



行政审批制度改革 中的法律问题

王克稳
等著

Legal Problems In The Reform Of The Administrative Examination And Approval System



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果
2014年度司法部国家法治与法学理论研究立项课题
(项目编号:14SFB20010)



行政审批制度改革 中的法律问题

Legal Problems In The Reform Of The Administrative
Examination And Approval System



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政审批制度改革中的法律问题 / 王克稳等著. --
北京 : 法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2250 - 0

I. ①行… II. ①王… III. ①行政管理—体制改革—
研究—中国 IV. ①D63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 098243 号

行政审批制度改革中的法律问题

XINGZHENG SHENPI ZHIDU GAIGE ZHONG DE
FALU WENTI

王克稳 等 著

责任编辑 何海刚 金 羽
装帧设计 陈明泽

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物第一出版分社

开本 A5

印张 10.5

字数 237 千

版本 2018 年 5 月第 1 版

印次 2018 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2250 - 0

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

本书是2014年度司法部国家法治与法学理论研究立项课题《行政审批制度改革中的法律问题》的最终研究成果。

2001年行政审批制度改革在我国拉开序幕。历经十多年,行政审批制度改革虽然取得了很大的成绩,但仍面临诸多困难,这其中有些是体制层面的,有些是法律层面的,本书主要讨论法律层面的问题。

本书共分七章,讨论的主要问题集中在以下五个方面:一是行政审批的分类改革与替代性制度建设问题;二是行政审批(许可)权力清单构建中的法律问题;三是行政许可必要性的评价标准问题;四是行业协会承接行政审批(许可)职能的法律问题;五是行政审批的替代性制度建设问题。

本书的写作分工如下:

项目负责人:王克稳,负责本书的总体设计,确定本书的主要研究内容,撰写导言、第一章及第三章;

张贺棋:协助撰写第二章;

王杏:协助撰写第四章;

张兵:协助撰写第五章;

胡浩:协助撰写第六章;

连建彬:协助撰写第七章。

全书由项目负责人王克稳统稿,并负责审定主要观点和内容。

目 录

导 言 001

一、我国行政审批制度改革的缘起 001

二、对我国行政审批制度改革现状的分析与评估 004

三、法律在规制行政审批制度方面出现的问题 010

四、规制我国行政审批制度改革的思考 017

第一章 行政审批的分类改革与替代性制度建设 027

一、我国行政审批的主要类型 028

二、资源配置类行政审批制度的改革及其替代性的
制度建设 036

三、市场进入类行政审批制度的改革及其替代性的
制度建设 042

四、危害控制类行政审批制度的改革及其替代性的
制度建设 053

结 语 067

第二章 行政审批(许可)权力清单的构建 069

一、权力清单概述 070

二、行政审批权力清单的现状 074

三、构建行政审批权力清单制度的法律方式 079

四、行政审批权力清单的基本内容 086

五、对行政审批权力清单运行的法律监督 096

六、行政审批权力清单管理的常态化与法制化 102

结 语 110

第三章 行政审批(许可)权力清单构建中的法律问题 112

一、问题的提出 113

二、关于非行政许可审批的清理与规范 123

三、行政审批设定依据的合法性审查 131

四、行政审批评价机制的激活 137

结 语 146

第四章 行政许可评价制度中的必要性标准研究 148

一、行政许可评价制度概述 148

二、必要性评价概述 158

三、必要性评价的基本原则 162

四、必要性评价的基本方法——成本收益分析方法 167

五、必要性评价主要内容 175

结 语 193

第五章 行业协会承接行政审批职能的法律问题

研究 195

- 一、行政审批与行业协会自治概述 196
- 二、界分行政审批与行业协会自治的法律原则 203
- 三、行业协会可以承接行政审批职能的事项及其类型 210
- 四、行业协会可以承接行政审批职能的实例分析
——以国务院部门行政审批事项清单为样本 225
- 五、行业协会承接行政审批事项的问题及其法律规制 236
- 结 语 245

第六章 行政审批的替代性制度

——行政备案制度的构建 247

- 一、行政备案的基本理论 248
- 二、行政备案的实践——以广州模式与温州清单为例 258
- 三、行政备案制度存在的问题 272
- 四、规范备案制度的举措 276
- 结 语 282

第七章 行政审批的替代性制度

——黑名单制度研究 283

- 一、黑名单制度概述 284

二、黑名单制度的现实意义 296

三、黑名单制度的可行性 301

四、黑名单制度实施中的问题 306

五、黑名单制度的完善 313

结 语 322

参考文献 323

导 言

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源于计划经济体制下。中华人民共和国成立后,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,又将国有经济作为全民所有的实现方式,实现生产资料的全部国有化。全民所有在运行中演变成为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家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所谓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。因此,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

^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。

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。”^①简单地讲,计划管理的手段就是计划和审批。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,生产经营企业为清一色的全民所有制企业,因为国家之外的投资主体无法获得生产经营活动的准入审批,所有的企业都是为完成政府的计划而不是为市场的需求生产,所有生产资源的配置都是在政府与企业之间展开的,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,企业没有生产经营的自由,生产同一产品的企业之间不存在竞争关系,所有产品全部由政府统一定价,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的审批发生的,企业之间以及企业与消费者之间所有可能发生的横向经济联系统统被审批切断。因此,计划经济的本质是彻底消灭市场、竞争和自由,审批则是消灭自由经济活动的主要手段,以审批为中心构建的计划经济体制是一个没有市场、没有生产要素的市场价格、没有竞争、取消了一切自由的制度,这种管理体制“只给个人留下了服从的权利。指挥所有经济活动的当权者控制着人们生活 and 活动的各个方面……人们生活中没有任何一个部门的活动可以由个人依照其价值判断来决定”。^②

三十多年的计划经济虽然以失败告终,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

① 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188~189页。

② [奥地利]路德维希·冯·米塞斯著:《人的行动》(上册),余晖译,上海世纪出版集团2005年版,第257~313页。

后,这种审批管理体制也随之进入了市场,虽然计划体制下很多专业的审批管理机构被裁减了,但随之而来的是一批以发改委为代表的新的审批管理机构。在审批的事项方面,现行的审批主要有三大类型:一是资源配置类审批,在我国,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是以审批的方式配置的;二是投资与市场准人类审批,迄今为止我国的项目投资仍实行审批管理,很多经济活动的领域都存在市场准入方面的审批;三是一般经济管理类审批,譬如城市建设规划、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。由于大量的审批密集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,这种以消灭市场、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了激烈的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,而我国的土地、能源、交通、金融等大量的要素资源现今仍为国家垄断或控制,使得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,而我国广泛存在的投资与项目审批、准入审批、经营活动审批、经济结社审批等无一不是对市场自由的限制,而不“消除那些阻碍人们达成交易或者进入市场的任何特权”,^①市场的自由就无法保障。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

① [奥地利]路德维希·冯·米塞斯著:《人的行动》(上册),余晖译,上海世纪出版集团2005年版,第301页。

务而取胜,而买者则以支付更高价格来获得胜利”。^① 但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”。^② 而所有有关市场准入的审批都是对市场竞争的妨碍。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无一不是对价值规律的破坏。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了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。

为了消除旧有的审批制度对新体制的干扰,自 20 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”。^③ 与改革目标相呼应,行政审批制度的改革内容围绕下列几方面展开:一是取消

① [奥地利]路德维希·冯·米塞斯著:《人的行动》(上册),余晖译,上海世纪出版集团 2005 年版,第 301 页。

② 同上。

③ 《国务院召开行政审批制度改革工作会》,载《法制日报》2001 年 10 月 25 日。

审批。对于市场竞争机制能够有效调节的事项、中介组织、行业组织可以自律解决的事项以及通过事后监管等其他的监管手段可以解决的事项,废止事前的审批。二是放松审批。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,譬如将审批改为核准、将核准改为备案,^①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。三是规范审批。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。四是创新审批。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:首先,行政审批项目的不断削减促进了市场的开放,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得民营企业、民营资本得以进入众多的生产经营领域,由此推动了我国市场经济的快速发展。^②其

① 在改革之初,国务院审改办根据审批管制的严厉程度以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《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。

② 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》,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项行政审批事项以及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等。

次,行政审批方式的改革、行政审批权力的下放使得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。再次,国有资源配置正逐步市场化。我国自然资源、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、拍卖等市场化的出让手段所替代,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的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进行统一的交易,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的形式^①规范公共资源的统一交易。最后,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21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”。^②现在,行政审批权的相对集中已成为各地方政府普遍的做法。近年来,广州市、宁波市则通过并联审批、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。

① 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)》。

② 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》。

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。

在传统公有制的推动下,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被国家垄断,譬如我国的石油行业,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,这中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。就是在民营化程度比较高的市政公用事业领域,有的地方政府引入民间资本的初衷也并非是为了市场的开放,其真正的目的有二:一是为了甩包袱,因为政府经营下的这些行业多是微利甚至亏损的行业;二是为了解决资金短缺问题,解决资金短缺是中国地方政府响应中央改革要求的根本动机。因此,谁的出价高,特许经营权就给谁,这就出现很多地方在出让公用事业项目特许经营权时,往往以高出政府最初审定的出让价几倍的价格成交的现象。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业务(《中华人民共和国邮政法》第5条)、烟草业的烟草专卖(《中华人民共和国烟草专卖法》第3条)等方面,也就是说,大部分的经营领域立法上并未禁止民间资本与民营企业的进入,阻挡民间资本或民营企业进入的重要因素就是准入审批。

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、药品等特定行业的营业、污染物排放以及那些需要具备专业技能特定行业的执业等。以美国为例,美国涉及行政许可的事项主要有两类:一类是经济事务方面的许可事项,主要是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;另一类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(如不安全的产品、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。^① 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”。^② 但我国目前大量的行政审批仍密集集中在企业日常的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

① 参见汪永清主编:《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305~309页。

② [美]丹尼尔·F.史普博著:《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。