

# Standard Analysis of Promoting Legislation

Xin Yuan Hongzhi Wang

Zhejiang Wanli University, Ningbo, Zhejiang, 315000, China

## Abstract

Promotion oriented legislation refers to a legislative model aimed at advocating, promoting, and guiding the development of a certain cause. As a new type of legal norm, its birth time is relatively short, and the corresponding legislative practice is not yet rich. Relevant academic research still needs to be deepened, and a large amount of research mainly focuses on management oriented legislation. The research on promotion oriented legislation is relatively backward, and it is very different from the traditional legal norm model in terms of system structure, high-frequency vocabulary, subject, content, responsibility, etc., which poses challenges to the traditional legal norm structure. The paper uses normative analysis methods to analyze the institutional structure, high-frequency vocabulary, and normative elements of China's facilitative legislation, and discusses that facilitative legislation should strictly adhere to the principles of legality, necessity, reality, and enforceability of legislation, in order to avoid wasting public resources and damaging the authority of the law.

## Keywords

promotion legislation; management legislation; standard analysis; public policy

# 促进型立法的规范分析

袁鑫 王宏志

浙江万里学院, 中国·浙江 宁波 315000

## 摘要

促进型立法是指以倡导、促进和引导某项事业发展为宗旨的立法模式。作为一种新型的法律规范, 诞生时间较短, 相应立法实践尚未丰富, 相关的学术研究尚待深入, 大量研究主要集中于管理型立法, 促进型立法的研究相对落后, 在体系结构、高频语词以及主体、内容、责任等方面上与传统的法律规范模式大有不同, 对传统的法律规范结构提出了挑战。论文运用规范分析方法对中国促进型立法的体例结构、高频语词、规范要素进行了分析, 并论述了促进型立法应当严格遵守立法的合法性、必要性、现实性和可执行性原则, 避免造成公共资源浪费, 损害法律的权威。

## 关键词

促进型立法; 管理型立法; 规范分析; 公共政策

## 1 引言

运用规范分析方法, 可以解析促进型立法的规范结构, 以批判具体促进型立法文本的逻辑性和有效实施的可能性。促进型立法作为一种新型的立法模式, 主要立法目的是通过鼓励、激励、促进等柔性手段引导、支持和推动基础性、薄弱性或者具有发展潜力的领域发展。随着《中华人民共和国立法法》的修订, 促进型立法逐渐成为立法项目中的重要组成部分, 一方面, 借助立法宗旨, 逐渐完善社会治理模式, 同时引导政府向服务型政府转变, 另一方面, 促进型立法构建起制度框架, 明确不同社会主体的责任, 以求社会治理的

整体有效性。运用规范分析方法, 可以解析促进型立法的规范结构, 以批判具体促进型立法文本的逻辑性和有效实施的可能性。

## 2 促进型立法的规范分析

### 2.1 规范分析的含义和方法

规范分析方法是指立足于法律规范文本进行分析和研究的方法。这种方法的特征在于, 严守法律规范的文本规定, 就文本的结构、语义进行逻辑分析, 这也是逻辑实证主义法学坚守的立场, 与法律社会学的社会事实研究和自然法学的价值研究并立<sup>①</sup>。中国法律要素通说认为, 法律的要素可以分为“法律原则、法律规则和法律概念”<sup>②</sup>。促进型立法对于中国法理学通说中的“法律概念、法律规则、法律原则”三要素理论提出了挑战, 这是因为, 促进型立法并非遵从“前提条件—行为模式—法律后果”的规则模式, 而是通过设定柔性条款来表达政府对被促进事项的期待和态度, 在规范模式上没有明确的行

【课题项目】促进型立法的规范分析(项目编号: S202210876105)。

【作者简介】袁鑫(1999-), 男, 中国江苏徐州人, 本科, 从事法学理论研究。

为模式和法律后果,义务性规范较少。从其法律规范的逻辑结构来看,其主要内容仅仅包含行为模式<sup>[1]</sup>。

通常,传统的法律规则都必须同时具备“行为模式”和“法律后果”这两个要素,但促进型立法不然。例如《中华人民共和国家庭教育促进法》整部法律中,绝大多数都是宣示性条文,只规定“行为模式”如规定了政府及职能部门给予税收优惠、专项资金、技术支持等措施。尽管这些措施在某种程度上为社会主体提供了潜在的利益,但这种利益并非有决定性的保障。促进型立法为达到促进的目的,它为不同社会主体设定了各种便利、优惠条款。这对社会主体而言,守法行为本身就具有“可获利性”。由此,促进机制就是通过被促进对象的自利动机而主动执行。然而,中国促进型立法的奖励性条款,促进措施大都是停留在税费减免、项目扶持、政策补贴等较为传统的帮扶手段,这种措施对于法律“引导性”的挖掘并不充分,带有“临时性”的色彩,对于基础性、薄弱性的新兴领域,难以有效地促进其健康发展<sup>[2]</sup>。

由于促进型立法的实施是由政府所主导,因此其明显特征就是赋予了政府大量职能职责,但促进型立法通常对政府不履行职能的法律后果或法律责任设置了较少的规定,甚至不加规定。从传统的管理型立法角度来讲,这种规定淡化了政府责任,削减了执法权威。但是,如果沿用管理型立法的法律责任,又会丧失促进型立法的政策性特点。在促进型立法中,虽然对政府职责加以规定,但通常这些职责是抽象的和宽泛的,没有明确的不法性,难以追究具体的法律责任。如果说有责任的承担方式,也是相关政府组织主管领导的任途责任或绩效责任,本质上是行政系统的内部责任<sup>[3]</sup>。

管理型立法的法律实施效果是强调效果和立法目的一致性,强调法律规范实施的有效性,但促进型立法在传统法律规范模式上找不到相应的模型,如《中华人民共和国中小企业促进法》第22条:“政府有关部门应当积极创造条件,提供必要的、相应的信息和咨询服务,在城乡建设规划中根据中小企业发展的需要,合理安排必要的场地和设施,支持创办中小企业。”政府应当如何是一种行为模式,缺少行为模式和法律后果。在《中华人民共和国清洁生产促进法》和《中华人民共和国就业促进法》中,除了法律责任一章中包含了前提条件和法律后果,其他条文则仅有行为模式。似乎正如哈特所说:“我们必须承认没有制裁的法律规范的存在,而且,相对于制裁的规范,它在社会生活中可能发挥着更为重要的作用。”<sup>[4]</sup>

## 2.2 促进型立法的结构

法律立法目的能够在多大程度上实现,不仅取决于法律规范实质内容的正当性,也取决于法律规范形式技术的合理性,即不仅取决于内容合理性也取决于形式合理性。多数促进型立法各章节的逻辑结构上基本遵循了促进目标、促进主体、促进对象、促进措施三个方面,如《中华人民共和国家庭教育促进法》的文本结构,就在总则中规定了促进目标

和促进主体,第二章“家庭责任”规定了促进对象,第三章“国家支持”、第四章“社会协同”、第五章“法律责任”规定了促进措施和促进保障,逻辑结构比较清晰。相较于管理型立法,促进型立法的法律责任条款并非必不可少,促进型立法较少设置法律责任条款,这导致学者认为促进法的强制力不足,法律责任不够明确具体,“充其量具有促进型立法倡导和宣传作用”<sup>[5]</sup>。

## 2.3 规范结构分析

如上文所述,如果将促进型立法作为国家调整社会关系的社会规范来看,从规范逻辑上看,应当具有促进主体(谁来促进)、促进对象(促进税)、促进措施(如何促进)三个必备要素。虽然促进目标是首要的规范对象,但通常会在文本的立法目的中明确,不需要进行抽象分析,故以下不作分析<sup>[6]</sup>。

第一,促进型立法中,政府是明确的促进主体。促进型立法强调在推动经济社会中国家认为是基础的、重要的或发展相对薄弱的领域,通常是社会民生、科技发展、生态文明等。需要政府承担更多的主导、引导和服务职能,体现出政府推动和政府服务的职能定位,鲜明表达政府带动其他社会主体共同参与社会治理中的法律意图。第二,从促进对象看,政府之外的组织和个人是促进对象。促进对象根据具体法律的促进目标和领域有所不同,如《中华人民共和国科学技术进步法》促进的主要对象是企业、科研机构、高校和科学技术人员,《中华人民共和国家庭教育促进法》促进的主要对象是家庭成员,《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》促进的对象是医院等卫生健康医疗机构及医护人员。第三,在促进措施上,表现为政府调配公共资源和提供公共产品。促进型立法中,大量条款所表达的是政府动用公共资源因势利导或发展生态营造。如《中华人民共和国中小企业促进法》第二章之第九章分别规定了“财税支持”“融资促进”“创业扶持”“创新支持”“市场开拓”“服务措施”“权益保护”“监督检查”八方面的措施,这八方面的措施无非就是政府倾向性动用公共资源,通过显性措施和隐形手段,对经济社会的某些方面进行干预,以引导经济社会发展的方向<sup>[7]</sup>。

## 3 促进型立法的隐忧

对促进型立法的规范分析之目的,在于用传统的法律概念和特征来检视促进型立法之“法”的含量和成色。然而,检视的结果如果不具有现实意义,那么对促进型立法的讨论,无疑不具有现实意义,论文写作的根本目的,恰恰在于对越来越活跃的促进型立法的担忧和反思<sup>[8]</sup>。

### 3.1 执行性弱

促进型立法与传统的法律规范相比,其规范内容更加抽象,条文规范性不足,因而导致法律执行难以操作、法律实施效果难以评估。促进型立法文本中无处不在的宣示性条

款,在党和政府的文件中大都有迹可循,但作为法律条文通过法律程序制定出来,就需要实施和执行“有法不依其恶甚于无法。”如果促进型立法的条文缺乏可实施性,那么立法本身就是一种形式主义,无疑是公共资源的无谓消耗。诚如德国法学家耶林所言,如果法律没有强制力,就是“一块不能燃烧的柴,一盏不会发光的灯。”

### 3.2 浪费公共资源

国家通过法律手段介入经济社会,是在假定“政府万能”的前提下,将促进型立法作为实施国家发展规划的手段,可能,而“政府失灵”又会造成公共资源巨大浪费。每一部促进法律规范实施后,政府就要去执行实施,有些规范可以切实实施,有些规范是形式实施。形式实施必然要成立机构委派人员投入资金并进行检查考核等,如《中华人民共和国家庭教育促进法》实施后,各县级人民政府就要建立“家庭教育指导中心(站)”,这些公共资源闲置浪费,无疑会造成无效财政支出,加重纳税人的负担<sup>[9]</sup>。

### 3.3 消解活力和创造力

虽然相关社会主体一方面享受国家的优惠政策,另一方面也要接受国家的宏观调控与指导,表面上看是社会主体的紧密配合,实际上可能限制其在市场经济下的独立地位以及自主性,成为“法律的简单执行者”。正如学者认为:“促进法调整的领域是一种国家和社会的公法关系,国家通过对行政权的合法行使和控制来实现政治目的。”<sup>[8]</sup>按照“经济人”的假说,市场主体和个人通常会研究法律政策取向,获取政府提供的各种利益和优惠,争取利益最大化,“把政策用足”,从而会造成“一哄而上”和“一哄而散”,破坏了市场和社会本身的发展秩序和逻辑。

### 3.4 有违公平平等原则

促进型立法是动用公共资源调整的权利,具有倾向性地有差别对待市场主体和社会主体,这在经济上具有政府主导下的不正当竞争的法律性质,违反竞争平等原则;在社会上则是对社会成员的非平等对待,违背法律所保障的权利平等对待原则。如国家为扶持新兴产业,通常给予其财税优惠、用地优先审批、人员特殊照顾特顾,这对传统产业而言就构成了法律上的歧视,导致行业不正当竞争,形成隐形的行政垄断。再如,有些地方规定,为吸引高级科技人才促进科技发展,引进的高端科技人员的子女入学,有择校优先权,不受学区政策的限制。这显然违背社会正义<sup>[10]</sup>。

### 3.5 以法律代替公共政策

法律和政策是国家治理社会的重要工具,与经济社会发展具有密切联系。促进型立法非常容易模糊法律与政策的界限,以法律代替公共政策。实际上,促进型立法本身就是以国家政策(通常是国家经济社会发展规划和特殊时期需要)为依据,介于管理型立法和公共政策之间的一种新兴立法模式,以弥补了管理型立法“过刚”和公共政策“过柔”

的弊端<sup>[4]</sup>。但法律和公共政策毕竟不同,法律是人民意志的表达,要求明确规范,一旦制定就要保持相对稳定,但公共政策通常是执政党和政府为解决阶段性、具体问题而作出的决策,灵活性、调整性的控价非常大,这是法律和公共政策的最大区别<sup>[5]</sup>。“泛法律化”和“泛政策化”都有缺陷,均不可取。法律是政治的基本界限,而公共政策是政治的工具和表现方式。

## 4 结语

促进型立法的产生与发展,为推进政府职能转变提供了有利契机。不同于传统管理型立法,强调社会主体的综合参与,引导社会主体做出国家所期待的行为。促进型立法带有明显的“政策性”“激励性”“政府主导性”“弱规范性”等特征,即使作为一种新兴的法律形式,最终也不能脱离法律所应有的社会功能,也要保持法律调整社会关系和调整社会行为的独特机制。在社会剧烈变革和转型时期,应当慎重立法,严格遵守立法的合法性、必要性、现实性和可操作性的原则,结合区分法律与政策的社会功能,避免社会公共资源的浪费,防止立法膨胀,反对不具有规范性和执行性的无效立法,维护法律的权威性。

### 注释

- ①徐爱国:《分析法学》,法律出版社,2005年版,第3页。
- ②李旭东:《法律规范理论之重述——司法阐释的角度》,山东人民出版社,2007年版,第216页。
- ③刘志强:《促进型法律基本理论研究:以法律调整经济发展为视角》,重庆大学出版社2013年版,第135页。
- ④李龙亮:《促进型立法若干问题探析》,载《社会科学辑刊》2010年第4期,第112页。
- ⑤罗豪才:《软法的理论与实践》,北京大学出版社,2010年版,第135页。

### 参考文献

- [1] 李艳芳.“促进型立法”研究[J].法学评论,2005(3).
- [2] 姜明安.软法的兴起与软法之治[J].中国法学,2006(2).
- [3] 马瑞麟.促进型立法浅论[J].南方论刊,2007(6).
- [4] 李龙亮.促进型立法若干问题探析[J].社会科学辑刊,2010(4).
- [5] 刘志强.论促进型法律之法律责任[J].社科纵横,2010(10).
- [6] 汪全胜.法律文本中的奖励性条款设置论析[J].法治研究,2013(12).
- [7] 郑曙光.地方立法中促进型立法探析——以浙江地方立法实践为分析视角[J].宁波大学学报(人文科学版),2019(1).
- [8] 陈倩欣.我国促进型立法的宪法分析[J].传播与版权,2019(6).
- [9] 胡捷.地方立法中促进型法规的立法旨意与框架建构——以《城市文明促进条例》的制定为例[J].法制与社会,2020(4).
- [10] 江国华,童丽.反思、拨正与建构:促进型立法之法理阐释[J].华侨大学学报(哲学社会科学版),2021(5).