

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2022.05.005

法治视野下的自由贸易港立法权研究 ——基于央地立法权限互动的视角^{*}

苏海平 陈秋云

(海南大学法学院, 海口 570228)

摘 要: 海南作为我国首个确立发展的自由贸易港, 立法权限相较自由贸易试验区应当有更大选择空间。自由贸易港立法权构建的实质是中央授权与地方立法的互动, 中央授权立法是地方立法权的正当性来源。自由贸易港立法权通过中央立法的地方模式与中央授权的地方立法并行推进。中央立法的地方模式将政策试验通过重大改革于法有据予以法治化, 具体表现为地方试验的先行先试权、“央地会同”时期通过创制性立法权制定《海南自由贸易港法》。中央授权的地方立法是由海南依据地方立法权尤其是特殊地方立法权对一些中央权属的事项进行立法规制, 特别是《海南自由贸易港法》创设的自由贸易港法规立法权, 将扩充自由贸易港的地方立法权限。

关键词: 授权立法; 央地关系; 地方立法权; 海南自由贸易港法; 自由贸易港法规

中图分类号: D922.295/DF415 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2022)05 — 0070 — 19

十八大以来, 以习近平同志为核心的党中央愈发强调重大改革于法有据, 新一轮全面深化改革着眼于完善和发展中国特色社会主义, 推进国家治理体系和治理能力现代化, 这有赖于国家各项工作的制度化、程序化及法治化(徐汉明, 2015)。十九大明确提出, “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)(以下简称“中央12号文件”)及习近平总书记“4·13”讲话指出, 海南自由贸易港建设, 需要强有力的法治保障。《国务院关于印发中国(海南)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发〔2018〕34号, 以下简称国发〔2018〕34号文件)明确要求强化法制保障。《海南自由贸易港建设总体方案》(以下简称《总体方案》)开创性地提出自由贸易港法治体系的概念。《中华人民共和国海南自由贸易港法》(以下简称《海南自由贸易港法》)的出台加速了海南自由贸易港法治建设进程, 并创设了自由贸易港法规这一突破现有立法体系的立法形式。相关政策与法律表明, 海南自由贸易港建设必须围绕法治先行, 重大改革于法有据也要求国家重大经济、政治体制应当以法治作为制度创新前提, 作为新时代中央改革开放层次最高、程度最深的政策试验田, 海南更应将法治要素贯穿自由贸易港建设的始终。自由贸易港建设法治先行有利

^{*} 基金项目: 本文受国家社会科学基金重大项目“中国特色自由贸易港的建设路径及法治保障研究”(项目编号: 18ZDA156)的资助。

于推进国家治理体系和治理能力现代化,有力体现出全面依法治国、重大改革于法有据的治国理念。

一、问题的缘起

“故治国无其法则乱,守法而不变则衰”。自由贸易港建设,立法先行。立法作为对社会资源与社会利益的第一次分配活动,是落实法治创新的必备环节与首要手段。自由贸易港制度建设首先应从立法上确定资源分配问题,然后才能进行其他方面的制度构建。海南目前在建设中国特色自由贸易港过程中最大的问题依旧在于立法层面,如中央与地方事权的界限划分,中央对于立法创新的授权及法理依据等。

对立法权限进行科学合理划分、充分运用立法资源是推进自由贸易港法治建设的最佳途径。简言之,央地立法事权的划分将直接决定海南自由贸易港法治建设的成效,也是海南自由贸易港形成法治化、国际化、便利化的良好营商环境之基础。当下,有关海南自由贸易港法治建设的研究成果已然不少,但总体而言,现有文献对自由贸易港立法权研究多囿于借鉴域外对《海南自由贸易港法》的立法体制与框架进行研究,鲜有涉及央地立法事权的研究。同时,相关研究应当从自由贸易港法律规范体系整体着手,不能从局部割裂自由贸易港立法权研究,也不能仅研究分析《海南自由贸易港法》。

在经济体制改革方面,海南独具经济特区、自由贸易试验区与自由贸易港的多重属性。必须新的历史方位上深刻挖掘自由贸易港法治建设深藏的立法权法理根据,即经济体制改革试验政策如何转变为试验立法,通过学习习近平总书记“4·13”讲话精神,参照“中央12号文件”及《总体方案》等中央政策文件,依托《宪法》《立法法》《海南自由贸易港法》等法律规范,笔者将研究对象着眼于自由贸易港立法权当中的央地立法互动研究。具体而言,就是充分尊重我国国情、立足海南实际,运用中央与地方授权立法互动理论与实践逻辑尝试说明中央立法权与地方立法权在自由贸易港法治建设过程中应当如何发挥立法功能。

二、央地立法分权的互动逻辑

央地立法分权的互动逻辑应遵循何以分权(是什么)、为何分权(为什么)、如何分权(怎么办)的阐述思路。具体而言,央地分权关系首先应考察央地立法分权在《宪法》《立法法》和中央相关规范性文件中的合宪性、合法性基础,并就央地立法权的分割点进行初步归纳,以便对后续不同模式下的央地立法权限具有制度上的指导作用;其次通过论证说明为什么改革需要中央授权,指出自由贸易港法治建设的核心就是央地立法权限问题,并认为自由贸易港法治建设不同于以往改革的区别就是从“等法改革”“给法改革”转变为“设法改革”“创法改革”;最后说明自由贸易港法治建设在“设法改革”的思路指引下,主要可通过特殊地方立法权创新授权形式。

（一）何以分权：央地立法分权的制度基础

中央与地方间的关系多体现在权力分配方面，主要包括事权和财权两个部分。事权在属性上是权力，但更通常理解为公共服务的职能；财权在属性上也是权力，但由于其稀缺性反而使得中央与地方对其的追逐更多地近似于“权利”（熊文钊，2012）。立法权划分是在权力内部所进行的纵向划分，是以承认和需要地方发挥自主能动性为基础的。对此宪法也已经以“遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性”予以认定（卓轶群，2020）。改革开放以来，我国央地关系逐步打破了中央高度集权的央地关系模式，中央透过“放权让利”，不断矫正和修补着国家（中央）一元立法体制的流弊。央地关系的本质是权力配置及其背后的利益分配机制的动态设置，而其中立法权因其社会行为规范创制的基础性和前提性，更加直接地决定着地方政权自主性与积极性的发挥，也是地方社会创造力、形塑力和竞争力的根本制度保障。可见，央地关系法治化始于中央和地方立法权的科学配置，中央权威和地方自主之间的长期平衡和良性互动也高度仰赖于立法体制的科学性与民主性，尤其在单一制为主导的国度内。国家治理的工作重心在地方，地方立法权举足轻重。立法权关系着地方自主治理空间的大小和社会法律关系形塑力的强弱（倪洪涛，2017）。尤则，权力的集中，在控制力增加的同时风险也骤增，而通过立法分权，在控制力不致损的情况下，确可降低国家的治理风险，实现治理风险的合理分摊。

就央地立法事权关系来看，我国是一种国家主义与契约主义并行的混合模式，国家主义表现为我国是中央集权的单一制国家，地方立法权限来自于中央统一授权；契约主义以“两个积极性”条款构成的央地契约式关系来呈现。如果过分强调立法权的集中统一，过分强调法律位阶及法律普适性，并且把法律制定得非常详尽、乃至剥夺了对某些必须予以考虑的地方因素，那么问题就有可能更大。总体而言，高度的集中统一必定造成地方的灵活性少，自主性、积极性少；而地方主动性高则必定导致规则的统一程度低。任何分权的制度结构都无法完全消除这个权力统一和分散之间的悖论以及可能引发的种种社会问题。因此，中国的立法体制应当在统一性和多样性这两个同样值得追求的极端之间保持一种必要的张力，寻找黄金分割点。至少在社会生活的某些方面，应当允许地方立法的发展，给地方更大的灵活性（苏力，2004）。

有学者认为“地方性事务”概念体现了我国央地立法事权的分配，并指出在我国当下立法体系中，这一概念具有厘定地方立法适合的存在范围、解决部门规章与地方性法规之间的冲突、辅助解释“不抵触”概念等多方面功能（俞祺，2021）。《宪法》明确规定全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权；省级、设区的市级人民代表大会及其常务委员会可以在不抵触原则下制定地方性法规，^①这实质上是我国央地立法分权的合宪性基础。《立法法》则进一步对央地立法分权

^① 详细规定参见《中华人民共和国宪法》（2018年修正）第58、100条等具体内容。

的范围进行明确划分,如《立法法》第8条对国家立法权(亦可称中央专属立法权)进行“概括列举+兜底式”描述,主要可分为国家主权,国家机关的产生、组织及职权,基本政治制度,司法制度,民事基本制度,税收、财政、金融等基本经济制度等几类。有学者进而指出,在单一国家结构的体制下,我国央地立法事权主要由专属于中央的立法事权以及中央与地方共同的立法事权构成(陈诚,2022)。当然,对这一观点也并非都持赞同意见,有学者就认为从保障地方立法合理空间、充分发挥地方主动性积极性出发,我国不应再设置央地共同立法事务,除只能由中央立法事项外都划归为地方性事务(俞祺,2021)。

与国家立法权不同,除《立法法》第72条第2款、第82条第3款有概括列举式规定外,^①《立法法》对地方立法权限仅做原则性规定。当然,从《立法法》第8条的“法律保留”及《行政强制法》《行政许可法》《行政处罚法》等法律直接规定中的“法律排除”也可反向推导出中央立法明确规定地方立法不得触碰的事项。^②从地方立法权的规范及实践看,大多数集中于与城市管理、环境保护、历史文化保护等领域有关。2016年出台的《国务院关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》(国发〔2016〕49号)要求将体现国家主权、维护统一市场以及受益范围覆盖全国的基本公共服务(国家安全、全国性重大传染病防治、全国性战略性自然资源使用和保护等)确定为中央事权;将受益范围地域性强、信息量大、信息较为复杂且获取困难,主要与当地居民密切相关的基本公共服务(社会治安、市政交通、农村公路、城乡社区事务等)确定为地方的财政事权;将教育科技、公共文化、基本养老保险、基本医疗和公共卫生、就业、粮食安全、跨省(区、市)重大基础设施项目建设和环境保护与治理等体现中央战略意图、跨省(区、市)且具有地域管理信息优势的基本公共服务确定为中央与地方共同财政事权,并明确各承担主体的职责。随后,中央已在减税降费、自然资源、应急救援、医疗卫生、生态环境、公共服务、科技、教育、交通运输及公共文化等10个领域出台中央与地方财政事权和支出责任划分改革方案。^③

(二) 为何分权: 改革需要中央授权

习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上指出,对改革开放先行先试地区相关立法授权工作要及早作出安排。海南作为中国最早的一批经济特区,同时

^① 《立法法》第72条第2款规定:“设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,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,可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规。”其第82条第3款规定:“设区的市、自治州的人民政府根据本条第一款、第二款制定地方政府规章,限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。”

^② 如《行政强制法》第9条对行政强制措施的种类进行概括列举+兜底式描述,紧接着第10条第3款规定:“尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的,地方性法规可以设定本法第九条第二项、第三项的行政强制措施。”由此得出,地方性法规不得设置限制公民人身自由、冻结存款、汇款的行政强制措施。这实际也表明了国家立法权对地方立法权的限制。又如《行政许可法》(2019年修正)第15条第2款规定:“地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章,不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。”《行政处罚法》(2021年修订)第12条第1款规定:“地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销营业执照以外的行政处罚。”

^③ 截至2022年3月16日,笔者在北大法宝法律数据库——法律法规库以标题作为检索方式,检索内容为“中央与地方”,检索得到以上10个领域涉及央地财政事权和支出责任划分的改革方案。

又是被中央明确赋予建设自由贸易港任务的试验区，应当积极争取中央在全面深化改革事项上的立法授权（曹晓路和王崇敏，2019）。

如果说自贸区法治主要是地方政府基于发展规划、区域战略、资源政策获取、项目可行性等多方面的人为考量因素所划定出来的空间区域，它内嵌于传统的行政区域之内，是一种“行政区划型（地方）法治”内部的地方法治新形态（丁轶，2020）。那么，自由贸易港法治则是中央政府基于扩大对外开放、积极推动经济全球化等政治考量因素所划分的空间领域，它依托于传统的行政区域，甚至可能超越行政区域，是一种“地方法治的中央化”。作为一种央地立法权限紧密互动博弈的法治新形态，势必要在一种“无石头可摸”的状态下“过河”。实际上，因为中央长期以来的“中央法中心主义”，致使地方立法在认识能动性方面明显不足，所以很多时候需要中央授权。中央授权，一方面是从维护法制统一原则的角度出发，但另一方面也有地方政府不敢主动承担改革风险责任的成分在内。因为授权可以转嫁责任，将风险责任从地方让渡到中央。这也是地方立法缺乏自信和改革不够担当的表现。

自由贸易港作为最高的经济开放形态，法治先行应当如何体现？“中央法中心主义”是否依旧可行？从“中央12号文件”、《总体方案》及《海南自由贸易港法》看出，“中央法中心主义”在自由贸易港法治体系建设中得到明显改善。地方的“先行先试”是我国央地关系下独特的治理景致（杨欣，2020）。自由贸易港立法坚持先行先试，先立先破。在某种程度上也是去“中央法中心主义”，并非要求所有立法都通过中央，而是将一些经济立法权限下放到地方法中，如《海南自由贸易港法》中提出的自由贸易港法规立法权。它其实属于建立在中央和地方共同事务基础上的、地方在中央明确授权下的法治创新，在发展路径上对国家法治战略具有很强的依赖性（倪斐，2017）。这实则是在改革开放进入深水区后我国坚持重大改革于法有据的新实践。

在自由贸易港法治建设中，核心就是央地立法权限问题，主要表现为“地方要权”与“中央授权”。按照《总体方案》，自由贸易港建设实施机制中海南履行的是主体责任。这一变动意味深远，它意味着自由贸易港法治建设不同于以往的“等法改革”与“给法改革”，应当是“设法改革”与“创法改革”。改革进入攻坚期、深水区以来，改革风险不可知，中国作为一个幅员辽阔、情况复杂的大国，中央自上而下的整体性改革往往牵一发而动全身。对于改革所带来的风险无法预料估计，此时一些试验性政策就发挥很大作用。从试验性法规、试点到试验区，过去几十年，中国的改革政策很多是靠地方试验摸索出来的（韩博天，2018），这样做一方面可以很好地发挥地方治理积极性，另一方面也可以更好地维护中央权威，毕竟改革存在风险，局部的地方问题总比中央的全局问题好处理。所以从试验区开始，中央逐渐开放一些立法事权给地方，尤其是自上海开始的自由贸易试验区的改革试验，事实证明是效果显著的，因此在探索建设自由贸易港当中，中央决定让海南大胆试、大胆闯、自主改。

（三）如何分权：授权形式的不断创新

从现有《立法法》框架分析，地方立法权应当包含一般地方立法权^①及经济特区立法权。依据《总体方案》理念，参照《海南自由贸易港法》，海南地方立法权还应当包括自由贸易港法规立法权。^②为方便下文展开讨论，本文将特区经济立法权与自由贸易港法规立法权概括为特殊地方立法权，意在与一般地方立法权相区别。

一般地方立法权遵循的是“不抵触”原则，^③主要包括地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章4个规范类型。虽然民族自治地方^④的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。但是，其依旧属于一般地方立法权，本质上仍然奉行“不抵触”原则，^⑤这一判断主要是基于“两个不得”得出。^⑥“两个不得”要求自治条例和单行条例不得违背法律或者行政法规的基本原则且不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。“两个不得”之间是一种“且”而非“或”的关系更加限制了民族自治地方的立法突破权，实质上相当继续贯彻“不抵触”原则。

经济特区立法权属于一种特殊立法权，经济特区法规依据全国人民代表大会授权决定取得，可以在经济特区范围内对现行法律、行政法规作出变通规定。《总体方案》规定：“在遵循宪法规定和法律、行政法规基本原则前提下，支持海南充分行使经济特区立法权，立足自由贸易港建设实际，制定经济特区法规。”自由贸易港法规立法权相较经济特区立法权而言，在立法理念上更为开放彻底，主要通过《海南自由贸易港法》第10条即自由贸易港法规立法权条款体现。

地方立法权按照权限来源不同又可进一步区分为职权立法与授权立法。职权立法主要指一般地方立法权，本质而言，职权立法也属于中央授权性立法，只不过它依据宪法和组织法规定的地方国家机构的职权开展立法活动，与中央特殊的授权立法活动已然大不相同；授权立法主要指特殊地方立法权，包括经济特区立法权与自由贸易港法规立法权，它们的权力来源为法律特殊授权，其中经济特区立法权来自于《立法法》，自由贸易港法规立法权来自于《海南自由贸易港法》。自由贸易港法规立法权是地方立法权对现有《立法法》中规定的特殊立法权的突破。一般地方立法权作为职权立法是长期稳定存在的立法形态，笔者称其为常态化授权立法权；特殊地方立法权是偶然获得且不稳定的立法形态，如海南经济特区立法权是在1988年中央同意海南为

① 主要指《立法法》第四章的地方性法规、自治条例和单行条例、规章。

② 《海南自由贸易港法》第10条第1款规定：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。

③ 如《立法法》72条、73条及75条。

④ 目前海南省有白沙黎族自治县、昌江黎族自治县、乐东黎族自治县、陵水黎族自治县、保亭黎族苗族自治县、琼中黎族苗族自治县等6个自治县享有民族立法权。

⑤ 需要说明的是，这里“不抵触”原则是相对于经济特区立法权的“特殊突破”而言，并非违反“不抵触、有特色、可操作”的地方立法三原则。

⑥ “两个不得”指《立法法》75条第2款，即“自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。”

经济特区时的授权立法, 自由贸易港法规立法权是海南建设自由贸易港过程中为扩大改革开放、坚持重大改革于法有据才提出的一种新型立法形态, 特殊地方立法权的存续状态与政策关联性依旧很高。作为中央特殊授权立法, 从操作层面来讲, 其适用范围、受权主体、授权时间等因素都由授权机关根据发展与改革需要“随机产生”, 存续具有极大的不稳定性, 因此称其为非常态化授权立法权。

在海南自由贸易港法治建设过程中, 一般地方立法权和特殊地方立法权存在较大区别。第一, 权限来源不同。一般地方立法权源于宪法和组织法规定的地方国家机构的职权, 是中央立法权的常规下放, 其制定的立法种类属于职权立法。而特殊地方立法权源于全国人大的特别授权, 是中央立法权的特殊下放, 其制定的法规属于授权立法。第二, 空间范围不同。根据《全国人民代表大会关于设立海南省的决定》, 海南省人大及其常委会行使一般地方立法权的空间范围涵盖海南省的管辖范围; 而根据《全国人民代表大会关于建立海南经济特区的决议》及《海南自由贸易港法》的规定, 特殊地方立法权行使的空间范围限于海南岛本岛。第三, 行使主体不同。一般地方立法权有省市两级区分,^①而特殊地方立法权限于海南省人大及其常委会。第四, 遵循原则不同。一般地方立法权遵循“不抵触”原则, 而特殊地方立法权遵循“变通与创制”原则。相较一般地方立法权的遵循原则, 特殊立法权更强调因地制宜、因时制宜的变通与创制权。第五, 立法目的不同。一般地方立法权主要是执行上位法, 侧重实施功能; 而特殊地方立法权主要是充当改革试验田, 具有创制、试验和变通功能, 且在试验区具有优先适用的效力, 只有经过转化借鉴吸收才可适用其他地区(熊勇先, 2019)。

三、中央立法的地方模式: 从地方试验到“央地会同”

作为目前全国唯一的自由贸易港经济体制和我国对外开放的新高地, 海南自由贸易港始终把握重大改革于法有据这一理念。将改革制度与法治建设完美契合, 自由贸易港想要建设成为世界上开放程度最高的新经济形态, 与之配套的自由贸易港法治体系不可或缺。自由贸易港法治体系建设的前提与基础就是中央层面首先制定出台《海南自由贸易港法》。

(一) 地方试验: 自由贸易试验区的先行先试权^②

我国的决策机制非常重视稳定与灵活相结合的适应能力, 这一非比寻常的适应力可以让我国进行反复试验, 对其他国家而言, 这是难以想象的改革手段。由地方发起改革和试验, 成功之后上升为国家政策, 推广到全国, 韩博天(Sebastian

① 如海南省人大及其常委会、设区的海口市、三亚市以及不设区的儋州市、三沙市人大及其常委会均可制定地方性法规。

② 为保证改革试点工作依法进行, 2013年8月30日, 十二届全国人大常委会第四次会议通过《关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区内暂时调整实施有关法律规定的行政审批的决定》, 由全国人大常委会授权暂停适用三资企业法某些条款的做法开创了授权暂停适用/调整的先河。2015年《立法法》(修正)后通过增设13条来赋予授权决定的正当性。

Heilmann) 把这样的政策过程称之为政策试验 (policy experimentation), 认为这种特殊的政策试验方法对中国自1978年以来的经济发展极为重要, 也为身处庞大复杂的行政管理体系内的行动主体提供了许多事先难以想象的机会。在韩博天看来, 中国的政策试验主要通过三种形式进行, 即试验性法规、试点和试验区, 其中, 相比于只是对某一项政策进行尝试的试点, 试验区是“一个地域性的行政规划单位, 它由中央政府批准, 被赋予广泛的自主权” (韩博天, 2018)。Barry Naughton (2007) 指出, 这一政策形式承担着“在现有体制之外或在现有体制之间建立新制度”和对新事物进行尝试的任务。^①

迄今, 国家已分批规划建立了21个自贸试验区。^②自由贸易试验区的立法规律也有迹可循。如前两批自由贸易试验区在重大改革须于法有据的法治思维指导下, 遵循了从管理办法再到条例的立法轨迹。从第三批自由贸易试验区开始, 大多出台了各自的条例或管理办法, 其中除浙江直接由省人大常委会制定出台了自贸试验区条例外, 河南、湖北及陕西三个自由贸易试验区均由省政府率先制定了自贸试验区管理办法, 辽宁大连亦出台了相应的片区管理办法。作为改革试验田的自由贸易试验区, 其立法模式基本遵循着“全国人大常委会授权国务院暂停实施法律——国务院批准自由贸易试验区总体方案——地方制定体现特色的管理办法”的三步走路径。

海南自由贸易港要在法治下推进改革、在改革中完善法治, 对于需要先行先试的改革举措, 国家立法机关应依法授权开展试点工作 (龚柏华, 2019)。全国人大常委会已将“试点授权”视为一类常规性立法活动, 客观上已在一定程度上与“立改废释”等科学立法方式并列, 而且在其立法工作计划安排中, “立改废释授”等各类立法方式被予以通盘统筹考虑 (郑磊和王逸冉, 2017)。从已有实践看, 通过国务院向全国人大或全国人大常委会提请暂缓适用与自贸区法治建设存在冲突的法律取得了良好的效果 (沈国明, 2013)。遵循法治路径, 积极寻求全国人大和国务院的支持, 这种进路具有可行性。在特定区域内暂时调整实施法律法规, 是平衡特定区域改革创新需要和全国范围法制统一的稳妥举措。海南方面遵循法治路径, 积极寻求全国人大和国务院的支持。全国人大常委会和国务院采用了积极而审慎的做法, 分别通过发布授权决定, 允许自由贸易试验区范围内暂停实施有关法律法规的决定, 从而保障了海南自由贸易试验区改革开放先行先试的合法性和正当性。

为支持海南全面深化改革开放, 推动中国 (海南) 自由贸易试验区试点政策落地, 国务院决定, 自2020年6月18日起至2024年12月31日, 在中国 (海南) 自由贸易试验区暂时调整实施《中华人民共和国海关事务担保条例》《中华人民共和国进出口关税条例》《中华人民共和国国际海运条例》《中华人民共和国船舶和海上设施检验

① Barry Naughton, *The Chinese Economy: Transitions and Growth*, Cambridge: The MIT Press, 2007:406-408. 转引自[德]韩博天. 红天鹅: 中国独特的治理和制度创新[M]. 石磊, 译. 北京: 中信出版社, 2018:71.

② 目前自贸试验区已在全国“遍地开花”, 如上海自由贸易试验区 (2013年9月), 广东、天津、福建自由贸易试验区 (2015年4月), 辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川、陕西自由贸易试验区 (2017年3月), 海南自由贸易港 (2018年10月), 山东、江苏、广西、河北、云南、黑龙江自由贸易试验区 (2019年8月), 北京、湖南、安徽自由贸易试验区 (2020年9月)。

条例》和《国内水路运输管理条例》5部行政法规的有关规定。^①自由贸易试验区改革创新、开放发展的诉求和举措得到了国家法律、行政法规的支持和保障。而且,这些“暂停执行”特定的法律、行政法规实则是为制定《海南自由贸易港法》提供论证基础。根据《立法法》第10条、第11条规定,授权立法事项,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,由全国人民代表大会及其常务委员会及时制定法律。法律制定后,相应立法事项的授权终止。

根据国发〔2018〕34号文件,在自由贸易试验区阶段,央地立法分权采取了先行先试权模式应对改革。^②海南地方在此模式下获得如下经济权力:海南省人民政府在海南自贸试验区内获得本应由国务院批准的土地征收事项授权;^③从事种子进出口业务种子生产经营许可证核发权限;^④外籍邮轮多点挂靠航线许可权限;^⑤经营国际客船、国际散装液体危险品船运输业务的审批权限;^⑥国际快递业务经营许可审批权下放;^⑦支持海南健全地方税体系,适当扩大省级税收管理权;^⑧授权自贸试验区制定港澳专业人才执业管理办法;无船承运、外资经营国际船舶管理业务行政许可权下放;赋予海南省人民政府更多自主权,科学配置行政资源,大力转变政府职能,深化“放管服”改革等。^⑨

(二)“央地会同”:自由贸易港的创制性立法权

按照韩博天的三种形式分类,自由贸易港应当属于他所描述的试验区形式。鉴于这一观点成文较早,现在韩博天如果再进行政策的形式分类,很大可能会将自由贸易港划为第四种形式。严格来讲,它完全不同于已有的三种政策试验。自由贸易港法治作为制度先行先试的集中反映,高度强调和重视在自由贸易港范围内进行各种各样的法治试验和创新。因此,自由贸易试验区现行的那些规范性文件的制定策略为自由贸易港所需的权力渊源和法律依据提供模板已逐渐力有不逮。

目前,海南自由贸易试验区由全国人大常委会授权暂时调整适用的《全国人民代

①《国务院关于在中国(海南)自由贸易试验区暂时调整实施有关行政法规规定的通知》(国函〔2020〕88号)。

②如2020年4月26日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上,司法部党组书记、副部长袁曙宏作关于《关于授权国务院在中国(海南)自由贸易试验区暂时调整实施有关法律规定的决定(草案)》的说明。[EB/OL].[2021-04-27].<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202005/6ed77f50868d4ef99065815b3a2c1f0f.shtml>。

③《中华人民共和国土地管理法》(2019修正)第35条第1款规定:“永久基本农田经依法划定后,任何单位和个人不得擅自占用或者改变其用途。国家能源、交通、水利、军事设施等重点建设项目选址确实难以避让永久基本农田,涉及农用地转用或者土地征收的,必须经国务院批准。”第46条第1款规定:“征收下列土地的,由国务院批准:(一)永久基本农田;(二)永久基本农田以外的耕地超过三十五公顷的;(三)其他土地超过七十公顷的。”

④《中华人民共和国种子法》(2021修正)第31条第1款规定:“从事种子进出口业务的种子生产经营许可证,由国务院农业农村、林业草原主管部门核发。”

⑤《中华人民共和国海商法》第4条第2款规定:“非经国务院交通主管部门批准,外国籍船舶不得经营中华人民共和国港口之间的海上运输和拖航。”

⑥《中华人民共和国国际海运条例》(2019年修订)第6条第1款规定:“经营国际船舶运输业务,应当向国务院交通主管部门提出申请,并附送符合本条例第五条规定条件的相关材料。”

⑦国家邮政局关于将国际快递业务经营许可审批权下放海南省邮政管理局有关工作的通知(国邮发〔2019〕33号)。

⑧财政部印发《支持海南全面深化改革开放有关财税政策的实施方案》[EB/OL].[2022-03-21].http://www.hnft.gov.cn/zcfg/zcwj/ssl/201810/t20181013_3024011.html。

⑨《国务院关于印发中国(海南)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发〔2018〕34号)。

表大会常务委员会关于授权国务院在中国（海南）自由贸易试验区暂时调整适用有关法律规定的决定》^①和《国务院关于在中国（海南）自由贸易试验区暂时调整实施有关行政法规规定的通知》（国函〔2020〕88号）^②这种始于上海自由贸易试验区成立之初“授权暂停适用条款”的做法虽不至于达到饮鸩止渴的严重程度，却也是扬汤止沸，无法解决自由贸易港法治建设的根本问题。因为自由贸易港涉及开放的领域要比自由贸易试验区多，不断暂停实施相关法律不仅对我国法律体制的稳定性与权威性带来不利影响，而且根据不同事项不断重复暂停适用审批程序也会较大影响和降低自由贸易港内监督管理办事效率（胡加祥，2018）。为坚持重大改革于法有据，更好论证改革与法治的关系，2015年修正的《立法法》在第13条对“试点授权”这一模式正式通过法律确定下来。^③这种临时授权的做法可以适度缓解暂停适用有关法律的正当性尴尬，但却不能指望将其当作一种用来化解自由贸易港法治建设过程中上位法阻碍的惯常办法。况且，设立海南自由贸易港并非权宜之计，而是着眼于深化改革、扩大对外开放、全面融入经济全球化的一项基本国策与国家战略。因此，制定《海南自由贸易港法》是海南自由贸易港法治体系建设的基础性工程。自由贸易港在法治理念上应该超越自由贸易试验区。自由贸易港建设不再主要承担“试验”任务，而是承担主动对标达标国际先进标准、进行高水平建设的示范任务。因此，建设自由贸易港必须立法先行，为自由贸易港这一特殊功能区专门立法，使之享有“豁免适用”相关法律的特权和相对独立的监管体系（龚柏华，2019）。《海南自由贸易港法》与以往自由贸易试验区立法最大的区别在于：虽然依旧坚持立法先行，但自由贸易港法已经突破地方立法层面，转向中央为地方先行立法。这是中央层面依据央地关系行使立法权的最新实践，也是习近平法治思想的又一生动实践。

制定一部适用于中国特色自由贸易港的法律将依法妥善解决海南自由贸易港改革创新需要突破现有法律法规的问题。制定自由贸易港法最初来自学界的呼吁，虽然学界就构建何种性质、处于何等地位的自由贸易港法意见不一。如有学者指出应尽快推动《中国特色自由贸易港法》或《中国海南经济特区基本法》等突破性的立法工作，为中国特色自由贸易港建设保驾护航（刘家诚等，2019）。另有学者则认为应制定有特殊性的《自由贸易港法》，并就立法性质、体系及内容等给出了自己的建议（刘云亮，2019a）。也有学者认为不仅要构建自贸港法律体系多元化，还应同时加强经济特区立法（朱波，2019）。^④还有学者指出应制定《自由贸易港发展促进法》，认为《自由贸易港发展促进法》作为中国特色自由港建设法律体系中最为重要的法典将

①《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国（海南）自由贸易试验区暂时调整适用有关法律规定的决定》[EB/OL]. [2021-05-07]. http://www.gov.cn/xinwen/2020-04/29/content_5507538.htm.

②《国务院关于在中国（海南）自由贸易试验区暂时调整实施有关行政法规规定的通知》[EB/OL]. [2021-05-07]. http://www.gov.cn/zhengce/content/2020-06/28/content_5522324.htm.

③《立法法》（2015修正）第13条规定：“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要，决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内在部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。”

④有学者指出，由于全岛各地的发展不均衡，又可形成多元化的试点经验，有利于发挥自由贸易试验区和行政区划一致的优势，提高制度创新的整体性优势。海南还要加强经济特区立法，不断把实践中成功、有效的经验通过立法固定下来，逐步探索形成一套国际通行的法规制度体系，并形成海南标准（朱波，2019）。

起到至关重要的衔接作用（王崇敏和曹晓路，2019）。有课题组认为应尽快研究制定《海南自由贸易港基本条例》（中国（海南）改革发展研究院课题组，2018）。^①有学者提出中央授权自贸区立法则可以很好变通权属争议（李猛，2017）。^②亦有学者坚持国家层面统一立法的中国特色自由贸易港“基本法模式”（陈利强和陈杰，2019）。

制定《海南自由贸易港法》，是将党中央重大决策以法律的方式加以制度化，使得海南自由贸易港各项政策更具有稳定性和可预期性，更有利于海南自由贸易港建设行稳致远（贺小勇，2021）。2019年3月15日，十三届全国人大二次会议写入了启动《海南自由贸易港法》立法调研、起草工作相关内容，这标志着海南自由贸易港法正式提上国家立法日程，《海南自由贸易港法》立法自此迈入“高速快车道”。2020年12月22日，《海南自由贸易港法（草案）》提请第十三届全国人大常委会第二十四次会议初次审议，2020年12月31日~2021年1月29日在中国人大网公布，面向社会公众进行第一次征求意见。2021年4月26日《海南自由贸易港法（草案二次审议稿）》提请十三届全国人大常委会第二十八次会议进行第二次审议，2021年4月29日~5月28日在中国人大网公布，面向社会公众进行第二次征求意见。2021年6月10日在北京举行的十三届全国人大常委会第二十九次会议审议通过《海南自由贸易港法》。

进入自由贸易港时期，央地立法分权采取了创制性立法权模式深化改革。通过制定《海南自由贸易港法》来创设“央地会同”的立法新模式，该法的央地会同立法事项，^③主要涉及制定货物贸易负面清单、货物物品以及运输工具在海南自由贸易港和内地之间进出的具体办法、跨境服务贸易负面清单、外商投资准入负面清单、放宽市场准入特别清单（特别措施）、市场准入承诺即入制的具体办法、简化税制的具体方案、进口征税商品目录、鼓励类产业企业生产的货物免征关税的具体办法等事项，在中央层面涉及商务主管部门、金融管理部门、财政部门等国务院有关部门。会同立法也因而成为中央与地方立法分权在自由贸易港法治体系的重要构建进路，虽然会同立法并非等同于完全的立法权限，但在单一制的中央立法控制模式下，中央与地方“协同商量”式制定相关规范性文件已经是极大突破，且中央已将部分国家立法权授权地方，后文自由贸易港法规立法权部分将会具体讨论这一问题。

四、中央授权的地方立法：从一般地方立法权到特殊地方立法权

《海南自由贸易港法》是以中央立法的形式为自由贸易港法治体系确立的“基本

① 中改院课题组认为要研究赋予海南“自由贸易港立法权”。建议国家赋予海南更大的立法权，这是推进海南自贸港建设等全面深化改革开放举措的客观需要。以“大负面清单”的形式支持海南大胆试、大胆闯、自主改。除党务、人大、国防、外交，赋予海南最广泛的经济社会管理权，赋予海南最充分的改革自主权（中国（海南）改革发展研究院课题组，2018）。

② 自贸区可以借助授权立法变通适用与之不相适应的国家层面立法，减少自贸区建设发展过程中来自国家层面立法的制度障碍，自贸区管理机构可以获得更多自主立法与管理权限，从而在释放自贸区自由、自主、开放优势特性的同时保障立法内容符合区内市场主体需求（李猛，2017）。

③ 如《海南自由贸易港法》第13条第2款、第14条第3款、第17条第2款、第19条、第20条、第27条第3款、第28条第1款、第29条第1、3款等总计8条10款规定。

法”，作为自由贸易港法治发展的“基本法”，势必只能做一些原则性、概括性、兜底性条款设计，这就需要地方立法权充分发挥立法功能确保自由贸易港法治建设稳步推进。海南作为国家首个确立发展的自由贸易港，在立法权限上相较于自由贸易试验区也应当有更大选择空间。由海南依据地方立法权尤其是特殊地方立法权对一些中央权属的事项进行立法规制是切实可行的。自由贸易港授权立法，将促进自由贸易港的立法创新，也将再次考验和检验中央与地方立法权的黄金分割点（刘云亮，2019b）。

（一）一般地方立法权：地方的常态化授权立法

1979年《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第6条明确规定：“省、自治区、直辖市的人民代表大会，根据本行政区域的具体情况和实际需要，在和国家的宪法、法律、政策、法令、政令不抵触的前提下，可以制订和颁布地方性法规，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。”该法第27条规定：“省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会在本级人民代表大会闭会期间，根据本行政区域的具体情况和实际需要，在和国家的宪法、法律、政策、法令、政令不抵触的前提下，可以制订和颁布地方性法规，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。”至此，我国省级政权的人大及其常委会具有了地方性法规的制定权。1982年12月10日，五届全国人大五次会议修正的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第27条增加规定：“省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会常务委员会，可以拟订本市需要的地方性法规草案，提请省、自治区的人民代表大会常务委员会审议制定，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。”1986年12月2日，六届全国人大常委会第18次会议对该法进行二次修正，弥补了1982年修正案的不足与漏洞——即未规定省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会地方性法规的制定权，却规定其常务委员会有权拟订地方性法规草案（倪洪涛，2017）。

在地方立法的过程中，如何处理好地方立法与国家立法之间的冲突问题是推进地方立法的关键所在。按照契约式宪法理论，中央与地方之间存在着隐性的契约关系，这种契约关系镶嵌在等级体制内部，主要通过行政发包制体现出来，进而中央可以通过发包试验权的方式将相关“治权”一揽子发包给地方，地方在自由贸易港范围内可以相对自主地从事法治试验和创新，从而呈现出了一种介乎于单一制下的“代理型法治”与联邦制下的“自治型法治”之间的“承包型法治”样态。即“在表面上，作为代理人的地方政府必须严格遵照作为委托人的中央政府所设定的‘国家法治’的目标和路径来建设地方法治，但在实质上，作为承包方的地方政府却被作为发包方的中央政府授予了大量的治理权限，具有充分的主动性和积极性在其属地化管理的行政区域内自主设计和实施多样化的法治建设项目”（丁轶，2018）。换言之，在表面上是地方层面依照“国家设定”来建设地方法治，但本质上也是地方自身法治特色的完美呈现。

推进海南自由贸易港一般地方立法权建设应注重对立法时机和立法形式的把握。立法时机是立法者决定立法时所考虑的各种条件,其判断标准包括客观需求和主观能力,客观需求方面,具体包括三部分:一是经济基础的发展对上层建筑提出要求;二是现行法律存在漏洞、失灵等缺憾且无法通过立法以外的手段予以解决;三是与国际立法潮流有效接轨的现实呼吁。主观能力方面,也具体包括三部分:一是以认识理念的日趋成熟作为前提;二是以现实实践行的经验积累作为支撑;三是以相关制度的配套建设作为保障(王军,2010)。简言之,前者包括现实基础、法律现状以及国际影响等,后者包括立法经验、立法能力等。对于立法时机的把握应当首先考虑立法条件是否成熟,即立法是否为必然选择,立法者是否具有开展立法的能力和经验,应当区分立法的轻重缓急,兼顾前瞻性、引领性与立法需求;其次应当考虑国内国际的影响,即考虑立法事项的敏感度,适时推进地方立法,当前有许多观点强调海南自由贸易港法治建设要与新加坡、迪拜、我国香港特区等域外规则“对标”“接轨”,“对标”“接轨”不是片面照搬、机械复制,而应始终在充分尊重中国国情、考虑海南实际的基础上科学立法(王崇敏和曹晓路,2019)。此外,一般地方立法权建设还应考虑立法形式,即采取综合性立法还是单行性立法。由于中央已出台《海南自由贸易港法》,它是海南自贸港建设的“基本法”,必然会涉及自由贸易港建设的诸多核心问题,因而地方立法应当更多采取单行性立法。单行性立法也具有自身优势,受外部因素影响更小,立法内容更为灵活,针对性、操作性与可执行性更强,更能满足自贸港建设的实践需求(熊勇先,2019)。

按照《立法法》的逻辑设定,海南省、市两级人大及其常委会当然拥有对于地方性法规的制定权。《海南自由贸易港法》的根本目的是突破现有立法体系及立法技术,因此没必要在作为自由贸易港法治建设“母法”“基本法”“总纲”的《海南自由贸易港法》中重复赘述。值得注意的是,当下海南虽已制定一些冠以“自由贸易港”字样的规范性文件,但依据立法性质依旧属于地方性法规,是一般地方立法权的体现。因为它们在《海南自由贸易港法》颁布之前,也就是自由贸易港法规未完成授权之时就已经出台,如《海南自由贸易港消防条例》^①《海南自由贸易港海口江东新区条例》^②和《海南自由贸易港博鳌乐城国际医疗旅游先行区条例》^③等,如若在自由贸易港法规立法权创设之前就将其认定为自由贸易港法规则违反立法法理,也不符合重大改革于法有据理念。

一般地方事权具体包括地方性法规或地方政府规章制定权、地方财政税收权、地方事务管理权等。就自由贸易港建设当中的一般地方立法权而言,省级人大及其常委会可以根据本行政区域的具体情况和实际需要制定地方性法规。省级政府可以根据法

① 《海南自由贸易港消防条例》,2020年7月31日已由海南省第六届人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过。

② 《海南自由贸易港海口江东新区条例》,2020年12月30日已由海南省第六届人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过。

③ 《海南自由贸易港博鳌乐城国际医疗旅游先行区条例》,2020年6月16日海南省第六届人民代表大会常务委员会第二十次会议通过。

律、行政法规和本省的地方性法规，制定规章。具体适用对象如受益范围地域性强、信息量大、信息较为复杂且获取困难，主要与当地居民密切相关的社会治安、市政交通、农村公路、城乡社区事务等基本公共服务，地级市人大及其常委会根据本市的具体情况和实际需要可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规；市级人民政府制定规章限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的具体行政管理事项。

（二）特殊地方立法权：地方的非常态化授权立法

1. 经济特区立法权

我国在改革初期通过全国人大及其常委会授权甚至国务院赋权模式，激发了经济特区等地方巨大的区域发展活力，它们在政策红利的引导下，大胆创新、勇于实践，造就了中国持续30多年的经济增长和社会繁荣（倪洪涛，2017）。1988年4月13日，第七届全国人民代表大会第一次会议通过关于设立海南经济特区的决议。决议内容主要有两项：“（1）划定海南岛为海南经济特区。（2）授权海南省人民代表大会及其常务委员会，根据海南经济特区的具体情况和实际需要，遵循国家有关法律、全国人民代表大会及其常务委员会有关决定和国务院有关行政法规的原则制定法规，在海南经济特区实施，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。”海南省自此具备经济特区立法权限。1992年、1994年、1996年全国人民代表大会及其常委会先后通过决议，授予深圳、厦门、珠海、汕头等经济特区所在地市的人民代表大会及其常务委员会制定经济特区法规的权力，这标志着我国特殊地方立法权的进一步扩大。

海南经济特区立法权获得授权之初在一些制度创新方面也曾走在全国前列，如《海南经济特区股份有限公司条例》（1992）让股份公司这种新型现代企业制度在我国首次得到明确，《海南经济特区企业法人登记条例》（1993）在我国率先将企业设立审批改为除前置性行政许可事项外一律依法直接登记制，《海南经济特区企业国有资产条例》（1995）在我国首次对企业国有资产试行委托运营和授权管理等，《海南经济特区律师执业条例》（1996）更是在当时就突破《律师法》规定，允许设立个人律师事务所。^①这些成就足以证明中央当初在海南设立经济特区，赋予海南经济特区立法权是一次成功的法治试验。但进入新世纪以来，海南在发挥经济特区立法方面却显得积极性不足，尤其是与同为经济特区的深圳对比后更是相形见绌。海南省自1988年取得经济特区立法权，33年来共制定经济特区法规63部，特别是自2018年“4·13”以来，共制定出台涉自由贸易港建设法规17部，其中大部分都是通过行使经济特区立法权进行创新和变通的结果。但海南省特区立法权行使率总体偏低，与深圳市相比还存在较大差距。截至目前，深圳市人大及其常委会制定的经济特区法规295件，占地方立法总数的83.33%，海南省仅占20.13%（海南省司法厅，2021）。

^① 以上信息为笔者根据国家法律法规数据库(<https://flk.npc.gov.cn/?msclid=8031ac35a8f111ecad393847852e5abe>)、北大法宝法律信息网(<http://www.pkulaw.com>)等整理，信息截止时间为2022年3月。

建设中国特色自由贸易港,海南经济特区立法权“升级”转型将是必然,经济特区法规体系面临“废改立释”新调整,要升级至与自贸港建设相适应的政策和制度体系,形成具有更多创新意义的中国特色自由贸易港法治体系(刘云亮,2020)。良好的法治环境将会是海南最好的营商环境基础,因此海南应当借助自由贸易港建设发展抓住抓紧经济特区立法权,充分运用中央赋予的特殊地方立法权进行法治建设。

目前,海南经济特区已在旅游客运管理、禁毒、无偿献血、注册会计师、律师、外国企业从事服务贸易经营活动登记管理、海岸带保护与利用管理、物业管理、旅游价格管理等方面行使经济特区立法权。^①从上述立法内容看出,经济特区立法权多集中于贸易服务、旅游管理、人才管理、环境保护、公共服务等事项领域,这也契合国发〔2018〕34号文件对海南全岛紧紧围绕建设全面深化改革开放试验区、国家生态文明试验区、国际旅游消费中心和国家重大战略服务保障区“三区一中心”的国家战略定位。自习近平总书记“4·13”讲话以来,海南利用经济特区立法权也出台了如《海南经济特区禁止一次性不可降解塑料制品规定》《海南经济特区海岸带保护与利用管理规定》^②这样符合自由贸易港发展理念的经济特区法规。下一阶段海南对于经济特区法规要及时进行“立改废”,对于现有的经济特区法规,不符合自由贸易港精神与发展理念的要尽快修改或废止,对于一些自由贸易港建设亟需出台的法规要迅速调研制定出台,不能因噎废食,不能放着现有的立法权限不用,一心只等着中央授权海南更大的立法权。就自由贸易港建设而言,首先应立足已有立法权限做好法治保障工作。

2. 自由贸易港法规立法权

全国人大及其常委会授权海南省人大及其常委会,制定与自由贸易港建设相关的法规。海南适用自由贸易港授权立法,将创制一系列有关自由贸易港建设的政策法规体系,并形成具有中国特色的自由贸易港法律制度。这一授权立法及其实施,将使海南自由贸易港获得充分的“先行先试”立法授权,将创新创制自由贸易港一系列新法规新秩序,出台自由贸易港建设一系列新政策新措施,形成中国特色自由贸易港新制度新体制(刘云亮,2019b)。有学者认为自由贸易港法规立法权覆盖包含了已有的经济特区立法权,并且已有的经济特区立法权缺乏监督、范围模糊,在自贸港立法权获得授权后应予以废除。^③这种观点不符合《立法法》的立法逻辑,《立法法》第74条规定了经济特区立法权,^④作为一种法定的授权性立法形式,它不能自然地自由

① 笔者根据国家法律法规数据库(<https://flk.npc.gov.cn/?msclkid=8031ac35a8f111ecad393847852e5abe>)相关信息整理,数据截止时间为2022年3月。

② 《海南经济特区禁止一次性不可降解塑料制品规定》《海南经济特区海岸带保护与利用管理规定》均已于2019年12月31日由海南省第六届人民代表大会常务委员会第十六次会议通过。

③ 这一观点由海南大学法学院陈志英教授在“第四届中国特色自由贸易港高端论坛暨海南自由贸易港适用专题研讨会”(海口,2021)上所作的《海南自由贸易港法规制定权的行权逻辑分析》一文中提出。

④ 《立法法》第74条:经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定,制定法规,在经济特区范围内实施。

贸易港法规立法权所代替,而且,两种授权性立法形式的立法范围并非完全重合。^①这里的贸易、投资及相关管理活动不同于经济特区立法权,因为经济特区立法权在1988年就已经具备,如若强调海南自由贸易港法规立法权生效后经济特区立法权被包含囊括的话不符合立法逻辑及法理依据。首当其冲的问题就是海南至今颁布的几十部特区立法地位将会怎样?自由贸易港法规是介于国家立法与特区立法之间的授权立法,自由贸易港法规是地方立法新模式,它不同于特区立法权。相较于经济特区的“一事一授权”,自由贸易港法规是一种“打包”式的一揽子计划立法。也就是说,自由贸易港法规立法权与经济特区法规立法权最大区别在于它的“有限突破”。突破一般地方立法权与特区立法权的海南自由贸易港法规立法权应是一种法治的先行先试权。

《海南自由贸易港法》第10条规定:“海南省人大及其常委会可以根据本法,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。”这是一条典型的授权性立法规则,对此可简写为:“根据授权,海南省人大及其常委会可以在实际需要时就贸易、投资及相关管理活动制定法规。”这里除去制定原则(遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则)和适用范围(在海南自由贸易港范围内实施),满足原条款全部要素。可以看出,中央授权地方在贸易、投资及相关管理活动方面可以制定自由贸易港法规,即海南可以就这几个领域结合自己现实需求制定法规。

从《海南自由贸易港法》第10条看,自由贸易港法规立法权只能由海南省级人大及其常委会享有。理由有二:一是海南自由贸易港遵循的是“全岛一盘棋”的建设思路,制度创新针对的是全岛的共性问题,而不是岛内区域个性化问题,且制度创新涉及目前法律保留事项,对立法者的要求较高,因此,海南自由贸易港需要以全局视野进行制度设计。海南自由贸易港立法权的受权主体应当仅限于省级层面,避免扩大至地级市,以保证立法的整体性,防止授权的分散(臧昊和梁亚荣,2021)。二是《海南自由贸易港法》规定的自由贸易港范围及自由贸易港法规适用范围为海南岛全岛,这个说法与1988年国家关于设立海南经济特区的范围一致,相较于经济特区立法权,自由贸易港法规立法权开放创新程度更高,但其实也是为经济体制全面深化改革提供制度保障。因此,从维护法制统一来讲,将自由贸易港法规立法权受权主体确定为省级人大及其常委会也是与《宪法》《立法法》等保持统一。

《海南自由贸易港优化营商环境条例》《海南自由贸易港反消费欺诈规定》《海

^①《第七届全国人民代表大会第一次会议关于建立海南经济特区的决议》中建议:“(一)划定海南岛为经济特区,实行特殊的经济政策和新的经济管理体制。(二)为了使海南经济特区的经济管理充分适应开发建设的需要,授权海南省人民代表大会及其常务委员会,根据国家有关的法律、法令和政策规定,按照海南经济特区的具体情况和工作需要,制定特区的各项单行经济法规,并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。”海南的经济特区立法权明确指出了“为了使海南经济特区的经济管理充分适应开发建设的需要”,《海南自由贸易港法》第10条第1款则是“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”,可以看出两种之间还是具有较大差异的,经济特区立法权采取笼统概括式说明,自由贸易港法规立法权则是分类列举概括式说明。从逻辑上论证,无法推导出经济管理等于贸易、投资及相关管理活动,后者可被前者所包含,并不等同前者范畴只有后者类型存在。从立法功能条件来看,后者不仅“可抵触”,更“可突破”,这也促使生效条件并不完全相同。但也无法说明,仅仅因为两者可能有所重合,后者出现前者自然可被替代。

南自由贸易港公平竞争条例》《海南自由贸易港社会信用条例》等首批4项自由贸易港配套法规的出台是海南用好《海南自由贸易港法》赋予海南的自贸港法规制定权的充分体现,也将更好地服务海南自贸港经济社会发展,为海南自贸港营造良好营商环境提供强有力的法治保障。继首批自由贸易港配套法规出台后,在2021年12月~2022年3月的短短4个月间,海南省人大常委会又陆续出台了《海南自由贸易港征收征用条例》等10项自由贸易港配套制度(见表1),均涉及《海南自由贸易港法》第10条第1款规定的贸易、投资及相关管理活动。海南自由贸易港法规立法权相较于以

表1 海南自由贸易港配套法规汇总表

法规名称	立法目的	通过时间及施行日期
《海南自由贸易港优化营商环境条例》(39条)	营造法治化、国际化、便利化的营商环境,激发市场主体活力,建设高水平的中国特色自由贸易港	海南省六届人大常委会2021年9月29日第三十次会议审议通过,自2021年11月1日起施行。
《海南自由贸易港反消费欺诈规定》(20条)	严厉打击消费欺诈行为,维护市场秩序,保护消费者合法权益,优化营商环境	
《海南自由贸易港公平竞争条例》(七章35条)	加快建设高水平海南自由贸易港,促进和保护公平竞争,保障经营者和消费者的合法权益	
《海南自由贸易港社会信用条例》(六章37条)	规范社会信用信息管理,维护信用主体合法权益,加快社会信用体系建设,优化营商环境,推进海南自由贸易港高质量发展	
《海南自由贸易港征收征用条例》(五章28条)	规范征收征用行为,维护公共利益,保障被征收征用人合法权益	海南省第六届人民代表大会常务委员会2021年12月1日第三十一次会议通过,自2022年1月1日起施行。
《海南自由贸易港知识产权保护条例》(八章62条)	加强知识产权保护,激发创新活力,优化营商环境,打造国际一流的知识产权保护高地	
《海南自由贸易港免税购物失信惩戒若干规定》(10条)	预防和惩戒海南自由贸易港免税购物严重失信行为	
《海南自由贸易港闲置土地处置若干规定》(15条)	有效处置闲置土地和充分利用土地,促进节约集约用地	
《海南自由贸易港科技开放创新若干规定》(20条)	实施科技创新发展战略,构建开放型科技创新体制机制	
《海南自由贸易港安居房建设和管理若干规定》(17条)	构建与海南自由贸易港相适应的住房保障体系,改善本地居民家庭和引进人才住房条件	
《海南自由贸易港洋浦经济开发区条例》(六章37条)	促进海南自由贸易港洋浦经济开发区高水平开放和高质量发展	
《海南自由贸易港市场主体注销条例》(23条)	畅通市场主体退出渠道,建立注销便利制度,完善优胜劣汰的市场机制,优化营商环境	
《海南自由贸易港企业破产程序条例》(十章67条)	优化企业破产程序,公平、高效、便利地清理债权债务,依法保护境内外债权人、债务人及其他利害关系人的合法权益	
《海南自由贸易港游艇产业促进条例》(七章56条)	促进海南自由贸易港游艇产业高质量发展,提升游艇产业的服务和保障水平,建设海南游艇产业改革发展创新试验区	

数据来源:作者整理自国家法律法规数据库(<https://flk.npc.gov.cn/>)、海南省人大常委会(<https://www.hainanpc.net/hainanpc/dffg/index.html>)、海南自由贸易港(<http://www.hnftp.gov.cn/>)等官网,信息截至2022年5月

往立法权不同之处就是有较强的变通中央立法权,海南自由贸易港最初设想让中央“一揽子”整体授权,把《立法法》第8条中的第6、9项内容“完全打包”给海南。不过《海南自由贸易港法》在这方面还是设置了许多限制性条件,尤其是第10条,枷锁过多。客观上讲,即便《海南自由贸易港法》第10条被认为有所限制,但相较于以往立法权,海南自由贸易港法规立法权仍是一种高度开放的概括性经济立法权。

五、结语

作为我国最早的一批经济特区,同时又是被中央明确赋予建设中国特色自由贸易港任务的试验区,海南应当积极争取中央在全面深化改革事项上的立法授权。在自由贸易港建设中,立法保障是基础,这就要求构建自由贸易港法治体系首先是实现科学合理的法律规范体系,根本遵循就是坚持中央立法权与地方立法权并举。《海南自由贸易港法》是中央立法的新举措,作为自由贸易港法治建设的“基本法”,其需要大量配套规范来补充完善。具体而言,就是要海南充分发挥一般地方立法权与特殊地方立法权来创新法制,尤其是特殊地方立法权中的自由贸易港法规立法权,作为我国法律规范体系当中的概括性立法新样态,立法功能应当得到更好的发挥。自由贸易港立法权创新,将是自由贸易港法律规范体系建设的根本,更是自由贸易港法治建设的基础。

参考文献

- [1] 曹晓路,王崇敏.中国特色自由贸易港事中事后监管创新研究[J].行政管理改革,2019(5):37-44.
- [2] 陈诚.央地关系视角下区域环境协同立法的完善路径[J].理论月刊,2022(2):123-133.
- [3] 陈利强,陈杰.中国特色自由贸易港“基本法模式”探究[J].上海政法学院学报(法治论丛),2019(6):1-14.
- [4] 丁轶.承包型法治:理解“地方法治”的新视角[J].法学家,2018(1):18-32+192.
- [5] 龚柏华.中国自贸试验区到自由贸易港法治理念的转变[J].政法论丛,2019(3):109-120.
- [6] 海南省司法厅.探索建立海南自由贸易港法律法规体系的两个“1+4”立法架构[J].中国司法,2021(3):11-15.
- [7] 韩博天.红天鹅:中国独特的治理和制度创新[M].石磊,译.北京:中信出版社,2018:182.
- [8] 贺小勇.《海南自由贸易港法(草案)》修改的七大建议[J].上海对外经贸大学学报,2021(2):5-16+32.
- [9] 胡加祥.我国自由贸易港建设的法治创新及其意义[J].东方法学,2018(4):13-22.
- [10] 李猛.中国自贸区授权立法问题研究[J].甘肃政法学院学报,2017(2):88-101.
- [11] 刘家诚,樊燕,黄景贵.对海南自贸港建设思路及战略任务的思考[J].中国经贸导刊(中),2019(2):12-13.
- [12] 刘云亮.《自由贸易港法》立法研究[J].新东方,2019a(4):19-25.
- [13] 刘云亮.中国特色自由贸易港授权立法研究[J].政法论丛,2019b(3):121-132.
- [14] 刘云亮.法治先行引领自贸港建设[N].海南日报,2020-01-22(09).
- [15] 倪斐.地方法治概念证成——基于治权自主的法理阐释[J].法学家,2017(4):116-130+179.
- [16] 倪洪涛.新中国地方立法权:历史、歧视及矫正——以2015年《立法法》修改为中心的论证[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2017(6):50-54.
- [17] 沈国明.法治创新:建设上海自贸区的基础要求[J].东方法学,2013(6):124-129.
- [18] 苏力.当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东《论十大关系》第五节[J].中国社会科学,2004(2):42-55+205.

- [19] 王崇敏,曹晓路.海南中国特色自由贸易港建设的法治创新与立法保障[J].江汉大学学报(社会科学版),2019(1):14-21+123.
- [20] 王军.论立法时机的判断标准[J].人大研究,2010(6):32-35.
- [21] 熊文钊.大国地方——中央与地方关系法治化研究[M].北京:中国政法大学出版社,2012:195.
- [22] 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(6):78-84.
- [23] 徐汉明.“法治中国”建设略论[M].北京:法律出版社,2015:587.
- [24] 杨欣.改革试验中地方“先行先试权”的法律性质与走向分析[J].河北法学,2020(7):68-81.
- [25] 俞祺.论立法中的“地方性事务”[J].法商研究,2021(4):116-129.
- [26] 臧昊,梁亚荣.论海南自由贸易港立法权的创设[J].海南大学学报(人文社会科学版),2021(5):159-168.
- [27] 郑磊,王逸冉.全国人大常委会“试点授权”要素论——基于《立法法》第13条的规范性思考[J].浙江社会科学,2017(8):4-13+156.
- [28] 中国(海南)改革发展研究院课题组.尽快形成海南自由贸易港总体方案(20条建议)[N].经济参考报,2018-06-27(07).
- [29] 朱波.法治构筑中国特色自由贸易港建设基石[J].新东方,2019(3):25-29.
- [30] 卓秩群.地方立法权扩容的困局与优化[J].江西社会科学,2020(9):162-173.

【作者简介】苏海平：海南大学法学院法学理论博士研究生。研究方向：基层治理、地方立法。
陈秋云：海南大学法学院教授，博士生导师，法学博士、博士后。研究方向：理论法学。

A Study on the Legislative Power of Free Trade Port in the View of the Rule by Law ——Based on the Perspective of the Interaction between the Central and Local Legislative Authority

SU Hai-ping & CHEN Qiu-yun

(Law School of Hainan University, Haikou 570228, China)

Abstract: Hainan Free Trade Port(FTP), as the first free trade port established in China, Legislative competence should also have more choices than China Free Trade Pilot Zone. The essence of the construction of the legislative power of FTP is the interaction between the central authorization and the local legislation, and the central authorization legislation is the source of the legitimacy of the local legislative power. The legislative power of FTP is carried forward in parallel with the local legislation authorized by the central government through the local model of central legislation. The local model of central legislation will make the policy experiment ruled by law through major reform, which is embodied in the first test right of local experiment and the formulation of the Hainan Free Trade Port Law(FTPL) through the creative legislative power during the period of “Central and local cooperation”. The local legislation authorized by the central government is the legislative power of Hainan to make laws and regulations on some matters of central ownership according to the local legislative power, especially the special local legislative power, especially the legislative power of the free trade port established by the FTPL, which will expand the local legislative power of the FTP.

Keywords: authorized legislation; the central-local relation; local legislative power; Hainan Free Trade Port Law; free trade port regulations

(责任编辑：马莹 山草)