

设区的市立法同质化问题之破解

黄 喆^{*}

摘 要:自 2015 年地方立法权扩容以来,设区的市法规数量的迅速增长强化了市域治理的规范供给,但也为立法者“从众立法”提供了可能,造成设区的市立法在法规项目、体例和条文上出现许多不必要、不合理的同质化问题。这一现象的成因体现在立法能力、立法技术、立法制度 3 个方面。有必要提升设区的市立法能力,革新设区的市立法技术,加强设区的市立法同质化的法律规制,以破解设区的市立法同质化问题,促进设区的市立法资源的充分利用,增强设区的市立法特色和实效。

关键词:设区的市立法 同质化 立法能力 立法技术 立法制度

一、问题的提出

自 2015 年《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)修改赋予设区的市地方立法权以来,我国设区的市立法活动进入活跃期。据统计,2015 年 3 月至 2020 年 2 月,各省、自治区人大常委会共批准 322 个设区的市、自治州制定地方性法规 1 864 件,其中新赋予地方立法权的设区的市共制定地方性法规 1 376 件。^① 自各设区的市立法相继实现“从无到有”的突破,“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”。^②这就要求设区的市立法不仅要实现“量的增长”,而且要推动“质的提升”。然而,在近年来设区的市立法数量爆发式增长的同时,设区的市立法之间也表现出较为明显的同质化现象,“在法规名称、调整范

^{*} 广东外语外贸大学法学院副教授

基金项目:教育部人文社会科学研究资助项目(22YJC820013)、广东省人大常委会立法研究资助项目(2021085)

① 参见闫然:《立法法修改五周年设区的市地方立法实施情况回顾与展望》,《中国法律评论》2020 年第 6 期。

② 参见习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社 2020 年版,第 20 页。

围、主要制度设计、法规条文等方面存在较高的相似度”。^① 虽然已经有学者意识到“众多相似度较高的地方性法规所呈现的只会是虚假繁荣的景象,经不起认真的推敲”,^②但是,长期以来理论界和实务界主要关注的是地方立法对上位法的重复、抄袭问题,对设区的市立法同质化的问题却未能引起足够的重视,相关研究多限于 2015 年《立法法》修改前针对省级地方立法的展开。这不仅凸显对有关设区的市的立法理论研究的缺失,也间接导致实践中设区的市的立法相互攀比、抄袭的现象愈演愈烈。因此,有必要检视设区的市立法同质化的表现形式及其危害,分析其成因,探索破解设区的市立法同质化问题的可行方案,以推动设区的市立法主体正确行使立法权,提高设区的市立法质量,充分发挥设区的市立法在推进地方治理法治化中的功能。

二、设区的市立法同质化的表现形式及其危害

基于从形式到内容的考察,我们发现设区的市立法同质化问题主要表现在法规项目、体例和条文 3 个方面。这种同质化现象有害于设区的市立法的良性发展。

(一)设区的市立法同质化的三重表现

1.项目同质化

任何设区的市立法均发端于法规项目立项,对设区的市立法同质化的检视有必要先从法规项目着手。根据《立法法》第 72 条规定的设区的市立法事项范围,笔者从城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等立法事项出发,对全国 27 个省、自治区共 322 个设区的市、自治州同质化项目数量位居前列的法规进行了统计。^③ 从总体上看,在城乡建设与管理立法事项上,同质化项目数量位列前三的依次是文明行为促进法规 212 件、市容和环境卫生管理法规 172 件、养犬管理法规 104 件,它们也是所有三大立法事项中同质化项目数量位列前三的法规类型。在城乡建设与管理、环境保护相互“交叉”的立法事项上,同质化项目数量最多的是生活垃圾管理法规,共有 71 件。在环境保护立法事项上,同质化项目数量最多的是大气污染防治法规,共有 84 件。在历史文化保护立法事项上,同质化项目数量最多的是历史文化名城名镇名村保护法规,共有 37 件。按照我国现有 322 个设区的市立法主体进行计算,超过半数的设区的市均制定了文明行为促进法规、市容和环境卫生管理法规。尤其是后者已实现在所有省、自治区的全覆盖,各省、自治区至少有一部设区的市市容和环境卫生管理法规。依此统计,在设区的市立法中,养犬管理立法占比超过 32%,生活垃圾管理立法占比超过 22%,大气污染防治立法占比超过 26%。历史文化名城名镇名村保护立法虽然在所有省、自治区的占比上低于这些立法类型,但在个别省份的占比超过 40%。这些都凸显了设区的市法规项目的同质化特征。

2.体例同质化

如果说法规项目同质化表明设区的市立法在“选题”上存在相似的话,那么在同类“选题”之下的各部法规具体如何“谋篇布局”就涉及法规体例的安排问题。所谓“立法体例”,一般是指立

^① 参见孙莹:《如何认识地方立法“同质化”现象》,《人民之声》2021 年第 7 期。

^② 参见吴玉姣:《设区的市地方立法趋同化探讨》,载谢晖、陈金钊、蒋传光主编:《民间法》(第 21 卷),厦门大学出版社 2018 年版,第 290 页。

^③ 统计以法规制定通过日期为准,时间截至 2022 年 12 月 31 日。原较大的市的有效法规亦统计在内。

法内容的“分”与“合”，以及法律文本的编、章、节等结构、内容的安排。^① 以下笔者以全国所有省、自治区均有设区的市出台的市容和环境卫生管理法规为分析样本，对设区的市法规的体例同质化现象进行检视。从总体上看，超过 92% 的设区的市相关法规采用“总则—分则—附则”的体例安排。具体而言，除海南省相关法规未分章节以外，19 个省、自治区的设区的市相关法规全部采用“总则—分则—附则”的体例安排，其余 7 个省也至少有过半数的设区的市相关法规采用这一体例安排。但鉴于分则包含的章节较多，仅笼统地统计具有分则的相关法规并不能充分说明它们的同质化程度。为此，笔者进一步从分则内部的章节安排出发，对其中包含市容管理、环境卫生管理、法律责任 3 章内容的相关法规予以统计和分析。在“总则—分则—附则”体例安排的基础上，同时以“市容管理—环境卫生管理—法律责任”作为分则内部结构安排的设区的市相关法规占比接近 60%，其中 18 个省、自治区的设区的市相关法规过半数采用这一体例安排。可见，设区的市不仅法规项目存在相似，而且其体例也表现出明显的同质化现象。

3. 条文同质化

法规项目、法规结构的同质化虽然是设区的市立法同质化的重要表现，但是仅有这两个方面的同质化，仍不足以说明相关立法之间必定构成同质化。进一步考察法规条文，才能从假定条件、行为模式、法律后果等规范逻辑要素及由此建构的制度层面确认其同质化问题的存在。这也是规制设区的市立法同质化的深层动因——避免设区的市立法因相互之间的不当模仿甚至抄袭造成其制度安排脱离地方实际而难以实施或实施效果不佳。笔者以地方立法水平较高的广东省为样本进行考察，发现设区的市法规条文同质化问题仍然存在。从市容和环境卫生管理法规来看，具体表现为以下 4 种类型：（1）“复制型”同质化，是指条文的表达完全相同或基本一致的同质化现象。此种类型的同质化也包括部分复制，或虽然并非完全复制，但是仅对助词、连词或标点符号等作出可有可无的增减之情形。例如，《江门市城市市容和环境卫生管理条例》第 13 条、《潮州市城市市容和环境卫生管理条例》第 12 条均规定“按照规定设置环境卫生设施，并保持其整洁、完好”。（2）“重组型”同质化，是指条文对相关内容作出重新拼合、排序等，但文字表达仍完全相同或基本一致的同质化类型。在这种情况下，法规条文既可能是对同一部法规条文的重组，也可能是对多部法规条文的重组。例如，《江门市城市市容和环境卫生管理条例》第 13 条规定：“无乱摆设、乱搭建、乱张贴、乱涂写、乱刻画、乱拉挂、乱堆放等行为”，《梅州市城市市容和环境卫生管理条例》第 15 条规定：“无乱摆卖、乱搭建、乱张贴、乱涂画、乱吊挂……等行为”，《惠州市市容和环境卫生管理条例》第 11 条规定：“无乱摆设、乱搭建、乱张贴、乱涂写、乱刻画、乱吊挂、乱堆放等情形”。（3）“等义型”同质化，是指条文虽然在句式、修辞等方面存在区别，但是含义及其设定的权利义务关系等实质上并无差异的同质化类型。例如，《肇庆市城区市容和环境卫生管理条例》第 39 条规定：“任何单位和个人不得侵占、损坏或者擅自拆除、迁移、关闭环境卫生设施”，《汕尾市城市市容和环境卫生管理条例》第 36 条规定：“任何单位和个人不得侵占、损坏或者擅自拆除、迁移、关闭公共厕所、垃圾转运站等环境卫生设施”，后者虽然列举了公共厕所、垃圾转运站两种环境卫生设施，但是前后两个条文的含义并无不同。（4）“混合型”同质化，是指各种法规条文同质化形式相互交织所出现的情形。例如，针对公共场所禁止的影响环境卫生的行为，《广州市

^① 参见周刚志、王振宇：《论地方公共文化服务立法：类型、体例与技术准则》，《邵阳学院学报》（社会科学版）2021 年第 3 期。

市容环境卫生管理规定》第 33 条第 3 项列举了“乱倒垃圾、污水、粪便,乱扔动物尸体等废弃物”,《肇庆市城区市容和环境卫生管理条例》第 42 条和《汕尾市城市市容和环境卫生管理条例》第 42 条则以两项规定分别列举出“乱倒垃圾、污水、粪便”和“乱扔动物尸体”。此处相关内容的分项属于“重组型”同质化,而由于有无“等废弃物”的表述不影响规范含义,因此也存在“等义型”同质化的问题。

基于上述同质化类型,笔者根据法规制定通过的时间先后顺序,以首次发布的文本为标准,对广东省新获地方立法权的设区的市制定的 11 部市容和环境卫生管理法规同质化条文进行统计,计算各部法规与先于其发布的相关法规在全文以及总则、分则、附则各个部分存在的同质化条文数量占比。^①从法规全文来看,10 部法规同质化条文数量占比超过 30%,另外 1 部的占比也接近 28%。从法规各个部分来看,除附则无同质化条文以外,^②总则同质化条文数量占比偏高,8 部法规占比在 50%以上;分则同质化条文数量占比也较高,9 部法规占比在 30%以上。这表明设区的市法规从形式到内容均存在一定程度的同质化问题。

(二)设区的市立法同质化的危害

各类不必要、不合理的同质化法规与日俱增,将从立法工作、立法资源、立法特色和立法功能 4 个方面有碍于地方立法的良性发展。

1. 诱发立法不作为

理论界与实务界对于“不作为”的考察主要聚焦在行政权的行使过程中。实际上,不仅是行政权,所有公权力都必须依法行使,既要杜绝“乱作为”,也要防止“不作为”。在地方立法权扩容的背景下,各设区的市人大及其常委会必须依法行使地方立法权,以切实履行宪法和法律赋予它的立法职责。自分批确定设区市开始制定地方性法规的时间以来,各设区的市人大及其常委会有序推进立法工作,基本不存在设区的市人大及其常委会直接怠于行使立法权而出现法规数量“零增长”的情况。然而,设区的市立法同质化现象表明,有的立法者在设区的市立法中存在“搭便车”之嫌,通过重复其他设区的市的法规项目、套用其他设区的市法规的制度设计甚至照搬照抄条文,以降低立法难度、实现法规数量的表面增长,从而完成立法任务、提升立法政绩。此种做法导致设区的市立法没有建立在客观、充分的调研的基础之上,难以保证出台的法规符合本市的具体情况 and 实际需要。这既不符合地方立法权扩容的初衷,也未能使设区的市立法权得到真正充分行使,是对立法工作的敷衍塞责,其本质是一种隐性的立法不作为。

2. 浪费立法资源

有美国法律经济学家认为,包括法律在内的任何制度或规则在制定和履行过程中,都会给当事人或行为者带来利益或成本。^③设区的市立法包括立项、起草、提案、审议、公布在内的多个程序,均需要产生人力、物力、财力以及时间、信息等成本。因此,从“成本—效益”关系出发,必须合理利用立法资源,实现立法效益最大化。但不必要、不合理的立法同质化,使得意义不大的法规

① 首部新获地方立法权的设区的市相关统计以先于其制定的较大的市法规为参照。

② 附则多为对法规施行日期的规定,这些规定虽然在条文表述上高度相似,但由于此类条文难以采用差异化的语言进行表达,且实际规定的施行日期往往互不相同,因此不认定其为同质化条文。

③ 参见[美]罗伯特·考特、[美]托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,三联书店上海分店 1991 年版,第 2 页。

项目占用了有限的立法资源,并且其制定过程同样需要历经全部立法程序,其间亦耗费大量成本。它可能造成的立法资源浪费表现在:“从起草来看,尽管文本照抄本身不会耗费多少精力,但为保持条文的逻辑统一和表述规范,抄哪些、不抄哪些,却要花许多时间去选择、论证。”^①而此种时间成本的付出并没有与法规质量成正比,从而降低立法效益,造成立法资源的大量浪费。

3. 淡化立法特色

“有特色”是地方立法的一项重要原则。有学者认为:“地方特色是地方立法的核心和灵魂。”^②尤其是设区的市立法,应当充分体现本市经济、文化、风俗、习惯等情况和社会关系调整的实际需求,以最大限度地彰显地方特色。我国国土辽阔,不同地方的“地情”差异甚大。且不论中央立法,即便是省级地方立法,也难以完全兼顾各市的特殊情况。在上位法往往只能就“共性”问题作出规范的情况下,我国立法法赋予设区的市地方立法权在很大程度上就是为了解决各市的“个性”问题,调适法治统一性与地方特殊性之间的紧张关系。但是,设区的市立法同质化会导致设区的市法规在形式和内容上日趋相似甚至陷入“人有我有”的误区而未能拟定体现地方特色的立法项目,难以在回应本市立法需求的过程中形成具有地方特色的制度安排,从而淡化设区的市立法的地方特色。

4. 弱化立法功能

强调设区的市立法特色并非“为了特色而特色”,而是要通过凸显设区的市立法特色、强化设区的市立法功能,以有效解决地方治理面临的实际问题。同质化立法不仅会淡化设区的市立法特色,而且会使法规调整的社会关系无法客观反映本市的具体情况和实际需求,导致其“所建立的规则都没有太大的必要和意义”,^③大量的法规条文很可能因脱离实际缺乏可操作性,甚至无法适用而引发制度空转。一方面,这会在客观上导致设区的市立法流于形式;另一方面,也会在主观上影响社会公众对设区的市立法的尊崇程度,从而削弱设区的市立法的权威性,进一步造成设区的市立法功能弱化。

三、设区的市立法同质化问题的成因分析

设区的市立法同质化现象是立法者能力及其心理状态,以及立法技术、制度等因素交织而成的结果。借助从众理论,结合规范分析方法,可以阐明设区的市立法同质化的深层原因。

(一) 能力成因:立法能力欠缺引发从众效应

“在实践层面,地方立法能力不足已成共识。”^④设区的市立法能力欠缺引发立法者的从众行为,是造成设区的市立法同质化的直接成因。立法能力“是立法者胜任立法工作的各种主观条件的综合,是立法者实际从事立法工作的能力”,^⑤是设区的市立法得以顺利开展的基本保障。各设区的市获批行使地方立法权的时间先后不同,立法机构和立法队伍建设存在差异,导致它们的

① 孙述洲:《地方立法重复的反思——以4省市人大消费者权益保护立法为例》,《人大研究》2016年第3期。

② 石佑启:《论地方特色:地方立法的永恒主题》,《学术研究》2017年第9期。

③ 参见叶必丰:《规则抄袭或细化的法解释学分析——部门规则规定应急征用补偿研讨》,《法学研究》2011年第6期。

④ 张琼:《类型化视野下的地方立法能力及其现代化路径》,《法商研究》2023年第1期。

⑤ 刘志坚:《立法能力:概念厘清和原理论要》,《甘肃社会科学》2020年第4期。

立法能力也参差不齐。不少设区的市受限于地方立法权扩容时间较短,使得设区的市立法机构(主要是人大常委会法制工作委员会)的人员数量虽然已普遍配齐,但是因为存在立法人员频繁接受立法以外的工作安排或被抽调支援其他部门的现象,所以导致立法人员难以全身心投入立法工作甚至“本末倒置”,从而缺乏足够的立法专业经历和能力。“立法是兼具政治性与法律性、专业性与综合性、理论性与实践性的一项复杂工作,需要综合性的立法能力作为支撑”,^①但是当前设区的市立法队伍结构仍不尽合理,部分设区的市专职立法人员比例偏低,立法相关专业人才紧缺。这都造成设区的市立法者的立法能力整体受限,尤其在知识储备、立法经验等方面较为欠缺,^②从而易于在立法过程中引发社会心理学上的从众效应。立法权下放后,几乎所有设区的市开始紧急招募立法工作人员、筹组立法机构,有的甚至人员尚未到位就先行开展立法工作。

1. 立法者从众立法的行为动机

根据社会心理学的从众理论,“行为参照”是从众的首要动机,即“人们在知识储备不足、经验缺乏而难以肯定地作出选择时,会选择多数人的行为作为自己行为选择的参照系统,并以此指引自身作出选择”。^③ 在短期内难以提升立法能力的情况下,立法者也急于向立法能力较强的设区的市寻求立法上的“行为参照”,以弥补自身立法能力的不足。原较大的市立法起步早,总体立法能力强,立法质量的社会认可度高,它们的立法被众多新获地方立法权的设区的市立法者视为范本予以参照。尤其对于同类法规项目,后来的立法者往往通过参照之前的相关立法来降低立法难度,确保立法任务得以顺利完成。此外,立法能力欠缺还会使立法者因“偏离恐惧”而选择从众立法。“偏离恐惧”作为从众的又一动机,是指个体如果偏于群体的一般情况,那么其会面临群体的强大压力而产生“偏离的恐惧感”。^④ 在现实中,设区的市立法者面临立法能力欠缺及在此困境下如何应对立法政绩考核的双重压力。尤其是特定领域立法一旦被指标化,设区的市立法者为完成指标,避免落于人后而陷入“偏离恐惧”,可能无暇顾及立法实际需求纷纷出台同类的法规。

2. 立法者从众立法的行为条件

除存在动机以外,设区的市立法者从众也具备客观上的条件。首先,“群体的规模是影响从众行为的重要因素……群体的规模越大,引起的从众比例也就越高”。^⑤ 2015 年《立法法》修改后,地方立法权主体的“扩容”意味着立法者群体规模由 49 个较大的市扩展至所有设区的市,市级立法数量也随之大幅增长。这为设区的市立法者的从众行为提供了现实可能性。其次,“就像个人一样,组织也有自己的年龄”。^⑥ 对于新获地方立法权的设区的市而言,虽然这些市的人大及其常委会以及它们内部的专门委员会、法制工作委员会等机构设立已久,但是真正被赋予“立法组织”之名义的组织年龄显然较小。从众受个体年龄差异的影响,低年龄段被认为是易从众时期。^⑦ 再加之《立法法》第 73 条明确规定地方立法“对上位法已经明确规定的内容,一般不作重

① 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。

② 参见田成有:《地方立法中的“人才”问题》,《江淮法治》2018 年第 9 期。

③ 金盛华主编:《社会心理学》,高等教育出版社 2020 年第 3 版,第 340 页。

④ 参见金盛华主编:《社会心理学》,高等教育出版社 2020 年第 3 版,第 340~341 页。

⑤ 金盛华主编:《社会心理学》,高等教育出版社 2020 年第 3 版,第 342 页。

⑥ 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。

⑦ 参见金盛华主编:《社会心理学》,高等教育出版社 2020 年第 3 版,第 345 页。

复性规定”,使得大多数设区的市立法者逐渐将参照对象由上位法转向同位阶的其他设区的市立法,从而间接导致从众立法行为滋生。

(二)技术成因:对立法技术的路径依赖

作为一项专业化程度高、程序性强的复杂劳动和集体行为,立法的顺利开展及其质量保障,都以立法者掌握和遵循相应的立法技术为前提。从立法技术的角度看,设区的市立法同质化是其存在立法技术路径依赖的结果。美国经济学家道格拉斯·诺思认为,路径依赖类似于物理学中的“惯性”,一旦进入某一路径(无论其优劣)就可能对这种路径产生依赖,这一路径的既定方向会在以后的发展中得到自我强化。人们过去作出的选择决定了他们现在及未来可能的选择。^①人们一旦开始运用某种技术,那么随着运用率的提高,其作为惯常选择的技术的地位逐渐得以巩固,久而久之就可能形成一种对技术的路径依赖。在实践中,设区的市立法对省级地方立法乃至中央立法技术存在明显的技术路径依赖。

1.立法形式结构构造的技术路径依赖

这主要表现为正文形式结构构造技术,即法规体例安排的技术路径依赖。基于“总则—分则—附则”的体例安排,在我国中央立法和省级地方立法中形成了一种“大而全”的形式结构构造技术。这种立法技术也被设区的市立法所普遍采用。然而,由于设区的市立法聚焦的内容范围较小,因此如果严格对标这一技术标准,那么就难免造成其为了“凑齐”整部法规而在条文类型上出现较为严重的同质化问题。特别是在总则部分,条文类型主要是法规基本原则、主管部门及其主要职责等概括性条文。另外,设区的市立法不可避免地要通过对上位法进行重复或者参照其他设区的市立法来维持其形式和内容的“完备性”。这也为设区的市立法之间条文内容的同质化埋下伏笔。

2.立法内容结构构造技术的路径依赖

立法内容结构是指立法文本中内在各要素的设置逻辑及其相互关系,包括调整法律关系主体的具体行为模式的规范性内容,以及对规范性内容起辅助作用的非规范性内容。^②相应地,设区的市立法内容结构构造技术路径依赖也表现在两个方面:(1)非规范性内容的立法技术路径依赖。例如,立法目的和依据、法的原则等原则性规范作为典型的非规范性内容,内部结构构造统一性较强,设区的市立法对其的技术路径依赖往往会形成同质化条文。其中,一般作为总则第1条的立法目的和依据,普遍采用“为了(何种目的)—根据(哪些法律、行政法规等)—结合本(省、市等)实际—制定本(条例、规定、办法等)”的内容结构构造。在此种情况下,由于同类法规的目的的一致,法律、行政法规依据相同,因此立法目的和依据相关条文的内容高度相似。就法的原则而言,同类法规的原则在内容结构构造上也往往相似,如常以“四字短语”依次列举的文字表达模式。例如,绝大多数设区的市市容和环境卫生管理法规的原则即采用了这种结构构造,并基本包含“统一领导”“分区负责”“公众参与”“社会监督”4项内容,至多作出个别增减或微调。^③(2)规

^① See D. North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, pp.156—167.

^② 参见石佑启、朱最新、潘高峰等:《地方立法学》,高等教育出版社2019年第2版,第142页。

^③ 以广东省为例,《江门市城市市容和环境卫生管理条例》第3条规定:“本市市容和环境卫生工作坚持统一领导、分区负责、公众参与、社会监督的原则”,肇庆、汕尾、湛江、梅州、潮州等市制定的有关法规的原则条款也包含这4项内容。

范性内容的立法技术路径依赖。规范性内容作为对权利义务模式的设定,包含假定条件、行为模式、法律后果3个构成要素,它们在内容结构上分别遵循相应的构造技术。虽然这3个构成要素的内容结构构造相对多样和灵活,且一个条文并不一定同时存在3个构成要素,但是由于特定类型条文的内容结构相对固定,因此设区的市依此构造技术进行立法也易于产生同质化条文,典型如总则中的关于部门职责的条文。^①

(三)制度成因:设区的市立法制度安排不足

1. 设区的市立法权限范围争议未决

2015年《立法法》的修改在实现地方立法权主体“扩容”的同时,也对其立法权限范围作出相应的限制,规定设区的市人大及其常委会“可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规”。但这一规定表述的模糊性造成设区的市立法权限范围自施行起即存在争议,至今仍未彻底厘清。其具体表现如下:(1)对“等”字的理解存在争议。“在汉语中,‘等’并不一定包括对未尽事宜的概括,而极有可能是对已列举事项的大致认可”,^②由此也带来“等内之等”与“等外之等”两种不同的理解。(2)对“城乡建设与管理”的界定存在争议。就上述“等内”的3类立法事项而言,环境保护、历史文化保护的内涵相对具体,但“在既有的规范资源条件下,对‘城乡建设与管理’的解释事实上还是较为宽泛的,不确定空间亦相对较多”。^③上述争议从两个方面催生了设区的市立法同质化现象。一方面,设区的市的立法者为了避免其行为越权,不约而同地就立法权限中相对确定的市容和环境卫生管理、环境保护、历史文化保护相关“等内”事项展开立法,从而大大地增加了设区的市立法同质化的可能性。另一方面,当设区的市的立法者尝试在立法权限“模糊地带”展开立法探索时,由于对相关事项的立法权限缺乏足够把握,因而往往寄希望于现成的法规“样本”能够为其立法提供合法性证成。一旦有设区的市就相关事项出台法规,其他处于“观望”状态的设区的市的立法者将得到“合法性”的实践反馈,也很有可能随之作出同样的选择,从而造成相同事项立法的“囤积”。例如,虽然对于“文明行为促进”是否属于“等内”事项存在争议,甚至有学者认为相关立法属于“超越三大权限的地方性法规”,^④但是这并不影响文明行为促进立法成为当前设区的市立法中的“数量之最”。

2. 设区的市立法同质化缺乏制度约束

第一,设区的市立法同质化的规制依据缺失。有别于针对地方立法不得重复上位法的明确规定,我国立法法并没有对设区的市立法同质化作出一般性的限制。各省、自治区以及设区的市已出台的地方立法法规均未对设区的市立法同质化问题作出直接的调整。因此,设区的市立法是否需要遵循“非同质化”的要求并不明确,也没有对“不重复”一般应成为地方立法普遍遵循的基本原则之一的规定。这使得对设区的市的立法同质化的规制缺乏基本的法律依据,设区的市立法者也不会因其同质化立法的行为受到法律意义上的否定性评价,进而造成设区的市同质化立法大行其道。

① 例如,广东省各设区的市市容和环境卫生管理法规均存在类似“……等部门按照各自职责,(共同)做好有关市容和环境卫生管理(的相关)工作”表述的部门职责条文且所列部门也大同小异。

② 张越:《立法技术原理》,中国法制出版社2020年版,第260页。

③ 郑毅:《对我国〈立法法〉修改后若干疑难问题的诠释与回应》,《政治与法律》2016年第1期。

④ 参见邓佑文:《论设区的市立法权限实践困境之破解——一个法律解释方法的视角》,《政治与法律》2019年第10期。

第二,设区的市立法同质化的提前介入制度亟待强化。2015 年地方立法权主体“扩容”后,为保障设区的市立法的顺利开展,不少省级人大常委会建立起针对设区的市立法工作的提前介入制度。但是,现有的提前介入在行为性质上主要属于“协调指导”,这使得省级人大常委会的提前介入仍缺乏必要的统筹处置。因此,针对设区的市立法不合理的同质化现象,亟须进一步充实提前介入制度的内容,加强相关统筹处置。

第三,设区的市立法同质化的审查、评估与清理制度尚未形成。首先,从设区的市法规审查来看,根据《立法法》第 72 条第 2 款的规定,省级人大常委会对报请批准的设区的市法规,应对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和省级法规不抵触的,应在 4 个月内予以批准。因此,在实践中省级人大常委会对设区的市立法的审查原则上仅涉及合法性问题,对于是否存在同质化等问题一般不在审查之列。其次,从设区的市法规评估来看,设区的市人大常委会建立法规的立法后评估制度不能等同于设区的市立法同质化的评估制度。究其原因由于,在评估内容上,立法后评估是“对法规质量、实施效果等进行跟踪调查和综合研判,并提出意见的活动”,^①不涉及对立法同质化相关内容的评估;在评估主体上,牵头开展立法后评估的主体是设区的市人大常委会,其难以着眼于全省系统评估设区的市立法同质化问题;在评估类型上,各设区的市人大常委会普遍重视立法后评估而对表决前评估缺乏充分关注,从而使得同质化法规一旦通过后,较难在短时间内作出调整。最后,从设区的市法规清理来看,其重要目标是以系统收集和分析设区的市法规为基础,对法规的修改、废止提出建议,并及时修改、废止不宜继续存在的法规或其条文。但由于新获地方立法权的设区的市开展立法时间并不长,出台的法规数量也相对较少,因此,相较于立法后评估制度,已经正式建立法规清理制度的设区的市较少。并且,即使是建立了法规清理制度的设区的市,也未必实际开展过法规清理活动。再加之现阶段的法规清理并未直接针对同质化法规及其条文提出修改、废止建议,因此其对于解决设区的市立法同质化问题所起的作用也相当有限。

四、设区的市立法同质化问题的破解方案

针对造成设区的市立法同质化现象的 3 个方面的成因,有必要从设区的市立法能力、立法技术、立法制度 3 个方面回应设区的市立法同质化问题,探寻破解这一问题的可行方案。

(一)提升设区的市立法能力

立法能力建设是推进新时代地方立法工作的前提和关键。由于设区的市立法同质化是立法者立法能力不足引发“不良从众”行为的结果,^②因此要纠正这一现象,首先应加强设区的市立法能力建设、提升其立法能力。结合设区的市从众立法的形成逻辑,有必要从立法能力的建设环境、主体和构成等要素出发,采取有效措施提升设区的市的立法能力。

1.改善设区的市立法能力建设的外部环境

从环境要素看,外部环境对立法能力建设具有能动的反作用。改善设区的市立法能力建设的外部环境,关键在于推动设区的市立法工作评价的“去行政化”。这是由于,虽然维持设区的市

^① 参见黄龙云主编:《广东地方立法实践与探索》,广东人民出版社 2015 年版,第 239 页。

^② 参见金盛华主编:《社会心理学》,高等教育出版社 2020 年第 3 版,第 339 页。

立法的正常运行需要进行相应的管理活动,但是不应简单套用行政管理的思路,以指标化方式形成设区的市立法的“压力型体制”环境;否则会导致设区的市立法能力的提升异化为对立法指标完成率和立法数量的片面追求。因此,必须禁止随意设定设区的市的立法指标,特别要杜绝将立法作为对设区的市的考核项目而倒逼立法者制定特定领域的法规,从而遏制设区的市的立法工作评价行政化倾向,使其立法能力的建设及其提升回归到依法立法、民主立法和科学立法的轨道上来。

2. 优化设区的市立法者的内部结构

从主体要素看,由于立法能力是立法主体及其立法机构、立法人员等立法者依法有效行使立法权、创制高品质立法产品所应具备的个性特征,^①因此,提升设区的市立法能力,不仅涉及作为个体的立法人员,而且还关乎立法组织及其人员所构成的立法者整体。一方面,应加强立法机构内部的稳定性。从设区的市立法工作需求出发,不仅要配齐立法人员数量,而且要为立法人员进行立法调研、座谈、起草、论证等提供保障,使立法人员能够切实围绕立法职能开展日常工作。另一方面,要合理调整立法队伍内部人员结构。一是要提高专职立法人员的比例。不少设区的市现阶段常常通过人员调剂、挂职等方式来解决其对立法人员的需求,但从长远来看,仍须形成专职的立法队伍,“推动立法队伍革命化、正规化、专业化、职业化建设”。^②二是要平衡法学人才和其他专业人才的比例。立法既需要法学的智力支持,又需要语言学等专业知识的支持,因此,有必要将法学以外的相关专业人才适当吸收到立法队伍之中,形成专业复合型的内部人员结构。

3. 健全设区的市的立法者的能力体系

从构成要素看,立法能力是一个综合性的能力体系,包括认知能力、决策能力、起草能力、协调能力、论证能力、审议能力和解释能力等。^③ 为了有效解决设区的市立法同质化问题,设区的市的立法者应当重点围绕认知能力、决策能力、起草能力来健全其能力体系。

第一,认知能力。马克思曾指出:“如果一个立法者用自己的臆想来代替事物的本质,那么我们就应该责备他的极端任性。”^④据此,设区的市的立法应建立在立法者对立法规律、立法需求、立法调整对象等的客观认知的基础上,而不能凭立法者的主观臆想盲目模仿其他设区的市立法展开。因此,设区的市的立法者应通过理论知识学习、调查研究和听取专家、公众意见等方式,以增强自身“正确理解、认识、把握立法权及立法活动的特性、机理、规律等的能力”,^⑤从而杜绝“闭门造法”,使立法能够回应地方实际和体现地方特色,避免立法同质化现象的发生。

第二,决策能力。立法决策是立法者“作出是否采取立法的手段和选择立法的方略与模式的决定”,^⑥“立法议题的形成、立法重大事项的决断等都属于立法决策范畴”。^⑦ 其中,立法议题的形成表现为立法者制定立法计划、确定立法项目之决策;立法重大事项的决断则要求立法者“提出所有关于该立法的方案、预测法律规定出台后带来的后果以及在多种价值间进行权衡,最后从

① 参见刘志坚:《立法能力:概念厘清和原理论要》,《甘肃社会科学》2020年第4期。

② 参见朱宁宁:《建设高素质队伍打造立法“硬核”力量》,《法治日报》2020年11月24日。

③ 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。

④ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社2006年版,第183页。

⑤ 参见刘志坚:《立法能力:概念厘清和原理论要》,《甘肃社会科学》2020年第4期。

⑥ 参见郭道晖:《论立法决策》,《中外法学》1996年第3期。

⑦ 肖金明、王婵:《关于完善地方立法质量保障体系的思考》,《理论学刊》2022年第1期。

所有的备选方案中选出一个最优解以供法律的制定和完善”。^①可见,良好的决策能力有助于立法者在法规项目立项及制定方案上作出合理的选择,减少立法同质化的可能性。因此,有必要围绕立法时机的判断、立法策略的把握等多个方面系统提升其决策能力。

第三,起草能力。设区的市立法同质化归根结底是立法内容的同质化。“在立法过程中,起草者不仅对法案的形式而且对法案的实质内容均发挥重要的作用。”^②因此,起草能力会对立法同质化的解决产生根本影响。从实践来看,相当一部分设区的市法规草案均由行政机关提案并负责起草,人大及其常委会等作为立法者的主导作用仍未能充分发挥,因而也难以及时发现和解决立法同质化问题。设区的市的立法者的起草能力亟待提升。^③一是自主起草能力。根据“人大主导立法工作”的要求,设区的市人大及其常委会应着力充实立法人员的储备、提高立法人员的素质,增加由人大、人大常委会工作机构起草的法规草案的数量,降低行政机关起草的法规草案的比例,以防“出现行政机关强势、人大弱势的现象”。^④二是组织起草能力。从特定法规草案起草的需求出发,联合或委托行政机关、研究单位、专家学者等起草仍有其必要性,但这并不意味着设区的市的立法者就可以将起草工作“一包了之”、置身事外,而要加强联合起草或委托起草的组织协调、把关,避免起草主体出现不当模仿甚至抄袭其他设区的市的法规的情形,确保起草质量。

(二)革新设区的市的立法技术

习近平总书记强调:“地方立法要有地方特色,需要几条就定几条,能用三五条解决问题就不要搞‘鸿篇巨制’,关键是吃透党中央精神,从地方实际出发,解决突出问题。”^⑤作为最为贴近基层的地方立法,设区的市的立法更应如此。因此,有必要通过革新设区的市的立法技术,使其不囿于僵化的结构构造,避免因“贪大求全”而陷入同质化的现象之中。

1.改善设区的市的立法形式结构构造技术

2021年《全国人民代表大会常务委员会工作报告》提出:“适应立法新形势新要求,必须丰富立法形式,坚持既要搞‘大块头’,又要搞‘小快灵’……针对实际需要以‘小切口’形式推进立法,增强立法的针对性、适用性、可操作性。”^⑥从功能定位来看,设区的市立法最为适于采用“小快灵”“小切口”的形式。例如,《常德市住宅小区电动车充电安全管理规定》作为湖南省首部获批的“小快灵”法规,全文共5条、不足900字,但却有效规制了不当充电行为,达到了减少火灾隐患、保障生命财产安全的立法目的。^⑦可见,设区的市立法应当坚持“一事一法”,打破“大而全”立法

① 钱大军、苏杭:《人工智能视阈下我国立法决策模式之转变》,《湖南科技大学学报》(社会科学版)2018年第6期。

② 杨铜铜:《论立法起草者的角色定位与塑造》,《河北法学》2020年第6期。

③ 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》,《人民日报》2014年10月29日。

④ 参见于群、叶昌艺:《设区的市地方立法中须关注的问题》,《中国人大》2017年第8期。

⑤ 习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《求是》2021年第5期。

⑥ 栗战书:《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2021年3月8日在第十三届全国人民代表大会第四次会议上》,http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/14/content_5592895.htm,2023-01-15。

⑦ 参见谭明、龙丽亚:《全省首部“小快灵”法规获批》,http://rd.changde.gov.cn/zhdtdtxw/content_478107,2023-01-15。

结构构造的刻板做法,提倡不分章节,尝试采用“条款法案”的形式,必要时甚至可就上位法的一章、一节甚至个别条款作出符合地方实际的细化规定,^①坚持“成熟几条立几条、管用几条立几条”的原则,明确具体地规范职权职责,清晰明了地作出行为指引,以避免陷入为机械凑齐“大而全”的立法形式结构而不得已选择同质化立法的困境,提高立法的实效。

2.改进设区的市立法内容结构构造技术

在改进设区的市立法形式结构构造技术的基础上,推动其内容结构构造技术的转变,进而从法规条文方面减少同质化立法的发生。一方面,结合“小快灵”立法不追求体例“大而全”的特点,尽可能减少立法的宗旨和依据、一般法律原则等非规范性内容。尤其是一些上位法已明确的基本原则、主管部门及其主要职责等概括性条款,若无特殊情况则无须专门规定,以避免产生大量的同质化条文。另一方面,从法规条文构造的要素来看,可以将假定条件、行为模式和法律后果3个要素在一个条文中予以完整表达,避免为法律后果设置“法律责任”的专章、专节,从内容结构构造技术上保障“条款法案”形式结构构造的实现,减少专设法律责任相关章节而导致同质化条文的形成。

(三)加强对设区的市立法同质化的法律规制

1.优化设区的市立法权限配置

立法权限配置对于设区的市立法发展至关重要,也是立足制度安排解决设区的市立法同质化问题的基础。从人们对于《立法法》第72条第2款规定中“等”字的争论来看,如果固守“等内之等”的理解,那么设区的市立法空间与设区的市立法权限的紧张关系就会始终存在,并且会随着设区的市经济社会的发展进一步加剧。这可能会引发两种后果:一是立法者同质化立法的行为持续存在,二是立法者在超越立法权限的边缘不断试探。因此,有条件地确定设区的市立法“等外”权限已具有现实必要性。同时,将“等”字应理解为立法者为设区的市立法发展预留空间更为合理。虽然在地方立法权“扩容”的初期宜将设区的市立法权限严格限制在“等内”领域事项,但是随着设区的市立法逐步深入,以“等外”事项的解释来释放设区的市的立法空间符合其发展规律。

这与规制设区的市立法同质化也是一致的。从实践来看,由于对设区的市的立法权限范围能否作出“等外”理解不置可否,加之环境保护、历史文化保护的事项相对明确,因此“城乡建设与管理”成为众多设区的市扩展立法空间的唯一领域。但受制于对其缺乏明确的界定,对于一些处于模糊地带的立法项目,立法者也难以确定其合法性。这就导致一旦有某个设区的市尤其是立法水平较高的设区的市出台了相关法规,其他设区的市的立法者将以此作为合法性“背书”来制定同质化法规,以彰显自身立法的前沿性。在此种情况下,明确设区的市立法的“等外”领域事项、优化设区的市的立法权限配置制度、合理释放立法空间,有助于减少设区的市的立法者同质化立法的行为倾向。

2.完善设区的市立法同质化的规制制度

第一,确立立法同质化的规制依据。确立设区的市立法同质化的规制依据,是完善设区的市立法同质化的制度调整的前提。我国立法法有必要增加规定,明确地方人大及其常委会应当避免不必要的同质化立法。地方立法也可以结合设区的市立法“有特色”原则作出相应的规定。以

^① 参见曹瀚予:《设区的市立法体例结构的选择》,《人大建设》2020年第9期。

此为前提,通过阐明设区的市立法中存在的“必要同质化”情形,为规制立法同质化提供科学、合理的制度依据。其主要情形有:(1)地方立法法规的制定。设区的市人大参照《立法法》第77条第1款制定《××市地方立法条例》《××市制定地方性法规条例》等地方立法法规,属于根据上位法授权条款对设区的市的立法权限、程序等作出的规定,各市对此并无创新变通的权限,因此相互之间存在同质化现象属于对上位法的必要遵循和落实,并不属于不必要的同质化立法范畴。(2)区域协同立法。《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10条第3款、第49条第3款规定,省、自治区、直辖市以及设区的市、自治州的人大及其常委会根据区域协调发展的需要,可以开展协同立法。区域协同立法是“为解决区域公共事务提供区域规则、衔接规则的地方立法活动”,^①在客观上要求不同设区的市立法要实现规则上的一致性。因此,实施区域合作的各设区的市针对区域公共管理与服务、区域营商环境优化、区域统一市场建设、区域生态环境保护、区域文化保护等问题进行立法是以制定相对统一的规则为目标的,发生立法同质化往往是必然的结果。这属于一种合理、必要的同质化立法情形,应明确将其排除在规制范围之外。

第二,完善立法同质化的提前介入制度。(1)对设区的市立法调研的提前介入。立法活动应以调研为基础,不能“纸上谈兵”。在某种程度上,设区的市立法同质化也是一种“纸上谈兵”的表现,它往往是立法者在调研不深入的情况下,闭门模仿同位阶立法的结果。因此,省级人大常委会必要时可提前介入设区的市的立法调研工作,为设区的市的立法者开展调研提供协调指导,也要对其是否充分开展立法调研进行监督。(2)对设区的市立法立项的提前介入。一方面,省级人大常委会应当对设区的市立法立项给予必要的建议,引导设区的市选择符合本市实际和需求的法规项目,并从整体上协调各设区的市法规项目,避免某些项目“扎堆”而造成立法同质化。另一方面,对于立法立项中的提前介入也不能仅仅限于协调指导,必要时还应当予以统筹处理。这是由于在同质化的立法立项之下法规的体例乃至具体条文发生同质化的概率大大提高,因此要从源头上解决问题。为此,当省级人大常委会发现多个设区的市拟对同一或同类法规项目立项,即可要求各设区的市对拟立项目的必要性、调研情况等予以说明。如果省内多数设区的市均存在类似的立法需求,那么可以考虑由省级人大常委会作为省级地方性法规立项更为适合,从而减少同质化法规的出台,避免立法资源的浪费。(3)对设区的市立法起草的提前介入。在实践中,也存在多个设区的市根据其实际需要对同类法规项目予以立项的合理情形,但不同设区的市立法是否为同质化立法,不能仅从法规项目名称等形式上的要素去判断,关键在于其法规条文是否存在大量同质化的情形。因此,当有设区的市立法项目存在同类法规时,省级人大常委会有必要在其起草时进行提前介入指导,以防止其照搬照抄其他设区的市的同类法规。其目的不仅在于从法规条文层面减少同质化现象,而且在于通过指导使设区的市能够制定出更具实用性和可操作性的法规。

第三,构建立法同质化审查、评估与清理制度。(1)同质化法规审查制度。从《立法法》第72条的规定和立法实践来看,设区的市立法审查以合法性为内容,但科学立法、民主立法、依法立法是一个相互协调的完整体系,对设区的市立法的审查既要对其依法立法进行监督,也应当对科学立法和民主立法提供保障。同质化立法有悖于科学立法的要求,有必要将其纳入审查范围。在

^① 参见朱最新:《区域协同立法的运行模式与制度保障》,《政法论丛》2022年第4期。

报请批准程序中,省级人大常委会对于同质化比例过高的设区的市法规,可不予批准并退回,以倒逼设区的市人大及其常委会认真研究解决其立法同质化的问题。(2)同质化法规评估制度。首先,在评估内容上,有必要将立法同质化的情况纳入评估内容,对同质化的法规及其条款是否属于合理、必要的范畴作出评估。其次,在评估主体上,除了由各设区的市人大常委会牵头就自身立法进行同质化评估以外,必要时省级人大常委会也可以组织开展设区的市立法同质化评估,从而立足本省、自治区设区的市法规展开同质化评估,其评估对象范围更大,也有助于获得更加客观的评估结果。在评估类型上,应当采取表决前评估与立法后评估相结合的方式。进行表决前评估,有助于在审议前及时了解法规是否存在同质化的情形及其程度如何,必要时可进一步修改法规草案使其内容更为合理,再提请审议和表决,避免法规正式通过后再修改,以便最大限度地保证法规的严肃性和稳定性。(3)同质化法规的清理制度。通过建立与同质化法规立法后评估制度相衔接的同质化法规清理制度,针对在立法后评估中发现的不必要的同质化法规及其条文,相应制定修改、废止方案并进行清理,以形成对设区的市立法同质化的动态规制。并且,基于上述评估主体也包括省级人大常委会,当设区的市人大及其常委会未能主动依据相关立法后评估结果进行同质化法规清理时,省级人大常委会也可以向设区的市人大及其常委会提出同质化法规的清理建议。为避免清理活动过于频繁,有必要对清理频次予以限定,如以一届人大任期为周期进行一次清理。这有利于对同质化法规作出集中处理,提升清理活动的效率。

Abstract: Since the expansion of the local legislative power from 2015, the rapid growth of the number of districted municipal laws and regulations has strengthened the normative supply of municipal governance, but it also leads to “conformity in legislating”. There emerges unnecessary and unreasonable phenomenon of homogeneity of legislation of cities with subordinate districts in legislative items, forms and articles. The causes include three aspects: legislative ability, legislative technique and legislative system. It is necessary to improve the legislative ability, innovate the legislative technique and strengthen the legal regulation, in order to decipher the phenomenon of legislative homogeneity, promote the full use of legislative resources, and enhance the legislative features and effectiveness.

Key Words: legislation of cities with subordinate districts, homogeneity, legislative capacity, legislative technique, legislative system

责任编辑 谭冰霖