

社会性许可权的行政法建构

戚建刚

摘 要 社会性许可权是指,受到项目影响的社会性许可被申请人对作为社会性许可申请人的项目企业以及对项目承担行政许可职责的国家行政机关所享有的某种主张或者资格。社会性许可权属于以公共利益为主的新兴权利,是一种法外权利。它不同于环境法或者行政法上的利害关系人参与权,是一种具有特定属性和独立内涵的权利。将社会性许可权转化为行政法上权利的理据在于:社会性许可权不仅是合作治理社会问题的新形式,也是实现可持续发展的重要途径,更为重要的是,实定法层面已经隐含着社会性许可权。行政法上的社会性许可权可以分为行动型社会性许可权和接受型社会性许可权,前者主要包括知情权、评论权、申请权、动议权以及表决权,后者主要包括获得通知和参加会议权、获得不利决定的理由权、不受妨碍权以及受到平等对待的权利。

关键词 社会性许可权;公共利益;新兴权利;社会治理

中图分类号 D922.1 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2018)04-0126-12

基金项目 国家社会科学基金重点项目(17AAFX013)

进入 21 世纪以来,在政府行政管理中,我们可以发现一种反常现象:经政府合法许可或者虽然尚未完成许可程序,但已经被政府选中的企业项目却遭到项目所在地的公众阻止,而结局通常是在政府考虑到“市民不同意,项目坚决不上”后^[1],项目被中止、流产或者搬迁。事实上,此类现象在国外也时常发生。比如,美国可口可乐公司在印度喀拉拉邦建有工厂,但 2009 年该地区遭遇干旱,当地社区的活跃分子发动一场抵制该公司过多使用瓶装水的运动,可口可乐公司被迫中止生产^[2]。显然,美国可口可乐公司是在取得印度当地政府许可情况下才经营该项目。对于此类现象,国际上一些从事矿产资源开发的学者提出“社会性许可”概念来解释,大意指,企业项目要想生存,除了取得国家许可之外,还要取得来自受项目影响的社会公众的许可^[3](P83-90)。这一概念虽然已经成为国际上诸多企业年报和官方文件中的高频词,并且我国学者也开始引入使用,但面临着“过于神秘、难以捉摸、边界不清”等问题^[4](P355-359)。由此,国际上有学者,比如贾森和斯考特认为,可以从权利角度来认识社会性许可^[5](P348)。

笔者赞同贾森等学者的观点,即把社会性许可视为一套权利体系,或者更简洁地表达为社会性许可权。理由在于:一方面,经验表明社会性许可本身隐含着否决权的意思或者事实上的否决权;另一方面,社会性许可权这一表达,既能保留社会性许可固有的解释力,也具有相应的可操作性。因为从法理上而言,权利是一种行为规范^[6](P140-143),只有具备了作为行为规范的社会性许可才能全面发挥其解释、规范和预测功能。可是,对于社会性许可权的基础性问题,比如,到底由哪个部门法来规范?社会性许可权的主要类型是什么?国际上鲜有学者探讨,对其的认识依然停留在极为粗糙的感性阶段。本文的基本命题就是如何从行政法角度来建构社会性许可权。围绕着该命题,文章的分析框架为:探讨社会性许可

权的属性,分析社会性许可权形成的理据并阐释它的主要内容,以期为解决我国行政管理中的困局提供新的制度遵循。

一、社会性许可权属于以公共利益为主的新兴权利

所谓社会性许可权,是指受到项目影响的社会性许可被申请人对作为社会性许可申请人的项目企业以及对项目承担行政许可职责的国家行政机关所享有的某种主张或者资格。社会性许可的被申请人是受到项目影响的各类利害关系人,既可以是直接利害关系人,即自身的合法权益受到项目径直影响的主体,比如,行政机关许可某企业在某居民区建造一个垃圾焚烧厂需要征用该居民区的房产和土地,房产和土地被征用的居民就是直接利害关系人;也可以是间接利害关系人,即除直接利害关系人之外的对项目感兴趣的主体,比如,行政机关许可某企业在一个栖息着大量猴子的国有森林公园内建设一个大型游乐场,猴类保护协会对此高度关注,该协会就属于间接利害关系人。社会性许可的申请人是项目企业和对项目实施许可权的国家行政机关。所谓项目,是指具有特定目标,有特定开始和终止日期,具有一定约束条件(比如资金有限、消耗资源)的活动和任务。项目企业通常承担项目的启动、计划、执行、控制和结束等工作。享有许可权的行政机关通常对项目承担考察、审查、审批、监督等职责,有的是国家环境保护方面的行政机关,有的是安全生产方面的行政机关,有的是土地管理方面的行政机关。他们共同构成社会性许可申请人。从属性上分析,社会性许可权属于以公共利益为主的新兴权利。

(一)社会性许可权属于以公共利益为主的权利

从学理上探讨社会性许可权属于公共利益还是私权利,不仅是明确其部门法归属,而且还是确定其保障和救济途径的前提性问题。这就需要运用公法,特别是行政法上的私人公共利益理论。从历史角度来分析,现代行政法上的私人公共利益概念,最早由德国学者 C.F.V. 哥伯在 1852 年所著的《公权论》中提出,意指当个人与全体相结合时对国家具有的权利就是公权利,最主要的公权利是参政权,尤其是选举权^[7](P26)。德国学者奥托·迈耶认为,真正的公法上的权利是从授予个人参与权开始的^[8](P116)。日本学者美浓布达吉指出,公权是国家或共同体本身居于当事者或义务者地位^[9](P124)。我国学者的典型观点则是,私人公权,不仅是为保护权利主体自身的个人利益而赋予的,而且是为了实现公共利益,或者说主要是为了实现公共利益而确认的^[10](P190)。

国内外学者对私人公共利益判断标准的研究,无疑为我们分析社会性许可到底属于公共利益还是私权利提供了重要启发价值。笔者认为,根据私人权利所对应的义务主体是否行使公共行政权力,特别是国家行政权力,私人权利的目的是为了追求公共利益还是私人利益,私人权利主体的意志和行为所指向、影响和作用的客观对象是否是国家和社会公共事务,在学理上可以将私人权利分为公共利益与私权利。据此标准,社会性许可权属于以公共利益为主的权利。对此可以从四个层面来理解。

第一,社会性许可权所对应的义务主体是享有对项目行使国家行政许可权的国家行政机关以及从事项目开发和建设的企业。在我国行政法语境中,行使国家行政许可权的行政机关无疑是享有公共行政权力的主体,而项目企业虽然不享有行政权力,但在公有制占主导地位的当下中国,许多项目企业是国有企业,拥有大量人、财、物、资本、信息和技术资源,属于郭道晖教授所说的社会权力主体^[11](P4)。比如,于 2013 年 5 月发生在云南省昆明市的“对二甲苯事件”中,项目企业就属于中国石油天然气集团有限公司(以下简称中石油)。由此,社会性许可权所对应的义务主体主要是享有公共行政权力和社会权力的主体,而不是纯粹的私人主体。

第二,社会性许可被申请人行使社会性许可权利的目的不仅是为了维护个体利益,更是为了维护社区集体利益,还为了保障公共利益。从社会性许可权实践来观察,受到国家行政机关许可项目影响的直接利害关系人通常是某一社区或集体的复数意义上的公民。他们既为了维护个体利益,比如,因私人财产所有权和使用权而主张权利,也为了保护社区或集体的权利,比如,社区或集体的清洁水源、干净空

气、有益的投资环境等,还为了促进更大范围内的社会公共利益,比如,确保项目与当地社会协调和可持续发展,维护下一代人的生存环境等。而对国家行政机关许可项目感兴趣的间接利害关系人,诸如各类环保公益组织,通常为了维护社会公共利益,为了保障生态环境资源来主张权利。比如,前述发生在云南省昆明市的“对二甲苯事件”中,作为直接利害关系人的昆明市民的诉求就是洁净的水、新鲜的空气,而作为间接利害关系人的绿色河流与绿色家园的诉求则是保障昆明的美丽^[12](P87-109)。由此,社会性许可被申请人行使社会性许可权利的目的主要是为了维护和促进社区的、公共的利益。

第三,社会性许可被申请人意志和行为所指向的对象是国家行政机关许可的项目,包括已经履行完毕许可程序或者尚未履行完毕许可程序的项目。从功能来分析,这些项目通常是为了实现国家产业政策,促进社会和经济的发展而由国家安排或扶持的社会公共事业,比如,2014年5月10日浙江省杭州市余杭区市民反对处于前期规划公示阶段的中泰垃圾焚烧厂项目就属于杭州市2014年规划重点工程项目^[13]。

第四,社会性许可权也具有私权利的特征。虽然社会性许可权主要属于公共利益,但并不排斥或者否定其具有私权利特征。理由在于,作为社会性许可权主体的利害关系人,特别是直接利害关系人行使该权利也包含着对个体利益的追求。这符合经典马克思主义作家的观点。马克思曾经说过:“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^[14](P82)利害关系人之所以要行使社会性许可权也是为了实现自身利益,满足自身的需要。

以上四个方面合而言之,社会性许可权属于以公共利益为主的权利。揭示社会性许可权的公共利益属性的法律意义在于:一是为行政法规范社会性许可权提供客观基础,即社会性许可权应当由作为公法的行政法来规范,而不应当由作为私法的民商事法律来调整。这意味着社会性许可权中的各方主体应当遵循行政法基本原则和制度。二是将社会性许可权与私人的私权利区分开来,即社会性许可权的主体在行使此类权利时候,需要以促进社会公共利益为主要出发点,以保障某一地区的社会、经济、政治和文化等全面协调可持续发展为旨归,不能为了一己私利而滥用权力。

(二)社会性许可权是新兴权利

明确社会性许可权是以公共利益为主的权利是从实质角度来分析其属性,而阐释其是一种新兴权利则是从形式层面来明确其属性。根据法学理论界关于新兴权利的判断标准,社会性许可权无疑属于新兴权利。对此,可以从如下三方面来论证。

第一,从时间标准来分析,我国过去的法律文本以及当前的法律文本尚未对社会性许可权有任何明确的规定。在我国目前的法律文本中,特别是在行政法中,立法者尚未规定社会性许可权。与之在名称上相近的一个概念是行政许可权,即作为行政相对人的公民、法人和其他组织依法向履行国家行政许可职责的行政机关申请从事某种活动的资格。但社会性许可权与行政许可权在内容上根本不同,它们之间存在本质差异。社会性许可权是不具有国家行政权力的、但受国家行政许可项目影响的社会公众——利害关系人——允许国家行政许可机关和企业实施某一项目的权利。换言之,在社会性许可权关系中,社会公众占主导地位。他们有权授予国家行政许可机关和企业开展项目。而在行政许可权关系中,具有国家行政权力的行政机关占主导地位。他们依法授予公民、法人和其他组织从事某种活动的资格。可见,社会性许可权不同于行政许可权,而我国目前行政法中没有对之加以规定。

第二,从空间标准来看,我国境内的法律没有明确规定社会性许可权,但国际上的法律文件对此隐含地作了规定。比如,2007年9月13日联合国人权理事会第107次会议通过了《联合国土著人民权利宣言》。该宣言第10条规定,如果未事先获得有关土著人民的自由知情同意和商定公正和公平的赔偿,并在可能时提供返回的选择,则不得进行迁离;第11条第2款规定,对未事先获得他们自由知情同意,或在违反其法律、传统和习俗的情况下拿走的土著文化、知识、宗教和精神财产,予以补偿,包括归还

原物。这就是著名的“事先的、自由的、知情的同意原则”。依据该原则,政府或企业的项目影响了土著人的财产,需要事先获得土著人自由的和知情的同意。虽然该原则主要针对土著人,但国际上一些学者认为这一原则其实隐含着社会性许可权^[15](P1-5)。尽管我国是联合国常任理事国,并且我国政府公开承诺支持该宣言^[16],然而,我国毕竟不是该宣言的缔约国,因此该宣言对我国政府没有约束力。

第三,从权利内容标准来看,现行法律尚未对社会性许可权的主体和客体加以规定,属于纯粹的新兴权利^[17](P8-9)。凡权利都是一定社会关系的体现^[18](P92)。社会性许可权的主体是社会性许可被申请人和社会性许可申请人。其中,申请人是积极提出要求,能促进被申请人实现或顺应自己要求的主体,即项目企业和对项目实施许可职责的国家行政机关。而被申请人是消极顺应申请人的要求的主体,即受项目影响的直接或者间接利害关系人。社会性许可权的客体则是社会性许可当事人的行为和意志作用的对象——通常属于国家和社会公共事业的项目。对于具有这样一种内容的权利,我国现行法律,特别是行政法律尚未明确加以规定。

以上三个层面合而言之,可以判断社会性许可权属于新兴权利。当然,有学者可能会提出质疑,认为现行环境行政法所规定的利害关系人基于环境权或环境利益主张的参与权(下文简称“环境利害关系人参与权”)与社会性许可权存在相似之处,因而可能否定社会性许可权作为新兴权利的属性。笔者认为,这两种权利至少存在两大区别。一是义务主体不同。环境利害关系人参与权所针对的义务主体是国家环保行政机关,而社会性许可被申请人所针对的义务主体是项目企业以及对项目承担行政许可职责的国家行政机关——环保行政机关仅仅是其中一个行政机关。二是权利类型不同。环境利害关系人参与权的类型到底包括哪些,学理上存在诸多争议,但可以明确的是,现行环境行政法(主要是《中华人民共和国环境保护法》第53条第1款的规定,下文简称《环境保护法》)中的利害关系人参与权的类型要远远少于笔者在下文所建构的社会性许可权类型,特别是环境利害关系人并没有表决权——有权否决一项已经经过行政机关许可的项目。也有学者可能会提出质疑,社会性许可权与行政法上的利害关系人参与权是什么关系?为何不使用行政法上利害关系人参与权^①,而使用社会性许可权?笔者认为,这两种权利也存在三大区别。首先,两种权利所针对的义务主体不同。前者的义务主体是项目企业以及对项目承担行政许可职责的国家行政机关;后者的义务主体是国家行政机关——对项目承担行政许可职责的国家行政机关仅仅是其中的一种类型。其次,两者所指向的客体不同。前者所指向的客体是属于国家和社会公共事业的项目,而后者所指向的客体要广泛得多,除了项目之外还包括人事、财政等方面事项。最后,两者权利类型不同。行政法上参与权^[19](P84-87)主要包括批评和建议权、控告与检举权、协助公务权、知政权和行政契约权。但笔者下文所建构的社会性许可权包括两项核心权利——表决权和动议权,这是行政法上的参与权所无法涵盖的。可见,不论是环境利害关系人参与权或行政法上参与权与社会性许可权均存在重大差异,特别是它们都没有包括社会性许可权的核心权利类型——对项目的表决权。而正是在核心权利类型上的差异,使得它们难以充分解释当前我国行政管理的难题——诸多项目虽然已为国家行政机关所选中或者已为国家行政机关依法许可,但最终被社会性压力否决,也正是这种差异使得社会性许可权可以表征为一种新兴权利。

揭示社会性许可权的形式属性是新兴权利的主要法律意义在于:从形态分析,社会性许可权是一种法外权利,即它虽非由国家法律规定,但它是特定领域的社会公众实际上在行使的权利;它也是特定国家行政机关在面对公众压力的情况下有时不得不承认的权利。

^① 为简洁起见,笔者沿用行政法上作为通说的“参与权”来与社会性许可权加以比较。

二、将社会性许可权纳入行政法具有充分的理据

笔者已从实质和形式两个层面揭示了社会性许可权的属性,并将它与环境利害关系人参与权和行政法上参与权做了区分,不难发现它是一种具有独立内涵的权利,但它目前仍然是一种法外权利。由于在极端情况下,它将产生巨大的爆发力和破坏作用,因而,它是行政法的立法者和实施者以及项目企业都应当予以重视的权利。行政法的立法者通常有两种选择:一是顺势而为,通过行政法机制来及时确定此类法外权利,规定当事人,特别是规定社会性许可被申请人行使权利的合理程序,将此类权利所具有的潜在破坏性控制在法律轨道之内,扬其善,遏其恶。二是彻底禁止或者否定这种法外权利。可是,从社会性许可实践来分析,国家行政机关若选择彻底禁止或否定,则不仅将抛弃社会性许可权的积极功能,还将付出巨大的合法性代价。可见,行政法的立法者做出第一种选择是明智之举。这恰如美国法哲学家博登海默所说的,法律对于权利来讲是一种稳定器,对于失控的权力来讲则是一种抑制器^[20](P290)。但将一种法外权利转化为行政法上的权利,则是需要加以充分论证的。这是因为,如果没有基于客观的共同条件生活需要,“我要”永远只是“我要”,永远变不成“权利”^[21](P336)。由此,需要从深层次的学理和法理层面来阐释社会性许可权纳入行政法的依据。

(一)社会性许可权是合作治理社会问题的新形式

与第三次科技革命浪潮相伴随的是现代社会经济环境的日益复杂化,公民权利意识不断增强,社会和经济矛盾涌现。而传统的行政管理模式受到极大挑战,主要依赖国家行政机关来提供公共物品,实施社会管理的做法也不断遭遇合法性危机,这就是所谓的政府治理危机。在这种背景下,多层次治理、多中心治理、网络治理、社会治理、善治等新的社会管理模式不断涌现^[22](P42-46)。虽然这些治理模式名称各异,但它们一个基本的共同点是要求政府职能转变:在纵向层面,国家行政权力向国际组织、基层政府和社区转移;在横向层次,国家行政权力从国家行政机关向非政府组织,甚至公民个体转移。国家行政机关被嵌入一个由各种不同层次的组织、机构、协议和制度相互交织的网络中,成为提供公共物品的诸多权威形式的一种。由于这种转向,使得公共权力与私人权利的界限变得日益模糊,非政府组织和公民个体的角色也发生改变,公民社会与国家的区别也变得不是很明显。

社会性许可权就是在这种转变中逐渐兴起的。在很大程度上,社会性许可权是公与私合作治理或者互动治理的一种最新的制度化形式。它超越了早期的参与式治理。它既要解决政府失灵和市场失灵,也要克服早期参与式治理本身失灵问题。赋予受行政机关许可项目影响的各类利害关系人一系列权利,意味着无序和低效参与将转变成一种有序和高效的参与,也意味着各类利害关系人将以责任者和主人翁的姿态参与到复杂项目的规划、选址、执行和操作过程中。作为项目最敏感的治理行动者,通过赋权,他们既能促进行政机关科学决策和灵活监管,也能帮助项目企业提升业绩;既能阻止那些严重破坏生态环境的项目,也能防止掠夺式的开发活动,实现政府、市场和公民社会三赢。对于社会性许可权的这种功能,国外学者也有论述,比如,澳大利亚学者甘宁汉等认为,社会性许可(权)能够敦促行政机关及时执法,提高执法频率,增强执法效果。虽然行政法律规定了企业排放恶臭硫磺的限度,但行政机关从来不会将控制气味作为其执法优先事项,因为气味对环境影响很微小^[23](P322)。然而,在纸浆厂项目中,社区居民却将恶臭气味作为最优先事项来考虑,这就迫使行政机关动用执法权力对气味加以严格控制。驰莱克则认为,社会性许可(权)能够帮助企业节省成本,降低社会风险并有助于项目在没有遇到社区冲突情况下持续运作。为此,他引用世界资源研究所的一项研究来佐证,世界著名石油企业荷兰壳牌在菲律宾开采天然气,因该项目获得当地社区同意,为壳牌节省了7200万美元费用^[1]。

(二)社会性许可权是实现可持续发展的重要途径

从20世纪60年代以来,随着世界人口不断增长,人与自然矛盾日益加剧,国际组织提出了可持续发展理论^[24](P415-428)。该理论主张需要一种新的、危害性较小的长远发展策略,将社会的、经济的和

环境的问题以一种整体性方式加以解决的发展策略。在当代中国语境中,科学发展观、“五位一体”总体布局^[25]、新发展理念,既是对可持续发展理论的继承,更是对其的超越。具体到政府对重大投资项目的行政许可、企业开展项目建设等领域,如何确保可持续发展、体现新发展理念则需要具体途径。对于途径探索,我国政府其实是在不断试错中改进。早期,以政府为主导,突出国家行政许可活动的经济和技术理性,后来强调企业的社会责任,要求企业做文明社会中的公民。到了 21 世纪,随着我国社会进入环境风险敏感期,时而发生针对合法项目的反对活动,人们逐渐意识到如果缺乏作为利害关系人的社会公众的参与,如果没有给社会公众有效赋权,则不可能做到协调和共享式发展。这是因为,在项目投资领域,政府、公众和企业价值取向、利益偏好、长期利益与短期利益等方面存在差异。政府主要追求便宜的政治和技术理性,企业主要追求经济理性,而社会公众偏爱社会理性。在公众缺场或者形式上存在但实质上缺场的情况下,政府和企业不可避免地结成“伙伴关系”以追求经济和政治便宜理性最大化。

为了回应此类棘手的问题,社会性许可权孕育而成。社会性许可权不仅能够增强政府或企业决策内容的科学性,比如,当社区成员能够实质性地参与影响他们切身利益的企业项目,那么政府和企业就能够设计出实质上更好和更平等的方案,体现可持续发展中的公平和质量^[26](P412),而且公众参与本身就是一种目的。因为这让整个决策过程变得更为民主,比如,公众参与为社区成员提供机会来了解一个项目的影响和收益,讨论项目面临的潜在挑战,体现可持续发展中的动力^[26](P411)。如果没有赋予公众社会性许可权,如果没有给公众提供实质性学习和了解项目的机会,那么他们就不可能同意那些影响其切身利益的企业项目——即使项目经过了国家许可。由此,公众就不会支持这些项目的运行,这就会损害可持续发展。毕竟,项目的有效运行是实现可持续发展的重要载体。同时,公众也不能从项目的运行中获得自身的利益,从而也不能体现共享式发展。

(三)实定法层面隐含着社会性许可权

如果说社会性许可权是合作治理社会问题的新形式以及实现可持续发展的重要途径,主要是从功能角度来为其从法外权利转变成法上权利提供正当性,那么从实定法层面来考察,则是从已经存在的被立法者隐含认可的利益事实角度来为这种转变提供正当性。

第一,《中华人民共和国宪法》(下文简称《宪法》)为社会性许可权提供了根本性的规范依据。根据《宪法》第 2 条第 3 款的规定,我国人民依法通过各种途径和形式,管理国家事务、经济和文化事业以及社会事务。从法解释学的角度而言,《宪法》这一条款为社会性许可权提供了根本性的规范依据。这是因为,“国家事务、经济事业和社会事务”当然包括国家行政机关许可的企业项目,而特定社会公众通过行使社会性许可权就是他们参与国家事务和经济事业以及管理社会事务的一种途径。又如,《宪法》第 27 条第 2 款规定,一切国家机关和国家工作人员必须倾听人民的意见和建议,接受人民的监督。在这里,“倾听人民的意见和建议,接受人民的监督”也为社会性许可权提供了依据。因为,特定社会公众行使社会性许可权的过程,就是对行政许可机关的监督过程,是他们倾听人民的意见和建议的过程。再如,《宪法》第 13 条规定国家依法保护公民的私有财产权,国家为了公共利益需要,在依法给予补偿的情况下可以征用公民私有财产。据此,如果企业项目——虽然经过行政机关许可,将严重侵害某一社区居民房屋所有权,那么国家行政机关或者企业在没有依法给予补偿或者补偿不足的情况下,该企业项目能否在该社区“落户”,自然应当征求该社区居民的同意。因为社区居民的房屋所有权是受宪法保护的权利,如果未经居民同意就“落户”建设,就是侵犯居民私有财产权的行为。而征得社区居民同意则是社区居民行使社会性许可权的重要内容。可见,《宪法》第 13 条规定的公民私有财产权也为社会性许可权提供了依据。

第二,《环境保护法》等法律规范也为社会性许可权提供了规范依据。《环境保护法》第 1 条规定该法的宗旨之一是促进经济社会可持续发展。根据权威机构的观点,该法所规定的可持续发展主要是确

保代内公平和代际公平。而代内公平的要义是,代内所有人都有平等利用自然资源与享受清洁、良好的环境的权利,当代一部分人的发展不能以损害另一部分人的发展为代价^[27](P6)。这一规定直接为社会性许可权提供了依据。社会性许可权是实现可持续发展的最重要途径之一,赋予受项目影响的特定社会公众社会性许可权可以有效阻止那些获得非法许可或者虽然合法但却是污染环境的项目,防止污染企业通过掠夺特定社会公众的环境权利来获得畸形发展,从而实现代内平等,进而有助于促进代际平等。《环境保护法》第53条第1款规定,公民、法人和其组织依法享有获取环境信息,参与和监督环境保护的权利。这一条款所规定的获取环境信息权、参与和监督环境权不仅为社会性许可权提供了直接的法律依据,而且它们本身就是社会性许可权的重要组成部分。除了《环境保护法》的规定之外,《中华人民共和国大气污染防治法》(下文简称《大气污染防治法》)第5条、《中华人民共和国环境噪声污染防治法》(下文简称《环境噪声污染防治法》)第7条等法律规范都为社会性许可权提供了规范依据。

三、行政法建构社会性许可权的主要类型

以上分析表明,将社会性许可权纳入行政法轨道并不是虚妄的权利呓语,而是符合我国经济社会客观发展要求以及宪法和法律规定的选择。那么接下来需要论述的则是社会性许可权在行政法上的主要类型问题。对此,首先需要明确一个前提,即社会性许可权不是一项单个权利,而是一种权利束。这个权利束包含着诸多子权利。在这个权利束中,行政法可以根据我国社会经济发展条件,不断增加或者减少相应的子权利。作为认识事物的一种通常方法,人们一般通过分类来分析事物。由此,可以依据不同标准来对社会性许可权加以分类。笔者依据社会性许可权行使者——社会性许可被申请人,依法实现其意志和利益的方式为标准,将其分为行动型社会性许可权和接受型社会性许可权^[28](P64-74)。

(一)行动型社会性许可权

所谓行动型社会性许可权是指,作为权利享有者的社会性许可被申请人有资格做某事或以某种方式采取行动,是对社会性许可申请人主动作为的权利。从规范层面而言,被申请人所享有的行动型社会性许可权主要包括如下类型。

第一,知情权。知情权是指,除依法保密之外,出于正当目的,社会性许可被申请人有权知晓、查阅和复制社会性许可申请人所收集、制作、保留的与项目的行政许可以及项目的建设和开发等有关的信息和资料的资格。何为正当目的,则需要做广义理解,比如,被申请人担心项目对自身健康带来影响;又如,被申请人基于环境科学研究需要等,都属于正当目的。对于知情权需要从四个方面来理解:一是就面向的主体而言,社会性许可被申请人既可以向作为社会性许可申请人之一的国家行政许可机关行使知情权,比如,要求行政许可机关公开项目的环境影响评价报告,也可以向项目企业行使知情权,比如,要求企业公开每日排污数量。二是就覆盖面而言,知情权不仅将覆盖国家行政机关考察、审查、许可和监督项目的整个管理过程,也将覆盖企业开发、建设、运行和结束项目的整个过程。换言之,国家行政许可机关对项目的整个管理过程以及企业对项目的整个生命运作过程所制作和保存的信息,都属于社会性许可被申请人知晓的对象。三是就行使知情权方式而言,行政法需要规定社会性许可被申请人可以通过复制、摘抄、查阅、拷贝等方式来进行。四是就保密与公开关系而言,行政法需要规定公开主导下的保密,而不是保密主导下的公开,特别是对于直接利害关系人而言,对于不能知晓的事项需要加以列举。知情权是社会性许可权中的一项基础性权利,是社会性许可被申请人行使其他权利的手段。这恰如有学者所指出的那样,公民要想成为自己的主人,要想具有行动的能力,就必须用可得的知识中隐含的权力武装自己,如果公民没有知情权,那么所谓面向公民的社会性许可权,也就沦为了一场滑稽剧或悲剧的序幕^[29](P265)。

第二,评论权。评论权是指,出于正当目的,社会性许可被申请人享有对国家行政许可机关以及企业做出的涉及项目许可和管理的政策和措施提出建议和发表意见的权利。社会性许可被申请人既可以针

对与自身有直接利害关系的涉及项目安全的政策和措施加以评论,比如,对于垃圾焚烧厂项目,周边居民有权向企业提出要求其使用国际先进的消除二恶英的过滤器,也可以出于研究兴趣等理由而对相关政策和措施加以评论,比如,要求项目企业内部建立完善的环境质量防控责任机制。与知情权相类似,评论权也将贯穿国家行政机关对项目的整个许可和管理过程以及企业对项目的整个开发和建设过程。对于评论的方式,社会性许可被申请人既可以运用书面形式,也可以使用口头形式;既可以采用电子数据形式,也可以采用传统的书信形式;既可以向行政机关或企业直接提出建议和评价,在不违法的情况下,还可以借助互联网等形式来加以评价。行政法需要特别规定,社会性许可被申请人行使评论权的法律效果,比如,国家行政机关和项目企业负有定期反馈和答复的义务等。

第三,申请权。申请权是指,基于正当目的,社会性许可被申请人就与项目有关的事情向社会性许可申请人提出请求的主张。社会性许可被申请人行使申请权的目的是希望参与国家行政许可机关和项目企业的管理活动,了解项目安全情况。申请权,同样覆盖企业项目的许可和运作整个过程。被申请人既可以面向国家行政许可机关行使该权利,比如,被申请人向行政机关申请公开某季度对项目的执法信息,也可以面向项目企业行使该权利,比如,被申请人向项目企业申请参与该企业内部环境质量安全管理工作。申请权是社会性许可被申请人实现深度参与项目治理的重要手段。目前我国环境法等法律虽然规定了公民的申请权,比如,公民向行政机关申请获得环境信息的权利,但这与笔者所指的申请权具有很大差异。笔者所指的申请权不仅包括获得信息的申请权,而且还包括其他参与项目管理活动的申请权,不仅包括向国家行政机关申请从事特定活动或要求满足某种需要的权利,而且还包括向项目企业行使该权利。对于申请权,针对不同环节的项目管理以及不同的社会性许可申请人,行政法需要规定社会性许可被申请人提出申请权的条件、方式等内容。

第四,动议权。动议权是指,社会性许可被申请人向国家行政许可机关和项目企业等主体提出建议,要求其依法履行项目安全管理职责,开展项目治理工作,国家行政许可机关和项目企业对被申请人提出的建议予以审查,并做出相应决定。如果社会性许可被申请人对他们的处理决定不服,可以依法请求法律救济的主张。社会性许可被申请人行使动议权,不以自身在法律上所享有的权利受到侵害为必要条件,出于关心项目安全即可提起。动议权指向对象是行政许可机关的法定职责或者项目企业的法定义务。比如,根据《环境保护法》第54条的规定,县级以上地方人民政府环境保护主管部门应当依法公开环境质量、环境监测、突发环境事件以及行政许可等信息。据此,社会性许可被申请人有权对县级环保行政主管部门负有的与项目有关的职责提出动议,要求他们履行相应职责。又如,根据《环境保护法》第55条规定,重点排污单位应当如实向社会公开其主要污染物的名称、排放方式、排放浓度和总量、超标排放情况以及防治污染设施的建设和运行情况,接受社会监督。据此,社会性许可被申请人有权对项目企业此类义务提出动议。对于社会性许可被申请人的动议申请,行政许可机关或项目企业应当予以审查,如果发现属于自身的法定职责或义务,就应当积极履行。如果认为被申请人的动议缺乏依据,动议的事项不属于自身的法定职责或法定义务,则可以驳回被申请人的动议。对行政许可机关的驳回决定不服的,社会性许可被申请人可以申请行政复议或提起行政诉讼。对项目企业驳回决定不服的,被申请人根据要求项目企业依法履行义务的类型为标准,可以向相应的主管行政机关申请裁决。动议权属于社会性许可权中的一项极为重要的权利。行政法需要规定被申请人行使动议权的条件、程序、法律救济等内容。

第五,表决权。表决权是社会性许可权中最重要、也是最有特色的一项权利,当然也是在极端情况下才能运用的权利。其含义是,当被申请人之间对是否授予申请人社会性许可存在争议时,直接利害关系人通过行使表决权来最终决定。对于表决权需要从如下几个层面来理解:一是表决权的行使主体仅限于社会性许可被申请人中的直接利害关系人,即自身的合法权益直接受到行政许可项目影响的主体。此类合法权益主要包括财产权、生命和健康权、环境法上的权利,对于间接利害关系人则不享有此类权

利;二是表决权行使的条件则是特定地区的直接利害关系人之间就是否同意某一行政许可项目“落户”存在分歧,难以通过前期的协调和沟通等方式解决时才能启动。换言之,表决权是解决项目能否在“我们家后院落户”的最后手段。如果社会性许可申请人通过协调、开听证会和交流会等形式取得了项目所在地直接利害关系人同意或默许,直接利害关系人没有通过对抗性手段来表示反对,那么就无需启动表决权。只有当协调和沟通手段难以解决直接利害关系人之间对项目的分歧,部分直接利害关系人出现对抗性话语和手段,行政机关才能依法组织社会性许可被申请人行使表决权。三是表决权的组织者应当由与项目许可行政机关、项目企业等没有利害关系的组织来担任。虽然表决权的行使主体是直接利害关系人,但由于项目往往影响某一地区诸多社会公众的合法权益,因而直接利害关系人的数量通常比较大,由此,让所有直接利害关系人自身来组织行使表决权既无必要,也缺乏可操作性。而比较可行的方法是由一个相对独立的主体来组织直接利害关系统人行使表决权。此类主体可以由上级政府法制部门来担任,成员可以由法学专家、管理专家、人大代表和政协委员以及普通居民所组成。行政法需要规定该组织的产生程序、组成人员、法律职责等问题。比如,该组织在与直接利害关系人协商的前提下制定表决权行使规则和纪律;该组织依据客观公正的方法产生直接利害关系人代表等。四是表决权的主要目的是为了在社会理性、经济理性和技术理性之间获得一种平衡,促进代际和代内公平,并不是为直接利害关系人要挟社会性许可申请人提供一件法宝。直接利害关系统人行使表决权将遵循相应的法律规则或者组织者制定的议事规则,他们不能借此谋私益。社会性许可申请人,特别是项目企业禁止与个别直接利害关系人私下交换来获取他们的表决权。否则,他们都将承担相应的法律责任。在这个意义上,表决权并不是直接利害关系人的一种个人利益。这印证了法理学家郭道辉教授的观点:“有时行使个人权利是出于公心而非私利,有时甚至要牺牲个人利益。”^[18](P128)对于表决权,一些学者会提出质疑,如果直接利害关系统人行使表决权没有通过法定多数,意味着项目将难以获得社会性许可,则会削弱行政许可机关代表国家推进产业政策和实现公共利益的能力。笔者认为,这种质疑背后依然是行政法管理论所指导下的行政机关垄断性地代表和诠释公共利益的思维。它与社会性许可权的功能相背离,也不符合当今我国社会经济发展对行政机关提出的新要求。从我国社会性许可实践来分析,行政机关强行推进项目时遭到当地社会公众阻止的情况并非罕见。这就表明,即使行政法没有赋予被申请人表决权,被申请人事实上也已经在行使这项权利。如果行政法能够顺势而为,赋予被申请人此项权利,并建立相应的行使规则,那么既可以防止被申请人滥用此类权利,也能够为申请人顺利取得社会性许可提供规则指引。

除了上述五项行动型权利之外,社会性许可被申请入所享有的行动型权利还包括发布项目信息权,提出申诉、控告权,申请回避权以及举证权等。

(二)接受型社会性许可权

所谓接受型社会性许可权是指,作为权利主体的社会性许可被申请入有资格接受某事物或被以某种方式对待的资格,而社会性许可申请人则处于给付某物或者做出某种对待的积极行动状态。从规范层面而言,被申请入的接受型社会性许可权主要包括以下类型。

第一,获得通知和参加会议权。它是指,社会性许可被申请入在国家行政许可机关、项目企业等主体制定或做出涉及项目的政策、措施、决定之前,有得到告知有关内容、理由、依据以及何时和以何种方式参与项目治理并参加会议的资格。由于行政许可机关和企业对项目的许可和管理涉及诸多环节和事项,有的涉及环境评价,有的涉及安全生产,有的涉及财产权的征收或者征用,这诸多环节和事项大都需要被申请入参与和开会讨论,因而行政法赋予被申请入获得通知并参加会议的权利就十分必要。被申请入行使此项权利所面向的主体既包括各类承担项目许可职责的行政机关,比如,环保行政机关、安全生产行政机关,也包括项目企业。比如,履行安全生产许可职责的行政机关在审查项目企业安全生产方面的条件、技术和制度时,被申请入如果愿意参与此类活动,就享有获得行政机关通知并参加会议的权利。

又如,项目企业在起草或制定企业安全生产方面规章制度时,应当告知被申请人并邀请被申请人参与讨论。对于被申请人获得通知和参加会议的权利,行政法需要规定他们获得通知并参加会议的事项。从理论而言,所有重要的、涉及被申请人利益的事项,他们都有权获得社会性许可申请人的通知并参加相关会议。行政法还需要规定被申请人获得通知和参加会议权的期限,确保他们有一个合理期限来做准备,进行高质量的参与。此外,行政法还需要规定公民获得通知和参加会议的方式,一般应当以书面形式,因为书面形式具有客观性。当然,在紧急情况下,可以采用口头形式。总之,获得通知和参加会议权是被申请人一项基础性的接受权利,行政法需要做出详细规范。

第二,获得不利决定的理由权。它是指,在项目的许可和启动、生产和管理等环节中,当国家行政许可机关、项目企业做出不利于被申请人合法权益的决定时,被申请人有从其获得相应决定的合法或合理依据的资格。由于不论是在行政机关许可项目过程中,还是在企业生产和经营项目过程中,作为分散个体的被申请人通常处于相对弱势地位,授予其获得理由权,既能够制约行政机关和项目企业滥用权力(权利),也能够促进被申请人与他们合作,进而实现超出法律规定的收益。被申请人获得理由权的前提是其合法权益受到行政许可机关和项目企业的侵害,比如,行政机关未经被申请人同意就做出对其房产的征收补偿决定。又如,项目企业无故否定被申请人的知情权和动议权等。被申请人获得理由权的内容是行政机关和项目企业对其做出不利决定的合法或者合理的依据。比如,环境、生产安全方面的客观事实和规范依据;国家行政机关的产业政策,项目企业的特殊情况、本地区产业布局现状等。对于获得理由权,行政法需要规定行政机关和项目企业违法不说明理由的法律后果,比如,对于项目企业而言,行政法可以规定相应的行政处罚责任。对于行政许可机关而言,在未说明理由情况下对被申请人做出的不利决定属于可撤销的行政行为,同时,其工作人员将受到相应的行政处分。

第三,不受妨碍权。它是指,被申请人在行使行动型社会权利过程时,有向国家行政许可机关、项目企业等主体主张不得被无故干扰、冷漠对待、剥夺或者变相剥夺的资格。在项目的许可和管理等各个环节中,无论是被申请人行使行动型社会许可权,还是享有接受型社会许可权,都会对国家行政机关和项目企业构成一种监督。由此,行政机关或者项目企业可能会妨碍被申请人行使权利。比如,直接利害关系人在行使表决权过程中,行政机关通过施加不当压力的方式暗示直接利害关系人服从行政机关的意志;又如,在项目企业环境安全风险交流过程中,国家行政机关或者项目企业以专业术语来进行解释,致使被申请人无法理解项目的环境安全问题。被申请人享有不受妨碍权,其实是要求项目企业和行政许可机关尊重被申请人在项目治理中的角色,将他们作为一个具有独立意识和利益的主体来参与项目治理,真正实现澳大利亚学者甘宁汉等学者所期待的“超越合规”^[23](P307-341)的效果。对于不受妨碍权,行政法需要规定行政机关或项目企业实施妨碍行为的具体体现以及相应的法律后果,比如,对于项目企业实施妨碍行为的,主管行政机关应当责令其改正,并处以警告等行政处罚;对于行政许可机关实施妨碍行为的,监察机关或者上级行政许可机关应当责令其改正,并对相关工作人员给予相应处分。

第四,受到平等对待的权利。它是指,具有相同法律地位的社会性许可被申请人有向行政许可机关或项目企业主张平等机会参与项目治理的资格。所谓法律地位,意指作为直接利害关系人的被申请人所具有的行政法上的地位和作为间接利害关系人的被申请人在行政法上的地位。这两类被申请人的法律地位除了在表决权上存在差异之外,其他方面是一致的。所谓机会,意指被申请人参与项目治理,行使各类社会性许可权的空间和余地,是一种资源。机会平等涉及被申请人获得平等资源、平等选择空间和余地的问題。但机会平等并不是绝对的平均主义,而是一种符合社会性许可权的内在要求,有助于实现社会性许可权作为公私合作治理、实现可持续发展重要途径的目的。由此,这里的机会平等仅指向才能开放的平等,而不是罗尔斯所说的民主的平等^[30](P3-45)。所谓向才能开放的机会平等意指^[31](P107-108),强调直接利害关系人或者间接利害关系人参与项目治理的能力,而不关注他们在起点上

是否平等具备参与项目治理的能力。换言之,虽然同是直接利害关系人或者间接利害关系人,如果某些个体不具备参与项目治理能力,因而没有机会参与行政许可机关或项目企业的各类管理活动,则不被认定为违反平等权利。由于受行政机关许可项目影响的利害关系人人数众多,人行行使社会性许可权势必带来巨大的成本,由此,主张向才能开放的平等,既不违反平等的基本要义,也具有可操作性。比如,对于极端情况下行使表决权的直接利害关系人,虽然从规范意义而言,每一位直接利害关系人都享有表决权,但实际情况则是大部分直接利害关系人因缺乏相应议事和判断能力而难以行使表决权。在这种情况下,组织投票的行政机关确定具有特定议事能力的直接利害关系人进行表决就不违反平等原则。当然,为避免偏私以及确保具有相应的代表性,行政机关或项目企业在确定“才能”的问题上,需要根据不同事项来判断,并以让全体被申请人知晓的方式来事先制定相应的规则。由此,行政法在规范受平等对待权利时,需要引导行政机关和项目企业从依据才能的机会平等入手,确保被申请人从实现公共利益和合作共治的角度来行使社会性许可权。

除了上述四项接受型社会性许可权之外,被申请人所享有的接受型社会性许可权还包括获得行政机关奖励权、告知救济途径权等。

如何破解“诸多项目虽然已为国家行政机关所选中或者已为国家行政机关依法许可,但却被社会性压力否决”的难题,已经成为世界许多国家政府面临的挑战。而对于肩负多重职责的我国政府而言,这一挑战更显突出。从实践来看,社会性压力的负面影响已经暴露无遗,而行政机关的管理方式也存在合法性困境,过往在该难题的处理上,政府、市场和公众之间似乎陷入了全输的局面。驯服这种社会性压力,需要通过赋权来实现。笔者从行政法角度建构社会性许可权就是为了让这种法外的力量进入行政法治轨道,实现政府、市场和公众之间的多赢,促进社会经济可持续发展。

参考文献

- [1] 张毅力,刘安俊.百姓不同意大型项目就不能“上马”.河南商报,2010-12-09.
- [2] K. Slack. Corporate Social License and Community Consent. *Carnegie Council*, 2008-09-21. [2018-01-02] https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/policy_innovations/commentary/000094.
- [3] Richard Parsons, Justine Lacey, Kieren Moffat. Maintaining Legitimacy of a Contested Practice: How the Minerals Industry Understands its Social Licence to Operate. *Resources Policy*, 2014, 41(3).
- [4] C. Nwapi. Can the Concept of Social License to Operate Find Its Way into the Formal Legal System. *Flinders Law Journal*, 2016, 18(2).
- [5] Jason Prno, D. Scott Slocumbe. Exploring the Origins of Social License to Operate in the Mining Sector: Perspectives from Governance and Sustainability Theories. *Resources Policy*, 2012, 37(3).
- [6] 兰迪·T. 西蒙. 政府为什么会失败. 张媛译. 北京: 新华出版社, 2017.
- [7] 王和雄. 论行政不作为之权利保护. 台北: 三民书局股份有限公司, 1994.
- [8] 奥托·迈耶. 德国行政法. 刘飞译. 北京: 商务印书馆, 2013.
- [9] 美浓布达吉. 公法和私法. 黄冯明译. 台北: 商务印书馆, 1998.
- [10] 杨建顺. 日本行政法通论. 北京: 中国法制出版社, 1998.
- [11] 郭道晖. 权力的多元化与社会化. *法学研究*, 2001, (1).
- [12] 国家行政学院应急管理案例研究中心. 应急管理典型案例研究报告 (2015). 北京: 社会科学文献出版社, 2015.
- [13] 张乐, 黄深钢, 韦慧等. 余杭: 中泰垃圾焚烧厂项目群众不支持就不开工. 搜狐新闻网, 2014-05-11. [2018-02-28] <http://news.sohu.com/20140511/n399410594.shtml>.
- [14] 马克思. 第六届莱茵省议会的辩论//马克思恩格斯全集: 第1卷. 北京: 人民出版社, 1956.
- [15] K. M. Wilburn, R. Wilburn. Achieving Social License to Operate Using Stakeholder Theory. *Journal of International Business Ethics*, 2011, 4(2).
- [16] 杨伶. 中国支持人权理事会通过土著人民权利宣言. 搜狐新闻网, 2006-06-28. [2018-02-28] <http://news.sohu.com/200606>

28/n243972852.shtml.

- [17] 姚建宗. 新兴权利论纲. 法制与社会发展, 2010, (2).
- [18] 郭道晖. 法理学精义. 长沙: 湖南人民出版社, 2005.
- [19] 方世荣. 论行政相对人. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [20] E. 博登海默. 法理学——法哲学及其方法. 邓正来译. 北京: 华夏出版社, 1987.
- [21] 张恒山. 法理要论. 北京: 北京大学出版社, 2007.
- [22] 臧雷振. 治理类型的多样性演化与比较——求索国家治理逻辑. 公共管理学报, 2011, 8(4).
- [23] N. Gunningham, R. A. Kagan, D. Thornton. Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance. Law & Social Inquiry, 2004, 29(2).
- [24] A. J. Sinclair, A. Diduck, P. Fitzpatrick. Conceptualizing Learning for Sustainability Through Environmental Assessment: Critical Reflections on 15 Years of Research. Environmental Impact Assessment Review, 2008, 28(7).
- [25] 胡锦涛. 坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告. 人民日报, 2012-11-18.
- [26] 牛文远. 可持续发展理论内涵的三元素. 中国科学院学刊, 2014, 29(4).
- [27] 信春鹰. 中华人民共和国环境保护法释义. 北京: 法律出版社, 2014.
- [28] D. D. Raphael. Problems of Political Philosophy. London: Humanities Press, 1990.
- [29] 斯蒂格利茨. 自由、知情权和公共话语——透明化在公共生活中的作用. 宋华琳译. 环球法律评论, 2002, (3).
- [30] 约翰·罗尔斯. 正义论. 何怀宏, 何包钢, 廖申白译. 北京: 中国社会科学出版社, 2006.
- [31] 李海青. 公民、权利与正义: 政治哲学基本范畴研究. 北京: 知识产权出版社, 2011.

The Construction of the Social License Right of Administrative Law

Qi Jiangang (Zhongnan University of Economics & Law)

Abstract The right of social license refers to a claim or a qualification granted by the project business and the state administrative organization responsible for the project's administrative license as the social license applicant for the social license applicant. The right of social license belongs to a new type of right. It is a main public interest. It is a type of right outside the law. It is different from the right of participation of interested parties in environmental law or administrative law. It is a right with specific attributes and independent connotations. The motivations of transforming the right of social license to the administrative law are that the right of social license is not only a new form of cooperation to govern social problems, but also an important way to achieve sustainable development. More importantly, the law has implied the right of social license. The right of social license of the administrative law can be divided into the activist social license right and the accepted social license right. The former mainly includes the right to know, the right to comment, the right to apply, the right to move and the right to vote. The latter includes the right to get notification and participation in meetings, the right to justification for an adverse decisions, the right to be free and the right to be treated equally.

Key words social license rights; public rights; new type of right; social governance

■ 收稿日期 2018-03-14

■ 作者简介 戚建刚, 法学博士, 中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心文澜特聘教授, 法学院博士生导师; 湖北 武汉 430073。

■ 责任编辑 李 媛