

张锋：行政许可的概念及适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/470/2021_2022__E5_BC_A0_E9_94_8B_EF_BC_9A_E8_c67_470464.htm [内容提要] 行政许可的概念与适用范围属于行政许可法的基础性问题，既具有重要的理论意义，又具备重要的实践价值。本文阐释了广义上理解行政许可的概念及其法律特征，探讨了行政许可的适用范围，最后，根据有关解释、司法见解和行政法原理阐释五种不属于行政许可的主体及其行为，分析了四种部分属于行政许可的主体及其行为。 [关键词] 行政许可 概念 适用 行政许可的概念及其适用既是行政许可法的重要理论问题，又具有重要的实践意义！关于行政许可的概念，行政法理论界存在着以下三种观点：第一种狭义说认为，行政许可是具体行政行为的一种，指法定享有许可权的机关，根据公民、法人和其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。依此理解，只有许可机关颁发了许可证才称为行政许可，这是行政许可法第2条意义上的行政许可的概念。第二种广义说认为，行政许可除包括狭义理解的前边部分外，指是否颁发许可证的活动都属于行政许可，因为相对人提交了申请，行政许可机关有可能许可而颁发了许可证，也有可能经过审查拒绝颁发而不予许可，不予许可也是行政许可的工作之一，行政许可法第38条第二款规定的行政机关依法作出不予许可的书面决定应当说明理由告诉我们：不予许可也是行政许可概念中的题中之意。第三种最广义说认为，行政许可不仅指是否颁发许可证的环节，还包括颁发之后对被许可人实施许可行为的活动进行后续跟进与管理，即行政许可法第

六章规定的监督检查的内容也属于行政许可法应予调整的内容。从某种意义上讲，这种理解是在第一种狭义说意义上理解的后续延伸，因为若为第二种广义说意义上的不予许可后也就不存在后续跟进和监督了！在行政法学理论中一般以第二种理解，即广义说作为主流观点！行政许可涉及的主要双方当事人，一方是行政机关或法定授权的组织，这两者可合称为行政主体；对方当事人为行政法理论上的行政相对人，立法表述为公民、法人或其他组织。相对人在行政许可制度的不同阶段又有不同的称谓，在申请阶段称为申请人；在申领许可证后称为被许可人。对行政许可的概念可以作以下要素分析和理解：第一，行政许可是一种具体行政行为。行政许可是一种针对特定的公民、法人或其他组织作出的行政行为，故而它是一种具体行政行为而非抽象行政行为，属于行政执法行为的范畴。第二，行政许可是一种依申请的行政行为。行政许可是一种由行政相对人提出申请才能实施的具体行政行为，相对人的申请是行政许可行为作出的必经程序和条件，没有相对人的申请，行政机关就不能实施该行为。行政机关不能因相对人准备从事某种特定活动而主动颁发许可证。相对人的申请是颁发许可证的前提条件，但这并不等于行政许可是双方性质的法律行为。行政许可是行政机关基于法定职权而为的单方行为，申请并不意味着必然得到行政机关的认可。行政相对人提出申请，是其从事某种获益行为之前必须履行的法定义务。第三，行政许可是一种要式行政行为。行政许可机关除应遵循一定的法定程序外，还应以正规的文书、格式、日期、印章等形式作出许可。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

人颁发加盖公章的许可证、执照、资格证、资质证或者其他合格证书。行政许可不存在口头形式。行政许可作为要式行政行为主要有颁发许可证件、加贴标签、加盖公章三种形式。

第四，行政许可是一种需经过依法审查的行政行为，行政机关应当根据事前公布的标准和条件对申请人的申请进行审查，从而作出是否准予的决定。行政许可并不是一经申请即可取得，而要经过行政机关的依法审查。这种审查的结果，可能是给予或者不给予行政许可。行政机关接到行政许可申请之后，首先审查决定是否受理。属于本机关职责范围，材料齐全，符合法定形式的，予以受理。受理之后，根据法定条件和标准，按照法定程序进行审查，决定是否准予申请人的申请。审查应当公开、公平和公正，依照法定的权限、条件和程序，以保证行政许可的合法性。

第五，行政许可是一种授益性的（或赋权性）的行政行为。行政许可与行政处罚、行政强制等行政行为不同，后两者属于损益行政，对行政相对人的权益是一种剥夺和限制；前者属于授益行政，是赋予行政相对人某种权利和资格，准予其从事某种特定活动的行为。第2条中的“特定活动”应理解为对申请人有益的、非经许可不得为之的活动，对申请人来说，没有利益应该是不会主动申请的。实践中，审批、特许、认可、核准和登记成为行政许可的“别称”。事实上，在国务院法制办起草的提交全国人大常委会的10章100条的行政许可法（草案）中也使用了上述名称，对后四种还各以一节规定了其特别程序。后经人大常委会审议认为，行政许可名称宜统一，若后四种名称的许可各以一节规定其程序立法资源也浪费过多，故而在行政许可法通过的文本中未再使用上述四个名称，但是，实

践中这四个名称的许可又是客观存在的。从另一个角度讲，后四个别称也可称作行政许可的适用范围。以下分别予以阐述：1.审批，行政实践中多以此表述行政许可，其外延范围宽于许可。前者是行政实践中对行政许可通俗的表述，后者是行政审批在法理上的称谓。行政审批的适用范围比行政许可范围要宽，从行政许可法第3条第二款的规定可以得出这一结论。一般而言，上级行政机关对下级机关工作请示的审批不属于行政许可，但上级机关根据行政许可法第35条的规定履行外部公共管理职能对就下级上报的审批就属于行政许可，如国家旅游局对省旅游局上报的申请开办“国际旅行社”的审批，则需按照行政许可法第35条的规定办理。2.特许，有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项，如土地、无线电频点的使用权等。特许往往具有排他性。对于特许，除法律、行政法规另有规定外，行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出许可决定。3.认可，提供公众服务并直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项，如执业医师、律师、注册会计师资格证书，建筑企业资质证书等。其一，赋予公民特定资格，依法应当举行国家考试的，行政机关根据考试成绩和其他法定条件作出行政许可决定，如报名参加国家统一司法考试，通过并取得资格证书即属于认可类许可。其二，赋予法人或者其他组织特定的资格、资质的，行政机关根据申请人的专业人员构成、技术条件、经营业绩和管理水平等的考核结果作出行政许可决定。行政机关如司法部，或者行业组织如中国注册会计师协会依法组织实

施公民特定资格的考试，并应公开举行。行政机关或者行业组织应当事先公布资格考试的报名条件、报考办法、考试科目以及考试大纲。但是，不得组织强制性的资格考试的考前培训，不得指定教材或者其他助考材料。2003年后司法部的司法考试指定用书即因此缘由改为司法考试辅导用书。

4.核准，直接关系到公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项，如对压力容器、电梯、载人揽车、锅炉等的许可。行政机关应当按照技术标准、技术规范依法进行检验、检测、检疫，行政机关根据检验、检测、检疫的结果作出行政许可。如果依据检验、检测、检疫结果，作出不予行政许可决定的，应当书面说明不予行政许可所依据的技术标准、技术规范。

5.登记，企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项。对许可类登记原则上只作形式审查而适用简易程序，申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式的，行政机关应当当场予以登记。如需对申请材料的实质内容进行核实的，行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。确认类登记只是确认了某类法律关系、法律事实，使之增加了公信力，属于行政确认行为的范畴，不在本文探讨范围之内。除此之外，行政许可法第12条第1项规定的“安全”类的许可是综合的、首选的，对此，有的学者称为一般许可。在立法上概括出一个统一、确定的标准来界定现实中行政机关的哪些行为属于许可，哪些不是许可是十分困难的，这是行政许可立法上不可避免的缺憾，也是世界上迄今为止没有一个主权国家制定出行政许可法的原因之一。根据有关解释、司法见解和行政法原理，

以下主体及其行为仍不是行政许可、不属于行政许可法调整的范围：1. 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，不属于行政许可。这里的“有关行政机关”是指人事行政部门、财政部门和外事主管部门，或省部级机关对其他国家机关和直属事业单位行使上述三项职权时作出的审批。如省政府外事办对法院组团出国考察的审批，不适用行政许可法；再如卫生部对其直属的中日友好医院上报的人事任免事项的批准，也不是行政许可。2. 行政机关如国有资产监督管理委员会以出资人的身份对国有（企业）资产处置事项的审批，不具有行政许可的性质。3. 行政执法人员的资格认证是行政机关的内部管理措施，不属于行政许可事项，如某省法制办组织全省行政执法人员进行资格考试后，根据成绩发放执法资格证书的行为，不适用行政许可法规定的程序。4. 工商行政管理机关对已经初始合法登记企业的年检行为不是行政许可，它是主管机关对企业实行监督管理的一种手段。主管机关不能利用年检确认企业继续经营的资格，使之变成“二次许可”。5. 主管机关对税费减免的审批不是许可，这种行为似乎也是依申请而给与申请人利益的，但不是行政许可。另外，有些主体的行为可以区分为独立的几个阶段，其初始登记往往是许可，之后的登记就不属于行政许可而具有行政确认的性质，如：其一，九大自然资源的初始登记是行政许可，如国土资源行政部门根据农村集体经济组织的申请颁发土地所有权证的行为属于行政许可、适用许可法规定的程序。但在依法取得九大自然资源的权属后发生纠纷的，由主管机关的再次确权行为不属于许可，这涉及行政复议法第30条第二款的适用

问题，就此，最高法院行政庭于2005年2月24日作出[2005]行他字就行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的第4号答复，答复中认定有关土地等九大自然资源所有权或者使用权的初始登记属于行政许可性质，不应包括在行政确认范围之内。其二，企业的设立和社会团体的成立的初始登记属于行政许可，但之后的抵押登记、转移登记、注销登记不属于行政许可。其三，机动车的注册登记属于许可，但变更、转移、抵押、注销登记不是行政许可。其四，船舶的国籍（初始）登记属于行政许可，但使用权、抵押登记不属于许可。（中国政法大学张锋）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com