

# 行政许可标准的冲突及解决

骆梅英<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**行政许可标准，是对行政许可的法定条件、程序的解释和细化，在学理上属于许可的裁量基准，在功能上构成了许可获得的限制性条件，在形式上表现为一个自上而下的“阶梯式”规范体系。在相对集中行政许可视角下，市场准入过程往往是多个单一许可组成的复合许可过程，由此产生了不同部门间实体和程序标准的冲突现象。其发生的内在机理是行政权及许可背后的部门利益与家长主义规制，外在形式则表现为复数机关参与的异位规范间的冲突，性质上多属经验冲突而非逻辑冲突。由此，解决的路径在于：一是现行行政服务中心基础上不断修正的行政协调模式；二是具有共性效力之协调技术的提炼；三是通过基准制定和公布义务的规则治理。

**关键词：**行政许可标准 裁量基准 规范冲突

---

## 一、问题的提出

行政许可标准冲突的例子不胜枚举，在我们的田野调查中，这也常常成为基层审批官员们谈笑的话资。<sup>〔1〕</sup>例如，旅馆业许可中，公安机关要求房屋建筑应具备必要的防盗安全设施，而消防机关则要求必须保持通道、出入口畅通。于是，在江浙各地蓬勃兴起的农家客栈业的审批中，农民在他们平日司空见惯的防盗窗面前变得无所适从。在许可抑或监管阶段，“公安来了，就把‘保笼’（即全封闭式防盗窗）装起来；消防来了，就把‘保笼’拆下来”。画面令人啼笑皆非的背后，一方面是相对人的困惑，“不都是政府吗，说法都不一样？”他们眼中的政府被分解为若干个以名称、制服等不同公务标志为区分的独立衙门；

---

\* 浙江工商大学法学院副教授。

本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“行政审批制度改革与政府规制革新研究”（13SFB3010）的阶段性成果。作者感谢朱芒教授、余凌云教授、刘飞教授、宋华琳副教授、陈越峰博士对本文初稿的指正意见。

〔1〕 鉴于聚焦实务问题的需要以及两个概念在当前改革文本中日趋统一，本文并未对行政许可和行政审批作严格区分。

另一方面则是审批官员的误解，“我们觉得，在许可领域，有许多恶法！”特别是在以协调和集中为职能的各地“审管办”及其行政服务中心的官员眼中，法律的不适当规定抑或之间的冲突，成为制约审批制度改革的障碍。〔2〕

类似的例子有很多。一位审批代办员在给政府的汇报建议中写道：“目前，对于同一事项（的审批）各部门政策说法不一的现象，使得项目单位无所适从。如‘消防登高带’需要借用城市道路的，城管规定‘公共道路不能占用’，消防规定‘公共道路可以占用’。又如某地块配套公建项目中，（规划局的）选址意见书上绿地率要求大于20%，但在方案设计联合审批中，园文局的意见为：根据城市绿化条例要求大于25%。”〔3〕

行政许可的审查标准及其规范依据的冲突，不仅表现为实体要件的矛盾，也表现为程序上的“互为前置”。例如，某新型企业在申请工商营业执照时，工商局以《建设项目环境保护管理条例》为依据要求提供环境影响评价文件；当企业向环保局申请环评时，按当地《企业投资项目备案办法》的要求需提供项目备案文件；而当企业转而履行项目备案程序时，发改委又要求提供工商营业执照。〔4〕许可相对人仿佛掉入了一个环环相扣、循环往复的“程序迷宫”。特别是在当前改革所聚焦的基本建设项目审批领域，程序冗繁所带来的低效率可谓急药慢攻、反复治理，但仍痼疾难除、去而复来。〔5〕可想而知，这其中包含了多少“程序之恶”，而以往我们所忽略的许可的程序裁量领域，其优化与控制，无疑对当下各地围绕“时间减法竞赛”为中心的审批流程改革，有着相当的解释力和指引力。〔6〕

许可标准的冲突，表面上看是多机关模式下的规范冲突问题，实质上却映射出中国式审批制度改革的症结与机理。这使我们进入行政许可的微观法律技术领域，并向我们展开一副生动活泼的实践画卷。它所提出的问题包括：许可领域的裁量权特性及裁量基准的适用技术，相对集中行政许可部门在权限协调与规范整合上可能的作为，整体型政府基础上法的效力规则与分权式部门基础上法的适用规则如何调和等。它也为我们观察以下行政法治的一般问题提供一个微缩窗口：政府权力的边界与审批制度改革的对症之药，协调性規制机构的权力模式及其协调技术，依法行政的真正内涵从“形而上”到“形而下”的解构。

## 二、行政许可标准的内涵及特性

行政许可的标准，是指实践中许可机关审查和判断相对人是否应当获得许可的基准和

〔2〕 骆梅英，2012年2月至2013年5月在浙江宁波、杭州、温州，广东广州、顺德、珠海等地的调研记录。

〔3〕 《关于代办员（挂职干部）对改进投资项目审批工作意见建议的情况汇报》，杭组〔2010〕37号。审批代办制是2008年杭州市政府出台的一项旨在解决“审批难”的制度创新，目前已在全国行政服务中心推行。其基本做法是，由政府选派党政干部（挂职干部）担任代办员，替相对人无偿代为办理特定投资项目的审批手续。

〔4〕 宁波市行政审批管理办公室：《互为前置审批案例情况汇总》，2012年8月30日。

〔5〕 广州市政协委员曹志伟绘制了一幅建设项目审批“万里长征图”：整个审批流程需经过20个委、办、局，53个处、室、中心、站，100个审批环节，盖108个章，缴纳36项行政收费，累计审批工作日至少799天。见练情情：《“万里长征图”走红记》，《广州日报》2013年6月25日。

〔6〕 当前，各地围绕减少审批环节、减少审批期限为中心的各项改革，往往表现为上下级政府间在审批时间缩减量上的硬性指标布置，以及各种以缩短时限为目标的制度创新。如浙江各地推出的“模拟审批”、“交叉审批”、“一体审批”、“6+x”“9+x”联合会审等。相关论述参见唐明良：《基本建设项目审批程序改革的困境、探索与可能出路》，2012年10月“行政审批制度改革的宁波实践”研讨会论文。

要件,即审查基准或判断要件,是对行政许可的法定条件和程序的解释与细化。〔7〕囿于以往研究甚少对类型化的行政行为进行“庖丁解牛”式的元素刻画,实践生态的多样性和审查机关裁量过程的复杂性,又往往造成许可的标准与许可的依据、条件、程序、环节、期限等内在要素混合在一起、难以区分,并与政策、经验、地域、时机等外在要素共同构成许可审查过程的影响因素,许可标准这一概念多少令人有些费解。由此,有必要从学理属性及实践表现形式,对此概念稍作解析。

### (一) 学理属性: 行政许可的裁量基准

无论性质上采“解禁说”还是“赋权说”,〔8〕行政许可内在的逻辑结构大体可解剖为“申请(相对人意愿)——限制(公益与私益的平衡)——准予(许可机关的审查)——决定(自由或权利的获得)”四个阶段。就具体的申请事项而言,法律赋予行政机关以广阔的裁量空间,而行政机关以“专业之手”并结合行政实践所形成的成文或非成文的审查规则,就成为运用同时也是约束裁量权的基准。〔9〕例如,一个废品收购站的审批,地方够不够大,离居民区有多远,在不在城市大马路周边,有没有老乡或同行也在旁边做生意,甚至申请人履历是不是“清白”等,都可能构成行政机关审查的“尺度”。〔10〕大多数时候,法律对这些“尺度”的表述,只是“统筹规划”、“合理布局”,“有固定的经营场所”,“根据本地经济发展水平、人口密度、环境和资源等具体情况”等。〔11〕但是,“在行政机关实施许可的过程中,在以‘抽象的法规范’形式存在的许可条件与申请人各异的‘具体事实’之间,必须要有一个‘媒介’,这个‘媒介’就是许可标准”。〔12〕

相对以往被大量讨论的行政处罚的裁量基准而言,行政许可的裁量有其迥异的特性。最为重要的是,处罚领域往往以结果裁量为主,而许可领域则充斥着要件裁量,与合法性问题相比,后者更关乎正当性评判。制定许可的裁量基准,面临相对更为复杂多变的适用情境和更为错综多元的利益分配。往小的层面说,一个废品收购站的选址,在审批官员们

〔7〕 例如,日本行政程序法规定行政机关应当制定并公布许可处分的审查基准,并尽可能使之具体化(参见〔日〕室井力等主编:《日本行政程序法逐条注释》,朱芒译,上海三联书店2009年版,第72页以下)。宋华琳讨论了国内航线经营许可的审查基准(参见宋华琳:《行政许可审查基准理论初探——以国内航线经营许可领域为例证》,《浙江学刊》2010年第5期)。王太高从行政许可法的规范角度,分析了行政许可的条件和标准两个法律概念(参见王太高:《行政许可条件研究》,《行政法学研究》2007年第7期;王太高:《论行政许可标准》,《南京大学学报》2008年第6期)。也有研究将相关问题表述为行政许可的审查深度(参见胡建森、汪成红:《论行政机关对行政许可申请的审查深度》,《浙江大学学报》2008年第6期)。

〔8〕 尽管存在争议,一般认为,普通许可性质上采“自由的恢复说”,特许采“权利的赋予说”。参见章剑生:《行政许可的内涵及其展开》,《浙江学刊》2004年第3期。

〔9〕 See John W. MacDonald, *The Need for Standards in the Selection of Licensees*, 17 *Administrative Law Review* 61-71 (1964).

〔10〕 如根据宁波市《再生资源回收联合审批办理指南》,再生资源回收经营许可证的申请条件包括:(1)投资人员,拟任法定代表人和其他负责人没有国家相关规定的犯罪情形;(2)符合城镇规划、行业规划、环境功能,与周边自然和人文环境相协调(详见《宁波市中心城再生资源回收设施规划》);(3)有固定经营场所。生产性回收场地不少于1000平方米;生活性回收场地不少于100平方米;社区回收点不少于20平方米;(4)中心城区闹市区主要道路两侧200米内不得设立固定收购点;(5)对周边居民生活不会造成妨碍和影响;(6)与已有的同类回收点间隔距离不少于500米;(7)从业人员须接受主管部门或行业协会法律法规及业务知识培训、考核合格持证上岗。

〔11〕 参见商务部等六部委:《再生资源回收管理办法》,2007年第8号令;公安部:《废旧物资收购业治安管理办法》,1994年第16号令;《宁波市再生资源回收利用管理条例》,2009年3月1日实施。

〔12〕 前引〔7〕,王太高《行政许可条件研究》文。

看来，要统筹考虑的，不仅是居民区人口密度、废旧物资产量与回收站点服务能力覆盖，更要兼顾治安防控的需要、城市形象、周边小区居民的投诉，以及由于整体行业从业人员素质问题而引发的同地段经营者的恶性竞争甚至“黑社会化”。〔13〕往大的层面说，宏观经济形势、地方经济激励、行业发展战略、城市空间布局都是考量因素，许可的背后是政府与市场经济发展这一博大精深的命题。这使得探讨并总结行政许可的裁量基准及其制定技术和评估机制，变得更关乎实践理性。尽管前述裁量基准及制定的考量因素中不乏合法性问题，尽管也可以运用行政法上的比例原则进行合理性审视，但面临微观的基准构建，多数时候很难给出一个具体的“数目字”建议。

许可的裁量基准迥异于处罚的第二个特性是，因承担更多的政策功能而以提供申请人行为的可预测性为目标。许可具有授益性，同时为符合申请的相对人设定需要承担的成本，因此，许可的审查标准需要清晰明确为申请人提供行为指引。处罚则相对更依赖于被处分人情况的个案判断并以平等适用为目标。处罚具有负担性，处分基准的公布仍需防范使不受制裁的违法行为明确化的风险。这意味着许可的裁量权运行机理更需要诉诸立法和行政决策过程，而处罚的裁量权判断则更适宜交给司法与行政执法过程。

许可的裁量权特性，为不同部门间许可标准的冲突提供了协调的空间，基于裁量权限内的变通，使协调具备正当性和可行性。在法学上，与许可标准相关的问题，更适宜通过政策和行政过程而非司法过程来解决。

## （二）表现形式：自上而下的阶梯式规则体系

许可标准的运作机理，大多表现为一个自上而下的阶梯式结构的规则体系。这些规则形式多样、名称不一，既有法律法规也有技术标准，且多数为许可机关的内部规范性文件，而结构的底端，则往往是行政官员以口头形式表达的针对具体申请事实的指导性意见或审查理由。〔14〕

以娱乐场所营业许可中的选址审查为例。根据国务院《娱乐场所管理条例》第7条，娱乐场所不得设在下列地点：居民楼等建筑物内；居民住宅区和学校、医院、机关周围；车站等人群密集场所；建筑物地下一层以下；与危险化学品仓库毗连的区域。与再生资源回收业许可的相关法律相比，该条规定的许可条件显然要明确和详细得多，但这并不意味着不需要裁量基准。〔15〕例如，该条中的“周围”一词，可以解释为一定地域和空间的间隔。对此，文化部《关于〈娱乐场所管理条例〉贯彻执行中若干问题的意见》授权各省文化主管部门制定“相互最小距离及测量方法”。《浙江省文化厅转发文化部关于〈娱乐场所管理条例〉贯彻执行中若干问题的意见的通知》规定，“歌舞娱乐场所，与学校、医院、机

〔13〕 这些事项构成了许可机关制定《再生资源回收联合审批办理指南》的考量因素。我们认为，这些考量因素存在合法性问题，并构成了“裁量滥用”，限于论题限定，只能另文讨论。

〔14〕 能够对行政许可标准展开微观观察，得益于实践中正在被地方所推崇的审批标准化改革。以浙江宁波为典型，改革的已有成果包括：（1）编制并公布单一事项行政许可标准，目前已就42个市级部门，564项母行政许可、1028项子行政许可，编制了许可标准。（2）以办理指南为载体，开展行业和区域联合审批标准试点，目前已在文化娱乐、餐饮、旅馆等7个行业和宁波杭州湾新区1个区域，开展“一级政府内联合的行政许可标准”的编制和试行工作。（3）建立建设项目联合审批“6+1”会商和“9+X”会审程序机制。

〔15〕 法律法规对许可条件的规定越明确，则许可的裁量空间越小，许可机关就越不需要制定裁量基准。但实践中，法律法规已经对许可条件作出详尽规定而无需制定裁量基准的情况，目前并不存在。这一点与日本行政程序法上的实践可谓一致。参见前引〔7〕，室井力等主编书，第75页。

关之间的直线距离不得少于50米；游艺娱乐场所，与中小学校的距离不得少于200米”。进一步的情形是，下级文化部门在具体执行中，面对上述规定中的“直线距离”等词，又面临解释和细化。如测量方法问题，存在两种惯例：一是以路的自然延伸和行走路线进行实地测量；二是以建筑物间的直线距离进行测量。再如测量基点问题，实践中遇到宾馆内设置娱乐场所的，依宾馆整幢建筑为基点测量，还是依宾馆内娱乐场所面积外沿一点为基点测量的问题。<sup>[16]</sup>而且，许可的裁量仍然不可避免地运用到审批官员的个体经验、以往惯例、指导性标准的授权，乃至相对人对审查理由的追问程度和对审查结果的接受程度。

行政许可的标准，首先来源于一个自上而下由各种不同效力等级的规范所构成的法的解释体系，通过这样一个阶梯式结构，使法的抽象规定能够涵摄至具体的生活事实。在这个意义上，许可标准的运用过程与法的适用技术紧密关联。其次，许可标准是与许可条件、依据、惯例、环节等紧密连为一体的行政规则体系。尽管在行政许可法上存在许可条件与许可标准的区分，<sup>[17]</sup>但是实践中两者往往紧密依附在一起、难以界分。况且从相对人角度，在功能意义上，审批官员手中的指南上并列的三项标准——卡拉OK厅“不得设置在居民楼建筑物内”（来源于法规）、“与学校、医院、机关之间的直线距离不得少于50米”（来源于规范性文件）、“直线距离以路的自然延伸为测量依据”（来源于行政惯例），三者的限制约束作用并无实质不同。由此，本文所使用的许可标准概念，并不区分成文规则还是不成文规则，也不区分审查基准还是解释基准，而是被许可机关运用并构成许可授予的实体性限制要件的全部。

最后，承载许可标准的这一规则体系，其公布并为申请人所知晓的程度，仍有赖于行政机关的努力义务。尽管行政许可法第5条规定了许可实施的公开原则，结合第30条“行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限……在办公场所公示”，并规定基于申请人要求的说明解释义务，但除了部分申请条件和程序较为简易的许可外，大多数时候，罗列法律、法规、规章的规定仅能勾勒出许可审查的初步框架。在实践中，许可标准呈现出一幅性质、效力、等级、形式纷繁各异的“规则群”图景，尤其涉及后文所述多个许可的行业准入过程时，这些规则又分散于各个不同的部门法律体系内，蕴藏于不同机关的审批文件和行政惯例中，使得不经清理、整理和汇编，很难使申请人甚至包括审批官员自己了解许可审查要件的全貌。

### （三）类型划分：实体标准与程序标准

以往对许可标准的讨论，大多集中于实体标准，即对法律规定的实体条件的解释和细化。从行政许可法第5条、第38条、第49条、第57条出现许可“标准”一词的规范结构来看，许可标准总是附随于许可条件。而根据行政许可法第4条，管辖机关、许可事项、许可条件和许可程序这四个方面构成了一项许可的组成元素，条件和程序分别构成了两个并列项。许可标准作为实体条件的具体化，并不包含程序基准。但是，在当前的改革实践中，我们却大

[16] 杭州市余杭区文化广电新闻出版局：《关于新设立歌舞娱乐场所距离测量基点问题的请示》，余文广新[2009]22号。对此，浙江省文化厅的复函是，“以场所实际使用面积的建筑外沿为测量基点与学校、医院、机关围墙或者校园边界的任意一点向外沿直线的延伸距离”进行测量。参见浙江省文化厅：《关于新设立歌舞娱乐场所距离测量基点问题的复函》，浙文市[2009]30号。

[17] 如日本行政程序法上区分“法令的规定”与“审查基准”（关于两者的关系参见前引[7]，室井力等主编书，第74页以下）。王太高也认为，许可条件由法律设定，许可标准由行政机关确定，但许可标准紧密依附于许可条件（参见前引[7]，王太高《论行政许可标准》文）。

量地发现了程序性标准的存在空间和创制需求。之所以出现实践对规范的逸脱，主要是因为行政许可法整个立法大厦的逻辑起点是单个许可，而非复合许可。行政许可法从申请、受理、审查、决定等环节规范了单项许可的程序，这似乎在规范上使得行政许可的程序裁量被限缩，但事实是，从行政过程论的视角，行业准入的完成是一个复合许可的过程。

如旅馆业准入，需办理环保部门的建设项目环境影响评价、卫生部门的公共场所卫生许可证、消防部门的公众聚集场所投入使用、营业前的消防安全检查合格证、治安部门的特种行业许可证、工商部门的营业执照。如果提供餐饮、娱乐和停车等服务的，还涉及餐饮服务许可证、娱乐经营许可证、食品流通许可证、经营性停车场许可证、演出许可证等。此时，涉及不同阶段许可的步骤、顺序和时限的程序裁量就变得非常重要。每一项许可，可能都在许可法的合法性框架内，但是这些许可叠加起来时，诸如“先证后照”还是“先照后证”的具体执行问题，不同环节不同监管要求的流程整合问题，相对人支付合规成本的资源优化问题等，如果不从政府整体视角对许可机关课以集中实施、联合办理、程序优化的义务，那就可能导致整个行政过程的非正义。在这个意义上，研究并解决行政许可实施中的部门间冲突现象，就不能回避程序裁量基准的意义。

综上，本文所使用的许可标准概念，更多是从其构成相对人获得许可的限制性要件的总和意义上来使用的，它包括实体要件和程序要件，包括成文规则和不成文规则，且并不区分其属于审查基准还是解释基准。应当说，这一为了聚焦实务上联合审批中部门冲突的问题而被适度扩展的概念，不是源于规范，而是基于工具主义和问题导向的。

### 三、许可标准冲突的发生：相对集中行政许可的视域

回到一开始提出的问题。许可领域的标准冲突现象是如何发生的？又呈现出怎样的机理与特性？这个在比较法体系内并不容易找到直接答案的微观技术问题，所反映出的规制冲突、部门利益和政府行为逻辑，却是我国审批制度改革实践的管窥窗口。

#### （一）规制目标冲突与路径依赖

从过程论的视角，行业准入是一系列许可的累加，仅关注部门视角下单项许可的合法性，并不能自然证成整体政府视角下行政过程的正当性命题。在相对集中行政许可的视域内，尽管实行联合办理、集中办理，但许可事权仍条状分割于各职能局委的实质并没有改变。此时，部门行政法基于不同规制目标而创设的管制机关，在优先序列上并无高低之分，当它们适用于同一对象时，矛盾和不一致便不可避免。

以建设项目审批中的绿地率为例，国土部门、规划部门和城市绿化部门，就各持不同的指标依据。为了促进节约集约用地，2008年国土资源部《工业项目建设用地控制指标》规定“工业企业因生产等特殊要求需要安排一定比例绿地的，绿地率不得超过20%”，而基于“发展风景旅游城市”的目标，2004年《杭州市城市绿化管理条例》规定“一般工厂的绿地率不得低于20%，化工、印染等工厂绿地率不得低于30%”。两者在分解目标的具体适用环节，产生了规范的直接冲突。再如，对历史建筑的现代利用，总是充满争议。建于1936年的宁波灵桥，是目前国内仅存三铰拱钢拱桥，属省重点保护文物，但其所在的奉化江也是城市主干河道，近年来因屡次发生撞船事故而致桥体受损。在笔者参与的灵桥大修

工程联合审批协调会上,文物部门与交通部门产生了激烈的争论,前者从文物保护规范出发要求“修旧如旧”,后者则持《内河通航标准》要求将桥梁净高从现在的4.1米增至5米。“文物保护”和“现代通航功能”之间的目标冲突典型地聚焦在这一个案上。

立法目标冲突可用于解释一切规范冲突,而分权之上的碎片化也似乎是现代国家政府改革中的老生常谈。<sup>[18]</sup>但是,在解释许可领域的标准冲突现象时,仍有必要加上三个注脚。

第一,设定许可的规制偏好。发祥于计划经济并内在地因应权力集中体制的行政审批,无疑是我国政府最重要也最擅长的管制方式。最为直观的证据是,行政许可法实施之后,核准、备案、非许可审批、带有审批性质的行政服务事项等各类名词层出不穷,变相突破法律对许可设定的限制。<sup>[19]</sup>这使得在以往存量基础上简单统计审批事项数字的减少,已经失去了改革的参照意义。在微观监管职能上高度依赖审批制管理,既规避了行政机关寻求替代、优化监管的“勤政”义务,又能在责任机制上轻松赢得“豁免”,造成了许可领域一幅标准林立、门槛参差、环节增多的图景。这几年,在应对复杂的社会治理环境和多变的议程设置时,政府所表现出来的惯性思维,仍然是要把什么管起来就在许可或许可环节上作“文章”。近几年成为许多审批之前置性环节的社会稳定风险评估,就是一例。

第二,部门利益与家长主义。更深层次的问题,是审批背后根深蒂固的部门利益顽疾和家长主义管制,具体表现为许可承载着过多国家主导资源分配的重负,以及依附其上的寻租功能。例如,一直以来,交通投资建设项目的立项审批,属于发改委还是交通部,两方各持依据争论不止。究其原因,发改委掌握着用地指标配额,而交通部则掌握着国家补贴资金。把项目初审权交给另一个机关或者双方联合,就意味着让别人分自己的一杯羹。再如产品核准中的重复检测问题,从来不乏改革的动议却一直为人诟病。汽车产品的准入,历经工信部“产品公告”、质检总局3C认证、环保部“环保公告”和交通部“油耗达标公告”,各环节检测项目重复率高达98%,<sup>[20]</sup>其背后是检测市场中主管机关与中介组织结成的利益链。

第三,标准设定之于目标冲突的强化。许可的裁量权特性说明在规制目标与标准设定上存在广阔的空间,多目标间的解释张力意味着它们既可以是冲突的,也能够通过调适达成兼容,但是除非存在压力,行政机关总是倾向于通过标准放大和凸显规制目标所内含的价值取向,而且一般是朝着不利于相对人申请的方向,从而加剧规制目标间的冲突。当然,这并不一定意味着具体官员的主观恶意,而是普遍意义上的行为偏好。这一偏好的背后,是关系机构地位、权力受尊重的程度、与相对人谈判的砝码以及与此相关的可支配资源积累,当然也可能是内部责任机制使然。而规制目标的加强,对相对人而言,意味着更高的准入门槛。

相对集中行政许可下,针对同一申请事实的多个规制目标并存,且在实现路径上高度依赖许可标准,以及总是倾向于通过标准运用强化规制目标的机关哲学,为许可标准冲突的生成,提供了足够现实的背景与语境。

## (二) 法的位阶效力的消失

[18] See Perri 6, *Holistic Government*, London: Demos, 1997; OECD, *From Red Tape to Smart Tape: Administrative Simplification in OECD Countries*, 2003.

[19] 参见骆梅英:《非行政许可审批的生成与消弭》,《浙江学刊》2013年第5期。

[20] 骆梅英,2013年11月至2014年1月,参与中编办“汽车行业行政审批流程优化”课题的调研记录。

在参与协调许可标准冲突的多个个案中，我们观察到一个很有意思的现象。不同机关在主张应适用本部门的许可标准或阐述协调适用的困难时，往往会说：“我们的法律依据是……”，而在一个训练有素的法律人士看来，这些法律依据具有不同的位阶效力。在交通投资项目的初审权冲突中，发改委的依据是其“三定方案”中对固定资产投资项目的审批职能，交通部的依据是《公路建设市场管理办法》授予的“实施公路建设市场准入管理”的规定。两者尽管都是组织法的宽泛授权，但在法的位阶效力上，后者属于部门规章，而前者属于规章以下规范性文件。如果说“三定方案”的性质在组织法领域的效力还有待定性的话，那么在另一些案例中，位阶效力的存在几乎是显见的。比如，消防登高带能否占用市政道路的问题在各个城市都存在，尤其在空间资源相对稀缺的中心城区或建筑聚集区。消防部门的依据主要是内部规范性文件，甚至会议纪要。<sup>[21]</sup> 城管部门的依据则是《城市道路管理条例》有关城市道路不得擅自占用以及临时占用需经许可的规定，后者的位阶效力更高。而在“灵桥大修”的案例中，作为依据的文物保护法是法律，而《内河通航标准》是国家技术标准，位阶规则本身就区分着价值排序。

但实务中，行政机关几乎从来不比较谁的“法”更大，这使得适用于上下位规范冲突的法律解决机制难以为继。我们认为其原因是，法的位阶规则与法的适用规则的“反向”。自上而下法的位阶效力，建立在政府一体适用所有法律的基础上，而自下而上法的适用规则，则建立在部门分别适用各专门法律的基础上。除非缺位，行政机关总是“就近适用”较低位阶的法律规范，因为在单一事项许可标准内部，位阶越低的规范，如行政机关依据惯例的指导，往往越接近具体申请事实。相对集中行政许可下，出现了作用于同一申请事实的多个许可标准及其规范载体，适用法律的机关也从单一主体变成了复数主体，当每一个机关都就近适用最低位阶的规范，而各最低位阶规范又可能分别处于不同效力层级时，位阶规则就被忽视了。可见，许可标准的冲突大多表现为复数机关参与的异位规范间的冲突，无论是同位规范还是异位规范的冲突，这些冲突规范在没有被有权机关根据法定程序和理由改变或撤销之前，都是有效的规范，都具有拘束力。由此，行政机关互相之间从来不比较谁的“法”更大，而在协调机构并不具有改变或撤销相冲突规范的法定权限时，也不会运用位阶规则协调许可标准的冲突。

法的位阶效力的消失进一步揭示出许可标准冲突的机理，多机关下异位规范的冲突，并不能通过法的位阶规则有效解决。这导致通过规范性文件的事先审查控制许可标准的冲突变得不可能。

### （三）逻辑冲突与经验冲突

从冲突规范之间是否可调和来判断，这类冲突大多并非规范间直接的、逻辑的冲突，而是在法的适用过程中产生的潜在的、经验的冲突。<sup>[22]</sup> 逻辑冲突是指规范之间存在非此即彼的矛盾，违反了逻辑理性，如一条规范禁止一个行为，而另一条规范则允许该行为。这种冲突往往是显性的，除非修改其中一条规范，否则即是不可调和的。如“绿地率”的例

[21] 如，“利用市政道路作为消防登高场地，其绿化、架空线路、电车网架等设施不得影响消防车的停靠和作业”，《关于高层建筑消防扑救场地设计若干问题的处理意见》，沪消（防）字〔2001〕65号。

[22] 逻辑冲突和经验冲突，是瑞典法理学家佩岑尼克对规范冲突的两种区分。See Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 418 - 421.

子,两个规范依据之间是直接的、显性的冲突。而经验冲突则是指规范之间存在潜在的、只有经个案实施验证的冲突,也即两个规范之间是否真正存在冲突,只有适用于具体个案,并“根据规范实现的结果进行实质性论证”。<sup>[23]</sup>

本文涉及的大部分案例,都可归属于经验冲突的范畴。如消防登高带的例子,“不得擅自占用城市道路”与“在……情况下可以利用市政道路作为消防登高场地”,两条规范之间并不存在逻辑上非此即彼的冲突,只有在建筑容积率高、空间资源稀缺的建设项目审批中,才有可能产生冲突。再如“防盗窗”的例子。公安机关的规范依据是《旅馆业治安管理办法》第3条,开办旅馆,其房屋建筑、消防设备、出入口和通道等,要具备必要的防盗安全设施,相应地以指南形式出现的许可标准为“为了防止偷盗需要安装防盗设施(一般的要求是安装防盗窗)”。消防部门的规范依据是《消防监督检查规定》第9条,公共场所投入使用前,应对疏散通道、安全出口是否畅通进行消防安全检查,相应地以指导形式出现的许可标准为“为了逃生一般不能安装防盗窗”。“要具备必要的防盗安全设施”和“应检查疏散通道、安全出口是否畅通”,两个规范之间不存在逻辑的、显见的冲突。但在适用环节,审批官员A将“必要的防盗设施”解释为“安装防盗窗”,采取的是限缩解释,而审批官员B对安全出口的解释则囊括了建筑的“所有窗户”,站在扩张解释的立场,两者在铝合金防盗窗这一个案经验上“撞车”了。这种潜在的冲突于是转变为真实的冲突。

许可标准的冲突原因,大部分可归属于其所依据规范间的经验冲突、潜在冲突,这表明协调许可标准的冲突完全是可能的也是正当的,而且协调的主要技术事实上是法律解释技术。冈萨雷斯在论述法律冲突时指出,上述真实与潜在的冲突的根本主旨在于相冲突规范的解释意义。<sup>[24]</sup>两者被解释成相互排斥还是相互兼容,导致真实冲突与潜在冲突之间的相互转化。

#### 四、许可标准冲突的解决:审批改革实践的观察

##### (一) 解决模式:司法抑或行政

法的适用冲突,解决方案包括事先的规范审查、事中的行政内协调和事后的司法审查。前述许可标准冲突发生的机理说明,事先预防和事后审查机制在解决标准冲突时具有很大的局限性,位阶规则的失效导致事先通过规范性文件的合法性审查排除相冲突标准的任务难以实现。面对如此庞大的一个规范群,谁来审查、如何审查,目前也缺乏有效的制度安排。同时,许可标准的冲突大量地表现为潜在冲突而非规范间的直接冲突,也导致事先审查机制难以发挥作用。那么法院的司法审查能否介入其中构成有效的解决机制,以下分析得出的结论却是否定性的。

首先,许可标准冲突具有多机关参与、多阶段处分特征,这与建立在行政行为形式论<sup>[25]</sup>

[23] 参见胡建森主编:《法律适用学》,浙江大学出版社2010年版,第454页。

[24] See Carlos E. Gonzalez, *The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms*, 80 (2) Oregon Law Review 447-586 (2001).

[25] 建立在行政行为形式论上的一套法技术,即“就行政机关为达成一定行政目的或任务所实施的各种活动中,选定某一特定时点的行为,作为控制行政活动适法范围或界限之审查对象(基本单元),以达成合法性控制的目的”。参见朱新力、唐明良:《现代行政活动方式的开发性研究》,《中国法学》2007年第2期。

基础上的司法审查模式格格不入。标准冲突引发的争议，往往产生于多机关互动的行政实体过程，数个许可处理意见之间互为前置和关联。如何确定被告和被诉具体行政行为，最高法院起草《关于审理行政许可案件若干问题的规定》时曾几易其稿，<sup>[26]</sup> 最终规定“以对当事人作出具有实质影响的不利行为的机关为被告”。这仍然是采取“瞬间摄影”行政过程的一个片段展开合法性审查的方式。这一审查模式下，割裂地看待单个许可，采用“不抵触”审查标准，往往该许可标准并无合法性问题。分析典型个案，<sup>[27]</sup> 法院认为，行政机关有权设定“面积不小于1000平方米”作为上位法中“必要的生产经营条件”的解释基准。这意味着同类案件中法院所持尊重行政的立场，此时，“相关法律概念内涵具体化的作业已不可避免地脱离了立法程序而转化为行政程序所应承担的任务”。<sup>[28]</sup>

其次，司法节制的立场根本上源于许可标准的裁量权特性。法院对许可标准的审查，将不可避免地进入裁量正当性判断。特别是在适用效力位阶规则无法解决两个相冲突的标准时，法院就会进入判断哪一种标准承载的规制价值更为重要的尴尬领地，而这可能大大削弱审判的正当性。

最后，许可标准的冲突，几乎每天都在各个城市上演，司法审查的事后性和高成本使其不可能成为冲突解决的常态机制。事实上，涉及不同部门间标准冲突的诉讼案件也鲜有发生。<sup>[29]</sup> 这可能因为相对集中行政许可往往涉及行业准入、基本建设和大型招引资项目，申请人与政府之间的伙伴关系，使其更倾向于通过密切、非正式的磋商机制解决争议，而非两造对抗式诉讼。

本文所着墨的解决方案，源于对我国六轮“审改”实践的观察和提炼。许可领域标准冲突的特性，决定了其以行政系统内横向部门间协调为常态的解决模式。这不仅是规制实践的选择，也因应了许可裁量权运行的理论推演。许可目标之于标准设定的裁量，赋予横向部门间协调机构以权力空间；多机关间异位规范的冲突形式，决定了协调作用的发挥取决于规范的适用选择权以及与此相匹配的适用选择技术；多属经验冲突而非逻辑冲突的属性，揭示出在个案中观察和提炼冲突解决规则的微观路径意义；制定和公布跨部门的综合裁量基准，则是基于统一规则和固化个案协调成果的需要，它伴随着改革语境下协调机构有意识的权力活动展开。

## （二）协调机构：行政服务中心模式的“满意”与“渐进”

在田野调查中，有一位在基层审批部门工作了13年的官员说：“审批工作的全部经验，就是一句话，我们太需要一个政府之下、部门之上的权力机构了。”协调机构的话题，涉及中国审批改革语境中绕不开的“阳光大厅”——行政服务中心。应当说，以“阳光大厅”

[26] 参见杨临萍：《行政许可司法解释理解与适用》，中国法制出版社2010年版，第13页以下。

[27] 在顾荣双诉上海市工商行政管理局普陀分局案中，原告在取得卫生、消防等各项许可之后，向被告申请开办浴池登记。被告驳回了申请，理由为，个人独资企业法规定企业设立应具备必要的生产经营条件，根据上海市商业委员会、上海市工商行政管理局发布的沪商委（2001）63号《关于加强美容美发、沐浴业开业条件审核工作的通知》的附件2《上海市浴池业开业标准和技术要求（试行）》第4.1.1条的规定，“浴池经营服务场地面积不小于1000平方米”，原告申请的场地不符合这一标准。参见上海市第二中级人民法院（2003）沪二中行终字第308号行政判决书。

[28] 朱芒：《行政诉讼中判例的客观作用——以两个案件的判决为例的分析》，《华东政法大学学报》2009年第1期。

[29] 笔者查阅北大法宝、法意数据库，在行政诉讼中，未找到一例判决援引《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第5条。在笔者调研的浙江、广东等地，也未发现一例针对标准冲突的行政诉讼。

为主要模式的相对集中许可制度的形成,是行政实践的自我选择。如何解决多头审批这一流弊,2004年的行政许可法对当时仍处于改革中的各种相对集中许可制度创新,仅以留白的形式作了原则性、引导性规定。<sup>[30]</sup>这既给“中心”的发展提供了空间,又使其长期处于职能不一、形态各异的地方试验样本中。但随着历轮审改的推进,“中心”的职能模式也被不断发展、修正,并通过机构建设、“两集中两到位”<sup>[31]</sup>改革以及承担审改工作的平台等,逐渐从空间集中走向权力整合。

当前渐趋统一的对“中心”职能的认定是:组织、协调、指导、监督。<sup>[32]</sup>就其协调职能而言,现行组织形式是否已经能够满足解决许可标准冲突的实践需求?我们的观察是,在现行体制下,它已经是当下最满意的制度安排,欠缺的只是行政文化上对专门的协调机构的主体认同,以及依赖于大部制改革步伐的行政效能的提升。也许这个结论并不一定会得到实务官员们的认同,因为他们非常强调权力在“部门之上”。调研中多数官员都流露出对“行政审批局”——一个许可权实质集中的权力模式的向往。<sup>[33]</sup>然而,十几年的审批制度改革历程并不缺乏行政审批局的理论证成与制度试点,但它最终没有被实践所接受。其原因,除了与庞大的法律法规体系冲突的巨大改革成本以外,更重要的是,嫁接一项在处罚权领域获得成功的制度,不能无视许可权自身的科学规律。“以一个机关囊括所有的许可事项很可能会是一种教条主义或理想化的表现。”<sup>[34]</sup>

所以,现行“中心”基础上一个专业而高效的部门间横向协调机构的权力模式,不仅是实用主义和功能取向的,也是我国行政组织法上一种全新的职能模式和权力样态的发展。长期以来,在我国的行政体制中,政府横向之间的协作机制主要依赖临时的、非正式的机制来实现,欠缺专门的常态化的协调机关的设计,这并不为规制体制设计的国际经验所容纳。<sup>[35]</sup>近年来,各地行政服务中心正在通过活跃的权力实践证明机构存在的正当性,例如,逐渐明晰了以审批管理职能为专门职能的政府间横向机构的定位。<sup>[36]</sup>通过建章立制、职能整合和机构文化建设,事实上成为一个权力高度集中的实体部门,特别是越到基层县、

[30] 行政许可法第25条、26条的立法背景,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72页以下。

[31] 即一个机关的审批事项向一个处室集中、各审批处室向“中心”集中,保障进驻“中心”的审批事项到位、审批权限到位。各地也有“两集中三到位”,“三集中三到位”等不同表述,差异只在于不同地方事项和权限集中的程度不同。

[32] 2011年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于深化政务公开加强政务服务的意见》将中心职能界定为,“负责对政府各部门进驻、委托事项办理的组织协调、监督管理和指导服务,对进驻窗口工作人员进行管理培训和日常考核,承担本级政府赋予的其他职责”。

[33] 关于审批局模式与服务中心模式的评价,参见徐继敏:《相对集中行政许可权的价值与路径分析》,《清华法学》2011年第2期。本文认为,规范意义上,行政许可法第25条和第26条分别确立了两种许可权集中形式,一般对应审批局与服务中心两种制度实践。但在功能意义上,两者差异并没有那么显著,且集中程度视许可类型、机构职能建设的不同而不同。在一些授权程度高、协调效率高的县、乡级服务中心,许可实施的集中程度几乎与审批局模式无异,区别只是最后的决定是盖一个章还是几个章而已。而在更高的市、省级层面,许可权实质集中的审批局模式目前还没有制度试验。

[34] 方洁:《相对集中行政许可权理论与实践的困境与破解》,《政治与法律》2008年第9期。

[35] 参见张成福等:《政府横向协调机制的国际经验与优化策略》,《中国机构改革与管理》2012年第5期。

[36] 如杭州市人民政府办公厅关于印发《杭州市行政审批服务管理办公室主要职责内设机构和人员编制规定的通知》(杭政办函[2012]260号),将审管办的职能定位为“负责全市行政审批服务工作的市政府派出机构,级别为正局级”。

乡一级，协调就越高效、越权威。通过实行“两章制”，即对受理、联办等事项加盖中心窗口章，实现“中心”对许可程序性事项的决定权，甚至通过为主管部门还缺乏法律明确规定的新兴行业制定审批指南，事实上篡夺许可实施的标准设定权。最新的改革实践，通过赋予其许可“目录管理”和改革建议职能，已开始触动许可权配置和存废的实质层面。<sup>[37]</sup>这些权力活动与其协调职能的发挥是相辅相成的，即使在协调相对更难的省市一级服务中心的调研中，官员们也基本承认，“虽然没有一件是痛痛快快协调下来的，但几乎从来没有一件是协调不下来的”。

影响协调职能发挥的另一因素，是我国行政机构的大部门制改革。调研发现，越到基层县、乡一级，“中心”的权力集中程度越高，协调阻力越小；层级越高，权力集中越不易，阻力越大。所谓“上面千条线，下面一根针”，基层综合行政执法能力更强，条块分割到基层行政组织上更易汇集，协调一致的达成也就更为便捷。特别是在实行大部门制的实证样本中，<sup>[38]</sup>由于标准适用的决定权相对集中，更少出现冲突案例。

### （三）生长于个案的协调技术

对于实务样态中的行政内协调究竟是如何展开的，我们以参与式观察的方式，选取个案样本进行了分析。<sup>[39]</sup>尽管由于许可标准的冲突大多属于潜在冲突，即冲突是否发生只能在具体情境中通过规范适用的结果来检验，并随着个案事实的改变而改变，这使得提炼普适意义的冲突解决规则变得困难，但这一探究实体行政过程、还原規制细节的视角本身，仍是富有意义也饶有兴味的。

#### 1. 朝着兼容目标的法律解释

许可实施及标准制定，必须回到设定许可的規制目标进行解释。例如，前述关于娱乐场所与居民区、学校的“直线距离”采何种测量方法的争议，需要对法律为何作此许可限制进行溯源。卡拉OK等歌舞娱乐场所对公共利益的影响主要是噪音、环境，游戏机房等游艺娱乐场所对公共利益的影响则主要涉及青少年保护。因此，基于声音的传播特性，以建筑物间的直线距离为测量方法更为适宜，而对青少年的空间阻隔，则宜采取路的自然延伸方法。尽管这只是一个简单的解释模型，多数情况下行业的许可准入受到多重目标的制约，但它至少说明在许可实施领域采取高度个案的、灵活的、多元的解释技术的重要性。

基于许可标准的裁量属性，运用变通解释达到規制目标间的兼顾，即通过对不同标准所依据的法律规范作相互兼容目标的解释，从而消弭规范间的冲突，是行之有效的。如前述“防盗窗”的例子，对“防盗设施”的限缩解释和对“安全出口”的扩张解释造成了规

[37] 如根据全国人大授权、国务院批准的《广东省“十二五”时期深化行政审批制度改革先行先试方案》，广东省对行政许可事项实施目录管理，动态管理，赋予各级审改机构以目录管理权，并经本级人民政府授权公布目录。

[38] 例如，宁波市在杭州湾新区试行大部门制，设置8个职能部门，包括将审批、环保、统计职能合一，组建经济发展和行政审批局（统计局，环境保护局），将规划、建设、国土职能合一，组建规划建设国土局，将工商、质检职能合一，组建市场和安全生产监督管理局等。参见《关于印发宁波杭州湾新区开发建设管理委员会主要职责内设机构和人员编制规定的通知》，甬政办发[2010]196号。

[39] 观察的样本是2012年4月至12月，笔者跟踪调研的宁波市文化娱乐业联合审批试点项目、宁波市东部新城中央广场工程联合审批项目、宁波灵桥大修工程联合审批项目、宁波市历史文化街区项目审批标准制定、象山县农家客栈业审批标准制定、杭州湾新区中心湖区块项目审批标准制定等个案六例，以及宁波市行政审批管理办公室提供2010年至2012年《协调会纪要》12份。

制目标间的冲突。实务上的解决方案是，“之前，本着为相对人服务的原则，我们协调下来的结果是：一楼装‘保笼’，二楼不装，也是同时兼顾了两个部门的要求”。<sup>[40]</sup>理论家们或许会对此“一笑置之”，但这样一个难登教科书大雅之堂的案例，却是法律适用的真实样态，来源于执法者的草根智慧。在逃生通道相对畅通但防盗安全相对薄弱的一楼，通过防盗窗来补强，而在逃生相对困难但防盗相对容易的二楼，则通过窗户畅通来平衡，其实质是将整栋建筑作为一个整体，来衡量是否同时满足防盗和逃生两个规制目标，而不是拘泥于建筑的每一个部分都满足法律的强制性标准。这种因应个案而灵活采取的法律适用技术，实质上是功能主义而非形式主义的，其背后的理念与行政许可法的整体政府、放松规制与相对人保护的理念也是一致的。

## 2. 通过“例外”的价值排序

许可标准的冲突，实际是同一申请事实上并存多个规制目标间的冲突。在兼顾难以实现的情况下，通过对标准所承载的目标价值进行排序，从而消弭规范间的冲突，也是实务中惯常使用的协调技术。例如，在历史街区改造、古桥修缮项目的审批中，大量适用于现代建筑的各项标准，是很难被一体适用的，但也并不能由此否认其继续使用需满足通航、消防等现代功能的合理性。何者更为重要？在多数个案中，规范位阶、许可的具体情境、社会认同和集体共识等均直接决定着价值排序。如在“灵桥大修”的例子中，吸收了公众参与程序的许可方案，最终确立了文物保护的价值优先地位。而在技术上，这一排序则常常可以诉诸规范的“例外”条款和“例外”程序寻求解决。协调机构援引例外条款规避了桥梁净高标准的适用，协调后的灵桥大修方案明确由港航部门制定专门的船舶过桥管制方案以保障其通航功能的实现。<sup>[41]</sup>再如，实践中经常被建议采用的消防审批性能评估就是一个“例外”程序，通过为历史街区改造等特殊工程制定更为个性化的防火保障方案以取代消防强制标准。尽管它是一个次优方案，但是防火和文物保护的目标通过这一程序实现了兼容。<sup>[42]</sup>而在“消防登高带”案例中，协调机构也采取了相似的解决路径。<sup>[43]</sup>

## 3. 改变个案适法对象

由于许可标准的冲突会随着个案事实的改变而改变，通过化零为整、化整为零、改进技术和更新材料等方法，以改变造成冲突的具体情境，从而实现规范适用上的兼容，也是个案中经常被运用的协调技术。仍举前述“防盗窗”的例子，“必要的防盗设施”和“安全出口畅通”两个规范在铝合金防盗窗上出现了冲突。“保笼”在防火安全上的全封闭性，说明事实上它并不是一个理想的旅馆建筑材料，但其在防盗上的高安全和低成本，却正当化了它的存在。许可及其标准的设定意味着私人承担的合规成本，两者的合比例，无论在规范还是实证意义上，都构成规制正当性的基础。“现在，为了兼顾两个部门的审批要求，我

[40] 象山县行政审批管理办公室：《旅馆业审批中公安与消防相互矛盾的问题》，2012年8月22日。

[41] 《内河通航标准》（GB50139-2004）5.2.5：“平原河网地区建桥遇特殊困难时，经充分论证通航净高可适当减小”。

[42] 根据公安部消防局《建设工程消防性能化设计评估应用管理暂行规定》，消防性能化设计评估方法适用于“（一）超出现行国家消防技术标准适用范围的；（二）按照现行国家消防技术标准进行防火分隔、防烟排烟、安全疏散、建筑构件耐火等设计时，难以满足工程项目特殊使用功能的”两种情形。

[43] 参见宁波市基本建设项目联合办理推进办公室：《东部新城区域基建项目消防登高面设置行政审批工作协调会议纪要》，[2012]3号。协调方案为从项目实际出发，特事特办，允许特定高层建筑消防登高面占用城市道路，同时制定场地周边交通维护方案和应急预案。

们采取了变通，即采用窗户限位的办法，既满足了公安的防盗要求又满足了消防的逃生要求，也降低了业主的成本。”<sup>〔44〕</sup>用铝合金限位器等类似窗户限位装置取代“保笼”，实质上就是通过技术和材料的改进以改变造成冲突的具体情境从而解决规范的冲突。

尽管试图在理论上穷尽实践智慧的努力必然都是徒劳的，但反过来，决不能否定在芜杂的个案中提炼一二共通规则对于实践的指导意义，尤其是在标准冲突问题困扰实践的当下。这种困扰或源于审批官员们对协调技术的零散且无意识的运用，或源于他们因忌惮权力割据而为自己急于行使协调权寻找借口。另一方面，无论是法律的兼容解释、对规制价值进行排序还是改变个案情境，这些共通技术的背后，仍需核心的价值理念支持，那就是便利相对人申请的顾客导向和高于部门的整体政府理念。在这些实证个案中，我们确实看到了理念正在“润物细无声”地改变着官员们的行为，但是也存在协调失败的个案和迄今仍存留、将来新出现的冲突。不断冲击现实砥砺前行，激发理念、技术、行为之间的互动、碰撞与改良，这就是改革。

#### （四）综合裁量基准的编制与公布

综合裁量基准，即以特定事项、行业、区域为视角，统一不同部门的许可标准，制定并公布跨部门的综合性标准，其实质是在各单一许可裁量基准的基础上，整合形成多许可之上的综合性裁量基准。可以说，当前一些地方由“中心”牵头编制并公布大量行业联合审批指南和程序性规则的改革实践，是一场许可领域的裁量基准运动。除了巩固个案协调的成果使之上升为普遍规则之外，在功能上，它也使协调机构通过标准的清理汇编实质性地开展了相冲突规范的选择适用过程，尤其是其优化程序裁量的意义。不过，无论是统一规则还是个案协调，其解决标准冲突的内在技术仍是上述法律适用和解释技术。

首先，统一规则对于解决许可标准及其规范依据之间逻辑的、显性的冲突具有直接的效果，如统一不同部门的“绿地率”指标。<sup>〔45〕</sup>这一例子也说明，协调机构可能通过规则制定权获取分配许可管辖权的地位。再如编制餐饮业、娱乐业、汽车业等行业联合审批指南，不是对各环节许可之法律规定的简单罗列，而是从相对人角度将综合体现行业准入的规划、产业政策、环保、消防、卫生等一揽子资格条件，按照最利于操作的原则进行整合、汇编形成指南，这一过程也必然暗含着对相冲突之标准的发现及选择适用。

其次，单一和复合许可标准的制定和公开，对于控制许可领域的裁量滥用具有重要意义。裁量滥用引发的标准冲突，如一些部门的“口袋政策”、“隐形标准”之间的冲突，相较于明文冲突更为隐蔽也更难解决。<sup>〔46〕</sup>而单个许可标准的制定和公布，综合裁量基准的编制，使发现隐匿的标准冲突现象并予以解决有了可能。

最后也是最重要的，应解决程序冲突。市场准入总是一个复合许可的过程，各单一许可程序的封闭和阻隔往往造成相对人信息获取的片段化和准入的高成本。此时，从流程优

〔44〕 前引〔40〕。

〔45〕 “绿地率计算标准由城管（园林）部门统一制定并公布。在审批时，统一采用规划部门在‘技术指标复核报告’中根据统一的绿地率计算标准得出的绿地率数据。”参见宁波市行政审批管理办公室：《关于基本建设项目办理环节和流程简化优化的实施办法》，2012年5月15日。

〔46〕 最典型的是投资核准领域，由于一前一后实施的行政许可法与《国务院关于投资体制改革的决定》两个文本在政策协同和概念体系上的不衔接，导致我国投资核准制长期游离于审批制度改革之外。13类国民经济重点行业的投资审批，鲜有专门的执行文件，更勿论明晰的审批标准、期限和程序。

化的角度,通过“多表制变一表制”归并重复性申请信息,统一组织多部门参与的现场联合踏勘,合并材料相同的审查环节,共享审查信息,协调“先证后照”或“先照后证”的关系等等,形成指南和程序规则,将准入所涉各阶段的许可程序进行整合串联,对于解决许可程序的“互为前置”、叠床架屋等冲突问题,具有显见的行政效率意义。

但是,编制行业性、区域性、跨部门的综合标准,目前仍是一种零星的改革实践,与个案协调中存在一个特定的申请人利益不同,重新调整规则意味着挑战一个庞大的规范群及其背后既有的利益格局,耗时耗力,因而只有持续地注入改革的动力,才不至于成为又一场“茶杯里的风暴”。另一方面,也应看到,综合裁量基准仍是一种裁量的规则之治,即戴维斯第一种裁量控制意义上的“构造裁量”,<sup>[47]</sup>它仍然无法消除具体的、情境的标准冲突现象,也就无法替代个案协调。同时,它是一种协调机构有意识的权力活动,受权力自身强弱的影响。部门间横向协调机制的定位,决定了其作用一般仅止于标准的汇编,而对触及标准实质合法性的清理,却缺乏推动的意愿。

自然地,本文所着墨的行政内协调模式,有它的局限,受制于条块分割的网状行政权格局,大多数时候也只能是“戴着镣铐跳舞”。但所有这些,都在如今的改革中真实地发生着,而我们的研究也将继续。

---

---

**Abstract:** Administrative licensing standard is the interpretation and elaboration of the statutory conditions and procedures of administrative licensing. Theoretically it belongs to the criteria of discretion in administrative licensing, functionally it constitutes the sum of all restrictive conditions for obtaining a license, and formally it is manifested in a top-down “ladder-structure” norm system. From the perspective of relatively concentrated administrative licensing, the market access process is often a complex licensing process consisting of more than one single licensing, resulting in conflicts between substantive and procedural licensing standards adopted by different government departments. The internal causes for such conflicts are departmental interests behind the power of administrative licensing and paternalistic mode of regulation, the external manifestations of such conflicts are the conflicts between different levels of legal norms adopted by different administrative agencies, and most of them are empirical, rather than logical conflicts. There are three main solutions to these conflicts, i. e., continuously improvement of the current mode of administrative coordination, development of general coordination techniques through the summarization of individual cases, and adoption and promulgation of a comprehensive standard on administrative discretion.

**Key Words:** standard of administrative licensing, criteria of discretion, normative conflict

---

---

[47] See Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969, pp. 55, 58.