

地方政府的跨行政区共设机关

叶必丰

内容提要:法国和日本对地方合作有较为丰富的立法,地方可基于自治组织权依法设置共设机关。我国地方具有自主权,尽管地方自主权还缺乏“防御权”特征,但仍具有自主组织权,可依法设置机构并制定组织细则。跨行政区共设机关的创设,应该全面贯彻法律保留和法律优先原则,都由法律加以规定。地方立法无权创设跨行政区共设机关,但可以针对已经获得批准设立的跨行政区共设机关制定具体规则。我国应该完善组织立法,允许县级以上地方人民政府根据需要共同设置跨行政区部门性行政机关或派出机关。应该健全机构设置程序,具体规定跨行政区共设机关的设置主体,确立它在组建和运行中的平等规则和民意基础。跨行政区共设机关应以其管辖事务的性质和地位适用法律,原则上在合作方的辖区内都享有管辖权,至于具体的事务和地域管辖范围既取决于共设机关实现任务的需要,又取决于合作方的约定。跨行政区共设机关一旦行使管辖权,合作方相同事务的行政机关应立即移交而不能继续行使原有的管辖权。它的有效运行还取决于合作方地方性法规和规章的协调一致。

关键词:地方合作法 跨行政区共设机关 组织法 地方自主权

叶必丰,上海交通大学法学院教授。

两个以上的行政区因为空间上的联结点、相同任务或共同任务而引发跨行政区的治理问题。^[1] 这种治理既需要行为法机制又需要组织法机制。典型的实例是,为推动京津冀及周边地区大气污染联防联控,国务院成立了京津冀及周边地区大气污染防治领导小组,在生态环境部内设立了办公室。^[2] 由中央或上级来设立跨行政区的治理机构,无疑是一条行之有效的途径。但问题是,如果中央或上级未及考虑或安排,地方政府能共同设立一个跨行政区治理机构吗? 上海和浙江共同设置了洋山保税港区管委会,苏浙沪政府

[1] 参见叶必丰:《长江经济带国民经济和社会发展规划协同的法律机制》,《中国政法大学学报》2017年第4期,第6页。

[2] 参见《国务院办公厅关于成立京津冀及周边地区大气污染防治领导小组的通知》,2018年7月3日,国办发〔2018〕54号。

共同设立了长三角一体化示范区执委会,是否具有普遍的可复制性? 粤港澳政府是否也可以共同设立大湾区建设管理机构?

当今政府行政的一种趋势,就是越来越关注经济发展,不仅规制现在而且筹划未来,^[3]即日益关注经济建设和可持续发展的需要。于是,不同地方面临的相同任务或共同目标日益增多。在我国,区域协调发展已经成为国家的重要发展战略,地方合作甚至区域一体化正在各地积极推进。地方的合作治理需要法治的引领,尤其需要组织法上的跨行政区共设机关制度。遗憾的是,我们的组织法对此未作规定;我们的组织法学并未回应上述问题,而是主要研究纵向的层级关系却很少讨论横向的府际关系。^[4]为此,本文不讨论央地或上下级关系上的机构设置,仅讨论地方政府共同设置跨行政区机构。对这一问题的讨论,可以突破区域协调或地方合作的发展瓶颈,进一步扩大地方自主权,推进组织法学研究向府际关系的深化。发达国家比我国更早地推行了区域协调和地方合作,积累了较为丰富的区域法律治理经验,但有的国家所实行的是联邦制,有的国家属于偏小的城邦型,与我国殊异。本文拟借鉴与我国同为单一制并注重中央统一领导的法国和日本法律,探讨了中央或上级设立跨行政区机构以外的区域性机构方案。本文在此讨论的不是联席会议之类的协调性机构,而是具有独立执法主体地位的管理机构,在我国最为典型的有苏浙沪两省一市共同设立的长三角示范区执行委员会。但它只是一个事实,并无法律之规定。在我国较为典型的跨行政区共设机关还有洋山港管委会,有地方政府规章的规定。为此,本文对我国跨行政区共设机关的观察,将主要以洋山港管委会为实践素材。

一 地方政府的自主组织权

(一) 法国、日本的地方自治组织权

“自治组织权,是指对包括地方公共团体的意思决定方式在内的组织构成由自己来决定的权能。”^[5]这是一个简明的定义,要真正了解自治组织权还必须从其宪法和具体制度中认识。根据法、日两国宪法的规定,在央地关系上实行分权和地方自治。这种地方分权和自治是否完全切断了中央对地方的介入呢? 日本战后宪法有关地方制度的设计,有学者天川晃的重要贡献。他对央地关系在传统的“集权—分权”维度的基础上,按照中央和地方对地方事务能参与 to 何种程度,提出了融合—分离的轴线即“天川模型”,设计了“集权融合型”的日本地方制度。“集权是指,中央政府相对较多地拥有行政资源分配的決定权,能够对自治体行使影响力”;“融合是指,自治体综合性的承担提供地方行政服务,而中央政府对事务执行进行广泛参与这样一种机制”^[6] 这样,日本虽然实行地方自治,但中央政府有足够的资源,可以在很多方面介入地方事务,所谓“自治与官治并存,自

[3] 参见[法]让·里韦罗等著:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第3、20页。

[4] 参见叶必丰:《行政组织法功能的行为法机制》,《中国社会科学》2017年第7期,第112页。

[5] [日]盐野宏著:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第118页。

[6] [日]磯崎初仁等著:《日本地方自治》,张青松译,社会科学文献出版社2010年版,第12、16页。

治包含在官治中”。〔7〕日本地方自治制度建立以来,虽然进行了多次改革,其地方自治权得到逐步扩大,但是中央和地方间的“集权融合型”特点仍然得以延续。法国与日本的情形相同。“法国的地方分权制度从实质上讲就是找到了一种介于纯粹的中央集权制度和联邦制的中间状态”,〔8〕“地方行政区的地位全都来源于法律,地方无权改变自己的地位,其地位的改变一概取决于中央政权”,〔9〕地方只能依法自主自治。

显然,单一制国家的地方不同于联邦制国家的成员国,它“依然处在国家的监督之下,国家至少要核查他们的行为是否合法。”〔10〕也就是说,法、日两国的地方自治并没有排除中央的权力作用,中央的权力作用构成了地方自治组织权的法律界限。

法、日两国包括自治组织权在内的地方自治权,不是地方团体固有的、先于国家而存在的权力,而是国家赋予地方的权力,系由中央传来的权力。〔11〕法国的地方分权旨在减少中央政府的某些决策权而授予地方政府,地方政府的权力系由中央政府授予。〔12〕日本明治时期的地方自治权是由法律赋予的,战后的地方自治权不过是得到宪法的确认而已。也就是说,法、日两国包括自治组织权在内的地方自治权大小,取决于中央政府的赋予。

法、日两国的地方自治组织权表现为一种对组织法的实施性立法权。法、日两国地方的组织机构(包括机构和主要职位)可以分为“必置机构”“选置机构”和“附属机构”,都由法律明文规定,实行完全法定主义。〔13〕日本地方团体虽然具有自治立法权,可以在没有法律时制定条例,在法律有授权时制定比法律更高标准的条例,在有法律规定时予以细化,但都必须在法律的范围制定。在实行机构法定主义的前提下,自治立法权的作用空间很小。“首长对所管辖的局、部、课等本部机构组织以及地方事务所,分所、派出所等组织,制定条例、制定规则等权限。”〔14〕法国则在宪法上规定,任何地方行政区都必须由法律创立;组织法不仅可以详细规定地方政权的组织结构和运行机制,还可以针对某些大城市、某些省制定特别法、作出特殊的制度安排。〔15〕1982-1983年间法国又出台了四部法律详细规定地方政权的组织结构和运行机制;法律根据人口数规定市镇议员数和公务员数。地方有规章制定权,但“并没有‘自主’的规章制定权”。〔16〕并且,法、日两国规定地方组织机构的法不限于法律,还有实施组织法的中央行政法规。

法、日两国的地方自治组织权也表现为一种组织机构的依法设置权。在日本,地方应该按照法律的规定设立“必置机构”,可以按照法律的规定设立“选置机构”和“附属机构”,按照法律规定的人口比例配备公职人员。地方首长(议长兼行政首长)具有对副知

〔7〕 郭冬梅著:《日本近代地方自治制度的形成》,商务印书馆2008年版,第183页。

〔8〕 李驰著:《法国地方分权改革》,中国政法大学出版社2016年版,第131页。

〔9〕 [法]让·里韦罗等著:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第47-48页。

〔10〕 [法]让·里韦罗等著:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第48页。

〔11〕 参见[日]磯崎初仁等著:《日本地方自治》,张青松译,社会科学文献出版社2010年版,第8页;[日]盐野宏著:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第91页。

〔12〕 参见[法]让·里韦罗等著:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第49、50页。

〔13〕 参见[日]磯崎初仁等著:《日本地方自治》,张青松译,社会科学文献出版社2010年版,第191-192页。

〔14〕 [日]磯崎初仁等著:《日本地方自治》,张青松译,社会科学文献出版社2010年版,第67页。

〔15〕 参见李驰著:《法国地方分权改革》,中国政法大学出版社2016年版,第6、24页。

〔16〕 [法]让·里韦罗等著:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第127页。

事、副市町村长等特别职和一般职职员任免权。“自治体中各部、局的职员原则上由自治体一并录用,其人事管理权属于首长。”^[17]在法国,市镇是自治团体,依法通过直接选举组成市镇议会,市镇长(议长)由市镇议会从市镇议员中选举产生,负责执行市镇议会决议。市镇可以依法设立机构,聘任公务员,成立咨询委员会和公用事业机构。“在这方面,市镇议会的自主权是不完全的,因为法律只允许市镇设立身份登记处、殡仪馆、消毒室之类被认为必不可少的公用事业。”^[18]省、大区并非自治团体,自主权比市镇要小得多。

综上,法、日两国的地方自治组织权是一种地方自治的保障制度,籍此地方具有一定程度的组织自由空间,而并非决定所有与地方组织相关问题的权限。^[19]

(二) 我国的地方自主组织权

我国除了民族区域、港澳地区的自治以及基层群众性自治外,宪法和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(下称“《地方组织法》”)对普通地方没有明文规定地方自治。但是,我国普通地方政府仍享有地方自主权。宪法第3条第1款规定,我国的国家机构实行民主集中制的原则;第4款规定,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。据此,我国的地方自主权也来自中央的赋予,原则上由全国人大决定,具体由国务院划分。^[20]40年来的改革开放,一项重要内容就是不断完善宪法和法律的规定,逐步扩大和加强地方自主权。

对照法、日两国地方自治组织权框架,我国的地方政府也具有自主组织权。我国地方政府的组织结构和主要职务都由《地方组织法》规定,机构和人员的编制审批权也集中在中央。同时,《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》(下称“《地方机构设置条例》”)第4条按照宪法第3条的民主集中制原则,规定了地方政府机构的编制工作实行中央统一领导、地方分级管理的体制;第7条强调了地方自主组织权,规定上级政府机构不得干预下级人民政府的机构设置和编制管理工作。有的行为法也赋予了地方政府自行设置、确定行政主管部门的自主权。^[21]上述规定都表明,我国地方政府有权按照法律和法规的规定,按照需要、精干、统一和效能原则自主设置机构,自主选任公职人员;某些内设机构是否设立则由上一级机关裁量。^[22]

近年来,我国的地方自主组织权呈继续发展趋势。改革开放以来,各地方普遍建立的经济开发园区,都自主设有管委会。其中,有些开发区的设立并未按法定程序批准,市、县政府设立派出机关并无组织法依据。^[23]我们暂且不讨论管委会的设立是否符合法治主义的立场,从地方自主组织权来说,它是中央或上级鼓励地方或下级探索的结果。十九大

[17] [日]磯崎初仁等著:《日本地方自治》,张青松译,社会科学文献出版社2010年版,第67页。

[18] [法]让·里韦罗等著:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第156页。

[19] 参见萧文生:《地方自治团体之自主组织权》,载《公务员法与地方制度法》(台湾地区行政法学会学术研讨会论文集2002),我国台湾地区元照出版有限公司2003年版,第276、286页。

[20] 参见叶必丰:《论地方事务》,《行政法学研究》2017年第1期,第19-20页。

[21] 如《土地管理法》第5条第2款规定:“县级以上地方人民政府土地行政主管部门的设置及其职责,由省、自治区、直辖市人民政府根据国务院有关规定确定。”

[22] 参见中央编办综合司:《中央编办对〈地方各级人民政府机构设置和编制管理条例〉有关问题的答复意见》,2007年7月17日。

[23] 参见叶必丰著:《行政法与行政诉讼法》(第三版),高等教育出版社2015年版,第60页。

报告要求,“赋予省级及以下政府更多自主权。在省市县对职能相近的党政机关探索合并设立或合署办公”。有的地方还进行了更为大胆的机构改革探索。^[24]

当然,我国的地方自主组织权还需要进一步加强。^[25] 与日本、法国地方自治权不同,我国地方自主组织权的不足不在于中央和地方、上级和下级之间是否存在事权分割线,不在于中央对地方、上级对下级的人事任免,不在于我国地方自主权比法、日两国地方自治权的大小。中央对地方的作用,在实行地方自治的日本也同样存在。2000年《日本地方自治法》以前,日本都道府县虽有自治,但知事却由中央任命;2000年后,日本中央政府也有空降人员到地方自治团体任职的现象。^[26] 我国地方自主权最重要的问题是,中央和地方、地方各级之间尚缺乏事权分工的具体法律规定,中央对地方、上级对下级的领导(“集权融合”)行为还没有法律予以规范,地方自主权更缺乏“防御权”特征,保障地方自主权的机制还没有建立起来。这种法律保障机制,在法国是行政诉讼,在日本还有自治纠纷处理委员会。^[27] 缺少这种法律保障机制,要么是自治过度而少了中央管控(如香港特区),要么是中央干预而无法纠正。

总之,法、日两国地方基于自治组织权,我国地方基于自主组织权,都可以依法设置地方机构。地方政府的这种自治组织权或自主组织权是地方设置跨行政区共设机关的基础。

二 跨行政区共设机关的法律依据

(一) 共设机关应当由中央立法

共设机关作为中央立法事权,有国外的立法例。如前所述,地方虽然有自主组织权,但地方机构的组织法却由中央制定。跨行政区共设机关也应该由中央立法设定。法国法律对地方的组织结构和机构设置作了详细、严密的规定,并鼓励地方合作,针对各级地方政权、各种不同类型的合作规定了共设机关,以行使共同管辖权。^[28] 《日本地方自治法》则对共设机关作了概括性规定,普通地方公共团体可以经协商缔结协议,共同设立有关跨行政区行政机关。

共设机关的组织立法属于中央立法权,在理论上是因为组织机构不再是纯粹的内部行政事务,需要由法律加以规范。哈耶克基于英国的经验,认为行政组织本来是统治者自身的事务,因而组织规则并不是“法律人的法律”。但是,统治者除了抵御外敌和维护社会秩序外,越来越需要为公众提供更多的服务。为了取得公众的合作,组织机构的设立逐渐取得了法律授权,组织法也就逐渐成了“法律人的法律”。^[29] 机构设置越来越与公众的

[24] 参见苏永通:《最大胆的机构改革:广东顺德试水党政合署》,《南方周末》2018年3月9日第B09版。

[25] 参见沙雪良等:《国务院机构改革方案决定草案今表决》,《新京报》2018年3月17日第A05版。

[26] 参见[日]磯崎初仁等著:《日本地方自治》,张青松译,社会科学文献出版社2010年版,第73页。

[27] 参见蔡秀卿:《日本中央与地方及地方间争议处理制度》,载《公务员法与地方制度法》(台湾地区行政法学会学术研讨会论文集2002),我国台湾地区元照出版有限公司2003年版,第233-264页。

[28] 参见法国第2015-991号法律第72条以及第2017-86号法律。

[29] 参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第198、200、210页。

权益密切相关,而不再是行政机关的内部事务。狄骥认为,组织法的效力看起来局限于国家内部组织,但实际上很快会转移到外部关系,难道军事组织的法律不涉及公民的兵役义务吗?^[30] 在德国,行政机构设置权曾长期只属于行政机关。^[31] 但在当代,“行政组织也不再是单独被视为一种对外封闭、对内阶层性架构的组织;相反的,应该将其视为一种被区隔、多样复杂而被共同组合而成的单位与层级组织”。^[32] 行政机构设置关系不再是与公众无关的内部行政关系,而必须由法律调整,共设机关应该由国家加以立法。

共设机关的组织立法属于中央立法权,在法律上是因为应坚持法律保留原则。根据《立法法》第 8 条规定,各级政府的产生、组织和职权只能由法律规定。也就是说,我国对机构设置实行法律保留和法律优先原则。这里的法律仅限全国人大的规范性文件,但不限于组织法,还包括行为法中具有组织法功能的条款。政府与政府的职能部门、派出机关并不是同一个概念。立法实践中,政府的组织结构和管辖权由组织法详细规定;政府职能部门和派出机关的设置原则上由组织法作简单规定,具体职权多由行为法加以规定。我国各领域的行为法都设有主管部门条款,其实就是政府职能部门的管辖权条款。

我国机构设置的法律保留原则和法律优先原则并未完全闭合。在实践中,机构设置的设定又放宽到行政法规和党中央、国务院的文件,仅排除了国务院各部门和地方政权的立法和规范性文件。^[33] 国务院事实上制定了有关机构设置的细化或程序性行政法规,^[34] 对地方机构的人员配置编制具有更大的权力。地方人大和地方政府也往往创制性地制定有关机构设置的规定,^[35] 甚至行政规范性文件也在设置机构并确定其管辖权。^[36] 国务院关于地方机构设置的立法,可以宪法第 89 条第 4 项规定的国务院“规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分”为依据。但地方人大和政府创设机构设置的规定很难认为符合法律保留和法律优先原则,地方立法无法规范与中央或上级机关之间的关系,无法规范与辖区外行政机关的关系。

上述问题已经引发理论上的关注。有论者认为,机构设置应坚持重要性保留原则。^[37] 本文认为,我国应当坚持机构设置的完全法律保留和法律优先,因为:第一,机构设置权不仅仅决定行政机关的设置、变更或者撤销,而且还确定行政机关的组织形式。机构设置“涉及国家行政组织的成员,属于国家事务的重要决定”。^[38] 第二,“设置行政机关的同时,要一并确定其管辖权。管辖权规则必须具有法律根据,应当肯定这适用于所有

[30] 参见[法]莱昂·狄骥著:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版,第 89 页。

[31] 参见[德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 518 页。

[32] [德]施密特·阿斯曼著:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵译,北京大学出版社 2012 年版,第 20 页。

[33] 参见《关于参照公务员法管理的事业单位是否办理法人登记问题的复函》,2009 年 4 月 17 日,中央机构编制委员会办公室综合司国事登函[2010]3 号。

[34] 参见《公安机关组织管理条例》,2006 年 11 月 13 日,国务院令 479 号;《地方机构设置条例》等。

[35] 参见《洋山保税港区管理办法》第 4 条;《珠海经济特区横琴新区条例》(2011 年 11 月 24 日珠海市人大常委会通过)第 11-24 条。

[36] 参见《省政府办公厅关于促进江阴经济开发区靖江园区加快发展若干政策措施的通知》,2003 年 6 月 29 日,江苏省人民政府办公厅苏政办发[2003]105 号。

[37] 参见王晓强:《行政组织法律保留原则及其保留范围研究》,《河北法学》2019 年第 5 期,第 156 页。

[38] [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 519 页。

的情况,不允许例外”。^[39] 第三,机构设置行为不仅具有对内效力而且具有对外效力。机构设置行为是一种法律行为,且具有双重法律效力,即对所设机构来说“是行政行为,而对公民来说是法律规范”。^[40]

综上所述,我国地方立法不能对机构设置作创制性规定,不能设定跨行政区共设机关。

(二) 中央一般规则和地方专门规定

1. 中央一般规则

我国《地方组织法》和《地方机构设置条例》并未明文规定共设机关,但规定了机构设置的原则和要件。我国地方机构设置的原则为需要原则、精简原则、统一原则和效能原则。需要原则是指机构设置应当按照经济社会全面协调可持续发展的要求,适应全面履行职能的需要。跨行政区共设机关是符合需要原则的。自1986年以来,每个国民经济和社会发展规划(计划)都高度重视区域合作及其机制创新。^[41] 经国务院同意的国家发改委文件指出,国家鼓励各地方的区域发展平台在建立跨行政区综合管理机制方面进行探索试验,努力形成一批可复制、可推广的成功经验。^[42]

我国地方机构设置的要件,包括:第一,主体要件。设立工作部门的主体是所有县级以上地方政府。设立派出机关的主体是省、自治区的人民政府,县、自治县的人民政府,以及市辖区、不设区的市的人民政府。根据国务院办公厅转发的文件,直辖市和设区的市政府也可以设立派出机关。^[43] 第二,程序要件。由本级政府提出方案,经上一级政府机构编制管理机关审核后,报上一级政府批准。其中,县级以上地方各级政府行政机构的设立、撤销或者合并,还应当依法报本级人大常委会备案。第三,类型要件。县级以上地方政府的工作部门,系专门目的的地方机构;省、自治区、县、自治县、市辖区人民政府的派出机关,以及不设区的市的人民政府的派出机关,系一般目的的地方机构。其中,县、自治县政府设立的派出机关只能称为区公所,市辖区、不设区的市政府设立的派出机关只能称为街道办事处。根据国务院办公厅转发的文件,市级以上政府可以设立管委会作为派出机关。^[44] 第四,权限要件。机构设置应做到职责明确、分工合理、机构精简、权责一致,决策和执行相协调。职责相同或者相近的,原则上由一个行政机构承担。第五,事实要件。有必要设置机构以履行职责。

法律和行政法规规定的地方机构设置要件,基本上能够满足跨行政区共设机关的设置,需要讨论的是类型要件。显然,法律和行政法规所规定的工作部门和派出机关本来都

[39] [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第519页。

[40] [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第519、521页。

[41] 参见叶必丰:《区域合作的现有法律依据研究》,《现代法学》2016年第2期,第35页。

[42] 参见《关于贯彻落实区域发展战略 促进区域协调发展的指导意见》,2016年8月16日,国家发展改革委发改地区[2016]1771号。

[43] 参见商务部、国土资源部、建设部《关于促进国家级经济技术开发区进一步提高发展水平的若干意见》,2005年3月21日,国务院办公厅国办发[2005]15号。

[44] 参见商务部、国土资源部、建设部《关于促进国家级经济技术开发区进一步提高发展水平的若干意见》,2005年3月21日,国务院办公厅国办发[2005]15号。

是指行政区域内的地方机构。对此,有必要进行解释。《立法法》第 3 条规定,立法应当坚持改革开放的原则。这一立法原则也是法律解释的原则。根据这一原则,在文义解释和体系解释无法达到目标的情况下,可以做目的解释。每项立法都体现了立法者当时的目的和价值取向。“法律解释的最终目标只能是:探求法律在今日法秩序的标准意义(其今日的规范性意义),而只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法,而不是完全忽视它,如此才能确定法律在法秩序上的标准意义。”^[45]也就是说,目的解释要遵循“本来目的一客观目的”的思路。跨行政区共设机关依然是各地方政府的工作部门或派出机关,并非地方政府在本行政区域外的派驻机关,是有关地方政府基于区域合作治理的改革而联合设立而已。

2. 地方专门规定

上海市基于中央立法对共设机关没有作明确的规定,针对与浙江省共同设立的洋山保税港区管委会专门制定了规章《洋山保税港区管理办法》。^[46]该办法第 4 条第 1 款规定:“洋山保税港区管理委员会(以下简称管委会)由上海市组建,海关和检验检疫等部门、上海市人民政府相关部门、上海市南汇区人民政府和浙江省舟山市人民政府参加,在洋山港区建设省市联合协调领导小组指导下,统一负责保税港区的日常事务管理。”该办法另有多个条款具体规定了管委会的职责和权限。

《洋山保税港区管理办法》虽然规定了共设机关,但并不是创设性立法。该办法第 1 条规定了其制定依据,即《国务院关于设立洋山保税港区的批复》^[47]以及上海市与浙江省联合建设洋山深水港区合作协议。也就是说,共设机关洋山港保税港区管委会是由上海市和浙江省共同拟定方案并经国务院批复同意设立的。《洋山保税港区管理办法》将行政内部审批的结果加以外化和具体化,以立法的形式加以确认和宣告,旨在把组织机构的合法性转化为执法行为的合法性。它是一个针对特定共设机关的专门规定,而不是一种普遍设置共设机关的规定。它之所以由上海市单独制定,是因为我国的《立法法》并没有联合立法或共同立法的规定,而只能协商、委托一方制定。从上述意义上说,《洋山保税港区管理办法》并没有违反法律保留原则。

我国通过中央一般规则和地方专门规定的组合立法形式,提供了特定共设机关的法律依据。在共设机关仅为个别而非普遍现象的情况下,该法律依据供给模式是可行的。当然,如果考虑到共设机关在机构设置类型要件上的完全契合性或独立类型、组织立法取得像“法律人的法律”那样的权威和尊重、共设机关的普遍性等因素,考虑到地方专门规定难以作出跨行政区立法以及后文将要讨论的设置和运行规则,则共设机关应当由全国人大常委会统一立法,在《地方组织法》上作出具体、明确的规定。这是因为制定法律是最高国家权力机关的事权,同时又是它的职责。过于抽象不确定之原则,必须加以废弃或改造成为一般原则+具体规则,以利于法律的实施。^[48]为此建议,《地方组织法》第 64 条

[45] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 199 页。

[46] 2006 年 10 月 24 日上海市人民政府令第 63 号发布。

[47] 2005 年 6 月 22 日,国函[2005]54 号。

[48] 参见[德]施密特·阿斯曼著:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵译,北京大学出版社 2012 年版,第 13 页。

增加一款作为第五款:县级以上地方人民政府根据合作的需要,可以共同设立跨行政区工作部门;在第 68 条规定的派出机关中增加管委会这一机关类型。

三 跨行政区共设机关的设置

跨行政区共设机关的法律问题不限于前述地方自主组织权和法律依据,还包括它的设置和运行,因而更多地涉及行政组织内部关系,但同样必须坚持法治,有法可依;坚持民主,合作共赢。“行政法不仅仅是干预与给付法,而且也是组织法,……行政法不能限于法院为权利保护之观点,而应该扩大领域及于法院控制所不能及之领域。行政行为也不仅仅是由外部加以控制,而且也应该由内部起,以法治及民主方式加以规范。”^[49]

(一) 跨行政区共设机关的设置主体

1. 法、日跨行政区共设机关的设置主体

法国和日本的跨行政区共设机关立法非常发达,所规定的共设机关包括共设协调机构、共设管理机构,以及部分事务组合、广域联合和全部事务组合。其中,部分事务组合、广域联合和全部事务组合相当于多个地方政权的部分或全部自愿合并或联盟,^[50]不在本文讨论的范围。法、日两国法律规定,跨行政区共设机关的设置主体是开展合作的各方地方政权,而不是上一级机关或中央政府。就地方政权本身而言,既有政府又有议会。共设机关的设置是辖区内的重要事项,需要议会的通过。

法、日两国实行地方自治。地方政权之间如果没有隶属关系,则只有辖区大小、强弱之分,在法律地位上却相互独立、一律平等,不得形成形式或实质上的领导、监督或控制关系,甚至不得有财政上的资助关系。地方政权之间如存在上下级隶属关系,则构成一定的监督关系,^[51]地方政权之间对共设机关只能通过协商处理,即合作各方协商一致,缔结协议。除了仅仅负责联络性的共设机关外,该合作协议需经合作各方议会通过。同样,共设机关的撤销、变更等也需要合作各方协商一致,缔结协议,并经合作各方的议会通过。

合作各方间的协议是共设机关的重要法律文件,因而法律对合作协议的内容有明确要求。《日本地方自治法》第 252 条规定,共设机关的协议应包含下列必要条款:共设机关的名称;设置共设机关的地方公共团体;共设机关的办公场所;组成共设机关的委员及其他组成人员的选任方法及其身份处理,即共设机关的首长是由合作方议会选举产生还是由合作方首长协商推举产生,以及共设机关对职员如何聘任的方法;经费;关于共设机关与相关地方公共团体之间关系及其他的共设机关之必要事项。但在法国,共设机关的组成人员和职员聘任,并非由协议约定,而是由法律直接规定。如法国第 2017 - 86 号法律就规定了发展理事会的组成人员:该理事会由辖区内的经济、社会、文化、教育、科学、环境以及社团各领域的代表组成;男性代表与女性代表的人数差不得超过 1 人,并且应当能

[49] [德]施密特·阿斯曼著:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵译,北京大学出版社 2012 年版,第 18 页。

[50] 参见[日]盐野宏著:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社 2008 年版,第 107 页。

[51] 参见李驰著:《法国地方分权改革》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 68、116 页;法国第 2017 - 86 号法令,第 201 条。

够反映该地区的不同年龄构成;共同体委员或者大都会委员不得同时担任发展理事会的成员;发展理事会成员的工作没有薪水。

参加共设机关的地方政权,可以退出。当然,退出共设机关需要遵循相应的规则。根据《日本地方自治法》第 252 条的规定,参加共设机关的普通地方公共团体,可以经由议会议决,在退出之日的两年内,书面预告其他所有相关普通地方公共团体后,退出共设机关。收到预告的相关普通地方公共团体,必须在作出该预告的普通地方公共团体退出前,协商共设机关的变更事宜。如果书面预告退出的地方团体期间要撤回退出预告,则须经其他所有相关普通地方公共团体议会的议决同意。如果因参加方的退出而使共设机关的设置主体只剩一个时,则应该废止该共设机关。

2. 我国跨行政区共设机关的设置主体

我国对跨行政区共设机关还在探索之中。《洋山保税港区管理办法》没有明确载明洋山保税港区管委会的设置主体。结合上文的讨论,洋山保税港区管委会的设置主体是有权设置其作为派出机关的省、市政府;结合前述地方机构设置的程序要件,它的设置主体也就是其设置方案的拟定主体;结合上海市与浙江省联合建设洋山深水港区合作协议和《国务院关于设立洋山保税港区的批复》,它的设置主体是浙江省政府和上海市政府。

在我国,地方人大并不是地方机构的设置主体,跨行政区共设机关的设置不需要本级人大的通过。当然,根据《地方组织法》第 64 条和《地方机构设置条例》第 9 条的规定,地方政府设置行政机构应当依法报本级人大常委会备案。从各地的实践观察,这种备案既可以备而不审也可以既审又备,既可以作形式审查也可以作实质审查。^[52] 也就是说,地方人大对地方政府的机构设置权作用有限,且尚未规范化。这与法、日两国的跨行政区共设机关由议会通过相比,还是有很大差异的。

(二)跨行政区共设机关的组建

与机构设置行为系法律行为不同,机构组建行为系事实行为,组建主体原则上为设置主体。跨行政区共设机关组建中最重要的问题,是首长的选任及其组成人员的席位分配。关于跨行政区共设机关的首长,法、日两国基本上由设置主体议会选举或设置主体首长互相推选。基于地方政权地位的独立和平等性,对合作各方的席位,法国法律极为重视公平分配。法国地方合作中一个广泛运用的公平规则是“ $2/3 + 1/2 + 1/4$ ”规则。这个规则运用到共同体委员的席位分配就是:席位的分配方案由至少 $2/3$ 的合作方并且其代表所有合作方的 $1/2$ 以上的总人口,或者是至少 $1/2$ 的合作方并且其代表所有合作方的 $2/3$ 以上的总人口达成协议。当人口最多的合作方在占总人口的 $1/4$ 以上时,前述多数应当包括人口最多的合作方。在无法按上述要求达成协议时,法律规定了席位按人口基数分配的法定方式。无论如何,每一合作方至少应有一个席位,任何一个合作方都不得拥有过半

[52] 如《上海市人民代表大会常务委员会会议事规则》《浙江省人民代表大会常务委员会会议事规则》并没有规定人大常委会应如何备案,是否需要加以审议和决定。《武汉市人民代表大会常务委员会会议事规则》第 15 条则规定,市政府组成部门、派出机关的设立、撤销、更名以及行政区划调整方案,应当提请市人大常委会审议和决定。

数的席位。上述法律规定既保护了弱小合作方,又防止了众多弱小合作方联合起来排挤强者的可能,体现了“一人一票”的民主原则。因此,跨行政区共设机关在组织上坚持民主、平等原则非常重要。

在我国跨行政区共设机关组建的探索中,也充分考虑到了合作各方的比例。^[53]一般说来,共设机关的副职按每个合作方1名配置。工作人员的配备实践中有所不同,但最近设立的长三角示范区执行委员会的工作人员构成比例、甚至内设机构的人员比例均为1:1:1,其领导组织即示范区理事会的正职负责人则由合作三方轮值担任。我国共设机关的席位或人员配备比例未对人口数量作为单独的因素加以考虑。其实,合作各方除了人口数量的多少以外,地域范围、经济实力和政治地位等也不尽相同,甚至大为悬殊。基于综合考虑,我国共设机关的正职负责人,一般由综合实力强的合作方选任。长三角示范区执行委员会和洋山港管委会正职负责人均由上海方担任。

合作方是没有隶属关系的地方单位,但合作的组织和推进,共设机关的组建毕竟需要有一方出面负责。为此,法国的法律作了专门规定,即由合作方推选,一般是推选综合实力强的合作方牵头。我国虽然没有相应的法律规定,但从实践来看与法国基本相同,甚至可以通过协商而委托其中一方负责组建。《洋山保税港区管理办法》第4条第1款规定,“洋山设立保税港区管理委员会由上海市组建”。由一方负责组建,并不意味着可以排除合作方的参与,不能违反平等原则和所达成的合作协议。

(三)上级机关的监督或审批

根据《日本地方自治法》的规定,市町村在公布共设机关的设置后,应报都道府县;都道府县在公布共设机关的设置后,应报总务大臣。该法未规定此项报告需要审批,而是一种事后监督的备案。从法国法律来看,共设机关的设置需要报送上一级机关的国家代表。与日本的上级机关监督相比,法国的国家代表具有更大的监督权,甚至可以建议下级机关共设机关的设置。当共设机关跨越省、大区的辖区时,法律规定需征求省、大区合作理事会的意见。在个别情况下,国家代表也具有审批权。如法国第2004-809号法律规定,省的国家代表经征求省的市镇合作委员会意见,可以批准某一合作方的退出。但总体而言,上级或中央对共设机关的设置,法、日两国所确立的都是事后合法性监督的原则。

根据我国《地方组织法》第64条和《地方机构设置条例》第9条所规定的地方机构设置的程序要件,地方机构的设置方案经上一级政府机构编制管理机关审核后,由上一级政府批准。地方行政机构的设置,不是事后监督,而必须经事先审批;不是一种形式性审查,而是一种实质性审查;审批机关是上一级政府。跨行政区共设机关的设置,审批机关应当是合作各方的共同上一级政府。也就是说,地方政府对设置跨行政区共设机关等行政机构的意思,只有经过上一级机关的批准才具有法律效力。地方政府是跨行政区共设机关的设置主体和组建主体,上一级政府是跨行政区共设机关的批准主体。在此,充分体现了“集权融合性”央地关系的鲜明特征。

[53] 参见罗小龙等:《跨界的城市增长》,《地理学报》2006年第4期,第439页。

与法、日两国相比,我国地方机构的设置缺乏充分的法律规范调整,而偏重行政机关的事前审批。法律规范的作用在于发挥普遍性调整,而行政审批则偏重个案处理。“一项正当行为规则的作用,乃在于对众多个人所具有的不尽相同的目的进行协调,而一项命令的作用则在于实现特定的结果。与一项正当行为规则不同,一项命令不仅会限制个人的选择范围(或者说不仅会要求他们去实现它们刻意创生的预期),而且还会要求他们按照一种并没有要求其他人的特定方式行事。”^[54]在哈耶克看来,上述问题的过错在立法机关,是法律过多地把行政裁量权赋予给了行政机关尤其是中央政府。他认为,应该规范立法,然后充分发挥法律的作用,再把中央政府的大多数权力下放给地方政府。^[55]同时,事前审批和事后监督虽然都是中央政府对地方机构设置权的一种监控,但事前审批偏重实质性审查,可以决定地方政府机构设置意思的成立与否,事后审查偏重对地方政府机构设置行为的合法性审查,并不影响合法的机构设置意思的成立。因此,在机构设置实行事前审批的情况下,地方自主组织权就受到了较为严重的影响。

四 跨行政区共设机关的运行

(一)民意基础

司法活动是以双方当事人的利益交涉为基础,法院居中裁判的过程,因而裁判无需民意机关通过即具有正当性。行政行为“完全不同于构成特定司法职能的那种行为”,它的“典范是一个单方面的意志宣告”。^[56]为增强行政行为的正当性,法治不仅要求行政行为由民意机关选出的行政机关作出,还要求按照民意机关制定的法律作出,甚至要求部分重大行政决定需经民意机关通过。^[57]

法国法律规定了跨行政区共设机关的民意机关以及民意代表的名额分配和选举。《日本地方自治法》也有类似规定。但是,专门目的的跨行政区共设机关(部门性机构)并没有自己的民意机关。根据日本的经验,在这种情况下,要以设置主体的议会为民意机关。

我国已有的跨行政区共设机关基本上是以开发区管委会的名义设立的。它“根据授权行使同级人民政府行政审批、经济协调与管理等职能”,^[58]是“所在地人民政府的派出机关”。^[59]实际上,我国各地的管委会所具有的职能,已经相当于一级地方政府。但是,

[54] [英]弗里德里希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第218-219页。

[55] 参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第464、482页。

[56] [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第306页。

[57] 参见[德]施密特·阿斯曼著:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵译,北京大学出版社2012年版,第85-88页。

[58] 商务部、国土资源部、建设部《关于促进国家级经济技术开发区进一步提高发展水平的若干意见》,2005年3月21日,国务院办公厅国办发[2005]15号。

[59] 《国务院办公厅关于促进开发区改革和创新发展的若干意见》,2017年1月19日国务院办公厅国办发[2017]7号。

与管委会相对应的人民代表大会却都未设立。管委会的决策只向设置主体负责,最多由设置主体以政府工作报告等形式向本级人大简要报告,缺乏充分的民意基础。与管委会相似性质的地区行政公署,正因为没有对应的人民代表大会,都已纷纷改革为市而使民意基础得以完善。可以说,包括跨行政区共设机关在内的派出机关的民意基础,是我国今后必须解决的一个问题。这是因为,一切旨在成为好政府的政府都应该是代议制政府。^[60]结合现实可能性,至少包括跨行政区共设机关在内的派出机关首长应当纳入人大常委会人事任免决定的范围,跨行政区共设机关事宜应当纳入人大讨论、决定的重大事项范围。

在行政行为不需要得到民意机关的同意或批准的场合,民主正当性就体现为听证或听取意见。法国法律在规定了跨行政区共设机关政府信息公开的基础上,还规定了选民得到发表意见的机会,要求跨行政区共设机关主席或者决策者听取选民意见。经全体合作方市长提议,或者经决策机关一半以上成员书面申请,共设机关应当对征求意见的组织原则以及方式作出决议,并且不得以紧急状况豁免。对共设机关所作决定的意见,选民达到1/5以上的,可以要求记录在案。在同一年内,选民关于征求意见的请求以一次为限。有关征求意见的文件应公布在共设机关所在地、每个合作方政府所在地,以及在必要的情况下,公布在合作方政府所属政府所在地,供选民查阅。

我国的征求意见和听证比较发达,但跨行政区共设机关对拟作行为的征求意见、听证有自己的特点,需要有特殊的规则。基于我国的跨行政区共设机关没有相应的人大组织,这种听证及其规则就显得尤其重要。对此,法国的经验值得我们借鉴。

(二) 决议规则

跨行政区共设机关在与相对人的关系中,实施行政行为的规则适用一般行政程序的规定,并无太多特殊性。在此需要分析的是跨行政区共设机关作出决定、通过决议时与设置主体之间的关系。对这一关系上的规则,《日本地方自治法》未作明确规定,而由共设机关的章程规定;法国法律却对此作了详细规定,核心在于保证合作的公平公正,不允许合作方倚强凌弱,也不能让强者吃亏。

“为免流于表象,民主依赖对于形式以及程序规则的遵守。”^[61]法国法律要求共设机关在决策时应坚持“ $2/3 + 1/2 + 1/4$ ”规则,即: $2/3$ 以上合作方同意并代表 $1/2$ 以上总人口,或者 $1/2$ 以上合作方同意并代表 $2/3$ 以上总人口,且同意方必须包括人口在 $1/4$ 以上的合作方。^[62]该规则在决策上的运用,体现了公平对待合作方的三个标准:第一,共设机关组成人员的票决制。民主和公正的一条主要原则是少数服从多数。这是一条简单明了易行,并为人们普遍接受的规则。第二,合作方的票决制。少数或多数的判断有多个维度。共设机关的组成人员席位是按照合作方的人口数确定的,人口数更多的合作方在共设机关占有更多席位。如果纯粹按照共设机关组成人员的票决制,表决中占多数的往往可能是人口更多的个别合作方,将使其他合作方处于不利地位。为此,法国法律还以每个

[60] 参见[英]J. S. 密尔著:《代议制政府》,汪瑄译,商务印书馆1982年版,第55页。

[61] [德]施密特·阿斯曼著:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵译,北京大学出版社2012年版,第47页。

[62] 参见李驰著:《法国地方分权改革》,中国政法大学出版社2016年版,第26页。

合作方一票的票决制作为补充。第三,所代表的人口比例。通过前述两个标准,还会出现人口较少的合作方联合起来反对人口最多或较多合作方的可能。为此,法国法律规定,票决为多数的,所代表的人口也必须是多数,方为有效。第四,合作方“老大”保底条款。法国法律明文规定,通过上述规则通过的决议,必须包含人口最多合作方的意见。也就是说,如果人口最多的合作方反对的话,即使票决达到多数,仍不能通过决议,或者说决议不能生效。

为了防止有关合作方联合针对某个合作方,法国第 99 - 586 号法律专门规定,共设机关拟专门对某一合作方作出决定的,必须事先听取该合作方的意见。如果该合作方在收到共设机关的建议草案之日起三个月内并未给出意见,则视为同意或接受。当该合作方作出反对意见时,共设机关必须经 2/3 以上合作方赞同,所作决定方为有效。

我国目前的跨行政区共设机关本身实行首长负责制。它受跨行政区议事协调机构即联合协调领导小组领导,涉及合作方事宜的由联合协调领导小组按协商一致原则处理。但洋山港管委会系由上海市人民政府组建,在协商处理中作为组建者的上海方必然有更大话语权。实际上,我国除了政府组织以外还有党组织。联合协调领导小组的成员在党内地位的高低,也会影响到协商处理中的话语权。

(三) 法律适用

跨行政区共设机关的法律适用存在三个问题,即它以什么身份适用法律,地域管辖权有多大,以及当各合作方所制定的规则存在冲突时如何适用。

1. 关于共设机关适用法律的身份

共设机关原则上按相同性质的行政机关适用法律。根据日本和法国法律的规定,如果共设机关关系一般目的行政机关,则适用该类机关应适用的法律;如果共设机关关系教育、环境或土地等专门目的行政机关,则适用该专门目的行政机关应适用的法律。^[63] 同时,共设机关原则上按相同地位的行政机关适用法律,行使级别管辖权。^[64]

法律有特别规定的,共设机关适用特别规定。法国第 96 - 142 号法律规定:“当为组合区设立一个市区议会时,它行使本章所规定的对组合区的权限。”根据法国关于巴黎和里昂两都市区享有省级管辖权的法律规定,两个都市区的共设机关也享有省级管辖权。

结合我国的具体情况,可以说,除有特别规定外,县、省级政府共设的部门性机构适用县、省级主管部门的法律;县、省级政府共设的管委会适用县、省级政府派出机关的法律,行使其管辖权。我国的实践也基本如此。例如,靖江园区管委会负责江阴市(县级)和靖江市(县级)共同设立的靖江园区的经济发展事宜,享有省辖市项目管理权限。^[65] 另外,共设机关还可以依法接受合作方及所属机关的委托,行使所委托的行政管辖权。^[66]

[63] 参见《日本地方自治法》第 252 条之十二,法国第 2013 - 403 号法律。

[64] 参见《日本地方自治法》第 252 条,法国第 2015 - 991 号法律、第 99 - 586 号法令。

[65] 参见《省政府办公厅关于促进江阴经济开发区靖江园区加快发展若干政策措施的通知》,2003 年 6 月 29 日,江苏省人民政府办公厅苏政办发[2003]105 号。

[66] 参见叶必丰:《论行政机关间行政管辖权的委托》,《中外法学》2019 年第 1 期,第 94 页;《洋山保税港区管理办法》第 4 条第 2 款及第 10 条。

2. 关于共设机关的管辖权

在合作区域内统一行使管辖权,是设置跨行政区共设机关的目的所在。在法国,跨行政区共设机关原则上在合作方的辖区内都享有管辖权,至于具体的事务和地域管辖范围既取决于共设机关实现任务的需要,又取决于合作方基于时限、财政条件和行使方式等因素的约定。共设机关一旦行使经约定的事务和地域管辖权,合作方相同事务的行政机关应立即移交而不能继续行使原有的事务和地域管辖权。如果共设机关在合作方的全部区域行使特定事务的管辖权,则合作方可撤销相同事务的行政机关。如果共设机关在合作方的部分区域行使管辖权,则合作方可保留相同事务的行政机关,而调整地域管辖范围。如果共设机关行使部分事务管辖权,则合作方的原管辖机关仍保留剩余事务管辖权,对该剩余事务行使管辖权。移交出管辖权的行政机关,不能要求相应补偿。^[67]

在我国,共设机关的管辖权都是由合作方协商约定的。洋山保税港区管委会的事务管辖权仅为合作方主管部门移交的港口业务,地域管辖权限于港区,包括小洋山港口区域、东海大桥和与之相连接的陆上特定区域。港区内公共建设、客运系统等仍由合作方有关机关管辖。长三角示范区执行委员会的管辖权则为负责一体化示范区内的发展规划、制度创新、改革事项、重大项目、支持政策的具体实施,重点推动先行启动区相关功能建设。共设机关管辖权的设定,均系合作方基于合作目的协商约定,并报经有权机关批准公布。

3. 关于各合作方规则的适用

各合作方所制定的规则对共设机关原则上都具有约束力。例如,根据《洋山保税港区管理办法》第8条的规定,洋山保税港区的开发建设既要受上海市有关规划的拘束,又要受浙江省有关规划的拘束。

合作方的规则存在差异甚至冲突是一种必然、普遍的现象。行政区是对国家权力的地域分工。基于这种权力分工,每个行政区可以根据自身的特点对全国性的同一事务作出不同规定,并且是可取和正当的。^[68]各地的自身特点可能是民族、宗教、政党等政治性因素。法国的政党政治活跃,一个市镇的执政党是左翼政党,另一个市镇的执政党可能是右翼政党。这就必然导致地方规则的差异。各地的自身特点也可能是经济因素。我国各地的经济发展很不平衡,各合作方的地方性法规和地方政府规章不一致的问题也客观存在。^[69]即使在经济发展水平相差不大的长三角,也“由于协作不够,各地在立法时往往只从本地利益出发,而较少考虑相邻地方的规定,产生了地方立法的冲突问题,突出表现在招商引资、环境治理等领域”。^[70]

在上述情况下,跨行政区共设机关如何适用地方规则问题,未见法国和日本法律规定,是否采用前述议决规则解决也并不明确。本文认为,我国地方性法规和地方政府规章

[67] 参见法国第2013-403号法律第1条。

[68] 参见[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第336页。

[69] 参见邓小兵等:《论交通运输执法裁量基准的区域协同》,《西部法律评论》2017年第1期,第107页。

[70] 王春业等:《长三角区域地方立法的冲突与协作》,《唯实》2013年第2期,第63页。

不一致的,应通过作为制定主体的地方人大和地方政府的立法协同机制加以避免。对此,长三角区域立法机关作出了积极探索。^[71] 合作方的行政规范性文件不一致的,也应通过制定主体协调一致。如果共设机关在实施行政行为时发现,地方性法规、地方政府规章或行政规范性文件仍存在不一致的,则应适用上位法的规定,或者从上位法寻求解释加以解决。如果没有上位法的,则应送请制定机关协商解决。

五 结 语

我国的京津冀协同、长三角一体化、长江经济带建设、大湾区建设和城市群建设等区域协调、区域一体化或地方合作,政府目前所关心的主要是经济发展和环境治理。这是理所当然的目标,无可厚非。但基于法治主义立场,区域协调或地方合作主要是一个法治问题。法治不仅仅是区域经济发展和区域环境治理的保障,而且是价值引领,是一切现代生活的基础。^[72] 区域治理是对地方各自为政和层级集权的改革,是推进国家治理体系和治理能力现代化的重要内容,必须于法有据、依法推进。

地方法治是国家法治的重要组成部分,地方立法是地方自主权的重要内容。地方政权身处合作之中,对法治的需求最了解,对公众的服务最贴近,应当充分发挥地方立法的积极性和主动性,推动相互间的合作,实现法治的协同。但是,从区域协调或地方合作所需要的跨行政区共设机关来看,地方政权只能做细化的、个案式的规定,无权作创设性规定、普遍性规定,有关共设机关的设置主体、组建、决议规则和法律适用等都需要由法律加以统一、明确的规范。对此,法、日两国为我们提供了框架性的参照和经验性的认识,值得重视。这并不是因为各国间有所谓的共同法。“法律是什么,在不同的国家中有差别而且差别很大。然而,法律应该是什么,在所有的国家中却在很大程度上是相同的。”^[73] 我国对跨行政区共设机关的设置,既需要在《地方组织法》作出实体性规定,又需要在《地方机构设置条例》中作出程序性规定。

“行政法学的任务即在于:注意新关系领域之发展,以及将其整合于行政法学体系中。”^[74] 通过对区域合作中跨行政区共设机关这一新问题的讨论,目的既在于探讨新兴的跨行政区共设机关的组织法原理,又在于引发学界关注行政机关横向关系的组织法机制,将其纳入行政组织法体系,促进我国行政法学的进一步发展。它可以进一步展开的研究领域,则是中央和地方的事权分工和地方自主权,以及它们所必然要求的防御权。

本文以法、日两国相关法律为借鉴,针对我国已有的实践,讨论了跨行政区共设机关的法律依据和我国组织法治的完善,主张允许县级以上地方人民政府根据需要共同设置跨行政区部门性行政机关或派出机关,具体规定跨行政区共设机关的设置主体,确立它在

[71] 参见毛新民:《上海立法协同引领长三角一体化的实践与经验》,《地方立法研究》2019年第1期,第50页。

[72] 参见[英]J. S. 密尔著:《代议制政府》,汪瑄译,商务印书馆1982年版,第32页。

[73] [英]边沁著:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆1996年版,第99页。

[74] [德]施密特·阿斯曼著:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵译,北京大学出版社2012年版,第10页。

组建和运行中的平等规则和民意基础。跨行政区共设机关应以其管辖事务的性质和地位适用法律,原则上可在合作方的辖区内都享有管辖权。它一旦行使管辖权,合作方相同事务的行政机关应立即移交而不能继续行使原有的管辖权。它的有效运行还取决于合作方地方性法规和规章的协调一致。但鉴于跨行政区共设机关在我国尚属于先行先试阶段,可观察的法律问题比较有限,同时对法、日两国的借鉴仅限于法律,未及于法律所根植的文化,本文的讨论还是初步的,有待于学界共同深化。

[本文为作者主持的2019年度全国人大常委会法工委委托课题“长三角区域一体化发展战略的法治保障与立法协同”(ZBDX2019110040)的研究成果。]

[**Abstract**] France and Japan have adopted numerous laws on local cooperation, according to which local governments can set up joint agencies based on autonomous association. In China, local governments also have autonomous right. Although this right in China lacks the character of “defense”, it still covers association, which means local governments can set up agencies according to law and enact organizational rules for them. The establishment of inter-jurisdictional joint agencies should be in full compliance of the principles of law reservation and law priority and be prescribed by laws made by the National People’s Congress. Local legislation may not establish any inter-jurisdictional joint agency, but it can make detailed rules on the approved ones. China needs to improve organizational legislation and permit local governments at or above the county level to jointly set up inter-jurisdictional departmental agencies or field agencies as needed. China also needs to improve the agency setup procedures, specifically provide for the subjects with the authority to set up inter-jurisdictional joint agencies, and establish the equality rule and the public opinion foundation for the formation and operation of joint agencies. An inter-jurisdictional joint agency shall apply laws according to the nature and status of the jurisdictional affairs. In principle, it has jurisdiction in the administrative areas of all its partners. As for concrete affairs and the limit of regional jurisdiction, they depend on the needs of the task to be performed as well as the agreement among partners. Once an inter-jurisdictional joint agency exercises its jurisdiction, agencies that are responsible for the same affairs within the administrative areas of the partners shall immediately transfer, rather than keep exercising, the jurisdiction. In addition, the effective operation of this system also depends on the coordination of local rules and regulations among all the partners.

(责任编辑:田 夫)