

行政许可与个人自由

陈端洪*

内容提要:在资源配置效益之外从个人自由的角度论证行政许可的本质,运用分析法学的方法解析许可和行政许可的法律意义,则行政许可就是通过行政程序创设个人自由或财产性权利的构成性事实。行政许可权的合理性与正当限度即在于个人自由与公共利益的平衡。公共利益概念存在不确定性和“羊皮化”倾向,而对治理的实质理性的追求是不可靠的,应该注重程序制度的建设和程序权利的维护。

关键词:行政许可 个人自由 公共利益

一、引言

公民与政府,个人的主体性与主权,从来是既相克又相生。如何防止权力的滥用?如何规制自由的滥用?这是统治关系二元结构的两大难题。为了防止任何一种极端的灾难——专制和重返霍布斯丛林,人类运用智慧发明了法治和宪政。

中国人对于法治和宪政的认识主要是从 19 世纪末和 20 世纪初开始的,自那时起中国一直在探寻走向现代国家的道路,其间历经多次解构的狂欢和重构的痛苦与失败。实质的连续的进步是从 20 世纪 70 年代末开始发生的,到今天我们终于建立了一套市民社会日常生活和国家机关日常运作以为准绳的法制。

1989 年通过的行政诉讼法是具有里程碑意义的法律,它第一次重构了行政权与司法权,第一次以权利的实在形态把公民和政府对峙起来。随后的国家赔偿法进一步冲破形而上的主权观,把责任政府的原则落到实处。此后,我们按照行政权力的科学分类,分别对行政处罚、行政立法、行政许可、行政强制、行政收费等职能进行清理和规范。1996 年通过的行政处罚法显示了将行政权和行政行为的学理分类作为立法的观念框架的可行性,证明我们的立法者有能力发现各种类型的行政权存在的实质理性和运用过程的程序理性,并将这些发现上升为法律规则。

行政许可法是继行政处罚法之后对行政权的又一次重大反思与重构。这次反思和重构既是内发的,也是外部引致的。

从国内看,行政审批制度改革直接起因于管制的无效,从社会心理层面说主要源于人们对自由的渴望。过度的管制必然导致民怨沸腾,美国一个学者在检讨美国行政管制的著作中写道:“我们的脖

* 北京大学法学院副教授。

子比牛脖子更不情愿上轭,一旦感受到轭套,我们比牛叫得还凶。”^[1]进入20世纪90年代,中国公民越来越不习惯于被计划经济时代的轭套束缚。我们不可回避对政府在经济生活中的地位和作用进行整体的反思与建构,否则前路惟艰。过度审批管制,加上极端的不规范,致使审批权被滥用,滋生严重的腐败,这不仅增加了私人 and 公共的成本,而且腐蚀了共和国的根基,伤害民族的元气和政府的威信。行政许可法通过之前,中国进行了审批制度的改革,大幅度地削减了行政审批的项目。行政许可法承担了两大使命,一是巩固审批制度改革成果,限制许可设定权,扩大市民社会自由、自主的空间;另一个是克服许可行为的失范^[2]。

从外部环境看,敞开国门就意味着行政管制与国际的一般原则和做法必须一致。入世是一大关,这一关不仅仅是经济关,而且也是中国走向现代行政、建设现代行政文明和法律文明的关口。世贸的基本原则是自由贸易,为此,入世文件规定了非歧视原则、管制措施透明原则、统一实施的原则及法律救济原则。入世这一外力的作用,加快了行政许可法的制定速度,而且明确了改革的自由方向。

有限的、理性的政府不仅是国内经济发展的内在制度需求,也是世界自由贸易的基本要求。双重动力的驱动促成了行政审批制度的改革和行政许可法的出台。行政许可法立法的宗旨在于建立一个自由开放、富有活力而有秩序的社会经济结构,树立和保护公民的主体性,建设有限、理性、负责的政府。

本文试图阐释行政许可法中流贯的自由精神。文章应用分析法学的方法解析了许可和行政许可的法律本质,矫正了学界流行的认识错误和行政许可法隐含的观念错误。在这个基础上,作者提出行政许可的正当性和限度在于公共利益,创设和实施行政许可必须谋求个人自由与公共利益的平衡。作者指出了公共利益的复杂性和不确定性,以及公共利益的“羊皮化”倾向,最后强调治道与个人自由不可偏废,并预示了行政许可法的实施障碍。

二、许可——创设自由或权利的构成性事实

如何从本质上理解行政许可呢?我们可以分两步走,第一步追问许可概念在市民社会中应用时的含义和本质,然后再回到公法制度上来。根据词典解释,许可(license)作为名词,最基本的意义就是自由(freedom, liberty),被允许。作为动词,许可是指通过授权而准许,或者经由准许而取消法律限制^[3]。注意,这里的“自由”不是先验的自由,不是作为宪法权利的自由,而是指被授权免于限制。正如霍费尔德所言,自由作为一种法律关系,如果有任何确定的内涵,就指向“特权”(privilege)同样的东西^[4]。

上述词典释义把“许可”当成“自由”、“特权”的同义语使用,根据霍费尔德的观点,这是不妥当的,准确地讲,“许可”是一个种属词,表示创设一个特定的自由(特权)所必需的一组构成性事实(operative facts)^[5]。所谓构成性事实,也称组构性事实、因成性事实或处置性事实,是根据适用的一般法律规则足以改变法律关系,即创设一个新的法律关系或消灭一个旧的法律关系或同时具有上述两种作

[1] Walter Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints*, p. 3, Greenwood Press, 1968.

[2] 具体而言,主要有以下体现:重复许可,政出多门;标准和程序不统一,不一致;过程不透明;公众缺少参与;耗时,有时没有时限;不合理收费;申请人对结果不能确定地预期,对于持有的许可(“新财产”)缺少安全感;对被许可人监督不力,公众易受侵害。

[3] Webster's Dictionary, license 辞目, 2nd ed., The World Publishing Company, 1966.

[4] Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, p. 42, Yale University Press, 1923.

[5] 同上书, p. 32 - 35.

用的事实^{〔6〕}。

从本源上考究,许可是普通法上关于土地通行的一个概念。任何人没有进入他人土地,或在他人土地上从事某种活动比如狩猎的自由。一个人要进入另一个人的土地从事活动,须得到所有权人的准许。一旦获得许可,被许可人就获得了进入土地活动的“特权”;没有所有权人的同意而进入他人土地就是非法侵入。土地进入的许可根据财产利益的有无分为两个极端,即纯粹许可和附利益的许可。所谓纯粹许可,也称为裸许可,就是单纯许可或容忍进入土地的人身性准许,它不带有任何利益,不改变也不转让任何物的财产权,而仅仅使一个未经许可即违法的行为合法化。纯粹许可既可能是明示的也可能是默许的,是可以随意撤回的。通常的例子是宴会邀请,邀请就包含了进入主人住宅的许可。附利益的许可今天已罕见,指为了从别人土地上取走某物,如木材、鱼、猎物、庄稼等,而进入别人土地的许可。在该利益的存续期间,许可是不可撤回的^{〔7〕}。

后来许可这个词也被延伸到知识产权领域,比如专利、商标、软件的许可使用。知识产权许可通常采用书面合同的形式,以专利实施许可为例,有关合同称为专利许可证、专利许可合同,其所涉及的是专利使用权有期限的租让,许可方通过出售许可证取得一定报酬,未经专利权人许可,以法律禁止的方式对专利发明创造加以实施的行为是专利侵权行为^{〔8〕}。知识产权的使用许可其实就是一种专门领域的合同,与租赁非常类似,在这里,“许可”创设的无疑是一种权利。看来霍费尔德的“许可——创设特权的构成性事实”的说法针对的乃是最原始意义的许可——进入他人土地的许可,而不是使用权转让的许可。

在私法领域,还有一个特许(franchise)的概念。特许本质上是一种附利益的许可,是权利的赋予,中文习惯称特许经营。我国官方的定义为:“特许者将自己所拥有的商标(包括服务商标)、商号、产品、专利和专有技术、经营模式等,以特许经营合同的形式授予被特许者使用,被特许者按照合同规定,在特许者统一的业务模式下从事经营活动,并向特许者支付相应的费用”^{〔9〕}的商业经营类型。

由上可见,许可牵涉两个主体,即许可人——被许可人;牵涉两个主体的意志表示,即被许可人的愿望——许可权人的准许。许可的概念在逻辑上预设了另一个概念,就是限制,没有限制就无所谓许可,而限制的背后是权威,违背限制就构成违法侵权。许可就是创设自由(特权)或权利的构成性事实。许可权人的道德权威来源于财产权,只要人们不能否定财产权的道德正当性,就无法否定所有权人的许可权。财产权具有排他性,这就构成了对于他人的限制,经由许可的构成性事实,他人于是获得了进入或使用的自由或权利。我将上述意义的许可笼统地称为财产权利许可。

除此之外,我们每个人小时候都经历过自己想干什么而需要得到别人批准或容忍的情况,即行为自由准许。最典型的经验就是家长对于未成年子女的监护权,这种监护权和财产权一样是天经地义的,也是一种不可推卸的责任。需要特别指出的是,中文的许可一词在字面上可能比较含糊,但民事法律制度上的许可(license)并不包括监护权,两种法律关系有本质的差异。对于许可来说,被许可人本来没有使用他人土地或知识产权的权利或自由,未经许可而使用即构成违法;而对处于监护下的未成年人来说,不能说他们本来没有行动的权利或自由,只是因为他们缺乏行为能力和责任能力才设定监护权,他们从事的行为可能违法,但他们“未经允许”的事实本身无法用合法性的语言评价,而属于伦理的范围。然而,绝大多数的行政许可和家长权威的联系更强,历史上王权合法性的一个论点就是父权权威,而绝对的父权和王权又自比为财产权。不管在专制国家还是在民主国家,行政许可制度都或多或少地与父母心态有关。中国行政许可制度的过剩及许多弊端也根源于父权式国家观念,对中

〔6〕前引〔4〕书,p.32.

〔7〕Kevin Gray & Susan Francis Gray, *Land Law*, 2nd ed., p. 52 - 60. Butterworths 2001.

〔8〕黄勤南主编:《知识产权法》,法律出版社2000年版,第260页以下。

〔9〕见原国内贸易部1997年11月14日颁发的《中国商业特许经营管理办法》。

国行政许可的批评必须从父权式国家观念和统治者自视为国家权力的所有者的意识入手,在自由原则的平台上展开。目前对审批制度改革和行政许可法的多数论证主要是对许可管制措施的经济分析,虽然我们不能否定这方面论证的必要性,但经济分析无法切入许可的精神本质。

三、行政许可:通过行政过程创设财产权利或行动自由的构成性事实

许可可分为私法意义上的许可和公法意义上的许可,公法意义的许可包括但不限于行政许可。在我国归属于行政权的一些许可事项,比如物权登记、酒业许可等在其他一些国家归属于司法机关,由于制度的局限,我们在意识上也将全部公法意义的许可理所当然地归入了行政许可,行政许可法对于其他部门行使许可权的可能性并没有给予考虑。

人们在观念上区分政府职能和权力时发明了一系列的概念,行政许可就是其中一个种属概念,它是对政府行使的各行各业的许可管制权的概称。许可概念在行政领域的应用是对私法概念的借用,但内涵更复杂,更丰富。人们的常识里都或多或少地有着各种许可的具象,常见的如驾驶证、工商营业许可证,但要对各种具象进行抽象、从本质上作统一的界定是困难的,原因在于它使用的范围太广,采用的手段多样化,且每个领域和每种手段差异太大。就我有限的知识而言,我不知道世界上还有一个国家制定了一部这样宏大的从整体上厘定政府权力和公民自由边界的法律。许多国家有建筑许可法、酒业许可法、娱乐业许可法、进出口许可法,但就是没有一部统一的行政许可法(英国 1964 年的 The Licensing Act 是指酒业销售许可)。

行政许可法第 2 条提供了一个简单的描述性定义,该条规定:“本法所称行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。”该立法定义区别于学理定义,不是对许可本质的揭示,而描述了许可事实形成的基本过程:申请——审查——准予。申请是相对人的行为,审查与准予是行政机关的行为,一个行政许可便由双方的行为组成。关键的是“准予”,“准予”在这里不能简单地理解为肯定性的准许,应该包括否定性的“不予准许”。请注意“准予”的宾语:“其”、“从事特定活动”,这就意味着,“准予”的就可以从事特定的活动,未准予的就不得从事特定的活动。换句话说,获得许可,就获得从事特定活动的自由或权利。

美国《联邦行政程序法》将行政许可分为名词性许可和动名词性的许可(行为)。名词性许可的定义是:“行政机关作出的准许证、证明、批准、登记、章程、成员资格、法定免除或其他形式的准许的全部或部分。”该定义列举了通过许可事实形成的新的法律关系的证据性事实(霍费尔德用语)的诸种书面形式。动名词性的许可(行为)的定义是:“行政机关授予、续展、拒绝、吊销、暂扣、废止、收缴、限制、补正、变更许可,或设定许可条件的处理过程。”该定义比较完整地概括了许可作为构成性事实的诸种行为的具体表现。

根据前面的分析,行政许可的基本逻辑结构可以展现为(权威)限制——准许——自由或权利。行政许可就是行政机关为公民创设财产权或自由的构成性事实,行政许可的结果是创设法律权利或自由,据此我将行政许可粗略地分为两大基本类型,即财产权利转让许可和行为自由许可。实际存在的许可除了上述两类外,还有混合型的许可。

(一)财产权利转让许可。

财产权利转让许可是指政府基于其对资源的所有权或垄断经营权而通过与公民缔结合同的方式将使用权、开采利用权或经营权有偿转让给公民的许可。公用事业的特许经营和国有土地使用许可具有代表性。

公用事业原来由政府垄断经营,现在国家提倡引入市场竞争,实行特许经营。“特许经营不能简

单地等同于一般行政审批”^[10],Black's Law Dictionary 有一段引文阐述了两者的区别:“特许”一词指向政府授许(而非专利、商标、著作权)时,往往用来表示更多的实质性权利,而“许可”这个术语表示较少的权利。因此,公用事业公司进行运转的必要权利通常称为特许权。另一方面,建筑或修理的权利,从事某个行业的权利,以及使用或驾驶机动车的权利,通常都称为许可^[11]。

当下存在大量的政府违背土地使用权出让合同,从开发商手中强制收回土地使用权而仅退回已缴纳的出让金不给予其他补偿的纠纷。政府往往强调土地使用权出让的行政行为属性,从而明确地推导出行政机关基于公共利益的单方特权,暗含地推导出受让人权利的非独立性和不充分性,进而得出结论认为受让人在补偿方面没有讨价还价的权利。与此相对,开发商自然会强调他们的财产权利和出让行为的合同性质,即和民事合同一样的性质,从而推导出受让的土地使用权的法律保护和政府收回土地使用权的征用本质以及他们讨价还价的权利。在我看来,合同性和行政性不是非此即彼,而是混合存在的,二者是国有土地使用权出让许可的构成性事实的两个属性,即为受让人创设使用权的一组构成性事实的两个形式特征。问题的关键在于:该许可是附利益的许可,是有偿的许可,因此是不可撤回的。但是,行政机关同时作为主权的机构和公共利益的代表,有权征用公民的财产,但征用行为是对属于公民的财产权利的剥夺,而不是像通常所谓的对国家自己的财产权利的“收回”。人们之所以误用“收回”,是因为我国城市土地实行国有,因为我们缺乏私有财产权的意识。在城市土地使用权的出让与“收回”过程中,国家既是所有者又是主权者。在形式上我们看到的是国家收回土地使用证,废止一个许可,但是实质上国家应该是在征收公民手中的土地使用权。因此,除开发商违约的情形外,从开发商手中收回土地使用权的纠纷都应该按照征用的原则和程序来解决。征用的原则首先是公共利益的原则,国家不能因为另外一个开发商的利益而损害现有的开发商和房主的利益;其次是公平的原则,国家不能要求个别人为公共利益承担一般份额以外的负担。

(二) 行为自由许可

在一个非公有制的社会,行政许可主要不是财产权利转让的许可,而是关于行为自由的许可。

关于为什么要对行为自由实行许可制度,什么情况下可以进行许可管制等问题,本文将在后面予以回应。这里,我们将根据经验观察分析一些具体的许可形式。美国《联邦行政程序法》列举了许可主要的识别标志——“行政机关作出的准许证、证明、批准、登记、章程、成员资格、法定免除或其他形式的准许”。我国常见的许可形式主要有以下几种:

1. 登记。人们通常在两种意义上使用登记这个概念,即创设法律自由的构成性事实和证明特定主体拥有某种法律自由的证据性事实。前者就是许可,后者是一种证明。两种意义可能独立存在,也可能存在于一个事件中。比如结婚登记,首先它是许可,因为结婚登记是有明确的法律条件限制的,而且只有通过结婚登记的构成性事实,公民才实现婚姻的自由;其次,结婚登记也是证明婚姻合法成立的证据性事实。工商登记也一样有条件的限制,不经过工商登记的构成性事实,一个组织就不具有市场主体资格,不能实现经营的自由;同时工商登记也是一种证明,包括营业资格证明和产权(股权)证明。产权登记是一种证据性事实,只证明某种权利的归属,它不创设自由或权利,因此不是许可。至于产权登记是由行政机关做出的还是由司法机关做出的,并不影响行为的本质。

除上述两种意义外,登记还可能具有第三种意义。当登记机关只要求如实登记有关信息,并不设定特定标准时,比如工商登记中一定底限的注册资金、结婚登记中的健康证明等,登记就只具有信息披露的作用,实质上如同备案。

2. 标准认定。标准认定包括公共服务资格认定和公共产品技术核准。

[10] 建设部城市建设司《关于 市政公用事业特许经营管理办法 的起草说明》,2003 年 11 月 19 日。

[11] 1 Eckstrom's Licensing in Foreign and Domestic Operations section 1.02(3), at 1 - 10 to 1 - 11 (David M. Epstein ed. 1998), 转引自 Black's Law Dictionary, seventh edition, franchise 辞目, West Group, 1999.

(1) 公共服务资格认定。国家认为某个职业直接关系到公共利益,不能放任自由时,可以创设资格认定制度。在美国,对于职业的控制,存在三种不同层次的手段:第一是登记;第二是资格证明;第三是许可。登记是指要求从业者在官方登记机构登记姓名的制度安排,登记机关没有否决权。资格证明就是由政府机构证明某人具有某种技能,但不能阻止不拥有该种证明的人从事该行业的做法。严格的许可是指要想从事某行业就必须从公认的权威机构取得批准的制度安排。许可不是一个形式,而要求申请人证明具有特定能力或合乎特定标准,未取得许可的不能从事该行业,如果从事将受到罚款或监禁^[12]。

在中国,一般认为资格认定就是许可,但严格地讲,资格认定按照该资格是否具有排他性可以分为两种类型。一种称为选择性资格认定,比如有些国家的注册护士和注册会计师制度,这些制度本身不排斥没有取得资格的人从事该职业,资格无非证明资格持有人具有突出的业务能力,从而提高信用而已。因此,这种资格认定不具有许可的本质,而是一种证明。另一类资格认定称为职业许可或排他性资格认定,这种资格认定是强制性的要求,不具有资格的人便不能进入特定行业。职业许可制是对职业自由的限制,对公民生存权的限制,应该慎用。行政许可法第 12 条第 3 款在这一点上犯了简单化的错误,把公共服务资格认定等同于职业许可,给人一种错误的印象,似乎中国的行业保护和管制极其严格。在西方的行业发展史上,某些行业很早就有严格的行业保护体制,并且具有巨大的影响力足以说服立法机关实行许可制度,以排斥一般公众的竞争。律师行业、医师行业是两个范例。中国现在许多行业纷纷实行资格考试和执业许可制度,不能排除存在一些不正当的考虑。

(2) 公共产品技术核准。对某些公共产品,国家设定了技术标准,未满足标准的就不允许进入市场,比如食品、药品检疫制度,机电产品的核准。对于生产、销售不合格产品的行为,法律往往规定了制裁。这类许可是基于公共安全对市场的事先介入,对自由贸易的事先干预。目前国内产品质量问题严重得无以复加,许多的产品是打着合格证进入市场的,这些经过检验的产品造成公民人身、财产损害,国家是否要承担连带责任呢?从原理上说,产品合格证对于生产商来说是一个许可,为生产商创设了进入市场的自由;对于公众而言就是一个合乎规定质量标准的证明,使其放心使用。虽然我们不能把证明等同于担保,但如果国家对自己的证明行为不承担任何责任,那么还有什么有效的办法可以防止行政机关滥用“核准”的权力呢?人们凭什么要相信政府的“合格证”呢?

上述三种许可,许可机关都没有自由裁量权,凡是符合条件的就必须批准,无须行政机关作政策上的权衡。除上述形式外,行政机关还大量地行使审批的权力。人们在广义和狭义上使用“审批”一词,广义上将其等同于行政许可,狭义上指行政机关具有裁量权的许可,区别于审核、核准、备案等形式^[13]。审批表现形式多样,诸如批准文件、许可证,很难根据形式的不同推断其内涵的区别。比较典型的裁量型审批就是高风险活动和高风险行业许可。某些活动或行业对于生态环境、公众健康和国家安全、国家安全或宏观经济秩序直接具有较大风险,从事该类活动或行业需要政府批准。这种许可的政策性很强,政府拥有相当大的裁量空间,可以因时因地设定数量限制。除此之外,实际上还存在大量的审批,姑且称之为一般风险活动许可,比如建设规划许可、施工许可证、营业演出审批、旅行社设立审批、出入境许可、机动车行驶证、运输证,等等。

(三) 财产权利转让许可与行为自由许可的区别与混合

上述两分法的理论意义是使我们明确行政许可权的不同权威基础,即国家财产权和主权治权。在法律上,不同权威基础产生的许可规则不同。首先主权治权受到人权和宪法权利的制约,尽管管制措施是由普通立法设定的,但对什么自由领域需要设立许可是一个宪法制度的问题,也就是说可以实行违宪审查(如果存在该机制的话);而政府基于国有财产权的许可是一个一般立法的问题,一般不涉

[12] 参见 Milton Friedman, *Capitalism & Freedom*, The University of Chicago Press, 1962, pp. 144 - 145。

[13] 欧桂英、黄长杰、杜宝中、黄川编著:《行政审批制度改革若干问题解说》,中央党校出版社 2003 年版,第 4 页以下。

及违宪审查。目前一般论者阐述行政许可法的意义时,并没有将其置于宪法原则和价值的高度予以审视。其次,许可的程序不同,财产权利转让许可一般采用公开拍卖、竞标、挂牌等公开竞争方式,还需缔结合同,行为许可不受此限。再次,收费标准不同,财产权利转让许可原则上谋求经济效益最大化,而行为自由许可一般实行最小收费原则。最后,造成损害的责任不同,在财产权利转让的许可中,许可的撤销(除受让人违约、违法外)就是征用,而对于行为自由的许可的撤销,即便行政机关违法,赔偿的范围仍然极其有限。

在两种典型类型的中间地带还存在许多许可。这些许可既涉及行为自由,同时由于特定的行为需要利用或破坏自然资源或公共资源,因此在不同程度上适用财产权利转让许可的规则。比如,排污许可虽然是一种行为自由许可,但由于排污对于空气或水等自然资源造成损害,因此实行有偿许可,征收排污费,有些国家排污许可证还可以有偿转让。机动车在道路上行驶许可也是一种行为自由许可,但因为机动车行驶必须利用公共道路,因此实行收费制度。出租车许可证一方面可以看成营业自由许可,但因为出租车纯粹依靠利用公路赢利,而公路归国有或地方政府所有,所以现在许多城市对出租车许可证实行拍卖。航线、微波频段等稀有公共资源由国家调配使用,一定程度上类似于国有资源。如果许可私人企业使用,也可按照国有自然资源的权利转让许可规则实行。

四、寻求个人自由与公共利益的平衡

解析了许可和行政许可的法律本质之后,让我们来思考一个在审批制度改革和许可法制定过程中反复缠绕我们的问题:到底哪些审批或许可需要保留,哪些又需要废除?为了正确回答上述问题,我认为有必要将上述问题进一步往前推,而追问一个根本性的问题:为什么公民利用某些公共资源或从事某些社会活动需要得到政府的批准呢?是因为那些资源天生就属于国家所有或管理吗?是因为个人天生就不自由,就无权从事某些社会活动吗?

(一) 个人自由与行政许可

自由是第一位的,还是权威是第一位的?这是对国家权力正当性的追问,不是历史学家可以作出科学回答的一个问题,而是一个国家的基本政治哲学观念的问题。这里无意追溯国家学说的历史,也不打算叙说自由主义的各种学说,对于本文来说只需设定这样一个论断:个人自由先于国家并决定了国家的目的。

为什么要设定这样一个命题?一方面我们必须为市场经济取代计划经济寻求终极的精神价值和正当性,另一方面我们必须为法治、宪政、人权保障奠定理论基础。如果我们不能在上述假定上达成共识,那么许可管制的放松乃至整个改革开放就无法在精神层面得到规范论证,而只能在效益层面寻求其合理性。行政许可法大刀阔斧地削减行政权力,扩大市场和个人自由,不能仅仅看成是对市场有效性的肯定和政府干预能力的怀疑,或者仅仅看成是对自由(主要是经济自由)工具价值的认可,而应当同时理解为对自由内在价值的追求,对自由意志的崇尚。我不是要否定经济分析对于中国改革的解释作用和建构意义,而是想凸显和高扬自由价值。

实际上,这个命题在一定程度上已经被接受,成为我国宪法文化的一部分,因为2004年修宪把人权保护作为国家的任务规定下来了。人权是超验的道德权利,它假定了人的道德主体地位,即自由意志主体地位,这个主体性不以国家权威为前提,相反却构成了国家权威的基础和限制。

既然我们承认个人自由是先验的并决定了国家的目的,那么,为什么某些领域的行为自由(不包括思想自由)需要国家设定法律限制,并通过一系列的构成性事实重新创设或转换成法律自由呢?理由很简单,因为个人的某些行为容易对他人或社会构成危害。个人自由的限度,也是唯一的限度,是不妨碍他人享有自由。为了保障相互的自由就需要道德与法律。理想的法律与自由是一枚硬币的两面,法律是自由的强制性法则,是对个人自由的限制也是个人自由的保障。法律限制有程度的区别,

在理论上,我们可以设定这样的原则:个人自由给他人和社会公共利益带来的危险越大,限制就应该越严,特别危险的行为在法律上就要禁止(比如抢劫、杀人)。对付危险的行为可以采用多种法律手段:许可防范、强制、法律制裁(包括行政处罚、通过司法体制实现的民事制裁和刑事惩罚)。许可是防患于未然,对于那些具有一定风险的行为实行准入制度,排除那些不符合条件的人的介入;强制是事中直接地消除危险,以实现行政目的;制裁是否定性的事后限制,惩前以毖后。这些手段并不必然互相排斥,可以结合采用。是否设立许可,除防范危险的必要性考虑外,还取决于许可作为控制手段的“效益——成本”比例,也就是说,许可是可以有效达到目的的,而且优于其他替代性制度安排。行政许可法第 11 条、第 12 条和第 13 条分别从正面和否定方面规定了设定许可的必要性和可行性。

行政许可作为一个具体的行为,是创设法律权利或自由的构成性事实;作为一项管制制度而言直接地构成个人自由的限制,同时也是相互自由的保障。没有限制就无所谓许可,正因为存在立法限制,所以某些先验的自由必须经过行政过程的创设才能“实现”,成为法律自由,但是限制本身不是目的,真正的目的在于保障相互的自由。明确这一点至为重要。对于政府而言,除非有足够的理由不要随意设定许可干涉个人的自由——那本来就属于个人的东西;在实施许可的过程中,不要误以为是在给相对人“施恩”,可以随意增加法外的条件刁难,同时负责许可的官员也必须认识到自己的职责是“法定条件和限制”的守卫者,而不能拿“法定条件和限制”寻租徇私。对于个人而言,必须认识到自由行使的条件和限度,以“责任心”对待自由,这在时下公共道德沦丧、对市场的行政管制失灵、产品质量问题造成公共恐慌的背景下尤其需要强调。

(二) 个人自由与公共利益的平衡

不管是在行政许可制度的设计过程中还是在具体许可的实施过程中,始终存在个人自由的限度难题,即一个人的自由与其他人的自由如何可能和谐的难题。政府什么情况下可以干预个人自由呢?为了保障相互自由,在公法领域我们拟制了主权者,为了限定主权者行为的逻辑,我们创造了一个概念——公共利益。这样,个人自由之间的矛盾就转换成了和公共利益的矛盾,国家就具有了干预的理由。在法律上有一个古老的原则即人民或公众的利益是最高的法律(*Salus populi est suprema lex*)。其基本的内涵是,在所有必要的情况下,个人利益必须为众人的利益让步,即便延及其生命^[14]。公法领域如此,私法领域亦不例外。公共利益是多层面的,国家的干预方式也是多样化的。个人自由的行使可能直接构成对公共利益的损害,比如公共安全和健康,国家可以以主权者的身份直接介入。但有时个人自由的行使并不伤及个别当事人之外的人,比如民事侵权,我们一般不认为侵害公共利益,但该行为触犯的法律规则本身具有公共性,因此国家应请求以裁决者的身份干预。不能说全部公共利益的领域都属于或只属于国家权力,否则就无法解释社会道德对于个人自由的内在约束和舆论评价,也无法解释其它社会组织存在的根据。我想表明的是,行政干预个人自由的正当理由和原则界线是公共利益。

如此一来,人类社会被置于个人自由和公共利益的窘境。在理想的意义上,行政许可的正当性和限度在于个人自由与公共利益的平衡。客观地说,不同国度或者同一国度在不同历史时期总是在两个极端之间来回摆动,不断调适。行政许可法体现了中国在转型时期的自我调适和对平衡理想的追求。专制的历史反复地告诉我们,公共利益是一张“羊皮”,要么是立不起来的死物,要么被狼群盗用以生吞自由的羔羊。为了防止公共利益的“羊皮化”,在行政许可领域,有必要指出以下几点:

第一,财产权利转让许可与个人自由。上面说到,财产型许可乃基于国家所有权,难道也需要谋求个人自由与公共利益的平衡吗?是的!为什么呢?因为个人自由是先验的,是生而有之的,是第一位的,国家所有权是历史的,是制度创设的产物,是公共利益的产物。为什么土地、矿藏等资源不能由

[14] George Fredrick Wharton, *Legal Maxims*, 3rd ed., London, “Law Times” Office, Windsor House, Bream’s Buildings, E. C., 1903. p. 177.

私人随意开发利用而要由国家所有呢?理由只有一个,那就是为了公共利益。但这个所有权如果无所不包,公民便丧失了自由的空间,社会就失去了活力,因此必须把它限定在一定的范围之内。中国古代虽然宣示“普天之下,莫非王土”,但是依然存在世外桃源的传说,仍然存在天高皇帝远的山林可供归隐。按照今天的观点,世外桃源属于非法用地,也没有经过规划许可,应该受到制裁。此一时,彼一时,自由的范围和程度殊异!

同样,在中国既定的国家所有权制度下,如果个人不能通过某种法律机制分享使用权或经营权,那么这个社会的经济自由就受到限制,相应地其它方面的自由也会受限制。中国当代的经济改革和自由发展史就是以公有财产权利的转让肇始的,设若当初没有修改法律规定城市土地使用权的有偿出让,哪来今日房地产行业的兴旺发达和居住、办公空间的扩展?在转让制度的设计中,我们必须认真地考虑到个人自由与公共利益的平衡,以决定哪些方面的国家财产权利可以转让,以什么方式和条件转让。

第二,公共利益概念的不确定性与判断机制。公共利益是法律上的一个不确定的概念。

不确定的法律概念是指这样一些概念,它们的客体是法律事实要件,对哪些事实要件可以充分构成判断的基础,法律没有明确的规定,因此在很大程度上是一个主观认识问题,即便在个案中也离不开权衡,甚至需要预测未来,只有在谨慎、全面考虑和权衡各种观点的情况下才能作出正确的结论^[15]。

什么是公共利益?行政许可法第12条列举了国家安全、公共安全、宏观经济秩序、生态环境、人身健康、生命财产安全,但是,这些都是不确定的法律概念,需要在特定许可的立法创制过程、行政决策过程以及司法过程中具体化和权衡。哪些事实要件构成上述任何一种公共利益?如何确定公共利益的大小?重要的不是抽象的玄思,而是建立一套有效的形成性判断机制和反思性判断机制。行政许可法创设了立法听证会和论证会的形成性判断机制,该法第19条规定,立法起草拟设定行政许可的,“起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见,并向制定机关说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。”该法第20条规定了非正式的反思性判断机制,该机制包括设定机关自我评价、实施机关的评价和建议、公民的批评建议权。同时,该法第4章行政许可的实施程序专设了听证程序。要特别指出的是,我国尚未建立违宪审查机制,因此对于违背自由精神的立法没有法律救济。

第三,比例原则。公共利益有大有小,公民的活动和公共利益的联系有弱有强,法律对个人自由设定许可管制时必须证明有直接的、足够的公共利益牵涉,在个人自由与公共利益之间慎重权衡选择。行政许可法充分体现了平衡精神,该法第11条规定,设定行政许可应当“有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性,维护公共利益和社会秩序,促进经济、社会和生态环境协调发展。”如若只要牵涉公共利益就可以设定许可,那么有什么事情不能和公共利益或强或弱、或远或近地挂上钩呢?政府想介入什么事情不可以假公共利益之名以行?比如吃饭,吃多少粮食多少肉,穿衣,穿多少布料和什么档次,今天看来完全是私人的事,但是我们曾经就认为这些属于重要的“公共事务”,从而实行过粮票、布票制度。美国历史上有些州要求立法对钟表匠、花匠、下水道工人实行职业许可,似乎这些行业和公共利益休戚相关。威斯康星州一个女议员见大势已定、无可挽回时悲叹道,看来我六岁的儿子今生无望成为钟表匠人了,但幸运的是,他还有望当上美国总统。^[16]为什么这样说呢?因为当总统不需要许可证。

许可是一种成本,既需要公共支出,也构成被许可人的负担,如果为了一点小小的公共利益而增加公共成本和私人成本,在经济学上是一种亏本的行为。因此一方面,很多事务,我们首先应该考虑

[15] 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第132页以下。

[16] Walter Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints*, p. 110, Greenwood Press, 1968.

通过市场和社会自我调节来处理,国家进行事后补救。另一方面,我们可以考虑由行业组织实行自治而减轻政府的负担。再者,申请人的许可成本应该限于法律规定的范围。

第四,利益分化与公共利益的羊皮。从实证观察的结果来看,许多情况下,集团利益和部门利益才是行政许可立法真正的推动力。社会利益是多元化的,许多许可的设定往往是利益集团游说立法机关的结果,公众未必受益。在国外,许多行业为了抬高行业的地位,保护既得利益者的特权,限制未来人们进入,纷纷请求立法设立许可。而一般大众是没有组织的,或对此不关心,对立法没有影响力。弗里德曼在分析美国许多州立法对理发师设立许可管制时有一段精彩而又浅显易懂的分析:

“我们每个人都既是生产者又是消费者,然而我们作为生产者比作为消费者要专业得多,投入的精力要多得多。我们消费成千上万的东西。结果是,同一行业的人比如理发师或药剂师,对于该行业的特定问题具有浓厚兴趣,并愿意为之投入可观的精力。另一方面,我们中间那些请理发师理发的人并不频繁理发,在理发店只花掉我们收入的很少一部分。我们的利益是随机性的。我们几乎没有人愿意投入很多时间到立法机关去作证说明严格限制理发行业是如何的不公平。”^[17]

我国行政许可法规定对一些提供社会服务的行业可以设定资格认定,目的似乎是为了保证公众享受高质量的服务,但客观上正好迎合了业内人士的利益。

在中国,我们还必须注意到另外一个立法势力,那就是行业管制部门。许可越多,管制部门权力越大,收费越多,而且利用许可“寻租”的机遇越多。试问,有多少许可是由部门直接设定而不经人大立法程序的?行业许可立法是由谁起草的?有哪一个许可的设定不是用公共利益的名目来论证其必要性的呢?正是有鉴于此,行政许可法把设定权集中,剥夺了部门规章的设定权。

第五,缺席的第三人和一般公众“最痛”。在民事许可中,许可就是许可权人和被许可人之间的关系,但是行政许可在实施阶段的一个重要的特征就是,申请人之外往往存在利害关系人和一般可能受害的公众,因此行政许可的程序结构应该区别于民事许可。如果照搬民事许可的模式就会把第三人和公众排除在外。其实,许可一旦批准,最痛的就是他们。比如,有人申请在某地段开设一家酒吧,按照我们的习惯做法,行政机关审查就决定了。结果呢?周围邻居被搅得不得安宁。再比如规划审批,我们的做法也是由规划部门暗室操作,所在地段的居民最后得到的是一个拆迁通知,结果弄得政府、开发商和居民之间剑拔弩张,也可能城市的某些景观或文物被破坏,结果民怨沸腾。

法律上现在赋予第三人原告资格,公众是否具有原告资格是一个争议的话题,但是起诉毕竟是事后补救,有时是无力回天的。怎么办?上访!这就是上访这条崎岖的道上挤满了潦倒之人的原因之一。因此,我要强调,应该让第三人和公众代表直接参与行政许可决策,不要由政府机关完全、直接取代了,篡夺了。

五、结语:治道与自由

行政许可法是对自由(主要是经济自由)的实在追求,力图寻求个人自由与公共利益的平衡。同时它也体现了对立法决策和政府管理的科学性与实效性的追求,我们甚至将社会规律当作法律可以确定认识的事物,行政许可法第 11 条明确规定,“设定行政许可,应当遵循经济和社会发展规律”。应当肯定的是,通过改进制度和技术以提高政府管理公共事务,特别是完成由非市场经济向市场经济过渡的使命上的效能,这种追求顺应了世界银行及其专家小组关于“治道”(governance)的倡导和 20 世纪 90 年代以来国际政治学结合经济学界的新潮流^[18]。

然而,片面强调国家治理的实效容易误入歧途,这种观点的极端代表就是诗人亚历山大·泊普,他

[17] 前引[12],pp. 142 - 143.

[18] 参见智贤:《现代“治道”新概念》,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,三联书店 1995 年版。

说,

“让傻瓜去争论政府的形式吧——
管理得最好的就是最好的。”^[19]

这种片面强调治理实效的观念要么漠视个人自由,要么把个人自由仅仅当成实现政治实效的手段。在实施行政许可法的过程中,我们一定要从自由的意义上理解其立法精神,否则我们很难防止部门或地方政府变相地保留、增加许可管制的力度。

个人自由和公共利益的平衡点不是等待人们去发现的科学定律,而是利益各方在充分言说、争辩的过程中达成的妥协与共识。它最根本的特点不是真理性,而是程序性;不是绝对性,而是相对性,不是静止的,而是动态的。行政许可法试图对行政权进行整体性重构,试图为日常的许可立法活动提供指导原则,虽然在决策形成机制和反思性评判机制这两点上较以前立法已经有所创新,但囿于现有的基本制度架构,该法宏大的自由理想便缺乏根本的体制和程序依托。

Abstract : Other than the normally adopted perspective of the efficiency of resources allocation , the author , by resorting to the legal analytical methodology , approaches the substance of administrative license from the perspective of individual freedom and explicates the legal nature of license in private law and administrative license in public law in terms of operative facts. So the administrative license should be defined as the operative facts creating individual freedom and property rights through the administrative process. The rationality and limit of administrative licensing power lie where the balance of individual freedom and public interest exists. However , the author fully realizes the uncertainty of the concept of public interest and the “ sheep skin ” use of it , therefore the pursuit of substantive rationality of governance is unreliable , and more weight should be given to the construction of procedural institutions and the protection of procedural rights.

Key words : administrative license , individual freedom , public interest

[19] 转引自 *The Federalist Papers* , No. 68 : Hamilton , Bantam Classic edition , 1982 , p. 347 .