

ZHIYE ZIGE XUKE FALV ZHIDU YANJIU

职业资格许可法律 制度研究

吕尚敏 著



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

PERFORMANCE

职业资格许可法律制度研究

吕尚敏 著



浙江工商大学出版社 | 杭州
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

职业资格许可法律制度研究 / 吕尚敏著. — 杭州 :
浙江工商大学出版社, 2019.4
ISBN 978-7-5178-3051-1

I. ①职… II. ①吕… III. ①专业技术人员—资格认
证—法律—研究—中国 IV. ①D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 260835 号

职业资格许可法律制度研究

ZHIYE ZIGE XUKE FALV ZHIDU YANJIU

吕尚敏 著

-
- | | |
|------|--|
| 责任编辑 | 任晓燕 |
| 封面设计 | 林朦朦 |
| 责任印制 | 包建辉 |
| 出版发行 | 浙江工商大学出版社
(杭州市教工路 198 号 邮政编码 310012)
(E-mail: zjgsupress@163.com)
(网址: http://www.zjgsupress.com)
电话: 0571-88904980, 88831806(传真) |
| 排 版 | 杭州朝曦图文设计有限公司 |
| 印 刷 | 杭州五象印务有限公司 |
| 开 本 | 880mm×1230mm 1/32 |
| 印 张 | 6.5 |
| 字 数 | 138 千 |
| 版 次 | 2019 年 4 月第 1 版 2019 年 4 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5178-3051-1 |
| 定 价 | 28.00 元 |
-

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江工商大学出版社营销部邮购电话 0571-88904970

吕尚敏

浙江临海人，法学博士。现为浙江工商大学法学院副教授，硕士生导师。先后毕业于浙江大学、苏州大学，英国班戈大学（Bangor University）访问学者。研究方向为行政执法原理与实践、行政诉讼法律制度。曾在核心期刊发表《行政程序法典的结构选择》《论宪法规定中的程序性条款》等论文十余篇。出版专著《行政执法人员的行动逻辑》（中国法制出版社 2012 年版）。

基金资助：
教育部人文社会科学研究规划基金项目
“职业资格许可的范围与条件研究”
(项目批准号：15YJA820017)

目录

导 记 / 001

第一章 背景:职业资格的清理过程 / 003

第一节 职业资格的清理:何以必要 / 003

第二节 职业资格的清理内容 / 007

第三节 职业资格的清理过程 / 010

第二章 案例视角下的职业资格:问题管窥 / 013

第一节 申请职业资格争议 / 014

第二节 职业资格管理中的争议 / 021

第三节 职业资格效力争议 / 027

第三章 职业资格许可的范围 / 033

第一节 职业资格清理遗留的问题 / 033

第二节 职业资格许可的设定标准 / 036

第三节 防止“水平评价类”异化为“准入类”职业资格 / 041

第四章	职业资格许可的条件 / 048
第一节	职业资格许可条件的立法考察 / 048
第二节	技能类条件的设定 / 087
第三节	品行类条件的设定 / 093
第四节	禁止类条件的设定 / 096

第五章	职业资格许可的设定 / 103
第一节	职业资格许可的设定依据 / 103
第二节	职业资格许可的设定内容 / 111
第三节	职业资格许可的设定程序 / 120

第六章	职业资格与执业资格的分离与衔接 / 126
第一节	不同模式的职业资格许可 / 126
第二节	职业资格两种许可模式的比较 / 129
第三节	职业资格许可条件的审查时间 / 131
第四节	职业资格的重新取得制度 / 135

附 录	【附表一】 职业资格清理规范第一批保留目录 / 139
	【附表二】 历次被废止的职业资格目录(共8批) / 144
	【附表三】 职业资格保留目录(2016) / 154
	【附表四】 职业资格保留目录(2017) / 165

后 记	/ 199
------------	--------------

导 论

教师资格、医师资格、建造师资格……,我们在社会生活中常常与各种职业资格不期而遇。就学理上而言,职业资格是指公民在从事特定职业前,依法应具备某种特定的学识、技能和品行等条件,并由行政机关对此条件予以确认或直接赋予其行为权利之资格。狭义的职业资格则仅限于其中的行政许可类行为,其本质上属于公民依据公法所获得的一种权利能力。从法律功能来看,我国当下的职业资格实际上表现为以下三种具体形态:

一是准入类的职业资格,具有行政许可的性质。如教师资格、法律职业资格、医师资格、注册会计师资格等。

二是指特定的资格等级。如副主任医师资格、一级律师资格等。这类职业资格不具有行政许可性质,只是一定的技术等级的证明。这类职业资格通常以取得资格许可为前提。如副主任医师资格须以获得医师资格为前提。

三是职业水平评价类的职业资格。如翻译专业资格、消防和应急救援人员资格等。这类职业资格通常由行业协会组织实施,不具有行政许可性质。但需要注意的是,该类职业资格无须以取得资格许可为前提。

除了功能各异外,职业资格这一名词在实践中的表述方式亦多种多样,常见的有“职业资格”(如法律职业资格、新闻记者职业资格等)、“执业资格”(如护士执业资格)以及“从业资格”(如会计从业资格)。^①此外,按照人力资源和社会保障部的清理标准,职业资格在实践中还被区分为“专业技术人员”的职业资格和“技能人员”的职业资格。此类划分仅体现了管理对象上的差异,从法律角度看,几无实质意义。名称表述和类型划分上的混乱,某种程度上反映了我国当下职业资格制度在功能定位、设定范围、资格类型上的认识模糊以及设定的随意性。

本书重点在于研究准入类(行政许可类)职业资格。但在研究这一问题时,势必也会牵涉到其与另外两类职业资格的关系问题。从研究方法上看,本书立足于对现有立法规范和司法案例的梳理,并从这些梳理中管窥我国当下职业资格在制度设计上的诸多不足。期待在此基础上,能够对我国职业资格制度走向“良法之治”有所助益。

^① 吕忠民:《职业资格制度概论》,中国人事出版社2011年版,第7页。

第一章 背景:职业资格的清理过程

第一节 职业资格的清理:何以必要

一、职业资格的泛滥

据统计,截至2013年底,国务院各部门共设置各类职业资格618项,其中专业技术人员职业资格219项,技能人员职业资格399项。同时,各地自行设置的有1875项,其中技术人员职业资格389项,技能人员职业资格1486项。换言之,全国大概有各类职业资格近2500项。^①这些职业资格中,既有准入类的,也有水平评价类的。不过,即使名为水平评价类的职业资格,由于其通常由国家部委或全国性的行业协会设置,带有垄断性质,故在实践中亦常常成为或明或暗的准入许可。

自2007年以来,国务院对职业资格事项进行了大规模的清理。2007年12月31日,国务院办公厅下发了《关于清理规范各类职业资格相关活动的通知》(国办发[2007]73号)。自此展

^① 王尔德:《人社部:96%地方职业资格应取消》,载《21世纪经济报道》2015年6月10日。

开了历时十年的职业资格清理工作。至 2017 年 10 月,职业资格清理工作基本完成。

二、职业资格的积弊

职业资格的泛滥给社会管理带来了明显的消极后果。我们暂且抛开这些职业资格是否真能达到管制目的不谈,仅就职业资格制度的“显性后果”而言,其多年积弊亦日益凸显。

首先,它限制了劳动者的职业自由。有人或许会认为职业资格只是针对少数人,但是对少数人的正当权利进行限制也可能构成多数人的暴力。并且试想如果我国近 2500 项职业资格都构成或明或暗的职业许可,那么受其影响的就绝不是少数人,而是几乎涉及每一个职业门类。^①

其次,它提高了劳动者的从业成本。劳动者为了从事某一种职业,就不得不投入巨大的人力、资金和时间成本去考取职业资格。我国近年来“考证热”的形成就足以证明这一点。有些资格考试通过率十分低,从业者为了通过这一考试不得不年复一年地投入资金与时间。^②

再次,它形成了职业垄断,职业资格的泛滥使得许多领域滋生了“买证卖证”的现象,从而使得职业资格的管制功能几乎丧失殆尽。国务院办公厅的“国办发〔2007〕73 号”文件将职业资

① 我国 2015 年版的《职业分类大典》将职业种类分为 8 个大类、75 个中类、434 个小类,共 1481 个职业。若就此而言,我国当下近 2500 种职业资格几乎涵盖了所有的职业门类,可见其影响之广泛。

② 关于职业资格的经济成本及效益的分析,美国学者莫里斯·克莱纳有非常详尽的阐述。参见 Morris M. Kleiner; *Licensing occupations: ensuring quality or restricting competition?* Kalamazoo, Michigan: W. E. Upjohn Institute, 2006。

格制度的弊端概括为“考试太乱、证书太滥；有的部门、地方和机构随意设置职业资格，名目繁多、重复交叉；有些机构和个人以职业资格为名随意举办考试、培训、认证活动，乱收费、滥发证，甚至假冒权威机关名义组织所谓职业资格考试并颁发证书；一些机构擅自承办境外职业资格的考试发证活动，高额收费等”。

最后，它形成了一个巨大的利益市场。职业资格考试的主管部门、组织者（如行业协会、企业）、持证者、培训者等都参与了利益分享。但是，这一市场却与职业资格的设定目的几乎没有任何瓜葛。因此，有学者认为，“在公共选择理论的视野中，职业许可是规制俘获、政治屈从或不计代价率性而为的结果。”^①

三、积弊之成因

（一）行政机关习惯于“管制型”的社会管理模式

管制不仅意味着一种权力，也意味着一种对社会进行有效管理的方式。许可证管理成为一种最简便且常常也能产生一定效益的社会管理模式。职业资格的大规模存在甚至于形成滥设之风，固然有部门、行业利益的因素作祟，但不可否认，它与人们对于职业资格的“功能崇拜”是密不可分的。尽管职业资格管制的实效性从未获得可量化的检验，但人们普遍相信：国家对于某些职业保持准入门槛，将有利于控制、降低该职业给社会公众带来的潜在风险。首先，政府通过组织资格考试，可以确保该职业的从业人员具备较好的职业技能。其次，政府比市场主体更能

^① 高景芳、刘竞涛：《论职业许可制度的成因——一个公共选择理论的视角》，载《河北学刊》2014年第4期。

全面地掌握从业者的品行、诚信等职业信息,因而其判断也更具有权威性。此外,职业资格制度使得政府可以随时通过“许可—处罚”相结合的手段,限制或者排除不合格者继续从事该职业。故而,职业资格制度成为政府控制某种职业固有风险的“调节阀”。人们普遍认为,“在职业市场失灵时,政府应代表国家对职业行为的负外部性和职业市场的信息不对称进行规制,以提高职业市场运行的效率”。^①

(二) 垄断性利益共享机制的形成

在职业资格管制中,行政机关、行业协会及已获职业资格的人员形成了一种天然性的垄断利益。对于行政机关而言,职业资格许可制度的存在不仅使得该领域成了其“权力范围”,可借机形成一支规模不小的管制人员队伍以壮大其权力范围,同时借助于行业协会与每年庞大的报考人员队伍,行政机关还可以坐享其利益分成。对于行业协会而言,职业资格领域的培训、组织考试等是其庞大的利益市场,对其具有非常大的诱惑力。而对于已获得职业资格的人员而言,其“资格”就意味着一种垄断性的、“门槛内”的利益获得机制。许多职业资格考试因其难度较大反而可使通过考试的人员获得巨大的收益。不少职业资格获得者甚至运用“挂证”的手段坐享利益。

(三) 法律法规的不完备使得职业资格的弊端被放大

我国《行政许可法》第12条明确规定:“提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业,需要确定具备特殊信誉、特殊

^① 高景芳、刘竞涛:《论职业许可制度的成因——一个公共选择理论的视角》,载《河北学刊》2014年第4期。

条件或者特殊技能等资格、资质的事项可以设定行政许可。”这一“纯粹授权式”的条款为我国各种许可类的职业资格提供了合法性基础。《劳动法》第69条则规定,“国家确定职业分类,对规定的职业制定职业技能标准,实行职业资格证书制度”。《职业教育法》第8条也规定,“职业教育实行学历证书、培训证书和职业资格证书制度”。《行政许可法》《劳动法》和《职业教育法》三个法律的连续衔接,完成了从一般法到特别法的延伸,从而构成了我国职业资格合法性的规范基础。^①但是,对于职业资格的限制性规定,例如其设立对象、设立范围、设立条件等的限制则几乎不存在或无实际价值,从而使得职业资格的数量泛滥且其弊端日益凸显。

第二节 职业资格的清理内容

一、职业资格的设置

广义的职业资格分为职业准入类(行政许可)与职业水平评价类两种。按照国务院文件的规定,职业资格的设置应当在职业分类的基础上统一规划、规范设置。从理论上而言,对于涉及公共安全、人身健康、人民生命财产安全等特定职业(工种),应当依

^① 在职业资格清理以前,我国的许多职业资格都是以各部委颁发的一般行政规范性文件为依据,或者是以行业协会发布的文件为依据甚至无任何依据,只有小部分是法律、法规或规章作为依据。而根据我国《行政许可法》的规定,部门规章并无创设行政许可的权力。然而,职业资格中准入类(许可类)与水平评价类的混同,为各种职业资格的长期存在提供了合法的外衣。

据有关法律、行政法规或国务院决定设置行政许可类职业资格；对于社会通用性强、专业性强、技能要求高的职业(工种)，根据经济社会发展需要，则可以由行政机关会同相关行业协会制订职业标准，建立能力水平评价制度(非许可类职业资格)。从实践情况来看，职业资格的设置问题是清理工作中最为艰巨的一项任务。

按照国务院通知文件的规定，对重复交叉设置的职业资格应当逐步进行归并。对涉及在我国境内开展的境外各类职业资格相关活动，由国务院人力资源和社会保障部门会同有关部门制订专门管理办法。实际上，近年来国外相关机构(主要是非政府机构)也在我国开展了大量的职业资格考试活动。如CFA(特许金融分析师)、ACCA(特许公认会计师公会)资格考试等。国外这些职业资格的引进虽然也带来了一些管理上的问题，但从制度借鉴的角度来看，它对于规范我国职业资格的管理可以提供许多有益的启示。

二、职业资格的考试及证书管理

按照国务院的清理要求，组织实施职业资格考试、鉴定活动应与举办单位(机构)的性质和职能一致，不得使用含义模糊的名称或假借行政机关名义开展考试、鉴定活动。在本次清理规范工作中不予保留的职业资格的相关考试、鉴定活动要立即停止。不过从实际执行情况来看，多年形成的职业资格考试及其附生的利益市场若要立即终止又谈何容易。

关于职业资格证书的印制、发放，国务院要求完善各类职业资格证书印制、发放和管理等工作环节的程序和办法，严格规范证书样式和“中国”“中华人民共和国”“国家”“职业资格”等字样

和国徽标志的使用。严厉打击违规违法印制、滥发证书等活动。从今后的管理来看,尤其应当禁止“职业资格”一词在非政府机关颁发的所谓资格证书中的使用。

同时,改革完善职业资格证书制度。根据职称制度改革的总体要求,将专业技术人员职业资格纳入职称制度框架,构建面向全社会、符合各类专业技术人员特点的人才评价体系。此外,还应做好技能人员职业资格制度与工人技术等级考核制度的衔接工作,建立健全面向全体技能劳动者的多元评价机制,逐步形成统一规划、规范设置、分类管理、有序实施、严格监管的职业资格管理机制。不过从目前来看,职业资格制度与职称制度、工人技术等级考核制度的衔接方面仍存在较多问题。

三、职业资格的培训与收费

国务院的通知要求严禁强制开展考前培训以及以考试为名推行培训的行为。举办职业资格考试的单位和机构,一律不得组织与考试相关的培训。对超越职能范围或不按办学许可证规定乱办培训的要予以查处,对在培训活动中做虚假宣传和忽视培训质量的要予以纠正。实际上,考试与培训永远是紧密相连的。与其说是要禁止培训,不如说是要规范培训行为。对于职业资格考试,应当实行“考培分离”制度,禁止考试机构举办培训。对于社会组织开展的培训行为,则应建立相应的管理制度予以规范。

此外,对于职业资格考试中的收费行为亦应予以规范。各类职业资格考试、鉴定等有关收费,应符合国家和地方的相关收费政策。国家机关组织、实施各类职业资格考试,不得以营利为目的。但是,对于社会培训机构的培训行为,则应当允许其在符

合政策指导性规定的前提下收费。

第三节 职业资格的清理过程

国务院“国办发〔2007〕73号”通知要求职业资格清理工作应于2008年4月30日前完成。不过,这一设想未免太过于乐观。从实际情况来看,这一工作在时隔十年后即2017年才算基本完成。

回顾这一清理过程,或许有助于我们管窥职业资格存废的基本逻辑及其遗留尚待解决的诸多疑难问题。

一、摸索阶段

这一阶段的基本内容是:自2007年开始清理,直至2012年5月11日公告保留265项职业资格。

2012年5月11日,人力资源和社会保障部(下称“人社部”)经国务院同意发布公告。纳入第一批公告保留的职业资格有265项,其中准入类职业资格36项(参见附表一)。

需要说明的是,此次公告保留的清理目录虽然名为“第一批”,但实际上此后紧接着8批公告的都是“取消(废止)”的目录,而非保留事项的目录。只是在连续8次公告取消的目录后,才又再次公布了保留事项的目录(2016年12月和2017年10月)。此后两次公布的“保留”事项的目录都是在前一次基础上进行调整与修正,而非增加。因此,2012年5月11日公布第一批保留的目录实际上并未有后续的批次增加。

这一过程也表明,主管部门在第一次清理公告保留的目录后,实际上发现了简单地确认“保留”事项并逐批增加并不能达