

法学论丛



宪法行政法系列

行政许可法的 理论与制度解读

◆ 应松年 杨解君 主编

北京大学出版社



法学论丛

宪法行政法系列

行政许可法的 理论与制度解读

主 编 应松年 杨解君

副主编 肖泽晟 顾大松

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

孙 隽 应松年 汪自成

杨解君 肖泽晟 张治宇

顾大松 虞青松

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政许可法的理论与制度解读/应松年,杨解君主编.—北京:北京大学出版社,2004.1

(法学论丛.宪法行政法系列)

ISBN 7-301-06750-X

I. 行… II. ①应… ②杨… III. 行政许可法-法的理论
IV. D912.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 105603 号

书 名: 行政许可法的理论与制度解读

著作责任者: 应松年 杨解君 主编

责任编辑: 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-06750-X/D·0802

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 11.5 印张 330 千字

2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 22.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

目 录

第一部分 理论与探索

第一章 行政许可的立法沿革	(1)
第一节 行政许可的利弊分析	(2)
第二节 国外行政许可概况	(15)
第三节 我国行政许可的历史溯源	(23)
第四节 行政许可的现状描述	(29)
第五节 行政许可的立法选择	(44)
第二章 行政许可的一般原理	(54)
第一节 行政许可之缘起	(54)
第二节 行政许可之界分与识别	(61)
第三节 行政许可之性质	(83)
第四节 行政许可之原则	(90)
第五节 行政许可之类型	(111)
第六节 行政许可之条件与标准	(129)
第七节 行政许可之效力	(138)
第三章 行政许可法的立法创举与局限	(147)
第一节 进步与创举	(147)
第二节 局限与缺憾	(157)

第二部分 规则与应用

第四章 行政许可的设定	(164)
第一节 行政许可的设定状况	(165)
第二节 行政许可的设定原则与程序	(177)

第五章 行政许可实施主体·····	(194)
第一节 行政许可实施主体概念与种类·····	(194)
第二节 行政许可权的行使·····	(204)
第六章 行政许可的实施:一般程序 ·····	(218)
第一节 行政许可的申请与受理·····	(218)
第二节 行政许可的审查与决定·····	(226)
第三节 行政许可的期限·····	(234)
第四节 行政许可的听证·····	(239)
第七章 行政许可的实施:特别规定 ·····	(252)
第一节 行政许可程序的适用规定·····	(252)
第二节 行政许可的特殊程序·····	(255)
第八章 行政许可的监督与监管·····	(265)
第一节 对行政许可的监督·····	(265)
第二节 对被许可活动的监管·····	(275)
第九章 行政许可中的法律责任·····	(285)
第一节 违法设定与实施的法律责任·····	(285)
第二节 行政相对人的违法责任·····	(300)
第三节 行政许可补偿责任·····	(303)
第十章 《行政许可法》背景下的事例分析·····	(310)
附录 《中华人民共和国行政许可法》·····	(350)
后记·····	(363)

第一部分 理论与探索

第一章 行政许可的立法沿革

许可行为的生存空间很大,既有政治、经济、社会和管理领域的许可,又有法律领域的许可。在法律上,许可行为十分常见,公私法领域均随处可见其踪影。即使在刑事司法领域中,司法机关也可以根据具体情况作出某些许可,如许可会见犯罪嫌疑人、许可取保候审等。不过,作为一种正式而独立的法律制度,主要表现为民事许可和行政许可。其中,民事许可为民事权利让渡的一种方式,行政许可则是行政权对公民权利和自由进行事前抑制与干预的一种手段。在行政法领域,公民要从事特定的行为,首先要经行政机关审查同意,并获得相应的许可凭证(我国古代对许可凭证曾有不同的称呼,例如“验符”、“公验”、“公凭”等)。从行政机关的角度来看,行政许可可以合理配置稀缺资源,预防危害社会的行为或事件发生,保持经济持续发展和社会协调进步;对公民而言,公民获得了行政机关就其申请的特定行为所给予的准许,同时也就意味着行政机关不得随意干预其已获准许的特定行为,从而使从事该行为的法律后果得以明确。因此,许可就成为备受行政机关青睐的管理手段,被各国广泛应用于行政管理活动之中。

随着改革开放进程的加快和行政体制改革力度的加大,我国对

现存行政审批制度进行了深入改革^①,国务院和地方政府以及部、委、办、局等,分次分批清理了大量的行政审批行为,既缩小了已经大为膨胀的行政许可范围,又纠正了利用行政审批所滋生的不正之风,推动行政机关进一步转变了职能。为巩固这些改革成果和推进改革的深入进行,进一步减少和规范行政许可行为,在进行了必要的立法准备之后,2003年8月27日,十届全国人大常委会第四次会议以151票赞成、零票反对和1票弃权表决通过了《中华人民共和国行政许可法》,同月27日国家主席胡锦涛发布主席令予以公布,自2004年7月1日起实施。

第一节 行政许可的利弊分析

在西方国家经济发展史上,重商主义曾一度风靡欧洲大陆^②,各国均将奖励出口和限制进口作为其基本的对外政策,企图藉此强盛国力。18世纪中后期,以亚当·斯密为首的古典自由主义极力推崇市场的作用,认为市场这只“看不见的手”能够完美地配置社会资源,主张把政府的影响范围缩至最小,充当“夜警”的角色就已经足够。然而,“市场万能”在一个多世纪之后终被一系列的政治、经济和社会问题所证伪。这一神话破灭以后,强调国家干预的凯恩斯主义适时跟进,也曾一度成效显著。但好景不长,在国家干预大显身手后不到半个世纪的时间里,严峻的“滞胀”问题又毫不留情地宣告了“国家万能”的破产。因为,“政府可以解决消费者因交易成本过高而无法达成协议的问题,并且可以利用强制力进行征税来解决搭便车的问题。但是,政府依然无法解决如何了解消费者的真实偏好问题,自然也更加难以确定均衡分析和一般均衡所需要的公益物品以及税收在不同

^① 行政审批与行政许可究竟是何关系,这一直存在争论。有人认为,这两者是同一意思只是提法不同而已;有人则认为它们有区别(此点本书后文还将专门述及)。从现实情况来看,行政许可与行政审批之间存在着一定交叉与重合,但为了兼顾习惯和避免概念转换上的困难,除另作专门分析外,一般都是在同义下使用行政审批与行政许可。

^② 即使是在当前,作为世界唯一超级大国的美国仍不时祭起重商主义大旗,实行贸易保护。

消费者身上的配置”^①。这就是说,政府只能在有限的领域发挥作用,如同市场会失灵一样,政府也同样存在失灵问题。作为一种经济与社会规制手段,行政许可与市场机制一样,也有其利弊,同样只能在有限的领域发挥作用。

一、令人欢喜——行政许可的优势功能

关于行政许可的优越性,学者们从不同角度进行了概括,当然也就得出了不同的观点。具体言之,主要有以下几种:

其一,认为“就行政许可制度而言,它之所以存在于现代社会中,就是由于它能够有效地限制特殊行业和特殊行为,将其纳入国家宏观调控范围,起到规范、制约公民、法人行为的作用”;行政许可制度具有保护性作用(消极地保护公益免受侵害,即维护社会秩序、保护公民生命健康和人身财产安全、保护生态环境)和促进性作用(积极地干预社会经济生活,保证国家经济健康发展,促进社会公益事业,为经济上的弱者提供救济)。具体表现为:行政许可有利于加强国家对社会经济活动的宏观调控,实现从直接控制到间接控制的过渡;有利于维护社会经济秩序和社会治安,限制某种特殊行业的从业人数,保证促进公益和公众健康安全,向社会提供符合质量的产品和服务;保护公民、法人和其他组织的人身权、财产权,抵御各类非法侵害。^②

其二,认为行政许可的优越性包括以下六个方面:“(1) 有利于加强国家对社会经济活动进行宏观管理,实现从直接管理到间接管理的过渡,协调行政主体和行政相对人之间的关系。(2) 有利于保护广大消费者及人民群众的权益,制止不法经营,维护社会经济秩序和生活秩序。(3) 有利于保护并合理分配和利用有限的国力资源,搞好生态平衡,避免资源、财力和人力的浪费。(4) 有利于控制进出口贸易,发展民族经济,保持国内市场的稳定。(5) 有利于消除危害社会公共安全的因素,保障社会经济活动有一个良好的环境。(6)

^① 毛寿龙、李梅著:《有限政府的经济分析》,上海三联书店2000年8月版,第167页。

^② 参见马怀德著:《行政许可》,中国政法大学出版社1994年7月第1版,第23页—30页。

完善和健全行政许可制度,有利于防腐倡廉,保证行政机关依法行政,大大提高行政效率。”^①

此外,还有其他一些观点。例如,有的学者将行政许可的功能概括为:行政许可有利于国家对经济和其他方面的事务进行宏观调控,有利于国家维护一定的经济秩序和社会秩序,有利于保护个人、组织的合法权益。还有学者将行政许可的功能概括为协调功能、保护功能、调控功能、促进文化建设、推动对外贸易的发展五个方面。^②

以上观点都从各自的角度考察了行政许可的优势功能,但这些考察或者不全面,或者没有抓住行政许可最根本的作用。实际上,正如许可广泛存在于社会生活中一样,许可的作用也是十分广泛的,其优越性也正是体现在其所发挥的作用上。我们认为,政府之所以广泛利用和偏爱行政许可手段,甚至将管理就等同于许可,正是由于行政许可主要在以下四个方面的优势功能:

1. 缓解市场失灵

行政许可通过控制社会危险、配置资源和提高社会公信,可以解决市场囿于其自身局限性所无法解决的“公共物品的悲剧”问题。^③国家行政权力的适当干预,可以弥补市场的缺陷,有效维护社会秩序和公共安全,相对公平地配置稀缺资源,最大限度地提供社会公信以稳定民众预期,从而保障市场的公平竞争和市场主体的合法权益。

2. 消解信息失衡

作为一种行政管制手段,行政许可能够在一定的程度上弥补市场中的信息不对称。市场经济也是信息经济,一般民众难以获得全面、完整而详细的信息,在信息不对称的情况下,政府作为宏观调控者,显然具有信息上的优势地位。行政机关可以在实施行政许可中,一方面通过自身的优势获取有关信息,另一方面又可向公众以及特定行政相对人公开提供信息。可见,行政许可作为行政管制的有效

^① 参见张正钊主编:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社1999年12月第1版,第124页。

^② 参见张正钊、韩大元主编:《中外许可证制度的理论与实务》,中国人民大学出版社1994年1月第1版,第11页—15页。

^③ 详细内容参见本书第二章第一节的相关部分。

手段之一,完全可以在消解信息失衡方面发挥一定的作用。行政机关在行政管理活动中,应当利用其行政资源优势为公民提供必要的市场信息、社会信息以及政策法规等方面的信息;既应为特定的行政相对人提供信息服务也应为公众提供信息服务,特别应注意的是要为处于弱者地位的行政相对人提供信息服务,从而消解信息的失衡。

3. 防范危险行为

行政许可是一种以事前控制为主要特征的行政管理手段。由于在不同的社会政治经济条件下,不同的行为会对社会产生不同的效果,或者积极或者消极,政府需要根据社会发展和情势变化的要求去禁止某些危害社会的行为,去限制那些一旦放开就会对社会产生不利影响的行为,从而预防和制止有害于社会公共利益或者他人的行为的发生。这里的政府限制行为,实质上表现为对行政相对人是否符合法律、法规和规章规定的行使特定权利的条件进行审查核实,对于不符合法定条件的,则在其行使之前就予以控制,使可能的危害行为胎死腹中,不至于对社会产生不利后果。

4. 建立确信和防止侵权

行政许可是行政机关控制行政相对人从事特定活动的规制手段。从申请角度来说,行政许可制度为行政相对人设置了申请以及相关的义务;同时在一些附义务的行政许可中,在准予行政相对人从事一定活动时往往还要求其履行一定的义务。但是,对于获得许可的人来说,行政许可也就表明了其从事相应活动的合法性,其活动应受到法律的保障,任何人不得侵犯。因而,从申请人角度看,行政许可也可以视做是对行政机关的约束,行政机关不仅自身不得出尔反尔、不得侵犯被许可人的权益,而且还应采取措施保护被许可人的权益不受其他人的侵害。因为,作为由行政机关“提出的对一个行为在以后无论是实行还是禁止承担具有约束力的庄严的义务”^①,行政许可实际上是行政机关对被许可人获准从事一定活动的认同与准许。它不仅有助于澄清有关法律状况的不确定性(对于那些既不禁止也

^① 参见[德]罗尔夫·斯特博著:《德国经济行政法》,苏颖霞、陈少康译,中国政法大学出版社1999年7月第1版,第271页。

不许可的公法上行为而言,实则处于一种不明确的“真空”状态),使行政相对人及时预见所从事活动的合法性,而且可以在法律上使申请人减少遭受行政机关(或其他人)侵害的风险,在一定程度上约束行政机关滥施自由裁量权的行为。

二、令人担忧——行政许可的局限

行政许可作为弥补市场缺陷的一种有效的管制手段,有很多优越性,对于行政管理而言,也是十分必要的。就以资格许可而言,资格许可实际上是通过建立一定的准入壁垒,防止达不到条件的人损害公众和社会利益。比如,从事高风险的医疗诊断服务的医生,他究竟是江湖骗子还是真正的名医,病人很难知道,所以必须由卫生主管部门确认,并发给执照。对于行业管制而言,许可也是必不可少的一种管制手段,例如新药上市、股票上市一定要有许可证。

如果说市场不是一种完美无瑕的财富分配机制,那么,政府干预也不是解决一切问题的良方。根据近来有关官僚制的研究成果,官僚形式作为一种组织形式,只适用于有平均性和可预见性的领域,而不适用于要求创新和生产能力的地方,而且官僚机构越大,其工作能力越低。^①因此,官僚管理的效率是以官僚机构及其人员的精简为前提的,适合官僚管理的领域也是有限的。行政许可作为由政府这样的官僚组织来控制社会生活的一种手段,并不是“韩信点兵,多多益善”。有阳光的地方必有阴影,有利的同时必定有弊端,任何事物包括法律制度概莫能外,即使制度的创设是出于绝对善意的公共目的。事实上,伴随行政许可这种以事前抑制为目的的制度的建立,公民、法人或者其他组织的负担相应加重(公民只有从行政机关处获得许可证后,才能从事有关活动,这就要求公民付出相应的努力),行政机关应该处理的事务在相应增加,最后导致官僚机构的膨胀,而机构的膨胀又导致管制的低效率,由此形成恶性循环。近年来,日本、美国行政改革的一条思路就是“放松管制”或者“规制缓和”(deregula-

^① [德]何梦笔主编:《德国秩序政策理论与实践文集》,庞健、冯兴元译,上海人民出版社2000年5月第1版,第135页。

tion),越来越多的学者已经认识到行政许可不是万能的解决公共物品悲剧的灵丹妙药,它恰恰折射出政府与市场之间的关系。比如,审批“有良好发展前景的项目”,就不是工作人员坐在办公室里审批便可以解决的,到底什么项目才属于有良好发展前景的项目是需要详细论证的。再者,这个前景谁说了算?许可条件能够确定无疑吗?如果不能,那么许可条件的不确定性又会造成什么样的后果?市场有失灵,尤其在公共物品领域更是如此,但是并非市场管不好的就一定要政府来管。即使由政府介入,又应该选择何种行为方式介入?其介入的程度又应该有多大?在实施许可管制的过程中很多时候依然面临着诸多不确定性,他们所面对的仅仅是一大摞由申请人提交的文件、表格、证明等材料,申请人难道不会隐瞒一些对自己不利的信息?政府能够通过许可进行有效的资源配置吗?很明显,行政许可制度同样存在着一定的缺陷。

行政许可制度的缺陷具体体现在哪里?有学者将其归之为许可制度可能限制公民法人的竞争权(即抑制竞争),导致和保护垄断行为。^①日本学者曾将行政许可制度的缺点进行了罗列:(1)许可制度具有自我永久持续性,很难予以废止;(2)许可制度具有自我增殖性,旧的许可规制随着时间的推移会自然引发新的、更多且更复杂的许可规制;(3)许可制度耗费政府与行政相对人大量的人力和物力;(4)许可制度具有非效率性,容易导致事务处理的长期化,给行政相对人增加过多的负担;(5)许可制度往往因许可的条件或标准过于抽象、模糊、笼统,而使行政机关享有恣意裁量的余地,从而具有妨碍行政许可的公正、统一运用,损害被管制者的预测可能性及法的安定性,限制被管制者活动自由的危险性;(6)许可制度具有保护既得利益、特殊利益和限制竞争的危险性;(7)许可制度因其恣意裁量性而为腐败提供了温床;(8)许可制度具有限制外国企业进入本国市场的危险性,容易导致非关税壁垒,引发国际经济摩擦;(9)许可制度因官僚体制的缺陷可能导致同一的或类似的许可事项重复存在;

^① 参见马怀德著:《行政许可》,中国政法大学出版社1994年7月第1版,第23、25页。

(10) 许可制度容易导致中央集权化。^① 以上观点尤其是日本学者对行政许可缺陷的考察,应该说已经从不同的角度进行了概括,给我们不少启迪。但这只是微观层面的概括,对其缺陷的认识尚没有提升到宏观的高度,未能把握住行政许可的根本缺陷所在。

我们认为,行政许可发生作用的领域是有限的。它作为一种有效的管理手段,在给社会带来巨大利益的同时,也可能因为各种原因而没有摆脱强力配置资源的传统(即人治方式),并导致经过一定时期之后产生难以解决的社会问题和负面影响(如刺激资源的不合理分配和财富的“合法”转移)。最终,这只“权力之手”可能如同“看不见的手”一样,给社会带来灾难性的后果。这就是行政许可的根本缺陷所在。这种缺陷突出地表现在以下几个方面:

1. 纵容垄断和财富的“合法转移”

行政许可作为一种将公共物品私人化并排他性地分配给特定社会成员的资源分配方式,其产生的社会关系在一定时期内具有持续稳定性的特点,即使这种分配是采取竞争手段完成的,垄断也会因此产生。从一种特定资源的使用情况来分析,这种垄断可以表现为两种形式:

(1) 完全排他性垄断,即某一资源本身在被使用时具有完全排他性的特点而只能由被许可人使用或者拥有。完全排他性垄断的关系一旦确立,在一定时期内其他任何人都不能再使用这一资源。例如,对特定土地的使用、对特定公共设施的特许经营和管理、商标或专利权等。这种完全排他性垄断有时是基于特别规定而产生的,例如为了防止滥设供给某种公共物品的机构,保证被许可人经营的安定,确保公共物品供给的水准,并使一般公众可以比较容易地获得该种公共物品,政府部门实行附有一定距离限制的许可制度,规定在某一行政区域内只能由一家单位供给该种公共物品(一些地方政府规定只能由一家医院开办“120”急救中心;日本《公众浴场法》规定在一定区域内只允许设置一个公共浴场^②;我国的食盐生产许可证制度等就

^① 参见杨建顺著:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年11月版,第457—459页。

^② 同上书,第427页。

是典型例子)。在这里,相应许可证的获得,就具有排他性的特点。

(2) 部分排他性垄断,即一种资源本来应该是共享的,在一定时间和范围内是可以由不特定社会成员自由、平等使用的,但当资源的享有者数量达到一定程度时,就会出现拥挤效应,不能再有新的或更多的成员进入,否则可能导致灾难性的后果,因而已经享有该种资源的被许可人就转化为一个相对固定的集团(尤其在政府要采取对其不利的政策的时候)。这种部分排他性垄断,典型的例子是城市出租车营运许可。^①

正因为行政许可可能带来不同层次的垄断利益,因而激励着更多的人把资源用于影响政府权力的行使,并达到进行财富“合法”转移的目的(例如,目前补偿标准比较低的房屋拆迁许可,从一定程度上讲就是将土地使用权廉价地转移到房地产开发商手中,剥夺被拆迁人应该享有的一些利益)。这种财富的“合法”转移,只是一种在社会财富总量没有增加的前提下在不同主体之间配置资源的活动,是一种零和博弈。由于这种博弈还要消耗大量的资源,因而确切地说,这是一种负和博弈。当全社会的人们都投入到通过行政许可进行财富的“合法”转移的活动中时,社会发展将出现停滞局面,动乱将难以避免。

2. 导致管制者为被管制者所“俘虏”

在邮电、通讯、供水、供电、供气、广播电视等直接关系公共利益的领域,经营者作为被许可人本来应当是政府管制的对象,政府对其加以管制的目的就是确保其活动符合公共利益。也就是说,政府作为管制者代表的是社会公共利益。但是,作为消费者的广大民众是分散的、未经组织起来的,而被许可人或由被许可人组成的垄断集团作为公众生存所必要的物质条件和服务的提供者,对这种与公民基本生存有关的资源具有绝对的控制力,政府的政策稍微向被许可人倾斜,例如按照被许可人的要求将服务的收费标准稍微予以提高,对每一个消费者的影响虽然不大,但却给被许可人带来了巨大的经济

^① 这里还有一部分具有相对排他性的俱乐部物品,如桥梁、公园、公路的使用,但因享有资源的人流动性较大,一般不构成垄断。

利益。因此,被许可人有强烈的动机与利益驱动去影响政府的决策,从而使政府作出有利于被许可人的政策,但对被许可人以外的社会公众来说,每个消费者如果要阻止政府采取有利于被许可人的政策将花费被许可人一样的成本,而这种成本要由消费者个人负担,得到的好处则由所有社会公众共享。这就是说,这里存在严重的“搭便车效应”,消费者个体没有动机和利益驱动去影响政府的决策。消费者与被许可人之间“博弈”的结果是,政府往往会按照被许可人的要求作出有利于被许可人的决策。这就是国外学者经常提到的管制者为被管制者所“俘虏”的现象。这种现象使公众利益受到侵害却往往得不到法律的有效保护。

3. 限制竞争和阻止创造性经济的发展

首先,行政许可所导致的资源的所有或使用关系一旦被持续稳定地确立,就必然产生抑制新的竞争(如通过垄断信息,造成政府与被许可人之间信息的严重不对称)的结果,从而使某一领域或区域固定化,损害根据市场变化和国民需要而调整价格和收费标准的灵活性,甚至会阻止革新性因素的引进。尤其完全排他性垄断者可以随意处置或使用公共资源,很大程度上可能导致资源的闲置和浪费;而由部分排他性资源使用者所形成的垄断集团对其既得利益也必然极力维护,禁止和抑制新的竞争者,从而使改革更加困难。其次,由于官僚组织固有的保守性,再加上被管制者维护既得利益的欲望,使得黑色经济中孕育出来的创造性经济本来就很难被承认和接受。如果不能对行政许可权进行有效的约束,那么,行政机关中有私心的人必然与一些利益集团一起,为保护少数人利益,不仅不能及时将一些夕阳经济推向黑暗,而且千方百计阻止在现代化进程中起主导和决定作用的创造性经济从黑市经济转向白色经济^①,从而阻碍甚至扼

^① 创造性经济中的先进技术和发明创造既可能来自于黑色经济,即通常所说的不受法律和政策保护的经济活动领域,如非法的军火生产与交易、假冒伪劣产品的生产等黑市经济、地下经济、隐形经济,另外还包括政府行为所推动的战争经济、军火买卖、金融腐败等;也可能来自于白色经济,即受现行法律保护的经济活动领域。但白色经济中可能存在一些夕阳产业,这些夕阳产业的经营者可能为了维护既得利益,就会想方设法去影响政府的决策,以阻止来自于黑色经济中的创造性经济转入白色经济。有关这方面的内容,可参见杨占生著:《经济学跨世纪批判》,中国经济出版社1998年版。

杀创造性经济,或者激起创造性经济更加强烈的反抗,最后导致执法效率为零甚至负值。

4. 产生低效率和滋生腐败

由于行政许可对申请人而言是授益行政行为,各竞争方必然全力争取获得许可证,非法竞争行为(包括采取行贿等非法手段)也就随之大量产生,这样会大大增加行政许可的社会成本;另一方面,从许可机关的角度看,授权性行为一般需要遵循复杂的程序,这容易导致过程的非效率性。此外,由于许可管制所面对的问题的复杂性(尤其是虚物经济市场中的问题),立法不可能就许可的条件和标准作出明确具体的规定。在这些行政许可机关享有恣意裁量的领域,如果不使其行为受到严格的法律控制,则滋生腐败的可能性就相应增加。近年来上市公司连续出现的严重问题就是明证。

5. 强化“官本位”思想

如果一项许可制度在其建立之时,没有采取措施防止行政许可可能带来的弊端,那么,旧的许可规制随着时间的推移会使负面的问题越积越多,并继而引发新的、更多且更复杂的许可规制,导致政府权力的迅速膨胀。权力的膨胀又使得人们对权力的希望和恐惧心理更加强烈,“官本位”思想甚嚣尘上,并更加广泛地扩散开来,使公众中越来越多的活跃的且有进取心的人,不得不变成政府或组成政府的某些党派的追随者,成为权力的奴隶。此时,要取消这些现实已经存在的许可证制度,将困难重重。

6. 架空市场经济的法制根基

行政许可权力的行使如果不受严格控制,则权力将变成“资本”,腐败必然滋生,市场经济公平与公正的准则就难以贯彻,政府承担的实现市场主体起点平等的重任就不可能实现。而且,更为严重和恐怖的后果是,不受约束的许可,必然导致广大民众面对官吏的贪婪和无耻的行为时,将习以为常,见怪不怪,一笑了之,并将“不花钱、不能办事”,“不行贿,办事不踏实”,“用钱开路”,“花大钱、办大事”等行为民俗化、合情化,从而架空法制、经济和社会的根基以至毁灭一个民族的灵魂。

三、对行政许可的规范——宪政与法律控制

如前所言,行政许可不可或缺,乃当今世界各国普遍采用的一种行政规制手段。之所以各国政府都对其情有独钟,除了它具有便于进行管理的优势外,更主要的还是因为它能够在事前对那些可能会对社会产生危害的特定行为加以限制,对稀缺自然资源和社会资源进行公平配置,对特定的资格条件和身份关系加以确认以稳定社会预期,从而使社会秩序、公共利益和利害关系人的合法权益得到最大限度的保护。但正如硬币都具有正反两面一样,行政许可这种管制手段本身也存在着前述种种弊端。对于这种“让我欢喜让我忧”的行政许可制度,必须要扬其所长,避其所短,使其在社会生活中的积极效应最大化。为了有效遏制行政许可的缺陷,解决问题的根本办法,就是对其进行严格的法律控制。

1. 宪政控制

詹姆斯·麦迪逊在主张通过美国宪法时,曾写下这样一段发人深省的名言:如果人是天使,那么就不需要政府。如果天使在统治人类,就无需对政府实行内部和外部控制。而在构建一个由人来统治人的政府时,最大困难就在于,你必须首先让政府有能力控制受它统治的人,其次是,强迫政府控制自身。^① 因此,防止政府权力的滥用不仅是我国,也是世界各国共同面临的问题。

我们认为,防止滥用行政许可权力的有效方法,并不是简单地就事论事,而应上升到宪政的高度。只有纳入到宪政的控制范畴,行政许可的滥加行使才能得到最终和有效的制约。因而,根本的方法就是加强对行政许可的宪政约束。按照现代宪政理论,宪法和行政法规制定的目标不能仅仅限于对过去经验的总结,更应该立足于建立一个满足以下两个要求的政府:一是政府强有力,可以做那些得到政治上支持的事情(在行政许可领域,就是引入竞争机制,采取措施防止行政许可本身可能存在的弊端);二是建立一套公正的程序,使一切

^① 引自[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》(The Federalist Papers)第51篇文章,程逢如等译,商务印书馆1980年6月第1版,第264页。