

“211工程”三期资助：区域与都市法制研究丛书

先行先试权

权力边界

改革中的 先行先试权研究

On Right of Going and Trying Beforehand
in the Reformation

王 诚 著

授权

改革

法治

区域与都市法制

先行先试权

改革

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

改革中的 先行先试权研究

On Right of Going and Trying Beforehand
in the Reformation

王 诚 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

改革中的先行先试权研究 / 王诚著. —北京:法律出版社, 2009. 8

(区域法治丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9790 - 6

I. 改… II. 王… III. ①宪法—研究—中国②行政法—研究—中国 IV. D921.04 D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 133200 号

改革中的先行先试权研究

王 诚 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 1092 毫米 1/16

版本 2009 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 9.5 字数 140 千

印次 2009 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9790 - 6

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

丛书前言

我国的改革开放和经济发展,带来了人口和资本的迁移和集中。它的趋势是农村、农业向城市、工商业迁移和集中,也就是所谓的城市化。

这种城市化进程是全国的普遍现象,即使地处内陆的新疆也不例外。到1998年年末,新疆市镇总人口占总人口的比重已达到50.1%,城镇非农业人口占总人口的比重已达到30.89%。^①在我国东南沿海,这种城市化趋势尤为明显。农村人口占我国人口的绝大多数,正逐渐成为历史。

城市是什么?“交通和通讯、电车和电话、报纸和广告、钢筋水泥建筑和电梯——总之,这些促使城市人口既频繁流动有高度集中的一切——正是构成城市生态的组织的首要因素。”^②这就引发了城市规划、历史文化风貌保护、城市基础设施、城市环境和都市应急机制等一系列法律问题。

“然而,城市不只是地理学和生态学上的一个单位,它同时还是一个经济单位”^③和一种生活秩序。城市的治理结构和公众参与,都不同于乡村。公民

① 参见《中国新疆——历史与现状》,载 <http://www.showchina.org/dfmzx/zgxjlsyxx/07/200706/t116684.htm>,最后访问日期:2009年8月17日。

② [美]R·E·帕克:《城市社会学》,宋峻岭等译,华夏出版社1987年版,第2页。

③ [美]R·E·帕克:《城市社会学》,宋峻岭等译,华夏出版社1987年版,第2页。

的集会游行示威不会发生在农村,农村的流浪乞讨一般也不会影响公共秩序。

在江南一个人口 37 万的小县,曾被历史学家称为“中国古代家族文化”、“儒学治家”典范的地方,乡村农民移居县城后,我们发现父母即使休息在家,如果要给儿女照顾孩子,则儿子需要支付每月 700 元的工资;父母住用儿女的房子,也需支付租金。家族血缘和礼仪关系已不是唯一,甚至不是最重要的联系纽带,取而代之的是经济关系和法律关系。

城市化既然伴随经济发展而来,那么就全国范围而言,东部经济较发达地区自然高于其他地区。它不仅仅表现为新兴城市的增加,还表现为原有城市的扩大即都市化,并形成了大都市。东部地区城市的迅速增加和扩大,相对乡村区域的日益减少和缩小,城市间人口和资本流动的密集化,慢慢形成了长三角、泛珠三角和环渤海都市圈,从而相应都市圈区域内的经济逐渐走向一体化。

然而,经济一体化即区域内市场的统一遭遇了权力行政的壁垒,呼唤着城市间基础设施的对接,产业布局的合理化,资源的共享,灾害防御的联动,以及政策、措施和机制的双赢。城市化和区域经济一体化中的法律问题,也就构成了我们研究的重要社会需求。

也许,前溯 30 年,行政法学等研究的需求在于行政法学等法学学科和基本原理的搭建,学科及其原理本身就是研究目的。但到现在,学科和原理已经初步形成的情况下,需求也发生了变化,现实中的行政法律问题等才是我们的研究任务。学科和原理,不过是我们研究现实问题的工具和分析框架。或者说,学科及其原理的进一步完善和中国化,甚至对国际社会的贡献,需要通过对现实的中国式问题的深入研究来实现。

同样,前溯 30 年,行政法学等研究的需求在于行政法治理念的确立。于是,带有感情色彩的,对人治的批判,对计划经济体制下法制观念的清理,呼吁“依法行政”成为当时行政法学的主要任务。但现在,尽管依法行政观念仍未完全确立却已成为人们的共识。于是,即使是讨论理念问题,也不应再是宏观性的,而应当深入到法律实施中的法律事件或个案。即使批判是必要的,也是不够的,还需要有建设方案。只有这样,行政法学才能“使人们得以把它作为社会生活的一项正常内容,人们能够、也必须像考察整个社会其他现象,诸如艺术、语言等

现象那样来考察它。”^①也只有这样,行政法学才能形成生产力,创造“GDP”,才能享受像经济学那样的荣耀。

还要前溯 30 年,行政法学等研究的需求在于行政法制基本框架的构建,因而主要任务也在于呼吁、推动和制定符合市场经济需要的法律,行政法学主要表现为立法论。时至今日,行政法制尽管仍不够完善却已基本建立。法学研究更多的需要法解释,即法律如何适用于个案。即使讨论立法问题,也往往需要通过观察法律事件或个案对立法的检验,基于法解释途径的穷尽,来回应立法和促进法律制度的完善和进步。

由此,我们通过“211 工程”三期项目“区域与都市法制研究”,所希望达成的意义不是唯一的。我们希望通过本项目的研究,出版这套丛书,既提出和解决区域与都市法制中存在的一系列实际问题,又希望能推动行政法学研究的一些转变和进一步繁荣。

愿与学界同仁共同努力!

叶必丰
2009 年夏于意心居

^① [法]亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许钧译,上海人民出版社 1987 年版,第 17 页。

目 录

导论	001
一、研究缘起与视角	001
二、研究文献综述	003
三、研究任务、思路与框架	007
四、研究意义与研究方法	008
第一章 改革语境下的先行先试权的性质	011
第一节 先行先试权的试错性质	011
一、“先行先试”的由来	011
二、渐进式改革的“试错”概括	013
第二节 先行先试权的地方自主性质	016
一、先行先试权与权力下放	016
二、权力下放的历程及其检讨	018
三、先行先试权与地方自主权	026
第二章 基于外部观察的先行先试权类型	033
第一节 先行规定权和变通规定权	033
一、先行先试权的类型化	033
二、先行规定权	034
三、变通规定权	037
第二节 立法权和执行权	040
一、作为立法权的先行先试权	040
二、作为执行权的先行先试权	045
第三章 法治国所要求的先行先试权边界	049
第一节 基于法律优先原则的边界	049
一、确立先行先试权边界的意义	049

二、法律优先原则所确立的边界	050
第二节 基于法律保留原则的边界	053
一、法律保留原则的适用	053
二、法律保留原则下先行先试权的边界	056
三、无须法律保留的领域	062
第三节 基于比例原则的边界	064
一、比例原则的适用	064
二、比例原则确立的边界	066
第四章 作出“先行先试”授权的合法性	070
第一节 “先行先试”授权方式的合法性	070
一、国务院的授权	070
二、不同的授权方式	071
三、对授权方式的总结与检讨	073
第二节 先行先试授权合法性的实例分析	074
一、上海浦东新区改革的授权	075
二、天津滨海新区改革的授权	081
第三节 授权主体资格的合法性	086
一、国务院是否有“先行先试”授权的资格	086
二、全国人大及其常委会是更合适的授权主体	088
第五章 保障名义下的“先行先试”授权	092
第一节 地方人大授权方式的合法性	092
一、授权决定以及由此产生的问题	092
二、“决定”方式的合法性	093
第二节 地方人大授权内容的合法性	095
一、授权决定的核心条款	095
二、“先行规定”还是“变通执行”	096
三、浦东新区人大及其常委会是否需要授权	099
第三节 地方人大作为授权主体的合法性	100
一、授权主体与被授权主体的适格性	100
二、上海市人大能否独立授权	103
第四节 地方人大授权内容的瑕疵及其建议	106

一、明确授权条款中的用词	107
二、授权方式的选择	108
三、对授权的有效监督	113
余论 改革与法治	117
一、改革与法治的冲突	117
二、如何协调“先行先试”与法治的关系	122
参考文献	129
致谢	137

导 论

一、研究缘起与视角

(一)问题的缘起

自十一届三中全会掀起改革开放的大幕以来,中国的改革到今天已走到第30个年头。在这30年中,改革的成效和所取得的成绩有目共睹,为世界所惊叹。但是在经济飞速发展,国力不断增强的同时,改革中所存在的诸多问题也完全暴露出来,如“GDP至上主义”、经济增长方式不尽合理、国有资产严重流失、腐败现象不断、贫富差距过大以及社会保障体制不够健全。面对这些问题,近年来针对改革本身的争议和质疑之声不绝于耳。因此,上述问题是否能得到有效解决,可以说直接关涉今后改革的进程,甚至是全局的成败。在此情形下,人们又将目光转移到改革本身,希望能通过进一步的深化和完善,在不断的改革进程中解决上述问题。^①这种欲望和诉求,在争夺被称为“新特区”的综合配套改革试点地区资格上表现得尤其明显。自2005年6月21日国务院常务会议上批准上海浦东新区进行综合配套改

^① 学者与官方在这一点上已取得高度的共识。如易宪容在2005年12月14日的《中国经济时报》上发表的文章,“中国改革出现种种问题是没有深化使然”;2006年8月14日《光明日报》第9版“理论周刊”上刊载的文章,“用发展和改革的办法解决前进中的问题”;最新可见2008年12月8日第1版《人民日报》的评论员文章“解决前进中的问题归根到底靠改革开放”,以及胡锦涛在纪念改革开放三十周年大会上的讲话。

革试点以来,天津的滨海新区、成都、重庆、武汉城市圈和长株潭城市群等地先后被国务院确定为综合配套改革试验区。并且从有关报道来看,有意加入“综改”试验区行列的地方数量在不断上升。^① 最新的进展是,国务院发改委在2008年12月18日公布的《珠江三角洲地区发展规划纲要(2008—2020)》中,正式确定深圳为“国家综合配套改革试验区”。^② 至此,中央政府已经完成了在中国版图的东、南、西、北、中进行改革试验的总体部署。一时间,综合配套改革已俨然成为新时期改革新模式的代表。

由此,不能不引起我们思考的是,综合配套改革试验区究竟有什么魔力,能吸引如此多的地方为之展开激烈的争夺呢? 据称,综合配套改革与以往改革最大的不同在于:中央已不再是简单地给予优惠政策,而是更加强调“综改”试验区在制度创新上“先行先试”。^③ 这种“先行先试”的权力,被获得“综改”试验资格的改革者们普遍认为是最大的特权。^④ 因此,一个合乎逻辑的结论是:虽然各个“综改”试验区自获得试点资格以来在区域经济和社会发展上获得了巨大的推动力,具有很强的示范性作用,但是从法律视角观之,改革试点地区所具有的“先行先试”权力,恐怕才是最能打动各地的关键所在。

然而,什么是先行先试权? 这一“最大特权”的具体内涵是什么? 它的权力边界又在哪儿? 迄今为止尚未有任何权威的主体对其作出清晰的界定和解释。尽管这并不妨碍改革实践中人们对其给予的充分重视,^⑤但却会在法律层面上引发众多的争论,并直接影响到综合配套改革本身的合法性与正当性。因此,围绕着“先行先试”的权力展开研究,从法律角度对上述疑问作出回答和阐释,不仅对正确理解综合配套改革及其顺利推进大有裨益,也能使我们从更为宏观的角度俯瞰

① 具体可见《21世纪经济报道》2008年2月26日第7版、3月10日第7版和3月24日第7版对合肥、北京及西安申请国家“综改”试验区的报道。

② 钟良:“国家发改委确定深圳为‘国家综改试验区’”,载《21世纪经济报道》2008年12月22日第8版。

③ “再向改革潮头立——聚焦浦东综合配套改革试点(上)”,载《解放日报》2007年10月8日第1版;“不要政策要先行先试权”,载《南方日报》2008年2月19日A3版。

④ 黄天香:“三年三个试验区‘先行先试’成最大资源”,载《中国改革报》2007年6月22日第1版。

⑤ 诚如改革者所言,“没有政策就是最大的政策”。参见陈欢:“我们要的就是‘先行先试’政策”,载《21世纪经济报道》2008年3月17日第6版、第7版。这可谓是极其鲜明地体现出获得授权的改革者的智慧。“先行先试”没有被具体界定,从另一个角度看恰恰为改革者留下了广阔的想像和施展空间。

中国的 30 年改革历程,总结改革的成功经验,为未来改革指明方向。同时,对先行先试权开展研究的潜在意义,还在于它可以进一步帮助我们理解地方的发展自主权,中央与地方的权力配置关系以及改革与授权、法治的关系等。

(二)研究的视角

综合配套改革在我国的改革领域尚属新鲜事物,对其进行系统和深入研究的文献还不多见。目前已有的研究多从行政管理、经济学和政治学的角度入手,或是从宏观层面对综合配套改革的目标和任务、意义和作用以及内涵与本质特征进行宽泛的讨论,或是关注于综合配套改革中的某些具体细节性问题,从法学角度对综合配套改革展开研究的论著基本只局限于法律保障的领域,对先行先试权进行讨论的文献更是少之又少。但是任何一项国家活动都应在法治的框架下展开,综合配套改革也不例外。本文主要是在改革的语境下对先行先试权的各种特性进行探讨,在外部观察的基础上对先行先试权作出类型化的研究,然后运用法治国家的基本法律原则分析确定先行先试权的权力边界。在此基础上,又回归到综合配套改革试验区已有的“先行先试”授权实践中,对国务院和上海市人大的“先行先试”授权行为进行以合法性为重点的全面考察和检讨,最后就如何协调“先行先试”与法治的关系作出了延伸讨论。

基于以上分析,本文的研究视角是一种法学的视角,综合运用宪法学与行政法学的研究方法,着眼于“先行先试”的授权,研究权力的性质、类型和边界,从实证角度观察并讨论“先行先试”授权的合法性问题,并最终在宪法和法理的层面对改革与法治的关系进行了探讨。

二、研究文献综述

(一)综合配套改革研究文献综述

对综合配套改革的研究,国内学者多从行政管理学和经济学的角度进行,两个学科研究的角度有所不同。行政管理学主要着眼于管理

体制的改革:有些学者关注宏观的政府体制转型和政府管理职能定位;^①有些则对微观领域的体制改革提出意见;^②还有些学者从系统论的角度,对综合配套改革的推进进行整体的系统设计。^③经济学的学者普遍对综合配套改革较为关注。很多人从经济体制改革的角度对综合配套改革和“综改”试验区的建设进行了初步的探讨;^④也有不少学者重点关注综合配套改革对区域经济发展的影响和作用;^⑤有的学者从增长极理论出发,指出“综改”试验区的建设正是要培育基于制度创新的增长极,以此来带动区域经济的健康发展;^⑥也有不少学者着眼于制度创新理论,围绕着制度创新的空间扩散效应,对“综改”试验区制度创新的空间扩散内在机理进行探索,或是从制度变革的需求和激励因素出发提出改革的推进战略;^⑦还有的学者从经济学理论的角度,阐述了综合配套改革出现的必然性。^⑧从法学角度研究综合配套改革的学者较少,目前主要集中在如何运用法制手段保障综合配套改革的顺利推进。^⑨

① 李和中和、谭英俊:“‘两型社会’综合配套改革中的政府转型”,载《学习与实践》2008年第5期;王淑莉:“浅析国家综合配套改革试验区的政府管理职能定位”,载《天津师范大学学报》(社会科学版)2006年第5期。

② 郭春明:“综合配套改革试验区的行政管理体制改革”,载《开放导报》2007年第3期。

③ 李彩良、杜纲:“天津滨海新区综合配套改革的系统性分析及对策”,载《天津大学学报》(社会科学版)2007年第3期;施红星等:“国家综合配套改革试验区改革的系统设计”,载《开放导报》2007年第2期。

④ 郝寿义、高进田:“试析国家综合配套改革试验区”,载《开放导报》2006年第2期;李罗力:“对我国综合配套改革试验区的若干思考”,载《开放导报》2006年第5期;王立国:“城市综合配套改革试验区的目标设定和关系协调”,载《开放导报》2006年第5期;陈文玲:“对综合配套改革的几点思考”,载《开放导报》2006年第5期。

⑤ 张焕兆、郝寿义:“国家综合配套改革试验区与制度的空间演化分析”,载《财经研究》2007年第1期;李家祥:“我国综合配套改革试验区的理论价值与阶段特征”,载《经济学动态》2007年第1期;王家庭:“国家综合配套改革试验区与区域的经济发展”,载《河南科技大学学报》(社会科学版)2008年第2期;王家庭:“国家综合配套改革试验区对区域经济发展的作用机理及对策研究”,载《华侨大学学报》(哲学社会科学版)2008年第1期;李春洋:“中部地区建设国家综合配套改革试验区的战略意义”,载《开放导报》2007年第2期;罗贞礼:“边缘区域国家综合配套改革试验区建设的理论与实践探索”,载《赣南师范学院学报》2007年第5期。

⑥ 高进田:“增长极理论与国家综合配套改革试验区建设”,载《财经问题研究》2008年第2期。

⑦ 王家庭:“国家综合配套改革试验区制度创新空间扩散的效应、形态与机理探索”,载《学习与实践》2007年第6期;袁易明:“综合配套改革:制度需求、改革重点与推进战略”,载《开放导报》2006年第5期。

⑧ 鲁国强:“‘以自由看待发展’与当前的综合配套改革”,载《经济前沿》2008年第5期。

⑨ 李竹兰:“授权立法:综合配套改革试验法律保障的需求”,载《开放导报》2007年第2期;李竹兰:“论国家综合配套改革试验区的立法保障”,载《天津师范大学学报》(社会科学版)2007年第3期。

(二)中央与地方关系研究文献综述

先行先试权作为中央向地方授权的结果,实质上是向地方让渡了中央的部分职权。因此,对先行先试权展开研究,不可避免会涉及地方自主权以及中央与地方的权力配置问题。中央与地方关系是一国重大的制度安排,也是社会科学领域研究的重点课题,政治学、行政管理学、经济学和法学等多个学科都对“央地关系”有丰富的论述。在政治学领域,学者主要从府际关系的角度对“央地关系”进行分析;^①行政管理学的学者则多从地方政府的角度出发讨论“央地关系”的协调;^②经济学的目光主要在中央与地方财政、税收等经济权力的分配上,^③也有学者从更为本原的经济利益角度阐发中央与地方的利益分配问题。^④

中央与地方关系作为宪法学中的重要命题,历来为学者们所关注。有学者从宪政的宏观视野对“央地关系”进行探讨,^⑤也有学者从不同的国家权力入手,在立法、行政和司法层面上讨论央地关系。^⑥地方自治则是另一个学者们研究“央地关系”时非常关注的视点。^⑦近年来,从财政宪法的角度分析“央地关系”,成为宪法学研究的一个新热点。^⑧不过,从改革试验角度讨论中央与地方关系配置的文献,目前

① 林尚立:《国内政府间关系》,浙江人民出版社1998年版;杨宏山:《府际关系论》,中国社会科学出版社2005年版;张志红:《当代中国政府间纵向关系研究》,天津人民出版社2005年版;胡伟:《政府过程》,浙江人民出版社1998年版;魏红英:《宪政架构下的地方政府模式研究》,中国社会科学出版社2004年版。

② 金太军等:《中央与地方政府关系建构与调谐》,广东人民出版社2005年版;刘亚平:《当代中国地方政府间竞争》,社会科学文献出版社2007年版;谢庆奎等:《中国地方政府体制概论》,中国广播电视出版社1998年版。

③ 董辅初:《集权与分权:中央与地方关系的构建》,经济科学出版社1996年版;朱红琼:《中央与地方财政关系及其变迁史》,经济科学出版社2008年版;安秀梅主编:《中央与地方政府间的责任划分与支出分配研究》,中国财政经济出版社2007年版;胡书东:《经济发展中的中央与地方关系》,上海人民出版社2001年版;刘海英:《地方政府间财政关系研究》,中国财政经济出版社2006年版。

④ 管跃庆:《地方利益论》,复旦大学出版社2006年版。

⑤ 熊文钊:《大国地方——中国中央与地方关系宪政研究》,北京大学出版社2005年版。

⑥ 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;薛刚凌主编:《行政体制改革研究》,北京大学出版社2006年版;刘海波:“中央与地方政府间关系的司法调节”,载《法学研究》2004年第5期。

⑦ 秋风:《立宪的技艺》,北京大学出版社2005年版;田芳:《地方自治法律制度研究》,法律出版社2008年版。

⑧ 朱孔武:《财政立宪主义研究》,法律出版社2006年版;周刚志:《论公共财政与宪政国家》,北京大学出版社2005年版;朱丘祥:《分税与宪政:中央与地方财政分权的价值与逻辑》,知识产权出版社2008年版。

还较为缺乏,只有张千帆教授对此作出过讨论。^①

(三)授权立法研究文献综述

“先行先试”的授权必须遵循授权立法的基本法理,而授权立法作为宪法学和行政法学的一个重要研究领域,有比较丰富的研究文献可资参考。这其中既有对授权立法制度较为全面的介绍,^②也有针对授权立法中具体问题的分析,^③对本文研究较有价值的是针对全国人大向经济特区进行授权立法的研究文献。^④另外,由于宪制结构的不同,有些国家的行政立法只有在国会的授权下方能作出,因此授权立法方面的理论相当发达,其中有些亦对本文的研究有所启发。^⑤

(四)改革与法治间关系研究文献综述

改革与法治的关系是法律领域内一个十分宏大的主题。不过在宪法学中,这一关系被具体化为有关“良性违宪”的讨论。“良性违宪”的话题曾在十多年前有过极为激烈的争论,^⑥直到今天,仍在不断

① 张千帆:“宪法变通与地方试验”,载《法学研究》2007年第1期。

② 陈伯礼:《授权立法研究》,法律出版社2000年版;邓世豹:《授权立法的法理思考》,中国人民公安大学出版社2002年版。

③ 王春光:“我国授权立法现状之分析”,载《中外法学》1995年第5期;范忠信:“论对授权立法中授权行为的监控——各国现制比较及我国现制之反省”,载《法律科学》2000年第1期;袁明圣:“授权立法的规则”,载《政治与法律》2001年第4期;宋方青:“中国授权立法新规制之评析”,载《政治与法律》2001年第4期;张锋:“论立法法中的授权立法”,载《国家检察官学院学报》2000年第3期;胡加祥:“关于授权立法问题的探讨”,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)1999年第5期。

④ 谭世贵:“经济特区授权立法若干问题探讨”,载《海南人大》2003年第9期;宋方青:“中国经济特区授权立法中法规冲突现象之评析”,载《法学》2000年第1期。

⑤ Theodore Lowi, *End of Liberalism: The Second Republic of the United States*; David Schoenbrod, *Power without Responsibility*; Kenneth Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*; Jerry Mashaw, *Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions*, 1 J. L. Econ. Org. 81 (1985); Cass Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. Chi. L. Rev. 322 (2000).

⑥ 郝铁川:“论良性违宪”,载《法学研究》1996年第4期;郝铁川:“社会变革与成文法的局限性——再谈良性违宪兼答童之伟同志”,载《法学研究》1996年第6期;郝铁川:“温柔的抵抗——关于‘良性违宪’的几点说明”,载《法学》1997年第5期;阮露鲁:“立宪理念与良性违宪之合理性”,载《法学》1997年第5期;童之伟:“‘良性违宪’不宜肯定”,载《法学研究》1996年第6期;童之伟:“宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷”,载《法学》2007年第5期;曦中:“对‘良性违宪’的反思”,载《法学评论》1998年第4期;韩大元:“社会变革与宪法的社会适应性”,载《法学》1997年第5期。

引发学者为之撰文辩论。^①应当说围绕“良性违宪”展开的学术争论很好地推动了中国宪法学界在改革与法治关系上的认识,本文的研究也是在此基础上展开的。另外,也有一些学者从宪法变迁的角度对改革与法治的关系进行了探讨,^②同样为本文的研究提供了重要的启示。

三、研究任务、思路与框架

(一) 研究任务

在本轮综合配套改革中,中央政府强调不再给予“综改”试验区以优惠政策,而是赋予其“先行先试”的权力,要求其在重点领域和关键环节率先突破、大胆创新,为全国的改革和发展提供示范和带动作用。先行先试权于是成为了“综改”试验区最为重视的特殊权力和推进改革的利器。虽然在重要性的认知上人们已取得高度共识,但对于这一权力本身的认识以及如何在改革中运用,改革者尚有众多疑问。因此,本文的研究任务主要回答以下3方面的问题:

首先,先行先试权的权力内容和特征是什么?是否可以对其作类型化的研究,从而对该权力有更为精细的了解?

其次,如果先行先试权的权力内容无法探知,是否可以借助于法治国家的基本法律原则对其外延,也就是权力的边界进行界定,从而实现约束、控制和保证该权力在法治框架内运作之目的?

最后,先行先试权系中央政府对“综改”试验区授权的结果,有些地方的人大又以保障的名义再次作出授权,这些授权行为是否具备合法性?是否在授权的方式和内容上有需要作进一步检讨的地方?

(二) 研究思路与框架

为回答上述问题,本文的研究思路和基本研究框架如下:

首先,通过对中国改革历程的回顾、梳理与概括,对先行先试权的权力特性和权力类型予以剖析。因此,第1章首先对“先行先试”这一概念进行追根溯源,然后在中国改革这一独具特色的语境下,结合中

^① 张千帆:“宪法变通与地方试验”,载《法学研究》2007年第1期;童之伟:“重提‘违宪改革合理说’宜审慎”,载《法学家》2007年第4期。

^② 参见秦前红:《宪法变迁论》,武汉大学出版社2002年版;韩大元:“宪法变迁理论评析”,载《法学评论》1997年第4期;韩大元:“论宪法规范与社会现实的冲突”,载《中国法学》2000年第5期。

国改革所具有的渐进性与自上而下的特点,对先行先试权的“试错”性质和地方自主性作出详细阐述,得出“先行先试”是中国渐进式改革思路下的最优试错策略以及“先行先试”使地方政府获得更多自主权的结论。在此基础上,论文第2章在明确先行先试权由于其权力内涵的开放性而无法界定之后,转而通过外部观察的视角,对30年改革以及近期综合配套改革中先行先试权的授权和运用情况进行考察,力争以归纳、分类的方法对先行先试权作类型化的研究,以便更为深入地理解该项权力,为后文的分析、论证奠定基础。

其次,通过运用法律优先、法律保留和比例原则等法治国家的基本法律原则,力图为先行先试权的权力行使确立边界。因此,本文第3章设置3节,分别以上述法律原则为分析工具,从不同角度讨论先行先试权在授权时所应受到的限制以及改革试验区在实际行使该权力时所不能涉足的禁区,从而为先行先试权确立相对明确的法律边界,保证其权力行使的正当性与合法性。

再次,通过对国务院和上海市人大授予先行先试权的研究,继续从外部观察的角度讨论授权行为在方式与内容上的合法性。因此,本文设置第4章、第5章分别讨论国务院和上海市人大的“先行先试”授权,在运用前文已经总结、提炼出的知识的基础上,对“先行先试”授权行为中存在的不足之处予以检讨,以期为将来可能发生的其他改革授权行为提供助益。

最后,通过研究“先行先试”过程中引发的改革与法治关系的争议,论文以余论的方式对如何协调改革与法治的关系作出探讨,在肯定“先行先试”行为所具有的宪政价值的基础上,提出以授权方式化解改革的变动性与法治的安定性之间的矛盾的方案。

四、研究意义与研究方法

(一)研究意义

1. 实践意义

综合配套改革目前已成为中国新时期改革的最热门话题。一如以往的改革那样,综合配套改革也没有先例可循,主要依赖于改革试验区的自我探索。改革如何推进,如何运用好先行先试权这一“综改”的最有力武器为地方的发展开辟道路,是各个“综改”试验区最为关心的问题。本文从法治的视角对先行先试权进行了全面、系统的分析,