

【法学研究】

# 行政许可与城市建设

杨心明, 徐莹

(同济大学 文法学院, 上海 200092)

**摘要:** 在城市建设领域, 设定行政许可的目的是为了确保社会正义和公共安全。在方法上借鉴法律经济学的理论, 兼顾行政许可成本等因素, 就如何协调行政许可与城市建设的关系进行分析探讨, 结论是: 必须完善行政许可中的公众参与制度, 适时地变革管理措施, 健全责任追究制度, 才能使行政许可的设立恰到好处。

**关键词:** 法学; 行政许可; 城市建设; 公众参与; 责任追究

中图分类号: D922.1/F29

文献标识码: A

文章编号: 1671-6248(2006)03-0074-04

## Administrative license and urban construction

YANG Xin-ming, XU Ying

(School of Literature and Law, Tongji University, Shanghai 200092, China)

**Abstract:** The purpose of setting up a series of administrative licenses in urban construction is to ensure social justice and public safety. The methods used in the article in the legal economics and also the factor of administrative cost. As how to coordinate the relationship between administrative licenses and urban construction, the conclusion includes the necessary public involvement of administrative license, timely transformation of management measures and perfect system for responsibility blaming. Only in this way, can the administrative license be properly established.

**Key words:** science of law; administrative license; urban construction; public participation in; investigate and affix the responsibility

## 0 引言

卡特里娜飓风给美国南部3个州带来了巨大的灾难, 损失高达1000亿美元<sup>[1]</sup>。痛定思痛, 美国有学者撰文分析了导致灾难扩大的种种原因, 其中之一就是当地政府在行政许可上没有把好关: 当地政府明知不应在洪涝频发的平原地区筑路和建造房屋, 但出于增加税收的考虑, 未能照章办事, 对于投资22亿美元从事开发建设的行为贸然下发了建设许可证<sup>[2]</sup>。飓风造成的洪水一旦破堤以后, 导致许多房屋被淹。这一事实再一次告诫人们: 在城市建设中必须慎用行政许可。从中国多年的实践来看,

行政许可在发挥重要作用的同时, 也积聚了不少弊端: 它设置得过多过滥、手续繁琐、时限过长、暗箱操作、行政机关藉此权力寻租等<sup>[3]</sup>。《中华人民共和国行政许可法》(简称《行政许可法》)自2004年7月实施以来, 在解决上述弊端方面已初见成效。为进一步规制中国城市化的进程, 本文就城市建设中的行政许可问题略陈管见, 以求教于学界专家。

## 1 城市建设中行政许可的设定

《行政许可法》从出台到正式实施期间, 从中央到地方, 对行政许可(审批)都进行了大规模的梳理, 国务院先后3次取消和调整了一大批行政审批项

收稿日期: 2006-03-12

基金项目: 上海市哲学社会科学规划项目(01AFX001)

作者简介: 杨心明(1954-), 男, 江苏泰兴人, 教授。

目,这些项目几乎涉及了城市建设的方方面面。例如,在根据国发[2002]第24号文件、国发[2003]第5号文件和国发[2004]第16号文件所取消和调整的行政审批项目中,与环境保护有关的达21项,与建设系统有关的达165项。这一系列行政审批(许可)项目的取消和调整,对城市建设中相应法规的立、改、废提出了新的要求。这样的大背景、大气候所揭示的规律性认识是:在城市建设领域,行政许可宜少不宜多,行政许可的设定应当慎之又慎。

《行政许可法》第11条至第17条对行政许可的设定权限和范围均作了详细的规定,它要求有权限的主体在设定行政许可时必须遵循这些规定,必须进行综合考虑。一个城市的建设,包括公用事业、市政工程、园林绿化、市容环卫等许多领域,具体到某一领域的某一方面,是否需要设定许可,是否应当设定许可,《行政许可法》并没有给出现成的答案。这就要求有权限的主体在城市建设过程中,综合考量各方面的利益和各类因素,然后再作出是否设定许可的决策。在这个过程中,有以下两点是必须注意的。

一是对行政许可成本的正确认识。行政许可是一种成本很高的管理手段,它由构建成本(包括准备成本、提案成本、审议表决成本、公共成本和完善成本)、实施成本(包括行政主体和行政相对人两方面的实施成本)和监督成本(包括行政机关的行政监督成本与司法监督成本)组成<sup>[4]</sup>。这样高的成本构成显示出:在城市建设领域,如果能够通过其他手段达到城市管理目标的,就不应设定行政许可。基于这样的考虑,《行政许可法》第13条确立了公民、法人或者其他组织自主决定优先、市场优先、行业自律优先等原则。换言之,如果通过上述方式可以规范某一事项,将不再设定行政许可。行政许可法还部分权力给市场自己调节,自此政府由无限政府向有限政府过渡,由管制政府向服务政府转变,这不仅体现了经济与法律之间的良性互动,也同样将经济的元素注入到现代立法中<sup>[5]</sup>。当然,即便是在可以设定许可的领域,设定之前也应当进行成本效益分析,当效益大于成本时才应考虑使用,否则将造成社会资源和城市管理资源的巨大浪费。

二是综合考虑各方面因素。在城市建设过程中,某一事项是否需要设定行政许可,除了进行成本分析外,综合考虑各方面因素也相当重要。例如,在医药卫生网点的布局方面,药品零售许可的终极目的在于确保安全,但如果过于强调安全因素,而忽视其他因素,则导致管制成本过高,最终的结果就可能

失去安全。比如设置零售药店,如果只考虑到安全而忽视了便民要素,则很可能使有的居民因为不能及时买到所需的药品而陷入不安全之中。上海市就曾为每500m许可设一个零售药店,这一规定是否合理的问题而争论不休,问题的关键在于便民、安全与经济发展是否可以在城市建设中得到兼顾。因此,一项许可的设定与否,如何设定是一件需要管理者深思熟虑的事情。特别是在城市建设过程中,每一项许可都与老百姓的生活息息相关,如果不能通盘考虑各个因素,这些许可的生命力必然会大打折扣,其结果就可能既浪费了城市管理资源,又损害了公共利益和私人利益。

## 2 城市建设中行政许可的公众参与

长期以来,在城市建设过程中,对种种决策,一直延续着管理者主导、专家参与的“精英”模式。这种模式既不利于听取各方面的意见和建议,也不利于群众了解、支持、监督城市建设规划的实施。城市是全体市民的城市,参与城市建设既是市民大众的责任,也是市民大众的权利,不容剥夺。基于这样的理念,《行政许可法》作了一系列详细的规定,对城市建设行政许可中的公众参与提出了新的要求。

### 2.1 相关信息公开

信息公开是公众参与的前提,只有获得了足够的信息,公众才有参与城市建设的机会和能力。公众获取信息,使得“自由和平等权利成为可能并加强对这些权利的使用”,使得“决策具有透明度并且能够被更好地接受”<sup>[6]</sup>。《行政许可法》明确规定了信息公开制度,其中第30条规定对行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的相关资料必须公示,提供准确信息;第40条规定行政许可决定应当予以公开,公众有权查阅。上述对信息公开的要求,为公众参与提供了基础,也加快了许多城市信息公开的步伐。例如,上海市于2004年5月1日开始正式施行《上海市政府信息公开规定》,要求政府部门必须主动公开涉及经济社会发展计划、各类城市规划、疫情灾情、突发事件、教育、社会保障、房屋拆迁安置、公开招投标等方面的信息。除此以外,公民、法人和其他组织也可以提出申请,要求政府机关提供相关信息。这些规定为公众广泛参与城市建设的各项工作提供了条件和依据。

### 2.2 健全和完善听证制度

听证制度是指“行政主体在作出影响行政相对人合法权益的决定之前,应当给予行政相对人表达

意见、提供证据的程序即以行政主体听取当事人的意见、接受证据的程序所构成的法律制度”<sup>[7]</sup>。《行政许可法》第 46 条至第 48 条对听证制度作了详细的规定。根据这些规定,在城镇建设的各个领域,凡是涉及重大事项行政许可的,行政主体已经不能独断专行、草草了事了。这些问题必须“在一个完全的公开听证中得到探讨,而不是在(行政机关)紧闭的大门背后得到解决”<sup>[8]</sup>。通过听证,公众获得了参与城镇建设决策的机会,获得了更好地维护自己权益的机会。在环保领域,国家环保总局审议通过了《环境保护行政许可听证暂行办法》,确定了 2 类建设项目和 10 类专项规划许可将实行环保公众听证<sup>[9]</sup>。重庆市自 2004 年 9 月 1 日起正式实施的《重庆市实施行政许可听证暂行办法》规定,对户数较多的城镇居民房屋的拆迁许可,对直接关系人民群众切身利益的重大建设项目的规划、施工、环境影响评价等审批环节,必须组织听证。相关官员在听证会上不得说假话,情节严重的将给予行政处分<sup>[10]</sup>。这些举措表明,在《行政许可法》的影响下,听证制度正在不断健全和完善。

### 2.3 建立公众评价制度,加强公众监督

对行政许可的设定和实施进行评价,既是公众的一项权利,也是公众监督的一种有效方式。按照《行政许可法》第 20 条第 3 项的规定,“公民、法人或者其他组织可以向行政许可的设定机关和实施机关就行政许可的设定和实施提出意见和建议”。通过提出意见和建议,公众积极参与城镇建设中的各项行政许可事项,并对之作出评价,为管理者取消、保留或者调整行政许可提供重要参考。江苏省根据 2004 年 8 月 4 日发布的苏政办发[2004]第 74 号文件(即《江苏省行政许可监督暂行规定》)第 15 条,县级以上地方人民政府建立了实施行政许可的社会评议制度,通过报纸、网络等方式收集社会公众对行政机关和法律、法规授权的组织实施行政许可的意见和评价。这些意见和评价,不但可以监督目前行政许可的设定和实施,还将对未来的城镇建设发展产生积极作用。特别是在环境保护领域、食品卫生领域和城镇建设规划领域的许可,公众评价非常重要。这些领域与人们的日常生活息息相关,以往引发的问题也相当多,比如环境污染、劣质食品、房屋拆迁等,对这些事项的公众评价可以促使行政主体在核发许可证之时或之后,更为谨慎和负责,确保公共利益得以维护,确保城镇建设得以健康发展。

## 3 行政许可的存废与城镇建设中的管理措施变革

《行政许可法》实施前后,在城镇建设的各个领域,有一批行政许可事项被取消,也有一批行政许可事项被保留或被调整。在未来,随着城镇的发展和变迁,还会陆续有一批行政许可被设定实施。对这些或取消或保留,或调整或新设的各个事项,应当分别采取不同的管理措施加以规制,这是《行政许可法》赋予每个城镇的新要求。

### 3.1 对取消许可的事项,必须搞好衔接,加强后续管理措施

城镇建设领域行政许可(审批)事项大规模削减,并不意味着政府对这些领域的放任不管。事实上正确的做法是,对取消行政许可的事项,要在发挥市场机制、行业自律、公民自主决定等积极作用的同时,加强政府监督职能,要“防止产生权力真空、管理失序和行政不作为”<sup>[11]</sup>。在上海市第十二届人大常委会第十三次会议上,当常委们讨论《关于停止执行本市地方性法规设定的若干行政许可事项的决定》的议案时,有的委员指出,取消许可与取消监管是两回事,对取消许可的事项要认真研究加强后续监管的措施、方法,而且这一监管不仅是事后的,也应涵盖事前和事中。比如在医药卫生方面,虽然上海市取消了急救的医疗机构临时采集血液的审批,但要求医疗机构在临时采集血液后应及时向卫生行政部门备案,以保证用血安全,预防和控制经血液途径传播疾病。在广东,取消对机动车排气污染复检机构资质认定后,许多人士呼吁,如果后续管理措施跟不上,将大大冲击环保部门对机动车尾气污染的防治。为此,当地环保人士希望国家尽快出台相关政策,要求广东省公安、环保、交通、质监等有关部门加强执法协作,共同防治尾气污染<sup>[12]</sup>。可见,在加强后续管理的过程中,有关部门要转变管理方式,加强协作,搞好衔接,结合城镇的特点和实际,提高管理水平和效率,更好地实现对城镇建设相关领域的有序监管。

### 3.2 对保留、调整、新设许可的领域,要加强事中和事后监督

对这些领域,要改变以往重许可、轻监管的方式,“要认真研究如何建立监督制约机制,规范行政许可行为、强化对行政许可的监督检查,把事前行政许可与事后严格监管有机地统一起来,确保把那些应该由政府管的事真正管住、管好,切实提高政府行政管理的效能”<sup>[13]</sup>。2004 年 4 月发生了震惊全国的

安徽阜阳劣质奶粉事件,国务院调查组案件查处小组在其生产窝点发现了卫生许可证,这给每个城市的食品卫生许可监督管理敲响了警钟。虽然有许多劣质食品是在经营者没有获得许可的背景下擅自生产销售的,但事实证明,也有许多经营者虽然拿到了许可却没有生产销售合格食品。这说明,发证后缺乏监管不但会使许可制度的作用大大削减,而且还可能造成严重的后果。再如城市规划领域,关于“一书两证”的批后管理措施,《城市规划法》并没有作出相应的规定,使得违法建设屡禁不止。为了改变这种现状,《行政许可法》设专章规定了对许可的监督检查,其中第60条规定“上级行政机关应当加强对下级行政机关实施行政许可的监督检查,及时纠正行政许可实施中的违法行为”。行政机关对行政相对人实施检查的方式包括核查有关材料(第61条)、抽样检查检测有关产品(第62条第1款)、定期检验(第62条第2款)以及公众监督(第65条)等;对发现问题的,可以采取责令限期改正(第66条)、撤销行政许可(第69条)以及注销行政许可(第70条)等措施。这一系列关于监督检查的规定,旨在强化行政主体对城市建设各个领域行政许可的监督职能,确保行政许可发挥其应有的作用。当然,在这一过程中,每个城市还要加强相应的管理措施,出台配套的规定,为相关许可事项的事中、事后监督管理提供法律依据。

### 3.3 健全责任追究制度

不依法办事就要承担责任,这是各国在公法领域实行的铁则。无论是在城市建设中有权设定和实施许可的行政主体,还是被许可的相对人,都必须为自己的行为负责,这一点是毋庸置疑的。特别是对于长期以来重权轻责的行政主体而言,责任追究制度的建立更为重要。没有责任的行政,必然会导致行政权力的滥用和膨胀,正如阿克顿勋爵的那句名言所说“权力导致腐败,绝对的权力导致绝对的腐败”。长期以来,虽然“权责统一”一直是政府行为的要求,但实践中却往往缺乏明确具体的法律条文对行政责任予以规定,也没有有效的行政救济与监督制度对之予以确认和追究。不过,“《行政许可法》以行政机关的责任作为立法重点的理念和尝试,从根本上改变了过去不少立法以行政权力作为立法中心的做法”<sup>[14]</sup>,不能不说是一个巨大的进步。《行政许可法》第7章为“法律责任”,其中用了较多条款详细规定了这样的制度:对行政机关及其工作人员不依法设定、实施行政许可或者不依法履行监督职责的

行为,要追究其相应的法律责任。比如,对无权设定许可擅自设定的(第71条);应当受理许可申请而不予受理的(第72条);违反法定程序的(第72条);在办理许可过程中索贿受贿的(第73条);以及只审批不监督造成严重后果的(第77条)等,均有相应条款规定行政机关及其工作人员如何承担法律责任。这样的规定,适用于城市建设的各个领域。当然,每个城市在贯彻执行这一责任追究制度时,其方式和具体细节也会有所不同,这就要求各个城市必须结合自身的实际,考虑相关领域各自的特点制定相应的实施办法予以实现。例如,北京市园林局于2004年7月1日开始实施《北京市园林局行政许可责任追究实施办法(试行)》,对责任追究的方式、情形、权限等作了详细的规定。基于同样的法理,温州市制定了《温州市行政许可责任追究暂行办法》,深圳市制定了《行政机关实施行政许可责任追究规定》。事实上,全国上下从中央到地方,从大城市到小城镇,相应的责任追究制度都在逐步建立和完善之中,这是中国法制建设之福,也是中国城市建设之福。

### 3.4 综合运用城市建设管理方法,审慎采用行政许可手段

在城市建设过程中,行政许可一直是行政主体进行管理时最常用的手段之一,也正因为如此,造成了对行政许可的过度依赖。事实上,在城市建设领域,许可制度不必包打天下,它是可以与其他制度或措施结合起来发挥作用的。比如在环保方面,可以将排污许可制度与其他环保制度,如“三同时”制度、排污收费制度、排污权交易制度等结合起来加强彼此的协调,而不是孤立地去发挥排污许可的作用。城市管理者也不应拘泥于审批发放许可证事宜,而应更多地考虑如何在控制总量平衡的基础上实施指标的合理分配,比如通过有偿转让、排污交易等方式,减少污染、保护环境。另一方面,除了结合其他管理措施之外,对许可制度本身,也可进行积极的创新探索。比如江苏省南通市,在卫生许可方面建立了告知承诺制度<sup>[15]</sup>。该制度涉及的是,申请人先领取卫生许可告知书,其内容包括卫生许可的依据,申请人应达到的标准、条件及基本卫生要求,审批的程序和应提交的申报材料等。然后,申请人作出承诺,承诺在规定时间内达到所告知的条件、标准和要求,并作出如果在规定时间内达不到所承诺的事项而草率开展经营活动的,愿意承担一切经济后果和法律责任的保证。承诺人凭着有效的承诺书领取卫生许

(下转第86页)

## 4 结 语

中国文学史上的“田园诗”与“边塞诗”同是以自然景物作为诗歌描写表现的主要题材,但两者却有本质的区别。通过比较,我们认识到两种诗派代表了两种不同的文化心态、不同的人生处世态度,它们对中华民族的文化都产生了重要的影响<sup>[9]</sup>。隐逸文化心态容易很自然地將儒家人生信守和道家的无为哲学、佛家的空寂观念糅合在一起,以“田园文化”为寄托对人生进行超越现实的思考。我们当然期望在中华民族的文化积淀、民族精神和心态中更多些高适、岑参“边塞诗”所体现的盛唐精神,使我们多些面对现实昂扬慷慨、积极进取、乐观、浪漫、百折不挠的盛唐精神,少些隐逸与逃避、少些在幻想的理想境界中寻求寄托的民族脆弱的文化心态。同时,也让我

(上接第 77 页)

可意见书方可在工商部门领取营业执照。这种新的许可模式缩短了审批时限,方便了相对人,提高了办事效率与质量,也确保了卫生许可工作的廉洁高效。当然,这种模式有赖于许可双方的诚信,有赖于行政主体的事后监管和被许可人履行承诺的良心和善行。任何制度或模式都不可能是完美的,但创新却一直都是值得赞赏的。因此,在城市建设领域,无论是否实行行政许可,探索更为完善和有效的管理模式,无疑都是很有必要的。

## 4 结 语

鉴于城市建设领域中行政许可的构建成本、实施成本和监管成本较高,《行政许可法》须将部分权力返还给市场自己调节。在继续保留的城市建设行政许可项目中,要大力倡导公众参与,适时适度地公开相关信息,健全和完善听证制度、公众评价制度;对保留、调整、新设许可的项目,要加强事中和事后的监督;对行政许可中的重大失误,要通过责任追究制度予以矫正,并警示后人。总之,要综合运用城市建设管理方法,审慎采用行政许可手段。

### 参考文献:

- [1] 李文云.“卡特里娜”为害甚烈[N].人民日报,2005-09-07(7).

们清楚地看到,刘勰在《文心雕龙·时序》篇中所揭示的“文变染乎世情,兴废系乎时序”的文学创作规律。

### 参考文献:

- [1] 周振甫.文心雕龙今译[M].北京:中华书局,1985.
- [2] 山东大学文史哲研究所.中国历代著名文学家评传[M].济南:山东教育出版社,1983.
- [3] 山东大学文史哲研究所.中国历代著名文学家评传[M].济南:山东教育出版社,1983.
- [4] 孙钦善.高适岑参诗选[M].北京:人民文学出版社,1997.
- [5] 赵宗福,袁宏军.论仙乡传说对唐传奇《柳毅传》的影响[J].长安大学学报:社会科学版,2005,7(4):82-85.
- [6] 王庆卫.从“气韵”看中国古典美学的诗性思维特点[J].长安大学学报:社会科学版,2004,6(2):68-72.
- [2] 张孟军.大禹治风可从容[N].科技日报,2005-09-06(2).
- [3] 杨景宇.关于中华人民共和国行政许可法草案的说明[N].法制日报,2002-08-24(5).
- [4] 汪 慧,沈瞿和.行政许可的经济成本分析[J].福建行政学院学报,2003,20(1):74-78.
- [5] 刘 巍.行政许可法对地方立法的影响[J].现代法学,2005,15(1):173-180.
- [6] 罗尔夫·斯特博.德国经济行政法[M].苏颖霞,陈少康,译.北京:中国政法大学出版社,1999.
- [7] 湛中乐.行政许可法实用解答[M].北京:中国检察出版社,2003.
- [8] 理查特·斯图尔特.美国行政法的重构[M].沈 岿,译.北京:商务印书馆,2003.
- [9] 鄢建荣.环保行政许可听证暂行办法出台[N].法制日报,2004-08-09(2).
- [10] 田文生.重庆重大建设项目须经听证[N].中国青年报,2004-09-06(2).
- [11] 袁曙宏.行政许可法的立法理念和深刻影响[N].人民法院报,2004-04-24(3).
- [12] 季 哲.简化环保审批程序,省环保局取消8项行政审批[N].南方周末,2004-09-24(8).
- [13] 戈世平.认真贯彻实施行政许可法,进一步促进政府职能根本转变[J].华东经济管理,2004,14(2):33-36.
- [14] 应松年.行政许可法与政府管理转型[J].国家行政学院学报,2004,21(4):40-44.
- [15] 刘素平,倪慧娟.浅谈告知承诺制在卫生许可工作中的运用[J].江苏卫生事业管理,2004,28(2):51-52.