

论中国自由贸易试验区复制推广机制的法治化

曾文革 夏天佑

摘要：自2013年中国第一个自由贸易试验区中国（上海）自由贸易试验区成立以来，自贸试验区就如同雨后春笋般涌现出来。以自贸试验区制度创新的实践为基础，以国务院为核心的治理机构不断总结可复制、推广的改革经验，然后再将其逐步推向全国，在一定程度上形成了自贸试验区的复制推广机制。但是，复制推广机制的法治化程度有待增强，突出表现为程序规则、实体标准的缺失，行政文件的抽象化以及行政行为的透明度、民主度、科学度亟待提升等问题。推进自贸试验区复制推广机制法治化，要从每个子环节入手，力求实现每个流程都能“有法可依”，落实行政法治的基本要求，不断推动其法治化进程。

关键词：自贸试验区；复制推广机制；法治

[中图分类号] D922.11 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2019) 06-0037-12

引言

最先出现“复制推广机制”一词的法律文件是国务院于2016年发布的《国务院关于做好自由贸易试验区新一批改革试点经验复制推广工作的通知》。该通知在第三部分要求切实做好自贸试验区经验复制推广的组织实施工作。其中提到，各省（区、市）人民政府要将自贸试验区改革试点经验复制推广工作列为本地区重点工作，完善领导机制和复制推广工作机制，积极创造条件、扎实推进，确保改革试点经验落地生根，产生实效。

2018年5月23日，《国务院关于做好自由贸易试验区第四批改革试点经验复制推广工作的通知》（国发〔2018〕12号），对自由贸易试验区第四批改革试点经验在全国范围内的复制推广工作进行了部署。但从这个通知本身内容来看，其只强调了人民政府应高度重视，加强领导，强化监督等内容。^{〔1〕}2019年9月19日，国务院办公厅印发《国务院办公厅关于做好优化营商环境改革

〔作者简介〕曾文革，重庆大学法学院教授，博士生导师；夏天佑，重庆大学法学院国际法专业硕士研究生。

〔基金项目〕司法部国家法治与法学理论研究项目（项目批准号：17SFB2045）；重庆市国际法导师团队项目（项目批准号：022600111200107）；重庆大学科研培育专项（项目批准号：0226001104020/004）。

〔1〕通知提到：要将自由贸易试验区改革试点经验复制推广列为本地区重点工作，加强组织领导，加大实施力度，强化督促检查，确保复制推广工作顺利推进，改革试点经验落地生根、取得实效。国务院有关部门要主动作为，做好细化分解，完成复制推广工作，需报国务院批准的事项要按程序报批，需调整有关行政法规、国务院文件和部门规章规定的，要按法定程序办理。

举措复制推广借鉴工作的通知》（国办函〔2019〕89号），文件内容包括了在全国复制推广的改革举措以及供全国借鉴的改革举措两项清单，此外还有要求各地区、各部门高度重视复制推广借鉴工作和切实做好组织实施两项主要内容。自贸试验区的复制推广机制从本质上看就是优化营商环境的一项重要战略布局。因此，该文件对自贸试验区复制推广工作的落实同样具有规范作用，其在“复制推广”之外还加入了“借鉴”一词，这可以理解为复制推广的准备工作或前置环节。

纵观上述两个文件，其均强调可复制推广的经验、举措的内涵和外延，而忽视复制推广工作程序性机制的构建，缺乏对复制推广机制的具体定义，其工作机制的具体内涵及法治化问题语焉不详，存在十分突出的抽象性和空洞性。不难发现，尽管“复制推广”一词在各类行政通知、法律文件、新闻报道中出现频率极高，但无论是政府文件还是媒体报道，都对其定义和具体实施机制缺乏明确界定。笔者认为，复制推广机制的法治化，就是要用法治的基本方法来界定、引导、规制自由贸易试验区改革经验复制推广的整个行政过程，其本质体现了“依法行政”的治理理念。

如今，受制于复制推广机制的模糊性，中国现阶段的行政法律规则体系没有为自贸试验区改革经验的复制和推广提供一套可供执行的操作程序、开展方法以及具体标准，也没有提及“督促检查”等行政权限的部门归属。总的来说，中国自贸试验区复制推广工作更多地是依赖行政机关的“自由裁量”，缺乏系统性法律规则框架的规制和引导。推动复制推广机制法治化不仅能够从动态层面规范相关的一系列行政程序行为，更能在当代中国行政管理体制创新领域推动依法行政的全面实现。在这样的背景下，本文以问题一对策的逻辑结构为主线，运用实证分析、类型化分析等法律研究方法，剖析中国目前自贸区复制推广机制在规则构建层面的不足并提出相应的对策，逐步唤起对机制本身的法治定位和价值思考，摒弃行政机关过度自由裁量行政行为模式。

一、自贸试验区复制推广机制法治化的意义

自贸试验区复制推广机制法治化的意义可以放在行政决策法治化的背景下加以解读。从普遍意义上讲，自贸试验区复制推广机制是由一系列的行政决策构成的，而行政决策法治化能够有效抑制公权力的扩张，提高行政机关的行政效率和治理能力，促进政务公开，推进法治政府建设⁽²⁾，这也是依法行政的题中应有之义。针对自贸试验区的制度革新而言，法治化能够保证每个行政环节合法、公开、高效地运行，减少行政行为的自由裁量色彩，完善自贸试验区改革发展层面的立法体系。

自贸试验区复制推广机制法治化的核心问题是处理好法治与行政自由裁量之间的关系。法治化是对行政自由裁量权的有限控制，而不是绝对控制。行政自由裁量权的存在是一种解决社会快

(2) 罗依平、许丽君：《重大行政决策程序法治化建设的意义、问题与推进》，《团结》2017年第3期，第18-21页。

速发展与法律规定之间冲突的弹性方式，也是确保地方政府治理灵活、高效的必要前提。⁽³⁾因此，正视行政机关自由裁量权的合理作用是推进法治化的基本前提，而法治化的推动也不能绝对化，要充分考虑立法成本、行政行为的效率、机动性等因素，给行政自由裁量权释放合理空间。

(一) 复制推广机制法治化是自贸试验区制度创新的程序保障

外部条件的改变使得现有的政策实践发生了大规模的断裂⁽⁴⁾，既有的行政管理体制不得不作出变革以适应新的外部条件，而这种改变不仅仅局限于管理制度表面，更应涵盖那些能够促成管理制度变革的程序规则。

结合当下中国的战略布局，正是由于新时期中国提出了更高的贸易、投资、金融对外开放要求，以致一系列管理制度不得不剧烈演变，而行政管理体制的过渡期往往会出现真空的“法律边界”，因此更需要一系列的行政程序规范、实体标准来为制度改革保驾护航。从理论上讲，这就涉及程序法与实体法的关系问题。随着中国理论学界对程序法的关注日益增强，越来越多的学者认为程序法除了具有传统意义上的工具价值外，其自身的程序价值也应得到重视，正如民事诉讼法之于民事实体法，刑事诉讼法之于刑事实体法。⁽⁵⁾从现实维度看，政府更加重视其工具价值。当前自贸试验区的复制推广机制更多地被视为促进行政管理体制改革的工具，机制的建构和完善与否是关系到整个改革能否成功的决定性程序保障。

(二) 复制推广机制法治化是自贸试验区实现行政法治的需要

所谓行政法治，是指要将广泛存在的行政行为安排在动态化的规则治理体系之下，行政机关行使权力的同时承担对等的义务。行政法治是中国现阶段依法治国理念不断渗透到行政管理领域的表现，行政法治通常可以表现为行政行为的规范性、行政结果的可预测性、规则政策的透明性这几个维度。⁽⁶⁾而这三个特征都需要一个共同的法律前提：规则的存在、确定及公开。从这个意义上讲，实现行政法治就是要实现这一基本前提。

而自贸试验区的复制推广机制可以分解为规范行政行为的程序规则以及能够作为行政决策前提的实体标准，而这两者正好与刚才提及的基本法律前提具有同一性。在中国现阶段自贸试验区经验复制推广的过程中，往往充斥着行政命令的色彩：上级机关过多地重视结果，忽略行政过程的规范性和透明性。而自贸试验区复制推广机制的法治化正是以规则框架的构建为基石，努力填补行政行为“灰色地带”的动态过程，是实现这一基本前提的唯一路径。因而，自贸试验区复制推广机制的法治化是实现行政法治的应有之义。

(3) 丁明春、郑维东：《论行政法治建设与地方政府治理的现代化》，《河南大学学报（社会科学版）》2019年第4期，第42-48页。

(4) 谢宝剑、张晓春：《政策试验与扩散——以自贸区可复制经验为例》，《中国公共政策评论》2017年第1期，第130-146页。这一观点主要体现了法律、政策的相对滞后性，即当一个国家的经济、政治、社会条件发生急剧演变，既有的法律政策框架不再适应现实的变化，从而滞后于外部环境的变化，造成大规模的断裂。

(5) 刘乃忠、张云鹏：《论程序法的独立价值》，《武汉大学学报（人文科学版）》2000年第3期，第352-355页。

(6) 李洪雷：《营商环境优化的行政法治保障》，《重庆社会科学》2019年第2期，第17-25页。

（三）复制推广机制法治化是自贸试验区立法体系完善的需要

首先，完善自贸试验区的复制推广机制是平衡实体法与程序法的需要。中国的法律体系具有深刻的大陆法系烙印，即重实体轻程序。尽管这些年来随着中国立法理念不断均衡化、科学化，这种倾向得到了一定程度的抑制。究其本质，自贸试验区的制度探索是对行政管理体制的深化改革。深化改革的核心是制度的完善与创新。这里的“制度”除了指对改革方向、方法进行指引的实体性制度，还指保障这一系列实体改革能够取得成效的程序性制度。就如同刑事实体法与刑事诉讼法的关系一样，自贸试验区推进的程序性制度也应以自身独立的价值而发挥作用，这是保证程序公正、程序透明的关键所在。因此，自贸试验区的复制推广机制具有很大的程序价值，需要以系统性的程序性规范来实现其最大的现实价值。行政管理的程序性规范急需由相应的程序规则来填充。

其次，自贸试验区复制推广机制的法治化是完善行政机关内部治理规则的需要。当下，中国行政机关内部治理规则主要包含法律、行政法规、地方性法规、地方政府规章等多种形式。但从行政法治的微观实践上看，存在着行政机关内部治理规则不够详细、具体、确定等问题。自贸试验区的复制推广机制作为一项系统性的程序性规则，主要表现为对行政机关内部行为的特定环节进行程序规制和程序监督，要实现其法治化，就是要通过起草、完善大量、具体且指引明确的内部管理办法、实施细则优化法治治理结构，这无疑有利于完善行政机关内部治理规则，优化行政法治的治理结构。

二、自贸试验区复制推广机制法治化的现状及面临的主要问题

第一个自贸试验区建立近六年来，自贸试验区形成的 202 项制度创新成果得以复制推广。其中，以国务院发函等方式集中复制推广的自贸试验区改革试点经验共五批合计 106 项，由国务院自由贸易试验区工作部际联席会议办公室总结印发供各地借鉴的“最佳实践案例”共三批合计 43 个，各部门自行复制推广的改革试点经验 53 项。从试点经验产生的领域、类型和效果看，投资便利化涉及 81 项，贸易便利化 64 项，金融开放创新 23 项，事中事后监管 34 项。⁽⁷⁾

在复制推广工作成果颇丰的背后，复制推广机制的法治化工作却是任重而道远，这突出表现为法律规则的相对缺失。现阶段，规制复制推广行政行为的法律文件主要以国务院的文件以及省级政府的文件为主。在中央层面，如国务院在 2019 年 4 月 30 日发布的《国务院关于做好自由贸易试验区第五批改革试点经验复制推广工作的通知》；在地方层面，有《江西省人民政府关于印发江西省复制推广自由贸易试验区第四批改革试点经验工作实施方案的通知》等多个省市的政府公告。对比中央和地方这两个层级的政府文件，不难发现两者的文件内容和文件精神具有高度同一性，即重实体轻程序：都提到了复制推广的主要内容、相应部门的权限以及工作部门需要高度重

(7) 中财网：《商务部：自贸区已形成 202 项制度创新成果得以复制推广》，<http://www.cfi.net.cn/p20190723000591.html>，最后访问时间：2019 年 7 月 23 日。

视的文件精神，而对复制推广工作需要如何开展，缺乏程序性的规则指引，更没有相对具体的方法指引和协调机制。

从复制推广机制的法治目标上看，复制推广机制从宏观层面应该是保障中国自贸试验区改革经验从少数几个试验区推广到全国的管理制度、操作规则的集合。从微观层面看，复制推广机制则应包括各种不同维度、不同阶段的子规则、操作细则等。纵观整个机制，现有机制仍然存在公众与政府之间信息不对称等问题；从规则的构建角度上看，主要表现为缺乏较高位阶的程序规范和直观的操作标准。

（一）程序性规则的缺失

从行政行为运行的基本机理来看，自贸试验区经验的复制推广不同于传统的具体行政行为，如行政许可、行政处罚、行政强制，而是包含了上报、评估、审查、决策、推广等一系列连续的内部行政行为。就拿中央统一复制推广这一推广模式来说，国务院在集中了地方政府上报的经过地方政府初步评估的改革经验后，还需组织相关部委、专家、社会组织进行详细评估；完成评估后还需对评估结果进行审查并完成终局决策；在决策完成之后，还要将选定的改革经验推广到地方上去。

从宏观层面上看，一些原则性的法律问题或许可以从行政法和行政诉讼法中找到答案。但在具体操作层面，这一流程缺乏具体的程序性法律规则的指导，而主要依靠地方政府工作方案进行宏观指导，如《贵州省推广中国（上海）自由贸易试验区可复制改革试点经验工作方案》。^{〔8〕} 这些方案通常只规定了主要内容、成果形式、牵头单位、责任单位、领导小组及其工作职责等几个方面的内容，对开展工作的具体程序和工作过程中各部门的权力架构和权力配置等内容没有涉及。在这样一个缺乏系统、确定、详尽的程序规则的治理框架下，这一系列复杂、繁琐的行政程序行为无疑有扩大行政机关“自由裁量权”之嫌。

最后，程序规则的缺失还意味着各个阶段行政责任主体的缺失与错位，即在每个行政环节都无法确定真正的决策权力人以及决策后果的责任承担人，因此也就丧失了构建事后追责机制的法律基础。

（二）实体审查标准的缺失

就中央统筹复制推广工作这一方式而言，国务院在汇集了地方政府上报的经验后，需要对这些经验进行评估。在评估的基础上，国务院及其相关部委需要对评估结果进行审查，从而对可复制推广经验的评估结果有一个初步的筛查和认定。这一系列的程序都面临着实体标准是什么的问题。从行政行为的法律划分角度看，外部行政行为通常可以为相对人所识别，而内部行政行为则显得更为隐蔽。在缺乏一个外部监督体系的环境下，如果还没有一套具体的、量化的、可供执行的实体标准，那么这将会与“程序性规则的缺失”一样令人恐惧。现阶段自贸试验区复制推广法

〔8〕 详见《省人民政府关于印发贵州省推广中国（上海）自由贸易试验区可复制改革试点经验工作方案的通知》（黔府发〔2016〕8号）。

律机制亟待于建立一套涵盖评估、审查、决策等重要环节的实体标准。

从复制推广第一批自贸试验区改革经验到第五批，国务院每次都是通过发布红头文件协调落实各方工作。遗憾的是，每份文件都没有对可复制推广经验的筛选过程和决策依据的实体标准作出任何说明。就如《国务院关于做好自由贸易试验区第四批改革试点经验复制推广工作的通知》，文件决定在全国范围内复制推广 30 项改革经验，涉及服务业开放、投资管理、贸易便利化、监管模式等多个方面；在不同试验区贡献的经验之中，最终决定了以上 30 条经验作为向全国或者部分地区进行推广的经验。⁽⁹⁾这其中是如何对这些经验的价值、可行性进行认定的？在试验区改革涉及的多个领域，如何分配各个不同领域的名额？国务院的哪个部门负责统一评估抑或不同部门分别评估后怎样能实现统一标准的审查与决策，实现公平公正？这些都是当下的制度规范没有回答的问题。

（三）审查、决策主体存在模糊性

基于国务院职权的宏观性和统筹性，让其负责微观改革层面的审查工作不太现实。如此一来，具体的审查职责由国务院下属的部委来实行更为合适。但是，一项可复制推广的经验往往涉及多个部委的管辖权，如一项具体的贸易便利化改革措施就很可能既涉及商务部又关涉海关。因此，审查权如何在若干相关部门间进行分配则成了关键问题，这具体表现为审查标准的制定权如何配置，审查的程序规则如何制定，部门间对审查结果出现异议时如何进行救济，不利法律责任的承担主体应该如何确定等；此外，在审查的基础上，还涉及最终的决策问题。与上述相同，当存在联合审查的情况时，决策权的分配以及法律责任的承担主体就成了一个无法回避的问题。尽管在一些重大问题上是由国务院作出最后的决策，但是相关决策规则的缺失终究是复制推广机制法治化道路上的重大障碍。这本质上是一个复制推广过程中行政权力配置的问题，政府亟待理清基本思路并通过复制推广主体地位、职能法定化的方式加以保障。

（四）反馈机制的缺失

在自贸试验区的复制推广机制中存在着两个逆向的“反馈机制”：第一，国务院将改革经验的审查结果反馈给地方政府；第二，接受可供复制、推广经验的地方政府将推广落实的情况反馈给中央。

尽管从表面上看，反馈制度是存在于行政决定之后，并不是一个能够直接影响行政决策的阶段，但是它却是我国自贸试验区改革经验能否成功复制推广的关键阶段。第一个反馈机制直接决定了地方政府对自贸试验区制度改革的方向和思路，而第二个反馈机制直接决定了中央了解地方落实任务情况的渠道是否通畅。然而，令人遗憾的是，国务院并没有就该反馈机制出台规范性文件，这就直接决定了这两种反馈在性质上更多地属于一种相对自由的“行政裁量行为”。就如同一部法律如果不具备可期待的稳定性时，就会造成法律风险一样，反馈机制如果不能得到制度化

(9) 详见《国务院关于做好自由贸易试验区第四批改革试点经验复制推广工作的通知》。

的表达，也会存在“偶然性行为”的风险。

（五）配套制度的缺位

自贸试验区复制推广机制的配套制度主要包括法律调整机制和容错机制。这两者虽然在中国目前的行政体制改革中有所体现，但总体而言配套制度的搭建还不够完善。

首先，自贸试验区的改革经验在全国范围内的推广与既有的法律体系在一定层面上出现冲突。为了保持法律的统一性，国务院将已颁布的相关行政法规、文件、部门规章作出了相关调整。为了鼓励地方政府在自贸试验区范围内创新制度、优化行为、提升效率，充分发挥其主观能动性，国务院对涉及相关业务的规则进行了微调，如为了加快国际船舶登记制度创新，基于对等原则逐步放开船级准入，暂时停止实施《中华人民共和国船舶登记条例》第2条、第13条的相关内容；为了鼓励外资在试验区内建立企业，暂时停止实施《中华人民共和国认证认可条例》第11条第1款对外商投资企业取得认证机构资质的特殊要求，从而从“规则基础”层面保障自贸试验区的制度创新。^{〔10〕}这便是自贸试验区复制推广机制配套制度中的“法律调整”。

需要指出的是，国务院对上述法规的调整应当被视为立法机构基于职权对法律冲突的主动调整，而非基于法律调整机制本身的要求而采取的立法措施。事实上，针对自贸试验区复制推广工作中出现的法律冲突，现有的法律制度并没有给出专门的解决方案，我们只能从《中华人民共和国立法法》及相应的法律中碎片化地找到相应的解决方案，这种缺乏系统性、定制化的法律冲突解决方法的被动调适机制会出现一定的“规则真空期”，如上海市于2014年通过了《中国（上海）自由贸易试验区条例》，但《国务院决定在自由贸易试验区暂时调整有关行政法规、国务院文件和经国务院批准的部门规章规定目录》于2018年5月通过，这就意味着两部规则之间存在一定的真空期，这段时期基于改革的创新会在既有的行政管理规则框架下有所逾矩。这样的情形尽管可以视为行政管理体制改革过程中的“必要牺牲”，但究其本质，终究是逾越了既有框架，缺乏“法治”的精神。

其次，在改革经验的复制推广过程中还需要相应的“容错机制”来加以保障。所谓“容错机制”，就是指基于以“创新”为核心的一系列行政创新行为突破了既有的规范性框架时缓和其行为的法律后果的一系列操作方法、制度的总和。笔者认为，“容错机制”至少应包含以下两个方面：行政行为后果的“谅解”和既有法律规则的“调整”。目前，只有广东的自贸试验区条例提到了构建相应的“容错机制”，而其他几个相对成熟的自贸试验区条例则无相关规则的具体规定。令人欣慰的是，辽宁自由贸易试验区正在酝酿相关的条款。^{〔11〕}

〔10〕 为了加快国际船舶登记制度创新，基于对等原则逐步放开船级准入，暂时停止实施《中华人民共和国船舶登记条例》第2条、第13条的相关内容，由国务院交通运输主管部门制定相关管理办法；为了鼓励外资在自贸区内建立企业，暂时停止实施《中华人民共和国认证认可条例》第11条第1款对外商投资企业取得认证机构资质的特殊要求，由国务院质量监督检验检疫主管部门制定相关管理办法。

〔11〕 辽沈晚报：《辽宁自贸区拟实行容错机制鼓励大胆创新》，<http://www.ln.chinanews.com/news/2018/0725/164473.html>，最后访问时间：2018年7月25日。

推动自贸试验区复制推广机制的法治化需要相关配套制度的完美配合。现阶段，相应的配套制度、规则存在着反应滞后、内容空洞、程序缺乏等问题，这是在不断推动自贸试验区复制推广机制法治化工作中应高度重视的规则洼地。

（六）行政过程中的监督缺失

最后，以国务院为主导推动下的复制推广机制缺乏一个监督机制的顶层设计。《国务院关于做好自由贸易试验区新一批改革试点经验复制推广工作的通知》中提到：国务院自由贸易试验区工作部际联席会议办公室要适时督促检查改革试点经验复制推广工作进展情况及其效果。从文件解释的角度，我们至少可以得出国务院对自贸试验区复制推广的整个行政运作是有一个监督的顶层设计构想的。但是，基于目前对国务院自由贸易试验区工作部定位存在模糊性，还没能设计出一套职权明晰、权责一致、标准统一的行政监督机制。在后续的规则建构工作中，除了继续强化行政外监督制度的搭建，还应不断创新、完善相关的内部监督体系，致力于构建一种立法监督、行政内部监督、社会监督三位一体的行政监督体系，从系统层面解决当前监督不力、权责不明的内外部监督现状。

三、自贸试验区复制推广机制法治化的完善建议

从上述情况看，中国自贸试验区复制推广机制的主要问题是“规则缺失”。对于自贸试验区本身的建设，中国无论是在地方性法规、政府规章抑或制度顶层设计上已逐步走入一个良性通道，但是对于自贸试验区改革经验复制推广的一系列行政行为来说，还是缺乏相应的“法治”色彩，甚至其“法制”建设也显得捉襟见肘。复制推广机制的法治化道路必须牢牢放在政府职能转变的大框架中进行把握，不断树立行政法治的发展理念，逐步完善自贸试验区的审批标准、评估机制、反馈机制、配套制度。

自贸试验区复制推广机制的法治化必须放在当代中国行政管理体制变革的法治化背景下加以把握。法治不仅仅是法律动态的治理过程，同时也必须包含民主、科学等重要内涵。民主即意味着人民群众在社会治理中发挥更大的作用，如强化社会监督在复制推广行政监督体制中的地位。科学地充分总结、思考，力求做到行政效能的最大化、外部风险和决策成本的最小化。

具体来说，为摆脱自贸试验区复制推广机制法治化的困境，应从以下几个方面入手。

（一）树立行政法治的基本理念，构建复制推广机制基本规则体系

行政法治是当代社会主义法治建设的重要一环，但我们往往倾向于强调整个国家社会治理中宏观的“法治”，而忽视了法治对于行政行为的特殊意义。行政法治，不仅要求政府的行政行为有法可依、严格守法，还要求起草相关法律法规应符合法定程序，实现民主立法、科学立法。当务之急，就是要让那些在复制推广工作中行使权力的部门及领导人深刻认识到行政法治在当代依法治国战略中的深刻意义，由一线机关部门发起，自下而上地推进立法工作实现；此外，还要充分吸收行政法治民主、科学的内涵，可采取专家研讨、听证会的形式，广泛听取各方意见，充分利

用类型化、量化的立法方法。

在一个内部行政行为的体系中，决策主体、程序规则、审查标准通常被认为是行为内部最重要的几个要素⁽¹²⁾，而这几个方面恰恰是构建复制推广机制基本规则体系最核心的制度设计考量要素及立法缺憾所在。当下，最重要的就是要完善上述几个维度的制度规则。

1. 建构复制推广的程序规则框架

在构建程序规范方面，宜制定一部关于自贸试验区改革经验复制推广的基础性行政法规，法规应包含复制推广工作的基本程序、自贸试验区专门管理机构与各级政府机关的权力配置以及地方管理机构、行政机关的自主权限等内容。在此基础上，国务院及其部委可通过起草具体的指导意见、工作说明，以及拟定会议纪要的方式完善具体的操作方法。

2. 建立科学的实体审查标准

在构建实体标准方面，应重视相关指标体系的建立，如改革经验推广的现实可行性、改革经验复制推广的紧迫度、贸易投资金融综合管理等板块各自所占权重、推广该经验的成本—收益结构等内容都应纳入指标体系并赋予相关权重和赋值方法，使每项改革经验都可以得到相对明确的量化和评估。国务院自由贸易试验区工作部际联席会议可组织各部委进行诉求交换、利益协调，力争在实体标准的制定过程中体现并平衡各方利益，减少日后施行标准时的执行阻力。

3. 划清决策机构的权力界限，探索构建多主体决策机制

国务院应对所属部委直属单位在自贸试验区改革经验审查筛选的事权进行合理界定，避免出现事权重叠或相互推诿的情况。国务院可以通过发布通知、工作安排等形式落实涉及自贸试验区复制推广工作的主要部委的相应决策权限，并公开当某项改革经验涉及多个部委的职权范围时，涉事部委的决策权分配方案、审查决策的合作方案和决策的基本权力模型。

(二) 以“规则意识”构建双向反馈机制

中国当下的行政管理体制中，反馈制度并不具有很大的“制度化”色彩，其明显的是一种具有“随机性”“自由性”的行政行为、软性制度。前述已经揭示了在自贸试验区改革经验复制推广过程中反馈机制的重要性，这种反馈不仅是必要的，更应是“双向”的、“制度化”的。这里，我们并不要求国务院及其部委能够用行政法规、部门规章的形式将其制度化，但通过其他类型的规范性文件来实现这个目的却是相对可行的，如下发“红头文件”。⁽¹³⁾ 国务院在复制推广试验区改革经验的过程中无法实现每个行政程序的规则化，但是运用“规则化意识”逐步去填补制度空白却是必要且可行的。从法理学层面讲，反馈机制更多地属于一种“软法”范畴。而对于“软法”来讲，规则意识比规则本身更具有决定性。

对于在具体行政实践层面如何构建双向反馈机制，行政机关可以从以下几个方面下功夫：首先，强化反馈渠道的建设，国务院自由贸易试验区工作部际联席会议应设立专项通道强化与地方

(12) 罗许生：《内部行政程序研究》，西南政法大学2018年博士学位论文，第23-25页。

(13) 如《保定市清苑区人民政府办公室关于建立职能部门与行政审批局双向反馈工作机制的通知》（清政办〔2018〕6号）。

人大、政府的信息交换。此外，各地的自贸区条例都建立了以法院为中心的自贸试验区争端解决机制，因此加强人大、政府与法院等司法机构的信息交换机制也将会推动相关机关对新政策新规则施行状况的全方位掌握。其次，要充分重视专家组的意见建议。现阶段，专家组在自贸试验区的成立、发展、经验推广等方面都发挥了重要作用，各级责任机关都应建立与自贸试验区专家组的日常沟通机制并积极主动地向专家组征求相关的意见建议。再次，要加强对反馈信息的筛选和加工，努力做到去粗取精、去伪存真，保证反馈信息双向流动的效率。最后，可以考虑把接受反馈信息的实效纳入机关的年终绩效考核体系之中，并不断强化对相关负责人的问责机制。

此外，评估在行政行为中的时间位置也是一项值得注意的问题。长期以来，行政评估似乎是受到了立法界“事后评估”惯性思维的影响，往往是在行政行为终结后才进行评估。但从事前风险防控的角度看，事后评估不能从根本上预防决策风险，其只能作为行政行为后的总结和后续决策的“参考”。对试验区改革经验的综合评估应逐步摆脱“事后评估”的思维惯性，逐步让“事前评估”回归本位。

（三）理清价值位阶，探索复制推广的配套制度

狭义上讲，自贸试验区复制推广机制主要是指规范复制推广程序的一系列程序制度。广义上讲，除了程序制度，还包含着保障复制推广工作顺利开展的各项配套制度。

自贸试验区的本质即制度创新的试验田，其根本价值在于创新，而创新则势必与突破相伴而生，突破便会与法律的规范价值产生矛盾，从而对社会稳定这一项价值产生影响。因此，处理好这几个价值的关系则成了决定复制推广工作成果的关键理论基础。首先，稳定依旧是最为重要的因素，是规范价值与创新价值的逻辑基础。其次，规范与创新在一定范围内会呈现出矛盾的关系，一方面创新势必会一定程度上突破既有规范，另一方面创新的权利基础又来源于规范，前述的法律调整机制就是在回应规范与创新之间的关系这一问题。解决这一矛盾的根本方法是找到两者在立法上的平衡点，这个平衡点很多时候需要行政机关自由裁量而确定，而自贸试验区复制推广机制法治化的一个重要方面就是要用制度来规制这种自由裁量权。

在理清几个主要价值的位阶关系后，就要在制度层面不断完善配套制度。和其他三个早期自贸试验区同类条例相比，广东自贸试验区条例在建立容错机制方面有所突破。《中国（广东）自由贸易试验区条例》第4条第3款规定：“在自贸试验区进行的创新未能实现预期目标，但是符合国家确定的改革方向，决策程序符合法律、法规规定，未牟取私利或者未恶意串通损害公共利益的，对有关单位和个人不作负面评价，免于追究相关责任。”从这一规定我们可以发现，广东自贸试验区的制度设计力求从实质上保障自贸试验区机构的“创新权利”，而非仅仅停留于形式上保障。我们可以把上述条文中规定的责任视为一种“无过错责任”，因为行政主体在进行制度创新时显然没有故意突破既有管理规则体系的主观目的，这其实是改革行为附随的事实后果，其本身的归责所依据的是行为的性质本身，即是否违反了行政强制性规范。在这样的思路下，容错机制“容”的是事实后果，而非行为本身。因此，容错机制的核心就是要强化行政行为是否符合强制性程序规

范的实质性审查。

从本质上看，容错机制只是制度的一种名称，而对于将在该方面进一步探索的自贸试验区而言，如何做到创新权利的实质性保障或许是更为重要的问题。在这一方面，《中国（广东）自由贸易试验区条例》也作出了回应，第13条规定了自贸试验区创新行为突破法律、法规、规章等时的应对办法，规定了省级人大、政府，自贸试验区所在地的人大、政府在处理类似问题上的对应权限。

对于法律调整机制而言，从广义上讲，其本身也是一种容错机制。基于创新突破既有规定，从严格意义上讲，便是错。尽管如前所述，国务院也出台了一些规定以此来规避这种“错误”，但这样的方式存在着明显的滞后性，因为事后性的规则调整无法为自贸试验区充分发挥首创精神提供一个宽阔的法律容错空间。今后的重中之重就是要在“事前”层面为自贸试验区的制度创新提供相应的制度基础。

（四）建立与复制推广机制相适应的监督机制

对行政行为的监督和规制，是实现行政治理法治化的必然要求。究其本质，自贸试验区的复制推广行政行为具有内部性、行政性、外部性的特征。因此，应与之相应地建立起立法监督、行政内部监督、社会监督为主要内核的三位一体的监督机制，充分利用国家和地方监察委员会的法定职权，查处复制推广过程中的不法行政行为。

在立法监督层面，全国人大及其常委会可以类比抽象行政行为的备案审查模式建立起对自贸试验区复制推广行政行为的监督框架，在制度设计上可以采用行政机关主动向全国人大常委会或国务院报备的模式，以此增强对地方政府复制推广自贸试验区改革经验合规性的审查和把控，降低这一行政行为的制度风险。在行政内部监督层面，可以建立起中央与地方两级相对独立的监督体制。在中央层面，可由国务院自由贸易试验区工作部际联席会议统筹设计复制推广的监督制度，由相关的具体职能部委负责数据的收集、成果的追踪等具体监督工作；在地方层面，可以类比中央一级建立相应的监督制度，可由自贸区办公室牵头制定，地方政府可根据地方具体的立法、行政情况授予或增加相应机关的监督权限。在社会监督层面，可以类比行政法、行政诉讼法的既有规定建立相关规则，如行政听证制度、行政信息公开制度等，从实质上保障公民和其他社会组织的监督权。

四、结语

长期以来，相较于自贸试验区可复制推广经验本身，我们对复制推广过程中一系列程序机制的法治建设的重视和研究甚为不足。作为一种程序性制度，其法治化程度直接决定了自贸试验区改革经验向全国推广的效率和质量，也是中国当前深化行政体制改革、树立法治治理模式的关键所在。现阶段，突出问题集中体现在行政程序的制度化、透明化、确定度、合理度上以及配套制度的构建和完善上，如程序规则和实体标准的缺失、反馈机制的缺乏、配套制度和监督机制亟待

完善等。在不断推进自贸试验区复制推广机制法治化的进程中，首先要树立行政法治的基本理念，通过科学、民主的途径不断充实机制的“规则箱子”。其次，要不断强化反馈机制的重要作用，逐渐实现“事前评估”的本位回归。再次，要重新审视创新、规范与稳定这几个价值的位阶关系，妥善处理几种价值间的碰撞并以此为基础不断完善复制和推广的配套制度。最后，面对任何行政行为，都存在相应的监督问题，对于自贸试验区改革经验的复制推广这一特殊的行政行为，其监督模式必然应当在尊重行政监督的普遍真理的前提下，朝着主体多元化、程序区别化、方式特殊化的方向发展。

On the Rule of Law of Replication and Extension Mechanism of China's Pilot Free Trade Area

ZENG Wenge XIA Tianyou

Abstract: Since the establishment of China (Shanghai) pilot free trade zone, the first pilot free trade zone in China in 2013, the pilot free trade zone has mushroomed with a rapid rate. Based on the practice of the pilot free trade zone, the governance body with the state council as the core constantly summarizes the reform experience that can be copied and popularized, and then pushes it to the whole country. However, in the process of replication and promotion, there is still a lack of corresponding legal guarantee, which is highlighted by the lack of procedural rules and entity standards, the abstraction of administrative documents, and the transparency, democracy and science of administrative ACTS, etc. To promote the legalization of the replication and promotion mechanism of the free trade zone, it is necessary to start from each sub-link and strive to realize that every process of the free trade zone has “laws to follow”, implement the basic requirements of administrative rule of law and continuously promote its legalization process.

Keywords: Pilot Free Trade Zone; Replication and Promotion Mechanism; Rule of Law

（责任编辑：石静霞）