

中国(上海)自由贸易试验区改革 开放的法治路径研究

朱应平

(华东政法大学 法律学院,上海,201620)

摘要:中央政府已经设立中国(上海)自由贸易试验区,并施加上海市承担改革开放试点的任务。但是全国人大及其常委会没有授权其突破现行滞后的体制和机制,由此导致自贸试验区改革法律依据不足,造成改革开放与法治不协调。实现中国(上海)自贸试验区改革开放的法治路径包括:立法者更新观念和积极行使权力;最高权力机关积极授权,授予上海市人大及其常委会制定自贸试验区法规的变通立法权,授予上海市人民政府制定自贸试验区规章的立法变通权。此外,相关国家机关要积极修改或者废除相关法律、法规、规章。

关键词:自由贸易试验区;改革开放;法治

中图分类号:D921

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2015)02-0037-10

一、改革开放与法治的不协调发展

改革开放是我国宪法确立的方针政策。1993年宪法修正案将市场经济体制写入宪法,进一步推动了改革开放的快速发展。然而,由于立法滞后等原因,改革开放工作常常只能缓慢地进行,或者处于于法无据的状况。这一问题在2013年国务院批准设立中国上海自由贸易试验区之后更加突出地表现出来。

2013年9月,国务院批准《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》(以下简称“《方案》”),提出以下要求:“一、建立中国(上海)自由贸易试验区,是党中央、国务院作出的重大决策,是深入贯彻党的十八大精神,在新形势下推进改革开放的重大举措,对加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化,为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验,具有重要意义。”“二、上海市人民政府要精心组织好《方案》的实施工作。要探索建立投资准入前国民待遇和负面清单管理模式,深化行政审批制度改革,加快转变政府职能,全面提升事中、事后监管水平。要扩大服务业开放、推进金融领域开放创新,建设具有国际水准的投资贸易便利、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区,使之成为推进改革和提高开放型经济水平的‘试验田’,形成可复制、可推广的经验,发挥示范带动、服务全国的积极作用,促进各地区共同发展。有关部门要大力支持,做好协调配合、指导评估等工作。”“三、根据《全国人民代表大会常务委员会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》,相应暂时调整有关行政法规和国务院文件的部分规定。具体由国务院另行印发。”据此,中央政府授权上海市人民政府组织和领导中国上海自贸试验区建设工作,中国上海自贸试验区承担着改革开放的试点工作。

收稿日期:2014-11-06

作者简介:朱应平(1966-),男,安徽长丰人,华东政法大学法律学院教授,法学博士,博士生导师。

基金项目:国家社会科学规划基金“民生宪法保障路径研究”(11BFX085);上海市政府咨询课题资助项目“民生行政中的政策运用及其规制”(2014-Z-B01-A);上海市教委创新重点课题资助项目“自贸区法治化研究”(12zsl59)

作。

中共十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》第七部分“构建开放型经济新体制”，提出“建立中国上海自由贸易试验区是党中央在新形势下推进改革开放的重大举措，要切实建设好、管理好，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验。在推进现有试点基础上，选择若干具备条件地方发展自由贸易园(港)区。”“(25)加快自由贸易区建设。坚持世界贸易体制规则，坚持双边、多边、区域次区域开放合作，扩大同各国各地区利益汇合点，以周边为基础加快实施自由贸易区战略。改革市场准入、海关监管、检验检疫等管理体制，加快环境保护、投资保护、政府采购、电子商务等新议题谈判，形成面向全球的高标准自由贸易区网络。”据此，中央进一步将中国上海自贸试验区建设纳入党的方针政策范围，这表明自贸试验区建设工作不是短期的工作，而是一项长远的战略任务。

如何推进此项改革开放工作的顺利开展？是大胆地突破现行的法律规定，还是依法开展此项工作？

中共中央十八届四中全会作出的《关于全面深化改革若干重大问题的决定》指明了明确的路径：“实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。实践证明行之有效的，要及时上升为法律。实践条件还不成熟、需要先行先试的，要按照法定程序作出授权。对不适应改革要求的法律法规，要及时修改和废止。”

据此，中央明确提出了改革开放要于法有据，自贸试验区改革开放试点工作也不例外，也应当于法有据。它要求立法机关积极作为，改变过去消极立法、放任改革滞后或者违法改革的现象；它还给立法机关提出了具体的工作要求，加快立法、依法授权、及时修改和废除滞后的法律。笔者认为这些要求总结了我国在改革开放过程中的经验教训。这是因为，1999年全国人大制定了《立法法》，对立法原则、立法改革、法律法规的修改废除等作了明确规定；还特别在其中设定了全国人大及其常委会授权决定提出了明确的要求。但遗憾的是，立法滞后于改革开放一直是一个明显的问题；法律修改废除工作也开展缓慢；而授权工作很少得到直接而明确的运用。但是改革开放不因为立法机关懈怠行使或者没有有效行使诸多权力而不进行，国务院在没有获得明确授权决定的情况下，同意上海市、重庆市进行房产税试点改革；司法体制在没有获得全国人大及其常委会任何授权决定的情况下开展改革。这些改革是非常必要的，但又处在于法无据的尴尬境地，因而饱受学界的指责。

既然中共中央、国务院已经明确了上海市政府在此方面承担着重要的职责，理应为开展此项工作提供充分的职权依据。但目前遇到的瓶颈问题是，既缺乏足够的中央立法授权，也缺少充分的地方立法支持其突破某些制约的体制。对此，根据中共十八届四中全会决定的精神，要解决中国上海自贸试验区改革开放试点过程中遇到的问题，应当在以下几个方面作出积极的努力。

二、立法者要更新观念和积极行使权力

(一)更新观念

我国全国人大及其常委会在立法适应改革开放问题上的态度比较消极，导致立法长期滞后于社会发展的客观需要。出现这种情况，与最高立法机关对相关宪法和法律中的观念滞后有关。为此有必要确立能动性法治观。^[1]

树立这一观念，是由我们处在一个风险高发时代的客观现实所决定的。法治原则要求政府依法作为。传统的法治观要求行政机关只能严格依照议会制定的法律行为，这种情况早已被“行政国”所面临的严酷现实所打破。由于处于错综复杂的风险社会之下，法治必须是能动的，即法治必须使得权力有活力，能够有效地行使；不能因为强调法治而导致国家权力特别是行政权无所作为。法治原则有很多具体内容，以法律保留原则为例，可以说，风险社会背景下要想使政府有所作为，不可能强调事事必须依据狭义

的法律,否则没有法律政府不得作为,就根本无法适应社会发展的要求。

能动的法治观是要确保国家机关有活力应对各种社会需求和社会风险的法治观。一方面要使权力行使特别是行政权的行使有灵活性;另一方面,要有有效的控制机制,防止行政权篡夺立法权,甚至摆脱立法和司法监督。检视我国能动法治原则实施现状可以发现:第一,我国《立法法》确立了能动的法治原则。根据《立法法》规定,除了四种情形实行绝对法律保留外,其他一些领域实行相对法律保留原则,即全国人大及其常委会可以授权国务院制定行政法规,这符合能动的法治原则的要求。第二,能动的法治原则还要求,对于立法机关授权决定、对行政机关依据授权决定制定法规的行为都应该有有效的监督措施,否则授权决定和根据授权决定制定的行政法规都有可能失控。

在中国(上海)自由贸易试验区问题上,只有坚持能动性法治观,才能适应形势发展的需要。如果按照严格的法治原则来说,由于全国人大及其常委会没有专门就自贸试验区进行立法,也没有授权上海市行使变通性立法权,上海市几乎无法开展实质性的改革开放工作。要打破这个困境,全国人大及其常委会应当积极立法、修改或者废除法律;积极行使授权,授予国务院和地方人大及其常委会开展改革开放试点工作,并督促国务院和地方人大及其常委会开展改革开放试点工作。

(二)积极行使各项法定权力

1. 积极行使立法权。在中央已经明确设立中国上海自由贸易试验区的前提下,全国人大常委会应当及时跟进,制定相应的法律,为此项工作的顺利开展提供立法依据。在我们没有这方面成功立法经验的情况下,可以制定框架性立法,确立开展此项工作的原则。换言之,我们不必拘泥于制定完整详细的法律。在德国、法国,宪法法院和宪法委员会早就确立,为了适应形势发展的要求,立法机关的立法不必过于详细,可以制定框架性立法,而操作性的规范可以授权行政机关制定,这也是权力运行更专业化和科学化的要求。

比如,全国人大常委会可以制定简易的《中国上海自由贸易试验区暂行法》,就涉及的主要问题作出规定。如根据宪法相关原则制定该法律;授权上海市人大及其常委会、上海市政府根据宪法、法律、行政法规和国务院决定开展相关工作;授权上海市人大及其常委会在不违反宪法、不抵触法律和行政法规基本原则的情况下,适当制定改革开放必需的相关创制性规则,即其基本规则可以与法律和行政法规不一致,但不得违反法律和行政法规的基本原则;规定上海市人大及其常委会制定的相关适用于自由贸易试验区的法规向全国人大及其常委会备案;规定行政机关在行使权力过程中,对于权力交叉和冲突,要遵循功能最适当原则来化解矛盾;法院在审理涉及自贸试验区案件时,强调其适用的规则要符合世界贸易规则,要按照最有利于自由贸易试验区改革开放事业发展的原则审理相关案件等。

中共十八届三中全会决定提出:“在推进现有试点基础上,选择若干具备条件地方发展自由贸易园(港)区。”这说明,下一步还要在其他地方开展此项工作。既然如此,就应当立法先行,尽快制定这方面的框架性立法。

2. 积极行使宪法和法律解释权,以解决法律法规滞后的问题,在中国上海自贸试验区改革开放这个问题上也是如此,有一些问题可以通过全国人大常委会解释宪法和法律即可以解决。

3. 积极行使好宪法和法律监督权。我国宪法和法律授权全国人大及其常委会行使宪法和法律监督权,但此项职权很少获得行使。目前制约全国人大及其常委会授权上海市行使变通性立法权的一个重要原因是担心此种权力的行使失控。这种担心根本没有必要,只要全国人大及其常委会依法行使好监督权,中国上海自贸试验区改革开放试点工作就不可能失控。

三、积极作出授权决定并监督获得授权者

全国人大及其常委会在没有制定法律的情况下,应当积极作出授权决定,授予国务院及时行使相关

创制性立法权或者授权上海市人大及其常委会行使变通性立法权,为中国上海自贸试验区提供法规依据。对于前者,宪法第 89 条规定,国务院行使全国人大及其常委会行使的其他职权,《立法法》对此也有规定。就后者来说,虽然宪法和法律没有明确规定地方人大及其常委会可以行使全国人大及其常委会授予的权力,但宪法第 62、67 条规定了全国人大及其常委会可以对国家重大问题作出决定。实际上,从上个世纪开始,全国人大及其常委会授权经济特区人大及其常委会、经济特区政府制定特区法规和规章,这就是经济特区变通性立法权。以此方式来解决中国上海自贸试验区改革开放过程中立法权不足的问题,既符合前文所说的能动性法治观的要求,也符合宪法的精神。

(一)上海市变通立法权的含义和限度

上海市要承担起中央施加的组织和领导中国上海自由贸易试验区改革开放的试点任务,必须允许上海市人大及其常委会行使默示性的、类似于经济特区人大及其常委会制定特区法规的变通性立法权;允许上海市人民政府行使类似于经济特区人民政府制定特区规章的权力。前者可以称之为自由贸易试验区法规的变通立法权,后者可以称之为自由贸易试验区规章的变通立法权。提出这一主张的理据有二。

1. 同等重要性原则。中国(上海)自贸区承担的任务的难度、重要性远远超出深圳、厦门、珠海和汕头四个经济特区承担的改革创新的任务,但是就其改革开放的任务创新度、合法程度来说,可以按照“同等重要性原则”来加以处理。即上海市承担的组织领导自由贸易试验区工作的任务与我国经济特区任务和难度类似,因此上海市应当享有类似的权力。我国经济特区地方的人大及其常委会有权制定的特区法规权力须符合的条件是:“根据具体情况和实际需要,遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则,制定法规”。《立法法》则明确规定:“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”。

现在经国务院批准成立上海自贸试验区,其重要性和难度完全超出了经济特区,按理说,也应当享有同等重要的适当的立法变通权,即上海市人大及其常委会制定的自贸试验区法规只要符合宪法,不违反法律和行政法规的基本原则,即符合法治原则。自贸试验区的法规可以对法律和行政法规的某些具体规则进行适当变通。上海市人民政府则享有制定与其承担功能相适应的制定自贸试验区规章的权力。这是目前为止,可能实现设立中国(上海)自由贸易试验区任务的主要途径。否则,上海将无法完成中央要求其承担的使命。

2. 按照功能最适当原则决定这种立法权的限度。上海市具体组织和领导中国(上海)自贸试验区的改革开放工作,这是中央政府明确规定的,中国(上海)自由贸易试验区的目的和任务也决定了上海市人大及其常委会、上海市政府有权行使与其承担的功能相适应的立法权。

运用国家机关的功能或者任务、目的来论证国家机关享有某种职权是解释宪法的重要方法。这一点在美国最高法院解释宪法模糊条款时经常采用。这一方法可以用来帮助我们理解中国(上海)自由贸易试验区的地方立法权。

美国联邦最高法院有时从宪法的相关词语中解决立法机关权力不足的问题。联邦宪法第 1 条第 8 款规定:国会拥有下列权力:“……(18)制定为执行以上各项权力和依据本宪法授予合众国政府或政府中任何机关或官员的其他一切权力所必需的与适当的法律。”这里的“必需与适当”条款是联邦政府扩张权力的关键,联邦最高法院承认联邦享有宪法没有明确列举的默示性权力。这种争论始于 1791 年联邦第一银行的成立。在联邦政府是否享有含蓄默示权以设立国家银行的争论中,联邦派获得了初步胜利,国家银行也于 1791 年依法成立开业,但两派间对于此一问题的歧见,却并未因第一银行既经设立的事实而消除。在麦卡洛克诉马里兰案中,马歇尔大法官说:“如果目的是合法的,并且是在宪法规定的范围之内,如果一切手段都是适当的,并且完全是与目的相适应的,那么,这些手段就不是宪法所禁止的,而是与宪法条文和精神相符合的,因而是合宪的。”^[2]

美国最高法院解释方法给我们的一个启发是:宪法授予国家机关实施某项行为的目的合宪,那么与

达成此项目的的方法和手段也是合宪的,否则目的只能沦为空谈;再者,宪法在授予国家机关某项权力意图实现某一目的的同时,也意味着授予该国家机关实现此项目的的方法,在没有明确规定实现某一目的的手段时,应当通过解释使之获得合法的手段。

宪法或者法律中授予的权力本身不是目的,获得授权的目的是为了使其相关国家机关胜任宪法法律给其施加的功能和职责。在宪法和法律(或者通过相关的决定)只给国家机关施加某项功能或者职责,而没有授予与其功能或者职责相适应的权力的情况下,国家机关没有权力放弃这种功能或者责任,但可以通过解释宪法或者法律来弥补其缺乏的权力。

以此方法来考查中国(上海)自由贸易试验区的立法权,现在通过全国人大常委会变通法律执行权的部分授予,以及国务院授权成立试验区及批准《方案》,给上海市施加了具体组织领导中国(上海)自由贸易试验区改革开放试点的功能,这些功能和职责、目的的实现需要相应的手段,这个手段就是上海市享有变通立法权,否则不可能依靠权力严重不足的地方国家机关去实施如此重要的任务。

(二)功能适当原则

中央明示或者默示性授予上海市行使变通性立法权符合功能最适当原则。功能适当原则是国家机关设置和权力科学配置的要求,其基本要求包括:坚持职权与职责(功能)相一致的原则,配置职权或者职责;当宪法或者法律把某种权力配置给国家机关时,务必将该种权力配置给最有能力胜任此项工作的国家机关,或者按照最能适合某项功能或职责的要求组建和设立相应的国家机关,配置其相应的职权;在有若干个国家机关从事某个职责或者功能时,务必允许或者支持最有能力履行此项功能的国家机关行使与该功能相适应的职权。总之,要使权力符合职责(或功能)的要求,要使每一种权力获得最充分的实施。

功能适当原则来源于德国宪法法院对三权分立原则的解释,是一项判断由哪一个国家机关行使某一种职权更为合适的技术性规则。功能适当原则产生于对权力分立作功能主义的解释和适用。学者认为,对于权力分立原则的理解,若单纯拘泥在分割权力,则恐将造成权力间无法互相作用与协调依存的结果,若此,则势将失去吾人所以需要权力分立原则之借限制政府权力以保障人民权利的初衷。^[3]因此,对权力分立原则就国家权力的行使在功能与组织上分权及制衡的理解,在此情形下,业由传统上强调之“组织的权力分立”进展为今日所论及的“功能的权力分立”。^[4]“功能的权力分立”是指,就国家权力的行使在功能与组织上划分的依据,是以各该事务于自身的组成结构及决定程序等各层面均具最佳条件者作为判断的标准;^[5]据此,各政府部门在以功能的权力分立作为划分标准下所享有的职权,均有其核心功能,而这些核心功能不应受到来自其他政府部门的干扰、逾越及侵犯,^[6]否则,即违反了在权力分立原则下所谓“合乎机关结构之功能分配”的规范要求。在功能主义者看来,国家权力的分立不能仅从形式上考查其是否存在权力划分,即使从形式上看国家机关之间的权力有混合的现象,也并不必然违反权力分立原则。事实上,各种国家机关的权力都允许存在一定程度的交叉,正是基于功能主义的判断。

德国联邦宪法法院在1984年以后以“功能适当”的方法来解释分权制衡原则。^[7]在1984年导弹部署判决中,联邦宪法法院首次明确从“功能适当”观点诠释权力分立原则。本案源于联邦政府未经联邦议会事先以立法方式表示同意,就同意美军在西德境内部署核子中程导弹,引发是否侵犯国会权限的宪法争议。经联邦议会绿党党团于1983年底向联邦宪法法院提起宪法诉讼,1984年年底法院判决认定联邦政府并不违宪。可见,这一原则能够解决权力分立原则规范性标准不足的缺失,以便于在国家权力发生冲突场合,提供一套更具体、更具操作可能性的判准;这一原则主要解决权力科学性问题的,即在确定权力归谁行使问题时,不能主观地、想当然地确立,而按照最有能力胜任的原则确立行使者。这一原则也在其他国家和地区获得承认。美国最高法院采用功能主义解释方法解释三权分立原则,日本的分权理论和实践也注意功能主义的方法适用于分权制衡原则的解释,对于一些把传统上的司法权授予行政机关行使的立法并未被宣告违宪,都是基于功能主义的考量。

将三权分立解释为功能适当原则的重大意义在于:将原来主要表现为阶级斗争意识形态意义上的政治性原则(比如把三权分立原则作为资本主义国家的本质制度,把民主集中制作为社会主义国家的本质制度)转变为可以衡量和技术化的权力配置和国家机关设立调整的原则,这一转变为国家治理体系的现代化和科学化提供了技术性条件;按照功能最适当原则设立国家机关和配置国家权力,能够确保国家机关权力配置和运行的可行性和科学性。总之,功能最适当原则是一项技术性法规,有利于国家机关遵循权力自身的规律去设立国家机关和配置国家权力。

我国宪法解释者没有解释过权力配置问题,根据我国宪法第 3 条规定,民主集中制是我国国家机构组织和活动的基本原则,是人民代表大会制度的基本原则。如果按照科学性原则来考虑人民代表大会制度的权力配置要求,功能最适当原则也是可以适用的。因为,人民通过宪法设立了国家机关,每一个国家机关有相应的职责或者功能,同时配置给相应的权力,所配置的权力应当与宪法施加的职责功能是相适应的。全国人大及其常委会作为最高国家权力机关,应当积极立法,给每一个在宪法上承担相应职责的国家机关配置与其职责功能相适应的权力,否则相关国家机关就难以胜任其法定职责。

就中国上海自由贸易试验区来说,中央已经明确授予上海市人民政府来开展相关改革开放的试点工作,那么全国人大及其常委会就应当通过立法或者授权等方式,使之能享有与此履行此项职责相适应的相关权力,否则有违职责职权相一致的原则,相关国家机关也难以完成其职责。

如前所述,全国人大及其常委会至今没有制定过严格意义上的法律来为上海市具体开展自由贸易试验工作提供法定依据,完全应当依据宪法规定授权上海市行使相关立法权来具体开展此项工作。这也是十八届四中全会决定提出的要求:“实现立法和改革决策相衔接,做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。实践证明行之有效的,要及时上升为法律。实践条件还不成熟、需要先行先试的,要按照法定程序作出授权。”按照中国上海自由贸易试验区承担的职责和功能,全国人大及其常委会应当授予上海市人大及其常委会制定变通性自贸试验区的法规,授权上海市人民政府制定试验区性的规章。这不是主观上的争权要求,而是中央施加给其开展自由贸易试验区改革开放试点的工作职责使然。再者,这种主张也有宪法支持。

(三)上海市有权行使地方变通立法权的宪法理据

我国有多项宪法原则可以为上海市开展自贸区改革开放提供宪法层次的依据。上海自贸区改革开放试点工作要坚持法治原则、市场化原则、充分发挥地方积极性和主动性原则。借鉴其他国家和地区的经验,这三个原则可以给上海自贸区建设立法权力不足找到出路。

1. 法治原则。我国宪法第 5 条规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”“国家维护社会主义法制的统一和尊严。”“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。”“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”

上述即为法治原则。如前所说,要用能动的法治观去解读这一原则。法治原则经历了严格的规则主义到能动性主义的转变。现代社会发展的快速性、事务的复杂多样性要求,宪法和法律授予国家机关足够应付社会需要的裁量权,如果把法治原则仅仅理解为把权力管住管死而不能有效地发挥作用,很显然不能适应形势发展的要求,也违背法治原则的精神。现代社会需要的法治原则,更强调要求国家机关积极行使权力,实现民众的权益。将这一原则适用于考查中国(上海)自贸试验区改革开放工作也是如此,法治原则要给地方开展改革开放工作提供充分的依据,而不是让地方无所作为。

2. 市场经济原则。宪法第 15 条规定:“国家实行社会主义市场经济。”宪法序言规定:“坚持改革开放,不断完善社会主义的各项制度,发展社会主义市场经济,发展社会主义民主,健全社会主义法制,自力更生,艰苦奋斗,逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化,推动物质文明、政治文明和精神文明协

调发展,把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家。”这里的改革开放和市场经济都是我国现代化建设的方针。改革开放必然突破现行一些滞后的法律法规;市场经济则要求按照市场自身发展规律去组织发展世贸试验区建设。没有符合市场经济原则的改革创新权力,就无法按照世贸规则去运作投资贸易、金融等各项制度。这一原则也给上海市行使相应的突破某些法律法规制约提供了客观需要的依据。

3. 宪法第3条规定了充分发挥地方积极性、主动性原则。其第3款规定:“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”中国(上海)自贸试验区改革开放工作本质上属于中央事务,但是其具体承担者则是上海市,这就涉及到中央与地方权力关系问题。上海市要想有效地履行此项职责,必然要突破现行一些中央法律法规设定的机制和体制。如果说我国过去很长时间过分强调“中央的统一领导”,过分集权于中央,导致地方的活力没有被激活,那么自贸试验区则为未来地方活力的充分展示提供了难得的机遇。我国的经验教训也已经表明,忽视地方的积极性、主动性,试图把所有大权垄断在中央,那是违反权力自身运行规律的,也不利于地方的发展,更无法促使整个国家的发展。

从国外来看也不例外,单一制国家在处理中央和地方关系上也经过了一个发展过程,由原来的中央完全控制地方,发展到由地方享有相对独立的地方自治立法权。有些权力并非需要宪法和法律的明示性授予,而应当根据法律要实现的功能来进行理解。

有关中央与地方关系的理解,我国学界和实务界都有一种根深蒂固的认识:我们是单一制国家,地方的所有权力都是中央授予的。笔者认为这个说法是错误的。单一制国家的中央并不能垄断所有的权力。比如宪法第100条授权省、直辖市的人大及其常委会制定地方性法规的权力,不是中央授予的,而是人民通过宪法授予的。如果把单一制理解为地方权力都是由中央授予的,中央就可以随时收回地方的所有权力,那么可想而知,宪法第3条中的“地方的主动性、积极性的原则”就将落空。

即使是宪法没有明确规定由地方行使的权力,也不能简单地得出结论这些权力一定属于中央,因为有些地方性权力在宪法或者法律中没有作出明确的规定,属于默示性权力。对地方权力的理解过去过于强调中央掌握“剩余权力”,现代法治则强调中央权力并非完全掌握全部“剩余权力”。地方也有某些默示性权力。宪法和法律对于地方权力的规定并非是完全的列举,宪法和法律中对地方权力的规定通常列举的多是功能性、目的性和职责性权力,而对于手段性、配套性、职权性权力通常不加以规定或者很少规定。在此情况下,通常通过其他立法或者解释的方式把没有列举或者没有完全列举的手段性权力加以明确,否则目的性权力就很难获得有效行使。这一权力规则完全适用于解读自贸试验区的问题。既然中央已经将中国(上海)自贸试验区改革开放的试点任务施加给上海市来承担(这是一项极其重要的功能和职责),那么就应当授权其行使与此职责相对应的职权。在目前情况下,全国人大及其常委会授权上海市行使变通性立法权是实现这一功能和职责的最有效方式。否则,其预设的功能都会受到相应的限制,或者会导致自贸试验区改革开放试点工作就违法运行的嫌疑。

尽管笔者主张上海市有权行使变通性立法权,但是毕竟这在法律形式上是有违宪违法的嫌疑,所以最好由全国人大或者常委会作出明确的授权决定,使此项改革开放试点工作获得明确的权力依据。

(四)我国默示性授权惯例也支持上海市行使变通性立法权

既然多项宪法原则支持上海地方人大及其常委会行使变通性立法权,而且符合功能最适当原则的要求,那么如何实现这种权力的正当化呢?

从理论上说,在没有明确授权的情况下,地方国家机关不得行使地方立法变通权,地方立法权不得变通法律和行政法规。但是对于我国,要结合实际情况作出符合宪法精神的理解,也要结合我国人大及其常委会行使权力的特点。否则,仅仅机械地理解明确的授权性原则,看似坚持了法治原则,但实际上把法治原则机械化了,使地方国家机关无所作为。

从我国实践看,全国人大及其常委会行使授权有明示和默示两种方式。明示性授权如上个世纪全国人

大及其常委会几次作出决定授予国务院制定暂行行政法规的权力、几次决定授予经济特区行使变通立法权。其中对地方授权有直接和间接两种方式。

但从进入本世纪以后,全国人大及其常委会对地方改革开放的试点开始采用默示授权的形式。如几年前上海市和重庆市政府关于试点房产税改革的权力就是来自国务院的授权。根据宪法第 13 条关于财产权的规定、第 56 条关于公民有依照法律规定纳税的义务的规定,税收立法实行法律保留原则。《立法法》对此也有明确的规定。国务院关于征收房产税的规定缺乏全国人大及其常委会的明确授权,但是全国人大及其常委会一直未予干涉,这可以视作其默示性授权。国务院授权上海市、重庆市开展房产税征收试点的授权也是违法的,但是全国人大及其常委会没有作出任何处理,说明其默示其同意。这种处理问题的方式显然违反宪法和法律,但是这是我国全国人大及其常委会形成的“惯例”,喜欢以这种方式行使权力。

再如,最近各地正在进行的地方司法体制改革试点。按照我国宪法、立法法规定,司法制度属于法律保留事项范围。按照规定,如果要改变现行的法院、检察院管理体制,要通过修改宪法或者法律,这是法治原则的要求。本来可以通过由全国人大常委会授权最高人民法院、最高人民检察院组织和领导地方司法改革试点,但是至今全国人大及其常委会未作出任何决定。而各地开展司法改革的直接依据是《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,以及中央政法委的相关政策。上海市等地方已经获得批准开展相关改革试点。但是此项试点工作没有获得全国人大及其常委会的授权决定。这表明,我们采用的是一种默示性授权试点改革的模式。

实际上,早在上个世纪,全国人大常委会在香港和澳门特区法院解释《基本法》问题上也采用“默示性授权”的方式,承认地方行使司法解释权。如《香港特别行政区基本法》第 158 条规定:“本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。”“全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。”但实际情况是,全国人大常委会没有作出专门的授权决定,而香港特别行政区法院一直在行使对《基本法》的解释权。

撇开特别行政区的特殊性,从某种意义上说,我国大陆相关领域改革开放采取的模式是:以违宪违法的方式推动改革试点(我国有学者称之为“良性违宪”)。在未经全国人大及其常委会作出明确授权决定的情况下即由相关国家机关进行改革试点,这几乎成为我国改革开放推进的“默认”的形式。这种“默示性授权惯例”虽然解决了问题,但是它对宪法和法律的权威会造成严重的损害。

从职责职权相一致的原则来说,既然中央要求上海市具体承担组织和领导中国(上海)自贸试验区改革开放试点工作,按照过去“默示性授权惯例”,全国人大及其常委会已经默示地授权上海市人大及其常委会行使类似经济特区人大及其常委会变通立法权。换言之,国务院批准设立中国(上海)自由贸易试验区,这一点已经获得全国人大常委会相关授权决定的肯定。既然承认了这个组织机构及其承担功能的合法性和合宪性,那么就应当承认其享有与其承担功能相适应的职权。

综上,全国人大常委会没有明确授权上海市人大及其常委会享有经济特区人大及其常委会变通执行法律和行政法规的权力,但是这并不意味着不允许其行使此种权力。

尽管如此,笔者仍然主张全国人大及其常委会作出明确的授权决定,毕竟这种默示性授权惯例的模式有违宪违法的嫌疑,而且也不容易对此实行有效的监督控制。

反对全国人大及其常委会给上海市授予变通性立法权,或者上海市行使默示性变通性的理由之一是担心,一旦授予上海市人大及其常委会如果行使变通立法权,将导致地方立法权的扩张和失控。其实这种担心是不必要的。

第一,即使上海市行使这种变通性立法权,不是适用于全部上海行政区域,而只适用于特定的自贸试验区。

第二,事项范围有限。其一,涉及的事项范围主要限于:扩大服务业开放、推进金融领域开放创新,建设

具有国际水准的投资贸易便利、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区等事项。其二,效果上,立法权行使有助于达成下列目的和效果:使之成为推进改革和提高开放型经济水平的“试验田”,形成可复制、可推广的经验,发挥示范带动、服务全国的积极作用,促进各地区共同发展。其三,中央没有行使的事项。国务院《方案》规定:“针对试点内容,需要停止实施有关行政法规和国务院文件的部分规定的,按规定程序办理。”换言之,上海市地方立法涉及中国(上海)自由贸易试验区的立法事项,只能在中央没有对此作出规定的情况下行使立法权,否则地方不得再作出相冲突的专项立法。

第三,有相应的监督控制措施。根据宪法和法律的规定,全国人大有权撤销省级地方性法规和决议,如果上海市人大及其常委会制定的自贸试验区法规或者相关决定违反宪法,抵触法律和行政法规的基本原则,全国人大常委会可以撤销。此外,国务院《方案》也设置了相关的配合和监督措施,如《方案》规定:“有关部门要大力支持,做好协调配合、指导评估等工作。……《方案》实施中的重大问题,上海市人民政府要及时向国务院请示报告。”综上,上海市行使默示性变通立法权,其适用的范围有限,对全国并不会产生太大的影响;中央有控制地方的立法权,不存在失控的问题,全国人大及其常委会应当明确授权上海市变通立法权,这是中国(上海)自由贸易试验区改革开放于法有据的最佳方式。

四、修改和废除相关法律法规和规章

十八届四中全会决定提出“对不适应改革要求的法律法规,要及时修改和废止。”这可以说给中国(上海)自贸试验区改革开放试点合法性问题的解决提供了另一条路径。

虽然我国基本形成了社会主义法律体系,但还很不完善。为此,全国人大及其常委会,包括地方立法机关,应当依据宪法精神,顺应时代发展的要求,积极修改和废除相关滞后的法律法规和规章。就中国(上海)自由贸易试验区来说,其难点和重点的问题主要属于中央事权范围的事项,所以需要全国人大及其常委会积极修改或者废除相关法律;国务院应当加强行政法规的立、改、废,国务院工作部门也应当加快对相关部门规章的清理,及时修改或者废除阻碍社会发展的相关规定。上海市人大及其常委会、上海市政府也应当积极行使立法权,对不适应自由贸易试验区改革开放的法规规章和规范性文件,及时修改、废除或者完善,及时为自贸试验区提供适应其发展的行为规则。

目前,全国人民代表大会常务委员会给中国(上海)自贸试验区开展试点改革只提供了一条突破体制的路径,即作出了《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》:授权国务院在上海外高桥保税区、上海外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区基础上设立的中国(上海)自由贸易试验区内,对国家规定实施准入特别管理措施之外的外商投资,暂时调整《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》规定的有关行政审批。上述行政审批的调整在3年内试行,对实践证明可行的,应当修改完善有关法律;对实践证明不宜调整的,恢复施行有关法律规定。笔者认为,上述授权是必要的,但还远远不够。可以预见,在自贸试验区未来试验过程中,还有需要突破的其他法律,诸如《公司法》《商业银行法》《证券法》《物权法》《担保法》等基础性法律规范都有可能需要调整。对于这些法律的调整,最理想的方式是全国人大常委会修改这些法律,增加相关改革开放试点的条款规定;或者授权国务院对相关制度进行调整,比如暂行停止执行等。

此外,国务院应当及时修改或者废除相关法规或者作出相关决定,来给上海市具体实施自贸试验区提供相关权力依据,也是可取的路径。

目前国务院批准的有《中国上海自由贸易试验区总体方案》(国发〔2013〕38号)。去年国务院还发布了《关于在中国(上海)自由贸易试验区内暂时调整有关行政法规和国务院文件规定的行政审批或者准入特别管理措施的决定》(国发〔2013〕51号)。

但总体来看,这些措施都还很有限,满足不了自贸试验区的法规依据需求。

从地方来看,上海市政府制订了《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》,上海市人大常委会已经出台了《中国(上海)自由贸易试验区条例》。虽然该条例也不能给上海市突破某些体制提供多少支持,但无论如何,可以修改或者完善某些地方性法规和规章,给开展此项试点工作提供依据。

参考文献:

- [1]朱应平. 风险社会的民生建设与能动性公法的应对[J]. 华东政法大学学报,2011(6):102-103.
- [2]朱福惠. 论美国宪法中的“弹性条款”之适用及其对经济的影响[J]. 法律科学,1998(3):54.
- [3]许庆雄. 宪法入门II—政府体制篇[M]. 台北:月旦出版社股份有限公司,1998:13.
- [4]李宗惠. 对立法权制衡机制之探讨[J]. 月旦法学,2004(109):91.
- [5]陈爱城. 大法官宪法解释权之界限——由功能法的观点出发[C]//司法院大法官书记处. 大法官释宪五十周年学术研讨会记录. 台北:司法院印行,1999:326.
- [6]李宗惠. 宪法要义[M]. 台北:元照出版有限公司,2002:61.
- [7]许宗力. 法与国家权力(二)[M]. 台北:元照出版有限公司,2007:302-310.

On the Legal Measures of the Reform and Opening-up in China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone

Zhu Yingping

(Law School, East China University of Political Science and Law, Songjiang, Shanghai, 201620, China)

Abstract: The Central People's Government of China has approved the establishment of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone, and imposed a task for Shanghai municipal to carry on the test of reform and opening-up. However, the National People's Congress and its Standing Committee don't empower Shanghai to break through the hysteric System and mechanism, thus Shanghai municipal has no Sufficient legal basis for the above reform and opening-up. As a result, there are disharmony between the reform and opening-up, and rule of law. China should choose the path of rule of law to implement the reform and opening-up of China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone. Firstly, the legislators should renovate concepts and exercise powers actively. Secondly, the highest power organs should empower the Shanghai municipal People's Congress and its Standing Committee exercise accommodation power in legislation concerning China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone, and should empower Shanghai municipal People's government to have accommodation power in local government regulations concerning China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone. Finally, related state organs should positively amend or abolish relevant laws, rules and regulations.

Key words: China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone; reform and opening-up; rule of law

(责任编辑:董兴佩)