

行政许可设定权的层级分配

——基于中国立法实践的研究

俞 祺

【摘 要】现行行政许可设定权的分配制度中存在诸多模糊之处,而作为其主要规范基础的法律保留原则却难以提供清晰的指引。科学合理的许可设定权制度框架应在一定程度上融合立法实践中实际形成的规则。通过对我国各类法源文件所设定许可的梳理可以发现,不同立法机关关注的重点有所区别。这不仅体现了有差异的社会管理需求,也反映了立法机关在规范层面对许可设定权的不同认知。基于立法实践的启示,法律之下的规范设定的许可应主要针对经济性活动,资源配置类许可的设定权可被赋予对资源有使用权的主体行使,在政策不稳定的领域中有必要允许更灵活的许可设定行为,同时,许可的具体规定权应根据不同情况而区别对待。

【关键词】行政许可;设定权;一般禁止;自由;地方性事务

【作者简介】俞祺,北京大学法学院、北京大学宪法与行政法研究中心助理教授(北京 100871)。

【原文出处】《行政法学研究》(京),2022.6.29~40

【基金项目】2019年度国家社会科学基金青年项目“地方性立法事务与央地立法权分配研究”(项目编号:19CFX025);2017年教育部人文社会科学重点研究基地重大项目子课题“规制改革与政务公开”(项目编号:17JJD820002)。

一、问题与研究范围

简政放权是我国经济与政治体制改革的重要举措,这在法律层面主要体现为行政许可制度的改革。其中,简政意味着取消不必要的许可,而放权则意味着许可设定权与实施权的下移。简政放权过程至少涉及行政许可制度三个方面的理论问题:第一,什么是行政许可的必要存在范围;第二,行政许可的设定权应当由哪个层级的立法主体掌握;第三,不同的行政许可应当由哪些行政主体来具体负责实施。在这三个问题中,关于第一个问题已有较系统的研究,不少学者从理论上分析了行政许可的本质,或结合《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)第12条的内容讨论了行政许可的适当边界。^①关于第三个问题的研究则十分罕见。原因可能是,不同领域的许可实施权配置完全不同,难以从中提炼出有意义的一般规则。故对该问题的讨论或

许需要结合某一具体领域展开。

本文意欲讨论的是上述第二个问题,即行政许可设定权的层级分配。这项研究有助于厘清目前《行政许可法》相关内容的模糊之处。例如,该法第14条第1款规定:“本法第12条所列事项,法律可以设定行政许可。尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。”仅从该款内容看,行政法规和法律在许可的事项或领域的设定权上并无区别,只需遵循法律先占原则即可,但两者真的可以等同吗?再如,什么是第15条第2款中的“应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质”?在何种情形下,国务院决定或地方政府规章可以设定临时性许可?对上述问题的回答应当在整体分析行政许可类型和不同法源文件特点的基础上进行。

虽然许可设定权层级分配在《行政许可法》第14-18条上有较为详细的规定,但相较于对许可实质

范围的研究来说,有关设定权分配的理论探讨尚未系统化。目前多数文章着重于讨论行政法规、地方性法规等特定法源文件的许可设定权大小,^②未重点分析许可设定权应该如何在不同的立法文件间划分,也还未对背后的理论框架进行总结。当前,《法治政府建设实施纲要(2021-2025年)》已将《行政许可法》的修改提上议事日程。在未来修法时,许可设定制度作为这部法律的重要组成部分将成为讨论的核心之一。因此,研究设定权分配制度背后的法律原理很有必要。

另外,需要说明的是,《行政许可法》第二章虽名为“行政许可的设定”,但其中事实上包含“设定权”与“具体规定权”两种权力。许可设定权针对的是许可事项,而具体规定权针对的是事项以外的其他内容,包括实施机关、条件、程序、期限等。设定权与具体规定权的区别在《行政许可法》上具有规范依据。该法第12条即明确指出“下列事项可以设定行政许可……”且第13-15条在规定不同法源文件的设定权时均在开头谈到“本法第12条所列事项”。这说明,设定许可主要是指将某种事项纳入许可范围。而涉及具体规定权的第16条各款则均将规定权限制于“在事项范围内”。如第16条第1款规定:“行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。”全国人大常委会在中国人大网公布的关于《行政许可法》的释义也指出:“法规、规章在对上位法设定的行政许可作具体规定时,主要是对行政许可的条件、程序等作出具体规定。”^③可见,具体规定是在某种事项已经被纳入许可范围后所作的进一步补充规定。虽然根据《行政许可法》第18条,规定权相对于设定权来说具有附属性,但不能否认两者之间确实存在作用对象上的差异,在具体讨论时应加以区分。

二、作为许可设定权分配基础的法律保留理论及其模糊性

设定许可的本质在于设定一般禁止,抑制相关主体在某方面的活动自由;而给予行政许可则意味着取消一般禁止,恢复获得许可者在该方面的活动

自由。对自由的影响是行政许可制度的核心特征,这将其与行政确认等与限制自由无关的行为区别开来。当然,并非所有设定许可的行为都扩张了对自由的一般禁止范围。在部分情况下,一般禁止本就存在,许可只是构成了对禁止的重申。例如,普通公民在未获许可的情况下不能随意开采自然资源,这并非是因为开采许可制度设置了一般性禁止,而是因为自然资源的所有权属于国家。在该情形中,一般禁止由所有权规范所施加,而不是由设定许可的规范所创设。这构成了许可设定中的一类特殊情形。不过,对一般禁止的重申也同样表现为对自由的限制。因此,讨论许可设定权本质上就是讨论立法主体限制公民、法人、其他组织自由的权力的大小。

在我国,立法主体影响相对人自由的权力大小主要受法律保留原则的调整。法律保留原则的核心内容集中体现于《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第8条。根据该条,应被保留的事务大体上可分为政治类事务、基本权利类事务和重要制度类事务三个方面。鉴于行政许可的设定行为会产生剥夺相对人自由的效果,直接涉及基本权利事项,故严格来说该行为应当由法律保留,而不能委之于其他规范,特别是不能由行政机关的规则来规定。^④然而,我国《行政许可法》在一般意义上赋予行政法规、地方性法规、省级地方政府规章许可设定权。这相当于将剥夺自由的权力概括性地授予大多数立法主体。

虽然将法律保留范围内的事务授权给其他主体规定并非完全不可,但自由作为最重要的公民基本权利之一,是否可由法律外的其他规范限制却存有任何疑问。比如,我国《立法法》第9条即将“限制人身自由的强制措施和处罚”作为法律绝对保留事项而禁止法律外的规范涉足。不过,《立法法》上被法律所绝对保留的自由特指“人身自由”。人身自由只是一种最基础的身体自由,在其上应当还存在各种类型的活动自由,如职业自由、经营活动自由、迁徙自由、社会交往自由等。对于各种类型的活动自由是否需

要法律保留的问题,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)和《立法法》未作明确规定。

从理论上说,人身自由等基本权利对普通公民而言至关重要,对其限制当然要通过法律这样的高位阶的规范来进行,因此,像拘留、隔离等措施由法律保留无可厚非。但限制一般经济社会活动自由(如参加社交聚会的自由、从事某种经营活动的自由)是否也必须由法律保留?这类自由只是某种特定活动的自由,而非一般的人身自由,其被限制后对相对人产生的不利后果也相对较轻。事实上,经济自由从人身自由中被分离出来就体现了特定活动自由与一般人身自由的差异。有学者认为,经济自由在理论上应当劣后于精神自由和人身自由。^⑤在实践中,经济领域的活动自由明显也受到了来自各层级法规范的更多约束。如在日本,最高法院认为地方条例可以禁止在贮水池的堤坝上种植农作物,这虽然突破了财产权限制应受法律保留的规范要求,但法院指出此种限制应属于需要被忍受的制约。^⑥在美国,洛克勒案中霍姆斯法官的反对意见即支持州法干预契约自由,而联邦最高法院后续的案件继承了霍姆斯法官的观点,避免使用正当程序条款影响州法的决策。^⑦我国《宪法》第11条第2款规定,“国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”。其中“依法实行监督和管理”暗含了国家通过不同法源文件影响经济活动自由的可能性。所以,除了宪法和法律保留的自由外,其他法源文件的制定主体也可能对自由的某个方面(特别是经济社会活动自由)进行限制,这构成了他们设定行政许可的基础。不过,其他法源文件限制经济社会活动自由的边界应存在于何处?

至此,一般意义上的法律保留理论已难以提供进一步的指引,我们需要结合其他的论据作更具体的探讨。事实上,作为具有重要政治和经济影响的制度,许可设定权的分配还应当有利于促进许可功能的合理发挥:既要防止许可过滥而对市场和社会形成不当干扰,也要避免行政机关在实践中缺乏必要的管制措施而使公共利益受损。两种价值的平衡

点难以通过单纯的规范分析确定,而必须结合对实践的观察。有关行政许可设定的立法实践虽然不一定严格符合《行政许可法》的规定,但其中可能会隐藏有一定的规律。这些规律对于完善许可设定制度具有重要参考价值。必须强调,本文并非主张“存在即合理”,而是试图找寻具有实践层面合理性的规范制度安排。

本文的经验梳理将通过分析有代表性的地方政府权力清单来进行。这些清单来自北京市、吉林省辽源市、安徽省安庆市、山东省曲阜市、贵州省黔西县、河北省安新县,涵盖省、市、县三级。上述地方的权力清单记载信息相对完整,适宜作为进一步研究的对象。当然,地方政府自行制作的权力清单中往往存在许多影响统计的问题。比如不少地方为了降低许可总数而将多项许可并为一项,或将本属于许可的事项划入“备案”事项和“其他权力”事项。为了使调查结果覆盖全面,本文在梳理权力清单时除了关注名义上的许可权或审批权外,也将备案事项和其他权力事项中的实质行政许可纳入进来。同时,为了避免不同地方定义许可的标准不统一,相关数据比较主要在同一清单内进行。鉴于人工大量梳理过程中难免出现疏漏和不精确之处,因此,数字间的细微差异可能并无实质意义。

三、对行政许可设定实践的梳理

如前所述,行政许可设定权主要针对的是“事项”,具有不同设定权的法源文件所能涉及的事项应有区别。当然,对事项的分类有多种方式,如《行政许可法》第12条将许可事项分为一般许可、特许、认可、核准、登记和其他许可事项。理论上常常将该条中的事项分类直接作为许可本身的分类。除此以外,我们还可以根据行政许可事项所处的管理领域对其进行分类,将其分为公安类许可、城乡建设类许可、自然资源类许可等。虽然这些分类方式不能穷尽所有的许可情形,但是若将现实中出现的许可归入到这些类别中,我们已然可以发现一些有意思的现象。此外,需要特别关注的还有立法主体越权设定许可的情形以及下位规范具体规定许可的情形,

它们均反映了许可设定实践的重要侧面。

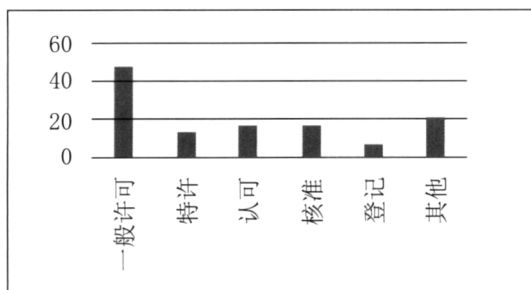
(一)许可事项种类的分布情况

《行政许可法》第12条区分了5种类型的事项并设定了兜底条款。其中一般许可主要涉及安全类事项,目的在于危险防范;特许的目的在于对有限自然资源、公共资源进行分配;认可针对需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能的职业或行业,作用在于消除信息不对称或风险预防;核准针对重要设备、设施、产品、物品,目的在于维护公共安全、人身健康、生命财产安全;登记的目的是对企业或其他组织的信誉进行控制。应当说,此处的许可分类方法并不完全科学。例如,一般许可和核准、认可的目的存在部分重合,在许多情况下难以清晰区分;同时,现实中还有部分许可与危险防范、资源分配、消除信息不对称等目的无关,只能被列入其他许可事项。^⑧但尽管如此,通过将现实中的许可归入上述类别,我们已然可以发现哪些事项类型获得了更多的关注。

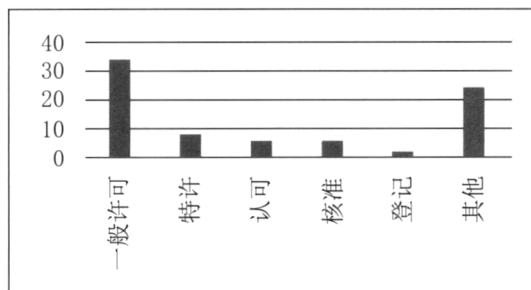
鉴于在收集的各份权力清单中,曲阜市的清单

较详细地标明了各项权力的法律、法规、规章和规范性文件依据,本文即以曲阜市清单列举的许可权力为基础,按照《行政许可法》第12条所列举的6种情形进行分类。例如,机动车登记为一般许可,采伐林木许可为特许,乡村兽医登记为认可,核发机动车检验合格标志为核准,开办外籍人员子女学校审批为登记,建设项目节能审查为其他许可事项。归类完成后,对法律、行政法规、地方性法规所设定的行政许可进行分别统计,可得出如下结果(见图1-3)。

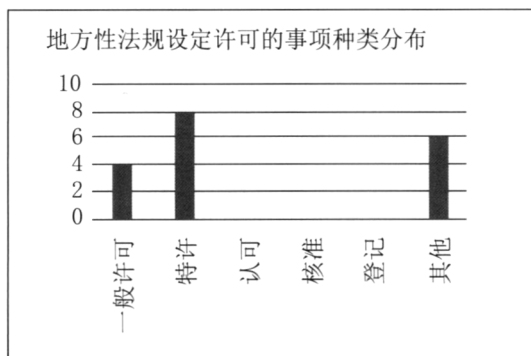
基于图1-3以及权力清单所反映出来的其他信息,可得出如下初步结论:第一,绝大多数实践中的许可由法律和行政法规设定,地方性法规设定的许可占比较小,由规章设定的许可则极为罕见。这反映出我国立法权高度集中于中央、集中于法律和行政法规的现实。第二,在所有类型中,一般许可的数量最多。如在法律设定的许可中,一般许可占比近40%;若加上与其目的高度相似的核准类许可,则有关危险防范类的许可占据总数的七成左右。这说明,目前我国法律设定行政许可的主要目的侧重于



法律设定许可的事项种类分布



行政法规设定许可的事项种类分布



地方性法规设定许可的事项种类分布

图1-3 曲阜市实施的许可中由法律、行政法规、地方性法规设定的许可的事项种类分布

保障安全、避免危险。第三,绝大多数行政许可所针对的都是相对人的经营、建设、资源开发等经济活动,调整公民生活领域的许可(如机动车驾驶证、出入境通行证等)相对较少。且公民生活领域内的许可多数由法律设定,行政法规、地方性法规中仅涉及边境管理区通行证和再生育审批两项。第四,地方性法规设定的许可中,特许占比较高。这说明地方立法机关在设定行政许可时的一项重要工作是对本地的自然资源、公共资源进行分配。第五,出入境审批、集会游行示威审批等涉及国家主权或政治性事项的许可均由法律设定,其他法源文件未涉及。以上结论在下文按照事务领域分析许可事项类型时可以得到一定程度的验证。

(二)许可事项领域的分布情况

对许可所处具体事项领域的分析可以使我们更具体地了解不同法源文件在设定许可时所关注的问题。从整体看,农业农村、公安、交通、自然资源和城乡建设类的许可数量最多。如在北京市市本级实施的许可中,上述领域的许可合计占总数的70%;在辽源市实施的许可中,合计占比56%;在黔西县实施的许可中,合计占比40%。这些领域内的大量许可属于带有风险防范性质的一般许可、认可或核准,它们是风险防范型许可在总数中占比较高的主要原因。

就不同法源文件在领域设定方面的区别而言,地方性法规显示出了一定的独特性。虽然我国中央立法覆盖广泛,留给地方立法创制的空间不大,绝大多数在地方性法规中被规定的许可实际上来源于上位法。但现实中仍然有一部分许可仅由地方性法规设定。根据对北京、辽源、安庆、曲阜、黔西等地独立设定许可的梳理可以发现,市政管理、城市交通、公共设施、公用事业等传统地方性事务领域是地方独立创制行政许可最为集中的方向。此外,部分许可体现出了不同地方的地域特色,如北京的涉外宗教活动许可、黔西的森林公园许可、辽源市的供热许可、安庆市的水库人工养殖许可等。

值得注意的是,地方立法设定的许可大量出现在资源分配领域,其中不仅包括自然资源,也包括公

共资源。如《山东省实施〈中华人民共和国道路交通安全法〉办法》第43条第2款规定,“临时占用道路从事大型活动的,应当报公安机关交通管理部门审批”。此条规定的主要目的从表面上看是进行交通管理,但本质上是在对道路这一公共资源进行分配。地方立法对地方资源进行管理从效率角度说具有积极意义,但在法律上会涉及地方立法机关与行政机关的资源处分权问题。特别是当地方立法规定有关自然资源的许可时,其规定可能会与自然资源国家所有权制度相冲突。故地方立法有关资源利用的许可设定权还需要进一步从理论上加以明确。

(三)越权设定行政许可的情形

越权设定行政许可是指设定机关本身不具有许可设定权却设定行政许可的行为。如部门规章直接设定行政许可或地方立法机关设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可等。需要说明的是,首先,若上位法已经设定了行政许可,下位法再设定与之相冲突的许可应属于法的抵触问题而非许可设定越权问题。虽然下位法抵触上位法现象同样有研究价值,但基于研究材料所限,本文暂时仅关注许可设定的越权现象。其次,严格来说,行政法规、地方性法规、规章以及规范性文件都可能会出现许可设定越权的现象。不过,鉴于《立法法》第8条、《行政许可法》第15条第2款的模糊性,判断行政法规和地方性法规超越许可设定权限的标准可能存在较大争议。相对而言,规章或规范性文件越权设定的标准比较明确,因为根据目前的《行政许可法》,仅有省级政府规章可以设定临时性许可,其余的规章和规范性文件均无权设定。故下文将重点通过规章和规范性文件的越权设定现象来探知这类许可的特点。

根据本文的总结,越权设定的行政许可大致存在三种情形:

其一,许可出现于《行政许可法》制定之前,但相关规范至今仍有效力。例如,2000年《基层法律服务所管理办法》(司法部令第59号)曾规定,基层法律服务所的设立、变更、注销实行司法行政机关核准登记

制度。2017年该办法修改时,设立核准被取消,但2017年《基层法律服务所管理办法》(司法部令第137号)第10条仍然要求基层法律服务所变更名称、法定代表人或者负责人、合伙人、住所和修改章程的,应当经过司法行政机关批准,保留了2000年《基层法律服务所管理办法》中的部分许可。

其二,针对新近出现的需要规范的问题尚不存在上位立法。例如,《中国银行业监督管理委员会、中国人民银行关于小额贷款公司试点的指导意见》(银监发〔2008〕23号)第2条规定,“申请设立小额贷款公司,应向省级政府主管部门提出正式申请,经批准后,到当地工商行政管理部门申请办理注册登记手续并领取营业执照”。该规范性文件是在小贷公司尚处在试点阶段时颁布的,其所设定的行政许可起到了预先建立相关行业管理秩序的作用。

其三,许可所调整的事务带有一定的政治性。这一类许可集中出现在涉外或涉港澳台领域,如《中国公民因私事往来香港地区或者澳门地区的暂行管理办法》(1986年12月3日国务院批准)设定了“港澳通行证”这一许可。另如,《外商投资电影院暂行规定》(国家广播电影电视总局、商务部、文化部令第21号)设定了外商投资电影院的批准制度,其各项要求不同于普通的电影放映单位。这些类别的许可可能随着政治决定或涉外涉港澳台政策变化而调整,故在设定模式上带有一定的临时性色彩。

以上越权设定许可的行为并不符合《行政许可法》的要求。不过从另一个角度说,这一现象也反映出许可稳定性与社会实践的变动性之间的矛盾。行政许可设定权制度如何应对不断变化的社会生活是在未来制度调整时不得不考虑的问题之一。

(四)下位规范具体规定行政许可的特点

如前文所述,许可设定权针对的是许可事项,而许可具体规定权针对的是事项以外的其他内容。《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。”若按照通常文义理解,设定机关在针对某事项设定许可时应当同时规定相关配套制度,故具体规定行为似乎是设

定行为的组成部分。不过,第18条并未明确其内各分句的主语,这给实践留下了一定的操作余地。现实中,大多数法律法规在设定行政许可时仅提及许可事项,并没有详细规定实施机关、条件、程序、期限等问题,后者大多由下位规范补充规定。根据本文作者统计,在北京市市本级实施的许可中,58%的许可被下位规范具体规定,而在曲阜市,这一比例高达68%。不同方面的细化规定在出现频次上有所差异。鉴于在《行政许可法》中,期限属于程序制度的一个部分,而对许可条件的规定又常常体现为对许可申请材料的规定,故本文按照实施主体、程序与期限、条件与申请材料三个方面对下位法的具体规定行为进行分类,并进行了计数统计。根据统计结果,本文有如下发现。

首先,下位规范对许可实施主体的具体规定最为常见,大约占到了总数的一半。对实施主体的细化主要涉及主体的层级。如《中华人民共和国就业促进法》第40条第2款规定:“设立职业中介机构应当在工商行政管理部门办理登记后,向劳动行政部门申请行政许可。”该条未明确向哪一级劳动行政部门申请,故《中外合资人才中介机构管理暂行规定》(人事部、商务部、国家工商行政管理总局令第2号)第7条就中外合资类的人才中介机构的设立申请进一步规定,“应当由拟设立机构所在地的省、自治区、直辖市人民政府人事行政部门审批”。此例中,规章对法律所设定的许可作了实施主体方面的细化。而鉴于许可的实施主体层级易受国家宏观政策影响,相关具体规定常常见于非法源的规范性文件。尤其是在“简政放权”的过程中,审批权向下移转的依据主要是各级政府发布的一般规范性文件。若完全以法律形式调整,可能会给层级间的行政任务分配带来较多障碍。

其次,关于实施程序和期限的具体规定大约占三成左右。其中,部分关于程序的规定与实施主体方面的规定存在重合,具体体现为增加审核主体的层级。如《中华人民共和国教师法》第13条规定:“中小学教师资格由县级以上地方人民政府教育行

政部门认定”。而《教师资格条例》第13条则对高中教师的资格认定程序作了“两级审批”的安排,要求由申请人户籍所在地或者申请人任教学校所在地的县级人民政府教育行政部门审查后,报上一级教育行政部门认定。另外,对程序的具体规定还体现为进一步补充程序中的细节,如《山东省〈危险化学品经营许可证管理办法〉实施细则》(鲁安监发〔2013〕94号)第22条规定:“企业提交申请时,需首先在《危险化学品政务信息监管系统》进行网上申请,提交后在线打印申请书,连同其他需要提交申请的文件、资料一并报发证机关。”

最后,关于行政许可条件的细化规定在地方层面占比相对较小,不过这种类型的具体规定一般会补充部分实体性内容。它们多数出现在上位法未明确许可条件的情形下,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》(国务院令 第412号)中所设定的许可是下位法进行条件补充的主要对象。还有的下位法在上位法规定的条件外增加了新的条件,如《山东省水路交通条例》第28条在规定:“申请载客12人以下的船舶的运输经营许可证”时,要求船舶总运力为20客位以上。该要求在作为上位法的《国内水路运输管理条例》中并未出现。

四、立法实践对规范理论框架完善的启示

尽管经验现象本身不是规范要求,但经验事实中却蕴含着立法机关对规范的认知,只是这种认知可能仅为立法机关潜在的意识,还未被明确规范化。因此我们需要通过对现象的总结将其展现出来,以之作为完善规范体系的参考。在总结立法实践对许可设定权分配理论的启示之前,我们首先需要阐明法律保留理论下许可设定权分配的基本框架。实践中所总结的规则将会构成对该理论框架的补充。

如前所述,许可设定乃是对自由的限制,而不同种类的自由受保障的程度有所差异。从宪法规范的内容出发,可将自由分为宪法保留的自由、法律保留的自由和其他法规范保留的自由。宪法保留的自由是指宪法未授权其他规范进行限制的自由,如言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由和宗教信仰等。

理论上也将这类自由归入无法律保留的基本权利范畴,而对无法律保留的基本权利的限制理由应直接来源于宪法。^⑨法律保留的自由是指被宪法明确授权由法律限制的自由,如《宪法》第40条规定的通信自由。其他法规范保留的自由是指宪法、法律中未提及的其他经济、社会活动自由。这些自由虽然在宪法、法律层面未被加以特别保护,但基于自由权本身的重要性,它们至少应当在正式法源文件的层面被保留。

具体到许可设定权问题上,宪法保留的自由一般不宜被许可所限制,若设定许可,则设定的理由应在宪法上有直接依据。对于法律保留的自由来说,法律制定机关可以根据自己的意志设定相应的行政许可。而对于在宪法或法律中未提及的社会经济活动自由来说,行政法规、地方性法规、规章可以设定许可。不过,宪法、法律以外的规范所能限制自由的范围在理论上并不清晰,下文将进一步结合经验现象的启示,讨论这些文件许可设定权的大小。

基于前文对不同主体许可设定实践的梳理,我们至少可以得出如下规范层面的启示,以下分述之:

(一)法律之下的规范设定的许可应主要针对经济性活动

通过对我国各层级法源文件所设定许可的观察,我们可以发现,行政法规、地方性法规和规章设定的许可中,绝大多数调整的是经济性活动,而涉及普通公民日常社会生活的许可在法律以外的规范中较为罕见。该现象具有规范层面的意义。从性质上说,社会生活中的自由具有更强的人身属性,与人身自由更加接近,也更值得保护;而经济活动自由针对的是较为抽象的经营、建设活动,人身属性较弱。另外,普通公民私领域的活动一般不容易产生较大的社会危险性,更多应当交由私法调整;但经济活动往往涉及面广,社会影响较大,也更容易发生社会危害,设定许可加以规制的必要性相对更强。所以,除人身自由、通信自由等明确被规定由法律保留的自由外,公民私人生活中的自由(如生育自由、迁徙自由)亦应由法律保留规定,并严格控制相关许可的设

定,而经济活动的自由则可以通过法律授权其他法源文件进行限制。不过,部分自由可能同时属于私人生活中的自由和经济活动自由(如迁徙自由),此时应以私人生活中的自由来确定其性质,以实现更大程度的保护。

另外,行政法规、地方性法规、规章在限制经济活动自由时的权力大小并不相同。从规范角度说,根据《行政许可法》第15条第2款,地方立法的许可设定权应避免涉及应当由国家统一确定的资格资质、企业或者其他组织的设立登记以及限制商品和服务流动的行政许可。但其中如“应当由国家统一确定”等概念并未表达有意义的内容,也未能给地方立法机关提供清晰的指引。基于本文对立法实践的归纳可以发现,地方立法设定的许可主要是关于不动产或设施的许可(如工程建设许可、道路停车许可)以及涉及地方公共服务的许可(供水供热许可、公共汽车运营许可),这些事务属于典型的地方性事务。^⑩而对于一般的经济管理类许可,地方立法则很少涉足。未来,《行政许可法》对地方立法许可设定权的限制可考虑由目前的“负面列举”模式改为“负面列举+正面保障”模式:一方面明确地方立法可以设定地方公用设施、城乡建设、地方公共服务等地方性事务领域的许可,以保障地方立法机关必要的立法权;另一方面,明确“应当由国家统一确定”的许可包括涉及市场监管、投资、贸易、物品流通等涉及市场流通领域的许可,防止地方性许可给全国统一市场的形成带来阻碍。

最后,在我国法律体系中,虽然规章的数量最为庞大,但其设定的许可数量却最为稀少,这主要是因为现行《行政许可法》几乎未赋予各类规章以许可设定权。不过,从实践情况看,在资源分配领域或政策较不稳定的领域中,行政机关仍有必要通过规章形式设定部分许可。后文将进一步讨论。

(二)资源配置类许可的设定权可由对资源有使用权的主体行使

实践中,地方立法设定的许可有较大比例属于资源配置类许可(即特许),这在一定程度上反映出中

央立法在资源分配问题上的缺位,地方立法机关在该领域设定许可有其现实必要。那么,从理论上说,地方立法机关是否可以被赋予设定资源配置类许可的权力?如若可以,该项权力的范围又应当如何确定?

资源配置类许可的设定权分配逻辑与其他许可设定权的分配逻辑并不相同。其他许可设定行为均涉及对相对人自由新增的限制,因而要受到较为严格的约束;而资源分配许可的设定并未增加对相对人自由的限制,反而提供了相对人利用有关资源的可能性。从原理上说,对相对人使用资源的限制来源于资源所有权制度。在私法领域,使用他人的物品必须经过权利主体的同意;在公法领域也是如此,开采自然资源、使用公共资源应当获得资源所有权主体的同意。因此,资源配置类许可的设定主要取决于公共资源所有权主体的意思,并无一般许可设定中的法规范保留问题。

当然,在法律上,公共资源的所有权和私人物品的所有权制度安排并不完全相同,公共资源的所有权主体也不一定就是实际有使用权的主体。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第246条规定:“法律规定属于国家所有的财产,属于国家所有即全民所有。国有财产由国务院代表国家行使所有权。法律另有规定的,依照其规定。”根据该条,虽然国有财产为全民所有,但所有权的行使权被赋予了国务院。作为实际的使用权人,国务院应当有权就相关财产的利用设定行政许可。因此,针对国家所有的财产(如自然资源),可以设定相关利用许可的法源文件除了法律之外,也应包括国务院的行政法规。^⑪此外,《民法典》第255条还规定:“国家机关对其直接支配的不动产和动产,享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。”可见,对于公共道路、基础设施等公共资源,有支配权的机关可以根据自己的意志使用,他们当然也可以授权其他主体来使用。这为地方性法规乃至规章设定特许类行政许可留出了空间。目前,地方立法中已存在关于城市道路资源利用的相关许可,如前述《山东省

实施《中华人民共和国道路交通安全法》办法》第43条规定的大型活动占道许可。

(三)在政策不稳定的领域中有必要允许更灵活的许可设定行为

随着社会变化速度不断加快,许可稳定性与政策多变性之间的矛盾会日益凸显。而立法机关鉴于其冗长的审议程序,难以应对快速变化的形式。根据对实践的观察,涉外、宏观调控、金融市场管理等方面的行政许可较易发生频繁的调整。如自2010年起,我国数十个城市陆续出台“住房限购令”。这些限购政策对房屋购买行为增加了若干条件,事实上对该类经济活动自由设定了一般性禁止,将购买房屋变成了一项需要经过行政许可的行为。^⑩而近年来,部分城市又陆续取消了限购政策。在目前的《行政许可法》上,此类以普通规范性文件设定或废止行政许可的行为并不合法,但从宏观调控实际需要的角度说,有时候频繁调整行政许可也有其必要。所以,基于公共利益、行政效率和当事人权益之间的平衡,政策不稳定领域的自由或许需要受到更灵活的限制。

针对政策不稳定领域,法律可赋予行政机关临时性许可设定权,并在领域和有效期上加以合理限制。这是行政效能原则在许可设定领域的体现。当前《行政许可法》上的短期许可主要体现为第14条第2款规定的由国务院决定设定的许可,以及第15条第1款规定的由省级地方政府规章设定的临时许可。不过,国务院决定设定的许可在法律上没有明确的期限限制,现实中这类许可事实上也长期存在,并未及时被转化为立法文件。而地方政府规章设定的临时许可仅有1年有效期,时间过短,难以充分发挥社会管理作用。此外,部门规章不具有许可设定权可能导致部分新兴业态,特别是金融、互联网等行业缺乏有效管制,从而给公共利益带来风险。较为合理的模式或许是,同时赋予国务院决定、部门规章、地方政府规章以临时性许可设定权,并将临时性许可的有效期限限制为3-5年。并且,行政立法设定的临时性许可应只针对金融业审慎监管、涉外事

务、宏观调控事务等政策变化较为频繁的领域,而不应被随意泛化。

(四)许可的具体规定权应根据不同情况而被区别对待

行政许可的规定可以分为对许可实施机关、条件、程序、期限的具体规定。这些具体规定权可以分为两类,一类规定会对相对人自由造成实质影响,另一类则不会造成实质影响。所谓对自由造成实质影响是指给相对人恢复自由状态带来了上位法所未规定的障碍。具体分述如下:

其一,对实施机关的具体规定一般不会实质上影响相对人的自由。就现状而言,规定实施机关主要是规定实施机关的层级,这属于行政机关内部的任务分配。而从申请人的角度说,由哪一级行政机关审查许可申请在法律上并不存在区别,由下位规范具体规定许可的实施主体也未施予相对人新的负担。但是,如果在具体规定中增加了审批的层级,则会对申请人的自由构成实际影响。因为根据《行政许可法》第43条,多层级的许可审查会导致许可周期变长,从而给当事人带来额外的等待时间。

其二,对许可条件的规定则通常会给相对人的自由带来实质影响。许可的条件就是解除一般禁止的条件,条件越多,一般禁止被解除就越困难,对自由的限制也就越多。当前立法实务部门大多将条件规定权理解为增加新的许可条件的权力,而非对上位法已经规定的条件作细化的权力。从前文所列现实案例中也可发现,对条件的规定事实上增加了申请人的负担,对自由构成了实质限制。因此,条件规定权更加接近事项设定权,应被更严格地规制。

其三,对程序和期限的具体规定需要具体分析。前述在申请程序中规定新的审批主体自然会构成对自由的实质限制,相似地,在程序中规定增加相对人负担的步骤或延长许可的作出期限也会对自由构成实际影响。但是,就许可申请的方式作具体化规定或缩短许可作出的期限则未在实质上影响自由。

可见,许可具体规定权内部在实施过程中亦存

在较大差异。目前,《行政许可法》只要求下位法在规定行政许可时处在上位法设定的行政许可事项范围内,不增设行政许可;同时,对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。但什么是“违反上位法的其他条件”并不明确。另外,许可法对实施主体、程序、期限的具体规定权缺乏制约,以至于实践中大量对许可所作的明确规定在实质上影响了申请人的自由。

基于实践的启示,未来行政许可的具体规定权内部需要作进一步的区分。可能影响相对人自由的许可规定权在配置模式上应当与设定权保持一致,避免出现上下位法对同种自由有不同限制效果的情形。这意味着增加许可的实施主体、变更许可的条件、延长许可期限以及增加申请的程序步骤等行为,应当直接由设定该许可的立法主体规定,除非设定许可的立法文件授权某下位法作具体规定。而不实质影响自由的许可规定权,如明确实施主体层级、缩短许可实施期限、具体化申请方式等,则可以由各类下位规范行使,包括不属于法律渊源的规范性文件。

结语

行政许可设定权的分配同时涉及国家与社会的关系、中央与地方的关系。合理分配许可设定权不仅关系到对公民自由的保障,也涉及国家权力配置的科学性。虽然笼统地说,限制自由的权力属于宪法和法律,但在考察许可设定的实践并对自由作进一步的分类后,可以发现,其他类型的法源文件亦可以具有限制某种自由的正当性。在此基础上,许可的设定权可根据不同渊源限制自由的权力的大小进行分配。

感谢北京大学法学院硕士研究生程万里在本文写作过程中提供的数据统计协助。

注释:

①参见周汉华:《行政许可法:观念创新与实践挑战》,载《法学研究》2005年第2期,第11页;沈岍:《解困行政审批改革的新路径》,载《法学研究》2014年第2期,第24页;王克稳:《我国行政审批制度的改革及其法律规制》,载《法学研究》2014年

第2期,第11页。

②如唐明良、卢群星:《论地方性法规的行政许可设定权——对〈行政许可法〉第十五条第一款的解读及其他》,载《重庆大学学报》(社会科学版)2005年第4期,第104页;沈福俊:《国务院决定行政许可设定权:问题与规制》,载《社会科学》2012年第5期,第102页;徐继敏:《国务院设定行政许可实践研究》,载《行政法学研究》2015年第1期,第58页;金自宁:《地方立法行政许可设定权之法律解释:基于鲁潍案的分析》,载《中国法学》2017年第1期,第249页。

③《中华人民共和国行政许可法释义》,中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/flsyywd/xingzheng/2004-10/26/content_337759.htm。(最后访问时间:2021年10月5日)。

④自由和财产是法律保留原则主要保护的主体。参见许宗力:《法与国家权力》,月旦出版公司1993年版,第123页。

⑤参见徐显明:《人权的体系与分类》,载《中国社会科学》2000年第6期,第101页。

⑥参见奈良县贮水池条例案,转引自[日]芦部信喜:《宪法》,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第206页。

⑦See *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45(1905).

⑧如《中华人民共和国节约能源法》第15条规定的“固定资产投资项目的节能评估和审查”等涉及微观经济活动的许可。理论上认为,行政许可的主要功能有三种:一是控制危险,二是分配资源,三是证明或提供某种信誉或信息。目前《行政许可法》第12条即是围绕这三种功能进行列举,具有其他功能的许可应当被列入兜底条款之中。参见汪永清主编:《行政许可法教程》,中国法制出版社2011年版,第5页。

⑨参见王锴:《论法律保留与基本权利限制的关系——以〈刑法〉第54条的剥夺政治权利为例》,载《师大学报》2017年第2辑,第81页。

⑩参见俞祺:《论立法中的“地方性事务”》,载《法商研究》2021年第4期,第116页。

⑪有学者认为,地方政府不适宜作为自然资源所有权的行使主体。参见林彦:《自然资源国家所有权的行使主体——以立法为中心的考察》,载《交大法学》2015年第2期,第30页。

⑫如《郑州市人民政府关于进一步贯彻落实房地产市场宏观调控政策的通知》(郑政〔2010〕35号,现已失效)规定:“无法提供在本市1年以上纳税证明或社会保险缴纳证明的非本市户籍居民家庭暂停在人口过密区域购房,只能在其他区域新购1套商品住房。”