

行政许可法与政府职能转变

王 周 户*

目 录

- 一、关于行政许可的性质
- 二、行政许可法与行政审批制度改革的关系
- 三、行政许可法对加快政府职能转变和推行依法行政的促进作用
- 四、行政许可法中有待进一步研讨或者改进的问题

【内容摘要】 行政许可法规定的行政许可是行政机关对行政相对人从事特定活动前所进行的依照法定条件审查后作出是否准许决定的行为，属于一种事前监管，可以说基本否定了“赋权说”。行政许可法与行政审批制度改革交叉互动进行，促进政府职能转变是其主要思路和内容之一，因而行政许可法不单纯是一部规范行政许可行为的法律，它更是一部建立了具有里程碑意义法律制度的法律。同时，行政许可法中的一些条款所规定的内容还有待进一步研究和明确。

【关键词】 行政许可 事前监管行为 行政审批 政府职能转变

一、关于行政许可的性质

《中华人民共和国行政许可法》（以下简称《行政许可法》）第2条规定：“本法所称行政许可，是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。”结合研读该法其他相关条款（如第3条、第13条、第81条等）规定，通过把握立法的主旨思路及其精神，就行政许可的本质属性，可以做出以下几点认识：

第一，行政许可是一种事前监管行为。与事前监管行为相对应，就是事中和事后监管行

* 男，教授，西北政法大学行政法学院院长，宪法与行政法学硕士研究生导师。

为。政府实施行政管理，其根本目的是为了维护公共利益和社会秩序，有利于发挥公民、法人和其他组织的主动性、积极性和创造性，促进经济、社会和生态环境协调发展。因此，政府实施行政管理，在领域范围、涉猎程度、活动方式等方面均应表现出一种有限性，对市场经济的干预和社会生活的干涉都要受到必要性的限制。具体到管理方式与手段方面，最正常的(也是效率高、成本低的)应当是事中或事后监管。之所以在行政管理中要采用事前监管方式，主要是针对那些涉及公共利益和社会秩序的类型化、系统化的事项，在从事特定活动前应当符合一定的条件和要求，但由于对其适用事中或事后监管方式已无法达到目的和效果，甚至还会过于增大社会成本和危险系数，因而属于无奈之下选择的一种“下策”管理行为。为此，《行政许可法》第13条规定了“先市场和社会，后政府机关事后监督等管理方式，再行政许可”的逻辑顺序与规则，即“本法第十二条所列事项，通过下列方式能够予以规范的，可以不设行政许可：(一)公民、法人或者其他组织能够自主决定的；(二)市场竞争机制能够有效调节的；(三)行业组织或者中介机构能够自律管理的；(四)行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。”

第二，行政许可是一种事前审查和监管行为。所谓审查，是指行政机关按照一定条件和标准，对公民、法人或者其他组织是否符合从事特定活动的要求在法律上和事实上所做出的一种预先查证和判断。这种审查权是法律规范基于维护公共利益和社会秩序需要授予行政机关的一种公共管理权，它既是行政机关实施许可行为的权力方式，也是行政机关实施许可行为的权力内容，因而行政机关实施许可行为要受此限制。根据《行政许可法》第12条规定的可以设定行政许可的五类具体事项，可以相应地将行政许可分为一般许可、特别许可、认可、核准和登记等五种，这就极大地限制和缩小了行政许可的自由裁量程度及其适用范围，使得行政许可中的羁束性要求增多。因此，行政许可与民事中的许可(如专利许可、商标许可等)具有完全不同的法律属性，不是行政机关按照双方自愿有偿原则将其手中的某项权利转让或者赋予相对人，或者容许别人进入属于行政机关的领地内从事一定活动，而是基于公共利益和社会秩序，行政机关将“手”伸向了市场及社会领域，对公民、法人和其他组织的活动进行的必要干预和干涉，表现为依照法定条件极其要求，通过对许可申请人提交的申请材料及其相关事实进行审查的方式来实施行政许可，属于一种公权力活动，是依法行使职权和履行职责的公共监管行为。因此，行政许可权力的行使也不得包含有偿性内容。对此，《行政许可法》第58条规定：“除法律、行政法规另有规定外，行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行监督检查，不得收取任何费用”。

第三，行政许可的审查依据是法定条件和标准。法律制度会基于公共利益和社会秩序的需要，在实施行政许可的领域，对行政相对人从事特定活动所应当具备或者符合的条件及其标准，在法律规范中作出规定。一方面行政许可申请人按照条件和标准提交自己所应当

具备与符合的相关材料，而另一方面行政机关按照条件及其标准对行政许可申请人提供的材料负责审查和判断。应当强调的是，这种条件及其标准和行政机关的审查过程与方式是由法律、法规和规章预先规定的，而不是由行政机关与行政相对人之间通过协商确定，更不是由行政机关在实施许可过程中单方任意认为或者规定。为此，《行政许可法》第18条规定：“设定行政许可，应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限。”并在第30条进一步做出规定：“行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。”

第四，行政许可的效果是以申请人能否从事特定活动为标志的。也就是说，作为一种事前监管行为，经过许可的，行政相对人就能够从事相应的特定活动，并受法律保护；而未经过许可，行政相对人就不能从事特定活动，否则，不仅不能受到法律保护，还要被制止相应活动并受到行政处罚。对此，《行政许可法》第81条规定：“公民、法人或者其他组织未经许可，擅自从事依法应当取得行政许可的活动的，行政机关应当依法采取措施予以制止，并依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这样以来，给了我们的几点明示：首先，行政许可是行政相对人能否从事特定活动的前置性法律要求，而对于那些单纯地确认行为或者备案行为等，不属于行政许可；其次，认定某行为是否属于行政许可，不是取决于行政许可的内容与方式(如核准、认可、登记等)，而是取决于该行为的法律效果(即能否从事特定活动)。因此，在具体管理活动中，有些登记(如工商业登记)属于行政许可，而有些登记(如房屋产权登记)就不属于行政许可。

第五，行政许可是一种外部管理行为。在过去计划经济体制背景下，政府对社会的管理是以行政隶属关系和领导组织体制为约束模式的，因而也就形成了政企不分、政事不分的管理体制，几乎所有社会活动都是依照审批体制模式进行管理的，无论人们的社会生活还是经济活动都被以审批方式予以严格规制。随着市场经济的建立与完善，需要理顺政府与市场、政府与社会的关系，实行政企分开、政事分开，加快政府职能转变和深化行政体制改革，《行政许可法》第3条第二款规定：“有关行政机关对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批，不适用本法。”据此可以看出，行政许可属于行政外部管理活动，是行政机关对社会生活、经济领域实施管理的一种方式及其制度，而行政机关基于行政隶属关系或者国家内部组织体制所管理和审批的事项，依然采用不受《行政许可法》调整的传统行政审批体制和模式。

综合上述几点认识，可以看出，针对“赋权说”、“解禁说”等有关行政许可性质的几种理论学说和观点，行政许可法并未正面直接给予明确回应，只是就行政许可的职能定位、其与行政相对人行为之间的关系、实施行政许可的实体与程序要求等进行了法律规定。但从对

其内容的解读来看,可以说基本上否定了“赋权说”理论观点,而对“解禁说”也有着一定的修正。毫无疑问,这是法治观念在行政许可立法层面的直接反映和体现。

二、行政许可法与行政审批制度改革的关系

在行政许可法发布之际,从中央到地方已经进行了两轮行政审批制度改革。在行政许可法实施前后,又进行了第三轮行政审批制度改革。按照通常认识来讲,行政许可也称行政审批,因而进行行政审批制度改革,必将有利保证行政许可法的贯彻和实施,反过来,行政许可法的发布和施行,也能够“巩固行政审批制度改革成果,推动行政审批制度深化的需要”^①。但具体对比行政许可法与行政审批制度改革的主要内容^②,我们可以将二者之间的关系进行以下几点剖析:

第一,就其基本精神、原则和指导思想及其相关制度内容而言,两者是相互一致的。行政审批制度改革要求:进一步转变政府职能,减少行政审批;少管微观,多管宏观,少抓事前的行政审批,多抓事后的监督检查,切实加强监督和落实;不符合政企分开和政事分开原则、妨碍市场开放和公平竞争以及实际上难以发挥有效作用的行政审批,坚决予以取消;可以用市场机制代替的行政审批,通过市场机制运作;对确需审批的项目,应规定清楚,公开透明,做到审批程序严密、审批环节减少、审批效率明显提高;要建立健全监督制约机制,行政审批责任追究制得到严格执行;行政审批制度改革要遵循合法、合理、效能、责任、监督等原则。上述要求及其内容,都在《行政许可法》的许多条款中得到了体现和反映。

第二,以行政许可法律制度代替并规范行政审批制度,包含着对市场和社会运用行政审批制度实施管理的旧模式发生了重大变革。笔者始终认为,行政审批制度是计划经济体制背景下的一种管理模式,政府对全社会实施着无所不能的大包大揽,并以行政隶属关系和行政组织体制为保障,因而也几乎无内部行政与外部行政之分,一切事项按照“下级”申报“上级”的体制模式进行审批似乎是天经地义的事情。行政许可制度则不同,它是按照市场经济和法治社会的要求而建立,政府与市场及社会主体之间不是领导体制下的一种行政隶属关系,而是市场及社会主体(即公民、法人和其他组织)在法律规范规定的范围内从事自己的活动,政府则按照法律规范规定的有关公共利益和社会秩序方面的条件和标准并依照法定权限内容和方式实行监管。因此,《行政许可法》对行政许可的原则、设定范围、权限与规则、实施机关与实施程序、行政许可费用、对被许可人从事行政许可事项活动的监督检查及违反行政许可法的法律责任等一系列内容均做出了规定,明晰并理顺了行政许可领域

中行政机关与行政相对人之间的权利义务关系。

第三，行政许可法的贯彻与实施，还需要通过进一步深化行政审批制度改革来发挥作用。首先，行政许可法有关行政许可的诸多规定，如行政许可设定中的说明理由制度和许可设定后实施期间的评价制度，行政许可实施机关的集中许可制度、统一许可制度和一并、联合或集中办理制度等，均属于概括性规范，尚需通过加快政府职能转变和深化行政管理体制改革来实现。其次，“法不徒以自行”，在行政机关对行政许可法的执行与实施中，特别是在现有国情下还需要通过行政体制(包括领导体制、管理体制和监督体制)来积极推行并予以保障。

三、行政许可法对加快政府职能转变和推行依法行政的促进作用

“经济调节、市场监管、社会管理和公共服务，是社会主义市场经济条件下政府的四项主要职能。”^③改革开放以来，我们实行“以经济建设为中心”的基本战略方针，使我们国家的经济建设得到了高速发展，取得了显著成绩，也在经济调节和市场监管方面积累了一定的经验。但也必须看到，一方面，我们的经济发展主要依赖于运用行政手段，习惯于直接管理，这在经济发展的初期和起步阶段，会发挥一定的积极作用，但当市场经济初具规模和体系时，依然采取这种管理模式和方式，就会出现不协调、不适应，甚至出现许多背离市场经济规律的管理行为和现象。另一方面，针对生态环境保护、资源合理开发与利用、经济结构调整带来的大量职工下岗和社会失业、社会发展中的地区差距、贫富差距、城乡差距以及像“非典”、禽流感等那样的自然灾害带来的公共危机，要求政府建立健全社会保障体制、提供足够的公共产品和公共设施、具有相应地应变能力及其机制等。这些都需要政府更加重视社会管理和公共服务职能。

在新一届中央政府组成伊始，就将全面推进依法行政、建立健全科学民主决策机制和完善行政监督制度作为三大工作目标。2004年3月22日国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》，对上述目标进行了系统设定，提出了基本要求，即合法与合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一，经过十年不懈的努力，基本实现建设法治政府的目标。

行政许可法是我国行政法制建设过程中又一部具有里程碑意义的重要法律。其不仅对行政许可行为进行了法律调整和规范，而且在设定相关条款及其制度中，渗透和体现了政府职能转变和推进依法行政的基本思路和要求：

第一，关于有限政府的规定。《行政许可法》第2条、第29条规定，反映了行政机关行使行政许可权在程序上的被动性和有限性，即应当依据公民、法人或者其他组织的申请实施许

可；第12条及第13条的规定，反映了行政机关对市场经济和社会生活实施监管的范围、方式及程度的有限性，即：先市场、社会，后政府事后监督等其他管理方式，再行政许可。

第二，关于政府职能转变的规定。《行政许可法》第11条规定了“设定行政许可，应当遵循经济和社会发展规律，有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性，维护公共利益和社会秩序，促进经济、社会和生态环境协调发展”的原则，第28条规定了“对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的设备、设施、产品、物品的检验、检测、检疫，除法律、行政法规规定由行政机关实施的外，应当逐步又符合法定条件的专业技术组织实施。专业技术组织及其有关人员对所实施的检验、检测、检疫结论承担法律责任。”这就从法律上确立了实行行政管理职能与专业技术性事实判断职能相分离的基本思路，也为加快政府职能转变、实行政事分开提供了法律依据。

第三，关于便民原则的规定，以建立高效、服务型政府。《行政许可法》第25条和第26条分别规定了行政许可实施机关按照精简、统一、效能的原则实行相对集中行政许可和统一办理、联合或集中办理行政许可制度，在行政许可实施程序中对申请方式、材料补正、当场作出许可决定等方面规定了便于当事人行使权利的内容，对行政许可每个环节和过程所需要的期限均做出了明确规定。

第四，关于正当程序的规定。有关行政公开方面的规定，具体表现为两方面：一是《行政许可法》第30条规定了行政机关在办公场所公示有关行政许可具体规定的义务，二是第40条规定了行政机关对准予行政许可决定应当予以公开及公众有权查阅和第61条第二款规定了公众有权查阅监督检查记录，这是对政府信息公开制度的法律确立，而且更重要地是保障公众知情权而规定了公众有查阅权利。有关公平与公正的规定，具体表现为：一是《行政许可法》第36条规定了与行政许可事项有重大利害关系的人属于利害关系人，拥有当事人的法律地位及其相应权利，可以参加行政许可程序；二是《行政许可法》有关听证制度的规定，较之于行政处罚法中的听证程序，在听证适用范围及其启动方式方面有所扩展，并对听证笔录的法律地位明确规定了适用“案卷排他原则”即“行政机关应当根据听证笔录，作出行政许可决定”，三是要保障符合法定条件、标准的行政许可申请人有平等取得许可的权利，因而针对不同种类的行政许可作出了特别程序规定，如对有限自然资源、公共资源或者特定行业的行政许可事项，原则上应当通过招标、拍卖等公平竞争方式作出决定，对有数量限制的行政许可，或者在两个或者两个以上申请人均符合法定条件或标准情况下，应当以行政机关受理时间的先后顺序作出准予行政许可决定。

第五，关于信赖保护原则的规定，以建立诚信政府。根据《行政许可法》第8条规定：“行政机关对于合法有效的行政许可不得擅自改变或者撤回，若依法非改变或撤回不可的，应当补偿行政相对人因此所造成的财产损害”。还有《行政许可法》第69条规定了若由于行政

机关的原因导致行政许可违法的，则信赖保护原则将会对行政合法原则的适用产生一定程度的抑制作用，即并不必然发生撤销结果(该条款中规定“可以撤销”)，以及假如依法非撤销某项行政许可不可的，则行政机关应当赔偿行政相对人因此造成的财产损失。同时，《行政许可法》第30条中要求行政机关公布的信息应当准确、可靠、真实，也是建立诚信政府的反映。

第六，关于建立科学民主化决策机制。《行政许可法》第19条规定：“起草法律草案、法规草案和省、自治区、直辖市人民政府规章草案，拟设定行政许可的，起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见，并向制定机关说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会生活可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。”同时，该法第20条还规定了对已设定的行政许可实行定期评价制度和公民、法人或者其他组织就行政许可的设定和实施有权提出意见和建议。这些都是建立健全公众参与、专家论证和政府决定相结合的行政决策机制的法律基础和依据。

第七，关于“谁许可、谁监督、谁负责”的权责统一的规定，以建立责任政府。在明确了行政许可应当是行政机关在不得已情况下选择的事前监管方式之后，针对我国行政管理实践中存在的“重许可、轻监督”现象，行政许可法设定了“监督检查”专章，用了10个条款，就行政机关实施监督检查的职权与职责、监督检查的方法与内容、监督检查机制与制度、监督检查规则与其处理权限和方式进行了具体规定，并在“法律责任”一章中，就行政许可设定违法、行政许可实施中的程序违法和实体违法，分别对责任追究的适用情形、有权追究责任的行政机关、承担责任的行政机关和行政机关工作人员以及责任形式等问题，做出了详尽规定。

四、行政许可法中有待进一步研讨或者改进的问题

第一，《行政许可法》第28条中有关“对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的设备、设施、产品、物品的检验、检测、检疫”，“应当逐步由符合法定条件的专业技术组织实施”。那么，这种专业技术组织实施的检验、检测、检疫行为是否还属于行政许可，不甚明确。一种观点认为，仍然属于行政许可，只不过是由行政机关改变为法律、法规授权组织实施的行政许可^④，而另一种观点则认为，不再属于行政许可，而是转变为社会组织实施的一般专业技术行为^⑤。笔者认为，根据该条后面规定的“专业技术组织及其有关人员对所实施的检验、检测、检疫结论承担法律责任”，并结合《药品管理法》、《产品质量法》等法律中规定的专业技术组织属于中介机构的状况来看，应当说后一种观点是比较妥当

的。但是，之所以对这些设备、设施、产品、物品进行检验、检测、检疫，是由于对其生产、使用将直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全，因而将其解读为纯系社会组织的一般技术性行为，不再纳入行政许可事项进行监管和规制，似乎难于让人理解。因此，笔者认为上述两种认识虽然都有一定道理，但也均有失偏颇。应当说这是政府职能转变中有关政事分开的一种具体表现。

第二，《行政许可法》第53条规定：“行政机关通过招标、拍卖等方式作出行政许可决定的具体程序，依照有关法律、行政法规的规定”。首先，这里的法律、行政法规应当包括《招标投标法》和《拍卖法》，而且原则上适用该两部法律。因为，行政机关采用的招标、拍卖等本身就是一种公平竞争方式。其次，这里的法律、行政法规应当不限于《招标投标法》和《拍卖法》，而且在有关专门规定特定行政许可事项的法律、行政法规规定的招标、拍卖程序内容与上述两部法律不一致时，应按照“特别法优于一般法”的适用原则，优先适用该项法律和行政法规。因为，这里的招标、拍卖方式是行政许可的决定方式。再次，行政机关采用招标、拍卖方式做出许可决定，可能会出现签订书面协议，以行政合同方式确立双方之间的权利义务关系，再颁发行政许可证件。这就为行政合同的实践应用、法律适用及其理论研究提出了迫切的现实要求，也为行政法与民事法的互动及其交叉适用问题在实践和理论两个层面均提出了挑战。

第三，《行政许可法》第29条第二款规定：“申请人可以委托代理人提出行政许可申请。但是，依法应当由申请人到行政机关办公场所提出行政许可申请的除外。”据此，似乎只有申请人在申请程序中才可以委托代理人。然而，代理制度是现代行政程序中的一项基本制度，此处规定应当是对当事人不能亲自到办公场所情况下有权委托代理人提出申请的法律保障。因此，应当认为除申请人外，行政许可事项所涉及的利害关系人也有权委托代理人；不仅申请人可以依法委托代理人提出申请，而申请人、利害关系人在受理、审查、听证及决定(含特别规定)等程序过程均可依法委托代理人。

第四，《行政许可法》第36条规定：“行政机关对行政许可申请进行审查，发现行政许可事项直接关系他人重大利益的，应当告知该利害关系人”。这里将利害关系人从原来仅享有事后救济权和参加相应救济程序(即对具体行政行为不服可以依法申请复议或者提起行政诉讼)，推置前移到享有事前参加行政程序并享有陈述、申辩和要求听证的权利，是行政许可法的重大贡献。但将利害关系人的资格及标准限制于“重大利益”而非“合法权益”，既不利于操作，也不符合正当程序内容要求，似有缺憾。

第五，《行政许可法》第54条规定，行政机关或者行业组织依法实施公民特定资格的考试，“应当事先公布资格考试的报名条件、报考办法、考试科目以及考试大纲。但是，不得组织强制性的资格考试的考前培训，不得指定教材或者其他助考材料”。就其实现行政许可

实施过程中的公平与公正，此规定是值得肯定的。但是，当行政机关或者行业组织成为该项资格考试的主管者和组织者的时候，其也就取得了独家垄断地位。此时，该行政机关或者行业组织只需组织或者举办自愿性考前培训，同样会使报考人员趋之若鹜，最终影响公正与公平竞争。因此，此处应当规定行政机关或者行业组织不得组织或者举办任何形式的资格考试的考前培训。

第六，《行政许可法》第76条规定：“行政机关违法实施行政许可，给当事人的合法权益造成损害的，应当依照国家赔偿法的规定给予赔偿。”由于该法并未将行政机关对被许可人从事行政许可事项的活动实施监督检查行为纳入此处规定的应当承担赔偿责任的侵权行为范围之内，而该法有关规定法律责任的其他条款中，也未将行政机关在实施许可过程中和实施监督检查后向社会、市场及公民、法人或者其他组织提供不真实、不可靠甚至虚假信息承担法律责任，因而在此种情况下，即使给公民、法人或者其他组织造成财产损失，恐怕也很难要求其承担赔偿责任损失的法律責任。这也不能不说是个遗憾。

注释

① 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14页。

② 有关行政审批制度改革的主要内容的依据是：《国务院批转关于行政审批制度改革工作实施意见的通知》（2001年10月18日 国发[2001]33号）《关于贯彻行政审批制度改革五项原则需要把握的几个问题》（2004年12月11日 国务院行政审批制度改革工作领导小组国审改发[2001]1号发布）。

③ 温家宝：《深化行政管理体制改革 加快实现政府管理创新》，载《新华文摘》2004年第5期。

④ 见前引汪永清主编：《中华人民共和国行政许可法教程》，第78页。

⑤ 乔晓阳主编：《中华人民共和国行政许可法释义》，中国物价出版社2003年版，第123页。

⑥ 笔者认为这是按照政府职能转变中的政事分开原则及其要求，将此类物质的技术性事实判断职能由行政机关转交给专业技术组织实施，而将依法审查的行政许可权交给行政机关行使。此观点在笔者的另一篇文章中进行了专门论述。参见《法律科学》，2007年第4期。

[Abstract]

Administrative Permission Act and the Transformation of Government Functions

Wang Zhouhu

Professor, Northwest University of Politics & Law

Administrative permission, as provided in the Administrative Permission Act of the People's Republic of China, is a decision made by administrative agency to determine whether to grant a permit to a private party according to the legal qualifications specified before the party can undertake particular activities. It is essentially pre-permission supervisory action which to a large extent overturns the theory of delegated rights. The Act is enforced interactively with the reforms of administrative approval system with the transformation of government functions as one of its core focuses, it is therefore more of an act which sets up a milestone legal system than merely an act which governs administrative permission. Meanwhile, some provisions of the Act still needs further study and conformation.

Key Words : administrative permission; pre-permission supervisory action; administrative approval; transformation of government functions