

地方立法体系的结构优化理据与路径*

刘光华^{1,2} 李泰毅¹

(兰州大学1. 法学院; 2. 意大利研究中心, 甘肃 兰州 730000)

[摘要] 新时代中国特色社会主义法治语境下, 坚持全面依法治国、以良法保障善治是实现中国式现代化的必由之路。地方立法是特色法治的关键组成部分, 提高立法质量、加强立法的体系性建设, 已成为地方立法工作的重要内容和主要方向。地方立法体系应当是由不同层级地方立法活动及其产生的不同效力位阶的法律文件按照一定结构组成的有机系统。当前地方立法体系中存在着深刻的结构性问题, 其主要表现为: 数量结构不均衡、位阶结构不清晰、结构互动性不足。产生问题的原因, 首先在于长期以来“工具主义法律观”对地方立法活动产生了消极影响; 其次是现行立法规则存在诸多模糊, 无法对地方立法实践提供充分指引; 还有立法过程中对于“不抵触原则”的迷信; 以及现行立法体制下地方政府热衷追求法治政绩的内在驱动等。这些结构性问题严重制约了地方立法作用的发挥, 地方立法体系结构亟待优化: 在理念层面, 要以“治理主义法律观”作为主导, 注重良法和善治的协调; 在规则层面, 要不断完善和明确法律规定, 对模糊问题做出回应和解决; 在制度层面, 可以尝试探索构建地方立法“自下而上”的层级演进机制; 在现实层面, 要回归地方立法的本位, 不断加大地方立法对地方法治需求的回应度等, 以期充分发挥地方立法在充实特色法治体系与建设特色法治国家中的独特作用。

[关键词] 地方立法 地方立法体系 哑铃型结构 工具主义法律观 治理主义法律观

[中图分类号] D901 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2023)03-0047-13

法治是国家治理体系和治理能力的重要依托, 具有固根本、稳预期、利长远的保障作用。立法作为法治建设的龙头环节, 对于推进国家治理体系和治理能力现代化意义重大。党的二十大报告指出“以良法促进发展、保障善治”, 这揭示了立法和治理之间的深刻关系, 同时也阐明了新时代立法工作的目标。对于如何实现“良法”, 二十大报告也给出了明确指引: “推进科学立法、民主立法、依法立法, 统筹立改废

释纂, 增强立法系统性、整体性、协同性、时效性”。可见, “良法”不仅强调每部立法的质量和水平, 更突出整个宏观立法体系内部的法理贯通与秩序协调。因此, 加强各级立法的体系性建设, 不仅是实现“善治”的关键, 也是我国从立法数量大国走向立法质量强国的必由之路。

《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)规定了“统一而又分层次”的立法体制,^{[1](P296-318)}在此前提下, 地方立法与国家立法都具有重要

收稿日期: 2022-05-05; 修回日期: 2022-12-05

*基金项目: 甘肃省社会科学规划项目“‘一带一路’倡议背景下中、意合作交流重点领域的政策互通机制研究”(2021YB017)

作者简介: 刘光华, 法学博士, 教授, 意大利研究中心主任, 中国立法学研究会常务理事, 主要从事立法学理论和转型法治实践研究; 李泰毅, 硕士研究生, 主要从事立法学、行政法学研究。

的地位,尤其在新时期“国家治理任务的极度复杂性、高度分散性、地方差异性和历史延伸性,必然折射出不同的居民生活要求、社会治理特点与地方立法需求”^{[21](P77)}的背景下,地方立法的地位更加突出。面对新的治理格局和更加多元化的法治挑战,我们应充分认识到地方立法所具有的不可替代的制度价值,并不断加强地方立法的体系性建设。事实上,如果运用系统的思维来审视地方立法,就会发现地方立法本身是一种体系化存在,而且存在着亟待解决的结构性问题。

一、问题的提出:地方立法体系

(一)“地方立法体系”的界定

就字面而言,“立法体系”与“法律体系”存在一定重合度,甚至在相当多的研究文献中,这两个概念被混同使用。因为“立法”一词,本身就包含了名词与动词的双重属性,如《牛津法律大辞典》(Oxford Dictionary of Law)中对“立法”的定义,就包含了“The whole or any part of a country's written law”和“The process of making written law”两类,^{[31](P285)}前者单纯表示立法成果,后者则隐含了立法过程和状态。

法学家约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)将“法律体系”称之为“法律规范体系”,^{[41](P54)}学界一般将其定义为“由一国现行的全部法律规范按照不同的法律部门分类组合而形成的一个呈体系化的有机联系的整体”;^{[51](P100)}而“立法体系”作为一个相对抽象的概念,其定义仅见于《法学大辞典》等早期研究成果中,即“国家制定并以国家强制力保证实施的规范性文件的系统”,^{[61](P383)}该词条解释同时指出,立法体系的结构同发布法律文件的国家机关的等级结构一致,而法律体系的结构由规范、制度、子部门、部门、部门群所组建。通过对比我们会发现,“立法体系”强调一种纵向的层级秩序,“法律体系”则更聚焦横向的属域门类。

从上述定义来看,“立法体系”散发着强烈

的国家意志性,特别是在单一制国家背景下,基本被默认为“国家立法体系”。但是,不管是从理论逻辑上还是立法实践中,地方立法作为国家立法的重要组成部分,与国家立法具有高度相似的立法规则与立法程序,并且在其内部同样存在着纵向层级,因此完全可以而且应该接受“立法体系”视角的检视,将不同层级地方立法活动及其产生的不同效力位阶的法律文件纳入一个统一的“地方立法体系”范畴当中。

(二)“地方立法体系”的典型构件

根据美国哲学家贝塔朗菲(L. V. Bertalanffy)的定义,“系统”是指“互相联系、互相作用的诸元素的综合体”,^{[71](P21)}即系统必然包含多个元素。根据《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)的规定,地方立法体系的元素相当丰富,包括地方性法规、地方政府规章、民族自治条例、单行条例、经济特区的授权立法、特别行政区立法等等。

鉴于经济特区和特别行政区地方立法的过渡性和特殊性,以及民族自治条例与地方性法规的相似性,基于理论构建的需要,本文从地方立法体系的共性范畴出发,将“地方立法体系”的典型构件界定为三大类:

首先是各级“地方性法规”。因为包括设区的市在内的地方各级人大及其常委会作为地方立法机关,统一根据《宪法》和《立法法》规定行使地方立法权所制定的“地方性法规”,作为地方立法体系的构件具有天然的合法性和代表性。

与此同时,随着现代社会经济的纵深发展和社会关系的日益复杂化,国家和社会治理结构更加扁平,治理主体更加多元,行政机关部分行使立法权不仅是一种客观必然,而且也已成为社会的共识。^{[81](P140)}《立法法》第93条就明确规定“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章”,作为“地方立法”的外延,“地方政府规章”自然也就成为了“地方立法体系”的基本构件。

此外,“地方立法体系”还应当包括一个被

长期忽视的构件,即“行政规范性文件”。相较于“地方性法规”和“地方政府规章”等有法可依的地方立法,“行政规范性文件”则因缺乏明确的《立法法》依据,故对其应否纳入立法范畴颇有争议。但不管是从卢埃林的“活法”意义,还是罗豪才教授的“软法”视角,行政规范性文件都是具有“行动中的法”之属性的,其“处于最底层位置,其使命在于贯彻法治理念,细化上位法规定,使国家法律政策能够真正落地”,^{[9](P109)}如果缺少了行政规范性文件,大量的地方立法就会变成一种真正“纸面上的法”。而且,行政规范性文件以其制定成本低、实施高效便捷、效果贴近生活等特点,相较地方性法规、地方政府规章等立法形式,在日常行政管理中反而具有更大的比较优势,在行政主导的治理体制下,“规文治国”在某种程度上恰是其存在现实合理性的最佳写照。此外,在特色法治实践中,行政规范性文件也具有类似于法律的一定范围内的普遍拘束力,“不仅对行政相对人有拘束力,可以成为行政主体做出具体行政行为的依据,而且可以在行政复议和行政诉讼中适用”^{[10](P204)}。事实上,在传统的备案审查制度之外,行政规范性文件正在被逐步纳入法治化管理当中,2021年8月印发的《法治政府建设实施纲要(2021—2025年)》中明确提出要加强行政规范性文件的监管,尤其是“严禁越权发文、严控发文数量、严格制发程序”。此外,地方也开始了行政规范性文件管理的法治化探索,比如《甘肃省行政规范性文件咨询专家工作规则》中就明确规定,在行政规范性文件的调研、论证、起草、审查、监督等环节均要求法律专家参与。

二、地方立法体系的结构性难题

贝塔朗菲曾指出,虽然复合体具有不同类型,但只有依赖于内部要素之间特定关系组合成的复合体,才会产生“组合性”(constitutive),这是“系统”与普通复合体间的核心区别。^{[11](P50-51)}更有学者将系统的这种属性

定义为“系统质/整体质”,即“若干事物按照某种方式相互联系而形成系统,就会产生它的组分及组分之和所没有的新性质”,^{[7](P32)}而这种“元素之间一切联系方式的综合”/“组合方式”,就是系统的“结构”。^{[12](P98)}

可以说,“元素”和“结构”是构成系统不可缺一的两方面,系统就是“元素”和“结构”的统一。^{[7](P23)}在这个意义上,缺少了“结构”,系统就无法成立。对于立法体系而言,作为一个由不同层级立法文件按照一定方式组成的系统,其存在的基础也同样是其内部构件组成的结构。德国法社会学家卢曼将此理解为:“法律系统要独立实现功能,它必须是一个具有‘结构决定性’的系统,它必须维持具有运作能力的状态,并且可以在法律系统内部,通过它自身固有的运作,来规定其功能利用的连续性”。^{[13](P168)}

地方立法体系作为一个由不同立法要素按照一定顺序组成的系统,其结构应当主要体现为不同立法要素数量多少、层级顺序及其互动性等方面。具体而言,在数量层面,立法数量往往与有权立法主体的多少、规定事项范围的大小、立法成本的高低、规范内容的稳定性等要素密切相关。由此判断,例如高位阶的立法因其制定主体特定、事项范围更广、成本更高、程序更复杂、内容更具稳定性而决定了其数量往往较少;在层级顺序层面,不同效力层级的地方立法形式的位阶,通常与其制定主体的权力科层以及管辖范围的大小密切相关;在互动性层面,不同层级地方立法之间并非孤立地运行,相反,彼此间始终双向互动,相辅相成:一方面,高位阶立法涵摄和约束低位阶立法,低位阶立法贯彻落实高位阶立法;另一方面,低位阶立法探索完善高位阶立法,高位阶立法提炼升华低位阶立法。

综上,理想的地方立法体系在结构上应当呈现为一种“金字塔型”,即地方性法规、地方政府规章、行政规范性文件按照自上而下、自少而多的顺序排列。这种“金字塔型”结构不仅有助于精准对焦地方实际工作生活中不同立法事项的

层级范围及轻重缓急,而且有利于形成一种上下有序的自治体系,把金字塔顶端的上位法原则和精神一脉相承地逐层向下位立法传递。^{[14](P38)}

基于上述标准,现实中的地方立法则呈现出了与理想型相悖的结构难题,具体而言,表现为以下方面。

(一) 数量结构不均衡

为了对地方立法体系的数量结构进行实证分析,本文检索了北大法宝法律数据库中自《立法法》授予所有设区的市立法权以来8年间(2015年3月15日至2023年3月15日)各地方所制定的三类现行有效的地方立法文件,并绘制成如下数量结构图:

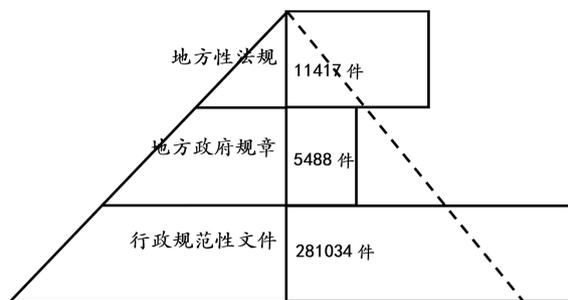


图1 地方立法数量结构

从图1中,我们可以非常直观地看到,自《立法法》2015年修订后的8年间,地方性法规、地方政府规章、行政规范性文件作为地方立法体系的三大主流构成元素,形成了一个与其“金字塔型”形成鲜明对照的、两边高中间低的“哑铃型结构”(具体到各省、市层面,结论依然成立)。也即,地方立法体系在数量结构上严重失衡。一方面,地方性法规的数量明显超过地方政府规章的2倍以上,体现出地方立法实践中尤其偏好于地方性法规。此外,随着设区的市被赋予地方立法权,这种追逐高位阶立法的冲动,还被进一步放大。根据2022年北大法律信息网发布的《新赋予立法权的设区的市立法实践报告(2015—2020)》显示,2015年《立法法》修订的次年,全国设区的市所出台的地方性法规数量,就从前一年的5部跃升至279部。此后数量逐年攀升,迅速进入一个又一个高峰期,5年之内翻了100倍。另一方面,行政规范性文件

的数量,又不合比例地“野蛮生长”,分别是地方政府规章数量的51倍和地方性法规数量的24倍之多。尽管在地方立法体系结构中,作为基座的行政规范性文件理应具有数量优势,但如此不合理的数据结构(即便考虑其制定主体的数量优势),只能表明现实中行政规范性文件制定缺乏规范化管理的事实。

(二) 位阶结构不清晰

传统意义上的地方立法位阶冲突主要体现在“央地之间”,最典型的就是地方人大制定的“地方性法规”与中央政府部门制定的“部门规章”间的位阶问题,对此“烫手山芋”,《立法法》采取了回避的态度,仅在《立法法》第106条第1款第2项规定,由“国务院出具意见”作为解决方案。但严格来说,“两者发生冲突时,都有适用的可能,亦即部门规章与地方性法规之间具有了双向废止的性质”^{[15](P22)}。上述规定显然难以为“地方性法规”与“部门规章”二者间的效力位阶提供判定标准。不仅如此,如果以“地方政府规章”为参照系来反观这一地方立法体系位阶结构问题,就会发现:综合考量《立法法》第100条“地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章”和第102条“部门规章与地方政府规章之间具有同效力,在各自的权限范围内施行”的规定,又会得出如下的荒谬结论:“地方性法规”>“地方政府规章”=“部门规章”。

2015年修订的《立法法》,通过赋予设区的市制定地方性法规和地方政府规章的权力,在某种程度上,将我国的现行立法体制变成了一种有限度的“一元三级”模式(“三级”是指国家、省级、设区的市级;“有限度”是指地方的立法权相对单薄,可制定事项有范围限制)。在2023年修订时,又进一步增加了设区的市的立法权限,市级立法可以延伸到更为广阔的“基层治理”领域,其立法话语权得到增强。这种立法体制的变迁,意味着地方立法主体与层级的增多、法权结构更加复杂,不仅会产生新的位阶结构冲突,而且冲突领域还会从传统央地之

间延伸到地方省市内部。例如省级政府制定的地方政府规章和市级人大制定的地方性法规,《立法法》对二者位阶同样没有明文规定,仅第81条第2款规定“省、自治区的人民代表大会常务委员会在对报请批准的设区的市的地方性法规进行审查时,发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的,应当作出处理决定”,乍看似乎设区的市级地方性法规效力位阶低于省级政府规章,但是《立法法》第81条第1款以及《宪法》第100条都规定设区的市制定地方性法规,不能抵触的范围是“宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规”,其中并不包括“省级政府规章”。

此外,“行政规范性文件”也同样面临位阶问题。就整个地方立法体系而言,同一层级中,行政规范性文件的效力低于同级别的法规和规章,自不待言。但是涉及不同级别时,效力矛盾就会产生:首先,对于上级已发布的重要行政规范性文件,下级立法时是否可以作为立法依据?实践中,尽管下级立法在立法依据中并不会直接注明行政规范性文件,但是并不乏把行政规范性文件的内容直接复制或引用的情况;其次,如果下级立法生效之后,上级出台了新的行政规范性文件,导致出现了二者规定产生了原则性冲突时,那么与上级行政规范性文件相冲突的下级立法条文是否还继续有效?这都是值得深思的问题。

(三) 结构互动性不足

如前所述,地方立法体系不同元素组成的理想结构关系应该是一种“双向互动”。现实中,它们却更多地呈现为一种“自上而下”的单向运动。在地方立法过程中,虽然原则上要求立法者“上看下看、左看右看”,但基于现行立法体制的特殊性,其目光往往重点聚焦“向上看”,表现在:立法前,对相关地方立法的上位法依据进行系统全面的调研收集;立法中,反复查找相关上位法,力求每个条文都有上位法依据;立法后,还要报上级立法机关进行包括合法性与重复率在内的备案审查。

诚然,就立法实践而言,只要上位法制定并生效之后,所有下位法都要全面看齐,凡与上位法规定相冲突的下位法条文都面临无效,这保证了法制秩序的统一,也是立法工作最基本的遵循。但保证法制秩序统一与保持立法体系的生命力,二者并不矛盾。事实上,所谓的“上位”和“下位”都只是对地方立法主体法权层级高低和事权范围大小的标签化。这种“上下关系”并非意味着只产生上位法对下位法的单向传动与绝对约束。不管是下位法根植于基层工作实际与治理经验所具有的不可替代的制度发现价值,还是下位法在执行上位法过程中所呈现出的对普遍性和特殊性矛盾的磨合功能,都提出了上位法需要更多地“向下看”的内在要求,进而凸显出上位法和下位法之间结构性双向互动的重要性。

三、地方立法体系结构性难题的成因

(一) 立法理念层面: 工具主义法律观的影响

在不同的立法理念指引下,哪怕同一立法活动所产生的实践效果都会具有差异性。地方立法体系中的结构性问题,从理念角度分析,可归因于广泛存在的“工具主义法律观”的误导。

“工具主义法律观”起源于18至19世纪的欧洲大陆,是“理性主义”思潮下的产物,这种观点认为“人类可以根据自身的理性制定出无所不包的理性法典,而法官只需机械地适用法律规则即可得出确定无疑的结论”^{[16](P153)}。在这种理解下,法律很自然地被认为是一种治理工具和手段,且只有在发挥某项具体社会功能时才是实在的。对于这种观点的危害,美国法学家塔玛纳哈指出,“工具主义法律观”会导致“法律与其他的工具或武器别无二致,成为中立性的形式结构,法律作为工具为了实现其目的可以被增添任何内容”,“立法者可以利用形式合法性的程序决定法律的内容”^{[17](P63)}。

从历史上看,中国长期以来就有“工具主

义法律观”的根基。古代封建统治者长期奉行“外儒内法”的治理思维,但不论是法家还是儒家对于法律的认识都基于“工具主义”立场,比如儒家主张“德主刑辅、礼刑并用”,将“德”“礼”“刑”都视作治理手段。法家主张“法者,国之权衡也”,认为法律只是进行社会控制的工具,它没有道德内涵,只有强制性和功效性。”^{[18](P42)}

新中国成立后,苏联维辛斯基的法律思想(法律是表现为国家意志的统治阶级意志,它是完成国家任务的工具)也长期对我国理论界存在影响;^{[19](P76)}从现实角度来看,国人长期以来奉行实用主义哲学,具有结果取向的价值观,加之经历数十年以经济建设为中心的社会发展阶段后,市场经济的诸多理念已渗透到立法工作当中,特别是市场经济所主张的“效率至上”价值理念及其“绩效导向”“功利主义”思潮,也深深影响了地方立法。为了缓解地方为了迎合市场经济建设所产生的“法治饥渴症”,“求多求全”式的地方立法就层出不穷。

在“工具主义法律观”的影响下,包括地方立法在内的法律活动本身被理解为一种工具选择活动:在法律工具箱里挑选不同的工具,供其他法治工作机械地使用。那么问题的核心就在于,究竟应该选择哪种工具?使用单一的工具还是进行工具组合?实践中,立法者往往会更多地从职权行使的便捷性角度,而非基于工具与对象间的内在联系(也即恰到好处的“度”^{[20](P27)}以及工具间的组合关系),来思考法律工具的生产与应用。^{[21](P104-109)}换言之,作为公共选择理论视角下“理性经济人”的地方立法主体,^{[22](P139)}其对特定立法文件形式的选择更多会考虑“效益最大化”。这一方面表现为追求立法高收益,即追求立法效力的最大化,因为实践中,法的效力与其执行力之间有着某种直接的关联性,执行力直接关系到行政意志能否得到高效地实施。这就导致一些地方“将原有的行政规范性文件,尽量升格为地方性法规,实在无法上升到地方性法规的,才以政府规章的

形式制定”。^{[23](P103)}另一方面,工具主义考量表现为追求立法的低成本,即无特殊必要尽量选择程序简单、耗费成本少、立法风险小的形式,而行政规范性文件无疑最符合这种要求,是贯彻地方政府行政意志最便捷的手段,这也就导致了行政规范性文件的泛滥。这也正是形成地方立法体系“哑铃型数量结构”的内在根源。

(二)立法依据层面:立法规则模糊

当前的地方立法,除了依照各地制定的一些零散法规开展工作外,主要的依据就是《立法法》。但是《立法法》在很多方面存在规定不足的情况,除了前文提到的对于不同立法形式之间的位阶关系规定不足之外,对于不同立法形式之间的界限规定模糊不清,也成为产生地方立法体系结构性问题的间接原因。

以“地方性法规”和“地方政府规章”为例,二者的区别主要是制定主体、制定条件、事项范围3个层面,具体规定在《立法法》第80条、82条、93条当中。但除了“主体”之外的其他2个层面,目前都存在着界限不清的问题。在制定条件方面,前者是“根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下”,后者是“根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规”,其中的“不抵触”和“根据”本身就存在着语义重合;事项范围方面,前者是“1)为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;2)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项”,后者是“1)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;2)属于本行政区域的具体行政管理事项”。其中的“地方性事务”和“本行政区域的具体行政管理事项”,依然存在交叉。此外,第93条对政府规章增加了一条限定,即:“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”,这似乎又以“能否增减权利义务”作为一个区别标准。但从法教义学意义上讲,该限定并非严格禁止地方政府规章立法

减损权利和增加义务,其叙事重心仍在于是否具有上位法依据。实践中,一般认为,属于重大、全局和长远性的地方性事务应由地方人大及其常委会来制定地方性法规,而属于一般性、局部性、专项性、临时性的地方事务则应由地方政府来制定规章。^{[24](P137)}但是,如何对这些“形容词”在立法前进行规范的技术判断,进而在立法中开展可行的实操,最终在立法后实施科学的评估与监督,至今都难以落地生根。这就导致了地方立法在选择立法形式时,往往会出现不少该制定地方性法规而制定了政府规章,该制定政府规章而制定了地方性法规的情形。^{[25](P147)}

此外,“行政规范性文件”和“地方政府规章”的制定,虽然在主流学理一个被认为是“抽象行政行为”,一个是“立法行为”,但因为迄今并没有出台国家层面关于行政规范性文件的统一立法,导致实践中各地往往依据国务院政策文件或者通过自行制定管理办法行事,这自然也导致了二者缺乏明显界限的问题。例如,2018年《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》中规定,行政规范性文件的制定主体是“行政机关或者经法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织(以下统称行政机关)”。其中的“行政机关”自然包含“地方人民政府”;还如《甘肃省行政规范性文件管理办法》第10条和《广东省行政规范性文件管理规定》第8条都将行政规范性文件的制定条件规定为:1)相关法律、法规、规章和有权机关授权;2)相关法律、法规、规章和有权机关对某一方面的行政工作尚未作出明确规定;3)相关法律、法规、规章和有权机关对某一方面的行政工作虽有规定,但需明确、细化的。它与《立法法》第93条关于政府规章制定条件的规定非常类似,二者最显著的区别仅在于行政规范性文件中不能出现行政许可、行政处罚、行政强制等内容。而实践中,对立法文件效力位阶的选择往往依据立法事项的重要程度,但因“重要性的判断标准和结果由作为制定主体的行政机关决定”,^{[26](P147)}如此,对于同一

立法事项,就会产生既可以选择政府规章也可以选择行政规范性文件的现象,比如针对网约车的治理,为了贯彻落实2016年交通部等7部门联合发布实施的部门规章《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》,上海市政府于2016年通过实施了地方政府规章《上海市网络预约出租汽车经营服务管理若干规定》,而同年北京市交通委员会等部门则联合发布了行政规范性文件《北京市网络预约出租汽车经营服务管理实施细则》。

(三)立法逻辑层面:过度依赖“不抵触原则”

当前的立法实践中,不同层级地方立法之间的联系往往构建于“不抵触原则”基础之上。以立法后的备案审查程序为例,上级立法机关对下级立法进行审查时,往往聚焦于是否存在与上位法抵触的情形。比如《立法法》第81条第1款规定:“省、自治区的人民代表大会常务委员对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准”。由此可见,此处以“不抵触”为内涵的“合法性”,就成为立法备案审查的唯一标准;再如《立法法》第107条列举的有关机关改变或撤销下位法的5项情形中,前3项都是“不抵触”的变相表述。实际上,细究《立法法》文本,其中明确出现“抵触”一词的就有13处之多,足见其对“不抵触原则”之重视。

诚然,“下位法不得抵触上位法”是立法应当恪守的最基本准则之一,也是地方立法实践中最广泛应用的基本原则。但过度依赖“不抵触原则”反过来也会制约地方立法体系合理结构的形成。

首先,“不抵触原则”本身存在一定瑕疵。迄今为止,法律对于“不抵触”的内涵与外延规定不明确,学界形成了广、中、狭义三种通说:^{[27](P123)}即不抵触上位法精神和原则;不抵触上位法的具体规定;必须具有上位法依据。由于不抵触“精神原则”太抽象,操作起来难以具化;“于

法有据”的不抵触标准又太苛刻，会严重限制地方立法空间；单纯的不抵触“具体规定”准则又过于狭隘，这种模糊性导致“地方立法实践中，立法者很难在立法创新和立法抵触之间划分出一道合理界限。为了有效规避抵触风险，地方立法机关宁愿牺牲立法的必要性也要保持合法性”^{[28](P24)}。

其次，“不抵触原则”固然有其无法替代的重要性，但是单纯依据“不抵触原则”去构建地方立法体系的结构秩序，则会存在深刻的内在逻辑矛盾。从逻辑上讲，上位法不仅是对下位法设定的界限，同时也是对下位法的共性的提炼和吸收，二者之间是自上而下和自下而上的双向互动关系。基于“不抵触原则”的自上而下的单向运动机理，其必然只强调上位法对下位法的绝对权威以及下位法对上位法的臣属；不仅如此，这种单向关系也只强调了形式层面的涵摄（理想状况），往往拘泥于法条的语言文字表述层面，而忽略了在实质层面对立法精神理念、目的宗旨的贯通。这样，就会导致实践中出现两种极端情况，要么地方立法者惧于立法风险，抱着“不求有功，但求无过”的心态保持与上位法的亦步亦趋，致使下位法沦为上位法的机械复制；要么地方立法者会把所有精力放在上位法划定的红线周围，本末倒置地以绕开立法红线为立法目标。

总之，过度依赖“不抵触原则”，会忽略对地方法治需求的实质回应，容易导致对地方立法制度功能的表面化理解，不利于地方立法体系中各元素间的良性互动，导致作为整体的地方法治体系难以发挥应有的治理功能。

（四）立法动因层面：地方法治政绩驱动

地方立法往往具有一定动因。除了实施性地方立法之外，在创制性地方立法中，立法动因直接影响了地方立法形式的选择。尤其是随着《立法法》在2015年修改后地方立法主体范围的扩大，通过立法手段来探索和彰显地方政府间的法权和事权，就逐渐成为了更多地方政府的最佳选择。当前，地方立法除了日常惯性动因

之外，主要受到法治政府建设背景下地方政府追求法治绩效的内在驱动影响。

在新时代建设法治政府的大背景下，地方立法状况成为地方政府法治建设及绩效考核的重要指标。早在2010年国务院发布的《关于加强法治政府建设的意见》中，就对法治政府建设提出了“规范行政立法、科学民主决策、公众文明执法、完善政府信息公开、明确有利监督”等5项指标，首当其冲的便是“规范立法”；2014年党的十八届四中全会提出，要进一步提高党员领导干部的法治思维和依法办事能力，把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容、纳入政绩考核指标体系；2019年，中央全面依法治国委员会办公室印发了《关于开展法治政府建设示范创建活动的意见》，作为其附件的《市县法治政府建设示范指标体系》首次给出了法治政府建设的8项一级指标、34项二级指标、100项三级指标以及4项附加项指标。其中，一级指标“依法行政制度体系完善”下属的4个二级指标、7个三级指标对应的都是地方立法。以此为据，地方在制定各自的法治政府建设考核指标时，通常都会把立法成果作为重要的考核标准之一。例如《2020年度法治浙江（法治政府）建设考核评价细则》（浙委法办函〔2020〕11号）中，“地方立法和制度建设”作为一级指标就赫然在列，在其下属的二级指标中，“地方性法规和政府规章”与“行政规范性文件管理”都被囊括其中。

但法治政府建设毕竟是一个相对抽象、比较综合的概念，同时也是一个艰辛漫长的实践过程。由于很多地方政府不能正确理解“法治政府建设”的内涵，加之“法治政府建设”又和官员政绩直接挂钩，“政绩性考量”在很大程度上对立法官员（特别是政府部门的）产生了强烈的诱导和激励。^{[29](P94)}对其而言，通过制造更多肉眼可见的地方立法文件，来营造一种与主流法治话语相契合的高水平法治化营商环境氛围，无疑是短期内呈现“法治政绩效果”的最佳捷径。反映到具体的地方立法考量上，要么“向

上看齐”，即倾向于对上位法的模仿，立法内容与上位法保持高度一致，来彰显一种“政治站位”；要么“向先进看齐”，即倾向于对其他地区现成的立法（尤其是新颖部分）进行复制，来凸显“改革魄力”。这两种选择倾向都往往忽略了本地的独特发展条件、客观发展阶段和真实法治需求，在这种思路下，立法往往更加追求形式层面的成果，而忽略实质层面的效果，使得不同类型的地方立法活动及表现形式，被孤立地看待和割裂地实操。

四、地方立法体系的结构优化思路

（一）以“治理主义法律观”引导地方立法

“治理主义法律观”是根植于中国特色社会主义法治实践的一种法治观。恰如在新中国成立并实施国家治理的初期，首要解决的是有无法律（有法可依）的问题，需要通过大量立法架构出一个基本的国家社会治理框架；而当国家治理面临更为复杂的局面和更为多元的挑战时，需要解决的则是法律如何发挥作用（良法善治）的问题。正如2013年习近平总书记在十八届中央政治局第四次集体学习会上所强调的，“人民群众对立法的期盼，已经不是有没有，而是好不好、管用不管用、能不能解决实际问题”。“治理主义法律观”正是一种立足于立法质量，追求良法善治长远目标的法律观。张文显教授将中国国家社会治理从工具主义到治理主义的历史演变，精炼表达为“从以法而治（rule by law）或依法而治（rule of law）到良法善治（governance of good law）”，并将其高度评价为“人类社会公共治理模式的第二次革命”。^{[30]（P5）}

树立正确的“治理主义法律观”，对当前地方立法工作具有重要引导意义。首先，“治理主义法律观”强调法治是治国理政的基本方式，主张在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化，而法治建设必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用。也即立法工作不是国家社

会治理的附属性工作，相反，是国家治理体系中重要和前提性环节。它要求地方立法主体要以更加审慎和严谨的态度从事地方立法工作，推动地方立法体系化建设。其次，“治理主义法律观”的核心理念是“治理”。“治理”是一种超越观念偏见、超越极端倾向、更讲究积极效果、更加关注政道的理念，它强调的是效果与质量，而不是外在的形式和表象。^{[31]（P27）}这就要求地方立法更多地注重立法的实效性，以服务于地方治理为目标，而不是单纯着眼于立法数量和立法种类等外在形式指标。

同时，“治理主义法律观”倡导一种“共治共存”理念，主张对各种既存的、有助于治理的各种正当规则进行积极接纳和吸收，追求国家治理和社会治理的贯通。它允许“法律”的边界指向更广义的范畴，“软法”在国家治理和社会治理的意义上，也具有了法律性。^{[31]（P28）}“治理主义法律观”强调“依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一体建设”，其中的“法”除了国法之外，还应当包括党内法规、行政规范乃至社区公约等多元化的治理规则。这些不同社会规则在宪法的统领下，在“治理”共性层面实现联系与融合。进言之，本土的“治理主义法律观”与西方“法生态观”的思想（“所有个体的共性就是都囊括于一个整体系统，并处在逐渐形成多层次系统结构的趋势当中，每一个小整体都是更大整体的一部分”^{[32]（P28）}）之间异曲同工，都意在通过一种自上而下的理念贯彻与自下而上的实施反馈相耦合的机制，推动形成层层递进、上下有序的地方立法体系结构。

（二）进一步完善地方立法规则

立法是法治的先行环节，作为一项创制社会治理规则的活动，决定了立法工作的基础性和严谨性；同时，立法作为法治的基本环节，其本身也必须要在一套完整的实体与程序规则的指导和约束下进行，即要坚持依法立法。

近年来，国家社会治理格局发生了深刻变化，新时代所面临的治理新问题也呈现出诸多新

特点,这些诉求无疑都需要在立法中得到体现。尤其是地方立法层面,若传统体制机制问题不能理顺,地方立法权主体的扩张所产生的各种矛盾则可能再度显现。2023年修订的《立法法》完善了立法指导思想,加强了合宪性审查力度,同时对地方立法也有了一定补充规定,比如设立基层立法联系点、扩大设区的市的立法权等等。但地方立法体系中存在的一些问题,尚需不断完善。

首先,应增加地方立法的比例。现行《立法法》对地方立法的规定主要集中在第4章,其中还有很多条文涉及国家立法。就体量而言,相比于国家立法部分则显得不足。而这些有限的地方立法规则无法给地方立法实践提供充分指导,可能导致各地衍生出千差万别的立法规则,不利于法治的统一,也大大增加了地方立法的成本。

其次,在立法规则中要对重点问题予以回应。以前文讨论的效力位阶问题为例,现行《立法法》对“地方性法规”与“部门规章”的效力位阶、“省级规章”和“设区的市级法规”的效力位阶都没有明确的规定,这给实践中的效力判定带来了困扰。事实上,《立法法》中也不乏对效力位阶进行明确规定的条文,特别是其第5章很多条款都明确以“高/低”的字眼规定了大多数不同法律文件之间的效力位阶关系,甚至第102条规定了“位阶相同”,那么,对于剩余的位阶关系就不应回避。

此外,建议在具体条文表述上更加清晰。即减少原则性、模糊性的表述,增加实操性、针对性的表述。以《立法法》第82条和93条为例,这两个条文分别对“地方性法规”和“政府规章”的立法事项范围进行了规定,但在具体表述上都比较含糊,难以确定严格的界限,致使二者产生了重合。相比之下,《立法法》第81条对设区的市的地方法规的立法事项范围则采用了明确列举的方式(“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护、基层治理等方面的事项”),这种表述显然更加清晰明了。当然,考虑到地方治理事务与立法事项的繁杂性,可以在清单之后设置兜底条款进行补充。

(三)探索建立地方立法“自下而上”的层级演进机制

对于当前地方立法体系中存在的结构互动性不足的问题,可以在传统的“自上而下”的立法传导机制之外,建立“自下而上”的立法传导机制作为配合补充。具体而言,即在地方立法中,重点就是探索构建地方不同立法形式之间的层级演进机制。

事实上,这种设想并非毫无根据。例如,《立法法》第82条规定:“除本法第十一条规定的事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后,地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效,制定机关应当及时予以修改或者废止”;其第93条规定:“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的,因行政管理迫切需要,可以先制定地方政府规章。规章实施满两年需要继续实施规章所规定的行政措施的,应当提请本级人民代表大会或者其常务委员会制定地方性法规”。前者规定了“地方性法规”相对于“法律、行政法规”的先行制定,后者规定了“地方政府规章”相对于“地方性法规”的先行制定。特别需要指出的是,行政规范性文件也有类似的制定规则,比如《甘肃省行政规范性文件管理办法》《广东省行政规范性文件管理规定》都规定,允许在“相关法律、法规、规章和有权机关对某一方面的行政工作尚未作出明确规定”的情况下,行政规范性文件先行制定。它们都隐含了一种从低位阶立法向高位阶立法演进的逻辑。

因此,可以建立如下具有实操性的演进规则:即在地方创制性立法活动以及部分实施性立法活动中,制定高位阶立法文件的前提,必须首先对制定低位阶立法进行探索。例如,制定地方性法规的前置性条件是,同一主题政府规章已经先行制定并实施满一定期限;若要制定地方政府规章,那么,同一立法事项或主

题的行政规范性文件必须先行制定并实施满一定期限。尤其是对于“行政规范性文件”而言,如果将其纳入与“地方政府规章”、“地方性法规”共同组成的逐级演进关系结构中,相较当前对行政规范性文件的主流管理方式——备案审查制度,则更具现实意义。

经由这种“自下而上”的方式,特别是通过各地方因地制宜的立法探索和创新,一定会为国家相关领域的立法积累丰富经验。从某种意义上讲,中国40年改革发展历程,一方面是由中央决策与领导,另一方面也是一种“由地方到中央”的法治实验过程。改革开放40多年来,正是地方在经济社会体制改革方面的“先行先试”,才源源不断地向中央输送了改革的经验、动力和底气。而正是“自上而下”的国家法治与“自下而上”的地方法治之间的互补、磨合,推动着中国法治格局的逐渐生成。^{[33](P27)}

(四) 加大地方立法对本地法治需求的回应度

“法治”从来都不是一个专属于“国家法治”的概念,而是涵摄着“地方法治”这个外延。即使是单一制的中国,基于国情和历史文化特点,也在其法治基本环节上,区分了国家和地方两个法治层面,与此相对应,地方立法和国家立法本质上是一种辩证统一的部分与整体的关系。故此,地方立法就存在两种基本功能定位:一是贯彻国家立法意志,即对国家立法的理念和规定进行充分落实;二是对地方特有且中央不便直接管理的事务,在不违反上位法规定和不超越授权范围的条件下,进行创制性立法。

随着中国特色社会主义法律体系的日臻完善,严格地讲,“向上看齐式”的地方立法空间将会逐渐被限缩。未来的地方立法,应当在与国家基本法治精神和原则保持一致的前提下,更多地立足地方经济社会发展的实际需求。即“地方立法要充分反映本地政治、经济、地理、文化、风俗、民情等对立法调整的需求程度,适合本地实际情况,并且地方立法要有较强的、具体的

针对性,注意解决本地突出的而中央立法没有或不宜解决的问题,把制定地方规范性法律文件同解决本地实际问题结合起来。”^{[34](P77)}

而地方立法服务于地方法治需求的正当性根源,就在于地方立法权作为地方法权的组成部分,在本质上是地方固有的权力。尽管在《宪法》和《立法法》中关于“立法权”的规定往往站在国家法治的层面,但就国家权力体系而言,中国特色社会主义制度中的一切权力(当然包括立法权)属于人民,人民行使国家权力的机关是各级人民代表大会及其常委会。地方人民代表大会所享有的立法权,其合法性除宪法、法律的授权外,在治理范围内“倾听人民的意见和建议,为人民服务,对人民负责,受人民监督”,^①也是其应有之意。也即,立法权是地方固有的一种法权。因此,归根结底,“地方”是一个有地方意识能够采取主动治理行为的主体,而不是一个被“客体化”的“主体”^{[35](P49)}。

本次《立法法》修订的亮点之一,就是在第70条设立了基层立法联系点,借此来深入听取基层声音,不断地强化对地方法治需求的回应度,地方立法在“向上看”“向外看”之外,能够更多地“向内看”“向自身看”,更加注重内在体系结构的优化,从而更好地承担起服务地方治理、完善国家治理的责任。

五、结语

提高地方立法质量、加强地方立法的系统性、整体性、协调性、时效性是制定“良法”进而实现“善治”的关键路径,也是未来一段时期地方立法工作的重点。长期以来形成的孤立式、机械式的地方立法模式应当引起反思。在当前全力推进国家治理体系和治理能力现代化的大背景下,地方立法工作要自觉摆脱功利主义的立法效率(efficiency)至上观,从立法实效(effectiveness)角度,更加注重体系建设,强化地方立法体系内部元素之间的和谐互动,从理

①参考《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第4条。

念、依据、逻辑、动因等多方面入手,积极优化地方立法体系结构。以期充分发挥地方立法在建设中国特色社会主义法治体系与特色法治国家中的独到与重要作用。

参考文献:

- [1]朱力宇. 立法学[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2015.
- [2]封丽霞. 地方立法的形式主义困境与出路[J]. 地方立法研究, 2021(6): 64-80.
- [3]Oxford Dictionary of law[M]. London: Oxford University Press, 2003.
- [4]约瑟夫·拉兹. 法律体系的概念[M]. 吴玉章, 译. 北京:中国法制出版社, 2003.
- [5]张文显. 法理学[M]. 北京:高等教育出版社, 2018.
- [6]邹瑜. 法学大辞典[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1991.
- [7]苗东升. 系统科学精要[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2016.
- [8]王以太. 权力清单中的地方政府规章——以《立法法》第82条为中心的分析与展开[J]. 江苏社会科学, 2016(3): 138-147.
- [9]曹鑾. 行政规范性文件统一立法的实践解析与逻辑证成[J]. 行政论坛, 2020(4): 105-110.
- [10]姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京:北京大学出版社, 2005.
- [11]冯·贝塔朗菲. 一般系统论:基础、发展和应用[M]. 林康义, 魏宏森, 译. 北京:清华大学出版社, 1987.
- [12]颜泽贤, 范冬萍, 张华夏. 系统科学导论——复杂性探索[M]. 北京:人民出版社, 2006.
- [13]卢曼. 社会中的法[M]. 李君韬, 译. 台北:五南图书出版股份有限公司, 2009.
- [14]张淑芳. 行政法规规范衔接瑕疵及整合[J]. 法学杂志, 2021(30): 35-47.
- [15]王镔. 法律位阶判断标准的反思与运用[J]. 中国法学, 2022(2): 5-25.
- [16]王承志. 法律工具主义对美国冲突法的影响及其启示[J]. 当代法学, 2015(3): 153-160.
- [17]马斌. 塔玛纳哈“工具主义命题”的反思与证伪[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版), 2016(1): 60-68.
- [18]单纯. 过秦与正韩:论儒家对秦制及法家思想的批判[J]. 中国政法大学学报, 2013(2): 41-56, 158.
- [19]周永坤. 法律工具主义及其对司法的影响[J]. 学习论坛, 2006(7): 75-77.
- [20]李泽厚. 实用理性与乐感文化[M]. 北京:生活·读书·新知三联书店, 2008.
- [21]刘光华. 本土性与普适性:中国经济法研究的反思[J]. 兰州大学学报(社会科学版), 2011(6): 104-109.
- [22]刘登森. 布坎南“经济人”思想研究[J]. 南通大学学报(社会科学版), 2018(4): 137-142.
- [23]王春业. 论立法权扩容背景下的地方立法的节制[J]. 法学论坛, 2018(1): 100-108.
- [24]谢家银, 曹平, 罗华权. 我国地方政府立法创新若干问题研究[J]. 社会科学家, 2016(5): 34-38.
- [25]王腊生. 新立法体制下我国地方立法权限配置若干问题的探讨[J]. 江海学刊, 2017(1): 141-149.
- [26]武芳. 论地方政府规章和行政规范性文件的制定事项范围划分标准[J]. 河北法学, 2017(7): 139-150.
- [27]孙波. 地方立法“不抵触”原则探析——兼论日本“法律先占”理论[J]. 政治与法律, 2013(6): 122-132.
- [28]丁轶. 地方立法重复现象的组织社会学阐释[J]. 地方立法研究, 2020(6): 21-43.
- [29]王仰文. 限量放权后“模仿式”地方立法困局的破解之道[J]. 北方法学, 2017(3): 91-99.
- [30]张文显. 和谐精神的导入与中国法治的转型——从以法而治到良法善治[J]. 吉林大学社会科学学报, 2010(3): 5-14, 159.
- [31]刘建军. 从“工具主义法律观”到“治理主义法律观”:全面推进依法治国进程中的观念革命[J]. 湖北社会科学, 2017(2): 25-33.
- [32]CAPRA Fritjof. The web of life: A new scientific understanding of living systems[M]. New York: Doubleday, 1996.
- [33]封丽霞. 认真对待地方法治——以地方立法在国家法治建设中的功能定位为视角[J]. 地方立法研究, 2016(1): 21-33.
- [34]唐莹莹, 陈星言. 北京市地方立法特色及实现路径[J]. 新视野, 2012(5): 77-80.
- [35]钱大军, 赵力. 地方治理视野中的地方立法[J]. 湖湘论坛, 2020(6): 42-53.

【责任编辑 刘绚兮】

On the Rationale and Path of Structural Optimization of the Local Legislative System

LIU Guanghua & LI Taiyi

Abstract: In the context of the socialist rule of law with Chinese characteristics in the new era, advancing law-based governance on all fronts and achieving harmonious governance by good law is the Chinese path

to modernization. Improving the quality of legislation and strengthening the systematicity of legislation have become the important content and main direction of local legislation which is the key component of the rule of law. The local legislative system should be an organic system which consist of local legislation at different levels. At present, there are profound structural problems in the local legislative system, which are mainly manifested as: unbalanced quantitative structure, unclear hierarchical structure and insufficient structural interaction. The main causes include the negative impact of “the instrumentalism view of law”, the vagueness of the current legislative rules, the superstition of “non-contravention principle”, and the drive of pursuing political achievements in legislation, etc. The structure of local legislative system needs to be optimized by following measures as updating the idea of local legislation, improving the legislative rules to guide the legislative activities, building the hierarchical-evolution mechanism of local legislation, and actively responding to the local governance needs, in order to play the unique role of local legislation in enriching the system of rule of law with Chinese characteristics.

Keywords: local legislation; local legislative system; dumbbell structure; instrumentalism view of law; governmentalism view of law

(上接第46页)

as an example to examine the citizen participation mechanism in its legislative process. Similar to the development trajectory of legislation in the Shenzhen, citizen participation in legislation can be divided into three stages: the initial stage, the growth stage, and the rapid development stage. Over the past 30 years, the local legislation in Shenzhen has gradually shifted from a simple emphasis on having laws to a focus on the scientific and democratic nature of the legislative process, and from a single departmental legislative model to guiding broad public participation. Specifically, the Shenzhen Municipal People’s Congress and its Standing Committee have taken a series of measures to safeguard citizens’ participation in legislation, including enacting a series of laws and regulations to protect citizens’ legislative participation rights, establishing a sound system of legislative hearings and grassroots legislative contact points, and implementing open legislation throughout the legislative process, as well as expanding the channels for National People’s Congress deputies to perform their duties. These efforts have made the content of citizen participation in legislation more profound, the forms of citizen participation more diverse, and public opinion fully reflected in laws and regulations. Only by adhering to the protection of citizens’ right to participate in legislation and implementing democratic and scientific legislation can we enrich and improve the institutional connotation of the whole-process of people’s democracy and promote the orderly development of China’s socialist political system. Therefore, the issue of citizen participation in local legislation in Shenzhen and other regions across the country still needs long-term attention and exploration from academia.

Keywords: whole-process people’s democracy; citizen participation; legislative participation; local legislation; Shenzhen