

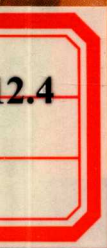


公法与法治文丛

总主编：谭宗泽 周祖成

行政许可执法制度研究

曾哲 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



公法与法治文丛

总主编：谭宗泽 周祖成

国家社会科学基金资助项目（批准文号：07XFX012）

行政许可执法制度研究

曾哲 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

行政许可执法制度研究/曾哲著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 1

(公法与法治文丛)

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3964 - 2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 313394 号

内容提要

任何制度都必须服务于社会、适应时代的发展需求, 行政许可执法制度也应在经济社会发展中寻求变革。笔者正是在这样的思想指导下, 对行政许可执法制度进行研究, 反思其中存在的问题, 并寻求一种改革的思路。本书共分六章, 分别为行政许可执法的实质与许可制度的改革原因、行政许可执法制度改革的程序、行政许可执法制度改革中的问题与矛盾、行政许可执法管理、公众参与行政许可执法制度研究和行政许可执法制度理论、研究与评价。

责任编辑: 甄晓玲

责任出版: 刘译文

封面设计: 邵建文

行政许可执法制度研究

曾 哲 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

责编电话: 010 - 82000860 转 8393

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 三河市国英印务有限公司

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

版 次: 2016 年 1 月第 1 版

字 数: 260 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3964 - 2

网 址: <http://www.ipph.cn>

天猫旗舰店: <http://zscqcbbs.tmall.com>

责 编 邮 箱: flywinda@163.com

发 行 传 真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 15. 25

印 次: 2016 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

总 序

公法和私法划分的观念可以溯至古罗马时期，时有伟大法学家乌尔比安为之代言：“公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。”鉴于罗马法对欧洲法学的巨大影响，这种分类遂流行于大陆法系的法学理论。19世纪伊始，权力向国家的逐渐集中带来了公法的日趋繁盛，公法与私法判然有别亦为必然。然则，19世纪末叶私法独立于国家与社会的观念却趋于消隐，私法公法化似不期而至。虽屡遭批判，公私法的划分并未沦为大陆法系的历史遗迹，反而因对英美法系的成功植入而具有了普适性。公法学家不再是德法等欧陆国家的专利，我们同样见证了美国法学旗帜从肯特、斯托里、卡多佐、霍姆斯向沃伦、马歇尔、伦奎斯特等宪法阐释者的传递。必须承认，各国思想起点不同，历史发展不同，公法理论亦有所差别。然而正如著名公法学家莫里斯·奥里乌（Maurice Hauriou）所言，政治权力与法律之间关系的难题应当是一切公法理论的轴心。据此，公法理论的对象既是政治的，也是法学的，国家不仅仅是支配和管理的体系，也是法律制度的集合。因此，国家与法律之间的关系、国家如何顺服法律之治即为全部焦点所在。

中国法治进程道路艰险，历经曲折，不啻为一次新的长征。过往无须赘述，前景尚待明察。目前，全面推进依法治国、加快建设法治中国的基调业已定下，这就要求我们必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。作为一项宪法原则的法治原则，具有至为丰富的含义。但如果搁置宏大叙事，转向一种极简主义的立场，就意味着所有人、所有权力，不管是公共的，还是私人的，都应受到公开而事先颁布的法律的约束，并得分享其利益。鉴于长期与人治思维搏斗的特殊语境，如何限制当权者的恣意权力仍然是我国法治事业的第一要务。但同时也要看到，法治的目标在社会，在人的生活与生存状态。就此而言，法治并非目的，只是达成理想社会状态的手段，我们不能从一个无视法律的社会状态走入一个刻板地

遵从法律的社会状态。以法为名而无视人的生活与生存，甚至践踏人的人格尊严，绝对不是法治所应有的状态。法治不是简单的法律之治，不是简单的严格执法，法治是一种价值追求和权利得到普遍尊重的社会存在状态，不同的利益诉求都能在法律上找到合理的平衡并有效协调各种冲突，法治是实现人类美好生活的重要路径选择。我们之所以崇尚法律，不是因为它是法律，而是因其符合我们的生活需求，使我们能协调共存和协同发展。法律以社会为基础，通过法律的社会作用建设法治中国，实现国家富强和人民幸福，这才是我们的目的。在法治建设的过程中，固然需要借鉴有益的理论经验，但并无普遍适用的模式与方法，从中国实际出发，根据中国问题创造性地寻求自己的发展道路，才是正道。中国如何走向法治，如何不致误入歧途乃至背道而驰，如何把法治与人的幸福生活有机协调，使法律以其规范功能在平衡不同利益冲突过程中展现社会的发展空间和道路选择，提升人类文明，是法治建设不能不注意的问题。正因如此，基于中国特色的法治理论对于刻下中国之法治实践意义非凡，也是本文丛希冀有功于此的目标指向。

与法治事业的发展同步，我们也强烈地感受到近年来学界的成长与潜能。优秀丛书精彩纷呈，应接不暇；青年才俊纷纷涌现，活力无限，他们既是动力之源，也是未来的生力军。在建设法治中国的大背景下，作为法学研究者的担当和对创新的追求，我们策划了这套文丛，期望为优秀作品助产，为杰出学者铺路，为学术大厦添砖。

西南政法大学向来重视学术研究和学术传承，既深入经典，又关注现实，一直在学术道路上辛勤耕耘。行政法学院作为学校一个重要的法学院，在组建时就被要求承担起公法和理论法学的教学与研究重任，故学院集中了全校相关方面的研究力量，这为学院的发展奠定了良好的基础。在老一辈学者的艰辛努力、带动和培养下，学院师承相继，薪火相传，造就了一大批优秀的中青年学者，他们辛勤育人，笔耕不倦，为学术繁荣和学院发展做出了重要贡献。学院作为教学和学术研究的组织者，志在通过提供条件和服务，让每位老师都能全身心投入教学和科研。在这一过程中，我们提倡和鼓励有组织的科学研究，通过团队组织集体攻关，研究一些重大的学术问题，并在相互研讨启发中寻求学术突破。为展现大家的研究成果，也为使研究更加系统和有针对性，我们组织出版这套文丛，衷心希望得到各位同仁的关注和指教。

谭宗泽 周祖成
2014年9月于重庆

序 言

中国的行政许可执法问题让人唏嘘不已，其许可执法的独特性和权力行使的自由性令人难以置信。我国有不少学者从法治文明或是儒家思想源头的角度进行思考，认为行政许可执法制度在不同的时代背景下有不同的内容。为此，笔者仔细梳理和收集了《行政许可法》实施以来的有关行政许可执法的文章和典型案例并对之进行研究，于2013年由中国人民大学出版社出版了《行政法与行政诉讼法案例教程》一书，获得了来自教学和实践线上的师生乃至法官的好评，这更加促使我借助国家社会科学基金项目支持之力，努力来完成本书的写作。当然基于社科基金项目结题的严格要求，使我对行政许可执法制度的分析更全面、更精确和详尽。

为什么我要这样表达，行政许可执法制度在倡言“依法治国”的当下为何会引起学者们这么大的兴趣并展开了这么多的讨论，甚至国外学者也会广泛参与有关中国行政许可执法制度的权力边界的探讨？我认为，人们正在寻求并迫切地需要一个关于中国行政与现行法律无缝对接的思维框架，而问题恰恰是强大的政府之行政权往往凌驾在法律许可的文本之上，无论是《行政许可法》或是《行政强制法》，每遭遇政府时就会变得“没有法”。近十余年间，行政权一直呈伞状支开，几乎遮蔽了人民应该享有的国家惠泽，特别是在行政许可、行政审批、行政给付领域，执法权变成了行政官员权力寻租贪腐的温床。随着“依宪治国”“依法行政”的决议的深入，人们需要一个新的思维和框架来理解执政党领导下的政府，来化解过去政府与国民之间林林总总的矛盾，来寻找新的协调模式替代。

记得民国时期法哲学大师冯友兰在《中国哲学史》的审查报告中曾说，两千年来的华夏民族所受儒家学说之影响最深最巨大者莫过于在制度法律和公

私生活权利法律方面。而我们所论的行政许可执行之法律，实则是关乎政府、国家制度层面和国民公私生活方面的权力与权利享有的平衡。不论从其民事、刑事法律层面，还是从行政处罚、行政复议、行政强制法、行政监察到最后的行政许可执行程序的视角，我们都能够明了中国行政法律秩序和执行制度生成、衍化、嬗变的诸多因素。应该说，我国的行政许可制度是独树一帜的。

事实上，在中国这样一个多元的行政执法主体国家，虽然所有行政均通过法律授权而产生，但就法律与国计民生之间的关系而言都没有行政许可和行政执行与国民之生存发展关系那样至关重要。如果中国的政府与国民的关系还是像过去那样继续与民争利，还是无限制地放大手中本是由人民赋予的权力，任由权力溜出制度的笼子、刺破法律许可的面纱，那么，中国则很难完成民族伟大复兴的梦想，复归到人民心中的那份神圣与期待。此外，未来的中国行政权，应避免与百姓之间的任何紧张状态和对抗因素，行政法、行政许可法或是行政强制法，其法益的根本宗旨无外乎是欲使法变为“捆住政府手脚的绳，保护百姓权利的伞”。即便很难做到，但我心依然期许。

谨以此为序言。

曾 哲 于西南政法大学天高鸿苑寓所

2014 年 12 月 30 日

目 录

第一章 行政许可执法的实质与许可制度的改革原因	(1)
第一节 行政许可执法的定义	(1)
一、行政许可内涵的学理阐释	(4)
二、行政许可执法的定义	(7)
第二节 行政许可执法制度的历史沿革	(8)
一、中国行政许可制度的产生和发展	(8)
二、行政许可制度在西方的发展历史	(12)
第三节 行政许可的分类	(13)
一、国外关于行政许可的分类	(14)
二、国内关于行政许可的分类	(15)
第四节 行政许可执法制度改革的原因和进路	(23)
一、行政许可执法制度改革的原因	(24)
二、行政许可执法制度改革的稳妥与必要性	(28)
三、行政许可执法制度改革的目标与进路	(32)
第二章 行政许可执法制度改革的程序	(35)
第一节 行政许可执法制度改革程序与内容	(35)
一、几组相关概念的学理厘析	(36)
二、我国行政许可执法制度的历史沿革与现状分析	(37)
三、行政许可执法制度的改革举措	(40)

第二节 制度的核心要素：信息、参与、责任	(43)
一、信息要素	(43)
二、参与要素	(47)
三、责任要素	(51)
第三节 行政许可模式对应的执法变化	(54)
一、执法方式的一般内涵	(54)
二、《行政许可法》的颁布对执法方式变革的影响	(54)
三、相对集中行政许可	(55)
四、行政许可执法中的协商机制	(57)
第四节 例外、免除与规避	(61)
一、例外与免除	(61)
二、规避	(64)
第五节 许可执法的规则及其外延扩张	(67)
一、行政执法规则与行政许可执法规则	(67)
二、行政许可执法规则的内容	(68)
 第三章 问题与矛盾	(73)
第一节 行政许可执法制度的多元类型	(73)
第二节 行政许可执法制度创新质的飞跃	(77)
一、政府许可执法理念的柔性转变	(77)
二、新时期行政方式的温和变革	(79)
三、进一步明确许可执法制度创新的方向	(83)
第三节 行政许可执法制度改革的时效性	(87)
一、行政许可执法制度改革是当前经济发展的必然要求	(87)
二、行政许可执法制度改革是转变政府职能的客观需要	(88)
三、行政许可执法制度改革是其制度内在价值的要求	(90)
四、行政许可执法制度改革是建设法治中国的要求	(92)
第四节 改革的参与性	(94)
一、执法主体要体现出广泛性	(94)
二、执法责任问题	(96)

三、关于机构设置	(98)
第五节 官僚的行政自由裁量权	(98)
一、官僚,尤其是“街头官僚”的决策分析	(99)
二、官僚的行政自由裁量权存在的领域以及隐含的问题	(101)
第六节 不可分割的行政权强制问题	(106)
一、行政许可执法的法律依据问题——强制执行法的缺失	(107)
二、强制执行中的证据问题	(109)
三、执法人员自身的问题	(110)
四、行政机关之间的干扰	(112)
第四章 行政许可执法管理	(113)
第一节 政府行政许可权管理	(113)
一、有限政府:政府行政许可权管理的理论基础	(113)
二、简政放权,是有限政府的必由之路,也是政府行政许可权的 创新管理	(115)
三、政府行政许可执法的相关配套制度	(120)
四、行政许可管理:凝聚改革合力,释放社会经济活力	(126)
第二节 机构层次的管理	(127)
一、行政许可设定权管理	(127)
二、行政许可实施机关管理	(132)
第三节 专项改革管理公用事业之特许经营权	(138)
一、公用事业特许经营权内涵及发展	(138)
二、公用事业特许经营地方立法的权限及现状	(139)
三、公用事业特许经营立法困境消解的前提性问题	(140)
四、公用事业特许经营权亟待立法变革	(146)
第五章 公众参与行政许可执法制度研究	(148)
第一节 公众参与理论分析	(149)
一、公众参与理论的兴起——从传统行政法模式到 参与式行政法模式	(149)
二、公众参与的基础——公民社会	(153)

三、公众参与机制研究	(158)
第二节 公众参与行政许可执法制度	(163)
一、公众参与行政许可执法的必要性	(163)
二、公众参与行政许可执法的内容	(166)
三、公众参与行政许可执法的案例分析	(172)
第三节 完善公众参与行政许可执法制度	(175)
一、公众参与行政许可执法的法律保障	(175)
二、公众参与行政许可执法的过程完善	(177)
三、公众参与行政许可执法的后续监管	(181)
第六章 行政许可执法制度理论、研究与评价	(186)
第一节 行政许可执法制度改革及其构建理论的价值与研究现状 ...	(186)
一、行政许可执法制度之理论基础与研究现状	(186)
二、行政许可执法制度改革的路径选择	(188)
三、行政许可制度改革的价值取向	(191)
四、行政绩效维度下的行政许可执法制度之评价	(201)
第二节 行政许可执法制度改革理论的要素	(202)
一、主体：市场和第三方机构在执法过程中作用的强化	(202)
二、工具：行政许可执法的制度成本及其效益分析	(205)
三、制度：透明性与利益的平衡性	(206)
四、发展路径：行政许可执法的改革发展方向和路径选择	(208)
第三节 行政许可执法存续现状与制度重构	(209)
一、许可执法原则：合法性与合理性	(210)
二、许可执法主体：政府角色的重新定位	(213)
三、许可执法方式：差异性的行政许可执法过程	(214)
四、对于执法结果的监管和行政相对人的法律救济	(216)
第四节 评 价	(218)
参考文献	(220)
跋	(229)

第一章 行政许可执法的实质与 许可制度的改革原因

第一节 行政许可执法的定义

从“行政许可执法”一词的词汇构成及其现代汉语语义进行研究，其属于典型的合成语汇结构：可以理解为“行政许可”和“许可执法”，这两个词均与《行政许可法》《行政处罚法》《行政强制法》等法律和国家强制性法规的许可执行有关。特别是近年来，政府在推动法治政府、法治中国的社会实践中，将“行政许可执法”作为一项既是历史的又是崭新的课题呈现在我们学界和广大行政与执法实务部门面前。西方宪政的“大社会小政府”之理论及其言说，其中最核心的一点就是用人民的权利限制政府或是国家权力的无限扩张，在具体的执政行政过程中，则演变为行政许可执法这一令国民忧心的问题——多年所形成的一个痼疾“令苛则不听，禁多则不行”。^①意思是：法令过于严厉，人们反而不听从；禁令过于繁多，反而不能执行。如是，当下中国之行政许可及其执行制度改革变迁的复杂性和面临的困难，远不是法令的严苛和禁令的繁多造成的，可能还存在更多更深刻的社会历史原因和制度原因，亟待我们研究。

其实，韩非子早在《心度篇》中就说过“法与时转则治，治与世宜则有功”。意思是：政府许可执行的法度能够跟着时代一起变化，就会使国家安定；治理的方式方法能够与社会实际相适应，肯定就会有成绩，社会就会发展

① 出自《吕氏春秋·适威》。

进步。基于中国乃至世界的行政法律法规维度以观，当下，除了中国以外，世界上还没有哪一个国家制定了专门的《行政许可法》对行政许可进行规范。但是，大多数的国家都在其行政程序法及单行法律中规定了行政许可，如德国、美国和日本。^①

古贤云：一马之奔，无一毛而不动；一舟之覆，无一物而不沉。意思是：一匹马在奔跑时没有一根毛不是跟着震动的，一条船遭遇颠覆后，船上所有的东西都会因之而沉没。古人以此来比喻国家的最高治者和赖以御制的法律对百姓、对整个国家有着举足轻重的作用。若按照现行宪法和行政法推演：“共和国的百姓，是主人；中央和地方政府是替老百姓办事的机关，但政府公共权力机关如果损害了主人的权利，怎么办呢？共和国的法律，是管老百姓的，同时也是管国家和政府公权机关的。如果老百姓违法，国家公权的处罚或法律制裁即随之而至，但各级政府机关或政府机关工作人员行法而违法，那又怎么办呢？”这是民国时期法学研究会会长居正在为南京民国政府《诉愿法》颁行所题写的序言之语。其实对行政许可执行的尖锐问题，近代以降就一直毫不隐讳地存在着。

建基于上述问题意识，我们将着重研究政府公共权力在抽象行政和具体行政中是如何规范行政许可与行政强制执行中的权力制约和权利救济。

本题原初立项的名称为行政许可执法制度改革研究，作为立项者的初衷是从完全学术语境来研究解决行政许可执法制度的理论和实践问题，后来在研究中发现，具体的执行法律规范会受其具体环境、对象、措施的影响，传统意义上的执行制度面临诸多现实的挑战。因此，笔者不得不将研究的视角放到制度和文化理论的层面。

梁启超曾经写过一篇文章叫《学与术》，对于传统哲学社会科学课题研究有着独到的洞见和体悟：“学也者，观察事物而发明其真理者也；术也者，取所发明之真理而致诸用者也。”这是迄今为止笔者看到的对学术一词所做的最明确的注疏。在行政法学领域里，行政许可与行政强制两大执行系统将“学与术”连用，其意既深刻又深远。学的内涵贵在能够提出研究对象的制度成因，形成建立在积累知识基础上的理性认识，在行政许可执行制度改良之学理和法理上有所发展和创新。术则是这种理想认知的进一步深化和在行政执法与

① 顾爱平：《中国行政许可制度改革探究》，苏州大学，2005年，第2页。

执行制度之中的具体运用。梁启超曾经告诫学界：“学者术之体，术者学之用。”传统法哲学中“体与用”的关系，演化为通俗不过的“学主知，术主行”的法律制度规范与执行制度规范的关系。

具体到行政许可执法制度，上述理论可谓发挥得淋漓尽致。我国的行政许可制度是独树一帜的，其形成与发展和我国的市场经济息息相关，可以说许可制度是我国发展市场经济的一种管制手段。在改革开放之前，强调的是计划，经济的性质属于计划经济，生产什么或者需要什么都要按计划来，所以存在很多的行政审批，只有审批之后的计划才可以纳入生产销售之中，产品的流通通道是受到许多限制的。这样极端管制的思想在改革开放之后不断受到冲击并慢慢有所改变，但是行政审批并没有从此消失，而是一直存在于行政法学之中，审批和许可在学理上讲是一类概念，是相同概念的不同表达。不可否认的是，许可在我国经济发展中发挥了重要的作用，然而因受管制、审批和计划思想的影响，很多事务都被纳入许可中来，没有重视市场的作用，因而也出现了不少的问题。从20世纪90年代开始，我国一直在进行行政审批制度改革，并取得了显著效果，到21世纪初，《行政许可法》开始施行，许可制度的发展进入一个新的阶段。虽然如此，在许可制度的具体执行过程中，存在的问题还是不少，主要表现为：行政许可执法主体混乱、职权划分不清、许可管辖不明，尤其是省（市）与县（区）两级政府的许可职权非常模糊，同级政府的部门之间权责相互交叉，导致“多重”“多头”许可的现象严重地存在着；行政许可执法程序复杂烦琐，现有的“行政审批中心”或“一站式审批”流于形式且并未发挥出应有的作用，政府部门各自为政，许可环节在“依法行政”和各种技术性标准审查的名义下有增无减；行政许可执法责任制尚未得到健全和完善，这不仅表现为《行政许可法》中所规定的“法律责任”没有得到严格的遵循和执行，而且还表现为行政许可过程中存在推诿扯皮、超延时限、效率低下的现象，行政许可过程中的法律监督和行政相对人的权利救济也还存在许多问题。由此可见，在当前和今后一个相当长的时期内，《行政许可法》的贯彻实施及其执法制度的改革完善依然是我国建设法治政府的关键。2012年8月下旬，国务院又取消和下放一批行政审批事项，至此，国务院10年来分6批共取消和调整了2497项行政审批项目，占原有总数的69.3%。并且此次和以往不同的是，确立了以广东省为行政审批事项改革的试点，批准其“先行先试”，这是我国第一次在省的层面上对审批制度改革进行探索，是行政许可制

度改革中的一个很重要的措施。在减少行政审批事项的同时,也由以前的“重审批、轻监管”逐步转变为“轻审批、重监管”。所以行政许可执法制度改革将是完善许可制度的一个重点。我国的经济已经获得长足的发展,但是审批制度因循不变,这在很大程度上限制了经济的发展,如何让制度更好地服务于经济的发展,探索合适的许可制度,是改革面临的首要问题。

任何制度都必须服务于社会,适应时代的发展需求。在我国经济社会发展变化的情况下,制度不能一成不变,因循守旧的思想必定会影响发展,导致落后。行政许可执法制度也必须在经济社会发展中寻求变革。笔者正是在这样的思想指导下,对行政许可执法制度进行研究,对其中存在的问题进行反思,从学理上寻求合理的答案,以寻求改革的思路。

一、行政许可内涵的学理阐释

科学界定行政许可的内涵是研究行政许可执法制度改革的逻辑起点。当前,我国《行政许可法》第2条规定:“本法所称行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。”虽然我国的《行政许可法》已经明确了行政许可的内涵,但是,到目前为止,理论界和实务界对行政许可的内涵还没有形成统一的认识,仍然争论不断。

“对行政许可性质问题上的不同态度决定了在描述行政许可的基本内涵时存在着不同的看法和观点。”^①对行政许可性质认识的不同在很大程度上决定了对行政许可内涵界定的不同,归纳起来主要有以下三种观点:

第一,“赋权说”。这种观点认为,行政许可是行政机关的一种授益性行政行为,是对行政相对人权利的赋予,即行政相对人原本没有这项权利或者资格,是行政主体根据行政相对人的申请给予相对人的权利或资格,行政相对人权利的享有和资格的获得取决于行政主体的最终决定。绝大多数的学者持此观点,如美国公法学者伯纳德·施瓦茨认为:“许可是行政机关允许相对人从事某种活动、授予他某种权利的行为,即许可是赋权行为。相对人本没有这项权利,只是因为行政机关的允诺和赋予,才获得该项一般人不能享有的特权。”^②

① 应松年:《行政许可法教程》,法律出版社,2012年版,第3页。

② 伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社,1986年版,第7页。

张树义教授认为：“行政许可是行政机关根据管理相对人的申请，依法赋予其从事某种法律所禁止的事项的权利和资格的行为。”^①与此相类似的还有，“行政许可是行政主体应行政相对方的申请，通过颁发许可证、执照等形式，依法赋予行政相对方从事某种活动的法律资格或实施某种行为的法律权利的行政行为”^②，“行政许可的特征是赋予相对人从事某种特定行为的自由和权利，是一种权利性行政处理决定”。^③

第二，“解禁说或恢复权利说”。在该理论看来，行政许可是对法律所一般禁止行为的解禁，是对相对人自由的恢复。某事项在设定许可前是人人可为的行为，但是一旦设定许可，就受到了限制，只有通过许可才能恢复自由。我国台湾学者林纪东认为：“应受许可的事项，在没有这种限制以前，是任何人都可以作为的行为，因为法令规定的结果，其自由受到限制，所以许可是自由的恢复，即不作为义务的解除，并非权利的设定。”^④西南政法大学王连昌教授认为：“行政许可是行政主体依相对人申请，在一定条件下解除法律的一般禁止，允许相对人从事该一般禁止的行为的行政行为。”^⑤此外，“行政许可通常指行政机关根据当事人的申请，在一定条件下解除禁止，准许个人或组织从事某种活动的一种行政行为”。^⑥

第三，“折中说或者综合说”。这种观点综合了以上两种观点，认为行政许可既是一种赋权行为同时也是一种解禁行为，即“行政许可既是对相对人禁止义务的免除，也是对相对人权利、权能的赋予”。^⑦此外，中国政法大学马怀德教授认为，“从表面上看，许可的确表现为政府赋予相对人某种权利，称之为赋权行为未尝不可，但从根本上看，许可不仅是国家处分权力的表现形式，而且是对原属公民、法人某种权利自由的恢复，是对特定人解除普遍禁止的行为”。^⑧王连昌教授则认为，“行政许可的性质表现在两个方面。一方面，从行政主体的角度看，行政许可表现为政府赋予管理相对人某种行为资格或能

① 张树义：《行政法学新论》，时事出版社，1991年版，第133页。

② 罗豪才：《行政法学》，北京大学出版社，1996年版，第175页。

③ 杨海坤：《中国行政法基本理论》，南京大学出版社，1997年版，第332页。

④ 林纪东：《云五社会科学大辞典》（第7册），台湾商务印书馆，1976年版。

⑤ 王连昌主编：《行政法学》，中国政法大学出版社，1994年版，第168-178页。

⑥ 张正钊、韩大元：《中外许可制度的理论与实务》，中国人民大学出版社，1994年版，第1页。

⑦ 张焕光、胡建森：《行政法学原理》，劳动人事出版社，1989年版，第276页。

⑧ 马怀德：《行政许可》，中国政法大学出版社，1994年版，第11页。

力,是行政主体的行政行为,因而使其具有赋权行为的性质;另一方面,从管理相对人的角度看,行政许可实质上是解除了某种普遍禁止,恢复了被许可人的某种行为自由,使其具备了解禁行为的性质”。^①

以上三种观点在学界的影响较大,此外,还出现了“特权说”“验证说”“无害审查说”等观点。前述的各种观点,是从不同角度对行政许可性质的审视,各有其存在的合理性。当然,有利就有弊,它们也存在不足之处。

“赋权说最大的问题在于,权利的形成主要是通过立法过程来完成的,而不是通过行政机关的许可行为使相对人获得某种权利。”^② 公民拥有的权利必须由宪法和法律明文规定,享有行政许可权的机关是无权赋予公民相关权利的。

就“解禁说”而言,该理论有扩大公民义务范围的嫌疑。“解禁说”认为,许可事项是法律所禁止的一般性事项,换言之,就是公民负有未经许可不得为许可事项的义务。众所周知,对公民而言,“法无规定即自由”,公民的法律义务是法律加以明确规定的,公民无须履行法律规定范围外的义务。因此,可以说该学说扩大了公民义务的范围,进而缩小了公民权利的范围。

就“折中说或综合说”来看,它是“赋权说”和“解禁说”的综合,在逻辑学上,要使一个联言判断为真,构成联言判断的每个联言肢必须为真。也就是说,“折中说”作为一个联言判断,要成为一个毫无瑕疵的学说,那么它的两个构成部分即“赋权说”和“解禁说”必须也是毫无瑕疵的。但是,从上述内容可以清晰地看到“赋权说”和“解禁说”的缺陷和不足。因而,“折中说”也是存在瑕疵的。此外,这种观点的不足还在于“如同大多数调和性理论一样,折中说并没有对行政许可的性质给予一个清楚的答案,只是具有理论意义”。^③

综上所述,笔者认为行政许可不仅是一种行政行为,也是一种行政法律制度。从微观方面来看,行政许可是享有行政许可权的行政机关根据行政相对人的申请,对其是否符合条件进行审查从而做出准许或者不予准许决定的行政行为;从宏观方面来看,行政许可是包括行政许可的设定、实施和监督等内容在

① 王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社,1994年版,第169页。

② 应松年:《行政许可法教程》,法律出版社,2012年版,第25页。

③ 郭道辉:“对行政许可是‘赋权’行为的质疑——关于享有与行使权利的一点法理思考”,《法学》,1997年第11期。