

论行政许可的设定法定原则 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AE_BA_E8_A1_8C_E6_94_BF_E8_c122_485240.htm 十届全国人大常委会第四次会议通过的《行政许可法》对推进我国市场化改革和完善行政审批制度具有十分重大的意义。该法的最大亮点就是确立了行政许可法定原则。所谓行政许可法定原则是指：行政许可的设定权和设定范围、行政许可的实施机关和权限、行政许可的条件和标准、行政许可的程序和法律后果等都必须依据法律，符合法律，不能同法律相抵触[1]。《行政许可法》第四条对此有明确规定：“设定和实施行政许可，应当依照法定的权限、范围、条件和程序。”而在行政许可法定原则中最能彰显《行政许可法》的立法价值，因而也最具意义的则是行政许可的设定法定原则。本文拟专门对行政许可的设定法定原则作一点探讨。

一、行政许可的设定法定原则的含义

根据《行政许可法》的规定，行政许可的设定法定原则体现在两个方面：一是行政许可的设定权法定；二是行政许可的设定范围法定。

（一）行政许可的设定权法定

行政许可的设定权法定是指行政许可只能由法定的主体以法定的形式设定。这包含两方面的含义：一是只能由法定的主体设定；二是即便是法定的主体，也不能随便设定，而只能以法定的形式设定。根据《行政许可法》第十四、十五条的规定，行政许可设定权为：（1）法律。此处的法律是狭义的法律，即指由全国人大及其常委会制定规范性文件。对于全国人大及其常委会制定规范性文件，如果直接以“法”命名，当然可以设定行政许可。若不以“法”命名，而

是以“决定”等命名，可否设定行政许可呢？对此，《行政许可法》虽没有明文规定，但解释上应该持肯定态度。理由有二：一是在我国的法律实践中，对于全国人大及其常委会制定的具有规范性内容的决定，一向是作为与法律具有同等地位对待的；二是《行政许可法》对于国务院都允许在一定条件下以决定的方式设定行政许可，对于全国人大及其常委会，在法理上当然更应允许。（2）行政法规和国务院作出的决定：行政法规设定行政许可有个前提条件，即对于同一事项，法律既没有作出行政许可的设定，也没有禁止设定。如果法律已经作出设定，行政法规不得另作规定；如果法律禁止设定，行政法规更不能加以设定，否则构成对上位法的违反。国务院以决定的形式设定行政许可，也需要符合两个条件：一是没有制定相关的法律、行政法规或者虽制定有相关的法律、行政法规但规定的不够全面的；二是有紧急作出行政许可设定的必要。国务院以决定的形式设定行政许可的，在其实施后，除临时性行政许可事项外，国务院应当及时提请全国人大或其常委会制定法律，或者自行制定行政法规。（3）地方性法规和省级地方性规章：在我国有权制定地方性法规的主体有：省级人大及其常委会、省、自治区的人民政府所在地的市的人大及其常委会、经济特区所在地的市的人大及其常委会以及经国务院批准的较大的市的人大及其常委会。它们是否都有行政许可设定权，《行政许可法》的规定从字面看是持肯定态度[2]，但若是从第十五条的整体上来理解，还是有作出不同解释的余地的，因此有待进一步明确化。省级地方性法规拥有行政许可设定权是毫无疑问的，但有个前提：必须是相关事项尚未制定法律或行政法规

。市级地方性法规是否拥有行政许可设定权则不无疑问，如果有的话，也有个前提：必须是相关事项尚未制定法律、行政法规、省级地方性法规。省级地方性规章只能设定临时性的行政许可，且须符合两项条件：一是相关事项尚未制定法律、行政法规和省级地方性法规；二是因行政管理的需要，确需立即实施行政许可。省级地方性规章设定的临时性行政许可实施满一年需要继续实施的，应当提请本级人民代表大会或其常委会制定地方性法规。与法律、行政法规不同，地方性法规和省级地方性规章的行政许可设定权要受到以下几个方面的限制：一是不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可；二是不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可；三是地方性法规和省级地方性规章设定的行政许可，不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场。此外，需要特别注意的就是市级地方性法规与省级地方性规章之间的位阶问题。与行政法规的地位高于省级地方性法规不同，省级地方性规章的地位与市级地方性法规相同，按照《立法法》第63条第2、3款的规定，当两者发生冲突时，应由省、自治区的人大常委会负责处理。因此，当市级地方性法规设定的行政许可事项与省级地方性规章设定的行政许可事项冲突时，并非当然无效，而是应由该省或自治区的人大常委会进行处理。

（二）行政许可的设定范围法定 1. 设定行政许可应当遵循的原则。《行政许可法》第11条规定：“设定行政许可，应当遵循经济和社会发展规划，有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性，维护公共利益和社会秩序，促进

经济、社会和生态环境协调发展。”因此，设定行政许可应当遵循的原则可归纳为四点：一是遵循经济和社会发展规划；二是有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性；三是维护公共利益和社会秩序；四是促进经济、社会和生态环境协调发展。

2. 行政许可的设定范围。

根据《行政许可法》第12条的规定，下列事项可以设定行政许可：（1）直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按法定条件予以批准的事项。（2）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。（3）提供公众服务并且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。（4）直接关系公共安全、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。（5）企业或者其他组织的设立，需要确定主体资格的事项。（6）法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。需要特别注意的是，《行政许可法》为克服列举主义立法方式的缺陷，特授权法律、行政法规可以根据需要设定行政许可，但是，行政法规在设定行政许可时，仍应受该法第11条的限制，即不能违背该法第11条所确立的设定行政许可应当遵循的原则。至于法律在设定行政许可时，是否可突破第11条所确立的原则则成为问题。对此，可从以下几个方面来分析：第一，如果是在《行政许可法》生效之前通过的法律所设定的行政许可不符合《行政许可法》第11条的，那么其所设定的行政许可是否有效，应当由

全国人大常委会决定。第二，如果是在《行政许可法》生效之后通过的法律所设定的行政许可不符合《行政许可法》第11条的，根据后法优先于新法、特别法优先于一般法的原则，那么其所设定的行政许可从法律的角度讲应该是有效的。根据《行政许可法》第13条的规定，即便属于该法第12条所规定的可以设定行政许可的事项，如果可以通过下列方式予以规范的，可以不设行政许可：一是公民、法人或者其他组织能够自主决定的；二是市场竞争机制能够有效调节的；三是行业组织或者中介机构能够自律管理的；四是行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。

二、行政许可的设定法定原则所追求的价值理念

规范行政许可的设定权，界定行政许可的设定范围，从实质意义上讲，就是划分公权力和私权利、中央权力和地方权力之间的界限，这个界限最好能确定在国家机关能最大限度地履行保护职能而同时又最低限度地妨害自由的结合点上。基于此，行政许可的设定法定原则所追求的价值理念可理解为以下几点：

第一、法治政府原则。依法治国，建设社会主义法治国家是我国宪法确立的基本治国方略，也是实践经验的总结。作为对宪法所确立的法治原则的贯彻，《行政许可法》背负重责。该法通过对行政许可设定权的法定和设定范围的法定，希望能遏制住滥设许可的倾向，使得行政许可走上法治的轨道。

第二、有限政府原则。只有有限的政府才是有效的政府。《行政许可法》通过对行政许可设定范围的限制，目的正在于要打造一个有限的政府。在市场经济条件下，国家的经济运行主要是依靠市场机制来调节，只有在市场调节失灵的情况下，才有必要诉诸行政的手段。因此，在确立行政许可的范围的时候

，要确保市场机制优先原则。第三、人权原则。人权原则可以说是衡量一个国家政治文明程度、社会进步程度的非常重要的尺度。对人权的孜孜不倦的追求是国际社会不断进步的动力。人权原则已经成为我国宪法的一项基本原则。在现实中，对人权构成最大的威胁是政府。因此，人权原则对于行政许可的设定范围具有重要的决定意义：一是对人权的尊重，尤其是对自由权的尊重，在相当大的程度上限定了行政许可的范围；二是即使允许设定行政许可的事项，也要在几乎每个环节上都要接受人权标准的检验，如行政许可设定的条件是否过于严格，方式和手段是否合适，所追求的目标价值与牺牲的自由相比是否妥当等。第四、公共利益原则。在当今的法学思潮和法律实践中，相比于私人利益、私人权利而言，公共利益在相当大的程度上获得了优先地位。这种优先地位即使是在私法领域也有一定的体现，而在公法领域尤其突出。应该说公共利益原则是行政许可的直接价值追求，行政许可的目的正在于通过行政许可手段的运用，促进公共利益的最大化。《行政许可法》所允许设定行政许可的事项几乎完全都是出于公共利益的需要，因此，是否符合公共利益的需要就成为检验某项许可是否必要的直接的重要的标准。

三、行政许可的设定法定原则所面临的考验及当前的任务

行政许可的设定法定原则所追求的价值目标可谓宏伟，但由于受到《行政许可法》自身因素和外在因素的影响，其能否真正得以实现，还面临着严峻的考验。

（一）、《行政许可法》自身因素的影响

1. 《行政许可法》的法律地位。与《行政处罚法》不同，《行政许可法》不是由全国人大制定，而是由全国人大常委会制定的。因此，《行政许可法》在

行政法的组成体系中，只是一部很普通的法律，算不上基本法律。对于如此一部普通的法律，寄予太大的意义，对其来说可能是不能承受之重。即便是基本法律，又能如何呢！《立法法》和《行政处罚法》是基本法，可是劳动教养制度并没有因为他们的生效而立即废除；1994年全国人大常委会修正的《中华人民共和国治安管理处罚条例》的很多条款与1996年全国人大制定的《行政处罚法》相冲突，可这并没影响前者的效力。2. 《行政许可法》第12条第6项的规定。

《行政许可法》第12条是用以规范行政许可设定范围的，可是其第6项却规定：“法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。”该项规定使得行政许可的设定范围法定原则的意义大大降低。如果说行政许可的设定范围法定原则还有一定意义的话，则主要是针对国务院的组成部门、直属机构和地方而言。当然，由于《行政许可法》第11条的规定，行政许可的设定法定原则对于法律、行政法规也并非毫无约束力（前文已有详细分析，此处不再赘述），但这只是就法论法，至于现实如何还是个疑问，根据以往的法律实践经验，恐怕不容乐观。3. 行政许可范围的限定过于空泛，难以操作。《行政许可法》第12条体现了市场优先、社会自治的立法精神，规定只有六类事项可以设定行政许可。推敲这些限定，我们会问：行政许可的范围有了明确的限定吗？仅仅这六类事项可以设定行政许可可行吗？立法的初衷可能要严格限定行政许可事项，但具体的立法制度能保障这一点实现吗？只要我们仔细分析以下这些立法术语，如公共利益、国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护、有限自然资源开发利用、公共资源配置、公众服务等，我们就会感到迷

糊。这些似乎是明确的东西却又如此不可捉摸，他们太容易被滥用了 [3]。现实生活中，太多的侵犯人们利益的行为，都有着冠冕堂皇的理由。（二）外在因素的影响对于一项法律制度来说，其作用能否有效发挥，除受该法律制度自身因素影响外，还在很大程度上受到外在因素的制约，行政许可的设定法定原则亦然。行政许可的设定法定原则的价值目标能否得以有效实现，会受很多外在因素的影响，这里略举几例：

1. 配套法律制度的建设问题。配套法律制度的建设任务在我国现阶段既十分复杂，又十分迫切。这项任务小到某项具体法律制度的完善，大到整个司法体制改革。
2. 政治体制改革的问题。这个问题涉及的层面比较广，包括：党和国家关系的问题；国家机关之间的关系问题；各国家机关内部的关系问题；中央和地方的关系问题；政府的精简和效能问题；政府职能的转变问题等。这些问题中的任何一个，都会在很大程度上影响《行政许可法》的实施效果。
3. 国家机关工作人员的素质、观念与作风问题。“徒法不足以自行”，《行政许可法》最终是由各级国家机关工作人员尤其是行政机关人员来实施，因此他们的素质、观念和工作作风对《行政许可法》的实施效果的影响不可低估。

（三）当前的任务《行政许可法》给我们带来了希望，但自身却面临着严峻的考验，为了能真正实现《行政许可法》的价值目标，当前的任务：

1. 对已制定的涉及行政许可事项的法律、法规进行重新评估。改革开放的过程，同时也是国人思想解放的过程。我国现行的法律、法规由于制定的时代背景不同，指导思想往往也不可避免的带有时代的烙印。例如，1989年10月31日通过的《集会游行示威法》，众所周知，1989年我国

发生了一场政治风波，而该场风波就是由于集会游行引起的，基于此种立法背景，我们就非常有必要，站在今天的角度，重新评估《集会游行示威法》，看看其是否能很好的贯彻宪法所确立的公民的基本权利。因此，适时地对已制定的法律、法规进行重估，在我们这样一个日新月异的国家尤其重要，甚至有必要制度化。

2. 在现行法的框架内，充分利用好程序性规范，以程序的公正来确保实体的公正。在前文已经分析过，行政许可的设定范围虽然法定，但由于法律概念的含义过于宽泛等原因，仍具有相当的不确定性。这种不确定性在所难免，甚至在一定程度上还是有积极意义，但法治的目标仍是尽可能地克服法律含义的不确定性，因为法律含义的不确定性会导致法律被滥用的危险。而克服这种危险的一种重要方式就是建立一套公正的程序，以程序的公正来确保实体的公正。《立法法》对立法的程序进行了规范，立法时应当严格遵循其所规定的程序。《行政许可法》对涉及行政许可事项的立法程序，在第19、20、21条作出了特别的规定。尽管这些规定过于灵活，缺乏刚性和可操作性，但值得重视，应当充分利用。

3. 加紧制定和完善相配套的法律。在行政法领域，一方面需要加紧制定行政程序法。目前我国没有一部统一的行政程序法，缺乏对行政程序的统一规范，有关行政程序的规定，散落在不同的法律之中，杂乱无章。另一方面，要进一步拓展救济渠道，尤其是要扩大行政诉讼和行政复议的适用范围。我国目前的行政诉讼和行政复议只能针对具体行政行为提起，而这对行政相对人的保护是远远不够的，在很多场合，事后救济是没有意义的。因此，有必要将抽象行政行为纳入行政诉讼和行政复议的适用范围。上

面所提到的三项任务只是当前所面临的众多任务之中较容易实现的，当然，也是从法学角度看，较为具体和实在的。至于其他的任务，可能更为复杂，更为艰巨，更具有全局性，因而更需要时间和耐心，但也必须得完成，如加强人大的建设，完善法律监督，转变政府的职能，提高行政效率，努力探索实现行政目标的最佳方式等。前景很好，任务很重！

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