

作为过程的行政决策

——在一种新研究范式下的考察

戴建华

摘要:行政决策是一种重要的行政活动,传统行政法学研究范式因没有对法律效果的形成过程予以足够的关注,显现出行政决策研究的不足。按照“行政过程论”的研究范式,行政决策可以被定性为以动态方式实现行政目的、具有独立价值的“一般性制度”,进而将其纳入法治的考量范围。对其实体规制主要体现在对行政决策的法律依据和法律意义的考察;而程序规制应以“行政参与”与“行政公开”理念为核心,并辅之以其他相关程序制度规则,形成一套完善的程序规则体系。

关键词:行政决策;行政过程;实体法规制;程序法规制

一、导言:行政决策与行政法研究范式的转换

目前,由于马克斯·韦伯意义上的官僚制尚未完整建立,公共服务精神和公共责任程序缺失,中国的行政决策法治状况比较落后,特别是行政决策程序亟待规范,行政决策风险评估机制和重大决策跟踪反馈和责任追究有待加强。基于此,2010年11月国务院发布《关于加强法治政府建设的意见》中指出:“坚持依法科学民主决策”;随后,在2011年3月28日中共中央政治局就推进依法行政和弘扬社会主义法治精神进行集体学习时,中共中央总书记胡锦涛强调,“……加强行政决策程序建设。”

不过,近几年来,我国也在不断探索推进行政决策发展与完善的路径。2002年1月,国务院有关部门第一次举行全国性的行政决策听证会,就“铁路部门旅客列车票价实行政府指导价”进行听证,引起社会广泛关注。各地根据各自实际,积极开展制度创新。2005年1月,湖北省颁布《湖北省人民政府关于推进行政决策科学化民主化的若干意见》,就行政决策的基本规则、程序、民主协商、专家咨询、监督、责任追究等予以规范。2008年4月,《湖南省行政程序规定》颁布实施,要求县级以上人民政府在作出重大决策前,必须严格遵循调查研究、专家论证、公众参与、合法性审查、集体研究的步骤。显然,构建现代行政决策制度和机制是法治政府建设的必然需求。行政决策不仅关系公民政治权利、社会权利、文化权利以及生存权利的保障与实现进程,关系到服务型政府建设和反腐倡廉制度建设,也关系到国家和社会资源的优化配置和科学合理使用。相当长一段时间,我国行政决策的制度资源不足,但同时,行政决策的理性、民主和法治理念更为缺乏。

总体而言,我国理论界和实务界关于行政决策的研究起步较晚,成果相对还很不足,对行政决策的研究主要集中在公共管理领域,法学界对行政决策的研究,往往是以行政行为包含行政决策行为,显现出研究的不足,这显然与传统行政法学以行政行为类型为中心的研究范式有关。传统行政法学对行政

作者简介:戴建华,法学博士,国家行政学院法学部讲师。

行为理论的研究,往往只是静态地考察行政行为的法律效果而没有对行政行为法律效果的形成过程予以足够的关注,往往只是个别地分析单个行政行为的类型而没有将微观的行政行为放到宏观的行政目的实现过程中去考量,往往只强调行政主体一方的法律地位而忽视行政相对人意思在行政决定法律效果的最终形成中的作用。这种“静态行为类型论”的研究范式必然将行政决策作为一种事实行为而排除在行政行为类型的视野之外。然而,在现代,随着行政程序法治的不断发展与完善,传统行政法学研究范式所暴露出的局限性日益明显。为此,许多学者提出一种新的“行政过程论”的研究范式。^①按照该理论,行政行为不再是一个个单一、孤立、静止的行为类型,而是一系列不断运动、相互关联具有承接性的过程;每一个实际存在的行政行为,都呈现为一种时间上的持续过程,都包含着若干程序环节和发展阶段,而每一个程序环节和阶段都具有特殊的法律意义,需要遵循不同的法律规则。“行政过程论”的意旨在于打破传统行政法学对行政活动静态的局部性考量的研究范式,将实现行政目的的行政活动视为一个前后承接的动态过程,以求得对行政现象作出更为科学、更具系统性的解释。

本文试图按照“行政过程论”的研究范式,将行政决策置于整个宏观行政过程之中予以考察,以动态的视野把握行政决策这一行政法现象,从而将其纳入到法的统治之下,正确识别该行政活动的法律制度性质、法律实体规制以及程序规制等问题。从行政过程视角研究行政决策,将行政法治的一般原则与具体行政决策结合起来,不仅有具体制度的研究价值,也充实“行政过程论”的总体成果。从行政过程的角度,动态地考察与分析行政决策的权力配置、运作与被监督的过程,考察行政主体与行政相对人通过协商而发生的权利义务的发展和变化,不再拘泥于若干具体的行政行为形式,这是对传统的行政行为范式的超越。行政法体系对于行政决策这个动态的行政过程如何接纳,行政机关如何选择组织架构、活动机制和规制程序,如何更好地把握内在机理以符合行动的法治之要求,必将为行政法学研究注入新的活力。

二、制度定性:作为过程的行政决策

行政决策作为一种重要的行政活动,是指具有法定行政权的国家行政机关或有合法权限的政府官员为了实现行政目标,依据既定的政策和法律,对面临要解决的问题,拟定并选择活动方案,作出决策的行为。行政决策具有公共性、执行性、广泛性、法定性之特征。^②公共性,即行政决策的宗旨是谋求公共利益和社会利益。执行性,意指将执政党的决策和立法机关的决策变为政府的具体措施。广泛性,指行政决策的内容涉及整个国家和社会的公共事务,从中央到地方,涵盖政治、经济、文化、社会生活各个领域,随着社会发展,行政决策在保障民生等方面还可能进一步扩大。法定性意味着行政决策的制定和实施以法律为依据,行政决策的权限、内容、程序要具有法律的授权。只有宪法和法律赋予行政权的组织和人员才可行使行政决策权。行政决策以国家权力为后盾,通过行政方式作用于社会,对相对人形成相应的拘束力。

我国行政学界和行政法学界都把行政决策作为一种公共行政的核心活动看待。从主体的角度看,行政决策包括行政法规、部门规章和行政措施、决定和命令,这是一种广义的理解;从性质的角度看,主体并不局限于行政机关,立法机关和司法机关有关“行政性”的决策也应包含于“行政决策”之中。笔者主张从决策主体性质与决策内容性质两个维度来界定行政决策活动,即,行政决策应排除“行政立法”(严格讲行政立法属于“立法决策”),也应排除“行政司法”(如美国行政法中的“行政裁决”)。行政决策专指行政主体关于行政性事务的决策活动,体现行政裁量权综合运用过程和结果。因此,笔者认

^① 关于“行政过程论”的论述,参见[日]盐野宏《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第63-67页;朱维究、胡卫列《行政行为过程性论纲》,载《中国法学》1998年第4期;湛中乐《现代行政过程论》,载罗豪才主编《行政法论丛》第7卷,法律出版社2004年版,第55页。

^② 参见徐文惠等著《行政决策学》,中国人民大学出版社1997年版,第2页;吴肇基编著《行政学》,中国戏剧出版社2001年版,第135-136页;贺善侃、黄德良主编《现代行政决策》,上海大学出版社2001年版,第17页;刘峰、舒绍福著《中外行政决策体制比较》,国家行政学院出版社2008年版,第2页。

为,可以将行政决策界定为,行政决策主体基于国家法律和政策,根据预定目标,作出旨在分配社会资源和价值的,从而设立、变更和终止行政法上的法律关系的对策行为。此定义意在摆脱行政学的“决策目的论”^[1]。行政决策单纯为履行“行政职能”,或为解决“行政管辖领域的问题”,或宽泛为实现“公共利益”,都存在偏颇之处。

如前所述,我们有必要跳出以微观行为性质为标准对行政决策进行考量的传统模式,在承认行政决策具有复合性质,需要在特殊情况下作出具体分析的基础上,运用“行政过程论”的范式对其制度性进行重新考量。基于此,行政决策就可以被定性为以动态方式实现行政目的、具有独立价值的“一般性制度”,进而将其纳入法治的考量范围。具体而言,包含三个层面的意义:

第一,基于“行政过程论”观察,即将行政决策置于行政过程之中观察。不难发现,行政决策既具有相对独立性,又与行政决定具有不可分割的联系。它往往是一个完整行政决定不可或缺的阶段或程序环节。很多时候,行政决策不仅本身直接产生、变更、消灭行政相对人的权利、义务,同时,对于评价具有法律效果的行政决定来说,它也有着重要的意义。

第二,行政决策本身也是一个过程。现代行政法“一个日益增长的趋势是,行政法的功能不再是保障私人自主权,而是代之以提供一个政治过程,从而确保在行政程序中广大受影响的利益得到公平的代表”^{[2] [P. 2]}。这就是说,在现代社会,行政主体与行政相对人之间的关系已经从结果拓展到了过程,使得相对人拥有了程序上的参与权和了解权。只有相对人的参与和了解,行政主体与相对人之间的服务与合作才能展开,相互间的信任才能得以建立^{[3] [P. 212]}。行政决策实际上为行政相对人提供了一个很好的参与、表达意见的过程和机会,从而为行政相对人的合法权益提供保障,并增进行政主体与行政相对人相互间的信任。

第三,从行政决定具有单方性特征的一般法理出发,可以将行政决策视为作出行政决定的必经阶段,从而将其定位为“行政上的一般性制度”。所谓“行政上的一般性制度”是指可以在各个行政领域共同运用的法体系,是构成行政过程的诸制度元素中具有一般性作用和普遍性价值的制度。例如,行政过程中的行政强制、行政处罚、行政程序等都可以作为“行政上的一般性制度”加以定位和分析。在这种整体性制度定位之下,我们就可以针对具体情况,以行政决策的运行形态、权力性质、与相对人的关系为考量标准对作为个例的行政决策予以具体分析,以求得制度性原理与微观行为作用的综合把握。

总之,基于“行政过程论”的视野,将行政决策定位为行政过程中的一般性制度,可以解决以往对行政决策微观行为性质单一性判断所必然具有的不周延性进而难以在各个行政领域共同适用的问题。同时,这种制度定位也可以更加明确行政决策在行政过程中所发挥的重要作用和其存在的“独立于个别领域的固有价值”^{[4] [P. 187-188]},进而以行政法共同追求的价值原理对其进行考察,提高行政决策在运行过程中的合法和正当化程度。

三、法律依据与法律意义:行政决策的实体法规制

以行政过程的视角对行政决策进行考量,明确行政决策本身就是存在于法治视野中的行政过程的一般性制度,则从根本上要求行政决策与其他行政制度一样都必须接受法的规制,包括实体法和程序法两个方面的规制,以行政法治的价值取向作为其制度内核。其中实体法规制主要体现在对行政决策的法律依据和法律意义的考察。

(一) 行政决策的法律依据

对行政决策法律依据问题的分析,目的在于从组织规范、依据规范和规制规范三个层面寻求行政决策自身的合法性渊源。^①

^① 其中,组织规范是将行政事务分配给行政机关的规范,依据组织规范,行政机关的事权范围得以确定;根据规范是在组织规范的基础上,行政机关某一具体行政决定得以作出所依据的规范;规制规范是确保行政活动公正进行而设置的规范。参见[日]盐野宏《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第52-53页。

1. 行政决策与组织规范

组织规范作为依法行政的基础,存在于行政的所有领域,当然也适用于行政决策。一切行政决策必须在组织法规定的职权和所管辖的事务范围内进行,不允许超越组织法所确定的事权的范围而随意进行。此问题反映在行政决策的实施主体及其权限上,即行政决策的实施主体原则上必须具备行政主体资格,即能以自己的名义独立行使行政职权,并承担由此产生的法律后果。据此,行政决策的实施主体应该是职权行政主体和授权行政主体。

2. 行政决策与依据规范

行政决策必须具有组织规范,但不能得出行政决策只要具有组织规范作为依据就具有了合法性的判断。这就引出了依据规范和行政决策的关系问题。不同性质的行政决策所要求的依据规范不完全相同。一般而言,根据权力性质的不同,行政决策可分为一般行政决策、重大行政决策和紧急行政决策。对于一般行政决策,由于决策事项的细微性,一般由个人作出,强调行政决策者的自由裁量,以适应行政效率的要求,进行法律规制的空间不大。而重大行政决策的影响广泛,决策失误带来的后果更为严重。因此,对重大行政决策进行法律和程序规制的必要性突出,对决策权行使主体和责任承担主体规定应当更为明确,对可行性论证、事后评估等制度要求应当更为严格,还应当强化政府信息公开责任和正当法律程序的要求,以及以公众参与为基础的决策民主性和以专家咨询为代表的决策科学性等制度;紧急行政决策是突发事件状态下的政府行为,往往缺乏民主性,行政裁量的空间也较大,其核心是处理和应对突发事件的效率,为此,必须建立一套高效运转、有一定灵活性的程序制度,以实现紧急行政决策的民主化和科学化。综合以上分析,不同性质的行政决策对应于不同性质的依据规范。

对于一般行政决策,由于对相对人不产生直接法律效果或者法律效果不明显,故没有必要要求其必须有作用法上的依据规范,而且要求一切行政决策必须有依据规范也过于苛求,不利于行政决策特效的发挥。但对于重大行政决策和紧急行政决策,由于其属行政强制权力的行使,客观上有可能对行政相对人的权益造成损害,所以必须要有作用法上的依据规范。

3. 行政决策与规制规范

规制规范是在行政决策具有合法性的基础上据以公正运行的规范。由于行政决策的进行影响到行政相对人的权益状态和行政决定的正确作出,所以有必要建立一套保证行政决策公正运行的规制规范。笔者认为,对行政机关的行政决策,应从以下几个方面进行规制^{[5] (79-83)}:首先,行政决策的实施必须出于合法的目的并与合法的决策主题相关。行政机关作出行政决策时,不得出于不正当目的或恶意进行。其次,行政机关在作出决策时,必须全面收集各种有利的和不利的、密切相关的和一般相关的信息资料,行政机关不应根据自己的偏好收集、选择片面的材料。再次,决策的事项必须具体明确且不得无理加重相对方的负担。最后,行政决策不得违背法律的特别规定和公序良俗。

(二) 行政决策的法律意义

行政决策主要通过影响行政决定的法律效果来体现其法律意义,因此,从行政过程的视角探讨行政决策的法律意义,必须将行政决策与行政决定的法律效果联系起来进行考量。

传统观点认为行政决策仅仅是行政决定作出前的内部程序行为,故而行政决策具有瑕疵,即使是重大瑕疵都完全不会对行政决定的法律效果产生消极影响。但如果我们以行政过程为基本考量视角就会发现,“行政决策和行政行为构成了一个过程,从公正程序的观点来看,行政决策存在重大瑕疵时,依据该行政决策而作出的行政行为也可以解释为带有瑕疵的行为”^{[4] (P. 64; 187-188)}。可以说,行政决策与行政决定的法律效果之间存在较大程度的关联性为学界所普遍接受,但关于行政决策的瑕疵影响行政决定法律效果的模式还存在争论。

对此,笔者认为应根据行政决策瑕疵的性质进行分别判断。行政决策的瑕疵可分为实体上的瑕疵和程序上的瑕疵。前者如决策主体无权限等,后者如形式性程序步骤未遵守、相对人程序性权利未获保

障等。对于存在实体瑕疵的行政决策,因为“其实体上的瑕疵构成据此进行的行政行为的违法事由”^[6] (P. 134-135; 178), 所以在这种情况下可以断定行政决定存在瑕疵。

至于行政决策存在的程序瑕疵对行政决定的影响则不可一概而论。事实上,行政决策所适用程序的类型和正式程度在很大程度上取决于其所服务的后续行政决定的类型。因此,笔者主张,只有在行政决定程序存在重大瑕疵或违反公序良俗,进而与后续行政决定的法性质相背离的情况下,才可认定据此行政决策作出的行政决定存在瑕疵。对于行政决策中一般性的程序性瑕疵可以通过瑕疵的治愈或转换等手段予以补正,以确保一定的行政效率。

四、参与与公开: 行政决策的程序法规制

与现代法治理念相一致,对行政决策同样需要确立实体与程序二元化的规制模式,才能确保其运行过程的正当性。而且,行政程序在现代行政活动中有其自身特有的价值,而不仅仅囿于工具主义的意义。可以说“程序不是次要的事情,随着政府权力持续不断的增长,只有依靠程序公正,权力才可能变得让人能容忍”^[7] (94),“所谓的依法行政是指以行政程序法行政,离开行政程序法无以言依法行政”^[8]。同时,“‘行政过程论’在行政程序方面对‘法治主义’作了进一步的发展,其力图修正以自由主义为基础的行政法学理论中的国家和社会、行政主体和私人的二元对立前提,尝试着通过行政程序的调节作用使行政活动成为国家诸机关、利害关系人、一般居民等具有各自立场的人之间达成合意的一种统合性过程”。^①无疑,行政程序理念与制度在行政决策中的导入,会使对于行政决策的考量更具动态性,更加关注相对人在行政决策过程中的地位和利益诉求。

(一) 行政决策程序的核心理念

现代行政程序蕴含着由参与原则、公开原则、合理性原则、效率原则等所构成的理念体系。这些理念对行政程序在具体行政领域的运行和相关制度的建构起着根本性的指导作用,同时,不同的程序理念在不同的行政领域所发挥作用的程度也各不相同。针对行政决策的制度机理,笔者认为,可以将“行政参与”与“行政公开”作为其运行程序的核心理念予以定位。

1. 行政参与

行政参与是指“受行政权力运行结果影响的利害关系人有权参与行政权力的运行过程,表达自己的意见,并对行政权力运行结果的形成发挥有效作用”^[9]。行政参与直接渊源于“自然正义”中的公平听证规则,并在行政权力急剧扩张的当代社会作为公民参政权的重要部分而备受推崇。“行政过程中私人的参加之所以应被重视,是因为现代议会民主的形骸化,只有在综合性的社会统合过程之中才能获得行政的民主正当性。”^②

“面对转型、变化发展中的社会,行政事务并不是在行政机关与公民对立或者竞争冲突的境况中作出的,它需要双方的合作,需要公民的参与。没有公民的参与,行政不仅与民主的要求相背离,而且会使行政任务难以实现、使行政法的实施和行政决定的推行得不到公民的支持与配合,其效力将会大打折扣甚至被否定。”^[10]在行政决策中,完全由行政机关运用自身资源单方面地完成行政任务的模式是无法想像的,只有当事人积极参与行政决策的过程,所获得的信息才会全面、真实。从这个角度来说,当事人参与应是行政主体进行行政决策时的内在诉求。

将“行政参与”的程序理念导入行政决策,则可将行政决策视为行政主体与行政相对人之间信息交流与沟通的过程。“这种反复沟通和交流,可以将行政意志融化为相对人意志,也可以将相对人意志吸收到行政意志中,从而使行政法关系真正具有双方性,使相对人真正成为行政法关系的主体。”^[3] (P. 215-247; 212) 另外,行政相对人参与到行政决策的过程中,行政决策也就更能为其所信服,据此作

① [日]藤田宙靖《行政法I(总论)》(第3版·改订版)青林书院1995年版,第132页、第134页。转引自朱芒“论行政程序正当化的法根据——日本行政程序法的发展及其启示”,载《外国法译评》1997年第1期。

② 同上。

出的行政决定更容易为其所接受,因为“一切程序参加者都受自己的陈述与判断的约束”^{[11] P. 17}。

2. 行政公开

行政公开是指行政机关的一切行政活动除涉及国家安全或国家秘密并由法律规定不得公开的以外,一律公开。“没有公开则无所谓正义”^{[12] P. 48}，“公开原则是制止自由裁量权专横行使最有效的武器”^{[13] P. 975}。正是现代行政程序中的“行政公开”理念和制度才使原本封闭的行政权运行过程变得开放和透明,为公民权利与其他公权力制约行政权的恣意提供了制度入口。同时,“行政公开”与“行政参与”的程序理念是紧密联系的。“如果说参与原则是让相对人实现‘为’的权利的话,公开原则则是满足相对人‘知’的权利。‘知’是‘为’的前提,‘为’是‘知’的目的。”^[9]

现代法治国家的行政决策强调决策过程的公开化与参与性,并推崇行政主体与行政相对人双方的积极合作。“合作是一个过程”^{[14] P. 67}。从行政过程的视角来看,“行政公开”也应是“过程的公开”。也就是说,行政公开不应仅仅停留在最终决策结果公开的层面上,而应作为行政决策程序的核心理念贯穿于行政决策运行过程的始终。从决策开始的职权依据到决策过程中收集到的重大信息以及最终的决策结果,从相对人在行政决策中享有的程序性权利到事后的可能救济途径,都要予以公开,使相关的利害关系人获得关切自身利益的信息。当然,与行政决策各个运行阶段具有不同的特性相对应,对存在于行政决策各个阶段中的“行政公开”程序理念的实现程度与制度建构不应采取“一刀切”的方式,而应区别对待,采取不同的公开方式、公开范围、公开对象和救济途径。同时,对于行政机关在行政决策过程中掌握的国家秘密、商业秘密和个人隐私等,从维护国家利益和保障相对人权益出发,按照法律规定不公开或由行政机关裁量不公开。

从行政决策实践来看,确定信息公开例外情形非常重要。美国《信息自由法》将政府的内部联系作为信息公开的例外情形。其中,讨论程序特权(deliberative process privilege)是适用最为广泛的豁免情形,包括“行政机关在做决定以前讨论过程中的各种观点、意见、建议等一系列文件”^{[13] P. 990-991}。“讨论程序特权的目的在于保护政府决策过程的完整性,鼓励政府官员之间的互相讨论,并防止在决定作出以前不成熟地予以公布。”^[15]当然,这一例外保护行政决策过程,但并不适用于与决策过程有关的纯事实信息,只是事实信息与决策过程信息的界限有时很难把握。尽管如此,对于较为明确的事实信息,行政机关有公开的义务,这是毋庸置疑的。另外,虽然说对于具有阶段性和不确定性的各种观点、意见、方案等主观性的决策前的信息一般不予公开,但决策一旦作出,公众则有权了解整个决策的过程。

(二) 行政决策程序的制度建构

“行政参与”与“行政公开”的程序理念要在程序运行中得到有效的实现,就必须以其为内核建立具体的正当性程序规则。对于行政决策程序的制度建构,笔者认为应以“行政参与”与“行政公开”理念为核心,并辅之以其他相关程序制度规则,最终在该领域内形成一套完善的程序规则体系。

现代公共行政实践表明,行政决策越来越依赖于“技术”、“专业性知识”等理性化要素,基于行政决策程序的特殊性,要求行政决策程序不仅限于听证、说明理由等,还应当包括专家咨询、可行性论证等重大决策程序的特殊制度。本文在借鉴和吸收国外公共政策学对公共政策进行评估的通用标准的基础上,以使行政决策最大程度接近“理性”为目标,认为行政决策程序的制度构成包含以下几个方面:

第一,公众参与。即践行法律法规中所规定的听证制度,扩大其适用范围,完善民意调查和民意反映制度,提高公众参与意识和参与水平,健全利益团体表达制度,畅通参与渠道,以推动行政决策过程的公开化和民主化。

公民参与行政决策的意义至少有四个方面:首先,公众参与可以尊重民意的姿态和彰显决策的民主性来获得政策的正当性,促使行政过程的“自我合法化”。其次,公众参与可以获得公众对决策内容的

理解和支持,“增加公民对政府决策公正性的信任”,^①减少执行中的矛盾和冲突。“公众更广泛的参与有助于冲突能量的横向释放,而不是纵向上传,形成上下对立。”^[16]在倡导公共服务型政府背景下,更是如此。再次,公众参与可以弥补决策所需的智慧、知识以及信息的不足,提高决策质量。另外,“参与本身就是有价值的,因为它使公民具有一种对政府管理过程的参与感。”^②20世纪90年代以来,在西方“协商民主”的政治背景下,^③公众参与的重要性和基础性愈加得以彰显。

第二,专家咨询。现代行政决策呈现大型化、多变化、综合化趋势,一项重大决策往往涉及政治、经济、文化、社会生活多个领域,所需要的知识、经验、智慧、信息都是决策者个人无法包容的,因此,必须发挥专家学者和专业人员的作用。专家咨询制度的建立有助于实现行政决策的科学化。

当然,我们也不能忽视专家咨询制度的局限性。这种局限性在专家个体上,表现为知识和信息的有限性、观点和意见的偏颇性;在专家群体上,则通常表现为结构上的单一性以及由此带来的意见的杂乱性,等等。^④对我国而言,专家咨询制度实践中所呈现出的问题,“从根本上恰好反映出专家咨询制度存在保障专家独立性机制和抑制专家知识滥用的‘双重缺位’”^{[17] (314)}。因此,我们需要将专家咨询制度落到实处,在拓展专家选取范围的同时,也要实现专家咨询制度与公众参与制度的有机结合。在专家咨询实践中,促进公众与专家在意见表达、信息交流和对话基础上实现有效互动。

第三,可行性论证。即对行政决策对象的适当性、可能性和可行性进行论证,并作出肯定、否定或修改等意见报告。一般包括技术可行性、政治可行性、经济和财政可行性以及行政可操作性等。另外,行政决策也应进行成本—收益分析、资源环境评价、弱势群体保护以及公共利益衡量等,这些都是可行性论证的重要内容。

保证可行性论证的有效性,确定论证的主体至关重要。目前,我国多数项目论证主要是由政府内部的研究室来承担,论证者跟决策者有密切的利益联系。因此,为了保证可行性论证的有效性,必须保证论证机构的独立性。对此,我们可以借鉴国外的做法。例如,加拿大、英国、澳大利亚等国,在政府部门内部专门设有决策咨询评估机构;韩国、印度等国则将咨询评估机构升格为政府直属部门。这类机构没有直接管理计划和项目的职能,在经济利益上比较超脱。在美国,政府委托一批高水平、相对稳定的社会咨询评估机构,承担具体的评估论证工作。

第四,合法性审查。在进行重大行政决策过程中,为防止违法决策而对决策权限是否于法有据,决策程序是否合法,决策结果和决策实施的效果是否符合法律规定等进行论证的一种行政内部程序。《国务院关于加强市县政府依法行政的决定》中明确规定“建立重大行政决策的合法性审查制度”。合法性审查客观上对减少决策的主观随意性、增加科学性、保证决策质量具有重要意义。

对行政决策进行合法性审查应当从决策权限是否合法、决策程序是否合法、决策内容是否合法等方面进行。合法性审查的方式也可以多种多样,如书面审查或通过召开座谈会、论证会、听证会以及在政府网站公开征求意见等形式。

第五,事后评估。即针对行政决策的执行是否达到了决策目标、决策的实际作用、社会效应、实际结果等进行评判。事后评估制度是进行决策纠正和再决策的依据。

在我国,许多重大行政决策的事后评估制度尚未建立,在观念上需要更新。首先,事后评估的目的不仅仅是对决策内容的简单评价,还包括分析决策成败的原因,及时反馈调查,为新决策提供“前车之鉴”。从这个意义上讲,所谓“事后”只是相对的,对决策进行检测和评估只是意味着一个决策循环的结

① E. Gellhorn, *Public Participation in Administrative Proceedings*, in 81 Yale L. J. p. 361(1972).

② McLachlan, “Democratizing the Administrative Process: Toward Increased Responsiveness”, 13 Arizona L. Rev. p. 835(1971).

③ 有关西方“协商民主”的论述,可参见[澳]约翰·S·德雷泽克《协商民主及其超越:自由与批判的视角》,丁开杰等译,中央编译出版社2006年版;[美]詹姆斯·博曼、威廉·雷吉《协商民主:论理性与整治》,陈家刚等译,中央编译出版社2006年版。

④ 参见 <http://www.Docin.com/p-469063.html>, 最后访问日期:2011-09-28。

束,而不是整个过程的终结。其次,目前,我国决策评估的主体单一,公众参与的广度和深度都显不够。在实际进行的事后评估,基本上都是政府内部对决策实施情况的考察,民间或公众的评估基本缺失。“由于自我评估与组织的特性相违背,所以必须依靠外部的、多重的、独立的、持续的研究来加强之。”^[18] (P. 296)

五、结语

随着社会经济的不断发展、行政领域的日益扩张,行政决策必将随之得到极大拓展。如果不将行政决策纳入法治的视野,则那个“微小的漏洞”将使“每个人的自由都迟早会丧失”^[19] (P. 269)。而要正确把握法治下的行政决策制度则又必须坚持行政过程的方法,明确行政决策是行政目的之实现过程中具有独立价值且与其他制度紧密衔接的制度环节,其本身也是在行政主体与相对人相互交涉下动态运行的微观过程。在对作为过程的行政决策的制度定性予以明确的基础上,可以选择以程序主义为主导理念的实定法模型作为对行政决策进行法律规制的主要路径,在行政决策的法制建构中实现行政决策制度与整个宏观行政过程的有效链接和相对人权利体系的有效建立。

参考文献:

- [1] 杨海坤、李兵“建立健全科学民主行政决策的法律机制”载《法律与政治》2006年第3期。
- [2] [美]理查德·B·斯图尔特《美国行政法的重构》,沈岍译,商务印书馆2002年版。
- [3] 叶必丰《行政法的人文精神》,湖北人民出版社1999年版。
- [4] [日]盐野宏《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版。
- [5] [美]欧内斯特·霍尔盖恩、罗纳德·M·利文《行政法和行政程序概要》,黄列译,中国社会科学出版社1996年版。
- [6] [日]室井力《日本现代行政法》,吴薇译,中国政法大学出版社1995年版。
- [7] [英]威廉·韦德《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版。
- [8] 崔卓兰“依法行政与行政程序法”,载《中国法学》1994年第4期。
- [9] 周佑勇“行政法的正当程序原则”,载《中国社会科学》2004年第4期。
- [10] 张泽想“论行政法的自由意志理念——法律下的行政自由裁量、参与及合意”,载《中国法学》2003年第2期。
- [11] 季卫东《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版。
- [12] [美]哈罗德·J·伯尔曼《法律与宗教》,梁治平译,三联书店1991年版。
- [13] 王名扬《美国行政法》,中国法制出版社1995年版。
- [14] [美]庞德《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版。
- [15] 周汉华“美国信息公开制度”,载《环球法律评论》2002年秋季号。
- [16] 常健“论中国公共政策理念的第二次价值转向”,载《公共行政》2006年第11期。
- [17] 王锡锌《公众参与和行政过程》,中国民主法制出版社2007年版。
- [18] 朱志宏《公共政策》,三民书局1999年版。
- [19] [英]弗里德利希·冯·哈耶克《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版。

(责任编辑 孙国栋)