

对自贸区法治创新的立法反思^①

——以在自贸区内“暂时调整法律规定”为视角

刘沛佩^{1,2}

(1. 华东政法大学 经济法学院, 上海 200042; 2. 上海证券交易所 资本市场研究所, 上海 200120)

摘要:中国(上海)自由贸易试验区法治创新的制度需要,使得全国人大常委会做出了授权国务院在自贸区暂时调整有关法律规定的决定。但暂时调整法律规定并非法律修改,作为一种非法定的授权立法行为,全国人大常委会对国务院的暂时调整法律规定的立法授权,在授权主体的合理性、被授权机关的适当性和授权内容的合法性上皆与现有法律规定存在冲突。在未来自贸区的法治创新中,必须正视自贸区发展的法治瓶颈与长期性,防止代议制立法模式下行政权力的僭越。通过推进以《立法法》为突破口的多途径改革,获得变通执行法律的空间,并借助法解释学助力自贸区法治创新的实现。

关键词:自贸区;法治创新;调整法律规定;立法反思

中图分类号:DF01 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2015)02-0060-06

Legislation Reflection on Innovation of the Rule of Law in China(Shanghai) Pilot Free Trade Zone

—From the Perspective of the Provisional Adjustment of
Relevant Laws and Regulations in Pilot Free Trade Zone

LIU Pei-pei

(1. Faculty of Economic Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China;
2. Capital Market Institute, Shanghai Stock Exchange, Shanghai 200120, China)

Abstract: NPC Standing Committee authorized the State Council to adjust relevant laws and regulations temporarily in Pilot Free Trade Zone for the need of innovation of the rule of law. In terms of behavioral attribute, adjusting laws and regulations, which is not a statutory authorization legislative act, doesn't mean legal changes. Authorization for legislation of adjusting relevant laws and regulations provided by NPC Standing Committee is in conflict with existing laws and regulations from the per-

收稿日期:2014-11-10

基金项目:上海市民主法治建设课题“上海自由贸易试验区证券场外市场制度建设研究”;上海市金融学会2014年青年课题“非上市公司定位、形态改革与转板机制研究”

作者简介:刘沛佩,男,华东政法大学博士后流动站、上海证券交易所博士后工作站在站博士后,主要从事经济法研究。

①文章中观点仅代表作者个人观点,与所在单位无关。

spective of reasonableness, appropriateness and legality of authorized subject and content. Therefore, it is necessary to address the legal bottleneck and long term of the development of Pilot Free Trade Zone, preventing law from transgression of executive power under representative legislative model. By promoting multi-channel reform, which takes legal changes of Legislation Law as a breakthrough, the possibility of executing law is to be obtained alternatively. Meanwhile, getting help from Jurisprudentia to realize innovation of the rule of law in China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone.

Key words: China(Shanghai) Pilot Free Trade Zone; innovation of the rule of law; adjust laws and regulations; legislation reflection

中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)在司法定位上可以被理解为经国务院批准设立、并经全国人大常委会授权国务院决定暂时调整有关法律在区内实施,享有“豁免适用”相关法律特权的一个特殊经济区域。就已有制度层面而言,以调整法律规定为基础的行政审批制度改革是自贸区法治创新的核心。如果对全国人大常委会做出的《关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》细细揣摩会不难发现,其放开的仅是国家实施准入特别管理措施之外的外商投资准入机制,涉及到的法律调整事项只限于外资三法中有关行政审批的条款。且法律调整有三年期限的限制,对于三年后的适用问题仍需静待实践的检验。法治有着其基本的要求与内核,各国的法治模式都具有差异性和非统一性,是在本国的具体实践基础上与国情相结合作出的理性选择。^[1]对于这样一种首见于我国立法史上的特殊立法行为,其出台的适当性在哪,又是否符合我国法律的既有规定,值得进一步展开研究。

一、“暂时调整法律规定”的法理分析

(一)“暂时调整法律规定”并非法律修改

从某种意义上而言,全国人大常委会决定中所提及的授权国务院调整法律某些条款在自贸区实施并试行为三年的规定,也可以理解为废止某些条款的效力,并对其他条款的适用添加了一个为期三年的附期限和附条件的补充规定,从而形成一部修订后的法律。那么全国人大常委会具有调整法律规定或是暂停法律实施权力的法律依据是否可以扩大解释为对法律的修改或是部分补充?

一些学者认为,全国人大常委会授权国务院调整法律若干条款的行为是对三部法律中个别条款的修改。^[2]笔者对此持不同观点。从本质上说,对法律个别条款的暂停实施,是一种特殊的修法方式。但是仅在上海自贸区内暂停实施法律若干条款,就说明不是严格意义上的修改法律。修改意味着无论是修改前后,都不会出现两部从名称和内容上大部分重叠的法律,所以此种调整行为不宜认定为法律的部分修改。其次就修改而言,包含了修和改两个要素,一定体现为对原有某些条款内容的摒弃以及替代内容的加入。而从全国人大常委会的授权决定来看,更多体现的是法律若干条款附条件和附期限的暂停适用,而没有条款内容上的新增。姑且不就修改本身作字义上的揣摩,暂停实施不可以理解为普通意义上的修改的另外重要一点,又回到了法律适用平等性的问题上。无论是三年试行的期限还是暂停某些条款实施的决定,在境内区外都是不适用的,于是在法律适用上都会存在区内和区外不平等的现象。被暂时实施的条款在境内区外依然是有法律效力的事实,说明了全国人大常委会暂时调整法律规定的决定并非是对法律的修改,而是在自贸区内赋予市场参与者一个法律适用的“豁免特权”。

(二)“暂时调整法律规定”并非法定的授权立法行为

从内容上看,全国人大常委会的授权决定仅作为配合自贸区行政审批改革的一个法治手段存在,并未脱离国家整体行政法治框架的约束。^[2]与其说是对法律实施的调整,倒不如说是立法服务于行政管理的一种试验、探索或是妥协。但从行为本质去分析,全国人大常委会的上述决定还是属于一种广

义上的授权立法。且这样一种在建国以来立法史上首次出现的特殊立法行为,其改革创新的内容已然触及到了羁束型规定。这对于本就缺乏民主正当性的行政体系而言,产生了行政僭越代议制立法的风险。^[3]如果这一“豁免特权”,包括全国人大常委会授予“豁免特权”的行为是负载着全民意志的法律所赋予的,那么无可厚非。但在法律没有明确规定的情况下,不经体现为国家意志的法律授权,而直接以代议制下立法机关的意志和身份通过决定赋予自身以在某一非法定实施特殊法治的区域暂停法律条款实施的权力,未免有逾越法治的人治之嫌。所以在法律没有赋予全国人大常委会具有授予某一机关行使暂停法律实施的权力的前提下,全国人大常委会以授权决定的方式来暂停全国人大制定的法律在某一非法定享有立法特权的区域实施的做法,存在合法性上的疑问。

二、对“暂时调整法律规定”的反思与质疑

(一) 全国人大常委会不具有法律规定的授权权限

在西方有句格言:“被授予的权力不得再委任。”^[4]因为代议制本身即是公民授权,在民主主义和规则主义看来,国会被授予的立法权,除非法律明确规定可以由国会授权给某一行政主体行使之外,该权力不得再委托他人行使。换言之,行政主体获得任何特定职权的合法性依据就是代议制立法的授权,即只有源于受全体公民委托的代表们的意志产生之法律而非立法或是行政机关得以授予特定主体以相应职权。^[3]全国人大常委会关于暂时调整法律规定的决定,实质是于一定期限内暂停法律若干条款在自贸区适用。其用了“暂时调整法律规定”这一含糊的表达方式,目的是与修改、废止等立法行为相区分并淡化“暂停”一词对现有法律稳定性的冲击。但遗憾的是,在上海自贸区设立的过程中,无论是《宪法》《立法法》还是《全国人民代表大会组织法》均未规定全国人大常委会在调整法律规定或是暂停法律实施上具有授权权限。也就是说,全国人大常委会对国务院就法律调整事宜所作出的决定并非源于法律对全国人大常委会的授权,而只是基于全国人大常委会的立法机关属性,将其自身担负的一部分立法职责授予给了国务院。这就产生两个问题:一是全国人大常委会自身是否拥有暂停某一法律实施的权力;二是在法律并未直接赋予全国人大常委会可以授权某一主体决定暂停实施法律的前提下,全国人大常委会的此项授权是否有法可依。

(二) 全国人大常委会不具有立法权的全部权能

依据《立法法》的一般原理,如果特定机关具有法律授予的某一项职能,除了授予的立法权不得转授以及法律保留事项之外,尚存在法定的授予程序下“转授权”的可能性。但笔者认为,全国人大常委会不具有暂停法律实施的权力。

从《立法法》的适用范围看,“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止”属于立法的范畴,调整法律规定或是暂停法律实施毫无疑问应当被视为广义上的立法。根据《宪法》第67条的规定,全国人大常委会有权解释宪法、制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律、对全国人大制定的法律进行部分补充和修改等职能。从中可以看出,列举式的立法模式体现了限权的精神。全国人大常委会享有一定的立法权,但这并不可以当然的认为全国人大常委会具有立法权的一切权能。综观规范全国人大常委会的相关条文,也从未对调整法律规定或暂停法律实施做出过明确的规定。

有观点认为,全国人大常委会既然有权决定某一法律条款在全国范围内停止实施,其自然也有权决定某一条款在某一地域停止实施。^[2]笔者认为不能简单地就此推理。首先,全国人大常委会有权决定法律或其中某一条款在全国范围内停止实施,其只有对法律的修改或废止两种途径,且行使修改或废止的权力来源皆为法律的明确规定。其次,全国人大常委会有权决定法律条款在全国范围内停止实

施,并不足以得出其有权决定法律在不同地域的差异化适用这个结论。除非属于法定的实施特殊法律制度的区域,各地区在法律适用上应当一律平等。法律适用平等包括法律实施地域的适用平等和不同法律主体具体适用法律的平等。其实在我国,的确存在法律变通和豁免适用的“飞地”。排除香港、澳门和台湾三个域外区域不谈,我国的民族自治地方和经济特区在维护国家统一的前提下,被法律赋予了相对独立行使立法权的职能,显现出一定的法治独立性和特殊性。^①但自贸区并非法定实施特殊法治的区域,如果全国人大常委会有权以决定、通知等形式决定非法定实施特殊法治的区域可以差异化适用法律的话,那么法律的普遍性何在,指引作用何在,平等性更是毫无疑问地会遭到践踏。所以立法机关不得将自身意志以通知、决定等形式代替法律规定。换言之,未经上升为国家意志的法律的授权,任何凭借通知或是决定等规范性法律文件来代替法律进行立法授权的行为,都是对法律背后国家意志的一种超越。

(三)“暂时调整法律规定”与国务院立法职能相冲突

根据《立法法》第8条的法律保留原则,涉及国家主权、基本政治制度、经济制度、司法制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度等事项,只能由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律来确定。从上海自贸区的已然和未来实践来看,必然会涉及众多应由法律来规范的法律保留事项。为了避免对法律的稳定性造成冲击,必然不会对已有法律进行大修大补。那么为了贯彻自贸区推进工作中的制度创新和先行先试,针对上述法律保留事项,授权立法的空间究竟有多大?《立法法》第9条又进一步将第8条所述的法律保留范围进行了区分规定,对于除有关犯罪和刑罚、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、司法制度等事项以外的法律保留事项,法律赋予了全国人大及常委会以授权立法的职能。与此同时,法律又对本条所称的授权立法作了范围上的框定,仅限于“尚未制定法律”的情形,且国务院在授权范围内所享有的也只是“先行制定行政法规”的职能。再反观全国人大常委会对国务院就调整法律规定的授权,很显然,这样一种针对已有法律的调整授权决定是不属于《立法法》第9条授权立法范畴的,全国人大常委会做出的授权决定也非以《立法法》为依据。从另一方面看来,通过《立法法》对于授权立法的解释,其必然至少包含了两大要素:授权立法行为是法律所赋予的;法律对于授权的目的、范围、期限等都有明确的规定。这又变相印证了本文前一部分对授权主体授权行为合法性存疑的阐述。

三、自贸区法治创新的未来之路

(一) 正视自贸区发展的法治瓶颈与长期性

上海自贸区并非一个法律意义上的行政区划,其只是基于行政管理需要而由政府批准的特定区域,是中央在推进行政管理体制改革的新一轮改革开放过程中诞生的一个新事物。在自贸区法治创新推进的过程中,必然会遇到现行立法体制的阻碍。随着试点范围和内容的不断深入,市场对于法律供给的需求将愈加旺盛,现实生活对于规则及时性和灵活度的客观要求与法律的稳定性以及修改程序的刚性之间将产生矛盾。我国是一个成文法国家,无法通过英美法遵循先例原则使判例转化为普遍的法律规则。在大陆法系的规则生成机制下,规则往往无法有效地反映市场的需要。若想对自贸区进行

^①根据《立法法》第65条、第66条和第81条的规定,经济特区的人民代表大会及其常务委员会有权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。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。而民族自治地方的人民代表大会也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,在不违背法律或者行政法规的基本原则下,依法对除了法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定以外的法律和行政法规的规定作出变通规定。

创新性改革,需要突破的法律障碍比比皆是,而这恰恰是自贸区建设中的一个关键性瓶颈。要突破这一瓶颈进行“先行先试”,就不可能不触动现行的法律秩序,就可能出现“违法”立法。^[5]此外,无论是《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》还是《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》,试点一词频繁见诸纸端。“深化改革试点”“解决试点过程中的制度保障问题”“建立与试点要求相适应的试验区管理制度”等要求成为我国政府下一阶段工作的主要任务,而对于后续法治试点的具体建设方案、内容和配套规则,从国务院到地方政府层面推进得较为缓慢,多为抽象的原则性规定。这至少释放出一个信号,自贸区终究还是一个试验区,在体制上承担了先行先试的任务。对于自贸区下一步该怎么走,法治该如何创新,立法和行政机关也是在摸着石头过河,在试验、探索中前进。所以在探讨自贸区法治创新障碍的同时,还需注意到自贸区建设的长期性和试验性。

(二) 防止代议制立法模式下行政权力的僭越

当古希腊雅典城邦的直接立法模式与现代社会脱节并被证明不可行时,代议制立法模式逐渐取代了前者,成为了当今各国普遍采用的契合民主精神的立法形式。^[6]但代议制立法模式在立法产品即法律规范制定上的天然局限性和工具缺陷依然明显。代议制立法权的法定享有者是公民,而实际立法者仅仅是一部分代表,二者的分离带来了公众意志能否被一部分代表所正确认识、理解并全面体现在立法中这一问题。其实作为代议制立法产品的法律规范皆是立法者主观意识的产物,很大程度上反映了立法者的立法目的。立法目的与社会物质生活水平以及社会成员的利益要求有多大距离,则有赖于立法者的认知能力和主观意志,以及立法程序和体制的科学完善。^[7]我国人民代表大会及常委会的构成人员并非法律专业人士,在代议制立法下,一项旨在满足行政机关管理需要的立法、修法或法律改革提案,在表达多数法律素养欠缺的代表之立法意志的同时,往往是以牺牲一部分上位法规定为代价的,而这恰恰成为了代议制立法正当性丧失的基础。

自贸区发展涉及到投资、贸易、金融等多领域,为了改革的推进,在很多方面需要对既有法律进行突破,而相关法律法规的修订又必然有一个滞后过程,如何在自贸区建设的过程中确保法律的统一实施,是自贸区法治创新所无法回避的重大课题。^[8]作为上海自贸区建设的推进方,地方政府所作出的每一项改革创新提案都可能找不到既有法律的支撑,甚至与现有法律相冲突。他们虽然有动力去改革,但受制于立法权的限制,只能去最高权力机关、最高行政机关游说,使之能获得调整法律的授权。^[9]但作为后者也很为难,因为他们所作出的调整法律决定或授权是游离于《立法法》之外的。如果选择改革既有的法律,先抛开法律的稳定性不谈,为了在这二十八平方公里的土地上做创新,在九百六十万平方公里土地上普遍适用的法律要逐一让位,向行政管理需要做妥协,自贸区创新所需要的法律改革成本与所获收益是否匹配?如果维持现有法律不变,以最高层决定的方式为自贸区法律创新开道,这究竟是一种法治的创新还是倒退?法律是授权和监督行政,而非服务于行政。在自贸区法治创新的路上,代议制立法模式下的行政权力同样存在僭越法治的风险。长远看来,这种改革的思维模式对体制的伤害不容小觑。

(三) 推进以《立法法》为突破口的多途径改革

自贸区法治建设需要建立与放开准入相一致的规则体系,但是在既有法律框架下,自贸区的法治创新举步维艰。^[10]在自贸区这一特定区域想要获得法律实施上的特权,获得变通执行法律的空间,未来可以在自贸区的法律地位、授权依据、授权主体的自身职权方面进行推进,在《立法法》层面进行制度完善。具体而言,可以对自贸区进行直接授权,由《立法法》在法律适用上将自贸区与经济特区同等对待,赋予自贸区所在省、市人大以通过制定地方法规对法律、行政法规作变通规定的权力,从而绕过最高权力机关、最高行政机关的授权立法问题。其次,为了解决授权行为合法性,即授权依据的问题,法律一方面可以对“全国人大常委会有权授予行政机关调整法律规定的职权”进行明确;另一方面也可以扩展全国人大及其常委会的立法职权,将“暂时调整法律规定”或“暂停法律实施”的形态加进

去,从而获得授权的正当性。另外,在被授权主体就调整法律规定所颁布的法律文件形态上,是继续维持现有的行政法规位阶,还是准许以全国人大常委会决定、通知等形式存在,是在后续修法过程中要考虑的另外一个方面。但无论上述哪一条路径,都必将涉及对已有法律的修改。在自贸区法治创新的背后,我们面临的不是出台一部新的规范或者调整某一部法律的问题,或许在承担高额的法律变革成本与强行突破既有法治框架的抉择这一点上更需要我们加以反思。

(四) 借助法解释学助力自贸区法治创新

法律的制定最后都要落实到法律的适用和实施上。从目前来看,法治的形成是自贸区制度创新的重要任务,而在这其中,基于司法独立原则的审判制度重构尤为重要。^[11]对于自贸区法治创新中出现的,特别是在对于阻碍自贸区改革创新进展的法律适用上,以法院为代表的司法审判机构要充分利用法解释学,通过多种解释方法,对其中早已过时、不符合社会发展实际的法条进行法律适用上的解释,助推自贸区法治创新。在这其中,利用目的解释,通过政策来对法律解释产生影响,是其中非常重要的一个方面。习近平总书记在省部级主要领导干部学习贯彻十八届三中全会精神全面深化改革专题研讨班开班仪式上曾提出,要学习理解全面深化改革政策部署的五个关系。^①反应到司法实践上,人民法院在理解政策、适用法律时,要破除妨碍改革发展的那些思维定势,妥善处理好政策与法律之间的关系。政策的制定,大多情况下与法律一样,都以公平正义为最高指导原则和价值追求。当代法律解释学也承认公共政策可以通过发现、论证、解释、衡量进入作为裁判规范的法律,都可以作为法官法源。^[12]政策之于目的解释,在一定程度上具有填补法律空白和漏洞的功能,并提供所追求的能动的、规范化的方向。这可以使法官在进行法律解释时可以充分利用政策的灵活性,对复杂的法律关系和社会生活进行调节,克服简单地机械释法和适用法律所带来的弊端,进而实现所追求的公平正义。^[8]不过,法解释学作用的发挥和政策目的的实现也不能游离于法治之外。对法律有明确规定的,仍应严格依照法律的规定;对法律未有规定或规定不明晰,而政策有规定并且不悖于法律原则性规定的,可考虑适用政策;当法律的适用会明显导致不公平,抑或与社会实际产生较大偏离,从而导致无法对社会关系进行有效调整的时候,则可通过法律解释,适当通过政策突破法律的过时规定。

参考文献:

- [1] 李友根. 法治的创新与创新的法治[J]. 江海学刊, 2005(5): 124-130.
- [2] 刘松山. 论自贸区不具有独立的法治意义及几个相关法律问题[J]. 政治与法律, 2014(2): 2-10.
- [3] 傅蔚冈, 蒋红珍. 上海自贸区设立与变法模式思考[J]. 东方法学, 2014(1): 98-104.
- [4] 万其刚. 论西方发达国家的授权立法[J]. 人大研究, 1996(11): 12-18.
- [5] 杨登峰. 区域改革的法治之路——析上海自贸区先行先试的法治路径[J]. 法治研究, 2014(12): 43-50.
- [6] 法任飞, 何敏. 代议制下的公众与立法[J]. 人大研究, 2004(6): 29-31.
- [7] 庞正. 代议制立法的有限性及其补正[J]. 社会科学, 2008(2): 113-121.
- [8] 陈立斌. 法律与政策的统一正确实施是自贸区司法的首要理念[N]. 人民法院报, 2014-05-28(05).
- [9] 黄韬. 自贸区试验与国际金融中心建设的法制变革需求[J]. 上海交通大学学报: 哲学社会科学版, 2014(3): 14-15.
- [10] 沈国明. 法治创新: 建设上海自贸区的基础要求[J]. 东方法学, 2014(3): 124-129.
- [11] 季卫东. 金融改革与“法律特区”[J]. 东方法学, 2014(1): 86-91.
- [12] 陈金钊. 再论法律解释学[J]. 法学论坛, 2004(2): 23-33.

(责任编辑 陶舒亚)

^①即要弄清楚整体政策安排与某一具体政策的关系、系统政策链条与某一政策环节的关系、政策顶层设计与政策分层对接的关系、政策统一性与政策差异性的关系、长期性政策与阶段性政策的关系。