

# 重大行政决策之范围界定

黄学贤, 桂 萍

(苏州大学 法学院, 江苏 苏州 215006)

**摘 要:**在行政决策法治化的建设中,对于重大行政决策的范围如何界定一直存在着诸如行政决策难以类型化、重大行政决策事项难以统一、决策程序公众参与度不高等理论和实践上的困境。突破这些困境,首先要区分重大行政决策与一般行政决策的特性,其次在确定重大行政决策事项范围时,还应该从“重大”的价值属性角度来进一步探讨“重大”的判断标准。重大行政决策范围的界定标准应该尽量客观化和标准化,如果放任行政机关对“重大行政决策”范围的自由裁量权,将会极大地损害我国的行政法治建设。

**关键词:**重大行政决策; 界定标准; 重大利益性; 公民权利性

中图分类号: D922.1

文献标识码: A

文章编号: 1008-7699(2013)05-0035-11

我国从中央到地方的行政系统都高度重视“行政决策”在实践中的意义,并进行了大量自上而下的自我规制。继 2004 年国务院《全面推进依法行政实施纲要》提出行政决策制度的民主化、科学化和规范化的建设目标以来,2008 年国务院《关于加强市县政府依法行政的决定》又具体提出了完善市县政府重大行政决策机制的听取意见、听证、合法性审查、集体决定、实施情况后评价、责任追究等六项程序制度。于是有关行政决策的程序规定成了近年来地方政府规章的立法热点,目前全国大部分省、市都已出台行政决策的程序规定。<sup>①</sup>这些规定或是体现在这些省市整个行政程序规定中,如《湖南省行政程序规定》(2008 年)的第三章“行政决策程序”;或是针对重大行政程序的总规定,如《苏州市人民政府重大行政决策程序规定》(2010 年);或是针对行政决策程序中某一具体环节的规定,如《大连市重大行政决策听证办法》(2009 年)。纵观我国各个层级的行政决策程序规范,可以发现重大行政决策已成为从中央到地方的普遍规范用语。2012 年党的十八大报告中,又一次强调了“坚持科学决策、民主决策、依法决策,健全决策机制和程序,发挥思想库作用,建立决策问责和纠错制度,建立健全重大决策社会稳定风险评估机制”的行政决策的法治保障机制和法治化建设目标。然而对于重大行政决策的范围如何界定,即什么是重大行政决策中的“重大”的界定标准,目前学界并无统一认识,各地有关重大行政决策事项范围的法律规范也比较混乱,政府决策的经验主义导向严重。因此,对重大行政决策范围的研究不仅在理论上具有基础性意义,而且对促进我国依法行政具有重要的实践意义。

收稿日期: 2013-09-29

基金项目: 江苏省高校优势学科“地方政府与社会管理”招标项目“地方政府重大行政决策程序研究”;江苏省普通高校研究生科研创新计划申报项目“重大行政决策制度研究”(CX13\_75)

作者简介: 黄学贤(1963-),男,江苏镇江人,苏州大学法学院教授,博士生导师。

<sup>①</sup> 因为我国各省、市、县以及一些行政部门都出台了有关重大行政决策的相关规定,数量极其繁多,且各地立法还在不断出台,因此目前针对已出台规定还无法得出权威的、准确的统计报告。本文也是建立在对一些典型的重大行政决策程序立法的文本分析基础上的研究。

## 一、重大行政决策范围界定存在的困境

重大行政决策范围包括哪些,即究竟哪些行政决策属于重大行政决策,这个问题在行政法的基本理论体系中存在着行政决策难以类型化的理论瓶颈,在地方行政法治的实践中也存在着重大行政决策事项范围的不稳定性、界定标准的不确定性以及公众参与程度不高等困境。

### (一)模糊地带:行政决策行为类型化的困境

以何种基准来厘清重大行政决策的范围自然先要厘清行政决策的内涵属性。行政决策是否在行政法上具有独立存在的品质还是一个很受争议的问题。传统的行政法学并没有将行政决策纳入其研究范畴,但究其现实意义,正如美国行政学家西蒙所言:“无决策,即无行政。”<sup>[1]</sup>行政决策作为行政活动中心,是行政权运行的最基本、最重要的方式之一,是国家行政机关管理过程中最基本、最重要的工作,因此具有强烈的政策属性。但是,从行政决策在我国依法行政实践中的广泛应用及其具备的重大功能,以及行政法治原理之拘束来看,行政决策不能脱离法律的控制。这是因为,首先,为了防止行政主体任意决策,行政决策最起码要有组织法上的根据,从而能对决策制定权加以实体法上的制约;其次,在现代法治国家,一般会通过法律法规确立决策制定的听取意见、专家论证、听证等程序制度,以程序的正义来强化法律对行政的控制。因此,行政决策法治化已成为法治国家的基本共识,将行政决策纳入行政法学研究的范围是必然的发展趋势。

然而,在公共管理学上已经成熟的“行政决策”概念在行政法中却是个若隐若现的“熟悉的陌生人”,将此概念引入行政法学的研究范畴似乎需要更具说服力的理由,毕竟“该词并非行政法学上的用语,内涵非常模糊”。<sup>[2]133</sup>迄今为止,行政决策尚未构成行政法学上的严谨用语,有行政程序法的学者认为行政决策是一种行政行为,“是指行政机关在职权范围内就行政管理的一定事项,确定目标,制定各种方案,选择方案,以及在执行过程中调整方案的行政行为。”<sup>①</sup>然而,当我们进一步探究行政决策究竟属于何种类型的行政行为时,却发现似乎现有的行政行为的分类中行政决策很难找到一个合适的“安身之所”。

传统的行政法学理论将行政行为分为抽象行政行为和具体行政行为,而行政决策却尴尬地处于抽象行政行为与具体行政行为之间的模糊不明的灰色地带,其效力既可能溯及特定相对人,也可能波及不特定相对人。因此,行政决策行为兼具传统的具体行政行为与抽象行政行为的双重属性。具体表现在,一方面行政决策具有抽象行政行为的特征。从行政决策产生的法律效果来看,行政决策后形成的方案通常会以“决定”“命令”“意见”“通知”等行政规范性文件形式发布,如政府作出实施某一重大工程项目之决策,并以政策文件形式公布周知,其效力在一定范围内具有普遍性,并关涉不特定相对人之权益;而另一方面,行政决策也显然具备具体行政行为的特征,行政决策有时会具备较强的处分性、操作性和实践性,能够对特定对象的权利义务产生直接的影响,并且,现实中行政机关经常用行政规范性文件的形式作出具体行政行为,如针对某一地域的征用土地的决策,其效力则仅限于特定事项,不具有反复适用的普遍效力,并对特定的行政相对人的权利义务产生直接的影响。

行政决策在行政行为理论中的难以立足与行政行为传统的具体行政行为与抽象行政行为两分法受到质疑有关,正是因为行政决策行为难以类型化的特质,导致我国当前绝大部分的行政法学教材并没有

<sup>①</sup> 此为行政决策概念的“行为论”,参见皮纯协:《行政程序法比较研究》,中国人民公安大学出版社2000年出版,第269-270页。对于行政决策的概念还有“决定论”和“过程论”等。“决定论”是公共管理学者对行政决策中抽象行政行为属性的概括,指“国家各级行政机关为履行行政职能,在其管辖权限范围内作出处理公共行政事务的决定”。参见杨寅主编:《公共行政学》,北京大学出版社2009年出版,第220页。也有行政法学者认为行政决策是一种行政过程,是指“国家行政组织为了实现行政目标,依据既定政策和法律,对面临要解决的问题,拟定并选择活动方案的行为过程”。参见刘莘主编:《法治政府与行政决策、行政立法》,北京大学出版社2006年出版,第77页。

把行政决策纳入行政行为的研究范畴。<sup>①</sup>诚然,行政决策在行政法上的含义应有一定的范围,在行为过程上也有一定的限制,但是否一定要将它归于某一类的行政行为才能进行行政法上的研究呢?事实上,行政行为类型化的研究也备受诟病,主要表现在“学术研究过于表面化,现有的行政法学体系存在危机而难以突破,未被型式化的行政行为不被传统理论体系所接受,学者们对之始终存在‘分割式’研究惯性”。<sup>[2]133</sup>然而,“行政行为在学术研究中循着‘剥笋式’外延不断缩小的顺序,在实践中需要的却是‘盖楼式’外延不断扩大的行政行为。因此,应在不完全摒弃传统行政行为概念和分类的前提下,采用外延较宽泛的行政行为概念。”<sup>[3]</sup>在这个意义上,“行政决策”行为概念的适时引入或许对行政行为类型化的研究走出困境不无裨益。<sup>②</sup>况且,也唯有突破行政决策行为类型化的困境,认可行政决策包含具体行政行为与抽象行政行为的双重属性,才能为重大行政决策范围的界定设定基本的框架。

## (二)难以统一:重大行政决策事项范围动态化的困境

在行政法治实践中,地方重大决策事项范围,一般以《国务院工作规则》第22条规定的中央重大行政决策的表述为参照<sup>③</sup>,再根据本级政府管辖级别稍作调整,综合使用概括法、列举法和排除法三种模式将重大行政决策范围框定下来。概括法就是对何谓重大行政决策下一个概括性的定义,如《苏州市人民政府重大行政决策程序规定》第2条的规定:“本规定所称重大行政决策,是指由市人民政府依法定职权作出的涉及本行政区域经济社会发展全局,社会涉及面广,与公民、法人和其他组织利益密切相关的重大事项。”列举法就是具体列出重大决策程序的事项。综合比较各地的重大行政决策程序规定的文本,重大行政决策的事项基本包含以下几大类事项:贯彻执行上级重要决定事项,地区发展重要规划和计划事项,地方财政预算、重大国有资产处置、重大建设项目与工程事项,社会管理和公共服务等重大政策措施事项,突发应急类事项,机构调整等体制改革事项等。

一般来说,重大行政决策的这些列举事项应该具有相对的稳定性,但是这种稳定性也只是相对而言的,仔细分析相关文本规定,可以发现重大行政决策的事项范围依然处于一种难以统一的动态化状态,具体表现在:

第一,兜底条款的存在。一般来说,地方政府的重大行政决策程序对于重大行政决策事项范围的最后一款都会是一条“其他重大事项”的兜底条款。这一兜底条款是有其存在意义的。首先,法律实际上是立法者根据当时的社会状况制定的,可以适用未来一段相对稳定的时间内的行为规范,有着稳定性和滞后性等特点;其次,法律语言的模糊性又导致了法律的抽象性与概括性特征。法律的以上这些特点决定了立法中兜底条款的不可避免性,尤其是在面对日新月异、错综复杂的行政万象和社会生活时,描述式、列举式规范往往不足以做详尽的个别性指引,极可能造成法律的空白或漏洞。兜底条款的作用就在于其灵活性和涵盖力强,其模糊性的文字表述便于在实践中更灵活的操作与运用,并为今后对法律进行补充与完善留有空间。然而,兜底条款也有其明显的局限性,最大的局限性就是其不明确性会给行政机关留下过大的自由裁量空间。因此,对兜底条款进行类推适用时,要求准确理解与界定相关概念的内涵与外延,不能任意进行扩大解释,避免因滥用造成相关列举条款的空置。如对“其他重大事项的规定”就需要

① 目前国内已出版的行政法教材中,唯有江国华教授编著的《中国行政法(总论)》中引入了日本行政法学家盐野宏教授的“行政过程论”,按行政方式本身属性之差异,将行政过程划分为创制性行政过程、执行性行政过程、指导性行政过程与裁断性行政过程四大类型,创制性行政过程包括行政立法、行政规则、行政决策及行政规划。参见江国华编著:《中国行政法(总论)》,武汉大学出版社2012年出版,第180-181页。应该说把行政决策定位于创制性行政过程有一定的创新性与科学性,但行政决策包含动态和静态的两重含义,静态的行政决策就是指行政决策最后形成的方案,动态的行政决策是指行政决策的过程,即确定目标、搜集和分析信息、确定备选方案、论证选择方案、确定方案以及执行中的方案调整等过程。显然,动态的行政决策过程中也包括执行性行政过程,所以按行政过程性质的分类也有其缺陷。

② 如2008年《湖南省行政程序规定》中已把重大行政决策列为行政行为的一个类型。

③ 《国务院工作规则》第22条规定了重大行政决策的事项包括:国民经济和社会发展规划及国家预算,重大规划,宏观调控和改革开放的重大政策措施,国家和社会管理重要事务、法律议案和行政法规等。

首先对重大行政决策范围的特点和界定基准做本质性的把握,这就要求对重大行政决策的概念的界定必须清晰,内涵与外延的界分要明确,同时列举的事项要尽可能详尽、统一和规范,否则,兜底条款的存在就只会为行政权力的滥用张开口子。

第二,排除事项的差异。一些地方重大行政决策的程序规定还用排除条款对重大行政决策事项做了限定。不过,明确排除事项的程序规定并不多,且排除事项有一定的差异,这在某种程度上也体现了对重大行政决策范围界定的混乱。如《浙江省重大行政决策程序规定(草案)》的第 3 条第 2 款规定的排除条款包括立法、突发事件应对、政府内部管理事务及人事任免、依法应当保密的事项;《广州市重大行政决策程序规定》的第 7 条规定了 5 项排除事项,包括政府规章的制定及地方性法规建议案的拟定,政府人事任免,政府内部事务管理措施的制定,突发事件的应急处理,法律、法规和规章已对决策程序作出规定的其他事项。而同时又有一些地方的重大行政决策程序规定把地方立法事项和重大公共突发事件处置事项列入了重大行政决策的事项范围。<sup>①</sup>

行政法学界普遍认同的是,重大行政决策的排除事项应包括:权力机关与党政机关的决策,行政立法,内部的人事管理决定,行政处罚、行政强制等行政决定行为,以及调解、仲裁等居间行为。然而在地方政府的重大行政决策程序文本中排除事项并没有达成共识,典型的如行政立法事项究竟是不是属于重大行政决策的事项范围,尚有争议。通说的行政立法仅包括行政法规与行政规章,是“行政机关根据法定权限并按法定程序制定和发布行政法规和行政规章的活动。”<sup>[4]</sup>行政立法既有立法性,又有行政性,其“在形式上是行政作用,而实际上具有立法作用的性质。”<sup>[5]</sup>虽然有学者认为,“从‘行政权三分’理论考查将政府立法类事项归为决策权也是合理的。”<sup>[6]</sup>但我们认为行政立法应当排除在重大行政决策的事项范围之外,其原因在于,其一,“行政立法”本身作为行政法学上一个范畴界定清晰、控制技术相当成熟的领域,无需再通过行政决策的视角予以重新研讨;<sup>[7]</sup>其二,行政立法应受《立法法》《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》及《法规规章备案条例》等法律法规的调整,而无需再受重大行政决策程序规定的调整;其三,行政立法的本质是一种行政行为,而且是程序规定最严格的行政活动,如果将行政立法也包含在行政决策范围内,那么任何一种行政行为似乎都可以是一种决策行为,这是对行政决策概念的泛化,也造成了重大行政决策范围在一些基本概念范畴上的不统一。

第三,重大行政决策事项具有时空维度的动态性。在时空维度比较的角度下,重大行政决策呈现出相对动态的特点。“重大”一词作为一个隐含价值判断的不确定概念,不同地域、不同行业在不同时期对于决策是否“重大”的理解可能相差很大。同一决策议题,在中央或高层级的行政机关的决策活动中可能只是一般行政决策,但对较低级别的行政机关则往往构成重大行政决策。如一个县的重要区域规划对全国乃至全省都可能影响甚微,但对该县却是关涉众多民生利益的重大事项。此外不同地域、不同部门各自的特点也决定决策事项的“重大”与否,如有关少数民族的决策对中西部少数民族聚居区一定是事关民族政策、社会稳定的重大决策<sup>②</sup>,而对于东部汉族聚居区则只能构成政府的一般决策。这种重大行政决策“动态性”的差别,尤其在目前我国国务院没有制定统一的《重大决策程序条例》的情况下,更容易造成相关概念的逻辑混乱。

### (三) 公民参与程度不高:重大行政决策事项范围程序化的困境

在实践中,何谓重大行政决策需要行政机关在行政决策过程中对其予以解释与适用,此谓行政机关

① 如《重庆市政府重大决策程序规定》第 3 条第 1 项“提出地方性法规草案、制定政府规章”和第 5 项“重大突发公共事件应急预案的制定与调整、需长期采取的重大交通管制措施”;《苏州市人民政府重大行政决策程序规定》第 5 条第 3 项“提出地方性法规议案和制定市政府规章及规范性文件”和第 7 项“全市突发公共事件总体应急预案、重大突发公共事件处置和保障方案”。

② 如《贵州省人民政府重大决策程序规定》第 2 条规定重大行政决策范围的第 10 项:制定或者修改事关少数民族和民族自治地方经济社会发展的重大政策。

对重大行政决策事项的判断余地。对这种判断余地的法律控制主要是通过对重大行政决策事项的决定主体与程序予以行政程序法上的明确规定,从而确保行政决策权的正当合法行使。以下表1是若干具有典型代表意义的地方重大行政决策文本中对重大行政决策的提出主体、确定主体与确定程序的相关规定。

表1 重大行政决策提出主体、确定主体与程序

	《湖南省行政程序规定》	《西安市人民政府重大行政决策程序规定》	《苏州市人民政府重大行政决策程序规定》	《滨海新区人民政府重大行政决策程序规则》	《郑州市司法局重大行政决策程序规定》
提出主体	政府行政首长;政府分管负责人、政府工作部门、下一级人民政府;公民、法人或者其他组织	市长、副市长、市政府工作部门和区县人民政府、公民、法人或者其他组织	市长、副市长;市政府工作部门;市政府派出机构;县级市(区)政府;其他国家机关、民主党派或人民团体,企业事业单位,基层群众自治组织、行业协会、学术团体等社会组织;人大代表、政协委员或者其他公民	区长、副区长;区人民政府各工作部门;各管委会;其他国家机关、民主党派或人民团体、企业事业单位、社会团体及公民	局长;局领导副职;局属单位;局机关相关处室
确定主体	政府行政首长	市长	市长	区长或区长办公会议	局长办公会议
承办单位	决策承办单位依照法定职权确定或者由政府行政首长指定	决策承办单位应当按照部门法定职权确定或者由市长指定	对进入重大行政决策程序的事项,应当确定承办单位	由区长、常务副区长或区长办公会议确定承办单位,并由其具体拟定决策方案。承办单位可以是区人民政府工作部门,也可以是咨询机构等社会组织	由局属单位和局机关相关处室负责承办

从表1的程序规定来看,无论何方主体提出重大行政决策,最后确定可以进入重大行政决策制定程序的主体一般是地方政府的首长,即由政府首脑个人最终确定具体哪项决策属于重大行政决策的范围,且政府部门首长的级别越高,这种确定权也就越大,且在实践中还出现了不少党政机关代替政府决策的现象。公民及相关组织、团体可以成为重大行政决策的提出主体,有表达权和建议权,却不能影响行政机关的决定权,更不享有对这个确定程序与结果的监督权及救济权,这显然是公民民主参与度不高、行政参与权不完整的一种表现。“行政参与作为公民参与行政事务的渠道,是民主制度下公民应当享有的一种权利,这种权利集表达、建议、监督于一身,并且最终能对行政决策和执行产生影响。”<sup>[8]</sup>公民参与为公民意愿的表达提供了渠道,为公民权利和公共利益的实现提供了保障,是公民最为核心的公法权利之一。这种公众参与重大行政决策的制定应该囊括从提出建议到事后评价、责任追究的全部活动过程,尤其是对哪些建议事项能进入重大行政决策的范围的决定的参与权是公民决策参与权的最具前提性和根本性的保障。因此,公民参与的途径不畅,相关程序规定不规范、效力等级低等状况无疑会影响公众参与公共事务决策的积极性,从而影响整个社会公平正义的实现。

## 二、重大行政决策与一般行政决策之界分

重大行政决策范围界定的困境突破首先在于要廓清重大行政决策与一般行政决策的区别,这是界定重大行政决策范围的基础性工作。把行政决策分为重大行政决策与一般行政决策是行政决策分类中一种重要的、具有强烈现实意义的分类。事实上,以重大行政决策作为规制对象的规章和其他规范性文件已大量出现并占行政决策所有法规文件的绝大比例。因此,要研究重大行政决策的界定标准,必须先

行政法治的视野中分析重大行政决策的行为构造与特点,这种分析主要是建立在重大行政决策与一般行政决策二元化分类比较的基础上的。

重大行政决策作为行政决策的一个类别,在行为本质上与一般行政决策并无区别,但是为什么我国的行政决策如此突出与重视重大行政决策的程序制定呢?换言之,为什么要对行政决策做这样“重大”与“一般”的分类呢?首先,我国人口众多、国情复杂、行政管理事务繁杂,几乎所有的公共管理活动都需要决策机关的参与。如果对所有的行政决策程序都进行严格的法律规制显然会耗费大量的资源,也会严重影响行政的效率,因此是不现实的。其次,重大行政决策往往涉及到重大公共利益等全局性、长期性、综合性的问题,这些问题都是当前社会经济发展与政治体制改革迫在眉睫的问题,是行政决策法治化首先要解决的问题。

那么重大行政决策与一般行政决策又是如何界分的呢?虽然两者在行政行为体系中的本质属性是相同的,但就决策行为的一般特点和外观属性来看,一般行政决策更强调决策的目的性、时效性、实践性和裁量性。决策者做出一般行政决策往往是根据预期要达到的目标来选择最经济、最便捷、最有效的决策方案,是对客观实践的具体问题作出及时而迅速的裁量与判断。而重大行政决策则具有基础性、战略性、全局性、长期性等特点,一般针对的是宏观的基础建设性等问题,涉及决策的利益群体范围广,成本投入较大,因此重大行政决策往往不能迅速而便捷地作出,其时效性也没有一般行政决策强。当然,重大行政决策与一般行政决策最大的区别在于重大行政决策程序要受到更为严格的政治与法律的控制。

#### (一)重大行政决策比一般行政决策受到更为严格的政治控制

重大行政决策往往事关全局性、宏观性、基础性的事项,牵涉众多的利益群体,影响国家层面大政方针的执行,因此要受到更严格的政治控制,这种政治控制主要表现在执政党对重大行政决策施加的政治影响重大。各级党委在我国起着政治领导核心的作用,承担着保证党的大政方针落实和中心任务的完成,以及保证地方重大行政决策的政治原则和政治方向的重任,这就要求重大行政决策的制定与实施要尽可能地消除决策上传下达中的梗阻因素,防止中央和上级政府决策的走形变样,从而形成国家政治意识形态领域里的统一和协调。因此,重大行政决策在国家社会经济文化发展方面起着巨大的作用,越是重大的行政决策,造成的政治影响就越大,社会的关注程度就越高,且这种影响往往是不可逆的。如果决策失误,政府将承受更严重的后果和更强大的舆论压力,有关方面也将受到更严厉的政治责任控制。比如,我国于 2001 年实施的“撤点并校”政策,尽管当时对提高农村学校教育质量和办学效益起到一定积极作用,但实施十余年来,引发了一系列的并发症,“上学难、上学远、上学贵”成了农村教育的新问题,并导致了校车安全事故频发、农村儿童辍学率回升等种种负面影响。于是,2012 年 9 月国务院不得不暂停了“撤点并校”政策的实施。这就是一个典型的重大行政决策的失误,不仅进一步恶化了城乡教育的不均衡状态,而且还造成了非常恶劣的政治影响,严重损害了政府的诚信形象。

#### (二)重大行政决策比一般行政决策受到更为严格的法律控制

行政决策的法律控制包括立法控制、行政控制和司法控制。第一,行政决策的立法控制是指由立法机关通过立法、监督等方式对行政主体之行政决策过程及其结果施以控防与规约之规则与制度的总称。在我国主要是指权力机关即全国人大及其常委会与地方各级人大及其常委会对行政决策之规约和监控机制。<sup>[9]</sup>这种立法控制主要是实体性控制,主要体现在决策主体必须遵守“越权无效”的原则,任何决策主体都不得越权行使其并未享有的决策权。为了监督重大行政决策行为有无越权决策或滥用职权等行为,地方重大行政决策将会受到地方权力机关更为严格的控制,具体包括更严格的审议和批准预算制度、更严格的人事罢免方式来规制决策行为,更严格的执法检查制度、组织特定问题调查委员会对重大行政决策失误行为进行调查等方式。第二,行政决策的行政控制指行政系统内部依层级关系而建立的自我规制的手段。这就意味着下级机关对上级机关负责,执行中央和上级政府的决定和命令,上级行政机关有权

撤销下级行政机关违法或不适当的决策。重大行政决策比一般行政决策要受到更严格的行政控制,主要表现在各地重大行政决策程序规定都将合法性审查制度、实施情况后评价制度作为必经的程序环节,以加强重大行政决策的事前控制和事后调整。第三,行政决策的司法控制即司法机关对行政决策的司法审查制度。现代法治发达国家均设有行政之司法审查制度,作为行政权运行的一种基本方式,行政决策并不具有免于司法审查之法定理由,属于司法审查的当然范围。在我国,行政之司法控制方式主要是行政诉讼,但现行《行政诉讼法》规定只对具体行政行为的合法性进行审查,由于行政决策兼具具体行政行为和抽象行政行为的特征,因此是否属于行政决策之司法审查范围仍存在争议,应在适当时候首先明确将重大行政决策纳入司法审查的范围,赋予法院对重大行政决策施行合法性审查的权力。

质言之,对行政决策行为的政治控制旨在为了确保行政管理的高效性,政府部门只能把有限的行政资源更多地投入到重大行政决策之中,这是国家政策层面公权力的内部自我约束规制的表现。而法律对行政决策行为的控制主要是通过行政程序对决策行为的抑制与规范来达到控权的效果。“通过对行政行为的过程来控制行政权力在当代已成为行政法的一大趋势。”<sup>[10]</sup>然而,重大行政决策比一般行政决策受到“更为严格”的政治控制与法律控制这样的表述更多的是一种价值判断,而很难付之以量化的标准和裁量的基准。因此,必须再辅以“重大”的其他界定标准才能更清晰、准确地框定重大行政决策的范围。

### 三、重大行政决策中“重大”之界定标准

重大行政决策中的“重大”是一个典型的不确定法律概念,不确定法律概念是指未明确表示而具有流动性特征的法律概念,其包含一个确定的概念核心以及一个广泛不清的概念外围。<sup>[11]</sup>对于“重大”这样的不确定法律概念,在理论上区分重大行政决策与一般行政决策的基本特点只是第一个基础性步骤,尚不足以准确界定重大行政决策的事项范围。其次,如果单从法条规定来界定重大行政决策的范围也是不够的,一则事项的列举是难以穷尽,容易遗漏;二则事项的列举条款本身往往语义模糊、概括性不强;<sup>①</sup>三则如上所述,类似于“其他重大事项”的兜底条款容易成为决策主体滥用决策权的“口袋条款”。既然,囿于重大行政决策与一般行政决策特点的区分以及对重大事项的法条规定都有其局限性,那么,在确定重大行政决策事项范围时,我们还应该进一步从“重大”的价值属性入手来探讨“重大”的判断标准。

#### (一) 政治性与专业性

即使把行政决策纳入行政法学的视角,也不能阻隔行政决策与政治学的渊源。行政决策在进入行政法学研究视野前原本就是政策学研究的对象,而政策学脱胎于政治学,与政治有着天生的逻辑联系。此外,政治与行政的二分法在“行政国”膨胀的权力与强大的职能面前面临着重大的挑战。政治过程是不同利益博弈并在此基础上达成合意的过程,而行政过程由于宽泛的立法指令以及随之而来的广泛的自由裁量权的存在所表现出来的“政治过程特性”,使行政过程在本质上就是一个政治过程。因此,重大行政决策的政治属性是毋庸置疑的,且这种政治性维度与重大性是成正比关系的,政治性越强的决策,决策的重大性也越强。具体而言,重大行政决策的政治性主要体现在:第一,重大行政决策事项本身就包括贯彻执行上级机关或党的决策和指示,落实相关政策规定;第二,一些重大的行政决策也不排除将来在一定条件下转化为党政机关决策的可能;第三,“政治责任是指政治官员制定符合民意的公共政策并推动其实施的职责及没有履行好职责时所承担的谴责和制裁。”<sup>[12]</sup>重大行政决策的制定程序中就有责任追究的程序环节,这种责任很大程度上是一种政治责任。

现代公共行政表明,行政决策以实现公益及维护行政效能为目标,越来越依赖于决策专家的“专业知

① 如“行政管理体制改革的重大措施”这样的表述,对于行政管理体制改革的重大措施包括哪些依然是不明确的。

识”“专业能力”等理性因素,这里的“专家”首先是指韦伯科层制理论下受到专业训练的行政官员。这些官员同时拥有决策权能 and 专业化知识,这些知识的获得或来自系统的专业化知识训练,或来自于经年累月的行政实践。然而由于行政官员的专业性知识是“目标——工具理性”取向的,其专业性与权力过往甚密,容易失去其中立性,且对于一些复杂的技术性问题也难以做出真正专业性的判断,因此,引入行政系统外的专家参与行政决策过程成为一种发展趋势。这些体制外的专家不仅更能保持“中立”的立场,还能运用更加广泛的信息和知识来评估各种决策方案,在纯粹技术性知识方面,特定领域的专家也更具有专业的优势。不难理解的是,越是重大的行政决策,越是需要体制内外专家的“技术理性”,其专业性维度也是越大的,这种正比关系主要体现在:第一,专业性越强的行政决策,越是需要加强决策的专家论证、技术咨询以及风险评估等程序性环节;第二,对于重大行政决策这样不确定概念的界定,越来越需要专业知识的判断,“在许多必须高度仰赖专业知识的事务领域,一方面越来越偏离传统学理上对于概念语义明确性的预设,另一方面也越来越倾向于借助其它相关学科知识,来弥补不确定法律概念规范浓度的稀释。”<sup>①</sup>

如右四象限图(图 1)中政治性与专业性的双维度属性构成了一个“重大性”的双维度复合视角。处于第 I 和第 IV 象限的,越向右滑动,政治敏感性和重要性越强,决策越受到民众关注,越是需要听取民众意见;处于第 I 和第 II 象限的,越向上行,越强调决策的专业化和科学化,越需要专家意见的参与。处于第 III 象限的“弱专业性、弱政治性”的行政决策显然属于一般行政决策,而属于第 I 象限的行政决策“强专业性、强政治性”的行政决策显然属于重大行政决策,必然同时需要高度的专家咨询论证和充分的公众参与。<sup>[13]</sup>

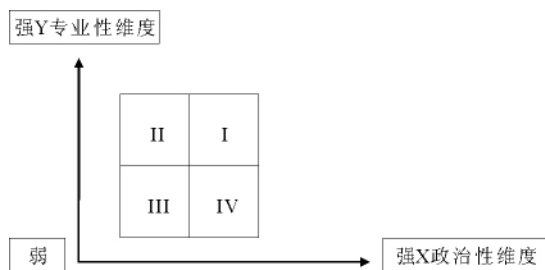


图 1 专业性——政治性双维度下的行政决策

## (二) 公共利益性与公民权利性

重大行政决策有两个基本主题:一是从决策制定的行政主体来看,决策的制定是否符合人民的要求,是否有能力解决人民的公共问题,此即重大行政决策的“公共利益”性;二是重大行政决策的制定过程也要通过各种渠道听取公众的意见,充分保障公民合法的权益,此即重大行政决策的“公民权利”性。<sup>②</sup>

重大行政决策制定与执行的基本依据和终极目标就体现在“为了公共利益的需要”,然而“公共利益”是一个典型的不确定概念,其概念的抽象性、动态性和宏观性使“公共利益”中的“利益内容”和“受益对象”等要素的规范难以明确化。<sup>[14]</sup>一般来说,“公共利益”的确定须由立法机关、行政机关和司法机关共同行使,即立法以抽象的法律规制概括“公共利益”,司法以审判决定“公共利益”,而行政则是以正当程序来创设和实现“公共利益”。<sup>[15]</sup>那么,行政决策者应如何在行使决策权时实现公益呢?美国行政法学家舒伯特在其《行政决策中的“公共利益”》一书中认为,在行政理性主义者眼里,公共利益存在于适当的决策程序的建构中,行政决策程序是一个价值中立的技术过程,公共利益存在于决策程序的理性之中,自觉地执行公共意志。<sup>[16]</sup>

然而,问题的关键是在行政决策程序的过程中,公共利益与公民个人权利的保护会不可避免地产生冲突,公权力天生的扩张性极易对公民权利造成侵害。按照德国著名宪法学家 H·Peters 提出的辅助性理论,尽管其承认实现公共利益是国家责无旁贷的绝对任务,公共利益也是宪法上限制基本权利的理由,

① 参见黄舒芃:《不确定法律概念是一种法律概念吗?——从德国行政法的新近发展反思不确定法律概念的制度功能》,引自《宪政时代》2012年第4期。

② 如各地延迟退休方案事关公民的退休人员生活保障权,就近入学实施方案事关公民平等受教育权,农村大病统筹制度与城镇基本医疗保险方案事关公民在年老、疾病时获取物质帮助的权利等。



但该理论也否认国家拥有动辄可援引公共利益之需要作为其行为合法性的借口。<sup>[17]</sup>因此,为了限制国家公权力的滥用,对涉及到公民基本权利与自由的决策事项应要审慎对待。这就要求重大行政决策的制定者一方面要以实现公共利益为目标,另一方面要充分尊重和保护公民个人的合法权益,最大限度地兼顾公共利益的实现与公民权利的保护。

那么如何在公共利益与公民个人权利的保护之间达成平衡呢?公共利益与公民权利之间既存在协调一致性,又存在矛盾冲突性。协调一致并不是指两者要达到绝对的平衡,而是一种互动互益的状态,它表现在“任何公民权利并不是单纯表现为其内心独白,而是以一种协调的公共利益形式作为存在方式”。<sup>[18]</sup>公共利益可以在个人权利实现的过程中自然形成,并且公共利益的实现最终都会落实到每个公民个体上,转化为公民个体实际享有的权利。但公共利益并不是个人权利的简单总和,两者的矛盾冲突是一种普遍存在的形态。公共利益的实现通常以减损公民个人利益作为成本,或以限制、剥夺公民的某种权利作为代价。在公共利益与公民权利相冲突的境况下,现代行政法普遍奉行“公共利益优先原则”。二战后,西方国家的宪法理念一般都承认个人权利应屈服于公共利益之下,唯限制过度滥用公共利益以剥夺私人自由的公权力行为。我国行政法学界一种较有影响力的学说“公共利益本位论”也认为私人利益必须要服从公共利益,如果私人利益可以不服从公共利益,社会将陷于无政府状态,国家和法也将失去存在的基础。<sup>①</sup>然而,这种建立在公共利益与私人利益二元对立的预设基础上强调私人利益完全服从公共利益观念,却忽视了私人利益中也包含公民权利的盖然性,过分强调牺牲私人利益保护公共利益,势必会影响公民正当权利的保障。再反观传统行政法中占据主流地位的“控权论”则将控制行政公权力和保障公民私权利作为旨归,却又忽视了制度建构本身促进公共利益的功能以及现代行政的利益协调特点。尤其在现代社会中,大量的行政决策是要对复数利害关系人的不同利益加以协调整合,过分地控权又容易导致行政规制的僵化。

我们认为,在公共利益与公民权利相互冲突的情况下,既不能简单地认定所有的行政过程都应遵循“公民权利至上”的理念,也不能片面强调公民个人权利服从于公共利益,当然更不能让公权力主体假借公共利益之名侵害个人的合法权利,而是应该努力实现公共利益与公民权利两者动态的平衡,在公民个人合法权利受到普遍保护的基础上最终实现社会公共利益。为了实现公共利益的行政目标,承担着为公共利益而监督权利行使的行政权在配置、管理公民权利时,应充分尊重公民权利的自由度和保障公民合法权利的实现。“权利既可以作为判断公共机关决定合法与否的法律标准,而且也是证明法院行使司法权正当的规范基础。”<sup>[19]</sup>事实上,西方法治国家不仅在行政程序中兼顾公共利益与私人利益,在对行政行为为司法审查的环节中也注重两者的平衡。如美国在著名的摩根系列案件中,之所以出现了“第一摩根案件判决所给予的东西,第四摩根案件判决又收回去了”<sup>②</sup>的现象,主要也是“由于公共利益的需要,行政程序必须同时保护个人利益和公共利益。”<sup>[20]</sup>美国行政法还规定司法审查“申请人的个人利益必须和公共利益平衡,不能在牺牲公共利益条件下停止行政决定的执行。公共利益的确有时比较容易,有时公共利益会互相冲突。在公共利益互相抵消的情况下,法院在衡量个人利益和公共利益时,容易承认个人利益的存在。”<sup>[21]</sup>

现代国家利益群体的多元化与复杂化趋势,决定了现代行政法必须是以多元价值与利益为体现。行政法的未来发展应采取一种更加平衡的模式,既要保证对行政权的规范与制约,又要促进国家、社会团体以及公民个人之间的相互信赖与合作互动,并进行多元利益与价值的恰当协调与平衡。因此,“在多元社会中如何平衡多元利益、实现社会的稳定是决策者必须解决的问题。”<sup>[22]</sup>重大行政决策必须要能兼顾到各方主体的利益诉求,

① “公共利益本位理论”是我国行政法学界的一种颇有影响力的学说,该学说认为如果没有公共利益的调节,社会成员的利益将在相互冲突中被无谓地消耗,并且现代社会成员的个人利益如果不按公共利益来组织,也无法实现。参见叶必丰:《行政法的人文精神》,北京大学出版社2005年出版,第117页。

② 引自美国第二巡回区上诉法院的一个判决(National Nutritional Foods Assn. v. Food and Drug Administration, 491 F. 2d, 1144(2 Cir. 1974))。

不仅要看到多数人的利益,也要聆听少数利益群体的声音,在此基础上再进行综合、协调和妥协,并通过行政程序为各利益阵营提供公平竞争的制度环境,以期达到从整体上实现社会公益之目的。

### (三)其他“重大”界定标准

对于重大行政决策中的“重大”概念还有其他一些界定标准。如,(1)集体性。首先,政府重大决策的具体范围和量化标准,须报本级政府全体会议或者常务会议审议通过后执行。其次,集体决定也是重大行政决策必经的一个程序,指重大行政决策需要集体作出决定,在深入调查研究、广泛听取意见和充分论证的基础上,最后的决策以集体决议的形式出现,这是一种防止擅权专断、滥用权力的机制。(2)高成本性。重大行政决策一般动用的人力、物力、财力数量大,成本高。如一般重大项目的投资、重大国有资产的处置等都应划入重大行政决策的范围。同时,高成本性也意味着高风险性,如果决策失误或不当,则往往会造成长期性、永久性、难以挽回的不利影响,这就要求对此类行政决策做好充分的风险评估工作。(3)全局性。地方重大行政决策往往是关涉该地方全局性的决策。这种全局性可分为形式上的全局性和实质上的全局性。形式上的全局性是指涉及到该地区全面发展战略的决策事项,如“编制或者调整全区经济和社会发展中长期规划、年度计划”<sup>①</sup>“研究处理涉及地区经济社会发展全局及重大公共利益和群众切身利益的事项”<sup>②</sup>等。实质上的全局性表现在形式上虽然只是对某一个具体事项的决策,其结果和影响却会是全局性的。如各地异地高考政策细则的制定,表面上只是一个单纯的高考体制的改革,但是却涉及到户籍管理、就业、住房、社保、公共服务等各项社会管理制度,其产生的影响是全局性的,应该被纳入重大行政决策的范围。(4)综合性。综合性与全局性、广泛性、宏观性的表述有相通之处,都是指重大行政决策事项范围往往涉及该地区政治、经济、社会、文化等各方面的公共事务,涉及众多的利益群体,影响面广泛,需要综合考虑与平衡各方的利益诉求。此外,综合性也指“重大性”的标准并不单一,一般必须综合考虑以上论述的这些标准,相互作用,相互印证,才能全方位地确定重大行政决策事项的范围。

除了上述讨论的这些重大性标准之外,重大行政决策还应具有基础性、战略性、长期性等界定标准。以上这些界定标准与“重大”一样大都属于不确定的概念,都有其语义表达上的模糊性与多义性,也与上述公共利益性、政治性、综合性等界定标准有一定的重复性,在此就不一一赘述了。

## 四、简单的结语

诚然,突破重大行政决策范围界定上的一些困境是艰难的。首先,重大行政决策与一般行政决策的区分往往只是体现在程度上的差别,而这种程度难以给予一个量化的标准;其次,单从技术层面上,“重大”作为一个典型的不确定概念,对其判断标准的本身既难以确定化,也无法穷尽;再次,现代公共行政的瞬息万变和错综复杂也决定了行政规制的局限性和行政自由裁量的必要性。尽管如此,现代行政也要求这种行政裁量权尽可能控制在法治的框架内。如果行政机关不用法治思维和意识去控制和约束这种自由裁量权,就容易造成滥用的公权力随意吞噬公民权利与公共利益的恶果。因此,重大行政决策范围的界定是我国行政决策法治化首先要解决的问题。我们应该尽量明确重大行政决策的界定标准,尽量使重大行政决策事项范围与量化标准客观化,同时把这些界定标准以立法或规范性文件的形式公之于众,使重大行政决策的界定标准能让决策者以外的普通公民明确知晓,并通过细致严格的行政程序使重大行政决策权力的具体运行规范化。唯此,才能更好地发挥行政程序拘束行政行为、规范公权力的功能。如果放任行政机关对“重大行政决策”范围的自由裁量权,不对行政机关对重大事项的判断余地加以约束与限

① 合肥市《包河区人民政府重大行政决策程序规定》第4条第1项。

② 《哈密地区行政公署重大行政决策程序规定》第2条第2项。

制,那么设定重大行政决策的程序规则就将完全失去其应有的意义,这无疑将会极大地损害我国的行政法治建设。

#### 参考文献:

- [1]詹姆斯·W·费斯勒,唐纳德·F·凯特尔.行政过程的政治——公共行政学新论[M].陈振明,朱芳芳,等译校.北京:中国人民大学出版社,2002:250.
- [2]黄学贤.中国行政法学专题研究述评[M].苏州:苏州大学出版社,2010.
- [3]杨海坤,蔡翔.行政行为概念的考证分析和科学重构[J].山东大学学报:哲学社会科学版,2013(1):1.
- [4]姜明安.行政法与行政诉讼法[M].北京:北京大学出版社,2011:162.
- [5]南博方.行政法[M].杨建顺,译.北京:中国人民大学出版社,2010:65.
- [6]曾哲.我国重大行政决策权划分边界研究[J].南京社会科学,2012(1):96.
- [7]栗燕杰.行政决策法治化探究[M].北京:中国法制出版社,2011:29.
- [8]刘福元.行政参与的度量衡——开放式行政的规则治理[M].北京:法律出版社,2012:18.
- [9]江国华.中国行政法:总论[M].武汉:武汉大学出版社,2012:253.
- [10]孙笑侠.法律对行政的控制——现代行政法的法理解释[M].济南:山东人民出版社,1999:227.
- [11]翁岳生.行政法[M].北京:中国法制出版社,2009:248.
- [12]王美文.当代中国政府公务员责任体系及其实现机制研究[M].北京:人民出版社,2008:9.
- [13]杨寅.行政决策程序、监督与责任制度[M].北京:中国法制出版社,2011:42.
- [14]桂萍.论公共利益、公共服务与服务型政府之关系——以宿迁市政府管理创新为分析起点[J].毕节学院学报,2012(11):93.
- [15]黄学贤,王太高.行政公益诉讼研究[M].北京:中国政法大学出版社,2008:75.
- [16]GLENDON A S. "The public interest" in administrative decision-making: theorem, theosophy, or theory? [J]. The American Political Review, 1957(51): 347-348.
- [17]陈新民.德国公法学基础理论:上卷[M].北京:法律出版社,2010:240.
- [18]孙丽芳.行政权下的公民权利之“辩”[J].政法论坛,2013(2):28.
- [19]POOLE T. Legitimacy, right and judicial review[J]. Oxford Journal of Legal Studies, 2005, 25: 697.
- [20]王名扬.美国行政法:上[M].北京:中国法制出版社,2005:503.
- [21]王名扬.美国行政法:下[M].北京:中国法制出版社,2005:593-594.
- [22]应松年.中国行政程序立法展望[J].中国法学,2010(2):8.

## The Definition of Scope of Major Administrative Decision-making

HUANG Xuexian, GUI Ping

(Law School, Suzhou University, Suzhou, Jiangsu 215006, China)

**Abstract:** As to the definition of scope of major administrative decision-making, there are some dilemmas in the legalization of administrative decision, such as the difficulty of categorization of administrative decision-making, the inconsistency of the items of major administrative decision-making and the low degree of public participation in the decision-making process. To get rid off the dilemmas, we should first distinguish between the characteristics of major and ordinary administrative decision-makings, and then probe into these standards from the values of the “major” ones. The scope of major administrative decision-making should be objective and standard as much as possible. Free-wheeling the discretion of the scope of major administrative decision-making could greatly undermine the administrative rule by law.

**Key words:** administrative decision-making; definition standards; vital interests; rights of citizens

(责任编辑:董兴佩)