《行政许可法》困境与出路*

周汉华**

古今中外的历史反复证明，制定很多法律并不必然导致良好秩序，有时甚至会出现法律越多、秩序越乱的结果。[1]因此，达到无法而治的状态才是治国的最高境界，也是衡量立法成功与否的最终标准(Robert C. Ellickson，1991：part 3)。

改革开放20多年来，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。它的制定与实施，对中国政治的下一步发展，具有重要的指标意义。《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，还不到全面总结的时候，但是，《行政许可法》所遭遇的挑战在实践中已经非常尖锐，甚至可以不夸张地说，它在许多方面已经陷入重重困境之中。《行政许可法》实施过程中所暴露出来的问题，值得各界深入解析，这

* 本文写作过程中曾经在上海法律与经济研究所作专题报告。作者感谢吴敬琏教授、江平教授、梁治平教授、张维迎教授、高世楫教授、余晖教授、孔祥俊法官、范亚峰博士与其他参会者对报告的评论与建议。

** 周汉华，中国社会科学院法学研究所教授、博士生导师。

1“法令滋彰，盗贼多有”。《老子》第57章。国际上几位著名的经济学家对109个国家的法院程序进行的比较研究，也得出了发展中国家移植西方发达国家的法律程序可能已经导致高度法律形式主义弊病的结论。Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer(2002：5).

需要全本请访问 www.ertongbook.com

对于推进中国的法治进程具有重要的个案意义。

一、《行政许可法》所面临的实践挑战

（一）法律规范与社会发展之间的不同步

《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。这个问题之所以重要，完全是中国改革开放 20 多年基本经验与教训的总结。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，逐步建设有中国特色的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。[2] 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。由于这个问题理论上众说纷纭，实践中的情况也比较复杂，[3] 因此,制

2 可见如，Stephen Breyer (1982: chapter 1)。

3 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。

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。[4] 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。[5] 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

4 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、毒害性、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、广播电影电视、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。

5 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。

本观念。征求意见稿与草案均规定了六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,第一次鲜明地体现了有限政府的观念,[6]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,并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"。这种观念变化对于两千多年来习惯了当"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。

虽然《行政许可法》体现了个人自治、市场优先、自律优先、

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,可见如,周汉华(2000:91)。

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、价格波动较大、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。[7]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。这种状况，只有进一步推进市场化改革和民主政治建设,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。这种状况决定了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局面，《行政许可法》会始终面临其立法精神在实践中可能会发生扭曲或被滥用的风险。[8]

(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。[9]发达国家的这种立法模式可以称之

7 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,可见如,安德烈·施莱弗、罗伯特·维什尼(2004:1－12)。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，可见如,Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer (2000)。

8 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。

9 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 (2003:34)。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

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九千多项和六千多项许可项目,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。[10]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,考验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一个一个的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

10 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。

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都主要来自于行使审批权的政府机关和受到审批权保护的被许可人。[11]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。[12] 同时，从维护社会稳定和实现制度顺利转型的大局考虑，也必须对既得利益格局给予一定的考虑。[13]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

11 “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(2003:32)。

12 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(2000:38)。

13 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。截至期满后，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。从理论上看，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，则停产企业可能会产生严重的社会问题。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。

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。[14]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[15]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,劳动教养案件出现大幅度的增加;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

如果可以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

14 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。

15 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。

加以反映,尤其是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》虽然在我国的立法中属于非常成功的一例,得到各个方面的好评,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。[16] 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的成果。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。[17] 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‘必须经过行政审批机关同意”就属于行政审批或行政许可。[18] 只有

16 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。

17“行政许可(也就是通常所说的‘行政审批’)”。见杨景宇(2002)。

18 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》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。

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，[19]使行政许可概念在覆盖的范围上远远小于行政审批概念。[20]二是《行政许可法》的调整范围本身也被实质性地缩小，[21]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分类(可以称之为“三分法”)

19 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。

20 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。

21 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。

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。[22]

《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、核准与登记五类)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。[23]由于划分标准不一致,使有些许可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。[24]二是这种分类方法与行政审批制度改革中通行的分

22 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”。

23 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”。

24 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。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

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,[25]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,第四章第六节的特别规定等,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,它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

25 例如,法律委员会认为:草案将行政许可分为五类,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》(2003:265)。

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。[26]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。[27]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。这样规定的直接后果是使类似国务院审改

26 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只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。

27 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。

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并且是值得称道的。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,[28] 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还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

28 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。

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。[29]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作出决定和政策选择。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现实的角度看，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

29 对管制型国家兴起的描述与文献归纳，可见如，高世楫、秦海（2003）；Robert W. Hahn (2000: Chapter 2)。

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。

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。放任市场或其他随机方式作出决定,是非常不负责任的做法。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。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为‘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。

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

需要全本请访问 www.ertongbook.com