公法论坛第60期：比较视野下的行政许可问题

A Comparative Perspective On Administrative Licensing Problems

会议记录

主 讲 人：Neysun A. Mahboubi（马瑞欣）

Research Scholar of the Center of the Study of

Comtemporary China at the University of Pennsylvania

主持人：王宏宇

时间：2016年12月22日，下午14:00

地点：之江5-206

王宏宇：首先欢迎Neysun A. Mahboubi（马瑞欣）！

马瑞欣，哥伦比亚大学法学博士，普林斯顿大学政治与东亚研究专业学士。现任美国宾夕法尼亚大学法学院讲师，宾夕法尼亚大学当代中国研究中心研究员；美国律师协会行政法与管制实践国际委员会主席。主要的研究领域为行政法、比较法、中国法。目前马瑞欣博士正在撰写《中国现代行政法发展》一书。也曾任教于普林斯顿大学伍德罗•威尔逊学院、康涅狄格大学法学院和耶鲁大学法学院；曾作为出庭律师于美国司法部民事处（联邦程序分支）为美国政府机构辩护，担任过马萨诸塞州州巡回法院伍德洛克大法官的助理，偶尔还担任中央电视台北美分台的评论员，评论中国的法治发展等问题。

马瑞欣：感谢大家的欢迎，主持人精彩且全面的介绍。很开心来这里，今年来了几次，这里有我的很多朋友，如郑春燕老师、金承东老师。我总是很高兴来这里。我对许可这个话题感兴趣，是因为参加浙大几年前举办的一个关于许可的会议之后，我开始了对这个话题的考虑。说明一下我的背景，我在没上法学院之前就对中国的行政法感兴趣，研究中国的行政法问题，主要是关于行政诉讼、复议，以及整个的司法改革，前几天在北京开了一个司法改革的会议。我的另一个关注点是行政程序，尤其是一些地方的行政程序规定，如湖南西安等地已经颁布了。

郑春燕：浙江也颁布了，地方政府规章

金承东：17年1月1日生效。

马瑞欣：恭喜你们！

有朋友跟我说，如果要了解中国的行政法一定要了解中国的行政许可法。当然，我刚开始研究，观点未必完善。我对许可也感兴趣，尤其是我作为一个外国人看许可这个话题很有意思。本次讲座时间大概一个小时，之后是交流，大家可以问关于诉讼、行政许可、司法改革、行政程序、以及我们美国的新总统的问题。关于

我们在美国学习比较法，听老师讲了一个“笑话”，但是这个“笑话”里有很多道理。英国，什么都是可以的，除了那些禁止的；

德国什么都是禁止的，除了那些可以的；

法国什么都是可以的，包括那些禁止的；

俄罗斯什么都是禁止的，包括那些可以的。

England: all is permitted, except that which is forbidden.

 Germany: all is forbidden, except that which is permitted.

 France: all is permitted, including that which is forbidden.

 Russia: all is forbidden, including that which is permitted

如果是美国，美国是哪一个？大概是，什么都是可以的，除了国会、议会禁止的。一个行为是禁止的，同时给行政机关一个权力来许可。考虑中国，因为我刚开始研究，我估计大概像德国。开始比较的研究首先要考虑，许可的，是在什么背景，permit什么行为。

要理解任何其他国家的情况，必须先了解本国的情况。另一个教授，Jack Beerman是一个美国比较有名的教授，也经常到中国来。当时他准备了Paper给浙大办的那个会，可以供我们学校。首先，在美国，我们没有一个统一的行政许可制度。这跟中国不一样，因为中国有一个统一的行政许可法，这是中国的特色，据我所知，其他国家也都没有一个统一的行政许可。这种中国特色，体现了什么情况？我们先看美国的情况。任何与行政许可有关的行为，州际商业是联邦政府管理的，如果要许可，要找联邦。但是大部分的许可，如行业、建筑、律师都是州管理的。我们联邦、州都管理许可，没有统一的法典。

任何的许可都要满足一些原则。按照我们的宪法主义：合法性、合理和公平的、程序的，这些都可以控制许可的范围。但是，Beerman教授还是担心，权力可能被滥用。即使我们有很多许可，但是我们的教授不是特别考虑到许可，相关文章很少。还是20年前有一个重要的文章，95年左右的， Epstein教授的该文认为许可这个问题还是应该被关注，这是一个重要的问题。Epstein教授的特点在于，非常支持市场，任何控制市场的东西他都不喜欢，所以他很反对许可。他认为，行政许可制度会使美国，从“什么都是可以，除了禁止的”到“什么都是禁止的，除非许可”了，所以他特别反对行政机关有一个许可权。在美国现在研究许可的人还是比较少，这个20年前的文章还是很有价值。（***Richard A. Epstein, “The Permit Power Meets the Constitution,” 81 Iowa L. Rev. 407 (1995)***）他的角度是特别怀疑行政机关，所以给行政机关许可权他很反对。

20年后，才有人又关注行政许可，同样对Epstein教授给予高度评价。但Epstein教授的文章存在的问题在于：反对了一些不存在的现象。整体来看，他只是从理论进行批评，而没有好好的考虑实际。但是，我们还是应该看到许可的危险的可能性，还是应该进行对行政许可的控制。（***Biber & Ruhl, “The Permit Power Revisited: The Theory and Practice of Regulatory Permits In the Administrative State,” 64 Duke L.J. 133 (2014):***）

与中国相比，美国的不足在于：一是虽然有很多许可事项，但没有被好好考虑过；二是没有一个统一的行政许可的规定。但是关心许可的学者认为行政许可应该被控制了，可以与中国的行政许可进行比较，但两国的前提还是不一样，比较起来也比较麻烦。有些人会关心关于一些环保的许可，但没有用一个理论化的立场考虑行政许可的情况。可能的理论是区分，具体许可和抽象许可。

郑春燕：大概是中国的一般许可、特别许可。

General permits是一般许可，specific permits是特别许可。

马瑞欣：是的。

“**specific permits**”: designed around the agency engaging in extensive fact gathering and deliberation particular to the particular circumstances of an applicant’s proposed action and then issuing a detailed permit tailored just to that applicant’s situation.

“**general permits**”: Other programs have the agency issue a permit on its own initiative, with no particular applicant before it, to define a broad category of activity and allow entities engaging in it to take advantage of the permit with little or no effort on their part and not much, if anything, in the way of agency review of specific facts in any particular case unless the agency finds good cause to condition or withdraw the general approval.

郑春燕：我们的特别许可，即便满足条件，行政机关还是有很多裁量空间，决定是不是给你这个许可。我们许可法上就是这样分类的。

马瑞欣：他们不像Epstein教授那样反对许可，而是认为许可也有一些作用。如果担心滥用，转换方式，可从特别许可到一般许可。有些方面还是需要特别许可。

郑春燕：怎么从特别许可到一般许可呢？是从立法的方案吗？

马瑞欣：这只是学者的研究。跟中国比不了，因为美国没有什么深入的研究。我们都有许可，为什么中国有这么多人研究，而美国没有，我没有答案，只是做一个比较法的分析。我们怎么判断许可是不是一个限制，我不知道我们怎么回答，有什么标准。我想问，许可的负担是不是在中国比较大？不知道怎么回到、怎么判断许可的负担（burden）。

郑春燕：有一些社会科学的研究，一个项目如果要开展，需要多少许可才可以启动；从而可以比较外国如果要开展的话需要多少许可成本。我认为这一点是可以比较的。

金承东：我觉得，我们有许可法这么特别的法典，背景在于，美国联邦程序法，只分为两类，许可不知道放在哪里。美国也不是真的不关注许可，毕竟也是对公民权利的限制。问题在于美国强调free market；然而我们中国是一个从计划经济到市场经济的转换，阻碍市场经济的最大障碍在于政府干预。许可的目的在于，还市场自由。是在这个背景上，许可法才出现。我们没有统一的行政程序法，美国的行政程序法是行政法的核心啊。但中国人的关心的是实体，是通过许可、强制、处罚等等一个个实体地解决问题。美国是靠程序、政府来控制许可的滥用，这样应该比我们的实体法控制力强多了。美国有程序及司法独立、三权分立就把行政权控制起来了。美国围绕的是free market，我们也要free market，但是这是一个漫长的过程，也一直在做行政审批改革。

马欣瑞：我大致同意您的观点。但是只有程序法和司法审查来控制许可，是不够的。许可比我们想象的复杂，美国的学者不要把中国想的太简单、中国学者也不要把美国的情况看的太简单。为什么美国学者没有太多关注许可，这未必是个好事儿。每个国家都有自己的特点，虽然每个国家都有许可，但是中国许可用的最多，这和中国的计划经济体制有关。为什么中国一直在做改革，效果不太好，您提到是中央有中国的考虑、地方有地方的变通，这也是重要的一个点。外国的公司，在中国最大的问题就是许可，中国的公司也遇到这样的问题。

金承东：地方的一把手很少有法治观念。体制改革确实是一个很漫长的过程。

马欣瑞：从学者的角度来看。行政许可本身是一个进步，因为可以许可做一些原来不能做的事。

郑春燕：其实两位说的差不多。从计划经济到市场经济的过程中，本来什么都不能做，现在有了许可，可以做了，这是一种进步。

马欣瑞：

据目前我的理解，中国的行政许可改革还是存在很多问题。我注意到非许可行政审判现象。政府很喜欢用，因为对他们有益。October 2012: State Council issues decision on 6th round of licensing reform, includes 171 administrative approvals to be abolished and 143 to be adjusted.March 2013: Premier Li Keqiang announces that total number of administrative approvals will be cut by at least 1/3 within five years.December 2013: State Council announces another 82 approvals cut or made easier to obtain.February 2014: with nearly 400 administrative approval items cut or delegated to lower level governments since the new leadership took office, State Council further instructed its ministries to make public catalogues of their remaining approval items.这个数据也不知道是否准确，可能是一个引人误解统计。

郑春燕：数字是在下降，但是许可未必在减少。为什么行政机关还要用许可是个考虑的问题。许可并不是行政机关用来交易的手段，即便它叫许可，它也不能太多收费。许可主要是权力控制的感觉。主要还是一个机关的控制的地位。另一方面是，可能是大多数人所讲到的许可减不下来，但另一个问题可能忽略了，现在有些机关不要许可了。比如我现在正在参与的，“三小一摊”，小摊贩、小食品店、小作坊，流动摊贩，省政府坚决不要省人大设置许可。立法机关说这个涉及到食品安全，需要许可，但是行政机关它不要。这是因为，行政机关它后续的责任很大。如果许可了，又出了问题，就会涉及到渎职，检查机关可以进来。因为那个领域不是规模化的运作。所以讲起来很复杂，不能简单认为。即使从许可少不下来也不是政府“赚钱”的一种方式，因为只要是许可，就不能乱收费，这一点许可法很明确，而主要是资源供其分配，其实是一种权力的分配。不是“合法”的赚钱的方式。

马欣瑞：从计划经济到市场经济的变化、为了保持权力的因素都要考虑。在计划经济到市场经济的转变中，行政许可本身可以说是一种进步，在更市场化的改革过程中，对于许可 范围上的调整、程序上的调整。但是，尤其是从一个外国立场，在有些方面许可，还是必要的，尤其在保护环境、安全等方面，许可还是一件很重要的是。不能单从中国看就认为要减少许可。许可只可能是最明显的表现之一,深刻的国家参与经济;没有实际的私有化,仍将有很深的矛盾破坏许可改革。不一定是一个立法能够解决的问题。怎么考虑这些问题，我认为很复杂，不能简单认为。好讲座就到这里，下面请大家提问和补充。

提问环节

金承东：我补充一点。许可法的目的是为了有效、公平地控制许可。首先应该把市场建立起来，现在的政府参与了过多的市场资源分配。极不合理也不公平。所以，中国目前的阶段，还是处于要增加许可的阶段。控制的手段有，法律设置许可，许可程序的设置。中国官员，受历史传统和文化观念的影响，儒家文化影响较大：权力的面向、父母官的观念等。而且在中国，党的领导是关键的问题。中国特有的模式，但是在基本普适价值上应有一致性，让西方也加以认可。和平、渐进的中国法治模式生成之路。

陈锦波：您提到，一般许可与特别许可的问题，在我看的文献中，有人提到类似的观点。我觉得之所以区分，是因为目的不一样。前者是为了保证最低程度的标准，后者是为了限制竞争。我的问题是，民营化可能会采取很多特许经营，比如公交民营化在中国的实践，但是都失败了。在美国，政府在民营化过程中，怎么承担起政府责任？中国在把任务交给私人做的时候，民营化后，政府就不管了，责任也不要了，就会产生问题。

马欣瑞：这是我国两党民主党和政府党经常吵架的一个地方，政府应该在市场中扮演什么样的角色。对此，在美国有非常严重的争论。两国怎么比较呢？美国做的好吗？有什么标准吗？我的意思的是，我不知道我们的市场是否健康。美国没有好的回答，因为美国现在正在吵架。随着总统换届，美国也马上进入一个不一样的政府角色。

张亮：在中国大陆和美国都有UBER网约车的问题，中国的应对方案是创设一个新的许可。您怎么看呢？各地出现的现象是，地方的许可条件比中央更严格，这将许可法架空了。Uber平台要承担承运人的责任，监管责任。

马瑞欣：这个问题美国也在吵架。美国跟中国的吵架是很相同的。Uber司机是不是员工，等问题，不知道美国将怎么发展。据我所知，在宾夕法尼亚，Uber的范围是很窄的，除了费城，但是大家对这个问题没有达成一致意见。很多出租车司机，Uber司机来起诉，Uber司机是不是员工，如果是员工将要享有很多员工的福利。

黄荣祥：关于JD。

马瑞欣：这个问题不好答。

张文：关于规范性文件的问题。在美国有没有类似的制度，类似的文件的东西。辅助正式法规范落实的文件。

马瑞欣：类似我们的APA，是不是可以回到这个问题。

金承东：我的理解是美国的rule，rule making。

马瑞欣：我们不用rule making。应该没有中国这样的规范性文件。

金承东：我印象中有。

马瑞欣：有可能。如果有法律意义的rule就是违法的。法律上的影响。