

第三届自由贸易法治论坛暨
中国（上海）自贸试验区立法与司法研讨会

会议论文集

上海财经大学法学院

《政治与法律》编辑部

中国（上海）自贸试验区协同创新中心

2013年12月7日

中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心简介

为落实“高等学校创新能力提升计划”的要求，上海财经大学、对外经济贸易大学、华东政法大学、上海对外经贸大学以及中国（上海）自贸试验区管委会等实务部门于2013年10月26日联合组建了中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心。

中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心的组建是四校面向国家和上海市重大战略需求的一次深度牵手，将有利于优势互补，更好地开展研究创新，更好地服务于中国（上海）自由贸易试验区的建设。协同创新中心将采取平等协作、轮值负责、资源共享、优势互补的运行模式，并将积极探索体制机制改革，真正做到协同创新，为中国（上海）自由贸易试验区的建设，提供积极的、至关重要的智力和人才支撑。协同创新中心将紧紧围绕试验区建设的国家重大需求，以探索自由贸易试验区的相关理论体系、实践过程、法制建设、风险预警、行政职能转变等重大问题为牵引，以理论创新、制度创新、人才培养模式创新、体制机制创新、学科提升为核心，为中国经济发展提供智力和人才支持，成为助力中国经济升级的思想库、人才库、信息库。

协同创新中心将构建协作创新任务体系，除建立人才培养协作中心、自贸区研究信息中心、行政服务中心外，将重点研究“四大问题”：贸易投资自由化与金融创新研究、政府职能转变研究、法律保障研究、风险监测与政策效应评估研究。同时，将以中国（上海）自由贸易试验区的开放与建设的国家重大需求为牵引，在理论体系构建、高端人才培养、学术队伍建设、学术交流深入、国际影响扩大等方面积极开展工作：一是构建中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的理论体系，提供中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的前瞻思想支持，建设具有国际一流水平的相关学科。二是开展自由贸易区领域相关学科和专业课程建设，开展本科生、研究生自由贸易区相关课程的开发，授课教师互聘、学生课程互选等人才交叉培养工作，培养符合中国（上海）自由贸易试验区建设和发展的跨学科拔尖人才。三是积极培养中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的交叉学术团队，开展深度合作，进行自由贸易区相关重大课题的合作攻关研究。四是充分利用国际研究能力，开展多维度、多国界、多学科的顶尖学术研究，开拓自由贸易区研究的国际学术交流与合作。五是定期合作举办中国（上海）自由贸易试验区学术研讨会、高水平论坛，扩大中国（上海）自由贸易试验区的世界影响力。

上海财经大学自贸区法治研究中心简介

2013年4月，上海财经大学法学院成立自贸区法治研究中心。10月12日，上海财经大学整合自贸区法治研究中心、自贸区研究中心、现代服务业研究院，成立上海财经大学自贸区研究院、上海发展研究院。10月26日，上海财经大学牵头，协同对外经贸大学、华东政法大学、上海对外经贸大学、中国（上海）自贸试验区管委会等成立中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心。

上海财经大学自贸区法治研究中心自成立以来，先后承接了《上海自贸区法治保障研究》（上海财大协同创新项目）、《自贸试验区首轮条例规定论证及立法研究》（2013年度上海市咨询课题）、《促进中国（上海）自贸试验区发展的相关保障体制与政策体系》（国家自然科学基金2013年第5期应急研究项目）等课题，团队成员先后在《东方法学》《法学》等刊物上发表多篇论文，提供的决策咨询成果专报受到上海市有关部门与领导的高度重视，多份成果获领导重要批示。举办第一届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区法治保障研讨会（2013年10月27日，与《法学》编辑部共同举办；第二届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区立法与司法研讨会（2013年12月1日，与《华东政法大学学报》编辑部共同举办）；第三届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区行政法治研讨会（2013年12月7日，与《政治与法律》编辑部共同举办）。启动了《自由贸易法治译丛》的首批五本著作的翻译工作；启动了《自由贸易法治评论》（1卷/年）与《自贸区法治发展年度报告》的撰写工作；发布了《自贸区法治专项研究生创新项目》十项；启动了“自贸区高级法律人才培养项目”，为该项目提供《自贸区法治专题研究》（中文）、《国际投资法》（英文）、《国际贸易法》（英文）、《国际金融法》（英文）等四门研究生课程，合计12个学分。

上海财经大学自贸区法治研究中心将长期承担下述任务：

一、从事自由贸易法治的研究任务，通过承接各类课题、发表论文、提供咨询等方式，推进中国自贸区法治建设、国际经贸新秩序的建构，以及中国经贸法律制度变革。

二、培养自贸区法治的高级人才以及培训通晓国际规则、熟悉自贸区规则的业界精英。

三、举办自贸区法治系列论坛、会议。

四、撰写出版《自由贸易法治论丛》、《自由贸易法治译丛》、《自由贸易法治评论》（定期连续出版物）、《自贸区法治发展年度报告》等。

目 录

1. 构筑改革的合法性基础：论中国（上海）自由试验贸易区立法结构的完善 湛中乐、苏宇·····	1
2. 论功能最适当原则对中国上海自贸试验区管理机构组织和活动的规制 朱应平·····	11
3. 区域改革之路如何走——析上海自贸区先行先试的法治路径 杨登峰·····	21
4. 上海自由贸易试验区负面清单的解读及其推广 杨海坤、马迅·····	31
5. 适度放权与有限监管的模式创新——上海自贸区建设的法治观察 陈宏光·····	40
6. 论自贸区管委会的行政法地位 上官丕亮·····	47
7. 自贸区不具有独立的行政法治意义 及几个相关法律问题 刘松山·····	48
8. 上海自贸区行政许可程序加快研究 关保英·····	51
9. 依法治“区” 上海自由贸易试验区 VS.台湾自由经济示范区 刘莘·····	65
10. 上海自贸区的宪法地位 肖泽晟·····	79

构筑改革的合法性基础：论中国（上海）自由试验贸易区立法结构的完善

摘要：中国（上海）自由试验贸易区的设立是改革开放的重大战略举措，需要完善的法治保障。目前自由贸易区已经存在一系列法律依据，但其主体和效力结构均有待完善。在主体方面，中央一级立法主体的作用有待强化，自由贸易区也应获得立法主体地位，形成中央、上海、自由贸易区的立法分工与合作。在效力方面，应当采取正常法律效力与临时法律效力相结合、多层次法律规范效力并存的模式，补强立法的形式和程序要素，完善规范依据体系的效力结构。

关键词：自由贸易区；立法主体；法律效力

湛中乐* 苏宇**

自国务院正式批准设立中国（上海）自由试验贸易区（下称自由贸易区）以来，这一改革进程就吸引了全球的瞩目。2013年11月，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出：“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。”由此观之，自由贸易区是中国改革开放的重大战略举措，一系列的改革已经或即将展开。改革的法治保障对于改革的成功而言不可或缺，夯实改革的合法性基础、完善法制支持系统，将有助于改革之旅乘风破浪、扬帆万里。改革的法治保障和合法性基础以完善的立法为起点。在此，理顺上海自由贸易区立法的主体、内容及效力等问题，就成为非常迫切的任务。

一、自由贸易区的立法现状

自由贸易区的法律依据，目前由《全国人大常委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》（下称《授权决定》）、《国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》（下称《总体方案》）、《上海市人大常委会关于在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》（下称《调整决定》）、《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（下称《管理办法》）等一系列文件构成；如果从更广泛的范围中观察，还包括文化部、国家工商行政管理总局、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、中国银行业监督管理委员会等一系列政策性的支持文件。从类型上看，这些文件包括全国人大常委会及地方人大常委会具有法律效力的决定、国务院的规范性文件、上海市的地方政府规章及其它规范性文件等，包含多种法律规范类型。由此，虽然相关的法律制度框架及内容仍在不断建设之中，自由贸易区的合法性基础和法制依据已经大致形成。从下表中我们可以一瞥这一法律依据体系的大致图景：¹

*北京大学法学院教授

**中国人民公安大学法学院讲师

此文为出席此次学术会议的论文初稿。望勿引用。特此说明。

颁布时间	文件名称	制定主体	规范形式
2013.8.30	全国人大常委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	全国人大常委会	决定
2013.9.18	国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知	国务院	规范性文件
2013.9.26	上海市人大常委会关于在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定	上海市人大常委会	决定
2013.9.29	中国（上海）自由贸易试验区管理办法	上海市人民政府	规章
2013.9.29	中国(上海)自由贸易试验区外商投资企业备案管理办法	上海市人民政府	规章
2013.9.29	中国（上海）自由贸易试验区境外投资开办企业备案管理办法	上海市人民政府	规章
2013.9.30	关于中国（上海）自由贸易试验区内企业登记管理的规定	上海市工商行政管理局	规范性文件
2013.11.13	中国（上海）自由贸易试验区外商独资医疗机构管理暂行办法	上海市市卫生和计划生育委员会、上海市商务委员会、上海市工商行政管理局	规范性文件
2013.11.13	中国（上海）自由贸易试验区中外合作经营性培训机构管理暂行办法	上海市教育委员会、上海市商务委员会、上海市人力资源社会保障局、上海市工商行政管理局	规范性文件

表 1：自由贸易区的部分法律依据

从表 1 中可以瞥见，这一框架的成型过程相当迅速。《授权决定》和《总体方案》在此担纲整个改革进程的合法性基础，可谓责任重大。作为地方立法层面上自由贸易区制度建设中枢的《管理办法》第一条就表明：“为了推进中国（上海）自由贸易试验区建设，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》、《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》和有关法律、法规，

¹ 规范来源：北大法宝数据库；中国（上海）自由贸易试验区门户网站。
（<http://zbw.sh.gov.cn/WebViewPublic/homepage.aspx>，2013 年 11 月 30 日访问）

制定本办法。”可以预见，未来更多的法律规范将在这一框架之下得以制定和实施，而《授权决定》、《总体方案》、《调整决定》和《管理办法》是目前这一框架中最为核心的制度构件。

这样一种框架固然已经对法律保障起到极为重要的支撑作用，但仍然让人有所忧思：仅仅依靠两级人大常委会的两个决定及国务院的一个规范性文件，能否支撑起自由贸易区的整个合法性基础？《授权决定》所针对的事项仅限于行政审批，而自由贸易区改革涉及到若干重要的经济事务，《总体方案》能否经受法律保留原则的考验？自由贸易区还需要制定哪些法律规范以保证改革得以顺畅进行？谁来制定？中央与地方应当在立法上形成什么样的配合？自由贸易区自身能否拥有一定程度的立法权，这种立法权的地位和性质如何？这一系列问题，涉及到自由贸易区能否畅顺地执行法律、施行政令，涉及到改革进程能否得到更加明确的保障，更涉及中外投资者对自由贸易区完善法治保障的信心，是亟待从理论和实践上加以深入解答的。

二、自由贸易区立法的主体结构

当前自由贸易区立法的主体层次较为丰富，包括全国人大常委会、国务院、上海市人大常委会、上海市政府及其部门等，但主体之间的配合还需要进一步加强。在这一主体结构中，自由贸易区作为一个新生事物，和一般的央地关系产生了两点重要的差异：首先，它作为中央大力推行的改革，许多关键的改革来自中央层面的授权，需要较强的中央立法支持；其次，自由贸易区本身在立法体制中的角色也尚未确定；如果自由贸易区自身获得相对独立的立法主体地位，中央、上海市与自由贸易区之间在立法事务上的关系也将成为一项挑战。由此，我们将面对三个焦点问题：1.中央的立法主体应当在多大程度上发挥作用？ 2.自由贸易区自身是否应当有立法权？如果有，这种立法权应当居于什么层次？ 3.中央与地方的各种立法主体应当如何形成良好的配合？这些都是亟待深入探讨的事项。

1.中央立法主体的作用

目前自由贸易区的立法主体结构，表面上看基本覆盖自中央至地方的各级立法主体，但实际上各级立法主体的参与度有着相当程度的差异，中央层次的立法尤其需要进一步加强。目前全国人大常委会仅有一个授权决定，而且授权内容仅限于部分行政审批事项的调整；国务院也只有一个政策性的总体方案，缺乏行政法规层面上的正式安排。但自由贸易区的改革幅度要求中央层面的立法对此提供更充分的支持。根据《中华人民共和国立法法》（下称《立法法》）第八条的规定，财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度只能制定法律。《立法法》第九条规定：“本法第八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。”如果自由贸易区的设置和运转涉及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度，全国人大及其常务委员会应当制定法律或授权国务院制定行政法规。这样自由贸易区的战略改革可以得到最为充分的法律保障。

但是，何为《立法法》第八套所规定的“基本制度”，需要得到进一步的阐释。它本身

的含义自《立法法》起草时期起就具有模糊性，²我国现行法律及行政法规中多处提及基本制度，但对何为基本制度并无进一步的解析。仅有的对“基本制度”加以展开的法律，包括《中华人民共和国教育法》（下称《教育法》）和《中华人民共和国高等教育法》（下称《高等教育法》）。《教育法》第二章规定“教育基本制度”，一共八条，包括学制系统、九年义务教育制度、职业教育制度和成人教育制度、国家教育考试制度、学业证书制度、学位制度、扫除文盲工作、教育督导制度和教育评估制度。《高等教育法》第二章也规定了“高等教育基本制度”，包括学历教育、非学历教育、考试录取之要求、高等教育自学考试制度、学位制度和继续教育。如果教育法方面的法律能够作为某种体系解释的参照依据，则“基本制度”应该由一系列作为整个领域制度框架的、全国普遍施行的制度构成。若就此观之，自由贸易区内实行某些特殊的金融或外贸规则，只要不违反既有上位立法的规定，则并不属于“基本制度”的范围。问题是，设置自由贸易区、突破既有基本制度的统一适用局面、建立特殊的政策与法律空间，本身是否就已经算是一种“基本制度”？在此，我们必须深入基本制度的内涵。

要界定何为“基本”，必定有一种价值参照系区分基本与“非基本”，判断一项制度对于一种特定对象的重要性，即在何种尺度上、对什么而言它是基本的。此处存在着两个隐含的关键要素：一是起到判断与区分作用的价值尺度，二是它的相关对象或目标。相关对象或目标很大程度上也决定了价值尺度的方向。“一切法律‘都是具体处境中的法’（*Situationsrecht*）”，³所有的对象都假定了某种处境。如果规范体系自身缺乏对重大概念隐含要素的解释，我们只能退到规范处境中获取答案。在这里，我们需要将“基本制度”看作一个处境性概念（*situational concept*），⁴它的内涵并非一成不变，而需要依据处境与处境中的规范体系共同生成的根本规范目标而确定。对于我国而言，如果在某一区域出现了大幅度的制度变革突破，以至于有可能直接或间接影响到基本的政治秩序或社会经济秩序，可以认为处境本身也在发生变化，很可能导致规范目标的内涵产生改变。因此，我们并不能断言自由贸易区的制度改革一定不属于“基本制度”的范围。因此，对于金融、外贸等领域在基本制度上的格局变化，人大及其常务委员会的立法或授权制定行政法规能够提供最为稳妥的合法性基础。

退一步看，即使不触及基本制度，自由贸易区对法律制度的变通适用或暂停适用也需要更为一般化的法律授权。《授权决定》仅限于《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》的部分行政审批事项，但实际上自由贸易区改革涉及到的法律冲突问题远不止于这些行政审批领域；需要暂停或变

² 参见李步云：《关于起草〈中华人民共和国立法法（专家建议稿）〉的若干问题》，《中国法学》1997年第1期，第12页

³ [德]施米特：《政治的神学：主权学说四论》，载氏著《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社，2005，第10页

⁴ 处境性概念的含义是对一个概念的认定必须以对这个概念所基于的整体条件或背景之观察为前提。学界已有不少运用处境性概念进行分析的例子。For example, See Franklin B. Weinstein, “The Concept of a Commitment in International Relations”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 13, No. 1 (Mar., 1969), p. 41（用处境性概念分析国际关系中的“承诺”）。当今的处境性概念更多地存在于社会学的研究中，如 Lowell Juilliard Carr, “Situational Sociology”, *American Journal of Sociology*, Vol. 51, No. 2 (Sep., 1945), pp. 136-141（用处境性概念工具去研究社会变迁）。可以认为，这种处境性概念中的“处境”较之政治法学或神学的“处境”已经大为温和化。

通适用的法律规范也不限于狭义的法律，而可能还包括行政法规和部门规章。因此，通过法律或行政法规的方式确立一套一般性的改革授权规范殊为必要，它可以通过原则性与灵活性相结合的规定，使整个改革有着更充分、更明晰的合法性基础。当然，如果这项立法难以马上进行或提前准备，出于“改革理由”，⁵整项改革也能获得较为充分的合法性支持，但形式合法性基础仍然需要我们给予足够的重视。

中央立法的强化并不意味着地方主观能动性的削弱。实际上，中央立法的强化于此恰恰可以伴随地方立法的能动性增强，因为中央只需在法律上确立改革的若干原则和底线，地方立法在获得充足的合法性支持的前提下将大为增强其正确行动、完善法治的能力；同时，中央层面的明确法律规定也将更清晰地界定和调整上海市与中国（上海）自由试验贸易区之间的立法权责分配，从而为各级立法主体之间的良好配合奠定基础。

2. 自由贸易区的立法主体地位

由于自由贸易区经常需要对区内事务进行抽象性的、一般性的规定，它实际上不可避免地行使某种程度的立法权。问题是，它作为何种性质的立法主体较为合适？对这一问题的回答并非易事。自由贸易区与经济特区固然存在某种共通之处，但也不乏若干重要的差异；分析这些差异，将有助于我们在类似自由贸易区的经济特区立法主体地位的基础上，确定自由贸易区的立法性质与权限。

首先，经济特区法规的立法权配置未必完全适合自由贸易区。《立法法》对经济特区法规所作的规定，是由“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”（《立法法》第六十五条），而“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。”也就是说，经济特区自身并没有相对独立的立法权。从经济特区的组织特点上看，几个经济特区都缺乏与自由贸易区管理委员会相当的实体机构。在深圳，《深圳经济特区港口管理条例》、《深圳经济特区道路交通安全管理条例》、《深圳经济特区文化市场管理条例》等多项法规表明，深圳市政府、市辖区政府及其下属部门直接对经济特区进行管理。汕头市设立了汕头经济特区保税区管理委员会，并将其作为市人民政府的副厅级派出机构，⁶但这一机构并没有立法职能，其自身的行政独立性亦属有限，在负担重大改革试点工作方面更无法与自由贸易区相提并论。相比之下，自由贸易区自身负担着重大的改革试点职能，其于行政管理上有着更强的独立性和相对于地方的自主性，其战略意义更是超越了上海一地，甚至“中国（上海）”的名称都表明自由贸易区的地位。因此，自由贸易区自身应当有一定的立法权限，与立法权完全依赖于地方人大及其常务委员会的经济特区有所区别。

其次，经济特区与自由贸易区的定位不尽一致。经济特区的“地方性”相当明显，例如，深圳经济特区邻接于香港特别行政区，珠海经济特区邻接于澳门特别行政区，汕头、厦门经济特区与台湾地区的“关系”密切。这些经济特区往往带有较强的地域性，由地方政府进行立法和制定政策，使得经济特区的发展可以最大限度地结合其区位优势和地方特色，是较为适宜的。但中国（上海）自由贸易试验区则相对较少地依托特定的地缘性因素，其发展步调紧密依托

⁵ 参见苏宇：《略论“试点”的合法性基础》，《政治与法律》2010年第2期，第77-84页

⁶ 汕府办[2001]139号文《汕头经济特区保税区管理委员会职能配置、内设机构和人员编制规定》，<http://www.stlib.net/resource/1936.html>（2013年12月1日访问）

中国的整个改革开放大局和全球视野，尽管地方上需要有大量的协调与配合工作，但自由贸易区本身亦需要研究和制定大量的法律规范，相关事务对于地方事务而言有一定的自主性，甚至国家可能反而要考虑防止地方利益的“小算盘”损害自由贸易区的改革开放实践，这也要求它最好能够有一定范围的立法权。

再者，经济特区和自由贸易区所嵌入的行政层级及权力秩序不一致。经济特区法规目前依托经济特区所在的市制定，经济特区所在的市即使级别在副省级，其管辖的事务范围和行政权力亦属有限，它们的工作重心往往就在于经济特区的发展。但自由贸易区所在的上海市有其独特的情况，上海市本来就是中国实际行政层级最高的地方政府之一，经济规模和社会治理十分发达，传统区域的行政任务已经相当繁重；深圳、珠海等地在设置经济特区之前的发展水平与上海市设置自由贸易区之前相比，相去不可以道里计。因此，深圳、珠海的地方政府可以在相当一段时期内围绕经济特区为中心开展工作，即使在经济特区周边已经相当发达、行政任务日益丰富的今天，这些地方政府和经济特区的事务复合度也较之自由贸易区与上海市更大。因此，考虑一定程度上分离的立法权设计，既有利于处理立法事务的专门性、有利于自由贸易区建设的专业性，也有利于中央、上海市和自由贸易区之间保持一定程度的微妙的平衡。

最后，经济特区与自由贸易区的法律体系建设进程背景有一定的差异。经济特区的设立是在《立法法》制定以前，其时全国范围内的立法行为尚远未得到规范化；后来《立法法》的任务主要是对全国范围内的立法行为进行基本的系统化、规范化操作，力求统一立法主体，在当时的历史条件下，尽可能避免设置特殊的立法主体是一种可取的选择。但在立法主体已经得到相当程度的规范化的今天，特殊区域因为重大的改革开放战略举措而获得立法主体地位也应当纳入考虑范围。在这种情况下，自由贸易区获得立法权，并不会引起立法主体混乱的问题。

3. 各级立法主体的立法内容与配合关系

如果自由贸易区能够在一定程度上拥有立法权，中央、上海市与自由贸易区之间的立法配合就成为最重要的制度设计挑战。因为自由贸易区涉及复杂的利益格局，每一层面的立法权配置和立法主体的作为都应恪守各当其分的原则，尽量明晰各主体的立法权责范围，避免法律冲突。

中央的角色应当以授权和整体框架上的约束为主。一方面，中央在自由贸易区的设立和开展工作上首先起到的是授权作用，它是整个自由贸易区实践的基础，但这一点需要从目前的偏重政策性的授权方式强化为形式规范的法律授权。授予某些特殊的地方立法主体对法律作变通规定，也是《立法法》以降被证明行之有效的方式。另一方面，由于设立自由贸易区事关重大，是极富战略意义和全局价值的改革探索，与自由贸易区相关的地方立法权也有必要受一系列原则性的约束，必要时可对某些底线使用明确的禁止性规则，确保改革在国家允许的框架内有序进行。通过大体上以原则为主的立法约束与授权保障，中央就可以在与地方之间形成精致的配合与平衡：此后中央发布的政策都可以被视为对此立法的参照解释标准，并随时可以进一步发布明确的行政解释（尤其在采取国务院授权制定行政法规的情形下）以指引地方实践；上海市可以基于中央层面的立法进行相关的立法工作，基于中央政府的动态

指引而进行立法；自由贸易区可以在中央立法和上海市的地方立法的引导下制定和发布有关法律规范。由于涉及法律的适用和 WTO 规则的转化，授权应以全国人大及其常务委员会为主；具体的框架性约束涉及专业性较强的改革实务，应以国务院的行政法规为主。

上海市人大及其常务委员会、上海市政府的角色应当按照“依事物之本质”⁷的原则，对整个上海市通行的地方性事务进行立法；同时上海市有权机关可以对自由贸易区就区内部分事项制定变通性的规则进行授权。上海市一级应不直接对中国（上海）自由试验贸易区进行立法为宜；其所制定的地方性法规、地方政府规章及规范性文件的效力按照地域性原则及于包括自由贸易区在内的整个上海市，但同时也允许自由贸易区作变通规定。毕竟自由贸易区在行政管理上也需要接受上海市的领导，上海市若需要针对自由贸易区的某些事项作出直接规定，也可以通过自由贸易区的管理机关进行立法。如果在上海市对自由贸易区行使至少部分领导权和管理权的情况下，自由贸易区的管理机关与上海市有权机关的意见不一致，表明争议问题可能涉及较重要的分歧，由于自由贸易区的建设与发展事关全局，这种情况下应当寻求更多的协商、协调的空间。

自由贸易区如获得相对独立的立法权，应当就区内的事务在中央及上海市授权的范围内进行立法。自由贸易区的立法应当仅限于中央授权推行的改革举措范围，一般性的社会管理事项仍由上海市人大及其常委会、上海市政府进行调整；除非涉及改革的顺利进行，原则上不对上海市有权机关一般性社会管理立法进行变通规定，也尽量避免就一般性的社会管理事项进行相对独立的立法。

由此，中央、上海市及自由贸易区三级立法主体可以形成层次分明、权责清晰的结合。在这种结合中，自由贸易区的变通权是立法主体能否形成良好配合的关键，其条件和尺度应当在中央一级的授权性规范中至少有原则性的规定。同时，各级主体应本于协商、合作的精神，在立法事务上努力相互协调，使关涉自由贸易区的整个规范秩序和谐有序地展开。为了保障这一目标，我们还需要进一步厘清自由贸易区相关立法的效力结构。

三、自由贸易区立法的效力结构

如果说在自由贸易区的立法主体结构方面我们需要考虑大量传统法理学所不曾注目的因素，在效力关系方面可能更需要面向现实的新思维。在经典的规范实证主义法学理论中，各法律规范的效力（Geltung）来源于作为终极效力根据的某一基础规范，与道德规范以内容为效力根据不同，法律规范的效力根据是产生途径，即其产生的规则和方法；最终的基础规范可以追溯到最初制宪者的意志。⁸它的本质是规范化的权力秩序：“就这一理论而言，法律是权力的特定秩序。”⁹这一理论本质上是《利维坦》式的“权威而非真理产生法律”

⁷ “依事物之本质”(Natur der Sache)要求“每种关系根据事物本身存在状态的法则作判断”。See See Gerhard Kegel, “Story and Savigny”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 1 (Winter, 1989), pp. 56, footnote 120. 这一理论通过规范性地解释被组构的生活事实，使之纳入一个功能性的预期与适应的秩序轨道，进而把经由自然正义感所确定的一般正义判断塞到具体事物的规范结构中去，它也因此在实践中还被当作某种自然正义原理的基础来使用。See Eike von Hippel, “The Control of Exemption Clauses: A Comparative Study”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 16, No. 3 (Jul., 1967), pp. 604-605. 在美国，它曾被吸纳进“库利法则”中，当作处理联邦与州之间管辖事务划分的一个重要原则，参见张千帆：《西方宪政体系（上册）》，中国政法大学出版社，2004，第158-162页

⁸ [奥]凯尔森：《纯粹法理论》，张书友译，中国法制出版社，2008，第81-82页

⁹ 同上，第86页

(*Veritas, non auctoritas, facit legem*)¹⁰的延续。在这种效力理论的框架下,对上位规则的变通只能来源于上位规则的授权,因此在变通规则中体现着上位规则所依据的制度权威,它的位阶就不能简单地等同于地方性法规。经济特区法规单独作为一类立法而不被归入地方性法规之中,可以说较为符合当前的主流效力理论框架。

但是,这种效力理论框架还隐含着—重未深入阐述的内容,它并不仅仅要求包含某种权力或权威的意志要素即足以提供完整的规范效力,它还要求一定的形式要素和程序要素。形式要素和程序要素从本质上而言也是意志要素,它们将反映出更为确定、更加持久也更为普遍的意志;在立法程序容纳多方主体的参与时,它们也体现来源更为丰富、正当性基础更广泛的意志。换言之,一个共同体的规范效力框架在什么程度上要求形式要素和程序要素的完备性,反映出这一共同体对权威意志在不同时空维度上的纵深配置理想。在我国有关规范效力的实践中,意志要素在某些场合得到更多的重视,例如《行政许可法》规定国务院通过决定也可以设置临时性行政许可;但更多场合下法律效力的完整性要求各种要素的基本齐备。在这种情况下,完善自由贸易区立法的效力格局、梳理其效力关系,最重要是充实各级立法的形式要素和程序要素。

法律规范的效力位阶反映的是一套体制对一个法律规范的意志要素、形式要素和程序要素的综合分量之评判。这种评判通常以意志要素为主,亦即以立法意志在制度内的权威等级为主,但权威等级并不是全部,在某些时候,合法性秩序的判定需要以意志要素为绝对的核心;在另外一些时候,形式要素和程序要素也应当占有不可或缺的分量。前一种情况往往出现在形势迫切的改革进程中。改革进程中往往出现意志要素充分、形式和程序要素薄弱的高位阶规范性文件乃至纯粹的政策性文件,反映的深层图景是改革的合力尚未来得及充分凝聚、改革的进程尚未来得及进入一个相对稳定而清晰的制度化框架。改革必须坚持法治化立场,但不必然要“先修法、后改革”,这种法治化可以有一定的包容性。¹¹许多改革尝试、尤其是触及整个处境的改革尝试经常不可避免地出现完整的合法化进程的暂时滞后现象。从世界政治史上看,这是因为将国家完全融化到法秩序之中的“国家——法律”一元论图景并不现实;¹²从现实上看,“形势不等人”,尤其是转型期的发展中国家,在全球经济迅猛的变革浪潮中必须抓住稍纵即逝的改革“窗口期”,不能坐等整个合法性基础完备再推行重大战略举措,而且改革的许多措施经常是试错性的,很难就此预先制定明确的授权规则和禁止范围;从法理上看,法的形式要素和程序要素的强化是现代社会中相对稳定处境中的法律实践所诞生的主流法理学的产物,旨在寻求更充分的共识和更确定而明晰的合意,这是极为必要、也相当有益的要求,但这并不完全适合于处境变迁中的共同体,因为在某种程度上塑成新的处境,往往与原有处境的合法性图式所生成的形式与程序结构不尽兼容。这一点在经济领域也许比较隐蔽,但经济改革中增长的系统自主性与自由度往往带来治理秩序和合法性认知路径的内在变化,要使这种情况下的权威意志和改革后的合法性图式完全匹配尚须时日。这几种原因决定了在改革的情形下,合法性认知在一定程度上偏重于意志要素是可以接受的,但

¹⁰ Hobbes, *Leviathan*, XXVI

¹¹ 参见罗豪才、宋功德:《坚持法治取向的行政改革》,《行政管理改革》2011年第3期,第21-22页

¹² 这种“国家——法律”一元化图景为民族国家兴起以来、尤其是十九世纪末期以降的纯粹法理论所力倡。这种一元论很大程度上只是一种理想的社会构造,它是一种建构性而非描述性的理论,无法解释历史上为数众多的国家以各种方式超越法律秩序而采取行动、嗣后又获得合法性的问题。这一问题的理论表述一般体现为制宪权的各种自发形式始终无法为纯粹的规范秩序所消解。

也需要有形式要素和程序要素的最低要求，并且后者应当获得及时的强化，尽快恢复处境的常规性。在常规处境即后一种情况下，形式要素和程序要素是法治秩序必不可少的稳定器，也是法律的“内在的道德性”的要求。¹³

当前自由贸易区相关立法的效力格局，总体上看规范效力的体系在位阶上已经趋近于全面，但还有需要进一步完善之处：《授权决定》是有法律效力的全国人大常委会决定，虽然这一决定有着相当于法律的效力，但与真正意义上的法律在效力图式上还有着相当的差别；并且，暂停和调整现行有效法律的局部实施，本身并非《宪法》明文赋予全国人大常委会的职权，它的宪法依据虽然可以从《宪法》第六十七条第（二）、（三）、（四）项中经由法律解释方法得出，但更正式的法律规范形式毕竟是更理想的合法性基础。同样地，《调整决定》亦在形式上难以对自由贸易区的立法和改革实践提供完整的合法性支持，但虑及自由贸易区改革的制度权威来源，《调整决定》在形式上的简单并不影响自由贸易区改革的合法性基础。

《总体方案》是规范性文件而非行政法规。《总体方案》仅仅具备意志要素，而在法律的形式和程序要素上均较为欠缺，但尽管它只是规范性文件（甚至可以说是政策性文件），在实践中却有着相当于行政法规的权威性，下位法律规范不能挑战和否定《总体方案》。上海市有关自由贸易区的立法及自由贸易区自身的立法的效力位阶及审查监督机制，则尚付之阙如。从严格的意义上看，自由贸易区改革的一系列规范基础在效力关系方面尚未获得最完整、清晰而有序的安排。

在未来，由于自由贸易区的改革实践至少涉及变通适用现行法律的规定，涉及金融、外贸乃至海关、财税的重要制度，涉及WTO及其他国际法规定的转化适用，涉及上海市的众多地方行政管理事务，也需要应对合法、高效地治理自由贸易区自身的挑战，自由贸易区的立法支持应当涵盖当前《立法法》所规定的法律、行政法规、地方性法规及地方政府规章等层面。由如果自由贸易区获得相对独立的立法主体地位，其制定的法规、规章可以在全国人大及其常务委员会授权范围内对现行法律、法规及规章作变通规定，接受中央和上海市两级有权机关的备案审查。同时，我们应当对塑成完整的改革合法性基础设置一定的时限，对试错、探索性质浓厚或形式要素与程序要素欠缺的政策性与规范性的文件添加“日落条款”，限制其效力不完备状态的延续。在上述两点的基础上，我们可以勾勒出一个较为理想的规范效力秩序格局：人大及其常务委员会以法律形式进行变通法律规定授权，并在最高位阶权威的意义上正式认可自由贸易区的改革实践；国务院以行政法规形式作出框架性与原则性的总体规定，并可就改革相关事务发布一系列具备相当于行政法规效力但存在时间限制的规范性文件；上海市人大及其常务委员会以地方性法规的形式进行变通地方性法规之规定的授权，并和上海市人民政府一起对包含自由贸易区在内的上海市整体事务进行立法；自由贸易区就区内与改革有关的规定、在中央和地方两级的授权范围内进行具体的变通性立法，以及就区内一般行政管理事务制定效力位阶低于上海市地方性法规的法规或低于上海市地方政府规章的规章，并接受中央及上海市有权机构的备案审查。

结语：完善自由贸易区的合法性基础

¹³ 法律的“内在的道德性”指法律作为一套规则系统所应当拥有的与其具体内容无关的若干卓越品质，包括一般性、清晰性、内在一致性、不溯及既往等。关于程序要素作为“内在的道德性”的意义，参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆，2005，第108-109页。

设立自由贸易区的战略举措可谓高瞻远瞩、意义重大，与自由贸易区相关的各项立法工作也已经蓬勃开展。越是高度发达的市场经济和现代金融活动，越是要求严格的法治基础和坚实的制度保障。从长远上看，自由贸易区的法治完善程度深刻关系着它在多大程度上能够取得成功。完善自由贸易区的合法性基础，推进自由贸易区的制度建设，需要学界与实务界继续共同努力。

论功能最适当原则对中国上海自贸试验区管理机构组织和活动的规制

朱应平*

目前，上海自贸试验区行政管理架构已经建立起来，如何确保自贸试验区管理组织机构能够按照法治原则科学地组织机关、配置职权职责、合理地选拔组成人员、科学地运行权力、处理权力争议、予以权利合法的救济，则是其面临的重要问题。笔者认为，功能最适当原则是上海自贸试验区管理机构组织和活动的重要原则。它是机关设置、权力配置、人员安排、权力运作、解决纠纷的科学规律。只有按照这一原则开展工作，才能使自贸试验区的功能得到更好地实现。

一、功能最适当原则是一项重要的宪法和行政法原则

功能最适当是现代国家处理国家机关设立、配置权力、调整和改革国家机关、处理国家机关之间关系的重要原则。它源于德国宪法法院对“功能的权力分立”的解释。其基本含义是指，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。¹⁴ 美国、日本通过功能主义的方法，达到与德国同样的结果。我国台湾地区也借鉴了德国的经验，将功能最适当作为设立国家机关、配置国家权力、调整国家机关之间关系的重要原则。¹⁵

功能最适当原则在当代社会越来越重要，它直接关系到国家机关设置、权力配置是否科学，进而影响到权力能够得到有效运行等重大问题。特别是在考虑行政机关设立、配置权力、处理行政机关之间关系时，这一原则显得越来越重要。现代法治观点认为，立法者或者行政机关对于国家机关的设立、组织结构、权力配置和调整、国家机关相互之间关系的规定都不能随心所欲地加以安排，而应当按照权力自身运行规律办事。只有这样才能促进行政权力科学、高效地运行。¹⁶

我国宪法和法律虽然没有明确规定功能最适当原则，但是实际上内含在宪法法律的相关规定之中。我国的实践证明，立法者按照这一原则要求去立法，设立相关机关、配置相关权力，宪法和法律设立的国家机关就能发挥作用。反之，国家机关不能很好地承担职责，并可能导致国家权力的不合理配置、甚至虚置与空转。如我国宪法第 67 条将解释宪法和法律的任务和职能配置给全国人大常委会，但是至今宪法和法律没有对全国人大常委会组成人员没有提出任何实质性的构成要件。根据实际情况考查，我们的全国人大常委会组成人员中，其绝大多数人没有学习过宪法和法律。试想，一个没有学习过、不懂宪法和法律的人员如何去行使解释宪法和法律的权力？这就是功能不适当。造成这种情况的原因有两个。一个是，

* 朱应平，华东政法大学法律学院教授、博士生导师。zyp1385@aliyun.com.

¹⁴ 参见陈爱娥：《大法官宪法解释权之界限——由功能法的观点出发》，载司法院大法官书记处编：《大法官释宪五十周年学术研讨会记录》，司法院印行 1999 年，第 326 页。

¹⁵ 林光彦：《高科技产业领域的行政立法：权限与程序》，国立台湾大学法律学研究所硕士论文，2003 年 6 月，第 57-62 页。

¹⁶ 参见朱应平：《追求行政权能配置最优化的三十年》，载《华东政法大学学报》2008 年第 5 期。

宪法第 67 条不应该把解释宪法和法律的权力配置给它。因为现行的全国人大常委会没有对其组成人员提出要求，充其量，根据其组成人员的知识结构，其作为代议机关的组成部分还是可以的。另一个是，至今没有制定出法律，没有按照宪法第 67 条配置给全国人大常委会的功能来构建这个组织机构，其结果只能是宪法第 67 条规定的解释宪法和法律的权力处于虚置和空转状态，这是导致我国宪法不能得到有效实施的重要原因。如果从其组成人员、工作制度、会议制度等考查，实际上能够公正和有能力承担解释宪法和法律任务的恰恰只有最高人民法院。但是我们总是囿于阶级斗争的思维去思考问题，认为由法院解释宪法和法律就是搞资本主义。实际上，说到底，以阶级斗争思维和方式作为配置权力的主要考量因素，其结果只能导致权力配置的混乱，违反权力运行规律的要求。这是我国过去多年配置权力上违背权力规律的严重教训。在新时期，我们更要考虑如何按照权力自身运行的规律去设置国家机关、配置国家权力、调整国家机关的关系等。

再如我国全国人大常委会制定的《食品安全法》被公认为是一部失败的立法。其之所以失败，就是其按照食品的流程把监管权配置给不同的国家机关，结果导致权力过于分散，食品安全监管问题越来越多。现在又在修改这部法律，将分散于各个不同行政机关的监管权集中由一个行政机关监管。这是对监管权的相对集中配置，符合权力运行的自身规律。

二、中国上海自贸区设立的主要功能及其要求

我国在上海设立中国上海自由贸易区是中央一项重要决策。在相关文件中，已经对其功能做了确定。国务院《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》对其功能做了明确规定。将其总体目标确定为：“经过两至三年的改革试验，加快转变政府职能，积极推进服务业扩大开放和外商投资管理体制改革，大力发展总部经济和新型贸易业态，加快探索资本项目可兑换和金融服务全面开放，探索建立货物状态分类监管模式，努力形成促进投资和创新的政策支持体系，着力培育国际化和法治化的营商环境，力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区，为我国扩大开放和深化改革探索新思路和新途径，更好地为全国服务。”

上海市人民政府发布的《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（2013 年 9 月 29 日令第 7 号公布）第 3 条规定了它的区域功能：自贸试验区推进服务业扩大开放和投资管理体制改革，推动贸易转型升级，深化金融领域开放，创新监管服务模式，探索建立与国际投资和贸易规则体系相适应的行政管理体系，培育国际化、法治化的营商环境，发挥示范带动、服务全国的积极作用。

具体说有四项功能：一是推进服务业扩大开放和投资管理体制改革；二是推动贸易转型升级，创新监管服务模式；三是深化金融领域开放；四是探索建立与国际投资和贸易规则体系相适应的行政管理体系，培育国际化、法治化的营商环境。

明确了自贸试验区的功能，那么自贸试验区管理机制应当按照功能最适当原则加以安排。至少涉及以下几方面内容。第一，自贸试验区管理机构设置的符合功能要求。所谓功能就是上述文件和规章中规定的开放、投资管理体制改革功能；贸易转型、创新模式的功能；金融改革的功能、国际贸易投资和贸易规则体系的功能。第二，自贸试验区相关行政机关之间关系的处理要按照有利于上述功能实现的要求加以确定。第三，机关职权职责的配置要以

最有利于其功能实现的原则来进行安排。第四，机关人员资格要求和职务调整等要以最有利于功能实现来加以考量。不利于上述功能实现的体制应当进行相应的调整。

三、功能最适当原则对自贸区管理机构组织和活动的要求

功能最适当原则是国家机关配置和调整权力的科学原则。这一原则不仅适用于调整不同性质的立法、行政和司法三权和三类不同性质国家机关之间关系的重要原则；而且也是调整同类国家机关及其权力之间的重要原则；还是确认和处理国家机关之间权力纠纷的原则；是国家机关设立及其人员组成的重要原则；是国家机关行使权力必须遵守的重要原则。可见，功能最适当原则既是国家机关组织的具体原则，也是国家机关活动的具体原则。将这一原则适用于我国上海自贸区国家机关的组织和活动，至少要做到以下几个方面要求。

1、自贸试验区管理机构的类型和试验时间要考虑经济贸易特点。

早有学者提出，我国自由贸易区作为一个扩大了的经济实体，应具有高度的商业性特征、行政自治特征、机构精简特征及服务性特征。其管理内容包括充分按照公益事业原则进行的区域工商管理及充分按市场原则进行的区域经营管理。¹⁷从上海市政府制定的规章《中国上海自由贸易试验区管理办法》（以下简称《办法》）内容来看，服务性比较突出。如《办法》第7条规定了集中服务场所：“管委会应当依据自贸试验区的区域布局和企业需求，设立集中办理行政服务和管理事项的场所。”同时也能看出“行政自治”的特点。这是因为在《办法》中没有对自贸试验区管委会如何受监督作出规定。这一处理方法显然是出于维护行政自治的考虑。

但是在商业性特点和精简上似乎没有得到很好地体现。

（1）我国自贸试验区管委会对其商业性特点考虑不够。

从其他国家和地区来看，各有不同的管理营运机关。香港设立的海港、空港管理机制，属于民营企业负责经营。新加坡的海港属于民营企业模式。空港属于民航局管理。荷兰的海港由市政府与港务局经营与开发。其空港实行私有化。美国，由美国商业部对外贸易委员会管辖当地海（空）港主任担任执行秘书、负责执行监督管理业务。我国台湾地区的国际机场港为现有的管理机关；特区为特区的原由机关。

从其他国家和地区来看，自由贸易区运行许多国家和地区均委由民间企业管理与经营。例如新加坡、香港等，且成效显著。从自由贸易区的功能属性对其管理机关来说，应当考虑其突出的经济贸易属性，要考虑未来由民间企业管理、经营机制纳入其中。

根据相关文件规定，上海自贸试验区管委会是上海市人民政府的派出机构，具体落实自贸试验区改革任务，统筹管理和协调自贸试验区有关行政事务。¹⁸自贸区管委会主要包括有办公室、人力资源局、政策法规研究室、经济发展局、财政和金融服务局、规划建设和管理局、综合监管和执法局和洋山保税港区办事处、外高桥办事处、浦东机场综合保税区办事处几个部门。总体看，上海自贸试验区尚未考虑到管理组织机构上配置有商业性特点。

（2）目前自贸区承担的功能有不适当的扩大，也使得管理机构很难体现出自贸区应有的商业性特点。

¹⁷ 李力：《自由贸易区的区划管理应有哪些内容》，《特区理论与实践》2001年第6期。

¹⁸ 中国(上海)自由贸易试验区门户网站 《〈中国(上海)自由贸易试验区管理办法〉解读》

http://zbw.sh.gov.cn/WebViewPublic/item_page.aspx?parentId=627&id=968 访问时间 2013.10.24.

我国上海自由贸易试验区有很强的政府推进的特点，不可能采用公司化的组织模式，在目前短短的时间内容，也很难吸收民间企业管理、经营的机制。但是从长远来看，这是一个必由之路。我国要考虑到完全由行政机关来管理可能遇到的传统弊端。传统上行政机关习惯于运用权力干预经济发展事务。而自由贸易区最大的特点、最本质的特点就是要求经济资源，它要求政府尊重市场机制，尽量减少干预。即政府管得越少越好。政府过多管制的结果，往往造成浪费、效率差，扭曲资源配置、官商勾结、贪污腐败等负面影响。

这是因为中央给上海市政府三年试验期，上海市领导人承担很沉重的政治性责任。而上海市委领导又在此基础上赋予了上海更重要的任务。韩正在市委常委学习会上指出，上海要加快先行先试，尽快探索形成可复制、可推广的经验，为国家全面深化改革作出应有的贡献。¹⁹ 实际上这个表态已经超出了上海自贸区的功能范围。

2013年9月国务院发布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》“二、上海市人民政府要精心组织好《方案》的 implementation 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。”这里所要求“可复制、可推广”是指自由贸易试验区方面，并没有说所有方面。

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”，其中提出“(24) 放宽投资准入。……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。”“扩大对香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区开放合作。”据此，中央文件虽然是从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扩大出“为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验”。但没有提出“可复制、可推广”的要求。实际上，仅仅自贸区建设也不可能完成全面改革开放提供新途径和新经验的任务。把全面深化改革寄托于上海自贸区试验是不现实的。

因为根据十八届三中全会《决定》的要求，我们的目标是全面深化改革，决定除了笼统地提出“全面深化改革的重大意义和指导思想”之外，还有十五项具体任务：坚持和完善基本经济制度、加快完善现代市场体系、加快转变政府职能、深化财税体制改革、健全城乡发展一体化体制机制、构建开放型经济新体制、加强社会主义民主政治制度建设、推进法治中国建设、强化权力运行制约和监督体系、推进文化体制机制创新、推进社会事业

¹⁹ 韩正：《上海要探索形成可复制可推广的经验》，《新民晚报》2013年11月19日 A1叠03版。

改革创新、创新社会治理体制、加快生态文明制度建设、深化国防和军队改革、加强和改善党对全面深化改革的领导。

在将上海自贸试验区功能做了不适当扩大的情况下，自贸区的组织机构很难完全符合自贸区的功能要求进行合理的配置。这是上海市政府领导在对待自贸试验区问题上的政治性思维，这种思维和方式本身不符合自贸试验区的角色和功能定位。它会因为过去扩大的功能而面临巨大的政治性风险，这一政治风险将增大其改革的难度。解决这一问题的出路在于回归自贸试验区的本来功能性属性，即商业经贸的本质功能。

(3) 自贸试验区的试验时间过短，不利于其体现出其应有的功能。

笔者认为，对自由贸易试验区的建设工作也要尊重经济自身的规律要求，不能以短短的三年期限就可能造成出一套成功的、创新的机制和体制来。以这种方式来试验自贸区建设，本身就有很大的风险。为此，根据自由贸易区的本质功能要求，对于自由贸易区的试点，也要给足较长一点的时间进行。

在有相应充足时间的情况下，自由贸易试验区可以在其管理组织机制内部适当导入民间企业管理机制，这样可以避免采用单一的行政管理模式带来的传统管理的弊端。再者，在时间充足的情况下，上海自贸试验区可以相对充分地研究和试验小政府大社会的机制。这是因为，自由贸易区要求的是简化的管理组织，过于复杂和臃肿的管理机构将会扼杀自贸试验区的活力。

从国外来看，自由贸易区设立的组织机构有很强的商业贸易色彩，淡化行政色彩。而上海自贸试验区管理机关有很强的行政隶属性。这种方式符合最小的原则，其权力运行有方便、高效的特点，但就其营运、管理两者角色来看难免有时冲突。同时，这个管理机构可能会受到地方政府和中央相关部门较强的干扰。不利于实现其主要经济贸易发展的功能。

2、机构设置及其机关之间的关系要符合自贸试验区的功能要求。

自由贸易试验区要实现其预设的功能改革试验目标，其管理机构须尽可能符合“单一窗口”的要求。自贸试验区内的行政管理及行政辅助事项尽量在立法中授权自贸区管理机关自行办理，如其他法规限制而不宜直接授权的，则由主管行政机关委托自贸区管理机关办理；如该事项不适宜委托办理，由主管行政机关在区内设立办事处负责处理，以提升行政效率，达到单一窗口的目标。为此，自贸试验区管理机关及其国家机关之间的关系要符合相对集中、稳定、专业、简化等要求，体现其“单一窗口”的功能。**据此**，要做好以下几方面工作。

(1) 实现以“块”为主，但不能对其功能做不适当的限制。

自贸试验区管理机构的权力要相对集中，不能过于分散，体现出块属管理为主的属性。《办法》基本上符合这一要求。第4条（管理机构）规定：“本市成立中国（上海）自由贸易试验区管理委员会（以下简称“管委会”）。管委会为市政府派出机构，具体落实自贸试验区改革任务，统筹管理和协调自贸试验区有关行政事务。”“市有关部门和浦东新区等区政府应当加强协作，支持管委会的各项工作。”该条第2款属于上海市政府的职权范围，要求市有关部门、浦东新区等区政府“加强协作”、“支持”等，只有这些主体的协作和支持，才能保证自贸试验区的“块块管理”的要求。

《办法》还对驻区机构和其他相关行政机关的地位做了相关规定，体现出服从和服务“块

块”为主的思路。如第8条（驻区机构）：“海关、检验检疫、海事、工商、质监、税务、公安等部门设立自贸试验区办事机构，依法履行自贸试验区有关监管和行政管理职责。”这是对本市垂直领导关系部门提出的要求，其依据在于地方组织法的要求：地方政府不仅对属于其工作部门有监管的职责，甚至对不属于自己工作部门的机关也有监督的责任。《地方组织法》第67条规定，“省、自治区、直辖市、自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府应当协助设立在本行政区域内不属于自己管理的国家机关、企业、事业单位进行工作，并且监督它们遵守和执行法律和政策。”据此规定，县级以上地方政府对不属于自己管理的但在该行政区域内的其他国家机关遵守和执行法律和政策的情况有监督的职责。具体到上海市，上海市政府包括其派出机构自贸试验区管委会有权也有责任监督其他国家机关依法行使管理权和监督权。这从一个侧面说明地方政府对地方的经济和行政管理事务要负总责的法律原则。

《办法》第9条（其他行政事务）规定：“市有关部门和浦东新区政府按照各自职责，承担自贸试验区其他行政事务。”这是市政府对本市、区政府及其工作部门提出的要求，也是属于配合自贸试验区管委会工作的范畴。

《办法》对管委会的职责做了全面的规定。第5条（机构职责）第1款规定：“管委会依照本办法履行以下职责：（一）负责推进落实自贸试验区各项改革试点任务，研究提出并组织实施自贸试验区发展规划和政策措施，制定自贸试验区有关行政管理制度。（二）负责自贸试验区内投资、贸易、金融服务、规划国土、建设、绿化市容、环境保护、劳动人事、食品药品监管、知识产权、文化、卫生、统计等方面的行政管理工作。（三）领导工商、质监、税务、公安等部门在自贸试验区内的行政管理工作；协调海关、检验检疫、海事、金融等部门在自贸试验区内的行政管理工作。（四）承担安全审查、反垄断审查相关工作。（五）负责自贸试验区内综合执法工作，组织开展自贸试验区内城市管理、文化等领域行政执法。（六）负责自贸试验区内综合服务工作，为自贸试验区内企业和相关机构提供指导、咨询和服务。（七）负责自贸试验区内信息化建设工作，组织建立自贸试验区监管信息共享机制和平台，及时发布公共信息。（八）统筹指导自贸试验区内产业布局和开发建设活动，协调推进自贸试验区内重大投资项目建设。（九）市政府赋予的其他职责。”“原由上海外高桥保税区管理委员会、洋山保税港区管理委员会、上海综合保税区管理委员会分别负责的有关行政事务，统一由管委会承担。”这些内容具体体现了自贸试验区管理机构的“块”管属性。

同时，《办法》规定了自贸试验区独立的综合执法机构。第6条（综合执法）规定：“管委会综合执法机构依法履行以下职责：（一）集中行使城市管理领域、文化领域的行政处罚权，以及与行政处罚权有关的行政强制措施权和行政检查权。（二）集中行使原由本市规划国土、建设、住房保障房屋管理、环境保护、民防、人力资源社会保障、知识产权、食品药品监管、统计部门依据法律、法规和规章行使的行政处罚权，以及与行政处罚权有关的行政强制措施权和行政检查权。（三）市政府决定由管委会综合执法机构行使的其他行政处罚权。”这一规定的依据有《行政处罚法》和《行政强制法》。《行政处罚法》第16条规定：“国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。”还有《行政强制法》第17条规定：“行政强制措施由法律、法规规定的行政机关在法定职权

范围内实施。行政强制措施权不得委托。”“依据《中华人民共和国行政处罚法》的规定行使相对集中行政处罚权的行政机关，可以实施法律、法规规定的与行政处罚权有关的行政强制措施。”

这种集中行使执法权的制度比我国台湾立法立法更符合高效、集中、简约的特点，更能促使自贸试验区功能的实现。我国台湾地区《自由贸易港区设置管理条例》第10条第2款规定：“自由港区管理机关就自由港区内下列事项之管理，应经目的事业主管机关之委任或委托：一、劳工行政、劳工安全卫生及劳动检查。二、工商登记证照之核发。三、工业用电证明之核发。四、外籍或侨居国外专门性或技术性人员聘雇之核发。五、申请税捐减免所需相关证明之核发。六、货品输出入签证、原产地证明书及再出口证明之核发。七、土地使用管制及建筑管理。”据此，台湾地区实行的是委任或者委托。这种制度不如我们目前的职权性性质。

在实现“块”属管理问题上，《办法》对自贸试验区管理机构职权的规定不完全符合法定原则，对其功能的确认确有不当之处。如第5条第1款第（九）项规定：“市政府赋予的其他职责。”第6条第（三）项关于管委会综合执法机构职权的规定：“市政府决定由管委会综合执法机构行使的其他行政处罚权。”这两条规定都缺乏发展的眼光，没有为自贸试验区管理机构留下权力调整的空间，或者留下的空间较小。这是因为，除了市政府赋予的职权职责之外，将来还可能通过法律、行政法规、国务院授权、地方性法规等来调整其功能。

我国台湾地区立法为自贸区功能的调整留下了较大空间。如《自由贸易港区设置管理条例》第10条：“自由港区管理机关掌理港区内下列事项：一、自由港区管理运作与安全维护之规划及执行。二、自由港区事业、自由港区事业以外之事业入区申请之审查、核准及废止营运相关事项。三、人员及货物进出自由港区之核准及门哨管制检查。四、公有财产之使用、管理及收益。五、各项公共设施之建设及管理。六、外籍商务人士入境许可申请之核转。七、自由港区事业外籍人士延长居留申请之核转。八、预防走私措施。九、业务及财务状况之查核。十、自由港区事业、自由港区事业以外之事业之营运辅导及服务。十一、环境保护工作之规划推动执行及管理。十二、资讯化发展之推动。十三、依法令或上级机关交付办理之事项。十四、其他有关行政管理事项。”该条第13、14项留下的余地很大。值得上海市立法借鉴。下一步上海市人大常委会立法完全可以对自贸试验区管理机构进行相应的授权。

（2）要符合稳定和专业化的要求。

为了使自贸试验区的连续性、高效性工作，有必要保持自贸试验区领导和管理人员的相对稳定，不能经常性地进行调整。特别是受到试验时间的限制，频繁地调整人员，会影响其功能的顺利开展。

此外，对于自贸试验区管理人员的要求应该比一般地区更高，应当对其人员的专业属性提出更高的要求。如要将与自贸试验区承担的功能涉及的事务、事项专业知识和法律知识作为选拔人才的重要标准。对自贸试验区综合执法机关的人员也更应该强调其专业性和法律知识。

《办法》对上述这些内容提出任何要求，也没有制定专门的组织方面的立法提出相关要求，这对于自贸试验区的功能实现是不利的。

3、适用法律上要遵循最有利于自贸区功能实现的原则对待法律。

自贸试验区管理机构和执法机关在行使权力过程中必须依法办事。《办法》第5、6条都体现出这样的法治精神。但是毕竟是自贸试验区，允许先行先试。因此对于自贸试验区的依法办事更注重的是法律的精神，不能过于局限于现有法律某些具体规则的限制，否则就不能起到试验区的功能。

全国人大常委会在《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》中指出：“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（目录附后）。上述行政审批的调整在三年内试行，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，今后再自贸试验区建设过程中，必然遇到更多的法律、法律不适合自贸试验区发展的情况，或者与自贸试验区功能不相适应的法律规范的情况。如何处理这一问题，我认为，应当按照功能最适当的原则去处理问题，也就是根据我国宪法“改革”、“开放”的精神去处理问题，甚至借鉴其他国家和地区的经验。如果一味地或者简单地按照现行法律规范的规定去做，可能会导致试验区功能无法实现的结局。具体说，在以下几方面要做好工作。

（1）遇到权力争议如何处理？机构权力运行要符合试验区的功能要求。

自贸试验区在权力运行中，肯定会遇到中央和地方、条块冲突、块块冲突和条条不协调等问题。在遇到问题时，功能最适当是处理权力冲突的基本原则。也就是说，要考查由哪一个机关行使对自贸区功能的实现最有利，就由哪个机关予以行使。

如果遇到一些事务或者事项属于中央国家机关行使，而由中央国家机关行使可能不利于自贸试验区功能的实现，就应该及时进行调整。这需要修改法律，或者由国务院作出相关决定。

如果一些事项不明确，而中央国家机关争权，此时上海自贸试验区应当大胆地行使权力，而不能简单地让全权。具体处理方法可以由上海市人民政府及时向国务院请示，作出明确的规定。

（2）管理机关适用法律规则。

《办法》限于地方权力的限制，没有对自贸试验区管委会和执法机构在遇到法律冲突时如何处理？但是这一问题在现实中无法回避。所以我认为，自贸区行政机关在实践中无法回避法律适用的冲突问题。如果不解决这个问题，就无法实现自贸试验区的功能。笔者建议，由全国人大常委会作出进一步授权，允许上海自贸试验区对现行法律或者行政法规的适用进行相应的变通。类似我国宪法授权民族区域自治地方的措施。我国宪法第115条规定：“自治区、自治州、自治县的自治机关行使宪法第三章第五节规定的地方国家机关的职权，同时依照宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限行使自治权，根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策。”借鉴这种立法模式，由全国人大常委会授权上海市人大及其常

委会、上海市政府依据宪法改革开放的精神，借鉴世界贸易规则，根据本地实际情况，贯彻执行根据的法律和政策。

我国台湾地区《自由贸易港区设置管理条例》为我们处理这一问题提供了相关经验借鉴。

该法第 2 条规定：“自由贸易港区(以下简称自由港区)之设置及管理，依本条例之规定；本条例未规定者，适用其他有关法律之规定。但其他法律之规定，较本条例更有利者，适用最有利之法律。”立法者对该条说明如下：“一、规范本条例与其他法律间之适用关系，原则上本条例优先适用，例外于法规竞合时采从优原则。二、本条例系规范自由港区特定功能所需之机制，未特别规定之事项仍应适用相关法律之规定。三、随着贸易、经济政策之发展，将来如有其他法律规定，较本条例更有利者，为使自由贸易港之功能得持续充分发挥，应使其得适用最有利之法律，爰设但书之规定。”

(3) 权利救济适用法律规则

自贸试验区的创新发展也可能给我国行政复议和行政诉讼机关适用法律规则，适当变通一般规则提供机会。《办法》第 36 条规定：“当事人对管委会或者有关部门的具体行政行为不服的，可以依照《中华人民共和国行政复议法》或者《中华人民共和国行政诉讼法》的规定，申请行政复议或者提起行政诉讼。”

行政复议和行政诉讼等救济要突破相关规定，进行适当调整。如行政复议以地方受理为主，体现便民和高效，也便于按照自由贸易区的规则处理问题。

法院诉讼也要适当进行调整，特别是法院更多地采用自由贸易区的规则处理问题。

比如《行政复议法》第 14 条规定：“对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的，向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院依照本法的规定作出最终裁决。”将来如果公务员某个部门或者上海市政府就有关当事人的某个事项作出了具体行政行为，当事人不服提起行政复议，先向作出具体行政行为的国务院工作部门或者上海市政府提出行政复议，当事人对复议决定不服的，如果向国务院申请行政复议，国务院作出的决定是最终裁决，这个制度不符合世界自由贸易区一般通行的规则，对此是否要进行变通执行，允许当事人向法院起诉。

另外，行政复议机关和法院在处理当事人争议时，对于法律规则的适用可能也会发生一些变化。比如更要遵守符合自贸区的一些规则来处理问题。如公平原则。

需要指出的是，自贸区的深入发展给我国现行法律监督制度带来压力，相关监督主体要积极行使好权力，确保自贸试验区事宜及时顺利地进行。

比如，国务院《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》中规定：“在现行政策框架下，对试验区内生产企业和生产性服务业企业进口所需的机器、设备等货物予以免税，但生活性服务业等企业进口的货物以及法律、行政法规和相关规定明确不予免税的货物除外。”如果有人认为这个规定违反了宪法第 33 条的平等原则或者违反自由贸易区都遵守的公平原则，根据宪法第 67 条规定，要由全国人大常委会对其进行审查和处理。但是，过去多年来，国内已经有很多例向全国人大常委会申请审查国务院行政法规或者规范性文件的例子，全国人大常委会从未作出过审查和处理。自贸试验区的顺利进行，需要全国人大常委会积极行使

好宪法授予的权力，不能一直让此项权力处于休眠状态。这也是完成自贸试验区试验工作的功能要求。上海自贸试验区建设工作不是上海地方的事情，而是中央和地方的共同任务。

4、监管制度

我国自贸试验区建设要借鉴其他国家和地区的经验和教训，其中一个方面是对行政管理和执法人员的监督管理制度，也要加强对行政相对人的执法监督，特别是在减少事前审查和许可的情况下，更需要加强对入区者的审查。这些既是自贸试验区功能实现的保障措施，也是自贸试验区自身健康发展的客观要求。

从我国台湾地区自贸区建设的经验教训来看，学者提出了四个方面的工作要处理好。第一，不断强调关务人员的纪律。在 2012 年出现少数关务人员操守问题后，财政部即提出十大关务革新方案。根据当时财政部李部长的说明，革新方案分成内部及外部二个革新面向，以及关员廉能安全、业务精进改革及建立互动机制三大革新策略。又根据监察委员黄煌雄先生走访四个自由贸易港区后所作的调查报告，可以看到十大革新方案展现出「减少稽查、增加绩效」的成果。而自由贸易港区内最大的利基就是税赋的减免，若主管赋税的关务人员能常保纪律，应该是自由特区的最大支撑力量。第二，慎选独立管理机构。科学工业园区设置管理条例公布于 1979 年，实施以来已达三十五年，看来成效良好，也创造了不少经济成绩。而其背后的支持力量，可能少不了科学工业园区管理局所扮演的角色，也就是说，管理局在科学工业园区的有效运作上，应该已发挥了控管及服务的功能。然而，自由贸易港区的管理机构，究竟应该采取何种模式？现有的意见是“行政法人”、“有限公司”、“各中央机关联合服务处”等。但究以何种模式有效且适合于台湾经验，应该是让自由贸易港区合理运作的一个重要力量。第三，有效的警察监控。新加坡政府对于赌场服务人员的控管、赌场周边治安的关注、出入旅客的严格筛选，都让赌场成为贪婪人性有限发挥的特定地区，也就是说监控机制，才能让自由但贪婪的地区出现节制。我们认为，违禁物品、非人道行为等，都有可能出现在特区内，其防弊方法只有严格但少量的背后控管，以及廉洁的监控机制，才能让特区内的自由充分发挥。第四，有效率的土地征收行政。桃园航空城计划颁布以来已去了五个年头，但要等到正式营运尚须八年时间，其间很重要的一个问题就是“如何征收”所需土地？倘若无法有效进行征收，等到国家庞大经费建设好周边各种交通设施后，则所谓自由贸易港区等计划，可能正好是让土地暴涨的最佳催化剂。证诸高铁建设及北部地区捷运建设，莫不如此。故剑及履及集中经费迅速征收所需土地，可能也是一个重要的支撑力量。²⁰

《办法》第六章《综合管理和服务》，构建了对相对人比较完整的管理制度。如优化管理（第 26 条）、第 29 条的完善监管、第 30 条的安全审查和反垄断审查、第 32 条的企业年度报告公示、第 33 条的信用信息制度、第 34 条的监管信息共享制度。也有相应的对行政机关管理和执法的要求。如第 27 条的管理信息公开和征求意见制度、第 28 条的一口受理机制、第 29 条的完善监管、第 35 条的综合性评估等。但是毕竟尚未运行。在运行过程中会遇到哪些问题还有待考查，积极应对。

²⁰ 郑善印：《台湾海港自由贸易港区相关法制之分析》，
<http://www.npf.org.tw/post/1/12073.2013年11月30日浏览>。

区域改革之路如何走

——析上海自贸区先行先试的法治路径

(初稿)

南京师范大学法学院 杨登峰

内容摘要：上海市政府及有关部门在中国（上海）自贸区采取的有国内企业设立登记、外商投资管理、境外投资监管、税收减免、自贸区管委会的设立等诸项改革措施与现行法的规定不符，是对现行相关法律法规规定的废止或修改。地方区域性改革作为改革的实验区，是在相关法律未予修改的情形下展开的，也只能在相关法律修改前展开。这种情形下，区域性改革如何依法推进便成为行政法研究的重要课题。上个世纪曾经热烈讨论的良性违宪/法问题并没有在理论上彻底解决当下所面对的困境。权衡维护法治与推进改革两方面的需要，地方先行先试的改革可以走一条“先由全国人大就相关改革概括性授权给国务院，再后由国务院酌情授权给地方政府”的概括性授权立法路径。这一方面可以维护法治的形式要求，逐步形成依法行政、依法行政的法治思维，另一方面也有利于推进我国渐进式、试验式的改革。

关键词：上海市自贸区 良性违宪/法 概括性授权立法

一、自贸区诸项改革措施的“违法”性

中国（上海）自贸区作为我国新一轮改革开放的实验区，迄今已推出一系列改革措施。这些改革措施涉及自贸区企业登记、外商投资管理、境外投资管理、税收征收管理以及自贸区管理主体——上海自贸区管理委员会的设立等方面。它们的实施，对于推进自贸区内投资、贸易的发展肯定会起到积极作用，但有些措施的合法性值得探讨。

首先，对于国内企业设立登记，上海市工商行政管理局 2013 年 9 月 30 日颁布的《关于中国（上海）自由贸易试验区内企业登记管理的规定》（以下简称《自贸区内企业登记管理规定》）改变了《公司法》规定的公司设立的条件。《自贸区内企业登记管理规定》第 6 条规定：“除法律、行政法规、国务院决定对特定行业注册资本最低限额另有规定的，取消有限责任公司最低注册资本 3 万元、一人有限责任公司最低注册资本 10 万元、股份有限公司最低注册资本 500 万元的规定；取消公司设立时全体股东（发起人）的首次出资额及比例的规定；取消公司全体股东（发起人）的货币出资金额占注册资本比例的规定；取消公司股东（发起人）缴足出资期限的规定。”这里的“四取消”修改了《公司法》第 26 条²¹、第 27

21 《公司法》第 26 条：“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。”

条第3款²²、第59条²³、第81条²⁴的规定，是厅局级行政机关对法律的修改或废止。

其次，对于外商投资管理制度，除《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》²⁵将《外资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》规定的外商投资审批制改为备案制外，上海市工商行政管理局颁布的《自贸区内企业登记管理规定》还改变了国家工商行政管理总局和商务部2008年8月22日颁布的《外商投资广告企业管理规定》²⁶中有关外商投资广告企业的设立条件规定。《自贸区内企业登记管理规定》第9条规定：“试验区内申请设立外商投资广告企业或者外商投资企业申请增加广告经营业务的，取消投资方主体资格、广告经营业绩的条件限制，取消投资方成立和运营的年限要求。试验区内外商投资广告企业申请设立分支机构的，取消企业注册资本全部缴清、广告营业额不低于2000万元人民币的条件限制。”这里的“三取消”改变了《外商投资广告企业管理规定》第9条、第10条和第11条的规定，²⁷是厅局级行政机关对部门规章的修改或废止。

再次，关于境外投资监管，上海市政府颁发的《中国（上海）自由贸易试验区境外投资项目备案管理办法》（沪府发〔2013〕第72号）第2条规定：“中国（上海）自由贸易试验区管理委员会对注册在中国（上海）自由贸易试验区的地方企业实施的本市权限内的境外投资一般项目，实行备案制管理。”这一规定修改了国家发改委与商务部的有关规定。国家发展和改革委员会2004年颁布的《境外投资项目核准暂行管理办法》（国家发委〔2004〕第21号令）第4条规定：“国家对境外投资资源开发类和大额用汇项目实行核准管理”；第5条规定：“中方投资额3000万美元以下的资源开发类和中方投资用汇额1000万美元以下的其他项目，由各省、自治区、直辖市及计划单列市和新疆生产建设兵团等省级发展改革部门核准，项目核准权不得下放。”商务部2009年颁布的《境外投资管理办法》（商务部令〔2009〕年第5号）第5条、第7条也做了类似的规定。²⁸因此，《中国（上海）自由贸易试验区境外投资项目备案管理办法》是地方政府规章对部门规章的有意修改或废止。

第四，关于税收征收，国务院制定的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》规定：

22 《公司法》第27条第3款：“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。”

23 《公司法》第59条第1款：“一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。”

24 《公司法》第81条：“股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，其余部分由发起人自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。在缴足前，不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。”

25 2013年8月30日第十二届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过。

26 国家工商行政管理总局，商务部令 第35号。

27 《外商投资广告企业管理规定》第9条：“设立中外合营广告企业，除符合有关法律、法规规定的条件外，还应具备以下条件：（一）合营各方应是经营广告业务的企业；（二）合营各方须成立并运营二年以上；（三）有广告经营业绩。”第10条：“设立外资广告企业，除符合有关法律、法规规定的条件外，还应具备以下条件：（一）投资方应是以经营广告业务为主的企业；（二）投资方应成立并运营三年以上。”第11条：“申请设立分支机构的外商投资广告企业，应具备以下条件：（一）注册资本全部缴清；（二）年广告营业额不低于2000万元人民币。”

28 《境外投资管理办法》第5条：“商务部和省级商务主管部门对企业境外投资实行核准。”第7条：“地方企业开展以下情形的境外投资应当按照本办法第十二条要求提交申请材料，并按第十四条的规定报省级商务主管部门核准：（一）中方投资额1000万美元及以上、1亿美元以下的境外投资；（二）能源、矿产类境外投资；（三）需在境内招商的境外投资。”

“实施促进投资的税收政策。注册在试验区内的企业或个人股东，因非货币性资产对外投资等资产重组行为而产生的资产评估增值部分，可在不超过 5 年期限内，分期缴纳所得税。对试验区内企业以股份或出资比例等股权形式给予企业高端人才和紧缺人才的奖励，实行已在中关村等地区试点的股权激励个人所得税分期纳税政策。”“实施促进贸易的税收政策。……对试验区内注册的国内租赁公司或租赁公司设立的项目子公司，经国家有关部门批准从境外购买空载重量在 25 吨以上并租赁给国内航空公司使用的飞机，享受相关进口环节增值税优惠政策。……对试验区内生产企业和生产性服务业企业进口所需的机器、设备等货物予以免税。”对此，财政部、海关总署、国家税务总局制定的《关于中国（上海）自由贸易试验区有关进口税收政策的通知》（财关税〔2013〕75 号）予以重申。不过，《税收征收管理法》第 3 条规定：“税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税，依照法律的规定执行；法律授权国务院规定的，依照国务院制定的行政法规的规定执行。任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。”《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》并未提及有关税收调整的问题。因此，这是国务院及其部委在未获授权的情形下对税法的修改或废止。

第五，关于自贸区管理委员会的设立，《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（上海市政府令第 7 号）第 4 条规定：“本市成立中国（上海）自由贸易试验区管理委员会。管委会为市政府派出机构，具体落实自贸试验区改革任务，统筹管理和协调自贸试验区有关行政事务。市有关部门和浦东新区等区县政府应当加强协作，支持管委会的各项工作。”该《办法》还于第 5 条详细列举了自贸区管理委员会的具体职责。不过，就行政机关或行政机构的设立，我国《宪法》第 95 条第 2 款规定：“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。”这一规定表明，行政组织的设立遵循法定原则。而《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 68 条仅规定：“省、自治区的人民政府在必要的时候，经国务院批准，可以设立若干派出机关。县、自治县的人民政府在必要的时候，经省、自治区、直辖市的人民政府批准，可以设立若干区公所，作为它的派出机关。市辖区、不设区的市的人民政府，经上一级人民政府批准，可以设立若干街道办事处，作为它的派出机关。”这里并没有规定，直辖市政府可以设立派出机关或派出机构。这就意味着，上海市政府设立的自贸区管委会无法律依据，即便是类推适用《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 68 条“省、自治区的人民政府在必要的时候，经国务院批准，可以设立若干派出机关”的规定，相关文件也没有反映出已经国务院批准。

无须引经据典，上述上海市政府下属厅局级行政机关之规范性文件对法律、部门规章的修改或废止、上海市政府规章对部门规章的修改或废止、国务院及其部委在未获授权的情形下对税法的修改或废止、以及在无法律依据也未经国务院批准的情形下设立直辖市的派出机关，都与现行法相抵牾。然而，改革就是“变法”，改革本身就意味着对现行法律制度的修改或废止，地方政府特别基层行政部门要“先行先试”，就不可能不触动现行的法律秩序。但在现行立法体制下，要求各项改革措施特别是地方或区域试验性改革措施都先由人大及其常委会修法来推动，改革遇到的阻力势必会更大，进程会更慢，效率会更低。如此一来，区域性改革如何依法推进，便成为行政法研究的重要课题。

二、“良性违宪/法”的昔日争论

其实,上文所提改革违法的问题,不是今天才出现的新鲜事。在我国改革开放的历史发展过程中,改革“违法”甚至“违宪”的事例屡见不鲜。

为我国宪法学界所关注并在相关论述中屡屡引用的事例首先是1978年11月24日安徽凤阳县小岗村实行的包产到户、包干到户的责任制。这是民间自发的改革,也是中国改革的起点。但它“改革”了当时的宪法规定以及通行的做法。1978年《宪法》第7条规定:“农村人民公社经济是社会主义劳动群众集体所有制经济,现在一般实行公社、生产大队、生产队三级所有,而以生产队为基本核算单位。生产大队在条件成熟的时候,可以向大队为基本核算单位过渡。”²⁹在这一宪法规定下,集体劳动,吃大锅饭,仍然是全国通行的、也是合法的生产劳动和分配方法。除此之外,为宪法学者所引述的还有上个世纪八十年代早期实行的土地使用权转让。1982年《宪法》第10条第4款规定:“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地。”直到1988年的《宪法》修正案,这一条款才修改为:“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”但在1988年以前,深圳等经济特区就突破了这一规定,决定将土地使用权出租。历史地看,正是这样一些事例启动或者推动了中国的改革,也正是这样一些事例引发了宪法学者对这种特殊的违宪现象的思考和争论。这一思考和争论过程是围绕着“良性违宪”论的提出而展开的。

“良性违宪”的命题是郝铁川教授1996年在《论良性违宪》(载于《法学研究》1996年第4期)一文中提出的。有“良性违宪”就有“恶性违宪”。两者之间的分界在于两点:第一,“良性违宪”有利于解放和发展社会生产力,与社会主义根本宗旨相一致,而“恶性违宪”则不利于解放和发展生产力,与社会主义根本宗旨相违背;第二,“良性违宪”有利于维护国家和民族的根本利益,而“恶性违宪”则不利于维护国家和民族的根本利益。概而言之,“所谓良性违宪,就是指国家机关的一些举措虽然违背当时宪法的个别条文,但却有利于发展社会生产力、有利于维护国家和民族的根本利益,是有利于社会的行为。”³⁰

“良性违宪”论者之所以提出这一命题,旨在强调“良性违宪”的正当性,认为这种违宪是可容忍的。郝铁川教授认为,良性违宪是中国改革开放不可避免的产物。“中国的改革开放是一场广泛而深刻的社会变革,它涉及到了多方面、多层次制度的改革。这些改革不可能从书本上找到现成的方案,也没有他国现成的模式可以照搬,因此冲破原来维护旧体制的法律框架(包括宪法这个根本大法)就是不可避免的。”³¹不过,“良性违宪”论者虽然主张“良性违宪”不可避免,但也不应放任,而是要加以限制,即通过建立宪法委员会,对违宪的良性抑或恶性进行判断,一旦认定为“良性违宪”,或者“向人民作出清楚的解释”,或者“在一定的时间内,通过法定程序修改宪法,使良性违宪最终转变为合宪”。³²

“良性违宪”论一出,即引起宪法学界的争论甚或是声讨。童之伟教授在《“良性违宪”

29 1972年《宪法》第7条规定:“农村人民公社是政社合一的组织。现阶段农村人民公社的集体所有制经济,一般实行三级所有、队为基础,即以生产队为基本核算单位的公社、生产大队和生产队三级所有。”与1978年《宪法》第7条表述略有不同。

30 郝铁川:《论良性违宪》,《法学研究》1996年第4期,第90页。

31 郝铁川:《论良性违宪》,《法学研究》1996年第4期,第91页。

32 郝铁川:《论良性违宪》,《法学研究》1996年第4期,第91页。

不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法》（载于《法学研究》1996年第6期）一文中率先发难。童之伟教授在指出郝铁川教授对一些常识性法律原理的误解的同时，特别指出，“就本质而言，一切违宪行为都危害人民根本的、长远的和全局的利益，都是对法治的严重破坏，严格地说，都是恶性的。如一定要作良恶之区分，也只能表明危害大小的区别，就像良性肿瘤和恶性肿瘤对人的健康都有危害，两者只有程度的差别一样。”³³

童之伟教授认为：“肯定‘良性违宪’实质上是主张可以有条件地故意违宪，这在理论上是非常错误、有害的，付诸实践则必然阻滞我国走向法治社会的进程。”理由主要有三：其一，良性违宪“背离了法治的思路”。“只要感到宪法束缚了自己的手脚、妨碍了本地的利益，就不惜公然违宪，这种做法开创的先例极其恶劣，至少从理论上应彻底否定，否则肯定会在我国法治建设道路上留下严重隐患。”³⁴其二，“良性违宪在社会实际生活中完全可以避免，也应当努力避免”。“个别地方发生‘良性违宪’而又未追究的根本原因在于有关国家机关工作人员法治意识淡薄、国家的宪法监督机制不健全。所以，在这方面法学的任务不在于开发‘良性违宪’的‘积极’功能，而是要寻找从根本上杜绝它的途径和方法。”³⁵其三，认可“良性违宪”，后患无穷。一项改革是否有利于解放和发展生产力，是否有利于维护国家和民族的根本利益，需要长期地、科学地观察和评判。允许先违宪，后判断，则会导致违宪的灾难泛滥，无法收场。总之，他主张，“对于改革中出现的新问题，可以经过法定程序以宪法修正案的形式解决，不可期望法外解决，而绝不能允许法外解决。”³⁶

不过，童之伟教授随后也在一定程度上认可“良性违宪”论所提出的问题，承认社会变革与宪法规范的稳定性之间存在着紧张关系，并意识到过度地坚持宪法规范的稳定性会阻滞社会变革的脚步，需要寻求一个理想的解决方案。³⁷为此，童之伟教授于1997年5月在《法学》上发表了《宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷》一文，提出了自己的解决方案，对之前的观点做了些微补充和修正。他的解决方案可概括为：“从宽解释，守住底线”。所谓“从宽解释”，即坚持“形式合宪”的解释原则。“形式合宪，是指有关国家机关制定的规范性文件或做出的行政行为，虽然事实上不一定合宪，但按照逻辑和通行的语义确定方法，在最大限度从宽解释有关宪法条款的情况下，能够获得合宪的外观，”就可以视为合宪。³⁸所谓“守住底线”，其含义大略有二：其一，“不得违反宪法的禁止性规定”。“宪法的任何禁止性规则，在修改之前，全国仍须一体遵行。这是法治社会的基本规矩，也是现代法治国家的政府都无条件遵守的行为准则，破坏不得”；³⁹其二，如果从宽解释仍然不能使相关法律规则或行政行为具备合宪的外观，就只能修改宪法。在宪法修正案通过之前，若非事关民族存亡的紧

33 童之伟：《“良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法》，《法学研究》1996年第6期，第19页。

34 童之伟：《“良性违宪”不宜肯定》，《法学研究》1996年第6期，第20页。

35 童之伟：《“良性违宪”不宜肯定》，《法学研究》1996年第6期，第21页。

36 童之伟：《“良性违宪”不宜肯定》，《法学研究》1996年第6期，第22页。

37 童之伟教授认为：“宪法学应该重视研究社会经济生活的变动性与宪法的相对稳定性之间的矛盾，并找出适当的解决方法，在我国从计划经济社会向市场经济社会转变的革命性变革时期，研究这个课题尤显及时和必要。在这点上，看来我和郝先生已有共识，剩下的分歧只是用什么方法解决上述矛盾。在这个问题上，郝先生以肯定‘良性违宪’为核心提出了因应方略，我不赞成这种主张，认为它在宪法实施过程中体现的灵活性或自由度超过了法治所能容许的最大限度，脱离了宪政的轨道。”童之伟：《宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷》，《法学》1997年第5期，第15页。

38 童之伟：《宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷》，《法学》1997年第5期，第16页。

39 童之伟：《宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷》，《法学》1997年第5期，第16页。

急情况,任何国家机关都不应“良性违宪”。这样做,虽然有可能阻止社会发展的速度,但这是实行法治不得不付出的代价。⁴⁰

继童之伟教授之后,曦中博士发表了《对“良性违宪”的反思》(载于《法学评论》1998年第4期)一文,对良性违宪论进行了更深入的解剖。他认为,之前对“良性违宪”的讨论不够深入和全面。“‘良性违宪’理论的错误不是一般性错误,而是法哲学层面的方向性错误。”⁴¹具体来讲,“良性违宪”理论表现了人治社会法律观对宪政与法治道路的拒斥。首先,郝铁川教授以“是否有利于社会生产力的发展”和“是否有利于维护国家和民族的根本利益”作为判断良性或者恶性违宪的基准,是将“两条抽象的政治标准凌驾于法律原则之上”。其次,“良性违宪”体现了中国传统社会中实质合理性法律观的复归。中国传统社会中的实质合理性追求目的和后果的价值,注重实质正义的实现,是一种主观的合理性。“良性违宪”论是这种法律观在新的历史条件下的一种特殊表现。再次,“良性违宪”论体现了官僚法类型的法律思想。作为官僚法,“法律的普遍性只是一种权宜之计,用于确保统治者对大众的控制,约束自己的代理人,剥夺政府之外的任何社会团体的能够使他们抵制国家政策的种种特权。”⁴²官僚法在思维方式上,纯粹的政策与法律之间没有界分,适用法的机关同时也是维持秩序和执行政府决策的机关,所运用的推论模式与各类政治决定所用的模式并无不同。⁴³因此,在曦中博士看来,“‘良性违宪’理论主张的依法治国,只不过是官僚法模式下的依法治国,也就是人治社会中的依法治国。在这里法律不过是人治的一种工具。中国封建王朝就依赖于同时也一直在有效地使用者这一工具。在这种模式下,法律似乎也能得到遵从,但一旦当权者急于谋取某些政治利益,他们就会毫不犹豫地突破法律的界限。”⁴⁴

不过,在反驳“良性违宪”论的同时,曦中博士也认识到,“良性违宪”现象表明我国宪法与社会变革之间存在着异常紧张的关系,需要我们对我国的宪法制度作出反思。他认为,我国宪法文本最大的问题是,规定国家政策过多过细。要维护宪法的稳定性,消除宪法的社会变革之间存在的紧张关系,需要建立和完善我国的宪法诉讼和宪法解释制度。⁴⁵所述比较简略,看法与其他一些参与讨论的学者(如韩大元、阮露鲁、游伟等)的观点相近。⁴⁶

宪法学界的上述争议,可概括为以下两点:第一,两种观点均程度不同地认可,在我国改革开放过程中,宪法规范与改革开放之间存在对立性紧张关系;要改革开放,就需要突破宪法的既有规定,就可能“违宪”;但不改革开放,生产力就得不到解放和发展,人民的利益就不能得到保障和维护。宪法学需要适切地解决好这一对立关系。第二,两种观点对如何适切地解决这种对立关系存在不同意见。“良性违宪”论者主张先改革,后补救。为了改革,即便违宪也在所不惜;补救之法则为事后的解释说明或者宪法修订。反对“良性违宪”论者则主张先“铺路”,后改革,即先通过宽松的宪法解释使改革措施合宪化,而后进行改革;

40 童之伟:《宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷》,《法学》1997年第5期,第16-17页

41 曦中:《对“良性违宪”的反思》,《法学评论》1998年第4期,第26页。

42 [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第93-94页。

43 参见曦中:《对“良性违宪”的反思》,《法学评论》1998年第4期,第27-30页。

44 曦中:《对“良性违宪”的反思》,《法学评论》1998年第4期,第30页。

45 参见曦中:《对“良性违宪”的反思》,《法学评论》1998年第4期,第31-33页。

46 参见韩大元:《社会变革与宪法的社会适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》,《法学》1997年第5期;阮露鲁:《立宪理念与良性违宪之合理性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》,《法学》1997年第5期;游伟、杨利敏:《论冲突及冲突的解决——关于“良性违宪”的若干思考》,《社会科学》1998年第6期。

如果在低标准解释条件下改革措施仍不能获得合宪性，则应先修宪，再改革。究其实质，“良性违宪”论者更加注重改革的效率，相对淡薄宪法规范的权威性与稳定性，相应地忽视了改革的民主正当性，采用的是“政治”思维，或者说是经验主义、实用主义的思维方法；而反“良性违宪”论者更加注重法治的价值，更加注重宪法的权威性和稳定性，也就相应地重视改革的民主正当性，采用的是“法治”思维，或者说是理性主义、理想主义的思维方法。核心的问题是，改革的先决权应掌握在谁手中，改革措施由谁来决定。

与宪法学界关于“良性违宪”的讨论一样，包括行政法学在内的其他部门法学对改革与现行法之间的紧张关系也已有所关注。有些学者比照“良性违宪”概念提出了“良性违法”概念，并比照“良性违宪”的定义将“良性违法”定义为：“一方面是指违法的初衷是善意的，良性的，违法行为是符合历史发展的，是有利于国家和民族利益的；另一方面是指违背的法是恶法、是不良之法。”⁴⁷对于“良性违法”现象的应对之法，有些学者也提出了类似于郝铁川教授的观点，认为在我国摸着石头过河的特殊时期，“良性违法”具有存在的价值和合理性，只不过应当通过修法尽快使违法行为合法化。⁴⁸但比之于宪法学界的讨论，行政法学的讨论只是照猫画虎，讨论很少且不够深入。对改革违法问题，宪法学围绕“良性违宪”所展开的讨论虽不无启示，但毕竟宪法规范不同于行政法律规范，在解释方法、修改程序、违宪/法行为认定诸方面，都有所不同。因此，行政法学此应有自己的思考和回答。

三、自贸区先行先试的法治之路

自1999年宪法修正案提出“实行依法治国，建设社会主义法治国家”以来，践行法治一直是我国人民的热切期盼，也是亿万华夏子孙致力建设的伟大事业。2013年11月12日中国共产党第十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》再次就我国政治与法治建设提出了比较详细的规定，即：“紧紧围绕坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机关统一深化政治体制改革，加快推进社会主义民主政治制度化、规范化、程序化，建设社会主义法治国家，发展更加广泛、更加充分、更加健全的人民民主。”“建设法治中国，必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。”“维护宪法法律权威。宪法是保证党和国家兴旺发达、长治久安的根本法，具有最高权威。要进一步健全宪法实施监督机制和程序，把全面贯彻实施宪法提高到一个新水平。建立健全全社会忠于、遵守、维护、运用宪法法律的制度。”这就说明，迄今为止，摒弃人治，走向法治，不仅是我国法律人的普遍共识，也共产党人的基本共识。

要走法治道路，建设法治国家，就必须按照法治的基本要求和法治的思维方法来处理各种国家事务。法治的内涵虽然非常丰富，不同的国家、不同的学说会法治的基本要求和法治的思维方法会有不同的理解和界定，即便同一个国家、同一个民族在其发展的不同阶段也可能对法治提出不同的诉求，但是，国家大事要由立法机关通过立法程序来决定，已经制定的法律不得被违背，这应该是法治的一个永恒的准则，是法治的底线。我国法治原则的基本内涵也不应有所例外。《宪法》第5条在第1款宣示依法治国，建设法治国家的基本原则之后，于第4款明确规定：“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

47 何丽：《良法之治和良性违法》，《云南行政学院学报》2003年第3期，第75页。

48 参见陈玺名、肖凤翔：《高校债务与法制缺位》，《教育评论》2009年第2期，第

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。”这就说明，禁止违宪、违法也是我国法治的基本要求。按此要求，法律规范在由法定的机关、在法定的情形、按照法定的程序修改之前，任何人都没有在特定区域修改或废止法律的权力，都必须严格按照法律规定办事。反过来讲，任何改革，一旦要触动现行法律秩序，都须先由法定机关对现行法律规范做出修改或者予以废止，而后按照新法的规定，将改革推行下去。按照这一“程序”，“改革”才是一种真正意义上的“变法”。这种通过“变法”的改革符合法的逻辑，是理性的、民主的，才是依法推进的。从这一意义上说，反对“良性违宪/法”的观点才是“合宪/法”的。

不过，上述思路没有考虑我国改革的基本特点。总体上，我国的改革是渐进式的、试验式的，没有清晰的顶层设计。按照流行的说法是“摸着石头过河”，是“走一步探一步”。改革的路径，或者是中央吹风，地方实施；或者是国家鼓励，民间实施；或者是全面倡议，局部实施。从过去改革启动的“程序”看，有些改革是由地方/民间“推动”，且由地方/民间“行动”的。如1978年11月24日安徽凤阳县小岗村实行的包产到户、包干到户的责任制。这是民间自发决定自发实施的。有些改革是由中央“推动”，但由地方“行动”的。远者如深圳特区的改革，近者如上海自贸区的改革。在这种局部的、地方的甚至是民间的先行先试的改革模式下，改还是不改，这个问题总体是明确的，但如何去改，这个问题总体上是不明确的。后一个问题要由处在改革一线的地方政府、有关部门，根据实际情况随机应变，不断在改革的过程中去设计、试错、总结。在地方的、区域性的改革取得成功后，再将改革的成功经验或者成功做法向全国推广，此时才有法的全面的修改或废止。这种情形下，立法机关即便想“变法”，也不知道如何去“变”。先变法后执法的路子自然就走不通。

渐进式的、试验式的改革路径未必是最好的。我国的改革走到今天，遇到了好多问题。这些问题中，最重要的恐怕是来自既得利益集团的强大阻力。所谓“改革要有壮士断腕的决心和勇气”、“触动利益比触动灵魂还难”，可能想说明的就是这个问题。阻碍改革的强大的既得利益集团有很多种，一部分在改革开放之前既已存在，但有很多是在渐进式改革过程中形成的，是这种改革模式的获利者。中国走上渐进式的、试验式的改革道路有很多原因，政治的、经济的、文化的等等，在政治方面与新旧既得利益集团的强大阻力分不开。对中国改革开放的模式或路径予以评述不是本文的目的，这里谈及这个问题只是想说明，渐进式的、试验式的中国改革之路还会走下去，还将是中国继续改革开放的基本模式或路径。如果我国的改革模式或路径依然是渐进式、试验式的，则那种规范主义的法治思维方式就难以切合中国改革实践的现实。从这种意义讲，“违法的改革”或者“违宪的改革”几乎是中国改革的必然，“良性违法”或“良性违宪”论不是没有道理。

再者，宪法规范与行政法等其他部门法规范还是有一定差别。宪法条文具有模糊性、抽象性、开放性与广泛性，其含义非常广泛，这就决定了宪法解释不同于一般法律规范的解释。韩大元教授曾谈及宪法解释与一般法律解释的差异，其中有两点值得关注：其一，“就规范的结构与性质而言，一般法律规范的结构是具体而明确的，在现实生活中进行解释或解释的空间是十分有限的，而宪法规范中包含着大量原则性与抽象性的内容，几乎所有的宪法规范客观上都存在解释的空间，需要通过经常性的解释活动补充和调整社会价值体系”；其二，“宪法解释与法律解释具有不同的思维模式。法律解释通常是通过具体的规范分析方法解决

法律与社会的冲突，而宪法解释思维是一种宏观的思维模式，从宪法价值体系的宏观角度揭示宪法的意义与内涵。”⁴⁹两者之间的差异还体现在法律解释方法上。合宪解释是宪法解释的重要方法之一，一般法律解释则很少适用这一解释方法。所谓合宪解释，是指“任何一个违宪审查机关的权力都是相对的，特定机关行使违宪审查权时应考虑审查对象涉及的各种因素，要在合理的范围内有节制地行使违宪审查权，以减少可能引起的社会矛盾与社会震动。当判断某一项法律或行为是否违宪时，如没有十分确实、有效的依据认定其违宪则应尽可能推定其合宪，做出合宪性判断，避免违宪判决。”⁵⁰这些事实说明，宪法解释的弹性很大，对一项具体的改革行为从宽解释给其贴上合宪的标签比较容易。这种情况下，在反对“良性违宪”论的同时，秉持从宽的宪法解释原则，尚可以缓解改革和违宪之间的紧张关系，还不至于过分阻滞改革的进程。但是，一般法律解释就不具有这种解释的弹性、灵活性，如果反对“良性违法”论，则通过解释缓解紧张关系的可能很小，回旋的余地不大，通过修改法律推进改革，改革的进程将大大受阻。这就更加强化了“良性违法”论的正当性。

但话再说回来，“违法的改革”或者“违宪的改革”，与“良性违法”或者“良性违宪”一样，至少听起来是一个非常别扭的概念。正如曦中博士所讲，不论改革措施多么富有正义性，这种理论都是以政治标准代替法治标准，以政策规定代替法律规定，最终是以人治思维代替法治思维。既如此，则这种改革进路只能是撇开法律的“改革”，绝对谈不上“依法改革”。既如此，则通过改革建设法治国家便成了一个悖论。

有学者谈及中国的法治道路时提出了“法治的理想主义”与“法治的现实主义”两个概念。⁵¹我想，我们所面对的可能正是这样一个问题。“良性违法”或“良性违宪”论者所主张的大致可归属于他所指的“法治的现实主义”，而反良性违宪/法论者则大致可归属于法治的理想主义。⁵²他认为，法治的理想主义旨在追求或实现一种预先设定的法治理想。它致力于探寻正确的概念或本质，而后按照正确的概念或规范来指导现实的行为或活动，如通过探知什么是法治、法治的理想特征是什么，来指引法治建设活动或评判法治建设活动的正当性。法治的理想主义有其不足，但“法治理想主义有助于树立合理的、合乎时代趋势的思想理念。当理想与现实之间的差距较大、且现实的不合理性已经成为合理行动的巨大障碍时，法治理想主义的思想变革作用非常明显。”⁵³应该说，这一说法不无道理。如果我们在改革的道路上，全然放弃法治的理想，完全不按照法治的路子“出牌”，法治建设恐怕将遥遥无期。

49 韩大元：《论宪法解释程序中的合宪性推定原则》，《政法论坛》2003年第2期，第3页。

50 韩大元：《论宪法解释程序中的合宪性推定原则》，《政法论坛》2003年第2期，第3-4页。

51 蒋立山：《法治理想主义与法治现实主义——读〈法治进程中的“民间治理”〉有感》，《法制与社会发展》2007年第6期。

52 蒋立山博士认为：法治现实主义的思路比较强调问题的曲折性和复杂性，强调事物进程中的多种制约与阶段性，强调事物变化进程中的不确定性和开放性，不愿意预设一个终极性的目标，就社会进步问题而言，法治现实主义往往主张社会的渐进改良。参见蒋立山：《法治理想主义与法治现实主义——读〈法治进程中的“民间治理”〉有感》，《法制与社会发展》2007年第6期，第152页以下。不过，良性违宪/法论的哲学基础究竟是什么不好说清楚。在我看来，更像是实用主义。“实用主义区别于其他西方哲学流派的最主要特点，在于它更强调哲学应立足于现实生活，主张把确定信念作为出发点，把采取行动作为主要手段，把获得效用当作最高目的。实践和行动概念在哲学中应具有主导地位。当代美国实用主义哲学家莫里斯说：‘对于实用主义者来说，人类行为肯定是他们所关注的核心论题。’实用主义者甚至宣称自己的哲学是一种实践哲学、行动哲学、生活哲学。”余林、毛建儒：《对实用主义真理观的新评价》，《理论与探索》2002年第6期，第14页。

53 蒋立山：《法治理想主义与法治现实主义——读〈法治进程中的“民间治理”〉有感》，《法制与社会发展》2007年第6期，第155页。

那么,可否发现一个足以调和区域性改革与现行法律规定之间矛盾的方案呢?我认为还是可以的。这个方案就是由全国人大常委会向地方人大或地方政府授予对相关现行法律规定进行变通的概括性权利。具体到上海市自贸区而言,就是由全国人大常委会向地方人大或地方政府就有关法律的变通进行概括性授权。应该说,这次在自贸区设立过程中,已经践行了这一思路。全国人大常委会曾颁布了《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》。但这一授权范围还是太窄,授权对象还是太高。太窄者,即仅限于外资投入制度,而试验区改革不限于这一方面;太高者,即仅限于国务院,而没有授权给上海市人大和上海市人民政府这样一些改革的真正实施机关。当然,《立法法》没有规定全国人大可以向地方人大或地方政府授权立法的规定。这种情况下,可以尝试先由全国人大常委会概括性地授权给国务院,而后由国务院酌情概括性授权给上海市人民政府的做法。这样作,至少在形式上比较符合法治思维。虽有点自欺欺人的味道,但在我国也算不小的进步,是执政理念、行政理念的转变,其积极意义不应低估。

上海自由贸易试验区负面清单的解读及其推广

杨海坤（山东大学文科特聘教授、中国行政法学研究会副会长）、

马迅（山东大学法学院硕士研究生）

摘要：负面清单模式是上海自贸试验区在外资准入管理上的新举措，逐步实现从“准入前正面清单审批为主，准入后监督为辅”旧模式到“准入后监督为主，准入前国民待遇+负面清单为辅”新模式的过渡。负面清单的“放权”思维与正面清单的“集权”思维形成鲜明对比，折射出负面清单在提高外资进入效率、厘清政府与市场边界、加速行政审批制度改革以及与国际贸易规则接轨等方面的正面价值，因此，这是一项在对外开放新思维指导下的制度性改革。负面清单目前被“热炒”的同时显露其实践中还存在的问题，这对负面清单模式在全国的推广形成挑战。上海自由贸易试验区应该在此项改革中大胆摸索，积累“可复制、可推广”的经验。

关键词：负面清单；放权；集权；价值；推广

一、负面清单的上海试水

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》这部指引中国改革前行的纲领性文件具有极其丰富的内容，其重点在于继续深化经济体制改革。该文件在加快完善现代市场经济体系、建立公开开放透明的市场规则部分特别指出：“实行统一的市场准入制度，在制定负面清单基础上，各类市场主体可依法平等进入清单之外领域。探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式。”上海自由贸易试验区已于2013年9月29日正式挂牌开始运行，率先进行各项试验，在《国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》中早已提纲挈领明确了主要改革方向和任务：“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，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、法治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，发挥示范带动和服务全国的积极作用。”从这段话中可以看出：探索建立负面清单管理模式是其中一项很重要的改革，其意义十分深远。

（一）负面清单的角色定位

所谓负面清单相当于投资领域的“黑名单”，是指政府规定哪些经济领域不开放，其中要列明针对外资的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施，表现为业绩要求、高管要求等方面的管理限制措施。其涵义在于告诉外商投资者除了清单上的禁区，都可以自由投资；政府只有出于维护公共利益和公平竞争目的而依法进行市场竞争、环境保护、质量监督等方面监管，而没有任何投资审批权，可见这是一项与以往正面清单管理模式完全不同的制度性安排。负面清单管理模式是国际上对于跨国投资进行规制的一种市场准入管理方式，为大多数区域自由贸易协定和多双边投资协定谈判所青睐，已经成为国际贸易谈判和投资规则制定的新趋势。

说到负面清单就不得不提正面清单，正面清单相当于投资领域的“白名单”，当一国的市场经济发育不健全、政府行政能力有限时，制定正面清单可以更加从容的调整产业投资的结构，有效控制敏感行业的外资参与程度，保护本国相对弱势的民族产业的生存空间。长期以来，包括改革开放相当一个时段里，我国还无法完全摆脱计划经济时代的思想藩篱，通过制定《外商投资产业指导目录》等方式进行正面清单管理，告诉投资者哪些可以做，除此以外的就不可以做，其效果导致企业投资往往跟着政府的产业指导目录和产业优惠目录的“指挥棒”走，投资者的自主性、主动性、积极性受到极大限制，因而市场的基础性作用乃至决定性作用很难充分发挥。

（二）《总体方案》对上海试验区负面清单的相关表述

负面清单一词出现在《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》所列的9项主要任务和措施中，“探索建立负面清单管理模式”位列第三，排名紧随“深化行政管理体制改革”、“扩大服务业开放”之后。负面清单具体有190条管理措施，约占试验区内1069个小经济行业分类的17.8%。《总体方案》指出，对于列入负面清单的外商投资，试验区将按照原有办法进行管理。而对于未列入清单的外商投资一般项目，则将按照内外资一致的原则，把项目的核准制改为备案制，把原来公司章程的审批改为备案管理。备案管理按照深化行政管理体制改革的要求，简化备案程序，做到统一受理，分工协作，并联备案。同时，注重风险控制，与国家安全审查机制进行有效的衔接。对于试验区内的境外投资项目，进一步实行改革，对区内注册企业的境外投资一般性项目实施备案制管理，并大幅度提高备案项目的规模上限。

我们不难发现，从核准制到备案制，意味着从注重事前审批转为事中事后监管。在自贸区实施“准入前国民待遇+负面清单”管理试点，是改革外商投资管理体制工作迈出的实质性一步，这必将有力提升区内企业境外投资的便利化程度，增强企业国际化经营的能力，有利于为我国探索出与国际贸易新规则接轨的基本制度框架。

（三）上海试验区负面清单的制定依据

《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2013年）》，以外商投资法律法规、《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》、《外商投资产业指导目录（2011年修订）》等为依据，列明中国（上海）自由贸易试验区内对外商投资项目和设立外商投资企业采取的与国民待遇等不符的准入措施。负面清单按照《国民经济行业分类及代码》（2011年版）分类编制，包括18个行业门类。S公共管理、社会保障和社会组织、T国际组织2个行业门类不适用负面清单。上海自由贸易试验区首份负面清单选择依据国民经济的分类，选了18个大门类，这些门类中有三级科目，即大中小三级：大类89个门类，中类419个门类，小类1069个门类，以现在的负面清单，管的小类只略超17%，开放的则达到了近83%。

二、负面清单的国外实践

笔者尚难考证，究竟哪个国家的哪位先驱最先提出了这一词汇，但从其应用范围可见，负面清单是海外、尤其是发达国家一种常见的管理方法。

在许多国家的医疗管理政策中都有“负面清单”的条目。德国的处方管理当中就明确规定有些药物属于不能报销的负面清单范围，一旦上了这一清单，在本国各个辖区都严格执行。在加拿大，处方管理当中除了负面清单，还有“有条件清单”，它相对于负面清单要宽泛一点，可以根据特定条件放宽报销范围。

在税收管理方面，印度就以负面清单作为税制改革的一个重要抓手。据《印度时报》报道，印度在 2012 年的国家预算中引入了负面清单管理。这样做的最大好处是能够扩大税基，把以往被忽略的许多服务业纳入缴税行列，最终使本国过渡到商品-服务税(GST)的新税收体系中。在 2013 年的预算案中，印度政府又对负面清单管理进行了简化和明确化，使之不断完善。

在金融管理方面，像瑞士金融监管部门就在官方网站上设有“负面清单”一项，指的是那些未得到监管部门批准从事一定业务的金融机构的名单。有了这项名单，可以帮助投资者擦亮双眼，在做出投资选择时多一些理性的参考。

在环境保护方面，澳大利亚政府网站显示，2011 年夏，负面清单和正面清单指引同时被列在“低碳农业倡议”的显著位置，成为澳大利亚政府应对气候变化方案中的重要组成部分。

负面清单还常常被用在国际贸易领域。印度和巴基斯坦之间的贸易就有一份详尽的负面清单，从食品饮料到音像制品，只要上了这份清单，就不允许在两国间从事贸易。当然，清单会随着时间和形势变化而随时调整。

今年举行的第五轮中美战略与经济对话的一项重要成果就是双方同意以准入前国民待遇和负面清单为基础进行投资协定的实质性谈判。美国智库彼得森国际经济研究所的中国经济研究员陆瑞安告诉新华社记者，美国与别国签署投资协定时早已引入准入前国民待遇和负面清单，多年来在帮助美国吸引外资方面做出了特殊贡献。

许多学者认为，对中国而言，“负面清单”管理是改革开放的一个新举措，也是一项新的制度性安排。其法学精髓在于体现“法无禁止即合法”原则，更加鼓励创业者的主动性、积极性、创造性。从美国的经验来看，这种管理模式已被用作帮助国家吸引外资的一个重要手段；从中国来看，目前还属于起始阶段，尚需观察中国在上海建立自由贸易试验区中的负面清单具体执行情况，也需要观察中国和别国开展投资谈判时是否会全面引入负面清单管理模式。总之，伴随着上海自贸区的建立，目前“负面清单”在中国被赋予了积极试验的特色。人们期待，管理思路的变化会给中国的改革开放进程注入新的活力。

三、负面清单的“放权”思维

负面清单的管理模式采用“排除法”，将禁止或限制投资的产业以清单明细的方式告知投资者，使投资者一目了然地知晓了投资禁区，避免投资的盲目性，规避投资风险。除清单外的产业，政府不再利用手中的行政审批权为投资者的市场准入设定门槛，而是努力营造一个公平、开放的市场竞争环境，为企业和投资者提供更为优质的服务，让资源整合和资本分配的大潮尽情涌动，激活市场各要素的活力。如此一来，投资者可以更为自由地行使自己的市场参与权和选择权。总而言之，负面清单体现了一种“放权”的思维，即遵循了“法不禁止即自由”的原则，使政府将手中的权力“一放到底”，将“市场干预的手”真正收进“制

度的口袋”，充分赋予市场主体的“主人翁”地位，激发并鼓励了市场投资的开放性和竞争性，提倡并推进了效率意识和时间观念。值得一提的是，负面清单的“放权”思维同样符合法律法规惩恶扬善、促进社会进步的精神本质，由于经济活动和社会交往时刻都在发展变化之中，法律法规不可能具体覆盖到每一个现实发生的经济主体行为，但清晰地切割了负面部分，就可以使投资者放心地自由地在广阔领域里开展经济活动，从而使经济活动中的出新、创新真正成为经济发展和社会进步的不竭动力。

与此相反，以《外商投资产业指导目录》为代表的正面清单管理模式实际上是一种行政许可行为，看似政府将市场准入的权限和资格授予给了市场准入申请人，是一种政府对权利的回应行为，从表面上看，也体现了政府在依法行政。但其实是大大折扣的，因为这类行政许可的“授权”暗含着另一种形式的“集权”。政府表面上通过“列举法”制定长长的投资准入正面清单，范围很宽，投资者可以选择并申请许可，但其实，这每一条许可的背后都显示着政府的一项审批权力，这种权力属于自由裁量权范围，在实际操作中带有强烈的政府官员的主观性，甚至随意性，也为公权力寻租留下了空间。政府往往通过一项项许可“授权”收拢权力，并通过一步步“集权”，使自己凌驾在企业之上成为了市场经营的主导者。一句话，正面清单的行政许可模式体现的是“法有规定者不可违”、“法无授权相对人不可为”原则，政府可以在手中牢牢攥紧权力，包括自由裁量权力，向各市场主体灌输“命令—服从”意识，使市场主体听命于自己。实际上这是沿袭了计划经济时代的思维模式，让政府行政权力无缝对接市场准入的方方面面，由政府意志控制了市场运作。党的十八届三中全会提出，经济体制改革的核心问题是处理好政府与市场的关系，使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。用这样的视角来观察，市场关系确实内生于价格杠杆的操控和供需关系的调节，无论政府的指导如何贴近市场实际，都无法及时准确的掌握瞬息万变的市場信息，实践表明，过去不论指导目录如何更新换代，都不如彻底“放权”之后加强监督的效果好。

负面清单和正面清单两者一正一负，凸显出“放权”和“集权”两种性质迥异的行政思维理念。众所周知，行政审批制度改革是加强政府职能转变、深化行政体制改革的重要抓手，在《行政许可法》颁布和实施以来，往届政府做了很多努力，清理了许多滥设许可的法规和规章，取消了不少许可事项；党的十八大以来，我国持续推进行政审批制度改革，又大幅度取消和下放审批事项。今年9月25日，国务院常务会议决定再取消和下放75项行政审批事项。至此，新一届政府取消和下放的行政审批事项已达221项。以往对于审批制度的改革取得了一定成效，但功效并不显著，还往往有“回潮”。有关部门并不真正愿意放弃审批权力，市场和企业活力仍然缺乏生气。因此，面对我国已经加入WTO和融入经济全球化大潮的时代背景，依托我国改革开放积累的成功经验和市场经济持续稳定发展的健康态势，以及在我国政府行政管理能力和依法行政水平不断提高的前提保障下，上海自贸区先跨一步，以开放倒逼改革的魄力，打破原有的行政许可“集权”思维，把负面清单管理模式的推广作为我国政府管理体制改革的新的突破口是很有意义的。它至少明显降低了市场准入门槛，明显减少了以往政府过度的行政干预，体现了改革决策层“放权”的决心，把更多的主动权、选择权、决定权交给企业、交给市场。中共中央政治局委员、上海市委书记韩正最近接受媒体采访，回应关于上海自由贸易试验区若干热点问题时指出：“过去靠审批，宪政不审批，

企业活力强了、社会活力强了、管理更到位了，这是一种成功。”⁵⁴负面清单管理模式以“釜底抽薪”的方式预防了政府干预市场、干预企业权力的滥用。

三、负面清单的正面价值

为了更理直气壮地推行负面清单试验，下面试图进一步讨论负面清单模式的正面价值。

（一）降低企业时间成本，提高外资进入效率

对于市场竞争而言，机会稍纵即逝，时间就是生命。我国目前对外资进入依然实行政府审批制，外资企业设立流程大致是：工商核名—前置审批—外经贸主管部门审批—工商登记等，整个流程冗长繁琐，耗时耗力，且常常在审批过程中陷入扯皮，大大增加了外资企业的负担，降低了外资进入的效率。

相比之下，上海自贸试验区施行的负面清单模式之所以在国际上比较流行，是因为它可以明确告知对方哪些行业不开放或存在限制，外资企业可以对照这个清单实行自检，对其中不符合要求的部分事先进行整改。除了负面清单列表上的行业，外资设立直接去工商局就可以了，不再需要去发改委和外经贸主管部门审批了。通俗地讲，国内企业如何设立，外资企业就如何设立。上海自贸区内的公司注册试行了“一站受理”，企业准备好材料后无需再辗转工商、质监、税务等多个部门，只需将材料交到工商窗口，窗口会进入内部流转，免去企业来回奔波。上述举措无疑简化了对外资进入的审批管理，大大提高了外资进入的效率。

（二）适应与国际接轨的需要，提升对外开放水平

中国（上海）自由贸易试验区的建立有其重要的国际背景，那就是在国际金融危机发生后，世界的贸易和投资规则正在加速重构，其重构的力度和速度都超过以往任何时期。10多年前，中国加入世界贸易组织（WTO），确实已经从中受益。但是要看到，目前WTO多边贸易体制正日益边缘化，服务贸易和投资协定成为新一轮国际贸易谈判和规则制定的核心内容。一些西方国家正在加快构建大西洋贸易和投资伙伴协议（TTIP）、跨太平洋伙伴关系协议（TPP）等，试图以此改变世界贸易规则。准入前国民待遇和负面清单的外资管理模式已逐渐成为国际投资规则发展的新趋势，世界上至少有77个国家采用了此种模式。现在的问题在于，欧美在新标准、新规则方面力推的准入前国民待遇和“负面清单”方式，国企的“竞争中立”原则等，与中国当前部分行业国企占主导地位以及在监管方面力度不足等现实产生冲突。这意味着，如果我们不能积极参与，不能有所作为，在一定意义上就会面临被边缘化的危险，在区域合作中也会处于被动境地。

正是在这种情形下，高层强调要以开放促改革。比如，在投资准入、公平竞争和权益保障等方面，就大有改革、改善的空间，而上海自贸区建立“负面清单”就是这种改革。要知道，中国当前的综合实力已不同以往，抵抗经济变动冲击的能力大大增强，这也为我国政府大胆尝试通过以“减少直接管制而更多采用间接管理”的方式来降低经济运行成本的改革思路奠定了坚实基础。改革可通过建立试点的方式先开展起来，不能裹足不前，况且“负面清单”不是完全不要审批，而是在减少审批的过程中创新投资体制。

⁵⁴ 参阅《中国政协》2013年第21期，第44页。

（三）加快政府职能转变，厘清政府与市场的边界

从 2008 年至今，我国一直奉行由政府“积极的财政政策、适度宽松的货币政策”以及政府制定产业政策而形成的“政府在前、市场紧随”的“政府—市场”互动模式。国外常常称我国市场经济是政府主导型市场经济。而负面清单的引入则在自贸区内结束了“政府在前、市场紧随”模式的统治，提出“市场能量最大化”主张，根据市场自己的特长，只要不触及到危机国家安全、金融体系稳定，社会稳定等重大问题，大家都可以尽量发挥自己的能量来做。

负面清单的管理模式至少解决了两大问题：

一是限制政府权力，促使政府管制规范化。市场经济中，市场是资源配置的决定性力量，政府的职能只是维护竞争秩序和公共利益，而不是直接介入、干预市场，尤其不能介入企业微观事务。负面清单管理模式，就是确定了政府管理经济的权力边界：只有列入清单的才能管，其他不能管；只能按照明示的规则管，不能随意乱管。

二是监督政府权力，促使政府管制透明化。负面清单一出，哪些行业该进行管制、该如何管制，就明明白白，一目了然。避免了政府管制黑箱操作、弹性操作，使权力勾兑商业利益失去了存在空间，斩断了官商勾结的利益链，大大降低了官员寻租舞弊可能。

（四）探寻行政管理体制改革的抓手，治愈政府行政审批顽疾的良方

目前我国的企业投资准入审批制度有以下几大弊端。

第一，资源错配：在我国，司空见惯的情况是，银行贷款的发放与政府审批的批条相挂钩，而批条实际上是长官意志的体现，常常无法反映市场行情，其结果就是我们随处可见的导致大量贷款扎堆投放到高能耗、高污染、低产出、低效能的夕阳产业，而许多亟需启动资金的高科技、高效能、低污染、低能耗的新型产业却只能望“资”兴叹，错过了企业发展和行业振兴的最佳拐点。简言之，过滥的行政审批导致的资源配置不合理实际上是一种对资源的严重浪费。第二，产能过剩：虽然我国经济总量持续增长，进出口总额节节攀升，但却无法掩盖我国产能过剩的现实。正面清单的实施使得投资准入领域出现一个悖论：如果投资政府鼓励的领域，可能因为企业投资的太多，进而出现产能过剩，比如光伏行业就是例子；而如果投资非政府鼓励和允许的领域，则可以赚钱，但是可能非法，因为法的界线可能并不清晰。因此，投资准入的审批制导致我国宏观调控的边际效率大幅下滑。第三，权力寻租，腐败频发：现实表明，近几年中央政府在这边取消了几十项审批权后，地方和其他部门又在那边增加了几十项审批权，所以审批权永远减不完。此外，政府管得多，就必然会留下很大的审批权寻租空间，某些政府鼓励投资目录的推出，不是市场的遴选，而是少数官员拍脑袋的结果，极有可能背离经济规律，产生严重后果。

上海自由贸易试验区推行的负面清单管理模式与李克强为总理的新一届政府正在着力推进的行政审批制度改革方向完全吻合。首先，负面清单的出现结束了投资审批领域“批条”决定一切的现象，各市场投资主体可以平等有序的竞争有限的资源，使得资源的分配更加理性，资源利用效率大幅提升。其次，负面清单不会对产业投资形成实质性的引导，使得投资的辐射面更广，产业集聚和扎堆现象有望缓解，国民需求旺盛而企业产出匮乏的行业也会趁势崛起，宏观调控的整体功能才能显现。再者，负面清单管理扩大了社会投资领域，不能干的事情就那几件，无限大的是能干的事情，政府只要管规定的几件事就可以了，审批权限大

大缩小，腐败的几率也就大大下降。

四、负面清单热炒背后的冷思考

任何事物都有其两面性，任何改革都有利有弊。人的主观能动性在于兴利除弊，变弊为利，使利大于弊。把正面清单改为负面清单无疑是一道冲击波，会产生巨大反响。因此需要冷静地看到可能出现或者已经出现的问题，把问题解决在萌芽状态。

（一）全面推广后面临的挑战

1. 外资的市场份额增加，对国内产业形成冲击

以服务业领域为例，外商参与的范围不断拓宽，已涉足商业贸易、金融服务、与医疗相关的服务和社会服务业等，甚至一些城市的大卖场大有被外资垄断之势。因此，如果施行准入前国民待遇和负面清单模式，外资占有的市场份额将进一步增加，尤其是服务贸易业。外资在相关产业的大量涌入势必挤占国内同类行业的生存空间，甚至对经营管理相对弱势的我国企业而言可谓是一次严峻的生存危机。

2. 风险责任自担，对政府公信力的一次大考

如前文所述，负面清单是一种排除法的投资准入管理方式，而无论出于什么样的理由，只要采用排除法的运作方式，所有的责任、风险都由我们出单方自己来承担；如果反悔，将是一个国家诚信的丧失。可以预料，未来中国进入全球化的舞台势必会遇到非常大的壁垒，国际经济和贸易的竞争会空前激烈。我们必须清醒地认识到负面清单本质上是中国政府对世界、对外国投资者的法律承诺，那么在无孔不钻的投机资本存在的情况下，如何防范风险、如何规范制度，如何提高监管效率，都是未来我们必须直面的问题。

3. 现有法律框架束缚重重，对改革的彻底性存在隐忧

负面清单管理模式的相关要求与我国现行的法律制度肯定存在抵触，单就存在抵触的法律法规就多达十几项。如果严格按照这些法律法规，上海自贸区的建设将面临困扰。正是在这种背景下，国务院才提请全国人大给予上海自贸区以法律豁免，可以暂不执行有关法律。但是，中国今天的改革与上世纪 80 年代初期的改革有所不同，30 年多前的改革，法律法规尚不健全，改革的自由度比较大，今天，我国已经宣布社会主义法律体系已经形成，在经济领域各方面的法律法规在形式上显而易见，已经比较健全，我们当然不能无视这些法律法规的存在；但问题又在于，应该看到过去相当一部分经济贸易法律法规是由相应的政府部门担纲起草制定的，是由部门起草立法稿交由立法部门通过的，因此往往更多地体现了政府审批的色彩，其中不少条款不仅不符合国际惯例，也与今天迅猛发展中的经济局面不相适应，有的反而成了推进改革的阻力。常言道：“牵一发而动全身”，随着负面清单的出台和相应改革必然会带来对现行法律体系和相关法律法规的冲击；极而言之，如果仅仅在现有法律框架内进行改革，往往捉襟见肘，处处抵牾，这种改革将是不彻底的，也是难以收到理想效果的。

（二）上海推广的不足之处

1. 负面清单庞大无比

上海自贸区负面清单罗列的 190 项特别措施中，禁止类 38 项，限制类 152 项；以往指导目录中，禁止类 36 项、限制类 78 项、鼓励类中的限制措施约 43 项，共约 157 项。经过比对分析，发现两者的吻合度居然超过 100%！固然，其中有的分类不能完全一一对应，但

指导目录中所有的禁止、限制投资产业却都体现在了清单里，清单里的禁止、限制投资产业以及管制措施甚至更多。也就是说，清单里的限制产业和管制措施甚至比目录犹有过之！

2. 政策设计模式存在缺陷

据媒体报道，上海自贸区的负面清单是上海市有关方面制定的，国家商务部、发改委只是负责“指导、支持”。这不得不让人产生疑问：如此高端的政策设计，牵涉面如此之广、影响力如此之大，地方政府怎么能够担纲？这不是涉及能力问题，而是上海市怎么能够协调得了各个中央部门的政策？所以出现了只能把现成的目录原文照搬，有关行业管理规定全盘吸纳，还不得不再吸收一些部门新增加的规制等情况。据悉，商务部把自贸区总体方案向25个中央部委征求意见，得到63条具体回复和修改意见，估计某些意见已经体现在负面清单中了。可如此一来，这个清单也就变成了不伦不类的怪胎，不但没有突破，反而徒遗笑柄。

3. 负面清单辐射范围狭窄

上海自由贸易试验区目前只有28平方公里，若所有的贸易、投资自由化措施，都是局限在这些“海关特殊监管区”里，恐怕意义并不大，也很难就此打造中国经济的“升级版”。目前拟议中的负面清单只是针对外资的，即使复制到自贸区外，是否也仅是外资的负面清单？投资管制只改外资不改内资，似乎不是政策设计者的初衷；但如果要复制到自贸区外，是否在区内就应把内资一并考虑在内？如此，则应同时暂停实施《公司法》某些条款及目前的企业注册登记制度、投资审批制度才对。试看今日之国内，工商注册登记已成为全球市场经济中最严的企业创立管制。在如此严格审批的企业注册登记之下，要比放开企业登记的国家 and 地区，如我国香港，问题要多得多，可见，投资审批作为计划经济的遗留极为根深蒂固，犹如“九头之鸟”，难以动摇。若自贸区的改革不涉及此，则似乎是重大遗漏，也不利于此后的“复制、推广”。

4. 限制或禁止准入的设定标准不明

此次中国（上海）自由贸易区能够从负面清单入手来解决困扰企业多年的行政审批之顽疾，确实是一次了不起的进步。但是在这些负面清单背后，其实我们还可以追问另外一个问题：这些行业为什么需要限制准入或者禁止进入？必须言之有据，有充分理由。尤其需要注意的是，自由贸易区的立脚点是吸引国内外的资金，那么负面清单的参照物应当是国外——尤其是和中国有竞争关系的国家和地区，而不应该只是此前国内适用的《外商投资产业指导目录》。从这个意义而言，负面清单仅仅是政府向企业放权让利迈出的第一步，真正要解决负面清单问题，恐怕还是得涉及政府和市场的深层次边界划定问题：哪些是政府要做的，哪些是市场自己能够解决的？需要有自己的理论定见，有充分的理由自信；在行政权自身需要定位、需要改革的当下中国，尤其需要注意真正科学厘定它与市场的关系。

（三）向全国推广值得注意的事项

上海自由贸易区的改革已经引起国内外的关注，其他地区，尤其是沿海改革开放地区争相呼应，一些省市也已经或者准备向中央提出建立自由贸易区的报告。负面清单制度也已经为这些省市所模仿。因此，如何推广上海经验值得关注。

1. 推进负面清单的同时注重消除隐性壁垒

负面清单是不能享受国民待遇的黑名单，负面清单之外，外国投资者及其投资享有不低于相似情形下给予本国投资者及其投资的待遇。也就是说实行负面清单的管理模式意味着外

资企业、国有企业、民营企业都有权进入没有明令禁止的行业。但这并不意味着各类所有制企业从此就真正实现了公平竞争。殷鉴不远，民营企业早已被获准进入某些国有经济占主导的行业，但至今在那些行业中，民营经济的影响力仍然非常有限。这诚然与民营企业自身的各方面实力有关系，但更与存在各类隐性壁垒密切相关。因此，负面清单出台需要与项目核准、行政管理、公共财政、金融支持等方方面面的配套改革及时跟进，否则负面清单无疑画饼充饥，落入与非公 36 条实施中出现的类似的尴尬境地。

2. 放开准入前审批的同时加强准入后监督

上海自贸区负面清单投资准入管理模式的推行意味着传统审批制的终结，标志着我国正在逐步探索建立“以准入后监督为主，准入前负面清单方式许可管理为辅”的投资准入管理体制。事前审批的放开意味着政府工作重心的后移，为营造安定和谐的市场服务环境，构建公平合理的市场竞争秩序，政府必须转变监管思路，“宽进严管、加强监督”，充分主动地履行其宏观调控和市场监管职能。为在自由贸易试验区内加强风险管控，政府除及时制定和调整负面清单、完善国家安全审查制度外，还将通过反垄断审查、金融审慎监管、城市布局规划、环境和生态保护要求、劳动者权益保护、技术法规和标准等手段，构建风险防御体系。可以说，任重而道远！

3. 迈开大步向前进的同时立足积累可复制经验

有些人士担心，通过直接修法的方式让“负面清单管理”成为全国通用的模式，可能会冲淡了上海自贸区的意义。其实，这个担心是没有必要的。今日的中国，已经与改革开放初期有很大的不同，那个时候由于对好多改革吃不准，因此需要先在某些地区试验，这样即使试错了也不会有太大影响。但今天，深化改革已成为全国人民共识，一项过时的法律制度既然在试验区成为必须废弃的障碍，很难设想它在别的地区会发挥正面作用。目前，世界各国对外资的吸收都高度重视，全球资金处于高度流通之中，哪里政策宽松，环境开放，有投资前景，哪里就能成为外资进入的“洼地”，既然我们认准了“负面清单管理”是一种能够提高效率、促进经济活跃的模式，就没有必要限制在部分地区推行，应该大张旗鼓地让它在全国通行。这样，各个地区也能在同等条件下展开吸引外资的竞争，一个地区只要具有竞争力，就一定能够脱颖而出。形成“可复制、可推广的经验”，是国务院对上海自贸试验区最基本的要求。目前上海自贸区的负面清单，只是将国内各个领域限制或者禁止类的内容汇总一起，形成了清单。但是如果推广到全国的话，则各个部门限制、禁止等领域的内容可能要汇总为新的负面清单。因此，当务之急，必须对其中最为重要的《外商投资产业调整目录》、《产业结构调整指导目录》等目前实际有效的重要文件进行必要的修改。

适度放权与有限监管的模式创新 ——上海自贸区建设的法治观察

安徽大学法学院 陈宏光*

一、自由贸易试验区的观察视角

为了拓展对外开发的路径与顺应全球经贸发展新趋势,上海正积极推进自由贸易试验区的项目建设⁵⁵。上海自贸区是中国大陆境内设置的具有开拓性的自由贸易区。国务院于2013年8月批准设立中国(上海)自由贸易试验区,以上海外高桥保税区为核心,辅之以机场保税区和洋山港临港新城,以推动上海市转口、离岸业务的发展。这一举措使该区域成为了中国经济发展的新型试验田。2013年9月29日,上海自由贸易区正式挂牌。

从上海自贸区的功能定位上看,上海自贸区的总体目标是,经过两至三年的改革试验,加快转变政府职能,积极推进服务业扩大开放和外商投资管理体制改革,大力发展总部经济和新型贸易业态,加快探索资本项目可兑换和金融服务业全面开放,探索建立货物状态分类监管模式,努力形成促进投资和创新的政策支持体系,着力培育国际化和法治化的营商环境,力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区,为我国扩大开放和深化改革探索新思路和新途径,更好地为全国服务⁵⁶。上海自贸区的主要任务是,加快政府职能转变、扩大投资领域的开放、推进贸易发展方式转变、深化金融领域的开放创新以及完善法制领域的制度保障等五个方面。换言之,在对内方面推动政府从审批型向监管服务型的转变,要素价格市场化(包括利率、汇率等),推动央企和国企改革。在对外方面尽快完成从2008年开始的中国双边投资协定谈判(BIT谈判),促使发达国家认可中国市场经济地位,尽快加入到新一波区域资本、贸易和服务的协定谈判中去。

上海自由贸易区是根据相关法律、法规在上海设立的区域性经济特区。它是中国大陆境内设立的第一个自由贸易区,在带动上海乃至中国的发展方面起着不容忽视的作用。从上海自由贸易区挂牌成立至今,还存在着许多需要完善的地方,本文从自由贸易区的政府规制等方面,探索适合其发展过程中的法治问题。

二、自由贸易试验区的法治实验

(一) 政府职能的转型与转变

自贸区的建立降低了政府审批权,减小权力寻租的空间,推进的政府职能的转变,从许可、监管,调整为服务、促进。允许上海先暂停一些全国性法律,是为监管松绑,给地方更多的权力。

自由贸易区的特征和优势在于区内经济活动具有极高的自由度,自由贸易区也是目前世界上经济运行自由度最高的特殊经济区域,经济运行的高效率是自由贸易区赖以生存的根

* 陈宏光(1963-),安徽大学法学院教授,博士生导师。在本文写作过程中,安徽大学法学院宪法学与行政法学专业研究生范文、郭守俊、张玉婷进行资料收集与整理,对文稿形成作出贡献。

⁵⁵ 中国(上海)自由贸易试验区,China(Shanghai)Pilot Free Trade Zone,简称上海自由贸易区或上海自贸区。

⁵⁶ 《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》,国务院国发(2013)38号

本。政府在自由贸易区的发展中的作用是不能忽视的，特别是在自由贸易区初创时期，政府的支持和参与力度在很大程度上决定着自由贸易区的发展前景。政府不仅承担了规划设计、基础设施投资的功能，还直接参与招商引资。这些对保税区的初创和发展是有必要的，其中政府的积极作为对自由贸易区的快速成型、步入发展正轨具有重要意义⁵⁷。但随着自由贸易区进入不同的发展阶段，随着区内经济发展对政府管理需求有了变化，政府的相应角色和职能的范围也应该作出必要的调整。例如审批制度，过多的行政审批，束缚企业手脚，妨碍市场公平，降低经济效率，严重制约市场经济体制的进一步建立和完善，妨碍国家经济在世界经济一体化和经济全球化条件下的竞争能力。政府应逐渐放权，同时寻求监管与放权的平衡，加快转变政府职能。

（二）法治观念的坚守与变革

重大改革模式以往是行政领导人拍板、政策先行，往往无所顾及法律权威性。上海自贸区的创设过程的重要流程是“国务院提请全国人大授权暂停实施有关法律规定”⁵⁸。而且，上海自贸区的总体方案必须再通过有关法律程序后才能对外公布。这些前置程序说明了对法治底线的坚守和对法治观念恪守。⁵⁹

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：第一，明确了全国人大授权主体是国务院。（2）明确了授权的范围是上海的四个区域。（3）明确了授权的时间是年。（4）明确了11条暂时停止实施的法律条文。⁶⁰“上海自贸区”不是国家法律之外的区域，当今的国家领导人提出建设“特区”必须先有授权，完成程序才能实施。我国《宪法》规定国务院享有“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权”。我国《立法法》规定，全国人大有权授权国务院制定具有法律意义的行政法规（暂行条例或者暂行办法）。同理，暂停行政法规的实施，由最高国家权力机关依法行使或者授权行使。这次立法授权成为中国法治史上一次生动的宪法解释活动。⁶¹

（三）政府管理的负面清单模式

从法理角度看，法律未做限制或者禁止性规定的可视为权利；从立法技术角度看，法律规范明确规定的权利是受法律所保障的；这是正反两种思维观念与管理模式。我国对外资管理模式采用的目录式管理，即正面清单。按照《外商投资产业指导目录》规定的范围进行规

⁵⁷李奇，自由贸易区建设的目标模式与地方政府的管理创新研究，吉林大学博士论文，第134-135页

⁵⁸ 2013年8月16日国务院总理李克强主持召开国务院常务会议，讨论通过拟提请全国人大常委会审议的关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区等国务院决定的试验区域内暂停实施有关法律规定的决定草案。为推进中国（上海）自由贸易试验区加快政府职能转变，探索负面清单管理，创新对外开放模式，会议讨论通过拟提请全国人大常委会审议的关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区等国务院决定的试验区域内暂停实施外资、中外合资、中外合作企业设立及变更审批等有关法律规定的决定草案。中国商务部于2013年8月22日下午发布消息称，为推进中国（上海）自由贸易试验区加快政府职能转变，探索外商投资负面清单管理，创新对外开放模式，国务院已提请全国人大常委会，审议并决定在试验区调整部分法律规定的行政审批和事项。《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》将在完成相关法律程序后公布。

⁵⁹中国商务部于2013年8月22日下午发布消息称，为推进中国（上海）自由贸易试验区加快政府职能转变，探索外商投资负面清单管理，创新对外开放模式，国务院已提请全国人大常委会，审议并决定在试验区调整部分法律规定的行政审批和事项。《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》将在完成相关法律程序后公布。

⁶⁰ 2013年8月30日第十二届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过，《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》。

⁶¹ 网络观点，网址为<http://www.zhihu.com/question/21289233>，卫新，上海星瀚律师事务所主任。

制。与此相反，采取“负面清单”方式进行管理，则是没有列入负面清单的都可以做⁶²，而且外资企业享有准入前国民待遇⁶³。上海自贸区采取负面清单管理模式是引人注目的制度变革与尝试。

上海自由贸易试验区管理的负面清单的管理措施有 190 条，相对于产业小类 1069 类来讲，仅占 17.8% 的小类有特别的管理措施。⁶⁴没有列入负面清单的外商投资一般项目，最快 4 天可以拿到营业执照、机构代码和营登记。根据我国所处的经济社会发展阶段、政府监管体系等国情，《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》提出，对负面清单之外的领域，按照内外资平等待遇原则，将外商投资项目由核准制改为备案制（国务院规定对国内投资项目保留核准的除外），由上海市负责办理；将外商投资企业合同章程审批改为由上海市负责备案管理，备案后按国家有关规定办理相关手续。

负面清单管理模式的意义至于重新定位了政府与市场的关系问题。当前，负面清单是针对跨国企业、跨国金融机构进入中国开展业务的清单。这种模式充分的利用和释放了市场的能量，在不触及到危机国家安全、金融体系稳定，社会的和谐等重大问题，让市场“自由”发挥其能量。随着市场化机制推进，这种模式优势将会彰显。

（四）政府监督的制度建设创新

上海自贸区法治建设，是以建立与放开准入相一致的规则体系，推进实现以激发活力、形成秩序、方便解决争议的法治环境。上海自贸区建设涉及投资、金融、法律等多个领域，其中最核心的是建设一个国际化、法治化的市场环境，为上海自贸区的发展提供制度保障。国家对自贸区创新监管模式的“一线放开”、“二线管住”，符合改革开放大局，也是上海自贸区运行的底线。制度建设需要进展制定规则，对于有关市场准入、国民待遇、负面清单、安全审查、清洁环境等问题，应尽早形成规则和标准。从这个意义说，确立负面清单管理体制的本身就是一项具有法治意义的制度创新。

1、法律规则的停摆与再创

为解决有关法律规定在上海自贸区内的实施问题，在提请全国人大常委会审议的相关决定草案，对《外资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《文物保护法》这 4 部法律的有关规定，在上海自贸区范围内暂停实施，时间为 3 年。三资企业法都设置了前置审批程序。而自贸区的做法完全不同于我国现有的行政审批的做法。负面清单管理制度的确立，是事前审批制转为事后监督制的转折点。现有的法律框架既然无法满足自贸区的发展要求，立法的完善也就迫在眉睫。在现行法律框架内不能满足上海自贸区的法治需要，就应当即时进行立法跟进。

上海自贸区的基本运行规则应当通过国家立法来解决。因为法治建设是国家战略，上海自贸区的法治建设必须立足于国家法治建设的高度认识这个问题。在区域建设的具体事务方

⁶²负面清单（negative list）又称消极清单、否定列表，是一个国家禁止外资进入或限定外资比例的行业清单（list of industries）。在这份清单上，国家明确开列不予外商投资准入或有限制要求的领域，清单以外领域则充分开放。与其相反的“正面清单”（positive list）是国家明确允许外商投资准入或有限制要求的领域，清单以外领域不予开放。

⁶³准入前国民待遇（pre-establishment national treatment）则指外国投资者在投资发生和建立前便开始享受与本国投资者相同的待遇。在传统的投资管理模式中，国民待遇通常在投资完全建立后才能开始享受。

⁶⁴涉及到国民经济的 18 个门类，89 个大类，419 个中类，1069 个小类，高尔夫球场、网吧、博彩业、色情业等在负面清单罗列的被禁止的内容。

面，地方根据自身特点进行制度框架的构思，中央政府则应当有创新意识和法治思维。从立法与制度建设方面寻找解决法律冲突的法治路径。我们应当认识到，授权立法的创制性特征能够充分发挥其适应性。

2、管理方式的适应与创新

在创新行政管理方面，上海应当遵循国际规则，以问题为导向，改革在先，放胆试验，让上海自贸区实施有关行政审批职能，建立受理、综合审批和高效运作的服务模式。建立完善信息网络平台，建设协同管理的创新机制。提高行政透明度，保障投资者参与、符合国际规则的信息公开透明原则。完善投资者权益有效保障机制，根据国家法律规定和授权，在取消对国内外投资不必要的限制、实现各类投资的公平竞争、允许符合条件的外国投资者自由转移其投资收益等方面，明确程序和对当事人的各项具体要求。

有效的权力运行机制，依赖于清晰的规则、衔接的机制、完善的制度。上海自贸区应当建立与其体制相适应的行政监管体制，在各项行政管理与经济活动领域，实现有效监管。同时，鼓励社会力量参与市场监督，加快形成符合上海自贸区发展需要的良好法治环境。上海自贸区法治建设中，要注重建立健全争端解决机制，这是法治建设不能缺少的环节。仲裁是贸易和投资领域被各国和各国际性经济组织所普遍采用的争端解决方式，仲裁具有专业、高效、周期短、技术性强的特点，体现了自愿、协调和自我约束的原则，仲裁也应当成为上海自贸区争端解决的首选方式，发挥“商事调解”在上海自贸区争端解决方面以及市场秩序的稳定方面的积极作用。

3、法律体系的构筑与完善

全国人大尚未对自贸区基本法进行规定，在国务院提请全国人大授权暂停实施有关法律规定之后，上海自贸区挂牌之前，上海地方人大做出了相关上海地方性法规的暂停实施的决定，工商总局、银监会、保监会、文化总局、交通运输部、文化部等对上海自贸区制定新的行政规章，上海市政府也制定了中国(上海)自由贸易试验区管理办法、外商投资企业备案管理办法、外商投资项目备案管理办法、境外投资项目备案管理办法等一系列地方政府规章，使得创设初期的上海自贸区有了一个基本法律框架的规范体系。这是法治社会建设的一个典型范例。由于地方性法规的法律位阶低于法律，应当加快立法或授权立法。明确其优先适用效力以及解决法律冲突的原则。加快法律清理活动，以完善自由贸易区的法律体系。

三、自由贸易试验区的政府角色

(一) 创制特色性的法治规则

依法治国的前提是有健全的法律依据，从十八届三中全会的会议决定可以看出，国家领导人对法律的重视程度已经与日俱增。但是，关于上海自贸区的法律、法规却很少，目前除国务院印发关于《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》外，相关政策法规还不够完善。因此，从根本上想要促进上海自贸区的发展，就需要规范相关的法律法规。在法律法规的制定方面，上海市政府应该在总体方案下制定一些实施细节，让总体方案能够更好的适应上海自贸区的发展。⁶⁵

除了上海市政府制定的相关规章以外，政府在一定程度上需要将权力下放，让相关企业、

⁶⁵张炳水著：《保税区转型及政府的管理与服务功能研究—以天津港保税区为例》，天津师范大学公共管理硕士学位论文 2012 年 5 月，第 33 页。

事业单位等社会组织也能加入到相关政策的制定上。社会组织对本行业的现状及发展的认识相对于政府来说可能更为全面，因此，政府有必要借助它们的力量来使法律法规及其政策更加适应上海自贸区的发展现状，做到对症下药。政府可以允许相关社会组织制定本行业内的相关发展条例，维护本行业的合法利益，促进本行业的健康发展。

于此同时，要注意在上海自贸区内的行政法治变通。例如，对《行政许可法》中的许可事项加以变通执行。这样可以更好的为自贸区的发展提供相适应的法律保障。

总体来说，中央负责宏观上的决策和立法，而上海市政府则需要联合相关社会组织对其进行细化和完善，组织协调自贸区开发建设。

（二）设立适应性的管理组织

1943年，美国为了更好地促进对外贸园区的发展，成立了对外贸易园区委员会，负责具体工作的实施，并取得了一定的效果。⁶⁶在上海自贸区，也可以借鉴这一发展策略，建立相应的自贸区委员会（或者其他专门机构）。该委员会的主要工作是负责法律、法规的执行，对自贸区内的企业、事业单位等进行监督，发现自贸区内出现的问题并提出解决方案等等。这样做的好处在于能针对自贸区的现状快速、高效地提出相应的处理办法，与国际接轨，使自贸区能更为顺利的运转。

（三）定位服务型政府职能

十八届三中全会强调，政府和管理社会的过程中应放权，把目光更多的集中在宏观调控上，让企业能够拥有更多的自主权，使政府从经济活动的参与这转变成经济活动的管理者，做到政府管理与市场运营相结合。上海自由贸易区的设立就是这一政策的体现。首先，政府在规范上海自贸区的过程中应广泛听取民意，在政策法规的制定过程中贯彻更为彻底的听证制度，让公民能参与到决策的制定中。其次，政府要在财政上对自贸区的发展加以支持，对部分企业或行业实行免税或者减税政策。再次，政府要做到财政公开，建立相应的电子政务，加强电子信息联网，相关政府工作都能在网上查阅。这样不仅有利于建立无纸化政府，保护环境，还能促进公民对政府的网上监督。最后，简化政府审批的程序，深化行政审批制度改革，做到政企分开，让更多的企业能快速进入上海自贸区的大家庭中。可以从几个方面探讨问题。

1、征税改革问题。为了促进自由贸易区经济的发展，政府会采取一些财政税收方面的优惠政策，鼓励企业在该贸易区内的投资。一般情况下，政府会出台相关的免税、保税、退税、减税政策。笔者建议，在上海自由贸易区内，除以上政策的实施外，还应给企业以一定的选择权，保证企业在交税的同时又能从有利于自身的角度出发，选择所交关税的种类。例如，企业可根据自身发展需要选择按原材料或者成品、半成品来交纳相关关税。这是一个政府和企业双方获利的政策。政府既获得了相应税收，企业也有了一定自主权，可以根据自身发展需要，选择更有利于自身分税种。

2、特业政策问题。相关特殊行业应当放宽准入政策。对银行、保险、医疗律师服务等特殊行业的准入制度加以改革，允许部分外资的融入。鼓励中外合资。我们知道，在中国大陆，目前对于银行、保险等部门的准入把控是很严格的，但是在上海自贸区，相关准入政策

⁶⁶石良平、周阳著：《试论中国（上海）自由贸易实验区海关监管制度的改革》，上海海关学院学报 2013 年第 4 期，第 4 页。

可以加以放松。这样做不仅能促进上海自贸区多方面多层次发展，同时也为中国其他地区特殊行业的改革提供了一个“实验田”。此外，在自贸区中放款准入政策还能吸纳外国先进经验，为中国境内相关行业的改革提供了契机。

3、审批制度改革。审批的目的在于让企业在进入市场之前就具备强大的应对风险能力，使企业能符合政府要求，从而更好的服从政府管理。而上海自由贸易区的存在不是为了加强政府的规制作用，而是给予企业更多的自主权。基于这一目的，政府需要在企业入市审批环节加以放松，简化审批程序，提高审批效率，消减不必要的审批环节，让企业先有机会走进来，再进行发展，从中获利，带动贸易区内各行各业的发展。

4、软件服务方式。政府服务不应只停留在政策的服务上，还要升入贯彻到方方面面。在“硬件”设施上，政府应提供相应的资金，帮助相关企业完善基础设施，例如，提供资金帮助企业聘请相关专家等。在“软件”方面，政府应帮助企业完善相关制度及信息建设，帮助企业获取必要的行业信息，为企业提供相应的法律援助等等。但是，大前提是政府不能干预企业管理。也就是说，在企业求助于政府帮助的前提下，政府方可向企业伸出援助之手。政府不能主动提供“软件”方面的帮助。

（四）创建抑制型的监管理念

上海自由贸易区应突出“自由”二字，但自由并不意味着完全无节制的开放。在自由之上还需要相应的管理和监督加以制约。

在管理方面，首先是要建立“园区化”的服务模式。该模式是指企业在一定程度上只需向一个有关部门进行申报，由相关部门进行内部协商和接洽，帮助企业更快速的办理相关手续，使企业能更便捷的进入上海自贸区。在企业的准入检验上，上海政府也应该加以削弱，让市场的“优胜劣汰”发挥更加重要的作用，给每个企业以公平的起点，让企业内部形成良性竞争。其次，建立信息共享机制。政府要协调各机构之间的关系，使海关、工商、税务、投资管理等各个部门之间相互配合，形成信息资源共享机制。目前我国跨部门资源共享机制建立尚不完善。而上海自贸区是一个很好的突破口，在这样一个实验区建立一个信息含量大、沟通效果好的共享机制能更有利于促进各部门之间的通力合作，使各部门之间取长补短，达到资源共享、对外一致、相互协作的效果，同时也减少了各部门之间相互推诿的状况。

在监督方面，政府在提供服务的同时并不能完全放弃监督。政府的服务应该是一种“事前、事中”服务，而监督应该是“事中、事后”监督。因为想要促进上海自贸区的发展，就应该以服务为导向，辅之以监督。先放宽政策，让相关企业能够有机会走进来，让市场对其进行规制，在企业运营过程中给予一定的帮助。这种帮助包括财政上的和政策上的。当企业真正进入正轨以后，政府就要对其进行必要的监督了。因为市场的调节作用并不能有效的规避所有风险，政府作为“有形的手”需要帮助市场共同监督企业的运营。政府在发挥监督作用的同时，也要充分发挥广大群众的监督作用，政府应建立专门的群众监督网站，对于人民群众在监督过程中发现的问题进行及时的反馈和解答。在企业进入自贸区之时的事前监管虽然需要减弱，但不意味着可以完全消失。这种监管可以从实质上的缩小准入口转变为对其进行准入记录。该准入记录可以成为日后评估该企业的凭证。这也意味着企业在进入市场之前已经有了一份全方面的记录，该记录类似于公民的档案，伴随企业信誉，成为评判该企业的重要参考标准。

（五）建立整合型的解纷机制

建立适合于上海自贸区的、具有整合功能的调解、仲裁或者裁决等纠纷解决机制。企业的运营过程中，难免会出现企业之间的纠纷，而就纠纷的出现需要相关体制加以解决。政府在纠纷解决中可以扮演一定的角色。由于上海自贸区身份较为特殊，需要建立与之相适宜的特殊纠纷解决机制。从宏观上来说，可以根据不同的企业类型制定不同的纠纷解决机制，对于外资投资的公司与中外合资企业的纠纷解决机制可以有所差异。由于上海自贸区企业类型较广，在使用较为统一的纠纷解决机制时可能会出现顾此失彼的局面，所以建立更为细致、更为全面的纠纷解决机制是国务院以及上海市政府应为上海自贸区做的分内之事。

政府作用的发挥远远不止以上这几个方面，然而，我们相信，上海自由贸易区将在政府的扶持下更好的发挥其作用，带动上海乃至整个中国的经济发展。

作者简介：陈宏光，安徽大学教授、法学博士、博士生导师。安徽大学法治政府创新团队负责人。研究领域是行政法学，重点研究政府法治问题。任中国行政法学会、中国宪法学会理事；安徽省行政法学会、立法法学会副总干事；合肥市依法行政研究会副会长等。聘为安徽省政府法律顾问、立法咨询员；安徽省、合肥市人大常委会立法咨询专家；合肥市、六安市、淮北市、阜阳市、淮南市、马鞍山市、宣城市、安庆市、黄山市等人民政府法律顾问。

联系方式： chglaw@163.com。13956061172

论自贸区管委会的行政法地位

上官丕亮*

一、目前自贸区管委会的定位——派出机构

2013年9月29日上海人民政府颁布的《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》第4条（管理机构）第1款明文规定：“本市成立中国（上海）自由贸易试验区管理委员会（以下简称‘管委会’）。管委会为市政府派出机构，具体落实自贸试验区改革任务，统筹管理和协调自贸试验区有关行政事务。”

二、自贸区管委会现行定位的法律困境

《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第64条第1款规定：“地方各级人民政府根据工作需要和精干的原则，设立必要的工作部门。”第68条规定：“省、自治区的人民政府在必要的时候，经国务院批准，可以设立若干派出机关。”“县、自治县的人民政府在必要的时候，经省、自治区、直辖市的人民政府批准，可以设立若干区公所，作为它的派出机关。”

从我国现有法律来看，一级人民政府可以设立“派出机关”，而不是“派出机构”，“派出机构”是由人民政府的工作部门设立的。例如，《行政复议法》第十五条第一款第（二）项规定：“对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议”。

三、自贸区管委会行政法地位的界定

自贸区管委会究竟是“人民政府的派出机关”，还是“政府工作部门的派出机构”，还是其他？

* 苏州大学王健法学院教授，宪法学与行政法学教研室主任。

自贸区不具有独立的行政法治意义 及几个相关法律问题

刘松山*

自从国务院决定设立上海自由贸易区以来，有关自贸区法律制度的研究一下子成为热门话题。自贸区能不能实行独立的具有特色的行政法治，也是一个值得讨论的问题。本文的观点是，自贸区不具有独立的行政法治意义。这有以下几个重要原因：

1、自贸区不是一级行政区划。

这个问题决定了自贸不能设立相当的国家政权机关，也不能享有自己的立法权，建立独立的法律制度，因而无法实行独立的行政法治。

实行独立的行政法治，有一个重要前提，就是在该区域是独立的行政区划，在这个区划内有自己的政权机关。同时，在这个区划内，相应的政权机关还有自己的立法权，建立起自己的法律制度，再在这个基础上实行有别于其他行政区域的行政法治。香港、澳门两个特别行政区，有自己的政权机关和法律制度，所以，它的法治是高度自治的，有自己特色的。民族自治地方也是独特的行政区划，民族自治地方有自己的自治机关，可以制定自治条例和单行条例，所以，可以实行一种民族区域自治的独特的法治。除了这两个特殊情况外，我国还设立了几个经济特区，经济特区有自己的政权机关和特区立法权，所以，可以说，特区的法治也是有自身特点的。现在，我们设立了浦东新区、滨海新区以及其他一些地方的所谓新区，这些新区有了自己的政权机关，但是，它们没有相应的立法权，所以，很难说它们的法治具有特殊性，实际上只是允许它们在改革开放方面做些先行先试和探索罢了。

自贸区不是一级行政区划，它只是国务院在很小的范围内设立的一个从事自由贸易的特殊区域，其性质和1984年左右设立的一些经济开发区差别其实不大，只不过是它大大放开了从事自由贸易的特殊事项，在行政许可的条件和程序上做了一些放松，其他并没有什么特殊性，我们现在对这个东西的反映和期许甚至担忧，我个人觉得有些过度了。如果以法治的特殊性来衡量的话，我个人觉得，自贸区的法治独立性的程度都应当远远低于特别行政区、民族自治地方和经济特区，不必反映过度。因为它还没有成为一级特殊的行政区划，没有自己的特殊政权机关，也很难有条件自己建立起一套特殊的法律制度，所以，它的法治包括行政法治的特殊性，是缺乏基础的。

如果完全靠中央给它输送特殊的法律制度，也比较困难。中央现在全它的法律制度的优待实际只限于行政许可方面的个别事项，至于将来的行政监督、行政组织包括司法组织、司法制度等事项，能否给它设立一些特殊的法律制度，其实是很难的。如果要搞一些特殊的东西，首先得把它设立为一个特殊的行政区划，在这个特殊行政区划内允许它搞不同的制度，这个牵涉而就太大了，不太可能。

2、自贸区不具有独立的制度基础。

* 刘松山，华东政法大学法律学院教授。

法治的特殊性取决于它的制度基础，包括政治制度、经济制度、社会制度和文化制度等等。我们现在虽然设立了一个自贸区，据说其他一些地方也纷纷想设立自己的自贸区，有不少人，据说北大的贡献田教授等人又在上书中央了，担心自贸区要使社会主义变质，也搞资本主义的一套制度，要把社会主义的一套制度往资本主义那里拖。这个说法和担心恐怕靠不住，至少还要等待相当长时间的验证。现在，自贸区内连红灯区都不让开，网络信息也受到严格管制，更不要说还开列了一系列的负面清单了，所以，我觉得，从现在的情况看，自贸区内实行的还是社会主义的制度，即使有一点探索性的东西，也不能给它扣上资本主义的帽子。它的特殊性与香港和澳门两个特别行政区肯定无法相比，甚至与民族自治地方也不太好相比，因为如果民族自治能真正搞起来的话，它的特殊性还是相当引人注目的。比如，宪法规定，民族自治地方经国务院批准，可以组织本地方维护社会治安的公安部队，如果把宪法的这一条落实到位的话，那么，民族自治地方的法治特殊性一定是非常强烈的，远远超过自贸区现在搞的这些东西。总体上是想说，自贸区的行政法治能不能具有特殊性，取决于它独特的制度基础。现在，方方面面的制度在自贸区内都没有变，特别是它的政治、经济制度和社会生活制度没有变，经济制度其实也没有变。现在，无非是通过立法，在自由贸易方面放松了一批行政管制，而且，这种管制也是相对于原来过于严格的管制制度而言的。

3、自贸区的行政法治只是探索试验性的。

从现在情况看，全国人大常委会只是决定停止几部涉外经济法律的个别条文在自贸区的实施，实际主要涉及的是几个行政许可的事项和条件。它将来搞的一些特殊的监管和税收优惠也只是探索和试验性的。更重要的是，即使国务院提出的这个停止法律条文实施的议案，也是十分谨慎的，它说，暂停实施几个法律有关规定的的时间为3年，并且要及时对试行情况进行评估，实践证明可行的，及时提出修改完善有关法律规定的建议；实践证明不宜停止实施的，及时提出恢复施行有关法律规定的建议。这些情况都说明，这种行政许可领域的个别做法，仍然只是探索和试验性的，心理并没底。所以，从这个情况看，自贸区的行政法治没有脱离中国整体行政法治的框架和约束，很难说有自己的一套东西。

4、对自贸区的有关法律问题不宜过度解读。

现在，有关自贸区的法律问题特别热门吃香，一些高校甚至成立了自贸区法律的专门研究机构。个人认为，自贸区是对外开放和经济体制改革中的一个新事物，尚不具有范本的意义，对这个事物我们对法律问题当然也应当给予关注和研究，但是，更应当冷静期待政治实践的路线。现在实践给我们提供的研究范本和资源相当有限，不必给予过度解读，甚至凭空进行过多的理论假想和制度假想，过多的解读和假想有可能会干扰实践的探索。

需要说明和值得注意的几个问题：

1、自贸区有没有损害宪法确立的国家基本经济制度？

有不少人怀疑或者上书中央，说自贸区已经损害国家的基本经济制度，或者将要使国家的基本经济制度改变颜色。问题远没有那么严重。自贸区只是在一个很小的局部范围估生些经济贸易领导的行政许可改革探索，它针对的是行政许可，而不是基本经济制度，即使在一些金融政策方面做一些改革，无论从量还是质方面看，也没有伤及国家的基本经济制度。自贸区与资本主义距离还很远。

2、国务院有没有权力批准设立上海自贸区？

有人说国务院没有权力批准设立自贸区，说是先斩后奏，甚至危言耸听说是篡夺了中央其他机关的权力。其实也不存在这个问题。根据宪法第 89 条的规定，国务院连县级、地市一级的行政区划都有权批准建置，就是批准设立自贸区作为地市一级的行政区划，国务院也是有权的。宪法第 89 条还规定，国务院有权批准省、自治区、直辖市内的区域划分，有权领导和管理经济工作，有权统一领导各级行政机关的工作，规定中央和省级行政机关职权的划分，还有权发布行政决定和行政命令。这些规定都决定了，国务院有充分的宪法依据，来批准设立自贸区，并决定在自贸区内实施的一些特殊经济政策和经济措施。自贸区只是直辖市内一个特殊的经济区域，由国务院来批准设立是完全适宜的。

全国人大常委会有没有权力决定几部法律的规定在自贸区的实施？

在学术界包括宪法学界，都有人提出，说全国人大常委会无权批准几个涉外法律的有关规定在自贸区内实施，甚至说人大常委会的这个决定侵犯了全国人民代表大会的立法权，因为这几部法律是全国人大制定的基本法律，常委会无权决停止实施。

这也是一个严重的误解。根据宪法和立法法的规定，基本法律由全国人大制定，当然也有权制定非基本法律，而常委会制定的只能是非基本法律。在代表大会闭会期间，常委会有权对全国人大制定的法律的部分条文作出补充和修改，但前提是，不得与该法律的基本原则相抵触。那么，如何看待常委会对代表大会制定的几部外资法律中有关规定作出停止实施的决定呢？这有几个问题需要注意：

第一，常委会没有决定对代表大会制定的整部法律停止实施，而只是对其中的个别条文决定停止实施，如何决定整部法律停止实施，就有违宪的问题了。

第二，常委会决定个别法律条文的停止实施实质上就类似于对个条文的修改。根据宪法和立法法的规定，常委会将这些法律中的某个条文修改废除，不就是在全国范围内都停止实施了吗？现在，没有将这个条文废除，而是决定在某个区域内停止实施，实际就是在某个区域内暂时废除（因为只是停止实施，不是废除，几年试验下来不行后，还可以恢复实施），连在全国范围内全部废除的权力都没有了，为什么在一个区域内暂时停止实施的权力就没有了呢？所以，常委会决定某个法律条文在自贸区的停止实施，实际就是对代表大会制定的法律的某个条文进行修改的一种特殊方式而已，不存在违宪违法的问题。

第三，常委会对几部法律中的个别条文决定停止实施，是不是违宪违法，关键是要看，这个决定停止实施，有没有与原来法律的基本原则相抵触。几部外资企业法制定的时候，它们的基本原则就是要实行对外开放，引进外资，扩大对外经济合作与交流，现在，决定几个法律条文的停止实施，非但不存在与这个基本原则相抵触的问题，相反，正是反映了这些基本法律的基本原则，这样的做法说法根本不存违宪违法的问题了。

第四，需要顺带说明的是，常委会不仅对代表大会制定的法律，还可以对找自己制定的法律，包括文物保护法等法律的个别条文，决定在某个区域停止实施。这种决定停止实施的行为，从严格意义上讲，是对法律的部分修改，是部分修改的一种特殊方式，这是中国立法中出现的新事物，将来还会出现。这种情况正反映了立法权行使的多样化，不存违宪违法的问题。

上海自贸区行政许可程序加快研究

关保英*

[内容提要] 《自贸区管理办法》第 11 条不仅是关于上海自贸区投资管理模式的创新设计,更为重要的,其是关于上海自贸区行政许可总的原则和制度确立,其中体现的行政许可程序加快精神和内涵值得我们解读和深刻领会。11 条规定的“负面清单”、“集中审批权”、“备案制”和“一次性模式”应当是自贸区行政许可程序加快的主要路径。

[关键词] 行政许可 程序加快 提升空间

《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(以下简称《自贸区管理办法》)第 3 条规定:“自贸试验区推进服务业扩大开放和投资管理体制变革,推动贸易转型升级,深化金融领域开放,创新监管服务模式,探索建立与国际投资和贸易规则体系相适应的行政管理体系,培育国际化、法治化的营商环境,发挥示范带动、服务全国的积极作用。”该规定表明上海自贸区既是一个独立的经济管理实体,又是一个在区域功能上具有诸多创新性的组织管理实体。其作为一个独立的具有创新功能的经济管理实体在管理过程中的法律适用有着自己的独特性,例如在全国普遍适用的相关行政法典则在自贸区的适用中就必然会有所变通,这从上海自贸区的设立以及上海自贸区的相关管理规则可以得到佐证。行政许可是政府行政系统管理经济和市场的重要手段之一,而当行政主体对上海自贸区进行管理时也常常会采用行政许可的手段,然而《行政许可法》在自贸区的适用则与其在其他区域内的适用是有所不同的,其中行政许可实施中的加快程序就是自贸区管理的特殊性之一。那么上海自贸区行政许可程序加快究竟应该具有什么样的内涵呢?本文试从许可程序加快的概念界定、许可程序加快的必要性、许可程序加快的路径等方面对该问题予以探讨。

一、上海自贸区行政许可程序加快的概念界定

所谓上海自贸区行政许可程序加快是指政府行政系统⁶⁷在上海自贸区的市场管理和对外贸易管理中使行政许可法规定的许可程序以及其他行政部门法规定的许可程序有所加快的一种行为状态。一则,上海自贸区尽管是一个实行较为宽松的市场运行模式和对外贸易模式的经济实体,但行政许可作为一个重要的行政管理手段在上海自贸区是客观存在着的,这是不可否认的;二则,上海自贸区的行政许可程序有着自己的特殊性。我们注意到上海自贸区由一个单一的管理委员会履行管理职能,该委员会集中了自贸区管理中的相关行政权力,这个机构的成立就意味着自贸区的管理有着区别于一般意义上的行政管理的属性,因此在自贸区之内的行政程序和相关的行政行为有着自己的特殊性,这是自贸区许可程序加快的前提之一;三则,上海自贸区行政许可程序加快使自贸区的行政许可程序近似于一种特别程序。行

*上海政法学院教授,博士生导师。

⁶⁷ 行政许可的程序从完整意义上来讲包括行政许可的设定问题,以行政许可法的规定,行政许可的设定权大多集中在立法机关手上,但是上海自贸区的管理主体是自贸区管委会,该管委会对自贸区的管理具有非常高的权威,而自贸区的行政许可程序及其运行也都集中在自贸区管委会或者上海市政府手中,所以我们认为,自贸区行政许可程序加快的主体主要是政府行政系统。

政许可法所确立的行政许可程序是一般意义上的程序，它的适用既不受地域原则的限制，也不受职能权限的限制，但是一旦进入自贸区的行政许可程序它就是一种特别程序，该程序与一般意义上的行政程序相比在诸多方面都有着自己的特殊性⁶⁸；四则，上海自贸区行政许可程序加快的适用范围是特定的，它仅仅适用于《自贸区管理办法》第2条所规定的区域，该条规定：“本办法适用于经国务院批准设立的中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“自贸试验区”）。自贸试验区涵盖上海外高桥保税区、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，总面积28.78平方公里。”即是说一旦离开该条所规定的区域，许可加快程序便不复存在。上列四个方面是我们领会上海自贸区行政许可程序加快的切入点，那么上海自贸区行政许可程序加快究竟有哪些具体含义？笔者试从下列方面予以揭示。

第一，使自贸区行政许可程序适时。在法理学中，以及在其他部门法学中程序都是一个最为基本的概念，从通常意义上讲，程序的基本内涵是相关法律主体完成某种行为的顺序、方式、环节、期限等，“程序是处理事件的过程及手续。由于程序先于权利，正义先于真实，故从控制权利的角度言，程序是为实现某一实体权利而透过系列活动、步骤、及流程的设定，俾对于决定的作成予以一定程度的控制。惟如从法学角度而言，程序乃为实现某一实体权利或发生某一效果，所从事多数法律行为的过程、方法和关系。过程是时间的概念，方法和关系是空间概念，程序就是法定的时间和空间要素所构成的一个统一体。”⁶⁹。行政许可程序也具有程序的一般内涵，它应当包括行政主体行为方式的顺序、环节、期限等。从程序的定义以及程序的内涵来看程序与时间有着密切的联系，应当说程序与时间是一对矛盾着的东西，即是说越要强调法理中的程序可能就越需要时间上的投入，反过来说某个主体实现某种行为所需要的时间成本越长，它可能越符合程序理念。以我国行政许可法所规定的行政许可程序为例，它要求行政主体必须通过一定的方式、一定的环节来完成某种行政行为，在环节越多的情况下，时间成本也就越高：“时间是一种稀缺资源，或者用依据流行的谚语来表述——‘时间就是金钱’。时间的价值决定于它的运用和与它一同被使用的互补性资源。”⁷⁰以此而论，行政许可程序中的时间要素是一个本质性的要素，是框定行政许可内涵的一个不可以忽视的要素，当一国在行政程序法中对行政许可程序进行设计时，它也常常与相应的时间概念联系在一起。例如，我国行政许可法第42条规定：“除可以当场作出行政许可决定的外，行政机关应当自受理行政许可申请之日起二十日内作出行政许可决定。二十日内不能作出决定的，经本行政机关负责人批准，可以延长十日，并应当将延长期限的理由告知申请人。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。依照本法第二十六条的规定，行政许可采取统一办理或者联合办理、集中办理的，办理的时间不得超过四十五日；四十五日内不能办结的，经本级人民政府负责人批准，可以延长十五日，并应当将延长期限的理由告知申请人。”该规定表明在行政许可中时间的长与短并不是一个无关紧要的问题，在我国行政许可法出台之前，行政许可制度并没有这样严格的期限上的限制，该法之所以在期限上大做文章，足以表明，在程序运作中时限的重要性，上海自贸区行政许可程序加快，是对行政许可法所规定的

⁶⁸ 我们知道上海自贸区的投资管理采用的是负面清单管理模式，而依据《自贸区管理办法》第11条规定，负面清单本身就是一种特别措施，如果从程序特性上讲，它也必然是一种特殊程序。

⁶⁹ 罗传贤著：《行政程序法论》，五南图书出版公司2004年第4版，第5-6页。

⁷⁰ [美]约翰·伊特维尔等编，陈岱孙等译：《新帕尔格雷夫经济学大辞典》，经济科学出版社1992年版，第四卷第859页。

期限的一个修正，它要求在自贸区的行政许可程序必须适时，即程序要能够在特定的时间内予以完成，当然，绝对不能够将程序的适时性理解为程序可以在相应的时间之外进行运作，甚至在有些情况下，程序时间过于缩短则不一定有利于行政主体对行政行为的调控。

第二，使自贸区行政许可程序适当。行政程序与行政行为的关系在学界尚未有一个较为深入的研究，这从国内关于行政行为法的概念可以看出，就是说在我国诸多行政法教科书中，都提到了行政行为法的概念⁷¹。与此同时，行政程序法也是我国行政法学和行政法治实践中的普遍用语，那么行政行为法与行政程序法究竟是什么关系，并没有人做出一个科学回答。这实质上牵扯到行政行为和行政程序的关系，牵涉到行政行为和行政程序法的关系。在笔者看来，行政程序实质上所指的是行政行为的程序，而行政程序法也是对行政行为实施的过程进行规范的法典，以此而论，从法律逻辑上讲行政行为是被框定在行政程序中的。具体的讲，行政行为应当以行政程序和行政程序法为转移，而行政程序则不应当以行政行为为转移。然而当上海自贸区构造新的管理模式时，位置发生了变化，这个变化就在于自贸区的行政程序以及行政程序的具体规则应当围绕自贸区政府的管理行为而展开，而不是让自贸区政府管理行为被动的适用传统的行政程序。这个变化从法律逻辑上讲似乎是不成立的，似乎是违反哲学的。但是，我们必须从自贸区的管理模式的特殊性看到自贸区的政府行为应当有较大的适时性和适当性，这就必然将传统的法律逻辑有所颠倒。正是这样的颠倒，使自贸区的行政许可程序要比用通常意义上的行政许可程序来的科学，由于自贸区的行政许可程序必须能够对应自贸区的政府行为这便要求自贸区许可要讲适当性。自贸区行政许可程序的适当性既要求该程序能够与政府的行政行为相对应，也要求它能够与政府行政行为相应的行政职权相对应，还要求与政府在自贸区的管理过程相对应。

第三，使自贸区行政许可行为简化。程序与效率的关系长期以来就是我国行政职权行使中的敏感问题，一方面我们要求行政主体在作出行政行为要受严格的程序限制，而且我们还要强调行政主体的行政程序不能够在环节和时限上有所疏漏。另一方面我们还要强调行政主体必须在行政职权行使时提高行政效率，在有些情况下我们把政府行政系统刻意的依程序环节办事的方式定性为行政上的不负责任，定性为行政上的迟延或者不作为。早在 1974 年，在我国民航系统的行政管理中就发生过一个行政案件，在该案件中一共有 13 个环节的行政主体都按照当时行政法所规定的程序完成了行政行为。正是由于各个环节中的行政主体对程序的过分强调和遵守，导致了国外某航空公司的飞机迟延 33 分钟降落，当时负责最高行政管理的国务院总理周恩来非常重视，他不但没有表扬 13 个环节中各个行政主体严格秉持行政程序规则的守法行为，反倒将他们都定性为官僚主义：“简直是官僚主义！不负责任的官僚主义！……像这类问题，需要当机立断！互相推诿，不负责任，层层上报，谁也不点头，让一件小小的放油事件闯了十三关！怎么保证安全？像这样的问题现场指挥就可以决定嘛！”⁷²从周总理对该事件的定性来看，行政职权行使中对效率的追求具有更高的价值，而对程序的遵守，则必须以行政效率为转移。进一步讲对于复杂的行政程序，如果一个行政程序中有多个主体参与，而且这种复杂的主体与主体复杂的参与行为，导致行政效率降低那这样的程序就是没有价值的。笔者曾经指出：“独效率可自行，独程序不可自行的特点使我们

⁷¹ 如应松年教授在 20 世纪 90 年代初就出版了以《行政行为法》命名的著作。参见应松年主编：《行政行为法》，人民出版社 1993 年版。

⁷² 关保英著：《行政法案例教程》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 63-64 页。

出这样的结论，程序须以效率为据。就是说，在判断程序的价值时，不需考虑其是否符合效率标准。由于每个程序都是由一定的模式和行为序列构成的，在衡量模式时必须使其规模最小化，在确定行为的序列时必须简化环节。行政法中的程序规则必须寓于效率之中，这是行政立法的一个方向。在我国传统的行政立法中，脱离效率的程序是普遍存在的，在行政执法中也是如此。”⁷³此论表明程序只有当它能够体现效率时它才能够体现价值的最大化。上海自贸区行政许可程序加快就是要将行政许可中的程序回归到效率价值中来，而使程序更加简化，这是最为根本的。自贸区管理委员会集中了若干主体的行政审批权，这就自然而然的使许可程序有所简化，进而使许可程序有所加快。

第四，使自贸区行政许可程序缩短。在我国制定行政许可法之前有些行政许可经过了相当长的一段时期，尤其在计划经济年代下，有个别行政许可甚至经历了十几年的时间⁷⁴，就是从项目的申报到项目的最后批准前后经过了十多年的时间。由于当时历史条件下我国行政许可仅仅是政府行政系统的一种职权行为，当行政系统作出行政许可事项时它既可以设定某种类型的行政许可也可以实施该行政许可，在这种情况下，即便拖上四五年也不构成行政上的违法，因为在当时行政许可并没有法律调整。行政许可法的出台则改变了原来的格局，一方面行政许可行为是否需要法律上的依据，另一方面行政许可必须在法定的期限内作出，而期限本身就是对行政许可行为必须提高行政效率的认可。《行政许可法》第6条规定：“实施行政许可，应当遵循便民的原则，提高办事效率，提供优质服务。”该条对《行政许可法》的基本定性就是要使政府行政系统的许可行为讲求效率，这在《行政许可法》相关期限的规定中表现得非常清楚。它要求行政主体必须在法定的期限内作出许可行为，虽然该法并没有明文规定行政许可的期限越短越好，但从行政权追求成本最小化和效率最大化的角度看，行政许可的期限越短就越合乎理性，从这个角度讲，行政许可程序加快便必然要求许可程序有所缩短。上海自贸区在行政许可程序缩短上有诸多新的规定，例如《自贸区管理办法》第18条第3款规定：“简化自贸区实验区内货物流转手续，按照‘集中申报，自行运输’的方式，推进自贸试验区内企业间货物流转。”

二、上海自贸区行政许可程序加快的必要性。

《自贸区管理办法》第3条不仅是对自贸区作为一个独立的经济管理实体的定位，同时其也是对自贸区区域功能的定位。该规定表明自贸区具有下列基本功能：一是推进服务业扩大开放。就服务业的范围来讲包括金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务等领域，我国在传统的市场管理中对这些服务业采取了严格的主体资格的限制，即是不具备相应主体资格的企业是不可以在上列服务业进行投资的。建立自贸区以后，要尽可能扩大服务业的开放，这便必然对相应的主体资格作出相对宽泛的规定，也就必然使行政许可的尺度有所放松。二是推动贸易转型升级。自贸区说到底是一个进行自由贸易的区域，在一般的市场机制中对外贸易受到了严格的限制，这基于一国对于自身利益的考虑，也基于一国市场化的程度。毫无疑问，我国的对外贸易从深化市场的角度来看是需要予以提升的，是需要转型升级的，通过转型升级，强化对外贸易的力度，扩大对外贸易的范围，并放宽对外贸易的主

⁷³ 关保英著：《行政法的价值定位》，中国政法大学出版社2004年版，第278-279页。

⁷⁴ 上个世纪70年代，武汉市要对江汉码头进行改造，该项工程从申报到最后的审批前后经历了14年的时间，才在上个世纪80年代中期动工。当然，该行政许可所延续的期限有些极端，但在我国计划经济年代下，延续数年的行政许可并不少见。

体资格。《自贸区管理办法》第 10 条规定：“自贸试验区根据《中国（上海）自贸试验区总体方案》，在金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务和社会服务等领域扩大开放，暂停或者取消投资者的资质要求，股比限制、经营范围限制等准入限制措施。自贸试验区根据先行先试推进情况以及产业发展需要，不断探索扩大开放的领域、试点内容及相应的制度创新措施，将服务贸易的范围和其他相关贸易的范围都有所扩大。”第 19 条规定：“在自贸试验区开展金融领域制度创新、先行先试，建立自贸试验区金融改革创新与上海国际金融中心建设的联动机制。”该条明确提出了在金融领域的开放中可以先行先试，在后续的规定中利率的市场化，外汇管理，金融主体发展等都作了明文规定。四是投资管理体制的改革，这是非常重要的一个方面，在投资管理体制中，采取了负面清单的管理模式，在该模式下只有负面清单所列举的事项是禁止投资的，而在这些事项之外，外商投资主体和中方投资主体有同等的权利和机会。此方面体制的改革有很多具体的内容和举措。五是创新监管模式，这是对自贸区管理的一个总体要求，它要求自贸区的管理应当在传统市场管理和对外贸易管理的基础上有所创新，上列若干方面都要求上海自贸区在管理体制和管理模式上都必须有新的突破，都必须以较高的效率来履行政府行政职能，上海自贸区行政许可程序加快就是在这样的大背景下提出来的。可见从总体上讲，自贸区行政许可程序加快是非常必要的。

第一，自贸区管理去行政化的需要。我国的市场经济是在计划经济的基础上和前提下发展起来的，这便使得我国政府行政系统在对市场经济的管理中还经常采用行政手段，甚至可以说我国市场管理的基本逻辑还是以行政权为核心的逻辑。无论从管理体制来讲还是从政府行政系统在管理过程中所采用的手段来讲，都有非常明显的行政性，也正因为如此，我国学者近年来在有关市场管理中提出了去行政化的概念。在笔者看来，所谓去行政化实质上是要求政府行政系统在诸多方面要淡出市场，让市场根据市场逻辑和市场规律进行运作。显然，去行政化是人们对政府行政系统管理市场理想化的一个追求，而从我国的行政传统以及我国市场经济的特性来看⁷⁵，大范围的去行政化并不一定现实，而且在一定范围内如果淡化了行政系统对市场的作用则有可能出现市场运作中的无序化状态。正因为如此，我国在很多年以前就设立了保税区和其他相对自由的经济贸易区。在这些区域内行政权的作用必然是相对淡化的，即是说真正意义上的去行政化是在这样的区域内存在的。但是，我们应当看到，保税区是一个具有特殊属性的经济实体，它还不能与自贸区的概念同日而语。进而言之，自贸区在市场经济的深刻程度上，在对外贸易的自由程度上都要比保税区来得更加深刻。因此，在我国原来所设立的特定的具有强烈市场属性的区域内，去行政化是有限度的，而上海自贸区则要求管理机制的运行即便不是完全去行政化也是最大限度的去行政化。那么，对于去行政化的本质属性而言，其中必然牵扯到政府行政系统对有关行政许可权的行使，即是说行政许可权的色彩越强烈行政化的属性也就越普遍，反之，行政许可的手段受到了严格限制才有可能体现真正意义上的去行政化。这表明，自贸区管理的去行政化必然要求自贸区的行政许可应当受特别程序的制约，许可程序加快就是其中之一。总之，上海自贸区在管理的价值取向上要求去行政化，而许可程序加快则生动的体现了去行政化的要求。

第二，自贸区管理法治化的需要。十八届三中全会提出了“社会治理”的概念，该概

⁷⁵ 虽然我国自 1992 年起就开始推行并建立社会主义市场经济及其体系，但是由于我国计划经济延续的历史相对较长，使得我国诸多经济管理体制，尤其对外贸易管理体制还有计划经济的色彩，这也是导致西方一些国家不承认我国市场经济的一个因素。

念的提出在我国公法学界引起了一定关注。应当说,对该概念的理解有两种不同的认识:一种认为,社会治理的概念产生以后,社会管理的概念就已经大大淡化,甚至不复存在。有学者甚至认为,社会治理的概念已经完全取代了社会管理的概念,而且认为这样的取代对于我国公法治理或者我国其他方面的治理是一次具有革命性的变化。⁷⁶另一种观点则认为,社会治理与社会管理有着不同的内涵,社会治理从治理的模式到治理的手段乃至到治理的实际社会效果等都应当区别于社会管理。但是,无论如何社会管理的概念都不能够与社会治理的概念替换,不能够完全被社会治理的概念所取代。笔者认为,在上列两个认知中,后者应当是正确的。具体的讲,我们必须肯定社会治理概念的提出,尤其社会治理在我国的推广和实施是我国治国模式的一个重大变化,某种意义上讲也是一种制度创新。在社会治理的模式之下参与治理的主体是多元的,治理过程中各主体的权利和义务是对等的,而治理所追求的实际社会效果也是理性的。⁷⁷但是,社会治理是不能够完全取代社会管理的,这既因为社会管理在全球范围内是一个普遍接受和认同的概念,又因为我国的相关法律典则和政府文件都明确规定了社会管理问题。即是说,社会管理的概念在我国已经有着确切的内涵,而且社会管理在运行过程中,也已经具有较为完整的机制和体系,而这个机制和体系是不能够被社会治理所完全取代的。例如,在我国行政系统中诸多行政主体就承担着社会管理的职能,民政部门在对社会行政法的执行时所履行的便是社会管理的职能。⁷⁸依此而论,上海自贸区即便是一个相对自由的市场经济实体,它也必然存在着社会治理和社会管理两个范畴的问题。需要强调的是自贸区的管理是突出法治的管理。正如有学者所指出的,上海自贸区的最大特点就在于实现法治化。⁷⁹自贸区实现法治化就必然使相关主体在法律上的权利能够得到真正意义上的法律保障,而这样的法律保障对于行政系统而言,应当是一种法律上的义务。换言之,行政主体只有在想方设法保护行政相对人权益的基础上行使行政职权,才能真正体现行政权行使的法治精神。自贸区行政许可程序加快必然为行政主体设定了一个新的义务,当然,行政主体也可以主动的通过对许可程序的加快而保护相关市场主体的权利。

第三,自贸区管理全球化的需要。“自贸试验区不囿于传统的自由贸易园区,试验区积极借鉴欧美自由贸易园区的经验和做法,在提升对外贸易、航运服务、便利化环境等传统自由贸易园区功能的基础上,进一步增加了服务贸易、金融领域的扩大开放,为自由贸易园区增加了新的内涵和发展空间。”⁸⁰此论是对自贸区管理全球化的一个概括,究竟如何理解自贸区管理的全球化?笔者认为,至少有下列两个方面:一是在自贸区之内,有关市场的经营和对外贸易必须具有全球化的倾向。就是说,在自贸区之内市场主体并不限于国内,而有关的

⁷⁶ 2013年在湖南长沙召开的“南岳论坛”有关“政府法治”的研讨中,最高人民法院副院长江必新就认为社会治理替代社会管理在我国法治建设中具有十分重要的价值。

⁷⁷在行政法中,近年来出现了“协议性活动方式”的新的行政法理念和新的治理技术,该治理理念和治理技术所追求的是各方利益的最大化,而不是在传统行政法模式中的行政权威最大化。参见[德]埃贝哈德·施密特-阿斯曼等著,于安等译:《德国行政法读本》,高等教育出版社2006年版,第243页。

⁷⁸ 社会管理与政府管理的界限本身就是非常难以区分的,有些管理事项可以被归入到社会管理中去,有些管理事项则可以被归入到政府管理中去,但是有些事项可能是政府管理和社会管理的一种重合,在我国行政系统中,除了民政行政机关之外,还有一些行政机关也承担着社会管理的职能。

⁷⁹ 有人提出:应当看到,自贸区从根本上牵涉到构建国际化、法治化的服务型政府,这是一项系统工程,而能否确实为企业和商家带来便利,无疑将成为评判上海自贸区成效的重要指标。参见搜狐财经网“紧盯上海自贸区‘微环境’”: <http://business.sohu.com/20130929/n387442571.shtml>

⁸⁰ 参见新浪财经“管委会副主任:自贸区不是简单特殊经济区域”
<http://finance.sina.com.cn/china/20130929/075916881987.shtml>

市场经营模式也不仅仅限于国内的传统模式。更为重要的是，自贸区的对外贸易非常明显的突出了全球化的特性。二是在自贸区的管理和治理中，应当有全球化的视野。如果说，在自贸区之外的市场机制中本土文化起主导作用的话，那么在自贸区之内则以全球化为主。这其中包括自贸区内的相关管理制度和治理制度与法治发达国家接轨的问题。我们知道，行政法治向来有两种模式，一种是控权模式，另一种则是管理模式。西方法治发达国家的行政法治是在自由市场的基础上形成的，所以政府的行政权力来自于公众权利是行政法治的一个基本定式：“所有官员或者大多数官员应该尽量缩短任期，应该由所有人来决定，或者从所有人中选举的法官应该对一切事务进行判断，比如账目审查、宪法、私人合同这类重大事务进行裁决；代表大会应该对所有或者多数重要事务行使最高决定权，或者，地方官员应该没有任何权力，或者只是享有一点点权力。这是我们的基础，这是我们的基本原则。”⁸¹在这样的定式之下，行政影响公共生活的范围，影响公众权益的程度是相对较小的。在有些国家行政系统甚至不享有行政处罚权，其在行政许可中的权力也更加受到严格限制。我国的行政法受管理理念支配的，即是说，我国行政系统既是行政法的执行主体，也是一定范围内的行政法的造法主体。行政系统通过行政高权对公众和社会过程的控制是非常浓烈的。然而，在自贸区之内有关的社会管理和社会治理就不应当受我国传统行政法理念和制度的影响，就应当更多的接受法治发达国家的法治理念和行政法律制度，自贸区的行政许可程序加快便是这种发达行政法治理念的必然结果。进一步讲，自贸区的管理和治理已经体现了全球化的精神，而全球化作为一种精神也必然要渗透到政府行政系统的权力行使中。其中行政许可程序加快就是这种逻辑过程的一个结果。

三、上海自贸区行政许可程序加快的路径

《自贸区管理办法》第11条规定：“自贸试验区实行外商投资准入前国民待遇，实施外商投资准入特别管理措施（负面清单）管理模式。对外商投资准入特别管理措施（负面清单）之外的领域，按照内外资一致的原则，将外商投资项目由核准制改为备案制，但国务院规定对国内投资项目保留核准的除外；将外商投资企业合同章程审批改为备案管理。自贸试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单），由市政府公布。外商投资项目和外商投资企业备案办法，由市政府制定。”该规定是对上海自贸区投资管理中有关行政许可的规定，这也是自贸区行政许可实施中的一个总的原则和制度设计。我们知道，在行政法中行政程序既要求行政主体的行政行为必须按照一定方式作出，又必须符合法定的行为要件，在大多数情况下行政程序所规定的环节也是行政主体在实施行政行为时不可以缺少的。同时，行政程序还必须最大限度的体现效率价值。通常情况下，要求体现效率价值的行政程序有两个方面的行为要件：第一个要件是，该程序应当是最简捷的，就是在最短的时间内作出，因为一个行政程序如果拖延了较长的时间则必然是不利于提高行政效率的。第二个要件是，该程序在运作过程中不能间断，就是指如果一个程序存在若干个环节那么各个环节之间应保持有机的连结，在运行过程中不能够在个别环节上出现间断的情形。上海自贸区行政许可程序的设立便体现了上列两个方面的行为要件。从《自贸区管理办法》的规定我们可以解读出上海自贸区行政许可程序加快有下列路径。

⁸¹ [英]彼得·斯特克、大卫·韦戈尔著：《政治思想导读》，舒小昀等译，江苏人民出版社2005年版，第365-366页

第一，负面清单的路径。负面清单是上海自贸区在投资管理中所确立的一个管理模式，该模式的基本内容是在自贸区的市场准入中，上海市政府公布一个负面清单，在这个负面清单中详细并严格列举不可以进入市场的投资范围。一旦在负面清单中被列举规定该事项就限制了外商投资主体的投资权限，而在负面清单之外的所有领域，外商投资者与国内投资者享有同等的权利。当然，国务院规定对国内投资项目保留核准的除外。负面清单是一种新的管理模式，这个新的管理模式实质上是对传统行政许可的一个变革。⁸²我们知道，在传统的行政许可中，市场投资主体尤其国外的市场投资主体要进入我国市场就必须通过行政许可程序。即是说，每一次的投资行为都应当有一个投资上的许可，而负面清单管理模式则将许可的行为方式作了颠倒，即凡是负面清单没有禁止的外商投资主体都可以进入自贸区的市场。这实质上将外商投资事项中的绝大部分从许可程序中剔除了出去。毫无疑问这样的剔除虽然表面上没有使行政许可程序加快，但从外商投资的权利行使来看，则大大加快了许可程序。因为诸多的市场投资行为，可以在不通过许可程序的情况下进入市场。该路径既是自贸区投资管理中的一个特别措施，也是许可程序加快的一个巧妙设计。笔者认为，行政许可程序加快与否与相关主体的行为进入行政许可的总量是有关联的。具体的讲，当事人的行为进入许可的总量越多，那么从总体上讲许可的程序就必然越慢，反之，当事人的行为进入许可的总量越少，那么许可的程序就应当越快，这其中的道理是毋须证明的。正因为如此，西方法治发达国家在市场经济发展的相对较高阶段便推行了放松管制的政策，通过放松管制将原来需要进入行政许可的事项都通过法律程序予以取消。⁸³

第二，集中审批权的路径。行政许可的实施，在大多数情况下是由行政系统的职能部门来实施的。例如，有关税收方面的行政许可由税务行政管理机关审批，有关工商行政方面的行政许可由工商行政管理机关审批，有关环境保护方面的行政许可由环境保护行政机关审批，等等。⁸⁴这种由各个职能部门履行行政审批权是符合行政管理的职能划分的，单就行政系统的职权行使而论，这应当是合理的。但是，在行政法治实践中行政相对人要取得某方面的资格，常常会牵扯到多个行政主体。即是说，有些资格的取得需要两个以上的行政主体来作出审批行为。如果行政相对人一个一个的走行政许可程序，则必然会加大行政相对人的投入，加大行政相对人权利享受的成本。针对这样的情形，我国行政许可法规定了在行政许可中集中办理的问题，例如，该法第 26 条规定：“行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的，该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请，统一送达行政许可决定。行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的，本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理，或者组织有关部门联合办理、集中办理。”该规定实质上是对行政许可程序的加快，而在上海自贸区管理中行政审批权是相对集中的，依《自贸区管理办法》中的附件规定，自贸区管委会行使着 15 个方面的行政审批权限，⁸⁵这就必然使行政审批权相对集中，一定意义上讲，应当是绝对集中。通过这样的集中，

⁸² 负面清单关于行政许可的变革对于我国《行政许可法》的修改有着一定的借鉴价值。我国《行政许可法》颁布已有十年，但政府行政系统的行政许可或者行政审批行为还广泛存在着，即是说，政府行政系统还有着非常深刻的管制强度。这就必然要求我们要对我国行政许可法进行修改，而负面清单提供的许可模式为我们进行这样的修改提供了很好的思路。

⁸³ 参见宋世明著：《美国行政改革研究》，国家行政学院出版社 1999 年版，第 72-77 页。

⁸⁴ 参见关保英著：《行政法教科书》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 316 页。

⁸⁵ 《自贸区管理办法》附件一规定：一、管委会承担的行政审批事项有：（一）投资管理部门委托的企业投资

大大减少了许可请求人的时间成本。这可以说是上海自贸区行政许可程序加快的又一路径。

第三，备案制的路径。依据《行政许可法》的规定，行政许可程序是一个有机联系的整体，即是说一旦行政相对人的某一个行为进入了许可程序，就要经过若干个环节。例如，申请与受理、审查与决定，有的甚至还包括听证等等。而且每一个程序都有着固定的方式。《行政许可法》第31条规定：“申请人申请行政许可，应当如实向行政机关提交有关材料和反映真实情况，并对其申请材料实质内容的真实性负责。行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料。”这是对请求人相关申请材料的规定，在行政许可的程序规则中，诸如这样的规定是非常多的。上海自贸区管理制度的设计中，考虑到了这个问题，其在制度设计中尽可能使一些请求事项不进入许可程序，而采取了备案制的办法。例如，在负面清单管理模式中，就规定外商投资项目由核准制改为备案制，显然，核准制是受传统行政许可程序的影响的，凡是核准的，就应当受行政许可程序的约束，而凡是备案的则毋须受许可程序的约束。可见，将核准制改为备案制必然会加快行政许可程序。当然，备案制在实施过程中究竟应当如何操作是需要进一步探讨的问题，是需要通过一个典则予以规范的问题。因为，如果抽象的讲备案制的话，很可能使一些行政主体将备案制理解为行政许可的严格程序。好在上海自贸区的投资管理中接受备案的是自贸区管理委员会，它是一个较高层次的机构实体，因此会对备案制的实施和运行有非常合理的把握。

第四，一次性模式的路径。《自贸区管理办法》第18条规定：“自贸试验区推进新型业务监管创新试点，建立与服务贸易、离岸贸易和新型贸易业务发展需求相适应的监管模式。自贸试验区积极发展国际中转、集拼和分拨业务。推行“一次申报、一次查验、一次放行”模式。简化自贸试验区内货物流转手续，按照“集中申报、自行运输”的方式，推进自贸试验区内企业间货物流转。鼓励设立进出口商品检验鉴定机构。建立对第三方检验鉴定机构检测结果的采信机制。”该条是对进出境监管的规定，进出境监管是对外贸易中的一个环节问题，但它的管理方式却充满了技术色彩。即是说，进出境管理可以选择各种各样的管理手段和管理技术。在传统的管理过程中强调的是政府行政系统的管理权能和对整个管理过程的监

项目的核准。(二)商务管理部门委托的外商投资企业设立和变更审批，境外投资开办企业审批。(三)规划管理部门委托的建设项目选址意见书、核定规划条件、建设用地规划许可证、建设工程规划设计方案、建设工程规划许可证的审批，建设工程竣工规划验收。(四)除新增建设用地外，土地管理部门委托的国有土地使用权划拨、出让等建设项目用地预审。(五)建设管理部门委托的建设项目报建许可，建设项目初步设计审批，建设工程施工许可，占用城市道路人行道设置各类设施许可，临时占路及公路用地许可，桥梁安全保护区范围内施工许可，掘路许可，道路用地范围内埋设管线和管线穿越、跨越道路审批，增设改建平面交叉道口许可，超限运输车辆行驶许可，外商投资企业首次申请建设工程设计和建筑业企业资质许可。(六)绿化市容管理部门委托的建设项目配套绿化方案审批及竣工验收、临时使用绿地许可(含公共绿地)，迁移、砍伐树木(古树名木除外)许可，调整公共绿地内部布局、服务设施设置许可，户外广告设施设置或者宣传品、标语的张贴、悬挂许可，户外非广告设施设置审批，配套建设的环境卫生设施规划、设计方案的审批和竣工验收。(七)环境保护管理部门委托的建设项目环境影响评价、试生产、竣工验收的审批，建筑工地夜间施工审批，污染物处理设施闲置、拆除的审批。(八)人防管理部门委托的结建人防工程审批和施工图审查，人防工程建设费的收取和减免审核，人防工程竣工验收，人防工程的拆除审批。(九)科技管理部门委托的高新技术企业认定初审。(十)人力资源社会保障管理部门委托的企业实行其他工作时间审批，外国人来沪的就业审批，台港澳人员来沪就业审批，定居国外中国人在沪就业核准，外国专家来沪工作许可，办理《上海市居住证》B证。(十一)水务管理部门委托的临时停止供水或者降低水压审批，排水许可证核发。(十二)知识产权管理部门委托的专利代理机构申报初审和专利广告出证，境外图书出版合同登记，复制境外音像制品著作权授权合同登记，进口图书在沪印制备案。(十三)文化管理部门委托的演出经纪机构在自贸试验区内举办演出活动的审批。(十四)卫生计生管理部门委托的建设项目预防性卫生审查。(十五)食品药品监管部门委托的药品零售企业开办、变更许可，餐饮服务许可，互联网药品交易企业审批。

控，因此，进出境管理中的相关环节通常都不能够缺少。行政机关对当事人的申报行为也不会做一次性的处理，而是由各个管理职能部门根据管理的环节，分别进行处理。《自贸区管理办法》则选择了一次性监管模式，其中包括“一次申报，一次检查和一次放行”等具体的申报模式。这三个“一次性”在传统的地区性管理中可能被分割成若干个管理环节和管理板块，既使行政主体的管理过程分散化，也使行政相对人的行为方式碎片化。从行政相对人请求权的角度来讲，这种碎片化的请求权的行使，必然使其权益的实现常常受到阻滞，而一次性模式则大大加快了行政许可程序，大大缩减了行政主体的监控过程。

第五，一口受理机制的路径。上面已经指出我国《行政许可法》为了加快行政许可程序确立了集中办理的制度机制，该制度机制将行使若干行政许可权的行政主体集中在一起，使他们的职权在许可过程中有所整合。对于行政相对人而言他们实质上是一个有机的整体，尽管《行政许可法》并没有规定这种集中办理是对行政许可权的集中，但在行政法治实践中，集中办理的模式则集中了诸多行政主体的许可权限。行政相对人在一个许可行为中不需要分时间、分地点、分部门去寻找若干行政主体并取得相应权限，而是面对一个整体上的行政系统，这必然大大缩减行政许可的程序环节。这个制度模型在《自贸区管理办法》中有了进一步的拓展，第28条规定：“自贸试验区工商部门会同税务、质监等部门和管委会建立外商投资项目核准（备案）以及企业设立（变更）‘一表申报、一口受理’工作机制。工商部门统一接收申请人提交的申请材料，统一向申请人送达有关文书。管委会建立自贸试验区内企业境外投资备案‘一表申报、一口受理’工作机制，统一接收申请人提交的申请材料，统一向申请人送达有关文书。”该条提出了一个新的行政许可概念，那就是“一口受理机制”的概念。显然，一口受理机制是就两个方面而言的：一方面是就许可请求人的请求行为而言的。许可请求人作出许可请求时，可以将若干个行为整合在一起，通过这样的整合使其在许可请求权行使中，有较少的投入。另一方面是就行政主体而言的。它要求行政主体在受理许可请求人的请求时只有一个窗口，一个需要填写的表格，对于行政系统而言，这实质上简化了它的工作程序。我们认为，一口受理机制对于我国其他方面行政许可的改革，也是非常重要的。《行政许可法》并没有“一口受理机制”这样的法律概念，如果我们能够在《行政许可法》的修改中，确立一口受理机制的制度，那对《行政许可法》的完善便是非常有意义的。

四、上海自贸区行政许可程序加快与自贸区治理的新进路

上海设立自贸区应当说是我国在市场经济和对外贸易中的一个管理及其制度上的创新。自贸区的存在就已经大大超越了我国在此前的市场管理模式，更为重要的是，自贸区的治理本身就要求在自贸区之内诸多方面都有制度创新⁸⁶，都有实现治理的新进路。那么，究竟如何看待自贸区行政许可程序加快与自贸区治理的新进路呢？笔者认为，一则，自贸区的治理应当实现法治的全覆盖。就是将自贸区作为一个独立的经济区域和经济实体，而在这个区域和实体之内，它的法治化进程是全方位的。有人就认为，自贸区的治理就是要实现法治化和全球化，从这个角度讲，法律治理是自贸区治理的一个本质特征。笔者认为，自贸区的法律治理不应当仅仅体现在自贸区管理的某一个方面，而应当体现在自贸区的文化、经济、社会、环境等诸多方面。自贸区除了通过市场机制和对外贸易机制提供相应的社会财富之外，它还

⁸⁶ 自贸区的制度创新是一个自贸区管理中先行先试的问题，毫无疑问，我国传统的管理模式以及传统的法律调控模式都不利于自贸区在管理或治理中实现制度创新，正因为如此，全国人大常委会第四次会议暂时停止实施《外资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》等3部法律的有关规定。

应当为我国市场经济和对外贸易提供新的治理模式，提供新的法治模式。正如《自贸区管理办法》所规定的，自贸区必须实现相应的“法治化”，而这个“法治化”当然应当是全方位的。二则，自贸区的治理应当实现制度普遍创新。正如上述，我国在上海设立自贸区本身就是一个制度创新，然而，一旦自贸区进入相对独立的治理环节，它在制度创新方面就承担着非常复杂的功能。《自贸区管理办法》对自贸区的管理机构、投资管理、贸易发展和便利、金融创新与风险防范、综合管理和服务等都作了规定，这些规定属于不同的管理方面和管理内容，在每一个规定中，都包含了相应的制度创新。例如，管理机构中的相对集中许可权和处罚权以及其他的执法权，投资管理中的负面清单管理模式，贸易发展和便利化中的贸易转型升级和进出境管理制度创新等，金融创新和风险防范中的若干金融管理创新，等等。但是，笔者认为，上海自贸区作为一个独立的经济区域，它本身就是一个相对独立的社会系统，这个社会系统中除了市场和对外贸易之外，还有环境问题、文化问题等等⁸⁷。这些都应当构成自贸区治理的内容，如果说自贸区管理的制度需要全方位创新的话，那么市场和对外贸易之外的创新也是必然的。自贸区制度创新的普遍性是其引领我国市场经济和对外贸易必须承载的责任，行政许可程序加快尽管从行政法的角度来讲，它只是一个较为微观的问题，但是，如果我们把它和相关的社会机制联系在一起，它则反映了我国行政系统和被管理者新型的关系模式。三则，自贸区的治理应当成为一个相对定型的模式。管理和治理的创新是一个相对意义的概念，从深层次上讲，创新是相对于旧的机制体制的，是针对于传统模式的，如果能够通过创新，形成一个相对较新的机制体制，形成一个能够与传统对抗的管理模式，那么，创新的使命也就完成了。换言之，创新的目的是形成一种新的相对定型的机制体制或者运转模式。而不是让管理过程和管理模式处在永远的不确定之中，这个理念是必须予以强调的。即是说，如果我们将注意力都集中在创新上，我们用一个创新来替代另一个创新，那么整个社会管理和治理将是不确定的。正因为如此，笔者强调，自贸区的治理应当形成相对定型的机制。上海自贸区行政许可程序加快与自贸区治理的新进路还可以做出如下具体分析。

第一，关于自贸区许可程序加快的提升空间问题。自贸区管委会承担两个方面的行政审批职能。第一个方面的行政审批职能可以理解为自贸区管委会相对集中行政许可权的审批功能。正如上述，《自贸区管理办法》附件规定，自贸区管委会可以行使十五个方面的行政审批事项，例如附件第1条第6—10项规定：“绿化市容管理部门委托的建设项目配套绿化方案审批及竣工验收、临时使用绿地许可（含公共绿地），迁移、砍伐树木（古树名木除外）许可，调整公共绿地内部布局、服务设施设置许可，户外广告设施设置或者宣传品、标语的张贴、悬挂许可，户外非广告设施设置审批，配套建设的环境卫生设施规划、设计方案的审批和竣工验收。环境保护管理部门委托的建设项目环境影响评价、试生产、竣工验收的审批，建筑工地夜间施工审批，污染物处理设施闲置、拆除的审批。民防管理部门委托的结建民防工程审批和施工图审查，民防工程建设费的收取和减免审核，民防工程竣工验收，民防工程的拆除审批。科技管理部门委托的高新技术企业认定初审。人力资源社会保障管理部门委托的企业实行其他工作时间审批，外国人来沪的就业审批，台港澳人员来沪就业审批，定居国外中国人在沪就业核准，外国专家来沪工作许可，办理《上海市居住证》B证。”这个范畴的行政审批权虽然不是在法律法规授权的情况下所取得的，但它是在受相关职能委托

⁸⁷例如全国人大常委会第四次会议同时决定暂时停止实施《文物保护法》的有关规定。

的情况下而取得的，由于自贸区管委会本身不享有这些方面的行政审批权，因此，这个范畴的行政审批权应当被认为是集中行政许可权⁸⁸。第二个方面的行政审批权则是由自贸区管委会自身所承担的具体管理事项所引起的。《自贸区管理办法》附件第2条第2款规定：“建设工程招标投标备案，设计文件审查，建设工程规划开工放样验收，基础建设（正负零零）及结构封顶备案，建设项目规划参数调整（包括小于2.0容积率，绿化率，建筑密度，建筑高度，工业、仓储、研发用地相互转换、拆分及合并），建设工程质量安全监督检查、竣工备案、建设工程档案验收等建设工程管理工作”。第5款规定：“编制区域规划环评及其跟踪评价，并按规定程序报批；组织区域环境、污染源的监测和监督管理，负责污染事故应急处理。”象这样的规定还有一些，在这些规定中管委会以自己的行政职权而享有行政许可权。我们注意到自贸区行政许可程序加快在自贸区自身的管理职权中并没有作出明文规定，也就是说，从目前的相关规定来看，自贸区行政许可的程序加快还是受到限制的。正如上述，在自贸区管委会以职权而履行行政许可职能时并不可以使程序加快。由此可见，自贸区行政许可程序加快还有非常大的提升空间。如果我们要在自贸区建构一种高效率的行政管理模式，行政许可程序的加快就不应当受相关条件的限制。

第二，关于《行政许可法》在自贸区变通适用的限度问题。当我们在讨论上海自贸区行政许可程序加快时，我们没有将上海自贸区的行政许可行为与《行政许可法》予以完全对应，可以说我国《行政许可法》体现了提高行政效率的精神，但许可程序加快作为一个制度在我国《行政许可法》中并没有被认可，即是说我国《行政许可法》中并没有程序加快的制度，上列我们列举了自贸区行政许可加快的几个路径，这些路径一定程度上讲已经超越了《行政许可法》的规定，这就牵扯到一个问题，那就是自贸区行政权的行使在多大范围内能够变通适用《行政许可法》。由于许可程序加快和《行政许可法》的精神并无二致，甚至体现了《行政许可法》提高行政效率的精神，因此，程序加快本身只会强化行政主体的义务，能够拓展行政相对人的权利，所以，自贸区行政许可程序加快对行政程序法的变通适用是有积极意义的。我们还注意到，有人提出自贸区工商登记的改革需从两个方面入手：“一是实行注册资本认缴登记制。公司股东（发起人）对其认缴出资额、出资方式、出资期限等资助约定并记载于公司章程，但法律、行政法规对特定企业注册资本登记另有规定的除外。公司股东（发起人）对缴纳出资情况的真实性、合法性负责，并以其认缴的出资额或者认购的股份为限对公司承担责任。工商部门登记公司注册资本不登记公司实行资本。二是实行“先照后证”登记制。自贸试验区内取得营业执照的企业既可从事一般生产经营活动；从事需要许可的生产经营活动的，可以在取得营业执照后，向主管部门申请办理。法律、行政法规规定设立企业必须报经批准的，应当在申请办理营业执照前依法办理批准手续。”⁸⁹该论点所提出的“先照后证”的登记制度，是对《行政许可法》所规定的许可程序的一个突破，自贸区在行政许可中必然要在一定范围内突破《行政许可法》，但究竟对行政许可法的变通适用限制在什么样的范围内却是一个需要探讨的问题。上面我们已经指出自贸区管委会可以行使15个方面的

⁸⁸ 依《自贸区管理办法》附件的规定，自贸区管委会所行使的其他行政主体的许可权是由委托而来的，但从学界通常的理解来看，行政权的相对集中应当通过授权的方式来解决，那么在自贸区管理中，自贸区管委会所集中的一些行政权力究竟应当通过行政授权的方式来解决还是通过行政委托的方式来解决都需要从制度上予以厘清，并应当在学理上有一个合理的解释。

⁸⁹ 参见《自贸区管理办法》第三章第14条的规定。

行政审批权，而管委会取得这些审批权的依据仅仅是行政委托，这在行政法理论上是否能够成立也是一个需要探讨的问题。

第三，关于自贸区行政职权的整合问题。上海自贸区的建设同样是一次改革，这次改革应当说不仅仅体现在市场领域和对外贸易领域，更为重要的是对我国相关市场管理模式的一个改革。我们知道只要牵扯到改革问题就必然关系到改革的方案与法治之间的关系问题，上海设立自贸区必然要对我国传统的管理体系乃至法律体系提出挑战。那么，这次改革究竟应当取得什么样的法律支撑呢？根据我国传统行政法理论可以有三种选择方案：第一个方案是由全国人大通过特别立法进行授权，就是可以制定一部特别法而授予上海自贸区相应的管理权限；第二个方案是通过专门立法，就是制定一个专门性的法律并在这个法律中规定自贸区的管理模式；第三个方案是由全国人大和国务院作出授权决定，在自贸区停止实施部分法律行政法规和相关规范性文件，而在自贸区形成新的管理制度，应当说目前自贸区选择的是第三种方案。总体上讲，自贸区的设立是在法治思维的指导下进行的，那么，自贸区设立以后相关管理体制和管理模式的形成同样需要在法治思维下进行，其中，行政职权的整合就是一个非常关键的问题。上面已经指出，《自贸区管理办法》附件将自贸区管委会的权力分成三个大的范畴，一是管委会承担的行政审批事项，二是管委会承担的具体管理事务，三是管委会综合执法机构集中行使的行政处罚权等。这三个范畴都牵扯到自贸区管理中的行政职权整合问题，自贸区上列三个范畴的管理权限究竟应当以法律授权为之还是应当以行政委托而为之，或者以其他的法律形式为之都是需要从理论上予以阐释的问题。自贸区的行政职权行使是非常广泛的，正如上述，包括投资管理、金融管理、风险管理、服务管理等等，这些复杂的管理范畴都必须和相应的行政职权予以对应，从目前来看，我们将这些职权都交给了自贸区管委会，这在权力行使上应当是非常方便和简洁的，但我们应当给这样的职权整合提供更加充分的法律依据。

第四，关于自贸区其他制度构建的创新问题。有学者对上海自贸区建立的国内背景做过这样的分析：“中国经济在前三十年的高速发展广泛受惠于开放红利——无论是从 1984 年 14 个沿海港口城市开放，还是 1992 年小平南巡提出的深化改革开发的国策，再到 2001 年末中国加入 WTO，无一不是以开发促改革，以外需拉动经济增长。当前国际需求疲软，劳动力成本升高导致产业转移，依赖出口的增长方式已难以为继。在这样的当口，以建设自贸区为发端，无疑是中国走出增长困境的现实选择。”⁹⁰这表明上海建立自贸区有着非常深刻的历史背景。这样的历史背景提醒我们自贸区的设立并不是一个小打小闹的问题，一定意义上讲它要求自贸区在中国市场经济的发展和完善中先行先试，它要求自贸区在实现政府管理和社会自治中应当在诸多方面进行制度创新，仅从《自贸区管理办法》的规定来看，就充斥了若干方面的制度创新，正如上述，在投资领域，实行负面清单的制度创新等。在综合管理和服务领域，更是形成了若干创新的制度和运行机制，例如，第 34 条规定：“管委会组织建立自贸试验区监管信息共享机制和平台，实现海关、检验检疫、海事、金融、发展改革、商务、工商、质监、财政、税务、环境保护、安全生产监管、港口航运等部门监管信息的互通、交换和共享，为优化管理流程、提供高效便捷服务、加强事中事后监管提供支撑。”在笔者看来，自贸区相关的管理制度或者治理制度的创新应当进一步有所拓展，自贸区既是一

⁹⁰ 参见财新网：<http://www.wumii.com/item/6FLySSDc>

个独立的经济领域，又可以说是一个受特殊行政权制约的管理系统，如果从社会学意义的角度讲，它又具有社区的属性，自贸区这种复杂的属性足以表明它的管理体系或者治理体系可以在诸多方面进行制度创新。当然，自贸区应当回归它的基本特征，一个是法治化和全球化，即是说我们在自贸区管理的制度和创新中应当突出法治化和全球化这两个方面的基本属性。

通讯地址：上海市青浦区外青松公路 7989 号 上海政法学院
邮编：201701



依法治“区”

上海自由贸易试验区 VS. 台湾自由经济示范区

报告人：中国政法大学 刘莘

两区设立背景

国际背景

- & 经济全球化和贸易自由化
- & 新一代高规格的全球贸易和服务规则正在形成（美欧日三大经济体先后发起TPP、TTIP和PSA新一轮多边贸易谈判）
- & 全球生效的区域贸易协定（RTA）已有354个
- & 大陆和台湾都将面临边缘化的困境



两区设立背景

国内背景



上海自由贸易试验区

- 1、经济结构转型任重道远；
- 2、改革开放以来，从经济特区，经济技术开发区、高新技术产业开发区到保税区，需要进一步探索新的发展模式。

台湾自由经济示范区

- 1、近20年来，台湾经济进入了低速甚至停滞的发展状态；
- 2、融入区域经济，创造条件尽早加入TPP和RCEP。

Page 3

理念和定位

上海自由贸易试验区

国内首例自贸区，推进改革和提高开放型经济水平的‘试验田’，致力于打造中国经济“升级版”。

台湾自由经济示范区

自由化、国际化、前瞻性理念下的自由经济先行先试区



Page 4

推动时间

上海自由贸易试验区

2013年元旦上海在《上海市推进国际贸易中心建设条例》中首次提出



2013年7月3日国务院通过上海自贸区总体方案



2013年8月22日国务院批准设立中国（上海）自由贸易试验区



2013年9月27日国务院印发中国(上海)自由贸易试验区总体方案



Page 5

推动时间

台湾自由经济示范区

2012年6月7日通过的马英九“黄金十年国家愿景”活力经济施政主轴，提出台湾自由经济示范区规划。



2013年4月29日，台湾当局“行政院”正式核定建立自由经济示范区规划方案

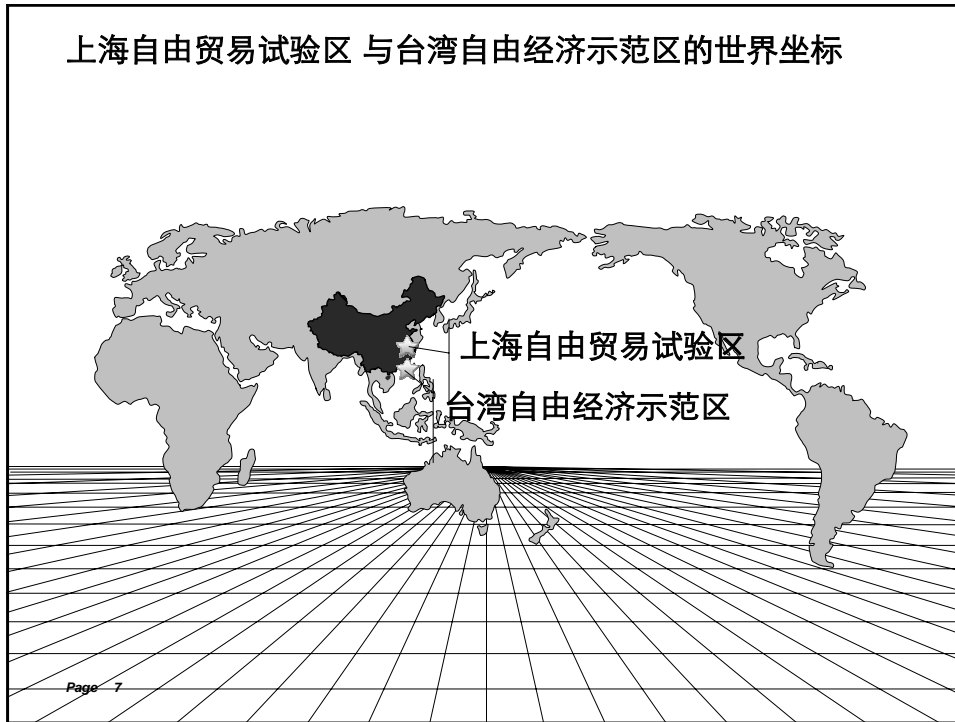


2013年8月16日启动第一阶段推动计划



Page 6

上海自由贸易试验区 与台湾自由经济示范区的世界坐标



Page 7

规划区位——上海自由贸易试验区



Page 8

- 实体园区4处（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等4个海关特殊监管区域），合计28.8平方公里。并根据先行先试推进情况以及产业发展和辐射带动需要，逐步拓展实施范围和试点政策范围。

规划区位——台湾自由经济示范区

區位規劃

● 第一波示範區規劃

如下

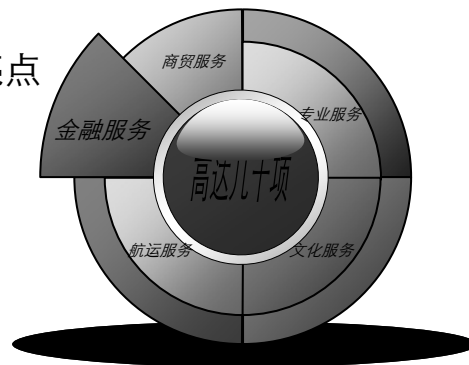
- 自由貿易港區 7 處 (含安平港)
- 農業生技園區 1 處
- 產業合作規劃以「前店後廠」方式推動
- 國際醫療優先於國際機場及港埠設置國際醫療服務中心



■ 6海1空自由貿易港区及1处农业生技园区等8处实体区域，合计16.5平方公里。另因产业特性，也可采虚拟的概念（虚拟机制）在全国范围内推动特定产业的制度创新。

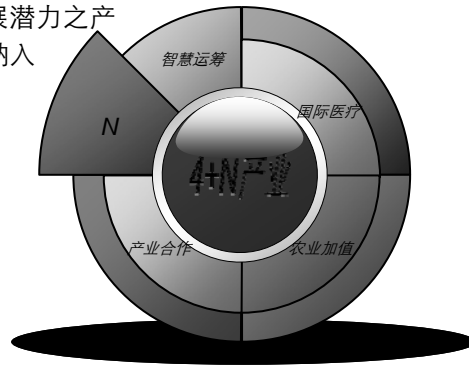
开放行业——上海自由贸易试验区

亮点



开放行业——台湾自由经济示范区

在特别条例立法通过前，
经检讨后具发展潜力之产业，
皆可随时纳入



Page 11

金融自由化程度——上海自由贸易试验区



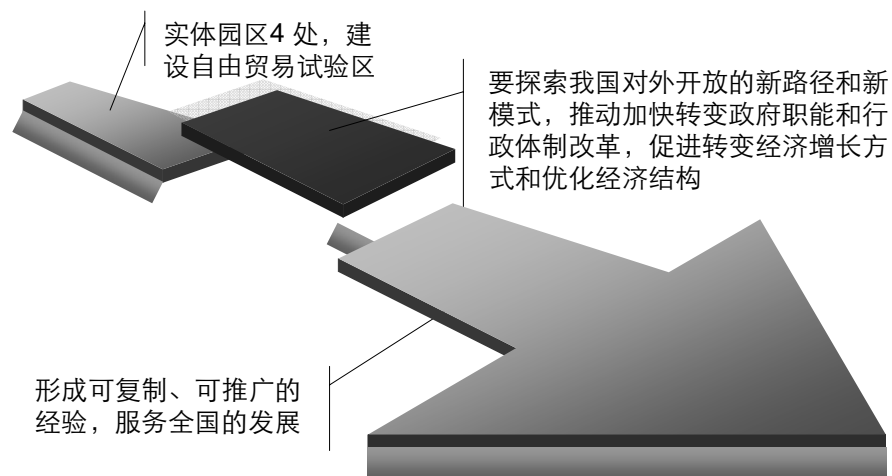
还有面向国际的外汇管理改革试点，也将比照国民待遇开放设置外资银行或中外合资银行，以及逐步允许境外企业参与商品期货交易

金融自由化程度——台湾自由经济示范区



示范区更进一步透过法规松绑，积极发展金融服务业，鼓励金融创新，以提供更多元化之金融商品与服务

发展步骤——上海自由贸易试验区



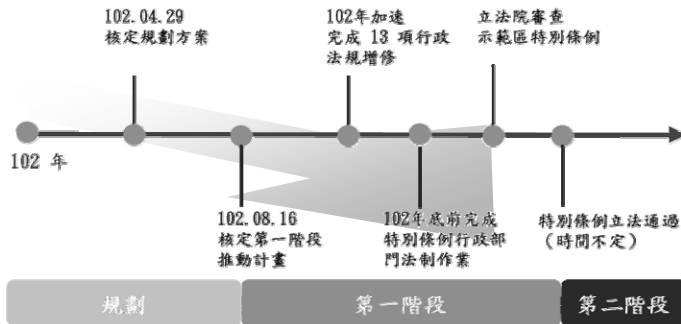
发展步骤——台湾自由经济示范区

第一阶段于2013年4月正式启动，主要是松绑行政命令与办法。以仅需修改行政法规者优先办理。

第二阶段：制订“自由经济示范区特别条例”。俟特别条例通过公布后，即展开，可由中央规划或地方申设。

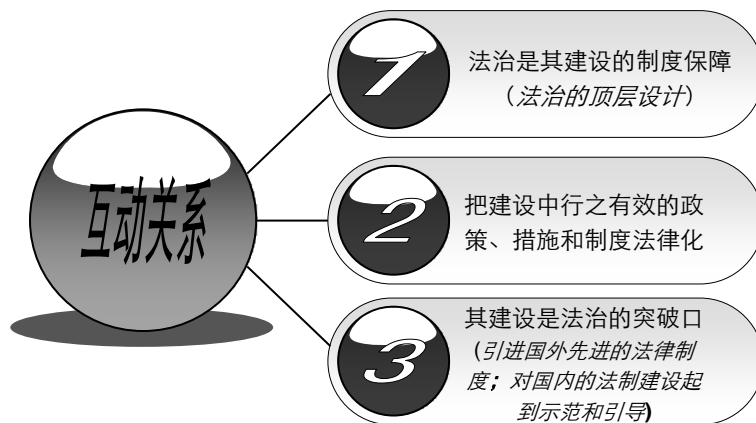


推動時程 (2/2)



Page 15

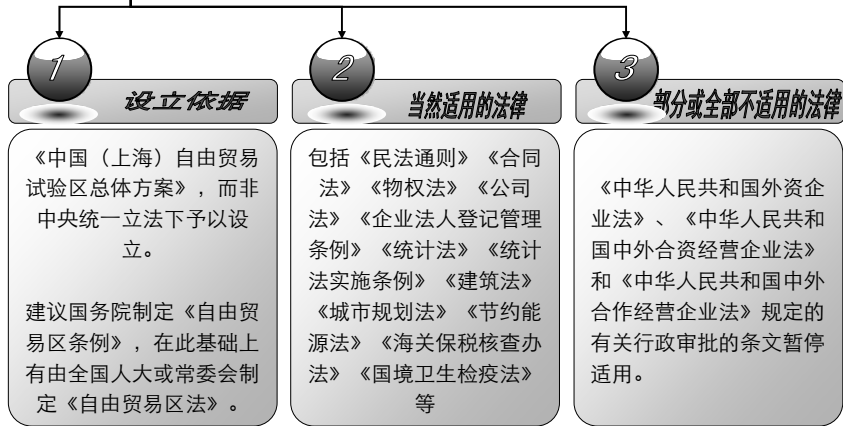
法治与自由贸易试验区、自由经济示范区建设的互动关系



Page 16

具体立法——上海自由贸易试验区

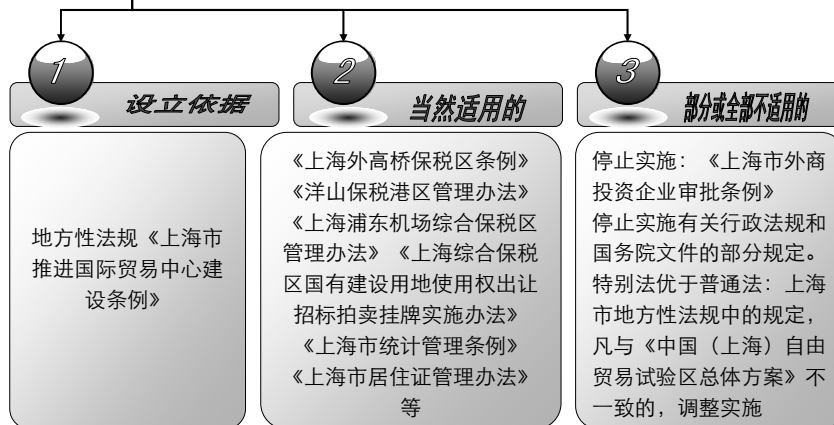
中央一级



Page 17

具体立法——上海自由贸易试验区

地方一级



Page 18

具体立法——台湾自由贸易示范区



自由经济示范区在相关法规尚未修改与建立的情况下率先设立。13项行政法规增修，包括外国专业人士工作及进出之限制、自由港货品委外加工，以及相关土地管制与审核程序等。

1

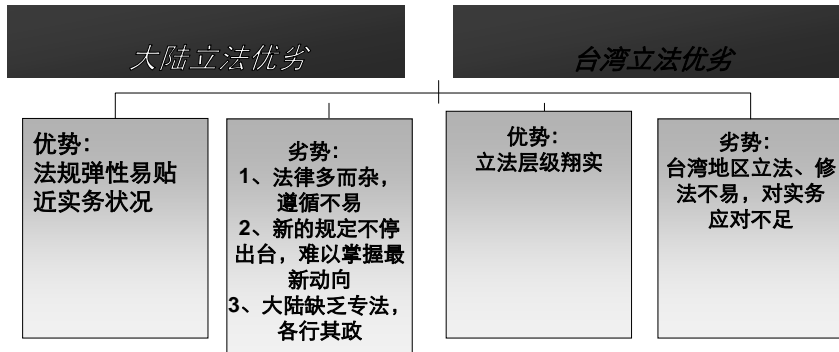
通过《自由经济示范区特别条例》

2

示範區行政法規增修訂及納入特別條例項目統計

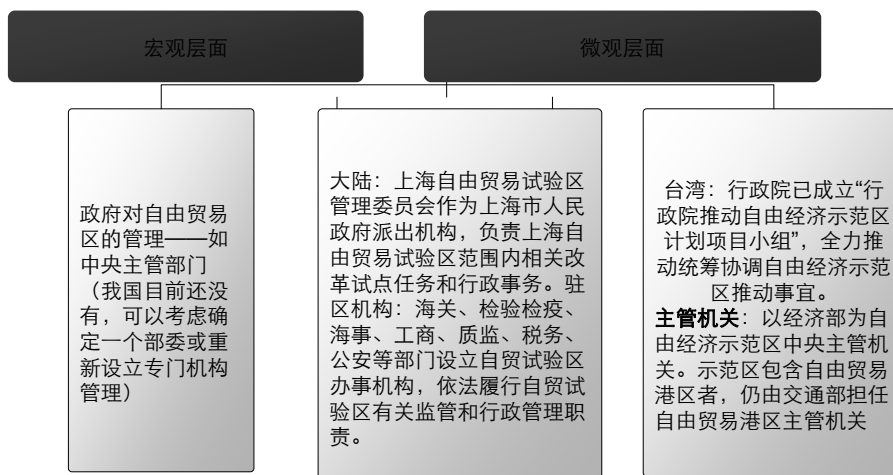
類別	行政法規修訂			於特別條例研訂
	102年9月底前完成	102年12月底前完成	合計	
法規鬆綁與營運環境	6	1	7	22
智慧運籌	3	0	3	4
國際醫療	0	0	0	6
農業加值	2	0	2	1
產業合作	1	0	1	0
合計	12	1	13	33

两区立法对比



Page 21

管理体制——上海自由贸易试验区VS. 台湾自由经济示范区



Page 22

上海自由贸易试验区管理委员会



Page 23

台湾自由经济示范区“行政院推动自由经济示范区计划项目小组”

- “小组”由行政院副院长担任召集人，经济部部长和经济建设委员会主任委员为副召集人，2-4名咨询顾问，行政院其他部门负责人由院长兼派为委员，下设工作小组。以整合政府跨部会与地方资源，全力推动统筹协调自由经济示范区推动事宜。
- 任务包括咨询审议示范区发展重点、推动措施、法规调和、营运环境、区位选择、预算编制等具体规划事项；推动示范区方案相关计划之加速执行；研讨跨部议题之合理解决方案；统筹协调示范区发展之事项。

Page 24

制约点——上海自由贸易试验区



Page 25

制约点——台湾自由经济示范区



Page 26

前景



两岸可积极规划可操作的营运与合作模式，建立协助推荐合作厂商的引导平台，促进优势互补的投资合作方案，实现两岸经济功能区的对接策略。“两岸应共同规划，推动‘两岸合，赢天下’的产业合作模式，探索培养两岸共同品牌或扶持华人品牌的合作模式。”

将会在一些相同领域形成一定程度的竞争性态势。竞争性态势具体如何，要看两岸在这些区域实行的自由化政策措施的相似性而定。



Page 27



谢谢聆听
谢谢聆听

中国政法大学 刘莘

上海自贸区的宪法地位

肖泽晟

南京大学法学院

- 建立上海自贸区的目的——为把上海建设成为国际经济中心、国际贸易中心、国际航运中心和国际金融中心，进一步促进改革开放，特建立上海自贸区，在区内实行简化管理尤其是行政审批，使区内注册企业享受贸易自由、人员进出自由、货物进出自由、服务进出自由、货币流通自由、货物存储自由（核心体现在贸易和金融上），并使与区内注册企业有业务往来的区外企业搭车享受这些自由。

- 一、上海自贸区是“经济特区”
- 1、贸易上的特别自由：服务贸易，期货交易、保税期货交易、转口贸易和离岸贸易等，企业贸易风险和政府监管风险都将加大；风险的规避将依赖于跨区域的合作。
- 2、金融上的特别自由：区内人民币与外币在资本项目下的自由兑换；人民币与外币离岸账户结算业务并构建区内离岸金融中心，并最终形成离岸金融市场；实行利率与汇率的市场化，以方便区内企业规避利率和汇率风险等等。

- 然而，金融越“自由”，国内外资本尤其是没有真实贸易背景的国际游资，很可能利用“上海自贸区”作为平台，实施资本的快进快出疯狂套利，轻则扰乱中国金融市场，重则冲击中国的金融秩序并对实体经济造成冲击。
- 因此，按照国家设立经济特区的惯例和《宪法》第89条的规定，上海自贸区的设立，应由国务院批准。

- 二、上海自贸区是“法律特区”
- 为实现区内企业的上述自由需要在法律制度上提供特别的保障。
- 1、简化行政审批事项，为企业松绑。对此，全国人民代表大会常务委员会已作出《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》，国务院也相应暂时调整了有关行政法规和国务院文件的部分规定。

- 2、享受特别的税收优惠政策：区内注册企业按减15%的税率征收企业所得税，对区内注册企业境外直投收益采取分期缴纳所得税政策，取消现有流转税？免收增值税和消费税？——谁可以作出这个规定？
- 现在的问题是：货物进入保税区，海关管理上视为出口，但税务不认同，使企业不能享有即时退税优惠而占用流动资金。

- 3、暂时停止有关法律的实施：需要暂时停止执行《文物保护法》的部分条款和暂时停止执行《外资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》三部法律。——需要全国人大常委会的授权
- 如经全国人大常委会同意，在“上海自贸区”进行进出口贸易乃至文物拍卖就不受《文物保护法》之约束。

- 三、赋予上海自贸区上述地位，都应由有权的国家机关一项一项作出授权决定，并提供正当理由
- 按照平等原则的要求，设立上海自贸区，赋予区内企业特权，毕竟属于平等对待所有贸易伙伴的例外，涉及平等对待区内企业和区外企业的例外，涉及平等对待上海与其他行政区域的例外（可能对其它区域带来负面影响），因此，有权国家机关应为每项授权决定提供正当理由。若不能提供正当理由，就存在违宪嫌疑。

- 四、上海自贸区享有的是附有义务的特权，授权机关有责任监督上海自贸区对其义务的履行
- 自贸区具体肩负的使命：扩大开放与改革体制相结合、培育功能与政策创新相结合，推进政府管理由注重事先审批转为注重事中、事后监管，建立不同部门的协同管理机制和集中统一的市场监管综合执法体系，保障国家安全，确保上海自贸区在全国范围内的可复制性，为我国在新时期加快政府职能转变、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。

- 另外，上海自贸区的设立，其作为经济特区的优势将吸引国内大量的资金和人才前往，对其他地区的经济发展会带来短时的负面影响，因此，将来上海自贸区有义务支持其它地方的自贸区的设立。
- 相应的授权机关有义务确保全国各地的均衡发展，并监督上海自贸区对其所负义务的履行情况。

• 欢迎批评指正，谢谢！