

XINGZHENGXUKEYAOLUN

行政许可要论

肖金明 主编



山东大学出版社
Shandong University Press

中国政法大学行政法与行政诉讼法系列教材

行政许可要论

周佑勇 主编



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS

行政许可要论

肖金明 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政许可要论/肖金明主编. —济南:山东大学出版社,
2003. 10

ISBN 7-5607-2687-9

I. 行…

II. 肖…

III. 行政许可法-基本知识 中国

IV. D922. 11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 095577 号

山东大学出版社出版

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250160)

山东省新华书店经销

日照报业印刷有限公司印刷

850×1168 毫米 1/32 12.5 印张 323 千字

2003 年 10 月第 1 版 2003 年 10 月第 1 次印刷

印数:1—5000 册

定价:28.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

目 录

导 论	(1)
第一章 行政许可概论	(53)
第一节 行政许可概述	(53)
一、行政许可的概念	(53)
二、行政许可的性质	(57)
三、行政许可分类	(61)
第二节 行政许可基本原则	(62)
一、行政许可法定原则	(62)
二、公共利益需要原则	(67)
三、行政许可公开原则	(69)
四、行政许可公平、公正原则	(72)
五、行政许可便民原则	(74)
六、信赖保护原则	(76)
七、监督与许可相结合原则	(78)
第三节 行政许可的意义	(80)
一、行政许可的理论基础	(80)
二、行政许可行为的意义	(85)

三、行政许可制度的意义	(90)
第四节 行政许可制度的演变与发展	(91)
第二章 行政许可主体	(96)
第一节 行政许可设定主体	(97)
一、行政许可设定权	(97)
二、行政许可的设定主体及其设定权限	(102)
三、行政许可设定主体制度的反思	(108)
第二节 行政许可实施主体	(113)
一、行政机关	(114)
二、法律法规授权组织	(119)
三、受委托行政机关	(124)
四、行政许可实施的创新机制	(129)
第三节 行政许可相对人与相关人	(135)
一、行政相对人与行政相关人概述	(135)
二、行政许可相对人及其权益保障	(138)
三、行政许可相关人及其权益保障	(148)
第三章 行政许可程序	(152)
第一节 行政许可程序概说	(153)
一、行政许可程序的界定	(153)
二、行政许可程序的基本原则	(159)
三、行政许可程序的制度	(165)
第二节 行政许可一般程序	(173)
一、行政许可一般程序说明	(173)
二、行政许可申请程序	(175)
三、行政许可受理程序	(177)
四、行政许可审查程序	(179)

五、行政许可决定程序	(181)
六、行政许可变更程序	(186)
七、行政许可延续程序	(187)
第三节 行政许可特别程序	(188)
一、行政许可特别程序说明	(188)
二、招标、拍卖程序	(188)
三、国家考试、考核程序	(194)
四、检验、检测、检疫程序	(198)
第四节 行政许可听证程序	(199)
一、行政许可听证程序及其意义	(199)
二、行政许可听证程序的原则	(205)
三、听证程序的制度内容	(208)
第五节 行政许可其他程序制度	(220)
一、行政许可设定程序制度	(220)
二、行政许可监督程序制度	(227)
三、行政许可程序期限制度	(229)
第四章 行政许可监督	(236)
第一节 行政许可监督概述	(237)
一、行政监督界说	(237)
二、行政许可监督的界定及其意义	(243)
三、行政许可监督的原则	(250)
第二节 行政许可监督的形式	(256)
一、上级行政主体对下级行政主体许可行为的监督	(256)
二、行政主体对相对人许可事项活动的监督	(262)
第三节 行政许可监督制度	(267)
一、行政许可监督的权限制度	(268)
二、行政许可监督的程序制度	(269)

三、行政许可监督的其他制度	(271)
第五章 行政许可法律责任	(280)
第一节 行政许可法律责任概说	(280)
一、法律责任的概念	(280)
二、行政许可法律责任制度简析	(287)
三、行政许可法律责任的原则	(290)
四、行政许可法律责任制度	(297)
第二节 行政许可权主体的法律责任	(299)
一、对行政许可权主体法律责任的说明	(299)
二、行政许可设定主体的法律责任	(300)
三、行政许可实施主体的法律责任	(302)
四、公务人员的法律责任	(307)
第三节 行政许可相对人的法律责任	(311)
一、行政许可相对人法律责任概说	(311)
二、行政许可相对人法律责任的具体形式	(312)
第六章 行政许可救济	(317)
第一节 行政许可救济概述	(317)
一、行政法律救济概述	(317)
二、权利救济是行政许可法的重要原则	(318)
三、行政许可救济的价值	(319)
四、行政许可救济制度的基本原则	(320)
五、行政许可救济的基本方式	(324)
第二节 行政许可复议与诉讼	(325)
一、行政许可复议概述	(325)
二、行政许可复议的申请与受理	(328)
三、行政许可复议的审理与决定	(331)

四、行政许可诉讼	(332)
五、行政许可诉讼的提起和受理	(336)
六、行政许可诉讼的审理和判决	(340)
七、期待行政诉讼法的完善	(343)
第三节 行政许可赔偿与补偿	(345)
一、行政许可赔偿概述	(345)
二、行政许可赔偿的提起和受理	(348)
三、行政许可赔偿的方式、计算标准	(353)
四、国家赔偿法存在的不足及其对行政许可赔偿 的影响	(354)
五、行政许可补偿概述	(356)
六、行政许可补偿的程序	(361)
七、行政许可补偿的标准	(363)
附 录	(365)
参考文献	(384)
后 记	(389)

导论

任何制度的进步，都是政治、经济和社会发展的要求和反映。建设民主政治，包括建设法治国家；反对行政腐败，发展市场经济，包括转变政府职能；缓和行政规制，加入世界贸易组织，包括非歧视和透明度原则；兑现入世承诺，构成行政许可法制建设的基本背景。在这样的社会时代背景下，行政法制建设的总体目标应当是建设法治政府。在一定意义上讲，法治政府的基本标志是适度管制、公开行政、法制统一、公共信用和有效服务。新近出台的行政许可法是继 20 世纪 90 年代以来行政诉讼法、国家赔偿法、行政处罚法、行政复议法和立法法之后又一部规范政府共同行为的重要法律，体现了行政法制的最新进步，是中国民主法制建设和法治政府建设的又一里程碑。可以这样认为，行政许可法是一部推动有限政府、统一政府、阳光政府、诚信政府、服务政府建设的重要法律。

一、行政许可法制的历史及其最新发展

国外行政许可制度起初是一种以令状等书面形式表达的授权，后被广泛应用于经济和社会领域，成为政府管理经济和社会的重要方式和制度。国外行政许可制度的法律意义，主要表现为

行政许可被视为政府与公民相互关系问题，行政许可的制度化及其程度直接关系着公民权利的实现。国外行政许可制度的一个共同特点是行政许可法制化，近现代意义上的行政许可制度在英国表现为一系列法律规定，而美国于 1886 年正式建立的行政许可制度则是伴随着行政程序法的发展而不断得到完善的。^①

中国先秦时期就出现了官方干预社会经济的各种措施，秦汉以后的“禁榷制度”成为重农轻商与官府控制手工业发展的主要手段。清末以来，仿效西方的近代国家专卖制度取代了传统的禁榷制度，国家对诸如军火工业、铁路、金融、矿山等均以不同程度的专有垄断方式加以控制。

新中国的行政许可制度经历了一个由产生到发展的历程。建国初期，许可制度主要在治安管理方面发挥作用。20 世纪 60 年代，由于法制建设不健全，片面强调许可制度的限制功能，行政许可成为政府控制社会的基本手段。由于一直实行统一的集中管理的计划经济制度，商品经济不发达，长期以来，只有公安刻字、印铸、企业登记等少数几个领域实行许可制度。改革开放以来，随着经济发展和社会变化，行政许可制度逐步在经济、文化、社会等各个领域发展起来。

行政许可的种类繁多，根据内容来分，可以分为以下几类：治安许可，工商许可，交通运输许可，城市规划建设许可，卫生许可，环保许可，专卖许可，工业产品生产许可，文化许可，涉外经济许可，制造、修理计量器具许可，民用核安全设施许可和

^① 在英国，行政许可源于英王的特许权，尽管伴随着英王行政权力逐步缩小，特许权不断减少，但政府在行政管理中却广泛地运用着这种管理方式。当然政府的这种管理是受到法律控制的。如英国 1835 年的《自治市法人法》规定，只有议会有权决定地方的新设施计划，如电灯、自来水、马路卫生的管理权，须经议会特许。参见马怀德《行政许可》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 13～14 页。

核材料许可，罚款、收费许可等。许可证的表现形式更是多种多样，缺乏统一的规范，归纳起来主要有：许可证、准X证（如准生证、准印证、准购证）、执照、注册登记证、特许证、驾驶证、通行证、运输证、认可证、证明、批准书、护照、合格证等证照式许可，非以证照形式表现的许可主要有：许可、核准、同意、批准、准许、登记、注册、指定、审核、备案、检定、审验等。

行政许可不仅种类繁多，而且数量难以估计。据不完全统计，仅国务院及各部委颁布的许可事项就多达4000多项。省级政府也在大量运用着行政许可手段管理地方经济和社会事务，如北京市原有行政许可事项1304项，山东省总计2200项，辽宁省有1551项，浙江省有2487项，湖北省有2600多项，重庆市有1216项，广州市有1377项，青岛市有1344项……除此之外，省级政府以下的机关和部门也在设定和运用着不计其数的行政许可。

行政许可制度具有自身难以克服的缺点，比如，许可制度的自我永久持续性，自我增殖性，高费用性和非效率性，裁量恣意性，重复性，腐败性，非效率保护性，贸易障碍性，等等。^① 行政许可制度容易产生的负面作用也非常突出，比如，行政许可制度阻碍了政府职能转变，导致了行政对市场干预过度；行政许可似一把剪刀，可以任意剪裁出相对方权利的大小，发达的许可制度挤压公民和社会自由的空间，行政许可过程中裁量的恣意性会制造差别对待和不公正，等等。因此，行政许可改革成为世界各国行政改革的重要课题。日本将行政许可制度视为实现国家和社会公共利益的重要手段，根据经济社会发展的需要，政府创设行

^① 参见[日]根岸哲《许认可的优点和缺点》，载日本《法与政策》1982年2月，第9～10页。

政许可事项，并对不合时宜的许可事项进行清理和废止。日本的行政改革大都经过专门委员会的调查论证，行政许可领域的改革也不例外。1964年和1981年，日本两次成立专门的“临时行政调查会”开展行政许可合理化改革，坚持明确的必要性和有效性的原则，并通过1985年的规制缓和一揽子法和1995年的《推进规制缓和五年计划》推动行政许可改革。改革有序而富有成效。政府对市场活动实施超级管制的“印度之路”曾经举世有名。经济和社会生活中样样要许可、事事要审批，政府及行政官员左审右批源于非生产性寻租。在20世纪90年代以前，印度差不多延续了40年的“尼赫鲁—甘地”政制建立了独立、民主政体和相当不错的独立的司法系统。但是长期主导印度政府的经济学却错得离谱，印度成为“民主制+计划经济”的试验田，基本经济制度就是复杂、非理性的控制和许可证体制，对生产、投资和外贸的每一个环节都进行控制。许可证经济限制了市场竞争的范围和强度，抑制了创新，保护了守旧和落后。1991年，印度开始的向许可证制度开刀的“拉奥革新”，消除了左批右审制，解放了印度商业传统的活力。韩国自1993年开始的行政审批制度改革坚持依法而行，1993年的《关于完善企业活动规制的特别措施》和1994年的《关于行政规制与民愿事务的基本法》，为规制改革奠定了法律基础，韩国规制改革本身就是受法律约束的行政过程。

在我国，行政许可过多、过滥，对经济社会发展和人民利益产生了巨大的负面作用。因此对行政许可的清理时常以行政审批改革的方式发生。在20世纪90年代初，各级地方政府针对行政审批领域的有关问题进行了大幅度的改革。根据有关资料，安徽省政府15个部门670个审批项目被取消，合并下放265项；青海省对包括部门管理机构在内的49个省政府部门和部分中央驻青单位的1040项行政审批事项进行清理，保留其中

的 576 项,其他或被取消、下放,或被划转,较之改革前,省级行政机关行政审批事项精简了 45.8%。市场经济要求政府放松管制,以市场为基本取向的世界贸易组织要求其成员方政府放松以配额、许可以实现的经济管制,促进市场化进程和提高市场开放程度。中国的市场经济体制改革一直督促着政府重新进行角色定位,淡化经济生活的计划色彩,实现计划经济向市场经济的转型。放松行政对经济的管制无疑将推进经济市场化进程;民主与法制建设特别是依法治国方略的确立和依法行政的实践,为政府转变职能、收缩权力作了观念上的准备;加入世界贸易组织则为放松管制运动提供了助力,行政审批是计划淡出经济领域后中国各级政府和部门管制经济的主要手段,为对应世界贸易组织关于开放市场的要求,中国政府启动了规模宏大的行政审批改革。在加入世界贸易组织前的一段时期,地方各级政府清点行政审批事项动辄数以千计,如上海 2027 项,重庆 1106 项,郑州 2308 项。各地政府按照世界贸易组织规则的潜在要求,对行政审批事项进行了大规模清理,削减幅度在半数左右。例如,2000 年 10 月,秦皇岛市政府全面清理市级审批事项,第一批精简 345 项,精简比例为 43.4%;2001 年 4 月和 7 月,江西省两次精简行政审批事项 711 项,取消率达到 63%;福建省先取消 445 项审批项目,后又展开精简,目标为 50%;郑州市改革力度更大,原有的 2308 项行政审批事项减少到 626 项,减幅达 72.9%。

回顾中国行政许可法制的历史,人们越来越认识到,行政审批及其改革不是孤立的,行政审批制度在维护和扩张着政府的经济功能也维持着阻碍市场化进程的人员和机构的生存。大批的人员和机构过去寄生在计划经济体制上,而今却依附于行政审批制度上,操作着行政审批权限,甚至以此谋生。人性的弱点与权力的特性曾经使精简机构陷入“精简——膨胀——再

精简——再膨胀”的恶性循环中，政府职能与权力不变，人员和机构迟早会复生。同样的道理，孤立地进行行政审批改革而不转变政府职能，单纯削减行政审批事项而不精简机构和人员，行政审批迟早会复原或者变相反弹。因此，必须将行政审批改革与政府职能转变和人员、机构精简紧密结合，特别是将地方各级政府正在进行的职能转变、机构改革和行政审批改革结合起来，避免行政审批改革步入“削减——反弹——再削减——再反弹”的怪圈，也避免人们因审批改革的反复减弱甚至丧失对政府和市场化的信心。

回顾中国行政许可法制的历史，人们对行政许可法制化给予越来越多的关注。我国行政许可的数量是惊人的，在实际运作中，也存在着诸多问题，如设定主体混乱、范围失控、许可程序不完备、后续监管缺席、腐败盛行以及以许可之名建立行政垄断等，都与行政许可法制化水平不高密切相关。行政许可领域法制化程度较低，大部分行政许可是政府及其部门通过低位阶的规范性文件建立起来的。不仅行政许可的设定法制化程度较低，以行政审批改革表现的行政许可清理基本上也是运动式的。这种运动式的行政审批改革是由政府发动和运作的，由于众所周知的原因，行政自身“革命”的局限性显而易见，20多年来不断重复的机构改革就是例证，行政审批改革也难以例外。以法学界的一般观点看，任何改革都应当与制度化相伴随，但与行政审批改革相伴随的是零碎的和低水平的制度创新。比如，将审批制度改为备案制度，或者用登记制度或注册制度替代审批制度。许多学者对类似的制度变化给予高度评价，甚至预言，如果将现行的审批制改为注册制，中国的国民生产总值至少可以提高30%，寻租现象可以减少50%。再比如，减少审批环节，简化审批程序，缩短审批期限，建立联合审批制度和定期会签制度，将已经外化为行政许可程序的大量程序性规定，内化、复原为政府内部的批

准、核准或会签程序，从而在一定程度上避免了相互推诿制造的麻烦和低效率。但由于这些制度变化比较零散，效应不够明显，因而人们希望通过系统的立法推动这场至关重要的改革。行政审批改革必须依靠系统的立法推动。因此，政府管制改革的关键应当是制定行政许可法，完善行政许可制度。随意设置或扩充审批、通过红头文件制造内部掌握的审批、审批没有有效监督、审批不当缺乏补救措施和途径等诸如此类的现象，应当通过制定和有效实施统一行政许可法来逐步消除。通过规范行政许可事项的设定范围和种类、设定权限和程序以及完善行政许可的救济途径，将行政许可和政府管制定在一定的经济社会领域以内，实现行政许可权力和许可程序的法定化和公开化以及行政许可的公民参与和监督，从根本上消除行政审批事项过多过滥、暗箱操作、差别对待和行政腐败现象，建立符合世界贸易组织规则要求和尊重市场经济规律的政府管制。

1990年施行的行政诉讼法，赋予公民以“民告官”的权利，建立了司法审查制度；1995年实施的国家赔偿法，从制度上取消了政府免责，建立了政府赔偿责任制度；1996年的行政处罚法，建立了行政听证制度；1999年的行政复议法，建立了针对政府抽象行为的异议制度。而行政许可法制的最新发展则代表了行政法制的创新成果。行政许可法的出台标志着行政许可法制的最新发展，除了在立法位阶上存在差别外，行政许可法是一部可以与1996年的行政处罚法相提并论的法律，其立法模式、立法精神、制度内容可以看作是行政处罚法的翻版，当然从原则到制度也有一些新的发展，比如信赖保护、设定权的安排、行政许可实施主体制度、相关人权利的明确规定、听证程序、期限方面的程序规定等，与行政处罚法相比，行政许可法的上述规定更突出了加强对政府权力的监督和控制、保障行政相对人和相关人权利

和利益的制度精神。^①

如果需要对行政许可法制的发展特别是行政许可法实现的制度创新作一理论说明的话,还是应当回到对行政许可进行一般的法学分析上。行政法学界一般认为,行政许可是指行政主体根据公民、法人等行政相对人的请求,依法解除法律禁止,赋予其某种资格或权利的行为。这里的行政许可被认为是行政主体的具体行政行为,由此产生的疑问是:行政主体的具体行政行为能够赋予人们权利吗?法理上将权利分为应然权利、法定权利和实然权利,行政许可不过是恢复被法律禁止的权利而已。学界出现了“赋权说”与“复权说”的争论,其间还出现了折衷说,还有“限权说”,即行政许可通过限制人们的权利而维护特定的权利秩序。从表象上看,经行政许可,符合法定情形的行政相对人可以从事某种行为或行使某种权利,比如零售卷烟、游行示威等,而另一些相对人因为不符法定条件而不能,行政许可明显具有赋权特征。但这仅限于表象,行政许可显然不只是行政主体的一类行为,它分明是一种法律制度,行政许可制度涉及许可的确立和许可的运转,这两个环节都关涉着人们的权利和自由。

① 行政相关人是一个新的术语,是一个与行政相对人相互关联的概念。从法治政府和依法行政的角度看,行政法律关系不再是简单的行政主体与行政相对人的相互关系,而是涉及行政主体、行政相对人以及除行政相对人以外的公民、法人和其他组织权益的复杂社会关系。行政相对人以外的公民、法人和其他组织一般被称为利害关系人或称第三人,为了与行政相对人的概念保持逻辑关系,我们将利害关系人或第三人概称为行政相关人。之所以提出这样一个概念,还因为利害关系人与第三人已经成为司法过程的常用术语,为了区别行政相对人以外的公民、法人和其他组织在行政过程和司法过程中的不同身份,需要行政相关人这样一个概念。行政相关人与行政相对人具有近乎同等的意义,建立其在行政过程即行政法律关系产生、发展过程中的独立身份并赋予其主体地位,将更为全面地体现行政法的平衡理念和法治行政精神,行政相关人应当成为一个重要的行政法学的分析工具。