

XINGZHENG XUKE ZHIDU YANJIU

行政许可制度 研究

罗文燕 著

04

中国人民公安大学出版社

行政许可制度研究

罗文燕 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

行政许可制度研究/罗文燕著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2003. 6

ISBN 7-81087-318-0

I. 行… II. 罗… III. 行政—许可证—研究—中国
IV. D922. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 047024 号

行政许可制度研究

XINGZHENG XUKE ZHIDU YANJIU

罗文燕 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 北京牛山世兴印刷厂

版 次: 2003 年 6 月第 1 版

印 次: 2003 年 6 月第 1 次印刷

印 张: 12.375

开 本: 850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数: 304 千字

印 数: 0001~3000 册

书 号: ISBN 7-81087-318-0/D·295

定 价: 24.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cep@public.bta.net.cn

目 录

导 论 行政许可制度的法理解读	(1)
一、权利——社会个体利益的法律存在形式	(2)
二、权力——社会公共利益的法律存在形式	(17)
三、冲突与衡平——权利与权力并存的必然结果与终极要求	(27)
四、衡平产物之一——行政许可制度及其法律价值和法理 意义	(34)
第一章 行政许可制度界说	(41)
一、行政许可制度研究中的误解与偏差	(41)
二、行政许可制度的概念、立法目的和基本性质	(45)
三、行政许可制度在社会生活中的基本任务	(53)
四、行政许可制度的基本功能及其在社会生活中的作用.....	(57)
五、行政许可制度的内在缺陷与负面影响	(62)
第二章 行政许可制度的历史、现状及发展方向	(69)
一、行政许可制度产生和发展的历史轨迹	(69)
二、我国行政许可制度的现状及完善与发展的方向 ...	(73)
三、行政许可制度的发展特点与发展趋势	(81)
第三章 四国现代行政许可制度述评	(87)
一、美国行政许可制度	(88)
二、德国行政许可制度	(93)

三、日本行政许可制度	(100)
四、韩国行政许可制度	(106)
第四章 行政许可基本原则	(112)
一、行政许可基本原则界说	(112)
二、行政许可法定原则	(116)
三、行政许可公正原则	(121)
四、行政许可公开原则	(127)
五、许可与监督管理相结合的原则	(130)
六、权利保障原则	(132)
七、及时、便民原则	(134)
第五章 行政许可范围、种类及设定	(136)
一、行政许可范围	(136)
二、行政许可的种类	(151)
三、行政许可的设定	(155)
第六章 行政许可权相关问题	(169)
一、行政许可权之法律分析	(169)
二、行政许可主体	(180)
三、行政许可管辖	(200)
第七章 行政许可程序的基本制度	(212)
一、行政许可回避制度	(213)
二、行政许可听证制度	(223)
三、行政许可说明理由制度	(233)
四、行政许可告知制度	(245)
五、行政许可参与制度	(255)
第八章 行政许可程序的基本内容	(266)
一、行政许可程序基本内容概说	(266)
二、申请	(268)
三、受理	(271)

四、审查与决定	(272)
五、听证	(277)
第九章 行政许可的监督与管理	(284)
一、行政许可监督与管理的意义	(284)
二、行政许可监督与管理的原则	(286)
三、行政许可监督与管理的方式	(289)
第十章 行政许可的法律救济	(297)
一、行政许可法律救济概说	(297)
二、行政许可复议制度	(300)
三、行政许可诉讼制度	(318)
四、行政许可赔偿制度	(331)
主要参考文献	(347)
关于《中华人民共和国行政许可法(草案)》的说明	(354)
《中华人民共和国行政许可法(草案)》	(363)
后记	(386)

导论 行政许可制度的 法理解读

权利、权力及其相互之间的关系,与行政许可制度之间是否有必然的联系呢?为什么要选择权利、权力及其相互关系开始本书的论述呢?这也许会成为读者的第一个疑问。在酝酿本书写作的相当长的一个阶段里,这也是作者的一个疑问。在法学研究领域,权利、权力及其相互关系的命题,一直是法理学研究的一个重要课题。而我们的法学研究,常常处于这样一种状况,那就是:理论法学的研究和应用法学的研究往往在各自的空间内单独地进行,很少进行有机的融合与交叉。事实上,作为法学研究的两个重要分支,它们之间存在着无法割裂的内在联系,互相作用,互相支撑。因此,上述研究方法对于发现和认识法学的本质规律是不利的,对于法现象所体现的法的本源、它的深层次所体现的事物本质的认识,也都极易产生误导或流于片面,导致研究结论发生偏差。可以肯定地说,这样一种研究方法所得出的结论,往往造成我们对事物现象所包含的本源与本质内涵认识上的片面。在确定了行政许可制度这一选题并进行了相关资料的收集、归纳之后,我对法学研究领域的这一现象进行了长时间的思考。我以为,理论法学研究与应用法学研究这两个分支,能够并且应该进行交叉,互相渗透,特别是应用法学的研究,尤其不能与理论法学的研究割裂开来。基于这样的认识,在酝酿写作提纲时,我对行政许可制度进行了一些

法理学上的思考。果然,有许多新的发现。就我所见,在相当长的时间里,除个别学者外^①,学界对行政许可制度的研究,几乎都只局限于对行政许可作字面的、表面的、浅层次的理解和解释。因此,虽然多年来的研究使得行政许可就所涉及的内容,已较为全面,却导致了在行政许可定义、行政许可与行政许可制度的区别、行政许可制度的内涵与实质等根本性问题的认识方面都发生了偏差。对行政许可制度本质发生这样的认识偏差,对于我们正在进行的行政许可立法工作,以及今后的执法实践过程将会产生不利的影响。最近一二年学界对上述研究方法的弊端已有所认识,在研究方法上也有所改变,但这些改变显得还很不够。

那么,行政许可制度究竟是什么?为什么一直以来学界对行政许可制度研究的焦点大都停留在行政许可的表层,只作表象上的理解与诠释而难以深入?行政许可制度的逻辑起点在哪里?构成行政许可制度的本质内涵与法理基础究竟是什么?把理论法学的研究方法和研究成果引入行政许可领域是否可以得出更接近本质的答案?本书导论及第一章试图结合理论法学研究的一些特点,借助法理学研究的一些方法和成果,以权利、权力及其关系作为起点对行政许可制度及其本质内涵与精神实质作一个全面的探索和思考,以期就上述种种问题作出更接近行政许可制度应有之义的解答。

一、权利——社会个体利益的法律存在形式

权利,从字面上来解释,顾名思义就是权属利益。原初意义

^① 参见郭道晖:《对行政许可是“赋权”行为的质疑》,载《法学》1997年第11期。就我所见,在国内,将“权利”理论全面引入行政许可制度研究的,郭道晖教授为第一人。

上的权利是伴随着人类社会的出现而出现的。古往今来,中外学者们在权利的研究方面取得了丰硕的果实。几乎在社会发展的每个重要阶段,都有有关权利的鸿篇巨制面世,形成了权利研究史上的一个个里程碑。对权利的认识随着思想家、法学家的不断探索而延伸,随着人类的社会实践而不断扩展。尽管如此,由于权利问题蕴含着伦理的、社会的丰富的内涵,所以要对其形成一个明确、一致的界定仍然是十分困难的。历史上人们对权利所作的思考都明显地带着当时特定时代和社会的痕迹和局限性就是一个明显的例证。

作为行政许可制度研究的一种法理思考,本书无意、也无力对权利进行涵盖面广泛的深入研究。为了能准确揭示出行政许可制度的本质内涵与精神实质,对权利的基本涵义、权利的基本属性、权利的表现形态等方面作一些初步的思考还是很有必要的。^①

(一) 权利的基本涵义

19世纪德国法学家耶林“通过使人们注意权利背后的利益,而改变了整个权利理论”。^②自耶林以降,对权利的研究就与“利益”密不可分。实证学派的权利理论是权利研究史上的一个分野。此后,权利的研究又取得了很大的发展。在学理分析的基础上,考察国内外权利学说,我对权利的基本涵义作如下解说:

^① 本节与下节内容参考和借鉴了法学界有关权利与权力学说的一些研究成果:程燎原、王人博:《赢得神圣——权利及其救济通论》,山东人民出版社1998年版;童之伟:《再论法理学的更新》,载《法学研究》1999年第2期;谢晖:《法律信仰的理念和基础》,山东人民出版社1997年版;郭道晖:《法的时代精神》,湖南人民出版社1997年版;孙笑侠:《法的现象与观念》,群众出版社1995年版。

^② [美] 庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,商务印书馆1984年版,第46页。

权利,是各种利益主体在同一社会背景条件下,在外部环境提供实现利益的客观可能性时,为满足自己的各种利益需求对各种不同的利益客体按自己的意志进行自由选择的一种活动。构成权利的各个要素为:为了获取利益以满足需求的利益主体;对利益主体可能带来不同利益结果的利益客体;利益主体按自己的意志自由进行的各种选择活动。

分析以上基本涵义,权利所以成为权利,包括了下述6个层面的内容:

1. 社会个体(即利益主体)满足需要的需求导致了主体对利益的追求;
2. 社会提供的各种客观可能性导致了对主体产生各种不同利益结果的可能性;
3. 对主体产生各种不同利益的可能性导致了主体利益的差异;
4. 各种利益的差异导致了主体可能得到的利益具有冲突性;
5. 利益具有冲突性导致了主体对利益客体的选择;
6. 主体所追求的利益的可选择性导致了主体权利的产生。

综合上述六点,可以概括为:对自身需求的满足导致了主体对利益的追求,利益追求过程中的可选择性导致了主体权利的产生。作为权利产生的因与果,以上六个环节贯穿权利产生的全过程,缺少其中任何一个环节,主体的利益都不能转化为主体的权利。

因此,我认为,利益冲突是权利产生的直接原因。人的需要是人的本性,这种本性是纯自然的。人的需要导致了人对“需要满足”的目的性追求,如果需要不是表现为一种纯主观任意性的话,那么必定与某种利益相关联,这种“需要满足”必然外化为对一定利益的追求,并且需要的满足必然以一定的利益满足为其客观表现形式。由于人的社会性决定了人总是在一定的社

会关系中生活,而把彼此各不相同的人们联系起来的是需要,人与人之间的关系实际上就是需求关系即利益关系。随着社会的发展和形态的演进,当人类靠互相关系取得了更高的劳动能力或实践能力并使社会关系发生变化的时候,社会依其经济地位划分的不同的利益集团就出现了,利益的分化出现了,人与人之间彼此互助的合作关系变成了人与人之间的利害关系,利益的差异显现了,利益的冲突产生了。随着冲突,社会分化出一个个不同的个体,生成了不同的个体观念。人所意识到的首先不是怎样彼此帮助才能满足需要,而是作为个体必须首先占有和支配的利益,人与人之间的关系也因利益冲突而具有相互排斥和独立的含义。人的利益追求表现为个体的利益追求,由此便产生了不同的个体行为。因此,权利以个体的利益为前提,与利益的差异相联系,是利益冲突的结果。需指出的是,并非一切利益冲突都能导向权利,只有经过利益主体选择后由社会加以认可的利益才能成为权利。

利益的可选择性是权利产生的必要条件。

人类的一切行为都源自于本身的需求,在社会生活中的一切主体行为也同样源自于主体自身的需求。主体的各种行为都是由主体追求对自身不同需要的满足决定的。要使主体的利益追求成为权利,取决于社会为主体所提供的各种客观可能性所产生的利益的可选择性,其原因是:

首先,主体需要产生于主体与自然和社会环境的互相联系。作为主体共同体的社会能够通过自身的各种调节机制(道德的、法律的)控制和调节主体的需求对象(包括自然资源和社会资源),使主体的利益需求在资源可承受的范围内转化为合理需求。

其次,主体的价值观是主体对自己的利益需求和获取需求利益的行为的评价标准。社会可以通过确认和强化合理的价值观,使主体对利益的自由选择行为确定在被社会所认可的方向上。

再次,就主体满足需要的利益追求而言,社会所提供的各种选择机会是其必不可少的外在环境和条件。合理的社会为保障已确定的主体选择行为的实现,能够不断改善主体的外在环境,为主体的选择行为提供尽可能多的选择条件。

最后,行为模式是否明确、具体、有效,直接关系到主体的选择行为能否自由进行的真实程度。社会可以提供有效的行为模式,对行为模式规定得越明确、越具体,主体对利益进行选择现实性就越大。社会所提供的具体、明确而有效的行为模式不仅能划清不同主体间的界限,找到主体实现权利的途径,而且也协调各不同主体间的需求,促进主体行为的互补提供可靠的保证。

主体对利益的选择是权利产生的重要环节。

实际上,任何人的利益需要的满足,都经过了行为的选择过程。选择的目的在于把自在的东西变成自己的东西。也就是说,被选择的应是可能属于自己的东西。因此,选择也就是人的自然性需要和社会性需要通过人的意志自由与社会提供的客观可能性之间的联结。主体的任何一种权利要求都以一定的客观可能性为根据。即使社会还不能现实地把一种权利要求通过选择而确认为实在权利,它也不应该压制或扼杀这一要求。简而言之,主体的选择过程就是对客观可能性的确认,使自己的需要和客观可能性之间的关系合理化,以求得需要的满足。若选择需要满足的方式、种类、范围是社会允许并能够提供的,那么,这种选择行为就成为一项权利。

(二)权利的基本属性

权利有多种属性。公正性、合法性等都是权利的非常重要的属性。符合公正性要求的权利就成了应有权利,符合合法性要求的权利则成为法定权利。但它们都仅仅反映了权利特性的较为重要的一个方面,而无法涵盖权利的全部,因此,它们都不是权利的最基本的属性。那么,权利的基本属性是什么呢?要回答这个问

题,首先必须搞清楚权利与利益的关系。

首先,我们知道,独立自在的客体并不能成为主体的利益,它只有在与主体的一定关系中才能成为主体的利益。其次,利益的现实内容是主体需要的满足,只有以需要为内容的一定关系,才成为主体的利益。最后,利益的社会功能是满足主体的需要。利益之所以得以存在,主体之所以追求各种利益,就在于利益能够满足主体的需要。显然,主体满足于何种需要不是取决于客体,而是由主体的意志决定并通过其行为表达出来。当利益的主体自感其利益非常重要,不加以固定化、明确化就不足以受到他人或社会的承认和尊重时,他就会把它作为一种权利提出并加以追求。追求的过程,就是权利实现的过程。通过以上分析,我们可以确定,利益是权利的载体,权利与利益的关系是互为因果的。离开了利益,权利就失去了存在的基础和内容;没有了权利,利益就失去了目的和归属。

明确了权利与利益的关系,是否就可以直接给出权利的基本属性了呢?答案显然是否定的。我们已经知道,权利源自于利益的差别和冲突。我们还必须进一步考察利益的表现形态。

我们说利益是权利的载体,是因为权利不论以何种形态存在,不论在何种社会背景条件下,其直接社会内容都是整个社会以某种形式予以确认和保护的社会个体的利益。由权利体现的利益有多种多样的具体的表现形态,但不论其具体表现有多少种,都可以归纳为以下四类:

第一,与人身权相对应的人身利益;第二,与财产权相对应的物质利益;第三,与政治权相对应的政治利益;第四,与各种程序性权利相对应的程序性利益。

利益的以上四类形态中,除与财产权相对应的物质利益直接指向物质财富外,其余三种利益从字面上看,似乎都不与物质财富发生太大的关系。但实际情况又是如何呢?我们不妨看看童之伟

教授在《再论法理学的更新》^①(下面简称童文)一文中对上述权利背后所隐含的物质财富内容的剖析。在解读他的剖析之前,我觉得有必要将自己的理解预先作一个说明。我认为,他在文中论述的各种“权利”所包含的财产内容应该是指与权利相对应的“利益”所包含的财产内容,似乎更为妥帖一些。

首先看与人身权相对应的人身利益。童文中写道:“人身权中首先和主要的是人格权,人格权中最主要的是生命权。”“它的构成因素是十分复杂的。以一个青年为例,他的生命权的财产内容可能由这样几个方面构成:他生命的孕育,身体成长过程中所耗费的衣食住(我意似还应包括‘行’——引者语)的支出所需的费用,他人进行和自我进行的生活关照(这也是一种劳动),他受教育所支出的费用,他受就业训练所支出的费用,还得考虑他在今后的一生中在创造财富时所能有的作为,等等。从这个观点看,生命权的财产内容不仅十分准确,也是可以具体计算和比较的,同时人的生命权的财产内容还有一个形成和消耗的过程。至于人格权的其他内容,如姓名(名称)权、肖像权、名誉权、荣誉权等,它们本身就在不同程度上无形地凝聚着主体各种形式的体力、脑力的有效支出,或体现着主体为社会所作的贡献,而这就是他们各自人格权的‘含金量’或它们的财富属性的形成根据。从社会平均水平上说,主体的体力、脑力支出愈多、愈有成效,为他人或社会做的牺牲或贡献愈大,其人格权的‘含金量’就愈高,有了适当的实现形式,这些权利也就能按其本身的‘含金量’的大小转化为以货币为代表的财富。”“同理,身份权中各项具体权利的间接财产内容一般也不难想像,因为在现实生活中,诸如配偶权、作品发表权、署名权等身份权所包含

^① 以下所引内容未注明出处的,均引自童之伟:《再论法理学的更新》,载《法学研究》1999年第2期。

的间接财产内容与人格权中的各项权利所包含的间接财产内容几乎一样明显。”

再看看与政治权相对应的政治利益。童文中写道：“在当代，政治权利间接具有的物质内容可以从多方面把握。其中有些权利表现为获取物质资料的必要社会条件或方式，如言论、结社和迁徙等方面的权利与自由。最典型的政治权利是选举权、被选举权、创制权等参政方面的权利，它的间接物质内容就更明显了。因为，一切所谓政治革命从头一个起到末一个止，都是为了保护一种财产而实行的，都是通过没收（或者也叫盗窃）另一种财产而进行的。通过政治革命获得的政治权利在与财产的关系问题上其根本目的和功能决不会与政治革命本身有什么不同。此外，任何政治权利要在社会生活中实现，没有相应的物质保障也是根本不可能的。”

最后，我们再看看与程序性权利相对应的程序性利益。童文认为：“它与上述三种实体性权利同财富的关系只有远近之分，并无实质性区别。这表现在程序性权利对于维护和保护所有权归属已定之财富的工具性价值上。”

童之伟教授对利益与财富之间关系的论述，是我亦深以为然并十分赞同的。现在我们知道，不仅与财产权相对应的物质利益直接指向物质财富，而且与人身权相对应的人身利益，与政治权相对应的政治利益，与各种程序性权利相对应的程序性利益最终也都指向物质财富。既然利益的各种表现形态最终都归结为物质财富，而权利的产生又源自于利益的差别与冲突，并且“所有的权利都只有在有相应的物质保障的情况下才是实实在在的”，“一切实实在在的权利都能够最终直接或间接还原为相应的财富”，那么，权利的财富属性（即物质属性）成为权利的最基本的属性就是顺理成章的事情了。

回过头来我们再看权利的基本涵义。我们已经知道，权利，

是各种利益主体在同一社会背景条件下,在外部环境提供实现利益的各种客观可能性时,为满足自己的各种利益需求对各种不同的利益客体按自己的意志进行自由选择的一种活动。也就是说,主体的权利,无论是直接指向或间接指向,都是被社会或法律所确认和保护,最终指向物质财富的利益的选择。同时,通过前文关于权利基本涵义的论述,我们也已知道,权利的主体是社会的个体。因此,我认为,权利从本质上来说,就是社会个体利益最终都指向物质财富的法律存在形式。

(三) 权利的基本形态

权利的形态有很多种,依其内容可分为人身权利、政治权利、经济权利、社会权利、文化教育权利等;依其性质又可分为豁免性权利、选择性权利等。无论权利如何区分或有多少种类型,它们都应具有正当性、合法性或现实性。我国法理学界一般把与权利的上述三种特性相对应的权利分别称为应有权利、法定权利和实在权利。应有权利是指社会自发形成的权利或称潜在权利;法定权利是指可有权利或明定权利;实在权利则是指实有权利或实现权利。这三种不同阶段的权利构成了权利的基本形态。

1. 应有权利。应有权利是指尚未被现实法律确认,而实际上法律又“应当”在目前或将来确认的,反映一定历史时期的社会价值取向的,合乎社会正当性的权利。应有权利的形成,属于社会道德、习惯的范畴。

应有权利虽有一种定向的价值判断与选择,但它的存在却是客观的,“应有”不是指它的“应然存在”,而是指存在的客观性与实在性,即“确然存在”。应有权利的本质是与作为社会主体的人的自我意识、人的自主地位紧密地联系在一起的。作为社会主体的价值确认方式,应有权利是人的自主性的权能表现。人作为主体,首先在于他能够在思维中把握住自己的存在,认识到自身在所处的客观世界中的主体性价值。当人意识到自我处于主

体地位时，就会自然产生一种自律性的价值趋向，以主体利益为本位的价值判断必然会给主体活动以巨大的能力与潜力。作为主体的人在改造客观世界的过程中产生的不断完善自我，不断发展主体价值地位的这种自我意识，通过实现主体自我价值的活动，就凝结成为人的权利。这种权利就是应有权利的雏形。

应有权利还反映着人类合目的性的价值追求。人类的历史是人类有意识地通过自己有目的对象性活动创造的历史。人以历史活动将自己与世界的关系构筑成主体与客体的关系。人类在历史活动中，在把客观环境对象化为客体的同时，必然要受到客体的制约和规范。正因为主客体的这种双向互补性，使得整个人类历史既体现出历史自然运动的客观化特征，又体现出人类历史本质乃人类的合目的性的能动运动。这也正是“人类创造历史”的原因所在。由于人的独立自主的本性，使得人类在改造世界的同时，也在不断期望和追求获得新的权利，以不断完善自己本身。“权利”在历史活动中始终是推动人自身发展和完善的巨大动力，因而才成了人的价值和尊严的基础。应有权利作为一种价值取向，集中体现了人作为历史主体对自身价值、尊严、地位生生不息的执著期待和追求，反映出主体的一种特定的目标或方向。同时，作为社会主体，应有权利必然反映主体对未来事物之价值的要求和愿望。当主观价值要求和愿望经过主体的积极的创造性的实践活动外化为客观现实性时，一种权利的主观性要求从存在于现实之中的可能性的东西变成了一种现实性权利。应有权利与人的自主活动紧密联系，不但是人作为主体的一种价值要求和愿望表达，而且也是一种客观化的存在形态，它直接反映了人与社会、人与人之间的关系。

虽然应有权利是与人的自主活动紧密相连的，但这并不等于说，这就是人的任性，就是一种恣意妄为的权利。应有权利是受限制的。这就是要合乎社会正当性，也就是说要受到社会道德性