

双重制度逻辑视野下的立法形式 规避研究

以经济特区立法为中心

丁 轶*

摘要 立法形式规避是一种发生在经济特区立法过程中的现象,通常表现为拥有双重立法权尤其是立法变通权的经济特区立法机关,有意识地在经济特区法规与地方性法规之间作出倾向性选择,通过前者覆盖后者的方式,力图规避某些立法难题。立法形式规避之所以产生,根源在于经济特区的两种立法形式存在制度逻辑上的差异,而这种差异又会被科层制的执行、风险和效率逻辑所放大和利用,最终通过顺从、折中和回避三种应对策略体现出来。立法形式规避体现出了“两个积极性”宪法条款下的差异化纵向治理思路,但同时也容易进一步加剧不同地区间的立法不平等状况、加重立法变通权行使中的机会主义倾向并增加法院的审判工作量。对该行为的有效应对,既需要从中央专属立法事项的适度共享入手实现经济特区法规的“增量控制”,也需要从现有经济特区法规的有效清理入手实现必要的“存量减负”。

关键词 立法形式规避 双重制度逻辑 经济特区法规 地方性法规 立法变通权

一、问题的提出

在中国特色社会主义法律体系中,经济特区法规扮演了一个既十分重要又格外微妙的角色。言其重要,是因为经济特区法规直接来源于全国人大的授权决定,“该立法权是经由全国人大及其常委会特别授予的,不同于宪法和地方组织法明文规定的一般地方立法权即职权立

* 辽宁大学法学院教授。

法权”,〔1〕故而“经济特区的人民代表大会及其常委会也就享有了全国人大或人大常委会的部分立法权限”,〔2〕甚至于经济特区法规本身可以被“视为一种特殊的中央立法,而非仅仅属地方立法”。〔3〕言其微妙,是因为经济特区法规的具体位阶长期以来模糊不清,将其视为“介于法律、行政法规与地方性法规之间”“与法律相同”“与地方性法规相同”等观点同时存在且分歧明显,以至于最高人民法院和地方人民法院在此问题上也无法形成共识。〔4〕这表明,经济特区法规在“以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系”〔5〕中,并无一个十分明确的制度定位。

正是在上述背景下,尤其自2010年以来,随着深圳、厦门、珠海、汕头等经济特区先后扩大特区范围,实现了经济特区与所在市的行政区划完全重合以后,一种经济特区立法中的独特现象引起了人们的注意,即虽然经济特区所在市同时拥有制定地方性法规和经济特区法规的“双重立法权”,但在实践中,“一个常见的现象是,适用设区的市立法权的事项和领域被经济特区立法覆盖”,乃至本属于设区的市“城乡建设与管理”“生态文明建设”立法范畴内的道路交通安全、出租车管理、公园广场使用、城市供水用水、城市绿化、环境噪声污染防治等诸多事项,均被经济特区法规所覆盖,〔6〕导致“特区立法不‘特’,以经济特区立法权之名行设区的市地方性法规立法之实,将经济特区立法权混同于一般地方性法规制定权”。〔7〕

显然,从规范角度视之,上述现象的存在并非正常,《立法法》既然分列两条分别规定了经济特区的法规制定权和地方性法规制定权,就表明两种立法形式间理应存在不同的制度分工,否则《立法法》的相关条款就成为了没有实质意义的规定。相应地,按照这种思路,当务之急是需要立法前提上明确经济特区法规是否必须存在上位法,在立法内容上明确经济特区法规是否需要针对地方性事务进行立法,在效力等级上明确经济特区法规的具体位阶等等。〔8〕

不过,即便如此,这种表现为“经济特区法规覆盖地方性法规”的立法现象为什么会产生和存在,仍然构成了一个值得深究的问题。这不仅是因为,通过进一步追问这种现象的生成机理,尤其是跳出“合法/非法”的二元符码,可以从新的视角出发窥见当代中国立法过程中的某

〔1〕 陈俊:“经济特区双重立法权论要”,《法学》2001年第9期,第12页。

〔2〕 宋方青:“中国经济特区授权立法中法规冲突现象之评析”,《法学》2000年第1期,第9页。

〔3〕 林彦:“经济特区立法再审视”,《中国法律评论》2019年第5期,第185页。

〔4〕 参见崔文俊:“论经济特区法规的位阶”,《学术交流》2019年第6期,第72—73页。

〔5〕 吴邦国:“在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话”,载《光明日报》2011年1月27日,第2版。

〔6〕 参见孙莹、肖棣文:“法制统一与分级治理:我国央地立法权的配置机制”,《公共行政评论》2023年第1期,第95—96页。

〔7〕 叶海波:“‘天使投资’、示范立法与风险管控——‘双区’语境下深圳特区立法的逻辑与使命”,《地方立法研究》2020年第3期,第58页。

〔8〕 参见孙莹:“经济特区立法该如何突出‘特’”,《人民之声》2018年第11期,第49页;孙莹:“用足用好经济特区立法权”,《人民之声》2021年第5期,第57页。

些复杂考量和行动策略,也是因为“了解事物是其所是的方式和理由,是使其改善的第一步和至关重要的一步”,〔9〕可以帮助我们为问题现象的规范式评估提供不可或缺的理论 and 经验基础,〔10〕有助于提出更具有针对性、合理性的对策建议。

有鉴于此,本文将经济特区立法中的上述现象界定为一种“立法形式规避”行为,即立法机关出于若干因素的考虑,有意识地在两种不同的立法形式间作出倾向性选择,通过某种立法形式覆盖另一种立法形式的方式,达到规避某些立法难题的目的。相应地,“双重制度逻辑张力下的策略性回应”成为了理解该现象的重要钥匙,这要求我们将经济特区法规的制定过程,视为一个经济特区立法机关在贯彻和执行中央立法决策时,巧妙利用双重立法权尤其是立法变通权,实现有利于科层组织生存和发展之目标的过程。自然,对于这种行为的有效应对,也需要从中央立法机关和经济特区立法机关的制度逻辑转变出发,寻求增量(未来如何制定经济特区法规)和存量(现有经济特区法规如何处理)两方面的解决方案,以期在科学立法和依法立法的意义上,为中国特色社会主义法治体系的不断完善提供必要的智力支持。

二、立法形式规避的构成要件

可以说,在当代中国的立法过程中,无论是在中央立法还是地方立法层面,时常会出现立法机关有意选择某种立法形式而非另一种立法形式的现象。比如在行政立法领域,有学者就指出现实中存在着政府规章向行政规范性文件“逃遁”的现象,即“由于政府及其工作部门出于对复杂立法程序的规避,或怠于进行精细的立法调研、创新制度安排,或困于立法资源、立法能力的不足,而主动选择以行政规范性文件代行规章的功能”,从而出现了具有立法性质的行政规范性文件大量泛滥的局面。〔11〕此外,在全国人大常委会的立法工作中,偶尔也会出现类似现象,比如在常委会明知相关立法之“基本法律”属性的情况下,为了尽快制定出法律,常委会巧妙修改法律名称,以便在形式上符合宪法规定,由常委会自己审议并通过该立法。〔12〕而在国务院作为提案人和起草单位的情况下,如果相关立法草案在常委会审议环节遭遇较大质疑,国务院也经常以“先颁布行政法规,待时机成熟时再制定法律”为由撤回议案,转而以行政法规的形式作出规定,从而出现“法律降格为行政法规”的立法现象。〔13〕

不过,无论是称为“逃遁”还是“降格”,究其实质而言,在两种立法形式均可使用,但从法理

〔9〕 (美)布鲁斯·布鲁诺·德·梅斯奎塔、阿拉斯泰尔·史密斯:《独裁者手册》,骆伟阳译,江苏文艺出版社 2014 年版,第 4—5 页。

〔10〕 参见周雪光:“中国国家治理及其模式:一个整体性视角”,《学术月刊》2014 年第 10 期,第 10 页。

〔11〕 参见沈亚平、徐双:“赋权与限权:我国设区的市行政立法空间问题研究——以山东省设区的市政府规章为例”,《河北法学》2021 年第 12 期,第 42 页。

〔12〕 参见韩大元:“论全国人民代表大会之宪法地位”,《法学评论》2013 年第 6 期,第 7—8 页。

〔13〕 参见邢斌文:“论法律草案审议过程中的合宪性控制”,《清华法学》2017 年第 1 期,第 185—186 页。

上来看理应采取其中某种立法形式时,立法机关却主动选择了另一种立法形式,这种做法本身已经反映出了立法机关的偏好和取向,故而使用具有一定主观色彩的“规避”一词来概括上述现象,就成为了可行之举。^[14]具体到本文所关注的经济特区立法上,这种立法形式规避行为的构成要件,可以总结为如下四个:

(一)基本前提:双重立法权

如前所述,立法形式规避涉及两种不同立法形式——经济特区法规和地方性法规——间的倾向性选择问题,故而经济特区所在市拥有双重立法权,构成了立法形式规避行为得以产生的基本前提。

众所周知,经济特区所在市的人大及其常委会拥有双重立法权始于2000年《立法法》。该法(2000)^[15]第63条和第65条分别赋予了经济特区所在地的市地方性法规和经济特区法规的制定权。在此之前,深圳、厦门、珠海、汕头等经济特区根据全国人大及其常委会的专门授权仅拥有经济特区法规的制定权。不过,考虑到迟至2010年以后,上述四市的经济特区范围才扩展到全市,双重立法权作为立法形式规避的产生前提这一观点是需要做限定的,即只有在实现经济特区与所在市的行政区划完全重合以后,双重立法权才有可能催生出立法机关对不同立法形式的倾向性选择。

这是因为,在2010年之前,尽管经济特区所在市的人大及其常委会拥有双重立法权,但地方性法规的覆盖范围相较经济特区法规更大,因此对于立法机关,即便经济特区法规的调整事项范围存在争议,只要立法的覆盖范围涉及全市,原则上均应通过地方性法规进行规范。相应地,两种立法形式间主要是通过覆盖范围来加以区分,由此导致的结果便是使用经济特区立法权进行立法的整体速度明显减缓。^[16]可见,在《立法法》出台至2010年这十年间,双重立法权并未诱发出明显的立法形式规避行为,其根本原因在于立法的覆盖范围标准成为了划分经济特区法规与地方性法规的主要标准。这种标准较为清晰,且具有隐形的约束作用,即便立法机关有意规避地方性法规的制定程序,但立法覆盖范围因素的存在,使得立法机关无法在两种

[14] 在接下来的论述中,本文所使用的“立法形式规避”概念主要指经济特区立法中的“立法形式规避”,虽然其在宽泛意义上还涵盖了其他立法现象。

[15] 考虑到《立法法》存在2000年版、2015年版和2023年版三个版本,相关规定的条文序号会发生一定变化,因此在接下来讨论中,在引用《立法法》时,会在其后标注引用的版本,未标注的默认为2023年版本。

[16] 对此,有学者比较了1996年至2000年这五年和2001年至2005年这五年的深圳经济特区立法状况,发现在前五年中,使用经济特区立法权进行立法发生了50次,而在后五年里,总共只有16件经济特区立法,而“同期用一般地方立法权立法的数量为24件”。参见王喆:《深圳用足用好经济特区立法权实施路径研究》,经济日报出版社2021年版,第28页。与之类似,珠海市人大常委会工作人员也承认,在2000年至2007年间,“珠海制定的特区法规明显减少,7年间只有3件”,参见王道远、王智斌、童年生:“珠海立法再认识”,《人民之声》2009年第10期,第19页。

立法形式间作出任意选择。^{〔17〕}

相比之下,2010 年之后,随着经济特区与所在市的行政区划完全重合,原来得以区分经济特区法规与地方性法规之界限的立法的覆盖范围标准,已经失去了继续存在的基础。对于如何有效区分两种立法形式,全国人大常委会从未给出过正式说明,从官方的非正式反馈渠道来看,给出的建议也多是诸如“凡是可以制定地方性法规来解决问题的,尽可能用制定地方性法规来解决;凡是制定地方性法规不可能解决问题的,可以运用经济特区授权立法权来解决”一类的原则性意见,^{〔18〕}很难具有可操作性。这样一来,从组织学角度来看,就极大增加了下级机关在理解和执行模糊指令过程中的自由裁量空间,^{〔19〕}经济特区所在市可以在拥有双重立法权的同时,选择有利于自己的立法形式。

(二) 制度基础:立法变通权

当然,对于经济特区立法机关,如何区分经济特区法规和地方性法规,还是形成了自己的操作标准。按照珠海市的做法,“珠海市一般采用变通原则,即需要变通的法规一般使用经济特区立法,不需要变通的则使用设区的市立法”,相应地,在行使立法变通权之后,两种立法形式间的区分标准进一步转化为“凡是带‘珠海经济特区’字样的,基本都是经济特区立法,带‘珠海市’的都是珠海市立法”和“凡是珠海人大常委会通过的基本都是珠海经济特区立法,经过广东省人大常委会批准的则是设区的市立法”。^{〔20〕}换言之,是否行使立法变通权、法规名称和是否需要批准,成为了区分两种立法形式的三大官方标准。^{〔21〕}

进而,在上述三大标准中,第一项标准(即“变通标准”)显然是最重要的,因为无论是“名称标准”还是“批准标准”,都是附随于“变通标准”的,只有在行使立法变通权之后,才谈得上对相关法规进行命名以及确定其是否需要省人大常委会批准。而且,“变通标准”的存在还得到了《立法法》的隐含支持,因为根据《立法法》(2015)第 98 条的规定,“经济特区法规报送备案时,

〔17〕 对此,深圳市人大常委会调研组在调研中发现,“在立法法赋予深圳市拥有特区立法权的同时拥有较大市立法权后,一些同志认为,既然特区立法覆盖不到宝安、龙岗两区,实践中就应多立较大市法规,少立特区法规,这在一定程度上影响了特区立法权的运用”。参见深圳市人大常委会调研组:“进一步用好深圳经济特区立法权”,《特区实践与理论》2008 年第 5 期,第 46 页。此外,厦门、珠海两市当时也有类似的想法和实践,参见海南省人大常委会考察组:“深圳、珠海、厦门等经济特区立法工作考察报告”,《海南人大》2003 年第 9 期,第 27 页。

〔18〕 参见周成奎:“经济特区立法要为完善社会主义市场经济法律体系作出贡献——在经济特区授权立法联席会议上的讲话”,《海南人大》2004 年第 1 期,第 10 页。

〔19〕 参见(美)安东尼·唐斯:《官僚制内幕》,郭小聪等译,中国人民大学出版社 2006 年版,第 142—143 页。

〔20〕 参见刘雁鹏:“珠海立法二十年:成效、问题与建议”,《惠州学院学报(社会科学版)》2017 年第 4 期,第 50—51 页。

〔21〕 其他经济特区也有类似表述,参见张京:“以高质量立法 推动高质量发展——进一步完善深圳经济特区立法工作机制”,《人民之声》2020 年第 5 期,第 57 页。

应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况”。〔22〕可见,该条款已经表明,如果某项法规属于经济特区法规,那么该法规在内容上就应该包含变通规定,否则就失去了报送备案的意义。

但问题在于,即便是诉诸“变通标准”,两种立法形式间如何区分的问题仍然没有得到解决。因为“变通标准”是一个主观色彩浓厚的标准,“仅仅是实际操作过程中的具体方法,并不是一个确定的适用标准”。〔23〕只要立法机关认为法规的某一部分需要变通,理论上哪怕该法规的调整事项同其他设区的市地方性法规完全一致,该法规也属于经济特区法规而非地方性法规。因此,“变通标准”反倒以行使立法变通权的决断方式,实现了经济特区立法机关的自我扩权,其所拥有的立法变通权,无疑构成了立法形式规避得以产生的制度基础。

(三)客观表现:数量差别悬殊与大规模覆盖

既然作为一种现象而存在,立法形式规避必然具有一定的客观面向。在本文看来,这种客观面向主要表现为两种立法形式间的数量差别悬殊,以及其中一方对另一方的大规模覆盖。

对此,有学者统计了自2015年《立法法》修改至2021年底的深圳、厦门、珠海、汕头四市的新立法,结果发现经济特区法规与普通法规间的数量差别十分悬殊,达到了惊人的33:1、27:3、20:1和21:1。〔24〕即便是在较近的2022—2023年,情况也没有发生明显变化,两种立法形式间仍然处于失衡的数量对比状态中,经济特区法规在法规总量中占到了90%以上,尤其在深圳、珠海、厦门三市更是高达95%以上。〔25〕这意味着在多数经济特区中,经济特区法规几乎代表了法规的整体,地方性法规只扮演了微不足道的角色,几年内只制定一两部地方性法规已经成为了经济特区立法的“新常态”。

此外,纵观上述四市近几年制定的极为有限的地方性法规还可以发现:同为垃圾分类管理立法,深圳体现为地方性法规,珠海、汕头、厦门三市体现为经济特区法规;同为文明行为立法,珠海体现为地方性法规,深圳、汕头两市体现为经济特区法规;同为环境保护立法,厦门体现为地方性法规,深圳则体现为经济特区法规。这意味着,在不同经济特区之间并不存在统一的“变通标准”,立法机关可以随意行使立法变通权,以至于出现了针对同一立法事项不同经济特区采取不同立法形式的“同事不同规”局面。同时,考虑到无论是垃圾分类管理、文明行为还是环境保护事项,不但在性质上属于《立法法》中规定的“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面”的设区的市立法事项,且在非经济特区的其他设区的市立法中,均是通过地方性法规的形式加以规范,故而可以认为,在现实中确实存在着某种立法形式覆盖另一种立法形式的

〔22〕 该规定为《立法法》2015年修改时新加,在2023年修改时相关表述变为“经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规报送备案时,应当说明变通的情况”(第109条),但实质内容没有发生变化。

〔23〕 刘雁鹏,见前注〔20〕,第51页。

〔24〕 参见王建学:“改革型地方立法变通机制的反思与重构”,《法学研究》2022年第2期,第46页。

〔25〕 只统计新制定的名为“条例”“规定”和“办法”的法规,不统计法规修改和各种“决定”,统计资料来源于北大法宝和四市人大官网。

现象,只不过这种现象掩藏在了“同事不同规”的表象之下。

(四)实质取向:规避立法程序难题

既然名为“规避”,就表明立法形式规避具有一定的实质取向,即具有主观上的特定目的——旨在规避某些立法难题。

对此,可以将立法形式规避与法社会学意义上的“法律规避”做一对比:相似之处在于二者均是理性选择的产物,是相关主体“在所有现存的社会限制条件下作出的”主观选择,反映出了主体的成本收益计算趋向和结果。^[26] 差别之处则在于,法律规避往往以存在明确的国家法律法规尤其是强制性规范为前提,导致行为主体只能通过改变法律行为的构成要素(如主体、标的物或行为类型)方式实现规避强制性规范的目的。^[27] 相比之下,立法形式规避并不以强制性的立法规范为前提,相关要求更多是法理上的要求,因此立法形式规避具有更大的自由选择空间。

不过,在法理上理应采取某种立法形式却选择了另一种立法形式时,立法机关意图追求何种目的,仍然构成了一个需要回答的问题。在本文看来,立法形式规避的实质在于立法程序规避,即意图规避某种立法程序所带来的一系列难题(比如立法时间延长、立法成本加大、审查更为严格、社会关注度加大、更容易引发争议等)。这里,可以将经济特区立法形式规避同前述几种立法形式规避行为进行对比。

共同之处在于都属于立法程序规避,因为无论是规避地方性法规还是规避政府规章、基本法律、其他法律等立法形式,不同立法形式反映出了不同的立法制定程序,相应地,当立法主体主动选择某种立法形式而非另一种形式时,就意味着已经对两种立法形式背后的立法程序进行了细致的成本收益比较,认为前者的立法程序能够避免带来更多的立法难题。不同之处在于,经济特区的立法形式规避涉及的立法主体为同一立法机关,这不同于全国人大常委会和国务院的立法形式规避。因为一旦采取了“基本法律”和“其他法律”的立法形式,相应的立法程序就会将立法主体转变为全国人民代表大会和全国人大常委会,从而会出现不同立法形式、程序和主体间迥异的局面。而在地方政府的立法形式规避中,尽管两种情况下的立法主体同一,但政府规章的效力无疑大于行政规范性文件,这又不同于经济特区法规与地方性法规。

正是由于上述差别,使得经济特区立法机关可以在拥有双重立法权尤其是立法变通权的基础上,充分利用制度上存在的模糊空间进行灵活决策,这构成了立法形式规避得以产生的实质性因素。

[26] 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第41—58页。

[27] 参见王军:“法律规避行为及其裁判方法”,《中外法学》2015年第3期,第632—636页。

三、立法形式规避的生成机理

在本文看来,理解立法形式规避之生成机理的一个核心钥匙是“制度逻辑”概念,这表明某一领域中稳定存在的制度安排和相应的行动机制“诱发和塑造了这一领域中相应的行为方式”,而某一制度逻辑的作用又是在“与其他制度逻辑相互作用的过程中表现出来的,因其他参与的制度逻辑不同而有着不同的作用”。〔28〕这意味着“制度逻辑视角”构成了一种“元理论框架”,可以帮助我们更好“分析制度、个体和组织在社会系统中的相互关系”。〔29〕换言之,正是因为不同制度逻辑间存在着潜在张力,经济特区立法机关才会采取立法形式规避行为来加以调和,最终产生了经济特区法规大规模覆盖地方性法规的现象。

(一)经济特区立法的双重制度逻辑

从组织学角度视之,经济特区立法机关“既要在纵向层面上有效处理好与中央立法者的关系,又在横向层面处于由地方党委、政府等机构所组成的权力场域之中”,其“在做出任何决策(比如立法)之时不可能不顾及到这些结构性因素的种种限制和约束(无论是正式还是非正式的)”。〔30〕这意味着作为一种组织体的经济特区立法机关处于复杂多变的制度环境中,“制度逻辑”就是制度环境对于组织体提出的一系列显性或隐性的制度要求,需要组织体给出恰当的回,具体包括如下两方面。

1. 国家的逻辑

所谓“国家的逻辑”,是指与地方立法机关不同的中央立法机关的制度逻辑。大体上,对于经济特区立法,“国家的逻辑”可以分为两方面:一是对于经济特区法规的制度逻辑,二是对于地方性法规的制度逻辑。两种逻辑虽然反差较大,但作用于同一立法主体。

其中,对于经济特区法规,国家的逻辑可以被概括为“包容逻辑”,即从鼓励试验、宽容失败的试错立场出发,将经济特区法规视为一种“权限比一般地方性法规的权限要大”的立法形式,目的在于“将国家给予经济特区的特殊政策具体化,在改革开放方面作出探索试验性规定,起立法‘试验田’的作用”。〔31〕按照这种逻辑,经济特区立法机关在立法过程中可以“不必太拘泥于考虑是否与原则冲突”,“自己在脑袋里不要有框框,要充分运用授权立法的灵活性和先行性,在本地区本区域内先行先试、灵活变通”,诸如授权立法的具体范围等问题并不十分重要,“可能说不清还好,说清了反而麻烦”,甚至于“花太大精力去作理论研究不太值得,全国人大也

〔28〕 参见周雪光、艾云:“多重逻辑下的制度变迁:一个分析框架”,《中国社会科学》2010年第4期,第134—135页。

〔29〕 参见(法)帕特里夏·H. 桑顿、(加)威廉·奥卡西奥、龙思博:《制度逻辑:制度如何塑造人和组织》,汪少卿、杜运周、翟慎霄、张容榕译,浙江大学出版社2020年版,第2—3页。

〔30〕 参见丁轶:“地方立法重复现象的组织社会学阐释”,《地方立法研究》2020年第6期,第41—42页。

〔31〕 参见张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第235页。

不会给予定位,今后全国人大可能也不会下定论”,因此只要经济特区立法机关敢于试验和创新,就“没必要作太多的争论和纠缠”。〔32〕相应地,“包容逻辑”主要通过有学者所谓的“概括审查”机制加以实现,即只要大体上符合授权决定中的“遵循原则”,〔33〕履行了备案程序,经济特区法规中有关国家机关的权力和责任、公民和社会组织的权利义务等方面的规定,即使与上位法不一致,也属于合理变通的范围之内,仍然可以通过全国人大常委会的审查,属于最为宽松的审查基准。〔34〕

相比之下,对于经济特区制定的地方性法规,国家的逻辑是“法制统一逻辑”,将经济特区所在市与其他设区的市一视同仁,要求“经济特区制定的地方性法规,不能变通法律、行政法规和省人大及其常委会制定的地方性法规,其效力低于法律、行政法规和省人大及其常委会制定的地方性法规”。〔35〕这是因为,“特区立法相对于法制统一就是矛盾”,特别是,“当初,授权立法并不是很完善,带有探索性、试验性,有些问题没有明确,所以导致现实当中出现一些问题和矛盾”,因此在经济特区有权制定地方性法规之后,“法制统一原则应放到比较重的位置,并经过批准。这样一旦执行起来,法律适用冲突就少”。〔36〕相应地,“法制统一逻辑”主要通过所谓的“严格审查”机制加以实现,即作为设区的市,经济特区制定的地方性法规,需要严格满足立法权限方面的“根据本市的具体情况和实际需要”“不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触”“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”“依照法律规定”〔37〕这四项要求,且需要报省级人大常委会批准后施行,而有关国家机关的权力和责任、公民和社会组织的权利义务等方面的规定,还需要具有明确的上位法依据,故而要接受比省一级制定的地方性法规更为严格的合法性审查。〔38〕

显然,“包容逻辑”与“法制统一逻辑”是两种适用于不同立法形式和程序且互相隔绝的制度逻辑。国家意图通过经济特区制定地方性法规的契机将其纳入到现有的立法监督框架内,而对于经济特区法规仍然采取十分宽松的审查基准,由此出现了某种双轨制格局。

2. 科层制逻辑

如果说“国家的逻辑”体现为中央立法机关的宏观决策和整体部署,那么,“科层制逻辑”则是经济特区立法机关在综合考量多方因素后,稳妥落实上述决策的制度逻辑,体现出自上而下维度下的科层体制妥当回应上层要求、应对潜在风险的实践思路。具体包括如下三种子逻辑:

(1) 执行的逻辑。在科层体制中,越清晰的决策越容易得到执行,越模糊的决策越容易遭

〔32〕 参见“全国人大有关部门领导和专家谈经济特区授权立法”,《海南人大》2003 年第 12 期,第 20—22 页。

〔33〕 即几个授权决定中均规定的“遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则”。

〔34〕 参见孙莹等,见前注〔6〕,第 99—100 页。

〔35〕 张春生,见前注〔31〕,第 236 页。

〔36〕 参见“全国人大有关部门领导和专家谈经济特区授权立法”,见前注〔32〕,第 20 页。

〔37〕 《立法法》第 81 条。

〔38〕 参见孙莹等,见前注〔6〕,第 100—101 页。

到歪曲。这个道理对经济特区立法同样适用,因为无论是前述的“包容逻辑”还是“法制统一逻辑”,都远非清晰易见的立法决策,即便是二者各自的具体原则——“遵循原则”和“不抵触原则”——亦非完全清晰。而且,相比于“不抵触原则”,“遵循原则”的模糊度更高、可诠释空间更大,不但上世纪九十年代的几个授权决定未加限定,《立法法》也没有给出过明确界定。究其原因,不仅是因为“国家的法律法规也没有规定哪一条是原则,哪一条是基本原则”,^[39]也因为“遵循原则”与经济特区立法变通权的权限范围密切相关,^[40]故而一旦明晰化了“遵循原则”,就使得国家鼓励先行先试的“包容逻辑”失去了实质意义。这样一来,“国家的逻辑”与“执行逻辑”间的张力也就必然产生,即“包容逻辑”的本意在于鼓励经济特区先行先试,但其内含的“遵循原则”的高度模糊性,却有助于立法机关在灵活运用立法变通权的基础上,实现不同于先行先试的其他目的。

(2) 风险的逻辑。同个体类似,作为组织体的立法机关也具有趋利避害的行为趋向。对于经济特区立法机关,这意味着相比于“包容逻辑”,“法制统一逻辑”具有更大的潜在风险,因为如果采取地方性法规的立法形式就需要受到“批准—备案—撤销”的程序控制,需要在批准和备案环节接受相对严格的合法性审查,一旦立法被撤销,“产生的社会影响和政治影响都比较大,容易给该规范性文件的制定机关的权威性和公信力造成一定程度的影响”。^[41]

相比之下,在“包容逻辑”中,经济特区法规主要受“备案—撤销”的程序控制。尽管同样有撤销之忧,但在前置性的备案环节,“以备案作为核心控制机制,本质上是对自行生效的经济特区法规作出合乎授权决定的‘无罪推定’,使其获得更为宽松的自主性空间”。^[42]即便经济特区立法机关的立法变通行为有“变通明显无必要或者不可行,或者不适当行使制定经济特区法规的权力”之嫌,也主要涉及适当性审查,不但“不适当的情形必须达到‘明显’的程度才应纠正,如果没有达到‘明显’的程度,则不应作为应予纠正的情形”,而且“一般不适当与明显不适当的界限难以截然分清,很多情况下需要根据实际情况和规范性文件规定本身的特殊情况作出判断”,^[43]这使得采取经济特区法规的立法形式具有更小的风险。基于此,“国家的逻辑”与“风险逻辑”间的张力也必然产生,即“法制统一逻辑”的本意在于将经济特区立法纳入到目前主流的立法监督框架内,但由于违反“不抵触原则”的后果更为严厉,反倒会促使经济特区立法机关灵活转换立法形式。

(3) 效率的逻辑。经济特区立法一方面需要回应本地经济社会发展的迫切需要,另一方面

[39] “全国人大有关部门领导和专家谈经济特区授权立法”,见前注[32],第22页。

[40] 参见尤乐:“论经济特区法规之变通的本相:效力、限制与监督”,《广西大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第126—127页。

[41] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《〈法规、司法解释备案审查工作办法〉导读》,中国民主法制出版社2020年版,第120页。

[42] 郑毅:《设区的市级地方立法权的改革与实施》,法律出版社2020年版,第140页。

[43] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室,见前注[41],第110—111页。

也需要回应地方党委和政府的改革创新要求,故而必然具有“效率的逻辑”,即“立法要讲速度和效率,讲质量和数量,讲投入和产出”,其最重要的目的就是“用同样的资源或者最低的成本,产出最多的财富或者达到同样的目的和效果,求得整个资源的有效率,促进经济发展”。〔44〕这样一来可以发现,实现“法制统一逻辑”的成本显然更大。因为在立法程序上,如果制定地方性法规,“立法工作程序性强,周期较长,一部较大市法规从完成草案到颁布实施通常要一年甚至更长时间,加上前期的调研和起草,可能耗时 2 至 3 年,出台的新法,受立法权限的限制,最终可能并不能十分有效地解决现实问题”。〔45〕而且,从事前的立法事实搜集角度来看,为了保证不与上位法相抵触且处于“设区的市”立法范围内,立法机关还需要对中央文件、上级立法、立法解释、法律询问答复、中长期立法规划、年度立法计划等各类制度事实进行详细查明和论证。〔46〕

相比之下,如果是制定经济特区法规,只需在公布之日起三十日内报全国人大常委会、国务院和省人大常委会备案即可,无需像制定地方性法规那样履行立法前和立法后的种种手续。〔47〕而且,由于经济特区立法机关奉行的是“变通标准”,这使得变通规定成为了经济特区法规的主要标志,加之变通规定通常被认为充分体现出了经济特区的改革创新,这导致经济特区立法机关的实际工作量大大减小。换言之,原则上只需要保证变通条款符合“遵循原则”即可,其他规定哪怕存在照抄照搬情况,也是通过经济特区法规的制定和备案程序完成,并不会引发严重的批准和审查难题。就此而论,虽然国家的本意在于通过“双轨制”格局将经济特区法规与地方性法规进行隔绝,但制定地方性法规过程中的高成本因素,却促使经济特区立法机关利用其特有的立法变通权将“双轨制”打破,实现了立法的高效率。

(二) 经济特区立法机关的回应策略

显然,在“国家的逻辑”与“科层制逻辑”之间存在明显的张力,作为一种组织体,经济特区立法机关需要回应。对此,按照组织学的经典研究,任何组织在面对制度环境带来的压力和要求时,大多会采取五种回应策略,即顺从(acquiesce)、折中(compromise)、回避(avoid)、违抗(defy)和操纵(manipulation)策略。〔48〕经济特区立法机关面对“包容逻辑”和“法制统一逻辑”

〔44〕 刘登山:“特区立法:选择什么样的模式?”,《今日海南》2007 年第 10 期,第 33 页。

〔45〕 陆茜:“谈珠海的地方性立法”,《中共珠海市委党校珠海市行政学院学报》2010 年第 4 期,第 47 页。

〔46〕 参见丁轶:“论地方自主性立法中的立法事实查明与论证”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2022 年第 6 期,第 147—150 页。

〔47〕 比如按照深圳市规定,制定地方性法规,需要在事前由市人大常委会法制工作机构就立法的有关问题向市人大常委会法制工作机构征求意见,还需要自法规通过之日起十五日内报请市人大常委会批准,如果市人大常委会批准法规但附修改意见的,则需要依照修改意见进行修改,并向常委会报告。此外,在法规公布后十五日内,还需要将公告、法规文本以及说明报送市人大常委会。参见《深圳市制定法规条例》第 65、66、67、69、70 条。

〔48〕 See Christine Oliver, “Strategic Responses to Institutional Processes,” *The Academy of Management Review*, Vol. 16, No. 1, 1991, pp. 151-159.

辑”的双重要求,比较激进的违抗策略和操纵策略并不是可选之项,而另外三种回应策略均得到了体现。

1. 顺从策略

顺从策略意味着经济特区立法机关表面上维持住了双轨制格局,保证经济特区法规和地方性法规的制定权能够处于同时行使的状态。首先,尽管在最近几年经济特区立法机关没有制定出多少地方性法规,但每个经济特区至少能够保证几年内新制定一部地方性法规。这种做法的意义在于可以避免外界产生经济特区不行使设区的市立法权的不良印象,同时可以与省人大常委会形成常态化联系,有助于后者定期行使法规批准权。其次,尽管新制定的地方性法规较少,但每个经济特区都会修订一定数量的地方性法规。考虑到法规修订同样需要省人大常委会批准,这使得法规修订具有和法规制定一样的效果,即通过“旧法(修订)”填充“新法(制定)”的方式保证了设区的市立法权的常态化行使,制造出了地方性法规制定上的繁荣表象。

2. 折中策略

折中策略意味着经济特区立法机关尽管在表面上顺从双轨制格局,但实质上通过立法形式规避打破了两种制度逻辑间的隔绝。首先是用“变通标准”替代了其他更为清晰的区分标准。理论上,相较于“变通标准”,其他立法形式区分标准(比如“立法的调整事项标准”)更为清晰。不过,一旦在实践中秉持“变通标准”,就会将两种立法形式的区分标准从客观转向主观,相应的后果就是经济特区立法机关自行决定立法的形式。其次是用先行性立法吸收了执行性立法和自主性立法。《立法法》第82条规定地方性法规具有执行性立法、自主性立法和先行性立法三种类型。但在“变通标准”成为主导标准后,拥有双重立法权的经济特区立法机关,可以将地方性法规的执行性立法和自主性立法,统统吸收进经济特区法规的先行性立法,且比地方性法规中的先行性立法更加不受限制。

3. 回避策略

回避策略意味着经济特区立法机关变相“退出”了地方性法规的制定领域。政府型组织不同于市场型组织,在前者中,上下级之间的组织关系具有不可逃避性,但下级可以通过执行过程中的不合作、私自调整、歪曲指令等行为选择“弱退出”。^[49]不同于行政机关,对于经济特区立法机关,面对组织上级的制度要求,其退出方式主要表现为不再从事大规模的地方性法规制定(尤其是创制新法)活动,而是通过立法变通权的行使将其转变为经济特区法规制定活动,从而变相退出了“法制统一逻辑”的影响领域。

[49] 参见周雪光、练宏:“政府内部上下级部门间谈判的一个分析模型——以环境政策实施为例”,《中国社会科学》2011年第5期,第88页;何艳玲、汪广龙:“不可退出的谈判:对中国科层组织‘有效治理’现象的一种解释”,《管理世界》2012年第12期,第66页。

四、立法形式规避的现实评价

本文认为,针对经济特区立法中的上述规避行为,一方面应该注意到这种规避行为背后的潜在合理因素,另一方面也要从规范角度出发,正视其可能产生的诸多负外部性,方能对其形成全面可靠的认识。

(一)立法形式规避的相对合理性

在本文看来,对经济特区立法中的立法形式规避行为,理论上不宜给予完全的否定性评价,因为国家对于经济特区法规的“包容逻辑”本身,具有一定历史阶段内的相对合理性,总体上符合我国《宪法》第 3 条第 4 款(即“两个积极性”条款)所确立的差异化央地关系处理原则。相应地,由“包容逻辑”所诱发的立法形式规避行为,也能够在此基础上得到有限辩护,具有相对的合理性。

针对“两个积极性”宪法条款,笔者之前曾经指出过,该条款实际上蕴含了某种“模糊性治理”因子,即为了灵活调整央地关系以便于应对风险和预期均不确定的改革开放,八二宪法有意模糊中央与特定地方的关系定位,从而通过目标模糊、身份模糊、战略性模糊等一系列“模糊性治理”方式,实现了单一制下的、具有契约化色彩的行政发包治理,“不但改变了原先占据统治地位的单向度权力关系,激发出了地方参与改革实践的主动性和积极性,亦创造出了一个宽松的意识形态氛围,使得地方的创新行为和试验尝试能够广泛开展而不受惩罚”。^[50]这种做法亦反映出了有学者所谓的“反定型化宪法策略”,强调“中国内部包容、允许并且鼓励了地方政治基于自身条件的探索,而不预设一种可在不同地区加以不断复制的实体模式”。^[51]

如此看来,国家针对经济特区法规的“包容逻辑”,显然是上述“反定型化宪法策略”的直接体现,而全国人大及其常务会在几个授权决定中均规定的“遵循原则”,又是“包容逻辑”的直接体现。因为“遵循原则”本身是一种高度原则化、抽象化的表述,故而相比于中央保持沉默的“默示的未完全理论化条款”,前者更属于一种“明示的未完全理论化条款”,^[52]它的本意就在于为特定地方赋予受限较少的试验权,保证其能够基于自身独特的区位优势,尽快为中央贡献出可供借鉴参考的改革创新成果。相应地,这意味着由于经济特区的改革开放措施具有先行

[50] 参见丁轶:“等级体制下的契约化治理——重新认识中国宪法中的‘两个积极性’”,《中外法学》2017年第4期,第883—886页。

[51] 田雷:“‘差序格局’、反定型化与未完全理论化合意——中国宪政模式的一种叙述纲要”,《中外法学》2012年第5期,第944页。

[52] 参见张帆:“地方立法中的未完全理论化难题:成因、类型及其解决”,《法制与社会发展》2015年第6期,第37—38页。

性、试验性,与之配套的经济特区法规也必然具有先行性、试验性,^[53]经济特区法规在性质上就属于一种自由裁量度最大的先行性立法或试验性立法。

这样一来,由于经济特区法规主要涉及中央与特定地方(经济特区),而非国家与社会之间的关系,故而在公法领域中奉行的“法无授权不可为”原则,至少在经济特区法规的制定问题上,可适用的空间大为降低,“遵循原则”可以被视为中央对于经济特区在立法试验权方面的一揽子发包。相应地,经济特区立法机关就负有义务来进行改革创新,只要相比于全国其他地区,这种改革创新具有首创性。此时,为了服务于立法内容上的创新义务,经济特区立法机关反倒拥有了类似于私法上的“法不禁止即可为”的自由,即只要全国人大不明令禁止进行某些立法试验,立法主体就可以“合法地使自己处于某种合法状态的自由,使用这样或那样合法形式的自由”。^[54]这其中自然也包括了选择立法形式的自由,尤其是选择经济特区法规这种特定立法形式的自由。

而且,从具体操作上来看,很多改革创新措施,只就立法事项而言,可能在法理上更适宜通过地方性法规加以规定。但从“包容逻辑”的立场出发,国家显然希望经济特区能够尽早出台可供中央借鉴参考的创新性规定,加之前述的科层制“效率逻辑”的影响,经济特区立法机关为了尽早出台相关立法,也只能选择制定经济特区法规的快车道。这种在抽象意义上顶着“全国人大授权立法”的名义而规避相对繁琐的批准程序的做法,看上去成为了经济特区立法机关不得不为之的一种“选择性冲动”,^[55]并在一系列立法形式规避现象中表现了出来。^[56]就此而论,如果从中国革命法制传统来看,经济特区的立法形式规避行为,也可以被视为游击战的“适应性逻辑”在立法领域的间接体现,强调地方立法机关可以根据中央阶段性的中心工作部署来“灵活地开展法治试验,以寻求改革过程中立法工作的主动性”,以便于“应对尚无立法经验的新问题和新领域,适应革命或国家建设新形势的发展”。^[57]

(二)立法形式规避的消极影响

虽然经济特区的立法形式规避行为在“两个积极性”宪法条款的制度性庇护下具有相对合理性,但与此同时,我国《宪法》第5条还规定“国家维护社会主义法制的统一和尊严”。这意味着该条同样对经济特区立法行为具有约束力,它必然反对特定地区所享有的不合理

[53] 参见安建:“经济特区立法要注重制度创新——在经济特区授权立法联席会议上的讲话”,《海南人大》2004年第1期,第11页。

[54] (法)雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏、张丽娟、石佳友、杨燕妮、谢汉琪译,法律出版社2004年版,第758页。

[55] 参见莫纪宏:“论经济特区法规的‘区外适用’效力”,《中外法学》2023年第6期,第10页。

[56] 比如前述的文明行为立法,汕头采取了经济特区法规而非地方性法规的立法形式,对外宣传的核心主题就是在全国首创执法清单公开制度,以“负面清单”形式重点整治不文明行为,参见周敏、任汕:“汕头市人大常委会先行先试、勇于探索——科学立法为经济特区改革发展提供法治保障”,《人民之声》2020年第11期,第28页。

[57] 参见陈寒非:“试验性法治:暂行立法的游击战逻辑”,《清华法学》2023年第5期,第44、48页。

的法制特权,认为“当地域性法制差异达到特定程度,尤其是形成区域壁垒时,单一制本身就会被复合制取代”。〔58〕由此出发,经济特区的立法形式规避行为可能会存在如下两方面消极影响。

首先是加剧了不同地区间的立法不平等状况。诚如有学者所言,“四大经济特区所在地的市均处于广东和福建沿海,它们相对于内陆地方本就具有天然发展优势,却长期独占改革试验资格并长期独享体制性红利”,这种“体制性红利”的典型代表就是四大经济特区有权制定经济特区法规,这会导致“经济特区与内地的经济差距不降反升,这种体制与宪法上的平等原则特别是实质平等背道而驰”。〔59〕在立法形式规避行为出现以后,这种不平等状况有可能会进一步拉大。

这是因为,一方面,当立法本身存在抵触风险时,非经济特区设区的市的应对空间极为有限,要么放弃立法,要么只能“牺牲立法的必要性也要保持合法性,哪怕在同上位法大量重复的情况下,只要保持同上位法一致、不抵触,也属于可以原谅的‘瑕疵’”。〔60〕相比之下,经济特区立法机关,可以利用行使立法变通权的契机将存在抵触风险的条款“名正言顺”地转变为接受“概括审查”的立法变通规定,无疑比非经济特区立法机关拥有更多的应对手段。另一方面,当立法追求先行先试时,非经济特区设区的市要么唯恐产生违法立法的风险而不敢为改革行为“立法背书”,〔61〕要么受到未涉及中央专属立法事项、尚未制定法律或行政法规、属于设区的市立法事项等诸多因素的限制。相比之下,经济特区法规的立法事项不限于城乡建设与管理等少数事项,甚至在个别情况下还可以涉足中央专属立法事项,〔62〕自然相比于非经济特区立法机关拥有更多的先行先试空间。如此一来,经济特区与非经济特区之间原本在立法上不平等的状况势必会进一步加剧,甚至形成反向激励,“这种立法上的特权,让其他开放地区乃至其他地区在感觉不公平之余,开始了攀比竞争的行动”。〔63〕

其次是加重了立法变通权行使的机会主义倾向。“变通标准”的主观色彩较浓,“现有的法律既没有积极规定哪些是可以变通的事项,又没有消极规定哪些是禁止变通的事项,这导致经

〔58〕 参见王建学,见前注〔24〕,第 42—43 页。

〔59〕 参见王建学:“论我国自贸区改革试验功能的法治化与科学化”,《江苏行政学院学报》2021 年第 1 期,第 122 页。

〔60〕 汤善鹏、严海良:“地方立法不必要重复的认定与应对——以七个地方固废法规文本为例”,《法制与社会发展》2014 年第 4 期,第 164 页。

〔61〕 参见俞祺:“重复、细化还是创制:中国地方立法与上位法关系考察”,《政治与法律》2017 年第 9 期,第 84—85 页。

〔62〕 比如 2020 年 8 月通过的《深圳经济特区个人破产条例》,有学者就认为该法规涉嫌违反《立法法》的中央专属立法事项规定,原因在于个人破产制度属于《立法法》中规定的“诉讼和仲裁制度”。参见黄金荣:“如何用最用经济特区立法权——大湾区立法空间与边界”,《人大研究》2023 年第 3 期,第 23 页。另参见俞祺:“央地关系中的法律保留”,《中国法学》2023 年第 2 期,第 194 页。

〔63〕 吴鹏:“经济特区授权立法制度应被废除”,《云南大学学报(法学版)》2007 年第 1 期,第 3 页。

济特区授权立法变通权太大”。〔64〕考虑到权力越大,越有利于权力主体实现自己的目标,因此在立法形式规避行为出现以后,有可能进一步加重经济特区立法机关的机会主义倾向,也会变相加剧不同地区间的不平等状况。

一是可能加重经济特区法规的伪创新倾向。毫无疑问,对于经济特区法规,“创新”是目的,“变通”是手段,如果将变通本身作为目的,无疑会本末倒置。就此而论,由于立法形式规避行为是经济特区立法机关规避地方性法规的产物,故而极易出现“为了变通而变通”的情况,导致变通规定的必要性、可行性等方面均存在严重问题,这一点已经引起了全国人大常委会法工委的关注。〔65〕二是可能加重经济特区法规的不必要重复倾向。《立法法》第82条要求“制定地方性法规,对上位法已经明确规定的内容,一般不作重复性规定”。尽管该规定针对的是地方性法规,但考虑到在立法形式规避行为中,经济特区立法机关有可能只是通过增加立法变通条款的方式,就实现了从地方性法规到经济特区法规的转变,故而《立法法》第82条力图规制的“不必要重复”问题,在经济特区立法中非但没有得到解决,反倒会愈演愈烈,以至于某经济特区所在市的人大常委会法工委也承认:“我们的大部分地方立法都以经济特区立法命名,但规范的对象与一般地方性法规区别不是很大;其内容与上位法相比,重大创新不多。”〔66〕

此外,在本文看来,经济特区的立法形式规避行为,还会在司法审判层面产生一定的消极影响,会进一步增加各级法院的工作量。这是因为一方面,根据最高人民法院的司法解释,地方各级人民法院在民事裁判文书和行政裁判文书中可以直接引用地方性法规,而对于法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或者单行条例、司法解释之外的规范性文件,只能“根据审理案件的需要,经审查认定为合法有效的,可以作为裁判说理的依据”。〔67〕这意味着,如果经济特区立法采取地方性法规的立法形式,法院可以名正言顺地在裁判文书中加以引用,反之如果采取经济特区法规的立法形式,法院要么只能在充分审查认定后将其作为裁判说理的依据,要么按照目前很多地方的审判实践,需要在细致考察经济特区法规的相关规定是否对法律、行政法规、地方性法规作出了具体化规定,或者与司法解释相一致的基础上,再决定其是否以广义的地方性法规名义作为裁判依据。〔68〕考虑到立法形式规避的重要表现就是将大量地方性法规转变为经济特区法规,这种做法显然增加了各级法院的工作量。另一方面,尽管

〔64〕 庞凌:“关于经济特区授权立法变通权规定的思考”,《学习与探索》2015年第1期,第76页。

〔65〕 在全国人大常委会法工委召开的备案审查研讨会上,就有工作人员提出了一系列疑问,比如“如果无变通需要,为何以经济特区法规之名制定?应当以什么标准备案审查这些法规?该类立法是否构成了职权的滥用?”,参见叶海波,见前注〔7〕,第58页。

〔66〕 《在新形势下继续发展完善经济特区授权立法》,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-09/18/content_1997674.htm,最后访问日期:2024年11月28日。

〔67〕 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释〔2009〕14号)第6条。

〔68〕 参见屠凯:“司法判决中的经济特区法规与法制统一”,《当代法学》2017年第2期,第27—29页。

《立法法》第 109 条规定了经济特区法规报送备案时的变通说明义务,但问题在于“到目前为止,对这种变通的情况说明全国人大常委会并未对外公开,因此法院实际仍然无从知晓特区法规的变通情况”,加之“特区法规本身一般都不会直接明示该特区法规是否有变通规定以及对哪些条款做了变通”,^[69]这使得法院需要花费更多时间和精力来确定相关法规条款是否具有变通属性(尤其当经济特区法规与法律、行政法规发生冲突时)。鉴于立法形式规避行为会大量产生此类较难确定变通条款的经济特区法规,故而会增加法院的工作负荷。

五、立法形式规避的规范应对

经济特区的立法形式规避行为该如何应对?对此,有学者主张在经济特区制定的地方性法规与经济特区法规的适用范围完全一致的情况下,“宜撤销地方性法规的制定权,保留实质意义上的经济特区法规制定权”,这又需要“从法律上明确经济特区所在地的市人大及其常委会享有立法事项超越于地方性法规的经济特区法规制定权以及具体列出经济特区法规可以对法律作为‘变通’的事项,从而将经济特区所在地的市人大及其常委会享有的立法权优势写在纸上、写在明处”。^[70]不过,诚如本文前述,经济特区拥有地方性法规制定权的一大重要意义,在于可以将其纳入到现有的立法监督框架内,一旦这种约束也被取消,如果其他配套制度无法跟上,经济特区恐将成为“立法特区”。

因此,在本文看来,与其直接取消双轨制格局,不如在维持双轨制格局的前提下,对目前的若干制度安排进行局部微调,这种做法至少一方面可以保留“法制统一逻辑”的影响力,另一方面也可以对立法形式规避行为进行有效规制。具体包括如下两个方面。

(一)增量控制:中央专属立法事项的适度共享

本文认为,现有的双轨制格局并非不存在任何完善的空间,相反,有限开放《立法法》第 11 条的中央专属立法事项为经济特区立法机关所适度共享(制定经济特区法规),除此之外经济特区只能以设区的市身份制定地方性法规,就是一种可能的思路,原因有二。

一是有助于提升“包容逻辑”的内在品质和“法制统一逻辑”的影响效果。目前的“包容逻辑”与“法制统一逻辑”之间看似隔绝,但经济特区立法机关凭借其立法变通权的行使可以轻松跨越两种逻辑间的鸿沟。在新的“包容逻辑”中,国家主要是对涉及部分中央专属立法事项的经济特区法规给予鼓励和宽容,除此之外经济特区只能作为设区的市选择城乡建设与管理等少数事项制定地方性法规。这种新思路一方面符合全面深化改革时期中央对于经济特区的重新定位,逐步将中央对经济特区的“天使投资”扩展到中央事权领域,特别是突破既往中央事权的

[69] 参见黄金荣,见前注[62],第 21 页。

[70] 参见莫纪宏,见前注[55],第 12—15 页。

立法禁区,全面服务于粤港澳大湾区和中国特色社会主义先行示范区建设,^{〔71〕}另一方面也有助于提升“法制统一逻辑”的影响效果,增加立法形式规避行为的成本,实现了两种逻辑间的合理分工。

二是有助于进一步凸显出经济特区法规的先行先试功能,减少立法变通权的行使频率。严格来讲,先行先试与立法变通并不完全一致,变通性立法固然具有先行先试的功能,“但变通性立法的先行先试功能并不意味着经济特区可以运用变通权进行创制性立法,以此来扩大法律上‘变通’性质”。^{〔72〕}换言之,哪怕是针对部分中央专属立法事项,也分为尚未制定中央立法和已有中央立法两种情况,只有涉及前者才属于真正的先行先试立法,涉及后者则属于典型的变通立法。无论如何,一旦将经济特区法规的调整事项锁定在部分中央专属立法事项上,就会在很大程度上淡化经济特区法规的立法变通功能,更有助于其发挥出本应具有的先行先试功能。

在具体操作上,首先需要确定经济特区法规所调整的具体立法事项。比如在《立法法》出台以前,深圳经济特区立法主要在基本民事制度、基本经济制度方面涉及到中央专属立法事项,“主要是有关公司、房地产、市场经济秩序方面的立法”。^{〔73〕}同时,经济特区制定的法规“应是经济方面的,不包括政治制度、司法制度等方面。这是经济特区与政治特区的根本区别”,^{〔74〕}主要体现为经济体制改革和对外开放方面的事项。^{〔75〕}综上,经济特区法规涉及的中央专属立法事项,宜集中在《立法法》第11条规定的民事基本制度和基本经济制度上,不能涉及到《立法法》第12条明确禁止授权的“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。

其次需要明确经济特区法规的监督方式。目前的经济特区法规监督方式主要体现为“备案—撤销”程序,即便在备案中进行审查,也主要是宽松的适当性审查。相比之下,如果将经济特区法规的调整事项锁定在部分中央专属立法事项上,就需要像海南自贸港法规那样受到“批准—撤销”的程序控制:一方面制定机关在提请批准时需要一并提交有关先行先试或立法变通的情况和理由说明,另一方面在批准过程中,全国人大常委会也需要对经济特区法规是否遵循

〔71〕 参见叶海波,见前注〔7〕,第50—51页。

〔72〕 何家华、高嶂:“经济特区立法变通权的变通之道——以深圳市变通类立法为样本的分析”,《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第63页。

〔73〕 参见王成义:“深圳经济特区立法权:历史、学理和实践”,《地方立法研究》2019年第1期,第5页。

〔74〕 乔晓阳:“全国人大常委会法制讲座讲稿摘登——完善我国立法体制,维护国家法制统一”,《人大工作通讯》1998年第21期,第15页。

〔75〕 这是《立法法》(2000)征求意见稿中的规定(“根据授权制定的在经济特区实施的法规,应属于经济体制改革和对外开放方面的事项”),但由于经济特区立法机关的强烈反对未能在最终立法文本中体现。不过,在当时的反对意见中,就有人提出“经济体制改革和对外开放方面的事项”大多数属于中央统一立法事项的范围。参见王智斌:“关于经济特区授权立法若干问题的思考——全国人大立法法起草研讨会侧记”,《人民之声》1999年第8期,第22页。

宪法的规定(先行先试立法)或者法律和行政法规的基本原则(变通性立法)给出具体的分析和判断,只不过在多数情况下仍然可以基于“包容逻辑”得出经济特区法规合宪或合法的结论并予以批准。

最后,在短期内,可以参照四个经济特区的已有授权实践和授权制定浦东新区法规的现有实践,同时严格按照《立法法》的程序要求,由全国人大重新作出授权决定,明确规定经济特区法规的具体调整事项、不得涉及的立法事项、批准程序以及制定机关先行先试或变通的情况和理由说明义务等内容,保证对于中央专属立法事项的有限开放建立在坚实的法治基础之上。长期来看,这显然涉及《立法法》的进一步修改和其他专项法律的制定问题,尤其是后一方面,由于“一事一议”的专门授权容易“造成规则上的叠床架屋,浪费立法资源,加剧单项授权决定与宪法‘维护社会主义法制统一’原则间的紧张关系”,^[76]故而有必要像目前制定的《海南自由贸易港法》那样,未来制定统一的经济特区法,将授权决定中的上述内容进一步兼容整合后纳入到专项立法中,方有可能在宏观层面为立法形式规避行为的有效规制提供系统性解决方案。

(二)存量减负:经济特区法规的有效清理

当然,上述论断只是对“新双轨制”下的法规创制活动有效,对于那些“存量”,即在“旧双轨制”下制定出来的经济特区法规应当如何对待则另当别论。必须承认,现有存量不但数量庞大,且有不少具有立法形式规避之嫌的经济特区法规,因此,对已有的经济特区法规进行有效的清理就成为了必要之举。具体需要做到如下三点。

一是清理的主体。通常情况下,“法规的清理应遵循谁制定谁清理的原则,由制定机关对法规进行清理,在制定机关不主动进行清理的情况下,上级机关可以建议下级机关进行清理或者依职权进行清理”。^[77]考虑到立法形式规避的行为主体就是经济特区立法机关,其在清理过程中有可能回避此类问题,因此建议未来的经济特区法规清理活动应采取“双主体制”,即首先由经济特区立法机关自行清理,但事后须将清理结果及其报告和说明,及时提交授权机关(全国人大常委会)进行审核或复查,一旦授权机关发现问题,经济特区立法机关须严格按照授权机关的要求加以改正。

二是清理的标准。一般意义上的法规清理活动,往往需要综合运用合法性、合理性、可行性、协调性、技术性等多种标准。^[78]但对于经济特区法规,由于制度上允许其对于法律、行政法规、地方性法规的具体规定作出变通,因此在经济特区法规的清理活动中,应该更加重视除了合法性标准以外的其他几种标准的运用。尤其是对于立法形式规避行为,由于该行为在性质上涉及立法技术问题,是立法机关运用立法技术不当的典型体现,故而需要在清理活动中重

[76] 郑毅,见前注[42],第135页。

[77] 雷斌:“地方性法规清理制度初探”,《人大研究》2009年第5期,第26页。

[78] 参见刘风景:“需求驱动下的地方性法规清理机制”,《内蒙古社会科学(汉文版)》2018年第6期,第84页。

点关注技术性标准,将那些本属于较大的市或设区的市立法事项范围内的经济特区法规有效识别出来。

三是清理的结果。清理的结果意味着清理机关对有问题的法规给出了具体的处理意见,通常包含了修改、废止、宣布失效、法规编纂、继续适用等多种情形。^{〔79〕}在本文看来,一旦在清理过程中发现有立法形式规避之嫌的经济特区法规,除了废止和宣布失效以外,上述其他三种情形均不太合适作为处理该类问题的依据:继续适用自不待言,编纂只不过换了一种方式将问题继续保留,而修改只是对变通规定进行了修改,这会导致经济特区法规的区别性特征(存在变通规定)基本消失,而与地方性法规无异。因此,本文认为,对于有立法形式规避之嫌的经济特区法规,清理的结果只能选择废止或宣布失效。如果经济特区立法机关认为该法规仍有存在的必要,可以在废止或宣布失效后重新启动立法程序,通过制定地方性法规的方式实现被清理法规的“再生”。

六、结 语

党的二十大报告指出,完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,推进科学立法、民主立法、依法立法,增强立法系统性、整体性、协同性、时效性。^{〔80〕}照此标准,本文所研究的经济特区立法形式规避现象,显然在科学立法和依法立法层面均存在一定问题:一方面,经济特区法规的首要价值就是为改革创新成果提供法治保障,但立法形式规避的存在却使得“为创新而变通”在实践中容易蜕变为“为变通而变通”,违背了科学立法的要求。另一方面,主观色彩浓厚的“变通标准”,使得立法机关拥有较大自由裁量权来灵活转换立法形式,导致《立法法》对于两种不同立法形式的规定失去了实质意义,违背了依法立法的要求。

如果将视野进一步扩大还可以发现,立法形式规避现象广泛存在于我国当前立法中,除了本文提到的几种,在地方立法中还存在着地方性法规与地方政府规章、地方性法规与单行条例间的立法形式规避问题,涵盖了人大立法、政府立法、民族自治地方立法等多个领域。^{〔81〕}无论这些立法形式规避现象的背后存在何种合理性因素,这些做法均会对科学立法和依法立法形成一定冲击。

通过对于立法形式规避现象的研究,一方面有助于在宏观的制度设计层面理顺不同制度

〔79〕 参见雷斌,见前注〔77〕,第25页。

〔80〕 习近平:“高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗”,载《人民日报》2022年10月26日,第4版。

〔81〕 有少数学者关注到了上述现象,参见刘松山:“地方性法规与政府规章的权限界分”,《中国法律评论》2015年第4期,第74—89页;冉艳辉:“论民族自治地方自治立法权与地方性法规制定权的合理配置与规范运用”,《政治与法律》2020年第7期,第98—110页;王理万:“法规事先审查:原理、基准与程序”,《地方立法研究》2023年第1期,第64—77页。

逻辑间的复杂关系,真正在科学立法意义上为全面深化改革提供可靠管用的立法手段,另一方面也有助于在学理上厘清不同立法形式间的本质差别,为依法立法的进一步实现提供理论思路,最终在交汇融通中实现理论与实践的统一。

Abstract: Evasion of legislative forms is a phenomenon observed in the legislative processes of Special Economic Zones (SEZs). It is typically characterized by SEZ legislative bodies, which possess dual legislative powers, particularly the authority for legislative adaptation, consciously making preferential choices between SEZ regulations and local regulations. By allowing the former to cover the latter, they aim to circumvent certain legislative challenges. The root cause of legislative form evasion lies in the institutional logic differences between the two forms of legislation permitted within SEZs. These differences are further amplified and exploited by the bureaucratic system's logic of execution, risk management, and efficiency. This results in three response strategies: compliance, compromise, and avoidance. Legislative form evasion reflects the differentiated vertical governance approach under the constitutional clause of "Two Initiatives". However, it also risks exacerbating legislative inequalities among regions, intensifying opportunistic tendencies in the exercise of legislative adaptation powers, and increasing the workload of courts. To address this issue effectively, it is necessary to pursue two approaches: first, implement "incremental control" by moderately sharing centrally exclusive legislative matters to enhance SEZ regulations; and second, implement "stock reduction" by effectively cleaning up existing SEZ regulations to alleviate unnecessary burdens.

Key Words: Evasion of Legislative Forms; Dual Institutional Logic; SEZ Regulations; Local Regulations; Legislative Adaptation Power

(责任编辑:彭 鐔)