

国家公务员依法行政丛书

行政许可研究

X I N G Z H E N G X U K E Y A N J I U

杨解君 主编

人民出版社

行政许可研究

XINGZHENG XUKE YANJIU

杨解君 主编

人民出版社

责任编辑:刘彦青

装帧设计:萧 辉

版式设计:朱启环

图书在版编目(CIP)数据

行政许可研究/杨解君主编.

-北京:人民出版社,2001.12

(国家公务员依法行政丛书)

ISBN 7-01-003558-X

I. 行… II. 杨… III. 行政管理-行政法-研究-中国

IV. D922.111

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 090321 号

国家公务员依法行政丛书

行 政 许 可 研 究

XINGZHENG XUKE YANJIU

杨解君 主 编

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2001 年 12 月第 1 版 2001 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:850 毫米×1168 毫米 1/32 印张:10.5

字数:235 千字 印数:0,001-5,000 册

ISBN 7-01-003558-X/D·984 定价:18.00 元

国家公务员依法行政丛书

编 委 会

主 任	应松年			
委 员	马怀德	于 安	方世荣	王宝明
	王锡锌	叶必丰	江必新	刘 莘
	沈开举	应松年	杨晓君	张泽想
	胡建森	郑钟炎	袁曙宏	章剑生

序

我国的行政法学研究发轫于十一届三中全会以后，1989年行政诉讼法的公布，使行政法学研究无论在深度与广度上都进入了一个新的阶段。此后，国家赔偿法、行政处罚法、立法法等行政领域的大法相继颁行，行政许可、行政强制以及行政程序等法律，或已起草，或正在研究，行政法制建设取得了长足的进展；近几年，进一步提出了依法治国、建设社会主义法治国家的目标，就依法行政是依法治国的关键和核心形成共识，国务院召开全国依法行政工作会议，自觉推进依法行政，大力号召全国公务员都要学习法律、依法行政等等。实践对行政法学的研究提出了更高要求，并为行政法学的理论发展提供了可供纵横驰骋的广阔天地。在如此丰腴的土地上，行政法学研究如雨后春笋，得到了迅猛的发展，取得了令人瞩目的成就。为了进一步反映行政实践的发展和理论研究的新成果，探索行政法发展的前景和途径。在人民出版社同志的支持下，决定编辑一套行政法学专题研究丛书。丛书按专题约请国内行政法学界享有声誉的一批作者撰稿，并成为本书编委。本丛书的读者对象，首先是行政法的实务工作者，包括国家公务员和行政法官，但同时也考虑到理论工作者和青年学生的需要。因此，本丛书强调理论与实践的结合，普及与

提高的兼顾，要有新的选题、新的观点和新的开拓。期望本丛书在推进我国依法行政、依法治国、建立社会主义法治国家的伟大事业中能尽一份绵薄之力。

应 松 年

2001年6月于国家行政学院



作者简介

杨解君，湖北仙桃人。中国政法大学硕士毕业。历任东南大学法律系行政学教授、东南大学比较法中心主任、武汉大学法学院教授、国家行政学院行政法研究中心兼职研究员、中国法学会行政学研究会理事、中国法学会比较法学研究会理事。著有：《秩序·权力与法律控制》、《行政违法论纲》；合著《依法行政论纲》、《行政法学》、《行政诉讼法学》、《行政违法行为判解》、《走向法治的缺言说》等20余部论著。

目 录

序	应松年 (1)
第一章 行政许可概况	(1)
一、行政许可的理论基础	(2)
(一)行政许可产生的原因	(2)
(二)行政许可的利弊分析	(11)
(三)行政许可领域的限定	(23)
二、行政许可的历史发展	(27)
(一)新中国成立以前的行政许可	(27)
(二)新中国的行政许可	(32)
(三)国外的行政许可	(34)
三、我国行政许可的现状及其主要问题	(36)
(一)法律现状	(36)
(二)现实问题	(47)
四、行政许可的发展走势——从人治模式转向现代法治模式	(54)
(一)人治模式的局限	(55)
(二)法治模式的优势	(56)
(三)走向行政许可的现代法治模式	(57)
第二章 行政许可的界定与性质	(60)
一、行政许可的界定	(60)
(一)国外行政许可的概念	(60)

(二)我国行政许可的概念分析	(64)
(三)行政许可与相关概念的区别	(71)
二、行政许可的性质	(73)
(一)国外关于行政许可性质的认识	(73)
(二)我国行政许可的性质	(75)
第三章 行政许可的种类与形式	(83)
一、行政许可的分类	(83)
(一)国外行政许可的分类及类型	(83)
(二)我国行政许可的种类	(86)
二、行政许可的形式	(94)
(一)许可证的名称	(95)
(二)许可证的类型	(96)
(三)许可证的效力	(98)
第四章 行政确认与行政许可的关系	(101)
一、行政确认	(101)
(一)行政确认的概念	(102)
(二)行政确认的分类	(104)
(三)行政确认的方式	(105)
(四)行政确认的程序	(106)
二、行政确认与行政许可的区别	(107)
三、行政确认与行政许可的联系	(109)
四、立法建议	(110)
第五章 行政许可的基本原则	(111)
一、行政许可的一般原则	(112)
(一)许可法定原则	(112)
(二)许可公开原则	(113)
(三)许可公正原则	(116)
(四)许可效率原则	(117)

(五)公众参与原则	(119)
(六)诚信原则	(120)
二、行政许可的特殊原则	(122)
(一)预防与监管相结合原则	(122)
(二)适度性原则	(123)
(三)竞争性原则	(124)
第六章 行政许可的立法与设定	(127)
一、行政许可的立法	(127)
(一)行政许可立法的性质	(127)
(二)我国行政许可立法的现状	(131)
(三)行政许可立法构想	(134)
(四)行政许可立法取向	(137)
(五)行政许可的立法思路	(138)
二、行政许可的设定	(146)
(一)国外行政许可设定状况	(146)
(二)我国现有行政许可设定状况及弊端	(153)
(三)行政许可设定的观念及其转变	(154)
(四)行政许可设定基本原则	(162)
第七章 行政许可的主体及其权限	(166)
一、国外行政许可主体概况	(167)
二、我国行政许可主体的概念及种类	(169)
(一)行政许可主体的概念	(169)
(二)行政许可主体的种类	(171)
三、行政许可权及其行使规则	(180)
(一)行政许可权的概念	(181)
(二)行政许可权的构成	(183)
(三)行政许可权运行的现实弊端	(189)
(四)行政许可权的行使规则	(192)

(五)行政许可权的限制	(195)
四、行政许可的管辖	(198)
(一)地域管辖	(198)
(二)级别管辖	(199)
(三)事务管辖	(201)
第八章 行政许可的条件与标准	(206)
一、行政许可的条件与标准概述	(206)
二、行政许可条件与标准设定的原则	(207)
(一)公平原则	(208)
(二)公益原则	(208)
三、当前我国许可条件与标准设定状况	(210)
(一)我国现行许可条件的设定	(210)
(二)我国现行许可标准的设定	(215)
(三)对现行许可条件与标准的分析与展望	(218)
第九章 行政许可程序	(221)
一、行政许可程序概述	(222)
(一)行政许可程序的涵义	(222)
(二)健全行政许可程序的意义	(223)
(三)行政许可程序的分类	(226)
二、国外及澳门、台湾地区的行政许可程序	(228)
(一)情报公开制度	(229)
(二)听证制度	(232)
(三)说明理由制度	(237)
(四)回避制度	(238)
(五)证据制度	(239)
(六)教示制度	(242)
(七)时效制度	(243)
三、行政许可程序的主要内容	(244)

(一)行政许可的申请与受理	(244)
(二)行政许可的审查程序	(248)
(三)许可决定程序	(252)
(四)特殊行政许可程序	(257)
(五)行政许可的证据规则	(261)
第十章 行政许可的监管与责任	(267)
一、行政许可监管	(267)
(一)许可监管的必要性	(267)
(二)许可监管机关	(268)
(三)许可监管的实现方式	(268)
二、行政许可责任	(271)
(一)行政许可责任的涵义	(271)
(二)追究行政许可责任的原则	(272)
(三)行政许可的违法与责任	(274)
(四)行政许可补偿责任	(278)
(五)行政许可赔偿责任	(282)
(六)行政许可中的行政连带责任	(284)
三、行政许可复议与诉讼	(288)
(一)行政许可复议	(288)
(二)行政许可诉讼	(289)
第十一章 行政许可的其他问题探讨	(292)
一、关于行政许可的收费	(292)
(一)目前行政许可中的收费现状	(293)
(二)收费的目的和原则	(294)
(三)收费的范围和标准	(295)
(四)健全我国行政许可收费制度	(299)
二、关于互联网的许可	(302)
(一)有关互联网许可的立法现状	(302)

(二)互联网许可的立法缺陷及其克服	(310)
三、关于公司股票上市的许可	(315)
(一)股票上市的行政许可法律制度简介	(315)
(二)从“康赛案”看股票上市许可审批化的弊端	(317)
(三)从海南“凯立案”看股票上市“核准制”的确立	(319)
后 记	(323)

第一章

行政许可概况

许可([英]license,[德]Erlaubnis),与“同意”([英]permission,[德]Genehmigung)含义相同,可以交替使用。^① 在法律制度上主要有民事许可和行政许可。其中,民事许可为民事权利让渡的一种方式,而行政许可却是行政权对公民权利和自由进行事前抑制和干预的一种手段。公民要从事一定的行为,首先要经行政机关审查同意,并获得相应的许可凭证(我国古代对许可凭证曾有不同的称呼,例如“验符”、“公验”、“公凭”等)。从行政机关角度来看,行政许可可以有效预防危害社会的行为或事件发生;对公民而言,公民获得了行政机关不得随意干预其行为的承诺,使从事该行为的法律后果得以明确。因此,许可就成为备受行政机关青睐的管理手段,被广泛应用于行政管理的各个领域,并出现了一般许可和特许等形式。然而,当前我国行政许可中存在的大量问题又迫使我们思考:行政许可何以会大量产生,行政许可本身有何弊端,行政许可的领域有何限制,如何预防和避免这些弊端的出现,行政许可的发展走势如何? 这些,都是理论和行政实务必须加以解决的问题。我们希冀通过对行政许可的研究,能为行政许可的立法和实

^① 见[德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第210页。

践提供有益的参考。

一、行政许可的理论基础

(一) 行政许可产生的原因

由于城市化的兴起、科学技术和商品经济的快速发展给社会带来了越来越多的社会问题,这些社会问题已经成为人类所面临的重大灾难和社会发展的严重障碍,必须由政府采取灵活的强力管制手段来解决。因此,从表面上看,行政许可源于城市化的兴起和商品经济的产生和发展。就我国而言,行政许可的大量出现也确实与我国在建立社会主义市场经济的过程中政府职能的转变以及法制化的要求日益强烈有很大关系。但从实质上看,我们认为,行政许可产生的原因并非如此简单。

众所周知,人类生活中存在大量与公众利益息息相关的问题,这些问题既有经济生活中的“公共物品”^①问题,如药品生产、食

^① “公共物品”(见《财政法教程》,张守文著,第10页),又称“公益物品”(见《有限政府的经济分析》,毛寿龙、李梅著,第158页)、“公共事物”(见《公共事物的治理之道》,埃利诺·奥斯特罗姆著,第9页)、“公共品”(见《财政原理与比较财政制度》,平新乔著,第2页)、“公共财货”(见《西方财政理论与政策》,曹立瀛著,第6页)、“公共商品”(见《政府经济学》,马国贤著,第22页),是西方经济学家在20世纪创造和发展起来的概念,西方学者称之为 Public Good(《Government and Economic Choice》(1978) By T.F. Poque and L.G. Sgontz.), Social Good (《Public Finance in Theory and Practice》(1980) By R.A. Musgrave and P.b. Musgrave.), Collective Good(《Government Finance》(1978) By W.D. Gardner),等等。公共产品是相对于私人产品提出的。这种理论将所有的产品分为公共产品和私人产品两大类。分类的标准是消费的竞争性和排他性。私人产品的消费具有竞争性和排他性,由私人部门来提供,例如我们平时可以从市场上购得的一切物品或劳务,一双鞋、一栋房屋、一袋大米或者一个钟点的服务。公共产品则由公共部门来提供(但不一定是由公共部门来产出,例如在美国,军火也可以由私人部门产出),其消费具有非竞争性和非排他性。用萨缪尔森在《经济学与统计学评论》(《Review of Economics and

品卫生等,又有政治、宗教、文化、教育、科学技术、社会治安等非经济生活领域中的公共物品问题,例如社团组织的成立、公民出入境、迁徙自由、游行示威、从事非营利性的公益事业、学位、计划生育等。^②它们大多不属于局部性公共物品问题,不宜由自治组织来自管理和解决,而由政府采取管制手段尤其是以事前抑制为主要目的的许可管制手段,则能确保有效提供相应的公共物品,实现维护公共利益的目的。非经济生活中的公共物品(例如国家安全、正常的交通秩序等)更只能由政府来提供,这是不争的事实。这里重点要讨论的是经济领域中行政许可存在的前提和基础,以便从中得出行政许可产生的根本原因。这一问题的答案与市场机制本身存在何种缺陷,以及这种缺陷是否应该由政府采取管制手段(包括禁止管制、许可管制、价格管制等)来克服的问题有关。

虽然传统经济学家百年前就已经认识到市场在资源分配中所起的巨大作用,认为市场经济本身就是一部复杂而精良的机器,它通过价格和市场体系对每个人和企业的各种经济活动进行协调。通过市场的作用,资源被有效地在社会成员之间进行分配。正如亚当·斯密所指出的那样:“个人在力图使自身资源实现最大价值的同时,并不企图增进公共福利;但同时有一只看不见的手在引导

Statistics》)、1954年11月发表的《公共支出的纯理论》(《The Pure Theory of Public Expenditure》)一文中给出的定义,纯粹的公共产品是指这样的物品,即每个人消费这种物品不会导致他人对该物品消费的减少。为从经济学角度对行政许可的理论基础进行探讨,我们沿用经济学有关“公共物品”、“公益物品”或“公共事物”的提法。

② 这里对经济生活和非经济生活(或通常讲的社会生活)领域的划分,只是相对的,大量的诸如资源环保等领域中的问题,既可以说是经济生活领域中的问题,也可以说是社会生活领域中的问题,纯粹的经济生活和纯粹的社会生活所能存在的范围将随着社会的发展变得越来越小。

着他去帮助实现另一种目标,即通过追逐个人利益而实现公众的最佳福利。”^①但是自由市场机制也存在一些具有普遍性的缺陷:一是自由市场机制限制了人们在福利事业进步中具有明确的推动力的信仰;二是市场效率与分配公平之间缺乏联系,以及看不见的手无法确保个体在追逐个人利益尤其是财产地位优势时,同时导致社会总体福利事业的进步,防止环境的污染和破坏;三是伴随经济增长所带来的社会和环境成本越来越大,而市场这只看不见的手却不能确保这种社会和环境成本在GDP(国民生产总值)增长的利益中加以冲销。结果,GDP增长,即经济增长并不意味着社会福利一定会提高。^②所有这些缺陷都根源于实现有效市场的条件不能完全满足。

市场能在多大程度上引导资源的有效配置取决于能否满足以下假定:第一,资源必须全部是“私益物品”^③。第二,一种资源的价值能充分反映,所有消费者只有正确诚实的偏好显示。第三,所有生产要素都能够也只能获得它的机会成本,没有生产者的剩余或未付成本的转价。第四,市场是完全竞争性的。只有当上述假定全部满足时,“看不见的手”才能真正自动发挥作用。然而上述假定是很难满足的,例如资源就不可能全部是“私益物品”,很多资源属于共同消费性质的,它们在不同地方、不同时代、不同地位的人身上有着不同的价值,其质和量难以直接衡量,而且对于许多资

① [美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯著:《经济学》,华夏出版社、麦格劳·希尔出版公司1999年版,第23页。

② 参见[美]理查德·布隆克著,林季红译:《质疑自由市场经济》,江苏人民出版社2000年版,第216页。

③ 经济学家们所称的“私益物品”,是指消费时具有排他性(能够制止潜在消费者得到它们的服务)、竞争性(即一个人消费了它,其他人就不能同时消费它)和可分性(即每次可以出售或消费一个单位)的资源。