

编者按：行政审批改革是中国法治建设的重大实践之一。它是行政改革最为显性的部分，因直接关涉政府与市场、政府与社会关系的调整和重塑，也是行政改革中最有影响、最受关注的部分。在传统的社会主义公有经济模式下，行政审批被作为资源配置的主要手段，由此，学术上对行政审批改革的理解与把握、诊断与处方，除基于行政审批改革的具象提出对策性思考外，还要关注它在中国社会转型中的地位和任务。2013年8月24日，本刊编辑部与浙江大学光华法学院联合主办了“行政审批与规制改革国际学术研讨会”，包括美国、英国、爱尔兰以及我国台湾的近三十位专家、学者，就行政审批改革的理论与实务展开了热烈讨论。本刊现选发四篇主题研讨论文，以飨读者。

我国行政审批制度的 改革及其法律规制

王克稳^{*}

内容提要：我国现行的行政审批制度发端于计划经济体制。随着经济体制的转型，这种原本作为资源配置手段、以消灭市场、竞争和自由为目的的审批制度，与新经济体制发生了激烈的冲突与碰撞。自本世纪初，我国在全国范围内展开了行政审批制度的改革，历经十多年，改革虽然取得了一定的成效，但以审批为中心建立起来的管理体制并没有从根本上被撼动。面对巨大的困难和阻力，行政审批制度改革需要多方面制度的合力推动，需要有效的法律规制。规制行政审批制度改革，需要保障行政许可法的实施与执行，与规范性文件的修订与废止相结合，实现行政管理立法的创新，从法律上切断审批权力与利益的联结，以立法推动国有企业逐步退出竞争性的行业和领域。

关键词：行政审批 行政许可 法律规制

2012年9月23日，国务院发布《关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》，决定再取消行政审批项目171项，调整行政审批项目143项；同年11月14日，处在改革开放前

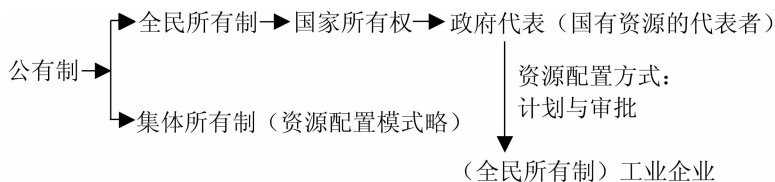
^{*} 苏州大学王健法学院暨东吴公法与比较法研究所教授。

沿的广东省被国务院确定为行政审批制度改革试点省；2013年3月14日，国务院发布《机构改革和职能转变方案》，要求加快行政审批制度改革；同年6月19日，国务院常务会议决定再取消和下放32项行政审批事项；2014年1月8日，国务院常务会议进一步推出深化行政审批制度改革三项措施；同年3月5日，政府工作报告提出在已分批取消和下放了416项行政审批等事项的基础上，年内要再取消和下放行政审批事项200项以上。可以说，推动行政审批制度改革和政府职能转变、简政放权，已成为本届政府“开门第一件大事”。在行政审批制度改革走过了十多个年头后，国务院密集的改革举措再次引起人们对行政审批制度改革的关注。

一、我国行政审批制度改革的缘起

我国现行的行政审批制度发端于计划经济体制。建国后，我们在基本经济制度上选择了公有制，并将全民所有制作为公有制的基础和核心，将国有经济作为全民所有的实现方式，逐步实现生产资料的全部国有化。全民所有在运行中演变成国家所有并由各级政府代表，国家垄断和控制了几乎所有关系国民经济命脉的生产资源和生产经营领域。为了使用这些生产资源从事经营活动，国家投资设立了各式各样的全民所有制工业企业，并以计划经济体制解决政府与全民所有制企业之间的资源配置问题。从资源配置的角度理解，计划经济就是“以计划机制为资源配置基本机制的经济”，〔1〕计划经济管理的主要方法，“是通过自上而下颁发计划控制数字，自下而上编制和呈报计划草案，自上而下批准和下达计划任务，实现管理”。〔2〕计划体制下投资主体和生产经营主体是单一的，投资主体是国家，生产经营企业为全民所有制企业。政府配置资源的基本手段是计划与审批，企业生产什么、生产多少、为谁生产、如何生产等都必须服从政府的计划，生产原料的采购，包括向谁采购、采购价格、采购数量、银行贷款乃至至于什么人从事什么工作、工资标准等，都由政府审批决定。具有上下游关系的企业之间以及生产者与消费者之间所有的经济联系，都是通过政府审批发生的，企业之间以及企业与消费者之间可能发生的横向经济联系被审批切断。因此，计划经济的本质是彻底消灭市场、竞争和经济自由，审批则是消灭自由经济活动的主要手段。

计划经济管理与国有资源配置模式可以图示如下：



〔1〕 蒋学模主编：《高级政治经济学：社会主义本体论》，复旦大学出版社2001年版，第93页。

〔2〕 苏东斌主编：《“制度人”假设：从计划经济到市场经济》，社会科学文献出版社2007年版，第188页以下。

运行三十多年的计划经济逐步退出历史舞台，但是以该体制为基础建立起来的审批管理体制并未因此而终结。当经济体制在从计划走向市场后，这种审批管理体制也随之进入市场。在审批的事项方面，现行的审批主要有三大类型：（1）资源配置类审批。凡由政府所有、垄断或控制的自然资源、公共资源以及经营资源，基本上都以审批的方式配置。（2）投资与市场准入类审批。迄今为止，项目投资仍实行审批管理，很多经济活动领域都存在市场准入方面的审批。（3）一般经济管理类审批，如城市规划、工商管理、道路交通管理、标准化管理、金融与外汇管理等方面的审批。

由于大量审批集中在市场有效活动的空间和领域，随着市场体制建设的不断推进，过去那种以消灭市场、竞争和自由为目的的审批管理制度与新的经济体制不可避免地发生激烈碰撞，并日渐成为新体制建设的制度障碍。市场经济是一种自主交换的经济，这就要求市场之外的力量应减少对要素资源的垄断，让要素资源回归市场。我国的土地、能源、交通、金融等大量要素资源仍为国家垄断或控制，市场在这些领域无法发挥资源的配置作用。市场经济是一种自由经济。投资自由、经营决策自由、营业自由、财产转让自由、合同自由、竞争自由、经济结社自由、消费自由等经济自由是市场的灵魂，市场正是通过经济自由使整个经济活动充满竞争与活力。我国广泛存在的投资与项目审批、准入审批、经营活动审批、经济结社审批等，多是对市场自由的限制。市场经济是一种竞争经济。市场经济中的竞争，表现为“卖者以提供最为价廉物美的产品或者服务而取胜，而买者则以支付更高价格来获得胜利”。〔3〕市场的竞争只有在充分开放的市场环境下才能实现，没有开放的市场，“市场或者任何种类的交易竞争都不存在”。〔4〕市场经济是一种客观经济。我国市场活动中广泛存在的政府定价、政府限价、政府指导价等价格干预手段，容易导致对价值规律的破坏。市场经济是一种高效率经济。复杂的审批程序、冗长的审批期限，直接导致资源配置的低效与无效。市场经济是法治经济。稳定、公开、透明的规则使整个市场活动运行有序、预期明确，而作为计划经济产物的绝大部分审批没有标准、没有程序，即使符合条件也不一定能获得批准，这样的审批使整个经济活动充满了不可预测的政策风险。

为了消除旧有审批制度对新体制的干扰，自上世纪90年代后期，处在改革开放前沿的深圳、厦门等地率先开始了行政审批制度的改革。2001年9月国务院成立行政审批制度改革工作领导小组，标志着行政审批制度的改革在全国拉开序幕。

二、对我国行政审批制度改革现状的分析与评估

基于我国行政审批制度产生的背景与制度特征，改革一开始，国务院就明确“行政审批制度改革的主要目标是建立与社会主义市场经济体制相适应的行政审批制度。行政审批制度改革的效果如何，不仅要看减少了多少审批项目，更重要的是看是否通过改革实现了制度创新”。〔5〕与改革目标相呼应，行政审批制度改革围绕下列几方面展开：（1）取消审批。对于市场竞争机制能够有效调节的事项、中介组织或行业组织可以自律解决的事项，以及通

〔3〕 [奥] 路德维希·冯·米塞斯：《人的行动》上册，余晖译，上海世纪出版集团2005年版，第301页。

〔4〕 同上书，第303页。

〔5〕 《国务院召开行政审批制改革工作会》，《法制日报》2001年10月25日。

过事后监管等其他监管手段可以解决的事项, 废止事前的审批。(2) 放松审批。对于应当放松管制的事项, 通过放宽审批条件、合并审批事项、改革审批方式、下放审批权限等放松管制, 如将审批改为核准、将核准改为备案,^[6] 将中央审批的事项下放给地方, 将政府审批的事项下放给事业组织、行业组织等。(3) 规范审批。对于确需保留的审批事项, 通过健全和完善行政审批程序以提高审批效率。(4) 创新审批。对于国家所有或者由国家控制的有限自然资源、公共资源的配置, 通过移植市场化的配置机制改革传统的审批配置方式, 实现审批方式的创新。

行政审批制度经过十多年的改革, 取得的成效是显而易见的: (1) 行政审批项目的不断削减促进了市场开放, 特别是大量项目投资、市场准入及经营活动方面审批项目的取消, 使民营企业、民营资本得以进入众多生产经营领域, 由此推动了市场经济快速发展。^[7] (2) 行政审批方式的改革、行政审批权力的下放使市场交易环节的管制逐步放松, 市场在资源配置中的作用逐渐显现出来。(3) 国有资源配置正逐步市场化。在自然资源、公共资源使用权的出让领域, 传统的审批出让正逐步被招标、拍卖等市场化出让手段所替代, 这种市场化的资源配置方式不仅实现了资源配置的公平, 而且提高了资源的使用效率。近年来, 为进一步规范政府所有或控制的有限资源的配置, 不少地方试点建立公共资源统一交易平台或者交易中心, 将公共资源的出让集中到交易中心, 广东珠海市、福建厦门市、四川成都市、江苏无锡市等一些地方, 则尝试以立法形式规范公共资源的统一交易。^[8] (4) 行政审批制度的运行逐步规范, 审批效率得到提升。为规范行政审批的运行, 自本世纪初, 浙江绍兴等地尝试建立行政审批中心或便民服务中心, 将行政审批事项集中到审批中心, 在中心实现“一站式”审批和全过程服务, 让需要办理审批的企业和个人能够“进一家门办成, 盖一个章办好, 收规定费办完, 按承诺日办结”。^[9] 现在, 行政审批权的相对集中

[6] 在改革之初, 国务院审改办根据审批管制的严厉程度及审批机关自由裁量权的大小, 将行政审批分为审批、审核、核准、备案四类。按照审改办对四类审批行为的定义, “审批”最为严格, 审批机关的自由裁量权最大, “申请人即使符合条件, 也不一定获得批准”。而核准和备案则相对宽松, 审批机关的自由裁量权也较小: 对于核准的事项, “只要符合标准, 就批准申请人的申请”; 对于备案的事项, “行政审批机关在规定的时间内未有异议, 申请人即获批准”。参见国务院审改办:《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。

[7] 自2001年国务院启动行政审批制度改革至今, 国务院先后发布的与取消和下放行政审批项目有关的文件包括: 2001年10月18日发布的《批转关于行政审批制度改革工作实施意见的通知》、2002年11月1日发布的《关于取消第一批行政审批项目的决定》、2003年2月27日发布的《关于取消第二批行政审批项目和改变一批行政审批项目管理方式的决定》、2004年5月19日发布的《关于第三批取消和调整行政审批项目的决定》、2007年10月9日发布的《关于第四批取消和调整行政审批项目的决定》、2010年4月7日发布的《关于第五批取消和下放管理层级行政审批项目的决定》、2012年9月23日发布的《关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》、2013年5月15日发布的《关于取消和下放一批行政审批项目等事项的决定》等。除通过发布决定的方式取消和下放行政审批项目外, 本届政府还在政府常务会议上直接决定取消和下放相关的审批事项, 包括: 2013年6月19日国务院常务会议决定再取消和下放32项行政审批等事项, 2013年9月25日国务院常务会议决定再取消和下放75项行政审批事项, 2014年1月8日国务院常务会议决定进一步推出深化行政审批制度改革的三项措施等。

[8] 参见《厦门经济特区公共资源市场配置监管条例》、《珠海市公共资源市场化配置管理暂行办法》、《成都市公共资源交易管理办法》、《无锡市公共资源交易管理办法(试行)》。

[9] 参见绍兴市人民政府发布的《关于明确绍兴市便民服务中心管理权限的通知》、《绍兴市便民服务中心各类事项审批暂行办法》、《绍兴市便民服务中心办理事项管理暂行办法》、《绍兴市便民服务中心重大事项联审暂行办法》、《绍兴市便民服务中心投诉督查管理办法》等文件, 以及苏州市行政审批制度改革领导小组办公室赴绍兴市便民服务中心学习考察的报告:《提高政府行政效率的有效途径》。

已成为各地方政府普遍的做法。近年来，广州市、宁波市通过并联审批、行政审批的标准化管理等形式，进一步探索提高审批效率的路径。

但是，改革取得的成绩只是初步的，行政审批与市场经济体制的冲突问题还远没有解决，管理制度的创新还远未实现。

首先，市场的开放极为有限，投资与经营自由远未实现。

传统体制下由国家垄断经营的领域，如基础产业与基础设施、资源与能源的开发利用、教育、医疗与社会福利、社会保障事业、金融服务、商贸流通、国防科技产业等，民间资本与民营企业的进入极为困难。虽然国务院及相关部门一再发文要求各地方政府、各部委应鼓励、支持和引导非公有制经济发展，开放市场，^[10]“鼓励和引导民间资本进入法律法规未明确禁止准入的行业和领域。规范设置投资准入门槛，创造公平竞争、平等准入的市场环境。市场准入标准和优惠扶持政策要公开透明，对各类投资主体同等对待，不得单对民间资本设置附加条件”，^[11]但这些政策文件实施效果极为有限，过高的准入门槛与林立的审批犹如一道道藩篱，将民间资本死死地堵在了门外。

其次，传统的管理体制与管制手段并没有从根本上被撼动，现行管理仍是一种以审批为中心的管理体制。

在中央，自行政审批制度改革起，虽然国务院的决心与改革力度很大，但部委对改革的响应多是表面的。据报道，部委层面对付审批项目改革的办法有：（1）核心的项目不报，报些废弃的；（2）把废弃的项目做成“膨化饼干”，一项做成好几项，把要保留下来的项目做成“压缩饼干”，把好几项压成一项。^[12]改革中被取消的审批事项大多是一些含金量很小、基本没有或者没有太多寻租价值，甚至是一些废弃不用的审批事项。自行政审批制度改革以来，经过前六次审批制度的改革，中央部门取消的审批事项据统计已达到69.3%，但公众的感受与这一比例之间存在着巨大的落差，社会普遍感觉改革的效果和管制放松的程度非常有限。本届政府上任伊始，国务院各部门的行政审批事项还有1700多项，这些审批项目大多是关涉各部门核心利益的事项，每一项改革都会面临极大的阻力。这说明，即使在中央层面，行政审批制度也仍存有巨大的改革空间。

在地方，改革的推进更是困难重重。地方响应中央的改革，更多是落实在层层开会与文件的层层转发上，具体到执行上则是层层“跑冒滴漏”，中央改革的政策与文件难以真正落实到基层，基层的行政审批大多仍在原有的体制内运转。以工程建设为例，整个建设工程的审批分为立项审批、用地审批、规划报建、竣工验收等四大阶段，涉及发改、国土、规划、建设、城管、园林绿化、人防、消防、环保、交通、公安等几十个审批部门。每一阶段的审批都包含了若干个审批事项，如规划报建阶段的审批就有建设项目选址意见书、规划条件许可及变更审批、建设用地规划审批、建设工程规划设计方案审批、建设工程规

[10] 参见《国务院关于投资体制改革的决定》、《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》、《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》、《国家计委关于印发促进和引导民间投资的若干意见的通知》、《建设部关于加快市政公用行业市场化发展的意见》、《交通部关于鼓励和引导民间资本投资公路水路交通运输领域的实施意见》等。

[11] 《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》[国发〔2010〕13号]。

[12] 见刘俊等：《人家都没改，就你们认真改——审批改革十年博弈路》，《南方周末》2012年9月13日。

划审批和建设工程施工审批。每一审批事项又根据内容不同被细分为若干子项目，如建设工程规划审批，在实践中被细分为建筑工程规划审批、建筑工程配套市政设施等规划审批、临时建设工程规划审批、建筑外立面装修规划审批、直接利用道路开口审批以及管线安装审批和广告规划审批，^[13]而每一审批又都捆绑了多项前置性审批。以建筑工程规划审批的办理为例，需要提交的完整的前置性的审批包括：国土局办理项目使用土地的证明文件，发改委办理项目批准、核准、备案文件，施工图审图机构办理项目设计审查项目合格证书，城管（园林）部门办理行政许可决定书，公安交通管理部门办理项目的交通审查意见，环保部门办理项目的审查批复意见和环境影响评价文件，气象部门办理项目的防雷审批意见，建设部门办理项目建筑节能审查意见。^[14]

在这些审批中，有些审批事项（如建设工程规划审批事项的七个子项）完全可以合并为一个审批事项，有些审批本是管理机关在内部程序中就应当予以解决的问题（如城管园林部门办理的行政许可决定书、公安交通管理部门办理的项目交通审查意见）。将本可以合并的审批分拆成多项审批，将毫无意义的审批作为办理审批的前置性条件，将内部审批外部化，将本应由行政部门自己协调解决的事项统统推给外部相对人，直接导致审批项目不断膨胀。据报道，目前地方政府层面保留的行政审批事项还有1.7万个。^[15]广东省被国务院批准为行政审批制度改革的试行省份后，对以往保留、近年新增的1120项审批项目进行清理，其中取消197项，下放和委托130项，向社会组织转移56项，^[16]对于保留的行政审批事项，通过联合审批或者并联审批、优化审批流程等压缩审批期限。^[17]但从广东省的改革看，可谓上有压力、下有阻力、旁有掣肘。涉及中央部门的审批事项，需要中央部门对广东网开一面，难以得到中央部门真正的支持。往下遇到的阻力，首先表现在审批项目申报上，各部门想方设法瞒报、少报甚至故意漏报，有的部门只报一个母项，子项不报，有一个部门只报了一个审批事项，最后发现这个母项下藏了44个子项。在审批项目的存废上，各部门没完没了地扯皮，说得最多的一条拒绝理由就是“国家安全和社会稳定”的需要。^[18]从被清理掉的项目看，仍多是那些无关紧要甚至已基本不用的审批事项，而真正涉及市场开放、要素资源配置等方面的审批多不在其中。广东的审批制度改革还遭遇未改革地方的掣肘，譬如广东在不少领域取消了企业资质的评定，但没有资质证书的企业在其他地方则遭遇到了市场准入的限制。

为什么历经近十多年，行政审批制度的改革仍难有实质性的突破？个中原因十分复杂，主要原因大致有下列方面。

首先，政府对资源及生产经营领域的垄断并没有被真正打破。

[13] 参见宁波市规划局：《建设工程规划许可证（适用于建筑工程项目）办理指南》、《建设工程规划许可证（适用于道路、市政管线、建筑工程配套市政工程等建设项目）办理指南》、《建设工程规划许可证（适用于临时建筑工程项目）办理指南》、《建设工程规划许可证（适用于对建筑外立面进行装修的建设项目）办理指南》、《建设工程规划许可证（适用于设置大中型户外广告固定设施的建设项目）办理指南》、《建设工程规划许可证（适用于道路、长度大于30米管线开口项目）办理指南》。

[14] 参见宁波市规划局：《建设工程规划许可证（适用于建筑工程项目）办理指南》。

[15] 见史哲：《搞掉行政审批“鸭绒垫”》，《南方周末》2013年10月24日。

[16] 《行政审批制度改革先行先试》，<http://www.guangzhou.gov.cn>，2014年1月26日最后访问。

[17] 《广州行政审批制度改革 投资项目审批799天变39天》，<http://news.gz.soufun.com>，2014年1月26日最后访问。

[18] 见刘俊等：《行政审批改革先行先试——广东放权：忍痛“割自己的肉”》，《南方周末》2012年9月13日。

作为长期计划经济运行模式的结果，国家不仅垄断了土地、能源、矿产、金融、交通等几乎所有关键领域的要素资源，而且垄断了从资源开发利用、道路交通基础设施建设、公用事业到金融、电信、教育、医疗、卫生、社会保障等几乎所有重要领域的生产经营活动。虽历经三十多年的市场化改革，但这些领域国家垄断的格局并没有被真正打破，一些完全可以放开、根本不具有自然垄断性质的产业也都由国家垄断。如我国的石油行业，从原油开采、炼油、油品输送到成品油的批发与零售，全部被三大石油巨头——中石化、中石油、中海油垄断，其间只有油品输送属于自然垄断行业，其他都是应当放开经营的领域。甚至，一些本已向民间资本开放的领域又重新被国有化。2009年4月15日，山西省人民政府发布《山西省人民政府关于进一步加快推进煤矿企业兼并重组整合有关问题的通知》，决定对山西省内的煤矿实施兼并重组，计划以七家大型国有煤矿全面吞并小煤矿。这一被外界称之为山西省煤矿国有化运动的兼并重组的结果是，山西省所有登记在册的私营中小煤矿全部被兼并，而这些煤矿都是2004年为响应山西省“资源有偿，明晰产权”的矿权改革有偿取得的。^[19]即使在民营化程度比较高的市政公用事业领域，地方政府引入民间资本的初衷也并非为了市场的开放，其真正的目的有二：一是为了甩包袱，二是为了解决资金短缺问题。

实际上，目前立法上明确由国家专营、民间资本与民营企业禁止进入的领域并不多，主要集中在邮政服务业的信件寄递（邮政法第5条）、烟草业的烟草专卖（烟草专卖法第3条）、盐业中的食盐专营（《国务院食盐专营办法》）等方面，大部分经营领域立法上并未禁止民间资本与民营企业进入，阻挡民间资本或民营企业进入的主要就是准入审批。

其次，政府的管理职能并没有实现根本性的转变。

传统体制下政府的经济职能主要是分配资源，批项目、批物资、批资金是政府的主要职能。从计划走向市场，传统体制下政府资源配置的职能应让位于市场。市场经济体制下也会有审批与许可，但这些审批与许可仅作用于市场失灵的领域，适用于通过包括事后监管在内的其他监管手段不足以解决的事项，主要是稀缺自然资源的开发利用与有限公共资源的配置，自然垄断行业的市场准入，烟酒、枪支、食品、药品等特定行业的经营，污染物排放以及那些需要具备特定专业技能行业的执业等。以美国为例，涉及行政许可的事项主要有两类：一是经济事务方面的许可事项，主要针对市场机制无法解决的自然垄断（如基础公用事业）、过度竞争（如交通行业）、供给不足的产品与服务设立的许可；二是社会管理方面的许可，主要有为了防止市场机制的消极影响而对有不良外部性影响的产品和行为（如不安全的食品、环境污染）、信息不对称的行业（如金融、食品）、稀缺资源以及公共物品的配置进行管制等实施的许可。^[20]在制度层面，包括审批在内的“由政府实行的管制必须解释为对财产法、民法、契约法等普通法的一种补充”。^[21]

但是我国目前大量的行政审批仍集中在企业的日常投资与经营活动之中，存在于市场可以有效调节的领域。以项目投资为例，虽然2004年国务院发布的《关于投资体制改革的

[19] 见肖华等：《世间再无煤老板？》，《南方周末》2009年9月17日。

[20] 汪永清主编：《中华人民共和国行政许可法教程》，中国法制出版社2003年版，第305页以下。

[21] [美]丹尼尔·F.史普博：《管制与市场》，余晖等译，上海三联书店、上海人民出版社1999年版，“原版序言”第2页。

决定》要求，“改革项目审批制度，落实企业投资自主权。……对于企业不使用政府投资建设的项目，一律不再实行审批制，区别不同情况实行核准制和备案制”，但《决定》中所称的“彻底改革项目审批制度”的具体做法也仅是将原来的审批制改为核准与备案制，而非取消项目审批，这种审批方式的改革只是放松管制而非取消管制。在实际执行中，对投资领域的管制不仅管得宽，而且管得深。投资主管部门制订了范围广泛的产业政策目录，对几十个行业和数以千计的产品投资，分别采用鼓励、限制、禁止三种政策并以此为依据设定相应的审批措施予以管制，而审批监管的对象多为企业或个人特定的投资经营行为，企业或者个人自主投资项目甚至连自主招投标的自由都没有，不招标以及招标范围与招标方式都要报批。在制度层面，调整经济活动的基本制度仍是以审批为中心的管制制度，而非以物权法、合同法等为中心的私法制度。而公共产品的供给严重短缺，市场竞争无序，假冒伪劣产品泛滥成灾，重、特大安全事故频发，自然生态持续恶化，环境污染不断加剧，大量下岗失业人员缺少救济与帮助，这些现象也从另一侧面反映出政府的经济职能并未有实质性的转变。

再次，行政审批权力与审批利益的结合日趋紧密。

在计划经济体制下，虽然政府手握庞大的审批权力，但在高度集权的体制下，这些审批权力很少与经济利益挂钩。进入市场经济后，审批权力所蕴含的巨大经济利益凸现出来，再加上部门利益、地区利益事实上被承认，利用审批收费成为行政审批中的普遍现象。利益的趋动刺激了审批权的膨胀，没有审批权的机关削尖脑袋往审批行列中挤，有审批权的机关则千方百计扩大审批范围、增加审批事项，导致重复审批、捆绑审批、搭桥审批以及人为肢解审批事项的现象愈演愈烈。虽然在改革中原有的审批项目不断被裁减，但新的审批项目又会不断滋长。笔者曾就房地产开发从立项审批、拿地到完成开发应当缴纳的各种费用问题，对江苏省昆山市的一家房地产开发企业作过调查：除8项税收外，^[22]各种收费达130多项，占整个房地产销售成本的15%以上，这还不包括企业为了取得这些审批而支付的各种隐性费用。其中，绝大多数收费都是与审批捆绑的，不缴费就无法获得审批。以建设工程施工许可证的办理为例，捆绑在这一许可证上的收费就有12项。^[23]审批权力与利益的高度结合，是审批制度难以撼动的又一重要原因。

三、法律在规制行政审批制度方面出现的问题

行政审批制度的改革需要法律的有效规制，但从改革实践看，法律在规制行政审批制度改革方面的作用远没有发挥出来。

（一）行政许可法在规制行政审批制度改革中出现的问题

2003年出台的行政许可法是一部规范行政许可的基本法，立法所体现的遵循客观规律原则、政府有限干预原则、行政许可法定原则、行政许可设定与实施的公开公平公正原则、

[22] 8项税金分别是营业税、城市维护建设税、教育费附加、印花税、土地使用税、企业所得税、土地增值税和契税。

[23] 这些收费项目包括：项目报建费、施工许可证费、拆迁管理费、审图费、价格评估费、渣土费、施工噪音管理费、散装水泥费、工程质量监督费、工程造价管理费、安全监督费、劳动定额测定费等。

便民与效率原则、诚信与信赖保护原则、权力与责任相一致原则，无不体现了市场经济体制对政府干预的基本要求，这些原则正是行政审批制度改革应当遵循的基本准则。如果能够将所有行政审批都纳入行政许可法的调整范围，那么对行政审批设定、实施和清理的规制作用将毋庸置疑。但事实上，行政许可法不仅规制作用有限，甚至面临被不断架空的风险。

行政许可法在规制行政审批方面的作用难以发挥的原因很复杂，有立法本身的原因，有实施与执行中的问题，本文仅就立法层面的问题进行分析。

由于行政许可法规制的对象是行政许可，而行政审批制度改革的对象是行政审批，行政许可法要有效规制行政审批，不仅要对行政许可的涵义与范围有清晰的界定，而且需从立法上明确行政审批与行政许可的关系。在此方面，行政许可法存在下列两个方面的问题。

第一，未能对行政许可的涵义、范围与类型进行清晰的界定。在我国，有关行政许可的涵义理论上众说纷纭，实践中难以把握。行政许可法对行政许可行为的定义（第2条）过于简单，仅勾勒出了该行为的基本轮廓，“这一定性只是最基本的层面，只是一个维度”，^[24]从中难以看清行政许可的真实面容，实践中很多行政行为依据这一定义难以识别和判断是否行政许可。从行政许可法第12条规定的行政许可事项范围看，行政许可的范围标准同样模糊。该条第1项规定的直接涉及“国家安全”、“公共安全”、“经济宏观调控”的事项如何判断？在大街上摆摊卖点小商品、在路边叫卖自种的西瓜，是否属于直接涉及公共安全的事项？是否都要管理部门同意？这种同意是否都是行政许可？第2项中的“有限自然资源开发利用”、“公共资源配置”、“直接关系公共利益的特定行业”，第3项中的“提供公共服务并且直接关系公共利益的职业、行业”，其涵义与范围也都较为模糊。行政许可事项范围的边界不清，给执行部门留下了巨大的解释空间。当行政机关需要实施管制时，几乎所有的管制事项都可以通过对行政许可法第12条的扩大解释找到依据；当需要接受行政许可法的规制时，又可以通过缩小解释将大量的审批事项从行政许可中分离出去。再从行政许可的形式上看，行政许可法第39条归纳了“许可证、执照或者其他许可证书”、“资格证、资质证或者其他合格证书”、行政机关的批准文件或者证明文件以及标签或者印章等主要形式，但立法上归纳的许可证形式远未囊括我国复杂的行政许可。实践中具有行政许可性质的行为可谓五花八门，有许可、特许、审核、认可、认证、证明、确认、批准、批示、同意、答复、意见、评价、评定、认定、鉴定、鉴证、注册、登记、年检、登录、决定、指定、指引、指导、申（呈）报、提交、检查、查验、审验、验证、监制、报告、通告、考试、签证、备案、减免、解除、拍卖、招标、抽签、摇号、指标、配额、号牌、标识、标记、标志、通行证、保荐函、无异议函、准销证、准运证等等。立法上对许可证形式过于粗略的规定，使那些不在行政许可法归纳范围的行政许可逃脱了行政许可法的规范。

第二，未能从立法上完全厘清行政审批与行政许可之间的关系。我国虽是一个行政审批大国，但立法上从未定义过行政审批，有关行政审批与行政许可的关系也是众说纷纭，莫衷一是。^[25]在行政审批制度改革之初，有关规范性文件对行政审批的定义有二：一是作

[24] 周汉华：《行政许可法：观念创新与实践挑战》，《法学研究》2005年第2期。

[25] 关于行政审批与行政许可关系的理论争议，参见王克稳：《我国行政审批与行政许可关系的重新梳理与规范》，《中国法学》2007年第4期。

为行政审批改革对象的行政审批涵义。2001年国务院审改办在剔除不在改革范围之列的内部审批行为后,将列入改革范围的行政审批的基本含义,界定为“行政审批机关(包括有行政审批权的其他组织)根据自然人、法人或者其他组织提出的申请,经依法审查,准予其从事特定活动、认可其资格资质、确认特定民事关系或者特定民事权利能力和行为能力的行为”。只要自然人、法人或者其他组织等相对人实施某一行为、确认特定民事关系或者取得某种资格资质及特定民事权利能力和行为能力,必须经过行政机关同意的,都属于行政审批项目范围。把“必须经过行政审批机关同意”作为判断行政审批行为的实质要件,其形式包括了审批、核准、批准、审核、同意、注册、许可、认证、登记、鉴证等,^[26]这是广义上对行政审批的定义,目的是为行政机关识别行政审批行为提供基本标准。二是为区分审批与审核、核准和备案等不同审批行为而对行政审批的定义。这种情形下的审批,“系指行政审批机关对申请人报批的事项进行审查,决定批准或者不予批准的行为,申请人即使符合规定的条件,也不一定获得批准”。^[27]这是狭义上对行政审批的定义,目的是为了识别和区分不同形式的审批行为即审批与审核、核准、备案之间的差异。这一层面的审批只是行政审批中的一种情形,不能作为行政审批的完整涵义使用。在行政许可法的立法中,对行政审批与行政许可的关系,立法机关也作了简单化的处理,将行政审批与行政许可视为同一行政行为。^[28]但是,行政许可法对行政许可的定义与国务院审改办对作为改革对象的行政审批的定义在形式上又不完全一致,两者之间到底是重叠关系、交叉关系还是包含关系,仍是一个需要通过立法解释进一步明确的问题。

立法对行政许可的模糊界定及行政许可与行政审批关系的简单化处理,使行政许可法在规制行政审批行为出现了如下问题。

第一,大量的行政审批被作为非许可类审批而从行政许可中分离出去,^[29]这直接导致行政许可法所规制的行政许可被限缩到一个非常狭窄的范围。行政许可法能够规制的主要是那些法律、行政法规及国务院行政决定和地方性法规设定的行政许可,凡不符合行政许可法规定的设定事项和设定权限但又没有被取消的行政审批项目,都被纳入非许可类审批的范围,有的甚至成了行政服务事项。以项目投资审批为例,国家鼓励发展的内、外资项目确认审批、借用各类国外贷款总规模、资金来源及使用方向、国外贷款项目及项目资金申请报告的审批、企业投资项目备案等审批事项,全部被归入非许可类审批的范围,^[30]不再受行政许可法的约束。还有一些审批事项,如公路、水路客运运价及延伸服务收费项目核准、公共停车场收费项目备案、景点门票价格核准、有线电视收费核准、建设项目配套设施价格和收费核准、出租车运价项目核准、城市供水价格和污水处理费收取标准项目核

[26] 参见国务院审改办:《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》,国审改发[2001]1号。

[27] 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。

[28] 参见杨景宇2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第29次会议上所作的“关于《中华人民共和国行政许可法》(草案)的说明”。

[29] 据考查,“非行政许可审批”一词是国务院办公厅在2004年8月2日发布的《关于保留部分非行政许可审批项目的通知》中首次使用的。按《通知》的说法,这些所谓的非行政许可审批项目“主要是政府的内部管理事项,不属于行政许可”,但从目录所列的211项审批项目看,其中不少审批事项都不属于内部审批事项。这在客观上将行政审批作为行政许可的上位概念,将行政审批划分为许可类审批与非许可类审批。

[30] 参见宁波市发展与改革委员会:《国家鼓励发展的内、外资项目确认审批办理指南》、《借用各类国外贷款总规模、资金来源及使用方向、国外贷款项目及项目资金申请报告审批办理指南》、《企业投资项目备案办理指南》。

准等，竟成了行政服务事项。^[31]大量的行政审批在实际运行中与行政许可法渐行渐远，这说明行政许可法没有能够起到规制行政审批清理的作用。

第二，在行政许可法实施之后，不符合行政许可法规定的审批事项仍在不断涌出。行政审批制度改革后，虽然原有的行政审批项目不断清理，但新的审批项目又不断增加，行政审批制度改革就像是割韭菜，割了一茬又长一茬。这种现象在行政许可法实施后，也没有得到有效遏制。广东省在新一轮行政审批项目的清理中发现，上一轮审批改革保留下来的只有590多项，但这次却清理出1120项。^[32]在这些新增加的审批事项中，有些是法律、法规对某一事项设定了审批，但规章或规定扩大了审批范围、增加了的审批事项；有些是法律、法规对某一事项作了原则性的管理规定，如要求各级行政机关加强管理、监督、检查、指导等，规章或规定根据这些原则性的管理规定设定了行政审批；还有些根本没有法律法规依据，仅仅是根据政府的会议纪要甚至是领导的讲话、批示、指示等设定的行政审批。2012年9月23日《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》第1条中就明确要求，“以部门规章、文件等形式违反行政许可法规定设定的行政许可，要限期改正”，而且要求“探索建立审批项目动态清理工作机制”。从这一规定可以看出，从中央部委起，违反行政许可法的规定设定行政审批的现象非常普遍，由于这些审批事项不符合行政许可法的规定，故大多被纳入非许可类审批的范围。这说明，行政许可法并没有起到规制行政审批设定的应有作用。

（二）单行管理立法在规制行政审批中存在的问题

由于行政审批事项多是由单行管理立法设定的，行政审批制度改革同样离不开单行管理立法的规制，但在改革实践中，单行立法的规制作用同样未能发挥出来。

首先，单行管理立法未能为行政审批制度改革提供明确的法律标准。

行政审批制度改革的目标有二：一是理顺政府与市场之间的关系，让政府从有效的市场中退出去，让市场在资源配置中发挥决定性作用；二是在需要政府监管领域理顺事前审批与事中、事后监管之间的关系，实现从事前审批管理为主转向事中、事后监管为主的监管模式。而在市场经验缺乏、审批泛滥成灾的中国，要厘清政府干预市场的边界，必须从法律上明确哪些是市场主体能够自主决定的事项，哪些是市场竞争机制能够有效调节的事项，哪些是行业组织或者中介机构能够自律管理的事项。实现从事前审批向事中、事后监管的转变，同样需要从法律上明确哪些是事中、事后监管可以解决的事项。但恰恰在哪些是市场体制下仍然需要通过审批监管的事项、哪些是必须取消的审批事项方面，单行立法缺少明确的规定，致使行政审批制度改革至今仍处在“摸着石头过河”的状态，行政审批依据什么标准进行清理、调整、废止成为改革中人们深感困惑的问题。在统一的改革标准缺失的情形下，各地方、各部门自说自话、自定标准的改革，使整个行政审批制度的改革呈现出分散混乱的状态。

[31] 参见宁波市发展与改革委员会：《公路、水路客运运价及延伸服务收费项目核准办理指南》、《公共停车场收费备案办理指南》、《景点门票价格核准办理指南》、《有线电视收费核准办理指南》、《建设项目配套设施价格和收费核准办理指南》、《出租车运价核准办理指南》、《城市供水价格和污水处理费收取标准项目核准指南》。

[32] 前引〔18〕，刘俊等文。

其次，规范性文件的修订与配套法律制度的建设未能与行政审批制度的改革同步推进。

由于绝大多数行政审批事项都有规范性文件依据，行政审批事项的清理、调整、废止必须以规范性文件的清理、修订与废止为前提，但在改革中，规范性文件的清理与审批制度的改革未能同步推进，规范性文件修订的滞后不仅制约了审批制度的改革，而且使改革直接面临合法性危机。不仅如此，与行政审批制度改革相配套的制度建设亦未能同步展开。行政执法中的行政检查、行政处理、行政处罚、行政强制等监管措施大多以审批为基础进行设定，当审批取消后，其他管理措施因失去了依据和基础而无法继续执行。对于需要政府监管的领域，在审批调整或取消后立法上应当及时建立配套的监管制度，以防止因审批的调整或取消出现管理的真空，但在不少需要政府监管的领域，审批制度改革后新型的监管制度未能同步建立起来，导致不少已被取消的审批事项又起死回生。

四、规制我国行政审批制度改革的思考

自改革开始，我国行政审批制度改革就陷入了一个误区，认为行政审批制度改革是政府的“自我革命”，^[33]没有认识到法律对行政审批制度改革的规制作用。如果没有法律的有效规制，行政审批制度改革不可能取得成功，十多年改革的反复证明了这一点。规制行政审批制度的改革，需要不同法律制度的合力作用。

（一）规制行政审批制度改革需要保障行政许可法的实施与执行

行政许可法从立法理念、法律原则到制度设计都体现了市场经济体制的本质要求，保障行政许可法的实施与执行，以行政许可法规制行政审批制度的改革，对于改革的顺利推进极为关键。

保障行政许可法的实施，首先需要全国人大常委会担负起法律解释的职责。与其他立法不同的是，行政许可法的很多规定比较原则，存在着大量不确定的法律概念，其涵义都需要进一步解释。在行政审批制度改革过程中，行政许可法之所以难以有效规制行政审批行为，大量行政审批之所以会从行政许可中分离出来，没有行政许可设定权的机关之所以仍在不断设定新的行政审批项目，行政审批制度的改革之所以与行政许可法渐行渐远，其重要原因之一就在于，行政许可法的很多原则规定都缺少统一的、权威性的法律解释。如果能够通过法律解释明确行政许可的涵义与适用范围，将行政审批行为统一到行政许可法的调整范围，那么，行政审批项目清理中行政机关自说自话以及行政规范性文件乱设行政审批的问题，在很大程度上能够得到解决。我国立法法第42条第2款规定，“法律有下列情形之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确涵义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的”。立法法规定的这两种需要进行法律解释的情形，在行政许可法的实施中都存在。遗憾的是，全国人大常务会至今没有履行过对行政许可法的法律解释工作，行政许可法实施后出现的大量法律问题多是由国务

[33] 参见杨绍华、易赛键：《行政审批制度改革：政府的一场“自我革命”——访国务院审改办主任、监察部副部长李玉赋》，《求是》2007年第16期。

院法制办予以回复的。但是，国务院法制办非立法法规定的有法律解释权的主体，其解释或者答复不仅合法性、权威性存在问题，甚至有越权之嫌。合法的法律路径应是，国务院法制办就行政许可法规定中需要进一步明确涵义的，代表国务院向全国人大常委会提出法律解释要求，由全国人大常委会进行法律解释。经过十多年的改革，行政审批制度的改革进入了深水区，改革的阻力与难度在不断加大，这种情形下，迫切需要强有力的法律规制。因此，全国人大常委会应当实际承担起法律解释职责，对行政审批制度改革中涉及的与行政许可法的适用有关的问题，作出明确的、权威的法律解释，特别是在立法已将行政审批与行政许可统一起来的情形下，全国人大常委会应当通过法律解释解决实践中出现的所谓非许可类审批的法律适用问题，从而保证行政许可法对所有行政审批的规制。^[34]

保障行政许可法的实施，还需要建立超越于行政审批机关的、权威的法律监督机构。行政审批制度的改革涉及每一个行政审批机关权力与利益的调整，因而需要建立一个超越于行政审批机关的、权威的法律监督机构。这一机构应当有能力对设定行政审批项目的行政规范性文件的合法性进行审查、判断，对于不符合行政许可法规定设定的行政审批项目，有能力督促设定机关纠正，对于设定机关拒绝纠正的，有权提请国务院改变或者撤销，并有权对拒不纠正违法行为的机关与主管人员实施法律制裁。2001年9月24日，国务院决定成立行政审批制度改革工作领导小组，并在监察部设立了承担日常工作的机构——国务院行政审批制度改革工作领导小组办公室（简称“国务院审改办”）。^[35]该领导小组的主要职责是指导和协调全国行政审批制度改革工作，研究提出国务院各部门需要取消和保留的行政审批项目并拟定有关规定，督促国务院各部门做好行政审批项目的清理和处理工作，研究处理与行政审批制度改革有关的其他重要问题。但领导小组仅仅是一个综合性的协调机构，而非日常性的法律实施监督机构，而且其成员中有不少是具有审批职能的部委的负责人，与审批制度改革存在重大的利益关系。审改办作为一个临时性的办事机构，其主要职责是清理已有的审批项目，审改办无权直接废止行政审批项目，对于规章及其他规范性文件设定的新审批项目，也无权进行审查和监督，更没有能力进行处理。为有效规制行政审批制度的改革，保障行政许可法的实施，需要建立一个独立的、能够履行跨部门职权的综合性的法律监督机构。我们的建议是，以国务院法制办、监察部和中央编办为基础，联合组建规制行政审批制度改革的专门机构——行政审批改革规制委员会。这一机构应能够行使法制办、监察部与中央编办的全部职能，同时还可以行使国务院授权行使的其他职权，如对已设行政许可存在必要性的动态评估，新设行政许可项目的审查与论证，定期公布对行政许可的审查处理意见，处理与行政审批制度改革有关的其他重要问题等。

[34] 《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》称，要“研究制定非行政许可审批项目设定和管理办法”，这说明国务院也认同了非行政许可审批事项的存在。2014年1月8日国务院常务会议《决定进一步推出深化行政审批制度改革三项措施》中又指出，“清理并逐步取消各部门非行政许可审批事项。对面向公民、法人或其他组织的非行政许可审批事项原则上予以取消，确需保留的要通过法定程序调整为行政许可，其余一律废止。堵住‘偏门’，消除审批管理中的‘灰色地带’”，这表明国务院认识到非许可类审批已成为审批部门逃避行政许可法规制的“灰色地带”。

[35] 2013年6月，国务院决定行政审批制度改革工作牵头单位由监察部调整为中央编办，国务院审改办设在中央编办。

（二）规制行政审批制度改革必须依法清理、修订或废止相关的规范性文件

从一开始，我国行政审批制度改革就主要依靠行政手段以政策、文件的形式推动，^[36]没有将行政审批制度的改革与规范性文件的清理、修改或废止结合起来。由于绝大多数行政审批项目都有规范性文件依据，单纯以行政规定的方式清理和废止行政审批事项，特别是废止法律设定的审批事项，不仅有越权违法之嫌，也难以真正巩固改革的成果。以《国务院关于第六批取消和调整行政审批事项的决定》（国发〔2012〕52号）附件1“国务院取消的行政审批事项目录（171项）”为例，在取消的行政审批事项中，有些是国务院的行政法规、行政决定或国务院部门规章、决定设定的审批事项，但还有很多审批事项（如通信建设项目自行招标机构资质认定，通信电子计量校准规范审批，重要地块城市修建性详细规划审批，报关员注册登记，进出境运输工具改、兼营境内运输审批，中资银行业金融机构分支机构变更营运资金审批，中资银行业金融机构分支机构变更营业场所审批，非银行金融机构分支机构变更营运资金审批，非银行金融机构分支机构变更营业场所审批，中资商业银行、农村中小金融机构、城市信用社、外国银行分行、外资独资银行、中外合资银行等设立自助银行审批，外国人来我国从事非国家重点保护陆生野生动物狩猎、采集标本等活动审批，要约收购义务豁免核准四种情形，基金管理公司副总经理选任或者改任审核等），是由招标投标法、计量法、规划法、海关法、银行业监督管理法、商业银行法、野生动物保护法、证券法、证券投资基金法等法律设定的。本届政府履职后，清理、废止审批事项的力度进一步加大。《国务院机构改革与职能转变方案》中提出，要减少和下放投资审批事项，减少和下放生产经营活动审批事项，减少资质资格许可和认定，改革工商登记制度，将注册资本实缴登记制改为认缴登记制，其中不少需要调整或取消的审批事项都涉及法律的修订或废止。不应以显然违法的方式推进行政审批制度改革，遵循法律程序虽然会牺牲部分改革的效率，但是增加了改革的合法性与权威性，从根本上解决了审批事项的法律依据问题，从长远看也才是真正有效的改革。

因此，行政审批项目的调整与取消，在中央层面，除国务院及其所属部门设定的行政审批事项，国务院可以行政规定的方式调整或废止外，涉及法律设定的行政审批事项，国务院应当根据宪法与立法法规定的法律修改和废止程序，提请立法机关予以修订或废止。^[37]在地方，凡涉及地方性法规、上级政府规章设定的行政审批事项的调整或取消，也必须遵循地方性法规、地方政府规章修订、废止程序的规定，通过修订、废止相应地方性立法的方式实现。

（三）规制行政审批制度改革需要行政管理立法的创新

关于行政许可的事项，行政许可法只是为可以设定行政许可的事项提供了一个范围与标准，具体的行政许可是由各管理立法设定的，因此，管理立法的创新对于革新行政审批、

[36] 自2001年改革时起，国务院审改领导小组及其办公室先后制定了《关于行政审批制度改革工作的实施意见》、《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》、《关于搞好行政审批项目审核和处理工作的意见》、《关于搞好已调整行政审批项目后续工作的意见》、《关于进一步推进省级政府行政审批制度改革的意见》、《关于进一步深化行政审批制度改革的意见》等三十多个有关行政审批制度改革的指导文件。

[37] 2013年12月4日，国务院常务会议围绕落实审批制度改革会议，讨论通过了公司法、海关法、药品管理法等7部法律的修正案草案，决定经进一步修改后提交全国人大常委会审议。这是依法进行行政审批制度改革的体现。

推动政府传统管理职能与管理方式的转变也很重要。从我国现行的管理立法看，绝大多数仍沿袭传统的审批管理立法理念。例如：有关管理的立法仍以审批为基础设定管理制度；一个事项多部门审批，审批的交叉与重叠现象严重；一个事项多环节审批，完全可以在一个环节审批完成的事项却将其分散到各个环节之中，而每一环节的审批又都以上一环节的审批为前提；将一个审批事项分拆成若干个审批事项分别审批。

从规制行政审批、推动政府职能转变的角度看，行政管理立法的创新主要体现在下列方面：第一，审慎设定审批。审批是一项成本很高的管制手段，应当慎用。立法设定审批时，应当对审批能否解决问题进行充分的评估，以“确定政府管制能否减少不合理的资源配置，或面对相似的制度、技术或者信息约束时能否矫正市场失灵的根源”，^[38] 如果答案否定的，那就不应该设定审批。在行政管理中，我国至今仍普遍存在迷恋审批、滥设审批的现象，特别是一碰到经济危机、需要宏观调控时，更是将审批作为救命稻草。以房地产调控为例，为有效抑制房价的过快上扬，国务院有关部门采取了包括购房资格审查、借款人资格审查、房屋销售价格定价限制在内的多项被喻为史上最严厉的控制手段。但实践表明，如此调控并未出现有关部门期望的结果，房价上扬的趋势并未得到有效控制，甚至呈现出边调边涨、越调越涨的态势。这是典型的“审批失灵”。第二，节约设定审批。对于需要审批管理的事项，立法上应当遵循节约设定审批的原则：能够合并或者集中的审批事项就不应分拆，一个部门可以解决的审批事项就不应多部门分散审批，一个环节可以完成的事项就不应再设定多环节审批。第三，创新审批方式。在必须使用审批管制的领域，应当创新审批方式，改革传统的审批模式。传统观念认为，行政审批与合同交易是两种完全不同的资源配置模式，无法相互替代，但实际上，“在处理市场参与者遇到的问题时，管制不必拘泥于命令和控制的传统形式。行政管制能够借助普通法的形式和程序。管制也可建立允许市场式配置机制运行的规则”。^[39] 行政许可法第53条规定，对涉及资源配置的行政许可，行政机关应当以招标、拍卖等公平竞争的方式作出许可决定。这就在行政许可的实施中引入了市场竞争机制，是许可方式的创新。第四，探索建立与新体制相适应的政府监管制度。大量的行政审批事项取消后，政府的监管相应转向事中与事后的监管，建立与新体制相适应的新型监管制度，成为管理立法创新的重要方面。通过统一不动产登记，健全备案、公示、公告等方式建立统一规范的信息管理与信息共享制度，通过行政指导、信息公开、告知、风险提示等方式推进行政服务与行政督促制度，通过行政委托、公共服务外包等方式建立公私合作的监管制度，通过认缴、承诺、申报、保证等方式建立市场主体的自我约束机制，通过统一市场主体代码、个人征信系统、黑名单等方式系统构建社会信用体系，通过完善的执法监督检查及其相应的处理处罚措施健全对违法行为的矫正与惩戒制度等，都是为新体制所必需的制度建设。

要实现管理立法的创新，必须解决我国立法中普遍存在的部门立法问题，各级立法机关特别是全国人大应当收回管理立法的起草权。

[38] 前引〔21〕，丹尼尔·F.史普博书，第4页。

[39] 同上书，第31页以下。

（四）规制行政审批制度改革需要以立法推动国有企业的转制与退出

行政审批制度改革表面上是政府管理制度的改革，但它与国有企业的改革密不可分，特别是有关市场准入的行政审批制度改革方面，没有国有企业的改制与退出，有关市场准入的行政审批制度改革难有突破。中国的市场化改革与国有企业的退出是成正比的。凡是市场竞争最充分、市场化程度最高的领域都是国有企业退出比较彻底的领域。凡是国有企业集中的领域，民营资本进入极为困难，民营企业几无立锥之地，而阻碍民间资本、民营企业进入这些领域的制度中，作用力最大的就是准入审批制度。之所以如此，是因为我国的国有企业看似独立的经营主体，但从国有企业的投资制度（政府作为出资人）到经营管理体制（国有企业的负责人由政府任命、管理、考核并与政府部门的管理人员双向流动），都决定了国有企业实际上是政府在经营。在这样的经营模式下，重要的经营领域全部为国有企业垄断，优质的生产资源被优先、廉价甚至无偿配置给国有企业。国有企业的盈利模式虽然很多，但主要是靠垄断而非市场开放、技术创新、公平竞争实现的，要在国有企业垄断经营的领域开放市场、实现公平竞争，无异于虎口夺肉。中国投资与经营市场开放表面上的阻力在政府、在行政审批，实质性的障碍在国有企业，行政审批只是充当了国有企业垄断经营的保护伞。没有垄断经营的国企的改制与退出，投资与市场准入的行政审批制度改革与市场的全面开放难以真正实现。

为此，建议制定国有企业投资经营法，以立法形式严格界定政府投资的范围，限制国有企业的经营领域与经营范围，让国有企业逐步从竞争性行业中退出去。^[40]

（五）规制行政审批制度改革需要以立法切断审批权力与审批利益之间的不当联结

行政审批与行政收费在我国是一对孪生兄弟。行政机关之所以热衷于审批、不肯下放审批权力、一些与市场相背的审批难以废止，一个重要原因就是我国绝大多数审批项目都有收费。行政许可法立法时注意到了这一问题，其第58条中明确规定除法律、行政法规另有规定的外，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；第75条规定，行政机关实施行政许可，擅自收费或者不按照法定项目和标准收费的，由其上级行政机关或者监察机关责令退还非法收取的费用，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。然而，行政审批中行政收费普遍存在，也未见有行政机关或者工作人员因为收取相关审批费用而受到处分。实际上，行政许可法这种一刀切的做法不具有可行性，也不一定合理。在必须实施审批管理的领域，向被许可人收取一定的费用具有正当性。“收取规费的正当性在于，国家资源之使用仅有利于特定个人或群体时，基于平等原则之要求，此规费不应由全民负担，而应由该特定人或者群体以等价或者相当分担的原则支付之……因此，可以将规费认为是规费义务人受领国家特定给付的或者利用公共设施

[40] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》在有关国有企业改革中指出，要“准确界定不同国有企业功能。国有资本加大对公益性企业的投入，在提供公共服务方面作出更大贡献。国有资本继续控股经营的自然垄断行业，实行政企分开、政资分开、特许经营、政府监管为主要内容的改革，根据不同行业特点实行网运分开、放开竞争性业务，推进公共资源配置市场化，进一步破除各种形式的行政垄断”。可以看出，国有企业未来改革的方向，一是逐步向着公益性行业收缩，退出一般的竞争性行业，二是有关公益性行业中国有企业的经营应当围绕政企分开、政资分开为中心进行改革。这些改革举措的实现都需要以立法形式加以规定。

所必须给付之对价。”^{〔41〕}其实，核心的问题不在于行政审批是否应当收费，而在于收费不能与审批权力和部门利益挂钩，不能让收费成为审批权力追求的目的，要从法律上切断审批权力与审批利益之间的利益联结，使行政审批中的收费真正服务于公共目的而非部门利益或个人利益。为此，我们希望能够尽快出台行政收费法，希望使用制度力量将收费与包括审批在内的权力彻底分隔开来。

行政审批制度改革是一项复杂的系统工程，除了法律的规制外，还需要政府官员观念的转变，需要政府机构改革、政府职能转变以及政府管理方式的创新等配套制度的革新，需要市场经济体制的不断推动，需要中介组织、行业组织等社会自治、自律组织的发育与成熟，而这些都不是一蹴而就的。我国行政审批制度的改革还有很长的路要走。

Abstract: The current administrative approval system in China originates from the planned economy system. With the transformation of economic system, this system, originally implemented as a means of allocating resources and eliminating market, competition and freedom, has been in violent clash with the new system. China started a nation-wide reform on the administrative approval system at the beginning of this century. Now, more than a decade later, the reform has achieved certain results, but failed to shake the foundation of the administrative system, which takes administrative approval as its core. Faced with great difficulties and obstacles, the reform on the administrative approval system needs to be driven by the combined force of many different systems and effectively regulated by law. In order to regulate the reform of the administrative approval system, it is necessary to ensure the implementation and enforcement of the Law on Administrative Approval, to innovate on the administrative legislation system, to cut the power-interests connection in administrative approval, and to promote the gradual withdrawal of state-owned enterprises from competitive industries and fields.

Key Words: administrative approval, administrative licensing, regulation by law

〔41〕 萧文生：《自法律观点论规费概念、规费分类及费用填补原则》，台湾中正大学《法学集刊》第21期。