

论行政特许产生的要素及过程

以行政过程论为视角

翟 翌*

摘 要 相对于行政行为论、法律关系论,行政过程论可以提供新的研究行政特许产生的视角。根据过程论的“全面考察”思想,可以发现行政特许产生需直接规范要素、客观范围要素等形式要素,以及职权要素、权利要素(含其他主体一般权利、新兴权利)等实体要素。在过程论动态考察思想的视野下,行政特许的产生体现为实体要素上仅包括职权要素、实体要素上包括职权要素+其他主体一般权利以及实体要素上包括职权要素+新兴权利等三种特征各异的情形。基于过程论的多方关注思想,行政特许产生不仅涉及行政主体和申请人,还会涉及征收、占有和转换其他主体权利,需完善相关的分类规制。

关键词 行政过程论 行政特许 要素 过程 产生

作为公私合作的重要制度之一,行政特许对于完成现代行政任务具有重要价值。2015年6月,国务院六部委联合颁布的规章《基础设施和公用事业特许经营管理办法》开始施行,相关领域的行政特许经营蓬勃发展。此前,2014年通过的新《行政诉讼法》也明确将政府特许经营协议纳入行政诉讼受案范围。时至今日,行政特许受到愈来愈多的重视。

行政特许的产生是其得以成立并发挥价值的起点和前提。然而,学界既往对行政特许产生的基础理论缺乏系统研究,诸多细节和问题有待厘清与解决。同时,由于《行政许可法》未对行政特许的产生过程作专门、细致的规定,实践中行政特许的产生出现了种种弊端:“一些地方在财政压力之下,纷纷将一些以前难以想象的事项划入特许范围,通过市场化方式配置、收费,

* 重庆大学法学院研究员。本文系国家社科基金项目“行政特许基础理论研究”(项目编号:18CFX023)的阶段性成果。

以缓解财政压力。”〔1〕这样滥设特许不仅易造成政府滥权、滋生腐败,还会导致公权力过度介入经济活动、侵犯市场主体的正当经营空间、禁锢市场经济活动自由等不良后果。

因此,选取适当的理论视角,对行政特许产生的要素和过程进行系统研究,不仅可深化行政特许的基础理论,还可为现实中行政特许产生存在的问题提供应对方案,完善相关制度,保护有关主体的合法权益。本文尝试以行政过程论的视角,对行政特许产生的要素与过程展开精细化研究。

一、研究行政特许产生的过程论视角

(一)讨论行政特许产生的若干基础性概念

为使讨论能更好展开,本部分先对“行政特许”“行政特许的产生”等作为讨论基础的相关概念进行适当说明。

1.行政特许的内涵

我国行政特许基础理论相对薄弱,对行政特许内涵的界定存在一定分歧。〔2〕限于篇幅和主题,本文对此不详细论述,而是采用一种具有较大统合性的定义作为本文论述的基础概念,即从权利、义务的角度切入,认为行政特许是行政主体在某些领域依法准许受许人从事与行政主体相似的活动以完成行政任务,受许人因而享有与行政主体相似的特殊权利、负有与行政主体相似的特殊义务的一种行政许可。〔3〕

2.“行政特许产生”的内涵

本文所称的“行政特许产生”是一个综合性概念。一方面,“行政许可的设定就可以理解为在没有法律明文规定的情况下,某类法律文件率先自主地‘创造’出一种新的行政许可。因此,从本质上讲,设定权‘属于立法权的范畴’……相应地,行政许可的规定就可以理解为是对已经存在的行政许可进行的细化或补充”。〔4〕另一方面,《行政许可法》第四章行政许可的实施程序中还包括行政特许的决定(如该章第六节的特别规定),这也是行政特许进入实践的重要步骤。据此,“行政特许的产生”包含了行政许可“设定”“规定”以及实施程序中的“决定”。

〔1〕 王智斌:《行政特许的私法分析》,北京大学出版社2008年版,第76页。

〔2〕 参见王克稳:《行政许可中特许权的物权属性与制度构建研究》,法律出版社2015年版,第17—22页。

〔3〕 该界定是对一些研究者观点的综合。参见Mark A. Jamison, “Should Google Be Regulated as a Public Utility?” *Journal of Law, Economics & Policy*, Vol.9, 2013, pp.223—250;杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第413—414页;朱芒:“日本的行政许可——基本理论和制度”,《中外法学》1999年第4期,第104—105页;翟翌:“基于‘相似性’本质的行政特许界定及其应用”,《中国法学》2016年第1期,第144—161页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第228—230页等。我国《行政许可法》第12条第2项规定的行政特许的类型大概包括特定行业市场准入特许、公共资源配置特许和有限自然资源开发利用特许三种类型。基于受许人与作为特许人的行政主体在从事活动、享有权利、负有义务上的“相似性”对行政特许的界定可涵盖和解释这三种行政特许类型。

〔4〕 王太高:《行政许可条件研究》,法律出版社2014年版,第51页。

(二)“行政过程论”的方法论优势

传统的大陆法系行政法学围绕行政行为论展开。但随着行政活动方式的扩张,行政合同、行政指导等新型非强制行政方式日益涌现,行政行为论已无法有效解释和规制行政活动的拓展。^{〔5〕}随后发展出的法律关系论虽然对行政行为论的缺陷予以一定程度的弥补,但依然存在不足,比如局限于对行政主体与行政相对人的二元关系以及过于注重对行政权特殊性与优越性的保障等。^{〔6〕}

实践的变革催生了新的理论视角方法。二战后的日本行政法借鉴德国的双阶理论和美国的公共行政学理论,提出了行政过程论,对克服原有行政法解释学的不足有重要价值。其认为行政过程中的各种行政活动形式都应成为考察对象,对之进行动态和全面的分析。^{〔7〕}作为现代行政法学的重要思想,行政过程论可为理解众多行政法现象提供有益视角。其重要倡导者盐野宏教授指出:“每个行政过程,原则上是作为由个别的制定法所创立的法体系的实现过程,而具有特别的意义和内容。”^{〔8〕}他认为:“现代行政法学的核心议题之一,在于将整体上的特殊法现象,理解为宏观的过程(process),并预设于其中的各阶段的微观过程,进而分析其特征。”^{〔9〕}具体而言,和传统的行政行为论、法律关系论相比,行政过程论方法论优势在于:首先,全面考察行政过程中的各种行为形式或环节,扩大考察对象的范围,认为不仅需关注已成型的行政行为,还需对新出现的行政手段或未被定型的行政活动,以及难以独立的其他环节予以研究;其次,动态分析复数行政活动的连锁或结合,而不是像行政行为论那样主要静止地研究行政行为;再次,关注多方关系,除行政主体、相对人外,第三人或其他有利害关系的主体都是过程论要关注的对象,这与行政法律关系论主要考察行政主体和行政相对人两者关系不同。^{〔10〕}

(三)以过程论研究行政特许产生的具体思路

由于上述方法论优势,近年来,行政过程论从日本引入中国。但在理论上,我国行政法学界关于行政过程论的论述较为分散,学者们关于过程论的认识常有不一致乃至冲突之处。^{〔11〕}同时,在应用层面,我国行政法学界目前对过程论的实际使用还较少,远未发挥其所具有的巨大理论阐释力。因此,将过程论应用于对行政特许的研究,既可深化对过程论本身的理解,也

〔5〕 江利红:“现代公共行政的发展与行政法学范式的转换——论‘行政过程’范式的提倡”,载北京大学宪法与行政法研究中心主办:《“公法的基础理论和范式”学术研讨会论文集》,2013年3月15日,第188页。

〔6〕 江利红:《行政过程论研究:行政法学理论的变革与重构》,中国政法大学出版社2012年版,第67—68页。

〔7〕 江利红:“论日本行政法学中的行政过程方法论”,《法律方法》2015年第2期,第408页。

〔8〕 (日)盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第57页。

〔9〕 鲁鹏宇:“日本行政法学理构造的变革——以行政过程论为观察视角”,《当代法学》2006年第4期,第156页。

〔10〕 江利红:“论宏观行政程序法与我国行政程序立法模式的选择——从行政过程论的视角出发”,《浙江学刊》2009年第5期,第138页。

〔11〕 江利红,见前注〔6〕,第192页。

能通过过程论解决实际问题。

与对行政特许产生在理论上的系统研究较为欠缺相对应的是其在制度与实践中的亦存在一定问题:《行政许可法》第二章行政许可设定中,未明确各种类型行政特许产生的不同程序,该法第53条虽然对行政特许的实施作了一定的特殊规范,但在行政特许内涵缺乏共识的情况下^[12]要求以招标、拍卖等方式作出特许决定,会激励行政主体把获得经济收入作为决定特许的动机,导致滥设特许的风险。另外,对某些新兴活动设置行政特许尚缺乏系统的规制思路。现有规范对行政特许产生的各种不同情况进行的规制存在着缺失或者不足。这些问题出现的根源在于对行政特许产生缺乏理论的系统研究及相应的分类规制。针对这些问题,本文将运用过程论全面、动态、多方关注的思想,试图厘清行政特许产生的要素、情形,在理论上为行政特许产生的分类规制提供思路,并在此过程中发展和丰富对行政过程论的理解。本文以过程论研究行政特许产生的具体思路如下。

首先,以过程论“全面考察”的思想分析行政特许产生所需的要素。行政过程论要求对行政活动的过程进行全面考察,不局限于现成的类型化行政行为,而应涉及行政过程中未被类型化的其他活动方式或环节,^[13]也包括微观层面行政活动的内在构成要素。^[14]行政特许产生的要素是指其产生所需的基本条件或元素。这些要素未被类型化为行政行为,仅以片段或其他形式存在,既可能存在于外部行政行为,亦可能存在于内部行政行为。若仅关注已类型化或外部的行政行为,就可能忽略特许产生的未类型化和内部的环节。

其次,以过程论“动态考察”的思想分析行政特许产生的不同情形。过程论认为,对行政活动的研究不应停留在对静止状态的行政行为的关注,也应进行动态分析,特别是对复合、关联的复杂行政活动过程展开研究。^[15]由于《行政许可法》上的笼统规定,识别行政特许缺乏明确依据,有必要对行政特许产生的几种情形作类型化梳理。

第三,以过程论“多方关注”的思想考察行政特许产生涉及的其他主体及权利。过程论认为,除行政主体和相对人外,行政法学研究也应关注与行政活动有关的其他主体。既往多认为行政特许的产生是相对人向行政主体提出申请,行政主体审查后予以许可,主要是双方法律关系。但现实中行政特许的产生并非只涉及以上二者。由于行政特许的受许人常获得独占性资格,这就会对其他利害关系人权益产生限制和影响,故研究行政特许的产生亦应关注这些易被忽视的其他主体及其权利保护。

[12] 参见乔晓阳:“全国人大法律委员会关于《中华人民共和国行政许可法(草案)》审议结果的报告——2003年8月22日在第十届全国人民代表大会常务委员会第四次会议上”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2003年第5期,第461—462页。

[13] 江利红,见前注[6],第209页。

[14] 虽然在字面意义上广义的“全面考察”也包含了对主体更全面分析,但毕竟对行政活动方式和对主体全面考察的关注点和目的有较大不同,故本文所指的过程论“全面考察”思想主要是指对“各种行政活动方式及其环节、要素等客体”更全面的分析,而对“主体”更大范围的考察,则放在之后“多方关注”的相关内容中予以阐述。

[15] 江利红,见前注[6],第210—211页。

二、行政特许产生所需的要素

(一)形式要素

根据过程论“全面考察”的思想,本文认为:在以要素为线索对行政特许产生进行研究时,首先需考虑其形式要素,即在形式上必需的条件或依据,具体包括直接规范要素和客观范围要素。之所以将二者统称为形式要素,是因为作为直接规范要素的法律或其他规范为行政特许的产生提供了形式上的规范载体,客观范围要素则为行政特许的产生划定了实际范畴。

行政特许产生的直接规范要素,是指行政特许产生所需的形式载体,即具体规范。《行政许可法》第14至17条明确了设定或规定行政特许所需的直接规范依据,包括法律、国务院发布的决定、行政法规、地方性法规和规章。法律是行政特许产生最为坚实的直接规范要素。同时,由于行政特许与政府政策目标有密切关系,除通过行政法规设定行政特许外,国务院还可以发布决定的方式设定行政特许。在特许实施后,除临时性行政特许外,国务院应提请全国人大或其常委会以法律设定特许或自行以行政法规设定行政特许。对于还未制定法律和行政法规的,地方性法规可设定行政特许;还未制定法律和行政法规以及地方性法规的,省级(自治区、直辖市)政府规章可设定临时性的行政特许。此类临时性行政特许实施满一年之后如要继续实施,应提请本级人大或其常委会制定地方性法规。另外,《行政许可法》第16条还包含了与行政特许产生相关的规定权,即行政法规可在法律对行政特许设定的前提下,就行政特许实施作具体规定;地方性法规可在法律、行政法规设定行政特许的范围内,就实施该特许作具体规定;规章可在上位法设定的行政特许范围内,对实施行政特许作具体规定。

行政特许产生的客观范围要素,是指实际产生行政特许的范围或领域。《行政许可法》第12条第2项规定的许可类型通常被视为是行政特许,^[16]包括公共资源的配置、对有限自然资源的开发利用以及直接关系到公共利益的特定行业。这项规定给行政特许的产生设定了“客观范围要素”,为行政特许限定了边界。

(二)实体要素

1. 职权要素

除上述形式要素,行政特许的产生还需要实体要素,这与实体职权或权利有关。行政特许的本质特征之一是受许人享有与作为特许人的行政主体相似的特殊权利。受许人享有的该特殊权利主要有两个来源:一是行政主体的职权,二是行政主体以行政职权为基础结合的其他权利。故行政特许产生的实体要素是指受许人应具有相关职权或权利。

(1)行政特许产生所需的职权要素之含义。与普通许可不同,行政特许之“特”在于受许人

[16] 参见杨景宇:“关于《中华人民共和国行政许可法(草案)》的说明——2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2003年第5期,第451—452页。

与作为特许人的行政主体有“相似性”，即享有与行政主体相似的权利，负有相似的义务。^{〔17〕}行政法的核心问题是控制行政主体的职权，义务随附于行政职权或作为控权的手段。因此，受许人享有的相似于作为特许人的行政主体的权利、义务之基础是行政主体的职权。该职权是行政特许产生的实体要素之起点。故本文认为，“行政特许产生所需职权要素”是指作为特许人的行政主体所具有的和产生行政特许有关的实体职权。行政主体将该种职权或单独或复合其他主体的权利或新兴权利后，基于受许人与行政主体存在的“相似性”转移给受许人，转化为受许人的权利。职权要素是所有行政特许产生都需要的要素。

(2) 职权要素与直接规范要素的区别。需要说明的是，作为实体要素的职权要素有别于前述形式要素之一的直接规范要素。首先，两者的含义和功能不同。实体要素中的职权要素是指受许人需获得相似于行政主体的实体职权，虽然这些职权以某些规范为载体，但这些规范所含的内容是行政主体的实体上的职权。而形式要素中的直接规范要素则是指可设定或规定行政特许的规范，所含内容主要是形式和程序方面的规定。其次，两者范围不同，根据《行政许可法》第 14 至 17 条，法律、国务院决定、行政法规、地方性法规和规章是产生行政特许的直接规范要素；而表明行政特许产生的实体职权来源的实体职权要素除法律、地方性法规、行政立法外，还包括宪法，但不含国务院决定。

(3) 职权要素的具体类型。如上所言，职权要素包括宪法、法律、行政立法和地方性法规中规定的行政主体职权。首先，作为行政主体合法性的根本来源，《宪法》部分条款直接规定了政府的职权，如第 89 条规定中央政府有权领导和管理教育、卫生、文化、科学、计划生育、体育等工作，第 107 条规定县级以上各级政府有权管理区域内的文化、科学、经济、卫生、体育、建设等事务。这些宪法条款概括性地规定了政府职权。若对其中的“领导”“管理”做广义解释，还可为行政特许产生的实体职权要素开拓更为广阔的空间。

其次，各级权力机关通过的法律和地方性法规亦能明确行政主体职权。具体包括：第一，部门单行法的规定。如《教育法》第 26 条规定国家有开办教育机构和学校的职权；《劳动法》第 76 条规定政府有建设公共福利设施，为公民和劳动者提供休养、休息、疗养的职权；《体育法》第 40 条的国家有投资和发展公共体育事业的职权；《母婴保健法》第 2 条明确国家有发展母婴卫生保健事业、提供母婴医疗保健服务的职权等。第二，组织性法律和地方性法规的规定。如《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 59 条规定县级以上政府有权管理当地的科学、卫生、教育、经济、体育、建设、环保、计划生育等事务；又如《北京市居家养老服务条例》第 5 条规定的县、区、市级政府在养老居家服务中的职权与职责等。

再次，行政立法也可明确行政主体职权。如《全民健身条例》第 2 条规定政府有发展农村、城镇社区等基层的群众体育设施的职权；《残疾人教育条例》第 4 条规定政府有发展残疾人职业教育的职权等。

〔17〕 参见 Mark A. Jamison, *supra* note 3. 这里之所以使用“权利”而非“权力”，是因为在特许中，受许人从事的与行政主体相似的活动是适合受许人所为的部分活动，且受许人在特许中多采用私法方式完成行政任务，故使用“权利”更妥当。

以上宪法、法律及地方性法规、行政立法明确的行政主体的职权均可成为行政特许产生所需实体要素中的职权要素,但其中职权要素条款之地位和功能有不同。首先,宪法中的政府职权条款有抽象性,可成为行政特许产生所需职权要素的总括性条款和新型行政特许类型产生所需的实体职权要素来源。其次,法律及地方性法规中的政府职权是众多一般行政特许产生所需的职权要素。尤需注意的是,由于排他性行政特许要征收和限制受许人以外的其他主体从事该行业的权利,受许人类似于行政主体的职权应有明确和较高位阶的规范来源,方能具备坚实的基础,故此类行政特许应以法律或地方性法规明确的职权作为其产生的职权要素。再次,由于行政立法相对法律而言具有更大灵活性,故部分专业性较强或新型行政特许可以行政立法规定的职权作为职权要素。最后,一些行政特许的产生可能同时需要多种实体职权来源,如与新兴权利相关的一些行政特许,故需要宪法中的抽象职权条款与行政立法中的具体政府职权条款结合以产生职权要素。

2. 权利要素

除职权要素外,行政特许产生所需的实体要素有时还包括其他主体的一般权利和新兴权利等权利要素。

(1)其他主体的一般权利。行政特许的产生有时需在行政主体征收其他主体的一般权利后,以行政职权融合这些一般权利,再将此新生成的独占性复合权利通过行政特许转移给受许人。这类权利主要包括公民或社会主体从事经济活动等的权利。比如一般的营业自由权是“主体基于平等市场主体资格独立地从事以营利为目的的营业活动的权利”。^{〔18〕}在市场经济条件下,市场主体有权在一般领域合法地进行经营活动,若政府要在某些领域设置独占性的行政特许权,就需要基于自身职权征收并融合吸收市场主体的自由权利,将两者结合,形成具有一定排他性的特许经营权。

(2)新兴权利。新兴权利是与既往较为成熟且被普遍承认的权利相对而言的一类权利。就具体的存在状态而言,新兴权利是指那些目前在社会上得到一定认可的权利之主张,虽然也得到了将其制度化、合法化的社会支持,国家亦对其进行了一定程度的无害化或脱罪化的处理,但仍处于暂未能被纳入制度并最终法律化的状态。^{〔19〕}在权利爆炸的时代,新兴权利不断涌现,部分新兴权利与行政特许有关。如对基因利用权、^{〔20〕}网约车平台的运营(权)、支付平台的运营(权)等,都可考虑以行政特许方式进行管理。其正当理由在于新兴权利的开发利用不仅涉及私人利益,也涉及公共利益。国家或许可以行政职权介入这些领域,先占这些权利,待融合为具有一定独占性的复合权利之后再通过行政特许转移给受许人。

〔18〕 肖海军:“论营业权入宪——比较宪法视野下的营业权”,《法律科学》2005年第2期,第9页。

〔19〕 姚建宗:“新兴权利论纲”,《法制与社会发展》2010年第2期,第5页。

〔20〕 姚建宗、方芳:“新兴权利研究的几个问题”,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期,第57—58页。

三、基于不同实体要素构成的行政特许产生过程

直接规范要素、客观范围要素这两个形式要素以及实体要素中的职权要素是所有行政特许产生所必需的要素,但不同的行政特许包含的其他实体要素,即实体要素可能不同。以此为线索,可将行政特许的产生过程细分为三种情形:实体要素上仅包括职权要素、实体要素上包括职权要素+其他主体一般权利、实体要素上包括职权要素+新兴权利。本部分将根据行政过程论的动态考察思想详述这三种情形。

(一) 实体要素上仅包括职权要素的行政特许产生

职权要素即行政主体的职权,是这类行政特许产生在实体要素上的唯一内容,并不直接影响其他主体从事相关活动的自由和权利。其特征是:首先,基于特许的相似性本质,这类行政特许使受许人从事与行政主体相似的活动,具有与行政主体自为此活动时相似的权利、义务。其次,此类行政特许的产生并未禁止或限制其他主体以行政特许外的其他许可方式从事该领域活动。其他主体可经普通许可从事该领域活动,但不享有与行政主体自为该活动时相似的权利,亦不负有与行政主体自为该活动时相似的义务。

以不同许可性质的医院为例可以说明这类行政特许的特质。从许可角度,医院可分为在产生上仅源于行政主体职权的“行政特许医院”和“普通许可医院”。〔21〕就行政特许医院而言,政府有依法为社会提供医疗服务的职权,该职权是受许人开办行政特许医院的职权要素来源。政府以行政特许的方式将这种职权处理后转换为受许人的权利。基于特许的“相似性”本质,受许人由此享有与行政主体开办医院时相似的特殊权利,如可获得政府财政补贴和享有税收优惠等特权,但也须负有与行政主体相似的义务,如不得以营利为目的、执行政府指导价(如最近公立医院取消药品加成即是这种性质的体现)等。开设行政特许医院的受许人不得以营利为目的经营医院,而是代替政府履行医疗相关服务的行政任务,即使获得收益也仅能用于改善医疗设施条件、培育和开展其他新的医疗服务、引入技术等,经营利润不得分配给投资人。虽然行政特许的受许人以特许方式开办了非营利性医院,但并不排斥其他主体经普通许可开办营利性医院。在这种普通许可的营利性医院中,被许可人不负有与行政主体相似的公法性义务,可根据市场需求自主开展医疗服务,在价格上也可放开,合理获得经营利润且可将获得的利润向股东分配。这类医院的经营者亦不享有与行政主体自为该活动时相似的特殊权利,如因完成行政任务而获得财政补助或税收优惠等。

(二) 实体要素上包括职权要素+其他主体一般权利的行政特许产生

此类行政特许产生所需的实体要素除行政主体职权外,还包括其他主体的一般权利作为权利要素。其特征为:第一,受许人经行政特许,从事与行政主体相似的活动,具有与行政主体

〔21〕 以下行政特许医院与普通许可医院的特征等内容,均基于《关于城镇医疗机构分类管理的实施意见》(卫医发〔2000〕233号)。

自为该活动时相似的权利、义务;第二, 受许人通过特许获得从事该领域活动的一定排他性资格,^[22]其他主体不得以行政特许外的其他许可方式从事该领域活动。

依据过程论思想, 该种特许产生的过程是: 首先, 行政主体有职权从事该领域活动; 其次, 行政主体对其他社会主体本可从事该活动的一般权利进行征收并占有之, 禁止其他主体从事该活动, 继而将行政主体本可为该活动的职权加上被行政主体征收的其他主体的一般权利合并转化为有一定排他性的“复合性权利”, 再把该权利通过行政特许转移给受许人。故这类特许含有行政主体职权与其他主体的一般权利。

此类行政特许的典型实例在于出租车的行政特许。提供公共运输服务是政府职权, 但从事一般的运输经营也是市场主体的经济自由。虽然普通公民或商主体本有一般的营业自由或财产自由权, 但由于这类运输服务与公共利益或安全紧密相关, 基于加强监管的考虑, 政府通过行政特许引入特定社会主体运营出租车。故政府否定其他主体从事该领域的普遍资格, 征收和占有其他主体从事该行业的一般营业自由权, 和自身职权一起形成有一定排他性的复合权利, 再将此复合权利通过行政特许处理并转移到受许人那里, 行政特许的受许人从而具有了一定独占性的经营资格, 其他主体则不得擅自从事该种经营。

(三) 实体要素上包括职权要素+新兴权利的行政特许产生

这类行政特许是在社会发展新情势下, 对某些新兴活动设定行政特许展开的特别规制。根据行政过程论之思想, 这类行政特许在产生上有如下特征。第一, 经行政特许后, 受许人享有与行政主体相似的权利, 从事与行政主体相似的活动, 并履行与行政主体相似的义务。第二, 受许人外的其他主体不得以普通许可等其他方式从事该活动, 受许人的资格有一定排他性。这类特许的实体要素部分源于行政主体职权, 另一部分源自新兴权利或归属尚不明确的权利。与前一种包括职权要素+其他主体一般权利的行政特许需行政主体以“征收”方式获取其他主体已有的一般权利不同, 该种特许产生是在行政主体有权从事某项活动的前提下, “先占”归属不明的新兴权利, 禁止其他主体从事该活动, 再将行政主体本身可为该活动的职权与该权利合并为复合权利, 最后把此复合权利经行政特许转移至受许人。第三, 由于与这些新兴权利活动相关的法律关系尚未完全定型, 故此类行政特许的受许人权利义务内容有一定变动性, 作为特许人的行政主体与受许人可根据实际情况, 通过协商不断调整双方权利义务。

比如人类基因利用的行政特许中, 基因利用权是一种新兴权利, 虽然人类基因载体上属于个体, 但它并非是纯粹的个人权利。“基因权利的主体涵盖了社会中的所有人, 具有无限的、绝对的、普遍的特性。”^[23]人类基因的开发利用因此具有公共利益属性, 国家可设置行政特许进行规制: 一方面, 根据《宪法》第 89、107 条规定的中央和地方政府职权, 政府有权领导和管理科学和卫生工作, 可从中解释出行政主体有对人类基因基于公共利益进行利用和管理的职权。有学者据此认为政府在人类基因开发利用上的权利包括对本国基因资源的所有权, 可建立专

[22] 因通过行政特许获得该种资格的受许人可能不止一人, 故这里用“具有一定排他性”来表述。

[23] 张小罗: “基因权利初论”, 《法学评论》2010年第3期, 第92页。

业机构采集分析和研究基因数据库,领导、管理相关项目开发与合作等。^[24]另一方面,政府依职权以“先占”方式独占该权利并禁止其他主体从事人类基因利用,产生具有一定独占性的权利,再以行政特许方式将这种复合权利移转给受许人。受许人因而享有从事基因开发活动的独占性权利,其他主体不得以行政特许外的其他许可方式从事人类基因开发利用。但与此同时,行政特许的受许人也应当履行与行政主体相似的公法性义务,如保护本国公民人类基因不被滥用、维护开发利用活动中的公序良俗等。

四、不同实体要素构成的行政特许产生过程之完善

上文揭示三类行政特许产生过程的目的在于基于各自特点对其产生提出有针对性的完善建议。根据前文的分析可见,基于不同实体要素构成的行政特许类型的产生,具有各自不同的特征,针对它们在产生上的这些不同特征,可针对性的提出相应的完善路径,以回应本文第一部分指出的行政特许产生的分类规制存在的缺失或不足。

(一) 实体要素上仅包括“职权要素”的行政特许产生过程之完善

这类行政特许的产生在实体要素上仅包括职权要素即行政主体的职权,基于行政特许的“相似性”本质,受许人可从事与行政主体相似的活动,享有与行政主体相似的权利或特权。其产生尤需注意以下两点:

1. 受许人亦应负担与行政主体相似的义务

既往不少此类行政特许的产生,片面强调受许人享有与行政主体相似的特权,却忽视了受许人也应负担与行政主体相似的公法性义务。行政特许固然可以以享受相似于行政主体的权利来吸引社会主体加入特许,但受许人同时也应履行与行政主体相似的义务以完成行政任务。如在公用事业特许中,受许人在获得有重要经济价值或垄断性的特许经营特权后,在特许中负有的与行政主体相似的义务应当包括:确保公用事业的正常运转、遵守特许证技术规则中的各种特殊标准、保证公用事业的连续性运营、对接受特许服务的公众要平等服务、执行行政机关确定的价格管制、未经批准不得出让或转包等。^[25]

2. 受许人享有的特权不得影响其他主体的公平竞争

一方面,此类行政特许的产生并不禁止其他社会主体以其他方式如普通许可从事该活动,如受许人经行政特许开办公益性医院,但其他主体亦可以普通许可方式开办营利性医院。另一方面,此类特许之受许人享有的特权不应不当影响其他主体的平等经营,该类特许的受许人享有与行政主体相似的权利,如土地使用权、财政补贴、经营地位等方面的特权,但赋予受许人这些权利之目的在于完成相关行政任务,而非破坏公平竞争秩序。

(二) 实体要素上包括“职权要素+其他主体一般权利”的行政特许产生过程之完善

包括职权要素+其他主体一般权利的行政特许,其产生的实体要素包括职权要素即

[24] 邱格屏:“论人类基因的权利主体”,《中州学刊》2008年第3期,第70页。

[25] (法)让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第480—482页。

行政主体的职权,其权利要素源于对其他主体从事该行业自由权的征收和转换,故尤需注意以下两点:

1.以法律保留原则确保此类特许的产生有坚实的规范基础

根据法律保留原则的全面保留说,包括侵害行政或授益行政的所有行政行为都应具有法律依据。^{〔26〕}虽然部分行政特许(如公用事业特许)的结果常与服务行政相关,但这类特许的产生涉及对其他主体权利的征收和占有,故依照法律保留原则,其产生应具有坚实的规范基础。宪法虽然是公权力合法性的根源,但往往有抽象性,对于模糊的宪法条款,需甄别其是否足够明确以作为此类行政特许产生实体上的职权要素。同时,为避免政府滥设行政特许,不宜以行政主体可自为的行政立法作为这类特许产生的直接规范要素和实体职权要素。据此,此类特许的产生应主要以各级人民代表大会制定的法律或地方性法规为要素。

2.以比例原则约束行政主体产生此类特许的行为

比例原则有宪法和行政法两个面向:“在宪法层级上,……不仅行政机关和司法机关在处理个案时要遵守比例原则,而且立法机关进行立法时,其立法目的、限制公民权利的法律规定都必须考虑其对人民权利的限制是否有必要、是否成比例”;^{〔27〕}行政法上的比例原则指行政行为要遵从妥当性、必要性和法益相称性三个子原则约束。^{〔28〕}如前所述,行政特许的产生包括对行政特许抽象的“设定”“规定”以及行政特许实施中具体的“决定”。这些行为都须遵守宪法和行政法层面的比例原则。具体有以下三项要求。其一,由于此类特许产生有一定排他性、具有经济价值的特许经营权,故其产生应避免政府的逐利目的,即应符合妥当性原则:须以实现公共利益、完成行政任务为目的去产生行政特许,不应以通过出售特许权使政府获得暴利为目的。其二,根据必要性原则,公权力介入行政特许产生的过程应避免造成对其他社会主体权利的过度伤害。故此类特许的产生限制其他主体从事相关活动的权利、设置排他性特许的程度和范围应降至最低限度。其三,根据法益相称性原则,应在产生此种特许所得的利益与损害其他社会主体财产、营业自由之间进行利益衡量。“国民的自由权受到广泛承认,尤其职业选择自由、营业自由作为基本人权受到现行宪法规定的保障。”^{〔29〕}财产自由、一般的营业自由不仅是市场主体的权利,亦可繁荣经济、解决就业,故这类有一定独占性的行政特许的产生应在其实现的公共利益与对其他主体财产、一般的营业自由造成的损失之间做必要衡量后,方可作出决定。若通过普通许可或无排他性行政特许足以达至目的,则不应设置此类特许。

(三)实体要素上包括“职权要素+新兴权利”的行政特许产生过程之完善

这类特许是在行政主体职权结合新兴权利而产生。在新兴的社会、经济、科技活动层出不穷之时,简单禁止会阻碍时代进步,而通过普通许可进行规制又可能导致监管力度不足,设置行政特许则更易达到规制目标。一方面,通过给受许人设定类似于行政主体的必要义务,有利

〔26〕 黄学贤:“行政法中的法律保留原则研究”,《中国法学》2004年第5期,第46页。
〔27〕 杨临宏:“行政法中的比例原则研究”,《法制与社会发展》2001年第6期,第42页。
〔28〕 参见余凌云:“论行政法上的比例原则”,《法学家》2002年第2期,第33—34页。
〔29〕 朱芒,见前注〔3〕,第107页。

于实现对受许人的监管,防止新兴活动偏离正确发展轨道;另一方面,通过赋予受许人相似于行政主体的特殊权利,亦有利于扶持新生弱势主体,助其成长。但该种特许产生过程的完善应须注意以下几点。

1.可采用临时性许可方式产生并适当延长期限

此种特许涉及新兴权利及相关的新型活动,可考虑以临时性的特许处理。行政主体设置临时性特许既可不经立法机关,避免立法的复杂程序,也能在实施过程中总结经验并及时调整,为之后确定正式的行政许可奠定基础。根据《行政许可法》第15条,国务院和省、自治区、直辖市政府可设定临时性许可。除国务院以决定方式设定的临时性许可未明确规定期限外,该法规定省、自治区、直辖市规章设定的临时性许可实施一年后要继续实施的,应由权力机关设定正式行政许可。这一关于临时性许可期限的规定过于笼统且过短。本文认为:由于这类行政特许涉及新兴权利及新出现的活动,可予其充足时间发展。若过早转化为权力机关制定的正式行政许可,则可能给新事物过早定性并阻碍其发展。因此,在有配套制度遏制滥设临时性特许的前提下,可调整《行政许可法》的规定,将此类新事物、新型活动、新型权利相关的行政特许,采取临时性行政许可即临时性行政特许的方式予以产生,并将该种临时性行政特许的期限从一年改为一至五年,给新事物发展和试错足够的空间与时间。

2.权利义务的设置应具有审慎性、灵活性及符合对价原则

此类特许涉及新型活动和公民新兴权利,故对其产生时权利义务的设置应注意以下几点。第一,为保持新型活动的活力,义务的配置应审慎,过重的义务会阻碍社会主体从事该活动的积极性和创新。第二,此类特许的权利义务具有可变动性,由于针对的是新型法律关系,故可根据实际需要及时调整这类特许的权利义务。第三,行政特许只有具备经济性才能持续发展,这意味着特许要符合一定的商业对价原则,故除必要的公益性义务外,该类特许应更多的体现市场经济的权利义务对价性,保持激励性,以确保特许事业的可持续发展。

3.发挥说明理由制度的功能

“行政行为说明理由是指行政机关在作出对行政相对人合法权益产生不利影响的行政行为时,除法律有特别规定外,必须向行政相对人说明其作出该行政行为的事实因素、法律依据以及行政裁量时所考虑的政策、公益等因素。”^[30]此类特许的产生过程应注意发挥说明理由的功能:首先,由于本类行政特许是先占新兴权利才得以产生,相关主体及社会对这种先占和限制较陌生,故应以说明理由制度进行必要解释,增强特许产生过程的可接受性;其次,由于此类新兴活动特许不成熟、权利义务具有变动性,行政主体亦应及时就变动的相关情况和理由向受许人及社会大众说明。

五、结 语

以过程论对行政特许产生的要素及过程的剖析,不仅有利于对行政特许的研究,夯实行政

[30] 章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2008年版,第412页。

特许基础理论;亦有利于展现过程论的应用价值,加深对日本行政法学过程论这一域外重要理论的理解。在此视野下,本文的价值体现在理论与实践两个方面:

(一)理论价值

第一,一定程度丰富和发展了行政过程论的方法。本文以要素为工具,对行政特许展开微观、全面分析,一定程度推进了行政过程论全面分析思想的发展。

第二,为行政特许的产生如何获得合法性提出了新的分析框架。除程序合法外,行政主体产生行政特许,还需同时满足直接规范要素、客观范围要素的形式要素,以及职权、权利的实体要素。这夯实了行政特许产生所需的合法性基础,为行政特许产生切实贯彻依法行政精神提供了较为完善的理论指引。

第三,为行政特许产生中行政权的控制提供了新思路。既往多认为产生行政特许主要取决于行政主体单方决定,这导致现实中不少政府随意设置甚至滥设行政特许。本文试图表明:行政特许的产生并非只是行政主体权力的单方决定,其不仅涉及行政主体和申请人,还可能涉及对其他主体一般权利或新兴权利的征收、占有、限制和转换,需多种要素组合并关系多方权益,产生情况是多样且复杂的。因此,考察行政特许不仅要审视其是否具备形式和实体要素,也应当关注行政主体为产生具有一定独占性的行政特许而对其他主体权利进行的征收和转化,尤其是在此过程中控制行政权的方案。

(二)制度与实践价值

在制度和实践层面,由于《行政许可法》立法时对行政特许内涵与外延存在争议等原因,除部分条款外,《行政许可法》在相关章节中并未对行政特许予以专门的分类规范,导致实践中出现了不少如前文第一部分指出的与行政特许产生相关的滥设特许、挤占其他主体营业自由等问题。故在本文运用过程论对行政特许的产生进行精细化研究得出的理论结论基础上,鉴于行政特许产生的各种情况之不同特点,本文认为对行政特许的相关制度及规范的完善可从两方面展开:

首先,对《行政许可法》进行完善,考虑不同的行政特许产生所具有的特殊之处,可一方面修改提升现有《行政许可法》中的若干条款,如为避免政府和竞标人(受许人)基于牟利动机产生行政特许,修改《行政许可法》第53条的单纯通过招标、拍卖等决定行政特许的方式,规定实体要素上仅包括职权要素的行政特许之产生的受许人应负有类似于行政主体自为该活动时的特殊义务、受许人享有的特权不得影响其他主体的公平竞争,以降低受许人盲目通过获得特许经营权牟利的激励。而针对实体要素上包括职权要素+其他主体一般权利的行政特许之产生,还可规定其产生应主要以各级人民代表大会及常委会制定的法律或地方性法规为要素,应受法律保留原则及比例原则的约束,以抑制行政主体随意产生行政特许的动机,降低滋生腐败的可能性。又如从适当宽松管制、支持创新的立场,修改《行政许可法》第15条的临时性行政许可(特许)条款,增加特殊情况,对实体要素上包括“职权要素+新兴权利”的行政特许之产生可如前文指出的那样按临时性行政特许程序产生,并将此种情况的临时性行政特许的期限延长为一至五年,规定相关权利义务的设置有审慎性、灵活性及符合对价原则,添加相应的说明理由程序等。另一方面,还可在《行政许可法》中新增若干条文专门规范行政特许产生的

其他专门程序。

其次,世界各国从部门行政法角度,往往对不同的行政许可(特许)采取分散式立法方式分别予以规制。由于不同的行政特许有不同特征,故除《行政许可法》外,亦可考虑通过其他具体专门立法或行政法规、规章等形式如《基础设施和公用事业特许经营管理办法》等,来分别达至对实体要素上仅包括职权要素、实体要素上包括职权要素+其他主体一般权利、实体要素上包括职权要素+新兴权利的不同行政特许产生之专门、分类规制,以避免行政特许产生中的各种弊端。

Abstract: This article proposes a refined study on the generation creation of administrative franchise from the perspective of administrative process theory. According to the thought of “comprehensive analysis” of administrative process theory, taking elements as the tool to comprehensively analyze the generation creation of administrative franchise, the generation of administrative franchise will find that it needs formalistic elements, such as the direct norm requirements and the objective scope specification, and entity substantive elements, such as authority element and right element (It includes the general rights of other subjects and the emerging (sphere) rights). According to the thought of “dynamic analysis” of the process theory, based on the composition of different entity elements, the generation creation of administrative franchise includes three conditions to separately study the different characteristics of three kinds of concrete process. First, entity substantive element only includes authority element; second, entity substantive elements include authority element and other general rights of other subjects; third, entity substantive elements include authority element and emerging (sphere) rights. According to the thought of “comprehensive attention of different parties” of the theory of process etc, to improve the three processes of the generation of administrative franchise, the generation creation of administrative franchise not only involves the administrative subject and applicant, but also may involve occupation and conversion and levying the general rights of other subjects. Therefore, it is necessary to improve the relevant specialized controlling system.

Key Words: Theory of Administrative; Theory of Process; Administrative Franchise; Element; Process; Generation Creation

(学术编辑:彭 鐸)

(技术编辑:范华瑶)