

重大行政决策事项范围的法治化限定

郭兴利^{*}

〔摘要〕 现有地方政府规章对重大行政决策事项范围的规定,不仅存有差异,甚而相互冲突,加之过于原则与抽象而缺乏可操作性。其纠偏路径在于,应该在制定地方政府规章时规定行政决策涉及的资金达到政府财政收入的一个适度的具体比值,而不是直接规定行政决策涉及资金的具体数值;对基本权利的界定应以宪法文本为标准,但有必要对宪法文本中基本权利作一种体系化的诠释。所以,应按照法治的基本精神,将“重大行政决策”的具体范围限定为:当行政决策是具体行政行为时,其涉及的资金达到本级人民政府财政收入的适当比例时就是重大行政决策;当行政决策是抽象行政行为时,只要其涉及公民基本权利时就属于重大行政决策。前者从数量的角度对重大行政决策进行限定是数学理性影响下法律形式化的必然要求;后者从基本权利的角度对重大行政决策进行限定是权利作为法的基石范畴的应然要求。

〔关键词〕 重大行政决策;公共财政;基本权利;决策法治化

在一个资源高度集聚化的现代社会,政府的重大决策往往会带来广泛的社会影响。然而,由于受传统决策模式影响,一些关涉群众基本利益的重大行政决策可能违拗法治基本精神,造成不良的影响,为社会管理带来新的挑战。因此,党的十八届四中全会强调:“把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定确定为重大行政决策法定程序”、“建立行政机关内部重大决策合法性审查机制”、“保证法律顾问在制定重大行政决策、推进依法行政中发挥积极作用”、“建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制。”很显然,如何落实十八届四中全会提出的重大行政决策的机制与制度,是加快建设法治政府过程中的一个重要问题。那么,重大行政决策的事项范围应该如何界定?这不仅是重大行政决策法治化研究中的基本理论问题,也是推进法治政府建设中的重大实务问题。

一、重大行政决策事项范围的实践乱象

重大行政决策的具体的事项范围,是重大行政决策法治化的基本前提。虽然我们在日常语言中经常使用重大行政决策一语,但该词是否可以作为一个规范术语来使用,则是一个需要认真研究的问题。

鉴于全国人大及其常委会、国务院、省级人大及其常委会尚未对重大行政决策的具体事项范围以

^{*}法学博士,淮阴师范学院政法学院教授,223001。本文是国家社科基金项目“包容性增长中的不平等及其法律应对研究”(14BFX139)阶段性成果。

法律、行政法规、省级地方性法规的形式作出规定,^①因此,从包含“重大行政决策事项范围”内容的现有的省级地方政府规章来研究重大行政决策的事项范围,就是我们在文本研究中最基本、最重要、最权威的文本选择。^②我们将这些规章中对“重大行政决策事项范围”内容归纳为“贯彻报请类”、“法规规章类”等19个不同类型(详见表一),发现这些地方政府规章对“重大行政决策事项范围”的规定至少存在以下值得讨论的问题:

第一,省级地方政府规章中对“重大行政决策事项范围”的规定有个别冲突。这里的冲突,不是泛指某一事项在一省被纳入“重大行政决策事项范围”而在其他省没有被纳入,而是特指有的事项,在某一省被规定为重大行政

决策事项范围之内,却在另外个别省被明确排除在重大行政决策事项范围之外,即同一事项在不同省级地方政府规章中有明确相反的规定。例如,重庆将“提出地方性法规草案、制定政府规章”、广西将“提出地方性法规草案、制定政府规章和重要的规范性文件”作为“重大行政决策事项范围”的第一项,这种行文的顺序本身就凸显了该类事项在该省“重大行政决策事项范围”的重要地位,但是,山东不仅没有将这些事项纳入其“重大行政决策事项范围”,而且明确排除了该事项适用“重大行政决策程序”,其规定“起草地方性法规草案和制定政府规章,适用《中华人民共和国立法法》等有关法律、法规、规章的规定。”又如,“城乡规划”、“土地利用总体规划”、“政府定价”在较多省份的地方政府规章中都被纳入到“重大行政决策事项范围”,但却被浙江明确排除在外,其规定上述事项“适用相关法律、法规的规定”。这种对“重大行政决策事项范围”的规定相互冲突的情形,充分说明“重大行政决策事项范围”混乱的地方立法实践。

第二,省级地方政府规章中对“重大行政决策事项范围”的规定有明显差异。虽然各省地方政府规

表一 省级地方政府规章中“重大行政决策事项范围”对比表

省别 内容	渝	津	湘	赣	青	鲁	桂	苏	宁	蒙	甘	浙	辽	滇	沪
贯彻报请类					+										
法规规章类	+				+		+				+				
规划计划类	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
财政资产类	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
重大政策类	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+		+	+	+	+
人事人才类		+													
行政收费类			+			+	+	+	+	+			+		
服务价格类			+	+		+	+	+	+	+	+		+	+	
生态资源类		+							+						
产业行业类	+	+													
限制措施类														+	
应急预案类	+						+				+				
行政体制类		+	+	+	+	+		+	+						
行政区划类							+								
民主法制类	+	+													
为民办事类							+								
兜底条款类	+	+	+	+	+	+		+	+	+	+	+	+	+	+
授权条款类	+		+	+		+		+		+		+	+	+	+
排除规定类		+				+						+		+	

(说明:“+”代表该省的地方政府规章中重大行政决策事项范围含有该类型的相关规定)

①我们主要查询了中华人民共和国中央人民政府·法规库、中国人大网·法律法规库、中国法律法规库检索查询系统、法制网·法律法规数据库、法律图书馆·新法规速递、法律界·法规库、法律之星·中国法律检索系统、北大法宝·法律法规、北大法意·法律资源等数据库。媒体曾有披露,国务院正在制定重大行政决策程序条例,但目前没有公开报道相关进展情况。陈菲:《国务院正在制定重大行政决策程序条例》,《新华每日电讯》2014年11月7日。

②经检索,含有“重大行政决策事项范围”内容的省级地方政府规章至少有15个,即《重庆市政府重大决策程序规定》《天津市人民政府重大事项决策程序规则》《湖南省行政程序规定》《江西省县级以上人民政府重大行政决策程序规定》《青海省人民政府重大行政决策程序规定》《山东省行政程序规定》《广西壮族自治区重大行政决策程序规定》《江苏省行政程序规定》《宁夏回族自治区重大行政决策规则》《内蒙古自治区重大行政决策程序规定》《甘肃省人民政府重大行政决策程序暂行规定》《浙江省重大行政决策程序规定》《辽宁省重大行政决策程序规定》《云南省重大行政决策程序规定》《上海市重大行政决策程序暂行规定》(按照生效时间先后排列,同一天生效的,按照颁布时间先后排列)。需要说明的是,我们检索到黑龙江、贵州、湖北、福建、安徽、四川、山西、河北等省制定了含有重大行政决策事项范围的省级地方规范性文件,考虑到其效力低于省级地方政府规章,受本文篇幅所限,我们从约处理,但其基本内容与15个省级地方政府规章类似。

章规定的“重大行政决策事项范围”都具有“规划计划类”、“财政资产类”、“重大政策类”等相关内容,但在“贯彻报请类”、“人事人才类”、“为民办事类”、“限制措施类”、“行政区划类”、“民主法制类”等方面却有明显的差异。进一步讲,即使上述15个省级地方政府规章都将“规划计划类”、“财政资产类”、“重大政策类”等事项纳入了“重大行政决策事项范围”,在不同的省级地方政府规章中,对该类事项的具体内容,仍然有一定的不同。我们以“规划计划类”为例(详见表二),大部分省级地方政府规章都将“国民经济和社会发展规划、年度计划”、“各类总体规划”、“专项规划”等纳入了“重大行政决策事项范围”,但是,青海没有把“各类总体规划”、“专项规划”纳入“重大行政决策事项

表二 省级地方政府规章中“规划计划类重大行政决策的具体内容”对比表

省别	规划计划类重大行政决策的具体内容
渝	国民经济和社会发展规划、年度计划、城市总体规划、土地利用总体规划、自然资源开发利用总体规划、生态环境保护等专业规划、产业发展规划、产业区域布局的规划
津	国民经济和社会发展规划、计划、城市总体规划、土地利用总体规划、城市近期建设规划、专项规划
湘	国民经济和社会发展规划、年度计划、各类总体规划、重要的区域规划和专项规划
赣	国民经济和社会发展中长期规划、年度计划、各类总体规划、重要的区域规划、专业规划
青	国民经济和社会发展规划草案、年度计划草案
鲁	国民经济和社会发展规划、年度计划、各类总体规划、重要的区域规划和专项规划
桂	各类总体规划、重要的区域规划、专项规划
苏	国民经济和社会发展规划、重要的区域规划和专项规划
宁	空间发展战略规划、国民经济和社会发展总体规划、年度计划、重要的区域规划和专项规划、土地利用、自然资源开发利用等各类总体规划
蒙	国民经济和社会发展规划、计划、各类总体规划、重点区域规划以及重大专项规划
甘	国民经济和社会发展规划、年度计划、各类总体规划、重要的区域规划和专项规划
浙	经济和社会发展等方面的重要规划
辽	国民经济和社会发展规划、城乡总体规划、土地利用总体规划和其他自然资源开发利用等各类总体规划、重要的区域规划和各类专项规划
滇	国民经济和社会发展规划、年度计划、土地利用总体规划、主体功能区规划、城镇体系规划、城市规划、专项发展规划、重要区域发展规划
沪	经济和社会发展等方面的重要规划、计划

范围”,广西也没有把“国民经济和社会发展规划、年度计划”纳入“重大行政决策事项范围”等。再进一步讲,即使都规定了“国民经济和社会发展规划”的,有的还同时把“国民经济和社会发展年度计划”纳入“重大行政决策事项范围”,如重庆、湖南、江西、山东等,有的则没有同时将“国民经济和社会发展年度计划”纳入“重大行政决策事项范围”,如江苏、辽宁等。此外,15个省级地方政府规章中,只有宁夏将“空间发展战略规划”纳入到“重大行政决策事项范围”。这些都意味着,有些事项在一省被纳入“重大行政决策事项范围”而在其他省没有纳入,这在逻辑上难以自治,只能说明我们对究竟什么是“重大行政决策事项范围”的认识还处于模糊状态。

第三,省级地方政府规章中对“重大行政决策事项范围”的规定过于抽象。即地方政府规章对“重大行政决策事项范围”主要是作出了原则性的规定,例如,广西将“为民办实事的重大事项”规定为重大行政决策事项,可是,如何理解“为民办实事的重大事项”则是一个含义模糊的问题。甚至有的省级地方政府规章中对“重大行政决策事项范围”都采取了抽象性的形式来规定。我们以2015年10月1日生效的《浙江省重大行政决策程序规定》为例对此作一分析。该条第一款首先列举了重大行政决策的事项范围,但在这些规定中,何谓“重要规划”、“重大改革措施”、“重大政策”、“重大建设项目”?这本身就是一个需要进一步厘清的问题,可正是在这一关键问题上,该《规定》不仅没有明确规定其具体的、可操作的规则,相反,该条第二款的授权性的规定,可能带来实务中潜在的各种紧张。因为,县级以上人民政府及其部门,完全有可能出于规避重大行政决策繁细而严格的程序的需要,在具体确定重大行政决策的事项范围时,故意压缩重大行政决策的事项范围。可见,这类抽象性、原则

性过强的重大行政决策程序的省级政府规章,在实务中可能面临诸多挑战。

其实,不仅省级政府规章如此,其他针对重大行政决策程序的地方政府规章、规范性文件也基本如此。例如《浙江省重大行政决策程序规定》公布后,浙江省下辖的嘉兴市发布了《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》,其第二条规定的重大行政决策事项的四项内容与《浙江省重大行政决策程序规定》第二条完全一样。而在《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》发布后,嘉兴市下辖的海宁市也发布了《海宁市人民政府重大行政决策程序规定》,其第二条与《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》第二条完全一样。如前文所述,这些规定里面的各种“重大”,如何理解?如何操作?则难以知晓。进而言之,《浙江省重大行政决策程序规定》中已经明确规定,其“适用于本省县级以上人民政府及其部门”,单从人民政府的角度讲,即适用于浙江省的省、地级市、县(市、区)三级人民政府。那么,如果浙江省人民政府作为决策机关,根据“具体决策事项,由决策机关根据前款规定并结合决策中的相关因素确定”的规定,浙江省人民政府应该确定“具体决策事项”。然而,我们很难查到这方面的信息——虽然,《浙江省重大行政决策程序规定》第二条第二款后段只是一个任意性规范:“决策机关根据实际需要,可以制订决策事项目录,向社会公布。”不过,这里的“可以”,我们认为在全面推进依法治国的新时期,理应作一种更积极的理解,即鼓励政府制订决策事项目录,向社会公布。(其实,在我看来,这里的“可以”,是立法中的一个瑕疵,如果换成“应当”,似乎更妥,下文将说明其理由。)进而言之,嘉兴市与海宁市的上述重复规定,有何意义?为什么他们不直接依照《浙江省重大行政决策程序规定》第二条第二款的规定,制定具体决策事项的范围?更值得关注的是,《浙江省重大行政决策程序规定》第二条第二款中的“决策机关根据实际需要,可以制订决策事项目录,向社会公布”一语,在《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》《海宁市人民政府重大行政决策程序规定》第二条规定中,却都不见踪影了。这不仅意味着《浙江省重大行政决策程序规定》第二条规定的重大行政决策的“具体决策事项,由决策机关根据前款规定并结合决策中的相关因素确定”中蕴涵的浙江省下辖的各市、县人民政府应该直接根据该《规定》第二条第一款的四项抽象性、原则性的规范作出具体的、可操作的规范的意图没有实现,而且也“成功”地消解了《浙江省重大行政决策程序规定》第二条中的“决策机关根据实际需要,可以制订决策事项目录,向社会公布”的积极意义。这里,下级机关的不必要的重复立法,不仅贬抑了下级机关立法权的应有功能,徒增法律运行的成本,而且损害了上位法的权威。

上述地方政府规章对“重大行政决策事项范围”的规定意味着,社会最需要了解的重大行政决策的更加量化、细化或者规范化、合理化的具体标准,地方政府规章对其往往语焉不详。由此带来的问题是,在没有统一的法律界定重大行政决策的事项范围时,虽然地方政府规章对重大行政决策的事项范围有界定,但是,这种界定往往过于原则,其在操作层面上具有不确定性,使得公民对重大行政决策的事项范围处于一种不明知的状态,因而使得公民对重大行政决策的具体事项范围亦难以知晓。而《政府信息公开条例》第九条规定行政机关应当主动公开“需要社会公众广泛知晓或者参与的”政府信息。因而,我们认为,重大行政决策的事项范围,应该是政府信息公开的范围,因为如果该事项范围不向社会公开并且让社会明知其具体指向的话,公众就无法有效参与。可见,明确重大行政决策的事项范围是落实全面推进依法治国的必然要求,也是推进法治政府建设的题中应有之意。那么,实务中究竟应该如何来界定“重大行政行为”的事项范围呢?特别是,如何对重大行政决策的事项范围作一个法治化的限定呢?这是一个具有挑战性的命题。本文从具体行政行为与抽象行政行为两个方面,对重大行政决策的事项范围作一初步探讨。

二、重大行政决策中具体行政行为的法治化限定

当一项行政决策是具体行政行为时,如何认定其是重大行政决策?作为具体行政行为的行政决

策事项往往会涉及一些资源,这些资源最终都可以用货币来计量其价值,我们称其为决策所涉及的资金,我们认为,只要决策涉及的资金达到本级人民政府财政收入的一定比例时,该决策就是重大行政决策。因为财政是国家运行的主要物质基础,对财政进行有效管理,是国家走向法治的一个重要标志。^①但问题是,这个比例如何来确定呢?我们以实务中一些重大项目来对此作一个简要的分析。近些年来,为了改善经济结构、扩大内需等现实需要,政府作出了一些全社会公认的重大决策项目。例如:京沪高铁(总投资约2209.4亿元)、南水北调(总投资约2137亿元)、青藏铁路(总投资约262.1亿元)、三峡工程(总投资约1800亿元)、西电东送(总投资约5265亿元)等,根据短板原理,我们以上述工程中投资最少的青藏铁路为例,来说明决策涉及的资金占财政收入的比例问题。

青藏铁路投资建设周期大约为4年(2001年6月—2005年10月),我们以2002—2005年的国家财政收入总和98664.65亿元为基数(国家统计局数据表明2002—2005年我国财政收入分别为18903.64亿元、21715.25亿元、26396.47亿元、31649.29亿元),计算可知,青藏铁路总投资约占全国该四年度财政的万分之二十六。考虑到现代社会中大量的项目(如一些具有公益性质的项目),并不一定资金全部来自政府的财政,因此,我们还用了另外一个指标来对比分析该问题,以期使我们的论证更有说服力,这个指标就是社会固定资产投资。2002—2005年我国全社会固定资产投资分别为43202亿元、55118亿元、70073亿元、88604亿元,四年合计为256997亿元。可见,青藏铁路投资约占全国该四年度全社会总投资的万分之十。因此,青藏铁路项目投资占财政收入的比例是其占全社会固定资产投资总额的比例的2.60倍。考虑到全国财政收入与社会固定资产投资可能会在某一个阶段出现较大的波动,因此,有必要在一个更长的时间段来检验该数据的科学性。为此,我们查阅了中国统计年鉴有“全社会固定资产投资总额”指标以来的相关数据,这些数据表明:1995—2011年,我国的财政收入总额为578973.85亿元,而同期全社会固定资产投资总额为1662501.705亿元,^②二者的比例为34.825%,这就意味着,同一项投资与财政收入的比例是该投资与全社会固定资产投资总额的比例的2.87倍。而从青藏铁路的情况看,二者的比例为2.60倍,这也在一定的程度上说明该数据的误差在我们允许的范围之内。

考虑到青藏铁路是全国范围内少有的大型投资项目,是政府多少年才下决心兴建的项目:西宁至格尔木段已于1979年铺通、1984年运营,而2001年中央政府才决定修建青海格尔木至西藏拉萨段,中间相差22年。可见,即使在政府的重大行政决策中,青藏铁路也是比较有影响力的重要项目。因此,一个项目的投资占政府财政收入的比例,即使没有青藏铁路项目投资占政府财政收入的比例(万分之二十六)高,政府仍然会认为该项目是一个重大行政决策项目。不过,在建设法治政府的初期,为了能够使重大行政决策法治化,不宜将过多的行政决策行为界定为到重大行政决策的事项范围内。因此,从这样意义上讲,如果我们把某项决策所涉及到的投资与财政收入的比例不低于万分之二十六,从而认为该行政决策叫做重大行政决策,应该有着充足的理由。考虑到我们习惯用整数,也为了简化的需要,我们认为,只要某一项行政决策所涉及的资金,达到本级政府财政的千分之二时,该行政决策即为重大行政决策。需要说明的是,这里的行政决策所涉及的资金,仅仅指的是某项决策所指向的具体事件所需要的资金额度,至于这些资金的来源,并不必然全部来自国家财政——只要其来源于财政或者直接受决策机关支配的资金即可。需注意的是,一些重大行政决策项目往往需要在较长的时间段才能够完成,因此,该千分之二的比例,应该是该项目的资金与该项目从开始到完成所需时间段内的本级政府的财政收入总额之间的比例。而由于决策事项的所需的完成时间是一个未来的时间段,故需

^①陈志武:《金融的逻辑》,北京:国际文化出版公司,2009年,第15—16页、第92—93页;陈志武:《现代技术催生民主法治》,《经济观察报》2013年1月28日。

^②1995—2011年各年度的财政收入和全社会固定资产投资额的原始数据来自国家统计局官网中《2012年中国统计年鉴》。

要对未来一个时间段的财政收入总额做出预测——而这往往具有一定的不确定性。因此,或许更具有操作性的计算项目期内财政收入总额的办法是,以作出重大行政决策时上一年度的年财政收入为基数,乘以项目所需的时间(以年为单位);或者以作出重大行政决策时上一年度的月平均财政收入为基数,乘以项目所需的时间(以月为单位)。需说明的是,通过这种量化的方法来界定重大行政决策的事项范围,是未来行政管理实务中应该遵循的基本发展方向,至于其具体的量值(决策涉及的投资与政府财政收入的比例),本文提出千分之二,仅是一个初步的尝试。这种可以量化的指标,比以往那种原则性、抽象性的规定,更加具体化,具有规范性,也利于操作,是未来政府管理朝精细化发展的基本要求。诚如有学者指出,应当明确重大决策的衡量标准是什么,对“重大”进行量化的界定,在决策涉及到的经济规模的具体数值上找到一个临界点。这些从量化的角度对重大行政决策的事项范围作为限定的呼声,应该得到我们充分的尊重。不过,比较遗憾的是,这些论者都没有进一步提出这个量化的具体指标究竟是什么,而本文对此进行了大胆的探索。

问题是,这种从量化的角度对重大行政决策的事项范围作出限定的思路,为什么是一种法治化的方式,或者说,法治思维为什么要求我们从量化的角度对重大行政决策的事项范围作出限定。这是因为,现代法律十分注重形式合理性,而“数学是理性的化身,所以,近现代西方法律理性化的结果使法律得到了数学理性更深的改造。数学思维虽然不是近现代西方法律形式合理性形成的唯一影响因素,但无疑是决定性的影响因素。”^①数学思维作为理性思维的重要表现,其突出的要求之一就是数量关系成为一种思维中不得不遵守的规则,大家只有在一定的规则基础上,才能够使数学成为一门科学。而数学思维对近代法律的影响,使得西方近代法律乃至整个西方社会更加强调形式合理性。“法的形式主义会使法的机构像一台技术上合理的机器那样运作,它为有关法的利益者提供了相对而言最大的活动自由的回旋空间,特别是合理预计他的目的行为的法律后果和机会的最大回旋空间。它把法律过程看作是和平解决利益斗争的一种特殊形式,它让利益斗争受固定的、信守不渝的‘游戏规则’的约束。”^②可以说,这种从量化的角度界定重大行政决策事项范围思路,是我们学习西方管理成功经验的有益探索。历史地看,在法治建设的初期,“法治需要缓解因社会的急剧变化可能产生的动荡”^③,因而,形式合理性可能更具有急迫性,这是一个基本的历史经验。

进而言之,对重大行政决策事项范围作法治化限定,要求我们运用法治思维来努力探索地方政府规章中如何从量化的角度对重大行政决策事项范围作出限定。我们认为,至少有两种不同的方案可供参考。一种是直接规定决策所涉及的资金的数值(以下简称“数值法”)。另一种是规定行政决策涉及的资金达到政府财政收入的比值(以下简称“比值法”)。“数值法”的优势在于比较简单、直观,易于操作;其主要不足在于,一当该具体的“数值”在地方政府规章或者规范性文件中规定后,为了保证地方政府规章或者规范性文件的稳定性,一般不宜经常修改,而社会发展与时代变迁在当代已经加速进行,这将会使曾经比较合理的“数值”难以在较长时期内适应变化中现实需求。“比值法”的主要不足是,每年都要根据财政收入的数值来确定行政决策涉及资金的具体数值,显得不够直接,但是,它较好的克服了具体数值与社会变迁之间的紧张关系,有效地化解了不同地方政府规章中具体数值的差异,更具有内在的合理性和规范的稳定性。因此,我们更偏向使用“比值法”。在未来的地方政府规章的制定中,应该通过充分的讨论,确定行政决策涉及的资金达到政府财政收入的一个适度的具体的比值时(例如,上文论证的“千分之二”),就是重大行政决策,这个具体的比值,应该明确规定在有关重大行政决策的地方政府规章中。

①何柏生:《西方法律形式合理性形成中的数学因素》,《法制与社会发展》2007年第6期。

②[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》,林荣远译,北京:商务印书馆,1997年,第140页。

③陈金钊:《决策行为“于法有据”的法之塑造》,《东南大学学报》(哲社版)2015年第2期。

三、重大行政决策中抽象行政行为的法治化限定

当一项行政决策是抽象行政行为时,如何认定其是重大行政决策?我们认为,当行政决策是涉及公民基本权利的抽象行政行为时,应属于重大行政决策的事项范围。因为权利是当代法哲学的基石范畴,^①法治精神内在的要求我们尊重、呵护、保障权利,特别是公民的基本权利。讲法治,如果离开了权利,就会成为没有人性光辉、没有内在价值的“治人之法”,国家甚或成为一个徒有暴力的机器,这种所谓的“法治”,毋宁说是一种“暴治”,即一种源于人类早期的“丛林规则”的经过法律“包装”乃至“美化”后的“暴力之治”。只有坚守权利的底线,只有为权利而斗争不仅仅是主张自己利益的任何一位市民的权利,这也是旨在为权利而斗争的市民的一项义务时^②,法治才能够成为社会追求的“良善之治”。进而言之,由于基本权利是法哲学最牢固的基石,是人类憧憬和谐秩序的法律化的表达方式,因此,弘扬法治精神,首先要求我们捍卫基本权利。

什么是公民基本权利,在学界早有争议,基本的分歧在于:究竟应该从文本的角度,还是从学理的角度,来理解基本权利的具体内容。从文本的角度讲,基本权利就是指宪法明文规定的公民享有的基本权利,具体而言,在我国就是指《中华人民共和国宪法》第三十三条至第四十九条规定的基本权利,如平等权、选举权与被选举权、劳动权、休息权等。也就是说,基本权利是宪法所规定的公民“最重要的那些权利”,^③这就意味着,一项权利能否成为公民的基本权利,其判断标准就在于该项权利是否在宪法文本中有明确的规定。从学理的角度讲,基本权利是一个人所应该享有的最基本最重要的权利,是人的基本需求的权利化形态。而所谓基本需求,是社会主体能够成为社会的一员的最基本的要求,它所强调的“不只是他们作为公民拥有什么,而且还在于他们是什么”。^④也就是说,它是社会主体能够在社会中存在的前提条件。人的基本需求在经济领域表现为任何一个人不能因为贫穷而出卖自己、任何一个人不能因为贫穷而过没有最起码的尊严的生活等;在政治领域表现为选举平等、言论自由、信息公开、结社自由等;在社会领域表现为:国家应该发展基础教育、职业教育和特殊教育,承担最基本的社会保障义务,尊重社会主体的最根本的文化传统、文化观念,个人有权生活在一个不会给自己的身体带来直接而即刻的伤害的自然环境中等。^⑤就理论层面而言,根据基本权利性质之差异,可以将其大致分为三类:一是对于国家的防御权,如各种自由权;二是要求国家给付的权利,如社会救济权、义务教育权;三是请求国家作出保障的权利,例如请愿权、申诉权。这三类权利都具有对抗和制约国家权力的功能。反过来,只有在对抗和制约国家权力的意义上,才会涉及基本权利。

那么,在重大行政决策中,决策所涉及的基本权利,究竟是从文本的角度理解,还是从学理的角度理解呢?从法治中国建设现阶段的实际出发,宜从文本的角度来界定重大行政决策中的基本权利的具体范围。虽然我们深知,从文本角度理解基本权利,面临着基本权利的具体内容相对较少、理论逻辑不够清晰等问题,但是,我们更应该看到,在法治中国建设的当下,“依法治国,首先是依宪治国;依法行政,关键是依宪执政。”这就要求,在全面推进依法治国的实践中,崇尚宪法权威并充分发挥宪法的功能,是一种必然性的要求。宪法文本作为宪法规则的基本载体,在法治建设的起步阶段,尤其具有重大的意义。这就要求我们不仅应该把宪法文本作为唯一的宪法渊源,而且,要着力提高宪法文本的

①张文显:《法哲学范畴研究》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第335页。

②[德]耶林:《为权利而斗争》,胡宝海译,北京:中国法制出版社,2004年,第5页。

③蔡定剑:《宪法精解》,北京:法律出版社,2004年,第206—207页。

④[美]桑德尔:《自由主义与正义的局限》,万俊人等译,南京:译林出版社,2001年,第182页。

⑤郭兴利:《论不平等的法律调控》,北京:中国社会科学出版社,2011年,第145页。

规范性程度,充分发挥宪法文本的规范性效力。^①因为经历中国政治法律实践三十多年检验的现行宪法,是中国最广大人民群众利益与意志的最集中体现,如果其文本中规定的公民基本权利都在社会各界不能形成共识,那么,学理上对基本权利的理解则由于各种学术背景的差异、关注重点的分殊等,更难以达至意见统一,而如果以此来指导法律实践,则可能导致混乱。当然,作为学理性角度理解的基本权利,可以通过深入不断的理论研究与学术反思,为文本的基本权利的诠释与实施以及文本在未来的修订与完善提供学理支撑,从而将理论的魅力上升为文本的效力。

进而言之,是不是涉及基本权利的所有行政决策行为都可以成为重大行政决策呢?这是一个有待讨论的重大问题。我们认为,只有行政决策涉及基本权利且本身是抽象行政行为时,才属于重大行政决策,如果一项决策只是涉及到特定的个体,即使关乎基本权利,也不应该属于重大行政决策。这主要基于正反两方面的理由。一方面,从正向的角度看,涉及基本权利的抽象行政行为,往往会影响不特定多数人的重大利益,宜界定为重大行政决策。重大行政决策应该针对的是不特定的多数人。因为在现代社会,社会分层日益复杂,诸多行政决策涉及的行政相对人往往只是社会分层中的某一部分人,如退休人员、学生,他们的人数虽然没有达到本辖区的所有人或绝大多数人的程度,但是,其社会影响却十分明显,如果其不纳入重大行政决策的事项范围,按照更加规范而严格的程序进行,则可能会引发较大的社会问题。事实上,很大部分影响社会大众的行政决策直接针对的对象都不是本区划内的所有人或绝大多数人,如机关、事业单位人员的退休金问题,其只直接影响到机关、事业单位的尚未退休的人员;如改革高考招生制度,其只影响到高中毕业生。因此,如果要求行政决策会影响到本区划内的所有人或绝大多数人才属于重大行政决策的事项范围,则可能将重大行政决策的事项范围界定得过于狭窄。抽象行政行为,因为其针对的是不特定多数人的,具有一定的普遍性,并且由于社会本身是一个网络化的体系,使之可以影响到更广泛的人,因此,其作为重大行政决策的事项范围,我们认为比较适合。另一方面,从反向的角度看,涉及基本权利的具体行政行为,即使针对特定的人的重大利益,仍不宜界定为重大行政决策。在具体行政行为中,因为行政决策只是针对特定的个人,即使这一决策关系到行政相对人的基本权利,但是,毕竟该决策的社会影响不够突出,而且其属于具体行政行为的范畴,因此,一般而言,在这类具体行政决策中利益受损者,往往可以通过现行的相对完备的救济路径来维护自身权利,而不宜纳入重大行政决策的事项范围。其实,这也是对重大行政决策的事项范围作一定的限定,这种限定,表面看是缩小了重大行政决策的事项范围,似乎不利于对重大行政决策的规制,但是,我们认为,只有把重大行政决策的事项范围限定在更小的适当的范围内,才可以对其作出更有效而严格的规制。

四、重大行政决策事项范围法治化限定的意义

综上所述,我们从具体行政行为和抽象行政行为两种不同类型,对重大行政决策事项范围作了一个法治化的限定。当行政决策是具体行政行为时,其涉及的资金达到本级人民政府财政收入的适当比例时,就是重大行政决策;当行政决策是抽象行政行为时,只要其涉及公民基本权利时就属于重大行政决策。更重要的是,这样一种对重大行政决策事项范围的理解,内蕴着深刻的法治理念,饱含着丰富的法治精神。因为财政收入是国家运行的主要物质基础,如何在国家治理中处理好决策与财政之间的关系,是推进法治政府建设中不得不面对的一个基本问题,同时,从行政决策涉及的资金达到政府财政收入的数量关系中理解重大行政决策的具体范围,是数学理性影响下的法律形式化的必然要求。未来制定地方政府规章时,应该明确规定行政决策涉及的资金达到政府财政收入的一个适度的具体比

^①周永坤:《依宪治国需要形式合理的宪法》,《法学》2015年第8期。

值,而不是直接规定行政决策涉及资金的具体数值。而当行政决策是涉及公民基本权利的抽象行政行为时就属于重大行政决策,则是权利作为法的基石范畴的应然要求——当然,对基本权利的范围,我们虽然认同以宪法文本为标准,但对宪法文本中基本权利的范围有必要作一种体系化的理解或诠释。这一对重大行政决策事项范围作出的法治化限定,其意义何在?

一方面,重大行政决策事项范围法治化限定有深刻的理论意义。目前学界对重大行政决策的研究,已经从对重大行政决策的一般具体问题的讨论的基础上,上升为重大行政决策元理论的反思。这一理论提升的突出表现,就是对重大行政行为概念本身进行学理分析。这个问题的核心,就是“重大行政决策”能不能在行政法学中具有独立的地位?有论者认为重大行政决策概念模糊不清是我国重大行政决策制度存在的首要问题,^①甚至有论者提出行政法学现有的概念群无法给重大行政决策提供容身之所。^②在我看来,重大行政决策概念之所以出现以上学理上的困扰,主要原因在于我们以往对重大行政决策概念的界定不经意地受到了法政思维的过度影响,即我们不是基于行政法学乃至法学独立的思维逻辑,不是从法治的基本立场出发去界定重大行政决策的概念,而是基于政治学的立场,沿袭宣示性的政治文献来讨论重大行政决策的概念。在重大行政决策这一概念的生成与演绎历程中,至少有三个重要的政治文献起着重要作用,即《全面推进依法行政实施纲要》(2004年3月22日)、《国务院关于加强市县依法行政的决定》(2008年5月12日)、《国务院关于加强法治政府建设的意见》(2010年10月10日)。梳理“重大行政决策”这一概念的发展史,我们发现正是在《全面推进依法行政实施纲要》颁布后,传媒界与学会上才大量出现了以“重大行政决策”这一核心概念为标题的文章,它首先大量出现在报纸的文章中,直到2010年才开始逐渐受到学界重视,到2013年后成为相对较热的一个研究论题。但是,这些研究中,对重大行政决策概念进行学理反思的却少之又少,从某种意义上讲,这也反映了这一论题作为时政话语在研究中的一般规律,即更多的是标签式、嫁接式的功利性的研究,难以对法学的发展起到真正的推动作用,也不易起到法学研究对重大现实问题的回应作用。^③学术研究如何坚持独立性,克制功利性,是我们必须要面临的问题。就重大行政决策这一论题而言,厘清其基本概念是其研究的重要起点,本文的研究,就是从学理角度对重大行政决策概念界定的一个新尝试。通过这一尝试,我们发现,重大行政决策概念完全可以在类分为具体行政行为和抽象行政行为后,有明确的意义所指,这就较好了改变了现在学界包含法学界往往从政治学或者行政学的角度去界定其含义,即不再从“经济社会发展全局、社会涉及面广、专业性强、与人民群众利益密切相关”等思路去界定重大行政决策的内涵,而将其转向到了法学的场域。正是基于这样的学术立场的转变,我们有理由相信,即使我们对重大行政决策的界定在具体内容上可能还有值得推敲的诸多地方,但是其方向无疑是应该坚持的。

另一方面,重大行政决策事项范围法治化限定有重大的实践意义。首先,重大行政决策事项范围法治化限定有利于未来制定地方政府规章时更加明确地规定重大行政决策事项范围的具体内容,使其更具有内在的合理性和外在的可操作性。未来我们在制定有关重大行政决策的地方政府规章时,可以从具体行政行为与抽象行政行为两种不同类型来规定重大行政决策的事项范围。例如,在具体行政行为中,就可以采用如下的表述方式:“重大行政决策包括下列具体行政行为:(一)行政决策涉及的资金达到政府财政收入X%以上的重大财政资金安排;(二)行政决策使用本级财政资金或者政府融资投入达到政府财政收入X%以上的重点项目;(三)行政决策涉及资产价值达到政府财政收入X%以上的行政事业单位国有资产处置;(四)行政决策涉及总资产达到政府财政收入X%以上企业国有资产处置决策事项;……”行政决策涉及的资金达到本级人民政府财政收入的适当比例是重大行政决策的基本性质之一,也就是重

①卢建华:《我国重大行政决策制度存在的问题及其完善》,《时代法学》2016年第2期。

②熊樟林:《重大行政决策概念证伪及其补正》,《中国法学》2015年第3期。

③李友根:《论时政话语的经济法学研究》,《现代法学》2013年第1期。

大行政决策内涵的组成部分,通过概念的基本内涵来指引立法中重大行政决策事项范围的具体内容,具有内在的合理性。同时,这一逻辑理路,避免了目前一些论者根据地方政府规章中重大行政决策事项范围推导出重大行政决策的内涵那种本末倒置的做法,也有利于不同地方政府规章在重大行政决策事项范围的统一,减少法治政府建设中不必要的地方差异。因此,该规定具有较强的操作性。其次,重大行政决策事项范围法治化限定有利于推动法治政府建设。如何实现重大行政决策的科学化、民主化和法治化,是法治政府建设中的重要问题,虽然目前各级政府在重大行政决策法治化方面取得了一定的进展,但是,囿于这些地方政府规章或者规范性文件中对重大行政决策事项范围大多作了抽象而原则得规定,其实施效果并不明显。重大行政决策事项范围法治化限定为这些地方政府规章和规范性文件的实施提出了新的要求,它不仅要求各级政府在实施重大行政决策时坚持法治理念和法治思维,而且要求更规范化地进行政府财政资金安排、基本项目投资、国有资产处理、尊重与保障基本权利等方面的决策。

重大行政决策是法治政府建设中一个基本的重大问题,虽然目前有关重大行政决策程序的地方政府规章或者规范性文件中对其事项范围都有规定,但是,失之于过于抽象、原则,往往缺乏可操作性,社会公众亦难以明知其具体内容;不同的省份对重大行政决策事项范围的界定不仅存有较大差异,有的甚至相互冲突,这不仅在理论上很难自圆其说,更重要的是,会给法治政府建设带来内在的紧张。本文从具体行政行为与抽象行政行为两个不同的层面,对重大行政决策的具体事项范围作出了新的阐释,从而使这一概念具有更强的规范性和操作性。然而,本文的结论虽然从法治的基本立场出发初步回答了重大行政决策的事项范围的具体内容,但是这并不意味着重大行政决策事项范围这一重大问题已然全部解决——毋宁说,这个初步的结论只是为我们进一步深入研究重大行政决策事项范围提出了若干值得讨论的重要问题。

(责任编辑:杨嵘均)

Legally Defining the Scope of Major Administrative Decisions

GUO Xing-li

Abstract: Two problems can be identified in the definitions of the scope of major administrative decisions in the current regulations issued by local governments in China: the definitions are usually different or even in conflicts with each other; or they are just some general principles, which are too abstract to be applied to relevant practices. To resolve these problems, the local governments are supposed to prescribe that the fund involved in an administrative decision should reach a proper specific ratio to the government's revenue rather than a fixed amount when determining whether or not the decision can be identified as a major one. If an administrative decision involves people's basic rights, whether it can be regarded as a major decision should be determined by the definition of the basic rights in the Constitution in combination with a systematic interpretation of the constitutional definition. Therefore, following the spirit of rule of law, the scope of "major administrative decisions" is supposed to be specifically defined as follows. If an administrative decision is a concrete one and the fund it involves reaches the required ratio to the governmental revenue, it will be regarded as a major decision; if the decision is an abstract one which involves people's basic rights, it will be regarded as a major decision too. The former, a definition of major administrative decision from the perspective of financial quantity, is an inevitable requirement on legal form under the influence of the mathematic rationality, while the latter, a definition from the perspective of people's basic rights, is the necessary requirement of basing laws on the protection of human rights.

Key words: major administrative decision; public finance; basic rights; law-based decision