

# 创制性地方授权立法的授权路径与权限边界

## ——以新《立法法》第84条为视角

魏祖贤

**【摘要】**新修改的《立法法》第84条在经济特区法规的基础上,新增了浦东新区法规和海南自由贸易港法规两种法规类型。诚然,第84条对新法规类型的安排有待完善,但更应引起重视的是这三种法规类型已经形成规范意群,亟待在理论上提炼其特征,予以规范层面的回应。本文提出“创制性地方授权立法”这一概念,以期将三种法规类型予以统合,并选取授权路径与权限边界两个角度,对创制性地方授权立法这一规范意群的特征展开研讨。在完善授权路径方面,应在遵循党中央统一领导下统一推进,并区分“决定授权”和“立法授权”两种不同的模式;在权限边界上,从宪法视角对“遵循法律和行政法规的基本原则”和“受《立法法》第11条的限制”展开分析,认为二者均是“遵循宪法规定”的贯彻和延伸,进而提出“遵循宪法规定”才是创制性地方授权立法的权限边界。

**【关键词】**宪法;授权立法;经济特区法规;浦东新区法规;海南自由贸易港法规

**【作者简介】**魏祖贤,清华大学法学院博士研究生。

**【原文出处】**《西部法学评论》(兰州),2023.6.53~71

### 引言

2023年3月13日,全国人大表决通过了《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》,修改后的《立法法》自2023年3月15日起施行。其中,第84条第2款和第3款新增“浦东新区法规”和“海南经济特区法规”两种法规类型,规定“上海市人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会常务委员会的授权决定,制定浦东新区法规,在浦东新区实施”“海南省人民代表大会及其常务委员会根据法律规定,制定海南自由贸易港法规,在海南自由贸易港范围内实施”。《立法法》第84条的修改,意味着在经济特区法规基础上,衍生出了新法规类型——对权限边界进行扩容衍生出“海南自由贸易港法规”,对主体范畴扩容衍生出“浦东新区法规”。

《立法法》第84条的修改,标志着在立法层面形

成了经济特区法规、海南自由贸易港法规、浦东新区法规等法规类型群。实际上,在《立法法》修改前,学界也曾试图提出不同的概念,提炼其核心要素和特征,以期在规范层面将三种法规类型予以统合。如王建学创设性提出了“改革型立法变通机制”<sup>①</sup>的概念,李德旺和叶必丰提出了“地方变通立法”<sup>②</sup>制度等。然而,上述概念尚有许多不尽周延之处。除了“变通”以外,上述新法规类型群还有“先行先试”的特征<sup>③</sup>,因此,如果将“变通”作为唯一核心要素提炼至概念之中,似乎有以偏概全之嫌。再者,“机制”并非专门的法律术语,亦不宜作为法律概念要素。

基于此,本文并没有沿用目前学界提出的概念,转而尝试提出一个全新的概念——“创制性地方授权立法”。首先,从明确立法权来源的层面,“授权立法”是上述三种法规类型的规范属性,旨在与“职权

立法”相区别。“授权立法”，也可称为委托立法或委任立法，“是指具有立法权的国家机关把自己制定某项或者某类法律的权力授予行政机关或者其他机关行使，行政机关和其他机关根据授权决定所进行的立法活动”。<sup>④</sup>其次，从明确授权对象的层面，有必要在概念中着重区分授权立法的对象是地方各级人大及其常委会还是国务院<sup>⑤</sup>，因而“地方”作为对象要素应在概念中予以体现。再次，从明确授权目的的层面，“创制”作为上述法规类型群的授权目的，也理应在概念中加以凸显。“创制”这一概念不仅同时统摄了“先行先试”和“变通”的规范意旨，而且将此法规类型群与《立法法》第16条规定的暂时调整或暂时停止法律适用的授权条款加以区分。调法调规条款旨在让旧法规在特定时间内进入“清空”或“冻结”状态，解决的是“废”而非“立”的问题；而上述法规类型群属于“废”“立”同步进行的授权立法。通过规范层面上的三重限定，将经济特区法规、海南自由贸易港法规、浦东新区法规等新类型法规的内涵和外延加以厘定，最终概括为“创制性地方授权立法”。

需要指出的是，由于篇幅所限，本文难以对“创制性地方授权立法”这一概念进行系统性的理论建构。考虑到随着中央“重大改革于法有据”这一要求的不断强化，未来授权者很可能在“创制性地方授权立法”的框架下逐步创设新的法规类型。因此，“授权路径”和“权限边界”作为创设新法规类型需要考虑的两个重要维度，将作为本文开展“创制性地方授权立法”理论构建的切入点。

## 一、二种法规类型的授权路径

### (一)经济特区法规的授权路径

1980年5月，中共中央、国务院批准在深圳、珠海、汕头、厦门设置经济特区，同年8月《广东省经济特区条例》正式实施，完成了特区设置的立法程序。然而，早期的经济特区并无直接的立法权，主要依赖广东省“送法”——这也是1981年全国人大授权<sup>⑥</sup>广东省和福建省经济特区立法权的目的。然而，“送法模式”很快便难以适应经济特区的立法需求，立法上的供求矛盾在深圳经济特区尤为凸显。因此，从1986年开始深圳便酝酿争取“经济特区立法权”。<sup>⑦</sup>

然而，由于当时的深圳并无设立人民代表大会及其常委会，因此争取授权的步伐受到阻滞。期间，海南经济特区于1988年争取到了全国人大关于经济特区立法权的授权。<sup>⑧</sup>随后，深圳经济特区立法权也于1992年获得了全国人大常委会的授权。<sup>⑨</sup>至此，经济特区法规的授权方式也基本固定下来，授权主体是全国人大或其常委会，授权对象是各经济特区所在省市的人大及其常委会，授权范围是根据经济特区的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。紧接着，基于此种授权方式，厦门、汕头、珠海<sup>⑩</sup>也分别获得了经济特区立法权。

经济特区立法权的多点状分布，意味着我国地方立法权的进一步扩大。同时，也反映经济特区立法权的设置具有强烈的权力授予性、特权性和不均衡性等特点，背后蕴含特定历史背景下宪法上“地方平等立法权”阶段性让位于邓小平理论中“先富帮后富”价值理念。2000年，经济特区法规正式写入《立法法》。<sup>⑪</sup>这从正面上标志着地方立法权配置格局完成整合与固定；从侧面上意味着相对封闭的地方立法体系正式形成。与此同时，“经济特区法规”概念的相对固化也限制了后续多种地方授权立法形式的发展，以至于需要通过“比照”经济特区法规的方式创设浦东新区法规。

### (二)浦东新区法规的授权路径

2021年，全国人大常委会作出《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》，“授予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的基本原则，制定浦东新区法规，在浦东新区实施”。根据《中共中央、国务院关于支持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意见》(以下简称《意见》)，浦东新区法规是“比照经济特区法规”设置的。<sup>⑫</sup>

由此也引发一系列问题：“比照”作为政策文件中所使用的政策性语言，在法规范层面究竟是何种形式？浦东新区法规和经济特区法规的权限边界相同，二者是何种关系？为何不通过在浦东新区设立

经济特区,从而赋予其经济特区立法权?

根据全国人大常委会法工委的解释,《立法法》第84条关于经济特区法规的规定,是对立法时既有的经济特区立法实践和形态进行总结后的客观描述和法律确认,并不必然对后续的特殊类型法规的授权形成约束。<sup>⑬</sup>通过分析立法原意可作出以下判断,经济特区法规仅仅是创制性地方授权立法概念下的其中一种法规类型,因此全国人大常委会可根据改革需要另设新类型的法规。因此,尽管浦东新区法规比照经济特区法规设立,两者的权限边界相同,但却是两种独立的法规类型,这也在新修改的《立法法》第84条中得到确认。

那么,全国人大常委会为何没有通过设立经济特区赋予浦东新区经济特区立法权,转而通过比照的方式“曲线”创设浦东新区法规呢?原因可能有以下两点:

第一,经济特区立法权近年来面临历史使命终结的质疑。有声音认为应当取消经济特区立法权,理由是随着改革开放的深入,以前在经济特区实行的诸多政策措施已经在其他地区施行,经济特区的“特”已经名存实亡了。<sup>⑭</sup>经济特区及经济特区立法权作为改革开放排头兵和市场经济试验场的历史使命已经基本终结。

第二,经济特区法规难以承载浦东新区法规的改革使命。根据《意见》的精神,浦东新区法规所承载的改革使命并不局限于经济领域,而是要从各个领域探索发展完善中国特色社会主义制度。<sup>⑮</sup>相应地,在浦东新区法规授权决定中也明确要求“上海市人大常委会立足浦东改革创新实践需要”<sup>⑯</sup>,有别于经济特区法规授权决定中要求“根据经济特区的具体情况和实际需要”。

第三,在改革开放国策与法制统一原则的竞争关系中,前者的内涵已发生变化。虽然经济特区法规、浦东新区法规的背后都暗含着宪法中改革开放国策与法制统一原则之间动态的竞争关系,并且改革开放国策阶段性让位于法制统一原则。但是,改革开放国策的内涵是丰富并且有所侧重的。在经济特区法规时代下侧重于经济领域的改革开放国策,

目前已无法与法制统一原则相竞争。只有全方位的包含各个领域的改革开放,才可以使得法制统一原则作出阶段性的退让。这在一定程度上解释了为何没有赋予浦东新区经济特区立法权,转而“曲线救国”通过比照的方式创设浦东新区法规。

### (三)海南经济特区法规的授权路径

2021年《海南自由贸易港法》出台,第10条规定了“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,在海南自由贸易港范围内实施。”在立法权限方面,与浦东新区法规“比照”经济特区法规创设不同,海南自由贸易港法规在立法权限上得到实质性上的扩展,可以认为是经济特区法规的“升级”;在授权路径方面,与浦东新区法规通过全国人大作出授权决定予以确认不同,海南自由贸易港法规通过《海南自由贸易港法》进行授权,在回应合法性/合宪性质疑上无疑更加强而有力。

尽管两种新类型法规不尽相同,但其创设都具有强烈的政策驱动性。在创设流程上,先是基于党中央和国务院作出的政策文件<sup>⑰</sup>提出改革要求,进而通过全国人大常委会通过的法律或作出的决定作出特殊的立法安排。强烈的政策驱动性导致地方立法权的权力大小和地理位置、资源优势、政治地位,甚至政策导向、地方游说力度、博弈能力相关联。相应地,海南自由贸易港法规和浦东新区法规的权限大小亦不相同。

海南自由贸易港法规的创设,标志着海南省人大及其常委会同时拥有三级立法权限:省级地方立法权、经济特区立法权和海南自由贸易港立法权。那么,值得思考的是:为何立法者不选择在《立法法》所确认的经济特区法规框架下进行扩充授权呢?海南原本就拥有经济特区立法权,大可以在原有经济特区法规的授权基础上,由全国人大常委会通过决定或《海南自由贸易港法》进行重新或补充授权,扩充授权后的海南经济特区法规可以涉及贸易、投资基本制度等法律保留事项。根据现有公开资料难以

考察立法者的意图,本文试图猜测可能与创设浦东新区法规的原因相类似:经济特区立法权面临历史使命终结的质疑;经济特区法规难以承载海南自由贸易港法规的改革使命。

立法者可能出于各种因素的考量,没有在经济特区法规的范畴中进行扩容,转而创设新的法规类型。但是,这将不可避免使得新法规类型的创设呈现个别化、碎片化的趋势。<sup>⑧</sup>当改革实践出现新的立法需求时,立法者不在原有的立法框架内寻求解释空间,而是以地域命名另外创设新的法规类型——这实质上对法制统一原则产生一定程度的减损。如果未来改革实践中再出现创设新法规类型的需求时,是否继续以特定地域为命名创设新的法规类型?

#### (四)评析《立法法》对新法规类型的确认

新修改的《立法法》将浦东新区法规、海南自由贸易港法规写入第84条第2、3款,置于经济特区法规条款之后。<sup>⑨</sup>三者规范结构上基本雷同。然而,值得注意的是,在先前公布的《立法法(修正草案)征求意见稿》和《立法法(修正案二次审议稿)》<sup>⑩</sup>的法规文本中,并无相关规定。直至全国人大宪法和法律委员会作出的《关于〈中华人民共和国立法法(修正草案)〉审议结果的报告》<sup>⑪</sup>中,才对新增的法规类型予以说明。<sup>⑫</sup>

在授权之初,经济特区法规面临合法性/合宪性质疑,直到2000年将其正式写入《立法法》,质疑声音才得以消弭。因此,在此次修法中,为了给地方改革提供充分的法治保障,确有必要通过《立法法》确认浦东新区法规、海南自由贸易港法规在地方立法体系中的地位。

然而,引发我们思考的是,《立法法》第84条以列举的方式将浦东新区法规、海南自由贸易港法规安排在经济特区法规之后,规范层面上是否合理?

浦东新区法规和海南自由贸易港法规的适用范围具有明显的指向性和地域性。两种法规以地域为名称,决定其适用范围仅限于特定指向区域,同时也排除了其他区域适用的可能性。与之不同,经济特区法规作为一种类型化法规,任何地方都可以在先成为经济特区而后拥有经济特区立法权。因此,与

经济特区法规概念的“功能性表述”不同,浦东新区法规和海南自由贸易港法规的概念更倾向于是一种“区域性表述”,因此难以在地方性法规体系中自成类别。《立法法》作为宪法性法律,应对实践中新创设法规类型的合法性及时确认。然而,此次修法通过特定条款对个别具体地方进行特别授权,未来如果出现其他新创设的法规类型,是否继续在《立法法》第84条中以列举的方式予以确认?

根据全国人大常委会公布的《关于〈中华人民共和国立法法(修正草案)〉的说明》<sup>⑬</sup>,此次修改《立法法》是部分修改,对确有必要修改的予以修改完善;属于可改可不改的,一般不作修改。<sup>⑭</sup>全国人大常委会法工委国家法室主任童卫东,在随后发表的《新〈立法法〉的全面解读》中也对第84条进行了解读,他指出,全国人大在修法时存在两派观点:一派认为浦东新区法规、海南自由贸易港法规是新时代地方立法的新形式,是国家立法体制创新发展的重大制度成果,应当在立法法中固定下来;另一派认为这是两种特殊的地方立法形式,不需要在立法法中规定。最后,童卫东提到,“考虑到全国人大常委会授权制定浦东新区法规、海南自由贸易港法规,是为我国推进更高水平上对外开放提供法制保障,具有象征意义,而且这两种法规是新的地方立法形式,立法法作为规范立法制度的基本法律,对此作出规定是必要的。”<sup>⑮</sup>

因此,此次《立法法》修改对两个新法规类型的安排乃是为地方深化改革所采用的权宜之计。一方面体现了第84条尚未成熟还有待完善,另一方面也反映了学界对于创制性地方授权立法的研究尚且不足,难以准确厘定其内涵和外延,因此暂时无法提取其特征通过《立法法》予以固化。

显然,更为妥善但立法时尚未成熟的做法是——从规范层面统合经济特区法规、浦东新区法规和海南自由贸易港法规,在第84条进行统一类型化表述,并进一步明确该类型群的授权形式、权限边界等相关事项。由此,可以避免频繁修改《立法法》对新创设的法规类型予以确认,也为国家以后可能扩大地方改革范围从而创设新的法规类型预留足够空间。

## 二、三种法规类型的权限边界

通过分析经济特区法规、浦东新区法规和海南自由贸易港法规三种法规的授权路径可知,创制性地方授权立法并非是一个封闭的概念,其中所包含的法规类型和权限边界还在不断发展和扩宽。由于不同法规类型是基于地方不同的改革需求应运而生,因此创制性地方授权立法也呈现出权限边界多层级的趋势。

对创制性地方授权立法的权限边界进行研究,一方面有助于在规范层面上逐步廓清创制性地方授权立法这一概念,为未来《立法法》的再次修改完善奠定基础;另一方面也为未来基于地方改革深化而创设新的法规类型提供理论基础。下文尝试通过对现存各法规类型的权限边界进行解析,进而展开对创制性地方授权立法的研讨。

### (一)经济特区法规的权限边界

《立法法》第84条第1款规定:“经济特区所在省、市的人民代表大会及其常务委员会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”。据此,全国人民代表大会作出的授权决定是厘清经济特区法规具体权限的法定依据。从《立法法》的释义中可以看出,第84条之所以没有对经济特区法规的边界作出明确规定,主要是为今后的发展变化留下空间。<sup>②</sup>可见,立法者在立法时早已进行了前瞻性设计,为经济特区立法权适应改革变化预留了充分的法律空间。结合目前全国人大及其常委会对五个经济特区作出授权决定所采用的模式<sup>③</sup>,可明确经济特区法规权限主要面临两重限制:一是遵循宪法的规定;二是遵循法律和行政法规的基本原则。

宪法作为我国的根本大法,具有最高的法律效力,因此,遵循宪法规定的要求,即使不在授权决定中予以明确,也是不言自明的。然而,对于何为“法律和行政法规的基本原则”,目前学界和实务界均无统一认识。对此,学界多年来从法解释学的角度,对基本原则的范畴进行了多番探讨,有学者认为“基本原则”应指法律或行政法规的基本宗旨和指导思想,以“总则”所确立的原则为主;有学者认为是指法律

法规的立法精神和倾向。<sup>④</sup>然而无论是适用哪种解释,都没有办法准确厘定“基本原则”的范畴。

由于经济特区法规存在授权不明确的困境,因此实践中也无法获得清晰的指引,并可能进一步桎梏地方立法实践创新的发展。由于基本原则的界限不清晰,作为授权对象的地方人大及其常委会在变通上位法时往往担心触及法律和行政法规的基本原则,导致经济特区法规要么大量重复上位法的规定,要么仅做一些“小打小闹”的变通,往往被诟病创新性减弱,未能“用足用好经济特区立法权”。<sup>⑤</sup>

更加严重的是——作为授权主体的全国人大及其常委会,对是否违反法律、行政法规基本原则的审查似乎已经脱离法解释学上的分析,而是沦为政策驱动下主观性较强的“个案判断”,具有极大的弹性空间。对备案经济特区法规进行合法/宪性审查的标准似乎已经变成——变通或者先行先试是否出于“建设的具体情况和实际需要”、是否与改革方向相一致。实践中《深圳经济特区个人破产条例》规定实施的个人破产制度,有明显变通法律、行政法规基本原则之嫌,但由于满足对个人破产制度开展试点研究的改革需要<sup>⑥</sup>,因此通过了全国人大常委会的备案审查。

从发达国家和地区的经验来看,尽管授权明确是一项基本要求,但其适用也并非绝对严格。以美国为例,美国最高法院在立法授权审查中就确立了“可理解原则”<sup>⑦</sup>,该原则在具体适用中具有相当大的弹性。但是,在宽泛授权的同时,法院一方面加强对行政机关规则制定过程的审查,以确保行政机关在授权范围内行为,另一方面要求行政机关在没有明确授权的情况下,不得作出过于重要或对公民基本权力影响过大的决定。<sup>⑧</sup>然而,目前我国在立法实践中尚未形成相关的原则或标准作为审查依据,全国人大及其常委会也从未对此做过相关的解释。

除授权决定所规定的限制外,经济特区立法权实质上还受到“中央专属立法权”的约束——即《立法法》第11条规定的11项“只能制定法律”事项。《立法法》第11条是关于全国人大及其常委会专属立法

权的规定,对于经济特区立法权是否能涉及专属立法权事项,目前学界存在不同看法。部分学者<sup>③</sup>认为,对于“只能制定法律”事项,经济特区法规均不能作出创制性规定。部分学者<sup>④</sup>结合《立法法》第12条关于专属立法权范围内的事项授权国务院制定行政法规的规定,将中央专属立法权事项分为两类:法律绝对保留事项与法律相对保留事项。该观点认为经济特区立法权不能突破《立法法》第12条规定的法律绝对保留事项,包括犯罪和刑罚、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,但可以涉及除法律绝对保留事项外的《立法法》第11条所规定的法律相对保留事项。

考察《立法法》第12条的立法原意,立法者似乎更倾向于第二种观点,即经济特区立法权不能涉及绝对保留事项,但可以涉及相对保留事项。从第12条的文义来看,法律相对保留事项的授权对象仅限于国务院,并不包括地方各级人大及其常委会。根据《立法法》的释义,在立法时对于该条授权主体的范围曾经存在争议,但最终考虑到法制统一的问题决定被授权主体只能是国务院,如果个别地方特殊情况需要,也可以对地方进行授权,但不宜作为一项基本制度确定下来。<sup>⑤</sup>由此,从立法原意看来,除“有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和对人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项”之外的其他事项,全国人大及其常委会是可以对经济特区进行特别授权的。此外,由于该释义是2015年出版,而经济特区法规的五次授权决定均远早于此,因此经济特区法规授权决定并不能认为是对《立法法》第11条所列部分事项的特殊授权。概言之,根据立法原意,经济特区法规非经特别授权不能涉足《立法法》第11条所列事项。

然而,矛盾的是,实践中经济特区立法在没有特殊授权的情况下早已涉足法律相对保留事项,由此对《立法法》第11条形成直接的冲击。2021年出台的《深圳经济特区个人破产条例》确立了个人破产制度,这显然涉及《立法法》第11条<sup>⑥</sup>所列的“民事基本制度”事项,同时亦有突破《企业破产法》基本原则的嫌疑。

理论层面和实践操作的龃龉与混乱,让我们不得不重新审视下列问题:对于《立法法》第11条所规定的事项,究竟哪些是经济特区法规可以涉足,哪些是绝对禁区?对于第8、9、10项所涉及的“基本制度”又是如何理解和认识?关于授权决定中的“法律和行政法规的基本原则”如何把握?应如何处理经济特区立法变通权与中央专属立法权之间的张力?

## (二)浦东新区法规的权限边界

2021年,全国人大常委会作出《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》,“授予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的基本原则,制定浦东新区法规,在浦东新区实施”。2023年,《立法法》第84条新增一款“上海市人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会常务委员会的授权决定,制定浦东新区法规,在浦东新区实施”。

浦东新区法规“比照”经济特区法规设置,赋予了浦东新区相当于经济特区法规的变通权限。因此,无论是在《立法法》的相关条款还是授权决定上,浦东新区法规与经济特区法规都具有高度重复性,两者的权限边界也基本一致。因此,经济特区法规在权限边界上所面临的迷雾,同样笼罩着浦东新区法规。

## (三)海南自由贸易港法规的权限边界

与浦东新区法规的权限没有得到实质扩展不同,海南自由贸易港法规的权限在经济特区法规基础上得到了实质性的扩展。《海南自由贸易港法》第10条<sup>⑦</sup>第1款将海南自由贸易港法规的权限范围确定为“贸易、投资和相关管理活动”,第3款允许海南自由贸易港法规可以涉及“全国人大及其常委会和国务院职权立法的事项”。结合两款进行解释,第10条事实上将海南自由贸易港立法权的权限范围扩展至作为法律保留事项的贸易、投资基本制度。<sup>⑧</sup>

在创设海南自由贸易港法规之前,海南省人大常委会就拥有省级地方立法权、经济特区立法权两级立法权,具有变通上位法的极大立法权限。尽管

如此,在两级立法权上又叠加了海南自由贸易法规立法权。据此,创设海南自由贸易港法规的逻辑应是——已有的经济特区法规的权限难以满足改革创新需要,即经济特区法规不能涉及《立法法》第11条作为法律保留事项的贸易、投资基本制度,而对此类制度进行变通又是海南地方改革急切所需,因此转而创设新类型法规。

随着海南自由贸易港法规前端立法权限的扩宽,立法者又在后端补充了“批准”的监督方式,即《海南自由贸易港法》第10条第3款规定:“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。”《立法法》第109条第5款规定:“授权制定法规应当报授权决定规定的机关备案”。海南自由贸易港法规在常见“备案模式”的基础上相当于新设了“批准模式”。

值得我们思考的是:第一,创设海南自由贸易港立法权的逻辑是否站得住脚?经过上文分析,可知目前理论界对于经济特区法规的立法权限是否可以涉及《立法法》第11条的法律保留事项存在争议。如果不可涉足,那为何立法实践中又屡屡突破这一界限?如果可以涉足,大可通过补充授权的模式予以解决,为何又要转而创设海南自由贸易港法规实现地方立法的权限扩充?由此可见,伴随海南自由贸易港法规的创设,经济特区法规边界模糊的迷雾也直接蔓延至海南自由贸易港法规。第二,《海南自由贸易港法》第10条第3款允许海南自由贸易港法规可以涉及“依法应当由全国人民代表大会及其常委会制定法律的事项”,这是否与第1款的“遵循基本原则”的限制之间存在张力<sup>⑧</sup>?第三,“贸易、投资和相关管理活动”的范畴如何确定?无论是“贸易、投资和相关管理活动”还是其指涉的“作为法律保留事项的贸易、投资基本制度”,二者同样是模糊概念。第四,海南自由贸易港法规的边界模糊不清,如何将海南经济特区立法权和海南自由贸易港立法权进行区分?是否可能造成二者的混用、乱用?

根据近两年海南省人大公开的立法动态分析<sup>⑨</sup>,海南自由贸易立法权和经济特区立法权的行使存在一系列混乱:首先,海南自由贸易港法规和经济特区法规名称上“张冠李戴”。早在2021年6月10日《海南自由贸易港法》正式出台以前,海南省人大及其常委会就运用经济特区立法权出台了一系列以“海南自由贸易港”作为法规名称的经济特区法规。<sup>⑩</sup>

再者,经济特区法规似乎已被海南自由贸易港法规完全吸收,进入“休眠”状态。据海南省人大官网公开的地方性法规显示,2021年6月至2022年12月,海南省人大新制定的法规中,除了少数几部海南省地方性法规外,其余全为海南自由贸易港法规,经济特区立法权在实践中似乎已经弃用。其中,在海南自由贸易港法规中,还有《海南自由贸易港安居房建设和管理若干规定》《海南自由贸易港生态环境保护考核评价和责任追究规定》等与“贸易、投资和相关管理活动”事项关联不大的法规。由此可见,在立法实践中,海南自由贸易港立法权尽管仅限于“贸易、投资和相关管理活动”,但是实际上已经把经济特区立法权完全吸收。矛盾的是,在横向层面经济特区法规的立法权限大于海南自由贸易港法规的立法权限。

此外,目前已出台的海南自由贸易港法规中,还没有一部涉及全国人大及其常委会和国务院职权立法的事项并需要履行“审批程序”的法规。因此,尽管创设了“海南自由贸易港法规”这一新法规类型,但其仅仅披了一张“海南自由贸易港”的皮,海南自由贸易港立法权和经济特区立法权在实际行使中并无区别,创设新法规类型的初衷似乎并未实现。

通过上述对经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规的解析,本文可以初步得出以下认识:《立法法》及相关授权决定无法为经济特区法规、浦东新区法规和海南自由贸易港法规提供清晰的权限边界。因此,在《立法法》自身无法提供自足解释时,理应回归宪法视角对经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规的权限边界进行重新廓清。

### 三、宪法视角下的权限边界

尽管经济特区法规、浦东新区法规和海南自由贸易港法规的权限边界存在许多模糊之处,但大致可以聚焦在以下两个方面:从授权决定的内容上,探讨“遵循法律和行政法规的基本原则”的规范意涵;从《立法法》层面,探讨经济特区立法权是否受到、在多大程度上受到《立法法》第11条的限制。

(一)宪法视角下的“遵循法律和行政法规基本原则”

“判断某规范是否违背一个明确的规则与判断其是否违背一个模糊的目的或精神所使用的法律方法并不相同。前者是一个逻辑推论问题,而后者则是一个价值权衡问题。”<sup>④</sup>因此,关于经济特区法规、海南自由贸易港法规是否“符合法律和行政法规的基本原则”的判断,实质上是价值衡量问题,因此难以通过法解释学予以具体化。而经济特区法规、海南自由贸易港法规的授权决定中明确规定被授权主体应当遵循“法律和行政法规的基本原则”,实质上暗含着涉及此类重大价值决定的立法权和判断权应由全国人大及其常委会保留。

由全国人大及其常委会保留是否符合“法律和行政法规的基本原则”的立法判断是符合民主正当性的。但如果仅仅止步于此,显然没有完成民主正当性的实质要求。与程序法相比,实体法同样重要——即全国人大及其常委会以何作为基准判断是否符合“法律和行政法规的基本原则”。

法律基本原则的背后蕴含着社会多数成员的共同价值选择。全国人大作为最高民意机关,其人数众多、会期较短,可以相对直接、清晰地反映既有的社会共识,适于发挥政治象征、价值宣示与根本决断的功能。<sup>⑤</sup>因此,将涉及法律基本原则的立法权和判断权保留给全国人大而非全国人大常委会,无疑具有更强的实质民主正当性。实际上,全国人大由于会期短、人数多,显然无法承担常态化的备案审查工作。

相较而言,全国人大常委会的民主正当性更加依赖议事程序与利益均衡。全国人大常委会凭借委

员的专业性、会期的持续性、议程的灵活性等方面的功能优势,在全国人大作出价值决定的框架下承担规范具体化的工作。<sup>⑥</sup>因此,从符合民主正当性要求的角度,全国人大常委会在法规备案审查过程中衡量一项法律原则“基本”还是“非基本”时,应严格在社会多元主体作出的价值共识下、全国人大作出的价值决定下进行具体的价值判断。

而宪法正是凝聚社会多元主体价值共识的“法定文书”。宪法通过制宪程序凝聚起社会多元主体所认同的价值共识,将其转换为宪法价值体系,进而由抽象共识升华为规范性的价值共识,据此完成价值整合的重任。<sup>⑦</sup>宪法作为社会核心价值的规范载体,能够为不同部门法领域遭遇的价值难题提供共识性理解。<sup>⑧</sup>从动态论的角度,我国处于一个大变革时代,很多立法者最初的价值理念遭遇到社会新生价值的冲击,如果对于基本原则的判断拘泥于法规本身,往往没有办法完成社会多元主体的价值整合。因此,在对基本原则进行解释时,如果不寻求宪法上所确立的价值基准和共识性理解,由于缺少价值共识的支撑很容易被不同的意识形态所俘获<sup>⑨</sup>,最后沦为备案审查者的主观判断。

据此,授权者在对法律和行政法规的基本原则进行解释和判断时,只有援引宪法的价值理念和相关规定贯穿其中,才能完全满足民主正当性的要求。

(二)宪法视角下的“《立法法》第11条”

对于创制性地方授权立法在多大程度上可以突破《立法法》第11条的限制,正如上文所述,学界观点尚未统一。《立法法》第11条在规范层面有多种面向,不仅涉及横向上立法权和行政权的分配,还涉及纵向上中央和地方立法权的分配问题。但本文讨论的焦点并非立法权和行政权的分配,因而对此不作展开讨论。探寻中央和地方立法权分配的基本秩序,还须回到《宪法》文本进行考察。

《宪法》对中央和地方立法权作了“首次分配”,然后再交由《立法法》第11条进行“二次分配”。《宪法》的“首次分配”意指《宪法》的强制性分配事项,具体包括宪法明确规定了应当由法律规定的各项、宪法明确规定由全国人大及其常委会规定的各项;《立

法法》的“二次分配”意指全国人大的自我分配事项，具体为全国人大及其常委会职权范围内应当由法律调整的事项。本文尝试将《立法法》第11条与《宪法》

相关条款相对比，以期梳理出分别属于“首次分配”和“二次分配”的立法事项。

具体如下：

表1

《立法法》第11条与《宪法》相关条款的对比

《立法法》第11条规定事项	宪法条款	分类
(一)国家主权事项	第62条 全国人民代表大会行使下列职权:(十五)决定战争和和平的问题。 第67条 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:(十四)决定驻外全权代表的任免;(十五)决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除;(十六)规定军人和外交人员的衔级制度和其他专门衔级制度;(十七)规定和决定授予国家的勋章和荣誉称号;(十八)决定特赦;(十九)在全国人民代表大会闭会期间,如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况,决定战争状态的宣布;(二十)决定全国总动员或者局部动员;(二十一)决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态。	宪法中关于全国人大及其常委会职权中明确规定由全国人大及其常委会规定的事项
(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权	第97条第2款 地方各级人民代表大会代表名额和代表产生办法由法律规定。 第95条第2款 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组织由法律规定。 第129条第3款 人民法院的组织由法律规定。 第135条第3款 人民检察院的组织由法律规定。	宪法明确规定了应当由法律规定的规定的事项
(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度	第95条第3款 自治区、自治州、自治县设立自治机关。自治机关的组织和工作根据宪法第三章第五节、第六节规定的基本原则由法律规定。 第31条 国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。 第111条 城市和农村按居民居住地区设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织。居民委员会、村民委员会的主任、副主任和委员由居民选举。居民委员会、村民委员会同基层政权的相互关系由法律规定。	宪法明确规定了应当由法律规定的规定的事项
(四)犯罪和刑罚	第62条 全国人民代表大会行使下列职权:(三)制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。	宪法中关于全国人大及其常委会职权中明确规定由全国人大及其常委会规定的事项
(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚	第34条 中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。	宪法明确规定了应当由法律规定的规定的事项;限制人身自由的强制措施和处罚无明确规定
(六)税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度		全国人大及其常委会职权范围内应当由法律调整的事项
(七)对非国有财产的征收、征用	第10条第3款 国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。 第13条第3款 国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。	宪法明确规定了应当由法律规定的规定的事项
(八)民事基本制度	第62条 全国人民代表大会行使下列职权:(三)制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。	宪法中关于全国人大及其常委会职权中明确规定由全国人大及其常委会规定的事项
(九)基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度	第6条至第18条规定了基本经济制度。 财政、海关、金融和外贸的基本制度无明确规定。	全国人大及其常委会职权范围内应当由法律调整的事项
(十)诉讼制度和仲裁基本制度	无明确规定。	全国人大及其常委会职权范围内应当由法律调整的事项

从上表我们可以看出:《立法法》第11条大多数事项都属于“首次分配”事项,只有“限制人身自由的强制措施和处罚”“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”“财政、海关、金融和外贸的基本制度”“诉讼制度和仲裁基本制度”属于“二次分配”事项。此外,由于“限制人身自由的强制措施和处罚”涉及公民人身自由的基本权利,尽管宪法并无明确要求应由法律规定,但由于我国采用的是“相对保障”的基本权利保障方式<sup>⑧</sup>,即宪法将公民人身自由的基本权利交由法律保障,因此从规范层面仍应理解其为“宪法明确规定应当由法律规定的事项”。

概言之,只有“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”“财政、海关、金融和外贸的基本制度”“诉讼制度和仲裁基本制度”属于《立法法》二次分配事项,即宪法未明确规定,但全国人大及其常委会根据其自身职权范围认为应当由法律调整的事项。实质上,《立法法》“二次分配”事项是全国人大及其常委会自身为加强中央立法权的保护而设。由于其并非宪法明确赋予全国人大及其常委会的不可推脱的职责,因此应属于可以对外授权的事项。

经过上述分析,我们可以得到以下基本认识:第一,《立法法》第11条所规定的事项,创制性地方授权立法并非全然不可涉足,其禁区仅限于“宪法明确规定了应当由法律规定的事项”,即《宪法》“首次分配”事项。第二,创制性地方授权立法基于相关授权决定中“遵循宪法规定”的要求,而受到《立法法》第11条部分事项限制。需要指出的是,正如前文所述,过去部分学者根据法律保留理论将《立法法》第11条所

列事项区分为“绝对保留事项”和“相对保留事项”,并得出经济特区法规可以涉足“相对保留事项”,不可涉足“绝对保留事项”的认识;部分学者将《立法法》第11条所列事项理解为中央专属立法事项,因而得出经济特区法规全然不可涉足的结论。然而,上述两种观点均为对法律保留理论的误用,传统意义上的法律保留理论是解决立法权防御行政权的问题。<sup>⑨</sup>简而言之,法律保留理论解决的是横向上立法权和行政权的分配问题,而非纵向上中央立法权和地方立法权的分配问题。因而,尽管《立法法》第12条规定的全国人大及其常委会对国务院的授权“禁区”,与经济特区立法权、浦东新区立法权的“禁区”相同,但是两者的依据却截然不同,前者依据的是法律保留理论,后者贯彻的是授权决定中“遵循宪法规定”的要求。

#### 四、重构权限边界与完善授权路径

目前,创制性地方授权立法存在多种不同的授权路径,其权限边界亦有待明晰。为给地方深化改革提供充分的法治保障,并从理论层面给予充分的回应,本文认为有必要进一步完善其授权路径,明确其权限边界。

##### (一)“遵循宪法规定”作为最低底线

经上文分析,创制性地方授权立法,无论是“遵循法律和行政法规的基本原则”,还是受到“《立法法》第11条”的部分事项限制,均可认为是“遵循宪法规定”的贯彻和延伸。概言之,“遵循宪法规定”才是创制性地方授权立法的权限边界。

“遵循宪法规定”的要求是宪法“不抵触”原则的根本贯彻,即“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。《宪法》第5条对法制统一原则

表2 “首次分配”事项与“二次分配”事项

类别	《立法法》第11条规定事项	是否可对外授权
《宪法》“首次分配”事项	国家主权的事项;各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;犯罪和刑罚;对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;对非国有财产的征收、征用;基本经济制度	不可对外授权
《立法法》“二次分配”事项	税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度;财政、海关、金融和外贸的基本制度;诉讼制度和仲裁基本制度	可对外授权

作出系统性的表述:第1款规定的是依法治国的方略;第2款对“国家维护社会主义法制统一和尊严”进行一般宣告;其余各款从禁止抵触、守法和反特权三个方面对“法制统一”予以展开。由此可见,“不抵触”原则是作为“法制统一”原则的保障予以规定的。其不仅是一种禁止性的保障,还是一种开放性的保障。

首先,禁止性保障意味着任何法都不能与宪法相抵触,凡是与宪法相抵触的法一律无效,这是宪法的实质统一性要求。一个法治国家,只有法治的实质内容不背离宪法,宪法规范即宪法的底线不受破坏,这个社会的法治秩序才有可能形成。<sup>④</sup>因此,“遵循宪法规定”在我国多层次的立法体系中是作为禁止性底线而存在。其次,开放性保障又意味着在宪法底线之上允许多层次立法体系的存在,法律、行政法规和地方性法规各个层次的权限边界都不一致,构成具有中国特色统一而又多层次的立法体制。因此,“遵守宪法规定”即是至“低”点也是至“高”点,其不仅作为法制统一原则的最低底线而存在,亦在我国统一而分层次的立法体系中确立了宪法至高无上的地位。

将创制性地方授权立法的权限边界推至“遵循宪法规定”,也许会引起对“法制统一原则”造成减损的担忧或质疑。然而,在宪法中,与法制统一存在竞争关系的,还有其他原则、任务和目标。法制统一原则尽管重要,但并非唯一、排他或压倒性的原则,它必须与对立性原则、任务或目标相互竞争,从而确定其可以得到适用的范围和程序。<sup>⑤</sup>根据我国《宪法》第31条规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”,我国设立了香港特别行政区和澳门特别行政区。这便是法制统一原则遭遇“一国两制”时,阶段性局部地收缩至底线(即仅需遵循宪法规定)的典型代表。此外,在改革开放过程中,法制统一原则还曾一度处于被压倒性地位,由此也出现了“良性违宪”理论<sup>⑥</sup>,但最终良性违宪的命题很快被终结。

法制统一原则和改革开放国策之间相互竞争的

张力,投射到立法实践中便是各类型法规权限边界设置的不同,以及具体备案审查中尺度的松紧。在权限边界的设置上,海南自由贸易港法规的权限边界甚至可以扩张至《立法法》第11条规定只能制定法律的事项;在备案审查过程中,授权者往往取决于政策的动向,对“基本原则”的认定时而严格时而宽松。

在各种扩张和收缩之间,实际暗含了不同阶段下改革开放国策与法制统一原则之间动态的竞争关系。在创制性地方授权立法权限边界极度扩张时,改革开放国策居于优位,法制统一原则处于收缩状态,甚至收缩到“遵循宪法规定”这一最低底线;而在权限边界极度收缩时,改革开放国策居于次位,法制统一原则处于扩张状态,“法律、行政法规的基本原则”甚至具化为具体的法律规则。因此,将创制性地方授权立法的权限扩展至“遵循宪法规定”的底线,实质为“法制统一原则”所容忍和接受的。

## (二)完善新法规类型的授权路径

无论是海南自由贸易港法规还是浦东新区法规,都从不同的角度和路径对授权立法权限扩容进行探索,但迄今为止还没有形成成熟的制度经验。但随着实践中新法规类型的不断创设,《立法法》第84条逐渐成熟完善,创制性地方授权立法的授权路径也应逐步完善和明确。

第一,明确创制性地方授权立法的创设应遵循在党中央统一领导下统一推进。在具体操作中,即先由党中央作出决策部署,再由全国人大常委会依法行使职权,使党的主张通过法定程序上升为国家意志。<sup>⑦</sup>创制性地方授权立法作为一种稀缺的立法资源,承担着“立法试验田”的特殊使命。

然而有部分观点认为,考虑到立法机会平等,不应该由少数地方垄断立法变通资格,全国人大常委会应该在未来继续增容变通立法主体,走向平等赋权。<sup>⑧</sup>实际上,创制性地方授权立法背后交织着立法机会平等、法制统一、改革开放等多种不同的价值,且这些价值相互之间存在一定的张力。在中国特色社会主义法治体系尚未完善的时代背景下,在价值排位中改革开放最优、法制统一次优、立法机会平等最末。改革开放原则是创制性地方授权立法的正当

性基础,法制统一原则的要求则决定了创制性地方授权立法不可能基于“立法机会平等”而遍地开花。由党中央作出授权决策则恰恰完成了这一组价值的次序统一——由中央作出相关决策部署,由地方提出创制性地方授权立法的具体需求,最终由全国人大常委会作出授权。由中央的决策部署作为启动端进行严格筛选,这在很大程度上限制了创制性地方授权立法的普遍化。

第二,明确创制性地方授权立法有“决定授权”和“立法授权”两种不同的授权模式,并加以区别。实践中,经济特区法规、浦东新区法规的授权采用了“授权决定”模式,由全国人大及其常委会作出授权决定;海南自由贸易港法规的授权则采用“立法授权”模式,通过《海南自由贸易港法》第10条对海南省人大及其常委会作出授权。

实质上,究竟选择立法授权还是决定授权,取决于创制性地方授权立法的权限。如果将权限限定在“遵循宪法的规定,法律和行政法规的基本原则”,那么通过全国人大及其常委会作出决定授权即可。但是,如果将创制性地方授权立法的权限限定在“遵循宪法的规定”,无疑需要更高级别的授权形态。允许特定地方立法主体在遵循宪法规定的前提下,作出变通或先行先试的立法而无须严格遵循法律和行政法规的基本原则,这本质上等同于调整行政法规或法律的地域适用范围。虽然,《立法法》第16条规定,全国人大及其常委会可以就特定事项作出“调法调规”的决定。<sup>⑤</sup>立法者在第16条中采用的是“决定授权”的模式对法律地域适用范围进行调整。然而,值得注意的是,有别于第16条的特定事项授权,对仅“遵循宪法的规定”的地方立法授权是“一揽子授权”,因而无疑需要比“决定授权”级别更高、效力更强的授权模式才能实现其变通法律的正当性证成。因此,采用“立法授权”模式,由全国人大及其常委会制定仅适用于特定区域的法律并在其中通过特定条款进行立法授权,根据特别法优于一般法的原则,该模式可起到修改法律适用范围的实质效果。

此外,需要注意的是,如果存在新旧授权重叠,并且旨在用新的授权覆盖或替代旧的授权时,要及

时启动旧授权的废止程序。如1981年全国人大常委会作出的《关于授权广东省、福建省人民代表大会及其常务委员会制定所属经济法规各项单行经济法规的决议》,实质上已经被后来对深圳、汕头、珠海和厦门的授权决定<sup>⑥</sup>分别取代。由于后者的权限范围更广,不局限于经济法规领域,因此在立法实践中前者基本被束之高阁。<sup>⑦</sup>然而,尽管如此,授权广东省和福建省的决定至今仍未被废止。

### (三)加强合宪性审查

随着前端授权立法的权限边界扩宽,后端理应加强对被授权主体立法工作的审核与监督。加强审核监督有多种形式,包括事前审批模式和事后合宪性审查模式。

第一,加强事前审批模式。海南自由贸易港法规的授权,便是采用事前审批模式。《海南自由贸易港法》第10条规定,当海南自由贸易港法规涉及“依法应当由全国人大及其常委会制定法律或国务院制定行政法规事项”时,法规要报全国人大常委会或国务院批准后生效。

实际上,严格的生效程序固然可以保证立法权不滥用,但也为松绑的立法权限再次套上镣铐,在一定程度上束缚改革发展。首先,全国人大及其常委会的专属立法权本来就存在模糊之处,如财政、海关、金融和外贸的基本制度,何为基本何为非基本?地方出于谨慎将事无巨细向上报批,增加程序上的烦琐。第二,批准程序性质有待明晰,该程序是法定程序还是工作程序?鉴于全国人大常委会的会期设置,审批流程前置将导致立法流程漫长,由此很可能导致地方错失改革良机。

由于受到《立法法》第108条第7款<sup>⑧</sup>撤销授权条款的震慑、地方党委对立法工作领导的统筹以及地方官员政治避险的惯例,当拟出台法规可能涉及重大变通时,具有立法权的地方人大及其常委会往往会提前请示全国人大常委会。因此,全国人大常委会对法规的审查并非在备案审查阶段才开始,实质上在法规出台之前早已提前介入。并且,结合《立法法》第112条<sup>⑨</sup>,这种审查更多是以协作式而非对抗式进行,即通过部门沟通商议最终取得双

方一致共识。<sup>④</sup>因此,即使没有设置事前审批,被授权的地方立法主体超越权限进行立法的可能性本就微乎其微。

第二,强化事后合宪性审查模式。与事前审批模式相比,完善以合宪性审查机制为核心的合法性审查机制更符合实际。目前,在法规备案审查中,作为备案审查机关的全国人大常委会,往往采取高度谦抑的消极主义立场进行合宪性审查,仅对备案法规进行一般的合法性审查。<sup>⑤</sup>被授权主体的立法考量往往是以授权主体的意志为转移的,因而在备案审查程序中地方人大常委会向全国人大常委会提交的变通情况说明,也只是对变通上位法的内容进行一般性说明。本文认为,在合宪性审查机制中,经济特区法规、浦东新区法规和海南自由贸易港法规此类创制性地方授权立法,恰恰应是合宪性审查的重点。尤其是将立法权限扩容至“遵循宪法规定”的终极形态时,更应该加强合宪性审查。理由如下:

首先,无论审查是否“遵循宪法规定”,还是是否符合“遵循法律和行政法规的基本原则”,本质上都是价值决断。这种价值判断需要在宪法所确立的价值共识下进行,否则容易沦为备案审查者的主观判断。其次,当立法权限扩容至底线“遵循宪法规定”时,更可能出现减损公民基本权利和增加基本义务的情况,因此应着重加强合宪性审查。再次,授权立法权限已扩至“底线”,如果合宪性审查再流于形式,将对法制统一原则产生极大的挑战。当“法律和行政法规的基本原则”这一层屏障扯开,授权立法超出权限与否的矛头将直指宪法,对此强化合宪性审查无可回避。

根据近几年来全国人大常委会法工委发布的年度备案审查工作报告,立法审查中已逐渐加强合宪性审查。并且在2020年的备案审查工作报告<sup>⑥</sup>中,首次将“合宪、涉宪性问题”单列,并公布了“不合宪”案例<sup>⑦</sup>,最终全国人大常委会要求“不合宪”法规的制定机关进行相应修改。然而,目前上述案例仍是凤毛麟角。随着浦东新区法规、海南自由贸易港法规及未来其他创制性地方授权法规的蓬勃发展,创制性授权法规很可能呈现“井喷”趋势。我们将寄希望于

在创制性地方授权立法的合宪性审查中,出现更多鲜活的案例,为创制性地方授权立法的界限进一步具体化指明方向。

### 结语

拉丁法谚有云:凡法律皆有漏洞。法律条文一旦产生,便已经落后于社会的变化。而法律基于其权威性稳定性,每一次立改废都应慎之又慎。因此,便需要一块甚至多块“法律试验田”,在试错过程中不断“取其精华去其糟粕”,最终总结出可推广复制全国的经验。

由此,实践中逐步衍生出经济特区法规、浦东新区法规和海南自由贸易港法规等法规类型群,并亟待《立法法》予以回应。可惜的是,新修改的《立法法》仅将浦东新区法规和海南自由贸易港法规以列举的方式安排在经济特区法规条款之后,而并未提炼出整体的概念对三种类型的法规加以统合。对此,在此次修法的说明中,立法者亦从整体上作出说明,此次修法“对确有必要修改的予以修改完善,属于可改可不改的,一般不作修改”。相信,随着实践中新法规类型的不断出现、理论中相关概念的不断完善,在下一次修法中《立法法》第84条将逐步得到完善。

### 注释:

①参见王建国:《改革型地方立法变通机制的反思与重构》,载《法学研究》2022年第2期。

②参见李德旺、叶必丰:《地方变通立法的法律界限与冲突解决》,载《社会科学》2022年第3期。

③参见林彦:《经济特区立法再审视》,载《中国法律评论》2019年第5期。林彦认为,不宜在特区立法权中使用“变通权”这一表述。“变通”意味着必须先有上位法,才有特区立法的必要。但根据《立法法》第74条分析,特区法规的根本价值是制度创新,从无到有的创新。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》,载《法律适用》2019年第21期。黄金荣提出,从深圳和珠海市经济特区法规的有关数据可以看出,经济特区立法并不都是行使了变通权的立法,与之相提并论的还有比例很高的先行先试类立法。

④参见沈宗灵:《法理学》,北京大学出版社2003年版,第264页。

⑤《立法法》第12条规定：“本法第十一条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、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、司法制度等事项除外。”

⑥1981年11月26日，第五届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议做出决定，授权广东省、福建省人民代表大会及其常务委员会，根据有关的法律、法令、政策规定的原则，按照该省经济特区的具体情况和实际需要，制定经济特区的各项单行经济法规，并报全国人民代表大会常务委员会备案。

⑦参见王成义：《深圳经济特区立法权：历史、学理和实践》，载《地方立法研究》2019年第1期。

⑧参见《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。

⑨参见《全国人民代表大会常务委员会关于授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》，1992年7月1日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十六次会议通过。

⑩参见《全国人民代表大会关于授权厦门市人民代表大会及其常务委员会和厦门市人民政府分别制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》，1994年3月22日第八届全国人民代表大会第二次会议通过；《全国人民代表大会关于授权汕头市和珠海市人民代表大会及其常务委员会、人民政府分别制定法规和规章在各自的经济特区实施的决定》，1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过。

⑪2002年施行的《立法法》第65条规定：“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会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。”

⑫《中共中央国务院关于支持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的意见》，2021年4月23日发布。

⑬参见全国人大常委会法制工作委员会宪法室：《贯彻习近平法治思想 丰富创新立法行使 加强浦东新区高水平改革开放的法治保障》，载中国人大网，<http://www.npc.gov.cn/npc/kgfb/202108/4061a4d288bd4fc1a40088553fe5d6d9.shtm>，2023年11月10日访问。

⑭参见吴鹏：《经济特区授权立法制度应被废除》，载《云南大学学报(法学版)》2007年第1期；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。

⑮“(一)指导思想。……支持浦东勇于挑最重的担子、啃最硬的骨头，努力成为更高水平改革开放的开路先锋、全面建设社会主义现代化国家的排头兵、彰显“四个自信”的实践范例，更好向世界展示中国理念、中国精神、中国道路。”参见《中共中央 国务院关于支持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意见》，载中国政府网，[https://www.gov.cn/zhengce/2021-07/15/content\\_5625279.htm](https://www.gov.cn/zhengce/2021-07/15/content_5625279.htm)，2023年11月10日访问。

⑯“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。”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》，载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202106/t20210610\\_311893.html](http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202106/t20210610_311893.html)，2023年11月10日访问。

⑰参见《中共中央 国务院关于支持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意见》，载中国政府网，[https://www.gov.cn/zhengce/2021-07/15/content\\_5625279.htm](https://www.gov.cn/zhengce/2021-07/15/content_5625279.htm)，2023年11月10日访问；《中共中央国务院印发海南自由贸易港建设总体方案》，载中国政府网，[https://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content\\_5516608.htm](https://www.gov.cn/zhengce/2020-06/01/content_5516608.htm)，2023年11月10日访问。

⑱参见王建党、张明：《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》，载《经贸法律评论》2021年第4期。

⑲《立法法》第84条规定：“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会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。上海市人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会常务委员会的授权决定，制定浦东新区法规，在浦东新区实施。海南省人民代表大会及其常务委员会根据法律规定，制定海南自由贸易港法规，在海南自由贸易港范围内实施。”

⑳《立法法(修正草案)征求意见稿》和《立法法(修正案二次审议稿)》，载中国人大网，[www.npc.gov.cn](http://www.npc.gov.cn)，2023年11月10日访问。

㉑《关于〈中华人民共和国立法法(修正草案)〉审议结果的报告》，载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202303/t20230313\\_424426.html](http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202303/t20230313_424426.html)，2023年11月10日访问。

㉒“有的代表提出，为了推进高水平对外开放，按照党中央决策部署，全国人大常委会分别授权上海市人大及其常委会制定浦东新区法规、海南省人大及其常委会制定海南自由贸易港法规，作为新时代地方立法的新实践新发展，有必要在立法法中予以体现。”参见《关于〈中华人民共和国立法法(修正草案)〉审议结果的报告》，载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202303/t20230313\\_424426.html](http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202303/t20230313_424426.html)，2023年11月10日访问。

㉓《关于〈中华人民共和国立法法(修正草案)〉的说明》，载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/npc/c1773/c1848/c21114/lffxz/lffxz007/202303/t20230306\\_423962.html](http://www.npc.gov.cn/npc/c1773/c1848/c21114/lffxz/lffxz007/202303/t20230306_423962.html)，2023年11月10日访问。

②④“二、修改的指导思想、遵循的原则和工作过程。……此次修改立法法是部分修改,对确有必要修改的予以修改完善;属于可改可不改的,一般不作修改。”参见《关于〈中华人民共和国立法法(修正草案)〉的说明》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/npc/c1773/c1848/c21114/lffxz/lffxz007/202303/t20230306\_423962.html,2023年11月10日访问。

②⑤参见童卫东:《新〈立法法〉的全面解读》,载《中国法律评论》2023年第21期。

②⑥参见全国人大法制工作委员会国家法室编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2015年版,第242页。“对于经济特区法规变通规定的限制,立法法没有作出明确规定。这样规定是考虑到既能适应现在有些需要变通的情况,也为今后的发展变化留下了空间和余地。”

②⑦自1992年以来,经济特区法规的授权方式也基本固定下来,授权主体是全国人大及其常委会,授权对象是各经济特区所在省市的人大及其常委会,授权范围是根据经济特区的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。

②⑧参见宋方青:《中国经济特区授权立法中法规冲突现象之评析》,载《法学》2000年第1期;李德旺、叶必丰:《地方变通立法的法律界限与冲突解决》,载《社会科学》2022年第3期;郑毅:《设区的市级地方立法权的改革与实施》,法律出版社2010年版,第六章“《立法法》修改后经济特区立法权的实施与发展”。

②⑨参见李洪雷:《在新的历史时期下用好用足经济特区立法权》,载《人民论坛·学术前沿》2018年第13期。

③⑩2019年7月16日,国家发改委等13个部委联合发布《加快完善市场主体退出制度改革方案》明确提出,“研究建立个人破产制度,重点解决企业破产产生的自然人连带责任担保债务问题。明确自然人因担保等原因而承担与生产经营活动相关的负债可依法合理免责。逐步推进建立自然人符合条件的消费负债可依法合理免责,最终建立全面的个人破产制度”。载国家发展和改革委员会网站,https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/tz/201907/t20190716\_962483.html,2023年11月10日访问。

③⑪“可理解原则”是美国最高法院于1928年“汉普顿案”确立的一项审查原则,其要求国会在授权行政机关进行立法时,必须在授权法中设置可理解的原则,以供被授权主体遵守。

③⑫参见戴耘:《美国立法授权司法审查中的“可理解原则”》,载《环球法律评论》2021年第4期。

③⑬参见李洪雷:《在新的历史条件下用好用足经济特区立法权》,载《人民论坛·学术前沿》2018年第13期。

③⑭参见李德旺、叶必丰:《地方变通立法的法律界限与冲突解决》,载《社会科学》2022年第3期;周叶中、周鸿雁:《我国经济特区立法变通权的规范审视》,载《荆楚法学》2022年第3期。

③⑮参见全国人大法制工作委员会国家法室编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2015年版,第60页。

③⑯《立法法》第11条规定:“下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、监察委员会、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度;(七)对非国有财产的征收、征用;(八)民事基本制度;(九)基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度;(十)诉讼制度和仲裁基本制度;(十一)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

③⑰《海南自由贸易港法》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。”

③⑱参见王建学、张明:《海南自贸港法规的规范属性、基本功能与制度发展——以〈宪法〉和〈立法法〉为分析视角》,载《经贸法律评论》2021年第4期。

③⑲参见臧昊、梁亚荣:《海南自由贸易港立法权的创设》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2021年第5期。

④⑩海南省人民代表大会常务委员会网站,https://www.hainanpc.net/hainanpc/dffg/index.html,2023年11月10日访问。

④⑪海南省第六届人民代表大会常务委员会第二十五次会议于2020年12月30日通过《海南自由贸易港海口江东新区条例》;海南省第六届人民代表大会常务委员会第二十一次会议于2020年7月31日通过《海南自由贸易港消防条例》;2020年6月16日海南省第六届人民代表大会常务委员会第二十次会议通过《海南自由贸易港博鳌乐城国际医疗旅游先行区条例》。

④⑫参见陈玉山:《论国家根本任务的宪法地位》,载《清华法学》2012年第6期。

⑬参见钱坤：《全国人大常委会宪法地位的历史变迁与体系展开》，载《法学研究》2022年第3期。

⑭参见钱坤：《全国人大常委会宪法地位的历史变迁与体系展开》，载《法学研究》2022年第3期。

⑮参见秦小建：《价值困境、核心价值与宪法价值共识——宪法回应价值困境的一个视角》，载《法律科学》2014年第5期。

⑯参见林来梵：《民法典编纂的宪法学透析》，载《法学研究》2016年第4期。

⑰“在一个价值观念日益多元的社会中，试图在民法领域建立一套自足的价值判断体系和论证规则注定是行不通的”，“如果民法理论不寻求与宪法上所确立的价值体系的联系，而是满足于民法的自主性，必然会使民法的发展，欠缺价值共识的支撑，为不同的意识形态所俘获……将全面陷入价值紊乱和意识形态的诸神之争”。参见薛军：《“民法-宪法”关系的演变与民法的转型——以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心》，载《中国法学》2010年第1期。

⑱参见林来梵：《宪法学讲义》，清华大学出版社2018年第三版，第十章“基本权利的保障及其规范效力”。

⑲参见林来梵：《宪法学讲义》，清华大学出版社2018年第三版，第十章“基本权利的保障及其规范效力”。

⑳参见蒋德海：《从宪法“不抵触”原则透视宪法与其他法的关系》，载《华东政法大学学报》2008年第1期。

㉑参见王建学、张明：《海南自贸港法规的规范属性、基本功能与制度发展——以〈宪法〉和〈立法法〉为分析视角》，载《经贸法律评论》2021年第4期。

㉒郝铁川教授早年提出的“良性违宪论”，曾经引起广泛争论。参见郝铁川：《论良性违宪》，载《法学研究》1966年第4期。

㉓参见全国人大常委会法制工作委员会宪法室：《贯彻习近平法治思想 丰富创新立法行使 加强浦东新区高水平改革开放的法治保障》，载全国人大网，<http://www.npc.gov.cn/npc/kgfb/202108/4061a4d288bd4fc1a40088553fe5d6d9.shtm>，2023年11月10日访问。

㉔参见王建学：《改革型地方立法变通机制的反思与重构》，载《法学研究》2022年第2期。

㉕《立法法》第16条第1款规定：“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要，决定就特定事项授权在规定期限和范围内暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。”

㉖分别是《关于与授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特

区实施的决定》《关于授权汕头市和珠海市人民代表大会及其常务委员会、人民政府分别制定法规和规章在各自经济特区实施的决定》和《关于授权厦门市人民代表大会及其常务委员会和厦门市人民政府制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》。

㉗在北大法宝中输入“广东省经济特区”作为关键词搜索地方性法规，搜索结果显示目前广东省人大及其常委会运用经济特区立法权制定的八部法规均已失效。最近一次制定的法规是1993年制定的《广东省经济特区城市市容和环境卫生管理规定》。

㉘《立法法》第108条规定：“改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限是：(七)授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规，必要时可以撤销授权。”

㉙《立法法》第112条规定：“全国人民代表大会专门委员会、常务委员会工作机构在审查中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触，或者存在合宪性、合法性问题的，可以向制定机关提出书面审查意见；也可以由宪法和法律委员会与有关的专门委员会、常务委员会工作机构召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改或者废止的意见，并向全国人民代表大会宪法和法律委员会、有关的专门委员会或者常务委员会工作机构反馈。”

㉚参见陈希：《我国地方立法合宪性审查制度特色研究》，载《法学论坛》2020年第6期。

㉛林来梵：《合宪性审查的宪法政策论思考》，载《法律科学》2018年第2期。

㉜参见《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告》，载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202212/t20221230\\_321013.html](http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202212/t20221230_321013.html)，2023年11月10日访问。

㉝《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告》指出，有些地方立法规定民族学校用民族语言教学，全国人大常委会法工委审查后认为，前述规定与宪法关于国家推广全国通用普通话的规定不一致，也和国家通用语言文字法、教育法等有关法律不一致，已要求制定机关修改。载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202212/t20221230\\_321013.html](http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202212/t20221230_321013.html)，2023年11月10日访问。