

论地方志立法的三个转向

张 奇

提 要：在全面建成小康社会的当下，地方志事业迈入了一个繁荣发展的“春天”。“加强修史修志”被明确写入“十三五”规划。但地方志事业发展的法律统领仅有2006年颁布的《地方志工作条例》这一行政法规，而且还存在着位阶较低、强制力较弱、实践性不强的问题，而法制的完备是法治秩序形成的重要基础，因而需要继续开展、完善地方志立法工作。针对这些问题，在地方志立法中，应当注重三个转向，即位阶上的从法规到法律、强制力上的从软法到硬法、实践上的从纸面的法到行动的法。适时制定和出台《中华人民共和国史志法》，加强与完善责任条款，增强法律条款的可操作性，建立实施程序以及配套制度以确保法律落到实处，进而实现依法治志的目的。

关键词：依法治志 法律位阶 软法 行动中的法

“修志问道，以启未来”是2014年李克强总理对第五次全国地方志工作会议所作重要批示。这句话既阐明了方志事业的重要历史意义，也蕴含着总理对方志事业的殷切期盼。作为一项系统的文化工程，修志的意义不仅仅在于记述当下，实现文明传承；更在于发挥其对地方经济社会发展带来的积极作用。这种积极作用主要有两个方面：一是通过对优秀文化的传承所实现的精神激励，二是通过对当下地情的全面记述所实现的发展路径分析。盛世修志。我们国家正在努力建成全面小康社会，朝着中华民族伟大复兴中国梦迈步，这一历史性的征途既需要被镌刻又需要各方面提供源源不断的动力与支撑。在新的历史环境下，方志事业大有可为，也必将大有作为。方志人，既是伟大历史的见证者，也是伟大目标实现的参与者。

按照系统论的观点，系统是由相互作用和相互依赖的若干组成部分（要素）结合而成的，是具有特定功能的有机整体。因此，作为独立发挥存史、育人、资政作用的地方志工作无疑可以被看作是一个具有独立功能的系统，它的稳定发展既需要稳固的内部结构，也需要稳定的外部环境。《全国地方志事业发展规划纲要（2015—2020年）》（以下简称《规划纲要》）明确规定了推动方志事业持续繁荣发展的五大保障措施：法治保障、制度保障、经费保障、队伍保障、宣传保障。法治保障是其中尤为重要的一项，它从根本上涉及诸多保障措施的法定性与持续性。对于法治保障，《规划纲要》规定：“推动《地方志工作条例》的贯彻落实，逐步建立健全地方性法规规章。加大地方志工作法规规章的宣传、执行力度，定期开展执法检查，依法纠正、查处执行不力和违法行为。”从长远来看，这一措施的保障力度还应当加大，科学立法是严格执法、公正司法、全面守法的基础。地方志立法的科学性、完备性直接关系地方志事业发展的持续繁荣程度。目前来看，以2006年5月国务院颁布的《地方志工作条例》（以下简称《条例》）为核心的地方志法规体系还存在位阶较低、效力不高、可操作性不强的问题，因而，在新的历史条件下，开展地方志立法工作已经迫在眉睫。针对目前地方志法规体系的问题，笔者认为地方志立法应当注重三个转向：一是从法规到法律，二是从软法到硬法，三是从纸面到行动。

一 从法规到法律

《条例》的颁布标志着我国地方志事业发展正式迈入法治化轨道。随后,各地纷纷开展地方志立法工作,建立起地方志法规体系。从目前来看,这一体系存在不足,亟须在层级上得到提高。

(一) 现有法规体系之形成

中国地方志指导小组作为《条例》明确规定的“国家地方志工作指导机构”,在《条例》实施之后,相继出台了《关于第二轮地方志书编纂的若干意见》《地方志书质量规定》《地方综合年鉴编纂出版规定》等规范性文件,对全国地方志工作进行“统筹规划、组织协调、督促指导”。同时,各地普遍根据《条例》以及本地地情出台各地方的地方志工作办法,如2007年6月19日,北京市政府颁布《北京市实施〈地方志工作条例〉办法》;2007年9月25日,辽宁省营口市政府颁布《营口市地方志工作管理办法》;2009年11月19日,山东省泗水县政府颁布《泗水县规范地方志编纂工作暂行办法》。据笔者统计,截至2017年6月30日,全国除港澳台地区外的31个省级行政区有29个已经出台有关地方志工作的地方性法规规章,^①其中北京、河北等23个省市以政府规章形式予以颁布,山西、安徽等6省通过省级人大常委会颁布的地方性法规予以规定。^②至于市、县两级数量较为庞大,尚未进行统计,但已有诸多城市进行了地方性立法,如广州、厦门、青岛、营口等。综合来看,我国已经初步建立了以《条例》为核心的,从中央到地方,包含法规、地方性法规、政府部门规章等形式的地方志法规体系。

(二) 史志立法之呼吁

地方志法规体系的形成为地方志工作提供了积极的法律保障,对于促进地方志工作的法定化、制度化、繁荣化发挥了诸多作用。但在理论与实践的新发展下,应当实现地方志规范从法规向法律的转向,理由如下:

一是规定方志事业的根本性规范,宜由法律予以表达。法律,广义上是各种法的总称,狭义上是指“由全国人大及其常委会依据法定职权和程序制定和修改的,规定和调整国家、社会和公民生活中某一方面带有根本性的社会关系或基本问题的一种法”。而行政法规,是指“由最高国家行政机关国务院依法制定和修改的,有关行政管理和管理行政两方面事项的规范性法律文件的总称”^③。《条例》由国务院制定颁布,从性质上来看是行政法规。但从其在地方志法律体系中的地位来看,《条例》以22个条款概括性地对地方志定位、原则及任务,地方志工作机构的设置及其职责,地方志主体权利与义务,以及地方志违法责任追究等方面进行了规定,是地方志领域的根本性规范。根据《中华人民共和国立法法》第65条之规定,行政法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。而《中华人民共和国宪法》第89条规定:“国务院行使下列职权:……(七)领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作……”地方志工作作为文化工作的一部分,国务院有权以行政法规形式予以规范。

① 重庆市以及辽宁省尚未出台地方志工作的地方性法规规章。

② 通过省级人大常委会颁布的地方性法规予以规定的省份具体为山西、安徽、吉林、山东、海南、四川。

③ 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社,2007年,第3版,第97—98页。

但《条例》自2006年颁布以来,地方志的理论与实践都发生了很大变化,尤其是伴随着“地方志从一项工作向一项事业的转型”^①,地方志从过去的单纯组织编纂志书以及编修年鉴的一项工作,到如今形成了志、鉴、库、馆、网、用、会、刊、研、史“十业并举”的事业格局。地方志事业涉及的领域已经突破行政内部管理的范畴,呈现社会多元化参与的趋势。不论是在法律关系的主体,还是客体以及内容等方面,地方志事业都展现了其独特性,符合“国家、社会和公民生活中某一方面带有根本性的社会关系或基本问题”的立法要求。《条例》第1条就规定了制定该条例的目的是:“为了继承和发扬中华民族优秀传统文化传统,全面、客观、系统地编纂地方志,科学、合理地开发利用地方志,发挥地方志在促进经济社会发展中的作用。”《条例》规制的重点在于志鉴编纂上,并不能完全实现该目的,《条例》的实施面临较多问题,很可能挂一漏万。因而作为地方志领域的根本性规范,已经不适宜以行政法规形式表达;从长远看,应以《中华人民共和国史志法》形式予以呈现。

二是涉及非国有财产征收征用,应由法律进行规定。立法法第8条规定:“下列事项只能制定法律:……(七)对非国有财产的征收、征用。”按照现代法学的理解,财产包括不动产、动产以及知识产权诸多形式;而征用是指国家为了公共利益的需要,依照法律规定和法定的程序,对单位和个人的财产进行强制性征用。宪法第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯……国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”我国地方志工作中涉及对地方志资料所有人持有资料的征用,按照宪法与立法法的相关规定,所有人的合法财产应当受到法律保护。

《条例》第11条规定:“县级以上地方人民政府负责地方志工作的机构可以向机关、社会团体、企业事业单位、其他组织以及个人征集有关地方志资料,有关单位和个人应当提供支持……地方志资料所有人或者持有人提供有关资料,可以获得适当报酬。”《条例》规定了地方志工作机构向地方志资料所有者征用资料的权力,但对于地方志资料的征用,这涉及非国有财产的征用问题,基于保障公民合法财产的基本法治精神。根据立法法的相关规定,这一问题应当由法律进行规范。

二 从软法到硬法

《条例》全篇明显缺乏相应违法行为的法律责任条款,具有软法的特征,但其规范性质又决定其不宜采用软法形式,这是制约《条例》发挥实际作用的一个重要原因,因而在地方志立法中面临从软法向硬法的转变。

(一) 现有法规之考察

“软法”是一个舶来概念,关于其内涵,众说纷纭,主要是指缺乏强约束力的行为规范。与其相对应的概念是“硬法”,是指以国家强制力为后盾的具有强约束力的法律规范。关于其外延,学者梁剑兵曾概括为12类,其中之一就是法律责任缺失的法条或法律,只规定应该怎么做,但没有规定如果不这样做怎么追究相应法律责任的法条或法律。^②这一类被普遍接受,姜明安也认为法律、法规、规章中没有明确法律责任的条款属于硬法中的

① 冀祥德:《论依法治志》,《中国地方志》2016年第5期。

② 参见梁剑兵、张新华著:《软法的一般原理》,法律出版社,2012年。

软法。^①

从强制力效果的角度审视《条例》，该法规无疑是一部软法。《条例》全篇共计22个条款，仅在第18、19、20条规定了相应违法行为法律责任，第18条规定的是违法擅自出版责任，第19条规定的是程序或内容违法的出版责任，第20条规定的是违法收集、保存资料的责任。这3条责任条款还存在诸多问题。首先，从可承担责任的主体来看，仅包括编纂机构及其工作人员、非法编纂者，未涵盖地方志工作中所有参与方，包括地方志资料所有人、专家学者参与者、地方志鉴出版者、政府审批机构及其工作人员、志鉴开发利用者等，内容并不全面。其次，从规制的违法行为角度来看，仅包括非法出版、程序或内容违法出版以及未按规定收集、保存资料等，法规所规制的行为方式单一，还存在诸多违法行为在法律规制之外，诸如志鉴出版中涉密内容的泄露等。最后，责任形式单一，目前法规中仅笼统规定提请政府相关部门查处非法出版物、责令纠正并追究违法犯罪责任、单位责令改正并予以处分3种，既缺乏强制效力也面临着与公务员法、行政处罚法以及刑法的接轨问题。因而，从实践效果来看，《条例》实际效力大打折扣。如有文章认为，尽管《条例》第11条规定，县级以上地方人民政府负责地方志工作的机构可以向机关、社会团体、企业事业单位、其他组织以及个人征集有关地方志资料，有关单位和个人应当提供支持，但在地方志实际工作中相关单位延迟交稿的问题屡见不鲜。^②

（二）硬法转型之呼吁

应当说明，现代法学并不排斥软法，相反还主张软法与硬法的共存，正如罗豪才所言：“软法之所以能够在公法体系中拥有一席之地……主要归功于其独特的法律功能……依靠其实效性来强化法律权威，依靠其经济性来节约法治与社会发展成本，进而推动公域之治与法治目标的全面实现。”^③但从功能上来看，软法与硬法的适用领域各不相同，软法主要是以利益引导作为规范基础，因而通常用于非国家共同体中，如律师协会出台的律师行为规则等；而硬法则凭借强有力的强制力作为规范基础，一般以国家意志为后盾。

但《条例》显然并不是地方志共同体内部的行为规范，也并不是宣言书性质的文件，而是国家依法制定的规制“中华人民共和国境内地方志的组织编纂、管理、开发利用工作”的基本法规，其基本定位是地方志事业中法律关系的基础性法律规范。从这一点来看，《条例》显然并不适宜采取软法形式。将地方志事业的基础性规范用软法呈现，意味着该法律制度是宣示性、象征性的或者是无意全面实施的，这么做的后果仅仅是在形式上填补地方志领域法律制度的空白，只能造成法律制度的虚假繁荣，对于所规制的领域并无积极作用。现实要求地方志基础性法律应该是典型意义上的硬法。典型意义的法首先表现为强制性规则，由正式的立法机关制定或认可，有刑罚和赔偿等法律责任保障实施，由法院裁决法实施过程中的纠纷等。这是执法机关能够严格执法以及司法机关公正司法的基础，也是法律保持威严、得以被遵守的一个重要因素。在制定地方志法的过程尤其要注意应当拓展相应违法责任，体现法律的强制性色彩，确保法律能够被遵守。

① 参见姜明安：《软法的兴起与软法之治》，《中国法学》2006年第2期。

② 参见邓成日：《县志资料搜集整理工作中存在的问题及对策》，《广西地方志》2010年第6期。

③ 罗豪才、宋功德：《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》，《中国法学》2006年第2期。

三 从纸面到行动

“法律的生命力在于实施。如果有了法律而不实施,或者实施不力,搞得有法不依、执法不严、违法不究,那制定再多的法律也无济于事。”^①《条例》缺乏生命力的表现,不仅会对法律规范的威严造成损害,也有可能从实质上影响地方志事业的科学持续繁荣发展。因而在地方志立法中,应当完备法律规范的可操作性,从纸面到行动。

(一)“纸面”法规之考察

社会法学家庞德提出“纸面上的法”(law in books)和“行动中的法”(law in action),纸面的法指法律文本上指引人行为的规则,行动中的法指实际上指引人行为的规则,从法律实证主义角度考虑,这种纸面的法与行动中的法有着明显差距。^②造成这一差距的原因是复杂的,诸如成文法立法活动本身所具有的滞后性缺陷,行政执法与司法过程中本身存在的缺陷等。

从这个角度看,《条例》及其相关地方性立法所形成的地方志法规体系实则都停留在纸面层次。《条例》第4条规定:“县级以上地方人民政府应当加强对本行政区域地方志工作的领导。地方志工作所需经费列入本级财政预算。”但实际上,因为缺乏必要的制约性条款,地方志工作的财政支持往往难以得到持续稳定的保障。2014年,刘延东副总理在与第五次全国地方志工作会议部分代表座谈时明确提出“一纳入、八到位”,即把地方志工作纳入国民经济和社会发展规划、各级政府工作任务之中,做到认识到位、领导到位、机构到位、编制到位、经费到位、设施到位、规划到位、工作到位。从规范上看,这一重要指示的基本精神在《条例》中就有相应体现,但现实中仍存在不少问题就反映出《条例》还只是停留在纸面层次。不仅如此,《条例》第11条规定相关单位配合的义务,但工作实践中,不予积极配合的情况也不少见。《条例》第16条规定地方志要发挥对地方经济发展的积极作用,要求开展地方志的利用,但又未明确相关责任的主体以及相应责任,导致“一纳入、八到位”成为“空制度”。而翻看地方志领域的地方性立法,基本都是对《条例》的摘抄。如北京市出台的《北京市实施〈地方志工作条例〉办法》,重点落在《条例》实施上,但纵观全文,并无具体实施的举措。相反,地方志的工作还大量依赖于领导意志、行政命令、固有习惯、内部规定等。当然,造成这一现象的原因是复杂的,既有立法本身的原因,也有执法机制的原因。尤其是地方志事业从依法修志向依法治志的转型,地方志事业的内涵与外延得到极大丰富,《条例》更加滞后于实践的发展。

(二)“行动”法律之转向

为了实现地方志立法这一“行动”转向,应当在立法中加强以下三方面内容:

一是实体内容的明确。目前《条例》仅对地方志工作机构的定位、职责等作了概括性的规定。在立法中,为了促进这一行动法律之转向,不仅应当研究《条例》,还应当研究地方志工作中所依赖的行政命令、固有习惯、内部规定等方面内容。在此基础上,进一步明确地方志修、存、用、研各部门的定位、性质,明确地方志工作机构的职责,明文授权地方志工作机构开展地方志领域相应执法活动并明确其执法手段,同时也要明确地方志工作所涉及各方的权利义务以及

① 习近平:《中央政治局第四次集体学习时的讲话》(2013年2月23日)。

② 参见 See Pound, *Law in Books and Law in Action*. American Law Review, 1910, p. 44.

违法责任等。

二是程序内容的展开。从历史上看,“尝考各国法律发达之迹,程序法常先实体法而发生”^①。从功能上看,程序法不仅是正确实施实体法的保障,更为重要的是具有独立的程序正义的价值。过去我国立法活动受“重实体轻程序”观念的影响,诸多法律对于程序性问题关注不够。但目前我国正在改变这一现象,不仅是在司法程序中讲求程序,在行政程序中也力求程序正义。《条例》规定了出版地方志书的审批、报备程序,相当于内部管理程序,但缺乏细致规定。同时,缺乏规定设计外部行为时的程序规定,包括如何征用相关单位或个人所持有的地方志资料等。在地方志立法中应当明确相关程序问题,包括内部的志鉴编纂、出版、审批、报备、存档以及外部的收集、利用、查处非法出版等。

三是配套措施的完善。“徒法不足以自行。”法律的落实不仅是制定一套成文法即可,而是一项系统工程。首先要求法律本身的完备与可操作性。其次是需要配套法规、司法解释的完善,正如英国大法官丹宁所言:“在法律的日常中,最重要的问题是对文件的解释。”^②任何法律不经解释无法得到适用。最后,需要相应执法机构、执法体制、司法体制的顺畅与完善。其中应当凸显的是中国地方志指导小组的作用与法律地位,指导小组作为全国地方志工作的指导机构,在立法中应当通过概括性授权以及具体列举相结合的方式设定权力清单,积极赋予其明确的、法定的行政权力来推进地方志事业的更好发展,同时也要将“权力关进笼子中”。地方志立法从纸面走向行动,既要在立法上做到完善,也要在法律解释上予以加强,更应理顺相关机构之间的职责以及工作关联,推动法律的顺利实施。

党和国家领导人对地方志事业的高度重视固然为地方志事业的持续繁荣提供了新的发展机遇,但缺乏法治化保障的重视无法对地方志事业提供根本性的、制度性的支持。因而,具有前瞻性地开展地方志立法研究与立法工作是一件重要的历史任务。从《条例》颁布至今已逾10年,对其效果进行总结自然是开展下一步立法研究的重要前提。10余年来,我国地方志事业蓬勃发展,工作重心业已从一项工作向一项事业全面转型因而从当下出发、着眼未来地开展立法研究是基本研究方法。正是在此大背景下,笔者在此提出地方志立法的三个转向:一是从法规到法律,二是从软法到硬法,三是从纸面到行动。当然,正如司马迁所说:“法令者治之具,而非制治清浊之源也。”^③法律是治理的工具,但不能根治问题的本源。要想在根本上实现地方志事业的法治化,不仅仅要依赖完本的法律,还要在地方志事业中培养法治文化,以促使依法治志的根本实现。

(作者单位:中国社会科学院研究生院法学系)

本文责编:詹利萍

① 徐朝阳:《中国诉讼法溯源》,上海印书馆,1933年,第1页。

② [英]丹宁著,杨百揆、刘庸安等译:《法律的训诫》,群众出版社,1985年,第1页。

③ 《史记·酷吏列传》,吉林大学出版社,2015年,第824页。