

海南自由贸易港法规制定的原则遵循

姚建宗,何坤

(海南大学法学院,海口 570100)

摘要:海南自由贸易港立法权作为地方变通立法的一个独特类型,其行使过程面临着如何平衡制度创新和法制统一等难题,需要以立法原则为导向构筑起海南自由贸易港立法的规范体系。制定海南自由贸易港法规,必须始终遵循法治原则、合理原则、节制原则和科学原则。法治原则从立法事权的界分、立法变通的限度以及立法程序三个方面对海南自由贸易港立法权施加合法性控制;合理原则从海南自由贸易港法规的功能定位、体系定位以及内容妥当性出发对海南自由贸易港立法权施加约束;节制原则通过塑造立法者的节制理念以避免海南自由贸易港立法权运用的滥用;科学原则要求海南自由贸易港立法符合世界自由贸易港建设的规律并能有效实现预期目标。通过对诸项立法原则展开,可以明确海南自由贸易港立法权行使的界限。

关键词:海南自由贸易港法规;立法权;立法原则

中图分类号: D920.0

文献标志码: A

文章编号: 1009-1971(2023)03-0042-09

DOI:10.16822/j.cnki.hitskb.2023.03.007

建设法治化、国际化、便利化的海南自由贸易港,理所当然地必须加强海南自由贸易港法律法规体系建设。对此,《海南自由贸易港建设总体方案》(以下简称《总体方案》)明确提出要建立以海南自由贸易港法为基础、以地方性法规和商事纠纷解决机制为重要组成部分的自由贸易港法治体系。《海南自由贸易港法》是一部在海南自由贸易港法律法规体系中起龙头作用、具有统领性质的法律,其功能定位在于构建起海南自由贸易港建设法治保障的“四梁八柱”^[1]。随着《海南自由贸易港法》的公布实施,中央对海南“给予充分法律授权”的使命基本完成。在此背景下,完善海南自由贸易港法规体系要求加强自由贸易港法规的立法工作,尽可能地妥当立法,并努力制定良法,为此,海南自由贸易港立法必须将法治原则、合理原则、节制原则和科学原则作为基本立法原

则予以遵循。法治原则关乎海南自由贸易港立法权享有及其行使的合法性;合理原则是基于海南自由贸易港法规功能定位,关乎立法的恰当性;节制原则明确了海南自由贸易港立法的限度;科学原则保障海南自由贸易港法规内容的科学性。

一、法治原则

(一) 法治原则与海南自由贸易港立法权的规范化行使

1. 海南自由贸易港立法权及其特性

所谓海南自由贸易港立法权,就是海南省人大及其常委会根据《海南自由贸易港法》的规定创制海南自由贸易港法规的权力。对于海南自由贸易港立法权的认识需要从两个方面把握:在立法权来源方面,海南自由贸易港立法权的来源是《海南自由贸易港法》的授权,受权主体是海南省

收稿日期: 2023-01-04

基金项目: 海南省优秀人才团队“海南自由贸易港法律创新团队”(2021214)

作者简介: 姚建宗(1966—),男,四川通江人,教授,博士生导师,法学博士,从事法学理论研究;何坤(1993—),男,四川巴中人,博士研究生,从事法学理论研究。

人大及其常委会;在立法权限方面,海南省人大及其常委会可以在遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则的前提下,根据海南自由贸易港建设的具体情况和实际需要,就贸易、投资和相关管理活动制定自由贸易港法规。作为地方变通立法的一个具体类型,海南自由贸易港立法既可以对法律、行政法规加以变通,也可以在必要时超越地方立法权限对应由法律和行政法规规定的事项做出相应的创制性立法。可见,海南自由贸易港立法权的特性就在于其创制性和宽泛的变通性,立法变通可谓是自由贸易港法规的“魂”,承载着自由贸易港法规的精神和价值内涵^[2]。中央立法的授权乃是基于海南自由贸易港建设实用考量,目的在于激活海南自由贸易港立法的创制性,有其必要性和现实合理性,也与《总体方案》确定的“赋予海南更大改革自主权”和“给予充分法律授权”这一政治决断相吻合,授权结果是海南自由贸易港将成为“法律特区”^[3]。

2.以法治原则规范海南自由贸易港立法权的必要性

海南自由贸易港立法权的创制性和宽泛变通性可能产生一定的负面效应,这体现在宽泛的变通权隐藏着破坏法治原则、破坏法制统一的弊病。“这种从规范层面公然允许地方立法抵触中央立法,这严重破坏了法制统一原则,必将严重伤害法律的安定和权威。”^[4]因此,运用法治原则对海南自由贸易港立法权加以规范就显得尤为重要。

立法的法治原则,也可称之为合法性原则。一般认为,立法的法治原则基本要求是一切立法权的存在和行使都应该有法律依据,立法主体的行为应当以法为规范,行使法定职权,履行法定职责^[5]。该原则为立法权及其行使至少提出三方面要求:一是立法权享有的合法性,法定机关在法定权限内才享有相应的立法权;二是立法权行使的合法性,任何立法机关在进行立法活动时,均须在职权范围内严格依照法定程序进行;三是立法应该维护法制统一,这要求在法体系内部,不同法律部门间要相互补充与配合,避免立法重复。同时,法制统一作为宪法原则,它向立法者发布了权衡命令,这意味着法制统一原则并非对任何变通都加以禁止,而是要求变通须符合比例原则。

(二)以法治原则规范海南自由贸易港立法权的操作分析

1.立法事项合法性规则

其一,中央事权与海南自由贸易港事权依法界分。中央和地方之间进行合理的事权划分是国际自由贸易港建设的一条普遍经验^[6]。一方面,二者权力边界不清必将束缚自由贸易港制度创新空间,使其难以有飞跃式发展。总结中国自贸区建设的经验教训可以发现,“中央及地方涉自贸区法律事权不明晰使得即使中央放权但缺乏法律明确授权,地方立法不敢管、不能管现象突出”^[7]。另一方面,如果地方立法逾越二者间的界限,则会违反立法的法治原则。

海南自由贸易港建设要做到对标国际规则,就需要相关制度的变通,这里的变通对象是中央立法,这表明变通事项原本属于中央事权的范畴。《海南自由贸易港法》为界分中央事权与地方事权提供了合法依据,《海南自由贸易港法》赋予了海南自由贸易港创制性立法权,但同样根据该法的规定,许多具体事项的权限仍未完全对海南自由贸易港放开,无法由海南省地方单独决定。换言之,作为国家层面的立法,其落实主体不仅包括海南,还包括与自由贸易港建设有关的中央相关部门,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款等条款均规定所涉及的事项由国务院相关部门与海南省共同制定^①。

其二,“相关管理活动”立法权的依法行使。《海南自由贸易港法》第10条在规规定海南自由贸易港的立法权限时,将其表达为“就贸易、投资及相关管理活动制定法规”。其中,“贸易”“投资”都是相对确定的概念,内涵外延清晰,而“相关管理活动”则是不确定性概念。对这一不确定性概念的理解将直接关系到自由贸易港立法权的范围。冠以“海南自由贸易港”之名的法规若能纳入“相关管理活动”范畴,那么其制定便有合法根据,否则属于违法立法,违背立法的法治原则。

对“相关管理活动”的解释要遵循法解释的一般原理,做到与“贸易”“投资”等事项同质化理解。立法表达中使用“相关管理活动”这一不确定性概念的初衷是鉴于海南自由贸易港建设仍处

^①参见《中华人民共和国海南自由贸易港法》第13条第2款:前款规定的清单,由国务院商务主管部门会同国务院有关部门和海南省制定。第14条第3款: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由国务院有关部门会同海南省制定。第17条第2款:海南自由贸易港跨境服务贸易负面清单由国务院商务主管部门会同国务院有关部门和海南省制定。

在探索期,未来的走向依旧不清晰,因此基于立法技术上的考虑使用了模糊性词汇,其功能在于对海南自由贸易港立法权的范围进行兜底性的规定,这和法条中的兜底性条款的功能是一样的。因此,对于这一概念的解释亦和兜底性条款一样,须遵循同质化解释规则。而《海南自由贸易港法》第2条明确规定“海南自由贸易港建设和管理活动适用本法”。因此,必须将其限定为与自由贸易港有直接关系的管理活动,否则将混淆自由贸易港建设与一般社会管理活动的区别。更重要的原因在于,海南自由贸易港法规可以就法律或行政法规做变通规定,其中甚至包括法律保留事项。这项权力不应被过于扩大,否则海南省人大及其常委会可根据此条的授权对《立法法》第8条涉及的国家基本制度做出大量的异于国家法律的安排,其后果是不当地损害国家法制统一,违反了立法法治原则的内在要求。

2. 立法变通合法性规则

《海南自由贸易港法》的授权基本属于“空白授权”,这就使得海南自由贸易港立法在享有宽泛的变通权时受到的规制却非常有限。同属于变通立法产物的经济特区法规便因其变通导致对法制统一的破坏而遭受合法性与正当性的质疑,尤其是在经济特区变通立法涉嫌违背法律和行政法规的基本原则或者这种立法本身的合理性有争议时,更是会引发社会的强烈关注^[8]。立法变通的合法性关系到海南自由贸易港法规内容的实质合法性,在行使海南自由贸易港立法权过程中应认真对待这一规则。立法变通的合法性规则为海南自由贸易港变通立法权的行使提出如下要求:

其一,海南自由贸易港变通立法的底线是遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则。虽然《海南自由贸易港法》第10条第2款仅规定了“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”,但结合该条第1款的规定,可知海南自由贸易港法规必须遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则。因此,在进行变通立法时,亦应遵循这一底线。况且,自由贸易港立法变通权与经济特区立法变通权性质相同,对经济特区立法变通权的限制便明确了前述要求,因此自由贸易港变通立法时遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则也就是无须质疑的。

其二,对于《海南自由贸易港法》的规定不能进行变通。该法是海南自由贸易港的“基本法”,

其在海南自由贸易港法治建设中具有基础地位。海南自由贸易港的法律制度安排均需以其为根据,并且海南自由贸易港的立法变通权是由《海南自由贸易港法》授予的,因此对于《海南自由贸易港法》的规定不能进行任何变通。

其三,前述两项要求所要达致的终极目标是确保不过度偏离法制统一原则,那么,又该如何判断海南自由贸易港法规的实质内容没有过度偏离法制统一原则呢?从学理上讲,原则适用的典型方式是权衡,权衡过程又必须严格遵循比例原则,因此,只要这种轻微的偏离是符合比例原则的,就可以断定其内容的实质合法性。比例原则对于海南自由贸易港立法权的控制体现在立法变通手段的适当性、必要性,以及符合均衡性要求。具体而言,手段的适当性要求海南自由贸易港法规在变通中央立法时所采用的手段应当能促进变通所预设的目标之实现,如果某项变通规定经过实践检验并不能有效促进预设目标则为不适当;手段的必要性要求海南自由贸易港法规在确定实现变通的手段时,如果有多种手段可供选择,应该选择那些对法制统一背离最小的手段;均衡性原则涉及目标与目标的关系,为海南自由贸易港法规的制定植入均衡性原则旨在防止“为达成很小的改革目标而过度变通(显失均衡)”^[9]。海南自由贸易港法规扮演着先行先试的改革者形象,同时,作为地方立法的具体形式又受到法制统一原则的约束,因此其制定过程必然涉及“改革”与“法制统一”这两大目标间的权衡。这就为海南自由贸易港法规的制定者课予了较高的论证负担。立法者必须结合所处的社会背景对“改革”和“法制统一”这两大目标的抽象权重有准确认知,进而决定哪个原则应该得到优先遵循,例如,在“加快建设海南自由贸易港”^[10]的背景下,制定海南自由贸易港法规时可以考虑赋予“改革”以更大权重,但仍需兼顾与法制统一间的均衡。

3. 程序控制规则

《海南自由贸易港法》第10条就海南自由贸易港法规的备案和批准程序作了明确的规定,这其实是中央通过立法的方式对海南自由贸易港立法权施加的程序控制规则,以有效把控变通立法权所可能产生的负面效应,确保海南自由贸易港立法权的依法行使。

海南自由贸易港法规的制定遵循备案及批准的程序控制具有重要意义。海南自由贸易港立法

权来源于中央通过立法的一揽子授权。毫无疑问,受权主体应该接受授权主体的监督,备案和批准程序首要功能便是实现中央对海南自由贸易港立法权依法行使状况的监督。除此之外,立法的法治原则要求立法应尽可能地维护法制统一,这既是基于单一制国家体制的政治要求,又是基于法体系融贯性的法律要求;法制统一首要强调的是地方立法不能与中央立法相冲突,对于法制统一的判断最好是交给代表国家整体利益的中央机构。《海南自由贸易港法》通过设置向国务院和全国人大常委会的备案和批准程序,可有效防范海南自由贸易港法规破坏法制统一。

根据《海南自由贸易港法》的规定,海南自由贸易港法规对法律和行政法规做变通规定的,应该说明变通的情况和理由。同时,考虑到进行变通立法将是海南自由贸易港立法权运行的基本方式,海南自由贸易港法规备案和批准的重点内容便是对变通情况和理由进行详细的说明,因此在向国务院和全国人大常委会提交的备案和批准的法律文本中应该详细阐明有说服力的立法理由。

二、合理原则

(一) 合理原则对于海南自由贸易港立法的意义

法是理与力的结合^[11]。法治原则确保了海南自由贸易港立法的合法性,但其并不能解决立法是否合理的问题。赋予海南自由贸易港宽泛的立法权是基于效用性考虑,海南自由贸易港作为“全面深化改革和试验最高水平开放政策”的平台,与之伴随的是一系列制度改革与全新的制度安排,在“重大改革要于法有据”的理念下,制度改革与创新也就是法律创造的过程。因此,如果不对其进行一揽子法律授权,则必然束手束脚,难有成效。那么,海南自由贸易港立法过程中应该如何应用好这一立法权?这便是合理原则所关注的问题。思考这一问题时,应从海南自由贸易港法规的功能定位入手,一方面,海南自由贸易港法规应该能满足海南自由贸易港建设的需要,这要求海南省积极运用自由贸易港立法权进行法制创新;另一方面,在进行法制创新时需要注意的是,不同于一般地方性法规仅处理地方事务,海南自

由贸易港法规所关涉的事项并非纯粹海南地方事务。具体表现为:作为“自由贸易港”的法规,它必须处理好与国际规则的关系;作为试验性立法,它必须处理好地方差异性与可复制推广性间的关系;作为地方变通性立法,它必须处理好与中央级法律法规的协调关系。除此之外,海南自由贸易港属于改革试验中地方“先行先试”的一个样本,因此其还承担着协调改革试验与法治关系的功能,需要将海南自由贸易港法规纳入国家法律体系做通盘考虑,这意味着作为改革性立法,它必须处理好法律稳定与改革突破间的关系。

(二) 合理原则在海南自由贸易港立法中的展开

1. 功能定位合理

海南自由贸易港法律法规体系由中央立法和海南自由贸易港立法共同构成,这里的中央立法指的便是《海南自由贸易港法》,该法是框架性的,对于自由贸易港建设是不完备的。与此同时,由于海南自由贸易港建设需就财税、海关、金融、外贸等中央事权做出不同安排,一般地方立法、经济特区立法已经很难胜任。《海南自由贸易港法》第10条授予自由贸易港“一揽子”的立法权,与一般地方立法权、经济特区立法权相比,其创制性立法色彩明显,更适用于自由贸易港建设的需要,更能满足自由贸易港建设的法治需求。海南自由贸易港在获得中央授权后,必须运用好自由贸易港立法权进行创制性立法。

2. 体系定位恰当

从央地关系的视角分析,海南自由贸易港立法亦属于地方性立法的范畴。一般认为,地方特色是地方立法的永恒主题^[12]。海南自由贸易港法规是否局限于体现海南地方特色?在笔者看来,建设海南自由贸易港并非海南省地方事务,而是中国打造改革开放新高地,参与全球贸易新途径。自贸区和自由贸易港间的差异不是根本性的,在国内众多自由贸易区中,只有海南由自由贸易区升级为自由贸易港是因为考虑到海南独特的地理位置和良好的经济特区基础等,这表明海南自由贸易港建设实际上遵循了一贯的地方先行先试的改革基本经验^①。这说明海南自由贸易港建设并不仅仅是海南省的地

^①对于海南自贸港法治是否在国家整体法治中扮演着这一角色,学界有不同的认识。肯定者认为,其是一贯的“地方先行先试”立法实践。否定者则认为,其目标仅是创造税收洼地,它的功能不在于向其他地区输出可复制、可推广的经验,而是吸引全世界的货物、资金、人才汇集于此,形成“磁场”效应。肯定与否定观点可分别参见王建学、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》,载于《经贸法律评论》2021年第4期,第1-15页;胡加祥《我国自由贸易港建设立法模式研究》,载于《法治研究》2021年第3期,第152-160页。

方性事务,更具有全国性意义。因此,自由贸易港法规的功能并非仅仅致力于体现海南特色,还要积累可供全国推广的经验,以促进涉自由贸易港(区)法规的整体完善。当然,地方先行先试的过程是地方积极性和创造性发挥的过程。此过程必然伴随着制度安排上的差异性和特殊性,但当地方经验上升到国家层面予以推广后,差异性和特殊性则被普遍性和一致性所取代^[13]。这就要求海南自由贸易港法规要妥善处理地方性和普遍性之间的关系,才符合自由贸易港法规的功能定位,才具备合理性。

3. 内容的妥当性

海南自由贸易港的建设具有国际面向。国际化始终是自由贸易港的主题,法律规则的国际化是自由贸易港制度的核心特征。因此,自由贸易港法律制度的设计需要统筹国内与国际两个方面:自由贸易港建设属于一国之内事务;自由贸易港的国际属性决定了自由贸易港各项制度设计需要注意与国际规则对标。恰如有学者所言,自由贸易港制度的核心特征是本国法律规则的国际化,由此,一国在进行自由贸易港法律创造的过程中特别需要明确其自由贸易港在国际法中的具体定位,以此保证与当前国际法体系的契合,从而体现其自由贸易港法律的“国际合规性”^[14]。

(三) 海南自由贸易港立法合理原则的实现

海南自由贸易港法规是海南自由贸易港法律法规体系的基本构成,自由贸易港建设离不开法制的创新。制度创新的目的在于解决实际问题、满足实际需要,因此海南自由贸易港法规是否合理就要看其是否匹配海南自由贸易港建设的需要。从宏观上讲,海南自由贸易港的法制创新必须匹配海南自由贸易港的功能定位,《总体方案》对海南自由贸易港的规划是打造“全面深化改革开放试验区、国家生态文明试验区、国家重大战略服务保障区、国际旅游消费中心”,这就要求用好海南自由贸易港立法权,围绕着《总体方案》的规划,努力配套相应的法规集群。从中观层面分析,国外自由贸易港建设的成功经验表明,自由贸易港建设要遵循法治先行的原则,因此要紧紧密结合海南自由贸易港建设进程,制定海南自由贸易港法配套法规专项规划,有序推进相应立法^①,加强对重点领域的立法,尤其是与自由贸易港建设直

接相关的贸易、投资、税务、金融等方面的立法。从微观层面分析,《海南自由贸易港法》的原则性规定如何在海南自由贸易港落实,各项制度具体该如何执行,均需要海南自由贸易港法规作出细化的规定,构造可操作的法规体系。

海南自由贸易港立法权可以对中央立法进行宽泛的变通,这使得海南自由贸易港法规规定的诸多内容构成了国家现行法律法规的“例外”事项。将合理性要求融入变通立法,则意味着立法者应该尽可能地协调好海南自由贸易港特殊制度与国家普遍制度间的关系。除此之外,海南自由贸易港立法的变通对应的是中央立法,此种变通是为了适应具有国家或者中央层级属性的自由贸易港建设的需要,而非仅仅是海南省地方建设的需要,因此立法的地方特色不是自由贸易港法规所要考虑的问题。相反,海南自由贸易港法规应该重视与国际规则对标,这就要求自由贸易港法规的制定者在立法过程中转变立法理念,树立国际合规意识,在恪守底线的前提下,积极借鉴国际经验。

三、节制原则

(一) 海南自由贸易港法规节制的意义

节制,既是立法者的美德,也是立法本身的美德。立法不节制的后果是立法数量迅速膨胀,立法碎片化,忽视立法的普遍性,呈现出“一事一议”的个别化倾向。数量膨胀的同时,立法质量亦堪忧,抄袭立法、重复立法现象较为突出^[15]。为此,需要立法者回归立法的节制美德。海南自由贸易港法规的创设亦应遵循节制原则。如果说海南自由贸易港立法权的依法行使施加的是外在的硬性约束,那么,节制则为海南自由贸易港法规的创制者施加了内在的德性约束。

按照《总体方案》的规划,海南自由贸易港法规体系的建设呈现出明显的阶段性,到2025年自由贸易港建设的法律法规逐步完善,到2035年法律法规体系更加健全。在不同阶段,海南自由贸易港法治需求有所不同,这就要求海南自由贸易港法规制定要有适当的节奏,根据立法需求的紧迫程度来确定不同阶段的立法任务和重点,科学有序地推进海南自由贸易港法规体系的建设。节制原则要求海南自由贸易港立法应分清轻重缓急,应首先通过地方立法搭建起海南自由贸易港

^①《海南省法治政府建设实施方案(2021—2025年)》。

法规体系的基本框架,而对于那些有国内国际影响的敏感立法事项,要适时推进,不能操之过急^[16]。节制原则还要求海南自由贸易港法规的创制要做到快慢适宜,在厘清立法重点的基础上做到立法的循序渐进,要编制与《总体方案》确定的节点相匹配的立法规划,合理分配配套法规的制定时间,准确把握立法时机,既要避免前期一拥而上,又要避免后期突击立法。海南自由贸易港法规的创制坚持节制原则也是基于自由贸易港法规基本属性的必要思考。海南自由贸易港立法权来源于中央立法的授权,这要求海南自由贸易港法规创制要保持节制,不能违背《总体方案》确定的指导思想,不能逾越《海南自由贸易港法》授权立法的目的,不应一味地以海南自由贸易港建设需要的名义扩张立法权。

海南自由贸易港法规的创制坚持节制原则具有重要的意义。我们对自由贸易港的功能定位是对标世界高水平开放形态,国外发达国家自由贸易港法治建设都以税收优惠、减少行政干预、提高区域竞争力作为立法基本原则,其目的在于确保自由贸易港内的高度“自由”^①。“自由”的法治保障一方面体现在自由贸易港法规的实质内容上,另一方面体现为他们在构建自由贸易港的法律法规体系时,并不是无节制地编织“恢恢法网”,而是保持相当的理性克制,注重规则的明确性与稳定性。

(二) 海南自由贸易港法规创制节制原则的实现

海南自由贸易港法规创制节制原则的实现需要从多方面入手,这首先要要求自由贸易港法规的创设者树立起节制的理念,并在此理念下处理好自由贸易港立法的阶段性问题,同时要树立良法善治思维,以自由贸易港法规的良性促进自由贸易港的善治,还需要运用体系思维,将自由贸易港法规纳入海南省级地方法规体系考察,妥善处理与经济特区法规、一般地方性法规的横向关系。

其一,海南自由贸易港法规的创制坚持节制原则要求相关立法者要树立起立法节制的基本理念,创设自由贸易港法规须考虑其必要性。必要性考虑包括:是否有必要启动立法,这要求立法者破除法律万能论,不要一味地追求立法数量以彰显政绩;是否有必要创设某项具体的自由贸易港法规,如果现行有效的海南经济特区法规、海南省

级地方性法规已经对相关事项作出了规定,那么无须再启动自由贸易港法规的制定工作。

海南自由贸易港法规创制节制原则的实现还要贯彻良法善治理念。一方面,立法前深度调研和立法时广泛征求社会各界的意见和建议以提升立法质量;另一方面,要善于运用现有之法实现有效管理,避免因管理水平低下而引发的立法冲动。海南自由贸易港法规节制的实现还要求注意自由贸易港法规创设的阶段性,要循序渐进立法,不能指望自由贸易港立法一蹴而就,一劳永逸,要合理地确定每一阶段的立法需求,以做到“按需立法”^[17]。例如,鉴于营商环境对于海南自由贸易港建设的重要性,当前立法重点应从两方面着手:一是通过经济法规的制定推动投资和贸易便利化,二是通过行政法规的制定推动监管执法规范化。

海南自由贸易港法规创制节制原则的实现要处理好制度集成创新与法制统一的关系,作为“境内关外”的独特区域,自由贸易港建设需要在区内作出不同的制度安排,这便需要制度的集成创新。在海南自由贸易港建设法治论坛上,“创新”成为频次最高的词语。有学者认为,《海南自由贸易港法》“授权法”特点突出,未来海南自由贸易港要充分运用“授权法”优势,加大改革创新力度^[18]。在法治时代,制度创新实际上就是立法创新。立法创新的前提是海南自由贸易港在贸易、投资、税务、金融等领域享有更大事权。但事权的扩张也可能加剧对法制统一的破坏,为了将这一可能风险降到最低,在海南自由贸易港立法过程中,除遵循中央事权与自由贸易港事权依法界分之外,还需恪守节制原则。

其二,海南自由贸易港法规创制节制原则的实现需要处理好与海南经济特区法规、一般地方性法规之间的关系。《海南自由贸易港法》公布生效后,海南省地方性法规体系便扩张为三种,即一般地方性法规、经济特区法规、自由贸易港法规。海南自由贸易港法规创制节制原则的实现首先要厘清这三类法规所负担的不同任务。海南一般地方性法规服务于海南省各项管理活动,海南经济特区法规服务于海南经济特区建设,海南自由贸易港法规对与自由贸易港建设有关的各种活

^①通过对世界主要自由贸易港的归类 and 梳理,可以发现几类自由贸易港存在一些共性,它们都是运用一系列自由港政策来保证港内的贸易自由、金融自由、投资自由、运输自由及人员自由。参见蓝庆新、韩萌、马蕊《从国际自由贸易港发展经验看我国自由贸易港建设》载于《管理现代化》2019年第2期,第35-39页。

动作出规定。这就要求在区分三类地方性法规的基础上厘清其界线,对于那些冠名为《海南自由贸易港某某条例》的法规应该真正处理自由贸易港事务,对那些不专门对自由贸易港事务作出规定的《条例》冠之以“自由贸易港”之名,将导致名实不符。混同三种地方性法规,是立法不节制的表现,名不符实也意味着自由贸易港立法权根本没有得到较好的运用,是立法平庸的表现。

其三,启动海南自由贸易港立法的缘由是满足自由贸易港建设的法治需要,弥补自由贸易港建设的法治短板基本途径有两个:一个是通过创立新法的途径,另一个是通过“调法调规”的途径。这是因为《海南自由贸易港法》虽然为自由贸易港建设提供基础性法治保障,但它并非涵盖自由贸易港建设的方方面面,为满足自由贸易港法治需求亦要注重对调法调规的运用。调法调规包括暂停实施相关立法以及调整实施相关立法(例如市场准入标准的放宽、税率标准的调整等)这些事项并不能由海南省单方面决定,为此,一方面,海南省人大、海南省政府应根据海南自由贸易港建设的需要积极向全国人大、国务院争取;另一方面,海南省应该简化调法调规工作程序以切实解决调法调规程序繁琐、周期过长的问题^[19]。创立新法与调法调规的并行模式契合立法节制理念。立法节制要求克制立法冲动,对于能通过调法调规解决的事项,不应启动新立法动议。

四、科学原则

(一) 科学立法的基本内涵

立法应坚持科学原则已经成为理论与实践共识,立法的科学性直接决定所立之法能否满足现实的需求。一般认为,中国《立法法》第6条的规定是对科学立法原则的表达。《立法法》第6条对科学原则的界定首先突出的是它的合规律属性,对于“合规律性”应该做多方面的理解。首先指的是立法反映和体现其调整对象的客观规律。实践活动的一般原理告诉我们,对于规律只能服从与利用,也只有服从与利用,才能达到活动的预期目的,这要求立法者要对法规所调整和规范的社会行为和社会关系有深刻的认识和把握。合规律性还意味着要合乎法律体系的内在规律,如法

律的位阶关系,法律的形式理性等内在规律^[20]。与此同时,《立法法》对科学原则的界定也强调其合目的属性,要求立法适应社会经济发展,并且明确、具体,具有针对性与操作性。这是因为立法是有特定目的的改造社会生活世界的活动,它不仅简单地反映社会关系,更积极地介入与调整相应的社会关系,法律规范不过是实现这些目的之手段,科学的立法要求法律规范能最大限度地实现立法目的。因此,对于某项立法能否有效实现预期目标亦应纳入科学属性的考察范围。总之,立法活动中的“科学”分享着基于事实的“合规律性”和基于效用的“合目的性”这两重意义^[21]。

从科学立法的科学属性出发,可以推出一系列科学立法标准。从“合规律性”出发,科学立法要求立法者必须掌握所欲调整的社会行为和社会关系的客观规律,强调立法是基于对现实状况的真实反映而不是基于立法者的主观臆测,据此可以推出客观性、真实性、规律性等在内的一系列标准。从“合目的性”出发,科学立法要求所立之法以最佳的方式实现立法目的,强调的是法律规范本身的工具理性,据此可以推出权利/义务、权力/责任配置的合理性、合逻辑性(概念的统一性、无矛盾性、体系的协调与融贯)、语言明确性、可执行性、理由充足性等一系列标准^①。

(二) 海南自由贸易港立法“科学”的标准与要求

1. 合规律性标准:反映和体现“自由贸易港”的世界共性与海南个性

自由贸易港是设在一国(地区)境内关外、货物资金人员进出自由、绝大多数商品免征关税的特定区域。不同的自由贸易港虽然在功能定位、治理模式上各有特色,但一条共同的经验就是:“科学立法与法治化、国际化营商环境是其成功的关键。”^[22]自由贸易港立法必须反映和体现自由贸易港建设的内在规律。“内在规律”区分为两类:国际自由贸易港建设共通规律和海南自由贸易港建设个殊规律。这也符合《总体方案》确定的自由贸易港建设基本原则:既要积极借鉴国际经验,又要符合海南定位、体现中国特色。

从共通性出发,充分的自由是自由贸易港的共同特征,自由包括两个维度:一是市场作用的充

^①对于科学立法标准的探讨,可以参见刘松山《科学立法的八个标准》载于《中共杭州市委党校学报》2015年第5期,第80-89页;冯玉军、王柏荣《科学立法的科学性标准探析》载于《中国人民大学学报》2014年第1期,第92-98页。

分发挥,具体表现为贸易便利化、投资自由化、金融国际化等;二是政府尽量少干预,在政府的整体监管、海关监管等领域保持必要的克制。例如,香港自由贸易港践行一贯的“小政府、大市场”模式,政府在管理规范的前提下尽量做到高效简洁。迪拜自由贸易港,政府除主动提供咨询服务,协助企业获得廉价融资外,还主动让渡一部分行政权力^[23]。一方面,自由贸易港建设的共通性要求海南自由贸易港立法反映和体现“自由”这一自由贸易港建设共通的规律,注意贸易便利化、投资自由化、人员和资金自由有序流动等方面的法律规则的国际化^[24];另一方面,“自由”要求自由贸易港法规对权力—权利的配置做到规范且克制。海南自由贸易港法规应积极借鉴国际自由贸易港治理经验,以权力配置条款的明确性加快推动自由贸易港区内政府职能转变,以程序条款的设置强化行政执行的透明性,并在港区内确立与维护竞争中立政策,激发市场活力,重视投资者利益的保护,稳定国际投资者信心。

从个性出发,海南自由贸易港立法还应反映和体现个性,其必须符合海南自由贸易港的科学定位。一般来说,世界上不同自由贸易港在功能定位上存在差异,例如,新加坡港与中国香港港定位为综合型自由贸易港,迪拜自由贸易港定位为工贸结合型自由港,鹿特丹港定位为物流型自由贸易港,开曼群岛及英属维尔京群岛则是典型的避税型自由贸易港^[25]。自由贸易港的功能定位决定了自由贸易港立法的特色,海南自由贸易港立法必须与其自由贸易港的科学定位相吻合。从正面分析,要以立法保障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的建设;从反面分析,对于自由贸易港建设过程中可能产生的风险的防控、可能产生的负面效应的化解均需要以立法方式加以规范。

2. 合目的性标准: 自由贸易港法规能以最有效的方式实现自由贸易港法治建设目标

海南自由贸易港法规作为一种地方立法形式,其初衷是应对地方对立法的需求,解决地方所面临的实际问题,为地方事务提供法律供给。因此,海南自由贸易港法规应做到具体,能有效地提供行为指引,这要求树立“宜细不宜粗”的观念,坚持“小切口”立法,避免法规的规定原则性与概括性过强,应结合海南自由贸易港建设的立法需求,在法定权限范围内将海南自由贸易港法规规

定的尽量细化与明确具体。海南自由贸易港法规的角色定位要求海南自由贸易港法规必须具有可操作性,否则无法为海南自由贸易港法规体系的完善提供有效供给。在根据法律授权并结合自由贸易港建设的实际需要进行创制性立法时,不应对上位法的规定进行简单的重复,而要对《海南自由贸易港法》的原则性与概括性规定予以细化、补充与完善。

海南自由贸易港法治体系建设的目标是要推动法治化、国际化、便利化的营商环境和公平统一高效的市场环境的形成,政企关系是衡量营商环境法治化的重要指标,这要求海南自由贸易港法规要处理好政府职权与企业活动的边界,反映到海南自由贸易港法规条文的具体规定上就是要注重权力、权利配置的明确性。一方面,明确性要求关涉政府职权的规定,应逐条列明,具体条款中应尽量使用具体性词汇,少用概括性词汇;应明确列举出政府可为领域的正面清单,尽量避免设置过多兜底条款。另一方面,海南自由贸易港法规应通过企业负面清单模式对禁入领域作出清晰的规定,赋予企业广泛的活动自由。

结 语

完备的海南自由贸易港法规是构建海南自由贸易港法治体系的基础。海南自由贸易港法规制定工作尚处于起步阶段。通过对海南自由贸易港法规立法基本原则的探讨,为解决海南自由贸易港立法的前置性、基础性问题提供理论参考。合理确定海南自由贸易港立法应遵循的基本原则,必将有助于落实中央关于海南自由贸易港立法的指导思想,有助于明确海南自由贸易港立法目的,并为立法进程和操作模式的确定提供指南,助力《海南自由贸易港法》原则性的规定在海南自由贸易港内通过海南自由贸易港法规的形式落地。海南自由贸易港立法应遵循的原则是海南自由贸易港立法的基本准则和准绳,对于确保立法活动的合法合理及内容良善,对于建设法治化、国际化、便利化的海南自由贸易港具有重要意义。

参考文献:

- [1] 沈春耀. 关于《中华人民共和国海南自由贸易港法(草案)》的说明——2020年12月22日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议上[Z]. 中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报, 2021, 352(5): 969-972.

- [2] 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): 6.
- [3] 季卫东. 金融改革与“法律特区”——关于上海自贸区研究的一点刍议[J]. 东方法学, 2014(1): 86-91.
- [4] 庞凌. 关于经济特区授权立法变通权规定的思考[J]. 学习与探索, 2015(1): 75.
- [5] 周旺生. 论中国立法原则的法律化、制度化[J]. 法学论坛, 2003(3): 29-36.
- [6] 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): 22.
- [7] 叶洋恋. 央地关系视域下的中国自贸区制度法治化建设: 困境、障碍和完善进路[J]. 河北法学, 2021, 39(4): 133.
- [8] 黄金荣. 大湾区建设背景下经济特区立法变通权的行使[J]. 法律适用, 2019(21): 71.
- [9] 王建学. 改革型地方立法变通机制的反思与重构[J]. 法学研究, 2022(2): 47.
- [10] 习近平. 高举中国特色社会主义伟大旗帜, 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[M]. 北京: 人民出版社, 2022: 33.
- [11] 孙国华, 许旭. 法是“理”与“力”的结合[J]. 法学家, 2001(3): 30-36.
- [12] 石佑启. 论地方特色: 地方立法的永恒主题[J]. 学术研究, 2017(9): 45-53+177.
- [13] 王建学. 海南自由贸易港法制定思路的学理阐释[J]. 天津大学学报(社会科学版), 2021(4): 321.
- [14] 范健, 徐璟航. 论自由贸易港制度的法律属性——兼论“中国海南自由贸易港法”创制的本土化与国际化[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2019(6): 47.
- [15] 王春业. 论立法权扩容背景下地方立法的节制[J]. 法学论坛, 2018, 33(1): 100-102.
- [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): 81.
- [17] 胡加祥. 我国自由贸易港建设立法模式研究[J]. 法治研究, 2021(3): 159.
- [18] 王培琳, 周晓梦, 邓瑜. 用足用好立法权 打造营商环境[N]. 海南日报, 2021-11-02(A6).
- [19] 海南省人民代表大会常务委员会工作报告——2021年1月26日在海南省第六届人民代表大会第四次会议上[N]. 海南日报, 2021-02-02(A4).
- [20] 刘松山. 科学立法的八个标准[J]. 中共杭州市委党校学报, 2015(5): 82.
- [21] 裴洪辉. 合规律性与合目的性: 科学立法原则的法理基础[J]. 政治与法律, 2018(10): 63-64.
- [22] 张丽娜, 王崇敏. 海南自由贸易港法制建设研究[M]. 北京: 法制出版社, 2021: 19.
- [23] 朱孟楠, 陈冲, 朱慧君. 从自贸区迈向自由贸易港: 国际比较与中国的选择——兼析厦门自由贸易港建设[J]. 金融论坛, 2018(5): 8.
- [24] 郑先红, 马志毅, 王思行. 海南自由贸易港法治建设现状、难点及对策建议[J]. 中国司法, 2020(1): 30-33.
- [25] 胡方. 国际典型自由贸易港的建设与发展经验梳理——以中国香港、新加坡、迪拜为例[J]. 人民论坛·学术前沿, 2019(22): 33-35.

The Principle of Formulating Regulations of Hainan Free Trade Port

YAO Jian-zong, HE Kun

(School of Law, Hainan University, Haikou 570100, China)

Abstract: As a unique type of local alternative legislation, the legislative power of Hainan free trade port has the risk of destroying the unity of the legal system in the process of its exercise. It is necessary to build a normative system of Hainan free trade port legislation guided by legislative principles. The formulation of regulations on Hainan Free Trade Port must always follow the principles of rule of law, rationality, moderation and science. The principle of rule of law controls the legislative power of Hainan Free Trade Port from three aspects: the division of legislative power, the limit of legislative flexibility and the legislative procedure. The principle of reasonableness imposes restrictions on the legislative power of Hainan Free Trade Port from the functional orientation, system positioning and content appropriateness of Hainan Free Trade Port regulations; The principle of legislative moderation prevents the abuse of the legislative power of Hainan free trade port by shaping the concept of restraint of legislators; The scientific principle requires that Hainan free trade port legislation conforms to the law of world free trade port construction and can effectively achieve the expected goals. Through the development of various legislative principles, the boundaries of the legislative power of Hainan Free Trade Port can be clarified.

Key words: Hainan free trade port laws and regulations; legislative power; principles of the rule of law

[责任编辑: 张莲英]