

论行政许可名称法定

——以“放管服”改革为背景

On the Statutory Name of Administrative License: Set in the Background of Reform in the Deregulation, Regulation and Service

袁雪石

Yuan Xue-shi

【摘要】 行政审批制度改革暴露了行政许可和行政审批的关系模糊不清、行政许可认定存在不确定性、非行政许可审批数量众多、其他隐形行政许可数量大、单行法律法规设定行政许可的规定模糊等问题。这些问题的表象是行政许可名称泛化，行政许可法对特别法的拘束力较低。行政许可名称法定是解决上述问题的重要路径：对存量许可，以一揽子法律解释方式统一许可清单名称，明确清单的法律效力，并向行政法典编纂和执法指南方向发展；对增量许可，宜建立特别法设定许可的名称法定规则，明确许可名称的专属性、统一性、强制性和完全性，强化行政许可法对特别法的约束。

【关键词】 行政许可 名称法定 权力清单 行政审批制度改革

【中图分类号】 DF312 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)03-0080-12

Abstract: The reform in administrative approval system exposes problems, such as the indistinct relation between administrative license and administrative approval, the uncertainty of distinguishing administrative license from other kinds of administrative power, the large numbers of the invisible administrative approval and non-licensing approval, the uncertain clauses of the law and administrative regulations. The common character of the problems is which the special law regulates too much names of the administrative licenses partly regardless of administrative license law. The statutory name of administrative license is an important path to solve the above problems. As to the existing administrative licenses, it is realistic to make the administrative license list clear and systematic by legislative explanation, and develop to the way of administrative codes and law enforcement guide. As to the adding administrative licenses, it is possible to regulate the clauses of the statutory name of administrative license in the administrative license law to restrict the special law and administrative regulation, and make the name of the administrative license unity, exclusive, unitary, mandatory and worthy.

Key words: Administrative license Statutory name Administrative power list Reform in administrative approval system

【收稿日期】 2016-12-28

【作者简介】 袁雪石，男，1977年6月生，法学博士，国务院法制办公室副处长，研究方向为政府规制、人格权。

本文为个人研究，不代表所在单位观点。感谢何海波教授、骆梅英教授、王贵松教授、吴睿博士对草稿的批评。

如何认定行政许可,是行政审批制度改革的最基础性法律问题。当前中国的“行政许可”是个不确定概念,这增加了立法、执法、守法和司法的不确定性。《行政许可法》是行政审批制度改革的重要阶段性成果,但实施效果不尽如人意。法律规定应该尽量明确,否则法律实施将演化成无数个再立法的过程。行政许可设定脱离《行政许可法》约束的原因很多,从法律实践与语言哲学的角度来看,行政许可名称法定是约束行政许可立法行为、推进《行政许可法》实施、确保行政审批制度改革取得实效的重要路径。

一、行政许可设定问题及其表现

行政许可设定不规范,行政许可名称泛化,不断“变脸”,危害诸多,主要表现在如下几个方面。

(一) 行政许可和行政审批的关系模糊不清

很长一段时间,行政审批的外延比行政许可大,包括行政许可、行政确认等。2001年,《国务院批转关于行政审批制度改革工作实施意见的通知》(国发〔2001〕33号)规定,行政审批是指行政审批机关(包括有行政审批权的其他组织)根据自然人、法人或者其他组织依法提出的申请,经依法审查,准予其从事特定活动、认可其资格资质、确认特定民事关系或者特定民事权利能力和行为能力的行为。2002年,《中华人民共和国行政许可法(草案)》立法说明指出:“行政许可(也就是通常所说的“行政审批”),是行政机关依法对社会、经济事务实行事前监督管理的一种重要手段”。因此,《行政许可法》实施后,行政许可和行政审批应该是划等号的。但实践中,行政许可立法和行政审批制度改革两张皮,官方文件也没有明确行政许可与行政审批的关系。比如,税务总局的行政审批事项清单规定其共有“对纳税人延期缴纳税款的核准”等7项许可〔1〕,许可似乎和审批是同一行为,但从项目性质来看,税收行为中对行政相对人的审批,是行政征收行为的一个附属行为,似不宜作为一项独立的许可。

(二) 行政许可认定存在不确定性

行政许可的名称五花八门,实践中难以认定什么是行政许可,数量有多少也不清楚。

1. 行政许可的名称形式多样。

在起草《行政许可法》的过程中,发现有70多种名称。〔2〕目前,行政许可的名称还有备案、登记、注册、年检、监制、认定、认证、同意、审定、指定、配号、换证、鉴证、公告等。〔3〕从立法技术来看,单纯从名称难以识别何为行政许可,难以确定是否需要适用《行政许可法》。比如,登记可以表现为多种行政行为,房屋、土地权属登记,企业名称预先核准、变更登记,户外广告登记,固定形式印刷品广告登记,特种设备使用登记,组织机构代码登记,旅行社设立分社、服务网点备案登记,这里有的是行政许可,有的是行政确认,有的是行政备案。

〔1〕 参见“国家税务总局行政审批事项清单”,中央编办网,载 <http://spgk.scopsr.gov.cn/bmspx/showBmspxList/24>,最后访问时间:2016年12月21日。

〔2〕 参见胡建森:《行政法学》(第四版),法律出版社2015年版,第272页。

〔3〕 《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》(国发〔2014〕20号)、《国务院关于严格控制新设行政许可的通知》(国发〔2013〕39号)等三令五申禁止变相设定行政许可。

2. 行政许可底数不清。

在地方政府工作部门权力清单的编制中,各地大都公布了本级政府现有行政许可清单,但省与省之间、市与市之间、县与县之间的行政许可数量差异很大,有的省有1000多项,有的省有600多项,有的市县有600多项,有的市县仅200多项。在前三轮的行政审批制度改革中,65个国务院部门上报审批项目4147项,后来确认共有3948项,经过三批取消后,最终认定国务院68个部门共有审批项目3605项,从这些数字的前后变化大致也可以看出确立行政审批项目的底数非常困难。^{〔4〕}

(三) 非行政许可审批数量众多

马怀德教授指出,法律实施后,特别是审批项目清理接近尾声时,有些机关渐渐意识到,《行政许可法》虽然厉害,但只要将自己的许可审批行为“更名换姓”,改成诸如“核准”“备案”等叫法,或者想方设法纳入所谓的“非行政许可的审批”以及“内部审批”“有关民事权利的审批”,就会安然逃脱它的规范。^{〔5〕}《行政许可法》实施后,国务院办公厅文件、部门规章、地方政府规章及其他规范性文件设定了一些行政许可。《国务院办公厅关于保留部分非行政许可审批项目的通知》(国办发〔2004〕62号)创设了非行政许可审批,规定:“这些项目,主要是政府的内部管理事项,不属于行政许可。随着社会主义市场经济体制的逐步完善,今后还将逐步取消或作必要的调整。”该文件主文关于什么是非行政许可审批事项界定比较宽泛,同时附件列举的211事项中不乏行政许可事项,比如,第40项“开办保安服务企业审批”,实为由省级政府公安机关实施的行政许可。

多年来,国务院部门和地方政府设定了一些所谓非行政许可审批事项。2014年,《国务院关于清理国务院部门非行政许可审批事项的通知》^{〔6〕}(国发〔2014〕16号)规定:“最终将面向公民、法人或其他组织的非行政许可审批事项取消或依法调整为行政许可,将面向地方政府等方面的非行政许可审批事项取消或调整为政府内部审批事项,不再保留非行政许可审批这一审批类别。”这等于承认了面向公民、法人或其他组织的非行政许可审批事项就是行政许可。该通知已经发了近三年,国务院层面清理工作基本完成,但一些地方的非行政许可审批仍具有实际的生命力,或者相关的规章没有废止,或者仍然在权力清单中存在。

(四) 其他隐形行政许可数量大

行政审批制度改革在中央层面由中央编办牵头推进。在中央编办网站登载的国务院各部门行政许可事项和中央指定地方实施行政许可事项清单中,进出口商品检验管制并不在其中,实为隐形行政许可。根据《进出口商品检验法》第4条、第5条,进出口商品检验由国家商检部门制定、调整必须实施检验的进出口商品目录并公布实施。列入目录的进出口商品,由商检机构实施检验。未经检验的进口商品,不准销售、使用;未经

〔4〕 参见国务院行政审批制度改革工作领导小组办公室编:《改革行政审批制度 推进政府职能转变》,中国方正出版社2003年版,第367页。转引自周汉华:“行政许可法:观念创新与实践挑战”,《法学研究》2005年第2期,第8页。2016年,中央编办在确定国务院各部门行政许可清单后,又汇总形成了法律、行政法规和国务院决定指定地方实施的行政许可项目清单,共783项,底数不清问题基本解决。

〔5〕 参见马怀德:“谁在虚置行政许可法”,载《新京报》2005年2月28日。

〔6〕 该文件虽然以清理非行政许可审批为目的,但规定要在一年内清理完毕,这等于依据《行政许可法》第14条第2款将一大批非行政许可审批事项设定为临时性行政许可,设定期限为一年。值得研究的是,清理工作并没有在一年内完成,这些行政许可在预定清理完成时间后的法律效力面临挑战。

检验合格的出口商品,不准出口。这个法定检验目录包含的范围很广,目录中的商品不通过检验,无法进出口。在一定意义上,该目录可以理解为行政许可“群”。

许可存在大量子项是个常见现象,比如,“企业、事业单位、社会团体等投资建设的固定资产投资项核准”在发展改革委等权力清单中只占1项,但《国务院关于发布政府核准的投资项目目录(2016年本)的通知》(国发〔2016〕72号)规定该许可含有28个子项。^{〔7〕}

(五) 单行法律、行政法规设定行政许可的规定模糊

《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。”该规定在实践中被变通执行。

1. 有的法律、行政法规相关规定不明确。

比如,境内肥料临时登记的设定依据是《农业法》第25条,其规定:“农药、兽药、饲料和饲料添加剂、肥料、种子、农业机械等可能危害人畜安全的农业生产资料的生产经营,依照相关法律、行政法规的规定实行登记或者许可制度。”《农业法》制定于1993年,但在2012年修改时并未对肥料登记是否属于行政许可加以明确。农业部根据这条模糊规定制定的《肥料登记管理办法》否定了登记的确认或备案性质,将其确定为许可,该办法第5条规定:“实行肥料产品登记管理制度,未经登记的肥料产品不得进口、生产、销售和使用,不得进行广告宣传。”第10条规定:“境内生产者申请肥料临时登记,其申请登记资料应经其所在地省级农业行政主管部门初审后,向农业部提出申请。”

2. 有的法律、行政法规、国务院决定规定许可空白条款。

比如,《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》^{〔8〕}(国务院令412号)规定:“为保证本决定设定的行政许可依法、公开、公平、公正实施,国务院有关部门应当对实施本决定所列各项行政许可的条件等作出具体规定,并予以公布。有关实施行政许可的程序和期限依照《中华人民共和国行政许可法》的有关规定执行。”该决定不仅没有规定对申请行政许可的条件作出规定,而且还要求部门规章规定行政许可条件,部门规章实际设定了行政许可的核心内容。^{〔9〕}该决定第112项是设定了出租车许可,为实施该决定,交通运输部发布了《出租汽车驾驶员从业资格管理规定》《交通运输部关于修改〈出租汽车驾驶员从业资格管理规定〉的决定》。

此外,还有一些规章扩大解释法律、行政法规中规定的“其他”“相应能力”等弹性规定,变相设定或者增加行政许可条件、程序等。

二、行政许可设定脱法的原因

行政许可名称泛化,是《行政许可法》实施效果不彰的表象,其背后是《行政许可法》对特别法的拘束力较低。立法、行政组织、监督等方面的多重因素共同解释了行政许可设定为何会与《行政许可法》相疏离。

〔7〕 参见“中央政府核准投资项目4年削减约九成”,中国政府网,载 http://www.gov.cn/jzhengce/2016-12/20/content_5150777.htm, 最后访问时间:2016年12月21日。

〔8〕 关于该决定是否是行政法规,有一定争议,该决定以令的形式发布,从制定程序、发文形式等方面来看,似应为行政法规。

〔9〕 依据《行政许可法》第18条,行政许可条件需要在立法时一并设定,国务院授权国务院有关部门规定行政许可条件,需要研究。

(一) 立法方面

1. 行政许可法与社会发展没有完全在一个节拍。^[10]

行政许可与高强度管制的计划经济具有天然的契合性。计划经济向市场经济转型的巨大惯性影响着法律的实施,《行政许可法》也不例外。非行政许可审批、备案、配号等冒牌“行政许可”脱离《行政许可法》的管控,是法律与现实互动的真实写照。美国学者弗里德曼曾指出,漏水的水管是平衡的迹象。如果法律行为有社会根源,微妙的平衡是自然的,我们能按社会中的社会和经济力量来解释特定时期的法律。^[11]《行政许可法》严格限定了设定行政许可的法律规范类型,但社会并没有完成转型,设定与实施行政许可的“需求”还比较强烈,各方面似乎没有做好“去行政许可”的准备,法律法规没有设定的,部门规章、规范性文件想方设法设定,形成了一定程度的“规范溢出”效应。英国在放松监管改革中,也曾经面临类似问题:解除管制项目在后期阶段更加显著的特点是,政府发现不得不努力抑制次级立法增加的商业负担。^[12]

经济衰退让“强许可”模式难以为继。此前,经济高速增长、法律的选择实施等消化了大量非正式行政许可和软性行政许可的经济成本。当前,世界及中国经济走入不景气通道,企业难以再负担高成本的行政许可。这或许能解释本届政府为何选择行政审批制度改革作为简政放权的当头炮:通过行政审批制度改革最大限度地降低制度性交易成本,改善中国营商环境,推进经济社会又快又好发展。^[13]

2. 行政许可的认定具有弹性。

《行政许可法》对行政许可抽象概括后进行规范,但是否存在过度抽象化问题^[14],值得反思。实践中,地方和部门最头疼的事情之一就是如何认定行政许可,而认定行政许可,事关行政审批制度改革的成败。《行政许可法》规定了什么是行政许可,但特别法设定的行政权力是否是行政许可,往往“公说公有理,婆说婆有理”,制度原因在于特别法立法时没有明确是否设定了行政许可。对于特别法如何设定行政许可,《行政许可法》规定了实施机关、条件、程序、期限,没有规定行政许可名称,而这逐渐成为《行政许可法》最大的“漏洞”。当然,法律解释能解决某一行政权力是否为行政许可的问题,立法机关也有不少这方面的实践。司法也可以弥补这个假的立法漏洞,但这方面的司法实践效果并不好。法律实施是一个复杂的过程,谢弗林(Chevron)原则是美国处理法律规定模糊时的

[10] 周汉华指出,对于行政许可法的许多制度创新,实际部门相当一部分人甚至认为过于超前,不符合中国的实际。行政许可法会始终面临法律规范与社会发展之间不同步的现实,面临其立法精神在实践中可能发生扭曲或被滥用的风险。参见前注[4],周汉华文,第12页。

[11] 参见〔美〕劳伦斯·M·弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社2004年版,第105页。

[12] 参见〔英〕特伦斯·丹提斯、阿兰·佩兹:《宪制中的行政机关》,刘刚等译,高等教育出版社2006年版,第269页。

[13] 参见李克强:“深化简政放权放管结合优化服务 推进行政体制改革转职能提效能”,中国政府网,载 http://www.gov.cn/premier/2016-05/22/content_5075741.htm,最后访问时间:2016年8月2日;《国务院关于印发2016年推进简政放权放管结合优化服务改革工作要点的通知》(国发〔2016〕30号)。

[14] 《行政许可法》通过后,有相当数量的请示答复是关于某一行政权力是否是行政许可的。关于特许、认可,有学者认为其并不是行政许可。黄茂荣认为,所谓过度抽象化是指在概念化上将其所描述之对象的特征舍弃过多的现象。参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第62页。

一项司法原则,但美国联邦最高法院对谢弗林原则的适用也存在前后不一致的问题。^{〔15〕}

3. 国务院办公厅文件的法律效力规定缺位。

《行政许可法》第14条第2款规定国务院决定可以设定临时性许可,但没规定国务院办公厅文件能否设定行政许可,《立法法》也没有规定国务院办公厅文件的法律效力。实践中,有些国务院办公厅文件设定了行政许可。多数国务院办公厅文件都是经国务院同意或者批准发布的,起草主体往往是行业部门,制定程序相对简化,类似于《立法法》之前“国务院批准+部门发布”类的行政法规。国务院办公厅文件是否能解释为《行政许可法》规定的国务院决定,国务院办公厅文件设定的行政许可效力如何认定,需要进一步明确。

4. 事中事后监管措施立法探索不足。

当前,行政机关还是不习惯许可、处罚之外的监管方式。^{〔16〕}目前,除了处罚、许可、检查、技术标准、价格控制有法律法规外,强制披露、收费、确认、资助、备案、担保、合同等事中事后监管措施共同性立法尚付阙如。但实践对监管措施的制度需求非常强烈。一是房地产大幅涨价、三鹿毒奶粉、校车事故等问题出现后,行政机关会有加强监管的需要,但对策有限,往往路径依赖地继续选择许可、处罚等,形成了许可“边取消下放、边增设”的局面,像许多国家一样,许可借助“事件”不断得到强化。^{〔17〕}二是“源泉性”行政行为法律规范缺失。比如,行政资助动辄几百万、上千亿,一个行政资助会衍生出数量庞大的许可、处罚,但资助的共同法律规则缺失。这是当前中国行政法立法的重大不足。三是“放管服”改革中,许多许可被取消,取而代之以备案,但备案如何设定,没有一个说法。^{〔18〕}

近几年,《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》(国发〔2014〕20号)探索规定了强制披露、信用、公示等监管方式;《企业信息公示暂行条例》在信息披露监管措施方面作了立法尝试。但总体而言,事中事后监管措施的立法还处于起步阶段。

(二) 行政组织方面

1. 国务院部门合力不足。

《行政许可法》实施差强人意,不是法律本身的问题,而是行政管理体制的问题在

〔15〕 参见〔美〕理查德·J·皮尔斯:《行政法》(第一卷)(第五版),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第177~178页。

〔16〕 长期以来,政府对微观经济运行干预过多、管得过死,重审批、轻监管,不仅抑制经济发展活力,而且行政成本高,也容易滋生腐败。参见李克强:“简政放权 放管结合 优化服务 深化行政体制改革 切实转变政府职能”,新华网,载 http://news.xinhuanet.com/politics/2015-05/15/c_127802274.htm,最后访问时间:2015年5月27日。

〔17〕 唐纳德·J·布莱克认为,法律是一个变量,可以增减,在一种条件下比另外一种条件下要多。法律的量随着时间和空间而变化。参见〔美〕唐纳德·J·布莱克:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社2004年版,第3~4页。

〔18〕 张红曾对哪些事项需要备案进行反面排除,但还没正面回答哪些事项应该备案的问题。参见张红:“论行政备案的边界”,《国家行政学院学报》2016年第3期。现在简政放权改革取消的是行政审批,并探索事中事后监管措施,这似乎意味着行政监管的总量是不变的,但是措施的强度有所降低。20世纪80、90年代,英国放松监管改革取消的不仅仅是行政审批,而且还包括其他监管措施,其改革目的是“更少、更好、更简单”,只在必需的时候才进行管制,不把繁重的管制强加于商业,建立一个简约透明的管制框架,政府对数据的需求会更少,管制的收益大于成本。参见前注〔12〕,特伦斯·丹提斯、阿兰·佩兹书,第262页。

法律实施上的映射。行政审批制度改革暴露出决策分裂、相互矛盾、政府信息孤岛、“数据烟囱”等现象，协同效应不仅没有充分发挥，而且还“争权夺利”“推诿扯皮”^{〔19〕}，部门利益此起彼伏，行政一体化原则^{〔20〕}没有得到很好的贯彻。美国联邦管理与预算办公室（OMB），从预算、机构和法制等角度，力图解决各个机关孤独存在、缺乏协调、欠缺全局考虑等问题，较好地优化了行政机构的决策。^{〔21〕}如果将政府比喻成一个人的话，我国迫切需要加强类似人体大脑的智囊机构一体化建设，该机构应该包括编制、财政、人事、法制等。智囊机构的决策把关，既能解决决策落实的保障问题，也能剔除决策中隐藏的部门利益，推进治理一体化。

2. 基层人力资源不足。

《中共中央办公厅、国务院办公厅关于推行地方各级政府工作部门权力清单制度的指导意见》（中办发〔2014〕21号）要求，省级政府2015年年底前、市县两级政府2016年年底前要基本完成政府工作部门、依法承担行政职能的事业单位权力清单的公布工作。权力清单工作采取的是先地方、后中央模式，国务院部门没有部署本系统许可事项梳理，省、市、县政府是根据各自的理解对行政许可事项进行梳理，行政许可认定机构多元化、地方化。

但是，市县政府的人力资源不足以支撑其干好这项工作。一是不少县级政府编制部门负责牵头梳理地方权力清单，有的编制部门具体承担这项工作的只有1~2人，而且基本都不是法律专业的。二是县级政府法制机构也难担此任，与同级部门相比，法制办的人员都很少，基本都是个位数，即使多一点的地方，也有不少人实际是县领导秘书，或者是兼职从事法制工作。在过去多轮的地方政府机构改革中，法制办地位不升反降。在新一轮地方政府机构改革中，一些地方出现了“撤并法制办”潮。^{〔22〕}三是县级政府工作部门内设法制机构的数量通常不到三分之一。以山东省某百强县为例，其政府组成部门独立设置法制机构的只有10多个，且具有司法考试资格的工作人员寥寥无几。在此背景下，各级政府及其部门对许可的认定各有理解，相同法律依据设定的行政许可在不同层级的认定结果不一致，是一种客观必然，这反映了行政组织对法律实施的重要影响。

（三）监督方面

法律的执行取决于投入的资源^{〔23〕}，《行政许可法》的实施也离不开监督资源的投入。我国的监督途径很多，党内监督、人大监督、政协监督、行政监督、司法监督等，但不足之处在于监督力量分散，合力不足。下文仅选行政监督和司法监督进行阐述。

1. 行政监督。

不执行在法律中是普通事，可能和执行一样普通。某项规则得到完全执行几乎闻所未闻。低水平的执行与纸面上的高惩罚相平衡。^{〔24〕}《行政机关公务员处分条例》第21条规定，在行政许可工作中违反法定权限、条件和程序设定或者实施行政许可的给予警告

〔19〕 这类表述反复出现在国务院文件或者国务院领导的讲话中，如《国务院关于加快推进“互联网+政务服务”工作的指导意见》（国发〔2016〕55号）。

〔20〕 参见李洪雷：《行政法释义学》，中国人民大学出版2015年版，第198页。

〔21〕 参见王名扬：《美国行政法》（下），中国法制出版社1995年版，第886~888页。

〔22〕 参见沈开举、郑磊：“应对新一波‘撤并法制办’现象及时喊停”，财新网，载 <http://opinion.caixin.com/2015-11-02/100869150.html>，最后访问时间：2016年12月21日。

〔23〕 参见前注〔11〕，劳伦斯·M·弗里德曼书，第112页。

〔24〕 同上，第109~110页。

或者记过处分；情节较重的，给予记大过或者降级处分；情节严重的，给予撤职处分。但是，因违法设定或者实施行政许可而被处理的媒体报道，却极少见，强力监督《行政许可法》实施的氛围并没有形成。由于违法设定行政许可的国务院部门或地方政府层级往往很高，政府自身监督存在一定的体制障碍；追责或赔偿等制度设计反而有可能减少了行政投诉与举报，体制内主动监督的动力也相应减弱。此外，行政许可的认定标准模糊，监督标准也因此而模糊，权力清单编制、非行政许可审批清理等工作受制于此。

2. 司法监督。

司法优势是美国法文化的基本因素之一，联邦最高法院具有强烈的个人权利意识，积极通过诉讼影响法秩序和社会变迁。^[25] 与美国不同，中国的行政机关优势更加明显，行政首长的行政级别和政治地位高于同级法院院长。《行政诉讼法》修改后，法院才获得了附带审查国务院部门和地方人民政府及其部门规范性文件的权力，但国务院文件、国务院办公厅文件和规章仍然不在法院的审查之列，而规章是违法设定行政许可的主要途径。法院对行政的监督在体制上仍处于劣势，理论上法院发现所谓“核准”“备案”后，完全可以依据《行政许可法》第2条关于行政许可的定义，以“实”定“名”，将其归入行政许可行为，进而纳入《行政许可法》的调控范围之内^[26]，但客观上法院可能有权不敢用、不愿用。

三、行政许可名称法定的制度构想

行政许可名称法定是解决好存量行政许可不规范和增量行政许可设定脱法问题的重要路径。对于存量，在权责清单中固化行政许可的类别，以行政许可法典编纂的方式，通过一揽子法律解释统一行政许可的名称形式。对于增量，借鉴罪刑法定原则，明确特别法设定行政许可的，必须在法条中命名“某某许可”，将增量许可名称法定化，实现清单管理的动态更新。

（一）行政许可名称法定的可行性

1. 行政许可名称法定的理论基础。

概念和意义之间应当形成固定的指称关系，固定的名称有助于克服理解的任意性，调动名称背后的社会认知资源，节约社会交易成本，是主体间理解与互动的基础。符号学的两大奠基人索绪尔和皮尔士都认为，符号是通向对象的代码通道。^[27] 大卫·休谟谈到，法律是被语言所建构的，法律规范是一种有实际性、有效性的语言结构，是一种达到在同一个社群生活的意见一致或理解对手的沟通技术。^[28]

海德格尔认为，语言是存在的家。人栖居在语言所筑之家中。命名不是把约定的符号加到一个已知的物体上去；相反，命名才始令一存在者就其存在显现出来。命名不仅敞开存在者，而且始令事物成其所是。^[29] 就此而言，特别法设定行政许可，但不明确设定许可事项的自身法律属性，就仿佛孩子生了下来，但却没给取名字。没有名字的行

[25] 参见季卫东：“法的根源与效果（代译序）”，载〔美〕劳伦斯·M·弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社2004年版，第3页。

[26] 参见张千帆、赵娟、黄建军：《比较行政法》，法律出版社2008年版，第372页。

[27] 参见〔英〕保罗·科布利、莉莎·詹茨：《视读符号学》，许磊译，安徽文艺出版社2007年版，第27页。

[28] 参见〔德〕考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2001年版，第172页。

[29] 参见陈嘉映：《海德格尔哲学概论》，生活·读书·新知三联书店1995年版，第300~301页。

政权力,事物的本质就难以显现出来,法律实践中的理解基础存在不确定性,交流者首先要凭借自己的判断来给该行政权力取个名字,或者归个类别,当交流者出现分歧或者没有能力取名字、归类别的时候,就出现了交流障碍,法律实施就会出现偏差。按照海德格尔的理解,名称从来不是在物之外的,通过命名,某种东西被作为某一特定的事物得到领会。言词本身即是关联,因为它把物拥入存在,并保持在存在中。物由于言词而“是”其物。^[30]语言是理解的基本工具,词语和句子的含义常常是多义的、不确定的和变化的,语言的这种特点从科学角度看是缺点。^[31]立法确定许可的名称,也就确定了更加直观的“权力”符号产品,促进了个体主观认识与外部社会结构的互动与融合,克服了概念与条文的抽象性。

2. 行政许可名称法定的比较经验。

法律规则运用符号学理论,不乏先例。一是立法法规定不同层级法律规范的名称。我国台湾地区“中央法规标准法”第2条规定,法律得定名为法、律、条例或通则。英国部长委员会曾建议将“条例”“规则”和“命令”这3个名词加以区分使用,并认为“规则”宜用于指程序性规定,而“命令则应当用于行政活动和法律裁决”。^[32]二是有些民商法规则运用了符号学原理。比如,日本《一般社团法人及一般财团法人法》第5条规定,一般社团法人或一般财团法人必须根据其所属种类在其名称中使用一般社团法人或一般财团法人的字样。一般社团法人不得在其名称中使用可能让人误以为是一般财团法人的字样,同样,一般财团法人不得在其名称中使用可能让人误以为是一般社团法人的字样。第6条、第7条规定了禁止使用使人误认为是一般社团法人或一般财团法人的名称等,禁止不正当混淆使用法人名称。

3. 行政许可名称法定的现实需要。

一是通过许可名称法定,增强《行政许可法》的类型强制功能。^[33]中国现行的行政许可立法状况是“行政许可法+特别法”,这种区分行政行为类型进行立法有其科学性,符合渐进式改革的现实需要。但现实表明,类型法定出现漏洞或者类型法定遵从度低。对于偷换概念的脱法行为、实践难以识别行政许可等问题,如何处理?许可名称法定是一条便捷路径。类型是建立在一般及特别间的中间高度,它是一种相对具体,一种在事物中的普遍性。康德曾讲到,概念没有类型是空的,类型没有概念是盲目的。^[34]“行政许可”既是行政行为的一个具体类型,也是该类型行政行为的抽象概念。许可名称强制是对“行政行为”类型的一个补充,也是对“行政许可”概念的具体化。

二是通过许可名称法定,增强行政许可立法与执法的透明度,法律指引更加明确、清晰。我国特别法设定的行政许可,一般难以找到该行政权力的属性,特别法并没有在立法时给设定的行政权力取个名字,或者判定归属类型,特别法设定行政许可的意思表示有时并不明确,这些行政权力似乎是没有名字的东西。行政许可名称法定,用确定的

[30] 同上,第306~307页。

[31] 参见〔德〕魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第77页。

[32] 参见〔英〕威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第568页。

[33] 这种类型强制,其实也是以《行政许可法》为统领、以特别法为骨肉的行政许可制度体系。在这种意义上,这里的类型强制也是体系强制。关于类型强制,参见王轶:“民法典体系强制”,载《中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会论文集》,法律出版社2003年版,第73~85页。

[34] 参见前注〔29〕,考夫曼书,第190~192页。

指称关系搭建法律实施的平台,明确法律规范的逻辑出发点,增强法律的可预见性,让法律实施更加顺畅化。行政许可的类型特征,因名称法定的要求,特别法立法会更加仔细地反复检讨拟设定的行政权力究竟是否符合行政许可的根本特征,反复辨识、加工和整理其权力符号特征,立法的过程演变成行政许可具体化、精细化的过程,在这一点上,行政许可名称法定有助于提高立法的科学性。同时,“行政许可”名称法定,等于在行政许可法与特别法、立法与执法之间架设一座桥梁,使执法者和老百姓不必再凭借有限的法律知识去判断何为行政许可、是否要适用《行政许可法》。

(二) 存量许可名称法定

清单管理是政府自我管理的创新,这种兼具行政法法典编纂和执法指南性质的清单管理,非常符合中国行政法通则规定分散,执法机构林立,执法人员数量多、素质相对不高的中国实际。对于存量许可,通过大规模法律解释方式规范化,实际是关于行政许可的法典专项编纂,以这种立法的方式将行政许可清单法定化,也是推进立法精细化和填补此前特别法立法漏洞的措施。但目前的行政许可清单还需要在优化清单和明确法律效力方面进一步提升。

1. 优化现有权力清单。

目前,中央编办已经牵头梳理出了国务院部门行政许可目录和中央指定地方实施的行政许可目录,但这两个目录还需要完善。清单之内的项目可能不是许可。比如,对纳税人延期缴纳税款的核准,其设定依据为《税收征收管理法》第31条第2款。^[35]从实践来看,有关立法机关认为,政府为了鼓励或者引导某一行业或者事业的发展,常常通过审批,对特定行业或者事业的发展直接或者间接提供一定的物质(包括资金)支持,比如,减免税收或者其他应征费用,这些行为不是行政许可。^[36]从理论来看,这里的核准与行政征收行为相交织,似宜按照“主行为吸收从行为”的原则,认定核准的性质为行政征收行为的一部分,不将其作为单独的行政许可。此外,清单之外可能还有一些许可。

2. 明确清单的法律效力。

目前,清单管理的方法已经被新一届政府广泛采用,但仍不能说“清单之外无权力”。从发布主体来看,清单是由中央编办发布的,由于中央编办不是法律解释主体,因此清单不具有法定拘束力。要解决这个问题,有以下两种途径:一是由立法机关分别解释,统一发布。立法机关可以以一揽子法律解释的方式,明确现行法律、行政法规、地方性法规中设定的行政许可数量、名称、实施主体、条件、期限和程序等。在发布平台方面,可以考虑统一发布,各地方、各部门也可以在各自平台上发布。

二是清单管理模式立法。清单模式,实际是对现行法律的简化,是另外一种形式的法律编纂。对立法者、行政执法人员、法官和人民群众而言,浅显易懂、操作性强,全国人大常委会可以尝试制定行政许可清单管理方面的法律,以立法的形式赋予行政许可清单管理的法律效力。在此前提下,中央编办可以据此通过法定途径明确国务院部门行政许可清单和中央指定地方实施行政许可清单的法律拘束力,“清单之外无许可,清单之内必须为”

[35] 该条文内容为“纳税人因有特殊困难,不能按期缴纳税款的,经省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局批准,可以延期缴纳税款,但是最长不得超过三个月”。参见国务院各部门行政许可事项服务平台,中央机构编制网,载 <http://spgk.scopsr.gov.cn/bmspx/showXm/24/6764>, 最后访问时间:2017年1月3日。

[36] 参见国务院法制办《对〈关于行政许可清理工作有关问题的请示及建议〉的复函》(国法秘函〔2004〕75号)。

就名副其实了。实践中,已经有地方进行了类似探索,比如,广东制定了《广东省行政审批事项目录管理办法》,并随后将有关内容吸收到《广东省行政许可监督管理条例》中,该条例第7条规定,行政机关应当依法建立权责清单制度,行政许可实行目录管理。未纳入目录管理的行政许可不得实施。法律、法规新设定的行政许可,自法律、法规施行之日起自动纳入行政许可目录。各级人民政府及行政许可实施机关应当向社会公开行政许可目录,包括行政许可的项目、依据、实施机关等情况。行政许可目录实行动态管理,应当根据行政许可事项的变化情况,在行政许可实施前及时更新和重新公布目录。

(三) 增量许可名称法定

对于增量行政许可,可以通过创设行政许可名称法定规则予以解决,即法律、行政法规、国务院决定、地方性法规、地方政府规章在设定行政许可时,必须在相关条款明确表明,设定了“某某许可”。行政许可名称法定基本规则应包括以下几点内容。

1. 专属性。

一是许可名称只能为“许可”,其他行政行为不能再以“许可”命名,避免降低名称识别度,引人混淆。名称的差异,既是符号的差异,也是符号背后对象的差异。胡建森教授指出,除“许可”本身作为行政许可的行为形式外,其他形式如认可、审批、审核、核准、登记、备案等,并非都是行政许可的专有形式,他们可能同时又成为其他行政行为的一种形式。^[37]许可名称法定首先要解决的就是这个问题。二是现行法中名非许可但实为许可的,应清理正名。进口出版物备案名为备案实为许可,《出版管理条例》第41条规定:“出版物进口业务,由依照本条例设立的出版物进口经营单位经营;其中经营报纸、期刊进口业务的,须由国务院出版行政部门指定。”“未经批准,任何单位和个人不得从事出版物进口业务;未经指定,任何单位和个人不得从事报纸、期刊进口业务。”第42条还规定了设立出版物进口经营单位,应当具备的条件。

2. 统一性。

借鉴罪刑法定原则,许可名称在法条中一律统一为某某许可。当然,《行政许可法》第12条规定了普通许可、特许、认可、核准、登记五类行政许可,表现形式不一。^[38]如果在立法上统一叫作“行政许可”,忽视许可的类型、强度等是否合理,需要研究。上述五类许可实为许可行为的次级类型,正所谓“白马亦马”,尽管名称不同,但实为法定许可,在法条中统一称为某某许可,正如刑法的罪名有多个类型一样,并无不妥。当然,还有一个折中办法——许可次级名称法定化,在立法中直接冠名某行政权力为普通许可、特许、认可等,但许可次级名称法定化难以解决上述特别法设定的许可为上述五种类型以外的许可(《行政许可法》第12条第六项)的问题,将来可能还会出现行政许可名称泛化问题,鉴于此,第一种方案更合理。

在“证照分离”“先照后证”等改革背景下,登记的行政确认特征凸显出来,建议登记不再作为许可的类型。按照《行政许可法》第12条,登记主要适用于企业或者其他组织的设立,其重要特征是没有数量限制,对申请材料只是形式审查,行政机关没有裁量权,通常是当场做出是否准予登记的决定。行政确认是行政主体依法对行政相对人的法律地位、法律关系或有关法律实施进行甄别,给予确认、认可、证明,并予以宣告

[37] 参见前注〔2〕,胡建森书,第266页。

[38] 同上,第272~274页。

的具体行政行为。^[39]《行政许可法》第12条的登记是对行政相对人法律地位的确认,符合行政确认的一般特征。据此,将登记作为行政确认,也无不可。

3. 强制性。

一是补充行政许可设定规则,要求特别法在设定许可时,必须规定行政许可的名称。二是特别法如没有规定行政许可名称,则表明没有设定行政许可。如其他证据表明,特别法实际设定了行政许可,则应追究有关人员的立法责任。

4. 完全性。

有些法律规范设定行政许可的法律条文表现为不完全法条。比如,《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》设定了行政许可,但没有规定这些行政许可的申请条件。行政许可名称法定要求,不仅名称要法定,而且要名副其实,名称和内容都要符合行政许可法定原则,要以完全法条的形式设定行政许可。

综上,建议修改或者补充《行政许可法》第18条,规定在设定行政许可时,不仅要明确规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限,而且还要规定名称、数量、实施层级等,设定行政许可必须使用“某某许可”字样,其他行政行为不能使用“许可”字样,从而在立法环节强化《行政许可法》的约束力,建立确保法律实施的机制。

四、余论：行政行为名称法定

除了行政许可,行政强制、行政检查、行政处罚等都存在名称泛化的问题。在《行政强制法》立法时,全国人大常委会法工委指出,行政强制措施的具体形式繁多,同一行政强制措施有多种表述,缺乏规范,这是《行政强制法》立法要解决的主要问题之一。^[40]据统计,从1949年到1999年法律、行政法规、部门规章规定的行政强制措施,共有263种。^[41]关于行政检查,据统计,截至2015年4月底,现行法律、行政法规设定的行政检查名称有110多种。关于行政处罚,除了《行政处罚法》第8条规定的六类行政处罚外,实践中还有通报批评、行业禁入、限制经营范围、取缔、收缴等名目繁多的依职权行政行为,是否是行政处罚,需要逐一辨认,给配套立法、执法、守法和司法带来了不少困扰。

在行政行为类型立法的背景下,《行政诉讼法》关于行政行为的规定并不能真正作为规范行政行为的一般条款,行政行为名称法定是当前中国亟待解决的一个实践课题。通过行政行为名称法定,加强《行政许可法》等共同行为立法与特别法之间的联系,提升行政法律的法典化体系效应,降低配套立法和法律实施中面临的识别难题,推进法律获得普遍的服从,是一条成本低、见效快的现实路径。

参考文献

[1] 马怀德. 谁在虚置行政许可法 [N]. 新京报, 2005-02-28.

[2] 周汉华. 行政许可法: 观念创新与实践挑战 [J]. 法学研究, 2005(2).

(责任编辑: 于文豪 赵建蕊)

[39] 参见杨建顺: “行政行为的主要形式”, 载姜明安主编: 《行政法与行政诉讼法》, 法律出版社2003年版, 第137页。

[40] 参见信春鹰: “关于《中华人民共和国行政强制法(草案)》的说明”, 载乔晓阳主编: 《中华人民共和国行政强制法解读》, 中国法制出版社2011年版, 第256页。

[41] 参见金伟锋主编: 《中国行政强制法律制度》, 法律出版社2003年版, 第12页。