

## 国际法

# 论海南自由贸易港法规制定权及其行使

熊勇先

【摘要】作为一种新型的地方性立法权，海南自由贸易港法规制定权在行使范围、立法内容等方面具有自身特点，具有推进制度集成创新、高水平开放以及自贸港法律规体系体系建设等功能。虽然海南自由贸易港法规制定权行使范围限定为“贸易、投资及相关管理活动”，但是其属于概括性授权，可以对部分法律保留事项进行规定，具体范围的判断应围绕贸易投资自由便利为核心。为了充分发挥海南自由贸易港法规制定权的作用，在明确不同地方立法权行使范围和顺序的基础上，规范法规名称的表述，创新自贸港法规制定权的行使方式，以提升自贸港法规的立法质量和效率。

【关键词】海南自由贸易港法规制定权；地方立法权；海南自贸港立法权；海南自由贸易港法规

【中图分类号】D9 【文献标识码】A 【文章编号】1000-5072(2022)08-0054-11  
DOI: 10.11778/j.jnxb.20212164

## 一、问题的提出

海南自由贸易港(以下简称海南自贸港)是我国全面深化开放、建立开放型经济新体制以及支持经济全球化的重大战略，是具有中国特色的自由贸易港，其建设前所未有的独一无二，将会面临一系列风险挑战，而法治能为海南自贸港建设提供制度保障和规范指引，以确保海南自贸港的正确建设方向，因而海南自由贸易港应当注重法治建设，尤其是注重发挥立法的规范、引领和保障作用。此外，作为最高水平的开放形态，海南自贸港需要全方位推进改革创新，《海南自由贸易港建设总体方案》(以下简称《总体方案》)对海南自贸港建设中的各项改革措施作了系统规定<sup>①</sup>，而各项改革的推进，尤其是制度集成创新，需要明确的法律规范支撑，从而实现重大改革于法有据。为此，《总体方案》中明确提出要建立以海南自由贸易港法为基础的自由贸易港法治体系。

2021年6月10日，《海南自由贸易港法》正式颁布施行，为海南自贸港建设提供了基础性、原则性法治保障，实现了制度顶层设计的法治化，彰显了法治引领的发展道路。《海南自由贸易港法》是海南自贸港建设的基本法，对海南自贸港建设与发展的重大问题和基本制度进行了框架性、概括性规定，但是其未对海南自贸港建设涉及的事项和制度进行具体、系统的规定，因而难以全

作者简介：熊勇先，海南大学法学院。

① 参见《海南自由贸易港建设总体方案》(中发〔2020〕8号)。

面回应海南自贸港建设与发展的立法需求。根据《总体方案》的规定，地方性法规与商事纠纷解决机制是自由贸易港法治体系的重要构成。因此，在自由贸易港法治体系建设过程中，应当在《海南自由贸易港法》的基础上，充分发挥地方立法权的作用，不断健全海南自由贸易港地方法规体系，以提供有效的法规供给。

为了促进海南自贸港的建设与发展，在《立法法》和《全国人民代表大会关于建立海南经济特区的决议》赋予的地方立法权的基础上，《海南自由贸易港法》对海南省人大及其常委会再次进行了立法授权。根据《海南自由贸易港法》第十条之规定，海南省人大及其常委会享有制定海南自由贸易港法规(以下简称自贸港法规)的权力，且该项权力可以对中央立法事项进行规定<sup>①</sup>，这极大地丰富了海南自贸港地方立法体系，为满足海南自贸港立法需求提供了机制保障，并能促进自由贸易港法治体系的建设。作为全国人大常委会单独授予海南自贸港的一种立法权，自贸港法规制定权与其他地方立法权存在着明显的差异。目前，学界从授权立法角度分析了自贸港法规的性质及其与其他立法的衔接，并对自贸港法规制定权行使的风险防控与修改建议等内容进行了研究。<sup>②</sup>但是作为一种全新的立法权，自贸港法规制定权的权力属性研究有待进一步深入，也需要围绕其权力属性，对其行使范围与行使要求进行系统分析，从而明确其具体的行使规则。此外，海南省人大及其常委会享有三种不同类型的立法权，为了充分发挥各类立法权的作用，应当明确各类立法权的关系与界限，划定各类立法权的行使范围和行使顺序，从而促进海南自贸港地方法规体系的建设，为海南自贸港建设与发展提供规范支撑。

## 二、自贸港法规制定权是新型地方立法权

根据《海南自由贸易港法》的规定，自贸港法规制定权的产生是为了解决海南自贸港立法供给的不足，与海南省人大及其常委会享有的其他立法权相比，该种立法权在行使范围、立法权限以及适用范围等方面存在着明显的差异，是一种新型的地方立法权，可以将其为海南自贸港立法权<sup>③</sup>。受其产生背景以及权力属性的影响，其功能定位也具有自身明显的特征。

### (一) 海南自贸港立法需求与立法供给的矛盾

第一，海南自贸港特殊的立法需求。根据《总体方案》的规定，海南自贸港建设与发展的核心是以贸易投资自由化便利化为重点，建立与高水平对外开放相适应的自由贸易港政策制度体系。而自由贸易港制度的核心特征是本国法律规则的国际化，海南自贸港应当通过现代化的制度经验来实现对本土法律规则的国际趋同，以此探索在现有国际法框架下中国特色自由贸易港法律制度的创新。<sup>④</sup>为此，《总体方案》确立了借鉴国际经验的基本原则，对标国际经贸规则确立了“6+1+

<sup>①</sup> 参见《海南自由贸易港法》第十条第一款和第三款规定。

<sup>②</sup> 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》，《社会科学文摘》2021年第9期；谭波《海南自由贸易港法规的体系定位与衔接分析》，《重庆理工大学学报》(社会科学)2021年第5期；刘云亮《中国特色自由贸易港授权立法风险防控机制研究》，《海南大学学报》(人文社会科学版)2021年第5期；臧昊、梁亚荣《论海南自由贸易港立法权的创设》，《海南大学学报》(人文社会科学版)2021年第5期。

<sup>③</sup> 参见刘云亮《中国特色自由贸易港授权立法研究》，《政法论丛》2019年第3期；况昌勋《沈晓明在省委理论学习中心组(扩大)学习会上强调 深入学习贯彻海南自由贸易港法 建立完善海南自由贸易港法治体系》，《海南日报》，2021年6月20日，第1版。

<sup>④</sup> 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》，《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2019年第6期。

4”的政策制度体系<sup>①</sup>，对各项开放措施和制度创新进行了明确规定。由于构建海南自贸港政策制度体系涉及贸易、投资、金融、税收、出入境管理等诸多领域的改革，要实施与国际通行规则和先进制度相衔接的“一线放开、二线管住”以及特殊税收等制度，以主动适应国际经贸规则重构新趋势的要求，这势必会涉及现行法律规范的调整，尤其是法律和行政法规有关贸易、投资等制度规定的调整，进而产生了特殊的立法需求。

第二，现有立法供给存在的局限性。根据《立法法》的规定，海南自贸港立法需求供给包括中央立法供给与地方立法供给，但是上述立法供给方式均存在一定的局限性，从而为自贸港法规制定权的产生提供了空间。中央立法权可以从整体上对海南自贸港制度体系进行顶层设计和系统安排，明确海南自贸港各项制度的法律地位，协调海南自贸港特殊立法需求与中央立法之间的关系。但是中央立法任务的整体性与复杂性以及海南自贸港建设立法需求的多样性和时效性，决定了中央立法权难以为海南自贸港提供充分、及时的立法供给，因而国家选择了通过制定《海南自由贸易港法》的形式，对海南自贸港建设的基本框架和关键制度进行了概括性规定，并赋予更大的自主改革开放权限，以提供基础性、原则性法治保障。此外，《立法法》第十三条确立了改革试验授权<sup>②</sup>，但是其授权事项具有特定性，授权期限具有有限性，虽然其内容限于“暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定”，而海南自贸港需要对标国际经贸规则进行制度创新并确立与之相适应的法律规则，因而改革试验授权难以满足海南自贸港的立法需求。

虽然海南省人大及其常委会享有地方性法规制定权(以下简称一般地方立法权)和经济特区法规制定权(以下简称特区立法权)，但是根据《立法法》和《全国人民代表大会关于建立海南经济特区的决议》的规定，一般地方立法权的立法事项具有有限性，不能涉及法律保留事项，且不能与上位法相抵触。虽然特区立法权可以进行变通立法，但是其需要遵循法律、全国人大及其常委会有关决议以及行政法规的原则。因而，上述地方立法权无法突破《立法法》第八条的限制，导致在财税、投资、海关、金融等海南自贸港建设关键领域的制度创新缺乏足够的立法权限<sup>③</sup>，难以满足海南自贸港建设的立法需求。因此，在中央立法供给有限而地方立法供给又难以满足海南自贸港特殊立法需求的背景下，全国人大常委会通过《海南自由贸易港法》，采取普通授权的方式授予海南省人大及其常委会享有自贸港法规制定权，以满足海南自贸港的特殊立法需求。

## (二) 自贸港法规制定权的性质判断

第一，自贸港法规制定权是地方立法权。根据《宪法》和《立法法》的规定，我国立法权的配置采取了分权模式<sup>④</sup>，有中央立法和地方立法之分，两者的行使主体、调整对象与适用范围存在着差异性。根据《海南自由贸易港法》的规定，自贸港法规制定权是全国人大常委会通过法律专门授予的立法权，虽然该种立法权可以对授权主体专属立法事项进行规定，但是其行使主体仍然是海南省人大及其常委会，其行使需要结合海南自贸港建设的具体情况和实际需要，且自贸港法规的适用范围限于海南自贸港建设和管理活动，而海南自贸港的地理范围为海南岛全岛<sup>⑤</sup>。因此，虽然自

① 其中“6”是指贸易自由便利、投资自由便利、跨境资金流动自由便利、人员进出自由便利、运输来往自由便利和数据安全有序流动。“1”是指现代产业体系，而“4”是指税收制度、社会治理、法治制度和风险防控体系。参见《海南自由贸易港建设总体方案》(中发〔2020〕8号)。

② 杨登峰 《行政改革试验授权制度的法理分析》，《中国社会科学》2018年第9期。

③ 彭真明、王少祥 《论中国特色自由贸易港建设的立法创新》，《海南大学学报》(人文社会科学版)2020年第3期。

④ 江国华 《立法：理想与变革》，济南：山东人民出版社2007年版，第94页。

⑤ 参见《海南自由贸易港法》第二条。

自贸法规制定权可以对中央立法事项进行“代行使”<sup>①</sup>，但是其仍然是地方立法权，自贸港法规的性质仍然是地方性法规，从而回应了《总体方案》关于自由贸易港法治体系构成与建设的规定。

第二，自贸港法规制定权是新型立法权。自贸港法规制定权属于地方立法权，其与中央立法权具有本质上的差异。与海南省人大及其常委会享有的一般地方立法权和特区立法权相比，自贸港法规制定权在权力来源、行使范围、立法权限以及立法程序等方面也呈现出明显的差异，尤其是行使范围上的差异。具体而言，海南自贸港立法权来源于全国人大常委会的普通授权，其行使范围限于贸易、投资及相关管理活动，其制定的自贸港法规适用范围限于海南岛全岛，但是其可以对法律或者行政法规的规定作变通。此外，自贸港法规制定权可以涉及应当制定法律或者制定行政法规的事项，但是需要分别报全国人大常委会或者国务院批准后生效，这是海南自贸港立法权最明显的特征，也是一个全新的制度设计。<sup>②</sup> 因此，自贸港法规制定权是一种新型的立法权，而不是特区立法权的“升级版”。

### （三）自贸港法规制定权的功能定位

作为国家单独授予海南自贸港的一种新型地方立法权，自贸港法规制定权的功能定位也具有特殊性，这也是其作为新型地方立法权的重要体现。根据《中共中央国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》以及《总体方案》的规定，海南自贸港肩负着推进高水平开放以及建立开放型经济新体制等历史使命，以建设全球开放水平最高的特殊经济功能区。<sup>③</sup> 因此，受海南自贸港功能定位、立法需求以及立法权限等因素的影响，自贸港法规制定权的功能应当聚焦制度集成创新、推进更高水平开放以及自贸港法规体系建设。

第一，通过立法推进制度集成创新。作为我国建设当今世界最高水平开放形态的重要实验，海南自贸港建设需要全方位、大力度地推进制度集成创新。习近平总书记对海南自贸港建设作出的重要指示中明确指出，要把制度集成创新摆在突出位置，解放思想、大胆创新，成熟一项推出一项，行稳致远，久久为功。<sup>④</sup> 截至目前，海南自贸港已经推出了12批，共123项制度创新案例。<sup>⑤</sup> 而在制度集成创新过程中，必然会涉及现有体制机制以及法律规范的调整，以满足海南自贸港建设与发展的需求。但是根据《立法法》以及相关法律的规定，贸易投资自由化便利化等事关海南自贸港建设的核心领域和关键事项，均属于法律和行政法规调整的范畴，一般地方立法权和特区立法权均无法进行调整，进而可能产生制度集成创新的合法性困境。正是在此背景下，国家赋予了自贸港法规制定权。<sup>⑥</sup> 因此，自贸港法规制定权是国家赋予海南更大改革自主权的体现，以推进各项制度创新，破除海南自贸港建设过程中的体制机制障碍，因而其首要功能应当是围绕海南自贸港政策制度体系，推进制度集成创新，从而为各项改革措施提供规范支撑。

第二，通过立法推进高水平开放。海南自贸港是具有中国特色的自由贸易港，其建设与发展过程中，由于没有成功经验可资借鉴，可能会产生各类风险，包括贸易、投资、金融、数据流动、

① 谭波 《海南自由贸易港法规的体系定位与衔接分析》，《重庆理工大学学报》(社会科学) 2021年第5期。

② 凌广志、刘邓 《海南自由贸易港法：为什么立？有什么用》，《瞭望》2021年第29期。

③ 汪洋 《推动形成全面开放新格局》，《人民日报》，2017年11月10日，第4版。

④ 《习近平对海南自由贸易港建设作出重要指示强调 要把制度集成创新摆在突出位置 高质量高标准建设自由贸易港》，《人民日报》，2020年6月2日，第1版。

⑤ 梁振君 《海南发布第十三批7项制度创新案例》，《海南日报》，2021年7月6日，第1版。

⑥ 李磊、尤梦瑜 《确保海南自由贸易港建设在法治轨道上行稳致远——海南自由贸易港法新闻发布会答记者实录》，《海南日报》，2021年6月22日，第2版。

生态和公共卫生等领域的重大风险<sup>①</sup>。如果对相关风险未进行有效防控,会影响海南自贸港建设进程和开放程度。而法治能为海南自贸港建设提供规范指引和制度保障<sup>②</sup>,也能为自贸港建设过程中各类风险的防控提供规范基础。此外,海南自贸港对接国际经贸规则时,需要建立与之相适应的具有国际化的法律制度,以提供稳定的法律预期,而这也需要立法规范的支撑与保障。《海南自由贸易港法》受其立法定位、立法内容等限制,未对海南自贸港建设过程中的风险防控、适应国际规则以及借鉴国际经验等进行具体、明确的规定,中央立法权和其他地方立法权在满足自贸港立法需求时具有自身的局限性。因此,作为国家赋予更大改革自主权的体现,自贸港法规制定权应承担起上述职责,通过立法防控风险、对接国际经贸规则,健全和细化高水平开放制度,以不断推进海南自贸港建设过程中的高水平开放。

第三,推进自贸港法规体系建设。建设海南自贸港是我国全面深化改革的重要举措,要实现自贸港建设过程中的各项改革于法有据,就必须健全海南自贸港法律规范体系,从而为其提供规范的引领、支撑与保障。根据《总体方案》的规定,地方性法规在海南自贸港法治体系中具有重要的地位。《海南自由贸易港法》颁布施行以后,自贸港法律规范体系的建设应当聚焦地方性法规体系建设。虽然一般地方立法权、特区立法权以及自贸港立法权在自贸港法律规范体系建设过程中均发挥着重要作用,但是受立法权限以及立法内容等因素的限制,一般地方立法权和特区立法权在自贸港核心制度建设方面存在着局限性。而自贸港立法权既可以对法律、行政法规进行变通,也可以对应当由法律、行政法规规定的事项进行调整,可以突破法律保留的限制,因而应当充分发挥其在自贸港法规体系建设中的作用。因此,自贸港立法权应当根据《海南自由贸易港法》的规定,围绕“贸易、投资及相关管理活动”,对标国际经贸规则,积极发挥变通和创制功能,回应海南自贸港建设立法需求,不断完善海南自贸港法规体系。

### 三、自贸港法规制定权的行使范围

如前所述,自贸港法规制定权与其他地方立法权的主要差异体现在行使范围上,这是其作为新型地方立法权的重要特征。自贸港法规制定权行使范围划定了立法的事项范围,决定了自贸港立法权的权限范围。虽然其可以进行变通立法或者对法律、行政法规事项进行规定,但是也受自贸港法规制定权行使范围的限制,因而行使范围的确定是自贸港法规制定权行使的核心问题。

#### (一) 与其他地方立法权在行使范围上的差异

第一,与一般地方立法权的差异。根据《立法法》和《海南自由贸易港法》第十条的规定,在行使范围方面,自贸港立法权限于贸易、投资及相关管理活动,而一般地方立法权并无此限制。但是自贸港立法权可以开展创制性立法,就贸易、投资及相关管理活动对法律、行政法规进行变通规定,甚至可以对中央立法权涉及的事项进行规定,而地方立法权只能开展实施、执行性立法,且不能涉及法律保留事项。

第二,与特区立法权的差异。根据《立法法》第七十四条和全国人大的决议,特区立法权具有变通功能。虽然特区立法权的行使范围受到授权内容的限制,但是全国人大授权决议并未明确特区立法权的行使范围。有学者认为特区立法权主要涉及有关经济、贸易、商事方面的规定,一般

① 参见《海南自由贸易港建设总体方案》(中发〔2020〕8号)关于“(十一) 风险防控体系”的规定。

② 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》,《江汉大学学报》(社会科学版)2019年第1期。

不涉及民事、刑事及程序法等基本法律的变通。<sup>①</sup> 根据《立法法》第八条的规定,经济、贸易、商事等事项可能涉及法律保留事项,而特区立法权不能突破法律保留原则的限制,不能制定或创设涉及中央事项的规定。<sup>②</sup> 此外,根据《法规、司法解释备案审查工作办法》的规定,特区立法权如果涉及法律保留事项、依法不能变通的事项或者变通规定违背法律的基本原则<sup>③</sup>,均需要提出审查意见并可能导致特区法规的修改与废止。对于自贸港法规制定权而言,虽然其对法律、行政法规进行变通时也受到与特区立法权一样的限制,但是其可以涉及贸易、投资及相关管理领域内的中央立法事项,可以突破法律保留的限制。因此,就立法权的行使范围而言,特区立法权不能涉及法律保留事项,自贸港立法权的行使受到“贸易、投资及相关管理活动”的严格限制,但是其可以规定应依法制定法律或者行政法规的事项,可以突破法律保留原则的限制。

## (二) 自贸港法规制定权条款的规范解读

第一,自贸港法规制定权条款的内在逻辑。《海南自由贸易港法》第十条共有三款规范自贸港法规制定权,其中第一款确立了海南自贸港立法权并明确其行使范围和要求,而第二款和第三款则分别规定了备案程序、变通权以及对中央立法事项进行规定的程序,并未涉及具体的行使范围。在立法学中,如果条的内容需要进行分层次表述时应当设置款,而款具有相对独立性和完整性,每一款应当只表述一层意思,不同款的内容之间具有一定的逻辑关系,<sup>④</sup> 通常情况下各款之间呈现出一般与特殊、例外或者一般到具体的逻辑排列顺序。<sup>⑤</sup> 由于《海南自由贸易港法》第十条第一款已经明确自贸港法规只能就“贸易、投资及相关管理活动”进行立法,因而第二款和第三款关于变通权以及对中央立法事项进行规范的权力也应限于“贸易、投资及相关管理活动”,即第一款与第二款、第三款之间的逻辑关系是从一般到具体。由此可见,虽然自贸港法规制定权涉及三个层面,即一般规定、变通规定以及对中央立法事项的规定,但是其权力行使范围均应限于“贸易、投资及相关管理活动”,而不能涉及其他领域的立法事项。

第二,“贸易、投资及相关管理活动”的阐释。《海南自由贸易港法》第十条第一款明确海南自贸港立法权的行使范围限于“贸易、投资及相关管理活动”,而《海南自由贸易港法》第二章、第三章设专章分别对贸易自由便利以及投资自由便利进行了系统规定,其中贸易包括货物贸易和服务贸易,而投资则涉及外商投资准入、市场准入等内容,因此这两章规定的内容均属于自贸港法规制定权的行使范围。但是“相关管理活动”是一个不确定性法律概念,《海南自由贸易港法》并没有对其进行清晰、明确的界定。“相关管理活动”可以有不同的理解,可以将其限定为涉及贸易、投资的管理活动,也可以将其理解为海南自贸港建设过程中的管理活动,因为海南自由贸易港法草案说明中也未将其限定于贸易和投资领域。<sup>⑥</sup>

根据《海南自由贸易港法》第十条第一款的规定,“相关管理活动”应当限于贸易、投资的管理

<sup>①</sup> 许佩华 《经济特区立法研究》,北京:法律出版社2013年版,第21页。

<sup>②</sup> 参见黄金荣 《大湾区建设背景下经济特区立法变通权的行使》,《法律适用》2019年第21期;贺小勇 《海南自由贸易港法(草案)修改的七大建议》,《上海对外经贸大学学报》2021年第2期。

<sup>③</sup> 参见《法规、司法解释备案审查工作办法》第三十八条的规定。

<sup>④</sup> 参见邓世豹主编 《立法学:原理与技术》,广州:中山大学出版社2016年版,第306页;侯淑雯 《新编立法学》,北京:中国社会科学出版社2010年版,第158页。

<sup>⑤</sup> 参见杨临宏 《立法学:原理、制度与技术》,北京:中国社会科学出版社2016年版,第355页;魏海军主编 《立法概论》,沈阳:东北大学出版社2013年版,第493页。

<sup>⑥</sup> 参见沈春耀 《关于〈中华人民共和国海南自由贸易港法(草案)〉的说明》,中国人大网: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202106/589f495e276f4adb9092d6b6d951af58.shtml>,最后访问日期:2022年7月10日。

活动, 而不应将管理活动扩展到海南自贸港建设过程中的所有管理活动, 以聚焦于贸易投资自由便利化, 凸显海南自贸港立法权的地位与功能。需要指出的是, 贸易、投资相关管理活动的实施主体以及表现形式均具有多样性, 不仅包括海关、市场监管部门等实施的监管活动, 还包括税务、交通运输、出入境等部门实施的征税、货物运输管理、人员管理等监管活动。而《海南自由贸易港法》关于贸易、投资相关管理活动的规定, 不仅体现在第二章和第三章中, 如第二章关于海关监管、通关便利、跨境服务贸易负面清单的规定, 以及第三章关于清单管理、过程管理、信用监管以及公平竞争审查等规定, 还体现在其他相关章节中涉及与贸易、投资有关的管理活动, 如第四章规定的税收征管, 第五章规定的数据流动管理、运输往来管理以及出入境管理, 以及第六章规定的跨境资金流动管理、信用监管以及风险防控等方面。因此, 对于“贸易、投资及相关管理活动”的理解, 不应限于《海南自由贸易港法》第二章和第三章的规定, 还应当将其他章节中涉及贸易、投资以及与之相关的管理活动涵盖其中。

### (三) 自贸港法规制定权行使范围的理解

根据立法学理论, 授权立法根据授权事项是否确定为标准, 有概括授权和具体授权之分。<sup>①</sup> 虽然有学者认为我国目前授权地方立法范围过于宽泛, 应改变以前的一揽子授权方式, 变为一事一授权。<sup>②</sup> 由于贸易形态、投资活动的多样性, 贸易与投资涉及范围的广泛性, 以及贸易、投资管理的综合性与复杂性, 导致自贸港法规制定权行使范围的模糊性, 因而很难清晰地划定其行使范围。因此, 《海南自由贸易港法》关于制定自贸港法规的规定, 属于概括授权而不是具体授权, 从而赋予海南更大的改革自主权以推进高水平开放, 这也与国外相应的授权立法模式具有相似性, 如美国立法机关向对外贸易区委员会进行立法授权时, 其授权立法事项范围较为广泛, 赋予了委员会较为充分的授权立法空间和权限。<sup>③</sup>

其实, 《海南自由贸易港法》将自贸港法规制定权的行使范围限于贸易、投资及相关管理活动, 其立法目的是为了能够更好地推进贸易投资自由便利, 从而推进以贸易投资自由化便利化为重点、与高水平开放相适应的海南自贸港政策制度体系建设。此外, 根据海南自由贸易港法的草案说明, 海南自贸港法要重点围绕贸易投资自由化便利化这一中心任务, 着眼于基本框架和关键制度, 在提供必要制度供给的同时为改革发展预留空间。<sup>④</sup> 由此可见, 《海南自由贸易港法》以概括授权的方式, 将自贸港法规制定权的行使范围确定为“贸易、投资及相关管理活动”, 是为了明确和突出自贸港法规制定权的行使方向, 以更好地推进贸易投资自由化便利化。因此, 对自贸港法规制定权行使范围进行理解时, 应基于自贸港法规授权目的和海南自贸港建设需求, 全面、科学地把握“贸易、投资及相关管理活动”, 以促进贸易投资自由便利为指引, 将围绕贸易自由便利、投资自由便利的相关事项, 包括相关的经济活动和管理活动, 均纳入自贸港法规制定权的行使范围, 以充分发挥海南自贸港立法权的作用与功能。

虽然应当较宽泛地理解自贸港法规制定权的概括授权范围, 但是其行使范围仍应受到一定的限制。以《海南自由贸易港法》为例, 虽然“贸易、投资及相关管理活动”会涉及财税制度、产业发展与人才支撑中的相关规定以及综合措施中关于监管方式的规定, 但是其无法涵盖生态环境保护,

① 魏海军主编 《立法概论》, 沈阳: 东北大学出版社2013年版, 第342页。

② 参见廖红 《新〈立法法〉下我国地方立法界限探究——以法律保留原则为视角》, 《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2016年第4期; 温耀原 《〈立法法〉修正下法律保留原则研究》, 《西北师大学报》(社会科学版)2015年第3期。

③ 李猛 《中国自贸区授权立法问题研究》, 《甘肃政法学院学报》2017年第2期。

④ 参见沈春耀 《关于〈中华人民共和国海南自由贸易港法(草案)〉的说明》, 中国人大网: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202106/589f495e276f4adb9092d6b6d951af58.shtml>, 最后访问日期: 2022年7月10日。

因而不能就生态环境保护事项进行立法。此外,虽然自贸港法规制定权可以对法律保留事项进行调整,但是其也受到相应的限制。根据《立法法》第八条和第九条的规定,法律保留有绝对保留和相对保留之分,绝对保留事项不能授权给其他立法机关,其中法律绝对保留事项为“犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚以及司法制度”,也有学者认为还应包括国家主权、国家组织结构、公民基本权利以及非国有财产征收等事项。<sup>①</sup>虽然法律保留原则关乎立法与行政的权限分配,调整立法机关与行政机关之间的关系,<sup>②</sup>但随着时代的变迁,法律保留在限制行政权的基本功能中演化出了限制立法者怠于立法、恣意授权立法——限制立法者和立法权的功能。<sup>③</sup>《海南自由贸易港法》第十条第三款关于批准程序的设置也反映了海南自贸港立法权对法律、行政法规事项进行调整的谨慎性和限制性。因此,自贸港法规在对应由法律规定事项进行规定时也要明确调整事项范围,以避免法律保留原则成为徒具形式的空言。<sup>④</sup>

具体而言,《立法法》第九条关于授权制定行政法规事项的限制,也应适用于自贸港法规,即海南自贸港立法权不能对“犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚以及司法制度”进行规定。而《立法法》第八条第一项至第三项关于国家主权、国家机关的产生与组织以及基本政治制度等规定,与“贸易、投资及相关管理活动”不具有直接的关联性,因而也不应纳入自贸港法规制定权的行使范围。但是由于“贸易、投资及相关管理活动”的表述方式与规范内容与《立法法》第八条存在着明显的差异,自贸港法规制定权也不应限于《立法法》第八条第九项规定的事项。此外,由于《总体方案》已经明确授权制定商事注销条例、破产条例、公平竞争条例以及征收征用条例,且《海南自由贸易港法》第二十一条和第二十三条关于市场主体、破产程序以及知识产权保护的规定,可能会涉及民事基本制度的改革与创新,因而自贸港法规制定权的行使范围会涉及《立法法》第八条第六项至第九项规定的内容,甚至会涉及政府职权的调整。<sup>⑤</sup>因此,对于自贸港法规制定权行使范围的理解与判断,应坚持以促进贸易投资自由便利为基本标准,其立法调整事项应与“贸易、投资及其管理活动”具有直接的关联性,在对法律保留事项进行规范时也应受到调整范围的限制,不能对法律绝对保留事项进行规定。

#### 四、自贸港法规制定权的行使要求

作为一种新型地方立法权,除了行使范围以外,自贸港法规制定权的行使要求与其他地方立法权也存在着差异。因此,在遵守《立法法》关于地方性法规制定的一般要求外,还应当围绕自贸港法规制定权的权限范围和功能定位,明确与之相适应的行使要求与规则,尤其是应当明确自贸港法规制定权与其他地方立法权的行使范围与顺序,规范自贸港法规的表现形式,创新自贸港法规制定权的行使方式,以充分发挥自贸港法规制定权的作用。

① 参见应松年《〈立法法〉关于法律保留原则的规定》,《行政法学研究》2000年第3期;康敬奎《〈立法法〉法律保留规则的缺失与完善》,《江海学刊》2012年第2期;廖红《新〈立法法〉下我国地方立法界限探究——以法律保留原则为视角》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2016年第4期。

② 王贵松《行政活动法律保留的结构变迁》,《中国法学》2021年第1期。

③ 叶海波、秦前红《法律保留功能的时代变迁——兼论中国法律保留制度的功能》,《法学评论》2008年第4期。

④ 汪庆华《法律保留原则、公民权利保障与八二宪法秩序》,《浙江社会科学》2014年第12期。

⑤ 如《海南自由贸易港法》第六条和第八条对海南自由贸易港行政管理体制改革、政府机构改革以及行政区划改革进行了规定,从而可能涉及政府职权的调整与优化。

### (一) 明确不同立法权的行使范围与顺序

由于海南省人大及其常委会享有三种不同类型的地方立法权,而三种地方立法权虽然在立法权限、立法程序等方面存在着差异,但是也存在着相同之处。就立法权的行使范围而言,一般地方立法权和特区立法权在立法事项上并没有明确的限制,只有自贸港立法的行使范围限于“贸易、投资及相关管理活动”,这就导致虽然不同立法权的立法角度和立法功能各有侧重,但是均可以对“贸易、投资及相关管理活动”进行规范,进而在行使范围上存在着重合,影响到地方立法权的选择。在海南自贸港法规体系建设过程中,应当充分发挥不同地方立法权的作用与功能,而不能只注重某种地方立法权的运用。因此,需要明确不同立法权的权限分工,在此基础上确立不同地方立法权的行使顺序,以形成相互补充、相互呼应的地方立法格局。

有学者建议根据立法事项不同划分不同立法权的行使范围,其中一般地方立法权调整一般地方立法事项,特区立法权调整法律保留以外的其他事项的变通立法,而自贸港立法权的调整范围为被授予的法律保留事项,并排除法律绝对保留事项和《立法法》第八条第一项至第三项规定的事项。<sup>①</sup>但是如前所述,三种不同立法权的调整范围存在着重叠,《海南自由贸易港法》也未明确海南自贸港立法权的行使范围,如将海南自贸港立法权行使范围限于法律相对保留事项不符合授权立法的目的,也限制了其作用与功能的发挥。基于《立法法》与《海南自由贸易港法》的规定以及地方立法权限与功能的不同,在海南自贸港法规体系建设过程中,三种地方立法权的行使范围可作如下划分:第一,涉及“贸易、投资及相关管理活动”的事项,不论是否需要变通或者应由上位法规定的事项,均属于海南自贸港立法权的调整范围,而地方立法权和特区立法权不再进行调整,以彰显自贸港法规的特殊性和独立性;第二,由于经济特区法规与自贸港法规的适用范围具有相同性,因而特区立法权应当聚焦海南自贸港建设与管理过程中,除“贸易、投资及相关管理活动”以外的事项,尤其是需要对法律、行政法规进行变通规定的事项,以凸显特区立法权的变通功能;第三,对执行法律、行政法规,或者尚未制定法律、行政法规且属于法律保留以外地方性事务的,尤其是需要在海南省全省适用的立法事项,则运用一般地方立法权。

对于不同地方立法权的行使顺序,应当遵循谦抑和从特殊到一般的原则,即虽然在立法范围上存在着重叠,但是各地方立法权应当根据划定的行使范围开展地方立法活动,不应对其他地方立法权的调整事项进行立法,而在具体行使过程中,应当首先判断是否属于海南自贸港立法权的行使范围,一般地方立法权是最后使用的立法权。具体而言,在海南自贸港法规体系建设过程中,首先对立法调整事项进行判断,如果其涉及贸易、投资及相关管理活动,则运用海南自贸港立法权;对于属于海南自贸港立法需求,但又不属于自贸港法规制定权行使范围的立法事项,则运用特区立法权;而对于不属于海南自贸港立法权和特区立法权行使范围的立法事项,则运用一般地方立法权。

### (二) 规范地方性法规的名称表述

根据地方立法实践,海南省人大及其常委会制定的地方性法规名称的表述方式包括三种不同类型,即“海南省……条例(规定)”、“海南经济特区……条例(规定)”和“海南自由贸易港……条例(规定)”。地方性法规名称的不同表述反映了不同地方立法权行使的结果。海南省人大及其常委会享有的三种地方立法权存在着明显的差异,尤其是权限内容、行使范围、适用范围等方面的差异。因此,在海南自贸港法规体系建设过程中,应当在划分不同立法权行使范围的基础上,规

<sup>①</sup> 臧昊、梁亚荣 《论海南自由贸易港立法权的创设》,《海南大学学报》(人文社会科学版)2021年第5期。

范地方性法规的名称表述,合理使用自贸港法规的名称表述方式,避免其他地方立法权,尤其是特区立法权的虚置。

由于自贸港法规制定权的行使范围限定为“贸易、投资及相关管理活动”,自贸港法规的适用范围限于海南岛全岛,因而如果立法事项或者适用范围超出自贸港法规制定权的权限范围,应当运用其他地方立法权,制定的法规名称不应使用“海南自由贸易港……条例(规定)”,以明晰不同地方立法权的行使和适用的范围。但是根据海南省已经制定的地方性法规的名称表述,其混淆了不同地方立法权的行使范围和适用范围。以《海南自由贸易港社会信用条例》为例,如果将其视为自贸港法规制定权的行使结果,则其不能适用于三沙市,而三沙市存在着信用主体和社会信用信息;如果将其视为其他地方立法权的行使结果,则法规名称明显混淆了地方立法权的类型。因此,在海南自贸港法规体系建设过程中,应当根据立法事项和立法权限的不同,选择不同的法规名称表述方式,明确不同地方立法权的权限范围,而不应不合理地使用自贸港法规的名称表述方式,不应用自贸港法规制定权取代其他地方立法权,从而为其他地方立法权,尤其是特区立法权提供立法空间。

### (三) 创新自贸港法规制定权的行使方式

由于海南自贸港需要建立与国际经贸规则相适应的政策制度体系,需要进行制度集成创新,因而其建设和发展过程中的立法需求较多,且对立法的时效性要求较强,从而确保各项改革与创新能够及时实现于法有据。但是受立法力量、立法周期以及立法实践与经验等因素的影响,形成较为健全的海南自贸港法规体系需要一定的周期,进而可能影响自贸港建设过程中的立法供给。因此,为了发挥自贸港法规的引领和保障作用,提升自贸港法规立法效率,应当创新自贸港法规制定权的行使方式,围绕“贸易、投资及相关管理活动”中亟待解决的立法需求,采取较为灵活的立法形式。具体而言,围绕海南自贸港建设急需配套的法规项目,针对某一具体立法事项、需要对上位法进行变通事项或者应由法律、行政法规规定的事项,运用自贸港法规制定权积极开展单独性、专门性立法,即“小切口”和“小快灵”立法<sup>①</sup>,而不应围绕某一领域开展系统性、全面性立法,以节省立法周期,提升自贸港法规的针对性和实用性,进而实现立法主动适应改革需求。

此外,在运用自贸港法规制定权的过程中,对于需要变更或者对法律和行政法规规定事项进行规定的,应当与全国人大及其常委会、国务院建立沟通机制,以提升自贸港法规的立法效率。根据《海南自由贸易港法》第十条的规定,自贸港法规的立法内容不同,其程序要求不同,需要报全国人大常委会和国务院备案或者批准后生效。根据《法规、司法解释备案审查工作办法》的规定,如果自贸港法规存在与党中央的重大决策部署不相符或者与国家的重大改革方向不一致问题、违反授权范围等情形的,自贸港法规需要修改或者废止。因此,为了确保自贸港法规的合法性与合理性,在行使自贸港法规制定权时,尤其是涉及应当由法律或者行政法规规定事项时,应当与全国人大常委会、国务院进行及时、有效、充分的沟通,听取备案机关和批准机关的意见和建议。

<sup>①</sup> 参见《海南省人民代表大会常务委员会关于贯彻实施〈中华人民共和国海南自由贸易港法〉的决议》。

---

## Abstract

---

### On Regulation-making Power of Hainan Free Trade Port and Its Execution

XIONG Yongxian

**Abstract:** As a new type of local legislative power, the Hainan Free Trade Port's Regulation-making power has its own characteristics in terms of exercise scope and legislative content, which can promote system inheritance and innovation, high-level openness, and legal system construction of Free Trade Port. Although the exercising scope of the Hainan Free Trade Port to formulate regulations is limited to "trade, investment and related management activities", it is a general authorization that can regulate some legal reservations. The judgment of the specific scope should be based on the freedom and convenience of trade and investment. In order to give full play to the role of regulation-making power of Free Trade Port, with a good basis of clarifying the execution scope and sequence of different local legislative powers, we are supposed to standardize the expression of the name of the regulations, and innovate the way to exercise the regulation-making power of the free trade port, so as to improve the legislative quality and efficiency.

**Key Words:** Regulation-making power of Hainan Free Trade Port; Local legislative power; Legislative power of Hainan Free Trade Port; Regulations of Hainan Free Trade Port

---

责任编辑 李晶晶  
责任校对 王治国