

中国社会科学院研究生院 编

法学前沿 名家谈

中国政法大学出版社

法学前沿名家谈

主讲人：周汉华 梁慧星
陈泽宪 陈 甦
张志铭 信春鹰

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学前沿名家谈/中国社会科学院研究生院编. —北京:中国政法大学出版社, 2005.12

ISBN 7-5620-2842-7

I.法... II.中... III.法学-研究 IV.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 158954 号

书 名 法学前沿名家谈

出 版 人 李传敦

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 8.125

字 数 125 千字

版 本 2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2842-7/D·2802

定 价 20.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 z5620@263.net

网 址 <http://www.cuppress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

中国社会科学院有六个大学科组，相应在研究生院开设了六大学科的“前沿讲座”。“法学前沿讲座”是其中之一。主讲人都是法学各专业的知名学者，讲题都是当时立法、司法和理论研究中的重大热点问题。

本书收录了法学前沿讲座的六篇讲稿。著名法理学者信春鹰教授，现任全国人大常委会专职常委、法制工作委员会副主任，参与了宪法第四次修正案起草、修改、审议、通过的全过程。她在讲座中对宪法第四次修正案的分析，自有其独特的视角，使听众能够准确理解宪法修正案所体现的治国理念的进步，并期盼中国宪政的光明未来。著名刑法学者陈泽宪教授关于《〈公民权利与政治权利国际公约〉的批准：国内法制改革面临的挑战》的讲座，将公

2 序

约所涉及的与刑事法制关系密切的几项权利横向展开，比较其在国内的现状和国际上的一般做法，对同学们深具启发。著名法理学者张志铭教授的讲座《中国社会的转型和律师业的发展》，着重分析了社会转型、法治进程和律师业的发展三者间的逻辑关联，指出律师在现代法治社会中具有双重的宪政功能：制约公权，防止公共权力的专横滥用及对民主的侵害；以其合法理性遏制民众的偏激，以免民主和民权的变质。其见解之独到，令人耳目一新。著名行政法学者周汉华教授在《〈行政许可法〉中的几大问题》中，重点介绍了《行政许可法》制定的历史背景和值得关注的亮点。深入浅出、说理透辟。陈甦教授就《公司法》修改中的若干重大问题所作的讲座，不仅现实性强，而且充满了学术理性。笔者也应邀作了题为《宪法修正案对非公有制经济和私有财产的规定》的讲座，从民法学者的视角着重分析了修正后的《宪法》第11条、第13条规定的利弊得失。六位主讲人的六篇讲稿，主题不同，角度不同，风格不同，但追求社会正义和法治民主的

赤子之心相同，因此获得参与讲座的同学们一致认可。

本书的出版，得到中国政法大学出版社的鼎力支持，谨向出版社领导和为本书的出版付出辛勤劳动的编辑同志表示真诚的谢意。

中国社会科学院法学研究所

中国社会科学院研究生院

梁慧星

2005 年 12 月

目 录

1	序
1	《行政许可法》中的几大问题/周汉华
26	宪法修正案对非公有制经济和私有财产的规定/梁 慧星
91	《公民权利与政治权利国际公约》的批准：国内法 制改革面临的挑战/陈泽宪
131	关于《公司法》修改的若干问题/陈 甦
179	中国社会的转型和律师业的发展/张志铭
211	宪法第四修正案的内容及意义/信春鹰
244	后记

《行政许可法》中的几大问题

主讲人：周汉华 教授

评论人：冯 军 教授

时 间：2004 年 3 月 9 日

地 点：中国社会科学院研究生院

冯 军：大家上午好！本次学术讲演的主讲人是中国社会科学院法学研究所宪法行政法研究室主任、博士生导师周汉华教授。周教授是我国有影响的中青年法学家之一，他今天讲演的题目是“《行政许可法》中的几大问题”。大家知道，今年的7月1日，我国一部非常重要的行政法律——《行政许可法》就要施行了，这不仅是我国行政法治建设的一个里程碑，也是我国法治进程中的一件大事。这部法律尚未实施即已在全国范围内引起广泛关注，公众普遍给予好评并寄予很高期望，相信在座各位对《行政许可法》也是“兴趣盎然”，有很多的思考，可能还带来了一些问题。周教授对行政许可问题素有研究，亲身

2 法学前沿名家谈

经历了《行政许可法》起草过程，同时还参加了国务院行政审批领导小组的有关工作，他是我国研究《行政许可法》的权威人士之一，大家从他的讲演中一定能够收获到很多东西。下面，让我们以热烈的掌声欢迎周汉华教授开始他的学术讲演。

周汉华：首先感谢冯军教授今天来和我们一起探讨《行政许可法》的相关问题。大家知道《行政许可法》在中国的行政法制中以及新一届法治政府进程的浪潮中开创了许多先例。大家不管是不是学法律的，都会知道今年7月1号，就要实施《行政许可法》。为了实施《行政许可法》国务院专门召集省部级的主要领导在北京开会。在中国的立法当中，为了部法律的实施提前五六个月把主要的省部级领导召集过来开会，最后还办培训班，这在中国的法律中还是第一次，以前没有一部法律的实施这样布置过。另外，现在各地和各部委都在紧锣密鼓地为实施《行政许可法》进行工作、布署。因为《行政许可法》有很多规定，一到7月1号之后，就会对行政机关产生重大影响。所以我们也是经常到地方和各个部委给他们讲课。

有一个说法说是1997年香港回归时，很多香港

人说7月1号是“九七大限”。我们《行政许可法》的实施也是7月1号。这对政府机关来说也是一个大限，因为政府机关非常紧张，不知道许可法会给它们带来多大的影响。因为中国许多的许可事项是部委一级设立的，那么许可法实施后，这些许可就失去了法律根据，都要被撤销。国务院准备在3月底就要公布第三批取消和调整的行政审批项目，5月底以前公布需保留的行政许可项目，到底哪些许可要放进这一个目录的工作也在紧张地进行。这也是在我国法治建设中一道难得一见的风景。

另外一个是对这部法律的审议。大家知道我们的《立法法》规定一般的法律审议是通过三次审议，但是《行政许可法》的审议却经过了两届人大四次审议。中国的立法有一个不成文的惯例，就是说只要是国务院常务会议讨论过的，定下的稿子，也就是国务院起草，总理定了的，一般是不能做大的变化的。但《行政许可法》就打破了这个惯例，在常委会审议阶段又做了许多改变。许可法就是由国务院法制办起草，国务院常务会议讨论通过的。我们现在探讨许可法应该说还是有比较大的意义的，尤其是它对中国法制建设的推动作用具有惊人的意义。最近国务院会通过全面推进依法行政实施纲要，大家可以从这些变化

中可以感受到中国政府治理方式的一些变化，可以捕捉到一些信息。

由于许可法的内容非常的多，影响也非常的广，所以在这有限的时间里不可能把所有的问题都讲到。在这里我主要和大家交流三个问题。一是《行政许可法》制定的历史背景；二是《行政许可法》到底有哪些亮点值得我们去关注；三是有关《行政许可法》的实施问题。

一、《行政许可法》的制定背景问题

《行政许可法》的制定背景的确是一个很有趣的问题。大家知道，一旦讲到依法行政，讲到法治政府，可能就会注意到温家宝总理的政府工作报告。以前的政府工作报告一般上包括两块，一是去年工作的总结；一是明年的工作安排。但今年政府工作报告很大一个不一样是，专门有一部分讲政府自身建设，而且讲的非常全面、深入。大家还看到，温家宝总理到一些代表团或政协的小组会上参加讨论，讲的最多是对权力的监督、依法行政、法治政府。从此我们可以感受到《行政许可法》非常的热，在政府工作中非常重要。

大家知道中国是一个二元社会。二元社会不仅包

括城乡的对立和反差，还包括一方面大家感到欢欣鼓舞，另一方面好像没有感到那么欢欣鼓舞似的许多情形。政治和经济，东部和西部，经济改革和政治改革，企业改革推动的非常快，而事业改革——包括我们社科院——却非常的滞后，也包括穷困与富裕的反差，包括物质上比较富裕而精神上却比较匮乏，也就是说，我们这个社会是一个反差非常大的社会，《行政许可法》的制定反映了这种对立与反差。如果你从国外的角度或作为国外领导人来看中国的法治建设的话，你会接受政府的观点，感觉到中国的法治还是挺有希望的。但如果跳出这个领域多看一点别的领域，你可能会说，步子怎么还不够快，二元对立怎么还这么严重呢？比如经济改革进展到这个样子，而政治改革却没有太大的进展？《行政许可法》的制定正是在这个转型时期，在这个特定的对立、冲突、反差的背景之下制定出来的。

实际上这一历史背景就决定了《行政许可法》它本身内在的特点和规律。那么《行政许可法》所提的对立、究竟是哪些呢？我想有三对对立非常重要：

（一）对外开放和内部改革的双重拉动

因为大家知道《行政许可法》的起草和中央一级

的行政审批的改革都是从2001年的下半年开始的，因为中国要入世这样一个外部的需要。世贸法的一个基本的要求是政府符合市场经济的规律。而行政许可、行政审批则是由政府权力来配置资源，与市场经济的基本原理是背道而驰的。现在基本上所有的事情都要由政府来批准，比如说大家毕业就要盖几十章，它就反映了一种传统的管理方式。加入世贸的冲击是《行政许可法》制定的外因。

那么内部的原因是什么呢？内部原因就是存在较为严重的腐败现象。大家知道去年有13个省部级的高官被揪了出来，2001年前后的情况也是这样的。大家都知道深圳康赛集团在湖北的上市指标案，因为上市指标各地倒了一批体改办的主任，因为体改办拥有上市指标，很多腐败的案例都是和审批权联系在一起的。那么内部改革怎么样从源头上治理腐败？那就必须从审批权这一权力开始。中国的改革实际上有一个渐进的过程，一开始是从企业的改革，从一般的可竞争性领域的企业，到再扩展到传统的垄断行业。现在垄断行业的改革如电力、电信已初具规模了，铁路行业也快要开始了。然后是事业单位改革，现在事业单位改革已经开始。十六届三中全会也提出了要改变政事不分的情况——原来仅仅提政企不分。那么事业

单位的改革结束之后是行政机构的改革,《行政许可法》实际上就是政府自身的改革。市场化改革之后,政府在许多方面已经阻碍了市场经济的发展,所以就需要通过一个法来调整政府和市场的关系,规范政府的行为。这就是第一对反差,对外开放和内部改革的需要。

(二) 另外一种反差是自上而下的强制推广式的改革和自下而上的渐进式的改革

中央政府从 2001 年下半年起开始全面推动行政审批制度改革,进行《行政许可法》的起草,而地方的工作着手要早的多,包括像深圳这些地方。实际上外商的要求很简单,就是感觉审批太多了,太繁杂了,就不愿来投资了,所以像深圳以及江浙一带从 20 世纪 90 年代末就开始行政审批制度的改革了。在中央政府开始审批改革之前很多地方就已经完成了一轮改革,这就是一种自下而上的改革。

中国的事情往往是自下而上和自上而下的双重改革。国务院已经宣布废止了两批行政审批项目,马上就要进行第三批,第三批完了之后,马上就要审批制度的执法。

那么这种双重拉动就造就《行政许可法》某些制度的品格。比如说有些改革的举措完全是从地方的做

法吸收和归纳上来的。例如，看到北京市工商局有好经验：一家承办，转告相关，限时完成，就把它吸收到许可法的草案中来了。因为它是自下而上的，因而生命力是比较强的，它适应了市场经济的内在需要。当然有些改革是通过许可法自上而下推行，但这种自上而下的改革可能导致这些条文很漂亮，但可能很难实行，落到实处。

（三）那么第三个反差是理论探索和实践发展的突破

为什么会出现《行政许可法》，我们会想到实践中政府行为不规范的情况非常严重。我们经常讲到的是三乱现象：乱收费、乱罚款、乱摊派。其中的乱罚款已经通过《行政处罚法》加以解决。还有一个乱收费、乱摊派的问题。经常会有人问：为什么没想到先制定收费法，政府摊派法，而先想到了制定《行政许可法》？应当说许可法的通过，学术界起到了重大的推动作用，中国在制定了《行政处罚法》之后，在行政法学界的推动之下，全国人大法工委就开始着手起草许可法，从那时开始，行政法学界就开始了理论上的探索。

《行政许可法》制定还有实践需要的推动，那就是实践中政府权力过大，审批过多所造成的低效率，

这种对于许可法内在的需要是有生命力的。理论推动有助于制度创新，借鉴国外的先进经验，但是光有理论是不够的。

可以说，上述三对反差决定了许可法的品格所在。许可法产生的背景决定了它一方面具有顽强的生命力，有光辉的前途，但也必然会面临很多困境。

二、《行政许可法》的几大亮点

应当说许可法有很多亮点，国内外对它的评价是非常高的，包括全国人大常委会法工委，虽然他们起草的草案被国务院拿了过去，他们觉得本应由全国人大来起草，但后来跟法工委的同志交流，他们说国务院起草的确实要比我们的好。可以说这是非常不容易的。

大家都说许可法的亮点非常多，那么它主要有哪些呢？我认为有以下几点：

（一）到底哪些事项可以设立行政许可，哪些事项不设行政许可

也就是说政府和市场的关系中，政府什么时候应该干预，什么时候不应该干预。学经济学的同学可能很清楚，政府和市场的关系说起来简单，政府该做的由政府来做，不该做的就应当交给市场，一句话就解

决了问题。但是要具体划分清楚在理论上是非常难的，这主要是管制经济学研究的问题。它提出了一些基本的原则，比如说公共产品政府该做。这些说起来很容易，从亚当·斯密就提出了这些原理。但在实践中是非常难把握的。比如说大家可能很熟悉的一个例子，郑州市的“馒头办”该不该设？有人说“馒头办”不应该设，但又有一些人说“馒头办”应该设。因为馒头是人们一日三餐必不可少的，如果不设造成人们生命财产安全问题怎么办？还有北京对于模特也要设许可，也就是说模特也要经过考试，考试通过之后才能做模特。有人说模特怎么也要由政府许可？但也有人认为，模特也得有一定文化素养，否则走在T形台上有伤风化。还有一个是保姆也要设许可，也要有上岗证。有人说保姆不用设许可，但马上有人说保姆尤其是小丫头，什么也不会，抱着小孩在阳台上玩，结果孩子从阳台上掉下去了，这不设许可行吗？

所以说，设不设许可说起来容易，但做起来很难。因此，在审查一项许可时，到底应不应该设，都很难说有绝对的标准，尤其是涉及安全领域，在实践中大量的许可该不该设的标准很不好用。许可法制定过程中，对于哪些该设，哪些不该设也是反复讨论。开始是列举了十几项。后来大家发现每一种列举都是