

论设区的市的立法权 权限范围与权力行使*

程庆栋

(厦门大学法学院,福建厦门 361005)

摘要 新修订的我国《立法法》授予设区的市立法权,使得市成为国家立法体制中的一个独立层级。虽然我国《立法法》对设区的市的立法权进行了限定,但其具体内涵和外延仍有待明确,省与设区的市之间立法权限划分问题也是值得认真对待的新问题。确立地方专属立法权是解决省、设区的市之间立法权限重叠问题的一种思路,存在某种程度的不足,难以付诸实践。立足于辅助原则,解决这一难题还存在第二种思路,即省与设区的市之间重叠的立法权应当先由设区的市行使,当设区的市能够较好地进行规制时,省级立法主体就不应行使立法权;只有在设区的市依靠自身能力无法解决或者省级立法主体进行立法效果会更好的情形下,才应由省级立法主体行使立法权。

关键词 设区的市;立法权限;辅助原则

中图分类号:DF2

文献标识码:A

文章编号:1005-9512(2015)08-0052-10

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.08.006

立法权限划分问题一直是立法学界的研究热点和难点。但关于这一问题的研究成果多集中于中央与地方之间立法权限划分这一领域,对地方内部立法权限划分的研究不仅为数不多,并且大多关注的重点是地方人大与其常委会之间,以及地方权力机关与行政机关之间的立法权限划分问题,其中关于地方内部纵向立法权限划分问题的研究则更少。学界对这一问题的忽视与我国地方立法权配置的实践密切相关。一方面,我国《立法法》修改以前,较大的市的数量虽然有49个,但从数量上看,呈“散点式”分布的较大的市并没有成为一个独立完整的立法层级;另一方面,我国《立法法》将省级地方性法规、较大的市地方性法规视为一体,对两者的立法权限范围、法律效力等级等问题不加以区分,这是由于“考虑到较大的市制定的地方性法规是经省、自治区人大常委会批准的,因此,其法律效力应当同省、自治区的地方性法规相同”。因此,市的立法权限范围问题,省与市之间的立法权限划分问题并不紧迫,学界也缺乏相关研究。在国家治理现代化的语境下,修改后的我国

作者简介 程庆栋,厦门大学法学院法学理论专业博士研究生。

* 本文系国家社科基金项目“我国地方立法权配置的理论与实践研究”(项目编号:13BFX024)的阶段性研究成果。

① 该领域的代表性著述如:封丽霞:《中央与地方立法关系法治化研究》,北京大学出版社2008年版;孙波:《中央与地方关系法治化研究》,山东人民出版社2013年版等。

② 该领域的最新著述参见:庞凌:《论地方人大与其常委会立法权限的合理划分》,《法学》2014年第9期。

③ 该领域的代表性著述参见崔卓兰等:《地方立法实证研究》,知识产权出版社2007年版。

④ 乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》(修订版),中国民主法制出版社2008年版,第258页。

《立法法》授予所有设区的市地方立法权,随着省级人大常委会确权工作的开展,行使立法权的设区的市的数量会逐渐增多,其分布格局也会由“点”及“面”。省与设区的市之间立法权限含混不清,容易滋生立法重复、立法越权、立法抵触与冲突等问题,不仅浪费了立法资源,更可能对国家和一省之内的法制统一形成挑战。可见,对设区的市立法权问题的关注和研究具有重要意义。

一、立法权配置的历史沿革与合理性基础

从新中国成立之初,市的立法权就是我国地方立法权的重要组成部分。1950年通过的《市人民政府组织通则》第4条规定:“市人民政府委员会在其上级政府领导之下行使左列职权:……(三)拟定与市政有关的暂行法令条例,报告上级人民政府批准施行。”虽然1954年宪法通过后,除民族自治地方以外,地方立法权全部被取消,但从20世纪80年代初部分市重新获得地方立法权以来,拥有立法权的市的主体范围不断扩大,其发展演变大致经历了如下三个阶段。

一是起步阶段。1979年制定的我国《地方组织法》分别以第6条和第27条赋予了省级人大及其常委会立法权,但并没有规定市的立法权。1982年12月4日,新宪法通过,确认了省级人大及其常委会的立法权,同样也没有涉及到市的立法权。6天后,我国《地方组织法》修正案通过,规定省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大常委会,可以拟订地方性法规草案,提请省级人大常委会审议制定。在我国《地方组织法》的授权下,国务院于1984年下发了《国务院关于批准唐山等市为“较大的市”的通知》,批准唐山市、大同市、包头市、大连市等十三个市为“较大的市”。至此,除重庆市外,较大的市的数量为39个。

二是探索发展阶段。较大的市拥有立法权后,中央对较大的市立法权配置问题不断进行探索。1986年《地方组织法》修改,将较大的市人大常委会的拟定权规定为制定权,同时规定其制定的地方性法规必须经省级人大常委会批准。国务院也先后于1988年、1992年和1993年批准了宁波等6个市为“较大的市”。2000年我国《立法法》颁布实施,将经济特区所在地的市(4个)纳入到较大的市的范围,使得较大的市的数量发展为49个。此后十余年间较大的市立法权配置的格局一直没有变化。

三是全面推广阶段。2015年3月,第十二届全国人民代表大会第三次会议表决通过《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》,对我国《立法法》进行了修改。修改后的我国《立法法》删掉了“本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市”的条款,进而用“设区的市”取代“较大的市”,将拥有地方立法权的市的数量从49个扩大到284个。授予设区的市立法权有以下合理性。首先,它有助于实现一省之内的权力均衡。孟德斯鸠正式提出三权分立理论以来,不断发展的三权分立与制衡思想对后世政治制度建构产生了深远影响。三权分立理论只是一种横向的权力分立理论,虽然有助于防止权力过度集中于国家某一机关或少数人手中,但却无法遏制中央集权。中央集权虽然“能够把国家所有的可以使用的力量聚合起来,但这会影响这些力量的再生。它也许会迎来战争的胜利,但也会缩短政权的寿命。所以,它也许会对一个人转瞬即逝的伟大非常有帮助,但对一个民族的持久繁荣却无济于事”。为了扼制中央集权和弥补横向分权原则的不足,纵向权力分立就有其必要性。纵向分权,就如国家立法权、行政权和司法权之间的横向分权一样,同样是民主政治的本质,其目的也是为了实现国家权力的均衡划分、配置与制约,从而为防止某项国家权力的专断和腐化提供双重保障。纵向分权并不仅仅存在于中央与地方

⑤ 中央人民政府法制委员会编:《中央人民政府法令汇编1949-1950》,人民出版社1952年版,第124页。

⑥ [法]托克维尔:《论美国的民主》,张杨译,湖南文艺出版社2011年版,第60页。

⑦ 封丽霞:《中央与地方立法关系法治化研究》,北京大学出版社2008年版,第45页。

之间,地方内部省与市、县、乡等单位之间也同样存在分权问题。在过去,我国拥有立法权的市的仅有 49 个,不及城市总数的五分之一,一省之内的立法分权程度远远不够,而授予设区的市立法权,可以实现一省之内的纵向分权,避免权力集中于省所带来的弊端。其次,它也有助于实现地方立法权的公平配置。除了省会城市和经济特区所在地的市外,经国务院批准的较大的市的立法权多是计划经济体制的产物。在经国务院批准的 18 个较大的市中,多数是当时的重工业城市,鞍山、本溪、抚顺等都是中国当时的煤炭或钢铁基地。而在市场经济条件下,一些其他设区的市,如佛山、泉州、温州等,无论是经济发展水平还是人口规模均已超过大部分经国务院批准的较大的市,然而,这些市却没有立法权,出现了立法权与事权极不匹配的现象,制约了城市的发展。各市对立法权的需求是切实存在的,虽然个别地方可能为了保护地方利益而形成地方保护主义,但并不能因此而否定地方的正当立法诉求。“正当的独立性,正当的权利,省、市、地、县、区、乡都应当有,都应当争。”面对其他设区的市的立法需求,作为调控者的中央应当公平合理地配置包括权力资源在内的各种资源,平等对待各个地方利益主体,因此,有必要授予其他设区的市立法权。

授予设区的市立法权是实现国家治理现代化的重要举措,但要想设区的市在实现国家治理现代化的过程中更好发挥作用,必须解决设区的市立法权限这一“元问题”。这一问题包括两个不同方面:一是,设区的市自身的立法权限范围问题;二是省与设区的市之间立法权限划分的问题。两者密切相关,而且问题第二个方面的解决远比第一方面要困难得多。

二、设区的市的立法权限范围

(一)我国《立法法》有关规定的学理解释

新修改的我国《立法法》改变了过去对市的立法权限范围不作规定的做法,其第 72 条规定,设区的市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。但这一规定非常具有概括性和不确定性,“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”究竟包括哪些事项?尤其是其中的“管理”一词应如何理解?我国《立法法》并没有明确。对“管理”一词的不同理解,会导致设区的市的立法权限范围完全不同。在城市管理学中,“城市管理”一词的含义也极富争议性,但总体说来,诸多学者均赞同城市管理有广义和狭义两种不同理解。广义上的城市管理是市政府以城市为对象,为实现特定的目标对城市运转和发展所进行的控制行为的总和,包括城市基础设施管理、城市行政管理、城市经济管理、城市社会管理和环境管理等五个方面,狭义的城市管理将内涵界定在市政管理上,主要是政府部门对城市的公用事业、公共设施等方面的规划和市政建设的控制、指导。在我国《立法法》的修改过程中,设区的市的立法权限范围也几经变化。在该法修订一审稿中,设区的市可以就“城市建设、市容卫生、环境保护等城市管理方面的事项制定地方性法规”,此时,“城市管理”是“城市建设、市容卫生、环境保护”的上位概念,两者之间是包含与被包含的关系,城市管理一词应作广义上的理解。在该法修订二审稿中,设区的市的立法权限被修改为“城市建设、城市管理、环境保护等方面的事项”,“城市管理”与“城市建设”、“环境保护”之间成了并列关系,城市管理一词只能作狭义的理解。在该法修订表决稿中,设区的市的权限范围进一步被修改为“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”,将城市建设与城市管理合二为一,并表述为“城乡建设与管理”。显然,这基本延续了二审稿的规定。通过历史解释和文义解释的分析,笔者认为,“管理”一词更应该作狭义上的理解。

⑧ 毛泽东:《毛泽东著作选读》(下册),人民出版社 1986 年版,第 731 页。

⑨ 参见彭和平、侯书森编著《城市管理学》,高等教育出版社 2009 年版,第 6 页。

以列举的方式来明确我国《立法法》规定的设区的市的立法权限范围,笔者认为其至少包括以下事项。一是城乡规划方面的事务。城乡规划是城乡建设、管理的前提和基础,设区的市对城乡建设事务拥有立法权,自然对城乡规划事务拥有立法权。二是有关房地产事务的建设与管理。如有关拆迁、房地产开发经营、建筑工程的施工与质量管理等事项。三是基础设施的建设与相关事务的管理。其具体包括:(1)能源供应方面,如有关煤气、天然气、汽油、热力与供暖等事项的设施建设与服务管理;(2)排水供水方面,如自来水生产与供水、雨水排放、污水排放与处理等事项的设施建设与服务管理;(3)交通运输方面,如公路、机场、港口、桥梁、隧道、公共交通、出租汽车等事项的设施建设与服务管理;(4)邮电通讯方面,如固定电话、有线电视、广播网络等事项建设与管理;(5)城乡环保环卫管理,如城市园林、绿化、垃圾收集与处理、户外广告、占道经营等设施建设与服务管理;(6)防卫防灾方面,如防洪、防震、防汛、防风等事务。四是环境保护方面的事项,如大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物等资源的保护与管理。五是历史文化保护方面的事项,如文物保护、古文化遗址、历史文化名城保护等事项。

设区的市的立法权限不应包括以下事项:第一,国家专属立法权事项,我国《立法法》第8条规定的事项只能制定法律,设区的市不能对此类事项行使立法权,这是不言而喻的;第二,政权和法制建设类事项,如人大对同级政府的监督、人民调解、集会游行示威等事项;第三,社会管理类事项,如关于流动人口管理、社会治安管理、社会公共服务管理、社会保障管理等事项;第四,经济管理类事项,如循环经济、城乡产业结构等事项。

(二)立法需求的量化分析

2000年制定的我国《立法法》以排除法的方式界定较大的市的立法权限范围,即只要是国家专属立法权范围之外的事项,在满足一定条件下,较大的市都可以立法;而修改后的我国《立法法》则以列举法的方式界定设区的市的立法权限范围,规定设区的市只能就城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等事项立法,界定方式从“排除法”转变为“列举法”。在界定方式的反、正转变之间,较大的

表1:部分市地方性法规类别分析(2001-2012年) 单位:件

	杭州市	青岛市	苏州市	郑州市
城乡规划与建设	6	7	2	9
房地产开发建设管理	4	3	4	6
市政、公用与环卫事项	13	14	10	14
交通运输	5	3	2	1
环境保护	9	7	8	5
历史文化保护	3	2	5	2
城市人口管理	2			
社会治安管理		3	1	
社会公共事业管理	8	9	4	
劳动与社会保障	2	7		3
其他社会事务	6	6	3	2
公共经济管理	9	10	6	12
法制建设	3	5	3	4
其他	4	1	2	1
总计	74	77	50	59

(以上数据来源:北大法宝数据库)

市的立法需求在多大程度上受到抑制呢?其他设区的市的立法需求在多大程度上得到满足呢?解决这些问题的最好方法或许是对 49 个较大的市之前制定的所有地方性法规作一个整体性考察,统计一下涉及城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等事项的地方性法规的数量和所占比重。然而,对现实存在的 2600 多件较大的市地方性法规进行统计分析既不现实,也无必要。为此,本文选取了杭州市、青岛市、苏州市和郑州市在 2001 年至 2012 年间制定、修改的地方性法规作为样本,统计分析如表 1。

从表 1 可以看出,各市制定的地方性法规多集中于城乡建设、城市管理、社会管理和公共经济管理等事项。具体言之,表 1 反映了如下数量特征。2001 年至 2012 年期间,杭州市共制定、修改地方性法规 74 件,其中关于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护事项的地方性法规共 40 件,约占总数的 54%;关于人口管理、治安管理、社会公共事业管理、社会保障管理等社会管理事项的地方性法规共 18 件,约占总数的 24%;关于公共经济管理的法规共 9 件,约占总数的 12%。与之类似,青岛市在此期间共制定、修改地方性法规 77 件,其中关于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护事项的地方性法规共 36 件,约占总数的 47%;关于社会管理事项的地方性法规共 25 件,约占总数的 32%;关于公共经济管理的法规共 10 件,约占总数的 13%。苏州市在此期间共制定、修改地方性法规 50 件,其中关于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护事项的地方性法规共 31 件,约占总数的 62%;关于社会管理事项的地方性法规共 8 件,约占总数的 16%;关于公共经济管理的法规共 6 件,约占总数的 12%。郑州市在此期间共制定、修改地方性法规 59 件,其中关于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护事项的地方性法规共 37 件,约占总数的 63%;关于社会管理事项的地方性法规比较少,只有 5 件,约占总数的 8%;关于公共经济管理的法规共 12 件,约占总数的 20%。

在正常的状态下,法规数量与立法需求基本是正相关关系,在某一领域制定的法规越多,则说明该领域对立法的需求越强烈。在 2001 年至 2012 年间,各市关于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等事项的地方性法规占到了法规总数的 47%至 63%。因此,我们大体可以说,修改后的我国《立法法》规定设区的市只能就城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等事项制定地方性法规,抑制了较大的市一半左右的立法需求,同时以较大的市作参照,修改后的我国《立法法》也只满足了其他设区的市一半左右的立法需求。问题是:设区的市的其他立法需求该得到满足吗?设区的市的立法权限范围究竟该有多大?

(三)限权与放权之间 追求黄金分割点

诚如苏力教授所言:“中国的立法体制应当在统一性和多样性这两个同样值得追求的极端之间保持一种必要的张力,寻找黄金分割点。”一方面,国家治理现代化的实现,需要授予设区的市立法权,以便设区的市能更好地解决地方性事务,实现地方治理的法治化、规范化;另一方面,授予设区的市立法权也可能会导致越权立法、重复立法等问题,不利于国家、省的法制统一。立法者需要在两种张力之间达致一种平衡,但这种平衡并不一定要通过限制立法权限的方式来实现,而更应该通过批准制度、备案审查制度来实现。发达的法律技术性手段可以有效消解两种张力之间的矛盾,从而既维护法制统一,又为扩大地方立法权限创造空间。当下,设区的市对社会管理事项和部分公共经济事项的立法需求仍比较强烈,关于社会管理事项和公共经济事项的法规数量占到样本城市法规总数的 28%至 45%就可以说明这一点。温州在 1987 年至 2005 年间,先后 15 次向全国人大提交议案,要求将温州市批准为“较大的市”从而获得地方立法权,其主要原因也在于经济超前的“苦恼”。^⑩社会管理和公共经济管理,尤其是包括人口管理、社会治安管理、社会公共事业管理、社会保障管理等内容的社会管理,是一个城市自身事务的重要组成部分,没有理由将其排除在设区的市立法权限范围

^⑩ 苏力:《当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东〈论十大关系〉第五节》,《中国社会科学》2004 年第 2 期。

^⑪ 曹海东、李萌:《温州“较大的市”之梦》,《中国经济周刊》2005 年第 9 期。

之外。像我国《地方组织法》不断完善地方人大和政府的职权那样,逐步扩大、完善设区的市的立法权限是必要的。

三、省、设区的市之间的立法权限划分

虽然我国《立法法》对设区的市立法权限范围作了限制,但其并没有解决设区的市与省之间的权限重叠问题。因为,我国《立法法》规定设区的市可以就城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规,目的并非为了限制省级立法机关的权限,相反,它是为了限制设区的市的立法权限。“在中国特色社会主义法律体系已经形成的情况下,对较大的市的立法权限进行界定是必要的。”^⑫省级立法主体同样可以就本省范围的城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等事项制定地方性法规。省、设区的市之间的这部分立法权限在很大程度上是重合的。造成这一问题的根源在于我国中央与地方、省、设区的市之间立法权限的“职责同构化”。职责同构本是政治学中的一个概念,其意指在政府间关系中,不同层级的政府在纵向间职能、职责和机构设置上的高度统一、一致。通俗点讲就是指,中国的每一级政府都管理大体相同的事情,相应地,在机构设置上表现为“上下对口,左右对齐”。^⑬这一概念用来概括不同层级权力机关的立法职权同样合适。在中央与地方层面上,全国人民代表大会作为国家的最高国家权力机关,“其立法权从理论上讲是无限的。凡是应当由立法加以规范的事项,全国人民代表大会都有权立法”。^⑭在地方内部省、设区的市层面上,我国《地方组织法》第8条规定:“县级以上的地方各级人民代表大会行使下列职权……(三)讨论、决定本行政区域内的政治、经济、教育、科学、文化、卫生、环境和资源保护、民政、民族等工作的重大事项。”省、市、县人的职权事项是完全相同的,区别只在于程序、适用地域和范围上。立法权限的“职责同构化”所导致的结果就是“几乎所有的立法主体都规定所有的事情,但所有的事情在所有的立法层级都得不到有效的规定”。^⑮

(一)立法权限重叠的解决思路及其可行性

面对这一难题,一种主张认为,应当划定地方立法专属的事项范围,这些事项只能由地方立法机关予以规定,以便清晰地划分中央与地方之间的立法权限。这一主张的支持者众多,但其内部并非“铁板一块”,不同学者对于“在哪些事项上享有专属立法权”、“地方该享有多大的专属立法权”有着不同看法。有学者主张“涉及地方的重要事项中的一部分,可以暂时由中央立法予以规范,待时机成熟,再交由地方立法调整;涉及地方的非重要事项和一部分重要事项,划为地方的专属立法权……”^⑯也有学者主张地方专属立法权应限于“本地方特有的,具有本土性和地域性”的事项上。^⑰无论是主张按照地方立法的影响范围来确立地方专属立法权,还是主张按照地方特色事项来确立地方专属立法权,其核心观点和思路是一致的。该种观点反映到省与设区的市之间立法权限的划分上,即要求对于地区性的城市建设和运营、环境保护、社会秩序、社会福利等中央政府几乎不会干预的事项,尝试授予设区的市专属立法权。^⑱专属立法权的理论主张勾画了一幅美丽的图景,在其中各个立法主体之间的立法权限井然有序、清晰明了。但是,这一理论主张在我国政治体制下却难以付诸实践。如

^⑫ 参见《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国立法法修正案(草案)〉修改情况的汇报》。

^⑬ 张志红:《当代中国政府纵向关系研究》,天津人民出版社2005年版,第270页。

^⑭ 乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》(修订版),中国民主法制出版社2008年版,第86页。

^⑮ 封丽霞:《中央与地方立法关系法治化研究》,北京大学出版社2008年版,第370页。

^⑯ 崔卓兰等:《地方立法实证研究》,知识产权出版社2007年版,第97页。

^⑰ 参见汪全胜:《论立法制度资源的合理配置》,载周旺生主编,《立法研究》(第三卷),法律出版社2002年版,第319-321页。

^⑱ 向立力:《地方立法发展的权限困境与出路试探》,《政治与法律》2015年第1期。

前所述,立法权限的“职责同构化”意味着不存在只能由地方立法而中央不能立法的情形,也不存在只能由设区的市立法而省却不能立法的情形。如此,地方立法权如何可能有“专属”的立法事项和权限范围呢?

事实上,地方专属立法权的主张实际上是一种作为宪政安排(constitutional settlement)的排他性权力配置方式。从研究视角看,这一思路从外部视角的进路展开,“针对规则,人们可以站在观察者的角度,而本身并不接受规则,或者人们可以站在群体成员的角度,而接受并使用这些规则作为行为的指引。我们可以将二者称为‘外在’观点和‘内在’观点”。^①在这一视角下,研究者将自己置身现有的法律制度框架外,以变法者的姿态谋划何种立法主体该享有何种立法权。从着眼点看,这一思路着眼于立法权的享有,希望宪法或宪法类法律能够合理配置各个立法主体的专属立法权,使得各个立法主体之间的立法权限清晰明确,不再相互重叠。从强制性看,这一思路追求立法权限划分的刚性,划定地方专属立法权限范围后,中央与地方在各自的权限范围内活动,不得肆意侵犯。但除此之外,还存在一种作为宪政实践(constitutional practice)的共有权力配置方式。^②这一研究采取内部视角,研究者将自身置于现有法律框架内,接受各个立法主体之间立法权限重叠这一事实,并以此为前提来配置立法权。其着眼点并不在于立法权的享有,而是立法权的发动和行使。但这一进路的问题在于,重叠的立法权限如何在权力行使上有所区别,哪些事项的立法权应由高层级立法主体行使、哪些事项的立法权又应由低层级立法主体行使?辅助原则为此提供了理论支撑和解决方案。

(二)作为理论基础的辅助原则:历史、内涵与运用

辅助原则(principle of subsidiarity)思想源远流长,有学者认为,约翰内斯·阿尔图休斯(J. Althusius)是辅助原则和联邦主义的首倡者,他在文本中提及这一理念时,使用的就是“susidia”一词。^③但辅助的观念作为一项原则得以确立,天主教会社会思想家功不可没。1891年,教皇良十三世(Leo XIII)发表《新事通谕》,谴责资本主义对穷人的剥削和压迫,强调国家干预社会事务的合法性,但《新事通谕》同时也对国家权力的扩张十分谨慎,主张国家干预要有限度。他说:“国家应当监督这些根据他们的权利而结合起来的市民团体,但它不应当插手它们的特有事务和它们的组织,因为一切事物的活动与生命全要倚仗其自身精神,如果国家全面控制,就会扼杀这种精神。”^④《新事通谕》虽然没有明确提出辅助原则的概念,但其上述主张已然蕴含了辅助原则的基本理念。四十年后,教皇比约十一世(Pius XI)发表《四十年通谕》,第一次明确提出了辅助原则的经典形式。当时,极权主义正在兴起,国家权力开始渗透到社会的每一个角落,辅助原则即是罗马天主教会针对这一形势提出的解决办法。因此,《四十年通谕》更多地强调对高层级组织干预的限制而不是干预义务。这清晰地体现在如下的一段长文中:“正如将个人通过自己的首创精神和努力就可以完成的事情交给社会是严重错误的一样,将较小的附属组织能够胜任的工作交给较大的上位组织同样是不正义的,同时也是罪恶的和对正当秩序的破坏。……国家的最高权威应当让附属性的组织处理不重要的事情和关切,否则将会极大的分散它的精力。借此,国家可以更自由、更有利且更有效地处理所有那些只属于它自己的事情,因为只有它自己可以胜任处理这些事情,视情势所需进行指导、监督、敦促和约束。因此,当权者应该明白,层级秩序在多样性的组织当中维持得越好,越是按照辅助原则,社会的权威和效率就会越强,从而促进国家更加幸福和繁荣。”^⑤

^① [英]哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第81页。

^② See Mills A. Federalism in the European Union and the United States: Subsidiarity, Private Law, and the Conflict of Laws, U. Pa. J. Int'l L., 2010, 32: 378-385.

^③ Endo K. The principle of subsidiarity: from Johannes Althusius to Jacques Delors(北大法学论集), 1994, 44(6): 568.

^④ Leo XIII. Rerum Novarum, Para 55.

^⑤ Pius XI. Quadragesimo Anno, Para.79,80.

辅助原则提出后,其在诸多法律文本中得到了体现。1949年《德意志联邦共和国基本法》第72条即体现了辅助原则的基本思想,尽管由于辅助原则的宗教起源问题,其刻意回避了“辅助原则”的表述。1991年欧盟的《马斯特里赫特条约》明确确立了辅助原则,其第3条B款规定:“在共同体非专属权限的领域,应依据辅助原则,只有在协议中的行动目标成员国没有充分予以完成,出于协议中的行动的规模和效果,共同体能更好地完成时,才由共同体行动。”

辅助原则强调事务应当优先由能够圆满完成目标的最低层级的单位来处理,个人能予以解决的问题,就由个人来解决,而不应由国家或者社会来解决;社会能予以解决的问题,就由社会来解决,而不应由国家来解决;地方能予以解决的问题,就由地方来予以解决,而不应由中央来解决。学者Endo Ken从消极与积极两种不同维度进行了细分。他认为,在消极维度上,辅助原则意味着:(1)如果低层级的实体能够令人满意地完成自己的目标,高层级的组织不能干预,或者(2)(更严格的版本)如果低层级的实体自己可以完成它的目标,高层级的组织不应该干预,或者(3)(作为一个变种)如果高层级的组织没有被指派做这些,它不能进行干预。相应地,积极维度也有三层不同的含义:(1)如果(或在某种程度上)低层级实体不能令人满意地完成自己的目标,高层级的组织可以干预,或者(2)(作为它更强的表达)如果低层级的实体自己不能完成它的目标,高层级的组织应该干预,或者(3)(作为一个变种)如果高层级的组织被指派做这些,它可以/必须进行干预。^{②4}可见,辅助原则既没有简单地预设自由放任主义,也没有简单地预设国家干预主义,而是在放任与干预、集权与分权、统一性与多样性之间进行调和。辅助原则的重要贡献就在于它提供了一个促进协调以使离心力和向心力达成某种平衡的概念空间。“它区分了一种观念性的领域,在其中,统一性和多元性互动,又互相牵制,并寻求和解。”^{②5}

“辅助原则是一项组织原则,它并不要求特定政策具有特定目标、方向或内容。无论一项政策的目标是什么,辅助原则要求这项政策必须在能够成功实现目标的最小的可行单位中执行。”^{②6}辅助原则最初兴起和应用于社会领域,后来逐渐发展到国家领域。我国法律虽然没有对辅助原则的直接表述,但部分法律的规定已然蕴含了辅助原则的精神。如《行政许可法》第13条规定,对于公民、法人或者其他组织能够自主决定的,市场竞争机制能够有效调节的,行业组织或者中介机构能够自律管理的或行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的事项,均可以不设行政许可。将辅助原则运用到省与设区的市之间的立法权限划分上是必要的,也是可行的。辅助原则与我国现阶段执政党的政策在精神上是相通的。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出:“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化。”治理体系现代化首先是治理体系多样化,实现治理主体由单中心向多中心的转变。^{②7}新中国成立以来,我们的社会组织逐渐被消灭,社会组织被全面政治化、国家化,社会主义国家反而没有了社会。^{②8}政府对社会事务大包大揽,不仅不能有效解决经济问题和社会问题,反而使政府成为矛盾的当事人,使政府处于“吃力不讨好”的尴尬地位。在中央与地方关系的层面上,虽然我们不断强调放权,但放权的程度很不够,中央在很大程度上包揽了地方事务,不仅管不了、管不好,而且抑制了地方的自主性和积极性。因此,党的十八届三中全会才提出:“……最大限度减少

^{②4} Endo K. The principle of subsidiarity: from Johannes Althusius to Jacques Delors[J].北大法学论集, 1994, 44(6): 642-641.

^{②5} Carozza P G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law [J]. American Journal of International Law, 2003: 52.

^{②6} Backhaus J G. Subsidiarity and ecologically based taxation: A European constitutional perspective[J]. Public Choice, 1997, 90 (1-4): 281-282.

^{②7} 参见姜晓萍:《国家治理现代化进程中社会治理体系创新》,《中国行政管理》2014年第2期。

^{②8} 参见葛洪义:《“法治中国”的逻辑理路》,《法制与社会发展》2013年第5期。

中央政府对微观事务的管理,市场机制能有效调节的经济活动,一律取消审批,对保留的行政审批事项要规范管理、提高效率;直接面向基层、量大面广、由地方管理更方便有效的经济社会事项,一律下放地方和基层管理。”^②

辅助原则与我国《宪法》也并不抵触。我国宪法第 3 条规定:“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”其所表达的意思就是中央应当有所为有所不为,“中央的有所为应该就是规定民主、法治和人权的底线以及有效的保障机制,而有所不为则是充分允许地方为了实现同样的目的进行改革试验的自由”。^③辅助原则也表达了同样的意思,辅助原则强调中央与地方应当优先解决与自己能力相适应的事务,中央权力应当用于解决全局性、国家性事务,而不是干预、代替、包揽地方事务。辅助原则“在国家内部的运用上,可以说是建立多元且分权的社会,自助、互助、辅助三个精神相互结合,让个人能先专心于个人性之事务、让地方能先专心于地方性之事务,让中央能先专心于全国性之事务”。^④

将辅助原则运用到省、设区的市之间的立法权限划分上,省、设区的市之间重叠的立法权应当先由较低层级的设区的市来行使,在设区的市能够较好地进行规制时,省级立法主体不应行使立法权;只有在设区的市依靠自身能力无法解决的情况下,才应由省级立法主体行使立法权。

(三)辅助原则的具体化

辅助原则本身是一项原则,而不是规则,不可避免地具有模糊性,如果不进一步具体化,就可能沦为空洞的口号,不能发挥立法权限划分的功能。欧盟对辅助原则的采纳和应用,也有一个具体化的过程。《马斯特里赫特条约》规定在成员国没有充分完成目标时,共同体可以出于“行动的规模”和“效果”对成员国进行干预,但何谓“充分完成”?何谓“行动的规模”和“效果”?这一标准因过于模糊而缺乏可操作性。随后,欧盟不断将辅助原则具体化,这种具体化的努力既有实质性的,也有程序性的。在实质性内容方面,1997 年《阿姆斯特丹条约》将辅助原则和比例性原则以议定书的形式附在之后,其第 5 条明确了共同体进行干预的实质标准:(1)问题涉及跨国因素而成员国不能圆满地对其进行规制;(2)成员国自己的行动或者共同体行动的缺乏将会与条约的要求相冲突(如纠正恶性竞争或避免变相限制贸易或增强经济和社会凝聚力)或否则将会严重损害成员国的利益;(3)与成员国层面的行动相比,共同体层面的行动会由于它的规模或影响而产生明显的利益。^⑤明确实质性标准虽然前进了一大步,但仍存在理解差异和操作性不强的问题。因此,辅助原则的具体化还需一套运行机制和程序。2007 年的《里斯本条约》对此作了规定。首先,委员会等机构应当将立法草案或修正案等发给成员国议会。任何一份立法草案都应当包含一份详细的声明以便人们估计和判断其是否符合辅助原则和比例原则。其次,从立法草案送达之日起八周内,任一国家的议会或一国议会的任一议院可以向欧洲议会主席、理事会和委员会提出意见,陈述自己为什么认为草案不符合辅助原则。再次,欧盟议会等机构应当认真考虑成员国议会提出的合理意见,如果合理意见得到在各国议会之间分配的至少三分之一的支持票,则草案必须被重新审视,如果草案是关于自由、安全和正义领域的问题,支持票的门槛可以放低到四分之一。重新审视之后,委员会和有关机构可以决定维持、修改或撤回草案,但必须说明理由。^⑥此外,在普通立法程序下,如果关于立法草案提议不符合辅助原则的合理意见得

^② 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

^③ 张千帆:《宪法变通与地方试验》,《法学研究》2007 年第 1 期。

^④ 陈建仁:《以辅助性原则重建台湾地方自治可能性之探讨》,“地方自治与民主发展:2008 年选后台湾地方”学术研讨会论文(台湾)东海大学政治学系。

^⑤ Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, treaty of amsterdam,1997, article 5.

^⑥ Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, treaty of lisbon,2007,article 4-6.

到了简单多数票的支持,则必须被重新审视。重新审视后,委员会可以决定维持、修改或撤回草案,如果委员会决定维持提议,委员会必须提出证明其符合辅助原则的合理意见,并将自己的合理意见和成员国议会的合理意见一并提交给欧洲议会或理事会。如果理事会55%的成员或者欧洲议会多数认为提议不符合辅助原则,则不再审议该提议。^④

“无论作为消极排除干预的理由,还是积极要求干预的理由,核心问题都在于上位组织可以干预的条件。”^⑤辅助原则在省与设区的市之间的立法权限划分上的运用,关键也在于明确干预的实质标准和运行机制。借鉴欧盟的上述标准,省级立法主体行使立法权的情形应限于:(1)省级立法主体行使立法权能够更好实现目标或者达到更好效果的事项;(2)省级立法主体行使立法权能更有效率的事项,如纯粹的程序性事项,关于程序性事项的规定具有普遍适用性,各个市完全没有必要都制定自己版本的程序,由省级立法主体制定统一的程序即可;(3)范围超出市的行政区域,具有区域性、综合性的事项,关于环境保护的立法事项尤其如此,酸雨治理、雾霾治理、流经多市的河流保护、跨市的湖泊保护等,一个设区的市依凭自己的立法往往很难解决此类问题;(4)设区的市的立法可能会损害其他市的利益或整体利益的情形,如在立法过程中各地通过立法谋取和维护自身利益,形成地方保护主义,使地方不当利益合法化,在这一情形下有必要由省级立法主体统一立法。

同时,为了保障设区的市能充分行使立法权,一套具体的运行机制和程序也是必须的。首先,省级立法主体应当保持谦抑姿态,充分尊重设区的市的立法主体地位,在对共有立法事项行使立法权时,省级立法主体应当负担说明理由的义务,对省级立法的必要性进行详细论证和评估;其次,省级立法主体还应当通过协商座谈会、论证会等形式完善地方立法协商机制,在立法前与各个设区的市的立法主体进行广泛协商,征求设区的市立法主体的意见和建议,并认真考虑这些意见和建议;此外,还应当完善设区的市立法主体主动提出建议或者异议的机制,设区的市立法主体认为共有事项应当或者不应当由省级立法主体进行立法时,可以主动向省级立法主体提出自己的建议或异议。

四、结 语

在国家治理现代化的语境下,授予设区的市立法权不仅有助于实现一省之内的权力均衡,而且有助于实现立法权的公平合理配置。但“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等事项”具有过度概括性,从文义解释和历史解释的角度,设区的市的立法权限包括城乡规划事项,房地产开发、建设、管理事项,基础设施建设与相关服务管理事项,环境保护事项,历史文化保护等事项。此外,设区的市的其他立法需求也值得认真对待,社会管理事项和公共经济管理事项也应被纳入到设区的市的立法权限范围。同时,设区的市成为独立的立法层级后,应认真对待省与设区的市之间的立法权限划分问题。将辅助原则用于省、设区的市之间的立法权限划分上,省、设区的市之间重叠的立法权应当先由设区的市行使,在设区的市能够较好地进行规制时,省级立法主体不应行使立法权;只有在设区的市依靠自身能力无法解决或者省级立法主体进行立法效果更好的情形下,才应由省级立法主体行使立法权。这不仅可以调动设区的市的积极性和主动性,而且可以节省省级立法主体的时间和精力,使得省级立法主体可以将更多精力投入到设区的市地方性法规的批准、备案和审查上,从而提高地方立法质量。

(责任编辑:姚 魏)

^④ Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, treaty of lisbon,2007,article 7.

^⑤ 毕洪海:《国家与社会的限度:基于辅助原则的视角》,《中国法律评论》2014年第1期。