

欧盟法的辅助性原则 及其两面性

回 颖*

摘 要 在欧盟发展过程中,协调各成员国与欧盟之间的权能配置一直是必须面对但又困难重重的任务。辅助性原则是欧盟法中与权能划分问题联系最紧密的宪法性基本原则。从欧盟的角度看辅助性原则,可以将其两面性的作用分为消极性和积极性两种。欧盟的目标在于不断推进一体化的深入和发展,因此,凡是有碍于此目标的作用力都可视为是消极的,而有益于此的作用力都被认为是积极的。本文主要探讨了欧盟法中的辅助性原则及其两面性,具体分析辅助性原则在语义表达上的模糊、理论上的分歧以及实践中欧盟各种制度安排的折冲,展现了其在欧盟发展过程中所表现出的重要作用、主要特征及其对欧盟未来可能的影响。

关 键 词 辅助性原则 两面性 欧盟权能 欧盟宪政

导 言

欧洲各共同体^{〔1〕}与欧洲联盟的成立与发展是欧洲历史上一个新时代的标志,其核心特征是主权国家与超国家机制的共存与互动。在这个过程中,欧洲各共同体的创始国家缔结条约,建立超国家机构,并向这些机构让渡部分权力,通过机构化、制度化和法律化途径创立了一种全新的、具有某些联邦主义色彩的、独特的“政体”,使得成员国与超国家机制之间的关系带有一种“革命性”意义。

在欧盟发展过程中,协调各成员国与欧盟之间的权能配置一直是必须面对但又困难重重

* 首都师范大学政法学院法律系讲师。

〔1〕 本文中欧洲各共同体是欧洲煤钢共同体、欧洲原子能共同体以及欧洲共同体(欧洲经济共同体)的统称。

的任务。1951年欧洲煤钢共同体创立之初,欧洲一体化仅仅是将煤炭和钢铁这两个对成员国具有重要战略意义的资源管理权让渡给一个“超国家”的共同体及其高级机构(The High Authority)^{〔2〕}进行集中经营管理。而经过六十多年的发展,欧盟已经在《里斯本条约》^{〔3〕}之后将权能清晰地划分为四大类,^{〔4〕}从原来的仅仅在煤钢方面集中经营和管理扩展到2011年《欧盟现行有效法规目录》^{〔5〕}中涵盖二十多个大项、110个方面的广泛领域,其中包括许多原本属于民族国家主权核心的教育、文化、外交以及社会政策等领域。除了随着时间推移而发生的权能领域扩展外,共同体立法数量的增加也可以反映一体化的深入。1958年共同体通过的有法律约束力的法规数量仅有3项,到1987年《单一欧洲法令》生效时有345项,而《尼斯条约》之后,从2005年到2011年之间共通过了近3000项有法律约束力的法规。以2004年为例,欧盟委员会颁布了672项执行性规则,59项执行指令,以及468项有关共同体条约的应用或者是有关欧盟二级法律的决定。另据法国官方报导,法国新法律约有54%源自欧盟。上世纪90年代德国适用的法律也有50%来自共同体,其中不少涉及各州权限范围。1992年荷兰议会通过的法律中,70%以上与欧盟法规和指令有关。90年代英国贸工部透露,影响英国商业界的立法有70%是由布鲁塞尔制定的。共同体制定的各类立法已经成为成员国适用法律的主要来源或者依据。^{〔6〕}

〔2〕 现代的欧盟委员会起源于1952年成立的欧洲煤钢共同体的“高级机构”,当时由“欧洲之父”让·莫内首任主席的高级机构也是共同体中的最高权力机构。1957年的《罗马条约》所建立的欧洲原子能共同体和欧洲经济共同体也仿效煤钢共同体设立了类似高级机构的执行委员会。1967年《布鲁塞尔条约》将三大共同体的执行机构合并为单一的“欧洲各共同体委员会”。1992年的《马斯特里赫特条约》又对共同体的机构设置和运行机制进行了重要的改革和规范,“欧盟委员会”的称谓也随之出现。

〔3〕 在法国与荷兰公投否定宪法条约两年之后,欧盟领导人在2007年6月21日至22日召开的峰会上确定了起草一个修改现行诸条约的“改革条约”(Reform Treaty)的计划,以代替《欧洲宪法条约》。2007年10月18日在里斯本召开的非正式欧盟理事会会议上,欧盟各成员国国家或政府领导人就“改革条约”的文本达成一致,该条约因此被称为《里斯本条约》。《里斯本条约》全称是《修订欧洲联盟条约和欧洲共同体条约的里斯本条约》(Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community)。2007年12月13日各国领导人在布鲁塞尔签署该条约,随着2009年11月4日捷克总统签署了该条约,它获得了27个成员国的批准,并于当年12月1日正式生效。与《欧洲宪法条约》相比,《里斯本条约》保留了关于机构改革的主要内容,如设立欧洲理事会常设主席、精简委员会人数、重新界定特定多数表决制、关于成员国退出联盟的条款以及赋予欧盟完全的法律人格等。但是,《里斯本条约》与《欧洲宪法条约》在很多方面有重大和明显的区别,比如,在条约形式上,宪法条约是以一部新条约代替欧盟现有的所有基础条约,而《里斯本条约》则又回到了原来欧盟传统的对基础条约进行修订的方式上去,对两部基础条约,即《欧洲联盟条约》和《欧洲共同体条约》予以保留,并将后者更名为《欧洲联盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union)。

〔4〕 即“专属权能”、“共享权能”、“政策协调权能”以及“补充性权能”。

〔5〕 欧盟历年的立法可见欧盟权威发布“Directory of European Union legislation in force”,2015年最新版本可见:<http://eur-lex.europa.eu/browse/directories/legislation.html>,最后访问日期:2015年8月17日。

〔6〕 黄正柏:《欧洲一体化进程中的国家主权问题研究》,湖北人民出版社2011年版,页471。

欧盟权能的扩张并不是一帆风顺的,其间伴随着“空椅危机”、〔7〕“欧洲僵化症”〔8〕以及“欧盟宪法危机”〔9〕等各种斗争、困难与挫折,究其原因又恰在于欧盟扩张过快,同时欧盟权能的扩张速度也过于迅猛。“权能蔓延”始终是欧盟发展进程中共同体与成员国之间最重要的矛盾和关注焦点,更是导致共同体与成员国之间紧张关系的重要原因。超国家机制与民族国家主权之间存在一种内生的矛盾,但同时又都存在缺陷,一体化是对传统民族国家主权的一种超越,但这种超越在多大程度上能够被接受,还要进行反复博弈与权衡。从某种意义上说,辅助性原则就是这种博弈的结果。辅助性原则的确立最终能够形成比较稳定的制度安排,把一定领域、一定程度、必要的超国家一体化与总体上、政治上保持成员国主权和多样性结合起来,最大可能地使共同体的集体利益与各国主权以及特殊利益相统一,使国家主权在被超国家机制超越的同时得到某种形式的补偿和实现。因此,对于辅助性原则的研究有助于在欧盟与成员国之间的关系、超国家机构与民族国家主权之间的矛盾冲突,以及欧洲一体化的发展等问题上,找到理论依据和解决方案。

一、欧盟法中的辅助性原则及其两面性概述

(一)辅助性原则

辅助性原则(the principle of subsidiarity)是欧盟法中与权能划分问题联系最紧密的宪法性基本原则。在《里斯本条约》之前,其主要体现在经《马斯特里赫特条约》修改后的《欧共同体条约》第5条中。《里斯本条约》之后,辅助性原则被包含在《欧洲联盟条约》的第5条第3款中。其具体表述为“在其非专属权能领域,欧盟应依据辅助性原则的要求,只有在对于拟定中的行

〔7〕《欧洲经济共同体条约》将欧洲共同体共同市场的建立确定为三个阶段。在很多情况下,它允许理事会在前两个阶段采取全体一致同意的投票表决机制,而在第三个阶段采取特定多数表决机制。第三个阶段开始于1966年1月1日,但时任法国总统戴高乐并不准备接受这样的表决机制,认为这将损害法国的独立性。1965年6月30日,在轮值主席国法国的支持下,欧共体理事会布鲁塞尔召开会议讨论这项建议,但未能达成一致,随后戴高乐召回了法国在共同体常设代表委员会的代表,全面实施缺席抵制政策,在以后7个月的时间里,法国代表没有参加任何欧共体会议,从而引发了持续半年之久的“空椅危机”。该危机最后因1966年1月法国最终同意与其他成员国在卢森堡召开会议,并最终签署《卢森堡协议》而化解。

〔8〕20世纪70年代,欧洲一体化进程陷入了困境,欧共体被认为患上了“欧洲僵化症”,在很长一段时间内陷入僵局,欧洲经济在寻求摆脱70年代石油冲击后出现的低增长时期的出路方面也遇到了很大的困难。直至80年代中后期,以《单一欧洲法令》的通过为标志,欧洲一体化才重新步入了快速发展的轨道。

〔9〕2001年12月的莱肯欧洲理事会会议决定成立由各方代表组成的欧洲未来制宪会议(the Convention on the Future of Europe),为欧盟未来起草新的基本法律文件。2003年7月18日制宪会议向欧洲理事会提交了《欧洲宪法条约草案》,2004年10月29日25个成员国和三个候选成员国正式签署了该宪法条约,2005年1月12日欧洲议会通过该法案。但是,在随后按照该法案第IV-447条规定由各成员国依照本国宪法要求进行批准时却遭遇了困难。在2005年5月29日和同年6月1日举行的法国和荷兰的公民投票中,两国相继否决了该条约的通过,一直到2007年6月23日欧盟领导人才达成一致同意,决定以一项更为温和的改革条约,即《里斯本条约》来解决这一问题,使得这次历时两年多的“宪法危机”才得以缓和。

动目标,成员国无论是在中央层面还是在地方和区域层面都不能充分予以实现,而出于拟议中行动的规模和效果的原因,欧盟能更好地完成时,才由本联盟采取行动”。与里斯本之前的条约比较,新条约在上述表达之后增加了如下规定,即“联盟机构应依据《关于适用辅助性原则和比例性原则议定书》适用辅助性原则。各成员国议会应确保按照该议定书中确立的程序遵守辅助性原则的要求”。

“Subsidiarity”一词来源于拉丁文的“Subsidium”,该词语在英文中的解释为“to help”,^[10]意为“帮助、协助、援助”。在一些中文的文章中,该词被译为“辅助原则”、^[11]“从属原则”、^[12]“从属性原则”、^[13]“附属原则”、^[14]“辅从原则”、^[15]“辅从性原则”,^[16]甚至是“基层化原则”。^[17]有的学者干脆放弃字面解释,直接引用英国担任欧盟理事会轮值主席时所使用的“最低程度干涉原则”。^[18]

1995年出版的《朗文现代英语辞典》将“subsidiarity”的含义解释为“一种政策,它规定应当把更多的权力,例如作出决定,给予较小的人民群众,特别用于欧盟对其成员国授权的情况”。同年出版的《剑桥国际英语辞典》中的解释与此相似,也举欧盟为例。1981年出版的德国六卷本《杜登德语大辞典》对相应的词“Subsidiarität”的释文是“社会政策原则,据此原则,上层社会单位(特别是国家)只应当在下层单位(特别是家庭)没有能力履行某项任务时才自己承揽该项任务”。1997年出版的一卷本《杜登德语大辞典》及其1997年最新版都沿用了这一解释。《英华大词典》和《英汉大词典》以及其他一些比较常用的工具书中都没有收录该词。但《英汉辞海》收录了该词,其解释为“辅助性,附属性”,并作了一个详细的解释为“附属学说。一种社会学的理论,它认为:附属机构或地方机构行之有效的职能,应该归该机构所有,而不应归中央机关所掌握”。1997年德国出版的《瓦利希德语辞典》中将这一词解释为“反对国家的中央集权和集体主义的观点”。^[19]

殷叙彝先生在讲到这一词的译法时,主张虽然该词意思复杂而且难译,但用“辅助性”来表

[10] 朱卫国:“辅助原则解释”,载朱卫国主编《群星照耀欧洲:中欧法律和司法合作项目学术论文精选》,法律出版社2002年版,页565。

[11] 冯兴元等:《立宪的意涵:欧洲宪法研究》,北京大学出版社2005年版,页78。另见上注。

[12] 曾令良:“论欧洲联盟法中的从属原则”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》1999年第2期。

[13] 曾令良:《欧洲联盟法总论——以〈欧洲宪法条约〉为新视角》,武汉大学出版社2007年版,页52。

[14] (英)弗兰西斯·斯奈德:《欧洲联盟法概论》,宋英编译,北京大学出版社1996年版,页75。

[15] 王维达:《欧洲联盟法》,格致出版社、上海人民出版社2009年版,页38;另见张智勇:《欧盟货币金融法律制度研究》,法律出版社2006年版,页41。

[16] (法)奥利维·法弗里:《直通欧洲——欧盟官方术语汇编》,谢军瑞译,上海外语教育出版社2008年版,页222。

[17] 张要杰:“德国农村公共物品供给的经验研究——基于地方治理理论的视角”,《农业经济》2009年第6期。

[18] A. G. Toth, “The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty”, 29 *Common Market Law Review* 1105(1992).

[19] 殷叙彝:“关于‘subsidiarity’一词的译法”,《马克思主义与现实》1999年第3期。

述还是相对确切的,主要原因在于:一方面,这里涉及的是上级机构(或较大单位)对下级机构(或较小单位)收权或放权的问题,是指上级机构只能在必要时才提供帮助,因此显然不能说谁是谁的“附属”。而另一方面,即使从下级单位来考虑,这个词所强调的也是它们本身的自主性或自助性,而不是它们作为下级单位的“附属性”。〔20〕

具体到欧盟而言,欧盟多层治理的结构特征在于多中心而非层级性。这是指在多层治理所涉及的三个层次,即超国家层次(supranational level)、国家层次(national level)和次国家层次(sub-national level)上,〔21〕治理主体的地位完全平等而不互相隶属,共同分享公共权力,每一个层次的参与者在自己的权限内都享有独立的决策权,并且处于同一层级的成员政治地位平等。“无论是欧盟委员会还是成员国及其地区层次的参与者都没有控制整个立法过程。它们显然是治理体系的主要行为体。但重要的是在多层治理过程中没有一个单一而集中的权力中心,治理的三方都参与并影响决策但都不能控制整个过程”。〔22〕

因此,本文认为对于欧盟法中“the principle of subsidiarity”一语比较贴切的译法应该是“辅助性原则”。其基本的含义可以表述为:它是欧盟框架内处理权能配置的一项基本原则和政策,即当欧盟与成员国、地方政府以及地区政府在共享权力范围内需要对某一事项做出决策时,应由与该事项联系最为密切的、受该事项影响最大的行为体做出;只有在该行为体没有能力做出决策或没有能力做出较好决策的时候,才由更高一级的行为体来做决策。

(二)辅助性原则的两面性

1. 联邦主义与共同体主义的共同选择

1987年7月1日正式生效的《单一欧洲法令》为欧共体设定了在1992年底之前建成共同体内部大市场的目标,并将“经济与货币联盟”的目标纳入条约,同时在某种意义上开启了欧共体政治一体化的大门。尤其是该文件中有关理事会表决机制的修订,提升了共同体的决策和行动能力,甚至被认为是“成员国在规定的领域内逐步从法律上让渡国家主权的一个里程碑”。〔23〕正是由于这种较大步伐的改革,在随后为实现这些既定目标而进行的《马斯特里赫特条约》谈判中,

〔20〕 同上注。

〔21〕 欧盟多层治理的“层”并不意味着行政等级制中的层级,而指“多元”、“多中心”,以此表明参与治理的主体的多样性。自凯利·马科斯使用“Multi-level Governance(多层治理)”描述欧盟治理特征之后,其后学者们为了学术研究概念的统一,就沿用这一概念,但其本质内涵是多中心,“多层”的表述不太准确。如果从行政层级结构看,次国家行为体不但包括成员国不同行政层级的参与者——地区层次(regional level)和地方层次(local level)的代表,还包括活动于欧盟层面的利益集团。雷建峰:《欧盟多层治理与政策》,世界知识出版社2010年版,页39。

〔22〕 Nick Bernard, *Multi-level Governance in the European Union*, The Hague — London — New York, Kluwer Law International, 2002, p. 9.

〔23〕 Michael Burgess, *Federalism and European Union: the Building of Europe 1945 — 2000*, Routledge, 2000, p. 169.

以时任欧盟委员会主席的雅克·德洛尔(Jacques Delors)为主要推动者的“联邦主义”^[24]思想与以时任英国首相的玛格丽特·撒切尔夫人(Margaret Hilda Thatcher)为坚定维护者的“政府间主义”^[25]思想展开了激烈论战。作为针锋相对两种思想,他们的出发点和所关注的利益完全不同。但是,无论是德洛尔先生,还是撒切尔夫人,这对一直以来的老对手却发现他们居然对于一项议题都持支持态度,都希望将这项议题作为欧盟的一项宪法性原则写入基础条约之中。不过,尽管联邦主义与政府间主义在这个问题上取得了非常令人惊喜的一致,但是它们背后的

[24] “联邦主义”一词在不同的经验环境下有着不同的意义。在印度和英国国内,它意味着不统一和分裂,而在德国和美国,其意义却完全相反。在各种超国家理论流派中,联邦主义源于圣·皮埃尔(1658—1743)在其长文《永恒和平方案》中提出的以联邦求和平的观念,其后康德在1875年发表的《永恒和平论——一个哲学方案》中提出了更为具体的建议。对于联邦主义而言,一体化的最终结果是建立一个新的“联邦制国家”。联邦制是指“以前分离的、完全不同的或独立的实体结合起来形成一个新的整体——联邦,在联邦里,各个实体上交了部分自治权,又保留了一定的权力、功能和能力。保留的这部分权力、功能和能力对于维护和促进其自身的文化、利益、身份和自我认同感有着根本性的重要意义”。作为“欧洲之父”的让·莫内(Jean Monnet)在其构想欧洲共同体时就坚信,从经济上采取那些细小具体的步骤,将会逐步导致建设一个联邦制的欧洲。与莫内一起以及在莫内之后积极推动联邦主义一体化的主要是联邦德国战后首任总理康拉德·阿登纳(Konrad Adenauer, 1876—1967)和法国总统吉斯卡尔·德斯坦(Giscard d'Estaing, 1926—)。阿登纳认为“建立欧洲联邦是拯救欧洲生存、传统和影响的唯一途径”,和莫内相比,他更进一步地主张如果欧洲联合不向着建立联邦制的“欧洲合众国”方向努力,仅仅是停留在关税同盟和内部大市场以及“主权国家同盟”这个层面上,那么欧洲一体化的努力在一定程度上而言是无法取得令人满意的成果的。所以,除了经济层面的一体化,阿登纳也积极地推动在政治层面的一体化。德斯坦从20世纪60年代就加入了“欧罗巴合众国”的“欧洲派”阵营,是法国著名的“欧洲派”政治家。在1974年至1981年担任法国总统的任期内,他与德国总理赫尔穆特·施密特(Helmut Heinrich Waldemar Schmidt, 1918—2015)一起使法国和德国联合成为欧盟建设的“轴心”和欧洲一体化的“发动机”。他们一起推动建立欧洲共同货币,1979年欧洲货币体系(EMS)宣告诞生,他们为欧洲统一货币欧元的诞生开创了具有奠基意义的一步。德斯坦是“超国家”主义的坚定支持者。他认为,没有欧洲联盟,欧洲大陆永远不能实现和平,因此,他也主张不仅仅应在经济领域中进行一体化,更重要的是在政治外交等领域展开一体化建设。德斯坦曾大胆预言“欧洲将在50年内成为一个联邦国家,具有统一的联邦政府和由欧洲选民选举出来的联邦总统”。以上参见(法)让·莫内:《欧洲之父——莫内回忆录》,孙惠双译,国际文化出版公司1989年版;韩慧莉:《欧洲一体化思想研究》,吉林人民出版社2005年版;(德)康拉德·阿登纳:《阿登纳回忆录》,上海人民出版社1973年版等文献。

[25] 政府间主义又分为传统现实政府间主义与自由政府间主义,但其主要观点是认为各成员国政府应操纵一体化的进程,他们追求国家和国内层次的多种利益,从事政府间硬性议价。政府间理论在分析欧洲一体化时把成员国政府作为首要的行为体,强调政府的优先选择和政府间谈判的作用,它遵循的是一种现实主义的“国家中心论”思想,明确坚持以主权国家利益作为考量对象,一体化只有在符合参与这一过程的主权国家利益的情况下才能得以推动和发展,各成员国政府应对欧洲一体化发展的深度和广度具有决定性的控制能力,在那些触及主权国家核心利益的领域中,比如国家安全等问题,应有绝对的否决权。欧洲一体化早期的各成员国领导人中,法国总统戴高乐(Charles de Gaulles, 1890—1970)是为数不多的坚持政府间主义、反对超国家机制的领导人。戴高乐在欧洲一体化进程中始终坚持政府间主义,认为在共同体中发挥作用的应该是各成员国政府,而非超国家机构,尽管他并不反对1957年的《罗马条约》,但是他拒绝以联邦制组建欧洲共同体的设想。他反对条约中任何超国家权力,主张建设主权国家的欧洲。戴高乐的这种政府间主义主张最终演变成成为1965年的“空椅危机”,以一种不合作的态度迫使其他成员国接受其观点。戴高乐的这些主张和做法对于欧洲一体化进程产生了非常大的影响。以上参见(英)安特耶·维纳、(德)托马斯·迪兹:《欧洲一体化理论》,朱力群等译,世界知识出版社2009年版;韩慧莉:《欧洲一体化思想研究》,吉林人民出版社2005年版等文献。

理论依据却大相径庭。德洛尔先生并没有放弃他所支持的一体化观点,而铁娘子也认为她捍卫了英国的主权并给予“联邦主义”有力回应。在这个议题上,他们都认为自己是胜利者和赢家。这一联邦主义与政府间主义依据不同的理论所共同支持的议题就是“辅助性原则”。从这个时候起,辅助性原则就已经显露了其两面性的特征。

2. 辅助性原则的两面性

在评价和判断一个原则的时候,选择什么视角和立场是非常关键的。欧盟与成员国之间尽管可能在大的目标上能够保持一致,但依然存在着严重的利益分歧和博弈。如果从欧盟的角度看待辅助性原则,那么可以将其两面性的作用分为消极性和积极性两种。欧盟的目标在于不断推进一体化的深入和发展,因此,凡是有碍于此目标的作用力都可视为是消极的,而有益于此的作用力都被认为是积极的。联邦主义和政府间主义在对待布鲁塞尔的权力以及共同体与各成员国之间的权能配置问题上针锋相对的,但他们都希望推动辅助性原则成为欧盟一项宪法性原则。深究其理论基础,则可以发现德洛尔先生和撒切尔夫人这两位政治家所却坚持的正是对于辅助性原则的两种根本不同的解读。撒切尔夫人从一种纯粹的消极角度解读辅助性原则,认为它就意味着布鲁塞尔的最少干预。而德洛尔却相反,他强调的正是辅助性原则的积极性方面,将辅助性原则解读为只要成员国不能完成既定目标,那么欧盟有责任或者义务予以介入。^{〔26〕}“不同成员国和机构行为者都抓住辅助性原则的不同含义来衡量欧盟的发展是否反应了他们的福利或者是否服务了他们的利益”。^{〔27〕}

之所以会产生这样的分歧,实际上与辅助性原则在表达上的模糊、理论上的分歧以及实践中各种制度安排的相互折冲有非常大的关系。

二、表达的模糊与理论的分歧

(一) 辅助性原则语义表达上的模糊性

辅助性原则并非是欧盟的一种独特表达。最早使用“subsidiarity”一词,并将其用于社会福利事业的是罗马教皇列奥十三世(Pope Leon XIII)。他在1891年题为《新事物——关于工人问题》^{〔28〕}的一篇通谕^{〔29〕}中首次使用了这一词语。这一原则与“互助”原则是天主教关于社

〔26〕 Jacques Delors, “Principle of Subsidiarity, Contribution to the Debate”, in Subsidiarity: The Challenge of Change, edited by J.e.a. Delors, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1991, p. 9.

〔27〕 Andrew Scott, John Peterson, and David Millar, “Subsidiarity: A ‘Europe of the Region’ v. the British Constitution?”, 32 *Journal of Common Market Studies* 47—67(1994).

〔28〕 Pope Leon XIII, “Rerum Novarum, Once Grandes Mensajes”, BAC, 1991, p. 13.转引自 Antonio Estella, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, Oxford University Press, 2002, p. 78.

〔29〕 教皇通谕是罗马教皇就基督教义、纪律、道德和重要现实问题向全世界的天主教会、神职人员和世俗教徒(自20世纪60年代以来还包括“一切怀有善良意愿的人们”)颁发的通告,一般用拉丁文写作,有时有说明内容的标题,但在引用和转载时通常以拉丁文本的头两个词为标题。参见殷叙彝:“从对立到接近——罗马教皇与民主社会主义”,《当代世界与社会主义》1994年第1期。

会问题教义的两项基本原则,并由此形成了“自助——邻里互助——他人帮助”的次序。这里的着眼点已不仅是分权,而是要发挥个人和社会基层在解决生活困难方面的主动性,使福利工作不致变成单纯的慈善事业,因此是有其可取之处的。^[30]《新事物》一文中所表现出来的这些思想随后被其他各项通谕继承,从不同角度阐述了辅助性原则问题。而对这一原则所做的最好阐释则被认为体现在罗马教皇庇护十一世(Pope Pius XI)1931年为了纪念《新事物》发表四十周年而发布的题为《关于社会秩序重建的通谕》^[31]中。在这篇通谕中他将辅助性原则描述为一种超越国家机构组织之上的限制原则,认为辅助性原则是通过规范社会与公民之间的关系、作为市民社会的代理,并通过规范前者与国家机构之间的关系来掌管社会组织。^[32]通谕中说:

“一个国家中的最高权威不应该被那些琐碎的事务分散精力,而是应该将这些事务留给那些更低层级的组织体系。它将更自由、更果断、更有效率地履行其职责,将其自身限制在通过它自己的力量就可以实现的范围内——按照情势的要求为其提供一种方向感,保持谨慎,给予鼓励,并施加一定约束。那些高高在上的人应该牢记,这个国家的幸福与繁荣根植于不同社会层级、社会机构之间的关系,而这本身取决于对辅助性原则的遵守”。^[33]

教皇庇护十一世通谕中对辅助性原则的解释是希望强调高层次行为体或者中央机构的如下行为准则:第一,其作用是辅助性的,要尽量少的干预低层次行为体或地方机构;第二,应为小的或者低层次社会行为体提供服务;第三,应该尊重这些低层次行为体或地方机构的自治。具体到欧盟而言,按照多层次治理理论,^[34]联盟作为一个整体,它应该对其内部所有不同层面的行为体负责,善意履行其职责,代表那些成员国政府、地方机构、地区、自治市,甚至是个人为其授权范围内的利益,履行其辅助性功能。

这样的一种阐述与欧盟条约中的表述刚好可以形成印证,即强调尊重和保护低层次社会行为体的利益,但是立场却站在国家和超国家的共同体一边。这样就形成了权力的来源与权力的行使之间的矛盾,也就是权力应该来源于个体或者低层次行为体,而决定如何行使权力的主体却是国家或者共同体机构。辅助性原则在文本表达上的模糊性给其两面性作用提供了很

[30] 殷叙彝:“关于‘subsidiarity’一词的译法”,《马克思主义与现实》1999年第3期。

[31] Encyclical on Reconstruction of the Social Order,该通谕又名《四十周年》(“论社会制度及按照福音书救治计划对它的重建和完善化——纪念《新事物》四十周年”)。参见殷叙彝,见前注[29]。

[32] Theodore Konstadinides, *Division of Powers in European Union Law: The Delimitation of Internal Competence between the EU and the Member States*, The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2009, p. 122.

[33] Pius XI, “Quadragesimo Anno, Encyclical of Pope Pius XI on Reconstruction of the Social Order”, Acta Apostolicae Sedis 23 (1931): 177, para. 80.转引自 Theodore Konstadinides, *Supra* note 32, p. 122.

[34] 1992年,凯利·马科斯(Gary Marks)在分析欧盟结构政策中地方政府日益增加的作用与影响时首先使用了“多层治理”这一概念。在马科斯的理论中,这些行为体不仅包括欧盟,还有各国政府、次国家政府(地区和地方层面的),另外还包括一些非国家行为体:非政府组织和活跃于欧盟成员国国内和欧盟跨国行为的市民社会。马科斯等人将多层治理视做一种欧盟研究的新理论框架。这种新范式是传统欧盟研究分析范式的模式——政府间主义和新功能主义的替代模式。

大的解释空间。首先,辅助性原则虽然明确表示出当欧盟与成员国、地方政府以及地区政府在共享权力范围内需要对某一事项做出决策时,应当由与该事项联系最为密切的、受该事项影响最大的行为体做出这种意思表示,但是却并没有禁止高层次行为体的行为能力,而是提出在该行为体没有能力做出决策或者没有能力做出较好决策的时候,应由更高一级的行为体来做出决策。其次,在对于如何认定低层次行为体没有能力做出决策或者没有能力做出较好决策的决定权上,该原则并没有给予明确的表达,而是留给具体的制度层面和程序安排,这使问题又回到了应该由谁来决策的原点。如果对这一问题不能给出答案,那么前面所说的对于成员国、次国家行为体以及公民的保护就成了镜中之花、水中之月,看起来很美,却毫无价值。因此,辅助性原则在运行过程中的一个根本性问题还在于谁有权力来决策,即辅助性原则首先需要解决的问题就是决策权在不同的层级或者中心之间的配置问题,而这一问题就与本文在后面对于欧盟整体框架制度进行的讨论密不可分。

(二)辅助性原则的理论分歧

尽管对辅助性原则的历史源流进行研究的文章并不多,但是学者们的观点却分歧较大。一些学者认为这一原则起源于欧洲政治学,首先是由托马斯·阿奎那(Saint Thomas Aquinas)在界定罗马天主教与国家之间关系时提出,随后被罗马天主教引用了几个时代,是现代联邦制国家依法治国的一项基本法律原则。^[35]有的学者认为辅助性原则建立在个人、国家与社会三分的基础上,其理论渊源可追溯至亚里士多德在《政治学》中关于个人与国家关系的论述。^[36]Wilke和Wallace两位学者对辅助性原则的历史溯源作了比较详细的研究,他们在古希腊哲学(特别是亚里士多德的《政治学》)、圣·托马斯·阿奎那的著作、德国17世纪的社团主义者(corporatist)以及天主教会“社会学说”(social doctrine)之间建立起一种联系以说明辅助性原则的起源。^[37]还有一些思想也对这一概念的形成产生了重要影响,如约翰·斯图尔特·密尔(John Stuart Mill)的自由主义(liberalism),以及以乌兹(Utz)为主要领军人物的人格主义运动(personalist movement)。^[38]

欧盟政策制定过程目前已经逐渐形成了一种独特的政治现象,即超国家行为体、成员国政府和地区、地方等次国家行为体共同参与欧盟政策制定不同阶段的活动。现阶段,欧盟在很多政策领域中的政策制定已经不再是超国家机构和成员国政府所垄断的二元政策制定模式,次国家行为体的政治参与已成为欧盟政治不可或缺的因素,政策制定中的权力分配已体现出多元性,社会学学者们将此政治现象称之为多层治理、多元治理或者多中心治理。辅助性原则正是要解决在多元主体的情况下权能如何实现最佳配置的问题。如果以这个视角为出发点,就必须考察有关国家与社会、国家与公民之间关系的政治哲学理论。

[35] 曾令良,见前注[13],页52。

[36] 龚虹波:“欧洲宪法的原则及其意蕴”,载冯兴元等:《立宪的意涵:欧洲宪法研究》,北京大学出版社2005年版,页58。

[37] Wilke and Wallace, *Subsidiarity: Approaches to Power Sharing in the EC*, RIIA Discussion Paper No. 27, Royal Institute of International Affairs, 1990.

[38] Antonio Estella, *Supra* note 28, p. 76.

纵观西方政治思想史,辅助性原则所内生的这种政治与理性、政治与伦理、公民与共同体、平等与差异性,以及自由与强制等内涵一直以来都是人类社会反复思考与争论的基本问题。基于不同时代、不同立场,其最终表现出来的是不同结论,有的倾向于由高层次行为体集权,而有的则坚决保护低层次行为体以及个人的权利。不同价值取向正如一个硬币的两面,展示了辅助性原则的两面性法理学基础。^[39]

1. 社会有机体论

“社会有机体论”最早可以追溯到古希腊的柏拉图和亚里士多德,在他们所构想的理想城邦中,公民根本就不可能拥有外在于和独立于城邦利益的个人利益,每个公民都只是城邦的成员而非独立的个体;其后,让·布丹(Jean Bodin, 1530—1596)在阐述国家主权理论的同时,强调主权是国家的标志,同时也是国家的灵魂,而主权是在公民和臣民之上“不受任何人类制定的法律限制的权力”;^[40]霍布斯(Thomas Hobbes, 1588—1679)更是因为主张国家的绝对统治而得到了专制主义者的称号;这一价值取向到了黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770—1831)时代更突出地表现为个人与社会、民族与国家的关系问题。黑格尔把理念、历史和国家编织为一个整体,一切道德的和政治的问题都必须围绕国家进行解决,他明确拒绝近代自由主义对个人权利的抽象理解,强调国家和历史对个人自由而言的先在价值,形成了他的国家理论。受黑格尔影响的英国思想家格林(Thomas Hill Green, 1836—1882)也试图通过重塑现代国家的制度与职能以达成在个人、社会与国家之间的和谐。近现代的思想家中,罗尔斯(John Rawls, 1921—2002)正义论的基本论点是在多元社会的前提下,正义原则是具有不同利益、观念与追求的人们协调共存的基本前提,因而国家有必要在社会公正领域进行强制干预。

2. 方法论个人主义

与前面那种认为国家相对于个人而言具有某种先在价值的“社会有机体论”相对,“方法论个人主义”更强调个人权利先。这一思想开篇于罗马法及其所包含的政治与法律思想,特别是经西赛罗(Cicero, 公元前106年—前43年)等人系统阐发的自然法观念。托马斯·阿奎那的自然法理论预示着西方政治思想史上的一次重大转折,他更多地把自然法理解为一种对国家的要求。古希腊那种共同体式民主观念中强烈的义务色彩被极大地削弱了,自然权利的轮廓明显地突现出来。罗马法与古希腊法律制度最大的不同就在于它开始对公民的权利提供明确的保障,而这种保障的出发点则是在概念上对国家与个人的严格区分,使它们各自具有特定的权利与义务。尽管国家是社会性存在的一种必需的、自然的框架,但个人才是罗马法律思想的核心。这种思想逐步发展为近现代西方政治思想的主流——自由主义。与古典政治哲学相比,自由主义者们把自由视为某种人们生而具备的自然权利,国家则是人们为了有效维护和行

[39] 下文中有西方政治思想的各种观点可参见唐士其:《西方政治思想史》(修订版),北京大学出版社2008年版等文献。

[40] Jean Bodin, *Les six Livres de la Republique*, Payare: Librairie artheme payard, 1986, Vol. I, p. 28. 转引自唐士其,同上注,页187。

使这种权利通过社会契约进行的一种人为创造。因此,在自由主义者看来,拥有某些确定权利的个人是第一位的、本源性的实体,是目的;而国家则只是第二位的、派生的统治机构,是手段。自由主义的这种观念,使西方政治思想中国家与个人的关系发生一种根本性的逆转。潘恩(Thomas Paine, 1737—1809)更是把国家与社会完全对立起来,他的这种相信社会而怀疑国家的思想是自由主义的一个基本特征,而他关于国家是“必不可少的恶”的主张也构成了自由主义要求限制国家权力和实行“小政府”的主要根据。否认国家权力的至上性也就要求对国家权力必须有所限制,要求明确划定国家行为绝对不能逾越的边界,这就是所谓“有限政府”(limited government)理论。以潘恩为代表的强调社会的“善”和国家的“恶”的理论倾向于要求尽可能对国家权力加以限制,而以哈林顿(James Harrington, 1611—1677)和孟德斯鸠(Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, 1689—1755)为代表的、强调社会对政府的制约作用的理论则把人们的注意力转向了国家如何创造并维持自身社会基础的问题。^[41] 现代西方政治思想中自由主义的强势回归以1974年奥地利经济学家和政治思想家哈耶克(Friedrich von Hayek, 1889—1992)获得诺贝尔经济学奖为标志,它预示着从第二次世界大战以后具有明显民主社会主义特征的福利国家建设转向强调“小政府、大社会”的新保守主义政治经济模式以及后来的新自由主义模式。英国哲学家、政治理论家伯林(Isaiah Berlin, 1909—1997)将自由划分为“积极的自由”与“消极的自由”,认为消极自由是个人“必须拥有”的领域,其强调“消极自由”的意义正是由于“积极自由”已经对这样一种“必须拥有”的领域构成了强大威胁。在政治社会中,由于组织、机构与国家对个人的强制普遍存在,且这种强制可能以积极自由的名义行使,加之无论是共同管理(民主)还是自我管理(自治)都不可能脱离与其他人的关系,所以为个人保留一种完全个体性的、私人性的、不受任何外部力量干预的领域,才能为国家 and 集体对个人的控制设定一道界线,才能保证任何人在强制面前都拥有某种进行自卫的武器,也才能使人们有机会自由地追求其他的价值。而诺齐克(Robert Nozick, 1938—2002)试图证明,任何一种社会性的正义原则,特别是涉及对财富的再分配,在本质上都是不正义的,他强调在国家的社会职能问题上,必须认真对待无政府主义观念,即国家必然“侵犯个人权利,因而从本质上说是不道德的”。诺齐克理解的国家只能拥有甚至比洛克(John Locke, 1632—1704)“守夜人的国家”更少的社会职能。诺齐克对国家产生的理论模拟有一个基本意图,即证明任何超出公共安全之外的国家权力与国家职能,或者说任何比最小限度的国家更大的国家,都不具备道德上的正当性,也不能得到理论上的证明。

3. 功利主义

与以上这样具有明显价值取向的思想不同,功利主义并不在各种冲突的利益主体中表现出明确的取舍,而是提出“效用”(utility)的理念,休谟(David Hume, 1711—1776)认为只要有一个政府存在,人们就应该满足,没有必要对它是怎样建立的纠缠不休。他举例说明为了彼此

[41] 孟德斯鸠的情况比较特殊,他一方面注意到了社会对国家的制约作用,但与此同时又加入了前一类思想家的行列,强调对国家行为施以人为限制(制度性约束)的必要性,并且为此提出了一套非常完整的理论而成为他们之中最具代表性的人物。

的利益,两个狭路相逢的人显然需要某种能够共同接受的规则,这个规则的内容本身并不重要,最关键的问题是必须有一项规则。而功利主义的另一位思想家边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832)认为功利从来就是政治的唯一目标,也是政府存在与活动的根据。

实际上,纵观西方政治思想史,围绕着辅助性原则所规范的主体与客体的范畴呈现出来的是不同的价值取向。因为辅助性原则本身在内涵及表述上都是模糊且留有余地的,从而更使其呈现出灵活性。在传统的民族国家时代,矛盾焦点在于国家与个人的关系,而将这种关系推演到欧盟,则是超国家共同体与成员国以及成员国公民之间的关系。辅助性原则在表达上更近似于功利主义,强调对于效果和规模的考察与评估,这种在规范与实践中所体现出来的中性价值取向使得欧盟法中的辅助性原则在理论上体现出两面性特征。因此,在有关辅助性原则的源流问题上,联邦主义和政府间主义都可以找到自己的依据。如果从一种狭义的角度认为辅助性原则是成员国用以限制共同体/欧盟权能蔓延的堤坝,则其理论源流就应当追溯到圣·托马斯·阿奎那的自然法理论。而如果从一种广义的角度认为辅助性原则规范的是一种有关超国家机构、国家、社会与个人等不同层次行为体之间的权能配置,且当不同层次行为体之间在该问题上发生冲突时,价值取向应有利于高层次行为,则可以追溯到古希腊的城邦政治。

三、辅助性原则在现实中的制度折冲

欧盟基础条约的每一次修订都充分体现了欧盟与成员国之间、不同成员国之间的利益博弈,各种制度设计就好比天平两边的砝码,其理想状态就是最终达成各方力量之间的平衡。

(一)辅助性原则的消极性制度设计——遏制欧盟过渡扩张

辅助性原则被引入《马斯特里赫特条约》的主要原因是希望用以遏制共同体当时的“联邦主义”倾向。^[42]在《里斯本条约》后加入强调各成员国议会权力的条款,更是希望借此提高成员国在欧盟立法过程中的作用。在制度的设计上,对联邦主义的遏制还体现在地区自治以及欧盟法院的司法审查权方面。

1. 越发觉醒的各成员国——各成员国国内议会作用的加强

欧盟的立法一直以来以理事会作为主导,而理事会由各成员国国家元首或政府首脑组成。理事会的这种地位事实上和欧盟自始以来在“超国家”和“政府间”模式之间徘徊是相符合的,但也是造成欧盟“民主赤字”的主要原因。尽管欧洲议会从1979年开始进行普选,其地位和作用在欧盟内部也逐渐提高,不过,因为欧盟的很多立法直接适用于成员国内,因此,这种越过具有悠久历史传统的国内议会立法的欧盟法越来越遭到各成员国的质疑和抵制。为了增加欧盟层面立法的“民主输入”,也为了提高立法的成功率,《里斯本条约》大大增强了各成员国国内议会的作用。

首先,附于《里斯本条约》之后的《关于各成员国国家议会在欧洲联盟中作用的议定书》

[42] P. Craig & G. de Burea, *EU Law: Text, Cases and Materials* (2nd edn), Oxford, 2011, p. 94.

(Protocol on the Role of National Parliaments in the Union)明确要求委员会的咨询文件、每年的立法计划,以及所有立法性法令草案^[43]都必须直接递送各国议会;^[44]给予各国议会八周时间审查相关立法性法令草案;^[45]并授权它们对于法案是否符合辅助性原则问题进行监督。^[46]而且,议定书给予各国议会更为广泛的获取信息的权利,^[47]并为欧盟事务议会委员会提供了参考,以促进信息交流及各国议会与欧洲议会之间对最佳方案进行交流。^[48]

其次,《关于适用辅助性原则和比例性原则议定书》更多地聚焦于《欧洲联盟条约》第5条有关适用程序方面的问题。它确立了“早期预警机制”审查程序,使得各国议会能够在八周的时间期限内提交一份“附理由的意见”(a reasoned opinion)以说明它们认为讨论中的立法性草案不符合辅助性原则要求的理由。Barrett认为,议定书第7条的规定构成了“由《里斯本条约》引入的有关各国议会作用的最重要改变”。^[49]

最后,《里斯本条约》要求对早期预警机制下提出的附理由意见进行统计和衡量。每个成员国拥有两票,一院制议会可以自己拥有这两票,其他的则在各院之间分享这两票。因此,每一份附理由的意见就可以作为一票或者两票反对议案。如果在总票数中有三分之一是反对意见,委员会就应撤销、修订该议案或在必须重新证明该议案合理的情况下维持该议案。在有关自由、安全和公正等领域,拒绝票的门槛则低至四分之一。早期预警机制的这一部分通常被称为是“黄牌程序”(yellow card procedure)。如果总票数中有超过一半的反对票,但是委员会欲维持该议案不变,那么如果欧洲议会或者理事会也认为该议案违反了辅助性原则,则他们可以在一读的过程中停止考虑该议案,即“红牌程序”(red card procedure)。^[50]

尽管在对于辅助性原则的研究上,许多人将这种早期预警机制视为一种粉饰手段而反感它,但是,考虑和实施早期预警机制至少有两个方面积极意义。一是仅仅审查立法性法案是否符合辅助性原则这样一种相对较窄的任务范围可能会有利于引起各成员国议会的兴趣而又不致于产生激烈的争论,它也有利于提高欧洲各国议员之间的认知,这可能会转化为对于欧盟立

[43] 这一概念在《关于各成员国国家议会在欧洲联盟中作用的议定书》第2条中有明确定义,它指的是由下列机构提出的、旨在通过一项立法性法令的提议、动议、请求或建议:委员会的提议、若干成员国的动议、欧洲议会的动议、欧洲法院的请求、欧洲中央银行的建议以及欧洲投资银行的请求。

[44] 《关于各成员国国家议会在欧洲联盟中作用的议定书》第1条和第2条。

[45] 《关于各成员国国家议会在欧洲联盟中作用的议定书》第4条。

[46] 但是,尚不明确的是建议时间框架是否从各国立法机关收到立法提案的所有欧盟官方语言草案时开始。

[47] 《关于各成员国国家议会在欧洲联盟中作用的议定书》第5条—第7条。

[48] 《关于各成员国国家议会在欧洲联盟中作用的议定书》第9条和第10条。

[49] G. Barrett, “‘The King is Dead, Long Live the King’: The Recasting by the Treaty of Lisbon of the Provisions of the Constitutional Treaty Concerning National Parliaments”, *European Law Review*, 66 (2008).

[50] 有的学者将此称为“橙牌程序”(orange card procedure),因为他们认为无论在任何一个阶段,该程序都不可能最终导致一个否决票,所以早期预警机制从来都不是一种“红牌”(red card)。见 Philipp Kiiver, “The Early—Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliament as a Conseil D’ETAT for Europe”, 36 *European Law Review* 98—108 (2011).

法性法案政治方面以及政府对于议会态度的高度重视。早期预警机制因此可以在不向各国议会让渡任何重要权力的前提下,成为各国议会行使权力的催化剂。^[51] 二是充分了解和肯定早期预警机制自身的价值,而不仅仅是其作为一种催化剂的价值也是非常有益的。实践中,一些议会或者议院在欧洲事务中表现非常活跃和积极主动,他们一直都在努力捍卫其在欧盟立法过程中的角色。对他们而言,早期预警机制能够为他们带来附加值,作为一种催化剂,但同时也是一种新的介入欧盟的方便途径和手段。

2. 权能路径的打通——欧盟各成员国内部的地区自治传统和倾向

欧盟目前的28个成员国中既有典型的联邦制国家,也有传统的单一制国家,从成员国内部的角度看,与国家决策权向欧盟超国家机构让渡相伴发生的是各成员国中央政府权力向地方和地区机构的下放。从20世纪80年代起,欧盟成员国内部的地区化主张以及要求中央政府下放权力的呼声日益高涨。经过多年的实际发展,中央政府向地区层面和地方层面下放权力最多的国家是希腊、葡萄牙、法国、意大利、西班牙和比利时。其中,法国和意大利通过部分的机构改革以加强次国家政府(sub-national government)的权力并建立了由公众选举的地区议会。西班牙从70年代开始,随着民主化进程的深入已经逐渐转变为准联邦制国家。比利时则从一个比较倾向于中央集权的国家转变为由地区政府主导的联邦制国家。即使像英国这样的单一制国家,也在工党上台之后,随着苏格兰和威尔士地方议会的建立而将地区化改革提上了日程。而德国、奥地利、芬兰、爱尔兰、荷兰和丹麦这些国家的次国家政府一直拥有较大权力。希腊在90年代开始设置地区一级政府,葡萄牙也开始给予地方政府更多自治权力。^[52] 辅助性原则用以规范不同层次政府之间的关系,其中任何一个机构都是由宪法或者法律构成,它们定义了政府的边界以及每一个层次的机构所具有的实质的和法律的权能,而且规定了它们在考量自己的选择时必须考虑的其所服务的目标 and 价值。对于辅助性原则更为“积极”的解读是强调不同层次治理主体之间的相互尊重和支持。地区和地方政府不仅可以通过他们的能力去制定和实施具有共同约束力的决定,也可以通过提供必要的资源,使区域政策得以成功。他们扮演了重要的协调员角色或者为所有地区行动的政策协调提供了重要的平台。

辅助性原则主要借助两种基本方式来规范不同治理层次之间的关系。^[53] 首先是作为一种“实质性原则”来决定哪些权能应该归属于中央、哪些权能应该留给次级政府机构。因此,辅助性原则作为一种配置各个层级政府专有权能的一项基本原则起作用。其次是作为一种“程序性机制”来决定共享权能或者并存权能领域中哪一个层级更为适合采取相应行动。欧盟各项条约在这两方面都运用了辅助性原则,但是程序性方法更明显突出。辅助性原则并没有提供任何用以决定这些已拟定目标的指导原则,而是将这些留给成员国自己自由裁量,但成员国政府很少有将程序性功能细化的。事实上,对于地方和地区政府而言,一方面,它们在向欧盟

[51] Philipp Kiiver, "The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity", 15 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Issue 1(2008).

[52] Liesbet Hooghe and Gary Marks, *Multi-level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Publishers, 2001, pp. xi-xii. Robert Leonardi, *Cohesion Policy in the European Union: The Building of Europe*, Palgrave Macmillan, 2005, p. 36.

[53] Andrew Scott, etc., *Supra* note 27, pp. 47-67.

让渡权能的过程中失去了一些权力,而由国家中央行政机关和欧盟层面来负责主宰决策;另一方面,欧盟机构,例如委员会、欧洲议会以及地区委员会又扮演了决策过程中的其他介入点,使得地方可以独立追求其自身,甚至与其中央政府对抗的利益。这样一种结构使得权力的配置更为精细,各层面的联系更为紧密,互为唇齿。在那些地区或者地方自治程度较高的成员国内,地方政府也在向欧盟让渡权能的过程中丧失了他们的某些决策权力,而中央政府凭借欧盟法律介入到那些原本专属于地方权能的领域。例如文化和媒介等,这些领域依据各国国内宪法的保护,他们通过原来的手段是无法介入的。但同时,欧盟必须依靠地方和地区政府贯彻实施欧盟的法律和政策,这使得欧盟必须倚赖与它们的合作,使得它们不但有能力透过成员国中央政府而直接与欧盟层面产生交集和互动,而且使得它们有能力在欧盟的立法过程中直接提出明确的诉求,保护自身利益。作为成员国代表团的成员,地方代表获得机会参加到欧盟的各委员会,有时甚至是理事会中。从国内角度看,他们与中央政府合作形成本国谈判立场,并逐渐倚赖中央政府分担成本。^[54]

由此可见,藉由辅助性原则的指引,成员国的权能向上让渡给欧盟机构,向下让渡给地区或者地方政府层级,打通了权能配置的通道,使得权能分配给更适合做出决定的行为体,而不同层级行为体之间在权能的实施过程中又紧密配合,互为倚靠,形成更密切的联系。这也使得欧盟机构可以摆脱高高在上的形象和姿态,提高民主和透明的立法和执法过程。

3. 矛盾的代理人——欧盟法院^[55]的审查权

《关于各成员国国家议会在欧洲联盟中作用的议定书》授权欧盟法院可以依据《欧洲联盟运行条约》第263条的规定审查由成员国提起的各类侵犯辅助性原则的案件。议定书同时规定,各成员国政府可以代表本国议会提起此类诉讼。尽管有如此明确的规定,在司法审查的强度这一核心问题上,仍然很难达成共识。

研究欧洲法院作用的欧美学者大体可以划分为法律学和政治学两大流派。^[56] 他们的理论最终归结为一个争论不休的命题,即欧洲法院奉行的究竟是司法能动主义,还是司法克制主义。我国学者目前大多数支持“司法能动主义”说,认为欧洲法院在很大程度上推动了欧洲一体化的纵深发展,在处理欧共体法与成员国国内法之间的关系、处理共同体与成员国之间权限分配、确立欧共体法普遍原则、消除各成员国之间贸易壁垒,以及对具体部门法的补充等方面

[54] Tanja A. Börzel, “Shifting or Sharing the Burden: The Europeanization of Environmental Policy in Spain and Germany”, 6 *European Planning Studies* 537—553(1998).

[55] 欧盟法院(the Court of Justice of the European Union)由欧洲法院(the Court of Justice)发展而来,欧洲法院是欧洲各共同体成立之初就设立的司法和仲裁机构。随着一体化的发展,欧洲法院的案件受理数量逐渐增多,为了缓解欧洲法院的压力,1989年成立了欧洲初审法院(The Court of First Instance)。《尼斯条约》规定可以建立附属于欧洲初审法院的专门法庭,欧盟公务员法庭(European Union Civil Service Tribunal)就是依据这一规定于2004年建立的第一个专门法庭。《里斯本条约》对于欧洲联盟法院的名称与管辖权进行了较大幅度的改革。现在,欧盟所有的法院统称为“欧盟法院”,包括欧洲法院(The Court of Justice),欧洲初审法院改称为综合法院(General Court),此外还设立专门法院(The Specialised Court),包括欧洲联盟公务员法庭等。

[56] 方国学:《欧洲一体化进程中欧洲法院的作用》,安徽人民出版社2006年版,页10。

都做出了非常大的贡献,充分肯定了欧洲法院的积极作用。^[57]但是,在对待辅助性原则这一问题上,欧盟法院始终采取了一种比较克制的态度。

典型的有关辅助性原则的案例应该是一个或多个成员国在理事会相关立法投票表决中被否定,因此它基于辅助性原则理由,提出废除这一措施的请求。从辅助性原则加入到《欧洲共同体条约》到《里斯本条约》之间的共同体发展过程中,欧洲法院已经做出了若干与该原则相关的裁决。^[58]但欧洲法院适用该原则作为审判依据对共同体措施予以撤销的案例至今没有出现,甚至缺乏以该原则为法律焦点的实际案例。谨慎(prudence)是用来总结法院对待辅助性原则立场的最好词汇,“谨慎”在这里指欧洲法院的克制。法院本来可以利用辅助性原则提供的机会来审查共同体立法机构是否误入歧途。然而,无论在程序性规定方面还是实质性规定方面,情况都并非如此。^[59]

相对于在其他问题上欧盟法院的能动主义态度,从某种程度上而言,这种克制的谨慎也使得辅助性原则得以被遵守和保护。首先,法院作为一种反多数机制(counter-majoritarian institution),^[60]它担负着对于可能居于领导地位的多数人做出的决定实施严格的司法审查的功能,旨在抗衡可能存在的多数人偏见。但是,欧洲法院作为反多数主义机构也要考虑其自身合法性问题,以及他们自己的发展规划。作为专业技术机构,其用来反多数主义的手段应具备如技术支持等具体性质,否则会为其带来合法性问题。进而,如 Kiewiet 和 McCubbins 所指出的,代理人们也很可能会违背委托人的利益而利用他们的自治来为自己谋利益。这就是所谓的“麦迪逊问题”(Madison problem)。^[61]至少部分上,麦迪逊问题在欧洲法院也有所显现。从立场上看,作为共同体的机构,欧洲法院更像是一体化的代理人,而非各成员国的代理人。而如果这样来看的话,那么是否就和成员国当初在基础条约中郑重成立这样一个机构的初衷相背离呢?欧洲法院有自己的规划,而这些规划又被一体化所影响和控制。虽然各成员国也欢迎一体化,但是从某种角度看,比起一体化,他们更希望保持民族国家的自治。因此,法院与各成员国的规划很可能是不完全一致,甚至可能是相背离的。法院的这种克制已经显示出对成员国和共同体利益博弈的冷静和尊重。其次,法院判决的法律一致性是其合法性的重要源泉。作为一个一般意义上的非民选的、反多数机构,其合法性及民众对其产出的可接受性都依靠其判决的技术质量。对于法院而言,技术性标准就意味着法律。欧盟法院清楚地知道其合法性是依其法律推理的质量而定的,因此,它在这方面进行了大量的努力去用一种法律格式来包装它的判决,即使是那些具有重大影响的宪法性决定。因此,法院在对待辅助性原则问题上所采取的谨慎态度就可以得到解释。首先,欧洲法院如果要适用辅助性原则,那么对于效果和规模的分析是非常复杂的;其次,这种拟议成本——效益分析法已经远远超出了法律分析范畴,虽然有一些法院的判决,如与比例性原则相关的判决确实从成本——效益分析方面得到

[57] 王千华:《论欧洲法院的司法能动性》,北京大学出版社2005年版。

[58] Grainne de Búrca, "The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor", 36 *Journal of Common Market Studies* 214(1998).

[59] Antonio Estella, *Supra* note 28, p. 156.

[60] Antonio Estella, *Supra* note 28, p. 137.

[61] Kiewiet and McCubbins, *The Logic of Delegation*, Chicago University Press, 1991, p. 126.

了证明,但基本都是基于假设模型;最后,法院的努力结果很可能证明共同体措施的合法性。由此可见,辅助性原则对欧洲法院而言有一定适用难度,即使是运用那些比较灵活的动态标准也要冒很大风险。相比之下,法院更愿意维护自身的合法性,而如果适用辅助性原则来废除那些具有法律约束力的措施,很可能导致来自各方面对于其自身合法性的质疑。

但是,尽管如此,欧盟法院对于辅助性原则司法审查的制度性存在本身就是一种良好的有利安排。一方面,作为一种宪法性制度保障,欧盟法院的司法审查为各成员国提供了司法救济的渠道;另一方面,法院目前的谨慎态度与一体化目标仍然与欧盟目前首要任务有紧密关系,而随着成员国的增加,欧盟权能也已经扩展至相对广泛的领域,达到相对平衡的状态,今后非常可能出现一体化目标让位于其他目标,比如民主化建设等。成员国希望通过司法途径获得帮助,而欧盟法院也会运用辅助性原则达到对理事会、委员会的监督作用,实现自身的更高价值,在欧盟层面实现司法权对立法权的制约和抗衡。

(二)辅助性原则积极性制度折冲——借由各种制度“暗渡陈仓”

在政府间主义看来,辅助性原则设立的目的是希望借由该原则约束欧盟以及欧盟权能的迅猛扩张。但是,从欧盟几十年的发展可以看出,这一目的并未达到,甚至1992年《马斯特里赫特条约》借助辅助性原则之力的顺利通过,打开了欧盟发展新的广阔途径。

辅助性原则作为欧盟法的基本宪法性原则,其影响覆盖欧盟整体框架制度。如果说各成员国议会的作用、地方和地区自治以及欧盟法院的司法审查是天平上一边的砝码,是对欧盟超国家机构权力形成限制与束缚的制度性安排;而另一方面特定多数表决机制、默示权力原则、欧盟法的直接效力、优先效力以及先占原则等却在天平另一端,为欧盟“暗渡陈仓”修建了“栈道”。

1. 政府间模式的重大突破——欧盟理事会特定多数表决机制

在实践中,欧盟理事会的表决方式主要包括三种,即全体一致同意(Unanimous Vote)、^[62]特定多数(Qualified Majorities Voting, QMV),和简单多数(Majority)。^[63]在共同体早期,“政府间主义在一定程度上可以用来解释20世纪60至70年代的共同体决策的性质”。^[64]从“空椅危机”到《单一欧洲法令》之前,全体一致同意成为事实上的表决程序,^[65]法国的意见甚至一度成为决定各种事项的风向标。这种条约早期的政府间主义投票机制“在1987年随着《单一欧洲法令》的批准而受到了最终的挑战”。^[66]从《单一欧洲法令》开始,尽管在条约中并没有明确表述,但已经达成一项共识,即至少是在完成共同市场的领域中会更多诉

[62] 对于诸如接纳新成员的加入等问题(《欧洲联盟条约》第49条(原第O条)),理事会必须要经过全体一致同意;再如按照《欧洲共同体条约》第100条的规定,部长理事会应就委员会的提议和经征询欧洲议会与经社委员会的意见,以全体一致议决发布指令,使成员国中直接影响共同市场建立与运行的那些法律、法规或行政规定趋于一致。但是,理事会中的一个或几个成员代表本人或其代表投票权票并不妨碍理事会通过须以全体一致议决方式通过的法令。见邵景春:《欧洲联盟的法律与制度》,人民法院出版社1999年版,页119。

[63] 指每个成员国仅有一票的简单多数投票原则,自1994年2月以来,该原则主要用在共同商业政策范围内反倾销反补贴关税的程序中。

[64] P. Sherrington, *The Council of Minister: Political Authority in the European Union*, Continuum International Publishing Group, 2000, p. 14.

[65] J.H.H. Weiler, “The Transformation of Europe”, 100 *Yale Law Journal* 2403(1991).

[66] P. Sherrington, *Supra* note 64, p. 14.

诸投票的方式。

特定多数表决机制所试图解决的一个棘手问题就是如何在不同的国家之间进行平衡。全体一致表决机制使得达成最终决定非常困难,但如何建立更有效的投票机制也是难题之一。理事会的解决方式就是“加权”,即给予不同成员国的投票权要既能反映成员国之间的平等,又要反映代表人口的不同。《里斯本条约》对于多数表决机制进行了两方面的改革。首先增加了多数表决机制的使用范围,条约第16条第3款明确规定“除非两部条约另有规定,理事会以特定多数作出决定”,明确将特定多数表决机制确定为法定基本表决机制。据统计,33项新条款要依据多数表决机制来决定,加上先前已经适用多数表决机制的63项条款,使《里斯本条约》中适用多数表决机制的条款达到了96个事项。^{〔67〕}其次,《里斯本条约》重新界定了多数表决机制的内容,从2014年11月1日起,特定多数表决机制指至少55%的理事会成员,至少包括其中15个成员国,并且他们所代表的成员国人口至少占联盟总人口的65%。条约还规定了“阻止少数”至少包括4个成员国,如果不满足这样的条件,则认为已经获得特定多数。^{〔68〕}

从建立煤钢共同体开始,莫内就反对以一般国际组织的标准建立其管理机构,他从之前在国联工作的经验中深深体会到,国联机制的无能及其种种弊端在于不能触动国家主权,不能以“集体利益”为重,不能使“集体利益”得到发展,^{〔69〕}为解决冲突所作的一切努力,都可能因为“否决权”这项规定而归于失败。^{〔70〕}民族国家的存在是必要的,但是国家的主权被当作是他们拥有的特权,他们按照自己的意志行事,随心所欲,不惜违反常规,不愿作承诺,不讲任何信义,态度上表现傲慢。这样的主权有违人民的利益。人民的安全和繁荣取决于共同行动,必须从根本意义上隔断同民族国家主权的联系。^{〔71〕}在共同体早期,各成员国普遍认为全体一致表决机制是一种符合共同体基本理念的不容置疑的制度,它们据此能够捍卫国家主权不受共同体权力的侵蚀。凡是不符合民族国家利益的决定,只要有一个成员国提出否定意见,则不能通过并产生效力。而特定多数表决机制则打破了这种赋予各成员国的“保护罩”,任何一个成员国都有可能在理事会表决中成为少数派,而其结果就是在那些现在共享权能的领域内,不同国家的社会团体将必须接受以前由它们单独做出决定而现在须由共同决定的现实,它们因此必须服从于联盟的决定,尽管其结果有可能违背其自身利益。

2. 授权原则的后窗——默示权力(implied powers)原则

共同体管辖权与共同体机构管辖权的产生必须以条约为依据,即各共同体只享有成员国

〔67〕 De Poncins, Étienne, *Le traité de Lisbonne en 27 clés*, Éditions Lignes de Repères, 2008, p. 201, 转引自 Finn Laursen, “The (Reform) Treaty of Lisbon: What’s in It? How Significant?”, 9 *Jean Monnet, Robert Schuman Paper Series* 1(2009).

〔68〕 《欧洲联盟条约》第16条。

〔69〕 (意)马丽娅·格拉齐娅·梅吉奥妮:《欧洲同一 贤哲之梦——欧洲统一思想史》,陈宝顺、沈亦缘译,世界知识出版社2004年版,页180。

〔70〕 莫内,见前注〔24〕。

〔71〕 (意)马丽娅·格拉齐娅·梅吉奥妮:《争取欧罗巴合众国行动委员会——一个为欧洲统一奋斗的组织》(M. G. Melchionni, *Le Comité d’ Action pour les Etats-Unis d’ Europe: un réseau au service de l’ Union européenne*),巴黎1999年版,页225—226,转引自(意)马丽娅·格拉齐娅·梅吉奥妮,见前注〔69〕,页184。

已经通过各共同体基础条约让渡给它的那些管辖权限。没有在条约中予以批准,各共同体不能自行设定新权能。2009年12月1日生效的该《里斯本条约》修订后的《欧洲联盟条约》第5条第1款规定,“联盟权能的范围由授权原则予以规范”。这是第一次在欧盟基础条约中明确提出“授权原则”,并将其确立为欧盟的基本原则。该条第2款规定,“根据授权原则,联盟仅在成员国在两部条约中赋予它的权能范围内行动,以实现两部条约规定的目标。两部条约未赋予联盟的权能属于成员国所有”。《里斯本条约》再次明确地重申和强调“授权原则”,加之有关权能的四种明确划分,其目的非常明显地是要说明尽管欧盟具有“超国家”的特征,但是作为由条约建立起来的组织,不论其权能范围的大小,也不论其对成员国主权的渗透程度大小,这些权能均要建立在成员国所签署的条约基础上,即各成员国共同意志基础上。

但是,授权原则的相关规定,无论是修订前还是修订后,都没有否认“默示权力”的存在,因此在实践中,其意义经常会受到挑战。默示权力理论最初是在美国、英国这样的国家的宪法和行政法中发展起来的,并被公认为一项国家法原则。^[72] 欧盟法中,默示权力理论也是在欧洲法院判例的推动下发展起来的。

《欧洲共同体条约》第308条规定,“如果由共同体采取行动的必要性可获证明,在共同市场的运行过程中,理事会可以对委员会的提案经由一致通过后并咨询欧洲议会,采取适当措施”。这一“兜底条款”一直都是欧盟宝贵的立法权基础,特别是当共同体在某一领域内并没有更具体的立法授权时。该条款要求应为达到共同体目标而使用,然而,如果条约的目标非常广泛,且欧洲法院以目的论解释共同体目标,那么这些条件都不会为理事会设置严重障碍。在实践中,欧洲法院认为一个给定的目标或功能的存在就隐含了实现它的任何具有合理必要性的权力。共同体机构依据这种对于默示权力理论的广义解读就可以享有实现一体化目标的一切具有合理必要性的权力,即如果某些权力是共同体实现其合法目标所必不可少的,那么即使条约中未明确授权给欧盟,这些权力也应被默认归属于共同体。

这种默示权力条款实际上涉及的是条约修改的底线问题。如果严格限制该条款或者类似条款的适用,那么欧盟如果希望获得某些条约中未明确授予的权力,唯一的途径就是修改基础条约,而基础条约的修改则涉及各成员国国内法有关规定,包括是否需要公投等程序问题,而其国内决定机关往往是国家议会。条约第308条以及其他类似条款的重要性在于它允许政府将该程序弃置一旁,即绕开了修订条约所必须的、可能导致该项权能无法获得通过的国内审查程序。尽管它依然要求各成员国需要取得一致同意,但事实上,它已经为授权原则开了一扇“后窗”。

3. 欧盟在与成员国法律冲突中的“利剑”——直接效力原则和优先效力原则

根据基础条约建立起来的共同体是独立的法律实体,它拥有自己的立法机构、行政机构和司法机构。欧洲共同体具有独特的结构,其本身即是一个比较完整的法律体系,这种相对独立性使其运行并不依附于成员国的法律体系。因此,欧洲共同体成立以后,在整个共同体范围内不仅存在共同体法律体系,还同时存在各成员国原有的法律体系。这两种法律体系在并存状态之下必然会发生某种特定关系。由欧洲法院在司法实践中发展并完善起来的共同体法直接

[72] International Court of Justice, Advisory Opinion on Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations (1949) ICJ 174 at 182.

效力原则和优先效力原则就是用来处理两种法律体系之间关系的两大基本原则,这两把“利剑”保证了在与成员国的法律冲突中欧盟的有利地位。

所谓欧盟法的直接效力,是指一定的欧盟法律规范所具有的,可无条件地使对其适用主体所创设的权利义务在成员国法院得以强制执行的效力。只要足够明确并且是无条件的,则凡是对某一行为或结果包含了一项约束性义务的共同体法各个条款都可以具备司法执行的直接效力,并没有一种事先的立法性文件分类。因此,从欧洲法院的判例来看,除了基础条约之外,规则、^[73]指令、^[74]决定,^[75]以及与第三国签订的协议^[76]等都可能具备直接效力。根据向各共同体让渡的那些国家主权,共同体各机构有权颁布能够直接为单个的法律主体赋予权利或者设定义务的法律规范,其立法行为并不需要成员国从中协调,这被欧洲的一些法学家称为是共同体派生法律渊源的所谓“穿透效力”,^[77]在这种“穿透效力”成为可能的情况下,各共同体的立法权限与那些国际组织决议或者“政府间”合作等其他特殊类型的论坛,比如,在欧洲联盟第三“支柱”的框架下做出的那些决议之间就出现了根本性的分野。

欧盟法的优先效力原则(the principle of primacy 或 the supremacy of Community Law^[78])与直接效力原则有所不同。尽管可以勉强地认为从《欧洲共同体条约》第10条所蕴含的“忠诚于共同体”义务^[79]中能够推导出共同体法的优先性,但条约中并没有任何一个条款明确地表述共同体法相对于成员国国内法这种优先效力。但在共同体早期阶段,这一优先效力得到了事实上的广泛认可。与共同体法对于成员国法律秩序的“渗透”一样,这一具有宪法性质的原则也是由欧洲法院通过对“让渡主权”理论的广义解读而发展起来的,“作为一个必然结果,不可能允许各国以其单方面的和后续的措施优先于它们在对等的基础上所接受的法

[73] Case 43/71, *Politi v. Italian Minister of Finance*, (1971) ECR 1039.

[74] Case 41/74, *Van Duyn v. Home Office*, (1974) ECR 1337.

[75] Case 9/70, *Franz Grad v. Finanzamt Traunstein*, (1970) ECR 825.

[76] Case 104/81, *Hauptzollamt Mainz v. CA Kupferberg & Cie aA*, (1982) ECR 3641.

[77] 德文中的“Durchgriffswirkung”,见(德)马迪亚斯·赫蒂根:《欧洲法》(第5版),张恩民译,法律出版社2003年版,页148。

[78] 用“the supremacy of Community law”一语并不十分适当,尽管supremacy一词是标准英语单词,但是事实上在欧洲法院的判例中很少使用,仅在Walt Wilhelm案(Case 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, (1969) ECR 1.)中使用过一次,在Leonesio案中的关键词(Case 93/71, *Leonesio v. Italian Ministry of Agriculture and Forestry*, (1972) ECR 287.)中出现过一次,但许多学者的著作中经常使用该词来表述共同体法的优先效力原则。

[79] 《欧洲共同体条约》第10条规定了各成员国忠于条约的义务以及信守条约的义务。此外,条约第10条第1款的宗旨在于希望各成员国积极地参与共同体法所规定的各项义务的履行(第1款第1句)以及对欧洲共同体给予支持(第1款第2句);而该条第2款规定,禁止采取任何可能危及条约目标的措施。从各共同体的角度来讲,信守条约的原则使得各个成员国有义务忠实地履行条约规定的各项义务,这里也包括那些对共同体法律规范统一的、无条件的履行,特别是对自己本国国内法律规范进行相应的调整。各个成员国相关机构对共同体法进行执行和转化立法时应当符合一定的要求,这些执行与立法行为不应当危及或者破坏共同体法的立法宗旨。欧洲法院在其判例中一再努力地对共同体法律规范进行着卓有成效的解释,有时候甚至还对共同体法做出意义深远的发展。忠实合作的原则也要求各个共同体应当顾及各个成员国的看法。因此,这两方面的相互照顾构成了“忠诚于共同体”原则。

律制度”。〔80〕 共同体法的这种优先效力不仅体现各种共同体法条款,包括基础条约、共同体法令,以及与第三方缔结的协定;也相对于各成员国各类国内法,包括宪法、法规,或者各类附属规章。〔81〕

各成员国国内议会作用的加强以及欧盟法院的司法审查一直都是政府间主义可以用来制衡欧盟的武器,而特定多数表决机制、默示权力原则、欧盟法的直接效力原则与优先效力原则都在欧盟的基础框架性制度上为欧洲一体化的深入提供了有力保障,是隐藏在欧盟权能扩张背后的有利于共同体发展的结构性因素。这些制度都是辅助性原则在实践中两面性特征的表现。

四、辅助性原则两面性与主权博弈

欧盟“并非是在创始的那一刻就跃然成型;它是一个经历了 50 多年增量变化而形成的产品”,〔82〕而这个产品在生产过程中,无时无刻不伴随着共同体和成员国以及地区和地方不同层级主体之间的斗争与妥协。权力在这几个不同层面上不断重新配置和运行。从 20 世纪 50 年代开始的欧洲一体化,随着各项条约的签署和修订不断深化,欧盟作为一个政府间组织已经取得了越来越多的原本只有主权国家才拥有的一些职能,不但欧洲中央银行“超然于欧盟各成员国政府和欧盟其他机构之外,是成员国货币主权让渡的必然结果”,〔83〕欧洲法院在不同时期的判例中所发展出来的“直接效力原则”以及“优先效力原则”等基本原则也使得欧盟呈现出浓厚的联邦主义色彩。欧盟成员国主权让渡在许多领域都有体现,并且这种渗透情况呈现出逐步深入的趋势。所有这些发展,尤其是欧洲一体化的逐步深入,都给传统的主权理论提出了挑战。“区域一体化是主权国家在利益基础上的结合,就其本质而言,可以说是以群体(一体化组织)行为替代或取代个体(国家)行为的一个过程。因此,一体化的每个进展,特别是质的跃迁,都意味着国家职能与职权进一步向一体化组织的转移和让渡”。〔84〕 欧盟成员国的国家主权让渡“不是放弃主权,而是国家在全球化趋势下审时度势的理性选择,让渡部分主权的方式参与国际组织,由一个集体认同的机制中集中行使这一部分权力,实现主权共享,这是国家在目前国际形势下寻求合作、扩大影响的战略选择”。〔85〕 因此,不能认为欧盟成员国的主权让

〔80〕 Case 6/64, *Costa v. ENEL*, (1964) ECR 585.

〔81〕 T. C. Hartley, *the Foundations of European Community Law, An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Oxford University Press, 2003, p. 227.

〔82〕 B. Laffan & S. Mazey, “European Union: Reaching an Equilibrium?” in, J. Richardson (ed.), *European Union: Power and Policy—Making* (3rd edn), Routledge, 2006, p. 52.

〔83〕 高凇:“从欧洲一体化评述国家主权让渡理论”,《华东政法学院学报》2006 年第 6 期。

〔84〕 戴炳然:“欧洲一体化中的国家主权问题——对一个特例的思索”,《复旦学报》(社会科学版)1998 年第 1 期。

〔85〕 武貽康、张海冰:“论主权的让渡——对‘论主权的‘不可分性’一文’的论辩”,《欧洲研究》2003 年第 6 期。

渡产生了一种新的法律或者政治学上的新概念、新权力,它仅仅是对于原有的主权理论的一种新阐释和新解读。^{〔86〕}无论是从主权让渡的理论还是从主权让渡的分类方式上看,欧盟目前的多层次治理结构仅仅是原有民族国家主权在各种新主体与各种原主体之间的重新配置所引发问题的表现。在承认创新的同时也可以看出欧洲一体化过程中的超国家创新并不是职能的创新。超国家机构被赋予的使命,是处理那些个体国家所能做但不能达到最佳效率或者个体国家行为可能导致集体非理性的事务,而不是被赋予了旧有的国家职能之外的其他职能,它意味着超国家层面只能从其成员国的职能转让和授权当中形成自己的职能和权限,它的职能扩展需要得到成员国的认可。^{〔87〕}

欧洲一体化深入发展的直接表现就是欧盟超国家因素的增强,欧盟超国家机构拥有对成员国和公民做出有约束力立法的权力。“过去由成员国独占的决策权(比例大概占成员国决策的60%)现在转移到欧盟层次”,“欧洲共同体内80%的经济与社会政策在欧盟层次决策”。^{〔88〕}一体化的深入意味着成员国政府向超国家机构转让更多权力,进而是超国家机构相对于成员国独立地位的形成和独立法律人格的确立。欧盟介入成员国内部事务与各国民众生活的范围越来越广、程度越来越深,随之而来的就是欧盟民众的疑惑,为什么要在国家之上还

〔86〕 尽管对于主权的含义、主权是否可分、欧盟成员国主权让渡的范围、性质以及欧洲联盟的性质等问题引起了国内外国际法学者的极大关注,许多学者对于相关问题从不同视角、运用不同研究方法提出了不同的观点和学说,但目前仍然未形成一种能被普遍接受的学说。大部分学者仍然还是从民族国家的视角出发,而最具突破性和前瞻性的则是德国著名社会学家贝克提出的“帝国”学说。贝克认为如果还站在民族的立场上思考欧洲问题,则看不清欧洲的现实和未来。民族眼光以两种方式,并只能以两种方式解读地区一体化的欧洲工程,即国家联盟(政府间主义)和联邦国家(联邦主义)。贝克认为这种在学术讨论中始终占上风的方法论民族主义及其僵化的国家概念试图把人们的注意力引导到一种错误的选择上来:欧洲要么是一个“超级国家”,或者更确切地说是一个“超级联邦国家”,其结果是欧洲各民族的权力被剥夺,民族的现状被“博物馆化”;要么是一个“国家联盟”,一个由民族国家集结而成的联邦,其中各民族国家为了捍卫它们的主权,充满敌意地反对和抵制超国家权力的扩大。贝克认为所有这些定义就其本身而言都有缺陷,因为它们或者仍然遵循着非此即彼的逻辑,死抱住过时的国家概念不放,或者不拥有自身理论构架,从而也无法总结出欧洲作为亦此亦彼国家的各种特征。贝克认为欧盟的统治秩序的核心就在于它告别了过时的、僵化的国家概念,发展出一种可供选择的关于国家、社会和社会结构的新构想,从而克服了欧洲研究中方法论民族主义的偏向,他将这一形态称之为“后霸权的帝国”(Posthegemoniales Empire),与传统的民族国家相比较,欧洲帝国具有如下特征:①非对称的统治结构;②开放的、可变的空间结构;③多民族的社会结构;④通过法、共识与合作而达成的一体化;⑤福利或安全;⑥横向和纵向的体制一体化;⑦网络权力;⑧世界主义的主权;⑨边界取消和边界划定的矛盾;⑩解放的或专制的世界主义。贝克认为如果说民族国家作为第一次现代性的基础体制的话,那么它已经在反思现代化的进程中从根本上动摇了,而欧洲一体化则可以被认为是向第二次现代化迈进的一个重要标志。参见(德)乌尔里希·贝克、埃德加·格兰德:《世界主义的欧洲:第二次现代性的社会与政治》,华东师范大学出版社2008年版。即使是在贝克这样最有突破性的观点中,我们也可以看到,其探讨的核心问题依然是民族国家原有的职权和职能在不同层级统治者之间进行再分配的合法性问题。而这一问题依然没有脱离开那些经典理论的基本范畴。

〔87〕 吴志成、薛晓源主编:《欧洲研究前沿报告》,华东师范大学出版社2007年版,页228。

〔88〕 Jeremy Richardson (ed.), *Supra* note 82, p. 79.

要承认一个高于国家的政治结构,为什么要受它的约束?早期防止战争、保护和平的合法性基础已不足以支持欧盟的稳定和发展。

欧盟的合法性问题由隐性变为显性首先体现在1992年6月2日丹麦就《马斯特里赫特条约》举行的全民公决结果上。舆论普遍认为,丹麦拒绝批准《马斯特里赫特条约》的主要原因是担心欧共体的权力将变得过大,而这种担心又代表了其他一些成员国的心声,^[89]其结果很可能对其他成员国的后续批准过程产生负面影响。因此,欧共体,特别是委员会在这个时候提出了将辅助性原则加入条约的建议,以向成员国提供一种结构性保障。可以说,辅助性原则临危受命,承担了挽救共同体于合法性危机之中的重要使命。尽管它不直接分配共同体和成员国之间的权力,也并没有明确地要特意限制哪一方的权力,而只是要确保不论是谁采取措施都能达到最好的效果,都能体现最贴近民众的方式。但是,从当时的发展来看,辅助性原则确实在权力和合法性之间构架了一个桥梁,使共同体顺利地渡过了《马斯特里赫特条约》的难关。

一方面,欧盟可以利用各成员国在欧盟层面的利益诉求,并通过法律趋同条款对成员国国内法律、法规和行政措施按照联盟目标予以统一。但是,另一方面,无论如何,各成员国之间不同利益驱动、不同民族文化传统、不同经济发展程度和模式,以及不同政治理念等使欧洲一直以来始终呈现一种多样性特征。“欧洲观念”反应了两种含义的交织,即欧洲是一个有自己“同一性”的地区,而这种“同一性”是以“多样性”为前提的,是“多样”的“同一”。^[90]在各个基础条约后面经常出现的各种各样的例外适用或者过渡适用的声明就是有力证据。因此,有的学者认为,这种对于共同体基础条约的减损适用或者给予某个成员国过渡期的安排正是这种同一性下多样性的表现之一,也是矛盾中的妥协策略。^[91]因此,未来的欧盟很可能出现多种速度、多种模式、多种领域,或者是不同基础的成员国在大欧盟的前提下的多种合作可能。如果说辅助性原则在目前的欧盟中还具有同一性的话,那么在未来的欧盟内部,可能由于辅助性原则所适用的领域不同而将欧盟划分为不同的国家集团。在加强型合作的国家内部,适用辅助性原则积极性的领域会更多,或者联盟享有专属权能的领域会更多;而对其他选择保持原有状态或者选择退出的国家,则联盟以积极性辅助性原则为理由进行干预或者介入的领域和范围也相对较小。辅助性原则的两面性在未来的欧洲将会更为明显。从欧盟的角度看,它不仅仅会呈现出目前这种对欧洲一体化的推动作用,而且在发展过快过猛而可能降低欧盟的整体控制力的情况下,欧盟会运用这一原则减轻自身负担;而从成员国角度看,不但可以运用该原则提高在欧盟决策中的地位 and 民主输入,未来也许会利用该原则寻求更多的欧盟层面

[89] 曾令良,见前注[13],页54。

[90] 陈乐民:《“欧洲观念”的历史哲学》,东方出版社1988年版,页275。

[91] W. Van Gerven, *The European Union: A Polity of States and People*, Stanford University Press, 2005, p. 29.

的加强型合作和发展。

从《里斯本条约》之前的欧盟发展来看,辅助性原则的积极性表现得更突出一些。无论是欧洲议会还是各成员国议会在立法过程中的无力作为,还是欧洲法院在司法审查过程中的谨慎态度,对于理事会和委员会而言都无法形成强有力的制度挑战,其主要原因还在于一体化的目标依然是最重要的任务,任何妨碍这一目标实现的诉求都要为之让路。但是,欧盟与成员国之间有关权能的博弈经过几十年的配置已经趋于相对稳定,而且目前尚无能够超越民族国家的理论给予欧盟这样一种“政体”以支持。正如德国宪法法院关于《里斯本条约》的判决中表明的成员国在欧盟权能问题上的态度。该判决指出,欧盟权能的基础是授权原则,欧盟权能是由成员国授予的,它本身不具备自裁的权能;不仅如此,成员国授予欧盟权能的前提是要保持其宪法国家的主权国家性,国家必须承担其在政治与社会上塑造其公民生活条件的责任。^[92]由此可见,国家不可能向超国家层面无限地让渡职权。在主权需求比较敏感的职能领域里,国家保有自主性,要让自己看起来仍然是个国家。但是在职能的行使权上,超国家机构和国家之间的关系在某种意义上是零和的,一旦转让一定程度的国家职能,那么就意味着国家在该职能上失去了相应程度的自主性。超国家职能的扩展因此有了一个内在的、难以逾越的限度。一方面,它依赖于国家主权的让渡,而另一方面,主权国家不会无限地让渡自己的主权。《里斯本条约》之后对于各成员国国内议会作用的加强本身就是一个重大的改变,尽管目前尚难以有所作为,但28个成员国的国内议会所反应出的不同声音慢慢的会形成一种力量,可能会促进欧盟立法和决策体制的变革,而这其中首当其冲的指导原则还是辅助性原则。

五、结 语

第二次世界大战后,全球化进入了一个新的发展阶段。随着冷战结束,市场经济体制迅速向全球扩张,统一的世界市场逐步形成,科学技术的发展大大降低了交通和通讯费用,从而压缩了时空和距离。生产、贸易、投资、金融、消费活动的国际化日益提高,信息和观念的传播日益加快,全球化已经成为国家、社会和个人生活的重要影响因素。经济全球化对国家权力结构与权力过程的影响,除了表现为一般意义上国家管制的放松以及“民主赤字”现象之外,还表现为政治权力结构层次在垂直方向上的向上和向下运动,即原来在国家水平上行使的权力分别向上和向下转移到国际组织和机构或者地方政府的手里。这两个过程都导致了国家权力分配的调整,并且在其运行方面产生了一些新问

[92] 参见德国宪法法院的裁决,Zitierung: BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr.(1-421), http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html. 转引自周弘主编:《欧洲发展报告(2010-2011)——〈里斯本条约〉与欧盟的未来》,社会科学文献出版社2011年版,页228。

题。就此而言,“全球化可能意味着国家之上和国家之下的地区主义”。^[93]

欧洲已经没有能力推出单一的民族国家来进入现代世界的结构性竞争了。无论是为了内部和平,还是为了结构性竞争,欧洲都必须更加联合与统一。尽管《马斯特里赫特条约》在引入辅助性原则时,其初衷在于希望这一原则能够抚平那些成员国以及成员国公民对于欧盟权力迅速扩张而产生的恐惧感,成员国也希望通过辅助性原则对共同体起到“限制”作用,并建立起一种对共同体的行为能够在欧洲法院得到司法审查的机制。但是,如果用这种消极性的观点来看待辅助性原则,那么就会得出像 Antonio Estella 所主张的结论,即这是一种“失败的承诺”。相反,如果从一种积极性的观点来看待辅助性原则,则会认为它推动了一体化的良性发展,为超国家机构设置了义务,促进了一定意义上欧盟的民主和透明度建设,为“联邦主义”的道路奠定了基础。欧盟法中的辅助性原则凭借其灵活的两面性为欧盟的发展提供了空间,在超国家机构与成员国之间构架了沟通的桥梁。

欧盟法中的辅助性原则已经越来越多地引起国内学者的关注,希望借此原则解决我国问题。作为单一制国家,我国宪法不仅规定了中央政府的组织形式,而且也规定了地方政府的基本结构,地方各级人大和政府组织法进一步规定了地方政府的具体形式。且作为单一制国家主权最明显地体现在中央立法权上。但宪法体系为地方自治留下了一定的空间,这不仅表现在地方人大的立法权,更为有特色的是我国宪法中所规定的有关“民族自治”的规定,而香港和澳门特别行政区模式更在中央和地方分权程度上甚至远超过联邦制。在具体的实践中,辅助原则正逐渐进入我国宪政和财政的理论研究和制度设计中,尽管还没有明确的概念提炼,但是一些法律和规范性文件已经体现该原则的基本精神。2015年3月24日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于推行地方各级政府工作部门权力清单制度的指导意见》,要求推行地方各级政府工作部门权力清单制度,将地方各级政府工作部门行使的各项行政职权及其依据、行使主体、运行流程、对应的责任等,以清单形式明确列示出来,向社会公布,接受社会监督。通过建立权力清单和相应责任清单制度,进一步明确地方各级政府工作部门职责权限,大力推动简政放权,加快形成边界清晰、分工合理、权责一致、运转高效、依法保障的政府职能体系和科学有效的权力监督、制约、协调机制,全面推进依法行政^[94]。权力清单制度的理论依据应该就是辅助性原则。一项权利是在民、在社会,还是在政府,应该由谁来行使、谁来掌控,政府为什么要在某项权利上设置门槛,都要由辅助性原则作为理论支撑。而在实践中,今后如果政府部门要突破权力清单设置某项审批、通过某项法令,则应该说明理由,尤其是为什么该项措施是由政府来实施等问题。我们在进行的这种权力清单制度在性质上与欧盟辅助性原则所规范的不同层级之间的行为主体的权力配置是一样的。有所不同的是,欧盟权力配置的路径更

[93] 唐士其:“经济全球化的政治影响”,《当代世界与社会主义》2006年第2期。

[94] 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于推行地方各级政府工作部门权力清单制度的指导意见》,http://news.xinhuanet.com/2015-03/24/c_1114749180.htm,最后访问日期:2015年5月20日。

多的是自下而上,我们则是自上而下。不同的路径源于不同的历史发展、经济状况、政治目标以及社会形态,但最大的区别还在于,目前我国这种权力清单制度更多的是一种行政安排,缺乏宪法层面的制度规范和约束,也缺乏基本的理论指导和原则指引。欧盟的辅助性原则恰好在这方面可以为我们提供一个很好的经验和借鉴,最终使得任何一个层级的行为主体所行使的权力都可以找到法律依据,都能够依法行政,只有这样才能最终满足依法治国的要求,建成一个成熟的法治社会。

Abstract: In the whole process of EU development, division and coordination of power distribution between member states and EU have always been the assignment that must be confronted, and have always been accompanied by many difficulties in the meantime. The principle of subsidiarity is the constitutional principle which is most closely relevant to the issue of power division in the EU law. If the principle of subsidiarity is viewed from the perspective of the EU, then the effects of its dual character can be divided into negativity and positivity. The EU's objective is to continuously promote the deepening and broadening of its integration, therefore, those which hinder this objective can be seen as negative forces, while beneficial to this is considered to be positive. This article mainly discussed the principle of subsidiarity and its dual character in the EU law, and specifically analyzed its ambiguity of semantic representations, theoretical divergence and conciliation of EU's various institutional arrangements in practice. It demonstrated its important roles, main features during the process of EU development and its possible impact on the future of the EU.

Key Words: Principle of Subsidiarity; Dual Character; Power of EU; the Constitution of EU

(责任编辑:唐应茂)