,我国服务业管理部门大多对 WTO 下服务业准入没有监管经验,也缺乏可援引的行业监管法和服务贸易基本法。而服务业作为供应者直接面对消费者的产业,往往涉及国家安全、社会稳定等基本问题。因此,以点带面并推而广之的开放承诺和经济特区的导航立法是大有可为的。^[40]

(一) 经济特区金融业的立法创新

“我国的金融贸易市场开放进程是由国内经济、金融体制改革进程所决定的,并按照循序

[38] See OECD: *New Directions for Industrial Policy*, OECD Policy Brief, No. 3, 1997.

[39] 迟福林:《我国经济特区面临转型》,《海南日报》2000 年 10 月 18 日。

[40] 这一先行立法的必要性还在于我国总体服务业发展的落后。我国在服务业内部结构、服务贸易发展水平、管理体制和经营机制、服务业市场化社会化等基本方面都处发展初期,并且服务业地区发展很不平衡。

渐进和谨慎管理的原则,依银行、保险和证券的顺序逐步对外开放,同时,金融贸易市场的开放地域逐步扩大,基本按经济特区、沿海开放城市和内陆城市的顺序进行。”^[41]经济特区作为我国金融业与全球接轨的前沿有望在立法空白和具体瓶颈法律制度上率先创新。

中国入世,根据其在金融服务贸易方面的承诺,必须逐步开放国内市场。具体开放领域及进程为:(1)银行业,入世后两年外资银行可从事中国企业的人民币业务,入世后五年全面开放地域和客户限制。(2)保险业,两年取消对外资保险机构的城市控制,五年后取消许可证限制。允许外国保险公司拥有50%的股权。(3)证券业,外国金融公司允许在基金管理企业中持股33%,三年后增至49%,外国股票包销商可以在合资承销公司中占33%股份。

据此,我国金融业立法的当务之急,是遵循WTO通行规则和国际惯例来填补法律空白。一是加快出台规范外资金融机构的立法,在维护我国金融安全的同时为外资金融机构的合法经营提供法律保障;与此相配套的是涉及金融监管和处罚的立法补缺;与此相应的还要对《商业银行法》不符合WTO规则之处作相应修改。二是尽快推出加强保险监管的诸如保险资金运作管理、保险企业资产评估、保险中介业务职能和组织形式、保险企业管理人员任职资格、外资保险公司的经营等立法。^[42]三是加紧制订调节金融市场所需的期货、信托等立法;相应地要对现行《证券法》过多反映证券管理机构利益而忽略中小股东利益的条款作一修改。对这些法律空白,在一时限于条件出台全国性立法尚难到位之际,经济特区授权立法根据区域情况在外贸、金融基本制度的框架内是可以作适度立法补白以济时需的。^[43]同时,对入世后将大量呈现的我国商业银行尚未开展的例如金融租赁、保险中介、消费信贷和新兴金融衍生工具等新金融业务,经济特区这一聚焦地也有必要开展局部授权立法试验以缓冲全面开放后出现的监管立法真空,有步骤地与国际通行立法有形接轨。^[44]

经济特区的具体金融立法创新还有必要对我国现行相关金融政策作有益突破。典型的是现行信贷资金政策,以所有制来区分诸如国有、集体、私营、个体、外资、股份制等贷款企业。其中,国有企业在贷款方面享有较多的优惠,而对外资企业则实行严格的抵押和其他一些贷款办法;另外,一直还实施不为WTO规则允许的企业、产业、产品专向性补贴的财政资助,如对500多户国家重点企业实行封闭贷款政策。其次,在融资渠道上,我国的银行体系也主要服务于国有企业,其他企业在正规渠道上获得银行贷款困难重重。就直接融资而言,当前全国性资本市场同样主要服务于国有企业的改制和重组,非国有企业融资举步维艰。这些受政策保护而有

[41] 顾经仪、侯放:《WTO法律规则与中国服务贸易》,上海财经大学出版社2000年版,第90页。

[42] 我国迄今涉及保险的法律法规只有5个,即《中华人民共和国保险法》、《保险企业管理暂行条例》、《保险代理人管理规定》、《保险经纪人管理规定》和《上海外资保险机构暂行管理办法》。

[43] 其紧迫性和重要性在“十五”期间是凸显的。2001年3月15日九届全国人大四次会议批准的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》指出要根据我国入世的承诺,“逐步降低关税,有步骤地开放银行、保险、电信、外贸、内贸、旅游等服务领域。对外商投资企业逐步实行国民待遇,制定统一、规范、透明的投资准入政策。适应加入世界贸易组织的要求,抓紧制定和完善相关涉外法律法规”。

[44] 早在1985年,国务院就发布了《中华人民共和国经济特区外资银行、中外合资银行管理条例》,对尚未获得授权立法权的经济特区的特殊金融关系直接做出调整。由于1994年施行的《外资金机构管理条例》对外资金融机构限定其只能经营外汇金融业务,不利于经济特区对外资金融机构逐步开放的发展。1998年中国人民银行允许深圳外资银行试点经营人民币业务,人民币营运资金可由3000万元增至1亿元。现在,在所得税纳税上,外资银行一般是33%,但在特区只有15%,而且享受“二免三减”优惠,所以相当多的外资银行集中在经济特区,经济特区这一金融开放前沿区域存在立法先行和创新的现实基础。

违世贸规则的灰色区域,经济特区创新立法都可作出鲜明取舍。^[45]

(二) 经济特区其他服务业的立法创新

1992 年国务院率先批准在各经济特区试办 1 至 2 个中外合资或合作经营的商业零售企业。之后,国家相关政策、法规赋予外商投资的商业企业享有进出口经营权,但是对外商投资经营商业批发业务和代理进出口业务的外商独资经营商业零售企业仍不予准许。现在,试点区域已向沿海多个城市扩展,但在外商投资商业贸易的批发业务方面还是规定如旧。条件领先的经济特区有必要先行出台区域性服务业立法规范,在 WTO 体制要求下先试一步。^[46]

当前,现行法的限制仍旧居多。例如,《外资企业法实施细则》第 4 条具体规定诸如国内商业、对外贸易、保险、邮电通信等服务行业的外资企业禁入。又如《外商投资产业指导目录》虽经 1997 年修订后对外商投资的产业准入限制有所放宽,但服务业仍属限制和禁止行业,且不说目录中很多项目的审批程序和条件都付诸阙如,需要实施细则的制定。而根据我国业已作出的承诺,我国服务贸易的开放领域不仅限于中外合资、合作形式,还要容纳外商独资企业;在扩大开放地域、数量和经营范围上也要做到限期推进。

还有,《公司法》的条文很少涉及外国服务和提供者者的市场准入,容易导致法律透明度原则方面的质疑。国务院发布的《公司登记管理条例》对此问题同样易遭受有关国民待遇和透明度的质疑。例如,该条例第 74 条规定:“外国公司在中华人民共和国境内设立的分支机构的登记,按照国务院的有关规定办理。”第 75 条规定:“外商投资的有限责任公司的登记,适用本条例。有关外商投资企业的法律、行政法规对其另有规定的,适用其规定。”由此导出的立法调整方向就应该是“增加政府干预市场的透明度,引导各界参与政策法规的制定,最大限度地公布影响市场的法规文件,保证市场运行规则的公开化。”^[47]

除了调整我国服务贸易领域的基本法没有到位外,发展服务业所需的《行业开放法》、《商业组织法》、《劳务输出法》、《来华服务人员法》等法律、法规也尚待补位。由于全国人大及其常委会的立法周期较长,且要平衡全国情况,加之对服务业特别是新兴服务业的管理尚无经验,经济特区根据有利条件先行开展区域立法探索比之当前不免受制于部门利益的部门规章一统天下之立法定势,无疑多了一个很好的选择。

总之,“与货物贸易不同,阻碍服务贸易自由化的主要障碍不是关税,而是‘法规’。这里的法规包括各国的贸易政策(不仅指对服务贸易的限制政策,而且包括限制投资、资金流动等政策以及这些方面签订的双边或区域协定中的歧视性条款),国内法规和对各类服务的规章制度。”^[48]并且,WTO 各成员方在其作出承诺的服务贸易领域有义务保证各种有关服务贸易的普遍适用措施在合理、客观和公正的情况下得到实施。如果没有这类普遍立法措施可供援引,世

[45] 实践中,这一方面的立法探索在经济特区开展得早,方向明确。譬如,1991 年颁布施行的《海南经济特区外商投资条例》第 18 条鼓励:“经中国人民银行批准,外商可在海南经济特区设立外资银行、中外合资银行,以及其他金融机构,并在批准的业务范围内从事经营活动。”

[46] 譬如,深圳市将服务业作为三大支柱产业的发展战略起步早,起点高,深圳特区服务业发展在国内居于领先。作为新兴服务产业的家庭服务业,目前经深圳市工商登记从业的企业就有 400 多家。2001 年 3 月 23 日深圳市三届人大常委会六次会议通过了《深圳经济特区家庭服务业条例》。与此类似,在诸如外商投资商业贸易批发业务的尚未开放领域,特区授权立法的创新试验也值得探索。

[47] 唐民皓:《WTO 与地方行政管理体制研究》,上海人民出版社 2000 年版,第 55 页以下。

[48] 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 355 页。

贸规则还要求事先存在相关立法,包括中央和地方的立法。^[49]

五、经济特区的知识产权保护之立法创新

作为乌拉圭回合谈判最后文件的组成部分,《与贸易有关的知识产权包括冒牌货贸易协议》(Trips)于1995年7月1日开始生效。Trips在序言中阐明了制定目的:减少国际贸易中的扭曲和障碍;有效和充分保护知识产权;确保知识产权的实施和程序不对合法贸易构成壁垒。Trips还超越了此前有关知识产权的国际协议、条约之存疑,为成员方保护知识产权的实体法和程序法规定了统一的最低保护标准以期弥平因规定相异而致的贸易摩擦。^[50]

出于与Trips规则一致的考虑,需要成员方首先存在相应的国内立法,譬如对商标专有权的限制、对驰名商标和集成电路布图设计的保护。对此我国应加紧制定这些新法。同时也要抓紧修改与Trips规则不相适应的知识产权法律法规,比如著作权法、商标法就应结合我国的承诺加以修订。同样,还要把《商标法实施细则》、《驰名商标认定办法》的修订加快提上日程。

这些与贸易有关的知识产权立法在中央立法积极应对的同时,不排除条件成熟地区比如经济特区及早运用授权立法加以局部试验以补前者一时的大批量空白。作为一个国家科技、经济实力的重要标志,知识产权尤其是自主知识产权是一块在全球经济一体化竞争中排他的独占地,其物化就是一个产业、一片市场和优势的时间差。与发达国家相比,我国公民的知识产权保护意识普遍淡薄,政策、法律对知识产权的保护力度也远远不够。而经济特区基于外向型市场经济和高新科技的发达,制度创新意识和立法赶超观念在国内的领先,有条件开启相关立法举措的领航序幕。

典型的良性互动以深圳为代表。“在高新技术企业实施知识产权化、产权多元化,是深圳发展高新技术产业,探索知识资本价值实现途径的一项大胆创新,也是深圳推进高新技术企业体制创新的一个重要方面。从1995年开始,深圳就在高新技术企业和民营科技企业中大力推行技术入股、科技人员持股经营、技术开发奖励等制度,在实践中找到了合乎科技与经济发展规律的知识资本价值的实现途径。”^[51]当前,“深圳计算机磁头产量居世界第三位,微型计算机占全国三分之一,程控交换机占全国一半,干扰素、生物乙肝疫苗产量占全国90%,深圳还是全国最大的打印机、硬盘驱动器、高性能电池生产基地……尤其令人欣慰的是,目前深圳高新技术产品产值中,拥有自主知识产权的比重达到46.76%。”^[52]这一成长势头是与深圳市大力推进特区企业技术创新战略这一瞄准国际化水准的努力是不可分的;而“创新体系的启动者

[49] 按照GATs第1条第3(a)款的规定,各成员方“影响服务贸易的措施”不仅限于GATT只约束政府单位行为的做法,还包括“地区或地方政府和当局”这两级次于中央政府的政府机构,以及“由中央、地区或地方政府或当局授权行使权力的非政府机构”。其目的是为了实现GATs在前言中所阐明的宗旨:“希望建立一个服务贸易原则和规则的多边框架,在透明和逐步自由化的条件下扩大服务贸易,以此作为促进所有贸易伙伴的经济增长和发展中国国家发展的手段。”

[50] Trips第1条第1款明确各成员方有义务执行条文对其所规定的保护与贸易有关的知识产权的最低要求。

[51] 易运文、沈宣理:《跨世纪的抉择——深圳发展高新技术产业的调查与思考》,《光明日报》1999年9月16日。

[52] 唐亚明:《精彩的跨越——看高新技术如何优化深圳产业结构》,《深圳特区报》2000年11月5日。

和维护者”^[53] 这一良性政府功能也有赖于经济特区创新立法平台的支持。^[54]

在保护知识产权的立法举措上,经济特区所赢得的时间差是与其实践一样是领先内地的。1991 年颁布施行的《海南经济特区外商投资条例》第 7 条第 5 项肯定“本条例规定的出资种类包括工业产权和专有技术。”^[55] 又如,《深圳经济特区无形资产评估管理办法》第 2 条明确:“本办法所称的无形资产包括:(一)专利权、商标专用权、著作权;(二)技术秘密和其他商业秘密;(三)厂商名称和字号、原产地名称、商誉;(四)法律、法规规定或国际惯例承认的其他无形资产。”^[56] 再如,《深圳经济特区技术入股管理办法》、《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》和《深圳经济特区计算机软件著作权保护实施条例》等等。

为与 Trips 接轨,我国相关立法的修改乃至成套出新难度颇大,尚需分步推进。经济特区立法的局部创新可以同步运作。例如 Trips 第 16 条第 1 款规定:注册商标所有人应享有专有权以制止所有第三方未经其同意在贸易中将与注册商标相同或近似的标记用于易造成混淆的与该商标所注册的商品或服务相同或类似的商品或服务之上。该款要求业已在我国《商标法》中得到反映。但对于该条第 2 款把《巴黎公约》关于驰名商标的保护扩展至服务商标的规定,《商标法》则未规定,现行其他法律乃至行政法规也未涉及,与 Trips 第 16 条第 2 款的要求存在脱节。“由于中国法律法规中没有对驰名商标保护作具体规定,所以 Trips 协议第 16 条第 3 款将保护扩大到不类似的商品及服务,就显得中国法律的差距更大了。”^[57] 有理由相信,这样的大小立法补白无论对于我国中央还是特定地方立法,在 WTO 允许的框架内部应是重大利好的和惠及全局的。

六、WTO 规则扩展议题之经济特区立法创新

一个不逆的趋势是,WTO 规则涉及的范围越来越广。预定之中的扩展是电子商务、投资与竞争政策、政府采购、环境保护等议题,而首当其冲的是电子商务。

20 世纪 90 年代以来,信息技术的突飞猛进使传统的商业贸易日益转移到 INTERNET 平台上,“电子商务”得以迅猛成长。统一、通用的交易规则是开展电子商务的基础,许多国家积极

[53] 联合国经合组织(OECD)于 1997 年发表的报告(《National Innovation Systems》)一文中专门提到:政府功能就是要成为“创新体系的启动者和维护者”。

[54] 譬如,深圳市政府 1998 年发布并于次年 9 月修订的《关于进一步扶持高新技术产业发展的若干规定》肯定:“以高新技术成果作价出资的,经市科技主管部门认定,其作价出资的金额占注册资本的比例可扩大到 35%,如合作各方另有约定,从其约定。”该规定第 9 条则直接体现出对自主知识产权的保护:“经认定的拥有自主知识产权的高新技术成果转化项目,五年免征企业所得税、营业税,退还增值税地方分成部分的 50%;之后三年,减半征收企业所得税、营业税,退还增值税地方分成部分的 50%。”第 21 条则突出对知识产权的激励和保护,规定:“对于知识产权的职务发明人、设计人、作者以及主要实施者给予与其实际贡献相当的报酬和股权收益。专利权转让方或实施许可方,经专利管理部门核定,可从技术性收入中提取不低于 30% 的金额奖励有关人员,其中主要贡献人员所得奖励份额应不低于奖励总额的 50%。”

[55] Trips 第 3 条第 1 款突出了国民待遇原则,要求成员方对其他成员方国民在知识产权保护方面给予的待遇与其给予本国国民的待遇应一致。该条例有关外商出资种类的规定是符合这一要求的。

[56] Trips 规定的受保护的知识产权种类有:版权与邻接权、商标权、地理标志权、工业产品外观设计权、专利权、集成电路布图设计权、商业秘密权。Trips 要求成员方把无形资产保护作为从生产到销售的经济活动全过程的法定承诺事项,上述经济特区立法所规范的内容与此是一致和相近的。

[57] 郑成思:《WTO 与知识产权法研究》,《中国法学》2000 年第 3 期。

通过国内立法规范电子商务并努力争取利己国际规则的制定。^[58]九届全国人大三次会议将尽快制定《电子商务法》的议案列为大会的第一号议案。目前我国电子商务急需解决的立法问题包括电子合同、网上交易安全、网上侵权、隐私、域名等等。这些日渐增多的网上失控都与相关立法制度的短缺有关。^[59]从国外的情况来看,这种空白还可能成为洗钱(money - laundering)的温床,因为技术发展已能让电子货币绕过银行操作员而自由转移并完成洗钱。“尤其当大额电子货币能够跨国转移时,洗钱者只需通过 Internet 就可把资金安全转移到洗钱犯罪和金融管制漏洞多的国家”。^[60]

信息产业已日益成为全球经济一体化重要的战略资源。入世后,我国要在4年内允许外资在所有电信领域中持股达到49%并取消电信设备的关税限制,这就需要包括立法举措在内的有效应对。“在国际电子商务市场上的竞争,与其说是技术上的竞争,不如说是相关产业、市场环境和政策制度方面的竞争。与其他两个层面的因素相比,技术上的差距可以在较短时间内通过技术引进等措施来弥补,也可能通过企业或个体行为来推动,而相关产业、市场和制度层面的因素却是长期的、全局性的,必须由政府和行业协会等公众机构来推动才能解决。”^[61]市场经济和信息产业发达的经济特区责无旁贷地需要将电子商务这一应归之于基本法律范畴的立法创新尝试就地先行再普适内地,其意义是量放全国的。^[62]

WTO规则的扩展还涉及各成员方的竞争政策、政府采购和环境保护等事项,具备优位条件的特区立法创新同样能惠泽全国。毕竟,“我国的改革还是初步的,建立比较完善的社会主义市场经济体制,仍是我国今后一段时间最重要的任务和目标。经济特区继续进行改革试验的任务仍然十分艰巨。即使将来我国的社会主义市场经济体制比较完善了,也还有一个不断提高、改进、创新的过程,在此过程中,先试验再推广的做法照样是适宜的、有益的。”^[63]

七、经济一体化下法域冲突之经济特区立法协调创新

GATT第24条允许关税联盟或自由贸易区所形成的区域经济一体化的存在,只要求消除大体上所有对内部贸易的“关税及其他限制性商业规章”。GATs第5条对地区经济一体化也予以肯定,并把调整领域从跨境服务扩展到境外消费、商业到位和人员流动。WTO协议的诸多条款也鼓励发展中国家加入区域经济一体化协议,并主张削减、取消针对他们的关税及非关税壁垒。

[58] 请参见拙文:《中关村科技园区授权立法问题研究》,《中国法学》2000年第6期。

[59] 常见情形是,电子商务交易必然涉及支付,数字化货币在网上流通支持着在线交易。与此相关,数字化货币必须与银行结算系统相结合,并明确银行的权责及其与客户的法律关系。这样看来,相关现行法的不足是既存的:比如调整资金划拨关系的《信用卡业务管理办法》对资金划拨失败的法律归责、自动取款的举证及损失赔偿等都还未及规范;与此相关的结算管理制度、操作标准外加权威电子商务认证机构也急待立法补缺以有序电子商务交易。

[60] *Implications for Central Banks of the Development of Electronic Money*, reported by Bank for International Settlements (BIS), PAYMENTS SYSTEMS WORLDWIDE, Winter 1996—1997, p30—36.

[61] 薛小和:《推进电子商务需要相关产业的发展》,《经济日报》2001年2月23日。

[62] 需引证的是,“近年来,以电子信息技术为龙头的高新技术产业在深圳的迅猛发展,改变了中国高新技术产业发展格局,引起全国甚至是国际的关注……以深圳为龙头,珠江三角洲一带已成为亚洲最大的计算机生产基地。”转引自张思民、刘占军:《深圳IT产业发展启示录》,《经济与管理研究》2000年第3期。

[63] 王玉川、王玉斌:《经济特区在跨世纪发展中的定位》,《光明日报》1999年8月9日。

“近年来,区域经济一体化发展迅猛。尤其是 1993 年,北美自由贸易区与欧盟的建立,使区域经济一体化的发展达到了一个新的层次。目前,各种形式、各种层次的区域经济一体化组织已达近 30 个,参加的国家有 160 多个。”^[64]而 WTO 成员要履行的基本上只是通知义务。“目前,通知 GATT/ WTO 的各种区域贸易协定数以百计,平均每一个 GATT/ WTO 成员至少参加了一项区域一体化协定。”^[65]尽管对区域经济一体化仍褒贬不一,WTO 秘书处 1995 年公布的一份研究报告的结论还是很有代表性的。该结论认为,区域贸易安排“实际程度比人们认识到的要大的多,区域一体化进程和多边一体化进程在追求更加开放的贸易方面是互补的,而不是相互替代。”^[66]

中国加入 WTO 是加快参与经济全球化的重大战略。处于最前沿的经济特区必须率先于全国转型,由政策性经济特区转向制度性经济特区以加快对接国际通行规则。^[67]在当今世界经济区域化已成全球经济发展重要特征之背景下,经济特区致力于超前试验与港澳台经济一体化的磨合必将利泽整个中国内地同港澳台经济的一体化。^[68]为此,经济特区授权立法必须先行健全一套与世贸规则、国际惯例乃至与业已成为世贸单独关税区的港澳适应 WTO 规则的合理立法相接轨的立法平台。

发端于中国经济特区率先打开改革开放前沿大门,香港劳动密集型产业寻找内地转移,由深港经贸合作拉开序幕的粤港澳经济三角一体化的发展同时也是全球经济一体化之催生物。1994 年,广东成立包括深圳、珠海两特区在内将社会资源在更大范围内配置的珠江三角洲经济区,后继目标是联结紧临之港澳共建大珠江三角洲经济区。珠三角与港澳自古以来就同为一体,同根同祖,在文化上认同,在经济地缘上联成一体。两地人民基于同源、同文、同语、同俗之亲如一家的厚势资源为互为依存、优势互补奠定了无可替代的本土资源。在港澳回归两地经济合作已扫除此前的主权障碍后,1998 年粤港两地政府间就已成立高层次的合作协调机构并把半年一次的合作联席会议制度化。两地加速一体化已呈不可逆转之强势。^[69]

由此,就加速带来了原来潜在的和随港澳回归已渐次萌芽的基于不同法域的法律冲突。而这些冲突很大程度上源于立法的相异规定,不能忽视从立法渠道整合、协调大陆法域与港(澳)法域基于不同立法权来源和互不隶属而致的法冲突。因为,我国的区际法律冲突是“一国两制”三法系四法域的冲突,各法域法差异大又没有共同的最高司法机关,要实现实体法的统一绝非易事,至少在近半个世纪内不可能完全做到这一点。而且,‘一国两制’就意味着一

[64] 王家新、李群:《论管理贸易及其制度创新》,《光明日报》2000 年 6 月 13 日。

[65] 转引自曾令良、陈卫东:《从欧共体看 21 世纪区域一体化对多边贸易体制的影响》,《武汉大学学报》2000 年第 3 期。

[66] 世贸组织秘书处编:《贸易走向未来》,张江坡、索必成译,法律出版社 1999 年版,第 81 页。

[67] 客观情况是,WTO 基本是市场经济国家。中国入关后,经济特区领先内地的体制优势与 WTO 要求的市场经济机制差距较小;特区不可替代地要充当中国履行 WTO 基本原则和具体规则承诺义务的试验田。

[68] 事实在于,港澳是自由港,商品、技术、资本、人力进出自由,履行 WTO 成员义务对外国公司实行国民待遇,对外贸易基本免税。港澳的基础设施完善、交通通讯发达、对国际市场变化信息灵通、国际经贸联系发达,依托人口众多、资源丰富、科技发达的珠江三角洲经济大腹地,两地比较优势的双赢发挥必将带动大中华全局经济的强劲振兴。

[69] 深港经济已密不可分。“据统计,1979 年至 1995 年间,港商在深圳实际投资达 61.4 亿美元,设立三资企业近万家,三来一补企业 1.2 万家。位居全国进出口贸易榜首的深圳外贸 86%以上是通过香港转口的。1995 年深圳对香港出口 188.7 亿美元,从香港进口 133.7 亿美元。”数据转引自“生产前沿”专栏未署名文章:《迎回归再写深港合作新篇章》,《深圳商报》2000 年 8 月 20 日。

定时期内肯定差异,急于统一实体法是与‘一国两制’的精神实质相违背的。”^[70]

由于历史的原因,港澳特别行政区与经济特区的社会制度、政治经济文化模式、价值观念等既存明显差异,随之而来的立法观念、制度之差别在一国两制模式的生命期内将长期共存。在区域经济发展一体化大趋势下两法域对同一社会经济关系的不同立法调整有待良性整合。^[71]更多地注重启用经济特区授权立法试验优势,从与市场经济成型并已融入WTO规则的港澳单独关税区立法^[72]之缩小差距、缝合对立来大胆切入当是立法渠道的优化磨合。^[73]事实上,这一渠道的趋同协调已有成功之举。比如在突破企业法人的传统审批国内法瓶颈而转向直接登记服务的国际惯例以及正在推行的外贸经营权登记事项上的立法创新是可圈可点的。^[74]又如为深圳特区《合伙条例》肯定的有限合伙、合伙人间的关系和责任等国内法未及的制度都借鉴自他域之法。深圳现行财产拍卖条例相当程度上也采用了国际通行的公开竞价、招标、削价拍卖等方式,移植他域之良法,并成功地培植入经济特区。

区域经济日益一体化必将增进两地交易活动的纵深开展,法域冲突也将聚集民商经济法重地。以民商为例,基于历史原因等合力因素所致的大到合同、侵权、时效小到所有权、他物权、物的占有和时效、各种债和契约、违约责任、财产继承等立法相异是显见的。虽然在区域经济一体化融合过程中有效弥平多法不一和冲突乃各方所终极追求,但无疑需要岁月的沧桑见证和各法域平等合意之意思自治的协调整合。^[75]而同一主权下经济一体化带来的相同交易行为该适用哪一法域之合同这类代表性问题已日益凸显成为紧迫的时代前沿课题。

以香港为例。渊源于普通法的香港合同法基本承继了英国法的制度及理念,相关的基本规则大多由判例产生,既有普通法规则又有衡平法规则,对诸如合同形式和内容、合同有效条件和效力、合同责任以及具体的要约承诺规则的规定都折射出英国法文化和传统的影响,与我国现行法制度既存冲突,有待对接。^[76]而经济特区授权立法试验权的接口显然要立足全球市场经济对交易规则的普遍要求并向着合同自由、交易安全的世贸规则和国际惯例倾斜来导入。

[70] 韩德培、黄进:《中国区际法律冲突解决之展望》,载《国际司法协助与区际冲突法论文集》,武汉大学出版社1989年版,第113页。

[71] 两法域的经贸合作发展需要一套同一的民商、经贸规则,尤其在珠三角经济区日益一体化发展之强势下。

[72] 譬如,香港一直来十分强调通过经济立法来规范公平竞争的自由贸易经济。当前,这类经济法规达200多项,几乎占香港现行500多项成文法例的一半,几乎涉及香港经济生活的全貌,使自由贸易经济井然有序。

[73] 譬如,作为国际金融中心之一,香港具有诸多优势:香港实行英国普通法及其商法,这是大多数国际合约的基础;香港以“自由港”著称,基本上没有关税和外汇管制;资讯发达,信息高度透明且传递快捷。

[74] 譬如1993年发布的《海南经济特区企业法人登记管理条例》率先全国确立企业法人直接登记制,工商部门对符合条件的必须在7日内予以注册登记;又如1995年通过的《厦门市企业登记管理条例》给予国内企业、三资企业、港澳台投资企业平等市场准入保护,统一登记;再如1993年颁布的《深圳经济特区外贸企业进出口业务管理暂行规定》和《关于简化外商投资立项审批程序的试行办法》。

[75] 道理在于,我国宪法和港澳基本法未对中央和各相关法域的立法管辖权作出明确划分;同时,我国与英、葡政府签定的双边协定都遵循“一国两制”之大框架,此框架客观历史地设计了诸法域之平等共处。譬如两部基本法都在开篇第二条肯定:“全国人民代表大会授权香港(澳门)特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”又如澳门特区筹委会在其《关于处理内地同澳门特别行政区经贸关系的基本原则和政策》中申明:“中央人民政府对内地颁布实施的经贸法律、法规及管理措施,均不及于澳门特别行政区。”

[76] 譬如就合同的有效要件或条件而言,香港合同法典型地秉承英美法传统强调与大陆法系接近的内地合同法所没有的“约因”,要求当事人获取合同利益必须付出代价。因此,为内地立法允许的合同双方当事人共同表示同意变更特定的有效合同仍不为香港合同法承认,因为缺乏“约因”这一需要付出的代价。

由此,香港法大到合同可非正式成立之基本形式规则小到对价、意向、误导、不当影响等规则相对而言都反映出其较内地法独到、合理之处,此类可行接口经济特区授权立法该倾斜就倾斜,照移无虞,结论也是呼之欲出的。^[77]

结 语

有理由认为,“中国目前面临的问题不是要不要融入经济全球化的问题,而是怎样融入经济全球化的问题”。^[78]有理由相信,在经济特区继续“增创新优势,更上一层楼”,率先基本实现现代化的新的历史任务下,创新地发展经济特区,将贯穿我国改革开放和现代化建设的全过程。一个不争的举国共识是,“经济特区要继续当好改革开放和现代化建设的排头兵,继续争当建设有中国特色社会主义的示范地区,继续充分发挥技术的窗口、管理的窗口、知识的窗口和对外政策的窗口的作用,努力形成和发展经济特区的中国特色、中国风格、中国气派。这是历史赋予经济特区的光荣使命。”^[79]一幅明朗的开阔前景是:为内在“强烈的赶超社会意识”^[80]所强劲激发的以后发市场经济地区竞争于世的中国经济特区凭借优越于内地的授权立法制度创新之优势,有能力在中国融入世贸组织的最前沿率先接轨 WTO 规则和国际惯例;有条件为世界上最大的发展中国家有力地打造出具有中国特色、中国风格、中国气派的前沿立法平台。

Abstract :To join WTO ,China 's special economic zone is bound to be a link-up between WTO regulations and China 's law through the advantage of delegated legislation. This paper positivistically analyzed pioneering legislation of SEZ from the following legal aspects :preface ,state enterprise reform & equal competition ,foreign investment access & national treatment ,trade in services ,intellectual property rights ,other related items on the agenda ,conflict of legal systems and conclusion.

[77] 援引授权立法接轨之基础在于,从大局上两地合同法在反映市场经济通行交易规则、平衡合同管制与自由等根本方面具有价值取向统一性,为有效缝合、弥平两地经贸一体化交易之合同冲突奠定了协调基石。

[78] 曹建明、贺小勇:《世贸组织基本法律制度讲话》,中国青年出版社 2000 年版,第 127 页。

[79] 新华社“要闻”专栏文章:《江泽民在深圳经济特区建立二十周年庆祝大会上的讲话》,《人民日报》2000 年 11 月 15 日。

[80] 前引 [3],Alexander Gerschenkron,pp. 25—26.