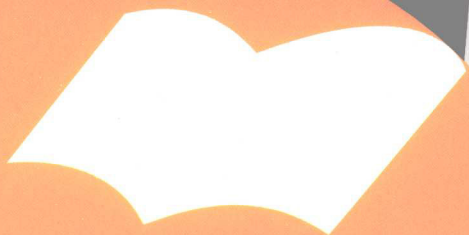


(第二版)

行政许可法 教程

关保英 ◆ 主编



高等政法院校规划教材

司法部法学教材编辑部 编审



中国政法大学出版社

高等政法院校规划教材

行政许可法教程

XINGZHENG XUKEFA JIAOCHENG

(第二版)

司法部法学教材编辑部 编审

主 编：关保英

副 主 编：黄学贤

撰 稿 人：（以姓氏笔划为序）

王亦白 关保英 陈宏光

章志远 黄学贤 韩元建



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目(CIP)数据

行政许可法教程 / 关保英主编. 2版. —北京: 中国政法大学出版社, 2010. 12
ISBN 978-7-5620-3767-5

I. 行… II. 关… III. 行政许可法-中国-高等学校-教材 IV. D922. 11
中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第218296号

书 名	行政许可法教程 XINGZHENG XUKEFA JIAOCHENG
出版发行	中国政法大学出版社
经 销	全国各地新华书店
承 印	固安华明印刷厂

787×960mm 16开本 15印张 265千字
2011年1月第2版 2011年1月第1次印刷
ISBN 978-7-5620-3767-5/D·3727
印 数: 0 001-5 000 定 价: 24.00元

社 址	北京市海淀区西土城路25号
电 话	(010)58908435(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
通信地址	北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088
电子信箱	fada.jc@sohu.com(编辑部)
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

主编简介

关保英 男，1961年生，陕西澄城人。现为上海政法学院教授，博士研究生导师。上海政法学院副院长，行政法研究中心主任，上海市重点学科“行政法学”负责人。民建上海市政策委员会副主任，上海市政协理论研究会常务理事，中国行政法学会常务理事，上海市青浦区人大代表，上海市立法研究所客座研究员，上海市法学会理事，上海市行政法学会副会长，上海市法学会学术委员，广州市司法行政专家咨询员，国家行政学院行政法研究中心研究员，国内多所大学客座教授。上海市“优秀中青年法学家”，上海市法学会建会以来十八位优秀法学家之一。出版学术著作10部，编著或主编司法部统编教材14部；在各类学术刊物上发表学术论文200多篇（包括《法学研究》、《中国法学》等国家一级刊物），总字数已超过400余万字。科研成果多次获省部级奖项。近年承担国家社科基金项目、教育部项目、司法部重点项目、上海市项目等10多项。

黄学贤 男，1963年生，江苏扬中人，法学博士，苏州大学法学院教授，博士生导师。现任苏州大学法学院副院长，宪法学与行政法学硕士点负责人，江苏省重点学科宪法学与行政法学学科带头人，院学术委员会委员，院学位委员会副主任。兼任中国法学会行政法学会研究会理事，中国法学会宪法学研究会理事、江苏省法学会行政法学会研究会副会长。主要研究方向为行政法学基本理论、行政程序法学、行政诉讼法学；在《中国法学》、《法学》等刊物发表学术论文100余篇；出版专著、教材10余部。主持教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《中国农村城镇化进程中的依法规划问题研究》等多项省部级项目。成果获得多项奖励。当选江苏省青蓝工程中青年学术带头人、苏州大学优秀中青年学术带头人。

第二版说明

《行政许可法教程》一书于2004年出版至今，已逾六年。该书是对行政许可法知识体系的初步总结，系统阐述了行政许可法的基本理论和相关制度。该书在体系设计、内容构造上具有较强的新颖性，并对大量实务案例进行剖析，深受广大读者欢迎，得到了学术界和实务界的喜爱和高度认同，故不少高校法律院系以该书作为行政许可法学课程的指定教材。

该书是紧随《中华人民共和国行政许可法》的颁布而出版的，在该书出版后的这六年中，随着我国经济实力的增强，立法工作发生了巨大变化，各省市纷纷制定了《行政许可法》实施办法；法治实践中一些典型案例的出现也暴露了《行政许可法》本身存在的盲点和困惑；行政法学理论也随着社会的发展而发生着日新月异的变化，随着学者们对某些观点认识的不断深入，他们对传统的行政许可法理论提出了不少质疑，甚至在一定程度上对传统观点予以否定。这些都推动着《行政许可法教程》的与时俱进，本书的再版显得极为紧迫。

基于以上原因，参与本书撰写的作者们按照各自的分工，依据本书出版后新颁布、修订的法律法规以及最新的研究成果，对本书进行了全面的修订，主要体现在如下方面：

第一，引用了最新的法律规范作为实证材料。在修订过程中，我们对原文中引用的法律规范进行了梳理，替换掉了已经废止的法律规范，使该书的内容紧跟社会的发展。

第二，在用词上力求文从字顺，提高用词的准确性。在本次修订中，我们对原有的用词进行了仔细推敲，力求用词准确，减少歧义。

II 行政许可法教程

第三，加入了最新最权威的学术观点作为佐证材料。在本书的修订中，尽可能的采用最新最权威的学术观点来论证相关问题，既增强了说服力，又便于读者了解最新的学术动态。

第四，更新了部分案例，并对其进行了深入分析。修订过程中，我们对原有的过时的案例进行了梳理和更换，使案例紧跟时事。

由于参加撰写的作者们认识水平与学术能力所限，本书的修订难免存在一些缺漏与不足，衷心希望广大读者提出批评，使本书不断完善，也希望修订后的《行政许可法教程》能够得到读者们一如既往的厚爱。

编 者

2010年9月8日

前言

行政许可是一把双刃剑，如果运用恰当，其可以创造良好的行政管理秩序并进而调整各个方面的行政管理关系；若运用不当，则会侵害行政相对人的合法权益并造成行政管理的迟滞和行政效率的低下。换言之，行政许可对于一国的行政管理而论是不可或缺的，它是政府行政调控手段的基本组成部分，在世界各国得到了广泛的运用。如美国自 1886 年正式采用行政许可技术后，至今有上百种行业领域实行行政许可制度，日本有 50 多部法律规定了上千种许可制度。同时，行政许可必须是有限度且规范化的，行政法治发达的国家一般都将其纳入了行政法治的轨道。我国长期以来实行计划经济，与之相对应，政府行政系统也以管制与全面干预为行为取向，从而决定了行政许可在我国行政权行使中有泛化、不规则化的表现。这种泛化和不规则化在我国全面推行市场经济以后就有所警示，只是问题的严重程度并没有引起足够的重视。2001 年岁末我国完成了加入 WTO 的历史任务，要求我国行政权的行使和政府法制必须和世贸组织以及发达国家的相关规则接轨，此刻，我国现行行政许可的不适已经非常突出地反映出来。《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》已就有关行政许可事项在多处作出承诺，如第 7 条第 4 项规定：“进出口禁止和限制以及影响进出口的许可程序要求只能由国家主管机关或由国家主管机关授权的地方各级主管机关实行和执行。不得实施或执行不属国家主管机关或由国家主管机关授权的地方各级主管机关实行的措施。”同时世贸组织相关规则对成员国的行政许可也作了严格规定，如《进口许可程序协定》第 1 条第 6、7 项规定：“申请程序和在不适用情况下的展期申请程序应尽可能简单。应允许申请者有

一段合理的期限提交许可证申请。如有截止日期,则该期限应至少为 21 天,并应规定如在此期限内未收到足够的申请,则该期限可以延长。申请者应只需接洽与申请有关的一个行政机关。如确实不可避免而需接洽一个以上的行政机关,则申请者应无需接洽三个以上的行政机关。”“任何申请不得由于文件中出现的未造成所含基本数据改变的微小错误而被拒绝。对于在文件或程序中出现的显然不是由于欺骗意图或重大过失而造成的任何遗漏或差错,所给予的处罚不得超过提出警告所必需的限度。”这些规定对国内行政许可来说是一个巨大挑战。对于政府法制系统和行政系统而言,有效规制行政许可已成为当务之急。加入 WTO 以后,我国加强了对行政许可的重视,尤其是对规范性文件设定的行政许可事项的重视。国务院法制局在 2001 年底召开了清理地方立法和规范性文件的重要会议,目前各地已经紧锣密鼓地进行清理工作,必将通过这些清理把不规范的行政许可项目减少到最低限度。事实上,我国中央政府和一些地方政府正在下功夫解决行政许可中的不规范等具体问题,例如,2001 年 11 月 30 日浙江省人民政府发布了《浙江省人民政府关于公布省级政府部门审批事项减少和保留目录的通知》规定:“省级政府部门结合政府机构改革和职能调整,对原有的行政许可事项进行了清理规范。50 个部门(含具有审批事项的非政府部门)共减少审批、审核、核准等总事项 1277 项,其中审批事项减少 869 项,减少幅度分别为 50.6% 和 58%,达到了省政府提出的减少两个三分之一的目标;保留的审批事项 628 项。省政府同意省级政府部门提出的上述减少和保留的审批事项,现予以公布,请各地有关部门认真组织实施。”(参见《浙江政报》2001 年第 4 期第 4 页。)2003 年 8 月 27 日《中华人民共和国行政许可法》正式通过,该法的出台是对前期的行政许可改革的一个总结,并且对今后的行政许可改革又具有统摄作用。显然,该法的颁布施行并不意味着我国行政许可制度的改革和完善已经结束,恰恰相反,它启动了我国行政许可更深层次的改革。正是基于这样的考虑,我们在编写本教科书时,将《行政许可法》的内容评介与我国行政许可的理想模式予以结合,

将行政许可法的基本原理与行政许可案例予以结合，这便是本书的特色。

本书体系由关保英设计，关保英、黄学贤审阅了全部书稿。编写过程的具体分工如下：

关保英：第一章；

黄学贤：第二章；

陈宏光：第三章；

章志远：第四章；

王亦白、韩元建：第五章。

编 者

2004 年 3 月

目 录

■第一章	行政许可法律理论	/ 1
第一节	行政许可的性质与类型	/ 1
第二节	行政许可行政法制约的界定	/ 12
第三节	行政许可法出台的背景分析	/ 19
第四节	行政许可行政法制约的价值选择	/ 25
第五节	行政许可行政法制约的内容构造	/ 36
■第二章	行政许可法律主体	/ 47
第一节	行政许可的实施机关	/ 47
第二节	行政许可的当事人	/ 61
第三节	行政许可的参加人	/ 66
■第三章	行政许可法律行为	/ 72
第一节	行政许可的设定行为	/ 72
第二节	行政许可的监控行为	/ 101
第三节	行政许可的收费行为	/ 124
■第四章	行政许可法律程序	/ 133
第一节	行政许可的申请与受理	/ 134
第二节	行政许可的审查与决定	/ 139
第三节	行政许可的听证	/ 148
第四节	行政许可的变更与延续	/ 158

第五节 行政许可程序的特别规定	/ 162
-----------------	-------

■第五章 行政许可的法律责任与救济	/ 169
-------------------	-------

第一节 行政许可的法律责任与救济概述	/ 169
--------------------	-------

第二节 行政许可权行使者之法律责任	/ 171
-------------------	-------

第三节 行政许可相对人之法律责任	/ 187
------------------	-------

第四节 行政许可之非诉讼救济	/ 190
----------------	-------

第五节 行政许可之诉讼救济	/ 201
---------------	-------

■附：中华人民共和国行政许可法	/ 213
-----------------	-------

第一章 行政许可法律理论

第一节 行政许可的性质与类型

一、行政许可的概念

所谓行政许可^[1]，是指政府行政系统在特定当事人的请求下对法律禁止的状态或法律不予许可的状态赋予其是否在广延领域内取得权利或利益的行政行为。行政许可具有广义和狭义之分，广义的行政许可既包括行政系统内部低层行政机关对高层行政机关请求行为的审批，又包括对行政相对人请求行政主体获得某种权益的行为之审批；狭义的行政许可仅指特定行政相对人请求行政主体获得某种权益的行为。本文对行政许可的研究限于后者。行政许可中的当事人指请求权益的主体，这些主体有个人和组织两种类型，个人指单个公民请求一定权益的情况，组织则指法人、社团请求权益的状况。个人请求权益的状况在行政法中大多不是以行政许可的形式出现的，也就是说行政许可中的当事人主要是以组织、社团身份出现的特定行政相对人，而不是单单作为个人而出现的当事人；^[2]在行政许可中也有行政审批行为，但这种审批基本上是对具体权利的审批^[3]，是附着于个人对某种单一事项提出请求的审批，而本文所指的行政许可中的权益是存在于广延领域内的事项，其涉及的权利内容和影响的强度都要大得多，我们经常谈到的行政许可基本上都是对重大项目等的审批，而

[1] 在行政法学界，关于行政许可尚无系统化的定义，这主要是因为在我国学者建构的行政行为体系中没有将行政许可作为一个与其他行政行为相平行的概念，而是作为附着于一定行政行为的环节性概念，有的将其附着于行政内部行为中，即上下级之间的请示汇报行为中，有的将其归于行政许可可行行为中，或者在上列两个单独的行政行为中研究行政许可。

[2] 当事人是一个范畴概念，不是指法律规则中的自然人，而是能为一定行为的权利义务主体，如《湖北省改善外商投资环境若干规定》第4条规定：“实行审批公示制和时限限制。有关行政机关应公开办事内容、程序和时限，一次性提供审批所需的材料目录和文件范本，一次性讲清对申报材料修改意见和要求。”其中的当事人总是外商投资企业。

[3] 参见刘莘：《行政法热点问题》，中国方正出版社2001年版，第162页。

不是单单对某一个别权利的许可。如《上海市公路管理条例》第7条第3项规定：“专用公路规划，由专用公路的主管单位编制，报市公路行政管理部门审核。专用公路规划应当与市道规划、县路规划相协调。”行政许可存在于法律禁止的状态和尚未许可的状态两种情况之下，前者指法律本来对某种权益的取得设立了禁止规则，若要取得权利必须由有权的行政主体对禁止状态予以解除；后者指法律未允许个人和组织从事某种活动，其必须首先取得行政主体的认可方有资格为特定行为。随着民主进程和行政法治化水平的提高，行政许可应当多见于前者，而不应当多见于后者。^{〔1〕}上列诸点是行政许可概念的本质属性。

二、行政许可的性质

行政许可从其法律属性看，有下列若干方面：

（一）行政许可具有政府管制性

现代政府在进行管理时可以有两种模式，即“或者将有关公民与政府之间关系的问题和公民之间的问题截然分开；或者将两种问题看成同一事物的两个分支。”^{〔2〕}在第一种情况之下，政府所要做的事情仅仅是应当由政府所作并属于行政权范畴的事情，而在第二种情况之下，政府与公民或其他组织的权益难以分开。在西方自由市场经济的条件下，尤其在资本主义自由市场经济发展的初期，政府大多实行宏观调控，即把政府行为限制在对私权进行引导和保护的范围之内，此种情况下的政府管理以指导和引导为主。在实行一体化权力和计划经济体制的国家，政府与市民社会的关系常常分的不够清楚，或者说，政府有权对属于私权范围的活动行使行政权力，我们可以把政府进行全面干预的此种管理模式叫做政府管制。进一步讲，政府管制在一定的国家形态和一个国家一定的历史阶段可能是一种必要的选择。然而，在以市场经济为主导的社会经济制度之下，政府管制则不能是一个被完全肯定的东西，这是我们对政府管制概念的一个解释。行政许可最为本质的属性就在于它是一种政府管制，即它是以公权的形式干预属于市民社会范围的东西，属于特殊形态的私权范畴的东西。因为，它突出的是政府对社会生活，尤其对经济活动具体范围等的干预，从行政许可的法律规定我们可以看出这一点，如《中华人民共和国台湾同胞投

〔1〕 行政许可应当在法律规范设定的禁止状态下确定，这是现代民主法治发展的必然，而不能是没有准许行政相对人做的都要去审批。

〔2〕 [英] 彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第43页。

资保护法实施细则》(1999年12月5日国务院第274号发布)第9条规定:“台湾同胞投资者进行投资,需要审批的,依照国家有关法律、行政法规规定的程序办理审批手续。”第10条规定:“设立台湾同胞投资企业,应当向对外贸易经济合作部或者国务院授权的部门和地方人民政府提出申请,接到申请的审批机关应当自接到全部申请文件之日起45日内决定批准或者不批准。”这些规定非常明确地肯定了有关行政部门对此事项的管制权。“行政许可在现有的污染者(免费或者收一定的费用)中分配,或者可以通过拍卖或抽签的方式,在更广泛的申请者中间分配……一旦许可证开始分配,它们就会被转让,就会作为一种官方建立的污水排放收费自由市场的等同物而发挥作用。正像污水排放收费制度一样,一种可出售的许可证制度就是提供一种持续的减少污染的鼓励,因为持有许可证就会占用资金,占用的资金又通过出售没有必要的许可证而获得解脱。”^[1]这是对许可审批方式在政府管制中发挥作用的描述。行政许可的政府管制性是非常重要的,因为它最终决定着政府行政系统对市场运行的态度。

(二) 行政许可具有行政监控性

国家权力是一个比较大的范畴,立法权、司法权、行政权都属于国家权力的内容,都是国家公权力的一个表现。所不同的是,三种重要的公权中与公众权利最为密切的是行政权,因此,它比别的国家权力显得更为敏感,其行使的结果更为深刻地在公众中留下烙印。故而,人们常常十分关注对行政权的控制和约束。但是,“不论我们可能如何坚持行政部门应该无条件服从人民的意向,我们都不应主张它同样迎合立法机构中的情绪。立法机构有时可能站在人民群众的对立面,有时则与人民群众可能完全保持中立。在这两种情况之下,行政部门肯定应该处于敢于有力量、有决心按照自己意见行事的地位。”^[2]就是说,行政权行使中的权威性是不能怀疑的,其对社会生活可以在诸多方面进行监控,可以对诸多社会生活事务设计运行模式,其中行政许可就具有这样的属性。例如依照《美国宪法》第21条修正案的规定,各州都有权监控含酒精的饮料在该州内的销售,在允许销售含酒精饮料的各州内,其销售是通过行政许可进行监控的。酒精类销售“执照的申请通常必须向当地的县酒类管制局或直接向州酒类管理局提出。申请执照时通常必须按州酒类管理局所规定的数额交

[1] [美] 罗杰·W. 芬德利、丹尼尔·A. 法伯:《环境法概要》,杨广俊等译,中国社会科学出版社1997年版,第96页。

[2] [美] 汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1989年版,第364页。

纳一笔费用。酒类管理局往往发给供‘店内’消费的酒类如下三种执照：啤酒执照；烈性酒执照，包括葡萄酒类和啤酒的销售；葡萄酒类执照（它可能包括或者不包括啤酒的销售）。在被发给执照或每年换发执照时，饭店通常必须按法律规定的方式在一家或几家报纸上登出告示。”^{〔1〕}足见行政许可在政府监控中的作用不可低估。我国法律规范在设立行政许可事项时亦常常赋予了行政机关这样的监控权限，如《中华人民共和国海洋环境保护法》第43条规定：“海岸工程建设项目的单位，必须在建设项目可行性研究阶段，对海洋环境进行科学调查，根据自然条件和社会条件，合理选址，编报环境影响报告书。环境影响报告书经海洋行政主管部门提出审核意见后，报环境保护行政主管部门审查批准。环境保护行政主管部门批准环境影响报告书之前，必须征求海事、渔业行政主管部门和军队环境保护部门的意见。”此条关于海岸工程建设项目审批中行政主体的监控职能规定得非常清楚。

刘某不服某区房地产管理部门房屋产权证案

〔基本案情〕申请人刘某在某市某城区内有私产房屋6间，总面积83.2平方米，其中南房3间44.5平方米，北房3间38.7平方米。1999年1月，刘某经公证处公证分别将南房东数第一间赠予孙某，东数第二、三间赠予李某，北房仍归刘某所有。同年5月，刘某向某区房管部门申请办理将其所有的南房三间分别赠予孙某、李某的产权过户手续，并交纳了办理私产房屋产权赠予过户的相关费用，共计966元。某区房管部门在对刘某的产权情况进行审核时，发现北房3间在没有规划部门批准的情况下进行了翻建，其面积由原来的38.7平方米增加至53.8平方米，某区房管部门根据《城市房屋权属登记管理办法》的规定，认为刘某的申请不符合颁发房屋产权证的规定，因此不能向其颁发房屋产权证，但未明确告知申请人不能办理的原因。2002年6月，刘某所有的私房遇城市拆迁，因产权证一直未能办理，遂要求房管部门为其做出未能办理产权证的证明，某区房管部门依刘某的要求向拆迁单位提供了承认申请人公证赠予及产权过户手续正在办理的证明。

刘某向某区房管部门提出，如果不能为其办理产权证则应退还申请人所交纳的相关费用，共计966元。

某区房管部门则认为，申请人刘某经公证处公证将私有房产赠予的行为有效，但在对其产权情况进行审核时，发现北房3间在没有规划部门批准的情况

〔1〕〔美〕杰克·P. 杰弗里斯：《美国饭店法》，何江等译，旅游教育出版社1988年版，第120页。

下进行了翻建,超出原规划面积10余平方米,根据《城市房屋权属登记管理办法》之规定,申请人的上述行为不符合颁发房屋产权证的规定,因此不能颁发房屋产权证。根据相关规定,同意将当时收取的工本费、登记费、赠予手续费共计334元退还申请人,刘某不服,遂申请行政复议。

行政许可所体现的行政监控性是对行政管理权的一个肯定,因为这种监控是在法律规定权限范围内的监控,而不是无原则地通过设计行政许可之基础而为之的监控。

(三) 行政许可具有秩序维护性

行政许可的来源具有两个方面:一是由一国立法机关设计的行政许可事项,如《中华人民共和国高等教育法》第29条规定:“设立高等学校由国务院教育行政部门审批,其中设立实施专科教育的高等学校,经国务院授权,也可以由省、自治区、直辖市人民政府审批。对不符合规定条件审批设立的高等学校和其他高等教育机构,国务院教育行政部门有权予以撤销。”^{〔1〕}二是由一国行政机关设立的行政许可事项,如《营业性演出管理条例》第7条规定:“设立演出经纪机构,应当向省、自治区、直辖市人民政府文化主管部门提出申请。文化主管部门应当自受理申请之日起20日内作出决定。批准的,颁发营业性演出许可证;不批准的,应当书面通知申请人并说明理由……”尽管行政许可设立来源有上述两个方面,但其实质却是一致的,即对社会秩序的维护,这是行政许可最基本的属性之一。“每一社会秩序、每一社会——因为社会不过是一个社会秩序——的功能(function),就是促成人们的一定的互惠行为;使他们不作出根据某种理由被认为有害于社会的某些行为,并使他们作出根据某种理由被认为有利于社会的其他行为。”^{〔2〕}行政许可涉及的事项都是若干主体相互作用的关系形式,如高等学校和教育机构设立的审批就关系到教育主体与受教育者之间的联系和其他社会关系,演出机构的设立就涉及到观众、演员、演出机构之间的联系。行政许可的基础在于使这些关系形成一种理性的关系模式,而此种模式的建立就是对社会秩序的一种维护。《美国佛罗里达州旅店法》为了维护旅店的管理秩序,就赋予了相关行政机关行政许可权,“每个旅店和餐馆应该从旅店与餐馆管理处领取执照。执照不得转移地方,不得转

〔1〕 由于地方立法的存在,地方立法机关在一定范围内也取得了行政许可事项的设定权,如湖北省人大常委会制定的《湖北省预算外资金管理条例》第20条规定:“财政部门应在审核本级各部门和单位预算外收支计划和决算的基础上,汇总编制本级年度预算外资金收支计划和决算,报本级人民政府批准。”

〔2〕 [奥] 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第15页。

让他人。没有执照开办企业属二级违法行为,应根据 775.082、775.083 或者 775.084 条例规定受到处罚。不遵守旅馆与餐馆管理处规定和法令建造和经营的企业,该处可以拒绝签发执照或者更换执照。该处由于下述情况可以拒绝发给或者更换企业营业执照:在前 5 年中企业经营者因被指控不仅在本州或在美国有涉及职业道德的罪行,包括招收妓女、搞淫乱活动、为卖淫提供场所,搞不法场所,或者搞不法毒品交易已被定罪,或者没有了契约。执照每年更换一次,旅馆与餐馆管理处应该安排一个交错换照的日程表。”^{〔1〕} 这一法律条款恰当地说明了行政许可的秩序维护功能。应当说明的是,社会秩序是一种由法律设计并法律化了的秩序,而不是纯粹由行政手段设计并行政化了的秩序,在对行政许可进行研究时,必须把行政秩序和法律秩序区别开来。

(四) 行政许可具有利益保护性

行政许可的内容既有物质的成分,又有精神的成分,属于经济权范畴的行政许可都具有物质内容,属于非经济权范围的行政许可都或多或少具有精神内容,正因为如此,行政许可与利益的保护有着直接关系。日本行政法学家室井力对“医事卫生许可”意义的解释对我们理解行政许可的权利保护有启迪作用。“所谓卫生许可是解除医事卫生法规规定的对自由权的一般性禁止的行政处分。具有对从事医事卫生业务者颁发各种执照(医师、护士、保健妇的执照)和为执行医事卫生业务的设施和物的许可(药品制造、贩卖、药店开放、饮食店营业等的许可)。在判断给予卫生许可要件时,传统行政法学认为行政厅未被赋予裁量权。但是,今天医事卫生行政必须看成是积极行政,而不应视为消极行政。因此,在医事卫生许可中,特别是关于后者为了执行医事卫生业务的设施和药物对其给予许可时,除认定法规的要件外,必须认为它负有积极的审查义务,审查该设施和药物是否侵害国民的健康权。这不仅因为行政厅除个别实体法规定的明文要件外,还必须经常牢记《宪法》第 25 条为首的人权保护规定,这也是因为生存权即健康权是优位于营业自由、财产权的国民权利。”^{〔2〕} 之所以说医疗事项的行政许可不是消极行政行为而是积极行政行为,就是因为行政许可背后所涉及的是深层次的国民权益关系:一方面,行政许可的前提是法律存在的禁止状态或法律未予许可的状态,这种禁止状态和未予许可的状态在正常动机的情况下是对国家利益或社会利益的一种保护。如《广州

〔1〕 佛罗里达州法规第 509 章“旅馆和餐馆”(参见〔美〕小雷亚蒙·C·艾利斯,美国 A-H-MA 安全委员会:《安全与损失预防管理》,林珍珍等译,旅游教育出版社 1989 年版,第 253 页。)

〔2〕 〔日〕室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社 1995 年版,第 392 页。