

# 行政许可法

理论与实务

XingZheng

XuKeFa

LiLunYuShiWu

江必新 编著

中国青年出版社

# 行政许可法理论与实务

D922.111  
J1

中国书店出版社

(京) 新登字 083 号

图书在版编目 (CIP) 数据

行政许可法理论与实务/江必新编著. -北京: 中国青年出版社, 2004

ISBN 7-5006-5781-1

I. 行… II. 江… III. 行政许可法—中国  
IV. D922.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 032347 号

\*

中国青年出版社出版 发行

社址: 北京东四 12 条 21 号 邮政编码: 100708

网址: [www.cyp.com.cn](http://www.cyp.com.cn)

编辑部电话: (010) 64053485 邮购部电话: (010) 64052011

北京瑞德印刷有限公司印刷 新华书店经销

\*

850 × 1168 1/32 11.5 印张 2 插页 260 千字

2004 年 5 月北京第 1 版 2004 年 5 月北京第 1 次印刷

定价: 19.30 元

本图书如有任何印装质量问题, 请与出版处联系调换

联系电话: (010) 64033570

雄狮书店: (010) 84039659

## 自序

《中华人民共和国行政许可法》的出台,不仅为行政许可提供了一套目前世界上绝无仅有的法律规范,而且创新了行政管理的思路和机制;不仅为建构法治政府铺下了一块厚重的奠基石,而且升华了一种治国安邦的理念;不仅设定了行政许可法律关系主体之间的权利义务关系,而且重新定位了公仆和主人各自的法律地位;不仅为成千上万的市场主体松绑,而且为市场经济开辟了无限的市场。总之,它创造了一种活力,创造了一种生机,创造了一种希望……。

然而,梦境愈是美好愈难于兑现,法律愈是完美愈难于实施。法律不能仅仅写在纸上,它必须写在人民大众的心里。法律不能仅仅靠执法者强制推行,人民才是法律得以实施的真正动力。尽管法律必须有一种“自足”的本能——自我实现的能力,但有知法懂法的国民参与,良法才能真正给国民带来福祉。

正是这种责任感驱使我《行政许可法》进行潜心的研究和探讨,也正是这种法律人的“自觉”,诱使我对《行政许可法》进行了带有明显“自我意识”的诠释和解读。如果它能引起人们对行政许可法的更深层次的关注,引起专家学者对行政许可法律问题更深入的探讨,引起行政执法人员和行政审判人员对行政许可法实施中可能遇到的问题的更成熟的思考,使所有关注《行政许可法》的人成为促进该法实施的积极力量,我将如愿以偿!

在这种诠释和解读中,事实充分吸收了学术界已有的研究成果,但细心的读者会发现本书有许多地方表达了作者自己的观点,尽管这些观点不一定完全成熟。

中国青年出版社的领导和责编们在本书的出版过程中表现出了强烈的事业心,没有他们辛勤的劳动,本书不可能在如此短暂的时间内得于付梓,他们的责任感给我留下了极为深刻的印象。

江必新

2004年5月9日于北京东铁营

## 目 录

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| <b>第一章 行政许可法概述</b> .....            | 1  |
| 一、行政许可概说 .....                      | 1  |
| (一) 行政许可的概念 .....                   | 1  |
| (二) 行政许可的性质 .....                   | 7  |
| 二、我国的行政许可法及其立法目的 .....              | 13 |
| (一) 规范行政许可的设定和实施 .....              | 13 |
| (二) 保护公民、法人和其他组织的合法权益 .....         | 16 |
| (三) 维护公共利益和社会秩序 .....               | 17 |
| (四) 保障和监督行政机关有效实施行政管理 .....         | 19 |
| 三、行政许可法的基本原则 .....                  | 21 |
| (一) 合法原则 .....                      | 21 |
| (二) 公开原则 .....                      | 27 |
| (三) 公平、公正原则 .....                   | 30 |
| (四) 效率原则 .....                      | 33 |
| (五) 便民原则 .....                      | 35 |
| (六) 权利保护原则 .....                    | 39 |
| (七) 监督原则 .....                      | 44 |
| (八) 禁止谋取非法利益原则 .....                | 47 |
| <b>第二章 行政许可的设定</b> .....            | 55 |
| 一、行政许可设定权的概念及规范行政许可设定的<br>必要性 ..... | 55 |

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| (一)行政许可设定权的概念·····                 | 55 |
| (二)规范行政许可设定的必要性·····               | 56 |
| 二、设定行政许可应当遵循的基本原则·····             | 59 |
| (一)设定行政许可应当遵循经济和社会发展<br>规律·····    | 59 |
| (二)有利于发挥公民、法人和其他组织的积极性<br>·····    | 60 |
| (三)维护公共利益和社会秩序·····                | 61 |
| (四)促进社会、经济和生态环境协调发展·····           | 63 |
| 三、设定行政许可的范围·····                   | 64 |
| (一)确定行政许可范围的一般原理·····              | 64 |
| (二)可以设定行政许可的事项·····                | 66 |
| (三)不能设定行政许可的范围·····                | 72 |
| 四、设定主体与设定权·····                    | 75 |
| (一)法律的行政许可设定权·····                 | 76 |
| (二)行政法规的行政许可设定权·····               | 77 |
| (三)国务院决定的行政许可设定权·····              | 78 |
| (四)地方性法规的行政许可设定权·····              | 79 |
| (五)省级政府规章的行政许可设定权·····             | 80 |
| 五、设定行政许可的程序·····                   | 83 |
| (一)关于设定行政许可的听取意见制度·····            | 84 |
| (二)关于设定行政许可的说明理由制度·····            | 85 |
| 六、设定和规定行政许可应当注意的其他问题·····          | 86 |
| (一)应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、<br>期限····· | 86 |
| (二)行政许可的规定·····                    | 88 |
| (三)应当定期对设定的行政许可进行评价·····           | 89 |

|                                     |            |
|-------------------------------------|------------|
| (四) 地方政府可在其辖区内停止实施特定的<br>行政许可 ..... | 90         |
| <b>第三章 行政许可实施机关 .....</b>           | <b>101</b> |
| 一、实施行政许可的机关 .....                   | 102        |
| (一) 对行政许可的一般实施主体的要求 .....           | 103        |
| (二) 法律、法规授权的组织实施行政许可 .....          | 107        |
| (三) 接受委托实施行政许可的主体 .....             | 112        |
| 二、行政许可权的集中或统一行使 .....               | 115        |
| (一) 行政许可权的集中行使 .....                | 115        |
| (二) 内部机构统一办理行政许可 .....              | 117        |
| <b>第四章 行政许可实施程序 .....</b>           | <b>127</b> |
| 一、行政许可实施程序概述 .....                  | 127        |
| (一) 行政许可实施程序的概念 .....               | 127        |
| (二) 建立和完善行政许可实施程序的意义 .....          | 128        |
| (三) 行政许可实施程序的基本原则与制度 .....          | 129        |
| (四) 我国行政许可实施程序的基本特点 .....           | 133        |
| 二、行政许可一般程序 .....                    | 134        |
| (一) 申请与受理程序 .....                   | 134        |
| (二) 审查与决定程序 .....                   | 152        |
| (三) 变更与延续程序 .....                   | 171        |
| 三、行政许可的特别程序 .....                   | 176        |
| (一) 概述 .....                        | 176        |
| (二) 特殊主体实施许可的程序 .....               | 177        |
| (三) 听取意见的特别程序——听证程序 .....           | 179        |
| (四) 不同许可种类的特殊程序 .....               | 193        |
| (五) 有数量限制的许可程序 .....                | 211        |
| <b>第五章 行政许可的监督检查 .....</b>          | <b>235</b> |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 一、行政许可监督检查概述 .....       | 235 |
| (一)行政许可监督检查的概念 .....     | 235 |
| (二)行政许可监督检查的种类 .....     | 235 |
| (三)行政许可监督检查的必要性 .....    | 237 |
| 二、监督检查中的职权与方式 .....      | 239 |
| (一)建立监管制度 .....          | 239 |
| (二)核查有关材料 .....          | 240 |
| (三)建立记录档案 .....          | 241 |
| (四)依法进行抽检 .....          | 241 |
| (五)进入生产经营场所进行实地检查 .....  | 243 |
| (六)进行定期检验 .....          | 243 |
| (七)督促建立自检制度 .....        | 244 |
| (八)责令限期或立即改正 .....       | 245 |
| (九)责令停止建造、安装和使用 .....    | 245 |
| (十)依法采取其他处理措施 .....      | 246 |
| (十一)督促被许可人履行义务 .....     | 246 |
| (十二)依法撤销行政许可 .....       | 247 |
| (十三)依法注销行政许可 .....       | 247 |
| (十四)依法给予行政处罚 .....       | 248 |
| 三、许可机关在监督检查中的义务与职责 ..... | 248 |
| (一)积极义务 .....            | 248 |
| (二)消极义务 .....            | 252 |
| 四、行政相对人的权利与义务 .....      | 253 |
| (一)权利 .....              | 253 |
| (二)义务 .....              | 254 |
| 五、撤销权与注销权的行使 .....       | 258 |
| (一)撤销权的行使 .....          | 258 |

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| (二) 注销权的行使 .....                   | 269 |
| 六、对许可机关的监督检查 .....                 | 272 |
| (一) 对许可机关进行监督检查的意义 .....           | 273 |
| (二) 对许可机关进行监督检查的依据 .....           | 274 |
| (三) 对许可实施机关监督检查的主体 .....           | 274 |
| (四) 对许可实施机关进行层级监督检查的方式 .....       | 275 |
| (五) 对许可实施机关进行层级监督检查的范围 .....       | 276 |
| 第六章 行政许可法律责任制度 .....               | 287 |
| 一、行政许可法律责任制度概述 .....               | 287 |
| (一) 法律责任的概念 .....                  | 287 |
| (二) 行政许可法律责任的分类 .....              | 289 |
| (三) 设定行政许可法律责任的法理根据 .....          | 291 |
| (四) 设定和追究法律责任的基本原则 .....           | 292 |
| (五) 行政许可法律责任的构成要件与追究 .....         | 293 |
| (六) 我国行政许可法律责任制度的特点 .....          | 297 |
| (七) 建立行政许可法律责任制度的意义 .....          | 298 |
| 二、行政许可权主体及其工作人员的法律責任 .....         | 300 |
| (一) 行政许可权主体及其工作人员的法律責任<br>概述 ..... | 300 |
| (二) 行政许可设定主体的法律責任 .....            | 301 |
| (三) 行政许可实施主体的法律責任 .....            | 304 |
| (四) 公务人员的法律責任 .....                | 309 |
| 三、行政许可相对人的法律責任 .....               | 313 |
| (一) 行政许可相对人法律責任概說 .....            | 313 |
| (二) 行政许可相对人法律責任的具体形式 .....         | 314 |
| 主要参考文献 .....                       | 335 |
| 附录: 中华人民共和国行政许可法 .....             | 339 |

# 第一章 行政许可法概述

## 一、行政许可概说

### (一)行政许可的概念

就汉字的字面意义而言,许可即允许、允诺之意,是指一方允许另一方做未经允许即是违法或侵权的事情。英美法中,许可和许可证的用词都是一个:Licence。行政许可在经济学中一般被认为是政府规制或者政府行政规制的一种方法。<sup>①</sup>但在行政法和行政法学中,最不统一的莫过于行政许可的概念。

首先,各国实定法的规定不尽一致。日本的行政程序法将这类行为称为“许认可等”,作为对申请的处分行为,包括申请行政机关作出许可、认可、执照和其他赋予自己一定利益的行为。在单行法律中使用许可、特许、执照、承认、认定、指定、登录、登记、同意、申报等概念。在美国,“许可证包括机关核发的执照、证书、批准书、注册证书、章程、成员资格证书、法定豁免或其他形式的许可文书的全部或一部。”“核发许可证则包括行政机关批准、延续、拒绝、吊销、暂停、废止、收回、限制、修改、变更许可证的活动,以及为许可证规定一定条件的活动。”<sup>②</sup>美国1970年《各州标准行政程序法》第一条规定:“许可”包括所有或一部分行政机构有允许、证明、特许或为法律所规定类似的权利。

在英国,表述行政许可的法律用语主要有许可、许可证、特

许、特许状、证明、执照、注册登记等,“许可是对要不然便被限制、禁止或非法的事情的允许。”<sup>③</sup>在德国,行政程序法使用“许可”概念。在奥地利,行政许可的法律用语有允许、许可、批准、特许、准许等。

其次,国外学者们的归纳和概括也不尽相同。德国行政法中,行政许可是指对法律禁止的解除,而批准特定的行为或者特定的计划的行为<sup>④</sup>。在日本行政法学中,许可和认可是结合在一起的,统称为许认可,“是指行政机关在具备特定的法定要件时作出的具有解除由法律、法规设定的一般性禁止(不作为义务)的法律效果的行为”。<sup>⑤</sup>“是指在特定的情况下解除基于法令的一般性禁止(不作为义务),使其能够合法地从事特定行为的行为”。<sup>⑥</sup>韩国学者们普遍认为,行政许可系指行政主体在特定的条件下解除一般的禁止,使相对人恢复一种自由地从事某种行为状态的行政行为。<sup>⑦</sup>

最后,国内学者的看法也不尽一致。大体上有以下几类:

一是认为行政许可是使相对人获得权利、权能、资格或可以进行某种活动的行为。如,行政许可是指行政主体对相对人的申请请求表示同意,从而使申请人获得权利或权能的处理行为。<sup>⑧</sup>行政许可是行政机关根据相对人的申请,依法准许相对人从事某种活动的决定。<sup>⑨</sup>行政许可行为是指行政主体依法对行政相对人的申请进行审查,并同意赋予相对人具有某种权利或权能的行政行为。<sup>⑩</sup>行政许可是指行政主体针对行政相对方的申请,依法决定是否赋予行政相对方从事某种活动或实施某种行为的权利和资格的一种法律制度,包括有准许或者不予准许两种具体的行为方式。<sup>⑪</sup>概括而言,行政许可是行政机关根据相对人的申请,作出决定允许相对人做某事,行使某种权利,获得某种资格和能力的行为。<sup>⑫</sup>行政许可是行政机关根据相对人的申

请,以书面证照或其他方式允许相对人从事某种行为,确认某种权利,授予某种资格和能力的行为。<sup>⑬</sup>另一种观点认为:行政许可是指行政主体依据行政相对人的申请,依法赋予特定的行政相对人拥有可以从事为法律一般禁止的权利的资格的法律行为。认为行政许可是一种行政赋权行为,其存在前提以“禁止义务”的存在为前提,其内容是直接赋予相对人从事某种活动的权利和资格。<sup>⑭</sup>

二是认为行政许可是解除一般禁止的行为。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。<sup>⑮</sup>行政法学上讲的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。<sup>⑯</sup>行政许可是行政主体根据行政相对人的申请,依法赋予符合法定条件的行政相对人从事某种为法律一般禁止事项的权利和资格的一种行政行为。<sup>⑰</sup>行政许可是由法律、法规设定一般性禁止的制度,是行政机关依据公民、法人或者其他组织的申请准予其从事法律、法规作一般性禁止的事项或活动的行政行为,是行政机关依法对公民、法人或者其他组织的行为进行法律控制的行政法律手段。<sup>⑱</sup>行政许可是行政机关根据相对人的申请,以书面证照或者其他方式允许相对人从事某种行为,确认某种权利,授予某种资格和能力的行为。认为行政许可的主体是行政机关,行政许可的目的是为了实施行政管理,内容是国家一般限制或者禁止的活动,许可的事项必须有法律的明确规定。<sup>⑲</sup>我们认为,行政许可是指行政主体依公民、法人或其他组织的申请,通过颁发许可证、执照或批准、登记、认可等方式,准予其从事法律、法规作一般禁止的事项或活动的行政行为,同时又是国家对社会生活进行调控的一种行政法律制度。<sup>⑳</sup>

三是认为行政许可是一个不断发展的概念。如,行政许可的概念在行政法学研究中,经历了一个从狭义到广义的发展过程。狭义的行政许可是指国家行政机关对一般禁止的行为,对于特定人或关于特定事解除其禁止的行为……。广义的行政许可则不仅指对禁止的解除,还包括使管理相对人获得某种资格,行使某项权利等更为广泛的内容。因此,现代行政法学所研究的行政许可是指,行政机关根据行政管理相对人的申请,依据法律、法规的规定,通过颁发证明或批准、登记、认可等方式,允许其从事某项活动,行使某项权利,获得某种资格和能力的具体行政行为。<sup>④</sup>

笔者认为,之所以对行政许可的概念存在如此多的分歧,主要有如下几个方面的原因:一是不同国家纳入行政许可规则调整的范围不同,不同国家的行政许可所包括的类型和内容很不一样,其概念不可能完全相同;二是学者们对行政许可的性质的看法存在分歧,而对性质存在分歧的一个重要原因也是因为不同国家的行政许可所涵盖的范围不同所形成的;三是不同学者观察问题的角度不同,或强调的侧重点不同(在这个意义上,严格说来不是一个分歧问题)。

我国《行政许可法》第二条根据我国行政许可所涵盖的类型,将行政许可定义为“行政机关根据公民、法人或其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为”。根据以上规定,把握我国行政许可的概念,应注意以下几个要点:

第一,行政许可的行为主体是行政主体。一般的社会团体、自治协会向其成员发放成员证或活动证等许可性证书或资格证书的行为,因其不具有行使公权力的性质,因此不能称为行政许可,只能作为一种内部的管理手段。公民法人之间允许他人从事某种行为也不能称为行政许可,只能是民事许可。

第二,不作为义务的设定是行政许可存在的前提。不作为义务的设定,是指不经过个别批准、认可或资质确认行为人便不能有所作为或从事某项活动。没有不作为义务的事先或一般规定,行政许可就失去了存在的必要。因为如果没有不作为义务的设定,相对人不需许可即可从事某种行为或活动,而根本无须申请许可了。这种“准予相对人从事特定活动”,不是对相对人的赋权,也不是一种施舍,更不是一种可以随意处置的权力,而是行政主体的一种责任。行政机关有责任为符合条件者解除不作为义务,为许可申请人实现其权利提供相关服务。比如,相对人提出许可申请,行政机关依法必须受理并在法定时间内作出批准或者不批准的答复;对已经批准发给许可证的,行政机关即应保护被许可人的合法权益,并承担对被许可人履行义务进行监督的责任;不履行或不积极履行这些职责的,就是失职。

第三,行政许可是依申请的行政行为。相对方的申请是行政机关发放许可证的前提和条件,因为作为行政许可相对方的公民、法人或者其他组织要获得某种不作为义务的解除或获得某种资源、行使某种权利,就必须具备相应法律、法规规定的条件,并向行政主体提出申请。从这个意义上来说,相对方的行为具有主动性,行政机关的行为具有被动性。对于依申请的行政行为,行政机关实施必须以相对人申请为前提,相对人没有提出申请,即使其符合法定许可条件,行政机关未给予其许可亦不构成“不作为”,相对人不能向法院提起“不作为”诉讼。

第四,行政许可行为是一种要式行政行为。行政许可除了要遵循一定的法定程序,还应以正规的文书、格式、日期、印章等形式予以批准。行政机关作出准予行政许可的决定,需要颁发行政许可证件的,应当向申请人颁发加盖印章的许可证、执照或者其他许可证书;资格证、资质证或者其他合格证书;批准文件

或者证明文件等。

第五,行政许可行为是一种外部管理行为。行政许可是一种管理性行为和外部行政行为。管理性的主要特点是单方面性,公民、法人和其他组织有违行政机关依法作出的管理性行为即构成违法。因此,不具有管理性行为特征的行为,即使冠以审批、登记等名称,也不是行政许可。比如,行政机关以出资人的身份对国有资产处置事项的审批(特别是随着国有资产管理体制的改革,由国有资产管理委员会履行出资人的职责后,这类审批行为不再具有行政许可的性质)。再如,行政机关为确认民事财产权利和民事关系的登记,如产权登记、抵押登记、特定身份登记等都不是《行政许可法》所称的行政许可。外部行政行为是对外部管理对象即公民、法人和其他组织作出管理行为。因此,行政机关对其内部事务的审批(如对公务员出差、请假、职务任免等的审批),或者按照隶属关系由上级行政机关对下级行政机关有关事项的审批(如对下级行政机关请示、公文等的审批)都不是《行政许可法》所称的行政许可。也正因为如此,《行政许可法》第三条规定,有关行政机关对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批,不适用本法。

第六,行政许可行为是对特定活动的事前控制。行政许可作为一项重要的行政权力和管理方式,对维护公民人身财产安全和公共利益,加强经济宏观管理,保护并合理分配有限资源等,都有重要作用。行政许可的主要功能是控制危险、配置资源、证明或者提供某种信誉、信息。除了国家作为所有权人实施的许可外,行政许可本质主要表现为对相对人是否符合法律、法规规定的权利资格和行使权利的条件审查核实,符合法定资格或者条件的,就准予从事某种特定活动。

第七,行政许可行为是一种授益性的行为。行政许可与行政

处罚和行政征收等行政行为不同。后者是基于法律对行政相对人权益的一种剥夺和限制,是施加负担的行为。而前者是赋予、认可行政相对人某种权利和资格,准予当事人从事某种活动的行为,总的说来是对申请人有利的行为。应当注意的是,受益与授权是有区别的。强调行政许可是一种受益行为,在于强调行政许可行为必须遵守受益行为的一般规则,如信赖保护规则等。

## (二)行政许可的性质

行政许可的性质问题是一个最具争议的问题。对行政许可概念的不同定义,在很大程度上也是由于对行政许可性质的不同认识引起的,定义的不同在很大程度上是对性质认识不同的反映而已。

### 1. 对行政许可性质的不同认识

关于行政许可的性质,比较有代表性的主要有以下几种:

一是“赋权说”<sup>②</sup>。这一观点的核心是行政主体赋予相对人某项权利或某种资格,因此行政许可是一种赋权行为。如“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”。<sup>③</sup>“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”<sup>④</sup>。“许可是使权利的行使成为可能的一种行政行为。从一般意义上讲,许可是命令行为的一种形式,涉及人们的具体利益关系”<sup>⑤</sup>。“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”<sup>⑥</sup>。许可是行政机关允许相对人从事某种活动,授予他具有某种权利的行为,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<sup>⑦</sup>,等等。