

类型化视野下的地方立法能力及其现代化路径

张 琼^{*}

摘 要:地方立法能力不足成为制约立法质量提升的一大隐患。地方立法能力具有地方性、法律性和社会性 3 重属性。以立法过程为逻辑指引,地方立法能力可以分为地方立法需求识别能力、地方特色反馈能力、地方立法计划执行能力、地方立法审查能力和地方立法信息公开能力。以地方立法实践对标 5 项立法能力发现,省级立法机关须提升对设区的市立法审查和指导能力;设区的市的薄弱的立法信息公开能力限制了其对立法需求识别能力和立法计划执行能力的判断,且文本同质化较高表明地方特色反馈能力较弱。推进地方立法能力现代化须遵循渐进、分解式原则,加强省级立法机关的审查能力,重点培养设区的市的立法信息公开能力、规范立法计划的执行以及加强立法吸收习惯以强化地方特色。

关键词:地方立法能力 类型化 立法质量 全过程人民民主

党的二十大报告提出我国未来 5 年的主要目标任务是:“……改革开放迈出新步伐,国家治理体系和治理能力现代化深入推进……全过程人民民主制度化、规范化、程序化水平进一步提高,中国特色社会主义法治体系更加完善……”中国特色社会主义法律制度作为立法活动产物既是“构建系统完备、科学规范、运行有效的制度体系”的法律根基,又是表征立法能力的核心要素。立法能力现代化是推进国家治理能力现代化的重要环节。2015 年修正的《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)新增大量地方立法主体,地方立法能力现代化建设亟待推进。然而,目前地方立法能力的基础问题尚未得到充分研究,难以有效地为立法能力乃至国家治理能力现代化建设提供服务。

在实践层面,我国地方立法能力不足已成共识。根据《立法法》第 72 条的规定,立法能力是设区的市获得立法权的判断标准之一。然而,2015 年以来的立法授权情况显示,大多数省级人大常委会对设区的市实行“先授权,后建设”的倒置策略。事实上,除以往较大的市以外,其他设

^{*} 西南政法大学行政法学院讲师
基金项目:国家社会科学基金西部项目(22XFX011)

区的市在 2015 年以前由于并无立法权,因此立法能力建设从零开始。在立法权下放后,几乎所有设区的市都开始紧急招募立法工作人员、筹组立法机构,甚至在人员尚未到位的情况下就先行开展立法。人员和团队的配备并不意味着立法经验随之聚集抑或立法能力陡然而生。任何能力的培育都须经历一个循序渐进、自我更新的过程。立法能力的限制对任何国家都影响深远并且严重妨碍政府的行政执行力。^① 在立法竞争意识的驱动下,部分地方立法机关罔顾立法能力建设的客观规律,急切地填补立法空白,反而增加地方立法的合宪性和合法性危机。正如有的论者所言:“设区的市立法能力的欠缺,已是顺利开展地方立法工作的瓶颈所在。”^②

遵循实践共识,学界提出诸多破解之道。例如,推行立法助理制度以及加强立法智库的建设;^③推行“三个优化”作为地方立法能力提升措施,即优化立法资源配置、优化人才资源配置以及优化立法过程;^④或者,通过委托第三方立法、发挥社会力量提炼立法需求、对新任人大代表进行法律培训等途径提升地方的立法能力。^⑤ 然而,上述改善建议大多针对的是立法体制问题,而非属立法能力范畴,缺乏对基础概念的辨识。有学者认为地方需要释放立法能力,^⑥但释放的对象和内容并不明确,因而难以形成有效的立法能力现代化建设策略。也有学者直接以立法能力为研究对象,^⑦但研究结果未覆盖立法全过程,研究视角难以满足全过程人民民主的立法能力现代化建设之所需。总之,既有研究成果或越过地方立法能力基本概念而直接提出改进对策,或对地方立法能力具体指向语焉不详,导致分析对象模糊、解决措施错位、研究对策泛化,未能形成据以判断和应用立法能力的基本范畴,难以服务地方立法能力现代化体系建设。

笔者以地方立法过程为逻辑指引提炼地方立法能力概念,据此对之进行类型化分析,即地方立法需求识别能力、地方特色反馈能力、地方立法计划执行能力、地方立法审查能力以及地方立法信息公开能力,以此检验地方立法机关各项能力水平并提出培育措施,以期通过推进立法能力现代化助力国家治理体系和治理能力现代化。

一、地方立法能力的内涵重述

习近平总书记指出:“推进国家治理体系和治理能力现代化,就是要适应时代变化,既改革不适应实践发展要求的体制机制、法律法规,又不断构建新的体制机制、法律法规,使各方面制度更加科学、更加完善,实现党、国家、社会各项事务治理制度化、规范化、程序化。”^⑧ 改革不适应发展的旧法旧规和构建新法新规都对立法能力现代化提出更高的要求。相较于更为成熟和稳定的中央立法能力,地方立法能力具有从属性、多层次的特征。

^① See Simamba, Bilika H., Improving Legislative Drafting Capacity, 28 Commonwealth Law Bulletin, 1125 (2002).

^② 汪俊英:《关于设区的市立法权的若干思考》,《学习论坛》2016 年第 3 期。

^③ 参见李林:《全面深化改革应当加强立法能力建设》,《探索与争鸣》2017 年第 8 期。

^④ 参见徐凤英:《设区的市地方立法能力建设探究》,《政法论丛》2017 年第 4 期。

^⑤ 参见周敏:《地方立法能力提升的内省与前瞻》,《地方立法研究》2017 年第 3 期。

^⑥ 参见余凌云:《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,《清华法学》2019 年第 2 期。

^⑦ 参见宋方青:《立法能力的内涵、构成与提升——以人大立法为视角》,《中外法学》2021 年第 1 期。

^⑧ 习近平:《切实把思想统一到党的十八届三中全会精神上来》,《求是》2014 年第 1 期。

立法能力既是立法机关合法、合理、高效行使立法权的基础,也是衡量立法质量优劣的一项核心指标。立法能力的内涵是其类型界分的基础。“法律概念在语义层面之外尚具有其他功能,尤其是认识论功能,及评价或证立的功能。”^①对于对象认识不清极易导致认知和评价错位。既有的能力提升措施已脱离立法能力核心范畴,说明学界对作为前提和基础的概念认知并不充分。当前具有代表性的学说主要有“立法能力供需说”以及“立法能力二分说”。“立法能力供需说”强调立法供给能力对社会立法需求的满足程度。有学者认为:“立法能力是国家治理能力现代化的重要组成部分,是指立法主体根据社会的立法需求,按照立法程序行使立法权力,通过立、改、废、释等方式提供立法产品,及时满足经济社会文化发展对立法需要的一种能力。”^②该学者从宏观视角理解立法能力的内涵,注重立法供给能力并以立法“供给—需求”的关系作为检验立法能力的依据。但是,立法供需仅是立法能力的一个面向,该视角相对较单一。“立法能力二分说”则注重立法能力的层次性。有学者从立法权利能力与行为能力二元划分的视角贡献了思路:可根据地方人大各自的立法依据和主体性质的不同,对地方人大立法能力提出不同层次的法治要求,尤其是设区的市和自治州人大立法需要上级机关批准,故明确立法事权更加重要。^③这一学说从国家治理能力的二元区分推及至立法能力的分野,具有较强的理论建构意义。虽然能力层次性的提出可以对标不同发展阶段的立法机关,形成差异性建设思路,但是法律关系主体行为能力概念的迁移难以有效解释诸如人大及其常委会这样的集体决策组织的能力。“立法能力供需说”注重立法的输出能力,“立法能力二分说”强调立法主体的能力差异性。这两种学说都从立法体系的内部视角阐释立法能力,却忽视其社会属性。立法能力是一种跨越系统边界的综合能力,既要立足法律体系内部,又要兼顾法律体系外的社会效果。

地方立法能力既要具备立法能力的基本要素,又要突出地方立法的特殊性。笔者认为,地方立法能力是指地方立法机关在坚持依法立法、科学立法和民主立法基本原则下,以地方社会实际和上位法作为立法根据,识别地方立法需求和地方特色,高效完成地方立法工作计划以及严格履行法定公开职责的综合能力,确保立法回应民声、保障立法质量,促进立法的法律效果和社会效果相统一。基于此,地方立法能力具有3重属性。

第一,地方性。由于中央立法在全国的适用性难以完全兼顾地方的特殊性,因此地方立法承担地方事务和发展需求法制化之功能,谓之央地立法差异下的地方性;又由于各地存在自然条件和人文环境的差异,因此地方立法能够更有针对性地为地方独特的需求提供相应的法制保障,谓之地方差异下的地方性。总之,地方立法需求识别能力和地方特色反馈能力应当在双重规范上表现地方特色。例如,长江流域各省经济结构、所涉流域面积、自然环境和排污情况等存在差异,《中华人民共和国长江保护法》第6条要求地方根据具体需求在地方性法规和政府规章中制定保护协调机制,由此形成顶层设计与地方逻辑的衔接。因此,地方性既是地方立法区别于中央立法和其他地方立法的识别标志,又是地方立法机关深入服务地方发展之工作水平的体现。

第二,法律性。权力的行使伴随着职责的履行。地方立法能力以地方立法权为载体,包括恪

① 雷磊:《法律概念是重要的吗》,《法学研究》2017年第4期。

② 李林:《当前我国立法的新要求》,《北京日报》2017年9月4日。

③ 参见莫纪宏:《提升地方人大立法权利能力与行为能力的制度路径初探》,《江苏行政学院学报》2016年第5期。

守权力边界以及严格履行职责的能力。前者是维护法律规范体系内部协调的基础,后者是权力行使效果的体现。《立法法》以及多部地方法规制定条例在规范立法权的基础上设置了立法信息公开职责、强调立法计划的落实以及立法审查体系的建立。由此衍生的 3 项地方立法能力重在维持法的阶层构造以及法律规范体系内部层级的秩序,乃至为了维护法之稳定性而建立一种“抵制变革”的等级体制。^①

第三,社会性。相较于对内的法律性,地方立法能力的社会性则强调地方立法与法律体系外部系统的互动效果。荷兰格罗宁根大学法学教授格里菲斯曾在否定立法效果的工具主义范式的基础上,提出立法效果的社会实效范式及相应的 4 个命题:个人的基本社会属性假定、法律知识的社会偶然性假定、法律多元化假定以及在社会生活中立法不可分割假定,进而主张一项恰当的立法理论应当立足现实,而非社会情景和社会进程的假定模型。^② 该学者强调立法效果必须包含社会效果,因为立法是命令、习俗和社会变迁过程中的重要组成部分。作为社会组成内容的立法不断吸收非法治系统要素来充盈自身内容并通过法的实施与社会互动。在此过程中,作为一种管理工具,法律也需要吸收外部力量实现运转。^③ 法律规则不会自动改变形式,一切取决于外在力量。^④ 立法预期的最终实现是法律体系内部协调与法律体系外部发展的共同结果。总的来说,在关注地方立法能力法律性之外,立法能力的基础范畴也应当兼顾地方性和社会性内涵。

二、地方立法能力的类型化建构

地方立法能力概念具有抽象性,无法直接作用于实践。分解概念要素可以提炼出具有可操作性的能力向度。德国社会学家韦伯在社会学概念研究中亦认可类型化研究思路,提出“在分析之前,将行为分类,可以知道哪种类型的行为对于分析是重要的”。^⑤ 立法能力源自立法过程的各个环节,从程序视角探究地方立法能力便于覆盖立法全过程。立法过程可以分为立法预备、正式立法、立法完成以及影响法效力且具有监督性质的立法审查阶段。据此,对地方立法最具影响的各阶段核心能力向度,可以细分为地方立法需求识别能力、地方特色反馈能力、地方立法计划执行能力、地方立法审查能力和地方立法信息公开能力。这 5 项地方立法能力贯穿立法前(预备立法)、立法中(正式立法)和立法后(法实施)阶段,形成事前、事中和事后立法质量的全过程控制。

(一)地方立法需求识别能力

立法回应人民群众的新期待是立法目的之所向,研究谋划和解决突出问题须依靠立法手段联系人民群众。立法需求的识别发生于立法预备阶段,是联结社会系统与法律系统之间信息提取和需求转化的通道。“通过法律的社会调整是由两种多样化的机制的结合来完成的:信息和干

① 参见[英]约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,商务印书馆 2017 年版,第 229 页。

② See John Griffiths, The Social Working of Legal Rules, 48 Journal of Legal Pluralism, 1—84(2003).

③ See Roscoe Pound, The Limits of Effective Legal Action, 3 The American Bar Association Journal, 55—77 (1917).

④ 参见[美]劳伦斯·M.弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 343 页。

⑤ [德]韦伯:《社会学基本概念》,杭聪译,北京出版社 2010 年版,第 27 页。

涉。”^①精准的信息提取能力是法律自我调整并调整社会的必备要素,也是识别社会与法律交互过程中共生要素的关键。立法需求脱胎于社会需求,而又有所不同。社会的客观需求并不必然促生立法需求,只有社会客观需要与立法者(统治阶级)的利益汇合,才会促使立法主体产生立法的主观需求。^②在进步社会中,社会的需要和意见常常或多或少走在法律的前面。^③意见反馈渠道的通畅程度决定需求融入立法的可能性。科层制的弊病以及政府公信力、控制力受到侵蚀,都影响着法律需求的表达,削弱、降低和挤压在不同社会利益群体之间进行利益协商和价值说服以及方案选择的空间。^④相反,如果不同社会利益主体之间形成一定的博弈平衡,那么立法需求的表达空间将进一步扩张,从而提升立法民主的程度。

基于社会需求与立法需求的差异,立法需求的识别至少可以遵循以下4项标准:第一,法律范畴。社会需求丰富且多元,但并非都受法律的调整。美国法学家庞德提出法律的3类重要限度,其中一项是法律的必要性在于仅处理行动,且是人和事务的外在行动而非内在行动。^⑤外在行动是法律介入社会的对象,而内在行动则更多受到道德的约束。基于法调整对象的独特性和立法资源的稀缺性,立法者应当把法律资源分配给外在行为规范需求集中的领域。第二,纠纷密集点。借助报纸、官方网站、各类应用软件等多元民意表达渠道,立法机关更易形成对纠纷密集点的采集。地方立法应当关注地方特色的纠纷,在解决地方问题的同时为中央立法提供经验。例如,地方社会信用管理条例缓解了长期存在的执行难问题,地方立法的先行先试可以为中央制定社会信用管理法提供较为成熟的措施。第三,社会影响大。所谓影响大是指需求人数众多、覆盖范围广、社会关注高或者影响长久。例如,公共场所控烟问题引起网络舆论的对立。多地为了保护公共健康于近年陆续制定了公共场所控制吸烟的法规以调和不同群体之间存在的矛盾。第四,条件成熟。虽然部分领域立法需求旺盛,但是在立法条件尚不具备的情况下,匆忙立法反而会加重社会的负担。轻率立法对商业不公正并成为负担,模棱两可、语义不清、不稳定、难执行、违宪都是轻率立法的特征。^⑥为了降低后续法律实施、修法、废法等的成本,有必要审慎考量立法条件,防止轻率立法引发的法治系统风险。

(二)地方特色反馈能力

从法律地理学的视角看,特色性成为央地立法最大差异特征。法国思想家孟德斯鸠富有洞见地提出,法律制度“应该顾及国家的物质条件,顾及气候的寒冷、酷热或温和,土地的质量,地理位置,疆域大小,以及农夫、猎人或牧人等民众的生活方式等等”。^⑦德国法学家萨维尼认为法律与民族性共存亡。在论述实在法的起源时,他指出:“法律如同民族之存在和性格中的其他的一般性取向一般……民族的共同意识乃是法律的固定居所”。^⑧因此,法的特色性内生于其存在的

① [德]贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第78页。

② 参见郭道晖:《当代中国立法》(上卷),中国民主法制出版社1998年版,第194页。

③ 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第17页。

④ 参见石东坡:《论非均衡法律发展中的立法需求及其民主内涵》,《河北法学》2008年第10期。

⑤ See Roscoe Pound, The Task of Law, Franklin and Marshall College, 1944, p.72.

⑥ See Trusler, Harry R., Hasty and Local Legislation, 60 American Law Review, 362—373 (1926).

⑦ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上卷),许明龙译,商务印书馆2012年版,第15页。

⑧ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第28页。

外在环境和内在文化,洞察地方特色是地方立法的基础能力。《立法法》第 73 条第 2 款的规定确立了地方性事务作为立法范畴,但是地方性事务的含义及其具体边界一直处于模糊状态。^①“地方国家机关往往不知道哪些事项它们有立法权,或者说它们对任何事项都有立法权。”^②这一状态导致两种极端现象:一是地方立法遇冷现象。立法权限模糊导致立法者担忧其所立之法在合法与违法的边界徘徊,造成地方立法踟蹰,不能及时回应地方发展的需求。二是地方立法过热现象。立法权限的模糊可以为地方立法释放一定的自主空间。能动性较强的地方立法机关借助“城乡建设与管理”立法事权的模糊内涵制定 3 项事权限制外的经济类法规。总的来说,地方立法遇冷不利于发挥立法权的能动性,而立法过热又涉嫌隐性立法违法。地方立法机关提高地方特色反馈能力既可以避免地方立法中可能出现的两种极端现象,又可以克服地方立法长期存在的抄袭弊端。地方立法特色程度高,意味着对地方的依附性(特色性)强,抄袭程度(重复性)低。

(三)地方立法计划执行能力

在质量以外,效率是地方立法能力的又一重要价值追求。高效的立法应当能够提前预测立法的主要预期影响并将之纳入起草和规划阶段。^③立法机关对立法需求的识别和提炼决定立法计划的内容,而立法计划的执行情况又反过来可以检验立法需求的满足程度。

《立法法》第 52 条的规定确立了提高立法及时性的目标。基于此,立法计划执行能力的判断标准以效率作为首要价值取向。由于我国对立法程序并未制定如司法程序一样严谨的流程,立法计划的完成没有确切的时间评判标准,因此只能通过年度立法计划的执行情况判断立法机关的创制能力。其判断标准至少可以分解为两个维度:第一,立法计划转化率。立法计划的转化率是指立法机关实际完成年度计划中制定、修改和废除法规数量与计划量之比,以此判断立法机关的工作效率以及立法计划的合理性,从而优化立法能力以及提升计划制定和执行的质量。第二,平均立法时间。该标准用于考察立法机关平均每部立法所需花费的时间,从而判断立法能力在时间坐标上的效率。需要说明的是,立法计划的效率并不是简单地强调时间的快慢,而是需要在特定的时间内结合立法质量加以评估。

(四)地方立法审查能力

地方立法审查能力是上级立法机关对下级立法开展合法性审查的水平,审查结果直接关系到法的效力。普遍认可的审查内容包括合宪性审查和合法性审查。由于地方立法机关不具备合宪性审查资格,因此地方审查能力建设仅围绕合法性审查能力展开,即审查能力是审查机关以符合权限、不抵触、符合法定程序为标准审查法规合法性的判断能力。根据发生的阶段,立法审查可以分为事前审查与事后审查。事前审查结果分为批准与不批准:批准是地方立法生效的先决条件;不批准则意味着地方立法暂时不能生效,存在立法违法的情形。可以说,立法审查结果直接关系到地方立法的生效以及我国法律规范体系的构成。在立法实践中,全国人大常委会法工委连续披露了地方立法违宪和违法的情况。例如,“有关地方人大议事规则、道路交通管理、建设项目

① 参见俞祺:《论立法中的“地方性事务”》,《法商研究》2021 年第 4 期。

② 湛中乐、杨君佐:《立法法若干问题质疑》,载周旺生编:《立法研究》(第 2 卷),法律出版社 2001 年版,第 23 页。

③ See Maria Mousmouti, Effectiveness as an Aspect of Quality of ED Legislation: Is It Feasible? 2 Tile Theory and Practice of Legislation, 311(2014).

审计、计划生育管理、著名商标制度等方面的地方性法规”。^① 其中所涉法规都经过事前审批生效,但是审批机关却未审查出立法违法的问题。基于对事前审查的补缺或者因为情势变更导致的违宪/违法情况,法实施过程中的审查属于事后监督,可以及时纠正实施过程中的偏差。因而,地方立法审查能力范畴既包括法生效之前的审查,也包括法实施过程中的审查。

(五)地方立法信息公开能力

信息公开是立法机关践行立法民主原则的基本要求。《立法法》以立法公开作为基本原则,要求法律草案及其起草和修改的说明、法律解释草案表决稿、立法规划应当向社会公布。立法程序中的信息公开属于法定职责。相应地,多地法规制定条例也规定了法规草案、法规修改稿、立法计划和立法规划应当向社会公布。因而,地方立法信息公开能力至少应当囊括公开上述3项法定信息的能力。此外,地方立法机关还可以向社会公布不涉密的立法信息,如立法前调研、立法计划的实施情况、立法后评估等信息,保障公众对立法过程的知情权。立法信息公开是基于全过程人民民主理念要求每个立法环节信息都应公开。信息公开作为践行全过程人民民主的一种方式,与立法机关民主意识相关,是一种愿意接受社会监督并直面社会舆论的主观意愿。正如法律的颁布一样,如果不向民众公布,那么人们就无法监督负责适用和执行这些法律的人是否无视其规定。^② 因而,立法信息公开能力更多地受到地方立法机关主观意愿的主导,而非完全取决于客观条件。研究证明,立法信息的公开并不必然与地方经济发展程度相匹配。部分地方超越地方经济发展不足的现状,立法透明度的排名高于其国内生产总值的排名。^③ 可以说,客观条件的成就,如信息公开平台、官方网站等建设,仅是公开理念的载体,而公开意识决定公开的结果。

三、地方立法能力的实践透视

根据地方立法能力多维向度的类型化阐释,笔者以两级、三地立法机关作为分析对象,据此判断不同立法机关各项能力的实践表现。需要特别说明的是,全国人大常委会法工委从2017年开始公开备案审查工作情况报告,由于立法审查资料和样本尚不足以客观地判断地方立法审查能力和发展规律,因此笔者不对地方立法审查能力做专门的分析。

(一)地方立法需求识别能力断层

笔者在资料可获得的情况下,选择2017年浙江省、湖北省以及四川省人大常委会立法计划以及多个设区的市立法信息作为分析对象。^④ 相较而言,地方两级立法机关的立法需求识别能力差距较大,出现了能力断层现象。

① 梁鹰:《全国人大常委会2018年备案审查工作报告述评》,《中国法律评论》2019年第1期。

② 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第62页。

③ 参见刘雁鹏:《中国立法透明度指数报告(2021年)——基于人大常委会网站的考察》,《人大研究》2022年第3期。

④ 浙江省、湖北省和四川省立法层级较为丰富,可以反映地域差异下不同层级立法机关的地方立法需求表达能力。由于3省社会发展进度不同,因此样本差异性选择可以说明在非均衡的经济社会文化环境下各地立法计划对立法需求的契合度。立法需求识别能力可以从立法计划目标的时代性以及立法重点领域的丰富性两个方面进行考察。选择2017年立法计划作为分析样本是因为该年度无特殊自然和社会突发情况影响立法进程,立法成果经过法定立法程序已稳定下来,可以避免分析对象的变动造成立法能力检验的偏差。

1. 省级立法机关立法需求识别能力良好

立法需求的识别关涉到立法供给的方向和立法结构的组成。在需求扩张的社会转型期,立法需求的精准识别能够缓和多元需求与有限立法供给之间的张力。在立法实践中,浙江省立法需求较为多元且分布领域广泛,包括经济建设、文化教育、社会事务管理、资源环境等领域;湖北省环境资源和社会事务管理立法需求较为旺盛;四川省则更为关注财政经济、环境资源和社会事务管理立法。综合而言,环境资源和社会事务管理立法需求在地方表现最为旺盛。对比分析 3 省 2017 年政府工作报告可知,3 省的政府高度关切经济发展,也把社会建设和环境保护列为重要工作内容。就整体而言,省级人大常委会立法供给与社会发展需求高度契合。一方面,省级立法能力在纵向上具有时间传承关系。省级立法机关至少经历了 40 多年的立法建设,已形成关于立法观念、立法能力、立法路径等高度凝聚的思维模式。立法需求的识别能力也在其中得到稳步提升。另一方面,省级立法能力与其他国家治理能力在横向上产生协作功效。在治理体系中,“国家与法律上层建筑诸因素之间存在着交互作用的关系,国家制度与法律制度之间相辅相成、相互作用”。^①在治理能力中,立法能力通过衔接党的执政能力和政府行政能力来推动立法贯彻党的意志并吸收成熟且有效的政策规则、道德律令、改革经验,实现自我能力的迭代;在法治体系内,立法能力为司法能力、执法能力、守法能力、监督能力提供基础,在法治建设过程中引领地方法治能力的发展。因此,省级立法能力经过较为系统的发展过程,其立法需求识别能力目前已较为成熟且稳定。

2. 设区的市立法信息公开能力薄弱导致无法辨别其立法能力

由于以往较大的市比其他设区的市更早获得立法权,立法能力建设经验更丰富,因此有必要对设区的市的立法能力进行分类讨论,即以往较大的市和新获立法权的设区的市。

对标省级立法机关考察对象,选取杭州市、武汉市和成都市作为以往较大的市的研究对象。《杭州市立法条例》第 7 条第 3 款规定年度立法计划应向社会公布。然而,在公开资料中和在杭州市人大网站上却无法查询到 2017、2018 年度立法计划。《武汉市人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规办法》虽未要求公开立法计划,但上位法已作出要求,公开资料仅可获取 2016 年和 2019 年立法计划。《成都市地方立法条例》第 13 条规定年度立法计划应向社会公布。在公开资料中无法查询 2019 年以前的立法计划。3 个副省级城市发展水平可以代表我国以往较大的市立法高端阵地,但是却未能连续履行地方立法条例规定的公开职责。立法计划信息的封闭性导致立法需求识别能力和立法计划执行能力无法被辨别。为了进一步探究较大的市的立法能力并排除 3 个副省级城市作为个案的特殊性,研究样本扩展至 48 个较大的市(重庆市除外)。②经统计,其中,23 个较大的市所有立法计划都未能查询到,占较大的市总量的 48%;仅公开 1 年立法计划的有 7 个;公开两年的有 2 个;公开 3 年以上的为 16 个,一共占较大的市总量的 33%。也就是说,81%的较大的市的立法计划公开不全。其中,深圳经济特区从 2003 年开始公布年度立法计划,至今未间断过,是公布周期最长的城市。由此可知,以往较大的市的立法计划等重要信息的公开尽管已设置为法定职责,但履行情况却远未及预期。2015 年新获立法权的设区的市的立法计划信息公开比以往较大的市更为随意,地方立法能力的表现无法判断。设区的市立法

① 公丕祥:《习近平的法治与国家治理现代化思想》,《法商研究》2021 年第 2 期。

② 研究样本资料皆从各个省级人大常委会网站和较大的市人大常委会网站上获取。

公开意识的欠缺加剧了立法信息的隔绝,导致公众参与和监督受阻。同时,省级立法机关对辖区内设区的市的立法机关职能履行情况监督不足,缺乏从整体视角协调本省立法情况的运筹能力。

地方两级立法机关的立法需求识别能力出现两极现象,即省级立法机关能力较强,设区的市的立法机关的能力无从判断,地方立法能力断层,在上下级机关之间缺乏连贯性。设区的市难以在发展自身的同时为上级立法机关贡献本地经验。显然,设区的市立法官僚内生的封闭性对民主性处于更高的支配地位,政治嵌入对社会嵌入的压制导致立法权更倾向封闭运行。在地方立法运行机制层面,省级立法机关更注重通过事后的立法审查与设区的市的立法机关联动,弱化了立法前的介入与立法中的监督,致使部分法规获批后仍出现违宪/违法现象。在制度层面,大多数省级地方立法对设区的市立法信息的公开也秉持放任态度,并未对其规定立法计划的公开职责。机关内部的权力保护和外部监督的形式化共同造成设区的市的立法机关惯于直呈结果,而忽视立法过程的信息公开。设区的市立法信息的封闭状态反映了一种较弱的立法能力水平。

(二)设区的市地方特色反馈能力普遍偏弱

省级立法需要平衡一省的综合发展,难以全面兼顾本行政区域内的地方特色。相较而言,设区的市作为享有一般地方立法权的最小单位应当制定最契合地方特色的法规。笔者仅检视设区的市立法机关的地方特色反馈能力。由于学界对“城乡建设与管理”的范围存在较大的争议,而“历史文化”类立法数量最少,样本量不具有代表性,因此笔者选取“环境保护”类立法作为分析样本。2017年,设区的市共发布107部环境保护类立法,其中绿化条例占比最大,共14部。^①下面围绕14部绿化条例分析设区的市的地方特色反馈能力。

地方特色的表现有赖于立法技术的表达。立法技术包括立法体制技术、立法程序技术和立法表达技术。立法表达技术应当着重探讨法律的内部结构和外部结构的形式、法律的修改和废止的方法、法律的文体、法律的系统化等方面的规则。^②具体来说,立法技术可分为立法表现技术与立法表达技术。前者是指立法者在自己的观念和思维内设计未来的法律关系的技术,反映出的是立法需求识别能力;后者是指立法者为既定的法律思想和设计配置最佳的文字载体的技术。^③

14部地方绿化条例既包含较大的市的,也包括新获立法权的设区的市的。通过对立法文本进行对比研究发现,14部地方绿化条例的地方特色呈现两个特点:第一,在表现技术上,立法目标缺乏地方特征。绿化目标的制定需要与地方自然环境和城市形态相结合。从地理位置看,14个城市分布在我国各地,地理环境差异大,城市所处的地形结构不一致。然而,大多数条例都对建设项目的绿化提出了相似的指标,很少根据地方特殊地理形态制定与其相匹配的绿化指标。城市绿化的对象不应当仅限于人造建设项目,还应当考虑城市中的山系、水系等自然绿化情况。相比较而言,宁波市立法考量了地方自然条件的差异性,专设绿化指标一章。其他城市在立法目标上缺乏明显的区分度。第二,在表达技术上,立法结构高度相似。在14部条例中有12部的结构形式完全一样,无明显的结构特色。仅从立法结构上难以辨别立法实施地以及绿化需求的地

^① 研究文本分别来自宁波市、泰州市、温州市、开封市、吕梁市、南阳市、攀枝花市、青岛市、沈阳市、衢州市、榆林市、玉溪市、淮北市以及西安市的绿化条例。

^② 参见吴大英、曹叠云:《立法技术论纲》,《中国法学》1990年第4期。

^③ 参见孙潮:《立法技术学》,浙江人民出版社1993年版,第7~8页。

方性。另外两部结构较有特色的是《宁波市城市绿化条例》和《沈阳市绿化条例》。《宁波市城市绿化条例》增加了“绿化指标”一章,根据地帶差异提出了不同的绿化指标和绿化面积;《沈阳市绿化条例》则增加了“义务植树”一章,运用地方立法贯彻了国家义务植树的决议,也增加了绿化的途径。从法规实施至今,两市在立法结构上的创新并未增加立法风险,反而更强化了立法的指引性,加强了与地方的关联度。总的来说,以往较大的市的立法机关能在制度中融入地方特征甚至解决地方问题,其地方特色反馈能力水平高于新获立法权的设区的市的相关水平。

(三)地方立法计划执行能力缺乏制度保障

立法计划的制定以立法需求为依据,以法律制度的实施为完结。立法计划应当在调研的基础上,根据社会需求的不同程度统一协调、科学排序,防止出现需求程度低的法规超前出台而需求程度高的法规却迟迟不能出台的非正常现象。^①立法计划的完成率是立法机关执行能力的表现。虽然立法工作计划属于立法性质的文件,具有法的约束力,但是其不同于典型意义上的法,不具备强制性,仅具有“软约束”的特点。^②

立法机关执行能力可以从立法计划的完成情况进行判断。根据 3 省立法计划所列审议项目,查找 3 省实际立法的颁布情况,^③以此计算立法计划的执行率。3 省立法计划执行率相似:浙江省为 71%,湖北省为 67%,四川省为 67%。这说明省级人大常委会的立法能力较为稳定。由于以往较大的市和设区的市 2017 年立法计划信息未公开,因此无法判断其立法计划执行能力的表现。立法计划的执行率受主客观双重因素的制约。主观因素指涉本级立法机关的执行能力,包括执行意愿和理念、立法机关工作人员的专业素养和执行效率等因素;客观因素包括立法需求、立法环境、上位法等外在影响因素。在主观因素方面,现有制度对立法计划的“软法”属性欠缺制度保障,既未设定立法计划执行的失职责任,也未配套相应的监督制度,滋长了立法机关执行的恣意性;在客观因素方面,制度应当容忍客观原因所致的立法计划执行不能,针对客观因素设计包容机制,以立法计划试错降低正式立法的风险。

总的来说,省级立法机关的立法需求识别能力和立法计划执行能力较强且稳定,无地域差异,但是省级立法机关普遍对下级立法机关的指导和监督不足并且尚未重视对全省整体立法的运筹能力。以往较大的市虽然更早获得立法权,但是权力运行并未规范,多数较大的市的立法信息较为封闭;多数设区的市都未公布立法计划信息且立法文本缺乏地方特色,对立法放权赋能目标的实现较为有限。通过对不同层级地方立法实践的透视发现,设区的市立法信息公开普遍不足,立法民主精神尚须进一步融入立法全过程,说明立法权封闭运行下制度约束相对缺位以及立法机关民主意识较为薄弱,对立法能力的审视也比较困难。

四、推进地方立法能力现代化的路径

由于地方立法机关各项能力的发展水平处于不均衡状态,因此地方立法能力现代化建设应当有所侧重地制定培育策略。省级立法机关自身立法能力较强,但尚须加强对设区的市进行立

① 参见张钦:《制定立法计划应当考虑的主要因素》,《人大研究》2018 年第 6 期。

② 参见宋方青:《论立法规划的强化》,《地方立法研究》2016 年第 1 期。

③ 立法查询结果截至 2021 年 12 月 16 日。

法指导;以往较大的市的立法机关须在立法民主原则的指导下着力培育立法信息公开能力;其他设区的市初获立法权,立法能力极为薄弱,不宜采用全面建设的思路,可以适用分解式培育路径,即以立法特色反馈能力和立法信息公开能力作为重点培育对象,然后再提升其他类型的立法能力。相比较而言,立法能力越高,立法偏好转变为立法结果的效率越高,立法者就能越快速、综合地回应社会需求,制定支持者偏好的政策以及获得高质量的民主式理想结果。^①

(一)上下级联动推进立法需求识别能力现代化

地方人大常委会可以在立法调研中进一步扩大立法需求的采集范围,确保立法最大限度地体现公共意志。立法者的能动性体现在“通过对社会关系中的许多偶然的事例加以综合分析,发现其普遍性与内在自发的规律,使之成为固定化的自觉规则”。^②立法者只有在足够多的样本中才能寻求社会发展规律。然而,在现实中存在一个悖论:立法机关人物力资源的有限性难以确保样本的绝对饱和。我国多层级的立法体制以及立法基层联系点制度可以有效破解该悖论。

一方面,递归提取立法需求。立法需求的采集可以采用层级递归的思路,即从最小立法单位逐级向上提供立法需求信息。具体来说,设区的市无论是在地方事务方面还是在利益诉求方面都更了解社会基层的发展,可以依托基层立法联系点延伸立法权,更便利地收集地方立法素材。省级立法机关首先对标中央立法计划和立法规划,再收集本行政辖区内所有设区的市的立法信息,然后确定各市关注度高的领域作为立法计划的参考,对二者进行综合归集初步形成省级立法需求。全国人大常委会则结合党中央决策和国家战略部署,再提取上一年各省级立法计划公约数,初步形成国家立法需求。递归思路化整为零,既可以避免各级立法机关重复收集立法信息,又可以加强各级立法机关的沟通和联动。

另一方面,查找上级立法机关需求。上位法的制定通常基于本行政区域内公众的最大需求进行考量,可以为下位法的制定提供指引。设区的市可以在立法权限内结合地方实际情况对上位法的立法需求进行调研,以识别本地立法需求。对上位法的细化可以分为具体操作型、赋权确认型和漏洞填补型3类,加强地方立法的实效性则应当根据立法需求实施供给、强化规范的确定性等措施。^③就具体操作而言,下位法可以结合本地实际情况把上位法的某一条款作为立法需求,或者细化上位法中某项权利的内容,抑或在上位法规定内设置法律责任。

上下级立法机关联动能够以更小的成本获取更民主的立法需求。“一项法律只有基于从包容性的和公平的协商中产生出的公共理性,且所有公民都可以参与该协商过程并自由、持续合作的时候,才具有合法性。”^④民主是立法的基础,科学则是立法的方法论,两者共同保障依法立法目标的实现。因而,“立法者视野的视力必须聚焦到社会的立法需求范围内,就对待立法需求而言,立法者应当显示出科学发现的态度,而不应当是主观设计的思维方式”。^⑤

(二)通过适度吸收习惯推进地方特色反馈能力现代化

地方立法产生和发展的重要原因在于中央立法难以面面俱到,对各地因地制宜地调整和规

^① See David Fortunato, Ian R. Turner, Legislative Capacity and Credit Risk, 62 American Journal of Political Science, 623—636(2018).

^② 郭道晖:《论立法中的偶然性和必然性》,《法学家》1998年第2期。

^③ 参见俞祺:《地方立法适用中的上位法依赖与实用性考量》,《法学家》2017年第6期。

^④ Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Suhrkamp Verlag, 2010, s. 411.

^⑤ 马新福:《立法论——一种法社会学视角》,吉林人民出版社2005年版,第327页。

范只能也必然要依赖地方立法。^① 如果地方立法无法保障地方治理的效果,那么立法权下放也将失去因应价值。在继续稳固传统立法表现技术和表达技术的基础上,地方立法机关应当注重立法技术对特色性的传递和反馈。

第一,精准定位地方特征。自然环境和民俗文化差异共同塑造了各个城市的性格。地方立法应当立基于城市传统积淀和未来发展定位,运用立法表达技术在法律文本中充分反馈地方特色。立法表现技术则应当与城市发展价值相契合,确保立法决策顺应城市发展规律。例如,《开封市城市绿化条例》总则确定开封市菊城之定位,形成城市定位之上的立法设计特色。

第二,甄别并吸纳习惯。习惯根植于地方,自生自发衍生,刻印在当地民众生活方式和思维模式中。“人们之所以能够从小群体过渡到定居的生活共同体并最终过渡到开放社会和步向文明,实是因为人们学会了遵循某些同样的抽象规则……”^②这些约定俗成的规则内化成人们的内心规范,与法律一同引导人们的外在行为。一般而言,法律规范需要能强化和弥补它们效力的非法律规范的协助。^③ 我国法律赋予习惯以法律地位,确认了习惯法在我国正式法律渊源中次要、补充的地位,代表了一种“为生活而立法”的全新立法理念。^④“从事实中产生法律”,^⑤以法律固化特色。在与国家法不冲突的前提下,地方立法吸收习惯法可以强化地方立法特色反馈能力,尤其是民族立法对民族习惯的吸收,以实现立法与治理的同向共进。在习惯转化为法的过程中,立法机关可以在保留习惯特色的基础上,运用立法技术规范对习惯的表述进行正式、合理的话语转化,推进地方立法回归和服务地方现实。

(三)通过制度化推进立法计划执行能力现代化

立法计划“制定难,实施更难”的问题源于缺乏一个科学的实施制度,以及责任不明确,调整机制混乱,监督效果不明显。^⑥ 立法计划的制定可以约束立法项目选择的恣意性,以限定立法范围的方式强化立法机关的责任意识。立法计划的执行结果可以反映立法机关的执行效率以及计划的合理性。

第一,以制度化塑造设区的市的立法计划执行能力。由于大多数省级地方立法条例都于 2015 年以前发布,其中并未设定设区的市制定和发布立法计划的职责,其后也未随《立法法》的修改而修改。从我国的立法体系看,全国人大及其常委会、省级人大及其常委会制定立法计划都有法可循,说明立法计划对于立法活动具有重要的引导价值。设区的市应当以上级立法机关工作规范为标准同步制定立法计划并及时公之于众。鉴于设区的市的立法能力尚在培育中,省级立法机关应当引导本行政区域内设区的市认真对待立法权,培育其立法计划制定和执行能力。制度的刚性有利于扭转地方决策的恣意性,引导地方治理步入法治轨道。因而,设区的市的地方性法规制定条例有必要补缺设区的市的立法计划和立法规划相关规定,设置立法计划定期公开

^① 参见崔卓兰、于立深、孙波等:《地方立法实证研究》,知识产权出版社 2007 年版,第 8 页。

^② [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第 2、3 卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 507 页。

^③ 参见[奥]尤根·埃利希:《法律社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,中国社会科学出版社 2009 年版,第 39 页。

^④ 参见高其才:《当代中国法律对习惯的认可》,《政法论丛》2014 年第 1 期。

^⑤ [德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社 2009 年版,第 135 页。

^⑥ 参见丁祖年、何晓明:《地方立法计划若干问题的审视与思考》,《人大研究》2005 年第 5 期。

的职责,培育立法信息公开能力,以确保各层级立法行为的一致性和规范性。

第二,健全立法计划执行的监督机制,建立立法计划执行能力常态化建设的新格局。监督机制的缺位致使地方立法机关即使违背法定职责也无需承担相应的责任,这在一定程度上减损了立法计划的约束力。由于执行率的持续低效将会削弱立法计划的权威性以及立法机关的公信力,因此,可以从两个方面塑造立法计划监督格局。一方面,把立法计划的执行纳入立法监督体系中。建立省级立法机关对设区的市的立法机关的监督机制,以主动监督的方式强化下级立法机关重视立法计划的执行。另一方面,建立年度立法计划完成情况汇报制。设区的市的立法机关每年定期汇报上一年度立法计划以及立法规划的执行结果,对未能执行的立法计划进行说明,推动立法计划执行意识向行动的转化。

第三,制定立法计划更改程序。立法计划的执行结果既受立法机关的执行能力影响,也受立法计划合理性的约束。虽然立法计划经过严谨的制定程序而产生,但是其内容并不能完全与动态发展中的立法需求相吻合。既有制度规定了立法计划的制定,但未给予其更改和调整的空间,缺乏包容机制。因而,《立法法》等相关法律法规可以适时增补立法计划更改程序。增设法定更改程序既可以提高立法计划的执行性,又有利于约束地方立法机关变动已确定立法计划的随意性。为了确保立法计划的稳定性,立法计划的更改应当符合一定的标准并进行必要性和合理性论证。例如,已确定的立法项目遭遇重大现实变更而不具有可行性或者确定的立法条件尚未成熟,则可以申请变更立法计划。

(四)通过重塑理念和强化监督推进立法信息公开能力现代化

实践表明,设区的市的立法机关极度缺乏公开意识,立法信息公开能力薄弱。法定信息的缺失直接影响立法能力的判断,公众的知情权和监督权也难以得到保障。地方立法信息公开能力现代化首先应当遵循民主原则,公开对社会需求处理的阶段性成果,确保公众始终知晓立法信息。毫无疑问,民主政体下的政府权力受到有效约束,公共政策更有回应性,也更有可能导向好的公共治理。^①其次,设区的市的立法机关应当重塑公开理念。以全过程人民民主理念为指导,设区的市的立法主体应当转变不公开、半公开的理念为全过程公开理念,稳步推进立法信息公开能力的现代化。根据法定职责,设区的市应当主动、定期且及时地公开形成正式立法文本的所有直接关联信息,而非立法草案、正式文本等结果信息。最后,省级立法机关应当加强指导和监督设区的市的立法信息公开工作,以相对丰富且成熟的经验带动设区的市的立法机关合法、合理地行使地方立法权。设区的市立法与省级立法并非孤立的两级立法。前者立法体量最大,^②对行政辖区乃至我国整个法律规范体系的影响甚大。因而,省级立法机关对设区的市不能仅停留在立法审批层面,而是应当进行全过程监督,尤其应当解决立法信息选择性公开或者不公开等已经出现的问题。省级立法信息公开能力较强,可以对标自身立法能力现代化建设成效,定期记录设区的市的立法信息公开情况,从外部视角指导和监督设区的市的立法机关信息公开工作,协助其转变公开理念、提升信息公开能力。

^① 参见包刚升:《民主的逻辑》,社会科学文献出版社2018年版,第267页。

^② 设区的市生效的地方性法规数量为11896件,省级地方性法规为20391件,而前者获取立法权限远远晚于后者获取立法的权限。数据来源于北大法宝数据库,统计时间为2022年2月16日。

五、结 语

“立善法于天下,则天下治;立善法于一国,则一国治。”^①法律制度方案的供给是法治建设的一个重要环节,立法能力是国家治理能力深入立法领域的具体表现。立法能力现代化建设是推进国家治理能力现代化的必由之路。赋予设区的市以立法权是国家治理改革的探索性举措,地方立法权的有限下放是对进一步放开立法权的预备性实验。立法能力现代化建设成效对此具有决定性的影响。从当前地方立法能力的表现看,其尚不足以支持进一步放开地方立法权。地方立法机关只有通过时间的淬炼,遵循渐进式培育路径,才能稳步推进立法能力现代化,有效提升地方立法质量。地方立法能力作为国家治理能力的重要组成部分应当贯彻全过程人民民主理念,进一步公开立法信息,增强公众的知情权和参与权。地方立法机关作为权威民意整合机构,应当全面提升地方立法需求识别能力、地方立法特色反馈能力、地方立法计划执行能力、地方立法信息公开能力以及地方立法审查能力,确保地方立法有效回应人民和社会之需,实现立法能力现代化的跃升并以高效的立法能力引领司法能力、执法能力、守法能力和监督能力现代化,共同助推国家治理体系和治理能力现代化目标的实现。

Abstract: The weakness of local legislative capability has blocked the improvement of local legislation quality. The local legislative capability has triple qualities, i.e. locality, legality and sociality. Based on the process of legislation, the local legislative capability can be categorized as identifying legal requirement capability, refining feature of district capability, enforcing legislative plan capability, reviewing capability and information publicity capability. Testing those capabilities in sample cities, the result reveals that provincial legislature should pay more attention to reviewing and guidance capability to city divided into districts, while the weakness of information publicity capability of city divided into districts restricts the evaluation of other capability and the similarity of provisions is a persuasive clue of the weakness of refining feature of district capability. Promoting the modernization of local legislative capability is adapted to gradual principle and emphasizing the weakness particularly, reinforcing the reviewing capability of provincial legislature and cultivating the information publicity capability, normalizing the implementing the legislative plan and absorbing the local customs for emphasizing the feature of provision.

Key Words: local legislative capability, classification, legal quality, whole—process people's democracy

责任编辑 王虹霞

^① 王安石:《王安石全集》卷64《周公》,吉林人民出版社1996年版,第690页。