

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》

郑 蕴

摘 要：投资自由便利制度是海南自由贸易港需要重点建设的内容。2021年6月，《中华人民共和国海南自由贸易港法》发布，在投资领域的相关规定体现出“大幅放开市场准入，强化产权保护并保障公平竞争，打造公开、透明、可预期的投资环境”的原则要求。结合《外商投资法》与《海南自由贸易港建设总体方案》的相关规定与要求，海南自由贸易港对外商投资仍然遵循准入前国民待遇加负面清单的管理制度，但制定开放程度更高的外商投资准入负面清单；对所有投资进一步放宽市场准入要求，逐步建立市场准入承诺即入制；实行以过程监管为重点的投资便利制度，并完善产权保护制度，建立健全公平竞争制度。

关键词：海南自由贸易港；外商投资制度；投资准入管理制度；投资监管与保护制度

[中国分类号] D921.8 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 04-0030-15

当前世界正处于百年未有之大变局，保护主义、单边主义抬头，经济全球化面临挑战，建设海南自由贸易港对于推进我国高水平开放，深化市场改革，贯彻新发展理念，支持经济全球化等皆具有重大意义。^{〔1〕}对此，2020年6月中共中央、国务院印发《海南自由贸易港建设总体方案》（下称《总体方案》）；2021年6月，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过《中华人民共和国海南自由贸易港法》（下称《海南自贸港法》）。其中，投资自由便利与贸易自由便利相对应，是自由贸易港政策制度的重点建设内容。尤其在全球价值链（Global Value Chain）^{〔2〕}深度融合、投资与贸易联系日益紧密的背景下，自由便利的投资制度对于海南自由贸易港法治化、国际化、便利化的营商环境至关重要。

海南自由贸易港的投资自由便利制度源于中国自贸试验区的改革经验。从自贸试验区建设之

【作者简介】郑蕴，法学博士，西南政法大学国际法学院讲师，海洋与自然资源法研究所研究员。

〔1〕海南自由贸易港是中国自由贸易试验区建设的升级版，关于中国自贸试验区建设、“一带一路”倡议等重大国家战略间的重要关系，参见高健、王成林、李世杰：《自由贸易区、自由贸易园区与“一带一路”国家战略》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2016年第4期，第41-47页。

〔2〕全球价值链概念最初为加里·杰里菲提出，详细论述参见〔美〕加里·杰里菲等：《全球价值链和国际发展：理论框架、研究发现和政策分析》，曹文等校，上海人民出版社2017年版。

初，投资制度改革就对《中华人民共和国外商投资法》（下称《外商投资法》）立法具有先行先试的准备作用，但又不局限于外商投资制度；其以开放促改革，借鉴国际先进投资规则，整体提升区域中内、外商投资的便利化水平。总体而言，可以将投资领域内的改革内容分为三项：针对外商投资的管理制度、对一般投资的准入管理制度和投资监管与保护制度。相关制度亦在《海南自贸港法》的条款中得到体现。鉴于此，笔者以《海南自贸港法》的具体条款为基础，通过阐释中国自由贸易试验区自建设以来在投资领域的改革实践，结合《外商投资法》相关规定与《总体方案》的具体要求，以明晰上述三项制度的发展脉络与应有内涵，对《海南自贸港法》规定的制度内容进行阐释与评述。

一、对外商投资的管理制度

根据《海南自贸港法》第19条的规定，海南自由贸易港对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度，相较国内其他区域制定更开放的外商投资准入负面清单，该清单由国务院有关部门会同海南省制定并报国务院批准后发布。由此，该制度以《外商投资法》的投资管理制度为基础，除涉及外商投资特别管理事项以外，海南自由贸易港适用准入前国民待遇原则，按照与内资一致的原则与程序进行管理。为进一步阐释该制度的具体内涵，需结合自贸试验区改革实践以及《外商投资法》的相关规定，就外商投资准入负面清单、外资准入管理制度、外资监管制度等三个层面的内容进行梳理。

（一）外商投资准入负面清单

就市场准入而言，外商投资准入负面清单是自贸试验区投资制度改革的核心。^{〔3〕}2013年，为应对国际市场压力以及《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）等高水准经贸规则的挑战，自贸试验区从一开始即对准入前国民待遇加负面清单制度进行压力测试，在试验、调整的过程中不断完善。^{〔4〕}2015年《国务院关于实行市场准入负面清单制度的意见》（国发〔2015〕55号，下称《负面清单意见》）中明确，负面清单主要包括两类：外商投资负面清单和市场准入负面清单。外商投资负面清单适用于境外投资者在华投资经营行为，是针对外商投资准入的特别管理措施；市场准入负面清单适用于境内外投资者的一致性管理措施，是对各类市场主体市场准入管理的统一要求。因此，外国投资者进入中国市场，同时受到两个清单的制约。值得注意的是，《负面清单意见》中尽管提到了外资准入负面清单，但该文件更重要的目的是将国际经贸协定中的负面清单引入国内投资市场，改变长期以来国内投资市场准入限制较严的状态，借鉴自由市场理念以从整体上提升国内民营投资营商环境的自由、开放程度。

〔3〕关于外商投资准入负面清单的法理分析，参见龚柏华：“法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”，载《东方法学》2013年第6期，第137-141页。

〔4〕关于自贸试验区投资制度改革与应对高水准国际规则挑战之间的关系，参见杨力：《自由贸易试验区外商投资法律体制改革评估》，载《法商研究》2016年第5期，第159-171页。

在此基础上，外商投资准入负面清单制度针对外商投资者，与准入前国民待遇相结合，明确在负面清单以外的行业和领域，外国投资者可以享有与国内投资者同等的准入权利。具体而言：第一，外商投资准入负面清单经历了适用范围不断扩大、清单篇幅不断削减的过程。清单列举措施的数量从最初2013年《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》的190项缩减到2020年《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（下称《自贸区外商投资准入负面清单》）的33项。第二，《自贸区外商投资准入负面清单》由中华人民共和国国家发展和改革委员会（下称国家发改委）与中华人民共和国商务部（下称商务部）共同发布，适用于所有自贸试验区，依据《国民经济行业分类》进行编排，体例特点与传统的《外商投资产业指导目录》高度重合。第三，自2018年起，商务部、国家发改委还发布了适用于全国的《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（下称《外商投资准入负面清单》），正式将市场准入负面清单管理制度推向全国，严格落实全国一张清单的市场管理模式。

2020年6月24日，在特殊的新冠肺炎疫情经济背景下，商务部与国家发改委发布新的《外商投资准入负面清单》（由40条减至33条）与《自贸区外商投资准入负面清单》（由37条减至30条）。其主要变化如下：一是加快服务业重点领域开放进程。金融领域，取消证券公司、证券投资基金管理公司、期货公司、寿险公司外资股比限制；基础设施领域，取消50万人口以上城市供排水管网的建设、经营须由中方控股的规定。二是放宽制造业、农业准入。制造业领域，放开商用车制造外资股比限制，取消禁止外商投资放射性矿产冶炼、加工和核燃料生产的规定；农业领域，将小麦新品种选育和种子生产须由中方控股放宽为中方股比不低于34%。三是继续在自贸试验区进行开放试点。在全国开放措施基础上，自贸试验区继续先行先试。医药领域，取消禁止外商投资中药饮片的规定；教育领域，允许外商独资设立学制类职业教育机构。对于海南自由贸易港而言，2020年11月24日《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）》（下称《海南外商投资准入负面清单》）由国家发改委审议通过和商务部审签，并经国务院批准，特别管理措施缩减至27条，自2021年2月1日起施行。⁽⁵⁾

除此以外，各自贸试验区就市场准入的做法并没有特别的差异，创新措施主要体现在两个方面：第一，提升投资准入规则的透明度。例如，为便利专业服务进入南沙市场，广东自贸试验区以2019年《自贸区外商投资准入负面清单》为基础，围绕法律、会计、税务、咨询与调查服务、建筑工程、设计服务行业等专业服务领域，根据相关法律法规，整理出53项特别管理措施，并明确管理措施的法律依据，附相关法律文件，显著提升负面清单的透明度与可执行性。⁽⁶⁾第二，针

(5) 《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）》，载中国政府网，http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-01/01/content_5576049.htm。

(6) 《中国（广东）自由贸易试验区南沙片区专业服务业对外开放清单指引（2019年版）》，载中国（广东）自由贸易试验区网2019年1月25日，http://ftz.gd.gov.cn/tzl/content/post_2208330.html#zhuyao。

对特定行业制定行业性便利化政策。例如，海南自贸试验区专门针对医疗、养老、教育、文化、体育等领域，制定具体方案以吸引投资者⁽⁷⁾；又如，广东自贸试验区就特殊培训行业、私募基金行业等制定专门的支持性制度。⁽⁸⁾上述实践可为海南自由贸易港所借鉴，通过梳理《海南外商投资准入负面清单》中特别管理措施对应的具体管理规则，提高外商投资准入负面清单的透明度与可执行性；并针对重点发展的行业，制定专门的便利化制度，促进产业集群发展。

（二）外资准入管理制度

就外资准入管理制度，自贸试验区相关改革首先从全链条审批改革为负面清单内审批加负面清单外备案制，并在《外商投资法》及《外商投资法实施条例》实施后全面取消外商投资企业的审批与备案制度。海南自由贸易港的外资准入管理制度，亦按照《外商投资法》的规定，全面取消外商投资企业的审批与备案制。

1. 外资准入管理制度概述

自中国自由贸易试验区改革以来，外商投资在设立企业或项目的准入阶段受四重体系的监管：一是办理投资项目管理，由发改委根据《外商投资项目核准和备案管理办法》进行核准或备案；二是设立企业准入管理，由商务部基于《外商投资准入负面清单》，对清单外企业的设立与变更事项进行备案，对清单内企业的设立与变更事项进行审批；三是企业登记，由市场监督管理部门颁发营业执照，办理设立、变更、注销等登记事项；四是行业准入，由行业主管部门根据行业准入要求，审核外商投资企业资质并确定是否颁发相关行业许可。⁽⁹⁾在《外商投资法》及《外商投资法实施条例》生效后，投资项目的管理制度并未发生改变；企业登记与行业准入管理适用准入前国民待遇，相关管理部门应当按照内外资一致的条件和程序进行管理。⁽¹⁰⁾最值得注意的是，商务部长期以来对外商投资企业准入的审批或备案管理职能成为历史，转而通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统进行“后台”监管。⁽¹¹⁾

2. 清单内审批加清单外备案制度的建立

长期以来，中国实施“外商产业指导目录+逐案审批制度”，外资准入自由度低。在自贸试验区设立之初，全国人大常委会分别于2013年8月和2014年12月授权国务院在上海、广东、天津、福建自贸试验区内暂时调整“外资三法”和《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》规定的有关

(7) 《海南省人民政府办公厅关于印发海南省进一步激发社会领域投资活力实施方案的通知》，琼府办〔2018〕22号。

(8) 《广东省人力资源和社会保障厅关于港澳服务提供者在广东省前海南沙横琴独资举办非学历职业技能培训机构管理办法》，粤人社规〔2016〕3号；《横琴新区进一步促进私募投资基金业发展扶持办法》，珠横新办〔2019〕1号。

(9) 需要注意的是，严格意义上的外商投资市场准入程序仅包括办理投资项目管理与设立投资企业准入两个阶段，企业登记与行业准入两个环节属于国内市场准入环节，即外商投资企业进入国内市场后需要通过的与国内投资企业一样的最终进入国内市场并开始营业的环节。鉴于四者关系十分密切，故先在此处一并进行分析；后两个阶段的具体制度将在本文第二部分详细介绍。

(10) 《外商投资法》第29-30条，《外商投资法实施条例》第35-37条。

(11) 《外商投资法》第34条，《外商投资法实施条例》第38条。

行政审批内容。^{〔12〕}2016年9月,在总结自贸试验区试点经验的基础上,全国人大常委会作出修改上述法律的决定,将不涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业设立及变更由审批改为备案管理。^{〔13〕}自此,备案管理制度与《自贸区外商投资准入负面清单》相结合,是针对外国投资者在负面清单以外领域投资设立企业的准入管理制度。

备案制属于告知性备案,不是企业办理其他手续的前置条件,与传统的逐案审批制有根本区别。外商投资企业或其投资者以承诺书形式对填报信息的真实性、准确性和完整性负责,备案机构在备案阶段仅对填报信息进行形式审查,该信息可以进一步被用于事中、事后监管。具体而言,外国投资者在《自贸区外商投资准入负面清单》以外领域投资,外商投资企业设立、变更及公司章程备案,适用备案管理制度。自贸试验区管理机构是负责相应外商投资备案管理的备案机构,通过商务部外商投资备案信息系统开展备案工作。^{〔14〕}对于投资设立企业的活动,外国投资者在取得企业名称预核准通知书后,可在投资实施前或投资实施之日起30日内,登录自贸试验区“一口受理”平台,在线填报和提交《自贸区外商投资企业设立备案申报表》;对于投资变更事项,可在投资实施前或投资实施之日起30日内,在线填报和提交《自贸区外商投资企业变更事项备案申报表》办理变更备案手续。^{〔15〕}外国投资者或外商投资企业需要保证其申报的内容真实、完整、有效;备案机构在收到相应表格后,对申报事项是否属于备案范围进行甄别,符合的应在3个工作日内完成备案;随后,外国投资者或外商投资企业可领取《外商投资企业备案证明》。

在清单以内投资的情形,具体实践可分为两类:第一类,以《中国(上海)自由贸易试验区条例》第13条第2款为代表:以负面清单内、外作区分,在负面清单之外对外商投资项目或外资企业设立变更采备案制,在负面清单之内则采投资项目核准制,外资企业设立变更审批制,较多省市的自贸试验区持此态度。第二类,稍作不同规定。一是《中国(福建)自由贸易试验区条例》第17条第2款就负面清单内外分别规定投资项目的备案制与核准制;另设第3款,对外商投资企业的设立和变更统一实行备案管理。二是广东、陕西、四川、河南等省,仅就负面清单以外作出规定,而未就负面清单以内作出规定。

3. 清单内审批加清单外备案制度的取消

2020年1月1日,《外商投资法》及《外商投资法实施条例》同步施行,废止了关于外商投

〔12〕《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》,载中国政府网, http://www.gov.cn/jrzq/2013-08/30/content_2477971.htm。《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国(广东)自由贸易试验区、中国(天津)自由贸易试验区、中国(福建)自由贸易试验区以及中国(上海)自由贸易试验区扩展区域暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2015-02/27/content_1932667.htm。

〔13〕《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2016-09/03/content_1996747.htm。

〔14〕《自由贸易试验区外商投资备案管理办法(试行)》第2-3条。

〔15〕根据《自由贸易试验区外商投资备案管理办法(试行)》第5条第1款的规定,需要登记的投资变更事项为:投资总额变更,注册资本变更,股权、合作权益变更或转让,股权质押,合并、分立,经营范围变更,经营期限变更,提前终止,出资方式、出资期限变更,中外合作企业外国合作者先行回收投资,企业名称变更,注册地址变更等。

资企业准入实行的审批、备案管理制度。这是落实《外商投资法》确立的准入前国民待遇加负面清单管理制度，对外商投资管理制度所作的重大改革，将进一步简化外商投资企业设立程序，为外商投资营造更便利的环境。⁽¹⁶⁾

可以从三个层面理解《外商投资法》及其实施条例对外商投资企业准入管理制度的改革。首先，从原则上指明，在外商投资准入负面清单禁止投资的领域，外国投资者不得投资；在外商投资准入负面清单限制投资的领域，投资应当符合规定的股权要求、高级管理人员要求等限制性准入特别管理措施。⁽¹⁷⁾其次，《外商投资法》与《外商投资法实施条例》皆无专门条款授予商务部进行投资准入的审批或备案管理的权力，按照“法无授权即禁止”的公法原则，商务部自此不再享有此权力。最后，将对外商投资企业是否符合负面清单相关规定的监管权力分别赋予企业登记、行业许可、项目核准或备案等主管部门，即办理许可、企业登记注册等的主管部门，对不符合负面清单规定的外商投资不予办理相关程序；涉及固定资产投资项目核准的，不予办理相关核准事项；相关主管部门对外商投资准入负面清单的执行情况加强监督检查，对违背相关规定的外商投资企业按照《外商投资法》第36条的规定予以处理。⁽¹⁸⁾自此，中国全境从整体上完成了准入前国民待遇加负面清单制度的改革，建立了便利的投资准入管理程序。

（三）外资监管制度

基于其独特身份，外商投资在进入中国市场后仍然需要受特殊制度的管理，具体体现为两项：首先，建立外商投资信息报告制度。外国投资者或者外商投资企业应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息。⁽¹⁹⁾2019年，商务部与市场监管总局发布《外商投资信息报告办法》，就信息报告的具体要求与程序、系统间数据共享与避免重复填报等具体制度进行规定。其次，建立外商投资安全审查制度。⁽²⁰⁾2015年《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》发布，确定在自贸试验区内将外资安全审查的可能范围扩大至所有新设投资。2020年12月，发改委与商务部发布《外商投资安全审查办法》，以《外商投资法》《中华人民共和国国家安全法》为主要法律依据，建立由发改委、商务部牵头的外商投资安全审查制度。⁽²¹⁾相应地，《海南自贸港法》虽然在第55条规定国家在海南自由贸易港实施外商投资安全审查制度，但并未将安全审查的权限下放至海南。

至此，结合《海南自贸港法》第19条，海南自由贸易港仍然对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度，但在区域内实施开放程度更高的外资准入负面清单，并遵守国内统一的外

(16) 《为推动更高水平对外开放提供法治保障——司法部、商务部、发展改革委负责人就外商投资法实施条例有关问题答记者问》，载中国政府网，http://www.gov.cn/zhengce/2019-12/31/content_5465598.htm。

(17) 《外商投资法》第28条，《外商投资法实施条例》第33条。

(18) 《外商投资法》第36条，《外商投资法实施条例》第34条。

(19) 《外商投资法》第34条，《外商投资法实施条例》第38、39条。

(20) 《外商投资法》第35条，《外商投资法实施条例》第40条。

(21) 《外商投资安全审查办法》，中华人民共和国国家发展和改革委员会、中华人民共和国商务部令 第37号。

商投资信息报告制度、外商投资安全审查制度，加强事中事后监管。在此基础上，外商投资企业的登记与许可事项、外商投资项目或企业的事中事后监管等事项按照内外资一致的原则进行，笔者将进一步梳理海南自由贸易港对一般市场主体的投资管理制度。

二、对一般投资的准入管理制度

《海南自贸港法》第18条在原则上明确规定，海南自由贸易港实行投资自由化便利化政策，全面放开投资准入。具体而言，对一般投资的准入管理事项主要包括海南自由贸易港放宽市场准入特别清单、市场准入管理制度。如前文所述，外商投资在符合外商投资准入负面清单规定“准入”中国市场之后，与所有中国投资一样，仍然需要进行企业登记并获得行政许可以最终进入市场开始营业。在海南自由贸易港的外国投资者，仍然需要遵守放宽市场准入特别清单的规定并完成市场准入管理程序。

（一）海南自由贸易港放宽市场准入特别清单

《海南自贸港法》第20条第1款规定，国家放宽海南自由贸易港市场准入，海南自由贸易港放宽市场准入特别清单（下称放宽市场准入特别清单）由国务院有关部门会同海南省制定。其中，放宽市场准入特别清单在《总体方案》中被首次提出，并被列为2025年之前的重点任务之一。对此，可以通过梳理市场准入负面清单制度的发展脉络以澄清放宽市场准入特别清单的制度背景及内涵。

如前文所述，2015年国务院将外商投资准入负面清单概念引入国内市场，就市场准入负面清单发布《负面清单意见》指出“市场准入负面清单制度，是指国务院以清单方式明确列出在中华人民共和国境内禁止和限制投资经营的行业、领域、业务等，各级政府依法采取相应管理措施的一系列制度安排”。市场准入负面清单适用于初始投资、扩大投资、并购投资等投资经营行为及其他市场进入行为，具体分为禁止类与限制类：对禁止准入事项，市场主体不得进入，行政机关不予审批、核准；对限制准入事项，或由市场主体提出申请，行政机关依法依规作出是否予以准入的决定（类似于审批制），或由市场主体依照政府规定的准入条件和准入方式合规进入（类似于核准制）。就制定程序而言，市场准入负面清单由国务院统一制定发布；地方政府可以按照地区差异与资源禀赋的需求进行调整，由省级人民政府报国务院批准。其制定需要按照《国民经济行业分类》的统一分类标准进行，注重与《产业结构调整指导目录》《政府核准的投资项目目录》以及行政审批事项清单等的衔接。就实施步骤而言，按照先行先试、逐步推开的原则。自贸试验区承担试行市场准入负面清单制度，逐步探索形成全国统一的市场准入负面清单及相应的体制机制的作用。^{〔22〕}

更进一步，市场准入负面清单与投资准营环节直接相关。长期以来，投资市场开放面临“大

〔22〕《国务院关于实行市场准入负面清单制度的意见》，国发〔2015〕55号。

门开、小门不开”的问题，即投资者在设立企业获得营业执照之后，获得行政许可以开展经营活动仍然面临诸多障碍。对此，市场准入负面清单旨在梳理各行业行政许可管理事项，进一步打通市场准营的环节。2016年，国家发改委、商务部印发《市场准入负面清单草案（试点版）》，仅适用于自贸试验区⁽²³⁾；2018年，两个部门再次印发《市场准入负面清单》，在全国范围内推广⁽²⁴⁾；2020年，新版本的《市场准入负面清单》再次发布，进一步精简项目，提升清单使用的透明度，促进“非禁即入”的市场准入制度（或准营）。⁽²⁵⁾然而，从内容上看，市场准入负面清单的项目仍十分庞杂，20个行业领域中皆存在各行业主管部门相互交错的行政许可或监管规定，具体实施依赖于各类行业规则的清理和调整。

《总体方案》指出，要严格落实“非禁即入”，在2025年之前制定出台放宽市场准入特别清单。该清单在功能上应与市场准入负面清单并无差异，旨在促进行政许可与行业准营程序的自由便利；但市场准入负面清单庞杂的内容显然与海南自由贸易港拟营造的开放投资市场需求不匹配。2020年4月，国家发改委、商务部发布《关于支持海南自由贸易港建设放宽市场准入若干特别措施的意见》，专门针对医药卫生、金融服务、文化产业、教育产业、航空航天、种业、新能源等领域，联合相关行业主管部门，拟从多层面制定鼓励与支持政策。⁽²⁶⁾该做法另辟蹊径，以类似正面清单的模式列举鼓励产业，制定特别措施。值得注意的是，该做法与迪拜的自由区（free zone）建设经验十分类似。迪拜自由区与自由港并列，是专门针对国际投资建立的自由经济区域，采取类似正面清单的做法，在特定区域针对特定的产业制定鼓励政策，吸引国际优质投资培育产业集群，现已发展出媒体城、医疗城、教育城等专业的高端产业区域。⁽²⁷⁾此类做法能够明确自由港的产业优势，并专门围绕相关产业链条发展优惠政策，有效培育产业生态，加强产业集聚。海南自由贸易港在制定并完善放宽市场准入特别清单时，需要准确研判港内的产业优势，并协同各部门理顺管理制度。

（二）市场准入管理制度

市场主体在符合放宽市场准入特别清单的规定后，进入国内市场还需要完成两项程序：进行商事登记、获得行政许可。《海南自贸港法》第20条第2款规定，海南自由贸易港实行以过程监管为重点的投资便利措施，逐步实施市场准入承诺即入制。由此，海南自由贸易港对标国际标准，进一步简化国内投资管理流程，使企业更便捷地拿到营业执照并尽快正常运营。

(23) 《国家发展改革委、商务部关于印发市场准入负面清单草案（试点版）的通知》，发改经体〔2016〕442号。

(24) 《国家发展改革委、商务部关于印发〈市场准入负面清单（2018年版）〉的通知》，发改经体〔2018〕1892号。

(25) 《国家发展改革委、商务部关于印发〈市场准入负面清单（2020年版）〉的通知》，发改体改规〔2020〕1880号。

(26) 《国家发展改革委、商务部关于支持海南自由贸易港建设放宽市场准入若干特别措施的意见》，发改体改〔2021〕479号。

(27) 各类自由区也被称为创新产业集群（Creative Clusters），迪拜在针对创新产业集群的立法中明确规定该区域专门吸引从事特定产业的投资。Law No. (15) of 2014 concerning the Creative Clusters in the Emirate of Dubai, Article 13 Permitted Business Works and Activities, Dubai Development Authority, [https://dda.gov.ae/wp-content/uploads/legaldatabase/Law-\(15\)-of-2014-Creative-Clusters-in-the-Emirate-of-Dubai-EN.pdf](https://dda.gov.ae/wp-content/uploads/legaldatabase/Law-(15)-of-2014-Creative-Clusters-in-the-Emirate-of-Dubai-EN.pdf).

1. 商事登记便利化

尽管《海南自贸港法》在放宽市场准入的条款中并未提到商事登记制度简化等事项，但在第21条规定要“简化办事程序……建立市场主体设立便利”。相应地，《总体方案》强调，要实行以过程监管为重点的投资便利制度，建立以电子证照为主的设立便利制度。因此，商事登记制度尽管在投资准入阶段进行，但属于过程管理的首要步骤，改革目标在于简化办事程序、提高办事效率，提升投资环境的便利化程度。海南自由贸易港可以借鉴已有自贸试验区“一照一码”、电子证照、简化企业名称登记等举措，并在建设过程中探索新的便利化措施。

具体而言，已有自贸试验区改革就商事登记改革的重点举措为“一照一码”与电子身份证管理措施。广东自贸试验区率先进行该项改革，通过四个步骤逐步完善，后被复制与推广。首先，试行“一照三号”登记制度改革，简化登记流程。对在广东自贸试验区登记设立的企业核发加载工商注册号、组织机构代码和税务登记号的营业执照，不再单独核发组织机构代码证、税务登记证。⁽²⁸⁾其次，实施“三证合一”登记管理办法，在不改变工商行政管理、质量技术监督、国家税务、地方税务部门审批职能的前提下，实行数据共享、并联审批，并缩短登记时限。⁽²⁹⁾再次，实施“一照一码”制度。在“一照三号”基础上，进一步合并号码，拟设立的企业由商事登记机关核发加载统一社会信用代码的营业执照，企业无须另行申领组织机构代码证和税务登记证。⁽³⁰⁾最后，通过电子手段管理企业信息，推动商事主体电子证照卡。电子证照卡，指以商事主体营业执照信息为基础，集合其他登记、许可、备案、资质认定等证照基础信息的可读写标准电子介质。商事主体使用电子证照卡申请办理业务，审批部门及其他应用电子证照卡办理业务的单位使用读卡器读写电子证照卡信息，确认商事主体身份。⁽³¹⁾

除此以外，各自贸试验区还围绕商事登记进行诸多创新实践，在此列举两项。第一，住所创新（又称虚拟地址注册），对于从事电子商务、软件开发等无须大面积生产经营场所的新兴行业企业，可以将同一办公场所中具体编号的办公位置（工位号），登记为住所（经营场所），允许企业提供住所托管服务，将本企业住所作为多个企业住所进行集群登记。值得注意的是，虚拟地址易成为企业避税的途径，并不能助力自贸试验区内部的产业发展，海南是否借鉴此做法值得商榷。第二，简化市场主体名称登记程序。广东自贸试验区除涉及前置许可事项或者企业名称核准与企业设立登记不在同一机关的情形外，商事主体名称不再实行预先核准，改为市场主体名称与设立登记同步办理；支持工商登记机关开放企业名称数据库，放宽市场主体名称限制。天津自贸试验

(28) 《广东省人民政府关于在中国（广东）自由贸易试验区试行“一照三号”登记制度改革的批复》，粤府函〔2015〕25号。

(29) 例如，《横琴新区管委会关于印发〈广东自贸试验区横琴片区企业“三证合一”登记管理试行办法〉的通知》，珠横新管〔2015〕18号。

(30) 例如，《珠海市横琴新区管委会关于在广东自贸试验区珠海横琴新区片区实施“一照一码”商事登记制度的通告》，珠横新管〔2015〕25号。

(31) 例如，《横琴新区管委会关于印发〈广东自贸试验区横琴片区商事主体电子证照卡管理试行办法〉的通知》，珠横新管〔2015〕19号。

区实行企业名称自主申报制，申请人按照企业名称登记规则，通过企业名称自主申报系统对拟定名称进行自主查询、比对、判断、申报。上海自贸试验区建立企业名称负面清单，制定企业名称登记审查规范，推广完善可选用名称库，并加强企业名称保护和支持力度。

2. 市场准入承诺即入制

市场准入承诺即入制旨在于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。《海南自贸港法》第20条第2款规定，海南自由贸易港逐步实施市场准入承诺即入制。《总体方案》要求，海南自由贸易港要严格落实“非禁即入”，实施市场准入承诺即入制；在2025年之前深化“证照分离”改革，2035年在具有强制性标准的领域建立“标准制+承诺制”的投资制度。由此，为进一步理解市场准入承诺即入制度，需要认识“证照分离”制度的内涵。

具体而言，在获得营业执照后，市场主体需要取得相关行业的行政许可才可以开始营业。传统上，市场主体面临“先证后照”的问题，即从事前置许可经营项目的市场主体，需要先到许可审批部门办理有关许可证明文件后，再到工商部门申请办理营业执照。^{〔32〕}为便利市场主体准营程序，2014年《国务院关于取消和调整一批行政审批项目等事项的决定》（国发〔2015〕11号），将公共场所卫生许可、娱乐场所设立、互联网上网服务等31项前置许可审批改为后置许可审批，开启了“先照后证”的改革。然而，在此之后获得行业许可证仍然存在冗杂的审批手续，阻碍市场主体的营业效率。对此，上海自贸试验区率先开展“证照分离”制度改革，并逐步推广至全国。^{〔33〕}

“证照分离”制度针对“先照后证”制度下市场主体办证难、“准入不准营”的问题，主要目的在于有效区分“证”与“照”的各自功能，大力推进“照后减证”，尽可能减少审批发证。^{〔34〕}具体而言：第一，建立清单管理制度，将涉企经营许可事项全部纳入清单管理，逐项列明事项名称、设定依据、审批层级和部门、改革方式、具体改革举措、加强事中事后监管措施等内容。第二，分类推进审批制度改革：一是对设定必要性已不存在、市场机制能够有效调节、行业组织或中介机构能够有效实现行业自律管理、通过事中事后监管能够有效规范的涉企经营许可事项，直接取消审批；二是对可以取消审批的涉企经营许可事项，需要企业及时主动提供有关信息，以便有关主管部门有效实施行业管理、维护公共利益的，由审批改为备案；三是对确需保留的涉企经营许可事项，企业就符合经营许可条件作出承诺，有关主管部门通过事中事后监管能够纠正不符合经营许可条件行为、有效防范风险的，实行告知承诺；四是对关系国家安全、公共安全、金融

〔32〕 例如，《中华人民共和国公司法》第6条的规定。此外，参见陈德铭等：《经济危机与规则重构》，商务印书馆2014年版，第182页。

〔33〕 2015年，国务院发布《关于上海市开展“证照分离”改革试点总体方案的批复》（国函〔2015〕222号）；2018年，国务院发布《关于上海市进一步推进“证照分离”改革试点工作方案的批复》（国函〔2018〕12号）。2019年，该项改革举措正式在全国自由贸易试验区推行，国务院发布《关于在自由贸易试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点的通知》（国发〔2019〕25号）。

〔34〕 肖林：《基于“证照分离”全覆盖的深化商事制度改革的路径选择研究》，载《华东理工大学学报（社会科学版）》2020年第5期，第136-148页。

安全、生态安全和公众健康等重大公共利益，不具备取消审批或实行告知承诺条件的涉企经营许可事项，应当采取切实措施优化审批服务，提高审批效率、降低办事成本。第三，在此基础上进一步探索加强事中事后监管的有效方式和措施，建立综合监管体系，切实增强监管合力，提升监管效能。总体而言，“证照分离”制度将涉企经营许可事项分为四类简化管理，包括直接取消审批、审批改为备案、实行告知承诺、优化审批服务等。

结合《海南自贸港法》条款与《总体方案》的相关要求，海南自由贸易港“证照分离”制度的开放程度更高。其一，就“优化审批服务”类的领域而言，实行准入管理的领域将大幅缩减。《海南自贸港法》第18条第2款与《总体方案》皆要求，仅对涉及国家安全、社会稳定、生态保护红线、重大公共利益等领域实行准入管理，并且需要推动极简审批制度。其二，就“告知承诺”类的领域而言，涵盖具有强制性标准的领域。对此，《总体方案》原则上取消许可和审批，建立“标准制+承诺制”的承诺备案制度，市场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；备案受理机构从收到备案时起，即开始承担审查责任。除此以外，“取消审批”与“审批改为备案”类的领域将大幅增加，全方位地开放海南的投资市场。值得注意的是，市场准入承诺即入制并非一蹴而就的，《总体方案》计划在2035年之前完成相关制度的改革。

至此，国内外的投资者为进入海南自贸港市场并开展营业活动，都需要首先查看放宽市场准入特别清单的相关规定，明确各领域的准入条件与规定；进而在市场管理部门通过便利的程序获得营业执照，以取得市场主体资格；最后在相关行业主管部门获得行政许可，以开展经营活动。上述制度改革需要结合海南自贸港的阶段性建设需求逐步完善，放宽市场准入特别清单由国务院有关部门会同海南省共同制定，市场准入承诺即入制由海南省会同国务院有关部门制定，商事登记制度由海南省人民代表大会及其常务委员会自主制定。

三、投资监管与保护制度

海南自由贸易港的投资制度从传统“严准入轻监管”，转变为“宽准入重监管”，因此需要充分完善投资准入且准营后的市场管理制度。《海南自贸港法》通过4个条款规定了投资监管与保护制度，更加强调对投资利益及公平竞争市场环境的维护，但监管内容相对欠缺。

（一）投资监管制度

《海南自贸港法》第20条第2款、第21条规定，海南自由贸易港实行以过程监管为重点的投资便利措施；按照便利、高效、透明的原则，简化办事程序，提高办事效率，优化政务服务，建立市场主体设立便利、经营便利、注销便利等制度，优化破产程序。同时，《总体方案》也作了相应的要求。为进一步理解制度内涵，需要结合已有自贸试验区改革实践以及《总体方案》的具体要求，以明晰《海南自贸港法》条款的相关内容。

1. 过程监管制度

过程监管制度与自贸试验区的事中事后监管制度改革一脉相承。随着投资市场准入门槛的放

开，准入后的监管措施对于防范化解风险十分重要。在自贸试验区的改革过程中，一般加强审批与监管的衔接，强调要坚持放管结合、并重，遵循“谁审批、谁监管，谁主管、谁监管”原则。最常采取的措施诸如“双随机、一公开”监管、跨部门联合监管和“互联网+监管”等，并注重对新兴产业实行包容审慎监管。此外，事中事后监管也十分重视对信用信息的管理，联合各部门共享企业信息，实行失信联合惩戒。

随着备案制度的逐步推广，事中事后监管制度与备案管理制度联系日益加深，十分注重对企业信用信息的管理。通过 2015 年商务部发布的《自由贸易试验区外商投资备案管理办法（试行）》，可以理解备案机构与事中事后监管实施的紧密联系。首先，备案机构应及时在备案系统发布备案结果，并向受理平台共享备案结果信息。其次，备案机构可以对外商投资遵守外商投资法律法规规定情况实施监督检查，检查方式包括：定期抽查、根据举报进行检查、根据有关部门或司法机关的建议和反映进行检查，以及依法定职权启动检查等方式开展监督检查。再次，备案机构的监督检查内容包括：外国投资者或外商投资企业是否按本办法规定履行备案程序；外商投资企业投资经营活动是否与填报的备案信息一致；是否按本办法规定填报年度报告；是否存在违反外商投资法律法规规定的其他情形。经监督检查发现外国投资者或外商投资企业存在违反外商投资法律法规规定的情形的，备案机构应以书面通知责成其说明情况，并依法开展调查，经调查确认存在违法行为的，责令其限期整改；情节严重的，备案机构应取消备案，并提请相关部门依法予以处罚。最后，备案过程中形成的信息对于信用监管十分重要。外国投资者、外商投资企业在备案、登记及投资经营等活动中所形成的信息，以及备案机构和其他主管部门在监督检查中掌握的反映其诚信状况的信息，将纳入商务部外商投资诚信档案系统；商务部与相关部门共享外国投资者及外商投资企业的诚信信息；对于备案信息不实，或未按本办法规定填报年度报告的，备案机构将把相关信息记入诚信档案，并采取适当方式予以公示。⁽³⁵⁾

综观《总体方案》的具体要求，海南自由贸易港的过程监管制度也与备案机构的职责、信用信息监管制度紧密相关。《总体方案》要求在 2025 年之前建立健全社会信用体系，并建立以信用监管为基础、与负面清单管理方式相适应的过程监管体系；同时，还要求严格落实备案受理机构的审查责任和备案主体的备案责任，建立健全过程监管的规则与标准，并明确违背监管规则的市场主体的法律责任。值得注意的是，《海南自贸港法》除了在第 20 条提到过程监管制度以外，仅在第 53 条规定加强社会信用体系的建设和应用，整体看来在投资监管的问题上规定较弱。根据《海南自贸港法》的规定，关于过程监管的具体制度由海南省会同国务院有关部门制定，相关部门应当在海南自贸港建设过程中完善具体制度，加强风险防范。

2. 过程监管过程中的便利化要求

在过程监管过程中，海南自由贸易港同时需要按照便利、高效、透明的原则简化办事程序，

(35) 《自由贸易试验区外商投资备案管理办法（试行）》（商务部公告 2015 年第 12 号），第 10、13-16 条。

提高办事效率,优化政务服务。在《海南自贸港法》规定的设立便利、经营便利、注销便利、优化破产程序等方面,《总体方案》皆作出了更细化的要求,即“建立以电子证照为主的设立便利,以‘有事必应’、‘无事不扰’为主的经营便利,以公告承诺和优化程序为主的注销便利,以尽职尽责为主的破产便利等政策制度”。与此相关的已有改革实践相对较少。广东横琴自贸试验区建立的市场主体简易注销制度,允许未开业且无债权债务的市场主体在完成清税手续后采简易注销程序。⁽³⁶⁾2016年,工商总局发布《关于全面推进企业简易注销登记改革的指导意见》,在全国范围内对该项改革提出原则性要求。⁽³⁷⁾实践中,此类改革具有较强的实践性与技术性,《海南自贸港法》授权海南省人民代表大会及其常务委员会制定具体办法。

(二) 投资保护制度

《海南自贸港法》在短短7条的投资自由便利章节中,用了3个条款第22~24条规定投资保护的问题,凸显海南自由贸易港对保护投资并提振国内外投资者信心的重视程度。第一,国家依法保护自然人、法人和非法人组织在海南自由贸易港内的投资、收益和其他合法权益,加强对中小投资者的保护。结合《外商投资法》以及《总体方案》的相关要求,此处应当包含保护依法征收私人或企业财产时被征收财产所有人得到补偿的权利,并且将授权海南省制定征收征用条例的权力。

第二,保护海南自由贸易港内自然人、法人和非法人组织的知识产权,促进知识产权创造、运用和管理服务能力提升,建立健全知识产权领域信用分类监管、失信惩戒等机制,严格依法追究知识产权侵权行为的责任。该规定与《外商投资法》中对知识产权的保护一脉相承,是当前中国转型升级国内产业,应对外部政治压力的重要举措。

第三,海南自由贸易港保护各类市场主体公平公正的市场地位,在准入许可、经营运营、要素获取、标准制定、优惠政策等方面依法享受公平待遇,平等参与市场竞争。该规定与《外商投资法》投资促进章节的相关规定相互对应,注重投资市场的软环境建设,需要持续的政府创新与优化措施,对于投资营商环境的建设至关重要。海南自由贸易港为了保证公平竞争的市场环境,还需要加强和改进反垄断和反不正当竞争执法。2020年7月,海南省市场监督管理局就起草的《海南自由贸易港公平竞争条例(征求意见稿)》公开征求意见,就公平竞争审查,滥用行政权力排除、限制竞争行为,垄断行为,不正当竞争行为,监督检查、调查,法律责任等进行明确。值得注意的是,海南自由贸易港为了营造高水准的营商环境,宜重点强化外国投资者与本国投资者的平等身份:所有在海南自由贸易港注册成立的企业,都是平等的海南自由贸易港企业,自由、公平地享受海南的资源与政策优势,共同促进当地市场与产业生态的发展。以迪拜自由贸易港为例,在区域内设立的企业都被视为与迪拜或阿联酋本土不同的企业,采取独立的企业结构与运营模式,接受统一的监管与保护,使迪拜自由港“境内关外”的内涵不仅局限于贸易领域,而是真正成为

(36)《横琴新区企业简易注销登记暂行规定》,珠横琴工商企字(2015)14号。

(37)《工商总局关于全面推进企业简易注销登记改革的指导意见》,工商企注字(2016)253号。

独立于迪拜的特殊经济区域。

四、结语

《总体方案》高度强调投资自由便利的重要性，自发布以来海南围绕相关要求积极进行配套立法与改革工作，并重点聚焦医疗、旅游等行业，建立核心区域吸引相关产业集聚。在此基础上，《海南自贸港法》提纲挈领地规定了投资便利自由的核心制度（见图1），凸显“实行投资自由化便利化政策，全面推行极简审批投资制度，完善投资促进和投资保护制度，强化产权保护，保障公平竞争，营造公开、透明、可预期的投资环境”的基本原则。^{〔38〕}其中，关于外商投资管理与一般投资准入管理的制度充分吸收并借鉴了已有改革实践，满足了大幅放开市场准入的需求；关于投资保护与公平竞争的规定有助于提升营商环境的软实力，保障投资者的信心。同时，《海南自贸港法》条款的原则性较强，需明确授权具体的部门、机构建立健全配套立法，以及时保障具体制度的落地实施；不足之处在于投资监管制度稍显弱势，在放开市场的同时也需要加强风险防范。

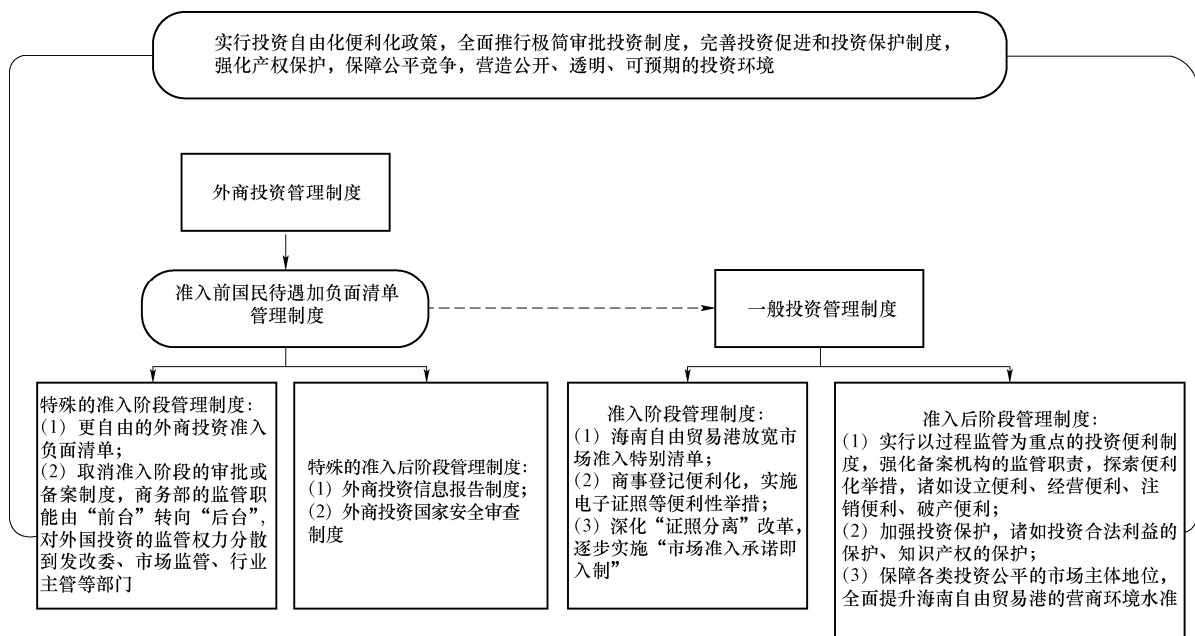


图1 《中华人民共和国海南自由贸易港法》投资自由便利制度基础框架

〔38〕《海南自由贸易港法》第18条。

The Investment Liberalization and Facilitation Regime of the Hainan Free Trade Port—An Analysis of the Hainan Free Trade Port Law

ZHENG Yun

Abstract: The investment liberalization and facilitation regime is one of the most important pillars for the construction of the Hainan Free Trade Port (HNFTP). In June 2021, the Hainan Free Trade Port Law of the People’s Republic of China was issued, including articles relating to the issue of investment that emphasize “opening the market access to the largest extent, enhancing the protection of property rights and ensuring fair and equal competition, and to build an open, transparent and predictable investment environment”. In combination with relevant regulations and requirements of the Foreign Investment Law of the People’s Republic of China and the Overall Plan for the Hainan Free Trade Port, the investment regime of the HNFTP consists of three major parts: regulation of foreign investment, general market access and market regulation. In regards to the regulation of foreign investment, the HNFTP follows the “pre-establishment national treatment + negative list” mechanism, while establishing a more liberal negative list of foreign investment access; regarding general market access, the HNFTP would further liberalize its investment market, and gradually grant enterprises market access only on the condition of a prior commitment; regarding market regulation, HNFTP would work to facilitate investment and future operations, enhance the protection of property rights, and construct a fair market for competition.

Keywords: Hainan Free Trade Port; Foreign Direct Investment Mechanism; Market Access for Investment; Regulation and Protection for Investment

(责任编辑: 李泮桦 汪友年)