

行政许可条件设定模式及其反思

林 华^{*}

内容提要 我国《行政许可法》试图建构对行政许可事项、实施机关、条件、程序和期限的体系化约束机制,其中行政许可条件的设定方式决定了行政许可规制的整体效果。基于“设定规范—法律条款—单项条件”的行政许可条件构造逻辑,空白模式、授权模式、兜底模式和裁量模式构成了当前单行法律规范设定行政许可条件的主要模式。在法律明确性原则和行政许可设定确定性规则的双重制度约束下,既有的行政许可条件设定模式面临着法律实施的困境,行政许可条件的范围和内容呈现出“摇摆的不确定性”。在平衡行政许可条件设定的确定性规则与现代行政所必需的灵活性之间关系的基础上,优化行政许可条件的设定需要约束空白授权的适用、规范兜底条款的设置、公开裁量基准的内容、明确有关规定的范围,进而塑造对行政许可条件设定的层次化约束。

关键词 行政许可 行政许可条件 行政许可设定 行政审批

目 次

- 一、问题的提出
- 二、行政许可条件设定的确定性规则与多元模式
- 三、行政许可条件设定模式的体系性反思
- 四、行政许可条件设定的层次化约束
- 五、结语

^{*} 中国政法大学法治政府研究院教授。本文系2018年度国家社科基金一般项目“互联网行政许可设定的法律问题研究”(项目批准号:18BFX050)的阶段性成果。

一、问题的提出

党的十八大以来,“放管服”改革作为政府的开门大事,取得了历史性成就,审批事项大幅取消下放、审批主体相对集中、审批程序不断优化、审批期限加快压缩。根据世界银行最新发布的营商环境报告,我国营商环境排名已升至第31名,取得历史最好成绩。^①但是,行政法的发展经常伴随着的往往是一个矛盾体的问题,^②行政审批制度改革也是如此,在显性成就背后所隐藏的深层次问题仍需关注与反思,特别是行政审批制度改革中的数目字管理倾向,容易导致领导层和行政机关过于注重取消和下放审批事项的数量,忽视改革质量,人民群众的获得感不明显。^③我们需要追问的是,在审批事项、审批主体、审批程序、审批期限之外,还有哪些因素实质上影响了行政审批制度改革的落地与实效?

设定一项行政许可,其制度要素包括事项、实施机关、条件、程序和期限。近年来,学术界对行政许可设定的事项、实施机关、程序、期限等问题展开较多研究,极大推进了我国行政许可法的理论与实践发展。但是无论实务界还是学术界,都或多或少忽视了行政许可条件设定的实质性约束功能及其在“放管服”改革中的重要作用,个别学术文献虽然关注到了行政许可条件问题,也多是从三个面向切入:一是基于法律规范的视角去分析行政许可条件的设定权限;^④二是着眼于行政许可实施中是否满足行政许可条件的相应法律后果,探讨行政许可的中止和退出等机制;^⑤三是聚焦许可条件和许可标准的区分,阐述内部性行政许可审查标准的构建。^⑥它们对于单行法设定行政许可条件的方式和类型、行政许可条件设定的共通性困境及其对行政许可规制效果的影响等问题都付之阙如。

清晰性和明确性是合法性的最基本要素,^⑦行政许可条件的清晰和明确也是确保行政许可设定合法的基本支撑。当前“放管服”改革过程中群众获得感不强、实施成效不彰等问题,实质上与单行法设定行政许可条件的模糊与不明确密切相关,行政许可实施机关借此随意增设、自主解释许可条件,无形中增加了行政许可事项的准入门槛,也在很

① World Bank Group, *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*, p.4, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>, Last visited: 2021-5-6.

② Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, *Columbia Law Review*, Vol.90, No.8, (1990), p.2072.

③ 参见马怀德:《行政审批制度改革的成效、问题与建议》,载《国家行政学院学报》2016年第3期,第15页。

④ 比如李文海:《地方政府规章设定行政许可的“上位法”限制——以最高人民法院发布的指导案例号裁判要点为分析对象》,载《政治与法律》2013年第2期;茅铭晨:《对地方行政许可设定权的若干认识》,载《政法论坛》2005年第1期。

⑤ 比如肖泽晟:《非处罚性行政许可中止——从某环评批复行政复议“后语”说起》,载《当代法学》2012年第6期;王太高:《论行政许可中止》,载《法学》2014年第4期。

⑥ 比如章剑生:《行政许可审查标准:形式抑或实质——以工商企业登记为例》,载《法商研究》2009年第1期;胡建森、汪成红:《论行政机关对行政许可申请的审查深度》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2008年第6期。

⑦ 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2007年版,第75页。

大程度上抵消了那些含金量不高的审批项目取消或下放所带来的改革红利。中共中央、国务院发布的《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》正式提出要修改《行政许可法》。如果说行政许可事项的取消下放属于行政审批制度改革1.0时代,行政许可实施机关的相对集中、程序的优化和期限的压缩代表着行政审批制度改革2.0时代,那么,在深入推进“放管服”改革的背景下,我们亟需从外延式的数量程序型改革向内涵式的提质增效型改革转变,迈向行政审批制度改革3.0时代——通过修改《行政许可法》优化行政许可条件设定的制度逻辑,寻求法体系下行政许可条件设定的合法、正当与明确。本文尝试以行政许可条件设定为视角,论证行政许可条件设定的确定性规则,梳理行政许可条件设定的多元模式,反思行政许可条件设定模式的内在困境,进而寻求行政许可条件设定的完善进路。

二、行政许可条件设定的确定性规则与多元模式

法律一般由法律规则和法律原则构成,法律规则的基本特征是确定性和可预测性,进而实现法的安定性。^⑧法律规则是一般性的、规范化的,其最低限度地要求决策者能够将一般性、清晰明确的规范准确地适用于清楚确定的事实。^⑨但是,法律规则的应然立法要求并非对应其实然立法状态。“我们在立法领域面临着一些突出问题,比如,立法质量需要进一步提高,有的法律法规全面反映客观规律和人民意愿不够,解决实际问题有效性不足,针对性、可操作性不强;立法效率需要进一步提高。”^⑩在坚持全面依法治国、深入推进“放管服”改革的背景下,我国亟待以提高立法的针对性、可操作性为中心,坚守行政许可设定的确定性规则,不断优化行政许可条件设定的进路。

（一）行政许可设定的确定性义务

《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。”该条款是对设定行政许可应当明确有关内容的规定,由前后两个分段构成。从法释义学视角看,前半段中的“设定”指向的是创设行政许可的法律规范,不包括第16条所指的有权细化规定行政许可的法律规范,^⑪后半段则表明了设定行政许可的法律

⑧ “法的安定性原则要求,法律体系的规范要尽可能是确定的,且它们要被最大程度地遵守。”[德]罗伯特·阿列克西:《法的安定性与正确性》,宋旭光译,载《东方法学》2017年第3期,第134页。

⑨ Peter H. Schuck, *When the Exception Becomes the Rule: Regulatory Equity and the Formulation of Energy Policy through an Exceptions Process*, *Duke Law Journal*, Vol.1984, No.2, (1984), p.170.

⑩ 习近平:《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》(2014年10月23日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第95页。

⑪ 相关法律释义在界定需要明确行政许可相关制度要素的规范依据时,使用的都是创设权层面上的“法律、法规和省级政府规章”。参见乔晓阳主编:《中华人民共和国行政许可法及释解》,中国致公出版社2003年版,第92页;许安标等:《〈中华人民共和国行政许可法〉释义及实用指南》,中国民主法制出版社2013年版,第90-91页。

规范应当明确行政许可的实施机关、条件、程序、期限等制度要素,^⑫其中的“规定”并非第16条所指的从有到细的“细化”,因为创设行政许可时,各项行政许可制度要素还未明确,就无法“细化规定”。因此,此处的“规定”应属于制定内容层面的“规定”,即创设许可的法律规范在创设许可时,需一并明确规定相关许可的制度内容要素。

国务院负责起草《行政许可法》(草案)的同志深刻揭示了第18条的立法背景及其所指向的实践问题:一是设定行政许可的单行法规(以下简称设定规范)没有明确规定实施行政许可的实施机关、条件、程序和期限,导致争夺管辖权、随意作出许可决定、拖延办理许可事项等情况时有发生;二是有的设定规范虽对行政许可条件、程序、期限作了规定,但多是原则性规定、内容不确定的概念,行政许可申请人是否符合法定许可条件往往演变成为是否符合行政机关制定的许可条件;三是有的设定规范只规定对某一事实实行行政许可,同时授权实施机关自己制定具体规定,确定条件、程序、期限等。^⑬针对这些行政许可实践中存在的突出问题,全国人大常委会编写的法律释义指出,“本条规定,有权设定行政许可的机关在设定行政许可时,应当明确规定实施机关、条件、程序和期限,主要是解决目前行政许可实施过程中存在的一些问题而作的规定。这就要求法律、法规和省级政府规章在设定行政许可时都要遵守这一规则”。^⑭通过解读全国人大常委会、原国务院法制办编写的法律释义,第18条所确立的就是行政许可设定的确定性规则,立法者除了明确需要设定为行政许可的管理事项外,还应同时规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限,即第18条确立了行政许可设定机关应当明确行政许可相关制度要素的确定性义务。“《行政许可法》要求设定行政许可的有关规定具体、明确、清楚,可以有效地防止‘执法者造法’,提高行政许可制度的稳定性、可预见性。”^⑮

在明确了行政许可设定的确定性规则之后,我们还需对第18条进行更深层次的解释。从文义上看,第18条对行政许可各项制度要素的确定性义务似乎都是一致的,设定规范在设定行政许可时需明确行政许可的实施机关、条件、程序、期限。但是,“适用一

^⑫ 在实践中,对该条款进行解释可能会引发的分歧是,因为第14、15条关于行政许可设定权和第16条关于行政许可规定权的内在权限差异,那么第18条中同时存在的“设定”和“规定”到底指向什么法律规范?由此延伸的问题是,所有创设行政许可事项的法律规范是否都需要同时规定实施机关、条件、程序、期限,还是可以只规定其中的一项或几项要素,剩余的内容则由下位法补充。实质上,这种解释分歧的根源在于《行政许可法》在不同地方使用了不同含义的“设定”,进而导致了对“设定”概念的解释模糊。在第二章的标题“行政许可的设定”,此处的设定应是广义的设定,涵盖了第14、15条的创设(从无到有)和第16条的规定(从有到细),但是第二章的具体条文中所使用的“设定”却又都是狭义的设定,仅指“创设”,而与“规定”相对应(若无特别说明,本文中的设定也都仅指创设)。如果明确了这一点,再来解释第18条的规范意旨就相对清晰多了,前半段的“设定”指的是创设,后半段的“规定”不是第16条细化规定意义上的“规定”,而是意指创设行政许可的法律规范需要同时明确哪些许可要素内容,属于制定内容层面的“规定”。此外,第18条规定在第二章“行政许可的设定”中,属于关于行政许可设定应具有明确内容的法律规则,它实质上对行政许可设定机关规定了需确定相关许可要素的立法义务,如果立法者在设定行政许可时,没有同时确定行政许可的实施机关、条件、程序、期限,可能构成立法不作为。

^⑬ 参见汪永清主编:《中华人民共和国行政许可法释义》,中国法制出版社2003年版,第52页。

^⑭ 前注⑪,乔晓阳主编书,第92页。

^⑮ 应松年:《〈行政许可法〉一部促进政府管理创新的重要法律》,载《中国司法》2004年第2期,第14页。

个法条,就是在运用整部法典”^{①⑥}。如果我们回归到《行政许可法》的整体视野,运用体系解释的方法去审视第18条的规范意旨,那么它所确立的行政许可设定确定性规则在实质层面呈现出义务分化的状态,行政许可各项要素的确定性程度及其实现路径并不相同。就行政许可程序和期限而言,《行政许可法》第四章所规定的适用于所有行政许可的程序规范和期限规则已相当明确和具体,绝大部分行政许可的实施可直接适用,于是第18条所确立的行政许可程序和期限的确定性义务在法规范体系层面并不会必然存在,其所呈现的是无确定性义务或者是弱确定性义务。^{①⑦}就行政许可实施机关而言,单行法在设定行政许可时大都已明确实施该法律规范的主管机关,许可的事务管辖已经确定,同时基于相对人的申请事实也能确定许可的地域管辖,在实践中产生争议的往往是行政许可管辖的级别不清和职能交叉问题。^{①⑧}因此,与行政许可程序和期限的确定性义务相比,第18条对行政许可实施机关所要求的是较高的中度确定性义务,在《行政许可法》对实施机关的一般规定以外,单行法还需根据第18条规定重点明确行政许可实施的级别管辖以及与其他部门的权限划分。

就行政许可条件而言,《行政许可法》作为调整共同行政行为法律,规定的是行政许可设定和实施需要遵循的共同规则,主要涉及行政许可的设定权、规定权、实施机关、实施程序和监督检查等内容,而各项行政许可的具体条件则留待单行法予以明确和规定。^{①⑨}《行政许可法》在涉及行政许可条件时一般都使用“法定条件”^{②⑩}或“法定条件、标准”^{②⑪}的表述,自身并不规定具体的许可条件。因此,《行政许可法》第18条对单行法设定行政许可条件所确立的就是高度确定性义务,“这是设定行政许可时要明确予以规定的。条件要尽可能具体,尽可能不要给具体审查的机关以更多的自由裁量权”^{②②}。明确行政许可的具体条件,可以防止行政许可实施机关随意增减许可条件,^{②③}将行政许可申请人是否符合法定条件演变为是否符合行政机关自行制定的许可条件。在行政许可实施机关、程序和期限通过《行政许可法》的通用条款都能相对明确、没有规则缺位的情况下,行政许可条件的设定明确就成为决定行政许可规制效果和《行政许可法》实施效果的关键。行政许可条件设定的确定性是行政许可设定确定性的核心。申言之,通过体系解释的方法,《行政许可法》第18条所确立的行政许可设定确定性义务主要针对的就是行政许可条件的设定,没有行政许可条件的确定就没有行政许可设定的确定,第18条的立法目的也会落空。当然,基于现代行政国家的发展和行政任务的变迁,赋予行政机

^{①⑥} “刘广明诉张家港市人民政府行政复议案”,最高人民法院(2017)最高法行申第169号行政裁定书。

^{①⑦} 对于绝大部分的行政许可而言,第四章关于程序和期限的内容可直接适用,单行法无需另行规定,仅仅针对少数的特殊许可而言,单行法可在第四章的基础上进一步补充规定相关许可程序和期限,或者是作出不同的特别规定。

^{①⑧} 前注^{①①},许安标等书,第90页。

^{①⑨} 参见曹康泰:《行政许可法对政府管理的影响》,载《国家行政学院学报》2004年第2期,第20页。

^{②⑩} 比如《行政许可法》第4条、第5条第3款、第12条、第34条第3款等。

^{②⑪} 比如《行政许可法》第38条第1款、第49条、第57条等。

^{②②} 前注^{①①},乔晓阳主编书,第92页。

^{②③} 参见应松年主编:《行政许可法教程》,法律出版社2012年版,第132页。

关在行政活动中一定的行政裁量已是普遍共识,立法者也往往通过兜底条款、不确定的法律概念等立法技术为行政许可条件设定必要的灵活性,以弥合法律明确性原则与行政机关必要裁量之间的内在紧张关系,因此,行政许可条件设定的确定性规则并非是完全绝对、固定僵化的确定性,而是留有行政裁量的必要空间。但是,行政许可裁量的运作也要纳入法治化的轨道,比如兜底条款的设置需要符合一定的法律规则,不确定的法律概念也要依赖于行政机关自我拘束以及裁量基准公开才能获得正当性,而非行政裁量的恣意行使。

(二) 行政许可条件设定确定性规则的功能

在大陆法系国家,基于依法律行政原理以及法规命令与行政规则的区分,作为影响外部相对人的法规命令需要有充分的法律授权依据,且授权的法律必须确定授权的内容、目的和范围,这样就能约束空白授权以及宽泛兜底条款,同时再通过裁量基准及其公开实现对不确定性法律概念的具体化,^{②④}基于“法律—法规命令—裁量基准”的封闭化构造形成了行政许可条件设定的确定性;^{②⑤}在英美法系国家,“一个人不能因一个法律上不确定的理由而陷入危险,”^{②⑥}基于传统的法治观念及其蕴含的约束权力、保障人权精神,法律在设定行政许可时所规定的行政许可条件都已相对明确具体,^{②⑦}即使个别许可条件包含不确定性的法律概念,通过法院对行政解释的司法审查,也维系了行政许可条件的确定性状态。^{②⑧}在我国,由于《立法法》所确立的多元法律规范以及《行政许可法》中行政许可设定依据的多样性,再加上立法实践中普遍存在的宽泛授权以及无限扩权的兜底条款,行政许可条件设定的明确性规则显得尤为弥足珍贵。对于行政相对人权益保护、行政机关依法许可、行政机关有效监管等都具有重要意义。

首先,保障行政许可申请人的合法权益与正当预期。法治的基本要义在于通过法律规范提供一套明确可靠的行为准则和正当预期,这也是行政许可条件设定的基本要求。唯有确定性的行政许可条件,才能为行政许可申请人获取行政许可提供明确的指引,避免由于许可条件的不确定而引发申请人不断补充或变更申请材料、调整行为预期以及可能产生的行政许可争议,有效维护申请人的合法权益。规则的确定性是正当预期的核心

^{②④} 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第334-335页;[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第60-61页。

^{②⑤} 此外,大陆法系的宪法法院还会对议会制定的法律是否符合法律明确性原则进行审查,立法需满足受规范者的可理解性、受规范者的可预见性、司法的可审查性这三个要素才会通过法律明确性原则的审查。参见蔡震荣:《法律明确性与一行为不二罚》,载《月旦法学教室》第148期(2015年),第10页。

^{②⑥} [英]威廉·韦德、克里斯托弗·福赛:《行政法》,骆梅英等译,中国人民大学出版社2018年版,第668页。

^{②⑦} 尽管美国对宽泛的授权立法与禁止授权原则之间的关系多有争论,联邦最高法院自1935年后也没有基于禁止授权原则判决国会立法违宪,但是“当国会对一家行政机关授权时,通常会同时规定实体标准”,授权一般也遵循着“可理解的”原则,而非完全宽泛的空白授权,对授权立法的争议主要是法院对行政解释的司法审查强度问题。参见[美]理查德·J·皮尔斯:《行政法》(第5版),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第83-92页。

^{②⑧} Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, Columbia Law Review, Vol.90, No.8, (1990), p.2074-2075.

要素,^{②9} 无确定性规则即无正当预期。^{③0}

其次,防止行政许可实施机关自我扩权。设定规范在许可条件层面的模糊,意味着变相赋予了行政许可实施机关在增加许可条件、制定许可标准、解释法律文本等方面的恣意性和内生扩权,这与“任何人不得担任自己案件的法官”的正当程序规则相抵触,并可能引发权力滥用与腐败的潜在风险。

最后,优化行政许可与行政监管的有效衔接。行政许可与行政监管的脱节是我国行政执法面临的主要问题,也影响着政府治理的效能与效果。^{③1} 如果说之前两者的脱节主要是因为行政机关“重许可、轻监管”的执法传统,随着行政许可相对集中权的推广与各地行政审批局的兴起,原先由一个主管部门负责领域内许可和监管的统一体制逐渐演变为行政审批局负责许可、主管部门负责许可后的事中事后监管的分离体制,行政许可与行政监管的衔接问题更为凸显,并成为影响行政许可相对集中权改革成效的关键因素。行政许可条件的确定、行政许可决定的告知、违法行为信息的共享等因素都是有效衔接的前提,但是行政许可条件的确定是确保行政许可审查标准和行政监管执法尺度在实体上保持一致的根本,如果许可条件本身不明确,行政审批局、主管部门又各自推行或掌握一套解释标准或适用尺度,那么行政许可与行政监管的衔接终将无法实现。

(三) 行政许可条件设定的多元模式

从设定行政许可条件的法律规范出发,行政许可条件的规范构造蕴含着三对关系范畴,反映着“设定规范—法律条款—单项条件”的确定性程度或开放性空间:一是设定规范与其他规范的外部关系,这对范畴是法律规范之间的关系,解决的是设定规范自身是否已规定了许可条件,还是需要完全依赖于其他规范的补足;二是设定规范的内部关系,这对范畴是在设定规范已规定许可条件的前提下,涉及各项许可条件之间的关系,设定规范所设定的往往是复数的许可条件,由多个许可条件共同构成申请人获取行政许可的门槛,而内部关系解决的就是如果设定规范已经规定了许可条件,各项许可条件的范围是否已经封闭和确定,还是呈现开放的格局从而依赖于其他规范的补充;三是单项许可条件的自身关系,这对范畴所要解决的是在许可条件结构已经明确的背景下各个单项许可条件自身内容的确定性问题,即在设定规范已经规定许可条件、也无需其他规范予以补充,已确立的各项许可条件的内容是否都已明确,抑或存在不确定性的裁量空间。从行政许可条件构造的三重逻辑出发并以许可设定的确定性程度作为标准,通过对《行政许可法》赋予的有权设定行政许可的中央立法(包括法律、行政法规、国务院决定)进行爬梳,我国行政许可条件的设定模式主要包括空白模式、授权模式、兜底模式、裁量

^{②9} Jack Watson, *Clarity and Ambiguity: A New Approach to the Test of Legitimacy in the Law of Legitimate Expectations*, *Legal Studies*, Vol.30, No.4, (2010), p.636.

^{③0} 从法体系的角度看,规则的确定性可以由立法者直接提供,也可以是在立法文本相对模糊的情况下通过行政机关的行政解释或者司法机关的法律适用进行明确,但是,法律的明确性原则意味着规则的始终不确定性或者规则的隐匿性确定都与法治状态不相符。从这个意义上讲,法院也负有明确规则界限的确定性义务,特别是明确宪法规范内涵的确定性义务。See John O. McGinnis, *The Duty of Clarity*, *George Washington Law Review*, Vol.84, No.4, (2016), p.857.

^{③1} 参见《国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见》(国发〔2019〕18号)。

模式四种类型,^{③②}呈现出从模糊性到确定性的阶梯式层次。^{③③}其中,空白模式和授权模式从属于设定规范与其他规范的外部关系,兜底模式指向设定规范的内部关系,而裁量模式则代表着单项许可条件的自身关系。

第一,行政许可条件设定的空白模式(以下简称空白模式)。空白模式是指设定机关在设定行政许可时,仅规定对某一事项设定许可,没有规定行政许可的条件以及其他制度要素,也没有授权其他机关去制定相关规定,行政许可条件呈现完全空白的状态。比如《学位条例》第8条所设定的学位授权许可等,都仅规定了需要设定为许可的管理事项,没有涉及许可条件,这是行政许可条件设定模式中最模糊、最开放的类型。

第二,行政许可条件设定的授权模式(以下简称授权模式)。授权模式是指设定机关在设定行政许可时,自身没有对行政许可条件等制度要素进行规定,而是授权其他机关去制定该法律规范的实施细则或者专门的行政许可管理制度。基于授权内容的差异,授权模式可以区分为两种情形:一是具体授权模式,即单行法规定了需设定为行政许可的管理事项,同时又具体授权其他机关去规定包括许可条件在内的行政许可管理制度,比如《固体废物污染环境防治法》第80条第1款在对从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动的单位设定许可的同时又规定“许可证的具体管理办法由国务院制定”。二是概括授权模式,即单行法规定了需设定为行政许可的管理事项,同时又概括授权其他机关去规定许可条件。基于授权对象的不同,概括授权还可进一步区分为两种类型:其一是事项的概括授权,单行法一揽子地规定了需设定为行政许可的一系列管理事项,同时又概括授权相应机关去对行政许可条件作出具体规定。比如2004年《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(以下简称《412号令》)以目录清单的形式集中规定了需保留许可的事项名称和许可实施机关,同时概括授权“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”。其二是内容的概括授权,单行法规定了需设定为行政许可的管理事项,同时概括授权其他机关去制定该法律规范的实施办法。比如《烟草专卖法》第12条仅规定开办烟草制品生产企业需取得烟草专卖生产企业许可,但是没有规定许可条件等内容,而是在附则第42条规

③② 现有四种模式是笔者收集所有设定行政许可的法律、行政法规和国务院决定,通过比较和梳理它们设定行政许可条件的内在逻辑差异而提炼。这是对现有立法技术的经验性归纳,并不排除立法者在将来会创造新的行政许可条件设定模式。

③③ 从逻辑上讲,不确定法律概念和兜底条款属于普遍的立法技术,立法者在设定许可条件时,可能会同时采用这两种技术,进而产生不同模式的叠加现象,或者称之为混合模式。由于空白模式和授权模式没有规定具体的行政许可条件,它们两者之间以及与其他模式之间不可能产生许可条件具体内容的重叠。于是在既有的设定模式中,模式叠加现象一般适用于裁量模式和兜底模式之间。同时从功能主义的视角出发,考虑到模式叠加后的混合模式,其许可条件设定的内在逻辑并没有变化,设定条件模糊性的基础仍在于不确定性法律概念和兜底条件的设置,它们对行政许可条件设定模式的区分没有产生实质影响。本文不将混合模式作为一种独立的设定模式,不做单独讨论。

定“国务院根据本法制定实施条例”。^{③4}

第三,行政许可条件设定的兜底模式(以下简称兜底模式)。兜底模式是指设定机关在设定行政许可时,除了明确列举的行政许可条件以外,还通过兜底条款的方式去扩大行政许可条件的设定范围。根据兜底标准呈现方式的差异,兜底模式可以分为三种类型:第一种类型是以规范为兜底标准的兜底模式,即兜底条款中行政许可条件的设定范围取决于相应的制度规范范围。这种类型的常见兜底条款包括《民用航空法》第93条“法律、行政法规规定的其他条件”,《老年人权益保障法》第43条“法律、法规规定的其他条件”等。第二种类型是以部门为兜底标准的兜底模式,即兜底条款中行政许可条件的设定范围取决于相应的部门范围。在立法实践中,这种类型还可细分为三种:一是以国务院为兜底标准,比如《公司法》第152条;二是以国务院主管部门为兜底标准,比如《注册会计师法》第24条;三是以地方行政机关为兜底标准,比如《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第14条。第三种类型是以“规范+部门”为兜底标准的兜底模式,即兜底条款中行政许可条件的设定范围同时取决于相应的制度规范范围和部门范围。“规范+部门”的组合也存在多种形式:一是“规范+单一部门”,比如《证券投资基金法》第13条“法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件”;二是“规范+复合部门”,比如《种子法》第32条“法规和国务院农业、林业主管部门规定的其他条件”;三是“双重兜底条款”,在同一个设定行政许可条件的法律规范中同时包含两项兜底条款,比如《拍卖法》第12条的第(五)项“符合国务院有关拍卖业发展的规定”和第(六)项“法律、行政法规规定的其他条件”都属于兜底条款。

第四,行政许可条件设定的裁量模式(以下简称裁量模式)。裁量模式是指设定机关在设定行政许可时,行政许可条件的范围已经明确(无空白授权,也无兜底条款),但使用不确定性的法律概念、准用规定等具有裁量空间的方法来描述行政许可条件的内容。从法律文本来看,用于描述许可条件内容的“必要”“合格”“基本”“相应”“规定数量”“满足要求”“符合规定”等术语构成了裁量模式的主要表现形式。根据裁量形成基础的不同,裁量模式可分为基于不确定法律概念形成的裁量模式和基于准用规定形成的裁量模式。前者是指行政许可条件中包含了不确定法律概念,往往需要实施机关明确不确定法律概念的适用界限,比如《城乡规划法》第24条规定的“有健全的技术、质量、财务管理制度”,何为“健全”就是不确定法律概念;后者则是基于准用规定形成了行政许可条件的裁量,一般需要通过其他机关的制度规范将准用规定予以明确和具

^{③4} 表面来看,具体授权模式和内容的概括授权模式都包含着授权其他机关制定相关规范的逻辑,但是两者的授权内容存在差异:具体授权模式是指有关机关在设定许可的法律规范中授权其他机关制定有关许可管理的具体办法,授权内容是特定的,仅仅是有关许可实施机关、条件、程序、期限等许可管理方面的制度;内容的概括授权模式所授权制定的是该法律规范的实施办法(一般放在附则中),并没有针对有关许可管理制度进行具体授权,而且实施办法并非涉及许可管理内容,比如基于《学位条例》所制定的《学位条例暂行实施办法》没有对《学位条例》第8条的学位授权许可进行细化规定。

体化,比如《城乡规划法》第24条规定的“有规定数量的经相关行业协会注册的规划师”“有规定数量的相关专业技术人员”,规划师、专业技术人员数量的明确就依赖于准用规定。在实践中,一些法律规范还规定准用规定需依赖于国家有关规定,比如《印刷业管理条例》第9条第2款规定,申请从事印刷经营活动的印刷经营许可,应当符合国家有关印刷企业总量、结构和布局的规划。

此外,在实践中还有一种特殊的裁量模式,即政治考量模式,它是指设定机关在设定行政许可时,许可条件的内容由高度不确定的考虑因素而组成,带有很强的政治考量性。政治考量模式实质上属于行政许可条件内容的政治考量化,一般适用于国家安全领域。^③它也分为两种情形:其一,基于单一的考虑因素形成的政治考量模式。比如《出口管制法》第13条的每项许可内容都由考虑因素组成。其二,“许可条件+考虑因素”形成的政治考量模式,比如《邮政法》第52条规定了申请快递业务经营许可应当具备的条件,同时第53条第3款又规定“邮政管理部门审查快递业务经营许可的申请,应当考虑国家安全等因素,并征求有关部门的意见”,又包含了不确定性的考虑因素。

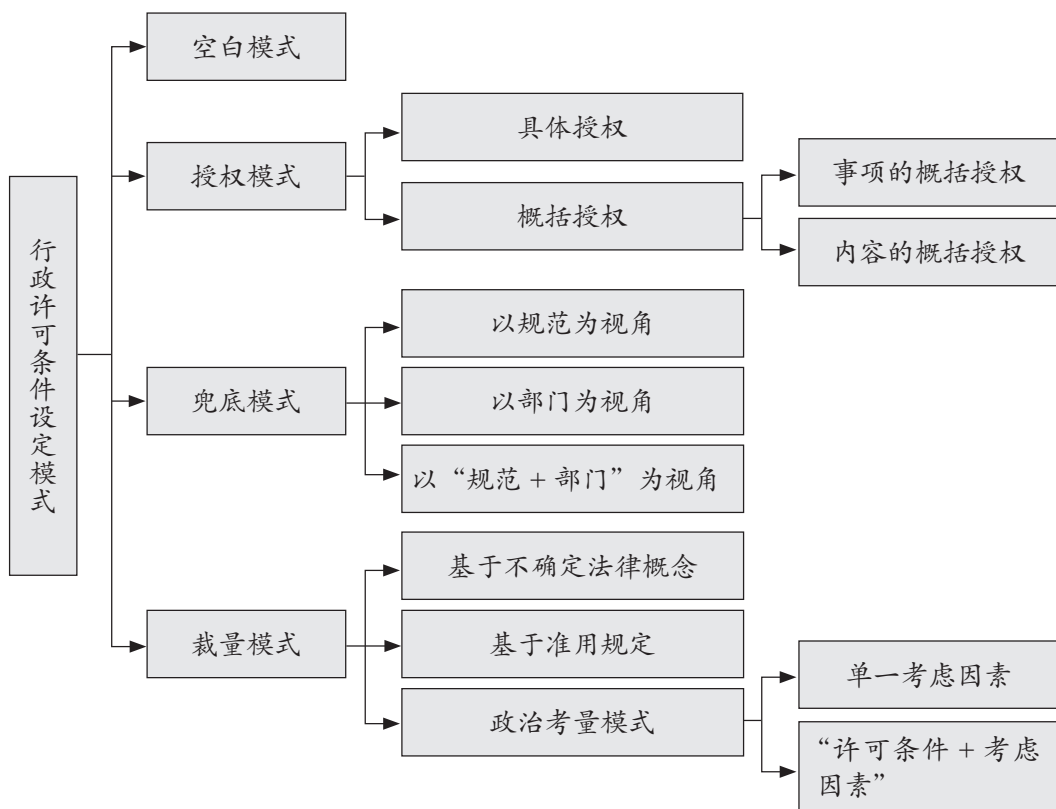


图1 行政许可条件的设定模式

^③ 比如《出口管制法》第13条直接将审批机关需要审查的相关许可内容称为“考虑因素”,而非一般法律所称的许可条件。

三、行政许可条件设定模式的体系性反思

法律的第一位任务是确定性,法律规范应当具体、明确、普遍,为社会主体提供确定的行为指引和稳定的信赖预期。^{③⑥}从既有立法模式来看,由于设定行政许可的法律规范基本上都是行业立法,一般由国务院相关主管部门负责起草,再提交全国人大及其常委会制定法律或者提交国务院制定行政法规,立法过程呈现出较为明显的“部门立法”,“实际上,部门立法也是国务院最终协调和全国人大最终审议的,部门起草法律不可避免就有部门的色彩和因素”,^{③⑦}而基于部门利益的考量,相关行政主管部门难免倾向于将《行政许可法》规定的法定许可条件通过模糊化的立法技术(包括授权规定、兜底条款、不确定的法律概念等)转化为行政机关自行制定的许可条件,无形扩大了行政机关的权力。^{③⑧}于是,这些模式与《立法法》中的法律明确性原则、《行政许可法》中的行政许可设定确定性规则还有不少距离,偏离了法治政府建设目标,^{③⑨}主要表现在:从设定规范与其他规范外部关系的面向来看,在空白模式和授权模式中,空白规定、空白授权与行政许可条件设定的确定性规则之间存在紧张关系;从设定规范内部关系的面向来看,在兜底模式中,作为兜底条件的有关规定或有关部门指向不明,不符合兜底条款设置的“同质性”规则;从单项许可条件自身关系的面向来看,在裁量模式中,作为细化、解释不确定法律概念的行政许可裁量基准多处于隐匿实施的状态,准用规定的范围也不明确,在一定程度上弱化了立法者试图平衡行政许可条件设定确定性规则与行政裁量必要行使之间关系的努力。

(一) 空白授权的模糊泛化

我国《立法法》第6条第2款对法律明确性进行了专门规定:“法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性。”这是落实《立法法》第1条“提高立法质量”立法目的的直接要求,十二届全国人大以来,全国人大常委会领导也多次提出,法律规范“能具体尽量具体、能明确尽量明确”。^{④①}《行政许可法》第18条则是法律明确性原则在行政许可领域的具体体现,给行政许可设定机关施加了行政许可设定的确定性义务。“按照依法行政和规范行政许可实施行为的要求,设定行政许可的法律规范都应当具体、明确,以便于遵守和执行,真正解决实际问题。”^{④②}但是,空白模式、授权模式都不包含许可的实施机关、条件、程序、期限等内容要素,而是完全交由下位法规定,也没有明确授权的目的、

^{③⑥} 参见李琦:《法的确定性及其相对性——从人类生活的基本事实出发》,载《法学研究》2002年第5期,第24-25页。

^{③⑦} 马怀德:《行政法治30年》,载《中国政法大学学报》2009年第3期,第144页。

^{③⑧} 从另外一个角度来看,《立法法》所规定的法律、行政法规的修改程序较为复杂,立法周期较长,行政机关为了及时应对瞬息万变的社会现实,也需采取一定的抽象立法策略,从而为未来的社会发展预留一定的制度空间。但是从法律的明确性原则来看,这种策略应有必要的法律限度并纳入法治化轨道。

^{③⑨} 参见林华:《通过依法执政实现依法行政的制度逻辑》,载《政法论坛》2020年第6期,第55页。

^{④①} 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第28页。

^{④②} 前注^{①③},汪永清主编书,第52页。

事项、范围,呈现模糊泛化的空白授权现象,既不符合法律明确性原则,与《行政许可法》第18条有直接明显的冲突,也与第1条“规范行政许可的设定和实施,保护公民、法人和其他组织的合法权益”的立法目的存在紧张关系。宽泛的空白模式和授权模式不能形成既有许可实施的具体内容,无法给行政相对人提供明确的行为预期,容易引发许可实践的行政争议,同时模糊化的许可规定还可能导致行政机关自我赋权,架空本来严格的行政许可设定权条款,比如“部门之间证外设证、证内添证”。^{④2}

以学位授权为例,《学位条例》第8条规定了授予学位的高等学校和科学研究机构及其可以授予学位的学科名单的许可制度,但仅明确许可的批准主体是国务院,至于许可的条件、程序和期限等都没有涉及,《学位条例暂行实施办法》对学位授权也没有细化规定,属于空白状态,国务院学位委员会在《学士学位授权与授予管理办法》《博士硕士学位授权审核办法》这两个专门调整学位授权的行政规范性文件对学位授权许可条件同样没有涉及,仅仅规定国务院学位委员会、省级学位委员会需制定具体的学位授权许可条件,借助“法律—行政法规—行政规范性文件—行政规范性文件”的四级规范结构才将相关许可条件予以相对明确。宽泛的空白模式已引发诸多显性与隐性的学位授权争议。^{④3}同样在网约车领域,《412号令》授权国务院主管部门对罗列的许可事项规定许可条件,而交通运输部等部门制定的部门规章《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》相关条款又授权城市人民政府规定其他许可条件,进而引发合法性争议,“国务院决定—部门规章—地方政府规章(地方政府规范性文件)”线性化授权的规范结构也凸显了《行政许可法》的实施困境。

(二)兜底条款的权限扩张

《行政许可法》赋予法律、行政法规、地方性法规以常设性许可设定权,赋予国务院决定、省级政府规章以临时性许可设定权,同时又对国务院部门、地方政府的许可设定权进行严格限制,这是《行政许可法》彰显有限政府理念的重要体现。兜底条款作为概括条款的一种,“具有承接规范之功能,其本于辅助性原则有辅助结构规范遗漏之功能”,^{④4}一般应呈现“列举典型事项—抽象上位概念”同质性逻辑,但是,从行政许可设定规范的内部关系来看,目前行政许可条件中的兜底模式并无与已列举条件具有同质性、类似性的抽象概念进行限缩,而是通过部门或规范进行开放性的无约束授权,从两个方面推动了国务院部门、地方政府的权限扩张,实质上突破了《行政许可法》关于行政许可设定权的制度防线。^{④5}

④2 张兴祥:《中国行政许可法的理论和实务》,北京大学出版社2003年版,第43页。

④3 参见林华:《人民法院在学位撤销案件中如何进行审查——基于司法审查强度的裁判反思》,载《政治与法律》2020年第5期,第95页。

④4 李震山:《行政法意义下之法律明确性原则》,载《月旦法学杂志》第57期(2000年),第15页。

④5 虽然在法理上,可以通过同质性解释规则去寻求兜底条款的明确性、限缩兜底条款的扩张性,但是在行政许可条件的兜底条款中,单行法所规定的各项行政许可条件并非同质,无法适用同质性解释规则。“基于同质性解释规则的适用规律,根据条文中的列举项得出同质性信息后,兜底条款的范围、内容只能限于与同质性信息相一致的事项。”李军:《兜底条款中同质性解释规则的适用困境与目的解释之补足》,载《环球法律评论》2019年第4期,第124页。

一是,广泛存在的、作为兜底性条款的国务院主管部门规定的其他条件。国务院主管部门作为某个设定许可的法律规范的实施机关,又拥有创设其他许可条件的无限权力,实质上属于在《行政许可法》之外变相取得了部门规章、甚至是部门的行政规范性文件可以设定行政许可条件的权限,^{④6}这与《行政许可法》等制度规范并不吻合,也会消解《行政许可法》取消部门规章设定权的立法努力。^{④7}“考虑到国务院部门主要任务是执行法律、行政法规,是执法部门,不宜自我授权,以防止为本部门和本系统设定和扩大权力。”^{④8}

二是,不少法律规范授权地方行政机关设定兜底性的许可条件。比如《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第14条关于从事网约车服务的驾驶员的兜底性条款是“城市人民政府规定的其他条件”,于是在实践中不少城市制定了涉嫌违反《行政许可法》等上位法的需满足本地户籍等许可条件,对《行政许可法》第15条第2款针对地方性立法设定行政许可的限制性规定也视而不见。有学者曾对一些地方公布的权责清单进行统计,发现了行政许可项目总数在地方层面存在巨大差异,这也从一个侧面揭示了一些地方行政机关不受约束的许可权限对行政许可法的确定力与行政法治的统一性的冲击。^{④9}

(三) 裁量基准的隐匿实施

在裁量模式和兜底模式中,基于应对复杂社会现实和多元行政任务的需要,很多设定规范习惯于以不确定法律概念的形式列举模糊的许可条件,比如必要(必备)、相应、基本、合格、健全(严格)、满足要求(满足需要)、固定(确定)等描述许可条件的术语。对行政相对人而言,这些表述仅仅明确了相对人申请许可需要满足的条件范围,但是关乎能否实际获得许可的具体条件的内容到底指向什么,则取决于行政许可实施机关对上述不确定法律概念的解释和细化。在行政许可实践中,在设定规范的许可条件与申请人的许可申请之间,往往需要通过行政许可实施机关制定的许可裁量基准作为桥梁或媒介的匹配,^{⑤0}于是需要对行政许可裁量基准进行一定的规范,特别是当某一个行政许可存在多项许可条件,但其大部分的许可条件都以不确定法律概念的形式呈现,那么这种蕴含过度裁量的法律规范就易使“行政许可申请人是否符合法定条件往往变为是否符合行政机

^{④6} 将常设性行政许可条件的设定依据由法律、法规降格为有关部门的规范性文件,除了权限方面的自我赋权外,更是实质上剥夺了行政相对人对于许可条件设定的程序参与权,包含公众参与、专家论证等严密的立法程序可能会蜕变为随意的行政规范性文件制定程序。

^{④7} 《行政许可法》第16条第3款规定,规章可以在上位法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。以许可条件为参照,规章可以在上位法设定的行政许可条件范围内,对实施该行政许可的条件作出具体规定,换言之,规章是对上位法设定许可条件的细化,而不能创设许可条件。

^{④8} 前注^①,许安标等书,第86页。

^{④9} 参见耿玉基:《法律“被虚置化”:以行政许可法为分析对象》,载《法制与社会发展》2016年第4期,第133页。目前,国务院正在部署全面实行行政许可事项清单管理,试图解决各地行政许可底数不清的情形,实现同一事项在不同地区同要素管理、同标准办理,参见《国务院办公厅关于全面实行行政许可事项清单管理的通知》(国办发〔2022〕2号)。

^{⑤0} 参见骆梅英:《行政许可标准的冲突及解决》,载《法学研究》2014年第2期,第48页。

关指定的条件”,^{⑤1}与《行政许可法》第4条的行政许可法定原则存在一定的紧张关系。^{⑤2}

暂且不论行政许可裁量基准与行政许可法定原则之间的关系,虽然《行政许可法》第5条第2款规定:“有关行政许可的规定应当公布;未经公布的,不得作为实施行政许可的依据。行政许可的实施和结果,除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的外,应当公开。”但是官方对“有关行政许可的规定应当公布;未经公布的,不得作为实施行政许可的依据”解释为“实施行政许可的法定依据要公布,行政许可的实施机关、条件、程序、期限等的规定应当公布;未经公布的,不得作为实施行政许可的依据”,^{⑤3}“行政许可的规定”是指“行政许可的实施机关、条件、程序、期限等的规定”,并不涵盖实质确定许可条件内容的行政许可裁量基准。在行政许可实践中,行政机关公布的往往也是行政许可的实施机关、法定条件、^{⑤4}程序、期限、收费标准、中介服务等内容,^{⑤5}而将行政许可条件的裁量基准视为是行政机关的行政自制规则或自我监督方案,不予公开,这种做法也得到了—些学者的支持。^{⑤6}于是,作为对设定规范中行政许可条件解释和细化的裁量基准,基本上处于隐匿实施的—实际状态,即使是立法明确规定需要公开的内容,对相关政府网站进行检索,在行政许可的权责清单中,同样是对行政许可的实施机关、条件、程序、期限、收费标准、中介服务等内容的公开,行政许可的内部裁量基准付之阙如。以“行政许可条件”为关键词在北大法宝进行检索,仅有一个部门规章《海事行政许可条件规定》,但是其规定的各类海事行政许可还是充满了不确定性法律概念,并没有发挥部门规章作为执行性规范的功能,只不过是在一个部门规章中统一整合了各类海事行政许可(汇总功能)。

(四)有关规定的界限模糊

在裁量模式中,“规定数量”“规定标准”等准用规定的设置成为行政许可条件的又一不确定因素,什么性质的制度规范可以成为许可条件中的“规定”是立法空白。同

^{⑤1} 前注^{①3},汪永清主编书,第52页。

^{⑤2} 《行政许可法》第4条规定:“设定和实施行政许可,应当依照法定的权限、范围、条件和程序。”实施行政许可应当依照法定的条件,意味着行政许可条件应以《立法法》规定的法律、法规、规章的形式加以规定,而不能以行政规范性文件、内部通知等形式界定行政许可条件。裁量模式中的许可条件也是相关法律规范所确立,符合形式合法性的要求,但是蕴含过度裁量的法律规范将绝大部分的许可条件交由行政规范性文件、内部通知等形式去规定,虽然在形式上合法,但是在实质上可能并非正当,这会抵消《行政许可法》取消部门规章、行政规范性文件设定权的立法努力。

^{⑤3} 前注^{①1},许安标等书,第39页。

^{⑤4} 实践中,行政机关往往是仅仅复制了相关涉及许可条件的法律条款,仍然呈现出裁量模式的形态。

^{⑤5} 以“最多跑一次”引领全国“放管服”改革的浙江省为例,浙江省政务服务网中所列的行政许可权责清单仍然是法律规范所明确规定的许可条件,并不包含对相关许可条件的实施细则和解释性文件。参见《省级依申请行政权力事项清单》,载浙江省政务服务网, <https://www.zjzfw.gov.cn/zjservice/matter/list/applyList.do?jurisCode=330000>, 2021年6月20日访问。

^{⑤6} “作为行政自制规范的裁量基准,尽管具有规则的形式属性,但由于其更多地偏向行政自制,表现为内部法,其效力并不能及于行政主体之外的任何个人或单位,而仅仅只对行政机关产生规范效果。”周佑勇:《裁量基准司法审查研究》,载《中国法学》2012年第6期,第17页。

样在兜底模式中,不少法律规范规定了“国家规定”^{⑤7}“国家有关规定”^{⑤8}可以设定其他许可条件,关于什么是国家规定、什么是国家有关规定在立法法、行政法中同样付之阙如。^{⑤9}在法律规范的既有表达中,国家规定(国家有关规定)时而与法律、行政法规并列,时而与法律、法规、规章并列,时而又作为独立的存在,国家规定(国家有关规定)的法律界限并没有清晰的界定与厘清,这也使得内含有国家规定(国家有关规定)的许可条件成为模糊性的许可条款。

还有一些法律规范宽泛地规定有关部门可以规定其他许可条件,比如《互联网上网服务营业场所管理条例》第8条第7项为兜底性条款“法律、行政法规和国务院有关部门规定的其他条件”,从本意来看,唯有互联网上网服务营业场所的主管部门才有权规定相关条件,但是权力的交叉与融合是我国行政权行使的常态,即使是规定明确的法律实施部门都会发生许可实施机关的“打架”,宽泛性的规定更是会引发实践中许可条件的模糊性,甚至是重复许可、互为前置。主管部门往往通过制定规范设定兜底性的许可条件,“有关部门”的模糊实质上所形成的是“有关规定”的模糊,进而引发许可条件的无限开放困境。“法律保留原则决定着行政机关采取某种措施介入社会的容许性,让立法机关在保障基本权利、控制行政权上发挥着重要作用。但在现实中,我国行政机关还有很大的自主空间,行政活动距离法律保留的要求还较为遥远。”^{⑥0}

四、行政许可条件设定的层次化约束

“规范上的明确性要求,就是国家权力‘实质正当性’的要求,是防止国家机关滥用权力的方法之一,因此也形成立法的界限,换言之,国家立法机关(包括行政立法)不可以制定规范意旨不明确的规定。”^{⑥1}法律确定性并非经验的或语言的事实,而是一种最终依赖于规范化前提的法律特征。^{⑥2}在构建对行政许可条件设定的层次化约束具体机制之前,有一个理论问题尚需厘清:如何平衡行政许可条件设定的确定性规则与现代行政所必要的灵活性之间的关系。一方面,在行政国家、风险社会、信息社会的背景下,现代行

^{⑤7} 比如《电信条例》第10条规定,经营基础电信业务许可需要满足的许可条件,第(六)项为“国家规定的其他条件”。

^{⑤8} 比如《网络游戏管理暂行办法》第6条规定,申请从事网络游戏运营、网络游戏虚拟货币发行和网络游戏虚拟货币交易服务等网络游戏经营活动应当具备的许可条件中,第(五)项“符合法律、行政法规和国家规定的其他条件”作为兜底性条款。

^{⑤9} 在我国法律体系中,《刑法》第96条对国家规定作了界定,“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”。但是这种刑法层面上的界定能否直接适用到行政法领域值得思考,且不论刑法和行政法两大法律部门之间的性质差异,很多法律将国家规定与法律、行政法规并列,如果《刑法》的国家规定概念可以适用到行政法,由于国家规定中包含法律、行政法规,那么直接规定“国家规定”就行而不用另加法律、行政法规。此外,刑法层面对国家规定的严格限缩与当前行政法实践也存在巨大鸿沟,党中央及其中央部门的文件、国务院有关主管部门的文件等都在很大程度上发挥着国家规定的功能。

^{⑥0} 王贵松:《行政活动法律保留的结构变迁》,载《中国法学》2021年第1期,第124页。

^{⑥1} 李惠宗:《立法之界限——法律明确性原则》,载《月旦法学教室》第70期(2008年),第20页。

^{⑥2} See Richard M. Re, *Clarity Doctrines*, University of Chicago Law Review, Vol.86(6), p.1505(2019).

政既要坚持依法行政的基本原则,又要保持必要的灵活性和行政效率,以应对多元化的复杂行政任务。^③因此,在现代行政国家,行政许可条件设定的确定性规则并非是绝对、僵化、无任何裁量空间的确定性,而是追求一种在立法时“尽可能”的确定性,“条件要尽可能具体,尽可能不要给具体审查的机关以更多的自由裁量权”^④。同时,立法者为了应对纷繁的社会现实以及未来的社会演进,通过立法授权、兜底条款、不确定法律概念等立法技术,赋予行政机关在实施行政许可时一定的行政裁量权和形成空间,法律规范的许可条件与许可申请事实之间并非完全机械对应的关系。

另一方面,为了实现行政许可条件设定“尽可能”的确定性,立法授权、兜底条款、不确定法律概念等立法技术也要符合法律的明确性原则,满足受规范者的可理解性、受规范者的可预见性、司法的可审查性这三重要求,并遵循一定的法律规则。比如立法授权要明确授权的目的、内容和范围,兜底条款设置应与已列举条款具有同质性、类似性特征,细化不确定法律概念的行政许可裁量基准应当公开,而非脱离法治轨道的行政恣意。至于严格限制立法授权、兜底条款、不确定法律概念等技术的运用,在实现行政许可设定相对确定性的同时又可能导致行政灵活性不足的困境,《行政许可法》已提供相应的制度管道,针对法律、行政法规设定的行政许可,可通过国务院决定的形式去临时性地设定或修改行政许可条件,^⑤确有必要长期性地增设或修改行政许可条件的,再根据立法程序适时修改相应的法律和行政法规。

通过上述对行政许可条件的设定模式进行考察,行政许可条件设定的模糊性主要来源于空白授权(行政许可条件的外部关系)、兜底条件(行政许可条件的内部关系)以及裁量基准、有关规定(行政许可条件的单项内容)。行政许可条件设定的优化进路,也需要从这四个方面入手,着眼于行政许可条件设定在“设定规范——法律条款——单项条件”形成的闭环逻辑,构建层次化的确定性规则体系和设定约束机制,实现从恣意的“权力之治”到约束的“法律之治”,从抽象的“原则之治”到相对确定的“规则之治”的制度变迁,并平衡行政许可条件设定的确定性规则与现代行政所必需的灵活性之间的关系。

(一) 约束空白授权的适用

隐性授权的空白模式、显性直接的授权模式都导致了空白授权的模糊泛化,直接同《立法法》第6条第2款、《行政许可法》第18条相违背,也与以法律明确性原则为核心的法治国相抵触,需要进行严格的限制与约束。约束空白授权适用的基本思路是,行政许可条件的设定要以明确性为原则,禁止采取空白模式,个别领域允许授权模式,但即使在授权模式的领域内,授权立法的范围也存在限制,同时还需明确授权的目的、事项、范围和期限等内容。

首先,坚持以法律明确性为原则,以个别授权为例外。“在对国家机关授以权力时,

^③ 参见王万华:《我国行政法法典编纂的程序主义进路选择》,载《中国法学》2021年第4期,第110-111页。

^④ 前注①,乔晓阳主编书,第92页。

^⑤ 参见《行政许可法》第14条第2款。

要规定明确而严格的限制条件,并多采用列举式条款以控制其权力范围。”^{⑥6}对于大多数领域,法律规范在设定行政许可时,应当根据《行政许可法》第18条规定,明确行政许可的实施机关、条件、程序和期限,特别是实施机关级别、行政许可条件以及需要明确的特殊程序与期限规则;对于极少数专业性、技术性强的领域,立法者囿于自身的专业技术与能力,应尊重行政机关的专业性和技术性,允许必要的显性授权,^{⑥7}即可采取明确相应授权内容的授权模式,但不得采取空白模式。拥有专业性组织与自我启动能力的行政机关可以保证公共价值的平稳实施。^{⑥8}

其次,授权立法的范围存在限制。从授权立法的逻辑来看,授权立法是基于法律保留的原则而存在于立法机关与行政机关之间,体现的是立法机关对行政机关专业理性的尊重,这是授权立法存在的基础,无法律保留即无授权立法。“法律保留原则是关于立法机关与行政机关之间关系的规范,是行政的一种他律机制。”^{⑥9}行政机关与行政机关之间无需授权立法,授权的行政机关作为法律实施机关可以自行立法,并无授权的必要和正当性基础。如果是法律、地方性法规已授权行政机关,行政机关也不能再行授权其他行政机关,进行转授权。^{⑦0}于是授权立法的范围应限于创设行政许可的法律、地方性法规,不应包括行政法规、国务院决定和省级政府规章。实践中存在的行政法规、国务院决定和省级政府规章的授权性规定都应清理,它们要么违反了法律保留原则,要么属于无效的转授权条款。

最后,立法授权需遵守授权明确性规则。《立法法》第10条第1款针对法律与行政法规之间的授权明确性规则进行了规定:“授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等。”针对专业性、技术性强的许可事项,如果设定规范是法律,在保留必要的授权模式对国务院进行授权时,应当适用《立法法》第10条第1款的授权规则,明确授权的目的、事项、范围和期限等内容,实现创设性规范对实施性规范的立法授权约束;如果设定规范是地方性法规,可参照适用《立法法》第10条第1款的授权规则,一并明确授权的目的、事项、范围和期限等内容。

(二) 规范兜底条款的设置

兜底性条款是常见的立法技术,但是单行法对兜底性许可条件的设置不能违背《立法法》《行政许可法》等通用法律的规定,并需符合兜底条款设置的“同质性”规则,“适

^{⑥6} 刘风景:《例示规定的法理与创制》,载《中国社会科学》2009年第4期,第100页。

^{⑥7} 有学者进一步提出,“即使是上位法授权下位法就行政许可问题作出规定的,也应当限于行政机关办理事项的具体程序规则,不得将行政许可的条件、期限等全部授权下位法规定”,即行政许可条件不得授权。参见前注^{⑥4},张兴祥书,第144页。这是一种相对理想主义的做法,结合当前的立法实践和许可事项的专业性,行政许可条件设定的授权还是存在的必要,但是需严格限制授权的范围。

^{⑥8} Richard B. Stewart and Cass R. Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, Harvard Law Review, Vol.95, (1981-1982), p.1238.

^{⑥9} 前注^{⑥0},王贵松文,第127页。

^{⑦0} 《立法法》第12条规定:“被授权机关应当严格按照授权决定行使被授予的权力。被授权机关不得将被授予的权力转授给其他机关。”

用兜底条款的情形,应与同条款中已经明确列举的情形具有相同或相似的价值,在性质、影响程度等方面具有一致性,且应符合该条款的立法目的”^①。作为兜底性条款而广泛存在的国务院主管部门、地方行政机关规定的其他许可条件,严重冲击了《立法法》《行政许可法》所构建的法规范秩序以及兜底条款设置的一般规则,亟待规范。

一是,国务院主管部门的部门规章和规范性文件不能作为兜底性的许可依据范围。《行政许可法》为了限制国务院主管部门的许可设定权,明确否定了部门规章的许可设定权,如果将“国务院主管部门规定的其他条件”作为兜底性条款无疑又是在变相承认部门规章、甚至是行政规范性文件设定行政许可条件的权限,这将严重削弱《行政许可法》限制许可设定权的立法努力,同时也与《立法法》对部门规章的执行性法律规范的功能定位不相符合。

二是,地方行政机关的地方政府规章和规范性文件不能作为兜底性的许可依据范围。《行政许可法》仅赋予省级政府规章对临时性许可的设定权,若在兜底性条款中规定各级地方政府及其工作部门可以设定许可条件,等于是承认了省级政府可以享有对许可条件的常设性设定权,而且还无形扩大了有权设定行政许可的地方行政机关权限范围,^②这与《行政许可法》的立法目的、行政许可设定权都存在内在的逻辑冲突,同时与部门规章一样,也与《立法法》对地方政府规章的功能定位不一致。此外,《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发〔2018〕37号)亦明确指出“行政规范性文件不得增加法律、法规规定之外的行政权力事项或者减少法定职责;不得设定行政许可、行政处罚、行政强制等事项,增加办理行政许可事项的条件”。

三是,有权作为兜底性许可依据的规范也要符合相关法律规定和兜底条款的设置规则。在《立法法》框架内,法律、行政法规、地方性法规可以作为兜底性的许可依据,目前一些法律规范在许可条件的兜底性条款中所表达的“法律、行政法规规定的其他条件”或“法律、法规规定的其他条件”符合《立法法》与《行政许可法》的制度安排,但需要注意的是,地方性法规的许可条件设定权仍然要受到《行政许可法》第15条第2款对地方性立法整体性约束与限制。此外,通过立法语言亦能提升法律的确定性,^③从法治国的视角出发,兜底性条款的设置还需要符合设置的“同质性”规则,即要明示与已列举条款的相同性或类似性特征,而非仅有规范指示、却无行为指示的漫无边际的表达,这样才能为相对人提供可预见性的规范指引以及实现法的安定性,否则仍可能违反法律明确性原则。

① 章剑生:《兜底条款适用的法解释技术——季频诉宜兴市宜城公安派出所治安处罚案评析》,载《法治研究》2021年第6期,第140页。

② 一是在主体领域进行了扩展,不仅包括《行政许可法》所规定的省级政府,还包括了其他地方行政机关;二是在规范领域进行了扩展,不仅包括《行政许可法》所规定的省级政府规章,还包括了省级政府的行政规范性文件、设区的市的地方政府规章和行政规范性文件以及其他地方行政机关的行政规范性文件。

③ See Dennis Kurzon, *Clarity and Word Order in Legislation*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.5(2), p.270(1985).

（三）公开裁量基准的内容

为了在法律规范的稳定与法律规范的进化之间取得平衡,不确定的法律概念或概括条款成为立法无法避免的现象,也是法律确定性原则具有相对性的重要体现。于是,行政许可实施机关制定的行政许可裁量基准就成为连接法定许可条件与相对人申请事实的纽带。在承认裁量模式正当性的基础上,为了给行政许可申请人以明确的行为指引并为法院审理行政许可案件提供可审查的标准,行政许可裁量基准的公开就成为抑制裁量模式不确定性的重要路径。行政许可的审查基准如果不公开,相对人无法知道行政许可机关是否按照审查基准审查,按照何种审查基准进行审查,也无法判断相应行政许可决定的适当性。在比较法上,一些国家的法律明确规定行政许可裁量基准应当向社会公开,^⑭我国《行政处罚法》第34条规定行政处罚裁量基准应当向社会公开,《国务院关于加强市县依法行政的决定》(国发〔2008〕17号)第18条规定,针对行政裁量权所作的细化、量化标准应当予以公布,最高人民法院发布的信息公开十大典型案例也涉及了裁量基准应当公开的问题。^⑮因此,通过修改《行政许可法》应予明确,行政许可实施机关应当在已有的公开实施机关、法定许可条件、程序、期限、收费等内容的初级阶段外,进一步将行政机关内部对许可条件中概念、问题的限制解释、操作细则等行政许可裁量基准向社会公开,以实现更深度的“资讯照顾”,有效约束行政许可裁量权的行使。

此外,还应当明确政治考量模式的适用范围与界限。对于政治考量模式,以不确定法律概念呈现的相关考量因素的适用因涉及国家安全,相关考量因素的裁量基准可能属于国家秘密等豁免公开的范围,可以不予公开;但是同样为了避免政治考量的泛化,应当在立法中严格限制政治考量模式的适用空间,一般将其限定在国家安全领域为宜。

（四）明确有关规定的范围

如前所述,有关规定的模糊性存在于两个领域,一是裁量模式中的准用规定,二是兜底模式中作为兜底依据的国家规定(国家有关规定)。针对裁量模式中“规定数量”“规定标准”等准用规定的设置模糊,可以考虑建立“准用规定—规定范围”的双阶式规范。单行法往往在一个法律条款中列举多项许可条件,如果许可条件中涉及“规定数量”“规定标准”等准用规定的,需要同时增加第二款,明确前一款中的数量、标准等内容由相关法律规范进行具体规定。^⑯如果是法律、行政法规作为设定规范的,可以明确由某个确定的国务院主管部门通过部门规章进行具体规定;如果是地方性法规作为设定规范的,可以明确由同级人民政府的地方政府规章予以具体规定,这样就能明确有关规定的范围,

^⑭ 如,《日本行政程序法》第5条第1款规定:“行政机关对许可等之申请应依其法令之规定订定判断所必要之基准……行政机关除行政上有特别困难外,依法应于提出该申请之机关办公处所备妥审查基准或以其他适当方法公告之。”

^⑮ 参见“张宏军诉江苏省如皋市物价局案”,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/09/id/1437646.shtml>, 2021年6月2日访问。

^⑯ 裁量模式中的“规定数量”“规定标准”等准用规定相当于一种授权规范,许可条件所涉及的数量、标准等要素授权有关规定去明确。如果只有准用规定而不明确准用规定的范围,就属于空白授权。在准用规定的基础上进一步明确有关规定的范围实质上就明确了授权的内容,并为相关部门细化规定有关数量、标准等要素确立了立法义务,这样就能实现行政许可条件设定的确定性规则。

进而确定有关规定所指向的数量、标准等。行政许可条件设置了相对人申请许可的门槛,行政许可条件的细化无疑会影响行政相对人的权利义务,因此,根据《优化营商环境条例》^⑦《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》等规定,不宜由行政机关的规范性文件作为准用规定。

针对兜底模式中的有关规定,国家规定(国家有关规定)是现行立法中常见的术语,时而以独立的姿态出现,时而与法律法规并列,时而又与法律法规规章并列,究竟哪个部门能够代表国家、哪些规范又属于国家规定的范围已成为法律规范体系中的谜团。明确国家规定(国家有关规定)的内涵及其法律界限,至少存在三种路径:一是,在立法中直接放弃国家规定(国家有关规定)的表述,转而适用《立法法》中有确定内涵的法律规范名称。二是,鉴于国家规定(国家有关规定)已成为现行立法中的通用术语,又对行政相对人的权利义务产生实质影响,可考虑在《立法法》《行政许可法》中规定国家规定(国家有关规定)的概念,明确可以代表国家的部门,厘清国家规定(国家有关规定)的法律边界。三是,通过司法的路径,在个案的司法审查中累积对国家规定(国家有关规定)的解释与共识,再通过相关司法解释或最高人民法院指导性案例等方式确立国家规定(国家有关规定)的内涵和范围。

五、结 语

《行政许可法》是规范和控制行政许可设定和实施的法律,并试图建构起对行政许可事项、实施机关、条件、程序和期限的体系化约束机制,“但是,由于法律规定过于简单,配套制度不完备,使这些原则和制度许多仅仅只能停留在纸面规定上,实践中普遍缺乏可操作的具体规定加以落实”。^⑧通过“放管服”改革的持续深入推进,行政许可事项、实施机关、程序和期限的约束“脱逸”现象已得到一定遏制,但是行政许可条件的概括授权、模糊兜底、裁量泛化所引发的“摇摆的不确定性”为行政许可实施机关的继续扩权提供制度管道,并在很大程度上影响了《行政许可法》规范和控制行政许可设定权的立法努力。法律明确性原则要求“法律应如此明确,使受规范者得以具体认识其受法规规范规制的状态及其法律地位,俾其得以据此安排其行为”。^⑨实现《行政许可法》立法目的的回归,推动行政许可理念和制度的再造,需要通过相关具体规定落实行政许可设定的确定性规则,特别是行政许可条件设定的确定性。

在《行政诉讼法》《行政处罚法》已经修改、《行政复议法》正在修改的背景下,有关部门应根据《法治政府建设实施纲要(2021—2025年)》的要求尽快启动《行政许可法》修改程序,通过法律中约束空白授权的适用、规范兜底条款的设置、公开裁量基准

^⑦ 《优化营商环境条例》第64条规定:“没有法律、法规或者国务院决定和命令依据的,行政规范性文件不得减损市场主体合法权益或者增加其义务,不得设置市场准入和退出条件,不得干预市场主体正常生产经营活动。”

^⑧ 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23页。

^⑨ 陈爱娥:《如何明确适用“法律明确性原则”?》,载《月旦法学》2002年第9期,第253页。

的内容、明确有关规定的范围,平衡行政许可设定的确定性规则与现代行政所必需的灵活性之间的关系,从而建构行政许可条件设定的一般法律规则,并作为行政许可条件设定确定性规则的配套制度,共同形成对行政许可条件设定的层次化约束机制。这也应成为行政审批制度改革 3.0 时代的重要目标。当然,从更深层次的角度看,行政许可条件的确定性是行政许可设定规则优化的第一步,此外,还需要对实践中不断扩张的擅自增加许可条件、隐性双重许可、重复许可等实质违法现象进行深入研究和清理,进而实现行政许可条件的实质正当性。行政许可条件的形式确定性与实质正当性共同决定了行政许可条件设定的科学性。

Abstract: The *Administrative Licensing Law of China* attempts to construct a systematic constraint mechanism on the matters, implementing organs, procedures, conditions and time limits of administrative licensing, among which the setting mode of administrative licensing conditions determines the regulation effect of administrative licensing. According to the framed logic of administrative licensing conditions which contains ‘law, clause and single condition’, Blank Mode, Authorization Mode, Bottom Line Mode and Discretionary Mode constitute the main setting mode of administrative licensing conditions in the legal system. Based on the dual requirements of the principle of Legal Clarity and the rule for clarity of the setting of administrative licensing, the existing setting mode of administrative licensing conditions faces the dilemma of law implementation, and the scope and content of administrative licensing conditions show ‘waving uncertainty’. On the basis of balancing the relationship between the rule for clarity of the setting of administrative licensing conditions and the necessary flexibility of modern administration, to optimize the setting of administrative licensing conditions, we need to constrain the application of blank authorization, normalize the setting of bottom-line terms, disclose the content of the discretion benchmark, clarify the scope of the relevant provisions, and shape the layering constraint to the setting of administrative licensing conditions.

(责任编辑: 吴 蕾)