

# 行政许可法： 观念创新与实践挑战

周 汉 华\*

**内容提要：**行政许可法体现了许多先进的观念或原则，如权利观念、有限政府观念、有效政府观念、责任政府观念、公开政府观念、服务型政府与程序公正观念、廉洁政府观念和发挥中央与地方两个积极性的观念等。行政许可法实施以来，在实践中遇到诸如法律规范与社会发展之间不同步、行政许可法立法模式本身的局限性、既得利益集团的抵制、行政许可法本身的缺憾与立法技术的限制等诸多方面的问题。

**关键词：**行政许可法 行政审批制度改革 观念创新 实践挑战

改革开放 20 多年以来，类似行政许可法这样受到高度重视的法律，在我国是非常少见的。全国人大常委会法制工作委员会从 1996 年开始着手行政许可法的调研、起草工作，形成了《行政许可法（征求意见稿）》。九届全国人大常委会将行政许可法列入立法规划，确定由国务院提出法律草案。据此，国务院法制办以征求意见稿为基础，从 2000 年初开始行政许可法的起草，形成了《行政许可法（初稿）》。经广泛征求各个方面的意见，形成了《行政许可法（草案）》。<sup>〔1〕</sup>在草案形成过程中，国务院第 40 次和第 60 次常务会议两次进行审议。在草案进入全国人大常委会立法程序以后，九届和十届两届全国人大常委会共进行了 4 次审议才最后通过。在法律制定过程中，国家陆续推出了加入世界贸易组织、行政审批制度改革、整顿与规范市场经济秩序、从源头上治理腐败与全面推进依法行政等重要战略决策，使立法过程与改革开放进程得以相互促进。法律颁布之后、实施之前，国务院专门召集全国省部级主要领导开会布置，进行培训，各个地方、部门也都相应进行了大规模的培训和准备工作。法律自 2004 年 7 月 1 日正式实施之后，立即成为社会各界的关注焦点，人们越来越多地以行政许可法的规定来重新审视和评估政府行为，对政府工作提出了更高的要求。<sup>〔2〕</sup>

行政许可法之所以得到社会各界的广泛关注和好评，一个重要的原因是它确立了许多符合法治政府要求的观念或原则，势必会对政府工作产生多方面重大的影响。因此，本文拟就这些观念或原则以及它们在实践中已经遇到并将会继续遇到的挑战这两个方面，谈点自己的认识。

---

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 可参见杨景宇：《关于〈中华人民共和国行政许可法（草案）〉的说明》（2002 年 8 月 23 日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上）。

〔2〕 北京市一中院宣告首例涉及国家部委行政许可案，律师状告国家工商行政管理总局，法院同意原告主张，认定《商标法实施条例》有关“商标代理组织”并未予以明确界定，因此，律师有权从事商标代理服务。见《人民法院报》2004 年 7 月 23 日。

## 一、行政许可法的观念创新

### (一) 权利观念

什么是行政许可,理论上众说纷纭,实务中更难把握。<sup>[3]</sup>不但中国如此,国际上也是一样,我们很难在国外找到同样的一个概念,名称翻译起来都比较困难。<sup>[4]</sup>理论上,对于许可的性质有不同的界定,如权利的赋予、禁止的解除、授予特许权等等;实务中,行政许可法实施前后,哪些事项属于许可,哪些属于非许可的审批,几乎成为各个政府部门最为关心的问题。<sup>[5]</sup>可以预见,随着行政许可法的实施,这样的问题不但不会减少,只会越来越多。

但是,如果暂时抛开定义争论,从更高的层面来归纳行政许可法的贡献,可以发现,行政许可法触动最深的实际上是传统的权利观念,更具体地说是财产权利观念。行政许可法赋予行政许可以财产权利属性,并提供了坚实的法律保护。顾名思义,行政许可是一种政府行为,不论是授予权利还是解除禁止,传统上一直把它视为政府的某种单方决定或恩赐。因此,是否许可、如何许可,都由政府说了算,许可与权利根本沾不上边。在国外,长期将政府的许可视为一种特权(privilege),以区别于权利(rights)。许可与权利能够联系上,应该说是权利观念扩张的结果。

权利观念的起源虽然很早,但是,普适意义上的抽象权利观念、尤其是人权观念的普及与勃兴应该是 20 世纪尤其是 20 世纪 50 年代以后的事情。<sup>[6]</sup>在此之前,权利观念更多地是以财产权等具体权利形态而体现的。人类认识过程与能力从具体到抽象递进的规律决定了财产权观念最初一定是和具体、可感知的物体联系在一起的。在罗马法中,有体物占据了重要的地位,这种认识一直影响到法国民法典与德国民法典,以至于类似电、磁波、光波这样的无体物一直不被当作物。大陆法系中的物权概念到今天仍然是对有体物而言,债权与物权并列存在。英美法系国家使用财产权概念而不提物权概念,但其财产权最初同样主要是指不动产、动产等有体物。英美法系国家财产权观念发展到包括有体物、无体物、权利(抵押、债权、知识产权)等人身以外的所有权利,是晚近以来的事情。也就是说,财产权的初始形态都是有体物,然后才发展到无体物、观念意义上的债权以及知识产权。梅因提出“从身份到契约”的著名论断,实际上表明了合同之债的出现是非常晚近的事情。至于知识产权被当作财产权的一部分,更是工业革命的产物。法律发展的历史表明,财产权观念本身具有开放性、包容性或扩张性,以前不视为财产权的对象,有可能在社会发展以后变成个人财产。<sup>[7]</sup>

行政许可传统上属于政府授予的特权,与个人财产权利没有任何关系。但是,随着社会的发展,尤其是政府职能的快速扩张和对财富再分配能力的增强,国际社会开始广泛地将行政许可也视为财产权的一部分。<sup>[8]</sup>将行政许可纳入财产权利范围加以保护的主要意义在于:一是加强对政府行为的控制,使传统上的自由裁量权领域或特别权力关系领域也受到依法行政原则的规范,应对政府职能扩张带来的挑战;二是加强对个人权利的保护,防止政府管制措施给个人权利和公共利益带来的实际损

[3] 我国行政法学界对行政许可含义的不同定义,可参见汪永清主编:《中华人民共和国行政许可法释义》,中国法制出版社 2003 年版,第 6 页;乔晓阳主编:《中华人民共和国行政许可法及释解》,中国致公出版社 2003 年版,第 30 页。

[4] 例如,英国 2003 年许可法(Licensing Act 2003)第 1 条第 1 款的规定,许可的对象仅限于白酒的供应与销售、提供娱乐服务以及提供夜生活服务,许可的含义非常有限。

[5] 例如,对于手机生产牌照,主管部门认为属于非许可的审批,应予保留,而业界和学术界的一些人士认为属于行政许可,应予废除。

[6] 对人权观念起源的探讨,可参见夏勇:《人权概念的起源》,中国政法大学出版社 1992 年版。

[7] 如我国著作权法修订以后所增设的网络传播权,国际社会正在推进的个人信息权等。

[8] 美国法学家 Reich 最先在理论上系统地提出行政许可属于“新财产权”的主张并在国际学术界产生了广泛的影响。Charles A. Reich, The New Property, 73 The Yale L. J. 733 (1964)。

害;三是提高资源配置的有效性,提高社会效益。<sup>[9]</sup> 由于这些变化主要发生在公法领域或政府管制领域,如果说它和传统的财产权有何区别,可以说传统的财产权主要是指私法上的财产权,而行政许可是公法上的财产权。<sup>[10]</sup>

应该说,我国法律对政府许可的处理,一直是比较先进的。1989年制定的行政诉讼法第11条就将许可证与执照当作“人身权与财产权”的一部分予以保护,1999年制定的行政复议法第6条又延续了这一立法原则。这样看来,许可证与执照在实践中早已得到了财产权的地位与法律保护。但是,应该承认,这种保护是有限的,只是许可证与执照,并不是所有的行政许可,在范围上有局限性。并且,这种保护只是一种程序性保护,并没有从实体上明确行政许可的财产权属性,因此,当事人只享有申请行政复议或者提起行政诉讼的程序权利,并没有实质上获得保护或胜诉的权利。实践中,对于政府机关撤回、改变或者以其他方式侵犯依法获得的许可,当事人基本处于无法得到救济的境地。

整部行政许可法的最大贡献就在于,它从各个方面(包括许可的申请、授予、变更、废止等)赋予行政许可以财产权的属性,使被许可人从实体上得到了最为有效的保障。根据行政许可法第8条的规定,公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政机关要改变行政许可,必须严格遵守法律的规定。只有行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化,并且是为了公共利益的需要,行政机关才可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。即使满足这些条件,如果改变行政许可给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关还应当依法给予补偿。这样,行政许可就从恩赐变成了权利,实现了实质意义上的跨越。这种变化是革命性的,势必深刻地影响政府与公众的关系,使双方从不平等的控制命令关系演变为平等主体之间的关系。<sup>[11]</sup>

这种意义举一个例子就可以说明:由于我国城市的土地均属于国家所有,公民、法人或者其他组织只有国有土地使用权,在过去,大量的城市房屋拆迁所涉及到的国有土地使用权都被视为是政府授予的特权,政府想拆迁就拆迁,即使拆迁也只给地上建筑物以补偿,而不给予土地使用权以任何补偿,由此造成大量的拆迁争议。实施行政许可法以后,相对人不论是以出让方式还是以划拨方式获得的土地使用权,从性质上看均属于获得法律保护的行政许可,政府机关再也不能随意加以撤回或改变,即使根据法定条件加以改变,也要依法给予相对人补偿。这样,可以有效地以公众的财产权利制衡政府机关的行政权力,防止政府机关朝令夕改,以权谋私。类似的行政许可事项或领域很多,一旦行政许可法的规定能够切实得以执行,就可以从根本上改变政府机关与公众之间的关系,形成良性互动。

## (二)有限政府观念

[9] 以产权界定和可交易的许可(tradable allowance)来构筑市场关系,降低交易成本,最先由科斯在论述污染权交易时提出,目前已经成为国际社会政府管制改革的一个主要方向。见科斯:《社会成本问题》,中译本载盛洪、陈郁等译:《企业、市场与法律》,上海三联书店1990年版;OECD, Putting Markets to Work: The Design and Use of Marketable Permits and Obligations (1997)。

[10] 盛洪教授曾经提出过“计划权利市场化”的主张,比较形象地揭示了政府许可(利益)的公法财产权性质。可见盛洪:《市场化的条件、限度和形式》,载《中国的过渡经济学》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第108页。当然,作为新型的财产权,行政许可具有不同于传统的私法财产权的许多特征,如权利的取得方式、行使方式、保护方式等。限于篇幅,本文不对这种区别专门加以讨论。

[11] 当然,这种转变主要体现在行政许可法的制度安排和学术界的理论解读之中,未必完全获得起草者或者立法者的共识。从全国人大常委会立法过程中关于许可是否能够转让的激烈争论以及行政许可法第9条最后的表述来看,一方面,将许可的转让明确加以规定较之法律草案中根本没有涉及许可的转让问题应该说是一个明显的进步,但是,另一方面,从法律规定的最后措辞来看(一般不得转让),相当多的人可能实际上仍然是以传统的观念看待行政许可。另外,从拟议中的物权法关于征收征用的规定来看,征收征用的对象只是简单地规定了传统的动产与不动产,并未将许可当作一项财产权利单独加以规定。由此也可以看出人们对新型财产权认识上尚未形成一致,甚至不太了解。行政许可立法中对许可转让问题的争论,部分可参见《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国行政许可法(草案)〉审议结果的报告》第四;《全国人大法律委员会关于行政许可法(草案四次审议稿)修改意见的报告》第八。有关物权法内容的一般性介绍,可见段宏宏:《〈物权法〉:突破和缺憾》,《财经》2004年第21期。

行政许可法制定过程中,讨论得最多、也是最大的难题之一,就是如何划定一条界限,明确哪些事项需要设定许可,哪些事项根本不需要设定许可。在计划经济体制之下,政府实际上是一个全能政府,每一个人的生老病死都由政府管,包括结婚、离婚、生育、住房、就业等事项,都由政府安排,企业也由政府直接经营,很少有所谓的私营企业。这种体制直接导致大锅饭、低效率、资源配置不合理、政府权力过大等弊端。中国的改革正是从革除这种体制的弊端开始的,通过最初的放权让利,减少政府干预的范围和程度,让市场在资源配置中发挥越来越大的作用,逐步建设社会主义市场经济制度。

当然,市场化改革并不等于取消政府职能,更不是走向无政府主义。政府仍然需要承担经济调节、市场监管、社会管理与公共服务的职能。在国际上,一般认为,当存在诸如公共产品、信息不对称、自然垄断、外部性和社会公正等情况时,政府应该加以干预。<sup>[12]</sup>这样,在制定行政许可法时,就面临着如何科学地划定政府与市场的边界问题。既要通过法律的制定,巩固市场化改革的成果,又要为政府行使其法定职责提供法律依据。关于这个问题理论上众说纷纭,实践中的情况也比较复杂,<sup>[13]</sup>因此,制定过程中经过了反复的讨论和修改。

国务院法制办最初起草的征求意见稿(第一稿)第12条曾经采用具体列举的方式,明确规定了12种可以设定行政许可的事项。<sup>[14]</sup>由于这种列举并不周延,难免挂一漏万,并且对列举中的某些事项是否应该设定行政许可有不同意见。后来的草案采用了对可以设定行政许可和不得设定行政许可的事项都作原则性规定的方式,不具体加以列举。<sup>[15]</sup>最后通过的法律文本第12条则作了进一步的修改,删除了草案第13条可以设定行政许可的原则性规定,代之以行政许可的具体种类划分,通过许可的具体种类来明确行政许可的设定范围。

尽管立法过程中对于行政许可的设定范围每一次改动的幅度都非常大,但是,这种修改始终坚持了个人自治优先、市场优先、自律机制优先与事后机制优先等原则,体现了有限政府的基本观念。征求意见稿与草案均规定了6种情况下,不得设定行政许可。最终通过的行政许可法第13条基本采纳了征求意见稿和草案的规定,明确规定,可以设定行政许可的事项,也并不是都要设定行政许可。凡是公民、法人或者其他组织能够自主决定的,市场竞争机制能够有效调节的,行业组织或者中介机构能够自律管理的,行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的,可以不设行政许可。

行政许可法第13条的规定,可以说是对近年来我国立法经验的一次科学总结和提升,第一次鲜

[12] 可见 Stephen Breyer, Regulation and its Reform, chapter 1 (1982).

[13] 例如,立法过程中一个引起广泛关注的争论是某市设立馒头办是否有合理性。多数人认为设立馒头办没有必要,也有人认为从健康和安全的角度考虑,认为政府设立类似许可有其合理性。

[14] 分别是:(一)土地、矿藏、水流、海域、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源的开发利用;(二)无线电频率、有线电视网络等有限公共资源的配置;(三)污染和其他公害的防治、生态环境的保护;(四)电力、铁路、民航、通信、公用事业等垄断行业的市场准入和法定经营活动;(五)金融、保险、证券等涉及高度社会信用的行业的市场准入和法定经营活动;(六)利用财政资金或者利用需要政府担保的外国政府、国际组织贷款投资的项目;(七)爆炸性、易燃性、放射性、毒性、腐蚀性等危险品的生产、储存、运输、使用、销售,以及其他涉及自然人人身健康、生命财产安全的产品、物品的生产、销售等活动;(八)为公众提供服务、与公共利益直接有关,并且具有特殊信誉或者特殊技能要求的资格、资质;(九)直接关系公共安全和自然人生命财产安全的重大设备、设施的设计、建造、运营;(十)特定民事关系或者特定事实;(十一)新闻出版印刷、广播电视、娱乐业等从业机构的设立和活动;(十二)法律、行政法规规定的涉及自然人人身健康、生命财产安全或者公共安全、国家安全的其他事项。征求意见稿后来的版本在表述上虽略有不同,但基本内容与思路均大同小异。

[15] 草案第13条规定下列事项可以设定行政许可:(一)直接关系国家安全、经济安全、公共利益以及人身健康、生命财产安全的事项;(二)有限自然资源的开发利用、有限公共资源的配置的事项;(三)通过事后补救难以有效消除影响或者造成难以挽回的重大损害的其他事项。草案第14条规定,第13条所列事项通过下列方式能够解决的,不得设定行政许可:(一)由自然人、法人或者其他组织自主决定,不致损害国家的、社会的、集体的利益和他人的合法的自由和权利的;(二)通过市场机制能够有效解决的;(三)通过民事赔偿或者追究其他民事责任能够解决,并且不致造成难以挽回的重大损害的;(四)通过规范、公正的中介机构自律能够解决的;(五)通过制定和实施强制性标准能够解决的;(六)通过实施事后监督等其他行政管理方式能够解决的。

明地体现了有限政府的观念,<sup>[6]</sup>它不但对于以后的行政许可设定具有规范意义,而且对于我国整个立法工作和政府管理工作的科学化也具有重要的指导意义。行政许可法所体现的有限政府观念,不仅仅只是反映在第13条,诸如限制行政机关自由裁量权的程序规定(尤其是特别程序的规定)、核准事项逐步由专业技术组织实施的规定、省级政府经过国务院批准后可以停止行政法规设定的许可的规定等,也都体现了有限政府的观念。

行政许可法所体现的有限政府观念,在2004年颁布的国务院《全面推进依法行政实施纲要》中得到了进一步明确的表述。纲要明确规定,“凡是公民、法人和其他组织能够自主解决的,市场竞争机制能够调节的,行业组织或者中介机构通过自律能够解决的事项,除法律另有规定的外,行政机关不要通过行政管理去解决”。这种观念变化对于二千多年来习惯了当“父母官”的政府机关而言,无疑是一场深刻的革命,它对政府与公众的长远影响会在实践中逐步得以体现。

### (三)有效政府观念

行政许可法不但要解决许可过多、过滥的问题,实现有限政府的目标,同时也要解决一些部门只管发证、收费,放松管理,致使市场秩序混乱的管理不力问题,实现有效政府的目标。中国高度集中的计划经济体制的历史教训证明,全能政府看起来什么都管,实际上始终面临着管不好、也管不了的困境。“七、八个大盖帽,管不住一个破草帽”,就是对政府管制失灵的最好写照。管得太多,政府权力过大,还容易滋生腐败,导致出现管制理论中所描述的自肥现象。<sup>[7]</sup>因此,尽管有限政府并不一定是有效政府,但有效政府必定是有限政府。政府管得太多、太细,一定没有效率。从这个角度看,行政许可法的制定始终坚持有限政府的原则实际上也就同时在追求有效政府的目标。

为解决行政管理实践中导致行政管理效率不高的一些突出问题,实现有效政府的目标,行政许可法进行了许多制度构造和设计:

1. 建立行政许可的监督检查制度,防止出现只审批、收费,不履行执法监督责任的现象。行政许可法在总则第10条规定,县级以上人民政府应当建立健全对行政机关实施行政许可的监督制度,加强对行政机关实施行政许可的监督检查。行政机关应当对公民、法人或者其他组织从事行政许可事项的活动实施有效监督。第6章(共11条)全面规定了监督检查制度,其中颇多制度创新(包括上级对下级的监督检查制度与行政机关对被许可人的监督检查制度,如一般进行书面检查,也可以进行实地检查,对违法行为实施属地管辖,特许被许可人须承担特别法律义务,年检只能适用于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施,违法获得的许可应予撤销等),力求改变发证收费不管理的现状,维护公平的市场秩序。

2. 通过技术手段提高行政许可的有效性,防止政府过度干预和行政许可的泛滥。行政许可法第19条规定,起草法律、法规、省级政府规章草案,拟设定行政许可的,起草单位应当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。这是我国法律中第一次对立法成本效益分析原则的某种间接采用,无疑可以提高行政许可的有效性。尽管从规定上看,尚没有完全采用成本效益分析原则,但其意义已经非常巨大。<sup>[8]</sup>

3. 引入对行政许可项目的定期评价制度,体现与时俱进的改革精神。针对行政审批制度改革中

[6] 将行政许可法与立法法的规定进行比较可以发现,立法法基本停留在传统的形式法治思考范畴之内,只是规定了立法权限的划分、立法程序、法律解释与法律监督等方面,并未涉及政府与市场的关系以及有限政府的目标。对立法法缺陷的分析,可见周汉华:《变法模式与中国立法法》,《中国社会科学》2000年第1期。

[7] 可见 Stigler, G. The Theory of Economic Regulation, 3 Bell Journal of Economics and Management Science (1971).

[8] 随后公布的国务院《全面推进依法行政实施纲要》在我国第一次完整地规定了立法的成本效益分析原则,它规定:“积极探索对政府立法项目尤其是经济立法项目的成本效益分析制度。政府立法不仅要考虑立法过程成本,还要研究其实施后的执法成本和社会成本”。

一些部门行政审批权过多的情况,<sup>[19]</sup>行政许可法草案规定,“行政许可的设定机关应当每隔两年对其设定的有关经济事务的行政许可进行评价,对不需要继续保留的,应当及时予以废止。”最终通过的行政许可法第20条规定,行政许可的设定机关,应当定期对其设定的行政许可进行评价,对已经设定的行政许可,认为通过本法第13条所列方式可以解决的,应当对设定该行政许可的规定及时予以修改或者废止。行政许可的实施机关,可以对已设定的行政许可的实施情况及存在的必要性适时进行评估,并将意见报告该行政许可的设定机关。公民、法人或者其他组织可以向行政许可的设定机关和实施机关就行政许可的设定和实施提出意见和建议。行政许可法的这一规定,是首次在我国法律中采用类似国外立法中的“日落条款”,能有效地解决法律与社会发展之间的脱节现象,极大地提高行政管理的科学性和效率,最有效地发挥行政许可的作用。

#### (四) 责任政府观念

有权必有责,用权受监督,既是政府的一项重要施政纲领,也是行政许可实践中的一个突出问题。政府机关行使审批权力,不承担法律责任或者权力不受监督的现象在实践中并不少见,由此导致权力滥用和腐败现象的频频发生。因此,行政许可法第7章专门对这个问题进行了详细的规定。不论是违法设定许可(这是我国法律第一次对抽象行政行为设定法律责任),还是违反行政许可法的具体程序或者实体规定,或者是借许可索取财物与利益,或者履行监督检查职责不力,都要承担相应的行政责任与刑事责任。违法实施行政许可给当事人的合法权益造成损害的,还应当根据国家赔偿法的规定给予赔偿。当然,申请人或被许可人违反法律,也要承担法律责任。这些规定的目的都是为了实现权力与责任的统一、权利与义务的平衡,实现责任政府的目标。

#### (五) 公开政府观念

公开是腐败的天敌,阳光是最好的杀虫剂。近年来披露的大案要案中一些部门或个人之所以能够借助手中的审批权力寻租、谋取不法利益,关键的原因在于审批过程不公开,屡屡导致暗箱操作、权钱交易。因此,实现公开政府的目标,将权力的行使置于舆论与社会公众的监督之下,是审批制度改革的一个重要方面。行政许可法可以说全方位强调了公开政府的重要性,全面、系统地设计了操作性极强的具体制度:

1. 明确公开政府的基本原则。行政许可法总则第5条明确地将公开原则作为许可法的一项基本原则加以规定,同时,还明确规定,有关行政许可的规定应当公布;未经公布的,不得作为实施行政许可的依据。这种强制性规定对于纠正一些地方或部门习惯依靠内部文件或“红头文件”进行审批的做法具有立竿见影的实际效果,是继行政处罚法之后我国立法中第二次作出类似的强制性规定。另外,行政许可法第5条还规定,行政许可的实施和结果,除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的外,应当公开。这样,就使公开政府的原则贯穿于行政许可制度的每一个环节。

2. 规范委托行政法律关系,公开行政许可实施主体的法律地位。行政许可法第24条规定,行政机关在其法定职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可,但委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。这一规定可以规范委托行政法律关系,杜绝大盖帽满天飞、许可实施机关泛滥的现象。

3. 公开行政许可的条件和程序。行政许可法第30条规定,行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的,行政机关应当说明、解

[19] 国务院部门行政审批制度改革过程中,最初共有65个部门上报审批项目4147项。经过国务院行政审批制度改革工作领导小组办公室复核甄别,后来确认共有行政审批项目3948项。经过三批公布取消的行政审批项目目录后,最终认定国务院68个部门共有审批项目3605项(取消、调整共1806项,保留1799项。保留的行政许可项目为1314项,非许可的审批项目485项)。从这些数字的前后变化大致也可以看出确立行政审批项目的底数非常困难。参见国务院行政审批制度改革工作领导小组办公室编:《改革行政审批制度,推进政府职能转变》,中国方正出版社2003年版,第367页。

释,提供准确、可靠的信息。这一规定,尤其是要求行政机关对公示内容予以说明、解释,提供准确、可靠信息的规定,对于督促行政机关履行法定职责、提高行政管理水平、防止少数政府官员借法律规定的模糊滥用行政权力,都具有重要的现实意义。

4. 公开行政许可的实施过程与结果。行政许可法第 40 条规定,行政机关作出的准予行政许可决定,应当予以公开,公众有权查阅。

5. 公开行政许可的监督检查过程及其结果。行政许可法第 61 条规定,行政机关依法对被许可人从事行政许可事项的活动进行监督检查时,应当将监督检查的情况和处理结果予以记录,由监督检查人员签字后归档。公众有权查阅行政机关监督检查记录。行政机关依法对被许可人从事行政许可事项的活动进行监督检查时,应当将监督检查的情况和处理结果予以记录,由监督检查人员签字后归档。公众有权查阅行政机关监督检查记录。

#### (六) 服务型政府与程序公正观念

在很长一段时间里,对于究竟如何协调政府机关的管理职能和为人民服务的要求,我们并未积累太多的经验。实践中,往往出现一旦强调服务,就放松了管理;一旦强调加强管理,就忽略了服务,无法实现两者之间的良性循环。在建立服务型政府方面,行政许可法应该说进行了非常有益的尝试,比较系统地将服务型政府的要求与行政程序联系在一起,在公正程序中体现服务型政府的价值。这样,政府机关就可以在有效地履行政府管理职能的同时,实现为人民服务的要求,从而避免出现两者之间的对立或矛盾。应该说,行政许可法关于程序的规定是该法中操作性最强的部分,为建设服务型政府确定了最基本的法律要求。

1. 行政许可法总则第 6 条明确地将便民和服务作为一项原则予以确认,强调实施行政许可要提高办事效率,提供优质服务。这样,就确立了服务型政府的基本价值目标。

2. 行政许可法关于程序的规定,尤其是第 4 章有关行政许可的实施程序的规定,有诸多制度创新,为建设服务型政府进行了非常有益的探索。例如,为方便申请人并避免熟人社会给行政管理工作带来的各种负面影响,第 29 条规定行政许可申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出,第 33 条规定行政机关应当建立和完善有关制度,推行电子政务。为减轻申请人的负担并提高行政管理的效率,第 29 条规定行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的,该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请,统一送达行政许可决定。行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的,本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理,或者组织有关部门联合办理、集中办理。为减轻申请人信息负担并解决行政机关过度收集信息的问题,第 29 条规定申请书格式文本中不得包含与申请行政许可事项没有直接关系的内容,第 31 条规定行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料,第 35 条规定上级行政机关不得要求申请人重复提供申请材料。为简化行政许可程序,减轻申请人与政府机关的负担,第 31 条规定申请人对申请材料内容的真实性负责,第 34 条规定申请人的申请材料齐全、符合法定形式,行政机关能够当场作出决定的,应当当场作出书面的行政许可决定,第 32 条规定申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当当场或者在 5 日内一次告知申请人需要补正的全部内容。为体现许可过程的公正性和鼓励公众参与,第 46 条明确规定,法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当向社会公告,并举行听证,第 47 条规定行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的,利害关系人享有要求听证的权利。为保护被许可人的合法权利,加重行政机关的责任意识,第 50 条规定需要延续依法取得的行政许可的有效期的,行政机关逾期未作出是否准予延续的决定的,视为准予延续。为解决实践中行政许可久拖不决的问题,行政许可法规定了严格的时限,一般的行政许可必须在 20 日内作出决定,经批准可以延长 10 日;统一办理或者联合办理的行政许可,作出决定的时间不得超过 45 日,经批准可以延长 15 日。这些规定,都体现了服务型政府的基本要求,



同时也可以保证行政管理目标的顺利实现。

### (七) 廉洁政府观念

制定行政许可法的立法目的之一,就是为了解决审批权过大所产生的各种腐败现象。因此,整部行政许可法,包括前面所提到的观念创新,可以说都贯穿了廉洁政府的基本追求。只要行政许可法的规定得以落实,尤其是前述各项原则得以实现,也就可以从源头上实现廉洁政府的目标。同时,针对现实生活中的一些突出现象和常见问题,行政许可法还专门相应设计了一些具体制度,以防止借审批权谋取私利的行为发生。

1. 切断行政许可与收费的联系,减少许可膨胀的经济诱因。针对行政管理实践中许可就是收费这一普遍现象,行政许可法第5章专门规定了许可的费用问题,第58条规定,行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行监督检查,不得收取任何费用。只有法律、行政法规另有规定的,才可以依照其规定收取。同时,行政机关提供行政许可申请书格式文本,不得收费。为保证行政机关正常活动的展开,该条还规定,行政机关实施行政许可所需经费应当列入本行政机关的预算,由本级财政予以保障,按照批准的预算予以核拨。这一系列制度构造,都是为了切断许可与收费的联系,减少腐败行为,从制度上为廉洁政府提供物质基础。

2. 明确收支两条线原则,建立规范的公共财政制度。针对行政管理实践中因为行政经费不足而截流、挪用或者变相私分许可收费等现象,行政许可法第59条明确规定,行政机关实施行政许可,依照法律、行政法规收取费用的,应当按照公布的法定项目和标准收费,所收取的费用必须全部上缴国库,任何机关或者个人不得以任何形式截留、挪用、私分或者变相私分。财政部门不得以任何形式向行政机关返还或者变相返还实施行政许可所收取的费用。这一规定为建立规范的公共财政制度奠定了基础,也可以促使相关配套制度早日出台。

3. 严格禁止借行使许可权变相谋取各种不当利益。针对行政许可过程中搭车收费、变相谋取各种不当利益的现象,行政许可法第27条规定,行政机关实施行政许可,不得向申请人提出购买指定商品、接受有偿服务等不正当要求。行政机关工作人员办理行政许可,不得索取或者收受申请人的财物,不得谋取其他利益。第63条规定,行政机关实施监督检查,不得妨碍被许可人正常的生产经营活动,不得索取或者收受被许可人的财物,不得谋取其他利益。

4. 通过特别程序的设计,规范行政许可权,从源头上消除各种腐败现象产生的土壤。针对稀缺资源配置中因为“一言堂”、“一枝笔”而导致的大量腐败现象,针对行政机关纷纷设立专业技术检测机构并借检测谋取私利的现象,针对各种专业资格考试中主考机关不当谋取各种利益的现象,行政许可法第4章第6节规定,对于特许事项,行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。对于核准事项,行政机关根据检验、检测、检疫的结果作出行政许可决定。并且,除法律、行政法规规定由行政机关实施的检验、检测、检疫之外,应当逐步由符合法定条件的专业技术组织实施。对于认可事项,行政机关根据考试成绩和其他法定条件作出行政许可决定,赋予法人或者其他组织特定的资格、资质的,行政机关根据申请人的专业人员构成、技术条件、经营业绩和管理水平等的考核结果作出行政许可决定。并且,考试组织机关不得组织强制性的资格考试的考前培训,不得指定教材或者其他助考材料。对于有数量限制的普通行政许可,两个或者两个以上申请人的申请均符合法定条件、标准的,行政机关应当根据受理行政许可申请的先后顺序作出准予行政许可的决定。行政许可法所规定的这些特别程序,对于控制行政机关的自由裁量权,从源头上防治腐败和实现廉洁政府的目标,都具有极强的可操作性和重要的现实意义。

### (八) 发挥中央与地方两个积极性的观念

行政许可制度中,除了行政机关与申请人或被许可人之间的关系外,另外一对需要考虑的重要关系是中央与地方之间的关系。一个方面,中国的许多改革均属于自下而上式的渐进性改革,都是先由地方进行试点、积累经验,再上升到法律、制度层面向全国推广。因此,行政许可法必须为地方的改革



探索留下制度空间,必须有利于推进和促进改革,不能限制改革的进程或成为改革探索的障碍。另一方面,随着改革进程的深入和利益格局的日益复杂化,保持法制统一和中央政府的宏观调控能力会变得越来越重要。对于地方滥设行政许可阻碍经济发展或者变相寻租的行为,通过行政许可搞地方保护主义的行为等等,行政许可法必须坚决地加以禁止,以维护公平的市场秩序和全国法制的统一。只有同时发挥中央与地方两个积极性,才能使行政许可法与改革的主旋律同步,实现法制、经济与社会的协调发展。

可以看到,行政许可法在其制度设计中,充分体现了既努力维护法制统一和中央权威,又尽量调动地方积极性的原则,有许多制度创新。

### 1. 维护中央权威主要体现在行政许可的设定权上

行政许可的设定权,尤其是规章的设定权,是本次行政许可法制定过程中变化最多的领域之一。征求意见稿曾经规定,除只能由法律、行政法规设定行政许可的事项以外,依法可以设定行政许可的地方性事务,尚未制定法律、行政法规、国务院的决定的,地方性法规、地方政府规章可以设定行政许可;可以设定行政许可的事项,尚未制定法律、行政法规、国务院的决定的,国务院部门对本部门职权范围内需要全国统一制度或者应当由中央统一管理的事项,可以根据国务院的有关决定在本部门规章中设定行政许可。

在国务院常务会议第1次讨论中,针对部门规章设定行政许可中存在的各方面问题,由国务院领导同志拍板,取消了部门规章的许可设定权,但保留了地方政府规章的许可设定权。到全国人大常委会审议阶段,对地方政府规章的许可设定权进行了反复的讨论,最后决定从设定主体和设定时限两个方面进行限制。行政许可法第15条规定,对于可以设定行政许可的事项,尚未制定法律、行政法规、地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满1年需要继续实施的,应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。行政许可法同时规定,地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章,不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可,不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

行政许可法对于许可设定权的规定,尤其是对地方许可设定权的规范与限制,应该说远远超出了行政处罚法与立法法的规定,达到了近年来立法权上收的最高峰,<sup>[20]</sup>体现了维护中央权威与法制统一的决心。行政许可法的这一立法思路,必将对我国地方立法的未来发展方向产生意义深远的影响。在现阶段的中国,由于缺乏一套对地方政府行为的成熟制约机制,单纯强调地方分权或权力下放极有可能使下放的权力被地方政府中间截留,使地方分权变成地方行政分权甚至地方领导行政集权。<sup>[21]</sup>因此,保持法制统一和中央政府有效的宏观调控能力,具有尤其重要的时代意义。

### 2. 调动地方积极性,主要体现在行政许可的实施上

中国是一个大国,各地情况千差万别,不可能所有事务均适用完全一样的标准或者全部由中央政府决策。在保持法制统一和中央宏观调控能力的前提下,必须充分调动和发挥地方政府的积极性与

[20] 根据立法法的规定,法律、行政法规、地方性法规与规章均属于其调整对象,都是广义上的“法”。除立法法第8条规定的10种事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,可以先制定地方性法规。省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章,就属于本行政区域的具体行政管理事项作出规定。根据行政处罚法的规定,地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。尚未制定法律、法规的,省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为,可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。

[21] 对我国行政性分权深层原因和恶果的分析,参见吴敬琏:《现代经济学与中国改革》,载《比较》第4辑,中信出版社2002年版,第3页。

主动性,因地制宜推动经济、社会的全面发展。为此,行政许可法也有许多制度设计:

第一,行政许可法第 16 条明确规定了地方性法规与地方政府规章对依法设定的行政许可事项的规定权,为地方实施行政许可提供了法律依据。尽管实践中如何明确区分设定权与规定权的边界还需要进一步探讨,但行政许可法的规定本身无疑为地方政府根据本地实际情况实施行政许可提供了法律依据。

第二,行政许可法第 21 条规定,省级人民政府对行政法规设定的有关经济事务的行政许可,根据本行政区域经济和社会发展的,认为通过第 13 条所列方式可以解决的,报国务院批准后,可以在本行政区域内停止实施。这样,就可以区别国内不同地方的经济发展水平,使一些地方可以在某些领域走在全国的前列,率先进行开创性的探索。

第三,行政许可法第 25 条规定,经国务院批准,省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则,可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权。行政许可法第 26 条第 2 款规定,行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的,本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理,或者组织有关部门联合办理、集中办理。这样的规定给省级人民政府进行制度整合留下了足够的法律空间,不同的地方完全可以进行不同的体制整合尝试。

## 二、行政许可法所面临的实践挑战

由于行政许可法相对于传统体制而言是一场深刻的革命,因此,其实施必然会面临各种阻力或者挑战。行政许可法自 2004 年 7 月 1 日开始实施,至今时间并不算太长,但是,行政许可法所带来的变革和挑战在实践中已经表现得非常突出。随着实践的进一步深入,这些挑战无疑会更加尖锐:

### (一) 法律规范与社会发展之间的不同步

虽然行政许可法体现了个人自治、市场优先、自律优先、事后机制优先等立法精神,体现了有限政府的观念,但是,由于我国长期历史传统的影响和改革过程的复杂性,政府权力过大的弊端至今依然没有实质性的改变。尤其是当面临诸如市场供给偏紧、价格较大波动、国际形势变化、自然灾害、突发事件或者治安环境严峻等困难局面时,一些地方和部门仍然习惯于“管”字当头,迅速回到传统的管理方式,崇拜政府过度干预,甚至将管理当作谋取不当利益的手段。<sup>[22]</sup>实践中,对于行政许可法的许多制度创新,实际部门相当一部分人甚至认为过于超前,不符合中国的实际。只有进一步推进市场化改革和民主政治建设,这种状况才有可能发生根本性的变化。仅仅依靠一部行政许可法,显然难以独担此任。在中国市场化改革与民主政治建设的转型时期,与其他许多立法一样,行政许可法会始终面临法律规范与社会发展之间不同步的现实,面临其立法精神在实践中可能发生扭曲或被滥用的风险。<sup>[23]</sup>

### (二) 行政许可法立法模式本身的局限性

比较研究可以发现,发达国家对行政许可的规范基本上都是通过单个法律在漫长的市场经济体

[22] 即使在市场经济比较发达的国家,政府也仍然难免通过运用其权力或审批谋取不当利益。对政府规制“扶持之手”、“看不见的手”与“掠夺之手”的三种理论模型归纳,可见安德烈·施莱弗、罗伯特·维什尼编著:《掠夺之手:政府病及其治疗》,赵红军译,中信出版社 2004 年版,第 1 页以下。对 75 个国家政府机关在市场准入环节审批寻租的实证研究,可见 Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez - de - Silanes, Andrei Shleifer, The Regulation of Entry, NBER Working Paper No. 7892 (2000)。

[23] 例如,在个别部门,行政许可法第 26 条为便民而设计的统一受理制度的性质发生了变异,被用于部门内部权力关系的“重新洗牌”,在不存在多个内设机构对外的前提下,仍然将所有的审批权力集中于某一个或两个内设机构,推行“综合办公”制度,造成审批权力与监管责任脱节、审批主体非专业化、增加审批层级等问题。

系形成过程中逐个实现的,没有一个发达国家制定过我们这样的行政许可法,对所有的行政许可进行统一的规范。<sup>[24]</sup>发达国家的这种立法模式可以称为自发模式,其最大的好处在于法律与现实处于紧密的互动关系之中,两者不会发生大的脱节现象。并且,即使其行政许可项目并不比我们少(如日本、韩国经过行政改革之后仍然分别有 9000 多项和 6000 多项许可项目,美国至今仍然有诸如钓鱼、理发许可),但由于每一项制度设计都有针对性,因此,不致导致过大的社会成本。我国的国情决定了我们不可能像发达国家那样经历长时间建立市场经济制度,必须通过跨越式发展战略,通过政府推动的变法模式建立市场经济的基本制度。从这个意义上看,我国制定行政许可法,进行大规模的行政审批制度改革,或许是历史的必然,或者说是没有选择的选择。

但是,变法模式同时也暴露了行政许可法所固有的两大局限。首先,由于变法模式是在社会经济基础尚未充分发育的背景下进行的制度变革,这种立法是否科学,不能仅仅看其本身的规范结构或法律原则,更根本的是要看立法在实践中是否能够与实践互动,推动社会的发展。<sup>[25]</sup>一部原则领先、逻辑清晰、规范严密的法律在实践中完全有可能因为与社会脱节而根本无法实施。因此,判断行政许可法是否成功,既要看看它的观念与制度创新,更要看这些观念与制度的实际效果。其次,由于变法模式不得不采取一刀切式的立法要求,一定意义上讲是将导弹与鸡蛋盛于一篮,将手术刀与剃头刀冶于一炉,将一切可以想象的差异等量齐观,其后遗症在随后的法律实施阶段会不断出现,拷问执法者的智慧和判断能力。一旦执法者水平不高,就有可能使一般正义的法律原则在个别正义场合形同虚设或者使法律的一般规定完全个别化,出现立法与执法的脱节,无法实现立法的初衷。例如,对于哪些事项可以设定许可,哪些事项不得设定许可,行政许可法只能作非常概括性的原则规定,具体判断需要由许可的设定机关确定。实践中,如果许可的设定机关和实施机关不能很好地把握行政许可法的精神,就很有可能使法律的原则性规定流于形式,使不应该设立的行政许可事项披上合法的外衣后大行其道。从行政许可法实施一段时间以来的情况看,至少人们现在对行政许可法的期待更加客观、全面、理性,不像行政许可法实施之前那样抱有过多的不切实际的想法。

### (三) 既得利益集团的抵制和制度之间的联动效应

由于行政许可涉及到权利与利益的分配与再分配,必然会引起既得利益集团的抵制,并设法规避法律的制约。无论是从理论研究成果还是从实际情况看,行政审批制度改革的阻力主要来自行使审批权的政府机关和受到审批权保护的被许可人。<sup>[26]</sup>行政审批制度改革过程中,一些地方或部门为应付上级的要求将长期不用或已经过时的审批项目加以削减,或者一边削减审批项目一边不断增设新的审批项目的做法,就是这种阻力的具体体现。<sup>[27]</sup>同时,从维护社会稳定和实现制度顺利转型的大局

[24] 从程序上对政府权力的行使施加统一的要求,或者对某些特定领域的审批项目(如工商企业登记审批项目、纳税审批项目、降低中小企业的负担等)进行改革,是各国的通行做法和普遍经验。可见 OECD, From Red Tape to Smart Tape: Administrative Simplification in OECD Countries, 34 (2003)。

[25] 例如,行政许可法对许可设定权的限制,没有充分考虑规则适用对象的多样性,在规范滥设许可的同时,也使一些通过许可进行的制度创新面临合法性困境。最为典型的当数城市公用事业领域的特许经营制度。随着行政许可法的实施,由建设部所推动的城市公用事业特许经营管理办法面临本身缺乏法律依据的窘境,作为改革方向的特许经营制度在一些地方已经受到合法性挑战。

[26] “在位公司有很强的诱因游说管制者使用许可手段,使其不受新进入者的竞争威胁。”OECD, From Red Tape to Smart Tape, 32。

[27] 在许多发达国家,削减某些审批项目也面临着可能成为“形象工程”(window dressing)的危险,不会产生任何实质效果。OECD, From Red Tape to Smart Tape, 38。

考虑,也必须对既得利益格局给予一定的考虑。<sup>[28]</sup> 改革过程中,如何处理好改革的原则性和必须支付的代价之间的平衡,是一项非常艰巨的任务。如果不照顾既得利益,可能会加大改革的阻力,无法实现改革的目标。<sup>[29]</sup> 但是,如果过于强调维护既得利益格局,就极有可能使改革过程演变成为一场变相的利益瓜分过程,进一步加大改革的难度,使改革失去其合法性和民意基础。要打破这种两难,必须有坚定的政治决心与勇气进行改革攻坚,通过改革建立新体制,理顺利益关系。

同时,由于我国的改革属于渐进式改革,许多改革措施缺少系统的制度设计,因此会常常出现按下葫芦浮起瓢的联动效应,难以真正解决问题。例如,行政处罚法制定后,某些处罚措施立即被“升格”到更高的规范层面或者被“改头换面”为诸如收费<sup>[30]</sup>或者其他行政行为,以规避行政处罚法的规定;刑事诉讼法修改废除收容审查制度后,劳动教养案件大幅度增加;行政审批制度改革中,也经常出现某些审批事项被“捆绑”、“分拆”或“变性”的做法。从行政许可法实施以来的情况看,这种联动效应也已经呈现,一是许多规避法律规定的做法不断被推出,如混淆审批制与核准制,将听证会改成座谈会,将许可作为非许可的审批甚至审批手段以外的其他行政管理措施等等;二是许可被废止后开始向其他形式转化,行政机关通过运用其他手段干预市场正常秩序,如全面禁止、设立黑名单、将政府机关某些基于所有者关系的传统许可项目排除在行政许可范畴之外、向中介组织转移许可权力等。

#### (四) 行政许可法本身的缺憾

如果将立法比喻为一门艺术,那么它显然也是一门遗憾的艺术。由于社会生活的多样性和变动性,立法很难准确地加以反映,尤其在转型国家就更加明显。倘若法律修改、解释与适用机制健全,这种立法上的遗憾可以在法律实施之后及时得到一定程度的弥补和校正;倘若缺乏有效的修改、解释与适用机制,就会使立法环节的缺憾在现实生活中被进一步放大,对法律实施产生一系列负作用。行政许可法虽然在我国立法中属于非常成功的一例,得到各个方面的广泛好评,但是,它无法逃避所有立法都面临的共同困境。尤其在我国现有的法律修改、解释与适用机制之下,行政许可法本身的缺憾已经对法律的实施带来了巨大的挑战:

##### 1. 行政许可法的调整范围过于狭窄

从行政许可法的制定来看,它是与行政审批制度改革互为表里的同步过程。<sup>[31]</sup> 中央希望通过审批制度改革为行政许可法的制定积累经验,通过制定行政许可法来巩固行政审批制度改革成果。并且,在行政许可法制定之前,行政审批与行政许可两个概念应该说是等同的,是同一个概念。<sup>[32]</sup> 社会各界比较熟悉的概念是行政审批,行政许可概念主要停留在范围很小的行政法学界。行政审批制度改革与行政许可法的起草体现的均是同样的精神,即不论审批或许可的形式是怎样的,只要“必须

[28] 例如,国家药监局规定2004年6月30日之前,所有医药生产企业必须完成GMP认证工作,逾期将被取消药品生产资格。截止期满后,全国大致有1800多家企业未能通过认证。但是,它们有些持有生产文号,并希望能够通过文号转让的收益解决职工安置问题。从理论上讲,这种文号应该属于核准事项,不应该有数量限制,以便从根本上解决倒卖文号的现象。但是,如果文号不值钱,则停产企业必然会出现严重的社会稳定问题。因此,作为过渡时期的特殊政策,必须认可这种文号的经济价值,并使之不贬值。因此,政府机关有可能和企业联手,在特定时期内,维护文号事实上的转让和经济价值。

[29] 中国的增量式改革经验和在特定领域采取的实际上的“赎买”政策,是对这种经验的最好归纳。

[30] 国家推出“费改税”措施后,一些部门立即将“收费”又改变为“税收”,以规避法律的制约。

[31] 国务院行政审批制度改革工作领导小组办公室曾经设想设立在国务院法制办。尽管当时的国务院法制办领导婉拒了这一设想,最后改为设在监察部,但国务院法制办始终是国务院审改办的重要成员单位。并且,类似《关于贯彻行政审批制度改革的五项原则需要把握的几个问题》这样的重要政策文件,充分反映了国务院法制办在起草行政许可法过程中所形成的认识和看法。

[32] “行政许可(也就是通常所说的‘行政审批’)”。见杨景宇:《关于〈中华人民共和国行政许可法(草案)〉的说明》(2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上)。

经过行政审批机关同意’就属于行政审批或行政许可。<sup>[63]</sup>只有行政机关对其内部有关人事、财务、外事等事项的审批或许可除外。因此,如果最初统一使用其中的一个概念或者如果能够始终保持两个概念的一致性,从比较广的含义上界定行政许可,就不会出现行政许可法实施之后法律调整范围过于狭窄的问题。

不过,从行政许可法实施以来的实际情况看,行政审批概念与行政许可概念发生了两个目前还难以完全解释其中原因的重大变化。一是两个概念出现了分离,出现了所谓的非许可的行政审批概念,<sup>[64]</sup>使行政许可概念在覆盖的范围上远远小于行政审批概念。<sup>[65]</sup>二是行政许可法的调整范围本身也被实质性地缩小,<sup>[66]</sup>无法实现最初的立法目的。这种变化使大量的“必须经过行政审批机关同意”的事项能够简单地以非行政许可、非许可的行政审批或者核准制的名义,安全地游离于行政许可法的调整范围之外,甚至游离于行政审批制度改革的范围之外,规避行政许可法的制约,导致大家自说自话,使行政许可法的立法目的基本上落空。

## 2. 行政许可的分类不尽合理

前面一个问题之所以出现,概念体系之所以混乱,一定程度上与行政许可法对行政许可的分类有关。行政审批制度改革与行政许可法制定过程中,鉴于行政审批的名称繁多,必须采用分类方式对其加以制约,使所有“必须经过行政审批机关同意”的事项均受到法律的制约。审批制度改革实践中,基本上是根据行政审批机关裁量权的大小进行的分类。例如,在许多地方的行政审批制度改革中,根据行政机关裁量权的大小,普遍将行政审批项目分为审批、核准与登记三类。国务院审改办指导国务院部门清理行政审批项目过程中,尤其是行政审批项目情况登记表,也明确地根据行政机关裁量权的大小将行政审批项目分为审批、审核、核准、备案四类。<sup>[67]</sup>

行政许可法起草过程中,起草机关对行政许可的分类问题也高度重视,曾经召集过专门的理论研讨会加以讨论。但是,行政许可法草案最终采用的分类方法(分为普通许可、特许、认可、核准与登记五种)与行政审批制度改革中所采用的通行分类方法存在比较大的差别。一是这种分类方法根据的是多重标准,而不是根据行政审批机关的裁量权所作的分类。<sup>[68]</sup>由于划分标准不一致,使有些许可

[63] 见《关于贯彻行政审批制度改革五项原则需要把握的几个问题》对行政审批含义的界定。国务院法制办在起草行政许可法过程中,鉴于行政许可种类繁多,名称不一,为规范各类行政许可,特意将行政许可分为特许、许可、认可、核准与登记五类,其涵盖的范围也是非常广泛的。例如,根据行政许可法征求意见稿第一稿第17条的规定,登记适用的事项包括:(一)法人和其他组织设立、变更、终止等的认定以及民事权属等其他民事关系的确认;(二)特定事实的确认;(三)法律、法规规定适用登记的其他事项。

[64] 2004年,除了国务院以第412号令保留500项确需保留的行政审批项目以外,国务院办公厅还专门发布了63号令,保留了485项非许可的行政审批项目。

[65] 在审批概念之外,《国务院关于投资体制改革的决定》还创造出了一个与审批概念平行但不相交的核准概念。这样,在行政许可法的调整范围之外就有非许可的审批和核准两类范畴。

[66] 例如,法律文本最后规定的登记类行政许可的范围大大小于征求意见稿第一稿规定的登记类许可的范围。

[67] 根据国务院审改办《关于清理行政审批项目的通知》(国审改办发[2001]2号)附件3的说明,“本表所列‘审批’系指行政审批机关对申请人报批的事项进行审查,决定批准或不予批准的行为,申请人即使符合规定的条件,也不一定获得批准;‘审核’系指行政审批机关根据规定的条件,对报批的事项进行初步审查,决定是否报有终决权的机关审批;‘核准’系指根据事先规定的一定标准,行政审批机关对申请人报批的事项进行审查,只要符合标准,就批准申请人的申请;‘备案’系指申请人按照规定向行政审批机关报送有关材料,行政审批机关在规定的时间内未有异议,申请人即获批准”。

[68] 根据《关于〈中华人民共和国行政许可法(草案)〉的说明》,“普通许可”是由行政机关确认自然人、法人或者其他组织是否具备从事特定活动的条件,其功能主要是防止危险、保障安全,一般没有数量限制。‘特许’是由行政机关代表国家向被许可人授予某种权利,主要适用于有限自然资源的开发利用、有限公共资源的配置、直接关系公共利益的垄断性企业的市场准入等,一般有数量限制。‘认可’是由行政机关对申请人是否具备特定技能的认定,主要适用于为公众提供服务、直接关系公共利益并且要求具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能的资格、资质,没有数量限制。‘核准’是由行政机关对某些事项是否达到特定技术标准、经济技术规范的判断、确定,主要适用于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备设施的设计、建造、安装和使用,直接关系人身健康、生命财产安全的特定产品、物品的检验、检疫,没有数量限制。‘登记’是由行政机关确立个人、企业或者其他组织的特定主体资格,没有数量限制”。

项目可能被重复归类,有些项目则可能被排除在许可的范围之外,导致无法准确确定行政许可法的适用范围。<sup>[39]</sup>二是这种分类方法与行政审批制度改革中通行的分类方法很难对接,两者之间出现脱节现象,出现了两套概念体系,如两个核准概念存在实质性的差别,备案与登记的范围根本不同等。这些都为某些行政机关借概念游戏规避行政许可法的规定提供了空间。

更加麻烦的地方在于,行政许可法草案对于行政许可的分类方法在人大常委会审议阶段遭到了许多批评,<sup>[40]</sup>并使最后通过的法律文本是否包含行政许可的分类成为一个并没有明确答案的法律解释问题。从行政许可法的某些规定看,如第12条关于行政许可的设定范围,第4章第6节的特别规定等,法律似乎仍然隐含维持了草案中的分类。但是,另一方面,从人大常委会审议过程中提出的意见和草案中的分类被法律文本明确取消来看,法律似乎又没有对许可进行分类。行政许可分类的这种不确定性,显然会影响其适用并使某些行政机关可以借概念区分上下其手,规避行政许可法的规定。

### 3. 缺乏一个权威、统一的法律实施机关

如果行政许可法设计一个权威、统一的法律实施机关,上述范围与分类两个问题很大程度上可以通过法律解释或适用加以弥补,甚至可能都不会成为问题。但是,行政许可法并没有设计这样的机构或机制,仍然沿用了我国其他法律的立法通例,不涉及法律实施机构问题,而是通过一般机制来实施行政许可法。

将行政许可与类似行政处罚这样的行政行为加以比较可以发现,后者只涉及合法性判断,相对比较容易,可以由法院作为惟一执法机构。行政许可作为最为重要的政府规制手段,往往涉及合理性判断和多维政策选择,不论是在国外还是在我国,许多情况下由法院作判断并不合适。<sup>[41]</sup>而且,仅仅依靠法院这种事后机制,成本太高,会增加整个制度的不确定性。因此,各国对于规制改革的组织架构非常重视,并形成了单一目的机关、行政改革机关、规制改革机关与外设委员会等四种不同的推进组织体系。<sup>[42]</sup>我国推进政府改革的组织架构也呈现多样性的特征,既有非常高层次的国务院特定事项领导小组体制,也有类似国务院审改办、纠风办、整规办这样的非常设专门推进机构或者国务院体改办、国务院信息办这样的常设专门推进机构。但是,在以往的立法中,形成了一种法律不涉及执法机构与经费等问题的不成文惯例,结果,在行政许可法中,也没有涉及权威、统一的法律实施机关问题。

[39] 例如,许多登记实践中已经阻碍了经济的发展,但因为行政许可法所界定的登记范围非常窄,使某些部门可以设立一些不必要的登记(如新的对外贸易法所规定的进出口经营者登记)而不受法律制约。

[40] 例如,法律委员会认为:草案将行政许可分为5类,重要目的之一是相应地规定不同的程序,规范、监督不同的行政许可的实施,防止执法的随意性,方便当事人办事,出发点是好的。但是,考虑到目前行政审批制度改革尚在进行之中,对行政许可的分类和各类行政许可的适用范围还有不同意见,目前科学分类的客观条件和主观条件都还不够成熟。因此,法律委员会建议着眼于规范行政许可、解决实际问题,对行政许可可以不作分类。见《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国行政许可法(草案)〉审议结果的报告》,载前引[6],乔晓阳书,第265页。

[41] 例如,国务院关于投资体制改革的决定引入了审批制与核准制两个概念,法院显然无法判断它们与行政许可法的关系。另外,诸如某些领域究竟该不该设立许可,涉及到对行政许可法第13条的理解,由法院作判断也不合适。实践中的一些案例也是一样。例如,北京市禁止电动自行车,是否属于限制其他地区的商品进入本地区市场?由于北京禁止,而其他一些地方没有禁止,其他未禁止地方的商品就不能进入北京。如果这么推理,当然北京的做法属于行政许可法禁止的行为。但是,另一方面,北京作出的禁止性规定并不仅仅是针对其他地区的商品,同时也针对本地区的生产商,因此,还不能简单地认定这种禁止就是行政许可法所禁止的行为。再如,商务部认为上海拍卖私家车牌照违反了道路交通安全法,而上海市政府法制办认为不违法,谁来判断?依据什么判断?如果依据道路交通安全法,当然没有规定牌照拍卖制度,但是,如果将私家车牌照当作一种稀缺资源,又必须根据行政许可法的规定进行市场化的配置。

[42] 例如,法国于1998年设立了行政简化委员会(COSA),专门负责研究、推进与评估法国的行政简化改革,该委员会每年向总理报告工作。比利时于1998年设立行政简化管理局(ASA),直接向总理负责,履行跨部门职权。澳大利亚联邦政府于1998年设立竞争力委员会,内设管制评估办公室(ORR),是所有宏观改革政策的主要咨询机构。美国于1980年在管理与预算办公室下设立了信息与管制事务办公室(OIRA),负责集中评估所有行政部门提出的管制措施与部门规章。墨西哥于2000年3月通过立法设立了联邦管制改革委员会(COFEMER),负责推动和评估所有部门的行政改革和管制质量。另外,日本的审议会制度和韩国的管制改革委员会(1997年设立,总理是委员之一)制度在强调其权威性的同时,还强调了改革政策设计阶段的外部(主要是学界和商界)参与机制。

这样规定的直接后果是使类似国务院审改办、法制办这样的改革推进机构与行政许可法的法律实施机构出现分离与二元化,包括法院在内的看似众多的法律实施机构有权但无法回答实践中的问题,实际改革推进机构可以回答问题但没有法律义务(激励)这么做。结果,没有任何一个机构对众多的法律实施问题给出权威的答案,导致大量规避法律规定的行为无人追究,无法通过法律适用弥补立法的漏洞。

针对行政许可法实施以后大量法律问题缺乏答案的现象,目前,国务院法制办作为法律起草机关针对法律的具体适用问题作了一些回答,并在其官方网站上予以公布。这种勇于承担责任的做法是可喜的并且值得称道的。但是,问题在于:第一,这种回答机制并没有在法律上予以明确,因此,其法律性质并不确定,实践中很容易导致两难选择局面。如果法定法律实施机构对这种回答不予采纳,会影响回答的权威性,重新回到无人负责的状态之中;如果法定法律实施机构过于受到这种回答的约束,又会导致法定法律实施机制被架空,出现法律与现实的严重脱节。第二,由于国务院法制办并未预先作相应的能力建设和必要的机构整合,<sup>[43]</sup>因此,它仍然与负责审批改革的部门脱节,与改革推进的宏观部门脱节,其组成与工作人员的知识结构使其难以回答更为复杂的问题,并且缺少外设委员会的公正性保障。第三,这种回答属于被动性的回应方式,其启动必须在现有行政组织架构内,其范围、作用与权威性均有限,许多行政许可法实施中的问题由于不在现行的行政组织架构内,根本不可能进入到这种回答的渠道内。因此,法律的不确定性和大量规避法律规定的行为仍然不可能根本上解决。

#### 4. 对行政许可实施机关的积极作用重视不够

行政许可是最为重要的政府管制手段,是对市场主体行为的一种事前干预措施。从市场经济中的个人、企业自主决定到需要行政机关事前干预,是管制型国家兴起的一个标志。<sup>[44]</sup>相比于传统国家形态下行政执法机关只能严格地执行预先制定的规则,管制型国家的监管机构集中了规则制定权、规则执行权与争议裁判权,构成了裁量权极大的所谓“第四部门”,监管机构可以根据自己的判断独立地做出决定和政策选择。因此,在管制型国家,必须充分发挥监管机构的积极性和主动性,解决各种复杂的社会、经济问题。其中,行政许可无疑是监管机构发挥其积极作用的一种重要手段。

由于我国行政权力高度集中的历史与现实导致审批权行使过程中的大量腐败现象,我国的行政审批制度改革与行政许可法的制定,很大程度上主要是为了解决权力寻租问题,遏制严重的腐败现象,实现依法行政的目标。这种考虑无论从历史的角度还是从现实的角度,都是合理的,也是必要的。但是,另一方面,这种制度变革必须同时反映管制型国家的普遍规律,反映我国从计划经济向市场经济转型的过程中必须保留政府的经济调节、市场监管、社会管理与公共服务职能的需要,考虑建立我国现代监管制度的需要,不能从一个极端走到另一个极端,完全放弃发挥监管机构的积极性和主动性。因此,行政许可法应该强调“两手都要硬”,要在有效制约行政机关滥用许可权力的同时,为充分发挥行政许可实施机关的积极作用提供制度空间。

从行政许可法的立法意图看,可以说对控制许可权滥用初步看起来比较成功,而对如何发挥行政许可实施机关的积极作用则重视不够,存在“一只手硬,一只手软”的倾向。根据行政许可法的规定和国务院对行政许可法草案的说明,认可、核准和登记三类行政许可因为没有数量限制,基本不涉及行政许可实施机关的裁量权,凡符合法定条件(或者考试成绩、技术规范、技术标准等)就应该授予;特许事项虽然有数量限制,但行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的市场化方式作出决定(法律、行政

[43] 起草行政许可法过程中,已经有学者提出可以以美国的 OMB 为参照,整合国务院法制办、国务院体改办、国务院发展研究中心等机构,组建一个权威、独立的法律实施机关,统一推进政府行政改革。

[44] 对管制型国家兴起的描述与文献归纳,可见高世楫、秦海:《从制度变迁的角度看待监管体系演进:国际经验的一种诠释和中国的改革实践分析》,载上海法律与经济研究所“国家、市场、社会:当代中国的法律与发展”研讨会(2003)论文集;Robert W. Hahn, Reviving Regulatory Reform: A Global Perspective, Chapter 2 (2000)。



法规另有规定的除外);有数量限制的普通许可,两个或者两个以上申请人的申请均符合法定条件、标准的,行政机关应当根据受理行政许可申请的先后顺序作出决定(法律、行政法规另有规定的除外)。这样看来,行政许可实施机关如何授予有数量限制的行政许可实际上受到行政许可法的严格制约,整个决定过程是一个不需要行政机关行使裁量权的羁束过程。立法者也许是希望不惜以牺牲行政机关的积极作用为代价,来达到有效遏制许可权力滥用的立法目的。

这种立法意图虽然可以理解,但在实践中存在以下几个无法克服的致命缺陷:第一,牺牲行政机关的积极作用显然违背了管制型国家的基本要求。不论是司法决定还是行政决定,无论法律规定多么详细,决定的过程必然就是一个选择的过程。几乎在所有的案件中,都不可能简单地根据形式逻辑上的大前提、小前提推导出案件的结论。尤其在管制领域,但凡需要行政许可的地方,往往是市场失灵,需要政府作出选择的领域。限制政府机关的选择权,实际上是在推卸政府的职责。放任市场或其它随机方式作出决定,是非常不负责任的做法。如果可以完全取消行政机关的裁量权,代议制政府的根据就不再存在,甚至可以不需要行政执法机关。实践中如果完全严格地执行法律的这些规定,就根本无从发挥行政许可实施机关的积极、能动作用,陷入某种乌托邦式的幻想,与管制型国家的基本要求格格不入。第二,在我国现行政治与法治双重调控的权力格局下,各级行政机关实现政策目标的动态激励约束显然大于行政许可法规定的静态激励约束。因此,在实践需要与法律规定之间的互动中,实践理性必然会超越法律形式逻辑,修正法律中不合理的规定。就个案而言,这种实践“修正”功能虽然能够弥补法律形式主义的不足,但从长远来看,会不断伤害人们对法律制度的信心与信仰,使法治进程遭受内在冲击。如果各方可以长期、不断地修正法律的规定,就极有可能使行政许可法的一些规定最终变成“皇帝的新衣”,在实践中成为一种无用的摆设。第三,在实践理性的冲击下,还极有可能使行政机关的积极作用以新的形式变相出现,通过模糊法定条件或加长决定后程序等方式,从前后两端绕过法律所针对的羁束决定环节,导致裁量权前移或者后撤,最后导致“两手都不硬”,无从实现遏制腐败的立法意图。所有这些,都是行政许可法实施以来实践中非常普遍的现象。

#### 5. 特许的范围不明确,配置方式过于简单

上一个问题最为集中的体现是在特许的处理上。根据行政许可法第12条和第53条的规定:涉及有限资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项,行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。法律、行政法规另有规定的,依照其规定。可见,对于特许事项,行政许可法的规定非常明确,原则上必须通过市场化方式进行配置。

正如本文前面已经介绍过的,特许权的权利化并引入市场化方式进行配置,是各国规制改革浪潮中的一个成功经验。它对于优化资源配置,遏制权力寻租,提高行政管理的效率,都具有重要的意义。行政许可法能够引入市场化方式配置特许可以说是一次巨大的观念更新和体制创新。但是必须同时注意到的是,第一,在引入市场化方式配置特许权的范围上,各国目前仍处在探索阶段,欧洲国家适用的范围比较小(如德国一直仅仅适用于3G牌照的发放),美国适用的范围相对更广一些。但是,不论适用的范围有多广,至少目前还没有任何一个国家将市场化方式适用于所有的特许权配置或政府需要进行政策选择的领域。第二,在特许权的配置方式上,市场化方式只是特许权配置的方式之一,对于许多特许事项,仍然必须保持政府机关的政策选择能力,发挥监管机构的积极性和能动性,不可能将所有市场失灵的事项再全部交由市场化方式决定。从这种对比来看,行政许可法要求所有特许都要进行市场化方式配置,以及特许权只能通过市场化一种方式进行配置,显然在范围与配置方式的处理上都过于简单。

首先,许多国际管制研究专家对市场化方式配置特许本身抱有怀疑态度,认为市场化方式只能解决准入环节上的问题,并不能解决准入以后的消费者福利最大化与服务质量等问题。<sup>[45]</sup>在欧洲,3G

[45] 可见理查德·吉尔伯特:《产业监管的范式及其政治经济学》,载吴敬琏主编:《比较》第13辑,第69页。

牌照通过拍卖方式配置以后,因为价格过高所造成的影响至今仍难以消除,直接制约了新一代移动通信技术的采用。在我国,国有土地使用权出让一律采用“招、拍、挂”方式以后,如何消减地价上涨带来的房价攀升,让老百姓住得上房,至今仍然没有答案。在拉美一些国家,公用事业通过市场化方式放开给外资进入以后,在后续环节上也出现了许多问题,甚至直接导致政局的动荡。因此,对市场化配置方式不能过于迷信,必须全面衡量其长处与不足,合理地界定其作用领域与范围,并进行相应的制度设计。

其次,对于如何设计科学的竞标机制进行市场化选择,是管制理论研究与实践领域中的最大难题之一,管制研究至今仍没有成熟、统一的答案。<sup>[46]</sup>如果竞标机制设计不好,未必能通过市场化方式选择出最合适的被许可人。在我国一些地方公用事业民营化的实践中,地方政府发现,单纯依靠竞标机制选出的中标者,横看竖看都不是合适的经营者,不得不设计另外的程序进行事实上的再次筛选,就能够说明问题。<sup>[47]</sup>

再次,根据行政许可法的规定,特许的范围并不明确,<sup>[48]</sup>实践中有可能使特许的范围扩大,将可充分竞争的行业纳入特许范围,人为制造新的垄断。目前最为典型的领域是正在纷纷采用民营化的公用事业行业。公用事业民营化相对于传统由政府直接经营是一个巨大的进步,但是,简单地将公用事业从政府经营改为企业特许经营,实际上是形成企业的垄断经营地位,未必是进步。实践中,公用事业民营化比较集中的电厂、水厂、污水处理厂等本来不属于垄断环节,本不应该采用特许经营体制,而应该放开准入限制,通过引入竞争(自来水供给比较特殊,在诸如美国、新西兰等许多国家仍维持政府直接提供体制,英国则采用垄断私有化的改革方式,维持特许经营体制<sup>[49]</sup>)来改善供给,提高效率。采用特许经营体制以后,为吸引到投资,政府必须承诺购买量、购买价,承诺固定回报,实际上由政府承担市场变化的风险。<sup>[50]</sup>从公用事业改革中的一些案例来看(如广西来宾电厂、成都第六水厂等),之所以引起政府与投资者之间的争议,关键就在于在可充分竞争的行业采用了特许经营体制,经营者在特许政策的保护下独享垄断收益,而由政府承担市场变化的风险。<sup>[51]</sup>相比之下,传统的事业体制虽然效率低下,但由于经营者是国家,至少其经营风险与收益是统一的。<sup>[52]</sup>

最后,在特许范围不明确的前提下,过于强调特许事项的单一市场化配置方式,很容易使政府机关借特许经营之名,行管理收费之实,使管理就是收费的现象堂而皇之地借改革名义卷土重来,将政府的决策职责变成一般等价物进行市场交易,违反市场化改革的大方向,背离行政许可法的立法初

[46] 例如,在我国国有土地使用权出让的市场化方式中,主要有招标与拍卖二种方式,采用不同的方式,必然会产生不同的选择结果。即使采用其中的某一种方式,不同的程序、制度设计也会产生实质上不同的结果。对于竞标机制的设计,可见丹尼尔·F·史普博著,余晖等译:《管制与市场》,上海三联书店、上海人民出版社1999年版,第9章。对于成功与失败竞标机制设计的案例介绍,可见保罗·米尔格罗姆:《拍卖理论的应用》,载吴敬琏主编:《比较》第16辑,第15页。

[47] 例如,将招投标以前的资格审查设计成实际上的审批程序,或者将中标范围扩大到多人,只是确定其谈判资格,再分别与业主单位展开谈判,将审批机制与投标机制结合到一起。

[48] 对于行政许可法第12条第(二)项的规定,总体而言有限自然资源与公共资源相对比较容易划定范围(实际上也有很大争议),而对于“直接关系公共利益的特定行业”的范围究竟有多大则会有非常大的认识差异。在行政许可法草案中,曾经使用的是“直接关系公共利益的垄断性企业”的表述,范围更为明确一些。

[49] 对水务领域的案例研究,可见George R. G. Clarke, Katrina Kosec, and Scott Wallsten, Has Private Participation in Water and Sewerage Improved Coverage? Empirical Evidence from Latin America (AEI - Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Working Paper 04 - 02, 2004)。

[50] 如果是垄断环节(如电网或城市管网经营),政府承诺固定回报(表现为成本加成定价方式或价格上限定价方式)可以说是国际通例,根本不会成为各方争论的问题。可见OECD, Price Cap for Telecommunications: Policies and Experiences (1995)。

[51] 为此,国务院办公厅于2002年发布《关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》(43号文件),确认了固定回报的非法性。

[52] 可以由此推论的是,事业单位改革中,如出版社、电视台、报纸等,如果简单地采用事企分开的企业化经营,同时又不放开准入,实际上还不如传统的事业经营体制更为公平。

衷。<sup>[63]</sup>

中国的实践早已表明,不受制约的审批权力必然导致腐败。但是,通过对上述两个领域的分析表明,在市场失灵的领域,以“自废武功”的方式简单地废止行政许可实施机关的政策选择权力,期望通过市场化方式配置资源又会遇到新的、甚至是更大的问题。因此,解决问题的答案显然不能单单寄托在一部行政许可法之上,而应该及时推进综合改革与系统的制度设计。以单一的立法来承担过多的重任,只能是头痛医头、脚痛医脚的治标办法,并使立法在实践中发生扭曲或变异。

#### 6. 对行政许可的定性未能保持一致性

本文开始已经指出过,对于什么是行政许可,理论上众说纷纭,实务中更难把握。因此,行政许可法的一个艰巨任务,就是要为行政许可勾勒一幅大致清晰的图画,在法律中保持对行政许可定性的一致性,不因不同方面对行政许可认识的模糊或差异而影响法律的实施。

仅就行政法或行政许可的法律救济渠道而言,行政许可当然是一种具体行政行为。对于这一点,行政许可法(第 2 条)的界定是清晰的,也是一致的。但是,这一定性只是最基本的层面,只是一个维度,仅仅从这一个维度定性还不能准确地勾勒行政许可在政府职能中的地位以及在市场经济中的作用。要准确界定行政许可,还必须引入其他视角,从多维度描绘行政许可的地位与作用。

例如,就政府职能划分而言,大致可以将政府经济职能划分为宏观调控职能、微观监管职能和微观管理职能。<sup>[64]</sup>宏观调控是指政府运用宏观经济政策(如货币政策、财政政策、税收政策等)对宏观经济活动所进行的调节或控制,运用的是总量调节的办法。微观监管职能是指政府针对市场失灵而采取的干预措施,包括制定价格、限制市场准入、规定服务标准等,运用的是针对具体事项的事先干预措施。微观管理职能是指政府以出资者的身份对微观经济主体实施的直接管理,运用的是平等民事主体之间的关系。

行政许可作为政府的事前干预手段,显然属于微观监管职能的范畴。对此,行政许可法虽然总体上予以了肯定,但有些条款对行政许可性质的界定又不是特别明确、一致。比如,在其他国家,为保持监管机构的独立性,免受外界的干扰,管制收费是一种非常普遍的做法。<sup>[65]</sup>许可法第 58 条对于行政许可收费的禁止,不但削弱了行政许可微观监管手段的色彩,增加了建立独立监管制度的立法成本,也使许多应该收费的事项(包括特许事项),目前均处于无法可依的境地。再比如,行政许可法第 12 条第(一)项“经济宏观调控”、<sup>[66]</sup>第(二)项“直接关系公共利益”的表述,似乎将行政许可当作了宏观调控手段。如果将行政许可当作宏观调控手段使用,必然会造成政府不同职能的混淆和错位,扩大行政许可手段的使用范围,不当地干预市场主体的行为,也影响政府决策的科学性。在以往的宏观调控中,一些地方大量地采用行政许可手段,直接干预具体项目,教训不可谓不深刻。虽然以往的宏观调控与行政许可法没有多少直接关系,但如果行政许可法能够对行政许可进行准确、一致的定性,无疑有助于厘清不同政府职能,明确行政许可的作用边界,改善宏观调控,在以后采取类似措施的时候能够更加科学、合理、合法。还有,如果始终将行政许可当作微观监管手段,就必须承认资格、资质认可在经济性监管与社会性监管两个方面的重要作用,并根据中央与地方的事权划分保留地方政府在地方性事务上的认可设定权。行政许可法第 15 条第 2 项对地方性法规与地方政府规章认可设定权的一概禁止,不但模糊了认可的法律性质,也必然使地方政府陷入或者规避许可法打擦边球,或者遵守

[63] 例如,广东一些地方酝酿很久推出的车牌“靓号”拍卖,就是将基本的政府职能市场化,将非稀缺性的号牌当作稀缺资源进行配置,其后续连锁效果将会非常可怕。其他一些地方政府在财政压力之下,也纷纷准备将一些以前难以想象的事项(如主要公共道路两侧建筑外墙面空间使用权)划入特许范围,通过市场化方式配置、收费,以缓解财政压力。

[64] 具体论述可见中国基础设施产业政府监管体制改革课题组:《中国基础设施产业政府监管体制改革研究报告》,中国财政经济出版社 2002 年版,第 58 页。

[65] 我国银行业在行政许可法实施以后已经正式开始收取监管费用,其他一些监管机构也正在做相应的研究和制度设计。

[66] 行政许可法草案中没有这样的表述,它是全国人大常委会审议后加上的。

许可法而监管失灵的两难困境。

行政许可法的一个重要制度创新是引入了特许的市场化配置方式,将特许当作财产权处理。但是,这种认识并不连贯、一致,尤其是行政许可法第9条对于许可转让的原则禁止规定,仍然延续了传统的对许可的行政配置属性的看法,特许权并未获得完全的财产权地位。这样,就使对特许的前后处理出现了明显的不一致,被许可人通过市场化方式获得的权利无法通过市场化方式实现流通。一般禁止特许转让的规定,既不利于资源的有效配置,也使特许的初始市场化配置失去其制度创新的意义,实践中已经出现被许可人与政府管理机关之间新的博弈,出现大面积的台下交易与违规现象,导致政府管制失灵。

由此可见,行政许可法在不同维度中对行政许可的定性并没有实现重叠或聚焦,没有能够准确地勾勒出行政许可的地位与作用轨迹,这些势必都会增加法律的实施难度。

#### (五) 立法技术的限制

行政许可由于涉及到对个人权利与自由的一种限制,因此,从合法性角度而言,必须对设定权予以限制,防止未得到法律授权的主体违法设定行政许可,干预个人权利与自由。对此,行政许可法作了非常严格、周密的规定,体现了其尽力保护个人权利免受侵犯的立法价值。同时,从另一个方面看,行政许可,不论是经济性行政许可还是社会性行政许可,都是在市场机制失灵的情况下,由政府资源进行的一种行政性配置。与市场失灵一样,政府干预也有失灵的可能。因此,必须对政府干预的合理性进行科学的成本效益分析,防止行政许可对市场主体的过度干预。由此可见,对是否应该设立行政许可,除了从合法性角度对设定主体加以规范以外,还要从合理性角度对行政许可本身进行规范。仅仅只是满足合法性要求,并不能必然证明行政许可的合理性,并不意味着行政许可不会对个人权利构成过度干预。反之,如果能够通过合理性标准的检验,则意味着可以避免行政许可对个人权利的过度干预,相当程度上可以避免陷入合法性问题的争论之中。否则,必然会因为无法判断合理性而求诸于立法权限划分,将行政许可的设定权进一步上收,以防止行政许可的泛滥。

行政许可设定权的分配,因为涉及到中央与地方以及不同国家机关之间的关系,属于一个国家的宪制问题,由制宪机关或者立法机关通过宪法或宪法性法律决定,理论上讲应该保持其稳定性和长期性,不宜朝令夕改。行政许可是否合理,属于立法技术问题,取决于对具体行政许可事项的成本效益分析,应与时俱进,随时根据变化了的情况进行调整。从国际经验来看,各国对立法权限的配置大致完成于立宪时期,多年来一直保持相对的稳定性,而立法技术的进步以及对政府规制的合理性分析近年来已经成为一种全球性的普遍趋势,<sup>[67]</sup>创造了巨大的效益,其成效已经得到各国的广泛承认。

应该承认,我国的立法工作至今仍处在非常粗放的阶段,缺乏进行规制合理性分析的立法技术与手段。这种现实直接导致行政许可法对许可设定真正管用的措施几乎全部集中在合法性环节,而不是合理性环节,很容易给人一种权力多大道理多大,只要合法也就合理的印象。这种现实也直接导致近年来从行政诉讼法、行政处罚法、立法法到行政许可法的行政法治建设中,不断地对立法权力划分作出不同甚至是相互不一致的制度安排,极不利于形成长期稳定的宪制秩序。因此,实践中如何在合法性的基础上,充实合理性制度设计,真正使行政许可不但合法,而且合理,显然对立法技术要求很高。<sup>[68]</sup>如果不能做到合法与合理的统一,行政许可法的功效必然会大打折扣,影响法律的实施。<sup>[69]</sup>

[67] OECD, From Red Tape to Smart Tape, 43.

[68] 对于发展中国家立法技术的分析,可见 Colin Kirkpatrick, Regulatory Impact Assessment in Developing Countries: Research Issues (CRC Working Paper No. 5, 2001).

[69] 当然,即使在国际范围内,掌握判断合理性的技术,准确度量行政改革的成本与效益,仍然是各国面临的两大难题之一。另外一个难题是促进不同政府机构之间的协调。OECD, From Red Tape to Smart Tape, 65; OECD, Businesses' View on Red Tape: Administrative and Regulatory Burdens on Small and Medium - Sized Enterprises, 13 (2001); Robert W Hahn and Robert E Litan, Counting Regulatory Benefits and Costs: Lessons for the U. S. and Europe (2004).

### (六) 不同政策之间缺乏配合

由于我国仍处于从计划经济向市场经济转型的过渡时期,需要法治权威与政治权力共同对社会生活进行调节,因此始终存在一个协调政治与法治的关系、把握不同政策出台的时机与形式的问题。同时,即使在法治体系内部,由于立法、执法、司法乃至法学教育等环节普遍存在的“部门法”特征,不同部门之间缺乏必要的联系,也加大了不同政策(包括法律)协调的难度,实践中不时会出现政策之间不一致甚至相互冲突的现象,影响法律的实施和权威性。行政许可法实施以后,这方面实际上也遇到了类似的问题,最为典型的当属行政许可法与国务院关于投资体制改革决定的关系。

2004 年 7 月 1 日行政许可法正式实施以后,同月 26 日《国务院关于投资体制改革的决定》(以下简称“决定”)公布,总在进一步发挥市场在资源配置中的基础性作用,加快转变政府职能和管理方式,继续深化行政审批制度改革的关键环节。然而,由于上述两项政策的起草部门不同,前者由国务院法制办负责起草,后者由国家发展与改革委员会负责起草,更重要的是,由于行政许可法是具有更高效力的法律,而决定只是国务院的一项决定,因此,根据法制统一原则,决定就有一个和行政许可法保持一致和衔接的问题。从实际效果看,这种衔接并不能说太成功。

首先,根据行政许可法的规定,7 月 1 日之后,国务院部委不再具有行政许可的设定权,这意味着原来需要审批的绝大部分投资审批项目突然面临着合法性危机。如果国务院 412 号令未将其纳入确需保留的审批项目目录之内,这些审批项目必须停止执行。因此,从法理上讲,决定在 7 月 1 日之后颁布,对于政府投资主管部门而言,间接效果之一等于是破解了其合法性困境,为其继续行使审批权提供了法律依据。

其次,行政许可法有一套独立的概念体系与分类方法,凡是符合行政许可法的定义,不论名称为何,均属于行政许可,并相应归入特许、普通许可、认可、核准与登记五类之中。尽管许可分类的名称在最后通过的法律文本中被取消,但其基本内容与立法意图仍然得以完整地保留。从这个角度分析,决定中采用的审批制和核准制概念,与行政许可法的概念体系并未衔接。这主要表现在两个方面,一是行政许可法中的核准事项界定非常严格,是指按照技术规范、技术标准,通过检验、检测、检疫等方式进行审定的设备、设施、产品和物品,而不是决定所采用的核准概念;二是决定将所有者职能与审批制挂钩理论上和法律上均难以自圆其说,也与行政许可法的概念体系不一致。从行政许可法的规定来看,决定中的审批制与核准制并没有实质的区别,两者均属于普通行政许可,只是在审批环节和程序上不同而已。决定离开行政许可法另行采用一套概念体系,无疑会增加实施行政许可法的不确定性。

再次,根据行政许可法的规定,国务院虽然可以采用发布决定的方式设定行政许可,但是,除了临时性行政许可事项外,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律、或者自行制定行政法规。尽管对“临时性行政许可事项”没有具体的法律解释,但是,考虑到投资体制改革决定所涉及的审批项目不但数量巨大(需要政府核准的项目包括 13 大类,近百个子项),而且一般不会是临时性事项,因此,对这些项目最好的处理方法是通过单行法律或者行政法规,一一明确其法律根据;次优的办法是在国务院 412 号令中具体加以列举,为每项审批提供法律依据。仅仅在 412 号令公布后不久,并且以比较笼统的形式规定众多的投资审批项目,可以说决定对行政许可法的实施构成了相当程度的冲击。

### (七) 体制改革与政府管理方式创新滞后

行政审批制度改革大量废止审批项目与行政许可法对许可的设定设立严格的条件,都是为了尽量减少使用许可手段,实现有限政府的目标。然而,要真正实现有限政府的目标,减少政府的事前干预,必须具备一定的社会条件和实现政府管理方式的创新。如果没有这些外部支撑条件,即使短时间内可以大量削减审批项目,用不了多长时间势必会出现反弹,重新回到依靠事前干预的老路上。这一点,在近年来各地审批制度改革的实践中已经被反复证明。

在任何情况下,市场竞争都是对政府管制的最好替代。因此,要实现行政许可法的立法目标,首先取决于中国的市场化改革进程,由市场而不是政府在资源配置中起决定性的作用。现实的情况是,由于我国要素市场的发展远不如预期,无论是资本市场,还是土地市场、劳动力市场,都远远落后于中东欧一些国家,许多方面仍停留在双轨制的状态。在要素市场没有达到一定成熟程度时,所谓市场在资源配置中发挥基础性作用很难实现,行政低效率与官员腐败也难以避免。<sup>[60]</sup>同时,要素市场的不成熟,必然扭曲价格信号,导致经济的非均衡发展和一些行业的投资过热,政府不得不周期性地动用包括行政审批在内的行政手段治理经济环境。这样,体制改革的滞后无疑为实现行政许可法所确定的有限政府目标增加了难度。

在同样的市场化条件下,如果政府的事后管理方式成熟,也可以实质性地减少政府使用事先管制手段,实现两者之间的相互替代。在这方面,国际上积累了许多经验。一种替代是反垄断法的大量运用。与作为事前机制的审批相比,反垄断是一种事后机制,它的优点在于既能保证市场竞争的充分进行,又可以防止阻碍竞争进行的垄断行为,维护社会公共利益,还可以保证执法的统一性。<sup>[61]</sup>另一种替代是归责原则的改变,即从传统的过错责任原则发展到危险责任原则,由此实现从公法执法(通过审批控制)到私法执法(通过归责原则的控制)方式的转变。这种替代的实质是充分发挥个人和企业的积极性和创造性,以社会自治代替国家干预,让每个人都成为自己利益的最好法官。这种替代不但可以大量减少行政审批的数量和行政执法的负担,而且可以促进人们的法治观念和权利观念,推进市民社会的形成。<sup>[62]</sup>第三种替代是信息披露,既包括政府机关的信息披露,也包括规制对象的信息披露。对于政府机关而言,信息披露以及其他相应的行政指导措施可以对市场主体的行为产生引导作用,由此可以达到审批这种强制方式有时不能达到的政策效果,并且可以减少政府执法和监督的负担。规制对象的信息披露则可以减少经营者与消费者之间的信息不对称,由此规范经营者的经营行为,并可以免除政府的强制性审批手段(尤其是社会领域的审批手段)的运用。<sup>[63]</sup>除了这三种替代方式之外,其它如行业自律机制、合作式规制等,也都可以替代行政许可,帮助实现有限政府的目标。

在我国,由于众多方面的原因,反垄断法历时10年至今仍难以出台,诉讼机制因为受到司法腐败与缺乏独立性双重困扰无法发挥应有作用,信息公开制度实践中举步维艰,行业自律组织大多无法摆脱“二政府”印记,合作式规制难以摆脱权钱交易的社会心理影响。所有这些管理方式上的滞后,实践中必然转化成对行政许可手段的强烈现实需求,使本来可以通过其它方式解决的问题不得不借助于事先审批方式,从而影响有限政府目标的实现。

#### (八) 缺乏可操作的具体规定

行政许可法确立了许多先进的观念或原则,进行了一系列的制度创新。但是,由于法律规定过于简单,配套制度不完备,使这些原则和制度许多仅仅只能停留在纸面规定上,实践中普遍缺乏可操作的具体规定加以落实。

例如,行政许可法所确立的权利观念主要体现在第8条,即只有行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化,并且是为了公共利益的需要,行政机关才可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。如果改变行政许可给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关还应当依法给予补偿。可见,这项原则要发挥作用,其中两个环节尤其重要。首先,必须准确地界定什么是“公共利益”,以防止行政机关为各种不相关的考虑而随意变更或者撤回已经生效的行政许可;其次,需要明确依法补偿的标准,因为如果补偿的标准过低,根本达不

[60] 郭树清:《中国经济均衡发展需要解决的若干特殊问题》,载吴敬琏主编:《比较》第15辑,第6页。

[61] 相关研究可见 OECD, Relationship Between Regulators and Competition Authorities, (1999)。

[62] 对诉讼机制与管制机制之间相互关系的案例研究,可参见 W. Kip Viscusi (ed.), Regulation Through Litigation (2002)。

[63] 具体个案研究可见如, Mary Graham, Democracy by Disclosure: the Rise of Technopopulism, (2002)。

到保护当事人权利的目的。然而,正是在这两个问题上,我国法律至今仍无任何可操作的规定,以致在行政许可法实施之后,许多违法变更或撤回行政许可的行为仍然大量存在,当事人的权利得不到切实的保障。

再如,行政许可法所确立的有限政府观念主要体现在第 12 条、第 13 条。如果一般地套用这两条的规定,几乎可以说任何事项都可以设定许可,也可以都不设定许可,很难有科学的依据。要真正使这两条规定发挥作用,必须通过立法技术的改进,对每一项需要设立行政许可的事项进行成本效益分析,得出量化的结论。然而,在我国的立法工作当中,成本效益分析目前仅仅停留在一般原则的介绍阶段,根本不具备相关的运用技术、手段与人员。这样,就使有限政府观念只能停留在原则层面,实践中无法实现。

特许的拍卖、招标被视为是行政许可法的一项重要制度创新,但是,就是这样一项重要的制度创新在实践中也面临着缺乏可操作性规范的困境。首先,特许的范围以及特许与有数量限制的普通许可的界限如何确定,实践中没有任何可以操作的标准或规范,很容易导致随意扩大特许的范围。其次,我国虽然早就制定了拍卖法和招标投标法,但前者主要的适用对象是一般商品,后者规范的是建筑工程,两部法律制定的时候都没有考虑过适用于政府特许权,因此,很难直接适用拍卖法或招标投标法配置特许权。<sup>[64]</sup>这样,就使特许的拍卖、招标程序实际上处于无法可依的地步,各个地方基本上是自行其是,做法五花八门,难以杜绝各种不规范的现象。再次,特许权确定后,如何签订特许经营合同,特许经营合同的性质是属于普通民事合同还是行政合同,能否通过仲裁机制解决特许经营争议,特许期限如何确定,是否应该有特许期限规定等,目前也都没有法律规定,使特许经营人的权益很难得到法律的有力保障。

除上述几个领域之外,缺乏可操作性规定的类似领域还有很多,它们都对行政许可法的实施提出了严峻的挑战。

---

**Abstract :** Administrative License Law embodied many advanced concepts or principles such as concepts of rights , open government , etc. Since coming into force , the law has been encountered with such problems as the limitation of the legislation mode of administrative license , the resistance from the groups with vested interest , etc. All these problems constitute serious challenges to the advanced concepts or principles.

**Key words :** Administrative License Law , administrative approval reform , concept innovations , practical challenges

---

---

[64] 有关具体分析可见周汉华:《审批制度改革中采用拍卖方式面临的问题》,载《中国经济时报》2001 年 12 月 7 日。