

行政许可中特许权的

物权属性与制度构建研究

XINGZHENG XUKE ZHONG TEXUQUAN DE
WUQUAN SHUXING YU ZHIDU GOUJIAN YANJIU

王克稳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

行政许可中特许权的

物权属性与制度构建研究

XINGZHENG XUKE ZHONG TEXUQUAN DE
WUQUAN SHUXING YU ZHIDU GOUJIAN YANJIU

王克稳 著

国家社会科学基金项目（课题号：09BFX020）



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政许可中特许权的物权属性与制度构建研究 / 王克稳著. —北京:法律出版社, 2015. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7929 - 5

I. ①行… II. ①王… III. ①行政许可法—研究—中国 IV. ①D922. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 095768 号

行政许可中特许权的物权属性与
制度构建研究

王克稳 著

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 何海刚

责任编辑 何海刚

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任印制 翟国磊

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 A5

印张 18.75

字数 532千

版本 2015 年 7 月第 1 版

印次 2015 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7929 - 5

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导读/1

第一章 行政许可中的特许/11

第一节 特许与行政许可中特许的涵义/13

一、管制经济学上特许的涵义/13

二、法学上关于特许的涵义/14

三、行政法上特许的涵义/15

四、我国《行政许可法》上特许的涵义/19

第二节 特许与普通行政许可/22

一、域外关于特许与普通行政许可关系的考察/22

二、我国行政法上关于特许与普通行政许可关系的 认识与争议/27

三、对《行政许可法》规定的许可类型的分析、归纳与 比较/29

四、行政许可中特许与普通许可界分的难点/37

第三节 特许的适用范围/39

一、“有限自然资源”的涵义与范围/39

二、“公共资源”的涵义与范围/50

三、“直接关系公共利益的特定行业”的涵义与范围/61

第二章 特许权的涵义、种类与内容/75

第一节 特许权的涵义与种类概述/77

第二节 自然资源特许使用权/81

一、自然资源国家所有权概述/81

二、自然资源的使用形态与自然资源使用权/92

三、自然资源特许使用权的种类和内容/101

第三节 公共资源特许使用权/123

一、我国《行政许可法》上“公共资源”与大陆法系国家“公物”的比较/123

二、公共资源的使用形态/125

三、公共资源特许使用权的主要类型/133

第四节 政府特许经营权/146

一、政府特许经营的涵义/146

二、政府特许经营的类型/154

三、政府特许经营权的内容/159

第三章 特许权的物权属性/167

第一节 特许权物权属性概述/169

一、与特许权物权属性相关的概念的梳理/169

二、特许权在法律性质方面的共性与差异/185

第二节 自然资源特许使用权的物权属性/187

一、自然资源特许使用权法律性质的理论之争/187

二、自然资源国家所有权的法律特征与法律性质/193

三、自然资源特许使用权的法律性质/204

四、自然资源特许使用权的《物权法》适用问题/212

第三节 公共资源特许使用权的物权属性/217

一、公共资源的法律性质/217

二、公共资源国家所有权的法律性质/227

三、公共资源特许使用权的法律性质与权利形态/236

第四节 政府特许经营权的物权属性/250

一、政府特许经营权法律性质/250

二、政府特许经营权的权利形态/258

第四章 特许权设定/261

第一节 行政许可的设定概述/263

第二节 自然资源特许使用权的设定/266

一、自然资源国家所有权的设定/266

二、自然资源特许使用权的设定/291

第三节 公共资源特许使用权的设定/331

一、公共资源特许使用权的设定条件/331

二、公共资源特许使用权的设定权限/337

三、公共资源特许使用权的设定范围/338

第四节 政府特许经营权的设定/344

一、可以设定特许经营的事项范围/344

二、政府特许经营权的立法内容/349

三、特许经营的立法权限与立法形式/361

第五章 特许权出让/365

第一节 特许权出让概述/367

第二节 自然资源特许使用权的出让/372

- 一、自然资源特许使用权出让的涵义/372
- 二、自然资源特许使用权的出让原则/374
- 三、自然资源特许使用权的出让主体/381
- 四、自然资源特许使用权的受让人/387
- 五、自然资源特许使用权的出让方式/395
- 六、自然资源特许使用权的登记与授权形式/430
- 七、自然资源特许权证的吊销问题/440

第三节 公共资源特许使用权的出让/444

- 一、公共资源特许使用权出让的涵义与特征/444
- 二、公共资源特许使用权的出让标的/447
- 三、公共资源特许使用权的出让方式/453
- 四、公共资源特许使用权的出让程序/456
- 五、我国公共资源特许使用权出让的新尝试——构建
统一的公共资源市场化交易平台/458
- 六、公共资源特许使用权的撤销与收回问题/467

第四节 政府特许经营权的出让/470

- 一、政府特许经营权出让的涵义/470
- 二、政府特许经营权出让应遵循的基本原则/471
- 三、特许经营权的出让方式/474
- 四、特许经营的授权期限/487
- 五、特许经营权的授权形式/489

第六章 特许权保护/493

第一节 特许权保护概述/495

第二节 行政机关撤销特许权的限制与补偿/501

- 一、撤销行政许可与信赖保护原则/501
- 二、撤销特许权的限制/507

三、撤销特许权的补偿/518

四、撤销特许权与公用征收/524

第三节 行政机关违法侵犯特许权的救济与赔偿/529

一、行政机关违法侵犯特许权的行为/529

二、行政机关违法侵犯特许权的法律救济/544

三、行政机关违法侵犯特许权的赔偿责任/556

参考文献/565

导 读

在我国《行政许可法》上,根据行政许可是否具有赋权性质可将行政许可分为两大类:一类是赋权性行政许可,另一类是解禁性行政许可。赋权性行政许可是行政机关代表国家赋予相对人资源使用权或排他经营权的许可行为,这类行政许可称之为特许或特许许可,特许许可的事项范围规定在《行政许可法》第12条第2项之中;解禁性行政许可是指行政机关对于符合法定条件的相对人解除法律禁止、准予其从事特定领域活动的许可,这类行政许可称为普通行政许可,普通许可的事项范围规定在《行政许可法》第12条第1、3、4、5项之中。在我国行政法上,学者们对普通行政许可的关注较多,研究成果也比较丰硕,对特许许可关注较少,相应成果匮乏,本书以行政许可中的特许许可为研究对象。

对特许许可的理论研究有两个不同的视角:一是从行政机关行政权(行政许可权)的角度研究特许,二是从相对人权利(特许权)的角度研究特许。对特许许可不同角度的研究,其研究内容是不同的:从行政(许可)权的角度研究特许许可,研究内容主要是特许许可行为的职权基础、法律性质、法律程序、监督与救济等,核心是对行政主体特许许可权力的监督与控制;从相对人权利的角度研究特许许可,研究内容主要是特许权的种类、内容、法律性质以及特许权的设定、出让、转让、保护等,核心是研究如何构建对特许权人依法取得的特许权的法律保护体系与保护制度。本书是从相对人权利的角度对特许许可进行的研究。

在我国法学界,对特许权特别是自然资源特许使用权的研究多集中在民法学界,公法学者特别是行政法学者对这一领域的关注和研究相对较少。在内容与体系上,民法学者多将特许权视为一种准物权并将其纳入用益物权体系进行研究;在制度层面,海域使用权、探矿权、采矿权、取水权以及使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利已经为《物权法》创设为用益物权。^{〔1〕}但作为由行政法所创设的、由行政机关以特许许可方式授予的权利,特许权首先应是一个公法课题,“矿业权、

〔1〕《物权法》第122条、第123条。

水权和狩猎权等准物权的公权色彩强烈,每种准物权制度大多为行政法律制度、自然资源与环境保护法,还有若干刑罚规范。这些,尤其是行政法律制度,在物权法典乃至整个民法典中难以得到尽如人意的反映。而欲理想地规制每种准物权问题,离开行政法律制度是不可想象的”。^{〔1〕} 同样,对于特许权,如果没有行政法学理论的深入研究,也是不可想象的。本书是从行政法角度对特许权的系统研究,内容包括行政许可中特许的涵义与适用范围、特许权的种类和内容、特许权的物权属性、特许权的设定、出让与保护等方面,研究重点是特许权的物权属性及其相应的制度构建,本书由六章构成。

第一章的内容为“行政许可中的特许”。本章在分别梳理管制经济学、法学、行政法学以及《行政许可法》上特许涵义及《行政许可法》上行政许可类型的基础上将我国《行政许可法》上的特许界定为行政机关代表国家依法授予组织或个人自然资源、公共资源持续排他的使用权或直接涉及公共利益的特定行业垄断经营权的行政许可行为,将我国《行政许可法》上的行政许可划分为特许与普通行政许可两大类型。将行政许可划分为特许与普通行政许可的意义在于,特许是行政机关以资源所有人的身份出让资源使用权或排他经营权的行为,是一种赋权性的许可,申请人依特许取得的资源使用权或者排他经营权不仅属于法律上的权利,而且具有财产权性质;普通许可是行政机关以管理者的身份对于符合法定条件的申请人解除法律上不作为义务的许可,是一种解禁性的行政许可,申请人依普通许可获得的是从事特定领域活动的自由,与财产权无涉。根据《行政许可法》第12条第2项规定,特许主要适用于有限自然资源的开发利用、公共资源的配置以及直接关系公共利益的特定行业、需要赋予特定权利的事项。所谓“有限自然资源”是指那些纳入法律调整范围并设定为国家所有的自然资源;所谓“公共资源”是指那些中央或地方政府及其授权主体通过公共投资、特许经营等形式建设形成的、所有权归属国家、供公共使用并能够设定为特许使用的那些资源;所谓“直接关系公共利益的特

〔1〕 崔建远:《准物权研究》,法律出版社2003年版,第14页。

定行业”系指自然垄断行业,因具有自然垄断特性的行业主要集中在公用事业行业,故“直接关系公共利益的特定行业”也可表述为公用事业行业,又因为公共事业行业都为基础设施产业,我国理论和实践中又常将公用事业称之为基础设施产业或基础产业。因此,本课题将“直接关系公共利益的特定行业”与“自然垄断行业”、“公用事业行业”、“基础设施产业”作为内容相同的不同表述。

第二章的内容为“特许权的涵义、种类与内容”。根据《行政许可法》第12条第2项的规定,我国行政许可法上的特许权包括自然资源特许使用权、公共资源特许使用权和政府特许经营权三大类,本章以实定法为基础对三类特许权的内容进行了梳理和归纳。自然资源特许使用权是指当事人依行政机关的特许许可所取得的持续排他使用特定自然资源的权利,内容包括海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、无线电频率使用权等权利;公共资源特许使用权是指当事人依行政机关的特许许可取得的持续排他使用特定公共资源的权利,内容包括公路与城市道路特许占用权、户外广告设施设置权、公共客运线路使用(经营)权、客运出租汽车经营权、航道特许使用权、航线航班占用权、电信资源使用权、公共设施冠名权等权利;政府特许经营权是指当事人经行政机关的特许许可所取得的排他经营特定领域自然垄断产品的权利,内容由投资建设权、独立自主的经营管理权、相关联的资源与公共设施的使用权、收益权以及获得政府补偿权等权利组成。

第三章的内容为“特许权的物权属性”。本章从特许权的法律性质——公权与私权和特许权的权利形态——物权与非物权两个方面分别对自然资源特许使用权、公共资源特许使用权以及政府特许经营权的物权属性进行了详尽的分析与阐述。为免发生歧义,本课题将公法上的权利(公权)界定为由公法设定并经由公法手段所获得的权利,并以此为基础,结合特许权的权源以及通过分析比较各该特许权与私法物权特别是私法用益物权的异同将各该特许权的权利性质分别归纳为自然资源特许使用权总体上具有物权属性,在性质上为公法上的物权,在权利形态上为公法上对自然资源的物权性利用权;公共资源特许使用权总体上具有财产权属性,但是否具有物权属性需结合

特许权的客体、特许权的取得方式、特许权的权利期限、特许权流转的受限程度以及特许权所具有的独立性和排他性等因素综合判断。具有物权属性的公共资源特许使用权在权利形态上为公法上对公物的物权性利用权,不具有物权属性的公共资源特许使用权在权利形态上为公法上对公物的债权性利用权;政府特许经营权为公法上的无形财产权,鉴于公法上调整无形财产权法律制度的缺失,又由于政府特许经营权具有类似物权的特性,故可以借鉴私法物权法的规定将其视为公法上准物权性质的权利对待。

第四章的内容为“特许权设定”。在行政法上,特许权的设定是指有权机关以立法的形式创设一项公法权力或权利的活动。在《行政许可法》上,特许权的设定是指有关立法机关以法律、行政法规或地方性法规的形式创设自然资源及公共资源持续排他的使用权以及自然垄断行业排他经营权的活动,内容包括特许权的内容、特许权的出让方式与程序、特许权使用费、特许权的期限、特许权的续展等。本章围绕特许权的设定条件、特许权的设定权限、特许权的设定范围以及设定特许权应注意的问题等方面对行政许可中特许权的设定进行了详尽的阐述,并对水资源开发利用中特许权(水权)的设定、滩涂资源的法律性质及其使用权的设定、“渔业权”的设定问题、猎捕野生动物的权利是否应设定为狩猎权的问题、采集野生植物的权利是否应创设为特许权的问题、排污权的设定问题、户外空间资源的法律性质及其使用权的设定问题、一般自然垄断行业以及自然垄断行业内的非自然垄断业务特许经营权的设定等理论与实践中有广泛争议的自然资源、公共资源以及自然垄断行业特许经营权等特许权的设定进行了重点分析与探讨。

第五章的内容为“特许权出让”。特许权出让是指行政机关代表国家向公民、法人或者其他组织出让自然资源和公共资源的使用权及政府特许经营权的行为,内容上包括特许权的出让主体、特许权的受让人、特许权的出让方式与程序、特许权的登记与授权形式等。特许权出让中的核心内容是特许权的出让方式,基于特许权的财产权属性以及特许权出让的资源配置性质,《行政许可法》第53条规定,特许

权的出让应当以招标、拍卖等公平竞争的方式作出许可决定。但因不同类型的资源所承载的公共利益和生存利益各异,资源的利用除了效率外,还应兼顾公益与公平。因此,特许权的出让除了竞争性出让方式外,审批出让、协议出让等非竞争性出让方式亦有其存在的必要,但这些非竞争性出让应当根据《行政许可法》的规定以法律、行政法规规范其适用范围、出让方式及其定价机制;对于竞争性出让,目前适用于这些领域的竞争方式主要是招标和拍卖,招标和拍卖虽同为竞争性出让方式,但其竞争方式和适用情形并不相同。拍卖是出让方以竞价的方式出让物品或财产权利的活动,核心是“卖”,“价高者得”是拍卖的基本规则;招标是购买方以公开竞争的方式购买物品、工程或服务活动,核心是“买”,“最低价格中标”构成招标的基本规则之一。依据这一划分标准,特许权出让是国家出让资源使用权,总体上应适用拍卖规则而非招标规则;就拍卖而言,其优点是抓住了市场竞争中最基本的要素——价格,缺陷也在于其成交标准的单一性。如果某项特许权的出让标准除了价格因素外还需考虑其他的因素,那么,拍卖规则即难以适用,而以综合性的评价标准竞争选择受让人的方式就是招标。因此,在特许权招标与拍卖方式的选择上,如果以价格作为特许权出让的唯一标准的,应当适用拍卖方式;如果需要以综合性的评价标准作为出让依据的,应当选择招标。此外,在招标中,最低报价通常是中标的重要评价标准,而特许权的出让是卖出,低价买高价卖是买和卖的最大不同,因此,我国目前的《招标投标法》无法适用于特许权的出让,如果在特许权的出让中适用招标方法,需要针对特许权的出让进行专门的立法。在特许权的授权形式上,凡是采非竞争性方式出让的特许权,实践中通常采用行政许可决定的授权方式;凡是采招标、拍卖等竞争性方式出让的特许权,实践中通常采用许可兼合同的授权方式。

第六章的内容为“特许权保护”。特许权作为一项财产权,构建有效的权利保护制度是特许权制度构建的重要内容,本章重点阐述的是行政机关合法撤销已经生效的特许权的限制与补偿和违法侵犯特许权的法律救济与法律保护。为了防止行政机关借公共利益之名擅

自撤销已经生效的特许许可、保护当事人依法取得的特许权,对于行政机关因情势变更而撤销已经生效的特许权的情形,应适用信赖利益保护原则及相应制度予以约束;对于行政机关基于公共利益需要强制收回特许权的情形,应纳入公益征收制度进行规范,特许权人因此受到的损失适用公益征收补偿制度予以救济。对于行政机关违法侵犯特许权的行为,与特许权的授权形式相对应,行政机关违法侵犯特许权的行为在形式上有行政机关单方行政行为的侵权和行政机关违约侵权之分。对于行政机关单方行政行为的侵权,其法定救济路径为行政复议、行政诉讼,救济方式包括撤销违法的行政行为、确认侵权的行政行为违法、责令行政机关限期履行法定职责或采取相应的补救措施以及行政赔偿;对于行政机关违反约定或者承诺侵犯特许权的情形,特许权出让合同性质的争议、行政合同制度的缺失、特许权的财产权属性使得行政机关违约侵犯特许权的争议在司法实践中多作为民事争议处理。在公法救济制度缺失的情形下,适用私法救济可以弥补行政救济的缺陷与不足,有利于特许权的充分保护。此外,在行政机关违法侵犯特许权的赔偿责任方面,不少的侵权系行政机关与他人共同作用的结果如行政许可机关与他人恶意串通侵权、行政许可机关与他人共同过错或混过错侵权等,对于因多因一果所造成的侵权,需要根据各自的行为在损害发生过程和结果中所起作用等因素,分别确定各自应承担的赔偿责任。

本书是国家社科基金《行政许可中特许权的物权属性与制度构建研究》的最终成果,就本书研究中涉及的相关问题需做如下说明:

第一,本书是以《行政许可法》第12条第2项规定的特许许可的内容为基础对特许权的物权属性及其相应的制度构建进行的分析与研究,至于这些事项是否属于行政许可事项、是否应由《行政许可法》设定、《行政许可法》所设定的特许的事项范围是否合理、是否过于宽泛、立法上应当如何设定特许许可事项范围方为合适等问题不在本书的研究范围之列,本书对此未涉及。

第二,本书主要是从特许权的角度围绕其权利性质及其制度构建所进行的研究,其他诸如特许权出让合同的法律性质、对特许权行使

的监管、对特许权人违反特许可的处理与处罚等虽也属于特许可制度中应当关注的问题,但因不属于本书的研究范围故未详细述及。

第三,考虑到《行政许可法》第12条第2项规定的整体性,在设计这一课题时将其规定的内容作为一个完整的课题。但在具体研究中发现,三类特许权之间虽具共性,但也存在极大的差异,完全将其作为一个整体研究存在很多困难,而且理论上的跨度很大。譬如在特许权的物权属性方面,对自然资源特许使用权,理论上对其物权属性多不持异议,分歧主要集中在其为公权还是私权方面。对公共资源特许使用权,其公法性质较为明晰,但物权属性多存争议,对于政府特许经营权,无论是在权利的法律性质还是在权利形态方面都没有一致的认识;又如特许权的设定,不同类型的资源,其特许权设定所面临或需要解决的主要问题也不尽相同。对于自然资源特许使用权,因自然资源特许使用权是在国有自然资源上设定的权利,因此,法律上如何合理设定国有自然资源的范围成为自然资源特许使用权设定的核心;对于公共资源特许使用权,因公共资源特许使用是不符合公共资源一般使用目的的使用,因此,如何处理好公共资源的一般使用与特别使用之间的关系是设定公共资源特许使用权的关键;对于政府特许经营权,如何从立法上准确界分高度自然垄断行业与一般自然垄断行业以及自然垄断行业中的自然垄断业务与非自然垄断业务是设定政府特许权所必须解决的问题。由于存在的问题、争议的焦点不同,理论研究的侧重点亦不相同,故第二章、第三章、第四章及第五章中不得不针对三类特许权的内容、物权属性、设定与出让分别进行阐述,这在一定程度上限制了特许权共性理论研究的深度。所以,本书的研究虽然告一段落,但对其中不少基本问题仍有进一步研究的必要。