

行政法制与改革系列丛书

行 政 许 可

马怀德 著

中国政法大学出版社



行政许可

马怀德 著

中国政法大学出版社

(京)新登字 185 号

行政许可

马怀德 著

*

中国政法大学出版社出版

北京怀柔燕东印刷厂印刷

新华书店 发行经销

*

850×1168 毫米 32 开 6 印张 118 千字

1994 年 7 月第 1 版 1994 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1192-3/D·1144

印数：3000

定价：6.90 元

目 录

第一章 行政许可制度概述	(1)
一 行政许可.....	(2)
二 许可与其他类似概念的区分.....	(6)
三 行政许可的性质.....	(9)
四 行政许可制度的发展轨迹	(12)
五 行政许可制度的作用	(22)
第二章 行政许可的设定及范围	(31)
一 行政许可权的性质及构成	(31)
二 行政许可权的法律设定	(37)
三 确定许可制度适用范围的标准及原则	(41)
第三章 行政许可机关及权限	(51)
一 我国行政许可机关及权限	(51)
二 美国、英国、日本三国行政许可机关及权限	(60)
第四章 行政许可的分类	(62)
一 行为许可与资格许可	(62)
二 共同许可、条件许可及委托许可	(66)
三 独立的许可和附文件的许可	(68)
四 权利性许可和附义务许可	(69)
五 有数额限制的许可与无数额限制的许可	(72)
六 长期、短期(临时)许可	(74)
七 一般许可与紧急许可、特别许可与普通许可	(75)
八 其他分类	(76)

第五章 行政许可的程序	(84)
一 健全行政许可程序的意义	(84)
二 设计行政许可程序应当遵循的原则	(87)
三 行政许可的申请条件	(100)
四 行政许可的申请程序	(109)
五 行政许可的审查核发程序	(112)
六 行政许可的变更程序	(119)
七 行政许可的注销、吊销程序	(121)
八 行政许可证的有效期及延展	(124)
九 行政许可证的中止、失效和无效	(126)
第六章 国外行政许可程序	(132)
一 国外关于行政许可证概念及范围的理解	(133)
二 行政许可程序中的听证制度	(134)
三 行政许可中的不得单方面接触原则与回避制度	(141)
四 批准行政许可证照的时限	(144)
五 许可程序中的利害关系人	(145)
六 许可证的有效性	(148)
七 许可证的撤销及损失补偿	(151)
八 其他	(153)
第七章 行政许可复议与诉讼	(156)
一 行政许可复议	(157)
二 行政许可诉讼	(164)
第八章 我国行政许可制度现存问题及制定《行政许可法》 的构想	(177)
一 我国行政许可制度现存的主要问题	(177)
二 制定《行政许可法》的基本构想	(180)
后 记	(186)

第一章 行政许可制度概述

长久以来，各国政府在如何管理经济、社会文化事务方面，曾煞费苦心，设计了种种法律制度和管理方式，有些制度历经沧桑，逐步成为现代国家主导的管理依据，有些制度则昙花一现，最终没有经得起历史的考验。实践证明，政府管理经济、社会，如果单纯凭借强制力采取计划、命令、垄断等方式的话，那么这个社会的经济也许会在短期内有较迅速的发展，但终究会因窒息社会成员的活力而丧失生命力，事实上，这种刚性的命令式管理手段业已被各国抛弃。如果政府无为而治，放弃各种管理，那么社会经济发展则无规则可寻，必将堕入无政府状态。经过一个时期以来的不断探索人们认识到，政府对国家经济、社会事务的管理，必须采用一种刚柔并济的新手段，一方面对影响国计民生、人身健康，公共安全的事项采取普遍禁止，个别解禁的许可方式加以管理，另一方面对一般社会经济活动采用确立标准规则，放任进行的自由管理形式。实践表明，已经被许多国家在众多领域采取的许可管理制度，是现代法律制度的一个创新，也是维持经济社会稳定发展，保障公共安全和人民健康的重要方式之一。

我国文化社会事业日益繁荣，经济不断发展，这与废除传统

的命令计划或管理方式,采用自由度更大的管理方式密不可分。但这种新的管理方式尚未规范化之前,也暴露出大量的社会经济问题,如取消国家定价的同时出现哄抬物价,漫天要价的弊端;允许自由生产流通的同时,出现生产销售伪劣产品,坑害消费者的问题,行政机关利用手中批准计划权贪污受贿,腐败丛生等等,不一而足。由此可见,政府的管理方式变革必须是全面的,有法律保障的,应该避免从一个极端走到另一个极端,即从强制性命令计划走向放任自流。只有采取一种刚柔并济,管与不管界限分明的行政许可管理方式,才能达到最佳的管理效果。本书试图通过对许可制度的全面介绍和分析,勾勒出我国变革中的社会经济管理方式的大体轮廓,从而为许可制度的规范化提供理论根据。

一、行政许可

许可即准许、容许,在法律上指一方允许另一方从事某种活动,非经允许而为之,即属违法的法律行为。在不同的部门法中,许可涵义并不完全相同。民法上的许可通常指土地所有人允许他人通过或使用其土地的行为,属于相邻权所研究的范畴;知识产权法上的许可行为指专利、商标、版权所有人允许其他人使用其专利、商标、版权的行为。非经所有人允许而使用其专利、商标和版权,即构成侵权,需承担民事法律责任。从这个意义上来说,

许可是平等民事主体之间关于特定民事权利的有条件使用行为，是以不得随意剥夺民事主体权利为前提的私权力行为。同时也是充分发挥民事主体权利效能的最佳途径。正因为如此，民法中的许可行为在其他部门法中也起到一定的影响，甚至被运用于公权力行为后，许可行为演变成为一种国家管理社会经济事务的有效公权力手段，而受到各国政府的普遍重视。

当许可人为行政机关，许可内容旨在管理社会公共事务，行使公权力时，就形成了行政许可，也就是行政法意义上的许可。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。行政许可具有如下特点：第一，许可行为的主体是行政机关，而不是其他公民、法人或组织。一般的社会团体、自治协会向其成员颁发资格证书及许可性文件的行为不是行政许可行为。公民、法人之间允许对方从事某种活动的行为也不能称之为行政许可。第二，行政许可是为实施行政管理目的而为之的，例如，政府批准集会示威游行申请是为了保障公民民主权利，维护社会公共秩序而实施的行政许可行为，其目的与行政机关作为民事主体实施的许可行为有严格的区分。因此，只有行政机关作为行政主体，行使权力时对公民、法人或其他组织的允许行为才构成行政许可。第三，行政许可的内容是国家一般禁止的活动。许可行为是对符合条件的特定对象解除禁止，允许其从事某项特定活动，享有特定权利和资格的行为。例如，制作、运输、销售爆破物品为国家普

遍禁止的行为，但并不是任何人都不得从事此类活动，只有符合特定条件，经国家批准允许的组织或个人才能够实施这类行为。驾驶汽车实际上是个人的自由，但为了保证公共安全维护交通秩序，国家可通过考试等方式允许符合一定身体技术条件的个人行使驾驶汽车的权利。第四，行政许可是依据相对人申请而作出的行政行为，因此，许可行为又被称之为被动性抑制行为。公民、法人申领许可证照，报请行政机关批准允许其从事某一活动，都应首先向行政机关提出申请，由许可机关决定是否发放或批准。第五，许可的相对人既可以是公民，也可以是法人或其他组织。例如，个体烟贩买卖香烟，必须向烟草专卖机关申领经营烟草业务的许可证，在这种情况下，申请人是公民；而下级机关实施某项罚款权或收费权，必须经上级机关批准，在有些地区，只有取得罚款，收费许可证，行政机关才有权实施行政处罚和收费行为。这种情况下，被许可人是行政机关。因此，行政许可的主体是行政机关，而相对人既可是普通公民、法人，也可能包括下级行政机关或其他事业单位。第六，许可事项必须有明确的法律规定。许可是建立在普遍禁止基础上的解禁行为。因而，对大多数人而言，它是限制公民法人活动自由的行为。如行政机关发放的营业执照，从表面上看，是允许相对人从事经营活动的书面证明，而实质上是对公民法人随意自由从事经营活动的禁止和限制，非经行政机关允许从事经营活动即属无证经营的违法行为。

许可证是行政许可行为的主要表现形式。即由许可机关向申

请人发放的一种证明性文书。《布莱克法律词典》称之为：由适当政府机关经审查后颁发给公民个人、公司法人的，允许其获得某种职业或从事某一行业并服从国家警察权管理的证书。《美国百科全书》则认为，这种意味许可的文书或证照虽然常被称为“许可”但它们本身并不是许可，只是一种看得见的，表示允许，权利或特权的官方证据而已。在英文中，许可和许可证通常是一个词（License）。由于许可内容非常广泛，因而许可的表现形式也是多样化的。既可以是书面的，也可以是口头的，既可以是证照形式的，也可以是一般文件形式的；为了研究方便，我们假定所有的行政许可行为都表现为证明文书形式即许可证。

行政许可制度是指许可证的申请、核发、监督管理的一系列规则总和。包括以下内容：规定许可的机关、许可的范围、申请、审查、颁发许可证的程序、以及监督检查、撤销、废止、中止、更换修改许可证的方式条件期限，许可的费用等内容。

行政许可制度在行政法中占有极其重要的地位。有一种观点认为，行政许可主要指行政机关的管理手段，因而是个管理或行政学问题，与法律没有多少关系。由于法律只是消极地确认这些管理手段，所以行政许可制度中并没有多少法律问题值得研究。笔者认为，行政法本身就是行政权逐步规范化的结果，作为行政权重要组成部分的许可权同样需要法律化，这不仅是现代行政法治的要求，而且也是行政管理科学化的结果。行政许可制度的建立首先取决于立法，这在世界各国历史上都毫无例外，早在1737年，

英国就通过《许可证法》赋予王公贵族对剧院演出享有许可权，它要求所有的演员和剧目在演出前必须取得许可。印度 1939 年通过《机动车法案》确立了一项专门控制机动车驾驶的许可证制度。该法对驾驶执照的申请核发、吊销、更换作了详细规定。新中国成立后首先规定的公安方面许可制度也无一不通过立法实现。如 1951 年制定的《无线电器材管理暂行条例》、《城市旅栈业暂行管理规则》、《公共娱乐场所暂行管理规则》、《印铸刻字业暂行管理规则》规定，凡经营上述行业的，都必须持有公安机关颁发的特种营业许可证。行政许可的范围确定同样反映法律问题。因为许可的前提是全面禁止，没有禁止也无所谓许可，正是这一原因决定了许可与相对人权利义务有着密切联系。而法律特别是行政法所关注的，恰恰是政府与人民的权利义务关系。对一种行业实行许可意味着所有从业人员非经政府允许而从事该业即为非法，必须承担某种法定责任。

二、许可与其他类似概念的区分

（一）许可和认可

许可是有关机关对一般禁止的活动，在特定场合条件下，对特定人解除禁止，允许其作为的行政行为。认可则是对某一行为

加以确认使其具有法律效力或丧失法律效力的行为，多指行政机关所进行的确认证明活动。许可是针对未获得某种权利资格的请求进行的解除禁止行为；而认可则是对已有权利资格的法律承认和确定。前者申请人的目的是从事某种职业、享有某种权能、进行某种行为。后者申请人的目的则是确定法律地位，获得法定效果。如我国《标准化法》规定的认证就是一种认可行为。

（二）许可和登记注册

注册登记是行政机关对正在进行某种活动或希望进行某种活动的相对人依法予以书面记载的活动，一般只要求相对人登记其名称或营业地点，便于行政管理部门备案可查，以此确定其他权利义务。如我国税法规定的税务登记则属此类注册。它虽然也是以行政机关发放一定证明文件为形式，但其特点在于行政机关关于申请注册登记没有自由裁量权，凡符合条件的必须予以登记。英国行政法学家加纳（Garner）认为，如果许可机关发放许可证时没有自由裁量权，那么这种许可应归属于“注册登记”类。^①从许可行为的广义角度看，登记注册也可以划归许可行为，但二者仍有一定区分。

（三）许可和证明

许可授予一种特权，允许许可证持有人从事法律一般禁止的

① Garner; Administrative Law

活动，它主要是限制特定活动的进行，或给予特定人特定权利。而证明与许可不同，它不是用来限制未经证明的相对人从事某种活动的权利，它只是限制使用的特定的名称头衔，例如只有符合特定资格标准的有经验、经过专业培训达到某种水平的人才能获得某种学位。如学历证明、产品合格证明。许可在某种程度上也包含了证明因素，如汽车司机有驾驶执照，律师执照除了允许某人从事某一特定职业外，还有证明某人具有某种资格能力的作用。

（四）许可和批准

就性质而言，许可和批准属于同类概念，所谓许可就是允许、同意申请人享有某种权利，拥有某种资格从事某种活动的准许性行为，颁发许可证事实上就是对相对人申请的批准，从这个意义上来说，许可与批准两者涵义并无二致。当然，许可与批准在某些方面仍有细微差别，批准表示一种行为和活动，如机关领导签署意见，加盖公章、下达配额、同意放行，允许开展某一活动等。这种行为和活动所涉及的范围十分广泛，采用的形式也多种多样，不仅限于发放许可证和执照，可以说，批准是比许可更为广泛的行政行为之一。表现形式也多种多样，如审批、核准、同意等。如我国《海洋环境保护法》第九条第十条规定：确需围海造地或者其他围海工程，以及采挖矿石，必须在调查研究和经济效益对比的基础上，提出工程的环境影响报告书，报省、自治区、直辖市环境保护部门审批，大型围海工程并须报国务院环境保护部门审批。《放射性同位素工作卫生的防护管理办法》规定，“凡新建、扩

建或改建放射性同位素工作单位和场地的，必须经放射性卫生防护监督部门及公安、科技、劳动、环保部门审查批准后，方得重建。我国法律、法规、规章中大量的批准，审批条款是长期计划经济体制的重要表现特征，这些“批准”要求必将被重新选择、淘汰，这项解除禁锢、解放生产力，恢复公民法人活动自由的系统工程会重构我国许可制度。本书所采用的许可概念是广义概念，包括行政机关的各项批准、核准等行为。

三、行政许可的性质

行政许可究竟是什么样一种行为？行政机关允许申请人从事某种活动又意味着什么？不允许申请人从事某一活动是否就剥夺了公民法人这方面的权利？这些问题是多年来困扰行政法理论界和实际工作部门的一个具有实际意义的理论问题。回答这些问题，必须对行政许可的性质加以分析和研究。

对于行政许可的性质，一直没有统一的认识。一种观点认为，许可是行政机关允许相对人从事某种活动，授予他具有某种特权的行為，即许可是赋权行为，相对人本没有这项权利，只是因为行政许可机关的允诺和赋予，才获得该项一般人不能享有的特

权。^①其理论基础是，行政机关是国家主权的享有和执行机关，在国家难以全面直接地实施某种社会活动，经营某种行业时，往往把一部分权利授予相对人，允许其在法定权限范围内从事某项活动，没有国家赋权，相对人就无法享有这种权利；国家也可随时变更或取消这种权利。第二种观点认为，许可是对一般禁止行为的解禁，恢复相对人自由的行为，而不是权利的授予。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。”^②第三种观点主张行政许可是一种特许权的授予，“如果政府给予个人某种东西，而在此之前他对此物并无‘权利’，他只是得到了一特权，特许权可以任意收回，它不受正当程序的保护。“因为接受施舍时，上诉人已经接受了给予施舍所依据的法律规定。”^③也有人对许可作了更细的区分，认为在许可的性质上，可以对申请人获得的权利进行分类，一类属于个人权利，包括许多专业和职业许可证，如律师、医生、牙医、按摩师、建筑师等。美国衣阿华法院认为：“如果州政府核发从事本身与公共福利无害专业或职业许可证，这种许可证就成了有价值的个人权利。除非在及时通知和合理公证的审讯之后，不得用任何方式否认和剥夺之。”^④而

① 施瓦茨：《行政法》第7页。

② 林纪东：《云五社会科学大辞典》第七册行政学。

③ 施瓦茨：《行政法》第194、197页。群众出版社1986年版

④ 同上，第203页。

另一种许可证（如出售烈性酒许可证）“则不同于上述许可，它没有得到任何个人权利，”“它是州政府给予的特许权，如果法律没有规定其取消必须经过听证程序，那么他被吊销许可证后不得提起诉讼。”因为政府授予的特权不仅可以附加条件，还可以随时收回。

笔者认为，以上关于许可性质的观点并不是截然对立的，只是认识角度不同造成的。第一种观点即“赋权说”强调许可行为中国家的地位和作用，从表面上看，许可的确表现为政府赋予相对人某种权利，称之为赋权行为未偿不可，但从根本上看，许可不仅是国家处分权力的形式，而且是对原属于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。第二种观点强调了许可行为中相对人的一面，行政机关一旦允许相对人从事某活动，就不能随意撤销。因为许可只是对受禁止的某种自由予以恢复的过程，不能只看作是赋予设定权利的行为。而第三种观点主要反映了许可制度早期某些特性，随着这一制度不断发展，许可乃国家赋予相对人的特权的主张受到攻击，许多所谓特权已转化为权利而不再显得那么重要了。

至今尽管人们对许可行为性质莫衷一是，但有一点可以肯定，即相对人申请许可所获得的权利，无论是一般权利还是特许权，对一般人都是普遍禁止的，行政机关仅是有条件地向特定人解禁。在绝大多数情况下，许可是保证这种特定权利得以实现的主要手段。虽然从表面上看许可是以普遍禁止为条件的，但实质上是保证特

定人享有被许可权的重要方式。也是保护公众平等竞争及社会公共利益的最有效手段。试想如果国家不对某些特殊行业实行许可制度，如医生执照、食品卫生管理，既可能损害真正掌握这方面技术和能力者的竞争权和行为自由权，也可能导致不具备技术条件的医生胡乱行医，从而最终损害社会公共利益。就这一点而言，行政许可机关对不符合条件的申请人予以拒绝并不意味着剥夺了他的权利，只是通过对其权利的适当的限制以保护公共利益和他个人的权益。因此，行政许可的性质可以从两个方面加以理解：第一，从表面上看，许可是对不符合条件的或未申请人的普遍禁止，这种禁止是基于绝大多数人的同意而设立的，没有这种普遍禁止的条件，许可是不能成立的，因此，许可是禁止性行为，是限制公众自由权利的行为；第二，就实质而言，行政许可是恢复申请人自由，赋予其某种行为自由和能力的行为，有些权利本身就是申请人的，正是由于许可机关的许可才限制了他们行使权利的自由，而许可则是恢复申请人自由赋予其某种行为能力和资格的行为，不许可并不是剥夺申请人自由或权利的一种形式，而是保证公众利益和符合条件申请人权益的重要手段。

四、行政许可制度的发展轨迹

（一）行政许可制度的产生

行政许可制度和其他行政法律制度一样，经历了一个产生发展