

《地方法制文丛》

LOCAL LAW SERIES

华南理工大学广东地方法制研究中心

地方法制原理引论

李旭东 © 著

海外借



中国民主法制出版社

《地方法制文丛》
LOCAL LAW SERIES

华南理工大学广东地方法制研究中心

地方法制原理引论

李旭东 © 著

中国民主法制出版社

2016年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

地方法制原理引论/李旭东著. --北京: 中国民主法制出版社, 2016. 5

(地方法制文丛)

ISBN 978-7-5162-1177-9

I. ①地… II. ①李… III. ①地方法规—研究—中国
IV. ①D927

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 100063 号

图书出品人: 刘海涛

出版统筹: 赵卜慧

责任编辑: 唐仲江 程王刚

书名/ 地方法制原理引论

作者/ 李旭东 著

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话/ (010) 63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真/ (010) 63056975 63292520

http: //www. npcpub. com

E-mail: flxs2011@163. com

经销/ 新华书店

开本/ 32 开 880 毫米×1230 毫米

印张/ 9 字数/ 190 千字

版本/ 2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷

印刷/ 三河市航远印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-1177-9

定价/ 42.00 元

出版声明/ 版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

总序

与许多同行的视角不同，近年来，我们对法治发展状况及相关基本理论的研究，聚焦于“地方”。一方面，是因为我们生活、工作在这个曾经或许现在依然权力高度集中的国家的相对边缘的位置——地方，会很自然地注意、关心身边发生的一切，包括它的制度状态。另一方面，更重要的是，我认为法治本来就是一个世俗化的、去中心的运动。所谓世俗化，与神圣化相对，是指摆脱心理和体制依附的过程。每个人都确信自己的理性，并有条件、有可能依据自己的理性，决定自己的行动。哪怕是犯错误，只要他愿意承担后果。或许是翻译的原因，我并不赞成伯尔曼的“法律必须被信仰，否则形同虚设”。我确信，人们遵守法律不是因为信仰法律，而是因为他的理性告诉他，遵守法律在当下是正确的；信仰难免盲从。由于法律的存在，每个普通人都具备了依法自主采取行动的可能性。所谓去中心，就是在法治状态下，我们每个人都是中心，所谓“此心安处是吾乡”。人治下形成的单一权力中心被人人为中心、自我为中心的状态所逐步取代。基于这个理由，我认为，地方才是法治建设的主战场，是千千万万普通人的生活实践造就了法治。研究中国法治，从“地方”的视角，或许会得出更为真切的结论。

“法制”一词多年来一直被认为是法律与制度的总称。地

方与法制联结考察，有助于帮助人们从地方层面制度建设的角度观察中国的法治发展。地方一级在中国并没有完整意义上的立法权，地方立法更多地与政府管理工作相关，许多人因此而把地方法制理解为地方立法及其实践。实际上，由于法律是在实践中被赋予生命活力的，所以地方法制研究给我们提供了一个观察中央集权国家推动法治建设的独特方法，即地方层面是如何通过包括地方立法在内的立法、行政、司法、法律监督、社会领域的相应的制度建设来实施中央立法的。我同样确信，法律是在一定的制度环境下实现的，人们运用法律，离不开具体的制度环境。法律是否有用、可用，根本上取决于实施法律的制度是否完备、便捷。尤其是在我们这个高度科层化的中央集权的国家，地方创设的规则和制度对于法律的实施具有关键性作用。而且，老百姓对法律的认识、判断乃至信赖，更多情况下，并不是基于法律而发生的，而是来自对实施法律的制度的直观。

基于上述理由，我们期待通过对中国地方层面的法制状态研究，参与到法治中国的进程之中。也希望更多的同仁关注这个领域。



2015年9月27日于杭州月轮山

1 第一章 作为理论问题的地方法制

- 一、地方法制问题理论化的原因 / 002
- 二、传统中国地方法制的焦虑：统一与分裂问题 / 006
- 三、当代中国的地方法制问题：权力收放怪圈 / 011
- 四、地方法制理论的任务 / 016
- 五、本书的任务 / 022

25 第二章 地方法制的知识类型

- 一、知识的三种类型 / 027
- 二、法学知识的三种类型 / 031
- 三、地方法制的知识意义 / 044

53 第三章 地方法制的研究视角

- 一、中央与地方：法治国家及其组成部分 / 054
- 二、法律制定与法律实施：制度承诺与权利保障 / 058
- 三、领导方与合作方：中央权力及其地方合作者 / 063
- 四、普遍性与特殊性：遵守统一规范与创造新鲜经验 / 067
- 五、小 结 / 071

75 第四章 地方权力的权利属性

- 一、被权力侵害的地方权力及原因 / 076
- 二、法律意义上的权力概念 / 085
- 三、作为权利的权力之特征 / 089

97 第五章 地方法制的观念障碍：“地方坏人论”批判

- 一、“地方坏人论”及其变种 / 098
- 二、“地方坏人论”不能成立 / 102
- 三、“地方坏人论”的形成原因 / 106

117 第六章 地方权力的运行策略：以驻京办为视角

- 一、驻京办的形成及其功能 / 118
- 二、当代中国地方权力运行的若干特点 / 124
- 三、中央集权体制下的央地分权制度之缺陷 / 129

137 第七章 作为主体的地方

- 一、研究地方法制主体的意义 / 139
- 二、规范中的“地方” / 147
- 三、推动央地关系法制化的努力方向 / 155

159 第八章 西方地方法制的基本理念：辅助性原则

- 一、欧洲央地关系中的“辅助性原则”：地方主导、他者辅助 / 161
- 二、反思中国的央地关系格局：中央主导、地方从属 / 168
- 三、辅助性原则对中国央地关系法制化的启示 / 175

187 第九章 西方地方法制的历史渊源：契约传统

- 一、早期的契约论 / 189
- 二、封建契约：非集权的权利保障制度之建立 / 192
- 三、神人契约：权利获得了超越性的价值保障 / 196
- 四、商业契约与城市契约：自由与权利的多元化保障 / 203
- 五、社会契约：公共权力的最新论证方式 / 207
- 六、西方契约论传统对地方自治的影响 / 210

213 第十章 地方法制的发展前景

- 一、完善立法工作，加强地方人大建设 / 214
- 二、明确权力边界，建设法治型地方政府 / 217
- 三、加强政务公开，规范行政权力的行使 / 220
- 四、重塑党政关系，明晰党政权力边界 / 222
- 五、赋权社会，创新社会管理体制 / 225
- 六、协调城乡发展，加快城乡二元体制改革 / 228

233 附录 地方法制的发展模式：以“广东模式”为例

一、地方法制发展模式的概念 / 234

二、法治发展“广东模式”的独特性 / 237

三、法治发展“广东模式”的若干经验 / 242

四、法治发展“广东模式”的启示 / 258

263 参考文献

275 后 记

第一章 作为理论问题的地方法制

在当代中国,地方法制长期以来并没有被法学界作为一个理论问题来对待,因此,在较长时期内,地方法制在相当程度上是在与地方法制实践相关的表达中出现的。在关于地方法制的讨论中,地方立法是出现频率最高的词汇。^{〔1〕}考虑到法制类词汇在中国社会中出现的历史只有三十多年,这个研究的缺点也是可以原谅的。不过,在法治中国建设进程有了长足发展之后,这一问题已经受到理论界的关注,并得到了初步的理论思考。^{〔2〕}本章要讨论的就是,地方法制在当代中国是怎样一个理论问题,具有怎样的理论与实践意义。

一、地方法制问题理论化的原因

理论问题不同于实践问题,尤其不同于实务问题。地方法

〔1〕 在中国知网上分别以“地方法制”“地方立法”为关键词检索,分别得 1318248 条与 1198901 条结果,访问日期:2015 年 10 月 27 日。由此可以知道:一方面,在相当长的时期内,地方立法与地方法制基本上是同义词,其原因与中国曾经处于一个相当长的立法阶段有关;另一方面,当某一领域没有被理论所关注到时,还表明它尚未成为一个重要的现实问题。反之,近些年来理论界对于地方法制(包括与其相近的若干其他同类或近似概念)的高度关注,则表明中国既走出了立法时代,也开始了推进地方法制的重要历史进程。

〔2〕 本领域已经有的主要论著有(按出版时间为序)以下数种。张千帆:《权利平等与地方差异:中央与地方关系法治化的另一种视角》,中国民主法制出版社 2011 年版;葛洪义等:《我国地方法制建设理论与实践研究》,经济科学出版社 2012 年版;张千帆:《国家主权与地方自治:中央与地方关系的法治化》,中国民主法制出版社 2012 年版;公丕祥主编:《变革时代的区域法治发展》,法律出版社 2014 年版;葛洪义主编:《地方法制评论》(第 1 卷),法律出版社 2014 年版;夏锦文主编:《区域法治发展的文化机理》,法律出版社 2015 年版;等等。近年来本领域比较活跃的主要学术机构有华南理工大学广东地方法制研究中心、浙江大学中国地方法治与地方治理研究中心、江苏法治发展研究院、江苏高校区域法治发展协同创新中心;中国社会科学院系统召开的“中国地方法治学术研讨会”,已经连续召开了四届。其他学科或领域的相关论著还有不少,在此无法进行具体列举。

制作为一个理论问题，不同于实践问题、实务问题。它之所以被理论化，并被法学界、政治学界予以讨论，原因就在于：它已经成为下一阶段中国法治发展的主要内容，其重要性可能超过了人们的预计。

首先，地方法制是实现与保障国家长治久安的政治法律制度之重要内容。

中国自 1978 年以来的经济建设已经取得了重要成就，而且这一发展模式在受到举世瞩目的同时，已经面临着进一步发展的瓶颈与困难。在经济建设取得进展的同时，社会其他方面的发展也需要得到同步的推进与发展，这样社会才能保持各个领域的平衡。近些年来，“和谐”作为一个价值目标开始得到更多强调，就与此社会背景密切相关。法治，尤其是地方治理，是中国社会发展能够更上一层楼的关键。不能不说，自 1980 年代末期以来，中国的主要进展是在经济建设方面，而在政治法律制度的改革方面则缺乏令人称道的革新。其原因当然比较复杂，但制度对于国家发展的基础性、长远性的影响力则不容忽视，应当在适当时机推进制度的现代化。比如，最高权力的交接程序，应当以更为明确的方式予以制度化、法治化，从制度上保障党和国家不会在特定历史时刻产生无谓的震荡；而一个稳定的地方治理现实将为中央层面的政治改革奠定良好的基础；地方治理将为中央权力的进一步制度化、法治化提供现实的保障。^{〔1〕} 在经济发展进入新阶段之后，各个地方有可能将此有限

〔1〕 薄庆玖在论述台湾地区的地方自治原理时指出：地方政府与地方自治具有多种功能，其中之一即“奠定‘建国’基础，保障人民权益”；并认为世界他国的制度也同样以地方自治为基础，为“国本”。参见薄庆玖：《地方政府与自治》，台湾五南图书出版公司 1997 年版，第 15—16 页。

的“投资环境”目标进一步优化与扩展，提升、扩充为以建设一个治理优良的地方为目标。^{〔1〕}

其次，地方治理与地方法制是下一阶段中国法治发展的重要内容。

中国法治建设的阶段在近年来已经发生了重要变化，即从立法时代进入施法时代。这一转变可以以中国官方的一个认识为标志。2011年，时任全国人大常委会委员长的吴邦国宣布，中国的立法工作已经基本结束，社会主义法律体系已经基本建设完成。^{〔2〕} 2014年通过的十八届四中全会决定也重申了这一认识，指出“中国特色社会主义法律体系已经形成”^{〔3〕}。虽然一些重要的法律尚未完成立法工作，但整体而言，中国法律治理所面临的最大困难已经不再是“无法可依”，法律与规则制定的紧迫历史任务已经基本完成，即使还有一些重要的法律未能制定，也已经不足以成为影响中国法治的关键环节；即使这些重要法律制定出来，其实施方面存在的巨大困难也仍然难以在短期内克服。因而，更重要的是创造其可能实施的社会条件。从大的阶段性特征来看，中国法治建设已经进入一个新的阶段，即从法律制定的时期到法律实施的时期，可以称其为正在完成从立法时代向施法时代的过渡。一些法学家已经注意到这一转

〔1〕 中共十八届四中全会对此已经有所要求，并且要求“推进多层次多领域依法治理”“推进基层治理法治化”。参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社2014年版，第27—28、36—37页。

〔2〕 参见《吴邦国：中国特色社会主义法律体系已经形成》，http://news.xinhuanet.com/legal/2011-03/10/c_121170711.htm，访问日期：2015年10月25日。

〔3〕 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社2014年版，第3页。

变并进行了若干研究。^{〔1〕} 法律实施与法律制定不同,其主体不仅仅是具有立法权力的机关与部门,尤其不仅仅限于中央部门,其主体包括了我国范围内的各个法律主体。地方,就成为下一阶段法律实施的重要场域,成为积累法律发展新经验的可能主体。

再次,地方法制理论有助于促进中国法学自身理论的成熟。

二十多年来,中国法学界的发展可谓迅速,从1990年代对西方学术的那种陌生与无所适从,到今日学术规范基本建立、学术界英雄辈出、学术成果不断涌现。不过,在学术界的整体“操作规范”与“评价标准”都深深地受到西方影响之后,中国学术才真正确立了自己的历史任务,即真正立足于中国的现实,形成具有中国特色的法学理论。^{〔2〕} “拿来主义”式的进步固然迅速,但日渐一日地深深加剧着学人的精神困惑。西方学术与理论,所表述的是西方的现实与生活;中国以独步世界的人口规模、世罕其匹的劳动强度、史无前例的影响力量,已经深深地影响了整个世界的面貌,但在理论与话语方面则还处于明显的弱势地位。虽然按照哲学家黑格尔的观点,智慧女神密涅瓦的猫头鹰要在黄昏时才会起飞;但是,当代中国在力量与话语、行动与思想方面的差距已经过大,而且在相当程度上影响了力量与行动。中国法学理论作为具有强烈实践品格的学科,在此方面应当具有更为重要的现实压力与理论使命。地方法制作为一个重要的实践领域,已经受到知识界的高度关注,并有

〔1〕 刘作翔主编:《法律实施的理论与实践研究》,社会科学文献出版社2012年版。

〔2〕 实际上这一挑战与困惑始终存在,也有学者对此有明确的自我意识。如苏力在其著作中的自序“什么是你的贡献?”,即明白地向自己提问。参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,“自序”,第1页。

可能成为未来中国法学理论知识增长的重要领域，应当对其配置较多的资源，促进这一领域迅速发展。

二、传统中国地方法制的焦虑：统一与分裂问题

中国地方法制问题与其他国家有所不同，统一与分裂成为了中国地方治理与地方法制研究的一个焦点问题。^{〔1〕}也就是说，保持一个统一和巩固的中央政权，维护国家的有效统一，是中国一切政治问题的考虑焦点。传统的地方法制问题，法制本身并不突出，倒是中央与地方的关系比较突出。所谓治与乱，其实就是中央是否能够有效地统一地方，地方是否比较忠诚于中央。对于传统社会的统治者来说，所谓治乱，在相当程度上也即保持中央对地方的有效控制。因此，中央与地方关系的主要着眼点就在于：既要防止地方势力坐大，也要防止中央过度侵蚀地方利益。从近期来看，地方利益受到侵蚀是一个普遍的现象。

《三国演义》开篇讲：“天下大势，分久必合，合久必分。”这概括了中国人对于自己历史的一种经验性认识：中国各个王朝，往往是统一一段时间之后，就会经历一段时间的分裂。统一与分裂，在中国五千年历史上占据的时间，相差并不多。“对中国而言，分裂、分治的时间是主要的，统一的时间是非常短暂的。对中原王朝而言，统一的时间略少于分裂时间。但在元朝

〔1〕 葛剑雄教授对中国历史上分与合的时间进行了一个详细的列表，参见葛剑雄：《统一与分裂：中国历史的启示》，商务印书馆2013年版，第65页。

之前分裂时间多于统一时间，元朝以后则基本上是统一的。”〔1〕然而，人们还是确信，中国历史的主流是统一而不是分裂。其原因值得多方面讨论。

中国具有“大一统”的文化传统与文化认同，固然为当代中国的国家统一与政治稳定提供了重要的传统资源。〔2〕不过，真正良善的治理与有效地履行政治责任，才是国家得以长期稳定与繁荣发展的制度性保障。在此方面，应当注意适时推进相关领域的制度化、法制化进程，从而为国家奠定长治久安的真正基础。

统一与分裂的传统焦虑，主要是担心中央对地方失去控制，因此，相关建议用传统话语来表述不外乎如下内容：强干弱枝，内重外轻，不使太阿倒持，授人以柄。翻译成今天的话就是：中央要集权，要使地方处于弱势，不能使其有力量与中央抗衡。

汉代政论家贾谊忧虑汉初形势，担心诸侯势力坐大影响中央权威，建议“欲天下之治安，天子之无忧，莫如众建诸侯而少其力”〔3〕，最后达到长治久安。汉武帝时，徐乐也上书：“天下之患，在于土崩，不在瓦解，古今一也。”〔4〕《三国演义》开篇亦如此看待天下形势，分与合，无非是统一与分裂，分裂即瓦解；三国的结局就是三国归晋，分裂归于统一。北宋皇帝为防止武人以军权政变，不惜以削弱军事防卫力量的办法来削弱

〔1〕 葛剑雄：《统一与分裂：中国历史的启示》，商务印书馆2013年版，第83页。

〔2〕 董仲舒认为：“春秋大一统者，天地之常经，古今之通谊也。”参见施丁主编：《汉书新注三·董仲舒传》，三秦出版社1994年版，第1767页。

〔3〕 （汉）贾谊：《新书·藩强》，辽宁教育出版社1998年版，第8页。

〔4〕 （宋）司马光编著：《资治通鉴》（第2册），中华书局1956年版，第602页。

武人势力；南宋皇帝为了完全杜绝军人干政，不惜杀岳飞以消灭独立军阀的可能存在。然而，即使如此，统一的中央政权还是会从两个方面走向末路：不是土崩，就是瓦解；即不是因各地无法维持统一而导致整个社会溃败解体，就是造成中央无法控制地方，从而出现割据势力，统治彻底解体，最终还是要下一个力量出来完成新的统一，形成新的中央。

解决治乱循环，尤其是防止地方分裂，是传统中国长期面临的治理困境，但乱局仍然难以避免。乱的可能性一般是两种，即“土崩”与“瓦解”。“土崩”“瓦解”分别指央地关系治理失败之后出现的两种现象，按照徐乐的说法：“何谓土崩，秦之末世是也。……由民困而主不恤，下怨而上不知，俗已乱而政不修。此三者，陈涉之所以为资也，此之谓土崩。”“何谓瓦解？吴、楚、齐、赵之兵是也。七国谋为大逆，号皆称万乘之君，带甲数十万，威足以严其境内，财足以劝其士民。”^{〔1〕}这就是说，或中央控制地方过于僵化，因而土崩；土崩，地方无力应对各种情况，因而直接崩溃，无法收拾，直到重新形成一种有效率的组织机构，来解决地方上的问题。或地方势力坐大，无法收拾，中央的统治不能维持，形成割据政权或势力，统一政权因此瓦解为多个政权，直到强有力的新领导集团有能力将其收编，重新完成统一。

这两种情况当然都是消极的，最好是能够在央地力量之间形成有效的平衡；央地权力平衡，能够各司其职，并发挥各自的作用。这并不容易，因此，中国历史上就一直存在着一治一乱之循环，不停地出现土崩瓦解之局面，由后来的人继续收拾。

〔1〕（宋）司马光编著：《资治通鉴》（第2册），中华书局1956年版，第602页。