

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

王建学 张 明

摘 要：海南自贸港法规是《海南自由贸易港法》为海南自贸港特别创设的地方立法形态，它在制定主体、立法事项和生效方式等多方面异于普通地方性法规和经济特区法规等。变通性作为海南自贸港法规的基本属性，承载着海南自贸港法规制度的核心内涵。海南自贸港法规的变通性在对象、界限和程序上不同于经济特区法规和民族自治地方的自治法规。海南自贸港法规在对自贸港法治体系发挥支撑功能的同时，还应协调好改革试验与法治的关系，促进我国地方立法变通机制的完善。自贸港法规作为一项立法制度安排仍存在一定的发展和完善余地，未来需要有效参照和借鉴《立法法》第13条的相关机制。

关键词：海南自由贸易港法；海南自由贸易港法规；地方立法变通；改革试验

[中图分类号] D921.8 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 04-0001-15

一、问题的提出

第十三届全国人大常委会第二十九次会议于2021年6月10日审议通过了《中华人民共和国海南自由贸易港法》(下称《海南自贸港法》)，该法从初次提请审议到正式通过仅用了半年时间⁽¹⁾，立法速度如此之快，充分体现了国家对海南自贸港建设的重视程度。从国家治理体系和治理能力现代化的高度来看，这种立法速度也体现出全面推进依法治国和全面深化改革开放双重战略的协同升级。从历史发展来看，1988年4月13日，第七届全国人大第一次会议决定撤销广东省海南行政区，设立海南省，建立经济特区。⁽²⁾海南经济特区由此成为全国最大的经济特区，并且是唯一的省级经济特区。海南省人大及其常委会在自动取得《中华人民共和国宪法》(下称《宪法》)第100条第1款规定的省级地方性法规制定权的同时，也根据《全国人民代表大会关于建立海南

【作者简介】王建学，法学博士，天津大学法学院教授，国家社会科学基金重大项目首席专家；张明，天津大学法学院博士研究生。

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“国家纵向治理体系现代化和法治化若干重大问题研究”(项目批准号：20&ZD159)。

(1) 该法草案于2020年12月22日初次提请全国人大常委会审议，2021年4月26日二次提请全国人大常委会审议。

(2) 《全国人民代表大会关于设立海南省的决定》，1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过；《全国人民代表大会关于建立海南经济特区的决议》，1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过。

经济特区的决议》的专门授权，开始行使经济特区法规制定权。⁽³⁾ 30年以后，为进一步促进海南经济社会发展并发挥其作为全国改革开放试验田的功能，国家采取有力措施，支持和推进海南自贸区和自贸港建设。2018年4月13日，习近平总书记在庆祝海南建省办经济特区30周年大会上郑重宣布，党中央决定支持海南全岛建设自由贸易试验区，支持海南逐步探索、稳步推进中国特色自由贸易港建设，分步骤、分阶段建立自由贸易港政策和制度体系。⁽⁴⁾ 2018年4月14日，中共中央、国务院发布《关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》，明确以现有自由贸易试验区试点内容为主体，结合海南特点，建设中国（海南）自由贸易试验区，实施范围为海南岛全岛。⁽⁵⁾ 2020年6月1日，中共中央、国务院印发了《海南自由贸易港建设总体方案》（下称《总体方案》）。⁽⁶⁾

深化改革需要法治保障⁽⁷⁾，海南自贸港建设必须配套供给基础性的法治支撑，以法治来引领、规范和保障自贸港的总体建设。在海南由经济特区升级为自贸区再继续升级为自贸港的过程中，国家和海南省都充分采取了相应的法治手段，来保证全面推进依法治国的重大战略得到彻底实施。国家层面的法治保障措施由个别性决定走向一般性立法。初期主要采取由全国人大常委会依照《中华人民共和国立法法》（下称《立法法》）第13条作出相关授权决定的方式，比如2019年10月26日第十三届全国人大常委会第十四次会议通过的《关于授权国务院在自由贸易试验区暂时调整适用有关法律规定的决定》，2020年4月29日第十三届全国人大常委会第十七次会议通过的《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》。由于决定具有个别性和临时性，无法满足海南自贸港的法治保障需要，因此就有必要尽快制定海南自贸港法，从而提供具有普遍性和基础性的立法安排。海南自贸港法的目的在于将党中央关于自贸港建设的重要决策部署上升为国家法律规定，为自贸港总体建设作出顶层设计和提供法律规范层面的依据。

海南省层面的法治保障措施主要是海南省人大及其常委会充分运用各种地方立法权，包括普通省级立法权和经济特区立法权。此次《海南自贸港法》基于“赋予海南更大改革自主权”和“给予充分法律授权”⁽⁸⁾的政治决断，在保证国家法制统一的大前提下，赋予了海南自贸港以相应的自贸港法规制定权。其第10条规定：“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。海南自由贸易港法规应当报送全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；对法律或者行政法规

(3) 《全国人民代表大会关于建立海南经济特区的决议》第2条。

(4) 习近平：《在庆祝海南建省办经济特区30周年大会上的讲话》，载《人民日报》2018年4月14日，第2版。

(5) 《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，2018年4月11日发布。

(6) 《海南自由贸易港建设总体方案》，载《人民日报》2020年6月2日，第1版。

(7) 习近平：《在法治下推进改革，在改革中完善法治》，载《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第39页。

(8) 《海南自由贸易港建设总体方案》，载《人民日报》2020年6月2日，第1版。

的规定作变通规定的，应当说明变通的情况和理由。海南自由贸易港法规涉及依法应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律或者由国务院制定行政法规事项的，应当分别报全国人民代表大会常务委员会或者国务院批准后生效。”海南自贸港法规在诸多方面不同于普通地方性法规和经济特区法规等，亦不同于《立法法》第13条的授权决定机制，但又与这些既有制度形态存在各种联系。这意味着海南自贸港建设在制度供给上配置了多重支撑。由于海南自贸港建设仍处于起步和探索阶段，自贸港法仅对海南自贸港法规制定权作出框架性的勾勒，自贸港法规制定权的相关规范尚未详备，亟须在法规范解释和实践适用层面明确自贸港法规制定权的功能定位、基础目标和实施方式等内容。在某种意义上，在《海南自贸港法》出台以后，国家层面的法治保障措施暂告一段落，而海南省层面的地方性法治保障措施则逐渐登上历史舞台。因此，笔者试图基于《宪法》所确立的立法权配置，并结合《立法法》的相关实践来阐明海南自贸港法规的规范属性和基本功能，并在总结其问题的基础上为自贸港法规制度的发展和完善提供学理思考。

二、海南自贸港法规与其他地方立法形态的对比

依据《海南自由贸易港建设总体方案》和《海南自贸港法》的相关规定，自贸港法规作为一项授权立法，目的在于同经济特区法规、多元商事纠纷解决机制、普通的地方性法规等共同搭建体系完整、规范详备的自贸港法治体系。这就意味着海南自贸港法关于自贸港法规制定权的授权决定，搅动了固有的海南省地方立法权格局这一池春水。对海南自贸港法规的理解与界定离不开地方性法规和经济特区法规。考察各类立法权的构成要素可以发现，自贸港法规作为海南省人大及其常委会就贸易、投资及相关管理活动等特定领域制定的专门性法规，在制定主体、立法事项、生效方式等诸多方面与其他法规制定权存在异同之处。

首先，在立法权的主体要素方面，海南省的地方立法主体结构高度复杂。除前文所提及的普通省级地方性法规制定权和经济特区法规制定权以外，地方立法权还包括省级地方政府规章制定权，民族自治地方（自治州和自治县）的自治法规（即自治条例和单行条例）制定权，以及普通市级地方性法规制定权和市级地方政府规章制定权。其中，普通市级地方立法权又在2015年《立法法》修改过程中，实现由较大的市（在海南省仅有作为省会的海口市）向所有设区的市的主体扩容^{〔9〕}，但在立法事项上则收缩至城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面。就经济特区授权立法形式来看，海南经济特区与其他经济特区还存在一个重要区别，即全国人大在专门授权中并未授权海南省人民政府制定经济特区规章。2000年《立法法》关于经济特区变通立法权的规定本身也仅限于相应特区的国家权力机关，而未扩展至行政机关。在本次《海南自贸港法》中也参照了海南经济特区授权立法的形式，将自贸港地方立法权仅限于海南省人大及其常委会，

〔9〕 海南省三沙市较为特殊，虽不是设区的市，但作为地级市享有立法权，即“广东省东莞市和中山市、甘肃省嘉峪关市、海南省三沙市，比照适用本决定有关赋予设区的市地方立法权的规定”。参见《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》（2015年3月15日第十二届全国人民代表大会第三次会议通过），第46条。

未赋予海南省政府自贸港规章制定权。前述这些既存的立法权形态均与海南自贸港建设存在直接或间接的联系，也与自贸港法规存在一定关系。

在立法权的规范来源方面，海南省人大及其常委会能够以海南的三重身份（即省级行政区域、经济特区和自贸港）进行立法，不同身份的规范来源和地位各不相同。第一种身份的立法是具有宪法基础的职权立法，因为省级地方性法规制定权最初由1979年《中华人民共和国地方各级人民代表大会和各级人民政府组织法》（下称《地方组织法》）所赋予^{〔10〕}，后来得到1982年《宪法》的肯定。第二种身份的立法最初源于全国人大专门授权并得到2000年《立法法》的确认，因此，可以视为具有法律基础的专门性授权立法。第三种身份的立法则是《海南自贸港法》的特别授予，因此也可以视为以法律为基础的专门性授权立法。《宪法》所赋予的省级地方性法规制定权具有宪法效力，不受法律的剥夺，规范来源和地位最高；《立法法》关于经济特区法规的确认性规定具有宪制性地位，因为《立法法》本身是由全国人大根据《宪法》第62条第3项所制定的基本法律；《海南自贸港法》则是全国人大常委会根据《宪法》第67条第2项所制定的非基本法律，其关于立法权的规定也就不具有宪制地位，因此，《海南自贸港法》的规范来源和地位在三者之中也就最低。但无论是经济特区法规还是海南自贸港法规，显然都具有突出的改革试验功能。

其次，在立法事项方面，海南自贸港法规存在一定的特殊性。基于顶层设计的目的和自贸港建设的总体需求，海南自贸港法规的立法调整事项范围主要集中于贸易、投资及相关管理活动，普通地方性法规的事项取决于立法层级。省市两级地方性法规的事项范围在《宪法》第100条中没有差别，但《立法法》第72条则将市级地方性法规的事项限定于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面。经济特区法规作为一项授权性立法，在制度设计初衷上本应集中于与经济特区相关的经济方面，但其调整领域尚存在争议，实践中经济特区法规的立法事项并未仅仅限于纯粹的经济领域。^{〔11〕}宽泛的立法事项再加上变通权限，在一定程度上会减损国家的法制统一，也影响经济特区法规本身针对性效应的发挥。民族自治地方的自治法规以充分发挥民族自治地方的自治权为规范基础，可结合当地的政治、经济和文化特点来利用其变通权限，与其他法规制定权相比，享有更为广泛的政策优势和较为宽松的立法事项范围。

在各类法规中，海南自贸港法规与经济特区法规最具有可比性。从立法事项来看，两者在经济领域的变通立法权必然存在一定的交叉或包容关系。在自贸港法规尚未正式授权之前，海南自

〔10〕 彭真在1979年7月1日“关于七个法律草案的说明”中指出，这是“根据中共中央和毛泽东同志多次强调要扩大地方权力，发挥中央和地方两个积极性的思想，按照我国的实际情况和长期以来进行政治、经济、文化改革和建设的经验”提出的。参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编：《中华人民共和国法律及有关法规汇编（1979~1984）》，法律出版社1986年版，第807-808页。

〔11〕 目前经济特区法规普遍涉足经济领域之外，比如厦门市现行经济特区法规除直接涉及经济领域外，还涉及园林绿化、公园管理、广告设施设置管理、社会文明规范、生活垃圾分类、自贸区管理、房屋拆迁、法律援助、失业保险等事项，明显超出经济法规的范畴。相关立法情况可参见厦门市人大官网的法规数据库，<https://www.xmrd.gov.cn/fgk>，2021年6月1日访问。

自贸港已探索以经济特区立法权的形式来完善自贸港法治体系。⁽¹²⁾ 此种路径,一方面在自贸港法规制定权正式授予前使自贸港层面完善自身制度建设具有可能性,但另一方面也存在着混同自贸港建设、自贸区建设与经济特区建设的风险。目前,《海南自贸港法》尚未对自贸港法规的内涵作出详尽界定,自贸港法规是否指代地方性法规和经济特区法规这两种情形⁽¹³⁾,又或是与两者并存成为海南省第三种立法权运行模式仍存在争议。但从两种法规制定权所依托的制度设计来看,经济特区作为我国改革开放的第一批窗口,目的在于“摸着石头过河”,以试错和示范的方式积累经验、对外开放。而自贸区、自贸港作为新时期党中央为全面深化改革所部署的重要举措,既与当年经济特区承担着同样的改革、试验的使命,又肩负着与国际接轨进一步扩大改革探索路径的责任,是新时期对经济特区进行升级的产物。因此,在新时期自贸港深化改革开放的同时,更需要以强有力的法治来保障、引领和规范自贸港建设。单纯依靠海南省经济特区法规制定权已无法应对自贸港所形成的制度变通幅度,也难以解决自贸港建设中面临的新情况、新问题。所以,自贸港法规的立法事项虽在经济事项方面与经济特区法规存在交叉,但更多的是突破和改革创新,比较而言,自贸港法规可以对《立法法》第8条规定的法律保留事项作出规定,即涉及贸易、投资及管理活动相关的基本制度层面的立法事项。

最后,在生效要素方面,海南自贸港法规也存在一定的特殊性。依据《海南自贸港法》第10条的规定,自贸港法规应当报送全国人大常委会和国务院进行备案,备案中应对其变通规定说明变通的情况和理由,但当其所调整或变通的内容涉及法律保留事项或行政法规保留事项的,则须报全国人大常委会或国务院批准后生效。而地方性法规在制定主体方面涉及省级和设区的市级人大及其常委会。省级地方性法规在作出决定后,法律文本的公布便是其生效的要件。⁽¹⁴⁾ 市级地方性法规由于并非属于完整的地方立法权主体,则须依据《立法法》第72条之规定,经省级人大常委会批准后施行。对于经济特区法规而言,虽然变通是其原则而非例外⁽¹⁵⁾,但经济特区法规无法触及法律保留事项,《立法法》第98条对其变通规定也仅作出报送备案时说明变通情况的限制。自治法规作为自治机关行使自治权的重要方式,可以结合本民族特点对法律、行政法规作出变通性规定,考虑民族自治地方的自治法规在变通上权限较大,因此,《立法法》对其规定了较为严格的报批程序,即经过自治机关上一级人大常委会批准后生效。此外,自治州、自治县的人大制定的自治条例和单行条例,还须由省级人大常委会报全国人大常委会和国务院备案。总体来看,自贸港法规在生效要素上分为更具多样化的环节,其制度设计也更为精致。

(12) 严冬峰:《加快构建海南自贸港法治体系》,载《海南日报》2020年8月28日,第A11版。

(13) 张维炜:《立法“加速度”海南自贸港法草案完成“二审”》,载《中国人大》2021年第9期,第32页。

(14) 夏正林:《论法律文本及其公布》,载《政治与法律》2021年第1期,第81页。

(15) 林彦:《经济特区立法再审视》,载《中国法律评论》2019年第5期,第185页。

三、海南自贸港法规的基本性质：以变通为基础

基于对上述各类法规制定权的对比分析，海南自贸港法规和经济特区法规同属于国家权力机关根据授权决定作出的授权立法模式，在权力来源方面区别于职权立法模式下的普通地方性法规和自治法规。同时，海南自贸港法规又异于《立法法》第13条授权地方改革试点决定中呈现的国家主导性特征，它在本质上归属于地方立法变通权，以通过地方改革试验来积累经验，可谓是深化改革开放和自贸港建设的“试验田”。一般而言，我国立法变通权主要指经济特区和民族自治地方根据法律授权作出的一种立法变通权力。^{〔16〕}但海南自贸港法规作为一种较新形式的地方立法授权模式，在一定程度上放大了我国的地方立法变通权体系，因为从海南自贸港建设的现状和可预见未来中可以看到，海南自贸港将在贸易、投资乃至税收、金融等领域与全国性的法律制度形成较大差别。^{〔17〕}如果说试点创新是自贸港法规的“根”，那么立法变通可谓是自贸港法规的“魂”，承载着自贸港法规的精神和价值内涵。因此，在从规范角度对海南自贸港法规进行定性时，有必要专门分析其变通性的问题，变通性决定着海南自贸港法规的基本属性。

从《海南自贸港法》的立法背景来看，之所以创设海南自贸港法规，显然具有向地方赋权的特别考虑。沈春耀主任在海南自贸港法（草案）说明中指出：“考虑到海南自由贸易港建设各方面工作还处于起步和探索阶段，法律条文可以概括一点、原则一些，构建起海南自由贸易港建设法治保障的‘四梁八柱’，为海南自由贸易港建设提供必要的制度供给，同时为改革发展预留空间。”因此，“在保证国家法制统一的前提下赋予海南更大改革自主权。按照党中央要求‘赋予海南更大改革自主权’‘给予充分法律授权’的精神，授予海南更大的立法权限，由海南省人大及其常委会制定海南自由贸易港法规。这样，既确保党中央集中统一领导和国家法制统一，又有利于海南进行全面深化改革探索的探索”。^{〔18〕}从立法的原初意图来看，海南自贸港法本身仅限于为海南自贸港建设提供一种最基础的制度框架，而将其诸多具体制度的塑造留给可以因地因时制宜的授权性法规，从而使立法活动能够始终与自贸港建设的实践需要同频共振。这种立法意图就决定了，海南自贸港法规的变通性和创造性必然具有较大的空间。

从海南自贸港法规所具备的基础性质来看，其呈现出以下三方面特征。第一，海南自贸港法规是一种较新形式的地方立法变通权。尽管《海南自贸港法》目前尚未对自贸港法规作出详尽界定，但通过规范意义上的比较分析可知，自贸港法规根植于自贸港建设中的现实需求，在制定主体、立法事项、生效方式和变通规定等多方面异于一般的地方性法规和经济特区法规。作为一种

〔16〕 宋方青：《突破与规制：中国立法变通权探讨》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2004年第1期，第64页。

〔17〕 比如根据《海南自由贸易港建设总体方案》规定的低税率政策，“对在海南自由贸易港实质经营的企业，实行企业所得税优惠税率。对符合条件的个人，实行个人所得税优惠税率”。就个税而言，目前在海南自由贸易港工作的高端人才和紧缺人才，其个人所得税实际税负超过15%的部分，予以免征，而《中华人民共和国个人所得税法》所规定的个税则以最高45%封顶。

〔18〕 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》，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202106/589f495c276f4adb9092d6b6d951af58.shtml>。

较新形式的地方立法变通权，其也因此面临着法律位阶的问题和自贸港法规在司法判决中的适用效力问题，需要在规范和实践层面予以正确的界分和解释。^{〔19〕}第二，海南自贸港法规制定权虽属海南自贸港建设中的重要一环，但其目的不仅在于地方性的立法变通，更是作为地方试点改革的“试验田”功能，通过地方试点为其他自贸区以及未来的其他自贸港提供经验借鉴，并适时将试点成熟、可复制的成功经验适当地推广至全国范围，并上升提炼为全国范围内的法律或法规。第三，海南自贸港法规是经济特区法规的升级版，必须在规范和实践层面对两者进行合理的界分。自贸港法规在立法事项方面超越了经济特区法规，可以对部分法律保留事项作出规定，两者具有不同的变通权内涵。因此，必须合理界定自贸港法规的基本内涵，明确其与一般地方性法规、经济特区法规的区别。依此，通过运用这“三种立法权”形式来协力推进海南自贸港建设，在海南省的层面上共同搭建海南自贸港法治体系。

从《海南自贸港法》第10条的字面规定来看，自贸港法规的变通权具有三个方面的规范内涵。首先，在立法变通权的对象方面，自贸港法规可以对法律、行政法规作变通规定。由于自贸港法规在一般立法事项方面主要集中于贸易、投资及相关管理活动，同时亦可以对《立法法》第8条规定的部分法律保留事项作出规定。因此，在自贸港法规立法变通权的对象方面也触及部分法律保留事项，对涉及贸易、投资及相关管理活动中的基本制度可以作变通性规定。其次，在立法变通权的界限方面，自贸港法规的制定必须遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则。在自贸港法规变通权的行使过程中，一方面，必须严格遵循宪法的规定。宪法作为国家基本法，是推进全面依法治国之基石^{〔20〕}，立法变通权不能也无权对宪法作出变通规定。另一方面，立法变通权的行使必须遵循法律、行政法规的基本原则。法的原则作为法律、行政法规最基本的内容，集中体现了立法的精神内涵，对基本原则的变通无疑等同于否定该部立法。此外，基于《海南自贸港法》在海南自贸港建设中的基础性地位，自贸港法规在运用立法变通权时也无法对《海南自贸港法》作出变通性规定。最后，在立法变通权的程序方面，对于法律、行政法规作变通规定的，必须说明变通的情况和理由。由于海南自贸港所形成的制度变通幅度更大，所授权的立法事项也更为宽泛，且更容易触及《立法法》第8条所规定的法律保留事项，因此，在《海南自贸港法》二审稿中专门增加了一审稿中所缺少的说明变通理由制度，这一制度在三审中未经修改即获得通过。据此，不仅要在报送备案审查中指明变通规定的情况，更要说明作出变通规定的缘由，这可以在一定程度上限制立法变通权并防止其滥用。

〔19〕目前，关于另一类授权立法形式，即经济特区法规，已经在法律位阶和司法判决中的适用效力等方面产生诸多争议。如关于经济特区法规位阶的学说亦有常见的“与法律相同”“与地方性法规相同”和“介于法律、行政法规与地方性法规之间”等多种见解。同时，有学者认为，在经济特区法规的司法适用过程中，审判机关基于“国家”而非“地方”的特殊属性，并未对经济特区法规给予“特殊照顾”。这些问题的理解，也将伴随着海南自贸港法规的正式授权和实践适用而逐渐呈现在理论及实务视野中。参见崔文俊：《论经济特区法规的位阶》，载《学术交流》2019年第6期，第72页；屠凯：《司法判决中的经济特区法规与法制统一》，载《当代法学》2017年第2期，第23页。

〔20〕秦前红：《宪法至上：全面依法治国的基石》，载《清华法学》2021年第2期，第5页。

从各种地方立法变通权的比较来看，海南自贸港法规在变通性上既体现共性也存在独特性。在我国地方立法权限配置中，立法变通权是经济特区立法权、民族自治地方立法权和自贸港法规制定权共通性的根本特征。但三者虽共用“变通”之名，却因制度设计、改革试验和政策考量等诸多因素影响而具备不同的变通性内涵。如果对三类立法变通权进行比较分析则可发现，其在变通对象、变通界限和变通程序等方面都存在着差异之处。首先，在立法变通权的对象方面。自贸港法规和民族自治地方的自治法规可以对法律和行政法规作出变通性规定，更多是倾向于结合改革或当地特色去变通中央立法的规定。而经济特区法规还可以对地方性规范作出变通性规定，涵盖了对地方立法的变通可能性。但经济特区法规在立法事项上仅能对一般经济制度作出规定，无法规定法律保留事项的基本经济制度，也就更无权限对法律保留事项作出变通规定。其次，在立法变通权的界限方面。自贸港法规以遵循宪法的规定和法律、行政法规的基本原则为立法变通权的准则，而经济特区法规却未在《立法法》制定和修改中对其变通规定作出明确的规定。1988年全国人大对海南经济特区的授权决定中，要求海南经济特区法规必须“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”。⁽²¹⁾究其缘由，主要是基于探索试验的目的，为今后发展变化提供可供解释的空间。⁽²²⁾但若对比自治法规即可发现，《立法法》对民族自治地方的自治法规规定了较为详细的变通界限，其不得对宪法和民族区域自治法的规定作出变通规定，不能违背法律或行政法规的基本原则，对于法律、行政法规专门就民族自治所作的规定也不得进行变通。最后，在立法变通权的程序方面，三类立法变通权的行使，都需要依规报送备案审查，在报送审查时还需要说明作出变通的情况。但由于自贸港法规在立法事项和变通对象方面都可能触及法律保留事项，故对于自贸港法规的立法变通权设以更为严格的变通程序，即需要在报送备案时指出变通的情况，同时说明进行变通的理由。

综上，海南自贸港法规的立法变通权有以下三个特征。其一，自贸港法规变通权的行使，其性质和界限在于地方改革试验的探索，最终目的在于通过地方的试点和经验总结，将成功的经验向全国范围推广。其二，海南自贸港作为新时期深化改革、制度探索之窗口，不仅局限于执行性变通。对于法律、行政法规尚未规定之内容，更应允许自贸港法规作出相应的创制性立法及变通。其三，基于自贸港法规可在立法事项方面关涉法律保留的内容，因此相较于其他两类立法变通权而言，规定了更为严格的变通备案审查程序，需要在报送备案时说明变通情况及理由。

四、海南自贸港法规在自贸港建设中的功能定位

海南自贸港法规作为一种较新形式的地方变通立法，与海南省人大及其常委会的其他形

(21) 《全国人民代表大会关于建立海南经济特区的决议》第2条。另外，全国人大及其常委会对不同经济特区的授权决定在限制性措辞上稍有差别，对广东和福建两省人大及其常委会的限制是“根据有关的法律、法令、政策规定的原则”，对深圳、厦门、汕头和珠海四市人大及其常委会的限制都是“遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则”。

(22) 张春生主编：《中华人民共和国立法释义》，法律出版社2000年版，第198页。

式的法规并存且互相配合，在协力推进自贸港法治体系完善方面将发挥主力军的作用。自贸港建设过程中必须坚持改革与法治的“双轮驱动”，不可偏颇。在此背景下，合理定位自贸港法规的基本功能并由此促进自贸港法治体系的完善就显得尤为重要。为此，首先需要细致分析自贸港法规的设计缘由，然后在海南自贸港总体建设的战略布局中探寻海南自贸港法规的功能定位。

从设计缘由来看，自贸港法规作为自贸港法治体系中的重要一环，既是海南自贸港改革探索中实践需求的产物，也是海南省其他法规制定权固有局限而必须引发的深度授权模式。在创设自贸港法规制定权以前，由于中央立法滞后、授权立法事项单一、一般地方性立法无力，仅能利用经济特区立法权来弥补海南自贸港建设中的法治空白。但经济特区立法权既在理论界饱受存废争议^{〔23〕}，又因其立法权限范围的限制而难以应对新时期自贸港法治建设之需求。因此，赋予海南省人大及其常委会自贸港法规制定权就成为自贸港建设中的重要内容。

首先，自贸港法规作为授权立法制度必须对构建自贸港法治体系发挥常规性的支撑作用。由于海南自贸港的建设仍处于起步和探索的阶段，实践中所积累的制度建设经验尚且不足，为避免海南自贸港法的规定过细从而影响自贸港建设中的试验探索，在自贸港法的立法审议过程中遵循着“宜粗不宜细”的立法思路，在立法已经搭建起的自贸港制度“四梁八柱”之下，还存在诸多具体环节需要法规来填补空白。因此，自贸港法规在未来构建自贸港法治体系中的常规性支撑作用就逐渐凸显。自贸港法规需要根据自贸港建设中的具体情况和实际需要，及时弥补自贸港建设中的法治空白，及时根据自贸港建设的进展而不断进行法规的效果评估及废改立。自贸港法规以地方立法变通权为基础，与其他法规相比具有独特优势，因此在与其它法规相互衔接与协同的过程中，必须成为自贸港法治体系建设中最重要的一环。制定自贸港法规是为海南自贸港制度建设提供法治支撑的重要立法权运用方式。

其次，自贸港法规在海南自贸港总体建设中需要承载协调改革试验与法治关系的机制功能。其一，在海南自贸港的中央和地方立法权配置中，虽然中央立法可提供层级高、权威强的立法规范，但自贸港建设作为试错和示范性质并存的改革探索窗口，仅依靠中央立法难以满足多样的营商环境需求，容易产生中央层级立法滞后问题。其二，授权决定机制作为2015年《立法法》新增的地方改革试点的新方案，也呈现出强烈的试错性质，目的在于总结可复制的经验向全国范围推广，但授权决定主要聚焦于某一特定事项，具有强烈的针对性，因此仅依靠授权决定形式，既难以满足复杂多变的营商环境需求和全局性的自贸港建设需要，也面临着“一事一授权”的调法调规难问题。其三，经济特区法规虽以立法变通权作为基本特征，享有在经济领域的广泛立法权，

〔23〕 有学者主张直接将其废除，参见庞凌：《关于经济特区授权立法变通权规定的思考》，载《学习与探索》2015年第1期，第74页；也有学者主张将其吸纳进普通地方立法权，参见徐平主编：《人大职权研究》，法律出版社2017年版，第54页。

但也难以应对和解决新时期自贸港建设中面临的新情况、新问题。⁽²⁴⁾结合以上三点理由可知,自贸港法规作为《海南自贸港法》引领下的多层次多领域立法的制度创新集成的必然要求,在以法治保障和引领自贸港改革开放的过程中将发挥最重要作用,也必须切实协调好改革试验与法治关系。

最后,自贸港法规对我国的地方立法变通机制本身也具有试点试错、经验积累和制度完善的总体功能。我国的地方立法变通机制长时间固定为民族自治地方立法变通权和经济特区立法变通权两种形态,但在近年来特别是在2021年则取得重大发展,其表现形态日益丰富多样。2015年《立法法》在修改过程中为“做到立法决策和改革决策相统一、相衔接,重大改革于法有据,立法主动适应改革需要,改革和法治同步推进”⁽²⁵⁾,正式增加了第13条的授权决定模式,全国人大及其常委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部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。这是以全国人大及其常委会的具体授权决定来实现法律的地域性变通。2021年不仅增加了海南自贸港法规的变通机制,而且在《海南自贸港法》获得通过的同日,第十三届全国人大常委会第二十九次会议专门授权上海市人大及其常委会制定浦东新区法规。⁽²⁶⁾前述各种立法变通形态中,海南自贸港法规的变通机制在变通力度等方面最具代表性,在改革试错方面也最具前瞻性,因此需要在实施过程中不断总结经验,并与其他变通机制进行对比,从而在试点试错、经验积累的过程中促进我国地方立法变通制度本身的完善。

基于前述三方面制度设计缘由,对海南自贸港法规功能的合理定位,既要在宏观视角上立足于“国家法制统一”的需求,又要在中观视角上注重海南自贸港法治体系建设的要求,更要在微观视角上着眼于地方改革试点与经验的提炼推广。

首先,从宏观视角来看,维护“社会主义法制的统一和尊严”是我国1982年《宪法》第5条第2款规定的基本内涵。海南自贸港作为新时期对外开放的窗口,在制度变通幅度上更甚于经

(24) 同时,截至2021年6月1日,根据在“北大法宝—法律法规”数据库检索到的数据来看,海南省现行有效的法规共330部,其中经济特区法规67部,占比20.3%;深圳市现行有效的法规共358部,其中经济特区法规273部,占比72.6%;厦门市现行有效的法规共162部,其中经济特区法规76部,占比46.9%;珠海市现行有效法规共96部,其中经济特区法规44部,占比45.8%;汕头市现行有效法规共51部,其中经济特区法规88部,占比58%。相比而言,海南经济特区法规制定权在地方立法权体系中既用得不够,又用得不足。一方面,海南经济特区法规在立法数量上占比较少,特区立法权未能得到充分的行使。另一方面,如果分析其立法主题则可发现,其未能充分聚焦经济领域,呈现出立法主题的偏差情形。如此一来,经济特区法规制定权则难以圆满地实现预期效果,更难以应对新时期海南自贸港建设之需求。

(25) 李建国:《关于〈中华人民共和国立法法修正案(草案)〉的说明——2015年3月8日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上》, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2015-03/09/content_1916887.htm。

(26) “为建立完善与支持浦东大胆试、大胆闯、自主改相适应的法治保障体系,推动浦东新区高水平改革开放,打造社会主义现代化建设引领区,第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议决定:一、授权上海市人民代表大会及其常务委员会根据浦东改革创新实践需要,遵循宪法规定以及法律和行政法规基本原则,制定浦东新区法规,在浦东新区实施。二、根据本决定制定的浦东新区法规,应当依照《中华人民共和国立法法》的有关规定分别报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。浦东新区法规报送备案时,应当说明对法律、行政法规、部门规章作出变通规定的情况。”参见《全国人民代表大会常务委员会关于授权上海市人民代表大会及其常务委员会制定浦东新区法规的决定》,2021年6月10日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。

济特区的创设。而海南自贸港法规作为一种较新形式的立法变通形态，更是在立法事项和变通权界限方面超越了经济特区立法权，更容易触及和变通《立法法》第8条规定的法律保留事项。因此，在自贸港法规的制定过程中，也必然会对国家法制统一造成更大程度的减损。由此，就需要在确保党中央的集中统一领导和国家法制统一的基础上，合理运用自贸港法规制定权，以维护中央统一领导和国家法制统一为价值基础，作为立法变通权行使的基本前提。

其次，从中观视角来看，海南自贸港法规的授权目的在于填补海南自贸港法治体系的“四梁八柱”。制度创新和科技创新是推动海南自贸港前进的“两个轮子”，其中制度创新的关键在于法治的引领和保障。海南自贸港法规作为一种较新形式的地方立法变通权，一方面，可以在贸易、投资及相关管理活动等领域引领海南自贸港的制度建设和实践探索，为海南自贸港的实践运行提供相应的法律规范依据。另一方面，海南自贸港法规的创设目的也在于同海南省其他法规制定权相衔接，通过协力推进多层次、多领域的制度集成性的海南自贸港法律法规体系。因此，如果说《海南自贸港法》是对海南自贸港总体建设作出顶层设计的“根部”，那么，海南自贸港法规即是对顶层设计这一“根部”进行细化完善的“枝叶”。

最后，从微观视角来看，海南自贸港法规虽属于地方立法变通权的范畴，但其试点的目的在于积累经验，以试错和示范的方式总结和提炼可复制的成功经验并向全国范围推广。所以立法变通权的本质在于突破，海南自贸港法规的授权目的也在于为海南自贸港建设提供制度创新和改革试验的突破口。在可承受的减损“国家法制统一”的成本范围内，通过立法变通权的运用，以试错和示范的方式，为向全国范围推广奠定试验基础。因此，不同于前述宏观和中观视角的分析，必须将海南自贸港法规精准定位为试点经验的提炼与推广，从地方试点的微观视角扩展上升为整体国家法律体系和法律制度的完善。

五、海南自贸港法规的制度性问题及其完善方向

海南自贸港法规是海南自贸港建设过程中的重要法治手段，但通过前文的分析可以看出，自贸港法规制定权在立法事由、变通权限、法律位阶等方面存在诸多未尽问题。而这些问题的解决方案，将会直接影响自贸港法规本身功能的发挥和自贸港法治体系的完善进程。本部分通过在同类地方立法变通权中进行对比来阐明这些问题，并在现行变通机制特别是较为成熟的《立法法》第13条授权机制中寻找海南自贸港法规制度的发展和完善路径。

其一，自贸港法规与经济特区法规的立法事项及变通界限仍不够明确。一方面，受限于《海南自贸港法》规定的贸易、投资及相关管理活动这一立法事项的概括性规定，经济特区法规也同样在1988年全国人大授权特区立法权时采取了“一揽子”授权方式，并未明确规定立法事项，仅就特区设立目的在于经济领域的事项作出变通性立法的规定。由此，贸易、投资和经济领域的相互

交叉关系造成了自贸港法规和经济特区法规界分上的困难。另一方面，由于海南自贸港法规有权对法律或行政法规保留事项作出规定，其涉及立法或变通权限的界限是否纯粹限于贸易、投资及相关管理活动，抑或是可以及于《立法法》第8条规定的基本经济制度和财政、海关、金融、外贸等基本制度层面仍有待解释。

对于上述问题的理解，一方面，海南自贸港法规无疑具有独立的地方立法变通权性质，与海南省既有的一般地方性法规、经济特区法规共同构筑起海南省权力机关的地方立法权体系。另一方面，在两类法规制定权的变通界限方面，经济特区法规虽未能就法律保留事项作出变通规定，但对于一般性的经济制度仍有权以特区法规的形式予以规定。而海南自贸港的建设过程中，其目的不仅是面向国内的试错和示范，更是面向国际打造高水平、法治化和国际化的自由贸易港。对于海关、金融、外贸等事项的立法考量更是推动海南自贸港建设中的应有之义。因此，在海南自贸港法规的立法变通界限方面，实则可以及于《立法法》第8条规定的财政、海关、金融和外贸等基本制度层面。

其二，海南自贸港法规作为一项授权性立法，本应在授权立法的同时明确立法事项、变通界限与其他法规制定权之间的关系，但由于海南自贸港建设的实践经验不足以及《海南自贸港法》本身的原则性定位，未能完全遵循授权立法明确性原则的基本要求。而海南自贸港法规作为海南省地方立法权配置之一，增加了海南省地方立法权体系的复杂性，也面临着自贸港法规与法律、行政法规、经济特区法规和地方性法规效力位阶高低的问题。一方面，从海南自贸港法规的变通规定来看，自贸港法规可以对法律、行政法规的规定作变通。依此视角来看，自贸港法规等同于经济特区法规、高于一般地方性规范。另一方面，由于海南自贸港法规可以对法律或行政法规保留事项作出规定，其在效力上应高于经济特区法规。但就其与法律和行政法规的效力位阶而言，自贸港法规作为一项地方立法变通权，不管归属于授权立法的形式，抑或是特殊的地方立法，一般情况下，其效力位阶低于法律和行政法规。但对于海南自贸港法规的变通规定而言，其可对法律和行政法规作出变通性规定，在此情况下，自贸港法规实则已经在自贸港法治体系中取代了法律、行政法规在该区域的适用，也应认为变通规定情况下，海南自贸港法规具有等同于变通对象的效力位阶。

其三，海南自贸港法规的创设以及浦东新区法规的创设，显现出一种立法和授权决定个别化和碎片化的潜在趋势，而这种趋势与地方立法变通的主题相结合则值得特别警惕。就全国人大及其常委会的活动方式而言，一直存在法律和决定的分工。普遍性的事务一般应当由法律来规范，而个殊性的具体事项则借助决定形式。⁽²⁷⁾ 法律和决定在传统上基本是泾渭分明的，而2021年的最新实践则有将二者混同的意蕴。自贸港制度是普遍性的，而海南自贸港则是个别的，《海南自贸

(27) 秦前红、刘怡达：《“有关法律问题的决定”：功能、性质与制度化》，载《广东社会科学》2017年第6期，第219页。

港法》本身是为海南自贸港量身定作的法律，并未考虑未来在其他地方继续设立自贸港的可能性，其第 10 条更是在法律中对海南省人大及其常委会进行排他性的个别授权，此种立法方式在很大程度上并没有遵循立法的普遍性要求。浦东新区法规及其授权决定的个别化和碎片化现象则更为明显，因为浦东新区法规的名称本身就包含着一种立法碎片化的风险。全国人大常委会关于浦东新区的授权决定本身在法律上似乎大可不必，完全可以由国务院将浦东新区增设为经济特区，由此上海市人大及其常委会依据《立法法》自动取得经济特区法规制定权。地方立法变通本身就是对国家法制统一性的限制或减损，如果这种立法变通权的授予本身又采取个别化、碎片化的形式，则其不利影响可能会被放大。因此，笔者主张对这些地方立法变通制度进行定期性的效果评估和比较，特别是不断总结自贸港法规的变通实践，从而引领立法变通制度向国家法制的统一性和立法的普遍性原则适当回归。

对于前述三个方面的问题，其妥善解决可以有两个思路：一是在规范层面通过法律解释来解决，二是通过法律修改来进行制度设计的完善。前文所提及的自贸港法规的立法事项、变通界限、与其他同类法规之间的关系等问题，可以结合未来的自贸港立法实践通过解释《海南自贸港法》和《立法法》等予以进一步明确和解决。但《海南自贸港法》的制度设计特别是其立法的根本性体制问题，则需要法律修改才能得到彻底解决，诸如自贸港法规制度、浦东新区法规制度的地位宜在未来修改《立法法》时在第四章关于地方性法规的规定中进行统筹考量。但无论是释法还是修法，都必须始终铭记海南自贸港是我国改革开放进程中力度最大的“试验田”，自贸港法规的变通是实现以法治手段保障改革试验的重要途径。因此，自贸港法规中诸多问题的解决及其制度的完善，必须在改革与法治双轮驱动之下进行考虑。笔者认为，在我国处理改革与法治关系的具体机制中，《立法法》第 13 条规定的授权决定机制最为成熟，其若干具体安排对于发展和完善海南自贸港法规制度具有借鉴意义。《立法法》第 13 条的法律变通具有日落条款、效果评估和报告制度的限制，有助于防止地方立法变通对法治体系的常规性造成颠覆性例外。⁽²⁸⁾ 在《海南自贸港法》起草的过程中，笔者曾建议在其第 10 条中增加日落条款、效果评估和报告制度的限制，且据笔者了解，在全国人大常委会法工委举办专家座谈会时亦有学者提出效果评估等建议，但可惜没有得到采纳。借鉴《立法法》第 13 条的授权决定机制，可以考虑对海南自贸港法规制定权进行一定限制，从而更好地发挥其保障和促进自贸港建设的功能，并对全国改革开放更好地发挥“试验田”的功能。具体而言，自贸港法规对法律和行政法规作出变通规定时，不仅应要求海南省人大及其常委会在立法前向全国人大或国务院说明变通的情况和理由，而且应当在法规付诸实施后，定期对法规的实施情况进行科学的效果评估，总结其经验和不足，并向全国人大常委会和国务院报告其实施情况和评估结果，从而促进全国性制度的完善，使海南自贸港的改革试验与全国的改

(28) 王建学：《授权地方改革试点决定应遵循比例原则》，载《法学》2017年第5期，第39页。

革开放进行更好衔接。从我国目前各自贸区的改革情况来看，由于缺少效果评估和报告制度等机制，行政化运作等各种现实因素“冲淡试验的科学性，使试验无法对改革充分发挥试错和积累经验的作用，背离试验机制的初衷”⁽²⁹⁾，这一点在未来的自贸港建设和自贸港法规实践中应当予以特别注意。

六、结语

建设海南自贸港是改革开放的重大战略决策，为保证自贸港制度行稳致远、久久为功，必须在立法和法治方面下功夫，“实现自由贸易港制度的顶层设计法治化”。⁽³⁰⁾重大决策的法治化实施必须审慎、稳妥和周全，并考虑法治发展的长远性和全局性。海南自贸港法规将在未来海南自贸港法治体系中发挥重要作用，其立法初衷、解释适用和制度发展也应当从法治发展的长远性和全局性进行审慎和周全的思考。自贸港法规等新的地方立法变通形态，应当与《立法法》规定的立法体制有效融合，并最终和《宪法》进行有效衔接，成为以《宪法》为统帅的中国特色社会主义法律体系的有机组成部分。

The Normative Attribute, Basic Function and Institutional Development of Hainan Free Trade Port Regulations —From the Perspective of Constitution Law and Legislative Law

WANG Jianxue ZHANG Ming

Abstract: Hainan Free Trade Port Regulations, as the local legislations made for Hainan Free Trade Port based on Hainan Free Trade Port Law, are different from other local regulations and Special Economic Zone Regulations in many ways like the subject who formulate it, the legislative items and the way of coming into effect. The legislative adaption is the fundamental feature of Hainan Free Trade Port Regulations and also the core element of it. The adaption of Hainan Free Trade Port Regulations is different from that of Special Economic Zone Regulations and Autonomous Regulations of ethnic autonomous areas in objective, boundary and procedure. Apart from functioning as a supportive tool, Hainan Free Trade Port Regulations should regulate the relation between reform experimentation and rule of law and make national local legislative

(29) 王建学：《论我国自贸区改革试验功能的法治化与科学化》，载《江苏行政学院学报》2021年第1期，第120页。

(30) 曹晓路、王崇敏：《中国特色自由贸易港立法的基本框架与实现路径——以海南自由贸易港立法为视角》，载《当代法学》2020年第4期，第140页。

mechanism better. There is room for Free Trade Port Regulations developing, article 13 of the Legislative Law should be as a reference in the future.

Keywords: Hainan Free Trade Port Law; Hainan Free Trade Port Regulations; Local Legislative Adaption; Reform Experimentation

(责任编辑: 李泮桦 汪友年)